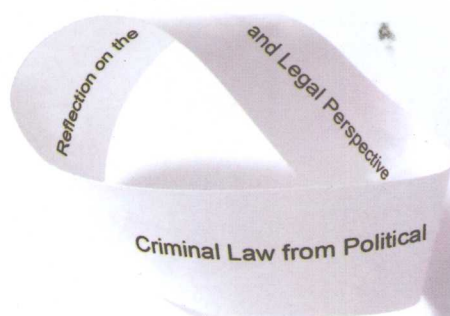




法政界面的 刑法思考

刘树德 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Reflection on the Criminal Law from Political
and Legal Perspective

法政界面的 刑法思考

刘树德 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法政界面的刑法思考/刘树德著. —北京:北京大学出版社, 2009. 6
ISBN 978 - 7 - 301 - 15166 - 2

I. 法… II. 刘… III. 刑法 - 研究 - 中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 062185 号

书 名: 法政界面的刑法思考

著作责任者: 刘树德 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15166 - 2/D · 2287

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm × 980mm 16 开本 19 印张 301 千字

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 34.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言 一

近年来,我国刑法学研究获得了长足的进步,其突出表现之一就是刑法的超规范研究越来越深入,成为刑法理论研究的重要组成部分。在这当中,刘树德以《宪政维度的刑法思考》(法律出版社 2002 年版)、《宪政维度的刑法新思考》(北京大学出版社 2005 年版)、《政治视域的刑法思考》(北京大学出版社 2007 年版)等书展示了其对刑法超规范研究的学术成果。现在,刘树德又完成了《法政界面的刑法思考》一书,进一步延续了前面这些书所开始的对刑法的超规范考察,这是令人振奋的。

本书是基于政治而对刑法的思考,因而必然涉及政治与刑法的关系。在《刑法知识论》一书中我曾经指出:“在相当的一个时期内,刑法问题的思考都是一种政治考量、一种意识形态考量,因而所谓刑法知识完全混同于政治常识、意识形态教条,刑法知识的学术化完全无从谈起。刑法知识的政治化以及意识形态化,实际上是政治对刑法学的一种侵蚀,有损于学术的独立性和知识的纯粹性。”正是在这种情况下,我提出了刑法知识去政治化的命题。刘树德曾经就此问题与我讨论,如何理解刑法与政治、刑法知识与政治之间的关系,能不能说:刑法知识应当去政治化,但刑法却不能去政治化。对于这些问题,是应当深入思考的。在刑法知识的政治化与去政治化问题上,我的立场是鲜明的:刑法知识应当去政治化,保持其与意识形态的相对区隔,唯此刑法学才有学术可言。那么,刑法呢?在某种意义上来说,刑法本身就是政治,因此,刑事政策也被称为刑事政治。刑法与政治能够分得开吗?是否同样可以得出刑法的去政治化的命题呢?对于这个问题,我陷入了长久的沉思。确实,刑法与政治的关系剪不断、理还乱。我思考的最终结论还是主张刑法与政治的分离,但这种分离并不是否认刑法与政治之间的联系,恰恰是为使刑法与政治各得其所,才应当保持刑法的自主性与独立性。我们的主流话语总是主张一切都要为政治服务,因此,刑法也应当为政治服务。但我们从来没有考虑过:刑法

II | 法政界面的刑法思考

如何才能更好地为政治服务？过去，我们在刑法为政治服务的口号下，使刑法沦为政治的工具、意识形态的奴婢。为政治服务，刑法可以不讲罪刑法定，为政治服务甚至可以出入人罪。在这种情况下，刑法的功能已经与政治的功能合而为一，最终的结果是无法无天，刑法遭受灾难性的后果，政治也难以清明。这一切告诉我们：政治关系到国家的生死存亡，当然是重要的，但政治不能代替刑法，也不能包办一切。政治的归政治，刑法的归刑法。只有这样，刑法才能通过自身机能的正常作用而实现其政治使命。因此，刑法保持相对独立性，才能更好地为政治服务，而不是相反。国家的政治主张，应当通过刑事政策，指导刑事立法与刑事司法。之所以在刑法与政治之间要保持一定的区隔，主要是因为刑法与政治各有其自身的规律。在刑法中，罪刑法定原则是当代刑法必须坚持的，它体现的是对公民个人权利与自由的保障，这是一种形式理性的体现。但政治则直接诉诸权力，是按照实质理性思考问题的。在某些情况下，政治思考与法律思考是有所不同的，甚至会存在一种紧张关系。例如，面对严重危害社会的行为，如果法律没有明文规定，刑法思考的必然结论是不为罪，这是罪刑法定原则的应有之义。但政治家可能会大不以为然：法律难道不是人制定的？在这种情况下，法律家对法律理念的信仰、对法律原则的坚守，恰恰是国家之幸、政治之幸。在这个意义上来说，政治考量不能代替刑法考量。作为刑法学家，我们当然不能沦为法条主义者，但我们只能在法律范围内获得政治价值，而不能为一时政治之需而践踏法律。否则，刑法与政治必将两败俱伤。

我曾经提出从政治刑法到市民刑法的命题，以此勾勒我国在相当长的一个时期内刑法的基本走向。从政治刑法到市民刑法，是我国刑事法治发展的必然趋势，也是刑法的独立性与自主性不断获得的过程。从1979年《刑法》到1997年《刑法》，我以为在去政治化方面还是有所进展的，其中将1979年《刑法》中的反革命罪修改为危害国家安全罪以及罪刑法定原则在1997年《刑法》中的确立，可以视为标志性事件。反革命是一个政治概念，因此反革命罪具有政治含义，而危害国家安全罪则是一个法律概念，其法律内涵十分明确。在历史上，刑法曾经用于镇压反革命，直接作为专政工具，因此反革命罪是这一历史的遗迹。尽管在我国刑法学界存在个别学者对于将反革命罪改为危害国家安全罪是一个危险抉择的担忧，这种政治敏感值得尊敬。但修改以后，这种担忧并没有成为现实，

反而使我国刑法更加科学。此外,1997年《刑法》还在废除类推的基础上确立了罪刑法定原则,罪刑法定成为一个里程碑,标志着我国刑法在民主与法治道路上的进步。当然,目前刑法中政治意识形态内容还夹杂在刑法规范中,为此还要继续清理。我相信,刑法的进一步醇化,必将对我国的民主与法治作出更大的贡献。而在某种意义上说,民主与法治是我国当前最大的政治。

树德在最高法院工作,可谓身在规范之中却能够跳出规范进行超规范思考,并且一而再、再而三地出版对刑法进行超规范研究的著作,是令我们学者汗颜的。作为学者,具有一种更为超然的地位,因此更有责任对刑法进行超规范的研究。树德的研究成果为我们学者的进一步研究奠定了基础,这是值得充分肯定的。当然,我还是期望树德能把更多的精力用于刑法的规范研究。尽管在规范研究领域树德也已经取得丰硕成果,但我还是在这一领域寄希望于树德。最后,我还希望树德在学术耕耘之中能够精耕细作,使学术成果精益求精。当然,这也许是一种苛求。

是为序。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2009年4月5日

序 言 二

己丑刚到,新春伊始,树德即来登门拜访,希望我为他的又一部新作《法政界面的刑法思考》写几句话。他之所以找我,我想大概是因为他把我引为同道,我们在治学的方法以及很多问题的见解上有许多是相同或者相近的,所谓“英雄所见略同”吧!虽然我和树德见面的机会不多,书面交谈讨论的次数也很有限,但是一旦见面攀谈起来,就会发觉我们之间有那么多相同的爱好和观点;而在我认真拜读了树德近几年的一系列新作(如《宪政维度的刑法思考》、《宪政维度的刑法新思考》、《政治视域的刑法思考》)之后,我欣喜地发现,我们差不多是在思考同样的问题,见解也大抵相同。只是树德的才思敏捷,人又勤奋,下手又快,所以我就常常做他的读者了。

物以类聚,人以群分。从树德近年的研究成果来看,他在刑法圈里是一个不安分的人。就像最近热播的两部军旅题材的电视剧名称(《突出重围》与《士兵突击》)所揭示的那样,他在寻找刑法学研究新的突破口。在方法论上如何将刑法学与政治学、宪政学的研究结合起来,如何从政治的高度、宪政的视角来看待刑法的一系列问题,是他近年来着力的一个方向。当然,这也是我长期关注的一个领域,所以我们有很多共同的话语——尽管言说得很少。因此,借着今天先睹为快的喜悦,我也把我自己的一些想法在此吐露一下。

在新中国,刑法与政治曾经有过一段过度密切的关系,《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》这一书名,就是刑法过度政治化的点睛之笔。随着我国改革开放进程的不断推进、法治理念的不断明确,刑法开始与政治乃至政策适度分离,刑法的去政治化成为时髦的话题。陈兴良教授在其新著《刑法知识论》中就大力呼吁刑法知识的去政治化、去意识形态化,追求刑法知识的学术化。

对于陈兴良教授的主张,我首先是赞成的。因为刑法的过度政治化

II 法政界面的刑法思考

或者过度意识形态化完全将犯罪看成阶级斗争的表现,将刑法贬低为阶级斗争的工具,其理论上的谬误和实践上的危害已经是有目共睹的了,因此必须拨乱反正。但在拨乱反正的过程中常常又会出现矫枉过正的现象,所以我对刑法知识的去政治化或去意识形态化命题又有所保留,因为刑法与政治的关系是割不断的。

“王者之政,莫急于盗贼”,这是历史上政权不稳时期统治阶级重视刑法的真实写照。而在政权日趋稳固的过程中,刑法的作用也从来都是摆在首位的。刑法与政治、统治,作为知识形态的刑法学与政治学,其相互联系是十分密切的。在历史上,政治学和法学曾长期结合在一起,例如在古希腊,柏拉图的《理想国》和亚里士多德的《政治学》,是把政治和法律结合在一起谈的,也就把政治学和法学结合在一起了。在中国,儒家学说曾长期占据思想领域的支配地位,伦理、政治、法律思想也就融合难分。在欧洲中世纪,天主教会居于统治地位,哲学、政治学和法学等学科都成了神学的附庸。古代印度的《摩奴法典》和公元7世纪出现的《古兰经》是宗教经典,也是法典。17、18世纪资产阶级革命时期,这些学科才逐步摆脱神学的桎梏。但政治学和法学还是结合在一起。例如,洛克的《政府论两篇》、卢梭的《社会契约论》,以及孟德斯鸠的《论法的精神》等作品,可以说都是兼具政治学和法学两种内容的著作。直到19世纪,两者才彼此分离,各自成为一门独立的学科。当然,国家、政府、政党等,都是法学和政治学所共同研究的问题,两者之间有着紧密的联系也是不言而喻的。

由此观之,如果我们将去政治化或者去意识形态化理解为驱除刑法知识的过度政治化或者过度意识形态化,或者清除那种将政治完全等同于阶级斗争的庸俗说教,我深以为然;而如果将去政治化的目标定位在彻底地否定或者无视刑法的政治性乃至意识形态色彩,追求所谓的学术独立性和知识的纯粹性,则我以为是极不现实的。事皆有度,过犹不及,刑法与政治之间的天然联系应该得到正确的阐述与科学的界定,这就是我们学者的社会责任。刑法知识的过度政治化或者意识形态化固然是要反对的,但如果由此又走到刑法的非政治化或非意识形态化(翻译成英语就是 depoliticization),同样会因为脱离社会现实而遭到人们的反对。所以,我之所以赞同陈兴良教授的刑法去政治化是有保留的,或者说是有条件的,那就是在刑法学领域去除政治化的同时,必须另辟一个学科领域,专

门研究刑事法与政治、政策的关系,这个学科领域理所当然就是刑事政策学。此所谓“失之桑榆,收之东隅”。树德也许是基于和我一样的担忧,所以这些年一直不遗余力地从政治、宪政等角度研究刑法问题,对此,我是非常赞同的。

二十多年来,我一直致力于刑事政策的研究,并积极尝试着将刑事政策提升到刑事政治的高度来认识。我的基本观点是:犯罪是蔑视社会秩序最极端的形式,因为犯罪的反社会性及其社会危害性,从而确立了国家统治的正当性或者合法性(*legitimacy*);犯罪现象这样一种社会公共事务,从来都是政治国家和市民社会高度关注的基本问题,因而是政治学应该研究的基本问题;如果可以将亚里士多德的政治学理解为是追求善的学问,则我所主张的刑事政治学就是如何治恶的学问,求善与治恶犹如一枚硬币的两面,是不可分离的;刑法是国家治理犯罪现象的最基本也最有力的手段,但从来不是唯一的手段;由于刑法特别是刑罚是最严厉的制裁,其所耗费的社会资源最大,因此刑法的干预具有最后性,必须在道德、纪律等非法律规范和民法、行政法等非刑法手段干预无效之后才能出手;刑法的作用和功能从来就不是自恰的,是不能自我满足的,其效力和效率取决于包括刑法在内的法律规范体系和非法律规范体系综合作用的发挥,因此刑法的作用具有附属性(*subsidiarity*);要有效治理犯罪现象,必须实行社会治安综合治理的战略;从犯罪前、犯罪中到犯罪后,从预防、打击、治理到治理后,从政治国家到市民社会,综合治理的战略需要贯彻到犯罪治理的全部过程和各个方面,并通过各种具体的制度加以落实;在社会转型和发展变化的过程中,犯罪现象在发展变化,治理犯罪的理念和宗旨也在发展变化,宽严相济的刑事政策符合和谐社会构建的目标,体现社会发展进步的要求,应该成为新时期的基本刑事政策,并为刑事立法的完善、司法制度的变革、社会治安的治理确定方向。

为此,我将刑事政策学称为治道,是治国的理念和方略,应该更名为刑事政治学。刑事政治学就是研究国家社会如何运用各类资源(当然最主要是刑事法律)来治理犯罪现象的学问。按照最通常的理解,刑事就是与犯罪有关的事务(*crime-related matters, criminal affairs*),而政治就是公共事务的管理,犯罪这一公共事务的管理或者治理就是刑事政治。用政治学的常识来解释犯罪现象、犯罪本质、犯罪人、犯罪原因、刑事政策、刑事立法与司法等,在更高和更广的意义上来探寻犯罪治理的良方,就不仅

IV | 法政界面的刑法思考

仅是刑事法律科学的方法论变革,而且更是刑事法律科学的深刻革命。

我和树德上述努力的初衷并非要和改革开放三十年来所取得的法治进步,特别是与建设社会主义法治国家的基本方略,与法律职业的专门化和法律知识理论的学术化等趋向唱反调,而是想说明一个基本的道理,即法学乃治国之道,在法律地位日隆的当今社会,法律人对自己的专业 and 职业应该有更高的期许和要求。特别是尚未踏上职业之路的法律学子们,对于未来要有更高的憧憬,而目前则要做好更为扎实的准备;不仅要学习法学的知识和方法,同时要具备政治学的基本素养;不仅要有法学的根底,而且要有政治家的头脑,从而很快走上依法治国的第一线,为建设社会主义法治国家作出更大的贡献。

以上想法原是我给自己的一本小册子写的前言。现在用在这里,既不是偷懒,也不是标新立异,而是为了佐证我和树德的志同道合,同时作为有志于中国法治发达、政治昌明的同路人的共同激励。

愿中国刑法学研究之路越走越宽!

卢建平

2009年3月26日

刑政学的呼唤(代自序)

所谓刑政学,乃研究刑政之学问也。“刑政”一词,我国古典文献中就出现,《荀子》卷五《王制》:“刑政平,百姓和,国俗节,则兵劲城固,敌国案自诘矣。”《史记》卷二十四《乐书》:“礼以导其志,乐以和其声,政以一其行,刑以防其奸,礼乐刑政,其极一也。”“刑政”一词的古典含义分别指刑罚与政令。日本著名新派代表人物牧野英一博士则有如下论述:“国家必须是作为文化的担当者积极地行动,我们今天必须从这样的立场批判、理解刑政。”^①

人类进入阶级社会以后,就出现了政治现象,与之伴随的就有刑法的诞生,因而也就有了对“政治”、“刑法”的描述。在中国,“政治”、“刑”字样的词散见于《尚书》、《周礼》、《论语》等。在西方,直至亚里士多德的《政治学》才将“政治”与“法律”(包括刑法)独立开来,从而促进政治学与法学的各自独立的继续向前发展。就学科的发展规律而言,大致沿着分化和综合两个方向发展,既有从大的学科体系中分离出更精细、更专门的学科,例如政治学发展分化出政治哲学、国际政治学、比较政治学等,法学发展分化出法哲学、宪法学、刑法学等部门法学等,也有不同的学科之间开始逐步走向交叉、综合,进而发展出许多边缘学科和交叉学科,例如法经济学、法社会学、经济伦理学,等等。

就法学和政治学的相互关系而言,两者具有天然的联系。如果说人类的一切知识最早被总括在哲学领域,那么法学知识不仅被总括在哲学领域之中,还在很长的历史时期内被总括在政治学领域之中。^② 尽管自

① [日]大塚仁:《刑法中的新旧两派的理论》,第44页,转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第243页。

② 在德国,按照当时大学的分科,政治学曾附属于法律学,参见吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第61页。

亚里士多德分离“政治”与“法律”后,政治学和法学后来独立地有了迅速的发展,但是在法学理论与政治哲学谱系中,法律与政治的关联如此紧密,以至于凯尔森将其著作命名为“法与国家的一般理论”,德沃金以政治哲学家与法学家的双重头衔闻名于世,即使极力主张法律自治的分析实证主义法学也难以逃脱一以贯之的“主权者”预设。无论在西方还是在中国,均出现了许多同时交叉研究政治与法律的著作,例如,在西方,柏拉图的《理想国》、西塞罗的《共和国》、奥古斯丁的《上帝之城》、阿奎那的《论君主政治》、马基雅维利的《君主论》、洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《社会契约论》、康德的《政治权利原则》、黑格尔的《法哲学原理》,等等;在中国,老子的《道德经》、孔子的《论语》、孟轲的《孟子》、庄周的《庄子》、商鞅的《商君书》、荀况的《荀子》、董仲舒的《春秋繁露》、王夫之的《读通鉴论》、严复的《论世变之亟》、康有为的《大同书》、梁启超的《饮冰室合集》,等等。特别是,经过长期的发展,又专门出现了交叉研究两者的政治法学,例如《元照英美法词典》将《布莱克斯法律词典》中的“political law”翻译为政治法学,即“研究政治科学或政府机构的组织与管理的法学部门,通常称为‘政治学’(political science)”^①。同时我国有学者认为,“如果法理学主动从现代政治问题领域中退出,就势必会大大限制法理学的思维空间,使得法理学成为概念游戏的囚徒”;“20世纪80年代以后的中国法理学研究对法律背后的国家暴力和政治意志背景的淡化,在很大程度上是为了摆脱前苏联维辛斯基教条化的马克思主义法理学的影响,研究者过分强调法律自身发展的规律和文化节式、现代化模式的万能性,形成了一种没有国家的法律观”,“法律是治国之道,将法律从政治语境中剔除出来,单纯讨论纠纷的解决之类的具体问题,未必就是一种务实的态度,人为割断了法律与政治的联系,将法律提炼为一种精湛的技艺,通过制造法学知识壁垒,来建构一种话语霸权,最终会限制法学的眼界和关怀”^②,特别是近来一些学者开始了法律和政治

① 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1063页。

② 丁国强:《法治是最高国家福利》,载《法制日报》2008年2月24日。但也有学者对多学科知识进入法学、政治思维与法律思维的关联等问题产生了困惑,参见张帆:《多重视角下的转型社会与法律方法》,载《法制日报》2008年2月3日。

交集问题的研究^①,甚至开始创立“法政治学”的努力。^②作为法学的下一级部门法学的刑法学而言,国外较早地就存在与政治学的交叉学科,例如,德国刑法学家弗里德里希·沙夫施泰因的《政治刑法学》。^③

正是缘于上述学科发展趋势,再加上刑法学——研究刑罚权力的学问——,相比于其他部门法学(除宪法学以外)而言与政治学——研究政治的学问——,具有更大的共通性,从而提供最大程度地交叉研究可能性和最广泛领域的问题束的缘故^④,实有必要在我国开展“刑政学”的研究。就两者的共通性而言,最主要体现在刑罚权力作为国家公权力的重要组成部分,自然地可以为“政治”所容纳。

不同时代、不同学科、不同阶级立场的人对“政治”作了不同的定义,例如,资产阶级政治学奠基人的马基雅维利认为,政治就是政治家或者政治统治机构的权力;当代西方政治学中权力理论奠基人哈罗德·拉斯韦尔认为,政治就是研究权力的形成和分享,研究谁得到什么,如何得到和何时得到。^⑤美国现实主义国际政治理论家摩根索认为:“国际政治的本质与国内政治的本质是完全相同的。这两种政治都是争夺权力的斗争”。我国伟大的民主革命家孙中山说:“政就是众人之事,治就是管理,管理众

① 参见吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版;高全喜主编:《西方政法哲学演讲录》,中国人民大学出版社2007年版;高全喜主编:《从古典思想到现代政制——关于哲学、政治与法律的讲演》(上下卷),法律出版社2008年版。

② 参见卓泽渊:《法政治学》,法律出版社2005年版。

③ 参见[德]英戈·穆勒:《恐怖的法官——纳粹时期的司法》,王勇译,中国政法大学出版社2000年版,第222页。

④ 需指出的是,在纯粹法学看来,如果要将法律提升为科学,那么法学必须与政治分开。法律科学的规范性知识,不但应与自然科学的因果关系分开,尤其应将法律科学的纯粹性与政治区隔。实证法的科学是一项现实的法理论,经由习惯、立法、司法实际产生的法,对社会的实存情况发生效力,而不必考虑这些实证法出自何种价值立场,或者从一项政治立场来判断好或坏,正确或不正确,因为任何一种实证法从某一项政治立场判断是正确的,同时从另一项政治立场判断则是不正确的,法律科学却不能如此,它与其他真正科学一样,对研究对象不作判断只能描述,不作情绪性的辩白或非难,而是理性的解说,参见吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第260页;我国学者也在《法学方法的困惑》发出了疑问:……多学科的知识引入法学,带来了怎样的影响;中国仍然存在20世纪40年代庞德在中国看到的情况,即不同知识系统之间的冲突;法律思维与政治思维之间的关联,参见张帆:《多重视角下的转型社会与法律方法》,载《法制日报》2008年2月3日。

⑤ 转引杨光斌主编:《政治学导论》(第三版),中国人民大学出版社2007年版,第27页。

人之事就是政治。”^①当代最有影响的学者之一·马克思·韦伯认为,“如果在一定特定疆土内,命令得以持续实行是凭借行政人员运用武力和武力威胁,那么这个社团的活动就是政治性的”^②,“政治即是追求权力的分享或追求对权力分配的影响”。^③美国政治学家 G. 庞顿和 P. 吉尔认为,“政治是与社会事务的智力以及个人和群体对这种治理所具有的控制力的相关的制度安排”。^④马克思主义的经典作家们认为,“政治是经济的最集中的表现”,“政治就是各阶级之间的斗争”^⑤,“政治就是参与国家事务,给国家定方向,确定国家活动的形式、任务和内容”^⑥,“政治是一门科学,是一种艺术”。^⑦我国目前的政治学者在吸取前人和国外的观点之上,作了若干内涵丰富适应现代政治现象的界定,“政治就是人们围绕公共权力而展开的活动以及政府运用公共权力而进行的权威性分配的过程”^⑧;“政治是指在特定社会经济关系及其所表现的利益关系基础上,社会成员通过社会公共权力确认和保障其权利并实现其利益的一种社会关系”。^⑨

既然如海伍德所言,“政治学的问题在于:争论、辩议和分歧是其核心,‘政治’的界定也不例外”^⑩,我们不如退一步关注或者寻找这些定义的最大公约数或者最基本共同点。上述这些不同概念的最基本共同点就是政治与权力相关联。可以说,权力是政治的核心概念,围绕权力而发生的问题便是政治的核心问题。从理论上说,与经典权力观相关的问题有:权力的必要性、权力的合法性基础、权力的制约结构、权力的功能与范围、权力的行使方式、权力行使的效率与效能、权力的更替以及在全球化背景

① 《孙中山选集》(下),人民出版社 1956 年版,第 661 页。

② 转引自〔美〕罗伯特·达尔:《现代政治分析》,王沪宁、陈峰译,上海译文出版社 1987 年版,第 16 页。

③ 转引自吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 75 页。

④ 〔美〕G. 庞顿、P. 吉尔:《政治学导论》,张定淮译,社会科学文献出版社 2003 年版,第 9 页。

⑤ 《列宁选集》(第 4 卷),人民出版社 1995 年版,第 308 页。

⑥ 《列宁文稿》(第 2 卷),人民出版社 1978 年版,第 407 页。

⑦ 《列宁选集》(第 4 卷),人民出版社 1995 年版,第 189 页。

⑧ 杨光斌主编:《政治学导论》(第三版),中国人民大学出版社 2007 年版,第 6 页。

⑨ 王浦劬等:《政治学基础》(第二版),北京大学出版社 2006 年版,第 9 页。此书第一版给出的“政治”定义是,“在一定的经济基础上,人们围绕着特定利益,借助于社会公共权力来确定和实现特定权利的一种社会关系”(王浦劬主编:《政治学基础》,北京大学出版社 1995 年版,第 8 页)。

⑩ Andrew Heywood, *Political Ideas and Concepts*, London, Macmillan, 1994, p. 16.

下国家权力面临的挑战等。其中,权力的合法性基础涉及民主的基本原则,权力的制约结构体现了宪政的基本精神,这两者一起构成了政治的核心问题。^① 立足于此,我们可以利用这些“政治”知识或原理来分析与同属国家权力的刑罚权力相关联的系列问题,同时通过联想“政治”的上述问题展开对刑法——规制刑罚权力的法——的系列问题的诸多思考。

此外,呼唤“刑政学”当然也是近年来我国刑事一体化研究趋势进一步发展的需要。按照陈兴良教授的说法,刑法研究具体包括“刑法之上的研究”、“刑法之外的研究”、“刑法之中的研究”、“刑法之下的研究”,“刑政学”即从政治的视域、维度、径路、语境来研究刑法的学问,自然属于“刑法之外的研究”。就此而言,刑法与政治是紧密相关、形影不离的,“法律与政治的关系是复杂的,一方面,法律与政治分属不同的功能子系统,有着不同的二值代码所主宰的沟通,各自在现代社会承担着不同的社会功能;另一方面,法律与政治又彼此互助,法律为政治提供一般性的规范性期待,将政治合法化,政治则以其强制力为法律提供最终保障,以贯彻有集体约束力之决定的方式贯彻法律”^②。如同我国学者指出的,现代的社会政治理论,特别是以哈耶克为代表的政治自由主义,基本上均存在将政治问题转化为法律问题的倾向,强调立宪、法治的重要性,强调将社会政治、经济问题转换为法律问题加以解决,由此揭示了政治与法律关系的一个方面;但同时,政治与法律的关系还有另外一个方面,即将法律问题提升为政治问题,或者说,对于社会的政治、法律与经济问题,有很多单纯靠法律规则与法律制度是无法从根本上加以解决,应该开辟出另外一个理论路径。因此,政治与法律的关系表现为两个不同的领域的区分与

① 参见景跃进、张小劲主编:《政治学原理》,中国人民大学出版社2006年版,第22—23页。作为研究政治现象的一门科学,政治的核心问题自然也是政治学的核心问题。美国学者将政治学的核心问题归结为五个:(1)公民资格的范围:它是排他的还是包容的?(2)国家的职能:它的活动范围是有限的还是无限的?(3)权威的来源:它来源于人民还是政府?(4)权威的结构:权力应当集中还是分散?(5)国家的规模及其外部关系:什么样的政治单位最好?什么样的国际秩序是可取的?参见[美]里普森:《政治学的重大问题:政治学导论》,华夏出版社2001年版,第13页。

② 鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,载《清华法学》2008年第2期。

交集,一方面是政治的归政治、法律的归法律^①,另一方面,特别是社会转型时期,也就是非常政治时期,又存在着相互的转换。与此相关,政治与法律思想的交集在西方近现代民族国家的建设中体现得最为激荡和富有内容,而且与我国的法治民主建设具有内在的关联性。^②“刑政学”——研究刑法与政治的学问,自然不可能像刑法教义学——属于“刑法之中的研究”——那样“区隔政治”甚至“告别政治”或者“去政治”。^③

① 美国联邦最高法院通过系列案件确立了判别政治问题的存在,并将之排除于司法审查范畴之外的准则,大法官布伦南(Justice Brennan)1962年在一项案件之判词中综合历来的先例作了如下的阐释:“任何案件从外观上认定其涉入政治问题,主要在于由宪法之明文规定已鲜见其余将此一问题委诸相对应之政治部门;或者欠缺解决此一问题所需之司法上创获及处理之标准;或者一旦予以裁判即系对明显非属司法裁量之事项,径行作成政策决定;或者若作独立判断即属对政府相关部门之欠缺尊重;或者有特别需要毫不犹豫地遵循已作成之政治上决定;或者可能造成对同一问题各部门意见分歧之困窘”,凡合于上述各项标准的案件,通常就被视为非可供司法审理的政治问题,转引吴庚:《政法理论与法学方法》,中国人民大学出版社2007年版,第359—360页。

② 参见高全喜主编:《西方法政哲学演讲录》,中国人民大学出版社2007年版,第9—10页;另见高全喜:《法政思想与制度的历史生成》,载《读书》2008年第3期。

③ 参见陈兴良:《刑法知识论》,中国人民大学出版社2007年版,第XVI页。

目 录

刑政学的呼唤(代自序)	I
第一章 政治意识形态与刑法的关联分析	1
一、政治学里的意识形态	1
二、刑事古典、近代学派的政治意识形态基础	4
三、我国刑法的政治意识形态基础	8
第二章 阶级分析方法的刑法学定位	21
一、什么是“阶级分析方法”	21
二、阶级分析方法在法学中的当代命运	23
三、阶级分析方法在刑法研究中的合理定位	31
第三章 法治视野下宪法与刑法的关联思考	41
一、法治需要激活宪法	41
二、法治需要善待刑法	46
三、法治需要刑法及时跟进宪法	51
第四章 政治系统语境的刑法分析	55
一、政治系统理论是一种研究范式	55
二、从政治系统一元中心向多元中心的发展看刑法	56
三、作为系统的政法机关与刑罚体系	66
第五章 政治沟通分析框架下的刑法机制建设	69
一、政治系统中的政治沟通	69
二、刑法运行机制的建设	71
三、刑事法律人共同话语机制的建设	77
第六章 宽严相济:刑事政策与刑事政治的双重解读	80
一、从刑事政策到刑事政治	80
二、“依附型宽严相济”刑事政策解读	82