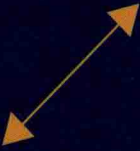



海外法学译丛

独角兽
法学精品

失义

LAW
WITHOUT
JUSTICE



的



保罗·罗宾逊
(Paul H. Robinson)
[美] 迈克·卡希尔 (Michael T. Cahill) 著
谢杰等 译

刑法

Give People What They Deserve
Why Criminal Law Doesn't



5 上海人民出版社



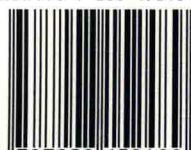
世纪出版

为什么在某些情况下，刑法会故意牺牲正义呢？

保罗·罗宾逊和迈克·卡希尔在审视美国刑法后在本书中坚定地指出，结果不公正的案件并不总是不规则或不可预测的。相反，刑法有时选择不给被告应得的惩罚：也就是说，即使系统按照设计的方式工作，也会产生令人不满意的结果。他们发现，尽管某些牺牲正义的规则达到了预期的目的，但许多其他的规则可以被更好的规则取代，这些规则将在不放弃正义结果的前提下实现刑法的目的。他们据此提出建议以求恢复刑事司法系统的正义。

上架建议：法律

ISBN 978-7-208-15248-9



9 787208 152489 >

定价：58.00元

易文网：www.ewen.co

海外法学译丛

 独角兽
法学精品

失  义

LAW
WITHOUT
JUSTICE

的

刑  法

Give People What They Deserve
Why Criminal Law Doesn't

保罗·罗宾逊
(Paul H. Robinson)
[美] 迈克·卡希尔 著
(Michael T. Cahill)
谢杰 等 译

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

失义的刑法/(美)保罗·罗宾逊
(Paul H.Robinson),(美)迈克·卡希尔
(Michael T.Cahill)著;谢杰等译.—上海:上海
人民出版社,2018
(海外法学译丛)
书名原文:Law Without Justice: Why Criminal
Law Doesn't Give People What They Deserve
ISBN 978-7-208-15248-9

I. ①失… II. ①保… ②迈… ③谢… III. ①刑法—
研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 126393 号

责任编辑 秦 堃 史尚华

封面设计 一本好书

失义的刑法

[美]保罗·罗宾逊 迈克·卡希尔 著
谢 杰 等 译

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)
发 行 上海人民出版社发行中心
印 刷 常熟市新骅印刷有限公司
开 本 720×1000 1/16
印 张 14.25
插 页 2
字 数 230,000
版 次 2018 年 7 月第 1 版
印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-208-15248-9/D·3234
定 价 58.00 元

目 录

导论 / 1

第一章 实现正义与偏离正义 / 9

- 第一节 正义的界定 / 9
- 第二节 聚焦于正义的缘由 / 11
- 第三节 追求与实现正义 / 13
- 第四节 偏离正义的实际代价 / 14

第一部分 在纷繁复杂的世界中弘扬正义

第二章 对操纵和滥用的担忧 / 19

- 第一节 联邦狱警是“治安官”吗? / 20
- 第二节 不采纳被告对法律产生合理误解的抗辩(以及紧急避险和未成年抗辩) / 22
- 第三节 “嗖的一声,就推了下去” / 26
- 第四节 不当限制或否认合法的免责理由 / 32
- 第五节 被羞辱,崩溃了、爆发了 / 36
- 第六节 遵循纯粹的客观标准 / 38
- 第七节 防止客观标准过度吸收个人特征 / 40

第三章 增强可信度 / 43

- 第一节 缺席的正义 / 43
- 第二节 追诉时效 / 47
- 第三节 霍华德的结局 / 52

- 第四节 年轻人的过错 / 52
- 第五节 严格责任 / 53
- 第六节 排除强迫供述和没有律师在场的辨认 / 58

第四章 有限资源的物尽其用 / 61

- 第一节 串谋杀人的辩诉交易 / 63
- 第二节 辩诉交易和证人豁免 / 68
- 第三节 萨米的结局 / 76

第二部分 牺牲正义以促进其他目标

第五章 罪刑法定 / 81

- 第一节 后院的三百具尸体 / 82
- 第二节 罪刑法定原则 / 86
- 第三节 马什案结果 / 89
- 第四节 海难食人案 / 91
- 第五节 否定正当理由(为了法律明确性) / 97
- 第六节 达德利案结果 / 98
- 第七节 设置界限:罪刑法定原则和改变准则 / 99

第六章 犯罪与犯罪人的控制 / 102

- 第一节 逃逸被视为谋杀 / 104
- 第二节 威慑机制 / 109
- 第三节 改造机制 / 115
- 第四节 电视暴力 / 117
- 第五节 权利剥夺机制 / 119

第七章 控制警察权和检察权 / 125

- 第一节 纵虎归山 / 127
- 第二节 非法证据排除规则 / 133
- 第三节 及时裁判规则 / 141

- 第四节 艾勒案余波 / 143
- 第五节 加热导管中的照片 / 145
- 第六节 双重危险 / 151
- 第七节 伊格内托案后续 / 155
- 第八节 无行为能力 / 156
- 第九节 可卡因案 / 158
- 第十节 诱捕 / 164
- 第十一节 道德信誉与合法性: 权衡评估 / 169

第八章 刑法之外的社会利益 / 172

- 第一节 “罪恶”的野营 / 172
- 第二节 违规行为的刑事定罪 / 174
- 第三节 林赛案后续 / 176
- 第四节 公司犯罪 / 176
- 第五节 外交人员强奸案 / 180
- 第六节 外交与公务豁免 / 182

第三部分 恢复道德信赖

第九章 刑事司法改革 / 189

- 第一节 举证责任转换 / 189
- 第二节 改进裁决体系 / 194
- 第三节 应用替代惩罚的方法 / 196

第十章 重构民刑关系 / 203

- 第一节 以行政责任代替违反行政法规的刑事责任 / 203
- 第二节 在保证罪责刑一致的前提下减少警察及检察官的不法行为 / 207
- 第三节 廓清危险性与可责性的界限 / 210

结论 在纷繁复杂的社会生活中实现公平正义 / 215

后记 / 218

导 论

一、问题意识

无论是在法律实践中,还是在社会日常生活中,人们都渴望公平正义,即得到我们所应该得到的。无论是法律专业人士,还是普通社会公众,我们都渴望建构一个公平正义的法律体系。在正义的法律体系下,人们可以求得在社会日常生活中无法实现的公平正义。特定的行为人侵害了他人,那么法律就要求该行为人付出代价,承担相应的法律责任。相反,如果特定人没有实施罪错行为,那么我们期待法律不予介入,使其免受责任的追究。

公平正义理念之所以在刑法中显得尤为重要,是因为刑法体系中的成本、责任及代价是最高的。如果一个杀害他人的行为人没有被追究故意杀人罪的刑事责任,则会引发众怒,是因为这种不公正的案件处理结果会向潜在的犯罪人释放杀人无需畏惧的错误信号,但更大程度上是因为实施罪错行为的人没有得到应当的惩罚。相似地,如果无辜的人被追究刑事责任,人们会义愤填膺,其原因可能是这种非正义的案件处理结果呈现出刑事司法体系的腐败,很有可能在未来会殃及更多的普罗大众,但更大程度上是因为人们同情被错误定罪处罚的人,其受到了不应当承担的责任与处罚。刑法理应实现正义,而在上述两种情况下,正义都迷失在刑事司法实践之中,人们因此而感受到冒犯、不安与愤怒。

刑事司法实践中不乏刑法迷失正义的情形。以林德罗·安德瑞德案^①(本书第六章将详细分析)为简要例证——安德瑞德在两家韩国商品超市(K-Mart)盗窃9张光碟,价值共计154美元。由于安德瑞德因入室盗窃、轻微盗窃、持有大麻等前科被多次判处轻微刑罚,加上本次两宗盗窃罪,根据加州的“三振出局”法25年以上监禁的法定刑,其面临50年以上监禁的刑罚风险。加州每年至少要为每一位安德瑞德这样的长期服刑的罪犯支付26000美元的成本。^②除此之

^① See *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63(2003).

^② See Justice Anthony M. Kennedy, Speech at the American Bar Association Annual Meeting, at 4 (Aug. 9, 2003), available at http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_08-09-03.html.

外,还要付出更为严峻的代价:对于轻微多次犯罪的行为人处以远重于单次严重暴力犯罪的刑罚。

实际上,“三振出局”法的支持者也不会认为这种刑事法律规则对特定犯罪行为施加了公正且应得的刑罚,其核心的支持理由主要还是依托于震慑效果,即“三振出局”能够有效地锁定“不良分子”并将其赶出社会日常生活,从而不对他人造成妨碍与困扰。社会公众中较为关注犯罪率与犯罪控制的观点往往会过度强调“三振出局”的有效性,^①并选择支持类似的刑事法律规则。^②但这里存在一种对刑法运作机制的误解。^③现代刑法设计了诸多明显的“严打”犯罪规则,从而明显超越了对特定犯罪应当判处刑罚的比例性。这种对应得刑罚的偏离会导致刑事司法实践规律性地制造非正义案件。

应当看到,在现实的刑事司法系统中,总会出现一些不公平、不正义的结果。世界上也不存在一个完美的刑事司法体系,可以有效地惩治每一个违法犯罪者,对每一个特定犯罪行为都进行精确的量刑。媒体报道中不时会出现冤假错案或者放纵犯罪的情形。这些个案对于反映刑法实践中的不公平性确实具有一定的价值,但刑事司法体系本身的不完美性显然也不是新闻。刑事司法无法时刻实现完美正义的原因是显而易见的:调查犯罪与起诉犯罪人的司法资源存在有限性;刑事诉讼参与人知识与能力的有限性导致无法避免的差错总会客观存在;刑事司法体系的事实判断部分依赖于证人证言等主观性较强的证据;司法偏见与腐败的潜在影响,等等。因此,刑法在法律适用过程中出现失去正义的结果是偶尔却注定会发生的现象。

然而,刑事司法失灵的事件发生并被公众知悉后,人们不免会对这些冤假错案、过度严厉刑罚及不应当免责的犯罪人被免责等结果感到非常失望。^④与

^① See Deborah W. Denno, *The Perils of Public Opinion*, 28 Hofstra L. Rev. 741, 54 (2000); cf. Julian V. Roberts, *Public Opinion and Youth Justice*, 31 *Crime & Just.* 495, 499—500 (2004). Julian V. Roberts & Loretta J. Stalans, *Public Opinion, Crime, and Criminal Justice* (Westview 1997), 2334.

^② See Francis T. Cullen et al., 27 *Crime & Just.* 1, 38 (2000) and by *The Wall Street Journal/NBC*.

^③ See Michael Vitiello, *Reforming Three Strikes' Excesses*, 82 *Wash. U.L.Q.* 1, 24 n. 192 (2004); see also Cullen et al., *supra* note 4, at 39.

^④ 当代学者对于刑事司法体系未能主持正义的举动已经坦然接受,但大多普通民众尚未能如此。他们依然认为要根据行为人的道德应罚性来决定其刑事责任和应受处罚。See, e.g., John M. Darley et al., *Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment*, 24 *Law & Hum. Behav.* 659 (2000); Cass R. Sunstein et al., *Do People Want Optimal Deterrence?*, 29 *J. Legal Stud.* 237 (2000); Kevin M. Carlsmith et al., *Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment*, 83 *J. Personality & Soc. Psych.* 284 (2002).

此同时,参与刑事诉讼的专业人士也认为这些不正义亟须被遏制与避免。冤假错案会让人们非常困扰,尤其是那些被媒体披露的判处死刑而事后发现错误定罪的案件。大量没有被广泛披露但实际上影响范围更为普遍的问题,包括刑罚配置不公,即判处的刑罚明显偏离犯罪人应当承担的责任幅度。尽管目前还没有足够的资源或者利益团体驱动实质性地改变刑法不公的状态,但至少社会公众与刑事司法体系一致性地认为这是亟须反思与值得努力寻求改变的问题。

偏离正义的定罪量刑并非全都是无规律或者不可预测的,相关案件或者刑事司法实践体现出刑法选择偏离应得刑罚的尺度进行定罪量刑。刑法并非在制度失灵或者实践中滥用的情况下偏离公平性标准,而是基于制度安排与设计去选择按照偏离应得刑罚的方式予以运作。这意味着,在特定情形下,一个明显的杀人犯被认定为无罪,或者一个应当被认定为无罪或罪轻的人被判定为有罪或重罪,不是因为错案或者适用法律错误,而是刑法体系本身催生或者规定了这样的处理模式。刑法与正义之间形成了由法律本身所创制的鸿沟。这也是本书研究的失义刑法问题与传统错案、冤案所体现出的不公平及非正义问题之间的区别。

刑法理应实现正义而非反其道而行之,实践中偏离公平正义与应得刑罚的定罪量刑显得十分异常与令人担忧。刑法为何在实践应用中牺牲正义?为何要设计一些对犯罪人处以偏离其应得刑罚的刑事法律规则?

本书尝试回答上述问题。我们分析妨害而非推进正义实现的刑事法律规则,并通过真实的案例解构这些失义的刑法规范及其司法实践;解释为何刑法与正义之间会存在距离与偏差,以及这种偏离在何种情况下是可以接受的,甚至是有益的——尽管这看起来令人费解与惊讶;分析这些导致刑法与正义之间形成鸿沟的法律规则内在的原理、可能的正当性基础及实际效用;探索通过何种方式缩小或者消弭刑法与正义之间不为人们所接受的偏差。偏离应得刑罚的刑法规则本质上是对正义与其他实用性价值的权衡。本书的目标是反思刑法与正义之间的关系。刑法为了实现其他价值而设计的法律规则可能与正义价值构成冲突。刑法对特定犯罪行为予以认定、对犯罪人进行处罚,理应以正义为导向,罚当其罪、不多也不少,使犯罪人获得其应当得到的刑罚。因此,正义的目标价值是刑法的基准,其他价值偏离这种基准,显然有必要对这种偏离进行深度反思与解构。

一种潜在的疑问是,严肃地分析与评价偏离正义标准的刑法规则的正当

性基础与实用效果,其本身似乎高估了牺牲正义价值的刑法规则。这些权衡正义与实用性追求的刑事法律通常是政治过程的产物,源于忽略、扭曲道德价值与牺牲正义的政策,其中不乏情绪化立法与在危机中采取的极端司法措施。有学者将其概括为“刑法的病态政治”,^①我们也提出了类似的质疑。^②民主政治过程会因为特定的利益群体驱动推进情绪化的立法,媒体舆论与民意呼声也会对司法过程产生难以预测的实质性影响。但这并不妨碍本书对偏离正义价值的刑事立法与司法以及支撑这种刑事法律现象的潜在逻辑进行理性分析。推出并适用违背应得刑罚的刑法规则,势必具有强大的理性论证、正当性基础与实用性考量,审查这些刑事法律的目标价值及其实现(或者无法实现)的实践机制,更有助于深入反思刑法与正义之间的应然关系,进而探索刑法改革的有益路径。

二、目标与结构

本书旨在实现以下理论与实践目标,其也引导了本书的结构:

1. 甄别刑法规则对正义价值的偏离

本书的首要任务是发现刑事立法与司法如何制度化地牺牲正义。第一章对刑法正义,即对犯罪人判处其应得的刑罚,进行了界定并分析了偏离正义的代价。第二章至第八章描绘与调查了各种导致偏离正义价值的具体刑法规则,我们称之为“偏离规则”。通过细致的案例分析可以展示出“偏离规则”的运作机制,以及由这些规则带来的刑法与正义之间的距离。刑法与正义的鸿沟会触碰到人们对正义的直觉判断,也会淋漓尽致地展现出制度如何在正义的直觉与特定目标的追求之间作出选择。

本书分析的偏离正义的案例可能存在一定的“极端性”,或者说至少是不常见的。使用极端的案例分析制度性的问题,似乎存在一定的疑问。然而,刑事立法与司法实践中偏离正义的现象,其概率究竟是多少,没有且客观上也无法通过实证的方式予以确认。偏离规则在实践中造成刑法偏离正义的频率、范围、程度和规模等均无法被估算。立法采纳之前、司法实际使用偏离规则之

^① William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 Mich. L. Rev. 505 (2001).

^② See Paul H. Robinson & Michael T. Cahill, *The Accelerating Degradation of American Criminal Codes*, 56 *Hastings L.J.* 633 (2005); Paul H. Robinson & Michael T. Cahill, *Can a Model Penal Code Second Save the States from Themselves?*, 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 169 (2003).

过程中,实际上也没有对此进行系统化的实证研究。偏离正义的刑法实践本身就很难被发现,所以,在常见与不常见本身存在明显不确定性的情况下,通过“极端”案例剖析问题并不是一种刻意的选择,而是必然的路径。

将偶发性的极端偏离正义与相对频繁的略微偏离正义进行比较是一种危险的做法。例如,一种刑法规则的适用,导致特定犯罪人被判处的刑罚超过其应得刑罚的10倍,但这在实践中发生的概率很低,或者说只有在极端情况下才会发生;另一种刑法规则的适用,导致特定犯罪人被判处的刑罚超过其应得刑罚的2倍,其在实践中发生概率可能相对更高。但我们不能对这两种偏离正义的现象作出孰轻孰重的对比,因为两者都是不可接受的。事实上,我们所探讨的每个案例都突出展现了一个既会演绎出极端后果,又经常产生更多正义结果的规则。

即使具有明显的非常态性,我们也绝对不应当忽视极端性案件中呈现出的不公正问题给整个刑法制度信誉、社会道德效应所带来的损害。刑事法律制度本应合理引导、影响人们的社会行为,但一个极端的不公正案例就有可能将长期积累的刑法信誉毁于一旦。本书第一章具体分析了刑法信誉的建构与损耗问题。需要强调的是,本书所研究的极端案件与所谓的刑法失义问题,不是传统的冤案与错案或者法律适用错误语境下的不公平与非正义,而是刑事法律制度安排下的偏离应得刑罚问题。只要这种制度安排客观存在,那么类似非正义的现象就会持续、非正义的案件就会被复制,而刑法信誉与权威也会逐渐在社会公众认知层面受到损害。我们寻求澄清这种刑法信誉受损的巨大代价,并探索扭转不良趋势的改革方向。

2. 偏离规则的类型化与批判性分析

不同偏离规则所内含的价值目标及其规范建构依据决定了其分类研究的基本框架。偏离规则的基础原理不仅是其建构与发展的原因,而且能够从更深层次的视角展现刑事司法系统中正义与其他目标价值之间的冲突与平衡。

本书第二章至第八章重点分析了七种偏离应得刑罚的刑法规范原理,它们都为特定或者一组刑法规则偏离应得刑罚提供了正当性基础,总体上均可类型化为实践限制与竞争利益两种模式。

实践限制覆盖了偏离抽象正义需求的刑法规则,这些规则之所以偏离正义是为了在最终意义上提高与推进正义利益。这些刑法规则在大部分案件中寻求制造公正的结果,尽管在有些案件中没有能够做到,甚至在为了执行现实中的刑事司法机制而妥协的案件中阻碍了正义的结果。虽然支持与反对这些

刑法规则的意见都认可以应得刑罚为导向的刑法正义理念,但是基于实践限制双方对于如何实现正义仍存有分歧。本书第二章至第四章对此进行了分析。

竞争利益所覆盖的刑法规则同时偏离了正义的现实与应然。这些刑法规则制造了应得刑罚与刑事责任之间的差距。其不仅不能通过理念上实现正义而获取正当性,反而是有意识地或者默示地牺牲了正义而实现了其他价值或者利益。我们认为,这些价值目标可以通过其他不损害、不扭曲且不妨碍刑事司法实现正义的刑法机制而得以推进。本书第五章至第八章对此进行了分析。

本书通过经验与规范两个层面分析这些偏离正义的刑法规则是否具有合理性,并反思这些特殊的刑法制度安排与正义及其自身维护价值之间的关系。以重罪谋杀规则为例,该规则具有多种正当性基础,因而会出现在多个章节的分析中。我们发现,不以应得刑罚为导向的刑法规则往往会背弃其自身所依托的价值、利益或者正当性基础。一些既有的偏离正义标准的刑法规则不能够或者不再有助于推进其所预期的价值与利益;还有一些偏离正义的刑法规则可能有助于实现其预定的价值目标(也有可能无益,因为目前并没有完善的实证调查予以证明),但实际上也可以被那些基于应得刑罚而配置刑事责任的刑法规则所替代;确实存在一些偏离正义的刑法规则,其只能通过偏离应得刑罚的方式实现利益平衡,因而在某种程度上得以被容忍,但也应当探索偏离正义程度最小化的规则运作方式。

3. 改革的建议

本书第九章与第十章讨论如何消除或者减少既有刑事法律体系中偏离应得刑罚的现象。现有的部分偏离规则显然有利于推动一些重要的目标与价值的实现,但其能够且应当融入其他规则予以替代或者补充,从而实现正义价值与其他利益之间的优化平衡,甚至是在不损耗公平正义原则的情况下更为有效地推进特定的利益。本书主要提出了两大改革路径。

其一,刑事法律体系内部改革路径。由于担心法律认识错误、精神病辩护等正当化事由的辩护被滥用,刑法规则设计了非常严格的操作标准,从而导致很多不应当被判处严厉刑罚的行为人被予以定罪量刑。因此,有必要完善被告人在正当性抗辩事由方面的证明责任规则,从而控制正当性抗辩事由方面的偏离规则。同时,有必要通过更为科学的刑罚单元优化刑罚配置体系,并以替代监禁措施丰富刑罚种类,从而在不减损应得刑罚正义价值的基础上实现

有针对性的犯罪控制实用目标。

其二,刑事法律体系外部改革路径。在特定情形下,相对于偏离正义标准的刑法制度安排,民事、行政等非刑事法律机制提供了一种实现多样化利益需求的替代性方案。例如,对于当前的轻微犯罪与公司犯罪进行非刑罚化处遇,适用民事制裁或者行政处罚;在后刑罚阶段通过民事预防风险性措施替代现有的以刑罚为手段的预防性羁押,从而使得预防性措施真正脱离刑罚的掩盖。

这些改革措施并非全新主张,但本书从强化应得刑罚的正义追求、辨识偏离正义的刑法规则、最大限度平衡正义价值与其他利益的角度,论述刑法改革对于实现正义的重要意义。

三、实践启示

当代刑法不断通过修正立法的方式实现正义价值与其他利益之间的平衡。本书深度评价这些制度性偏离正义的刑法规则,其所探讨的问题重大且契合当下现实。应当看到,尽管实用主义、法律经济学等不时冲击传统的刑法规则体系,但是,无论是刑法实务还是刑法的道德理性,都要求以应得刑罚为基准对犯罪人配置刑事责任。当代刑法不可避免地融入了正义之外的其他利益与价值,而这些价值往往会与正义形成冲突。例如,震慑作为一种刑法制度安排需要预设的利益需求,注重对潜在犯罪人的防控而非对既有案件中犯罪行为的应得刑罚的判定。既然多元化的价值目标势必会进入刑法改革领域,我们就有必要正视这些偏离正义的刑法规则为何创制、如何运作及怎样优化,从而在最低程度减损正义价值的基础上最大限度地实现利益均衡。

随着社会经济的不断发展,刑事法律制度及其变革的驱动元素与价值导向也处于相互竞争、动态变化的过程之中。在本书之前,并没有系统性的研究深度分析偏离正义的刑法规则。本书虽然以应得刑罚的正义观念为核心展开,但同样非常重视多元化的利益导向,并不完全、整体否定偏离正义刑法规则在其他价值层面的功能与效用。所以,犯罪与抗辩、客观行为规则与主观责任规则、定罪与量刑及实体与程序等诸多刑法规则,都会以整合性的分析方式被纳入多元化的价值与利益体系中进行权衡。

当代刑法呈现出两种截然不同、相互冲撞的发展趋势:其一,刑事法律制度安排持续地以牺牲应得刑罚为代价交换其他利益,典型表现为在刑罚的掩盖下实施预防性羁押措施,对经济违规、行政违法行为设置监管性犯罪等。实用主义的价值增量不断融入刑法制度之中。其二,刑法规范的社会影响功能

在实践中开始被不断地强化,人们开始认识到强制性的刑罚震慑与制裁无法有效地塑造刑法规范的指引功能。因此,刑法制度一方面希望构建一个行为控制系统,通过刑罚震慑降低犯罪行为对社会造成的风险,另一方面又需要刑法通过正义的象征保持强有力的制度信誉,引导人们遵从刑法。本书尝试探索刑法制度如何在应得刑罚的正义标准下,融合甚至超越刑罚震慑的实用价值,最终实现人们对刑法规范的主动遵从。

第一章

实现正义与偏离正义

■ 第一节 正义的界定

让我们来设想一下这样的情境：(1)一个杀人犯或者强奸犯没有被判处刑罚。其原因并非在于证据或者司法能力缺失，而是刑法及其具体的刑事司法规则规定，即使其实施了相关犯罪行为，刑法也应当不予处罚。(2)一个没有罪责的人被判处刑罚。同样地，其原因不是悲惨的适用法律错误或者事实判断的错误，而是刑法及其具体的刑事司法规则要求，即使行为人没有罪过，刑法也应当予以处罚。

上述两种情境在现实法律世界中是真实存在的，实际上其普遍程度超越我们的想象。这也构成了本书探讨的主题。法律制度作出这样的安排显然是存有疑问的，直觉告诉我们，这是一种错误的刑法规则，应当在实践中予以纠正。但需要反思以下问题：为什么这样的刑法制度安排会在实践中存在？为什么刑事法律规则与社会公众所理解的正义要求存在如此巨大的差距？

我们首先廓清本书所研究的正义的概念。我们认为，刑法制度所寻求的正义应当是罚当其罪，即使得每个行为人获得其应当被判处的刑罚，不多也不少。对此，绝大多数人不会持有异议。本书详细分析了偏离正义理念的刑法规则。这些制度安排有意识、系统性地使得行为人获得的刑罚偏离其应得刑罚——畸重或者畸轻。

然而，需要设问的是，如何确认行为人的应得刑罚水平？特定的行为人所应当被判处的刑罚似乎是一个价值判断，人们或许对此存有较大的争议。如何确认我们所讨论的刑法规则违反的是正义标准，而不是人们主观上各自所臆断的正义感觉？合理的回应如下：

其一,尽管应得刑罚的主观态度确实反映了价值与判断的特征,但这种对于正义的直觉判断具有高度共享性。对于特定刑事案件中的定罪量刑问题,人们能够且通常持有共通的应得刑罚判断结论。这并非因为特定案件中的特定犯罪行为与特定的刑罚标准之间具有奇妙的必然联系,而是人们对于不同犯罪行为(犯罪人)的相关可责性具有特定的直觉正义判断。如果把不同危害程度的犯罪案件放在一个坐标轴上进行相对可谴责性的排序,人们往往能够形成危害性程度的共识判断。大量研究证明,人们对于应得刑罚的判断具有形成广泛与深度共识的能力。^①实证调查也证实了这种社会公众共享的正义直觉。^②

其二,既有刑法制度中的部分规则所赖以存在与发展的目标导向,明确与正义价值相抵触。虽然刑事法律制度在执行过程中都会被冠以“实现正义”、“让犯罪人受到应有的惩罚”等宣传口号,但不少刑法规则所推进的利益与价值并非正义或者应得刑罚,而是控制犯罪、震慑犯罪等可能与应得刑罚相抵触的其他实用性价值。^③

刑法制度架构中显然还存在其他在人们看来有违正义标准的争议问题。例如,死刑制度的存废是一个长期存在、广泛争论的公平正义问题。但此类重要问题的争议并非本书探讨的领域。我们集中分析的偏离正义规则,限定为刑法制度安排过程中公开选择的违反人们共享的正义直觉的刑事法律规范设计。人们普遍认同正义标准,无论何时显然都将实现公平正义作为社会的目标追求。但奇怪的是,刑事法律体系在建构具体规则时往往会损害应得刑罚的实现。

刑法制度为何会选择偏离正义标准?是否应当取消或者限制这些刑法规则?偏离正义标准的规则是否具有正当性基础?是否应当优化这些规则?本

① 实际上,舆论在评估何者是正义所需时往往是不可靠的。我们在这里不是指媒体对司法的耸人听闻的指责,而是普通大众共有的情绪与意见。即使是罪犯也知道报复私刑和正义公刑之间的区别。媒体报道通常会省略、修饰或扭曲一些事实,但在冷静反思以及中立环境中产生的、为大众所共享的正义原则却是可以适用的。

② See Paul H. Robinson & John M. Darley, Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law (Westview 1995) (hereinafter Robinson & Darley, Justice, Liability, and Blame).

③ Paul H. Robinson & John M. Darley, The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best, 91 Geo. L.J. 949, 971—974 (2003) (hereinafter Robinson & Darley, Role of Deterrence).

书尝试回答这些问题。

■ 第二节 聚焦于正义的缘由

我们为何要如此关心刑法正义或者应得刑罚？正如前文所述，偏离正义标准的刑法规则意在实现其他价值或者利益，这些并非基于正义导向的价值目标意味着应得刑罚并非刑事法律体系所追求的唯一目标。因此，在确定了正义标准的内涵之后，进一步需要追问的是，相对于其他价值与利益而言，应得刑罚为何属于核心目标？

一、正义的中心性

应得刑罚应当构成刑法的核心目标与价值，其主要理由是：

第一，正义是建构刑事法律制度的基石。罪刑法定、无罪推定、一般预防、特殊预防等都是非常重要的刑事法律原则与功能，但其本质上均属于适用刑事法律制度所追求的价值或者利益，而非建构刑事法律制度的起点。社会制度中对于刑事法律制度安排的需求缘起于正义。因此，在刑事制度体系中为了追求其他价值而放弃正义标准显得本末倒置。

实用主义的犯罪控制目标是唯一有可能与应得刑罚竞争刑事法律制度基石地位的价值目标。应得刑罚原理是对过往行为是否以及如何承担应有的刑事责任的事后判断，而实用主义原理是对如何控制未然犯罪行为的事前评估。纯粹的实用主义会基于犯罪控制收益大于成本而选择处罚无责任的行为人，或者在没有犯罪控制效果的情况下使得具有罪责的行为人不受刑事处罚。但是，社会公众共享的正义直觉决定了应得刑罚优先于犯罪控制。人们选择将刑罚制度独立于侵权责任制度，其内涵的直觉认识是，侵权责任是为了弥补损失，而刑法并不是关于行为矫正的制度安排，其核心应当是惩罚罪错者，而且是对犯罪人施加其应当得到的刑罚。

第二，绝大部分刑法规则事实上都是以正义标准为导向的，这也完全符合社会公众共享的直觉。刑法的常态是如人们的常识判断那样去实现正义。刑法固然具有地方性知识的特点，但公平正义是跨文化的刑法价值。人们对于刑法的期待更多地表现为正义诉求而非犯罪控制。刑法偶尔的偏离正义都会引发人们的追问。更为重要的是，以应得刑罚为基础的刑事法律体系，相对于牺牲正义标准而追求其他价值的刑法制度而言，会因为获得社会公众认可与

遵从而取得更好的犯罪控制效果。^①因为只有一个公平正义的强制体系才能获得长久、深远与广泛的合法性认同。

第三,正义标准之外的其他价值诉求不足以支持其对应刑法规则的正当性基础。即使是竞争力最强的犯罪控制模式,其在实现实用主义目标过程中实际上也具有非常明显的瑕疵,并且需要依赖于应得刑罚来实现实用主义的犯罪控制目标。也就是说,实用主义犯罪控制原理其本身呈现出事与愿违的状态,刑法制度的行为矫正与社会安全推动功能同样需要仰仗应得刑罚予以实现。对实用主义犯罪控制最标准的批判来源于报应主义——对特定犯罪行为施加其应得的刑罚是一种道义义务,不需要考虑潜在的收益或者未然的效用。但我们对实用主义犯罪控制目标的批判并不本源性地依赖或者坚持报应主义,而是提出实用主义应得刑罚的原理,从犯罪控制价值实现的角度强化正义标准的意义。

二、正义的中立性

我们并不贬低实用主义犯罪控制的既有价值,也不会从正当性与重要性的角度,对与正义价值具有竞争性的刑法目标进行否定。相反,我们认为这些目标是非常重要的。例如,追求应得刑罚之所以重要的原因便在于我们相信此种行为有助于实现实用主义的目标——有效的犯罪控制。

应当肯定的是,刑法完全有理由去追逐正义之外的其他价值或者利益,多元化利益的客观存在及其实际内涵的正当性决定了我们没有必要继续沿着传统的分析框架对正义与其他价值孰优孰劣进行比较。但长期以来刑法理论与实践在分析问题时就倾向于论证一种特定利益的优先性,从而为牺牲其他利益提供合理性依据。本书摆脱这种既有的思维模式,抛开不同利益追求之间的实体争议。本书的反思是:是否存在一种区别于目前非此即彼型目标设定的替代性方案,其能够同时促进两种或者多种在当前看来是互为竞争的刑法利益诉求,而使得以牺牲一种利益为代价去提升另一种利益的无奈选择失去必要性?我们认为,在不偏离正义标准的情况下,完全有可能实现在当前看来

^① See Paul H. Robinson & John M. Darley, Does Criminal Law Deter? A Social Science Investigation, 24 Oxford J. Legal Stud. 173 (2004), appendix available at <http://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/OxfordDeterrenceAppendix.pdf>; Robinson & Darley, Role of Deterrence, supra n.4; Paul H. Robinson, Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice, 114 Harv. L. Rev. 1429 (2001).

是竞争性利益之间的双赢或者多赢,所谓的利益权衡完全可以避免。

■ 第三节 追求与实现正义

作为正义标准核心概念的应得刑罚实际上具有两个层次的内涵:

应得刑罚可以被视为基于社会公众所共享的正义理念对犯罪行为或者犯罪人作出定罪量刑的责任分配。在此种观点下,我们可以通过询问他人的所思所想来找出正义所需,然后据此执行。姑且让我们称这种依据人们的个人感觉所建立起的更为普遍的正义含义为“自下而上的应得刑罚”。有人认为,从功利主义的角度来看,这种应得刑罚理念是一个非常明智的分配原则,因为它构建起刑法在社会中的道德权威,具有极高的犯罪控制效力。^①换句话说,遵循人们的直觉正义是十分不错的,因为它们可以促进人们对法律的遵守,从而获得一些实际的好处。让我们称这种自下而上的理论的支持者为应得刑罚实用主义者(或采取更具技术性的说法,应得刑罚功利主义者)。

又或者,应得刑罚可视为是由道德和善意的抽象原则决定的定罪量刑的分配原则——哲学家或法学学者可能以道义主义或报应主义来称呼它。这是自上而下的观点,即我们需要从一些基本的抽象道德原则出发,再进一步在个案中得出构成正义的更具体的规则。自上而下观点的拥趸者并没有引用任何实际性的利好来对此予以说明,只是认为在以道德原则所界定的应得刑罚的基础上定罪量刑不过是一件正确的事情(或者道德所要求)罢了。这些自上而下的理论的拥趸者可以被称为应得刑罚道义主义者(在此更具技术性的说法为报应主义者)。

两种应得刑罚概念之间的分歧对本书所探讨的主题起到了辅助作用。本书所关注的重点是这些正义观念与现行法律之间的鸿沟。我们在其他地方也探讨了两种应得刑罚概念之间的差异。^②然而在很大程度上,我们着眼于二者之间的相似之处。显而易见,现行法律与此二者之间的鸿沟会招致异议,但这些差异又蔚为众多且难以弥合,因此在大多数情况下,它们使得道德主义与实用主义概念之间的差异也显得无关紧要。我们会讨论一两个违反了一种却没有违反另一种应得刑罚概念的例子,或者说相较某一概念,更严重地违反另一

^① See generally Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 Nw.U. L.Rev.453(1997)(hereinafter Robinson & Darley, *Utility of Desert*).

^② See Robinson & Darley, *Justice, Liability, and Blame*, supra n.3.

概念的例子。

有些传统的功利派学者认为,所谓的与应得刑罚相“偏离”的概念根本就是毫无意义的,因为“应得刑罚”本身只能大概设定出量刑的外限,并不要求确定具体的刑罚数额。^①但是,报应派的支持者却并不认为应得刑罚是模糊不清的、可以随意变动的概念。比如,冯·赫希(Von Hirsch)便指出,应得刑罚实际上对案件进行了顺序排列:应罚性较低的罪犯所受的刑罚应当轻于应罚性较高的罪犯。^②前文也曾提及,如果量刑数额在有限的范围内进行变动,那么大多数的量刑差异都是因应罚性程度的不同而区别开来的,^③特定案件的应得刑罚会局限于一个非常狭小的范围。这一范围并不是通过特定应罚性程度与特定刑罚量之间的特殊对应关系而确定的,而是因区分每种情况与其他大量案件应罚性不同的需要而逐步设立起来的(注意,应得刑罚概念只可限制量刑数额,不适用于行刑方法)。^④

■ 第四节 偏离正义的实际代价

我们已经说过,大多数人都认为对于刑事法律体系而言,实现应得刑罚是一个十分不错的目标,且其亦具有如此这般的肯定理由:根据应得刑罚的需要来定罪量刑是公正、公平且道义的。此外,也有人出于民主的考量来支持应得刑罚的施行:如果大多数人都认为刑事司法系统应当努力实现应得刑罚,那么司法系统就应当依愿行事。就算支持者提出的理论和道义上的理由仍不足以支撑应得刑罚的适用,不依照应得刑罚来分配刑责所带来的严重且实际的现实代价,也会从反面来捍卫这一观点。

对报应主义者而言,偏离应得刑罚的代价是显而易见的:主持公正本身已经足够具有价值,任何与之相出入的行为都会损害其意义。上文中我们也曾

① See Norval Morris, *The Future of Imprisonment* 73—76(U.Chicago 1974); Norval Morris & Marc Miller, *Predictions of Dangerousness*, 6 *Crime & Just.*1, 35(1985).

② See Andrew von Hirsch, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals* 40(Rutgers 1985).

③ 最近的实证研究表明,普通大众的正义直觉是非常精细复杂的,且似乎与应得刑罚的观点相一致。See, e.g., Robinson & Darley, *Justice, Liability, and Blame*, supra n.3. See Paul H. Robinson, *Desert, Crime Control, Disparity, and Units of Punishment*, in *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice* 93—107(Antony Duff et al., eds., 1994).

④ Janice Nadler, *Flouting the Law*, 83 *Tex.L.Rev.*1399(2005).

提及,与应得刑罚相偏离还会产生功利性的代价。近年来,实证研究工作的热点是复杂的社会因素对犯罪控制效力的影响。尽管早前的学者会忽视一般民众未经教育打磨的、无关紧要的直觉意识,但最近学界开始逐渐意识到,称职的功利主义者必须对这种直觉意识予以重视。因为相比刑法框架下官方刑罚的威慑,社会因素的影响可能具有更为强大的力量;然而,正是刑事司法系统通过主持正义所赢得的名声决定了其在塑造大众行为的过程中掌控社会力量的能力。因此一个纯粹的功利主义者在考虑所有可能影响犯罪控制效力的因素时,也会将偏离应得刑罚的代价纳入其中。

敦促人们遵守社会规则的能力并不是源于官方刑事惩处的威胁或存在,而是源于社会和个人道德控制交互力量的作用。法律并不是高高在上、与这些社会和个人力量无甚关联的,实际上,刑法在创造和维系社会共识的过程中发挥着核心作用,而社会共识对于道德规范的维护又是必需品。在如此复杂多样的社会中,刑法可能是唯一能够跨越文化、种族差别的社会层面的机制。因此,刑法在现实生活中最为重要的作用可能便在于构筑、塑造和维系社会规范和道德准则,并由此培育或掌控其在人际关系和个人道德中获得遵从的能力。

此外,如果社会大众经过深思熟虑后,认为刑法规制的对象的确是应受谴责的,刑事司法系统便赢得了值得信赖的名声,在某些行为的犯罪性模棱两可、恰当性捉摸不定的边缘性案件中,人们会更乐意将刑法作为道德权威去遵守并受其规制。刑法这一作用的重要性不应被低估:在我们这样纷繁复杂的社会中,一个看似没有伤害的行为也可能会引发灾难性的后果,如果司法系统将这样的行为纳入犯罪圈,决策者会希望民众纵使在无法立即直觉性地感知其被禁原因的情况下也能遵守这一法律。倘若民众相信法律准确指明了审慎思考和道德行为的方向,那么,民众的遵守程度便会进一步提升。

刑法的上述两项能力——(1)在何者是应受谴责的事项上辅助和融贯社会共识的形成;(2)在边缘性案件中因人们视其为道德权威来得到遵从——二者均极大地依赖于刑事司法体系在其规制的民众中所拥有的道德信赖程度。因此,刑事法律的道德信赖对于有效的犯罪控制可谓至关重要,且如果其定罪量刑的规则符合人们的正义观感,这一道德信赖又会得到提升,也就是说,刑法对于刑责的分配与大众依靠自我理解所认为的恰当的刑责分配相一致。反之,如果刑事司法系统的定罪量刑偏离了大众认知下的应得刑罚,其道德信赖以及由此而生的犯罪控制效力也会有所降低。

有人会反驳说,我们在本书中所讨论的此种与应得刑罚的偏离在实际生活中并不会经常发生,因此也不会对人们的遵从意愿产生严重的不利影响;更何况可能只有一小撮经常与刑法打交道的人才能感觉到某些规则与应得刑罚的出入。对此我们只能说,就算这些规则本身是不为大众所知的,各行各业的人们依然可以从直接参与诉讼或媒体宣传来知晓其施行的后果。如果某一偏离是刑事司法系统依规运转所产生的可预见的结果,人们可能会对容忍这些反复出现且可预见的偏差的法律系统丧失尊重。^①如果造成偏离的原因是不明朗的,那么在具体法规可供声讨的情况下,民众可能会对整个刑事司法系统产生怀疑之感。^②

当然,我们也并不能因为会产生与应得刑罚相偏离的代价而因噎废食,在其中作出权衡才是必要之举。我们正在尝试制定一些规则来规范这些权衡的行为。因为它们在现实世界中往往被忽略,所以认识到其存在是非常重要的。当应得刑罚的实施太过复杂难以推行时,一些看似有些许偏离的刑法规则反而可能是推进应得刑罚实现的实际方法,其也因此具有了正当性。正如我们在第二章至第四章所言,我们必须评估这些规则的实际基础,衡量因为其表面偏离而带来的任何潜在的“损害道德信用的代价”。在第五章至第八章,我们讨论了当应得刑罚与法律意欲达到的其他目标相冲突时,则必须权衡通过偏离应得刑罚的途径来实现该目标、通过其他方式来实现该目标或者牺牲该目标三者各自的成本和效益。

因此,但凡有人基于报应主义、功利主义,或仅仅是出于强烈的民主意识想让那种认为刑法正是且应是惩恶之法的广泛且深刻的通俗观念发声,本书的分析便有了用武之地。(我们笃信很少有读者会对应得刑罚漠不关心,且会在地位平等可相互替代、而其中之一者较之另一者能够更好地促进应得刑罚的实现的两种法律制度面前不显露出任何偏好。)我们的前提只在于说明,如果应得刑罚是重要的,在其会不可避免地受到制约的情况下,我们应当竭力创设出能够最大程度实现应得刑罚的法律规则。

^① See Robinson & Darley, *Utility of Desert*, at 495—496.

^② See Robinson & Darley, *Utility of Desert*, at 484.

DYBF 第一部分

在纷繁复杂的世界中弘扬正义

偏离应得刑罚的第一种模式叫做实践限制,其涵盖了一系列理论上有益于正义,但最终又是为了实现实质正义的刑法规则。现实生活中,正义可能会缺席,时间、学识及金钱的有限性都会影响我们识别和惩罚罪犯。因此,我们必须作出一些妥协,在现有的时间、学识及金钱条件下,来尽可能地实现正义。有的时候,这些妥协会要求我们创设一些规则,走捷径实现罪罚相当。这些规则会在某些,甚至许多个案中造成对正义理念的偏离,但是我们认为在绝大多数情况下它们会实现结果意义上的公正,并且相比没有走捷径的规则更为有效。最终,这些妥协将会把我们导向现实的正义,而不是将我们带偏。

这些规则是否真的会导向更公正的结果,这个问题是有争议的。虽然如此,但重要的是,争议点起码是清楚的,能够明确正反双方争论的是实际效果,而非规则本身。这些规则的倡导者与反对者都认可以应得刑罚为导向的原则,只是基于相关的实践限制,对于如何实现结果上的正义存有分歧。

本部分第二章至第四章将依次分析三种不同的实践限制原理,这些原理导致了偏离应得刑罚的刑法规范的产生。第二章讨论的是这样一种担忧:在某些情况下,完全遵循应得刑罚的刑法规则会导致陪审团被操纵而作出不当的无罪判决。这个原理可以用来解释为何在司法实践中,许多无罪辩护以及减刑事由会受到严格限制,甚至完全不被认可。第三章涉及诸如诉讼时效、严格责任的适用等规则,这些规则回应的是对证据的可靠性,以及用存疑或不完整的证据来证明一个人有罪与否非常艰难的担忧。第四章转向司法实践中辩诉交易和证人豁免等制度。这些制度的设置均基于这样一种主张:由于可利用的时间、资源以及取证能力均有限,有时必须通过在个案中妥协来实现正义的最大化。

正是这些担忧促生了所有偏离应得刑罚的刑法规范,它们是基于经验得出的,而非自然法则,它们依据的是这样一个前提:相比那些理论上似乎更为公正的规范,这些规则和制度更加能够推动正义的实现。这个前提是对客观事实的断言,可被证实,也可被证伪。所以,可以通过客观分析来确定偏离应得刑罚的刑法规范的合理性,如此一来,对于这些偏离理论的正当性的争论可以最终得到解决。也因此,将焦点从学者痴心的抽象辩论转向实证研究是十分重要和必要的。

第二章

对操纵和滥用的担忧

即便是在最佳的情况下，刑事司法系统仍是不可预知和不尽完善的。我们对于相关人事的认知存在局限性，准确无误是无法实现的。如果有法律职业共同体成员不追求结果公正，为了胜诉而蓄意利用系统中的漏洞，那么这种内在的不完善性将会被无限放大。正是为了避免出现这种滥用情况，有时才会导致对完全基于应得刑罚的刑事责任制度的偏离。

按照这种说法，一些理论上看似以应得刑罚为导向的刑法规则，有可能会受到被告及其律师使的一些花招(gamesmanship)的影响，他们会利用这些规范实现不当的无罪判决，一旦他们的主张获得支持，判决结果往往是不公正的。这样的规范在理论上似乎是合理的，但潜在的滥用风险让它们在实际操作过程中适得其反，也正因如此，完全以应得刑罚为导向的刑法规则并非处处受到认同。

这一章讨论的是作为被告提出的辩护理由，但不被法院认可的那些规范。举个例子，一些被告[例如下文第一个案例中的胡里奥·马雷罗(Julio Marro)]宣称他们不应当被判有罪，因为他们作出的行为是基于对法律错误的，但又合理的理解，这种误解让他们深信自己并未犯罪。这样的抗辩理由，包括下文还会涉及的不成熟免责理由(imaturity)和两害择一的正当理由(lesser evils)，^①通常都不会被法庭认可，因为它们需要法官进行逐案判断，费时费力，而且很有可能导致法律的不确定性。

有的时候，涉及的其实是辩护理由可以适用的合理范围问题。被告[例如下文中将提及的安德鲁·戈德斯坦(Andrew Goldstein)]会试图举出证据证

^① 两害择一与未成年以及对法律合理误解的抗辩有所不同，前者是一种“正当事由”，是宣称行为人的行为是可以接受的，甚至是值得称道的；后两种是“免责事由”，不涉及对行为正当性的辩护，而是主张行为人作出行为时存在一些特殊情况，因此可以不负法律责任。

明其存在精神失常或者其他可予原谅的疾病,以此来为他们的行为开脱。此时,法院不会直接否定被告的主张,而会限缩该主张的适用范围,或者改变被告辩护的程序语境(procedural context)。(比如,在涉及精神病的案件中引入“有罪但身患精神疾病”的判决。)

最后,这个问题不仅会涉及辩护理由的范围,还有可能牵涉到犯罪行为的界定问题。案发时被告人的心态会对定罪量刑产生重大影响,对滥用的顾虑可能导致对相关罪责条款的解释更偏向客观。比如,过失或轻率的标准,以及过失杀人的激情要件[古纳加斯(Gounagias)案中的焦点问题,本章结尾处将会进行讨论],都可能涉及“理性人”的认知和反应问题。对于“理性”采严格客观的解释标准,可以驳斥被告提出的从他个人角度来看是“理性”的主张。但是,有的时候,至少在某些情况下,被告要在法律的框架下“理性地”行事确实非常困难,甚至可以说是不可能的,这样的话,他们由此提出的抗辩又有可能是合理的。

对于所有这些规则而言,最关键的问题在于对滥用的担忧是否合理,以及这种担忧是否真的强烈到需要前瞻性地全盘否定相关的无罪辩护。对于某项规则,认可它可能导致滥用发生,否定它可能造成不公出现,因此,在作出决定前必须再三权衡。

■ 第一节 联邦狱警是“治安官”吗?

胡里奥·马雷罗来自纽约的布朗克斯(Bronx),是一名越战老兵,战后在康涅狄格州丹伯里(Danbury)的一座联邦监狱里做着狱警的工作。他家里有六个孩子,年纪从3岁到11岁不等,此外他妻子肚子里还怀着两个,全家都指望着他生活。

作为一名狱警,马雷罗需要面对形形色色的罪犯,也经常受到死亡威胁。因此,为安全起见,他下班之后都会随身携带手枪。枪是从纽约一个枪贩手中买来的,那个枪贩知道马雷罗并没有持枪许可证,但他觉得马雷罗作为一名联邦狱警,应该是不需要许可证的,于是把枪卖给了他。这个枪贩因为接触过另外几个联邦狱警,了解到他们没有许可证却也在购买枪支,所以这么认为。他还解释给马雷罗听:“按照纽约的枪支管理法规,联邦狱警属于治安官,只要出示相应的身份证件,就不需要持枪许可证。”^①

^① 摘自马雷罗对案件事实的陈述。

有一天(1977年12月19日),马雷罗下班后去麦迪逊大街的一家俱乐部玩,刚要进门,他就被一名警察要求搜身,这名来自第七警察分局的加里·杜根(Gary Dugan)警官随后在他身上搜出了一支装弹的口径为0.38英寸的手枪。马雷罗解释说 he 是一名联邦狱警,并马上向他出示了证件。加里警官给丹伯里监狱打了个电话,确认他真的是那里的狱警。马雷罗以为没事了,但没想到仍然遭到逮捕。十天之后,他被指控犯非法持有枪支罪。

法庭上,马雷罗认为自己无罪,而控方称他触犯了《刑法》第265条的规定,属于D级重罪。根据刑事诉讼法的规定,如果马雷罗是一名治安官,那么他将可以被免责。而根据刑法进一步的规定,“治安官”包括任一“州监狱或惩戒机构(penal correctional institution)的警卫”。控方抓住这一点,认为“州”一词后面不仅紧跟“监狱”,而且还修饰后面的“惩戒机构”。因此,“治安官”的范围涵盖任一“州监狱”或“州惩戒机构”的警卫,而本案中的马雷罗作为“联邦”监狱系统的一名警卫,自然不属于“治安官”,也就不能免于刑罚。

一审法院法官没有认同控方对法条所作的解释,而是支持了马雷罗的说法,即“州”仅仅修饰“监狱”,不修饰“惩戒机构”。由此,一审法官驳回了检察机关的指控。之后,检察机关抗诉,两年之后,二审法院根据3:2的投票结果,推翻了一审法院的判决。大多数人的结论是通过体系解释,上述法条并不排除适用于下班以后的联邦狱警。该案最终被发回下级法院重审。

重新审理的时候,马雷罗仍然辩称他应当被判无罪,理由是他对上述误导性的法条的理解,即使是错误的,也是一种合理的错误。其他狱警,以及在监狱中的教化人员,都作此理解,包括卖枪给他的枪贩亦是如此。更重要的是,所有接触过该案的法官共有六位,其中一审法院的法官,以及五名上诉法官中的两名都跟马雷罗的理解相同,这已经占了其中的一半。法规如此之复杂,法官对其的争议也如此之大,马雷罗进而主张这些足以证明他的误解是完全合理的!

然而,重审法院(换了一个法院)还是遵循了“对法律的无知和误解不成其为犯罪的借口”(ignorance or mistake of law is no excuse)的旧准则,没有认可马雷罗合理误解的辩词。最终,他被判有罪,处三年有期徒刑,并处500美元罚款。这也使他永远失去了之前的工作。他选择了继续上诉,但是上诉法院驳回了他的诉讼请求,维持了原判,这一次,法院甚至都没有出具书面说明。

时间来到了十年以后的1987年,州最高法院,即纽约上诉法院,再次就该案作出了说明。法院认为,鼓励公民熟知和遵守法律的公共政策与对法律产生合理误解的抗辩,两者权衡之下,前者更为重要,更值得保护。

虽然立法机关之后对上述误导性的法规作了修改,但是仍然无法完全填补语言上的漏洞。今天,那些非法持有枪支但是可以免于刑罚的人被界定为涵盖“任一州矫正机构(state correctional facility)或惩教机构的教化人员”。那就仍然存有一个疑问,一个在非属州的“惩教机构”工作的警卫是否可以免于刑罚呢?看了这个条文的表述之后,一般人也很容易得出错误的结论。^①

■ 第二节 不采纳被告对法律产生合理误解的抗辩(以及紧急避险和未成年抗辩)

不仅是马雷罗案中的纽约州,基本上全美所有司法辖区的法院都不接受合理误解法律的抗辩理由。当然也有例外,新泽西州的法院便认可该种抗辩,如果被告确实真诚、努力地去弄清法律规定的具体含义,后基于对规定合理但错误的理解作出违法行为,则被告将被免于刑罚。^②

对于这种辩词,司法机关普遍持否定态度,原因在于担心它会被被告方滥用。同样持反对观点的人认为,采纳这种辩词将会导致刑事案件公正率下降。他们也承认否定合理误解的抗辩有时会带来个案的不公正,但是从整体上看,认可带来的结果会更加严重,会使得那些应受刑罚之人逃脱法律制裁。^③

^① 马雷罗案的案件事实来源于: State v. Marrero, 507 N.E.2d 1068(N.Y.1987); State v. Marrero, 71 A.D.2d 346(N.Y. App. Div. 1979); State v. Marrero, 404 N.Y.S.2d 832(1978); Indictment of Julio Marrero, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Dec.29, 1977; Notice of Motion for the Defendant, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Mar.1, 1978; Answering Affidavit for the District Attorney of New York, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Mar.20, 1978; Notice of Motion for an Order Pursuant to CPL Section 160.50(1)d, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Sept.22, 1978; Notice of Motion, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Nov.6, 1981; Brief for the Prosecution, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Dec.15, 1981; Indictment of Julio Marrero, number 5423/77 in the Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Dec.21, 1981; Request to Charge for the Defendant, Supreme Court of the State of New York, State v. Julio Marrero, Jan.20, 1982; Affirmation of Facts, Attorney for Mr. Marrero, Supreme Court of the State of New York, Jan.1982; Brief for the Defendant-Appellant, Court of Appeals of the State of New York, State v. Julio Marrero, July 1986.

^② 然而,如果是基于官方对法律所作的错误说明而提出的合理误解抗辩,则一般都能得到认可,依据的是禁止反言原则。

^③ See John Austin, 1 Lectures on Jurisprudence 483(Robert Campbell, ed., 5th ed., Murray 1885, reprint 1972); People v. Snyder, 652 P.2d 42, 44(Cal. 1982); cf. Dan M.Kahan, Ignorance of the Law Is an Excuse—But Only for the Virtuous, 96 Mich. L. Rev. 127, 129(1997).

此外,马雷罗案也暴露了否定合理误解抗辩所带来的负面作用,该案的结果显然谈不上公正。马雷罗有理由相信自己的行为不是犯罪,而别人又给了他看似可靠的建议,让他对此更加深信不疑。所有法官中的一半法官都与他理解的一致,他的误解完全是合理的。一个人的行为如果符合法律对一般人的合理预期,那么他就不能被强加刑事责任,否则便是不公正的。^①

再者,从现在的刑事立法趋势来看,这种合理的误解将会越来越常见。正如我们将在第八章讨论的那样,最近几年,针对情节轻微或者不甚明确的违规行为,以及其他一些按照传统观点,没有明显社会危害性,不构成犯罪的行为提起的诉讼急剧增多。^②对这些行为的惩罚不单单是罚款,还有可能处以更为严厉的刑罚。这种扩大打击范围的趋势本就令人不安,现在再加上司法机关对法条的复杂性、误导性,以及由此导致的人们错误理解法条而违法的可能性所持的否定态度,行为人被不公正地强加刑事责任的风险将大大增加。

规范被滥用的危险与司法不公的危险,哪个更值得重视呢?如果允许合理误解的抗辩,是否它就会经常性被轻率地提起,或者基本上都会成功被法庭认可?就这个问题,至今还没有任何实证研究,更不用说完美解答了。上面提到新泽西州的法院允许该种抗辩,但是没有数据表明那里的被告非常容易就该种抗辩获得支持,也没有任何报道说那里的罪犯往往都能就该种抗辩获得不当的无罪判决。我们唯一看到的是一份纽约州法院的司法意见书,其中提及了规定该种抗辩的法条,但值得注意的是,意见书上的观点是否定该种抗辩的。^③

基于同样的担忧,其他一些正当的免责和减轻情节也受到了同样的待遇,许多法院都拒绝承认它们。但是,否定它们其实都有悖于应得刑罚的抽象要求,按照应得刑罚的原则,这些人都不应受到惩罚。下文涉及的将是另外两种抗辩理由——两害择一(lesser-evils)与未成年抗辩(imaturity)。

两害择一,有时候也称为两害取舍(choice of evils)或紧急避险(necessity)抗辩,或者简单叫做一般正当事由(general justification)抗辩,说明的主要是行为具有内在的正当性。具体而言就是行为人虽然造成了一定的损害,但是却

^① See Paul H. Robinson & John M. Darley, *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law*(Westview 1995).

^② 这些行为有一个专用的法律术语,叫做“malum prohibitum”,直译过来就是“法律所禁止的行为”,与之相对的是“malum in se”,意为“本质上显然的恶劣行为”。

^③ See *State v. Guice*, 621 A.2d 553, 558(N.J. Super. 1993).

因此避免了相比之下更为严重的损失或危害。单从它的概念来看,两害择一的抗辩理论上似乎是无懈可击的,它适用于那些在特定情形下正当的,甚至可以说是非常值得去做的行为。家人快要饿死或冻死的时候,为了救家人擅闯别人的林间小屋,或者放火焚烧农作物来筑起防火墙,避免火势蔓延烧到城市,这些行为都不应当受到人们的谴责,惩罚这些行为入很明显是有违应得刑罚原则的。^①

然而,在司法实践中,两害择一的抗辩似乎并不是那么令人信服,许多司法辖区都不予认可,只有极少数地区的法律中规定了这种抗辩。^②与合理误解法律的抗辩一样,对此不认可的理由也是对可能出现被人为操纵的担忧。立法者不希望将界定犯罪与否的权力拱手让人,如果它被擅长花言巧语的律师所利用,那么陪审团就可能会被误导,作出荒唐的判决(当然也有可能被陪审团所滥用)。^③

但是,这里对偏离应得刑罚的争论还是建立在一种假设之上的。^④如果进行实证研究,结果似乎会明显地偏向于两害择一抗辩的支持者。这种正当事由仅关注行为,而不涉及精神状态,一个案件中是否存在该种事由,可以通过在法庭上出示证据加以证明。就算知道法院允许该种抗辩,行为入也不可能事先设计好自己的行为,他无法控制客观的环境,而客观环境才最终决定他的行为是否具有正当性。该种抗辩能否成立,关键在于评价和平衡利益冲突,而这取决于社会一般观念,而非行为入的认知。^⑤

此外,该种正当事由还基于陷入道德困境时的社会一般准则。如果代表社会准则的陪审团认为这种正当事由的抗辩可以适用,那它就应当被适用。还有一点需要说明的是,在承认该抗辩的那些州,几乎没有任何迹象表明它被

① 当然,对于那些无意中做了好事之人,有人提出也应当加以惩罚,虽然客观上他们的行为被证明具有正当性,但从主观上看,避免更大的危害并非其本意,他们的行为仍具有主观恶意。对于他们,是应当承担全部责任还是按照未遂承担责任,还是有争议的。

② See Paul H. Robinson, 2 Criminal Law Defenses § 124(a) n.1 (West 1984 & 2004 supp.) 详细列举了认可和否认该种抗辩的司法辖区。

③ See Final Report of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws; Proposed New Federal Criminal Code § 601 Comment (1971); Law Commission for England and Wales, Criminal Law Report on Defences of General Application 19—32 (Law Com. No. 83, 1977), reprinted in 9 Law Comm'n Reports 25—38 (1980). But cf. 2 A Criminal Code for England and Wales 230—231, Comment on cl. 43 (Law Com. No. 177, 1989).

④ 争辩者也往往无法提出实证依据来支持他们的观点。See, e.g., sources cited supra n. 11.

⑤ Model Penal Code § 3.02(1) & 3.09(1).

滥用了。^①

另外一种要提及的抗辩理由就是未成熟(或未成年)抗辩,这其实涉及的是明确划分法院管辖范围的问题。所有低于法定年龄的行为人都被推定为未成熟的人,他们将被送至少年法庭受审,而超过法定年龄的都被认定为成年人,在成年法庭受审。^②

这样一种年龄划分,带来了适用上的便利,但是也存在严重的问题。一个达到法定年龄,但是心智却仍不成熟的人,他无法适用这种抗辩而免责,也不能获得减刑。^③随着成年人年龄节点的下调,这个问题将越来越严重。仅仅是从少年法庭移送至成年法庭还不足以造成司法不公,问题在于在成年法庭,心智不成熟的当事人再也无法提出不成熟抗辩,也无法依据未成年的理由获得免责。^④心智不成熟的被告与患有心理疾病的被告可能造成同样的后果,而在这样的规定下,后者可被免除责任,而前者却无此种可能。^⑤

尽管严格按照年龄划分确定成熟与否,有时会导致偏离应得刑罚的后果,但仍有不少支持的人。他们的观点是如果不采用统一的年龄标准,而是就案论案,那么法官作出判断所花费的时间将大大延长,一些心智成熟的被告也有可能钻到空子,混入少年法庭。^⑥我们不赞同这种观点。虽然客观的、易于操作的标准有很多好处,但是对于法庭辩论来说,目的是为了准确得出是否应受刑罚的结论,这个时候主观的判断标准是更为需要和重要的。评估行为人心智情况是刑法中一个常见的问题,一般不会因其操作困难而选择放弃。

总的来说,在这个问题上,我们应当采用一种更为灵活的标准。从未成熟抗辩的目的来看,它希望证明的应该是行为人真实的心智成熟程度。当然如果出于可操作性的考量,需要作出一些妥协的话,可以规定先按照年龄划分标

① See 2 Robinson, *supra* n.10, § 124(a) n.1.

② See 2 Robinson, *supra* n.10, § 175 n.1.

③ 以 State v. Jamison 案为例,被告的“心理年龄”为 11.7 岁,但因为他的生理年龄已达 17 岁,最终他提出的未成年抗辩还是被驳回了。在一些司法辖区,精神障碍抗辩有时被扩大适用到这样的案例中,因为《模范刑法典》中使用的是“精神疾病或缺陷”的表述。

④ See generally 2 Robinson, *supra* n.10, § 175.

⑤ 患有心理疾病的罪犯可以免于刑责,因为他们欠缺认识和评价他们所作所为或是使他们的行为符合法律规定的的能力。Model Penal Code § § 2.08(4), 2.09(1), 4.01(1).而心智未成熟之人的情形与心理疾病之人相似,甚至相同,理应被纳入刑法典所规定的免责理由中。

⑥ See Cf. Stephen J. Morse, Immaturity and Irresponsibility, 88 J.Crim. L. & Criminology 15, 31(1997); Ill. Ann. Stat. ch.38, § 6-1[now 720 ILCS 5/6-1], Comment 322—323(Smith-Hurd 1972).

准推定行为人成熟与否,同时赋予被告方推翻这种推定的权利。

对法律误解的抗辩常常不被认可,究其原因,可能是为了敦促人们行事要明智、谨慎和守法。我们不希望被告把聪明才智用于寻找刑法的漏洞,然后在法庭上把责任都推到法律规定上,声称自己是出于对法律的误解才犯罪的。^①对操控的担忧有的时候还会牵涉另外一个疑难问题,那就是本来法律的作用在于一定程度阻止行为人实施犯罪行为,但现实却是行为人在实施犯罪行为后,反而利用法律规定来影响刑事案件的结果。其中一个例子就是精神障碍抗辩,将在下面的戈德斯坦案中详细说明。没有人会故意把自己搞成精神障碍,但是仍然存在一种担忧:罪犯可能会在犯罪后,假装自己有精神障碍,借此逃避法律制裁。正是出于这样的一种担心,法院严格限制精神障碍抗辩的适用。然而,严格限制又会带来与其目的相悖的一种情况:有的人真的患有精神障碍,但是没有被法庭采纳,最终被判处刑罚,这样的裁判又是于法不公的。

■ 第三节 “嗖的一声,就推了下去”

1992年1月2日,新的一年刚刚开始,安德鲁·戈德斯坦就出现在了医院的急诊室。戈德斯坦时年29岁,性格腼腆,患有失眠症,晚上睡不着觉就常常一个人在街头闲逛,有时直到天明才回家。十年前,他被诊断出患有精神分裂症,现在独自一人居住在皇后区。这天,他到急诊室是来检查他的脚踝的,医生告诉他没事,他便安心回去了。

戈德斯坦在皇后区出生、长大,家里有三兄弟。他小学的时候就是优等生,之后进入著名的布朗士科学高中(Bronx High School of Science)学习,高中毕业又被纽约州立大学石溪分校(State University of New York at Stony Brook)录取,未来一片光明,前途不可限量。然而,在他十六岁那年,不幸的事情发生了,他的命运也随之被改变。那天他正坐在公交车上,突然“咔嚓”一声,他感觉什么东西击中了自己,随后,可怕的事情发生了——任何一本书对他而言似乎都变成了天书一般,上面所写的内容他统统都看不懂了!他的家人知道后自然是忧心如焚,赶紧带他到医院接受检查。诊断的结果让这家人都陷入了绝望,戈德斯坦被检查出患有偏执型精神分裂症(paranoid schizo-

^① For an extended presentation of this argument, see Kahan, *supra* n.5.

phrenic),而且有暴力倾向。他尝试着继续留校学习,希望能慢慢克服这种疾病,但是他的病情还是加剧了。他认为他的母亲在他的饭菜里下了毒,是她害他变成了这个样子,因此对他母亲动了手。最后,他还是被送进了医院接受治疗。

经过一段时间的治疗之后,戈德斯坦的病情有所好转,然后出了院。他希望能够回到大学,但是几次努力下来,他发现自己仍旧无法集中注意力,无法理解书中所写的内容。1992年,他因为殴打一名护士,再次被强制住院治疗。八个月后,他出院了,然后在一家社区矫正机构待了一年多。1994年,矫正期满,他搬到了埃尔姆赫斯特(Elmhurst)。

戈德斯坦的病情越来越严重,出现幻觉的次数愈加频繁,每次发作持续的时间也越来越长。他声称外星人正在抽干地球的氧气,坚信自己身体内有股力量在控制着他的一言一行。虽然他的某些症状可以用药物加以控制,但是药物会产生一些副作用,如嗜睡症、解离症(dissociation)和身体酸痛等不良反应。他也知道其实已经出现了一些新型的治疗方法,不会对他的身体产生副作用,但问题是这些医疗方法太昂贵了,像戈德斯坦这样的人根本无力负担。

疾病让戈德斯坦整日生活在幻觉和错觉中,害了他,也害了许多无辜的人。至少有十几个人无缘无故遭到戈德斯坦的殴打,他们或是在餐厅、商店,或是在医院,甚至是在地铁上遇袭。当警察赶到的时候,他也不否认自己的所作所为,只是要求被带去医院。每次发生这样的事,他都觉得当时是鬼神上身了,他的身体不被控制,才做出打人的行为。

戈德斯坦现在住在皇后区一个破旧的地下室里,他和另外两个人合租。1998年年底,他因病情严重再次住院治疗。出院的时候,医生给他配了一星期的药,并叮嘱他一定要去做心理咨询。戈德斯坦已经多次申请在州立医院接受长期治疗,或者在福利院(group home)给他安排个床铺,然而不幸的是,州立医院和福利院都没有空床位能让他住下。

由于身边没人照顾,戈德斯坦经常会忘记吃药,或者错过预约好的心理咨询。在现有的州精神疾病医疗体系下,如果有人没有在约定的时间前来接受心理咨询,那么医院只会给病人写一封信,提醒他重新预约。1999年1月2日那天,戈德斯坦从急诊室回来,便收到了这样的一封信件。但是,他并没有放在心上,他把信丢在了一边,继续躲进地下室,在里面踱来踱去,虚度余下的时光。

第二天早上,戈德斯坦一如既往忘了吃药,他来到了曼哈顿,在一家唱片

店前停下了脚步，他在那里静静聆听娜塔莉·安博莉亚(Natalie Imbruglia)以及麦当娜(Madonna)唱的歌曲。他很喜欢听音乐，他会随着音乐在他的大脑中作画。接着，他到音像店看《黄金三镖客》(The Good, the Bad, and the Ugly)的一些片段。然后，他又来到唐恩都乐(Dunkin' Donuts)，吃上一个甜甜圈，喝上一杯水，紧接着到麦当劳再点上一个烤汁猪扒堡和一杯可乐。饱餐一顿之后，他逛到了他兄弟家开的眼镜店，但是他兄弟不在。于是，他又跑去了另一家唱片店，又听了一首麦当娜的歌。一圈逛下来，时间也差不多了，戈德斯坦也饿了，然后他来到温迪家的快餐店(Wendy's)，点上一个牛排汉堡和一杯可乐作为午餐。

吃完午饭后，戈德斯坦走过九个街区，然后进了地铁站。此时，一个叫做道恩·洛伦齐诺(Dawn Lorenzino)的女人正走在他身后，她注意到了戈德斯坦的奇怪举动，她事后如此描述：“他踮着脚尖，像婴儿一样迈着小步，蹒跚前行，而且边走还边喃喃自语。”到了地铁站台，戈德斯坦似乎也注意到了洛伦齐诺，他开始两眼直勾勾地盯着她看。洛伦齐诺发觉了戈德斯坦怪异的眼神，便质问他为什么一直盯着她。在她严厉的责怪下，戈德斯坦被吓得往后退了一步，内心一下子焦虑了起来，他开始本站台上不停地踱来踱去，踱来踱去。过了一会，站在戈德斯坦旁边的一个男人忍不住向他喊道：“喂，你能不能不要在这里晃来晃去了，烦不烦啊！”戈德斯坦愣了一下，停下了脚步，然后走到了墙角边。这个时候，一个叫做肯德拉·韦德代尔(Kendra Webdale)的女人也在那边靠墙站着。戈德斯坦注意到了她，走上去向她询问时间，肯德拉冷冷地回了他一句，接着便继续只顾自己看杂志，戈德斯坦悻悻地回到了自己的位置。此后不久，一阵汽笛声传来，肯德拉收起了杂志，走向轨道旁的候车点。就在火车即将到站的时刻，戈德斯坦一个箭步冲了过去，据目击者所言，“他躲在肯德拉的身后，把手搭在她的肩膀上”，然后极其用力地推了她一把！肯德拉没能保持住身体平衡，一下子摔进了列车轨道！列车上的驾驶员看到前面的这一幕，赶紧拉下紧急制动闸。列车员默默祈祷着车能够及时停下，但是悲剧还是发生了，列车的前三节车厢从肯德拉身上碾压了过去，她最后身首异处。

车停下来后，列车驾驶员马上跳下车，抓住戈德斯坦，质问是不是他把人推下去的。让驾驶员感到惊讶的是，戈德斯坦毫无辩解之意，直接承认他就是凶手。说完之后，戈德斯坦往北边的出口走去。一名乘客见此，以为戈德斯坦想逃，立刻追上去拦住他，边跑边喊：“杀人凶手，站住！”当他追上戈德斯坦的