

刘树德/著

THE CONSTITUTIONAL RESEARCH  
TO CRIMINAL LAW

# 宪政维度的刑法思考

立足于时下“依法治国”就是“依宪治国”的共识，该书从宪政维度对刑法中的若干问题进行了思考。例如，刑事法领域引入“合宪性”审查制度的问题、刑罚权力运行样态与国家职能的关系问题、法治刑法的重新塑造问题、空白刑法存在的价值判断和填补规诫问题、罪刑均衡原则的立法背离问题、刑法类罪体系的重新构建问题、“亲亲相隐”伦理价值底限的刑法期待问题、非公有制经济宪法化引发的刑法平等保护问题，等等。通过对这些问题的思考或再思考，“在刑法之外研究刑法”与“在刑法之上研究刑法”，形成如下的信念：“宪政国”或“法治国”这些大写的符号所蕴涵的价值和精神必须融入刑事法、行政法、民法法等具体规范和制度的设计和建构之中，才不会是“空中楼阁”和“海市蜃楼”，才会有真正的生命

该书新从宪政维度对刑法有关问题进行了思考，提出了诸多新观点。例如，罪刑规范建构应进行“合宪性”审查，“权威刑法”、“自由刑法”与“法治刑法”范畴的提出，空白罪状合理性的追问，空白构成要件的具体填补，“亲亲相隐”合理内容的刑法典化，等等。同时对有些并不“新”的问题做“新”的再思考。例如，从宪法基本权利保护的角度思考刑法分则类罪体系的安排问题，从宪法平等保护非公有制经济的角度思考挪用公款罪的构成要件问题，从国家职能的双重假说来分析刑罚权力的运行机制问题，从法治刑法重塑的角度思考罪状设置的定量模式问题，等等。新方法确实比新观点有生命力，“横看成岭侧成峰”，刑法之门并不是独扇

法律出版社

刘树德 / 著

THE CONSTITUTIONAL  
TO CRIMINAL LAW

# 宪政维度的刑法思考

## 图书在版编目(CIP)数据

宪政维度的刑法思考/刘树德著. —北京:法律出版社,2002.5

ISBN 7-5036-3735-8

I. 宪… II. 刘… III. 刑法—研究—中国  
IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第017199号

---

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书公司

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

---

开本/A5

印张/8.75 字数/220千

版本/2002年6月第1版

2002年6月第1次印刷

---

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室) (010)88414135(责任编辑)

---

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

---

商务网址/www.chinalaw-book.com

---

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3735-8/D·3370

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 序 言

刘树德的新著《宪政维度的刑法思考》让我作序，一见这书名，就为之叫好。翻阅全书，我感到这些思考是独到的，对于推进我国刑法学研究是有意义的，因而乐于为之推荐。

北京大学法学院储槐植教授倡导“在刑法之中研究刑法，在刑法之外研究刑法，在刑法之上研究刑法”，我深以为然。以往我国刑法学界大多是“在刑法之中研究刑法”，而鲜有“在刑法之外研究刑法”与“在刑法之上研究刑法”。近年来，随着我国刑法理论的发展，不仅刑法的规范研究新作迭出，而且刑法的超规范研究也可以说是新人辈出。刑法研究路径的多元化，对于繁荣刑法学理论是十分重要的。刘树德找到了适合自己的研究路径，这就是从宪政视角审视刑法，这是一种“在刑法之外研究刑法”的方法。如同本书后记所言，刘树德本科是学国际政治的，奠定了政治学的理论基础。从硕士研究生开始跟随我学习刑法，当时我就注意让刘树德利用政治学的知识资源来研究刑法。当然，从一个学科转入另一个学科，存在一个入门的问题，刘树德经硕士而博士，在刑法的学术殿堂开始登堂入室。现在终于拿出了这方面的研究成果，这是令我高兴的。

从宪政角度思考刑法，这是对刑法的合宪性与正当性的考察，这是一个独特的视角。这一视角的形成又是与我国宪政理论的发展相呼应的。这几年来，宪政越来越成为一个引人瞩目的热点问题。法治是以宪政为基础的，没有宪政秩序，法治是难以实现的。因此，法治建设的推进必然触及宪政问题。宪法在

一个国家的法律体系中处于母法的地位,包括刑法在内的部门法都是子法。因此,对刑法的深入研究同样也离不开宪法理论。对于宪法之于刑事法治的意义,是令我关注的一个学术问题。在《刑事法评论》第十卷的主编絮语中我曾经指出,我国虽然一直有宪法,但宪法往往只具有陈列的意义,对于现实生活没有规范作用,对于部门法没有规制作用。因此,虽有宪法却无宪政。在这种情况下,宪法只不过是一纸具文而已。随着法治建设的发展,宪政的问题越来越多地被提到学者的面前。宪法学者开始从静态宪法到动态宪法、从形式宪法到实质宪法展开宪法理论的新探讨,宪政这一曾经沉寂的术语开始悄然复活,并日益成为宪法理论的关键词。不仅如此,其他部门法学者也从本部门的实际问题出发,触及宪政问题。可以说,合宪性是对合法性的一种审问,是最高层次的合法性,乃至于是对合法性的正当性审视。它表明我国部门法的研究正在向着更高的理论层次攀登,各部门法都以不同的角度实现着宪法的价值内容。正是在上面所讲的这种历史背景下,我从刑事法治出发,分别撰写了《刑事程序的宪政基础》与《刑法的宪政基础》两文。现在,我高兴地看到刘树德以一种理论的自觉同样也选择了宪政视角对刑法进行思考,使我有一种“吾道不孤”之感。

在本书中,刘树德以专题的形式对刑法中的宪政问题作了深入思考。在《刑事法治的宪政基础》一章中,作者认为罪刑规范建构应引入“合宪性”审查,并且提出了“刑事领域的宪法司法化”的命题,指出:刑事领域的宪法司法化反映到诸多问题之中。例如,犯罪构成体系如何建构才能确保宪法规定的基本权利不受刑事立法机关的不经意的侵犯;刑事责任的归责结构如何建造才有利于确保犯罪嫌疑人的人身、自由、财产权利不受刑法之外的限制或剥夺;具体罪刑规范如何建构才能确保刑法所规定的法律面前人人平等原则在刑事法领域得到有效的体现,等等。这些问题的提出,是具有重大意义的,也是传统的刑法理论不能

## 序 言

回答的。作者在本书中从不同的角度对这些问题进行了探讨。再如空白罪状问题,以往我国刑法理论只限于从适用角度加以论述。而本书则从宪法“立法权力”安排的角度,对空白罪状进行正当性追问,包括法律民主性原则角度的追问、法律专属性原则角度的追问和法律明确性原则角度的追问。在这种追问的基础上,又提出了空白罪状的空白要件进行填补的方法,并主张空白要件的填补应确保不背离罪刑法定原则。这样一些探讨,确实是以往不曾见到的,给人以启迪。

应当指出,本书的大部分内容是作者参加工作以后写就的。博士生毕业以后,他到最高人民法院从事刑事审判工作,得以有机会接触大量的司法实践情况。繁忙的工作并没有使他被具体案件和具体问题所淹没,而在继续思考研究一些宏观的理论问题,利用工作之余的时间,读书思考,笔耕不辍,终于有这些作品奉献给读者。对于作者的这种勤勉,曾经是他的导师的我,为之高兴。我期待着刘树德不断拓展自己的研究领域,同时有更多的著作问世。

陈兴良

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

2001年12月20日

## 刑法之门何处寻？

(代自序)

针对刑法学研究的整体状况，部分刑法学人较早地开始了自我反省和批判，并作自画像：“‘泡沫经济’式的表面的繁荣背后”<sup>①</sup>仍“处于一种低水平重复与徘徊的境况”。<sup>②</sup>同时，开出“药方”：建立起严谨科学的刑法理论的“专业槽”。<sup>③</sup>“刑法学研究首先应当立足于专业食槽的建构。专业食槽的问题，就是刑法作为一门学科自身的理论范畴与范式的体系化问题”，“作为一门严谨的学科，刑法学应当具有自己的‘专业槽’。非经严格的专业训练，不能随便伸进头来吃上一嘴。这既是维护刑法学的学术性的需要，更是维护刑法学的科学性的需要”；“专业槽的建构过程及其结果是不是意味着一个话语霸权的形成与扩张？建构专业槽的确隐藏着剥夺他人研究刑事法自由的危险”，因而，“专业槽不是一个封闭的桎梏，而是一个开放的系统”。<sup>④</sup>

基于“‘专业槽’的提法极可能在相反的两个方向上被曲解：一是‘阳春白雪’式的曲解，一是‘下里巴人式’的曲解”，同时“先

<sup>①</sup> 参见高铭喧、赵秉志主编：《新中国刑法学五十年》，中国方正出版社 2000 年版，第 38 页。

<sup>②</sup> 参见陈兴良：“学术功底、问题意识、研究方法”，载《刑事法理论研究文丛》，中国政法大学出版社 1999 年版。

<sup>③</sup> 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 701 页。

<sup>④</sup> 参见陈兴良：“学术功底、问题意识、研究方法”，载《刑事法理论研究文丛》，中国政法大学出版社 1999 年版。

觉”到现代刑法学需要确立“综合就是创新”的思维方式来解答“刑法学的基本问题”（老问题，作出适应现代科学技术发展的新回答），时下更为紧迫的问题是“破除（刑）法学研究中的专业主义”，多点“非专业主义”。<sup>①</sup>

在我看来，无论是建构“专业槽”，还是破除“专业主义”，都存在同样的目的，研究刑法但不局限于刑法。“专业槽”的建立，可以说是修炼内功之道，内功不深便难以“天马行空”，遨游非刑法学领域，“专业主义”的破除，可以说是打磨外功之途，外功不精则难以“浮想联翩”，拓展刑法学领域。在此种意义上，两者可谓异曲同工。因此，只有经过严格的专业训练，达到刑事法专业槽的基本要求，方能找到刑法之门进入“刑事法理论圣殿”，也才可能选准刑法之门出入非刑法学领域，如刑法哲学、刑法史学、刑事政策学、刑事诉讼法学、犯罪学、被害人学等全体刑事法学、法哲学、宪法学、民法学、经济法学等相邻法学科以及哲学、政治学、社会学、人类学、经济学、历史学、心理学等人文学科。

在人文科学研究中，诸多思想家提供了“寻门”的范例，例如，马克思以“商品”为基点展开的资本论研究，弗洛伊德以“性”为中心展开的心理学研究，福科以“权力”为中心展开的监狱史研究，波斯纳以“经济”为路径的法学研究，等等。刑法之门的寻求，也就是确立进出刑法领域的研究路径或基点。刑法之门具体包括朝内开之门和向外开之门，前者是便于在刑法学领域内“精雕细琢”本体问题，例如，邱兴隆教授选择“刑罚”为基点对刑罚学的研究<sup>②</sup>，后者是便于在刑法学领域外“刨根问底”关联问题，例如，陈兴良教授选择“人性”对刑法的研究。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见卢建平：“非专业主义与刑法学的发展”，载《人大法律评论》2001年第1辑，中国人民大学出版社2001年版，第409—416页。

<sup>②</sup> 参见邱兴隆：《刑罚学》、《刑罚学理性导论》、《刑罚学理性评论》，中国政法大学出版社1999年版、2000年版。

<sup>③</sup> 参见陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社2000年版。



刑法理论大厦之门是复数的，每位渴望进入者关键在于寻求适合自己研究的切入点或路径，例如，以刑法中的人的假设（抽象人和具体人）<sup>①</sup>为切入点展开刑事法学派的研究，以国家职能的假设为基础展开对刑罚权力运行机制的研究，等等。可以说，只要确立了契合的基点或寻找出妥适的路径，就可能“啃”到“（刑法）专业食槽”之中的“佳肴”，同时“这就是你的贡献”（对刑法学）。<sup>②</sup>

《宪政维度的刑法思考》即是我寻找到适合自己的研究路径的结果。若借用 Richard Allen Posner 的书名“An Economic Approach to the Law of Evidence”，我的研究也就是 A Constitution Approach to the Criminal Law，即从宪法的角度展开刑法若干问题的研究。

我国刑法第一条规定，“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法”。从应然的层面而言，“根据宪法”四字，既表明刑事立法权行使的根据来源于宪法、范围局限于宪法，也意味着刑事立法权行使的结果——罪刑规范不得与宪法规范相违背和冲突，否则就无法法律效力；同时，刑法学的研究也应立足于宪法，并接受宪法的指导。但是，从实然层面来说，宪法的法律权威并没有完全显现，宪法规范的法律效力也并没有完全确立。单从刑事法领域来说，诸多的法律现实或多或少背离了宪法或有违于宪法，例如，叙明罪状叙而不明，空白罪状被参照的规范性文件效力过低，司法解释参与建构“新”罪状，或任意扩大罪状具体犯罪构成要件的行为外延等等。同时，立足于宪法层面来研究刑法问题

<sup>①</sup> 参见拉德布鲁赫：《法律中的人》，载《政法评论》2001年第1辑，中国政法大学出版社2001年版。

<sup>②</sup> 参见苏力：《什么是你的贡献？》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

的论著，也屈指可数甚或“蜻蜓点水”。“此种问题存在的原因是多方面的。在我看来，宪法不具有可诉性和违宪审查制度的缺席无疑是重要的原因”，“我国刑法学术研究中宪法规范意识的缺席，无疑与宪法之诉实践的缺乏有关，反过来，我国宪法之诉迟迟没有确立，无疑又与刑法学理论缺少宪法规范意识或未作深入的研究相关”。<sup>①</sup>

“结论并不重要，结论只是人们为了退出某一具体研究时，一个比较有效又体面的战术或策略”，<sup>②</sup> 因此，我是怀着呼唤“宪法步入刑事法领域的提升”的初衷，而不是意在提供“治国安邦”的良策，编辑出版此书的。不过，我至少找到了一扇刑法之门——宪法维度，若允许自夸，这或许也就是“我的一点贡献”吧。

① 参见拙著：《罪状建构论》，中国方正出版社 2002 年版，前言第 1 页以下。

② 参见苏力：《什么是你的贡献？》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。

## 目 录

一、宪法司法化步入刑事领域的提升——刑事法治 的宪政基础 .....	( 1 )
(一)刑事法治应契合宪政价值理念 .....	( 2 )
(二)罪刑规范建构应遵循的价值性原则 .....	( 6 )
1. 罪刑规范建构应遵循民主性原则 .....	( 7 )
2. 罪刑规范建构应遵循平等性原则 .....	( 13 )
3. 罪刑规范建构应遵循均衡性原则 .....	( 18 )
4. 罪刑规范建构应遵循谦抑性原则 .....	( 21 )
(三)罪刑规范建构应引入“合宪性”审查 .....	( 26 )
(四)罪刑规范解构应遵循“有利于被告人”原则 .....	( 38 )
二、刑罚权力运行样态的分析——国家职能的双重 假设 .....	( 44 )
(一)国家职能的双重假设——消极职能与积极职能 .....	( 45 )
(二)刑罚权力的阈域界定——制刑权中的自由主 义与权威主义 .....	( 56 )
(三)刑罚权力的司法起动——求刑权中的被动主 义与能动主义 .....	( 63 )
(四)刑罚权力的司法量化——配刑权中的规则主 义与裁量主义 .....	( 69 )
(五)刑罚权力的执行兑现——行刑权中的威吓主 义与矫正主义 .....	( 76 )

<b>三、权威刑法抑或自由刑法——“二难”案件司法的理念</b> .....		( 83 )
(一)	“二难”案件的现实存在 .....	( 84 )
(二)	“二难”案件定性的理论基础 .....	( 91 )
(三)	“二难”案件定性的立法诱导 .....	( 94 )
<b>四、刑罚权力边界的规范匡定——法治刑法的重塑</b> .....		( 98 )
(一)	犯罪概念的形式规定:总则规范匡定 .....	( 99 )
(二)	罪状设置的定量模式:分则规范匡定 .....	(112)
<b>五、空白罪状“委任立法”的思考——宪法“立法权力”的安排</b> .....		(126)
(一)	空白罪状“委任立法”的实然存在 .....	(126)
(二)	空白罪状“委任立法”的应然追问 .....	(131)
1.	法律民主性原则角度的追问 .....	(133)
2.	法律专属性原则角度的追问 .....	(143)
3.	法律明确性原则角度的追问 .....	(153)
(三)	空白罪状“委任立法”的填补规诫 .....	(162)
1.	空白罪状“空白要件”填补的依据 .....	(162)
2.	空白罪状“空白要件”填补的立场 .....	(167)
3.	空白罪状“空白要件”填补的方法 .....	(170)
<b>六、罪刑规范均衡原则的立法背离——立法平等的审视</b> .....		(179)
(一)	罪刑规范均衡的立法背离 .....	(180)
(二)	罪刑规范不均衡的克服 .....	(187)
<b>七、刑法类罪体系安排的再思考——宪法“基本权利”的保护</b> .....		(191)
(一)	宪法基本权利优位层面的反思 .....	(192)
(二)	宪法基本权利归类层面的思考 .....	(204)
<b>八、“亲亲相隐”:刑法伦理底限的寻求——宪法伦理价值保护的期待</b> .....		(213)

(一)刑法、伦理关系的合理定位 .....	(213)
(二)“亲亲相隐”:刑法、伦理关系的佐证 .....	(220)
1.“亲亲相隐”价值层面的思考 .....	(222)
2.“亲亲相隐”规范层面的思考 .....	(227)
3.“亲亲相隐”实践层面的思考 .....	(235)
九、挪用公款罪合宪性角度的思考——宪法平等保 护非公有制经济 .....	(240)
(一)挪用公款法益“公款使用权”的再思考 .....	(242)
(二)挪用公款“利用职务上的便利”的再思考 .....	(248)
(三)挪用公款背离“平等性”的思考 .....	(253)
1.挪用公款“归个人使用”诱发的背离 .....	(255)
2.挪用公款三种用途诱发的背离 .....	(256)
3.“携带挪用的公款潜逃以贪污论处”诱发的 背离 .....	(261)
后 记 .....	(265)

## 一、宪法司法化步入刑事领域的提升

### ——刑事法治的宪政基础

依法治国,建设社会主义法治国家,在某种意义上可以说,就是依宪治国,建立宪政国家。依宪治国,就应树立法律的权威并首先树立宪法的权威。宪政国家,并不只是意味着存在一部全面规定公民基本权利和限制政府权力的宪法。宪法只有得到真正有效的实施,宪法确立的公民基本权利只有得到真正有效的实现,宪法规定的国家权力分工与监督制约机制只有得到真正有效的运作,才能算是有了真正意义上的宪政。在我国,随着社会的进步和时代的发展,宪法,作为国家的根本法,具有最高的法律效力,越来越受到重视。特别是现在更强调“书本上宪法”转化为“活宪法”,即“要采取更加有力的措施,加强宪法实施的有效保障,包括健全宪法实施的具体制度,开展对宪法实施的经常性检查监督,及时地纠正违反宪法的现象,切实把宪法的各项规定落到实处”。因此,如何在法实践的层面上确保宪法权威以及宪法规范的有效实施,无疑是当下重要和紧迫的问题,其中,无疑也包括刑事法实践层面贯彻和体现宪政宗旨的内容。在某种程度上可以说,宪法步入刑事法领域并得到提升,在当下的中国恰恰没有得到应有的重视或被无意识地忽略。在我看来,“公民的自由主要依靠良好的刑法”(孟德斯鸠语),刑法以剥夺公民自由为主要制裁手段,不良的刑法无疑是公民自由的最大威胁,因此,探寻刑事法治与宪政的价值理念上的关联,进而为刑事法规范的建构提供宪政制度基础,具有重要的理论意义

和实践价值。

### (一) 刑事法治应契合宪政价值理念

法治的概念虽古已有之,但法治概念又时常模糊不清,西方学者认为是因为“法治的分析语境出自西方的思想和实践这两个不同的来源。法律实践家和法官总是站在法治对话的前沿,他们的实践则为理论家所解释。尽管法治有着丰富的、难以割断的实践的历史,但理论家所做的将它理论化的尝试常常是杂乱无章的”。<sup>①</sup> 其实,无论在实践中还是在理论上,都不存在一成不变的法治(理论),相反,法治本身就是历史的范畴,始终处在动态的变化之中,因此,处在不同历史文化传统和政治社会实践语境中的学者自然会作出不同的属性界定或赋予不同的价值理念。

探寻法治,概而言之,主要又存在两条路径,一是从法治应具有哪些特征或规诫的角度切入,二是从法治应否承载特定价值的方向入手。关于法治属性的最早论述见诸亚里士多德的《政治学》,“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”<sup>②</sup> 英国学者戴雪第一次比较全面地阐述法治的三层含义:“(1)法治意味着,与专横权力的影响相对,正规的法律至高无上或居于主导,并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在;(2)法治意味着,法律面前的平等,所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律;(3)已有的宪法性法律不是个人权利的来源,而是其结果,并且是由法院来界定和实施的”。美国学者富勒认为,具备法治品德的法律制度由八个要

<sup>①</sup> 转引夏勇:《法治是什么?》,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第7页。

<sup>②</sup> 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

素构成：一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可循性、稳定性和同一性。莱兹提出了法治的八条原则：(1)法律必须是可预期的、公开的和明确的。(2)法律必须是相对稳定的。(3)特定的法律命令或行政指令必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定。(4)必须保障司法独立；(5)必须遵守像公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则；(6)法院应有权审查政府其他部门的行为以判定其是否符合法律；(7)到法院打官司应该是容易的；(8)不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律。菲尼斯列举了法治的八项要件：(1)规则是可预期的、不溯及既往的；(2)规则无论如何也不是不能够被遵循的；(3)规则是公布的；(4)规则是清楚的；(5)规则是相互协调的；(6)规则足够地稳定以允许人们依靠他们关于规则内容的知识而受规则的引导；(7)适用于相对有限情形的法令和命令的制定受公布的、清楚的、稳定的和较为一般性的规则的引导；(8)根据官方资格有权制定、执行和适用规则的人，一要对遵循适用于其操作的规则是负责的、可靠的，二要对法律的实际执行做到连贯一致并且与法律的要旨相符合。<sup>①</sup>我国学者夏勇认为，法治具有十大规诫：(1)有普遍的法律；(2)法律为公众知晓；(3)法律可预期；(4)法律明确；(5)法律无内在矛盾；(6)法律可循；(7)法律稳定；(8)法律高于政府；(9)司法权威；(10)司法公正。<sup>②</sup>高鸿钧则认为，法治具有下列主要特征：(1)强调依法统治；(2)强调法律自治；(3)强调法律面前人人平等；(4)坚持法律的一般性和普遍性；(5)主张司法独立，注重程序要件；(6)维护个人自由；(7)主张法

<sup>①</sup> 转引夏勇：《法治是什么？》，载《公法》（第二卷），法律出版社2000年版，第9—13页。

<sup>②</sup> 参见夏勇：《法治是什么？》，载《公法》（第二卷），法律出版社2000年版，第14—22页。



律的稳定性。<sup>①</sup>

法治应否承载特定的价值理念,主要表现为形式法治和实质法治的分歧。法治,如仅做形式意义的、工具性的理解,就意味着如何保证更有效地制定并实行规则,相反,从实质意义上理解的法治,往往被赋予特定的价值目标。亚里士多德认为,国家和法律的最终目的在于促进正义和善德。<sup>②</sup> 康德基于政治法律领域的先验的纯粹理性的原则就是自由的普遍法则,将法定义为“个人的自愿行为在现实中与他人的自愿行为相协调的全部条件的综合”,意在强调法协调人们自由的功能。<sup>③</sup> 莱兹将法治的价值概括为三方面:(1)抑制专横的权力;(2)维护个人自由;(3)尊重人类尊严。哈耶克突出法治与自由的密切关系。德沃金重视法治与权利的关联。罗尔斯则将法治视为确保“公平的正义”的重要途径。菲尼斯认为法治的基本点在于确保受权威支配的人们拥有自我主导的尊严,并免于某种管理方式的侵扰。<sup>④</sup> 可以说,实质意义上的法治理论往往通过自由、人权、民主等价值来解说,或强调法治与正义、公平、良心和理性等抽象理念之间的相互关联与制约,也即重视法治与这些抽象理念所蕴涵的价值取向的趋同性强化和片面性削减。形式意义上的法治理论不考虑“法”之外的因素,仅关注实证的法规范,“自由的内容让位于外在的、与价值无涉的形式,国家与法律只不过是一个纯粹的社会技术或社会工具”,<sup>⑤</sup> 往往会导致如下的不良结

① 参见高鸿钧:《现代西方法治的冲突与整合》,载《清华法治论衡》(第1辑),清华大学出版社2000年版,第8页。

② 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第138页。

③ 参见[德]康德:《法的形而上学原理》,商务印书馆1991年版,第40页。

④ 转引夏勇:《法治是什么?》,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第27—31页。

⑤ 郑永流:《德国‘法治国’思想和制度的起源与变迁》,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第51页。