

当代世界学术名著



刑事政策与 刑法体系

(第二版)



Strafrechtssystem
(Second Edition)

[德] 克劳斯·罗克辛 (Claus Roxin) / 著
蔡桂生 / 译

 中国人民大学出版社

当代世界学术名著

刑事政策与 刑法体系

(第二版)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事政策与刑法体系 / (德) 罗克辛著; 蔡桂生译. — 2 版. — 北京: 中国人民大学出版社, 2010
(当代世界学术名著)
ISBN 978-7-300-13247-1

I. ①刑… II. ①罗…②蔡… III. ①刑事政策-研究②刑法-研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 255917 号

当代世界学术名著

刑事政策与刑法体系 (第二版)

[德] 克劳斯·罗克辛 (Claus Roxin) 著

蔡桂生 译

Xingshizhengce yu Xingfatixi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本 版 次 2011 年 1 月第 1 版

印 张 6.5 插页 2 印 次 2011 年 1 月第 1 次印刷

字 数 82 000 定 价 19.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

常为新的刑法学

（译者序）

如果将人类知识智慧比作一棵大树，那么法学就只是处在最外围的树枝，乃至仅仅是树叶。法体系中，刑法又是最后的手段。但是，没了树叶，树的生命会受到威胁；没有刑法，法体系也就失去了保障。可以说，刑法学是社会治理机制中最末端的学问。由于刑法涉及对人的财产、自由，乃至生命的剥夺，出于谨慎性的要求，刑法学需要考虑到个体、社会和国家之间形形色色的联系。仅仅考虑刑法条文的规定，那不仅是不够的，而且也很可能是危险的。但是，刑事司法的主要任务是适用刑事法律、作出刑事判决，它不可以过分进入其他领域和行业，并以其他领域和行业的标准来履行其责任。为了保证刑事案件处理的正义，刑事司法以及主要研究刑法规范之适用的刑法教义学，就有必要吸收与社会治理机制有关的各个学科成果，包括法学、社会科学各领域、人文科学乃至自然科学，以避免教义成为教条。

德国刑法学作为刑法教义学的集大成者，早在19世纪末20世纪初的李斯特时代，就已经大力倡导“整体刑法学”，主张将与犯罪和刑罚相关的所有科学都纳入刑事科学的屋檐下，进行整体的研究，以告别以往的偏仄的单一学科视角。可以说，整个20世纪，德国刑法学都没有忘记李斯特，自他以来，经由梅茨格尔、韦尔策尔、耶赛克等，哪位刑法学巨匠仅研习刑法教义学一个学科？梅茨格尔的犯罪学、韦尔策尔的法哲学、耶赛克的刑事政策学均在他们的时代中占据领先地位。至今，在弗莱堡的马普外国



刑法和国际刑法研究所，仍然是犯罪学和刑法学的联合。近一百年来，德国刑法学的世界地位也许与此不无关系。当代的罗克辛教授和雅各布斯教授均是机能主义刑法学的领军人物，正如罗克辛教授本人所认可的那样，刑法学要“不断地走到全新的起点上”，可以说，他们的刑法学说的机能性使得德国刑法学继续延续着其上百年的魅力。

的确，路要常走常新。对于绵延了五千年且具有海纳百川之胸怀的东方中国而言，近百年的转型使我们不断走在全新的起点上，因此，不能放弃全面、系统地学习他人历史经验的机会。就末端的刑法学而言，其当然也依赖于社会的整体状况，但是，当下的社会也处在日新月异的变化之中，刑法学自然也就不得裹足不前。我国版本的“整体刑法学”由储槐植先生提出，称为“刑事一体化”。时至今日，我国刑法学界中，能兼顾学说和判例，又能同时熟练驾驭刑法和刑事诉讼法两个学科者仍然不是很多。对于“刑事一体化”而言，我们可以说的只是一——工作正在迅速启动中。不过，我们不必因此而悲观。

这样，我们就有了摆在我们面前的这本小册子：《刑事政策与刑法体系》。它是由德国刑法学、刑事诉讼法学、刑事政策学家克劳斯·罗克辛教授于1970年5月13日在柏林所作的演讲增补而成的，同年由柏林市的Walter de Gruyter & Co. 出版社收录于法学家协会文丛出版；三年后，罗克辛教授为该小册子增添了后记，并再由Walter de Gruyter & Co. 出版社出了第二版。然而，就是这么个小册子，却在德国刑法学的对外学术交流中有着不同寻常的意义。首先，在1972年，该小册子由西班牙学者弗汉西斯科·姆罗兹·孔德（Francisco Muñoz Conde，2008年12月、2009年10月曾访问我国北京）首先译为西班牙文，该译本出版于巴塞罗那的Bosch出版社；在2000年，该译本在阿根廷的Hammurabi出版社又出了第二版，罗克辛教授用西班牙文为第二版写了序。也是在

1972年，日本学者齐藤诚二的日文译本出版。次年，这个小册子影响到了英语学界，J. 弗斯伯利（J. Fosberry）翻译的英文译本面世。在1973年原著第二版出版后，韩国学者金日秀（其《韩国刑法总论》的中文版已由武汉大学出版社出版）将之译为韩文，即首尔Bak Young SA出版社1984年出版的译本。1986年，该小册子的意大利文译本在那不勒斯（Guida Editori出版社）诞生，1998年，该小册子被重新收录进意大利刑法学的一本文集中。2000年和2002年，该小册子以巴西葡萄牙语在巴西里约热内卢和圣保罗的Renovar出版社连续出了两版。截至2009年，该小册子一共被译为六种外国文字出版，三四十年来在世界范围内产生了相当大的影响力，成为了罗克辛教授在《德国刑法学总论》之外，被译为最多种外国文字的另一刑法学著作。该书不仅表现出了早年的罗克辛教授对于刑法教义学高屋建瓴的眼界，而且他在本书中所展示出的对国内外刑事案例的把握，以及对于宪法行政法、民法乃至法学以外知识的敏锐触角，都让译者瞻仰到了大师的本色。

初遇《刑事政策与刑法体系》一书的大名，是我刚开始在未名湖边读书期间，那时我不经意间在某个文献里模糊地瞥见了它。由于我很喜欢将各类刑法文献的参考书目或注释加以仔细通读，后来，我发现，不论在中国刑法学者还是在外国刑法学者的著作中，都能不时看见对这本书的引用，我想，这一定是本很厚的论著吧，但苦于资料所限，未能亲见该书。2009年，受国家公派，我赴德国波恩大学刑事法研究所留学，到波恩的第一个星期，就在研究所的图书馆中发现了这本原版书，刚看到该书时，着实吃了一惊，原来这书只有43页（第二版增至50页）。我开始想，其中肯定蕴藏有巨大的能量，回家阅读之后，不得不为它所吸引，因为这真是一本德国刑法教义学史上划时代的著作。在某种意义上，该书也高度浓缩了罗克辛教授在刑法教义学上的核



心观点。

在《刑事政策与刑法体系》之前，罗克辛教授在其教授资格论文《正犯与犯罪行为支配》(Täterschaft und Tatherrschaft)中就已经提出了支配犯和义务犯的区分，这可以说是罗克辛教授之机能主义刑法学的萌芽。而在该小册子中，他将机能主义的思想贯彻到了犯罪论体系的每个阶层，大胆提出了刑事政策与刑法体系相结合的思想，从而在韦尔策尔目的论体系的狂飙之后，将德国刑法学带上了一条机能主义刑法学的新路，而这，在德国本土、西班牙、葡萄牙、奥地利以外的大陆法系国家是还没有系统出现的。将该小册子译为中文，乃是给受日本刑法学以及苏俄刑法学影响较大的中国刑法学捎去刑法学故乡的一缕历史上的清新的空气，通过这个小册子，译者也试图说明，机能主义刑法学同样也是值得中国借鉴和思考的，中国刑法学和德国刑法学虽然处在不同的发展阶段上，但是，刑法学思想不仅是超国界的，而且有时也许是超阶段的。

这本小书中同时还有罗克辛教授的另一篇讲演《构建刑法体系的思考》，这是教授于2009年6月完成，秋天在拉美进行的多次讲演的文字稿。将这篇浓炼了德国刑法教义学史的新讲演与《刑事政策与刑法体系》一起奉献给中国读者，乃是罗克辛教授亲自提出的“好主意”，译者也十分认同。引人无限遐思的是，这两篇讲演诞生的历史跨度近四十年，讲演内容从19世纪末直到21世纪初，也已经跨越了德国乃至世界刑法学的不同阶段了。

在本书的翻译中，译者有幸得到了导师陈兴良先生的鼓励，是他的慧眼，让译者在翻译中拥有不竭的动力；在版权和与作者的联系上，译者得到了樊文博士、江溯博士、何庆仁博士的指点和罗克辛先生的秘书玛丽斯·科廷(Marlies Kotting)女士的肯定；同时，波恩大学中文系的同学Vanessa Foo和Sofija也在德语文法上给予了译者不少帮助。尤其让译者感到欣喜、同时更多地

体会到身上责任的是，罗克辛先生本人不仅欣然允许我这个后辈翻译他的书，而且慷慨赐序，并给我寄来了最新的讲演，还不忘同时鼓励后辈。另外，需要说明的是，书中前后两篇讲演分别在《刑事法评论》和《中外法学》中作为文章刊载过，十分感谢陈兴良教授和梁根林教授的认可。将这两篇讲演在中国人民大学出版社出版单行本，除了为保持《刑事政策与刑法体系》一书的既有形式以外，也体现了这两篇讲演可能的意义。作品的修改和订正真是一项无止境的工作，永远都有改进的余地。在出版前，我对这两篇讲演又做了个别译法上的修改。中国人民大学出版社法律出版分社的编辑老师为此付出了特别的操劳。对于这本小书所得到的各方帮助和恩情，译者谨致以衷心谢忱；尽管很多事情并不是简单地道声谢就能够回报的，我现在所能做和应该做的，就是努力于译事，磨炼自己的内心，并希望有助于他人。必须坦白承认的是，过去我在读译著时，常常会在心里挑剔译文的缺陷，现在也轮到自己作出反省了。虽然译者本着忠实原文，且充分注意中文习惯的原则来从事此项翻译，但仍不免会产生译事上的种种缺陷和谬误，这是必须由译者自负的，这并不是套话，恳请读者来信不吝批评、指正，我的联系方式是 caiguishenglaw@gmail.com。最后，但愿这本小书能给读者带来新的想法和心得。

蔡桂生

于德国波恩市莱茵河畔小屋

2009年12月5日

断续修改至2010年4月

中文版序言

这本呈现在读者面前的小册子，包含了论及刑事政策与刑法体系之关系的两篇中文译作。这两篇作品在产生时间上跨越了四十年。第一篇作品产生于1970年。它以纲领性的方式，努力将刑法总论的体系建立在刑事政策的指导思路上：构成要件所遵循的是法的明确性原则。在违法性这一犯罪阶层，则依照各种特定的秩序原则，利用正当化事由来解决社会冲突，这些秩序原则有自我保护（Selbstschutz）、权利证明（Rechtsbewährung）和利益衡量（Interessenabwägung）等等。紧接着，就是答责性这个范畴了，该范畴所考虑的是可罚性。按照我的方案，在具体案件中，可罚性需要接受双重的限制：其一是，个人的罪责大小，其二是，为了预防所需的刑罚幅度。

这些基础性的思想，在德国以及世界上受到了高度的关注。在我的刑法总论教科书中，这些思想有着更为详细的阐述，而且，我的总论教科书第一卷也有中文版了。

本书中的第二篇译作，尚未在德国书面发表。它是我于2009年在欧洲以外的许多不同国家所做的一篇讲演。这篇讲演描摹了20世纪刑法体系思想的演变，并对这些不同的方案做了批判性（kritisch）讨论。同时，于这篇报告中，我还试图在某些重点的地方继续深化我在第一篇作品中所提出的那些思路。

刑法上的不法包括了构成要件和违法性这两个犯罪阶层。对于这种不法，我现在是从刑法的任务中将之导引出来的。在我看来，刑法的任务是法益保护。我们将法益理解为：对于人类和平、自由地共同生活所必不可少的那些前提条件。在刑法上保护法益，



只有通过如下的方式才是可能的，即：禁止为法益创造不被容许的风险（比如，无视安全规章），并将实现这种风险作为一种不法行为（比如，过失致人死亡）而归属给行为人。这也就是我所提出的客观归属理论的基本思路。在我的教科书中，我详细阐述了客观归属理论，该理论在德国得到了广泛的贯彻，并在国际上引起了热烈讨论。

“不法”需要从刑法的刑事政策性任务中导引得出教义学上的各种结论，在“不法”之后，是考察行为人的“答责性”（Verantwortlichkeit）这一犯罪阶层。在该阶层，则应根据具体情况下所要科处的刑罚来确定“答责性”。虽然在第一篇作品中，我就已经阐述过，刑罚同时取决于罪责和预防性的刑罚需要性（präventives Strafbedürfnis）这两个因素；但是，基于所谓的“救助性刑讯”和击落由恐怖分子劫持的客机这类激烈论争着的新课题，我又将我的这个方案应用到了最新的讨论之下。

我希望，我的思考能够在中国得到响应，这种响应是令人感兴趣的。我于2006年的中国之旅以及我收到的我的教科书的中国读者们写来的书信，已经使我看到，中国的法律学者们正在多么目光犀利、多么有为地参与刑法的国际对话。眼下的这本论述应该能推动进一步的对话。

我感谢我的译者蔡桂生先生出色的工作、感谢中国人民大学出版社对出版该书的热情以及对该书漂亮的打点。

克劳斯·罗克辛

2010年4月于慕尼黑

目 录



刑事政策与刑法体系	1
一	3
二	8
三	11
四	13
五	15
六	20
七	22
八	31
九	41
十	49
作者后记	53
构建刑法体系的思考	61
一、导言	63



二、以存在论为根基的刑法体系	64
三、我本人以刑事政策为基础构建的体系之原理	70
四、雅各布斯的刑法构造之体系性理论	83
五、结论	93

•

刑事政策与刑法体系

刑事政策与刑法体系



刑事政策与刑法体系*

(1970年5月13日)

“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”——弗朗茨·冯·李斯特的这句名言^①道出了刑法与刑事政策二者之间的紧张关系，这种紧张关系在我们当下的学术研究中依然无处不在。这句名言使得：人们在按照符合实证原理之规则对社会失范行为（Verhalten）**进

* 作者注：该书是在1970年5月13日我于柏林的讲演稿的基础上扩充而成的，当时由于时间的关系没能完全展开。该书是要首次尝试，将我的刑法论著中发展起来的方法论和教义学上的基本结论——当然还是粗略和零碎的——总结成为体系性的整体性方案。除了出于这个想法以外，在该书中，由于我在论述时仅仅是对我先前的论述进行了提示，出于对这些先前的论述进行进一步论述的必要，我不断地引用我先前的著作，这是我需要请求读者理解的。而且，我的注释中对于其他作者的提示和与他们之间的辩论，也主要是为了通过例示使得我的主题更为清晰。在众多的主题中，将文献全面地列示出来，自然就不是本书追求的目标。

** 本处“sozial abweichendes Verhalten”译为“社会失范行为”，乃是考虑到“失范行为”一词已在犯罪学领域基本通行。而在通常情况下，我一般是将“Verhalten”译为“举止”，这主要是涉及它与Handlung的区分，Verhalten是指一种自然朴素的、裸的举止，不附带有人的主观因素在里面，而Handlung是一种人的（有主观支配的）行为，已经不再是Verhalten，故而在没有特别标明的情况下，本书将Verhalten译为“举止”，Handlung译为“行为”。——译者注

① 见：《刑法学论文和讲演》（Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge），第2卷，1905年版，第80页。这两卷本汇编了李斯特1904年之前的小论文，对于每个研究李斯特的人来说，这里面包含了那些最基本的资料。在1970年的时候，通过影印的方式，柏林的Walter de Gruyter出版社让这两卷本又再版面世。关于李斯特，现今可参见《纪念李斯特》（Franz von Liszt zum Gedächtnis），1969年版（同时见诸《整体刑法学杂志》（ZStW），第81卷，第3册）。



行目的性处理的同时，也受到更为严格意义上的司法方法的限制，这种司法方法便是对犯罪前提进行成体系的、概念化的加工和安排。或者，我们可以更简练地说：这句名言一方面将刑法视为社会科学，另一方面又视其为法律科学。在李斯特亲自创建的“整体刑法学”的双重特性里，体现着互相疏离的两股趋势：具体而言，一方面，他将体现整体社会意义之目的的、与犯罪作斗争的方法，按照他的话，也就是刑法的社会任务，归于刑事政策；另一方面，按照刑法的司法意义，法治国—自由的机能，亦即法律的平等适用和保障个体自由免受“利维坦”^②的干涉的机能，则应归于刑法。在这里，还要再提及李斯特带来的另两个说法（而这如今已为刑法学者频繁引用）。这两个说法便是：第一，李斯特的划时代的马堡项目（Marburger Programm）贯彻了“刑法的目的性思想（Zweckgedanke）”^③，这个目的性的思想可以指导刑事政策；第二，按照李斯特的话说，刑法典作为“犯罪人的大宪章”^④，不是对“整体，而是对叛逆的个人”^④提供保护，同时，它赋予犯罪人“仅仅在法定的前提下、且仅仅是在法定的界限内才受处罚”^④的权利。当时，目的性思想方案中充斥着的做法是：不考虑“‘古典犯罪学家’所设定的形式上的种种束缚（Formel-Krimskrams）……而针对单个个体来作出裁决”，“而却（希望）这些裁决会有助于社会整体”^④；对此，李斯特是持反对意见的。他的真实想法是^⑤：“只要我们在努力追求，对孤立的公民对抗国家权力恣意独裁的自由提供保护，只要我们还恪守罪刑法定原则，那么，

② 见：《刑法学论文和讲演》（Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge），第2卷，1905年版，第80页。

③ 首见于《整体刑法学杂志》，第3卷，1882年，第1页及以下几页；然后见于《刑法学论文和讲演》，第1卷，1905年版，第126页及以下几页。

④ 见：《刑法学论文和讲演》（Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge），第2卷，1905年版，第80页。

⑤ 《刑法学论文和讲演》，第2卷，1905年版，第434页。

按照科学的基本原则进行法律解释（Gesetzeauslegung）的严谨方法，也就同时贯彻了其高度的政策意义。”

从这个原理出发，相对于刑事政策所有的目标设定而言，刑法体系的工作^⑥则具有不同的、乃至相反的任务。李斯特本人在他教科书的最后一版^⑦中还这样说道：目前* 仍然流行的犯罪论构造的基本特征“在刑法学上的下一步任务是：从法技术的角度考虑将犯罪和刑罚理解成为可普遍化的概念，将法律的个别规定提升成为最后的基本概念和基本原则，乃至发展成为封闭的体系”。按照他的观点^⑧，法律科学必须“成为并且保持其作为一种真正的体系性科学；因为只有体系性的认识秩序才能够保证对所有的细节进行安全和完备的掌控，从而不再流于偶然和专断，否则，法律适用就总是停留在业余水平之上”。

他在进行这一提示的同时，还陈述了些很重要的话。这些话在我们今天论述刑法体系性构造的意义的时候还屡屡地在教科书中加以提及。相应地，韦尔策尔^⑨在论述刑法科学时是这样写的：“作为体系性的科学，刑法学需要为平等而正义的法律判决提供理

* 指罗克辛教授发表该演讲的时候，即 20 世纪六七十年代。下文提到的现今、当下、今天等，都指的是该时代，不再赘注。——译者注

⑥ 在本书的论述中，是以这一法律体系构造的法理上的基本认识为前提的，也就是说，不能将这种基本认识割裂开来处理。恩吉施（Engisch）有个出色的介绍和总结，还列出了进一步的文献，见，恩吉斯：《法体系构造的意义和范围》（Sinn und Tragweite juristischer Systematik），载《大学》（Studium Generale），1957 年版，第 173～190 页。早期的文献，可代表性地参见拉德布鲁赫（Radbruch）：《刑法体系性意义中的行为概念》（Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem），1903 年版，同作者：《犯罪论体系研究》（Zur Systematik der Verbrechenslehre），弗兰克一专辑（Frank-Festausgabe），第 1 卷，1930 年版，第 158 页及以下几页；齐默耳（Zimmerl）：《刑法体系的构造》（Der Aufbau des Strafrechtssystems），1930 年版。

⑦ 第 21/22 版，1919 年版，第 1、2 页。基础地，参见《刑法学论文和讲演》，第 1 卷，1905 年版，第 212 页及以下几页。

⑧ 李斯特：《刑法教科书》，第 21/22 版，1919 年版，第 2 页。

⑨ 《德国刑法》（Das deutsche Strafrecht），第 11 版，1969 年版，第 1 页。