

# 刑法教义学与刑事政策的关系： 从李斯特鸿沟到罗克辛贯通

## 中国语境下的展开

陈兴良<sup>\*</sup>

**摘 要** 本文是对刑法教义学的一个面向的理论探讨,即如何处理刑法教义学与刑事政策之间的关系。作者从李斯特鸿沟切入,李斯特将刑法教义学与刑事政策加以严格界分:刑法教义学成为一门形式的一实证的学科,完全排斥价值判断,由此形成了古典派的犯罪论体系;而刑事政策则是在刑法教义学之外,在刑罚论中予以研究,其以目的性思想为依归,尤其追求特殊预防的效果。李斯特这种把刑法教义学与刑事政策加以分立与疏离的思想,形成所谓“李斯特鸿沟”。经过新古典派的犯罪论体系和目的行为论的犯罪论体系之后,罗克辛对李斯特鸿沟予以贯通,将刑事政策引入犯罪论体系,使构成要件实质化、违法性价值化、罪责目的化,形成了其目的理性的犯罪论体系。本文重点对中国的语境下如何展开刑法教义学与刑事政策关系这一具有现实意义的问题,进行了初步的反思性探究,认为中国目前还没有建立起刑法教义学,因此,李斯特鸿沟尚具有启迪意义。但我们没有必要回到李斯特,也没有必要重新跨越李斯特鸿沟,而是可以直接享受罗克辛贯通的成果。本文强调了在中国目前的刑法教义学研究中,既要以刑事政策作为刑法教义学的引导,更要注重通过刑法教义学对刑事政策的边界加以控制。

**关键词** 李斯特鸿沟 罗克辛贯通 刑法教义学 刑事政策

劳东燕教授在其论文中作出了以下这一判断:“在晚近以来我国的刑法学研究中,刑法与

<sup>\*</sup> 北京大学法学院兴发岩梅讲席教授。

刑事政策之间关系的话题正日益引起关注。”<sup>〔1〕</sup>对于这个判断，我是赞同的。在我国以往的研究中，刑法与刑事政策是分别作为两个学科进行研究的，因此在刑法教义学与刑事政策之间存在着较大的隔阂与疏离。现在，刑法与刑事政策的关系进入理论研究的视野，表明了刑法教义学与刑事政策之间的融会与贯通，这对于刑法与刑事政策的研究来说，是两全其美、各得其所，值得充分肯定。对于刑法教义学与刑事政策的关系，本文追踪到德国学者李斯特，描述其刑法教义学与刑事政策分立的李斯特鸿沟，并阐述德国学者罗克辛对李斯特鸿沟的贯通。李斯特鸿沟及其罗克辛贯通都属于德国问题，这个德国问题在中国语境下如何展开，并从中探寻中国意识，这是本文所要重点关切的问题之所在。

## 一、李斯特鸿沟

那么，刑法教义学与刑事政策的这种关系是如何发生变化的？这种变化是指：刑法教义学与刑事政策从相互隔离到相互融通。对此，我必须提到德国学者罗克辛教授在论及李斯特关于刑法教义学与刑事政策关系的界定时提出的一个学术标签：

### 李斯特鸿沟

德国学者罗克辛教授使用德语的 *Lisztische Trennung* 一词描述李斯特区分刑法教义学与刑事政策的做法。蔡桂生将 *Lisztische Trennung* 一词形象地翻译为“李斯特鸿沟”，指出：“这里简译为‘李斯特鸿沟’一词，是为了表达罗克辛教授对于这种区分的批判性倾向，即这种区分有割裂刑法与刑事政策之间联系的倾向。”<sup>〔2〕</sup>蔡桂生的这一译法可谓神来之笔，生动地表达了罗克辛教授对李斯特关于刑法教义学与刑事政策之间关系的思想所持有的批判性倾向。

德国学者李斯特不仅是著名的刑法学家，而且是刑事政策的重要倡导者。在论及刑法与刑事政策的关系时，李斯特提出了一个至今仍然广为流传的命题：“刑法是刑事政策不可逾越的屏障。”这句话也被译为：“罪刑法定是刑事政策不可逾越的藩篱。”李斯特提出的这一命题，在一定程度上揭示了（对于李斯特来说）刑法与刑事政策之间的紧张关系。李斯特的意思是：刑法具有保护法益的功能，这种法益是一种生活利益，因而也是一种公共利益。刑法正是通过惩治犯罪而达致保护法益的目的。与此同时李斯特又指出：“不得为了公共利益而无原则地牺牲个人自由……在法制国家，只有当行为人的敌对思想以明文规定的行为表现出来，始可科处行为入刑罚。”<sup>〔3〕</sup>因此，在李斯特看来，刑事政策的实现应当受到罪刑法定原则的限制。由此可见，李斯特是从外部视角去理解刑法与刑事政策之间的关系，揭示了两者之间的对立性。李斯特关于刑法与刑事政策关系的观点为刑法教义学与刑事政策的关系提供了现实法律基础。

〔1〕 劳东燕：“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”，《政法论坛》2012年第4期。

〔2〕（德）克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》（第二版），蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，页7，译者注。

〔3〕（德）李斯特：《德国刑法教科书》（修订译本），徐久生译，法律出版社2006年版，页23。

可以说,李斯特关于刑法教义学与刑事政策之间二元分立的观点恰恰是其刑法与刑事政策二元区分观点的理论投影。因此,这两个命题之间具有密切相关性,以至于合为一体而不分彼此。本文也并不刻意地区分上述两个命题,只是在特别需要的地方才加以分别。

基于这种对于刑法教义学与刑事政策关系的外在化理解,形成了李斯特的二元性构想。<sup>〔4〕</sup>这里的二元性构想,是指以罪刑法定原则为归依的刑法教义学与以惩治犯罪的必要性与合目的性为归依的刑事政策的相互分立。对此,德国学者对李斯特的古典刑法体系所具有的二极结构作了如下描述:“一方面通过客观主义和形式主义,为处罚的先决条件提供最为可靠的法安全;另一方面通过以犯罪之人为中心的制裁体系,实现最高度的目的性。”<sup>〔5〕</sup>当然,李斯特关于刑法教义学与刑事政策的二元结构并不是为了强调二者之间的敌对,而是基于其各自性质的不同,将刑法教义学与刑事政策尽量地予以疏离。尽管如此,李斯特还是在整体刑法学的框架内实现了刑法教义学与刑事政策的外在统一。对此,德国学者指出:“为了克服专业的片面性,实现各部分的有机统一,是冯·李斯特所追求的伟大目标,他将之称为‘整体刑法学’(gesamte Strafrechtswissenschaft)。由于各专业的任务和方法的不同,在这一领域并没有出现一个统一的学科,但它促进了各学科的相互了解和专业上的合作。”<sup>〔6〕</sup>以下,我对李斯特整体刑法学视野中的刑法教义学与刑事政策分别加以叙述:

#### (一)李斯特:刑法教义学的古典派学者

李斯特是古典的犯罪论体系的创始人,而以古典的犯罪论体系为基础建立起来的刑法教义学,使近代刑法学进入了一个划时代的发展阶段。关于刑法教义学,李斯特曾经指出:

刑法学的下一步任务是:从纯法学技术的角度,依靠刑事立法,给犯罪和刑罚下一个定义,把刑法的具体规定,乃至刑法的每一个基本概念和基本原则发展成完善的体系……作为实用性很强的科学,为了适应刑事司法的需要,并从司法实践中汲取更多的营养,刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站得住脚的统一的学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上。它总是由偶然因素和专断所左右。<sup>〔7〕</sup>

在此,李斯特提出了纯法学技术的分析方法,这就是法教义学方法。此外,李斯特还特别强调了刑法知识的体系化与系统化,由此建立刑法的教义学体系。可以说,正是李斯特指明了近代刑法学的发展路径,将刑法学从政治、宗教和意识形态的纠葛中解脱出来,形成自成一体的知识体系。在刑法教义学的知识体系中,罪刑法定原则是根本的价值追求。在罪刑法定的框架范围之内,刑法教义学应该遵循实证主义的分析方法,而这种实证主义是排除价值判断的。这里应当指出,李斯特所说的刑法教义学,其实就是犯罪论而并不包括刑罚论,并且以三

〔4〕 参见罗克辛,见前注〔2〕,页53,作者后记。

〔5〕 (德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页252。

〔6〕 同上注,页53。

〔7〕 李斯特,见前注〔3〕,页3—4。

阶层的犯罪论体系为其理论形态。

在李斯特的三阶层的犯罪论体系中,每个阶层都体现了这种实证主义的思想。对此,德国学者曾经生动地将李斯特的古典犯罪论体系中的三个阶层,分别描述为客观—叙述性的构成要件论、客观—规范限制的违法性论和主观—叙述性的罪责论。<sup>〔8〕</sup>而这也正是李斯特的古典派犯罪论体系的特征之所在。

#### 1. 客观—叙述性的构成要件论

在以行为为中心的构成要件阶层,李斯特主张因果行为论,将行为界定为引起外在变化的意思活动。李斯特指出:“表明意思活动特征并进而表明行为特征的‘意欲’,在这里仅意味着意志冲动(Willensimpuls)。可将其规定为心理学上的神经支配(Innervation),可将其理解为心理学上的‘确定其原因的意思过程’。”<sup>〔9〕</sup>由此可见,在李斯特那里,意思活动是一种心理学的现象,应当采用心理学方法进行分析。至于意思活动所引起的外在变化,就是指结果。结果是任何一种行为必须具备的,因此没有结果的行为犯对于李斯特来说是不可想象的。李斯特认为,即使是危险,其本身也是一种结果,一种产生于外界的状况。<sup>〔10〕</sup>对于结果,则应当适用物理学的原理进行描述。至于刑法中的因果关系,也是一种行为与结果的客观联系。在因果关系的判断上,李斯特采用条件说,也称为全条件同价值说。在李斯特看来,因果关系是纯客观的,并不涉及评价问题。李斯特指出:

我们应当绝对坚持这样的观点,“因果律”(Kausalsatz)只涉及事件前的时空,不涉及概念的逻辑关系或对行为的社会伦理评价;此外,我们还应当特别引起注意的是,因果关系涉及到一个思维方式问题,借助这个思维方式我们将实际存在的情况联系在一起,而不对导致事件过程的力量作出任何评价。<sup>〔11〕</sup>

李斯特以上对于行为、结果及其因果关系的论述充分反映了其实证主义的思想。对此,罗克辛评价道:

在所有规范性的构成要件中,采取因果的方式会导致不法的客观内容的完全扭曲。这方面有个非常著名的例子,亦即,侮辱罪的不法被理解成:发出声波震动的时候,造成了对当事人听觉的感官刺激。由于这种自然主义的现象也完全可以同样理解成是在赞美;而侮辱罪的不法到底是什么,则根本没有在这里得到阐述。<sup>〔12〕</sup>

#### 2. 客观—规范限制的违法性论

在违法性问题上,在李斯特时代存在主观违法论与客观违法论之争。主观违法性论以命令说为其基础而将该法律性质解释为法律上之命令,并主张命令只对于可理解命令意义能力

〔8〕 参见耶赛克等,见前注〔5〕,页251—252。

〔9〕 李斯特,见前注〔3〕,页177。

〔10〕 李斯特,见前注〔3〕,页180。

〔11〕 李斯特,见前注〔3〕,页185。

〔12〕 罗克辛,见前注〔2〕,页65。根据古典派的构成要件来描述侮辱罪,还有这样的版本:“一连串的喉结抖动,血脉贲张,引致他人不愉快的情绪者,为侮辱罪。处一年以下有期徒刑。”这里加入了“引起不愉快的情绪”这一负面内容,似乎不至于理解为是在赞美他人。

之人方有其意义,故唯有理解命令意义能力之人(即责任能力人)之行为方认定为违反命令之法律而解释为违法。反之,客观违法性论则主张解释为法律上之客观评价规范,违反视为客观评价规范之法律行为即属违法。依此,则行为人是否有理解法律规范意义之能力(特别是责任能力)则在所不问。在此所谓客观之评价,一般认为应具备两种客观性,即“违法性判断”之客观性与判断对象之客观性。<sup>[13]</sup>因此,主观违法性论与客观违法性论的根本区分就在于违法与责任的关系如何建构:主观违法性论否认“没有责任的违法”,而客观违法性论则肯定“没有责任的违法”。李斯特当然是站在客观违法性论的立场上的,宣称:“客观是指否定评价的作出不取决于行为人的主观能力。”李斯特在批判主观违法性论时指出:

该理论的不正确性源于它的武断的片面性。它忽视了法律的双重功能,即法律不只是命令,即命令规范,而且,从逻辑上的必要性出发,法律也是评价规范。仅就此点而言,法律以抽象的价值标准的面目出现,其适用可能性完全不取决于被评价的对象、人的行为所发生的方式(有责或无责)。<sup>[14]</sup>

相对于主观违法性论,李斯特所主张的客观违法性论具有明确的规范标准,更符合实证主义的逻辑。客观的违法性论也为李斯特的古典派的犯罪论体系奠定了基础,它正是建立在“违法是客观的,责任是主观的”这一命题基础之上的。在客观违法性论的基础上,李斯特还提出了形式违法与实质违法这对范畴。这里的形式违法是指符合构成要件的行为,其具有形式主义的特征并不难理解。而实质违法是指对法益的侵害或者破坏,显然这是一种实质性的价值判断。那么,李斯特如何在实质违法的判断上坚持形式主义的标准呢?这简直是无法理解的。我们可以来看一段李斯特的论断:

这种违法行为的实体(反社会的)内容不取决于立法者的正确评价(该内容是前法学的)。法律只能发现它,而不能制造它。形式违法和实体违法可能相互重叠,但也可能分开。我们不得推测行为的实体内容和对行为的积极的法律评价之间的这种矛盾。但这种矛盾并未被排除,它还是存在的。如果它存在,那么,法官受法律的约束;现行法的修改超然于其任务范围。<sup>[15]</sup>

李斯特在此对形式违法与实体违法的关系进行了阐述,可以看出李斯特的实体违法并非只是为了在具备构成要件以后起到消极的排除机能,而是强调了在构成要件设立的时候,立法者就是根据实体违法来设置违法行为的。正是在这个意义上,李斯特才会说,实体违法的概念是前法学的,它不是被制造的而是被发现的。李斯特也论及形式违法与实体违法之间的矛盾,即未能完全一致的状态,这个矛盾是指行为具有实体违法性但却没有被立法者规定为犯罪,对此李斯特认为基于罪刑法定原则,法官受法律的约束不得将其入罪。那么,是否存在另一种形式违法与实体违法的矛盾,即行为具备构成要件却不具有实质违法性呢?对此,李斯特当然也是承认的。但李斯特认为这种情形主要是指正当化事由,而只有法定的正当化事由才被承认,

[13] 参见余振华:《刑事违法性理论》,台北元照出版社2001年版,页79、80。

[14] 李斯特,见前注[3],页198、199。

[15] 李斯特,见前注[3],页201。

超法规的违法性事由是此后的新古典派的犯罪论体系才创立的。由此,李斯特在违法性阶层仍然采取了形式的判断标准。德国学者许乃曼在论及李斯特实证主义的犯罪论体系中的违法性概念时,曾经采用了“规范的异形(normative Fremdkörper)”一词,认为这是一个破绽。那么,这个破绽是如何钉补的呢?按照李斯特实证主义的概念法学,法(Recht)和实定法是等同的,不经由法官根据精密的价值判断所做的诠释,也能认识法律的意义。因此,一个符合构成要件的行为违法,表示这个行为与实定法不一致,在个案中确定违法性,原则上即是违法,只有为了确定例外情形时,才必须彻底检验规定在实定法中的阻却违法事由。<sup>〔16〕</sup>因此,在李斯特的犯罪论体系中,违法性阶层也是一种形式判断。

### 3. 主观—叙述性的罪责论

罪责是在违法性判断之后,将某种客观上的罪行归之于行为人的主观根据。在“违法是客观的,责任是主观的”这一古典学派命题的支配下,以主观心理为内容的责任主义的罪责论取得了主导性的地位。例如,德国学者罗克辛教授曾经描述了建立在自然主义基础之上的心理性罪责概念,指出:

19世纪末期的自然主义思想,试图将所有的法律概念都归结为在自然科学上可以清楚地理解的经验性事实,并且从这个角度发展出那种直到20世纪初还居于统治地位的“心理性罪责概念”;根据这个概念,罪责被理解为是行为人在主观上与结果的关系。故意与过失被看成是“罪责的种类”,同时,人们大多把归责能力表示为“罪责的条件”或者“刑罚的条件”。<sup>〔17〕</sup>

罗克辛教授将李斯特列为心理性罪责概念的代表人物之一。当然,李斯特在晚年受到规范性罪责概念的影响。例如李斯特叙述了从心理性罪责概念向规范性罪责概念发展的趋势,指出:

罪责概念的发展不得不取决于针对内心之人(人的内心世界)的义务的概念和本质,也只有如此,罪责所特有的规范性特征才能被理解。在新近的刑法文献中此点被明确地得到承认,且越来越抛弃却自然主义的和形式主义的罪责论,如果仅仅从特定的心理特征来解释罪责,则该罪责概念就越来越明显地得到承认。<sup>〔18〕</sup>

在此,李斯特论及规范性罪责概念的发展。李斯特虽然承认规范性要素在罪责判断中的必要性,但仍然坚持心理事实对于罪责判断的重要性,认为罪责不是一个纯粹的心理事实,也不是简单的价值判断;它更多的是以责任能力的先决条件为基础的心理存在和价值判断之间的一种评价关系;在这一意义上,罪责的本质可简单表述为:基于造成违法行为的心理活动过程的缺陷,罪责是指违法行为的可责性。<sup>〔19〕</sup>

〔16〕 参见(德)许乃曼:“刑法体系导论”,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许乃曼教授刑事法论文选译》,台北春风煦日学术基金2006年版,页265—266。

〔17〕 (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,页559。

〔18〕 李斯特,见前注〔3〕,页252—253。

〔19〕 李斯特,见前注〔3〕,页257。

从以上李斯特关于犯罪论体系的三个要件分析来看,其刑法教义学的知识体系已然形成一个具有封闭性的结构。这个刑法知识体系力图避免法官在定罪过程中的擅断,确保刑法保障人权的大宪章功能的实现。因此,在刑法教义学的语境中,李斯特是一个古典派学者。

## (二)李斯特:刑事政策学的实证派学者

在建构以古典的犯罪论体系为核心的刑法教义学的同时,李斯特开创了刑事社会学派,其以个别预防为中心的刑事政策思想也得以彰显。在此基础上,李斯特建立了以特殊预防为目的的刑罚论,刑事政策正是这一刑罚论的主要内容。

刑事政策思想古已有之,例如中国古代“刑期于无刑”的命题就具有十分强烈的刑事政策色彩。然而,作为体系化的刑事政策学说则是近代的产物。一般认为,费尔巴哈是刑事政策的首倡者。日本学者正木亮指出:“刑事政策一词,在18世纪末的德国便开始使用,但现在意义上的刑事政策的称呼则始于费尔巴哈,他将心理学、实证哲学、一般刑事法及刑事政策作为刑事法的辅助知识,赋予了刑事政策的独立地位。”<sup>[20]</sup>费尔巴哈的刑事政策以心理强制说为标志,主张以法律威吓为内容的一般预防,对于此后的刑事政策理论的发展起到了开启先河的作用。费尔巴哈是刑事古典学派的代表人物之一,其刑法理论的核心是一般预防,也称为消极的一般预防,一般预防构成费尔巴哈关于刑法与刑事政策关系理论的基石。当然,在费尔巴哈的理论中刑事政策在多大程度上独立于刑法,这是一个可以商榷的问题。

费尔巴哈认为,刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和。并且,费尔巴哈主要是把刑事政策当作一种立法政策,强调了刑事政策对于刑事立法的指导作用。这种指导作用主要体现在通过制定刑法,确立罪刑价目表,对国民进行法律威吓。费尔巴哈的法律威吓包括立法威吓与司法威吓,指出:

在法律上将这种恶作为行为的必然后果加以规定(法定的威慑)。为了实现法律规定的理想联系,被所有人理解;法律规定的原因上的联系一定会出现在现实生活中,因此,一旦发生违法行为,就应当立即给予法律规定的恶(执行判决)。威慑目的的执行权和立法权的协调有效,构成了心理强制。<sup>[21]</sup>

值得注意的是,费尔巴哈同时还是罪刑法定原则的倡导者,而罪刑法定原则的实际功能之一就在于以刑法的确定性发挥其应有的威吓效果。因此,在费尔巴哈这里,刑事政策与刑法之间具有一种外在的关系。在一定意义上,刑法是实现刑事政策的工具。正因为如此,费尔巴哈将刑事政策与实定刑法联系起来,揭示了刑法与刑事政策在所追求的价值目标上的一致性,形成其具有其特色的刑法与刑事政策关系。罗克辛在评价费尔巴哈关于刑法与刑事政策的观念时指出:“自费尔巴哈时代以来,通过罪刑法定原则来实现的威吓性预防就是刑事政策的基础原则;构成要件的动机机能和保障机能(die Motivations- und die Garantiefunktion)则是同一

[20] 转引自(日)大谷实:《刑事政策学》(新版),黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,页8。

[21] (德)安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第十四版),徐久生译,中国方正出版社2010年版,页28。

刑事政策之目标构想(Zielvorstellung)的两个方面。”<sup>〔22〕</sup>可以说,费尔巴哈初步界定了刑法与刑事政策的关系,但并没有对此进行深入的研究。

李斯特也是刑事政策的重要推动者,其刑事政策思想在欧洲大陆曾经产生过广泛影响。但李斯特的刑事政策思想与费尔巴哈已经存在较大的差别。李斯特是站在刑事社会学派的立场上,基于实证主义的方法阐述刑事政策的内容。李斯特与费尔巴哈关于刑事政策的思想之间存在着较大区别,李斯特的刑事政策思想也可以看作是对费尔巴哈的一种发展。李斯特对于费尔巴哈刑事政策思想的发展体现在以下三个方面:

#### 1. 从以刑罚为中心的刑事政策到以追求更多样的犯罪抗制为目的的刑事政策

在刑事政策的理解上,费尔巴哈采取的是较为狭义的概念,即把刑事政策直接与刑法相联系,刑法是唯一的刑事政策手段,并且主要把刑事政策看作是一种立法政策。虽然费尔巴哈也强调司法及行刑对于实现刑事政策的作用,但因为费尔巴哈将法律威吓视为刑事政策的主要目标,而心理强制是法律威吓的根本手段,因此立法威吓就是心理强制的主要形式,它对于刑事政策的实现具有保障功能。日本学者曾经指出:“1800 年左右德国的刑法学家费尔巴哈等使用‘刑事政策’这个词的时候,它主要是指刑事立法政策,而现在这个概念有更宽泛的含义,即刑事政策是由国家或者社会团体以预防和镇压犯罪为目的所采取的各种措施。”<sup>〔23〕</sup>这里的赋予刑事政策更宽泛含义的主要就是李斯特。李斯特将刑事政策的含义分为以下三个层次:一是最广义上的刑事政策,刑事政策不仅包括对犯罪原因及刑罚作用的研究,还包括犯罪对策以及社会对策。二是广义的刑事政策,既包括刑罚以及类似刑罚的各种制度,又包括与犯罪作斗争的各种原则的整个体系。三是狭义的刑事政策,将刑事政策与社会政策明显地区分开来,强调刑事政策首先是通过犯罪人个体的影响来与犯罪作斗争。<sup>〔24〕</sup>可以说,李斯特在很大程度上拓展了刑事政策的范围。当然,李斯特提出的“最好的社会政策即最好的刑事政策”的命题,尽管具有一定的合理性,还是受到批评,即将刑事政策与社会政策混为一谈。李斯特主要是将刑事政策的主体从国家扩展到社会,将刑事政策的手段从刑罚扩展到保安处罚等类似刑罚的制度,将刑事政策的功能从威吓性的预防扩展到抗制性的预防。

#### 2. 从以法律威吓为中心的刑事政策到以犯罪人的矫正为中心的刑事政策

日本学者曾经将从费尔巴哈到李斯特的刑事政策的发展描述为从以刑罚为中心的传统刑事政策发展到以追求更多样的犯罪防止为目的的刑事政策,<sup>〔25〕</sup>这是十分正确的。其中,以法律威吓为中心的刑事政策,主要是指费尔巴哈的学说。而以追求更多样的犯罪防止为目的的刑事政策是指李斯特的学说,其中对犯罪人的个人矫正观念具有十分重要的地位。应该说,费尔巴哈与李斯特在刑罚目的上都摆脱了报应主义,而主张功利主义。然而,费尔巴哈主张的是以规则功利主义为基础的一般预防;而李斯特主张的是以行为功利主义为基础的特殊预防。

〔22〕 罗克辛,见前注〔2〕,页 54。

〔23〕 (日)森本益之等:《刑事政策学》,戴波等译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,页 1。

〔24〕 参见严励:《中国刑事政策的建构理性》,中国政法大学出版社 2010 年版,页 2—3。

〔25〕 森本益之等,见前注〔23〕,页 1。

事实上,李斯特并不否定一般预防,但强调刑罚的功能表现为在符合目的地适用刑罚情况下可以获得的刑罚效果的多样性。<sup>〔26〕</sup>当然,在刑罚的一般预防与特殊预防这两个方面,李斯特无疑是更注重特殊预防的。在论及现阶段刑事政策的要求以及其对最新法律发展的影响时,他指出:

刑事政策首先是通过犯罪人个体的影响来与犯罪作斗争的。一般来说,刑事政策要求,社会防卫,尤其是作为目的刑的刑罚在刑种和刑度上均应适合犯罪人的特点,这样才能防止其将来继续实施犯罪行为。从这个要求中我们一方面可以找到对现行法律进行批判性评价的可靠标准,另一方面我们也可以找到未来立法规划发展的出发点。<sup>〔27〕</sup>

在此后的相当长的一个时期,以矫正为核心的刑事政策思想始终主导着各国刑事立法与刑事司法。

### 3.从依附于刑法的刑事政策到独立于刑法的刑事政策

在费尔巴哈时代,刑事政策虽然已经被提出,但它还不具有独立性,只是依附于刑法的一种思想观念。费尔巴哈的刑事政策思想具有明显的启蒙色彩,是理性主义刑法观的产物。例如日本学者在阐述近代启蒙思想对刑事政策的影响时指出:

特别是费尔巴哈,他最初使用了“刑事政策”一语,认为人是在对刑罚产生的痛苦和犯罪产生的快乐进行合理计算,觉得痛苦更甚的话就会打消犯罪念头的“理性人”,因此,刑罚应当通过事先预告痛苦,威吓一般人不要犯罪。这种见解就是所谓“心理强制说”。他们从对防止犯罪来说,所有的刑罚制度,只有在有效并且必要的时候才能被看作正当的,超过了基于心理强制说的一般预防限度的刑罚是不正当的刑罚的观念出发,提出了提倡树立合理主义的、功利主义的刑罚观,主张以消除不合理的非人道的犯罪人处遇为基本宗旨的刑事政策。<sup>〔28〕</sup>

因此,在费尔巴哈那里,刑事政策的唯一目的就是改善刑法,并且以威吓为核心的刑事政策也只能依靠刑法来实现。正是在这个意义上,费尔巴哈的刑事政策被归结为立法政策。李斯特则在很大程度上拓展了刑事政策的范围,将一切有助于抗制犯罪的措施都纳入刑事政策的范畴。根据这种广义的刑事政策概念,刑事政策并不限于直接的以防制犯罪为目的的刑罚诸制度,而间接的与防制犯罪有关的各种社会政策,例如居住政策、教育政策、劳动政策(失业政策)及其他公共保护政策等均属之。<sup>〔29〕</sup>在这种情况下,刑事政策所要研究的并不仅仅是刑法对于犯罪的抗制作用,而且是,或者说更重要的是除刑法以外关涉犯罪防制的各种措施。随着李斯特所倡导的广义的刑事政策观念的传播并被接受,刑事政策出现了与刑法渐行渐远之势,逐渐地从刑法的束缚中解脱出来,这在客观上促使刑事政策独立于刑法而形成一门学科。

### (三)刑法教义学与刑事政策的疏离化:李斯特鸿沟的形成

在李斯特那里,刑法作为规范科学是一种教义学,其所遵循的是逻辑规律,并且以罪刑法

〔26〕 参见李斯特,见前注〔3〕,页8。

〔27〕 李斯特,见前注〔3〕,页15。

〔28〕 大谷实,见前注〔20〕,页9—10。

〔29〕 参见许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,页3。

定为其边界。而刑事政策作为一种经验科学,是一种事实学,其所贯彻的是科学原则,并且以惩治犯罪与预防犯罪为目标。显然,在李斯特看来,在刑法教义学与刑事政策之间是存在各自疆域的,不可互相侵扰。如前所述,在李斯特那里,刑法教义学是指犯罪论,而刑事政策是指刑罚论。因此,刑法教义学与刑事政策的分立,也可以说是以罪刑法定原则为根基的犯罪论体系与以目的性为导引的刑罚论之间的二元分裂。本文也是在上述意义上使用刑法教义学与刑事政策概念的,这是李斯特意义上的一种话语的延续。李斯特对刑法教义学与刑事政策关系的处理方式,在很大程度上受到了休谟关于实然与应然、事实与价值的二元区分观念的影响,认为刑法教义学讨论的是刑法的实然问题、事实问题,刑事政策讨论的是刑法的应然问题、价值问题。因此,刑法教义学是价值中立的,刑事政策才是价值关联的。刑法教义学是以司法为中心的,罪刑法定原则是其最高准则。至于刑法的价值内容应当通过立法输入刑法之中,因此,刑事政策是以立法为中心的。由此,李斯特将刑法教义学与刑事政策加以分立,使之各自独立,分别发挥功能。

罗克辛将李斯特对于刑法教义学与刑事政策的关系称为李斯特鸿沟,当然是具有其根据的,也在一定程度上正确地反映了李斯特对于刑法教义学与刑事政策关系的界定。不过,即使是在李斯特那里,刑法教义学与刑事政策也不是风马牛不相及的,两者之间仍然存在着重大的关联性。例如李斯特在论及刑事政策对刑法适用的影响时指出:“刑事政策给予我们评价现行法律的标准,它向我们阐明应当适用的法律;它也教导我们从它的目的出发来理解现行法律,并按照它的目的具体适用法律。”<sup>[30]</sup>因此,所谓李斯特鸿沟并不意味着对于李斯特来说,刑法教义学与刑事政策毫无关联,而只是说这种关联仅仅是一种外在的关系。

## 二、罗克辛贯通

发现李斯特鸿沟并不是罗克辛的目的,其目的在于消除这一鸿沟,这就是要贯通刑法教义学与刑事政策的关隘。如前所述,李斯特鸿沟是指将刑法教义学与刑事政策界定为一种外在的关系,而罗克辛的贯通也主要是将刑法教义学与刑事政策的这种外在关系转变为内在关系。德国学者许乃曼教授在评论罗克辛的目的理性的犯罪论体系时指出:“此种刑法体系思维的再规范化在近20年来促成了许多或是较基础的或是较细节的研究,它们尝试超越刑法体系与刑事政策互为对立之构想(我称其为鸿沟构想“Grabenkonzept”),并以一个两概念之间贯通的推导与关系结构之想法来取代,换言之即发展一种架桥构想(Brückenkonzept)。”<sup>[31]</sup>这里的鸿沟构想与架桥构想,十分形象地描述了李斯特与罗克辛在刑法教义学与刑事政策关系问题上的不同立场。

那么,从李斯特的鸿沟到罗克辛的贯通,罗克辛做到了吗?又是怎么做到的呢?

[30] 李斯特,见前注[3],页4。

[31] (德)许乃曼:“刑法体系与刑事政策”,载许玉秀等编,见前注[16],页47。

### (一) 李斯特鸿沟的批判性解构

罗克辛教授对李斯特鸿沟进行了批判,因为根据李斯特的思想,刑法与刑事政策是两个完全不同的学术领域,应当予以相对隔离。李斯特鸿沟就是这种刑法教义学与刑事政策二元结构的产物。考虑到在李斯特时代,刑事政策尚未获得独立地位,如果刑法教义学与刑事政策纠缠不清,并不利于刑事政策的发展。因此,对刑事政策与刑法教义学进行适度的区隔是具有一定合理性的。当然,这种刑法教义学与刑事政策的分立也带来以下三个方面的问题:

#### 1. 刑法教义学的体系性与刑事政策的个案性难以兼顾

刑法教义学具有体系性的特征,正是这种体系化的知识所形成的具有封闭性的结构,对于法官的偶然与专断具有限制性与约束性。因此,刑法教义学的体系性自有其优越性。对此,罗克辛也是充分肯定的,他甚至提出了“体系是一个法治国不可缺少的因素”的命题。<sup>〔32〕</sup>罗克辛曾经引述西班牙学者金贝尔纳特·奥代格的话说明体系性思考的优点:“在刑法信条学设定了界限和规定了概念的情况下,它就可能使刑法在安全和可预见的方式下得到运用,并能够避免非理性化、专横性和随意性(Improvisation)。”<sup>〔33〕</sup>因此,体系性的刑法教义学知识对于实现罪刑法定主义来说是必不可少的保障。但是,体系性的知识体系存在着缺陷,甚至是危险。关于这种危险,德国学者称为非常抽象的程式化的刑法解释学(Strafrechtsdogmatik)的危险,指出:“该危险存在于法官机械地信赖理论上的概念,从而忽视具体案件的特殊性。”<sup>〔34〕</sup>因此,这里的危险是指个案公正的难以周全兼顾。因为在刑法教义学的体系内,更强调的是对于各种行为与行为人的平等对待。在这种情况下,行为的特殊情境与行为人的特殊个性无法在法律评价中得到体现。因此,在将刑法教义学与刑事政策完全分离的状态之下,刑法教义学无法顾及个案情况;而刑事政策则不能进入刑法体系。

#### 2. 刑法教义学的教条性与刑事政策的灵活性不能两全

刑法教义学是以刑法条文为中心建立起来的知识体系,具有先天的教条性。这种教条性不可避免地使其教义规则具有某种僵硬性。而刑事政策是为抗制犯罪所设计的各种措施,具有对策性,是更为灵活的应对举措。两者之间存在一种紧张关系。在刑法教义学与刑事政策分立的情况下,教义规则的教条性与刑事政策的灵活性各自存在。只有当刑事政策进入刑法体系,才能以刑事政策的灵活性对教义规则的教条性起到一种补救的作用。罗克辛指出:“针对‘李斯特鸿沟’(Lisztsche Trennung)所延伸出来的刑法教义学方法,还会导致另一个问题,即:若刑事政策的课题不能够或不允许进入教义学的方法中,那么从体系中得出的正确结论虽然是明确和稳定的,但是却无法保证合乎事实的结果。”<sup>〔35〕</sup>之所以如此,主要是由刑法教义的僵硬性决定的,因而罗克辛提出了“我们必须从刑事政策上主动放弃那些过于僵硬的规则”这一命题。

〔32〕 罗克辛,见前注〔17〕,页132。

〔33〕 罗克辛,见前注〔17〕,页126。

〔34〕 耶赛克等,见前注〔5〕,页242。

〔35〕 罗克辛,见前注〔2〕,页7。

### 3. 刑法教义学的逻辑性与刑事政策的价值性无法并存

刑法教义学作为一个知识体系，具有自身的逻辑结构，例如三阶层的犯罪论体系就是如此。罗克辛指出：“自实证主义的开端以后，阶层体系就如一个概念金字塔（Begriffspyramide），有着林奈式（Linnéschen）植物分类体系那样的形状：通过阶层化的步步推进的抽象（阶层）直到内涵广泛的上位概念——行为，人们从大量的犯罪特征中归纳出了这种构造。”<sup>〔36〕</sup>这样一个阶层式的刑法教义学体系当然具有其优越性，就是以其严密的逻辑演绎推理在相当程度上保障了刑法教义的正确性。但是，刑法并不仅仅是逻辑现象，更是社会现象。对社会问题需要进行价值判断，而这正是刑事政策的功能之所在。在李斯特鸿沟中，刑法教义学与刑事政策之间互相隔绝，导致刑法体系中价值判断的缺失。

### （二）刑事政策进入刑法教义学体系

在李斯特—贝林的古典派的犯罪论体系之后，又先后出现过新古典派的犯罪论体系、目的行为论的犯罪论体系。罗克辛认为，以上体系都未能妥善地解决刑法教义学与刑事政策的关系问题。

新古典派犯罪论体系在刑法体系中引入所谓新康德哲学，而这一哲学又称为价值哲学。对于新古典派犯罪论体系将刑事政策应用到刑法教义学中，罗克辛是充满期待的，他同时指出了新古典派犯罪论体系对三阶层的学术贡献：在构成要件阶层按照被保护法益进行解释、在违法性阶层发展出超法规紧急避险等正当化事由和在罪责阶层提出了期待可能性思想等。但罗克辛批判新古典派犯罪论体系虽然试图将刑事政策上的目标设定引入刑法教义学，但只是对体系从个体—价值上进行瓦解，而没有揭示作为超法规紧急避险或罪责阻却事由的期待不可能背后的目的理论并加以普遍认可的论证。<sup>〔37〕</sup>

对于目的行为论犯罪论体系，罗克辛肯定了其试图重新建立刑法教义学与现实之间的联系的努力，指出：“通过考察本体论的构造和社会现实，目的行为论试图重新建立刑法教义学与现实之间的联系，从根本上看，这种努力也并非毫无结果。”但罗克辛又认为：“我们前面提到的体系推导和直接价值评判之间的紧张关系，在目的主义那里，也还是没有得到消除。”<sup>〔38〕</sup>在此，罗克辛所说的体系推导与价值评判之间的紧张关系，也就是刑法教义学的逻辑—概念建构和推导与刑事政策的价值—利益判断和衡量之间的对立关系。

罗克辛将自己创立的犯罪论体系，当然其更喜欢称之为刑法体系，标识为目的理性的犯罪论体系。应该说，罗克辛所谓目的理性的犯罪论体系中的目的与目的行为论的犯罪论体系中的目的，是有所不同的：前者的目的是行为目的，目的的主体是行为人，因此这是一种存在论意义上的目的。而后者的目的是规范目的，目的的主体是刑法，因此这是一种规范论意义上的目的。例如，我国学者在比较上述两种体系时指出：“在今日之规范论体系论者看来，由于目的行为论者的观点没有将行为本体的目的性与法规范的目的性区分开来，或者是偏重行为的目的

〔36〕 罗克辛，见前注〔2〕，页16。

〔37〕 参见罗克辛，见前注〔2〕，页19。

〔38〕 罗克辛，见前注〔2〕，页19。

而没有足够地强调刑法(罚)的目的对犯罪论体系的指引而并非真正的规范论体系。”<sup>〔39〕</sup>这里的规范论体系,就是指罗克辛的目的理性体系。因此,尽管罗克辛也强调目的,但此目的非彼目的。

目的理性的犯罪论体系的根本标志就是刑事政策进入刑法体系,罗克辛指出:“实现刑事政策和刑法之间的体系性统一,在我看来,是犯罪论的任务,也同样是我们今天的法律体系的任务。”<sup>〔40〕</sup>那么,在目的理性的犯罪论体系中,刑事政策是如何进入刑法教义学的呢?事实上,罗克辛仍然保持了古典派犯罪论体系的三阶层构造,只是对三阶层的内容都进行了刑事政策的改造。罗克辛提出了以刑事政策作为各种犯罪类型的基础的命题,指出:“罪刑法定原则的前提、利益对立场合时社会进行调节的利益衡量和对于刑法之目的探求,就是我们所常见的各个犯罪类型的刑事政策之基础。”<sup>〔41〕</sup>也就是说,犯罪论体系的三阶层分别应该以罪刑法定原则、利益衡量原则和刑法目的原则作为其刑事政策的基础。

### 1. 构成要件的实质化

在三阶层的犯罪论体系中,古典派犯罪论体系最受人诟病的就是形式化的构成要件。根据古典派学者的观点,构成要件的记述性、中立性都是排斥了价值判断的,而这又被认为是罪刑法定主义的基本要求。罗克辛则认为构成要件具有体系性、刑事政策性和信条性这三个功能。罗克辛在论述构成要件的刑事政策性功能时指出:

这方面的意义存在于《德国刑法典》第103条第2款要求的“保障功能”之中。刑法只有在行为构成中准确地规定了所禁止的举止行为时,才能对“法无明文规定不为罪”这个基本原理作出完整的正确的说明。如果人们说,我们的刑法是行为构成的刑法而不是态度的刑法,或者说它主要是行为刑法而不是行为人刑法,那么,在使用这些关键词进行表述的背后,总是有着行为构成的刑事政策意义的基础。<sup>〔42〕</sup>

罗克辛将刑事政策意义上的构成要件称为保障性的构成要件,并认为罪刑法定原则是构成要件的刑事政策基础。那么,如何理解罗克辛将罪刑法定原则作为构成要件的刑事政策基础这一命题呢?我认为,这里涉及罗克辛和李斯特所确立的刑法与刑事政策的关系究竟存在何种区分的问题。在我看来,可以作出这样的区别:李斯特是将罪刑法定原则置于构成要件之外,作为抵御刑事政策侵入的边界。归根结底,李斯特还是把罪刑法定原则与刑事政策对立起来。因此,李斯特在罪刑法定原则的理解上更注重通过其形式性特征限制司法权的滥用。而罗克辛则将罪刑法定原则与刑事政策统一起来,认为罪刑法定原则所具有的保障功能本身就是刑事政策所要求的。因此,在刑事政策机能之视角下,罪刑法定原则不仅具有将法无明文规定的行为排除在构成要件之外的功能,而且应该根据罪刑法定原则所具有的保障功能对构成

〔39〕 方泉:《犯罪论体系的演变——自“科学技术世纪”至“风险技术社会”的一种叙述和解读》,中国人民公安大学出版社2008年版,页65。

〔40〕 罗克辛,见前注〔2〕,页16。

〔41〕 罗克辛,见前注〔2〕,页22。

〔42〕 罗克辛,见前注〔17〕,页181。

要件进行实体审查,将那些没有处罚必要性的行为排除在构成要件之外。罗克辛指出:

从罪刑法定原则的角度来看,其相反的做法反而是正确的;也就是说,落实刑法之“大宪章”机能和刑法之“不完整性”(fragmentarische Natur)的限制性解释,基于保护法益的思想,只能抽象地限制在不可放弃的可罚性领域。为了达到这个目的,就需要一些调节性(regulativ)的规则,比如韦尔策尔所引入的社会相当性,这个社会相当性并不是构成要件要素,而更似乎是在针对包含了社会容忍的举止方式的各种字词含义进行限制时,为了解释的方便而得出的东西。进一步地,还有所谓的“轻微性原则”(Geringfügigkeitsprinzip),亦即在大多数构成要件中,是可以一开始就排除那些轻微的损害的,而被排除的这些轻微损害也属于社会容忍的内容。<sup>[43]</sup>

这样,罪刑法定原则就具有了实质性的积极功能,这就是罗克辛所说的罪刑法定原则所具有的指导人们举止的目标。在这个意义上,罗克辛认为,罪刑法定原则就成为变革社会的工具,而且是具有重要意义的工具。<sup>[44]</sup>显然,这与李斯特对罪刑法定原则之功能的消极理解是完全不同的,罗克辛主要是强调了罪刑法定原则的实质侧面,并且为构成要件的实质化提供了正当性的根据。根据以上考察,我们可以看到罗克辛在一定程度上恢复了费尔巴哈的罪刑法定思想。因为费尔巴哈主要是从一般预防角度论证罪刑法定原则的正当性,刑法的合理性不仅来自于惩罚的必要性,而且来自于预防的必要性。这里的预防,就是指费尔巴哈所主张的心理强制。费尔巴哈指出:“刑法的必要性的根据以及刑罚存在的根据(既包括法律中规定的刑罚,也包括刑罚的运用本身),是维护所有人彼此之间的自由的必要,其途径是消除人们内心的违法动机。”<sup>[45]</sup>因此,在费尔巴哈那里,罪刑法定本身就具有一般预防的功能。及至李斯特开始注重特殊预防,罪刑法定的一般预防功能被忽视,而其人权保障功能备受重视。罗克辛则在注重罪刑法定的人权保障功能的同时,也强调罪刑法定的一般预防功能。由此,刑法目的与罪刑法定获得了一致性,并在构成要件阶层得以体现。

在构成要件的实质化中,罗克辛的正犯理论,尤其是义务犯理论,具有不容忽视的重大意义。正犯虽然与共犯相对应,但它更涉及对构成要件行为的理解。在实证主义观念指导下,古典派犯罪论体系所主张的物理性的行为概念使得对不作为的解释显得捉襟见肘,更不用说对忘却犯,简直就是无能为力。目的行为论的犯罪论体系虽然添加了行为的目的性这一要素,使得行为概念的内容更为丰富。但对于过失犯的行为性,目的行为论的犯罪论体系仍然束手无策。罗克辛在刑事政策观念的指引下,将构成要件行为与法益损害之间的关系分为支配关系与义务关系,由此引申出支配犯与义务犯这一对范畴。支配犯的本质是对犯罪行为的因果流程的支配,这种支配既可以是行为支配(Handlungsherrschaft),即以直接实施构成要件行为的方式构成的直接正犯;也可以是意志支配(Willensherrschaft),即行为人虽未亲自实施构成要件行为,但利用自己的意志力量支配了犯罪的因果流程;还可以是机能支配,即行为人通过

[43] 罗克辛,见前注[2],页30—31。

[44] 参见罗克辛,见前注[2],页12。

[45] 费尔巴哈,见前注[21],页29。

和其他犯罪人的分工合作,机能性地支配了犯罪,因而拥有机能的犯罪支配(funktionelle Tatherrschaft)。<sup>[46]</sup>应该说,罗克辛的支配犯尚可传统的行为论中加以理解。那么,义务犯则具有强烈的价值论色彩,在很大程度上超越了传统的行为论。罗克辛指出:“还存在着这样的犯罪,在这些犯罪中处于实现行为构成的中心位置的人,是那些违反特定的不是每个人都要履行的义务的人。我称之为‘义务犯罪’。”<sup>[47]</sup>义务犯的行为不像支配犯那样,是通过实在的外在举止的方式所能够把握的;而是通过违反构成要件特别规定的特定义务而加以描述的。在论及义务犯的特定义务时,罗克辛指出:“在义务犯中,构成要件所保护的是那些生活领域的功效(Funktionsfähigkeit),而这些生活领域是人们在法律上精心构建过(durchgeformt)的。”<sup>[48]</sup>随着义务犯理论的建构,构成要件的行为极大地超越了存在论的疆域,越来越具有规范论的性质,这也被认为是罗克辛目的理性的犯罪论体系的特色之一。

在构成要件的实质化中,罗克辛所做的最为重要的贡献还在于提出了客观归责理论。客观归责是在形式地具备构成要件之后,再进一步对符合构成要件的行为进行实质审查。客观归责的基本原理是:“法秩序必须禁止人们创造对于受刑法保护的法益而言不被容许的风险,而且,如果行为人在某个侵害法益的结果中实现了这种风险,那么实现这种风险就要作为一种符合构成要件的行为归属到该行为人身上。”<sup>[49]</sup>客观归责理论所要解决的是:在什么样的前提条件下将结果归责于行为人所实施的行为?这个问题,在古典派的犯罪论体系中,是通过因果关系理论来解决的,将其视为一个事实上的归因问题。此后,目的行为论的犯罪论体系强调了意志的归责(die voluntative Zurechnung),而罗克辛则在规范的归责(die normative Zurechnung)的基础上,形成了客观归责理论,完成了从存在论的归因到规范论的归责的转变。<sup>[50]</sup>随着客观归责理论的创立,构成要件的实质判断得以强化。在这种情况下,构成要件从存在论走向价值论或者规范论。刑事政策所具有的目的性的观念在构成要件中得以贯彻,而客观归责只不过是其中的一个篇章。

## 2. 违法性的价值化

在三阶层的犯罪论体系中,违法性主要是对符合构成要件的行为进行实质审查。但在李斯特的古典派的犯罪论体系中,违法性虽然可以分为形式违法性与实质违法性,构成要件是形式违法性的凭证,主要依靠构成要件的推定。而实质违法性也在很大程度上取决于正当化事由的判断:凡是存在正当化事由的,则否定实质违法性的存在;只有在否定正当化事由的情况下,才肯定实质违法性的存在。因此,违法性的有无取决于正当化事由是否存在,无须单独进行判断。而且,否定实质违法性的存在,也不能否定形式违法性,这是基于三阶层递进式逻辑的必然结论。因此,根据李斯特的古典派的犯罪论体系,违法性的功能极为有限,只是根据法

[46] 参见何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,页11。

[47] (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲译,法律出版社2013年版,页11。

[48] 罗克辛,见前注[2],页23—24。

[49] 罗克辛,见前注[2],页72。

[50] 关于德国客观归责理论的形成,参见吴玉梅:《德国刑法中的客观归责研究》,中国人民公安大学出版社2007年版。

律规定认定正当化事由。只是在新古典派犯罪论体系中,才真正引入实质违法性的判断,使违法性阶层发挥实质审查功能。对此,德国学者许乃曼在论及新古典派犯罪论体系对违法性阶层的贡献时指出:

在贝林—李斯特的体系里,违法性原来是一个纯粹形式的、完全由立法者以权威命令充实内涵的范畴。在此透过实质的违法性理论即发生了一个大转变:无论如何,在实质的违法性被定义为“侵害社会的行为”,并且对于阻却违法发展出“目的手段相当原则”或“利多于害原则”等调节公式之后,人们才可能开始对无数被立法者所忽视或未予解决的违法性的问题,藉由体系处理寻求解决的方法。<sup>[51]</sup>

罗克辛则进一步将违法性要件所要承担的作用,从构成要件中排除不具有实质违法性的行为的消极功能转化为解决社会冲突的积极功能。罗克辛指出:

在违法性层面,人们探讨的是相对抗的个体利益或社会整体利益与个体需求之间产生冲突时,应该如何进行社会纠纷的处理。也就是在一般人格权(allgemeines Persönlichkeitsrecht)与公民行为自由之间有矛盾时,是否有必要进行公权力的干预,以求得矛盾的消除,以及在现实的、难以预见的紧急状态的情况下,是否要求作出进行干预的决定;在这里,人们经久不衰地讨论的是,社会如何才能对利益以及与之相对立的利益实现正确的管理。<sup>[52]</sup>

在此,罗克辛提出了一个与违法性的本质相关的重要概念,这就是干预权。这里的干预权是指法律,确切地说,是刑法对于个人行为的干预权。如果干预,则意味着某种行为应当作为犯罪处理;如果不予干预,则该行为可以不作为犯罪处理。而是否干预,就直接决定了犯罪的范围与特征。例如,对于安乐死是否构成故意杀人罪的问题,就涉及到法律是否赋予公民个人以尊严死的权利这一较为敏感的问题。在正当化事由中,除了刑法明文规定的正当防卫、紧急避险等法定事由以外,还存在着大量的超法规的正当化事由。对于这些超法规的正当化事由的认定,就涉及在相对立的利益之间如何权衡与取舍的选择。根据罗克辛的观点,这里关系到整体法秩序,也是刑法中最为活跃的内容。通过正当化事由的范围调节,刑法能够及时与灵活地反映社会现实。这对于刑法来说,可以在对社会作出有效反应的同时,又能够保持刑法的稳定性。正如罗克辛指出:

由于干预权是源自整个法的领域的,而且正如超法规紧急避险的例子所表现的那样,其是可以从实在法的一般原则推导出来的,也并不需要用刑法法条来固定化,因此,不受罪刑法定原则影响的其他法领域的发展变化可以在正当化事由方面直接影响到案件是否可罚,而并不需要刑法作出同步修改。<sup>[53]</sup>

在这种情况下,违法性就成为一种否定性的价值判断,它以干预权为依归,由此而充分发挥了违法性的出罪功能。

[51] (德)许乃曼:“刑法体系思想导论”,载许玉秀等编,见前注[16],页271—272。

[52] 罗克辛,见前注[2],页21。

[53] 罗克辛,见前注[2],页39—40。

### 3. 罪责的目的化

如前所述,李斯特的古典派犯罪论体系在罪责上所持的是心理性的罪责概念,此后新古典派犯罪论体系发展出了规范性的罪责概念,在罪责概念中引入了价值评价。目的行为论的犯罪论体系则进一步对规范性罪责概念进行了修正,将故意、过失这些单纯的心理性内容从罪责概念中抽掉,将之归入构成要件,在罪责概念中保留下来的仅仅是可谴责的标准。可以说,从心理性的罪责概念到规范性的罪责概念,罪责要件已经在很大程度上完成了从存在论的罪责观到价值论的罪责观的转变。但罗克辛认为,上述规范性罪责概念仍然是一种形式性的罪责概念,指出:“规范性罪责概念仅仅是说,一种有罪责的举止行为必须是‘可谴责的’。但是,这个概念仅仅具有形式上的性质,而还没有回答这个问题:这种可谴责性应当取决于哪一些内容上的条件。这是一个关于实质性罪责概念的问题。”<sup>[54]</sup>在此,罗克辛提出了实质性罪责概念的命题。那么,实质性罪责概念到底包含哪些要素呢?罗克辛认为,罪责主要是回答“构成要件该当、违法的行为具备什么条件才配得上动用刑罚”的问题。罗克辛指出:

刑罚同时取决于两个因素,其一是,用刑罚进行预防的必要性;其二是,犯罪人罪责及其大小。如果人们赞同我的观点,那么,也就意味着,刑罚受到了双重的限制。刑罚之严厉性不得超过罪责的严重性,同时,也不能在没有预防之必要性的情况下科处刑罚。这也就是说,如果有利于对犯罪人实行再社会化的话,那么,是可以科处比罪责之严重程度更为轻缓的刑罚的;如果没有预防必要的话,甚至可以完全不科处刑罚。<sup>[55]</sup>

因此,在实质性的罪责中,包含了两个要素,这就是规范性要素与预防必要性;并且,在这两者之间存在着逻辑上的位阶关系:规范性要素在前,预防必要性在后;后者以前者为前提。罗克辛还提出了答责性(Verantwortlichkeit)作为上述两个概念的上位概念。规范性要素解决的是非难可能性(Vorwerfbarkeit)的问题,只是答责性的必要条件,只有加上预防必要性,才能为答责性提供充分条件。<sup>[56]</sup>

对于罗克辛实质性罪责概念中的规范性要素,不必着墨过多,因为并无特别之处。这里重点需要讨论的是预防必要性。罗克辛的预防必要性是从刑罚目的中引申出来的,这里的刑罚目的就是预防犯罪。罗克辛是报应主义的坚定反对者,因为报应主义使刑罚完全脱离了社会,没有考虑刑罚处罚的社会必要性。而基于刑事政策之机能的视角,在刑罚目的上只能选择预防主义。罗克辛指出:“由于刑法是一种社会治理(soziale Steuerung)和社会控制的机制,它也就只能谋求社会目标。”<sup>[57]</sup>这里的刑法的社会目标就是指预防犯罪,这也是刑事政策的目标。

预防犯罪有一般预防与特殊预防之分。在以往德国学者中,费尔巴哈主张一般预防,李斯特则转向特殊预防。但是,无论是费尔巴哈还是李斯特都没有将犯罪预防的观念引入罪责之

[54] 罗克辛,见前注[17],页562。

[55] 罗克辛,见前注[2],页78—79。

[56] 参见李文健:《罪责概念之研究——非难的实质基础》,台湾三容股份有限公司1998年版,页222以下。

[57] 罗克辛,见前注[2],页76。

中。在将预防观念引入罪责概念的理论中,其中有两种理论:第一种是作为必须为自身个性负责的罪责,这一罪责概念具有明显的人格责任论的性质,将罪责标记成“为这种人格必须承担责任(Einstehenmüssen)”,因此,特殊预防成为刑罚必要性的考量因素。第二种是作为根据一般预防需要归咎的罪责,这是德国学者雅科布斯所主张的,这种理论将罪责理解为一种一般预防性的归咎(Zuschreibung),一般预防成为刑罚必要性的考量因素。<sup>[58]</sup>对于这两种关于刑罚必要性的罪责理论,罗克辛都是反对的。罗克辛在刑罚目的问题上是一个双重预防论者,指出:

刑罚还要有特殊预防和一般预防的目标。通过刑罚的安排,必须实现让被处罚者尽量不为再犯的目标;我们的刑事执行最好能够努力促进犯罪人在刑法上的重新塑造,促进他的再社会化,以此来让他不为再犯。同时,刑罚也要对公众产生作用,具体也就是,刑罚要能促进人民的法律意识,并且让他们注意到可罚举止的后果。<sup>[59]</sup>

因此,在罗克辛的预防性的罪责概念中,既包括了特殊预防,又包括了一般预防,罗克辛称为作为不顾规范可交谈性的不法行为的罪责。

### (三)刑法教义学与刑事政策的一体化:罗克辛贯通的径路

罗克辛将李斯特关于刑法教义学与刑事政策的关系描述为李斯特鸿沟,这当然具有贬义,反映了在这个问题上罗克辛的倾向性立场,即要打通刑法教义学与刑事政策之间的关系。罗克辛明确地将其刑法教义学称为以刑事政策为导向的刑法学,指出:“建立这个刑法体系的主导性目的设定,只能是刑事政策性的。刑事可罚性的条件自然必须是以刑法的目的为导向。”<sup>[60]</sup>罗克辛将刑事政策贯彻到构成要件、违法性和罪责这三个阶层之中,成为其目的理性的犯罪论体系的一根红线。

罗克辛将刑事政策贯穿于整个刑法教义学,是否会发生李斯特所担忧的刑事政策对刑法的侵扰呢?回答是否定的。之所以如此,是因为罗克辛引入刑法教义学的刑事政策与罪刑法定这两者始终处于一种复杂的牵制关系之中。事实上,罗克辛不仅将刑事政策贯穿于构成要件、违法性和罪责这三个阶层,而且也把罪刑法定主义同时贯穿于这三个阶层。

#### 第一,构成要件与罪刑法定

在构成要件阶层,罪刑法定原则主要体现为明确性的要求。然而,这种明确性并非绝对,需要进行价值的填充。这种填充在很大程度上受到刑事政策的指导。罗克辛在论及构成要件对行为的描述时就认为,如果人们想通过行为的描述来满足罪刑法定原则的要求,那么就会产生一个无法解决的矛盾:人们要怎样才能够用精确的行为描述(Tatbeschreibung)来处理没有的行为(Nichthandeln)呢?这里的“没有的行为”可以理解为缺乏物理性特征的行为,对此,建立在实证主义基础之上的行为论是无能为力的。只有采用刑事政策的方法,才能进行合理的价值建构。罗克辛认为,正确的做法本该是:在行为犯的场所,只有在该行为犯之构成要件包

[58] 罗克辛,见前注[17],页565、567。

[59] 罗克辛,见前注[2],页76—77。

[60] 罗克辛,见前注[17],页133。

含义义务犯的情况下,才可以允许不作为取得与积极作为同等的地位。<sup>〔61〕</sup>因此,在构成要件上,罗克辛通过义务犯之义务关系填补了空隙。因为,从罪刑法定原则的角度来讲,这个对义务的违反是通过作为还是不作为的方式来实现,并不重要。在罗克辛看来,立法者对构成要件只能作出较为粗疏的规定,这是一种框架式的规定。这是一种罗克辛称为“粗略描绘的现行法的形象”,只有依靠刑事政策“在一切细节上进行设想和加工”。<sup>〔62〕</sup>由此,罗克辛在构成要件的解释上将刑法教义与刑事政策统一起来。

## 第二,违法性与罪刑法定

在违法性阶层,罗克辛将干涉权视为核心概念,认为其并不违反罪刑法定原则,因为其限制了司法权的定罪范围。罪刑法定原则在正当化领域也有其功能,例如正当防卫类型的教义学一体化处理方法本身就受到立法的限制。至于超法规的正当化事由,也并不能认为是违反罪刑法定原则的。因为罪刑法定原则只限制入罪,但并不限制出罪。而且,对于正当化事由,无论是法定的正当化事由还是超法规的正当化事由予以出罪,也并不与罪刑法定的一般预防精神相抵触。因为,正当化事由不仅没有刑罚必要性,也没有预防必要性。

## 第三,罪责与罪刑法定

在罪责阶层,刑事政策主要体现在引入了预防必要性的概念,但这是在具有心理性要素和规范性要素的基础上,进一步要求具备预防必要性才能动用刑罚,因此预防必要性起到的是限制刑罚发动的作用,而不是扩张刑罚范围。在论及罪责方案的设计时,罗克辛指出:“除此之外,还要提一下罪刑法定原则:这是个同时也适用于罪责要素和被用于确定可罚的范围的原则,同样,该原则也必须适用于我们所提的这个方案。”<sup>〔63〕</sup>因此,罪刑法定原则也是贯穿于罗克辛的目的理性的犯罪论体系,一如刑事政策。

在刑法与刑事政策的关系这个标题下,这里的刑法,罗克辛也称为刑法体系,也就是所谓犯罪论体系或者教义刑法学,这是没有疑问的。但是,这里的刑事政策到底是指什么,却是值得仔细推敲的。李斯特的刑事政策是指实体上的刑事政策,即抗制犯罪的各种措施。事实上,李斯特并不排斥刑事政策对实体刑法的影响,例如在刑罚规定中,就应该根据犯罪人的个体特征针对性设置刑事处罚措施。但是,在关于犯罪的规定中,李斯特坚持罪刑法定原则,竭力避免刑事政策的侵入。可以说,在刑法与刑事政策的关系上,李斯特在犯罪论与刑罚论这两个领域是存在一定程度分裂的:犯罪论坚持罪刑法定原则,而刑罚论坚持刑罚目的论。这也就是罗克辛所说的刑法典作为“犯罪人的大宪章”的人权保障观念与刑事政策作为“刑法的目的性思想(Zweckgedanke)”的实现工具之间互相疏离。

在罗克辛那里,虽然到处都出现刑事政策这个概念,但没有见到其对刑事政策的确切定义。罗克辛的刑事政策概念与李斯特的刑事政策概念是一致的吗?如前所述,李斯特的刑事政策是一种实体性或者本体论的刑事政策。显然,罗克辛的刑事政策概念则并非如此,而毋宁

〔61〕 罗克辛,见前注〔2〕,页25。

〔62〕 罗克辛,见前注〔17〕,页137。

〔63〕 罗克辛,见前注〔2〕,页48。

说是一种价值性或者方法论的刑事政策。罗克辛的刑事政策具有更为抽象的特征而不是实体性的具体措施。揭示李斯特的刑事政策与罗克辛的刑事政策之间的根本差别，具有重要意义。事实上，罗克辛只是从李斯特的刑事政策中提取了目的性思想这个理论资源，将其上升到价值论与方法论的程度，以此进入刑法教义学。至于李斯特所定义的那种实体性或者本体论意义上的刑事政策，则完全可以在刑法教义学之外作为一门独立的学科进行专门性的研究。

根据我的观察，罗克辛的刑事政策可以与以下这些概念相等同：

### 1. 实质

在罗克辛的刑法词典中，刑事政策也成为实质的同义语。这里的实质是在与形式相对应的意义上使用的，在此，刑法规范的形式性与刑事政策的实质性就成为一对范畴。与此同时，实质也与实证相对应的意义上使用，具有价值的含义。例如，罗克辛在论及犯罪论时指出：“犯罪论，是人们对所有刑事政策立场进行提取和归纳，并以描述性、实证化(positivistisch)的方式进行形式上的归类，才设计出来的。”<sup>[64]</sup>罗克辛在这里所定义的犯罪论，是指其目的理性的犯罪论，其中包含了刑事政策作为实质性的基本立场与具有形式性与实证性的刑法教义规则这两个层次的内容。因此，在罗克辛的犯罪论体系中，刑事政策可以看作是其实质性内容。

### 2. 价值

罗克辛还往往将刑事政策作为价值性的工具使用，刑事政策是一个价值性的概念而与事实性概念形成一种对应关系。在罗克辛看来，刑事政策就是一种价值判断。例如罗克辛指出：“要将价值评价性各种分散的观点，放到其刑事政策的合法性上来考察——具体举例来讲，也就是，对构成要件进行法益上的、宽泛的目的性(teleologisch)上的解释，不可以盖过罪刑法定原则的保障功能。”<sup>[65]</sup>在此，罗克辛是把价值评价性吸纳到刑事政策的概念之中。在罗克辛的目的理性的犯罪论体系中，刑事政策主要承担着价值性判断的职责。

### 3. 目的

罗克辛将其犯罪论体系称为目的理性体系，这里的目的在很大程度上可以等同于刑事政策。例如，罗克辛在论证刑法与刑事政策并不是对立而是统一的时候，指出：“更确切地说，刑法是这样一种形式：在这种形式中，人们将刑事政策的目的设定转化到法律效力的框架之内。”<sup>[66]</sup>在此，刑事政策就是一种目的。其实，在刑事政策是一种目的性思想这一点上，罗克辛是继承了李斯特的学说。李斯特最早提出了刑法的目的性思想，首次赋予目的这一概念以刑事政策的意蕴。但是，李斯特的刑事政策仍然是实体性的抗制犯罪的具体措施，而没有直接将刑事政策等同于目的。在罗克辛这里，则将刑事政策从实体性内容中抽离出来，因而刑事政策才可能等同于目的。

基于以上分析，在罗克辛的目的理性的犯罪论体系中，并没有一个统一的、完整的、确定的刑事政策概念，而是在各种不同的犯罪论阶层，具有不同的刑事政策概念。例如，在构成要件

[64] 罗克辛，见前注〔2〕，页13。

[65] 罗克辛，见前注〔2〕，页57—58。

[66] 罗克辛，见前注〔2〕，页49。

阶层,相对于对行为的实证性描述,刑事政策就是指对构成要件的实质性评判。在违法性阶层,相对于对正当化事由的形式性叙述,刑事政策就是指对违法性的价值性判断。在罪责阶层,相对于对罪责的心理性要素、规范性要素的论述,刑事政策就是指对罪责的目的性分析。这里还应当指出,贯穿罗克辛的目的理性的刑法体系的还有另一个重要概念,这就是功能,也译为机能,由此罗克辛的目的理性的刑法体系也称为功能性的(funktionalen)的刑法体系。这里的功能性,是与实证性相对应的一个概念,是指主观上的目的设定性与客观上的功效呈现性。实证性的刑法体系是建立在所谓物本逻辑基础之上的;而功能性的刑法体系则是建立在价值选择基础之上的。在刑法体系中的功能性因素,也就是刑事政策因素。因此,罗克辛的刑事政策本身也不是存在论意义上的,而是价值论意义上的,是一种所谓观念性的刑事政策。

罗克辛并不是从存在论的犯罪论体系向价值论或者规范论的犯罪论体系演变这一历史过程的终点,这个终点是雅科布斯的机能主义刑法学。如果说,李斯特—贝林的古典派犯罪论体系是纯粹的存在论的犯罪论体系,那么,目的行为论的犯罪论体系就是非纯粹的存在论的犯罪论体系;而目的理性的犯罪论体系是非纯粹的规范论的犯罪论体系,雅科布斯的机能主义的犯罪论体系则是纯粹的规范论的犯罪论体系。<sup>[67]</sup>在这个意义上说,罗克辛的目的理性的犯罪论体系仍然具有存在论与规范论并重的折中性质,只不过更偏向于规范论。

### 三、中国意识

德国对于我们来说是一个遥远的异邦,发生在德国一百三十年前的李斯特鸿沟,以及在百年之后的罗克辛贯通,对于中国刑法学者来说,究竟意味着什么?这是一个值得严肃思考的问题。

我国对于刑法和刑事政策的研究都是三十年前才恢复的,在国家法治建设的召唤下,这两个学科都取得了令人瞩目的成绩,这是不容否定的。对于刑法学来说,我国正处在向刑法教义学转型的一个关键时期。严格来说,我国还没有建立起体系化的刑法教义学。就此而言,我国还处在李斯特时代。与此同时,我国的刑事政策研究已经形成了独立的学科。在我国,刑事政策作为一个学科不仅独立于刑法学,而且独立于犯罪学,这在各个刑事法的理论格局中也是独具特色的。我国的刑事政策除了对刑事政策的基本原理的研究<sup>[68]</sup>以外,还有对我国实际奉行的刑事政策的研究。<sup>[69]</sup>这些研究都在一定程度上促进了我国刑事政策的理论发展。就刑法与刑事政策的关系而言,我国刑法学界在以下三个方面的研究值得重视:

第一,刑法的刑事政策化研究。刑法的刑事政策化是我国较为热门的一个话题。我国学者指出:“所谓‘刑法的刑事政策化’,就是在刑法的制定和适用过程中,考虑刑事政策,并将其

[67] 参见方泉,见前注[39],页96—98。

[68] 参见严励,见前注[24]。

[69] 参见陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,中国人民大学出版社2007年版。

作为刑法的评价标准、指引和导向。”<sup>〔70〕</sup>根据学者的观点,刑法的刑事政策化可以分为两个环节:一是刑事立法的刑事政策化,二是刑事司法的刑事政策化。应该说,我国无论是刑事立法还是刑事司法都在很大程度上受到刑事政策的左右:从1983年起是严打的刑事政策,从2005年开始是宽严相济的刑事政策,都对我国的刑事立法与刑事司法产生了重大的影响。如何评价这种影响,当然不是本文所要讨论的。这里只是指出,这种刑法的刑事政策化并不是李斯特以及罗克辛的话语体系中的刑法与刑事政策关系的内容。

第二,刑法与刑事政策的功能界分研究。我国学者还从功能界分上对刑法与刑事政策的关系进行了探讨,指出:

刑事政策与刑法关系应有正确定位。就刑事政策是刑法立法指针而言,刑事政策应优位于刑法;二者有各自发挥作用的界域,应各就各位,互不替代;刑事政策与刑法应相互制约,协调发展;相互推动,共同进步。二者关系的核心是在区别二者前提下的互动的制约、促进关系。刑法(主要通过其基本原则)对刑事政策的制约主要涉及刑事政策的制定和实施,这是法治的要求,是权利保障的要求;刑事政策对刑法的指导主要体现在法律的制定、实施和法律变革上,这是时代发展的要求,也是社会防卫的要求。而无论如何,倡行法治、保障人权是刑事政策和刑法都应该奉行的基本原则,是已为现代法治国家的刑事司法实践所证实的理性选择。<sup>〔71〕</sup>

这一对刑法与刑事政策关系的讨论,是对作为实在法的刑法与实体性的刑事政策之间关系的一种理论分析,和李斯特、罗克辛讨论的作为教义学的刑法与作为方法论的刑事政策之间关系的话语体系也是完全不同的。

第三,刑事一体化研究。在我国刑法学界,刑事一体化是一种具有学术影响力的思想,储槐植教授作为这一思想的发明者,对我国刑法理论的发展做出了重要的贡献。储槐植教授1989年发表在《中外法学》第1期题为《建立刑事一体化思想》一文中,首次提出了刑事一体化的概念,认为刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调,即刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)。<sup>〔72〕</sup>这一刑事一体化的思想主要还是就刑法的立法与司法而言的,并未涉及刑法作为一种理论及其与刑事政策之间的关系。此后,储槐植教授又对刑事一体化思想作了进一步的阐述,认为刑事一体化可以分为作为研究方法的刑事一体化和作为刑法运作的刑事一体化。其中,作为研究方法的刑事一体化,储槐植教授强调对刑法全方位的研究,包括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。而作为观念的刑事一体化,储槐植教授旨在建造一种结构合理和机制顺畅(即刑法和刑法运作内外协调)的实践刑法形态。在此,储槐植教授论及刑事一体化与刑事政策的关系,指出:“作为观念的刑事一体化与刑事政策的关系极为密切,一方面它要求良性刑事政策为之相配,同时在内涵上又与

〔70〕 黎宏:“论‘刑法的刑事政策化’思想及其实现”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2004年第5期。

〔71〕 卢建平:“刑事政策与刑法关系的应然追求”,《法学论坛》2007年第3期。

〔72〕 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,页294。

刑事政策兼容并蓄,因为刑事政策的基本载体是刑法结构和刑法机制。”<sup>〔73〕</sup>在此,储槐植教授已经从刑法与刑事政策的理论形态上加以考察,追求两者的契合,从而触摸到了李斯特鸿沟,就其试图将刑事政策引入刑事一体化而言,在一定程度上跨越了李斯特鸿沟。当然,刑事一体化思想虽然在我国刑法学界得以广泛传播,但对刑法与刑事政策的具体研究却未能发生实质性的影响,存在着“只见开花,不见结果”的令人遗憾的局面。我以为,这主要是因为我国尚未建立起严格意义上的刑法教义学,缺乏承接刑事一体化思想的理论载体。

近些年来,也是随着李斯特、罗克辛的学术著作传入我国,刑法与刑事政策这个德国问题也开始引起我国学者的关注,并进行了研究。<sup>〔74〕</sup>其中,劳东燕教授的成果较为突出。劳东燕教授较早时期以风险社会与风险刑法为题强势进入刑法学领域,<sup>〔75〕</sup>在风险刑法的分析中已经采用了刑事政策的方法,这是对刑法问题分析采用刑事政策方法与视角的一种尝试。此后,劳东燕教授又发表专文讨论如何将刑事政策引入规范刑法学之中,<sup>〔76〕</sup>这里的规范刑法学其实就是指教义刑法学。劳东燕教授肯定了在刑法教义学中引入刑事政策的必要性,指出:“将刑事政策引入刑法教义学的研究之中,代表着刑法理论发展的走向。将刑事政策弃之不顾的做法,已经难以获得基本的正当性。缺乏刑事政策这一媒介,不仅刑法与社会现实之间的联系通道会全面受阻,刑法教义学的发展也会由于缺乏价值导向上的指引而变得盲目。”<sup>〔77〕</sup>劳东燕教授还用这一方法,对刑法教义学中的有关问题进行了示例性的分析。尤其值得肯定的是,劳东燕教授注意到了刑法教义学与刑事政策、李斯特与罗克辛之间的这种学理上的差异,对刑法体系与刑事政策的关系,从费尔巴哈经由李斯特再到罗克辛的学术演变路径进行了梳理。<sup>〔78〕</sup>在我国学者中最先对刑法教义学与刑事政策关系这一问题予以关注,并将其转换为中国问题,这为我们正确地认识刑法教义学与刑事政策的关系奠定了基础。

当前,我们已经来到李斯特鸿沟之前,并且目睹了罗克辛的贯通。在这种情况下,我国刑法学意欲何为,去向何方?这是一个决定着我国刑法学发展的命运之问,也是李斯特鸿沟以及罗克辛贯通的中国意识之所在。我认为,李斯特鸿沟以及罗克辛贯通对于我国刑法学具有启迪意义,使我们对刑法教义学的基本问题进行重新审思。

### (一)从四要件到三阶层犯罪论体系转变

如前所述,我国尚处在李斯特时代,严格意义上的刑法教义学还没有建立起来。在这种情况下,建构刑法教义学体系可以说是我国刑法学界的当务之急。我国目前四要件的犯罪论体系与三阶层的犯罪论体系之争,就是刑法教义学建构中涉及的一个发展路径问题。

四要件是以社会危害性为其逻辑出发点,在此基础之上建立起来的犯罪论体系,并不是一

〔73〕 储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,页28。

〔74〕 参见谢望原:“论刑事政策对刑法理论的影响”,《中国法学》2009年第3期。

〔75〕 参见劳东燕:“公共政策与风险社会的刑法”,《中国社会科学》2007年第3期。

〔76〕 参见劳东燕:“罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读”,《中国法学》2011年第1期。

〔77〕 同上注。

〔78〕 参见劳东燕:“刑事政策与刑法体系关系之考察”,《比较法研究》2012年第2期。

个刑法教义学的体系。例如，苏俄学者在论述社会危害性与犯罪构成的关系时，认为社会危害性是犯罪构成的属性，两者是统一的，犯罪构成是犯罪的法律形式，而社会危害性是犯罪的社会政治内容，犯罪是法律形式与社会政治内容的统一体，两者不可分割。苏俄学者皮昂特科夫斯基指出：

作为一种法律概念的犯罪构成，应该表现出犯罪的实质，揭露犯罪的政治内容及其对社会主义制度基础或社会主义法律秩序的危害性。每一个犯罪行为，按其客观特征来说，就是行为的一定的事实特征和行为的社会属性——对苏维埃制度或社会主义法律秩序的危害性。行为的社会危害性，这就是对行为的社会政治评价。因此，不仅应该把每一犯罪行为的事实特征列为犯罪构成的特征，而且也应该把它的社会属性，即行为的社会危害性也列为犯罪构成的特征。<sup>〔79〕</sup>

在这种观点看来，犯罪构成是犯罪的事实特征与社会政治内容的统一。如果把事实特征理解为犯罪的存在论意义上的特征；那么，社会政治内容就是价值论意义上的特征。显然，这一犯罪构成体系已经完全不是李斯特那种实证主义的犯罪论体系，而是将价值判断引入犯罪构成体系之中。这种具有强烈政治色彩的价值内容是从犯罪的实质概念中引申出来的，与犯罪的事实特征相比是有明显优势，在没有建立事实与价值之间的位阶关系的情况下，这种四要件的犯罪构成就沦为社会危害性的构成。因此，苏俄的四要件的犯罪论体系具有实质主义的性质。这一点也体现在苏俄学者对德国古典派犯罪论体系的批判当中。例如苏俄学者指出：

资产阶级刑法并不运用社会危害性这一概念，而只运用犯罪构成及违法性的概念，同时也未揭露出它们的阶级本质。资产阶级一方面摈弃这些概念的社会政治内容，另一方面籍抽象的结构，将犯罪构成的概念与违法性的概念截然对立起来。他们宣称：这些概念是完全独立的和互相隔离的。<sup>〔80〕</sup>

这里的资产阶级刑法就是指李斯特—贝林的犯罪论体系，指责这一犯罪论体系将犯罪构成视为一种纯粹描述性质的抽象的法律上的结构。此外，苏俄学者特拉伊宁也对古典派的犯罪论体系的客观性—形式性特征进行了批判，指出：

贝林把犯罪构成同那种作为犯罪构成而不具有任何主观色彩的行为混为一谈，使主体的抽象行为达于极限。犯罪构成是犯罪的无形的反映。这样一来，贝林就把犯罪构成由日常生活中的事实变成了脱离生活实际的抽象的东西，变成了“时间、空间和社会以外的”一个概念。<sup>〔81〕</sup>

特拉伊宁从行为人刑法、实质主义刑法的角度对古典派的犯罪论体系的责难，实际上也就是对作为古典派的犯罪论体系之根基的罪刑法定原则的否定性评价。当犯罪构成突破了罪刑

〔79〕（苏）A·A·皮昂特科夫斯基：“社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题”，孔钊译，载中国人民大学刑法教研室编译：《苏维埃刑法论文选译》（第1辑），中国人民大学出版社1955年版，页82。

〔80〕（苏）T·B·采列捷里、B·P·马卡什维里：“犯罪构成是刑事责任的基础”，高铭喧译，载中国人民大学刑法教研室编译：《苏维埃刑法论文选译》（第1辑），中国人民大学出版社1955年版，页63。

〔81〕（苏）A·H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富等译，中国人民大学出版社1958年版，页16。

法定限制的时候,刑事政策就如同脱缰的野马,对公民权利与自由所主宰的市民社会肆意践踏的危险就会随之而来。正是在这个意义上,我曾经提出“回到贝林”的学术口号,指出:“我国犯罪论体系的转型,除了应当对特拉伊宁的犯罪构成一般学说进行批判性反思,还必须重新审视贝林的构成要件论,甚至在一定意义上回到贝林,并以贝林为理论起点重新出发。”<sup>〔82〕</sup>我在这里所说的“回到贝林”,是指从特拉伊宁回到贝林,是在拨乱反正意义上的回到贝林。因此,这里的“回到贝林”只是一种学术上的象征或者姿态,并非真要全盘接受李斯特—贝林的古典派犯罪论体系。正如我们已经回不到贝林,也已经回不到李斯特,因为他们创立的存在论的犯罪论体系已经被规范论的犯罪论体系所超越。但这一点也不妨碍我们回望李斯特鸿沟,遥想当年李斯特在刑法教义学与刑事政策之间划河为界的英姿。

苏俄学者对古典派的犯罪论体系的批判,在某种意义上似乎与罗克辛的批判具有相似之处,都揭示了古典派犯罪论体系的形式—实证主义的叙述缺乏价值性内容。但是,两者之间又存在着根本的差异。这种差异就表现在:苏俄的四要件犯罪论体系将以社会危害性为标志的实质性价值概念作为整个刑法体系的基石范畴,而这种实质性价值概念凌驾于形式性的构成要件之上,难以避免定罪过程中的主观任性与专断。换言之,李斯特通过建构实证主义的犯罪论体系以抵御刑事政策侵入的意图完全落空。而罗克辛在保留了李斯特的阶层性的犯罪论体系结构的前提下,将刑事政策引入犯罪论体系。在三阶层的框架内,刑事政策仍然受到罪刑法定原则的限制。对于罗克辛的目的理性的犯罪论体系来说,罪刑法定原则仍然是其犯罪论体系的边界。通过对罪刑法定原则功能的实质化阐述,罪刑法定原则不仅具有形式上排除不具有构成要件的行为的消极出罪功能,而且具有实质上限缩符合构成要件的行为的积极出罪功能。因此,苏俄学者对李斯特犯罪论体系的政治性批判与罗克辛对李斯特犯罪论体系的功能性超越,具有完全不同的性质,两者不能混为一谈。

在今天,李斯特的古典派犯罪论体系所具有的形式—实证主义的特征仍然具有参考意义。从四要件到三阶层的犯罪论体系的转变,是我国借鉴德日犯罪论体系的必由之路。在犯罪论体系的建构中,罪刑法定原则作为刑法教义学的出发点。刑法教义学不是一种以应然性的价值为研究对象的学科,而是一种以实然性的法条为研究对象的学科。在这一点上,刑法教义学与刑事政策之间是存在重大区别的。例如罗克辛在论及刑事政策学时指出:“刑事政策学的研究对象不是那些已经存在(ist)的法律的形成,而是那些根据目的的要求本来应当存在(sein sollen)的法律的形成。”<sup>〔83〕</sup>这里的已经存在就是指实然,而本来应当存在就是指应然。在罗克辛看来,刑事政策学是应然性的学科;与此对应,教义刑法学就是实然性的学科。这种实然性表现在以现行法条为其逻辑出发点,这也是罪刑法定原则的应有之义。德国学者在论述教义学时,提出了既有给定(ex datis)概念,指出:“教义学的思想经常被视为一种不能批判思想的典范。这就表明:教义学是以自身已经确定而无须再作任何检验的信条为前提的,而且通过对这些前提的深入思考可以进一步认识教义学。这种理解其实是以预先给定的内容和权威为

〔82〕 陈兴良:“构成要件论:从贝林到特拉伊宁”,《比较法研究》2011年第4期。

〔83〕 罗克辛,见前注〔17〕,页117—118。

前提,而不是对该前提进行批判性检验。”<sup>[84]</sup>因此,刑法教义学具有对刑法文本的解释性的特征,这种解释又不能超越法律的语义边界。正是在这种罪刑法定原则的限制之下,刑法教义学获得了其合法性与正当性。

刑法教义学虽然以刑法文本为对象,并受到罪刑法定原则的限制,但又不是对刑法文本的简单诠释,而是根据一定的内在精神演绎成一个知识体系。在此,阶层式结构作为刑法教义学的框架,起到了至关重要的作用。李斯特首先奠定了不法与罪责的位阶关系,提出了刑法制度中的罪责只能在违法性学说之后来探讨的命题。<sup>[85]</sup>此后,贝林提出并完善了构成要件的理论,由此形成三阶层的犯罪论体系。这种犯罪论体系的阶层式构造可以说是德国刑法学的标志性成果。例如目的行为论的创始人韦尔策尔指出:

将犯罪分解为构成要件符合性、违法性和罪责三个阶层,是过去两三代人所取得的最为重要的学理成果……将犯罪分解为互相组合的三个评判和评价阶层,给法律适用带来了高度的理性和安全性;而且,借诸评价阶层之区分,还使获得正义的最终结论成为可能。因此,贯彻这一区分的法律体系就比不存在这种区分的法律体系更为优越(überlegen)。德国的法律科学普遍接受了这种三分法,德国的实践也以它作为判决的基础。<sup>[86]</sup>

如果说,阶层是这一犯罪论体系的框架;那么,体系化的知识就是这一体系的内容。框架是较为稳定的,内容却是变动的。这里的知识就是指各种刑法的教义学原理,它构成了刑法教义学最为活跃的部分。罗克辛指出:“刑法信条学并不满足于把各种理论原理简单地合并在一起,并且一个一个地对它们加以讨论,而是努力要把在犯罪行为的理论中产生的全部知识,有条理地放在一个‘有组织的整体’之中,通过这种方法,使人们能够清楚地认识各个信条(Dogmen)之间的内在联系。”<sup>[87]</sup>阶层式的犯罪论体系形成以后,尽管此后随着各个刑法学流派的演变,刑法教义学的具体内容发生了重大的变化,但这个体系本身并没有根本性的变动。即使是罗克辛的目的理性的犯罪论体系,也还是承接了这一体系结构。而在我国,阶层式的犯罪论体系虽然开始受到重视,结合中国刑法规定进行本土化改造的学术努力也始终没有停止,但平面式的四要件体系仍然占据着重要位置。

从李斯特鸿沟到罗克辛贯通,我们首先需要面对的是李斯特的刑法教义学体系。只有具备了这一阶层式的犯罪论体系的基本框架,我国的刑法教义学才能获得发展的基础。我们应当看到,从李斯特—贝林的古典派的犯罪论体系,经过新古典派的犯罪论体系、目的行为论的犯罪论体系,最后到罗克辛的目的理性的犯罪论体系,这是一个将近百年的演变过程。罗克辛的体系并不是对李斯特体系的简单否定,而是以其为学术嬗变的起点所进行的长达百年、历经数代刑法学人的努力所达致的学术境界。因此,我们也应该将学术起点确定在李斯特,当然不

[84] (德)沃尔福冈·佛里希:“法教义学对刑法发展的意义”,赵书鸿译,《比较法研究》2012年第1期。

[85] 李斯特,见前注[3],页168。

[86] (德)汉斯·韦尔策尔:“近百年的德意志刑法学理与目的行为论(1867—1966)”,蔡桂生译,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第六卷),中国人民公安大学出版社2012年版,页233、234。

[87] 罗克辛,见前注[17],页118。

是重复从李斯特到罗克辛的跋涉过程,而是充分关注这一过程所涉及的问题,并在中国的语境下解决这些问题。

## (二)刑事政策对刑法教义学的目的引导

如前所述,李斯特的形式—实证主义的犯罪论体系是其特定历史条件下的产物,对于张扬罪刑法定主义,防止司法权的滥用,具有不可低估的历史意义。在我国现阶段,罪刑法定原则在刑法中确立不久,尚未深入人心,李斯特体系还是具有现实意义的。当然,李斯特体系本身具有先天的不足,这主要表现在李斯特似乎过分夸大了立法者的立法能力。因为,李斯特的体系是一个纯粹形式的体系,这一体系要发挥积极作用,完全取决于立法者在立法过程中已经将犯罪毫无遗漏地规定在刑法当中。在这种情况下,司法者只要形式地根据刑法法条认定犯罪,就能够实现刑法的目的。例如,李斯特指出:

根据现今的法律观,成文法(广义上的法律)是刑法规范的惟一渊源。刑法的所有规范都同属于制定法(*gesetztes Recht*)。当代的刑法立法从假定其完整性出发,并在此假设的基础上提出排他性要求。刑法立法反映了18世纪末以来(1789年和1791年《法国宪法》)反复强调的、1919年《帝国宪法》第116条明确规定的要求:“刑罚之科处,应以行为实施前,可罚性明定于法律者为限”(Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)。只有那些被法律明确规定科处刑罚的行为才受到刑法处罚,而且,所科处之刑罚只能是法律明文规定之刑罚。<sup>〔88〕</sup>

请注意在李斯特以上这段话中的两个词:完整性与排他性。这里的完整性是指立法者对犯罪作了完整的规定,法律规范本身已经体现了实质合理性。在这种情况下,司法活动只要坚持形式合理性就足以实现法律正义。立法的实质理性与司法的形式理性的完美结合,造就了其形式—实证主义的犯罪论体系。也只有如此,才能具有罪刑法定原则对法无明文规定的行为进行排他性的处置。

对于法无明文规定不为罪的原则当然是要坚持的,但罪刑法定原则只是设立了对外抵御司法权滥用的防线,却没有考虑到进入构成要件的行为本身仍然需要进行实质合理性的审查。李斯特的思想具有明显的立法中心主义和立法完美主义的特征,这是一种古典学者所坚持的法律乌托邦思想,并不符合立法的现实。事实上,任何法律都不是完美无缺的,刑法也不例外。在刑法中,除了超法规的违法阻却事由刑法典不能一一明文列举以外,对于刑法规定的概然性与粗疏性,都有必要进行价值补充。在这种情况下,具有实质价值性的刑事政策进入犯罪论体系,尤其是进入构成要件,具有其合理性。例如我国目前的刑法中,存在大量所谓的兜底条款,甚至口袋罪,这与罪刑法定主义所要求的明确性原则是存在较大距离的。在我国尚不存在对刑法的违宪审查制度的情况下,只能依靠刑事政策进行价值填补。例如德国学者许乃曼认为在刑法总则中,立法者所使用的专有名词经常有广阔的概念回旋空间,对此,司法者有权并且有义务发挥造法机能,将立法者所留下的迂回空间予以填满。许乃曼指出:“在这里,透过目的手段限缩(*Zweck—Mittel—Reduktion*),亦即籍着审查符合特定法律体制目的的事实,所进行

〔88〕 李斯特,见前注〔3〕,页126。

的除规范化,即具有极重大的意义。”<sup>〔89〕</sup>在罪刑法定原则限度内的刑事政策填补,具有目的性的限缩功能,并不会扩张犯罪的范围,反而会限制犯罪的范围。

在我国的刑法教义学体系中,也同样应当以刑事政策为指导。当然,刑事政策在刑法教义学中作用的发挥应当以一定的教义学原理为中介,而不是生硬地直接采用刑事政策进行解释。在我国以往的司法解释中,存在着对刑法相关问题根据刑事政策所做的解释。例如,1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》规定:“第一一次性行为违背妇女的意志,但事后并未告发,后来女方又多次自愿与该男子发生性行为的,一般不宜以强奸罪论处。”在这一解释中,第一次违背妇女意志与之发生性关系的行为已经构成强奸罪,其性质并不以此后情况的变化而改变。但前引司法解释规定对此不以强奸罪论处,不是刑法教义学的结论,而是刑事政策的判断。又如,1996年12月24日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》规定:“对于多次进行诈骗,并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物,在计算诈骗数额时,应当将案发前已经归还的数额扣除,按实际未归还的数额认定,量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑。”这是对诈骗犯罪中所谓拆东墙补西墙现象的数额认定问题的规定,这种以归还他人诈骗款为动机的诈骗,影响诈骗罪的成立。根据刑法教义学的推理,多次诈骗的数额本来应该累计,前引司法解释却规定对于案发前已经归还的诈骗数额不计入诈骗数额,这也只能理解为一种刑事政策的考量。这些规定都是有利于被告人的,因此具有合理性。当然,如果将刑事政策的精神借助于刑法教义学原理进行解释,则可以取得更好的效果。例如,罗克辛的客观归责就是对构成要件进行刑事政策的实质化判断的重要理论,通过深入研究罗克辛创制了一系列的教义学规则,从而将刑事政策与刑法教义学完美地融合在一起。在罗克辛的客观归责理论中,包含具有强烈的刑事政策色彩的目的性解释方法的运用。这种目的可以分为规范保护目的与构成要件的规范目的,对此罗克辛作了严格的区分。<sup>〔90〕</sup>规范保护目的中的规范是指前刑法规范,例如在罗克辛所举的脚踏车案中,因为前后两个脚踏车的行车人都没有点灯,结果前一个脚踏车的行车人将他人撞伤。如果后一个脚踏车的行车人点灯,就可以避免前一个脚踏车的行车人将他人撞伤事故的发生。在这种情况下,后一个脚踏车的行车人没有在夜间行车时点灯,创设了法所不允许的风险。但夜行时脚踏车要点灯这一规范的目的是为了避开他人发生与他人的交通事故,而不是要去骑车人点灯照亮公共道路,防止别人发生交通事故。根据这一规范保护目的原理,前一个脚踏车的行车人将他人撞伤的结果不能归责于后一个脚踏车的行车人。而构成要件的保护目的则是指刑法对某一犯罪的构成要件的设置所要达致的立法目的。在这一构成要件的保护目的之内的行为与结果,称为构成要件的效力范围。例如我国学者冯军采用这种构成要件的规范目的的原理对我国刑法第133条之一规定的危险驾驶罪进行了分析,在论及这种规范目的的分析方法时,冯军教授指出:“对任何一个刑法条文的解释和适用,都必须从其规范的目的出发,刑法分则中每一个规定了犯罪构成要件和法定刑的条文,都具有自己特

〔89〕 许迺曼,见前注〔51〕,页295。

〔90〕 参见罗克辛,见前注〔17〕,页256、262。

定的规范目的。如果已经存在的刑法条文足以实现某一目的,就不需要为实现这一目的而另外设立新的具有罪刑构造的刑法条文。”<sup>〔91〕</sup>显然,这种以刑法教义为依托的刑事政策更能够在刑法教义学体系中获得合理定位并实现其应有的功能。

我国刑法对于犯罪的规定具有罪量要素,这是一个极具中国立法特色的问题。关于罪量要素在犯罪论体系中的地位问题,我国刑法学界展开了广泛而深入的讨论,成为我国刑法教义学研究中十分突出的一个刑法热点问题。关于罪量要素的体系性地位的探讨,当然涉及何种犯罪论体系这一前提条件:是指在四要件的犯罪论体系中的地位,还是指在三阶层的犯罪论体系中的地位,或者是指在我所主张的罪体、罪责与罪量这一三位一体的犯罪论体系中的地位?以往较多的是在四要件的犯罪论体系中讨论,现在较多的是在三阶层的犯罪论体系中讨论。在采用三阶层的犯罪论体系中讨论的时候,对罪量要素的性质提出了各种观点,例如处罚条件说、构成要件要素说、区分对待说等。<sup>〔92〕</sup>其中,近期较有影响的观点包括王莹博士提出的在构成要件基本不法量域基础上的类构成要件复合体的学说。<sup>〔93〕</sup>以上观点大多是在构成要件的范畴内为罪量要素提供栖身之所。因为构成要件受刑法教义学原理的支配,罪量要素的构成要件要素说或多或少地存在某些逻辑上的障碍。值得注意的是,梁根林教授晚近在其论文中,从但书的刑事政策机能这一命题出发,将罪量要素分为消极罪量要素与积极罪量要素,认为消极罪量要素是指但书关于“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定,而积极的罪量要素是指刑法分则以明示或者暗示的方式规定的反映行为不法程度的罪量要素,是但书这一消极罪量要素规定在刑法分则罪状中的正面展开。梁根林教授指出:“消极罪量要素与积极罪量要素,分别对应于刑法总则侧重出罪机能的发挥与刑罚分则强调入罪机能的发挥。”<sup>〔94〕</sup>在此,存在一个矛盾,既然所谓积极罪量要素是消极罪量要素在刑法分则的正面展开;那么,两者的机能应该是相同的,又怎么能够得出结论说消极罪量要素的机能是出罪而积极罪量要素的机能是入罪呢?正是从积极罪量要素的机能是入罪这一观念出发,梁根林教授指出:

就其功能而言,罪量要素都可以被解读为刑罚扩张事由。因此,在区分不法与罪责的阶层犯罪论体系中,为了贯彻责任主义原则,不宜将这些与不法和责任及其程度直接相关的罪量要素,简单地置换为客观处罚条件,使其游离于罪责的规制范围之外,成为决定犯罪成立的纯粹客观事实情况。既然罪量要素与不法和罪责相关,不是客观处罚条件,就可能将其分别纳入不法构成要件要素和责任要素。<sup>〔95〕</sup>

我认为,无论是消极罪量要素还是积极罪量要素,都具有出罪功能而非入罪功能。换言之,刑法分则规定的罪量要素相对于没有规定罪量要素的立法语境而言,其是刑罚限缩事由而非刑罚扩张事由。在这种情况下,我认为对于我国刑法中的罪量要素应当采用刑事政策的解

〔91〕 冯军:“论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用”,《中国法学》2011年第5期。

〔92〕 参见王强:“罪量因素:构成要件抑或处罚条件”,《法学家》2012年第5期。

〔93〕 参见王莹:“情节犯之情节的犯罪论体系定位”,《法学研究》2012年第3期。

〔94〕 梁根林:“但书、罪量与扒窃入罪”,《法学研究》2013年第2期。

〔95〕 同上注。

释。在《规范刑法学》一书的第三版,我在论及罪量要件的性质时指出:“罪量作为犯罪构成的要件之一,具有明显的刑事政策色彩。刑事政策对于刑法具有指导意义,对于犯罪构成具有制约功能。我国刑法对罪量要素的规定,表明我国刑法限制犯罪范围,因而限制司法权,同时赋予公安机关较大的治安处罚权。”<sup>[96]</sup>因此,从刑事政策的观念出发,将罪量要素看作是刑罚限缩事由,从而把罪量要件界定为客观处罚条件,在逻辑上并无太大问题。

### (三)刑法教义学对刑事政策的边界控制

刑事政策作为一种价值判断,在刑法体系中的功能发挥应当受到刑法教义学的有效限制,这也是罪刑法定原则的题中应有之意。但是,我们在这里所说的刑法教义学对于刑事政策的功能限制,与李斯特将刑事政策拒之于刑法教义学大门之外的鸿沟战术是完全不同的。正如罗克辛所做的那样,刑事政策应当引入刑法教义学,但基于形式判断先于实质判断的阶层构造,刑法教义学完全可以约束刑事政策,使之发挥人权保障的实质合理性功能。例如罗克辛指出:

从信条学与立法者的刑事政策目标想象的联系中,可以得出这样一种结论,例如,在利益冲突状态下,在详细说明那种决定举止行为的社会有益性或者有害性并因此决定该行为的违法性的秩序原则(Ordnungsprinzipien)时,起决定作用的是这个根据法律制度可以看得见的基本原则而不是那种解说者个人的价值想象。同样,在人们根据刑罚目的理论的刑事政策观点来解释责任范畴并加以体系化时,也不是根据学者或者法官在刑罚目的方面所具有的想法,而是应当以从法律规定的免责根据和可能过分塑造的宪法方面能够赢得的目标为基础的。<sup>[97]</sup>

在刑法教义学框架之内,刑事政策的价值判断不会导致主观武断与专横,而是具有其边界。因此,只要通过刑法教义学原理正确地加以限制,刑事政策只能发挥其出罪的功能而不可能发挥其入罪的功能。德国学者金德豪伊泽尔教授提出了用教义学来控制刑事政策的边界的命题,指出:“对于自己根基的自我反思以及由此而引发的更尖锐的意识,即刑罚是一种亟需正当化的恶,使得持有完全不同的政治立场和完全不同的世界观的刑法学者在基本态度上取得了一致,亦即:必须指出刑事政策的边界。”<sup>[98]</sup>刑法教义学对于刑事政策的限制主要是通过罪刑法定原则实现的,该原则所派生的“刑法的不完整性特征”(fragmentarischer Charakter)成为体系性工作的限制。

在我国刑法学界,存在着以社会危害性为中心的、具有强烈的实质冲动的思想基础,这主要体现在四要件的犯罪论体系之中。随着四要件的犯罪论体系的逐渐消解,三阶层的犯罪论体系得以传播。但在没有有效清算传统的社会危害性观念的情况下,社会危害性会以法益侵害性、处罚必要性以及刑事政策等实质性的判断根据而出现在刑法体系中,这只不过是社会危

[96] 陈兴良:《规范刑法学(上册)》(第三版),中国人民大学出版社2013年版,页198。

[97] 罗克辛,见前注[17],页138。

[98] (德)沃斯·金德豪伊泽尔:“适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界”,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

害性观念的替身而已。对此,我们必须保持足够的警惕。在这当中,存在着一个如何正确处理价值判断与法教义学的关系问题。法教义学并非不要价值判断,而是要限制价值判断。刑法更是如此。正如我国学者劳东燕教授指出:

在刑法体系中,基于罪刑法定的制约,并非任何法外的价值判断都允许被引入。因为罪刑法定原则是形式合理性与实质合理性的统一体,它将实质合理性的内容即法律之目的及刑事政策的影响,严格限制在该刑事政策对于法律条文文字明示而确实表达的范围内。由此,在法无明文规定时,一项入罪性的决定即使属于合理的价值判断,在刑法中也并无存在的空间。<sup>〔99〕</sup>

对于这种将法教义学背景之下的价值判断分为法外价值判断与法内价值判断的分析进路,我是赞同的。德国学者金德豪伊泽尔教授所说的“刑法的不完整性特征”观念就是禁止法外价值判断的合适理由。法内价值判断当然是不可或缺的,这也毋庸置疑。对于概然性条款、兜底式罪名,都存在价值填充的必要性。但是,法内价值判断也存在一个限度的问题,在进行这种法内价值判断的时候,仍然需要遵循法教义学规则。例如,目前我国引起广泛关注的“以刑制罪”的问题,就是值得慎思的。我国学者高艳东教授较早提出了所谓量刑与定罪的互动论,认为为了量刑公正可以变换罪名。<sup>〔100〕</sup>这里的变换罪名通常是指选择较重之罪名。劳东燕教授也指出:

由于应受刑罚处罚必要性以及程度具体乃是通过刑罚的严厉性程度来体现,这意味着,解释犯罪成立要件时必须考虑刑罚问题,确切地说是应当以相关法条所规定的法定刑及其适用作为解释的基点。不妨把这种现象称为“以刑制罪”。顾名思义,它指的是应予适用的刑罚的严厉程度反过来会制约与影响犯罪成立要件解释。<sup>〔101〕</sup>

以刑制罪,其实就是重法优于轻法,也就是较重的刑罚决定罪名。在法条竞合等情况下,均有此类观点。就法律范围内而言,进行这种价值判断似乎有益无害,而且有助于罪刑相适应原则的实现。但我认为,以刑事政策为基础的价值判断即使在法律范围内,也还是要遵循法教义学的规则,这是对立法者的尊重,而立法者是法条背后的价值决定者。因此,对于以刑制罪这样一些充满实质性内涵的方法论,还是要予以警觉。

在如何用刑法教义学限制刑事政策问题上,涉及我国存在重大争议的一个理论问题,这就是形式解释论与实质解释论之争。<sup>〔102〕</sup>如果仅仅看表象,似乎形式解释论就是不要实质判断,因此十分容易造成对形式解释论的误解。其实,这种误解也是对形式法治的经典误解,例如我国法理学者陈金钊教授指出:

对形式法治的经典误解是认为其不问法之善恶,其实,情况并不是这样。形式法治论

〔99〕 劳东燕,见前注〔1〕。

〔100〕 参见高艳东:“量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名”,《现代法学》2009年第5期。

〔101〕 劳东燕,见前注〔1〕。

〔102〕 这一争议的主要文献参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,《中国法学》2010年第4期;张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期。

者只是更多地关心法律之内的善,而疏于关系法律之外的善;要用法律祛除立法者认定的恶,而没有顾及法律本身也可能产生恶,对于善恶这种基于主观评判的结论采取了漠视的姿态,而钟情于法律已经明确的标准。<sup>[103]</sup>

对于坚持罪刑法定原则的刑法来说,所谓法律本身产生的“恶”,无非有以下两种情形:一是应当入罪而没有规定入罪;二是应当出罪而没有规定出罪。对于前者,基于法无明文规定不为罪的原理,无论如何也不能入罪,这是罪刑法定原则的代价。对于后者,完全可以通过实质性的价值判断予以出罪而并不违反罪刑法定原则。因为,罪刑法定原则只是限制对法无明文规定的行为入罪,但并不禁止对法有明文规定的行为出罪。在法有明文规定的行为出罪这一点上,完全可以进行实质判断。因此,形式解释论意图通过形式特征限制对法无明文规定的行为入罪。实质解释论一般是以实质法治思想为其依归的,但这种实质法治论本身也隐藏着危险性,对此陈金钊教授提出了实质法治带有毁灭法治的倾向的命题,并进行了论证。<sup>[104]</sup>这并不是危言耸听。当然,实质解释论也不是完全否定形式的功能,但在实质性价值内容的逼迫之下,形式的疆域难以坚守。目前,我国赞同实质解释论的学者为数不少,只不过出现一些具有折中色彩的实质解释论,例如所谓保守的实质解释论、<sup>[105]</sup>修正的实质解释论<sup>[106]</sup>等。其实,这些观点与我所宣称的形式解释论已经相去不远。我认为,形式解释论与实质解释论之争的关键,还是如何理解罪刑法定原则的精神的问题,更是如何在刑法教义学中利用教义学规则限制刑事政策的问题。

这里特别需要说明的是,德国问题在中国语境下展开的时候,我们必须关注中国与德国在刑事法治发展阶段上的差异:中国目前尚在法治的建设过程中,处于前法治的时代;德国则属于法治发达国家,处于后法治时代。正是这种差异,决定了要从中国法治现实出发选择理论观点。可以说,我国刑法面临的是双重的使命:既要坚定地站稳罪刑法定主义的立场,因此需要扎紧形式法治的篱笆,抵御法外价值判断的侵入。在这个意义上,李斯特鸿沟对我们仍然具有启迪。同时,我们毕竟已经来到21世纪,刑法教义学也已经完成了从存在论到价值论的历史性跨越。刑事政策进入刑法教义学,在其体系框架内可以发挥实质性的功能,从而使刑法不仅成为消极的人权保障的工具,而且成为积极的实现正义的武器。因此,罗克辛贯通对于我国刑法学界也是具有现实意义的。我们无须回到李斯特,也没有必要重新跨越李斯特鸿沟,我们可以直接享受罗克辛贯通的成果。然而,我们还是必须在思想上经历一遍从李斯特鸿沟到罗克辛贯通的学术历程。

也许,这是一种学术上的忆苦思甜。

(责任编辑:江 溯)

[103] 陈金钊:“实质法治思维路径的风险及其矫正”,《清华法学》2012年第4期。

[104] 同上注。

[105] 参见魏东:《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》,中国民主法制出版社2011年版,页8以下。

[106] 参见王海桥:《刑法解释的基本原理——理念、方法及其运作规则》,法律出版社2012年版,页93以下。