

刑事法律科学文库 (66)

◎ 孙春雨 著

中美定罪量刑机制比较研究

COMPARATIVE STUDY
ON MECHANISMS OF
SINO-AMERICAN
CONVICTION AND SENTENCING



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心

◎刑事法律科学文库 (66)

中美定罪量刑机制比较研究

COMPARATIVE STUDY ON MECHANISMS OF
SINO-AMERICAN CONVICTION AND SENTENCING

孙春雨 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中美定罪量刑机制比较研究/孙春雨著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.3

(刑事法律科学文库; 66)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 645 - 3

I. 中… II. 孙… III. ①刑事犯罪—定罪—对比研究—中国、美国②刑事犯罪—量刑—对比研究—中国、美国

IV. D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 023738 号

中美定罪量刑机制比较研究

COMPARATIVE STUDY ON MECHANISMS OF
SINO-AMERICAN CONVICTION AND SENTENCING

孙春雨 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市利兴印刷有限公司

版 次: 2007 年 3 月第 1 版

印 次: 2007 年 3 月第 1 次

印 张: 17.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 454 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 645 - 3/D · 605

定 价: 38.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

刑事法律科学文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明的社會是法治社會。中國依法治國、建設社會主義法治國家之基本治國方略的確立及其貫徹，對中國社會的發展進步至關重要。毋庸置疑，現代刑事法治在現代法治國家中仍扮演著重要的角色，因而刑事法學學科也相應地為國家所重視，成為我國改革開放以來公認的最為繁榮的主要法學學科領域之一，并被首批納入建設“國家重點研究基地”的行列。在新世紀建設社會主義法治國家的進程中，刑事法學需要進一步發展與完善，以更為充分地發揮其應有的作用。

中國人民大學刑事法律科學研究中心，是專門從事刑事法研究的新型綜合性學術研究機構，也是1999年12月首批建立的15個教育部普通高等學校人文社會科學重點研究基地之一。本中心依托中國人民大學雄厚的人文社會科學基礎與中國人民大學法學院堅實寬廣的法學學科實力，以國家級重點學科刑法學為龍頭，涵蓋刑事實體法、國際刑法、刑事程序與證據法、刑事偵查與刑事物證技術、刑事法律史等刑事法律學科群中的主要領域。按照教育部的要求，

中心应当是具有明显的科研优势和特色的国家级刑事法律重点研究基地，并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位，在国际刑事法学术界享有较高声誉。中心以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和促进刑事法律学科的发展与完善，努力建成国内一流、国际知名的刑事法律科学重点研究基地。

“刑事法律科学文库”，是中国人民大学刑事法律科学研究中心组织策划的主要系列学术丛书，计划出版国内外刑事法学（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等）领域有新意、有分量的著作与译作。著译者以本中心专职、兼职研究人员为主，并向国内外专家学者开放，旨在推动刑事法学领域的学术研究，积累刑事法学方面的学术成果，为繁荣和发展我国的刑事法学事业作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2007年1月

前 言

作为大陆法的继受者，自清末法律近代化以来，我国曾经借鉴过法国、德国、日本、前苏联等国家的法制经验，所取得的成就也有目共睹——我们今天的法律体系基本上是大陆法系的，而法律的运作也大体如此。对我们而言，英美法系历来是另类法系，与我们的法律几乎没有什么渊源，更谈不上影响。

事实上，中国对于普通法的借鉴，在晚清时已经开始，从当时清政府为制定新律而翻译的大量的外国法律法规的统计看，19世纪末主要翻译的是英美法律，20世纪初才转向以罗马法系为渊源的日本法律。晚清政府在接受西方法律文化时，最早侧重于英美法律，尤其是在国际公法方面。但在20世纪初修律时，无论从体系到内容最终取法大陆法系，这不仅是因为当时欧洲大陆是世界经济的中心和两大法系的发源地，更重要的是它与中国的国情和法律传统有某些相合之处。^①清末法律改革时，英美法仍是重要的考察内容。1905年6月初，清朝派五大臣（载泽、戴鸿慈、端方、徐世昌、绍英）考察各国政治情况，据史料记载：其中载泽一行曾考察过英国；戴鸿慈、端方一行曾考察过美国。^②1902年清朝下诏修律时，与沈家本一起主持法律改革的伍廷芳，就曾在伦敦的林肯律师公会取得过律师资格，成为第一个取得英国律师资格的中国人，后来，伍廷芳回香港当上律师，被第七任港督命为第一个华人

^① 张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年6月第1版，第386页、第406页。

^② 张晋藩总主编：《中国法制通史》（第九卷清末·中华民国），法律出版社1999年1月第1版，第60~63页。

“太平绅士”，1880年他又被香港当局聘为定例局（今立法局）议员。两年后，伍廷芳进入李鸿章幕府，任洋务局委员。1902年伍廷芳出任清政府修律大臣，同沈家本一道修律；清末法律改革时伍廷芳还曾出使美国^①。在清末修律过程中，为“参酌各国法律”、“会通中西”、“务期中外通行”而翻译的外国法律中就有《美国刑法》、《美国刑事诉讼法》，^②1906年伍廷芳领衔起草诉讼法草案，沿用英美等国做法，设立陪审制度，于是中国才有了民事和刑事诉讼制度的划分。辛亥革命后，伍廷芳曾接受革命党的邀请，担任南京临时政府的司法总长。在随后极为短暂的司法总长任内，伍廷芳满怀民主共和的理想，力主三权分立，倡导司法独立。^③他和孙中山、章太炎等人关于民主共和、法治与人权的法律思想，对中华民国初期的法制建设起到了引导作用；当袁世凯等反动势力试图逆历史潮流而动时，这些法律思想又成为人们反对封建复辟的动力源泉和方向指南。^④

国民党政府期间，时任哈佛大学法学院院长的庞德曾出任过国民党政府司法部的顾问，^⑤1946年7月3日，旧中国的一家大报发表了题为“欢迎庞德教授”的社论，社论这样写道：“中国政府聘来了庞德教授，是中国法律界的光荣。我们不但感觉光荣，我们有绝对的必要，接受庞德教授的意见，作为我们改造中国的实体法和程序法的指针。”该社论指出：“我们理解了庞德教授学说的重心，

^① 1897—1902年，1907—1909年受命于危难之中的伍廷芳两次出任三任驻美公使。方卫军：《伍廷芳的国际和平法思想》，载《华东政法学院学报》2004年第4期，第65页。

^② 张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年6月第1版，第385页。

^③ 韩秀桃：《崇尚民主法制的伍廷芳》，载《法制日报》2005年12月28日第十版。

^④ 张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年6月第1版，第409~410页。

^⑤ 参见高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年1月第1版，第638页。

就可以推定庞德教授实验主义的法学，将改正我国一般法学家与法律实务家若干基本观念，将指点他们对于中国实际规律，在实体法与程序法上有充分的反映。如若我们能够接受庞德教授的影响，则我们的法律学与现行法必将开一新时代纪元。”这是法律界异乎寻常的大事件，在此之前，中国法律的移植以取法国、德国、日本为主，英美法的影响无法与之比肩，庞德受聘中国政府的法律顾问，在当时也许预示英美法的影响将有所扩张，只不过没过多久，国民党军队兵败如山倒，政府随之垮台，西方法律的移植旋即中断，庞德受聘的实际意义终于不彰。^①

解放前与“北朝阳”齐名的“南东吴”（东吴大学）法学院——东吴法学院（1915—1952年）就是完全以普通法教学模式建立起来的，它由美国人创办，教授英美法，早期采取美国教育模式，在最初10年的课程设置与美国法学院极为相似，几乎全部是由受到美国训练的法律专家以英文教授的普通法课程组成。更不用说当时很多人留学的去向都是英美名牌大学的法学院。即使在后来（1928年后至解放初期）政府对高等教育进行管制和干预，但东吴法学院仍然坚持教授英美法和比较法及其传统教学模式。^②

然而，本来不错的普通法“基础”在解放后由于众所周知的原因不断被削弱，以至今日。这一点在法律教育、法学文献等方面均有所体现。改革开放的大环境为普通法来到中国提供了契机。自20世纪80年代法学教育恢复以来，普通法教育在中国逐渐展开，法律实务方面对普通法的关注也越来越多。但仔细观察就会发现，无论是法律教育还是法律实务，对普通法的借鉴仍然采用的是大陆法的方式。造成现阶段这种局面的原因，主要是我们对于普通法的性质认识出现了偏差，我们更多地还是戴着大陆法的有色眼镜来看

① 张建伟：《庞德教授的忠告》，载《检察日报》2005年5月30日。

② 参见高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年1月第1版，第580～581页、第588页、第593页、第620页。

待普通法，因此主要关注它的规则和制度本身，而忽视这些规则和制度的运行。^①

中美两国刑事法律制度由于历史渊源不同、立法和司法理念迥异，因而二者的表现形式和运作方式均有明显差异，尤其是在定罪和量刑方面表现较为突出。美国的法律制度属于普通法系，中国的法律制度晚近虽然以照搬前苏联法律为主，并有兼采大陆法系（The Continental System）和普通法系（The Common Law System）的特征，但基本上仍属于大陆法系。两大法系各有短长，当今各国，尤其是西方主要发达国家为扬长避短，进一步实现本国刑事法治的现代化，均在努力兼收并蓄、取长补短，因而，两大法系在某种程度上正趋向交流、融合。应该说，中国刑事法律制度在走向现代化的过程中，也在很大程度上注意到了这一点，但总体而言，中国的刑事法律制度和司法制度由于历史原因，在扬弃自身的同时，仍是取前苏联的和大陆法系的较多，而取英美法系的甚少。原因在于我们不仅习惯于用批判的眼光去挑剔他们，而且本能地排斥他们的影响。事实上，英美法系固有的灵活、实用，机制不断创新，却又十分贴近实际的独特的法律形式和司法运作方式，很值得我们学习和借鉴，尤其是在“言必称英美，话必称接轨”如火如荼地进行中国司法改革的今天，我们更有必要全面、系统、客观地了解他们的法律体系。

2003年10月17日至2004年2月14日，应美国新泽西州州立罗格斯大学（Rutgers, The State University of New Jersey）和新泽西州大西洋城凯波学院（Atlantic Cape Community College）的邀请，笔者有幸作为北京市政法系统高层次法律人才首批赴美培训团的成员，前往美国，对美国的刑事法律制度和刑事司法制度进行了为期

^① 参见李红海：《法系、渊源与普通法》，载《人民法院报》2004年8月18日。

4个月的实地研究和学习。^①学习和研究的主要形式是与美国联邦或新泽西州的法官、检察官、警官、律师、司法官员、法学教授进行面对面的专题交流和研讨以及实地观看他们开庭和办案。这对我来说无疑是一个极其难得的机会，它不仅使我能够在美国集中较长一段时间和精力实地、原汁原味地学习、体会、研究和把握美国的刑事法律制度和刑事司法运作方式，而且对于开阔我这样一个深受大陆法系传统教育熏陶的学生的眼界，促使我深入思考和比较中美刑事法律制度和司法制度的优长劣短，积极探索中美刑事法律制度以及司法制度之间的最佳切合点，进而为实现我国刑事立法和司法的现代化建言献策，均具有非常重要的意义。

此次去美国访问学习的主要任务之一是每个人都要完成一个研究课题，当时我的选题就是《中美定罪量刑机制比较研究》。恰好当年我荣幸地考取了中国人民大学刑法学专业博士研究生，出国与学业两相冲突，于是我不得不延迟刚刚开始却还来不及适应的博士研究生第一学期的校园学习和生活，匆忙踏上美国这块热土，去全身心地感受这一西方最发达国家的法治文明，尤其是美国的刑事法治文明。也就是从读博士的第一天和踏上美国本土的第一天起，这个题目便成了我心目中酝酿已久的博士学位论文。之所以选择该题目，主要基于以下几点考虑：一是国内尚没有这方面的研究成果，据我观察，在美国也没有，选择这一论文可以填补这一领域的空

^① 在美国访学的前期主要是在大西洋城凯波学院强化学习美国法律术语以及美国法律概况，中期是在新泽西州开普梅郡警察学院（Cape May County Police Academy）学习美国的司法制度，后期则是在罗格斯大学法学院深入学习和研究美国的刑事法律制度和刑事司法制度；但访学的主要时间和精力则是放在实地参观、交流和实习上，在美国的4个月学习生活中笔者实地访问、考察了美国联邦和新泽西州的不少司法机关或组织，对美国的刑事立法、司法以及刑事运作程序有了较为全面、深刻的理解和把握，笔者访问、考察过的美国的司法机关或组织有：美国联邦最高法院、美国司法部、全美律师协会（ABA）、美国联邦第三巡回法院、美国联邦设在新泽西州和费城的地区法院；纽约市警察学院；新泽西州的最高法院、司法部、上诉法院、初审法院；新泽西州卡姆登郡检察官办公室、大西洋郡检察官办公室、新泽西州监狱、开普梅郡矫正中心等。

白。二是国内有关美国刑事法律方面的资料比较匮乏，相对来讲，我从美国本土收集到的资料是比较新的，反映了美国刑事法律新近的发展状况，依据这些资料形成的论文，可以说是这一领域的较新近的研究成果。三是从定罪和量刑的角度进行比较研究，可以使我們更好地把握中美刑事立法和刑事司法的核心，掌握中美刑事法律和刑事司法的全貌。应该说，定罪量刑机制是一个国家刑事法律制度在社会生活中运用的集中体现，也是检测和评估一个国家刑事法律制度先进性的重要参考因素和指标。一个国家的整个刑事法律体系和刑事司法运作主要是围绕定罪和量刑而展开的，了解和掌握一个国家的定罪量刑机制，就可以基本上把握该国刑事制度的概况。这正是笔者选择这一课题的初衷和目的所在。四是定罪和量刑机制均涉及实体法和程序法两个方面的内容，如从实体法和程序法相结合的角度比较研究中美的定罪和量刑机制，在某种程度上可以突破学科研究历来追求的“自成体系”、“封闭研究”的状况，可以从更宽广、更客观、更实际的视角看待问题，使我们能够更加全面、精细地了解美国具体的刑事法律制度和司法制度，看到别人的优势，思考他们法律发达的缘由，反思我们存在的问题和不足，以便更好地取长补短。五是通过比较研究，可以更好地为我国刑事法律的现代化和司法制度的现代化服务，提供一个新的视角、新的思路。六是作为当今世界两个具有广泛国际影响的大国，中美之间在刑事领域的交流、交往日趋密切，沟通、对话日益频繁，摩擦和争执也时有发生，如果我们不懂得他们的刑事法律制度，不了解他们的法律传统、法律理念，不熟悉他们刑事司法运作的方式和过程，那么我们会失去平等对话、公平解决问题的机会。因此，从法律实务的角度看，了解美国是为了更好地与他们打交道，最终达到“知己知彼，百战不殆”的目的。

意大利学者马尔科姆·M·菲利认为，在法学研究中，比较研究的目的是探求外国法律制度的特性，以判断是否可资借鉴。这是一项规范性和政策导向的事业。包括比较刑法和程序法在内的比较

法研究，通常由对两个或者两个以上国家某些法律的对比和比较构成，以便指出显著的异同；或者由逐一描述所选几种法律制度特性构成。实际上，所有比较法的标准文本都列举了相同的目的：（1）提高对外国法律制度的认知和鉴别能力，了解其与本国法律的不同之处，如同域外旅行拓展视野那样拓宽知识面；（2）服务于法律改革和立法活动，考虑是否进行法律移植；（3）在自身法律制度或判例法遇到空隙时，作为一种构建工具；（4）在日益收缩的当今世界，提供其他法律的实质性知识，对日益增长的跨法域实践有所裨益；（5）促进当今收缩化世界的法律统一与和谐。^①笔者将努力循着这样的路径和目标，从中美法律传统和文化理念之差异、中美刑事法律体制之差异、中美定罪机制比较研究、中美量刑机制比较研究、中美司法运作结果的表现形式之差异、美国定罪量刑机制对我国定罪量刑机制改革的借鉴意义等六个方面来展开这篇论文。

^① [意] D·奈尔肯编，高鸿钧、沈明等译：《比较法律文化论》，清华大学出版社2003年10月第1版，第135～136页。

目 录

前 言	(1)
第一章 中美法律传统、法律文化、司法理念之差异	(1)
第一节 美国的普通法传统和我国的成文法传统	(2)
一、美国的普通法传统及其兼具的制定法倾向	(2)
二、我国的成文法传统	(19)
第二节 中美法律文化、司法理念之差异	(21)
一、中美法律文化、司法理念的影响因素	(21)
二、中美法律文化之差异	(30)
三、中美诉讼文化之差异	(36)
第三节 美国法律的个人本位主义定位和我国 法律的社会（国家）本位主义定位	(42)
一、美国法律的个人本位主义定位	(42)
二、我国法律的社会（国家）本位主义定位	(47)
第四节 美国的分权制衡制约主义的治理体制和 我国的集权主义管理模式	(48)
一、中美宪政制度的理论基础	(48)
二、中美分权的模式	(52)
三、司法机关在宪政体制中的地位和作用	(54)

第五节 美国的功利主义、实用主义（经验主义）法律观和我国的唯理主义、完美主义（形式理性主义）法律观	(67)
一、美国的功利主义、实用主义（经验主义）法律观	(67)
二、我国的唯理主义、完美主义（形式理性主义）法律观	(76)
第六节 美国的创新法律观（判例主义）和中国的“本本主义”法律观（成文法主义）	(80)
一、美国的判例制度	(80)
二、美国判例制度与英国判例制度的差异	(85)
三、中国法的制定法主义	(87)
四、判例法和法典法的优缺点比较	(90)
五、法典和判例的社会适应性及其创新发展功能	(92)
第二章 中美刑事法律体制之差异	(95)
第一节 中美刑事诉讼模式、诉讼结构之差异	(95)
一、中美刑事诉讼模式之差异	(95)
二、中美刑事诉讼结构之差异	(99)
第二节 中美刑事司法体制之差异	(102)
一、中美侦查（调查）模式之差异	(102)
二、中美公诉机关设置之差异	(105)
三、中美法院系统设置之差异	(107)
第三节 中美刑事司法制度运行模式之差异	(111)
第四节 中美刑事法律渊源之差异	(115)
一、美国刑事法律的渊源	(116)
二、我国刑事法律的渊源	(126)
第五节 中美刑事法律解释方法之差异	(127)
一、美国刑事制定法解释的规则	(128)
二、我国法律解释的方法与适用法律的规则	(131)

第三章 中美定罪机制比较研究	(136)
第一节 中美对犯罪的界定之差异	(141)
一、美国对犯罪的定义	(141)
二、美国对犯罪的分类	(144)
三、我国犯罪的定义和类型	(147)
第二节 中美犯罪构成之区别	(150)
一、中美犯罪的构成要素	(151)
二、中美犯罪构成之比较	(180)
三、美国特殊类型犯罪	(188)
四、中美在犯罪因果关系认定上的差异	(201)
第三节 中美犯罪形态之差异	(206)
一、教唆	(206)
二、未遂	(208)
三、共谋	(210)
四、共同犯罪	(214)
五、罪数	(219)
第四节 中美在定罪过程中的指导思想和原则之差异	(220)
第五节 中美定罪方法之差异	(224)
第六节 中美对定罪在证据法上的要求之差异	(227)
一、中美证明模式之差异	(228)
二、中美证据种类之差异	(229)
三、中美证据排除规则之差异	(231)
四、中美证据运行规则之差异	(236)
五、中美证明标准之差异	(241)
第七节 中美定罪的司法运作程序和方式之差异	(245)
一、审前程序	(247)
二、审理程序	(271)
三、审后程序	(285)

四、对中美定罪的司法运作程序和方式的简要评价 …	(296)
第八节 中美影响定罪的因素比较 ……………	(301)
一、美国对影响定罪因素的严格限制和控制 ……………	(301)
二、我国影响定罪的因素 ……………	(302)
第四章 中美量刑机制比较研究 ……………	(306)
第一节 中美量刑的指导思想之差异 ……………	(310)
一、美国量刑的指导思想 ……………	(310)
二、我国量刑的指导思想 ……………	(313)
第二节 中美量刑的原则和要求之差异 ……………	(315)
第三节 中美量刑模式之差异 ……………	(320)
第四节 中美量刑的前提和依据之差异 ……………	(323)
一、美国量刑的依据 ……………	(324)
二、我国量刑的依据 ……………	(346)
第五节 中美量刑主体之差异 ……………	(348)
第六节 中美量刑程序之差异 ……………	(350)
一、中美量刑的步骤 ……………	(350)
二、中美量刑的程序 ……………	(351)
第七节 中美刑罚裁量方法之差异 ……………	(355)
一、美国的刑罚裁量方法 ……………	(355)
二、我国的刑罚裁量方法 ……………	(363)
第八节 中美对数罪的处罚方式之差异 ……………	(382)
一、美国对数罪的处罚方式 ……………	(382)
二、我国对数罪的处罚方式 ……………	(386)
第九节 中美量刑结果之差异 ……………	(386)
一、刑罚的种类 ……………	(387)
二、对量刑不服的救济程序 ……………	(413)

第五章 中美司法运作结果和表现形式之差异	(417)
第一节 中美在判决文书风格上的差异	(417)
第二节 中美在对判决书中能否变更指控罪名问题的处理上之差异	(421)
一、美国对判决中变更起诉罪名的严格限制	(421)
二、我国在判决中直接改变指控罪名的做法	(423)
第六章 美国定罪量刑机制对我国定罪量刑机制改革的借鉴意义	(427)
第一节 美国定罪量刑机制在犯罪嫌疑人、被告人人权保障方面的启示	(428)
一、被告人权利的宪法保障以及对宪法相关规定适用和解释的司法审查权	(428)
二、被告人享有的沉默权	(429)
三、被告人有权获得律师充分帮助的权利	(430)
四、非法证据排除规则	(431)
五、陪审团的事实审	(432)
六、被告人被判有罪后的无限救济权	(432)
第二节 美国定罪量刑机制在刑事司法权力分权制衡制约方面的启示	(432)
一、被告律师或被告聘请的私人侦探或鉴定人对侦查机关侦查权的制约作用	(433)
二、大陪审团和法官预审对公诉权的制约作用	(433)
三、小陪审团对法官的制约作用	(433)
四、判例对法官的制约作用	(434)
第三节 美国定罪量刑机制在增进公众对刑事法治的认同感方面的启示	(435)
第四节 关于完善我国定罪量刑机制的思考和建议	(437)