

刑事制裁的界限

Herbert L. Packer
[美] 哈伯特 L. 帕克 著

梁根林 等译
梁根林 校

The Limits of
the Criminal Sanction



法学学术经典译丛

【熔铸经典之范】
【翔集正义之术】

刑事制裁的界限

Herbert L.Packer
[美] 哈伯特·L·帕克 著

梁根林 王亚凯 周 折 译
吉莉娅 黑静洁 张曙光
梁根林 校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事制裁的界限 / (美) 帕克著; 梁根林等译. —北京:
法律出版社, 2008. 10

书名原文: The Limits of the Criminal Sanction

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8811 - 9

I. 刑… II. ①帕…②梁… III. 刑事诉讼—司法制度—
研究 IV. D915.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 143061 号

© 法律出版社·中国

刑事制裁的界限

哈伯特·L. 帕克 著
梁根林等 译

责任编辑 高山 田会文
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12 字数 272 千

印次 2008 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8811 - 9

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

本书与其说是一本专论不如说是一本随笔。不管怎么样，这本书的功用都不在于它所收集的学识。因此，我避免了通常在学术关注与印刷成本之间所达成的妥协，这种做法要求一丝不苟地排列注释，然后将其放置到书的后面。相反的，我只是少量地使用了脚注对文中的特定引述予以简单的说明，并撰写了一个单一的引文注释以给读者提供一个知识领域的地图。

在本书写作的过程中，许多人对我提供了帮助，恕不能一一列举。其中，有些帮助我已经在引文注释中提及，而就其他的，特别是朋友和同事们对本书手稿的部分或者全部提出批评的这些帮助而言，我必须特别感谢杰拉德·冈塞(Gerald Gunther)、约翰·卡普兰(John Kaplan)、约瑟·罗格特(Yosal Rogat)、迈克·沃德(Michael Wald)，尤其是桑福特·H. 卡蒂斯(Sanford

Kadish)。洛克菲勒基金会和美国各学会委员会给予的支持为我对本书主题进行为期一年的系统思考提供了可能性。宾夕法尼亚大学法学院以及院长在这一年中的盛情同样是令人难以忘怀的。我还要感谢福特基金会对斯坦福大学法学院的资助,帮助我完成了本书的写作,并且资助我继续开展对本书相关议题的研究。

我的秘书佩克·迪克森(Peg Dickson)高效率地并且非常愉快地一再打印了本书的初稿。1967年秋季学期我的刑事制裁课程班上的学生对本书初稿和它的作者施加了说得上是可怕的压力,这对一个法学教师的存在来说,既具有正当性,也是一种奖赏。我在斯坦福大学出版社的朋友们——列昂·塞茨(Leon Seltzer)、杰茜·贝尔(Jess Bell)和艾琳娜·斯蒂曼(Elinor Stillman),再次表现出学术出版的最佳水平。简言之,别人能做到的,他们都已完成得更好。

本书的部分内容曾经以某种不同形式发表在《美国学者》、《最高法院评论》以及《宾夕法尼亚大学法律评论》上。我亦要感谢这些期刊的编辑的帮助以及他们对重印的许可。

在本书写作过程中,我的法学院以及行政部门的同事们,都极为耐心与宽容。我想,本书的完成,于我于他们都可说是解脱。我对他们的亏欠是无法回报的,谨此表达我最真诚的感谢!

哈伯特·L. 帕克

第六节 行为预防:再社会化 / 53

第七节 总结:犯罪预防的界限 / 58

第四章 走向一体化的刑罚论 / 62

第五章 可责性与行为 / 71

第一节 导言 / 71

第二节 作为先决条件的行为 / 73

第三节 合法性原则 / 80

第四节 权限分配 / 88

第五节 模糊性、严格解释、预防性羁押 / 92

第六章 可责性与可宽恕事由 / 103

第一节 导言 / 103

第二节 可宽恕事由的原理 / 109

第三节 紧急避险 / 114

第四节 表面的紧急避险:“认识错误”的
角色 / 119

第五节 严格责任:对“认识错误”的拒绝 / 122

第六节 对精神失常抗辩的限制 / 133

第七章 证据与比例原则 / 139

第一节 证据标准 / 139

第二节 比例原则与刑罚 / 142

第二编 程序 / 149

第八章 刑事诉讼程序的两种模式 / 151

第一节 导言 / 151

第二节 模式的價值基础 / 156

第九章 运作中的模式:从逮捕到指控 / 174

第一节 导言 / 174

第二节 为调查而实施的逮捕 / 176

第三节 合法逮捕后的羁押和审讯 / 185

第四节 电子监视 / 193

第五节 非法获取的证据 / 197

第六节 得到律师辩护的权利 / 199

第十章 运作中的模式:从指控到有罪判决 / 203

第一节 指控决定 / 203

第二节 审前羁押 / 208

第三节 有罪答辩 / 218

第十一章 运作中的模式:对错误的审查 / 223

第一节 上诉 / 224

第二节 附诉 / 229

第三节 得到辩护律师:一个补充 / 232

第十二章 趋势与影响:一个尝试性的评价 / 234

第三编 界限 / 243

第十三章 界限问题的一种解决方法 / 245

第一节 导言 / 245

第二节 选择问题 / 247

第三节 赔偿和管制:酒后驾车的例子 / 248

第四节 处遇:民事拘留的情况 / 252

第五节 不为的选择 / 254

第六节 作为一个资源分配问题的界限 / 255

第十四章 寻找界限:法律与道德 / 257

第一节 不道德性:一个必要条件 / 257

第二节 不道德性:一个不充分条件 / 260

第三节 “对他人的危害” / 262

第四节 刑罚的目的 / 264

281 \ 刑事制裁	第十五章 寻找界限:得与失 / 267
	第一节 远近程度与琐屑之事 / 267
191 \ 犯罪	第二节 犯罪关税 / 274
191 \ 犯罪	第三节 警民关系的紧张状态 / 279
191 \ 犯罪	第四节 零星的执法 / 283
191 \ 犯罪	第五节 自由裁量权的滥用 / 287
191 \ 犯罪	第六节 流水线司法 / 289
191 \ 犯罪	第七节 隐性功能 / 290
191 \ 犯罪	第十六章 应用标准:道德犯罪 / 293
	第一节 刑事制裁的最佳状态 / 293
	第二节 性犯罪 / 298
191 \ 犯罪	第三节 重婚罪与乱伦罪:两种虚构的犯罪 / 309
191 \ 犯罪	第四节 淫秽的罪恶 / 312
	第五节 卖淫:罪恶还是滋扰 / 324
191 \ 犯罪	第十七章 应用标准:各式各样的犯罪 / 329
191 \ 犯罪	第一节 毒品和其他麻醉药物的控制 / 329
	第二节 堕胎:运作中的犯罪关税 / 339
	第三节 醉酒:“生病”的权利 / 342
191 \ 犯罪	第四节 赌博:实验的例子 / 344
191 \ 犯罪	第五节 作为罪犯的商人 / 350
	第十八章 结论:手段和目的 / 360
191 \ 犯罪	引文注释 / 364
191 \ 犯罪	第十四章 寻找界限:得与失 / 267
191 \ 犯罪	第一节 远近程度与琐屑之事 / 267
191 \ 犯罪	第二节 犯罪关税 / 274
191 \ 犯罪	第三节 警民关系的紧张状态 / 279
191 \ 犯罪	第四节 零星的执法 / 283
191 \ 犯罪	第五节 自由裁量权的滥用 / 287
191 \ 犯罪	第六节 流水线司法 / 289
191 \ 犯罪	第七节 隐性功能 / 290
191 \ 犯罪	第十六章 应用标准:道德犯罪 / 293
191 \ 犯罪	第一节 刑事制裁的最佳状态 / 293
191 \ 犯罪	第二节 性犯罪 / 298
191 \ 犯罪	第三节 重婚罪与乱伦罪:两种虚构的犯罪 / 309
191 \ 犯罪	第四节 淫秽的罪恶 / 312
191 \ 犯罪	第五节 卖淫:罪恶还是滋扰 / 324
191 \ 犯罪	第十七章 应用标准:各式各样的犯罪 / 329
191 \ 犯罪	第一节 毒品和其他麻醉药物的控制 / 329
191 \ 犯罪	第二节 堕胎:运作中的犯罪关税 / 339
191 \ 犯罪	第三节 醉酒:“生病”的权利 / 342
191 \ 犯罪	第四节 赌博:实验的例子 / 344
191 \ 犯罪	第五节 作为罪犯的商人 / 350
191 \ 犯罪	第十八章 结论:手段和目的 / 360
191 \ 犯罪	引文注释 / 364

本初激讚些盜用版美國的口與我，來一第亥，誰對誰誰社會的慈心
 射去的宏人與家軒題時升恆，試為人進一民。恐數千部印安動會不
 斯麻西亥野遊穿。錄歸事罪能淫五行數以何精民行節窮直不試野
 盜張而錄歸事罪能對身不共的能面請亡印野會只，的則雷皇瑞為

引言：爭論及其听众

的與歸事罪能印野會，我與而西命个一科亥千基與數個的牙本
 个只的與歸事罪能印野會，我與而西命个一科亥千基與數個的牙本
 个只的與歸事罪能印野會，我與而西命个一科亥千基與數個的牙本
 印亥：回與千書出野題題本基的與歸事罪能印野會，我與而西命个一
 野會：回與千書出野題題本基的與歸事罪能印野會，我與而西命个一
 大空亦出野題題本基的與歸事罪能印野會，我與而西命个一

這是一本探討法律及其相關話題的著作；但

它並非一本專業書籍，所以我希望本書的讀者是
 那些非法律專業人士。本書探討這樣一個具有
 重要法律維度的社會問題，即通過對那些因違反

被稱為刑罰法規的行為規則而被認定有罪的人
 科處刑罰，努力控制反社會行為。我將這種設計

稱為刑事制裁。本書提出這樣一個反問，即我們
 如何斷定刑事制裁對什麼有益？讓我們假設存

在一個理性的立法者——他在進行立法之前能
 夠適時地停下來，認真地觀察，仔細地傾聽。在

決定是否應當對特定種類的行為（諸如銀行搶
 劫、偷逃所得稅、服用大麻）進行刑事制裁之前，

他應當考慮哪些問題呢？

有人主張我們不應該對違法者進行任何刑
 罰處罰，他們認為，這種刑罰處罰是我們人類過
 去野蠻歷史的遺迹，應當予以拋棄並代之以更為

仁慈的社会控制措施,这样一来,对我们的同类适用这些措施时才不会使我们陷于残忍。另一些人认为,对任何被神定或人定的法律视为不道德的行为都可以进行适当的刑事制裁。我觉得这两种观点都是错误的。尽管我们当前面临的并不是废弃刑事制裁而是滥用刑事制裁的危险,但是,这两种错误观点都应当予以反对。

本书的论述将基于这样一个命题而展开:在我们对刑事制裁的界限进行明智的探讨之前,我们必须先弄明白有关刑事制裁的几个问题。首先,我们需要对刑事制裁的基本原理提出若干疑问:我们将行为界定为犯罪并对实施犯罪者进行刑罚的目的是什么?当我们思考我们能够或者应当试图做什么事情的时候,这种考虑在多大程度上具有正当性?我们能否建构一个可接受的刑事制裁基本原理,使得我们能够回应关于刑事制裁本身是否就是社会权力的滥用这样一个争论?如果这是可能的,那么,对于刑法这样一种概念性的构造物而言,该基本原理又将意味着什么呢?这些问题构成了本书的第一部分,在本质上,这是对刑事制裁的本质和正当性问题的深入探讨。

随着讨论的进展,我们还需要弄明白刑事制裁所赖以运行的特殊程序是什么。国家可以或者不能逮捕、起诉、定罪和处置犯罪嫌疑人的游戏规则告诉了我们什么?在这个问题上存在针锋相对的两派,二者对刑事程序相关的所有问题都有着相当不同的观点和模式。有些人认为,刑事程序的基本价值在于有效地镇压犯罪。与之不同,另外一些人则认为,上述价值应从属于针对国家(指控和刑罚)的个人保护。过去二十多年来,在美国的法庭上,围绕着这些对立价值的较量一直在持续进行之中。在解决刑事制裁的规制问题之前,我们需要论述的第二个主要问题就是,应当如何解决这种较量。本书第二部分将对这些程序

性问题进行审查。

第三部分直接探讨规制刑事制裁范围的界定标准这一中心问题。根据本书第一部分和第二部分予以审视的刑事制裁基本原理与程序的制约，本书认为，我们现在过于依赖刑事制裁，我们应当开始系统地思考如何根据道义和操作上的能力调整我们的承诺。

没有涉及探究人性的那些学派和学科或许是本书的一个严重缺陷。本书根据法学、哲学、经济学和行为科学的某些方面而展开论述，但并不打算对其中的任何一个学科进行专业的探讨。从这个意义上说，本书有点老套。当今的学者总是被认为：比我们过去对这些问题知之甚少而非知之更多时，更为固执地坚持自己过去的看法。说本书有点老套，也是因为它寻求将功利原则应用于比那些似乎为当今绝大多数哲学家们感兴趣的问题还要大的问题。我所提出的本体和方法问题上的细微差异（当然并非没有任何前提地说）正是存在于边沁和密尔二人之间的差异。

几乎不需要特别强调探究刑事制裁的规制是多么的切合时宜。今天，我们生活在对保护人身与财产免受最基本威胁的社会控制机制（这种社会控制是或现实或假设的）分崩离析过于敏感的状态之中。我们对所谓的“街头犯罪”似乎一筹莫展。与此同时，尽管资源有限，我们却对滥用麻醉药物、大麻以及许多新型危险药物发动了一场疑虑丛生的战争。在排除了个人偏见的过于简单化的表述之后，我们是否可以说，刑事制裁的广泛运用确实存在一些问题呢？是否存在理性的人类能够理性地予以反应的理性主张呢？对我而言，这是一个重大的问题，而本书就是对此问题作出肯定性回答的一个尝试。

最后，这是一场权力行使之争。刑事制裁是权力在社会内部受控制地行使的范例。它提出了一系列难以为律师所解决的重大法

律问题、难以为哲学家所解决的重大哲学问题以及难以为行为科学家所解决的重大行为科学问题。这就是我怀着虔诚的敬意向普通读者提出这个问题的原因所在。

（此处原文为德文，因文字模糊，无法准确转录，故用中文大意概括）

（此处原文为德文，因文字模糊，无法准确转录，故用中文大意概括）

第一編
原 理

第一章 刑罚的困境

当代刑法一如既往地处于两股热情的争夺之中：一方面，一种观点认为，对道德上不齿行为的惩罚本身就具有正当性；另一方面，则有观点主张，刑事程序的唯一适当的目的是预防反社会行为的发生。调和这两种观点的依据似乎是不充足的。后者近来发展出了一种威胁刑法的重要基础的新的理论表述，这一新的理论表述似乎使那些不愿接受报应立场但又不想排斥刑法整体观念的人陷入了一种两难的困境。在本章中，我将简要描述一下这种所谓困境的大体情况，并简要说明处理由此而提出的问题的路径。然后，我将对这些问题进行更为全面的探讨，进而提出一种既反对为刑罚而刑罚也反对完全废除刑罚的一体化论。

报应论是一种由来已久的思想，其内容历经几个世纪而没有发生大的变化。简言之，报应论

认为,人应当对自己的行为承担道义责任,既应因作出正确的合乎道义的选择而得到奖励,也应因作出错误的选择而遭受刑罚。根据这种观点,这些重要的诫命源自人的本性,而不要求——事实上也不允许——任何实效方面的理由。从作恶者恶有恶报的角度来看,这种观点当然是顺理成章的。就个人而言,我们理所当然地希望寻求对加诸自身的罪恶进行报复;就社会而言,我们也要求合法当局刑罚那些对他人造成非法伤害或者实施其他我们认为罪恶的行为的人。这种报应之恶也许会附带地产生某种益处,这当然不是什么坏事,但是不能为了追求这些益处而适用刑罚。刑罚的目的是施加应得的痛苦,而刑法的目的则在于为在社会框架之内施加这种应得的痛苦提供一个可以被接受的根据。

报应论虽然并不期待在知识界获得广泛认同,但是似乎没有理由假设它在公众观念中不能得到坚定的支持。刑罚的语言自古以来就充斥在公众的观念之中。我们会谈论一个罪犯“向社会偿还所欠之债”;当一个罪犯“罪有应得”或者“量刑过轻”时,我们会相应地表达自己的满意或者不满。而关于死刑的言论则尤为不胜枚举。被宣告有罪的谋杀犯被认为必须为其罪行“付出代价”,这样才能使我们的法律难得地在罪行与刑罚之间保持恰当的比例关系。更形象的说法则是,如果一个罪犯于行刑之前就死亡或者自杀了,人们就会说他“耍弄了绞刑架”。

公诉人往往认为他们自己代表了民众要求报应的呼声。在重大的刑事审判中,陪审团所面临的激烈争论往往也聚焦于复仇的话题。很多法官——在英格兰比美国确实更为公开地——将其判决的功能定位为罪犯必须为其罪行赎罪的社会诉求的公开表达。而警察则经常使用不同的隐喻比喻罪犯:他们时而将罪犯说成是“野兽”,时而干脆就将罪犯视为“敌人”。罪犯被当成“老鼠”或“害