

# 隔离与贯通：刑事政策与刑法关系的建构

吴贵森<sup>1</sup>，黄亦兰<sup>2</sup>

(1. 集美大学海洋文化与法律学院, 福建厦门 361021; 2. 集美大学马克思主义学院, 福建厦门 361021)

**[摘要]** 刑事政策基于维护自身秩序的需要构建, 刑法规范的价值在于保障人权。在法治环境没有完全形成的情况下, 在刑事政策与规制对象之间横隔刑法规范的桥梁对于我国的法治建设是必要的。现代治理要求在刑法体系中突出公民意志, 中国特色的法治体系中党的路线、方针、政策, 国家政策, 国家刑事政策需通过合理方式转化以契合国家法治理念, 使其在政策层面更具法律规范属性。基于以上分析, 构建社会因素、刑事政策、刑法规范、法律事实相互转化、相互作用的机制, 研究刑事政策与刑法规范之间运行的规则。

**[关键词]** 隔离; 贯通; 刑事政策; 刑法

**[中图分类号]** DF 6 **[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1008-889X (2022) 04-0014-06

## 一、刑事政策与刑法关系的理论考察

### (一) 大陆法系：“鸿沟”到“贯通”

自费尔巴哈提出刑事政策的概念起, 刑事领域中关于刑事政策与刑法体系两者关系的问题便随之产生。费尔巴哈将刑事政策的概念定位在立法上, 并且把刑事政策置于刑法教义学体系之外以指导刑事立法和罪刑关系的配置。李斯特沿袭了费尔巴哈的思想, 根据刑事政策与刑法体系任务的完全不同而为二者设定了不同的目标。一方面, 他认为刑事政策包含刑法的意义、目的、任务, 以及预防、控制、惩罚犯罪的方法, 刑法的内容则指的是规范层面保障人们权利自由的要件; 另一方面, 他把刑事政策与刑法体系两者关系的特点概括为3点: (1) 刑事政策作为一种政策仅在立法层面对刑法体系产生影响。(2) 刑事政策被置于刑法教义学体系之外, 由此形成刑事政策与刑法教义学不属同一体系、割裂开来的情形。(3) 刑罚是沟通刑事政策与刑事立法之间的桥梁, 立法层面刑罚的配置、运用和如何达到罪刑相适应的平衡须通过刑事政策进行指导。“罗克辛将刑事政策与刑法体系相互割裂的

现象称为‘李斯特鸿沟’”<sup>[1]</sup><sup>10</sup>。与李斯特不同, 罗克辛把刑事政策引入犯罪论体系, 对“李斯特鸿沟”理论予以贯通, 即“罗克辛贯通”, 将刑事政策的精神内容、价值要求、政治意图等因素融入犯罪构成体系, 将三阶层中形式的该当性变成实质的该当性, 将形式的违法性变成包含价值判断的违法性, 将有责性目的化, 形成其目的理性的犯罪论体系。此外, 罗克辛将刑事政策融入刑法体系中, 从刑事政策的视角出发, 对“犯罪构成要件符合性、违法性及罪责性三阶层”分别进行体系化加工和研究, 其主要观点可以概括为: (1) 刑事政策在构成要件层面的机能是为实现依法治国的明确性要求。(2) 刑事政策在违法性层面的机能则是为了应对社会矛盾, 正因为刑事政策有化解冲突的功能, 将违法性进行体系化加工, 尽可能完整提炼、列举出正当化事由及原则, 并确定这些原则之间的关系非常必要。(3) 刑事政策在罪责层面需要将问题的核心放置在讨论量刑上, 即原则上判定应处刑罚的行为到底是否需要及应在多大程度上进行处罚<sup>[2]</sup>。

### (二) 我国学者关于刑事政策与刑法关系的观点

关于刑事政策与刑法的关系, 我国学者普遍

**[收稿日期]** 2022-01-12

**[基金项目]** 福建省社会科学基金项目 (FJ2021TWF02)

**[作者简介]** 吴贵森 (1973—), 男, 福建浦城人, 教授, 博士, 主要从事中国刑法学研究。

认为刑法的制定与适用离不开刑事政策, 刑事政策对刑法的制定与适用有直接的指导意义, 因为刑法是刑事政策的条文化、定型化, 而刑事政策是刑法的灵魂、核心。也有学者认为, “当前我国的法治环境没有完全形成, 刑事政策本身具有强烈的政治性与应世性”<sup>[3]</sup>, 若一味提倡刑事政策是刑法的灵魂地位, 则有可能出现刑事政策背离为民初衷, 凌驾于刑法之上蔑视和抛弃刑法公平正义的追求及保护人权的精神, 最终让刑事政策自身。

分析刑事政策与刑法关系可以从两个角度出发: (1) 从刑事立法角度出发, 刑事政策高于刑法, 处于灵魂地位。(2) 从刑事司法角度出发, 刑事政策则低于刑法, 刑事政策的运作只能在刑法的框架内进行。具体来说, 刑事政策分为基本刑事政策和具体刑事政策, 基本刑事政策指导刑事立法, 而具体刑事政策会影响刑事司法。对于刑事立法, 基本刑事政策具有长期性、稳定性, 对预防和控制犯罪具有规律性, 所以它能够指导刑事立法, 刑法可以说是基本刑事政策的具体化和法律化, 基本刑事政策在犯罪全过程(较长时期内)起主导作用; 具体刑事政策也称为临时刑事政策, 它依附于基本刑事政策, 具有具体性, 仅在犯罪控制的某一领域或某一阶段(时间相对较短)中起作用。具体刑事政策不可能指导刑事立法, 因为其能否解释预防和控制犯罪的规律仍有待实践检验。对于刑事司法, 贯彻刑法其实就是贯彻基本的刑事政策, 因为基本刑事政策已经法律化。另外, 具体刑事政策只能在刑法下对刑事司法发生作用, 因为具体刑事政策(临时刑事政策)毕竟是临行性的, 虽然它自身涉及犯罪的态势、控制犯罪的策略等, 但其合理性有待检验; 具体刑事政策对基本刑事政策具有依从性, 且基本刑事政策已经法律化, 具体刑事政策要依从刑法, 要在刑法框架下运行; 刑事政策须转化为法律或者在法律内运作才能在法治社会中发挥作用。

### (三) 对刑事政策与刑法关系的评析

刑事法治的价值在于保障人权, 而政策是基于维护自身秩序的需要构建, 因此政策与法治或者说刑事政策与刑法规范处在维护秩序和保障人权的两个端点, 两者之间的关系必然是不能完全

融合的。二者可以建立起一种平衡的体系, 在这个体系中, 刑事政策的思想可以向刑法规范转化, 刑法规范对刑事政策起着规制的作用。如果刑事政策和刑法规范完全融合了, 可能是刑事政策占据主导地位, 那就回到了1979年之前中国的状态, 只讲政策不讲法律, 政策无处不在。

很多学者认为从“李斯特鸿沟”到“罗克辛贯通”是刑事政策与刑法关系发展的正确路径, 希望籍此能够构建一个刑事政策引导刑法和刑法规制刑事政策的完美体系。笔者认为, 关于二者关系的选择, 就像选择形式罪刑法定原则和实质罪刑法定原则一样, 要区分不同的法治环境、司法人员素质及法治运行体系。在法治环境较差、司法人员素质较低、没有良好的法治运行条件的情况下, 选择形式罪刑法定原则较为合适, 因为形式罪刑法定原则要求司法人员严格按照法律规定适用, 不能对法律进行所谓精神实质的解释, 因为在法治环境不好的情况下, 这种解释可能会成为歪曲法律、徇私枉法的出口! 只有在良好的法治环境和司法人员具有较高素质的情形下, 法律解释才有可能遵循法律的精神实质进行。同样, 刑事政策与刑法之间形成的“鸿沟”关系, 即刑事政策指导刑法的制定与适用(先前的立法扩充到后面的司法适用), 刑事政策置身于刑法体系之外指引、制约、监督着体系的运行, 刑事政策与规制对象之间须横隔着刑法规范的桥梁, 刑事政策不应跨越这个桥梁直接作用于规制对象, 因为刑法规范作为桥梁规制着刑事政策的延伸, 也即刑法规范是刑事政策不可逾越的藩篱, 刑法规范作为桥梁是唯一可行的路径。如果要将此“鸿沟”贯通, 也即将刑法固化为刑事政策岛屿的一部分, 通过填海造地将两座岛屿相连, 桥梁就此消失, 刑法便失去了对刑事政策岛屿延伸的制约作用, 刑事政策的孤岛就与规制对象的孤岛相连成一个岛屿了, 于是刑事政策就直接作用于规制对象。在这种情况下, 要求两座岛屿有很强的相融性, 无需隔离缓冲, 也即刑事政策直接作用于规制对象, 这要求很好的法治运行体系和环境, 要求很高素质的司法人员, 而政策的弹性和延展性与规范的稳定性和法定性是背离的, 就是说政策的适用与罪刑法定原则等法治原则是冲突的, 如果没有拿捏精准的高素质司法

人员,法治将会陷入崩溃的可能。因此,在中国当下的司法背景下,特意构建“鸿沟”反倒是需要的,“鸿沟”对于构建法治是必需的,对于解决冲突是必需的。

总之,在法治环境较好的情况下,可以由形式理性向实质理性发展,刑事政策融入刑法规范体系中,使得政策的秩序维护取向和规范的权利保障取向达到形式上的合体,政策和规范一体化,这就要求司法人员具备极高的素养和品行,能够准确把握二者的精神内涵,能很好地驾驭政策的权力属性。但在法治环境较差的情况下,司法人员素质较低,法律的素养不高,则很难从实质角度对法律及政策进行把握。此时,应该将政策这种实质的权力属性的东西置于立法层面解决,而在司法层面坚持形式理性,坚持规范的“僵化”。刑事政策仅仅对刑事立法发生作用,与规范体系的运行相分离。

## 二、习近平法治思想下法规范体系的内在逻辑

政治治理在法治化的维度内,需要构建良好的规范体系,才能在“隔离”和“贯通”之间做到恰如其分。

党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,提出全面深化改革的总目标是“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”<sup>[4]</sup>。国家治理和社会治理在宏观层面上离不开政策的制定和刑事政策的结合。一般认为,治理是一个任何组织、公与私管理共同事务的各种方法的总和,是一个持续的过程,既包括人们应服从的正式制度和规则,也包括各种人们同意符合其利益的非正式的制度安排。治理具有4个特征:(1)治理不是一整套规则,也不是一种活动,而是一个过程。(2)治理过程的基础不是控制,而是协调。(3)治理涉及公共部门,也包括私人部门。(4)治理不是一种正式的制度,而是持续的互动。现代治理是在全球化背景下国家有效回应市民需求以及应对危机的产物,体现了政府与公民对公共生活的合作治理之意。现代治理理论对政治治理改革与刑法规范的产生有深

刻影响,表现在:(1)现代治理理论对政治领域治理改革的诉求体现为要求主体多元化参与,结构网络化覆盖,过程与方式互动化、协调化。(2)刑法规范作为治理工具,现代治理理论对它的生成路径也产生相应的影响,刑法立法因此丰富了其作为政治治理工具的特征,即由自上而下的统治工具转变为上下互动、公共部门与私人部门协同合作,其中公民意志在刑法立法中得到突出体现,刑法立法也随之成为公与私协商共治的成果。正是在政治治理理论的影响下,刑法立法在规制社会效果层面的考虑成为立法中更为次要的目的,而刑法规范的目的则更契合政治治理理论中国家与公民之间的一种期待,表明国家为顺民意、抚民心与不法行为作斗争,以此减少公与私之间的摩擦对抗,增强国家与公民之间的互信。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)对我国的法治建设作出全面部署,从中央文件层面确认了党的路线、方针和政策的核心理念,在法治体系中它们成为一种特殊的“法律规范”。将政策及其之上的路线、方针纳入法律规范体系是“罗克辛贯通”的做法。笔者在上文中已经阐述了政策与规范分离的理论及合理性,政策只有在立法层面作为桥梁沟通社会因素与规范之间的关系,才能抑制政策的自然扩张性,构建政策与规范的良性关系。若要把政策作为法律规范的一部分,那就意味着政策对法律的体系是贯穿的,就是说从立法到司法、到执法都必须考虑刑事政策的指导或是其核心的地位和作用。

依法治国方略下的政策包含以下3个层面的内容:(1)相对于法律,“重大政策”具有更高的权威。《决定》明确提出:“凡立法涉及重大体制和重大政策调整的,必须报党中央讨论决定。党中央向全国人大提出宪法修改建议,依照宪法规定的程序进行宪法修改”<sup>[5]</sup>,党中央是“重大政策”的制定者,因此无论是立法抑或是修法时遇上问题都必须遵从“重大政策”报请党中央批示。(2)全面推进依法治国需要同时发挥出政策和法律这两种不同规范的作用,并使之相协调(推进依法治国并不是用法律权威取

代政策权威), 正如《决定》指出, 要“完善党委依法决策机制, 发挥政策和法律的各自优势, 促进党的政策和国家法律互联互通”<sup>[5]</sup>。(3) 作为规范的党的政策与国家法律最终结合在依法治国的方针中。

在党的政策规范体系中, 党的路线、方针、政策与法律这四者形成一个层级体系, 学者强世功说: “‘路线’实际上就是执政党指明国家发展目标 and 方向的最高规范或根本规范……在中国实际上构成了‘最高的法’, 构成了凯尔森所谓的‘基本规范’。”<sup>[6]</sup>在法治体系中, 党的路线处于最高位, 其次是党的方针, 再次是党的政策, 这三者和刑事政策之间如何贯通? 笔者认为, 刑事政策这种具体领域的政策从其制定来源来说, 应该规范为国家政策, 党的政策中有关刑事法律的内容应该转化成国家政策, 国家政策再通过相应的立法程序进行转化。就是说, 党的路线、方针应该先转化为党的政策, 党的政策转化为国家政策, 这样政策层面才会更具备法律规范属性, 而避免政策与规范的混同, 以利于法治界限的确定和法治体系的运行。

中国特色的依法治国法律体系中, 党的路线、方针、政策与法律的层级是确定无疑的。党的路线、方针是更为宏观、高端的方略性规范, 政策是离法律最近、能够直接转化为法律精神的“规范”, 而刑事政策就必然是刑法的渊源、灵魂和框架。因此, 在宽严相济的刑事政策的前置社会因素中还包含了党的路线、方针及其他政策等。对刑事政策影响最大的是两项政策, 即党的政策和国家政策。党的政策转化为国家政策有3种方式: (1) 通过党关于立法、司法、执法的指导性文件直接加以指导。(2) 通过党对各项事业的精神领导实现, 如党的纲领、党历次会议的精神、各项决定指示等。(3) 通过党对国家机制的设计实现, 如通过政法委系统对案件进行指导。严格来说, 党的政策应当先转化为国家政策, 国家政策中刑事政策部分再发挥作用, 但是现实的情况是党的政策和国家政策很难区分。党的政策通过国家的名义实现其作用时可以被认为是一种转化的途径。党的政策转化为国家刑事政策的方式有5种: (1) 通过对党在国家机构中担任负责人的思想贯彻, 或是将党的政策以政府

决议的方式发布, 典型如《国务院关于劳动教养问题的决定》。(2) 直接以党的名义就国家制定刑事政策作出具体的指示, 给出具体的指导意见。(3) 以党的历史事件作为刑事指导思想, 为国家制定刑事政策提供指导方针。(4) 采取国家机关提出刑事政策建议的方式。(5) 通过舆论手段宣传党的刑事政策主张或刑事政策思想, 指导和影响国家对刑事政策的制定和执行。

### 三、刑事政策与刑法规范立体体系的建构

从政治和法律的关系角度看, 刑事政策定位于更有策略性地使政治力量深入法律, 同时使法律力量脱离政治, 使得政治问题不再直接介入刑法规范, 而是透过刑事政策反应政治对刑法的要求, “如此一来, 只要在刑事政策的层面讨论如何策略性地运用刑罚, 便能解决刑事立法实质内涵的问题”<sup>[15]</sup>, 即政治本质问题。因此, 从刑事政策的缘起及发展可以看出, 刑事政策是建构在政治与刑法之间的, 反应国家对犯罪的态度, 将国家对犯罪的控制和预防的政治策略通过刑事立法过程外化到刑事法律规范中的科学。法律本质上是政治的产物, 任何时代的刑法都不可能完全脱离政治和刑事政策的影响, 正如罗克辛教授所言, “只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中, 才是正确之道, 因为只有这样, 该价值选择的法律基础、明确性和可预见性、与体系之间和谐、对细节的影响, 才不会倒退至肇始于李斯特形式——实证主义体系的结论那里。法律上的限制和合乎刑事政策的目的, 这两者之间不应当互相冲突, 而应该结合在一起”<sup>[7]</sup>。刑法作为制度化的公共政策的一种, 面对风险社会的种种危险, 若不在场, 也将是渎职和不妥当的。当前新型违法犯罪现象层出不穷, 而且可以预测, 随着国民安全需求的提升和社会危险、不确定因素的增加, 未来社会对刑法积极参与社会治理的诉求也将随之变得越来越强烈, 因此刑法的积极预防对国家来说是非常必要的。

从政治和刑法的关系角度看, 政治和刑法之间的关系可以扩展到经济、社会、文化、民意等各个方面, 刑事政策作为桥梁在其间发挥着缓

冲、隔离、转化、融合的功能。从政治与刑法两者关系这个角度才能更好地把握刑事政策在中国语境下的状态。刑法泛化、刑事政策突破刑法规范的藩篱和刑法规范的刑事政策化,都可以从政治社会观念、刑事政策和刑法这三者之间的关系中寻找端倪。只有通过刑事政策扮演正确角色、发挥正确的作用,才能使得刑法脱离浓厚的政治色彩、明显的社会功利和不时之需。

从刑事政策与犯罪的关系角度看,犯罪学与刑事政策学这两者的关系可以比喻为医疗上的诊断与治疗的关系。刑事政策的主旨在于探讨国家如何有效合理地组织对犯罪的反应,作用在于通过指导刑事立法以制定和完善刑法规范,藉此更好地保障公民权利、保护社会秩序。将刑事政策与犯罪原因联系在一起是为了探讨如何描述犯罪构成要件的特征以掌握犯罪的实际情况,设定刑罚措施及作用方式,划定刑罚的触角边界而不侵犯公民的自由权利,检视实体的价值规定与程序的技术构架是否相互支撑。储槐植教授提出,刑事政策对刑法具有导向与调节两大功能:导向功能在于厘定打击范围、确定打击重点、设定打击程度与选定打击方式;调节功能则体现在其构成刑事立法与刑事司法之间沟通的“中介”(即内部调节),同时也作为刑事法律与外部社会状况之间的调节器(即外部调节)<sup>[8]</sup>。刑事政策如果可以作为内部调节器沟通立法与司法,则似乎明显地与罪刑法定原则相冲突。刑事立法与司法之间如果太多地揉入刑事政策的力量,可能会与法治原则相矛盾,笔者认为是不值得提倡的,而作为外部调节器则是刑事政策应有之义。

因此,刑事政策与刑法关系可以界定为:社会因素(政治、经济、文化、犯罪态势等)与刑法之间以刑事政策为桥梁,刑事政策与犯罪行为之间以刑法为桥梁,形成一个从事实到规范、从规范到事实的逻辑循环。在这个循环中,社会因素不能直接反应在刑法规范中,必须通过刑事政策的过滤和筛选,对于政治的诉求、社会的呼声、经济的需要等要求进入刑法规范范畴的事项,只有通过刑事政策进行回应及确定,而刑事政策只有通过刑法规范对犯罪行为施加影响,而不可以越过刑法规范直接作用于犯罪行为之上。这个作用过程是个单向的、不可逆的过程,刑法

规范只能是对刑事政策起着隔离、缓冲、转化和融合的作用,不能反向影响刑事政策,但是可以通过对犯罪行为的规制产生社会效果而再进一步影响刑事政策。同样,犯罪行为也不可能直接反作用于刑法规范,犯罪行为必须通过类型化的积累或是根据犯罪行为产生社会效应,由此使得刑事政策作用于刑法规范,对其产生影响(见图1)。总之,刑事政策向前与犯罪现状、社会发展需要、政治需求、对公平正义的追求等影响刑事政策的各种因素相联系,向后指导着以刑法为核心的具体犯罪防控措施的制定。

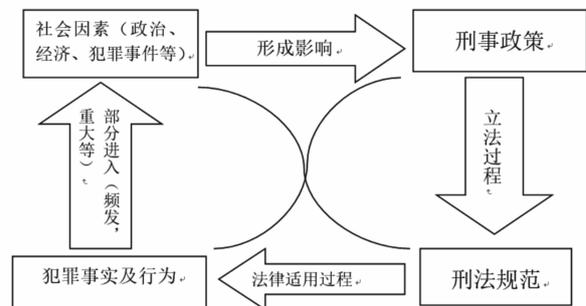


图1 刑事政策、刑法规范和社会因素关系图

#### 四、结 语

在中国特色的路线、方针、政策、法律的法规规范体系中,如何将党的路线、方针、政策转化为国家法律,形成规范内生秩序,是法规规范体系内部转化问题。在社会因素、刑事政策、刑法规范、法律事实之间如何形成立体的转化机制,应区分选择“隔离”与“贯通”的适用范围,形成法规规范运行的立体化系统,最终形成良性的法规规范运行秩序。

#### [参考文献]

- [1] 劳东燕. 刑事政策与刑法体系关系之考察 [J]. 比较法研究, 2012 (2): 77-92.
- [2] 陈兴良, 梁根林. 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 [J]. 东南法学, 2013, 25 (5): 15-30.
- [3] 董文蕙. 也论刑事政策与刑法的关系: 对“刑事政

- 策是刑法的灵魂”论的质疑 [J]. 云南大学学报 (法学版), 2004 (1): 66-69.
- [4] 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定 [N]. 人民日报, 2013-11-16 (1).
- [5] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定 [N]. 人民日报, 2014-10-29 (1).
- [6] 强世功. 党章与宪法: 多元一体法治共和国的建构 [J]. 文化纵横, 2015 (4): 18-29.
- [7] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系 [M]. 蔡桂生, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 15.
- [8] 储槐植. 刑事政策的概念、结构和功能 [J]. 法学研究, 1993 (3): 52-58.

## Isolation and Penetration: A Construction of the Relationship between Criminal Policy and Criminal Law

WU Gui-sen<sup>1</sup>, HUANG Yi-lan<sup>2</sup>

(1. College of Marine Culture and Law, Jimei University, Xiamen 361021, China;

2. School of Marxism, Jimei University, Xiamen 361021, China)

**Abstract:** Criminal policy is based on the need to maintain its own order, the value of criminal law norms lies in the protection of human rights. When the rule of law environment is not fully formed, to build a bridge of criminal law norms between criminal policy and regulatory objects is necessary for the rule of law in China. Modern governance requires that the will of citizens be highlighted in the criminal law system, and that the Party's line, principles and policies, national policies, and national criminal policies in the rule of law system with Chinese characteristics need to be transformed in a reasonable way to conform to the concept of the rule of law of the country and make it more legal and normative at the policy level. Based on above analysis, a mechanism for the mutual transformation and interaction of social factors, criminal policies, criminal law norms and legal facts is constructed, and the rules for the operation between criminal policies and criminal law norms are studied.

**Key words:** isolation; penetration; criminal policy; criminal law

(责任编辑 冯庆福)

(上接第6页)

## The Evolution of Distribution Ethics in China and its Analysis

ZHUANG San-hong, RAN Min

(School of Marxism, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

**Abstract:** With the change of distribution system in China, the ethical demands of distribution in society are also changing, which has gone through three stages: socialist distribution principle and market economy principle, fairness and efficiency, and distributive justice. With the discussion of these problems, the ethical demands of distribution in the new era can appear and develop. An analysis of the relevant discussion is helpful to improve the efficiency of China's economic governance and the design of income distribution system.

**Key words:** distributive ethics; distribution principle; fairness and efficiency; distributive justice

(责任编辑 冯庆福)