



元
照
法
学
文
库

THINKING OF CRIMINAL LAW
IN THE PERSPECTIVE OF POLITICS

政治视域的 刑法思考

刘树德 Liu Shude

政治视域的刑法思考，立足于「刑法之外研究刑法」和「刑法之上研究刑法」的思路，是宪政维度的刑法思考的延续，主要包括从政治的视角对一些刑法问题进行思考和对刑法中与政治关联的问题进行思考两个方面。

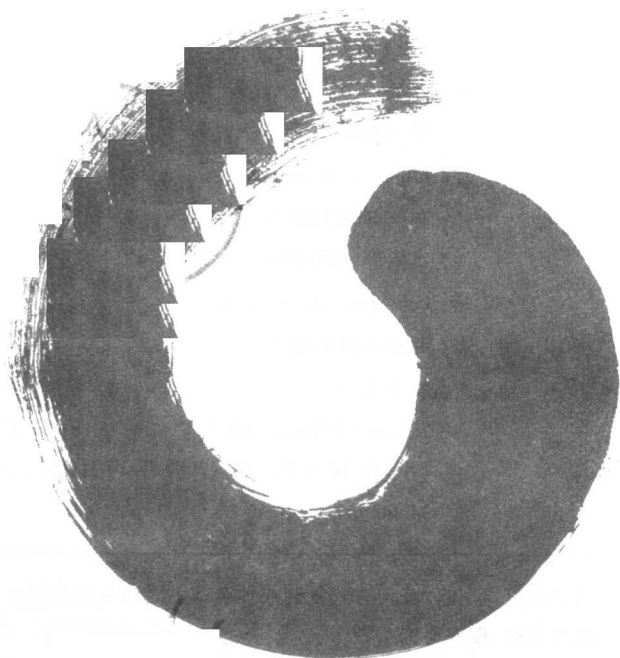


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

THINKING OF CRIMINAL LAW
IN THE PERSPECTIVE OF POLIT

政治视域的 刑法思考

刘树德 Liu Shude



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

政治视域的刑法思考/刘树德著. —北京:北京大学出版社, 2007. 10
(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 10407 - 1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 154304 号

书 名: 政治视域的刑法思考

著作责任者: 刘树德 著

责任编辑: 马 玲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10407 - 1/D · 1421

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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 20.75 印张 297 千字

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 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

谨以此书贺

高铭暄、王作富两位恩师八十华诞

序 言

陈兴良

在各个主要部门法中,刑法是极为独特的,它也许是法条最少、最集中、也是最重要的一部法律;一部《刑法典》不过寥寥数百条,但却关乎一个人的生死。因此,对刑法的研究也呈现出不同于其他部门法学的特点。按照通俗的话来说,刑法领域也就那么一亩三分地,起个大早也就耕完了。不像民法学、行政法学,学术领域如同田野一望无际,要耕耘一遍也就差不多消耗了一个学者的大半生精力。因此,当民法学家、行政法学家还在自己的学术田地上辛勤耕作的时候,刑法学家已经耕耘一遍。在这种情况下,刑法学家就会更多地进行超规范的研究,在刑法理论研究的深度上消耗刑法学家的学术精力。正因为如此,才有从不同学科角度对刑法的研究,例如刑法的哲学研究、刑法的社会学研究、刑法的经济学研究、刑法的伦理学研究等等。这是一种从刑法之外对刑法所进行的研究,它能够大大充实在刑法之内对刑法的研究。我历来主张从刑法之外对刑法进行研究,并且较早地从事刑法哲学的研究。刘树德博士在对刑法规范、案例研究的基础上,近些年来也一直在对刑法进行超规范的思考,并且取得了突出的成果。2002年刘树德博士在法律出版社出版了《宪政维度的刑法思考》一书,该书第二版于2005年在北京大学出版社出版,该书出版以后获得好评,并于2006年获钱端升法学研究成果三等奖和司法部法学教材和科研成果三等奖。现在,刘树德博士又完成了《政治视域的刑法思考》一书,沿着从刑法之外研究刑法的学术道路又向前迈出了一步,这是令人鼓舞的。

在各个部门法中,刑法相对来说是与政治联系较为紧密的,当然最为紧

2 政治视域的刑法思考

密的应属宪法。因此,从政治视域对刑法中的一些问题进行思考,会得出独特的结论。从本书的内容来说,基本上涉及刑事立法权与刑事司法权这两个部分。对刑事立法与刑事司法进行某种政治学的分析,其中包含的一个主题就是民主:立法民主与司法民主。

在立法民主中,本书专门就立法中专家参与进行了文本实证分析,我以为是颇具说服力的。专家参与可以说是立法民主的题中应有之义,因为立法毕竟专业性很强,因此近年来的立法都倡导专家参与。但刘树德博士经过对刑法与物权法两个专家建议稿的分析,最终得出的结论是令人沮丧的,绝大多数的专家建议并没有被立法机关所采纳。刘树德博士对1994年9月《中华人民共和国刑法》(总则修改稿,第4稿)被采纳情况进行了文本的实证分析。该修改稿是全国人大常委会法制工作委员会并刑法室委托中国人民大学法学院刑法专业修改刑法总则,中国人民大学法学院刑法专业成立了刑法总则修改小组。当时我在中国人民大学法学院刑法教研室任教,亦是修改小组成员之一。刑法总则修改小组从1993年12月到1994年9月,进行了为期10个月的较为集中的研讨和起草工作,其间集会数次,先后拟出了刑法典总则的一个大纲和四个稿本。中国人民大学法学院刑法总则修改小组起草的一个大纲和四个稿本,反映了刑法总则修改由大改变为小改的主要过程。^①我参与起草的总则条文,其他记不清了,共同犯罪一节就记得很清楚。其中第一稿与第二稿的条文相同,共计9个条文,规定了连累犯、实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯、共犯与身份、法人共同犯罪以及主犯、从犯、胁从犯。第三稿改为6个条文,删去了连累犯、法人共同犯罪等内容。第四稿又改为7个条文,恢复了连累犯的规定,但删去了实行犯、组织犯与帮助犯的内容。但这些关于共同犯罪的修改意见在刑法修改中均未被采纳。经过修改后的1997年刑法关于共同犯罪的规定,我以为是改好为坏,或为刑法中的“绝望之节”。通过这个实例可以看出,立法民主其实并不容易做到,而且有时候立法专横之劣更甚于司法专横。因此,刘树德博士在该

^① 参见高铭暄、赵秉志主编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第2878页。

书中得出结论：“真正地让专家的作用在具体立法活动中得到切实地体现，我们尚有很多工作要做，尚有诸多具体制度需要完善和健全”。我深以为然。

在司法民主中，刘树德博士重点对司法为民，尤其是陪审制度做了分析。当然，严格地说起来，司法为民还不是一个司法民主的问题，而是一个司法宗旨问题。由于司法的中立性以及司法权所具有的裁判权的性质所决定，司法为民都还存在一定的逻辑困境需要解决。在司法民主中，陪审制也许是最好的体现形式，因而为各国所推崇。当然，英美法系的大陪审团制以及其对定罪权的侵夺与大陆法系的参审制之间还是存在巨大差别的。我国虽然一直在审判活动中坚持陪审制，但不可否认的是，陪审制往往流于形式。近些年来，在司法体制改革中，又把陪审制提了出来，并有加强的趋势。在我国检察机关则创立了人民监督员制度，以与法院的人民陪审员制度相对应，都意在引入外部监督力量，强化司法民主。这些努力当然是值得肯定的，但实际效果如何还有待验证。在这一部分，刘树德博士的论证大多以外国资料引用为主，未能通过对实际资料的实证分析以描述陪审制在我国实行的具体效果，这是有所欠缺的。

本书虽然是以政治为视域，但分析的都还是刑法问题本身。作为一种超规范的思想，它可以使我们对刑法问题的思考更加深入、更加开阔，从而达到一种更高的学术境界。刘树德博士在这个领域作出的成就是令人瞩目的，也获得了学术界的肯定性评价。这里尤其需要指出的是，以刘树德博士这样一位法官的身份，能够身处“法之下”而心向“法之上”确实不易。我期待着刘树德博士在刑法的“形而下”与“形而上”两个领域都能取得更多的成果。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年6月12日

代自序:政治不是坏东西^①

政治视域的刑法思考,既包括从政治的视角对一些刑法问题进行思考,也包括对刑法中与政治有关联的问题进行思考。从国外有关政治和法律的关系研究成果来看,此并不是新视角或者新学问。亚里士多德的《政治学》和柏拉图的《理想国》就是很好的例证。正如伯尔曼曾指出,“法律科学是受到政治的支配的;立法者可以并且经常不理睬法学家的研究成果。在现实中,逻辑和经验常常成为权力、偏见和贪欲的牺牲品”。^② 特别是,有什么样的政治往往就支配和控制着什么样的法律和法律理论,凡是有恶政存在,就有恶政对法律和法律理论的支配和控制。路易斯·博洛尔指出,“政治生活早已把法律变成了一种剥夺人权和掠夺抢劫的工具。以法律的名义来剥夺人权比使用野蛮的暴力更可恨。因为这种邪恶的不义之举中添加了虚伪狡诈的成分。那些为迫害提供法律上的辩护理由的法学家比那些屠杀同胞的家伙更加堕落”。^③ 纳粹政治与纳粹刑法的关联更是反面的例证。20世纪20、30年代右翼司法工作者们(包括刑法学理论工作者——引者注)炮制的无数刑法的“科学”方法,如“罪犯类型”理论以及诸如“实质犯罪”、“创造性解释”、“宇宙目的论法”和“掌握本质”等膨胀的伪科学概念,这些与纳粹刑法的政府最后正式采用的承认判决的类推原则相比更为阴险。纳粹司法工作者们所炮制的这些方法以一种较为隐秘的方式达到了统一效果,即为法院提供颠覆司法体系、进行司法谋杀的武器。^④ 因此,我们更有必要对政治和法律的关系(包括善政与良法、恶政与恶法两个方面)进行深

① 俞可平先生“民主是个好东西”文章近期成为十七大前有关民主思潮论争的“肇始者”(参见马昌博:《十七大前各方探寻“中国式民主”》,载《南方周末》2007年5月24日A4版)。此文系其专著《民主是个好东西:俞可平访谈录》的序言。

② 转引何秉松:《政治对犯罪理论体系的影响》,载《河北法学》2005年第12期。

③ 同上。

④ 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75页。

2 政治视域的刑法思考

人的研究。具体到政治和刑法的关系层面而言,国外学者也不乏深入的研究。近期翻译过来的一些外国刑法教科书,例如,克劳斯·罗克辛《德国刑法学》(总论,第1卷)^①、杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》(注评版)^②、大冢仁《刑法概说(总论)》^③、卡斯东·斯特法尼等《法国刑法总论精义》^④、李在祥《韩国刑法总论》^⑤,均在有关章节从政治视角对有关刑法问题进行了论述。某些论题甚至出现了专著,例如,日本的佐濑昌三《政治犯罪论》与前野育三《政治犯罪》^⑥、德国的弗里德里希·沙夫施泰因《政治刑法学》^⑦。而反观我国,这方面的研究以往相对比较薄弱,^⑧特别是刑法学以往仅仅在研究方法中对“阶级分析方法”有所论述,而更多的是一种意识形态话语,而缺少政治(科)学意义上的阐述^⑨。

① 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学》(总论,第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第82—83页。

② 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第79—83页。

③ 参见〔日〕大冢仁:《刑法概说》(总论,第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第62—65页。

④ 参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第191—200页。

⑤ 参见〔韩〕李在祥:《韩国刑法总论》,韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版,第9—12页。

⑥ 参见〔日〕野村念:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第83页。

⑦ 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。

⑧ 近期个别学者开始涉及,参见卓泽渊:《法政治学》,法律出版社2005年版。

⑨ 近来刑法学界在有关“社会危害性理论”的批判性思考以及我国犯罪论体系应否重建的争辩中开始触及这方面的问题。参见陈兴良:《社会危害性理论:一个反思性检讨》,载《法学研究》2000年第1期;陈兴良:《刑法知识的去苏俄化》,载《政法论坛》2006年第2期;陈兴良:《社会危害性理论:进一步的批判清理》,载《中国法学》2006年第4期(除这几篇论文外,2007年5月18日,陈兴良教授又在中国人民大学刑事法律科学研究中心举办的“明德刑事论坛第四期:社会危害性理论的批判性梳理”讲座中进一步就我国刑法学研究的过于强调刑法的政治性以及意识形态特征未得到很好清算等问题做了阐述);梁根林主编:《犯罪论体系》,北京大学出版社2007年版。我国宪法学个别学者也指出,宪法学界存在走极端的现象,在宪法学领域中被过渡意识形态化的阶级分析方法,似乎谁再提阶级分析

近期本人在阅读《毛泽东选集》过程中,发现“政治”一词较多地被作为修饰语,诸如“政治灰尘和政治微生物”^①、“政治任务”(第1098页)、“政治影响”(第1132页)、“政治生活”(第1158页)、“政治觉悟”(第1163页)、“政治宣传和政治攻势”(第1174页)、“政治工作”(第1175页)、“政治斗争”(第1180页)、“政治解决”(第1191页)、“政治形势”(第1209页)、“政治路线”(第1213页)、“政治危机”(第1214页)、“政治意义”(第1220页)、“政治战线”(第1224页)、“政治欺骗”(第1226页)、“政治基础”(第1246页)、“政治倾向”(第1254页)、“政治纲领”(第1256页)、“政治教育”(第1273页)、“政治任务”(第1312页)、“政治成熟”(第1344页)、“政治阴谋”(第1379页)……。此种修饰能力强的词语相应地在内涵上具有广泛性,其具体的内涵就只能根据上下文来加以确定,同时,不同的人基于不同的立场、不同的视角也会对“政治”作出不同的界定,例如,德国宪法学家施米特就精辟地指出“政治就是划分敌友”(共4个字),^②我国学者则做了如下详细的界定,即“政治是为实现特定利益而依照法律规定运作国家权力、行使公民权利、处理和协调国家权力与公民权利的关系以保障和实现公民权利的活动,这种活动由政治主体、政治行为、政治制度、政治目的等要素构成,这些要素由法律来规定,或者说在法律规定中得到反映”(共105个字)。^③书名取定“政治视域”意图表达论文限定在两个方面:一是与政治有关的刑法问题,例如,政治犯(罪)、剥夺政治权利,等等;二是有关刑事权力的配置及运行问题,例如,刑事立法权的运行、刑事法律解释权力的配置,

方法,谁就是守旧者或者干脆就是缺少“学术素质”。参见莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第7—8页。在我看来,刑法学界也存在类似的现象,例如过于简单地批判或者排斥“阶级分析方法”在刑法某些论题中的适用。

① 《毛泽东选集》,人民出版社1991年第2版,第1096页;下列标注页码的均引自此版本。

② 参见刘小枫选编:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第12页。

③ 参见何士青:《政治文明的法学解读》,中国社会科学出版社2004年版,第10页。

4 政治视域的刑法思考

等等。当下国人似乎从过去较长时期的“政治挂帅”^①极端走向了另一个极端“不谈政治”，^②这是应当给予高度注意的。“政治”最初的含义就是“众人公共之事”，作为“政治动物”的个体倘若均以“政治话题敏感”、“当下中心任务是抓经济而不是谈政治”等各种缘由为借口避谈政治、疏离政治，那绝对不会出现美好的愿景。作为一名刑事法律研究工作者，更有必要（刑法乃涉及人最重要法益的法律）也更有可能（刑法乃规制国家刑权力的法律）从“政治”的视角来研究思考刑法问题或者关注刑法中的“政治”问题。若此种研究进而能促发国人对“政治”的适度关注，那更是愚人的荣幸。当然，此种跨学科的“政治视域”研究又是有限的，不能“泛政治化”。^③

① 此种现象在纳粹时期也出现过，当时慕尼黑上诉法院就“政治”一词的含义可有多宽泛作了一个充分的解释：“在德国人民为争取生存而英勇奋斗的今天，生活中已不再有任何非政治的领域”。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144页。

② 美国《时代》周刊在封面上曾载“忘记民主。中国二十多岁的人忙着享受生活，无暇顾及政治”。此结论可能不能被完全认同，但反映了中国人的普遍状态。见《南方周末》2007年9月13日。

③ 我国宪法学者关注到了宪法学学科体系和研究方法过于“泛政治化”的问题，并开始了以宪法问题为核心建构宪法学，使之真正摆脱政治学影响的学术进程。参见莫纪宏：《实践中的宪法学原理》，中国人民大学出版社2007年版，第40—41页。同时，学界间或讨论或者争辩某些问题也存在政治化、口号化、意识形态化有余而学术性不足，否定性有余而建设性不足的现象。参见童之伟：《物权立法过程如何做恰当评说——兼答赵万一教授等学者》，载《法学》2007年第4期。

目 录

第一章 刑法类型的政治分析 1

一、宪政刑法与非宪政刑法 2

二、法治刑法与非法治刑法 8

三、自由刑法与威权刑法 22

第二章 关于政治犯罪的思考 24

一、内国刑法中“政治犯罪”的思考 24

二、国际刑法中“政治犯罪”的思考 30

第三章 刑民立法的两次政治性论争

——以双方所持宪法理据为中心 39

一、1990 年围绕应否修改反革命罪的论争 39

二、“物权法(草案)”是否违宪的争论 45

三、两次论争的若干比较思考 51

第四章 附属刑法立法权力不同语境的追问 53

一、附属刑法的表现形式 53

二、附属刑法的规定方式 56

三、附属刑法的两个解释学问题 59

第五章 刑罚权迷思还是立法权惯性

——关于“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的思考 65

一、“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的立法概览 65

二、“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的功能定位 66

三、“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规范解释 72

第六章 晚近刑事立法权力运行的若干思考 76

一、刑事立法权力物化新形态 76

二、刑事立法权力裁决性的凸显 82

三、刑事立法权力运行的适度与理性 89

第七章 刑法立法解释权力的配置及运行思考 93

一、现行法律解释权力配置若干问题的思考 93

二、立法解释及刑法立法解释学理界定若干问题的思考 98

三、刑法立法解释权力运行若干问题的思考 100

第八章 刑事民主立法中专家参与的文本实证分析 107

一、“民主集中制”的一般性理解 107

二、刑事民主立法中专家的参与 111

第九章 “侵犯公民民主权利罪”类罪设置的反思 157

一、“民主权利”是“about”还是“of”关系 157

二、“民主权利”是宪法学概念还是刑法学概念 163

三、“侵犯公民民主权利罪”是保留、并存还是更名、分立 168

第十章 “剥夺政治权利”的宪法解释及去政治化改造 177

一、作为限权条件的“剥夺政治权利”的宪法解释 177

二、作为刑种的“剥夺政治权利”去政治化改造 184

第十一章 合理界分立法事权和司法事权

——晚近司法解释“出罪”与“升格”现象的评析 191

一、罪状要件设置与档次划分是立法事权 191

二、具体罪名法定从重情节的规定是立法事权 195

三、《刑法》第13条“但书”的出罪机能发挥是司法事权 199

第十二章 刑法若干政治类语词疏议 203

一、“国家工作人员”疏议 203

二、“恐怖主义(犯罪)”疏议 228

三、“黑社会性质组织”疏议 241

第十三章 司法民主、司法为民及司法改革的关联思考

——一位参与司法改革实践的刑法学人的理论初探 255

一、“司法民主”范畴的界定与确立 255

二、司法为民及司法民主的关联思考 257

三、司法民主的具体形态 274

四、司法民主理念对司法改革的影响 284

术语索引 305

后记 309

第一章 刑法类型的政治分析

刑法,按照不同的标准可以进行分类。以往,学界大多立足于刑法学,对刑法进行不同的分类。例如,有学者对刑法进行了以下分类:(1)根据刑法规定范围的大小,可以将刑法分为狭义刑法与广义刑法;(2)根据刑法适用范围的大小,可以将刑法分为普通刑法与特别刑法;(3)根据刑法规范的独立性和附属性,可以将刑法分为单一刑法与附属刑法;(4)根据刑法规定是否涉及国际关系,可以将刑法分为国内刑法与国际刑法。^①另外,有学者认为,刑法的形式分类包括:(1)广义刑法与狭义刑法;(2)普通刑法与特别刑法;(3)形式刑法与实质刑法;(4)固有刑法与行政刑法;(5)完备刑法与空白刑法。刑法的性质分类包括:(1)权威刑法与自由刑法;(2)侵害刑法与意志刑法;(3)行为刑法与行为人刑法;(4)国内刑法与国际刑法。^②也有学者认为,刑法可分为如下几种:(1)狭义的刑法与广义的刑法;(2)普通刑法与特别刑法、行政刑法;(3)实体刑法与程序刑法。^③

其实,刑法的分类,也可以从政治学的立场来加以分析。我国已有些学者进行了这方面的分类。例如,有的学者根据国家与公民在刑法中的地位,将历史上的刑法划分为两种类型:国权主义刑法与民权主义刑法。以国家为出发点,而以国民为对象的刑法,称之为国权主义刑法,国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益;以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法,称之为民权主义刑法。^④有的学者基于这样一个逻辑前提:一定的社会结构形态对刑法具有决定作用,换言之,社会结构形态的变迁,必然引起刑法功能、观念与文化的嬗变,提出了

① 参见陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第10—11页。

② 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第27—29页。该书第一版只提到刑法的形式分类,而没有提及刑法的性质分类。

③ 参见马克昌:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第6—8页。

④ 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论的基础)》,法律出版社1998年版,第4—5页。

政治刑法与市民刑法的范畴。^① 有的学者认为,以刑法任务的侧重点是保护国家权威、还是保障公民自由为标准,可以将刑法分为权威刑法和自由刑法。权威刑法以前者为侧重点,它立于全体主义的观点,重点保护国家与整体的法益,过于限制公民自由。自由刑法以后者为侧重点,它以自由主义为基干,重在限制国家刑罚权的发动,以使个人自由得到保障。^② 有的学者提出了国权刑法(=权力刑法)与民权刑法(=权利刑法)的命题。^③ 笔者也曾经提出过自由刑法与权威刑法的范畴。^④

一、宪政刑法与非宪政刑法

按照刑法是否受宪政的约束,可以将刑法分为宪政刑法和非宪政刑法。从法的产生历史来看,刑法的历史要比宪法悠久得多^⑤,因此,宪法诞生之前的刑法必然是非宪政刑法,但是,一个国家有了宪法^⑥,它的刑法也未必

① 参见陈兴良:《从政治刑法到市民刑法——谈刑法的修改》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第1卷),法律出版社1997年版,第1页以下。

② 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第28页。

③ 参见许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社2003年版,第13—40页。

④ 参见刘树德:《权威刑法或自由刑法——“二难”案件司法的政治哲学基础》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第4卷),中国政法大学出版社1999年版,第120页以下。

⑤ 宪法的形成时间确定本身与如何界定“宪法”相关联。国外有学者认为,“依实质意义上说,任何国家都具备宪法,而且只要有国家组织,宪法也就随之产生”(转引林纪东:《比较宪法》,台湾五南图书出版公司1971年版,第19页);我国有学者也认为,就宪法的一般性质而言,凡是存在某种形式的政府的社会,就必然存在着某种形式的“宪法”(参见江国华:《宪法哲学导论》,商务印书馆2007年版,第25页)。若立足于此,就很难说,宪法与刑法的出现有早晚之别。

⑥ 按照我国宪法学者的观点,基于在实现法治价值上的功能的差异,宪法经历了近代宪法、现代宪法和当代宪法三个历史发展阶段。近代宪法的主要特征是通过法律的形式来保障公民的权力和限制政府的权力,强调人民主权原则和法治精神;现代宪法的突出特征就是以强调制宪权的正当性为前提,主张以不受制于任何具体立法机构和个人的立宪程序创制宪法,从而实现宪法至上的原则;当代宪法则强调了民族国家对国际社会承担的保障普遍人权的宪法义务,突显了宪法的主要价值功能在于保障和实现个人的基本自由,实现人本身的全面发展。参见莫纪宏:《实践中的宪法学原理》,中国人民大学出版社2007年版,第139—140页。

就是宪政刑法^①,因为宪法并不等于宪政,宪政主义应“以一种自由主义的方式得到阐释——在政治理论中,相关的道德单元只能是个体,政治体相对于其中的个体没有任何道德上的优越感”。^②同时,宪政刑法也可能在特定条件被非宪政刑法代替。例如,纳粹时期的德国,宪法政府的大多数里程碑式的成就——国家权威属于法律,法律面前人人平等以及一些不容侵犯的个人权利,均被取消;“只有政府受制于法律”的观点被一种“更为深刻的合法性”所代替——即“国家与法律获得了对人民而言的同一意义”,“形式主义时代”的系列宪政民主观点——民主、自由、法律面前人人平等、政治见解自由——“与我们自己的德意志世界观相悖”。^③纳粹反对刑法典的宪法基础,尤其是“罪刑法定原则”。该基本原则所概括的对国家惩罚权的几种限制:禁止溯及既往、禁止类推、法律明确性以及独立的法院为判处刑罚的唯一机构,均被第三帝国践踏殆尽。^④

判断是否属于宪政刑法,从形式上要看刑法是否与宪法抵触,从实质上看国家刑罚权是否受宪法的制约。根据现代法治国家的共识,作为国家“根本大法”的宪法的首要职能并不是给公民施加义务,而是保护公民权利、规定并限制政府的权力(包括刑罚权)。宪法的直接效力限定在公法领域,也就在于调整公民与政府以及政府机构之间的关系,致力于确保公民权利来制衡政府权力,并妥善处理宪政与法治、立法机构与宪法审查机构之间

① 我国学者指出,自近代开始中国人就往往在没有“法治国家”这个“制度性事实”的前提下将正当性(涉及对权力行使的合理依据的价值判断)和合法性(即符合实定法,体现法治形式合理性的要求)混为一谈,进而在无视宪法实效性情形下直接将实定法的存在本身当作正当性的表征,为此在“城头变换大王旗”的历史中,统治者竞相制定宪法或宪法性文件,并将其当作自己支配秩序的合法外衣。参见林来梵:《五四宪法添衣之“缝”》,载《法学研究》2004年第6期。

② 参见〔美〕拉里·亚历山大等编著:《宪政的哲学基础》,付子堂等译校,中国政法大学出版社2007年版,第25页。

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64—65页。

④ 同上注。