



21世纪法学系列教材

刑事法系列

美国刑法

(第四版)

储槐植 江湖 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

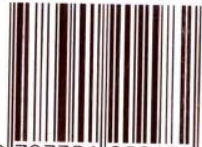


21世纪法学系列教材

· 刑法法系列 ·

- 中国刑法论（第五版）
- 外国刑法学概论
- 犯罪学（第三版）
- 美国刑法（第四版）
- 现代刑法学（总论）
- 犯罪预防理论与实务
- 监狱法学（第二版）
- 刑法学各论（第二版）
- 刑法学总论（第二版）
- 刑事侦查学（第二版）
- 刑事政策学
- 国际刑事事实体法原论

ISBN 978-7-301-20298-2



9 787301 202982 >

定价：38.00元

图书在版编目(CIP)数据

美国刑法/储槐植,江溯著.—4版.—北京:北京大学出版社,2012.3

(21世纪法学系列教材·刑事法系列)

ISBN 978-7-301-20298-2

I. ①美… II. ①储… ②江… III. ①刑法-美国-高等学校-教材
IV. ①D971.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第029941号

书 名: 美国刑法(第四版)

著作责任者: 储槐植 江 溯 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978-7-301-20298-2/D·3064

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62757785 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 20.25印张 390千字

1987年第1版 1996年第2版 2005年2月第3版

2012年3月第4版 2012年3月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



21世纪法学系列教材

刑事法系列

美国刑法

(第四版)

储槐植 江溯 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

初版说明

由于复杂的现实和历史的原因,美国的刑法制度以不断改革为特点,刑法理论以注重应用为基调。美国刑法的风格类型有异于我国读者知之较多的大陆法系刑法。由于社会、经济和政治的原因,美国某些刑法制度在西方世界有着较广泛的影响。由于科学和社会的发展,西方刑法在保持各国差异性的同时出现了“同化趋势”,不同的法系、不同的学派、不同的主义互相影响,彼此渗透,取长补短,它们之间原有的重大区别正在逐步消融和变迁。在这样的形势下,重点研究一两个有代表性的西方国家的刑法可能不失为是深入了解西方刑法的一种切实而又方便的途径。这是编写本书的基本动机。

本书的第二篇“犯罪总论”和第四篇“刑罚及其执行”是作者在北京大学法律系讲授“西方刑法”的讲稿的一部分;第一篇“绪论”和第三篇“具体犯罪”是新写成的。

本书试图把静态叙述和动态分析结合起来,以求反映美国刑法的最近情况。本书虽然包含作者某些研究所得,但是仍然保持了著述的客观性,并力求保持美国刑法理论的务实风貌。为节约篇幅,对许多具体法律内容的政治评价留给读者自己进行。

希望本书的出版能给从事外国刑法、比较刑法、外国法制史、美国问题等方面的教学科研工作者,以及刑事司法部门有兴趣了解美国刑法的同志们提供某些参考,也可作为政法院系“外国刑法”课程的辅助教材。

本书在编写过程中得到美国加利福尼亚大学伯克利分校法学院院长 S. Kadish 教授、伊利诺伊大学法学院 W. LaFave 教授和芝加哥大学法学院 N. Morris 教授和 F. Zimring 教授以及律师 P. Torbert 博士的协助,在此表示谢意。

尽管得到以上美国著名刑法学者和专家的帮助,但是由于美国刑事法律过于繁杂和常有变动,也由于作者水平的局限,不当之处自恐难免,诚望读者批评指正。

储槐植

北京大学寓所

美国刑法的价值基础

——第二版代前言

在初版“说明”中有这样两句话：“本书虽然包含作者某些研究所得，但是仍然保持了著述的客观性……为节约篇幅，对许多具体法律内容的政治评价留给读者自己进行。”因为如果进行政治评价，势必褒贬失称，这在思想开禁之初的20世纪80年代中期尚有初春寒未尽之感，所以只能“节约篇幅”。近年来总在想，著作仅有客观性是不够的，表明作者的基本观点实属必要。但是如果对书中许多具体法律内容一一进行评价，又会走向另一极端。于是想出了一个折中办法，对美国刑法作一总的评价，这也就是拙著修订时主要想说的话。

美国刑法的价值基础，集中体现为公正性与功利性的结合。现分述如下。

一、美国刑法犯罪构成双层模式——侧重显示刑法的公正性

美国刑法犯罪构成理论的研究对象是美国刑法中犯罪构成双层模式。这里先要说明美国刑法究竟有没有理论。熟悉大陆法的一些学者认为，英美刑法理论浅薄，甚至没有什么理论。这是误解，原因是缺乏了解。诚然，两种法系的理论色彩确有不同。如果说大陆法的理论重思辨，那么英美法的理论重实务。前者是学者型理论，后者是法官型理论。以因果关系理论为例，大陆法理论中有多达十余种说法，有助于启发思路，但缺乏可操作性。英美只有两三种，主要是一种即近因说，重心放在困扰因果关系理论的介入因素上，基本方法是对原因在介入因素存在的条件下导致结果的可能性考察（概率分析），在此基础上形成两项大致可操作的公式。这类似经验总结，但的确是理性认识，虽然思辨色彩不够。什么是理论？理论是指概念、原理的体系，是系统化了的理性认识。又如，法人犯罪，大陆刑法理论坚持传统的自然人行为本位，逻辑结论必定是否认现实生活中实际存在的法人犯罪现象（法国已经改变）。英美刑法则从社会实践出发，承认法人犯罪现实，以此为前提反过来补充传统刑法理论。英美法理论思维的逻辑起点是经验（经验往往包含理论一时难以说明的真理成分），价值目标是实用（这样的目标容易达成共识，但可能缺乏深入探讨的推动力）。大陆法理论思维的逻辑起点是概念（概念本身即为理性认识的成果），价值目标是完善（此目标难以达成共识，但留有充分讨论的余地）。思维起点和目标两端的差异，是两种不同理论样态形成的基本原因，各有特点，很难论说短长。英美法系见长于运作能力，反映在刑罚制度不断创新上；大陆法系见长于想象能力，表现在犯罪构成

理论的丰富多彩方面。所以以一种样态为标准去评价另一种样态是不科学的。试举两例子以说明。一例是刑法中的行为概念,德国学者从哲理角度出发,提出了因果行为理论、目的行为理论和社会行为理论,争论达数十年之久。美国学者根据法典用语“voluntary act”(自愿行为,有意识行为)采取排除法达到正面说明的功效,即刑法中的行为排除种种无意识动作和身不由己(身体受强制)的作为和不作为,同时依据行为素质和法制价值将“持有”视为一种行为形式。再如犯罪心态,美国许多州的刑法典为几种具体心态形式(如蓄意、明知、轻率、疏忽)设定了一个上位概念“culpability”(应受谴责性),这实际上是罪过的社会评价,是经验升华的立法表现。反映在刑法理论上,犯罪心态包括两层含义,即规范内容(评价因素)和心理因素,犯罪受到社会谴责(否定性评价)是普通人的共识,即经验,属不言自明的常识,无需多加讨论;因而刑法理论将重心放在了心理因素的分析上。德国刑法理论志趣相左,心理因素分析被置于评价因素之下,刑事责任本质理论像一块巨大的磁铁长久地吸引着众多刑法学者的注意力。刑事责任本质问题的内涵虽然丰富于犯罪心态的评价因素,但无可否认其核心是解释犯罪为何应受谴责。

犯罪构成理论阐述的犯罪构成要件(成分),不同法系各国大体相同,它们有:犯罪行为和结果,犯罪行为侵害的权益,行为的主体,行为时的有罪心态。

人类认识表明,事物的成分(要件、要素)相同,如果结构(成分的组合形式)不同,则性质各异。例如,封建主义社会后期与资本主义社会前期,都有相同的经济成分,即自然经济和商品经济,但它们的结构(比重)不同,形成了两种性质不同的社会形态。自然界也存在许多同分异构体,例如,化学中的甲醚和乙醇,它们有相同的成分(分子式相同)而结构不同(结构式不同),二者性质也就不同。研究犯罪构成也应重视这个问题。犯罪构成的要件(成分)相同,但犯罪要件的结构未必相同。犯罪要件的组合方式,即犯罪要件结构式,也可称为“犯罪构成模式”。当今世界大致有三类犯罪构成模式。一类是适应阶级专政需要,静态反映“犯罪规格”的平面整合结构式,如苏联自20世纪30年代前后开始形成的犯罪构成体系。另一类是责任范围逐步收缩(排除合法、排除无责)反映“定罪过程”的三元犯罪结构式,如德国、日本等大陆法系国家当今通行的模式。第三类是美国刑法犯罪要件呈双层次结构,即犯罪构成双层模式。这种模式体现控辩双方对等活动,蕴含刑法的维护秩序和保障人权两大功能,表明“定罪过程”的公正性价值定向。可见,不同的结构发挥不同的功能。

美国刑法犯罪构成双层模式包括两个层次,第一层次——犯罪本体要件:(1)犯罪行为,(2)犯罪心态(详见第三章)。第二层次——责任充足条件:诸种合法辩护的排除(详见第四章)。犯罪本体要件,是种种具体罪行的抽象,形成行为样态,体现国家意志和权力,发挥规范行为和保护公共利益的刑法功能。

责任充足条件,是诉讼活动中辩护理由的总结,上升为实体范畴,体现国家权力自我约束机制和保障公民权利的刑法功能。

作为注释刑法学的犯罪构成理论只能反映和升华国家刑事立法和司法活动,不可能“无中生有”,犯罪构成理论不可能反映立法和司法中没有的东西。美国犯罪构成理论结构是美国刑事立法和司法活动的反映,刑事司法又以刑事实体法为前提。试以美国《伊利诺伊州刑法典》(1961年)为例,该法典以《模范刑法典》为蓝本,为当代美国各州中最具代表性的刑法典之一。观察一下法典的标题,即可了解其精神实质。该法典的第一篇为“一般规定”。第1条,本法典的目的和管辖。法典目的有四:禁止和预防犯罪的实施;正确界定构成犯罪的行为和心态;罪刑相称并许可量刑个别化;制止对人犯的专横处遇。第2条,主要术语的释义。第3条,被告人的权利:无罪推定;肯定性辩护(affirmative defence,即被告一方因肯定某些事实需要举出若干证据才能有效辩护)。第二篇为“刑事责任的原则”。第4条,犯罪的行为(作为,不作为,持有)和心态(蓄意,明知,轻率,疏忽;不知或错误;绝对责任)。第5条,共同犯罪和法人责任。第6条,责任能力(未成年,精神病,醉态)。第7条,合理使用暴力(防卫行为),免除责任的情由(紧急避险,被胁迫,警察圈套)。第三篇为“特别规定”。A部分,不完整罪(刑罚可比基本罪减轻一个等级,但不能与基本罪同时并罚):教唆,共谋,未遂(含不能犯未遂);B部分以后为具体罪行的规定。

刑事实体法中规定被告人权利,在当今各国并不多见。合法辩护(没有责任能力和免除责任情由)种类之多也属少有。刑法重视人权保障,并非单纯甚至主要不是为了有利于被告人,而是为了刑法公正。刑法的本性是惩罚犯罪,而且美国刑法的犯罪圈划得相当宽泛,犯罪定义外延放大。这是因为刑法以预防犯罪为价值取向,采取行为本位(而不是结果本位),在法典总则部分主要体现在两方面:一是犯罪故意(蓄意和明知两种形式),定义不是采取结果预见说,而采取行为认知说;二是犯罪未遂泛化,英国《犯罪未遂法》(1981年)采纳了“超出预备”说。其实美国许多州早在司法实践中就依这种观点来解释刑法典上有弹性的未遂条款。放大犯罪圈有利于打击犯罪,相随而来的是国家刑罚权增大。权力如果不加限制,则必然自我膨胀,侵犯公民权利。法律规定被告人权利,确立无罪推定原则,保障合法辩护权利行使,这便形成了国家权力的约束机制。这是因为,国家权力与公民权利二者在本质上均为社会利益,在一定时空条件下,社会利益总量恒定,从而形成“权力权利加和守恒”现象,二者存在互为消长的关系,像一架跷跷板。这就是犯罪构成双层模式的根基。

犯罪构成双层模式是司法运作“定罪过程”的模拟。定罪是一个过程。社会生活中司法人员首先感观到的是一些损害现象,例如有人被伤害了。刑法规定的伤害罪是一种行为模式,某人的行为外表上不符合法律规定,但本质上也许

不是刑罚制裁的对象,例如,出于保卫合法利益而将侵害人打伤了。为了确保刑法的正义(只惩罚有害行为人),必须做到不罪及无辜。法律规定种种合法辩护制度,以便不枉无罪者。如果行为要件与法律规定相符,又不能进行合法辩护,责任充足条件具备,至此便可定罪。

犯罪构成模式如果仅反映定罪结论(犯罪规格),而不反映定罪过程,那么只能突出刑法的一种功能,即打击犯罪保卫社会。犯罪构成模式反映定罪过程,必然能够同时显示刑法的两种功能,保卫社会和保障人权。研究犯罪构成,如果只研究犯罪构成的成分(要件),而不评价犯罪构成结构,恐怕只能算是完成了一半使命。

刑罚权是平时时期国家强权最集中的体现,强权合乎公理就有了道义基础。刑法领域的公理,取决于刑法的公正性,刑法的公正首先是保证定罪的正确,定罪正确的保证主要在于“不是权力一方说了算”。

刑法公正与政治民主相关。民主的基本含义是以民为主。“人民主权”在迄今为止的人类历史上仅仅是一种理想,实际均为“国家主权”。国家权力行使中受到和接受人民权利(人权)的制约,这是当今时代政治民主的核心含义。权力真正受到权利制约以社会经济形态为基础。市场经济形态存在社会二分格局,即政治国家和不受国家权力直接干预的市民社会。

以上是仅就犯罪构成的刑法学角度所进行的抽象分析。如果从社会学角度观察,犯罪行为可粗分为经济犯罪(business crime)和街区犯罪(street crime)两大类。经济犯罪主体多是有相当经济实力的法人和有体面的社会地位的个人,加上这类犯罪发生过程和涉及关系十分复杂,造成司法查处难度很大,因而实际上受到惩罚的人为数甚少。而街区犯罪主体多为下层社会成员,这类犯罪关系较为简单,查处相对容易,因而实际上受到惩罚的人为数众多。所以,有钱有势者犯罪和穷人犯罪,在实际处遇上是不平等的^①,这是迄今人类社会的共同现象。但是这已经超出了刑法犯罪构成理论的视野。

二、美国刑罚制度的价值取向——侧重表明刑法的功利性

美国刑罚制度(从量刑模式到刑罚种类,从行刑制度到监狱管理)两个世纪以来始终处于改革过程中,在西方世界一直处于领先地位。基本原因就在于美国刑罚制度所蕴含的强烈的功利性——合乎执政阶级对社会的需要。

从广义上说,公正也是一种功利(或称最高功利),因为公正可以被理解为

^① 例如,死囚监房中40%以上是黑人,而黑人只占美国人口的12%(见路透社伦敦1995年3月28日电讯)。黑人的监狱监禁率为十万分之一千四百三十三,而白人为十万分之二百零三,比例有六倍之差(载《纽约时报》1994年10月28日)。

两种或两种以上许可存在的不同利益的平衡(平衡不等于平均)。在狭义上,功利属于单一主体,基于一方主体的需要,它近似实体范畴。公正是典型的关系范畴。这里论述的功利,取其狭义。

刑罚功利性是英美立国哲学功利主义的突出反映。刑罚权是国家主权的一种基本象征,是体现国家意志的敏感因素,是和平时期国家的最高强制力量。这就决定了功利性是刑罚的首要本性。美国刑罚体现的功利性有两层含义:一是刑事司法自由裁量权限宽泛,主要反映之一在理与法冲突时司法人员有合理调节的可能。例如,因特殊困难而实施的盗窃案,给予刑事处罚是合法甚至必需的,但如果有违情理时,司法人员有权使其走出刑事程序,即所谓的转处(*diversion*)。处理情与法冲突的原则是情理为重(而不是反过来)。英美法系司法机关处理情与法冲突的权力大于任何其他法系,这与其衡平法的历史传统有直接联系。另一层含义是刑罚为控制犯罪这一功利目的服务,这表现在许多方面,择其要者简述如下:

(1) 严格责任制度的确立。严格责任也称绝对责任,就是法律许可对某些缺乏犯罪心态的行为追究刑事责任。刑法上的严格责任制度源于产品责任法律条款,宗旨在于要求产品的生产者和销售者加重社会责任心,为了维护人民群众的健康和福利,而不惜可能对没有犯罪心态的被告人定罪这样的代价。这种过于功利的做法,受到许多学者尤其是英美法系以外的学者的强烈批评。

(2) 刑罚结构(参见本书第十二章第二节)。刑罚结构指刑种组合形式。与没有死刑的西欧相比,美国有死刑(只是少数州废除了死刑)。由于死刑的存在,立法时必然要对种种犯罪的刑罚量进行攀比(协调),结果便提高了刑罚的总体水准;加之美国有期监禁刑上限很高以及许多州对数罪并罚允许刑期相加,所以作为当代常规刑罚的监禁刑平均刑期之长位于西方世界之首(20世纪90年代初已达50个月),监禁率(在一定时间的判处监禁刑的囚犯数与总人口之比)到1994年已超过4‰,为世界第二(仅次于俄罗斯)。美国的刑罚结构属重刑范畴,根本原因是出于控制严重犯罪尤其是暴力犯罪的实际需要。需要是功利之本。

(3) 刑罚方法和适用制度不断变革(详见本书第十三章后四节)。作为一种刑罚方法兼刑罚具体运用制度的缓刑监督(*probation*),以及作为监禁刑替代措施的“社区服务”这一刑种,都首见于英美。作为监禁刑形式之一的“间歇监禁”和兼具实刑与缓刑功能的震击缓刑(*shock probation*)通常也认为最早出现在美国的审判活动中。减刑(善行折减制)和假释等行刑制度以及行刑机构监狱管理模式的不断发展变化和创新,都是以司法实践的需要为基本动因。

(4) 刑罚功利性最突出体现在量刑制度的改革方面(详见本书第十三章第一节)。作为刑罚裁量类型的量刑模式,美国最独特的是不定期刑,法官对具体

罪案宣告的是相对确定的幅度刑。根据刑罚目的是威慑和改造犯人,预防重新犯罪的理论,考虑到人的可变性,改变人的行为的种种因素的复杂性,法官在判刑时很难预先规定一个犯人改恶从善的确切时间,所以宣告的刑期只能是不定的。不定期刑思想首先在18世纪德国提出(将不定期刑作为保安处分的基本方法),但全面付诸实践的却是美国。从19世纪70年代至20世纪70年代,历时整整一个世纪,不定期刑制度在美国全面推广。全面,不仅指美国各州,而且指适用于所有的重罪犯(不像有的国家仅适用于个别特定种类的犯人,例如惯犯)。经过全面长时期实践,基本没有实现不定期刑倡导者的愿望,而且产生了刑罚实际执行上轻重悬殊不公平的现象。出自司法和政治需要,从20世纪70年代开始,美国出现了“确定刑运动”,即量刑制度改革运动,其中受到普遍关注的是“量刑指南”的创立。

近现代美国刑罚制度的变革一直对西方世界保持强劲的影响力,最直接的原因是刑罚的功利性。法定犯罪构成与刑罚制度相比,后者更直接地和集中地体现国家意志(观念和需要)。刑罚突出功利性,任何国家均如此。这也是美国刑罚制度和行刑方式被其他西方国家仿效的主要缘由。但美国为什么能在西方世界保持刑罚制度变革的领先地位呢?外显因素是美国较少保守,这是由美国历史发展和民族组成情况决定的。政体上的联邦制,地方权力大,实行改革牵制较少,也很重要。更关键的也许是内在因素,功利主义的立国哲学和经验是理论思维的逻辑起点,使美国法律文化具有自己的特色。法律文化对法律制度的变革具有导向功能。

公正和功利,是人类的社会活动一直追求的两种价值,二者的结合是终极目标。刑法的公正与功利如何结合,是近现代刑法价值论的焦点。一种思路是,刑法结构的两部分,即犯罪构成和刑罚制度各自本身都同时体现功利与公正,不偏不倚。这也许是最理想的格局,但是从来没有真正实现过。基本道理在于,刑法是国家意志的一种集中反映,国家意志在本性上是功利性的,因而不可能在国家活动中形成功利与公正不偏不倚的对等局面。然而假定只要功利不要公正,那么这种功利就蕴含着本身最终被否定的基因。要功利又要公正,这是国家被迫的选择。于是出现另一种思路:功利优先,兼顾公正。这是刑法的功利与公正相结合的可能实现的唯一最佳方案。在功利优先的前提下,如何实现功利与公正的结合?功利与公正究竟是什么关系?功利属利益,功利都有偏私性。由于功利主体不同,偏私程度有所不同。国家功利,在现代社会中因利益集团间相互依赖关系增强即阶级界限日益模糊的历史背景下,其偏私程度在逐渐降低。尽管如此,国家功利仍应受公正的制约,即功利以公正为边界。公正就是不偏私,其实质是两种或多种不同利益的平衡。因此,功利与公正的关系是:没有功利,公正无所依存;没有公正,功利必成公害。这是功利与公正的对立统一关系。在刑

法领域,功利与公正不可能是各自独立的伙伴关系,只能是以功利为基础,同时功利受公正制约的矛盾关系。在这里,所谓功利被公正制约,就是国家刑罚权的发动和行使要受人权保障的制约。在这一意义上,公正的实现是功利被制约的结果。刑法的公正与功利相结合,从刑法内部结构分析,刑罚遏制犯罪即刑罚权的行使侧重体现刑法的功利;刑罚权如不受制约则会走向反面。制约刑罚权有多种途径,其中最重要的是刑罚权的发动要受到制约,这是保证刑罚正确的前提,刑法公正主要指刑罚正确。刑罚制度本身很难制约刑罚权发动,只能依靠犯罪构成。法定犯罪构成的合理和正确便成了从刑法内部保证刑罚功利适度的根据。换言之,犯罪构成侧重体现刑法的公正性。刑遏制罪,体现刑法的功利;罪制约刑,体现刑法的公正。这就是刑法的功利与公正相结合。

美国刑法的宪法限制,是从比上述刑法内部结构更高层面上和更大范围内对国家刑罚权的限制(详见第二章第二节)。例如,禁止联邦和各州通过追溯既往的法律;行使宪法权利的行为不受制裁。影响更为深远的是正当程序条款。正当程序条款有两类:一是实质性限制,它限制立法机关任意制定刑事法律的权力;二是程序性限制,主要是罪刑法定原则。正当程序条款的实际内涵比罪刑法定原则更为丰富。美国宪法里没有明文写出罪刑法定,但一系列宪法修正案(权利法案)在实质上已经包含了罪刑法定的基本精神。正因如此,在各州的刑法典里通常都明文规定了罪刑法定原则。

刑法的宪法限制和罪刑制约关系,从刑法的外部 and 内部两个层面上保证刑法的价值基础——公正性与功利性相结合的可能。

刑法的功利性与公正性相结合,从长远看将会比二者相分离收到更好的效益。但在一定时期内未必出现控制犯罪的理想效果,这是因为刑罚仅仅是对付犯罪的一种办法,甚至不是主要办法。犯罪的产生取决于一系列复杂的深层原因,刑罚方法在深层原因面前常常显得无能为力。所以,不能因犯罪控制效果不理想而否定刑法功利与公正相结合的价值基础和追求。

通过对美国刑法的了解,如果从中能得到一些理性启迪,将是作者追求的价值。

全球背景下的犯罪形态发展与 刑事制裁方式演变

——第三版代前言

20 世纪下半期哲学界关注对社会发展的本质、方式、规律、道路和前景等重大问题的研究,形成了哲学的一个分支即发展哲学。发展哲学在经济领域卓有成效地运用,出现了经济发展理论,一个重要的经济学分支学科。在犯罪学研究领域,能否将“犯罪发展”作为一个学术问题予以关注?整个犯罪学学科的起点,是以研究犯罪原因开始的。到现在,犯罪原因还需要进一步深入研究。在美国“9·11”震惊全球的恐怖袭击事件以后,我感到有必要启动对犯罪发展问题的研究。发展与原因有联系,也有重大区别。原因研究着眼于从无到有,是一种回顾性的生成研究思路。发展研究是以存在(有)为前提,研究事物由小到大、由简单到复杂、由低级到高级的演变过程。

可以从不同角度来讨论犯罪发展,诸如关于犯罪侵害对象的变化,关于犯罪方式的演变等等。这里着重讨论犯罪形态的发展。“犯罪形态即犯罪现象的外在表现”,是一定的社会历史阶段的产物,“一定的社会经济文化环境产生一定的犯罪形态,社会经济文化因素的改变必然带动犯罪形态的变化。”^①对犯罪形态,可以用不同标准作出分类。这里拟以顶级宏观即最大时空维度(“时”指人类社会发展史,“空”指全球背景)来审视犯罪形态的发展变化,以及由此引起的国家刑事制裁方式的演变。

在最大时空维度上,愚以为可依据社会危害程度等级将犯罪形态分为三大类,第一(类)形态是 20 世纪有组织犯罪出现以前的几千年人类社会存在的犯罪形态,其基本特征是犯罪的无组织性,就是马克思说的(犯罪)“孤立的个人反对统治关系的斗争”,其主要是侵害个人(生命、财产)安全。“无组织性犯罪形态”存在的主要根据是社会关系相对单纯,经济发展水平和科学技术尚未促使交通和信息联络达到足够便捷的程度。20 世纪出现的有组织犯罪(organized crime)是犯罪发展的第二(类)形态,其基本特征(根据 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的定义)专指由多人组成的,在一定时期内存在的,为了实施一项或多项严重犯罪而一致行动的有组织结构的集团。强调“有组织结构的集团”,可见“有组织犯罪”并非泛指一切“有组织的”犯罪,因为有些共同犯罪也

^① 康树华等主编:《犯罪学大辞书》,甘肃人民出版社 1995 年版,第 272 页。

是有组织的,但这种“组织”还不具备狭义“结构”的特征。其社会危害不仅侵害个人安全,同时不同程度地侵害公共安全(包括社会经济安全)或者侵害国家安全。20世纪末的恐怖主义(terrorism)作为有组织犯罪的极端发展,是犯罪发展的第三(类)形态,它的主要特征是以战争形式出现的滥杀无辜,其巨大危害是同时侵害三种安全,即公共安全、国家安全和个人安全。一般的犯罪(包括有组织犯罪)或是侵害一种安全,或是侵害两种安全,而不会同时侵害三种安全。20世纪末以来的最深刻变化是全球化进程的加快,对世界各国的政治、经济、文化形成了巨大的冲击,整个世界的发展格局发生了前所未有的变化。全球化的内在矛盾引致民族问题和宗教问题的凸现。国家冲突、民族矛盾、宗教斗争,由于其极为复杂和深厚的历史原因,而无法笼统地评判相关诸方的是非曲直,具体的、现实的评价标准只有一个,谁先动用或支持动用暴力伤害无辜公众谁就应受谴责。当代世界不接受恐怖主义势力以“暴力革命”为自己恐怖罪行的辩护。有人认为,21世纪将是恐怖主义由中东地区蔓延至全球的世纪。

上述三类犯罪形态存在于不同的社会发展阶段。相对于三类犯罪形态,国家刑事制裁方式呈现相应变化。

一、对在20世纪中期以前的长达几千年的第一类犯罪形态,国家刑事制裁方式的演变轨迹表现为:一方面刑罚由残酷苛厉走向轻宽;另一方面刑事法网由粗疏走向严密

(一) 刑罚趋轻

前资本主义漫长时代中,刑罚以残酷苛厉著称。西方世界19世纪资产阶级革命胜利,推翻了封建王朝,新兴资产阶级政权充满自信,无需依仗杀人来维持统治,加之民主自由为主的意识形态的张扬,这些情状反射到刑法制度上,就是对刑罚制度的挑战。首先是死刑的削减。从19世纪开始,在这些国家,死刑削减很自然就成为刑罚轻缓的一个核心问题。19世纪中期开始的废除死刑运动一直持续到今天。死刑的削减并没有导致监禁刑的加重。这一方面是由于犯罪学的研究成果说明犯罪的消长有复杂的社会原因,刑罚制裁只是对犯罪的升降起到一定的作用,而不是决定作用,甚至不是重要作用。更加上罚金刑的广泛使用,在相当程度上取代了监禁刑的地位。所以死刑的削减并没有连锁反应导致监禁刑的加重。在这种背景下,罚金刑的适用才有可能扩张,因而成为一种主刑。诚然,刑罚轻缓有利人权保障,但也可能带来一些弊端,主要是降低了对犯罪的遏制力度。但是事物总有另外一面,一个事物的一方面功能欠缺,可以通过另一机制产生的功能来代偿受到折扣的功能。由于刑罚轻缓可能产生的弊端(对犯罪惩罚不力),就由严密法网来实行功能代偿。

(二) 法网严密

法网严密使得作恶者难以逃脱惩罚。刑法是道德的底线,严密法网有助于

稳定社会秩序。法网有两层,一层是整体法网,一层是刑事法网。整体法网是刑事法网的基础。整体法网指国家对全社会管理的法律法规。管理出秩序,秩序是刑法的价值目标,也是畅通刑法机制的环境保障。所以从实体效用上看,严管胜于严打。刑事法网包括刑事实体法、刑事程序法以及相关的行政执法。严密法网,先说严密刑事实体法。整个19世纪一直到20世纪初,西方经济发达国家,刑法立法模式逐渐由结果本位转向行为本位。这样就突出了刑法的预防犯罪功能。结果本位到行为本位的转变是随着人类进入20世纪以来西方国家“行政刑法”的大量出现而完成的。这种由结果本位转向行为本位,在实体法上对刑事法网的严密,其作用大大超过刑事立法技术的完善。当然刑事立法技术也是不可忽视的一个问题。刑事立法技术有多种多样,随便举个例子,即推定犯罪构成,它是从实体法上来严密刑事法网的一个很重要的刑事立法技术。所谓推定犯罪构成就是指法律规定的以已知事实为基础推导出新的犯罪构成要件。按照推定的内容可以分为两大类,一类是主观心态的推定,一类是行为性质的推定。

二、20世纪中期以来有组织犯罪猖獗,国家刑事制裁方式也随之有所演进,刑罚轻缓是不可逆转的大趋势

严密法网也是时代潮流,只是增加了内容,即在严密实体法的基础上增加了严密刑事程序法。有组织犯罪对社会秩序,对公共安全造成了严重威胁,同时也对传统刑法构成了挑战。传统刑法的立法对象是针对个人(无组织性的犯罪形态),一系列刑法制度都建立在个人责任基础之上的,即使是一般共同犯罪也是如此。而对有组织犯罪,尤其是有组织犯罪集团的首要分子,个人责任很难分清,甚至根本无法追究。在这种情形下,创设一个罪名叫做“组织罪”(即组建该组织和参加该组织即构成罪),这虽是实体法上的罪名,实际是出于诉讼需要的考虑。就是说,在程序上不让这些传统刑法难以追究刑事责任的罪犯逃脱刑事制裁。通过程序法来严密法网,其功效往往是实体法无法比拟的。另一个重要例证是证据制度。传统的证据规则对窃听得来的证据都认为是非法的,不能作为定罪的依据。为了对付这种难以侦破的犯罪案件,就不能被传统的证据规则捆住手脚,因而在证据制度上有所松动。即在一定条件下,对付有组织犯罪,窃听得来的证据可以作为定罪的合法依据。

三、借助行政措施严密刑事法网

通过实体法,通过程序法,通过行政措施是严密刑事法网的三个方面(大概也只有这三个方面)。2001年9月11日,美国遭到国际恐怖主义的暴力袭击,不到一小时就有3000多无辜者遇难,财产损失超过7000亿美元。“9·11”不到一小时造成的人员伤亡和经济损失比60年前日本军队偷袭珍珠港所造成的损

害还要大很多倍。“9·11”事件震惊了全世界。恐怖主义立刻遭到联合国和各大国政府的严厉谴责。我国政府严正声明：“中国政府坚决反对一切形式的恐怖主义活动”。美国国会在“9·11”之后不到一个月时间即顺利通过了一个反恐法案,此法案名称由很长一串词语组成,各词的第一个字母拼合在一起,便是PATRIOT(意为“爱国者”),所以简称为“爱国者法案”。这个法案是一部从实体到程序,从司法到行政,全方位的防治恐怖的法律。除了从实体上完善恐怖主义的罪状,把资助、庇护恐怖主义的团体、机构和个人视同恐怖罪行外,同时规定这类案件不由普通法院审理,而是由特别军事法庭来审理(可以不适用一般的程序法)。更加引人注目的,美国“爱国者法案”在三个方面对恐怖主义从行政手段上加以遏制。一是冻结恐怖组织的银行资产,以断绝其活动的经费来源。二是大大扩张了警方在侦查恐怖嫌疑犯工作中的自由裁量权。三是授权国会认为必要时有权动用军队,用战争方式反击恐怖主义(所谓“以战争反击战争”)。通过军事行动(而不是通常的司法渠道)抓捕恐怖分子,以便绳之以法。在这个法案通过之后,美国有一个为公众认同的口号就是“自由给安全让路”。其他一些国家的反恐法案多数也与美国的法案有类似之处,主要的一点是在对付恐怖主义犯罪活动中扩大了警方的裁量权。恐怖活动,由早期的以复仇为动机的个人暴力活动发展到20世纪末期以政治或其他社会目的为动机的有组织的、以战争方式出现的暴力活动。当今恐怖主义的要害是:滥杀无辜。传统的司法制度不足以对付恐怖主义,合乎情理地出现这样的现象:刑事政策超越刑法直接发挥惩治恐怖分子的威慑作用。例如,美国对阿富汗的战争。2004年6月底沙特政府向恐怖分子发出最后通牒,对限期投降者可获得赦免,拒不投降的则面临毁灭性结果。俄罗斯近年来惨遭恐怖分子的一系列举世震惊的袭击:2002年10月26日莫斯科文化宫劫持人质事件造成150人死亡;2004年8月24日同一天2架民航客机遭袭击坠毁,死亡90人;同月31日莫斯科一地铁出口爆炸死伤60多人;2004年9月1日至3日别斯兰市绑架人质事件造成366人死亡,其中半数少年儿童,9月4日俄罗斯总统普京说:“这次人质危机表明,恐怖分子已针对俄罗斯发动起全面恐怖战争。”普京发誓要全面加大反恐打击力度,甚至要仿效美国采取先发制人的策略。

近代以来(两个世纪以来),经济发达(相应的法治水平也较高)的国家,对三类形态的犯罪,刑事制裁的总体方式可以概括为“严而不厉”,即刑事法网严密而刑罚并不苛厉。对三类犯罪形态,刑罚变动不大,大体上是较为轻缓;而刑事法网严密,则出现较为明显的演进,即从严密实体法到严密程序法,再到借助司法以外的行政措施来严密刑事法网。简而言之,“厉”字变化不大,而在“严”字上下功夫。“严而不厉”,是当代世界大多数国家通行的刑事政策(或称刑事政策思想)。

以上话语是以全球为背景展开的。我国的情况并不完全与之相契合。

在地方性与普适性之间的美国刑法

——第四版代前言

美国著名大法官霍姆斯曾经有一句名言：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”这句话可谓对英美法之精髓的经典表述。在某种程度上，美国刑法深刻地体现了这种注重问题解决、反对逻辑建构的英美法传统。与德国为代表的理性主义刑法不同，美国刑法是以实用主义为基础的。“实用主义的特点在于它的真理论。它的真理论实际是一种不可知论。它认为，认识来源于经验，人们所能认识的，只限于经验。至于经验的背后还有什么东西，那是不可知的，也不必问这个问题。这个问题是没有意义的。因为无论怎么说，人们总是不能走出经验范围之外而有什么认识。要解决这个问题，还得靠经验。所谓真理，无非就是对于经验的一种解释，对于复杂的经验解释得通。如果解释得通，它就是真理，是对于我们有用。有用就是真理。所谓客观的真理是没有的。”^①以实用主义为基础的美国刑法采取的是决疑式的思维方式，主张每个个案或至少是每个学理上的单一问题都应该从其自身出发，针对这些个案或问题寻求解决途径。在实用主义思想的影响之下，美国刑法拒绝体系性的建构，甚至认为体系性的建构没有任何意义^②，由此形成与德国刑法迥然不同的理论风格。

这种实用主义的美法刑法深深植根于英美法律传统之中。如果说大陆法系是学者法，那么英美法系就是法官法。美国刑法主要是通过法官的判例创造出来的^③，相应地，美国刑法理论就必然具有浓厚的实务导向的色彩。这一点可以从美国刑法双层次的犯罪构成结构中清晰地看到。这种犯罪构成结构在思想渊源上可以追溯到17世纪爱德华·柯克爵士(Sir Edward Coke)关于犯罪行为(actus reus)和犯罪心态(mens rea)的区分：“行为不是犯罪，除非内心是犯罪”(actus not facit reus nisi mens sit rea)。^④随着对抗制的发展，犯罪嫌疑人和被告人的权利越来越受重视，辩护事由在犯罪构成结构中的重要性也逐渐凸显出来，由此形成了犯罪本体要件(犯罪行为与犯罪心态)和责任充足要件(辩护事由)

① 冯友兰：《三松堂自序》，人民出版社2008年版，第182页。

② 德国学者耶赛克甚至指出，美国刑法是一种“对理论有敌意”的普通法式刑法思想，Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 195, Fn 3.

③ 即使是美国《模范刑法典》，也不同于理性主义主导下的《德国刑法典》，因为《模范刑法典》更多是对以往判例的总结和归纳。而且，即使在美国各州均制定了刑法典的时代，判例仍然具有非常重要的作用，特别是在刑法的解释和适用方面。

④ Edward Coke, *The Third Part of the Institutes of the Law of England*, 1644, p. 107.

的双层次犯罪构成结构。双层次的犯罪构成结构与刑事诉讼程序尤其是刑事证明责任的分担具有极为密切的关系。在这个意义上,美国刑法双层次的犯罪构成结构可以更好地服务于司法实践,从而在惩罚犯罪与保障人权之间保持一个良好的平衡。

应当指出的是,实用主义的美国刑法也并非是一成不变的,而是经历了重要的变迁。毫无疑问,美国刑法的发展在很大程度上得益于《模范刑法典》。在过去将近半个世纪的时间内,美国法学会于1962年通过的《模范刑法典》(American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft, 1962)对于美国刑法的法典化和刑事审判产生了深远的影响。美国是一个联邦制国家,各州均有各自的刑法典,联邦政府也有单独的刑法规范,但是,值得注意的是,绝大多数州的刑法典和联邦刑法均是以《模范刑法典》为蓝本制定的。与此同时,《模范刑法典》对各州法院和联邦法院的刑事审判实践也产生了重要的影响。各州法院和联邦法院虽然并未将《模范刑法典》及其评注作为权威性的(authoritative)法源,但是通常将之作为有说服力的(persuasive)法源来加以援引。毫无夸张地说,《模范刑法典》及其评注本身就是一部代表美国刑法理论最高水平的著作。

不仅如此,在《模范刑法典》的影响之下,美国的刑法理论逐渐走向成熟,出现了许多重要的刑法理论家^①,其中最为杰出的是乔治·弗莱彻(George P. Fletcher)。弗莱彻于1978年出版的《反思刑法》^②一书,极大地提升了美国刑法的理论水平,即使在德语圈的刑法学界中也赢得广泛的赞誉。弗莱彻最重要的贡献在于将德国的刑法理论引入美国刑法理论之中。无论是从该书的正文还是注释,无论是从核心理论结构还是关键术语,我们都可以看出,弗莱彻大量借鉴了德国刑法学著述。当然,虽然弗莱彻钟情于德国刑法理论,但他并没有忘记自己身处的是英美法律传统,其目的在于通过德国的刑法理论来建构美国刑法理论。因此,对于美国刑法本身的考察始终是《反思刑法》一书的核心。另一方面,值得注意的是,美国实用主义的刑法理论同样对德国刑法理论也产生了重要影响。在德国,由于刑法理论的高度发达,出现了“刑法教义学的过度精致化”现象,这种现象是理性主义刑法理论发展到极致的一个必然结果,它最终将导致

^① 关于《模范刑法典》对于美国刑法的法典化、刑事审判和刑法理论研究的影响,参见 Sanford H. Kadish, "Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review," 87 *Calif. L. Rev.* 343 (1999).

^② 乔治·弗莱彻:《反思刑法》,小布朗公司1978年版(George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company, 1978)。牛津大学出版社2000年再版了该书,但未对1978年版作任何改动。根据2000年的一份关于1978—1999年法律著作引证的研究,《反思刑法》一书在所有法律著作(除法律教科书以外)中的引证率排名为第二十二位,在所有刑法学著作中的引证率则当仁不让地排在第一位,该书的重要性和影响力由此可见一斑。参见弗莱德·R. 夏皮罗:《1978年以来出版的引证率最高的法律著作》,载《法律研究杂志》第29卷,2000年,第400页(Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Books Published Since 1978", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, 2000, p. 400)。

理论过于抽象化,无法为实际提供有益的指导,无法解决司法实践中的具体问题。为了应对这种现象,德国刑法学家罗克辛提出“以刑事政策为导向的刑法体系”,在某种程度上正是受到了美国实用主义的、以刑事政策为导向的刑法理论的影响。^①

更为重要的是,在全球化风险社会和信息社会之下的刑法和谐化进程以及随之出现的所谓“普世化的刑法理论”(Universal Criminal Law Theory)或者“刑法的语法”(The Grammar of Criminal Law)中,美国实用主义的刑法始终占据着最重要的一席之地。在当今全球风险社会和信息社会的背景之下,为了应对各国共同面临的问题,例如恐怖主义犯罪、有组织犯罪、网络犯罪、腐败犯罪以及各种国际罪行(例如反人类罪、种族灭绝罪、战争罪)等,在国际上出现了刑法和谐化的趋势。^② 刑法和谐化有三种模式,即国家合作模式、超国家模式和混合模式。^③ 在国际刑法的层面上,超国家模式的刑法和谐化最重要的体现是《国际刑事法院罗马规约》。在《国际刑事法院罗马规约》第三编“刑法的一般原则”中规定了个人刑事责任的要件以及排除刑事责任的理由,其中,个人刑事责任的要件(第25条、第28条、第30条)是指物质要件(actus reus)和心理要件(mens rea),而排除刑事责任的理由(第31条)则包含精神病、醉态、正当防卫和被胁迫。很明显,《国际刑事法院罗马规约》在犯罪构成方面采纳了美国刑法的双层次犯罪构成结构。^④

刑法和谐化现象对于刑法理论最重要的影响在于出现了所谓“普世化的刑法理论”或者“刑法的语法”的学说。推动这种理论面向的最重要的学者是美国刑法学家弗莱彻。弗莱彻指出,虽然刑法是地方性的法律,各个国家都有自己的法典,但是他同时指出,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。^⑤ 为此,弗莱彻借鉴诺姆·乔姆斯基(Noam Chomsky)的术语,认为在所有刑法制度背后潜藏着一套“深层结构”即刑法的语法,而这种语法就存在于实体和程序、刑罚和处遇、主体和客体、人为原因和自然事件、犯罪和犯罪人、犯罪和辩护、故意和过失、自我防卫和紧急避险、有关的错误和无关

① Bernd Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, FS-Roxin, 2001, S. 1—32.

② 参见〔德〕乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,中国法制出版社2012年版,作者自序。

③ 关于刑法和谐化的三种模式,参见同上书,第31—41页。

④ 关于《国际刑事法院罗马规约》犯罪构成结构的理论分析,参见 Kai Ambos, “General Principles of Criminal Law in Roman Statute”, *Criminal Law Forum* 10: 1—32, 1999.

⑤ See George Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, Preface.

的错误、未遂罪和既遂罪、实行和共谋、正义和合法性等十二对概念之中。^①通过对“刑法的语法”的分析,弗莱彻指出,每个国家都有一部刑法典,这是事实,但是这些法典应当被理解为是对构成刑法根基的通用性问题的地方性回答。不同的国家会为共同的十二种潜在的区别提出各自不同的解决方案,但是,这些法律表层的解决方案不应当掩盖明显地构成不同法律文化基础的统一性。如果这些基本问题保持不变,那么,法律文化就比通常所认为的那样要具有更多的共通性。^②

我国目前处于刑法理论转型的重要时期,一方面,从所处的法治发展阶段上看,我们仍处于前法治时代或者法治初期阶段,因此刑法最重要的任务仍然在于如何保障公民的自由;另一方面,我们已经进入一个充满各种挑战的风险社会和信息社会,因此刑法必须关注如何保护公民的安全。如何在自由和安全之间保持适当的平衡,不仅是立法者和司法者的任务,更是刑法理论研究者义不容辞的使命。如何借鉴以德国为代表的大陆法系刑法理论和以美国为代表的英美法系刑法理论,并在此基础上建构适合我国的刑法理论,乃是一个需要深入思考的课题。

^① See George Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, Preface.

^② Ibid.

目 录

| | |
|-----------------------|------|
| 初版说明 | (1) |
| 美国刑法的价值基础 | |
| ——第二版代前言 | (2) |
| 全球背景下的犯罪形态发展与刑事制裁方式演变 | |
| ——第三版代前言 | (9) |
| 在地方性与普适性之间的美国刑法 | |
| ——第四版代前言 | (13) |

第一篇 绪 论

| | |
|----------------------|------|
| 第一章 刑法性质和犯罪分类 | (1) |
| 第一节 刑法性质 | (1) |
| 第二节 犯罪分类 | (3) |
| 第二章 美国刑法的渊源和限制 | (6) |
| 第一节 美国刑法的渊源 | (7) |
| 第二节 美国刑法的宪法限制 | (15) |

第二篇 犯罪总论

| | |
|--------------------------|------|
| 第三章 犯罪本体要件——刑事责任基础 | (27) |
| 第一节 一般说明 | (27) |
| 第二节 犯罪行为 | (30) |
| 第三节 因果关系 | (36) |
| 第四节 犯罪心态 | (45) |
| 第四章 排除合法辩护——责任充足条件 | (55) |
| 第一节 概述 | (55) |
| 第二节 未成年 | (58) |
| 第三节 错误 | (60) |
| 第四节 精神病 | (66) |
| 第五节 醉态 | (71) |
| 第六节 被迫行为 | (72) |
| 第七节 紧急避险 | (74) |
| 第八节 正当防卫 | (76) |

| | |
|------------------------|--------------|
| 第九节 被害人同意问题 | (81) |
| 第十节 警察圈套 | (84) |
| 第十一节 安乐死 | (86) |
| 第十二节 犯罪构成结构比较 | (87) |
| 第五章 证明与推定 | (90) |
| 第一节 证明 | (90) |
| 第二节 推定 | (95) |
| 第六章 不完整罪 | (98) |
| 第一节 犯罪未遂 | (99) |
| 第二节 犯罪教唆 | (107) |
| 第三节 犯罪共谋 | (108) |
| 第四节 罪数 | (111) |
| 第七章 共犯 | (113) |
| 第一节 共犯 | (113) |
| 第二节 有组织犯罪 | (150) |
| 第三节 恐怖主义 | (155) |

第三篇 具体犯罪

| | |
|----------------------------|--------------|
| 第八章 侵犯人身罪 | (159) |
| 第一节 杀人罪—谋杀 | (159) |
| 第二节 杀人罪—非谋杀 | (177) |
| 第三节 伤害罪 | (187) |
| 第四节 堕胎罪 | (190) |
| 第五节 强奸罪 | (192) |
| 第六节 绑架和非法拘禁 | (195) |
| 第九章 侵犯财产罪 | (198) |
| 第一节 偷盗罪 | (198) |
| 第二节 侵占罪 | (202) |
| 第三节 诈骗罪 | (203) |
| 第四节 抢劫罪 | (206) |
| 第五节 夜盗罪 | (208) |
| 第六节 伪造罪 | (210) |
| 第七节 其他财产罪 | (211) |
| 第十章 刑法典中的其他犯罪 | (215) |
| 第一节 损害道德罪 | (215) |

| | | |
|-------------------|--------------------------|--------------|
| 第二节 | 妨害公共治安罪 | (221) |
| 第三节 | 危害国家主权或行政管理罪 | (224) |
| 第十一章 | 经济犯罪 | (234) |
| 第一节 | 经济犯罪概述 | (234) |
| 第二节 | 几种具体的经济犯罪 | (237) |
| 第四篇 刑罚及其执行 | | |
| 第十二章 | 刑罚理由和刑罚种类 | (251) |
| 第一节 | 刑罚的正当理由 | (251) |
| 第二节 | 刑罚种类 | (258) |
| 第十三章 | 刑罚制度 | (266) |
| 第一节 | 量刑制度 | (266) |
| 第二节 | 量刑情节 | (271) |
| 第三节 | 缓刑制度 | (274) |
| 第四节 | 假释制度 | (277) |
| 第五节 | 减刑、赦免和追诉时效 | (280) |
| 第六节 | 监狱 | (282) |
| 第七节 | 社区矫正 | (286) |
| 第十四章 | 刑罚的危机 | (288) |
| 第一节 | 惩罚性转向:美国“大规模监禁”的现状 | (289) |
| 第二节 | 大规模监禁的根源 | (292) |
| 第三节 | 大规模监禁的后果 | (293) |
| 第四节 | 大规模监禁的出路 | (294) |
| 第五节 | 结语 | (295) |
| 主要参考书目 | | (297) |
| 第四版后记 | | (298) |

第一篇 绪 论

第一章 刑法性质和犯罪分类

第一节 刑法性质

刑法就是规定什么行为构成犯罪和给予何种刑罚以保护社会免受侵害的法律。它包括具体犯罪的定义和刑事责任的一般原则。

依据西方关于社会二分法的传统观念,社会由两部分构成,即以权利为基础的市民社会(不受国家直接干预的市民自治领域)和以权力为基础的政治国家。调整市民社会关系的法律为私法,如民法;规定国家权力行使的法律属公法,如行政法和刑法。刑罚权的主要使命是维护法律秩序,保护整体社会利益。刑罚权不是无限的,必须有度,超度行使便会侵犯市民权利。权力受权利制约才能做到适度。权力与权利相互依存,又彼此制衡,社会才能正常发展。否则,如果权力吞没权利,便成专制主义;如果权利吞没权力,便成无政府主义。“权利与权力加和守恒”,此消彼长,价值目标通过制约达到平衡。这就奠定了近现代刑法必然同时具有维护秩序和保障人权两种功能。刑法的两种功能是美国刑法兼存阶级性和社会性的实际表现。

刑事法律和民事法律的基本目的是相同的,即维护法律秩序。但犯罪和民事过错是有原则区别的,主要在于制裁的严厉性不同:处理民事过错以“付钱”为主;处理犯罪行为以“监禁”为主。刑罚是专门用来对付犯罪的。犯罪和刑罚,互为因果。犯罪是刑罚的根据,从另一方面看,“没有刑罚不为罪”(nullum crimen sine poena)。规定犯罪的法律条款由两部分组成:被禁止的行为和科处的刑罚。不受刑罚制裁(没有刑罚)的行为不是犯罪。刑罚是区分刑事法律和其他法律的最主要特征。根据这个理由,1924年美国华盛顿州的一个判决认为,该州当时的刑法关于盗窃罪的刑罚只规定“监禁”一种刑罚,某法人团体被控犯有盗窃行为,因为法人无法被判处监禁刑罚,意味着“没有刑罚”,所以该法人不能被判定犯盗窃罪,也就是“没有盗窃罪”。

刑法和道德均为行为规范,在这个基本上二者是一致的。道德是刑法的

基础,刑法是道德的底线。一般说来,犯罪是不道德的行为。刑事司法中的一些难题,如有关刑法“错误”方面疑难案件的解决,最后需要诉诸道德评价。但是二者也有不一致的情况,所谓有罪但并非不道德。例如,丈夫在身患不治之症、痛苦万分的妻子的再三恳求下,用药毒死了妻子(安乐死亡);哥哥杀死了奸淫胞妹并且作恶多端的弟弟(义愤杀人);盗窃富商的钱财用来帮助穷人(劫富济贫);等等。有些地方法规出于狭隘集团利益考虑把有些同道德毫不相干的行为规定为犯罪。例如,有的城市法规把星期日出售汽车规定为犯罪。另外,某些本来属于道德范畴的东西,后来演变为法律范畴,因而失去了早先的含义。例如,“罪过”这个概念来源于道德观念,一旦进入刑法领域,就有了专门内容——实施危害行为时的心理状态。

刑法与政治的关系,一方面表现在刑事立法和刑事司法以刑事政策为导向;另一方面表现为刑事政策在刑事立法的框架内发生作用。刑法与政治的更深层关系还在于国家权力结构对刑法的影响。权力结构指国家权力的组织形式。三权分立的权力结构由美国宪法奠定。立法、司法、行政三种国家权力由于分立才能做到相互制约,防止权力滥用,以达权力适度行使的平衡态。这种权力结构是罪刑法定原则和刑事司法独立得以实现的根本保障。

经济是刑法的基础。经济是刑法服务的对象,这是二者关系的一个方面。另一方面是,由于经济是整个社会生存和发展的物质基础,所以经济(生产力水平和经济形态)直接地和间接地影响犯罪态势,经济决定各历史时期的犯罪观和刑罚观,甚至最终影响刑罚种类的产生和消亡。例如,市场经济的发展导致死刑的逐渐减少和废除。作为独立刑罚方法的监禁刑的产生也是经济发展到一定水平的结果。由于商品经济进一步发展,封建制度下劳动者人身依附关系日益削弱,相应地个人自由增多,因而个人自由与劳动时间的结合构成个人财富。自由具有社会价值,剥夺自由便具有惩罚性。从根本上说,经济发展使人有了自由,因而自由才有失去的可能,经济发展产生了剥夺自由这种刑罚方法。

刑法的基本目的是保护社会免受犯罪侵害。在有些情况下,侵害是有形的,例如死了人,丢失了财产。有些情况下,侵害是无形的,例如名誉受到损害。在有些情况下,侵害仅仅表现为危险性,例如不少的未遂犯罪,被告人犯罪行为終了之后,没有人受到具体损害,但仍然侵害了社会。

刑法的基本规则有五条:(1) 根据公正比赛应当光明磊落(fair play)的观念,要求事先公布刑法,使公民了解什么行为是刑法禁止的。刑法没有溯及既往的效力,这个基本原则也可以表述为“法无明文不为罪”,“法无明文不处罚”。(2) 没有社会危害就不是犯罪。(3) 仅仅是坏思想不是犯罪。(4) 只有行为而没有坏思想不负刑事责任。(5) 有罪行为和有罪心态必须同时发生。

第二节 犯罪分类

从不同的角度,为了不同的目的,可以对犯罪作出不同的分类。

(一) 根据犯罪行为的危害程度可分为重罪和轻罪

这是美国刑法中最基本的犯罪分类,源于英国。早在14世纪,英国普通法就依照刑罚轻重把犯罪分为叛逆罪(treason)、重罪(felony)和轻罪(misdemeanor)三类。按照古代英国法,叛逆者的土地应被没收上交国王,而重罪犯的土地则转交给领主。在美国,不没收叛国者或重罪犯的财产,所以区分叛国罪和重罪的意义不大,因此美国刑法只是把叛国罪作为重罪的一部分,而没有独立为一类。

重罪和轻罪的划分,见于欧美一些国家的刑法。重罪和轻罪的区分标准不是一成不变的。第二次世界大战以前,一般以5年监禁为界,如德国刑法规定,法定刑为5年或5年以上监禁的罪为重罪,法定刑为5年以下监禁的罪为轻罪。现在,一般以1年监禁为界,如瑞士刑法(1971年修正),以及美国绝大多数州的刑法^①,都作如此规定。

“重罪与轻罪”的分类在美国许多州实体刑法上的意义。有不少犯罪的构成要件涉及犯罪分类,如普通法中的夜盗(burglary)定义为“夜晚破门入户企图犯重罪”,因此破门而入企图犯轻罪则不构成夜盗罪。又例如,在实施或者着手实施重罪过程中附带发生的死亡构成一种谋杀罪(重罪或谋杀罪);在实施轻罪过程中附带发生的死亡就不构成谋杀罪。按美国刑法,惯犯的成立常常以重罪历史为限。普通法里的共犯,如果是共同犯重罪,则区分主犯和从犯;如果共同犯轻罪,则不再区分主犯和从犯,都以主犯论处。

“重罪与轻罪”分类在美国刑事诉讼上的意义。例如,附属于地方法院的某些基层法院(例如治安法院、警察法院、夜法庭等)的管辖范围仅限于轻罪。又例如,根据普通法,在具有合理的理由认为某人犯了重罪的情况下准许实行无逮捕令逮捕;而对轻罪犯实行无逮捕令逮捕,必须在当场实施轻罪的情况下才许可。在有些司法管辖区,对重罪的控告必须经过大陪审团(grand jury);对轻罪则无须通过大陪审团。审理重罪时,被告人一般应当到庭,才可以作出判决;对轻罪犯则许可缺席审判。

“重罪与轻罪”分类在刑罚执行方面的意义。在美国,联邦和州监狱(prison或penitentiary)关押被判监禁刑1年和1年以上的重罪犯。地方看守所(jail)关押两种人犯,一种是被判刑1年以下的轻罪犯,另一种是等待审判的未决犯。这

^① 1979年生效的新泽西州的新刑法典放弃了这种分类法。

两类监所,在警戒等级和某些具体管理制度上都有差别。

重罪和轻罪这种分类模式在当代西方世界出现了两种发展趋势。一种趋势是取消这样的分类模式,或者用新的分类法来代替。从1967年起,英国把传统的以刑罚轻重为依据的三分法改为以诉讼为着眼点的二分法:可逮捕罪(arrestable offence)和不逮捕罪(non-arrestable offence),或者起诉罪(indictable crime)和简审罪(summary crime)。1971年《加拿大刑法典》把英国普通法的三分法改为新的三分法:叛逆罪、公诉罪和简易裁判罪。另一种趋势是完善这种分类模式,以美国为代表。1962年,美国法学会拟制的《模范刑法典》(Model Penal Code)按刑罚轻重把犯罪分为四等:重罪、轻罪、微罪(petty misdemeanor)、违警罪(violation)。^①重罪又分为三级:一级重罪、二级重罪、三级重罪。轻罪的刑罚不超过1年监禁。微罪的最高刑期为30天。重罪、轻罪和微罪统称crime(犯罪),法定刑可规定监禁刑。违警罪只能判处罚金。《伊利诺伊州刑法典》规定的罪刑等级有更多的层次:

“1. 谋杀罪——死刑,或者40—80年监狱监禁。

2. 重罪——

特级重罪:6—30年监狱监禁,加重情节为30—60年监狱监禁;

一级重罪:4—15年监狱监禁,加重情节为15—30年监狱监禁;

二级重罪:3—7年监狱监禁,加重情节为7—14年监狱监禁;

三级重罪:2—5年监狱监禁,加重情节为5—10年监狱监禁;

四级重罪:1—3年监狱监禁,加重情节为3—6年监狱监禁。

3. 轻罪——

一级轻罪:1年以下看守所监禁;

二级轻罪:6个月以下看守所监禁;

三级轻罪:30天以下看守所监禁。

4. 微罪——只能判处罚金。

各类未遂罪比照既遂罪减轻一级处罚。”

在“重罪与轻罪”分类基础上发展起来的罪刑等级制,目的是为了“使‘罪刑相当’这一刑法基本原则进一步精确化和制度化。另外,从立法技巧上看,可以使刑法分则条款行文简化,省去‘刑罚’部分的具体叙述,只需注明该罪属于哪一个等级。

(二) 根据犯罪行为本身的性质可分为本身邪恶的罪(自然犯)和法规禁止的罪(法定犯)

本身邪恶的罪(malum in se)就是受到传统道德谴责的犯罪,如杀人、放火、

^① violation也可译为“违警行为”或“违法行为”。crime和violation合称offense。

奸淫、盗窃等。法规禁止的罪(malum prohibitum)就是并非为传统道德所不容的犯罪,其所以成为犯罪仅仅是因为法规禁止,例如,酒后开车,行车通过路关而不付买路钱^①,经营机械赌具,以及许多违反经济法规的罪,等等。这种区分最早见于教规法:实施了本身邪恶的罪错的牧师应当被免去圣职;实施了法规禁止的罪错的牧师可以不免除圣职。普通法的第一个判例是1496年,它认为国王只能对法规禁止的犯罪行使豁免权^②,而不能对本身邪恶的犯罪行使豁免权。对犯罪进行这样的分类,在当代已经没有多大意义,只在某些案件中判定是否是过失杀人或者伤害有一定作用。

(三) 从法律渊源角度可分为普通法罪和制定法罪

普通法罪(common law crime)也叫法官创立的罪。制定法罪(statutory crime)也叫立法者创立的罪。早期英国国会很少开会,即使开会也很少制定法律。在司法实践中,法官遇到法律没有规定的社会危害行为,可以根据习惯(道德、常识)和法理,把这种行为认定为犯罪,给予刑罚。法官所确认的犯罪,其定义在司法实践中逐渐得到完备与精确,从而相对地固定下来,就形成了普通法罪。官方公布的判例,就是普通法罪的渊源。历史发展的趋势是,大多数普通法罪已被立法机关认可为制定法罪,英国、美国都一样,特别是在美国。有些原先的普通法罪原封不动地被立法机关接受,成为制定法罪;有些普通法罪经过若干修改之后成为制定法罪;另有一些普通法罪已被废除,如自杀罪、渎神罪等。

(四) 其他分类

根据犯罪构成形态,可以分为完整罪和不完整罪。根据犯罪主体数量,可以分为单独犯罪和共犯。根据主体类型,可分为自然人犯罪和法人犯罪。根据犯罪主体的心理状态,可以分为故意罪和过失罪。根据犯罪行为所侵犯的社会利益,可以分为侵犯人身罪、侵犯住宅罪、侵犯财产罪、损害公共道德罪、危害公共秩序罪、妨害政府管理罪,等等。

^① 美国许多州和大城市在进入该州或该市的高速公路上设关卡,汽车通过时需交钱(toll),不交钱则为违章罪。

^② 豁免权(dispensing power),即事先恩准某个人不必服从刑法的权力,它不同于犯罪以后的赦免权(power to pardon)。

第二章 美国刑法的渊源和限制

美国有 52 个司法管辖区(jurisdiction),即 50 个州加上哥伦比亚特区(首都华盛顿市)和联邦,因而美国有 52 个法律系统(legal system)。每一个法律系统都有自己的由制定法和普通法组成的刑事法律制度。每一个司法区除了有自己的立法机关制定的刑法外,还有若干次一级政治单位制定的含有刑罚规范的法律文件,如行政条例、城市法令、地方法规等。

体现在美国联邦宪法中的美国政治体制,对联邦政府和州政府的权力分配作了规定。联邦政府的权力仅限于宪法列举的某几项权力,而州政府则拥有宪法没有列举的其他一切权力。然而,联邦宪法对各州以及美国国会在制定和执行刑事法律方面的权力还是作了某些原则的和特别的限制。经过美国最高法院解释的宪法性限制已经成为控制州和联邦的刑事立法和司法方面的支配力量。

美国的政治体制不仅由联邦制来代表,而且还体现在分权原则方面。就严格坚持分权原则而言,法院系统的职能仅限于解释和运用法律,并不改变或影响立法意图。但是,当法院系统行使控制法律是否“合宪”的权力时,事实上它能够扩大、缩小、改变或影响法律的意图和含义。在这一方面,法院系统被认为具有“准立法职能”。暂且不说司法能动主义的利弊得失,上述模式确实给刑法渊源的确定性方面添加了麻烦。

美国刑法的基本渊源(basic sources)是:(1)美国宪法;(2)源于英国并在美国各州得到了不同发展的关于惩罚犯罪的普通法;(3)州关于惩罚犯罪的制定法;(4)联邦关于惩罚犯罪的制定法。

另外还有两个影响立法和解释、适用法律的次要渊源:(1)法院的判决;(2)立法者和法官的社会信念。法院判决的重要性是明显的,尤其是最高法院的判决,因为它有权解释至高无上的宪法。法院在解释法律时,不是通过遵循前例保存它,就是通过新的解释而改变它。立法者和法官的社会信念的影响作用也是重要的,能够影响到刑法的未来趋势。

根据职能划分,关于基本渊源的叙述次序是:(1)美国宪法中规定的犯罪;(2)联邦刑法;(3)普通法罪;(4)制定法罪。刑事立法的宪法限制(constitutional limitations)另设专节叙述。

第一节 美国刑法的渊源

一、美国宪法中规定的罪

(一) 叛国罪

美国《宪法》第3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，非经该案证人二人证明或经其本人在公开法庭供认，不得受叛国罪的裁判。”这项规定来源于英国爱德华三世统治时期（1350年）制定的《惩治叛逆罪法》。叛逆罪的实质是公民的忠诚义务（忠于君主，忠于祖国）。美国宪法规定的叛国罪以及同叛国相关的犯罪的司法管辖权属于联邦法院。

根据宪法关于叛国罪的规定进行审理的叛国案件是1807年的伯尔案。该案由首席大法官马歇尔主持审理。处理这类案件时要注意在保持人民改变政府的权利和维护民族的完整与安全之间取得平衡。美国最高法院在一项决定中指出，双重国籍不能改变忠诚义务。

宪法授予国会决定惩罚叛国罪的刑罚的权力，联邦刑法也包括了从间谍到泄露政府机密的范围广泛的有关叛国的犯罪。

(二) 弹劾(impeachment)

美国《宪法》第2条之四规定：“总统、副总统及合众国文官，受叛国罪、贿赂罪或其他重罪与轻罪的弹劾和定罪时，应受免职处分。”

多数州在州宪法里对州的行政长官和其他文官也作了类似规定。

根据合众国宪法对总统和副总统的弹劾程序，要求众议院提出一份在性质上相当于公诉书的弹劾议案，然后参议院在联邦最高法院首席大法官主持下作为事实和法律的审判者对弹劾案作出判决。

弹劾条款中关于“其他重罪与轻罪”的含义指什么？在1974年7月对总统尼克松的弹劾过程中引起了争论，后来因为尼克松于8月9日辞职而终止了这场争论。

(三) 海盗和违犯国际公法的罪

美国《宪法》第1条之八规定：“国会有权规定和惩罚在公海上所犯的海盗和重罪以及违犯国际公法的犯罪。”这条规定授权国会通过制定法律或者缔结国际条约把这些危害国际社会的行为作为犯罪来惩罚。海盗和其他一些国

际犯罪已被美国《联邦法典》^①第 18 篇和《军事审判法典》规定为犯罪。因此,提出了关于“违犯国际公法的犯罪”或国际刑法的渊源和适用问题。

(四) 国际刑法

自从第一次世界大战以来,国际刑法(international criminal law)得到了很大发展。通过缔结国际条约和制定联邦法律,国际刑法进入了美国法律。现在,国际刑法已经成为需要认真考虑的刑法渊源。不过,必须指出,美国对一些国际性犯罪(诸如劫持飞机和国际贩运毒品罪)的控告,是按照联邦刑法或美国军事法律的规定作为国内犯罪而提出的。被美国法律认可的国际犯罪有:海盗罪、劫机罪、绑架外交人员罪、非法贩运麻醉药品罪、伪造罪和恐怖行为。种族灭绝、种族歧视、种族隔离等国际犯罪尚未被美国国内法律所认可。

美国当前的政策是,把国际犯罪看作是在双边或多边条约中规定的通常要求缔约国引渡或控告罪犯的那些犯罪行为。如果进行控告,就适用美国法律(联邦法律)。如果进行引渡,国际犯罪只是在根据有引渡要求的双边条约上所列的犯罪才是可以引渡的。^②到 1984 年,美国已同一百多个国家签订了双边引渡条约。因此,批准一项宣布一种行为是国际犯罪并要求控告或引渡的多边条约,按照美国当前的法律和惯例,尚不足以对这种犯罪要求进行控告或引渡,还必须进一步要求被吸收进美国国内法律,并且签订双边引渡条约。

二、联邦刑法

美国宪法许可美国国会按授予联邦机构的那些权力来制定法律。联邦最高法院早就表述过这样的主张:“因为联邦政府是一个受权政府,各级联邦法院在刑事案件中不能行使普通法管辖权^③。根据联邦宪法,各级联邦法院只能行使国会授予的权力。在一个行为可以作为侵犯联邦利益的犯罪而受到刑罚之前,国会必先使之成为犯罪施加刑罚,并宣告法院有这种管辖权。”(1812 年、1816 年和 1883 年等多次决定。)

美国联邦刑事法律的历史始于 1790 年的《治罪法》,该法包括叛国罪、海盗罪、伪造罪、伪证罪、贿赂罪、公海上的谋杀和其他犯罪,以及违反国际公法的犯罪。在其后的 90 年间,所制定的刑事法规散见于《联邦法律汇编》(Statutes at Large)。1877 年制定了《联邦修正法律》(The Revised Statutes),包括按一定标题顺序排列的 227 条刑事违法行为。这一修正法律删除了一些过时的和相互矛

^① 美国《联邦法典》(United States Code),是美国国会通过的联邦法规汇编,共 50 篇,印成 206 卷。其中第 18 篇为“犯罪和刑事诉讼”。第 18 篇的第一部分“犯罪”就是“联邦刑法”。美国《联邦法典》适用于联邦司法管辖区。

^② M. Cherif Bassiouni 著:《实体刑法》,1978 年英文版,第 8 页。

^③ 因为宪法没有授予联邦机构行使普通法管辖权。

盾的法律规范。1909年,国会通过了《编纂、修正、改订联邦刑事法规的法律》,这一法律的综合性强于1877年的法律。1948年,把联邦刑事法律进一步整理和编纂成美国《联邦法典》第18篇。第18篇仍需要修改并使之现代化(例如,第1652条中有“以任何外国王子的名义实行的海盗行为”,现在已经成为不大可能的犯罪)。从1948年以来,第18篇虽然修改了几百条次,但是许多刑事违法行为仍没有被包括进去,例如:(1)美国《联邦法典》第42篇中《原子能法》(The Atomic Energy Act)里的泄密罪和破坏罪;(2)第49篇中的劫机罪;(3)第21篇中的麻醉品和危险药品罪;(4)第26篇中的逃税罪;(5)第15篇中的商业贸易方面的一些犯罪行为;(6)第22篇中的外交关系方面的一些犯罪行为;(7)第29篇中的劳动法方面的一些犯罪行为;等等。联邦刑事法律法典化^①还涉及这样的问题,有许多属于行政违法行为却用刑罚方法(罚金或监禁)来处理。1973年1月4日提出的、1974年10月15日修改过的关于联邦刑事法律法典化的参议院一号提案(即供讨论用的《联邦刑法典草案》)建议稿,由1966年根据国会决议成立的“改革联邦刑事法律全国委员会”提出,除了10章总则以外,8章分则是:第11章“国防方面的犯罪”;第12章“国防事务方面的犯罪”;第13章“政府活动方面的犯罪”;第14章“税收方面的犯罪”;第15章“侵犯个人权利的犯罪”;第16章“侵犯人身的犯罪”;第17章“侵犯财产的犯罪”;第18章“危害公共秩序、安全、健康和福利的犯罪”。这个草案因其刑法触角过长,篇幅过于浩繁而遭到批评。当然,要在立法机关批准这样一部重要法典草案,主要障碍不是技术方面的,而是政治方面的。一般认为,正式制定《联邦刑法典》乃是遥远的将来的事情。

美国《宪法》第2条之二规定:“总统为合众国陆海军大元帅,并在州的民团被征至合众国服务时统率州的民团”。根据本条以及第1条之八(国会权限)的规定,国会拥有制定军事法律的权力,并给予总统按《戒严法》采取行动的权力。现在美国的军事法律称为《军事审判法典》(Code of Military Justice),列入《联邦法典注解》(U. S. Code Annotated)第10篇。此法典统一适用于美国的陆海空军现役军职人员。本法典包括实体法和诉讼法两部分。它建立了一套军事法院系统,规定了犯罪和刑罚,规定了广泛的诉讼指导原则以及符合宪法“正当程序”条款精神的被告人的权利等。本法还规定了“自动上诉审查制”(System of Automatic Appellate Review),据此每一军种建立一个军事审查法院,自动审查判处1年以上监禁的案件。此外,还有一个由3名不穿军服的法官组成的军事上诉法院(the Court of Military Appeals),受理来自全军的上诉案件。

^① 法典化(codification),即把同类性质的零散、混杂、不完整的法律规范加以整理、增删,使之形成一个有系统的整体法。

联邦刑法的效力范围。联邦刑法以属地原则为主,属人原则为辅,主要适用于:(1)不属于任何州的联邦领土,如美国域外领地;(2)联邦“飞地”,即位于一个州内但不属州管辖的地方,如军事基地、军港、国家公园等;(3)在公海上或在外国领水或领空中的美国船只和飞机;(4)在公海上或在外国领土上的美国公民;(5)任何人对总统、副总统、国会两院领导人、政府高级官员以及外国派驻美国的外交官员等所实行的犯罪;(6)外国人在外国领土上实行侵害美国政府(不是美国公民)的犯罪活动;(7)州无权管辖的或者州与州之间在管辖上有争议的案件。

联邦刑法管辖的案件由联邦法院系统审理,如果被告人被判监禁刑,则交联邦监狱执行。

如果一个案件联邦刑法和州刑法都可以管辖,则根据“联邦优先”原则由联邦法院管辖。州刑法的效力范围基本上采取属地原则,只要犯罪行为或者行为的结果有一项发生在这个州,就属这个州管辖。如果是沿海的州,还包括3海里领海在内(有的州主张宽于3海里)。1941年,美国最高法院在一项决定中认为州有权管辖本州公民在州外的犯罪行为。

另外,有的州在效力范围上也像联邦法一样采取保护原则,即外州公民在外州实行犯罪但侵害了本州利益,则本州对此项犯罪有管辖权。保护原则限于保护国家利益,所以外州公民在外州实施侵害本州公民的犯罪,本州刑法无权管辖这类犯罪。

三、普通法

普通法(common law)这一概念在不同场合有不同含义:(1)指一个法系,用以区别大陆法系或社会主义法系;(2)指全国通用的法,用以区别地方性法规(local ordinance);(3)指以习惯和判例为基础的法,用以区别立法机关通过的制定法(statutory law);等等。此处所说普通法是指第三个含义。

(一) 历史发展

英国的普通法发源于习惯并通过法院判例得到发展。1066年诺曼底征服英国之后,建立了皇家法院(Curia Regis),审理严重的犯罪案件。皇家法院的判例逐渐代替了过去以地方法院判决为基础而形成的习惯规则。普通法因为它最初由习惯性实践所形成,所以常常被说成是“不成文法”(unwritten law)。其实在它的发展过程中出现了许许多多经过整理的“成文”的东西。早在11世纪,对犯罪的控告活动定期地被编制成册,题名为“君王诉讼”(Pleas of the Crown),其中有对犯罪的要件的记述。此外,通常的犯罪已被收录进早期撒克逊和诺曼底国王敕令汇编中。因此,惩治犯罪的普通法或者普通法的具体犯罪定义并不是不可查明的,也不是没有特定内容或精确含义的概念。实际上,一些著名英国

法学家,诸如布拉克顿(13世纪)、科克(17世纪)、霍金斯(18世纪)、黑尔(18世纪)、布莱克斯通(18世纪)等,收集了英国的刑事法律,并且在他们的论文汇编中包含了许多惩治犯罪的普通法以及他们自己的评论和解释。1858年,纽约的一个法院判决中反映了美国对普通法的认识:“英国的普通法可以被认为是由圣贤发表的意见中或者由古老的普遍的习惯中推演出来的并且得到法院认可的一些原则的集合。”

英国普通法对美国殖民地的直接适用,开始于1607年(英国取得北美大陆的第一块殖民地),终止于1776年(独立战争胜利,美利坚合众国诞生)。但是,由于英国普通法对美国法的“加入”以及随后的发展,使得它对美国法的影响永久存在。

美国独立之前的半个世纪中,英国刑事立法的主要特点是:罪名大量增加,刑罚严酷,任意适用死刑。在此期间,英国议会出于明确的政治目的制定了一些科刑严厉的紧急法令。这些法律因为起草工作拙劣,给某些普通法罪名的内容和含义带来了混乱。反过来,这又促进了刑法改革运动。美国殖民地开拓者在适用普通法时也受到了刑法改革运动的影响。在英国,同时也在美国,最有影响的法律改革家是边沁(1748—1832年)。在改革运动的影响下,英国的刑法已经并且将继续发生变化,但是还没有法典化。与此同时,美国已经迈入了法典化进程。

(二) 美国法接纳英国普通法及其发展

1776年7月4日,英国普通法在美国停止直接适用,这是国家主权原则决定的。但是由于历史的联系,美国明显地接纳了英国的刑事法律。这种接受过程通过下列方式来完成: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者被拒绝都取决于各州的立法机关和司法机关。即使州或者联邦通过了某项和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。

1907年,纽约州上诉法院在一个判决中声称:“美国人认为英国的普通法是他们的自然的遗产。普遍的原则一向是,普通法是我们的天生权利和继承权利,我们的祖先在移民时就把普通法带到了这里。我们现在的法律制度的全部结构就树立在普通法的基础之上。……1777年通过的纽约州的第一部宪法规定,凡是公元1775年4月19日确已成为纽约殖民地法律的那些英国普通法、英格兰和大不列颠的制定法和本殖民地立法机关制定的法令,都将继续成为本州的法律……本州的第二部和第三部宪法也作了类似规定。1894年的州宪法第1条之十六规定,凡是1775年4月19日确已成为纽约殖民地法律的那些至今尚未过时或未被废除的普通法和本殖民地立法机关制定的法令,都将继续成为本州

的法律……但是同本宪法不一致的普通法和法令,都应予以取消。……宪法和法律应当参照普通法的原理来进行解释。”^①

肯塔基州的方式是附有限制条件地接受普通法。《肯塔基州宪法》第6条之八规定,已被弗吉尼亚州接受的英国普通法和国王詹姆斯一世第四年(即1607年)以前为协助普通法正式适用而由英国议会制定的一切法律法令,在1792年6月1日被采纳,作为本州的法律。

在殖民地时代,同英国普通法不一致的法规通常是被禁止的,但是在独立宣言之后,根据公认的英国素材创建了适合当地情况的法律实体。它们包括法律、法院判决和学者著作,但是仍然受到18世纪末由边沁推动的英国法律改革运动的影响。

在美国,实体刑法的发展各州互有差异,因为它们都是从各自的具体情况和需要来接受普通法的。不过,从共同历史特点来看,大致有五个发展阶段:(1)“殖民地”时期;(2)从美国革命到南北战争的“形成”时期;(3)经济、政治和法律“稳定”时期;(4)工业化、城市化社会和“福利国”时期;(5)“现代法典化”时期。

英国普通法在美国法院的判例及其解释和运用,使美国的刑法产生了许多含混和不确定性,这些因素促成了一些州的刑事法律的法典化工作。

四、制定法和法典化运动

自亚里士多德以来的哲学家思想家一直认为,被法律禁止的行为预先晓谕是司法制度有效性的必不可少的前提。法律规范的激增,更使得平民百姓不可能全部了解这些分散的、没有系统的、体现在各种法令和判例中的法律。这是刑事法规法典化运动的重要起因。

刑事法规法典化工作在西方刑事法制史上是早已有之的。比较著名的有:529年东罗马帝国的《查士丁尼法典》(尽管刑事法规并非是其主要内容),1532年神圣罗马帝国的《加洛林纳刑法典》,1810年《法国刑法典》,1871年《德国刑法典》等。在英国,培根、科克和边沁的著作是法律改革运动的基础。在美国,1803年爱德华·列文斯顿领导的改革运动,导致1826年提出了路易斯安那州刑法典草案(终未通过)。大卫·菲尔德及其同事们在1865年为纽约州提出了一部刑法典草案(1881年州议会通过),在美国刑法史上有重大影响。

在19世纪和20世纪初,多数州的立法机关制定了处理犯罪的法规条例,其中不少是对存在于该州的普通法的法典化。这一运动采取了两种形式:(1)全部犯罪都规定在制定法中,刑事控告完全根据制定法。这就是说,普通法罪(由

^① 见 M. Cherif Bassiouni 著:《实体刑法》,1978年英文版,第18页。

判例形成的罪名)已被废除,法官不能创造新罪名。废除普通法罪,并不意味着废除普通法的原则和制度(如一些免罪原则和诉讼制度)。法官虽不能依据普通法来定罪,但仍可以引用体现某个普通法原理的判例来作为判决理由。(2)部分犯罪规定在制定法中,对另一部分犯罪(即制定法没有规定的犯罪)的控告仍然依据普通法。到1980年,普通法罪已法典化的州和地区有:亚拉巴马、阿拉斯加、亚利桑那、阿肯色、加利福尼亚、哥伦比亚特区、佐治亚、爱达荷、伊利诺伊、印第安纳、缅因、密歇根、密西西比、密苏里、内布拉斯加、内华达、新墨西哥、北达科他、南达科他、俄克拉荷马、南卡罗来纳、田纳西、华盛顿、怀俄明等24个。这就是说,现在美国有半数州不再沿用普通法定义来定罪。废除普通法罪,并不等于法官判决中不能引用以前的判例。相反,法官常常援引判例来解释现行法律条文,特别是法官之间对同一案件有不同意见时,判例就会作为一种立论根据而出现在“判决理由”中。无论多么详细具体的法律,适用在千变万化的现实生活中,经常会出现一些新情况需要法院在适用法律时加以解释。例如,破门入户罪^①是一个常见的罪,法律规定的定义也相当具体:“为了犯重罪而非法地打破并进入房屋建筑物的行为。”关于“打破”一词,用钥匙“打开”门是不是“打破”?门原来没有上锁,“推开”这个门算不算“打破”?关于“进入”一词,撬开窗户后“伸进”一只手算不算“进入”?或者打开门放进一只经过训练的猴子是否算“进入”?按法律定义,“打破”在先,“进入”在后。反过来,先进入后打破,是不是构成这一犯罪?例如,A“进入”B家半开的大门(这不是“打破”),然后又“打破”窗户,但没有再“进入”内室。这些问题,由一个一个判例加以解释和解决。这些判例就成了后来的法官适用这条法律的必要参考。

路易斯安那州的法律制度,不仅可以追溯到英国普通法,还可以追溯到法国民法,但是根据1805年的一项法律,在刑事司法上适用普通法。

美国刑法在当代发展阶段的基本特点是制定综合性的刑法典,这种法典必定包括总则(*general provisions* 或 *general part*)和分则(*specific offenses* 或 *special part*)两大部分。总则规定刑事责任的一般原则和刑罚制度的基本内容。^②总则部分的发达标志着法典化程度的提高。分则内容同历史上的法律相比,比较突出的进步是按法律保护的社会利益对各种具体犯罪进行归类。

对整个美国的刑事法律的修订和法典化有重大影响的是美国法学会(American Law Institute)拟制的《模范刑法典》(*Model Penal Code*)。这项工作开始于1931年,当时这一工作由改进刑事司法联合委员会负责进行。第二次世界大

^① 破门入户(*burglary*)作为普通法罪可以译为“夜盗”;作为制定法罪译为“破门入户”为宜,因为“夜晚”不再是其构成要件,而且不一定为了盗窃。

^② 有些州把刑罚规定在单独的法律中,如伊利诺伊州把刑罚规定在《统一刑法典》中。

战结束之后于1951年又恢复了这项工作。草拟《模范刑法典》的目的是给各州修订刑法典或者制定现代刑法典提供一个范本,以补救当时刑事法律在定罪、量刑和刑罚执行方面概念不确切和缺乏综合考虑之不足。例如,1961年以前伊利诺伊州的刑事法律中用来表述犯罪心理状态的术语就有18个,而《模范刑法典》只有四个术语代表四种不同的心理状态。《模范刑法典》经过几次易稿的《最后建议正式草案》在1962年公布。^①这个法典本身并不是具有约束力的法律,但它有着很高的学术价值和示范意义。《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。它的示范作用表现在,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者重新制定,使之成为“现代刑法典”。例如,威斯康星(1958年)、伊利诺伊(1961年,1974年又作重要修订)、明尼苏达(1964年)、纽约(1967年)、堪萨斯(1970年)、科罗拉多(1971年)、康涅狄格(1971年)、夏威夷(1971年)、特拉华(1973年)、蒙大拿(1973年)、新罕布什尔(1973年)、俄勒冈(1973年)、宾夕法尼亚(1973年)、得克萨斯(1973年)、犹他(1973年)、肯塔基(1974年)、俄亥俄(1974年)、新墨西哥(1977年)、印第安纳(1977年)、缅因(1978年)、新泽西(1979年)等。

《模范刑法典》不仅在刑法的犯罪部分对各州的立法工作产生了重大影响,而且对判刑制度和刑罚执行方面的改革也起着积极作用。这个法典在判刑和行刑方面的基本指导思想是:在保护社会利益的同时给罪犯提供改过自新的机会。这个思想在1972年伊利诺伊州《统一行刑法典》^②中得到了很好的体现。伊利诺伊州《统一行刑法典》通过确立标准和设定限制,在立法机关、法院和刑罚执行机关之间恰当地分配了刑罚权。

《模范刑法典》共220页^③,由四部分组成。第一部分为“总则”,共7条,占76页。第1条“序言”,主要内容是目的、结构原则、犯罪分类、时效、空间效力、责任证明原则、一般定义。第2条“能力的一般原则”,包括:犯罪行为、四种犯罪心态、因果关系、错误、绝对责任、共犯、法人犯罪、醉酒、被迫行为、军事命令、被害人同意、警察圈套等。第3条“合法辩护的一般原则”,包括:执行公务、紧急避难、合法防卫、财产犯罪中的合法辩护等。第4条“责任”,包括:排除责任的精神病、精神病证据、精神病鉴定、未成年等。第5条“不完整罪”,包括:未遂、教唆、共谋、持有犯罪工具,未遂、教唆、共谋的处罚等级。第6条“对罪犯的处理”,包括:重罪的等级、罚金、对法人犯罪的刑罚、青少年罪犯、对重罪的监禁刑(普通刑期和加重刑期)、对轻罪和微罪的监禁刑(普通刑期和加重刑期)、假

① 从1953年至1962年共易13稿。

② 《统一行刑法典》原文 Unified Code of Corrections,也可以译为《统一矫正法典》。

③ 其中包括目录12页。

释、监禁场所、减轻定罪、民事处置。第7条“法院的判刑权”，包括：阻止判监禁刑和缓刑的标准，判处罚金的标准，对重罪犯、轻罪犯和微罪犯判加重刑的标准，数罪并罚，判刑程序，交付观察，行刑矫正，专员提请重新判决。第二部分为“具体犯罪”，占62页，共16条，98个罪。对具体罪的量刑制度采不定期刑模式，只规定犯罪等级（即刑罚等级）而没有具体刑罚幅度。第三部分为“处遇和矫正”，占45页，共6条。第1条“暂缓监禁和缓刑监督”；第2条“罚金”；第3条“短期监禁刑”；第4条“长期监禁刑”；第5条“假释”；第6条“与执行监禁刑相连的权利的丧失和恢复”。第四部分为“矫正机关”，占26页，共5条。第1条“矫正局”；第2条“假释委员会”；第3条“监所机构的管理”；第4条“假释管理处”；第5条“缓刑监督管理处”。本书的篇章结构主要是参考《模范刑法典》的体系。

美国刑法的渊源，除宪法、制定法和普通法（法院判例）之外，还有行政条例和地方法规。美国刑法中的有些犯罪定义是由联邦政府、州政府和地方当局制定的条例和法规中规定的。这是美国刑法复杂化的一个重要原因。

第二节 美国刑法的宪法限制

美国刑法的宪法限制，即宪法对刑法的限制。对刑法的限制，指国家刑罚权要受限制。刑罚权体现在刑事立法权和刑事司法权上。刑罚权是非战时期国家手中最厉害的权力。刑罚犹如双刃利剑，用之得当，利国利民；用之失当，害民害国。用之得当的重要保证是刑罚权不得滥用，刑罚权受制约的积极意义正在于此。权力不受制约必定走向腐败，这是一条社会规律。对刑法进行制约有多种途径，宪法限制是首位。

如前所述，美国宪法规定了某些犯罪并授权国会制定刑事法律，另外，宪法对州和联邦政体的刑事立法也设置了某些限制。这些限制可以归纳为三类：

（1）宪法本文中刑事立法提出的禁止性条款，第1条之九和十禁止国会和各州通过追溯既往的法律和剥夺公权的法案；

（2）宪法修正案第1条、第2条、第5条、第8条和第13条中宣布的宪法权利不受侵犯；

（3）正当程序条款对制定刑事法律的内容、形式和语言的限制。

在历史上，剥夺生命、自由和财产的刑事制裁一直是专制统治的方便工具，封建统治者运用刑罚只是为了维护他们自己的利益，不是达到合理的社会目的，所以制定和适用刑法是有限制的。美国宪法对制定刑事法律的限制正是吸取了历史的教训，是资产阶级革命的产物，是社会的进步。有些学者认为，保护（社会）权利最得力的工具常常也是侵犯（个人）权利最厉害的手段，刑法就往往如此。给制定和适用刑法设置合理的限制，其基本哲学思想在于：只有在“两个

保护”(保护社会利益和保护个人利益)取得平衡的基础上,刑法才能发挥最理想的效能。所以,对刑法的宪法限制并不是“有利于犯罪”的消极因素,而是发挥刑法的制裁力并防止刑法被滥用的积极保障。防止刑法被滥用,可以通过多种渠道来实现,最重要的还是法律本身的保障。美国宪法要求刑事司法活动根据这样的宪法原则进行——未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产,以及每个人都应受到法律的平等保护。

一、刑事立法的特别宪法限制

(一) 禁止剥夺公权法案

美国《宪法》第1条中规定了禁止联邦国会和各州议会通过“剥夺公权法案”(Bills of Attainder)。

英国历史上的“剥夺公权法案”允许对想象犯有叛逆罪和其他该判死刑的重罪者剥夺公民权;由于公民权被剥夺,不仅随之丧失了职位、称号和财产(动产和不动产),而且也丧失了要求接受正常司法程序审判的权利,因此实际上就是允许不经审判而直接处以死刑。这是明显的独裁专横,而且实际上使立法机关行使最高治权,可以抛开司法机关及其正常程序来行使司法权。作为资产阶级革命产物的宪法当然要禁止这种专制的“剥夺公权法案”。根据宪法的基本精神,不仅禁止不通过正常司法程序处死刑,而且也禁止不通过正常司法程序处其他较轻的刑罚。

根据1867年美国最高法院在一个判决中的解释,“剥夺公权法案,就是立法机关制定的不经司法程序而直接处以刑罚的法令”。

1946年,美国最高法院的一个决定被认为具有里程碑意义。有三个人因为从事“颠覆”活动而被按照国会的一项法令开除了公职。最高法院认为,立法机关在它的权限内可以制定开除公职的规范,但是它不能把这个规范适用到该受法律谴责的行为还没有经过审判的那些人身上。因为这个立法机关规定的“处罚”(此处“处罚”概念大大宽于英国早期法的“处死”)未经司法程序,所以被认为是违反宪法规定的“禁止剥夺公权法案”。1950年、1951年、1954年和1972年,最高法院都作出过类似1946年的决定。

根据《宪法》第1条和第3条以及第5条修正案的精神,“剥夺权利”和“没收财产”不作为刑罚种类(对叛国罪犯剥夺公权终身是宪法允许的)。《纽约州刑法典》第60条民事处罚(civil penalties)规定:“法院可以在有罪判决中依法作出没收财产、暂停或者吊销执照、开除公职或者其他民事处罚和适当决议。”把没收财产和剥夺权利作为有罪判决的附带部分并由法院宣告的“民事处罚”,这是美国许多州的做法。

(二) 禁止追溯既往法律

追溯既往法律(Ex Post Facto Laws)就是许可对该法律颁布以前的无罪行为追究责任的法律。追溯既往的法律不符合“先喻后行”的公正理念,不利于社会生活的稳定和民权的保障,因此这种法律也就成了资产阶级革命的对象之一。

美国宪法关于禁止立法机关通过追溯既往的法律的规定,要求作为犯罪来控告的行为必须在实行这种行为时就被法律规定为犯罪,排除法律的溯及力。这一原则的必然结果是,一项已被废除的法律不能作为对其废除生效之后的“违犯行为”进行定罪的根据。

1798年,美国最高法院在一个判决中对追溯既往的刑事法律下了这样的定义:“(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负较重证明责任的案件现在按较轻证明责任进行追诉的法律。”前三项属实体刑法,第四项是诉讼法(证据法)。

禁止法律溯及力的规定,就时效而言,究竟是指犯罪行为的实施时间,还是犯罪结果的发生时间?假定某被告人对被害人实施致命打击的日期是2月1日,2月10日一项加重惩罚杀人伤害行为的新法生效,被害人于2月15日死亡。究竟应按新法还是旧法处理?1856年有个法院决定认为,禁止法律追溯既往规定的理论基础是,法律正义在于行为前的警告,因此上述案件不适用新法。

宪法禁止法律追溯既往的规定,通常被理解为是对刑事法律而言,并不是对民事法律,虽然民事法律中也可能有追溯既往的问题,但它按另外的理由来处理。

宪法禁止法律追溯既往的规定,通常被理解为“加重不得追溯,减轻不受此限”。这就是说,新法颁布以前实施的某一犯罪行为按旧法处罚较重,而新法处罚较轻的,适用新法。这样做主要是出于政治考虑。

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。1913年,美国最高法院在罗斯上诉案中明确地表达了这个看法,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。但是,1964年美国最高法院在鲍伊上诉案决定中改变了以前的观点(最高法院不受自己判例约束),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。”实际上,这种主张不能广泛地被适用,因为美国法律制度的历史基础是判例法,判例法的核心是遵循先例(stare decisis),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

院的一项同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与严格。

二、行使宪法保护的权利不得定为犯罪

宪法修正案第1条、第2条、第5条、第8条和第13条规定了保护个人的言论、结社、集会、宗教信仰自由的权利以及备带武器的权利;规定了不得强迫被告人认罪;规定了禁止残酷的和非常的刑罚,禁止奴隶和强迫劳役。这些宪法保护的个人的权利经过相当一段历史时期通过司法解释都有了发展变化。这些权利有时受到限制,有时得到扩张。这些权利中的任何一项都不能被说成是绝对的,实际上每一项权利都是特定社会背景下对冲突利益的司法权衡的产物。

(一) 第1条修正案

美国《宪法》第1条修正案清楚地禁止制定任何剥夺公民的宗教信仰自由、言论出版自由、集会请愿自由的法律。最高法院在一系列决定中指出,第1条修正案规定的各项权利也适用于各州。

在刑法领域里,常常涉及把以特殊方式行使这些宪法权利的行为规定为犯罪的那些法律。虽然宪法保护言论、出版自由,但是最高法院在1925年的一个判决中指出,如果这种自由产生“明显的和现实的危险”,那么国家就可以“干涉这个权利”。“明显的和现实的危险”就成为国家干涉行使第一条修正案保护的权利的标准。1941年,大法官布莱克说:“明显的和现实的危险”是一个工作原则,“只有当实质罪恶是非常严重的和高度现实的,言词才能被作为犯罪来惩罚”。如果第1条修正案保护的自由权利没有达到“明显的和现实的危险”的地步,国家予以干涉,就是违反宪法。据此,最高法院于1972年在一项决定中认为佐治亚州的一个法律违宪。该法律规定:“在没有受到挑衅的情况下,当面对他人使用……辱骂性语言,会引起扰乱治安的……构成轻罪。”

国家不侵犯公民的和平集会的权利;同时,国家确实有责任维护公共秩序,因而可以在某种程度上调节这个权利(1972年加利福尼亚上诉法院的判决词)。

(二) 第2条修正案

美国《宪法》规定:“出于维护自由国家安全的必要,人民备带武器的权利不受侵犯。”控制使用武器的法律以及如何解释第2条修正案的涵义和范围,一直存在着争论。这种争论在里根总统遇刺后更趋激烈。一方认为,为合法目的备带武器是宪法保护的权利,国会不得通过法令来侵犯公民的这一权利;另一方认为,枪支管制法律对国家行使治安权(police power)是必要的和合理的。目前,美国法律上对私人武器的控制主要在于:禁止持有或携带无执照的武器,禁止无执照者在州际贩卖武器,购买武器前30天应向警察局申请登记。

许多美国人认为,第2条修正案在制定宪法时具有重大的历史意义,今天的

社会背景已经大大不同于200年以前的情况,私人武器过多^①,防卫的益处抵不上杀人的害处。美国的杀人犯罪率达万分之一(1982年)这样的惊人高度,不得不承认同枪支管制太松有十分紧密的联系。1982年,《新闻周刊》的一次民意测验表明,有60%的美国人赞成制定比较严格的枪支管制法。到1982年春,全国有400个大小城镇通过了类似伊利诺伊州的莫顿小镇于1982年初制定的枪支严控法规,旧金山市长认为最好采取全国统一行动来严格限制私人枪支。反对意见也很强大,例如,“全国步枪协会”就有近200万积极活动成员“坚持和维护”宪法第2条修正案。在这方面,资本(军火商)的力量是不可忽视的。1982年3月,佐治亚州的肯尼索小镇通过了一个不平常的法令,规定每户户长必须备有一支枪,以便保卫自己的家庭免遭罪犯袭击。有人认为这是对伊利诺伊州莫顿小镇早些时候的法令的抗议。可见,制定一个全国性的严格管制枪支的法律是很困难的。

(三) 禁止强迫认罪法律

美国《宪法》第5条修正案规定:“在任何刑事案件中不得强迫任何人证明自己犯罪。”禁止“强迫认罪”(compulsory self-incrimination)这项权利来自英国普通法。这一权利被认为是人类争取自身文明化的产物,它有助于保护思想自由,免受政府的思想追诉。这项权利也叫做“沉默权”(the right to remain silent)。在刑事诉讼中,证明犯罪的责任由控告一方承担,由此得出被告人有沉默权的结论。

(四) 禁止“一案再审”(double jeopardy)

美国《宪法》第5条修正案规定的同一犯罪不得两次受审判的法律原则,可以追溯到希腊和罗马法(如6世纪查士丁尼《学说汇纂》第48卷),教会法规中也有类似说法:“上帝不会两次惩罚同一罪孽。”到13世纪中期,英国普通法中也确定了这个原则。在当代,它已作为基本人权之一被规定在许多国际性文件中,如《人权宣言》等。在美国,除联邦宪法外,还有45个州的宪法也规定了这个原则。

一案再审和几个主权国问题。最高法院在一个决定中指出,一案不再审的联邦规定,不仅适用于联邦司法区,而且也适用于各州。这是以同一个主权国为前提的。就是说,同在联邦司法区里或者在同一个州里,不能对同一案件两次起诉。但是,这个决定并不解决两个主权国都有权管辖同一案件这样的问题:两个不同的州,或者联邦和某一州都有权管辖某一个案件时,能不能对同一案件两次提起诉讼?1959年,最高法院同时在两个决定中重申了1852年最高法院决定中第一次宣布的联邦制双重主权原则(一个州的公民同时也是美利坚合众国的

^① 美国民间的私人武器达到平均每4个人有1支枪的数量。

公民),认为这种情况下对同一案件相继由州和联邦起诉是合宪的。紧接着最高法院的决定之后,美国司法部长发表了如下政策声明:“在州起诉之后,对同一案件就不应再进行联邦审理……除非有不可辩驳的理由。我们应当尽力同州和地方当局合作到底,联邦和州都可管辖的案件究竟在何处审理取决于最好的公众利益。如果这个办法能被州和联邦司法当局以合作精神所接受,那么对同一案件就很少会再次提起诉讼。”^①二十多年来的司法实践基本上按照这一政策精神办理。

(五) 禁止“残酷的和非常的刑罚”

残酷的和非常的刑罚(cruel and unusual punishment)被美国《宪法》第8条修正案禁止。最高法院在决定中认为这条修正案不仅涉及法院的判刑,而且包括监狱犯人的处遇和生活条件。

1688年,英国《民权宣言》已把禁止残酷刑罚作为基本法律的组成部分,其初衷是在一定程度上限制当时斯图亚特王朝的刑讯拷打和野蛮刑罚,诸如颈枷刑、砍头、挖内脏、四马分肢等。禁止残酷刑罚原则在殖民时期的立法和多数州宪法中就有体现,此后又被吸收进宪法修正案。

刑事制裁的方式总是同一定的体现为价值观念和道德标准的社会文化紧密相连的,因为刑罚度(刑罚的量和质的统一)本身就是一种文化形式。尽管一个犯罪事实(如杀人就是把人杀死)千百年不变,但是由于社会文化不断发展,对这个犯罪的制裁方式就会随之不断变化。而且,对西方刑事司法制度的研究表明,刑事制裁方式同刑事诉讼方式之间存在着内在的联系,刑罚越严厉则刑事诉讼越自由化——限制性规定少,随之被告人诉讼权利也少。例如,1765年布莱克斯通估计英国的死刑法律条款有160个,1821年死刑条款增加到200左右。当时英国的死刑罪条款远远多于欧洲大陆国家刑法中的死刑罪条款^②,与之相应的英国的刑事诉讼制度也比给予被告人较多权利(至少在理论上)的其他欧洲国家的诉讼制度自由得多。基于这种背景,英国人以极大的兴趣注意18世纪中期在欧洲大陆上发展起来的人道主义刑罚学说。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中提出了刑罚轻重与犯罪大小相当的刑罚适度理论。伏尔泰推进了这种思想。人道主义刑罚理论被表述得更为完整的是意大利刑法学家贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》(1764年)。贝卡里亚的刑罚理论基本上就是同犯罪性质相一致的、适度的、确定的和速决的刑罚理论。

由于受到大陆学者的鼓舞,威廉·伊登在1771年发表了她的《英国刑法原

^① 《纽约时报》1959年4月6日。

^② 例如,1789年法国革命前,死刑条款达115个;1810年刑法典虽然保留某些残酷的执行死刑的方法,但是死刑罪已大为减少,不及革命前的一半。

则》。他根据人道主义刑罚理论,把刑罚视为威慑力量,而不是报应手段。在这一理论影响下,英国废除了一些过时的法规,并且对其余法律进行了修改和补充。当然,影响最大的法律改革家是边沁。他的功利哲学是个人主义的,他的刑罚思想是主观主义的。但边沁的刑事责任理论是进步的,他认为只有证明被告人已认识到行为的结果(具有犯罪意识)才能让其负刑事责任。刑罚对犯罪人的个别威慑和对社会的普遍威慑是他在《道德与立法的原则以及刑罚的基本理由》(写于1775年前后,发表于1811年)中所阐述的刑罚学说的核心。在社会舆论的压力下,在法律改革派的推动下,英国议会在1829年对一些较轻的罪(如某些侵犯财产罪)废除了死刑。在改革中意义最重要的事也许是抛弃了“犯罪只能用死刑来抑制”的思想,于是死刑适用范围渐渐缩小。

美国最高法院对“残酷的和非常的刑罚”的较早的解释是“不必要的残酷与痛苦”,“非常”是对“残酷”的修饰性词语,而不是独立的一项内容。

大法官菲尔德在1892年的一个判决的反对意见中扩大了“非常的刑罚”的概念,他认为第8条修正案旨在“反对一切同所指控罪行明显地不相当的过长或过严的刑罚”。

首席大法官沃伦在1958年一个判决意见中说:“本法院很少解释第8条修正案的精确内容”,此内容不是静态的,而是从“不断发展的标志着成熟社会进步的体面标准中吸取它的意义”,这条修正案的“基本概念是人的尊严”,目的是为了维护“受到文明处遇”的原则。

1977年,最高法院在一个决定中认为,出于维护纪律的目的对中小学生的体罚是许可的,并不违反宪法第8条修正案。

(六) 禁止奴隶制和强迫劳役

1865年颁布的第13条宪法修正案规定:“合众国境内或者属合众国管辖区域内,不准有奴隶制或强迫劳役的存在,唯用以惩罚犯罪者不在此限。”联邦或州立法机关制定的有悖于这一规定的任何法律均属无效。根据1944年和1971年最高法院的解释,这条修正案不仅针对国家,而且也适用于构成奴隶制或强迫劳役的私人行为。

最高法院认为征召服兵役、强征公差、强迫支付赡养费等法律、法令是合宪的,但要求精神病院的病人进行并无治疗价值的强制性劳动是违宪的。

监狱犯人明确地被排除在第13条修正案的范围之外。虽然监狱当局可以要求被判罪的犯人从事劳动,但是在刑事案件中对贫困被告人用监禁劳动来偿付诉讼费则构成宪法禁止的强迫劳役。同样,如果不是罚金与监禁并处,而是单处罚金,那么这种情况下的罚金就不能因为贫困的被告人付不出罚金而改处监禁。

三、正当程序条款限制

“正当程序”条款(“due process” clauses)有两类:首先是实质性限制,它限制立法机关制定刑事法律的权力;其次是程序性限制,它涉及刑事法律的形式和语言。合众国宪法和州宪法都有“正当程序”条款。“正当程序”的政治内容远远超出它的字面含义。

(一) 实质性限制——危害公众、私权和身份

美国《宪法》第5条和第14条修正案都作了这样的规定:未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。第5条和第14条分别适用于联邦和各州。这一宪法规定被认为是对立法机关确认什么行为构成犯罪的总的政策性限制。

刑法的目的是为了保护个人利益和社会利益。虽然在一种形势下刑事法律可能侧重于保护个人利益,在另一种形势下可能侧重于保护社会利益,然而要求受到刑罚制裁的行为不仅对个人而且必定对社会具有侵害性是确定不变的。因此,刑法干预的是那些侵害个人利益同时也侵害社会利益的行为。这里的问题在于,哪些侵害类型以及侵害达到何种程度的行为才应受到刑罚制裁。或者说,还没有达到刑法干预程度的侵害行为就不应当使之犯罪化(criminalization),即不应当被立法机关认定为犯罪。否则,就在实质上违背了宪法“正当程序”条款。

另一个问题是,某种行为仅仅涉及私人之间的利害关系而并不侵害社会利益。对此美国最高法院1965年在格里思沃德上诉案中提出了“私权”(right of privacy)理论,认为这种行为属于私权不应当被犯罪化。因此,最高法院在本案决定中使一个把传播避孕工具消息定为犯罪的州法律失去效力。最高法院在许多决定中还认为,宪法修正案诸如第1条、第4条、第5条、第6条和第9条等特别规定中的某些边缘性东西都含有“正当程序”的内容;凡缺乏可查明的社会危害的私人活动不应当在法律上规定为犯罪,这也是一种“正当程序”实质性限制。私权并没有明显地规定在宪法中,而是《人权法案》的边缘性半影(penumbra)^①,是宪法明文规定的特别权利保护的扩大解释与运用。最高法院对某些色情案件、堕胎案件和吸大麻烟案件以“私权”理论为根据而认为无罪。还没有判例表明,最高法院把“私权”理论运用到那些所谓“无受害人犯罪”(victimless crimes),如赌博、卖淫、通奸、持有麻醉品等案件中去。

最高法院认为,法律把那些根据人的身份和状态(如流浪、吸毒成瘾、慢性酒精中毒)规定为犯罪是不合刑法目的和基本原则的。刑法惩罚的是人能控制

^① 即半明半暗、似见非见的东西。

的自由意志行为,而所谓“身份罪行”(status criminality)则是身份和状态,并不是可控制的意志行为(即使形成目前此种状态的开初阶段含有可控制的意志行为)。惩罚身份犯是违背“正当程序”条款精神的。

州法院(州上诉法院和州最高法院)常常根据更为具体的理由,如没有明确规定行为人主观心理状态等,认为某个法律的某些条款违背“正当程序”宪法精神,从而宣布这些条款违宪。

美国《宪法》第5条和第14条修正案一直按照刑法的目的和基本原则来解释,因而最高法院采取了使那些同刑法目的和基本原则不相符合的刑事法规失效的政策,这就是“正当程序”条款对刑事立法的实质性限制的基本含义。

(二) 程序性限制——刑法的形式和语言

1. 刑法的形式——法制原则

刑事立法的两条法制原则是:法无明文不为罪(*nullum crimen sine lege*),法无明文不处罚(*nulla poena sine lege*)。罪刑法定原则已普遍地被当代世界各法系所接受。这些准则最早见于罗马法,19世纪的法国和德国刑法典体现了这些准则。英国大宪章里虽然没有列入这些准则,但是大宪章确实建立了能达到相同结果的诉讼保障和原则。美国宪法里也没有明文规定这些原则,但是它们在实际中被体现在上面已经叙述的禁止追溯既往和剥夺公权法案以及有关宪法修正案中,特别是由于“正当程序”条款的建立而使这些法制原则得到进一步的法理上的发展。

(1) 法无明文不为罪。1820年,最高法院在威特伯杰案的判决中写道:“是立法机关,而不是法院,确定什么是犯罪并规定它的刑罚。”问题在于,当法院面对一个有害于社会但既没有普通法又没有制定法明文规定为犯罪的行为时怎么办?根据法无明文不为罪的法制原则,类推出“特定犯罪”(ad hoc crime)是不许可的。但是,并不排除“合理的”法律解释。正如大法官霍姆斯在一个判决中所说(1928年):“我们赞成法官不能补充刑事法律之所缺这样的一般原则,但是并不存在任何禁止在解释法律过程中运用常识作为说明法律明显内含的规则。”至于法律解释和类推适用二者之间究竟有什么重大区别,很难找到令人信服的答案。

(2) 法无明文不处罚。它是法无明文不为罪的合乎逻辑的结论。刑罚不是犯罪的附加物,而是犯罪的一部分。有法律明文规定才有犯罪,因此不能超越法律施加刑罚。正如必须有规定某项行为为犯罪的法律意向的宣告,其刑罚也必须要有同样的程序来颁布。这一点是很重要的。而且,如果刑罚用作威慑力量,那就必须使公众认识它。这个原则保证刑罚不能秘密判处,同时也保证不得处以残酷的和非常的刑罚。

2. 刑事法律的确定性——不得含糊其辞

刑事法律确定性的标准高于民事法律。任何犯罪都应当确定其界限。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,使得公民在行为前就能确切地知道什么行为是法律许可的,不致因为法律含糊其辞而担心行为之后可能遭到指控。最高法院曾经这样描述法律含糊的危险性(1920年):“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。”因此,正当程序要求刑事法律明确规定什么行为应受其管辖以及对这种行为处以何种刑罚。

“流浪”法规中的概念的不确定性并不是法律含糊的唯一例子。例如,某州刑法把盗窃罪分为两类(轻盗窃和重盗窃)来判处刑罚,在盗窃罪一节中有一条款规定“偷狗按盗窃罪处罚”,但是没有说明这种行为究竟属于重盗窃还是轻盗窃。由于在这一点上含糊其辞,因此无法确定刑罚。

在判定某项法律规范是否“含糊”时,意见并非总是一致的。有些学者认为,测定一项法律是否含糊的标准是:具有普通智力的人能够事先确定什么行为是被禁止的。下列论据常常被法院提出作为否决因含糊而废除某项法律的要求:

- (1) 发现法律的结构是以避免不确定性的方式来制作的;
- (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) 发现其他相关的法律规范阐明了这一个不确定的法律规范;
- (4) 发现这项法律同已被认为确定的法律相比并非不确定。

不可否认,法律含糊本身能够侵犯宪法保护的权利,特别是关于第1条修正案所保护的权利。例如,1965年最高法院在一个判决中认为,由于路易斯安那州《颠覆活动与共产主义控制法》语言的含糊和过于概括,侵害了上诉人的受到《宪法》第1条和第14条修正案保护的权利。

四、法律解释的规则

18世纪布莱克斯通在《英国法释义》中说:“法律知识来源于经验和学习,所以法官应当遵循前例(stare decisis)。……但是为了符合新的经验,规则必须有例外,为了符合现实,先前的规则也可以作相反的考虑。……因而,除非显然荒谬或者不公正,前例和规则必须被遵循。”此处所说“规则”包括制定法。美国大法官卡多佐说(1921年):“普通法不是既存的普遍有效真理的演绎,而是现实的具体经验的归纳。……法官面临双重问题:首先必须坚持遵循前例原则,引用以前的判例;然后必须决定这个原则的变动与发展的方向和途径。”因此,可以这样认为,遵循前例这一普通法原则其实是两极的中项。这两极是:灵活会导致诉讼中的不确定性;僵硬则排除普遍的发展变化。可见,法律规范(判例和制定

法)的被适用实际就是法律规范的被解释。从哲学上看,法律规范是抽象的东西,诉讼案件是具体的东西,抽象和具体二者虽有同一性,但也有差异。法律规范基本上是过去的经验总结,诉讼案件是现在的事实情况,过去和现在二者虽有联系,但也存在不同之处。这就是适用法律离不开解释法律的道理。

法律解释既然如此重要,为保证法院在适用法律过程中的法律解释合乎宪法,就应当受到关于司法解释权的宪法限制。这种限制体现为以下一些规则:

(1) 刑事法律必须被严格地加以解释,以排除刑事法律适用上的不公正。这一规则以这样一些原则为基础:法院的刑罚权由立法机关通过规定犯罪和确定刑罚而被赋予;关于什么行为构成应受刑罚的犯罪的公正警告必须事先被告知。

(2) 法院务必使指控为犯罪的行为处于所用法律词义的普通常识的范围之内,而不曲解这些词义,除非这样的适用明显地违背立法意图。

(3) 同一法律词语用在不同场合,必须保持相同的解释,除非通过起草说明或立法注释明确表达出来的法律政策对解释这类词语另有明显意图。

(4) 如果一个罪名详细规定了犯罪要件,法院只能按照这些要件来理解和适用法律。

(5) 如果一项法律在表面上意义不明确时,则:第一,这项法律的总体政策应当予以考虑;第二,普通法原则和定义具有决定作用,如果这项法律的立法机关无意取消这些原则和定义;第三,这项法律应当从有利于被告人这一角度去解释。

(6) 同一项法律里的两个不同部分在词语表述上的显著改变,表明立法意图方面经过深思熟虑的差别。

(7) 根据“明定此一事物意味着排除另一事物”(expressio unius est exclusio alterius)这一法律解释格言,如果一项刑事法律明确地列举了某个原则的几个例外情况,这就意味着不包括其他未列举的例外情况。

(8) 根据“只含同类”(ejusdem generis)这一法律解释格言,如果一项刑事法律在列举了几个情况之后跟随着一个总括词语,如“以及诸如此类”,那就意味着只限于包括未列举的同类情况,而不包括不同类情况。

(9) 刑事法律不能被解释为颠倒或者转移被告人的证明责任。

(10) 不能把有利于控告的假设塞进一项法律,除非其中必须明显地作如此理解。

上述刑事法律解释规则,是为了限制法院借助扩展法律词义来侵犯立法机关的职能,并且是为了不使前面讨论过的法制原则遭到破坏。

第二篇 犯罪总论

第三章 犯罪本体要件——刑事责任基础

第一节 一般说明

一、犯罪概念

犯罪概念(notion of crime)通常有两种:自然的犯罪概念和法律的犯罪概念。这是两个联系密切但有区别的概念。

所谓自然的犯罪概念,就是大多数人直观地理解的犯罪——一种非常恶劣、引起社会强烈谴责而且被认为应受惩罚的行为。“恶劣”的含义随着时代和文化背景的变化而有差异,如“渎神”在古代被认为是极大的犯罪,但在现代美国就不再是犯罪。

所谓法律的犯罪概念,就是法律上规定的犯罪——刑事法规所禁止的行为。由于自然的犯罪概念反映了历史形成的社会道德观念,所以法律的犯罪概念一般以自然的犯罪概念为基础。但是,由于道德规范的相对惰性(稳定性),它常常落后于社会变动,因此两种犯罪概念存在着交叉甚至某些冲突情况。例如,大多数美国人并不认为“超时停车”^①是犯罪,然而多数司法区的法律却把超时停车规定为违警罪。

自然的犯罪概念一般并不依赖法律的犯罪概念,即使在没有法律(国家制定的法律)的情形下也可以有自然的犯罪概念。美国法学家普遍的观点是,在原始社会里,根据人类学家和历史学家的考查和研究,存在着被认为有害于社区因而需要受到惩罚的现象(行为)。例如,有的原始部落在举行某些宗教仪式时不允许妇女观看,因为这种行为被认为会触怒神灵。如果发现妇女观看(即使是偶然的无意行为),就要对这个妇女处以严厉的惩罚,因为这种“渎神”行为会

^① 美国大中城市的许多街道两旁装有停车计时器,停车时需投进一定数量的硬币方可停车一定时间,如果超时而不再付钱的,则是一种违警罪。

给整个部落带来灾难。许多原始部落把渎神看作比杀人更严重的有害行为,因为杀人被认为是个人之间或家族之间的事,而渎神是有害于整个部落社区的事。

自然的犯罪概念和法律的犯罪概念,二者在本质上的共同点是:犯罪是危害社会的应当受惩罚的行为。二者在形式上的差异是:后者以法律规定为条件,前者则不必以法律规定为条件。

刑法学家给犯罪下过各种各样的定义,在英美刑法文献中较有代表性的定义有:

布莱克斯通(18世纪英国著名法学家)认为,犯罪就是侵犯禁止性的或命令性的公法的作为或不作为。

毕夏普(19世纪美国著名法学家)认为,犯罪就是政府认为有害于公众并以政府名义通过司法程序加以惩罚的任何错误。

克拉克和马歇尔(20世纪美国刑法学者)认为犯罪就是维护公益的公法所禁止的、以国家名义运用司法程序予以惩罚的任何作为或不作为。

波金斯(当代美国著名刑法学者)认为,第一个定义的严重缺点是没有提到刑罚,第二、第三两个定义纠正了第一个定义的弊病,但没有强调犯罪的核心问题——对社会的危害,反而突出了次要问题——司法程序。波金斯的定义是:犯罪就是由法律规定应受惩罚的任何危害社会的行为。^①

以上是高度概括的学术性的犯罪概念。在刑法中,各种不同的具体犯罪有各种不同的行为特征和心理状态,因而具有不同的法律上的犯罪定义。此外,有些犯罪定义,除行为和犯罪意图(罪过)外,还要求存在或者缺乏某些附带情节(circumstances),有时还要求产生一定结果(result)。例如,重婚罪要求“已婚”;奸淫幼女罪要求女孩在一定年龄以下;伪证罪要求证人“已宣誓”;普通法的夜盗罪要求行为发生在“夜晚”;等等。强奸罪要求被害妇女不是犯罪人的妻子。^②也还可以认为,杀人罪要求行为人“缺乏合法辩护”的情节。多数犯罪定义要求某种特定结果,如果没有产生这种结果,便构成未遂罪。因此,行为、犯罪心态以及结果和附带情节,这些都是构成具体犯罪定义的要件。

法律上具体的犯罪定义由各具特点的要件来构成。从理论上归纳和分析带有普遍性的犯罪定义构成要件就是刑法总论的任务。带有普遍性的犯罪构成要件(the constitutive elements of a crime)是犯罪行为(conduct)、犯罪心态(mental state)、犯罪结果(consequences)、因果关系(causation)、情节(circumstances)和刑罚(penalty)。行为、心理状态、结果、因果关系和情节是“刑罚”的前提,即刑事责任的基础。

^① 见 R. Perkins 著:《刑法》,1969年英文版。

^② 20世纪70年代以来,美国已有5个州刑法删除了强奸罪的这一构成情节。

美国刑法中的犯罪概念,也同世界上许多国家一样,只含定性因素而没有定量因素。例如,偷窃一个苹果,逃税一美元,都是犯罪。因此,不存在违法(刑事性质的)与犯罪的区别。作为制裁办法的“fine”包括相当于我国的“罚金”和“罚款”两种含义。仅就犯罪概念有无定量因素而言,不同国家的犯罪率的可比性很小。有一点要说明的是,并非事无大小都送法院审判。因为美国司法机关,从警察到法官,有较大的自由裁量权。如果警察遇到很轻微的犯罪,可以自由处置(如教育),不必都送检察官。如果检察官认为罪行不大,也可以自由处置(如fine)。如果法官认为罪行较轻,也可以不给刑罚处置。自由裁量与有法不依是两回事情。“立法定性,司法定量”这是西方一条不言而喻的公理。较大的自由裁量权,在特定场合还是解决理与法冲突的灵便途径。假定犯罪概念有定量因素,如果遇到这样的案件,处理就颇为棘手:在客观上行为已超过定量标准,但在主观上确实情有可原,作犯罪处理有悖情理,而不作犯罪处理又无法律依据;或者反过来,行为未达定量标准,但性质恶劣,不作犯罪处理有悖情理,而作犯罪处理又无法律依据。诚然,在司法人员素质不高的情况下,过大的自由裁量权也会导致破坏法制。正因如此,有的国家在立法上将违警罪从传统的刑法领域中排除出去。如,1975年德国刑法典已删除了违警罪,其多数内容纳入《违反秩序法》,属违法行为,可处罚款。美国也有些学者建议,将刑法中的轻微犯罪从刑法中挪出去,建立行政刑法。美国联邦《量刑指南》(1987年)虽未将量的因素作为罪与非罪的界限标准,但在刑罚轻重的确定上显然是一个重要考虑因素。

西方(大陆和英美两大法系)刑法中犯罪概念没有定量因素,最主要原因是法文化使然。西方法文化的核心是法治传统:一切事都由法律规范,管理社会依靠法律,尽可能排斥人治。西方民族没有像中华民族将“法不治众”作为一条重要统治经验来接受,这是由不同的法文化决定的。现在看来,犯罪概念包含或者不包含定量因素,各有短长。

二、美国刑法犯罪构成概述

犯罪构成(constitution of a crime 或者 ingredients of a crime)的通俗理解就是,诸要件组合成立犯罪,或者说是犯罪要件组合。从法律角度观察,犯罪构成要件是指法律规定的犯罪定义的构成要件。

刑法分则性条款规定的种种犯罪定义,其多种多样构成要件被抽象为两方面内容——犯罪行为 and 犯罪心态,这就是犯罪本体要件。它是刑事责任基础,所有犯罪都不得缺乏这两方面内容。刑法分则性条款犯罪定义是建立在行为本身具有刑事政策上的危害性和行为人具备责任条件的假设前提之下的。在刑事司法中,公诉一方只需证明被告人行为符合犯罪本体要件,即可推定被告人具有刑事责任基础;如果被告人不抗辩,犯罪即告成立。在行为特征符合犯罪本体要件

时,如果被告人能说明自己不具有“责任能力”(responsibility),如未成年、精神病等;或者说明自己的行为正当合法(justification),不具有政策性危害,如正当防卫、紧急避险、执行职务、体育竞技等;或者说明有其他可宽恕(excuse)的情由,如认识错误、被胁迫、警察圈套;等等,便可不负刑事责任。这些刑事诉讼中的合法辩护,经过长期司法实践,在此基础上加以理性总结,将诉讼原则上升为实体法的总则性规范,是判例法传统的产物。从反面表明,要成立犯罪除应具有犯罪本体要件外,还必须排除合法辩护的可能,即具备责任充足条件。在理论结构上,犯罪本体要件(行为和心态)为第一层次,责任充足条件为第二层次,这就是美国刑法犯罪构成的双层模式。

犯罪构成双层模式,即犯罪构成方式由两个层次相结合的过程来完成。第一层次侧重体现国家意志,表现为公诉机关的权力,确立行为规范,发挥刑法的维护秩序和保卫社会的功能。第二层次侧重体现公民权利,发挥刑法的保障人权的功能,制约国家权力。两个层次相辅相成,构建美国刑法运行的内在制约机制,体现刑法公正性的价值取向。正(符合犯罪本体要件)反(排除合法辩护)两方面结合完成刑事责任的认定。

美国刑法犯罪构成第二层次,以排除合法辩护的形式来充实刑事责任条件,完成独特的犯罪构成模式,反映犯罪构成是动态的“定罪过程”,而不仅仅是静态的“犯罪规格”。两个层次相结合,实为控辩双方的斗争,是刑事司法民主性的反映。

下面将分别叙述犯罪构成的两个层次,考虑到内容篇幅长短的匀称,把排除合法辩护(犯罪构成的责任充足条件)另作一章,放在本章之后。

第二节 犯罪行为

一、犯罪行为(actus reus)

在拉丁文中,actus reus的意思是“罪恶的行为”。从广义上说,actus reus是除犯罪心态以外的一切犯罪要件,也就是犯罪构成的客观要件,包括犯罪行为、犯罪结果和犯罪情节。例如,奸淫幼女罪中的被害人年龄,强奸罪中的违反被害人意志等。美国《模范刑法典》采取的是狭义解释,actus reus是“有意识的行为”。本节也从狭义上来理解“犯罪行为”。

(一) 构成“犯罪行为”的要素:行为(act)和意识(voluntariness)

犯罪行为是施加刑罚的前提,没有行为,仅有意图,不能作为犯罪加以惩罚。从哲学上看,只能是由行为而不能是由意图来影响和改变外在世界,所以刑罚应以行为为前提。从刑罚以预防犯罪为基本目的来看,惩罚“意图”(指尚未外化

为行为的意图)也是有道理的,而且现代也确实有一些立法体现了这种趋向;但是惩罚“意图”一定会导致滥用刑罚,造成侵犯公民的权利和自由,因此坚持“刑罚惩罚行为”这一原则就能抵制司法专横。

有意识行为,才能作为刑罚的对象,惩罚无意识行为是没有意义的,也是不人道的。首先,自动状态(automatism)、催眠状态、梦游状态、癫痫发作中的身体动作,都不是“有意识”行为。其次,“有意识”就表示对自己的行为能够控制,因而在外来不可抗拒力量推动下或者作为精神疾病产物的身体动作也不是“有意识”行为。无意识行为不是犯罪行为。有意识还是无意识,是犯罪“行为”中的问题,而不是犯罪“心态”中的问题。“严格责任”(strict liability)罪(后面将详细讨论)可以不要求有犯罪心态,但行为必须是有意识的。

(二) 犯罪行为的不同形式

(1) 作为(action)。作为即积极的身体动作。这是大多数犯罪行为的形式。

(2) 不作为(omission)。不作为即消极的身体无动作。构成犯罪行为的“不作为”,总是和一定的义务连在一起。不作为的义务的来源主要是法律规定和职务要求。关于不作为的义务范围,其中一个突出问题是“见危不救”问题。在这个问题上,英美同某些欧洲大陆国家的规定有较大差异。挪威、瑞典等国法律规定,任何有责任能力的成年人在下列情况下具有营救危难的法律义务:第一,他认识到他人处于危难境地;第二,营救他人对自己并没有危险。世界上多数国家,包括英美,其现行制度认为这是道德问题而不是法律问题。然而,1980年美国佛蒙特州通过一项法律,采取欧洲某些国家的态度,认为见危不救(符合上述两条情况的)是犯罪,可以处不超过100美元罚金。这一立法代表一种趋势,即不作为的义务范围有扩大的趋势,这是因为社会发展要求社会成员之间加强合作。

(3) 持有(possession)。有些犯罪定义既没有明确要求积极的作为,也没有明确规定消极的不作为,只要求“持有”某种物品即构成犯罪,如持有毒品罪、持有赃物罪等。持有是指对财物的实际控制。在刑法上持有与占有同义。美国《模范刑法典》的行为条款除作为外还规定了不作为和持有,“如果持有人有意识地获得或接受了该持有物,或者在能够终止其持有的充分时间内知道自己控制着该物,则此种持有即为一种行为”。对物品的控制状态,通常起始于作为,如取得、收受等,以不作为(无动作之意)维护其存在状态,具有作为与不作为相交融的特点。但持有本身是一种状态,没有积极动作,既区别于作为,也有异于不作为,因刑法上的不作为以不履行法定义务为前提,而持有未必以此为前提。在这一意义上,持有是与作为和不作为并列的一种犯罪行为形式。

持有被视为另一种犯罪行为形式的依据,还在于行为素质即行为犯罪性的特点。“作为”的犯罪性明显地蕴含在主体自身的动作中,“不作为”的犯罪性取

决于主体与法律要求之间的义务关系。“持有”的犯罪性在于主体对非法财物(如毒品、凶器、不义之财、色情物品、犯罪工具等)的支配状态。对象的性质决定了对主体行为的评价。不同犯罪行为形式与罪名构成的关系也不同。作为和不作为这两个术语本身均不是罪名的组成因素,它们在犯罪构成中出现的数量是不确定的。持有本身是罪名的组成部分,它的犯罪构成数是法律明定的。

持有行为形式的法制价值在于,在一些多发性和危害大的犯罪现象中,有的案件难以用传统罪名治罪,持有型罪名便成为最佳选择。例如,非法持有毒品罪的创立,在司法中可以减轻公诉机关的证明责任。罪名是证明的中心,持有是现存事实状态,容易被证明,发现事实就等于证明了事实。由作为或不作为行为形式构成的种种罪名,公诉机关必须证明既成事实的来源或去向,证明事实的来源或去向显然难于证明事实本身。减轻证明责任,有助于增加刑法的威慑效用。

英国刑法中,与作为和不作为并列的行为形式称“事态”(state of affairs),其主要内容即为持有。

二、法人犯罪(corporation crime)^①

犯罪行为,从行为主体看又可以分为自然人犯罪和法人犯罪。

传统刑法理论认为,犯罪只能是自然人的行为。法人是一个法律实体,但不能有身体动作,同时也缺乏心理要件,所以法人不能犯罪。早期普通法也没有法人犯罪的规定。布莱克斯通在《英国法释义》中认为:“法人没有能力犯叛逆罪、重罪或其他罪,虽然它的成员有个人能力实施犯罪。”然而毕夏普在其《新刑法》一书中设立专章来论述“法人的犯罪能力”^②。1889年,英国一项法律解释“人”的概念时指出,人除自然人外,在不违背法律规定情况下,包括法人。现代美国的刑事立法已有法人犯罪的规定,而且这方面的判例为数也不少。现在的一般观念是,法人代理人(自然人,例如经理)的行为在法律上就是法人的行为,因此法人也和自然人一样能够实行犯罪。例如,1980年美国最高法院认定,被告人海湾石油公司及其税务科长用公司的钱为一名负责审查该公司报税情况的政府税务官提供过五次度假费用,触犯了《联邦刑法》第201-6节,构成贿赂罪。公司被处罚金,科长被判处监禁。

(一) 概念

法人犯罪就是法人作为犯罪主体的犯罪。它和单独犯罪的区别是不言而喻的。它和共犯有相似之处:犯罪主体是“集体”,所以美国有一些州的刑法典把

^① 法人犯罪,也可译为企业犯罪或公司犯罪。

^② 见 Sanford H. Kadish 等编著:《刑法及其程序——判例和资料》,1983年英文版,第1008页。Kadish 教授1984年11月28日回函笔者,同意引用其著作中的材料;并传来信息:新近出版的《犯罪和司法全书》(四卷,Kadish 主编)反映了美国刑法的最新动态。

法人犯罪和共犯归在一起,例如《伊利诺伊州刑法典》在“共犯”一章里分列两部分内容——共犯和法人犯罪。但是,二者仍有明显的不同:(1)共犯这个“集体”是非法组成的,法人犯罪这个“集体”(法人)是合法组成的。(2)共犯这个集体中的成员都有犯罪意图和相关的犯罪行为,法人犯罪这个集体中的成员未必都有犯罪意图和犯罪行为,法人犯罪通常是法人代理人(经理或其他有关职员)干的,而企业股东(法人的主要成员)往往是不知情的。这是法人犯罪这个问题发生争论的主要原因。

(二) 种类

《模范刑法典》在总结美国半个多世纪以来的立法和审判经验的基础上,把法人犯罪分为三类:

(1) 刑法分则中的多数罪都可附加以下三个条件而构成法人犯罪:第一,法人代理人的犯罪行为是以法人的名义进行的;第二,法人代理人的犯罪活动是在其业务范围之内;第三,法人代理人的犯罪活动得到法人最高决策机构(如董事会)的批准或者默许。

例如,企业(法人)由于牟取非法利润而造成产品质量低劣,因而引起用户的人身伤亡事故等类案件。

这类法人犯罪虽然大多数均为牟取非法利益,但法律不以此为必要构成要件。因为并非全都如此,而且这种主观要件的设定将徒增公诉机关证明上的困难。

(2) 法人犯罪是这样一类犯罪,即前两个附加条件和第一类法人犯罪相同,不同的是第三个条件——触犯了明显地可以追究法人责任的刑法规范。例如,违反1890年《谢尔曼反托拉斯法》中关于“物价垄断”条款的犯罪。又例如,《伊利诺伊州刑法典》第24条之一规定的制造、出售……弹簧折刀、皮包铅鞭等器物罪。这个条款明显地可以追究法人的刑事责任,所以企业代理人的“制造、出售”行为只要“是以法人的名义进行的”,并且“是在其业务范围之内”,而不必得到“法人最高决策机构的批准”,就可以追究该法人的刑事责任。

(3) 没有履行法律规定法人团体应当履行的义务(不作为)而构成的法人犯罪。例如,污染环境的公害案件常常就是这一类的法人犯罪。前面提到,传统观点认为法人不能有身体行为,因而法人不能犯罪。然而,“不作为”不必有身体行为,所以法人可以以不作为的形式来犯罪。这是《联邦刑法典草案》(1974年)起草人的观点。该草案只承认“不作为”形式的法人犯罪。这是典型的折中态度。

美国《模范刑法典》关于法人犯罪的范围与类型的规定,20世纪70年代以来已陆续被一部分州的刑法典所采纳。例如,《新泽西州新刑法典》(1979年)、《纽约州刑法典》(其法人犯罪条款于1981年修正后更近似于《模范刑法典》的

规定),等等。

(三) 背景

(1) 法理根据。法人犯罪的观念导源于古老的侵权行为赔偿法里的一个原理——“仆人过错主人负责”(respondeat superior)。据此推演,法人代理人犹如法人的仆人,代理人的犯罪行为应由法人(股东)负责。

(2) 现实需要。工业革命促使经济迅速发展,工商企业活动的触角伸到了社会的每个角落,法人(企业)同民众的生活、健康和福利的关系日益密切。与此同时,企业的非法活动对国计民生造成损害的危险性和可能性也随之增长。为了维护社会安宁和公众福利,国家需要对企业加强行政管理,提高法人的社会责任感。为此,立法者一方面把不少义务用更严格的民事责任来认可,另一方面把一些更大义务制定为刑法规范,这就出现了法人犯罪的新概念。从19世纪末以来,美国制定了若干这类性质的法律。到20世纪初,有些法院认为法人可以承担刑事责任,于是把“仆人过错主人负责”这一普通法民事原则运用到刑事案件,出现了法人犯罪的判例。

虽有法人犯罪的立法和判例,但是刑法理论界除对如何确定代理人的犯罪行为应当由法人来负这个问题有不同看法之外,对法人犯罪的存废这个根本问题也存在着争论。

(四) 争论

第一,主张废除法人犯罪的理由主要是:

(1) 法人不能有像自然人那样的身体行为,法人代理人实施犯罪行为应对代理人定罪判刑,而不是对法人。

(2) 法人不能像自然人那样存在犯罪意图(罪过),因而惩罚法人不符合“罪及个人”的传统刑法原理,实质上是株连责任。因为,惩罚法人,其实最终是落到该企业的股东身上,而股东们常常根本不知道企业代理人的具体行为。

(3) 处罚法人不可能用传统的、有力的刑罚方法——监禁,只能用罚金,而罚金同行政罚款没有根本性差别,所以对企业的社会侵害行为只需作民事过错行为来处理。

第二,主张保存法人犯罪的主要理由是:

(1) 任何国家都有这样的罪,即藐视法庭罪(或拒不执行法院判决罪),审理案件时无故不出席法庭或者对已经发生法律效力法院判决或裁定(既有刑事的也有民事的,多数是民事的)拒绝执行,都构成犯罪。这种情况,自然人和法人都可能发生,它不需要任何积极的作为,只需要消极的不作为;对法人而言也不需要有任何代理人(直接责任者)。假定有两起相似案件,自然人A拒不执行法院令其交付1000美元的民事赔偿的判决,法人B拒不执行法院令其交付10万美元的民事赔偿的判决;如果A被定为藐视法庭罪,而B仅因为是法人而

不成立犯罪,显然是不公正的。假如法人不能构成犯罪,那么许多污染环境的公害案件就难以处理。

(2) 承认有法人犯罪,并不是对传统刑法原理的否定,而是历史发展的必要补充,即在个人责任这个原则的基础上补充一个整体责任的概念。

法人是法律实体,它是其代理人的整体,代理人是它的工具。当它的代理人为了它的利益并在其业务范围内实施的犯罪行为,要由代理人负全部罪责是不公正的,因为他仅仅是执行法人意志的工具。但是,如果根本不作犯罪论处,对社会整体更是不公正的,因为企业的某些行为对社会的危害远远大于公民个人犯罪所造成的危害。例如,环境污染、物价垄断等案件对社会造成的损失可能比普通自然人实行的犯罪所造成的损失大几百倍甚至几万倍。20世纪60年代一起电子公司价格垄断案件给社会带来的损失超过20亿美元,而当时一件普通盗窃案平均损失为165美元,超过千万倍。对这类案件不作犯罪处理是违背社会公正观念的。在这种情况下,如果以“个人责任”为由而不追究企业的刑事责任,这会降低刑法的威信,给人留下“(刑法)只拍苍蝇不打老虎”的坏印象。所以,根据整体责任原则来追究法人的刑事责任正符合法律最高理念——公正的需要。

整体责任不等于株连责任。株连责任是追究同犯罪行为为毫无关系的人的责任,因而不公正的。然而,股东在企业盈利时获得好处,那么在企业侵害社会时就应当受到处罚,这是公正的;而且股东入股时就以共同承担风险为契约基础,这就是整体责任的道义根据和法律根据。可见,整体责任同公正观念联系在一起,是合法的,而株连责任的核心问题是不公正性,因此是非法的。

(3) 规定法人犯罪的目的在于加强政府对企业活动的控制,对企业非法致富起威慑和遏制作用,因而有利于维护整个社会的长远利益。这同刑法的基本目的——保卫社会免受侵害是完全一致的。民意测验表明,大多数公民是赞同有关法人犯罪的立法的。有些美国学者也认为,主张废除法人犯罪的观点只有利于保护私人资本,因为法人犯罪都是“文明的”富人犯罪。

(4) 由于犯罪主体(法人)本身的特点,只能判处罚金,罚金也是一种刑罚,不能因为不能判处监禁而否定行为本身的犯罪性质。况且,按代理人的罪行情况,也可以同时判处代理人监禁刑。

对法人犯罪持肯定性观点的,又可分为两种情况:(a) 承认法人犯罪,但需严格限制法人犯罪概念的范围,例如,前面提到的《联邦刑法典草案》起草人所采取的立场。(b) 主张扩大对法人犯罪的起诉范围并加重对严重的法人犯罪的惩罚,如建议提高罚金的上下限(1万到100万美元);环境污染方面的公害案件可按日计算罚金,如每天5万美元;等等。

(五) 趋势

法人犯罪是社会生活中客观存在的现实问题,有深刻的社会经济根源,是无法否认的事实,只能修正“刑事责任是个人责任”的传统观念,进行理论补充,使立法和理论顺应历史发展潮流。在一向否认法人刑事责任的大陆法国家,情况也在变化,突出一例是《法国新刑法典》(1993年)在总则里详细规定了法人犯罪条款。其他大陆法系国家虽然在刑法(刑法典和特别刑法)里没有法人犯罪条款,但在一些经济管理法律中早有法人刑事责任条款,较有代表性的是日本。《日本银行法》(1927年)、《日本不正当竞争防止法》(1934年)、《日本邮政法》(1947年)、《日本矿业法》(1950年)、《百货商店法》(1956年)、《日本专利法》(1959年)、《日本商标法》(1959年)、《日本河流法》(1964年)、《日本所得税法》(1965年)、《日本国土利用计划法》(1974年)等30部左右的行政性法律中均有追究法人刑事责任的规定。^①

法人刑事责任的追究方式采取两罚制也是发展趋势。在理论上如何说明对一个犯罪行为为什么要同时处罚法人和法人代理人,仍然有不同说法。有的用双重主体来解释,有的用连带责任来解释。法人犯罪的主体是一个,即法人,双重主体说与犯罪构成理解不协调。连带责任原属民法概念,指数人共负同一债务而对债权人各负清偿全部债务的义务。刑法中的两罚制与民法中的连带责任在实质内涵上相距甚远。如将连带责任解释为牵连责任,这仍然遇到法人犯罪的主体究竟是一个还是两个的问题。法人犯罪与共犯的区别之一就是,共犯有两个以上犯罪主体,而法人犯罪之所以称为“法人犯罪”因为主体是“法人”。

第三节 因果关系

行为犯(conduct crime)不要求结果;结果犯(result crime)要求结果,因此进而要求存在因果关系。

因果关系(causation)是刑法理论中争论最大的问题之一。如果要求行为人对某一危害社会的结果负责,首先就要查明这一结果是由他的行为引起的,即要求行为与结果之间存在因果关系。客观现象之间联系的错综复杂性决定了刑法因果关系理论的多样性。

(1) 条件说。凡是产生结果不可少的条件都是结果发生的原因。

公式:如果没有A(B、C…)就没有Z,则A(B、C…)就是Z的原因。

思维逻辑:由果追因。

^① 参见储槐植主编:《附属刑法规范集解》,中国检察出版社1992年版,第351—410页。