



上海政法学院 刑事法学文库

# 当代刑事政策转型与 刑法解释发展

DANGDAIXINGSHIZHENGGEZHUIANXINGYUXINGFAJIESHIFAZHAN

卫磊◎著



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

教育部人文社科青年基金项目资助



上海政法学院 刑事法学文库

# 当代刑事政策转型与 刑法解释发展

DANGDAIXINGSHIZHENGCEZHUANXINGYUXINGFAJIESHIFAZHAN

卫 磊◎著



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

当代刑事政策转型与刑法解释发展 / 卫磊著. —北京:  
中国法制出版社, 2017. 5

(上海政法学院刑事法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8558 - 6

I. ①当… II. ①卫… III. ①刑法 - 法律解释 - 研究 -  
中国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 104624 号

责任编辑 陈兴 (cx\_legal@163.com)

封面设计 杨泽江

---

## 当代刑事政策转型与刑法解释发展

DANGDAI XINGSHI ZHENGCE ZHUANXING YU XINGFA JIESHI FAZHAN

著者/卫磊

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2017 年 5 月第 1 版

印张/ 17 字数/ 247 千

2017 年 5 月第 1 次印刷

---

## 中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8558 - 6

定价: 59.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66010405

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

# 上海政法学院刑事法学文库

## 总 序

上海政法学院是以法学学科为主干，社会学、政治学、经济学、管理学、语言文学等多学科协调发展的政法类院校。其中，刑事法学既是学校创立之初的主导学科，也是学校的优势学科，在依托刑事司法学院的基础上，开设了法学（刑事司法方向）、监狱学（监狱学方向和社区矫正方向）等本科专业，并承担刑法学专业硕士研究生、法律硕士的培养。发展至今，学校已为上海乃至全国培养了大批应用型、实践型的政法人才，为社会输出了大批优秀的毕业生。

我校刑事法学在茁壮成长的历程中既经历了风雨又取得了许多骄人的成绩。2005年刑事司法方向被上海市教委批准为上海高校本科教育高地建设项目。2007年刑法学获得上海政法学院校级重点学科建设项目。2009年刑法学被批准为上海市教委第五期重点学科建设项目。同年，监狱学专业又分别获得教育部特色专业和上海市第三批教育高地立项。之后，监狱学又于2010年获得中央财政的支持，2012年获得上海市高校一流学科（B类）建设的立项。2012年刑法学又获得上海政法学院“十二五”内涵重点学科和硕士点建设项目。2015年监狱学再次获得上海市教委高原学科建设项目。学科队伍形成了老中青的学术梯队，聚集了一批既有相关实践经验又有一定学术造诣的教研人员，其中多人获得地方乃至国家级荣誉称号，并远渡至德国、法国、日本等国进行访学。至今，本学科已承担省部级以上课题十余项，出版著作近百部，发表学术论文数百篇。

我院刑事法学立足于刑事一体化视野研究，经过多年的打造，已经形

成了独特的学科优势和特色，犯罪学、刑事政策学、监狱学（监狱学方向和社区矫正方向）、青少年犯罪学研究处于全国领先地位。

在犯罪学领域，具有中国犯罪学学会副会长一人，常务理事四人，理事若干人。中国犯罪学研究会预防犯罪专业委员会设在我院，《犯罪学论坛》已经成为国内有影响的出版物，在犯罪学基础理论研究、预防犯罪研究等方面颇有建树。依托犯罪学科成立的“社会治安综合治理研究中心”与上海市社会治安综合治理研究所通力协作，为上海市社会治安综合治理建言献策提供了理论支撑。

在刑事政策学领域，从广义刑事政策学视角出发，出版了《中国刑事政策原理》《中国刑事政策的建构理性》等著作，承担了国家社会科学基金、司法部、上海市哲学社会科学、上海市教委的科研项目，《刑事政策论坛》作为国内唯一研究刑事政策的出版物已经出版了四辑，从事刑事政策研究的学术梯队已经形成，并在国内学术研究中具有一定的影响力。

在监狱学研究领域，监狱学专业和学科是上海高校唯一、全国高校为数不多的本科特色专业和重点学科。学校拥有三十多年的监狱学专业和学科的发展历史，积累了比较丰富的教学科研经验。特别是近几年来，在监狱学专业和学科建设上取得的成绩令人瞩目。先后出版二十多本监狱学专业和学科的教材、专著，发表专业论文两百多篇。获得省部级以上科研项目多项，一批科研成果获奖。2009年监狱学专业获得教育部第四批特色专业建设点立项，2009年学校刑法学专业被批准为上海市第五期重点学科建设项目，其中监狱学学科为重点研究方向之一。2011年以来，监狱学专业和学科连续获得中央财政支持地方高校发展专项资金项目，2012年获得上海高校一流学科法学学科建设重点项目，其中监狱学为重点建设方向之一，2015年又获上海高校高原学科法学学科建设项目，其中监狱学为重点打造方向之一。

在社区矫正研究领域，2002年8月，上海社区矫正试点工作在市委政法委的直接领导下开展，我校参与了上海社区矫正的研究和运作方案的设计。从2003年开始，我校先后承担了上海市委政法委、上海市司法局委

托的有关社区矫正的课题，起草上海市“社区矫正地方性法规”的草案，对社区矫正服刑人员进行风险评估、服刑人员个案选编、社区矫正评价体系的构建等专题研究，成为上海等地区开展社区矫正的指导和工作用书。我校最早开设社区矫正系列课程和成立社区矫正研究中心，据国家书目查询系统提供数据，我校最早出版了社区矫正书籍（《美国矫正制度概述》1997年）。崔会如教授在其2010年出版的《社区矫正实现研究》（P86~87）一书中提及，社区矫正研究取得成果数量最高的是上海，最多的是上海政法学院。2008、2009、2010、2014年，我校先后承担4项社区矫正的国家社科基金项目，2项教委重点项目、2项司法部项目和1项中国法学会项目，我校社区矫正教学和学术研究在全国具有一定的影响。

在青少年犯罪学研究领域，我校也在国内居于领先地位。在刑法学硕士点下设了专门的青少年犯罪与司法方向，依托中国预防青少年犯罪研究会、上海市法学会未成年人法研究会、上海市预防青少年犯罪研究会等设置了“全国青少年犯罪与司法研究及服务中心”，形成了具有较强竞争力的学科梯队，出版了《青少年犯罪与司法论要》《少年法院的学理论证与方案设计》《法学的童真》等数十部著作，发表论文两百余篇。

为了适应学科发展的需要，给学科建设人员提供更广阔的平台，使我校刑事法学再上一个新台阶，“刑事法学文库”的出版发行无疑对此具有强大的推动作用，也是我校刑事法学发展历程上的新起点。同时，也以此为契机，为我国刑事法学的发展尽些绵薄之力。

刑事法学与其他部门法学最大之不同在于其研究对象主要是犯罪，然而犯罪是使人厌恶的，会给人带来不愉快的感觉，故而研究犯罪的刑事法学与社会的灰暗总是如影相随，这就要求我们每个刑事法学的研究者始终保有一颗价值无涉的公正之心，“刑事法学文库”将予以明证。

严 励

2015年10月

## 引言

对人文社会领域的研究从其思考脉络上看，立足于“当代”时间维度的研究历来出现的较晚，出现较早的是对既往时间维度的研究，即历史的研究。如果一个人既能够深度把握既往时间维度的问题，又能够把握当代时间维度的问题，则真正能够称得上是“究天人之际、通古今之变”的大能之士。但要达到这一境界，需要深刻认识两重层次：其一，现在从过去演化而来，不立足过去，就无法理解现在。既往时间不可能以完全不变的物质形态传承下去，这决定了当代的人永远不可能回到“纯粹的过去”，至多只能回到“当代人理解的过去”。况且，作为特定时空内的人是承继既往知识体系而形成自身思维的认识主体，自觉或者不自觉地难以超越过去。其二，如何认识“纯粹的现在”，并是否可以以“纯粹的现在”为基础来认识“纯粹的过去与未来”，连接过去、现在、未来的纽带或者桥梁究竟存在与否。任何冠以“当代”为名的人文社会研究都无法回避上述两个层面的困扰，本书也不能例外，但本书将力图阐述明晰下列问题：其一，当代刑事政策的存在与发展，既与历史上的刑事政策思想或者刑事政策本体有着密切的关系，同时与其也存在着差异，但更多的是存在着差异性，或者说具有更多的“当代性”。如果将历史进一步区分为近代与古代，则更加可以发现距离当代越近的历史与当代的刑事政策关系越紧密，反之，距离当代越远的历史对当代刑事政策的贡献可能仅仅存在于思想材料或者某种启发意义的智慧储备。其二，当代刑事政策转型的基本态势如何界定，是描述当代刑事政策相比较于历史上的刑事政策而发生的重大变化，还是描述当代刑事政策相比较于理想设定中的刑事政策而发生的重大

变化。其三，当代刑事政策转型与刑法解释如何发生关联，在刑事政策与规范刑法的关系尚存在争议的情况下，当代刑事政策转型与刑法解释发展之间的关系更加复杂，尤其在我国特定的政治经济社会条件下，刑事政策转型与刑法解释发展之间的互动关系不仅仅是单线的联系，而是处于互相影响互相渗透的复杂状态。其四，刑事政策与刑法都是应对犯罪问题解决犯罪人刑事责任而产生的知识体系，在长期以来对犯罪认识的感性层面居于主导地位的影响下，长期以来在观念和实践中都存在重打击犯罪轻保障权利的功利主义倾向与工具化问题。分析当代刑事政策转型与刑法解释发展的互动关系，不能回避刑事政策转型与刑法解释发展的功利主义倾向与工具化问题。

身处一定时代的人，不论是学识渊博的饱学之士、还是受教育程度一般的普罗大众，都可能自觉或者不自觉地思考所处时代的问题，更进一步地还可能寻找出现这些问题的原因、寻找解决这些问题的方法和途径。这些问题可能来自生活中的挫折、工作中的困难、学习中的困惑，或者是来自与他山之石比较，简言之，人们总是容易被来自命运中的磨砺、来自逆境中的挑战激发起对抗的勇气、激发起思考的动力。正如风吹落叶四散飘，有的飘到堂皇的庙堂、成为人们欣赏赞美的美景点缀，有的飘到泥泞的道路上被足踏蹄践。人的际遇也与此类似，各不相同，不同的人即使身处同一个时代，所遇到的困难和挑战也各不相同，因而所需要思考和解决的问题也存在很大差异。或许所处的时代是所谓“平庸的时代”，不同的人所思考和解决的问题才会高度趋同，但所谓“平庸的时代”似乎仅仅存在于少数人的观感中。在历史的长河中，很多人都认为自己所处的时代是伟大的时代、不凡的时代，甚至是巨变的时代，身处这样的“当代”中来思考问题解决问题，更加具有前所未有的意味蕴含。唐代大诗人杜甫在《忆昔》中写道“忆昔开元全盛日，小邑犹藏万家室”，道出了对当时所处的中国历史上著名的“开元盛世”的强烈感情。晚清重要历史人物李鸿章在1872年5月在上奏清廷的《复议制造轮船未可裁撤折》中说“臣窃惟欧洲诸国，百十年来，由印度而南洋，由南洋而中国，闯入边界腹地，凡前史所未载，亘古所未通，无不款关而求互市。我皇上如天之度，概与



立约通商，以牢笼之，合地球东西南朔九万里之遥，胥聚于中国，此三千余年一大变局也”。又在1875年《因台湾事变筹画海防折》中说“历代备边，多在西北。其强弱之势、主客之形，皆适相埒，且犹有中外界限。今则东南海疆万余里，各国通商传教，来往自如，麇集京师及各省腹地，阳托和好之名，阴怀吞噬之计，一国生事，数国构煽，实为数千年未有之变局！”<sup>①</sup>李鸿章被认为是当时“大清帝国中唯一有能耐可与世界列强一争长短之人”，身处中西碰撞、华夷擦踵的19世纪后半叶，对19世纪后半叶的“当代”认识不可谓不深刻。从此，“三千余年一大变局”“数千年未有之变局”成了描述历史发展甚至“当代”特征的重要话语，从此为世人熟知并被反复解构重构。

如果说一个半世纪前，西方染指中国，给中国带来了“千年未有之大变局”，那么（20世纪的）世界可能正在目睹，并且将继续目睹中国崛起给西方、给整个世界带来的“千年未有之大变局”。说到底，不是中国自己想要这样影响世界，而是一个“文明型国家”崛起的深度、广度、力度必然会产生这种冲击波和影响力，这是一场人类历史上前所未有的大变革。<sup>②</sup>历史总是惊人的相似，19世纪后半叶的中西时局与20世纪后半叶的世界形势具有很多相似，有的认为现在的“当代”是19世纪后半叶以来“千年未有之大变局”的延续，甚至还没有完成；有的认为现在的“当代”与以往截然不同，是新一轮的“千年未有之大变局”。可谓见仁见智。

当代的划分在时间上多认为是以1949年中华人民共和国成立为界，如果考虑真正具有比较意义和价值的当代断代，更为妥当的划分是从1979年实行改革开放以后。从这两层当代断代分野而言，所谓“千年未有之大变局”对于刑事政策转型与刑法解释发展而言具有不同的逻辑含义和重构价值。在19世纪后半叶的所谓“千年未有之大变局”根本上是面临国家主权独立与民族存亡的重大危机，在保皇派与维新派之争中，实际上更关心的是“大清皇帝、万世一系”所面临的存续危机，只有到了“辛亥革

<sup>①</sup> 梁启超：《李鸿章传》，陕西师范大学出版社2009年版，第176页。

<sup>②</sup> 张维为：《中国震撼》，上海人民出版社2011年版，序言。

命”之后，才在真正意义上开始应对“千年未有之大变局”，直至中华人民共和国成立，真正实现了国家独立和民族解放，才完全彻底地解决了自19世纪中叶以来笼罩在赤县神州的“千年未有之大变局”。自1949年中华人民共和国成立，特别是自1979年实行改革开放以后，当代中国开始进入新的“千年未有之大变局”，而这一“千年未有之大变局”根本上是完成国家富强和人民幸福的重大使命，是实现中华民族伟大复兴的中国梦，显然与19世纪后半叶的所谓“千年未有之大变局”有着根本的不同。刑事政策与刑法研究所关注的主要问题是应对犯罪与合理分配刑事责任，如果在19世纪后半叶的时局中能与上述问题发生联系，也往往可能是处理好刑起于兵、刑民分离的问题，换言之，在没有处理好国家主权独立与民族存亡的重大危机之前，刑事问题只具有形式上的意义。但进入20世纪后半叶特别是进入21世纪以后，情况就完全不同了：在实现中华民族伟大复兴的中国梦的当代，为实现国家富强和人民幸福，刑事问题真正具有了实质意义，真正进入了需要刑事政策转型与刑法体系发展同步进行的新时代。这个新时期的“当代”蕴含着具有多层面叠加的意义，从最深层次影响了刑事政策与刑法体系的发展：其一，当代中国为实现中华民族伟大复兴的中国梦，为实现国家富强和人民幸福，这一历史时期是为人类对更好社会制度的探索提供中国方案，是中国积极参与全球治理体系建设、努力为完善全球治理贡献中国智慧的伟大历史进程，是中国的“当代”真正具有世界意义的“当代”，是中国的“当代”真正直接型塑世界“当代”的第一次，在世界历史上具有划时代的意义。在漫长的时间长河中，中国影响世界的方式更多的是在于其历史，而不是它的当代现实，即使是在1820年中国的GDP总量占据世界总比例的32.9%，达到历史最高峰的时候，其对当时世界的影响也无法达到与今天相匹配的程度。其二，当代中国以实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现国家富强和人民幸福作为两个一百年的奋斗目标，同时在总体上又呈现出新的大国崛起的历史态势，成为影响当代世界的重大事件。由于在近五百年内具有近现代意义的大国崛起的历史一直被认为是充满了血与火、扩张与战争，进入21世纪的中国

崛起会不会也重复历史的循环之路，应该说世界各国对此还没有做好准备，还对中国的大国崛起充满疑虑。最近一个成为世界级崛起大国的国家是美国，自1894年工业总产值跃居世界第一以来，逐步成为世界上的超级大国，雄踞历史已有120余年。中国在实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现国家富强和人民幸福的大国崛起过程中，最为重要的外部因素就是处理好与美国之间的关系，这是中国当代发展的最重要的外部意义。其三，第二次世界大战之后，世界总体上进入了和平与发展的新阶段，期间虽发生了许多局部战争、冷战对峙和阵营对抗等不利于和平与发展的事件，但是没有改变和平与发展的总体趋势，特别是20世纪末东欧剧变、苏联解体之后，全球性的冷战对峙和阵营对抗消失了，更加鼓舞了世界人民追求和平与发展的信心。世界各国人民经历了第一次和第二次世界大战连续两次的残酷洗礼之后，比以往世纪的人们更多地领略到了和平与发展的可贵，比以往世纪的人们更多地认识到了战争与对抗的害处。中国的当代发展顺应世界和平与发展的时代潮流，具备天时与人和的有利条件，相比较以往的大国崛起具备了更加有利的当代条件。其四，刑事政策与刑法体系的发展需要以国家稳定发展与国民权利保障为前提，在20世纪的“千年未有之大变局”尚未根本解决前，无暇考虑包括刑事政策与刑法体系发展在内的问题，换言之，如果将刑事政策与刑法体系发展视为国家治理的一部分，只有在完成国家独立和民族解放之后，才能谈得上国家治理。进入新的世纪，面临新的“千年未有之大变局”，才有可能对刑事政策与刑法体系发展等问题进行思考和研究。

马克思、恩格斯曾经指出：“只要有人存在，自然史和人类史就彼此相互制约。”<sup>①</sup>随着人类社会掌握自然科学的水平不断跃升，人们越来越对自然科学作用于自然科学以外的人文、道德、法律等非自然科学的准则或者知识的影响产生了很多争议。17世纪英国著名思想家洛克终其一生始终坚持一个看法，即“道德（自然法）可以如数学般精确地得到证明”，但可惜的是他始终没有完成这个证明，并且他越到晚年对这个证明的困难认

---

<sup>①</sup> [德] 马克思、恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第一卷），人民出版社1956年版，第20页。

识越深刻。到18世纪，另一位英国著名思想家休谟进一步提出：科学与道德可以彻底分开，科学属于事实层面、道德属于价值层面，事实不能推演出价值，反之亦然——价值也不能推演出事实，这一结论被称为“休谟铁律”。进入19世纪后半叶以后，德国思想家、法学家马克思·韦伯提出了更加令人震惊的观点“科学不涉及终极关怀”，并进一步提出了“价值无涉”观点。进入20世纪，东西方学术界对于科学与道德（法律、伦理）之间有了更加深入的认识，既坚持科学研究中价值中立的看法，同时也坚持科学研究中保持伦理与法律边界的基本立场。进入21世纪以来，当代的自然科学知识发展之大之快，更加超越以往历史的任何时候，全新的科学与科学技术从宏观维度和微观维度不断被创造出来，全新的科学知识和科学技术不断被应用到传统领域，使得人类社会生活与世界发展进程不断发生着日新月异的变革。但令人遗憾的是，社会科学知识的发展却远远没有跟上自然科学知识的发展，既没有形成与自然科学知识相协调的道德（法律、伦理）体系，也更加没有为进一步的自然科学知识发展提供必要的道德（法律、伦理）边界。当代以来的自然科学发展，每一项划时代的发明创造或者新技术的产生都伴随着重大的道德（法律、伦理）争议，从克隆羊“多利”的诞生所引发的生命伦理争议，到转基因农作物的培育种植所引发的专利许可与消费者权利法律争议；从填海造地技术的广泛运用所造成的土地权利法律争议，到无人驾驶汽车的商业运作所造成的交通肇事罪法律争议；从“互联网+”的广泛应用所引发的商业法律争议，到大数据的深度发展所引发的行政权法律争议，都凸显了自然科学发展与社会科学发展之间的矛盾与冲突。由于刑事政策与刑法的最后保障性质，这些矛盾与冲突经过层层社会关系与法律关系的传达最终都将体现在刑事政策与刑法中，必将转化为强大的压力推动刑事政策转型与刑法体系的变革。当代中国在完成了国家独立与民族解放的历史使命之后，开始在实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现国家富强和人民幸福的大国崛起之路上奋力前进，更加需要运用科学技术的强大力量来推进这一伟大历史进程。由于后发展国家的后发优势，同时叠加当代世界愈加明显的自然科学加速

定律，当代中国的自然科技发展将可能出现井喷现象，这就更加提醒我们：一方面需要高度关注高速发展的自然科技需要与之相匹配的道德（法律、伦理）体系，尤其是法律体系的边界；另一方面也需要高度关注设置道德（法律、伦理）体系的自身合理性与合法性，如果将创新比作发动机，自然科技知识就是燃料，具备包容性的法律就是氧气，离开了合法性的氧气，自然科技发展也将难以为继。在这合法性的氧气组成中，刑事政策与刑法解释是其中最难以体现包容性因而更需要包容性的内容。

长期以来，关于刑事政策与刑法的知识与体系是要自治还是要开放的问题，历来存在两种看法。一种看法认为，刑事政策与包括刑法解释在内的刑法体系可以形成一个自给自足的自治逻辑，它的基本逻辑结构与表达不会随着历史的变化而变化，不会随着社会制度的变化而变化，能够形成一个自我存在自我调适的自治逻辑结构。这种自治逻辑结构的主要构成是：以自然法理念或者理性法理念为基础，以行为分析与主观分析双结合的思维模式为框架，以惩罚或者预防犯罪（犯罪人）为目的，最终以恢复正义或者实现功利为内在价值取向。通过分析这种自治逻辑结构的生成过程，可以发现该观点认为刑事政策与刑法的知识与体系能够形成一种自治结构，更多的是相对于封建时期罪刑擅断的刑法体系而言：倡导以自然法理念或者理性法理念为基础，是为了反对封建时期神权法观念或者君权法观点；倡导以行为分析与主观分析双结合的思维模式为框架，是为了反对封建时期纯粹的主观归罪或者客观归罪的思维模式；倡导以惩罚或者预防犯罪（犯罪人）为目的，是为了反对封建时期滥用刑罚株连无辜；倡导最终以恢复正义或者实现功利为内在价值取向，是为了反对封建时期罪刑擅断。换言之，即使刑事政策与刑法的知识与体系能够形成一种自治结构，并顺利延续到当代世界，也只是对既往思想的简单重复，并不能真正联系到新的世界与新的时代。另一种看法认为，刑事政策与刑法的知识和体系难以形成一个自给自足的自治逻辑，刑事政策与刑法的知识和体系依附于非刑法的力量或者观念，无法取得自给自足的自治逻辑。有的学者认为：“随着超越阶级性，我国刑法学才能逐渐从没有教义的刑法学中解脱出来。

因为没有教义的刑法学，实际上是以政治为依归的刑法学，这个意义上的刑法学是非自足的，是依附于政治而存在的，是政治意识形态的奴婢，当然也就没有科学性可言，只有通过刑法学的去政治化，才能为刑法教义学创造一个宽松的政治环境。”<sup>①</sup> 如果从最广泛的意义来看，包括刑法在内的法学诸学科甚至整个人文社会科学在历史上都没有真正取得过自治地位，在西方中世纪直到文艺复兴时期的漫长岁月里，法学一直被称为“神学的附庸与婢女”，在文艺复兴之后的很长一段时间里，法学虽然摆脱了神学的禁锢，但又很快成了皇权的附庸，直到资产阶级革命完成后，才真正取得了不依附其他控制力量的自治地位。在我国法学发展史上，很长时间以来法学作为一种知识体系也并没有取得真正自足的地位，自春秋战国时代以来，诸子百家中虽有名为“法”之法家，但实际上与后世所理解的法差异很大。自公元前536年郑国子产“铸刑书”开始，中国古代律学开始发展，逐步具有了形式意义上的法学含义，但是自从汉代“罢黜百家、独尊儒术”开始，法学（律学）逐步被儒家思想强势笼罩，逐步开始依附于儒家学说，到了宋明理学时期，儒家经典学说更被封建时期历朝历代的刑律法统奉为圭臬，法学（律学）与儒家学说两位一体、无分彼此，直到清末变法以及辛亥革命推翻帝制后，法学从整体上才取得了自治地位。民国初期，出于维护自身统治需要，也出于移植西方外来法律的需要，对清末变法成果做了一定程度的保留，同时大量引进西方外来法律，形成了斑驳杂具的民初法学框架，但总体上摆脱了上千年儒家学说对法学（律学）的禁锢与压制，初步形成了自身的精神内核与学说体系。中华人民共和国成立后，废除了伪法统、废除了六法全书，废弃了民国承继的半殖民地半封建性质的法学体系，全面引进苏联的法律法学体系，开始构建起具有社会主义性质的现代中国法学体系。改革开放以后，这一构建过程进入了加速发展时期，逐步摆脱了外界对于“法学幼稚”的定位评价，较为全面地构建起具有中国特色的当代法学体系，在这个体系中刑法成了非常重要的一个组成部分。综上所述，如果将刑事政策与刑法的知识与体系是要自治还是

<sup>①</sup> 陈兴良：《刑法学：向死而生》，载《法律科学》2010年第1期，第76页。

要开放的命题界定为是否具有宏观上自我决定与自我发展的能力，那么可以说当代的刑事政策与刑法都达到了这一要求，因而是自足的，即使不与外部世界发生联系也可以自我发展下去。例如，如果将故意杀人罪的认定要件宏观上界定为故意剥夺他人生命的行为，而不考虑外部世界是奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会还是未来的共产主义社会，那么这一认定都将是成立的。但如果将刑事政策与刑法的知识与体系是要自洽还是要开放的命题界定为是否具有微观上自我决定与自我发展的能力，那么可以说当代的刑事政策与刑法都达不到这一要求，因而是开放的，如果不与外部世界发生联系就会慢慢枯萎。同样接续上述事例，如果将故意杀人罪的认定要件不仅仅在宏观上界定为故意剥夺他人生命的行为，还需要考虑微观上的条件，特别是由于外部世界不同而造成的条件，如故意杀人罪是没有合法理由而故意剥夺他人生命的行为，需要在微观上考察所谓有没有合法理由，那么在不同的外部世界就出现了很大的差异，如奴隶社会中如果奴隶主杀死反抗压迫的奴隶而不认定为故意杀人罪，当代社会中某些国家认为实施安乐死不属于故意杀人罪等。具体联系到不同外部世界的微观条件，刑事政策与刑法的知识就发生了很大的变化，从而不再是自足的知识体系。

相比较以往的时代，当代的刑事政策与刑法作为知识体系的内在关系也呈现出更加复杂的局面，这极可能是由于知识领域细化并日益交互影响的原因。在早期人类历史上经常出现百科全书式的全才大家，并且按照今天的标准这些大家所通晓的知识或者领域甚至是无法贯通的，如我国历史上的全才大家：例如东汉时期的张衡，被称为伟大的天文学家、数学家、发明家、地理学家、制图学家、文学家、学者，在汉朝官至尚书，为我国天文学、机械技术、地震学的发展做出了不可磨灭的贡献，由于他的贡献突出，联合国天文组织曾将太阳系中的1802号小行星命名为“张衡星”。再如明代最著名的思想家、教育家、文学家、书法家、哲学家和军事家王守仁（王阳明），官至南京兵部尚书、南京都察院左都御史，因平定宸濠之乱等军功而被封为新建伯，隆庆年间追封侯爵。他是陆王心学之集大成

者，非但精通儒、释、道三教，而且能够统军征战，是中国历史上罕见的全能大儒。在西方历史上的全才大家：例如古希腊时期的亚里士多德、柏拉图和苏格拉底（柏拉图的老师）一起被誉为西方哲学的奠基者，他精通物理学、哲学、诗歌（包括戏剧）、生物学、动物学、逻辑学、政治学以及伦理学。再如被誉为欧洲文艺复兴时期最完美代表的达·芬奇，他擅长雕刻、音乐、发明、建筑，通晓数学、生理、医学、物理、天文、地质、军事等学科，他的杰作《蒙娜丽莎》《最后的晚餐》成了人类艺术史上的不朽名作，他的许多发明甚至时至今日也具有超越时间的魅力，被誉为历史上全世界最伟大的全才天才之一。但是进入近现代以后，这样的百科全书式的全才大家日益稀少，进入当代社会后，可以说几乎难寻踪迹了。出现这一现象的原因肯定很多，但其中有一个原因应该是占据重要的位置，那就是越接近当代世界、知识领域的细化越突出，即使是超凡卓绝的天才也无法对如此庞大而细化的知识体系进行全面掌握甚至深入研究了，在早期人类社会中可能是全才大家的人物在当代世界极可能只能是在某一个特定领域的天才了。知识体系的不断分化细化不但造成了对知识体系的整体掌握成了与以往时代不同的技艺，同时进一步造成了对知识体系内部结构的掌握也成了以往时代所从未出现的新技艺，在这个背景下，刑事政策与刑法的知识体系内在结构也呈现出以往时代从未出现的格局。

进一步考察刑事政策与刑法的知识体系内在关系出现新格局的原因，除了知识结构分化细化的大趋势以外，另一个较为重要的因素是作为规范的法律与作为理论的法学之间也日益出现了新的分化。虽然在今天的人们，对于法律与法学的关系基本上都取得了较多的共识：法律是法学研究的现实基础，法学是法律发展的理论先导；法律与法学具有密不可分的逻辑关系；法律人与法学人都属于法律职业共同体等。但从古至今仍有许多对法律与法学之间关系的不同看法，例如1804年《法国拿破仑民法典》制定颁布之后，有个学生问当时一位著名的法国民法教授：“请问老师，什么是民法？”教授回答说：“我不知道什么是民法，我只知道我教的是《民法典》”其潜在意思是，民法的法学本身并不存在，存在的仅仅是法律



法典而已。到了当代，世界各国的成文法典均已成熟发达，法学理论体系也较为成熟完备，但却出现了一个令人费解的现象：法律的体系与法学的体系并不一致，甚至出现了很多矛盾和对立的问题，特别是在刑事政策与刑法领域，这一现象更为突出。例如，大陆法系国家均很早就颁布了成文的刑法典，并随着经济社会发展进行了多次修改而日益完善，但是大陆法系国家的刑法学体系与大陆法系国家的刑法典却有着重大的差异，最明显的即是大陆法系国家占据主流的犯罪论三阶层体系在刑法典中并无规定，但却得到刑法学界与司法审判的普遍认可。类似的现象在当代中国也存在，在1979年第一部刑法典制定颁布之前，我国的刑法学尚未成熟，基本上照搬苏联的刑法学体系，在刑法典制定颁布之后，才陆续形成了我国自己的刑法学体系。但时至今日，在刑法学界占据主流的犯罪构成四要件学说在刑法典中并无规定，甚至连某些核心概念如“要件”“犯罪主体”“犯罪客体”“危害行为”等在刑法典中也没有规定，但仍然得到刑法学界与司法审判的普遍认可。法律与法学出现话语分离可能并不是件坏事，反而可能促进双方知识体系的博弈与争鸣，从而在整体上促进法治发展，对于刑事政策与刑法的知识体系而言，这种博弈与争鸣可能更早就出现了。

分析刑事政策与刑法知识体系之间的关系，尤其是在分析刑事政策与刑法的演变逻辑与现实状态的时候，可以发现从知识发展趋势而言中西方殊途同归。从刑事政策与刑法的演变逻辑方面来看，当代中国先有刑事政策后有刑法典，西方先有刑法典再有刑事政策。当代中国的刑法典出现时间较晚，距新中国成立之后30年才制定颁布了第一部刑法典，而在此之前，惩罚犯罪、维护秩序的功能基本上由执政党和国家的刑事政策来承担。西方国家最早的具有规范意义的刑法典是1751年德国《巴伐利亚刑法典》，而具有近现代意义的刑事政策概念则在这之后50余年才由费尔巴哈等人提出。进入当代以后，中西方的刑事政策与刑法都同时进入了并行不悖的新状态，虽然究其细节仍有许多不同之处，但整体上都可以视为进入了刑事政策与刑法同时存在互相影响的状态：在当代中国的第一部刑法典中第一条明确规定：“中华人民共和国刑法，以马克思列宁主义毛泽东