



周少华
□
著

XING FA LI XING YU GUI FAN JI SHU

XING FA GONG NENG DE FA SHENG JI LI

刑法理性与规范技术

——
刑法功能的发生机理



中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D914.04
27

2007

刑法理性与规范技术

——
刑法功能的发生机理

XING FA LI XING YU GUI FAN JI SHU
XING FA GONG NENG DE FA SHENG JI LI



司法部法治建设与法学理论研究部级项目成果

周少华 ■ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：张雪纯

图书在版编目（CIP）数据

刑法理性与规范技术：刑法功能的发生机理/周少华著.
—北京：中国法制出版社，2007

ISBN 978 - 7 - 80226 - 969 - 9

I. 刑… II. 周… III. 刑法 - 研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2007）第 066801 号

刑法理性与规范技术

XINGFA LIXINGYU GUIFAN JISHU

——刑法功能的发生机理

著者/周少华

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 6 月第 1 版

印张/13.75 字数/311 千

2007 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 969 - 9

定价：28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66032584

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

序一

赵秉志*

周少华副教授的《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》一书即将由中国法制出版社出版，作为他的博士研究生指导教师，我很高兴看到他能取得这样的成绩。本书的大部分内容都是他在北师大攻读博士学位期间完成的，在紧张的学习之余，他能刻苦钻研，并在撰写学位论文之前写出这部30万言的著作，实属难能可贵。

20世纪中期以来，大陆法系刑法学者特别关注刑法的功能（机能）问题。90年代开始，中国刑法学界也开始重视对刑法功能问题的研究。这在一定程度上深化了人们对于刑法的社会意义的认识。但是，以往刑法学者对刑法功能的讨论，大多停留于对刑法功能种类的争辩和内容的描述（刑法有哪些功能以及这些功能分别指什么），对于这些功能是如何产生的，以及如何才能求得良好的刑法功能机制，则缺乏深入的研究，这使得既有的刑法功能理论仅浮于表面而不能成为“致用”之学。少华同仁的这本书可以说是弥补了以往刑法功能理论的上述缺憾。在本书中，“刑法

* 赵秉志，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学会中国分会常务副主席。

功能的发生机理”是其核心问题，作者从技术的角度对这一问题所作的研究，为我们认识刑法这一社会现象提供了一种独特的视角。

也许可以说，本书最突出的特点在于研究方法上的创新，作者运用系统论、控制论、社会学、语言学、解释学等多学科领域的背景知识为分析工具，对刑法功能产生的制度基础、技术要素、发生机理等进行了深入的研究。在作者的论述中，刑法理性、刑法技术、刑法功能之间存在着一种内在的联系，这从本书的书名中就可以看出。作者将“刑法理性”的基本内涵界定为“刑法的各种技术性要素能够满足于预期功能的状态”；而对于“规范技术”，作者则是用它指称“人们通过自身的理性，以各种技术性要素建构刑法功能的发生机制的那些原理、技巧、策略或者方法”。以此观念为基础，本书在刑法理性与规范技术的相互关系中，着重探讨了刑法功能的发生机制问题，尤其是揭示了技术手段在刑法功能产生过程中的重要意义。在作者的观念中，刑法制度既是一个价值系统，又是一个技术系统，同时还是一个功能系统。作为价值系统，刑法具有目的性。可以说，在刑法制度的每一个建构性的要素中，都包含着它所欲实现的目的。而技术是服务于目的的，是价值的支持系统。作者认为，在刑法的实践中，无论是立法者的技术手段（体系形成、规范表达、概念设立）还是司法者的技术手段（法律适用、法律解释、法律推理），都必须受制于刑法的规范目的。这不仅是人类理性的要求，也是对“法治”的一种表达。刑法的目的承载着刑法的基本价值，而刑法目的的实现，又有赖于刑法功能的发挥：刑法功能发挥得越充分，刑法目的的实现就越完整；相反，如果刑法的功能受阻，势必影响刑法目的的实现。作者还认为，当刑法技术满足于刑法目的的需要时，一个良好的功能系统也就存在了；所以，利用一切

技术手段创造刑法功能的良性机制，以更好地实现刑法的目的，也是法律合理性的题中应有之义。作者如此明确地提出刑法的目的、功能和技术之间的关系，这在我国刑法学研究中还是首次。作者主张，对法律价值的理解必须渗透到对法律制度技术的理解之中；在对法的形而上作出深刻理解的同时，还必须“返回法的形而下”。本书的研究理路，正是对这一观点的具体体现。正如作者在书中指出的那样，研究刑法功能的发生机理这一问题，其法制实践上的意义在于：当我们了解了决定和影响刑法功能产生的各种制度性因素之后，我们可以通过满足刑法功能所需的各种条件，而求得刑法制度运行机制的理想状态。在这一意义上，可以认为本书所研究的问题兼具理论与实践的双重品格。

应当说，少华同仁在本书中对刑法问题的思考是有其独特之处的，新颖的观点也不时出现在书中。作者曾经长期担任西北政法大学《法律科学》杂志刑事法编辑，现在已经是该刊的副主编，或许正是由于他的这种工作经历，使得他研究问题时具有宽阔的视野和独特的视角，学术化的语言风格也为本书增色不少。当然，由于这是作者的第一本个人学术专著，可能是受经验所限，本书在体系安排方面似乎稍显松散，使得作者的整体思路不易被读者理解。好在这一缺陷已经通过书前面的“引言”部分得到了弥补，因而也就瑕不掩瑜，仍不失为一部优秀的学术著作。希望少华同仁再接再厉，在今后的学术研究道路上能够有更多的建树。

是为序。

2007年4月26日

于北京师范大学法学院

序二

陈兴良*

为文乃为人也，正所谓文如其人。因此，给一本书写序，仿佛给一个人画像。书是别人的，序是自己的；正如人是别人的，像是自己的。在书与序、人与像之间如何能够获得某种通感，这是一个问题。其实，书就是书，人就是人，又岂因序而不成其为书、岂因像而不成其为人？这是我在为周少华的《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》写序时，偶尔浮现在脑际、流露在笔端的一些闲言散语。我的潜意识是说，少华的书本来就是一种自在之物，并不因我的序而有所损益。不过，既然答应了少华的作序之请，总要有所言说。

我国以往的刑法研究，大多为法条所围，像戴着脚镣跳舞有些施展不开，仿佛有一种寄法篱下的感觉。我倡导刑法哲学的研究，又忽如天马出厩昂首云际，仿佛过眼云烟虚无缥缈。其实，刑法研究还存在各种不同的径路，问题只在于我们能否得其门而入。在本书中，少华给我留下最为深刻的命题，就是作为一种技术的刑法。从技术的向度追问刑法功能的实现机制，少华为我们

* 陈兴良，北京大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会副会长。

更为真切地领悟刑法打开了一个视窗。这是一本讨论刑法功能的著作，事实上刑法也是功能性最为强烈的一种法律。然而，在相当长的一个时期内，对刑法功能的观念为意识形态所遮蔽。例如我手头就有一本名为《中华人民共和国宪法是无产阶级专政的工具》（中国人民大学出版社1958年版）的书，该书指出：“我国刑法是镇压敌人、惩罚犯罪、保护人民、巩固无产阶级专政、保卫社会主义革命和社会主义建设的有力工具。”这是一种典型的工具主义论调。这种对刑法的政治功能的过分的、甚至是夸张的强调，完全扭曲了刑法功能的观念。通过在刑法功能问题上的去意识形态之魅，使我们能够以一种更为客观的、理性的态度对待刑法功能，不断发现刑法除政治功能以外的功能，例如经济功能、伦理功能、社会功能等。问题在于，我们不能满足于对这些功能的描述，更为重要的是要揭示这些功能的实现机制。正是在这一点上，少华提出了“规范技术”这样一个对于理解刑法功能的实现机制具有重要意义的概念。少华指出：“书名里的‘规范技术’概念具有特别复杂的内容，以至于难以一言蔽之。概括地说，我是用它指称人们通过自身的理性，以各种技术性要素建构刑法功能的发生机制的那些原理、技巧、策略或者方法。”这里的“技术性要素”包括立法者的技术手段（体系形成、规范表达、概念设立）和司法者的技术手段（法律适用、法律解释、法律推理）。全书正是围绕着这些技术手段展开论述的，少华把这些成果称为刑法的工具性知识，并自谦地认为这些工具性知识不属于刑法学研究的正途。其实，少华在本书中讨论的这些所谓工具性知识，恰恰是刑法学研究的前沿性问题。因为，只有这些刑法的工具性知识发达了，才能促进与推动刑法的价值性知识或者本体性知识的发展。可以说，刑法知识是丰富多彩的，存在各个侧面与各种层次，对刑法知识本身进行考察也是十分必要的。刑法知识论正

是目前我思考的一个问题，少华提出的刑法的工具性知识以及对此所作的深入探讨，对我的刑法知识论思考无疑是一种启迪。

少华本书的内容，并非一时之兴一日之思，而是长期研究之累积所得。有些部分已经以论文的形式在有关法学刊物上发表。当我读到这些论文的时候，就感到论文背后少华的一贯之思，并且已经呈现出其内容与表述两个方面的独特性。现在，少华的研究成果以一种体系性的方式得以问世，使我们能够更为全面地观赏与欣赏少华的学术成果。我以为，少华在刑法研究中已经树立起自己独特的学术形象，并为将来的进一步发展奠定了基础。可以说，少华是刑法研究的同龄人中的佼佼者，期盼着他在刑法学术研究上有更大作为。

少华是在刑法理性的相关性中讨论规范技术的，因此，本书中充满了理性的色彩，无论是在观念上还是在表述上。可以说，本书是对刑法的理性之思。从本书的文本中，我们很难想象少华曾经是一位诗人。少华以冰河为笔名，曾经发表过不少诗作，这些诗作的结集《冥想的石头》2004年由中国文联出版社出版，少华给我寄过一本，一直蜷缩在我的书架上的众多刑法以及人文社科书籍所排列而成的书墙之一隅。在写作疲倦之时，有时也拿出来翻一翻，就像累时吸一棵烟一样，作为一种精神的放松。少华的诗作我有不少是喜欢的，也许是出于文字工作者的敏感，我还是更偏爱“燃烧的文字”一诗。好在诗不长，抄录于兹：

燃烧的文字

不会化为灰烬

犹如 激情奔腾之后

一年的积雪并没有消失

而是获得一种渗透的力

可以深入岁月 和灵魂

燃烧的文字

也不会冷凝为岩石

那深处涌动的岩浆

以太阳的热度煮沸岁月

煮沸万代英雄的傲骨

燃烧的文字

是以血为油的灯盏

梵高的色彩，贝多芬的敲门声

同一种光焰乘着时间的马车

照亮过去和现在

并将无限抵达

我从少华的诗中读出一种永恒：这是思想的永恒、精神的永恒，而文字只不过是思想与精神的载体而已。每个人青春年少时或多或少都会有些诗人气质，当然未必都能成为诗人。诗人其实不是一个职业、不是一个爱好，而是一种气质、一种禀赋。一个人如果具有这种诗人的气质与禀赋，无论他/她从事什么职业，都会在其作品中自然地流露出某种诗性。从少华的这本理论著作中，我也可以感受到这种诗性——理性背后的诗性。正因为这种诗性而使理性具有了一丝暖意，不再是一副冷冰冰的面容。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年3月25日灯下

引言

全书完成之后，我发现本书各章之间的关系似乎不够明朗，觉得有必要写一个简短的引言，关于本书的思路，向读者提供一个基本的线索。

最初，我想关注的问题是“刑法基本价值实现的技术”，也就是刑法的“合理性”、“合目的性”与规范技术（包括立法技术和司法技术）之间的关系问题。我认为，这个问题不但具有理论上的重要性，而且也具有实践上的现实意义。因为，无论是“有法必依、执法必严、违法必究”的司法原则，还是“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”的刑事法治原则，其前提都必须是有一个好的立法，如果法律规范体系不够科学、完善，规范表达存在缺陷，甚至价值判断存在偏差，那么依据法律“明文规定”的“执法必严”，所产生的结果就有可能并不符合法律自身的目的。只有法律本身是“良法”，依据“明文规定”的司法活动才可能产生正义的结果，这也正是罪刑法定原则在二十世纪派生出“实体正当性原则”的根本原因。另一方面，在良好立法的基础上，或者甚至是在有欠缺的立法面前，法律的目的能否实现，司法技术在其中发挥着重要的作用；徒法不足以自行，一定的原则和方法可以使司法者更加高明。实质的罪刑法定并不要求司法者做“明文规定”愚忠的奴仆，在职责所及的范围内，司法者有义务避免“明文规定”自身欠缺可能产生的非正义。基于这样的

看法，我原来的研究计划主要包括这样一些内容：刑法的基本观念如何在立法上得到体现？立法者的价值判断是如何通过刑法规范的技术性要素而内化的？刑法规范的技术性要素有哪些，它们如何起作用？立法者如何通过技术手段限制司法权？刑法的规范表达（语言）何以重要？刑法规范之技术性欠缺的后果是什么？面对刑法规范文本的局限性，司法机关可以在多大程度上发挥能动性？……等等。

在写作的过程中，曾经几度偏离了原来预定的目标。因为是项目成果，为了遵守合同的约定，我不得不一再地停下来矫正写作的方向。在跑题的半成品与原来的课题设计之间几经磨合，最后，我将“刑法的合目的性与规范技术之间的关系问题”转换为“刑法功能（机能）^①的发生机制问题”。做了这样的转换之后，有了一个比较具体的问题点，而且仍然可以在原来的课题名称和总体思路下展开研究，三年前就想好的书名也可以照旧使用。对本书基本线索的介绍，就从《刑法理性与规范技术》这个书名开始，首先来破题。

先说“刑法理性”。理性是人的一种能力，只有人才有理性；因此，所谓刑法理性，实际上是指刑法的合理性。对于由“理性”所派生出的“合理性”概念，存在两种常见的理解方式：一是以理性为基础，将合理性理解为合乎理性，这时不同的理性可以产生出不同的合理性概念；二是将合理性理解为合理的特性，其重点在于追问什么是合理的。现代合理性的研究更多是在第二种意义上谈合理性，在此意义上，所谓合理性就是合乎理智而被认为是正常的，合规范而被认为是正当的，有根据而被认为是应

^①鉴于有学者使用“机能”，亦有学者使用“功能”，出于对不同行文措辞的尊重，也为了行文的方便，本书除在章节标题中统一使用“功能”一词之外，在正文中将随机使用“机能”或“功能”，其意义相同。

当的，有理由而被认为是可能理解的，有价值而被认为是可接受的，有证据而被认为是可信的，有目标而被认为是自觉的，有效用而被认为是可采纳的，等等。^① 哈贝马斯把合理性理解为“具有语言能力和行动能力的主体的一种素质”，并认为合理性体现在总是具有充分论据的行动方式中。在此意义上，他将合理性的特点简要地概括为：认识的真实性和计划的自的性，行动的有效性，以及价值系统的普遍性。^② 法律理性被认为是一种实践理性，关于实践理性，西方思想家有过各种各样的理解，但总体上，它涉及人的行为的发生、控制机制问题，亦即，实践理性乃是人对自身行为加以控制的能力，或者说，实践理性是人为了一定的目的而选择自身行为的能力。法律作为人类实现社会控制的一种手段，既包含着鲜明的意志内容，同时又表现为一种实践的技艺。可以说，价值与技术是法律理性不可或缺的两个方面。在现代法治国家，法律的理性精神最终被抽象为“法治”观念，而法律的合理性则相应地表现在：如何通过各种制度设计，将法治的一系列原则转变为国家的行动逻辑。

从法律发展的历史看，人类法律文明的进步不只是法律观念上的进步，同样也是法律技术上的进步；而法律技术的进步则是法律观念进步的必然要求和反映。作为行为评价标准和行为指引规范的法律，只有通过语言、概念、逻辑等技术要素的支持才能成为可行的制度规范。法律的种种目的，以及内含于目的之中的法律的正当性，都必须通过一定的技术手段才能实现。而包括刑法规范在内的法律规范，其实就是立法者将统治阶级的道德原则

^①周世中：《法的合理性研究》，山东人民出版社2004年版，第16页。

^②[德]哈贝马斯：《交往行动理论》（第1卷），洪佩郁译，重庆出版社1994年版，第40页。

和政治理想在制度上加以体现的一种技术。如果我们把法律看成是人类自我控制的技术，那么刑法就关于惩罚的制度技术，我把该制度技术看成是一个特殊的社会控制系统，并致力于对其功能的考察。刑法作为一种制度，它具有制度的可设计性；刑法作为一种技术，它具有技术的可操控性。这意味着，在受制于规律性的同时，刑法制度也充满了建构的可能。我认为，从功能主义的角度，刑法制度系统可以被视为一定社会的人们有目的、有计划地建构起来的一个功能发生装置。所以，在本书中，“刑法理性”的基本内涵应该是：刑法的各种技术性要素能够满足于预期功能的状态。既然，人们对理性或者合理性存在各种各样的理解，我对“刑法理性”作出这样的界定似乎也并无不可。

在对“刑法理性”作出简单的说明之后，也必须对“规范技术”有所交待。显然，关于书名中的“规范”一词，我并不是在“法律规范”这一意义上使用的（虽然其中也包括这一层含义）。由于本书主要是为了考察刑法功能产生的制度机理，所以，首先必须涉及对刑法制度的系统技术的研究。功能是系统的一种属性，在刑法制度系统中，刑法规范虽然是最重要的要素，却并非仅有的要素类型，比如刑罚，比如语言，都可以被视为独立的要素类型；因此，刑法制度系统的技术特征并不局限于刑法规范之中。另外，刑法制度系统是一个运动的系统，刑法的运作方式和过程也对该系统的功能具有重要作用。基于这些原因，我所使用的“规范”一词实际上同时具有名词和动词的意义：作为名词，它包含了制度、原则、规则、规范、法律条文等概念的意义在内；作为动词，它具有调整、控制、规制、治理等含义。当然，这只是指书名里的“规范”一词，而并不意味着在文中任何地方所使用的“规范”一词的含义都这样暧昧不清。我想说明的是，书名里的“规范技术”概念具有特别复杂的内容，以至于难以一言蔽

之。概括地说，我是用它指称人们通过自身的理性，以各种技术性要素建构刑法功能的发生机制的那些原理、技巧、策略或者方法。

在以上总体概念下，本书考察了法律与理性的一般关系，并认为，法律实际上从三个方面体现了理性，即：制度化、技术化和目的性。也正是这三个方面的特征，满足了法律作为社会控制手段所应具有的基本功能。（第一章）现代社会，法律已经成为国家实现社会控制必不可少的手段，而刑法又是这种社会控制手段中非常重要而特殊的部分。说它重要，是因为迄今为止的任何一个有组织的社会，都未曾放弃刑罚这种公共权力；说它特殊，是因为刑法作为一种社会控制手段，总是以给人施加痛苦为其方法。（第二章）在崇尚自由、尊重人权的现代社会，人类似乎仍然愿意承受一定的不自由的状态，甚至能够接受以至支持国家享有动用刑罚之恶的权力。这一事实本身说明，对于我们的社会来说，一个惩罚制度的存在仍然是十分必要的。这种必要性，曾经成为刑法产生的社会根据，在今天则是刑法继续得以存在的理由。但是，无论是人类的秩序需求，还是抵御人性之恶或者国家职能方面的需要，都不能单独对此作出充分的说明。刑法这样一种特殊的社会控制形式之所以仍然必要，很大程度上还必须从以下两个方面寻求支撑：其一，刑法是其它法律的保障法，具有保障其它法律得以实施的作用；在公民是国家权力的共同行使者的自由法治国家，国家强制最终只能以刑罚途径来实现，因为只有刑罚才能使这种强制与对作为“理智的生物”的人的要求联系在一起。^① 其二，尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚，但它针对的对象

^①〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社2001年版，第80-82页。

却是国家;^①亦即,限制国家刑罚权,是现代刑法存在的一个特别重要的理由。由于刑法存在的必要性问题关涉到刑法自身的合法性,所以有必要专加讨论。(第三章)

在国家对社会所进行的各种有目的的调整、规范、管理活动中,有一种是通过刑罚手段来达到的,如此,便形成了一个社会的刑事控制系统。人类社会是以利益为纽带产生和发展的,由于利益的多元化,不同利益之间总是充满了矛盾和冲突。而秩序是人类心灵深处的一种本能需求,所以人们一般希望通过和平方式解决利益冲突,于是,就产生了公共权力——如果这种公共权力出自国家,就是国家权力。在一个社会中,通常有一些特别重要的利益需要国家提供更强有力的保护,刑罚权应运而生。当然,在刑罚制度的形成过程中,一定的社会文化在其中发挥着重要作用。一个社会的刑事控制系统,总是由各种复杂的社会因素共同维护的。作为国家运用刑罚手段对社会进行控制的一种制度体系,刑事控制系统其实就是刑法理性的制度化,是对刑法理性的正式表达。(第四章)

日本刑法学者西原春夫认为:“国家制定刑罚法规的必要性,是以对刑罚及刑罚法规所一般具有的机能寄予希望为前提的。如果国家所希望的是防止非法行为,维护国民或居民的利益,而刑罚和刑罚法规又能满足这种希望,那么,制定刑罚法规的必要性就显而易见了。”^②既然对刑法机能寄予希望是国家动用刑罚和制定刑罚法规的前提,那么,考察刑法能否满足这种希望以及如何满足这种希望,便是了解刑法必要性根据是否

^①李海东:“我们这个时代的人与刑法理论——代自序”,《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4页。

^②[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年版,第42页。

被立法者充分表达的一个重要途径，而且这也是对刑法必要性的进一步说明。另外，刑法的功能问题也与刑法的目的问题密切相关。刑法的目的承载着刑法的基本价值，而刑法目的的实现，又有赖于刑法功能的发挥。既然我们把制度化、技术化和目的性视为法律理性的基本表现，而目的又是“法律的创造者”，那么我们也可以认为，利用一切技术手段创造法律功能的良性机制，以更好地实现法律的目的，也是法律合理性的题中应有之义。基于这样的理由，笔者详细考察了刑法的规范功能（包括评价功能和裁判功能）和社会功能（包括保护功能和保障功能）产生的制度基础和生成机理，以期能对刑法功能的孕育过程获得一个清晰的认识。刑法功能的发生机理，也就是刑法如何通过其自身的结构和运作机制产生各种机能，并如何将各种具体机能加以整合，从而形成刑法的整体机能。关注刑法功能的发生机理，其法制实践上的意义在于，当我们了解了决定和影响刑法功能产生的各种制度性因素之后，我们可以通过满足刑法功能所需的各种条件，而求得刑法制度运行机制的理想状态。（第五章）

虽然刑法整体的功能产生于整体的刑法系统，但是，刑法系统的构成要素对于刑法具体机能的产生也具有决定性的意义。因此，在考察了刑法功能的发生机理之后，笔者又拣选出对刑法功能的生成具有重要作用的若干要素（刑罚、罪刑法定原则、语言等），对其功能意义作了更加详尽的分析。

作为刑法系统中最重要的要素，刑罚对刑法功能的产生具有决定性意义。而当我们把刑法规范体系看作是一个相对独立的系统，并将刑罚视为该系统的一个要素时，我认为刑罚的功能可以分为外部功能和内部功能。（1）外部功能，是指刑罚作为国家法律的一种制裁手段，它对社会及其成员所能产生的作用。以往学