



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



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

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

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。试举两例予以说明。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知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。

刑罚权是和平时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目标追求。

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中存在的犯罪形态,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。

这种实用主义的美国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 Cal. 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)。