

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 39

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

刑法解释专栏

【王祖书】

描述与分析：刑法目的论解释及其周边概念关系的厘清

中国刑法

【王志祥 韩 雪】

论政治权利在宪法学和刑法学上的界定

【何荣功】

危险驾驶罪不应解释为过失抽象危险犯

——与冯军教授商榷

外国刑法

【庞冬梅】

俄罗斯刑罚阶梯制度研究

国际刑法

【王君祥】

美加统一跨境执法合作机制评析

——兼议湄公河流域联合执法安全合作机制的完善

刑事执行法

【郭建安 张崇脉】

战后台湾监狱发展的历史演进

犯罪学与刑事政策

【赵 军】

“自愿年龄线”与儿童性权利的冲突及协调



2014年第3卷
第39卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 39

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 黄晓亮 袁彬 张磊 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法论丛. 2014 年. 第 3 卷: 总第 39 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7089 - 6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 248130 号

刑法论丛 (2014 年第 3 卷 ·
总第 39 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社 · 中国

开本 A5

版本 2014 年 9 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 固安华明印业有限公司

印张 19.625 字数 490 千

印次 2014 年 9 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 - 7089 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

	〔刑法解释专栏〕	
1	刑法确定性与刑法有效性关系辨析 ——兼论刑法实质解释适用规则 赵运锋 杜雪晶	
22	论立法原意	田 维
55	描述与分析:刑法目的论解释及其周边概念关系的 厘清	王祖书
	〔中国刑法〕	
72	论政治权利在宪法学和刑法学上的界定 王志祥 韩 雪	
102	对正当行为与犯罪构成传统关系之 坚持	丁华宇
124	论刑法中治疗行为的正当化	莫洪宪 李颖峰
147	我国刑法中“国家工作人员”概念演变探析 刘志洪	
188	论重罪案件刑事和解司法裁量之衡平	李 翔

226	危险驾驶罪不应解释为过失抽象危险犯 ——与冯军教授商榷	何荣功
256	风险社会下我国食品安全刑法规制的 反思	景 景 王剑波
271	贿赂犯罪罪刑均衡立法体系之构建	柴建桢
304	《大明律》关于贪污贿赂犯罪之规定的立法特色 及其启示	黄晓亮 马邠君
	〔外国刑法〕	
326	俄罗斯刑罚阶梯制度研究	庞冬梅
	〔比较刑法〕	
394	犯罪中止自动性的判断标准	闪 辉
416	有组织犯罪立法的国际谱系	梁利波
	〔国际刑法〕	
450	美加统一跨境执法合作机制评析 ——兼议湄公河流域联合执法安全合作机制的 完善	王君祥
473	打击有组织犯罪的框架决议 ——欧盟如何加强在该领域的立法工作	[英] Valsamis Mitsilegas 著 陈于思 刘丹昊译 时延安校
	〔刑事执行法〕	
502	战后台湾监狱发展的历史演进	郭建安 张崇脉
525	我国农村社区矫正的现状、问题及对策 研究	郭 健 田兴洪 周艳红
	〔犯罪学与刑事政策〕	
570	“自愿年龄线”与儿童性权利的冲突及 协调	赵 军
591	刑事司法公正的影响因素研究述评 ——以刑法立法进程划界	楼伯坤
618	稿 约	

CONTENTS

[Special Column for Interpretation of Criminal Law]

Relationship Analysis between the Criminal Law Certainty and the Criminal Law Effectiveness—and Rule Construction of Criminal Law Essential Interpretation	Zhao Yunfeng & Du Xuejing 1
--	-----------------------------

The Analysis on the Original Intention of Legislation	Tian Wei 22
--	-------------

Description and analysis; The Concept of Teleological Explanation of Criminal Law and Its Surrounding Relation to Clarify	Wang Zushu 55
---	---------------

[Chinese Criminal Law]

On the Definition of Political Rights in the Constitutional Jurisprudence and the Criminal Jurisprudence	Wang Zhixiang & Han Xue 72
--	----------------------------

The Maintenance of the Traditional Relationship between Justification and the Constitution of Crime	Ding Huayu 102
--	----------------

Discussion of the Justification of Treatment Act in Criminal Law	Mo Hongxian & Li Yingfeng 124
---	-------------------------------

Study on the Changing Conception of National Staff in Chinese Criminal Law	Liu Zhihong 147
---	-----------------

On the Equity of Judicial Discretion in Victim – Offender – Reconciliation System of Felony Cases	Li Xiang 188
--	--------------

Crime of Dangerous Driving Should Not Be Regarded As A Kind of Negligent Remote Dangerous Crime	He Ronggong 226
Reflection on Criminal Law Regulation of Food Safety in A Risk Society	Jing Jing & Wang Jianbo 256
Legislation System of the Criminal Balance in Bribery Offenses	Chai Jianzhen 271
The Features and Enlightenments of Da Ming Law in the Crime of Corruption and Bribery	Huang Xiaoliang & Ma Yanjun 304
[Foreign Criminal Law]	
Study of Russian Punishment Ladder System	Pang Dongmei 326
[Comparative Law]	
On the Determining Standard effectiveness of Discon- tinuation Automaticity	Shan Hui 394
The International Spectrum of the Legislation on the Organized Crime	Liang Libo 416
[International Criminal Law]	
Analysis on the Mechanisms of the Integrated Cross - border Law Enforcement Cooperations between Canada and the United States—Also on the Perfection of the Mechanisms for Joint Law Enforcement Security Cooperation in the Mekong River Basin	Wang Junxiang 450
The Council Framework Decision on the Fight against Organised Crime—What can be Done to Strengthen EU legislation in the Field	Valsamis Mitsilegas 473
[Criminal Enforcement Law]	
On the Development of Taiwan's Prisons after World War II	Guo Jianan & Zhang Chongmai 502
Research on the Status Quo, Existing Problems and	

Countermeasures of Rural Community – Corrections in P. R. China	Guo Jian&Tian Xinghong & Zhou Yanhong	525
[Criminology & Criminal Policy]		
Research on Age of Consent and the Best Interests Principle	Zhao Jun	570
A Review of Researching the Influence Factors of Criminal Justice—The Delimitation of the Legislative Process of the Criminal Law	Lou Bokun	591
Notice to Contributors		618

〔刑法解释专栏〕

刑法确定性与刑法有效性关系辨析 ——兼论刑法实质解释适用规则

赵运锋* 杜雪晶**

目 次

一、刑法确定性与刑法有效性内涵诠释

(一) 刑法的确定性

(二) 刑法的有效性

二、刑法确定性与刑法有效性司法困境

三、法律确定性与法律有效性理论梳理

四、刑法实质解释适用规则构建

(一) 刑法实质解释与刑法形式解释

(二) 刑法实质解释的适用规则

近年来,在司法实践上,司法主体经常面临一个问题:如果坚守刑法规范的确定性,则会导致判决结果为社会指责和批判;如果尝试实现刑法的有效性,则会被批评脱逸规范文义而背离刑法原则。针对该问题,理论界没有袖手旁观,试图从不同角度建构理论,以解决因法律文

* 法学博士,上海政法学院刑事司法学院副教授,华东政法大学博士后。

** 法学博士,上海市奉贤区人民检察院副检察长。

本适用导致的确定性与有效性之悖论的问题。比如,吴炳新博士主张在法律适用之妥当性与合理性之间探寻司法真相,陈金钊教授与范进学教授之间展开的关于法治是否应该反对解释的论辩,陈兴良教授与张明楷教授之间进行的刑法实质解释与刑法形式解释之争,理论界关于由刑制罪与刑罚反制之间的争论等。但总的来看,上述理论并非直指法律确定性与法律有效性问题,对其结论不能持拿来主义态度。沿着这个思路,本文将对刑法确定性与刑法有效性之间的关系进行梳理,并尝试建构理论模型以缓解二者之间的张力。

一、刑法确定性与刑法有效性内涵诠释

当刑法制定出来以后,就需要司法主体将其付诸司法实践,以实现立法主体的意图及刑法文本的作用。不过,鉴于法治内涵的多义性,涵盖了从形式法治到实质法治不同向度的内容,所以在司法实践中,司法主体不但需要关注刑法文本的确定性,还要体现刑法文本的有效性。“在司法领域中,法律中的事实性和有效性之间的内在张力,表现为法的确定性和对法的合法运用(也就是作出正确的或正当的判决)之主张这两者之间的张力。”^①

(一) 刑法的确定性

刑法的确定性,是指在实践中,刑法文本适用要保持一贯性与持续性。刑法属于公法范畴,其本质在于约束公权力保护私权利,任何刑法内涵的扩充或限缩都会影响到权力与权利的力量对比。因此,司法主体应保持谨慎和克制,不能肆意改变和完善刑法文本。除此之外,还可从以下三个方面论证刑法需保持确定性:

第一,刑法确定性是对权力分立的尊重。在现代法治社会,立法权

^① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世俊译,三联书店2011年版,第224页。

与司法权分属不同主体,前者为立法主体享有,后者为司法主体行使,这既符合启蒙主义的三权分立理论,也与现代刑法的理论基础相一致,还符合法治社会构建的需要。鉴于此,在司法实践中,刑法确定性就显得很有必要,换言之,司法主体应该尊重刑法文本,而不是擅自变更规范文义或弥补立法裂隙。根据权力分立的政治架构,刑事立法权需要立法主体行使,不管是增设新的立法条文,还是在文义之外扩大或限缩规范内涵,都是立法职责。唯此,才能真正体现现代法治国家权力分立之精神。

第二,刑法确定性是对行为预期的尊重。在法治社会中,司法主体应该依法而治,按照刑法规定对危害行为进行定罪量刑,这是法治固有属性。在法治社会当中,任何公民都可以依据刑法规范判断发生的行为,并对行为之刑法属性进行合理预期。换言之,行为是否构成犯罪、是否需要处以刑罚及处以何种刑罚都可以通过刑法文本反映出来。“如果法官们可以在任何时候轻易转向新的方向,那么人们就很难计划自己的活动。”^①为了达到这个目的,就需要保证刑法文本的确定性,让刑法文本在较长期间内保证文义的稳定和连续,以方便社会民众判断其行为的法律属性。

第三,刑法确定性是对形式法治的尊重。法治概念在内涵上具有层次性,比如,形式法治与实质法治。形式法治强调“以法治国”、“依法办事”的治国方式、制度及其运行机制。形式法治坚持法律文本的封闭性,并认为法律文本包含了解决任何法律问题的答案,主张三段论的司法逻辑。形式法治要求,司法主体应该严格依照法律文本裁量案件,严格限制司法主体的自由裁量权,尤其是肆意解释法律文本的权力。鉴于形式法治的本质属性,司法主体应确保文本内涵不发生改变,抑制创造性和能动性,对弥补法律空白的情形更是严格限制,尤其在刑事司法领域。

^① [美]波斯纳:《法律、实用主义与民主》,苏力译,中国政法大学出版社2005年版,第76页。

(二) 刑法的有效性

法的安定性本身既不是司法唯一的目的,也非保障正义的万能武器,而且其实行也不是没有前提的,前提就是要保证正义的实现,展现法规范的有效性。^① 刑法的有效性,是指刑法文本被社会大众所接受、认可和信仰,司法主体根据刑法文本进行的裁断能为大众接受。近年来,法律的有效性问题日益引起学界的注意,尤其是刑法有效性问题越来越为社会各界关注。关注刑法有效性问题主要出于以下几个方面的原因:

第一,刑法有效性是权利多元化的需求。在计划经济时代,社会相对稳定,流动性不强,公民权利诉求相对较低,对刑法文本的要求不高,对刑法开放性和司法民主性的要求也较低。不过,随着社会转型的深入,各种社会矛盾不断被放大,呈现出集约化效应。社会变革加快导致规范不足,行为失范与规范失位现象很严重。在这种社会状态下,刑法文本仅维持其确定性就显得相对不足,不但不能满足日益增长的社会需要,也不能满足社会主体的权利诉求的需要,于是,刑法文本的有效性逐渐为社会各界关注。

第二,刑法有效性是刑法信仰的需要。任何法律文本必须获得社会主体的认可,才能长期存在和规范公民行为。美国著名学者伯尔曼曾言:法律必须被信仰,否则,形同虚设。^② 至此,法律信仰问题屡屡被理论界探讨和关注。不过,法律要获得信仰,必须符合两个条件:首先,法律符合社会一般正义;其次,依法的裁决具有可接受性。之于刑法文本,也不例外。质言之,若要让刑法文本在法治社会中发挥规制公民行为的作用,就需关注刑法的有效性,也即刑法文本的公众接受性问题。如果还依照严格法治主义的价值观,抑制司法主体的能动性,严格依照

^① 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第275页。

^② [美]哈罗德·伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版。

刑法规范裁量行为,那么裁判结果可能为社会主体质疑和排斥,并最终怀疑刑法文本的必要性和合理性。

第三,刑法有效性是发挥刑法功能的需要。刑法有效性不仅仅指社会可接受性,还包括刑法功能能否顺利发挥。立法主体制定出刑法文本后,就应该在司法实践当中予以适用,以体现刑法文本之作用,比如,威慑功能、教育功能、惩治功能等。在某种程度上,有效性就是刑法功能在实践当中的发挥。相反,如果刑法有效性在实践中搁浅,其上述功能的发挥就会遇到阻力。因此,在实践中,基于发挥刑法功能的目的,也应关注刑法文本有效性,也就是,刑法文本的司法适用能达到立法时的既定预期和合理期待。

确定性和有效性是刑法文本的固有属性,也是法治社会建设必须关注的两个要素。在型构法治社会的过程中,刑法确定性与刑法有效性如果能和谐共存,就会产生非常有利的效果。如果两者不能合理平衡,则会滋生严重的破坏效应。然而,在时下的司法实践中,我们经常能看到刑法文本确定性与刑法文本有效性之间产生张力,对此,必须给予关注,并需构建合理机制以解决之。

二、刑法确定性与刑法有效性司法困境

刑法确定性与刑法有效性属于刑法文本的内在属性,在实践上,两者应得以充分体现。但是,恰恰相反,实践中经常出现刑法文本属性异化的情形,易言之,或者是刑法的确定性被轻易改变,或者是刑法的有效性没有得以实现。对此,我们需对近年来发生在司法领域的解释个案进行梳理,以展示实践中刑法文本确定性或刑法文本有效性遭遇困境的状况,并为下文构建应对机制提供素材和铺垫。

第一,刑法确定性的司法困境。在实践中,司法解释主体在解读规范文本过程中,会突破罪刑法定原则,可能会改变刑法规范的文义,继而损害刑法文本的确定性。司法解释具有二次立法性,一旦解释完毕,则对司法适用具有约束力和影响力。所以改变了刑法文本的内涵和结构,就会危及刑法文本的确定性。下面试举几例进行分析。

2000年11月15日最高人民法院《关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律问题的解释》对审理变造、倒卖变造邮票案件适用法律的问题作出解释:对变造或者倒卖变造的邮票数额较大的,应当依照刑法第227条第1款规定定罪处罚。不过,在这里,“变造”是否可以理解为“伪造”,成为问题。如从用语可能具有的意义的角度来讲,伪造和变造的含义是不相同的。从我国刑法的数个条款均将“伪造”与“变造”分别开来加以使用的角度来看,“伪造”也显然是不能包括“变造”在内的。但是,变造以及倒卖数额较大的邮票的行为,与伪造或者倒卖伪造邮票的行为一样,都是严重扰乱国家对有价票证的管理制度的行为。^①论者在论证上述解释的合法性时,不是从伪造与变造的外延关系上界定,而是基于两者都是严重扰乱国家对有价票证管理制度的行为。但是,这种从社会危害性角度判断犯罪构成符合性的做法正是类推解释的源头。正如有的学者所言,“社会危害性并不具有基本的规范质量和规范性……如果要处罚一个行为,它就可以在任何时候为此提供超越法律规范的根据,因为它是犯罪的本质,在需要情况下是可以决定规范形式的”。^②

2000年最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定:交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。交通肇事罪原本是过失犯罪,根据我国的刑法理论,过失犯罪不能构成共同犯罪。我国《刑法》总则第25条也明确规定:共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。所以根据刑法总则,共同犯罪的主观方面需要由共同故意构成。但是,司法解释突破传统理论与刑法文本,私自扩大交通肇事罪的规制范畴,使交通肇事罪可以构成共同犯罪。2001年4月10日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款规定:“医疗机构或者个人,知道或者应当知

① 参见黎宏:“禁止类推解释之质疑”,载《法学评论》2008年第5期。

② 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第7页。

道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用,对人体健康造成严重危害的,以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”其实,销售医用器材与购买、使用医用器材在性质上根本不能等同,即使把购买后的使用医用器材行为理解为经营行为,经营当中包含销售的内容,这种销售是有偿提供服务,它也不能与销售医用器材等同。

上述司法解释反映了一个问题,有权解释主体为了推动刑法规范与社会现实的衔接,而采取违法扩大规范内涵的解释行为。从目的性上看,司法解释主体是为了强化刑法规范的有效性,以应对多变的社会需要。然而这种追求有效性的行为却伤害了刑法文本的确定性,质言之,上述司法解释是对文本内涵的不当解释,都可以被归到类推解释的范畴。

第二,刑法有效性的司法困境。近年来,在司法实践上,不断出现文本适用结果为社会各界批评或指责的情况,致使刑法文本自身的有效性问题的屡屡被提及,成为实践中司法主体不得不面临的一个重要问题。下面就展示实践当中发生的几个影响颇大的案例。

2006年4月21日晚10时,被告人许霆来到广州某银行的ATM取款机取款。结果取出1000元后,他发现银行卡账户里只被扣了1元,于是连续取款5.4万元。当晚,许霆回到住处,将此事告诉了同伴,两人随即再次前往提款。后经警方查实,许霆先后取款171笔,合计17.5万元。^①在该案中,司法机关认定,行为人许霆盗窃金融机构数额巨大,一审判处他无期徒刑。判决作出后,社会舆论一片哗然。究其原因,是社会主体普遍质疑本案中罪刑均衡的实现程度。对此,可从两个维度考察:第一,从横向来看,就今天而言,立法主体在10年前厘定的盗窃罪量刑标准显然过低;第二,从纵向来看,与贪污贿赂犯罪相比,盗窃罪的无期徒刑的门槛显然过低。源于这些因素,该案的一审判决引起广泛质疑和不满。鉴于案件的舆论关注度,案件在二审法院被发回重申。原审法院根据《刑法》总则第63条规定特殊减刑制度,对原审

① 吴秀云:“许霆案终审仍判五年刑”,载《南方都市报》2008年5月23日。

结果进行改判,判处行为人5年有期徒刑,从而平息了社会大众的不满,并较好地实现了罪刑均衡。

2009年12月18日,浙江省金华市中级人民法院一审认定,被告人吴英于2005年至2007年间,以非法占有为目的,采用虚构事实、隐瞒真相、以高额利息为诱饵等手段,向社会公众非法集资人民币7.7亿元。案发时尚有3.8亿元无法归还,还有大量欠债。一审以集资诈骗罪判处被告人吴英死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。吴英不服一审判决,提起上诉,二审于2011年4月7日开庭,裁定驳回被告人吴英的上诉,维持对被告人吴英的死刑判决,依法报请最高人民法院复核。^① 二审判决结果在全国引起强烈反响,主流意见认为,在金融制度自身不足的情况下,将所有过错归诸行为人,显然是在推卸社会责任。最高人民法院经复核后认为,第一审判决、第二审裁定认定被告人吴英犯集资诈骗罪的事实清楚,证据确实、充分,定性准确,审判程序合法,综合全案考虑,对吴英判处死刑,可不立即执行,裁定发回浙江省高级人民法院重新审判。浙江省高级人民法院经重新审理后认为,被告人吴英集资诈骗数额特别巨大,给受害人造成重大损失,且其行为严重破坏了国家金融管理秩序,危害特别严重,应依法惩处。鉴于吴英归案后如实供述所犯罪行,并主动供述了其贿赂多名公务人员的事实,其中已查证属实并追究刑事责任的3人,综合考虑,对吴英判处死刑,缓期二年执行。

上述司法个案都反映了一个问题,司法主体在对危害行为进行裁判时都是严格依照刑法文本进行的,较好地维护了刑法文本的确定性。然而,一审判决结果却受到社会层面的指责和不满,从而致使刑法文本的有效性受到广泛质疑。

^① 章葭:“吴英案引热议 凸显中国金融体制改革紧迫性”,载 <http://news.xinhuanet.com>,2012年2月6日访问。

三、法律确定性与法律有效性理论梳理

针对法律确定性与法律有效性问题,西方法系的新分析实证主义法学、现实主义法学、建构主义法学、诠释学法学及法律商谈理论都曾做过阐述,下文将进行梳理和评析,既展示西方法学理论在解决法律确定性与有效性问题上取得的成果,还要为后文解决我国刑法确定性与有效性问题提供借鉴。

在实证主义法学看来,立法主体已经为解决社会问题提供了可供适用的文本,司法主体根据立法文本据实裁判即可。换言之,司法主体只是生产线或传声筒,根据法律文本裁剪案件是法官的职责,而不是立法完善或空白弥补。由此,法律确定性在实证主义法学那里未得到强化。不过,法律文本的有效性不是实证主义法学关注的重点,尤其是为了与自然法学相区隔,实证主义法学严格区分道德与法律,并在法律领域将道德因素驱逐出去。法律规范是由词语构成,词语总是涵盖核心领域与边缘领域,在核心领域对词语的解读并不困难,但在边缘领域,往往在词语认识上存有不同,也正是在词语边缘领域滋生了疑难案件。哈特曾指出:“在每个法律制度中,都有宽泛的和重要的领域留待法院或其他官员行使自由裁量权,以使最初含糊的标准变得明确,解决法律的不确定性,或者扩展或者限定由有效判例粗略传达的规则。”^①在此,我们看到,实证主义法学也考虑法律有效性,不过,主张法律的有效性是例外。总体上来看,实证主义法学观显得过于僵化,虽然在特定历史时期对法治社会的建构起到了重要作用,但在社会转型过程中,在权利多元化的诉求中,实证主义法学愈发显得单薄和不足。尤其是在实证主义法学的概念体系中,何谓疑难并没有确切的标准,从词语的逻辑和内涵看,到底核心范畴和边缘范畴的分界点在哪里,也没有进行界定。

① [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第135页。