



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

# 英美刑法学

(第二版)

赵秉志 主编

ANGLO-AMERICAN CRIMINAL JURISPRUDENCE



科学出版社  
www.sciencep.com

(D-0249.0101)

## 普通高等教育“十一五”国家级规划教材

刑法学	孙国祥
保险法	徐卫东
房地产法学	金 俭
国际经济法案例教程	韦经建 王彦志
人权法学	杨春福
●英美刑法学（第二版）	赵秉志
知识产权法	李友根 徐棣枫 解 亘

本课程立体化教学支持系统包括：

多媒体教学课件

高等教育出版中心 经管法出版分社

电话：010-6401 2800

E-mail: jingguanfa@mail.sciencep.com

ISBN 978-7-03-028315-3



9 787030 283153 >

定 价：68.00 元

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

# 英美刑法学

(第二版)

主 编 赵秉志

副主编 李希慧 王志祥

撰稿人 (以撰稿章节先后为序)

赵秉志 王志祥 杜晓君

张 磊 康均心 陈志军

科学出版社

北 京

## 内 容 简 介

本书根据中国读者的阅读习惯，将内容分为具有密切联系的总论和分论两编。上编为总论，介绍英美刑法的概念和沿革、英美刑法的渊源、合法性原则、犯罪的概念和分类、犯罪的构成要素、刑事责任、辩护事由、不完整罪、共同犯罪、刑罚的基本理论、刑罚种类、刑罚裁量、刑罚执行、刑罚消灭；下编为分论，介绍侵害生命的犯罪、伤害身体的犯罪、风化犯罪、侵犯财产罪、交通肇事罪、诽谤及相关犯罪、妨害公共秩序的犯罪、危害国家安全的犯罪、危害国家管理的犯罪、计算机犯罪、毒品犯罪和洗钱罪。本书将静态叙述与动态分析结合起来，着力反映英美刑法的近况，注意保持英美刑法的务实风貌。

本书可用于大学法学本科教学，是刑法专业研究生研习英美刑法的必读书目，也可供专业人士阅读参考。

### 图书在版编目(CIP)数据

英美刑法学/赵秉志主编. —2版. —北京: 科学出版社, 2010.7  
普通高等教育“十一五”国家级规划教材  
ISBN 978-7-03-028315-3

I. ①英… II. ①赵… III. ①刑法-法的理论-英国-高等学校-教材  
②刑法-法的理论-美国-高等学校-教材 IV. ①D956.14②D971.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第137395号

责任编辑: 徐 蕊 / 责任校对: 朱光光

责任印制: 张克忠 / 封面设计: 无极书装

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京市文林印务有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2010年7月第二版 开本: 787×1092 1/16

2010年7月第一次印刷 印张: 33 1/2

印数: 1—2 500 字数: 780 000

定价: 68.00元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

## 前 言

长期以来，我国刑法学界对于外国刑法学尤其是英美刑法学的研究未曾给予足够重视，各大学为本科生、研究生所开设的“外国刑法学”一般也以大陆法系刑法学（尤其是德、日刑法学）为主要内容（造成这种现象的原因主要是由于缺乏系统讲授英美刑法的教材）。更值得引起关注的是，以往我们一般认为英美刑法学多以案例为基础，似乎并无完整而深刻的理论体系，这种看法并不确切。其实，英美刑法有着源远流长的法文化与人文传统，其理论不仅有着并不亚于大陆法系刑法理论的深厚法哲学根基，而且其刑法制定法立法之精细、用语之考究、逻辑之严谨亦不亚于大陆法系国家之刑法立法。更为重要的是，在中国日益融入世界大家庭的今天，如果我们对在世界两大法系中占有无可替代之重要地位的英美刑法学没有足够的了解，那么中国的刑法学研究将是残缺不全的，中国也将无法跻身于刑法学研究的发达国家行列。

有鉴于此，我们多位中青年刑法学者在6年前通力合作编著了《英美刑法学》一书，并由中国人民大学出版社于2004年11月出版。该书的问世弥补了我国大陆缺乏英美刑法学教科书的缺憾。此后，国内众多法律院校均将英美刑法学列为本科生选修课和研究生必修课，并将该书列为指定教材。学生普遍反映该书内容翔实、可读性强，是系统了解英美刑法不可多得的必读书，且对广大刑法研究者参考借鉴英美刑法理论提供了极大的帮助。2007年年底，该书之修订版经批准被纳入普通高等教育“十一五”国家级规划教材。本着对读者负责的精神，主编赵秉志教授邀请和组织了该书的大部分作者，并新邀请两位青年同仁参与，对该书进行了修订，新版由科学出版社出版。

本书在编写程序上，先由正副主编拟定写作大纲和编写要求，再由各位作者分别撰写出初稿，最后由正副主编统改定稿。本书撰稿的具体分工如下（以撰写章节先后为序）：

赵秉志（北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会常务副主席）：撰写第一章（与王志祥教授合写）、第五章、第六章；

王志祥（北京师范大学刑事法律科学研究院外国刑法与比较刑法研究所副所长、教授、法学博士、博士生导师）：撰写第一章（与赵秉志教授合写）、第八章、第九章、第十六章、第十九章；

杜晓君（广东外语外贸大学法学院副教授、法学博士）：撰写第二章、第十章、第十一章、第十二章、第十八章；

张磊（北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士）：撰写第三章、第二十一章、第二十二章；

康均心（武汉大学法学院副院长、教授、法学博士、博士生导师，湖北省法学会刑法学研究会会长）：撰写第四章第一节、第十三章；

陈志军（中国人民公安大学法律系副教授、法学博士）：撰写第四章第二、三、四节、第十五章；

李希慧（北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所所长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会秘书长、最高人民检察院侦查监督厅副厅长）：撰写第七章、第十四章；

黄俊平（原最高人民检察院检察理论研究所助理研究员、法学博士，现为留美学者）：撰写第十七章；

蒋娜（北京师范大学刑事法律科学研究院讲师，英国杜伦大学法律系刑事法律与司法研究中心副研究员、法学博士）：撰写第二十章。

科学出版社为本书及时出版提供了方便，在此深表谢忱。

赵秉志 谨识

2010年3月

# 目 录

前言

## 上 编 总 论

<b>第一章 英美刑法概说</b> .....	3
第一节 英美刑法的概念和沿革.....	3
第二节 英美刑法的渊源.....	9
第三节 合法性原则 .....	18
问题与思考 .....	27
<b>第二章 犯罪的概念和分类</b> .....	28
第一节 犯罪的概念 .....	28
第二节 犯罪的分类 .....	29
问题与思考 .....	35
<b>第三章 犯罪的构成要素</b> .....	36
第一节 犯罪行为 .....	36
第二节 因果关系 .....	44
第三节 犯罪意图 .....	49
问题与思考 .....	58
<b>第四章 刑事责任</b> .....	59
第一节 严格责任 .....	59
第二节 替代责任 .....	73
第三节 法人责任 .....	77
第四节 非法人团体责任 .....	84
问题与思考 .....	86
<b>第五章 辩护理由</b> .....	87
第一节 未成年 .....	87
第二节 精神病 .....	91
第三节 错误 .....	96
第四节 醉态.....	102
第五节 被害人承诺.....	104
第六节 上级命令.....	112
第七节 胁迫.....	114
第八节 紧急避险.....	122

第九节 正当防卫·····	127
第十节 警察圈套·····	142
第十一节 其他一般辩护理由·····	144
问题与思考·····	147
<b>第六章 不完整罪</b> ·····	148
第一节 教唆罪·····	148
第二节 共谋罪·····	152
第三节 未遂罪·····	156
问题与思考·····	162
<b>第七章 共同犯罪</b> ·····	163
第一节 共同犯罪的成立条件·····	163
第二节 共同犯罪人·····	164
第三节 有关共犯的几种特殊情况·····	169
问题与思考·····	171
<b>第八章 刑罚的基本理论</b> ·····	172
第一节 报应主义·····	172
第二节 功利主义·····	179
第三节 折中主义·····	193
问题与思考·····	197
<b>第九章 刑罚种类</b> ·····	198
第一节 生命刑·····	198
第二节 自由刑·····	217
第三节 财产刑·····	230
第四节 资格刑·····	242
问题与思考·····	244
<b>第十章 刑罚裁量</b> ·····	245
第一节 量刑原则·····	245
第二节 量刑模式·····	247
第三节 量刑情节·····	249
第四节 量刑指南·····	256
问题与思考·····	258
<b>第十一章 刑罚执行</b> ·····	259
第一节 刑罚执行的原则·····	259
第二节 缓刑·····	260
第三节 假释·····	264
第四节 减刑·····	267
第五节 监狱·····	268
第六节 社区矫正·····	270



问题与思考	273
<b>第十二章 刑罚消灭</b>	274
第一节 赦免	274
第二节 追诉时效	275
问题与思考	275

## 下 编 分 论

<b>第十三章 侵害生命的犯罪</b>	279
第一节 侵害生命的犯罪概述	279
第二节 谋杀罪	282
第三节 非预谋杀杀人罪	284
第四节 杀婴罪	290
第五节 堕胎罪和残害胎儿罪	292
第六节 灭绝种族罪	296
第七节 与杀人罪有关的特殊情况	297
问题与思考	299
<b>第十四章 伤害身体的犯罪</b>	300
第一节 伤害身体的犯罪概述	300
第二节 威胁罪和殴打罪	301
第三节 加重的威胁罪和殴打罪	304
第四节 伤害罪和严重伤害身体罪	306
第五节 提供毒物罪	308
第六节 非法拘禁罪	309
第七节 持有攻击性武器罪	310
问题与思考	311
<b>第十五章 风化犯罪</b>	312
第一节 风化犯罪概述	312
第二节 强奸罪	315
第三节 猥亵罪	319
第四节 违背自然罪	322
第五节 卖淫犯罪	324
第六节 淫秽物品犯罪	327
第七节 重婚罪	331
问题与思考	333
<b>第十六章 侵犯财产罪</b>	334
第一节 侵犯财产罪概述	334
第二节 盗窃罪	337

第三节	侵占罪	357
第四节	诈骗罪	362
第五节	抢劫罪	370
第六节	敲诈勒索罪	376
第七节	暂时侵犯财产权利的犯罪	383
第八节	逃账罪	388
第九节	夜盗罪和加重夜盗罪	393
第十节	赃物罪	405
第十一节	携带作案工具罪	419
第十二节	损毁财产的犯罪	421
	问题与思考	428
<b>第十七章</b>	<b>交通肇事罪</b>	429
第一节	交通肇事罪概述	429
第二节	疏忽驾驶罪	432
第三节	危险驾驶罪	435
第四节	酒后驾驶罪	438
	问题与思考	440
<b>第十八章</b>	<b>诽谤及相关犯罪</b>	441
第一节	诽谤罪概述	441
第二节	亵渎神教罪	443
第三节	诽谤名誉罪	448
第四节	煽动诽谤政府罪	453
第五节	淫秽诽谤罪	458
	问题与思考	460
<b>第十九章</b>	<b>妨害公共秩序的犯罪</b>	461
第一节	妨害公共秩序罪的立法概况	461
第二节	非法集会罪	465
第三节	暴乱罪	468
第四节	斗殴罪	473
	问题与思考	477
<b>第二十章</b>	<b>危害国家安全的犯罪</b>	478
第一节	危害国家安全的犯罪概述	478
第二节	叛国罪	479
第三节	煽动叛乱罪	486
第四节	恐怖主义犯罪	489
第五节	其他危害国家安全的犯罪	496
	问题与思考	497

<b>第二十一章 危害国家管理的犯罪</b> .....	498
第一节 危害国家管理的犯罪概述.....	498
第二节 妨害公务的犯罪.....	499
第三节 贿赂罪.....	500
第四节 伪证罪.....	503
第五节 帮助罪犯罪.....	504
第六节 隐瞒罪.....	506
第七节 藐视法庭罪.....	508
第八节 企图破坏审判活动罪.....	510
第九节 与保释有关的犯罪.....	511
第十节 其他危害国家管理的犯罪.....	512
问题与思考.....	514
<b>第二十二章 计算机犯罪、毒品犯罪和洗钱罪</b> .....	515
第一节 计算机犯罪.....	515
第二节 毒品犯罪.....	518
第三节 洗钱罪.....	520
问题与思考.....	522
<b>主要参考书目</b> .....	523

# 上编 总论



# 第一章 英美刑法概说

## 第一节 英美刑法的概念和沿革

### 一、英美刑法的概念

“英美刑法”这一概念有广义和狭义之分。狭义的英美刑法，仅包括英国和美国的刑法。广义的英美刑法，也就是英美法系刑法、普通法系刑法，是以英国普通法为基础逐渐形成的刑事实体法律规范的总称。从分布范围上看，广义的英美刑法包括英国（不包括苏格兰）、美国、大部分英联邦国家以及原属英国殖民地或附属国的亚洲、非洲、大洋洲和加勒比海地区许多国家的刑法。本书所论述的英美刑法，主要包括英国刑法和美国刑法，并附带涉及英美法系其他国家和地区的刑法。

作为英美刑法的源头，英国刑法<sup>①</sup>对英美法系其他国家和地区的刑法有着重要的历史影响。这种影响，是由英国的对外扩张伴生而来的。伴随着英国的对外扩张，以普通法为特色的法律被传播和移植到原属大英帝国殖民地的一些国家和地区。这些国家和地区在独立后，或者保留了英国普通法的内容，或者根据英国法的原则，并按照各自的习惯与国情，确立了自己的刑法制度。对此，英国法学家詹姆斯·史蒂芬指出，除了美国各州的刑法是对英国刑法的复制外，英国刑法被输入到大英帝国的45个殖民地，由此形成了七八十种各异的英国刑法。<sup>②</sup>此外，美国刑法在英美刑法的发展过程中也起到了重要的作用。

### 二、英美刑法的沿革

#### （一）英国刑法的沿革

英国刑法的发展大致经历了以下三个时期。

##### 1. 公元1066年诺曼公爵威廉征服英国以前的盎格鲁—撒克逊法时期

在英国历史上，从公元450年直至公元1066年的诺曼统治时期被称为盎格鲁—撒克逊时期或古英国时期。大约从公元前7世纪开始，在不列颠群岛上就散居着伊比利亚人和凯尔特人，他们按照各自的习惯生活和交往。公元43年，英国被罗马帝国征服，不列颠群岛成为罗马帝国的一个省。此后，历时400余年，英国处在罗马帝国的统治之下。随着罗马法律的传入，英国法律的基础开始创立。公元4世纪中叶至5世纪初，罗马帝国因其国内的诸多矛盾从英国撤军。自5世纪中叶起，欧洲大陆日耳曼人的一

---

<sup>①</sup> “英国刑法”通常是指英格兰和威尔士适用的刑法。英格兰和威尔士是英国的主要组成部分，但这两个地区的刑法并不适用于英国的苏格兰和北爱尔兰。

<sup>②</sup> James Stephen, A History of the Criminal Law of England, Vol. III, Macmillan and Co., 1883, P283.

支——盎格鲁—撒克逊人乘机自北欧入侵英国，并建立了数个王国，英国由此进入了盎格鲁—撒克逊时期。在这一时期，长期的王国战争导致英国缺乏强有力的中央政权，一直处于封建割据状态，不可能有统一的刑事立法，而主要适用日耳曼民族的习惯和法律。

在盎格鲁—撒克逊时期的英国刑法中，虽然已经出现了许多类似现代刑法规定的罪名，但一般只是对某种具体行为进行描述，尚缺乏原则性的概括。英国法学家詹姆斯·史蒂芬曾以现代刑法对犯罪的分类标准对盎格鲁—撒克逊法律中出现的犯罪进行归类，认为已经出现了以下几类犯罪：侵犯政府利益的犯罪、违反宗教与道德的犯罪、侵犯个体人身的犯罪、侵犯个体财产的犯罪。除了上述四大类犯罪外，欺诈性犯罪中的伪造货币以及危害公共正义的伪证罪也在这一时期的法典中出现。这一时期的刑罚主要有两大类：财产刑与身体刑。监禁只是作为对无保证人的犯罪人采取的保证措施而被提及，并非一种惩罚手段。财产刑包括三种：赔偿金、补偿金和罚金。多数犯罪通过财产刑成为“可修正的”犯罪，但是最严重的犯罪仍然不能修正。这类严重的犯罪又称为非补偿金犯罪（bot-less），处罚手段一般是死刑和肉刑。

总而言之，这一时期的英国刑法具有以下特征：①犯罪与侵权的界限不清楚。这不仅体现在法典都是刑民合体，更体现在对具体行为罪与非罪的划分上缺乏统一、原则性的标准。从惩罚方式上看，以金钱赔偿为主，这与对侵犯财产的侵权行为应赔偿损失的处理方式并无太大差别。②对犯罪的处罚由私力救济向国家惩治转变。虽然在这一时期的法典中仍保留有同态复仇的内容，如在《阿尔弗雷德法典》中就有以眼还眼、以牙还牙、以手还手、以脚还脚的规定，但所不同的是法律对于受害人通过自力予以报复有明显的限制。此外，法典对于赔偿金与补偿金的详细规定，也是旨在通过金钱补偿来替代血亲复仇。当然，在赔偿不能获得时，受害人或其亲属自然可以进行复仇。③采取绝对刑事责任原则。这一时期的刑事责任关注的是损害而不是行为人主观上的过错。只要有损害存在，就应当有赔偿，而无论行为人主观上是否有过错。④具有等级色彩。即对于犯罪人的处罚因犯罪人、受害人的社会地位不同而有所差异。<sup>①</sup>

## 2. 公元1066年诺曼公爵威廉征服英国以后的普通法时期

普通法是在被诺曼征服后的几个世纪里，英格兰政府逐步走向中央集权和特殊化的进程中，行政权力全面胜利的一种副产品。<sup>②</sup> 1066年，诺曼公爵威廉通过其统治下的诺曼人在黑斯廷斯战役中大败盎格鲁—撒克逊人，登上了英国王位，这是英国法律制度历史中的重大事件，也是普通法形成与发展历史中的重要事件。为了巩固统治，诺曼人不得不实行中央集权制，统一全国的军事、财政、司法等事务。征服者威廉在进行其他方面改革的同时，在法律方面也进行了一些改革，如大量减少死刑，实行巡回审判制度，等等。为了缓和同被征服者的矛盾，威廉继续保留了盎格鲁—撒克逊人原有的习惯法。但是，原有的习惯法极为分散，因人、因地而异，大多数习惯仅限于口耳相传，没有一种权威性的陈述可供引用，这显然不利于加强中央集权，也不利于国家的统一管理。于

<sup>①</sup> 何勤华、夏菲：《西方刑法史》，北京大学出版社，2006年，第301～304页。

<sup>②</sup> [英] S. F. C. 密尔松：《普通法的历史基础》，李显冬等译，中国大百科全书出版社，1999年，第3页。

是，英国到亨利二世时对原来的作为行政治理手段的令状进行了司法化改革，“如何如何做”之类的命令式的王室令状转换成以下形式：“传唤到我的法官面前审问以决定争议的问题——那里有此令状”，司法化的令状制度（the writ system）由此在英国法中得以确立，令状成为要求当事人到王室法庭法官面前接受审判，以决定其权利义务的司法手段。司法化的令状也成为到王室法庭进行诉讼的前提；没有令状，就不能在王室法庭起诉。这样，令状就从原本的直接分配权利义务的实体性文件变为启动诉讼程序的程序性文件，由此使王室法庭的司法管辖权范围得以扩大。同时，亨利二世时把全国分为若干巡回区，定期从王室法庭中派遣巡回法官前往各地审判案件，并对各地方的司法和行政活动进行监督。巡回法官在各地审判案件时，除遵循国王诏书、勒令外，主要的办案依据是当地的习惯法。因而，巡回法官审判的过程实际上也就是调查了解各地的盎格鲁—撒克逊习惯的过程。当这些巡回法官完成其巡回审理职责返回到威斯敏斯特聚会时，通过情况交流和相互磋商，彼此承认对方的判决可以作为以后审判同类案件的依据，并在全国推行，具有法律效力，这便是普通法的开端。在强大的中央政权的支持下，通过长期的巡回审判实践，英国各地的习惯法开始趋向于统一。由此，大约在公元13世纪，普遍适用于全国的共同的习惯法——普通法已初具雏形。从这个意义上说，习惯法是普通法之母，而普通法就是体现为国家意志的习惯法。从普通法的发展过程来看，普通法实际上是由法官所创造的法律。<sup>①</sup>

在普通法形成之后的一段时期内，呆板僵化成为阻挡其发展的重大障碍。13世纪时，大概是受古罗马法中“诉讼”种类的影响，英国普通法对诉讼请求的种类也有具体明确的规定。任何诉讼必须以已经存在的法院启动诉讼的令状为前提；没有同类的法院令状，法院对当事人的诉讼请求就不予受理。1258年亨利三世颁布的《牛津条例》（*Provisions of Oxford*）规定大法官颁布任何新令状，必须先经御前会议一致通过。这一规定使得普通法只能在狭窄的范围内缓慢地向前发展。<sup>②</sup> 实践中，随着社会关系的复杂化，正当的诉讼请求因缺乏合适的令状而得不到法院救济的情形日益增多。在这种背景下，试图补救普通法缺陷的一种新的法律形式——衡平法就应运而生了。

早在14世纪，由于普通法的过于僵硬和残缺不全而在普通法法院败诉的当事人或未能获得合适令状的当事人，就根据古老的习惯，把国王当做“正义的源泉”和“公正

---

<sup>①</sup> 一种较为陈旧的观点（宣告说）认为，普通法并不是由法官所创制的法律，而是由法官所发现的法律。这种法律是在人民的习俗中被发现的，它包含着长期认定的原则，而这些原则之所以成为法律，是由于长期被认定了的。尽管发现这一种法律需要训练、技能和判断力，而非轻而易举的，但是，发现行为本身，只是一个探索的过程，而不是一个发明的过程，只是一个认同的过程，而不是一个创造的过程。法律总是存在在那里，如果它被埋藏起来，那就必须使之明显。法官只是发现法律，只是公布了他们的探索结果，只是由他们加以声明或宣告。参见[英]彼得·威斯莱—史密斯：《香港法律制度》，马清文译，三联书店（香港）有限公司，1992年，第81~82页。这种对待普通法的观点，成了众矢之的。约翰·奥斯丁（John Austin）对宣告说提出了严厉的批评。他把这种观点称之为“我国的法官所作出的幼稚的虚构，即审判法或普通法不是他们制定的，而是一种非人制定的超自然的东西；我猜想，他们认为它的存在是永恒的，而法官只不过是时不时地宣告它而已”。约翰·萨尔蒙德（John Salmond）爵士也坚持主张说，法官造法乃是毋庸置疑的，而且人们应当承认“法官们被赋予了一种独特的立法权，并且他们是在公开地行使着这一权力。”[美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第452~453页。

<sup>②</sup> 何家弘：《当代美国法律》，社会科学文献出版社，2001年，第6页。



的化身”，直接向国王提出请求。而国王为了表示自己的“恩典和仁爱”，亦乐于亲自处理这类案件。后来，由于这类案件数量太多，国王应接不暇，就把这种请求委托大法官代为处理。大法官裁决案件的依据是“公平”和“正义”，对这类案件的审理体现的则是国王的“仁慈和恩惠”，因此，大法官被称为“国王良心的守护人”。大法官在审理案件时，不受普通法诉讼程序的制约，不需要令状，不设陪审，可命令双方当事人履行某种行为或禁止双方为某种行为，判决也不受普通法约束。最终，这类申诉状便直接交给大法官，大法官通过判决发展起来一套复杂的特别规则，这就是衡平法规则。15世纪，英国设立了衡平法院，专门负责审理衡平案件。虽然1873~1875年《司法组织法》(Judicature Acts)将分离的普通法管辖权和衡平法管辖权合并起来，由此使得新设的高等法院的每一个法庭都可以提供普通法和衡平法救济，但作为实体规则，普通法和衡平法仍旧保持各自的鲜明特征，而并未因此融合起来。

起初，衡平法的救济带有担任大法官之职的僧侣的浓重的个人色彩。自1529年托马斯·莫尔作为第一任世俗大法官担任此职后，通过奠定“遵循先例”的司法原则，衡平法审判逐渐摆脱个人色彩，衡平法规则逐步体系化和固定下来。这样，衡平法就变得名符其实了。

关于衡平法中的“衡平”的含义，美国学者梅利曼曾经指出：“‘衡平’的主旨是指法官有权根据个别案件的具体情况，避免因适用法律条款而使处罚过于严峻和公正地分配财产，或合理地确定当事人各自的责任。简言之，‘衡平’就是指法院在解决争讼时，有一定的根据公平正义原则进行裁决的权力。‘衡平’原则表明，当法律条文的一般性规定有时过严或不适合时，当某些具体问题过于复杂以至立法机关不能对可能发生的各种事实的结果作出详细规定时，法院运用公平正义原则加以处理是必要的。因此，凡有类似的问题发生，最好是法官根据‘衡平’原则作出裁判。”<sup>①</sup>由此可见，“衡平”是对法官拥有某种自由裁量权的承认。

### 3. 从17世纪中叶一直到现在的制定法时期

1640年，英国爆发资产阶级革命。如同这次革命的不彻底性，此后的英国刑法同样具有保守性和妥协性，革命前的普通法、衡平法仍旧得以保留。但制定法的地位已较以往有了很大提升，英国刑法由此步入制定法时期，制定法成为英国刑法最重要的渊源。在现今的英国，尽管普通法仍然占据重要的地位，但大多数犯罪已由制定法加以规定，有的制定法已经完全取代了普通法上对于某些犯罪的规定，比如1968年的《盗窃罪法》。制定法可以创设全新的罪名。自1972年上议院在“克努勒股份有限公司诉检察长”一案中作出否决以来，法院创制罪名的情况已不复存在了。当然，在制定法不改变普通法的情况下，普通法继续有效。普通法中还有许多内容尚未形成制定法。因此，普通法仍然是英国刑法的重要渊源。而且，“在英国，已通过的法律还不是法律，因为它是死的，只有法官采用时，才成为法律禁止和法律命令。在审理具体案件时，法官可以不用该方面的现有法律，并可以自己就未受立法调节的问题作出判决。”<sup>②</sup>

<sup>①</sup> [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》（第2版），顾培东、禄正平译，法律出版社，2004年，第50页。

<sup>②</sup> [苏] C. 克莉娜：《当代英国刑事司法的特点》，载《国外法学》，1983年第1期。

英国有很多版本的制定法汇编。第一部印刷汇编的制定法是《新制定法》，其内容包括1327年至1483年的制定法。1484年后，又有《古代制定法》问世，其内容包括从1215年的《大宪章》到1327年的制定法。1532年《古代制定法》的第二部分将未收录的1327年以前的古制定法汇集起来。1557年，威廉·拉斯泰尔编辑出版了著名的《从大宪章到现行有效的英格兰制定法汇编》。其后的较为著名的制定法版本有：凯布尔的《制定法全编》，其内容包括1215年至1676年的制定法，后来续至1733年；霍金斯的《制定法全编》，其内容包括1215年至1734年的制定法，后来续至1757年；凯的《制定法全编》，其内容包括1215年至1757年的制定法，后来续至1773年；拉夫黑德的《制定法全编》，其内容包括1215年至1757年的制定法，后来续至1800年；朗宁顿对拉夫黑德的《制定法全编》的新编本，其内容包括至1785年的制定法，后来续至1801年；汤姆林斯和拉斯比的《制定法全编》；彼克雷的《普遍的制定法》，其内容包括1215年至1761年的制定法，续至1806年，后又续到1869年；等等。其中，档案专署主持出版的《王国的制定法》（1225~1713年），是最完整最准确的版本。

1833年，英国成立了制定法委员会（Statute Law Commissions），其委员包括著名的英格兰法学家约翰·奥斯汀（John Austin）。该委员会的职责是将所有涉及犯罪的制定法汇编成一部制定法，将同一主题的所有普通法汇编成另一部制定法。同时，该委员会还确定在何种范围内能够将有关犯罪与刑罚的制定法与普通法结合成一个刑法整体，以及审议在何种范围内能够统一英格兰现存法律部门。在1833年到1843年的10年间，该委员会提出了7个有关刑法的报告。1845年该委员会解散后，第二个委员会审议以前的报告，完成第一个委员会没有完成的第八个报告，并为编纂全部刑法而草拟了多项议案。第二个委员会又重新提出了5个报告，并拟定了包括整个《犯罪和刑罚法律汇编》的法律草案。1849年，该委员会提出了关于诉讼程序的报告，这是该委员会的最后一项工作。不过，在这些报告的基础上提出的好几项法案最终没有成为法律。

1853年，英国大法官兰沃斯任命组成了一个临时制定法委员会，这个临时委员会提交了3份法律报告。1854年，一个由许多著名法官和律师组成的新制定法委员会取代了临时委员会。该委员会在1854~1859年间，提交了4个报告。其间，1856年的第一部《制定法修订法》就是在该委员会报告的基础上形成的。1861年，英国又制定了另一部《制定法修订法》，并根据1833~1859年委员们的报告通过了7个刑法统一法令。1863年，英国又制定了一部《制定法修订法》，此后出现了大量此类的法令。<sup>①</sup> 20世纪以来，制定法在英国呈现出激增的态势。

## （二）美国刑法的沿革

美国刑法的发展大致经历了以下三个时期。

### 1. 美国独立以前的殖民地时期

这一时期始于1607年英国取得北美大陆第一块殖民地，终止于1776年美利坚合众国诞生。在这一时期，英国有效的刑事法同样也适用于美洲各殖民地。同时，为了适应

<sup>①</sup> [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社，2003年，第1071~1072页。

各殖民地的情况，英国政府也允许各殖民地颁布法令和条例，但法令和条例必须服从英国的法律，至少不能相抵触。由于当时的英国法律主要是从封建社会中发展而成的，并不完全适用于美洲各殖民地的情况，所以各殖民地在适用英国法律的同时多少结合本土的特殊情况作了一些修改。甚至个别殖民地还基于历史原因拒绝适用英国法律，如原为法国殖民地的路易斯安那州就基本上适用大陆法系的法律。在实践中，殖民地的法官经常引用英国的判例作为依据，有些案件还要到英国去上诉。

## 2. 美国独立以后到 20 世纪初的美国刑法形成与发展时期

1776 年美国独立以后，逐渐形成了自己独立的法律制度。一方面，受国家主权原则所决定，1776 年 7 月 4 日，英国法律在美国停止适用。但是，由于历史的联系，美国明显地接纳了英国的刑事法律。这种接受过程是通过下列方式完成的：在特定的制定法中认可英国普通法的某些部分；通过法院判例引进普通法的某些部分；制定总则性法规或者通过宪法性条款来接受英国法。因此，英国法的任何特定部分的被接受或被拒绝都取决于各州的立法机关和司法机关。即使州或联邦通过了某项与英国法相似甚至完全相同的法律，那也是他们自己的立法或司法活动，属于主权行为。<sup>①</sup> 另一方面，美国普通法的确立过程是与法典化运动相交织的。受欧陆法尤其是法国法的影响，很多州出现了编纂刑法典以全部或部分地废除普通法的倾向。正是由于受法典化运动的影响，美国的刑事制定法呈现出强劲的发展态势。不过，此时的刑法法典化与大陆法系国家的法典化不可同日而语。此时的刑法典实际上只不过是把普通法和业已制定的刑法规范简单地堆砌在一起而形成的混合体。

## 3. 20 世纪初至今的美国刑法改革时期

到 20 世纪，受大陆法的影响，为反映现代社会的需求，美国的制定法主义倾向得到了进一步强化。为了统一各州的刑法规定，使刑法的概念术语规范化，成立于 1923 年的美国法学会决定草拟一部可供各州起草新的刑法典时参照使用的《模范刑法典》。这项工作开始于 1931 年，当时由“改进刑事司法联合委员会”负责进行，但接下来的经济大萧条和第二次世界大战使其被迫中断。1951 年，在洛克菲勒基金会的资助下，法典的起草工作得以恢复。在其后的十多年间，由法学教授、法官、监狱官员以及精神病学家、犯罪学家以及语言学家组成的起草小组和咨询委员会经过多次讨论，数易其稿，终于在 1962 年公布了一部完整的《模范刑法典最后建议正式草案》。《模范刑法典》本身并非具有约束力的法律，但它具有很高的学术价值和规范意义。《模范刑法典》附有对主要条文的评论，每一条评论都可以被视为一篇研究论文。它的示范作用体现在，在它公布之后的 20 年间，就有半数州以它为蓝本对该州刑法进行了重大修订或重新制定，使之成为“现代刑法典”。<sup>②</sup> 据统计，现在全美三分之二的州刑法典都是以《模范刑法典》为蓝本而制定的。在其他州，起草的刑法典未获立法通过，但日后仍可能被重新审议。不仅如此，许多法庭意见还引用《模范刑法典》作为有说服力的权威来解释现行制定法，或者行使法院创制刑法原则的权力。基于此，《模范刑法典》被认为是“美

① 储槐植：《美国刑法》（第 3 版），北京大学出版社，2005 年，第 14 页。

② 储槐植：《美国刑法》（第 3 版），北京大学出版社，2005 年，第 17~18 页。

国刑法法典化的最成功样板”。除了个别重要的例外,《模范刑法典》代表了美国刑法的状况,这是其他任何一部州刑法典都难以望其项背的。

就联邦刑法而言,自19世纪末以来,美国国会于1877年、1909年和1948年把历年来经国会通过的有关刑法的单行法令搜集到一起,按字母顺序排列,将其列入《美国法典》的第18篇。1966年,美国国会建立了一个“联邦刑法改革国家委员会”。该委员会于1971年起草了新联邦刑法典建议稿。参议院司法委员会刑法和刑事诉讼法小组委员会在就该建议稿举行多次意见听取会后,在1973年1月提出一个关于编订和修改美国联邦刑法典的草案(参字第1号法案)。与此同时,美国司法部内设的一个负责刑法典修改工作的专门小组在1973年3月提出了一个单独的法案(参字第1400号法案)。参议院司法委员会刑法和刑事诉讼法小组委员会在继续举行意见听取会的基础上,把上述参字第1号法案和参字第1400号法案综合在一起,于1975年在第95届国会上提出一项统一的、名为“1975年刑法改革法令”的参字第1号法案。经过激烈的争论和讨价还价之后,以“1975年刑法改革法令”为基础,1977年5月,由参议员爱德华·肯尼迪等人在第96届国会上提出了参字第1437号法案。它是美国国会在进行了长达十余年的刑法典修订工作后取得的一个意见比较一致的法案。1977年,美国参议院司法委员会通过了参字第1437号法案。1978年1月,它又在参议院全体会议上获得通过。但在1978年7月,众议院司法委员会的刑事审判小组委员会又否决了该法案。<sup>①</sup> 联邦刑法典草案至今也没有正式颁布,美国迄今也就没有统一的联邦刑法典。

## 第二节 英美刑法的渊源

英美刑法的渊源,是指英美法系刑法的有法律拘束力的法源。就总体而言,英美刑法的渊源主要包括普通法和制定法。

### 一、普通法

#### (一) 概述

“普通法”是英文中“common law”一词的汉译,这一译名源自日本。“common law”一词在不同的上下文中具有不尽相同的含义。在早期,教会法学者使用的“jus commune”是指教会共同法,与地方性习惯相对应。在指通行于全英格兰王国的法律,而与地方性习惯相区别时,它意为“共同习惯法”。在与以罗马法为基础的欧陆成文法系相区别时,它是指以英格兰普通法为基础的“英美法(系)”或称“判例法(系)”。在与其他国家的法律相区分时,它意指英格兰法。它还与“衡平法”相对应,意为“非衡平法”。在法国法和德国法中,它意指该国普遍适用的“共同法”,而与地方性习惯相对。在与“教会法”相对应时,它是指“世俗法”。在与“制定法”相对应时,它意为

<sup>①</sup> 欧阳涛等:《英美刑法刑事诉讼法概论》,中国社会科学出版社,1984年,第17~18页。

“非成文法”，或“判例法”，或“习惯法”。<sup>①</sup> 此处所说的作为刑法渊源的“普通法”一词是在最后一种含义的意义上使用的，意为有别于立法程序颁布的制定法、发端于英格兰而又输出、移植到原属大英帝国殖民地的一些国家和地区、在不同时期的判例的基础上发展起来的以遵循先例、程序优先为主要原则和特征的判例法。

英美法系普通法的源头是英国普通法。在输入、移植到原属大英帝国殖民地的一些国家和地区后，与环境改变相适应的是，英国普通法随之发生了一些变化。如在美国，法院和刑事领域的律师用到“普通法”一词时，其所指的是由英国法官们经由几个世纪发展而来并传入美国的法律。在20世纪来临之际，由于英国普通法在美国的法院重新发展，美国的普通法在很多重要方面已经与其前辈——英国的普通法大不相同了。<sup>②</sup> 在1901年澳大利亚联邦政府成立以前，澳大利亚最初的6个州均为英国的殖民地。第一片殖民地新南威尔士州于1788年成立，继承了所有英国能在殖民地适用的法律。在1787年特许令颁布之后，新南威尔士州开始设立自己的法院，然而，该法院仍主要适用英国法。1824年新南威尔士高等法院成立，尽管其所有的判决仍受英国法院审查，但却宣告了其独立发展自己法律的新时代的来临。其他各州也相继设立了自身的法院系统，并各自开始独立地发展自己的普通法。澳大利亚高等法院成立于1903年，澳大利亚由此开始发展其联邦普通法。近年来，澳大利亚的法院在引用普通法判决时表现得更有弹性，甚至引入其他英美法系国家如加拿大、美国等的判例。这一趋势也反映了澳大利亚迫切地希望建构有其自身特色的普通法的愿望。<sup>③</sup> 在新加坡，根据《英国法令应用法令》第3条的规定，已经成为新加坡法律一部分的英国普通法将继续作为新加坡法律的一部分，只要其经过修订能够适合于新加坡本土的环境和居民。在香港，根据《英国法律适用的范围条例》的规定，“普通法和衡平法的原则均在香港适用”。据此，英国普通法是香港刑法的渊源之一。而在英国普通法的基础上，香港法院在审判实践中也结合本土的实际情况发展起来了本地的判例法。香港自1905年起开始建立案例登记制度，由香港最高法院上诉庭的一位法官和律师、法律学者组成一个专门的编辑部，将较为重要的案例收集到香港的《案例汇报》中，以补充英国及其他适用普通法国家的判例，至今积累的《案例汇报》已超过100册。其中，刑事判例占有相当的比例，与其他可适用于香港的刑事判例一起，成为香港刑法的重要组成部分。不过，香港本地的判例法仅起着补充英国判例法的作用。

## （二）普通法的特点

“当今，英美法系中占支配地位的观点认为，明确或隐含地提出某个法律主张的法院判决——特别是终审法院的判决，构成了法律的一般渊源和正式渊源。”<sup>④</sup> “遵循先例”、“因循先例”是英美普通法制度的核心，也是普通法最显著的特点。遵循先例，在

① 薛波：《元照英美法词典》，法律出版社，2003年，第261页。

② [美] 约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》（第4版），王秀梅等译，北京大学出版社，2009年，第25页。

③ 张旭等译：《澳大利亚联邦刑法典》，北京大学出版社，2006年，译者序，第2~3页。

④ [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第450页。

英美法上通常表述为 *stare decisis*。这一拉丁语法律术语本身是拉丁语短语“*stare decisis et non quieta movere*”的缩写，其意思是，“遵守法律而不去破坏已定之事”。遵循先例可与“前例拘束（力）原则”[*doctrine of the binding (force of) precedent*] 交替使用。“如果用一般的方式来表述，遵循先例乃意味着某个法律要点一经司法判决确立，便构成了一个日后不应背离的先例。如果用另一种方式来表述，那就是说，一个直接相关的先前案例，必须在日后的案件中得到遵循。”<sup>①</sup> “‘如果有一组案件所涉及的要点相同，那么各方当事人就会期望有相同的决定。如果依据相互对立的原则交替决定这些案件，那么这就是一种很大的不公。如果在昨天的一个案件中，判决不利于作为被告的我；那么如果今天我是原告，我就会期待对此案的判决相同。如果不同，我胸中就会升起一种愤怒和不公的感觉；那将是对我的实质性权利和道德权利的侵犯。’如果两个案件都一样，每个人都会感到这种情感的力量。因此，如果要想让诉讼人确信法院司法活动是公平的，那么坚持先例必须是一个规则而不是一个例外。这样一种感情，尽管程度会有不同，但其根源就在于先例有沿着逻辑发展路线自我延伸的倾向。”<sup>②</sup>

遵循先例包括两项具体的内容：

其一，纵向的遵循先例，即由较高级别法院作出的判决是有约束力的先例，低级别的法院不能推翻这些先例。如果后来的法院在司法等级上高于作出先例的法院，它就可以推翻这个先例，也就是明示或默示地说明该先例是错的，或者是根据错误的原则作出的。如在英国的英格兰和威尔士，高等法院、上诉法院和上议院的判决具有先例性质。其中，上议院的判决对上诉法院和高等法院具有约束力。下级法院的判决不具有约束力，即郡法院和治安法院的判决只对所审判的案件具有约束力，不能对高等法院以上的上级法院有约束力，也不能对郡法院和治安法院以后的法官具有约束力。上议院可以推翻上诉法院等所作出的任何先例；上诉法院虽不能推翻上议院的先例，但能够推翻高等法院独任法官所作出的先例。此外，英国枢密院司法委员会是英国殖民地和英联邦一些国家的终审上诉法院，它所作的判决对英国法院虽不具有约束力，但却是很强说服力的权威根据。在美国，尽管遵循先例原则也是以法院的等级制为基础，法院等级的高低影响到判例权威的大小，但这主要是指联邦法院和州法院两大系统内部而言的。在联邦法院和州法院之间，遵循先例原则还有一种交叉作用，即联邦法院有可能要依循州法院的判例，州法院也可能依循联邦法院的判例。这时，除了考虑法院的等级外，还要注意法院作出判决时所适用的法律。这里有两个原则：①在州法律问题方面，州的下级法院受州的上级法院判例的约束，只要这些判例并不违背联邦法律；②在联邦法律问题方面，州法院受联邦法院，特别是联邦最高法院判例的约束，联邦法院则受它们的联邦上级法院判例的拘束。<sup>③</sup> 在香港，上诉法院的判例对其下级法院都具有约束力，即高等法院服从上诉法院，地方法院和裁判法院服从上诉法院和高等法院。

① [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第563页。

② [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，1998年，第18页。

③ [美] 彼得·哈伊：《美国法律概论》，沈宗灵译，北京大学出版社，1983年，第9~10页。

其二，横向的遵循先例，即除非有特殊的理由，否则一个法院不应该推翻自己的先例。英国上议院在1898年的裁决中确认，它完全受自己作出的判决的约束。这一原则是在“伦敦街有轨电车公司诉伦敦市议会”一案中确立的。在该案中，上议院认为，本院就法律问题所作的判决是终局性的，除议会法令外，任何规定都不能对本院判决中所存在的错误情形作出纠正。丹宁爵士在《从判例到判例》的著名演讲中猛烈抨击了呆板的遵循先例原则。他指出，如果死抱住判例不放，忘记了他们应该奉行的基本原则是坚持真理和主持正义，那么他们将在浩如烟海的判例中迷失方向。如果不能推翻已经“走味了”的判例，那么普通法将停止发展，像珊瑚礁一样，变成了一堆化石。因此，要使法律不断发展而不停滞，上议院就必须坚持这条极其重要的原则，即发展的原则。<sup>①</sup> 终于，在1966年，上议院改变了原来的立场，认为“过于硬性地服从前例可能在特定案件中导致不公正，而且可能会限制法律的适当发展”，因而在将本院先前的判例通常视为有约束力的同时可以背离以前的判例，只要这样做被认为是正确的。不过，实际上改变以前判例的情况很少，这和英国上议院的政治地位有关。此外，就刑事判例而言，“为了刑法内容确定性的需要，上议院必须在确信自己有充足的理由时，才可以否定自己以前所作的某个刑事判决。上议院的正式主张说明，它不会轻易否定自己以前的判决，如果有许多判决都根据该判决时就更是如此，从而表明它在判决的连贯性与公正审判二者之间更重视前者。”<sup>②</sup> 与上议院对待自己的判决不同的是，上诉法院对自己的判决采取了较为灵活的态度。1944年在“杨诉布里斯托尔飞机股份有限公司”一案中，上诉法院明确宣告了三项例外规则：①如果它以前的两个判决相互冲突，那个没有被遵循的判决即被否定；②如果它以前的某个判决与后来上议院的判决不能协调一致，那么，即使对该判决没有明确予以否定，也必须拒绝遵循；③如果它以前的判决是由于疏忽所致（即忽视了本来能够影响其判决的某个有关的法律或判例），就不必遵循这样的判决。此外，当作为“合议庭”（即由多于通常的法官组成的法庭）开庭时，上诉法院有权以滥用或误解了法律为由否定以前的判决。至于这种权力是否限于用在那些由于以前这种可疑的裁判而支持了有罪判决的案件上，则尚无定论。除非适用“杨诉布里斯托尔飞机股份有限公司”一案的那些原则，或者可能是由于法律被“滥用或误解”，否则高等法院王座庭就要受其以前的判决的约束。一个审判法官的判决对另一个审判法官没有约束力，但后来只有在确实认为前者的判决错误时才会拒绝遵循。<sup>③</sup> 在美国，尽管联邦和各州法院都适用“遵循先例”原则，但人们从未把遵循先例当作一种不可抗拒的命令，而是认为遵循先例的义务是受有关推翻早期先例的权利限制的。尽管某一辖区内的低级法院是受中级法院或最高上诉法院的判例约束的，但是各州的最高法院以及联邦最高法院都为自己保留了拒绝遵循或废止其先例的权力。美国联邦最高法院1938年毫不犹豫地推翻了几近持续达一个世纪之久的斯威夫特诉泰森一案的判例。在美国联邦最高

① [英] 丹宁：《法律的训诫》，杨百揆等译，群众出版社，1985年，第255页。

② [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A. 琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社，1991年，第10页。

③ [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A. 琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社，1991年，第10~11页。

法院整个审判活动的历史上，经它废除的宪法先例有 80 个之多。在香港，1910 年的香港合议庭（香港上诉法院的前身）曾认定，合议庭先前的判决对于自己不具有约束力，不必予以遵守。但 1965 年曾有附属意见又认为，上诉法院的独任法官应遵循行使同等管辖权的其他上诉法官作出的判例，除非他能证明原先的判决中存在着误用或误解法律的情况。1974 年又增添的一项条款规定，如果上诉法院发现某个先前的判例明显有错误时，可不必遵守，即对自身无约束力。否则，就应对自身以前的判决予以遵循。香港地方法院在审理上诉案件时，对其自身先前审理上诉案件时作出的判决，应当予以遵循。如果自身先前的判例明显有错误，地方法院可以不受先前作出的判决的约束。

遵循先例，并不意味着先例的每一部分均有拘束力。英美法系的判决一般而言都包括：①对案件事实的裁决，可分为直接的和推论的两种；②法律原则的陈述，即判决理由；③综合①和②所作的判决。就这几部分而言，只有判决理由，即对争讼案件的特定事实作出判决所必不可少的根据，才是判例的拘束力赖以存在的基础。而其他部分，则被称为“判决附论”，尽管其在司法实践中也产生一定的影响，甚至可能具有很强的说服力，但其不具有任何拘束力。

### （三）普通法的地位

随着制定法的日益增多和逐步完善，普通法在英美法系刑法中的地位较之以往有所降低。制定法可以修改、废止普通法，普通法则不能修改、废止制定法。在人们关于大陆法系和英美法系的传统观念中，判例是否具有法源地位被认为是区别两大法系的明显标志之一。然而，“今天，法律的主要渊源是制定法还是司法判决这一古老的问题，对于我们理解普通法与大陆法之间的区别帮助甚微”。<sup>①</sup> 以下以英国、美国、加拿大和澳大利亚的情况为例加以说明。

在英国，1878 年制定的“刑法草案”第 5 条曾规定：任何犯罪均须依据本刑法或其他成文法起诉，不得依据普通法。但该草案并未通过实施。现在，普通法上的犯罪在未被制定法废除、代替的情况下，才继续存在。大多数犯罪由制定法加以规定，但仍然有一些只存在于普通法中的犯罪。这就是说，这些犯罪的定义不能从议会制定的法令而必须从法官的判决中寻找。显而易见，普通法中不仅有关于犯罪本身的规定，而且也包含应处的刑罚。不过，一些制定法却为普通法上的某些犯罪规定了明确的刑罚。例如，谋杀是普通法上的一种犯罪，从任何制定法里都找不到关于谋杀罪的定义，但对谋杀罪应处的刑罚还是由制定法规定的。在莫里斯一案中，刑事上诉法院确认了这样的规则：如果对一种普通法上的犯罪的刑罚没有由制定法加以规定，那么法官就有权自行斟酌决定判处被告人一定期限的监禁或一定数目的罚金或两者并处。从理论上讲，遵循莫里斯一案的判决会导致一些很不正常的后果，因为在制定法对普通法上的某些轻罪没有规定最高刑罚而对某些更为严重的制定法上的轻罪却规定了刑罚的情况下，法院就可能对前类罪判处比后类罪更重的刑罚。不过，刑罚不应该过于严厉乃是当今压倒一切的要求，因此没有理由认为莫里斯一案的判决会导致实践中的不公正。此外，普通法仍然是

<sup>①</sup> [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1984 年，第 5 页。



刑事责任所有一般原则的渊源。<sup>①</sup>

在美国，既然并不存在联邦的普通法，当然也就不存在“针对合众国的普通法的犯罪”。因此，联邦法院审理案件时，如果没有有关的制定法，便以案件发生地所在州的普通法进行审判。在州这一级，随着普通法法典化运动的开展，到1980年，全部犯罪都规定在制定法中的州达到24个。在这些州，刑事控告完全根据制定法进行，普通法上的犯罪已被完全废除，法官不能创造新的罪名。不过，法官虽然不能将普通法作为定罪的法律依据，但仍可以引用体现某个普通法原理的判例作为判决理由。另外，州制定法上的犯罪在很大程度上是将普通法上的重罪和多数轻罪成文化，对这些犯罪经常以普通法的词语加以界定。这就意味着，即使在普通法上的犯罪完全被废除的州，普通法上的词语的含义对于制定法的解释而言也是具有重要意义的。也有一些州明确地承认普通法上的犯罪。在这样的州，对一部分犯罪的刑事控告根据制定法进行，而对其余犯罪的控告则根据普通法进行。不过，在实践中，普通法上的犯罪很少被起诉，因为它们常常被禁止类似行为的成文法所取代。

在加拿大，通过20世纪50年代对《加拿大刑事法典》所作的重要修改，原则上废除了普通法上的犯罪，由此使法官创制新罪的权力在加拿大成为历史。根据修订后的《加拿大刑事法典》第9条的规定，除非依据加拿大法律规定为犯罪者外，英国法上的犯罪以及现加拿大各省在加入加拿大联邦之前规定的犯罪均不再视为加拿大法律上的犯罪。目前，法庭可以认定的普通法上的犯罪，仅限于藐视法庭罪。

在澳大利亚属于早期殖民地的各州，如维多利亚州、新南威尔士州、南澳大利亚州，英国普通法已深深扎根于此，虽然这些州历史上也制定了不少刑事法规，但这些法规无非是在普通法的基础之上，对普通法的判例和理论进行归纳、解释、修改和废除。就维多利亚州而言，刑法的一些基本规定，例如刑罚的规定以及各种刑法用语的定义以及一些新近出现的犯罪主要由制定法加以规定，然而大多数的犯罪，例如，杀人罪的大多数类型的规定则属于普通法的范畴。而在某些州，如昆士兰州、塔斯马尼亚州、西澳大利亚州，因属于19世纪中后期开发的地区，受英美法的传统影响较小，因此，在这些州的刑法领域，制定法已经取代普通法的地位，成为主要法律渊源。澳大利亚联邦刑法典运动也最早发源于这些地区。<sup>②</sup>

## 二、制定法

### （一）制定法的表现形式

在英美法系，就其历史而言，制定法最初是指国王的敕令。现今所谓的制定法（statute），亦称成文法，是与由法院判决所形成的判例法相对的、由立法机关制定的以文字记载的法律。就英国的情形而言，制定法，是指依据立法程序提出立法议案，经国会两院讨论通过后，再经国王陛下批准后颁布施行的成文法律。

<sup>①</sup> [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A. 琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社，1991年，第7~8页。

<sup>②</sup> 张旭等译：《澳大利亚联邦刑法典》，北京大学出版社，2006年，译者序，第3页。

大陆法系各国刑法的显著特点是以刑法典为核心，辅之以特别刑法和附属刑法，从而形成完整的成文刑法体系。在某些英美法系国家，如加拿大、印度、马来西亚、新加坡、澳大利亚等，存在统一的刑法典，但这仅属于英美法系的少数情况。在大多数英美法系国家和地区，尚不存在统一、完整的刑法典。如19世纪以来，一场以创制“明白易懂的刑法”为目标的法律改革运动在英国兴起，但直至《1965年法典编纂委员会法》的颁布，这场运动才走上了正轨。法典编纂委员会指出了普通法与制定法并存的英国刑法在适用上存在的问题：第一，因二者的关系不明确，使用的术语不统一，造成司法官员在理解法律上的困难，且会出现误解法律解释、作出与陪审团相反的裁决的危险；第二，判例和制定法如在不同意义上使用且同一法律概念用于不同的犯罪类型，只会徒增复杂性，并可能得出缺乏统一性的结论；第三，一旦只有片段的法律，法律和判例确立了含糊不清的法原则，法的适用范围就不确定，就不能适用于有争议的具体案件，刑事司法活动也会受到妨碍。因此，该委员会认为，要纠正这些缺陷，划清普通法与制定法的关系，就只有制定出统一的刑法典。所以，他们以创制易操作、易理解、具有连贯性和确定性的刑法典为目标，开始了法典化工作。1989年4月，法典编纂委员会发布了《关于英国刑法典的最终报告》和《刑法典草案》。该草案分总则和分则两部分，共220条，颇具大陆法系刑法典之特色，其法典化之举为世人所关注。德国刑法学家耶赛克(H. H. Jescheck)对该草案有过下述评价：这是英国走向未来欧洲法秩序相统一道路的重要的第一步。法典编纂委员会称：作为法典化的宪法上的原理，“国家与公民的关系，应经民选政府慎重审议后，在用精选的用语表述的刑法典中，明确地予以宣言式的规定。”今后要修改对法官的依存体制，将实现刑法上法之安全性的任务首先交给立法者。这种认识是建立在罪刑法定主义的原则之上的。1989年刑法典草案的意义受到了高度评价，但也有人持批判意见，认为草案进行的只是片断的修改，且其内容尚有彻底加以审视之必要的地方；实务界也有戒心，担心刑法典一旦制定出来，法官进行自由的法解释的权力是否会受到抑制。<sup>①</sup>由于实务界对于刑法法典化所持的消极态度，《刑法典草案》很快就被搁置下来。因此，虽然英国现在已朝着制定统一刑法典的方向发展，但何时能够通过一部刑法典尚是一个未知数。在美国，由其法学会拟定的《模范刑法典》仅仅是为各州修订刑法典或制定现代刑法典提供了一个范本，美国本身尚未制定出统一的刑法典。

在英美刑法中，存在大量的刑事单行制定法，这些制定法往往就某一方面或某一类的犯罪作出专门的规定。以香港为例，港英政府自1843年开始制定专门适用于香港的法律以来，已通过的条例编号已超过1000位，其中涉及刑法的条例就多达200余个，这些条例涉及犯罪、刑罚的各个方面，构成了香港法制的重要组成部分，也是现行香港刑法的主要渊源。除刑事单行制定法以外，在英美刑法制定法中还存在着相当数量的附属刑法规范。这些附属刑法规范散见于各种非刑事法律、法规中。如据英国学者介绍，在英国，除了刑事单行制定法以外，还有很多其他的法令，它们的主要目的在于建立某种公共事业或控制某种活动，如道路交通，但其中也规定了一些罪名和相应处罚。这些

<sup>①</sup> 赵秉志、党建军编译：《英国刑法的新走向——法典化》，载《国家检察官学院学报》，1995年第3期。

法令虽然并非都是涉及刑法的，但它们确实创制了一些罪名。从这个意义上讲，应该认为这些法令也是刑法的渊源之一。这类已经为数众多的法令方兴未艾。所以，在今天，由制定法创制的罪名所涉及的领域确实非常广。只要看一看斯通《法官手册》的法律目录，就可以清楚地知道刑法所涉及的范围之广。因此，刑法学者决不能把自己的研究仅仅局限在那些明显地与刑法直接关联的法律上，他既要知道《1913年伪造罪法》、《1968年盗窃罪法》和《1971年刑事损害法》，又必须牢记，在《1914年破产法》、《1964年营业执照法》以及其他许多法律中，也有关于刑事犯罪的规定。<sup>①</sup>在美国，《美国法典》第15篇关于“商业与贸易”的规定中，有大量关于经济犯罪的刑法规范。在加拿大，在刑事法典之外，有上千工商行政法规文件中包含有刑法条文，这些法规是研究各类“法律规定之罪”的重要渊源。在新加坡，在刑法典之外的非刑法的法令、法规之中，如《破产法》、《公司法》、《计算机濫用法》、《证券产业法》等法规中都有关于犯罪与刑罚的规定。

在制定法的表现形式中，还值得一提的是一宪法这一渊源。在美国，叛国罪是由宪法规定的。美国宪法第三条之三规定：“背叛合众国的叛国罪，只限于发动反对合众国的战争，或者依附合众国的敌人，给敌人援助。无论何人，非经该案证人两人证明或经其本人在公开法庭供认，不得受叛国罪的裁判。”此外，美国宪法第一条之八还授权国会通过制定法律或者缔结国际公约，把“在公海上所犯的海盗和重罪以及违犯国际公约的犯罪”作为犯罪来惩罚。因此，美国宪法被视为美国刑法的渊源之一。受此影响，作为加拿大宪法一部分的《加拿大权利与自由宪章》也构成加拿大刑法的渊源之一。

法律无疑应当具有连续性和稳定性。英美法系刑法制定法的久远性正好充分体现了法律的连续性和稳定性。这种久远性与制定法根植于生活习惯的历史渊源密切相关。英国刑法制定法中的《1351年叛逆法》（*Treason Act 1351*）、《1795年叛逆法》（*Treason Act 1795*）以及《1797年煽动叛变罪法》（*Incitement to Mutiny Act 1797*）等，历经数百年仍然具有法律效力。在香港，刑事条例一旦制定，就不轻易废除，而是根据社会治安形势的发展变化作相应的局部修改。如《盗窃罪条例》、《赌博条例》等刑事条例已颁布了数十年甚至100多年，但仍然在香港适用，只是删改了一些具体条文，废除了过时的罪名，增加了一些新罪名，并对刑罚的幅度作了修改。

## （二）制定法的内容

就内容而言，实体规定与程序规定相结合是英美法系刑法制定法的突出特点。与大陆法系国家刑事实体与程序严格分离不同，英美法系的刑法制定法体现了实体与程序的混合性。如在英国刑法制定法中，凡是名之曰《刑事法》（*Criminal Law Act*，港人习惯译为“刑法法例”）的法律，其中就既有关于犯罪与刑罚的规定，也有关于诉讼程序的规定，如《1977年刑事法》（*Criminal Law Act 1977*）就是如此。在《加拿大刑事法典》所包含的28章中，第1章“通则”将实体法原则与程序法原则混为一体，第2～

<sup>①</sup> [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A. 琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社，1991年，第14～15页。

13章是关于各类犯罪的专门规定,第14~28章则是关于程序的专门规定。美国《模范刑法典》虽然没有为刑事诉讼法和证据法明确设置专门的篇目,但程序性规定——包括决定对特殊案件进行追诉的方式和适当性,对被告人诉讼能力欠缺的处理,证明责任的界定、分配和转移,确立证据推定,解决委任专家证人的法条——散见于整部法典。这些规定补充了美国法学会1930年的《模范刑事诉讼法典》。尼日利亚《刑事法典》不仅就实体问题作出了规定,而且还就举证责任的分配、逮捕的程序、扣押的程序、在何种情况下可以采取何种强制措施等程序性问题作了详尽的规定。澳大利亚《1995年刑法典法令》也继承了英美法系的传统,将实体性规定与程序性规定融合在一部法典之中。如在具有总则意义的第2章中,法典辟专节(第13节)就“刑事责任的证明”作出了规定。在香港,刑事实体规定与刑事程序规定不分,具体表现为以下几种情况:①在刑事实体法中规定了刑事程序条款;②在刑事程序法中规定了刑事实体法的内容;③在非刑事条例中既规定实体法的内容,又规定程序法的内容。

### (三) 制定法与普通法的关系

英美法系的刑法制定法与普通法具有密切关联。事实上,离开了普通法,制定法往往就无法正确适用。对此,英国学者指出,如果某个法律本身对某种犯罪没有规定最高刑罚,则对该罪按照起诉程序作出的有罪判决所处的最高刑罚应为二年监禁;但是,在法律所规定的仅仅是个人权利的情况下,则不能适用这项规则。在法律规定了某种新的罪名,并且也规定了对其适用刑罚或某种惩治措施的程序的情况下,通例是不再适用普通法上经起诉方式的诉讼程序。在制定法把普通法已经认为是犯罪并规定了惩治措施的某种行为又规定为犯罪的场合,普通法按照起诉程序的惩治措施就有可能作为该制定法所规定的诉讼程序的一种替代措施而继续存在。换言之,制定法可以改变普通法,但是如果制定法没有明示或默示更改普通法,则普通法就继续有效。<sup>①</sup>法国学者指出,根据英国传统的法律观,法律(制定法)不被看成法的正常表现方式。它只是给判例法构成的英国法主体提出一系列勘误表和补遗,是英国法体系的“外来部分”。法律所包含的规范只有在法院实施与解释之后,并按照其实施与解释的形式与限度,才最终地被接纳,完全地成为英国法的一部分。换句话说,一旦可能,人们在英国将引用实施这一法律的判决而不是法律条文。英国法学家只有在这些判决面前才真正懂得法律要说的是什么,因为只有这时他才在他所熟悉的判例规范的形式中看到法律规范。这样,英国法律的各项规定终于迅速地淹没在一大堆法院判决中,后者的权威取代了法律条文的权威;这些判决各有自己要解决的特殊细节问题,在这众多的判决中法律总的精神和它原来力求达到的目标有被遗忘或掩盖的危险。同在英国一样,在美国,也只有通过法院判决明确制定法的意义以后,制定法才成为法的一部分。可见,在英美法系国家,对于不是来自判例的规定总认为不是完全正常的;他们把法典看成是一种单纯的、多少获得成就的汇集工作,而不是像大陆法系各国把法典看成是制定与发展一部新法的起点;他们认为

<sup>①</sup> [英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A.琼斯:《英国刑法导论》,赵秉志等译,中国人民大学出版社,1991年,第15页。

立法者在法典中所要做的，无非是重复判例先前提出的规定而已。法律未经法院解释就没有意义。判决不引用先例而单纯适用法律的是极少数的例外。<sup>①</sup>

### 三、英美刑法的其他渊源

除上述普通法和制定法外，衡平法和国际法也构成了英美刑法的渊源。衡平法起源于普通法，它的存在和发展也离不开普通法。“如果取消衡平法，则英国法仍然能够很好地运行，而一旦取消普通法则肯定会陷入混乱。”（梅特兰语）<sup>②</sup> 衡平法规则并不公开地与普通法规则相对抗，也不旨在废除或取代普通法规则；相反，衡平法是对普通法的拾遗、注释和补充。衡平法规则极其重要，坦率地讲，它们有时起到了有效地缓解普通法规则过于严苛的作用。<sup>③</sup> 同普通法一样，衡平法也是判例法，也适用“遵循先例”原则。衡平法是现代英国法律的渊源之一。虽然它主要适用于解决民事方面的争端，但与刑法并非毫无关系。这主要体现在英国星座法院的作用上。星座法院审理的刑事案件主要包括暴乱、欺诈、伪造、伪证、共同犯罪等，是一个实质上的“刑事衡平法院”。星座法院通过审理此类案件影响刑事法律内容。星座法院发展的有关刑法原则实际上就是英国刑法的衡平法渊源。当普通法和制定法的规定都不能起到应有的救济与惩罚功能时，星座法院便承担起衡平的功能。<sup>④</sup> 就英美法系国家和地区而言，凡是其作为国际法主体签署并生效的含有犯罪与刑罚内容的国际法，均为该国际法主体的国内刑法的渊源之一。例如，《欧洲保护人权与基本自由公约》对近年来英国刑法的发展具有重大影响。在美国，未成年人的死刑案件的被告人可以提出《公民权利与政治权利国际公约》禁止对未成年人执行死刑的辩护。在效力上，国际法上的刑法规范高于国内刑法。例如，如果英国国内刑法与《欧洲保护人权与基本自由公约》的规定相冲突，则必须服从后者。

### 第三节 合法性原则

在英美刑法理论中，合法性原则（principle of legality）<sup>⑤</sup> 通常被表述为“法无明文者，不构成犯罪，亦不得处罚”（*nullum poena, nulla poena, sine lege*）这一拉丁语格言。合法性原则被普遍认为是刑事责任首要的基本原则，因而，“大多数权威学者都以合法性原则作为自己教科书的开头语”。<sup>⑥</sup> 尽管英美刑法学者很少使用“罪刑法定原则”这一表述，但他们所说的“合法性原则”实际上与大陆法系学者所说的“罪刑法定原则”是具有对应关系的。

① [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社，1984年，第357～360、416、418页。

② 李红海：《普通法的历史解读》，清华大学出版社，2003年，第24页。

③ K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社，2003年，第285页。

④ 何勤华、夏菲：《西方刑法史》，北京大学出版社，2006年，第315～316页。

⑤ 也有的译为“法制原则”或“法治原则”。

⑥ [美] 道格拉斯·N. 胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社，2004年，第12页。

## 一、合法性原则的沿革

合法性原则最早源于英格兰国王约翰在贵族、僧侣、平民等各阶层结成的大联盟的强烈要求下于1215年6月15日在伦尼梅特签署的保证公民自由和权利的宪法性文件——《大宪章》。其中的第39条规定：“凡自由民除经贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收财产、褫夺其法律保护权，或者加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这一规定奠定了“适当的法律程序”的基本思想，说明英美法系的罪刑法定从一开始就与正当程序结下了不解之缘。德国学者修特兰达（Schottlander）在其1911年发表的《罪刑法定主义原则的历史的展开》一文中，认为该规定是罪刑法定主义的最早渊源。该观点因被普遍接受已成为通说。如日本学者大野义真指出：“大宪章的历史重要性，在于它在英国法制史上开辟了新的一章，以大宪章为标志，根据宪法确立了法的支配这一事实。由于大宪章后世几次被确认，作为英国国法的不变部分占有确定不移的地位，并形成英国人权思想的分水岭而固定下来……在历史的发展的意义上，大宪章成为近代英国中的刑事人权思想的历史的渊源。在罪刑法定主义本质上被刑事人权思想支配的范围内，大宪章的确可以说是其历史的、思想的渊源。”<sup>①</sup>

在《大宪章》之后，合法性原则在英国1628年的《权利请愿书》（*Petition of Rights*）和1689年的《权利法案》（*Bill of Rights*）中被反复确认。《权利请愿书》中规定：“苟非经其贵族之合法判决或依据英国之法律，不得逮捕拘禁英国之任何自由人民或剥夺其所有之土地或取消其所享之自由权利或若干自由惯例或使不受法律之保护和予以流放或加以任何方式之损害……”《权利法案》中也规定：“凡未经国会同意而以皇权停止法律或施行权力均为僭越行使权力。”《权利法案》促进了罪刑法定主义在欧洲的传播。此后，合法性原则远涉重洋，传到北美。在北美的英国殖民地于1776年5月召开大陆会议，决定宣布独立，由13个州的殖民地各自制定根本法。其中，最早于1776年6月12日公布的《弗吉尼亚权利法案》（*Virginia Bill of Rights*）第8条规定：“……除了国家法律或同等的公民的裁判外，任何人的自由不应受剥夺。”这一规定被誉为美国法律中最初的合法性原则的宣言，以后为许多州所仿效。通过正当程序保障罪刑法定实现的思想在该规定中依然昭然若揭。1787年美国宪法第1条第9款第3项规定：“追溯既往的法律不得通过之”，<sup>②</sup>这可以看作是英美法系首次从实体法角度为保障罪刑法定的实现而作出的规定。1791年的美国宪法第5条修正案规定：“未经正当程序不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”此后的美国宪法第14条修正案又规定各州未经正当程序，也不得剥夺任何人的生命、自由和财产。在此，“适当的法律程序”的思想得以重申。

目前，在英美法系的诸多刑法制定法中，合法性原则已得到普遍确认。美国《模范刑法典》取消了普通法上的犯罪，实行制定法主义，并规定了禁止溯及既往原则。该法典第1.05条第（1）款规定：“犯罪或者违警罪必须由本法典或者本州其他制定法规

<sup>①</sup> [日] 大野义真：《罪刑法定主义》，世界思想社，1982年，第48页。

<sup>②</sup> 第1条第10款第1项进一步规定：“任何州不得……通过任何公民权利剥夺法案、溯及既往的法律……”。

定。”第 1.01 条第 (2) 款规定：“除本条第 3 款和第 4 款<sup>①</sup>另有规定外，本法典不适用于生效日以前发生的犯罪。追诉该犯罪应当适用旧法。为此目的，旧法继续有效。在适用本条时，如果符合犯罪要件的一部分事实发生于本法典生效日以前，应当认为该犯罪发生在本法典生效日以前。”纽约州刑法典第 22 条规定：“未经本章或未废止之本州成文法所规定的任何行为或不行为，不得作为犯罪而处罚。”德克萨斯州刑法典第 3 条规定：“任何人不因未经本州成文法所规定之行为或不行为为犯罪而予以处罚。”加拿大 1995 年修订后的《刑事法典》第 9 条通过原则上废除普通法上的犯罪（仅保留普通法上的蔑视法庭罪），使合法性原则得以确立。尼日利亚 1916 年《刑事法典》第 4 条第 1 款规定：“除非根据本法典或者在尼日利亚有效的或者构成尼日利亚法律一部分的法案或者法律的明确规定，任何人不当因犯罪行为在尼日利亚境内的任何法庭受到审判或者处以刑罚。”由以上规定可以看出，与传统上重视在宪法中从正当程序的角度保障罪刑法定原则的实现不同的是，侧重于从实体法的角度确认罪刑法定原则已得到英美法系现代刑法制定法的普遍认同。

## 二、合法性原则的内容

关于合法性原则的内容，学者间尚未取得一致的意见。英国学者阿斯温斯（Ashworth）认为，合法性原则具体地可以分解为以下三个主要的原则：法不溯及既往原则、最大程度的确定性原则以及对刑法法条的严格解释原则。<sup>②</sup>英国学者赫萨克（Husak）主张，由合法性原则可以推断出以下四个派生原则：法律不能含糊不清；法律不能溯及既往；司法不能创设新的犯罪；对刑法制定法应进行严格解释。<sup>③</sup>美国学者霍尔在《刑法原则》一书中指出：合法性原则就其狭义的含义而言，只涉及刑法中的惩罚问题，即除非根据一项对犯罪行为规定刑罚的法令，不得对一个人施加刑罚。在它被应用或解释为“无法律规定者不为罪”时，即是说除非有某项刑事法令具体规定，否则不能认定一项行为是犯罪。此外，“无法律规定者不处罚”，被理解为必须严格按照刑法条文行事。最后，这个原则的一个重要含义是不能赋予刑法以溯及既往的效力。<sup>④</sup>美国学者胡萨克主张，合法性原则有四个独特且紧密联系的特点：禁止模糊性；禁止制定溯及既往的刑事法律；在刑法适用中，对于模棱两可与不确定的情形应当以有利于被告人的方式来解决；合法性原则常被引证来阻止司法部门不以立法为根据来创立犯罪。<sup>⑤</sup>由

<sup>①</sup> 《模范刑法典》第 1.01 条第 (3) 款规定：“涉及生效日以前发生的犯罪的案件，在本法典生效以后（包括生效日）仍然未决的，依下列规定处理：（a）本法典中的程序性规定，如果能够公正适用并且不致产生混乱或者延迟时，可以适用；（b）本法典中的抗辩或者减轻处罚的规定经过被告人同意后，可以适用；（c）经过被告人同意后，法庭可以依照本法典的规定对被告人及其犯罪量刑。”第 1.01 条第 (4) 款规定：“本法典对罪犯、缓刑犯和假释犯的处遇以及释放或者解除的有关规定，适用于因本法生效日以前发生的犯罪而被判刑者，但不得提高其关押或者监督的最低或者最高期限。”

<sup>②</sup> Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 2003, P. 70.

<sup>③</sup> [英] 迈克尔·杰斐逊：《刑法》（英文版），法律出版社，2003 年，第 3 页。

<sup>④</sup> 转引自欧阳涛等：《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社会科学出版社，1984 年，第 22 页。

<sup>⑤</sup> [美] 道格拉斯·N. 胡萨克：《刑法哲学》，谢望原等译，中国人民公安大学出版社 2004 年，第 12～14 页。

以上四种意见可以看出，对于合法性原则包括明确性原则、法不溯及既往原则以及严格、从宽解释原则这三项内容，基本上存在一致的认识。下面就逐个论述这三项内容。至于合法性原则与普通法的关系，则作为一个专门问题加以阐述。

### （一）明确性原则

所谓明确性原则，是指规定犯罪与刑罚的法律条文必须是清楚明确的，而不应当是含糊不清的，以便使人能够确切地理解刑事法律的意思，准确地认定犯罪行为与非犯罪行为的范围，能够预测自己的行为，保障规范没有明文规定的行为不会成为适用对象，并限制法官适用刑法的恣意性。

对此，美国学者认为，确定性原则的主要目的是减少不确定性。人们希望避免刑事制裁，这要求他们能够判断他们想做的行为是否构成犯罪。不但法律必须准确区分犯罪行为和非犯罪行为，而且人们应能够理解其规定，即法律必须简单而又明晰。当然，即使法律不确定，人们只要谨慎行事，不实施有可能构成犯罪的行为，也能避免刑事制裁。但是他们的行动自由将大为减少，他们没有理由接受不必要的限制自由的法律。尽管这些理由也适用于法律的其他领域，但它们对于刑法尤为重要。<sup>①</sup>“如果法无明文规定不为罪的准则，比方说，由于模糊的、不精确的法规而受到侵犯的话，那么我们能够自由地去做的事情就同样是模糊的、不精确的。我们的自由的界限便是不确定的。在这种情况下，人们对行使自由就会产生合理的担心，从而导致对自由的限制。”<sup>②</sup>“公民们如果知道什么事情要受罚，并知道这些事情是在他们可做可不做的能力范围之内的，他们就可以相应地制定他们的计划。一个遵守已公布的法规的人不必害怕对他的自由的侵犯。”<sup>③</sup>

英美国家的法院和法官对明确性原则也曾有过论述。美国联邦最高法院认为，定义明确的刑法才能起到事先警告和预防犯罪的作用，同时也只有这样才能保障公民的自由，使得公民对自己的行为的后果可以预测，不致因法律的含糊其辞而担心行为后可能遭到指控。最高法院曾经这样描述法律含糊的危险性：它留下了最广阔的疑问，其范围没有一个人能够预见，其后果没有一个人能够预测。最高法院强调指出：不得要求任何人冒生命、自由或者财产的危险推测刑事法律的意义。至于确定性的标准，最高法院认为，如果一个禁止某种行为或要求实施某种行为的法律太模糊以至于使具有一般智力水平的个体必须猜测其含义，而在适用时与其猜测不同的话，则该法律就违背了最基本的正当程序原则。不过，在美国，下列论据常常被法院提出作为对因含糊而废除某项法律的要求的否决：①发现法律的结构是以避免不确定性的方式制作的；②发现特定的要求与意图（有时明文写在法律中）阐明了这项法律；③发现其他相关法律规范阐明了这一不确定的法律规范；④发现这项法律同已被认为确定的法律相比并非不确定。这些论据

<sup>①</sup> [美] 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第357页。

<sup>②</sup> [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年，第229页。

<sup>③</sup> [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年，第231页。



使得刑法规范因内容含混不清而被宣告无效的情形受到了一定限制。在 20 世纪初的托泽诉美国案 (Tozer v. United States) 中, 美国巡回法院法官布鲁尔 (Brewer) 指出: “一个行为是否为犯罪不能依赖于陪审团认为它是或不是而决定, 而必须依照清楚明确的法律规定。”该观点被后来的美国联邦法院法官在许多案件中引用。如 1925 年, 在海格瑞德供应公司诉谢尔曼案 (Hygrade Provision Co. v. Sherman) 中, 美国联邦最高法院法官 Mr. Sutherland 指出: “既定的制定法是否缺乏明确性常常成为审判之前要考虑的一个问题。在有些案件中相关的法律被法院支持; 在有些案件中则 (因为不明确) 被宣布为无效。这些案件准确的不同之处也许难以描述, 但是通常来说法院的判决总是支持那些规定足够清楚确定的法律, 将判决建立在使用了严格法律意义或其他特别意义的词语或者短语的法律基础之上, 因为这些法律能够被人们充分了解并且在他们所能理解的范围之内正确地运用它们。”<sup>①</sup> 在 1986 年国王诉霍斯福利治安法院一案中, 英国法院认为, 当议会希望设定刑事责任时, 它总是明白地设定的。

在美国, 自 1910 年以来, 已经出现刑法法规因为被认为不明确而违反正当程序条款的判例。“不明确即无效” (void-for vagueness doctrine) 的刑法合宪审查原则<sup>②</sup>由此在判例中得以确立。美国联邦最高法院于 1914 年认定法律“不明确即无效”是一项宪法原则。根据美国联邦最高法院的解释, 要使刑法能够符合美国宪法第 14 条修正案关于正当程序的规定, 其实体内容就必须是明确的。1931 年最高法院在斯特拉姆伯格案中指出: 禁止悬挂、高举“作为反政府象征”的红旗的加利福尼亚的州法, 导致处罚公正地行使自由的政治议论的权利的行为, 属于不明确的规定, 因而是无效的。

“不明确即无效”原则在 1974 年的“斯密斯诉葛根案”裁决中得到了充分的阐发。在这起关于将国旗点缀在裤子特别是后臀部是否构成“公开地和轻蔑地对待美国国旗”的宪法性诉讼中, 美国联邦最高法院指出, 法律的语言用词不能模糊, 这一原则毋庸置疑, 因为这一原则同法律的公正性以及司法的惩戒意义紧密相连。《宪法》第 14 修正案的正当程序条款要求立法机关在立法的时候, 为执法人员和民众提供足够清晰的判断标准, 避免执法人员主观任意的和歧视性的判断。而马萨诸塞州法中“公开地轻蔑地对待合众国国旗”的说法, 过于模糊, 不能为执法人员和民众提供清楚的司法判断。因为在有些人看来是轻蔑的行为, 对另一些人可能是一种艺术。现在国旗已经成为年轻人的一种装饰时尚, 美国人经常在帽子、T 恤衫上装饰国旗图案。如果用国旗点缀帽子不是“轻蔑”, 点缀裤子就是“轻蔑”, 那么界线在什么地方呢? 马萨诸塞州的法律没有明示这一界线, 这样“过于模糊”的法律只能使民众无所适从。同时, 这种缺乏判断标准的法律, 等于允许警察、检察官和陪审团按照自己的价值偏好来作出判断。这种不能保证前后一致、不能保证对所有的人都一视同仁的法律, 显然违背了《宪法》第 14 修正案的正当程序原则, 因而是违宪的。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 转引自刘艳红:《刑法明确性原则: 形成、定位与实现》, 载《江海学刊》, 2009 年第 2 期。

<sup>②</sup> 在“不明确即无效”原则的影响下, 经由德、日等国刑法判例的承认, 明确性原则已成为现代罪刑法定原则的一项新的独立的派生原则。

<sup>③</sup> Megan's Law: Connecticut's Sex Offender Registration and Community Notification Law, <http://www.smith-lawfirm.com/registration.html>.

“不明确即无效”原则在 1999 年的“芝加哥市诉莫拉雷斯等”一案的裁决中得到了重申。在这起涉及芝加哥市的关于街头犯罪团伙的法令<sup>①</sup>是否违宪的诉讼中，联邦最高法院认为：如果一部为犯罪行为提供刑罚的法律不能够为法律所禁止的行为类型提供足够的告知，它就是违宪地含糊。含糊的法律不仅不能指导公民的行为，而且会导致警察任意执法。含糊的法律无法为警察的执法划定一个明确的界限，因此会使警察的自由裁量权过大，执法的任意性增加。这部法律表面上看起来是合法的，但它仍然会基于两个相互独立而又有联系的原因而被认为违宪地含糊：①这部法律不能为普通人提供能够使他们理解哪种行为是被禁止的行为告知；②法律中的用词鼓励任意执法和有差别地执法。公民不应该推测法律的含义。在本案中，这种告知是不够的，因为警察在还不清楚是否发生了被禁止的行为前，就可以发布解散的命令。因此，如果这种游荡是无害的和清白的，这种命令就是一种不公正的对自由的损害。而且这部法律对警察的执法只进行了很少的规定，它使警察能够任意执法。因此，该法是违宪的、含糊的，应予废除。<sup>②</sup>

## （二）法不溯及既往原则

所谓法不溯及既往原则，也即禁止事后法原则，是指刑法只适用于其施行以后的犯罪，而不追溯适用于其施行之前的犯罪。人们只能根据已经施行的法律来规范自己的行为，预测自己行为的后果。溯及既往的法律不符合“先喻后行”的公正观念，不利于社会生活的稳定和公民权利的保障。对此，英国学者柯克指出：“制定法应当是前瞻的，而不能追溯既往。”启蒙思想家托马斯·霍布斯在其名著《利维坦》一书中指出：“在行为发生之后所制定的任何法律都不使之成为罪行。行为如果是违反自然法的，那么法便成立在行为之前，至于成文的法则在制定之前无法让人知道，因之也就没有约束力。”<sup>③</sup>美国学者富勒指出，具有溯及既往效力的刑事法律之所以受到广泛谴责，不仅是由于刑事案件关系重大，主要还是因为在一切法律部门中，刑法最明显、最直接地关系到人类行为的塑造和控制，而溯及既往的法律却使人感到一种难以忍受的荒谬：今天命令一个人在昨天做或不做某件事。如果不从保障个人自由的角度，而仅仅从控制社会的角度出发，难以对溯及既往的法律进行强有力的谴责。<sup>④</sup>

法不溯及既往原则因得到美国宪法的确认而已成为一项宪法原则。1798 年美国联邦最高法院在卡尔德诉布尔一案的判决中对溯及既往的刑事法下了这样的定义：“①凡许可对该法通过以前的无辜行为追究刑事责任的法律；②凡许可对该法通过以前的犯罪

① 这一法令禁止两个或更多的人在公共场所“游荡”(loitering)，这些人中至少应有一人是街头犯罪团伙的成员。对这种犯罪可被处以不超过 500 美元的罚金，或者不超过 6 个月的监禁，或者不超过 120 小时的社区服务。在这部法令中，“游荡”被定义为“没有明确目的地在某地逗留”。根据这部法令，当警察发现一个他可以合理认为是街头犯罪团伙成员的人与一个或更多的其他人在公共场所闲逛时，向他们下达了立即解散并离开该场所的命令，则任何一个人，无论他是否是该街头犯罪团伙的成员，只要他拒不执行这种命令，就被认为违反了本法。

② City of Chicago, Petitioner v. Jesus Morales et al., <http://web.lexis-nexis.com/universe>.

③ [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆，1985 年，第 229 页。

④ 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社，1992 年，第 59 页。

按加重情节追究刑事责任的法律；③凡改变刑罚，许可对该法通过以前的犯罪按较重刑罚追究刑事责任的法律；④凡改变证据规则，许可对该法通过以前的控诉一方承担较重的证明责任的案件现在按较轻的证明责任进行追诉的法律。”这一定义的前三项是对实体刑法的限制，第四项则是关于证据法的限定性改变，是对程序法的限制。由此，在美国联邦最高法院看来，法不溯及既往原则中的“法”既包括实体刑法，也涉及刑事证据法。

在美国，宪法禁止法律追溯既往的规定，通常被理解为是对联邦的和州的立法机关制定法律而言，法院的决定不受此限。美国法律制度的基础是判例法，判例法的核心是遵循先例，因而溯及力不可能被判例法完全排除。例如，一个下级法院今年10月审理去年10月发生的一起犯罪案件，它可能援引今年2月上级法院的一项与目前审理的案件非常类似的判决作为自己的判决理由。所以，对法院判例追溯既往的禁止不会像对法律追溯力的禁止那样广泛和严格。<sup>①</sup> 1913年，美国最高法院在罗斯上诉案中明确地表达了这种看法，因为宪法禁止法律追溯既往的条款规定在第1条“立法权”里，而第3条“司法权”里没有这样的规定。不过，1964年，美国最高法院在审理鲍伊上诉案时认为，如果州的立法机关被宪法禁止通过追溯既往的法律，那么必然相随的是州的最高法院被宪法正当程序条款禁止借助司法解释达到相同结果。在英国，“法院不能创设新的罪，也不能用新的关于罪的定义去惩罚之前的行为，这看起来似乎是理所当然的，然而，如果这种权力果真不存在的话，那普通法又是如何发展起来的呢？法院一直不受不溯及既往原则的限制，而是不断扩展刑法内容。当法院面对一个其行为明显是坏的但现有法律又无规定的被告人时，改写法律便成为极大的诱惑。”<sup>②</sup> 但法院扩大罪名适用范围的做法遭到了批评，人们认为刑法内容的变更不应当由司法判决来承担，而应该通过为公众认可的立法程序来完成。而对于法院发展的免责条款，一般都认同可以适用于之前的行为。<sup>③</sup>

法不溯及既往原则通常是针对犯罪化规范或不利于被告人的规范而言的，非犯罪化规范或有利于被告人的规范则不受此限。也就是说，当行为时是违法的，后来法律修改，该行为或者不再构成犯罪，或者虽构成犯罪，但处罚变轻的，则适用新法。这样处理，不违反合法性原则，更有利于保障个人自由。对此，美国《模范刑法典》在第1条第2款所确立的从旧原则的基础之上，在同条第3款、第4款规定了在有利于行为人的情况下可以适用新法。第3款规定：“涉及生效日以前发生的犯罪的案件，在本法典生效以后（包括生效日）仍然未决的，依下列规定处理：（a）本法典中的程序性规定，如果能够公正适用并且不致产生混乱或者迟延时，可以适用；（b）本法典中的抗辩或者减轻处罚的规定经过被告人同意后，可以适用；（c）经过被告人同意后，法庭可以依照本法典的规定对被告人及其犯罪量刑。”第4款规定：“本法典对罪犯、缓刑犯和假释犯的处遇以及释放或者解除的有关规定，适用于因本法生效日以前发生的犯罪而被判刑

① 储槐植：《美国刑法》（第3版），北京大学出版社，2005年，第21～22页。

② Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 2003, P. 70.

③ 何勤华、夏菲：《西方刑法史》，北京大学出版社，2006年，第369页。

者，但不得提高关押者监督的最低或者最高期限。”为保护个人权利，确保《欧盟人权法》的实施，英国通过的《1998年人权法案》这一宪法性法案的第7条规定：“任何人的任何作为或不作为，在其发生时依照国内法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。不得施加重于犯罪时适用的法律规定的刑罚。”尼日利亚1916年《刑事法典》第4条第2款规定：“对于在本法案生效之前所实施的犯罪行为，可以根据行为当时有效的法律对犯罪人进行审判并处以刑罚，或者如果犯罪人根据本法典不会被判处比先前法律规定的刑罚更严厉的刑罚，可以根据本法典进行审判并处以刑罚。”

### （三）严格、从宽解释原则

刑法制定法必须被严格地加以解释，以保障其适用上的公正性。“刑法之所以应当严格解释，是为了防止法官以解释之名，在法律之外增加并专断地惩处立法者并未明文规定的行为，从而实现人权保障的刑法机能。”<sup>①</sup>对此，美国学者认为，当一部法律的表达很清楚而并非模棱两可时，法院就必须根据法律规定的明显的和确定的含义解释法律。当然，当一部法律不明确或者模棱两可时，法院的重要工作便是探寻立法意图。在确认立法意图的过程中，法院通常借助于字典、立法争论，并仔细分析法条中的用语甚至标点。<sup>②</sup>“绝大多数对刑法的解释规则与对民法的解释相同，但有一点比较特殊，即当刑法规定比较模糊需要对刑法进行解释时，对刑法必须采取严格解释以体现有利于被告原则。”<sup>③</sup>

严格解释重视法条文字的字面含义。“一个可以用来支持按字面含义解释法规的论点，是建立在这样一种考虑基础上的，即这种解释理论能使法律具有确定性和明确性。当一个人为了了解他的权利与义务或其他人的权利与义务而研读法规时，应当能够使他信赖该法规文本，而不应当强迫他对立法者在通过此法规时脑子里所真正思考的东西进行费力的考查。”<sup>④</sup>这样，严格解释便可以对合法性原则所追求的法的安定性、国民行为的可预测性的实现起到保障作用。

当然，严格解释并不意味着对刑法的解释在任何场合都只能拘泥于法条文字的字面意思，而不能进行扩张或限制。不过，扩张或限制解释也并非任意进行的，而必须符合法条文字的真正含义。严格解释还意味着不利于被告人的类推解释应被严格禁止。一个著名的例子是，1946年美国联邦最高法院法官霍姆斯在“麦克博伊尔”一案中认为，刑法条文中使用的“自动推进器”一词不适用于飞机，尽管飞机也属于自动推进器之列。他指出：“当关于某项行为的规定用文字写下来，只能让一般人想到在地上行驶的车辆时，就不能把它扩大到包括飞机在内，因为我们认为可以适用同样的原则，或者猜想到如果立法者曾经想到飞机的话，本来是可能用一个含义更广的词的。”<sup>⑤</sup>

① 陈兴良：《判例刑法学》（上），中国人民大学出版社，2009年，第39页。

② [美]约书亚·德雷斯勒：《美国刑法精解》（第4版），王秀梅等译，北京大学出版社，2009年，第42页。

③ Wayne R. LaFare, Principles of Criminal Law, Thomson West, St. Paul., 2003, P. 71.

④ [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第556页。

⑤ 欧阳涛等：《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社会科学出版社，1984年，第24页。