

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

乔治·P·弗莱彻 著

George P. Fletcher

刑法的基本概念

BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW

蔡爱惠 陈巧燕 江 溯 译

王世洲 主译与校对



中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

刑法的基本概念

BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW

George P. Fletcher

乔治·P·弗莱彻 著

蔡爱惠 陈巧燕 江 溯 译

王世洲 主译与校对

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法的基本概念/(美)弗莱彻著;王世洲等译.
北京:中国政法大学出版社,2004.5
(美国法律文库)
ISBN 7-5620-2595-9

I. 刑... II. ①弗...②王... III. 刑法—研究—美国 IV. D971.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第044531号

* * * * *

书 名 刑法的基本概念
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 9.75
字 数 250千字
印 数 0 001-5 000
版 本 2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2595-9/D·2555
定 价 22.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

给

两位正在以自己的方式成为国际主义者的

黛博拉和丽蒂卡

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

追求理想的刑法

(主译者序)

乔治·P·弗莱彻教授是美国哥伦比亚大学法学院卡多佐教席的教授。他不仅是目前美国刑法学界最重要的理论型学者之一，发表了上百篇论文并出版了数本专著，而且在国际刑法学界也享有很高的声誉，获得了德国洪堡研究奖金（Humboldt Research Prize, 1996），被邀请在1999年“新千年刑法学展望”的德国刑法学大会上作主题发言。

我和弗莱彻教授1992年相识在哥大，当时他接待了以我的导师周密教授为团长的北京大学赴美比较刑法考察团。后来我才知道，弗莱彻教授还精通德语，对德国刑法有着长期深入的研究。2000年，我们重逢在德国的班贝格，一起参加德国“刑法未来的命运”国际研讨会。在会上，我与弗莱彻教授以及其他与会代表对刑法的一些基本问题进行了热烈的讨论。会后，他给我寄来了这本《刑法的基本概念》和另一本书。

这本书中展示了弗莱彻教授对美国刑法和德国刑法相当完整的比较研究成果，因此很快就吸引了我。由于美国和德国是目前世界上最重要、影响最大的英美法系和大陆法系的代表，因此，这本书向我们展现的这两个法系在刑法领域中的最重要的共同点和不同点，就为我们研究这两种不同的刑法思维方式，提供了一个可靠的借鉴成果。当中国政法大学出版社的赵瑞红女士向我征求值得翻译的当代法学名著时，我立即就推荐了弗莱彻教授的这本1998年在

牛津大学出版社出版的著作。

刑法的基本概念是刑法在理论上的支撑点。任何一部刑法，都要依据一定的基本概念才能构筑起来。虽然人们对这些基本概念的数量和内容会有不同的主张，但是对于基本概念的存在却是无法否认的。各国刑法会以自己的方式，对这些基本概念做出自己的回答，包括理论上的回答和立法上的回答。这些对基本概念的“地方性”回答，形成了特定国家对刑法——也就是犯罪和刑罚问题——所具有的特定思维方式。各国刑法都需要回答这些基本概念，这是法律文化的共通之处，是刑法语言中的“共同语法”，虽然，对这些基本概念的不同回答，同时就形成了各国法律文化的特征。研究这些基本概念，不仅有助于我们发展对刑法深层结构的理解，而且有助于促进我们“理解地方性细节和变化的重要性”。

刑法学工作者对刑法基本概念永恒的怀疑和探索，是以社会对刑法正义永恒的渴望和追求为动力的。在这种不断前进的探索中，刑法基本概念的当前表述形式就反映了社会当前的刑法正义观。因此，刑法基本概念记录的是一个社会在自己追求绝对正义过程中的一个个“脚印”，虽然，这些概念在形成的同时就可能已经在正义的意义上过时了。刑法正义观，尤其是公正的、正确的刑法正义观是什么或者应当是怎样的？弗莱彻教授把它们交给哲学性和概念性选择。我认为这是明智的。从刑法的角度看来，这些前概念性的问题，显然已经超出了刑法学科所能回答的范围。然而，作为刑法工作者，应当关注社会的要求和社会观念的变化，只有这样才能不断进行自己对理想刑法的追求。

目前，世界各国的刑法学工作者都十分重视比较刑法的研究工作。我们虽然一方面承认，刑法是一种以地方性道德和文化为基础的法律，但是在另一方面，我们又在努力寻求不同法律制度之间进行借鉴的可能性，以便完善本国的刑法理论、刑法制度和刑法观念。在世界性的刑法改革面前中，简单的拿来主义是行不通的——

在这么多的选择性面前，你拿哪一个？假定你有确定的选择，在这个选择对象本身发生变化的时候，又该怎么办呢？像港币兑换美元一样，紧盯住不放？那样，刑法对社会的保障作用，就成为刑法对一种以别的社会条件为服务对象的理论的依附作用了，我们自己独立的思维方式也完全谈不上了！

弗莱彻教授的《刑法的基本概念》提出了一个新的比较研究的方法：对一些基本概念进行共同性和不同性的考察，并且得出各国符合自己国情的结论。法学理论工作者当然可以对这些基本概念进行增减，只要能够得到大家在学术上的认可。应当特别指出的是，弗莱彻教授在对这些概念进行分析说明时，使用了英美法（普通法）和德国法（大陆法）在历史上和近几十年来最著名的一些案例，具有很强的资料价值和很强的说服力。这些分析与说明，为我们展现了美国刑法和德国刑法对共同问题的多样性回答。

问题是相同的，答案却有不同。这就使得我们的翻译面临着严峻的挑战。应当承认，在面对现代比较精细的西方法学词汇时，中文相应的表达方式就显得比较粗放。为了克服这个弊病，我们尝试了相应直译的方法。例如，把“act”翻成“行为”，把“action”翻成“行动”，把“behavior”翻成“举止”，而不是像东亚一些学者那样，一概翻成“行为”。另外，我们对一些专有名词，也没有遵循现有的习惯译法，而是在不影响理解的情况下，作了必要的修正，例如把“self-defense”不翻成“正当防卫”，而是翻成“自我防卫”；把“impossibility”不翻成“不能犯”，而是直接翻成“不可能”。这种译法使我们解决了对本书内容在理解上的许多困难，但是，可能给那些习惯了旧译法的读者造成不便。对此，我们只能表示抱歉，并期望他们能够在新译法中获得对刑法的新理解。

本书的翻译能够在短期内取得令人满意的成果，是我们全体翻译人员努力的结果。我很荣幸地在这里介绍这些优秀的合作伙伴：

蔡爱惠，中国政法大学刑法学硕士，现任北京科技大学科技处

4 刑法的基本概念

助理研究员；

陈巧燕，北京大学法学院刑法学硕士，现任福建省委党校教师；

江 溯，北京大学法学院法律硕士。

他们对刑法的热爱以及在翻译本书中表现出来的热情和创造性，是本书成功的重要基础。作为主译者和校对，我自然应当对本书翻译中存在的问题负责。

另，为了方便读者起见，本书对原书的尾注改为脚注，因此编码在章与章之间有不连续现象，此属正常。

王世洲

2004年4月完稿于北京椿树园

致谢

本书的初衷并不是要成就一种学术上的事业，而是要为俄罗斯以及亚洲和东欧的其他后共产党国家中那些渴求教材的法律院系提供一种服务。我想写作这样一本书，它将向俄罗斯的法律学生介绍西方对刑法的思考方式。的确，我曾经构想过为俄罗斯的法律学生编著一个关于法律基本概念的一系列丛书，重点在于法理学和比较法上的问题。当时由史蒂芬·霍姆斯（Stephen Holmes）领导的位于布达佩斯的宪法与立法政策学院认为这是个好主意，因此我们就签订了一个合同，为该系列提供首批的两本书，一本是关于刑法的，另一本是关于财产法的。当时在哈斯丁斯（Hastings）和意大利的特伦托（Trento）的法学院执教的乌哥·马太（Ugo Mattei），也同意写作那本关于财产法的书。

当我决定围绕着在任何地方的刑事司法中都处于基础地位的十二对两分法的概念来组织本书时，我就意识到，这种处理方法也同样会有益于美国和西欧的法律学生。结果，这一系列的书，或多或少地就是以展现在你面前的这个标准文本为基础的。在每一种外国版本中，都有一个当地的评论者负责翻译本书，并且通过为本书中所讨论的十二种通用性区别，在当地的实证法中找到自己的表现方式这种方法，为本书补充资料。

这种强调刑法具有共同的哲学范围的研究方法，不久之后就会为世界所知晓。本书的西班牙语版是由西班牙塞维拉（Sevilla）的弗朗西斯·蒙罗兹·孔德（Francisco Muñoz Conde）译出的，在1997

2 致 谢

年晚些时候以 *Conceptos Basicos De Derecho Penal* 为题出版了，出版商是瓦伦西亚（Valencia）的 Tirant Lo Blanch 公司。本书即将出版的俄文版附有来自莫斯科的阿纳托利基·诺莫夫（Anatolij Naumov）所作的广泛评论。在乔治·索罗斯（George Soros）的资助之下，该版本将被分发给俄罗斯所有的法律系。在意大利摩德纳（Modena）的米歇尔·帕帕（Michele Papa）的指导之下，本书的意大利文版也正在准备之中。本书的其他版本也正在协商谈判之中。以这个标准文本为基础的各版本的全集，将为比较刑法提供一个极好的书库。

与各个国家的合作者一起工作的过程，极大地丰富了我对刑法的思考。这个计划的实验性质使我鼓足了勇气，冒昧地提出了一些新的想法和观点，这些新的想法和观点增进了我对刑法基本结构的理解。这里提出的想法，远远超出了介绍性文本的内容。我希望本书的表述是十分简单易懂的，不仅对初学者来说，而且对习惯于更为传统的分析模式的刑法学者来说，都能轻而易举地加以掌握。

许多朋友、合作者、助手和学生为我提供了帮助，使本书能直截了当且简洁明了。我要感谢布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）、罗素·克里斯托弗（Russell Christopher）、安东尼·迪罗夫（Anthony Dillof）、阿宾·艾瑟尔（Albin Eser）、曼福莱德·加布里尔（Manfred Gabriel）、肯特·格林纳沃特（Kent Greenawalt）以及詹姆斯·雅克布斯（James Jacobs），他们一直为我提供着富有创见的评论。我希望，这种新的关于刑法的思维方式，能激励新一代的学生和学者去探求刑事正义的基础。

目录

1	追求理想的刑法（主译者序）
1	致谢
1	引言
6	第一章 实体和程序
10	第一节 哲学问题：实体和程序
16	第二节 举证责任：尚未充分解决的问题
23	第三节 语境中的区别
29	第二章 刑罚和处遇
30	第一节 两个宪法性视角：影响和动机
37	第二节 刑罚的目的
41	第三节 刑罚的概念性分析
44	第四节 刑罚：公共的和私人的
52	第三章 主体和客体
53	第一节 人的行为的要求
55	第二节 作为和不作为
58	通过不作为的实施
59	不履行行为的犯罪
62	第三节 自然人行动的替代性研究方式
69	第四节 刑事程序中的主体和客体
73	第四章 人为原因和自然事件
74	第一节 因果关系的范围

78	第二节 如何研究因果关系
79	问题之一：可替代的充分原因
80	问题之二：近因
84	问题之三：不作为
88	第三节 日常用语中的因果关系
90	第四节 意识形态和因果关系
93	第五章 犯罪和犯罪人
97	第一节 违法的基础
104	第二节 归责的基础
109	第三节 区别在操作上的意义
113	第四节 一个界限上的问题：假想自我防卫
119	第六章 犯罪和辩护
120	第一节 对于说服责任的争议
125	第二节 从可撤销规则到综合规则
125	形式推理
126	无罪推定
127	有罪的道德理论
130	第三节 犯罪和辩护之间区别的必要性
138	第四节 一个法定的正当化能否是不合法的？
142	第七章 故意和过失
145	第一节 意外事件与过失
151	第二节 过失：客观的和主观的
155	第三节 应受谴责故意的结构
160	第四节 论动机
163	第五节 再论故意和过失之间的区别
167	第八章 自我防卫和紧急避险

167	第一节	作为免责的古式防卫和紧急避险
171	第二节	作为一种正当化的自我防卫
179	第三节	作为一种正当化的紧急避险或者较轻的恶害
186	第四节	自我防卫与紧急避险之间的冲突
191	第九章	有关的错误和无关的错误
191	第一节	无关的错误
202	第二节	关于定义的事实因素的错误（第一类）
203	第三节	关于定义的法律方面的错误（第二类）
207	第四节	关于正当化的事实因素的错误（第三类）
208		假想正当化否定所要求的故意
210		严格责任：错误被认为是无关的
211		假想的正当化本身就是一种正当化
212		作为免责的合理错误
214	第五节	关于正当化规范的错误（第四类）
215	第六节	关于免责的事实因素的错误（第五类）
217	第七节	关于免责性规范的错误（第六类）
219	第八节	对认识错误的总结：有关的和无关的
222	第十章	未遂罪和既遂罪
224	第一节	搜寻基本的犯罪
231	第二节	未遂的结构：不可能
239	第三节	未遂的结构：放弃
244	第十一章	实行和共谋
247	第一节	实行犯与同案犯在形式上的同等性
253	第二节	实行犯与其他参与犯的区分
258	第三节	两个有问题的变种
264	第四节	公司刑事责任的扩张

4 目 录

268	第十二章 正义和合法性
269	第一节 合法性的复杂性
276	第二节 十二种基本区别的法律性质
277	第三节 隐含的原则



导 言

刑法已经成为法典化的法律。在你所到的西方世界的任何一个地方，你都会发现有一部刑法典。这样一部刑法典，在其“分则”部分规定了各种具体犯罪的定义，在其“总则”部分规定了刑事责任的一般原则。德国人为自己在1975年制定的刑法典自豪不已。美国人珍爱他们的《模范刑法典》(Model Penal Code)，现在，这部法典已经至少为35个州的刑法典改革提供了范本。法国人也在炫耀他们1994年的新刑法典，就像西班牙人炫耀他们1995年的新刑法典一样。在东欧的后共产党国家首先开展的工作中，就有制定新刑法典的任务，以便反映它们对人权新的重视以及对犯罪嫌疑人的正当处遇。

法典化的一个后果，就是每个国家都在各行其是。每个国家都采用自己的应受刑罚惩罚行为的概念，自己的犯罪定义，自己对自己防卫、紧急避险、精神病、过失和共犯问题的处理原则。刑法已经成为州法、地方性的法律。如果在罗马法统治之后的各个国家之间曾经存在过大统一，那么，这种统一现在已经不复存在。如果过去曾经有过一套普通法的法学家使用过的共同语汇和一整套的原则，那么，这种共同性现在也早已分崩离析。在美国，几乎不可能找到两个拥有相同的杀人罪法律的州。每个州在模仿《模范刑法典》时，都对这个模范法典进行修改，使之适应自己的地方性偏好。前苏联各加盟共和国曾经有过一些体现单一的中央集权政策

2 刑法的基本概念

的刑法典，目前的情况也大体相同。但是，现在随着这个地区每个独立国家都制定了自己的法典，我们将会看到许多在政策和原则上的不和谐。我们不久就会发现，刑法体系的数量将与飘扬在各主权国家上空的不同国旗的数量一样多。

然而，随着整个世界在刑事司法方面变得在事实上更加地方化，相反方向的抱负也变得日益强烈起来。当今欧盟的话题，就是刑法的“欧洲化”。在强烈的民族和文化差异的背景下，这种形式的法律统一怎么可能呢？

本书的主题是，在不同的刑事司法体系中已经存在的统一性，比我们通常所认识到的要多得多。为了发觉这种潜在的统一性，我们必须从各种刑法典的具体细节以及语言上的变化差异中超脱出来。这种显现出来的统一性，并不在于制定法规则和判例法判决的表面，而在于每一种法律文化在事实上都会反复出现的那些争论之中。我的主张是，这一套十二种区别决定并引导着在每个刑事司法体系中都不可避免地会爆发的各种争论。无论你从《模范刑法典》出发还是从《德国刑法典》出发，你都不可避免地要面临关于如下问题的争论：

- 4 1. 什么是刑法的实体性（或者实质性）规范？什么是刑法的程序性规范？我们如何认识这个区别？
2. 我们如何标示刑罚并划清它与其他强制性制裁，比如驱逐出境之间的界限？其他强制性制裁虽然令人难以忍受，但却是非刑法性的。
3. 在犯罪行为 and 刑事审判的展开这两个方面，将嫌疑人作为主体和作为客体的区别是什么？
4. 造成损害和仅仅是由于自然事件所产生的损害之间的区别是什么？
5. 决定犯罪行为或者违法行为是否已经发生，与将所实施之违法归责于一个特定的罪犯，也就是认定这个人对这个犯罪行为负