

陈兴良主编

CRIMINAL LAW REVIEW

39

ON THE DUALITY OF CRIMINAL LEGAL NORM

刑事法评论

刑法规范的二重性论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

陈兴良 主编

CRIMINAL LAW REVIEW

39

ON THE DUALITY OF CRIMINAL LEGAL NORM

刑事法评论

刑法规范的二重性论

主办

北京大学刑事法治研究中心
北京冠衡刑事辩护研究院



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论：刑法规范的二重性论/陈兴良主编. —北京：北京大学出版社，2017.6
ISBN 978-7-301-28632-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究 ②刑事诉讼法—研究 IV. ①D914.04
②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 199391 号

书 名 刑事法评论：刑法规范的二重性论
Xingshifa Pinglun: Xingfa Guifan de Erchongxing Lun
著作责任者 陈兴良 主编
责任编辑 王丽环 苏燕英
标准书号 ISBN 978-7-301-28632-6
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印 刷 者 北京京华虎彩印刷有限公司
经 销 者 新华书店
730 毫米×980 毫米 16 开本 40.75 印张 822 千字
2017 年 6 月第 1 版 2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价 98.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

主编絮语

陈兴良

值此三月春分节气,《刑事法评论》出版二十周年之时,编成《刑事法评论》第39卷,感到十分高兴。本卷名之曰《刑法规范的二重性论》,更为关注刑法的基本理论问题。

在“理论前沿”栏目,刊登了两篇论文。茹士春的《刑法规范二重性要论——行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合与反馈互动》一文,针对刑法规范的二重性,即行为规范与裁判规范的关系问题进行了深入的探讨。作者在《刑事法评论》第35卷就曾发表过《刑法规范二重性序论》一文,对行为规范和裁判规范进行了初步的界定。在本文中,作者对行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合以及反馈互动等问题又做了进一步的分析。刑法规范的二重性属于刑法的基本理论问题,该问题的正确理解对于解决刑法的一系列重要问题具有前置性意义,因此值得展开更为深入的讨论。罗世龙的《机能行为无价值论之提倡——兼评结果无价值论与行为无价值论》一文,对结果无价值论与行为无价值论这个刑法的重要问题进行了深入探讨。本文的重点是作者提出了机能行为无价值论的观点,这是一种学术的自我命名。作者指出,机能行为无价值是指在风险社会领域内,可以根据具体情况选择仅仅违反行为规范但缺乏法益侵害的一元违法性标准或者选择既违反行为规范又侵害法益的二元违法性标准;在传统社会情境中,选择既违反行为规范又侵犯法益的二元行为无

价值论。这意味着,一方面,机能行为无价值论在任何社会情境下都吸收了行为无价值论中的主观要素、客观行为方式等合理性要素;另一方面,在风险社会的大部分场合和传统社会的全部范围内坚持二元行为无价值论的违法性标准,在风险社会的少数情况下坚持一元违法性标准。由此可见,这里的机能行为无价值论实际上是指在风险社会和在传统社会采用行为无价值的不同标准。当然,这种情况下称为机能行为无价值论,还是值得斟酌的。尤其是风险社会理论以及建立在该理论基础之上的风险刑法的概念,都还值得进一步推敲。对于刚进入某个学术领域的人来说,总是会有一股冲劲,我认为这种探索精神是值得嘉许的,无论观点是否正确。

在“片面共犯研究”栏目,刊登了两篇论文,围绕着片面共犯这个问题展开了集中的研讨。片面共犯是刑法共犯理论中的一个小之又小的问题,难得在此设立专栏进行探讨。胡宗金的《利用行为视角下的片面共犯否定论》一文,从题目就可以看出,作者对片面共犯是持否定态度的,尤其是基于利用行为进行这种否定。所谓利用行为视角,作者是把帮助行为界定为利用行为,然后把利用行为进一步界定为实行行为,由此将片面共犯转化为单独正犯,并为刑事追诉提供法律根据。尤其是,作者将片面共犯与间接正犯进行类比,既然间接正犯的利用行为可以转化为实行行为,为什么片面共犯的利用行为不能转化为实行行为。这样一种推理似乎合乎逻辑,但还是存在逻辑上的瑕疵。间接正犯的利用行为之所以能够转化为实行行为,是因为利用者具有对被利用者的支配关系,根据罗克辛教授的话语,这是一种意志控制。罗克辛教授认为,这种意志控制具有以下三种形式:一是凭借强制的意志控制;二是凭借认识错误的意志控制;三是凭借有组织的国家机关的意志控制。由此可见,间接正犯不是一般的利用他人,而是具有对他人行为的支配性控制。而在片面共犯的情况下,这种支配性控制并不存在。当然,该文指出了在帮助行为正犯化立法增加的情况下,对于片面共犯存在范围的挤压,这是客观存在的。张召怀的《片面共同正犯否定论——基于交互支配性的证成》一文,也同样是对片面共犯的否定,当然主要是讨论所谓片面的共同正犯。作者提出了交互支配的观点,认为在片面的共同正犯的情况下,利用者具有对于他人行为的交互支配性,因此直接成立正犯,没有必要采用片面的共同正犯的概念。尤其是,作者对不法行为之全体责任这一原则进行了深入解读,以此作为片面的共同正犯以单独正犯论处的学理根据。

在“结果加重犯研究”栏目,刊登了两篇论文。段蓓的《被害人自我答责视角下的结果加重犯论》一文,是对具有被害人行为结果加重犯的认定,作者认为可以引入被害人自我答责认定理论。本文比较分析了结果加重犯情况下对结果归责的中断理论、相当性理论和直接性理论,认为这些理论都存在不足,只有采用被害人自我答责理论,才能正确地解决在被害人行为介入情况下的归责问题。张伟的《结果加重犯之共同正犯研究》一文,是对共同正犯中的结果加重犯的研究。这也是一个较为重要的理论问题。相对于单独犯罪的结果加重犯,共同正犯的结果加重犯更为复杂,尤其是这个问题还

牵扯到过失共同正犯问题。应该说,作者对这个问题进行了较为到位的理论分析,对于司法机关正确地认定共同正犯的结果加重犯具有一定的参考价值。

在“刑罚学研究”栏目中,刊登了三篇论文。乔远翻译,美国学者 Malcolm M. Feeley、Jonathan Simon 所著的《新刑罚学:矫治策略的出现及其启示》一文,提出了所谓新刑罚学的概念。这里的新刑罚学是三新,即新论述、新目标、新技术。作者指出:新刑罚学主要涉及以下三个领域的变革:一是新论述的产生:其中,风险和概率论述越来越多地取代了之前的临床性论述及道德性判断,这一现象尤为显见。二是新目标的形成:对于刑罚系统或司法系统而言,这里的“新”并不仅指目标本身之“新”(其中有些目标早有传统),还指这些目标的系统性之“新”。特别值得注意的是,内部系统实现有效控制的目标,在很大程度上取代了传统的、旨在帮助犯罪人康复或控制犯罪的目标。三是新技术的创新应用:这些新技术以群体为单位来看待犯罪人,代替了旨在追求个性化或追求平等的传统技术。这些观点对于我国刑罚学的研究具有启迪性。马永强的《刑罚理论的新动向:从综合论到沟通论——达夫(R. A. Duff)的沟通理论及中国镜鉴》一文,对英国学者达夫(R. A. Duff)教授的沟通性刑罚理论做了述评。该刑罚理论的关键词是沟通。这里的沟通是一种双方的视角,接收者被视为是参与这个沟通过程的主体,而非被任意评判的客体——接收者也可以接受信息并且进行反馈。沟通要求必须认真倾听他人的理由和理解——而最终的应答的做出,是以对于沟通中的所有主体间的相互理解、换位思考与理性协调为基础的。这样一来,沟通将所有人都作为主体来看待。建立在沟通之上的这种刑罚理论,对刑罚的目的及其运作都进行了重新的表述,对于我国学者还是具有参考价值的。高颖文的《刑罚目的与犯罪论体系:由“刑”到“罪”的思考》一文,是对刑罚理论与犯罪理论的连接性考察。尤其是强调了刑罚目的对犯罪论体系的影响,并揭示了中国语境下刑罚目的的取向对犯罪论体系的构造的启示意义。相对于以犯罪论体系为核心的犯罪理论而言,我国对以刑罚目的为核心的刑罚理论研究还是较为薄弱的,随着国外各种刑罚新思想、新理念和新学说的引入,我国刑罚理论也会掀起一个研究的新高潮。

在“实证研究”栏目中,刊登了两篇论文。张喆的《刑法中的因果关系判断——从特殊体质致死类案件切入》一文,在论述因果关系理论的基础上,根据实证资料,对特殊体质致死案件的归因与归责问题进行了类型化的分析。本文的特点是对于因果关系问题的研究同时采取两个基本的路径:一是从案例出发,归纳性地研究对于特定因果关系类型案件中的因果关系判断模式,获得实践中的理论模型;二是从既有的理论、观点出发,演绎性地研究其理论的构建过程,获得相关理论模型,将其与从案例归纳获得的理论模型进行对比分析。因此,在刑法因果关系的研究中,本文具有其特色,值得一读。林嘉珩的《受贿罪量刑影响因素实证研究——基于2014年全国4205份判决书的研究》一文,在收集大量实证资料的基础上,对受贿罪量刑的影响因素问题进行了研究。在受贿罪的量刑中,受贿数额当然是主要的根据。那么,其他因素对于受贿罪的

量刑具有何种影响呢?对此,本文根据实证资料给出了自己的答案。

在“域外传译”栏目,刊登了四篇译文。徐凌波、曹斐翻译,德国著名学者英格伯格·普珀(Prof. Dr. Ingeborg Puppe)教授所著的《客观归责的体系》一文,是对客观归责理论的介绍。客观归责理论即使在德国刑法学界也是存在较大争议的,否定者不乏其人。普珀教授对客观归责理论则持完全肯定的态度。我注意到在本文中,普珀教授认为,客观归责具有基本公式的性质,成为刑法教科书的逻辑推理的重要工具;普珀教授认为,客观归责是以因果关系为基础的。客观归责的成立条件有二:其一是违反注意义务的因果关系;其二是连贯性要求。违反注意义务的因果关系建立在因果关系基础之上,而连贯性要求则以违反注意义务的因果关系为基础。这里的因果关系是指根据条件说确立的行为与结果之间的客观联系。而所谓违反注意义务的因果关系,是在因果关系的基础上,以是否违反注意义务进行限制。因此,违反注意义务的因果关系与日本刑法教义学中的主观的相当因果关系说较为接近。而根据普珀教授的话语,连贯性要求意味着,行为中法所不允许的行为属性不能仅是任一因果链条中的必要环节,而必须是一个经由一连串法所不允许的状态所形成的因果链条中的必要一环,才能将结果归责于行为人的行为。这就对因果关系的审查提出了更为严格的要求。普珀教授在本文中对客观归责的论述,具有自身的独特性,因此值得一读。徐剑翻译、德国学者马克·恩格尔哈特(Marc Engelhart)所著的《德国经济刑法的发展和现状》一文,是对德国经济刑法状况的介绍。本文既论述了经济刑法的实体法的发展与现状,又论述了经济刑法的程序法的发展与现状,对于我们了解德国的经济刑法具有重要的参考价值。我国虽然也存在对经济刑法的研究,但从总体上说,这种研究还是较为肤浅的,未能形成完整的经济刑法理论体系。我相信,随着德国经济刑法理论引入我国,会对我国的经济刑法研究起到促进作用。朱奇伟翻译、德国学者乌尔里希·齐白(Ulrich Sieber)所著的《欧盟版权刑法的发展》一文,对欧盟的版权刑法进行了介绍。版权刑法也属于经济刑法,而欧盟的版权刑法具有区域刑法的特征,对于我国学者版权刑法的研究具有参考价值。张志钢翻译、德国学者海因茨·科里亚特(Heinz Koriath)所著的《有关危险犯的争论》一文,围绕着危险犯进行了论述,该文的主旨是对在危险犯问题上存在的争议加以介绍,这对于我们加深对危险犯的认识具有重要意义。传统观点都认为,具体危险犯是结果犯,至少具有结果犯的构造。我则对此通说观点持不同见解。在早期的《刑法哲学》一书中,我就明确把危险犯,包括具体危险犯归之于行为犯,对应于结果犯。对于自己的这一观点,还是心存忐忑的,因为没有见到与我类似的观点。但在海因茨·科里亚特的该文中,我高兴地遇到知己。因为该文的结论第二点就是:危险犯不是结果犯,将(具体)危险犯类比成结果犯不具有说服力。这一立场与我的观点不谋而同。海因茨·科里亚特在回答具体危险犯是否是结果犯这个问题时指出:具体危险犯是结果犯,不仅完全占据主导地位,而且几乎就是一个理论上的信条。也只有宾丁、联邦最高法院以及本文的作者持不同的、但明显是绝对少数的见解,但这个俨

然一体的阵营也需要回答这个信条是否正确。作者对此问题从逻辑上做了回答,理由是:结果犯中所谓的结果是一种真实的事态,而作为危险行为所引起的客观可能性之后果的损害是可能性或盖然性,并不具有真实性意义。对此,我深以为然。在结果没有发生的情况下,怎么能说没有发生的结果就是结果呢?我认为,具体危险犯是结果的危险,即具有结果发生的客观可能性;而抽象危险犯则是行为的危险。就基于危险入罪而非基于结果入罪而言,具体危险犯与抽象危险犯之间并无区别。

在“域外视野”栏目,刊登了三篇论文。刘昶的《行政领域与刑事领域间的个人数据流通——德国基本权利理论的实际运用》一文,是对数据流通问题的研究。在论述中,作者较为翔实地论述了德国基本权利理论,并从行政领域与刑事领域的关联性上进行对比性的考察。同时,作者也论及德国理论对我国的参考价值。郭栋磊的《日本规范违反说之规范本质学说述评》一文,对日本刑法学界关于规范本质的学说展开叙述。这个问题与行为无价值论与结果无价值论之争具有较为密切的关联性。规范违反说与法益侵害说是对立的,而这种对立主要表现在规范违反说更强调社会伦理的违反,而法益侵害说则更关注各种法益的损失。两者相对而言,前者距离主观主义较近,后者距离客观主义较近。本文作者在翔实地掌握日本资料的基础上,对日本规范本质问题各种学说的介绍与评论,对于我们理解日本的行为无价值论具有借鉴意义。松尾刚行的《日本〈犯罪白皮书〉解读》一文,对日本《犯罪白皮书》作了较为全面的介绍。日本每年发布的《犯罪白皮书》是了解日本犯罪状态以及司法真相的一个窗口,作者对此做了深入的解读。作者在北京大学法学院刑法专业攻读博士学位,基于对日本和中国两国刑事司法的了解,这种解读更具有可信性与可靠性。

在“专题研究”栏目,刊登了十篇论文。刘俊杰的《刑法解释方法位阶性否定论》一文,涉及了一个老生常谈的问题,这就是刑法解释方法的位阶性。作者对我的观点进行了商榷,其实我也不主张严格的刑法解释方法的位阶性。但我反对认为各种解释方法之间完全没有逻辑关系,可以任意采用的观点,这是一种介乎于刑法解释方法的位阶性之无与有之间的立场。因为如果完全不考虑各种解释方法之间的逻辑关系,可能会导致解释结论的混乱。至于作者在文章开头论及的三个案例,我并不认为这是一个刑法解释方法的位阶性导致的结论上的差异,而是是否坚持形式判断先于实质判断的问题。这个问题对于形式解释方法的位阶性存在一定的关联性,还需要进一步研究。徐成的《论作为与不作为的区分》一文,从事实与规范两个层面对作为与不作为的区分问题做了探讨,具有一定的新意。夏伟的《刑事政策出罪方法论——基于历年刑事司法判决的思考》一文,从刑事政策角度对出罪的方法论进行了探讨,同时作者还把这种思考建立在扎实的实证资料的基础之上。作者提出了出罪是刑事政策与刑法沟通最深刻的方式的命题,并对此进行了深入的阐述。刑事政策对于刑事司法的影响具有入罪与出罪两个层面,更应当强调的是刑事政策对于出罪的影响,这种对刑事政策功能的思考无疑具有重要性。田然的《论主从犯特殊区分制的共犯体系》一文,对共犯的双

层分类法做了批判性考察,这里的双层分类法是指分工分类法与作用分类法。作者提出了主从犯特殊区分制的观点,即在不法层面上放弃对分工形式的考察,在罪责层面上以作用标准区分主犯从犯,并试图超越单一制与二元制。作者认为,共同犯罪人的行为作为一个整体而被考量,共犯人的教唆、帮助、组织、策划等行为已经凝结在同一个共犯行为内,该共同犯罪行为所满足的构成要件决定了共同犯罪的性质。我认为,这实际上就是单一制的核心观点。二元制与单一制的根本区分在于对构成要件的理解:是限制的构成要件概念还是扩张的构成要件概念,由此引申出是否在违法层面区分正犯与共犯。其实,前述双层分类法的表述并不科学:就违法性阶层而言,根据二元制,只能是采取分工分类法。在这个意义上说,并不存在双层分类的问题。蔡颖的《论教唆行为的两种性质——兼议〈刑法〉第29条第2款之理解》一文,提出了教唆行为的双重限制的观点,教唆行为的第一种性质:从属于正犯之共犯行为;教唆行为的第二种性质:应受处罚之预备行为。在此基础上,作者论述了《刑法》第29条第2款的含义。夏尊文的《论侵占封缄物的行为定性与占有的问题》一文,从事实占有与法律占有区分的角度对侵占封缄物问题进行了分析。熊亚文的《帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用》一文,对《刑法修正案(九)》增设的帮助信息网络犯罪活动罪进行了讨论,涉及共犯正犯化等原理。陈苏豪的《认罪协商程序中的犯罪事实认定问题——基于美、德两国经验的比较法考察》一文,借鉴美、德两国的经验,采用比较研究的方法,对我国正在试行的刑事案件认罪认罚从宽制度进行了探讨。方柏兴的《论讯问录音录像证据功能的主观化》一文,是对刑事诉讼的讯问过程中录音录像证据功能的一种分析,作者提出了这种功能的主观化的命题。王燕飞的《〈犯罪学基础:新维度〉知识论述评》一文,对美国犯罪学学者 Kelly Frailing 和 Dee Wood Harper 撰写的《犯罪学基础:新维度》一书进行了系统的介绍,对于开阔我国犯罪学的理论视野具有裨益。上述刑事法各分支学科的论文都立足于我国的问题,采用科学方法进行具有前沿性的理论分析,对于拓展我国刑事法理论具有重要意义。

在《刑事法评论》第一卷卷首语的结尾处,我曾写下了以下文字:“随风潜入夜,润物细无声。”诗人杜甫的千古绝句为我们描绘了一幅美妙而静谧的图景:没有尘嚣,没有张狂,只有蒙蒙的细雨和茫茫的夜色。这正是我们在充斥着浮躁与功利的现实社会里孜孜以求的一方学术净土。转眼之间,二十年过去了,又是一个初春时节,《刑事法评论》虽然还受到尘嚣的冲击,但它已经成为学术的一方净土。我们还会持续地坚守,迎接下一个二十年。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年3月21日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

理 论 前 沿

刑法规范二重性要论

——行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合与反馈互动/茹士春	(1)
一、行为规范与裁判规范的范围异同	(1)
二、行为规范与裁判规范内容离合	(8)
三、行为规范与裁判规范的反馈互动	(15)

机能行为无价值论之提倡

——兼评结果无价值论与行为无价值论/罗世龙	(24)
一、行为无价值与结果无价值之争的中国命运	(24)
二、结果无价值论之批判	(30)
三、机能行为无价值论之倡导	(39)
结语	(53)

片面共犯研究

利用行为视角下的片面共犯否定论/胡宗金	(54)
一、共同犯罪的立法比较	(54)
二、片面共犯学说的梳理及评析	(56)
三、解决方案	(62)

片面共同正犯否定论

——基于交互支配性的证成/张召怀	(68)
一、引言	(68)
二、学说的梳理与简评	(69)
三、本文的立场	(76)
四、一个简短的结语	(82)

结果加重犯研究

被害人自我答责视角下的结果加重犯论/段 蓓	(84)
一、问题的提出	(84)
二、以现有思维模式处理该问题的瓶颈	(85)
三、结果加重犯中被害人行为介入时结果归属认定思路之重构	(100)
四、结论	(112)
结果加重犯之共同正犯研究/张 伟	(113)
一、引言	(113)
二、结果加重犯之立法沿革与罪质构造	(114)
三、结果加重犯之共同正犯的理论与实践及其反思性检讨	(121)
四、结果加重犯的共同正犯之消解	(126)
五、数人参与结果加重犯的法律适用之于犯罪参与的体系性思考 ——代结语	(128)

刑罚学研究

新刑罚学:矫治策略的出现及其启示/[美]Malcolm M. Feeley Jonathan Simon 文 乔 远 译	(129)
一、传统刑罚学	(131)
二、新刑罚学的特征	(132)
三、新的机能与传统模式	(139)
四、新刑罚学的社会基础	(144)
五、结论	(149)

刑罚理论的新动向:从综合论到沟通论

——达夫(R. A. Duff)的沟通理论及中国镜鉴/马永强	(150)
一、问题的提出	(150)
二、超越综合论的沟通理论	(151)

三、沟通性刑罚理论的核心观点	(156)
四、沟通理论与刑事归责的条件	(162)
五、中国语境下的镜鉴	(168)
刑罚目的与犯罪论体系:由“刑”到“罪”的思考/高颖文	(170)
一、刑罚目的理论的谱系循迹与反思重构	(170)
二、犯罪、犯罪论体系与刑罚目的——理论沿革的视角	(183)
三、小结:刑罚目的与刑法教义学——突破还是限制?	(193)
四、中国语境下的刑罚目的与犯罪论体系	(195)
结语	(203)

实证研究

刑法中的因果关系判断

——从特殊体质致死类案件切入/张 喆	(204)
导论	(204)
一、因果关系理论概览	(206)
二、特殊体质致死类案件中因果关系判断的实质分析	(215)
三、因果关系理论的形式化理解和规范性填充	(240)
四、总结、问题及展望	(257)

受贿罪量刑影响因素实证研究

——基于 2014 年全国 4 205 份判决书的研究/林嘉珩	(260)
一、问题的提出	(260)
二、数据及模型描述	(262)
三、关系分析与研究发现	(268)
四、“法外因素”合理性分析	(283)
五、结语	(288)

域外传译

客观归责的体系/[德]英格伯格·普珀(Prof. Dr. Ingeborg Puppe) 文

徐凌波 曹 斐 译	(289)
一、客观归责理论:论题的集合	(289)
二、客观归责体系的基础	(292)
三、注意规范一般能够(Generelle Geeignetheit)避免因果流程	(298)

四、总结	(302)
德国经济刑法的发展和现状/[德]马克·恩格尔哈特(Marc Engelhart) 文	
徐 剑 译	(304)
一、引言	(304)
二、定义与犯罪学方面	(305)
三、发展动因	(306)
四、实体刑法的发展	(310)
五、程序法的发展	(320)
六、软法的发展:合规	(324)
七、结论	(326)
欧盟版权刑法的发展/[德]乌尔里希·齐白(Ulrich Sieber) 文	
朱奇伟 译	(327)
一、相关犯罪和保护措施	(327)
二、国际法律的规定	(333)
三、各国的规定以及各国对指令的实施	(344)
四、总结	(351)
有关危险犯的争论/[德]海因茨·科里亚特(Heinz Koriath) 文	
张志钢 译	(352)
一、围绕什么问题而争论	(352)
二、关于所谓的具体危险犯领域中的争议问题	(355)
三、关于所谓的抽象危险犯领域中的争议问题	(364)
四、总结与结论	(372)

域 外 视 野

行政领域与刑事领域间的个人数据流通

——德国基本权利理论的实际运用/刘 昶	(373)
一、《德国刑事诉讼法》中的数据使用规则	(374)
二、德国数据使用规则的理论基础	(378)
三、德国数据使用规则中的“假设的替代干预”理念——基于基本权利理论的分析	(383)
四、结语	(390)

日本规范违反说之规范本质学说述评/郭栋磊	(391)
一、引论	(391)
二、日本学者：“法规范”的本质	(395)
三、“伦理价值”和文化因素对法规范本质的影响	(400)
四、日本理论新近“法规范”含义的转向	(404)
五、规范违反说放弃“社会伦理主义”的动因	(407)
六、结语	(409)
日本《犯罪白皮书》解读/[日]松尾刚行	(411)
一、从日本监禁率解读日本刑事司法	(411)
二、过去三十年监禁率的变化	(417)
三、与监禁率有关系的数据	(418)
四、从数据看监禁率变化的原因	(424)
五、监禁率变化的社会原因	(427)
结语	(436)

专 题 研 究

刑法解释方法位阶性否定论/刘俊杰	(438)
一、问题的提出	(438)
二、位阶性肯定论及主要问题点	(439)
三、位阶性否定论及主要理由	(442)
四、对位阶性否定论之重新论证	(444)
五、基于否定论的刑法解释路径	(450)
六、基本结论	(456)
论作为与不作为的区分/徐 成	(457)
一、问题的提出	(457)
二、学说争议：事实与规范之间	(458)
三、义务形态与权利关系：事实与规范的协作	(473)
四、结语	(485)
刑事政策出罪方法论	
——基于历年刑事司法判决的思考/夏 伟	(486)
一、问题的提出与刑事政策出罪的确立	(486)
二、刑事政策出罪的语境选择	(491)

三、刑事政策出罪的价值哲学与体系位置	(493)
四、归属于刑事政策的出罪方法	(498)
五、结语	(502)
论主从犯特殊区分制的共犯体系/田 然	(503)
一、双层区分制是一个伪命题	(504)
二、我国的共犯体系并非单一制	(510)
三、超越区分制或单一制的统摄——主从犯特殊区分制之维护	(516)
论教唆行为的两种性质	
——兼议《刑法》第29条第2款之理解/蔡 颖	(522)
引言	(522)
一、教唆行为的性质争论	(523)
二、教唆行为的第一种性质:从属于正犯之共犯行为	(531)
三、教唆行为的第二种性质:应受处罚之预备行为	(542)
四、结语	(551)
论侵占封缄物的行为定性与其占有问题/夏尊文	(554)
一、国内外学术分歧评述	(554)
二、解题之道——事实占有与法律占有之分	(559)
三、延伸思考	(564)
帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用/熊亚文	(566)
一、问题的提出	(566)
二、中立帮助行为可罚性范围之限制标准	(568)
三、帮助信息网络犯罪活动罪之限缩适用	(572)
四、结语	(577)
认罪协商程序中的犯罪事实认定问题	
——基于美、德两国经验的比较法考察/陈苏豪	(578)
一、中国语境下认罪协商概念的提出	(578)
二、当庭承认犯罪事实的形式	(583)
三、犯罪事实的证明标准	(588)
四、定罪后就事实问题提出的上诉	(593)
五、对我国的启示与借鉴意义	(599)
论讯问录音录像证据功能的主观化/方柏兴	(602)
一、问题的提出	(602)

二、讯问录音录像证据功能的理论预设	(603)
三、讯问录音录像证据功能的主观化	(607)
四、讯问录音录像证据功能主观化的成因	(611)
结语	(616)
《犯罪学基础:新维度》知识论述评/王燕飞	(618)
一、全面阐释:以知识内容与体系为重心	(618)
二、美国视角比较:宏观—微观双重推进	(623)
三、结论:中国借鉴与启发意义	(630)
《刑事法评论》征稿启事	(637)

刑法规范二重性要论

——行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合与反馈互动

茹士春*

在《刑法规范二重性序论》一文中(发表于《刑事法学评论》第35卷),笔者对刑法规范二重性的理论沿革、含义限定以及行为规范与裁判规范的基本含义作过比较详尽的阐释。从已经得出的结论出发,本文将对行为规范性与裁判规范性的范围异同、内容离合以及反馈互动等几个重要问题提出初步意见,请方家指正。

一、行为规范与裁判规范的范围异同

刑法既具有行为规范属性也具有裁判规范属性,是指所有的刑法规范无一例外都具有这样的二重属性,还是只有某些刑法规范才是这样,而另外一些刑法规范并非如此?如果是前者,行为规范与裁判规范的范围就是相同的;若是后者,行为规范与裁判规范的范围就不相同。这就是裁判规范与行为规范的范围异同问题。

(一) 行为规范与裁判规范范围相异论

承认刑法具有二重性的学者往往同时持如下观点:作为行为规范的刑法规范与作为裁判规范的刑法规范范围有所不同。

黄茂荣先生从法学方法论的视角对法条或法律规定的行为规范性与裁判规范性进行了考察,并认为:“由于裁判机关进行裁判时,当然必须以行为规范为其裁判的标准,故行为规范在规范逻辑上当同时为裁判规范”,“惟裁判规范并不必然是行为规范,盖裁判规范所规范之对象系为裁判之人或机关,故其规定之中有一些便只专对裁判者而发,不像行为规范首先系对行为者而发,然后写贯彻其规范系争行为之意旨,才又进一步要求裁判者依据系争行为规范而为裁判,从而使这些行为规范兼具裁判规范之性

* 西南政法大学刑事侦查学院讲师。