

Comparative Study on Several Basic Issues Between Chinese and Angle-American Criminal Law

李韧夫等 著

中英美刑法基本问题比较研究

国家重点学科 吉林大学刑法学科系列文库

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中英美刑法基本问题比较研究

Comparative Study on Several Basic Issues Between Chinese and Angle-American Criminal Law

著 者 李 韧 夫 高 志 雪 陆 凌
李 楠 康 贞 花 孙 浩 林
杜 一 平 王 星 元 黄 佳 宇

图书在版编目(CIP)数据

中英美刑法基本问题比较研究/李初夫等著. —北京:法律出版社, 2011. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2182 - 9

I. ①中… II. ①李… III. ①刑法—对比研究—中国、英国、美国 IV. ①D924. 04②D956. 14③D971. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 100842 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

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

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2011 年 6 月第 1 版

印张/9 字数/227 千
印次/2011 年 6 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2182 - 9

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

吉林大学刑法学科始建于1948年,在我国老一辈刑法学家甘雨沛教授、何鹏教授、高格教授的学术奠基下成为国内首批刑法学专业硕士点之一,1986年取得博士学位授予权,2002年被评为吉林省重点学科,2003年经国家人事部、全国博士后管理委员会批准设立了法学博士后流动站,2007年被教育部评定为国家重点学科。同时,本学科被列入“十五”期间国家“211工程”重点学科建设项目,2005年本学科成为吉林大学“法律与经济全球化”研究基地的重要学科力量,该基地是国家“985工程”重点建设的国家哲学社会科学基地,2006年以法理学、刑法学和民法学为支撑的吉林大学法学学科成为法学一级学科博士学位授权点。为给教学和科研创造良好的学术平台和环境,整合学术力量优势,国家重点学科吉林大学刑法学科设置了中国刑法学研究所、比较刑法学研究所、国际刑法学研究所、边缘刑法研究所、诉讼理论与司法改革研究所共五个研究所,力求形成立体式、交叉式、复合式的刑法学研究体系。

吉林大学刑法学科秉承几代人的学术传统,一直坚持刑法学基础理论、中外刑法学基础理论、司法实践的科学研究,养成了务实、求是、缜密的学风,在犯罪构成理论、罪刑法定原则的实现、刑法解释、人权与国际刑法、刑事诉讼价值等方面形成了特色鲜明的研究场域,为国家培养了大量的高层次理论研究人才、刑事立法和刑事司法人才。2010年,为加大学术研究力度、鼓励学术产出、传播学术影响和培养学术人才,依托于国家重点学科建设资金,本学科推出了国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库,日后也将继续、及时推出本学科

2 总 序

科研人员所创作的学术成果。

这套文库将开启我国法学界了解吉林大学刑法学科的另一扇门窗,并扩大吉林大学刑法学科与国内、国际学术交流的平台,我们也期待吉林大学刑法学科在社会各界的关注与提携下,在夯实学科特色的同时成为推动中国刑事法治建设,提升中国刑事法治正义、安全和自由价值,培养法学精英的中坚力量。

吉林大学法学院

国家重点学科吉林大学刑法学科系列文库编委会

2010年3月

著者及写作分工

- 李韧夫** 吉林大学法学院教授、博士生导师,撰写绪论、第三章;
高志雪 吉林大学法学博士,撰写第一章;
陆 凌 吉林大学法学硕士,撰写第二章;
李 楠 吉林大学法学博士,撰写第四章;
康贞花 延边大学法学院副教授、吉林大学法学博士,撰写第五章;
孙浩林 吉林大学法学博士,撰写第五章;
杜一平 吉林大学法学博士,撰写第六章;
王星元 吉林大学法学博士,撰写第七章;
黄佳宇 长春市委党校法学教研部讲师、吉林大学法学博士,撰写第八章。

前 言

法律征表着人类之理性文明,征表着人类自我意识理性高度之文明,征表着人类寻求安稳秩序之文明,征表着人类解决矛盾所采手段之文明。

在世界法律演进的进程中,由于不同思想意识、文化传统的影响,形成了形式不一、内容有别的几大法系,如大陆法系、英美法系、中华法系等。几大法系中大陆法系及英美法系至今仍保持着旺盛的生命力。

法律是现代社会延续的一个必要手段。法律作为一种社会建构在不同的时空中发挥着同样的作用。在标榜经验主义的英美法系王国里,遵循先例原则诠释了法的规制性;在注重逻辑推理的大陆法系世界中,概念法学的演绎性表明法的约束性。由于历史原因,我国全盘接受了苏联法律理论。苏联之社会主义法系的提法是基于法的价值观念、基本的制度选择上的差异而言,更多带有意识形态的色彩,并非能与大陆法系或普通法系相提并论的概念。法系是指由不同的国家或地区在历史上所形成的具有相同法的结构和渊源的一种法的类型,法系的概念更多地表达的是一种法律传统,是跨越了历史及国度的。

苏联的法律更多地受到大陆法系的影响,如果按通行的法系划分方法,苏联法应归入大陆法系之中,因为它基本符合大陆法系的上述特征。而在中国自清末改革以来的法律移植与继受中已经有相当多的大陆法系的成分,新中国成立以来,法律继续通过苏联受大陆

法系影响。

随着我国刑法理论研究深入以及对外国刑法、比较刑法研究的日益成熟,我国刑法的发展已经呈现出相应的自足性。在进步的过程中,由于法理念、法渊源、法内容、法形式及法律适用等因素之近似,我国刑法学界理所当然倾斜于大陆法系刑法理论,英美法系自始便不得以青睐,这一点可以从研究学者的数量、科研成果的质量及数量体现出来。英美刑法在我国的失宠并不意味着英美刑法本身存在问题,而是代表着理念、思维方式差异的存在,代表着沟通、理解及认可的欠缺。当沟通与交往成为社会科学研究的重要方法、当共识成为社会科学研究的主要目的、当大陆法系及英美法系蕴含的法知识被视为无差别的人类建构之时,各大法系之间的沟通便具备了浑厚的哲学基础,融合的视域愈加广阔。

20世纪90年代,笔者曾在美国密执安大学研修英美刑法,21世纪初,又获得在德国波恩大学研习大陆刑法的机会,能够亲赴两大法系圣洁之地萃取精华,受益颇丰。英美刑法浩如烟海的判例背后所积淀的智慧以及绝妙的法律技术令人折服,大陆法系毕其功于一役的气魄以及完美的逻辑推理叫人陶醉。在国内二十多年的执教生涯以及律师实践经验中,笔者对刑法理论有着更深层次的理解,特别是在近几年给硕士研究生讲授英美刑法课程之后,几大法系“融汇之美”在笔者心目中更是达到了一个新境界。有感于学界对刑法的比较研究偏重于大陆法系,而忽视英美法系,数年间,笔者有意致力于中国刑法与英美刑法的比较研究,试图将一些基本的理论问题比较研究呈现于读者面前,期待能够全面地陈述相关的客观存在、消除一些误解,并达到抛砖引玉之效果,这便是本书之定位。

本书涵盖了刑法主要的基本理论问题,包括犯罪的外部因素、因果关系、犯罪心理、不完整犯罪、杀人罪、伤害罪、性犯罪、侵财罪共八章内容。本书的基本体例是,开篇阐述英美刑法基本理论的内容,进

而将之与我国刑法的基本理论进行比较,随后对两大法系的相关理论进行评析,在此过程中突出热点及难点问题,以保持内容的前沿性。

总体而言,本书具有以下几个鲜明的特点:一是“新颖性”。本书是关于中英美刑法之基本问题的比较研究,如前所述,英美刑法理论在我国向来不享受大陆法系之待遇,本书在全面阐述英美刑法基本理论问题的基础上,将之与我国刑法展开比较研究,这项系统性的工作在国内尚未开山之土,笔者作为第一个探索者,遂勿忧猛如虎之批判,只祈能收抛砖引玉之效,以繁荣该领域。二是“精要性”。本书所挑选的主题均为中英美刑法理论基本的、重要的论题,总论部分主要包括犯罪的主、客观方面以及犯罪的特殊形态,分论主要包括侵犯人身权利犯罪以及侵财犯罪,这些论题作为刑法基础理论问题,何时何地予以探讨,其意义重大而深远,是其他刑法理论得以展开的前提。另外,本书的依据全面,在本书的编写过程中,我们尽所能地参考了在我们视域范围内的中英文文献,坚持外文原文资料优先原则以及国内主流性、权威性刑法著作优先原则,力求本书得以全面地反映当下中英美刑法发展及研究的状态。三是“雅俗共赏”。本书兼顾理论与实践,既坚持理论的抽象性、深刻性,又强调理论与实践联系的重要性。本书在系统、全面、深刻地阐述理论的同时,佐以相关的案例、判例,理论与案例结合,力求理论阐述到位、实践运用恰当、理论与实践和谐交融,以防空谈理论之枯燥、晦涩,避免只道实践之浮夸、肤浅。另外,本书尊重国人的阅读习惯,注重文字的表达方式,剔除国外零散、拗绕、富有浓厚哲学韵味的表达方式,在文章理念、体例安排、语言表达诸多方面,更多地考虑了我国读者的知识背景及阅读习惯,以国人熟悉的方式表达深邃的刑法理论,尽量使本书通俗易懂。

以上特点亦是笔者主持写作本书竭力到达的目的,但面对源远流长、博大精深的英美法系,不禁感叹我们不可抗拒的无知!

4 前 言

尽管如此,囿于作者写作时间仓促及研究英美刑法的水平之局限,本书仍有诸如欠缺全面、深入等遗憾,这些都有待继续研究及完善,也期待学界前辈与同仁、读者不吝赐教,给作者不断提升研究水平的机会。作者盼望着中英美刑法比较研究领域之树能尽快结出丰硕之果,以丰富刑法学界的研究宝藏,为我国的刑事立法与司法实践提供坚实而给力的理论依据。

“铁肩担道义,妙手著文章”,谨以自勉!

李韧夫

2011年1月于惠民路寓所

目 录

绪论	1
一、英美刑法的形成与发展	1
二、英美刑法的特点	2
三、英美刑法犯罪之定义	3
四、英美刑法犯罪之分类	4
五、我国刑法相关基本理论概述	6
六、宏观的比较及启示	9
第一章 犯罪的外部因素	11
一、犯罪成立要素概说	11
二、犯罪要素之内容	14
三、作为与不作为	16
四、不作为犯之惩罚依据	21
五、状态犯罪	22
六、持有犯罪	28
第二章 因果关系	35
一、英国刑法因果关系概论	36
二、美国刑法因果关系理论概览	44
三、英美刑法因果关系判例解析	48
四、英美刑法因果关系理论评析	53
五、中国刑法因果关系理论概述	56
六、中国刑法因果关系认定理论探析	69

第三章 犯罪心理	78
一、犯罪心理概述	78
二、犯罪故意	81
三、犯罪轻率与过于自信过失	99
四、犯罪疏忽与疏忽大意过失	108
五、英美刑法中的严格责任	115
第四章 不完整犯罪	119
一、不完整犯罪概述	119
二、教唆犯罪	120
三、共谋罪	135
四、犯罪未遂	143
第五章 杀人罪	153
一、故意杀人罪	153
二、安乐死	159
三、杀人罪的特殊客体	165
第六章 伤害罪	174
一、伤害罪的标准问题研究	174
二、伤害罪的行为方式	179
三、伤害罪特点问题研究	192
四、精神伤害纳入伤害罪的必要性	197
五、被害人同意在定罪中的影响	200
第七章 性犯罪	207
一、淫猥的人身侵犯	208
二、强奸罪	214
三、严格责任制度	224
四、猥亵	228
第八章 财产犯罪	233
一、盗窃罪	234
二、抢劫罪	243

三、夜盜罪	245
四、诈骗罪	251
五、赃物罪	258
六、刑事毁坏罪	261
七、讹诈罪	264
八、擅取运输工具罪	268

绪 论

一、英美刑法的形成与发展

英美刑法为英美法系刑法之简称,其形成与发展是与英美法创立及发展同步。

英美法系,又称“普通法法系”、“判例法法系”、“盎格鲁—撒克逊法系”或“英吉利法系”,是英国自中世纪以来的法律,特别是以英国的普通法为基础而发展起来的独特的法律以及仿效英国法律的其他一些国家和地区的法律的总称,是西方国家中与“大陆法系”并列的一种历史悠久和影响深远的法系。1066年以前,英国各地施行的是盎格鲁—撒克逊人的日耳曼习惯法,教会法和罗马法在当时也有一定影响。1066年诺曼底公爵威廉征服英国后,在英国逐步形成王权专制国家。英国国王派官员到全国各地进行巡回审理,这些官员和法院参照当地习惯进行判决,在此基础上,逐步形成了一套全国适用的法律,通称为普通法,即狭义的普通法。普通法的保守性和刻板的法律程式主义,无法完全适应商品经济的发展和财产关系日益复杂化的需要,因此,从14世纪起,英国发展了一种与普通法并行的衡平法。依据遵循先例原则,案件得不到公正处理时,当事人可向国王提出请愿,国王也可以为了表示自己的“恩典和仁爱”而对案件进行直接干预,由国王委托大法官根据衡平(又称公平或良知)原则予以处理。1873年通过的“最高法院审判法”,进行了司法改革,取消了衡平法院,建立单一的法院,统一适用普通法和衡平法。除判例法外,英国也有制定法,英王很早便发布过一些具有实体法或程序法内容的敕令。最近两个世纪,特别是20世纪以来,议会更是通过了大

批立法。在某些领域,如刑事案件的审判,其主要依据已是制定法,而不是判例。

从17世纪起,随着英国的对外扩张,英国法也传播和移植到各殖民地和附属国,包括美国、加拿大、印度、巴基斯坦、马来西亚、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家和地区等。这些国家在独立后,按照各自的特点及习惯,根据其政治、经济和文化发展的需要,在修改英国法的基础上,建立自己的法律制度。

美国法虽然源于英国法,但在修改及发展的过程中逐渐形成自己的特色。在早先的英国殖民统治时期,英国委派训练有素的法官到美国适用英国法。美国独立战争取得胜利后,一度表示与英国法决裂,制定了联邦成文宪法,各州也制定了成文宪法。但胜利后的美国为了发展资本主义,要求迅速地创立和完善法律制度,英、美法律之间在历史上的亲缘关系为这一需要提供了必要的帮助。美国根据自身条件和需要,对英国法进行系统的归纳和解释,同时以英国的法律为基础创制新法律,逐渐形成自己的法律体系,因而,美国法律具有明显的英国移植之痕迹。普通法系中有英国、美国两国法律的支系,英美法系由此而得名。

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,当然具备英美法系的特征。英美法系的主要特点是:(1)法律的历史渊源上,以判例法为主要形式。有人曾形象地指出在英国判例法和成文法孰重孰轻:“如果将英国的法律制度比作一座大厦,抽去了成文法,大厦将依然故我,但抽去了判例法,大厦便将毁于一旦。”^{〔1〕}制定法大多是单行法规,法律常有变动。(2)在法的适用上,坚持遵循先例的原则,从过去案例中归纳出一般原则适用于本案和作出判决,上级法院的判决

〔1〕 高鸿钧、贺卫方:“当代西方两大法系主要法律渊源比较研究”,载《比较法研究》1987年第3期。

对下级法院具有约束力。(3)在法官的作用上,承认法官有“造法”职能。(4)在法律推理形式和方法上,采取归纳法。但从刑法专属特点来说,英美刑法最大的特点是它的实用性。^[2] 英美刑法的产生及发展、法律渊源、具体内容、运作方式等诸多因素,均在表明其实用性的特色。如果说大陆法的理论重思辨,那么英美法的理论则重实务;前者是学者型的理论,后者是法官型的理论。^[3]

三、英美刑法犯罪之定义

何谓犯罪?这个问题在英美法系中出乎预料地难以回答。谈及犯罪,大多数人便会联想到谋杀罪、伤害罪及盗窃罪等犯罪,但毫无疑问,犯罪的范畴远远大于此。在英美法系,关于犯罪存在多种定义,但在这些不太介意理论统一性的国度里,异口同声的效果似乎不那么重要,至今为止尚无令人满意的犯罪定义可言。英美刑法学者认为,犯罪定义的障碍主要存在以下的因素:第一,特定社会的文化传统及价值观念对某些犯罪的成立起到决定性的作用,即某些犯罪的成立与否取决于社会政策的变迁。如果我们试图定义什么是罪行,我们立即就遇到一个困难。如果我们所定义的是一个正确的定义,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,或某一现在构成罪行的行为将不成为罪行,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那个的归属和分类。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这样的困难:可能在某一行为在法律上已不再是罪行的情况下仍然将它包含在罪行的定义中,或者在某一行为在法律上已经不再是罪

[2] 张旭、李韧夫等:《英美刑法论要》,清华大学出版社2006年版,第2页。

[3] 储怀瑾:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第1页。

学者倾向于从它排除在罪行的定义之外。^{〔4〕}

能大致的了解,很多英美学者倾向于从犯罪的外部因素及内部因素也是最重要,以至于读者能大致的了解犯罪的概念。大多数重罪可也从两个方面来定义,首先,也是最重要的,被告人须做出了产生禁止性结果的行为,其次,被告人的行为应受谴责。

四、英美刑法犯罪之分类

最早的犯罪分类是以古罗马中犯罪侵犯的法益为标准,分为公罪与私罪。1810年《法国刑法典》将犯罪分为重罪、轻罪及违警罪,这种分类为很多国家所仿效。英美刑法亦有将犯罪进行分类的传统,依据不同的参照系,英美刑法对犯罪的分类主要包括以下几种:

(一)重罪与轻罪

在英国普通法上,按性质将犯罪分为重罪和轻罪。重罪是指性质严重的犯罪,重罪中的叛逆罪往往被单独划为一类。1166年,根据《克拉伦登法令》,把谋杀、抢劫、诈骗、窝藏列为“重罪”;1176年,《北安普教法令》又将伪造罪和放火罪列入重罪。现在,英国普通法上的重罪主要有谋杀罪、非预谋杀杀人罪、夜盗罪、破门侵入住宅罪、盗窃、强奸罪、放火罪、重婚罪等。早期对重罪的惩罚,除判刑外,还要没收犯罪者的土地和财产归国王所有,1870年没收财产的处罚被取消。轻罪的概念出现于英王爱德华统治时期(1272—1307),是指叛逆罪和重罪以外的罪行。英国1967年《刑事法令》取消了重罪和轻罪的所有区别,适用于轻罪的程序性规则也适用于重罪。重罪和轻罪的划分被应予起诉罪和简易审判罪所代替。美国则把判处罚金或在本地作短期监禁的犯罪行为称为轻罪。

重罪和轻罪是不同性质的两种犯罪,两者主要区别在于:(1)对重罪可以没收罪犯的财产,对轻罪罪犯则不可以;(2)早期英国所有

〔4〕 [英]史密斯、霍根:《英国刑法》,李贵芳等译,法律出版社2000年版,第20~21页。