

英美刑法论要

张 旭 主编

清华大学出版社

北 京

主编及撰稿人

主 编 张 旭

副主编 李韧夫

撰稿人 (按撰写章节先后为序)

张 旭 绪论、第一编 第一章

李海滢 第一编 第一章第二节

李綦通 第一编 第二章、第四章

金玲玲 第一编 第三章、第五章

李韧夫 第二编 第一章、第二章、第三章

张 磊 第二编 第一章、第二章、第三章、第四章、
第五章、第六章、第七章、第八章

前 言

在世界法律历史的演进历程中,受不同思想观念、文化传统和习惯的影响,分别形成了表现形式与法律内容各不相同的几大法系,如伊斯兰法系,我国古代的中华法等。其中最具代表性的是大陆法系和英美法系。大陆法系是指古罗马法和法国民法典以及仿照制定的其他各国法律的总称;而英美法系则是中世纪以来的英国法律和仿照这种法律制定的其他各国法律的总称。一直到现在,两大法系仍各自保有鲜明的特色。改革开放以来,虽然我国刑法学研究在各方面都取得了很大的进展:中国刑法基础理论得以深化,外国刑法和比较刑法研究日益成熟,国际刑法和区际刑法研究空前活跃。但是,在对外国刑法学进行研究的过程中,我国刑法学界往往更注重大陆法系刑法学的研究,而忽视英美法系刑法学的研究。这一点无论从进行相关研究的学者的数量,还是从发表的论文及出版的著作的数量,都能被明显感受到。

之所以导致我国对大陆法系刑法与英美法系刑法研究的不平衡,自然与大陆法系刑法与我国刑法法源相近、研究者的研究领域和外语背景有关,但主要的原因恐怕在于学界对英美法系刑法的不明确认识。许多人认为,英美法系刑法以案例为基础,以解决实际问题为目标,难免忽视理论的深入研讨和系统思考,以致难于形成完整而连贯的理论体系,因而不符合我国刑法的现实要求,值得借鉴的东西不多。不错,英美法理论的确以经验思维为逻辑起点,以实用为价值目标,但这并不影响其理论的系统性和科学性。事实上,英美法系刑法学有其自身的理论基础和哲学根基,只不过由于历史背景、传统文化和法律渊源的不同,在理论基点的选取和法律原则的确定上不同于大陆法系、不同于我们习惯的思维模式而已。作为与大陆法系同样在世界法律发展历史中起重要作用的理论体系,英美法系能具有如此久远的生命力,应该是一个极好的注解与说明。

笔者从 1997 年开始给刑法专业研究生开设英美刑法课程,随着阅读书目的增多和对英美刑法认识的加深,愈来愈体会到英美刑法背后深厚的哲学积淀和价值蕴涵,愈来愈沉醉于英美法系刑法的独特魅力。有感于我国刑法学界偏重大陆法系刑法研究,忽视英美法系刑法借鉴意义的现状,早在 2000 年,我就产生要写一本全面介绍英美法系刑法的动议,试图把自己在教学和科研过程中的体会提供给读者,进而引起刑法学界对英美法系刑法理论及其借鉴价值的重视。同时,也感受到当时我国英美法系刑法的研究,过于注重案例分析与注解,而忽视基础理论的系统研究与深入探讨。其实,英美法系刑法学也有着和大陆法系刑法学一样深奥的刑法理论,只不过两者在法律原则、法律渊源、犯罪成立及一些具体罪的规定上存在一些差异罢了。正如储槐植老师所说:“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。(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)。”^①因此,和大陆法系刑法学一样,英美法系刑法学也有许多值得我们学习、借鉴的地方。另一方面,在世界政治、经济、法律各领域全球化日益发展的今天,如果我们只对大陆法系刑法学进行研究,而没有对英美法系刑法学的足够了解,我国的刑法学研究就不是完整的,只有同时采取大陆法系和英美法系刑法学研究之长,为我所用,我国的刑法学研究才能够真正地迈开“双腿”,稳步前进。对此,我在教学和研究中都深有体会。为了改变上述状况,多年来我致力于英美刑法学的系统研究,《英美刑法论要》就是这种研究的阶段性成果。希望本书的出版能够对我国英美刑法的理论研究、我国的刑事立法和司法实践有所裨益,引起我国学者、立法者、司法者对于我国现行刑法一些问题的反思和对我国刑法未来发展方向的探索。

总的来说,本书有以下几个鲜明特色:

第一,内容新颖。本书内容的新颖主要表现在两个方面:首先,本书是关于英美刑法研究的理论著作。如上所述,英美刑法的研究在我国相对薄弱,很多学者并不是很了解英美刑法的理论基础和哲学根据。所以,英美刑法在我国还是一个比较新颖的研究领域,其研究成果对于大部分已经熟习大陆法系刑法学的学者们来说有着完全不同的理论色彩。其次,本书的体系新颖。以往我国刑法学理论著作(包括仅有的几本英美刑法的著作)一般都采取犯罪论—刑事责任论—刑罚论的体系或者刑法论—犯罪论—刑事责任论的体系,但是这些体系或多或少都存在这样或者那样的缺陷。本书所采取的体系是一种全新的体系:确定刑事责任的要素—排除或者影响刑事责任的事由—刑事责任的实现方式。与我国刑法学界以往的各种体系相比,这种体系以刑事责任为主线重新构筑刑法学的体系,其能够使刑事责任的价值认知与体系定位协调一致,能够体现犯罪、刑事责任、刑罚三者既密切联系又互相独立的关系,可以使刑法体系的设置和内容安排更趋于合理。

第二,涉猎全面。本书内容的全面也表现在两个方面:首先,本书的依据全面。在本书的编写过程中,笔者收集和参考了我们视野范围内的几乎所有关于英美刑法的中英文资料,力求使本书比较全面地反映当下英美刑法的发展状况和研究特点。其次,本书的内容全面。本书包含了英美刑法中的主要理论问题,分为两编:第一编是犯罪与刑事责任,包括作为确定刑事责任基本要素的犯罪成立、作为排除刑事责任事由的一般辩护事由、作为其他影响刑事责任事由的不完整犯罪和共同犯罪、作为刑事责任主要承担方式的刑罚等共五章,涵盖了英美刑法总论的主要理论问题。第二编是具体犯罪选论,包括英美刑法中杀人罪等八类主要犯罪,较为翔实地反映了英美刑法具体犯罪的全貌。而且,本书紧跟

^① 参见储槐植:《美国刑法》,3~4页,北京,北京大学出版社,2005。

时代步伐,对于随着时代发展新出现的计算机犯罪、洗钱犯罪等也进行了较为详细的介绍。

第三,语言通俗。此前我国面世的一些关于英美刑法的论文与著作,文章的行文与结构不太符合我国读者的阅读习惯,翻译色彩较浓,语言晦涩难懂。读起来让人如坠云雾,不知所云。在本书的写作过程中我们注意到了这个问题,虽然也参考和翻阅了大量的英文资料,但是我们在文章的结构、行文和语言运用等方面较多地考虑了中国读者的知识背景和阅读习惯,利用大众化的语言阐述严谨、深邃的刑法理论,尽量使本书通俗易懂。

第四,理论性强。以往我国学者研究英美刑法多是以案例为基础,很少涉及英美刑法的基础理论问题,这和我们一贯认为英美刑法没有深刻的理论有密切关系。为了改变这种状况,还英美刑法以本来面目,本书在注重从案例角度研究英美刑法的同时,更强调从基础理论角度揭示英美刑法所特有的哲学魅力,在典型案例的分析中彰显其所蕴涵的法学理论传统,在具体规范的解释中挖掘其所依托的文化哲学根基。

上述几个特点也是笔者在主持编写本书的过程中竭力要达到的目标。但是面对博大精深、源远流长、逻辑严谨的英美刑法学,又颇感捉襟见肘、力不从心。然箭已在弦,唯有夙兴夜寐、殚精竭虑,以求无愧于心。至于目标能否实现,只能留待读者评说。

张 旭

2005 年 8 月于长春

目 录

绪论.....	1
---------	---

第一编 犯罪与刑事责任

第一章 犯罪成立——确定刑事责任的基本要素	11
第一节 犯罪行为	12
一、犯罪行为的本质	12
二、犯罪行为的分析	14
第二节 犯罪心态	36
一、犯罪心态概述	36
二、犯罪心态的形式	37
三、与犯罪心态有关的几个问题	49
第二章 一般辩护事由——排除刑事责任的事由	58
第一节 一般辩护事由概述	58
一、一般辩护事由的概念	58
二、英美刑法中辩护事由的分类	60
三、英美刑法中一般辩护事由的特点	66
四、一般辩护事由在英美刑法中的地位和发展进程	67
五、对具有一般辩护事由的行为不作处罚的根据	68
第二节 一般辩护事由举要	68
一、防卫行为	68
二、紧急避险	75
三、被害人承诺(同意)	78
四、未成年	81
五、精神障碍	82
六、胁迫	88
七、错误	90
八、醉态	92
九、警察圈套	93
十、其他的一般辩护事由	96

第三章 不完整犯罪——其他影响刑事责任的事由之一	99
第一节 不完整犯罪概述	99
一、不完整犯罪的概念	99
二、不完整犯罪的特征	100
三、不完整犯罪的辩护理由	102
四、不完整犯罪刑事责任的根据	102
五、不完整犯罪的种类	104
第二节 未遂犯罪	105
一、未遂犯罪概述	105
二、未遂犯罪的概念	106
三、未遂犯罪的成立条件	106
四、辩护理由	111
五、未遂犯罪的分类	114
六、未遂犯罪的刑事责任与刑罚	114
第三节 共谋犯罪	115
一、共谋犯罪概述	115
二、共谋犯罪的概念	117
三、共谋犯罪的成立条件	118
四、辩护理由	126
五、共谋者的刑事责任与刑罚	128
第四节 教唆犯罪	131
一、教唆犯罪概述	131
二、教唆犯罪的概念	133
三、教唆犯罪的成立条件	135
四、教唆犯罪的辩护理由	140
五、教唆犯罪的处罚	141
第四章 共同犯罪——其他影响刑事责任的事由之二	143
第一节 概述	143
一、共同犯罪的概念	143
二、共同犯罪中对犯罪人的划分	144
三、共同犯罪理论的研究内容	148
第二节 共犯	149
一、共犯承担刑事责任的根据	149
二、共犯成立的条件	151

三、共犯与主犯之间的关系	157
四、共犯的特殊辩护事由	162
第三节 犯罪后的帮助行为	165
一、事后从犯的构成要素	166
二、事后从犯的类型	167
第四节 替代责任	170
一、替代责任概述	170
二、法人的替代责任	171
三、个人的替代责任	173
第五章 刑罚——刑事责任的主要承担方式	175
第一节 刑罚一般理论	175
一、刑罚的定义	175
二、刑罚的本质	175
三、刑罚的目的	179
四、刑罚的特点	186
第二节 刑罚种类	187
一、刑罚种类概述	187
二、刑罚的具体种类	188
第三节 刑罚裁量	195
一、刑罚裁量的原则	195
二、刑罚裁量模式	197
三、刑罚裁量情节	199
第四节 刑罚执行	201
一、刑罚执行的原则	201
二、刑罚执行的具体制度	202
第五节 刑罚消灭	213
一、追诉时效	213
二、赦免	214

第二编 具体犯罪选论

第一章 杀人罪	215
第一节 概述	215
第二节 谋杀罪	216
一、谋杀罪的定义	216

二、谋杀罪的犯罪行为	217
三、谋杀罪的犯罪心态	221
四、谋杀罪的处罚和改革建议	222
五、美国刑法中谋杀罪的有关规定	223
第三节 非预谋杀杀人罪	223
一、非自愿的非预谋杀杀人罪	224
二、自愿的非预谋杀杀人罪	228
第四节 杀婴罪	233
第二章 伤害身体的犯罪	235
第一节 概述	235
第二节 恐吓罪	235
一、犯罪行为	236
二、犯罪心态	237
三、美国刑法中的有关规定	237
第三节 殴打罪	238
一、犯罪行为	238
二、犯罪心态	239
第四节 加重的恐吓罪和殴打罪	239
一、英国刑法中加重的恐吓罪和殴打罪	239
二、美国刑法中加重的殴打罪	242
第五节 伤害罪和严重伤害身体罪	243
一、概述	243
二、犯罪行为	244
三、犯罪心态	245
四、处罚	245
第六节 给予毒品罪	245
一、犯罪行为	246
二、犯罪心态	247
三、处罚	247
第七节 其他伤害身体的犯罪	247
一、非法拘禁罪	247
二、侵扰罪	248
三、被害人同意的伤害	250

第三章 性犯罪	253
第一节 概述	253
第二节 强奸罪	254
一、犯罪行为	255
二、犯罪心态	259
三、强奸罪的处罚	260
第三节 猥亵犯罪	260
一、猥亵性攻击罪	260
二、猥亵儿童罪	262
三、猥亵性暴露罪	263
第四节 其他性犯罪	263
一、通过胁迫或者欺诈手段达成性交	263
二、利用药物达成性交	264
三、与 13 岁或者 16 岁以下少女性交	264
四、乱伦罪	264
第四章 财产犯罪	266
第一节 概述	266
第二节 盗窃罪	266
一、犯罪行为	267
二、犯罪心态	271
三、美国刑法中盗窃罪的有关规定	274
第三节 抢劫罪	274
一、概述	274
二、犯罪行为	275
三、犯罪心态	277
第四节 夜盗罪	277
一、概述	277
二、犯罪行为	278
三、犯罪心态	280
四、加重夜盗罪	281
第五节 诈骗罪	282
一、骗取财物罪	282
二、骗取金钱利益罪	285
三、骗取服务罪	286

四、美国刑法中的诈骗罪	287
第五章 交通肇事罪	288
一、危险驾驶罪	288
二、危险驾驶致死罪	290
三、疏忽驾驶罪	291
四、酒后驾驶罪	292
第六章 危害国家主权与管理的犯罪	294
第一节 概述	294
第二节 叛逆罪	294
一、叛逆罪的含义	294
二、叛逆罪的成立条件	295
三、叛逆罪的处罚	296
第三节 伪证罪	297
一、伪证罪与相关犯罪的含义	297
二、伪证罪的成立条件	297
三、伪证罪的处罚	298
第四节 贿赂罪	298
一、贿赂罪的含义	298
二、贿赂罪的成立条件	299
第五节 脱逃罪	300
一、脱逃罪的含义	300
二、脱逃罪的成立条件	301
第七章 妨害公共秩序、社会道德的犯罪	302
第一节 概述	302
一、妨害公共秩序的犯罪	302
二、违反社会道德的犯罪	303
第二节 非法集会罪、骚动罪和暴乱罪	303
一、非法集会罪	303
二、骚动罪	304
三、暴乱罪	304
四、三种犯罪之间的联系	305
第三节 卖淫犯罪	305
第四节 淫秽物品罪	306

一、淫秽物品的含义	307
二、淫秽物品罪的成立条件	307
三、对儿童的专门保护	307
第八章 计算机犯罪、毒品犯罪和洗钱罪	309
第一节 计算机犯罪	309
一、未经授权进入计算机资料	309
二、以实施或者帮助实施其他犯罪为目的而未经授权进入计算机资料	310
三、未经授权修改计算机资料	311
第二节 毒品犯罪	312
一、概述	312
二、毒品犯罪的种类	312
三、美国打击毒品犯罪的实践	313
第三节 洗钱罪	315
一、概述	315
二、犯罪行为	316
三、犯罪心态	316

绪 论

一、英美刑法的形成和发展

英美刑法实际上是英美法系刑法的简称。英美法系是在中世纪以来英国法律基础上发展起来的;美国独立后又基本上仿照英国法,因此,英美法系的刑法主要以英国刑法和美国刑法为代表。此外,以英国刑法为蓝本发展起来的加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、斯里兰卡等国的刑法也属于这一范畴。这样,探寻英美刑法的发展足迹,我们要从英国刑法的发展开始。

(一) 英国刑法的发展

英国刑法的形成与发展是与英国法的创立和发展同步的。在公元1世纪左右,不列颠群岛是罗马的一个省(殖民地)。自5世纪中期起,盎格鲁、撒克逊等部落入侵不列颠,建立了一些盎格鲁、撒克逊人的王国。公元10世纪形成统一的英吉利王国。盎格鲁、撒克逊人入侵不列颠的同时,也把自己的习惯带到新的地区。此时,盎格鲁、撒克逊习惯法是日耳曼法的组成部分,故而这一时期的英国法律和法兰克等王国的法律在本质、特点和基本内容上大体一致。

1066年,诺曼人在威廉公爵率领下侵入英国。征服英国后,威廉没收了大部分原盎格鲁、撒克逊贵族的土地,封赠给亲信和教会,使封建制在英国得以确立,并在很大程度上强化了中央集权。由于盎格鲁、撒克逊习惯法十分分散,因人、因地制宜,大多数习惯仍是口耳相传,没有一种权威性的陈述可供引用,所谓盎格鲁、撒克逊法典也只是一些不完整、不系统的汇编,所以给统一管理全国带来了很大不便和困难。为了解决这一矛盾,亨利二世时进行司法改革,扩大王室法院和巡回法官的管辖权,削减封建领主的审判权。王室法院派往各地的巡回法官在审判案件中除根据国王敕令外,主要根据该地习惯,因而巡回审判的过程也就是调查了解各地盎格鲁、撒克逊习惯的过程。各地巡回法官回到伦敦,聚集在威斯特敏斯特审理案件时,经过相互磋商,使各地分散的习惯法冶于一炉,成为统一的制度,并施行于全国,从而促成了通行于全国的普通法的形成,并使英国的法律制度具有一些和法国等西欧大陆国家明显不同的特点。

普通法表现在法官的判决中,由判例汇集而成。然而,由于普通法来源于习惯,因而具有保守性和形式主义的特点。普通法院的法官也往往拘泥于成例而不愿轻易改变。这就使得普通法不能很好地适应社会情况变化的需要。随着社会的发展和社会关系的复杂化,新产生的而又不能由普通法加以解决的案件日益增多。在这种情况下,当事人即按自古以来的习惯请求国王进行审判。1329年,理查二世命大法官裁判这类案件。大法官裁

判案件的程序比较简单,不要求令状,不设陪审,凡普通法院不受理的案件均可提出。大法官审理案件不受法律约束,而是根据自己的判断进行裁判。这种通过大法官的实践活动形成的法律体系就叫“衡平法”。按某些西方学者的解释,“衡平”是平均或按比例分配的原则,因此,他们认为大法官判决案件是以“公平正义”为根据的,是英王的“仁慈与恩惠”。但形成大法官判决所依据的规范,实际上是罗马法,所以,衡平法实际上是罗马法在英国不系统的、片段的运用。但英国法对罗马法的接受不像欧洲大陆各国从基本原则到体系、制度、术语都予以接受,而只接受某些基本原则和基本思想,不接受其体系、制度和术语,并且这种接受是枝节的、时断时续的,缺乏前后一贯的联系。这使得英国法不同于大陆国家法的特点更为突出。

17 世纪中叶,英国开始了资产阶级革命,并最终确立了资产阶级国家和法律制度。尽管英国资产阶级仍然坚持革命前的普通法、衡平法、制定法并存的法律形式,但其法律体系日趋完备,并促进了资本主义经济的发展。从 19 世纪下半叶起,英国开始了资本集中和垄断组织的形成,同时加紧了扩张殖民地的侵略战争,成为世界最大的殖民地帝国。其将殖民地分成“白人领地”和“有色人领地”,采取“自治”和“监督保护”的不同政策。然而,无论是自治领地还是殖民地,都必须以英国法律作为断案的最高依据。这样,英国法的影响大大扩展,逐渐形成了英吉利法系。此时的英国刑法,也带有浓重的英国法律特色,那就是仍然以封建时期的普通法为基础,适当辅之以单独立法,赋予法官和陪审员以很大的回旋余地,使之在法律形式和诉讼程序方面与大陆法系国家的差别进一步扩大。

(二) 美国刑法的形成和发展

美洲大陆的主人原是印第安人。1492 年,哥伦布航行到了美洲。此后,大批西班牙人、荷兰人、法国人、英国人相继蜂拥而来,并对美洲殖民地展开了激烈的争夺。此时,北美各地被英、法、荷、西等国分割,法律很不统一。18 世纪以后,英国逐渐战胜了它在北美的竞争者,各地相继适用英国的普通法。至 18 世纪中期,随着殖民地各地普遍设立法庭,学习英国法律风行一时,英国的普通法遂在北美殖民地占据优势。美国是在英国殖民地基础上建立起来的。独立战争胜利之初,美国举国上下敌视英国,一度反对普通法。但是,胜利了的美国资产阶级为了发展资本主义,维护统治秩序,要求迅速创立和完备法律制度。同时,英、美之间在历史上存在着法律的渊源关系,因此,美国统治者仍然以英国的法律为基础创制新法律,条文法的实施也按照英国的标准解释。尽管美国各州和联邦也制定了不少成文法,但从基本情况看,仍以习惯法为主,美国刑法也带有明显的从英国移植过来的痕迹。也正因为如此,通常认为英国法与美国法共成一个法系,即英美法系。不过,美国刑法在接受英国刑法的影响的同时,也表现出一些不同于英国刑法的特点,突出表现是一些州制定了刑法典,修正了若干英国普通法的基本原则,并以条文法替代了不少古老的英国普通法。这种发展也正是英国刑法与美国刑法虽共属一个法系,但具体内容并不完全相同的原因所在。

二、英美刑法的特点

英美刑法作为英美法系的法律部门之一,当然具有英美法系的共同特点,那就是判例是法的重要形式,上级法院,尤其是最高法院的判例,对下级法院有约束力,即奉行遵循先例原则。而且,在刑事领域里,英美法系国家,特别是英国、美国,多没有制定适用于全国的统一的刑法典,而采用习惯法、判例法及单行法规相结合的形式。但从刑法这一角度说,我们认为英美刑法最大的特点是它的实用性。这一特点主要表现在五个方面:

第一,从英美刑法的产生看。从前面介绍的内容中我们可以看到,英美刑法是从盎格鲁、撒克逊人和诺曼人的习惯演变过来的,是征服者与被征服者矛盾调和的结果。将在习惯基础上形成的判例法作为法律的主要渊源,既方便适用,也容易为被统治者所接受,因此,可以大大减少其适用中的阻力,增加法律的适用性。

第二,从英美刑法的运作方式上看。在将盎格鲁、撒克逊人及诺曼人的习惯作为法律原则适用的过程中,统治者发现各地区有各地区的习惯,甚至所使用的语言也不相同。因此,为了方便全国的统一管理,成立了王室法院并派出巡回法官,以便将不同的习惯加以整理,并上升为通行全国的法律。而当旧的习惯不能包容客观情况时,由国王任命大法官对普通法院不受理的案件加以审理。尽管从体系、形式上看,两种法律、两种法院及两种诉讼程序并存不利于法理上的说明和统一,但采用这种特定的运作方式,一方面可以保持法律传统及适用上的稳定,另一方面又可以适应客观需要以解决社会中不断出现的新问题,因此,更便于维护统治秩序。

第三,从英美刑法的法律渊源上看。习惯上,人们一般将英美法系概括为判例法。这从法律渊源上确实突出了英美法的特点。英美法在其发展过程中,适应客观需要,采行和发展了普通法形式,并确立了遵循先例原则。这对维护统治者的利益和统治秩序也确实发挥了重要作用。但遵循先例原则要求法官在处理案件时,必须遵循上级法院的或本级法院以前对相同案件所作的判决中适用的原则,即使他认为这个案件的判决是错误的。这就增加了问题的复杂性。而且,卷帙浩繁的判例不仅对于一般公民来说是一座迷宫,即使是法律职业者也常为其苦恼。加之社会关系日渐复杂,新的法律关系不断出现,具有浓重保守色彩的判例法在急速发展的形势面前穷于应付而又捉襟见肘。在这种情况下,普通法系国家中的成文法大量增加起来,甚至某些国家成文法的数量已经超过欧洲大陆国家。但是,从法律渊源上说,以判例法为主要渊源这一特点并未改变,普通法系国家也很少有严格的、大陆法系意义上的成文法典。对此,英国学者达维和布莱尔利曾指出:“今天,我们说在英国成文法的地位并不低于法官法,这是不错的。但同样正确的是,在当代条件下,英国法律仍然保持着它的法官法的本质特征。因为首先,司法判决继续在一些领域引导着法律的发展,而且这种引导具有重要意义;其次,英国的立法者们由于习惯于数世纪以来法官立法占优势的观念,尚未从他们传统的立法风格中解脱出来。”

应该说,在法律渊源上仍然以判例为主要渊源,更利于视案件具体情况进行审判,充分发挥法官的立法作用,使之较之法典化的法律更具灵活性。

第四,从英美刑法的发展上看。英国资产阶级在取得革命胜利后以及美国独立之后,都有一个共同的现象,就是没有废止革命前的法律制度,而沿用传统的英国法。这样做在很大程度上是从实用的角度考虑的。因为新的社会制度、新的国家建立后,都急需创立和完善法律制度以巩固新生的政权和社会制度,而法律作为一种文化,很难一下子割断历史与现实的联系。相反,承认法律文化的继承性,沿用已为公众熟悉的法律原则,更利于社会的稳定。正像一些学者分析的那样,英国在资产阶级革命后仍然保留判例法主要有两方面的原因:一是英国的资产阶级革命以妥协告终,贵族在革命后仍然保存了相当大的势力。为了调和矛盾,胜利后的资产阶级不能不使其政治、经济及法律制度带有极大的保守性。表现在法律方面,就是封建时代的法律形式被继承下来。二是在资产阶级革命的过程中,英国的许多著名法官,如柯克等人,一方面用资产阶级观点对普通法进行重新解释,使之适应新的历史条件的需要;另一方面凭借其地位和权力抵抗王权对司法的干预和国王利用星座法院对政治犯的迫害,从而使普通法在注入新的内容后成为反对王权专政的工具。

不过,需要注意的是,无论是英国资产阶级对革命前封建时期普通法的保留,还是美国对英国法律传统的继承,都不是绝对的、无条件的,而是适应客观发展而变换其内容。如英国革命后不断限制叛国罪的范围;加重或减轻对一些特定犯罪的处罚。美国独立后,也是因地制宜地采用英国法,使之适应美国社会经济发展的进程。

随着社会的发展,犯罪领域日益扩大,犯罪手段也日趋复杂,此时,从形式到内容都具保守特点的判例法已经不适应社会发展的需要。而且,民主观念和人权保护观念的深入人心和普及使得罪刑法定成为刑法的一项基本原则。因此,制定成文法的需要变得越来越迫切。一些英美法系国家,如印度、斯里兰卡,开始适应新的发展趋势,制定统一的刑法典。可以说,这也是英美刑法以实用为目标的一种表现。

第五,从英美刑法的内容上看。储槐植老师在其《美国刑法》一书中评价美国刑法的价值基础时,曾指出:“如果说大陆法的理论重思辨,那么英美法的理论重实务。前者是学者型的理论,后者是法官型的理论。”^①这虽然是针对美国刑法理论而言,但笔者觉得,其对于英美刑法也基本适用。在英美刑法中,犯罪确定、刑罚权的运用等方面都反映出以经验为逻辑起点,以实用为价值目标这一突出特点。如关于法人犯罪问题,英美刑法就率先从社会实践出发去承认法人犯罪现实,然后以此为前提反过来去补充传统刑法理论,达到理论为实践服务的目的。再如,在刑罚权的适用上,英美刑法往往赋予司法人员广泛的自由裁量权,以便在理与法冲突时,司法人员能以统治政策为指

① 参见储槐植:《美国刑法》,前言1页,北京,北京大学出版社,1996。

导而加以合理调节。又如,为了督促产品的生产者和销售者加重社会责任心,维护大众的健康和福利,规定了严格责任犯罪,允许对某些行为在无须证明犯罪心态存在的情况下追究行为人的刑事责任。随着我们介绍内容的全面和深入,我们对英美刑法实用性的特点会有更深刻的认识。

三、犯罪的本质和犯罪分类

(一) 犯罪的本质

在英美学者那里,谈及犯罪的本质一般是指犯罪的定义。由于定义犯罪总被视为一大难题,而且至今尚无令人满意的定义可言,以致以定义开始法律著作这种做法变得不时兴了。按照英美学者的解释,造成这种境况的原因主要有二:

一是受普通法本身的历史影响。在古代法中,刑事的和民事的违法行为之间并无明显的差别,两者被称为“黏合物”。任何损害个人的行为,达到一定程度便是损害社会的犯罪行为。犯罪与侵权行为这两者的区别仅在于程度不同。普通法中一些程度划分中使用的语言起初是作为感情的标志的,如“重罪”一词原来是指某种残酷、凶暴、邪恶或卑鄙的东西。进一步说,任何行为,只要任何特定社会的某一具有足够权力的部门感到它有害于其自身的利益,如危及其安全、稳定或舒适,该部门便通常将其视为特别邪恶,并力图以相应严厉的措施加以镇压。而且,只要可能,它便确保将国家主权所能支配的强制力用于防止危害或惩罚造成危害的任何人。而这种危害行为便被称为犯罪。当然,对于犯罪产生这一结果来说,可能有许多因素同时发生作用,要明确地鉴别它们是不大可能的。所能说的是,作为许多不同社会力量综合作用的结果,一种忤逆行为可能变成犯罪。显而易见,在原始君主政治或专制政治中,当所有名义上的国家权力掌握在君主或少数人手中时,具有试图取代统治集团之性质的任何东西,都会被列为叛逆,列为最严重的犯罪,并受到统治者所能采取的一切手段的镇压。这样,认定犯罪就没有一个明确的标准。

二是受犯罪作为一个法律定义本身的影响。正如史密斯和霍根所看到的:“如果我们试图定义什么是罪行,我们立即就遇到了一个困难。如果我们所作的定义是一个正确的定义,那么,它就应该使我们能够通过检查任何作为(或不作为)是否包含了定义中的所有成分而断定该行为是一项罪行或不是一项罪行。但是通过仔细的思考表明,这是不可能的。当国会通过法律规定某一特定行为将成为一项罪行,或某一现在构成犯罪的行为将不再成为罪行,行为本身的性质并没有发生变化,变化的只是行为在法律上的归属和分类。在有关法律生效之前与生效之后,行为的所有可以观察的特性都是完全一样的。因此,任何定义罪行的尝试都面临着这样的困难:可能在某一行为在法律上已经不再是罪行的情况下仍然将它包括在罪行的定义中,或者某一行为在法律上已经成为罪行的情况下仍然将它排除在罪行的定义之外。如1961年8月3日之前,自杀是一种罪行,但根据《1961年自杀法》,在1961年8月3日以后,自杀却变成完全合法的了。可见,有关行为