



刑事法学诸子论丛 1

许玉秀 著

当代刑法思潮



中国民主法制出版社



刑事法学诸子论丛 ①

当代刑法思潮

许玉秀 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代刑法思潮/许玉秀著. —北京:中国民主法制出版社, 2005

ISBN 7-80219-034-7

I. 当 ... II. 许 ... III. 刑法-研究-中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 126615 号

责任编辑:刘玥

书名/当代刑法思潮

DANGDAI XINGFA SICHAO

作者/许玉秀 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/26.375 字数/708 千字

版本/2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

印刷/霸州福利胶印厂

书号/ISBN 7-80219-034-7/D·924

定价/56.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

刑事法学诸子论丛

编委会

编委会主任： 何秉松

编 委： （按姓氏笔划排序）

王作富	刘仁文	刘家琛
曲新久	许玉秀	李茂生
何秉松	何 鹏	沈仲平
张晋藩	陈光中	康树华
储槐植	蔡墩铭	戴玉忠

献给

母亲许潘己妹女士

暨

Günther Jakobs (波恩大学)

Ingeborg Puppe (波恩大学)

Klaus Tiedemann (波恩大学)

Claus Roxin (慕尼黑大学)

Bernd Schünemann (慕尼黑大学)

诸位刑法学前辈



本书作者：许玉秀

简历：

现职：台湾“司法院”大法官、台湾政治大学法学院兼任教授

经历：台湾政治大学法学院教授、德国 Humboldt 基金会研究学者

学历：台湾政治大学法学硕士、德国 Freiburg 大学刑事法学博士

《刑事法学诸子论丛》总序

《刑事法学诸子论丛》出版优秀的中国刑事法学论著。这是广义的刑事法学，包括刑法学、刑法哲学、刑法史学、刑事政策学、犯罪学、监狱学、犯罪心理学、刑事诉讼法学等一切属于刑事方面的学科在内。出版论丛的目的，是为了发展和繁荣刑事法学。为此，就必须在学术上坚持自由与创新。自由是科学的本性，创新是科学的生命。没有自由，科学将沦为奴婢；没有创新，科学将枯萎死亡，何来繁荣与发展？

“诸子”一词，有多种含义，其中之一是指先秦汉初的各派学者及其著作。这些中华民族的精英，正是以其伟大的自由与创新的精神，造就了中国文化史上光辉灿烂的一页。我们借用“诸子”一词，把这套论丛，取名为《刑事法学诸子论丛》，就是希望当代中国的刑事法学学者，继承和发扬先哲的优秀传统，创造出有重要学术价值和实践意义的优秀著作，发展和繁荣刑事法学。

为了实现这个目的，我们成立了一个编委会，聘请刑事法学各个学科的杰出学者担任编委，负责推荐和审定书稿。为了广纳百川之水，文库不仅面向中国大陆，而且也面向港澳台，因此，我们还聘请港澳台著名的刑事法学的杰出学者担任论丛的编委。编委会由以下15人组成（按姓氏笔划为序）：

王作富（中国人民大学名誉教授）

刘仁文（中国社科院法学所研究员、中国政法大学博士）

刘家琛（山东大学客座教授、一级大法官，原最高人民法院副院长）

曲新久（中国政法大学教授、中国政法大学博士）

许玉秀（台湾政治大学教授、德国佛莱堡大学法学博士、大法官）

李茂生（台湾大学教授、日本一桥大学博士）

何秉松（中国政法大学教授、山东大学特聘教授）

何 鹏（吉林大学教授）

沈仲平（山东大学客座教授、中国政法大学博士、香港副首席检察官）

张晋藩（中国政法大学终身教授）

陈光中（中国政法大学终身教授）

康树华（北京大学教授）

储槐植（北京大学教授）

蔡墩铭（台湾大学教授、德国佛莱堡大学法学博士）

戴玉忠（最高人民法院检察院研究室主任，部级督导员）

《刑事法学诸子论丛》与《外国刑法理论名著新著译丛》是孪生姐妹。它们肩负共同的使命，但有不同的分工。

感谢中国民主法制出版社的支持，与我们签订了这个出版合同。我们希望这对孪生姐妹，健康长寿，出色地完成其历史使命。

刑事法学文库编委会主任

何秉松于北京静斋

2005年10月26日

《当代刑法思潮》序

中国以唐律驰名世界法律史，如今却要辛勤向外学习法律制度！如果能看透地球运转的原理，看穿人类文化演进的轨迹，不必感到沮丧。一直到19世纪中叶，德国刑法书中，还经常夹杂着一大段、一大段的拉丁文，德国刑法学继受、诠释意大利刑法好几个世纪，到了20世纪，刑法学是德国法学最畅销的出口商品，德国在五大洲建立世界上最大的刑法帝国，让德国刑法学者不管国内地位如何，都能不时出巡海外市场。

物理学上，不管有没有必要，还无法让太阳在同一时间照到地球的每个角落，但是透过信息科技的协助，透过网际网络的普及，全球化的意义是：知识的太阳的确可以同时照射到地球的每个角落。20世纪初期，为了唤回离开中国这块土地许久的太阳，有所谓取经西洋、引进国外先进理论和中学西学为体为用的说法。到了21世纪，这样的说法已经霉腐了。21世纪是全球同时对话的世纪，网际网络破除物理空间的藩篱，也破除文化围墙，每一个人藉由和别人不分畛域的对话而确立他的存在空间。

1986年初，在德国完成博士学位回台湾之前，有位德国同行好奇地问我，为什么要在德国写博士论文？我的回答是，重点不是在德国写，而是用德文写，因为必须进入德文的对话场域，才能够印证从德国文献上所获得的学习心得。刚回台湾时，顿失对话伙伴

的感觉，让我拿捏不准下笔的尺度，一直到1989年认识了Schünemann（慕尼黑大学）、Jakobs（波恩大学）、Puppe（波恩大学）几位教授，我才摆脱无法全面对话的不安。这几位教授，都是国际上领导刑法时尚的创意大师，和他们对话，可以帮助我扭转无法在第一场域进行对话的劣势，这本书里面所收录的作品，正是过去十几年来，尽量突破物理空间的限制，和世界上领导刑法研究潮流的一些创意对话的纪录。

语言所造成的封闭，让任何想超越语言界限进行对话的人，经常必须先耐心地还原对话伙伴的思想，这其间如何恰到好处，如何不会流于翻译，如何不会只是鹦鹉学舌，如何不会涉嫌抄袭，如何不会故意或过失地扭曲，如何能忠实而精准地诠释，是很严肃的一种挑战，也往往是一种折磨，如果不能通过这个试练，不可能找到足以和对话伙伴相抗衡的对话基点，那么，或者根本对不成话，或者只是一场自以为是的自言自语，或者竟是一片面目全非的扭曲。

我不真正知道，这过去十几年的记录，是记录了自己所肯定的是，抑或竟沦于自己所批评的不是？所知道的是，始终诚心诚意要走正直的路，所幸，辛苦还受得住，所以也还有足够的力气往前走。因着这还算正面的经验，借这个机会，和刚才学术起步的朋友们分享：不能看轻整理文献的工作，必定能彻底深入，才可能自由浅出，将一本书用一两页、甚至数行字加以精确掌握，不下苦工做不到，没有“我”这个诠释主体，也做不到。这是做学问的基本功，功夫下得越深，越容易找到有效的对话基点。

这本书收录的作品，触及刑法基础理论几个重要的部分，但是基础尚浅者不能从第一页读起。我的建议是：先读第三篇故意与过失，而后读第二篇犯罪阶层体系，其后读第四篇客观归责理论，接着读第一篇当代刑法思潮，第五篇以后顺序不论，爱怎么读就怎么

读。其中第一篇当代刑法思潮是最近的作品，在海峡两岸几乎同时出版，对犯罪阶层体系的最终反省结论在这一篇文章中才出现；第二篇第二章论及错误与不法和罪责阶层，尚未收录在春风煦日系列丛中，本书第一次收录；第三篇第一章故意论，则是重新整理客观的故意概念、区分故意与过失、故意与过失竞合以及前年发表的择一故意四篇文章，有些部分是至今尚未发表的新作；第四篇第四章客观归责理论的回顾与前瞻，则是由四篇文章组成：客观归责理论的回顾与前瞻（2000）、Die objective Zurechnungslehre in Taiwan（台湾的客观归责理论）（2001）、客观归责的射程范围（2000）和累积因果关系与危险升高理论（2002），这四篇也尚未收录于春风煦日系列丛中。

学术作品不同于艺术作品之处，在于它们必须清楚呈现学习脉络，才能降低学习成本、提升进步的速度，脚注因此是现代学术著作极重要的学术指针。翔实的脚注是作者对读者最起码的贡献，作者从既有文献中或者找不到灵感，并不表示读者没有能力看出端倪。让读者能按图索骥，重新处理材料，才可能产生新的诠释主体，才能提供思想突破的可能性和进步的机会。即便是批判，也必定蕴藏传承！掩饰思想形成脉络的代价是很大的，最终的结局就是文化没落。本书因为由不同时期的作品编纂而成，批注的方式并不完全一样，不同的批注方式，代表作者不同时期的研究心得，变动的理由，无非是为了降低缮打校对犯错的风险，以及服务读者的方便，而不是为了呈现自己的善变。旧作当中，除了故意论更新部分脚注，并且全部更新批注方式之外，其余维持不变，个中当然不无偷懒成分。

八年前，有个学生怪我过于疏懒，因为还没有等到我的教科书。这是个中肯的批评，我的确疏懒。2002年年底中国人民大学

冯军教授询问我出书意愿，拖到今年四月底才给他篇章目录，没有冯教授的督促，这本书出不来；他甚至热心引荐刑法专业研究生吕英杰同学帮忙校稿，使我倍感压力。想到吕同学在没有空调的学校宿舍斗室为这本书挥汗校对，不免惴惴不安；也是在她告知部分文章已完成缮打之后，我才捧着良心尽力配合，陆续交出部分稿件。从她透过电子邮件所提出来的问题，包括德文的错字，可以察觉她的敏锐，可以察觉她受过良好的刑法学基础训练，而她并没有学过德文！何其有幸？能拥有如此高品质的校稿伙伴！如果还有错漏之处，那完全是因为原稿错处太多，摘拾不尽！这本书制作期间，冯军教授适有德国行，他为这本书越洋忙碌，所费的心力，直让我觉得坐享其成，不无惶恐！

我的学生彭文茂和吴勇毅同学，将故意论一章排版和校对成能交出去的模样，让我不致太过辜负冯教授的鼓励和吕小姐的协助。当代刑法思潮一文，由彭文茂同学负责他所痛恨的缮打工作，他不只是一位缮打者，他自我完成的德文和哲学训练，以及查询资料文献的效率，让我期待他未来能成为学术伙伴。这本书七十余万字，其中大部分的第一稿，也就是将彻头彻尾的凌乱潦草化为方块工整，由恽纯良同学以数不清的深夜到清晨独立完成。

这本书扛着这么多恩情，只有读者的热情能够回报。

许玉秀

2003年1月12日于台湾台北

目录

第一篇 当代刑法思潮

3	楔子
3	壹、破题
3	一、时间世代与观念空间
5	二、本文的主题脉络
8	贰、存在论 vs 规范论
8	一、20 世纪下半叶以后的论辩
11	二、Jakobs 的规范论
14	三、Schünemann 的并存论
19	四、实然与应然辩证地存在——方法目的关系
28	叁、人的变貌
28	一、道德上自主的人
29	二、生态人类
30	三、风险意识主体

32	肆、主观不法 vs 客观不法
32	一、个人不法的意义
34	二、个人行为能力是主观不法要素
35	伍、不法与罪责
35	一、不法与罪责分合史
38	二、区分不法与罪责的意义
39	三、不法与罪责的五种解释
42	四、不法与罪责的规范性依据
45	五、个人避免可能性和不法意识的定位
47	陆、刑事政策上的展望
47	一、正面预防
48	二、没有监狱的社会
50	三、废刑思想

第二篇 犯罪阶层体系

53	第一章 犯罪阶层体系及其方法论
53	第一节 绪论
53	壹、前言
56	貳、建立犯罪阶层体系的必要性
56	一、犯罪阶层理论效用之争
59	二、体系化等于精致化

61	三、有利知识传承与保障裁判的公平
62	四、阶层体系的选择 = 解释方法的逻辑
63	第二节 犯罪阶层理论
63	壹、各种犯罪阶层体系
63	一、古典三阶层体系
66	二、新古典阶层体系
72	三、新古典暨目的论综合体系
89	四、目的理性阶层体系
97	五、实质的犯罪阶层体系
98	六、Schmidhäuser 的目的论体系
99	七、Maurach 的行为责任阶层体系
100	八、个别化理论的过失犯构造
103	貳、对犯罪阶层体系的基本看法
103	一、台湾地区现行“刑法”所采的阶层体系——非古典阶层体系
108	二、对现行犯罪阶层体系的检讨
110	三、对现行犯罪阶层体系的修正构想
117	四、小结
118	第三节 犯罪阶层体系方法论
118	壹、自然科学实证主义
119	一、行为本身是一种因果的、机械性的现象
121	二、自然主义的具体操作
122	三、致命的体系弱点
123	貳、方法二元论和价值哲学——新康德主义 (Neukantianismus)

123	一、新康德主义简史
127	二、方法二元论
129	三、价值哲学
131	四、对犯罪阶层体系的影响
134	叁、目的论——物本逻辑
134	一、Welzel 对方法二元论的批评
136	二、对行为概念和罪责阶层的诠释
140	肆、目的理性理论
140	一、反对目的行为论的存在论物本逻辑 (ontische Sachlogik)
143	二、新康德兼新黑格尔思想
143	三、关于阶层体系的具体主张
146	四、实质的阶层体系
147	伍、终结 20 世纪的方法论定位
147	一、方法一元论和方法二元论的和解
152	二、德国刑法界对于两种方法论所持的立场
166	第二章 从“所知所犯”论不法事实与罪责事实的区分
166	壹、前言
167	贰、所知所犯的法理
167	一、法制上的检讨
171	二、回归故意理论
172	叁、检讨杀害直系血亲尊亲属罪、生母杀婴罪和 普通杀人罪之间的客体错误
172	一、以刑罚的轻重决定所知所犯?
173	二、身份关系是构成要件要素

175	三、身份关系为罪责要素
176	四、经不起检验的所知所犯
179	肆、错误的分类
179	一、错误分类简史
181	二、水平与垂直的错误分类
183	三、两种错误分类的区分实益与问题所在
187	伍、区分不法事实与罪责事实
187	一、不法错误与罪责错误
188	二、故意及于罪责事实
188	三、不法要素与罪责要素的区分
190	陆、结论

第三篇 故意与过失

195	第一章 故意论
195	壹、故意是基本的归责型态
195	一、罪责原则的基本内涵——有责原则
199	二、基本的故意犯与轻微的过失犯
204	三、故意是主观归责要素
207	贰、故意理论
207	一、故意的定义
215	二、意欲说与认识说之争