

# 跨越李斯特鸿沟：一场误会

邹兵建

**内容提要：**所谓跨越李斯特鸿沟，其实是一场学术误会。它只不过是罗克辛为论证其重构刑法体系的正当性而选择的一个口号。真正的李斯特鸿沟，旨在坚守形式理性、恪守罪刑法定，不能也不应被跨越；而罗克辛所谓的跨越李斯特鸿沟，实际上是致力于犯罪论体系的实质化、规范化，这一主张与李斯特本人在刑法与刑事政策关系上的立场并不相悖。虽然罗克辛以跨越李斯特鸿沟为口号所建构的初创期的目的理性犯罪论体系并不成功，但这并不意味着讨论李斯特鸿沟问题没有意义。中国刑法学正浸淫于浓厚的实质理性色彩之中。为了坚守形式理性，实现罪刑法定，需要积极推动中国刑法学向刑法教义学转型，努力建构起一个可以接受刑事政策的引导但同时又能对刑事政策的考量进行有效约束的刑法体系。

**关键词：**李斯特鸿沟 犯罪论体系 形式理性 实质理性

邹兵建，北京大学法学院博士研究生。

## 一 问题的提出

晚近以来，刑法和刑事政策的关系问题已成为我国刑法学界关注的热点问题之一。这种研究热点的形成，既是刑法学自身发展的理论逻辑的产物，也与社会现实与司法实践对刑法提出的功能性要求密切相关。在对这一问题的研究中，我国学界逐渐形成了所谓刑事政策的刑法化和刑法的刑事政策化两大共识。<sup>〔1〕</sup>然而，在本文看来，这两种共识若仅停留在抽象空泛的层面，不作深入具体的研究，就无法切中问题的要害，意义极为有限。

一方面，就刑事政策的刑法化而言，其本来就是刑事政策的应有之义，并不存在任何

〔1〕 关于刑事政策刑法化的论述，参见严励、孙晶：《刑事政策刑法化的理性思考》，《政治与法律》2005年第4期，第101-108页。关于刑法的刑事政策化的论述，参见黎宏：《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，第42-48页；张永红：《刑法的刑事政策化论纲》，《法律科学》2004年第6期，第62-70页。

理论上的障碍。作为国家和社会据以组织反犯罪斗争的原则的总和,刑事政策需要落实到具体的措施之中。而在这些措施之中,刑法充当了最重要的角色。在刑事立法的过程中,将刑事政策的理念与主张规范化为刑法的条文,从而通过刑法的贯彻实施来实现刑事政策,原本就是刑事政策发挥其作用的重要途径。对此,理论上并无争议。所以,对于刑事政策的刑法化而言,理论上需要探讨的不应是其正当性的问题,而应是如何更好地、更准确地将刑事政策的理念与主张体现为刑法规范,从而避免立法失误的问题。但这已不是或不仅是刑法学问题,而是或更应是立法学所要探讨的问题。<sup>[2]</sup>

另一方面,就刑法的刑事政策化而言,在当下刑事司法语境中,并不存在绝对意义上的反对者。在现代刑事司法语境下,刑法运行不是一个盲目的过程,而有其目的性,它离不开对刑法的解释。在刑法解释论中,尽管我国学界存在形式解释论与实质解释论的激烈争论,但无论是形式解释论者还是实质解释论者,都不反对对刑法条文作目的性解释(实质解释),二者的区别仅在于这种目的性解释(实质解释)能否突破刑法条文的字面含义(形式解释)。<sup>[3]</sup> 实质解释论者往往批评形式解释论不要实质解释,但实际上形式解释论者并不反对实质解释,而是强调形式解释优先于实质解释。而目的解释方法的具体运用,显然与刑事政策的导向密切相关。所以,对于刑法的刑事政策化而言,真正需要研究的不是要不要推动刑法的刑事政策化的问题,而是“化”为何种刑事政策,以及“化”到何种程度的问题。而对于这两个问题,传统理论的研究尚显不足。

值得肯定的是,我国学者已开始注意到上述研究的不足,并在借鉴德国刑法学知识的基础上,致力于在刑事政策与刑法教义学之间建立起具体的勾连。从总体上看,这些研究以德国的刑事政策与刑法教义学相互交融的趋势作为我国刑法教义学的刑事政策化的正当性支撑,并在此基础上结合中国语境展开具体分析,取得了较为丰硕的成果。<sup>[4]</sup> 但问题是,关于德国刑事政策与刑法教义学相互融合的趋势本身,我国学界尚缺乏系统的阐释,更遑论反思性的研究。<sup>[5]</sup> 表面上看,这是一个纯正的德国问题,中国学者无须关注。然而,当前中国刑法学正处于以德日刑法为师的学术转型时期,在这种学术语境下,对所谓的德国问题不作清晰透彻的理解就直接拿为己用,难免会出现邯郸学步的尴尬局面,甚至会将中国刑法学引入歧途。

德国学界对刑事政策与刑法体系的讨论,其实早已有之;但明确提出以刑事政策为基础构建刑法体系的主张,则始于1970年。彼时,克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)将李斯特

[2] 参见周旺生著:《立法学教程》,北京大学出版社2006年版,第406-407页。

[3] 关于形式解释论与实质解释论的具体争论,参见陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期,第27-48页;张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期,第49-69页;周详:《刑法形式解释论与实质解释论之争》,《法学研究》2010年第3期,第57-70页。

[4] 在这个方向上,劳东燕副教授做了大量深入而卓有成效的研究,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,第122-140页;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,第77-92页;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,第30-42页。

[5] 我国学界对德国的刑法教义学及刑事政策的关系作出系统阐释的,目前恐怕唯有陈兴良教授了。参见陈兴良:《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》,《中外法学》2013年第5期,第974-1005页。

(Franz von Liszt) 提出的“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”提炼为“李斯特鸿沟”(Lisztsche Trennung), 进而主张以刑事政策为基础构建刑法体系以跨越李斯特鸿沟, 并在这一方法论的指导下完成了对目的理性犯罪论体系的构建。<sup>[6]</sup> 罗克辛的上述主张不仅对德国刑法学界产生了广泛而深远的影响, 也引起了正处于转型中的中国刑法学的积极回响。为了避免误解歪曲李斯特及罗克辛的本意, 我们需要认真审视: 所谓李斯特鸿沟, 其真义何在? 目的理性犯罪论体系能否跨越李斯特鸿沟? 李斯特鸿沟, 抑或跨越李斯特鸿沟, 对于刑法体系的建构以及刑法体系与刑事政策的关系到底有何影响?

需要看到, 罗克辛提出跨越李斯特鸿沟的主张, 是服务于其重构刑法体系之目的。因此, 为了更好地厘清李斯特鸿沟与跨越李斯特鸿沟的含义, 需要以罗克辛 1970 年初创时期的目的理性犯罪论体系为切入点。之所以将目的理性犯罪论体系区分为“初创期”和与之相对的“成熟期”, 是因为, 自 1970 年以来, 该体系经历了 40 余年的发展, 体系面貌有了极大的变化, 以至于将其始末两端视为两个完全不同的体系也毫不为过。罗克辛将其关于如何建构目的理性犯罪论体系的思考集中于《刑事政策与刑法体系》<sup>[7]</sup>一书中。该书由两篇论文组成。第一篇是其发表于 1970 年的同名论文——《刑事政策与刑法体系》。在该文的最后部分, 作者以后记的形式附上了自己于 1973 年对相关批评意见所作的简要反驳。第二篇是作者于 2009 年秋在拉丁美洲作讲演的文字稿——《构建刑法体系的思考》。值得注意的是, 书中两篇论文的时间跨度长达近 40 年。在此期间, 目的理性犯罪论体系乃至整个刑法学都得到了长足的发展。如果说《刑事政策与刑法体系》一文代表了目的理性犯罪论体系在初创期的理论形态, 那么《构建刑法体系的思考》一文便展现了该体系成熟后的面貌。

本文所谓初创期的目的理性犯罪论体系, 即是指罗克辛在其发表于 1970 年的论文《刑事政策与刑法体系》中所建构的刑法体系。之所以选择对初创期的目的理性犯罪论体系进行剖析, 绝不是专挑“软柿子”捏, 而是因为罗克辛在初步构建目的理性犯罪论体系时采用了“跨越李斯特鸿沟”的口号, 但这一口号却在后来的成熟期的目的理性犯罪论体系中被弃用。

本文认为, 所谓跨越李斯特鸿沟, 其实是一场学术误会。它只不过是罗克辛为论证其重构刑法体系的正当性而选择的一个口号。真正的李斯特鸿沟, 不能也不应被跨越; 而罗克辛所谓的跨越李斯特鸿沟, 其实与李斯特本人的立场并不相悖。李斯特鸿沟应该成为中国刑法学发展的目标与航向, 而不应沦为某些司法乱象的挡箭牌。下文将首先阐述初创期的目的理性犯罪论体系的建构过程; 紧接着对这一体系展开多维度的审视和批评; 然后对比分析李斯特鸿沟的多重面貌, 努力揭示李斯特鸿沟的真谛; 最后结合中国的具体语境展开一些思考。

[6] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版), 蔡桂生译, 中国人民大学出版社2011年版, 第3-59页。

[7] [德]克劳斯·罗克辛著, 蔡桂生译, 中国人民大学出版社2011年版。

## 二 跨越李斯特鸿沟：罗克辛方案概述

古语有言,不破不立。任何一个新的理论体系的建构,都需以对以往体系的批评为基础。罗克辛要建立自己的刑法体系,就必须揭示以往的犯罪论体系存在难以克服的弊病。评价一个犯罪论体系妥当与否,需要同时考虑该体系的逻辑性和实用性。<sup>[8]</sup> 在罗克辛看来,以往的犯罪论体系在逻辑性上并无大碍,但在实用性上存有缺陷。为了佐证这一判断,他提炼出了一个概念——“李斯特鸿沟”。<sup>[9]</sup>

“李斯特鸿沟”的说法,源自李斯特的一句名言——“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”。<sup>[10]</sup> 李斯特认为,刑事政策和刑法承担着不同的任务:体现整体社会意义之目的的、与犯罪作斗争的方法,属于刑事政策;而保障个人自由不受“利维坦”的干涉、维护自由法治国的任务则归于刑法。为了完成自由保障的任务,刑法学需要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整的体系。为避免刑法流于偶然和专断,刑法体系不允许被刑事政策等外在要素入侵。正是在这个意义上,刑法被认为是刑事政策不可逾越的屏障。<sup>[11]</sup>

作为整体刑法学的大师,李斯特强调刑法与刑事政策的分离,是有其现实意义的。在当时,刑事政策往往不考虑刑法(学)的束缚而针对个体来作出裁决,却希望这些裁决有助于社会整体。这种做法好比将当事人投入命运的摇奖机之中,使得判决结果难以被预见,即便偶然能够个案正义,也显然与刑法的自由保障机能完全相悖。然而,过于强调刑法与刑事政策的对立,将二者的区隔绝对化,就会导致刑法体系与社会现实及刑事政策的疏离。为此,耶赛克指出,当以抽象规则建立起来的刑法教义学与个案的特殊性产生矛盾时,决定性的首要任务总是解决案件问题,而对体系的需要则必须退居第二位。<sup>[12]</sup> 类似地,还有学者主张以刑事政策的评价对教义学的概念性方案进行修正。<sup>[13]</sup> 但是,如此一来,刑法体系的封闭性就被打破了,以抽象的概念体系来保障公民自由与人权的努力便也付诸东流。

藉由“李斯特鸿沟”这一概念的提出,罗克辛揭示了刑法体系与个案正义难以兼顾的困境。如果说上述将刑法体系相对化的做法表现出了对个案正义过分偏好,那么在实证主义哲学思潮指导下建构的古典犯罪论体系则体现出了对抽象概念体系的高度迷恋。新古典犯罪论体系在新康德主义哲学思潮的指导下试图将刑事政策的目标引入教义学之中

[8] 参见[日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第3版),中国人民大学出版社2003年版,第121页。

[9] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[10] [德]李斯特:《刑法学论文和讲演》(第2卷),1905年版,第80页,转引自[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第3页。

[11] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第3-4页;[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第4页。

[12] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[13] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第8页。

并取得了一定的成果,但由于其满足于对古典犯罪论体系的“个体性瓦解”而未能将其体系背后的基础性理论加以一贯化,最终未能发展出一个完全独立于古典犯罪论体系的全新体系。而建立在存在论基础上的目的论犯罪论体系虽然属于一种完全不同于实证主义——因果式的全新体系,但受其哲学根基的根本性制约,该体系未能在教义学中给刑事政策的目的设定留出独立的空间。<sup>[14]</sup> 由此,建构一个全新的犯罪论体系以消除刑法体系与个案正义之间的紧张关系,便具有理论上的必要性了。

在批评以往刑法体系的基础上,罗克辛试图建构一个“有效益的体系”。这个体系需要满足三个要求:一是概念性的秩序及明确性;二是与现实相联系;三是以刑事政策上的目标设定作为指导。<sup>[15]</sup> 由此可知,罗克辛试图在刑法体系、社会现实以及刑事政策的目标设定三者之间建立起有机联系。为了完成这一任务,罗克辛明确主张以刑事政策为基础构建刑法体系,将李斯特的“鸿沟构想”发展成为“架桥构想”,<sup>[16]</sup> 从而实现了对李斯特鸿沟的跨越。

在确定了以刑事政策为基础构建刑法体系的方向后,罗克辛开启了建构一个目的性的刑法体系的征程。在构成要件阶层,在罪刑法定原则即法的明确性要求的指导下,根据构成要件的构造方法的不同,将构成要件区分为因行为举止具有某些外部特征而该当构成要件的行为犯和因违背了其所扮演的社会角色的功能性要求而该当构成要件的义务犯两类。在上述区分的基础上,为了满足法的明确性要求,罗克辛主张,刑法典对于行为犯需要进行尽可能精确的描述,而对于义务犯则需要明确相关的义务,从而对刑法典的制定和修改提供了有益的启示。

此外,罗克辛强调,区分行为犯与义务犯,还会对不作为犯、共犯、过失犯等理论的发展产生深远影响。与静态的构成要件不同,正当化事由是社会动态变化在犯罪论中的反映。因此,正当化事由的体系建构就不再是像在构成要件阶层那样的对概念性的、固定化的各种描述进行涵摄,而是由两个步骤组成。第一步是借助于法律素材,将成文法规定的人们行为举止的框架予以具体化和类型化。第二步则是将法定的规范原则运用于正当化事由的各种具体类型之中。在犯罪论体系的第三个阶层,罗克辛肯定了以他行为可能性为理论基础的罪责理论,但同时又主张在传统的罪责理论之外,从刑罚的目的出发,评价行为人的需罚性(预防必要性),最终决定是否对行为人施加刑罚,从而将传统的罪责理论和需罚性理论合并成一个新的阶层——答责性阶层。<sup>[17]</sup> 由此,一个全新的以跨越李斯特鸿沟为使命的刑法体系的新宫殿就宣告竣工了。

总之,罗克辛提炼出“李斯特鸿沟”的概念,其旨意不仅在于揭示刑法体系与刑事政

[14] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第18-19页。

[15] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第20页。

[16] “鸿沟构想”与“架桥构想”的说法始于许迺曼,参见[德]许迺曼:《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第47页。

[17] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第22-48页。

策二者之间的紧张关系,更在于在自己创立的刑法体系和以往的犯罪论体系之间划清界限。在他看来,无论是古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系抑或是目的犯罪论体系,都难以跨越李斯特鸿沟;而目的理性犯罪论体系则通过将刑事政策目的设定转化到法律效力的框架之内,成功实现了对李斯特鸿沟的跨越。藉此,目的理性犯罪论体系便获得了其作为一个全新的刑法体系的正当性。

### 三 罗克辛方案的得与失

评价目的理性犯罪论体系,我们首先要问的就是:它真的能跨越李斯特鸿沟吗?对此,笔者表示谨慎的怀疑。这种怀疑主要源于罗克辛的刑事政策与李斯特的刑事政策并不分享同一个内涵。众所周知,刑事政策的概念在学术上存在广泛的分歧,不同学者所界定的刑事政策的含义可能相去甚远。<sup>[18]</sup> 当我们都使用刑事政策这一概念时,只有明确界定了各自的内涵与外延,才能搭建起对话交流的平台,避免不必要的误解。我国有论者在刑事政策的诸多定义进行整理、分析和归纳的基础上,构建了一个由刑事政策一分说、二分说和三分说组成分析框架。其中,刑事政策一分说的阵营中又分为最狭义的刑事政策说、狭义的刑事政策说、广义的刑事政策说三种;刑事政策二分说认为刑事政策同时包括广义和狭义两个层次;刑事政策三分说则主张刑事政策同时包括广义、狭义和最狭义三种内涵。<sup>[19]</sup> 上述分析框架建立了一个关于刑事政策定义的观点坐标系,为概念的界说提供了参照背景。

我们先看李斯特是怎么理解刑事政策的。在学说谱系上,李斯特被归入刑事政策三分说的阵营中,他认为刑事政策在不同的语境中存在三个层面的内涵:最广义的刑事政策不仅包括犯罪对策及社会对策,还包括对犯罪原因和刑罚成效的研究;广义的刑事政策指国家以刑罚及类似刑罚的制度同犯罪作斗争的体系;狭义的刑事政策是指以适当的刑罚对罪犯个人进行矫治以防止其将来继续犯罪。<sup>[20]</sup>

有论者认为,李斯特是在费尔巴哈的基础上进一步发展了刑事政策的概念,他对费尔巴哈刑事政策思想的发展具体体现在三个方面:(1)从以刑罚为中心的刑事政策到以追求更多样的犯罪防止为目的的刑事政策;(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;(3)从依附于刑法的刑事政策到独立于刑法的刑事政策。<sup>[21]</sup> 概言之,李斯特的刑事政策是指通过刑罚及类似手段,对犯罪人进行矫治或隔离,从而实现犯罪预防的政策。

那么,罗克辛的刑事政策所指何为呢?纵观《刑事政策与刑法体系》全文,罗克辛没有正面给刑事政策下定义,而他对刑事政策这一概念的使用也较为混乱。在讨论李斯特

[18] 对不同见解的详细介绍,请参见许福生著:《刑事政策学》,中国民主法制出版社 2006 年版,第 2-32 页。

[19] 参见梁根林著:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社 2005 年版,第 3-10 页。

[20] 参见梁根林著:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社 2005 年版,第 8 页。

[21] 参见陈兴良:《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》,《中外法学》2013 年第 5 期,第 981-982 页。

鸿沟时,罗克辛指出:

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。这些具有充分的明确性和稳定性的法律问题,却是在刑事政策上有所欠缺的……<sup>[22]</sup>

在这一段话中,刑事政策出现了两次,第一次应是指与教义学相并列的一个学科,即刑事政策学,第二次则是指一种评价乃至批判的标准,结合上下文可知,这种标准应是个案的实质正义。在重构犯罪论的罪责阶层时,罗克辛指出,“我们体系基础范畴的第三部分是罪责。基于刑罚目的理论,这一部分刻上了刑事政策的烙印。”<sup>[23]</sup>这句话中的刑事政策应指传统理论中的最狭义的刑事政策即刑罚政策。当然,罗克辛关于刑事政策最清楚描述,是这样一句话:“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>[24]</sup>这句话清晰表明,所谓作为刑法体系基础的刑事政策不是一个统一的、完整的、明确的概念,而是像一只章鱼的触角,分别伸进了犯罪论体系的各个阶层。由此可知,罗克辛的刑事政策长了一张“普洛透斯的脸”,它既可能指刑事政策学,也可能指个案的实质正义,还可能指刑罚政策。但在作为刑法体系的基础这一特定语境中,刑事政策指的是犯罪论体系各阶层的任务或目的,可以与“实质”、“价值”、“目的”三个概念相等同。<sup>[25]</sup>虽然,站在更高的抽象层次上,罗克辛的刑事政策与李斯特的刑事政策都可以同归于“目的”这一标签之下,但由于两种目的的具体内容却相去甚远,这种为二者寻找一个共同的上位概念的做法并不能掩盖二者的实质区别。事实上,在《刑事政策与刑法体系》一文的后记部分,罗克辛明确指出,现存的对刑事政策的见解是站不住脚的。<sup>[26]</sup>这也表明他的刑事政策与理论上关于刑事政策的传统见解不是一回事。既然如此,所谓通过以刑事政策为基础构建刑法体系以跨越李斯特鸿沟的说法便不攻自破了。<sup>[27]</sup>

问题是,从形式逻辑来看,以李斯特意义上的刑事政策为基础构建刑法体系,就应能够跨越李斯特鸿沟,既然如此,为何罗克辛拒绝采用李斯特的刑事政策概念而对其作个性化的解读呢?答案在于,如果按照李斯特对刑事政策的理解,刑事政策无法承担起作为构建刑法体系的基础的重任。上文已述,李斯特的刑事政策的核心在于对罪犯的矫治和对犯罪的预防,因此,他的刑事政策概念与刑罚目的是紧密相连的。李斯特认为,刑罚目的是一般预防和特殊预防,尤其在于特殊预防。<sup>[28]</sup>那么,从一般预防和特殊预防的刑罚目

[22] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第7页。

[23] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第41页。

[24] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第22页。

[25] 参见陈兴良:《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》,《中外法学》2013年第5期,第993页。

[26] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第53页。

[27] 当然,这仅仅是根据形式逻辑得出的结论,实体性理由的分析请参见本文第四部分。

[28] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第9页。

的出发,能否构建起一个完整的刑法体系呢?答案是否定的。这是因为,在阶层犯罪论体系中,刑罚目的的辐射力主要体现在有责性阶层,其对构成要件及违法性阶层的影响较小,尚不足以支撑起整个不法阶层的构建。<sup>[29]</sup> 否则,仅仅根据刑罚目的来决定行为是否不法,就会因为行为人缺乏预防必要性而反过来使得其行为得以合法化,如此一来,区分不法与罪责的体系意义就消失殆尽,以不法与罪责为支柱构建起来的阶层犯罪论体系也会随之轰然崩塌。而这显然是罗克辛所不愿意看到的。

所以,罗克辛一方面提出李斯特鸿沟的概念,用以揭示刑法与刑事政策之间的紧张关系,并强调跨越李斯特鸿沟的重要性,从而为构建一个全新的刑法体系的必要性作了充分的论证;另一方面,由于从传统的刑事政策出发无法构建出一个阶层犯罪论体系,他只好在所谓的以刑事政策为基础构建刑法体系的过程中,对刑事政策作解构和拼接,使之片段化,以完成指导刑法体系各阶层构建的任务。由此可以清晰看出,所谓“跨越李斯特鸿沟”,只不过是罗克辛在构建自己的刑法体系所借用的一个口号,喊喊而已,不能当真。也正因此,一俟其为自己的刑法体系找到更好的口号(从本体论到规范论),罗克辛便对李斯特鸿沟只字不提了。<sup>[30]</sup>

暂且不论与李斯特鸿沟的关系,罗克辛的体系本身是否是一个严密的体系呢?恐怕未必。从形式逻辑来看,以刑事政策为基础构建阶层犯罪论刑法体系,应该要先从刑事政策所追求的价值目标或承担的任务中引出几条并列的或有层级的具体要素,然后用这些要素分别指导每个阶层的构建,从而最终形成一个阶层体系。

那么,罗克辛是怎么做的呢?关于指导构建各阶层的刑事政策基础,罗克辛给出了一个具有强烈的决断论色彩的论断:“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>[31]</sup> 问题是,作为一个整体的刑事政策与这三个具体目标是什么关系,以及这三个目标本身之间是什么关系,罗克辛没有给出任何说明。显然,这三个目标绝不是毫无来由的。不难发现,这三个目标其实分别来自于罗克辛对犯罪论体系三个阶层的体系定位。换言之,罗克辛是根据犯罪论体系的三个阶层得出刑事政策的具体内容的。问题是,如果以刑事政策为基础构建刑法体系,那么,在刑事政策的内容被确定之前,犯罪论体系何以能够存在?这显然构成了一种循环论证。这意味着,与其说罗克辛构建了一个新的刑法体系,毋宁说他只是对既有的刑法体系作了一种新的解说而已。

尽管罗克辛只是重新解说了刑法体系,需要看到,这种新的解说对学界还是产生了广

[29] 笔者曾对刑罚目的论在各国刑法教科书中的体系位置作了研究,发现在我国及俄罗斯,刑罚目的论主要被置于刑罚论之中,而在德日刑法学以及受到德日广泛影响的韩国、台湾地区等地的刑法学中,刑罚目的论被置于刑法学的基础理论部分。应该说,刑罚目的关乎刑法的正当性,它是“各种刑法学理论必须回答的问题,并且经常是必须回答的首要问题”(王世洲:《刑法信条学中的若干基本概念及其理论位置》,《政法论坛》2011年第1期,第27页),因而将其置于刑法学的基础理论部分是合适的。然而,即便是在德日刑法学中,刑罚目的论也未能被真正贯彻于整个犯罪论体系之中,尤其是在构成要件和违法性阶层中,很难看到刑罚目的论的影响。

[30] 罗克辛于2009年所作的演讲《构建刑法体系的思考》展现了其目的理性犯罪论体系的成熟面貌。在这篇讲演稿中,罗克辛只字未提李斯特鸿沟。参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第63-93页。

[31] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第22页。



泛的影响。例如，日本学者山口厚在其教科书中指出，对应于犯罪论体系的三个阶层，刑法的政策基础分别是罪刑法定主义、法益保护主义、责任主义，从中不难看出其与罗克辛的观点之间的渊源关系。<sup>[32]</sup> 那么，暂且不论重构刑法体系这一宏伟的目标，单就罗克辛对刑法体系的新解说而言，它是否是成功的？为了回答这一问题，我们需要结合犯罪论体系的三个阶层进行逐一讨论。

在构成要件阶层，罗克辛以罪刑法定原则所要求的法的明确性作为刑事政策基础，并在这一目标的指导下，将构成要件分为行为犯和义务犯两类。他认为，这种区分能够对刑法典的制定和修改提供有益的启示，并且还会对不作为犯、共犯、过失犯等理论的发展产生深远影响。区分行为犯与义务犯的理论意义及其对不作为犯、共犯、过失犯的影响，是另一个重大的课题，不在本文的讨论范围之内。在这里要问的是，这种区分与刑法的明确性有何关联？换言之，为什么能从刑法的明确性要求中推导出对行为犯与义务犯的区分？对此，罗克辛未能给出令人信服的说明。这意味着，义务犯与行为犯的区分，以及由这一区分所带来的刑法理论上的有益成果，可能只是“刑法体系内容的进步”，而非“刑法体系的进步”。<sup>[33]</sup>

值得注意的是，在回应其他学者对义务犯概念的正当性的质疑时，他指出，行为犯与义务犯的分离并不是将一个教条的、从某种上位概念中推导出来的区分搬到法律中，而是来自于社会。既然社会现实本身已经表现为不同的结构，与之相适应，区分行为犯与义务犯就理所当然了。<sup>[34]</sup> 通过这一具有强烈的物本逻辑色彩的论述，罗克辛不自觉地承认了区分行为犯与义务犯，并不是在某个更高的价值目标指导下的目的行为，而是对社会现实的一种规范回应。因此，单就行为犯与义务犯的区分而言，罗克辛不仅放弃了刑法明确性的指导，甚至把他一直以来积极倡导的规范论的基本立场也抛弃了。<sup>[35]</sup>

此外，罗克辛还主张将罪刑法定原则贯彻于构成要件的解释之中，运用社会相当性、轻微性原则等调节性的规则，对构成要件进行限制性的解释。用罪刑法定原则指导构成要件的解释，尤其是进行限制性的解释，无疑是一条刑法学的通途。但问题是，罪刑法定原则能够实现刑事政策上的功能吗？理论上一般认为，罪刑法定主义的价值蕴含在于通过对形式理性的坚持，追求权力之间的制衡，最终实现对人权的保障。<sup>[36]</sup> 要言之，罪刑法定主义的价值最终落脚于对自由和人权的保障上。而刑事政策的核心在于预防犯罪。这二者之间的紧张关系决定了罪刑法定不具有刑事政策的功能。<sup>[37]</sup> 对此，有论者正确地指出，“刑法作为一种法律，它可以成为追求自由、正义和秩序等各种价值目标的工具。但

[32] 参见[日]山口厚著：《刑法总论》（第2版），中国人民大学出版社2011年版，第3-4页。

[33] 许迺曼在论证功能性刑法体系在不法阶层所取得的成果时，提及了“刑法体系内容的进步”与“刑法体系的进步”二者的区分，请见[德]许迺曼：《刑法体系与刑事政策》，王效文译，载于许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，台湾新学林出版股份有限公司2006年版，第53页。

[34] 参见何庆仁著：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第14-15页。

[35] 除此之外，在对犯罪事实支配和先于法律而存在的行为的理解上，罗克辛也未能坚守其规范论的立场。相关批评请参见许玉秀著：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第10页。

[36] 参见陈兴良著：《罪刑法定主义》，中国法制出版社2010年版，第31-42页。

[37] 参见陈兴良著：《刑事法论》，中国人民大学出版社2007年版，第98页。

刑事政策必然是以追求预防犯罪为己任的……刑事政策追求的是刑罚对于预防犯罪的有效性,它不可能具有自由、正义等价值”。正是在这一点上,冈特·施特拉腾韦特(Günter Stratenwerth)教授对罗克辛提出了根本性的质疑。<sup>[38]</sup>

对此,罗克辛的辩解是,现存的对刑事政策的见解是站不住脚的,追究还是不追究(刑事责任),这二者之间的紧张关系就已经是刑事政策的概念了。他还指出,自费尔巴哈以来,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是同一刑事政策之目标构想两个方面。<sup>[39]</sup>诚然,坚持罪刑法定原则有时可以实现预防犯罪的效果,正是在这个意义上,费尔巴哈提出通过罪刑法定来实现威吓性预防,是有其合理性的。但是,罪刑法定和一般预防并不总是相互啮合的。<sup>[40]</sup>在某些特定的场合,罪刑法定原则与一般预防的刑事政策会不可避免地产生冲突。罗克辛试图通过扩张刑事政策的概念,将刑法(罪刑法定)与刑事政策(预防犯罪)外部间的紧张关系内化为刑事政策内部的紧张关系,但这种视角的转换根本无助于上述紧张关系的化解。单纯从技术层面来看,罗克辛的上述辩解也是失败的。因为,根据其辩解,即便承认罪刑法定具有刑事政策的功能,那么以罪刑法定指导构成要件阶层的构建这一创意也不能归功于罗克辛,而应归功于首倡罪刑法定主义的费尔巴哈。

对于违法性阶层,罗克辛主张在“利益对立场合时社会进行调节的利益衡量”这一刑事政策的指导下,分两步构建正当化事由的体系:第一步是借助于法律素材,将成文法规定的人们行为举止的框架予以具体化和类型化;第二步则是将法定的规范原则运用于正当化事由的各种具体类型之中。在这个过程中,罗克辛特别强调所谓规范原则(如自我保护原则、权利证明原则等)的作用,试图借助规范原则来构建违法性阶层,从而形成“利益衡量——规范原则——正当化事由”的体系化路径。

然而,在笔者看来,这条路很难走得通。一方面,正如施特拉腾韦特所批评的那样,“在违法性阶层进行价值冲突的选择,是完全正确的;但是这种冲突并不是刑事政策性质的冲突”。<sup>[41]</sup>另一方面,由于在正当化事由的根基问题上,理论上的一元论始终未能战胜多元论,我们根本无法提出一个或多个原则去统摄所有的正当化事由。<sup>[42]</sup>而一元论之所以未能取得成功,则是因为,正当化事由是社会动态变化在犯罪论中的反映,而社会这一

[38] 参见[德]施特拉腾韦特:《犯罪学与刑法改革月刊》,1972年,第196-197页,转引自[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第53页。

[39] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第53-54页。

[40] 《左传》有云,“刑不可知,则威不可测”。这说明,有时候罪刑法定的反面——司法神秘主义也能(甚至更好地)实现一般预防的效果,由此可知罪刑法定与一般预防二者并非是完全啮合的。

[41] 参见[德]施特拉腾韦特:《犯罪学与刑法改革月刊》,1972年,第196-197页,转引自[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第54页。

[42] 参见[德]罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),法律出版社2005年版,第398页。值得注意的是,近年来,理论上出现了以法益保护目的为正当化事由的一般原理的有力见解,根据这一见解,法益保护目的原理又可分为“优越性利益保护”、“避免义务”以及“欠缺要保护性”三个原则,参见[日]西田典之著:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第102-103页。然而,这三个原则即便是对于正当防卫这一最典型的正当化事由,都存在解释力不足的问题,更遑论解释其他的正当化事由。对于这三项原则的批评,可参见拙文:《偶然防卫论》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第32卷),北京大学出版社2013年版。

万花筒有着自身的逻辑,不可能为了满足人类对单一秩序的偏好而停下变化的脚步。罗克辛显然也意识到了上述问题的所在,所以才会重复多次举正当防卫的例子而未提及其他类型的正当化事由,表面上是不经意的修辞手法,其背后却反映了罗克辛自己的无奈与尴尬。可以说,在以刑事政策为基础构建刑法体系的过程中,罗克辛在违法性阶层几乎毫无建树,他甚至未能为违法性阶层提出一个明确的目标。如果把目光投至罗克辛的最新观点,就会发现,罗克辛始终未能解决违法性阶层的刑事政策基础这一问题,以至于后来不得不将构成要件与违法性合并为不法,通过为不法寻找刑事政策基础来化解这个问题。<sup>[43]</sup> 然而,只要罗克辛不放弃他在犯罪论体系上的三阶层论的主张,<sup>[44]</sup> 这种做法就只能回避问题而不能解决问题。

在重构第三阶层的进程中,罗克辛在肯定传统罪责理论的同时,主张在其之外新设一个环节,从刑罚的目的出发,评价行为人的需罚性(预防必要性),最终决定是否以及在何种程度上对行为人施加刑罚,从而将传统的罪责和预防必要性合并起来,构建一个全新的第三阶层——答责性阶层。根据刑罚目的建立一个预防必要性环节,的确贯彻了以刑事政策为基础构建刑法体系的方法论。相对于前两个阶层,罗克辛在第三个阶层取得的成果最为显著。这其中固然有罗克辛自己的理论创新,但也在很大程度上受惠于刑罚目的和答责性阶层二者之间的亲缘关系。但是,即便是在第三阶层,罗克辛的方案也没有取得完全的成功。

其一,刑法理论主要有犯罪论和刑罚论两部分组成,前者指导罪与非罪、此罪与彼罪的判断,而后者指导刑罚有无及轻重的判断。预防必要性原本是刑罚论中的重要内容,将其提前置放于犯罪论体系之中,其意义到底何在? 并且,即便在答责性阶层中已经考察了预防必要性,刑罚论部分恐怕仍然要对行为人的预防必要性作出考量,那么这两个环节的区别何在? 这是罗克辛未能交待清楚的。

其二,更为重要的是,罗克辛一方面认为刑罚目的即预防是支撑第三阶层构建的刑事政策基础,另一方面又保留了传统的罪责阶层,并且认同了罪责的本质在于行为人的可谴责性这一具有相当浓厚的报应论色彩的观点。显然,刑罚目的并不是传统罪责的刑事政策基础,那么传统罪责的刑事政策基础是什么? 这一基础与刑罚目的是什么关系? 罗克辛有意回避了这些问题,从而使得他所谓以刑罚目的指导答责性阶层构建的方法论并没有贯彻到底,并且在答责性阶层中埋下了自相矛盾的隐患。

综上,罗克辛以刑事政策为基础构建起来的目的理性犯罪论体系在初创期的理论形态存在以下问题:

其一,罗克辛的刑事政策不同于李斯特的刑事政策,因而其所谓以刑事政策为基础构

[43] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第70-76页。

[44] 在德日刑法学中,关于犯罪论体系应当是两阶层还是三阶层,理论上存在分歧。台湾学者许玉秀认为,罗克辛在上个世纪60年代倾向于二阶层,但在1992年出版的教科书中明确主张三阶层,参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第88页。从罗克辛发表于1970年的论文《刑事政策与刑法体系》来看,他那时已经隶属于三阶层的立场。

建刑法体系的方案根本不能跨越李斯特鸿沟；

其二，由于罗克辛的刑事政策概念不是统一的、明确的、先在的概念，而是来自于其对犯罪论体系三个阶层的定位，因而目的理性犯罪论体系并不是真正意义上以刑事政策为基础构建起来的体系，而只不过是既有的体系作了一个新的解说而已；

其三，罗克辛对犯罪论体系三阶层的诸多解说，要么不具有充足的解释力，要么并不是一个全新的解说，因而单就其解说而言，也是不成功的。如果把犯罪论体系的体系构架比作一个酒瓶，把犯罪论体系的各个要素比作瓶中之酒，那么我们就不得不承认，初创期的目的理性犯罪论体系，只不过是把这个酒瓶上贴了一个新的标签而已——甚至连标签都不能完全算是新的，而瓶还是那个瓶，酒还是那些酒。

的确，罗克辛在刑法理论中建树非常多，义务犯理论、犯罪行为支配理论等等，都是对学界具有广泛影响的理论创见。但罗克辛的雄心抱负不仅于此，他要对刑法理论的皇冠——犯罪论体系发起冲击，甚至要摘取皇冠上的那颗耀眼的明珠。但是，在威尔泽尔构建了目的论犯罪论体系后，关于犯罪论的争论似乎要落下帷幕了。甚至有人预言，刑法教义学已经没有发展可能性了。尽管罗克辛坚信刑法教义学还有广阔的发展空间，但他毕竟需要面对这样的现实：经过古典、新古典、目的论犯罪论体系的相继努力，刑法体系的要素及其位置基本上已经确定下来了。发现一个新的要素或者移动既有要素的位置，已基本不可能了。为此，他需要另起炉灶，重新思考，这时，他想起了李斯特的那句名言——“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”，于是他提炼出了李斯特鸿沟的概念，并以此为切入点，开启了重构刑法体系的征程。虽然罗克辛本人从来没有正面承认他在《刑事政策与刑法体系》中提出的方案是失败的，但对比他后来在《构建刑法体系的思考》中的方案就不难发现，后来的方案放弃了原先方案的很多内容，甚至可以认为后来的方案是一个全新的方案。

与初创期的目的理性犯罪论体系相比，成熟期的目的理性犯罪论体系的进步体现在以下方面：

一是将构成要件阶层与违法性阶层合并，为其寻找了一个共同的刑事政策目标即辅助性的法益保护，并将对构成要件的实质性限缩的众多方案体系化为客观归责理论；

二是在答责性阶层，维持了预防必要性的判断阶层，但以规范的可交谈性为理论根基对有责性阶层作了重新的解读，试图化解传统的有责性阶层与预防目的的不兼容性。

然而，即便是在成熟期的目的理性犯罪论体系，仍有其难以自圆其说之处。举其大者，认为刑法的任务体现为不法阶层，而刑罚目的体现为答责性阶层，不免让人生疑：难道刑法保护法益的任务不是通过刑罚去实施的吗？换言之，在刑法任务和刑罚目的的关系上，罗克辛并没有给出一个清晰而又有说服力的解释。尽管罗克辛提出的目的理性犯罪论体系在初创期的理论形态并不成功，但它毕竟启开了一个全新理解刑法体系与刑事政策的思路。更为重要的是，罗克辛虽然也意识到了问题之所在，但他没有迟疑和退却，而是继续在重构刑法体系的道路上勇往直前，从而将目的理性犯罪论体系不断推向成熟。<sup>[45]</sup>

[45] 罗克辛在其于 2009 年所作的演讲稿《构建刑法体系的思考》中展现了成熟形态的目的理性犯罪论体系。参见 [德] 克劳斯·罗克辛著：《刑事政策与刑法体系》（第 2 版），蔡桂生译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 63 - 93 页。

## 四 李斯特鸿沟的本貌

虽然以跨越李斯特鸿沟为口号的初创期的目的理性犯罪论体系以失败告终,但这并不意味着李斯特鸿沟本身没有理论价值。在笔者看来,李斯特鸿沟已经触及到刑法学的一些根本问题,分析李斯特鸿沟,从中找到对刑法学发展的有益启示,本身就是初创期的目的理性犯罪论体系遗留下来的未尽课题。上文已述,罗克辛的刑事政策概念不同于李斯特的刑事政策,这意味着,罗克辛所谓跨越李斯特鸿沟中被跨越的对象与原本意义上的李斯特鸿沟可能不是一回事。接下来就要分析,这两种版本的李斯特鸿沟分别是什么含义,以及从中可以得到什么启示。

为此,需要以李斯特的名言“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”作为分析的起点。这句话里“刑事政策”的含义,上文已析,不再赘述。关键在于,这句话中的“刑法”所指为何?

首先,需要阐明的是,这里的“刑法”是指刑事司法还是刑事立法,抑或二者同时被包括?若未能准确回答这一问题,我们必然会对李斯特在刑事政策与刑法关系问题上的立场产生极大的疑惑。众所周知,正是因为认识到刑法与包括刑事政策在内的其他相关学科之间的重要关联,认为需要将刑法与其他学科联系在一起加以研究,李斯特才提出了“整体刑法学”的理念。<sup>[46]</sup>然而,李斯特又说,“刑事政策是刑法不可逾越的屏障”,这显然是在强调刑法与刑事政策之间的紧张关系。这难道不是自相矛盾吗?其实不然。关于刑事政策对刑法的影响,李斯特在他的刑法教科书中以“现阶段刑事政策的要求及其对最新法律发展的影响”作为一节标题展开了专门论述。他指出:

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>[47]</sup>

从中不难发现,当李斯特主张刑事政策与刑法存在密切关联时,他实际上是要强调刑事政策对刑事立法的影响——既作为对现有刑法进行批判的标准,又作为未来刑事立法的导向。这一认识与学理上对刑事政策的传统理解完全吻合。因为,指导刑事立法,本身就是刑事政策的应有之义。<sup>[48]</sup>事实上,正是因为当时的《德意志帝国刑法典》在实施过程中未能实现人们所抱有的期望,李斯特才率先于1882年在其马堡计划“刑法中的目的思想”中提出了刑事立法的改革要求。<sup>[49]</sup>因此,从反对解释的角度出发,当李斯特强调刑法与刑事政策的紧张关系时,“刑法”只能是指刑事司法。

其次,“刑法”是仅指刑法实证规范本身还是同时包括刑法体系?毫无疑问,根据罪

[46] 参见[德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第53页。

[47] [德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第15页。

[48] 德国学者耶赛克、魏根特指出,“刑事政策探讨的问题是,刑法如何制定,以便其能最好地实现其保护社会的任务。”参见[德]耶赛克、魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第28-29页。

[49] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第24页。

刑法定主义原则,刑法的实证规范不容被刑事政策入侵,在这个意义上,刑法是刑事政策不可逾越的屏障,当无异议。但如果仅停留在这个层面,这句名言就无法给出任何有价值的判断,从而沦为“正确的废话”。事实上,李斯特说刑法是刑事政策不可逾越的屏障时,“刑法”不仅指刑法的实证规范,而且还同时包括刑法体系。之所以强调刑法体系的重要性,是因为只有体系性的认识秩序才能够保证对所有的细节进行安全和完备的掌控,从而不再流于偶然和专断。为此,李斯特主张从法技术的角度考虑将犯罪和刑罚理解成为可普遍化的概念,将法律的个别规定提升为最后的基本概念和基本原则,从而发展出封闭的刑法体系。<sup>[50]</sup>

最后,正如我们可以将刑法分为刑法的制定过程和刑法的适用过程,我们也可以将刑法体系分为刑法体系的构建过程和刑法体系的适用过程,那么,当李斯特说刑法体系是刑事政策不可逾越的屏障时,这里的“刑法体系”到底是指刑法体系的构建过程还是刑法体系的适用过程?对于这个问题,李斯特并没有给出明确的交代。如果将刑法体系与刑法作一个类比,就不难得出答案。

我们知道,李斯特一方面认为刑事立法需要接受刑事政策的引导和批判,另一方面又认为刑法规范本身不能被刑事政策入侵;类似的,可以推断出,李斯特认为刑法体系的适用过程不应受到刑事政策干扰,但构建刑法体系时需要接受刑事政策的指引。事实上,每一个犯罪论体系都属于理论的建构,这种建构不可能没有任何目的。即便是特别强调客观、中立、事实判断的古典犯罪论体系,其背后也具有强调的价值论色彩,即确保法秩序的明确性和稳定性,以便更好地保障公民的自由与人权。因此,当李斯特说刑法体系是刑事政策不可逾越的屏障时,这里的“刑法体系”指的是刑法体系的适用过程而非刑法体系的构建过程。

明确了李斯特名言中“刑事政策”和“刑法”的含义后,需要继续考察何谓“不可逾越的屏障”。对此,无外乎两种理解。一是刑法不受刑事政策的任何影响;二是刑法虽受刑事政策的影响,但这种影响需要被控制在一定限度内。那么,李斯特的意思到底是其中的哪一种呢?众所周知,法律经常使用的日常用语并不是外延明确的概念,而是具有弹性的表达方式,其可能的意义在一定的波段宽度之间摇摆不定。<sup>[51]</sup>法律语言的模糊性特征决定了法律解释的必要性。而在同时存在多种解释方案的场合,需要从中择出最佳的方案,此一过程不可能完全排除刑事政策的影响。以此观之,主张刑法规范和刑法体系的适用彻底排除刑事政策的影响,实际上就陷入了立法完美主义的迷梦之中。但李斯特并不是立法完美主义的推崇者。事实上,他承认“形式违法和实体违法可能相互重叠,但也可能分开”<sup>[52]</sup>,这说明其已充分认识了刑法规定及刑法体系可能存在不完善之处。<sup>[53]</sup>此外,

[50] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第3-4页。

[51] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第193页。

[52] 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第201页。

[53] 就此而言,许迺曼批评李斯特“相信立法者已经作出所有的决定”,恐怕是有失公允的。参见[德]许迺曼:《刑法体系与刑事政策》,王效文译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第41页。

鉴于李斯特本人是目的性的积极倡导者,其不可能否认刑罚的目的性,因而也不可能否认刑法适用过程的目的性。

因此,所谓“不可逾越的屏障”的意思,并非刑事政策对刑法毫无影响,而应是将这种影响控制在一定的范围内,而这个范围就是刑法规范和刑法体系本身。换言之,在李斯特看来,在刑法规范和刑法体系所许可的范围内,可以进行刑事政策的目的性思考;但如果逾越了这一范围,就不能进行刑事政策的考量。

综上可知,所谓李斯特鸿沟,是指在刑法规范和刑法体系被确立之后,在适用刑法规范和刑法体系的过程中,将刑事政策的目的性思考严格控制在刑法规范和刑法体系所许可的范围内,坚决反对逾越刑法规范与刑法体系而作刑事政策的考量。一言以蔽之,李斯特鸿沟即是在面对一直以来存在的“法逻辑的抽象的形式主义和通过法来满足实质要求的需要之间无法避免的矛盾”<sup>[54]</sup>时,强调形式理性优先于实质理性。众所周知,刑事政策的贯彻落实,最终有赖于每一个刑事案件的妥当处理。可是,对于具体案件的裁判而言,除了要追求预防犯罪的效果以外,还必须遵守刑法的规定并满足刑法概念体系的要求。当预防犯罪与严格遵守刑法(体系)这两个目标处于鱼与熊掌不可兼得的关系时,应该如何处理?正是在这样的语境下,李斯特提出了“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”。换言之,刑事政策的效果固然是值得追求的,但不能为了追求预防犯罪的刑事政策效果而置刑法的明文规定及刑法体系于不顾。

李斯特鸿沟表明了李斯特的立场——公民的自由优于预防犯罪的效果,而这个立场所回应的实际上是这样一个根本性的问题——刑罚的目的(刑法的正当性)何在?在这个问题上,理论上存在着报应论与预防论的尖锐对立。<sup>[55]</sup>如果我们跳出刑法学的苑囿而站在哲学伦理学的层面,就会发现这其实是长期以来一直存在的道义论和功利主义的哲学争论在刑法学中的具体表现。<sup>[56]</sup>在刑罚目的论上,李斯特作为新派的代表人物,积极主张刑罚的目的在于预防犯罪,尤其是对罪犯的个别预防,从而将报应从刑罚目的中排除出去。但是,李斯特同时又意识到,不能一味地追求预防犯罪的效果,否则就会有侵犯公民的自由与人权之虞。因此,在李斯特那里,原本存在于刑罚目的论内部的报应论与预防论的争论,便转化为追求刑罚目的的刑事政策与保障公民自由的刑法之间的紧张关系。为了保障公民的自由与人权,李斯特强调刑法是刑事政策不能逾越的屏障,实际上是刑罚目的预防论者的一种自我约束,从而使自己的立场趋于折中。<sup>[57]</sup>因此,李斯特的目的刑主义是一种罪刑法定范围内的目的刑主义,他的刑事政策则是法治国的刑事政策。<sup>[58]</sup>而

[54] [德]韦伯著:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第401页。

[55] 关于这一争论的详细论述,参见陈兴良著:《刑法哲学》(修订3版),中国政法大学出版社2004年版,第289页-381页。

[56] 关于哲学中的道义论和功利主义的系统研究,参见龚群著:《当代西方道义论与功利主义研究》,中国人民大学出版社2002年版,第113页以下。

[57] 李斯特在其教科书中明确指出,目的刑思想要受到诸多限制,其中包括“不得为了公共利益而无原则地牺牲个人自由”。参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,法律出版社2006年版,第22-23页。

[58] 陈兴良著:《刑事法论》,中国人民大学出版社2007年版,第102页。

他本人则同时被视为刑法教义学的古典派学者和刑事政策学的实证派学者。<sup>[59]</sup>

在《刑事政策与刑法体系》一文中,罗克辛将李斯特的上述立场归入为法律实证主义的阵营并对其展开批判。<sup>[60]</sup>为这种批判提供理论支撑的则是法哲学上的法社会学对法律实证主义的批判。然而,需要警惕的是,将法理学上的理论成果直接套用到刑法学中,有可能会出现问题语境的不适。具体而言,法理学上的法社会学对法律实证主义的批评,往往是站在整体法的角度展开的,而忽略了各个部门法的不同特点。<sup>[61]</sup>刑法作为制裁手段最为严厉的部门法,其最大的特点在于需要严格遵守罪刑法定原则。而刑法的这一特点并不处于上述法理学争论的视野之中。例如,法社会学批评法律实证主义的理由之一在于后者将成文法视为完美无瑕的,而这在现实中是不可能实现的。<sup>[62]</sup>虽然上述批评对其他部门法可能是合适的,但它却不适合于刑法学。

对于刑法而言,坚持理论体系的封闭性,并非基于该体系完美无缺的认识,而是在承认这一体系可能存在缺陷的前提下,坚持罪刑法定主义原则。这种立场并不是抽离了价值判断的机械反应,而是主动的价值选择,其背后体现了一种有别于预防犯罪的价值追求:保障公民的人权和自由,使之免受国家的不当干预。维持李斯特鸿沟,实际上就是强调坚持罪刑法定原则不动摇。因此,可以将李斯特的名言“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”同义置换成“罪刑法定是刑事政策不可逾越的屏障”。<sup>[63]</sup>罪刑法定原则已为现代刑法学奉为铁则,在这种语境下,李斯特鸿沟便具有了超越具体犯罪论体系的正当性。换言之,虽然李斯特本人参与构建的古典犯罪论体系是法律实证主义的产物,但李斯特鸿沟本身却与法律实证主义毫无瓜葛。唯有得出上述结论,才能合乎逻辑地解释为什么在法律实证主义的对立面——新康德主义法哲学的指导下构建的新古典犯罪论体系也同样未能跨越李斯特鸿沟。因此,试图从法哲学上的法社会学对法律实证主义的批判中汲取批判李斯特鸿沟的理论资源的做法是站不住脚的。

对比罗克辛所理解的李斯特鸿沟与原本意义上的李斯特鸿沟,不难发现,除了对刑事政策的理解不同以外,二者还存在以下两个重要的区别:

一是原本意义上的李斯特鸿沟,指向的是刑法规范及刑法体系的适用过程,而罗克辛却将李斯特鸿沟指向刑法体系的建构过程;

二是原本意义上的李斯特鸿沟,并不否认在刑法规范及刑法体系的适用过程中加入刑事政策的思考,只是要求将这种思考严格地控制在一定范围内;而罗克辛理解的李斯特

[59] 参见陈兴良:《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》,《中外法学》2013年第5期,第976-982页。相同的判断亦可见林东茂著:《一个知识论上的刑法学思考》(增订3版),中国人民大学出版社2009年版,第21页,注[7]。在李斯特身上,我们似乎能看到康德的影子——二者都强调人不能成为预防犯罪的工具。当然,他们在刑罚目的论上的观点截然相反,这也决定了他们反对或限制预防论的方法不同:康德是用报应来反对预防,而李斯特则是用自由来限制预防。

[60] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第10页。

[61] 参见张乃根著:《西方法哲学史纲》(增补版),中国政法大学出版社2002年版,第330页;杨仁寿著:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第108-109页。

[62] 参见[美]E.博登海默著:《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2004年版,150页。

[63] 参见陈兴良著:《刑事法论》,中国人民大学出版社2007年版,第101页。



鸿沟却在刑法体系中拒绝任何刑事政策的思考。

由此不难看出,罗克辛歪曲了李斯特的本意,夸大自己与李斯特的区别,从而找到跨越李斯特鸿沟的理由,并以此作为构建刑法体系的正当性基础。上文已述,李斯特鸿沟的本质即为罪刑法定原则。在罪刑法定原则已被明文规定于刑法乃至宪法之中,并且成为自由治国不可动摇的信念之一的当下,任何试图挑战罪刑法定原则的做法都缺乏正当性。事实上,罗克辛不仅没有挑战罪刑法定原则,而且还试图将罪刑法定原则作为其刑事政策的内容之一,贯彻于构成要件阶层之中。由此清晰可知,罗克辛并没有跨越李斯特鸿沟。

那么,罗克辛的所谓跨越李斯特鸿沟所指为何呢?罗克辛的刑事政策的概念大体上与“实质”、“价值”、“目的”含义相同,其所谓跨越李斯特鸿沟的目的理性犯罪论体系即是致力于犯罪论体系的实质化、规范化、目的化。这一体系与贝林—李斯特的古典犯罪论体系固然有所不同,但与李斯特所坚持的刑事政策不能突破刑法体系的约束的立场并不矛盾。事实上,罗克辛本人坚决反对为了个案的解决而将体系相对化的做法。换言之,罗克辛与李斯特二人虽然在具体如何建构刑法体系的问题上存有不同观点,但在刑法与刑事政策关系问题上并无二致。

综上所述:

其一,原本意义上的李斯特鸿沟,是指在刑法规范和刑法体系被确立之后,在适用刑法规范和刑法体系的过程中,将刑事政策的目的性思考严格控制在刑法规范和刑法体系所许可的范围内,坚决反对逾越刑法规范与刑法体系的范围而作刑事政策的考量;

其二,原本意义上的李斯特鸿沟坚持形式理性优于实质理性,体现了对罪刑法定主义原则的恪守;

其三,罗克辛通过歪曲李斯特鸿沟的本意来论证跨越李斯特鸿沟的必要性,但其并未真正跨越李斯特鸿沟;

其四,罗克辛提出跨越李斯特鸿沟的口号是服务于其构建目的理性犯罪论体系,致力于刑法体系的规范化、实质化,但这一立场其实与李斯特的立场并不矛盾;

其五,罗克辛的刑事政策是自由导向的刑事政策而非安全导向的刑事政策,因此,其以刑事政策为基础构建刑法体系,最终有利于对公民人权的保障,就此而言,其与李斯特的根本立场完全相同。

## 五 余论:中国语境下的思考

当下中国正处于从前现代向现代化国家急剧转型的历史进程中,而这种转型又是在经济全球化带来的风险全球化的背景下展开的。在某种意义上,我们已经生活在风险社会之中。而当代中国问题的复杂性就在于,我们不仅需要解决传统风险的威胁,而且需要应对现代风险的挑战。<sup>[64]</sup>在这样的社会背景下,如何化解由李斯特鸿沟所揭示的刑法教

[64] 参见梁根林:《责任主义及其例外——立足于客观处罚条件的考察》,《清华法学》2009年第2期,第59页。

义学与刑事政策的紧张关系,是中国学者必须面对的难题。

显然,纯粹的法条主义的道路是行不通的。所谓法条主义是指这样一种主张,即以实证法为依托,依据严格的逻辑展开分析,拒绝任何价值判断,追求结论的明确性与唯一性。对于这种主张,罗斯科·庞德提出了尖锐的批评。他不无夸张地说,“任何一个问题的最大敌人就是这一问题的教授们”,其所说的“教授”是指这样一类人——他从别人给予他的事实中进行概括并整理出各种概念和理论来,然后再从中推论出更多的概念和理论;根据这些事实,他建立起一套顽强的、违反生活和自然界事实的和非常固执的教义,并企图使生活和自然界符合他的理论模型。<sup>[65]</sup> 我国学者则批评法条主义是建立在“方法论本质主义”的基础之上,而“方法论本质主义”的设定本身却无法在社会现实中成立。<sup>[66]</sup> 上述对法条主义的批评固然在理,但似乎并不适用于当下中国的法治环境。因为,在本文看来,中国当下并不存在纯粹的法条主义。“泸州黄永彬遗产案”<sup>[67]</sup>和“许霆案”<sup>[68]</sup>的最后判决结果充分说明,中国当下无论是民事司法还是刑事司法,都没有走上纯粹的法条主义道路。

相反,过分追求实质理性的倾向却需要引起我们的警惕。至少对于刑法学而言,这种倾向表现得非常明显。例如,关于奸淫幼女是否需要明知幼女的年龄问题,我国刑法学界曾展开了激烈的争论。在这个问题上,刑法学界的态度代表了形式理性的立场,而有些论者则代表了实质理性的主张。<sup>[69]</sup> 如果说争执双方各执一端,互有道理的话,那么最高人民法院的态度——先出台了一个批复,肯定行为人需要明知对方是不满十四周岁的幼女才能构成奸淫幼女,<sup>[70]</sup>而后又悄悄废止这一批复——就充分表明形式理性的脆弱和实质理性的强大。

另外,我国当下正在蓬勃兴起的刑事和解运动,固然有其正当性与合法性基础,但若任其泛化而不对其作必要的限制,甚至任由其蔓延到死刑案件之中,则必然会冲击甚至瓦

[65] 参见[美]罗斯科·庞德著:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆 2010 年版,第 1 页。

[66] 参见邓正来著:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆 2006 年版,第 67 页。关于“方法论本质主义”,参见哈耶克的批判观点:《法律、立法与自由》全三卷“跋文:人类价值的三个渊源”,邓正来译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 111 页注释[55]。

[67] 本案案情为:四川泸州男子黄永彬临死前立下遗嘱,指定遗产归他的情人而不归其合法妻子,由于妻子蒋伦芳实际控制了财产,情人张学英就告到法院。泸州中级法院终审确认该遗嘱因违背了“公序良俗”而无效。本案裁判文书请参见四川省泸州市纳溪区法院民事判决书,(2001)纳溪民初字第 561 号;四川省泸州市中级人民法院民事判决书,(2001)泸民一终字第 621 号。关于本案的讨论,可参见何海波:《何以合法?对“二奶继承案”的追问》,《中外法学》2009 年第 3 期,第 438-456 页。

[68] 本案的案情事实及裁判文书,参见北大法律信息网:<http://vip.chinalawinfo.com/Case/Result.asp?SFlag=11>,最后访问日期:2013 年 7 月 1 日。学界关于本案的讨论,参见谢望原、付立庆主编:《许霆案深层解读——无情的法律与理性的诠释》,中国人民公安大学出版社 2008 年版。

[69] 关于这一讨论参见陈兴良:《奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提——为一个司法解释辩护》,《法律科学》2003 年第 6 期,第 18-30 页;赵秉志主编:《主客观相统一:刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角》,中国人民公安大学出版社 2004 年版;苏力著:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社 2004 年版,第 109-163 页。

[70] 该批复内容是:行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照《刑法》第 236 条第 2 款的规定,以强奸罪定罪处罚;行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。

解罪刑法定主义。<sup>[71]</sup> 这种对实质理性的过分关注,既根源于一直流传下来的实质主义的文化心理,<sup>[72]</sup>又与时下所谓“法律效果与社会效果相统一”的司法政策相合拍,因而具有强大的生命力。

追求实质理性固然无可厚非,但完全抛开形式理性一味追求实质理性必然会走向自我瓦解。在某种意义上,形式理性也是一种实质理性——一种更为长远的实质理性。因此,形式理性与实质理性之间的矛盾,实际上就是长远的实质理性与眼前的实质理性的紧张关系。此外,我们还可以将形式理性与实质理性之间的矛盾转化为一般公正与个别公正之间的矛盾。对于这一组矛盾,陈兴良教授一针见血地指出:

在法律上,如果一般公正与个别公正能够兼得,当然十分理想。但在事实上,两者有可能存在冲突。在这种情况下,我们应当以追求一般公正为主,在保证一般公正的前提下实现最大限度的个别公正。但由于一般公正与个别公正在性质上的差别,有可能出现根据一般公正标准处理案件的时候,个别公正无法实现。这是因为,凡事都有例外。对于这种例外情况,刑法往往难以顾及。在出现例外的情况下,是遵守法律规定,牺牲个别正义实现一般公正,还是违反法律规定牺牲一般公正实现个别公正,这里包含着形式合理性与实质合理性的冲突。我们认为,法律虽然以追求公正为使命,但公正的实现又是相对的、有代价的。那种绝对公正的观念是不可取的,也无现实上的可能性。<sup>[73]</sup>

就形式理性与实质理性的紧张关系而言,当下讨论的刑法与刑事政策的关系问题,与学界在刑法解释论上的形式解释论和实质解释论的争论,以及阶层犯罪论体系的倡导者对传统的四要件犯罪构成理论尤其是其中的社会危害性理论的批评,彼此呼应,形成了复调的咏叹,其旋律必将指向坚持形式理性的刑法教义学之路。事实上,早在1989年,我国学者就已提出了“刑事一体化”的学术思想,<sup>[74]</sup>此后又论及刑事一体化与刑事政策的关系。<sup>[75]</sup>然而,不无遗憾的是,虽然刑事一体化思想在我国刑法学界得以广泛传播,但其对刑法与刑事政策研究未能发生实质性的影响,其根源在于我国尚未建立其严格意义上的刑法教义学,因而缺乏承载刑事一体化的理论体。<sup>[76]</sup>因此,努力推动中国刑法学向刑法教义学转型,势在必行。

当下中国刑法学浸淫于浓厚的实质理性色彩之中,为此,构建封闭的刑法体系以提倡形式理性,非常迫切与必要。当然,构建封闭的刑法体系并不意味着不以刑事政策为导向,也不意味着在适用该刑法体系过程中不能接受刑事政策的引导,而是要求将刑事政策

[71] 相关批评意见请参见梁根林:《死刑案件被刑事和解的十大证伪》,《法学》2010年第4期,第3-21页。

[72] 参见邓子滨著:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第172-184页。

[73] 陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期,第12页。

[74] 参见储槐植:《建立刑事一体化思想》,《中外法学》1989年第1期,第3-8页。

[75] 参见储槐植著:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第28页。

[76] 参见陈兴良:《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》,《中外法学》2013年第5期,第996页。

的考量严格约束在刑法体系内部,将刑事政策的价值选择转化为刑法体系的逻辑论证,从而在形式理性允可的范围内最大程度地实现实质理性。

当下中国刑法学正在进行着刑法知识的整体转型。任何转型都是“破旧立新”的过程,刑法知识的转型同样也是如此。在推动刑法知识“立新”的过程中,我们不可避免地要学习借鉴德日、英美刑法学的知识。然而,我们在学习借鉴域外知识的同时,通常会掺杂一些似是而非的不切之念。这些似是而非的观念,部分源于论者们故意为之的策略与修辞,部分源于学者们无意铸成的误解和歪曲。它们不仅无助于学术共识的形成,而且会给学术的发展设置诸多障碍。为此,我们必须加强对域外刑法学知识的消化与反刍,尽可能避免一些不必要的学术误会。这也是本文在考察李斯特鸿沟的过程中所获得的方法论启示。

---

[ **Abstract** ] The so-called crossing the Liszt Gap is actually an academic misunderstanding. It is merely a slogan chosen by Claus Roxin to demonstrate the legitimacy of his reconstruction of the criminal law system. The real Liszt Gap is aimed at adhering to formal rationality and the principle of legally prescribed punishment for a specified crime and there cannot and should not be crossed. In contrast, Roxin's so-called crossing the Liszt Gap is actually aimed at the substantiation and standardization of the system of crime theory, which is not contradictory to Liszt's position on the relationship between the criminal law and criminal policy. The fact that the purposive-rational crime theory system constructed by Roxin under the slogan of crossing Liszt Gap is not successful does not mean that discussing Liszt's Gap is meaningless. Currently the Chinese criminal law science is steeped deep in substantive rationality. In order to adhere to formal rationality and the principle of legally prescribed punishment for a specified crime, it is necessary to actively promote the transformation of Chinese criminal law science to criminal law dogmatics and to construct a criminal law system both amenable to the guidance by criminal policy and able to effectively constrain criminal policy considerations.

---

(责任编辑:王雪梅)