

外国刑法理论名著新著译丛
②



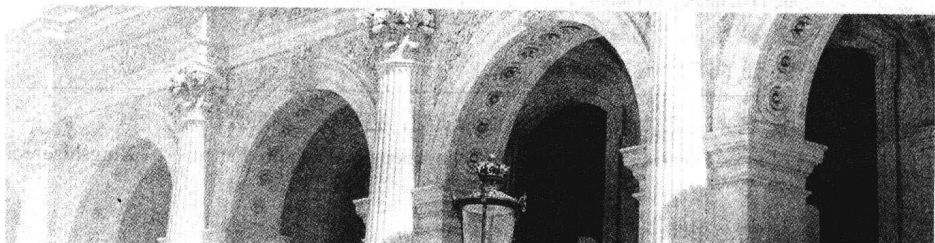
法国二元论体系的形成和演变 犯罪——刑事责任人

雅克·博里康 著 朱琳 译

中国民主法制出版社

外国刑法理论名著新著译丛 ②

法国二元论体系的形成和演变： 犯罪——刑事责任人



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法国二元论体系的形成和演变：犯罪—刑事责任人
(法) 博里康著，朱琳译。——北京：中国民主法制出版社，2011.8

(外国刑法理论名著新著译丛)

ISBN 978-7-80219-913-2

I. ①法… II. ①博… ②朱… III. ①刑法—研究—
法国 IV. ① D956.54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 160313 号

图书出品人：肖启明

文案统筹：刘海涛

责任编辑：逯卫光 陈曦

书名 / 法国二元论体系的形成和演变：犯罪——刑事责任人

Faguo Eryuanlun Tixi De Xingcheng he Yanbian: Fanzui——Xingshizerenren

作者 / 雅克·博里康

译者 / 朱琳

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 / 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)

传真 / 63055259

E-mail: MZFZ@263.net

经销 / 新华书店

开本 / 32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张 / 6.5 字数 / 162 千字

版本 / 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

印刷 / 北京友谊印刷有限公司

书号 / ISBN 978-7-80219-913-2

定价 / 22.00 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的不竭的源泉之一，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，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。

这就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

引言

与德国、意大利及中国的理论研究不同，法国的刑法理论中没有关于刑事犯罪一般理论的研究。^[1] 在德国、意大利、中国等国，犯罪理论多年来一直是理论研究的重点，而且还形成了一元论的理论体系。其中，责任概念被包含在犯罪的一般理论之中。然而，法国建立的是一种二元论的理论体系，这一体系的两元分别是犯罪行为和对该行为承担刑事责任的人或者说犯罪人。

当代法国学者致力于通过具体的办法来研究犯罪行为和行为人的刑事责任，下文将会阐述这些具体方法之间的差异。法国学者的研究具有实用主义的特点。近年来关于犯罪理论的唯一著作是达纳 (Dana) 教授 1982 年^[2] 发表的《对于刑事犯罪概念的评论》。达纳 (Dana) 教授强调：他所主张的研究是尽量具体且完全是法律性质的研究，完全不同于德国学说的哲学式探讨。达纳教授还提出：构建具体的犯罪概念只能从责任概念出发。他认为犯罪既是人的可归责行为，也是人的有罪行为。这两方面构成了达纳文章的两个内容，也是他研究的两个主题：一是犯罪行为；二是对该行为承担刑事责任的人。虽然达纳

[1] S.Manacorda, « La théorie générale de l' infraction pénale en France : lacunes ou spécificité de la science pénale », *Revue de science criminelle*, 1999, p.35.

[2] Adrien-Charles Dana, *Essai Sur La Notion D'infraction Penale*, Libr. générale de droit et de jurisprudence. 1982.

(Dana) 教授的著作题为《对于刑事犯罪概念的评论》，但我们认为其实质是一种二元论体系。

本书的主题是法国的二元论体系。而本书题目之所以提到形成和演变是为了表明“犯罪—犯罪人”^[1]二元论体系的形成是一个艰巨的过程。

二元论体系起源于古文明时期，数百年来历经衰落与复兴，至18世纪哲学思想初具形态，19世纪的刑法理论中尚可以看出这些哲学思想的影响。19世纪的法国刑法理论中开始明确的出现二元论体系的表述，这一表述可以追溯到法国人维克多·莫利尼埃(Victor Molinier)的理论。莫利尼埃于1851年发表过一部刑法学著作^[2]，在这部书中他将犯罪和犯罪人区分开来。上世纪初的维塔尔(Vidal)采纳了莫利尼埃的这一观点，成为莫利尼埃观点的继承者。他在自己的《刑法和监狱学讲义》^[3]中依次论述了犯罪和刑事责任的构成要素。但之后二元论体系历经反复和倒退。刑事体系的发展史表明几个世纪中占主导地位的始终是一元论体系，二元论体系直到后世才真正确立。

“犯罪—刑事责任人”的二元论今日已成为主流。尽管刑法学家们在犯罪构成要素的概念和刑事责任观上还存在种种分歧，但他们一致承认二元论的建立有其理论根据。其他许多国家也在立法中采纳了

[1] “犯罪—犯罪人”的原文是 *Infraction-Infracteur*，根据 Dalloz 出版社 2001 年 6 月第 13 版的《法律术语小词典》的解释：“刑法中的 *Infraction* 是指刑法所界定的并严格按照刑法规定受一定刑罚处罚的行为或不行为。”按照法国大学出版社 1992 年 7 月第 3 版的《法律词汇》字典的解释：“*Infraction* 是指为法律所禁止的积极行为或消极行为，这些行为依据其程度受到重罪或轻罪或违警罪规定的主刑的处罚，并可能附有附加刑或从刑或保安处分措施的处罚。*Infraction* 是一个一般性用语，包括重罪、轻罪和违警罪。”综合上述解释，本文将 *Infraction* 译为犯罪，*Infracteur* 则相应地译为犯罪人。——译者注。

[2] V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel*, Imprimerie de Bonnal et Gibrac, 1851, 2e partie, p.87.

[3] Georges Vidal, Joseph Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Rousseau, 1928.

这种二元论体系。^[1]

下文的讨论将围绕法国二元论体系的形成过程、形成所经历之磨难^[2]，以及这一体系在当代法国理论界引发的争议等问题展开。为清楚描述这一漫长的历史过程，我们将以史为序进行论述：第一部分的内容是二元论体系渐进的形成过程，第二部分的内容是当代的二元论体系。

[1] Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995.

[2] Jacques-Henri Robert, « L' histoire des éléments de l' infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1977, p.269.

目 录

《外国刑法理论名著新著译丛》序	1
-----------------------	---

引 言	1
-----------	---

第一部分 二元论体系渐进的形成过程

上篇 二元论体系的形成	1
-------------------	---

第一章 古代文明阶段	1
------------------	---

第一节 埃及人的观点	2
------------------	---

第二节 希伯来人的观点	3
-------------------	---

第三节 希腊人的观点	3
------------------	---

第四节 罗马人的观点	5
------------------	---

第二章 旧法律阶段	9
-----------------	---

第一节 法兰克王国时期或蛮族时期	9
------------------------	---

第二节	封建时期	11
第三节	王政时期	14
第三章	18 世纪末的立法运动	16
第一节	前提	16
第二节	贝卡利亚观点的实现	17
下篇	理论运动	21
第一章	犯罪的构成要素	21
第二章	刑事责任概念	30
第一节	道义责任学派	31
第二节	社会责任理论学派	32
第三节	折中学派	35
第四节	新社会防卫运动	36
第五节	刑事不干涉理论	38
第六节	新新古典主义	39

第二部分 当代的二元论体系

上篇	犯罪	42
第一章	刑事法定原则	44
第一节	刑事法定原则的渊源	47
第二节	刑事法定原则的实现	57

第二章 事实要素	84
第一节 事实要素的形式	84
第二节 事实要素的内容	90
下篇 责任	103
第一章 责任的构成部分：有罪性	103
第一节 故意	106
第二节 过失	116
第二章 责任的构成部分：成立的可归罪性	131
第一节 自然人	132
第二节 法人	160
第三章 责任的构成部分：减轻和排除的可归罪性	164
第一节 精神紊乱	165
第二节 强制	172
第三节 错误	175
第四节 迈向一个新的刑事责任概念	180
后 记	185
参考文献	187

第一部分 二元论体系渐进的形成过程

上篇 二元论体系的形成

第一部分的研究上启古代文明阶段，下至 20 世纪。我们分三个阶段追溯二元论体系的形成过程：古代文明阶段，旧法律阶段以及 18 世纪末的立法运动阶段。之后，我们再介绍形成二元论体系的理论纷争。

第一章 古代文明阶段

古代文明阶段的特点是承认因行为产生的集体责任，二元论体系在这一阶段初现轮廓。

在 1959 年斯特拉斯堡召开的以刑事责任为主题的刑法哲学大会上，戈德梅（Gaudemet）教授在一篇著名讲稿中指出：“一切有关刑事责任的研究在引发法律问题的同时都必然引发哲学问题。”^[1] 考察刑事责任概念实际上意味着在哲学研究框架下研究刑事体制。这就需要在看待社会和国家的角色时采取一种社会学的态度和某种道德观点，这种道德观点可以归结为个人自由问题。

在扰乱社会秩序的行为发生后，社会介入的目的不同：有的为满足报复情感，用一种恶来补偿另一种恶（这也就是同态复仇法所说的：

[1] Gaudemet, « Le problème de la responsabilité dans l' antiquité », in *La responsabilité pénale-travaux du colloque de philosophie pénale, Strasbourg, 12-21 janvier, 1959*, Dalloz, 1961, p.51.

以眼还眼，以牙还牙)；有的通过消灭实行了法律规定为犯罪行为的人(死亡或者监禁)来保护集体不受犯罪的侵害；还有的通过集体介入来清除犯罪造成的污点。

但是上述三种目的均涉及不到责任问题。只有开始研究行为人的活动或确立包含意志和自由概念的过错和有罪性概念，而且人们或部分人开始将社会介入视作一种惩罚时，才涉及责任问题。

由此可见，古代社会虽未对责任问题展开讨论，但至少存在一种自动推定的责任。在前文提到的斯特拉斯堡刑法哲学大会上，普瓦里耶(Poirier)教授强调：犯罪行为人是恶的载体，在行为面前，犯罪人的人格已消失，不需要分析行为动机去寻找适用于犯罪的加重或减轻情节。按照这一观点，作者仔细区分了因行为造成损害结果的客观行为人(acteur)和因过错造成损害结果的应负责任人(auteur)：“古代责任针对的是因行为造成损害结果的客观行为人，而不是因过错造成损害结果的应负责任人。重要的是行为，对行为的考察完全是客观的。”^[1]

在不同形态的国家，责任概念呈现不同的内容和形式。下文以埃及人、希伯来人、希腊人和罗马人关于刑事责任的观点来说明这一点。

第一节 埃及人的观点

在古代埃及出现过责任概念，但那时的责任概念只是宗教领域的个人责任概念，仅出现在对死人的判决中。最古老的《美索不达米亚法典》(le code de Mésopotamie)中没有过错责任的概念。《汉谟拉比法典》(le code Hamourabi)惩罚的是造成损害结果的行为，除客观行

[1] M. Poirier, « Les caractères de la responsabilité archaïque », in *La responsabilité pénale-Travaux du colloque de philosophie pénale*, Strasbourg, 12-21 janvier, 1959, Dalloz, 1961, p.19.

为外，其余都不考虑。《赫梯法典》(le code Hittite)^[1]也仅考虑客观行为，从未涉及以犯罪意愿为基础的责任概念，哪怕是这一概念的外沿或者间接表现形式。因此，在小亚细亚的古代法律中，客观行为足以构成责任。

第二节 希伯来人的观点

在深受宗教影响的希伯来民族中存在一种二元现象：

首先，一些古代法律承认个人责任。《申命记》(le Deuteronomie)曾发表这样的格言：“父不为子死，子亦不为父亡。人皆为己罪死。”^[2]

其次，集体责任和自动惩罚(同态复仇法)等一些古老观念被保留下来。起诉无法承担责任的主体的现象继续存在，最典型的就是对动物和物体的诉讼。

承认集体责任是大多数原始文明的共同特点，中国的汉代也出现过类似现象。^[3]

第三节 希腊人的观点

荷马时代尚未出现责任概念。《荷马史诗》中仅有对故意行为的分析，但没有过错和归责的概念。人们仅注重危害行为。杀人案中的涤除罪恶要求将杀人者处死，不管杀人行为系故意还是非故意。

直至5世纪，人们才明确提出责任问题，但并不要求一定就责任

[1] 《赫梯法典》编纂于公元前15世纪，共200条，由楔形文字写成。赫梯人是小亚细亚东部和叙利亚北部的古代部落。——译者注。

[2] 《申命记》是“摩西五经”(Pentateuque,《圣经》的首五卷)中的第五卷(前四卷分别为《创世记》、《出埃及记》、《利未记》和《民数记》)，《文明和宗教法典》。

[3] P. Hulsewe, *Remants of Han law*, Vol. I, Leiden, 1955, p.112. Voir également J. Gernet, *La vie quotidienne en Chine à la veille de l'invasion mongole, 1250-1276*, Hachette, 1959, p.120; F. Aubin, *Index de 'Un code des Yuan'*, Mélanges publiés par l' Institut des Hautes Etudes Chinoise, tome II, p.471.

展开讨论。因此，希腊悲剧虽多处涉及杀人事件，但都没有对责任展开过讨论。那时的人们认为：人类并不自由，主宰人类的是命运。人类只是超能力的工具，因此人类不应该被视作责任人。

尽管如此，古代实在法^[1]中仍存在故意要素。Dracon法^[2]在对杀人犯进行惩处时，特意区分了故意杀人和非故意杀人。故意杀人犯应受刑罚处罚，而非故意杀人犯可以免除处罚。

综上所述，古代有两种倾向并存。一种倾向忽视故意和责任的概念，另一种新倾向则是在恶意中寻找刑罚的根据。

哲学家们长期以来一直对刑罚的目的和责任的根据争论不休。例如，普吕塔尔克(Plutarque)^[3]曾记述了佩里克尔斯(Pericles)和普罗格拉斯(Protagoras)对某次运动会上标枪致人死亡的激烈争论。两人争论的焦点在于谁是这场事件的责任人？是标枪，投掷标枪的人还是运动会的组织者？柏拉图(Platon)^[4]提出了非故意实施不公正行为的问题。他曾这样说道：“所有犯过错的恶人都并非故意成为恶人……我认为所有的人在实施不公正的行为时都是身不由己。”换言之，罪这种不公正的行为对犯罪人来说也是有害的，犯罪人并非真的愿意犯罪。因气愤、高兴或无知都可能实施不公正的行为。但是不能仅从动机角度去评价行为，还要从损害结果的角度评价行为。这样一来，作为刑罚之因的刑事责任便有别于损害赔偿：在缺乏明确的意志时就应排除作为刑罚之因的刑事责任，而是否进行损害赔偿则完全不考虑行为人的过错。

鉴于此，戈德梅教授指出希腊思想中已出现古典的责任概念，这

[1] le droit positif 可译为“实在法”、“人为法”或“制定法”，这个词是和自然法(droit naturel)相对的。

[2] Dracon 是公元前7世纪雅典的一位立法者。

[3] 普吕塔尔克(Plutarque)是生活在公元前1世纪的一位希腊作家。

[4] 柏拉图，希腊哲学家，生活在公元前5世纪。

一概念建立在对犯罪发生时的所有条件进行心理分析的基础上。^{〔1〕}

第四节 罗马人的观点

罗马人的观点深刻地影响了法国法，因此我们多花一些篇幅介绍。下文的介绍分三个阶段：古代法律时期，古典时期，后古典时期。之后，我们还会介绍教堂神父们的理论。

一、古代法律时期

罗马同其他地区一样，也曾出现过一种完全客观化的原始责任。换言之，只要有犯罪的行为事实，就自动对犯罪人处以刑罚。正如德国著名历史学家蒙森（Momsen）在书中所写的那样：“在原始时期，人们只考虑行为，而不考虑行为人的心理状态。”^{〔2〕}渎圣罪之类的宗教犯罪或杀人罪就属于这种情况：犯罪人即使是在非故意的状态下杀人，也被认为是不纯洁的。这样一来，杀人罪的罪名至少带有一种涤除罪恶的象征意义。

在《十二表法》诞生前，据说由罗马的第二位传奇国王尼玛（Numa）订立于公元前7世纪的法律已经对故意和非故意杀人进行了区分：如杀害父母罪或杀人罪要求杀人犯杀人时具备明知。也就是说，从王朝时期开始，只有故意杀人罪才受到刑罚的惩罚。

《十二表法》中虽残存客观责任原则的痕迹，但主观责任原则开始占上风。到了罗马共和国时期，故意要素的重要性更为突出。

〔1〕 Gaudemet, «Le problème de la responsabilité dans l' antiquité », in *La responsabilité pénale-travaux du colloque de philosophie pénale*, Strasbourg, 12-21 janvier, 1959, Dalloz, 1961, p.51.

〔2〕 Th. Momsen, *Le droit pénal romain*, traduit de l' allemand par J.Duquesne, Paris, 1907, t.I, p.98.

二、古典时期

责任问题不仅是一个法律问题，还是一个道德问题。

古典时期的哲学著作都考虑到了故意。生活在公元前1世纪的诗人朱韦纳尔 (Juvenal) 认为单纯的造成损害的故意就可罚。公元前4世纪的哲学家亚里士多德 (Aristotle) 认为听从主人命令行事的奴隶不承担责任。语法学家奥吕热尔 (Aulugelle) 在著作《雅典之夜》中对刑事责任问题以及排除责任观点的命运论进行了大段阐述。他认为，行为人的过错和罪行不应该归责于行为人的意愿，而是命运 (Fatum) 的必然要求，但是个人意愿可以改变命运的方向。

上述哲学观点在法学家的著述中有所体现，法学家的观点对刑事责任理论的形成有重要的推动作用。人们对犯罪意愿的分析愈加深化和细致，出现了故意概念 (Dol, dolus) 和欺诈概念 (Fraude, fraudus)。故意指的是恶的意愿，即造成损害的意愿，而欺诈是指一个具体的恶意的行为。

但直到哈德良 (Hadrien) 皇帝时代 (公元2世纪)^[1]，在皇帝的敕令中^[2]才明确规定心理要素为犯罪的必备要素。当官员们向哈德良皇帝请教如何判定一个行为是否应该受刑法惩罚时，皇帝回答说：“犯罪首先由行为人的故意决定，而不是仅仅由行为的客观结果决定。人们应该观察犯罪行为人的意志，而不是犯罪行为的结果。”哈德良皇帝在另一道敕令中进一步阐明：如果杀人者并不想杀人，应该得到宽恕，免于处分，但是想杀人者如果没有杀成人，也应该判为杀人犯。这种观点意味着当时对犯罪未遂的处罚范围很广。

另一位皇帝迪奥克萊伊安 (Diocletien) 在一道敕令中发布了如下决定：如果某人扔石块造成他人死亡，但并非故意而是意外，那么就

[1] Carbasse, *Introduction historique du droit pénal*, PUF, 2000, p.184.

[2] J.CL.Genin, *La repression des actes de tentative en droit criminel romain*, thèse, Lyon, 1968, p.33.