

中青年刑法学文库

陈兴良 ◎主编



Xingshi Fazhi de Jiben Lichang

刑事法治的基本立场

蔡道通 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D914.04/52

2008

Xingshi Fazhi de Jiben Lichang

刑事法治的基本立场

蔡道通 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治的基本立场/蔡道通著. —北京:北京大学出版社, 2008.6

(中青年刑法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13912 - 7

I. 刑… II. 蔡… III. 刑法 - 研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 081083 号

书 名: 刑事法治的基本立场

著作责任者: 蔡道通 著

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13912 - 7/D · 2072

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 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.25 印张 272 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 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

总 序

受北大出版社的委托,让我主编一套中青年刑法学文库,以展示我国刑法学人在刑法领域取得的前沿成果。

我国现代刑法学研究,从1979年刑法颁布以来,正好历时三十年。三十而立,不仅对于一个人来说三十岁是事业有成的时候了,而且对于一个学科来说三十年也应当迎来成熟的季节。可以说,我国刑法理论是伴随着刑事立法与刑事司法的发展而不断成长的,是跟随着刑事法治水平的提升而不断深化的。在各部门法学科,刑法学科可以说是人才济济,思想活跃的一个学科。以人才而言,经过三十年的努力,我国刑法学人老中青三代正好形成了一个学术梯队。老一辈刑法学人以高铭暄、王作富、马克昌、储槐植教授等为代表,以1979年刑法颁布为契机,在我国刑法的学术复兴中发挥了重大作用,使我国的刑法学术在中断了二十多年以后得以薪传,历史功绩不可磨灭。现在,老一辈刑法学人均已是古稀、耄耋之年,仍然以一种老骥伏枥志在千里的精神,继续为推进我国刑法理论的发展而不遗余力发挥余热,其志可嘉。我们这一代刑法学人,作为法制恢复重建以后的第一批法科学生,赶上了法学事业的黄金季节。以我为例,是恢复高考以后的第一届本科生、建立学位制度以后的第一届硕士生,设立刑法博士点以后的第一届博士

生。在时代潮流的推动下,我们占有天时地利,逐渐成长起来。以1997年刑法修订为标志,我们进入了刑法的学术舞台,逐渐成为主角。转眼之间,我们这一代刑法学人已经年过半百,回想起十多年前还被人称为后起之秀,感觉真是岁月催人老。我高兴地看到,比我们更为年青的一代刑法学人已经开始崭露头角。他们的思想之开放、视野之开阔、方法之先进,都要超过我们这一代刑法学人,已经展现出其学术魅力。正如季节变换,学科发展也是有其规律的。学术的更替、思想的嬗变使新一代刑法学人以一种新锐的态势脱颖而出。作为过渡的一代刑法学人,我们承前启后,承担着光荣而艰巨的学术使命。

近年来,我致力于推动刑法知识的转型。我以为,这是一个关系到刑法学科发展的重大课题。人总是在保持现状与追求变革之间纠缠与纠扯,在学术上也是如此。保持现状是我们的立足之本,如果没有一个稳定的地基,我们就连站也站不稳,因此对于现状的保持始终是我们努力的一个目标。但是,人又总是不满足于现状的,具有追求变革的天性,否则人类社会就不会发展了。追求变革必然会打破现状,在破旧中立新。学术何尝不是如此?当知识积累到一定程度,按照既有的理论范式已经难以容纳知识的增长。这时,就抵达了知识变革的临界点,只有通过范式转变才能为知识的发展提供更广阔的空间。我国现有的刑法知识是在20世纪50年代初从苏俄引入的,此后在老一辈刑法学人的努力下,逐渐完成了刑法知识的本土化,为我国的刑事法治建设作出了应有的贡献。但我认为,这套刑法知识话语存在着一些非科学的缺陷。以犯罪构成为例,这是刑法知识的核心,现行的四要件的犯罪构成理论存在着内在的逻辑混乱,是对其进行简单的调整所难以克服的。因此,我力主引入以德日为代表的大陆法系的犯罪论体系。对此,受到许多人的怀疑与质疑:现在这套犯罪构成理论用得好好的,为什么要照搬德日的犯罪论体系?确实,这是一个需要作繁复的解释与详细的论证才能回答的问题。我认为,在定罪过程中,事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断,这些规则都是为保证定罪的准确性所不可或缺的。它们是定罪的基本思维方法,其功能正如同形式逻辑之于思想。我国目前的犯罪构成并没有坚持这些原则,而是存在着事实判断与价值判断的混乱、客观判断与主观判断的混淆、类型判断与个别判断

的混同。我之所谓引入德日的犯罪论体系,实际上是指引入这些定罪的基本规则。根据这些规则建构犯罪构成体系,就获得了德日犯罪论体系的精髓,因而具有可行性。当然,刑法的知识转型是一个逐渐的过程,但这种知识转型的必然性仍是我所秉持的信念。

中青年刑法学文库是一个开放的学术园地,她吸引那些在刑法学术领域已经取得一定的学术成果的中青年刑法学人,将已有的学术成果经过整合与提升,以一种全新的面貌与读者见面。对于学术研究来说,人才是第一位的。除了个人努力以外,我们的社会应当为人才的成长提供更为宽松有利的学术环境。北大出版社本着出书出人的宏远宗旨,为我国中青年刑法学人提供出版资源,这是令人感动的。作为主编,我尽量地将有价值的刑法学人与学术成果推荐给出版社,从而使这套中青年刑法学文库成为展示我国中青年刑法学人的一流学术成果的橱窗。但愿本套丛书的出版为我国刑法知识的转型提供理想图景。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年2月3日

目 录

1. 刑事法治的基本立场
——一种基本理念与研究方法的阐释 / 1
2. 类推制度的当代命运 / 13
3. 犯罪与秩序:刑事法视野的考察 / 62
4. 犯罪与秩序:后现代理论视角的分析 / 86
5. 为民主的立法设防:刑事法律的合宪性思考 / 102
6. 共和精神:刑事政策选择的宪政制约 / 121
7. 刑法的理性与宽容:面对联合行动权的行使 / 144
8. 后现代理论及其对中国刑事政策选择的可能意义 / 163
9. 中国刑事政策的理性定位 / 182

10. 渐进之路:犯罪论体系“变革”的可能路径
——一种“政策”的分析视角 / 227
 11. 如何合理解释刑法
——以《刑法》第 17 条第 2 款为例的分析 / 244
 12. 刑法学者的使命与刑法学的深度展开
——评陈兴良、周光权教授的
《刑法学的现代展开》/ 266
- 后记 / 282

1. 刑事法治的基本立场

——一种基本理念与研究方法的阐释

内容提要 刑事法治必须致力于创造秩序,但同时也必须保障人权。因为只有将保护法益和保障人权相协调的刑事司法才能赢得国民的信赖,也才能对维护社会秩序作出贡献。就人权保障而言,刑事法律应当为脆弱的人性提供可以庇护的天空,应当为弱小的个体提供可以避难的港湾,甚至应当为单薄的个人提供可以自卫的利剑。关注本应作为刑事法律秩序主体的犯罪人的命运,关切本应理性对待的刑罚的功能与局限,应当是刑事法治不可偏废的基本立场。为此,刑事法治的研究必须整合各个学科的知识,超越刑事法律、在刑事法律之外研究刑事法治。

博登海默曾经指出,一个法律制度若要恰当地完成职能,就不仅要力求实现正义,而且还须致力于创造秩序。^①

^① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第318页。

可以说,对秩序的创造,是所有政府的基本目标,也是其正当性的基础。同样,它也是民众的基本诉求。与此相关联,法律,尤其是刑事法律^①,其基本的任务就理所当然地被定位于对“和平的秩序”的创造上。“在法和‘政府’提出的任务中,维护和平和秩序、镇压暴力和犯法,首当其冲。歌德说过:‘我宁愿犯下某种不公正,也不愿意忍受混杂无序。’……刑罚作为法制的制裁,其发展与这项任务是密切相联系的。”^②可见,秩序的创造与维系对于法律、尤其是刑事法律的意义。

在所有的当代中国的政治话语乃至公共话语中,“秩序”更是我们耳熟能详的词汇。可以说,处于剧烈转型时期的中国,对秩序的诉求比任何时候都来得急切,来得真诚,无论是政府,还是民众。而作为社会底线秩序(其实,从另外一个意义上说也是最高层次的秩序)的刑事法律秩序的形成更是中国社会有序化的迫切要求,尤其是在日益严重的犯罪浪潮一浪高过一浪的情形下。尽管人们对刑事法律秩序的理解不一。

人类发展的历史表明,对社会基本秩序的刑事法律控制其实容易做到,因为只要“政府的整个武库——法律、警察、士兵、法庭、立法机关和监狱——全力投入到社会上最不安定分子的‘驯服’之中”^③。历史上的专制国家与专制社会往往如此,他们比任何其他人都相信刑事法律对秩序的控制与维系功能,尽管结果并非如此。严刑峻法就是这种观念的产物。人尤其是犯罪人永远是刑事法律所规制的客体。

但是,人类发展的历史同样也表明,这种基本秩序的刑事法律控制并不能维系长久,一方面是因为一个无视正义或丧失正义的刑事法律控制最终是没有安全性的,对于国家是如此,对于社会同样如此。“通过服从而获得并通过恐吓来维持的秩序,并不是什么安全的保障。”^④另一方面,这种犯罪控制的模式所产生的成本是任何社会都无法长期支付的。因此,刑事法律秩序不能仅仅是指刑事法律控制所形成的社会安定的秩序。刑事法律秩序还应当包含其他的内容。

① 需要说明的是,在本书中,刑事法律主要以刑法为分析对象。

② [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第118页。

③ [美]博西格诺等著:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第353页。

④ 同上。

二

围绕着秩序的控制、法益的保护与人权的保障的两难与冲突,在刑事法律学界形成了两个基本的流派:一种流派认为,刑法的目的在于保护个人的生命或者财产这种生活利益或者法益,犯罪或者刑罚只有在能够保护该法益的限度之内,才具有意义和存在理由。这种理论一般称为实质的犯罪论。另一种学派认为,刑法的作用不仅在于保护法益,通过法益保护来维持社会秩序才是刑法的目的之所在。根据这种见解,尽管保护法益也很重要,但由于刑罚是残酷的制裁手段,为了不侵犯国民的自由和人权,事先必须在法律上明确规定什么是犯罪,只能将在形式上符合该种规定的行为作为处罚对象。只有将保护法益和保障人权相协调的刑事司法才能赢得国民的信赖,也才能对维护社会秩序作出贡献。这种流派被称为形式的犯罪论。^①可以说,面对严重的犯罪问题的社会控制与人权的基本保障的冲突与解决,实质主义的犯罪论与形式主义的犯罪论各自有其不可替代的价值与意义,当然也预示着刑事法律视野中的“秩序”概念的历史性变迁。

其实,没有对犯罪的控制与法益的保护,刑事法律的存在就没有其正当性的基础。可以说,法益的保护是刑事法律须臾不可缺失的内容,也是刑事法律获得社会信赖的基本前提。但是,同时我们必须保持清醒,在强大的国家刑事法律面前,弱小的个人显得十分脆弱也十分渺小,刑事法律的不当社会控制完全可能使得一般的社会公众尤其是犯罪人丧失作为人的基本人权与尊严,甚至一切权益的基础——生命。也就是说,在一定的情形下,或基于权力膨胀,或基于其他原因,“司法也可以杀人”^②。所以,刑事法律应当为脆弱的人性提供可以庇护的天空,应当为弱小的个体提供可以避难的港湾,甚至应当为单薄的个

① [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,“新版序”,第1页。

② [法]罗贝尔·巴丹戴尔:《为废除死刑而战》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2003年版,第3页。

人提供可以自卫的利剑。在当代,随着人权观念的勃兴以及法治的成长,刑事法律秩序的内涵也在发生着革命性的变革。刑事法律秩序除了包括刑事法律的社会控制所形成的秩序以外,还应当包含刑事法律的权利保护所生成的秩序。前者表现为刑事法律的秩序维持机能所达致的秩序,即以刑罚为手段,一方面通过刑事法律来保护法益,另一方面既使一般的人远离犯罪,又使犯罪的人不再重犯。后者表现为刑事法律的自由保障机能所形成的秩序,就是刑事法律(主要指刑法)应当“通过明确表示一定的行为是犯罪并对其科以一定的刑罚来限制国家性刑罚权的发动,在保障善良国民的自由的同时保障犯人自身的自由”^①。使刑法具有“人权大宪章的机能”,就是使刑法不仅成为善良市民的人权大宪章,也是罪犯与囚犯的人权大宪章。^②从这个意义上说,看似冷若冰霜的刑事法律背后,其实有着温情脉脉的人性呵护与终极关怀。

仅仅有刑事法律的社会控制所形成的秩序,并不能构成完整的刑事法律秩序,刑事法律的自由权利的保障所生长的秩序其实同样构成了刑事法律秩序的极其重要的内容。因为对于前者,我们往往容易形成共识,也容易付诸实践;而对于后者,我们却难以达成一致,更难实际践行。而恰恰是后一点,构成了现代刑事法律与传统刑事法律的重要区别。正如一部没有规范行政权力行使的“行政法”至多是一部管理法而不可能是真正的行政法一样^③,没有对国家刑罚权的法律控制而形成的自由权利保障的刑事法律就并不是真正的现代刑事法律。正是从这个意义上说,当代刑法的维持社会秩序机能并非纯粹的刑事法律的社会控制,而是指“使构成社会的元素(个人和团体)之间的相互关系处于安定状态,有利于社会发展的机能”^④。它包括着两个基本的层面:保护法益机能与保障人权机能。两者构成了完整的维持社会秩序机能,也规定着完整的刑事法律秩序的内涵:任何轻视刑事法律的社会控制或法益保护而简单重视人权保障的取舍与做法,或者相反的轻视刑法的人权保障而强化秩序的社会控制或法益保

① [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第23页。

② [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第4页。

③ 参见董炯:《国家、公民与行政法——一个国家—社会的角度》,北京大学出版社2001年版,第181页。

④ [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第3页。

护的选择与实践,都会使一般的社会公众对刑事法律以及与此相关联的刑事法律秩序失去信赖,最终招致难以维持社会秩序的结果。因此,只有“使两者发挥作用的时候,刑法才能充分发挥其维持秩序的机能。……如何协调保护法益和保障人权之间的关系,以维持社会秩序就成了刑法学上最重要的课题”^①。

三

基于上述的基本分析,国家与社会(个人)^②当然构成了当代刑事法律必须关注的两极。对于国家,刑事法律必须维持国家性公共社会的秩序,保障社会基本的生存安全与发展需求;着眼社会(个人),刑事法律必须有节制地运作从而避免不当地侵害公民的基本自由与权利,使其成为人们捍卫自身合法权益的大宪章。当国家与社会合二为一,即国家淹没或吞噬社会(个人)时,社会没有其存在的合理理由与空间,个人也没有其独立的价值与意义,刑事法律存在的唯一依据在于其对社会秩序的维系与控制,刑事法律保护了国家,就保护了社会,同样也就保护了个人。社会、个人,如果说有价值,也只能在国家的意义上、范围内解读,离开了国家,社会与个人就成了无源之水,无本之木。当社会从国家分离之后,即社会有独立的存在时,社会与个人才具有了独立于国家的存在价值与生活意义,其自身当然地具有了自主性的空间与权益。刑事法律对国家的保护与秩序的维持,并不当然就是对公民权利与自由的保障与捍卫。公民权益的保护与保障,则从对国家权力的理性限制以及社会对国家的制约中,即对国家性刑罚权发动的限制上得到诠释。刑事法律的发展史,也可以说是国家与社会(个人)的相互分离史。

从另外一个意义上说,国家与社会(个人)的分析框架可以成为刑事法律秩序的基本解释工具。尽管国家与社会的理论模式是在西方的土壤中孕育、发展

① [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第5页。

② 严格地说,社会与个人并不可以等同,两者更不是同义语。在本书中,就与国家相对应的一个范畴与特定空间,社会与个人是在同一个意义上使用的,因为社会从国家的分离过程就是个人权利的成长过程。

与兴盛的,并且抽象的国家与社会理论在本质上是特定历史情境的产物,其理论的演进也脱胎于具体社会政治条件的发展,所以这一理论与分析框架,对于中国的现实是一种彼此难以搭界的事。但是,正如学者指出的是,基于对现实的理论关怀而发展起来的国家与社会理论,在很大程度上被用来抽象地解释一种更为简单的两极关系,即国家与公民的关系。在西方宪制发展的历史中,国家与社会的关系既是一种思想关系,也是一种物质关系,即反映了社会、政治与经济在客观实际中的发展历程。国家与社会关系的变迁明晰地折射出国家与公民关系的发展轨迹:国家与社会从相对分离到相互促动甚至到相互融合,国家对公民从消极地确认与维护到积极地保障与促进甚至到无微不至地看护。甚至可以说,国家与社会,国家与公民,只是审视一个问题的两个角度,或者一个问题的两种表达方式。^① 对于中国,包括中国的法治而言,生成于西方的国家与社会的分析框架来解析中国的刑事法律并非没有可能,也并非没有意义。尽管中国的国家与社会的界分因为特定的历史、文化传统与民情基础,尤其是独有的政治、经济与法律文化传统而与西方有质的区别,但是,在当代中国,基于历史的积淀与现实的发展,社会与国家的分离甚至一定程度上的彼此独立,不仅是理论上的,也是现实存在的。这为我们梳理中国包括刑事法律在内的法治建设的历史并展望其可能的未来提供了可能也提供了工具。

四

中国的法制现代化进程是清末开始的,中国的刑事法治也是从那时拉开建设的序幕的。^② 清末法制改革既开始了中国法律结构的创新性过程,又表现了法律精神的某种价值转型,从而构成了中国法制现代化的历史发端。^③ 由于清末的法制改革运动主要是清末的统治集团为了挽救即将崩溃的专制帝国统治

① 参见董炯:《国家、公民与行政法——一个国家—社会的角度》,北京大学出版社2001年版,第154—156页。

② 参见公丕祥主编:《中国法制现代化的进程》(上),中国人民公安大学出版社1991年版。

③ 公丕祥:《法哲学与法制现代化》,南京师范大学出版社1998年版,第518页。

所进行的一场法制改良运动,同时也是在近代西方法律文化影响下所展开的一次法律改造工程。所以,中国的法制现代化的进程表现出与西方的法治进程完全不同的特点:没有市民社会的生成,欠缺市场经济的发育,缺失权利意识的成长,缺乏权力控制的意识,更没有制度规范的信仰。结果,简单的制度移植由于缺乏其生长的必要营养、没有其得以安身立命的必要基础很快就寿终正寝、分崩离析。中国的法制现代化进程在其刚刚开始阶段,就像已经断线的风筝,只看到其风雨飘摇,但不知其漂向何方、也不知在何时消失在人们的视野之中。随后的国民党政府尽管也对中国传统法制进行改革并对西方法制大力引进,但由于社会的经济、政治等方面的基础没有根本性的变革,尤其是立于维护其统治的社会秩序与法律秩序的现实需要,而呈现出强烈的国家主义色彩的法律价值取向,而使得国民党政府的立法与司法,无论是其宪政立法,还是民事立法,乃至刑事立法及其司法,都始终贯穿着浓烈的国家本位的法律精神。中国的法制现代化之路仍然像无根的浮萍不知会漂向何方。

新生的人民政权的建立,为中国法制现代化的建设开辟了新的航程。但是由于计划经济的绝对主导地位与排他性统治,市民社会与政治国家绝对地同一,社会的利益、个人的权益与国家的利益基本等同,并且社会的、个人的权益只有在国家的权益中得到解释,也只有在中国的语境中才能存在,权力成为支配社会、个人,分配资源的唯一手段,个人权益淹没在国家的汪洋大海之中。法治,包括刑事法治缺失基本的存在与发育前提。因此,在改革开放之前的中国,法制现代化的历史航船是在湍急汹涌的河流中艰难前行,尽管奋力向前,但步履维艰。市场经济的提出,政治文明的欲求,人权观念的勃兴为中国的法治化标明航标,法制现代化的历史巨轮已经扬帆远航,尽管仍然路漫漫。

五

中国的法治化进程与各国的法治实践表明,法治,已经成为一种世界性的流行话语与普适命题。即便是最为专制的国家,也一定有被称之为“宪法”的文

本存在,尽管这种宪法根本没有起到法的效能,尽管那种统治与专制无异,尽管这种宪法很虚伪也很脆弱,但它毕竟还需要一部被称之为“宪法”的高级装饰品作为其虚假的招牌来装点其门面,毕竟它还不致赤裸到不要宪法的程度。法治与宪法,在这个意义上说已经具有了制约专制的作用,也是从这个意义上说,宪法的世界范围的实践,不能简单地被看作是西方法律“宏大话语”霸权的产物,尽管有时宪法会被作为强势话语打压其他国家。

法治作为一种制度文明与人类共同财富,具有跨越地域的普适意义,尽管其具有特定的生成语境从而表现出“地方性知识”的特征。但法治之所以为法治,应当具有其灵魂与精髓的存在。所以,法治,包括刑事法治应当具有一些超越意识形态、超越地域界限、超越种族肤色的共同意义与普适话语。法治不能拒绝普适性,“如果彻底地拒绝普适性,这种态度即使在一个实行地方性规则的社区内部进一步演绎,也会出现普遍规则的瓦解,以致人们惟暴力是从。”^①从这个意义上说,具有普遍解构性特征的后现代主义是我们进行法治建设必须警醒的一种思潮,尽管我们不能否定后现代主义对于法治建设的某些积极意义(因为它同样也是我们法治建设的一种思维背景与认识视角)。因为,“什么都可以”、“什么都合理”的主张必然导致一种绝对的相对主义,法律规则的确定性与合理性将不复存在,“法律的正当性”就会变成是一个伪命题,“法律的不法”^②也就成为疯言妄语。纳粹主义的法律也就当然具有合理性。

由此,中国的法治,不能脱离得到共同承认的法治的基本命题,不能背离已经达至基本共识的法律话语。同样,中国的刑事法治建设不能违背或排斥人类业已形成共识的基本原则与主干命题。法治,乃至宪政的核心命题,是解决权力的法律控制与人权的基本保障问题。其次,才是法律的社会控制问题。所以,中国的法治化也不例外。中国的法治建设必须着力解决好国家法治问题,没有国家法治(包括政党法治),就不可能有社会法治。没有对国家的法律控制,没有权力的彼此制衡,就不可能有法治的形成。我们能看到的就只能是“被

① 刘海波:“政治科学与宪政政体”,载王焱编:《宪政主义与现代国家》,三联书店2003年版,第114页。

② [德]拉德布鲁赫:“法律的不法与超法律的法”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛(四)》,中国政法大学出版社2001年版,第439页。

人为幼儿化的立法机构、永远飞扬跋扈的公共行政机构、唯唯诺诺毫无权威的司法机构,我们看到法律形同虚设……”^①

为此,中国的立法机构一方面要强化,使其真正成为最高的国家权力机关,但也要对其防范,防范其可能的立法权限的过度与立法重点的偏差。行政机构权力的有效规制也应当成为法治的重点。对于中国这样一个主要依靠政府推进法治进程的国家^②,对行政权力进行防范其实也是法治建设的中心与难点。中国的司法也应当具有司法本身应当具有的属性与功能,应当成为超越于国家与社会的一种中立性、被动性与程序性权力,而不应成为另外一种力量与权力的附庸与奴仆。中立、独立的司法才能成为国家与社会、被害人(原告人)与被告人的居中的公正裁判,才能成为国家与社会共同受益的安全防护堤坝与制度宣泄通道。司法的公信力才能形成,法律权威与法律信仰才能确立。所有这些都是制度得以建构并发挥实效的基础。对于中国的刑事法治而言,法治的基本命题与基本理念,宪政的基本支撑与价值内涵,是其建设的基本前提与基础,也是刑事法治必须努力与着力的地方。换言之,刑事法治必须在遵循法治与宪政的基本要求的前提下才能进行,法治与宪政也是检验刑事法治正当性的基本尺度。

刑事法治除了必须考量法治与宪政的基本命题外,还要关注刑事法律自身的质的规定性。刑事法治必须关注犯罪,包括犯罪的原因与犯罪的价值;必须关切刑法,包括其机能与限度;必须考虑刑罚,包括其功能与局限;更为主要的,必须关乎人,一个个生活在具体社会中的形态各异的具体人;当然也必须同时关注这个发生犯罪、产生犯罪人的社会以及这个社会控制犯罪的基本方略——刑事政策。为此,刑事法律必须在国家与社会之间,在犯罪人与被害人之间,在犯罪与秩序之间,在犯罪控制与权利保障之间以审视与批判的理性精神检讨现实,从而寻求刑事法治发展安全而有效之道。

犯罪是我们不得不面对的恶害与现实,刑罚是我们不得不用利剑与工

^① 萧瀚:“法的信仰基础刍议——兼谈中国制度转型的深层忧虑”,《法大评论》第2卷,中国政法大学出版社2003年版,第95页。

^② 参见公丕祥:“政府与法律:东西方法律发展的政治机理”,载《学习与探索》1999年第4期。