

刘志远 / 著

# 二重性视角下 的刑法规范



刑事法文库 (8)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

# 『刑事法文库』



## 序

随着刑事法治的发展，我国刑事法理论如何适应法治建设的现实需要，提升刑事法的学术水准，成为刑事法学界面临的一个重大课题。在这种情况下，刑事法文库怀着强烈的使命感正式问世。刑事法文库由北京大学刑事法理论研究所主办，并由我担任主编。

刑事法文库由陆续推出的一系列著作构成，力图成为一个展示刑事法理论前沿性研究成果的窗口。刑事法文库的范围，包括刑事法各学科，即刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱法等。收入刑事法文库的著作，我们期望是代表刑事法某个领域的思想性与学术性兼备的专著。前些年，我国刑事法理论研究取得了重要的进展，尤其是刑法和刑事诉讼法这两个刑事法的基础学科出版了一系

列令人瞩目的论著。当然，以往的刑事法理论研究也还存在某些未尽人意之处。在我看来，刑事法理论研究需要从以下三个方面加以突破：一是思想性。刑事法理论，无论是规范刑事法学还是理论刑事法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑事法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑事法理论的社会人文关怀，反映现实社会的法治要求，以推进我国刑事法治建设为使命。二是学术性。刑事法理论应当建构基石范畴与核心命题，并形成基本原理。只有这样，刑事法理论才能自命为一种学术，而不至于沦为对法条的机械诠释。三是规范性。对于刑事法理论的发展来说，规范性至关重要。以往的刑事法理论虽然聚讼纷纭，表面繁荣，但积淀的观点与形成的共识并不多，因而过眼云烟式的论著为数不少。在此关键是要在刑事法理论研究中引入学术规范，形成规范刑事法学与理论刑事法学各自的语境。只有在此基础上，才能使刑事法研究摆脱无谓的论争，一步步地推进。刑事法文库试图在上述三个方面有所建树，将思想性、学术性与规范性作为价值追求。

刑事法文库是一个开放性的书系，不仅出版我国学者在刑事法领域的力作，而且收入刑事法的译著以及进行比较研究的专著，以每年3—4本的出书进度逐渐推出。写作

虽然是一种个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才能发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

陈兴良

谨识于北京西郊稻香园寓所

2000年3月24日



《二重性视角下的刑法规范》是刘志远博士在其博士论文基础上，经过精心修改、补充而成的专著。在即将付梓之际，刘志远博士将书稿送我审读，并请我作序。作为导师，我为自己的弟子将以此学术成果奉献社会而感到无比快慰。因此，我欣然答应了作者的要求。

在刑法学界，无人不知刑法规范是刑法的最基本构成要素。司法机关正是以刑法规范作为定罪处刑的规格、标准，掌握各个刑法规范的具体内容，是刑事司法工作者必备的基本素质之一。在我国，以诠释各刑法规范具体内容目标的注释刑法学也因此空前活跃，而理论刑法学却相对落后，尤其是有关刑法规范本体的研究，并未引起学界应有的关注；虽然刑法教材一般在绪论部分简略地谈到刑法规范的机能、刑法规范的效力、刑法规范的解释等，但也仅此而已，并未将刑法规范本体问题放在突出位置进行比较全面的阐述；对其进行系统研究的专著，更是空白。这种对刑法规范本体研究的缺位，不

仅妨碍了刑法学自身的进一步发展，而且影响到刑法规范的制定和适用。有鉴于此，刘志远博士不畏艰险，选择刑法规范作为研究课题，全面探讨相关的一系列复杂问题，诚可谓意义重大；同时也表明作者具有敏锐的专业洞察力。

纵观全文，我认为本书体现着四种精神：

一是创新精神。科学研究贵在创新。本书的创新集中体现在研究方法上的独辟蹊径。作者以刑法规范的二重性（既是裁判规范，又是行为规范）为切入点，对刑法规范的有关问题展开分析论证，令人耳目一新。例如，刑法第12条只是规定了有关追究刑事责任即定罪处刑规范的溯及力问题，而对于刑罚适用与执行规范能否适用于生效前实施犯罪的人，法律并未明确规定。对此，作者主张应当根据其行为规范性的有无和强弱来确定适用与否：有些刑罚适用与执行规范对犯罪人利益的剥夺或限制没有直接关系，或者虽有直接关系，但程度轻微，对于当初阻止犯罪人实施犯罪没有多大力量，因而其行为规范性非常微弱，而主要只具有裁判规范性，这些规范就可以适用于生效以前实施犯罪的人；有些刑罚适用与执行规范对犯罪人利益的剥夺或限制具有直接关系，而且强度大，对于当初阻止犯罪人实施犯罪具有较大力量，因而其行为规范性明显，这些规范

就不能适用于生效前实施犯罪的人，否则难免“不教而诛”之嫌。这些论述是有独到见解的。作者在论述刑法规范的概念、特征、关系、地位等问题时，尽管尚未运用二重性理论，但也新意颇多。如不赞成传统的以刑法规范内容即罪—责—刑为模式的刑法学体系，而主张以形式和内容相统一的刑法规范自身为核心进行重构，以促使刑法学体系从实质理性优先向实质理性与形式理性兼顾的彻底转变，这种观点无疑是独树一帜的。

二是人文精神。作者以倡导刑法的人性为主旨，从行为规范性出发剖析相关的刑法规范问题，主张尽量不采用有损人权保障的单行刑法作为刑法规范的渊源、拒绝判例刑法，主张空白刑法规范只应规制专业人士的专业行为，主张刑事违法性认识是归责要素之一，主张有利于犯罪人的刑法规范应当溯及已经生效的判决，等等；这些主张体现出作者对人的关怀、对自由的维护。

三是法制精神。作者以限制裁判权为主旨，从裁判规范性出发剖析相关的刑法规范问题，主张在刑法立场上采取有利于限制裁判权的客观主义，主张在罪刑法定原则条款中增设司法人员的违法责任，等等；这些主张的目的就在于防止裁判权的任意和武断，以促进刑事领域内的法制建设。

四是务实精神。刑法规范是一个理论性很强的课题，但作者能够理论联系实际，有

的放矢，将对刑法规范本体的认识 and 解决立法、司法问题紧密结合起来，从而使本书不仅具有理论价值，而且不乏现实意义。如有关刑法规范特征、结构、种类、渊源等方面的研究，对于刑事立法不无启发意义；有关刑法规范溯及力、解释限度、刑法规范与刑法原则的关系、刑法规范与社会危害性的关系等方面的论述，对于刑事司法不无指导价值。

当然，由于选题的广度和难度，本书不可能对有关刑法规范的所有问题都作出完满的回答，一些新观点也未必能够得到广泛认同，个别论述也尚待深化，但是，瑕不掩瑜。作为一部视角独特、立意新颖、观点鲜明、内容丰富的拓荒之作，《二重性视角下的刑法规范》确实为我国刑法规范的研究奠定了一块重要的理论基石。

作为本书的第一位读者，我乐于向大家推荐此书；作为作者的博士导师，我衷心希望刘志远博士能够再接再厉，在学术上取得更大成就！

是为序。

王作富

2003年6月20日

于北京世纪城寓所





## 言

刑法规范是刑法学中一个复杂而又极具基础性的问题。因为刑法规范是刑法最基本、最主要的构成要素，刑法中的其他要素都是以刑法规范为中心而存在的：刑法原则就是制定和适用刑法规范的指导规则，刑法概念则是表达、解释刑法规范的用语，刑法技术则是制定、理解、适用刑法规范的技术。刑法活动的各个环节也都是围绕刑法规范而运转的：刑法司法是指在刑法原则的指导下、借助刑法技术适用刑法规范而认定、惩治犯罪的活动，包括在定罪阶段适用定罪规范、在量刑阶段适用量刑规范、在行刑阶段适用刑罚执行规范；刑法守法则是指遵守刑法规范；刑法监督则是指对刑法规范是否得到遵守依法进行的监督；即使是犯罪活动，也是对刑法规范的违反，没有立法者对刑法规范的规定和行为人对刑法规范的违

反，就不可能有犯罪；可见，刑法规范与刑法的立法、司法、守法、犯罪等活动都是密切相关的。总之，刑法规范在刑法体系中具有基础性与主体性地位。也正因如此，刑法规范对于刑法学而言，也具有核心与基石的地位。因此，研究刑法不能不以刑法规范为立足点。刑法大厦的规模大小和牢固与否，在很大程度上取决于对刑法规范基本理论的研究程度。

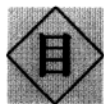
所谓刑法规范的基本理论，是指有关刑法规范自身特质的研究，而不是指对刑法规范的内容即犯罪、刑罚方面的重大问题的研究。然而，长期以来，我们一直只是将研究目光主要放在后者，而忽视对前者的研究，如对刑法规范的概念、性质、特征、地位、机能、结构、种类、载体等问题的研究就非常薄弱，甚至是空白。这种现状直接妨碍了我国刑法学研究向纵深方向推进，同时也无法充分满足刑事法制建设的实际需要。

刑事法制的—一个重要标尺就是罪刑法定原则。1997年，我国刑法中明确规定了罪刑法定原则，从而揭开了我国刑事法制的崭新篇章。罪刑法定原则的基本要求是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。可以预见，随着罪刑法定原则的不断贯彻实施，刑事违法性在我国刑法体系及刑法学体系中的地位必将迅速上升。这就要求我们无论在理论研究还是司法实践中，都应当将刑

法作为一种严格的规范来把握。理论是行动的先导。为此，就必须深入把握有关刑法规范自身的基本问题。可见，对刑法规范的深入研究势在必行。

任何研究的成功和特色，在很大程度上取决于其方法论的选择。本书试图从刑法规范的二重属性入手，对刑法规范的基本问题做出自己的分析。所谓刑法规范的二重属性，是指刑法规范既是指引司法人员定罪处刑的裁判规范，同时又是指引社会大众的行为规范。对于刑法规范而言，无论是裁判规范性还是行为规范性，二者都缺一不可，但它们并非在任何场合都是等量齐观的，而是具有不同的地位和功能。然而遗憾的是，我们在刑法研究中，有时却无意识地偏离了这一基本立场，或者是顾此失彼，或者是彼此错位，从而导致争论不休，甚至得出错误结论。如在违法性认识研究中，只看到刑法规范的裁判规范性，而忽视其行为规范性，因而断然否认刑事违法性认识的必要性；在分析刑法规范种类时，不能立足于刑法规范的表现形式即裁判规范之上，因而误以为刑法规范都是禁止性规范，而没有授权性规范和义务性规范；在分析刑法规范的结构时，也是以行为规范为根据而不是以裁判规范为基点，因此，无法接受刑事责任是刑法规范的处理而非制裁部分的观点。总之，许多问题的研究及其分歧，都与对刑法规范二重属性

的认识和把握有关。正因如此，本书选择刑法规范的二重属性作为切入点，对刑法规范的有关问题进行反思性研究，权作引玉之砖，希望能够引起人们对刑法规范尤其是其二重属性的重视。



# 录

## 上 编 刑法规范基础论

第一章 刑法规范界定论·····	(3)
一、刑法规范的概念·····	(3)
二、刑法规范的特征·····	(6)
第二章 刑法规范关系论·····	(14)
一、形式与内容(1):刑法条文与 刑法规范·····	(14)
二、形式与内容(2):刑事判例与 刑法规范·····	(16)
三、系统与要素:刑法与刑法规范 ·····	(23)
四、指导与被指导:刑法原则与 刑法规范·····	(28)
五、体与用:刑法规范与社会 危害性·····	(39)
六、冲突与选择:刑法规范竞合··	(54)

第三章 刑法规范地位论 .....	(88)
一、补充性与独立性：刑法规范在 法律体系中的地位 .....	(88)
二、基础性与主体性：刑法规范在 刑法体系中的地位 .....	(95)
三、核心与基石：刑法规范在刑法学 体系中的地位 ——以刑法规范为核心重构 刑法学体系 .....	(96)

## 下 编 二重性特论

第四章 刑法规范的二重性概说.....	(111)
一、刑法规范二重性之存在.....	(111)
二、刑法规范二重性之关系.....	(118)
第五章 二重性视角下的刑法规范 机能分析.....	(122)
一、刑法规范机能概说.....	(122)
二、裁判规范视角下的刑法规范 机能.....	(124)
三、行为规范视角下的刑法规范 机能.....	(129)
第六章 二重性视角下的刑法规范 溯及力分析.....	(136)
一、两属种性对刑法规范溯及力的 不同态度.....	(136)
二、刑法规范溯及力的特殊问题 研究.....	(139)

---

<b>第七章 二重性视角下的刑法规范</b>	
<b>结构分析</b> ·····	(146)
一、法律规范的结构理论评析·····	(146)
二、刑法规范的结构分析应当建立在裁判规范的基础之上·····	(151)
三、刑事责任究竟是制裁还是处理：刑法规范结构之具体分析·····	(152)
四、立法建议·····	(155)
<b>第八章 二重性视角下的刑法规范</b>	
<b>种类分析</b> ·····	(157)
一、法律规范种类概说·····	(157)
二、刑法规范的具体种类·····	(160)
<b>第九章 二重性视角下的刑法规范</b>	
<b>渊源选择</b> ·····	(183)
一、最优选择：刑法典·····	(183)
二、次优选择：附属刑法·····	(190)
三、最次选择：单行刑法·····	(197)
四、以罪刑法定原则的名义拒绝：判例刑法·····	(205)
<b>第十章 二重性视角下的刑法规范</b>	
<b>解释</b> ·····	(217)
一、二重性视角下的刑法规范解释目标·····	(217)
二、二重性视角下的刑法规范解释限度·····	(228)

第十一章 二重性视角下的刑法规范	
认识之必要	
——刑事违法性认识之倡导	
.....	(242)
一、违法性认识之争述评.....	(242)
二、二重性与刑事违法性认识之	
倡导.....	(255)
第十二章 二重性视角下的刑法规范	
立场选择	
——客观主义之倡导.....	(261)
一、客观主义概说.....	(261)
二、客观主义与刑法规范二重性之	
契合.....	(266)
三、客观主义与我国刑法规范的	
完善.....	(272)
参考书目.....	(277)
致    谢.....	(287)



上  
编

刑  
法  
规  
范  
基  
础  
论