

# 刑法哲学

The Philosophy of Criminal Law

[美] 道格拉斯·胡萨克 / 著  
姜敏 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 刑法哲学



The Philosophy of Criminal Law



[美] 道格拉斯·胡萨克 / 著  
姜敏 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法哲学 / (美) 胡萨克著; 姜敏译. —北京: 中国法制出版社, 2015. 1

书名原文: The philosophy of criminal law: selected essays  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6011 - 8

I. ①刑… II. ①胡…②姜… III. ①刑法 - 法哲学 - 研究 IV. ①D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 013760 号

北京市版权局著作权合同登记图字: 01 - 2014 - 8070

“THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW: SELECTED ESSAYS, FIRST EDITION” was originally published in English in 2010. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 林林

封面设计 蒋怡

---

## 刑法哲学

XINGFA ZHEXUE

著者 / (美) 胡萨克

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32

版次 / 2015 年 3 月第 1 版

印张 / 22.5 字数 / 538 千

2015 年 3 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6011 - 8

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 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)

## 导言：反思当代刑法理论

在一定的限制条件下，由已发表的论文集成专著是非常有价值的，至少本专著就是如此。笔者的这本专著就是由笔者以前发表的诸多均匀分布在哲学期刊、法律评论和书籍中的章节组成。其中，很多文章已引起法学教授们的注意，还有很大部分的文章则已为哲学家所熟知。笔者通过非正式调查得出结论：在笔者所著述的论文中，诸多学术研究的学者们几乎只是对笔者的立场或观点略知一二而已。笔者希望该专著的读者能更加熟悉笔者的一些文章的内容，这亦将有助于他们全面了解笔者的观点和立场。

事实上，这些分布在不同领域的文章反映了笔者对刑法理论的性质与功能的一些独特观点，这亦是笔者在该导言中强调的主题。笔者将努力简略阐述笔者的立场以及在相关作品中说明的学术观点。但是，要简要阐述笔者的学术观点，事实上是非常困难的，因为笔者提出的大多数观点需要直接的条件：一方面笔者认同 X，但另一方面，笔者也亦认为不应该忘记 Y。但是，在此，笔者提出一个相对比较谦和的开端：刑法哲学（或刑法理论）的目标，正如笔者所诠释的，是提出建议从而去改善刑事实体法的内容。当然，这个粗糙的界定亦会引起诸多问题。除此之外，我们还需要拟定一个标准，以便于判断某种理论是否能促进刑法的

发展。笔者主要用道德哲学（另外，笔者也会从社会和政治哲学的视角进行分析）来界定该标准。然而，道德哲学家对规范性问题的分析，其观点亦是百花齐放、百家争鸣。据此，我们应援引何种传统道德观评价刑法？在大多数情况下，笔者试图回避这个问题。然则，不管是好是坏，笔者在导言中提出的诸多观点，几乎不涉及任何道德理论。

因此，笔者不打算构建宏观理论，亦即，笔者并非寻求关于刑法目的的统一理论。虽然笔者时常从抽象转移至具体，但笔者更倾向于拒绝一般性的某种主义，即最为大家熟知的具体性的某种主义。笔者认为，我们应该在刑法理论中避免涉及意识形态。在笔者的著述中，笔者没有使用“自由主义”或者“保守主义”这些术语。笔者认为继续使用这些模糊的标签性术语对政治和法律争论是没有益处的，而笔者期望提出的观点能对整个政治领域的问题都有裨益。笔者期望各种意识形态下的人都能从笔者的著述中获得启发。

笔者不愿意讨论各种法律主义或者对某个基本问题表明立场，这会令那些甚至对综合性道德理论都没有印象的哲学家们感到失望，而正是综合性道德理论使这些哲学家的理论具有正当性。然而，笔者担心提出这种统一的理论框架不会增加多大益处。任何反对提出理论根基的学者，都会对理论根基上的理论建设表示怀疑。笔者希望笔者提出的假设和从中得出的推论，能与那些不同意更深层次地探讨理论根基问题的哲学家们的主张一致。笔者在该书使用的方法论，与最著名的法律哲学家乔尔·范伯格（Joel Feinberg）的方法论最为相似。笔者有意识地引用了范伯格所偏爱的“中级审查标准”。在论述风格和实质内容两方面，范伯格对笔者影响很大，那些熟悉其著述的学者应该非常清楚其对笔者的影响。

尽管笔者避免讨论道德理论中的大多数具有争议的问题，但是笔者认为构成刑法基础的道德和一般道德哲学之间存在非常紧密的联系。尽管笔者认为这种联系是紧密的，但是与把笔者的刑法理论归纳为几个简单的原则相比，把道德理论归结为几个原则更不具有可能性。道德的内容体系更具有争议且更加复杂，因此，笔者对不能成功地构建统一的道德理论体系并无歉意。任何道德基本问题，都将引起道德哲学家的争鸣，我们也期望这些争鸣出现在刑事实体法领域中。当然，并不是所有的刑事理论法学家，都认为构成刑法的道德基础是复杂的。例如，最近一些著名的学者认为所有的刑事不法行为都可以简单地解释为：不具有充分合理性，选择了可能给他人或他人的利益带来危害风险的行为。<sup>①</sup> 笔者认为该简单的原则过于简化了（并且扭曲了）刑法。该导言的目的不是批评其他学者的不同观点。因此，笔者只能简单地阐述，在笔者所支持的简化原则中，没有任何原则像上述简化原则那样。

虽然刑法理论和道德理论是紧密联系的，但是二者可能在一些有趣的方面产生分歧。当代道德哲学家之间的关于行为人之目的是否与评价行为人的行为是否具有容许性的争鸣就是这种情况。无论道德哲学家的观点如何，笔者在第三章“刑法语境下‘目的不影响允许性’假定论的代价”中分析认为，证明目的与行为人是否实施犯罪行为无关紧要，将产生很多误导，并且会带来潜在的灾难。笔者认为刑事实体法应该坚持目的对评价行为人的行为是否被允许具有重要意义。在第十四章“刑事责任中‘轻微违反’辩护事由”中，笔者探究了其他可能在刑法和道德之间

---

<sup>①</sup> 参见 Larry Alexander、Kimberly Kessler Ferzan、Stephen P Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009)。

产生的分歧。在道德中，非常微小的错误行为都是可以被认知的，而且会使人受到较小程度的谴责。但是在刑法中，情况则与之形成鲜明对比，非常轻微的犯罪行为根本不会使被告受到刑事惩罚。如果笔者的观点是正确的，那么正当化事由这个概念在法律与道德中的含义是不同的。为了达到施加刑事责任之目的，正当化事由不需要完全排除行为之不法性。正当化事由只需要排除足够的非法性，从而使被告不承受报应之谴责。这就是笔者大致的观点。

笔者对道德理论中的一个基本问题持有坚定的立场：构成刑法基础的道德，是且应该完全是道德性的。笔者断然否定这样的观点：刑事司法的各项制度，包括拟定的法律、政策和原则等，都当且仅当能使利益最大化时才能被采纳。一些提案虽然能实现利益的最大化，但是不应该以法律的形式实施，其他的一些提案虽然不能实现利益的最大化，但却应以法律的形式执行。在笔者的这本书中，读者几乎找不到结果主义的推理线索。更具体分析，虽然有学者通过评价规则或原理的威慑效果来评价规则和原理，但笔者一直拒绝该众所周知的评价倾向。首先，具体的法律原则增强或降低刑法作为威慑工具之效果具有一定的条件，但在现实世界中，我们能满足这样条件的情况很少。笔者论证的上述问题需要的条件，在我们大多数公民中是缺乏的，并且如果公民不能认识到这些法律，并据此调整他们的行为，那么提案就不会影响公民的守法程度。此外更重要的是，威慑和刑法理论中最基本的公正与该当性概念并无关系。当刑事司法违反道德约束并偏离公正与该当性时，刑事司法制度就是被滥用了。尽管许多学者习惯于认为并期望刑法能在保护被告人权利和维护社会利益之间维持微妙的平衡，但在笔者的这本书中，似乎没有特别关注对社会的保护。然而事实上，笔者同意刑法应具有阻止犯罪的功能。

在判断何种行为应该受到刑事处罚时，我们是在判断我们应阻止何种行为。当然，这种判断所关注的焦点仍然是公正和该当性。

如果没有争议，则如何实现笔者讨论的理论的发展？如果不经常对具有争议的理论问题进行思想上的交锋，那么对研究的规范性问题是没人能得出结论的。笔者在书中提出的一些假设的案例，主要是为了征求读者的意见。在反思平衡的过程中，读者的回应可以用于确认或反对抽象的原则或理论。这种方法论基本上是不可避免的，笔者在本书中偶尔会使用。但是，笔者会避免广泛列举这种充满想象的假设案例，因为在法学领域并不推崇使用太多的假设案例进行研究。读者对这些特殊案例的回应，不具有体系性效应，而且还存在其他的心理歪曲的情况。因此，笔者对这些案例的可信度表示怀疑。在刑法发展的历史上，产生过数量巨大的案件。如果道德哲学家对现实案例熟悉，那么就没有必要设计假设的案例。

当然，笔者认为道德性和以该当性为基础的分析视角，在刑法学界还没有得到普遍认同。据笔者分析，目前刑法学家研究的主流趋势是实证主义。这种研究方法主要是依赖于社会科学，而不是依赖于一般哲学或具体的道德哲学。对此种现象笔者是矛盾的。一方面，刑法理论的研究应该是广泛的，应该接受不同的研究方法，当然也不应排除实证主义方法。因此，对于最近许多刑法哲学家愿意参与到实证研究中，笔者表示赞同。但另一方面，道德争议是不能通过民意调查来解决的，因为民意调查反映的是回应者思考的是什么，并且我们应该不让实证调查把我们从辛辛苦苦维护的规范性结论中分离出来。同时，笔者亦相信公众意见体现的智慧比刑法学者想象得要高。最近几年，甚至有学者已经调查出外行人是如何看待刑法学说的。基于很多原因，这些学者甚至认为公众的正义观，应该反映在刑法实践中。在这些原因



中，至少包括能增强对刑事司法制度之公正的信心，从而加强自愿守法。

笔者基于不同的原因从社会学中寻找数据。例如，令笔者感到震惊的是：刑事实体法中什么程度的宽恕事由才能成为部分或完整的宽恕事由，与被指控犯罪的行为人在请求中提出的部分或完整的宽恕事由的程度差异很大。社会规范在确定宽恕事由之决定因素中的作用很大。研究侵权行为的学者时常指出，理性人不属于统计学上的普通人。这些学者的观点是正确的，但是在刑法领域，该问题就不那么容易回答了。如果施加刑事责任表达的是一种谴责，当然笔者也持这种观点，那么行为人遵守广泛社会规范的事实就有力地证明行为人不应受到惩罚。“但每个人都这样做”之辩护事由，通常都缺乏事实根据。但是，如果被告的请求从经验分析完全是正确的，那么就很难理解被告为什么应该承受刑法施加的污名效应。

此外，法律制度之外追求的社会实践可能比刑法哲学家所思考的社会实践更具有意义。尽管刑法哲学家对于刑罚的本质分歧很大（令大家更熟悉的是这些刑法哲学家对刑罚正当性之分歧），许多学者坚持认为这个意义上的刑事制裁，仅仅只是国家的行为，其旨在使实施了犯罪的行为人承受剥夺权利和污名效应之痛苦。在该书的第十七章“‘已受足够惩罚’辩护事由”部分的论述中，笔者认为企图因犯罪人之犯罪而惩罚犯罪人之个人的反应，可以减轻国家施加的正当刑事制裁。如果笔者是正确的，刑事政策就应该更敏感地捕捉公众对被告的态度。特别是，当公众对那些名人进行谴责，从而使其受到更多的污名痛苦时，他们就可能受到较轻的刑罚。

尽管社会学家在法律哲学中扮演了一定的角色，但是笔者担心最近流行的实证主义趋势会使刑法学者不能成功培养接受以该

当性为基础的方法论的新一代学者。在美国，许多很好的法学院都没有聘请赞同笔者在该书提倡的规范框架的全职教员。然而，该规范框架是非常有价值的，笔者也非常相信确实如此。但是，笔者担心能应用这个方法的年轻学者是相对缺乏的。许多教授刑法的学者不接受义务论式刑法理论，更愿意从公诉人或是辩护律师的职业角度教学。笔者和笔者的同事们会因没有成功培养出以该当性为基本观点的新一代年轻学者而感到遗憾。笔者只希望本书的理论和最近由约翰·加德纳（John Gardner）编写的优秀论文集能起到更大的刺激兴趣的作用。<sup>①</sup>

引起更多的兴趣是必要的。正如笔者所解释的那样，学术界在很大程度上已经忽视刑法理论，但笔者提出的义务道德思想和刑法理论的关系可以解释这种忽视。许多不同的学派的学者遭受了笔者所称的道德论之恐惧：如果某问题的解决有赖于道德争论的解决，那么该问题自然不能得到解决。因此，研究刑法的普遍方法大部分都是借助于社会科学，并且期望借此弄清楚道德正义，这不足为奇。对道德学说的厌恶，使一些学者否认刑法应该被道德约束。许多认为道德是刑法之基础的学者，认为道德结果主义，关于正义与该当性的争论，会使问题变得更难以解决，而且不会取得进步。从抽象角度很难解释道德争论恐惧症。参与道德争论是厌恶道德争论学者的最好解药，而笔者在该书中亦试图这样做。

正如笔者所解释的，刑法理论被忽视具有诸多不同的原因。也许，学者也确信其所作的理论工作不会有积极的成效。笔者熟悉的许多刑法学者，都感叹他们的理论工作对现实世界没有影响

---

<sup>①</sup> 参见 John Gardner, *Offences and Defences* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

力。在我们这些理论学者中，极少有人会认为法学家的著述会对现实世界的政策有实质影响。众所周知，政治家和公众都希望“严厉打击犯罪”，并且普遍抵制使我们的刑罚制度更符合正义和该当性要求。从2008年开始的经济严重衰退，可能会改善这种可怕的情况。因为让一个犯人待在监狱每天要花费80美元，这使那些有着最严厉名声的司法管辖区，也被迫从严厉压制犯罪的实践中撤退。笔者推测我们刑事惩罚机构的改革，不是因为法学家的请求而是因为最近紧张的刑事司法预算。当我们将道德置若罔闻时，经济上的考虑就会占优势。经济考量具有重要意义的这一变化，实质上与刑法理论学者的主张相契合。我们不应该放弃这个机会，向那些愿意接受真正改革的政策制订者们提出建议。如果我们不能明确地知道我们能提出什么建议，那么我们就不能抱怨现实世界对刑法学者的忽视。我们必须准备如何向当局提出更好的修改立法的建议。尽管笔者非常清醒地知道，对于如何鼓励政策制订者实施笔者的建议亦没有很好的建议，但是很显然，鼓励政策制订者接受刑法学者的建议，对于改善刑事实体法至关重要。

笔者之道德构成刑法之基础的观点，对于参与刑事司法日常工作的人而言，可能是不能接受的。现在的刑事司法被称为 *McJustice* 模式，该模式使近95%的案件是通过与被告人进行匆忙的谈判，从而让其认罪的方式而结案的。<sup>①</sup> 负担过重的公诉人和极度超负荷工作的公共辩护人，都参与到辩诉交易制度这个生产线中。刑事实体法中的任何改革，都不可能帮助司法实践者在这种被歪曲的司法制度中有效地扮演好自己的角色。然而，正如许多学者所指出的，如果极少有人自我认罪，案件也不是通过辩诉

<sup>①</sup> New York Times, 11 September 2008 A1: 1.

交易进行，那么我们的刑事司法体系就会崩溃。尽管笔者在该书中提出的解决方案不多，但笔者呼吁犯罪学家和社会学家能够关注这个糟糕的现状，并且提出一些切实可行的解决方案。

专门从事刑事理论研究的法学家主要分为两大派别。一派主要是学术型法学家，这些法学家非常精通道德责任和政治责任，并且努力把其见解应用到刑事责任理论中。这些法学家可能写了很多刑法专著，但几乎没有提及一个案例或法条。另一派是法学教授，这些法学教授知道大量的规范和案例，但是却不熟悉法哲学。这类学者对哲学的精通程度，仅限于如何使其观点在威慑和报应的传统中被接受而适用的哲学程度。当然，一些法学哲学家处于这两个极端中。笔者将自己界定在这两个学派之间。笔者坚定地以现行刑法为基础，从当代道德、政治和社会哲学中吸收大量经验。与之同时，笔者偶尔也会借鉴犯罪学家的实证研究。笔者希望通过努力，领悟这些学科中最好的内容。笔者一直希望笔者的著述，对于法学家而言不要太哲学化，对哲学家而言不要太法律化。读者既不必要是哲学博士，亦不必要是法学博士，就可以理解和评价笔者本书所写的内容。

尽管笔者的研究方法是比较均衡地借助了哲学和法学的方法，但笔者并不认为任何派别都可以借助此路径在刑法理论研究中处于垄断地位。虽然似乎显得很奇怪，但任何一个法律哲学家即使较少关注现行法律，也能做出很大成就。该情形让我们回忆起 60 年代哲学科学的状态。在那个时代，尽管许多学者对科学知之甚少，但许多著名的学者都试图对科学哲学化。然而，对法理学领域广受欢迎的原则和概念的关注，导致对现行法律规则和

学说关注的缺失。例如，假设认为法哲学应该探究法律的必然真理，<sup>①</sup> 那么根据理念，现行法律的规定是如此严格，导致其几乎不可能赢得法哲学家的关注。即使该理念在法学领域貌似有理——笔者对此深表怀疑——但笔者在该书中也不会采取这种研究路径。笔者不会寻找所有刑法体系的共同特征，相反，笔者会均衡地从现行法律和哲学中寻求方法。

将法哲学与现行法律相联系是有益处的。对实际法律实践活动的认识，会帮助我们质疑可能不合理的观点。笔者以学者之间有关疏忽是否应该是一种可能引起刑事责任的主观状态的争论为例。所谓疏忽，是指当理性人处于被告的情形时，能根据客观的标准实施行为，但被告没有根据客观的标准实施行为。一些学者认为在施加刑事责任之前，必须有对危害风险的主观认识。然而，必须要清醒地认识到，在西方所有工业化国家的法律体系中，基于一定的情况会追究疏忽的刑事责任，且这种做法已有很长的历史了。提倡要对此进行改革的激进学者，没有强有力的解释为什么这些处于不同国家和不同时代的立法者是错误的。当然，这些学者可能成功地提出这样一种观点：关于该问题的传统观点可能是错误的。但是，如果不让这些学者理解他们企图纠正的错误为什么是如此普遍，那么这些学者将不太愿意提出与现行的法律实践大相径庭的改革。

此外，我们应该关注法律的合理维度，因此，我们有足够的理由关注现行法律。从道德视角分析，刑法理论的目的是为如何完善刑法内容提供建议，而不是为了废除刑法或将刑法转变为非

---

<sup>①</sup> 尽管后来学者把此概念视为法理学，但法律之真理的概念却在约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz) 的著作中找到。参见 Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979) 104 - 105.

刑法的事物。当然，需要好的基线把改进该机制的建议与取缔该机制的建议进行区分。但无论在何种情况下，若国家刑罚制度不具有合理性维度，则意味着还需要做大量的工作使其具有正当性。在努力使刑事责任的施加具有正当性的过程中，一些学者提出了许多施加合理性刑罚的条件，但这些条件在现实世界中永远也不会被满足。笔者不反对努力描绘我们现在的实践可能达到的理想情况，但是，这些尝试会使我们不清楚这些学者是否认识到刑罚制度的合理。如果我们仅仅提出我们现实的社会实际上不能满足正当化条件，那么我们要使刑罚制度具有正当性的任务就没有完成。

对合理性维度的关注，有助于保证完善刑法的建议具有实现的可能。尽管在哲学中时常论述“向实践转向”，但据笔者调查，许多学术研究显然是不切合实际的，而且这种趋势在法学家中尤其明显。我们的专业提供了理想的出发点，使我们能识别不公正。法哲学家对许多理论进行了讨论，并为此付出了很多心血，但这些讨论对于现实世界而言，太过于抽象和遥远。无穷无尽的对实证主义模式的各种各样的改进，就属于这种现象。笔者不是呼吁回到学者能够更直接参与党派政治的时代。尽管笔者更愿意研究我们周围的不公正，并对不公正进行回应，但是笔者并不期望通过大规模的社会和政治巨变以实现重整。

对现行法律保持敏感度可以避免将刑法理想化。很多时候，理论学者进行学术研究时，好像认为现在的刑法应符合著名的美国《模范刑法典》的原则。事实上，刑法在过去的几十年里，已经发生巨大的变化。特别是联邦的现行法律，惩罚的行为范围已广泛到令人惊讶的程度。任何源自这些新的刑事责任模式的归纳，都将导致与刑法理论家所推崇的规范原则相矛盾。例如，创设的许多犯罪不是为了防止危害，而是为了减少危害风险。如果

我们不从现行的法律归纳一般理论，而是从存在一个多世纪的以核心犯罪为主的刑法进行推论，那么风险防范型犯罪可能看起来不合常规。此外，法典中的法定犯也逐渐增多，如果忽视法定犯，那么我们描绘的理想刑法蓝图将会处在危险之中。但是，这些犯罪没有得到刑法理论家足够的重视。这种忽视是令人遗憾的，因为触犯这些犯罪的人亦会受到惩罚，甚至其受到的刑罚还会非常严重。对于这些犯罪施加的刑罚亦必须具有合理性，但是，构建正当性的刑罚之任务是非常困难的，笔者在本书第十六章“法定犯和报应主义”中，对此进行了以上分析。正如笔者怀疑的，如果这些刑罚不合理，那么我们的刑事司法体系就真的忽视了该当性这一原理。无论在什么地方，都有把刑法理想化的趋势。这种把刑法理想化的趋势，遮盖了需要刑法学者高度关注的问题。

因此，笔者的研究具有实然与应然的特点。笔者把自己的研究视为在现行刑法范畴内进行的研究。笔者尝试描述我们现在拥有的刑法，但是，笔者亦认为现行刑法时常不符合其本身要追求的规范目标。学者要完善刑法的一种方式：指出我们所熟悉的规范性观点实际上是不能支撑引用它们的原则和学说的。当然，最引人注目的不协调的例证是所谓的“行为要件”。笔者在第一章“刑事责任是否需要行为要件”中论及此问题，当然，几乎所有的刑法学家都认为刑法应包含行为要件。毕竟，所有的著作和教材都是这样写的。但对某原则的重复并不意味着支持该原则，所以许多学者为了支持行为要件，对其进行了完善。正如普遍论述的，认为行为是报应谴责和刑罚的必要条件，但是该论点（或类似的论点）并不能支持学者想要得出的结论。相反，这些论点支撑了与之有密切关系的结论——笔者称之为“控制”要求。该矛盾是很重要的，这使我们不应再质疑不具有行为要件的刑事责

任。更确切地说，我们不应再因此类刑事责任不具有行为要件而对其进行质疑。相反，我们应该质疑国家对缺乏行为人控制的状态的情况强加刑事责任。以持有型犯罪为例，尽管缺乏行为要件，但只要行为人对持有状态可以控制，那么对此类被告施加刑事责任就不应遭到反对。此类情况同样适用于不作为。当然，相较于行为人积极所为的，我们对被告不作为而施加刑事责任时，应该更加谨慎。但是，这种谨慎的根据不是由于不作为不是行为。相反，笔者的根据是我们通常（当然不是总是）对作为的结果的控制力高于对不作为结果的控制力。如果笔者的观点是正确的，那么符合控制要件的刑法，与符合行为要件的刑法相比，则更受人欢迎。因此，专注于刑法的实然与应然因素，能帮助完善刑事实体法的内容。

其他在教科书和专著中老生常谈的观点实际上亦会是错误的，不愿承认这种事实会阻碍有益的改革。例如以犯罪动机与刑事责任无关的箴言为例，笔者在第二章“犯罪动机和刑事责任”中对该箴言进行了反思。从实然与应然两方面分析，该箴言都是不准确的。如果我们明确否定该箴言，我们在分析亲属基于同情对绝症且无药可治的病人实施的杀人行为，为什么不应该被视为谋杀时，就不会遭遇尴尬。一些学者用巨大的篇幅说明基于同情的杀人是不作为，但更诚实的方法是将这些杀人行为从谋杀行为中区分出来，并且承认犯罪动机对刑事责任很重要。

当仔细分析刑法分则的现行犯罪时，就会发现刑法总论的很多观点看起来十分令人困惑。例如一般认为罪过应是有序排列的，因此，很多人（例外情况除外）都认为故意犯罪的可谴责性比明知而为的可谴责性高，明知而为的可谴责性比轻率而为的可谴责性高，轻率而为的可谴责性比疏忽而为的可谴责性高。如果这种主观罪过的排列顺序是正确的，那么就可以期望立法框架根



据这些有序排列的每一个主观状态，为实施的同样犯罪行为分别设置不同类型的犯罪。正如笔者在第七章“关联罪过序列原则研究”中分析的，还没有立法框架符合这个期望。谋杀犯罪的结构虽然与此最为接近，但是没有规定让故意导致死亡的行为人，以与明知杀人的行为人不同且应更重的罪进行惩罚。为什么没有立法框架符合我们的期望？答案到底是暗示刑法典需要简单化，还是揭示了刑事责任的一些更深层次、更重要的特点？和许多哲学家一样，笔者亦时常思考自己有兴趣回答的问题。

笔者对刑法理论的一些研究路径，已经超出了现行刑法的范围。贯穿本书的另一个思路是：笔者不愿意绝对地区分为什么我们要惩罚以及我们应该惩罚什么。哈特一个最重要的观点是：这些问题是不同的，并且应该在不同的规范框架内回答。尽管笔者认为刑罚处罚的正当化应该与刑法的内容是相适应的，但笔者接受哈特的大部分观点。刑法最显著的特点是能够施加刑事处罚，而且不可避免地总会有人违反我们实施的刑法。这些违反刑法之人是要受到惩罚的，因此，这些刑罚必须具有正当性。除非改革后的刑法会使刑事责任人受到合理的惩罚，否则我们不支持任何刑法方面的改革。

此外，笔者很坦然地称自己为报应主义者，拒绝在缺乏该当时施加刑罚。显然，对报应主义的本质是有争议的，但笔者一般不对报应主义本质的各种观点进行澄清。但有一点是很明确的：相对于许多法律道德家的主张，笔者否认该当性是刑事制裁的充分条件。由于刑罚制度是由国家和纳税人资助的，因此，与惩罚的该当性理论相比，我们需要更好的理由证明施加这些惩罚是应该的。可以肯定的是，笔者认为直觉激活报应：当按照消极该当性对待行为人时，就不会产生内在的贬值。当刑罚不会产生好的结果时，如果刑罚还具有正当性，那么结果主义就会感到困