

外国刑法理论名著新著译丛

1

刑法的结构与功能

The Structure and Function of Criminal Law

[美] 保罗·H·罗宾逊 著
何秉松 王桂萍 译
张绍宗 校



24

68



中国民主法制出版社

《外国刑法理论名著新著译丛》之一

刑法的结构与功能

The Structure and Function of Criminal Law

[美] 保罗·H·罗宾逊 著
何秉松 王桂萍 译
张绍宗 校

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法的结构与功能/(美)罗宾逊著. —北京:中国民主法制出版社,2005.1
ISBN 7-80078-961-6

I. 刑... II. 罗... III. 刑法-研究-美国-英文
IV. D971.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004) 第 135201 号

书名/刑法的结构与功能

XINGFADEJIEGOUYUGONGNENG

作者/[美]保罗·H·罗宾逊 著

何秉松 王桂萍 译

张绍宗 校

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(100054)

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/9.5 字数/280千字

版本/2005年6月第1版 2005年6月第1次印刷

印刷/永清县金鑫印刷有限公司

ISBN 7-80078-961-6



9 787800 789618 >

书号/ISBN 7-80078-961-6/D·850

定价/18.00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)

《外国刑法理论名著新著译丛》序

1999年,我在为李斯特的《德国刑法教科书》中文版写的序言中说:“也许在今后的学术研究中,我应当把著述与翻译并重。因为,从个人来说,外国的理论永远是自己知识不竭的源泉之一,从国家来说,介绍外国的刑法理论,这是一个刑法学者义不容辞的责任”。但是,个人的力量毕竟是有限的,因此,我决定联合更多的学者从事这项工作,出版一套《外国刑法理论名著新著译丛》,每年由我负责选择原著,组织翻译,出版社负责出版。每年出三、五本,或者更多,持之以恒,积少成多,必有成效。出版是不定期的,随时译好,随时出版。出版时按先后序列编号,以便查找。

我们选择的标准是名著与新著。名著取其名,新著取其新。名著是享有盛誉已得到公认的具有重大学术价值的著作。新著不仅是指新出版的著作,而且是指具有新内容、新思想、新观点的反映时代要求的创新之作。新著不一定有名,但如果经历了时间的考验,新著也会成名著。我们将继续坚持选择的标准,把更多的好书新书译成中文,扩大我们的视野,丰富我们的知识,以推动我国刑法理论的发展。学习外国的理论固然是为了借鉴,但更重要的是为了超越,借鉴必须与批判相结合,与创新相结合。这样,我们才能站在时代的前列。

感谢中国民主法制出版社的支持。他们与我签订了一个为期五年的出版合同,并且规定,合同期满后,如果双方没有异议,合同自动延长。这在一定程度上意味着,译丛的生命长短,首先取决于其质量。我们当竭尽全力,使它健康长寿。

何秉松于北京静斋

2005年3月26日

译者序

一般认为,英美法系的学者偏重实务,不注重理性思维。但本书的读者肯定不会产生这种印象。

作者罗宾逊教授是美国著名的刑法学教授,现执教于宾夕法尼亚大学法学院,在美国的立法、司法、学界享有声望。他以学者的历史使命感对美国刑事立法、司法和理论中的重大问题进行了长期的探索与研究,著有刑法学著作9部,学术论文50余篇。他在学术上的最大贡献是在全面、系统、深入地研究美国刑法的结构与功能的基础上,创造性地提出了一个较为完整的犯罪理论新体系。本书是它的最新、最完整的表述。

本书分析了美国现有的犯罪定义、抗辩理由的二分结构及其内在的问题与缺陷,指出由于现存结构没有考虑刑法诸原理所履行的不同功能,因而限制了刑法作用的空间;针对传统的犯罪行为与犯罪心理的弊端,提出一个由客观要素、可责性要素、作为一不作为组成的三分结构的设计方案;根据对未完成犯罪、共犯、醉态等问题的共性的分析,创立了归责原则的理论;还将一般抗辩理由划分为非一无罪抗辩理由、免责理由和正当性理由,并对每一种理由所存在的问题提出了修正的建议。它明确指出并充分论证了刑法的每一个原理并非整体上只履行一种功能,而是其中的各个组成部分依具体情况分别履行着规则宣示、责任与划分等级的功能。以此为基础,它独创性地提出根据刑法的功能结构改进刑法典的起草方式,以行为刑法与裁判刑法二元结构取代现在行为规则与责任及等级一体化的形式,从而使刑法能更有效地履行应有的功能。在方法论上,此书的突出特点是:描述与论证相结合,理论与实践相结合,程序与实体相结合,英、美刑法比较相结合,全面性与新颖性相结合,传统性与独创性相结合,由此展示出一幅美国刑法的表象与机理的全息图像。

2003年11月,罗宾逊教授应邀参加我们在山东大学举办的“犯罪理论体系国际研讨会”,重点介绍了美国刑法改革的情况及其创立的刑法犯罪理论新体系,引起了各国与会专家特别是我国刑法学者的高度重视与极大兴趣,认为它对我国正在进行的犯罪理论体系的研究具有重要的参考价值和借鉴作用。

此书的翻译出版,将扩大我们的视野,丰富我们的知识,促进不同国家刑法及其理论的互动,不仅对刑法理论界,而且对我国刑事立法、司法人员,乃至所有关注刑法的读者都会产生积极的影响。

罗宾逊教授非常重视其著作的中译本的出版,专门为此作序,并应聘为山东大学客座教授、山东大学刑事法律研究中心特约研究员,以加强彼此的交流与合作,共同推进犯罪理论体系的研究。我们期待着这方面的新发展。

何秉松 王桂萍于北京

2005年3月26日

作者序（中文版）

不论何种社会，刑法都必须执行一些最基本的任务。最为重要的是，它们必须回答三个问题：刑法禁止（或者要求）何种行为，违反这种禁止或者要求则须承担刑事责任和刑罚？刑法在何种特殊情况下允许、甚至鼓励实施这种被禁止的行为？最后，如果这些行为的规则被违反，刑法在何种条件下裁定违法人应受谴责，因而应当承担刑事责任和刑罚？不论何种社会，不论其价值、习惯如何，其刑法都必须回答这三个问题。

这样说来，在任何社会，刑法典起草者所面临的任務其实都是相似的。他们对这三个问题的答案可能不同——尽管依我的经验来看这些答案实际上是非常相似的，因为世界各地的人们对于正义都具有许多共同的直觉——但是，即使答案不同，刑法典起草者面临的探究和挑战也是相同的，并且有理由认为，在我们力争回应这些挑战时，我们可以彼此借鉴。

本书的第一部分描述了美国刑法改革奋斗的结果，美国刑法改革对美国的刑事司法改进贡献颇多。第一部分描述了美国刑法结构的发展历史和现状。这种理论框架（conceptual framework）与学术界所使用的“刑法理论”（theory of criminal law）这一词汇不同：提出刑法原理应围绕着架构区分（organizing distinctions）来打造。实际上，第一部分并不是对理论的根本描述，而是对美国刑法、主要是制定法如何实际运作的描述，所使用的区分都是从当今美国现行的制定法中直接采撷来的。

虽然过去40年间美国刑法的巨大进步是有目共睹的，但同时也显露出许多弊端和局限。如果要使刑法成为它应然的理性与正义的体系，就必须对它进行改进。本书的第二部分对可以如何改进提出了己见——观点是试图通过将诸原理打造得对它们必须履行的功能更为敏感来改进刑法，尤其是对我上面提出的三个问题提供了答案。第二部分最重要的主题是

展示这三个问题所针对的对象不同。前两个问题——被禁止的行为是什么、何时被禁止的行为属于正当的行为——以普通大众为对象,他们对可接受的行为规则必须得到事前的指导。最后一个问题——违法者何时应受谴责——以刑事司法程序中的裁判者为对象,他们必须事后裁定是否应追究刑事责任和刑罚。为了使刑法典更为有效,可能需要用不同的起草方式和起草方法,以使这两类不同的人群进行有效地沟通。

世界各地的刑法典起草者面临的类似的任务表明,我们在对待犯罪和实现正义上有许多可供彼此借鉴之处。也许这个译本对促进这种对话、激发观念的交流能尽绵薄之力,使交谈双方都能获益。

保罗·H·罗宾逊

2003年12月18日

于山东泰山

作者序 (英文版)

15 年来,我始终致力于研究如何更好地架构刑法:刑法规则和刑法原理的相互关系是什么?这些相互关系如何能在内容广泛的理论框架中得到最完美的表述?毫无疑问,这些探究面临着在这个语境中“最完美”意味着什么这样一个问题:对刑法进行理论化的指导原则应当是什么?是尽可能紧密地追随道德哲学所展示的最有意义的区分吗?是重复普通人判断刑事责任和刑罚问题的直觉方式吗?是提出一个最有效地执行我们希望刑法典执行的功能的结构体系吗?承认在现实世界中改变像律师和法官将刑法予以理论化的方式是何等困难的事情之后,肩负起历史已经赋予我们的增加该理论化的合理性的任务吗?是上述目标的某种整合吗?

本书将回答第一个问题:刑法规则和原理的相互关系是什么?对第二个问题提供了几个可供选择的答案:这些相互关系如何能在复杂的理论框架中得到最完美的表述?对于可供选择的答案的需求是由第三个问题的复杂性所引发的:刑法理论化的指导原则是什么?人们可能不同意这个问题的答案,因此,对不同范围的人群和目的来说,可供选择的理论化是必要的。

本书提出的新思想并不是很多,它主要致力于将 15 年来我对这一主题的所有思想协调统一起来。起初是打算架构刑法抗辩理由领域,见《刑法抗辩理由:系统分析》(1982 年),这一打算后来在《刑法抗辩理由》(二卷,1984 年)中作了详细阐述。随后是对犯罪定义所作的类似的架构探讨,见与珍妮·戈莱尔合著的《界定刑事责任的要素分析:〈模范刑法典〉及其他》(1983 年)。这部三部曲的最后部分是“归责刑事责任”(1983 年),主张对与一般抗辩理由作用相反的一系列原理应当予以认可,并应当像重视抗辩理由一样重视这些原理。一般抗辩理由的作用是,虽然具备构成犯

罪的要素,也可以免除行为人的责任;而这些原理的作用是,对于缺失构成犯罪的要素的行为,也可以追究责任。在本书中,我主张汇合这三种努力,为刑法提供一个综合的框架。其他几篇文章也融入了本书,它们对一些重要的问题进行了改进,最值得关注的是《正当性理由冲突理论:行为对理由》(1996年)。这种思路是本书第二部分的主题,正如在导论中所解释的,这种广泛的探讨一般是在尊重当前刑法固有的当前结构和理论化的基础上所进行的改进。

第三部分的基调则不同,这部分是将一些空白领域问题的理论化作品整合到一起。首先,《行为规则和裁判原则》(1990年)提出,刑法,尤其是刑法典履行着几种功能,而现有的理论化由于忽视这些不同的功能而稍显贫乏。本书就如何对当前的理论化进行重组以更好地实现各种功能提出了设想。这部分主张,不同的原理履行不同的功能,而履行类似功能的原理应当予以类似的表述,并应当把它们作为一类,与履行其他功能的各类原理相剥离。本书的这种理论在《刑法的功能分析》(1994年)中作了充分详细的原理性阐述,其理论细节后来又在我与皮特·D·格林和娜塔莎·R·戈德斯坦合著的《使刑法发挥功能:行为法和裁判法》(1996年)中作了解释,变成了刑法典的起草原则。在许多学生的帮助下,这个方案最终产生了一部作为样本的刑法典草案,用以说明起草刑法典的原则。此外,专注于这一思路中一些特殊问题的其他几篇文章也融合进来,最值得注意的是《刑法是否应摒弃犯罪行为与犯罪心理的区分?》(1993年)。

我认为本书作为一个有机整体所提供的见解不是将各篇文章堆积在一起所能做到的。我深知在创造这个整体的过程中,需要我对某些较早的主张加以提炼,并需重新考虑一些新的主张。

在这里,我的部分愿望主要是为这种理论化工作的重要性提供充分的理由。在各种具体的原理之间整理出类似点和相异点,常常导致对其中一、二个原理进行重新叙述。一个理论化框架通过界定各原理之间的相互关系,会提出一些具体的改革,在这里这是显而易见的。

但是,理论化框架的建立对改进辩论的质量、甚至辩论的可能性也会产生更为微妙的、也许更为重要的长期影响。如果没有一个在某种程度上

表述清晰的理论化框架,对刑法问题的辩论十有八九只能以双方误解对方论点的含义、甚至误解对方的问题进行争论而告终。只有当一个共享的理论化结构以各方都理解的方式构架这些问题时,才能展开真正的辩论。

此外,学者之间对刑法适当的理论性框架的公开辩论,将展现最基本的歧见,从而确立一个有价值的、具有学者风范的议程。通过公开辩论逐步达成的共识,最终将影响对学生的教学方式以及法典起草者和法官对刑法的思考方式,并因此影响刑法规则的表述和适用的方式。理论化是辩论的起点,也是刑法改进和改革的载体。

保罗·H·罗宾逊

总 编 导 言

在这部卓有创见和别具特色的著作中,保罗·H·罗宾逊对几年来刑法理论化的结果,以及从事和起草刑法典的实践经验作了完整的阐述。该书第一部分对英美传统的当前刑法体系结构进行了分析;第二部分根据刑法的功能,探察了刑法的结构,分辨和详细阐述了相关规则的各自功能,确立了责任的基础,并划分了犯罪等级;第三部分运用其深刻见地,提出了起草刑法典的一些原则,并在此基础上实际拟订了两个草案,作为附录。任何思考过刑法典结构的人都会发觉此书颇值一读,因为它对一些假说提出质疑,并提出以新的方法取而代之。对于刑法的改革者或编纂者来说,此书所提出的一些标准和区分,在今后很长时间内都值得他们关注。我很高兴保罗·H·罗宾逊为本套丛书著此力作。

安德鲁·艾施沃兹

目 录

第一部分 导论

第一章 刑法的结构与功能	(3)
第一节 当前刑法的形式结构	(4)
第二节 当前刑法的运作结构	(6)
第三节 刑法的功能结构	(8)

第二部分 当前的运作结构

第二章 当前法律的基本架构区分	(13)
第一节 犯罪—抗辩理由的区分	(13)
第二节 当前的运作结构:犯罪定义、归责原理和 一般抗辩理由	(15)
第三章 犯罪要件	(19)
第一节 犯罪行为—犯罪心理的理论化困境	(19)
一、犯罪行为和犯罪心理各自内部的理论多样化	(20)
二、犯罪行为诸原理中术语的混乱	(22)
三、结论与建议:客观、可责性、作为—不作为条件	(25)
第二节 犯罪定义的客观要素	(27)
一、行为要素、情节要素和结果要素的客观 要素分类方案的弱点	(29)
二、因果关系要件在现代刑法典理论化中的混乱	(31)
第三节 作为—不作为要件与非自愿抗辩理由	(35)
一、法定的作为要件的作用	(35)

二、作为免责理由的自愿要件	(40)
第四节 犯罪定义中的可责性要素	(44)
一、要素分析的演变	(44)
二、可责性的区分	(47)
三、可责性要件定义中的不对称性	(50)
四、现代美国可责性设计方案的一些困境	(55)
第四章 归责的原则	(64)
第一节 归责的过程	(64)
第二节 归责的原理	(67)
第三节 归责的理论	(72)
第五章 一般抗辩理由	(77)
第一节 非一无罪抗辩理由	(81)
一、非一无罪抗辩理由社会代价的最小化	(82)
二、警察圈套抗辩理由的性质	(88)
第二节 免责理由	(92)
一、免责抗辩理由的内部结构	(94)
(一)无行为能力要件	(95)
(二)四种免责的条件及其内涵	(96)
(三)免责条件的客观限制	(100)
二、免责理由的无行为能力—架构体系和多重 免责理由问题	(104)
第三节 正当性理由	(107)
一、三种正当性抗辩理由	(108)
二、正当性抗辩理由的内部结构	(111)
三、关于正当性理由的冲突理论:行为对理由	(113)
四、“理由”原理与当前法律对“相信”的 表述之间的不相容性	(117)
五、“行为”对“理由”:责任结果	(118)
(一)对正当性理由的认识错误	(118)

1. 抵制认识错误正当性理由的责任	(119)
2. 有特权的暴力对无特权的暴力	(120)
(二) 不明知正当的行为人	(122)
1. 对于结果损害重要意义的歧义	(123)
2. 作为法律不能犯预谋的不明知正当性理由	(125)
3. 抵制不明知正当性的行为人的责任	(127)
(三) 责任结果概要	(129)
六、“行为”对“理由”: 术语与理论化	(130)
(一) 理论化的清晰性: “正当性理由和免责理由”对“有特权的 正当性理由、无特权的正当性理由和免责理由”	(130)
(二) 向受刑法命令约束者宣示刑法的命令	(133)
七、行为—理由双重要件的提议	(137)
八、行为对理由: 概要和结论	(139)

第三部分 功能结构

第六章 刑法的功能分析	(144)
第一节 标准的理论化	(145)
一、“犯罪行为”要件	(145)
二、“犯罪心理”要件	(146)
三、抗辩理由	(155)
第二节 规则宣示、责任分配和等级划分	(157)
第七章 行为规则	(161)
第一节 责任规则和划分等级规则的遮掩 模糊了行为规则	(161)
第二节 混淆行为规则和责任判断: 模棱两可的无罪宣告	(163)
第三节 主观地界定“正当的”行为混淆了规则宣示功能 和责任功能: 没能界定正当行为的规则	(165)
第四节 混淆风险—造成的行为规则和风险—漠视的责任 判断: 没能界定犯罪风险	(167)

第五节 结论	(175)
第八章 责任原理	(176)
第一节 将基本的和加重的可责性要件提高到犯罪化心理 状态的地位;不适当地限制预谋责任	(176)
第二节 模糊了自愿要件与免责理由共享的责任功能:扭曲了 非自愿作为抗辩理由	(184)
第三节 结论	(189)
第九章 划分等级原理	(191)
第一节 用可责性术语界定被禁止的风险混杂了责任和划分 等级:缺乏犯罪风险时对风险一造成的等级加重	(192)
第二节 对主要的划分等级因素不完全、不系统的使用	(194)
第三节 二分的判断对连续的判断:在划分等级中使用规则 宣示和责任分配形式	(197)
第四节 划分等级对量刑:主张反对以司法量刑 代替划分等级	(199)
第五节 结论	(202)

第四部分 运用结构提高功能

第十章 起草行为法	(209)
第一节 删除有关责任和划分等级的语言	(209)
第二节 合并重叠之罪	(211)
第三节 简化正当性抗辩理由	(213)
第四节 使用简明易懂的语言	(215)
第五节 可能时顺应公众的观点	(219)
第十一章 起草裁判法	(222)
第一节 采用与分析过程匹配的法典结构	(222)
第二节 包括所有与裁判相关的可清晰表述的规则	(224)
第三节 尽可能使用一般原则	(225)
第四节 在理论类似的规定中使用同样的语言	(228)

第五节 提供意思明确的陪审团裁定	(230)
第六节 反对“声分离”的情况	(235)

附录

附录一：行为法草案	(239)
附录二：裁判法草案	(251)
附录三：罗宾逊教授及著述简介	(271)