



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2015年 第1卷 [总第27卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

经济刑法中罪刑法定原则的贯彻与展开 涂龙科

论上访的治理及其构罪限制 李会彬

设立金融交易所行为的刑法规制 贺丹

论医疗犯罪过失 宋久华

《刑法修正案九(草案)》与公民个人信息刑法保护 吴沈括 张妍

论监狱与社区的行刑衔接 张东平

腐败犯罪境外追逃问题研讨 彭新林 张淑芬

盗窃虚拟财产的刑法定性——基于案例整理与学说的梳理 姜金良

法律认识错误和可责罚性 道格拉斯·胡撒克著 尹丹丹 姜敏译

台湾地区的保安处分制度及其对大陆“后劳教时代”的改革启示 丁珈



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科

2015年 第1卷 [总第27卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2015 年. 第 1 卷: 总第 27 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8309 - 4

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914.04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 186607 号

刑法评论 2015 年第 1 卷(总第 27 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群 黄倩倩
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 25.5 字数 391 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8309 - 4

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2015 年第 1 卷(总第 27 卷)

顾问 高铭暄 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾宇 柯良栋
郎胜 李洁 梁根林 刘宪权 刘志伟
卢建平 梅传强 莫洪宪 齐文远 曲新久
张军 张明楷 朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈泽宪 刘志伟(执行)

主编助理 刘科

编辑 刘科 郭晶 郭理蓉(英文)

目录

理论探索

一元刑法学体系的终结

——兼论刑法哲学体系的分裂性质 / 董泽史	1
劳动教养制度废止后刑法犯罪圈之调整 / 商浩文 刘胜超	23
经济刑法中罪刑法定原则的贯彻与展开 / 涂龙科	38
链接技术的发展及其对刑法理论的冲击初探 / 刘 科	51
论上访的治理及其构罪限制 / 李会彬	62
论医疗犯罪过失 / 宋久华	79

立法研究

《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》之问题与思考

——从立法与司法解释的角度 / 周振杰 孙成军	97
中外私营部门腐败犯罪立法比较研究 / 操宏均	116
设立金融交易所行为的刑法规制 / 贺 丹	136
《刑法修正案(九)(草案)》与公民个人信息刑法保护 / 吴沈括 张 娇	150

司法实务

用电安全事故中使用者刑事责任的认定 / 陈 冉 苏飞飞	159
扒窃犯罪问题探讨 / 黄晓亮 张 晋	172
盗窃虚拟财产的刑法定性	
——基于案例整理与学说的梳理 / 姜金良	204
海外代购行为的刑法学思考 / 刘 畅	231
量刑说理的微观方法及宏观制度 / 石东洋 高珊珊	239
论监狱与社区的行刑衔接 / 张东平	248

域外法治

法律认识错误和可责罚性 / 道格劳斯·胡撒克著 尹丹丹 姜 敏译

286

台湾地区的保安处分制度及其对大陆“后劳教时代”的改革

启示 / 丁 珈

320

我国台湾地区“刑法”中通奸罪考察 / 马东丽

331

全国刑法学术年会

中国刑法学研究会成立 30 周年纪念大会暨 2014 年全国刑法学术

年会在京隆重举行 / 黄晓亮

345

矢志不移地推动刑法学术研究繁荣发展

——中国刑法学研究会 30 年工作总结 / 赵秉志

348

2014 年全国刑法学术年会研究综述 / 赵秉志等

366

CONTENTS

Theoretical Exploration

The End of the System of the Unitary Criminal Law—Also on the division of the philosophy of criminal law / Dong Zeshi	1
The Adjustment of the Criminal Circle after the Abolition of Reeducation through Labour / Shang Haowen & Liu Shengchao	23
Implementation and Development the Principle of Legality in Economic Criminal Law / Tu Longke	38
The Development of Link Technology and It's Impact on the Criminal law Theory / Liu Ke	51
On the Governance of the Petition and the Limitation of the Criminalization of This Action / Li Huibin	62
On Negligence of the Crimes in Medical Filed / Song Jiuhua	79

C
O
N
T
E
N
T
S

Legislation Research

On the Issues of “the Interpretation of Article 30 of the Criminal Law of China” —from the perspective of legislative and judicial interpretation / Zhou Zhenjie & Sun Chengjun	97
A Comparative Study on the Legislation of Corruption Crimes in the Private Sectors of China and Other Countries / Cao Hongjun	116
The Regulation of Criminal Law Rules on Unauthorized Establi- shment of securities Exchanges / He Dan	136
The Amendment VIII (Draft) to the Criminal Law and Citizen's	

Judicial Practice

Identification of Criminal Liability of the User in the Electrical Accident / Chen Ran & Su Feifei	159
On Some Problems of the Crime of Pocket-picking / Huang Xiaoliang & Zhang Jin	172
Determining the Nature of Theft of the Virtual Property—based on case study and theories / Jiang Jinliang	204
Thinking on Overseas Purchasing from the Perspective of the Criminal Law / Liu Chang	231
The Micro Method and Macro System of Sentencing Reasoning / Shi Dongyang & Gao Shanshan	239
On the Connection between the Prison and the Community in Penalty Execution / Zhang Dongping	248
On the Problems of Overseas Pursuit of the Corruption Criminals / Peng Xinlin & Zhang Shufen	264

Foreign Criminal Laws

Mistake of Law and Culpability / Douglas. Husak Written, Yin Dandan. Jiang Min, trans.	286
The Security Measures in Taiwan and it's Enlightenment on the Reform in the Mainland after the Abolition of Reeducation through Labour / Ding Jia	320
Study on the Crime of Adultery in the Criminal Law of Taiwan / Ma Dongli	331

Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference

The 30 th Anniversary Conference of China Association of Criminal
--

Law and 2014 Nationwide Criminal Jurisprudence Conference held in Beijing / Huang Xiaoliang	345
To Promote the Development of the Criminal Law—the summary of China Association of Criminal Law in 30 years / Zhao Bingzhi	348
Summary and Review of 2014 Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference / Zhao Bingzhi etc.	366

理论探索

●一元刑法学体系的终结

——兼论刑法哲学体系的分裂性质

董泽史*

摘要:从刑法哲学上,刑法学体系应当是基于事实与价值二分而形成的二元结构;从刑法历史学上,刑法学体系是随时代经济学“历史进化的”体系,现代社会历史地形成的个体利益与社会利益二元格局的现实要求刑法建立个体利益与社会利益并列保护的刑法学二元体系,这宣告一元刑法学体系在现代社会的终结。二元并列保护的刑法学体系是刑法哲学发生价值学转向而融入刑法历史学的结晶,它实现了刑法哲学与刑法历史学在现代社会的统一,是现代社会刑法学体系的发展方向。

关键词:刑法学体系 刑法哲学 刑法历史学 个体利益 社会利益

社会历史的发展潮流逐渐靠近事物的真相,而我们只有在历史的趋势中逐渐揭示这一真相并获得它的时代价值。

一、引论

我的标题似乎很残酷,它打断了刑法大师们构建一个标准化的刑法学体系的学术梦想。一个一元化的刑法学体系^①存在吗?刑法学体系是分裂的。刑法学体系是对刑法世界的完整描述,刑法世界是存在(事实)

* 天津市委党校讲师,法学博士。

① 本文所指刑法学体系、刑法体系是指刑法的理论体系,是刑法的内在体系,而不是指刑法规范的表现形式体系。

世界,还是价值世界?刑法世界是回溯过去,还是面向未来?这是刑法中一个个无法调和的对立。刑法世界内部的分裂导致了一个一元化的刑法学体系命题的终结。为了快速进入核心思想,我只好这样直接给你们分享自己的重要观点之一:刑法世界内部分裂为对立的存在世界与价值世界、过去世界与未来世界,存在世界与过去世界(前者)的世界观是存在论,价值世界与未来世界(后者)的世界观是规范论。至今一切的刑法学体系都没有解决它们的对立性,古典刑法体系、目的行为论从存在论出发描述了前者,却基本丢失了后者,纯粹的规范主义刑法学体系(雅各布斯)获得了后者,却完整地失去了前者,而诸如混合的刑法学体系(罗克辛等)根本就无视刑法世界内部的对立性,时而以存在论出现,时而以规范论出现,尽管其自己主张是规范论的刑法学体系,我却并不以为然,其“支离破碎”的刑法学体系就已经是证据。刑法世界的分裂性质决定一切企图建立一个一元化的刑法哲学体系的尝试注定都是要失败的,它们都无法逾越刑法世界的内部“鸿沟”。相反,刑法哲学体系只能是分裂的,这种分裂的性质导致了过去刑法大师们主张建立一个“大一统”的一元化的刑法学体系思路的终结,刑法学体系必须转向。

二、基础论:刑法世界的两条法链

法益是刑法世界的基础概念,我之所以没有选择规范作基础概念,重要的原因是法益的精神化的观点使法益不得不从另外一层含义来理解,即精神化的法益概念实质为普遍的价值,正如法益精神化运动的完成者 Schwinge 所言:“法益是形成构成要件概念的特殊理念……法益产生于共同体所承认的生活价值与文化价值。”^①价值就是一个“当为”法则,就是一个规范与评价原理,^②法益概念的精神化已经让我们可以将法益概念作为规范概念去使用了,但其唯一必要的前提是将法益理解为一种(普遍的)价值。

自然,法益概念还可以从它最初始的含义去理解,即从存在世界(存

① 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第57页。

② 同上书,第55页。

在论)中找到法益,19世纪自由主义者不满足“权利”包含的古典自由主义^①的内容,用法益的概念来扩张古典自由主义的内容是法益概念代表的首要功能与基本立场,这从 Birnbaum、耶林、Merkel 等那里可以轻易地找到法益的初期自由主义立场的观点。Birnbaum“财”的定义、^②耶林“社会生活条件”说、^③Merkel“力”的利益^④的观点都不言而喻地赋予了法益的古典自由主义精神气质。

我们幸运地找到和发展了法益这一基础概念,它的双向含义与双向功能保证它在概念上能够与刑法分裂的世界基本对应。即存在世界获得了以古典自由主义为内涵的法益概念,价值世界里获得了精神化的法益概念,而我更愿意称之为规范主义性质的法益概念。我不得不得出一个最基本的判断:法益是属于存在世界,还是属于价值世界,这是(刑)法学的第一性的区分,这一区分是刑法体系的逻辑起点与分水岭;前者必然导致古典自由主义与法治国,后者必然导致规范主义与文化国。

我也不得不补充一点,在“存在世界—古典自由主义—物质的法益概念”建立了稳定的结构时,“价值世界—规范主义—精神的法益概念”也建立了稳定的结构;存在世界与价值世界在刑法世界中的分裂通过法益概念得到了证实。另一个重大紧迫的问题提了出来,刑法世界中过去世界与未来世界的分裂如何处置呢?过去发生的是无法消解的,它作为一个事实存在,我们唯一谨慎的做法是对历史回归,复原前因后果,报应的思想由此产生;而未来永远还不是一个事实存在,只是一个价值观念,我们唯一理性的做法是设计美好的意图并期待之,由此预防的观点产生。也许你们已经看出我的意图,过去世界里获得了报应,未来世界里俘获了预防,并且,报应作为一个事实存在的回归与存在世界建立了固定的联系,报应只能存在于过去的时间结构之中,而我们只能对这一时间结构进行观察与还原,由此与古典自由主义、物质的法益概念建立了固定的联

① 本文自由主义指 17、18 世纪以个人主义为核心的古典自由主义,并非指新自由主义。在刑法上自由主义往往注重维护个人权利,注重刑法的人权保障机能,强调刑罚面向过去由前因后果导致的报应功能。

② 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 17 页。

③ 同上书,第 26 页。

④ [日]伊东研祐:《法益概念史的研究》,成文堂 1984 年版,第 57 页。

系,这样刑法世界中的存在世界的法链又要延展了:存在世界—古典自由主义—物质的法益概念—报应—过去世界。并且,预防作为一个美好的价值(观念)与价值世界建立了稳固的联系,它只能存在于普遍的精神世界,由此,与规范主义、精神的法益概念也建立了稳固的联系,这样,刑法世界中的价值世界的法链也要延展了:价值世界—规范主义—精神的法益概念—预防—未来世界。

三、史例论:一元化刑法体系的破产

也许你们要说,我已经向你们证明了两种刑法体系,古典自由主义性质的刑法体系与规范主义性质的刑法体系,一个刑法体系可以由这两种刑法体系得以融合产生,我的观点是,这两种刑法体系无法真正融合,一元化的刑法体系的梦想必定破产,“两种”不能变成“一个”。存在世界与价值世界无法逾越的鸿沟、过去世界与未来世界的向度悖论存在于刑法世界,这是自休谟以来的诸多哲学家都无法克服的命题。^①相反,我们可以清楚地看到,刑法世界的“图式”是分裂的,至少可以看到有两种典型的气质在其中流动,即存在世界的古典自由主义刑法气质与价值世界的规范主义刑法气质。我再次宣布,一元的刑法学体系并不存在,刑法学体系是分裂的。刑法学体系是分裂的判断即意味着一元化刑法学体系的破产。

刑法学体系是分裂的,分裂的刑法学体系的典型状态是什么样的?这是我对分裂的刑法学体系的初步描述,毫无疑问,分裂的刑法学体系典型地分裂为古典自由主义性质的刑法学体系与规范主义性质的刑法学体系,二者自成体系,又反映于刑法世界的对立部分。具体描述它们各自的体系成为我论证刑法学体系的分裂性质的最好选择。

(一)存在论倾向的刑法学体系之考察

1. 古典的刑法学体系

对于这种体系前人已经对此进行了大胆的探索,分别产生了“古典的刑法体系”与“目的主义刑法体系”,旨在主张一个一元化的刑法学体系

^① 事实与价值二分是英国哲学家休谟提出来的,休谟是哲学史上以提出问题而不朽的哲学家。他提出的“是”与“应该”的关系问题,史称休谟问题,在我国也称为事实与价值的关系问题。

的克劳斯·罗克辛对前者有较精要的概述与评价：“古典的”刑法体系是建立在自然科学的原理之上的，在19世纪末的时候，自然科学的思维对法学思想产生了本质性的影响。犯罪的所有客观要素都被因果性地理解了，而且全部总结到不法的概念里了。同样，也是按照这种看法，犯罪事实的所有主观成分就构成了行为人的“罪责”。“罪责”紧接在不法之后，成为犯罪的第二个范畴。同时，人们将“罪责”分成了两种“罪责形式”：故意和过失。^①接着他对“古典的刑法体系”进行了批判：（1）古典刑法体系认为具有因果关系，就能产生不法。这就创造了一个过于宽泛的客观责任范围。（2）在不作为时，并不存在自然科学意义上的因果关系。（3）同样，仅仅靠一个建立在因果关系上的不法概念，也无法解释力图。（4）在所有规范性的构成要件中，采取因果的方式会导致不法内容的完全扭曲。（5）对不法采取因果性的理解，也会导致不切实际的结论。（6）同样，罪责也不可以完全理解为就是主观现象。（7）像阻却紧急避险、防卫过当以及归属上的无能力这类排除责任的事由，影响的虽然是行为人的精神状态，但却是建立在客观的事实情状之上的。最后他认为古典刑法体系是“站不住脚的”。^②如果说，古典的刑法学体系是基于心物二分、存在世界与价值世界二分、过去世界与未来世界二分的基本方法构建的刑法体系的，它将物的体系、存在世界、过去世界通过因果性法则集中在客观要素之中，而将心的体系、价值世界与未来世界则集中在罪责的体系之中，似乎这种思路恰好符合二分法则，实际上，这只是形式上的符合，当它将二者最大可能地分开之时，却又根本不说明为什么能够将二者结合地放在一起，更没有提供二者的合理的结合点是什么。相反，它是将物的体系的描述与心的体系的描述缺乏联系地堆砌在一起，将因果性法则与精神性法则完全对立起来的体系，它并没有真正实质地解决刑法世界的二分性质，因此，表现于其中的问题都不可避免地存在于世界观绝对片面化的根本症结之中，并由这一根本症结不可避免地导致不法观念、罪责观念本身世界观的紊乱。其中最集中地表现在不法的观念的矛盾之中，一方

^① [德]克劳斯·罗克辛(Claus. Roxin):《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第64页。

^② 同上书，第64页。

面不法观念基于物的结构归结为生物自然现象,另一方面不法的观念又整体上被赋予了法秩序的规范性质;同样罪责的概念也无法避免这种世界观紊乱的根本症结:一方面罪责作为评价不法行为的一个原理与机制,其本身是一种价值规范,另一方面它却要从心理发生的客观事实之中直接得出罪责的判断规则,而心理事实本身无法体现为一种价值观。这样古典刑法学体系的破产与终结就不可避免了。

2. 目的主义刑法学体系

相对于古典刑法学体系以存在世界的因果性区分为客观与主观阶层的标志,目的主义刑法学体系放弃了这一方式。相反,汉斯·威尔策尔主张目的行为论,认为目的是人类行为的操控因素与发动因素,无法从行为中分离出去,没有目的因素,就没有行为。这样,与古典刑法学体系从客观部分开始,目的主义则从主观部分开始构建自己的体系。目的行为论的一个重大的有益的线索是:将主观部分与客观部分结为一体来刻画存在世界,而不是像古典刑法体系将客观内容与主观内容分开来刻画存在世界,比较而言,前一种方式更加接近存在世界。正是在醇化存在世界与价值世界思路下,目的行为论克服了古典刑法体系的诸多弊病,罪责这一价值世界得到醇化,故意从罪责阶层撤离到行为阶层无疑克服了古典刑法体系行为与罪责交错的世界观紊乱的弊端,相应地,可责难性作为罪责的原理得到发展,这样,影响罪责责难的一些客观要素也就可以整合到罪责的要素之中去了。同理,由于违法性认识根本没有影响到目的对因果流程的操控,因此它也就被排除出存在世界的主观部分,而作为可责难性(罪责)考察的一个因素。但是目的主义同样也面临“瓶颈”,克劳斯·罗克辛做了如下勾勒:(1)目的行为论既无法令人满意地解释过失犯罪,也无法圆满地解释不作为。(2)目的主义可以极其有效地限制住古典体系过于宽广的不法概念,但是,目的主义也同样扩张了客观不法的范围。(3)同样地,若构成要件出现了规范性的、不可操纵的要素时,目的行为论也会忽视不法的社会意义。(4)从存在论(比如人类行为的目的性)出发,人们无法推导出合乎法律的解决问题的方案。(5)将罪责理解为可责难性,是目的主义时代以前就已经取得的成果,然而,这种成果也无法合理地令人满意。因为这种理解根本没有说明,为什么行为人要因为其不法行为而受到责难。因为这种原因,罪责概念的内容就陷入

了恣意。^① 可以看见,目的主义虽然从存在论的角度为存在世界刻画了一个近乎“完美”的图式,但是这一图式与价值世界发生了深刻的冲突,这是目的行为论出现上述困境的真正原因。过失犯的注意义务、不作为犯的作为义务、规范要素、法秩序的评价性质、法律解决方案必要的价值要素、罪责的评价性质都根本属于价值世界范畴,它们与完美的存在论(目的行为论)之间的冲突无法避免,又相当深刻,“世界之鸿”在这里显示了它无法击破的深度。我们在得到目的主义存在论这一“完美”的存在世界的图式时,不得不面临放弃价值世界的深刻危机。

3. 妥协的自由主义刑法学体系

作为妥协的方案,力图保持自由主义的基底,又与刑法世界“相当”,得到一个相对可靠性,我不得不把这些分裂的因素糅合在一起,尽管这是与必然性相矛盾又极其痛苦的。我将我“构建”的刑法学体系姑且称为妥协的自由主义刑法体系。第一步,我们需要一个存在世界的基底,这是保障原始的自由主义的基础,因此,存在论上的一个完整的行为是必需的。在这个行为中只有保留了基本的客观部分与主观部分才是基本完整的,才能基本留住自由主义的精神气质。那么,这个行为应该由实行行为、结果或现实危险、刑法中的因果关系(存在论意义上)、故意或者过失构成。必须指出的是,选择“现实危险”而排除“抽象危险”是因为抽象危险犯从根本上已经不是自由主义刑法的产物,而是彻底的规范主义刑法的产物,将抽象危险犯排除出妥协的自由主义刑法是为了竭力保持其自由主义的精神内涵。同时,之所以将刑法因果关系限定在存在论意义上,既是为了尽量保持行为的醇化,也是为客观归责引入违法性评价中留下空间,客观归责说本质是规范论,不适宜直接进入存在意义上的行为层次。第二步,建立刑法上的违法性。一是根据行为的构成要件符合性建立违法类型。二是主观的违法要素考察。三是辅助性的法益保护考察。四是客观归责。罗克辛说:“我所支持刑事政策上的这一不法构想所取得的决定性成果是:从这个不法构想中产生了客观归属理论。”^②依我之见,将客观归责

^① [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第69页。

^② 同上书,第72页。

理论归属于不法部分是妥当的。而所谓辅助性的法益保护就是提出一种自由主义法益观,刑法的目的在于保障公民的自由与安全,体现了国家不得干涉个人的自由,刑罚必须在迫不得已时发动。第三步,刑法上的罪责与答责性。^① 责任能力、责任故意或者责任过失、违法性意识、期待可能性是罪责的要素。(1)之所以提倡在罪责阶层考察责任故意或者责任过失,是因为构成要件中故意要素或过失要素是从存在论说明心的体系,无法完全替代从规范论说明心的体系,不法中的主观要素是客观法秩序对之的评价,亦不能完全满足规范世界对意志的要求与评价,除了外部的法秩序这一规范世界,人自身内部存在一个意志规范世界,这两个世界对意志都提出了要求,进而成为评价的规则,出于后者的考虑,主张责任故意与责任过失是罪责的要素。(2)之所以没有像克劳斯·罗克辛将“预防必要性”纳入罪责要素,是因为罗克辛从刑事政策的角度提倡将预防必要性纳入罪责要素,^②而我并不这样主张,不要忘记,古典自由主义刑法是以报应与过去世界为基本面向的,而预防是与规范主义刑法与未来世界相一致的,当然我采取妥协的方式构建妥协的自由主义刑法体系,其中已经不是纯粹的存在论,夹杂了显著的规范论色彩,但是我选择了预防必要性为罪责要素无疑会大大加大这一色彩,从而与自由主义刑法的精神相距更大,这是与我努力保持自由主义的理念是背道而驰的,因此,我选择在这种刑法体系系中放弃预防必要性作为罪责要素。

或许以上是一个为了保留古典自由主义基底而“射击”刑法世界的较为妥当的方案,但它的不完美与其中的谬误是显而易见的,我亲身体会到了在设计这个方案中的重重矛盾予我难言的痛苦。刑法学体系的分裂性质导致了痛苦,我不得不再次主张我的中心观点。

(二)规范论倾向的刑法学体系之考察

1. 纯粹规范主义刑法学体系(以雅各布斯刑法体系为例)

可以看见,以纯粹的存在论为全部内容的刑法并不存在,纯粹的存在论根本不能回答“为什么”要把某种行为当成犯罪并处以刑罚的原因。现

^① [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第76页。

^② 同上书,第78页。