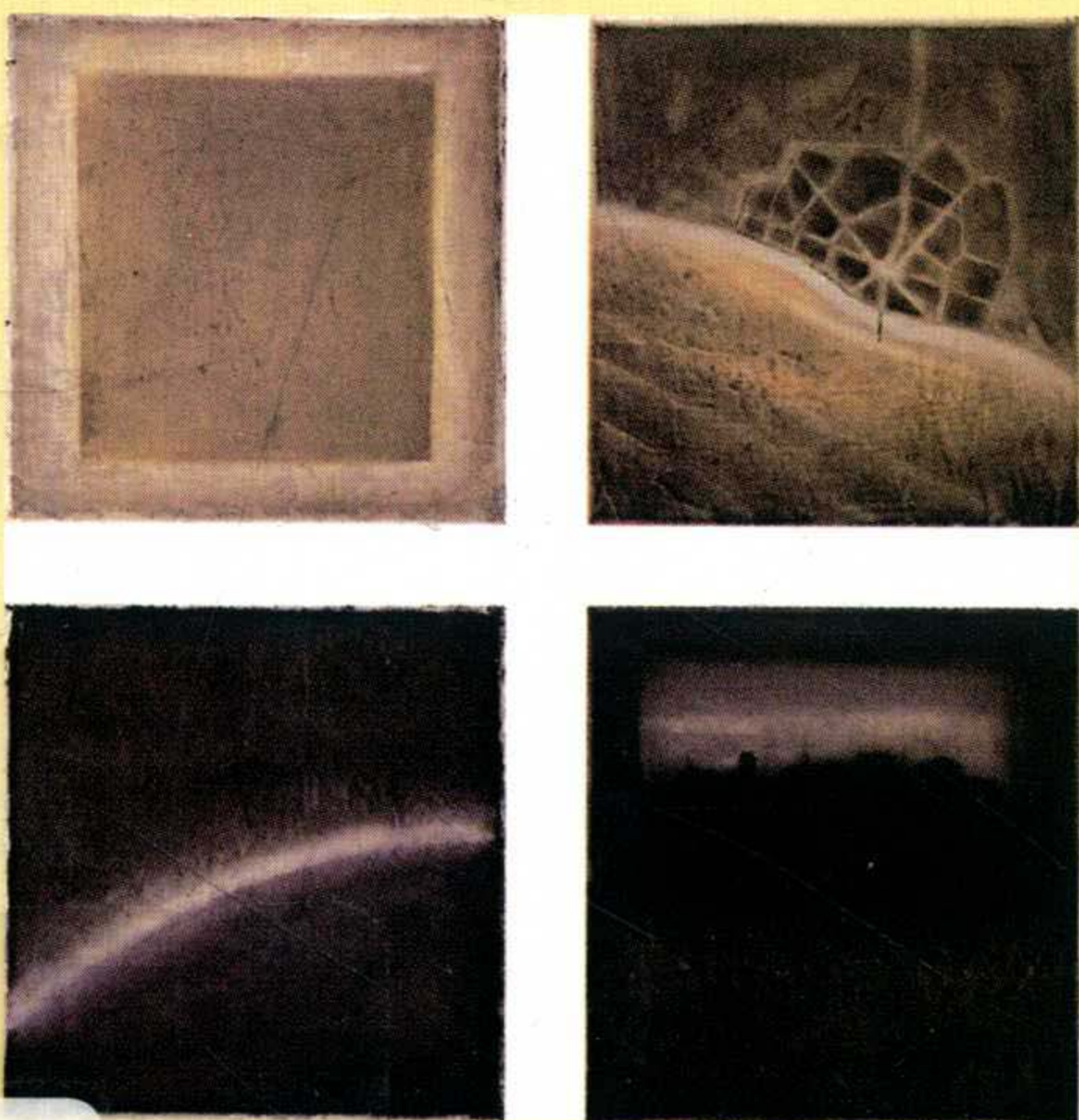
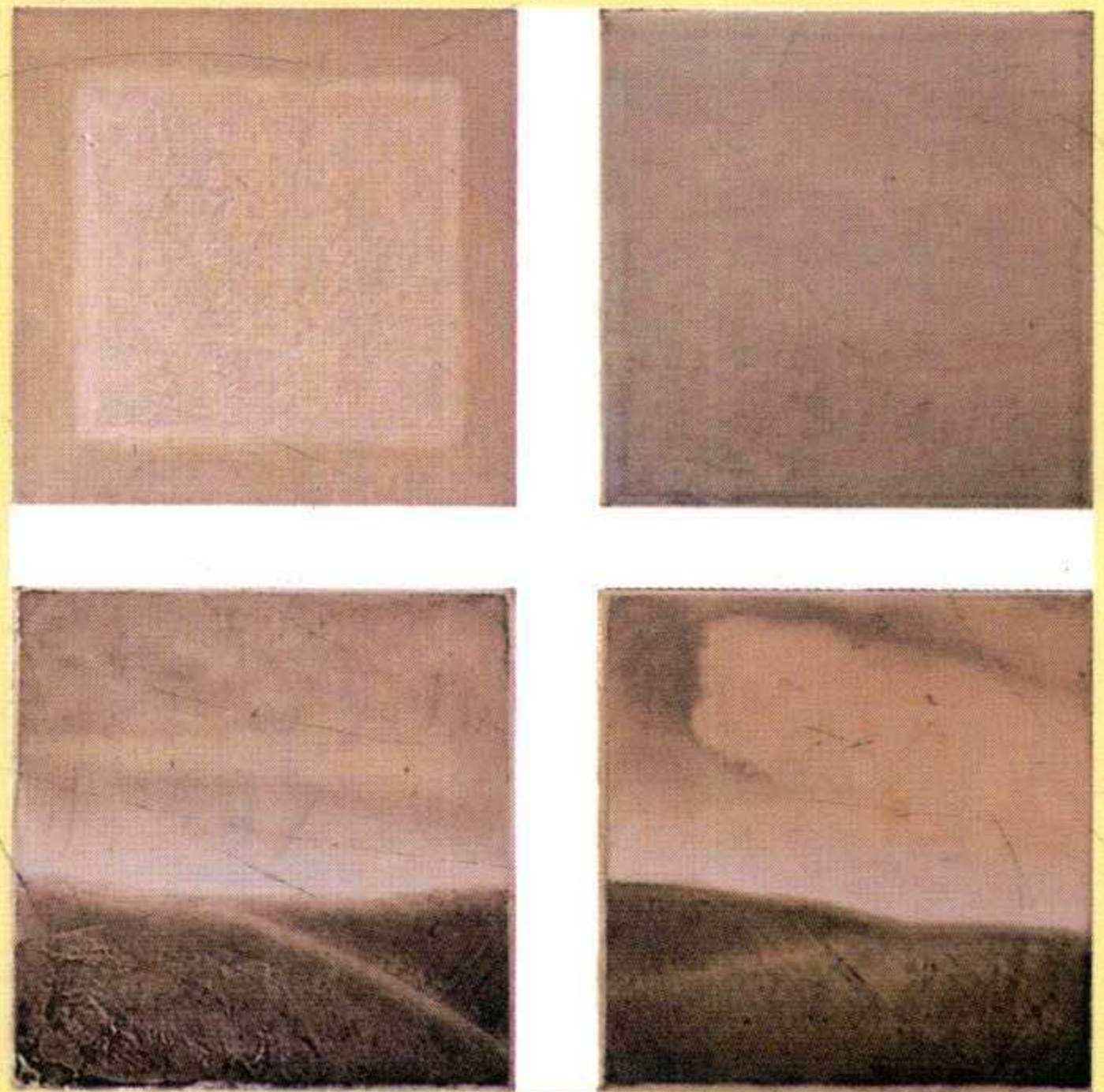


故意与错误论研究

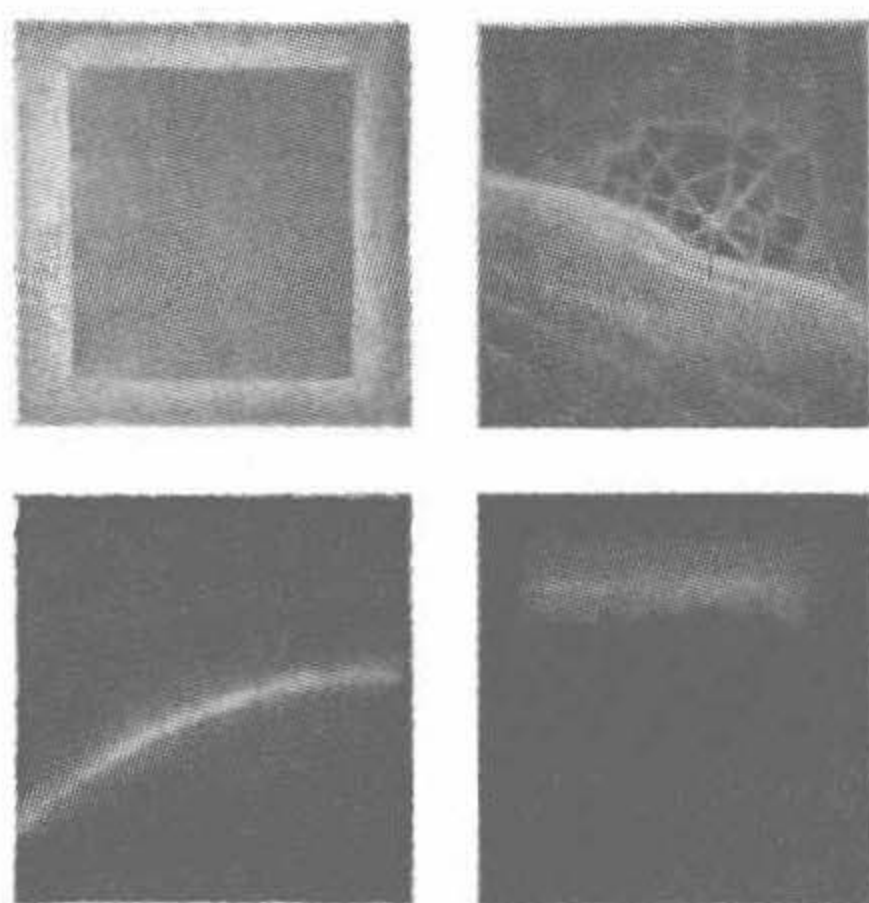
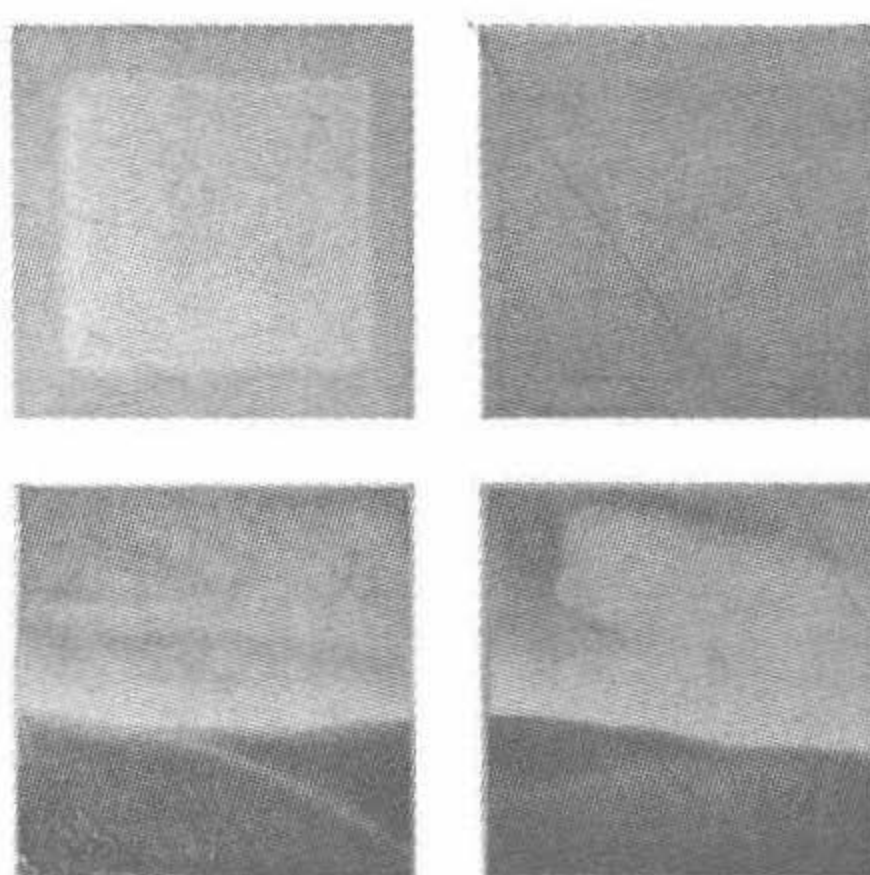
刘明祥 张天虹 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

故意与错误论研究

刘明祥 张天虹 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

故意与错误论研究/刘明祥,张天虹主编. —北京:北京大学出版社,2016.8
ISBN 978-7-301-26624-3

I. ①故… II. ①刘… ②张… III. ①刑事犯罪—中国—文集
IV. ①D924.114-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第297985号

书 名 故意与错误论研究
Guyi yu Cuowu Lun Yanjiu
著作责任者 刘明祥 张天虹 主编
责任编辑 王建君
标准书号 ISBN 978-7-301-26624-3
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 北京大学印刷厂
经 销 者 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 33印张 524千字
2016年8月第1版 2016年8月第1次印刷
定 价 88.00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

前言

内地中青年刑法学者高级论坛已成功举办了九届,台湾地区刑法学者也多次出席论坛活动,有力地推动了海峡两岸刑法学的交流与刑法理论的发展。2013年9月,在陈兴良教授和陈子平教授的倡导下,海峡两岸几十位刑法学者出席了在山西太原举办的“海峡两岸暨内地中青年刑法学者高级论坛”活动。此次学术论坛由中国人民大学刑事法律科学研究中心与山西大学法学院联合主办,北京大学、清华大学、中国政法大学等名校的刑法学科协办。本书即是此次学术会议的文集。出版会议文集本来早已列入计划,之所以推迟至今,是因为有部分会议论文作者要求先在重要刊物发表论文,尔后再纳入文集,而会议举办方也希望将优秀会议论文无遗漏地结集出版。推迟文集的出版时间固然有点儿遗憾,但此次会议议题的重要性和海峡两岸学者提供的高水准的学术论文为我们出版高质量的学术会议文集奠定了基础,因而我们又深感欣慰并对论文作者表示衷心的感谢!

中国人民大学刑事法律科学研究中心 刘明祥

山西大学法学院 张天虹

2016年5月

目 录

第一议题 故意在犯罪论体系中的地位

故意在犯罪论体系中的地位	李圣杰	(3)
刑法中的客观不法与主观不法		
——由故意的体系地位说起	劳东燕	(22)
故意的双重定位		
——以误认阻却违法事由前提事实为例	林钰雄	(59)
论故意在犯罪论体系中的地位	孙运梁	(79)
故意在大陆法系犯罪论体系中的地位	张亚平 郑永川	(96)
故意的犯罪理论的体系归属再认识	杜国伟 姜金良	(110)
犯意和对象变化的犯罪认定	张开骏	(122)
对陈忠林教授不能犯新学说的介评		
——关于故意体系地位的一种动态考察	张理恒	(145)

第二议题 事实的错误

论具体符合说与法定符合说	谢煜伟	(161)
论具体的打击错误	刘明祥	(177)
具体的法定符合说	徐育安	(200)
打击错误中故意符合的探讨	林 维	(210)
论数额的认识错误:以盗窃罪为例	张 勇	(223)

第三议题 违法性的错误

禁止错误法律效果之初探

——为故意理论辩护 薛智仁 (239)

法定犯时代的违法性认识错误 车 浩 (273)

重新检视不法意识于犯罪体系的功能与地位 古承宗 (309)

禁止错误论:返回问题的原点

——对薛智仁教授、车浩教授论文的评论 周光权 (331)

在“公益”与“私权”之间:违法性认识问题再认识

——兼论走向背后的价值取向对探索认识错误问题的启示 王志远 (343)

违法性认识理论的疑义与辨析 陈 磊 (355)

中国语境下行政犯罪的违法性认识及其司法认定 关振海 (376)

英美刑法中错误理论的具体展开

——一个比较法的视角 付玉明 (391)

第四议题 正当化事由的错误

论误想防卫 许恒达 (417)

假想防卫:范围、本质与罪过 张天虹 (454)

“误想防卫”与谈稿 蔡圣伟 (467)

“假想防卫”:分析与综合 曲新久 (477)

假想防卫的假想内容之辨析 夏 勇 李正新 (481)

原因自由行为下正当化前提事实错误之处理 陈建桦 (494)

阶层体系下正当化情状错误问题的困境与破解 张健一 (504)

第一议题

故意在犯罪论体系中的地位

故意在犯罪论体系中的地位

李圣杰^{*}

一、犯罪理论的体系功能

在理论是用来解决复杂问题的前提观念下,犯罪理论的知识功能很清楚地可以从其理论的符号意义,将其理解为解决犯罪问题的理论。这里所谓解决犯罪问题的表达,并不是指从犯罪学的角度看待犯罪行为的成因,或从被害者学的观察,探究犯罪被害人损害填补的应对方式。而是运用释义学的论证方法,分别考量行为对于人类共同生活之危害程度,以及行为必须以刑罚回应的特性后,在犯罪的规范面向上,诠释什么样的行为可以被定位为犯罪,并且研究究竟犯罪应该具备哪些要件的理论。

当犯罪概念经由犯罪理论的运作被清晰呈现,且成为研究社群的典范基础后,共识的犯罪概念才可以经由分析,呈现为在案例事实中必须存在的犯罪要件。但是此时犯罪理论不当然具备所谓的体系意义,因为犯罪理论如果只是被设定为论证犯罪必须具备一定数目的犯罪要件的理论时,那么个别犯罪要件之间的关系,不论是横向或纵向的结构关联,就犯罪的描述来说,就不是那么重要了。^①特别是当犯罪检验的操作涉及两个不同法系的审查方法时,犯罪理论的目的与犯罪理论的体系功能更不能混同为同一事物本质,因为涉及体系的论述,不只是处理行为是否成立犯罪的说理,必须进一步论证体系要素间的逻辑关联与结构运用的一贯

^{*} 政治大学法学院副教授,德国雷根斯堡大学法学博士。

^① 参见黄荣坚:《故意的定义与定位》,载《台大法学论丛》1998年第28卷第1期,第147页。

思考。^① 为了能够清楚说明故意要素在犯罪判断中会因为犯罪理论的发展而变更其体系地位,并使读者了解其在体系中扮演的角色,本文首先从犯罪理论的体系意义出发,然后论述故意要素在个别犯罪理论的定位,尤其针对所谓故意的双重功能,本文尝试在不同功能的说明后,进一步论证故意在不同的体系要素间应该被认识的内涵差异。

(一) 体系意义

在肯定体系发展路线的主张中,一般认为犯罪判断体系的建立,在于将经由犯罪理论所分析呈现的众多犯罪要件,通过整理并归纳为一个有秩序的系统。^② 就犯罪理论的应用而言,这无疑是犯罪理论去抽象化后,表现在具体案例之犯罪判断的体系实效,是法律思考得以实证化、系统化的科学经验。^③

1. 建立犯罪检验结构

当犯罪要件彼此之间的关联性与检视顺序,确实可以被合理、清楚地说明时,也意味着每一个犯罪要件的内涵以及检验标准,在论理逻辑方面存在充分基础,同时伴随个别要件设计的不可替代性。此时体系本身不再是充满理论性的抽象说理描述,而是具体可以操作的流程,是呈现犯罪检验结果的判断公式。如果将案例事实比喻为还没有经过整理分析的原料,那么体系本身就像是一座经过精密设计的机器,原则上只要将原料来源的案例事实稍加整理,再启动这一体系“机器”的“生产线”运作,就可以“产出”犯罪判断的“产品”,而且无论是由什么人来按下开启机器的按钮,对产品的出产而言,不是那么重要,也不会影响产品的品质。除此之

① 相对于台湾地区对于犯罪行为的判断,实务与学界已经接受遵循体系检验的操作思考,参见梁恒昌:《刑法总论》(第14版),1986年版,第6页以下;韩忠谟:《刑法原理》(第15版),台北五南图书出版公司1982年版,第81页以下;林东茂:《刑法综览》(第5版),一品文化出版社2007年版,第1—44页。大陆对于犯罪检验是不是需要建构或引进逻辑式的审查体系,在学界中应该还存在着很大的对话空间,参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第119页。

② 参见洪福增:《犯罪理论体系之构成》,载《刑事法杂志》第15卷第5期,第1页。就刑法研究的发展而言,台湾地区对于犯罪体系的介绍,相关文献出现的时间不能算晚,相关文献的回顾分析,参见许玉秀:《犯罪阶层体系及其方法论》,2000年版,绪论,第II页;而大陆近年来也已经正视体系发展的正向功能,参见周光权:《犯罪论体系的改造》,法律出版社2009年版,第240页以下。

③ 参见苏俊雄:《刑法总论II》,台北元照出版公司1998年版,第4页。

外,在犯罪审查时遵循体系运作的制式操作,也不会遗漏必须被检验的要素,因此在实务方面具有应用价值。^①

由于每一个检验要素的存在,都有其自身的个别意义,在思考犯罪体系的结构时,也必须连带对犯罪类型的区隔有完整的处理,使体系化的系统呈现附加的类型化功能。例如在结果犯的检验中,是否存在构成要件结果是检视案例事实中因果关系的判断先决要素,如果没有结果发生,在判断的操作上,根本不需要检视因果关系是否存在,行为人的行为自然不会成立结果犯的既遂犯^②,因此行为犯与结果犯不但在犯罪性质上必须被区分,在检验犯罪是否成立时,也会有不一样的操作判断流程,使判断犯罪的方法更具经济性。而在思考犯罪体系结构时,为了能够系统性地表现体系检验机能,不论是犯罪要件或形成个别犯罪要件的组成要素,在体系建构时,都应该尽可能考量其横向与纵向的逻辑关联。所谓横向关联,是指在架构设计应当思考检验要素或要件皆具备时,是否足以成就要件或上位概念的充分性;而纵向关联主要是表现于要件或要素间的顺序检验关系。一方面,纵向关联的应用使得体系操作成为一种阶层式的表达系统。另一方面,为了降低判断结果的不确定性,除非涉及检验对象的特殊性质,否则审查的检验要素,应该尽量避免直接以价值或层升的审查标准呈现。

2. 限缩司法恣意

借由体系化精致犯罪检验的思考,尤其对于刑法适用有特别的意义。因为刑罚权的发动本身也是一种对人民行为自由的限制,当国家或地区以保护人民生活甚或社会、国家或地区利益为口号,逐渐扩大对人民自由的干涉而以刑罚制裁时,所谓的罪刑法定原则有可能不再足以充分保护人民自由。在这样的趋势下,精致每一个规范要件内涵,并借由体系结构捍卫其恰如其分的角色扮演,至少可以在一定程度上管制国家或地区权力不当扩张的风险。

除了限制国家或地区行政权不当地向刑法领域扩张外,现代社会人民对于重大犯罪的被害情绪感受,往往经由媒体的报道,而被夸张地放大。由于可能接受的资讯渠道,在高度科技发展的情况下,很难被合理有

① Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., 2006, § 7, Rn. 39.

② Vgl. Hoyer, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1996, S. 29.

效地管理。为了防范犯罪判断随着社会情绪不同程度地发酵,而迷失司法应该固守的刑法原则,借助犯罪判断的体系架构,至少在刑法机能的基础上,能够钳制司法肆意解释规范的危险性。面对纷杂多样的案例事实,可以在犯罪判断时有较为一贯的结果期待性,不至于因为必须回应单纯法感的社会秩序,而模糊刑法谦抑性的基本要求。

(二) 实质到形式的转置替代

1. 溯源于实质描述的形式犯罪概念

相较于《中华人民共和国刑法》以立法的方式在第 13 条明确规定了犯罪的实质定义,台湾地区的“刑法”规范,并没有借由立法解释来定义犯罪概念。尽管如此,为了能够充分说明犯罪概念,刑法学者在犯罪理论的说理当中,还是尝试对“什么是犯罪行为”进行描述性的诠释,然后开展犯罪要件的论理。从这个出发点思考下,犯罪依其刑罚法律效果的特质,以复合概念的方式被实质呈现为:犯罪是高度侵害人类生活利益而具有应刑罚性(Strafwürdigkeit),以及考量犯罪刑事政策后,确定行为必须以刑罚制裁而需具有刑罚性(Strafbedürftigkeit)的行为。^①不可讳言,这样一个以“应刑罚”与“需刑罚”为内涵的概念定义,事实上只是一种语意符号替代性的置换。就犯罪基本要件的确定而言,不但因为描述内涵的高度抽象性与不确定性,而不容易掌握,更无法利用这样的表达有效达成犯罪判断的任务。^②有论者甚至主张所谓需罚性的考量,应只涉及行为人刑罚适格(Person der Täter)的特殊刑事政策选择,而不具有一般性的普遍意义。^③

为了凸显犯罪行为侵害人类生活利益的核心观点,并呼应费尔巴哈

① Vgl. Rudolphi in: SK-StGB, Vor § 19, Rn. 12;同时参见陈子平:《刑法总论》(第2版),台北元照出版公司2008年版,第89页;林山田:《刑法通论》(上)(第10版),2008年自版,第171页。

② Vgl. Lenckner in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, Vorbem. §§ 13, Rn. 13/14.

③ Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 52, I, 1, S. 551f. 为了避免与罪责要件对于行为人判断要素的描述混淆,在此不以“人格”对应 Person 的翻译,而意译为行为人“刑罚适格”。

(Feuerbach)为了避免王权恣意所主张之罪刑法定原则^①,德国刑法学者李斯特(Liszt)尝试厘清实质犯罪意义所包括之“行为违反社会性”与“行为可受刑罚制裁”的不同内涵,主张犯罪是应该“以刑罚加以制裁,而具有罪责之违反规范”(normwidrig)的行为。^②在这里要特别注意的是,李斯特在早期的著述中对于所谓违反规范的描述,必须在内涵理解上刻意与犯罪判断体系之“违法性”(Rechtswidrigkeit)概念加以区隔。相对于违法性在犯罪体系中所扮演的不法表征角色^③,这里的违反规范的符号意涵反而比较接近不法(Unrecht)的指涉范畴,主要是用来彰显行为具备刑事不法的样态概念(Artbegriff)。^④

2. 替代实质犯罪概念

犯罪是行为人所为具有不法而有罪责的行为,因此成为比较没有争议的犯罪定义^⑤,而经由李斯特对于犯罪实质定义所筛选之“不法”与“罪责”的要件,并延伸成为后来的形式犯罪概念的基础,成为犯罪形式概念与实质概念的重要交集。由于违反刑法规范的行为,如果在案例事实中欠缺罪责要件,尚不足以构成犯罪,使得犯罪的判断逻辑必然呈现行为人的罪责只能在不法的评价之后才处理,不法和罪责两个犯罪要件因此同

① 费尔巴哈以心理强制的观点,奠定罪刑法定原则,相关论述参见徐育安:《费尔巴哈之故意理论及其影响》,载《政大法学评论》2009年第109期,第11页以下。在18世纪时,同样为了避免刑罚权的任意发动,有论者则是立足于社会契约的出发,主张在维护人类共同生活必要利益的前提下,人民自决性的部分自由的抛弃,并给予刑法对于自由限制的刑罚权正当性基础,参见〔意〕贝卡利亚:《犯罪与刑罚》,李茂生译,协志工业丛书出版有限公司1993年版,第6、10页。这样的思考同时也支配着犯罪理论对于犯罪描述的发展。

② Vgl. v. Liszt, Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, § 17, S. 64.

③ 在犯罪三阶层的判断体系中,违法性被赋予在构成要件合致的检验后,表征行为具有刑事不法的推定功能,参见林钰雄:《新刑法总则》(第3版),台北元照出版公司2011年版,第224页;陈子平:《刑法总论》(第2版),台北元照出版公司2008年版,第111页。

④ Vgl. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, § 26, S. 146. 虽然在日常的语言沟通,不法与违法性常被混用,但在体系架构的角色,不法与违法性必须区隔,最明显的是,不法是一种价值判断,为层升概念,而违法性则是一种存在判断,在体系操作中,只被赋予存在或不存在之全有或全无的判断,vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 36. Aufl., 2006, § 8, Rn. 281.

⑤ 参见黄荣坚:《基础刑法学》(上)(第4版),台北元照出版公司2012年版,第169页;vgl. auch Hoyer, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1996, S. 13; Samson, Strafrecht I, 7. Aufl., 1988, S. 122.

时呈现出判断体系的结构逻辑,成为最基本的犯罪体系架构。^①

当犯罪的内涵经由不法和罪责两个不同的要件确立,对犯罪概念的分析重心,则明显在结合刑法规范的明确性要求后,转向形式的体系化讨论。尽管抽象的实质犯罪意义在刑事立法时仍扮演着闭锁刑法肥大化的重要角色,但是一个能够经由体系操作,而具体检验行为是否成立犯罪的形式犯罪意义,却因为提供司法实务分析犯罪成立的实际操作方法,尤其显现形式犯罪意义无法取代的本质功能。随着犯罪理论百年来的发展,日趋成熟的体系结构一再细致形式犯罪意义,借由实务判断犯罪的实用价值,如今形式犯罪意义显然比实质犯罪意义受到更多的重视。

二、故意要素的定位更替

当犯罪理论结合体系功能,相关判断要素往往会因为判断犯罪的核心概念改变,而变动其在犯罪判断体系中的定位与内涵。如同前文所论及,早在1881年构成要件理论出现之前,一个以不法与罪责为基本要件之犯罪基本体系已经由李斯特提出。^②1906年Beling在《犯罪理论》(*Lehre vom Verbrechen*)一书中,强调以构成要件概念落实罪刑法定与犯罪行为类型化功能,犯罪判断的操作因此呈现出以构成要件该当性、违法性与罪责顺序检验之三阶层体系的雏形,这一检验架构为多数刑法学者沿用至今。^③为了能够清楚说明在犯罪判断体系中故意要素定位变动的意义,以下首先简述理论的变动发展。

(一) 犯罪理论的变动发展

1. 古典犯罪理论与新古典犯罪理论

受到欧洲启蒙运动的影响,李斯特从经验实证出发,借由犯罪是具有

① Vgl. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, § 26, S. 145; Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 1, Rn. 22.

② Vgl. v. Liszt, Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, § 17, S. 64. 有文献认为,1867年德国民事法学者Jhering对于善意无权占有,区分处理无恶意的善意与不法的无权,为不法与罪责区隔评价的滥觞,参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第36页;Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., 2006, § 10, Rdnr. 91.

③ 参见蔡墩铭:《刑法精义》,2000年版,第42页;韩忠谟:《刑法原理》(第15版),台北五南图书出版公司1982年版,第83页;vgl. auch Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2001, S. 15.

违法性之行为人有罪责之行为的实质犯罪概念,以“不法”与“罪责”架构了犯罪最基本的要件。其中对于行为违法规范的认定,则纯粹以具有任意性动作造成违法结果进行客观审查。^①其后 Beling 以构成要件为犯罪类型的规范意义,架构犯罪检验的第一阶层判断,行为是否符合构成要件的检验,成为案例事实行为成立犯罪的前提基准^②,并以“构成要件”与“违法性”依序呈现行为刑事不法的客观检验。^③行为在客观形式上符合犯罪构成要件的规定后,推定行为具有违法性,除非案例事实有法律规定的阻却违法事由存在,才可能推翻违法性的推定,当行为的违法性因为存在有阻却违法事由而被推翻,尽管行为符合犯罪构成要件的规定,行为仍被理解为不具有刑事不法。至于罪责则为犯罪的主观情状,行为人犯罪的心理状态,在罪责阶段才被探究。该犯罪理论奠定了犯罪之构成要件、违法性与罪责三阶层犯罪判断体系,并导引后续犯罪理论的发展,为了相关理论辨识上的区隔,后人称其为古典犯罪理论。

受到以德国西南学派之价值论哲学为主之新康德学派关于价值观念的影响,构成要件规范不可避免会加入社会意涵的价值判断,构成要件之定型化概念,不再被认为是一种单纯的指导形象,而是违法性的存立根据。^④使得部分刑法的概念,例如不法、社会损害性与非难性等,与价值评价发生了密切的关联性,并且分别在古典犯罪理论所主张之构成要件、违法性与罪责等犯罪要件的检验要素中,产生了结构内涵的变化。但由于此一理论基本上还是沿袭了古典犯罪理论三阶层判断体系的架构,只是修正个别犯罪要件并加入价值要素的调整,今人因此以新古典犯罪理论称之。在犯罪构成要件中,新古典犯罪理论在特定犯罪类型,除了认为应该容许有规范性的构成要件要素外,还发现部分犯罪类型必须加入“主观不法要素”的补充。至于足以证立行为之违反性推定的阻却违法事由,除了法律明文规定外,也可以以社会价值介入判断,而增加实质阻却违法事由(由于为法律所尚未规定,学界或称超法规阻却违法事由)。至于在罪责部分,则是以特定规范的遵守所呈现的“规范遵守的期待可能性”,

① Vgl. v. Liszt, Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, § 22, S. 83.

② 参见柯耀程:《刑法构成要件解析》,三民书局2010年版,第6页。

③ 参见苏俊雄:《新康德学派价值论哲学对于近代犯罪理论结构之影响》,载《刑事法杂志》第10卷第4期,第45—46页。

④ 同上注,第53—57页。

经由介入价值思考判断社会对于行为的非难态度。就罪责而言,新古典理论不再保留古典犯罪理论的心理罪责理论,而是在价值观点上采取规范罪责理论。^① 尽管如此,新古典犯罪理论对于行为人主观上是否认识行为违法的故意要素判断,仍与古典犯罪理论采取相同结构设计,直至罪责阶段,才加以判断。

2. 目的犯罪理论

目的理论为目的行为理论创造者 Welzel 以目的行为理论为基础所发展建立。而在 20 世纪 30 年代被多数德国刑法学者所接受,继而在第二次世界大战后也大规模地影响了相关继受德国刑法理论的大陆法系国家或地区。

目的犯罪理论认为,犯罪体系关于行为刑事不法的检视必须考量行为人主观不法的目的要素。^② 在这样的出发点下,即使是同一法益受到的侵害,仍应认为故意与过失两种犯罪形态有不一样程度的不法内涵。Welzel 认为对行为人是否存在故意或过失的检验,不可以像古典与新古典犯罪理论直至罪责阶层才被判断,而应该在构成要件阶段就应该在架构体系上区分故意与过失行为的不同评价。构成要件必须区分客观构成要件与主观构成要件,行为人的主观不法要素属于主观构成要件的判断要素。^③

目的犯罪理论使犯罪评价的重心偏向主观化的探究,在构成要件之法益破坏的评价中,除了要满足客观的构成要件要素,还要全面介入主观构成要件要素的审查。不法概念的论证不再只是满足法益是否遭到危险或破坏的客观状态,而是必须进一步说明行为人破坏法益的主观现象。至于罪责的内涵,目的犯罪理论虽然仍然采取新古典理论规范罪责理论,但是在罪责要素中,故意与不法意识被表现为不同内涵概念的罪责要素,欠缺犯意的行为,只是涉及行为人的不法意识,与故意毫无关联。^④ 而就故意犯而言,故意不但为主观构成要件要素,同时也是罪责要素,具备所

① 参见林东茂:《刑法综览》(第5版),一品文化出版社2007年版社,第1—56页。

② Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeitete u. erweiterte Aufl., 1969, S. 58, 60-61.

③ Ibid., S. 61.

④ Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, § 22, V, 3, S. 212.

谓的故意双重功能。^①

由于对于目的犯罪理论的建立 Welzel 的论述居功厥伟,往往使人误认为目的犯罪理论的支持者同时也接受了目的行为理论,并用以判断刑法之行为的存在。事实上目的行为理论与目的犯罪理论所处理的事务并没有同一性,目的行为理论是行为理论的一种说法,主要在于论述什么样的人类的动作可以被看做刑法上的行为,继而可以成为犯罪判断的对象;而目的犯罪理论在于论证犯罪要件应有的条件,两者应该清楚地区分。由于目的行为理论在过失行为的检验时,特别是无认识的过失,无法提供合理说明,即使是主张目的犯罪理论者,也多数未能接受目的行为理论。然而,必须承认的是,直至 20 世纪末,目的犯罪理论仍是当时刑法理论架构犯罪判断体系的通说,且拥有支配地位。

3. 目的理性理论

目的理性理论的建构,是德国刑法学者罗克辛在客观归责理论适用的思考前提下逐渐形成的。目的理性理论在不法与罪责两个犯罪核心概念下,主要有两个涉及体系基础的重要主张,其一为客观归责理论的提出,其二是尝试以刑罚威吓之预防必要性论证刑法的负责性(strafrechtliche Verantwortlichkeit)的观点,取代目的犯罪理论所建构之罪责概念,而兼就行为的可非难性与犯罪的预防重新解构罪责的角色。^②有别于客观归责理论在建构行为刑事不法结构时引起的广泛影响,罗克辛关于罪责之负责性的论述,基本上尚未获得多数学者的支持。^③

相对于目的犯罪理论凸显行为人主观目的评价的论述,客观归责理论则是强调刑法的规范目的才应该是检验行为刑事不法的核心思考,而重新将犯罪判断的重心拉回到行为的客观层面。支持目的理性理论的学者认为,客观上法益的破坏虽然是判断犯罪的重要前提,但是即使就客观构成要件检验而言,也不是唯一的判断标准。尤其是结果犯,对于结果的发生除了论证法益侵害与行为具有因果关联外,还必须进一步考量结果是否可以归咎于行为的归责判断。在这样的犯罪判断体系下,客观归责

① Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 36. Aufl., 2006, § 5, Rn. 142f.

② Vgl. Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Band I, 4. Aufl., 2006, § 19, Rn. 3ff.; 并参见黄荣坚:《基础刑法学》(下)(第4版),台北元照出版公司2012年版,第604—605页。

③ 关于以责任性取代传统罪责要件的判断的理论批判,参见林钰雄:《新刑法总则》(第3版),台北元照出版公司2011年版,第299页。