

# 哈佛法律评论

## HARVARD LAW REVIEW

### 刑法学精粹

Selected Essays on Criminal Law



刘仁文 王桂萍 组织编译

理性刑法的原则

谢尔登·格卢克 [王桂萍 刘仁文|译]

犯罪意图的理论基础

罗林·M.珀金斯 [孙潇洁 刘仁文|译]

模范刑法典的挑战

赫伯特·韦克斯勒 [王桂萍|译]

犯罪未遂

弗朗西斯·鲍斯·塞尔 [朱江|译]

刑法的发展：犯罪共谋

哈佛法律评论编辑部 [王桂萍|译]

法人刑事责任：目的何在？

维克拉玛蒂亚·S.卡纳 [高光明|译]

残忍的和异常的刑罚条款与实体刑法

哈佛法律评论编辑部 [孙潇洁|译]

精神病人的民事收容：理论与程序

哈佛法律评论编辑部 [朱江|译]

对危险性的惩罚：刑事司法掩盖下的预防性羁押

保罗·H.罗宾逊 [李晓蕾|译]

# 哈佛法律评论

HARVARD LAW REVIEW

刑法学精粹

Selected Essays on Criminal Law

刘仁文 王桂萍 组织编译



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法学精粹/[美]格卢克等著;刘仁文等译.  
—北京:法律出版社,2005.11  
ISBN 7-5036-5903-3

I.刑… II.①格…②刘… III.刑法—研究—  
美国 IV.D971.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第131021号

©法律出版社·中国

责任编辑/高山 赵佳 王坚

装帧设计/孙杨

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙磊

开本/787×1092毫米 1/16

印张/23.25 字数/289千

版本/2005年12月第1版

印次/2005年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5903-3/D·5620

定价:50.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 卷首语

哈佛,历史传统久远绵厚、学术品格独立深醇,声望名气响亮纯泽,素有“先有哈佛,后有美利坚”之美誉,在国人眼中已经成为精英之异名。哈佛大学——美国最古老、最出色之高等学府,其学术之品质与精神,以及积极参与社会开放、主动之心态与姿态,已浸淫化融入美利坚之历史与文化;在一定意义上,哈佛之盛名也部分掠美于其杰出之法学教育;同样,哈佛也融入了吾国近现代对法律政治文明之苦苦追求中。钱端升先生、杨兆龙先生等近代法学大家早年负笈哈佛,吴经熊先生完成了在密执安大学的学业后,也曾到麻省查尔斯河畔游学小逗……与庞德、霍姆斯等美法名宿渊源极深。

一八八七年,哈佛大学法学院三年级学生麦凯尔维四方奔走呼应发起创办《哈佛法律评论》,由此开美国法学高等教育机构由学生管理编辑学刊之先河,编辑们在《评论》创刊号前言写道:“本刊由哈佛法学院学生于学年内按月出版,旨在推进法律教育,以希对法律职业有所益裨。”一百有余年去,《评论》编辑前言仅变动数言:“本刊由哈佛法学院学生每年出版八期。”自创刊始,无论兰代尔、庞德、威格莫尔等代表美国法学学术水平翘楚之哈佛法学院教授,抑或霍姆斯、布兰代斯、沃伦等象征美利坚司法精神与力量者之大法官,其在《哈佛法律评论》发表论文,无一不受制于哈佛法学院学生编辑之刀笔。《评论》发展至今,以其先锋性、旗帜性及严谨性,已为美国法学界引征率最高之评论类刊物,乃至世界法学研究水准之绳墨航标,誉之为法学学术之高峰与传奇亦不为过。

中国的法学翻译事业自美国传教士丁韪良译惠顿氏《万国公法》、严复译孟德斯鸠氏《法意》始，绵延百余年，其间或峰或谷，或荣或辱，至今已蔚为大观。近代中国法学，几由西方法学学说发展生成，西方法学著述之译介，于吾国法治事业助益良多，惟《哈佛法律评论》之独缺，诚吾国法学翻译事业美璧之瑕、满月之缺。此憾非系于求“全”追“美”之心，而乃在务“新”臻“精”之意。子夏曰：“贤贤易色”，旨在此耳。

夫法律社，十年铸船以谋《评论》东嫁。外则远涉合众国，鸿雁常返与哈佛间；内则聚国内贤良学者精挑细选，于百年瀚文中取金之纯者、珠之大者，译之字斟句酌以求信达；志在为吾国法治事业开舟楫之利，济东西语言文字之隔，求他山攻玉之石，服牛乘马，引重至远，以利天下而为责、为幸、为乐！

引介译《哈佛法律评论》精萃之集，为吾国首举，非一朝一夕之功业，且投石试水问路之；然，文章时跨沧桑百年，两岸地隔大洋东西，且此译本在美利坚亦无可即用之定本，其间困难周折可知。百密之下难免一疏，千虑之余终有一失，不妥或误或错之处难免，望学界宽涵之馀予以匡正为谢！

法律出版社·对外合作出版分社

二〇〇五年八月三日

## 译者前言

很高兴应法律出版社的邀请,主持《哈佛法律评论·刑法学精粹》的编译工作。在接受这一任务的时候,出版社给了我一些限制条件:一是作为探路之作,此次每卷字数为30—35万字;二是以出版社已经解决了版权的一本哈佛法律评论协会于1972年编辑出版的《刑法》集子为基础,再添一两篇比较新的文章。前者使我不得不在浩如烟海的经典中忍痛割爱,仅选9篇;后者使本书所选论文的时间跨度可从2001年一直回溯到1928年。美国虽然是个年轻的国家,但由于建国后文化没有出现大的断裂,因而对我们这些以1949年为界限的中国读者而言,反而有一种历史感。

选择无疑会反映选择者的一些意图,那么,我为什么要选择这9篇论文来作为本卷的“经典”奉献给读者呢?请允许我在这里作一交代:

前述哈佛法律评论协会编辑出版的《刑法》一书共包括19篇文章,分别归入四大类:“刑法的理论基础”、“刑法的实体范围”、“程序保障”、“刑法的运行”(administration)。本书选其中的7篇,分别是:“刑法的理论基础”部分的“理性刑法的原则”、“犯罪意图的理论基础”和“模范刑法典的挑战”,“刑法的实体范围”部分的“犯罪未遂”和“刑法的发展:犯罪共谋”,“程序保障”部分的“残忍的和异常的刑罚条款与实体刑法”,“刑法的运行”部分的“精神病人的民事收容:理论与程序”,外加“法人刑事责任:目的何在?”和“对危险性的惩罚:刑事司法掩盖下的预防性羁押”两文,这两篇文章可分别归入“刑法的实体范围”和

“刑法的运行”两部分，它们大体构成了美国刑法语境中的知识结构和视野，这就是：从刑法哲学、刑事法理等角度探讨刑法的基础理论；从“未遂”、“共谋”、“法人主体”等角度探讨犯罪化的范围；从宪法、刑事诉讼法等角度来考察刑法的合宪性、刑法的人权保障机能等问题；从刑法的运行来看刑罚的设定、保安处分的改进等。英语中的 Criminal Law，我们通常翻译为“刑法”，但从前面的介绍我们可以看出，它实际上更类似于我们平常所说的“刑事法”，甚至比“刑事法”的范围还要广，比如它把对精神病人的民事收容这类限制人身自由的措施也纳入刑法的范畴。

“理性刑法的原则”是作者谢尔登·格卢克于 1928 年发表的一篇力作。该文针对当时美国刑事司法“运行崩溃的后果”，提出法律王国之外的方法和态度必须被输入法律秩序，并提出理性刑法的构成原则应包括：“社会—伦理学原则”——社会应当利用每一种科学手段自我保护，以对抗社会中的毁灭性因素，同时应尽可能少地干预其成员的自由生活，这与社会自我保护是一致的；个别化原则——“刑罚—矫正诊断和治疗”的科学的个别化，此种个别化应由有科学资质的处遇委员会来实现，并且这个委员会应当利用精神病学、心理学和社会工作的相关成果。文章最大的贡献在于以开放的眼光来看待和研究刑法问题。历史证明，刑法理论要取得大的发展，就必须克服自给自足的封闭式研究模式，广泛吸纳相关学科的知识。基于此种考虑，我将其置于首篇。值得注意的是，本文引出的刑罚个别化问题虽然作为一种理念已经被当今世界的大多数刑法学者所接受，但实际中如何操作，如何协调好与法治原则所要求的法律的稳定性、法律适用的平等性之间的关系，至今仍是刑法学界的难题。

犯罪行为和犯罪意图是现代刑法构成犯罪的两个必备要件，美国刑法中虽然存在不问过错的严格责任等少数例外性规定，但总的来说，犯罪意图仍然是构成犯罪的的一个不可缺少的要件。由于行为人的犯罪意图通常不是用语言表现出来的，因

而对于犯罪意图的内容及其在具体犯罪中所起的作用有各种各样的阐述。罗林·M. 珀金斯的“犯罪意图的理论基础”一文虽然发表于1939年,但它对犯罪意图的若干基础理论研究即使在今天看来也仍属上乘之作。该文还翔实论述了与犯罪意图有关的一系列概念:犯罪行为、意图、犯罪意图、一般犯罪意图、推定的意图、特定的意图、犯罪疏忽、明知、动机、恶意、犯意转移等,展示了“犯罪意图”极为复杂的一面。可以说,迄今为止,对人的意图判断和心理分析仍然是一个高难度甚至充满争议的领域,无论是在理论层面还是在操作层面。在这方面,如何结合现代科学的发展,运用心理学、行为科学、医学等资源,来促进刑法学中的“犯罪意图”研究,应是“阅读经典”时所不能遗忘的问题。

美国法学会于1962年编撰的《模范刑法典》虽然并不是一部具有法律效力的法典,但由于它问世于美国刑法改革时期,反映了一些先进的刑法思想和刑法理论研究的成果,因而对美国的刑事立法产生了重大影响,美国许多州的刑法典都是以该法典为蓝本制定的。赫伯特·韦克斯勒发表于1952年的“模范刑法典的挑战”一文,系根据准备提交给美国法学会刑法咨询委员会的两份备忘录——《筹备模范刑法典的建议》和《模范刑法典建议的可能性》而形成,其目的是要描述起草模范法典的基础和范围,以期增强专业人员对刑法基本问题的重新审查。本文从刑法的重要性、刑法的实体缺陷、执行对刑法的影响、心理学与科学对刑法的批评四个方面提出对刑法进行重新审查的必要,论述了重新审查的范围:犯罪行为的定义、处遇中的差异、处遇的方法及其运用中的自由裁量权,最后以实证性的研究阐述了起草模范法典的可能性和局限性,认为如果没有一部模范法典作为载体,理论研究的成果一般很少能得到充分的重视,对立法者也无法发挥指导作用。

未遂犯罪属于不完整犯罪,刑法分则中的犯罪都是以既遂的完整状态为其构成模式的,那么这种不符合刑法分则的未遂状态为何要承担刑事责任呢?发表于1928年的“犯罪未遂”一



文对这一问题作了很好的探讨。作者运用知识考古学的方法,回溯了犯罪未遂理论的形成和发展,指出在最早的时期,法庭对未遂犯罪的处理是套用“意志应当被看作行为”这一学说来定罪的。后来在星室法庭中,未遂犯罪理论曾经有一定发展,但没有被后来的普通法法院所沿用。由于无法接受把刑事责任建立在意图而不是行为基础上的学说,普通法法院开始通过对涉及某些较为普遍的未遂形态的犯罪进行阐述以满足形势的需要,如谋杀的未遂通常可以被作为攻击而惩罚。直到18世纪末,曼斯菲尔德才创立了现代意义上的未遂犯罪理论,即“本身就具有可责性的行为并不一定要完整地实施才构成犯罪”。理论虽然形成,但诚如作者所说,“它的界限仍然存在某种程度的不确定性”,七十多年过去了,这种困惑可以说还没有得到完全解决。

共谋犯是英美刑法中的一个源于普通法传统的重要概念,它实际上是将某些特别严重的犯罪预备行为规定为独立的犯罪来加以处理。在“刑法的发展:犯罪共谋”一文中(发表于1959年),作者用长达八万多字的篇幅对此进行了深入研究,内容涉及共谋罪的起源、共谋罪的定义及其构成要件、共谋罪的抗辩事由等。作者既指出设置该罪的积极意义,也指出其潜藏着的对被告人的危险。文章还牵涉到刑法的调控范围,也即刑法应当何时介入、它与道德的界限等更为广阔的命题。

法人可以成为犯罪主体,这在美国刑事立法与司法实践中早已不是问题,但美国学界并非就对此毫无争议。“法人刑事责任:目的何在?”是1996年才发表的,但作者卡纳仍然对法人刑事责任的理论基础充满了质疑。他认为法人民事责任的修正形式能通过取法人刑事责任之所长、弃法人刑事责任之所短而最终取代法人刑事责任。文章也长达七万多字,是法人犯罪否定论的集大成之作。我国新刑法虽已全面规定了法人犯罪,但这并不能成为阻碍学者们作应然性思考的理由,从此意义上讲,该文对我国学者反思这一制度具有一定的借鉴意义。

对刑法的合宪性追问是美国刑法研究的一个重要视角,当

然在这方面美国宪法也为这种追问提供了文本资源,例如,美国宪法第八修正案就规定:“不得要求过多的保释金,不得处以过高的罚金,不得施加残忍的和异常的刑罚。”何为“残忍的和异常的刑罚”?本书针对此选取了一篇专门论述这一问题的文章,“残忍的和异常的刑罚条款与实体刑法”,它发表于1966年。在该文中,作者通过考察该修正案的立法背景、最高法院在几个典型案件中的立场,认为这一修正案的初衷是为了保护“人的尊严”,对人的尊严的保护要求做到“罪刑均衡”,为此,需要运用比较法的方法和过度刑(excessive punishment)的理论来判断某一刑罚是否侵犯了这一标准。按照这一思路,作者得出结论:死刑不一定就违宪,与犯罪不均衡的有期徒刑也可能违宪。

最后两篇文章是“精神病人的民事收容:理论与程序”和“对危险性的惩罚:刑事司法掩盖下的预防性羁押”,属保安处分的内容。我国刑法目前对保安处分缺乏必要的重视,其中一个理由是认为保安处分曾在第二次世界大战时期被法西斯所利用,造成对人权的侵害,所以现今保安处分的命运在全世界都呈衰落的趋势。我本人是一直反对这种观点的,那就是不能笼统地说保安处分呈衰落的趋势,更不能因保安处分曾被法西斯利用过就因噎废食,社会对保安处分有需要,我们应做的是如何从程序上去完善这些制度,使之更符合人权保障的要求。在“精神病人的民事收容:理论与程序”(1966年发表)一文中,我们看到美国对实施了危害社会行为的精神病人并不是因其没有责任能力就一放了之,而是采取相应的收容措施。文章从对他人的危险、对自身的危险以及需要照顾和治疗三个角度,分析了对精神病人进行医院收容的法律基础及其适用程序。作者认为,“为他人的利益允许剥夺精神病人的自由”,但由于这种剥夺涉及公民的人身自由,因此应当被包括在为刑事审判提供的程序保护之中。另一篇“对危险性的惩罚:刑事司法掩盖下的预防性羁押”是保罗·H.罗宾逊于2001年发表的一篇新作。该文描述了美国刑事司法由过去重打击已然犯罪到现在重预防未然的犯罪的转变,肯定了基于犯罪人的危险性而

采取预防性羁押措施的做法,但也指出,刑事司法与预防性羁押之间存在着不可避免的矛盾,不论是从对社会提供保护的角度,还是从潜在的被羁押者的角度出发,最好的方式是将二者相分离,建立两个相互独立的体系:第一个体系关注的是对过去所发生的犯罪施加该当的刑罚,第二个体系则仅考虑防止危险的犯罪人在将来犯罪。当然,后者至关重要的是要对危险性做到准确的预测。

以上简要介绍了我选这9篇论文的理由。在阅读这些介绍时,细心的读者可能会发现,我特意标明了每篇论文发表的时间,目的是想提醒读者,尽管这些理论文章并不因时间的流逝而成为垃圾,相反,倒愈益证明其“经典”价值,但毕竟对文章中的一些特定内容和行文风格需要结合当时的时间背景来理解。以我们翻译的感受,20世纪20—30年代的一些文章,其语言翻译难度就比20世纪90年代直至21世纪初的一些文章要大,体现在译文上,读者读起来可能也要费劲些。另外,书中有几篇文章没有作者署名,经我多方打听,证实此乃《哈佛法律评论》一独特传统,那就是这表明文章作者乃《评论》的学生编辑(请注意,美国法学院的刊物都是由学生自己来编辑的),编辑发文历来不署名,其理由在于:尽管作者个人对文章倾注了许多精力,但是,其他编辑也为文章的修改作了大量的工作,为强调协作,将它作为集体成果更为妥当。<sup>[1]</sup>

周振杰、刘君、付婧、喜儿(Tiziana Tota)分别为本书部分章节或段落的翻译贡献过自己的力量,谨在此一并致谢。

全书虽最后经我通读并校对,但由于本人水平有限,不妥甚至谬误之处肯定存在,还请读者批评指正。

刘仁文  
2005年7月7日

---

[1] 此类文章若被引用,作者署名位置只标明“Note”或“comment”,明眼人一看就知道是学生编辑所写。当然,在《评论》单独印发给作者本人的小册子中,上面会显示作者的姓名,以便作为自己“科研成果”的证明。

## 目录

## 理性刑法的原则

谢尔登·格卢克 王桂萍 刘仁文|译 3

## 犯罪意图的理论基础

罗林·M.珀金斯 孙潇洁 刘仁文|译 35

## 模范刑法典的挑战

赫伯特·韦克斯勒 王桂萍|译 65

## 犯罪未遂

弗朗西斯·鲍斯·塞尔 朱江|译 111

## 刑法的发展:犯罪共谋

哈佛法律评论编辑部 王桂萍|译 133

## 法人刑事责任:目的何在?

维克拉玛蒂亚·S.卡纳 高光明|译 211

## 残忍的和异常的刑罚条款与实体刑法

哈佛法律评论编辑部 孙潇洁|译 281

## 精神病人的民事收容:理论与程序

哈佛法律评论编辑部 朱江|译 301

## 对危险性的惩罚:刑事司法掩盖下的预防性羁押

保罗·H.罗宾逊 李晓蕾|译 321

# Contents

---

Principles of A Rational Penal Code

*Sheldon Glueck* 3

A Rationale of Mens Rea

*Rollin M. Perkins* 35

The Challenge of A Model Penal Code

*Herbert Wechsler* 65

Criminal Attempts

*Francis Bowes Sayre* 111

Developments in the Law: Criminal Conspiracy

*Harvard Law Review Association* 133

Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?

*V. S. Khanna* 211

The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive  
Criminal Law

*Harvard Law Review Association* 281

Civil Commitment of the Mentally Ill: Theories and Procedures

*Harvard Law Review Association* 301

Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention As  
Criminal Justice

*Paul H. Robinson* 321

---

## 谢尔登·格卢克

谢尔登·格卢克(1896—1980)在孩童时期便从波兰到美国,他和艾莉诺于1922年结婚。夫妻共同在犯罪学领域开展研究,卓有建树,并称为格卢克夫妇。

格卢克的大量论文涉及少年非行、刑罚学与刑罚改革、刑事司法体制、累犯、犯罪原因、缓刑与假释、妇女与犯罪、精神病学与法律、犯罪预防以及许多其他主题。格卢克25岁时出版了他的第一部著作《精神障碍与刑法》,此后45年间,他先后撰写和合著了20余本关于刑法与犯罪学方面的著作,深入探索了环境对反社会行为的影响。格卢克是最先认识到社会科学的新发展作为刑法研究的解释与预测工具的重要价值的人之一。本文“刑法的理性原则”即是一个概括的反映。

他将科学模型与科学研究技术引入犯罪学研究,包括研究犯罪原因、犯罪处遇以及犯罪预防,实际上形成了犯罪社会学。在犯罪学研究的发展上尤为重要,格卢克认识到家庭背景对非行形成的重要作用。立足于心理学与精神病学的诸多发现,格卢克对于家庭成员的人际关系倾注了格外的关注来探索犯罪的根源。同样重要的是,他对于犯罪原因的研究使得他对犯罪处遇和犯罪预防进行了更深入的研究,在他的“现代

社会中的法律”一文中,他倡导对犯罪行为、动机、畸变、失调等进行系统、协调和多侧面的考查,这需要文化人类学、神经生物学、精神病学、生物化学、社会学和心理学等方面专家的协同努力来完成。他构想一种各学科间进行的犯罪研究,并致力于做一些基础性的工作。

他开创了关于罪犯和少年犯的经历的研究,并制定了著名的“格卢克式社会预测表”,试图从6岁甚至6岁以下的儿童中识出潜在的犯罪者。格卢克提出并由他们夫妇发展的,将体型与人格联系起来的体型理论成为青少年犯罪心理形成理论中的一个重要分支。他们发表了“揭开少年犯罪之秘”(1950)和“体型与少年犯罪”(1956)等书,认为少年犯罪的产生与其具有一定的体型及其相适应的性格有关。格卢克将人的体型分为4种类型:内胚层体型、中胚层体型、外胚层体型、均衡型,并认为每种体型都有相对应的性格特征。格卢克夫妇谨慎地解释这种现象,认为从体型、性格和气质是一个稳定不变的整体来看,并没有使某人成为犯罪少年的犯罪人格。不过,由于中胚层体型者体格健壮,血气旺盛,不愿受约束,因此在处于不利的环境时,如果其他条件相同,中胚层体型者更有可能采取犯罪行为,而成为犯罪少年。

格卢克曾戏称自己的生活方向中只有两种可能性:要么进行严重犯罪,要么成为美国总统。但是他的一生走的却是第三条路,他在哈佛大学从事研究40余年,被视为美国著名的犯罪学家,20世纪刑法学研究的先驱。

# 理性刑法的原则

---

谢尔登·格卢克  
王桂萍 刘仁文 | 译

- I. 刑法典基本的社会—伦理学原则
- II. 个别化,借助适当的科学,作为执行方法
- III. 总结



## 摘要

面对所谓的美国城市中刑事司法运行崩溃的后果,作者谢尔登·格卢克提出,法律王国之外的方法和态度必须被输入法律秩序,并提出理性刑法的构成原则,包括:社会—伦理学原则——社会应当利用每一种科学手段自我保护,以对抗社会中的毁灭性因素,同时应尽可能少地干预其成员的自由生活,这与社会自我保护是一致的;个别化原则——刑罚—矫正诊断和治疗的科学的个别化。作者提出菲利教授以“危险状况”和“较小危险状况”详细的立法清单为基础的司法个别化方案以及刑罚微积分是不尽如人意的,个别化应当由有科学资质的处遇委员会来实现,并且这个委员会在个别化中应当利用精神病学、心理学、社会工作的相关成果。实体法中的某些修正加上一个真正的不定期刑以及刑罚—矫正实践中的改进,将促进处遇团体的工作。