

# 美 国 刑 法

(第二版)

储槐植 著

北 京 大 学 出 版 社  
北 京

## 图书在版编目(CIP)数据

美国刑法/储槐植著 .- 2版 .- 北京:北京大学出版社,  
1996.2

ISBN 7-301-03088-6

. 美... . 储... . 刑法-美国-研究 .D971.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 00245 号

书 名: 美国刑法

著作责任者: 储槐植

责任编辑: 李霞

标准书号: ISBN 7-301-03088-6/D·305

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电 话: 出版部 62752015 发行部 62559712 编辑部 62752032

排版者: 北京大学出版社激光照排中心

印刷者: 中国科学院印刷厂

发行者: 北京大学出版社

经销者: 新华书店

850×1168毫米 32开本 11.5印张 300千字

1996年3月第一版 1996年3月第一次印刷

定 价: 15.50元

# 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法学院院

长 S. Kadish 教授、伊利诺大学法学院 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  
1985年9月

# 目 录

美国刑法的价值基础(第二版代前言) .....	(1)
第一篇 绪 论 .....	(11)
第一章 刑法性质和犯罪分类 .....	(11)
第一节 刑法性质 .....	(11)
第二节 犯罪分类 .....	(13)
第二章 美国刑法的渊源和限制 .....	(18)
第一节 美国刑法的渊源 .....	(19)
第二节 美国刑法的宪法限制 .....	(31)
第二篇 犯罪总论 .....	(47)
第三章 刑事责任基础——犯罪本体要件 .....	(47)
第一节 一般说明 .....	(47)
第二节 犯罪行为 .....	(53)
第三节 因果关系 .....	(61)
第四节 犯罪心态 .....	(75)
第四章 合法辩护——责任充足条件 .....	(88)
第一节 未成年 .....	(91)
第二节 错误 .....	(94)
第三节 精神病.....	(102)
第四节 醉态.....	(110)
第五节 被迫行为.....	(111)

第六节	紧急避险.....	(114)
第七节	正当防卫.....	(118)
第八节	被害人同意问题.....	(125)
第九节	警察圈套.....	(128)
第十节	安乐死.....	(132)
第五章	不完整罪.....	(135)
第一节	犯罪未遂.....	(136)
第二节	犯罪教唆.....	(146)
第三节	犯罪共谋.....	(148)
第四节	罪数.....	(152)
第六章	共同犯罪.....	(156)
第一节	共同犯罪.....	(156)
第二节	有组织犯罪.....	(163)
第三篇	具体犯罪.....	(171)
第七章	侵犯人身罪.....	(172)
第一节	杀人罪——谋杀.....	(172)
第二节	杀人罪——非谋杀.....	(187)
第三节	伤害罪.....	(212)
第四节	堕胎罪.....	(217)
第五节	强奸罪.....	(219)
第六节	绑架和非法拘禁.....	(224)
第八章	侵犯财产罪.....	(227)
第一节	偷盗罪.....	(227)
第二节	侵占罪.....	(233)
第三节	诈骗罪.....	(234)
第四节	抢劫罪.....	(239)
第五节	夜盗罪.....	(241)

第六节	伪造罪.....	(244)
第七节	其他财产罪.....	(246)
第九章	刑法典中的其他犯罪.....	(251)
第一节	损害道德罪.....	(251)
第二节	妨害公共治安罪.....	(259)
第三节	危害国家主权或行政管理罪.....	(265)
第十章	经济犯罪.....	(276)
第一节	经济犯罪概述.....	(277)
第二节	几种具体的经济犯罪.....	(281)
第四篇	刑罚及其执行.....	(299)
第十一章	刑罚理由和刑罚种类.....	(299)
第一节	刑罚的正当理由.....	(299)
第二节	刑罚种类.....	(309)
第十二章	刑罚制度.....	(321)
第一节	量刑制度.....	(321)
第二节	量刑情节.....	(329)
第三节	缓刑制度.....	(334)
第四节	假释制度.....	(339)
第五节	减刑、赦免和追诉时效.....	(343)
第六节	监狱.....	(346)
主要参考书目.....		(355)
第二版后记.....		(357)

# 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八十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。于是想出了一个折衷办法，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。英美只有二三种,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(这样的目标容易达到共识,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 and 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,如原苏联自三十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观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,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。

---

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(1994年10月28日《纽约时报》)。

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,是和平时期的国家的最高强制力量。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,为了维护人民大众的健康和福利,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(参见本书第十一章第二节)。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(九十年代初已达 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(详见第十二章后四节)。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(详见第十二章第一节)。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十八世纪德国提出(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。从十九世纪七十年代至二十世纪七十年代, 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, 从七十年代开始, 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。

# 第一篇 绪论

## 第一章 刑法性质和犯罪分类

### 第一节 刑法性质

刑法就是规定什么行为构成犯罪和给予何种刑罚以保护社会免受侵害的法律。它包括具体犯罪的定义和刑事责任的一般原则。

依据西方关于社会二分法的传统观念,社会由两部分构成,即以权利为基础的市民社会(不受国家直接干预的市民自治领域)和以权力为基础的政治国家。调整市民社会关系的法律为私法,如民法;规定国家权力行使的法律属公法,如行政法和刑法。刑罚权的主要使命是维护法律秩序,保护整体社会利益。刑罚权不是无限的,必须有度,超度行使便会侵犯市民权利。权力受权利制约才能做到适度。权力与权利相互依存,又彼此制衡,社会才能正常发展。否则,如果权力吞没权利,便成专制主义;如果权利吞没权力,便成无政府主义。“权利与权力加和守恒”,此消彼长,价值目标通过制约达到平衡。这就奠定了近现代刑法必然同时具有维护秩序和保障人权两种功能。刑法的两种功能是美国刑法兼存阶级性和社会性的实际表现。

刑事法律和民事法律的基本目的是相同的,即维护法律秩序。但犯罪和民事过错是有原则区别的,主要在于制裁的严厉性不同:

处理民事过错以“付钱”为主；处理犯罪行为以“监禁”为主。刑罚是专门用来对付犯罪的。犯罪和刑罚，互为因果。犯罪是刑罚的根据，从另一方面看，“没有刑罚不为罪”(nullum crimen sine poena)。规定犯罪的法律条款由两部分组成：被禁止的行为和科处的刑罚。不受刑罚制裁(没有刑罚)的行为不是犯罪。刑罚是区分刑事法律和其他法律的最主要特征。根据这个理由，1924年美国华盛顿州的一个判决认为，该州当时的刑法关于盗窃罪的刑罚只规定“监禁”一种刑罚，某法人团体被控犯有盗窃行为，因为法人无法被判处监禁刑罚，意味着“没有刑罚”，所以该法人不能被判定犯盗窃罪，也就是“没有盗窃罪”。

刑法和道德均为行为规范，在这个基本点上二者是一致的。道德是刑法的基础，刑法是道德的低限。一般说来，犯罪是不道德的行为。刑事司法中的一些难题，如有关刑法“错误”方面疑难案件的解决，最后需要诉诸道德评价。但是二者也有不一致的情况，所谓有罪但并非不道德。例如，丈夫在身患不治之症、痛苦万分的妻子的再三恳求下，用药毒死了妻子(安乐死亡)；哥哥杀死了奸淫胞妹并且作恶多端的弟弟(义愤杀人)；盗窃富商的钱财用来帮助穷人(劫富济贫)；等等。有些地方法规出于狭隘集团利益考虑把有些同道德毫不相干的行为规定为犯罪。例如，有的城市法规把星期日出售汽车规定为犯罪。另外，某些本来属于道德范畴的东西，后来演变为法律范畴，因而失去了早先的含义。例如，“罪过”这个概念来源于道德观念，一旦进入刑法领域，就有了专门内容——实施危害行为时的心理状态。

刑法与政治的关系，一方面表现在刑事立法和刑事司法以刑事政策为导向；另一方面表现为刑事政策在刑事立法的框架内发生作用。刑法与政治的更深层关系还在于国家权力结构对刑法的影响。权力结构指国家权力的组织形式。三权分立的权力结构由美国宪法奠定。立法、司法、行政三种国家权力由于分立才能做到

相互制约,防止权力滥用,以达权力适度行使的平衡态。这种权力结构是罪刑法定原则和刑事司法独立得以实现的根本保障。

经济是刑法的基础。经济是刑法服务的对象,这是二者关系的一个方面。另一方面是,由于经济是整个社会生存和发展的物质基础,所以经济(生产力水平和经济形态)直接地和间接地影响犯罪态势,经济决定各历史时期的犯罪观和刑罚观,甚至最终影响刑罚种类的产生和消亡。例如,市场经济的发展导致死刑的逐渐减少和废除。作为独立刑罚方法的监禁刑的产生也是经济发展到一定水平的结果。由于商品经济进一步发展,封建制度下劳动者人身依附关系日益削弱,相应地个人自由增多,因而个人自由与劳动时间的结合构成个人财富。自由具有社会价值,剥夺自由便具有惩罚性。从根本上说,经济发展使人有了自由,因而自由才有失去的可能,经济发展产生了剥夺自由这种刑罚方法。

刑法的基本目的是保护社会免受犯罪侵害。在有些情况下,侵害是有形的,例如死了人,丢失了财产。有些情况下,侵害是无形的,例如名誉受到损害。在有些情况下,侵害仅仅表现为危险性,例如不少的未遂犯罪,被告人犯罪行为终了之后,没有人受到具体损害,但仍然侵害了社会。

刑法的基本规则有五条:(1)根据公正比赛应当光明磊落(fair play)的观念,要求事先公布刑法,使公民了解什么行为是刑法禁止的。刑法没有溯及既往的效力,这个基本原则也可以表述为“法无明文不为罪”,“法无明文不处罚”。(2)没有社会危害就不是犯罪。(3)仅仅是坏思想不是犯罪。(4)只有行为而没有坏思想不负刑事责任。(5)有罪行为和有罪心态必须同时发生。

## 第二节 犯罪分类

从不同的角度,为了不同的目的,可以对犯罪作出不同的分

类。

(一) 根据犯罪行为的危害程度可分为重罪和轻罪

这是美国刑法中最基本的犯罪分类,源于英国。早在十四世纪,英国普通法就依照刑罚轻重把犯罪分为叛逆罪(treason)、重罪(felony)和轻罪(misdemeanor)三类。按照古代英国法,叛逆者的土地应被没收上交国王,而重罪犯的土地则转交给领主。在美国,不没收叛国者或重罪犯的财产,所以区分叛国罪和重罪的意义不大,因此美国刑法只是把叛国罪作为重罪的一部分,而没有独立为一类。

重罪和轻罪的划分,见于欧美一些国家的刑法。重罪和轻罪的区分标准不是一成不变的。第二次世界大战以前,一般以五年监禁为界,如德国刑法规定,法定刑为五年或五年以上监禁的罪为重罪,法定刑为五年以下监禁的罪为轻罪。现在,一般以一年监禁为界,如瑞士刑法(1971年修正),以及美国绝大多数州的刑法,都作如此规定。

“重罪·轻罪”的分类在美国许多州实体刑法上的意义。有不少犯罪的构成要件涉及犯罪分类,如普通法中的夜盗(burglary)定义为“夜晚破门入户企图犯重罪”,因此破门而入企图犯轻罪则不构成夜盗罪。又例如,在实施或者着手实施重罪过程中附带发生的死亡构成一种谋杀罪(重罪·谋杀罪);在实施轻罪过程中附带发生的死亡就不构成谋杀罪。按美国刑法,惯犯的成立常常以重罪历史为限。普通法里的共同犯罪,如果是共同犯重罪,则区分主犯和从犯;如果共同犯轻罪,则不再区分主犯和从犯,都以主犯论处。

“重罪·轻罪”分类在美国刑事诉讼上的意义。例如,附属于地方法院的某些基层法院(例如治安法院、警察法院、夜法庭等)的管辖范围仅限于轻罪。又例如,根据普通法,在具有合理的理由认为

---

1979年生效的新泽西州的新刑法典放弃了这种分类法。

某人犯了重罪的情况下准许实行无逮捕令逮捕;而对轻罪犯实行无逮捕令逮捕,必须在当场实施轻罪的情况下才许可。在有些司法管辖区,对重罪的控告必须经过大陪审团(grand jury);对轻罪则无须通过大陪审团。审理重罪时,被告人一般应当到庭,才可以作出判决;对轻罪犯则许可缺席审判。

“重罪·轻罪”分类在刑罚执行方面的意义。在美国,联邦和州监狱(prison 或 penitentiary)关押被判监禁刑一年和一年以上的重罪犯。地方看守所(jail)关押两种人犯,一种是被判刑一年以下的轻罪犯,另一种是等待审判的未决犯。这两类监所,在警戒等级和某些具体管理制度上都有差别。

重罪和轻罪这种分类模式在当代西方世界出现了两种发展趋势。一种趋势是取消这样的分类模式,或者用新的分类法来代替。从1967年起,英国把传统的以刑罚轻重为依据的三分法改为以诉讼为着眼点的二分法:可逮捕罪(arrestable offence)和不逮捕罪(non-arrestable offence)。或者:起诉罪(indicatable crime)和简审罪(summary crime)。1971年加拿大刑法典把英国普通法的三分法改为新的三分法:叛逆罪、公诉罪和简易裁判罪。另一种趋势是完善这种分类模式,以美国为代表。1962年,美国法学会拟制的《模范刑法典》(Model Penal Code)按刑罚轻重把犯罪分为四等:重罪、轻罪、微罪(petty misdemeanor)、违警罪(violation)。重罪又分为三级:一级重罪,二级重罪,三级重罪。轻罪的刑罚不超过1年监禁。微罪的最高刑期为30天。重罪、轻罪和微罪统称crime(犯罪),法定刑可规定监禁刑。违警罪只能处罚罚金。伊利诺州刑法典规定的罪刑等级有更多的层次:

- “1. 谋杀罪——死刑,或者40—80年监狱监禁。
2. 重罪——

---

violation 也可译为“违警行为”或“违法行为”。crime 和 violation 合称 offense。

特级重罪: 6—30 年监狱监禁, 加重情节为 30—60 年监狱监禁;

一级重罪: 4—15 年监狱监禁, 加重情节为 15—30 年监狱监禁;

二级重罪: 3—7 年监狱监禁, 加重情节为 7—14 年监狱监禁;

三级重罪: 2—5 年监狱监禁, 加重情节为 5—10 年监狱监禁;

四级重罪: 1—3 年监狱监禁, 加重情节为 3—6 年监狱监禁。

### 3. 轻罪——

一级轻罪: 1 年以下看守所监禁;

二级轻罪: 6 个月以下看守所监禁;

三级轻罪: 30 天以下看守所监禁。

### 4. 微罪——只能处罚罚金。

各类未遂罪比照既遂罪减轻一级处罚。”

在“重罪·轻罪”分类基础上发展起来的罪刑等级制, 目的是为了“罪刑相当”这一刑法基本原则进一步精确化和制度化。另外, 从立法技巧上看, 可以使刑法分则条款行文简化, 省去“刑罚”部分的具体叙述, 只需注明该罪属于哪一个等级。

(二) 根据犯罪行为本身的性质可分为本身邪恶的罪(自然犯)和法规禁止的罪(法定犯)

本身邪恶的罪(*malum in se*)就是受到传统道德谴责的犯罪, 如杀人、放火、奸淫、盗窃等。法规禁止的罪(*malum prohibitum*)就是并非为传统道德所不容的犯罪, 其所以成为犯罪仅仅是因为法规禁止。例如, 酒后开车, 行车通过路关而不付买路钱, 经营机械赌具, 以及许多违反经济法规的罪, 等等。这种区分最早见于教规法: 实施了本身邪恶的罪错的牧师应当被免去圣职; 实施了法规禁

---

美国许多州和大城市在进入该州或该市的高速公路上设关卡, 汽车通过时需交钱(*toll*), 不交钱则为违警罪。

止的罪错的牧师可以不免除圣职。普通法的第一个判例是 1496 年, 它认为国王只能对法规禁止的犯罪行使豁免权, 而不能对本身邪恶的犯罪行使豁免权。对犯罪进行这样的分类, 在当代已经没有什么意义, 只在某些案件中判定是否是过失杀人或者伤害有一定作用。

### (三) 从法律渊源角度可分为普通法罪和制定法罪

普通法罪(common law crime)也叫法官创立的罪。制定法罪(statutory crime)也叫立法者创立的罪。早期英国国会很少开会, 即使开会也很少制定法律。在司法实践中, 法官遇到法律没有规定的社会危害行为, 可以根据习惯(道德、常识)和法理, 把这种行为认定为犯罪, 给予刑罚。法官所确认的犯罪, 其定义在司法实践中逐渐得到完备与精确, 从而相对地固定下来, 就形成了普通法罪。官方公布的判例, 就是普通法罪的渊源。历史发展的趋势是, 大多数普通法罪已被立法机关认可为制定法罪, 英国、美国都一样, 特别是在美国。有些原先的普通法罪原封不动地被立法机关接受, 成为制定法罪; 有些普通法罪经过若干修改之后成为制定法罪; 另有一些普通法罪已被废除, 如自杀罪、渎神罪等。

### (四) 其他分类

根据犯罪构成形态, 可以分为完整罪和不完整罪。根据犯罪主体数量, 可以分为单独犯罪和共同犯罪。根据主体类型, 可分为自然人犯罪和法人犯罪。根据犯罪主体的心理状态, 可以分为故意罪和过失罪。根据犯罪行为所侵犯的社会利益, 可以分为侵犯人身罪、侵犯住宅罪、侵犯财产罪、损害公共道德罪、危害公共秩序罪、妨害政府管理罪, 等等。

---

豁免权(dispensing power), 即事先恩准某个人不必服从刑法的权力, 它不同于犯罪以后的赦免权(power to pardon)。



## 第二章 美国刑法的渊源和限制

美国有 52 个司法管辖区(jurisdiction), 即 50 个州加上哥伦比亚特区(首都华盛顿市)和联邦, 因而美国有 52 个法律系统(legal system)。每一个法律系统都有自己的由制定法和普通法组成的刑事法律制度。每一个司法区除了有自己的立法机关制定的刑法外, 还有若干次一级政治单位制定的含有刑罚规范的法律文件, 如行政条例、城市法令、地方法规等。

体现在美国联邦宪法中的美国政治体制, 对联邦政府和州政府的权力分配作了规定。联邦政府的权力仅限于宪法列举的某几项权力, 而州政府则拥有宪法没有列举的其他一切权力。然而, 联邦宪法对各州以及美国国会在制定和执行刑事法律方面的权力还是作了某些原则的和特别的限制。经过美国最高法院解释的宪法性限制已经成为控制州和联邦的刑事立法和司法方面的支配力量。

美国的政治体制不仅由联邦制来代表, 而且还体现在分权原则方面。就严格坚持分权原则而言, 法院系统的职能仅限于解释和运用法律, 并不改变或影响立法意图。但是, 当法院系统行使控制法律是否“合宪”的权力时, 事实上它能够扩大、缩小、改变或影响法律的意图和含义。在这一方面, 法院系统被认为具有“准立法职能”。暂且不说司法能动主义的利弊得失, 上述模式确实给刑法渊源的确定性方面添加了麻烦。

美国刑法的基本渊源(basic sources)是: (1) 美国宪法; (2) 源于英国并在美国各州得到了不同发展的关于惩罚犯罪的普通法;

(3)州关于惩罚犯罪的制定法;(4)联邦关于惩罚犯罪的制定法。

另外还有两个影响立法和解释、适用法律的次要渊源:(1)法院的判决;(2)立法者和法官的社会信念。法院判决的重要性是明显的,尤其是最高法院的判决,因为它有权解释至高无上的宪法。法院在解释法律时,不是通过遵循前例保存它,就是通过新的解释而改变它。立法者和法官的社会信念的影响作用也是重要的,能够影响到刑法的未来趋势。

根据职能划分,关于基本渊源的叙述次序是:(1)美国宪法中规定的犯罪;(2)联邦刑法;(3)普通法罪;(4)制定法罪。刑事立法的宪法限制(constitutional limitations)另设专节叙述。

## 第一节 美国刑法的渊源

### 一、美国宪法中规定的罪

#### (一) 叛国罪

美国宪法第三条之三规定:“背叛合众国的叛国罪,只限于发动反对合众国的战争,或者依附合众国的敌人,给敌人援助。无论何人,非经该案证人二人证明或经其本人在公开法庭供认,不得受叛国罪的裁判。”这项规定来源于英国爱德华三世统治时期(1350年)制定的“惩治叛逆罪法”。叛逆罪的实质是公民的忠诚义务(忠于君主,忠于祖国)。美国宪法规定的叛国罪以及同叛国相关的犯罪的司法管辖权属于联邦法院。

根据宪法关于叛国罪的规定进行审理的叛国案件是1807年的伯尔案。该案由首席大法官马歇尔主持审理。处理这类案件时要注意在保持人民改变政府的权利和维护民族的完整与安全之间取得平衡。美国最高法院在一项决定中指出,双重国籍不能改变忠诚义务。

宪法授予国会决定惩罚叛国罪的刑罚的权力,联邦刑法也包

括了从间谍到泄露政府机密的范围广泛的有关叛国的犯罪。

## (二) 弹劾(impeachment)

美国宪法第二条之四规定：“总统、副总统及合众国文官，受叛国罪、贿赂罪或其他重罪与轻罪的弹劾和定罪时，应受免职处分。”

多数州在州宪法里对州的行政长官和其他文官也作了类似规定。

根据合众国宪法对总统和副总统的弹劾程序，要求众议院提出一份在性质上相当于公诉书的弹劾议案，然后参议院在联邦最高法院首席大法官主持下作为事实和法律的审判者对弹劾案作出判决。

弹劾条款中关于“其他重罪与轻罪”的含义指什么？在1974年7月对前总统尼克松的弹劾过程中引起了争论，后来因为尼克松于8月9日辞职而终止了这场争论。

## (三) 海盗和违犯国际公法的罪

美国宪法第一条之八(10)规定：“国会有权规定和惩罚在公海上所犯的海盗和重罪以及违犯国际公法的犯罪。”这条规定授权国会通过制定法律或者缔结国际条约把这些危害国际社会的行为作为犯罪来惩罚。海盗和其他一些国际犯罪已被《美国联邦法典》第十八篇和《美国军事审判法典》规定为犯罪。因此，提出了关于“违犯国际公法的犯罪”或国际刑法的渊源和适用问题。

## (四) 国际刑法

自从第一次世界大战以来，国际刑法(international criminal law)得到了很大发展。通过缔结国际条约和制定联邦法律，国际刑法进入了美国法律。现在，国际刑法已经成为需要认真考虑的刑法

---

《美国联邦法典》(United States Code)，是美国国会通过的联邦法规汇编，共50篇，印成206卷。其中第18篇为“犯罪和刑事诉讼”。第18篇的第一部分“犯罪”就是“联邦刑法”。美国法典适用于联邦司法管辖区。

渊源。不过,必须指出,美国对一些国际性犯罪(诸如劫持飞机和国际贩运毒品罪)的控告,是按照联邦刑法或美国军事法律的规定作为国内犯罪而提出的。被美国法律认可的国际犯罪有:海盗罪、劫机罪、绑架外交人员罪、非法贩运麻醉药品罪、伪造罪和恐怖行为。种族灭绝、种族歧视、种族隔离等国际犯罪尚未被美国国内法律所认可。

美国当前的政策是,把国际犯罪看作是在双边或多边条约中规定的通常要求缔约国引渡或控告罪犯的那些犯罪行为。如果进行控告,就适用美国法律(联邦法律)。如果进行引渡,国际犯罪只是在根据有引渡要求的双边条约上所列举的犯罪才是可以引渡的。到1984年,美国已同一百多个国家签订了双边引渡条约。因此,批准一项宣布一种行为是国际犯罪并要求控告或引渡的多边条约,按照美国当前的法律和惯例,尚不足以对这种犯罪要求进行控告或引渡,还必须进一步要求被吸收进美国国内法律,并且签订双边引渡条约。

## 二、联邦刑法

美国宪法许可美国国会按授予联邦机构的那些权力来制定法律。联邦最高法院早就表述过这样的主张:“因为联邦政府是一个受权政府,各级联邦法院在刑事案件中不能行使普通法管辖权。根据联邦宪法,各级联邦法院只能行使国会授予的权力。在一个行为可以作为侵犯联邦利益的犯罪而受到刑罚之前,国会必先使之成为犯罪施加刑罚,并宣告法院有这种管辖权。”(1812年、1816年和1883年等多次决定)

联邦刑事法律的历史始于1790年的治罪法,该法包括叛国

---

M·Cherif Bassiouni 著:《实体刑法》,1978年英文版,第8页。  
因为宪法没有授予联邦机构行使普通法管辖权。

罪、海盗罪、伪造罪、伪证罪、贿赂罪、公海上的谋杀和其他犯罪,以及违反国际公法的犯罪。在其后的90年间,所制定的刑事法规散见于《联邦法律汇编》(Statutes at Large)。1877年搞了《联邦修正法律》(The Revised Statutes),包括按一定标题顺序排列的227条刑事违法行为。这一修正法律删除了一些过时的和相互矛盾的法律规范。1909年,国会通过了《编纂、修正、改订联邦刑事法规的法律》,这一法律的综合性强于1877年的法律。1948年,把联邦刑事法律进一步整理和编纂成《美国联邦法典》第18篇。第18篇仍需要修改并使之现代化(例如,第1652条中有“以任何外国王子的名义实行的海盗行为”,现在已经成为不大可能的犯罪)。从1948年以来,第18篇虽然修改了几百条次,但是许多刑事违法行为仍没有被包括进去,例如:(1)《美国联邦法典》第42篇中《原子能法》(The Atomic Energy Act)里的泄密罪和破坏罪;(2)第49篇中的劫机罪(aircraft hijacking);(3)第21篇中的麻醉品和危险药品罪;(4)第26篇中的逃税罪;(5)第15篇中的商业贸易方面的一些犯罪行为;(6)第22篇中的外交关系方面的一些犯罪行为;(7)第29篇中的劳动法方面的一些犯罪行为;等等。联邦刑事法律法典化还涉及这样的问题,有许多属于行政违法行为却用刑罚方法(罚金或监禁)来处理。1973年1月4日提出的、1974年10月15日修改过的关于联邦刑事法律法典化的参议院一号提案(即供讨论用的《联邦刑法典草案》建议稿,由1966年根据国会决议成立的“改革联邦刑事法律全国委员会”提出),除了10章总则以外,8章分则是:第11章“国防方面的犯罪”;第12章“国防事务方面的犯罪”;第13章“政府活动方面的犯罪”;第14章“税收方面的犯罪”;第15章“侵犯个人权利的犯罪”;第16章“侵犯人身的犯罪”;第17

---

法典化(codification),即把同类性质的零散、混杂、不完整的法律规范加以整理、增删,使之形成一个有系统的整体法。

章“ 侵犯财产的犯罪 ”; 第 18 章“ 危害公共秩序、安全、健康和福利的犯罪 ”。这个草案因其刑法触角过长, 篇幅过于浩繁而遭到批评。当然, 要在立法机关批准这样一部重要法典草案, 主要障碍不是技术方面的, 而是政治方面的。一般认为, 正式制定《联邦刑法典》乃是遥远的将来的事情。

美国宪法第二条之二规定:“ 总统为合众国陆海军大元帅, 并在州的民团被征至合众国服务时统率州的民团 ”。根据本条以及第一条之八(国会权限)的规定, 国会拥有制定军事法律的权力, 并给予总统按戒严法采取行动的权力。现在美国的军事法律称为《军事审判法典》(Code of Military Justice), 列入《美国联邦法典注解》(U.S. Code Annotated)第 10 篇。此法典统一适用于美国的陆海空军现役军职人员。本法典包括实体法和诉讼法两部分。它建立了一套军事法院系统, 规定了犯罪和刑罚, 规定了广泛的诉讼指导原则以及符合宪法“ 正当程序 ”条款精神的被告人的权利等。本法还规定了“ 自动上诉审查制 ”(System of Automatic Appellate Review), 据此每一军种建立一个军事审查法院, 自动审查判处一年以上监禁的案件。此外, 还有一个由三名不穿军服的法官组成的军事上诉法院(the Court of Military Appeals), 受理来自全军的上诉案件。

联邦刑法的效力范围。联邦刑法以属地原则为主, 属人原则为辅, 主要适用于: (1) 不属于任何州的联邦领土, 如美国域外领地; (2) 联邦“ 飞地 ”, 即位于一个州内但不属州管辖的地方, 如军事基地、军港、国家公园等; (3) 在公海上或在外国领水或领空中的美国船只和飞机; (4) 在公海上或在外国领土上的美国公民; (5) 任何人对总统、副总统、国会两院领导人、政府高级官员以及外国派驻美国的外交官员等所实行的犯罪; (6) 外国人在外国领土上实行侵害美国政府(不是美国公民)的犯罪活动; (7) 州无权管辖的或者州与州之间在管辖上有争议的案件。

联邦刑法管辖的案件由联邦法院系统审理,如果被告人被判监禁刑,则交联邦监狱执行。

如果一个案件联邦刑法和州刑法都可以管辖,则根据“联邦优先”原则由联邦法院管辖。州刑法的效力范围基本上采取属地原则,只要犯罪行为或者行为的结果有一项发生在这个州,就属这个州管辖。如果是沿海的州,还包括3海里领海在内(有的州主张宽于3海里)。1941年,美国最高法院在一项决定中认为州有权管辖本州公民在州外的犯罪行为。

另外,有的州在效力范围上也像联邦法一样采取保护原则,即外州公民在外州实行犯罪但侵害了本州利益,则本州对此项犯罪有管辖权。保护原则限于保护国家利益,所以外州公民在外州实施侵害本州公民的犯罪,本州刑法无权管辖这类犯罪。

### 三、普通法

普通法(common law)这一概念在不同场合有不同含义:(1)指一个法系,用以区别大陆法系或社会主义法系;(2)指全国通用的法,用以区别地方性法规(local ordinance);(3)指以习惯和判例为基础的法,用以区别立法机关通过的制定法(statutory law);等等。此处所说普通法是指第三个含义。

#### (一) 历史发展

英国的普通法发源于习惯并通过法院判例得到发展。公元1066年诺曼底征服英国之后,建立了皇家法院(Curia Regis),审理严重的犯罪案件。皇家法院的判例逐渐代替了过去以地方法院判决为基础而形成的习惯规则。普通法因为它最初由习惯性实践所形成,所以常常被说成是“不成文法”(unwritten law)。其实在它的发展过程中出现了许许多多经过整理的“成文”的东西。早在十一世纪,对犯罪的控告活动定期地被编制成册,题名为“君王诉讼”(Pleas of the Crown),其中有对犯罪的要件的记述。此外,通常的

犯罪已被收录进早期撒克逊和诺曼底国王敕令汇编中。因此,惩治犯罪的普通法或者普通法的具体犯罪定义并不是不可查明的,也不是没有特定内容或精确含义的概念。实际上,一些著名英国法学家,诸如布拉克顿(十三世纪)、科克(十七世纪)、霍金斯(十八世纪)、黑尔(十八世纪)、布莱克斯东(十八世纪)等,收集了英国的刑事法律,并且在他们的论文汇编中包含了许多惩治犯罪的普通法以及他们自己的评论和解释。1858年,纽约的一个法院判决中反映了美国对普通法的认识:“英国的普通法可以被认为是由圣贤发表的意见中或者由古老的普遍的习惯中推演出来的并且得到法院认可的一些原则的集合。”

英国普通法对美国殖民地的直接适用,开始于1607年(英国取得北美大陆的第一块殖民地),终止于1776年(独立战争胜利,美利坚合众国诞生)。但是,由于英国普通法对美国法的“加入”以及随后的发展,使得它对美国法的影响永久存在。

美国独立之前的半个世纪中,英国刑事立法的主要特点是:罪名大量增加,刑罚严酷,任意适用死刑。在此期间,英国议会出于明确的政治目的制定了一些科刑严厉的紧急法令。这些法律因为起草工作拙劣,给某些普通法罪名的内容和含义带来了混乱。反过来,这又促进了刑法改革运动。美国殖民地开拓者在适用普通法时也受到了刑法改革运动的影响。在英国,同时也在美国,最有影响的法律改革家是边沁(1748-1832年)。在改革运动的影响下,英国的刑法已经并且将继续发生变化,但是还没有法典化。与此同时,美国已经迈入了法典化进程。

## (二) 美国法接纳英国普通法及其发展

1776年7月4日,英国普通法在美国停止直接适用,这是国家主权原则决定的。但是由于历史的联系,美国明显地接纳了英国的刑事法律。这种接受过程通过下列方式来完成:在特定的制定法中认可英国普通法的某些部分;通过法院判例引进普通法的某些



部分;制定总则性法规或者通过宪法性条款来接受英国法。因此,英国法的任何特定部分的被接受或者被拒绝都取决于各州的立法机关和司法机关。即使州或者联邦通过了某项和英国法相似甚至完全相同的法律,那也是他们自己的立法或司法活动,属于主权行为。

1907年,纽约州上诉法院在一个判决中声称:“美国人认为英国的普通法是他们的自然的遗产。普遍的原则一向是,普通法是我们的天生权利和继承权利,我们的祖先在移民时就把普通法带到了这里。我们现在的法律制度的全部结构就树立在普通法的基础之上。……1777年通过的纽约州的第一部宪法规定,凡是公元1775年4月19日确已成为纽约殖民地法律的那些英国普通法、英格兰和大不列颠的制定法和本殖民地立法机关制定的法令,都将继续成为本州的法律,……本州的第二部和第三部宪法也作了类似规定。1894年的州宪法第一条之十六规定,凡是1775年4月19日确已成为纽约殖民地法律的那些至今尚未过时或未被废除的普通法和本殖民地立法机关制定的法令,都将继续成为本州的法律,……但是同本宪法不一致的普通法和法令,都应予以取消。……宪法和法律应当参照普通法的原理来进行解释。”

肯塔基州的方式是附有限制条件地接受普通法。肯塔基州宪法第六条之八规定,已被弗吉尼亚州接受的英国普通法和国王詹姆斯一世第四年(即1607年)以前为协助普通法正式适用而由英国议会制定的一切法律法令,在1792年6月1日被采纳,作为本州的法律。

在殖民地时代,同英国普通法不一致的法规通常是被禁止的,但是在独立宣言之后,根据公认的英国素材创建了适合当地情况的法律实体。它们包括法律、法院判决和学者著作,但是仍然受到

---

见 M. Cherif Bassiouni 著:《实体刑法》,1978年英文版,第18页。

十八世纪末由边沁推动的英国法律改革运动的影响。

在美国,实体刑法的发展各州互有差异,因为它们都是从各自的具体情况和需要来接受普通法的。不过,从共同历史特点来看,大致有五个发展阶段:(1)“殖民地”时期;(2)从美国革命到南北战争的“形成”时期;(3)经济、政治和法律“稳定”时期;(4)工业化、城市化社会和“福利国”时期;(5)“现代法典化”时期。

英国普通法在美国法院的判例及其解释和运用,使美国的刑法产生了许多含混和不确定性,这些因素促成了一些州的刑事法律的法典化工作。

#### 四、制定法和法典化运动

自亚里士多德以来的哲学家思想家一直认为,被法律禁止的行为预先晓喻是司法制度有效性的必不可少的前提。法律规范的激增,更使得平民百姓不可能全部了解这些分散的、没有系统的、体现在各种法令和判例中的法律。这是刑事法规法典化运动的重要起因。

刑事法规法典化工作在西方刑事法制史上是早已有之的。比较著名的有:公元529年东罗马帝国的《查士丁尼法典》(尽管刑事法规并非是其主要内容),公元1532年神圣罗马帝国的《加洛林纳刑法典》,1810年法国刑法典,1871年德国刑法典等。在英国,培根、科克和边沁的著作是法律改革运动的基础。在美国,1803年爱德华·列文斯顿领导的改革运动,导致1826年提出了路易斯安那州刑法典草案(终未通过)。大卫·菲尔德及其同事们在1865年为纽约州提出了一部刑法典草案(1881年州议会通过),在美国刑法史上有重大影响。

在十九世纪和本世纪初,多数州的立法机关制定了处理犯罪的法规条例,其中不少是对存在于该州的普通法的法典化。这一运动采取了两种形式:(1)全部犯罪都规定在制定法中,刑事控告完

全根据制定法。这就是说,普通法罪(由判例形成的罪名)已被废除,法官不能创造新罪名。废除普通法罪,并不意味着废除普通法的原则和制度(如一些免罪原则和诉讼制度)。法官虽不能依据普通法来定罪,但仍可以引用体现某个普通法原理的判例来作为判决理由。(2)部分犯罪规定在制定法中,对另一部分犯罪(即制定法没有规定的犯罪)的控告仍然依据普通法。到1980年,普通法罪已法典化的州和地区有:亚拉巴马、阿拉斯加、亚利桑那、阿肯色、加利福尼亚、哥伦比亚特区、佐治亚、爱达荷、伊利诺、印第安纳、缅因、密执安、密西西比、密苏里、内布拉斯加、内华达、新墨西哥、北达科他、南达科他、俄克拉何马、南卡罗来纳、田纳西、华盛顿、怀俄明等24个。这就是说,现在美国有半数州不再沿用普通法定义来定罪。废除普通法罪,并不等于法官判决中不能引用以前的判例。相反,法官常常援引判例来解释现行法律条文,特别是法官之间对同一案件有不同意见时,判例就会作为一种立论根据而出现在“判决理由”中。无论多么详细具体的法律,适用在千变万化的现实生活中,经常会出现一些新情况需要法院在适用法律时加以解释。例如,破门入户罪是一个常见的罪,法律规定的定义也相当具体:“为了犯重罪而非法地打破并进入房屋建筑物的行为。”关于“打破”一词,用钥匙“打开”门是不是“打破”?门原来没有上锁,“推开”这个门算不算“打破”?关于“进入”一词,撬开窗户后“伸进”一只手算不算“进入”?或者打开门放进一只经过训练的猴子是否算“进入”?按法律定义,“打破”在先,“进入”在后。反过来,先进入后打破,是不是构成这一犯罪?例如,A“进入”B家半开的大门(这不是“打破”),然后又“打破”窗户,但没有再进入内室。这些问题,由一个一个判例加以解释和解决。这些判例就成了后来的法官适用

---

破门入户(burglary)作为普通法罪可以译为“夜盗”;作为制定法罪译为“破门入户”为宜,因为“夜晚”不再是其构成要件,而且不一定为了盗窃。

这条法律的必要参考。

路易斯安那州的法律制度,不仅可以追溯到英国普通法,还可以追溯到法国民法,但是根据 1805 年的一项法律,在刑事司法上适用普通法。

美国刑法在当代发展阶段的基本特点是制定综合性的刑法典,这种法典必定包括总则(general provisions 或 general part)和分则(specific offenses 或 special part)两大部分。总则规定刑事责任的一般原则和刑罚制度的基本内容。总则部分的发达标志着法典化程度的提高。分则内容同历史上的法律相比,比较突出的进步是按法律保护的社会利益对各种具体犯罪进行归类。

对整个美国的刑事法律的修订和法典化有重大影响的是美国法学会(American Law Institute)拟制的《模范刑法典》(Model Penal Code)。这项工作开始于 1931 年,当时这一工作由“改进刑事司法联合委员会”负责进行。第二次世界大战结束之后于 1951 年又恢复了这项工作。草拟《模范刑法典》的目的是给各州修订刑法典或者制定现代刑法典提供一个范本,以补救当时刑事法律在定罪、量刑和刑罚执行方面概念不确切和缺乏综合考虑之不足。例如,1961 年以前伊利诺州的刑事法律中用来表述犯罪心理状态的术语就有 18 个,而《模范刑法典》只有四个术语代表四种不同的心理状态。《模范刑法典》经过几次易稿的《最后建议正式草案》在 1962 年公布。这个法典本身并不是具有约束力的法律,但它有着很高的学术价值和示范意义。《模范刑法典》附有对主要条文的评论,每一条评论都可以被视为一篇研究论文。它的示范作用表现在,它公布之后的 20 年间,就有半数州以它为蓝本对该州刑法进行了重大

---

有些州把刑罚规定在单独的法律中,如伊利诺州把刑罚规定在《统一行刑法典》中。

从 1953 年至 1962 年共易 13 稿。

修订或者重新制定,使之成为“现代刑法典”。例如,威斯康星(1958年)、伊利诺(1961年,1974年又作重要修订)、明尼苏达(1964年)、纽约(1967年)、堪萨斯(1970年)、科罗拉多(1971年)、康涅狄格(1971年)、夏威夷(1971年)、特拉华(1973年)、蒙大拿(1973年)、新罕布什尔(1973年)、俄勒冈(1973年)、宾夕法尼亚(1973年)、德克萨斯(1973年)、犹他(1973年)、肯塔基(1974年)、俄亥俄(1974年)、新墨西哥(1977年)、印第安纳(1977年)、缅因(1978年)、新泽西(1979年)等。

《模范刑法典》不仅在刑法的犯罪部分对各州的立法工作产生了重大影响,而且对判刑制度和刑罚执行方面的改革也起着积极作用。这个法典在判刑和行刑方面的基本指导思想是:在保护社会利益的同时给罪犯提供改过自新的机会。这个思想在1972年伊利诺州《统一行刑法典》中得到了很好的体现。伊州行刑法典通过确立标准和设定限制,在立法机关、法院和刑罚执行机关之间恰当地分配了刑罚权。

《模范刑法典》共220页,由四部分组成。第一部分为“总则”,共7条,占76页。第一条“序言”,主要内容是目的、结构原则、犯罪分类、时效、空间效力、责任证明原则、一般定义。第二条“能力的一般原则”,包括:犯罪行为、四种犯罪心态、因果关系、错误、绝对责任、共同犯罪、法人犯罪、醉酒、被迫行为、军事命令、被害人同意、警察圈套等。第三条“合法辩护的一般原则”,包括:执行公务、紧急避难、合法防卫、财产犯罪中的合法辩护等。第四条“责任”,包括:排除责任的精神病、精神病证据、精神病鉴定、未成年等。第五条“不完整罪”,包括:未遂、教唆、共谋、持有犯罪工具,未遂、教唆、

---

《统一行刑法典》原文 Unified Code of Corrections,也可以译为《统一矫正法典》。

其中包括目录12页。

共谋的处罚等级。第六条“对罪犯的处理”，包括：重罪的等级、罚金、对法人犯罪的刑罚、青少年罪犯、对重罪的监禁刑（普通刑期和加重刑期）、对轻罪和微罪的监禁刑（普通刑期和加重刑期）、假释、监禁场所、减轻定罪、民事处置。第七条“法院的判刑权”，包括：阻止判监禁刑和缓刑的标准，判处罚金的标准，对重罪犯、轻罪犯和微罪犯判加重刑的标准，数罪并罚，判刑程序，交付观察，行刑矫正，专员提请重新判决。第二部分为“具体犯罪”，占62页，共16条，98个罪。对具体罪的量刑制度采不定期刑模式，只规定犯罪等级（即刑罚等级）而没有具体刑罚幅度。第三部分为“处遇和矫正”，占45页，共6条。第一条“暂缓监禁和缓刑监督”；第二条“罚金”；第三条“短期监禁刑”；第四条“长期监禁刑”；第五条“假释”；第六条“与执行监禁刑相联的权利的丧失和恢复”。第四部分为“矫正机关”，占26页，共5条。第一条“矫正局”；第二条“假释委员会”；第三条“监所机构的管理”；第四条“假释管理处”；第五条“缓刑监督管理处”。（本书的篇章结构主要是参考《模范刑法典》的体系）

美国刑法的渊源，除宪法、制定法和普通法（法院判例）之外，还有行政条例和地方法规。美国刑法中的有些犯罪定义是由联邦政府、州政府和地方当局制定的条例和法规中规定的。这是美国刑法复杂化的一个重要原因。

## 第二节 美国刑法的宪法限制

美国刑法的宪法限制，即宪法对刑法的限制。对刑法的限制，指国家刑罚权要受限制。刑罚权体现在刑事立法权和刑事司法权上。刑罚权是非战时期国家手中最厉害的权力。刑罚犹如双刃利剑，用之得当，利国利民；用之失当，害民害国。用之得当的重要保证是刑罚权不得滥用，刑罚权受制约的积极意义正在于此。权力不受制约必定走向腐败，这是一条社会规律。对刑法进行制约有多种

途径, 宪法限制是首位。

如前所述, 美国宪法规定了某些犯罪并授权国会制定刑事法律, 另外, 宪法对州和联邦政体的刑事立法也设置了某些限制。这些限制可以归纳为三类:

(1) 宪法本文中对刑事立法提出的禁止性条款, 第一条之九和十禁止国会和各州通过追溯既往的法律和剥夺公权的法案;

(2) 宪法修正案第一条、第二条、第五条、第八条和第十三条中宣布的宪法权利不受侵犯;

(3) 正当程序条款对制定刑事法律的内容、形式和语言的限制。

在历史上, 剥夺生命、自由和财产的刑事制裁一直是专制统治的方便工具, 封建统治者运用刑罚只是为了维护他们自己的利益, 不是达到合理的社会目的, 所以制定和适用刑法是没有限制的。美国宪法对制定刑事法律的限制正是吸取了历史的教训, 是资产阶级革命的产物, 是社会的进步。有些学者认为, 保护(社会)权利最得力的工具常常也是侵犯(个人)权利最厉害的手段, 刑法就往往如此。给制定和适用刑法设置合理的限制, 其基本哲学思想在于: 只有在“两个保护”(保护社会利益和保护个人利益)取得平衡的基础上, 刑法才能发挥最理想的效能。所以, 对刑法的宪法限制并不是“有利于犯罪”的消极因素, 而是发挥刑法的制裁力并防止刑法被滥用的积极保障。防止刑法被滥用, 可以通过多种渠道来实现, 最重要的还是法律本身的保障。美国宪法要求刑事司法活动根据这样的宪法原则进行——未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产, 以及每个人都应受到法律的平等保护。

## 一、刑事立法的特别宪法限制

### (一) 禁止剥夺公权法案

美国宪法第一条之九(3) 以及第一条之十(1) 禁止联邦国会

和各州议会通过“剥夺公权法案”(Bills of Attainder)。

英国历史上的“剥夺公权法案”允许对想象犯有叛逆罪和其他该判死刑的重罪者剥夺公民权；由于公民权被剥夺，不仅随之丧失了职位、称号和财产(动产和不动产)，而且也丧失了要求接受正常司法程序审判的权利，因此实际上就是允许不经审判而直接处以死刑。这是明显的独裁专横，而且实际上使立法机关行使最高治权，可以抛开司法机关及其正常程序来行使司法权。作为资产阶级革命产物的宪法当然要禁止这种专制的“剥夺公权法案”。根据宪法的基本精神，不仅禁止不通过正常司法程序处死刑，而且也禁止不通过正常司法程序处其他较轻的刑罚。

根据 1867 年美国最高法院在一个判决中的解释，“剥夺公权法案，就是立法机关制定的不经司法程序而直接处以刑罚的法令”。

1946 年，美国最高法院的一个决定被认为具有里程碑意义。有三个人因为从事“颠覆”活动而被按照国会的一项法令开除了公职。最高法院认为，立法机关在它的权限内可以制定开除公职的规范，但是它不能把这个规范适用到该受法律谴责的行为还没有经过审判的那些人身上。因为这个立法机关规定的“处罚”(此处“处罚”概念大大宽于英国早期法的“处死”)未经司法程序，所以被认为是违反宪法规定的禁止剥夺公权法案。1950 年、1951 年、1954 年和 1972 年，最高法院都作出过类似 1946 年的决定。

根据宪法第一条和第三条以及第五条修正案的精神，“剥夺权利”和“没收财产”不作为刑罚种类(对叛国罪犯剥夺公权终身是宪法允许的)。纽约州刑法典第六十条(30)民事处罚(civil penalties)规定：“法院可以在有罪判决中依法作出没收财产、暂停或者吊销执照、开除公职或者其他民事处罚和适当决议。”把没收财产和剥夺权利作为有罪判决的附带部分并由法院宣告的“民事处罚”，这是美国许多州的做法。



## (二) 禁止追溯既往法律

追溯既往法律(Ex Post Facto Laws)就是许可对该法律颁布以前的无罪行为追究责任的法律。追溯既往的法律不符合“先喻后行”的公正理念,不利于社会生活的稳定和民权的保障,因此这种法律也就成了资产阶级革命的对象之一。

美国宪法关于禁止立法机关通过追溯既往的法律的规定,要求作为犯罪来控告的行为必须在实行这种行为时就被法律规定为犯罪,排除法律的溯及力。这一原则的必然结果是,一项已被废除的法律不能作为对其废除生效之后的“违犯行为”进行定罪的根据。

1798年,美国最高法院在一个判决中对追溯既往的刑事法律下了这样的定义:“(1)凡许可对该法通过以前的无辜行为追究刑事责任的法律;(2)凡许可对该法通过以前的犯罪按加重情节追究刑事责任的法律;(3)凡改变刑罚许可对该法通过以前的犯罪按较重刑罚追究刑事责任的法律;(4)凡改变证据规则许可对该法通过以前的控诉一方负较重证明责任的案件现在按较轻证明责任进行追诉的法律。”前三项属实体刑法,第四项是诉讼法(证据法)。

禁止法律溯及力的规定,就时效而言,究竟是指犯罪行为的实施时间,还是犯罪结果的发生时间?假定某被告人对被害人实施致命打击的日期是2月1日,2月10日一项加重惩罚杀人伤害行为的新法生效,被害人于2月15日死亡。究竟应按新法还是旧法处理?1856年有个法院决定认为,禁止法律追溯既往规定的理论基础是,法律正义在于行为前的警告,因此上述案件不适用新法。

宪法禁止法律追溯既往的规定,通常被理解为是对刑事法律而言,并不是对民事法律,虽然民事法律中也可能有追溯既往的问题,但它按另外的理由来处理。

宪法禁止法律追溯既往的规定,通常被理解为“加重不得追溯,减轻不受此限”。这就是说,新法颁布以前实施的某一犯罪行为

按旧法处罚较重,而新法处罚较轻的,适用新法。这样做主要是出于政治考虑。

宪法禁止法律追溯既往的规定,通常被理解为是对联邦的和州的立法机关制定法律而言,法院的决定不受此限。1913年,美国最高法院在罗斯上诉案中明确地表达了这个看法,因为宪法禁止法律追溯既往的条款规定在第一条“立法权”里,而第三条“司法权”里没有这样的规定。但是,1964年美国最高法院在鲍伊上诉案决定中改变了以前的观点(最高法院不受自己判例约束),认为“如果州的立法机关被宪法禁止通过追溯既往的法律,那末必然相随的是州的最高法院被宪法正当程序条款禁止借助司法解释达到相同结果”。实际上,这种主张不能广泛地被适用,因为美国法律制度的历史基础是判例法,判例法的核心是遵循先例(stare decisis),因而溯及力不可能被判例法完全排除。例如,一个下级法院今年10月审理去年10月发生的一起犯罪案件,它可能援引今年2月上级法院的一项同目前审理的案件非常类似的判决作为自己的判决理由。所以,对法院判例追溯既往的禁止不会像对法律追溯力的禁止那样广泛与严格。

## 二、行使宪法保护的权利不得定为犯罪

宪法修正案第一条、第二条、第五条、第八条和第十三条规定了保护个人的言论、结社、集会、宗教信仰自由的权利以及备带武器的权利;规定了不得强迫被告人认罪;规定了禁止残酷的和非常的刑罚,禁止奴隶和强迫劳役。这些宪法保护的 personal 权利经过相当一段历史时期通过司法解释都有了发展变化。这些权利有时受到限制,有时得到扩张。这些权利中的任何一项都不能被说成是绝对的,实际上每一项权利都是特定社会背景下对冲突利益的司法权衡的产物。

### (一) 第一条修正案

美国宪法第一条修正案清楚地禁止制定任何剥夺公民的宗教信仰自由、言论出版自由、集会请愿自由的法律。最高法院在一系列决定中指出,第一条修正案规定的各项权利也适用于各州。

在刑法领域里,常常涉及把以特殊方式行使这些宪法权利的行为规定为犯罪的那些法律。虽然宪法保护言论、出版自由,但是最高法院在1925年的一个判决中指出,如果这种自由产生“明显的和现实的危险”,那末国家就可以“干涉这个权利”。“明显的和现实的危险”就成为国家干涉行使第一条修正案保护的权利的标准。1941年,大法官布莱克说:“明显的和现实的危险”是一个工作原则,“只有当实质罪恶是非常严重的和高度现实的,言词才能被作为犯罪来惩罚”。如果第一条修正案保护的自由权利没有达到“明显的和现实的危险”的地步,国家予以干涉,就是违反宪法。据此,最高法院于1972年在一项决定中认为佐治亚州的一个法律违宪。该法律规定:“在没有受到挑衅的情况下,当面对他人使用……辱骂性语言,会引起扰乱治安的,……构成轻罪。”

国家不侵犯公民的和平集会的权利;同时,国家确实有责任维护公共秩序,因而可以在某种程度上调节这个权利(1972年加利福尼亚上诉法院的判决词)。

## (二) 第二条修正案

宪法规定:“出于维护自由国家安全的必要,人民备带武器的权利不受侵犯。”控制使用武器的法律以及如何解释第二条修正案的含义和范围,一直存在着争论。这种争论在里根总统遇刺后更趋激烈。一方认为,为合法目的备带武器是宪法保护的权利,国会不得通过法令来侵犯公民的这一权利;另一方认为,枪支管制法律对国家行使治安权(police power)是必要的和合理的。目前,美国法律上对私人武器的控制主要在于:禁止持有或携带无执照的武器,禁止无执照者在州际贩卖武器,购买武器前30天应向警察局申请登记。

许多美国人认为, 第二条修正案在制定宪法时具有重大的历史意义, 今天的社会背景已经大大不同于 200 年以前的情况, 私人武器过多, 防卫的益处抵不上杀人的害处。美国的杀人犯罪率达万分之一(1982 年) 这样的惊人高度, 不得不承认同枪支管制太松有十分紧密的联系。1982 年,《新闻周刊》的一次民意测验表明, 有 60% 的美国人赞成制定比较严格的枪支管制法。到 1982 年春, 全国有 400 个大小城镇通过了类似伊利诺州的莫顿小镇于 1982 年初制定的枪支严控法规, 旧金山市长认为最好采取全国统一行动来严格限制私人枪支。反对意见也很强大, 例如,“全国步枪协会”就有近 200 万积极活动成员“坚持和维护”宪法第二条修正案。在这方面, 资本(军火商)的力量是不可忽视的。1982 年 3 月, 佐治亚州的肯尼索小镇通过了一个不平常的法令, 规定每户户长必须备有一支枪, 以便保卫自己的家庭免遭罪犯袭击。有人认为这是对伊州莫顿小镇早些时候的法令的抗议。可见, 制定一个全国性的严格管制枪支的法律是很困难的。

### (三) 禁止强迫认罪法律

宪法第五条修正案规定:“在任何刑事案件中不得强迫任何人证明自己犯罪。”禁止“强迫认罪”(compulsory self-incrimination) 这项权利来自英国普通法。这一权利被认为是人类争取自身文明化的产物, 它有助于保护思想自由, 免受政府的思想追诉。这项权利也叫作“沉默权”(the right to remain silent)。在刑事诉讼中, 证明犯罪的责任由控告一方承担, 由此得出被告人有沉默权的结论。

### (四) 禁止“一案再审”(double jeopardy)

宪法第五条修正案规定的同一犯罪不得两次受审判的法律原则, 可以追溯到希腊和罗马法(如六世纪查士丁尼《学说汇纂》第 48 卷), 教会法规中也有类似说法:“上帝不会两次惩罚同一罪

---

美国民间的私人武器达到平均每 4 个人有 1 支枪的数量。

孽。”到十三世纪中期,英国普通法中也确定了这个原则。在当代,它已作为基本人权之一被规定在许多国际性文件中,如《人权宣言》等。在美国,除联邦宪法外,还有 45 个州的宪法也规定了这个原则。

一案再审和几个主权国问题。最高法院在一个决定中指出,一案不再审的联邦规定,不仅适用于联邦司法区,而且也适用于各州。这是以同一个主权国为前提的。就是说,同在联邦司法区里或者在同一个州里,不能对同一案件两次起诉。但是,这个决定并不解决两个主权国都有权管辖同一案件这样的问题:两个不同的州,或者联邦和某一州都有权管辖某一个案件时,能不能对同一案件两次提起诉讼? 1959 年,最高法院同时在两个决定中重申了 1852 年最高法院决定中第一次宣布的联邦制双重主权原则(一个州的公民同时也是美利坚合众国的公民),认为这种情况下对同一案件相继由州和联邦起诉是合宪的。紧接着最高法院的决定之后,美国司法部长发表了如下政策声明:“在州起诉之后,对同一案件就不应再进行联邦审理……除非有不可辩驳的理由。我们应当尽力同州和地方当局合作到底,联邦和州都可管辖的案件究竟在何处审理取决于最好的公众利益。如果这个办法能被州和联邦司法当局以合作精神所接受,那末对同一案件就很少会再次提起诉讼。”20 多年来的司法实践基本上按照这一政策精神办理。

#### (五) 禁止“残酷的和非常的刑罚”

残酷的和非常的刑罚(cruel and unusual punishment)被宪法第八条修正案禁止。最高法院在决定中认为这条修正案不仅涉及法院的判刑,而且包括监狱犯人的处遇和生活条件。

1688 年,英国《民权宣言》已把禁止残酷刑罚作为基本法律的组成部分,其初衷是在一定程度上限制当时斯图亚特王朝的刑讯

---

《纽约时报》,1959 年 4 月 6 日。

拷打和野蛮刑罚,诸如颈枷刑、砍头、挖内脏、四马分肢等。禁止残酷刑罚原则在殖民时期的立法和多数州宪法中就有体现,此后又被吸收进宪法修正案。

刑事制裁的方式总是同一定的体现为价值观念和道德标准的社会文化紧密相连的,因为刑罚度(刑罚的量和质的统一)本身就是一种文化形式。尽管一个犯罪事实(如杀人就是把人杀死)千百年不变,但是由于社会文化不断发展,对这个犯罪的制裁方式就会随之不断变化。而且,对西方刑事司法制度的研究表明,刑事制裁方式同刑事诉讼方式之间存在着内在的联系,刑罚越严厉则刑事诉讼越自由化——限制性规定少,随之被告人诉讼权利也少。例如,1765年布莱克斯东估计英国的死刑法律条款有160个,1821年死刑条款增加到200左右。当时英国的死刑罪条款远远多于欧洲大陆国家刑法中的死刑罪条款,与之相应的英国的刑事诉讼制度也比给予被告人较多权利(至少在理论上)的其他欧洲国家的诉讼制度自由得多。基于这种背景,英国人以极大的兴趣注意十八世纪中期在欧洲大陆上发展起来的人道主义刑罚学说。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中提出了刑罚轻重与犯罪大小相当的刑罚适度理论。伏尔泰推进了这种思想。人道主义刑罚理论被表述得更为完整的是意大利刑法学家贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》(1764年)。贝卡里亚的刑罚理论基本上就是同犯罪性质相一致的、适度的、确定的和速决的刑罚理论。

由于受到大陆学者的鼓舞,威廉·伊登在1771年发表了他的《英国刑法原则》。他根据人道主义刑罚理论,把刑罚视为威慑力量,而不是报应手段。在这一理论影响下,英国废除了一些过时的法规,并且对其余法律进行了修改和补充。当然,影响最大的法律

---

例如,1789年法国革命前,死刑条款达115个;1810年刑法典虽然保留某些残酷的执行死刑的方法,但是死刑罪已大为减少,不及革命前的一半。

改革家是边沁。他的功利哲学是个人主义的，他的刑罚思想是主观主义的。但边沁的刑事责任理论是进步的，他认为只有证明被告人已认识到行为的结果(具有犯罪意识)才能让其负刑事责任。刑罚对犯罪人的个别威慑和对社会的普遍威慑是他在《道德与立法的原则以及刑罚的基本理由》(写于1775年前后，发表于1811年)中所阐述的刑罚学说的核心。在社会舆论的压力下，在法律改革派的推动下，英国议会在1829年对一些较轻的罪(如某些侵犯财产罪)废除了死刑。在改革中意义最重要的事也许是抛弃了“犯罪只能用死刑来抑制”的思想，于是死刑适用范围渐渐缩小。

美国最高法院对“残酷的和非常的刑罚”的较早的解释是“不必要的残酷与痛苦”，“非常”是对“残酷”的修饰性词语，而不是独立的一项内容。

大法官菲尔德在1892年的一个判决的反对意见中扩大了“非常的刑罚”的概念，他认为第八条修正案旨在“反对一切同所指控罪行明显地不相当的过长或过严的刑罚”。

首席大法官沃伦在1958年一个判决意见中说：“本法院很少解释第八条修正案的精确内容”，此内容不是静态的，而是从“不断发展的标志着成熟社会进步的体面标准中吸取它的意义”，这条修正案的“基本概念是人的尊严”，目的是为了维护“受到文明处遇”的原则。

1977年，最高法院在一个决定中认为，出于维护纪律的目的对中小学生的体罚是许可的，并不违反宪法第八条修正案。

#### (六) 禁止奴隶制和强迫劳役

1865年颁布的第十三条宪法修正案规定：“合众国境内或者属合众国管辖区域内，不准有奴隶制或强迫劳役的存在，唯用以惩罚犯罪者不在此限。”联邦或州立法机关制定的有悖于这一规定的任何法律均属无效。根据1944年和1971年最高法院的解释，这条修正案不仅针对国家，而且也适用于构成奴隶制或强迫劳役的私

人行为。

最高法院认为征召服兵役、强征公差、强迫支付赡养费等法律、法令是合宪的,但要求精神病院的病人进行并无治疗价值的强制性劳动是违宪的。

监狱犯人明确地被排除在第十三条修正案的范围之内。虽然监狱当局可以要求被判罪的犯人从事劳动,但是在刑事案件中对贫困被告人用监禁劳动来偿付诉讼费则构成宪法禁止的强迫劳役。同样,如果不是罚金与监禁并处,而是单处罚金,那末这种情况下的罚金就不能因为贫困的被告人付不出罚金而改处监禁。

### 三、正当程序条款限制

“正当程序”条款(“due process” clauses)有两类:首先是实质性限制,它限制立法机关制定刑事法律的权力;其次是程序性限制,它涉及刑事法律的形式和语言。合众国宪法和州宪法都有“正当程序”条款。“正当程序”的政治内容远远超出它的字面含义。

#### (一) 实质性限制——危害公众、私权和身份

美国宪法第五条和第十四条修正案都作了这样的规定:未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。第五条和第十四条分别适用于联邦和各州。这一宪法规定被认为是对立法机关确认什么行为构成犯罪的总的政策性限制。

刑法的目的是为了保护个人利益和社会利益。虽然在一种形势下刑事法律可能侧重于保护个人利益,在另一种形势下可能侧重于保护社会利益,然而要求受到刑罚制裁的行为不仅对个人而且必定对社会具有侵害性是确定不变的。因此,刑法干预的是那些侵害个人利益同时也侵害社会利益的行为。这里的问题在于,哪些侵害类型以及侵害达到何种程度的行为才应受到刑罚制裁。或者说,还没有达到刑法干预程度的侵害行为就不应当使之犯罪化(criminalization),即不应当被立法机关认定为犯罪。否则,就在实



质上违背了宪法“正当程序”条款。

另一个问题是,某种行为仅仅涉及私人之间的利害关系而并不侵害社会利益。对此美国最高法院 1965 年在格里思沃德上诉案中提出了“私权”(right of privacy)理论,认为这种行为属于私权不应当被犯罪化。因此,最高法院在本案决定中使一个把传播避孕工具消息定为犯罪的州法律失去效力。最高法院在许多决定中还认为,宪法修正案诸如第一条、第四条、第五条、第六条和第九条等特别规定中的某些边缘性东西都含有“正当程序”的内容;凡缺乏可查明的社会危害的私人活动不应当在法律上规定为犯罪,这也是一种“正当程序”实质性限制。私权并没有明显地规定在宪法中,而是《人权法案》的边缘性半影(penumbra),是宪法明文规定的特别权利保护的扩大解释与运用。最高法院对某些色情案件、堕胎案件和吸大麻烟案件以“私权”理论为根据而认为无罪。还没有判例表明,最高法院把私权理论运用到那些所谓“无受害人犯罪”(victimless crimes),如赌博、卖淫、通奸、持有麻醉品等案件中去。

最高法院认为,法律把那些根据人的身份和状态(如流浪、吸毒成瘾、慢性酒精中毒)规定为犯罪是不合刑法目的和基本原则的。刑法惩罚的是人能控制的自由意志行为,而所谓“身份罪行”(status criminality)则是身份和状态,并不是可控制的意志行为(即使形成目前此种状态的开初阶段含有可控制的意志行为)。惩罚身份犯是违背“正当程序”条款精神的。

州法院(州上诉法院和州最高法院)常常根据更为具体的理由,如没有明确规定行为人主观心理状态等,认为某个法律的某些条款违背“正当程序”宪法精神,从而宣布这些条款违宪。

宪法第五条和第十四条修正案一直按照刑法的目的和基本原则来解释,因而最高法院采取了使那些同刑法目的和基本原则不

---

即半明半暗、似见非见的东西。

相符合的刑事法规失效的政策,这就是“正当程序”条款对刑事立法的实质性限制的基本含义。

## (二) 程序性限制——刑法的形式和语言

### 1. 刑法的形式——法制原则

刑事立法的两条法制原则是:法无明文不为罪(*nullum crimen sine lege*),法无明文不处罚(*nulla poena sine lege*)。罪刑法定原则已普遍地被当代世界各法系所接受。这些准则最早见于罗马法,十九世纪的法国和德国刑法典体现了这些准则。英国大宪章里虽然没有列入这些准则,但是大宪章确实建立了能达到相同结果的诉讼保障和原则。美国宪法里也没有明文规定这些原则,但是它们在实际中被体现在上面已经叙述的禁止追溯既往和剥夺公权法案以及有关宪法修正案中,特别是由于“正当程序”条款的建立而使这些法制原则得到进一步的法理上的发展。

(1) 法无明文不为罪。1820年,最高法院在威特伯杰案的判决中写道:“是立法机关,而不是法院,确定什么是犯罪并规定它的刑罚。”问题在于,当法院面对一个有害于社会但既没有普通法又没有制定法明文规定为犯罪的行为时怎么办?根据法无明文不为罪的法制原则,类推出“特定犯罪”(ad hoc crime)是不许可的。但是,并不排除“合理的”法律解释。正如大法官霍姆斯在一个判决中所说(1928年):“我们赞成法官不能补充刑事法律之所缺这样的一般原则,但是并不存在任何禁止在解释法律过程中运用常识作为说明法律明显内含的规则。”至于法律解释和类推适用二者之间究竟有什么重大区别,很难找到令人信服的答案。

(2) 法无明文不处罚。它是法无明文不为罪的合乎逻辑的结论。刑罚不是犯罪的附加物,而是犯罪的一部分。有法律明文规定才有犯罪,因此不能超越法律施加刑罚。正如必须有规定某项行为为犯罪的法律意向的宣告,其刑罚也必须有同样的程序来颁布。这一点是很重要的。而且,如果刑罚用作威慑力量,那就必须使公众

认识它。这个原则保证刑罚不能秘密判处,同时也保证不得处以残酷的和非常的刑罚。

## 2. 刑事法律的确定性——不得含糊其辞

刑事法律确定性的标准高于民事法律。任何犯罪都应当确定其界限。定义明确的刑法才能起到事先警告和预防犯罪的作用,同时也只有这样才能保障公民的自由,使得公民在行为前就能确切地知道什么行为是法律许可的,不致因为法律含糊其辞而担心行为之后可能遭到指控。最高法院曾经这样描述法律含糊的危险性(1920年):“它留下了最广阔的疑问,其范围没有一个人能够预见,其后果没有一个人能够预测。”因此,正当程序要求刑事法律明确规定什么行为应受其管辖以及对这种行为处以何种刑罚。

“流浪”法规中的概念的不确定性并不是法律含糊的唯一例子。例如,某州刑法把盗窃罪分为两类(轻盗窃和重盗窃)来判处刑罚,在盗窃罪一节中有一条款规定“偷狗按盗窃罪处罚”,但是没有说明这种行为究竟属于重盗窃还是轻盗窃。由于在这一点上含糊其辞,因此无法确定刑罚。

在判定某项法律规范是否“含糊”时,意见并非总是一致的。有些学者认为,测定一项法律是否含糊的标准是:具有普通智力的人能够事先确定什么行为是被禁止的。下列论据常常被法院提出作为否决因含糊而废除某项法律的要求:

- (1) 发现法律的结构是以避免不确定性的方式来制作的;
- (2) 发现特定的要求与意图(有时明文写在法律中)阐明了这项法律;
- (3) 发现其他相关的法律规范阐明了这一个不确定的法律规范;
- (4) 发现这项法律同已被认为确定的法律相比并非不确定。

不可否认,法律含糊本身能够侵犯宪法保护的權利,特别是关于第一条修正案所保护的權利。例如,1965年最高法院在一个判

决中认为,由于路易斯安那州《颠覆活动与共产主义控制法》语言的含糊和过于概括,侵害了上诉人的受到宪法第一条和第十四条修正案保护的权利。

#### 四、法律解释的规则

十八世纪布莱克斯东在《英国法释义》中说:“法律知识来源于经验和学习,所以法官应当遵循前例(stare decisis)。……但是为了符合新的经验,规则必须有例外,为了符合现实,先前的规则也可以作相反的考虑。……因而,除非显然荒谬或者不公正,前例和规则必须被遵循。”此处所说“规则”包括制定法。美国大法官卡多佐说(1921年):“普通法不是既存的普遍有效真理的演绎,而是现实的具体经验的归纳。……法官面临双重问题:首先必须坚持遵循前例原则,引用以前的判例;然后必须决定这个原则的变动与发展的方向和途径。”因此,可以这样认为,遵循前例这一普通法原则其实是两极的中项。这两极是:灵活会导致诉讼中的不确定性;僵硬则排除普遍的发展变化。可见,法律规范(判例和制定法)的被适用实际就是法律规范的被解释。从哲学上看,法律规范是抽象的东西,诉讼案件是具体的东西,抽象和具体二者虽有同一性,但也有差异。法律规范基本上是过去的经验总结,诉讼案件是现在的事实情况,过去和现在二者虽有联系,但也存在不同之处。这就是适用法律离不开解释法律的道理。

法律解释既然如此重要,为保证法院在适用法律过程中的法律解释合乎宪法,就应当受到关于司法解释权的宪法限制。这种限制体现为以下一些规则:

1. 刑事法律必须被严格地加以解释,以排除刑事法律适用上的不公正。这一规则以这样一些原则为基础:法院的刑罚权由立法机关通过规定犯罪和确定刑罚而被赋予;关于什么行为构成应受刑罚的犯罪的公正警告必须事先被告知。

2. 法院务必使指控为犯罪的行为处于所用法律词义的通常常识的范围之内,而不曲解这些词义,除非这样的适用明显地违背立法意图。

3. 同一法律词语用在不同场合,必须保持相同的解释,除非通过起草说明或立法注释明确表达出来的法律政策对解释这类词语另有明显意图。

4. 如果一个罪名详细规定了犯罪要件,法院只能按照这些要件来理解和适用法律。

5. 如果一项法律在表面上意义不明确时,则:(1)这项法律的总体政策应当予以考虑;(2)普通法原则和定义具有决定作用,如果这项法律的立法机关无意取消这些原则和定义;(3)这项法律应当从有利于被告人这一角度去解释。

6. 同一项法律里的两个不同部分在词语表述上的显著改变,表明立法意图方面经过深思熟虑的差别。

7. 根据“明定此一事物意味着排除另一事物”(expressio unius est exclusio alterius)这一法律解释格言,如果一项刑事法律明确地列举了某个原则的几个例外情况,这就意味着不包括其他未列举的例外情况。

8. 根据“只含同类”(ejusdem generis)这一法律解释格言,如果一项刑事法律在列举了几个情况之后跟随着一个总括词语,如“以及诸如此类”,那就意味着只限于包括未列举的同类情况,而不包括不同类情况。

9. 刑事法律不能被解释为颠倒或者转移被告人的证明责任。

10. 不能把有利于控告的假设塞进一项法律,除非其中必须明显地作如此理解。

上述刑事法律解释规则,是为了限制法院借助扩展法律词义来侵犯立法机关的职能,并且是为了不使前面讨论过的法制原则遭到破坏。

# 第二篇 犯罪总论

## 第三章 刑事责任基础犯罪本体要件

### 第一节 一般说明

#### 一、犯罪概念

犯罪概念(notion of crime)通常有两种:自然的犯罪概念和法律的犯罪概念。这是两个联系密切但有区别的概念。

所谓自然的犯罪概念,就是大多数人直观地理解的犯罪——一种非常恶劣、引起社会强烈谴责而且被认为应受惩罚的行为。“恶劣”的含义随着时代和文化背景的变化而有差异,如“渎神”在古代被认为是极大的犯罪,但在现代美国就不再是犯罪。

所谓法律的犯罪概念,就是法律上规定的犯罪——刑事法规所禁止的行为。由于自然的犯罪概念反映了历史形成的社会道德观念,所以法律的犯罪概念一般以自然的犯罪概念为基础。但是,由于道德规范的相对惰性(稳定性),它常常落后于社会变动,因此两种犯罪概念存在着交叉甚至某些冲突情况。例如,大多数美国人并不认为“超时停车”是犯罪,然而多数司法区的法律却把超时

---

美国大中城市的许多街道两旁装有停车计时器,停车时需投进一定数量的硬币方可停车一定时间,如果超时而不再付钱的,则是一种违警罪。

停车规定为违警罪。

自然的犯罪概念一般并不依赖法律的犯罪概念,即使在没有法律(国家制定的法律)的情形下也可以有自然的犯罪概念。美国法学家普遍的观点是,在原始社会里,根据人类学家和历史学家的考查和研究,存在着被认为有害于社区因而需要受到惩罚的现象(行为)。例如,有的原始部落在举行某些宗教仪式时不允许妇女观看,因为这种行为被认为会触怒神灵。如果发现妇女观看(即使是偶然的无意行为),就要对这个妇女处以严厉的惩罚,因为这种“渎神”行为会给整个部落带来灾难。许多原始部落把渎神看作比杀人更严重的有害行为,因为杀人被认为是个人之间或家族之间的事,而渎神是有害于整个部落社区的事。

自然的犯罪概念和法律的犯罪概念,二者在本质上的共同点是:犯罪是危害社会的应当受惩罚的行为。二者在形式上的差异是:后者以法律规定为条件,前者则不必以法律规定为条件。

刑法学家给犯罪下过各种各样的定义,在英美刑法文献中较有代表性的定义有:

布莱克斯东(十八世纪英国著名法学家)认为,犯罪就是侵犯禁止性的或命令性的公法的作为或不作为。

毕夏普(十九世纪美国著名法学家)认为,犯罪就是政府认为有害于公众并以政府名义通过司法程序加以惩罚的任何错误。

克拉克和马歇尔(本世纪美国刑法学者)认为犯罪就是维护公益的公法所禁止的、以国家名义运用司法程序予以惩罚的任何作为或不作为。

波金斯(当代美国著名刑法学者)认为,第一个定义的严重缺点是没有提到刑罚,第二、第三两个定义纠正了第一个定义的弊病,但没有强调犯罪的核心问题——对社会的危害,反而突出了次要问题——司法程序。波金斯的定义是:犯罪就是由法律规定应受

惩罚的任何危害社会的行为。

以上是高度概括的学术性的犯罪概念。在刑法中,各种不同的具体犯罪有各种不同的行为特征和心理状态,因而具有不同的法律上的犯罪定义。此外,有些犯罪定义,除行为和犯罪意图(罪过)外,还要求存在或者缺乏某些附带情节(circumstances),有时还要求产生一定结果(result)。例如,重婚罪要求“已婚”;奸淫幼女罪要求女孩在一定年龄以下;伪证罪要求证人“已宣誓”;普通法的夜盗罪要求行为发生在“夜晚”;等等。强奸罪要求被害妇女不是犯罪人的妻子。也还可以认为,杀人罪要求行为人“缺乏合法辩护”的情节。多数犯罪定义要求某种特定结果,如果没有产生这种结果,便构成未遂罪。因此,行为、犯罪心态以及结果和附带情节,这些都是构成具体犯罪定义的要件。

法律上具体的犯罪定义由各具特点的要件来构成。从理论上归纳和分析带有普遍性的犯罪定义构成要件就是刑法总论的任务。带有普遍性的犯罪构成要件(the constitutive elements of a crime)是犯罪行为(conduct)、犯罪心态(mental state)、犯罪结果(consequences)、因果关系(causation)、情节(circumstances)和刑罚(penalty)。行为、心理状态、结果、因果关系和情节是“刑罚”的前提,即刑事责任的基础。

美国刑法中的犯罪概念,也同世界上许多国家一样,只含定性因素而没有定量因素。例如,偷窃一个苹果,逃税一美元,都是犯罪。因此,不存在违法(刑事性质的)与犯罪的区别。作为制裁办法的“fine”包括相当于我国的“罚金”和“罚款”两种含义。仅就犯罪概念有无定量因素而言,不同国家的犯罪率的可比性很小。有一点要说明的是,并非事无大小都送法院审判。因为美国司法机关,从

---

见 R. Perkins 著:《刑法》,1969 年英文版。

七十年代以来,美国已有五个州刑法删除了强奸罪的这一构成情节。



警察到法官,有较大的自由裁量权。如果警察遇到很轻微的犯罪,可以自由处置(如教育),不必都送检察官。如果检察官认为罪行不大,也可以自由处置(如 fine)。如果法官认为罪行较轻,也可以不给刑罚处置。自由裁量与有法不依是两回事情。“立法定性,司法定量”这是西方一条不言而喻的公理。较大的自由裁量权,在特定场合还是解决理与法冲突的灵便途径。假定犯罪概念有定量因素,如果遇到这样的案件,处理就颇为棘手:在客观上行为已超过定量标准,但在主观上确实情有可原,作犯罪处理有悖情理,而不作犯罪处理又无法律依据;或者反过来,行为未达定量标准,但性质恶劣,不作犯罪处理有悖情理,而作犯罪处理又无法律依据。诚然,在司法人员素质不高的情况下,过大的自由裁量权也会导致破坏法制。正因如此,有的国家在立法上将违警罪从传统的刑法领域中排除出去。如,1975年德国刑法典已删除了违警罪,其多数内容纳入《违反秩序法》,属违法行为,可处罚款。美国也有些学者建议,将刑法中的轻微犯罪从刑法中挪出去,建立行政刑法。美国联邦《量刑指南》(1987年)虽未将量的因素作为罪与非罪的界限标准,但在刑罚轻重的确定上显然是一个重要考虑因素。

西方(大陆和英美两大法系)刑法中犯罪概念没有定量因素,最主要原因是法文化使然。西方法文化的核心是法治传统:一切事都由法律规范,管理社会依靠法律,尽可能排斥人治。西方民族没有像中华民族将“法不治众”作为一条重要统治经验来接受,这是由不同的法文化决定的。现在看来,犯罪概念包含或者不包含定量因素,各有短长。

## 二、美国刑法犯罪构成概述

犯罪构成(constitution of a crime 或者 ingredients of a crime)的通俗理解就是,诸要件组合成立犯罪,或者说是犯罪要件组合。从法律角度观察,犯罪构成要件是指法律规定的犯罪定义的构成

要件。

刑法分则性条款规定的种种犯罪定义,其多种多样构成要件被抽象为两方面内容——犯罪行为 and 犯罪心态,这就是犯罪本体要件。它是刑事责任基础,所有犯罪都不得缺乏这两方面内容。刑法分则性条款犯罪定义是建立在行为本身具有刑事政策上的危害性和行为人具备责任条件的假设前提之下的。在刑事司法中,公诉一方只需证明被告人行为符合犯罪本体要件,即可推定被告人具有刑事责任基础;如果被告人不抗辩,犯罪即告成立。在行为特征符合犯罪本体要件时,如果被告人能说明自己不具有“责任能力”(responsibility),如未成年、精神病等;或者说明自己的行为正当合法(justification),不具有政策性危害,如正当防卫、紧急避险、执行职务、体育竞技等;或者说明有其他可宽恕(excuse)的情由,如认识错误、被胁迫、警察圈套;等等,便可不负刑事责任。这些刑事诉讼中的合法辩护,经过长期司法实践,在此基础上加以理性总结,将诉讼原则上升为实体法的总则性规范,是判例法传统的产物。从反面表明,要成立犯罪除应具有犯罪本体要件外,还必须排除合法辩护的可能,即具备责任充足条件。在理论结构上,犯罪本体要件(行为和心态)为第一层次,责任充足条件为第二层次,这就是美国刑法犯罪构成的双层模式。

犯罪构成双层模式,即犯罪组成方式由两个层次相结合的过程来完成。第一层次侧重体现国家意志,表现为公诉机关的权力,确立行为规范,发挥刑法的维护秩序和保卫社会的功能。第二层次侧重体现公民权利,发挥刑法的保障人权的功能,制约国家权力。两个层次相辅相成,构建美国刑法运行的内在制约机制,体现刑法公正性的价值取向。

美国刑法犯罪构成第二层次,以合法辩护的形式来充实刑事责任条件,完成独特的犯罪构成模式,反映犯罪构成是动态的“定罪过程”,而不仅仅是静态的“犯罪规格”。两个层次相结合,实为控

辩双方的斗争,是刑事司法民主性的反映。

美国刑法犯罪构成双层模式与德国、日本等大陆刑法犯罪构成三元结构有类似之处。美国的犯罪本体要件(第一层次)与德国的构成要件符合性在内容和功能上大致相当。德国的犯罪成立的违法性和有责性,在内容和功能上大体相当于美国的责任充足条件(排除合法辩护)。德日犯罪构成三元结构与美国犯罪构成双层模式,在实质上都反映刑事责任追究范围逐步收缩的定罪过程,由刑法两大功能(维护秩序和保障人权)体现出来的犯罪构成内在制约机制。

美国的双层模式与德日的三元结构也有不同。主要差异是:三元结构的刑法理论基本上是学者对刑事司法的理性总结,并非刑法总则结构的反映(至少未能明显体现出来)。德国刑法典(1975年)总则第二章“犯罪”第一节可罚性的基础(不作为犯,代理行为,故意和过失,认识错误,精神障碍免除责任,限制责任能力);第二节犯罪未遂;第三节正犯和共犯;第四节正当防卫和紧急避险。双层模式的刑法理论不仅是刑事司法活动的总结,并且是刑法总则结构的直接反映。以在美国各州中有代表性的伊利诺州刑法典(1961年)总则的有关规定为例,该法典第一篇“一般规定”,第1条为法典的目的和管辖。第2条为主要术语的释义。第3条是被告人的权利:无罪推定,肯定性辩护(即被告人因肯定某些事实而需要举出若干证据方能有效进行辩护)。第二篇“刑事责任的原则”,第4条为犯罪的行为(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,法人责任。第6条,责任能力(未成年,精神病,昏醉)。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6条和第7条,均为肯定性辩护。

下面将分别叙述犯罪构成的两个层次,考虑到内容篇幅长短的匀称,把合法辩护(犯罪构成的责任充足条件)另作一章,放在本

章之后。

## 第二节 犯罪行为

### 一、犯罪行为(actus reus)

在拉丁文中, actus reus 的意思是“罪恶的行为”。从广义上说, actus reus 是除犯罪心态以外的一切犯罪要件, 也就是犯罪构成的客观要件, 包括犯罪行为、犯罪结果和犯罪情节。例如, 奸淫幼女罪中的被害人年龄, 强奸罪中的违反被害人意志等。《模范刑法典》采取的是狭义解释, actus reus 是“有意识的行为”。本节也从狭义上来理解“犯罪行为”。

(一) 构成“犯罪行为”的要素: 行为(act)和意识(voluntariness)

犯罪行为是施加刑罚的前提, 没有行为, 仅有意图, 不能作为犯罪加以惩罚。从哲学上看, 只能是由行为而不能是由意图来影响和改变外在世界, 所以刑罚应以行为为前提。从刑罚以预防犯罪为基本目的来看, 惩罚“意图”(指尚未外化为行为的意图)也是有道理的, 而且现代也确实有一些立法体现了这种趋向; 但是惩罚“意图”一定会导致滥用刑罚, 造成侵犯公民的权利和自由, 因此坚持“刑罚惩罚行为”这一原则就能抵制司法专横。

有意识行为, 才能作为刑罚的对象, 惩罚无意识行为是没有意义的, 也是不人道的。首先, 自动状态(automatism)、催眠状态、梦游状态、癫痫发作中的身体动作, 都不是“有意识”行为。其次, “有意识”就表示对自己的行为能够控制, 因而在外来不可抗拒力量推动下或者作为精神疾病产物的身体动作也不是“有意识”行为。无意识行为不是犯罪行为。有意识还是无意识, 是犯罪“行为”中的问题, 而不是犯罪“心态”中的问题。“严格责任”(strict liability)罪(后面将详细讨论)可以不要求有犯罪心态, 但行为必须是有意识的。

(二) 犯罪行为的不同形式

1. 作为(action)。作为即积极的身体动作。这是大多数犯罪行为的形式。

2. 不作为(omission)。不作为即消极的身体无动作。构成犯罪行为的“不作为”，总是和一定的义务连在一起。不作为的义务的来源主要是法律规定和职务要求。关于不作为的义务范围，其中一个突出问题是“见危不救”问题。在这个问题上，英美同某些欧洲大陆国家的规定有较大差异。挪威、瑞典等国法律规定，任何有责任能力的成年人在下列情况下具有营救危难的法律义务：(1)他认识到他人处于危难境地；(2)营救他人对自己并没有危险。世界上多数国家，包括英美，其现行制度认为这是道德问题而不是法律问题。然而，1980年美国佛蒙特州通过一项法律，采取欧洲某些国家的态度，认为见危不救(符合上述两条情况的)是犯罪，可以处不超过一百美元罚金。这一立法代表一种趋势，即不作为的义务范围有扩大的趋势，这是因为社会发展要求社会成员之间加强合作。

3. 持有(possession)。有些犯罪定义既没有明确要求积极的作为，也没有明确规定消极的不作为，只要求“持有”某种物品即构成犯罪，如持有毒品罪、持有赃物罪等。持有是指对财物的实际控制。在刑法上持有与占有同义。美国《模范刑法典》的行为条款除作为外还规定了不作为和持有，“如果持有人有意识地获得或接受了该持有物，或者在能够终止其持有的充分时间内知道自己控制着该物，则此种持有即为一种行为”。对物品的控制状态，通常起始于作为，如取得、收受等，以不作为(无动作之意)维护其存在状态，具有作为与不作为相交融的特点。但持有本身是一种状态，没有积极动作，既区别于作为，也有异于不作为，因刑法上的不作为以不履行法定义务为前提，而持有未必以此为前提。在这一意义上，持有是与作为和不作为并列的一种犯罪行为形式。

持有被视为另一种犯罪行为形式的依据，还在于行为素质即行为犯罪性的特点。“作为”的犯罪性明显地蕴含在主体自身的动

作中,“不作为”的犯罪性取决于主体与法律要求之间的义务关系。“持有”的犯罪性在于主体对非法财物(如毒品、凶器、不义之财、色情物品、犯罪工具等)的支配状态。对象的性质决定了对主体行为的评价。不同犯罪行为形式与罪名构成的关系也不同。作为和不作为这两个术语本身均不是罪名的组成因素,它们在犯罪构成中出现的数量是不确定的。持有本身是罪名的组成部分,它的犯罪构成数是法律明定的。

持有行为形式的法制价值在于,在一些多发性和危害大的犯罪现象中,有的案件难以用传统罪名治罪,持有型罪名便成为最佳选择。例如,非法持有毒品罪的创立,在司法中可以减轻公诉机关的证明责任。罪名是证明的中心,持有是现存事实状态,容易被证明,发现事实就等于证明了事实。由作为或不作为行为形式构成的种种罪名,公诉机关必须证明既成事实的来源或去向,证明事实的来源或去向显然难于证明事实本身。减轻证明责任,有助于增加刑法的威慑效用。

英国刑法中,与作为和不作为并列的行为形式称“事态”(state of affairs),其主要内容即为持有。

## 二、法人犯罪(corporation crime)

犯罪行为,从行为主体看又可以分为自然人犯罪和法人犯罪。

传统刑法理论认为,犯罪只能是自然人的行为。法人是一个法律实体,但不能有身体动作,同时也缺乏心理要件,所以法人不能犯罪。早期普通法也没有法人犯罪的规定。布莱克斯东在《英国法释义》中认为:“法人没有能力犯叛逆罪、重罪或其他罪,虽然它的成员有个人能力实施犯罪。”然而毕夏普在其《新刑法》一书中设立

---

法人犯罪,也可译为企业犯罪或公司犯罪。

专章来论述“法人的犯罪能力”。1889年,英国一项法律解释“人”的概念时指出,人除自然人外,在不违背法律规定情况下,包括法人。现代美国的刑事立法已有法人犯罪的规定,而且这方面的判例为数也不少。现在的一般观念是,法人代理人(自然人,例如经理)的行为在法律上就是法人的行为,因此法人也和自然人一样能够实行犯罪。例如,1980年美国最高法院认定,被告人海湾石油公司及其税务科长用公司的钱为一名负责审查该公司报税情况的政府税务官提供过五次度假费用,触犯联邦刑法第201-6节,构成贿赂罪。公司被处罚罚金,科长被判处监禁。

### (一) 概念

法人犯罪就是法人作为犯罪主体的犯罪。它和单独犯罪的区别是不言而喻的。它和共同犯罪有相似之处:犯罪主体是“集体”,所以美国有一些州的刑法典把法人犯罪和共同犯罪归在一起,例如伊利诺州刑法典在“共同犯罪”一章里分列两部分内容——共同犯罪和法人犯罪。但是,二者仍有明显的不同:(1)共同犯罪这个“集体”是非法组成的,法人犯罪这个“集体”(法人)是合法组成的。(2)共同犯罪这个集体中的成员都有犯罪意图和相关的犯罪行为,法人犯罪这个集体中的成员未必都有犯罪意图和犯罪行为,法人犯罪通常是法人代理人(经理或其他有关职员)干的,而企业股东(法人的主要成员)往往是不知情的。这是法人犯罪这个问题发生争论的主要原因。

### (二) 种类

《模范刑法典》在总结美国半个多世纪以来的立法和审判经验的基础上,把法人犯罪分为三类:

---

见 Sanford H. Kadish 等编著:《刑法及其程序——判例和资料》1983年英文版,第1008页。Kadish 教授1984年11月28日回函笔者,同意引用其著作中的材料;并传来信息:新近出版的《犯罪和司法全书》(四卷,Kadish 主编)反映美国刑法的最新动态。

1. 刑法分则中的多数罪都可附加以下三个条件而构成法人犯罪:

(1) 法人代理人的犯罪行为是以法人的名义进行的;

(2) 法人代理人的犯罪活动是在其业务范围之内;

(3) 法人代理人的犯罪活动得到法人最高决策机构(如董事会)的批准或者默许。

例如,企业(法人)由于牟取非法利润而造成产品质量低劣,因而引起用户的人身伤亡事故等类案件。

这类法人犯罪虽然大多数均为牟取非法利益,但法律不以此为必要构成要件。因为并非全都如此,而且这种主观要件的设定将徒增公诉机关证明上的困难。

2. 法人犯罪是这样一类犯罪,即前两个附加条件和第一类法人犯罪相同,不同的是第三个条件——触犯了明显地可以追究法人责任的刑法规范。例如,违反 1890 年《谢尔曼反托拉斯法》中关于“物价垄断”条款的犯罪。又例如,伊利诺州刑法典第 24 条之一规定的制造、出售……弹簧折刀、皮包铅鞭等器物罪。这个条款明显地可以追究法人的刑事责任,所以企业代理人的“制造、出售”行为只要“是以法人的名义进行的”,并且“是在其业务范围之内”,而不必得到“法人最高决策机构的批准”,就可以追究该法人的刑事责任。

3. 没有履行法律规定法人团体应当履行的义务(不作为)而构成的法人犯罪。例如,污染环境的公害案件常常就是这一类的法人犯罪。前面提到,传统观点认为法人不能有身体行为,因而法人不能犯罪。然而,“不作为”不必有身体行为,所以法人可以以不作为的形式来犯罪。这是《联邦刑法典草案》(1974 年)起草人的观点。该草案只承认“不作为”形式的法人犯罪。这是典型的折衷态度。

《模范刑法典》关于法人犯罪的范围与类型的规定,七十年代



以来已陆续被一部分州的刑法典所采纳。例如,新泽西州新刑法典(1979年),纽约州刑法典(其法人犯罪条款于1981年修正后更近似于模范刑法典的规定),等等。

### (三) 背景

1. 法理根据。法人犯罪的观念导源于古老的侵权行为赔偿法里的一个原理——“仆人过错主人负责”(respondeat superior)。据此推演,法人代理人犹如法人的仆人,代理人的犯罪行为应由法人(股东)负责。

2. 现实需要。工业革命促使经济迅速发展,工商企业活动的触角伸到了社会的每个角落,法人(企业)同民众的生活、健康和福利的关系日益密切。与此同时,企业的非法活动对国计民生造成损害的危险性和可能性也随之增长。为了维护社会安宁和公众福利,国家需要对企业加强行政管理,提高法人的社会责任感。为此,立法者一方面把不少义务用更严格的民事责任来认可,另一方面把一些更大义务制定为刑法规范,这就出现了法人犯罪的新概念。从十九世纪末以来,美国制定了若干这类性质的法律。到本世纪初,有些法院认为法人可以承担刑事责任,于是把“仆人过错主人负责”这一普通法民事原则运用到刑事案件,出现了法人犯罪的判例。

虽有法人犯罪的立法和判例,但是刑法理论界除对如何确定代理人的犯罪行为应当由法人来负这个问题有不同看法之外,对法人犯罪的存废这个根本问题也存在着争论。

### (四) 争论

1. 主张废除法人犯罪的理由主要是:

(1) 法人不能有像自然人那样的身体行为,法人代理人实施犯罪行为应对代理人定罪判刑,而不是对法人。

(2) 法人不能像自然人那样存在犯罪意图(罪过),因而惩罚法人不符合“罪及个人”的传统刑法原理,实质上是株连责任。因

为, 惩罚法人, 其实最终是落到该企业的股东身上, 而股东们常常根本不知道企业代理人的具体行为。

(3) 处罚法人不可能用传统的有力的刑罚方法——监禁, 只能用罚金, 而罚金同行政罚款没有根本性差别, 所以对企业的社会侵害行为只需作民事过错行为来处理。

## 2. 主张保存法人犯罪的主要理由是:

(1) 任何国家都有这样的罪, 即藐视法庭罪(或拒不执行法院判决罪), 审理案件时无故不出席法庭或者对已经发生法律效力法院判决或裁定(既有刑事的也有民事的, 多数是民事的)拒绝执行, 都构成犯罪。这种情况, 自然人和法人都可能发生, 它不需要任何积极的作为, 只需要消极的不作为; 对法人而言也不需要有任何代理人(直接责任者)。假定有两起相似案件, 自然人 A 拒不执行法院令其交付 1000 美元的民事赔偿的判决, 法人 B 拒不执行法院令其交付 10 万美元的民事赔偿的判决; 如果 A 被定为藐视法庭罪, 而 B 仅因为是法人而不成立犯罪, 显然是不公正的。假如法人不能构成犯罪, 那末许多污染环境的公害案件就难以处理。

(2) 承认有法人犯罪, 并不是对传统刑法原理的否定, 而是历史发展的必要补充, 即在个人责任这个原则的基础上补充一个整体责任的概念。

法人是法律实体, 它是其代理人的整体, 代理人是它的工具。当它的代理人为了它的利益并在其业务范围内实施的犯罪行为, 要由代理人负全部罪责是不公正的, 因为他仅仅是执行法人意志的工具。但是, 如果根本不作犯罪论处, 对社会整体更是不公正的, 因为企业的某些行为对社会的危害远远大于公民个人犯罪所造成的危害。例如, 环境污染、物价垄断等案件对社会造成的损失可能比普通自然人实行的犯罪所造成的损失大几百倍甚至几万倍。六十年代一起电子公司价格垄断案件给社会带来的损失超过 20 亿美元, 而当时一件普通盗窃案平均损失为 165 美元, 超过千万倍。

对这类案件不作犯罪处理是违背社会公正观念的。在这种情况下,如果以“个人责任”为由而不追究企业的刑事责任,这会降低刑法的威信,给人留下“(刑法)只拍苍蝇不打老虎”的坏印象。所以,根据整体责任原则来追究法人的刑事责任正符合法律最高理念——公正的需要。

整体责任不等于株连责任。株连责任是追究同犯罪行为毫无关系的人的责任,因而是非公正的。然而,股东在企业盈利时获得好处,那末在企业侵害社会时就应当受到处罚,这是公正的;而且股东入股时就以共同承担风险为契约基础,这就是整体责任的道义根据和法律根据。可见,整体责任同公正观念联系在一起,是合法的,而株连责任的核心问题是非公正性,因此是非法的。

(3) 规定法人犯罪的目的在于加强政府对企业活动的控制,对企业非法致富起威慑和遏制作用,因而有利于维护整个社会的长远利益。这同刑法的基本目的——保卫社会免受侵害是完全一致的。民意测验表明,大多数公民是赞同有关法人犯罪的立法的。有些美国学者也认为,主张废除法人犯罪的观点只有利于保护私人资本,因为法人犯罪都是“文明的”富人犯罪。

(4) 由于犯罪主体(法人)本身的特点,只能判处罚金,罚金也是一种刑罚,不能因为不能判处监禁而否定行为本身的犯罪性质。况且,按代理人的罪行情况,也可以同时判处代理人监禁刑。

对法人犯罪持肯定性观点的,又可分为两种情况:(a) 承认法人犯罪,但需严格限制法人犯罪概念的范围,例如,前面提到的《联邦刑法典草案》起草人所采取的立场。(b) 主张扩大对法人犯罪的起诉范围并加重对严重的法人犯罪的惩罚,如建议提高罚金的上下限(1万到100万美元);环境污染方面的公害案件可按日计算罚金,如每天5万美元;等等。

### (五) 趋势

法人犯罪是社会生活中客观存在的现实问题,有深刻的社会

经济根源,是无法否认的事实,只能修正“刑事责任是个人责任”的传统观念,进行理论补充,使立法和理论顺应历史发展潮流,这是大趋势。在一向否认法人刑事责任的大陆法国家,情况也在变化,突出一例是法国新刑法典(1993年)在总则里详细规定了法人犯罪条款。其他大陆法系国家虽然在刑法(刑法典和特别刑法)里没有法人犯罪条款,但在一些经济管理法律中早有法人刑事责任条款,较有代表性的是日本。《日本银行法》(1927年)、《日本不正当竞争防止法》(1934年)、《日本邮政法》(1947年)、《日本矿业法》(1950年)、《百货商店法》(1956年)、《日本专利法》(1959年)、《日本商标法》(1959年)、《日本河流法》(1964年)、《日本所得税法》(1965年)、《日本国土利用计划法》(1974年)等30部左右的行政性法律中均有追究法人刑事责任的规定。

法人刑事责任的追究方式采取两罚制也是发展趋势。在理论上如何说明对一个犯罪行为为什么要同时处罚法人和法人代理人,仍然有不同说法。有的用双重主体来解释,有的用连带责任来解释。法人犯罪的主体是一个,即法人,双重主体说与犯罪构成理解不协调。连带责任原属民法概念,指数人共负同一债务而对债权人各负清偿全部债务的义务。刑法中的两罚制与民法中的连带责任在实质内涵上相距甚远。如将连带责任解释为牵连责任,这仍然遇到法人犯罪的主体究竟是一个还是两个的问题。法人犯罪与共同犯罪的区别之一就是,共同犯罪有二个以上犯罪主体,而法人犯罪之所以称为“法人犯罪”因为主体是“法人”。

### 第三节 因果关系

---

参见储槐植主编:《附属刑法规范集解》,中国检察出版社1992年出版,第351-410页。

行为犯(conduct crime)不要求结果;结果犯(result crime)要求结果,因此进而要求存在因果关系。

因果关系(causation)是刑法理论中争论最大的问题之一。如果要求行为人对某一危害社会的结果负责,首先就要查明这一结果是由他的行为引起的,即要求行为与结果之间存在因果关系。客观现象之间联系的错综复杂性决定了刑法因果关系理论的多样性。

(1) 条件说。凡是产生结果不可少的条件都是结果发生的原因。

公式:如果没有 A(B、C...)就没有 Z,则 A(B、C...)就是 Z 的原因。

思维逻辑:由果追因。

这是最早的一种因果关系理论。优点在于,其理论思维逻辑比较接近于司法实践中的办案逻辑,而且它不会把应该追究刑事责任的行为排斥在刑事责任的客观基础之外。缺点是,其理论思维逻辑不大符合哲学因果范畴的基本内涵,而且它把刑事责任客观基础的范围搞得过宽。此后一切因果关系理论的基本目的都在于纠正或限制条件说的缺点。

(2) 原因说。如果说“条件说”只有一种模式的话,那末“原因说”就有多种模式,较有代表性的是必然说:合乎规律地必然地引起结果的那些现象才是结果发生的原因。

公式:有 A(B、C...)就有 Z,则 A(B、C...)才是 Z 的原因。

思维逻辑:由因推果。

这种因果关系理论的优点在于,其理论思维逻辑比较接近于哲学因果范畴的基本内涵,而且它不至于把不应该追究刑事责任的行为纳入刑事责任的范围之内。缺点是,可能把某些应该追究刑

---

必然(certainly), 概率为 1。

事责任的行为排斥在刑事责任客观基础之外。

(3) 相当说。凡同结果发生有相当关系的条件就是产生结果的原因。

相当说同本来意义上的必然说的主要差异在于,相当说并不抽象地考察原因与结果之间的关系,而是把原因与结果放在具体的环境中来进行分析研究。所谓相当关系,就是一定条件下的当然(naturally)关系。在以什么标准来衡量和测定当然关系的问题上,相当说又存在着两种明显不同的观点:一种是以一般人的经验为准从客观上来考察;另一种是以行为人在行为时的认识为准从主观上来考察。还有一种把客观与主观调和起来的折中观点,不过从本质上分析,折中观点不是偏向于客观标准,就是偏向于主观标准。

作为修正条件说的原因说和相当说,它们的区别主要在于质与量:原因说(各种原因说)认为原因与条件有质的区别,以理性推论为基础;相当说认为原因与条件仅有量的区别,以经验法则(一般人的经验或行为人的经验)为基础。

相当因果关系说是刑法因果关系学说中比较晚近的一种理论,广泛地流行于当代西方刑法学界。相当因果关系说是理论上的一般概括,是一个总的提法,它在不同国家甚至不同学者的著作里都存在着某些或大或小的差异。就美国而言,虽然不用“相当因果关系”这样的表述方法,但是从实质内容上来分析,美国刑法因果关系理论仍然应当被纳入相当因果关系说的范畴,因为美国刑法因果关系理论的近因说和预见说(见下文)实际上均以“量”(可能性大小)为标准,以经验(正常人的经验)为基础。诚然,美国在这方

面有其自己的特色。

美国在法律上和学术界关于因果关系的公认理论是“法定原因”(legal cause)学说。所谓法定原因,简要说来就是具有法律意义的原因才是刑事责任的基础。这个概念的基本意思,是行为人所实施的导致法律保护的他人利益受到侵害,法律认为行为人应当负责的行为就是法定原因。美国刑法中的法定原因理论和民事侵权行为关于责任条件的理论是一脉相通的。因果关系是民事侵权行为四种责任条件(即构成侵权行为的四方面要件)之一。根据英美普通法理论,当侵权行为和损害结果之间的因果关系呈现错综复杂情况时,则以行为有无过错及过错程度为根据从多种原因中找出“责任原因”,这就是“法律所关注的原因”,即法定原因。

美国刑法因果关系理论就总体而言,其主要特点是注重实用的双层次原因学说。所谓双层次原因,就是把原因分为两层:第一层是“事实原因”(cause in fact),第二层是“法律原因”(cause in law)。

事实原因这一观念建立在直观基础上。根据民事侵权法理论,事实原因由“but-for”公式来表达,即“如果没有A(B、C...)就没有Z”,则A(B、C...)就是Z发生的事实原因。这一公式足以解决许多案情比较简单的因果关系问题,而且也是因果关系理论的客观基础。但是,仅有这个公式(事实原因)还不足以解决全部因果关系问题,尤其是比较复杂的因果关系问题。这个公式主要有两方面缺陷,一是不能包括“共同原因”(joint causes),即两个以上彼此独立

---

本节以下内容的主要参考文献是 Sanford H. Kadish 主编的《犯罪和司法全书》(1983), Sanford H. Kadish 等编著《刑法及其程序——判例和资料》(1983), 以及 Wayne R. LaFave 著《刑法》(1972)。La-Fave 教授 1985 年 1 月 7 日回函笔者,表示同意引用其著作中的材料,并说重新修改后的《刑法》将于 1986 年出版,不过“新版同旧版非常相似,主要的不同在于注释部分,将加进一些新的判例,参考近年来通过的许多新的法规。”

的因素共同(同时或者先后)作用于同一对象产生一个结果,但又找不出哪一个是决定因素,则两个都不是结果的原因。例如 A、B 二人同时向 D 开枪(事先没有商议,不是共同犯罪),两个致命伤导致 D 死亡。又例如 A、B 二人燃烧同一建筑物的不同部位(彼此不知情),这一建筑物终于被焚毁。A 和 B 就是 D 死亡或建筑物烧毁的共同原因。按照“but-for”公式,A 和 B 都不是事实原因,这显然是不对的。另一个缺陷是“原因覆盖面”过大,因为事实原因就是结果发生的“条件”。例如 A 轻伤 B,B 去医院途中死于车祸,根据这个公式,得出结论:如果没有 A 伤 B,B 就不会去医院,不去医院就不会遭遇车祸,所以 A 是 B 死亡的事实原因。因此,这个公式并不是刑法因果关系的定义,只是因果关系理论的一个基础层次。

美国刑法因果关系理论的第二层次“法律原因”就是为了弥补第一层次的缺陷,限定事实原因的范围,从事实原因中筛选出一部分(即法律所关注的那部分)作为刑事责任的客观基础。第一层次是第二层次的物质基础,第二层次不能超越第一层次,第二层次是刑法因果关系理论的核心因素。事实原因中的哪些原因是法律所关注的呢?筛选法定标准是什么?正是在这个问题(即第二层次)上美国刑法学界存在着不同的观点,主要有三种理论:近因说(proximity)、预见说(foresight)和刑罚功能说(function of punishment)。近因说是美国法律理论中的传统观点,侧重于客观情况。预见说比较晚近,侧重于行为人的主观认识。功能说跻身于美国刑法论坛则是本世纪八十年代的事情,它侧重于刑罚目的和刑事政策。三者的共同点是:都以“事实原因”为基础,都统称为“法定原因”理论。三者的不同点主要在于确定法定原因的依据(标准)不同。由于都以事实原因为基础(第一层次),所以无须把预见说和功能说一概视为主观唯心主义。以下分别论述这三种观点。



## 一、近因说

近因(proximate cause), 没有制定法上的定义, 只是在判例中存在各种各样的关于近因的定义。综合起来, 一般认为, 近因就是没有被介入因素打破因果链的, 当然地或者盖然地引起危害结果的事实原因。可见, 近因有如下特点:

(1) 近因首先是产生结果的事实原因(即条件), 但是事实原因这个概念的外延大于近因概念的外延, 因此并非所有事实原因都是近因。

(2) 当然地(naturally) 或者盖然地(probably) 引起结果, 就是当然或者很可能引起结果发生, 也就是说结果的发生不是偶然巧合。因此, 近因说既不是“条件说”(因为它包括“巧合”), 也不同于“必然说”(因为它不包括“盖然”)。可见, 近因说因果关系的范围小于条件说, 但大于必然说。客观现象之间不仅存在着必然联系, 也存在着盖然联系。

(3) 没有被介入因素打破因果链。介入因素打破因果链的例子: A 在 B 的餐具中放了毒药企图毒死 B, B 在回家途中被 C 杀死。A 行为(先在行为)就不是 B 死亡的近因, 因为介入因素(C 行为)打破了预想的因果链。这一复杂问题后面将详细讨论。

美国刑法因果关系理论(近因说)的一个创造性见解是承认“盖然”(很可能)关系, 即上文提到的行为与结果之间存在“当然”关系是刑法上的因果关系, 不仅如此, 行为与结果之间存在“盖然”关系也是刑法上的因果关系。

前面叙述的“条件说”中的条件实际上包含两部分情况, 一部分是偶然性“巧合”, 另一部分是必然性“原因”。巧合和原因的区别犹如白天和黑夜的区别, 在大多数场合, 两者的差别是很明显的,

---

美国学者通常认为, naturally 的概率接近于 1, probably 的概率大于 0.5。

但有时二者并不容易区分,比如黎明和黄昏时分(白天和黑夜的交叉处),白天和黑夜的界线就很难划分。有人认为,刑法因果关系理论的关键内容就是在巧合和原因的“交叉处”区分出哪些是原因,哪些是巧合(不是原因)。从抽象的理论上在原因和巧合之间划一条线并不困难,以前各种各样的“原因说”都是在划线上作努力。理论上界限清楚,但是常常解决不了实际问题。这是因为,在具体实践中原因和巧合两者之间并不存在这“一条线”,而是“一段交接地带”。刑法因果关系理论遇到的困难就是要在原因和巧合的“交接地带”找出二者的区别标准,犹如在黎明(或黄昏)时分找出区分黑夜和白天的标准。

哲理上的必然和偶然,在数学上就是概率问题,也就是社会生活中通常所理解的可能性问题。在一定条件下某个现象发生的可能性达 100% 就是必然,概率为 1;可能性小于 100% 但大于 0(概率小于 1 但不等于 0)的都称之为偶然。可见:“偶然”从数轴上看是一个“区间”而不是一个“点”。把必然联系视为原因,当然是正确的,但是把偶然联系一概排除在原因之外,这在司法实践中未必是可取的。然而,把偶然联系一概都纳入原因范畴,又是走向另一极端,这无异于取消原因概念,因为如果都是原因那就不存在非原因。所以还要在“偶然联系”上做文章。其实,从可能性上分析,即从现象之间联系的质量上分析,“偶然”可以分为两类:一类是可能性很大(概率高),另一类是可能性很小(概率低)。现象间的低概率联系,就是生活中所说的巧合;现象间的高概率联系,实际上就是原因和巧合之间的“一段交接地带”。至少交接地带的一部分应当纳入刑法因果关系范畴。美国刑法因果关系理论突出了“很可能”(盖然)这一概念是可取的,因为随着人类认识客观世界的能力的提高,犯罪人不仅可以利用必然联系,而且还可以利用盖然联系来达到犯罪目的。人们可以利用概率来进行赌博(美国多数州里赌博是犯罪),当然也会利用它来实行其他非法活动,包括犯罪。

有近因相对说来就有“远因”。远因,就是事实原因中除去近因的其余原因。

原因的远或者近,主要不是时间空间概念,所以近因不一定是直接原因。在时空上近的,不一定是近因;在时空上远的,不一定是远因。例一,A去上班,途中和B发生争吵打架,延误了一些时间。A因怕迟到而闯红灯,被司机C撞断了腿。B行为不是A断腿的近因,虽然B、C二者相隔也许只有几分钟时间。例二,D欲杀K,把K击致重伤,K被送医院救治,治疗过程中伤口感染而死亡。D行为是K死亡的近因,虽然二者相隔已有几天时间。

在司法实践中,一个危害行为直接引起损害结果的这类案件,在因果关系问题上一般不会发生争议。争论常常发生在这样的场合:在一个危害行为的发展过程中又介入其他因素而导致某种危害结果。如何确定先在的危害行为与最后危害结果之间的因果关系是一个极为复杂的问题,这是刑法因果关系理论所要解决的最主要问题之一。

介入因素,就是介于先在行为和最后结果之间的因素。介入因素在因果链(几个因素相衔接的多层因果关系)中的复杂性在于,它不仅直接产生了结果,而且使得某些本来不会产生这种结果的先在行为同这个结果发生了某种联系。例如,A违章行车,B车为躲让A车而轧死了行人C。B是介入因素,B使A和C发生了联系,要是没有B,A和C也许不发生关系。

介入因素的种类主要有三类:

(1) 自然事件。例如自然灾害、细菌感染等。前面所举被击成重伤的被害人在医疗过程中死于伤口细菌感染的例子就属于这一类。

(2) 他人行为。前面所举B车(他人行为)为躲让A车而轧死行人的例子属于这一类。

(3) 受害人自身行为。例如,A在楼上持刀追打B,B为躲A

而跳楼摔死。B 跳楼便是受害人自身行为。

在存在介入因素的情况下,如何认定先在行为是危害结果的近因?近因说认为,关键是要考查两个问题,相应地有两条规则:

第一,介入因素和先在行为之间的关系是独立的,还是从属的?

如果介入因素从属于先在行为,即介入因素本身是由先在行为引起的,则先在行为就是结果的近因。A 违章开车(先在行为),B 躲让(介入因素),B 行为是 A 行为的反应结果,从属于 A,所以 A 行为是 C 死亡结果的近因。

如果介入因素独立于先在行为,即介入因素本身不是先在行为引起的,则先在行为不是结果的近因。A 打伤 B(先在行为),B 去医院途中被 C 驾驶的汽车(介入因素)轧死,C 行为独立于 A 行为,所以 A 行为不是 B 死亡结果的近因。

十八世纪英国有名的“爆竹案”是个典型案例。被告人希波特向人群中扔过去一个点燃的爆竹,落在 B 身旁,B 为了保护自己而把爆竹拾起来又扔了出去,落在 C 身旁,C 出于和 B 同样的考虑也把它扔了出去,落到 D 头部附近时爆炸,D 的一只眼睛被炸瞎。法院认为希波特的行为是 D 眼被炸瞎的近因。因为,介入因素 B 和 C 的行为都从属于希波特的行为。

第二,介入因素本身的特点是异常,还是非异常?异常或非异常其实就是现象间联系概率高低程度不同的问题。

如果是异常的,则先在行为不是结果发生的近因。

如果不是异常的,则先在行为是结果发生的近因。

例一,A 用刀把 B 刺成重伤,在治疗中 B 死于破伤风菌感染。不论破伤风菌是原来就附在刀上的还是后来侵入的,都不是异常现象,因此 A 行为是 B 死亡的近因。但是,如果 B 住院治疗中,医院失火,B 被烧死,这是异常现象,因而 A 行为不是 B 死亡的近因。

例二, D 强奸少女 F, F 被奸后出于羞愤而自杀, 这不是异常现象, 所以 D 行为是 F 死亡的近因。

在具体案件中, 如果对介入因素本身的特点究竟是异常还是非异常发生争议, 或者介入因素和先在行为之间关系性质究竟是从属还是独立发生争议, 评判的最后标准是“常识加公正”, 也就是一般人的经验和社会实践。

## 二、预见说

刑法因果关系预见说, 就是以行为人的主观认识为标准来筛选事实原因作为法定原因。按预见说, 被告人的行为要成为危害结果的法定原因, 须同时具备以下两个方面:

(1) 被告人的行为必须是结果发生的实际条件。这是刑法因果关系的客观基础。

(2) 这个结果必须是被告人可以预见的, 即实际结果应当是足够地近似被告人意图发生的结果, 或者近似被告人认识到或者应当认识到的结果, 以致使被告人对实际结果承担责任被认为是公正合理的。这是刑法因果关系的主观条件, 也是充足条件。

有人认为, 预见说把客观问题和主观认识扯在一起是不妥当的, 甚至认为是用主观代替客观。

也有人认为, “可以预见”(意图、认识、应当认识) 其实是从人的认识这一角度来反映事物之间客观存在着的当然联系和盖然联系。物质世界是由极为复杂的层次结构组成的统一整体, 因果关系就是反映这种层次结构的一种信息, 所以因果关系也不是单一模式。因此, 用“可预见”作为选定刑法因果关系的标准, 并不等于以唯心主义来代替唯物主义。

美国法学会根据法定原因预见说把因果关系写进了《模范刑法典》, 这被认为是刑事立法史上的先例。虽然美国刑法界对此有争论, 但是作为一次立法尝试仍有其学术价值。迄今为止, 美国有

三个州(宾夕法尼亚、特拉华和夏威夷)仿效《模范刑法典》把因果关系写进了刑法典。1968年加利福尼亚州刑法修改方案(试行草案)中接受了《模范刑法典》的做法,并进行了某些修正使之更趋合理。现将加州刑法试行草案中的因果关系条款抄录如下。

#### “第408节 因果关系

作为要求被告人的行为引起特定结果的犯罪的要件<sup>[1]</sup>,在这样的情况下得以成立——如果没有他的行为就没有这个结果,并且<sup>[2]</sup>:

1. 如果这个犯罪要求被告蓄意或明知地<sup>[3]</sup>引起结果,当此结果发生时,要求这一实际结果是在被告人的希望或意料之中<sup>[4]</sup>,无论这种希望或意料是涉及自然事件还是他人行为<sup>[5]</sup>;或者这一实际结果包含被告人图谋或意料的那种损害<sup>[6]</sup>,而且这一实际结果的发生并不是太间接、太偶然或者太依赖他人的有意识行为以致不能根据被告人的责任或其罪行轻重得出公正的结论;

2. 如果这个犯罪要求被告轻率或疏忽地<sup>[7]</sup>引起结果,当此结果发生时,要求这一实际结果是在被告人认识到或应当认识到的冒险之中,无论这种冒险是涉及自然事件还是他人行为<sup>[8]</sup>;或者这一实际结果包含被告人轻率或疏忽引起的那种损害<sup>[9]</sup>,而且这一实际结果的发生并不是太间接、太偶然或者太依赖他人的有意识行为以致不能根据被告人的责任或其罪行轻重得出公正的结论;

3. 如果是严格责任罪,这一实际结果是被告人行为的很可能的后果<sup>[10]</sup>。”

说明——

[1]此处“要件”是指因果关系。

[2]因果关系的成立,须同时具备两方面条件:

甲,“并且”以前,“如果没有……就没有……”说的是刑法因果关系的客观基础(事实原因)。

乙,“并且”以后,说的是刑法因果关系的主观条件。

整个条文按三类罪(故意罪、过失罪、严格责任罪)分别规定刑法因果关系的主观条件。

[3] 这是指故意犯罪的两种情况:蓄意故意和明知故意。

[4] 意思是实际结果没有超出被告人的意图范围。

[5] 例如, A 欲杀 B, 一冬夜, A 重击 B 头部, B 当即倒下, A 以为 B 死, 便弃 B 而走。但是实际上 B 并没有死。后来 B 被冻死(即所谓“自然事件”); 或者被过往汽车轧死(即所谓“他人行为”), 则 A 行为与 B 死亡结果之间存在刑法因果关系。因为, 如果没有 A 行为就没有 B 死亡, 而且 B 的死亡是在 A 的“希望或意料之中”。

[6] “包含”意思是, 实际结果大于被告人意图所要造成的损害结果, 或者说实际结果超出了被告人的意图范围。

例如, A 欲重伤 B, A 击 B 造成致命伤, B 被送医院抢救, 抢救过程中 B 死于伤口感染。B 死亡这个实际结果虽然大于 A 意图造成的损害, 但是 A 行为与 B 死亡之间仍有刑法上的因果关系。因为, “如果没有 A 行为就没有 B 死亡”, 而且这一死亡“结果的发生并不是太间接、太偶然或者太依赖他人的有意识行为以致不能根据被告人的责任或其罪行轻重得出公正的结论”。

[7] 这是指过失犯罪的两种情况: 轻率过失和疏忽过失。

[8] 例如, A 漫不经心地玩弄手枪时子弹打进在旁边工作的 B 的右下肺, B 在治疗中死于肺炎并发症(自然事件); 或者死于一般性医疗过错行为(他人行为)。根据“2(1)”规定, A 行为与 B 死亡之间有刑法因果关系。

[9] “包含”意思是, 实际结果大于被告人过失行为引起的损害结果, 或者说实际结果超出了被告人的意识。例如, A 知道 B 已经喝醉仍然把自己的汽车借给他, B 在行车中轧死了

行人 C。C 死亡虽然超出了 A 的意识,但是根据“ 2(2) ”规定, A 行为与 C 死亡之间仍有刑法因果关系。

[10]“ 严格责任罪 ”就是不必要求罪过的犯罪,因此也叫“ 无罪过罪 ”。所以第三款的规定没有同行为人的主观因素相连接,只需从客观上看是否“ 很可能 ”。

《犯罪和司法全书》(1983 年)“ 因果关系 ”条目的作者批评《模范刑法典》因果关系条款是“ 因果关系和主观责任循环论证 ”,在法典里给因果关系下定义的“ 尝试并没有被证明是成功的 ”。这一批评似乎也可以看作是对刑法因果关系理论预见说的批评。不过,也有人认为,因果关系是信息的一种形态,信息虽然常和人的认识连在一起,但它又独立于人的意识之外。信息度不是定数,因果关系也不会只有一种模式。

### 三、刑罚功能说

有一种观点认为,近因说、预见说以及其他诸如此类的刑法因果关系理论,都是“ 瞎子摸象 ”,都只是从某一个角度来观察因果关系这个大象,因而都有片面性。

客观世界的因果关系,是一种非常复杂的现象。以下几种情况, A 和 B 之间都存在因果关系,但是联系的性质和模式各有各的特色:

- (1) A 向 B 开枪,子弹打进胸膛, B 立即死亡。
- (2) A 威胁要杀 B, B 试图逃跑,跳出窗口,受致命伤而死亡。
- (3) B 卧铁轨,被司机 A 驾驶的火车轧死。
- (4) B 在得知他所爱的女人 A 已同别人结婚而自杀。
- (5) B 在一次由医生 A 所施行的不成功手术后死于出血。

它们的因果关系,有的可用及物动词(如“ 杀害 ”)表达,有的就需要用被动语态(如“ 被轧死 ”)表达,有的则用其他类似方法(如“ 引起 ”、“ 死于 ”等)表达。这足以反映因果关系的复杂性。刑法因



果关系理论的意义(价值)在于从许许多多因果关系中确定何种因果关系同刑事责任有联系,所以考虑问题的总出发点应当是体现刑罚目的的刑罚功能。刑法因果关系的含义也像其他刑法概念一样取决于刑罚目的。公认的刑罚目的和刑罚功能是报应和威慑(功利主义的一种)。

因果关系与报应。刑罚是犯罪的报应,罪刑相报是人类本能的复仇感情的要求。罪刑相报这种因果关系是确定具体案件中因果关系的本源标准。以杀人案件为例,出于刑罚报应目的(报应功能),因果关系问题就是问“为满足因B死亡这一事实所产生的报应要求而惩罚A是不是必要的”。例如,警察为制止银行抢劫犯而发生了枪战,在此过程中警察打死了一名银行职员。根据近因说,警察开枪是银行职员死亡的近因;根据预见说,警察对银行职员的死亡也是能够预见的。但是,从刑罚报应目的出发,考虑警察行为同职员死亡之间的因果关系是没有意义的。根据近因说和预见说,抢劫犯行为也许并非职员死亡的典型的法定原因;然而要是没有人对职员死亡负责任,这同刑罚报应思想是相悖的,也是社会所不能接受的。根据人们朴素的生活经验,抢劫犯应当负责。抢劫犯行为是职员死亡的事实原因(如果没有抢劫行为,职员就不会死)。根据刑罚报应功能观念,这个具体案件的事实原因也就是职员死亡的法定原因,美国刑法定为“重罪·谋杀”罪(在犯罪分论“杀人罪”中将详细讨论这种犯罪)。如果不从刑罚报应功能考虑,那就无法理解职员死亡的法定原因不是警察行为而是抢劫犯行为。

因果关系与威慑。刑罚的威慑功能是同报应功能联系在一起的,报应功能在于使人们相信实施被法律禁止的行为就会产生刑事制裁的后果(罪刑相报),从而使可能犯罪的人不敢去实施法律所禁止的行为(威慑目的)。法定原因是一个变量,在不同案件中有不同的范围。一般认为司法实践中法定原因的宽窄范围同犯罪的严重程度有密切关系,大体上可认为是正比关系,犯罪越严重法定

原因幅度越宽。这主要是由于刑罚威慑功能所致,不以人的意志为转移。

功能说的另一个重要论点是,由于因果关系本身的复杂性和刑事政策的可变性,刑法不可能给法定因果关系下一个简单的不变的定义。

因果关系功能说由于提出的时间不长,论述还不如近因说和预见说那样充分,评论文章也很少见。这一理论虽然没有设计出某些具体规则,而且批判多于建树,但是对开拓研究思路可能有所启发。当然并不能排除它也被认为是在参与“瞎子摸象”的可能性。

## 第四节 犯罪心态

### 一、概念

犯罪心态(*mens rea*) 就是行为人在实施社会危害行为时的应受社会谴责的心理状态。犯罪心态这个概念包括两层含义:(1)规范内容——应受道德规范和法律规范的谴责与否定;(2)心理内容——具有知和意的心理要素,即认识行为性质以及行为与危害结果间的关系,并且表明对行为和结果的意向。

犯罪心态是规范内容和心理内容的统一,缺少任何一层含义,就不能构成犯罪心态。因此,认为犯罪心态只有一方面内容的观点,都是错误的。十八世纪英国法学家布莱克斯东根据犯罪心态仅仅是心理内容的认识,得出正当防卫中也有犯罪心态的结论,显然是不恰当的。主张犯罪心态基本上是规范性概念,忽视或否定心理内容,就会导致犯罪心态的不确定性,使犯罪心态概念取决于法官

---

犯罪心态(大陆法系刑法理论称为“罪过”),在美国刑法中的术语是 *culpability*, 或者 *guilty mind*, 或者 *culpable mental state*。英文中 *fault* 和 *sin* 有“过错”和“罪孽”的意思,它们是生活和宗教用语,但不是美国刑法的用语。

的任意“评价”。

承认犯罪心态的规范内容,就能够说明疏忽过失行为为什么要受到法律的否定评价(因为在疏忽大意情况下与其说行为人对危害结果有什么心理态度,不如说社会需要否定这种疏忽大意);就能够说明正当防卫中没有犯罪心态而防卫过当中却有犯罪心态(因为正当防卫和防卫过当的区别不在心理要素,而是行为应否受社会谴责);就能够说明刑法中某些“认识错误”能否减免罪责的最后标准并不是心理要素(而是应否受社会谴责)。

承认犯罪心态的心理内容,就能够说明犯罪心态是人在精神状态正常情况下的一种心理活动,从而排除精神分裂症和癫痫症患者在发病期间具有犯罪心态;就能够说明行为应受社会谴责的主观根据。

规范内容是犯罪心态(罪过)的客观标准,心理内容是犯罪心理(罪过)的主观根据。两者的统一,构成了完整的犯罪心态概念,两者共同决定犯罪心态的质(有或无)和量(大或小)。

美国许多州刑法典为几种具体犯罪心态形式(见下文)设定一个上位概念 *culpability*(应受谴责性,即罪过的意思),这实际上是犯罪心态的社会评价。具体心态形式主要规定心理因素。大陆法系刑法上只规定具体心态形式(心理因素),如故意和过失,而没有它们的上位概念(规范评价)。

## 二、心态模式

根据心理学分析,人的心理结构有三要素,即知(认识)、情(情感)和意(意志)。按所谓“法不管情”这个公理(这一“公理”已经受到挑战),法律感兴趣的是“知”和“意”。

什么是“知”?知就是客观事物在人的主观上的反映,即人对客观事物的认识。认识有两类:(1)有认识。根据认识内容,有认识又可细分为三个亚类——认识到客观现象间的必然性、较大可能性

以及较小可能性。(2) 无认识。根据人和客观事物之间的具体关系, 无认识也可分为两个亚类——应当认识的无认识和不应当认识的无认识。

什么是“意”? 意就是人对客观事物的主观态度。有意志分为三类:(1) 肯定态度。(2) 否定态度。(3) 既不肯定也不否定的模糊态度(或称漠不关心的放任态度)。另外, 与“有意志”相对的是“无意志”。

知和意的关系。从心理结构看, 知和意是心理结构的两个层次。知是意的前提和基础, 没有知也就无所谓意; 意是心理结构中更为深层的因素, 更能反映人的素质, 而且意的种类常常可以决定行为的性质, 所以法律对意给予特别关注。

不同的知、意种类的结合, 构成了不同的犯罪心态模式。简言之, 犯罪心态模式是心理活动结构形式的反映。

以《模范刑法典》为代表的美国当代刑法中的犯罪心态模式有四种, 即蓄意(purpose 或 intention)、明知(knowledge)、轻率(recklessness)和疏忽(negligence)。

(1) 蓄意。就是自觉希望实施某种特定行为, 或者自觉希望发生某种特定结果。

(2) 明知。就是认识到行为的性质并且自觉去实施这种行为。

《模范刑法典》给蓄意和明知下的定义纯粹是心理活动的描述, 而没有像对以下两种犯罪心态模式下定义时那样提出规范标准(normative standard), 这是因为前两种模式的规范内容显而易见不会发生疑问。

蓄意和明知, 由于相当(并非全等)于有些国家刑法中的希望故意和放任故意, 因而也可以称作“蓄意故意”和“明知故意”。

(3) 轻率。就是已经认识到并且自觉地漠视法律禁止的结果

---

犯罪心态模式, 相当于大陆法系刑法上的“罪过形式”。

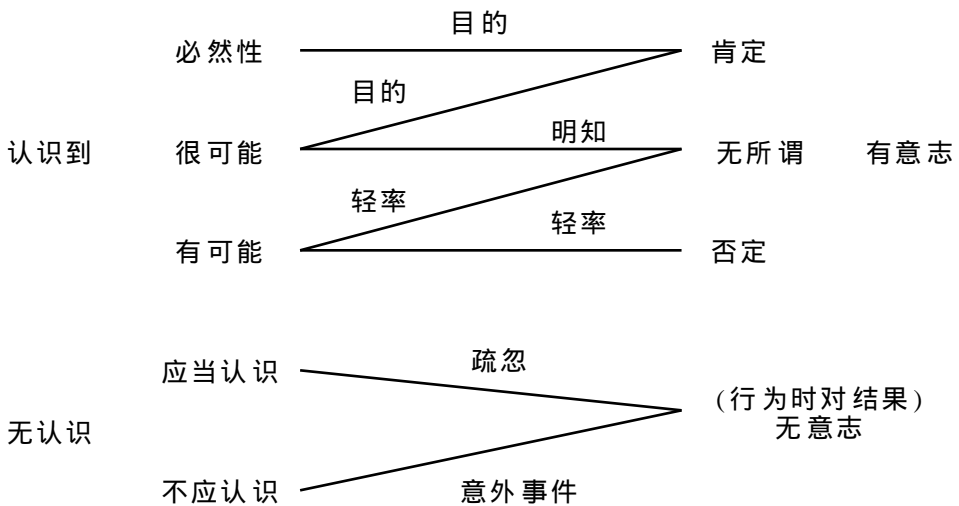
可能发生的危险, 虽然主观上对此结果持否定态度, 但还是冒险地实施了产生此结果的行为。自觉漠视这种心理经验必须包含严重偏离守法公民的行为标准。

(4) 疏忽。疏忽和轻率的主要区别是行为人在行为时没有认识到产生法律禁止的结果的危险, 然而按照守法公民的通常标准是应当认识到这种危险的。关于“疏忽”的定义, 通常没有心理描述, 只包含规范评价标准。有学者认为, 疏忽是客观过错。

轻率和疏忽, 由于相当于(但并不等于)有些国家刑法中的有认识过失和无认识过失, 因而也可以称为“轻率过失”和“疏忽过失”。

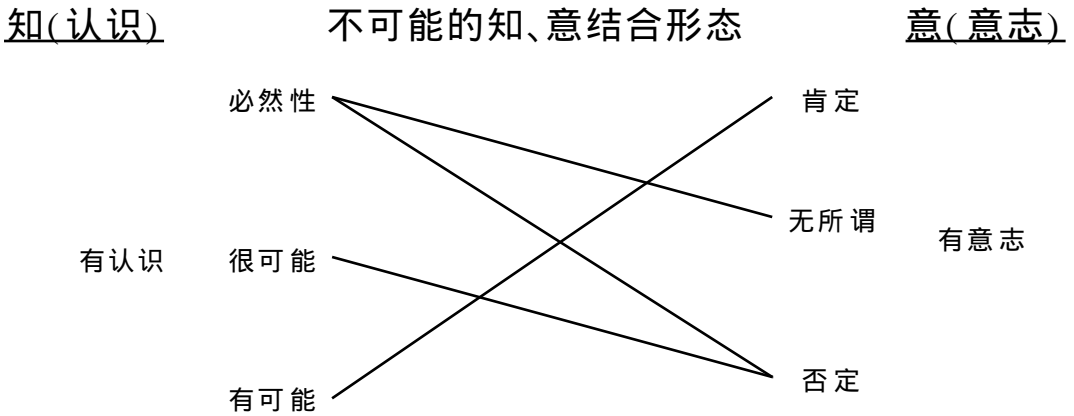
上述四种犯罪心态模式的心理结构剖析如下:

知(认识)                      可能的知、意结合形态                      意(意志)  
(犯罪心态模式)



这就是规范评价。

\* \* \* 层次越高, 罪过越大 \* \* \*



### 三、法例

以《模范刑法典》为蓝本,《纽约州刑法典》(1982年版)关于“应受谴责的心理状态”(culpable mental state)的规定有下列四种形式:

“1. 蓄意(intentionally)。行为人行动时自觉目的就是引起法律规定为犯罪的结果,或者自觉目的就是实施法律规定为犯罪的行为。”

说明——纽约州刑法典规定的蓄意故意有两种情况,一种是对结果的心理态度,另一种是对行为的心理态度。因为刑法上有些故意犯罪的构成要件要求有结果,有些故意犯罪的构成要件只要求有行为而不要求结果。这样,刑法的总则规定和分则条款才密切呼应。

“2. 明知地(knowingly)。行为人行动时明知道 他的行为就是法律规定为犯罪的行为或者明知道存在着法律规定为犯罪的情节。”

---

蓄意地和明知地,原文都是副词,为合汉语习惯,翻译时保持了词义但改变了词类。

说明——纽约州法典对明知故意的定义是对“行为或情节”的心理态度,伊利诺州法典关于明知故意的定义还多一项内容——对结果的心理态度。凡在法典中规定明知故意定义的都有纽约州的内容,因为这种故意的特点是:对“行为或情节”的性质有明确认识(知),而对“结果”的态度(意)在行为时常常只是模糊状态。因此,客观上造成什么结果就构成对该结果的明知故意。这反映了当代刑法思想的一种新倾向,刑事责任的基础主要是意志行为而不是外在结果。

根据这一定义,在处理行为人对行为性质有明确认识(持肯定态度)而对结果呈现模糊心理态度的案件时,则不必把注意力放在行为人对结果究竟持什么态度上,而只须查明行为的性质。查明行为性质要比查明行为人的意志类型方便得多。这类案件多数发生在有意识的突发性行为的情况下。例一,在有多人参与的斗殴中,D用刀刺进了V的后背,流血过多,救治无效而死亡。例二,情节和上例相似,也是在相互斗殴中,E用刀刺破了W的肺部,生命垂危,但因治疗及时,W没有死亡。例三,A、B两人争夺一物,开始时是开玩笑,后来发生争吵,A抱起B来扔出去两码多远,B因心脏有病(剖尸检查证明)第二天即死亡。根据纽约州刑法典的定义,首先看行为本身有无犯罪性质?例一、例二行为本身明显地是犯罪性质,虽然被告人D和E在突发性行为情况下没有(来不及)考虑行为究竟会发生什么结果,但“明知道他的行为就是法律规定为犯罪的行为”是确定无疑的,因此产生什么结果就构成对该结果的明知故意罪。D定为二级谋杀罪,E定为一级伤害罪。例三中A的行为本身并非犯罪性质,因而不构成谋杀罪,视具体案情,或者定为非预谋杀入,或者没有任何犯罪心态。

“3. 轻率地(recklessly)。行为人轻率地对待法律规定为犯罪的结果或情节,当行动时他认识到并有意漠视可能发生此种结果或者存在此种情节的实质性的无可辩解的危险。对该危险的漠视,

在性质和程度上,明显地偏离了正常人在这种情况下所应有的行为标准。如果行为人完全因为醉酒而没有意识到这种危险,也应以轻率论处。”

说明——一般说来,行为人在实施冒险行为时就意识到了引起危害结果的可能性。但是在特殊情况下,根据政策上的考虑,对无意识的冒险也作为“轻率”论处。这种特殊情况主要是指“自动醉酒”。根据纽约州法典,被告人在自动醉酒情况下引起犯罪结果时,虽然行为时实际上并没有意识到这种危险性,但在政策上应当认为这是“有意识的冒险”(轻率)行为,而不是“无意识的冒险”(疏忽)行为。美国绝大多数判例都采取这种立场。

轻率这一犯罪心理模式大体上相似于有些国家刑法中的有认识过失;不过在某些案件中,轻率犯罪心理与其说它属于“过失”范畴,不如说它更接近于“故意”。

“4. 犯罪性疏忽(criminal negligence)。行为人犯罪性疏忽地对待法律规定为犯罪的结果或情节,当行为时他没有察觉到可能发生此种结果或者存在此种情节的实质性的无可辩解的危险。对该危险的没有察觉,在性质和程度上,明显地偏离了正常人在这种情形下所应有的谨慎标准。”

说明——有关疏忽过失的规定,世界各国刑法都是非常近似的,实质都是:没有认识,但应当认识。未尽注意义务是承担刑事责任的根据(侧重规范评价)。

根据美国刑法,还有特别故意(specific intent)和推定故意(constructive intent)。前者是指:某种犯罪构成规定的超出一般犯罪行为所要求的心理状态的特定心理要件,如盗窃罪的“偷盗意图”(非法占有意图),夜盗罪的“犯重罪意图”,等等。推定故意是指:法律规定根据某些特定客观事实行为人被合理地认为怀有犯

---

犯罪性疏忽,有时也译为“过失”。



罪故意。伊利诺州刑法典“零售商品盗窃”条款规定,凡隐藏商品超过了最后一个收款台的均“被推定为怀有占有目的”而占有了该商品。又如,推定谋杀,即怀有重伤故意而直接导致死亡。再如,当行为人实施一种明显的放肆行为导致他人受伤,这就可被视为(推定)故意伤害。但是当推定故意运用到不同的具体犯罪时,其含义又有不同。例如,推定诈骗,是指违反特定义务实施了客观上具有欺骗性质的行为,并产生了诈骗罪的一切法律结果。假定店主因不知实情(但他有责任了解真情)把次品说成正品卖给顾客,结果顾客受骗多付了钱,店主应负推定诈骗之罪责。这实为方便诉讼而设定的绝对责任。又如推定侵占(贪污),《美国联邦法典》第18篇第643节规定:“联邦或任何联邦部门机构的官员、雇员或代理人收受不许可作为其薪金、报酬或津贴予以保存的公款,又未依法汇报的,则犯有侵占罪。”再如《模范刑法典》第251·4(2)节规定:“凡在自己的营业过程中销售或持有淫秽物品的,推定其为明知或轻率。”

#### 四、犯罪心态概念的历史与未来

##### (一) 犯罪心态概念的历史

日耳曼人的早期法律,也和其他许多国家早期法律一样,在犯罪和民事侵权行为之间没有明显的界线。处理犯罪和民事侵权行为的基本规则是相同的。干了错事的人不管是否有过错,都必须作出经济赔偿。在十二世纪英国的法律和习惯汇编中可以看到这样的格言:“无意中干了坏事的人必须有意地对此作出赔偿。”原因归究的原则也远比现在严酷。例如,一个人把剑挂在墙上,另一人把它碰了下来因而造成伤害,则挂剑人应对伤害负责,因为这是他的行为的结果的一部分。在十七世纪以前的早期法律中,广泛地存在着不要求主观过错的“绝对责任”的同时,也有迹象表明在某些犯罪中抓住了犯罪意图这一概念。例如,放火罪,就区分故意放火和

意外失火。当然,有些犯罪,如抢劫和强奸,过去和现在一样,不是故意实施恐怕是极罕见的。

十二世纪在教会法庭审理案件中出现了“应受谴责”的思想,它既作为测定有罪的标准,也用来区别罪行的轻重。“行为无罪,除非内心邪恶”;这是基督教的思想。关于内心过错作为决定罪错的基督教思想在罗马法中得到了加强。古代罗马人利用一个类似罪过的概念“欺诈”(dolus)来说明许多责任问题。直到今天,有些大陆法系国家,如法国和德国,仍然在其刑法中运用这一欺诈概念。十三世纪英国的一些思想家采纳了罗马法的不少东西,其中包括应受谴责的“内心过错”。

学者的论著对发展法律起了重要作用,在关于形成犯罪意图(犯罪心态)概念方面,英国法律史上有三位著名法学家,即十七世纪的科克、十八世纪的黑尔和布莱克斯东。布莱克斯东对美国法律的影响尤为显著。

从十七世纪开始,英国刑法对严重犯罪的定罪要求有“犯罪意图”。同样的原则也被运用在美国殖民地以及后来的美利坚合众国。

普通法里对犯罪心态的表述方法多种多样,划界不清,混乱不堪。据1970年一份研究报告说,美国联邦刑法(不包括各州刑法)中关于犯罪心态的措辞多达76个。为了克服这种混乱状态,便利刑法执行,美国法学会在总结历史和实践经验的基础上,同时参考了大陆法系的刑事立法和研究成果,在《模范刑法典》里把犯罪心理概括为四种模式。

历史与现实的经验。根据心理要素“知”和“意”的不同结合,许多国家刑法理论上关于罪过形式有(或曾经有)三种学说:

1. 希望主义。认为行为人希望危害结果发生的是故意,其他都是过失。这在实际上是把“间接故意”排斥在“故意”范畴之外。
2. 认识主义。认为行为人凡认识到危害结果发生的都是故

意。这在实际上就把“有认识过失”纳入“故意”范畴。据认为,南非联邦刑法就采取认识主义,这在当今世界上实属少见。根据南非刑法,下面例子中的汽车司机可定杀人未遂罪。汽车司机 D 从山坡上往下开快车,他毫不顾忌山坡下面是否有车往上开或者道路上是否有行人,如果发生撞车事故轧死了人,构成故意杀人;如果撞车后没有轧死人,则可以定为杀人未遂。

希望主义强调意(意志),认识主义强调知(认识)。由于“知”在心理结构上相对说来比较外露,因而易于查明,所以认识主义是罪过理论上的客观主义路线。由于“意”在心理结构上相对说来比较内藏,因而较难判别,所以希望主义是罪过理论上的主观主义路线。这两种学说由于过于偏颇,难于被司法实践所接受,所以绝大多数国家的刑法宁愿采取折中主义。

3. 折中主义。所谓折中主义,就是希望主义和认识主义“相加除二”,即把虽然认识到危害结果发生但主观意向持否定态度的归入过失范畴;把已经认识到危害结果发生,虽非希望但也不是持明确否定态度的归入故意范畴。

折中主义理论在当代已被普遍接受,但是当主观和客观难以调和时,以上几种主义(路线)仍有“残存”反映,主要表现在“故意重伤致人死亡”案件上(刑事司法实践中常遇到的难题)。对此各国立法例大致有三类:(1)定为故意伤害罪,死亡作为加重结果。这显然是强调行为人主观意向的主观主义路线的希望主义。(2)定为故意杀人罪(如美国伊利诺、新泽西等许多州刑法规定为谋杀罪的一种)。这明显地反映出客观主义路线的认识主义特征,行为人虽然只希望发生重伤结果,但是他会认识到重伤行为极可能导致死亡(这是常识),对重伤导致死亡结果应属“明知”故意,所以构成谋杀

---

资料见 Sanford H. Kadish 等编著:《刑法及其程序——判例和资料》,1983年英文版,第 566 页。

罪的一种,而不是伤害罪。(3)定为伤害致死罪,这是折中主义学说的反映。

## (二) 犯罪心态概念的未来

目前立法上的犯罪心态概念和心理模式是建立在古典心理学和意志自由论的基础上的,认为行为的心理模式是可以分割开来观察的知和意的组合。其实,人的心理活动并不都像演电影那样可以用一张张胶片把它们分割开来。现代心理学对心理的动态研究将逐步揭示人类心理活动的深层机制。传统的罪过概念只包括知和意两项心理因素,但是“情”这一心理因素有时也会影响其他心理因素(作为故意非谋杀的激情杀人就是一例)。而且,意志自由是相对的,人的意志取决于许多复杂的内在和外在因素的相互作用和相互影响。尤其是关于模糊心理状态(意志因素不明朗)是古典心理学基本未曾触及的领域,而许多刑事案件常常遇到这类问题。因此,刑法上的罪过概念将来终究要反映现代行为科学的研究成果。

其次,从刑法本身的内部关系看,也存在着传统罪过概念和某些刑法原则之间的不协调现象。例如,一个未成年人(相距法定年龄只差一星期)有预谋地杀了人,因为不成立“犯罪”,所以没有“犯罪心态”。然而,一个成年人出于强烈义愤而激情杀人,行为时由于情绪高度激动,根本没有(而且也不可能)想到行为的后果,说不上对结果抱什么态度,甚至说不上对自己的行为的性质有什么认识,但因为“这是犯罪”,所以就有“犯罪心态”。关于认识错误,尤其是“法律错误”的情况,因为不能免罪,所以仍然有“犯罪心态”,但是实际上缺乏犯罪心理因素。

## 五、绝对责任

1. 概念。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。因此绝对责任也就是无罪过责任(liability without fault)。绝对责任作为一个刑法制度是英美法系所特有的。由于绝对责任罪常常和工商企业活动连在一起,所以有些刑法著作把它作为法人犯罪的一种情况。

自十七世纪以来,普通法罪都要求犯罪人在主观上具有犯罪心态。但是到最近一个世纪,情况发生了变化,陆续出现了绝对责任的成文法规。有些刑事法律条文没有规定犯罪心态要件,这类条款叫“空白法条”(empty statute)。这些法条主要见于《交通法》、《食品法》、《酒类与药物法》等,以及其他内容相关、性质类似的地方法规。例如,卖酒给未成年人,不论是否知道他的年龄,都构成这种绝对责任罪。又例如,出售腐败变质有害健康的食品,不管出售者是否知道这种情况,均为犯罪。绝对责任制度的宗旨在于要求出售者加强社会责任心,经常注意,防患于未然。法律上的绝对责任条款多数都是有关人民大众的健康和福利的问题,所以需要严格责任,表明社会的严格要求,控诉和判罪时不必要求证明被告人有犯罪心态。另一方面,考虑到刑事惩罚的严厉性,所以绝对责任条款一般只限于轻罪(或违警罪)范围。

2. 法例。美国许多州的刑法典总则里都有绝对责任条款。例如,伊利诺州刑法典(1981年版)总则在“犯罪心理态度”这一条的末尾一款就是:“绝对责任:如果这个犯罪是不受监禁或者不超过500美元罚金的轻罪,或者规定此种犯罪的法律明显地表示立法

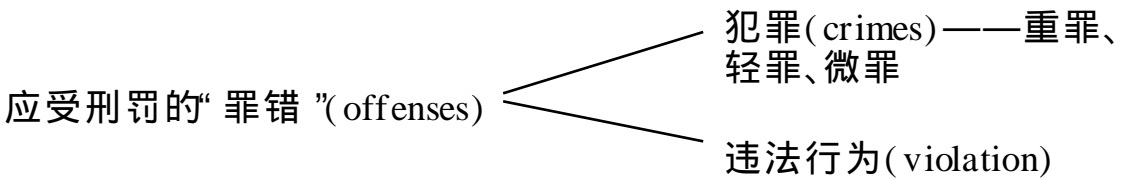
---

绝对责任(absolute liability)也可以称为严格责任(strict liability)。有的学者,如英国威廉姆斯教授,认为任何国家的刑法中都有“绝对责任”情况的实际存在,凡法律或事实错误实际上影响罪过,但立法不减免其罪责的均可被视为绝对责任,如强奸幼女案件的年龄错误就是一例。

机关对该行为施加绝对责任之目的者,在缺乏本法关于犯罪心态规定的任何一种犯罪心理状态时,行为人可以被判定为犯罪。”

3. 理由。为什么法律允许惩罚无犯罪心态的行为?(1) 社会需要。国家规定绝对责任罪和规定法人犯罪是出于相同的理由:工商企业活动同公众福利的关系日益密切,为保护公众利益就有必要严格企业的法律责任。(2) 诉讼考虑。对那些同企业合法活动连在一起的暗中进行的犯罪活动,检察官很难证明被告人的心理状态,因而实践中这些犯罪很难被检举控告,除非免去公诉人证明被告人“有犯罪心理状态”的责任。立法者可能认为不惜一切代价把这些活动规定为犯罪是必要的,甚至包括对“没有犯罪心态的人”定罪这样的代价。为了取得平衡,法律上一般只对轻罪规定严格责任。根据这样的法律,检察官在起诉时不必证明被告人的主观心理状态。但是检察官有广泛的自由裁量权,对真正的无辜者可以免于起诉,而只惩罚那些狡猾的有罪人。因而,绝对责任条款是检察官同犯罪斗争的一个威慑武器。

然而,许多学者认为,法律惩罚,至少是许可惩罚无罪过行为,是不公正的,同刑法的目的和基本原则不吻合,因此建议把刑法中的绝对责任罪改称“民事过错”,或者建立“行政刑法”。《模范刑法典》对绝对责任罪基本上持否定态度,它把绝对责任罪称为“违法行为”;即可以判处较轻刑罚(限于罚金)但名称不叫犯罪。《模范刑法典》规定的罪错类别是:



类似美国刑法中的绝对责任罪,在大陆法系一些国家都不是犯罪,只是可受行政处罚的违反工商管理或治安交通管理的违法行为。行政处罚是未必要求主观罪过要件的,所以,绝对责任制度的存废之争的关键在于那些同公众利益息息相关的违法行为是否纳入犯罪的范畴。

## 第四章 合法辩护—— 责任充足条件

合法辩护 (legal defense) 在美国刑法理论中是受到特别重视的一部分内容,因为它同司法实践有着十分密切的联系。

合法辩护是英美刑法上的一个概念,内容有:未成年、错误、精神病、醉态、被迫行为、警察圈套、安乐死、紧急避险、合法防卫等。刑法理论将这些内容统称为合法辩护,强调刑法的人权保障功能,同时准确地反映了司法中的定罪过程。形成这一特点的原因要追溯到英国普通法的历史背景。以判例法为基础的英国普通法的发展史上,上述内容起初都是刑事诉讼过程中遇到的实际问题,随着司法经验的积累,这些问题逐渐被总结为诉讼法上的原则(辩护原则),直到晚近才被陆续纳入(上升为)实体法范畴。在刑法典上通常用 responsibility(责任能力)来作为上位概念,实际内容相当于大陆刑法中的违法阻却和责任阻却。

合法辩护研究的基本问题,就是行为具有刑法分则条文规定的犯罪本体要件的外在特征时为什么不负刑事责任的理由。它从反面说明,行为要成为负刑事责任的犯罪,除要符合犯罪本体要件(行为和心态)外,还应不能进行合法辩护,即排除合法正当性,这就具备了责任充足条件。犯罪本体要件和排除合法辩护(责任充足条件)相结合形成了美国刑法犯罪构成双层模式。

根据英美刑法理论,刑法规范的适用是建立在这样一个普遍推定的基础之上的,即实施了符合法定犯罪要件的行为的人被推

定为是有实际危害的和有责任的。因此, 控告一方只需要证明被告人的行为是符合法定犯罪要件的。如果被告一方在其行为符合法定犯罪要件的情况下要否定其刑事责任, 那就应当说明他的行为没有实际危害或者是没有主观责任的, 这就是所谓刑法上的合法辩护。合法辩护的核心内容就是说明形似犯罪但实质上不是犯罪的事实情况和理由。因此, 这就产生了被告人的证明责任问题。

按照美国刑事司法制度, 证明责任(burden of proof)有两层含义: 一是举证责任(the burden of production of evidence), 控告一方为避免驳回诉讼, 有责任向法院提出证明被告人有罪的证据; 被告一方如果进行否定罪责的辩护时也承担一定的举证责任。二是说服责任(the burden of persuasion), 控告一方为保证法院作出对被告人的有罪判决而进一步反驳辩护所承担的证明责任。

关于否定罪责的辩护一方的证明责任, 大致有两种情况: 一种是被告一方承担证明自己无罪的较大责任, 即被告一方有责任提出证明自己无罪的优势证据(a preponderance of evidence)。所谓优势证据, 就是虽不能完全排除陪审团和法官的合理怀疑, 但也具有基本说服力的证据。在被告一方提出了优势证据的情况下, 控告一方为反驳辩护, 则须提出无疑证据(beyond a reasonable doubt), 即完全排除陪审团和法官的合理怀疑的证据。另一种是被告一方承担证明自己无罪的较小责任, 即辩护一方只需提出足以使陪审团怀疑控告理由的若干情况便可。但是在这种情况下, 控告一方为反驳辩护, 仍须提出无疑证据。那末, 在哪些合法辩护中被告人应承担较大的证明责任, 哪些合法辩护中被告人承担较小的证明责任? 这同合法辩护的分类有密切关系。

美国刑法把合法辩护分为两类(具体内容各州不尽相同)。一类是“可得宽恕”(excuse), 如未成年、错误、精神病、被迫行为等, 相当于大陆刑法的责任阻却; 另一类是“正当理由”(justification), 如紧急避险、正当防卫、警察圈套(也有人认为此项辩护应列为可



得宽恕辩护)等,相当于大陆刑法的违法阻却。这两类合法辩护的相同处是,行为人的行为都具有不自愿性质,都是免除刑事责任的根据。两者有显著的差别:(1)社会价值不同。可得宽恕行为在客观上有害于社会,只是由于行为人主观上的原因,才得到宽恕;正当理由行为在实际上无害于社会甚至有利于社会(择小害以避大害),因而这类行为在实质上是正当的。(2)谁有权利?正当理由的辩护权利是普遍的,属于任何一个处于这类情况的行为人;而可得宽恕的辩护权利只限于特殊的个人。(3)是否认识自己的行为性质?可得宽恕情况下行为人一般不认识自己行为的性质;正当理由情况下行为人通常都认识自己行为的性质。这三项区别,同被告一方承担证明责任关系密切的是第一项。根据行为的社会价值不同,可得宽恕辩护中被告一方通常应承担较大证明责任,正当理由辩护中被告一方通常承担较小证明责任。有些学者强调第三项区别,认为正当理由辩护也应承担较大证明责任。在立法上,辩护证明责任不分大小的州也是有的,如伊利诺州刑法典。

把合法辩护分为上述两类,除关系到辩护的证明责任这一诉讼意义外,有时甚至直接涉及刑事责任有无的实体法意义。例如,A为B的伤害行为呐喊助威,事后查明B出于正当防卫(B作正当理由辩护),因而A就无罪。又例如,C为D的伤害行为呐喊助威,事后查明D是精神病患者(D作可得宽恕辩护),因而A不能免除罪责。合法辩护的诸种情况分述于后。

---

除下文10节外,还有“执行公务”——许多州刑法没有规定,因为这是不言而喻的。另有个别州规定“细小违法”(De minimis infractions)——预审法官对被侵害人没有明显反对的习惯上可容忍的、立法机关也无意视其为犯罪的违法行为可以撤销案件(检察官有权对此撤销案件的决定提起上诉)。

## 第一节 未 成 年

由于未成年人生理、心理不成熟,不会有成年人那样的认知结构和意志结构,缺少辨认能力和控制能力,因而基本不具有构成犯罪的心理要件。

### 一、普通法的规定

早期习惯法,未成年(infancy)不能作为免除刑事责任的正式理由,尽管少年通常会得到赦免。十世纪英国一项法律准许对15岁以下的未成年人判处死刑。据布莱克斯东记载,英国在十四世纪还对一个8岁男孩处绞刑,对一个13岁女孩处火刑。

公元六世纪,东罗马《查士丁尼法典》认为孩子因年幼而不会有预谋恶意,这可以被视为西方刑法中“未成年”合法辩护的最早的权威法例。1324年,英国普通法采纳了这种观点,承认因年幼而作为合法辩护的理由。英国法确定7岁以下儿童没有责任能力。7岁这个年龄界限也来源于罗马法。1338年,英国法律规定7岁以上的孩子“推定缺乏犯罪能力”,但是这种“推定”可以被“具有恶意”的证据所否定。十七世纪以前,这种推定缺乏犯罪能力的上限年龄没有明确规定。直到十七世纪,才确定刑事责任年龄为14岁。

可见,普通法关于责任年龄的划分是:(1)7岁以下为“没有刑事责任能力”。(2)7岁至14岁为“推定缺乏刑事责任能力”,即如果在缺乏证据证明有责任能力的情况下就被推定为没有责任能力。有些行为本身显然说明行为人有责任能力,例如杀人之后,去隐藏尸体,去贿赂证人,或者嫁祸于人,等等,这就说明行为人对杀人行为有责任能力。一旦确定为有责任能力而被定罪时,则可以和成年人处同等刑罚。(3)有刑事责任能力的年龄为14岁。

## 二、现在美国的规定

现在美国大约有半数的州已明文规定了未成年人的责任年龄,其余州仍沿用普通法的规则。在有明文规定的州里,最低责任年龄各不相同。例如,内华达州为 8 岁,科罗拉多州、路易斯安那州和南达科他州为 10 岁,阿肯色州为 12 岁,伊利诺和佐治亚等州为 13 岁(这是最多数),明尼苏达州和新泽西州为 14 岁,德克萨斯州为 15 岁。纽约州刑法典刑事责任年龄在 1981 年修改为:二级谋杀罪 13 岁开始负刑事责任;一级非预谋杀入、一级绑架、一级强奸、一级伤害、一级二级破门入户、一级二级抢劫、一级二级放火、二级谋杀未遂等罪从 14 岁开始负刑事责任;一级谋杀罪因可判死刑而规定只有 18 岁以上的人才能构成;其他罪从 16 岁开始负刑事责任。不满上述年龄就是各有关州的“未成年”免罪辩护的理由,这是明白无疑的。但是,已满上述法定年龄,又没有达到成年的犯罪案件,可以作“减刑辩护”,即属于通常所说的少年司法。

## 三、少年司法制度

少年司法制度最先在美国产生。十九世纪二十年代以前,世界各国对违法犯罪的少年的处理,既没有特别的司法程序,也没有专门的执行机构。1817 年,纽约的一个私人慈善团体发起组成了“预防贫困协会”,开始调查贫困与少年违法犯罪之间的关系,在此基础上,于 1825 年建立了“收容所”。收容所具有两重任务,救济贫困和矫正罪错行为。显然,这个收容所兼有感化院的性质,是资产阶级人道主义的产物。与此同时,1820 年马萨诸塞州的立法机关也开始研究少年犯罪问题,并于 1826 年授权波士顿市议会建立教养院。同年,费城也开设了收容所,这标志着少年司法制度的诞生。1876 年,纽约州建立爱尔密拉教养院(Elmira Reformatory 它在美国刑事司法制度史上占有非常重要的位置),使对青少年犯的司法

处遇制度进一步完善起来。1899年,伊利诺州议会制定的世界第一个少年法——《少年法庭法》(Juvenile Court Act)总结了半个多世纪的司法实践经验,规定了对“无人抚养的和被遗弃的孩子”以及“犯法的少年儿童”的照管、审理和处遇的原则和办法,从而使少年司法制度法律化和定型化。在随后的半个世纪里,伊州模式成为全美国以至整个资本主义世界少年司法制度的蓝本。

少年司法制度产生的历史背景。(1)罗马法关于儿童不能预谋犯罪的古代理论认为,一定年龄以下的儿童少年不可能有犯罪意图。据此,《查士丁尼法典》把责任年龄规定为男14岁,女12岁。在十九世纪以前的漫长历史岁月中,人们一直凭直观认为“成年”和“未成年”的分界以生理上的青春期(puberty)为标准,《查士丁尼法典》关于男女年龄不同的规定就是明显的例证。少年到青春期就被认为成年,就可以结婚,对自己的行为就应负完全责任。十四世纪英国普通法采纳了罗马法观点,并进一步把责任年龄划分为如前所述的三段。不过形式上虽然为三段式(具有诉讼上的意义),而实体法的执行上只有一条线——“有或者没有”责任能力。随着十九世纪心理学的产生和发展,发现生理上的突变(青春期)并不意味着心理上的成熟。作为人,成年和未成年的分界主要应以心理是否基本成熟为准。从青春期开始到心理趋于成熟尚有一个过程,大约3—6年时间。因此,刑事责任不仅要同青春期联系起来,作为“开始负”刑事责任的年龄,而且要同心理趋于成熟这一具有明显的社会特点联系起来,作为“完全负”刑事责任的年龄。十九世纪以前的刑法只规定前者,少年司法制度和少年法对传统刑法关于刑事责任年龄的规定作了重要的修正与补充,真正把刑事责任年龄科学地划为绝对不负刑事责任的年龄、减轻刑事责任的年龄、完全负刑事责任的年龄三段。中间这一段便属于少年司法制度管辖的

---

资料见 Samuel Walker:《美国刑事司法史》,1980年英文版,第77页。

领域,可依法进行减刑辩护。(2)随着生产力的发展,一些自然科学和社会科学,如生理学、医学、心理学、社会学等,得到了长足的发展。科学进步使人认识到:少年的生理和心理特点决定了他们对外部世界比成年人表现出更大的依赖关系。从这里可以引申出两个结论:一个是犯罪少年既是害人者又是受害者,在处理上应当减轻责任,“罪刑适应”这一刑法基本原则不应机械地搬进少年司法。另一个结论是少年既容易犯罪也容易矫正,因此,处理少年犯罪不宜采用以惩罚为目的的普通刑事司法制度,而采用旨在预防和保护的特殊制度是十分必要的,这种特殊制度就是少年司法制度。

少年法庭的案件管辖。和年龄管辖相关的是案件管辖,不同州有不同规定,大致上有五种情形:(1)大多数州的少年法庭管辖少年的一切犯罪行为。(2)有的州,如犹他州,少年法庭只管轻罪案件,重罪案件由普通刑事法院审理。(3)有的州,如田纳西州,某些特别严重的犯罪(如杀人、强奸等)少年法庭不管辖。(4)有的州,例如印第安纳州,少年法庭不能管辖应判死刑或终身监禁的犯罪案件。(5)同类案件两种法院都可以管辖的,如少年法庭不审判,则必须作出“放弃”管辖的决定,然后移送普通法院审理。

## 第二节 错 误

刑法上的“不知或者错误”(ignorance or mistake)就是行为人对法律或者事实没有认识(不知),或者主观认识同法律本身或者事实本身不一致(错误)。刑法上关于“错误”的理论,就是为了解决发生这种认识错误时的刑事责任。

现在美国刑法界关于“错误”的通行理论是:法律方面的错误认识或者事实方面的错误认识,如果能否定构成这种犯罪所要求

---

不知或者错误,简称“错误”。

的犯罪心理, 可以作为免罪辩护的理由。这就是《模范刑法典》的原则。关于错误, 常被引用的格言是: 不知法律不免罪, 事实错误可辩护。这两个原则在实际执行中有许多限制和例外。当某一案件的错误认识(事实的或者法律的) 究竟能不能作免罪辩护发生争议时, 最后取决于被告人有没有应受谴责的道义上的过错。因为犯罪心理的规范含义就是应受谴责性。例如, 1933 年俄亥俄州怀特案。根据该州“ 丈夫故意遗弃怀孕妻子应处以监禁 ”的法律规定, 怀特被判有罪。被告人故意遗弃了他的妻子, 但不知道她已经怀孕。故意遗弃, 是构成这个犯罪所要求的心理状态。但是, “ 知道怀孕 ” 是否也是本罪的构成要件呢? 对如何理解这一法律条款发生了争议。上诉法院认为, 遗弃本身在道义上就是应受谴责的, 所以有罪判决应予维持。

## 一、法律错误

所谓法律错误(mistake of law), 是指行为人对自己行为的违法性的错误认识。错误认识既可能是把违法行为误认为合法行为, 也可能是把合法行为误认为违法行为。

从立法史上看, 首先写进法律的是“ 事实错误 ” 而不是法律错误。据认为最早有“ 错误 ” 条款的 1871 年德国刑法典就只规定事实错误。1975 年新的德意志联邦刑法典增加了法律错误条款: “ 行为人在行为时对其行为的违法性缺乏认识, 而且这种错误是不可避免的, 则不负刑事责任。如果是可能避免的, 得减轻处罚。” 关于法律错误的这项新规定, 源于 1952 年联邦德国最高法院的一个决定。这项新规定被认为是当今世界刑法关于对法律认识错误情况下的刑事责任最宽容的立法。

“ 不知法律不免罪 ” (Ignorance of law is no excuse) 是世界通行的一句法律格言。这个原则所以被各国刑法接受, 主要原因可从两方面分析:

1. 实体法方面的理由。(1) 刑法规范是以千百年来人们社会生活的习惯和常识为根基的,因而这些规范被推定为是“人所共知”的。例如,凶杀、伤害、奸淫、虐待、盗窃、放火、诬陷、诈骗等行为是犯法的,这种认识对于达到一定年龄的正常人来说是不言而喻的。(2) 作为犯罪要件的犯罪心理,其内容并不要求包含认识行为的违法性,因此不知法律也就不影响到犯罪心理的成立。

2. 诉讼法方面的理由。假定实体法规范不被推定为人所共知,诉讼上就会遇到许许多多难以解决的困难,甚至连实体法都无法实施。假设被告人说:“我不知道法律上规定这种行为是犯罪。”被告人的这句话是不需要再有另外的证据证明的,因为他本人就是证据;但是控告一方要反驳这句话往往是很困难的,有时甚至是不可能的。所以,出于诉讼上的考虑,不知法律不应当作为免罪辩护的理由。

如果说,以上理由在社会发展节奏缓慢的历史时代基本上是正确的,因为法律规范和道德规范是合拍的;那末,在当代经济发展迅速、社会变动加快的时代背景下,情况就不同了。新的法规不断涌现,一年的立法量超过工业革命前一个世纪甚至几个世纪的立法量。人们很难在有限时间内了解那么多的法律,特别是有些专业性条例和行政性法规,它们同千百年来逐渐形成的道德规范联系很少,因而不容易凭社会习惯和生活常识来判断这种行为是否违反法律。所以,在这样的背景下,如果不看具体情况再死守“不知法律不免罪”这个原则,有时就会同人情道理相悖。1957年蓝波特案就是典型一例。据1920年洛杉矶市一项法律规定:“任何被判过刑的人在洛杉矶市逗留超过五天的,须向警察部门登记;其他公民,在一个月之内进入该市五次以上的,也须登记。违反者应受到监禁和罚金的处罚。”被告人蓝波特夫人因违反此项法律而被判罚金250美元和三年缓刑。被告人以根本不知道该市有这项法律为辩护理由,对这个判决一直上诉到联邦最高法院。联邦最高法

院以被告人不可能知道这项法律为由撤销了原审法院的判决,发回重审。加利福尼亚州最高法院以洛杉矶市该项法律同州的有关法令相冲突而裁定中止此案。这事实上是承认“不知法律”在特定情况下可以“免罪”。

现代美国立法对法律错误的观点同传统原则相比,虽然有所松动,出现了比较灵活的态度,但是可作为免罪辩护的领域仍然是狭窄的,而且在诉讼上也规定了某些限制。仿效《模范刑法典》“错误”条款的伊利诺州刑法典关于“行为人合理地相信他的行为不构成犯罪”的法律错误可作辩护理由的四种情况是:(1)这个罪是由尚未公布的而且行为人也不知道的行政法规或决议规定的,或者虽已公布但依据实际情况他是不可能知道的;(2)行为人行为的根据是后来决定被废除的法规;(3)行为人行为的根据是后来被撤销的法院决定或意见;(4)行为人行为的根据是由有解释权的官员对规定犯罪的法律、决议或行政法规所作的正式解释。

## 二、事实错误

所谓事实错误(mistake of fact),是指行为人对自己行为的事实情况的错误认识。事实错误比法律错误更复杂,可辩护的范围也比较宽广。

关于事实错误,可以按不同标准进行不同的学术分类。例如,分为抽象事实错误和具体事实错误,目标错误和方法错误,等等。这种分类,各国类似。美国还有一种分类,根据是否影响犯罪意图(刑事责任)这一总标准,可以把事实错误分为四类:

1. 可以免罪的事实错误。某些只有具备法律特别要求的心理态度才能构成犯罪的,那末轻率或疏忽的心理状态就不能构成犯罪。例如盗窃罪、破门入户罪等。对这些犯罪,如果发生事实错误,

---

见《伊利诺州刑法典》第4(8)条“不知或错误”第二款。



就可以作为免罪辩护的理由。假如 A 从他人处拿走了误认为是自己的其实是别人的东西,由于这个事实错误,排除了构成盗窃罪所特别要求的“占有他人财物”的心理态度,因而缺乏构成盗窃罪的心理要件。

2. 可以减罪的事实错误。有些事实错误虽不能作为免罪辩护的理由,但是可以降低处罚等级。例如,《模范刑法典》关于未成年人的年龄错误,有两种规定:(1) 如果一个罪明文规定被害人的年龄在 10 岁以下,这类案件中被告人对被害人的任何年龄错误都不能作免罪或减罪的辩护。(2) 如果一个罪规定了被害人的年龄界限,但不是 10 岁,而是稍高的年龄界限,如 16 岁或者 18 岁等,在这类案件中被告人对被害人的年龄发生合理的错误认识,可以作为免罪或者减罪辩护的理由。例如,《模范刑法典》关于“奸淫未成年人和诱奸”罪,第一款规定:“对方在 16 岁以下,行为人至少大 4 岁,发生性交的”,行为人构成三级重罪。第四款规定“以结婚相欺骗而与之发生性交的,是轻罪”(此款没有年龄限制)。假定行为人知道对方在 16 岁以下,构成第一款的罪,这是无疑的。假定行为人合理地相信(错误认为)对方为 16 岁以上,以结婚相欺骗而与之发生性交的,构成第四款的罪而不是第一款的罪,降低处罚等级(减罪辩护)。假定行为人合理地相信(错误认为)对方为 16 岁以上,也没有进行任何欺骗而与之性交的,不构成犯罪(如果行为人没有配偶的话)。这是免罪辩护。

3. 不能辩护的事实错误。这又分两种情况:

(1) 发生事实错误,但不影响犯罪意图。例如, A 意图杀 B,结果是错把 B 的兄弟 C 杀死。虽然有事实错误,但并没有改变谋杀

---

关于“年龄错误”,已有几个州仿效《模范刑法典》的规定。不过年龄错误的免罪辩护的判例迄今为止仅有加利福尼亚州的 Hernandez 案(1964)和阿拉斯加州的 Guest 案(1978)等有限的几起。

罪的心理要件。不影响犯罪意图的事实错误,常常影响罪名的确定。就像这个例子,A定一个杀人既遂罪,还是定一个谋杀B未遂和一个过失杀C既遂?这是有争论的。典型的案例是,例一(误活为死),D出于故意杀人之心把E打昏之后,误认为已经死亡,为了毁灭罪证,又把E投入地下水道。后经法医鉴定,E并非死于打击,而是死于溺水。例二(误死为活),P过失致Q死亡,但误认为Q没有死,恐怕Q活过来之后对己不利,遂起杀人灭口之心,因此用铁棍猛击其头部之后,把尸体扔进了森林。验尸查明,Q在P用铁棍击头之前已经死亡。这两个例子,都存在着行为人的主观认识和客观事实之间的不一致。犯罪构成学说的基本原则是主观心理态度同客观行为结果相一致。如何把典型的主客观一致的犯罪构成原则运用在发生“错误”又不能免罪的场合,实质问题就是在主客观不一致时怎样把主观和客观统一起来。既然是“不一致”,又要“统一”,那就出现了“谁统一谁”的问题。统一的途径无非是两种模式:客观统一主观(以客观事实为基础);主观统一客观(以主观认识为基础)。如果按照客观统一主观这个模式,例一应定谋杀未遂和过失杀人既遂;例二应定过失杀人既遂和谋杀未遂。如果按照主观统一客观这个模式,从总体上看,只要行为人主观上存在犯罪意图,并在行为人的有意识行动下产生了犯罪结果,而且这种结果同他的自觉行为之间存在因果关系,就构成故意的既遂罪。因此,上述两例都只成立一个既遂的谋杀罪。

犯罪构成的主观客观要件相统一的典型形态是:犯罪意图形成于犯罪行为之前或者和犯罪行为同时出现;犯罪意图随着相应的自觉行为产生结果而終了。但是,在某些事实错误情况下,主观和客观要件统一关系呈现一种特殊形态——犯罪故意移位:故意的内容性质不变,变化的是故意的时、空形式。例一是“延伸故意”。这种故意成立的条件是,行为人出于故意并完成了自认为已经达到犯罪目的的一切行为;实际结果的产生,或者直接出于他自己的

后加行为,或者出于同他的行为有法定因果关系的其他介入因素,然而无论何者,实际结果就是其故意的内容。例二是“追加故意”。这种故意成立的条件是,犯罪故意产生之前的既成犯罪事实是他自己的行为造成的;犯罪故意萌发之后又实施了符合其故意内容的追加行为。

上述两种模式,第二种模式(以主观认识为基础的模式)在目前美国居主要地位。

(2) 事实错误实际上影响犯罪心理,但由于是绝对责任罪,所以不能作免罪辩护。绝对责任罪的成立,法律不要求行为人具有犯罪心态,因此行为人对事实情况发生任何错误认识都不影响定罪。许多州的法律规定不许把酒卖给一定年龄(如 16 岁、17 岁或者 18 岁)以下的孩子,违者应受刑罚处罚。如果卖酒人把酒卖给了 16 岁以下的孩子,即使他合理地相信这个孩子在法律限定的年龄以上,也不得免受处罚。另外,大多数州法律规定的奸淫幼女罪,实际上也属于这一类,不论被告人对被害人年龄的错误认识具有多么充分合理的理由,也不能免除刑事责任。

4. 加重罪责的事实错误。如果不发生事实错误就不成立犯罪,或者成立较轻的罪;如果发生了这种事实错误就成立犯罪,或者成立较重的罪。这就是所谓加重罪责的事实错误。例如, M(男)和其同事 F(女)跳舞过程中, F 突然晕倒在 M 怀里。M 把她抱进自己的汽车,以为她醉酒而暂时昏了过去,乘机奸污了她。其实 F 已死于突发性心脏病。M 构成了强奸未遂罪。如果 M 不发生这种事实错误(即知道 F 已死),实行了奸尸,不构成犯罪(不少州刑法上没有奸尸罪);或者成立较轻的罪(如果刑法惩罚“奸尸”的话,奸尸是一种轻罪,而强奸未遂是重罪)。因发生事实错误而加重罪责的判例并不少见,有一部分的所谓手段错误和目标错误就属于

---

也有个别学者认为可作免罪辩护。

这种情况。

### 三、关于错误的素质

在英美法院的判例中,但并不是在立法上,“认识错误”能否作为免罪辩护的理由,不同犯罪对错误的“素质”有不同的要求。(1)有些罪,如强奸罪等,只要求行为人存在“真实的”(honest)错误就可以作辩护理由。前面共同犯罪一章里所举L—C案件就是具有代表性的观点。不过,也有相反的判例,认为强奸案件中仅仅存在真实的错误认识尚不足以成为辩护的理由。(2)多数罪,不仅要求行为人存在真实的认识错误,而且要求存在“合理的”(reasonable)错误才能构成辩护理由。什么叫合理的错误?解释是各种各样的。一般认为是具有常识能够说得通的理由。加利福尼亚州刑法试行草案(1968年)的解释是:“守法的谨慎的公民在这种情形下一般会发生的错误。”在实践中,有些错误是真实的,但并不合理。例如,重婚罪案件,假定已婚者B真实地相信其配偶口头同意离婚就算正式离婚,因而又同他人结婚的,这不能算合理的错误因而不能免除重婚罪责。假定已婚者G有理由认为其配偶在半年以前的一次海难中丧生(其实没有),因而又同他人结婚的,可被认为是合理的错误因而可以进行免罪辩护。错误素质的核心问题,是行为人在特定案件中是否存在应受社会谴责的心理。

### 四、一个公式

关于“错误”能否作免罪理由,有些学者,如N. Morris和R. Perkins等教授,提出了一个公式:

---

见第五章第一节之一中的1975年英国案例。

也有观点与此不同的判例。

R. Perkins教授在其著作中设计了这种看法的轮廓,形成这个公式的是N. Morris教授。

犯 罪 能 否 免 罪 错 误 种 类 罪 类 型	事 实 错 误	法 律 错 误
特别意图罪	能 免 罪	能 免 罪
一般意图罪	合 理 错 误, 能 免 罪	不 免 罪
严格责任罪	不 免 罪	不 免 罪

说明:

特别意图罪是指只有具备法律特别要求的某种心理态度才能成为犯罪的罪,这类犯罪“过失”不能构成。例如,盗窃、破门入户等等。

一般意图罪是指也称非特别意图罪,即法律没有要求特别的心理态度的罪。例如,杀人、重婚等。

特别意图罪和一般意图罪,这种分类在其他场合现在已经没有什么意义,仅仅在错误认识能否辩护的情况下才有意义。

这是一个粗略的构想,遇到具体案件时问题仍然不少。而且,它仅仅是学者在课堂上提出来的公式,在司法实践中情况要复杂得多。

### 第三节 精 神 病

精神病(insanity)是合法辩护的又一种理由。

精神病和社会危害行为之间的关系,可以从两个不同角度进行研究,即犯罪学研究犯罪原因和刑法学研究刑事责任。

在实施社会危害行为时行为人由于精神疾病(如癫痫、精神分裂症)或精神缺陷(如呆、傻)而不具有正常人那样对事物性质的辨认能力或对自己行为的控制能力。这就影响到犯罪构成的心理要

件,从而影响刑事责任。

在医学科学不甚发达的历史时代,人们凭直观来判断精神病。一般说来,严重精神病才能被直观察觉出来。所以,很自然地形成了这样的观念:精神病人已完全丧失辨认能力或控制能力,只要不是完全丧失责任能力的都不算精神病。据此,司法上的反映是:要么有精神病,完全不负刑事责任;要么没有精神病,完全负刑事责任。精神病的“有-无”同责任能力的“无-有”直接对应。随着医学科学的发展,人们对精神病的认识超出了直观范围。这就是说,有些病人虽然不是明显丧失辨认能力或控制能力,但确实有精神病。精神病有轻重程度的差别。这就打破了往昔精神病同责任能力“直接对应”的传统观念。这个认识是科学的进步,但是也给滥用精神病进行免罪辩护提供了机会。近几十年来美国刑事司法中的主要弊端之一就是这个问题。

长期以来,精神病合法辩护一直是一个有争论的问题。主要的争论点是:(1)精神病鉴别标准;(2)在医学上认定有精神病的情况下如何确定责任问题。经过十多年的酝酿与争论,美国国会终于在1984年冬天通过了《综合控制犯罪法》。这个法律对精神病免罪辩护的基本政策是“从严掌握”。这一联邦法律反映了社会舆论要求限制滥用精神病辩护的趋向。

## 一、鉴别规则

美国各司法区对精神病的鉴别规则,在立法上和司法中并不统一,共有四种。

### (一) 麦纳顿规则(M'Naghten rule)。

这个规则来自1843年英国的一个判例。被告人麦纳顿被控犯有谋杀罪。案情是这样的:麦纳顿内心被这样一个想法所缠绕,他认为当时的首相比尔爵士正从事一项杀害他的阴谋(其实根本没有这件事),所以他要在这个“阴谋”实现以前先发制人把首相杀

死。有一天,他对着被误认为是首相的首相秘书开枪,杀死了首相的秘书。由15名法官组成的法庭经过审理,认为麦纳顿因精神病而不能负刑事责任,他的杀人行为是在他的“幻觉的驱使”下进行的。判决书称:“为建立以精神病为理由的辩护,必须清楚地证明,在实施这种行为时,被告人由于精神疾病而缺乏理智,以致不知道他所从事的行为的性质和意义,或者即使知道但不了解他正在进行的行为是错误的。”这个判决后来就成了被称之为鉴别精神病的麦纳顿规则,普遍地被普通法系国家所采纳。美国多数州直到现在基本上仍以这个规则作为鉴别精神病的依据。这个规则有两个要素:(1)因精神疾病而缺乏理智(生理病理原因);(2)因而行为时不知行为的性质或者不知行为的对错(心理学标准)。“不知行为的性质”,这是丧失理智的最严重程度。案例:行为人紧卡住他妻子的脖子以为是在挤柠檬。“不知行为的对错”,理智丧失程度稍次于前者,但也属于丧失认识能力的范畴。例如,行为人明知自己在杀人(理解行为的性质),但他认为自己的行为是“执行上帝旨意”,或者认为是必要防卫(犹如麦纳顿的想法),等等。

### (二) 不能控制规则(irresistible impulse rule)

人的心理能力包括两种能力:一种是认识能力,即理解行为性质和知道行为对错;另一种是意志能力,即控制自己行为的能力。没有认识能力,必定没有控制能力;有认识能力,也可能没有控制能力。有一类精神病人,虽然知道自己行为的性质和行为的对错(有认识能力),但是没有能力控制自己的行为(无控制能力)。麦纳顿规则只涉及前一种心理能力,所以采用麦纳顿规则的多数州又在该规则的基础上加以扩展,补充了一条——“意志失去控制”也是精神病免罪的一种理由。因此,不能控制规则关于精神病辩护的范围宽于麦纳顿规则。

### (三) 德赫姆规则(Durham rule)

1954年,华盛顿地区联邦上诉法院在审理德赫姆案件时认

为,“如果被告人的非法行为是精神疾病或者精神缺陷的产物,被告人不负刑事责任。”这就是鉴别精神病的德赫姆规则。

这个规则的拥护者认为,该规则扩大了医学专家在鉴别精神病问题上的作用,有助于增加“判断上的科学性”。

反对者认为,由于陪审团根据这个规则掌握不住鉴别标准,因而只得依靠精神病专家的鉴定,造成“精神病专家统治审判”的背离司法原则的现象。尤其是所谓“产物”这个概念并不精确,弹性过大,它缺乏像麦纳顿规则和不能控制规则那样确切表明精神病的特别症候——不能认识或者不能控制。这些特征具体明确,普通人就能够判别。由于“产物”这一概念的含混不清,因此实践中给逃避刑事责任的装疯被告人开了绿灯。德赫姆规则明显地扩大了精神病免罪辩护的范围。因此,有些对这个规则持批评态度的人认为,它是“放纵罪犯”,“鼓励犯罪”。华盛顿市有位医生说,实行这一规则后,医院病房很快充满了“生病的和装病的”。

司法实践表明,就同一案件,医学专家们的鉴定意见往往也是不一致的。例如,行刺里根总统的辛克莱案件中控告方专家和辩护方专家的意见就大相径庭。不仅如此,就同一医院对同一案件的鉴定也可能存在明显的出入。例如,1957年圣伊丽莎白医院对一起心理变态的认定,前后变化迥异。星期五一名医生说“不是”,两天之后(下个星期一)医院声明说“是”。人们称之为“周末突变”。

1972年该联邦上诉法院自己放弃了这一规则,转而接受“模范刑法典规则”。但是,德赫姆规则的实际影响并没有完全消除,至少还有两个州(新罕布什尔州和新墨西哥州)仍采用这个规则。

#### (四) 实际能力规则(substantial capacity rule)

这一规则是由《模范刑法典》提出来的,所以也称“模范刑法典规则”(MPC rule)。这个规则是:“(1)如果一个人行为时因精神疾

---

美国最大的一家公立精神病医院,位于首都。



病或者精神缺陷而缺乏评价其行为是否犯罪或者缺乏使其行为符合法律要求的实际能力,则不负刑事责任。(2)在适用本条文时,精神疾病或者精神缺陷这一概念不包括仅仅表现为反复进行犯罪或者其他反社会行为的心理变态。”

第一点说的是因精神疾病或精神缺陷而缺乏认识能力或者控制能力。第二点明确地把心理变态从精神疾病概念中排除出去,这实际上是对在司法实践中被扩大运用了麦纳顿规则和不能控制规则的必要限制。因此实际能力规则被认为是“传统的麦纳顿规则和不能控制规则的现代化版本”。现在,采用这个规则来鉴别精神病的,有全部联邦上诉法院,六个州的新刑法典,以及为数可观的地方法院。

对模范刑法典规则,赞同者居多,反对的也有。主要批评意见是认为它“没有填补现在存在于法制观点和精神病学见解之间的空隙和矛盾”。

## 二、问题与趋向

人的精神世界和外在于物质世界一样是丰富多彩、纷繁复杂的。精神病不仅是人的中枢神经细胞异常放电和大脑功能失调的表现,而且同社会变动和文化冲击也有关系。对这样的复杂问题,当然需要作医学上的深入研究。但是从刑法角度看,这种医学研究应当为说明行为人的责任问题服务。精神病免罪辩护的滥用,是美国刑事司法制度中的一个主要问题。精神病辩护确实是很棘手的问题,除了那些有钱的重罪犯为逃避刑事惩罚,雇请有经验的精神病医生和老资格的律师为其进行“精神病辩护”而把这个制度的名声搞坏之外,关键问题还是:在医学上精神病有各种“轻重程度”的差别,而美国刑法上的责任规定,却只划“有或者无”一条界限,医学和法律之间缺乏科学合理的对应线。

心理变态(人格异常)在医学上可以被认为是一种精神疾病,

但还没有达到使人丧失理智的地步,所以《模范刑法典》把它排除在可以免罪的精神疾病的概念之外。这一问题相对说来比较清楚。但是,麻醉药品和酒精的慢性中毒,情况就复杂得多。1962年关于鲁宾逊上诉案的决定,表明了美国最高法院和加州法院之间的认识差别。影响刑事责任的癫痫症和精神分裂症,各自都有多种类型,轻重程度也各有不同,在具体案件中要找到一条划分认识能力或控制能力“有或者无”的临界线常常是十分困难的。

有鉴于此,美国有些刑法教授建议采用1957年英国的《杀人罪法》,或者1975年联邦德国的新刑法典(第21条)规定的“限制责任能力”制度。法院根据具体案情,虽然对被告人宣告有罪,但因精神病而显著减弱认识能力或者控制能力,则可减轻其刑罚。其实,美国个别州早就有这样的判例(但没有形成法律)。例如,加州最高法院从1949年到1978年间就作过五个这种性质的判决。1975年密执安州修改刑事诉讼法典,把审前提讯(arraignment)诉讼阶段上的被告答辩(plea)由原来的三种形式(有罪、无罪、因精神病而无罪)变为四种形式,新增加一种“有罪但是精神病”。这基本上可以被认为是英国和德国“限制责任”制度的美国版本。其后,印第安纳州和伊利诺州也采用了密执安模式。今后,一定还会有更多的州仿效密执安州的做法。

“限制责任”制度的采用,使得“因精神病而无罪”的判决大为减少。在英国,1957年以前,在全部杀人案件中约有20%被定为“因精神病而无罪”;《1957年杀人罪法》实施十多年之后的七十年代,在全部杀人案件中只有1%被定为“因精神病而无罪”,大约37%的杀人案件按“减弱责任”处理。密执安州的情况是,1975年以前的七年间共279人得到“因精神病而无罪”的判决。1975年修

---

限制责任能力,也称减弱责任能力(diminished responsibility),是介于有责任能力和无责任能力之间的一种中间状态的责任能力。

改法律之后,情况有所变化。据 1979 至 1981 年的统计,该州每年大约有 80 人被判为“有罪但是精神病”,多数送进监狱,少数需要特别的精神健康治疗。

美国有些学者甚至建议,对有重新犯暴力罪行危险的精神病人处以比没有精神病的犯人更重的刑罚。《暴力行为分析预报》(1981 年)一书称,根据最近研究表明,许多精神病医生和心理学家的如下估计是正确的:曾经实施过暴力行为的某种类型的精神病患者的重新犯罪率达 30% 左右。因此,根据危险性程度,从保护社会着眼,使有“再犯罪危险”的精神病人同社会隔离更长时间是必要的。在新泽西州,对普通犯人均处定期刑,但把性心理变态的强奸犯送特别医疗机构进行强制医疗,而不宣告期限。一般说来时间都不短,而且这种医疗机构就其警戒程度而言,也同监狱相似。

自从行刺里根总统的被告人约翰·辛克莱因精神病被宣告无罪以来,至 1985 年秋,美国约有半数的州修改了法律,总的趋向是限制滥用精神病辩护。例如,纽约州于 1984 年秋通过一项法律,规定以精神病为辩护理由的被告人,必须自己举证来证明犯罪时存在精神失常状态。有的州修改后的法律规定,被告一方进行精神病辩护,应负提出无疑证据的责任。这被认为是限制滥用精神病辩护的有力措施。

从严限制精神病辩护,这是当前美国刑事司法制度发展的一个趋势。

### 三、被告不愿辩护

法官在被告人本人不愿作精神病辩护的情况下是否可以作出精神病判决?回答是肯定的。不过这种情形极少,但也不是没有,美国确实有这样的判例。

---

见 Norval Morris 著:《疯狂与刑法》,1982 年英文版,第 68 页和第 87 页。

被告人在有精神病的情况下为什么不愿进行精神病辩护呢？可能的原因是：

(1) 不愿同时留下两个坏名声，既违反了刑法，又是精神病。

(2) 有些精神病医院的设备和生活条件比监狱更加糟糕。

(3) 按有些州规定，病人住精神病院是没有期限的，而犯人关监狱是有期限的。例如，1969年联邦第二巡回法院透露的关于纽约曼梯旺精神病院的一些统计数字是令人吃惊的。其中有119人在1935年就被送进了该医院，29人是在1925年进去的，4人是在1915年进去的，就是说这4个人在精神病院呆了半个世纪以上。到1965年11月1日，有个83岁的人，他是1901年进这家医院的。另一人在1905年(30岁)被指控偷盗马和车而被关进该院，1964年出院时已89岁了。

不愿作精神病辩护的被告人大体上都是穷人。有钱的被告人的情况就是另一个样子了，他们有钱雇请经验丰富的精神病医生和律师进行精神病辩护，如果因精神病而宣告无罪，也有可能设法住进设备条件较好的精神病医院。

#### 四、释放程序

因精神病宣告无罪的病人送进精神病医院之后的释放程序，各州不统一。程序上的细微差别是多种多样的，但是从权限上看主要可分为两类，释放权属于法院还是医院。

(1) 有些司法区规定，病人在被送进精神病院一定期限(如半年或一年)之后，医院有权根据具体情况决定随时释放。

(2) 有些司法区规定，释放前必须经过法院审理，法院在确认病人的精神病已经治愈而不再危害社会时才作出释放决定。

---

见 Sanford H. Kadish 等编著：《刑法及其程序——判例和资料》，1983年版，第847页。

## 第四节 醉 态

醉态就是精神不清醒状态。引起醉态(intoxication)主要有两种原因:酒精和药物。

一般原则是:醉态不是精神病,但是严重者确实影响心理能力,如果因此而能否定行为人的犯罪心态的也可作为合法辩护的理由。

为犯罪而饮酒壮胆,不能作任何免罪或减罪辩护,这是不言而喻的。十九世纪初期英国法律将酒后犯罪作为从重处罚的一种情由。

公共场所酗酒或者酒后开车而发生犯罪的,不能辩护。因为公共场所酗酒和酒后开车本身就是违法犯罪行为。为了社会利益,从民族发展考虑,必须同酗酒恶习作斗争。在美国,酗酒给社会带来的危害是巨大的,1981年美国因酒后开车造成交通事故的死亡数为12300人,1980和1981两年因这个原因而死亡的人数同美国士兵在整个越南战争中死亡的人数相等。因酗酒而造成的直接和间接的经济损失更是巨大。

行为人在醉态中实施的社会危害行为的刑事责任是一个很复杂的问题。从生理心理角度看,醉态(慢性中毒除外)虽不是精神病,但它能使人一定时间内减弱甚至丧失辨认或控制能力。从社会政策角度看,醉态(指行为人自己主动引起的)之中又干坏事,则是错上加错。显然,心理能力和社会政策之间存在矛盾。解决矛盾的途径只能是以公共利益为重,以社会政策为主,一般的刑法原则服从根本的社会利益。这就是说,行为人主动引起的醉态,不能作为合法辩护的理由。这在理论上称为社会利益原则。

主动醉态中实施的犯罪不能辩护,在刑法学理上还有种种解释。一种说法为严格责任,因为法律已规定自愿(主动)醉态中犯罪

不能辩护, 公诉人只要证明犯罪行为是在醉态中实施的, 因而无需进一步证明其犯罪心态。另一种说法是“先在过错”, 大致与大陆刑法理论中的“原因上的自由行为”相似。

所谓主动醉态中犯罪不能辩护, 是指醉态不能排除其一般犯罪心态。但是, 在以特定故意为构成要件的犯罪中, 如果因醉态而影响特定故意的存在, 则可作为免罪的理由。例如, 行为人因醉态将他人的大衣误认为是自己的大衣而拿走, 这就排除了盗窃罪构成所要求的“非法占有目的”这个特定故意。这实际上是因醉态而造成事实认识错误。认识错误, 也可能降低罪过程度。例如, 因醉态而将他人的一种手势误认为是对自己的攻击, 从而进行反击, 致对方于死地。假想防卫虽不能免除刑事责任, 但也不能定为谋杀。

醉态如果是在“非自愿”情况下引起的, 可以作为合法辩护的理由。“非自愿醉态”(involuntary intoxication) 大致由五种情形所引起: 被迫, 受骗, 遵照医嘱, 无辜的错误, 病理性原因。

## 第五节 被迫行为

被迫行为(duress)是美国刑法中的一种合法辩护理由。

在许多大陆法系国家的刑法中, “紧急避险”情况下的危险来源, 既包括人的行为, 也包括自然力量。英美刑法把这两种情况分开, 前者叫被迫行为, 后者叫紧急避险。

被迫行为同正当防卫的区别主要在于造成损害的对象不同, 前者是对第三者, 后者是对侵害者本人。

被迫行为是指行为人在他人胁迫下所实施的形似犯罪但根据

---

1871年德国刑法典“紧急避险”(第54条)的危险来源为“紧急状态”;1953年在刑法典里又加了危险来源为“不可抗拒的力量或威胁行为”这一“被迫行为”条款(第52条)。1975年联邦德国新刑法典把这两种情况分为二条:第34条称“阻却违法的紧急避险”;第35条称“阻却责任的紧急避险”。

一定条件可以进行合法辩护的行为。例如, A 用枪对着出租车司机 B, 以死威胁, 强迫 B 把他送到计划中的抢劫现场。B 可以“被迫行为”为理由免除协助抢劫罪的责任。这是因为, 从社会总体上看, B 帮助 A 抢劫所造成的损害小于 B 的丧失生命。如孤立地看 B 的行为, 无论是主观心态还是客观行为, 都符合法律规定的犯罪要件; 但是从社会政策上观察, 这是以小害免大害, 因而允许进行合法辩护是可取的。这是英国普通法所采取的传统立场。但是现代也有一种观点认为传统观念的限制太严, 主张即使被迫实施的行为造成的损失等于所避免的损害也可以进行合法辩护。因为对大多数人来说, 只能要求具有反抗暴力威胁的“普通坚定性”, 大多数人既不是英雄也不是懦夫, 所以只要查明被告人面对无法抗拒的胁迫时表现了普通坚定性就可以进行合法辩护。《模范刑法典》基本上采取了这种立场, 但是它的观点还没有被多数州的刑法所采纳, 只有纽约州和康涅狄格州的刑法仿效《模范刑法典》的规定。

根据 20 个左右州刑法典的措词不尽相同的规定, 被迫行为可作为合法辩护的范围(条件)大致如下:

(1) 关于不准许辩护的罪行。大多数州规定在被告人的行为对无辜的第三者构成谋杀罪或者罪该处死(如叛国)的情况下, 不准许被告人以被迫为由进行合法辩护。例如, 伊利诺州刑法典规定:“行为人在死亡或者重伤紧迫威胁之下实施的但不是该处死刑的罪行, 不负刑事责任; 如果他合理地相信要是他不实施这种行为, 他就会遭到死亡或者身受重伤。”有的州对被告人造成的杀人结果虽不能作免罪辩护, 但可以减轻处罚, 谋杀降为非谋杀。一般说来, 在轻于谋杀罪的情况下, 如抢劫、放火、破门入户等, 可以以“被迫”为理由进行合法辩护。

(2) 关于胁迫的程度。有些司法区要求“被告人合理地害怕死亡”; 有些州只要求“被告人合理地害怕身受重伤”。少数州没有明确规定这类要求。因为例如 A 以伤害胁迫 B(根据具体情况分析

尚未达到重伤程度), 强使 B 超速开车(这是犯罪行为)。在这样的情况下 B 可以以被迫为由为超速开车进行辩护。这仍符合以小害免大害的原则。一般说来, 害怕名誉或者财产受损害不能作为辩护理由。

(3) 关于胁迫的现实性。许多州都要求死伤的胁迫是“紧迫的”而不是遥远的。例如, 1969 年加州一被告人从监狱逃跑, 他的辩护理由是他了解到另一囚犯“将要”杀害他, 法院驳回了他的辩护, 仍按逃跑罪处理。只有个别司法区没有明确这一点。一般说来, “来得及躲避”时造成的损害, 不能辩护。

(4) 关于胁迫的真实性。多数州只要求“被告人合理地相信威胁即将实行”就可以作为合法辩护的理由, 即使胁迫者只是吓唬, 并非真的或者是没有能力使威胁付诸实施, 当然被告人并不知晓这个情节。有少数州明确规定, 当行为人故意地或者轻率地把他自己置于可能受到胁迫的状态下, 不能以被迫为由为所实施的犯罪行为辩护。纽约州刑法就是这样规定的。

(5) 关于受胁迫对象。大多数州规定死伤胁迫是针对被告人本人, 少数州也允许这种死伤胁迫针对他人, 如被告人的家属。堪萨斯州刑法规定, 这种威胁是针对“被告人或者他的配偶、父母、子女、兄弟或者姊妹”。

胁迫者有罪。当被胁迫者宣告无罪时, 胁迫者无论以什么借口都不能免除罪责。1890 年, 北卡罗来纳州有这么一个案例: A 用枪逼着 B 去同 A 自己的妻子进行性交; B 由于在被胁迫的恐惧心情下, 不能发生性交行为(未遂)。B 因“被迫行为”而宣告无罪。A 被定为“以强奸为目的而实施暴力胁迫”罪。A 上诉的理由是从犯 B 既然无罪, 而州的法律不认可“丈夫强奸妻子”。然而, 上诉法院驳回了被告人的上诉。其基本原则是胁迫者有罪, 无论在什么情况下都是如此, 就本案来说, B 仅仅是 A 的犯罪工具。

丈夫强求妻子。根据早先的普通法规则, 除去谋杀和叛国罪



外,已婚妇女在丈夫的要求下实施的犯罪行为不受惩罚;并且,只要有丈夫在场的情况下所实施的犯罪行为,也都被推定为她丈夫是犯罪的胁迫者。从历史上看,这种观点是有道理的,一方面在过去年代里妇女确实受到丈夫的严厉控制;另一方面是早先刑法的死刑罪太多,法院想要减少妇女的死刑。然而,现代的妇女,其社会的、政治的、经济的地位都有了改变,而且死刑罪也大大减少,所以普通法的那种“推定”就失去了社会现实根据。因此,多数司法区的制定法废除了普通法的这个特殊规则。现在美国只有极个别州仍保留普通法的这个历史规定。

## 第六节 紧急避险

紧急避险(necessity)发生在自然力量使得人们处于“两害择一”(a choice of two evils)的紧急情况下:要么违反刑法分则字面规定而造成较小的损害结果,要么遵守刑法条款而造成更大的损害。从社会政策上看,与其选择后者,不如选择前者,因为这样做有利于社会。经过很长时间的社会实践之后,这种做法得到了法律的认可,这就是紧急避险合法辩护。

紧急避险和被迫行为的区别如前所述,主要在于威胁的来源不同:前者是自然力量(包括人的生理需要),后者是人的行为。紧急避险也可以看成是自然力量引起的被迫行为,而被迫行为也可以看成是人的行为引起的紧急避险。现在,大陆法系许多国家的刑法把二者合在一起统称为紧急避险。1871年德国刑法典把被迫行为和紧急避险分开规定(第52条和第54条),但是1975年联邦德国新刑法典把两者合并为一个大概念——紧急避险,把原来的被迫行为称为“阻却责任的紧急避险”(第35条),把原来的紧急避险称为“阻却违法的紧急避险”(第34条)。

紧急避险和被迫行为的共同点是,威胁都是对被威胁者的心

理而不是身体产生压力。否则,既不是被迫行为,也不是紧急避险,而是“不可抗拒”的意外事件。例如,A和B同时站在悬崖上,突然发生地震,使A撞倒了B,B跌落悬崖而丧命。A无罪是显然的,理由是不可抗拒,缺乏刑法上的“意识行为”;A的动作是不受自己意志控制的。但是,被迫行为和避险行为都是意识行为,行为人对自己的行为没有丧失控制能力,就是说行为是可以选择的。

紧急避险辩护仅仅发生在立法机关没有在刑事法律中作出明确限定的场合。如果刑事法律已有明确规定,就按法律规定处理,不存在紧急避险合法辩护。例如,堕胎法律假定这样规定:为拯救母亲生命而堕胎者不为罪,那末在这种情况下实行的堕胎行为,就无需以紧急避险为理由进行辩护。又假定这项法律这样规定:即使为拯救母亲生命而实行堕胎的也是犯罪,那末这种堕胎行为也不能以紧急避险为理由进行辩护。由于堕胎法律一般都没有类似上述两种规定,所以就留有“紧急避险”合法辩护的余地。例如,1939年伯恩案,医生伯恩为一名年轻女子实行堕胎,该女子因被强奸而怀孕,如果让她继续怀孕则会损害她的身心健康,法院认为堕胎法律惩罚的“非法”堕胎行为不包括本案情况,因为“维护母亲健康的价值高于胎儿的价值”,因此判决医生无罪。

《模范刑法典》的评论中说,像以下情况都可以适用紧急避险合法辩护:药商在紧急情况下把药卖给没有医生处方的人;消防队员为避免火势蔓延而破坏某些建筑物;为拯救两个或更多的人而杀死一个人;等等。但是,十九世纪的判例采取较严格的态度。有两个著名的救生艇案件,一个是英国的,另一个是美国的,法院都拒绝了紧急避险免罪辩护。

英国的案例:三名水手和一名船舱服务员在海船失事之后同驾一只救生艇漂流在大西洋上,离大陆有1000多海里。在失事后的第20天,已经是9天无食可吃,7天无水可喝,在生命岌岌可危的情况下,两名水手,达德利和斯蒂芬斯,提议用抽签办法来决定

谁作“牺牲品”，服务员年岁最小身体也最弱，他对这个提议没有表示赞成。但还是搞了抽签。三名水手都没有抽到做牺牲品的签，于是两名提议者把这个服务员杀死，三人一起喝了血，吃了肉。四天之后，三名水手被路过的一艘海轮救起。尽管根据当时实际情况，如果没有一个人被杀而食之，则四人都会死亡，然而英国法院仍然判处两名被告人谋杀罪，最后上诉法院把原审法院的死刑减轻为六个月监禁，罪名不变。

美国的案例：在一次海船失事后，一只救生艇上超载有 9 名海员和 32 名乘客，在风暴来临时，为减轻载重，避免全艇覆没，几名海员把 14 名男乘客抛入海中。救生艇因减轻重量而没有沉没。后来，被告人按过失杀人受审。法院认为，为驾驶救生艇留下几名水手是必要的，但多余的船员应先于乘客而牺牲，乘客中谁应牺牲则需用抽签办法来决定。最后法院判处被告人六个月苦役，总统也拒绝给予特赦。

如上所述，牺牲小利保全大利，这是紧急避险合法辩护的基本理由。为使这种辩护成为合法，需要具备以下条件：

(1) 避险行为必须在紧急情况下实施。例如，消防队只有在火势迅速蔓延的紧急情况下才可以损毁一些财产以防止大火危及更多财产，如果火刚起尚不致于危及周围财产时就不得损毁其他财产。又例如，囚犯因狱中大火(不是他引起的)危及生命而逃跑，适用紧急避险作辩护理由(确有这样的判例)；生病的囚犯因狱中缺乏人道主义的医疗卫生条件而逃跑，不适用紧急避险作辩护，因为不能算是“紧急”危难情况(也有这种判例)。

(2) 避险行为必须在不得已的情况下实施，如果另有更好的选择时，不成立紧急避险合法辩护。

(3) 因自身的行为(无论是故意行为还是过失行为)引起的危

---

对此案，美国学者一般认为，要么按紧急避险宣告无罪，要么按谋杀罪审理。

难,不能实施紧急避险。

(4) 行为人具有避免更大损害的目的,这是成立这种合法辩护的主观条件。即使一个行为在客观上起到损小利保大力的作用,但主观上缺乏这种认识,仍不足以成立这种合法辩护。例如,A为报私仇而杀死了B,后来他高兴地了解到杀B在实际上是救了C和D的命,A仍不能为谋杀罪进行紧急避险的免罪辩护。换言之,行为人行为时必须相信他的行为是为损小利而保大利所必需。下列情况可能存在这种辩护:A杀B时合理地认为这是为了保全C和D的生命所必需,但是实际上并不存在这种情况。A由于“紧急避险错误”而至少不构成谋杀罪。关于这类案件,多数州的法律并不排除无罪判决的可能性;有的州(如威斯康星州)的法律明文规定“把谋杀减为非预谋杀入”。

(5) 保全的利益应当大于牺牲的利益。这在实践中常常引起争议,因为这个问题本身是复杂的。在理论上有三项原则应被遵守:价值判断最后取决于法院的意见,而不是当事人的看法;人的生命价值高于财产;生命等价,即人的生命价值不因人的种族、年龄、健康、地位等不同而有差异。因此,为救一人而牺牲另一人是不符合紧急避险合法辩护的构成条件。如果在不牺牲一人则必然造成二人丧生的情况下,允许有紧急避险的合法辩护。但是必须附带一定条件,即不存在主观上的任意选择性。例如,两个彼此用绳索系在一起的登山者,其中一人滑落崖边而悬挂在空中,另一人又无法把他拉上来,要是这个人不解开绳子则他自己也会慢慢失去控制而两人同归于尽,在这样的紧急情况下他解开绳子救了自己,虽然这不符合登山者的道德标准,但在法律上可按紧急避险作免罪辩护。又例如,两个人同一条只能承载一人的救生筏上,不牺牲一人,则二人都将死亡,在这样的紧急情况下如果以抽签方式来决定谁应当牺牲,幸免者不是犯罪,因为别人的死和他自己的生都不是由他自己主观任意选择的。

## 第七节 正当防卫

正当防卫是最古老的辩护制度。在对侵害行为采取“私人复仇”(血亲复仇、血族复仇)的历史时代,当然无所谓正当防卫问题。当对犯罪的制裁变为“国家行动”的历史阶段,私人复仇只限于被侵害人在来不及诉诸国家司法机关的情况下才允许实行,这就是正当防卫的由来。可以这样认为,对侵害行为的反应,从早先的“私人复仇”发展演变为后来的由“正当防卫”作补充的“国家制裁”。因此正当防卫也被称作“私人执法”。从正当防卫这一基本特性可引申出如下原则:当对犯罪的国家制裁严厉时,正当防卫的限制条件放宽。

关于正当防卫的最早成文法规定,据认为是十六世纪神圣罗马帝国的《卡洛林纳刑法典》,不过实际上它还只是分则性规定,因此允许辩护的范围很小,仅限于人身自卫。1810年法国刑法典继承了这种观点。1871年德国刑法典扩大了正当防卫的范围,第53条规定,为自卫或防卫他人所实施的任何必要行为都不是犯罪,行为人由于惊恐、害怕、恐怖而超过正当防卫限度的行为不受处罚。英国法制史上关于正当防卫的判例早于《卡洛林纳刑法典》。

同大陆法系诸国相比,正当防卫制度在英美法系国家采取限制较大的政策。这不仅反映在防卫条件上(多数英美法系国家要求防卫者“能躲避就不自卫”,即防卫是出于不得已,而大陆法系国家一般都没有这一限制),而且也表现在防卫分类上。美国刑法把防卫分为自身防卫(self-defense)、防卫他人(defense of another)、防卫财产(defense of property)和执法防卫(defense for law enforcement)四类。在这几个方面,美国有些州已逐渐趋同于大陆法的规定。

## 一、自身防卫

自身防卫就是法律许可遭遇到侵害的人对侵害者本人运用适度的暴力。如果他合理地认为：(1) 他处在非法的身体侵害的紧迫危险之中；(2) 为避免这种危险而使用暴力是必要的。从这个在长期司法实践中形成的一般概念中可看到，构成自身防卫合法辩护的条件是：客观方面，防卫的暴力要适度；主观方面，防卫人有理由相信他来不及对侵害者诉诸法律并且使用这种暴力是必要的。这些原则在理论上是清楚的，但运用到实际案件中情况仍然很复杂。主要的问题是：

1. 暴力度。防卫的暴力和侵害的暴力常常难以作精确的数学计算，但根据具体案情进行客观估量还是有可能的。按美国的理论和实践，把“暴力度”分为两类——致命暴力(deadly force)和非致命暴力(nondeadly force)。如果侵害的暴力属于致命性暴力，即能致人死亡或者重伤的暴力，那末防卫暴力也可以是致命性的。如果侵害的暴力属于非致命性的，那末防卫的暴力也应当是非致命性的。从这两条界限可看出，对危险的暴力侵害的防卫比对轻微的暴力侵害的防卫采取限制更小的政策。杀死了可能致人重伤的侵害者是许可的，但重伤了可能致人轻伤的侵害者是不许可的，这体现了对严重犯罪实行严厉惩罚的精神。

2. 合理地相信。在判例和制定法中都把“防卫人合理地相信为避免非法侵害而使用这种暴力是必需的”作为自身防卫合法辩护的一个条件。因此，在发生合理的认识错误的情况下的防卫行为仍然可以进行合法辩护。例如十九世纪有这么一个案件：被告人(实施防卫行为的人)开枪杀死了正威胁要杀他的人，当威胁者把手伸向口袋时被防卫人开枪打死。事后查明，威胁者口袋里除一条手绢外根本没有任何武器。虽然发生了事实上的认识错误，但这是合理的。美国著名大法官霍姆斯 1921 年在布朗上诉案的决定中有

句名言常被用来说明对防卫人的主观判断不能苛求：“在面对举刀的情况下不能要求作出分寸恰当的反应。”

所谓“合理地相信”，并不是行为人的纯主观臆测，而是有客观标准的，这个标准就是普通人的一般认识。例如，A拿着枪要抢劫B，B出于自卫向A开枪但没有击中，A便开枪打死了B。A真实地以为这是符合法律的自身防卫；但A对法律的错误认识是不合理的，因为普通人不会认为侵犯者有防卫权。又例如，一个喝醉酒的人把对方的一种举动认为是“紧迫的暴力”而实行“自卫”；但任何一个清醒的人都不会有这种认识，因此醉酒人的这种认识错误是不合理的。有些学者认为，还应当用行为人个人性格的实际条件和特殊因素（如易恐惧、心理反应过敏等）来作为普遍客观标准的补充。

3. 侵犯者的自卫权。根据自身防卫的概念内涵，侵犯者无权实行自身防卫，但是在下列两种条件下允许侵犯者有权进行自卫：（1）防卫显然过当时。如果侵犯者的暴力显系非致命性的，而防卫者使用了致命性暴力。超过限度便成为“非法的”，在这种情况下侵犯者有权进行自卫。但是，应当排除这样的情况：侵犯者的第一次进攻虽属非致命暴力，但仅仅作为一种挑衅手段，故意激起被受害者的愤怒情绪，并希望他以致命性暴力来反击，从而达到进一步以致命暴力实行再反击之目的。因为从主观上看，侵犯者的先后行为始终是以“进攻”为目的，不是防卫。这就是所谓防卫挑衅。纽约州刑法典明文规定把这种情况排除出正当防卫的范畴。（2）侵犯者有效地停止了攻击，并通知了被侵害者。在这样的情况下，如果被侵害者仍然使用暴力实行“防卫”，侵犯者有权自卫。

4. 躲避的必要性问题。“被侵害者处于非法侵犯的紧迫危险之中”是自身防卫合法辩护的构成条件之一，但这是不是意味着被侵害者没有躲避的余地呢？对此有两种对立的见解。一种意见认为，就整个社会来说应当尽可能地减少不必要的损害，所以应该采

取“能躲避就不自卫”的态度(这是普通法的传统观点)。另一种意见认为,对侵犯者躲避无异于鼓励犯罪,是不光彩的丢脸做法,因此即使能够躲避也可以进行自卫。在美国,后一种意见占统治地位。但是也有极少数州采取前一种态度,不过又作了一些补充。例如:“在使用致命暴力之前,如果防卫人能安全地躲避,则应当躲避”;“但是安全躲避不意味着要离开住处或工作地”。

5. 抗拒非法逮捕问题。非法逮捕仅仅涉及人格尊严和人身自由问题,而不涉及暴力伤害问题,能不能用暴力来抗拒非法逮捕作为自身防卫的合法辩护呢?多数州法律允许以非致命暴力抗拒非法逮捕作为自身防卫免罪辩护。个别州甚至允许使用致命暴力抗拒非法逮捕。这些都是宪法保障人权条款的精神的反映。《模范刑法典》作了相反的规定,不允许用暴力来抗拒警察的逮捕,即使这种逮捕是非法的。

## 二、防卫他人

防卫他人就是法律许可防卫者为保卫他人而对侵害者运用适度的暴力,如果他合理地认为他人处在非法的身体侵害的紧迫危险之中,并且合理地认为为避免这种危险而使用暴力是必要的。同自身防卫比较,不同之点仅在于被保卫的对象不一样。这是理论上的分析。然而为什么要把两者分开规定呢?这同历史发展有关。

英国早期判例不允许为保卫与自己无关的他人而实行防卫;防卫他人仅仅限于同本人有关系的他人,如配偶、父母、孩子、亲戚或者雇员、雇主等。现在英国已不再持这种观点。但是美国现在有半数左右的州仍把“防卫他人”限制在同本人有某种关系的人这个范围之内。另有半数左右的州取消了这种限制,防卫他人可以包括保卫不相识的他人。因此,这些州的刑法典中已不再有自身防卫和防卫他人两种不同规定。根据现代观点,取消二者的差别和限制是合理的。因为,从社会整体利益看,他人(包括不相识的他人)



就是“另一个我”，所以防卫他人就等于自身防卫的延伸。在这个问题上，大陆法的制度比美国更合理。即使在美国把防卫他人同自身防卫分开规定的州里，对两者的要求（构成要件）也基本相同。对“他人”所以要限制范围，主要是因为在实践中存在一些难办的案件，由于对“他人”（主要是不相识的他人）的背景情况不了解，常常把合法的暴力，如警察（或普通公民）合理使用暴力强制拘捕一名犯罪嫌疑人，当成非法侵害而加以“防卫”，使冲突更加复杂化。但是，这和动员公民同违法犯罪作斗争相比，毕竟是小事一桩，所以不能因噎废食。

### 三、防卫财产

防卫财产就是法律许可防卫者为保护其财产免于非法侵犯或盗窃而使用适度的暴力，如果他合理地认为他的财产处在非法侵犯的紧迫危险之中，并且合理地认为为避免这种危险而使用暴力是必要的。如果把防卫他人和自身防卫分开并不合理，那末把自身防卫和防卫财产分开规定则不无道理。之所以要把自身防卫和防卫财产分开规定，主要理由是人身比财产具有更高的价值，对防卫财产作为构成合法辩护时要有更严格的限制。所谓更严格的限制，表现在：（1）防卫暴力不能超过合理的限度。不能因已经造成的财产损害而出于报复目的去使用暴力，在对财产的侵犯已经停止时不得使用暴力。（2）为保护财产免于非法侵犯而使用致命暴力是不合法的。如果在侵犯财产时伴以致命暴力的威胁，那末可以使用致命暴力来进行防卫，但这已经不单是防卫财产，而是自身防卫了。

关于防卫财产的合法辩护，还有两个问题需要讨论：（1）应把住宅同一般财产加以区别，在防卫住宅时使用暴力的限制应小于防卫一般财产，这是因为“防卫庇护生命的住宅同防卫生命一样重

要”。在仅仅是对住宅进行民事侵犯的情况下，防卫的暴力限度适用防卫一般财产的规定。在强行侵入住宅的情况下，视必要可允许以致命暴力实行防卫。对此有些州的法律又认为失之过宽，于是加以限制，规定在非法侵犯住宅企图犯重罪的情况下才允许以致命暴力实行防卫。如果非法侵犯住宅企图杀人、重伤害、强奸的，那末防卫的暴力度应按“自身防卫”的规定要求。(2) 正如一个人不能用致命暴力来保护他的财产免受非法侵犯或盗窃一样，也不能用足以致命的器械来预防其财产免受非法侵犯或盗窃，这类器械有电网、伏击枪、致命的陷阱等。当然，非致命的器械是许可的，如带刺的金属网等。

#### 四、执法防卫

执法防卫就是法律许可警察或者协助警察的其他人为实行合法逮捕或者制止已被逮捕的人犯逃跑而运用适度的暴力。为逮捕轻罪犯或者制止轻罪犯逃跑而使用致命暴力是不合理的。在重罪犯将要逃避逮捕或者从监所逃跑的情况下，抓捕者对其使用致命暴力是许可的。执法防卫可细分为三种情况：

1. 实行合法逮捕。按普通法，警察或其他人在没有逮捕证的情况下，对当场犯重罪或破坏治安的人可以实行逮捕。根据当前美国多数州的法律，警察在下列三种情况下都有逮捕权：(1) 有逮捕证；(2) 没有逮捕证，但有正当理由相信被逮捕者犯了重罪；(3) 没有逮捕证，但是在当场发生的任何罪行。对不是当场发生的轻罪犯，逮捕时一般都要持有逮捕证。但是，近年来有些州的法律也允许警察在没有逮捕证时根据法律规定的某些情况对不是当场发生的轻罪犯实行逮捕。普通公民(在没有逮捕证时)对当场发生的一切犯罪的实行者均可以实行拘捕。

---

这是英国在 1873 年一个判例中确立的观点。

有时,警察对罪犯(重罪或者轻罪)实行合法逮捕(上述三类的任何一类)时遇到反抗,使他有理由相信被逮捕者即将对他进行人身伤害(致死或致伤),并且合理地相信对被逮捕者使用适当暴力(视具体案件可以包括致命暴力)是制止其反抗的唯一办法,在这种情形下警察使用暴力是法律许可的,因为这实际上就是警察进行自身防卫。

和上述情形相似但实质不同的一个问题是:被逮捕者不是企图暴力反抗而是想要逃跑,警察不处于人身受伤害的危险之中,被逮捕者反抗的仅仅是警察的意志,在这样的情形下警察能不能使用暴力(包括致命暴力)?通常认为,警察可以使用致命暴力,如果他合理地相信这是为制止一个正在逃跑的重罪犯所必需;但是警察不能使用致命暴力来制止正在逃跑的轻罪犯。根据生命不可侵犯的观念,轻罪犯逃跑要比他生命被剥夺为好。但对重罪犯就不是这样了。有些学者认为,“警察为制止逃跑的重罪犯可以使用致命暴力”这种观点在重罪犯都可能被处死的历史时代是有道理的,但是在许许多多重罪犯都不会被判死刑(如逃税、行贿、受贿等)的今天,这种观点未免过于严酷,而且在实践中容易导致警察滥用权力侵犯公民的人身权利。因此,把警察逮捕重罪犯时使用致命暴力的权力限制在只能对“危险的重罪犯”的范围内,这样更合理。

2. 防止已被逮捕的人犯从监所逃跑。原则和要求与上述问题相同。司法官吏无权对正在逃跑的轻罪犯使用致命暴力。

3. 预防犯罪的实行和制止犯罪的完成。这个问题一方面同防卫财产(如果涉及侵犯财产罪)和自身防卫、防卫他人(如果涉及侵犯人身罪)这两部分内容有交叉重叠;另一方面,为制止那些既不是侵犯财产又不是侵犯人身的犯罪(如叛国、伪证、色情等)而使用暴力,其合法性就需要另作规定。

早先,普通法许可为制止实行重罪而使用致命暴力,但不允许为制止实行轻罪而使用致命暴力。如前所述,这个规则在重罪相对

较少而且均可处以死刑的年代里是有道理的,但是在重罪概念扩大及许多新的行为而且对许多重罪减轻刑罚的当代,这个规则就需要重新考虑。例如,现行法律规定提出虚假的所得税申报单属于重罪范畴,但是如果有人为制止此种犯罪而在申报人去邮局发送申报单的途中把他打死,法律是不许可的。近代规则把这种权利限制在“危险的”重罪(即有致人死亡或重伤的危险)这一范围内,因此为制止重盗窃(grand larceny)而杀人是不能进行合法辩护的。而且,在行使这种权利时,应以重罪正在进行为限。如果这一重罪在将来实行,那就应当诉诸正常的司法途径,而不应采用“执法防卫”。

这里还有个问题,所谓“危险的”重罪依什么为准,取决于法律规定的重罪种类,还是取决于实际进行的重罪具体案情?一般说来按法律规定为标准,不过有些学者认为按具体案件的实际情况更加合理。

## 第八节 被害人同意问题

### 一、被害人同意

一般认为,被害人同意(consent of the victim)不能作为犯罪人进行合法辩护的理由。因为犯罪行为直接或者间接地侵犯了公众利益,不能私下了结。有几个州法律认为某些轻微犯罪可以通过被告人的赔偿而和解。

在对危害行为实行私人复仇的历史阶段,是否给予制裁(复仇)完全取决于被害人本人或者被害人家族的意志。在对危害行为

---

根据早先英国法律规定,偷盗价值在 12 便士或以上的构成重盗窃,可处死刑;价值在 12 便士以下的为轻盗窃(petty larceny),属于轻罪。据现在美国法律规定,盗窃价值在 100 或 150 美元以上的为重盗窃。

的制裁变成国家行为的历史阶段,是否制裁取决于国家意志(通过法律体现出来),所以一般说来“被害人同意”不能作为免除犯罪人刑事责任的根据。例如,丈夫在身患不治之症而又痛苦不堪的妻子的再三恳求下,给妻子服用超剂量安眠药,因而致她死亡(所谓“安乐死”),丈夫不因妻子事先同意被杀死而免负杀人的罪责。

然而,有些罪的成立要件之一就是“违反被害人意志”,如强奸罪。如果妇女同意,就不构成强奸罪。有些罪(如盗窃)虽不以违反被害人意志为构成要件,其构成要件之一“非法取得”是指侵犯被害人利益而取得,侵犯被害人利益实质上是以违反被害人意志为前提的。如果被盗人“同意”,就不是“非法取得”,也就不构成盗窃罪。

在“被害人同意”可作为合法辩护的理理由的案件中,需要弄清“同意”的素质。同意应当出于自愿。自愿就是在没有外界压力下自由表达的意志,所以“屈从”不是同意。自由意志是达到一定年龄,心理成熟,精神正常的人的一种心理能力。因此,精神病患者和未达法定年龄的人是不能表示法律“同意”的。

“欺骗”虽不是外界压力,但常常影响人的真实意志,所以一般认为,“同意”应当排除“受欺骗”。但是,“欺骗”情况复杂,需要具体分析。从犯罪构成角度看,欺骗可分为“事实欺骗”和“动机欺骗”两类。前者导致被害人对被告人“行为事实”的误解,后者仅仅涉及对“引起行为发生的有关情况”的误解。例如,医生同女患者性交,而她不知道正在发生什么事,她以为这就是医生对她说的进行特殊检查与治疗。这是事实欺骗,该妇女不能被认定为“表示同意”,因为她没有表示同意性交,同意的是接受治疗,所以被告人医生不能免除强奸罪的责任。上世纪的派默雷案和本世纪的依雷案即是。如果医生使妇女相信她接受性交就能治好她的病,因而该妇女同意

---

关于“安乐死”的问题,请参阅本章第十节。

与之性交,这种欺骗属于“动机欺骗”,被告人可以对“强奸”罪进行合法辩护。因为该女患者对性交是同意的,只是因受骗而对被告人的动机产生了误解。医生的动机是罪恶的,但自愿性交行为本身不是犯罪。上世纪和本世纪都有过这样的判例。关于欺骗的两种区分同合法辩护的关系,在某些侵犯财产罪案件中要更复杂一些。

## 二、被害人有罪

被害人有犯罪行为(当然不是共同犯罪)不能作为被告人进行合法辩护的理由,因为刑法的目的是遏制犯罪、惩罚犯罪人,刑事控告不提出被害人的利益问题(民事责任才考虑双方当事人的过错及程度)。因此强盗抢劫小偷的赃物仍然构成抢劫罪,小偷扒窃赌徒从赌场中赢来的钱(赌博在美国多数州是犯罪)仍然是盗窃罪。

这里所说的“被害人有罪”不能作合法辩护的根据,同前面讨论的“自身防卫”、“防卫他人”、“防卫财产”和“执法防卫”不是一回事,这是显而易见的。

## 三、被害人宽恕、和解

宽恕(condonation),就是事后同意。如果说事前同意一般都不能作为合法辩护的理由,那末事后同意更是如此。在犯罪构成以违背被害人意志为要件的案件中,被害人宽恕能不能作为免罪的根据呢?回答是明确的:不能。因为行为人犯罪以后得到被害人的宽恕并不能改变既成的犯罪事实,宽恕本身就以犯罪为前提,没有这个犯罪事实也就谈不上宽恕。而且更为主要的是,刑事诉讼是国家行为。同样,被告人对被害人进行赔偿,被害人得到完全补偿,这种情况也不能作为免罪辩护的理由。

---

至于是否构成其他罪,则是另一回事。

有少数几个州,如肯塔基、密执安、俄勒冈等州对少数几种比较轻微的犯罪,许可私下和解(settlement),认为这样处理也许比国家干预更好些。例如,诱奸之后双方结婚(和解)就无需再判罪;通奸犯罪的受害配偶表示宽恕,国家可以不必再追究刑事责任。

大约有 10 个州有范围较宽的和解法,它包括大多数(甚至全部)有民事赔偿的轻罪,但是对和解的条件规定得比较严格,例如,规定被害一方必须亲自到法院声明已经获得赔偿并同意和解,这样方可停止诉讼。和解的法律条款,被认为有助于“减少诉讼,增进和睦”。但也有不同看法。假定一个人酒后开车(许多州的法律都规定为轻罪)但没有撞伤任何人,由于没有具体的被害人,没有和解机会,倒反而可能被定罪判刑。假定他撞伤了人,甚至撞死了人(过失),则可以根据和解法用金钱赔偿来代替刑事惩罚。这显然不合理。此外,有钱人才有能力支付赔偿金,无钱的被告人也就得不到和解法的好处。所以,和解法被认为实质上是歧视穷人的法律。

被害人同意、被害人有罪、被害人宽恕与和解,虽然除个别例外一般都不能作为合法辩护的根据,但是这些情节对刑法的实际执行部门常常产生重大影响:警察可以决定不逮捕,检察官可以决定不起诉,法官或陪审团可以决定不判罪。他们这样做的理由大致是:(1)法律所防止的损害没有发生;(2)控诉、定罪、判刑没有多大意义,反而可能对侵害人与被害人双方现存关系带来不利影响;(3)可以把刑事司法系统的有限力量集中用来对付那些严重危害社会的犯罪

## 第九节 警察圈套

警察圈套(entrapment)就是警察、司法人员或者他们的代理

---

即有具体的被害人的案件。

人为了获得对某人提起刑事诉讼的证据而诱使他实施某种犯罪的行为;被告人则以他的犯罪行为是在警察、司法人员或者他们的代理人诱使下产生的为理由提出免罪辩护。这就是所谓警察圈套合法辩护。

司法实践中常有这样的情况 and 需要,警察或其他司法人员为了取得嫌疑犯的罪证,设计某种情景(条件、环境)以便促使嫌疑人去实行犯罪活动,从而取得控诉犯罪的证据。例一,警察化装成“烟鬼”以便查获贩卖毒品的嫌疑犯。例二,为得到一个盗窃犯的罪证,警察佯装醉酒倒在路边,故意把半个钱包露在口袋外面,引诱那个盗窃嫌疑者来掏兜。假定这个人真的去掏了兜,警察当场抓住了他。例三,为抓住一个卖淫的妓女,一名穿上便服的警察对这个妇女说:“给你 100 美元,陪我过夜。”她不同意。警察又说:“给你 500。”她还是不同意。警察再次加价:“给你 1000 美元。”她才勉强表示同意。例四,假如在和上例类似情形下,当警察刚说“给你 100 美元,陪我过夜”时,她就立即回答道:“50 美元就行!”以上四例,被告人是否都可以以警察圈套为理由提出合法辩护?是不是只要警察一设圈套被告人就可以以“警察圈套”为理由提出免罪辩护?或者哪些可以,哪些不可以?关键问题是作为合法辩护的警察圈套的成立究竟应当具备什么条件。

根据美国最高法院 1932 年索里尔斯出售烈性酒案和 1958 年谢尔曼出售麻醉品案两个判例,作为合法辩护理由的警察圈套的构成要件是:

(1) 诱使者的身份。必须是警察或者其他司法人员,或者是他们派出的“耳目”;一般公民不能作为诱使者——圈套的设计人。

(2) 诱使者的行为。警察、司法人员或者他们的代理人不仅仅是提供了犯罪机会,还必须以积极行为去诱使被告人实施犯罪。这是构成警察圈套的客观要件。

(3) 被告人的心理状态。被告人本来是无辜的,其犯罪念头是



因司法人员的引诱而萌发的,并不是原先就有的。这是构成警察圈套的主观要件。

1976年最高法院在汉普顿一案中重申了索里尔斯案和谢尔曼案中的观点,不过更强调被告人的主观因素。

根据上述三项构成要件,能够以警察圈套为理由进行合法辩护的,只有例三。该妇女的卖淫意图(犯罪念头)是在警察高额金钱引诱下萌发的,这可以从警察一而再、再而三地抬高“价格”这个事实看出,她的犯罪念头是在利诱下产生的。例四不存在警察圈套的合法辩护,因为该妇女的犯罪念头并非因引诱而临时产生的,而是早就有的,这可以从她的干脆回答和要价低廉看出来。例一和例二,警察只是为被告人提供了犯罪机会,而并没有其他积极的诱使活动。在某些案件中,“提供犯罪机会”和“诱使他人犯罪”往往并不容易区分。

上述构成警察圈套的第一个要件指出,一般公民不能作为圈套设计者。这就是说,假定一个普通公民诱使他人犯罪,被诱使者不能以“圈套”为理由进行合法辩护,因为这构成了共同犯罪。但是,为什么警察和司法人员诱使他人犯罪就可能作为免罪辩护的理由呢?1932年美国最高法院多数法官的观点是:落进圈套的被告人之所以没有罪责的理由是,他是刑事法规的不言而喻的例外。这就是所谓“当然例外”理论。少数法官的观点是:落进圈套的被告人有罪责但不定罪,因为如果被告人落进了普通公民设计的圈套就可能构成共同犯罪,所以不能由于圈套设计者不同而改变被告人的犯罪心态。为了阻止司法官员搞这种应受谴责的动作,使落进圈套的被告人免受刑事处罚是必要的,这应当作为一种政策。这就是所谓“社会政策”理论。美国多数法院采取当然例外观点,但一些学者认为社会政策观点在理论上更有说服力。这是因为,根据公正审判的理念,警察设圈套是同美国宪法规定的“正当程序”原则相

悖谬的。以非法手段取得的证据不能作为诉讼的合法根据。警察圈套作为合法辩护的理由,主要是对司法官员可能滥用侦查权的一种限制。揭露犯罪、同犯罪作斗争,是司法官员的义务,但是他们没有挑起(诱使)犯罪的权利。

对警察圈套合法辩护的第二个(客观)要件和第三个(主观)要件,不同理论有不同的侧重。美联邦系统法院和多数州法院采取侧重于主观要件的态度,认为如果被告人在被设计的圈套引诱时就已经存在犯罪心理倾向,则不存在警察圈套合法辩护的根据。如果被告人的犯罪意图是圈套诱使的结果,就可以进行免罪辩护。判别被告人在实施犯罪行为前是否已经存在犯罪心理倾向的标准,通常是被告人以前有没有类似的犯罪记录。

少数州法院和许多学者主张客观说,认为警察圈套合法辩护成立与否主要不取决于被告人的主观心理状态,而是在于圈套设计者的行为是否足以引起一个假定没有犯罪心理倾向的人去实行犯罪。客观说对主观说的批评是,用过去的犯罪记录来证明被告人后来存在犯罪心理倾向,无异于承认“天生犯人”或者“犯人无法矫正”这种已经遭到否定的犯罪学理论,此其一。其二,犯罪心理倾向常常很难确定,为了“确定”这种倾向,不是求助于被告人过去的犯罪记录,就是给法官留下了过大的自由裁量权。

主观说对客观说的反批评主要是,司法实践中有时会遇到这样的情况:相同的诱使行为对不同的人会产生不同的反应与结果。例如1980年初,联邦调查局一名侦探化装成阿拉伯酋长,接触参议员W和其他6名众议员,对他们许以重金,请他们运用职权在议会里代为“活动”。对这一诱使行为,有人表示同意,有人没有表

---

这一诉讼证据原则,近年来在司法实践中根据美国最高法院的若干决定已有松动。

示同意。这就说明同意者本来就有受贿念头。

总的说来,构成警察圈套合法辩护的三个要件应该统一起来考虑。

如前所述,警察设圈套是一种侦查方法,常常出于同犯罪斗争的需要,但是滥用这种方法又会导致破坏法制、侵犯公民权利的结果。法律许可把警察圈套作为免罪辩护的理由正是为了对这种坏结果起抗衡作用。

在被告人成立警察圈套免罪辩护情况下,警察或者司法人员的责任问题如何解决?

在美国,警察也没有刑事责任。

英国则采取严格限制政策。如果同时具备下列三个条件,则警察不负刑事责任,否则至少应负“教唆”责任:(1)犯罪行为实行者没有造成不可挽回的显著损害,(2)警察并没有实际去参与犯罪活动,(3)这个行动事先得到警察局长同意。

## 第十节 安乐死

安乐死(euthanasia)希腊文的意思是“好死”,就是出于人道主义动机为解除身患绝症的病人的难忍痛苦而人为地加速死亡的行为,或称“怜杀”(mercy killing)。例如,一个无法医治而又痛苦异常的垂死病人为了摆脱这种境遇,要求他的亲属给他超量安眠药,或者要求医生停止对他进行救治。假定病人亲属给了他致死的药,或者医生停止了救治,从人道上考虑这样做可能是对的,因为这个病人活着比死亡痛苦。从法律上考虑,这能否作为免罪辩护的理由?美国的法学界、医学界和宗教界都有不少人认为,安乐死可以作为免罪辩护的理由,因为它合乎人道主义。但是,根据“无权让予生

---

据 1982 年 2 月 17 日美国《太阳时报》报道。

命”的原则,在美国法律上迄今为止还不承认安乐死可以作为合法辩护的理由。

自本世纪三十年代以来,美国有数十起这类案件,其中1件,大陪审团决定不起诉,7件因被告人“一时性精神错乱”而宣告无罪,3件减轻为“非预谋杀杀人罪”,只有1件定为“谋杀罪”。可见,司法实践中对这类案件虽不承认安乐死可以进行合法辩护,但实际处理显然不同于一般杀人罪。

学术界对这个问题近年来予以更多关注。理论上常常把安乐死(怜杀)分为四种方式:

(1) 自愿的安乐致死(voluntary euthanasia),就是根据死亡人的意愿或者得到他同意而实施的致死行为。

(2) 非自愿的安乐致死(nonvoluntary euthanasia),就是没有得到死亡人同意而实施的致死行为,其对象主要是无法矫治的畸形婴儿或者神智昏迷无法表达意愿的危重病人。

(3) 积极的安乐致死(active euthanasia),就是用积极作为的方式实施的致死行为。

(4) 消极的安乐致死(passive euthanasia),就是用消极不作为方式停止生命。

七十年代中期以来的两个判例对解决安乐死的责任问题具有重要的法律意义:

1976年新泽西州最高法院在昆兰案决定中认为,宪法上的私权保障病人有拒绝继续治疗的权利;当主治医生确诊继续治疗已经无效时,病人的最近亲属可以要求停止治疗,这个决定不必经法院批准,但须得到医院“道德委员会”的同意。

1981年纽约州上诉法院在一个决定中认为,对没有任何康复

---

据《美国新闻与世界报道》1985年9月9日一文称,从1920至1985年,美国共发生56起有案可查的“怜杀”案件,其中半数以上发生在1980年以后。

希望的病人的治疗可以在这样的情形下停止——有法定能力的病人(即除精神病人或未成年人以外的病人)自己明确表示拒绝治疗时。

据认为,上述司法决定对未来立法会发生影响。

荷兰议会于 1993 年 2 月 9 日通过一项关于“没有希望治愈的病人有权要求结束自己生命”的法案,从而成为世界上第一个将安乐死合法化的国家。

## 第五章 不完整罪

前述第三章刑事责任基础(犯罪本体要件)和第四章合法辩护(责任充足条件)是从两个层面上对美国刑法犯罪构成的宏观抽象概括。

刑法分则条文规定的犯罪是典型的犯罪构成形态,一般具有如下两个特征:

- (1) 犯罪要件是充分的、完整的;
- (2) 刑罚对象是直接实施了分则条文规定的犯罪行为的人。

就第一个特征而言,有些犯罪行为没有达到刑法分则条文要求的完整程度,这就是所谓不完整罪(inchoate crime),如未遂犯罪。

就第二个特征而言,有些应受惩罚的人并没有直接去实行分则条文规定的犯罪要件,这就是共同犯罪问题。

不完整罪和共同犯罪都是不典型的犯罪构成形态(或称犯罪构成不典型形态),都是刑法总则应有的内容,这样就扩大了刑法分则条文的适用范围。

在犯罪构成双层结构之后,紧接着的两章内容是不完整罪(本章)和共同犯罪(下一章)。

不完整罪形成的历史背景:中世纪欧洲盛行决斗,作为解决私人纠纷的方法却日益明显地产生了更大的社会矛盾,而且也被国家逐渐认为是对司法权的藐视。于是在司法实践中,英国率先出现了决斗罪。由于司法官对其极为敏感,不仅处罚已实际进行的决斗行为,而且逐渐在司法实践中开始惩罚企图(attempt,与“未遂”同义)决斗者和唆使、协助策划(即共谋)决斗的人。企图、共谋、教唆

等情节混杂在同一判例中,它们的共同点是对典型的具有完整要件的决斗罪而言是“不完整的”。到十九世纪时,这三者才各自有独立的构成特征。由于历史上的原因,三者至今仍被包括在一个共同概念(不完整罪)之中(《模范刑法典》除这三者外,还包括“持有犯罪工具”)。大陆法系刑法中没有内容与此相同的概念。

不完整罪,是英美法的一个概念。根据普通法,不完整罪包括未遂、教唆、共谋三种情况。惩罚不完整罪,体现了刑法的预防功能,是刑法主动性的表现,因而被认为是刑法的一种进步。

假定 A 想要杀害 V,但他缺乏勇气去干这件事,于是要求 B 去杀 V。根据美国法律,可能存在四种情况:

(1) 假定 B 同意,并杀死了 V,则 A 和 B 都定为杀人罪(既遂)。

(2) 假定 B 实行了杀人计划,但没有成功,则 A 和 B 都定为杀人未遂。

(3) 假定 B 同意,尚未来得及去实行杀人计划就被发现,则 A 和 B 为共谋杀人。

(4) 假定 B 拒绝 A 的要求,则 B 无罪, A 构成教唆杀人罪。

教唆和共谋,如果从行为人是否直接完成分则条文规定的犯罪构成要件这一角度看,也可以列入“共同犯罪”的范畴。但从行为是否达到分则条文规定的犯罪要件那样的完整程度而言,又可以把它们和未遂一并纳入“不完整罪”这个概念,这是传统的英美法的观点。

## 第一节 犯罪未遂

### 一、定义和渊源

#### (一) 立法定义

未遂(attempt)的定义在各州刑法上不尽相同。纽约州刑法典

的定义是：“犯罪未遂就是行为人怀有犯罪意图而实施了接近完成该罪的行为。”伊利诺州刑法典规定：“犯罪未遂就是行为人怀有特定的犯罪意图而实施了接近完成组成该罪的实质步骤的行为。”普遍认为，纽约州规定的未遂罪范围宽于伊州的规定，因为伊州定义比纽约州定义增加了“组成该罪的实质步骤”的限制。加利福尼亚州刑法典采取了普通法的概念，没有对未遂标准作出明确规定，只规定：“凡企图犯罪但在实行犯罪过程中因受到阻碍而没有成功的人应当受到惩罚。”

## （二）渊源和趋势

在普通法里，“未遂”原理起源于早期的 assault 罪。这个罪的定义是“企图实行伤害”(attempt to commit a battery)。例如，A 怒气冲冲地对 B 说：“我非把你脑袋揍扁不可！”或者举拳以对，A 就构成了 assault 罪。审判实践中，下列情况也构成 assault：A 的拳头已经打出，但没有打中。可见，在 assault 罪中存在两种互有差别的情况，一种是行为处于接近于发生预期结果的阶段(尚未完成)；另一种是行为已经完成但没有达到预期结果(没有成功)。犯罪未遂也存在着这两种情况。

普通法犯罪未遂的第一个判例是 1784 年英国的斯高菲尔特案。斯高菲尔特被指控拿了点着的蜡烛和易燃物品进入他借用的房子企图放火。被告人辩护说：“犯罪的企图本身还不是犯罪。”法院认为：“企图，意图，可以使得某种本来属于无罪的行为(如点燃蜡烛)成为犯罪，而某些已完成的形似犯罪的行为但因缺乏意图而未必构成犯罪(如疯子杀人)。”这说明，意图，企图，在犯罪要素中是非常重要的，惩罚犯罪未遂就是惩罚犯罪企图。在英语中，“企图”(日常用语)和“未遂”(法律用语)是同一个词——attempt。

普通法的犯罪概念要求同时具备行为和邪恶意图两个因素。无害行为不受罚；单单具有邪恶意图也不足以构成犯罪。二者相结合，就可能成为犯罪。例如，为了犯罪目的而占有破门工具(如钢



锯、锁簧破碎器、多用钥匙等)就构成犯罪。但是,如果另一人同样占有这些工具,但没有犯罪意图,便是无害行为,不是犯罪。可见,邪恶意图能把无害行为变成有害行为,因而邪恶意图包藏了对客观世界的现实威胁。根据这种理由,在普通法里发展形成了这样的观念:体现在一定行为(即使是貌似无害的行为)中的犯罪企图本身就是一种应受惩罚的犯罪。这就是犯罪未遂。

从关于犯罪未遂的司法实践来看,有扩大惩罚未遂犯罪的趋势。从下面三个不同年代(三十年代、五十年代、七十年代)的判例中可以清楚地表明这种动向。

例一,1935年加利福尼亚州。被告人D在早晨威胁说要杀死J,下午他到了J和总管劳动的田野。身带来福枪的被告人向他们径直走去,要绕过总管才能到达J那里。在离他们不远处,被告人停下来装子弹,但还没有举枪进行瞄准时J已逃跑。当被告人从总管身旁走过时被总管夺下了枪。初审法院定为杀人未遂。上诉法院撤销了原审判决,认为“缺乏接近完成意图中的犯罪的直接行为”,仅是预备行为,而不是犯罪未遂。

例二,1955年加利福尼亚州。孕妇S请医生P设法帮助她堕胎(加州法律禁止堕胎),P当即让她带回家一个内装堕胎用具的小箱子,并说明天B夫人会去她家进行手术。第二天B夫人如期到S家,进门后,放下窗帘,并开始把手术用具放在厨房煮沸消毒,药棉和酒精也已放到了桌子上,S付给B 525美元。这些行动已用了约三刻钟时间。乘器具还在消毒之机,S去楼上脱衣服。正在此时,警察来到,逮捕了B夫人。B承认她来这里的目的是进行堕胎手术。初审法院判医生P和B夫人为堕胎未遂罪。医生P上诉,认为够不上未遂犯罪。上诉法院维持原审判决,认为器具消毒是现代外科手术程序的必须经过的第一步,器具消毒行为就是堕胎手术的开始,因此是犯罪未遂。

例三,1976年纽约州。C于1976年1月12日同意和联邦调查

局警察合作,以此作为“辩诉协议”(plea bargaining),因为他1975年抢银行被抓获。C用联邦调查局的一辆不标明性质的汽车,内装录音设备和监控装置,以便帮助联邦调查局侦破一个抢银行的犯罪集团。

在C重新同P、Y和S取得联系之后,于1月21日他们开始了抢银行的准备活动:从一家商店买了面具,从医院偷来了外科用手套,买了钢锯把长管猎枪锯短以便携带,等等。

1月22日,他们四人抢了第一银行的一家支行。P是本社区一个工厂的工人,了解发工资日期,说每星期五发工资(美国许多工厂都是周薪制),明天(23日)就是星期五,工人会把手里的支票(工资都是支票)拿去银行兑现,因此银行在这一天必定会准备相当数量的现金。于是决定第二天再做一笔“大买卖”。

23日早晨,一名新成员W参加到这一行动中,他带来了一支左轮手枪,并开来一辆汽车,约好抢完银行之后就把C的车烧毁,乘W的车逃跑。上午11时许,他们来到这家银行的附近,正当他们向银行走去的时候,被从监控装置得到情报的联邦调查局警察抓获。

初审法院判他们为“武装抢银行未遂”。被告人上诉,认为他们还没有进入银行的大门,不能定犯罪未遂,而只能算是“共谋抢银行”。上诉法院决定维持原判,认为他们抢银行的预备行为早已完成,走向银行大门这个行为已经构成接近实行抢银行的实际步骤。

由于抢银行这类犯罪近20年来在美国盛行,危害很大,必须严惩。纽约州上诉法院的决定反映了这种现实需要。一位刑法权威教授说,通过立法规定对那些原先普通法认为不受惩罚的预备行为按未遂犯罪给以刑罚,往往是严厉的刑罚,这种情况变得越来越普遍。

在主观心态为明知(放任)情形下能否存在犯罪未遂?各国刑法理论见解不同。德国和意大利一般认为不能。荷兰、挪威、英国、

美国等国学者认为可能,不过也有争论。

## 二、未遂的理论

什么样的行为是犯罪未遂行为?即预备行为和犯罪未遂的区别界限是什么?这是刑法理论上常有争论的问题。

犯罪行为,从时间概念上看是一个过程,是指时间的“一段”,而不是时间的“一点”。这就决定了犯罪未遂行为的“起点”标准的可争议性。

未遂行为的起点标准,是一个理论性和政策性很强的问题。

从理论上说,它和刑罚目的、刑罚功能密切相关。如果刑罚功能强调报应,注重有实害的既成事实,那就不会把“未遂起点”提得太前。如果刑罚目的在于威慑、预防,那就需要把“未遂起点”适当前移。

从政策上说,刑事政策不仅直接影响量刑的宽严,而且影响犯罪构成和犯罪构成理论。如果刑事政策突出打击,强调不放纵犯罪,那就需要把未遂起点往前推移。如果刑事政策趋向轻缓,强调不冤枉无辜,那就应当严格控制未遂标准。

关于未遂标准,主要有两种理论:

### (一) 犯意确证说(或称“排除歧义说”)

犯意确证说认为,当某个行为具有明显的犯罪意图,行为人的犯罪心理可以从这一行为得到确证,这个行为除表明犯罪而外不能作任何其他解释时,这就足以构成犯罪未遂。

这个理论的提出者是新西兰大法官萨尔蒙德。1924年,他在巴科一案的判词中说:“犯罪未遂就是从表面就能判断出犯罪意图的行为。……另一方面,一个就其性质和表面判断都是无辜的行为不能成为犯罪未遂。……犯罪未遂就是犯罪意图借助某种行为的性质和情节而使之明朗化。……如果一个行为没有越过无害的预备行为的界限而且还保留着忏悔的余地时,那还不能被认为已经

是使犯罪意图明显地表现出来的犯罪未遂行为。”

这种理论旨在从行为人主观意图这一犯罪要件上来确定犯罪未遂行为的界限标准,所以称为主观说。惩罚犯罪未遂,从本质上说,与其说惩罚行为,不如说惩罚意图。所以从这一角度看,犯意确证说不无道理。由于这个标准在实践中难以掌握,所以这一理论遭到许多人的批评。但刑法教授霍尔认为(1940年):“那种断言本身和外表都无害的行为不是犯罪未遂行为是站不住脚的。人们一直认为,根据对有关情节的了解发现一个本身完全无害的行为完全有可能体现某种犯罪意图。”

这种理论在美国市场不大,但是不能说没有任何影响。例如,威斯康星州刑法典规定:“犯罪未遂要求行为人具有实施犯罪行为 and 达到犯罪结果的那种意图,并且要求他确实实施了接近完成犯罪的行为,这种行为明确地表明他形成了那种意图并且将会完成这一犯罪,如果没有他人或者其他外在因素阻挠的话。”该法典起草者说,这一规定的“重点放在行为人由行为表现出来的危险倾向,而不在于他如何接近于完成犯罪。这更符合刑法保护社会和改造犯人的目的”。

## (二) 接近完成说

这是以客观行为特征为标准的犯罪未遂理论,为当代美国大多数州的立法者所采纳,前面提到的纽约州和伊利诺州的立法定义就是例证。

所谓接近完成,就是接近于完成刑法分则条文规定的犯罪要件。“接近于”仍然是一个“跨度”概念,包含着不同的“程度”(接近于完成的距离差)。据此,接近完成说在理论上又可以细分为四类。以杀人罪为例,假定D要杀V,已经准备好了枪弹,摸清了V每天

---

接近完成说相似于大陆法系刑法理论中的“着手犯罪”说,它们的差异在于提法角度的不同。

上班和下班什么时间经过什么地点,总之,犯罪的预备行为已经完成。在某一天预定时间内,D身带手枪出门去某个地点等待V的来临,如果在途中D被抓住,是否构成犯罪未遂?或者D到了预定地点,并实行了埋伏,这时D被抓住,是否构成未遂?或者当V已进入射程,D正举枪瞄准,手指接触扳机,如果这时D被抓住,是否构成未遂?或者D的子弹已经射出,但没有打中,这才构成未遂?接近完成说的四类观点对此有不同结论:

(1) 最后行为说。行为人完成了最后行为仍然没有实现犯罪意图的,构成犯罪未遂。就这个案例而言,子弹射出但未打中,才是未遂。

(2) 界临既遂说。行为人实施了即将达到既遂的行为,构成犯罪未遂。就本案说,举枪瞄准时即构成未遂。

(3) 实际接近说。行为人的行为已在时间、地点等情节上实际接近于完成犯罪的,构成犯罪未遂。在本例中,D在预定的时间和地点进行埋伏时就构成犯罪未遂。

(4) 超出预备说。行为人的行为已经超过了犯罪预备的阶段,构成犯罪未遂。在此案中,被告人D带枪出门往预定地点的进发途中即可构成犯罪未遂,因为去往预定地点这个行为本身已经超出了犯罪的预备阶段。

上述第一说,离完成犯罪的距离最小,也就是最接近于犯罪完成,犯罪未遂的范围最小。十九世纪美国的犯罪未遂理论基本上采取这种观点。

超出预备说和其他三说相比,离完成犯罪的距离最大,也就是最不接近于犯罪完成,犯罪未遂的范围最大。这种观点是本世纪初

---

英国1981年《犯罪未遂法》采纳了“超出预备”说。但此前,主要使用两个标准:一是实质性行为标准,即在具有犯罪意图条件下实施了一项接近犯罪的实质性行为;二是最后行为标准,即完成了走向犯罪的最后一步。

提出来的。第一说和第四说正好相反,未遂的范围过于狭小。

第二和第三两种观点比较适中,在目前刑法理论界得到较多的支持者。

### 三、《模范刑法典》的规定

《模范刑法典》关于犯罪未遂的规定有如下特点:

1. 实施了行为就算既遂的犯罪 也可能存在犯罪未遂。例如,为了犯罪破他人之门而入(burglary),只需有此行为就构成既遂罪,这个罪也可能有未遂。被告人为犯罪目的破门进了屋,但这是一所无主的被废弃的房子。

2. 明确规定“不作为”的情况下有犯罪未遂。例如,对婴儿有进行哺乳责任的人故意停止哺乳(不作为),在婴儿被饿死以前被发现,婴儿没有死。又例如,铁路维修工人希望火车出事故,见到路轨上有障碍而故意不去排除(不作为),在火车开来之前而被发现,没有造成事故。这两例都是不作为的犯罪未遂。

3. “明知”故意 也可能有犯罪未遂。由于过失罪的成立以造成较重大危害结果为条件,这是各国的通例,因此过失犯罪没有未遂。只有故意犯罪才可能有未遂。根据大陆法和英美法的传统观念,只有目的故意(希望故意)才有未遂犯罪。但是《模范刑法典》关于未遂的定义却包含明知故意情况下的犯罪未遂,这也许是绝无仅有的规定。例如,被告人为了破坏竞争者的实验飞机,在该飞机中放了定时炸弹,希望它在空中爆炸;当然他也认识到(明知)飞机的驾驶员会被炸死。炸弹失灵没有爆炸。根据《模范刑法典》的规定,被告人构成两个罪:破坏飞机未遂,杀人未遂。前一个未遂罪是目的故意的未遂,后一个未遂是明知故意的未遂。

---

即大陆法系刑法理论上的所谓“举动犯”或行为犯。

美国刑法上的明知故意相当于有些国家刑法中的放任故意。

4. 未遂概念是指足以确证犯罪意图的将达到完成犯罪的实质性步骤的作为或不作为。这实际上是“犯意确证说”和“接近完成说”的折中方案。法典起草人扩大未遂责任的目的是遏制危险人物。为便于执行掌握这个原则，法典列举了已经足以确证犯罪意图的七种情况都是犯罪未遂，即诱使或设法诱使被害人进入预先设计好的犯罪地；等待、尾随预期的被害人；侦察犯罪地点；犯罪人已进入预期的犯罪地；为实施犯罪已拥有了某种特别设计的犯罪手段；在预期地点占有或收集犯罪资料；教唆无辜者实行了作为完成此罪的条件行为。

#### 四、犯罪不能

犯罪不能(impossibility)是同犯罪未遂密切相关的一种情况，有些国家的刑法理论称之为“不能未遂”，而把其他一般情况的未遂称为“普通未遂”。

犯罪不能就是行为人在某些错误认识的情况下实施了不可能完成犯罪的行为。例如，误把尸体当成活人而加以杀害。

普通未遂，是由于客观方面的原因而没有达到犯罪目的，行为人主观上没有发生错误，而犯罪不能是由于行为人主观认识错误而没有达到犯罪目的。如果说普通未遂在理论上的主要问题在于什么是未遂标准(即预备行为和犯罪未遂的界限)；那末犯罪不能在理论上的主要问题在于刑事责任的界限，即哪些犯罪不能应当负刑事责任，哪些犯罪不能可以不负刑事责任。在这方面，美国的通行理论是把犯罪不能区分为两类：一类是“法律不能”(legal impossibility)，可以作免罪辩护的理由；另一类是“事实不能”(factual impossibility)，视为普通未遂，不可以进行免罪辩护。

法律不能。例如，意图贿赂陪审员，而接受贿赂的人并不是陪审员。在法律上不能构成贿赂陪审员未遂。因为“贿赂”行为已完成(被贿赂者已接受贿赂，非未遂)，而受贿人不是陪审员。但如果

是,企图贿赂陪审员,而馈赠尚未到达陪审员(确实是陪审员)之手时案情被揭发,这是贿赂陪审员未遂。

事实不能。例如,D意图偷窃,把手伸进了他认为可能有钱物的他人衣袋,实际上那是空口袋,构成盗窃未遂。

不过,有些案件很难判定究竟是哪一种犯罪不能。例如,上世纪英国的“花边案”就是被许多刑法学家讨论并发表不同意见的有名案例。英国埃尔顿夫人同她丈夫在欧洲大陆旅行时购买了被认为是质量最高的法国花边,她瞒着丈夫把这些花边藏在马车里的一个袋子中,这个袋子在进英国多佛港时被海关检查官发现,但这花边原来是英国造的,价值低廉,入关时不必交纳关税。然而,埃尔顿夫人是以高价购买的,以为是真法国花边,并意图走私进入英国。美国著名刑法学家沃顿(本世纪初)认为是事实不能犯,埃尔顿夫人应定为走私未遂罪。二十年代塞里教授同意这种看法。五十年代波金斯教授在文章中表明不同意沃顿的观点,认为是法律不能犯。最近,凯迪胥教授虽然同意沃顿的结论,应定为犯罪未遂,但出于不同理由,认为不必纠缠究竟是法律不能还是事实不能,理由应当是“已通过某种行为表露出来的有罪心理是应当受谴责的”这个理念。

可见,在有些情况下区分法律不能还是事实不能是困难的。而且,在某些案件中进行这种划分甚至是不合理的。例如,假定有两个朋友,“事实先生”和“法律先生”,在10月15日上午去D州打猎。该州法律规定,除10月1日至11月30日这段时间外任何其他时间在本州打猎的均以轻罪处罚。就在当天,他们两人都打死了一头鹿。事实先生错误地认为这天是9月15日(意即认为现在是禁猎期);法律先生则错误地认为只有11月份才是法律许可的打猎期(意思也是认为现在是禁猎期)。两人都有错误认识,都把非禁猎期误认为是禁猎期。但一个是事实错误(认错日期),一个是法律错误。“法律不能犯可辩护,事实不能犯不可辩护”,就本案而言,如



果根据这个原则来处理,显然是不恰当的。

依照上面的看法,《模范刑法典》没有采取普通法的传统观点,认为区分法律不能犯和事实不能犯是不必要的。基本观点是,犯罪不能(包括通常所指的法律不能)原则上不能作为免罪辩护的理由。特殊情况是:“如果一个未遂行为是如此地根本不可能导致完成犯罪以致该行为和行为人没有呈现意图实施的罪的那种社会危险程度,法院有权减轻刑罚等级,或者在非常情况下也可以驳回控告”。这就是说衡量标准是社会危险性。例如,用念咒语方法来打开保险箱等就属于这类“特殊情况”。《模范刑法典》的观点,从六十年代以来已被大约半数的州所采纳。

## 五、放弃犯罪(renunciation)

美国刑法上没有“犯罪中止”这个术语,但有些州的法典上规定的“放弃犯罪”其实就是中止犯罪的意思。放弃犯罪,应当是自愿的、彻底的。

有些州把放弃犯罪放在犯罪未遂条款之后,规定应当减轻其刑罚。

有些州把放弃犯罪放在免罪辩护章节里作为一种免罪辩护的理由,如纽约州刑法典。

## 第二节 犯罪教唆

犯罪教唆(solicitation)是指请求、要求、纠缠、引诱、唆使、暗示、鼓励、煽动、刺激他人实施犯罪的行为。

教唆行为的方式包括:言词、文字、动作、姿态和表情等。

英国第一个教唆罪(把教唆规定为实质性犯罪)的判例是1801年赫金斯案。被告人唆使某人家的一名仆人去偷窃主人的东西,仆人拒绝了这个要求。

美国第一个教唆罪的判例是 1834 年莱勒斯案。现在美国有些州把犯罪教唆规定为独立的不完整犯罪,少数州则把它作为共同犯罪处理。

在美国,犯罪教唆有以下两类不同情况:

1. 作为普通法罪,有两条限制:

(1) 被教唆的须是重罪,或者再包括有限几个特定的轻罪,如妨碍公正审判、妨害治安、危害公共福利等罪。如果教唆他人去实施其他轻罪,则不构成教唆罪。

(2) 教唆罪一概以轻罪处罚。

2. 作为制定法罪,存在三种情况:

(1) 教唆他人实施任何犯罪都构成教唆罪;

(2) 教唆他人实施任何重罪才构成教唆罪;

(3) 教唆他人实施法律明文规定的某些罪才构成教唆罪。

《模范刑法典》关于犯罪教唆的规定代表了当代美国关于处理教唆犯罪的政策趋向 :

(1) 扩大刑事责任范围,即教唆他人实施任何罪都可以构成教唆罪。

(2) 教唆罪不一定作轻罪处理,同普通法的传统态度相比,加重了对教唆罪的处罚。

《纽约州刑法典》按所教唆的罪的等级以及被教唆者的年龄差别,把教唆罪分为五级。

关于“教唆未遂”问题。美国刑法中教唆罪的构成,只要求行为人有教唆他人实施犯罪的行为,而不要求被教唆者实施了教唆的罪。这就是说,有了教唆行为就构成既遂罪。那末,教唆未遂,就是指教唆的信息还没有达到被教唆者。从理论上说,教唆未遂的情况

---

1961 年美国只有 9 个州把教唆行为规定为一般性的实质犯罪,到 1980 年已经超过 30 个州。

是完全可能存在的。但是多数学者认为,教唆未遂不应当、至少是不必要受罚。因为从整个犯罪的客观过程看,教唆行为相当于犯罪的预备行为,甚至是预备行为以前的行为;教唆未遂实际上也就相当于预备行为的未遂。处罚这种行为并不完全符合刑法的基本目的。当然,这种观点侧重于行为对客观世界造成的危害;如果侧重于行为人的主观危险性,那末认识就不会是相同的了。

### 第三节 犯罪共谋

犯罪共谋(conspiracy)在普通法里是一种比较古老的犯罪,最初见于十四世纪初的判例中,主要是叛逆罪。到十七世纪,扩大了犯罪共谋的范围,除叛逆罪外,还有一些其他的重罪。

犯罪共谋作为一种犯罪,有两个特点:(1)它是一个不完整罪,使一个人在距离完成他所意图的犯罪很远的阶段上所实施的行为成为独立的罪;(2)这个罪的要害在于有组织犯罪对社会和国家管理活动所造成的威胁。

《模范刑法典》对这个罪的规定同《美国联邦法典》第18篇(联邦刑法)的规定很不相同。联邦立法的基本精神是突出集团犯罪的危险性,《模范刑法典》则表现了“降温”倾向。《模范刑法典》在其“评论”中指出,规定共谋为犯罪,作为法律干预,它针对共同犯罪的协议。犯罪共谋实际是处于着手实行犯罪以前的初期预备行为。因此,它只是不完整罪,应更多地强调个人责任。

美国多数州关于犯罪共谋的规定仍然采取“共同犯罪比个人犯罪更危险”(二人共同犯罪的危害与危险大于两个单独犯罪之和)的联邦刑法关于共谋犯罪的观点。如果说犯罪未遂的核心问题

---

《模范刑法典》在许多重要条款之后附有“评论”,评论的基本内容是立法比较、理论争议、得失考虑等。

是通过行为外化了的犯罪意图,那末犯罪共谋就这一点而言更为明显。法律惩罚“犯罪共谋”的目的在于把危险的有组织犯罪扼杀在萌芽状态,即惩罚共同犯罪的“预备行为”甚至是“前预备行为”。它是保卫社会、维护法律秩序的有力武器。

在理论上,犯罪共谋的目标不一定是实行实质犯罪,关于实施民事过错行为的“协议”就可以成立犯罪共谋。而且,对犯罪共谋的惩罚甚至可以重于所要完成的罪,有些州规定共谋犯轻罪也构成重罪。因此,犯罪共谋的构成要件本身就蕴含着被滥用的潜在危险。有些学者批评犯罪共谋立法同宪法第一条修正案(自由条款)精神不一致。例如,五六十年代一些持不同政见者,包括劳工运动组织者以及共产党政治活动家曾被根据犯罪共谋法律进行司法起诉。但是,对一些经济犯罪,包括各种白领犯罪和贩毒活动,犯罪共谋立法起着积极作用。《模范刑法典》就是抱着保留其长处抑制其短处的宗旨来规定犯罪共谋条款的。

犯罪共谋是刑法总则的一个概念,就是两个或更多人之间为了实施犯罪,或者非法行为,或者用犯罪手段来完成一个本身不是犯罪的行为而进行协议。犯罪共谋有以下四个要件:

- (1) 必须有两个或更多人之间的协议(agreement);
- (2) 这个协议的内容是关于实施犯罪,或者实施非法行为,或者用犯罪手段来完成一个本身不是犯罪的行为;
- (3) 共谋者必须有为执行这个计划的特别意图;
- (4) 必须有表明共谋者意图存在的“外部动作”(overt act)。

关于犯罪共谋的构成特点和刑事责任等方面有以下几点需要特别说明:

1. 心理要件。为成立犯罪共谋,共谋者应当知道共谋内容,并且有实现共谋内容的目的。知道共谋,就是知道除自己以外还有他人共同参与这个谋划。知道共谋内容,只需要知道基本内容,不一定要知道全部细节。

2. 实质要件。协议,是犯罪共谋的实质核心。协议通常用言词或文字来表达,有时共谋者行为的周围情况或事实也可以成为“协议”。通常这种协议应当伴随有足以判别协议的“外部动作”。构成外部动作的行为也不一定是作为共谋目标的实质犯罪的行为。“外部动作”是表象,协议是内容;外部动作是说明协议确实存在的一种证据。

3. 共谋者的责任。为了对全部谋划的罪行负责,共谋者不一定要了解共谋的全部细节,也不一定要认识全部共谋者,也不一定要知道其他共谋者所起的作用。共谋者除了对自己行为负责外,还应对促进共谋计划实现而实行的一切行为负责。

4. 中止共谋。为了吸引已经参加犯罪共谋的人放弃犯罪计划,“中止共谋”可以作为辩护理由。中止共谋情况下的责任,联邦法院的判例比《模范刑法典》的规定严格。联邦法院的判例是:中止共谋并不免除全部共谋罪责,而是免除退出共谋活动以后的其他共谋者所实行的犯罪的责任。而《模范刑法典》规定:参与共谋的行为人在完全并自愿放弃犯罪意图的情况下,主动或协助司法部门挫败了共谋犯罪,则可以免罪。

5. 罪过证明。协议是犯罪共谋的要害问题,因此证明协议存在便成了证明犯罪共谋的关键。绝大多数共谋犯罪的协议都是秘密的,这就增加了证明共谋犯罪的困难。因此,情况证据(circumstantial evidence)常常是最主要的证据,有些案件除了情况证据外简直再也找不到其他证据来证明共谋协议。这是审理犯罪共谋在诉讼证据制度上的一个特点。

6. 并罚问题。美国许多州把共谋罪和完成罪(即共谋的计划已经实现)作为两个罪来定罪,一个是作为不完整罪的“犯罪共谋”,另一个是作为完整罪的共同犯罪。例如,两个人在共谋抢银行之后确实又抢了银行,则定为两个罪:共谋抢银行罪和抢银行罪。如果某个犯罪的共谋和完成都是在同一个州,两个罪在同一法院

作为一个案件来审理,那末在二罪分别量刑之后常常按合并(吸收)原则来决定应执行的刑罚,有些州的刑法典已经作了这样的明文规定。但是,如果共谋罪和完成罪不在同一个州发生,因而不属同一州管辖,那就或者采取引渡办法交给一个法院审理,或者是两处审理交给一处执行(这样的情况常常就不按吸收原则来决定应执行的刑罚)。

7. 共谋罪的等级。纽约州刑法典按所共谋的罪的等级和共谋者的年龄(16岁为一条界线)的差别,把犯罪共谋分为六级。有些州不作类似这样的等级划分。

8. 关于“保安处分”。美国刑法上没有“保安处分”这个概念和制度。其实,世界上没有一个国家没有一套适合它需要的保社会之安、保执政之安的措施,不同的只是各有各的特色。就美国而言,除了对精神病人和慢性酒精中毒者强制医疗,以及停止或吊销执照、禁止从事某种职业等任何国家都有的行政措施外,起社会保安作用的两项刑法制度是:(1)对重罪犯宣告不定期刑,如法院宣告对某犯罪人判处三年至十年监禁刑,或者仅宣告“x x 年以下监禁”(上限一般较高)。(2)对危险的共同犯罪规定犯罪共谋,其实就是惩罚早期的犯罪预备行为。这两项制度,从实际作用上看,可以被视为美国刑法上的不称为“保安处分”的保安处分。

9. 所谓“不罚预备”。英美刑法的一般原则是不罚预备。实际意思是不泛泛地惩罚犯罪的预备行为,因而并不排除法律专门规定的犯罪预备行为构成犯罪。既然法律作了专门规定,就成为一个独立的罪,因而也就被排除在“预备行为”这个概念之外。许多“占有型罪”就属于这种情况,例如,意图犯罪而占有犯罪工具,意图犯罪而占有易燃易爆物品,意图扩散而占有色情书刊等。上文已经提及,犯罪共谋实际是有组织犯罪中的早期预备行为。另外,有些单独犯罪的“犯意表示”也构成犯罪,例如,有的司法辖区的法律关于卖淫罪有这样的条款:“为得钱而同意进行性行为的也是卖淫。”

## 第四节 罪 数

在叙述完第三章刑事责任基础(犯罪本体要件)和第四章合法辩护(责任充足条件)以及第五章不完整罪之后,应接着加一章罪数(犯罪构成数量形态)。因罪数这一问题的内容过于单薄而难以成为一章,只得置于第五章之末作为一节。罪数问题并非不完整罪范畴,这是需要说明的。

同一行为构成两个以上罪的,对各罪均应追诉。这是美国刑法不同于大陆法系刑法的一项原则。这个原则显示了美国刑法的严厉性。“同一行为构成两个以上罪”有多种含义:一个被告人在一次打斗中伤了几个人,可定几项伤害罪;开一枪打死打伤各一人,构成杀人和伤害两项罪;某人殴打并威逼一妇女令其跟随到他家,进而实施了性行为,这一行为过程(同一行为)构成了三项罪,即殴打罪、绑架罪和强奸罪。复合行为(手段行为和目的行为)构成的罪,如果手段行为超过限度而构成犯罪的,则可以与目的行为实行数罪并罚,如前例。犯罪结果超过限度而构成犯罪的,则可以与犯罪行为实行数罪并罚,如放火造成人员死亡的,应构成放火罪和杀人罪(视情况可能是故意杀人也可能是过失杀人)实行并罚。美国刑法和刑法理论中没有想象竞合和牵连犯概念。可见,罪数(一罪与数罪区分)的标准,既不是采行为说,也不是采结果说;既不是采犯意说,也不是采构成要件说。或许可称作“法定”说,即行为或者结果符合几项法律规定便构成几个罪。这是美国刑法罪数概念的基本原则。根据这个观念,下列情形也要实行数罪并罚:犯罪人在抢银行之前有共谋的,构成共谋抢银行和抢银行两项罪。这显然过于严厉,甚至有违常理。所以六十年代以来在刑事立法中出现了一些变通,使刑法显得不那么过分严厉。《模范刑法典》总则第 1.07 节规

定了“数罪”不并罚(即所谓并合罪)的几种情形：

(1) 一罪被他罪所吸收,有三种情况:

a. 一罪成立的全部或部分事实已被包含在他罪之中;

b. 基本罪吸收该种罪的未遂或教唆;

c. 一罪与他罪的区别仅在于,对同一人、同一财产或公共利益,它所造成的损害较后者为轻,或者成立此罪所必须的罪责较后者为少的。

(2) 一罪仅为他罪的共谋或预备行为。

(3) 为构成两个以上罪要求不同的事实要素而如果被告人只有一个相同行为时。

(4) 存在一般与特殊关系的法条竞合时。

(5) 持续行为未被中断的。

需要指出,这是美国刑法中关于罪数问题规定得最为详细的,事实上在州刑事立法中全部采用《模范刑法典》的观点的几乎没有,有的只是采用其部分规定。一般说来,当代美国刑事立法和司法中的并合罪,主要是吸收犯,而且并合罪基本上只存在于罪质相同,仅仅程度有差异的数罪之间。所以,美国刑法(立法和司法)中并合罪的范围远远小于大陆法系刑法中的并合罪。

---

考虑到英汉直译很难被我国读者理解,这里借用了我国一些刑法术语来表述其相似的含义,而并非条文直译。



# 第六章 共同犯罪

## 第一节 共同犯罪

共同犯罪(group criminality 或 joint crime) 是单独犯罪的相对概念。共同犯罪所要研究的主要问题是:(1) 根据什么条件(主观方面的和客观方面的)确定刑事责任范围;(2) 按照什么方式(从属地或者是独立地)使没有直接实施刑法分则条款规定的犯罪行为的人对这个犯罪负刑事责任。

关于共同犯罪的立法和理论,两大法系差别较大。大陆法系在十九世纪以前,对共同犯罪人采取二分法:主犯(正犯),从犯(帮助者和教唆者)。名称上即已表明是按从属方式来承担责任,即:主犯被定罪从犯才被定罪,主犯被判刑从犯被判刑,主犯既遂从犯才既遂,主犯未遂从犯也是未遂。但是,社会实践经验说明,把教唆者作为从犯论处,实际上是放纵了主观恶性大的犯罪人。于是,十九世纪开始,刑事立法上出现了第三种共同犯罪人——教唆犯。把教唆犯从原来的从犯中分出来,采取三分法形式,以便加重对教唆犯的惩罚。不过承担责任的方式仍然是从属性原则,因为教唆犯的既遂或未遂以被教唆者是否实行教唆的罪为转移。

英国普通法里传统的共犯模式是把共同犯罪人分为四类:

一级主犯(a principal in the first degree),就是其行为直接产生犯罪结果的共同犯罪人,也就是直接实施刑法规定的犯罪行为

---

共同犯罪,如果指人而言,美国立法上常用这样一些术语: parties to crime(犯罪同伙)或者 accomplices(同谋犯)。

的人,相当于大陆法系刑法上的主犯(正犯)。

二级主犯(a principal in the second degree),就是在犯罪现场对一级主犯进行帮助或支持的共同犯罪人。

事前从犯(an accessory before the fact),就是不在犯罪现场而给一级主犯实施犯罪以帮助或支持的共同犯罪人。

事后从犯(an accessory after the fact),在一级主犯实行犯罪之后,帮助他逃脱司法追究的犯罪人。如果事先有协议,则属于事前从犯。

可见,一级主犯是共同犯罪活动的核心,其他共同犯罪人均从属于他。但是,英国在1967年《刑事法令》颁布后,共同犯罪人一般只划分为主犯和同谋犯。

### 一、承担责任的方式——共同犯罪人个人责任的独立性

当代美国刑法,尤其从六十年代开始,以《模范刑法典》为里程碑,打破了传统的共犯承担责任的从属方式,采取了共犯独立原则。认为共同犯罪中各犯的人格独立,各有各的责任,他们各自对社会的实际危险性并不总是同他们在共同犯罪中的行为类型(实行、帮助、教唆、指挥等)相一致。共同犯罪人之间既相互勾结,又彼此利用,所以不能只根据行为类型来确定责任。刑法分则条文规定的犯罪行为的实行者(perpetrator)的定罪和量刑无需在刑法总则里另作规定。原先普通法上的二级主犯和事前从犯在《模范刑法典》里统称为“同谋犯”(accomplices),而不再用主犯(principal)和从犯(accessory)这类字样。普通法上的最后一类事后从犯,其实不是共同犯罪人,按“妨碍审判罪”另作处理。《联邦刑法》于1976年

---

实行者,即普通法上所称的一级主犯。

同谋犯,就是除“实行者”以外的共同犯罪人,相当于大陆法上的从犯和教唆犯。但是,现代美国多数司法区法律上不用“从犯”这个术语,是为了强调共同犯罪人的独立性。

废除了主犯与从犯的区分,规定:“凡实行犯罪或者帮助、唆使、引诱、促使、要求他人犯罪的,都按主犯处罚。”帮助者或唆使者按主犯处罚,其中心意思就是他们的刑事责任不从属于实行者(传统意义上的主犯),既然在责任上都是独立的,当然无需再分主与从,所以都按主要者处罚。联邦刑法的规定,从表面看似乎只是普通法“共同犯轻罪不区分主犯与从犯”这一习惯做法的升格(升为共同犯一切罪),其实是最彻底的共犯独立理论。不过,在法律上这样规定的目前只有《联邦刑法》,更有代表性的还是《模范刑法典》。以此为蓝本的伊利诺州刑法典的规定是:

“为他人行为负法律责任的人 应当按照已实施的应受谴责的犯罪来定罪,即使实行该犯罪行为的人 没有被控告或者没有被定罪,或者被定不同的罪或者同罪名而不同等级,或者不受审判,或者已被宣告无罪。”

说明:

(1) 行为的实行者无罪,而其他参与人有罪的例子。例如,帮助他人自杀,根据现代法自杀不是犯罪,但帮助他人自杀的人是有罪的,美国多数州刑法里都有帮助他人自杀罪。

(2) 行为的实行者如果有外交豁免权而不受控告,其他参与人仍应被定罪判刑。

(3) 行为的实行者是既遂,其他参与人也可能是未遂。例如, A 借枪给 B 的目的是为了杀 C, B 把枪拿走之后第二天,向 C 开枪射击,发生差误,结果打死了 D。B(实行者)定杀人既遂, A 定帮助杀人(杀 C)未遂。

(4) 共同犯罪人(实行者和同谋犯)里有人放弃犯罪,其他人

---

联邦刑法虽然保留了“事后从犯”的概念,但实际上是借用旧词来表达一个独立的犯罪,并不是共同犯罪。

即同谋犯。

即实行者。

的定罪不受影响。

下面的一个英国案例(1975年)也体现出共同犯罪人在承担刑事责任上的独立性。

被告人L强迫他的妻子同C发生性行为,那时C已喝醉了酒,L告诉C说他妻子有个怪脾气——表面上的反抗掩饰着内心的兴奋。C信以为真,于是强行同L的妻子发生了性行为。初审法院判二人犯了强奸罪,C为主犯,L为教唆、帮助犯。上诉法院认为,C在当时真实地但并不合理地相信L的妻子同意和他性交,因而撤销了对C的定罪。于是,L以C不定强奸罪他也就不能定教唆、帮助犯强奸罪为理由提出再上诉,上诉请求被驳回,最后L被定为强奸罪的主犯。

然而,在英国和美国的绝大多数州,丈夫在法律上不能作为强奸妻子的被告人。如果C被定为强奸罪主犯,L是帮助或教唆犯,这是没有问题的。但是,作为丈夫的L如何能被定为强奸罪的主犯(犯罪构成行为的直接实行者)呢?英国法院的理由是:“当夫妻关系存续期间,一个人不可能以自己的身体行为去强奸自己的妻子,因为根据结婚仪式这一事实法律上推定双方间性行为的彼此同意。……但是,当一个人主动促成他的醉酒朋友替代他去实现这种身体行为时,法律上的这种推定就不存在了。”《纽约州刑法典》关于“为他人行为负刑事责任”条款有相似内容:“在被告人的刑事责任以他人行为为基础的案件中,下列情况不能作免罪辩护的理由:所控告的罪只能由特定身份的人才能实施,而被告人没有这种身份。”

上面说明了共同犯罪中个人责任的独立性。共同犯罪还有另一面——犯罪活动的连结性,这就是共同犯罪人对他人行为负责(确定刑事责任范围)的基础。

## 二、刑事责任的范围——共同犯罪活动的连结性

犯罪活动的连结性,使得共同犯罪的所有参与人都要对实现共同计划过程中造成的一切可以预见的危害结果承担责任。构成共同责任的条件有两个方面:犯罪意图方面的联系和客观行为方面的联系。

### (一) 共同犯罪意图

1. 判例法原则。许多判例形成了这样一条原则:同谋犯对实行者(主犯)在实行共同犯罪计划过程中所发生的一切“当然的可能后果”(natural-and-probable-consequences)承担责任。这种观点实际上是把共同犯罪计划和共同犯罪意图划等号,因而过于严厉,带有明显的客观归罪色彩,实质上可以得出共同犯罪未必要有共同犯罪意图的结论。因此,这种观点逐步受到限制。明确要求共同犯罪意图才能构成共同责任的主观基础这种观点在新的刑法典里体现得日益明显。

2. 可预见原则。所谓要求有共同的犯罪意图,并不是要求对一切具体行为都有相同认识,只要求“能够预见”到为执行共同犯罪计划而附随发生的结果。这就是说,共同犯罪意图就是犯罪参与人对由共同计划决定的犯罪行为的基本性质和由该行为基本性质决定的发展趋向方面有大体一致的认识,而不要求对犯罪进行过程中的一切具体情节都有相同认识。例如,A、B、C三人事先商议好去D家实行抢劫。A和B进入D家,C在外面望风。在抢劫过程中,D进行抵抗,被B杀害。与此同时,D妻从外面回家,在门口就被C杀死。这样,A、B、C三人都应当对D及其妻子的死亡负谋杀的罪责。虽然C当时可能不知道B杀了D,A和B当时也可能不知道C杀了D的妻子,但是由于抢劫这一犯罪行为的性质决定了会用暴力(包括致命暴力)来抵制各种形式的反抗,所以D及其妻子被杀害都没有超出抢劫犯罪发展趋向范围,因此都是可以预见

的。不仅如此,根据美国多数司法区的规定,在下面案件中犯罪参与人也应对死亡负谋杀的责任: A、B、C 三名抢劫犯在抢劫后逃跑时被警察追捕,双方发生枪战,在枪战中 A 非故意地击中了 C,则 A 和 B 均应对 C 死亡负谋杀(重罪·谋杀)的罪责。

3. 潜在同谋犯(potential accomplice)。由于共同犯罪的基本问题是研究同谋犯在什么条件下要对犯罪构成行为的实行者(主犯)的行为负责,而不是反过来。所以,关于共同犯罪的共同犯罪意图这一要件并不一定要求实行者认识到是否有他人在帮助自己;因为有或者没有,都不影响定罪和量刑。但是,要求帮助者认识到他是在帮助他人实施犯罪。这种被帮助人不知情的犯罪帮助者称为潜在同谋犯。潜在同谋犯规则并不违反共同犯罪要求共同犯罪意图这个原则,只不过是一种特殊形式的共同犯罪意图。这就是说,“共同”犯罪意图是指犯罪意图的“相同性质”,而未必都要“彼此知道”,只要帮助者知道他在帮助别人犯罪就算是具备了共同犯罪意图。

何谓共同犯罪“意图”? 犯罪意图是指共同犯罪“目的”还是指共同犯罪“认识”?对此法律没有明确规定,学者们的认识也并不完全相同。1939 年有名的威尔逊案就是例证。被告人威尔逊被科罗拉多法院定为有罪地帮助与支持皮尔斯去实施“破门入户”(burglary)和“偷窃”(larceny)。案情是,他们两人在某晚一起喝酒,威尔逊发现他的怀表丢失,怀疑是皮尔斯偷的,皮尔斯坚决否认。他们当时没有再为此事争执下去。随后话题转到了犯罪技巧问题。接着他们决定当夜潜入一家商店,随即付诸行动。威尔逊帮助皮尔斯从门楣上钻进了那家商店。正当皮尔斯在店中时,威尔逊给警察打电话报告了情况,然后又返回商店接过了皮尔斯从门楣上递给他

---

相当于大陆刑法理论上的“片面共犯”。

外国刑法通常只规定从犯可从轻处罚,而不规定主犯应当从重处罚。

的几瓶威士忌酒。当警察到达时,威尔逊告诉皮尔斯在店中。皮尔斯发觉来了警察,于是从后门逃跑了。威尔逊便带领警察到皮尔斯的住处,把他逮捕。威尔逊告诉警察,他所以同皮尔斯一起搞这个勾当,目的是为了通过这种办法使皮尔斯被捕从而查出确实偷表这件事。后来,威尔逊也被逮捕判罪。初审法院认为:“想要侦查别人犯罪的人本身必须不参与犯罪活动或者不给犯罪提供帮助。”上诉时,科罗拉多州最高法院撤销原判,在决定中引用了沃顿《刑法》中的一段话:“侦探表面上参与一项犯罪性共谋活动,其目的是为了戳穿这个犯罪活动,不构成事先从犯。应当记住,侦探(作为圈套)可能表面上引发犯罪,但是缺乏构成犯罪决意的要件。”这就是说,威尔逊表面上似乎和皮尔斯具有共同认识,但实质上缺乏共同犯罪目的。

有些学者对科罗拉多最高法院的决定提出质疑,认为威尔逊不是侦探,不是司法人员,引用沃顿的论述未必妥当。

有人认为威尔逊虽然没有犯罪目的,但是具有犯罪故意(认识),即明知自己在为他人实施犯罪提供帮助,所以仍然应当构成共同犯罪。

这就提出了这样一个问题:作为共同犯罪要件之一的犯罪意图,是仅指目的故意,还是也包括明知故意?

《模范刑法典》的前几稿认为,明知故意可以构成共同犯罪,而且国际上也有这样的判例和法例。在1962年《模范刑法典》定稿时,美国法学会否定了这种观点,认为同谋犯(帮助者)应当具有达

---

1943年,德国根据当时情况修改了德国刑法典,除原规定的“教唆犯重罪”外,从犯分为两类:事前从犯和从犯。事前从犯是“凡故意地通过馈赠或者允许,通过威胁,通过滥用威信或者权力,通过故意造成错误,或者通过任何其他办法,引起他人实施应受刑罚处罚的行为的,……按其所引起的罪处罚”。从犯是“凡知道帮助主犯实施重罪或者恶劣轻罪的,……但可按所帮助之罪的未遂罪处罚”。1975年德国新刑法取消了这种分类,把这两种情况合并为一条“帮助犯”——“故意地帮助他人实施故意的违法行为的是帮助犯。”根据历史的对比,可以认为这种规定是排除了“明知故意”的帮助。

到实行者所追求的目标的真实意图(目的)。

有些虽不具有帮助他人犯罪的目的,但是认识到或者估计到自己的行为可能在促进他人犯罪,这种行为被视为共同犯罪确系不妥,但不予处理也不符合社会利益。因此,纽约刑法典创立了一个独立的新罪——犯罪促进罪(facilitation),作为第四种不完整罪。亚利桑那等少数州也仿效纽约州刑法在法律中规定了这种罪。犯罪促进罪成立的要件是:行为人认识到自己的行为很可能为意图实施犯罪的人提供犯罪的手段或机会。纽约州刑法典按所促进的罪的等级以及被帮助者的年龄(16岁为一条界限)的不同情况,把犯罪促进罪分为四级。

## (二) 行为之间的联系

刑法分则犯罪构成要件的行为的实行者,其行为同犯罪结果之间具有因果关系,这是明白无疑的。帮助行为同犯罪结果之间的联系须通过实行者的行为这个中介因素体现出来。因此,要恰当地使帮助者对犯罪结果负责,就应当研究帮助行为同实行行为之间的关系。

为使帮助行为对犯罪结果负责,是否必须以“没有这个帮助行为就没有这个实行行为”这种性质的关系为前提?刑事立法没有明确回答这个问题。1951年,英国王座法庭关于威尔科克斯案的判决回答了这样的问题。

英国一家杂志《爵士乐欣赏》的出版商威尔科克斯在伦敦鲍街治安法院被指控在1949年12月11日非法地帮助和支持霍金斯违反1920年的《外侨法令》第一条第四款而构成犯罪,该项法令规定外国人未经有关当局批准不得在英国从事有酬或无酬职业。霍金斯是美国有名的萨克斯管乐教授,应伦敦一个爵士乐俱乐部两位绅士的邀请来英国访问。出版商威尔科克斯是去机场欢迎美国

---

纽约州把“不完整罪”称为“提前发生的罪”。



教授的许多人里面的一个。出版商虽然没有安排这次访问,但他知道教授的来访,并且在他的杂志上报道了这则消息。显然,他认为教授来访对他和他的杂志是有好处的。两位邀请人在伦敦普林斯剧院为教授安排了一场音乐会。威尔科克斯作为听众并且自己出钱买了门票参加了音乐会。教授受到了听众的鼓掌欢迎,威并没有站出来以英国音乐家名义抗议美国教授在这里同英国音乐家竞争并从他们嘴里夺走了面包。虽然不能证明威在音乐会上为教授欢呼,但在他的杂志上登载了赞赏音乐会的详细报导和照片,这是有据可查的。因而治安法官判定威尔科克斯帮助和支持了霍金斯的非法行为。被告人威提出上诉,理由之一是:“如果没有他的支持,音乐会照常进行。”上诉法院认为,美国教授霍金斯的行为是非法的,威尔科克斯知道这一点也是无疑的,而且他出席音乐会并在他的杂志上发表颂扬性的报道,无疑是对教授非法行为的鼓励,而且他参加音乐会是为了使他的杂志获得版面,因此上诉法院驳回了威的上诉。

支持上诉法院的决定的,还可以找到 1894 年法官托里弹劾案。死者 R 勾引法官托里的妻妹,为了报复,法官的两位妻舅为杀害 R 而追赶到 S 镇附近。法官到了 T 邮电局,在那里他发现 R 的一个亲戚给 R 发电报告诉他说有人在追踪他。法官发了自己的一份电报,并告诉他认识的发报员说暂不要发那一份电报。发报员确实扣留了那一份电稿。后来两兄弟追上了 R,并杀死了他。根据这些事实,法院判定法官托里为两兄弟的同谋犯。法院认为:实施了便于主犯实现犯罪目的的帮助行为,就足以构成共同犯罪;不要求帮助行为和犯罪结果之间具有“没有此就不会有彼”这种因果联系。杀人罪中的帮助行为,只要证明这种行为使死者处于不利状态,使死者丧失了一次求生的机会;不必证明“如果没有这种帮助,死者就能利用这种机会而不致于死亡”。

有些学者对上述判例加以理论说明,认为“因果责任”和“辅助

责任”这两个概念有差别:如果被告人被认为是引起了犯罪结果,那末控诉一方就必须至少证明“如果没有被告人的行为就不会有这种结果”;如果被告人被认为对通过他人的中介行为(刑法分则规定的作为犯罪构成要件的行为)产生的结果应负辅助责任,那末证明被告人行为同他人的犯罪行为之间具有“事实因果关系”(but-for 规则)是不必要的。在许多情况下,没有帮助行为结果也照样发生。这是因为两类责任的性质不同:A 在犯罪过程中插进了 B 的行为,虽然 B 行为直接引起了犯罪结果,A 对结果的责任仍是因果责任(基本责任)。B 帮助 A 实施犯罪,A 直接引起了犯罪结果,B 对结果的责任属于辅助责任。属于辅助责任的,不能单独考察其行为同结果之间具有事实因果联系。

## 第二节 有组织犯罪

有组织犯罪(organized crime) 是一种共同犯罪,而且是一种危害性很大的特殊的共同犯罪。如前所述,同谋犯对主犯(犯罪实行者)在实行共同犯罪计划过程中所发生的一切“当然的可能后果”负责。这个原理由于过分严厉,在一般共同犯罪中已经受到很大限制。但是,这个原理在有组织犯罪的刑事责任问题上仍然被采用,这是出于政策上对犯罪组织严厉打击的考虑。此外,在诉讼上准许控告一方使用窃听得来的证据。在刑罚上,1970 年《有组织犯罪控制法》规定在监禁刑和罚金以外允许判处没收盈利和解散企业。

### 一、一般情况

有组织犯罪是当代世界所关注的一个问题,报纸、书籍、电影、

---

有组织犯罪,如指主体则称 criminal organization(犯罪组织)。

电视经常以它为题材。美国社会中的有组织犯罪尤为突出，它存在了一个世纪。

在欧洲，有组织犯罪和职业犯罪(professional crime)是两个常常可以交替互换的概念。可以说，所有职业犯罪都是有组织的或者都有犯罪组织为后盾。所谓有组织犯罪，大致说来就是一伙人组合起来实行某种或某些犯罪活动。“直属总统的司法与司法管理委员会”把有组织犯罪看作是“企图在美国人民和他们政府的控制之外从事活动的群体”。这种群体联合了许许多多犯罪人，内部有严格纪律，有复杂而严密的组织结构，拥有现代化犯罪手段，长时间地从事犯罪活动。这种犯罪组织的任务是控制或者垄断犯罪活动以便积聚大量收益。犯罪组织，是黑社会秘密帮派组织。它既是一个法律问题，更是一个社会问题。黑手党(Mafia)就是一个有名的全国规模的并同国际犯罪组织有联系的犯罪辛迪加(crime syndicate)。一份官方报告说，该犯罪组织在美国至少有24个内部结构极为严密的团伙(gang)或“家族”(family)，其成员是祖籍为意大利大陆或西西里岛的人。正式成员有2000-4000人，另有4万联络人。每个家族都有一个表明不同权力地位等级森严的结构。每个家族都有一个老板，就像一家企业公司的董事长；另有一名副老板，老板不在时他代行老板职权。还有一名顾问，就像公司的法律顾问。中间管理层次的职能相当于公司的经理，管理具体业务。这些家族被一套协议和协定联结起来，并服从选自这些家族领袖的九人全国委员会领导。这些家族的成员控制着：(1)几乎全美国的赌博行业；(2)实际上全美国的高利贷交易；(3)麻醉品的进口；(4)大部分拉斯维加斯市，实际上是该城市的后台老板。此外，他们已经打入工会，他们收买政客和政府官员，他们还有大量为其工作的雇员，他们还经营许多合法企业。非法活动和合法活动混合在

---

Las Vegas, 美国最大的赌博和娱乐城。

一起。所有这些活动获得了大量金钱,每年估计达 500 亿美元,其中利润至少有 150 亿美元。

不能认为美国的有组织犯罪的渊藪是黑手党。许多研究有组织犯罪的社会科学工作者把有组织犯罪看作是美国的社会、政治和经济生活的组成部分,它也像贫困、种族主义等现象一样是一个重大的社会疾病。有组织犯罪多见于少数民族中(多数是侨民),但它不是异族阴谋(alien conspiracy),而是美国社会发展进程中的一部分,少数民族为争取社会地位而斗争,有组织犯罪就是这种斗争的一种特殊形式。另一些社会科学工作者,尤其是经济学者,把有组织犯罪视为一种市场活动。从经济角度看,也和其他经济企业一样,它的基本性能是向自愿的顾客提供被政府宣布为非法的商品和服务——非法的酒类和药品,非法性的交易,非法的借贷,等等。因而也构成一种供与求的模式。这种理论把有组织犯罪看成是美国自由企业体制的一个有机组成部分。

根据上面两种关于有组织犯罪产生原因的不同观点,对有组织犯罪本身的认识也有区别。一种观点把它视为“有组织的、结构严密的、阴谋性质的侨民侵犯行为”;另一种观点认为它是“扎根于美国社会和经济价值的反常方面的固有机制”。世界上许多国家,如日本、荷兰、比利时、苏联、瑞士、英国、西德、加拿大、澳大利亚以及非洲一些国家,都有历时久、规模大的犯罪组织。不管形式上有多大区别,它们都有一些共同点:首先,是有组织,虽然内部结构的严密程度高低不同,但一般具有存在的持久性。其次,有组织犯罪包括一系列非法活动,其主要目的是向愿意接受的公众提供非法商品和服务。据此,有组织犯罪可以定义为向愿意接受的顾客提供非法商品和服务的犯罪活动的持久形式。

犯罪组织也有多种类型,有的是以特殊的文化形态为联结纽

---

见 Sanford H. Kadish 主编:《犯罪和司法全书》,1983 年英文版,第 1095 页。

带,有的是以血亲、婚姻或教父教母关系为基础(这种类型常常称之为“家族”)。

有组织的罪恶活动主要是:

(1) 赌博,被认为是有组织犯罪的“生计”。二十年代以前只是地方性的,二十年代以后发展成为全国性的有组织犯罪活动。

(2) 高利贷,就是按非法的利率出借钱财。从上世纪八十年代到 1915 年间,存在一种叫做“工资借贷”的高利贷形式,不过这是半合法活动,虽然其年利率高达 1000%。作为有组织犯罪活动的高利贷是在二十年代末开始的,它同赌博、酿造私酒和嫖妓等犯罪活动有不可分割的联系。一般说来,每借 5 美元,一周之后就要还 6 美元,这就是高利贷。

(3) 非法贩运毒品,如大麻、可卡因和海洛因等。由于这些毒品最早都是外来的,因此贩运毒品这项犯罪活动常常是一种“国际犯罪”。

(4) 卖淫和色情行业。在历史上卖淫同有组织犯罪是相联的,但趋势是“分散经营”,色情行业仍然是一项有组织的犯罪活动。

(5) 在合法商业活动中从事非法活动,如买卖赃物,敲诈勒索,高利借贷,等等。

有组织犯罪的两种策略:

一是暴力或暴力威胁。暴力或暴力威胁,一方面是对外的犯罪手段,另一方面又是对内维持内部纪律的办法。

二是贿赂收买。贿赂收买警察、司法官员甚至国会议员,以便使政府当局不干涉其犯罪活动,或者进而使议会通过有利于其活动的法案。可以这样认为,如果没有被收买的国家官员的庇护,犯罪组织是不能长久存在的。

## 二、司法对策

美国从英国继承过来一套行政司法长官(sheriff)、验尸官和

警察制度,这套制度是为中世纪农业社会设计的,它适合于十八和十九世纪的美国社会。十七世纪英国斯图亚特王朝随意控告无辜,利用刑法进行宗教迫害和政治镇压,这给后世留下了深深的印记。其反应就是限制刑事司法,保护个人免受行政当局的镇压,而对把司法工作当作保护社会利益的有效工具注意不够,对保护个人免受有组织犯罪的侵害也缺乏重视。

美国在本世纪三十年代以前还没有一套高度发展的公诉和警察系统。大约从三十年代起,一些新的科学技术,如照相、指纹分析和弹道学等,逐渐普遍地运用到侦查工作中。但侦查人员的主要任务仍然是通过讯问被害人、证人和嫌疑犯的方式来解决个人犯罪案件。在现代侦查和控诉职能的发展中,依旧极少注意同有组织犯罪作斗争。

#### (一) 联合工作处(the rackets bureau)

1937年,托马斯·杜威被选为纽约县地区检察官,他作为特别检察官成功地控告了全国有组织犯罪的主要头目和纽约县民主党领袖。杜威发现:黑社会恐怖活动或剥削行为的被害人常常不敢或不愿作证,而一些书面证据通常又被小心地藏藏在侦查员的案卷中,因而公诉人在法庭上面对有组织犯罪或受贿官员的辩护人的挑战常常处于不利地位。所以,必须接触被害人,必须在法庭上充分地揭露犯罪组织的犯罪活动。这就有必要强调侦查职能和控诉职能在案件的开始阶段就予以最大限度的协调合作。根据这种思想,杜威组织了侦查和控诉联合工作处。后来,在联邦、州和地方也建立了类似的机构,用以集中力量对付有组织犯罪。

#### (二) 特别行动队(the strike force)

1789年,建立了联邦总检察长(司法部长兼职)办公室,但是总检察长无权监督全部联邦控诉活动。直到1861年内战开始时,总检察长才受权主管联邦检察官。1961年,罗伯特·肯尼迪担任联邦总检察长,他把打击有组织犯罪作为司法部优先考虑的事情。

他促成通过了许多对付州际赌博和敲诈勒索的有组织犯罪的立法措施。肯尼迪吸取并抽调纽约县联合工作处的经验和人员,扩大了早在1950年司法部内成立的打击犯罪组织和敲诈勒索有组织犯罪活动工作科。这个科的主要任务是监督和指导对犯罪组织的侦查和控诉。在1963年11月22日,约翰·肯尼迪总统遇刺后,罗伯特辞去司法部长职务,司法部有组织犯罪控制工作遂告中止。1967年,“直属总统的司法与司法管理委员会”搞清了美国的有组织犯罪的全国结构,委员会提出了旨在加强收集证据的综合性立法方案的建议,并就准予免刑、控告伪证、电子监控以及对不可救药的犯罪人加长刑期等问题提出了具体设想。此外,委员会号召全国反犯罪组织力量进一步协作,用更先进的方法来收集和分析有组织犯罪活动的情报。委员会提出的多数立法建议在1968年到1970年之间被联邦议会所采纳。早在1966年,司法部搞了一个“水牛城方案”,产生了一个检察官和战斗监督员特别小组,小组成员来自麻醉品局、关税局、特工处、劳动部和联邦调查局。在根据联邦法律、州法律和加拿大法律对30多个犯罪组织提起公诉之后,水牛城行动方案变成了常设性模式,被称为“特别行动队”。全美国的主要大城市以此为范本建立了类似的机构。特别行动队通常集中对准犯罪组织的头目,但是像赌博、贩毒、政治收买、敲诈勒索等非法活动也不能不予注意。

由于有组织犯罪涉及面广(成员众多、活动范围大)、危害大、内部结构严密等特点,对付犯罪组织的办法和策略应同对付一般犯罪(包括一般共同犯罪)所采用的常规司法模式有区别。主要是:侦查和控告联合办公;集中力量发挥司法打击威力。据1977年和1981年两项研究表明,联邦和州打击有组织犯罪的工作收到了较好效果。但是,由于财力和人力不足,战斗成绩还不如人意,没有一

---

在纽约州水牛城制定的方案。

个有组织犯罪“家族”被彻底击垮，而且犯罪组织继续仍在发展。不过，斗争还在继续，1984年秋天，美国和意大利联合行动打击黑手党，取得了较大进展。

“RICO”是美国联邦《反犯罪组织侵蚀合法组织法》(The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)的缩写，作为《有组织犯罪控制法》(1970)的主要部分，列为《美国联邦法典》第18篇第96章。国会制定RICO的意图是利用附有严厉刑罚的这一法律来与有组织犯罪作斗争，主要目标是从合法经济组织中清除有组织犯罪的腐蚀渗透。RICO作为专门对付犯罪组织的法律，与其他国家的立法相比，是迄今最为完备的。它有八个条文，主要内容为四个方面：(1)规定没收刑，一旦被告被判有罪，没收犯罪全部所得。这是针对犯罪组织的敛财目的而设定的有力制裁方法。(2)监禁刑最高达20年(特殊情况可处终身监禁)，并且可处数额惊人的罚金。(3)允许受害人提出三倍于其损失的赔偿请求。(4)规定有经济保安措施，以防止同类罪行重演。

RICO规定：“有组织敲诈勒索行为”涵盖联邦和州刑法中非常广泛的多达数十种严重罪行；构成“有组织敲诈勒索行为模式”，要求至少有两次这类行为，其中之一发生在本法生效后(1970.10.15)，后一次发生在前一行为之后的10年内(除去监禁期)。行为符合“行为模式”即可适用RICO。这里有个刑法上的敏感问题，即RICO是否违反刑法不溯及既往原则？因为两次行为只要有一次发生在该法生效后就有可能构成“行为模式”而适用该法。通常的解释是将“行为模式”视为一个整体，而整体中有部分行为发生在该法生效后，因此适用RICO并不违反不溯既往原则。尽管有此解释，总还是表明对有组织犯罪采取从重打击措施，甚至不惜对不溯既往这一刑法重要的民主原则“打擦边球”。再者，在私有制商品经济社会中，没收刑的威慑力不可低估。在以往的司法实践中，除叛国罪外，美国极少适用没收财产刑罚。在RICO制定过程中，经国



会反复辩论最后才将没收财产作为刑罚确定下来。RICO 作为对付有组织犯罪的一项专门立法, 20 余年来在美国起了它应有的积极作用。1993 年, 日本以 RICO 为参照模式制定了一个对付有组织犯罪的立法。

---

关于 RICO, 可参见《美国德国惩治经济犯罪和职务犯罪法律选编》, 储槐植主编, 1994 年 12 月北京大学出版社, 第 36—50 页。

## 第三篇 具体犯罪

关于具体犯罪的分类,美国各司法管辖区的刑法和各种刑法著作都不完全相同,有粗分为侵犯人身罪(crimes against the person)、侵犯财产罪(crimes against property)和其他犯罪等三类的;也有细分为侵犯人身、侵犯住宅、侵犯财产、违反公德、危害公共秩序、侵犯政府管理职能等几类罪的;有的刑法典不进行粗线条分类,而是把近似行为放在一起成为一节,这样可以多达数十节,如纽约州刑法典把具体犯罪分为42节。本书采取粗分方法,分四章(侵犯人身罪、侵犯财产罪和刑法典中的其他犯罪以及经济犯罪)介绍美国刑法中的具体犯罪。重点放在侵犯人身罪,尤其是杀人犯罪。英美法系刑法上的杀人罪,在总结几百年的浩瀚判例的基础上形成了特点鲜明的严密完整结构;通过对杀人犯罪的研究,丰富了刑法理论,诸如因果关系、犯罪心态、错误、共同犯罪等学说。

具体犯罪的定义,各司法区也不尽相同,本书只能介绍有代表性的法律规定。

## 第七章 侵犯人身罪

### 第一节 杀人罪—谋杀

杀人罪是最严重的刑事犯罪。美国的杀人犯罪率从六十年代中期开始急剧上升,八十年代初达到接近万分之一,虽然低于拉丁美洲加勒比海地区(如墨西哥,达万分之四,尼加拉瓜、哥伦比亚等国也比美国高出多倍),但远远高于北欧国家,已进入世界高杀人犯罪率国家的行列。高杀人犯罪率使社会安全感发生危机,是刑罚呈重刑结构的主要原因。杀人犯罪产生和上升的原因涉及复杂的社会背景,需要进行犯罪学的专门研究。

英美普通法和制定法都把杀人罪(criminal homicide)分为谋杀(murder)和非预谋杀杀人(manslaughter)两大类。这种分类在英国1496年以后才出现,在此以前,除意外杀人和自卫杀人以外的一切杀人行为都一概统称为杀人罪。

#### 一、谋杀罪的概念

经过几个世纪逐渐发展形成的普通法谋杀罪的定义是:“有预谋恶意地非法终止他人生命的行为。”

作为普通法罪的谋杀罪的概念是由英国法官而不是由英国立法机关建立的。在1547年以前,谋杀罪概念中的“预谋恶意”的含义和今天日常生活中对这个词语的理解是相同的。“恶意”(malice)至少是“杀人意图”,也许有时还加上“憎恨”、“怀恨”等心理因

---

预谋恶意(malice aforethought),有时也被理解为危害他人的心理状态。

素；“预谋”(aforethought)就是杀人意图在杀人行为之前出现。这是早先意义上的谋杀罪概念。

后来，法官在司法实践中又创造出一些新类型的谋杀罪。所谓新类型，主要在于使早先意义上的“预谋”含义渐趋消失。(1)被告人受到被害人行为激怒而故意地杀死了被害人，而这种“激情”是“不正常的”(如果是正常的，便构成非谋杀)，虽然因情绪激动不可能有预先谋划，还是应当定为谋杀罪。(2)被告人在犯一个重罪过程中非故意地使他人丧生。例如，A放火(纵火罪)烧B的房子，结果烧死了B家一人，法官定为谋杀罪(所谓“重罪—谋杀”)，虽然被告人并没有杀人意图。(3)被告人在极其轻率的行为中(有时也称“丧失正直心肠”)非故意地使他人丧生。例如，建筑工人A事先看都不看一眼就从房顶上往下扔砖头，而下面正是人来人往的大马路，结果砖头砸死了行人B。扔砖头的人虽然并没有杀人意图，法官仍定为谋杀罪。(4)法官还进一步打破了“预先存在杀人意图的谋杀”是谋杀罪唯一类型的观念，认为事先存在重伤意图(并非杀人意图)的行为所产生的死亡也是谋杀罪。

现在，普通法关于谋杀罪的定义中仍然保留“预谋恶意”的字样，实际上它所包括的内容已远远超出了它反映在字面上的含义。制定法谋杀罪的现代类型：有存在杀人意图的谋杀、意图实行重伤害的谋杀、重罪谋杀、极端轻率谋杀、抗拒合法逮捕谋杀等。从这些类型可看出，现代制定法中的谋杀罪概念不一定包含“预先谋划”这个要素。

在具体讨论谋杀罪的类型之前，有必要弄清楚生命的“开始”和“终止”这个重要问题。

### (一) 生命何时开始

杀人犯罪的对象必须是活人(有生命的人)，如果对死人开枪，

---

有些州的制定法里仍沿用普通法关于谋杀罪的定义。

不构成杀人罪(可能构成其他罪)。在具体案件中有时会涉及生命何时开始的问题。根据早期英国普通法,怀孕 30 天以后的胎儿被认为有生命。到十七世纪中期,怀孕四五个月但尚未出现“胎动”征兆,在母亲同意下的堕胎,不是犯罪。在那时,甚至杀死“生而活”(born alive)的婴儿也不算杀人。所谓生而活,就是胎儿完全脱离母体并且有独立生命力的明显标志(如呼吸)。后来,“生而活”被认为是生命的开始。

在美国,“生而活”的要件是胎儿“完全生下来”并且开始“独立循环”。独立循环的证据是呼吸,呼吸又常常以哭声为标志。病理学观点认为,仅仅呼吸就足以证明生命的开始。“完全生下来”现在并不以切断脐带为标准,一般理解为“全部露出”母体。

1947 年,加利福尼亚州齐孚士法院在一个判决中把“生命开始”前移到胎儿生出前的阵痛阶段。加州最高法院否决了齐孚士法院的观点,指出不应把刑事责任上的生命与生命开始概念同民事责任方面(如财产继承等)的生命概念混同起来。1981 年,联邦参议院司法委员会经过辩论,根据医学观点,通过了“生命始于胎儿”的法案。如果该项法案被国会两院批准成为法律,那末就会影响到许多法律的改变,至少非法堕胎都要成为杀人罪,这在司法实践上会产生难以解决的困难。据估计美国平均每年非法堕胎者达数十万人,因此,刑法上关于生命的观点同医学上的观点也并非需要完全等同。

## (二) 生命何时终止

由于医学的进步,人体器官组织移植的广泛使用,以及用机械维持器官功能(生命现象)的出现,在医学上、道德上、哲学上和法律上提出了不少新问题。“死亡决定”直接关系到案件处理是否正确的问题。例如,这涉及医生移植器官的时间:从死亡者身上摘取器官不是犯罪,如果从生命尚未终止者身上摘取就是犯罪。医学上通常认为下列三种情况都是死亡:心脏停止跳动,呼吸停止,大脑

功能停止。由于以下事实的存在,使问题变得复杂化:在心脏停止跳动(几分钟,甚至几十分钟)后还有复苏现象,心脏跳动和呼吸都可以靠人工办法来维持。大脑功能停止也可能有多种情况。在涉及大脑死亡时间长度问题上,医生们对大脑死亡发生之前脑电图必须出现低平记录这一问题有不同的意见,低平脑电图记录也可能由脑外伤、心脏阻塞或者巴比妥药用过量所引起。

法律上关于死亡的定义通常是停止心跳或停止呼吸,有些法院也同意将大脑死亡作为生命终止的标志。在具体案件中,如果在生命终止这一问题上发生争议,一般由医生来鉴定。《统一解剖赠予法》规定:“死亡时间由负责照管在死亡时捐献器官者的医生来决定。”但是该法没有规定怎样决定死亡,因为该法的制定者认为拟制关于生命终止的“合理的法律定义是根本不可能的”。不过由于人体器官(包括心脏)的可移植性和人工维持器官功能的可能性,把大脑死亡作为生命终止的标准的观点将会得到更多人的支持,因为就目前科学技术发展水平来说,大脑既不能移植,也不能用机械来维持其功能。1968年,哈佛医学院在其著名的特别报告中宣称,传统的心死亡和肺死亡概念已经不适应当代社会生活的需要,新的死亡概念应是脑死亡,即脑机能已经不可逆转地停止。诊断的综合标准是:脑反射消失,脑循环停止,脑电图检查呈大脑电波沉默。

## 二、谋杀罪的类型

关于谋杀罪的类型,在美国,从立法到理论,都没有统一的模式。这里重点介绍美国许多学者承认的分类法。

### (一) 蓄意谋杀罪

---

本节主要参考文献是 Wayne R. LaFave 的《刑法》。

蓄意谋杀罪(intent-to-kill murder) 就是怀着杀人目的实施的非法终止他人生命的行为;或者说杀人行为是在杀人意图支配下发生的,杀人就是行为人的目的。这是谋杀罪的最普遍的最典型的类型。蓄意谋杀罪的行为通常是积极作为,如开枪射击,挥动刀子,使用斧头、棍棒,拳打、脚踢等;如果是消极的不作为,那末行为人必须以身负某种义务为前提。只要怀有杀人意图(目的),即使发生“打击失误”,也仍然是蓄意谋杀罪。例如,A意图杀死B,举枪向B射击,由于没有瞄准好,没有击中B,结果打死了C。A仍应定为蓄意谋杀罪。

蓄意谋杀罪的核心问题是行为人杀人时怀着杀人的意图(目的)。如何证明杀人意图?需要讨论以下几个问题:

1. 致命武器原理。一个意图杀害他人的人在杀人前、杀人时或杀人后一般不会对人说“我想杀人”。那末怎样证明他的杀人意图呢?因为人(达到一定年龄的精神正常的人)能思维、有意志,人的行为受思想支配,所以行为反映内心活动。据此,通过杀人行为的全部有关情节的分析,可以推断出行为人的意图。假定一个人举起枪对着他的仇人仔细地瞄准,然后扳动板机,子弹打中了仇人的胸膛,那末就可以合乎逻辑地得出结论:他“怀有杀人意图并且杀死了人”;虽然他没有这样说,甚至不承认。有意识地对他人使用致命武器并因此而使其死亡,则可以推定为谋杀。这就是在历史上形成的一条普通法原理——以致命武器推定杀人意图的原理。在今天看来,不应当机械地适用这个原理,不能说凡有意使用致命武器而导致死亡的就一定是谋杀,因为像使用致命武器时的目的仅仅是“吓唬”但不是“终止生命”而造成了被害人的死亡的情况是可能存在的。

---

蓄意谋杀罪,也可直译为“怀有杀人目的的谋杀罪”,相近于有些国家刑法中的预谋杀入罪。

杀人案件中致命武器原理的“致命武器”是什么样的武器呢？根据一系列判例的解释，致命武器可以被理解为“根据其使用方式，凡可能产生死亡或重伤害的任何东西”。是否为致命武器，取决于两个因素：(1) 它本质上是什么；(2) 它怎样被使用。有些物器几乎是任何人都可以用它来杀人，如荷弹枪支、匕首、斧头、刀剑、铁棍、砖石、棒球棍、冰凿、汽车，等等，这些东西从本质上看就是致命武器。另外有些物件从其本身看并不是一般人所理解的致命武器，例如，绳子用来抽打并不是致命武器，但用来勒套脖子就是致命武器。又例如，铅笔刀或者一只别针在通常情况下都不会被认为是致命武器，但是如果它们在一名懂得生理解剖的专家手里被巧妙地使用，也可以成为致命武器。

与此相关的一个问题是，手和脚算不算致命武器？两种不同解释的判例都有。不过，在一个强有力的人向一个瘦小的人或者妇女或者孩子攻击时，手和脚可以被推定为致命武器。

2. 产生死亡的手段。有些情况下谋杀者并不使用致命的武器，也不使用自己的手脚，而是用一种巧妙的手段来达到杀人的目的。例如，在寒冷的冬天故意打开窗户，使一个自己不能动弹、需要用温暖来恢复健康的病人冻死。狡猾的丈夫以观赏风景为名故意把妻子带到有毒蛇出没的山林，企图利用毒蛇杀人，结果妻子被响尾蛇咬死。单纯的言词也可以作为杀人的手段。例如，用伪证方法致人于死地；对一个站在峭壁边缘的盲人说“再往前走一步”；冲着一个人正走在科罗拉多大峡谷边沿上的人怪叫一声；对一个患严重心脏病的妇女谎报说“你的孩子被汽车压死了！”等等。这些特定背景下的特殊手段，正是杀人意图的证明。

以上讨论了目的谋杀罪的积极行为，包括“温和”方式的积极行为——言词。消极的行为（不作为）只有在行为人负有特定义务时才能构成谋杀罪，假定家长看到他（她）的处于危险之中的婴孩，（如脸朝下趴在盛水的澡盆里）而不予救助等。



3. 因果关系。只有在行为人的行为是死亡结果的“法定原因”的情况下,才可能被判为蓄意谋杀罪。在谋杀罪的范围里,这意味着:(1) 他的行为必须是造成死亡的实质性因素(即客观的实际可能性);(2) 实际结果(死亡)不能以与意图方式大相径庭的方式造成(这一点在“犯罪总论”因果关系的有关章节中已经讨论)。

4. 恶意的推定。一般说来,一个人在具有杀人故意情况下所实施的杀人行为就构成谋杀罪。但未必都是如此。当一个人在被激怒的情况下故意杀死了这个激怒他的人,不构成谋杀罪,而是非预谋故意杀人罪。这是减轻处罚的事实情况。但是,如果一个人出于正当自卫或者为防止重罪发生,正当地使用致命暴力而故意杀死了人,这都不是犯罪,因为存在合法辩护的事实情况。那末,谁负担关于减轻或者免罪的证明责任呢?根据普通法“恶意推定”规则,控告一方在提起诉讼的开始只需证明被告人具有杀人故意,如果被告一方提不出减轻或免罪的证据,那末就被推定为谋杀罪。减轻或免罪的证明责任由被告人承担。在一个故意杀人案件中,当被告一方提出了证明可以减轻或免罪的证据(有些州要求“优势证据”,有些州只要求“若干证据”)后,控告一方就应进一步承担以“无疑证据”说服法院的责任(即“说服责任”)。如果控告一方不能进一步承担说服责任,那末被告人就不能被定为谋杀罪。

“恶意推定”规则是不是和“无罪推定”原则(刑事被告人在控告人排除任何合理怀疑以前应当被推定为无罪)相矛盾呢?在利益的倾向上两者各有侧重,前者着眼于保护社会利益,不使狡猾的被告人逃脱罪责;后者强调保护无辜,不使公民个人合法权益遭受侵犯。在案件的诉讼中两者是可以协调的,恶意推定是指控告一方在起诉时只需提出故意杀人的证据,而不必同时证明被告人没有减

---

非预谋故意杀人主要是“激情杀人”,相当于有些国家刑法中的“故杀”(区别于“谋杀”)。

轻或免罪的情节。如果被告人不辩护,不反驳控诉,那就被推定为不存在合理的怀疑,也就是意味着有罪(谋杀)。如果被告人反驳控诉,那末控诉人必须进一步举证来消除法院的任何合理怀疑。控诉一方做到这一点,被告人就被证明犯了被控告的罪;控诉一方没有做到这一点,被告人就被推定为无罪(或罪轻),这就是无罪推定。

## (二) 故意重伤谋杀罪

故意重伤谋杀罪(intent-to-do-serious-bodily-injury murder)就是在没有减罪或免罪的情况下,出于重伤但不是杀害的故意而直接造成他人死亡的行为。美国绝大多数州的刑法里都有这一类型的谋杀罪。纽约州和威斯康星州的刑法没有规定这一种谋杀罪,而是把这类行为归入下面将要讨论的“极端轻率谋杀罪”。

故意重伤谋杀罪的构成要件同目的谋杀罪相比,除心理因素稍有差异外,都是相同的。问题在于,意图重伤但造成了死亡的行为为什么不构成“重伤致死罪”(如果有这样的罪名)而是构成“谋杀罪”?根据普通法的理论和实践,有两方面理由:

1. 理论方面的理由。(1) 意图重伤而造成死亡和意图杀人而造成死亡,二者在行为的客观实害和行为人的主观罪过方面都没有性质上的差别,因此没有必要把这两种行为定为两种性质不同的罪。(2) 既然极端轻率情况下造成的死亡称为“极端轻率谋杀”,那末就更可以把意图重伤情况下造成的死亡称为谋杀。因为极端轻率的心理状态,从正面分析,就是对他人的生命不加考虑,别人是死还是活(没受伤,受轻伤,或者受重伤)他全不顾;从反面分析,他既没有杀人意图,也没有伤人(重伤或轻伤)意图,可见,“意图重伤”者的主观罪过深度至少不会低于“极端轻率”者,因而在法律上不能把意图重伤造成死亡的犯罪在性质上定得低于极端轻率造成死亡的犯罪。

2. 实践方面的理由。生活常识表明,重伤和死亡之间往往只是一线之隔,许多死亡是由伤害(尤其是重伤)发展而成的。重伤会

不会导致死亡,常常取决于一系列客观条件,诸如医疗设备、救治时间、医生水平等等,而不取决于伤害人或受害人。由于这种实际情况的存在,当死亡结果已经发生时,要判定行为人行为时究竟出于杀人还是重伤的意图常常是很困难的。如果立法上规定这两种情况分别属于不同性质的罪,那末审理案件时就可能会在区分两者这个问题上花去相当精力,这样做是不经济的。因此,立法上把这两种情况作为同质异型的罪,就可不必过分重视两者的区分,杜绝被告人可能提出的纠缠,这对节约司法力量、保证诉讼顺利进行是有好处的。有的学者甚至主张把意图杀人和意图重伤谋杀罪合并为一个罪,称作“意图杀人或意图重伤谋杀罪”。

诚然,把“意图重伤”和“谋杀”合在一起多少显得有些不协调,不过考虑到以上理论和实践方面的理由,这种不协调也就无关重要,更何况所谓不协调仅仅是观念上不习惯的问题。几个世纪以来,英美法系国家对这个问题从立法到司法早已成为惯例。

### (三) 极端轻率谋杀罪

极端轻率谋杀罪(depraved-heart murder)是这样一种类型的谋杀罪:(1)正常人都能认识到这是无可辩解的极其轻率的行为,它有造成他人死亡或重伤的非常高度的冒险性;(2)行为人虽然并无杀人或重伤的意图;(3)实际上引起了他人的死亡。关于这个罪,一个有争论的问题是:为了定谋杀罪,被告人本人是否必须在主观上认识到他的行为具有巨大的冒险性。

1. 冒险程度。构成极端轻率谋杀罪必须有冒险行为,但达到何等地步的冒险行为才构成这类罪呢?冒险有三个等级:(1)引起侵害他人人身或财产的“不合理冒险”的行为,通常叫做“普通过失”。这是通常作为民事责任以及有时作为刑事责任基础的一种过错类型。(2)引起伤害他人人身的“高度冒险”的行为可以被称为

---

极端轻率谋杀罪,相似于有些国家刑法中的间接故意杀人罪。

“严重过失”。如果他认识到这种危险,那末这种严重过失就叫做“轻率”。因轻率行为引起的死亡,就要负非预谋杀人的罪责,但还不是谋杀。(3)对他人死活漠不关心的“极端轻率”行为可以被称作“非常高度冒险”,因此而引起的死亡就是极端轻率谋杀。非常高度冒险行为同危害结果之间的关系是“很可能”的关系,但还不是“必然”的关系。如果一种冒险行为必然引起危害结果,那末行为人主观上就不能说是“极端轻率”,而是“故意”了。

不合理冒险、高度冒险和非常高度冒险,这三种冒险级差也就是三种冒险程度。由于具体事物情况的复杂性,三者之间有时很难划出确切的界线。把一般原则运用到具体案件中时出现争论是常有的事。不过有两个带有普遍意义的可变因素是需要注意的:(1)冒险行为发生时的环境条件。同样一个行为,由于环境情况不同而有不同意义。例如,向一个废弃了的房子的窗户开枪和向一个新房子的窗户开枪,同样都是开枪的冒险行为,但由于具体条件不同,冒险程度显然不同。(2)冒险行为所追求的社会效用。同样一个行为,由于社会功利不同而有不同评价。例如,一名汽车司机为送一个危急病人去医院抢救而在繁华街区开快车,如果撞死了人,可能不定为谋杀罪。如果这名司机为体验开快车的惊险刺激,在行人众多的道路上开足马力,要是撞死了人,便足以被判谋杀罪。为判断构成极端轻率谋杀罪决定行为的冒险程度时,主要应当考虑上述两个变量,无法用数学概率来测定百分比。1919年,德克萨斯州有个判决用概率来表现冒险量:死亡概率低于1%的冒险行为不构成杀人罪;死亡概率在1%至5%之间的冒险行为构成非谋杀罪;死亡概率高于5%的冒险行为构成谋杀罪。假定科学技术进展,有朝一日果真能够列出一个“冒险量表”,当然是一个重大成就,不过目前还是不可能的。

---

冒险程度也称冒险量,即冒险行为产生危害结果的可能性大小。

冒险程度虽然无法用概率来表示,但根据上述两项可变因素,人们在生活实践中大致形成了判定极端轻率谋杀罪冒险程度的不成文公认标准。例如,被告人向其知道有人居住的房子开枪(1924年纽约州判例);朝行走的汽车开枪(1931年肯塔基州判例);向手持点燃的油灯的人扔过去酒精瓶子(1883年伊利诺州判例);朝路过的火车的末尾供车长执行任务用的车厢开枪(1919年德克萨斯州判例);长时间地使劲摇晃婴儿致使不能呼吸(1956年英国判例);被告人和被害人同在一个小屋里,被告人两次向离被害人两公尺远的方向开枪,由于子弹回跳而打死了被害人(1967年特拉华州判例);等等,这些都是极端轻率行为。

2. 认识到危险性。假定被告人的冒险行为直接造成了他人死亡,行为时他没有认识到他的行为具有引起他人死亡或重伤的危险性,虽然常人在这种情况下一般都能够认识到这种危险性,被告人是否应该定为谋杀罪?被告人可能是精神耗弱者,或者是低能者,或者是因醉酒而没有认识到他的冒险行为的严重程度。

大多数州对此采取模棱两可的含糊态度。例如常常表述为:被告人的行为“表明”或“显示”或“说明”(这些都是传统术语)了他的极端轻率心理,而并没有讲清楚被告人是否具有极端轻率心理,也没有讲清楚因为普通人能够认识到这种危险性所以被告人也应当认识到这种危险性。

两种不同观点。著名的英国法官和刑法史学家斯蒂芬在其所著《英国刑法史》(1883年)一书中认为,如果一个人在主观上没有认识到这种危险性,他就不能被定为极端轻率谋杀罪。著名美国大法官霍姆斯在《普通法》(1881年)一书中持相反的观点,认为只要常人能够认识到这种危险性,不管被告人是否认识,都应该定为谋杀罪。斯蒂芬是主观说的代表,霍姆斯是客观说的代表。这两种不同观点是和不同的刑罚理论联系在一起。如果刑罚学说偏重于行为,那末在这个问题上就采取客观说;如果刑罚学说偏重于行为

人,那末在这个问题上就采取主观说。在当代英美法院实践中,这两种观点都有相应的判例,不过多数还是采取两可态度。

斯蒂芬观点和霍姆斯观点,哪一种更可取呢?除上述刑罚目的方面的原因外,还涉及谋杀罪究竟要求多少罪过。一般认为,自觉地实施冒险行为的人在道德上比不自觉地实施冒险行为的人更坏。为了同刑罚的严厉性相平衡,判定谋杀罪应当要求行为人对其冒险行为性质有主观上的认识。因低能不能认识到这种危险性而不定谋杀罪,并不等于可以逃避一切刑事责任,还可以定为非谋杀罪,等等。但是,如果因自动醉酒而没有认识到他的冒险行为的性质,如果他的行为直接引起他人死亡,则不能减轻罪责,仍然应定谋杀罪。这是因为,由于醉酒而不自觉地实施冒险行为的人在道德上比由于精神耗弱(但是清醒)而不自觉地实施冒险行为的人更坏。因自动醉酒没有认识到行为危险性而产生的犯罪同神智清醒的人一样负刑事责任,这从社会政策上看是可取的。绝大多数判例都采取这种立场。

#### (四) 重罪—谋杀罪(felony-murder)

按早期普通法,凡在实行或着手实行重罪过程中造成故意或非故意死亡的均定为谋杀罪,这就是所谓“重罪—谋杀”罪。在今天的美国,关于重罪—谋杀罪的法律规定各个司法区不尽相同,这是由于对重罪—谋杀规则采取了以下一个或几个限制办法所致:(1)只许可适用于某几种重罪;(2)对法定因果关系的要求作更严格的解释;(3)缩小重罪实施过程的时间结构;(4)要求先行的重罪独立于杀人罪。

1. 重罪—谋杀规则的历史。早先,英国普通法重罪—谋杀规则就是,一个人在实行或者着手实行一项重罪的过程中引起了他人死亡的便构成谋杀罪,不考虑此项重罪的危险性质,也不考虑被告人实行此项重罪的方式导致死亡的可能性。后来,由于重罪数量增多,以至于包括大量比较轻微的罪行,其中许多罪行对人的生命

并无多大危险;为了减缓这个规则的苛刻性,对其进行限制就成为必要的了。假定法律把出售烈性酒规定为重罪(如密执安州),买酒人因喝过量而在回家途中睡着了,当时正值暴风雪,因未能回家而冻死在途中。这时卖酒者不应被定为谋杀罪。

英国法院在上世纪末对重罪—谋杀规则设置了两条限制性要求:(1) 在实施重罪中的被告人行为必须包含暴力行为;(2) 死亡是在实施重罪中的被告人行为的合乎规律的或者很可能的结果。美国法院在判决中对重罪—谋杀罪的构成也逐渐提出了若干限制条件。

2. 限制在某些重罪。在美国的许多州里,重罪—谋杀规则被限制在要求被告人实施或着手实施的重罪行为须是能够危及生命这样的范围内。与此相类似,有些法院要求把重罪限制在早先普通法重罪的范围内。因此,如果因奸淫幼女(在制定法里是重罪,但不是普通法重罪)而造成死亡的不构成谋杀罪(重罪—谋杀)。有些州把重罪限制在“自身性质的罪错”(malum in se)的范围内,而排除“法律禁止的罪错”(malum prohibitum)。例如,纵火(属于自身性质的罪错)烧旅馆而同时烧死了住在里面的人,构成谋杀罪。但是出售烈性酒(属于法律禁止的罪错)而引起喝酒人死亡的不构成谋杀罪。实际上以上三种情况是很相近的,多数普通法重罪(除盗窃外)既是自身性质的罪错,又是能够危及生命的重罪。

3. 因果关系的限制。重罪—谋杀案件也像其他杀人案件一样,死亡是被告人行为的当然的或很可能的结果。当死亡是作为伴随着被告人行为的介入因素的结果而发生,常常提出这样的问题:介入原因是不是“可预见”(以区别于实际上“已预见”)的?如果是可预见的,那末被告人应负谋杀的罪责。例如,1947年宾夕法尼

---

早先普通法重罪包括强奸、兽奸、抢劫、盗窃、纵火、破门入户企图犯重罪、伤害人体器官,当然还有杀人。叛逆罪是比重罪更重的单独一类罪。

亚州的莫伊尔案, 被告人莫伊尔拿着武器企图抢劫 X 和 Y, 莫伊尔向 X 开枪。X 反击时, 没有击中莫伊尔而打死了 Y。法院认为, 被告人莫伊尔应负谋杀 Y 的罪责, 因为“他的抢劫行为引起了在他意料之中的一系列事件, 包括 Y 被打死在内”。提出“可预见”的要求, 其实就是因果关系方面(对事实原因)的一种限制。

介入因素同被告人行为的关系有两种情况: 一种是介入因素仅仅是巧合; 另一种是介入因素是对被告人行为的反应。对前者, 法定原因的范围应当缩得紧一些, 要求被告人有预见性(已经预见或者能够预见); 如果有, 被告人行为同结果间就有法定因果关系。对后者, 只需测定介入因素是否反常; 如果被认为“非反常”, 则被告人行为同结果间就有法定因果关系。

根据上述原则, 假定 A 放火烧 B 的住所, 如果 B 或者 B 的家属或者消防人员救火时被烧死, 那末 A 应当被定为重罪—谋杀罪。因为 B 或 B 的家属被烧死, 是 A 行为的“很可能”的结果。消防人员救火是 A 放火行为的“反应性”行为, 消防人员救火时被烧死并不是“异常”现象, 所以 A 的行为同消防人员死亡之间存在法定因果关系。但是, 如果一个流浪者乘机进入燃烧中的建筑物企图偷盗财物, 结果被大火烧死; 或者消防人员在完成救火任务后在返回消防站途中从汽车上跌落下来而死亡, 纵火者都不能被定为重罪—谋杀罪, 因为死亡都不是放火行为的自然的或可能的结果, 乘火打劫或者从车上跌落这些介入因素都不是能够预见的, 所以纵火行为和死亡结果之间不存在法定因果关系。

武装抢劫行为无疑比纵火行为更可能产生非故意死亡。抢劫罪的受害者常常偶然地被杀死。例如, 抢劫犯为便于抢劫而用木棍把被抢人打昏过去, 虽然并无杀人意图, 但由于被害人的头骨破碎而死亡。或者, 被抢人同抢劫犯夺枪过程中被偶然地打死。对此抢劫犯除定抢劫罪外, 无疑还应当定谋杀罪(重罪—谋杀)。

在抢劫犯罪发生过程中, 被抢劫犯打死的人有时并不是抢劫



行为的对象,而是其他人,如制止抢劫犯罪的警察,或者干预抢劫活动的过路人,对此,抢劫犯同样也应当负重罪—谋杀的罪责。

在抢劫犯罪进行过程中,同谋犯被另一抢劫犯偶然地杀死,这名抢劫犯也应另加一项重罪—谋杀罪。例如,A和B企图抢劫行人D,站在D面前的B用刀子对着D,在D后面的A用荷弹手枪的枪柄打击D的头部,由于手枪受到猛烈震动,子弹被射出,当即打死了B。A对B死亡负重罪—谋杀的罪责(这是1960年科罗拉多州的一个判例)。

在抢劫案件中还可能发生这样的情况,有人(抢劫行为的受害者、干预犯罪的警察、无辜的旁观者、同谋抢劫犯)被抢劫犯以外的人的子弹打死。这方面,宾夕法尼亚州有一系列判例。(1)A企图抢劫X和Y。X拔出手枪来制止抢劫行为。A朝X开枪,X还击,目标对着A,但意外地打死了Y。A对Y的死应负谋杀罪责。这是前已举过的例子。(2)三名抢劫犯在犯罪后企图逃跑,两名警察X和Y在后追捕,罪犯向警察开枪,警察还击,X的子弹偶然地打死了Y。法院认为抢劫犯应当对Y死亡负谋杀罪的责任,因为他们的行为是Y死亡的近因(他们向警察开枪时,他们知道警察一定要还击)。这是1949年宾夕法尼亚州的一个判例。(3)A和B在抢劫D后开始逃跑,D拿出枪向罪犯射击,打死了B。A负谋杀B的罪责。法院判决的理论根据是,B死亡虽不是A故意追求的目的,但B死亡是A在参与抢劫D的犯罪过程中的可以预见的结果。这是1955年宾夕法尼亚州的托马斯案例。三年之后,宾夕法尼亚州法院在一个和上例案情实质上相同(唯一不同的是,本案不是抢劫罪的受害者而是警察开枪打死了企图逃跑的两名罪犯中的一人)的判决中否定了1955年托马斯判例,这就是有名的雷德莱恩案。法院认为,谋杀罪不能以构成合法辩护的杀人行为(制止重罪发生的正当防卫或者制止重罪犯逃跑的杀伤行为都是合法行为)为根据。雷德莱恩案观点至少已被两个州(加利福尼亚和密执安)所采

纳。加利福尼亚州更把这一观点扩大到这样一类案件,即死者是被反抗抢劫犯罪的人或者是被抢劫犯同伙以外的某个人,(如警察或者无辜的旁观者)打死的。

对雷德莱恩判决所依据的理由有不同看法。当这一死亡属于合法杀人(如正当防卫等)时,那末重罪犯对此死亡就没有责任。这个理由未必正确,只要看一看这样的例子就会明白。假定 A 故意作假证而使 B 被判处死刑,司法执行员根据判决把 B 处死了。执行员的杀人是“执行公务”,属于合法杀人;但是能够免除 A 的谋杀罪责吗?显然不能。

有人认为可以这样来解释雷德莱恩判决理由:虽然抢劫行为的受害者、警察、旁观者在抢劫犯罪进行过程中被抢劫犯杀死是可以预见的,但任何人被抢劫犯以外的人所杀死是不能预见的。这种观点也未必站得住脚。抢劫行为激起受害者或警察或其他人的武装抗击,致命的子弹从抢劫犯以外的人的枪口里飞出,这既非不可预见,也非反常。

那末限制重罪—谋杀规则适用的雷德莱恩判决的真实根据是什么呢?真正的理由是这样一种想法:要重罪犯对其并不想要发生的也不是由他造成的同案犯死亡负谋杀罪责是不公正的。

加利福尼亚州最高法院的观点是,不能根据重罪—谋杀理论要抢劫犯对不是由他或他的同伙造成的死亡负杀人的罪责。加利福尼亚州对重罪—谋杀规则的限制并不是建立在因果关系方面的,而是对重罪—谋杀规则所包含的“绝对责任”这一不合理因素的限制。事实上,有些重罪—谋杀案,并不缺少刑法因果关系,而是缺乏构成谋杀罪的“恶意”。

4. 同案重罪犯的共同责任。许多重罪—谋杀案件涉及几个同案重罪犯,常常是其中一名案犯在犯重罪过程中故意地或者偶然地杀死了人。开枪的案犯,如果出于故意,自然应负目的谋杀的罪责;如果出于非故意,但是可以预见到死亡的,则应负重罪—谋杀

的罪责。其他同案犯的刑事责任如何解决？这与其说是一个重罪—谋杀的问题，不如说是共同犯罪的一般问题。例如，A 和 B 二人身带武器，事先商量好用杀死 X(如果他反抗，或者他认出他们是谁，等等)的办法来抢劫 X 的财物，在抢劫过程中，B 果真杀死了 X，则 A 和 B 一样，除抢劫罪外，应负目的谋杀罪的责任。即使 A、B 二人事先没有协议杀人的事，在抢劫过程中 B 偶然地开枪打死了 X，A 和 B 一样都应负重罪—谋杀罪的责任。这是根据共同犯罪的规则——共同犯罪人都应对在执行共同犯罪计划中的一切可预见的结果负责。因为武装抢劫过程中的开枪杀伤人是可以预见的结果。又例如，A、B 和 C 三人带着武器，在抢劫 X 的过程中，B 意外地打死了 C，A 和 B 都应负重罪—谋杀 C 的罪责。理由和上例相同。但是，如果他们三人没有带武器，那末 A 不对 C 死亡负责。纽约州刑法典有这样的规定：如果被告人不是共同犯罪的唯一参与人，他没有实施杀人行为，也没有教唆或帮助实施这种行为；并且他没有带武器；并且有合理的理由证明他不能预见到其他共同犯罪人携带武器；并且有合理的理由证明他不能预见到其他共同犯罪人会故意实施杀伤行为，则被告人对共同犯罪过程中由其他共同犯罪人实施的杀伤行为不负刑事责任。有些州在刑法典里这样明确规定的，对上述被告人定杀人罪也是可能的。

如果 A、B、C 三人在共同抢劫过程中，B 因对 C 的帮助行为不满意而故意杀死了 C。B 定目的谋杀罪无疑。但是 A 定目的谋杀还是重罪—谋杀或者别的什么罪？显然，B 杀 C 已远远超出了共同的犯罪计划，所以不应使 A 对 B 的谋杀行为负责；也不应使 A 负重罪—谋杀的责任，因为 B 的行为同抢劫(重罪)没有实质联系。此案的抢劫和杀人之间只是时间与地点的巧合。

同案重罪犯意外地杀死了自己，其他同伙的责任如何解决？有两种态度不同的判例。A 和 B 共同实施放火行为，B 点着火之后，自己也被火烧死，A 是否应负纵火—谋杀 B 的罪责？一种判例认

为,“在这种情况下 B 的死亡同消防人员被烧死一样不是不可预见的”,所以 A 对 B 的死亡应负重罪—谋杀的刑事责任。另一种判例认为, B 的死亡“并不是为了促进 A 与 B 共谋纵火”的实现,而是“正好相反”,所以 A 对 B 死亡不负重罪—谋杀的责任。后一种观点似乎更有道理一些。

5. 重罪—谋杀与极端轻率谋杀。二者的共同点是:(1) 重罪—谋杀罪和极端轻率谋杀罪,都可以因非故意死亡而对被告人定谋杀罪;(2) 二者都要求被告人行为涉及对他人生命的冒险。

二者的不同点是:(1) 重罪—谋杀罪的前提是被告人在犯一个重罪过程中而引起了他人死亡;极端轻率谋杀罪则不存在被告人引起他人死亡是在犯一个重罪过程中出现的这种前提。(2) 极端轻率谋杀罪要求被告人在主观上认识到他的行为引起他人死亡的巨大危险性;而重罪—谋杀罪并不需要被告人在主观上已经预见到这种危险性(只要可能预见到这种危险性)。

6. “在实行或者着手实行重罪的过程中”。普通法关于重罪—谋杀罪规则要求,死亡发生“在实行或者着手实行重罪的过程中”。现代制定法多半把“在实行或者着手实行重罪的过程中”故意地或者意外地引起他人死亡的规定为一级谋杀罪。那末,“在实行过程中”这一相当含糊的词语的含义究竟是什么呢?

首先,死亡发生“在实行重罪时”或者“在实行重罪之际”,这是不够的。(1) 所要求的东西应当多于“时间与地点的巧合”。例如, A 在抢银行之际,顾客 B 在休息室突然死于心脏病发作,但是他并不知道当时正有人抢银行。这就不能使 A 对 B 的死亡负责任,因为 A 抢银行和 B 死亡之间仅仅是时间与地点的巧合。(2) 重罪与死亡之间应当有某种因果联系。例如, A 实行抢劫后逃跑,在被追捕中打死了警察,则抢劫(重罪)和杀人之间有因果联系。但是,如果 A 实行抢劫之后在逃跑中认出了他的仇人并打死了他,那末抢劫(重罪)和杀人之间就没有因果联系,只能被认为是时间与地

点的巧合。

其次,如果确实存在这种因果联系,那末杀害行为也可以发生在实行重罪之前或者之后,而不一定就在实行重罪之际。那末,在重罪“之前或者之后”多久呢?考虑以下假设情形:假定 A 怀着抢劫 5 里外一个加油站的念头,他开动汽车向目标驶去,在离加油站还有 3 里(或 1 里,或 0.5 里)的地方,由于他一心盘算如何抢加油站,而没有注意行人 Y,以致汽车轧死了 Y。Y 的死亡是不是发生在 A 实行抢劫或者着手实行抢劫的过程中呢?关键问题还在于在哪一点上犯罪由预备变为着手实行。假定 A 掏出手枪并喝令 X 举起手来准备抢劫,就在这一点上(这个时候)A(故意地或者意外地)开枪打死了 X,此处 A 的杀人就发生在实行重罪之际,无疑是重罪——谋杀。又假定,A 抢劫 X,由于 X 反抗,A 害怕而逃跑,X 追赶 2 里之后,A 为了脱身而开枪打死了 X。A 打死 X 虽然不在实行抢劫过程中,而是在抢劫未遂之后,但仍应负重罪——谋杀的罪责。再假定,A 抢劫成功,或者抢劫逃跑成功之后一个星期,他开着汽车,由于思想集中在回忆一周之前的抢劫行为,而没有注意到行人 Y,结果轧死了 Y。这就不算“在实行或者着手实行重罪的过程中”引起的死亡。

可见,在确定“在实行或者着手实行重罪过程中”这个概念的范围时,要考虑三个因素:时间、地点、因果关系。实际上是这样三个问题:(1)死亡同重罪实行时间相隔多久;(2)死亡同重罪实行地点相距多远;(3)死亡同实行的重罪之间有多大程度的因果联系,杀人才算是发生在重罪实行的过程中?从判例看,存在两个极端。例一,A 和 B 企图抢劫 X 的商店,但是被一名顾客制止,A 和 B 逃出商店,X 在隔壁商店门前抓住了 B,A 开枪打死了 X。杀人与抢劫,时间相隔几分钟,地点相距几公尺,因果联系紧密——A 为了不被抓住而打死 X。但法院认为这些尚不足以构成杀人是“在实行抢劫过程中”发生的,因为 A 和 B 已经停止实行抢劫并且逃

了出来(1936年特拉华州的一判例)。例二, A和B在费城凌晨两点抢劫了X,偷了一辆汽车,开向新泽西州,中途下来吃了饭,继续开车,凌晨四点的在新泽西一小城因超速行车而被警察P喝令停车,于是A开枪打死了P。杀人与抢劫,时间相隔两小时,地点相距百多里,因果联系相当遥远——A、B因抢劫逃跑时开快车,又误认为P是发现他们的赃物而喝令停车,所以杀人与抢劫之间仅仅是一种偶然的联系,是巧合。但是,法院认为杀人行为发生“在实行抢劫过程中”(1936年新泽西州的一判例)。这两例的观点都过于极端,当然多数判例是采取适中观点。

7. 杀人和与此相关的重罪应当是两个独立行为。普通的图谋伤害(assault)是轻罪,但加重情节的图谋伤害(aggravated assault)是重罪,如用致命武器进行攻击,为抗拒逮捕而实行攻击,或者引起身体严重伤害的攻击等。那末,实行加重情节的攻击人身而导致死亡,是否构成重罪——谋杀?例如,A用刀子刺伤了B的手臂,B患血友病,因流血不止而死亡。这构成过失杀人罪,而不构成重罪——谋杀罪。因为这里只存在一个行为——攻击人身。当然,如果A是在强奸(重罪)B过程中用刀子刺伤患血友病的B的手臂(又是一个独立行为)而引起死亡,那就不是过失杀人了。

8. 重罪——谋杀规则的未来。美国多数司法辖区都接受重罪——谋杀规则,只是附加一些限制条件(前面已经叙述)。但这种类型的谋杀罪应否存在,仍然是一个有争议的问题。重罪——谋杀规则的基本理由是,犯重罪者是怀有坏心的坏人,并且又引起了更坏的结果(他人死亡),因此不必计较这样的问题——他所造成的致命结果不同于而且严重于他所追求的坏结果。重罪——谋杀规则的长处在于不放纵致人死亡的重罪犯。然而刑法的基本原则是,对同主观意图大相径庭的实际坏结果通常不负刑事责任,否则就有客观归罪之嫌。这是对重罪——谋杀规则引起争论的主要原因。

英国在经过把重罪——谋杀归属于“推定谋杀”(constructive

murder)的一段时期以后,已于1957年(根据《杀人罪法》)废除了重罪—谋杀规则。美国是当今世界上保留“重罪—谋杀”这一类型的谋杀罪的唯一国家。如前所述,美国绝大多数司法区都有这类谋杀罪,只有极个别州(如俄亥俄州)不承认重罪—谋杀罪。美国法学会在其《模范刑法典》里废除了重罪—谋杀罪,凡在实行或着手实行重罪过程中故意实施的或者极端轻率实施的杀人都定为谋杀,因而在犯重罪过程中出现的没有认识的(不能预见的)死亡被排除出谋杀罪范畴。1958年宾夕法尼亚州的雷德莱恩判例就反映了对传统的重罪—谋杀规则的不满。

虽然重罪—谋杀规则目前仍保留在美国法律中,但是多数学者认为,可望将来在刑法里渐渐消失。一个“旁证”是,因为这个规则的创始国——英国已经废除了这种类型的谋杀罪。

#### (五) 拒捕谋杀罪

有些刑法著作和一些判例把在抗拒合法逮捕中所引起的非故意杀人单独定为一类谋杀罪——拒捕谋杀罪(resisting-lawful-arrest murder)。但是实际上,它并没有区别于其他各类谋杀罪的单独的特征,所以不应当作为独立的一类谋杀罪。视具体案情,它可能是目的谋杀罪,或者是意图重伤谋杀罪,或者是极端轻率谋杀罪,或者是重罪—谋杀罪。由于多数州的法律规定拒捕本身仅仅是轻罪,所以在拒捕中引起的死亡在这些州里一般也就不构成重罪—谋杀。

综上所述,美国基于普通法的谋杀罪分类,尤其是把故意重伤、极端轻率和实行重罪过程中引起的偶然死亡纳入“谋杀罪”范畴,其明显的特点是偏重客观实害的功利主义。

---

我国有学者认为(见郑伟《刑法个罪比较研究》第69页,1990年河南人民出版社),美国《模范刑法典》并没有废除重罪—谋杀罪,恐怕是误解。该法典承认推定(轻率)谋杀,不等于承认重罪—谋杀,因为该法典排除了犯重罪过程中出现的没有认识的死亡属于谋杀(而传统的重罪—谋杀概念并不排除没有认识的死亡)。

### 三、谋杀罪的等级

上述谋杀罪的类型是以犯罪构成特点为基础,此处谋杀罪的等级是以刑罚轻重为出发点。美国大约有五分之四的州把谋杀罪分成两级,联邦刑法中也作如此分类。

英国法官虽然创立了谋杀罪的几种类型,但是英国法律从来没有把谋杀罪分等级。美国只有少数州,如缅因、伊利诺、德克萨斯、佐治亚、肯塔基、路易斯安那、密西西比、南达科他、南卡罗来纳等,也像英国一样,谋杀罪不分等级。大多数州把谋杀罪分为两级,个别几州分为三级。对谋杀罪分级的目的在于,对一级谋杀罪处以严厉的刑罚,通常包括死刑(在保留死刑的州),对二级谋杀罪处以不那么严厉的刑罚,通常包括终身监禁,但不处死刑。

#### (一) 一级谋杀罪(first-degree murder)

在绝大多数把谋杀罪划分等级的州里,一级谋杀罪包括下列两类谋杀:(1)有预谋的目的谋杀(这实际上就是早期普通法里的谋杀罪);(2)在实行特定种类重罪过程中发生的重罪—谋杀。另外,有一些州把具有某些特别情节的杀人列为一级谋杀罪:用特定的杀人手段,如投毒杀人、伏击杀人、折磨杀人;或者在特定的地点,如在监狱或看守所里杀人;或者对特定的对象,如杀死正在执行职务的警察。

预先谋划。作为一级谋杀,除应当具备杀人意图(目的)外,还应当有预先谋划(预谋)。预先谋划这个概念常常很难给以具体的确切定义。有人认为,关于预先谋划,就是杀人者在杀人之前对自己发问:“我要杀他吗?”回答:“对,我要杀他。”这仅仅属于杀人意图。如果再想一下:“等一等,这会有什么后果呢?”自我回答:“好

---

一级谋杀罪,在美国的法律文件中也有写成 murder in the first degree 或者 murder 1。



吧,反正我一定要杀他。”这对“预谋”就够了。预谋,常常具有杀人的计划和逃避刑罚的办法等内容;但也并非一定要具有这些内容才算是预谋。一般说来,预谋要求有事先的冷静思考。所谓“事先”,并不一定要很长时间,往往“片刻”也就够了,甚至只是“几秒钟”。正如联邦巡回法院的一个判决中所说的:“一瞬间就可以打破一级谋杀罪和二级谋杀罪的界限。”这个观点日益被更多的人所接受。当然,这不是说“预谋”并不存在。在生活中可以看到,有些故意(目的)的形成并没有事先的思考,当然多数情况是故意伴随着事先思考而产生。

预先谋划和杀人目的一样,都是主观心理态度。现代行为科学认为,人的主观心理通过客观行为表现出来,而行为又同一系列外界情况结合在一起,所以被告人是否有预谋是可以判断的。一般说来,为确定是否有预谋,有三类证据是重要的:(1)被告人在杀人之前做了什么和怎样做的事实,即计划活动。例如,准备杀人武器和工具,偷偷地接近被害人,或者把被害人带到旁人难以发现的地方,等等。(2)被告人同被害人的关系,这一情况有助于推断被告人的动机。例如,被害人同被告人吵过架,有仇恨;被告人(男)同被害人(女)共同生活过,被告人嫌被害人穷,被告人打算同另一有钱的女人结婚,被害人的先前行为引起被告人的愤恨;等等。(3)关于杀人的方式方法。例如,伏击杀人,事先埋伏这种方法本身就说明有预谋;杀伤处选择在身体的要害部位;等等。但是,像被害人身体多处受伤,或者杀人之后逃避侦查的行为,等等,这些不足以说明杀人之前就有预先谋划。

著名的大法官卡多索在三十年代初曾经说过,把一级谋杀和二级谋杀的区分建立在是否存在预谋之上,这太含糊以致对陪审团来说简直无法捉摸,因此建议在法律中不必再作这样的规定。《模范刑法典》基本上采取了这个立场,没有对谋杀罪划分等级,但是详细地列举了量刑的减轻和加重的情节。新泽西州的新刑法典

的谋杀罪条款就是以《模范刑法典》为蓝本的。

特定种类的重罪。如前所述,在实行或着手实行重罪过程中发生的杀人,即使是非故意的杀人,是重罪—谋杀;如果这个重罪是一级谋杀罪法律条款中所列举的重罪之一,那就构成一级谋杀罪。一般说来,这些列举的重罪限于抢劫、强奸、放火、破门入户以及绑架等五六种暴力重罪。

## (二) 二级谋杀罪(second-degree murder)

凡对谋杀罪划分为两个等级的刑法,二级谋杀罪的范围就是“除一级谋杀罪以外的其他谋杀罪”。具体说来就是:(1) 无预谋的目的谋杀;(2) 全部故意重伤谋杀,不论故意重伤是否有预谋;(3) 全部极端轻率谋杀;(4) 一级谋杀罪列举的重罪以外的重罪—谋杀,例如盗窃(不是抢劫)中发生的杀人,恶作剧(严重的恶作剧是一种重罪)而引起的死亡,等等。

## 四、谋杀罪的证据

谋杀罪是最严重的犯罪,应当处最严厉的刑罚,所以审理谋杀罪案要采取更为慎重的态度,尤其反映在诉讼证据上,有两个特点:

(1) 联邦最高法院的两次决定都指出判定谋杀罪不能单凭被告人口供,而且不合法定程序的口供不能作为证据。

(2) 在英国和美国过去的司法实践中曾有过这样的冤案:当被告人因谋杀罪被执行死刑三年之后,被“谋杀”的人又公开出现了。或者正当因谋杀罪被判死刑的被告人走向断头台时,被“谋杀”的人却出现在断头台附近。所以审理谋杀案时要有“被害人的尸体”作为证据。当然,如果发现了尸体,还需提出三个问题:是自杀吗?是意外事件吗?是他杀吗?

## 五、自杀

自杀 (suicide) 在原先英国普通法里被认为是“自我谋杀”，是一种重罪(自杀未遂是轻罪)。惩罚自杀者的方法是：(1) 侮辱形式。把自杀者埋葬在公路旁，上竖一根木桩，这根木桩要穿过自杀者的身体。(2) 没收财产。把自杀者的全部动产充公。1903 年美国还有这样的判例。但是今天，自杀已不成为犯罪了。然而，同自杀有关的以下几个行为仍然是犯罪。

### (一) 未遂自杀 (attempted suicide)

美国仍有内华达、华盛顿、俄克拉何马、南达科他和北达科他五个州认为未遂自杀是犯罪。由于自杀不伤害其他人，所以这些州的检察官也极少对自杀未遂者起诉。更好的办法是不把未遂自杀定为犯罪，就像其他绝大多数州那样。

### (二) 伤害他人的未遂自杀

一个人自杀未成，而意外地杀死或伤害了他人。这常常是发生在这样的情况下：一个无辜的他人看见这个人正要用枪自杀，于是上前制止，也许去夺他的枪，在这过程中企图自杀者意外地打死了(或打伤了)这个劝阻自杀的好心人。判例是各种各样的，有判谋杀罪的，有判非谋杀罪的，也有根本不判罪的。不过多数判例是对直接造成他人死亡的未遂自杀者定过失杀人罪。

### (三) 诱使、帮助、迫使他人自杀

迫使他人自杀，或者因强奸致被害人羞怒而自杀，或者应被害人的请求而杀死被害人，在所有州，这些都是谋杀罪。

关于诱使或者帮助他人自杀的刑事责任，有三种观点：(1) 认为是谋杀罪。根据普通法的观念，自杀被认为是“自我谋杀”，因而

---

根据七十年代的资料。

1979 年新泽西州新刑法典废除了未遂自杀罪。

诱使或帮助他人自杀的自然也就是谋杀。例如, 狱中犯人 A 劝说同狱犯人 B 自杀, 说:“你明天就要被执行死刑, 不如今天自杀, 这样可以给执行当局造成难堪, 也可以使看热闹的人失望。”A 就是诱使他人自杀, 应负谋杀的罪责。在未遂自杀被规定为犯罪的州里, 如果帮助他人自杀而未成功的, 帮助自杀者和自杀未遂者构成共同犯罪。在未遂自杀不成为犯罪的州里, 帮助者或唆使者负谋杀刑事责任。许多州是这样规定的。(2) 认为是非谋杀罪。如纽约州刑法典规定“故意引起或帮助他人自杀的”, 构成“二级非谋杀罪”。(3) 认为是一个独立的罪——帮助或教唆他人自杀罪。如明尼苏达、威斯康星等州的刑法典就是这样规定的。

## 第二节 杀人罪- 非谋杀

### 一、非预谋杀杀人罪的概念和类型

有些司法区的法律沿用普通法观点, 对非预谋杀杀人罪 (manslaughter) 下的定义是:“无预谋恶意地非法终止他人生命的行为。”如前所述, 由于当代杀人罪法律条款中的“预谋恶意”已经同它的字面意义差异很大, 所以这个定义对解决具体案件没有多大帮助。把非谋杀罪看作是介乎谋杀罪和非罪杀人(如执行命令或正当防卫等合法杀人)之间的中间性犯罪, 对司法实践更有帮助。因此, 非谋杀罪实际上包括既非坏到谋杀罪地步但又坏得非作犯罪处理不可的所有非法杀人行为。非谋杀罪的刑罚轻于谋杀罪。

普通法把非谋杀罪分为非预谋故意杀人 (voluntary manslaughter) 和过失杀人 (involuntary manslaughter) 两类。对前者的处罚重于后者。今天美国多数司法区仍然采用此种分类法。有一些司法区(如纽约州)不采用这种传统分类方法, 而是径直接按刑罚轻重分成两个等级: 一级非谋杀罪, 二级非谋杀罪。与此相似的有些司法区(如新泽西州)把非谋杀罪分为加重非谋杀和一般非谋杀

杀两类。个别州把普通法的某些谋杀罪划归非谋杀罪。

## 二、非预谋故意杀人

### (一) 非预谋故意杀人- 激情杀人

激情杀人(heat-of-passion voluntary manslaughter)是非预谋故意杀人的典型形式。非预谋故意杀人罪就是具有减罪情节的故意杀人行为,最典型的减罪情节就是被告人在因受强烈刺激(这种刺激足以使一个正常人失去正常的自控能力)而产生盛怒的心理状态下所实行的杀人。现代心理学认为,激情杀人情况下被告人的心理素质同谋杀情况下的心理素质有差异。“知”这一心理因素虽是相同的,但“意”这个心理因素因为“情”这一心理因素的干扰而发生素质上的变异。人们靠生活经验也是能够体察到这个道理的。

1. 心理状态。通常的观点是,非预谋故意杀人罪以杀人故意(或者重伤故意,或者非常轻率)为前提,由于难以控制的激情,才把这种故意杀人行为降为非谋杀罪。但是个别判例和少数派观点是,激情必须达到“销毁杀人故意”(而不仅仅是失去自控力)的强烈程度,才能使这种杀人行为降为非预谋故意杀人罪。这种观点使得被告人很难得到激情杀人的从轻处罚。

“激情”的通常形态是“盛怒”。但是有些判例显示,激情也可能是“恐怖”,或者“惊吓”,或者“极度绝望”的心理。然而,“复仇的激情”不能作为构成激情杀人的心理状态。

被告人必须具备以下四个因素才能把谋杀降为非预谋故意杀人- 激情杀人:(1)必须存在足量的刺激;(2)被告人必须事实上受到刺激;(3)在受到刺激和实行致命打击之间没有时间使激情冷却下来;(4)事实上被告人激情在此间隙中没有冷却。

(1) 正常的激情。所谓正常的激情,就是这种激情足以使正常人失去自控能力,然而正常人在这种情形下通常是不会去杀人的。因此,在正常激情下的杀人,既不可定为谋杀,也不可免罪,应当定

为非谋杀。在正常激情下杀人时,行为人认识到他自己在杀人(或重伤他人),所以又不是过失杀人,而是故意但非预谋杀杀人。非预谋故意杀人-激情杀人是介乎谋杀和过失杀人之间的一类杀人罪。

关于正常激情,在司法实践中具有定型化的内容,通常认为下面一些激情就是正常激情:受到暴力攻击;受到非法拘捕;见到配偶正与他人通奸;等等。但是,单纯的言词或者财产受到非法侵犯,通常不能被认为是引起正常激情的原因。法官的判决,即使是错误的,也不能被视为引起杀人的正常激情的起因。当然,正常激情也是一个可变概念,在不同文化背景下因价值观念不同,正常激情的具体内容也会随之改变。在古代,认为足以引起激情的情形,现代可能认为不是;而历史上认为不足以引发正常激情的情形,今天可能认为是。根据现代观念,一般认为下列情形可能引发正常激情:

1) 殴打。虽然轻轻拍打也可以构成殴打,但不足以引发正常激情。使用物器或拳脚进行的使人产生很大痛苦的殴打,通常就可以促成正常激情。然而,如果对方的暴力攻击是由于被告人自己的行为引起的,便不成立正常激情。激情杀人情况下的殴打,虽然不像正当防卫情况下的非法侵害那样严格要求(激情杀人有时非常接近防卫杀人),但也要考查殴打的程度,如攻击者是否使用武器以及武器的性质等都是应予考虑的因素。假定 A 用刮脸刀割破了 B 的手臂, B 就激怒,开枪打死了 A,则 B 应负谋杀罪责,而不能定为激情杀人,因为这种激情是不正常的。

2) 互殴。不存在正当防卫的两人互相殴打,一方杀死了另一方,约有 1/3 的州的法律明文规定为非预谋故意杀人,其他州虽然没有这样的明文规定,但司法实践常常也是采取这种态度。

3) 非法拘捕。非法拘捕能否构成激情杀人的正常激情的理由?两种判例都有,不过多数认为实施杀人行为者至少应当相信自己是无罪的。

4) 通奸。几乎所有的州都认为,当丈夫发现妻子正同他人发

生通奸行为时而杀死妻子或奸夫,是正常激情下实行的激情杀人。反过来也如此,当妻子发现丈夫正同他人通奸时而杀死丈夫或奸妇,当然也是激情杀人。这类判例也不少。当代判例有扩大趋势,即除去“当场捉奸”外,根据查有实据的奸情而激起愤怒所实行的杀人也被认为是故意非谋杀。例如,1956年加利福尼亚州一案,布里奇豪斯在他岳母家见到其妻子的情夫时便杀死了那个人,法院判决为激情杀人罪。

通奸以婚姻关系存续为前提,所以当丈夫杀死了同他已离婚的妻子发生性行为的人,或者同他未婚妻发生性行为的人,或者同他情妇发生性行为的人,都不能被减轻为激情杀人。然而,虽然并不存在法律上的婚姻关系,但实际上长期作为夫妻共同生活(即事实上的婚姻关系),其中一方杀死了与他人发生性关系的另一方,仍按激情杀人论处(1965年伊利诺州一案)。

三个州(新墨西哥、德克萨斯和犹他)法律规定,愤怒的丈夫杀死其妻子的情夫(不包括妻子)是合法杀人(justificable homicide),认为这是一种制止犯罪(通奸)的特殊形式的防卫。特拉华州法律规定此种情况为最轻的非谋杀罪。但是,绝大多数州仍然认为是激情杀人罪。刑法不承认这样的“不成文法”:当发现配偶与人通奸时可能使精神正常的人一时变为精神失常。然而,陪审团有时更多地受“常情”支配而不顾法律规定,对一个因配偶与人通奸而实行杀人的被告人宣告无罪。

5) 言词。单纯的言词(如谩骂,诽谤等)不能使故意的杀人由谋杀降为非预谋故意杀人。但是仍有例外,一些州法律认为,如果言词是信息性的而不是单纯的侮辱或咒骂,则可以把故意的杀人降为非预谋故意杀人,因为当正常人见到信息所反映的事实时都会产生盛怒。因此,当听到妻子突然说出她与别人通奸,或者当他人告诉他妻子与别人通奸的言词时而勃然大怒,在这种情况下杀死妻子或妻子的情夫,就可能构成激情杀人。怀俄明州有这样的判

例,被告人听到其妻告诉他说,她的继父奸污了她和他们的女儿时,怒火中烧,因而杀死了他的岳父,法院判决被告人为激情杀人罪。

6) 对第三者的伤害。通常情况都是因对被告人本人造成伤害而形成正常激情,但是对被告人的近亲属造成伤害也可能引发被告人的正常激情。例如,被害人殴打被告人的幼子,被害人又因此同被告人争吵,结果被告人激怒而杀死了被害人。又例如,父亲得知他的小女儿(未婚)被他的大女婿强奸后便杀死了他的大女婿。一般认为,“对第三者的伤害”不能扩大到他的远亲或朋友。

7) 激情错误。所谓激情错误,就是被告人合理地认为刺激来自被害人,但实际上是错误的。这种情况下的刑事责任,按“事实错误”原则处理。

8) 正常人标准。如前所述,激情达到足以使正常人(有理智的普通人)丧失自控力的程度就是正常激情。显然,这里采取客观标准——正常人的理智;而不是被告人的主观标准。所以,即使被告人因主观特殊原因(如因生理、心理缺陷或者因醉酒等)其自控力低于正常人,虽然确实被激怒,但正常人在这种情况下不会激怒,那末也不能把故意的杀人降为激情杀人。例如,被告人有生理缺陷,在嫖妓时,因妓女嘲笑他的生理缺陷(阳萎),他怒不可遏,而杀死了该妓女。法院在判断是否存在正常激情时,没有以被告人的生理特点为依据,仍然定为谋杀罪。多数司法区的法律都持这种观点。但是,刑事责任毕竟是个人的责任,不考虑被告人的具体情况也是不公正的。所以《模范刑法典》在“正常人”的基础上规定了要考虑被告人的“主观特性”。纽约和康涅狄格等州刑法典采取了类似《模范刑法典》的折衷立场。

(2) 实际的激情。某种刺激对普通的正常人足以引起失去自控力的正常激情,但并不等于具体案件的被告人实际上已经丧失自控能力。假定被告人的自控能力高于常人,在常人可能失去自控



能力但被告人实际并未丧失自制的情况下实施的故意杀人,不能把谋杀降为激情杀人。对此多数州都采取以被告人主观特性为标准观点。上面说到,对自控能力低于常人的被告人采取正常人的客观标准;而对自控能力高于常人的被告人采取被告人的主观标准。可见,美国多数司法区刑法对此问题采取“就高不就低”的态度。

(3) 正常的冷静时间。除了上面所述被告人应当实际上产生丧失自控力的正常激情之外,还有一个问题,即被告人受到刺激和实行致命打击之间不存在足以使激情冷却下来的时间差,这样才可能把谋杀降为激情杀人。这里的“时间差”也和上述激情一样有一个判别标准问题。多数司法区是以正常人为标准,即如果被告人冷却激情的时间慢于常人,则以常人为标准。少数司法区以被告人的主观特性为标准,即如果被告人冷却激情的时间慢于常人,则以被告人实际情况为准。

(4) 实际的冷却。由于被告人冷却激情的时间快于正常人,在被告人产生激情之后实际上已冷静下来(虽然按正常人的标准被认为不能冷静下来)的情况下实施了杀人行为的,仍然不能把谋杀降为激情杀人。美国多数司法区,关于“冷静时间”也是采取“就高不就低”的立场。

2. 不同情况不同结论。有三种不同情况的故意杀人,因而得出三种不同的结论。

(1) 同时具备上述四个因素,即按正常人标准并且实际上产生了激情,以及按正常人标准并且实际上激情没有冷却下来,这种情况下的故意杀人就是非预谋故意杀人—激情杀人。

(2) 缺乏上述第一个或者第三个因素,即故意杀人者虽然实际上产生激情但是按正常人标准不应失去自控能力;或者故意杀人者虽然实际上没有冷静下来,但是按常人标准应已冷静下来,在多数州构成二级谋杀罪,因为被告人缺乏杀人的预先谋划。

(3) 缺乏上述第二个或者第四个因素,即故意杀人者实际上没有失去自控能力,虽然常人在这种情况下一般会丧失自制;或者故意杀人者实际上已经冷静下来,虽然常人在这种情况下一般不会冷静下来,则仍然构成一级谋杀罪,因为被告人存在预谋。

3. 刺激来自非被害人。通常的激情杀人案件中的刺激来自被害人,但有时也发生这样的情形,引起激情的刺激来源不是被害人。这类情形有:(1) 被告人误认为被害人是刺激来源(挑衅者);(2) 被告人意图杀死挑衅者,但因打击发生差错而杀死了无辜的其他人;(3) 被告人在盛怒中杀死了第三者。例如,被告人看到他的孩子被汽车撞死,怒恨俱发,当即想要上去打死开车人,此时一旁观者上前劝阻,于是被告人转而杀死了这个相劝者。判例表明,前两种情况都可以减轻为激情杀人,但是对第二种情况有的学者认为应定二级谋杀。对第三种情况,通常不认为具有减轻情节,应定谋杀罪,因为被告人实行打击时没有发生认识上的错误或者行为上的差错,他知道被打击的人是无辜的,只是狂怒之下不能自制。由于狂怒而缺乏预先谋划,所以只定二级谋杀罪。

4. 不存在“激情重伤罪”。激情杀人是对谋杀罪的减轻,但是法律上为什么没有激情重伤害呢?这主要是历史的原因。在早期普通法里,谋杀罪必须处死,而对其他罪(包括重伤害)的处罚,法官有自由斟酌的权力。激情杀人罪就是为那些形似谋杀但觉死刑过重的杀人罪设定的。当然,实际生活中确实存在激情重伤案件,因为法官有权视具体情节减轻其罚,所以法律上没有必要在故意重伤罪之外再设定一个激情重伤罪。由于这一历史原因,有时竟会出现离奇的局面。例如,1922年德克萨斯州有这样一个案件,被告人在大怒之下割去了他妻子的情夫的生殖器(重伤害)而被法院判罪。但是该州法律规定处于激愤中的丈夫杀死妻子的情夫是合法杀人。这就是说,在这性质相同情况下,杀人不是犯罪,而重伤倒是犯罪。

## (二) 具有其他减罪情节的非预谋故意杀人

美国大约有近 20 个州在法律上对非预谋故意杀人罪下的定义只是指激情杀人,另有不到半打的州在法律定义中明确表示不仅仅限于激情杀人的情况,差不多半数的州对非预谋故意杀人在法律上没有下定义,因此非预谋故意杀人可以被理解为除激情杀人外还包括其他一些减罪情节。

1. “法律上无效的”防卫。“法律上有效的”防卫杀人,需要同时具备两个条件:(1) 自卫者杀死敌方时,自己必须没有过错行为。(2) 他必须合理地(虽然未必是正确地)认为:a 他的敌方将立即对他实施致命的或者重伤身体的侵害;b 为防止这种侵害而必须对敌人使用致命暴力。如果一个人(当然不是侵害者)在杀人时同时具备以上两个条件,就是合法杀人,既不是谋杀,也不是非谋杀,而是无罪。如果上述两个条件只具备一个,那就不是合法防卫,而是法律上无效的防卫。但由于存在一定的减轻情节,所以不构成谋杀罪。有些州认为这是非谋杀(前面没有“故意”这个定语),有些州认为是非预谋故意杀人,也有一些州认为是过失杀人。

2. “法律上无效的”制止重罪。早先普通法认为,公民为制止重罪的实行或者制止重罪犯的逃跑而有权杀死这个重罪犯。当今的趋势是把这种权利限制在危险的暴力重罪这个范围之内。公民在行使制止重罪权利时不一定要要求没有任何认识错误,只要这种认识错误(如果有的话)是合理的就可以。

如果一个公民没有合理的理由,但真实地把轻罪误认为暴力重罪(如把小额盗窃误认为是抢劫或者破门入户),或者把不是逃跑误认为逃跑,而杀死了那个“重罪犯”。这不是合法杀人,而是“法律上无效的”制止重罪。由于存在一定减轻情节,所以不构成谋杀罪。一般应当定为故意非谋杀罪,或者非谋杀罪(在非谋杀罪不再

---

有些国家刑法把它称为“防卫过当”。

划分为故意的和过失的州里)。

3. “法律上无效的”紧急避险。迫于自然压力(如饥、渴),为拯救自己而故意杀死无辜的他人。这不能构成合法辩护的紧急避险,而是法律上无效的紧急避险。虽然不是紧急避险,但毕竟存在一定的减轻情节,因此谋杀罪被减轻为非谋杀罪。

4. 其他故意杀人行为。除上述几种以外,还有其他一些情况,使故意杀人行为被认为坏得足以构成犯罪但又不致坏到构成谋杀罪。

(1) 在尚未达到可以进行合法辩护的精神病程度的精神错乱情况下实行的杀人,在有些州(如加利福尼亚、伊利诺、犹他、田纳西等州)可以降为非谋杀。但是,现在多数司法区的判例表明并没有采纳此种观点,认为精神错乱仅仅否定行为人的预谋能力,但并不否定他的杀人意图,所以只能把一级谋杀降为二级谋杀。这种观点的首例是1927年纽约州的卡路索案。当然,也有少数判例仍把这种情况下实行的杀人定为一级谋杀罪。

(2) 自愿醉态(自己主动饮酒或服麻醉药而引起的醉态)情况下的杀人,如果这种醉态严重到能否定被告人的杀人意图,则可以降为非谋杀罪。但是多数判例认为,自愿醉态只能严重到否定被告人的预谋,而不能否定被告人的杀人意图,所以只能从一级谋杀降为二级谋杀,而不能降为非谋杀。

(3) 关于帮助他人自杀,只有少数判例认为是谋杀罪,多数观点(法律和判例)认为是非谋杀罪,或者单独定为“帮助他人自杀罪”。

### 三、过失杀人

如前所述,早期普通法不分谋杀和非谋杀,统称杀人罪。后来

---

有些国家刑法把它称为“避险过当”。

才把杀人罪划分为谋杀和非谋杀两种。随着司法实践经验的积累,进一步把谋杀和非谋杀这两种又各自分为几类。谋杀罪的类型在前面已经叙述。非谋杀罪分为两类——非预谋故意杀人和过失杀人。非预谋故意杀人的几种情形已在上文作过讨论。过失杀人又分为两个类型,即过失杀人和非法行为—非预谋杀杀人。下面分别介绍两类过失杀人。

### (一) 过失杀人

通常认为,法律上没有“过失等级”,事实上却存在着“不等量”(不同程度)的过失:轻微过失、一般过失和严重过失。

一般过失,就是行为人缺乏一般人应有的普通谨慎程度。作为民事责任基础,一般过失已经足够。少数州认为,一般过失也可以作为刑事责任基础。

轻微过失,就是行为人缺乏特别谨慎的人所具有的谨慎程度。轻微过失通常不能作为法律责任的基础。

严重过失,就是行为人明显地缺乏一般人所具有的起码的(即最低限度的)谨慎程度。多数司法区认为,只有严重过失才能作为刑事责任基础。对严重过失的理解,观点不尽相同。有的认为“比一般过失严重的过失”就是严重过失;有的认为严重过失就是“轻率”(有意识冒险)。不过有一点是没有争议的:严重过失尚未达到极端轻率的地步。

什么是过失杀人?常常很难找到一个被普遍接受的定义。一般说来,过失杀人需要具有两个特征:(1)被告人的行为必须包含对他人死亡或者重伤的较高程度的冒险;(2)被告人必须认识到他的行为具有这种冒险性。行为人认识到了他的行为具有引起他

---

过失杀人(involuntary manslaughter 或 criminal-negligence homicide)。非法行为—非预谋杀杀人(unlawful-act manslaughter),也称“轻罪—非谋杀”,和前面叙述过的“重罪—谋杀”相对称。

人死亡的危险,但还是冒险(侥幸)地实施了这种行为,构成过失杀人罪。这就是说,无认识过失(疏忽过失)不构成过失杀人。如果因疏忽而造成他人死亡的,根据具体案情可以构成其他重罪。但是,有些判例也表明,过失杀人不一定具备上述第二个特征,认为被告人行为是致人死亡的不合理的高度危险行为就足以构成过失杀人罪,而不一定要认识到这种冒险性质。行为人虽然没有认识到但是正常人都应当认识到这种行为具有引起他人死亡的危险性,由于他的行为而导致了他人死亡的,也构成过失杀人。这就是说,疏忽过失(无认识过失)也可以构成过失杀人罪。例如,被告人(某医生)让他的患者用浸湿煤油的布裹起来,结果引起了患者的死亡(1844年马萨诸塞州判例)。又例如,被告人(某夜总会老板)因为没有提供逃避火灾的应急设施,在一次失火中烧死了490人,被告人负过失杀人的刑事责任。因为,“即使被告人愚蠢或粗心到在事实上没有认识到这种巨大危险,但是如果一个普通人在这种情况下能认识到这种危险的严重性,那末被告人就不能逃避刑事责任”(1944年麻州判例)。又例如,被告人(婴孩的母亲)把婴孩放在她情夫能够殴打婴孩的环境中,结果她的情夫打死了这个婴孩。她情夫犯了谋杀罪,被告人也应负过失杀人的刑事责任(1960年马里兰州判例)。

美国刑法中有两个术语 *involuntary manslaughter* 和 *negligent homicide*, 在汉语中都可以译为过失杀人。美国有些州刑法典使用前一个术语时其含义包括两种杀人: 轻率过失情况下的杀人和疏忽过失情况下的杀人。许多州虽然只用前一术语, 而且其含义仅包括轻率过失杀人, 这是因为疏忽过失情况下引起的死亡不被

---

轻率过失杀人, 相似于有些国家刑法中的有认识过失杀人。轻率过失杀人(属于非谋杀)不同于第一节的极端轻率谋杀。

疏忽过失情况下的杀人, 相当于有些国家刑法中的无认识过失杀人。

定为杀人罪。如果同一刑法典里同时使用这两个术语,那末前一术语仅指轻率过失杀人,后一术语指疏忽过失杀人。纽约州刑法典有其自己的特点,把轻率情况下的杀人定为二级非谋杀(manslaughter in second degree),把疏忽情况下引起的死亡称为过失杀人(criminally negligent homicide)。

过失杀人罪的一个问题是,行为人的身体缺陷或心理缺陷对确定“应否认识”行为危险性的标准问题上有没有影响?通常,身体缺陷,如近视、聋哑等,可以当作一种“情节”加以考虑。然而,尚未达到精神病程度的心理缺陷,如愚笨、缺心眼等,一般很少予以考虑。总之,迄今为止,在确定“过失”问题上,法律和司法实践对心理缺陷采取比较严格的态度。

作为和不作为都可以构成过失杀人罪。但是,被告人的作为或者不作为都必须是死亡的法定原因,即首先应该是事实原因(如果没有这种作为或者不作为,死亡就不会发生),而且死亡结果是被告人可预见的。从一系列判例看,依据社会实践,“可预见”就是意味着行为与结果间至少存在某种大于“可能”(possible)但小于“很可能”(probable)的关系。说得更确切一点,“可预见”就是死亡结果对被告人来说并不感到异常。

## (二) 轻罪—非谋杀

1. 轻罪—非谋杀的概念和构成。轻罪—非谋杀(misdemeanor-manslaughter)也称“非法行为—非谋杀”。它是和重罪—谋杀相对称的一个概念。如前所述,重罪—谋杀就是在实行或者着手实行重罪过程中造成的死亡。轻罪—非谋杀就是在实行或者着手实行非法行为(常常是轻罪)过程中造成的死亡。这是普通法中的一个罪名,由于它过于严厉,发展趋势是废除这种罪。但是这种趋势目前仅仅是开端,要完全取消它,那还是将来(甚至是相当时期以后的将来)的事,现在大多数司法区的刑法里仍有这种杀人罪。

这里所说的非法行为,包括某些违反地方法规的违法行为(有

些州称之为犯罪,有些州称之为民事过错行为),而主要指轻罪,尤其是普通伤害行为以及交通违法行为,但有时也包括一些非暴力重罪(如非法出售烈性酒等)。下面事例都构成轻罪—非谋杀:(1)企图自杀(虽非犯罪,但属非法行为),结果杀死了制止她自杀的未婚夫,法院定为“非法行为—非谋杀”。(2)法律规定向未成年人或者已经喝醉的人出售酒类是犯罪,酒店老板把酒卖给了已经处于醉态的人,此人由于饮酒过量,在爬进他的旅行车时从车上摔跌下来而死亡,酒店老板被判为轻罪—非谋杀。

非法行为,包括不作为。例如,根据纽约州法律规定,房东出租房屋时如果不提供防火设备就构成轻罪,被告人(房东)由于出租了没有防火设备的房屋,两名房客在一次失火中丧生,法院判处该房东为轻罪—非谋杀(1955年判例)。

没有罪过的违警行为算不算轻罪—非谋杀的“非法行为”?例如,驾驶无制动器的机动车或者夜间驾驶无灯车辆都是轻罪。假定,行车途中突然(在行为人没有过错的情况下)制动器失灵或者车灯失明,要修理则必须把车开到附近一个站头,在此过程中轧死了一个行人(或者撞死了另一个开车人)。在原则上,这种违警行为不能构成非谋杀罪,有这样的判例为证。当然,也有个别相反的判例。

因果关系。正如构成重罪—谋杀要求重罪行为和死亡结果之间有法定因果关系一样,构成轻罪—非谋杀也要求轻罪行为和死亡结果之间存在法定因果关系。仅仅是时间和地点的巧合,不是因果关系,不能构成轻罪—非谋杀。例如,汽车司机(被告人)没有及时更换新驾驶执照,在驾驶无新执照车(非法行为)时,驾驶十分谨慎。途中和对面开来的一辆车将要相撞之际,他为避免车祸,猛然转动方向盘,结果车撞到电线杆子上,撞死了车内一名乘客。初审法院定被告人为轻罪—非谋杀。上诉法院撤销原判,因为此案的非法行为(驾驶执照未更新)同死亡之间仅仅存在时间上的巧合,而



不存在因果关系。又例如,被告人(汽车司机)行车在公路上,开始是超速行车(非法行为),后来又放慢到正常速度,在正常速度行车中由于交通事故撞死了一个行人。能不能定被告人为轻罪—非谋杀?根据“如果没有 A 就没有 Z,则 A 是 Z 的事实上的原因”这个原理,被告人超速开车的非法行为是行人死亡的事实原因,因为如果没有先前超速开车,那就不会在此时此地碰上这个行人,行人也就不会被撞死。但是,死亡并不是发生在非法行为“实行过程中”(犹如前面重罪—谋杀构成条件那样),因而不存在法定因果关系。

2. 轻罪—非谋杀罪的限制。正如重罪—谋杀罪已经设定限制(也许将来最终会废除)一样,轻罪—非谋杀罪也受到若干限制。在许多司法区(但不是全部)把轻罪(非法行为)分为本身邪恶的罪(*malum in se*)和法规禁止的罪(*malum prohibitum*)两类。如果这一非法行为属于前者(如攻击人身,酒后开车等),在实施或者着手实施这一非法行为过程中非故意地引起了他人死亡的,就是轻罪—非谋杀,不考虑被害人死亡是否为意外事件,也不考虑被告人行为的非法部分(如酒后开车,喝酒是非法部分)和被害人死亡之间是否存在近因关系。但是,如果这一非法行为属于法规禁止的罪(如使用过期执照行车等),在实施这一非法行为中非故意地引起了他人死亡的,就不一定构成犯罪。在这种情形下,判例反映出三种不同的观点:

第一种观点,只有非法行为(法规禁止的罪)是可以预见的或者是死亡的法定原因时,才构成犯罪(轻罪—非谋杀)。根据这种观点,构成犯罪不要求被告人主观上已预见到死亡的可能性,只要常人在该情况下能够预见到死亡的可能性即可。按这种观点,轻罪—非谋杀同过失杀人的区别在于:(1) 过失杀人不是由非法行为引起的;而轻罪—非谋杀是由非法行为引起的。(2) 过失杀人要求被告人的行为包含不合理的高度冒险性;而轻罪—非谋杀只要求被告人的行为包含不合理的冒险性。(3) 被告人虽有过失,但死亡是由

死亡者本人的自动行为引起的,则不构成过失杀人;然而这种情况仍可能构成轻罪—非谋杀。

第二种观点,只有被害人的死亡是被告人行为的非法部分所引起的,这种非法行为(法规禁止的罪)才构成犯罪(轻罪—非谋杀)。被告人的非法行为常可分成合法部分与非法部分。例如,无照行车是非法行为,行车是合法部分,没有执照是非法部分。又如,某地方法规规定禁止星期日打猎,如果某人星期日打猎,这是非法行为,非法部分是指日期(星期日),打猎是合法部分。假定 A 无照行车中撞死了人,如果这一死亡纯系意外事件,即使“有照”也会发生,那末根据这种观点, A 就无罪。假定 B 星期日打猎中非故意地造成了他人死亡,如果这一死亡在平日(非星期日)在具有该情节的情形下也会发生,那末 B 就不能定为轻罪—非谋杀。第二种观点同第一种相比较,第二种观点对构成犯罪的限制条件更多一层。

第三种观点,只有被告人的非法行为(法规禁止的罪)达到刑法上的过失程度时,才构成犯罪(轻罪—非谋杀)。

由于本身邪恶的罪和法规禁止的罪的区别只具有相对意义,而且有时候也相当含糊,所以要找到一条合理的明确的限制线是困难的,因为这种罪(轻罪—非谋杀)本身就有不合理因素。

3. 伤害引起死亡。人身伤害和攻击人身都属于本身邪恶的罪这一类轻罪。下列情形多数司法区都认为是轻罪—非谋杀:被告人故意用拳头对被害人进行中等程度的打击,由于被害人具有被告人不知晓的原因(如心脏衰弱,或者脑骨薄脆,或者血液有病,等等)而引起的死亡,并且这个死亡结果不是被告人的目的,也不是被告人所能预见的。例如,被告人 A 以拳打 D, D 滑倒在人行道上,由于头碰水泥而引起死亡。又如,被告人 J 把 K 扔出酒吧间的纱门, K 的手指被划破,死于破伤风感染。又例如,被告人 H 打了他醉酒的妻子一巴掌,结果引起了妻子的死亡。再如,被告人 F 用拳头打了 B 的下颌,由于 F 手指上的戒指擦破了 B 的皮肉,而 B

是血友病患者(F 对此不知情), 出血不止而死亡。上述案件的被告人都被法院判为轻罪—非谋杀。

“伤害引起死亡”的非谋杀罪, 由于它的严酷性而遭到批评。其实, 整个轻罪—非谋杀都因为过于客观归罪而受到指责, 在立法上和判例中已经开始(仅仅是开始) 设定限制条件。据认为在将来(也许是相当长的时期) 会取消整个“推定犯罪”(constructive crime), 包括重罪—谋杀和轻罪—非谋杀。

### 第三节 伤害罪

伤害罪(physical injury) 通常分为企图伤害、殴打和重伤三类。

#### 一、殴打和企图伤害

殴打(battery) 和企图伤害(assault) 是两个普通法轻罪, 也是今日制定法上的轻罪。这两个罪的区别在于: 殴打的构成要求某种程度身体接触(身体伤害或者侵犯接触); 而企图伤害则缺乏身体接触。

制定法又都增加了加重的殴打和加重的企图伤害两个重罪。

有些州(如纽约州) 的刑法典对伤害罪不采用传统的分类方法——企图伤害、殴打和重伤(mayhem) 三种, 而把前一种(企图伤害) 称为恐吓(menacing), 把后两种(殴打和重伤) 合称为伤害, 在统一的伤害罪中按情节轻重再分为三个等级: 一级伤害、二级伤害和三级伤害。不过, 多数司法区对伤害罪仍采用传统的三分法。

#### (一) 殴打

1. 普通的殴打。殴打罪可以简要地定义为对他人非法使用暴

---

纽约州刑法典里的“伤害罪”原文为 assault, 因此这里的 assault 一词的含义其实等于传统的 battery 和 mayhem。

力。构成此罪有三个基本要件,即行为、心理状态和危害结果。

(1) 危害结果——身体伤害或侵犯接触。殴击罪也同谋杀罪和非谋杀罪一样,不仅要求有行为,而且要求有危害结果。危害结果分两种情况:身体伤害和侵犯接触。所谓身体伤害,是指对人体造成出血、骨折或者青肿等,暂时的肉体痛苦(事后没有造成任何损伤)也是“身体伤害”。虽然没有身体伤害,但存在“侵犯接触”的情形也足以构成殴击罪。例如,一个男人没有得到该妇女同意而吻她或拥抱她;又例如,把痰吐在他人脸上,等等,都是侵犯接触。

(2) 行为。殴击的行为,通常是直接地对被害人实施的,如拳打、脚踢、动刀、使棒、开枪等。有时也可以是间接的方法,例如对马背上的人进行攻击,可以用鞭子抽打马,使马惊跳起来,从而把马背上的人摔下来而受伤;或者用传染疾病的方法去伤害他人;等等。

如果行为人由于自己的行为(作为或不作为)造成了某种有危险的情节而致使他人自伤的,也构成殴击罪。例如,剧院散场时,服务员关闭了过道的灯,致使两名观众从楼梯上摔下去而受了伤,服务员应负殴击的罪责。又例如,住院盲人患者向楼梯口走去,有护理责任的一名医务人员见后并没有及时提醒盲人患者,致使盲人摔下楼去跌伤了腿,这名医务人员的不作为构成殴击罪。

(3) 心理要件——故意、轻率和非法行为。故意伤害(或者故意侵犯接触)是殴击罪最普遍的心理态度。认识到有伤害他人危险而仍然实施了导致伤害他人的行为的,也是殴击罪的一种心理状态。在行为人没有伤害故意,也没有达到刑法过失程度的情况下,伤害作为实施非法行为的结果时,是否构成殴击罪?法律上不明确。对此有三种观点:有些判例认为,如果这种非法行为属于本身邪恶的罪错,回答是肯定的;如果这种非法行为属于法规禁止的罪错,回答便是否定的;有些判例认为,根本没有必要区分两种非法行为,一概都可以构成殴击罪。第三种观点正好同第二种相反,一

概都不构成殴打罪。

2. 加重的殴打。几乎所有司法区的法律中都有加重的殴打罪 (aggravated battery) 的规定, 都作为重罪来处罚。加重的殴打大致是这样一些情况: 从目的看, 是出于谋杀、重伤、强奸、抢劫的故意所实施的殴打; 从方法看, 是使用致命的或危险的武器所实施的殴打; 从结果看, 是产生了严重伤害的殴打。

第一种情况, 即出于谋杀、重伤等目的所实施的殴打罪, 显然只能在故意的心理状态下才能构成, 过失心理不能存在。第二种情况, 什么叫致命的或危险的武器? 除刀、枪之外, 还有棍棒、石块、汽车以及一切能致命或严重伤害身体的物件都是致命的或危险的武器。由于使用的武器性质的特殊, 这种情况的人身伤害行为多数是故意实施的。在少数场合, 也可能不是故意地实施的, 如轻率开车 (汽车是致命武器) 造成伤害的就是非故意。第三种情况, 通常没有伤害故意。

3. 殴打的合法辩护。殴打的合法辩护, 主要有两类情况: (1) 在合法自卫、防卫他人、制止犯罪或保护财产免受侵害情况下所造成的人身伤害; (2) 为了加强纪律性, 家长可以对孩子, 小学教师也可以对学生使用适度的武力, 孩子、学生无权对家长、教师以殴打罪提出控告。

关于被害人同意问题。如果出于体育运动比赛 (如拳击或者踢足球中打伤或踢伤了对手), 或者出于职业责任 (如医生对患者动手术), 这些当然不构成犯罪; 或者是轻微的侵犯接触 (如接吻、拥抱), 这种情况下如果被害人宽恕, 也可以不构成犯罪。但是, 如果是一般情况下的严重攻击, 即使被害人同意, 也不能作为合法辩护

---

在多数司法区里, 这种情况都作为两个罪来处罚, 即目的罪 (未遂或既遂) 加上殴打罪。

在这种情况下, 有些司法区称为“重伤罪”。

的理由。

## (二) 企图伤害

最早, 企图伤害罪(assault) 实际上就是殴打(battery) 的未遂罪。例如, A 扔石头打 B, B 躲开了, 没有打着, A 便构成企图伤害罪。如果打着了 B, A 就构成殴打罪。

如前所述, 攻击人身的危害结果有两种情形: 身体伤害和侵犯接触。相应的企图伤害也有两种情形: 企图身体伤害和企图侵犯接触。前者如上面所举例子。后者如, 一男子勾引一姑娘, 姑娘边跑边喊, 男子追了几十码便止步, 没有直接地接触到姑娘, 但他显然企图接触(接吻、拥抱或者其他淫秽行为), 这就构成企图伤害罪。正如前面所述, 殴打行为可以有直接的方式, 也可以有间接的方式, 那末企图伤害行为也有直接方式和间接方式之分。生活实践中, 企图伤害行为的方式绝大多数是直接的, 但也有间接的。例如, A 强使 E 走在自己前面, 以免自己挨别人攻击, A 对 E 则构成企图伤害罪。

以上是传统的企图伤害罪的实质内容。现在, 企图伤害罪的概念在大多数司法区已被扩大, 除了上述殴打未遂的情况之外, 还包括另一类内容——故意恐吓。所谓故意恐吓, 就是行为人有意使被害人产生立即受到伤害的害怕心理。是否真的会实行伤害不是构成此罪的要件, 但是要求被害人产生了害怕心理。例如, A 和 K 相距一公尺远, A 举起拳头作出要伸出去的姿势, 并说:“我已想出教训你的办法!”A 便构成企图伤害罪。如果 A 是通过电话或书信向 K 说这番话的, 那末不构成此罪, 可以构成他罪, 如讹诈罪。因为这不是使被害人产生“立即”受到伤害的恐惧心理。如果被恐吓的人根本没有注意到这种恐吓, 那末也不构成此罪。不过, 也有认为这种情况应当构成企图伤害罪的特例。如果被恐吓人领会到这种恐吓不会立即付诸实施, 也不构成此罪, 或者可以构成民事侵权行为。例如, A 对 P 说:“如果不是附近有警察, 我非把你揍扁不可!”

加重的企图伤害(aggravated assault),就是怀有杀人、重伤、强奸或抢劫目的的攻击未遂,或者使用致命的或危险的武器的攻击未遂。这些都按重罪处罚。

## 二、重伤罪

重伤罪(mayhem,原义为残害肢体)是一个古老的普通法罪。十八世纪英国法学家布莱克斯东对这个罪的解释是:“以暴力剥夺他人运用肢体在战斗中去攻击敌方或者保卫自身的能力的行为。”规定这个罪的基本目的是维护国王使令其臣民更好地服兵役的权力。据此,布莱克斯东列举的重伤罪例子有:割掉或永久性伤残一只手或一个指头,打断一条腿,打瞎一只眼睛或打落一颗门牙(门牙是进攻的一种有力武器)。而割掉鼻子或耳朵,这仅是损坏容貌,并不使被害人失去进攻能力,不算重伤罪。但是到后来,重伤罪的范围有所扩大,包括割舌、割耳、切开鼻子或嘴唇等。对重伤罪的惩罚,在早先采取以牙还牙的办法,割人手者被割手,毁人腿者被毁腿。后来渐渐被普通的监禁刑和死刑所代替。发生这种变化的部分原因可能是考虑到把“重复犯罪”作为“惩罚犯罪”(刑罚)并非妥当。

重伤害在现代美国法律中一概作为重罪,罪名的表述方式各司法区不尽相同。关于重伤罪,在立法上出现了取消这一罪名的趋势,把它作为“加重的殴击”(已如前述)的一种情节。惩罚重伤罪的理由已不再是军事意义上的需要,而是维护人类体貌的自然完整性和人的正常活动能力。

伤害程度。根据日常生活经验,重伤程度是所谓“三dis-”:断肢(dismemberment)、残废(disablement)和毁容(disfigurement)。立法上一般也都只作这样的原则规定,而具体的解释则由判例来体现。关于肢体,有胳膊、手、手指、腿、脚、脚趾、眼、耳、鼻、舌、唇、牙(仅指门牙,不包括臼齿)等。器官功能残废,包括视力、听力、发音

能力、生殖能力等。关于毁容,割掉耳或鼻,当然是毁容,打落门牙也属毁容,使脸部留下明显疤痕的,如刀割、火烧、水烫、强酸强碱腐蚀等,当然也是毁容。

心理状态。除目的、明知、轻率和疏忽这四种心理状态可以构成重伤罪以外,有些尚未达到刑法过失程度的非法行为也可以构成此罪。例如,司机 A 在道路左侧行车(非法行为),撞伤了司机 B,以致 B 在医治中不得不截掉一只脚。司机 A 也构成重伤罪。

#### 第四节 堕胎罪

一般认为,古代宗教并不禁止堕胎(abortion)。在普通法里,胎动初期以前的堕胎行为不是重罪。另一种观点认为,堕胎作为犯罪最早出于教规法。也许这两种看法并非不可调和,堕胎在古代不是犯罪,那时宗教并不禁止;后来堕胎才被视为犯罪,但最早把堕胎作为犯罪的是教规法。

美国的第一个堕胎罪法是 1821 年康涅狄格州规定的,规定如果用毒药方法进行堕胎,处以终身监禁。但是这个法律只惩罚给人堕胎者,而不惩罚堕胎的妇女。1830 年修改了这一法律,减轻了刑罚。1845 年纽约州堕胎罪法规定,给人堕胎致母亲死亡的,按故意非谋杀罪处罚;同时规定堕胎的妇女构成轻罪,处 3 个月至 1 年的监禁,或者处 1000 美元以下罚金,或者并处监禁与罚金。这是美国第一个规定堕胎妇女构成共同犯罪的法律。

堕胎罪的立法目的主要有三个:阻止不正当的性行为;保护母亲的健康与安全;维护胎儿生命。

合法的堕胎有三种情况:因被强奸而怀孕的;如不堕胎则危及孕妇健康的;胎儿可能有严重缺陷的。此外其他情况下的堕胎就是犯罪。

胎儿虽不是刑法意义上的“人”,但是它如果得以正常生长的



话,一定时期以后就是一个“人”;所以有些司法区(如纽约州)的刑法典把堕胎和杀人列在同一节里。纽约州刑法典把堕胎罪分为两种:一种是对孕妇实施堕胎手术的人,属重罪;另一种是孕妇本人,属轻罪。这两种罪又都各自分为两个等级。二级堕胎罪是普通堕胎罪,即胎儿在6个月以下的;一级堕胎罪是加重情节的堕胎罪,即胎儿超过6个月的。

纽约州刑法还规定,制造、出售、运送堕胎药品、器件、工具的行为构成二级轻罪。

堕胎罪的未来。从六十年代开始,在美国,对堕胎罪的存废问题展开了激烈争论。争论的参加者有妇女界、法学界、医学界、宗教界等,十分广泛。主张保留堕胎罪的主要理由就是上面提到的立法目的。主张废除堕胎罪的理由主要是,堕胎要治罪,是违背美国宪法保障的公民私权,因而是违宪的。支持堕胎合法化的妇女认为“我有权支配我的身体”。这种争论还在进行,基本趋向是限制惩罚范围,以致逐步加以废除。到1984年底,过半数州已废除了堕胎治罪的法律规定。

1973年,美国最高法院裁定了一项有关妇女堕胎合法化的判决,这是一项在当时曾被美国社会广泛称赞为历史里程碑的法案,它规定妇女在怀孕期头3个月内在宪法上拥有自由堕胎的权利。从此一项为争取孕妇生育权利的斗争,就在全美国展开。堕胎合法化的支持者与反对者之间对抗性的运动,实际上已由单纯的堕胎问题发展深化成为保守派与自由派在意识形态上的交锋。出人意料,美国最高法院于1989年7月3日以5-4通过了一项旨在限制妇女堕胎的决定。裁决一公布,立即在美国社会引起一场轩然大波。支持堕胎合法化的人们指责,这是在争取妇女权益方面的一个“严重的倒退”。美国《基督教科学箴言报》1989年7月18日载文称:“焚旗、堕胎和死刑是在美国引起争论的三大政治问题。”

## 第五节 强 奸 罪

### (一) 概念和构成

“14岁以上男子同不是其妻子的妇女以暴力方式在违背她意志的情况下实行性交的,构成强奸罪。”这是伊利诺州刑法典里强奸罪(rape)的定义,其实也就是普通法强奸罪的定义。有些司法区的刑法典上没有给强奸罪下定义,但也没有其他特别限制,就等于是采用普通法定义。根据这个定义,强奸罪的特征(构成要件)如下:

1. 暴力方式。所谓暴力方式,是指两种情形:一种是犯罪人向被害人使用了暴力,不论是何种程度的暴力;另一种是暴力威胁,即犯罪人使被害人感到有立即向她实行暴力行为的威胁。如果这种威胁并不具有暴力性质,而是其他性质的,如经济性质的,那就不是强奸罪的构成要件。

2. 违背妇女意志。这是强奸罪的最基本特征。在一般情况下,暴力方式是违背妇女意志的外部表征。违背意志,就是内心不同意。表面“服从”,不等于内心“同意”。因此,妇女处于精神病,或者呆傻,或者醉酒,或者药物麻醉情况下,是没有能力构成内心活动的,在这些状况下虽然没有以暴力方式而同妇女性交的,都被法律视为违背妇女意志。

关于欺骗问题。冒充丈夫而同不具有上述情况的妇女性交的,是不是“违背妇女意志”?上世纪英国和美国对此都有不作强奸处理的判例。后来改变了看法,这种情况现在一般都作强奸论处,因为性交时妇女虽然表示“同意”,但是这种同意是建立在妇女发生了事实认识错误的基础上的,如果不发生错误认识,是肯定不会同意的,所以在实质上仍然是违背她的意志的。冒充情夫而同该妇女发生性关系的,是否属于强奸?有这样一个判例,被告人事先得知

该妇女同她的情夫幽会的暗号,当他把妇女的情夫阻留在另一地方后,利用这个暗号冒充妇女的情夫而同该妇女发生了性行为,事后该妇女控告了被告人。法院判决不成立强奸罪,因为被告人没有冒充她丈夫,没有法律上的欺骗。法院认为他们构成通奸罪。

以假结婚为手段达到性交之目的者,有些司法区认为这实质上是违背妇女意志的行为。

3. 奸淫目的。其他心理状态不能构成强奸罪。它是区别强奸未遂同“性侵犯”(sexual assault) 的主要依据。

4. 关于年龄。由于强奸罪是一种性犯罪,同性的成熟与否有密切联系,是否达到性成熟又是由年龄决定的,所以年龄问题是强奸罪中的一个重要问题。年龄问题有两个方面:

(1) 被告人的年龄。被告人已达完全刑事责任年龄,当然可以作为强奸罪的主体。但是如果被告人尚未达到完全刑事责任年龄,如何处理?各司法区情况不尽相同。有的认为只要达到刑事责任年龄就可能构成强奸罪;有的则明确规定在特定年龄以下的不能构成强奸罪,因为没有达到一定年龄就被推定为“生理无能”(即没有发生性行为的能力)。这种年龄界限也各有不同,有的规定为12岁,有的规定为14岁(较多数州),或者16岁,甚至是18岁(如俄克拉何马州)。有的刑法典关于强奸罪的被告人年龄虽有原则规定,但也有一定灵活性,即可以视被告人的实际情况(需要鉴定证明)而定。

(2) 被害人的年龄。如果被害人的年龄已达法定承诺年龄(the age of consent),只有在违背被害人意志的条件下才构成强奸罪。这就是通常所指的强奸罪。但是被害人的年龄尚未达到法定承诺年龄,则法律推定为没有自由表达意志的能力,所以只要与之性交的就构成强奸罪。但是这类强奸罪同上述普通的强奸罪有所

---

性侵犯,这里指性交以外的各种非法的性行为,如猥亵行为等。

不同,所以称做“法定强奸罪”(statutory rape),或者叫做强奸幼女罪。关于法定强奸罪的被害人年龄界限的规定各司法区也不统一,有的定为12岁,有的定为14岁(较多数州),有的定为16岁,或者17岁,甚至18岁(如俄克拉何马州)。

在实践中常有这样的事,在和一个法定承诺年龄以下的女孩子发生性关系之后,双方随之同意结婚(在许多州,法律没有婚龄规定),则可以不予追究其刑事责任。

关于年龄错误。如果被告人在对被害人的实际年龄发生错误认识时与之发生“自愿”性行为的,是否构成法定强奸罪?对此各州规定并不统一。有些州(如新泽西等)仍然采取“年龄错误不免罪”的普通法原则。有些州,尤其是法定承诺年龄定得较高的州,采取了变通办法,如果被告人能证明他的这种年龄认识错误是真实的和合理的,也可以作为合法辩护的理由。

5. 被害人的贞操。关于这个问题,美国现在通行的观点是:正如坏人可以作为谋杀罪的对象一样,妓女也可以作为强奸罪的对象。只要符合强奸罪的构成要件就应当定为强奸罪。这是就法律规定和刑法理论而言的,但是在司法实践中被害人的贞操问题常常对陪审团“确定犯罪事实”发生影响。

6. 既遂与未遂。关于强奸罪的既遂标准,射精说和接触说,都只有极个别司法区采用。通行的是适中观点——插入说(部分插入也就算是既遂)。

## (二) 新规定

1. 纽约州刑法典把普通强奸和法定强奸合并一起,按被告人和被害人的年龄以及使用暴力等不同情节,把强奸罪分为三级。一级强奸罪最重,是指使用暴力强迫的;被害妇女因失去知觉或者因其他原因在生理上没有能力表示同意与否的;被害妇女年龄不满11岁的。二级强奸罪是指18岁以上男子同不满14岁的妇女性交。三级强奸罪较轻,是指21岁以上男子同不满17岁的妇女性交。

的;或同由于并非未达法定承诺年龄(17岁)的其他原因而没有心理能力(诸如精神缺陷等)表示同意与否的妇女性交的。

2. 德克萨斯州关于性犯罪中有奸淫幼男的规定:

“任何男人同18岁以下不是其妻子的女孩性交的,以及任何妇女同18岁以下不是其丈夫的男孩性交的,处罚如下:

(1) 如果孩子年龄在10岁以下,处终身监禁;

(2) 如果孩子年龄在10岁以上15岁以下,处20年以下监禁;

(3) 如果孩子年龄在15岁以上18岁以下,处15年以下监禁。”

3. 新泽西州刑法规定:“任何人都不得因年老或者性无能或者同被害人有婚姻关系而被推定为不能犯强奸罪。”这一规定意味着丈夫也可能对妻子犯强奸罪。这是对普通法强奸罪概念的重大修改,这在美国乃至世界刑事立法史上并不多见。美国自七十年代以来,除新泽西之外,还有加利福尼亚、特拉华、内布拉斯加和俄勒冈等州,也有类似规定。对这一问题,美国司法界和学术界是有争论的,不过,类似新泽西的做法似有扩大趋势。据美国一个妇女团体的一份调查研究报告估计,丈夫强行同妻子性交的数目可能大于向法院起诉的普通强奸罪案。妇女界支持新泽西立法。因此新泽西州的新规定在某种程度上可以被认为是妇女运动的产物。但是许多刑法学工作者认为,这种规定不仅同传统观念(同居义务是婚姻关系的基础)相距太远,而且会带来新矛盾,可能得不偿失。

关于丈夫强奸妻子的第一个判例是1981年新泽西州最高法院关于史密斯(已同妻子分居半年但尚未正式离婚)案件的决定。

(三) 强奸罪的证明

通常,根据女检举人(被害人)的证词(如果这个证词不是前后矛盾的、不可信的或者不可能的),无需其他证据,就足以作为陪审团定强奸罪的依据。由于强奸罪构成的最基本要件是违背妇女意

志,所以被害人的证词在强奸罪的认定中具有特别重要的意义。但又正是由于犯罪构成的这一特点,特别是在被告人和检举人彼此熟识的情况下,出于某种特殊动机,诬告也是常有的事。英美法院常常引用马修·黑尔爵士所告诫的话:“控告强奸罪是容易的,而证明是困难的;被控告的一方要进行辩护就更困难,即使真是无辜的。”因此有些州规定女检举人的证词需要经过确证方能成为定罪证据。关于强奸罪的证明问题是司法实践中的一个棘手的问题。

#### (四) 刑罚

强奸是极为严重的犯罪,绝大多数司法区对情节严重的强奸罪都规定可处终身监禁。有一些州(如阿肯色等)以及联邦刑法允许对强奸罪判处死刑。

#### (五) 研究

美国的情况和其他许多国家的情况表明,强奸是最难控制的一种暴力犯罪,强奸犯罪率保持稳定上升的势头。从七十年代开始,社会公众和有关专业人员对这种严重的又难以控制的犯罪加以关注并着手进行某些研究。在强奸被认为是性犯罪和非法行为的同时,已经渐渐开始被看作也是性变态和反常行为(至少有相当数量的强奸案件是如此)。有的学术著作从心理角度把强奸划分为三种类型:(1)愤怒强奸(anger rape),即行为人把性行为(强奸)变成发泄被压抑的愤怒心情的手段。这些犯罪人强奸妇女的目的与其说是寻找性欲满足,不如说是为了刺痛、惩罚和羞辱该受害妇女。(2)能力强奸(power rape)。机能是促使犯罪人强奸妇女的支配因素。犯罪人的目的并不是要伤害被害人,他要在性别上征服她。性行为变成一种对机能不全的潜在感情的报偿手段,因而性行为也服务于表达强壮、力量、支配力和权威意识的需要,强奸使他自感到力量、强壮和有支配力。(3)淫狂强奸(sadistic rape)。犯罪人强奸妇女纯粹是为了满足性欲,完全是出于色情心理体验。对这

几种强奸行为的惩罚和控制等一系列问题尚需进一步进行研究。

## 第六节 绑架和非法拘禁

### 一、非法拘禁罪

非法拘禁(unlawful detention 或者 falseimprisonment), 就是故意非法限制他人行动自由的行为。这是最一般的定义。具体说来, 本罪的构成要件是:

1. 非法性。限制他人行动自由的行为应当是法律所禁止的。医生出于医疗需要而限制病人的行动自由; 普通公民抓住被通缉的在逃犯; 等等, 这些都是合法行为, 不能构成非法拘禁。

2. 故意。过失不能构成此罪。例如, 一家大商店在停业时没有注意到一名顾客仍在厕所而关上大门, 致使该顾客一夜未能回家。店主不构成非法拘禁罪, 因为缺乏故意。

3. 限制自由的行为。这种行为有两个特征: (1) 暴力方式, 即使用暴力或者以暴力相威胁。(2) 违背被害人的意志, 即缺乏被害人的同意。如果被害人是未成年人, 即使该未成年人对限制其自由表示默许, 但如果没有得到他的家长或法定监护人的同意, 仍然构成本罪。

4. 被侵害的是人身行动自由。表现形式主要是两种: (1) 强迫被害人留在他不愿意留的地方。(2) 强迫被害人去他不愿意去的地方。

非法拘禁是一种轻罪。

限制自由的时间长短, 对构成本罪没有影响。当然, 时间的长短对法官量刑来说是一个重要因素。有些州的刑法规定, 非法拘禁

---

见 Sanford H. Kadish 主编:《犯罪和司法全书》(1983年), 第 1353 页。

超过 24 小时的构成加重情节的非法拘禁(绑架),属于重罪。

## 二、绑架罪

在早先普通法里,绑架(kidnapping)是轻罪,其定义为劫持或者偷运一个人离开他自己国家的行为。现代制定法已取消了“国界”这一构成要件。现代制定法中绑架是重罪,通常被认为是加重情节的非法拘禁。多数司法区把绑架分为三类:

### (一) 普通绑架

普通绑架,在有的司法区里叫做二级绑架。普通绑架和非法拘禁的主要区别(在大多数州)在于这个犯罪行为是否“秘密”进行。如果是秘密进行的,就是绑架;否则,就是非法拘禁。

### (二) 加重绑架

加重绑架,在有的司法区里叫做一级绑架。除普通绑架的要件外,具有下列情节之一的,构成加重绑架罪:

1. 出于勒索钱财的目的。
2. 为了下列目的之一而拘禁他人 24 小时以上的:
  - (1) 给予身体伤害;
  - (2) 进行性侵犯;
  - (3) 实施一项重罪;
  - (4) 恐吓被绑架人或第三者;
  - (5) 干扰政府执行职务。
3. 造成被绑架人的身体或精神严重后果的。

对加重绑架罪,一般要处长期监禁或者终身监禁。在有些司法区,可以判处死刑。

### (三) 绑架儿童

绑架儿童,既可以使用暴力方式,也可以使用欺骗手段。儿童就是指未成年人。未成年人,在不同州有不同的年龄规定。

绑架儿童,在有些州的刑法里并不属于绑架罪,而作为诱拐罪



的一类。

此外,本章其他犯罪还有:偷换婴儿罪、强制罪、奴役罪、决斗罪、纹身罪(对未成年人)等,不再一一叙述。

## 第八章 侵犯财产罪

财产是人赖以生存和发展的物质前提,这就决定了侵犯财产的犯罪是全部犯罪中数量最多的一类罪。保护财产安全是刑法的重要任务。在商业社会里,要在贪婪的反社会获利行为和几乎被普遍默认的侵犯性销售、夸张性广告以及其他某些商业活动之间划清界限是困难的。因此,有两个重要的刑法原则应予注意:刑法的触角不能伸展过长以致危及体面公民的普通行为;刑法的规定不能含糊其词以致无法警告公民什么行为应被禁止。

社会在发展,价值观念在变化,犯罪概念也在变化。诈骗行为在过去的年代一直被认为很不道德,而现在有些欺骗行为却被某些人视作机灵、能干。受托人挪用委托人的财物,在过去被认为是一般性错误,由于商业经济发达,这种行为已被法律认为严重犯罪。在早期英国,偷窃价值 12 便士(那时可买一头羊)的东西便构成重罪,可处以死刑;但是现在偷窃相当于一头羊价值的东西,仅仅构成轻罪,甚至不作犯罪处理。现代法官越来越不愿意对财产罪用重刑,虽然财产罪是一种多发罪。

### 第一节 偷 盗 罪

#### 一、历史发展

偷盗罪(larceny),即早先的盗窃罪(theft),是由英国法院创立的,其范围在原则上受到“非法拿走原主所占有的财产”这一要件的限制。然而实际上,偷盗罪的范围有时被法院的判决所扩大,

在这些判决中,“控制、支配财产”这一通常意义上的“原主占有”并不存在。法院拒绝进一步扩大偷盗罪的概念范围,因而导致英国立法机关插手干预并创立了两个新的制定法罪名——侵占(embezzlement)和诈骗(false pretenses),用以弥补司法实践中出现的法律空隙。但是,由于这三个罪在某些基本要件方面的重叠交叉和细微差别而产生了不少界限难划的棘手问题,增添了司法困难。为了简化司法工作,在五十年代提出了把偷盗、盗用、诈骗三罪合并为一罪,仍用早先的术语“盗窃罪”(theft)的建议。1962年《模范刑法典》就采用了三罪合一的所谓大盗窃罪概念。这一方式陆续被一些新制定的州刑法典采纳,如新泽西州新刑典法和纽约州刑法典等。英国1968年《盗窃罪法》也采取了这种做法。从学术上看,多数学者认为,偷盗、盗用和诈骗三者的区别主要在于民法方面,对刑法和刑事诉讼并无多大意义。不过,目前多数司法区仍然是三个罪分立。

## 二、概念和构成要件

偷盗罪就是:(1)怀着偷窃意图,(2)非法,(3)获取,(4)并拿走,(5)他人的,(6)动产的行为。从定义可以看出,偷盗罪有六个构成要件。

### (一) 动产

根据普通法,偷盗罪侵犯的对象是动产。因此,不动产(如土地、房产)不能作为被偷对象。按早期普通法,不动产的附属部分也不能作为被偷对象。因此,出现了一些不合理现象:如果A从B的土地上种的苹果树上摘苹果,不是偷盗,因为苹果是不动产的附属部分;如果A从B的土地上种的苹果树下拾苹果,是偷盗,因为这些苹果已不是不动产的一部分,而已经是B的动产了。

现代制定法虽然承认不动产不能作为被偷对象,但是承认不动产的附属部分可以作为被偷对象,因不动产的附属部分实际可

被视为不动产分离出来的部分,因而具有动产性质。

## (二) 他人的

偷盗罪侵犯的是他人对财产的“占有权”(possession)。因为偷盗涉及非法的剥夺行为,所以重要的问题不是谁有“所有权”(title),或者谁有“保管权”(custody),而是谁有法律承认的占有权。因此,财产的合法占有人(如受托人)可以犯侵占罪,而不能犯偷盗罪。财产的所有人(对财产有所有权的人)仍然可以犯偷盗罪。例如,A把自己的手表交给B修理(B对手表合法占有),当B接待其他顾客时,A乘其不备而偷走了手表,犯偷盗罪。

保管和占有是有区别的。雇员可以控制属于雇主的动产,通常只有保管权,而不是占有权。所以,雇员可能犯偷盗罪,而不能犯侵占罪。但是,银行出纳员对委托给他的钱却有占有权,因此他可能犯侵占罪,而不是偷盗。因为偷盗是侵犯占有权的犯罪,所以犯罪人在对财产已能控制的情况下,偷盗和侵占的区别在于:已经有占有权时便是侵占;仅仅是保管则为偷盗,因为侵犯占有权。

## (三) 获取——获取占有(taking\_ taking of possession)

A想偷B的钱,在摩肩接踵的人群里去挤B的胳膊,结果钱包从B身上落到了地上,但是A没有发现。B的钱丢了,然而A没有取得对钱的占有,不是偷盗罪。

## (四) 非法——非法获取(trespass——trespassorytaking)

非法获取,就是没有原主同意而获取。

1. 遗失的财产(lost property)。占有被物主遗弃的财产(abandoned property)不是非法获取,这是不言而喻的。至于遗失的财产,能否作为非法获取的对象,古代和现代有不同的看法。古代法律认为,遗失的财产不能作为偷盗的对象,因为失主(原物主)已经失去了占有,因而被发现者获取不能构成非法获取。但是,现代的法律观点已经改变,认为“占有”是一个法律概念,是一种法律关系,既指有形的控制,也指无形的管辖。现代普通法认为,每一所有

物总是处于某人的占有状态中。对物主而言,财产的“占有”一直存续到被别人“占有”为止,因而拾得遗失物仍然是侵犯了原物主的占有权。在实践中,从失主那里获取占有,可能是合法的,也可能是非法的,这取决于具体案件的全部事实。首先,重要的是遗失物品上有没有“所有权线索”(clue to ownership),即能据此找到物主的标记或提示,如财物所有人的姓名、住址、工作单位等。其次,财物性质和遗失地点也是重要因素。例如,一匹马在一个几千人口的小镇上,这在很大程度上有可能找到失主,因而仍属于有所有权线索的情况。但是,在大城市街区发现一枚硬币,就是另外一种情况,因为这根本无法确认它的所有人究竟是谁。然而,如果不是一枚硬币,而是一张万元支票,情形又不相同。因为它有所有权线索。如果没有任何可以找到物主的线索,拾得这种失物就不能被认为是非法获取。如果有可以找到物主的线索,拾得后不去归还原主而且留作己用,则为非法获取。

2. 错递的财产。一般说来,关于错误递送的财物,根据递送来源或者递送物品上面的线索,能够找到递送人,如果把它占为己有,是非法获取。

对错递财物的占有性质。如果接受者在他发现这种错误以前就对这项财物取得合法占有,那末他的占用便不是非法获取。如果接受者在对这项财物取得合法占有之前就发现这种错误,纠正这种错误是他的责任;如果他没有纠正这种错误,反而占用了它,这就构成推定非法获取(constructive trespass)。推定非法获取有两种情况:(1)通常情况。例如,因算错帐而多给了钱,在黑暗中错把金币当银币而给了对方,等等。(2)一物存于他物(one thing contained in another)。例如,A把书还给B,书中误夹了一张百元钞票。

---

法律观点同生活实际差距甚远是显而易见的。

3. 夫妻占用。根据普通法,妻子不能被定偷盗她丈夫财产的罪,丈夫也不能被定偷盗他妻子财产的罪。现在这个规则已取消。《模范刑法典》就是如此。

有一点应指出,根据普通法,一个人接受原物主的配偶同意的财物就像接受原物主本人同意的财物一样,但是有个例外,即如果这个人(接受财物的人)是姘头(情夫或情妇),并且知情的,仍应定为偷盗罪。

4. 受托人侵占。普通法认为,受托人(如邮政人员)对被委托物品存在“占有”情况,因此把该物占为己有,并不构成偷盗罪(构成侵占罪),因为没有侵犯占有权。

#### (五) 拿走(aspotation)

拿走,不一定用手,把马骑走,把牛赶走,把车开走,都是拿走。所谓拿走,不一定要求很大距离,往往就是“移动”的意思。例如,一个小偷把手伸进他人口袋,抓住一个钱包往外掏,尚未露出口袋即被物主发现,仍具备“拿走”的要件。按普通法,住旅馆不付钱,偷火车票(偷乘火车)等,都不构成偷盗罪,因为这些都是不可能“拿走”财物。

随着第三产业的发达,非法无偿地占有“服务”的行为日益增多。服务是不能“拿走”的,但它确实是有价值的。因此,现在有些州刑法里,“拿走”已经不是偷盗罪的要件了,而只要求对被盗财物的“控制”。纽约州采取另一办法来解决这个问题,创立一个新罪名“盗窃服务”(theft of services),内容包括吃饭、住宿、交通、公用设施等方面的盗窃行为。例如,故意地逃付或拒付或采用其他办法不付饭钱、住宿费、各类交通费、水费、电费、电话费、煤气费等等。盗窃服务罪为一级轻罪。

#### (六) 怀有偷盗意图(with intent to steal)

偷盗意图,就是永久剥夺他人对财产占有的意图。例如,A遇雨,在城内拿走他人一把伞,走出城后雨停了,便把伞扔掉。A虽

没有明显的偷盗目的,但是明知该行为永久剥夺原物主的财物而仍然这样做了,因此仍算具有偷窃意图。

永久剥夺,包括永久剥夺他人对财产占有的实际危险。因而,典当意图(intent to pledge)也算偷窃意图。例如,把他人财物拿去典当,虽打算以后赎回再归还,但还是偷窃罪,因为有永久剥夺他人财物的实际危险。

强买意图。例如,A想买B的某物,B不卖,某日A悄悄地把相当于该物价格的钱放下而取走该物,构成偷盗罪,因为有永久剥夺原物主对该物占有的实际危险。

错误。误拿他人财物,不是偷盗。但是当发觉这一错误之后,仍长期不还,或者出卖这项财物,那就说明行为人具有偷窃意图了。

暂时故意侵占。例如,大热天拿走他人扇子,只用一会儿就还,也确实还了,虽然他明知别人不会同意,但由于缺乏永久剥夺的意图,所以不是偷盗行为。

### (七) 偷盗罪的分类

十四世纪起英国普通法把偷盗罪分为重偷盗罪(grand larceny)和轻偷盗罪(petit larceny 或 petty larceny)两类。被盗物品价格超过 12 便士的为重偷盗罪,处死刑。轻偷盗罪不处死刑,但两者都算重罪。到后来,轻偷盗属轻罪。现在,英国已取消了这种分类方法。

美国现在大多数司法区仍沿袭普通法把偷盗罪分为重偷盗(为重罪)和轻偷盗(为轻罪)两类。轻重的区别标准有两种。一种是按被盗物品价值为标准来区分轻重,具体数量各司法区不尽相同,有的州法律规定价值在 150 美元(或 100 美元,或 200 美元)以上的为重偷盗罪,150 美元(或 100 美元,或 200 美元)以下的为轻偷盗罪。联邦刑法规定以 100 美元为分界线。加利福尼亚州的法律规定了三种情况:偷盗 500 美元以上的为重罪,50 美元以上 500

美元以下的为轻罪, 50 美元以下的为微罪。另一种标准是非价值的: 关于偷盗犯本人的情况——再犯偷盗罪的, 无论偷盗物品价值大小, 均为重偷盗; 关于被盗物品的性质——偷盗武器的, 无论其价值大小, 均为重偷盗; 关于偷盗方式——从他人身上偷盗的(例如扒窃), 无论价值大小, 均为重偷盗。在不分重偷盗和轻偷盗的司法区里, 上述情况一般也都作为从重或加重情节。

## 第二节 侵 占 罪

英国 1529 年的一项法律中用了“侵占”(embezzlement)一词, 规定的是仆人非法侵犯主人的财物(仆人对主人委托的财物有占有权)的行为, 但该项法律没有创立新罪名, 仍然认为是偷盗罪。“侵占”作为独立罪名最早体现在 1799 年的一项法律中, 从此才成为普通法的一部分。这项法律不仅仅指仆人, 还包括职员, 以及任何被雇用和委托的人。

侵占罪就是受物主委托的人对该财产实行欺骗性转变的行为。这一概念表明侵占罪的构成要件是:

1. 受托人。侵占罪的主体是受托人, 受托人对被委托的财产拥有合法占有权。受托人这一概念包括仆人、雇员、代理人、政府职员等。

如前所述, 偷盗罪侵犯的首先是占有权。由于受托人对财产已有合法占有权, 所以侵占罪侵犯的不是占有权, 而是所有权(处分权)。这是偷盗罪和侵占罪的基本区别。

2. 转变(conversion)。对财产的转变是指同原物主权利严重冲突的行为, 如挪用、典当、出售、严重损坏、移交给无权受托的人、侵吞, 等等。总之, 受托人按他自己的用场来处理委托他占有的财产。可见, 转变的实质是把现存的占有权变成所有权。

3. 欺骗的心理要件。构成侵占罪必须具有欺骗意图(fraudu-



lent intent), 因此行为人在转变他人财产时怀有下列心理的都不是侵占罪: (1) 行为人真诚地认为他有权转变该项财产, 即使这种认识是错误的, 不管是事实错误还是法律错误, 也不管其错误是合理的还是不合理的, 只要是真实的错误即可。(2) 行为人转变他人财产时怀有以后归还的意图。但也有相反的判例, 1914 年俄亥俄州法院判决认为一名政府官员把政府资金用于私人目的, 在发现这一行为之前该官员已经还上了这笔款项, 仍然构成侵占罪。不过下列情形一般仍按侵占罪处理: 行为人转变受托财产时虽然有以后归还的想法, 但实际上他缺乏这种能力; 或者行为人转变受托财产时虽有以后恢复的打算, 但是这种转变行为本身具有非法性质, 如把挪用款项去赌博、嫖妓、供养情妇或放高利贷等, 这种挪用就是侵占罪, 尽管行为人怀有以后归还的想法。(3) 行为人转变受托财产时真诚地认为他是在收债(collect a debt)。例如, 1929 年佛罗里达州一名受托人拒绝向委托人交付委托款项中的 500 美元, 他认为委托人欠他 500 美元。初审法院判受托人侵占罪, 上诉法院撤销了原判。

### 第三节 诈骗罪

#### 一、诈骗罪的构成要件

诈骗罪(false pretenses)就是怀着欺骗意图以捏造虚假事实的方式取得他人财产的行为。例如, 一个人书写了著名的林肯总统葛底斯堡讲演词, 并模仿林肯的签名, 冒充原稿卖给了古董收藏家, 这就犯了诈骗罪。这个罪的定义, 在不同司法区有一些细微的差别, 在多数司法区, 其构成要件有以下共同特点。

#### (一) 对现在或过去事实的虚假陈述

1. 虚假的(false)。一个人要被定为诈骗罪, 首先他的陈述必须是虚假的。如果他所陈述的事实他相信是虚假的但实际上是真

实的,不构成诈骗罪。例如, A 是拥有一片土地上的庄稼的农民,为了得到钱财,把这片庄稼抵押给 B,对 B 谎称他没有把这些作物抵押给他人,其实他在此之前已把作物抵押给了 C,但是同 C 的契约由于不合法因而实际上是一纸废约,所以,同 B 的契约实际上并不是虚假的。又例如,被告人 K 在 4 月 27 日向被害人 Q 购买一批商品时谎称他在银行里存有一笔钱可以用来支付,其实没有钱;但是 4 月 30 日当被害人 Q 向他交货时,被告人在银行里确实有了钱,被告人 K 不能定为诈骗罪(1930 年路易斯安那州判例)。因为陈述的虚假和获得财产必须同时相符。

2. 陈述(representation)。诈骗罪构成中的“陈述”,可以是口头的,也可以是书面的,或者既非语言又非文字而是某种行为和方法,如用衣着打扮冒充另一个人从而骗得财物等。口头方式最常见,例如,土地所有主想把他的土地卖掉并且得到较好价钱,于是暗示买主,说政府将要在这一块土地上盖医院,或者联邦将要修凿运河,而这条运河就通过这片土地,等等。其实,政府过去虽然有过这种计划,但早已作罢。这就是构成诈骗罪的虚假陈述。

3. 现在或过去的事实(present or past fact)。为构成诈骗罪,虚假陈述必须关系到对现在的或者过去的事实,但不是将来的事实。然而,如果这一预言(将来的“事实”)涉及过去的情况,也足以构成诈骗罪,上述例子(盖医院,凿运河)虽然是对将来的预言,但过去确实有过类似设想(已作罢),因而仍属于对过去事实的虚假陈述。与此形似实异的另一判例是,被告人想要卖掉自己的土地,编造谎言说地方公墓将要迁到这片土地上来,其实根本没有这事,过去也从来没有这种打算。这种对将来情况的“虚假”陈述,不构成诈骗罪的要件,因为“现在”(审案时)无法证明“将来”究竟怎样,即可能是“虚假”的,也可能是“真实”的。

现在有些州的新刑法典承认“虚假的许诺”就是虚假陈述。例如,被告人是一个濒临破产的企业的代理人,他用将要建造剧院的

诺言得到了 25000 美元的贷款,结果他把借来的钱用于支付企业的业务开支,因而被判诈骗罪(1954 年加州判例)。许诺和预言,有相似之处,都是“将来的”;但二者有差别,许诺是和行为人“现在的”打算、设想、意图等“事实”联在一起,所以欺骗性的许诺其实就包含了对“现在的事实”的虚假陈述,所以构成诈骗罪。

### (二) 原因和结果(信赖要件)

为构成诈骗罪,需要这样的一个要件,即骗子的虚假陈述“使得”(cause)被害人把他的钱财交给了骗子。从被害人的观点看,这一要件也可以这样表述:被害人交出他的钱财是由于“信赖”(reliance)骗子的虚假陈述。诈骗罪也和杀人、放火等罪一样要求被告人的坏行为引起坏结果,这是因果关系要件。因此,假定被害人把钱财交给了骗子,但是他根本不信骗子的谎言,他交出钱财是为抓住把柄从而控告这个骗子;然而,诈骗的既遂罪必须有被害人“信赖”这一结果。所以,这种情况只成立诈骗未遂罪(1933 年宾夕法尼亚州判例)。

### (三) 取得所有权

偷盗是侵犯占有权的犯罪,侵占是侵犯所有权(处分权)的犯罪,诈骗也是侵犯所有权的犯罪。侵占是行为人在已经占有财物的条件下用非法手段使自己“转变”成该财物的所有人。诈骗是行为人从原物主那里自愿“得到”(obtainment)该财物的所有权。因此,得到所有权(the obtainment of title)是诈骗罪的明显特征。

用谎言得到被害人财产的所有权的是诈骗罪。用谎言得到被害人财产的占有权的是偷盗罪,即偷盗罪的一种形式——欺骗偷盗罪(larceny by fraud)。例如,被告人 D 谎称自己是律师,因而 W 夫人聘他为代理人去提取以她的不动产作抵押的一笔借款,以便去税务局交纳所得税, D 取款之后没有去交税,而是占为己有。

---

欺骗偷盗罪,在有些法典上是 larceny by trick。

W 并没有交所有权给 D, 仅仅是让 D 占有这笔钱款后去税局纳税, 所以 D 犯了欺骗偷盗罪, 而不构成诈骗罪。但是假定 D 冒充税务官, 则构成诈骗罪。

#### (四) 财产

早先英国法里的诈骗罪侵犯的对象只包括金钱、物件、货物、商品。这就是说, 仅指金钱和有形的动产。现在美国有些州的刑法对此已经扩大范围, 包括不动产和一切有价值的东西, 如劳动和服务等。

#### (五) 心理状态

1. 明知(knowingly)。为构成诈骗罪, 行为人必须“明知”他用欺骗方法得到他人财产, 也就是说, 他必定知道他的陈述是虚假的。以下两种情形都不构成诈骗罪:(1) 行为人所说的实际上是真实的, 虽然他相信它是虚假的。(2) 正好相反, 行为人所说的实际上是虚假的, 但是他并不知道这是虚假的。

2. 欺骗目的(intent to defraud)。为构成诈骗罪, 行为人除应具有明知其陈述为虚假这一心理因素外, 还必须具有欺骗的目的。一个人尽管故意撒谎, 如果具有下列三种情形之一的話, 仍然可能并不构成诈骗罪:(1) 他真诚地但错误地相信他所获得的财产是他自己的或者他对该财产有合法权利;(2) 他打算在一个合理的时间內无条件地归还所得财产, 并且他是有这种能力的;(3) 他取得这项财产是作为低偿债务, 而别人确实欠了他的债, 或者他真诚地但错误地认为别人欠了他的债。

以下几种情况在诈骗案件中常常作为被告人的辯护理由被提出来, 但是在理论上和实践中都不能免除诈骗罪责:(1) 被害人的过于轻信。(2) 被害人行为的非法性。(3) 被害人并没有丧失钱财。

## 二、诈骗罪的几种常见形式

### (一) 假支票(bad check)

金融事业在商业经济中占有特殊地位,在商业社会中利用假支票进行诈骗活动就成为诈骗罪的一种常见形式。随着商业活动的发展,假支票诈骗罪的具体方法也在变化翻新,难以罗列。比较典型的还是空头支票(no account check 或 insufficient funds check),而空头支票又是形形色色。

假支票诈骗就是用假支票来骗取财产的行为。由于这种犯罪的频繁程度和对正常经济活动的干扰,导致美国所有司法区都制定了《假支票法》,因而从一般的诈骗罪中分离出来成为一个独立的新罪——假支票罪。

### (二) 滥用信用卡(misuse of credit card)

信用卡是五十年代发明的用来防止假支票的一种支付办法。犯罪无孔不入,尤其是所谓智力犯罪。现在滥用信用卡的诈骗犯罪又成为司空见惯。

滥用信用卡就是使用偷来的信用卡或者假信用卡或者作废的信用卡来骗取物品或服务。

使用偷来的钞票,不是诈骗,因为钞票是真的。使用偷来的信用卡,是诈骗,因为他不是银行信任的那个人,他冒充了那个人。

有些州把滥用信用卡作为诈骗罪的一种形式,有的州把它作为一个独立的罪,有的州把它纳入“伪造罪”,因为滥用信用卡时必须伪造签名。

### (三) 假广告(false advertising)

广告和商业紧密相联,在商业经济发达的社会中,利用假广告

---

“假支票”这一概念在法律上和生活中有许多表述方法,如 false check, forged check, bogus check, cold check, worthless check, 等等。

进行诈骗活动是屡见不鲜的。

假广告罪就是对商品作虚假宣传以达到促进销售或者增长商品或服务消费目的的非违法行为。一般作轻罪处罚。纽约州刑法典把假广告罪定为一级轻罪。

#### (四) 设骗局(confidence game)

这是一种加重情节的诈骗犯罪,概念相当含糊,一般说来就是用通常称之为“骗局”的任何方法来获得钱财的行为。利用迷信骗钱也被包括在内,纽约州刑法上的算命罪(fortune telling)就是这种犯罪。在商业社会中,各种各样的骗局层出不穷。

#### (五) 计算机犯罪(computer crime)

这是“最新式”的侵犯财产罪,也可以被视为设骗局以盗窃钱财。其基本特征是利用电子计算机的程序设计、数据、节奏、服务等手段非法取得钱财。这种犯罪造成的损失巨大,而且难以侦破。

## 第四节 抢 劫 罪

抢劫(robbery),在普通法和制定法里都是重罪。抢劫罪的定义,在不同司法区的刑法里,有的详细描述,有的扼要概括。“抢劫就是强行偷盗。”(Robbery is forcible stealing)。这是最简要的抢劫罪定义。从这个定义可以看出,抢劫罪的构成要件包括偷盗罪的全部要件,此外还有“强行”要件。所谓强行,包含以下两个因素:必须是从被害人身上或者当着被害人的面把财产拿走;必须是借助暴力或者恫吓把财产拿走。

1. 从被害人身上或者当面拿走财产。被害人身上的财产,指拿在手里的,放在衣袋里的,穿在身上的,身上背着,总之是同身体或衣服有接触的。所谓当面拿走财产,是指该项财产不在被害人身上,但是距离被害人很近因而能够控制。一般说来,“当面”总是在视线之内,有时候也未必如此。例如,抢劫犯把被害人锁在隔壁

房间里而抢走了这个房间里的东西。虽然不在被害人视线之内,但是该财产和被害人相距很近因而在通常情况下他是可以控制的,所以应被理解为当面。

2. 借助暴力或者恫吓。这是抢劫罪的最本质特征。上述要件是以这个要件为基础的。

暴力(violence)。从被害人身上抢劫或偷盗的界线有时不易划分,如“抢夺”(snatching)案件常常就有争议。被告人乘人不备突然地抢走了他人手中的提包,由于动作迅速,以致被害人没有来得及反抗,财物就被夺走。多数判例和司法区的司法实践认为这是偷盗罪(美国法律上偷盗罪构成没有“秘密”窃取这一要件);少数判例认为是抢劫罪,而且个别司法区法律上明文规定“突然夺取是抢劫的一种形式”;如哥伦比亚特区和佐治亚州的刑法典就是。因此,占优势的观点是,当盗贼从物主手中突然夺走财物以致来不及反抗,这种“力”(force)尚不足以构成抢劫罪的暴力。但是,如果被害人意识到被告人的夺取动作而予以反抗,或者当被告人夺取行动第一次未奏效而再次夺取时发生争执,哪怕是极小的争执,如一拉一推,这种力就构成了抢劫罪的暴力。或者虽无争执,但伤害人身的,也是抢劫,例如 抢耳环(撕裂耳垂抢走耳环)。

用悄悄地掏人口袋的办法把钱拿走,当然是偷盗。但是,扒手或者他的同伙在人群中用故意推挤被害人以转移其注意的办法进行扒窃,就构成抢劫罪。

通常情况下,暴力形式是明显的,拳打,脚踢,捆绑,抓手,抱腰等等。如果使用危险武器,或者造成被害人身体伤害,或者如遇反抗时有杀人或伤人意图的,则构成抢劫罪的加重情节,如果立法把抢劫罪分等级的,则属于一级抢劫罪。

恫吓(intimidation)。恫吓就是使被害人害怕本人或其家属或其亲戚立即受到身体伤害或者死亡,因而被迫交出财物。恫吓可以被视为精神暴力。例如,被告人用枪或刀或其他武器对着财物所有

人(或他的家属,或他的亲戚)要他放弃某项财物,这就构成抢劫罪。

在个别判例中,恫吓也可能并非指身体伤害,而是毁坏某项重要财产。

行为和心理同时发生的问题。这是一个刑法的普遍原则,也适用于抢劫罪,即偷盗行为和暴力或者恫吓行为必须同时发生。因此,窃贼在偷盗财产之后,为了保住偷来的财物,或者为了逃跑而使用暴力或者进行恫吓,不构成抢劫罪,仍然是两个罪,偷盗和伤害(或恐吓)。但是,也有为数不多的观点相反的判例。个别司法区关于抢劫罪的立法定义中放弃了偷盗行为和暴力(或恫吓)行为同时发生的要求,其定义不是“借助”暴力或者恫吓拿走财产,而是偷盗过程中“包含”暴力或者恫吓。例如,《联邦刑法》关于抢银行和有关犯罪条款中规定在银行里偷盗后为了逃避逮捕而使用暴力或者进行恫吓的按抢劫罪处罚。

如果行为人在对被害人进行恫吓取得财产之后又施加暴力的,构成抢劫罪和伤害罪两个罪。

## 第五节 夜 盗 罪

### 一、普通法夜盗罪

普通法夜盗罪(common law burglary),就是怀着犯重罪意图在夜里打开并且进入他人住宅的行为。夜盗罪属于重罪。由于这个罪常常是发生在意图犯偷盗罪(重罪的一种)的情况下,所以被列入侵犯财产罪的章节之中。有些刑法著作把它放在侵犯住宅罪里。

根据上述定义,本罪有六个构成要件:

1. 打开(breach)。打开就是使原来关闭的住宅开启以便可以进去,如砸开、推开或者用钥匙打开等。如果建筑物的门或窗本来



就是开着的,则缺乏本罪“打开”这一要件。

2. 进入(entry)。进入通常指被告人身体进入他人住宅;身体的一部分(如手或脚)进入即具备这个要件。有时甚至放入经过训练的动物也被认为是进入。

根据本罪定义,符合先打开后进入这样的顺序才构成本罪。顺序倒置,不成立本罪。例如,A进入B家本来就开着的院门,然后又打开内宅的窗户,但没有再进去,不构成本罪。又例如,D在白天偷偷进入E家住宅(没有“打开”),夜里偷了东西之后才破门而出,也不成立本罪(而构成偷盗罪)。

3. 住宅(dwelling)。住宅是指住处、住所、公寓大楼。一般说来,住宅是固定地点,但是也有住房汽车。根据普通法,住宅不包括商店、工厂或办公处所等。但是,现代制定法已经扩大了“住宅”的概念。

4. 他人的(of another)。夜盗罪法律的目的是保护居住人的安全和利益,使居住人能够控制和占有自己的住宅,并不是保护住宅的所有权。所以,夜盗罪的要件不是“所有主”的住宅,而是“他人的”住宅。根据夜盗罪的定义,房东可能犯夜盗罪,如果他夜里侵入房屋租赁者的住宅并且其他要件也符合的话。

5. 夜里(nighttime)。打开和进入都必须在夜里,但不一定在同一个夜里。按古代规定,夜是指日落到日出这段时间。后来,在日落后的一小段时间和日出前的一小段时间,只要人的外部表情能认辨时(但不指凭借月光或灯光)就不算夜里。

现代制定法(如果还保留“夜里”这一要件的法典)对此有两个重要变化。其一,以日落和日出为基准而加以缩短,或者规定日落后半小时(或一小时)到日出前半小时(或一小时),或者规定具体时间,如下午八点(或九点)到早晨五点(或六点)。其二,把“夜里”作为轻重情节看待,如果不具备这个情节的,可以作为较轻的“夜盗”处理。

6. 意图犯重罪(intent to commit a felony)。这是夜盗罪的心理要件。重罪是指法律上的一切重罪,如杀人、放火、伤害、强奸、抢劫、偷盗,等等。不过实践中以偷盗居多,所以这一罪名译成汉语为“夜盗”。

如果行为人夜闯民宅,但无犯罪目的,如假定他喝醉了酒等,则不构成夜盗罪。

根据普通法定义,构成本罪要具有犯重罪的意图,如果只具有犯某项轻罪的意图,也不构成本罪。例如,被告人D在夜里打开他人院门进入马厩,意图使一匹赛马丧失快跑能力。这不构成夜盗罪,因为意图的内容不是犯一项重罪。现代制定法的夜盗罪,在有些州已经修改了这一要件,把它扩大为“意图犯罪”,即包括重罪和轻罪。

两罪并罚。如果一个人在夜里打开他人家的门,进入屋内偷了一台录像机而去,第二天被抓获,则犯了两个罪:夜盗罪和偷盗罪。因为夜盗罪的构成要件是“意图”犯重罪,而不是“实施”重罪。偷走录像机的行为又完全符合偷盗罪的构成要件。这就是说他的一连串行为在法律上符合了两个罪的构成要件。

## 二、制定法夜盗罪

制定法夜盗罪(statutory burglary),根据其内容理解为(翻译为)“破门入户”或“闯入民宅”比较接近实际一些。

如果说普通法夜盗罪的构成要件是统一的话,那末制定法夜盗罪在不同的司法区有不同的定义。普通法和制定法的夜盗罪,在三个要件(打开、进入、他人的)上是相同的。其他三个要件方面存在着或大或小的差别:

(1) 住宅。现代制定法已把住宅这一概念扩大到工厂车间、商店、办公处以及一切建筑物,有的法律甚至扩大到所有交通工具。

(2) 夜里。现代制定法对这个要件修改较大,只有少部分制定

法仍保留这一因素(时间方面作了某些调整),多数制定法取消了这个要件。这反映了时代的变化,随着工业和商业的发展,妇女参加工作的人数日益增加,这就意味着双职工家庭数量的增长,白天铁锁把门的家庭越来越多,因此在白天非法侵入住宅的犯罪现象越来越多。这就是法律修改犯罪定义的基本原因。

(3) 意图犯重罪。有些司法区的新法典把这个要件扩大为“意图犯罪”,有的修改为“意图犯重偷盗罪或轻偷盗罪或任何重罪”,这就是说不包括除轻偷盗罪(轻罪)以外的其他轻罪。

## 第六节 伪 造 罪

### 一、伪造文书(forgery)

伪造文书是普通法的轻罪,在现代制定法里它几乎都被作为重罪论处。

伪造文书罪,就是欺骗性地制造具有法律意义的虚假票据的行为。本罪有三个构成要件:

1. 具有法律意义的文书。文书,不仅包括各种有价证券、取货凭证、抵押票据、飞机票、火车票等,而且也包括遗嘱、结婚证书、毕业文凭、推荐信、查封令、拘留状等。文书,当然是书面文件,不能是口头语言。

作为伪造文书罪要件的文书必须表面上就具有法律意义——产生法律上的权利或义务。诈骗罪一节中所举模仿(即伪造)林肯签字的葛底斯堡讲演词原稿一例,虽然伪造了一个书面文件,但并不构成伪造文书罪,因为这个文书本身不具有法律意义。

2. 制造虚假的文书。虚假文书有两种情况:一种是凭空假造一件文书,另一种是本身虽非假造但已经篡改的文书。制造虚假文书的方式是多种多样的,如填写假日期,伪造签字,改动数字,增减文字,等等。就签字而言,花招繁多,既有伪造签字,又有骗取签名。

例如, A 给 B 看一件文书, B 表示同意签字, 但 A 乘 B 不注意时偷换另一文书让 B 签了字。又例如, K 长期瘫痪不能书写, D 为达到欺骗 K 的目的, 拿了一张期票让 K 的女儿签上 K 的名字, 谎称 K 本人已经同意, 这也是伪造文书。

3. 怀有欺骗目的。这是主观方面的因素。所谓欺骗目的, 就是有意地以假充真。

## 二、伪造货币(counterfeiting)

在词典上, counterfeit 和 forge 是两个同义动词“伪造”, 两者的名词也是同义的; 但是在法典上, 作为罪名却是有区别的。

在过去的一段历史时期中, 英国法把伪造货币作为比重罪更严重一等的叛逆罪来处罚。现代法律对此则统一作为重罪处理。

伪造货币早先仅指伪造金属硬币。由于纸币在流通中作用日益显要, 所以后来伪造货币也包括伪造纸币, 伪造邮票也是本罪的一种情况。

伪造货币也和伪造文书一样, 基本有两种情况: 一种是制造假货币, 另一种是改造原货币为“新”货币。例如, 把银币用化学方法处理后呈现金黄色而充当金币使用。又例如, 被告人 C 把一张五元纸币和一张二十元纸币(均为旧币)各剪下一部分贴到另一张上去, 则变成了两张二十元纸币。

伪造货币和伪造文书这两个罪的基本构成要件在实质上是相同或相似的, 所以《模范刑法典》把两者合并在一起, 成为一个伪造罪。但由于两者的伪造物不同以及社会危害性方面的差别, 特别是历史上长期分为两个罪名的传统习惯, 所以多数司法区仍然规定为两个罪。

## 第七节 其他财产罪

### 一、收受赃物罪(receiving stolen property)

收受赃物罪就是接受知道是偷来的财物的行为。

窃贼偷东西通常为了出卖变钱,而不是留作己用,但是窃贼一般不会自己去同买者打交道,常常通过中间人——职业收赃者来完成偷盗罪的最终目的,职业收赃者助长了盗窃犯罪,实际上他们狼狈为奸。要打击盗窃犯就要打击收赃犯。因此,1692年英国一项法律规定,明知是赃物而接收或购买者是盗窃罪的事后从犯。然而,这种规定也有问题,由于作为事后从犯,如果主犯窃贼尚未抓获或者死亡或者错误地宣告无罪,那末收受赃物者也就不能被处罚。1701年,英国法律规定收受赃物者可以作为共犯加以处罚,即使主犯没有被定罪。到1827年,收受赃物被升格为一个独立的犯罪。现代制定法关于本罪有扩大范围的趋势,对明知是赃物而购买或接受,隐藏或转移;赃物不仅指偷盗来的,也指盗用的和诈骗来的。在多数司法区,对作为独立犯罪的收受赃物罪的刑罚相同于偷盗罪、盗用罪和诈骗罪。《模范刑法典》把偷盗罪、盗用罪、诈骗罪和收受赃物罪合并为一个大罪,统称盗窃罪。

本罪的构成要件有四个,两个属于客观方面的,两个属于主观方面的。

1. 接受。有些司法区把接受这个要件扩大为购买,帮助隐藏、转移或出售。

2. 偷来的。这一要件早先解释比较狭窄,仅指偷来的和抢来的,不包括盗用来和诈欺来的。三十年代起出现了把偷来的扩大解释为盗用来和诈骗来的这种判例。

3. 知道财物是偷来的。所谓知道,并不一定是百分之百的确信,一般说来相信就已足够。如果认识上发生错误,无论是合理的

还是不合理的,都能排除构成收受赃物罪的心理要件。

4. 怀有不正当目的。例如,为了自己得利,或者为了帮助窃贼隐藏赃物,或者为了帮助他人销售赃物,或者为了使原物主不能再恢复对该财物的占有,等等。有些刑法典没有明文规定这个要件,这仅意味着控告一方不必承担证明这个因素存在的责任,并非说被告人实际不存在这种心理状态。

## 二、勒索罪(common\_ law extortion)

普通法中的勒索罪,就是政府工作人员以政府机关名义非法收取他无权得到的费用的行为。普通法规定的这一罪名已经普遍地被现代制定法所接受。本罪的构成要件是:

1. 非法的费用。它是指:(1)法律没有规定征收的费用;(2)法律规定的费用低于实际征收的费用;(3)法律虽有规定但不是此时对此人应该征收的费用。

2. 政府工作人员。既指法律上的政府工作人员,也指事实上的政府工作人员,即名义上虽非政府正式雇员,但实际上在为政府工作的人员。

3. 以政府机关的名义。打着政府的旗号,是英美勒索罪的基本手段和特征。它既有吓唬成分,又有欺骗性质,因此它既不同于前面的诈骗罪,也不同于下面将讨论的讹诈罪。

4. 贪污心理。所谓贪污心理,就是意图得到他无权得到、不应得到的费用。

由于本罪的构成要件之一是打着政府旗号干坏事,因而它既侵犯财产,又影响政府的管理职能,所以也可以把它纳入妨害政府管理活动犯罪的范畴。

## 三、讹诈罪(blackmail)

它指以伤害身体、毁坏财物、控告犯罪或揭露丑闻相威胁,非

法索要钱财的行为。此罪通常被包括在制定法 extortion 之中。其原义是, 中世纪居住在苏格兰边界的英格兰居民向苏格兰酋长交纳的贡品, 作为免除边界盗贼侵害的保证条件, 这实际是以牲口、谷物或劳作等方式给付的租金, 这种租金被称做“黑袋”(black-mail, mail 在苏格兰语中是“袋子”的意思)。

讹诈罪在英美刑法中也称制定法勒索罪 (statutory extortion), 因为它从普通法勒索罪概念演变、发展而来, 所以称制定法勒索罪。但是, 这两个罪在构成要件方面有着明显的差别。为了反映它们的差异, 采用不同的罪名是必要的, 实际上是两个罪。

如果在早期立法上, 勒索罪和讹诈罪有不少相似点, 那末, 在今天, 这两个罪的共同处就很少了。同勒索罪相比, 讹诈罪的主体不一定是政府工作人员, 也不必打着政府旗号, 不一定涉及非法费用, 也无需怀有贪污心理。讹诈罪的本质特征是用威胁手段榨取他人财物。

讹诈罪容易和抢劫罪混同, 因为威吓也是抢劫罪的特征之一。这两罪关于威胁概念的区别主要在内容方面。抢劫罪的威胁是立即对被害人造成身体伤害, 而讹诈罪的威胁是将来对被害人造成身体伤害, 而且讹诈罪的威胁也不限于伤害身体, 还包括毁坏名誉和毁坏财物等。假定 A 拿枪对着 B, 要 B 交出身上钱财, 这是抢劫罪, 因为被害人有立即遭到伤亡的危险。又假定一男一女发生性关系时, 女方的丈夫(或者是假装的丈夫)捉奸(在法律规定通奸为犯罪的司法区里), 要这个男人拿出一笔钱方可私了, 否则就要向法院告发, 这就是讹诈。

讹诈罪的威胁, 既可以是口头的, 也可以是书面的(通过邮寄或者第三者转送)。

讹诈罪和抢劫罪的威胁, 通常是容易区分的, 但在有些场合要划清这两种威胁的界限是非常困难的, 因此有些州把讹诈罪合并并在抢劫罪之中, 作为较低等级的抢劫罪, 如作为三级或者二级抢劫

罪。

#### 四、放火罪(arson)

普通法上放火罪的定义是, 恶意焚烧他人的住宅。本罪构成要件是:(1) 住宅, 这是犯罪对象。现代制定法放火罪的对象已经不限于住宅而扩大到一切建筑物。(2) 他人的。如果是烧毁自己的住宅, 如果此住宅是在城市中, 因而有危及四邻安全之虞的, 在普通法上则构成烧房罪(house-burning), 属于轻罪, 但不构成放火罪(重罪)。(3) 焚烧行为。(4) 恶意的。如果是过失引起火灾烧毁了住宅, 不构成放火罪。

《模范刑法典》第 220.1 节规定: 旨在毁坏他人房屋或使用中的建筑物, 或者为领取财产保险金而毁坏或损害自己或他人的财产, 而实施点火或者引起爆炸的, 构成二级重罪。

有些州将放火罪分为三个等级: 一级放火罪指夜间放火烧住宅; 二级放火罪指夜间放火烧有波及附近住宅之虞的其他建筑物; 三级放火罪指一级二级以外的放火罪, 或者为骗取保险金而点燃自己或他人的财产。

放火罪属财产罪。如果放火中产生死亡结果的, 则加处杀人罪(视具体案情, 可能是谋杀罪, 可能是非预谋杀罪)。

#### 五、引起灾祸罪(causing catastrophe)

《模范刑法典》第 220.2 节规定了引起灾祸罪。新泽西州刑法典中内容与此相当的罪名为引起广泛伤害或损坏(causing widespread injury or damage)。该法典 2C: 17—2 规定: 蓄意或明知地非法引起爆炸、决水、崩落、倒塌建筑物、释放毒气、放射性材料或任何其他有害或破坏性物质, 包括有危险的废弃物和含毒素的污染物, 按二级罪处罚(最高为 10 年监禁)。凡蓄意或明知地以任何方式非法引起广泛伤害或损坏的, 均构成二级罪。如果轻率地



引起广泛伤害或损坏的,构成三级罪(最高为5年监禁)。由于这种罪属财产类犯罪,如因这种罪行产生死亡结果的,则加处杀人罪。新泽西州刑法中的谋杀罪定义是“蓄意或明知地引起死亡或重伤导致死亡的,构成一级罪”(判一级罪的,30年内不得假释)。

## 六、毁坏财物罪(malicious mischief)

毁坏财物罪,就是恶意地毁灭或损坏他人的财产的行为。在英国普通法是轻罪,在现代制定法里,通常也是轻罪;但是根据财物的特殊性质和重大价值,也可能是重罪。

本罪所指财产,既包括动产也包括不动产及其附属物。例如,未经许可而进入他人土地上去打猎,便可构成本罪。

毁坏是指毁灭或者损坏,否则不构成毁坏财产罪。

他人的财物,包括公共财产。

恶意是指一种心理状态,既可以是具有某种非法的目的,也可以是轻率的心理状态。

## 第九章 刑法典中的其他犯罪

### 第一节 损害道德罪

一般说来,犯罪都违反道德,为什么有些罪特意被称作损害道德的犯罪(crimes against morality)?这是因为在很早以前,教堂首先对某些被认为有损体面的不端行为(misconduct)加以管辖,其出发点是教堂拒绝让普通法院来干预教士的某些不端行为,如通奸、非婚性交、重婚、乱伦等。随着教会势力增大,这些由教士实施的不端行为就由教会法庭根据道德和教规予以管辖。到后来,国会也通过立法把这些损害道德的不端行为正式规定为犯罪。

现在不少人也认为某些罪(如通奸)应该“还给教堂”。当然这不是说还要建立教会法庭(宪法不许可),而是认为有些罪并不危害公众,仅是道德问题,可以通过教堂的道德规劝或者社区的教育影响来解决,而不必诉诸刑法。

损害道德罪,主要有以下几种。

#### 一、通奸(adultery)和私奸(fornication)

英国共和政体时期(1640—1661年)通过的一项法律把通奸规定为死罪。但王政复辟之后,这个法规即行废除。此后,直到十八世纪,这一不端行为仍由宗教法庭按教规来处理,处理一般较轻。

#### (一) 教规(教会法)的规定

通奸是违反婚姻誓约的犯罪。已婚者同不是自己配偶的另一人性交,谓之通奸。例如,A和B都各有自己的配偶,他们二人性交,都犯通奸罪。如果A有配偶,B尚未结婚,A与B性交,那末A犯通奸罪,B犯私奸罪。男女都可能犯通奸罪,也都可能犯私奸罪,取决于自身的婚姻状况。

## (二) 普通法的规定

普通法认为,已婚女子同他人发生非法性行为可能给家庭带来假后代(spurious offspring),因而使血统掺假,搞乱财产继承关系。英语中“通奸”(adultery)的原义是“玷污”、“掺假”的意思。

如果非法性交的一方是已婚女子(不论男子已婚或未婚),均构成通奸罪。

如果非法性交的一方是未婚女子(不论男子已婚或未婚),均构成私奸罪,因为这不可能造成血统掺假。

可见,早期普通法里,通奸和私奸的区别取决于非法性交中女子的婚姻状况。这和教会法有所不同。而且,按普通法定义,双方均未结婚的男女发生性交的也构成私奸罪。

## (三) 现代制定法的规定

在现代制定法里,通奸和私奸的共同点是非法性交,即同非配偶性交。它们的区别主要在于行为人是否已婚,只要有一方已婚就构成通奸罪,所以私奸的基本特征是未婚性交或非婚性交。这两种犯罪一般是轻罪或微罪。情节恶劣的通奸,如“公开的和众所周知的”或者“惯常的”通奸行为,在有的州里仍可按重罪处罚,最高刑期到五年(最高罚金到1000美元)。

据1983年统计,美国有10个州在刑事法律中同时规定通奸罪、私奸罪和非法同居罪;有8个州的法律只禁止通奸,而不禁

---

非法同居(illicit cohabitation)在不同州有不同含义,广狭不等。有的包括通奸和私奸,有的仅指嫖妓等非法性行为。

止私奸和非法同居;有 4 个州的法律把通奸和私奸规定为犯罪,而没有非法同居罪;有 3 个州只有通奸罪和非法同居罪,没有私奸罪;有 2 个州只规定私奸罪,而没有通奸罪,别的州只规定含义较广的非法同居罪,而没有独立的通奸罪和私奸罪;有两个州(路易斯安那和田纳西)既没有通奸罪,也没有私奸罪或者非法同居罪。

惩罚通奸行为的理由,有的理论文献认为通奸行为违反伦理道德,有的认为是破坏家庭团结。直接同财产继承问题联系起来的观点已经没有市场。

由于社会发展和意识形态的变化,在实践中很少审理通奸案件。在司法中,有些州的私奸罪主要用来惩罚嫖客(嫖妓女的男人)。

许多学者认为,六十年代以来,实际上极少惩罚通奸罪,“通奸为罪”倒是常被有些人利用来作为讹诈他人的工具和把柄,反而有损于法律的威信。因此,建议修改法律,使通奸和私奸“非犯罪化”(decriminalization)。《模范刑法典》在 1955 年初稿中虽然没有通奸罪和私奸罪,但有非法同居罪;在 1962 年稿中把非法同居罪也取消了。这可以被视为代表了发展趋势。

## 二、重婚罪(bigamy)

如果说通奸行为是以“悄然”方式破坏一夫一妻制,那末重婚行为就是以“公然”方式破坏一夫一妻制这种婚姻家庭模式。

在 1603 年以前的英国,重婚并不是普通法里的犯罪,而是作为不端行为由教会法庭处理。1603 年,英国下议院通过法律把重婚规定为重罪。现代制定法,通常也把重婚作为重罪处罚。从 1603 年到本世纪五十年代起草《模范刑法典》这 300 多年间,对待重婚罪的立法态度基本上没有变化:(1)某些影响罪过的事实错误也不能作为免罪理由;(2)处罚较重,《模范刑法典》把本罪定为轻罪,某些确实影响犯罪心理的事实错误可以作为免罪辩护的理由(这类

事实错误的证明责任由被告一方承担)。

在多数司法区里,重婚罪的概念是:有配偶又同他人结婚或同居的行为。如果一个人自己虽无配偶但明知他人有配偶而与之结婚的,也是重婚。

下列情形可以作为对重婚行为的合法辩护理由:

- (1) 原先的婚姻已宣告无效;
- (2) 被告人合理地相信其原配已经死亡;
- (3) 原配偶已经连续失踪 5 年(或 7 年),在此期间被告人不知道其原配还活着;
- (4) 被告人合理地相信他在法律上有资格重新结婚。

### 三、乱伦罪(incest)

乱伦就是近亲间结婚或者近亲间非婚性交的行为。在现代制定法里,乱伦属于重罪。

对乱伦罪处罚范围的宽与窄,取决于“近亲”概念的广与狭。

关于近亲概念,没有统一定义。多数司法区是指血亲关系(blood relations),但也有极少数州包括一定种类的非血亲(non-blood relatives),如公、婆、婿、媳、继父、继母、继女、继子等。俄克拉何马州的近亲概念为最广,包括:任何亲等的长辈和下辈之间的关系,是指父母与子女间,继父母与继子女间,叔、伯、姑夫、舅父与内外侄女间,姨、婶、姑妈、舅妈与内外侄儿间的关系;全血亲(whole blood)和半血亲(half-blood)的兄弟姊妹之间的关系(半血亲兄弟姊妹是指同父异母或者同母异父的兄弟姊妹);第一堂表和第二堂表兄弟姊妹之间的关系(第一堂表 first cousin 就是通常所说的堂表兄弟姊妹,第二堂表 second cousin 是指父母的堂表兄弟姊妹的子女)。

伊利诺州为最狭:(1) 兄弟与姊妹之间(包括全血亲和半血亲)发生性行为的构成普通乱伦罪,按三级重罪处罚。(2) 父女之间或

者母子之间(包括血亲的和法律的)发生性行为的构成加重乱伦罪,按二级重罪处罚。

绝大多数州规定,近亲是指比第一堂表兄弟姊妹关系更近一些的亲属。有 18 个州把第一堂表也包括在内。

A 同 B 结婚时, B 带来一个女儿 C, A 和 C 发生性行为,构成乱伦罪。但是如果在 B 死之后, A 和 C 性交或结婚,在许多州不构成乱伦,因为按那些州法律 C 已不再是 A 的女儿。

如果一方出于被迫或者未达法定承诺年龄,则构成强奸罪,受害人无罪。在这种情况下,有些州定为两个罪,乱伦罪和强奸罪;有些州定为一个加重强奸罪,或一级强奸罪。

#### 四、诱奸罪(seduction)

英国普通法里没有诱奸这个罪名。现代制定法通常把诱奸规定为重罪。诱奸就是一个男子以允诺结婚为手段诱使一个贞洁女子同他发生性交的行为。许多法律同时规定,如果双方后来果真结婚的,则可以免于起诉。

从语义学上说,诱惑(seduction)就是女子被引诱,未必有什么放浪行为;但它作为一个罪名,如果没有性交行为也就没有诱奸罪。

有些州的法律,构成本罪不一定要“以允诺结婚为手段”;任何欺骗性的劝说都足以构成本罪,例如给一个女孩礼物,并告诉她“干那种事”对她没有损害。

本罪在单独犯罪情况下,犯罪主体是男子。

关于受害一方,许多法律措词为“贞洁的未婚女子”(unmarried woman of previously chaste character)。而有些法院认为“任何处女都是贞洁的”。有的法院则认为“有淫荡行为便是不贞洁”。还有一种观点是“已经完全改好的失足女子仍是贞洁的”。相反的意见是,“婚前贞洁就是童贞(处女性),因此一个女子只可能被诱

奸一次”。另外一种看法是,正常的婚姻性生活没有什么不贞洁,因此一个寡妇或离了婚的也可以被认为是“贞洁的未婚女子”。

关于女子年龄,有些州法定为 25 岁以下,有些州定为 21 岁以下或者 18 岁以下,也有些州没有规定明确的年龄限制。

许多司法区规定,犯了这个罪之后双方宣布结婚,可以免于追究刑事责任。关于宣布结婚的时间,各州差别较大。有的州规定必须“在起诉之前”,有的规定“在陪审团宣誓之前”;有的规定“在判决之前”;有的甚至可以“在判刑之后”。

## 五、反自然性交行为(sodomy)

在十六世纪的一个英国法律中,反自然性交行为才被规定为犯罪。

反自然性交行为是一个总称,具体说来主要包括两类罪行:

(1) 兽奸(bestiality),就是同牲畜兽类发生性交行为,男女都可以犯这种罪。

(2) 鸡奸(buggery),就是男子与另一男子肛门或者男子与女子肛门性交的行为。几乎所有的教科书作者都一致同意,按普通法这个罪是通过肛门(per anum)实行的,通过嘴(per os)则不构成此罪。但是在实践中,此罪已经扩展。曾有这样的判例:通过嘴的,奸尸的,以及未满 21 岁者的手淫,都被认为是“违反自然的可恶的犯罪”。而且在英国判例中有丈夫和妻子间犯这种罪的。

如果双方均达法定责任年龄并出于自愿发生鸡奸行为的,双方都有罪。如果一方是孩子,则另一方(成年人)被判有罪。根据英国法律,不满 14 岁的未成年人不能犯此罪(和不能犯强奸罪出于相同的理由)。

英文中 sodomy(反自然性交行为)一词的原来意思仅指鸡奸,起源于一个城镇名 Sodom,因为这个地方多鸡奸行为。这种罪行早先在英国是如此被憎恶以致十八世纪著名法学家布莱克斯东在

其著作里都不愿给这种罪行取名而只提“违反自然的可耻犯罪”（现在有些制定法也采用这个或者类似的名称）。对此当然是按重罪处罚。随着历史的发展，价值观念发生了变化。现在一般认为，这种行为如果出自双方自愿是很难控制的，而且也不至于对社区造成威胁，有些州便废除了这种罪，而只处罚以下三种行为：（1）强迫他人实施此种行为的；（2）对未成年人实行此种行为的；（3）在公共场所实行此种行为的。《模范刑法典》就是如此规定的。

## 六、卖淫罪(prostitution)

妓女、妓院老板和介绍卖淫（拉皮条）都有罪，嫖宿妓女也是犯罪（处罚常常比妓女轻一等）。

现在的英国已经废除了卖淫罪，但美国各州仍然认为是犯罪。美国也有学者建议取消这个罪。

卖淫是否作为犯罪处理，这不是主要的，主要问题是要取缔这种败坏道德、有害风化、危害健康的丑恶行径。尤其值得注意的是出现了卖淫“国际化”趋向，亚洲的妓女到欧美去卖淫，欧美的妓女到亚洲来卖淫，世界上一些有名的大都市就有各种不同肤色的妓女。

## 七、色情罪(obscenity)

色情就是冒犯高雅，引起性欲反应。色情罪就是出版、运送、出售、赠送、展示色情的书刊、影视、照片或绘画的行为。

六十年代以前，色情罪的范围较宽。1966年，美国最高法院在一个决定中指出，考虑到宪法保护的言论和出版自由，州和联邦都应大大限制刑法色情罪条款的适用。

在司法实践中，色情罪条款运用时的最大困难是如何给“色情”概念下定义，划清色情和非色情的界限。1973年，美国最高法院在涉及色情罪含义的五个案件中发表了意见，宣布测定色情罪



的准则是:(1)普通人按当代的社区的礼仪道德标准认为这个材料从总体上看是淫荡的;(2)这个材料以明显的令人厌恶的方式描绘性行为;(3)这个材料从总体上看缺乏严肃认真的文学价值、艺术价值、政治价值或者科学价值。这里所说的社区,一般指州的范围,既非全美国,也非很小的一片居民区。

法律规定色情罪是一回事,以色情材料赚钱的商人千方百计规避法律又是另一回事。

制裁色情的立法主要是为了保护未成年人,防止青少年接触有色情内容的书刊和影视。这些立法有联邦的和州的,也有县、市、城镇的,涉及大众传媒的各个领域。美国第一个制裁色情的法律是1842年的海关法。该法禁止进口淫秽图画、雕塑、印刷品等。1873年通过的 Comstock 法案规定,所有色情书刊、图片等都不能邮寄,初犯处5000美元以下罚金和5年以下监禁,再犯者加重处罚。本世纪六十年代对邮政法作了补充规定,成为《美国联邦法典》第39篇第3008—3010条,旨在严格限制色情物品的扩散。1966年,美国最高法院决定允许对电影实行事先检查,指出不存在完全的和绝对的放映自由。七十年代以来,许多大城市出现一个趋势,即制定划分区域的法律,将色情活动隔离在城市的一个特定区域,尽量消减其影响。例如,1972年,底特律一项法律规定,各个成年人剧院、酒吧、营业性舞厅、歌舞表演餐厅、游泳馆必须设在居民区500英尺之外。1977年,西雅图市的一项法律要求所有成年人剧院固定座落在一个附近的小镇上。

## 八、凌辱尸体罪和残害动物罪

凌辱尸体和残害动物是两个比较古老的轻罪,《模范刑法典》也作了规定。

### (一) 凌辱尸体罪(mistreatment of corpse)

凌辱尸体罪就是行为人用明知会伤害有直接管辖权的亲属的

情感的方式来对待尸体的行为。

所谓伤害情感的方式,是指为了私利而出卖尸体,遗弃尸体不予处理,埋葬之后无故又挖开坟墓,等等。

如果在是否伤害亲属情感问题上有争议,判别标准是当时当地的礼仪习惯和道德观念。

这个罪是故意罪,疏忽过失不构成本罪。

根据《模范刑法典》的定义,本罪只能由对尸体无直接管辖权的人实行。不过,有些州的法典关于此罪没有这一限定。

## (二) 残害动物罪(cruelty to animals)

残害动物罪,是指行为人故意地或者轻率地使任何动物遭到残酷的虐待;或者使任何由他监管的动物遭到残忍的忽视;或者杀死、伤害他人的动物而没有得到主人的许可。

上述前两种情况不适用于为了科学研究目的所进行的实验活动。

## 第二节 妨害公共治安罪

妨害公共治安罪(crimes against the public peace)是一个一般概念,指一切缺乏合法辩护理由、无理地扰乱或者显然会引起扰乱公共治安与社区安宁的故意行为。妨害公共治安罪主要包括下列各罪。

### 一、非法集会和暴乱等罪

#### (一) 非法集会(unlawful assembly)

非法集会是指3个或3个以上的人旨在共同实施一项计划而聚会,这项计划如果付诸实行就会导致暴乱。换言之,这种集会的目的在于用公开的暴力实行犯罪,或者用未经许可的有破坏治安之虞的方式来执行一项合法的或非法的共同计划。

非法集会在普通法中是轻罪。在美国现代制定法里也是轻罪,不过多数司法区的法律规定两个人就可以构成非法集会。

## (二) 骚动(rout)

骚动,是非法集会的继续,是指3个或3个以上的人已经非法集会之后,正在实现他们的共同计划的过程之中。

构成此罪,不要求共同意图已实行,也不要求在去实行共同计划的途中有破坏公共安宁的具体行为,如喧闹吵嚷等。

骚动是英国普通法里的轻罪,它已不再存在于美国现代制定法中。

## (三) 暴乱(riot)

按英国普通法的定义,暴乱是指3个或3个以上的人聚集一起,在以公开暴力方式实行犯罪或者以可能引起公众惊恐的方式实行合法或非法共同计划的过程之中扰乱了公共治安与安宁。例如,有3个人于夜晚在某人房前大声谩骂并威胁这个人,还开枪吓唬这个人,虽然这个人不一定在家,但是这种举动扰乱了公共治安与安宁,这就构成暴乱罪。

按普通法,暴乱通常为轻罪(具有加重情节的为重罪)。美国有些州的制定法里,暴乱为重罪,而且两个人就可以构成暴乱罪。

数罪并罚。例如,3个人(或两个人)按计划白天抢劫一家正在营业的商店,抢劫过程中用枪打死了一名店员,则构成抢劫罪、谋杀罪和暴乱罪3个罪。因为抢劫和杀人行为引起了公众惊恐,扰乱了公共安宁,所以除抢劫罪和杀人罪外,还构成了暴乱罪。

## (四) 煽动暴乱(inciting to riot)

煽动暴乱就是利用言词或其他方法(如动作、手势等)有意挑起骚乱的行为。如果骚乱果真发生,尽管煽动者不在场,也以暴乱治罪。

## (五) 扰乱公共集会(disturbance of public assembly)

扰乱公共集会是暴乱罪的一种形式。3个或3个以上的人以

未经许可的方式扰乱一个合法的公共集会的行为,构成扰乱公共集会罪。例如,几个人在一次宗教集会上大声说笑,就构成此罪。1916年,田纳西州一个判例认为,“一个人”扰乱公共集会的,也构成本罪。

## 二、互殴罪

互殴罪(*affray*),就是在公共场所相互斗殴而引起公众惊吓、害怕的行为。

从辞源看,*affray*和*afraid*(害怕)是同源词,在音和形上都近似,在公共场所相互斗殴就会使人们产生害怕心情,从而扰乱社区安宁。

本罪构成的地点要件是公共场所,因为只有在这种场所打架斗殴,才能破坏公共治安。如果在非公共场所斗殴,则按攻击人身(*battery*)定罪。

构成本罪的另一要件是相互斗殴。如果一人非法攻击另一人,另一人出于防卫而还击,那末挑起者定攻击人身罪,防卫人无罪。

有些州没有这个罪,而是把这种行为纳入范围更为广泛的破坏治安罪(*breach of the peace*)。

## 三、流浪罪

流浪(*vagrancy*)本身不是一种具体行为(*conduct*),而是某种身份状况(*status*)。同其他犯罪相比,这是本罪的一个显著特点。

构成流浪罪的这种身份状况,来源于不端行为,其表现形式为危害社会的状态和危害社会的生活方式。流浪罪是轻罪。

流浪罪的惩罚对象是游手好闲的流浪者。

什么叫游手好闲(*idleness per se*)?能够劳动并有劳动机会而不劳动的称之为游手好闲。流浪罪惩罚的是游手好闲,而不是贫困。抽象道理容易说清,但是在实际上,失业现象的存在与发展,一

批批本来并非游手好闲的贫困者被社会“造就”成为游手好闲者。这是谁之罪？

谁是流浪者(the tramp)? 在前工业社会里,人们的习惯是固定居住在一个地方,现在交通发达,旅游发展,社会流动性大大增强,所以对游民这个概念要加以确切解释。原来的含义是指一种过着漂泊不定“到处闲逛,没有固定住所”的生活的人们。布莱克斯东说:“古代把流浪者描述为诸如白天睡觉夜里苏醒,常常出没于小餐馆小酒店,服装不洁,到处溜达,没人知道他们从哪里来以及要到哪里去,等等。”根据现代社会经验,游民(流浪者)常常染有某些不受社会欢迎的品质,诸如赌博、乞讨、欺骗、不讲道理、胡搅蛮缠等。日常生活中,人们惯于把酒鬼、赌徒、妓女、强讨乞丐、吸毒成瘾者和职业算命者视为游民。这些人身上沾有许多社会污垢,常常对公共治安与社区安宁造成威胁,这就是把流浪作为犯罪处理的基本理由。流浪治罪法律的目的是预防性的而不是惩罚性的。但是实践中,情形常常相反。

关于流浪罪的合宪性(constitutionality)。批评流浪罪的最通常理由是:概念含糊,不适当地限制个人自由。现在,某些类型的流浪罪,如吸毒成瘾者,在许多司法区已不再作为犯罪处理,因为把它作为犯罪被认为是违宪的——“上瘾”是一种“疾病”,把疾病当犯罪惩罚是不对的,是残酷的和非常的,因而违背宪法第八条修正案。

另外,像酒鬼、夜间外出活动涉嫌犯罪但又缺乏适当罪名者和没有合法经济来源但是过着放荡挥霍生活者,在有些州的法院判决中也不被认为是流浪罪。

多数学者认为,要保留流浪罪,就应当修改,一是限制适用范围,二是进一步明确概念。

关于流浪罪的性质。流浪罪惩罚的是行为还是身份?这是一个有争论的问题。传统看法是把流浪罪视为身份罪。反对意见认

为身份不是抽象的,而是由一系列作为和不作为构成的,所以惩罚流浪罪实际上还是惩罚行为而不是身份。

一般认为,惩罚身份同刑法干预对象应是行为的普通原理不协调,因此《模范刑法典》另辟蹊径,废弃了流浪罪的罪名,把某些需要受到惩罚的原流浪罪内容用表明行为的具体罪名来规定,如“在公共场所撒酒疯”、“鬼祟游荡”等。加州刑法也采取了这种办法。

#### 四、诽谤罪

诽谤罪(libel)就是恶意公布损害他人名誉的材料。诽谤罪是轻罪。本罪的构成要件有三个:

1. 损害名誉(defamation)。损害名誉就是伤害他人名声致使降低他在社区中的威信或者使第三者不敢同他交往。例如,说某个良民犯了什么罪,说某个绅士有什么不体面行为,说某人得了可恶的传染病,说一个姑娘缺乏贞操,说一个医生是庸医,说一个律师是无赖,说一个牧师是酒鬼,说一个商人破了产,等等。

诽谤对象(被损害名誉者)不限于某个具体的自然人,可以是一个家庭或者是一家公司、一个医院,等等。

诽谤对象一般说来是活人,但是在较早的判例中诽谤对象也可以是已死去的人,这是因为这种诽谤激怒了死者的亲属或朋友,他们出面控告诽谤者。

2. 公布(publication)。普通法和制定法都认为,损害名誉材料的“公布”就是对任何人——或者是被诽谤者本人或者是其他人——传达信息(communication)。

所谓公布,通常就是公开诽谤材料,这就容易激怒被诽谤者,从而很可能激起破坏治安的举动。因此,诽谤罪侵犯的不仅仅是他人的人格名誉,而且是社区的安宁。所以,诽谤罪常常被纳入妨害公共治安罪的范畴。

公布的方式,既可以是持久性形式,如用文字(书写,印刷)、图画、摄影等;也可以是非持久性形式,即语言或者动作,如在某人家门口前放置一个绞刑架,或者在其住宅旁挂一盏标志妓院的灯,等等。

3. 恶意(malice)。作为诽谤罪构成要件的恶意,同杀人罪中的恶意概念大致相似。在法律意义上,恶意就是故意地实施损害他人的非法行为的心理。在诽谤案件中,恶意就是故意公布损害他人名誉的材料和心理。恶意,是指行为人的心理,因此所公布的材料的真实性或重复性并不能作为否定恶意的辩护理由。

关于真实性(truth)。一般说来,用来进行诽谤的材料基本上是虚假的;但公布的事情的真实性并不能一概作为免罪辩护理由。有个古老的说法,“真实性越大中伤也越大”,因为在特定背景下公布某些真相更能引起破坏治安结果的发生。但是,如果材料的真实性加上动机良好,就不构成诽谤,这是因为主观上缺乏恶意。反之,如果动机不良,即使材料真实,也可能构成诽谤。例如,D公布一个材料——A偷钱。A在10年前确实偷过100元钱(真实性),但是事发后A已作了赔偿,私下早已了结,从此以后A一直过着诚实的生活。假定D公布这个材料是为了使A难堪从而使自己开心(动机不良),便构成诽谤。但是,如果A正在竞选县财政局长,D认为A要是竞选成功,在接触钱财引诱下可能旧病复发,所以公布了此项材料,这不构成诽谤。因为材料真实,而且动机良好(没有恶意),符合社会利益。

关于重复性(repetition)。明知是他人公布的诽谤性材料而故意重复的,也构成诽谤罪。如果不明真相,误传诽谤性材料,当然不构成诽谤,因为缺乏恶意。

当代美国社会中的多数诽谤案件,是用民事制裁办法按侵权赔偿案件处理。

### 第三节 危害国家主权或行政管理罪

危害国家主权或行政管理罪(crimes affecting sovereignty or the administration of governmental functions) 主要是指下列犯罪行为:

#### 一、叛国罪

叛国罪(treason), 在早期英国法里是叛逆的意思, 例如, 杀害国王(重叛逆罪), 奴隶杀害地主, 仆人杀害主人, 部下杀害长官, 教士杀害主教, 妻子杀害丈夫(轻叛逆罪)。根据 1350 年英国《叛逆治罪法》, 这类行为是一切犯罪中最严重的犯罪。

由于叛国罪威胁国家的生存安全, 所以它被规定在宪法中。《美利坚合众国宪法》第三条之三规定:“ 背叛合众国的叛国罪, 只限于发动反对合众国的战争, 或者依附合众国的敌人, 给敌人援助。无论何人, 非经该案证人二人证明或经其本人在公开法庭供认, 不得受叛国罪的裁判。”据此, 叛国罪主要包括两种情况: 发动反对美国的战争; 依附或帮助美国的敌人。

叛国罪的实质是破坏对国家的忠诚(allegiance)。出生在美国或者加入美国国籍的公民都应忠于美国, 外侨在侨居期间也应忠于美国, 非外侨没有这种义务。有个例子, K 出生在美国, 其父母是日本人, 根据日本法律, 他也是日本国民。少年时他持美国护照去日本, 由于太平洋战争爆发而一时不能回到美国。在日本期间他达到法定成年年龄, 他改变了在册登记(由双重国籍改为日本国籍), 同情日本, 憎恨美国, 他在一家制造战争物资的私人公司当雇员, 他残酷虐待被迫在那里劳动的美国战俘。日本投降之后, 他又登记为美国公民, 并宣誓他是一个美国公民, 重持美国护照回到了美国。K 被控告, 定为叛国罪。



(1) 发动战争(levying war)。战争,包括外战和内战,规模有大有小,包括局部武装骚乱,只要是反对美国的,都属叛国行为。所谓发动,不一定要正式宣布。发动战争,不一定要有战斗,但其攻击的意图必须被证明。因此,占领一个要塞,为了把它从他所应当忠于的政府的控制下拿走,即使未遇抵抗,也是发动战争,构成叛国罪。为实现武力谋反计划的目的而进行纠合人员,这也是发动战争,构成叛国罪。为反对政府而计划征募人员,但是没有实际进行纠合人员,这还不是“发动战争”,而是“共谋发动战争”。

(2) 依附敌人,给敌人援助(adhering to their enemies, giving them aid and comfort)。

任何一个应当忠于美国的人怀着不忠目的给敌人以援助的都是叛国罪。援助的方式可以多种多样,例如给敌人提供国际情报,卖给敌人运载工具,出售关键性物资供敌人制造军火,给敌人提供犯人或逃兵,等等。不忠的目的也就是背叛的目的。

美国许多州都仿照美国宪法,在本州宪法或法律中规定了叛国罪。因此在美国,叛国罪有三种情况:(1)背叛合众国;(2)背叛合众国,同时又背叛一个州;(3)背叛一个州。

联邦刑法对叛国罪的刑罚是死刑,或者5年以上监禁,或者1万美元以上罚金,并且不得在美国担任公职。

## 二、同叛国罪有关的其他犯罪

在联邦法律中,还规定了不少同叛国罪有关的其他罪。

### (一) 包庇叛国罪(misprision of treason)

本罪是指明知他人叛国而予以隐藏或者不告发。本罪为重罪,应当单处或者并处7年以下监禁,1000美元以下罚金。

### (二) 间谍罪(espionage)

本罪是指故意收集、传送或者丢失国防情报,行为人知道或者有理由相信该情报会被用来损害美国或者有利于任何外国。本罪

的主体可以是任何人,不一定是对美国有忠诚义务的人。对间谍罪单处或者并处 1 万美元以下罚金,10 年以下监禁。

(三) 叛乱或暴动罪(rebellion or insurrection )

本罪是指任何人煽动、鼓吹、参与、帮助或者从事任何反对美国政权(联邦或州)或其法律的叛乱或暴动行为,单处或者并处 1 万美元以下罚金,10 年以下监禁。

(四) 共谋暴乱罪(seditious conspiracy )

本罪是指两个或两个以上的人共谋用武力推翻、削弱或破坏美国的政府,或者共谋发动反对美国的战争,或者共谋用武力阻止、妨碍或拖延美国法律的执行,或者共谋用武力夺取、拿走或占有美国的财产。

(五) 鼓吹颠覆政府罪(advocating overthrow of government)

本罪是指故意地鼓吹、唆使或劝告以武力、暴力以及以暗杀政府官员的方式推翻或破坏任何一级美国政府的税收、必需品或威望,或者为此目的而组织或企图组织集团,或知道这种组织的性质而加入该集团。

以上两个罪,共谋暴乱和鼓吹颠覆政府,可以统称为“煽动叛乱罪”(sedition),可单处或者并处 2 万美元以下罚金,20 年以下监禁。

(六) 战时故意妨碍武装力量行动罪

本罪是指在战争期间怀着干扰美国武装力量行动成功的目的故意写作或者传送假报告或假声明的行为,或者故意在美国武装力量中引起不服从、不忠诚、兵变或拒绝执行任务,或者故意破坏征兵工作的行为。对此罪可单处或并处 1 万美元以下罚金,20 年以下监禁。

共谋上述罪行,或者隐藏上述罪行的,单处或并处 1 万美元以下罚金,10 年以下监禁。

### 三、伪证和唆使作伪证

#### (一) 伪证罪(perjury)

伪证就是在诉讼中对有关实质问题故意提供违背誓言的证词。

本罪的构成要件是:(1)本罪被告人已经作过要说真话的宣誓;(2)宣誓要求是司法当局提出的;(3)宣誓是在诉讼中作的;(4)在这一诉讼中被告人已经提出了证词;(5)这个证词对诉讼是重要的;(6)这个证词是虚假的;(7)明知虚假还故意提供这个证词,目的为了使人相信这个虚假证词。

在英国早期普通法里,最早对伪证的刑罚是死刑,后来是流放或者割舌头,再后来是没收财产。到上个世纪中期,一般已减轻到罚金。现在美国多数司法区的法律上规定伪证是重罪,常常处以很严厉的刑罚。

#### (二) 唆使作伪证罪(subornation of perjury)

唆使作伪证就是故意地使得他人在诉讼中提供虚假的证词。

唆使他人作伪证比作伪证本身的罪行更重。唆使他人作伪证并未成功的,定为唆使作伪证未遂罪。

### 四、贿赂罪

贿赂罪(bribery),在早期英国法里,其主体专指收受非法报酬的法官或其他司法人员,不罚行贿者。后来扩大到陪审员、证人以及其他公务官员,同时行贿者也受罚。

贿赂罪是指为了非法影响公务活动付给报酬或接受非法报酬的行为。

报酬,指金钱、财产、服务或有价值的任何其他东西,不一定都

指金钱。

除了没有责任能力的人外,所有人都可能成为行贿者(briber)。但不是所有人都能成为受贿者(bribee)。谁可能成为受贿者呢?有三类情况:

1. 公务贿赂(official bribery)的受贿者是:

- (1) 政府任何官员、代理人或者雇员;
- (2) 竞选中的投票人;
- (3) 陪审团成员;
- (4) 证人。

2. 准公务贿赂(quasi-official bribery)的受贿者是:

- (1) 公立事业机构中的官员或雇员;
- (2) 立法小组、政治性例会或有公职候选人提名权的政治性集会的办事人员;
- (3) 劳工组织的代表。

3. 业务贿赂(occupational bribery)的受贿者是:

- (1) 一个公司或商店的雇员可能成为批发商或其他人的受贿人;
- (2) 体育运动、竞技比赛等活动中的职业的或业余的运动员和裁判人员也可能成为受贿人。

贿赂活动的目的一般是非法影响公务(业务)活动,具体案件的特殊目的是多种多样的。

贿赂在普通法里是轻罪,在现代制定法中一般都作为重罪处罚。

如果受贿人是陪审员,有些州仍定为贿赂罪,有些州则定为笼络陪审员罪(embracery)。笼络陪审员罪就是企图以不正当手段影

---

1982年3月,日本一名男法官因接受女被告人的“性服务”(睡了三夜觉),而减轻其刑罚而被判罪(性贿赂罪)。报酬是否包括性交,许多美国学者持否定看法。

响陪审员定罪的行为。不正当手段常常有用钱财贿赂、恳求、威胁等。

## 五、渎职罪

渎职罪(official misconduct)作为一个具体罪在美国各司法区法律上有多种表述方法,如 misconduct in office, malconduct in office, misbehavior in office, malpractice in office, misdemeanor in office, corruption in office, 等等。

渎职行为主要是三种形式:(1)违法乱纪(malfesance);(2)滥用职权(misfesance);(3)玩忽职守(nonfesance)。

本罪客观上的一个特征是以职务的名义(under color of office)所进行的非法行为,主观上要有腐败心理状态(corrupt intent)。

挪用公款、虐待人犯、冤狱假案等,都是渎职罪。

如果一个公务人员接受了贿赂,然后又做了行贿人希望的事情,则构成受贿罪和渎职罪两个罪。

## 六、阻碍审判罪

阻碍审判罪(obstruction of justice)是指除伪证和笼络陪审员以外的那些影响审判应受惩罚的行为。阻碍审判的行为主要有下列三种情形:

1. 干扰司法人员履行其职务。例如,威吓、阻挠、妨碍检察官出席法庭,阻挠司法人员调查案件,故意向司法部门报告虚假的案件,这些都是比较常见的阻碍审判行为。

2. 影响证人。例如,强迫证人或诱使证人不到调查机关或法院去作证。

3. 毁灭或隐瞒证据。

## 七、脱逃罪和有关犯罪

脱逃(escape)实际上有两种,一种是没有使用暴力(称一般脱逃),另一种是使用暴力(称突破监所)。现在,只有一少部分州把这两种情况合称为一罪,有轻重等级之分。多数司法区分为二罪,脱逃罪仅指不使用暴力的脱逃;使用暴力的脱逃,称突破监所。

### (一) 脱逃罪

脱逃罪是指在押犯未经许可也没有使用暴力而离开合法关押的场所。

1. 在押犯,既指已被判刑的犯人,也指等待审判的未决犯。

在押犯,是合法地被关押的人犯。如果一个人被非法拘禁而出逃,不构成脱逃罪。

根据法律的任何关押都是合法关押,它只包括刑事的,不包括民事的。但是,佐治亚州刑法(1965年)关于脱逃罪的合法关押却包括刑事和民事两种情况。

2. 有意越出许可的范围,即关押的场所。根据具体案情,关押场所可能指拘禁农场,也可能指监狱,或者监狱中的特定区域。例如,有些特别危险的犯人只允许在监狱中一个极有限的空间内活动,只要未经许可越出限定范围,即使仍然在这个监狱的大范围内,也构成脱逃行为。

3. 脱逃罪的等级。如果逃跑者被控告或者被判决为重罪的,其脱逃行为属重罪;如果逃跑者被控告或者被判决为轻罪的,其脱逃行为属轻罪。

### (二) 突破监所罪(breach of prison)

本罪是指在押犯未经许可并且使用暴力离开合法关押的场所。

和脱逃罪相比,本罪的特点是使用暴力。暴力不一定伴有刀枪,拳打脚踢就是暴力。

本罪都是重罪。

### (三) 劫狱罪(rescue)

劫狱就是以暴力使他人摆脱合法监管的行为。本罪通常均为重罪。但是伊利诺州规定,如果劫走的在押犯是被控告或者被判定为重罪的,构成重罪;其他情况为轻罪。

### (四) 帮助脱逃罪(aiding escape)

帮助脱逃就是使他人摆脱合法监管但是没有使用暴力。

### (五) 容许脱逃罪(permitting escape)

容许脱逃罪是指故意地或者疏忽地让在押犯逃脱他的合法监管。

本罪的主体是合法监管在押犯的人员。

本罪的刑罚轻重取决于两个因素:(1)在押犯被控告或者被判定的罪的性质;(2)被告人(合法监管在押犯的人)犯本罪时的心理状态——故意或者疏忽。

### (六) 拒绝协助司法人员罪(refusing to aid officer)

英国早期普通法认为,司法人员在执行逮捕或制止罪犯时有权要求 15 岁以上公民给予协助。如果无理拒绝,构成犯罪(为轻罪)。“有危险”不是拒绝协助的理由,但如能证明在该具体场合予以协助是“无用的”,可以作为免罪辩护理由。把拒绝协助司法人员定为犯罪,其理论是,当司法人员同罪犯作斗争时拒绝给予协助,实际上就是为罪犯逃跑提供了有利条件,也就是帮助了罪犯。

现在美国的法律普遍地采纳了英国普通法的原则,具体的规定各司法区不尽相同,不过多数州把能给予协助的公民的年龄从英国法的 15 岁提高到 18 岁。

### (七) 违犯缓刑或假释罪(violation of probation or parole)

一般说来,被缓刑或假释的人犯已不再处于合法关押状态,所以谈不上“脱逃”。但是,有些州的法律对缓刑或假释的人犯规定了地区限制,如果被缓刑或假释的人犯故意超越所限定的地区,则构

成违犯缓刑或假释罪。

#### (八) 逃离保释罪(jumping bail)

被保释的人没有按要求到庭并且在再次通知后的一定时间(如一个月)之内仍无故不到庭或归押的,构成逃离保释罪。

如果被控告的是重罪,逃离保释为重罪。被控告的是轻罪,逃离保释也是轻罪。

### 八、私了犯罪罪

私了犯罪罪(compounding crime)源于古老的包庇小偷罪。包庇小偷罪是指偷盗罪的被害人接受小偷的财物而同意不告发,起先构成“事后从犯”,后来作为独立的犯罪处理。当包庇小偷罪被称作私了重罪罪时,概念已扩大为被害人得了好处同意不告发任何重罪(不仅仅是偷盗罪)。再到后来,又扩大为任何人(不仅仅是被害人)得到好处而同意不告发任何犯罪(不仅仅是重罪),或者做出任何不利于揭发犯罪的行为,这就是现在的私了犯罪罪。《模范刑法典》规定本罪为轻罪。

### 九、挑起争讼罪

挑起争讼罪(barratry)是指怀着使人苦恼的邪恶目的激发起无理的司法程序的活动。

### 十、藐视罪

藐视罪(contempt)是一个很古老的罪,源于古代习惯法,作为对蔑视国王或其政府的一种报复。藐视罪有两种情况:

#### (一) 藐视立法机关

在美国,这个概念扩大到藐视美国参议院、众议院以及各州的立法机关。对立法机关任何目无法纪的行为或故意阻碍立法机关正常活动的进行,任何无故拒绝出席立法机关所要求的听证会,都



是藐视立法机关罪。

## (二) 藐视法庭

这个罪有两种不同分类方法:

1. 根据诉讼目的可以分为: (1) 刑事藐视 (criminal contempt); (2) 民事藐视 (civil contempt)。

2. 根据远近因素可以分为: (1) 直接藐视 (direct contempt); (2) 间接藐视 (indirect contempt)。

民事藐视是指拒不执行法院已生效的民事判决。这种行为的结果是损害诉讼当事人的利益而不是公众利益, 对此行为处以赔偿性罚金是完全可以的, 但更通常的处理办法是把藐视者加以监禁直到他服从法庭的判决。如果把被判支付抚养费而实际上付不了的人关押起来, 是不适当的, 这种场合同刑法不相干。

刑事藐视是指不尊重法庭或者阻挠审判工作顺利进行的行为。惩罚这种行为是为了维护公众利益。在有些场合, 区分民事藐视还是刑事藐视是困难的。

直接藐视是指在法院里或者当着审案法官的面所实施的藐视行为。

间接藐视是指不在法院也不是当着审案法官的面所实施的足以影响、贬低法庭威望的行为。搅乱大陪审团的讯问程序或影响被大陪审团传唤的证人, 也认为是间接藐视法庭, 因为大陪审团是法庭的助手。

## 十一、海盗罪

海盗罪 (crime of piracy) 按美国联邦刑法主要有以下几种情况:

(一) 在公海上实施国际公法规定的海盗罪, 在美国被发现的, 处终身监禁。按照 1958 年《公海公约》和 1982 年《联合国海洋法公约》的规定, 海盗行为指下列行为: (1) 私人船舶和私人飞机的

船员、机组人员或乘客为私人目的,在公海上或在任何国家管辖范围之外的地方,对另一船舶或飞机或对其上的人或财物所从事的强暴、扣押或掠夺行为;(2)明知船舶或飞机成为海盗船舶或飞机并自愿参与其活动的任何行为;(3)教唆或故意协助上述行为的任何行为。军舰、政府船舶或飞机不能成为海盗船舶或海盗飞机,但这些船舶或飞机由于其船员或机组人员叛变,在控制该船舶或飞机的过程中从事上述任何行为,视同私人船舶或飞机实施的海盗行为。对这种海盗罪,国际上采用普遍管辖原则。

(二) 美国公民在公海上以外国势力名义实施的谋杀、抢劫或任何敌视美国或美国公民的行为,即为海盗,处终身监禁。

(三) 外国公民在海上对美国发动战争或攻击美国的交通工具,违反美国与该公民所在国订立的条约,该条约宣告该类行为为海盗行为,则该人为海盗,处终身监禁。

(四) 收受海盗财物,如无合法理由,并具明知心态,处 10 年以下监禁。

在美国,海盗行为(piracy)这一术语也被用于非法复印、复制有版权保护的书籍或图片(盗版),非法剽窃作品也可称为海盗行为。但一般不会被定为海盗罪。

## 十二、空中劫持罪

空中劫持(air piracy 或 aircraft hijacking) 也称劫持航空器,是指使用暴力、胁迫或其他恐吓方法非法劫持或控制飞行中的航空器的行为。这种犯罪严重危害民航安全,引起国际社会的普遍关注。为了防止和惩治危害航空安全的犯罪,先后制定了三个国际公约:《关于在航空器内实施的犯罪和某些其他行为的公约》(1963)、《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970)、《关于制止危害民用航空器安全的非法行为的公约》(1971)。对空中劫持罪国际上采用普遍管辖原则。

## 第十章 经济犯罪

本章讨论的经济犯罪(business crime),多数是规定在刑法典以外的经济立法和行政法规中的犯罪。刑法典里的罪,无论是侵犯人身权利罪还是侵犯财产权利罪,均属自然犯,是随着社会发展与道德规范逐步形成而同时出现的,作为法律规范具有长期的稳定性。商品经济加速了社会前进的步伐,经济领域日新月异的发展,使经济活动中危害公众利益的违法犯罪现象层出不穷,而且形式多变,如果将这些犯罪都纳入刑法典,则必将损伤刑法典的稳定性。而且,这些罪往往不是根据长期历史时期中逐渐形成的道德意识所能评定的,评价的依据是法律,所以称法定犯。法定犯主要是经济犯罪。在西方,英美法系和大陆法系国家的经济立法和行政法规中,根据需要可以规定罪与刑的条款。这种刑事立法模式有两大优点:一是保持作为国家基本法的刑法典的稳定性;二是由于经济犯罪条款附着于有关经济法律中,既有利于对经济犯罪构成的具体理解,又有利于显示国家对合法经济行为的强权保障。当然,也有一些稳定性高的经济犯罪条款被收入刑法典的。本章讨论的经济犯罪主要是联邦法(不是州法)系统规定的,而且也只是一少部分经济犯罪。

---

经济犯罪,是学术用语,美国刑法界常用 business crime,有时也用 economic crime。

## 第一节 经济犯罪概述

### 一、经济犯罪的概念

据认为,经济犯罪的早期概念由德国刑法学者林德曼(1932年)提出,他认为经济犯罪是一种侵犯国家整体经济及其重要部门与制度的可罚性行为。美国著名犯罪学家萨瑟兰1939年提出了白领犯罪概念,他认为:“白领犯罪大体上可以定义为体面的有社会地位的人在其职业活动过程中实施的犯罪行为。”三十年代以前,西方犯罪学的注意力几乎全部集中在穷人犯罪原因及其防止对策的研究上,这不仅是学术上的偏颇,而且是政治上的失当。白领犯罪概念的提出,为西方犯罪学开拓了一个重要领域——研究有钱有势的人所实行的犯罪。这些人的犯罪虽不都是经济犯罪,但无疑主要是经济方面的犯罪。也可以反过来说,经济犯罪,尤其是严重的经济犯罪,大多是由白领阶层实施的。如果说林德曼的定义是从法律上分析经济犯罪,具有刑法学意义,那么萨瑟兰的定义是从犯罪主体上来研究经济犯罪,同时也指出了其基本行为特征,具有重大的社会意义。当前,有些美国论著从犯罪目的和犯罪方式的角度给经济犯罪下定义,认为经济犯罪是违反管理法规为获取经济利益而实施的犯罪。根据这一定义,经济犯罪不仅包括通常意义上的违反经济管理法规的犯罪,还包括贩卖毒品和妇女卖淫等行为。美国刑法学界和犯罪学界对经济犯罪概念长期研究取得的成果,为立法提供了必要的理论准备。1979年,美国国会在《改进司法体系管理法》中给白领犯罪下了定义:白领犯罪是一种或者一系列通过非暴力手段采用隐蔽方法,为了非法避免付出,或者非法取

---

参见林山田著:《经济犯罪与经济刑法》,台湾三民书局1981年版,第40页。  
《犯罪与司法全书》,纽约自由出版社1983年英文版,第1653页。

得钱财,或者非法获取经济利益的行为。可见,今天白领犯罪的含义与萨瑟兰的概念相比,已有很大差异。70年代以来,美国存在着以经济犯罪的概念取代白领犯罪的概念的趋势。美国各司法区的检察部门中设立了专门的经济犯罪处。在学术论著和司法工作中,白领犯罪与经济犯罪这两个概念常常混用。

需要指出的是,美国的法律或论著中的具体犯罪定义通常只标明侵害对象而不表示对象所涵载的社会关系(即中国的法律和论著中所说的侵犯客体)。根据美国有关法律、论著和实践,美国经济犯罪所侵犯的客体,基本上是经济秩序(即经济正常运行状态)。正常状态就是符合市场经济规律的状态。经济秩序由法律来体现,因此,破坏经济秩序总是与违反有关法规连在一起。

## 二、经济犯罪与财产犯罪的差异

经济是人类赖以生存、政治制度据以确立和社会得以发展的物质基础,向来受到国家法律包括刑法的高度重视。在自然经济为主的社会里,刑事法律对经济的保护主要是对所有权(所有制的法律反映)的保护,表现在严厉制裁传统的侵犯财产罪,诸如“偷”、“抢”以及稍晚出现的“骗”。在这种经济形态的社会中,商品经济在全部经济结构中只占极次要的地位,因此,商品生产和流通方面的犯罪很少存在。由于财产所有制是一种相对固定的社会关系,所以刑法对经济的保护基本上属于静态保护。随着生产力的发展,商品经济逐渐发达,商品经济活动(商品生产与流通)过程中的犯罪也随之增多。由自然经济、半自然经济社会阶段进入商品经济社会阶段,经济生活中的犯罪明显突出而成为一个社会问题。对此,国家的反应是法律上开始出现并逐渐增加这方面的罪名。以商品经济发展较早的英国为例,在普通法上,诈骗罪到18世纪才从盗窃罪

---

《美国联邦法典》第42篇,第901节(a)(18)。

中分离出来成为单独的罪名。不过那时的诈骗罪仍然归属于传统财产罪范畴。商品经济活动中的种种犯罪多数具有诈骗性质。由于数量增长,及至十九世纪末,尤其进入二十世纪以来,许多商业方面的犯罪又从普通诈骗罪中分离出来。因为商品经济本身具有内在活力,所以这方面的犯罪也就具有易变的动态特点。在商品经济社会,刑事法律对经济的保护增添了动态内容,即在继续保护财产所有权(通过惩罚传统的财产罪)的同时,还要保护经济的正常运行——通过惩罚新兴的经济犯罪。由此可见,财产罪与经济罪从其发生和发展上看存在着“血缘”联系。但是,二者也有明显差异,主要表现在如下两个方面:

### (一) 性质状态方面

1. 传统财产罪侵害的主要是财产权利,新兴经济犯罪着重在经济秩序。刑法保护的利益的性质决定了前者呈静态特点,因而具有稳定性;后者呈动态特点,因而具有易变性。

2. 财产犯罪的对象一般是特定的,经济犯罪的对象通常是不特定的。

3. 二者的侵犯方式往往是倒向的。财产罪是犯罪主体违背被害人意志占有本不属于自己的财物;而多数(虽然不是全部)经济罪是犯罪主体不给出或少给出自己应当给出的利益,如逃税、走私等,或者是取得超过自己可以得到的利益,如暴利等。

4. 财产罪属自然犯,经济罪属法定犯,因此二者在主观方面应受谴责性的程度有所不同。

5. 犯罪控制方法上的差异。调整经济政策有可能控制(缓解)经济犯罪,而对财产罪则难以收效。

### (二) 发生过程方面

市场经济以竞争为前提,竞争推动经济向前发展。竞争实际是求利比赛。商品的生产者和流通者作为竞争参与者,他们追求利润(利润是衡量竞争效益的基本尺度)是必需的和正常的,但不能是

无限的,超过限度则将损害广大消费者的利益。法律据此便将攫取超过社会许可限度的利润的行为宣布为非法。鼓励公平竞争,制裁非法求利(超利,暴利),这是现代市场经济体制国家的共同态度。超利并不是一个简单的数量概念,大致有两种情况:一是定性的,利益本身就属非法,不论数量大小;二是定量的,利益本身虽属合法,但得利者不交出应交纳的那部分利益则变成非法。例如,企业通过合法经营获得了大量利润,但不交纳或少交纳应当交纳的税款(这是其总利益的一部分)。对个人来说也一样,正当的收入,不论多少,都受到法律保护,但超过一定限度就应当征收所得税,如果逃避纳税则属非法。法律所以如此规定,目的是平衡社会利益。商品生产者和流通者有钱可赚,但不能损害消费者和国家利益,这样才能繁荣经济、稳定社会。社会利益失衡是社会动乱的根源。

经济犯罪“本身”直接地破坏法律规范的经济秩序,给社会造成严重危害。从统计上看,经济犯罪以外的所有犯罪包括财产罪造成的经济损害加在一起还远不及一种经济犯罪(如逃税罪)所造成的损害。1982年,美国财政部国内税务局的一份报告估计美国一年中逃税总额约达1000亿美元,占应纳税金的20%。

经济犯罪“过程”如前所述,从宏观观察,经济犯罪是主体在参与推动社会发展的商品经济活动中为牟取超利所实施的行为,呈现利弊交织的两重性。

综上所述,经济犯罪本身的严重危害与经济犯罪过程的利弊交织所形成的近乎两难局面,是经济犯罪独有的基本特点,对经济犯罪的控制措施和处罚政策均与此相关。传统财产罪不具有这种情形。

---

见《犯罪与司法全书》,1983年英文版,第683页。

## 第二节 几种具体的经济犯罪

### 一、逃税犯罪

税金是国家财政收支的最主要来源。美国政府每年征收各种捐税共达数千亿美元,其中一半多是个人所得税,公司所得税和职业税超过 40%。由于政府税务部门人力所限,只能对极小部分纳税情况进行认真检查,所以逃税(evade taxes)是一种冒险性很小而获利很高的经济犯罪。

美国的纳税人自我评估申报制度在全世界被广泛地视为出奇的温和但有效的税务制度。在许多拉丁美洲和一些欧洲国家,逃税行为猖獗,但是受到刑事惩罚的却很少。而在美国,政府的传统看法(七十年代以前)是逃税行为并不普遍。但是,1979 年美国财政部国内税务局的一份研究报告认为,美国一年内逃税总额在 250 亿——350 亿美元,1982 年估计逃税总额可能高达约 1000 亿美元。调查研究使政府改变了过去的看法。自 1913 年制定所得税法以来至七十年代末,因逃税被判刑的人数平均每年不足 1000 人。1979 年为 1820 人。大多数逃税案件采取非刑罚性的经济处理办法来解决。

故意逃税,属于重罪。最高法定刑为 5 年监禁和 1 万美元罚金(指个人逃税)。

此罪构成要件有二:(1)行为人有纳税义务,并且知道有此义务;(2)故意实施一种企图逃税的行为。

此罪与其他许多犯罪不同,它要求行为人主观上知道自己的行为违反税法。如果行为人在纳税申报中遗漏应征税的收入或者打折扣,但并不知道这种行为违反税法,不属企图逃税。因此,纳税人故意提出虚假所得税申报的目的虽然仅仅为了延期纳税,待经济情况好转后再提交真实申报并如实纳税,仍然构成逃税罪。因为



提交虚假申报,就完成了故意逃税罪。

企图逃税的主要方法是提交不真实的纳税申报资料。如果行为人没有提交应当提交的申报或者提交了真实的纳税申报,但实际上没有全部交付应纳税额;如果行为人已经实施了很可能导致隐瞒其收入或财产的行为,并且这种行为与逃税有关,也可构成逃税罪。因此,假定纳税人明知有纳税义务并出于逃避这种义务的想法而向税务局谎报其收入或财产,构成逃税罪。此罪也可用保存两本帐簿、制作假报单或假发票、销毁帐簿或记录、隐瞒财产或者其他欺骗行为的方法实施。

并不具备全部故意逃税罪要件的许多行为也能构成较轻的重罪。依据美国税法规定,向税务局书面或口头提交实质上不实的申报或其他证件的行为以重罪处罚。

根据国内税法(1982年规定),在缺乏欺骗行为的情况下,故意不提出必需的纳税申报或者故意不交纳税款,构成轻罪,法定最高刑为1年监禁或1万美元罚金。有一种观点认为,这种以不作为方式构成的犯罪与前述以作为方式构成的犯罪,严重性(危害性)没有两样,所以也应当按重罪处罚。不过,这种被告人主观上的罪过往往较小,而且多少类似于“不赖帐的欠债不还”这种民事违法。

## 二、违反海关管理的犯罪——走私及有关犯罪

走私罪指携带货物进出海岸不纳关税或者携带违禁品进出海岸的行为。这是早在英国普通法里就已出现的一个罪名。现代英美制定法中仍然沿用这个概念,只是“海岸”一词已被改为“国境”而已。

根据《美国联邦法典》第18篇第27章规定,下列行为都是犯罪:

1. 故意进口不足重或不足量的,或者质量虚假的,或者少付法定关税的货物、商品的,单处或并处5000美元以下罚金,2年以

下监禁。

2. 把以虚假的发货单、申报单、保证书、信件、文件, 或者以书面或口头的虚假陈述, 或者借助欺骗的手段、工具进口的商品投入或引进、或者企图投入或引进美国市场而使得或可能使得美国丧失合法税收的, 单处或并处 5000 美元以下罚金, 2 年以下监禁。

3. 税务人员故意准许少付法定关税的货物、商品入关的, 单处或并处 5000 美元以下罚金, 2 年以下监禁, 并且开除公职。

4. 以欺骗美国的目的故意把应当开具货单而没有货单的货物、商品走私或秘密带进美国; 或者以欺骗美国的目的故意开签货单或者故意使虚假的或伪造的货单或其他文件通过海关; 故意把违反法律的货物输入或带进美国, 或者故意接受、隐藏、购买、出售或者以任何方式为这种违反法律进入美国后的货物提供运输、隐藏或出售的便利, 单处或并处 1 万美元以下罚金, 5 年以下监禁, 并且没收货物。被告人持有这种货物的证据, 除非能解释得使陪审团满意, 否则就是定罪证据。

5. 违反美国关税法偷运货物出境的, 单处或并处 5000 美元以下罚金, 2 年以下监禁。

6. 违反法律, 在美国和外国接壤的边境线上的建筑物中接受或存放任何货物, 或者携带货物通过边境线的, 单处或并处 5000 美元以下罚金, 2 年以下监禁。

7. 在海关扣留货物的堆栈中欺骗性地隐藏、移动或重新包装货物, 或者欺骗性地改动、损坏、擦去被扣货物包装上的标记或数字的, 单处或并处 5000 美元以下罚金, 2 年以下监禁。被隐藏的、移动的或重新包装的货物, 或者标记或数字已被改动、损坏、擦去的包装, 应当被美国没收。

8. 未经许可, 在船只、交通工具、堆栈或包装上加盖海关印章或附加海关标识; 或者未经许可, 在被海关扣留或保管中的船只、交通工具、堆栈或包装上故意移动、破坏、损坏海关印章或标识; 或

者恶意地进入海关扣留货物的堆栈或装有被扣货物的船只、交通工具,意图非法地从那里移动被扣货物的;或者明知是被扣货物而接受或运输的,单处或并处 5000 美元以下罚金,2 年以下监禁。

9. 在已经提出要对进入美国的货物进行检查后,故意隐藏或者毁坏有关发货单、记录或证件的,单处或并处 5000 美元以下罚金,2 年以下监禁。

10. 美国的官员或雇员故意帮助或唆使他人进口淫秽的或煽动叛国的或暴力反抗美国法律的或足以威胁生命、健康的书籍、文章、图画、广告、传单或物品,或者实施堕胎的工具,或者其他作下流不道德用途的物品,单处或并处 5000 美元以下罚金,10 年以下监禁。

商业社会里企业家和生意人把罚金视为“特许费”,做生意的一种代价,因而在交罚金后继续再犯罪,国家对这种情形的反应是加重罚金刑。

### 三、托拉斯犯罪

1890 年《谢尔曼法》(The Sherman Act)是美国联邦第一部反托拉斯法,它明确宣布了政府对阻碍自由竞争的垄断的遏制政策。谢尔曼法的第一和第二条为反托拉斯的刑事条款:

第一条——以托拉斯或其他形式的任何契约、联合或共谋,在各州之间或与外国贸易中遏制贸易或商业,均属非法。任何人(自然人或法人)订立上述契约或从事上述联合或共谋,应被视为重罪。如为企业,应处 100 万美元以下罚金;如为个人,应处 10 万美元以下罚金,或处 3 年以下监禁,或由法院决定两种刑罚并处。

第二条——任何人,垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断各州之间或与外国任何全部或部分的贸易或商业,应被视为重罪。如为企业,应处 100 万美元以下罚金;如为个人,应处 10 万美

元以下罚金,或处3年以下监禁,或由法院决定两种刑罚并处。

谢尔曼法制定的根据是普通法规则和人类经验,禁止的是非法的联合,而不是有用的合法的联合。上述犯罪定义具有模糊性,参议员谢尔曼本人也承认:“在合法与非法之间的界限用法律语言加以精确定义是困难的,这只能由法院在具体案件中来决定。我们作为立法者所能作的全部事情只是宣布一般原则,我们相信各法院一定会按该法的本意予以适用。”

在谢尔曼法刑事条款的适用中,如下几个要件常常是司法中注意的焦点。

1. 共谋。该法惩治的是犯罪共谋(一种不完整罪形态),实行行为并非必要要件。存在垄断的共谋行为即为既遂。

2. 遏制贸易。契约、联合或共谋,在客观上起“遏制贸易或商业”作用的,才构成犯罪;如果不起这种作用的契约、联合或共谋,则不构成犯罪。法律难以精确界定遏制与非遏制的区别标准,只能由法官根据具体案情作出解释。

3. 跨州的或对外的贸易。根据美国宪法,联邦法院管辖的只是涉及州际或对外贸易中的非法行为。

自七十年代以来,美国联邦法院对违反反托拉斯法适用的刑事惩罚出现了加重趋势。1890年至1970年期间,有19人在监狱里的总服刑期为28个月,而1978年一年里,29人的刑期总和为96个月。

---

参见储槐植主编:《美国德国惩治经济犯罪和职务犯罪法律选编》,北京大学出版社1994年版,第3、4页。

参见周密主编:《美国经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社1993年版,第95页。

参见周密主编:《美国经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社1993年版,第98页。

#### 四、邮电诈骗犯罪

邮电诈骗是邮件诈骗 (mail fraud ) 和电信诈骗 (fraud by wire, radio, or television) 的中文简缩合称。概略说来, 邮电诈骗就是借助邮件或电信手段实施的诈骗行为。关于惩治邮电诈骗犯罪的立法主要是用来对付经济犯罪。

(一) 邮件诈骗罪是指通过邮件骗取金钱、财产或其他利益的犯罪。本罪属联邦制定法罪, 因为美国的邮政业务归联邦政府经管。本罪规定在《美国联邦法典》第 18 篇第 1341 节(称《邮件诈骗罪》)中。该法规定:“任何人设计或意图设计任何骗术, 通过虚假或欺诈性的理由、陈述、承诺的方法以便取得金钱或财产, 或者为非法使用假冒或伪造的钱币、证券、债券或其他物品而将其出售、处置、租借、交换、改变、放弃、分配、提供、供应或成交, 并为了实施或企图实施这些计谋, 而在邮局或经其授权的代理处投递任何由其发送或传递的信件或其他邮件, 或者从那里领取或接受这类邮件, 或者故意促使邮局按其指意传递这类邮件的, 处 1000 美元以下罚金或 5 年以下监禁, 或者两种刑罚并处。”

惩治邮件诈骗的立法(《邮件诈骗罪》)最初颁布于 1872 年, 后经多次修订, 现行规定修订于 1970 年。其基本目的是维护邮政系统的信誉, 保障邮政通信的畅通无阻和公正无欺。在现代社会, 日常交往和商务联络, 人们越来越依赖邮政系统。因此, 这一法律是《美国联邦法典》中运用频率最高的法规之一。由于这个法律的外延具有一定开放性特点, 检察官在根据其他专门刑事法规起诉犯罪难以获胜的情形下, 往往转而采用这个法律进行起诉。

构成邮件诈骗罪, 须具备两个要件: 存在诈骗计谋; 为实施诈骗计谋而使用了邮件。

诈骗计谋, 是构成邮件诈骗罪的实质性要件。《邮件诈骗罪》没有明确界定诈骗计谋的概念, 在司法实践中对诈骗计谋的范围的

认定也经历了一个曲折的过程。1987年,最高法院就联邦诉麦克纳利案作出裁决前,联邦法院认定的诈骗计谋范围相当广泛,几乎可以包括一切形式的诈骗计谋,甚至包括像贿赂、失信等与通常诈骗概念相去甚远的计谋。这种无限扩大诈骗计谋范围的做法曾引起最高法院的关注。最高法院先是在1987年的麦克纳利案中明确表示,《邮件诈骗罪》只适用于非法获取金钱或财产的诈骗计谋,而不包括公民要求政府良善的无形权利的诈骗计谋。但紧随麦克纳利案之后,在卡朋特上诉案中,最高法院指出,尽管麦克纳利案判决将公民要求政府良善的无形权利排除在外,但不等于说任何无形权利都不受《邮件诈骗罪》保护。只要是财产权利,无论它是金钱或财产等有形权利,还是机密商业信息(被告人卡朋特侵犯了商业机密)或技术秘密等无形财产权利,都应受到《邮件诈骗罪》的保护,都可成为诈骗计谋的对象。美国国会在1988年颁布的《反毒品滥用法》(The Anti-Drug Abuse Act)中又新颁布了一节邮件诈骗法规,即《美国联邦法典》第18篇第1346节,该法明确规定,诈骗计谋包括“剥夺他人要求得到忠诚服务的无形权利的计谋”。这一规定否决了最高法院所持的立场。国会认为,最高法院的立场便宜了被指控剥夺他人要求得到忠诚服务的权利的被告人。该法规自1988年11月18日正式生效。至此,对诈骗计谋范围的认定,实际上又退回到麦克纳利案以前的老路上去了。

诈骗计谋具有多种形式,实质上是三种:(1)没有说明根据其职责应当说明的有关事实;(2)用虚假的理由掩盖事实真相;(3)用贿赂、回扣、敲诈勒索、伪证、逃税或者其他违反联邦法或州法的手段占有金钱、财产或权利。

诈骗计谋的核心是故意欺骗,即被告人须具有通过隐瞒或歪曲重要的事实损害他人、获取私利的意图。就本质而言,诈骗计谋本身就意味着被告人一定程度的犯罪计划,就意味着被告人具有特定犯罪意图。据美国联邦法院的意见,欺骗一词根本不需要定

义,它与弄虚作假同样历史悠久,与人类智慧一样多姿多彩。因此,除了故意欺骗外,诈骗计谋不受任何技术性标准的限制。被告人的行为即使没有违反州或地方法律,仍可能被视为诈骗计谋。被告人的行为甚至不必是一般法律意义上的诈骗,例如,某人利用其所处职位在一次猜分比赛中领了先,尽管他没有违反任何特定法律规定,法院仍可以以他违反了社会公平竞争的道德准则为由,裁决其行为受《邮件诈骗罪》管辖。

共谋进行邮件诈骗,构成独立的罪。如果在邮件诈骗共谋之后又实地进行了邮件诈骗行为,则构成两罪,即共谋邮件诈骗罪和邮件诈骗罪二罪并罚。这样做,并不被认为违反《美国宪传》第五修正案禁止一罪两罚条款(the double jeopardy clause)。

(二) 电信诈骗罪是指借助电子通信手段,如电话、电报、广播、电视等骗取金钱或财产利益的犯罪。该罪被规定在《美国联邦法典》第18篇第1343节(电信诈骗法)中。该法规定:“任何人设计或意图设计任何骗术,或为取得金钱和财产而借助虚假或欺诈性的理由、陈述、承诺的方法,在州际或对外贸易中通过有线电、无线电或电视通信手段传送或促使传送任何文字材料、符号、信号、图像或声音以便执行该骗术的,处1000美元以下罚金或5年以下监禁,或者并处两种刑罚。”这是一个适用范围相当宽泛的罪名,几乎可用来对付任何一种形式的通过电信进行的诈骗罪行,其限制性条件是在州际贸易或对外贸易中使用电信。

## 五、破产诈骗犯罪

美国现行《破产法典》(the Bankruptcy Code)是1979年生效的,替代了过去的《破产法》(the Bankruptcy Act)。其立法宗旨主

---

参见周密主编:《美国经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社1993年版,第144—145页。以下几项经济犯罪叙述中也引用了该书的若干资料,特此说明。

要是在债务人资不抵债申请或被宣告破产时,为债权人提供一种有效的公平分配债务人资产的法律机制。同时也使债务人从不堪重负的债务压力下解脱出来,开始新的生活。立法宗旨主要通过法典规定的以下途径来实现:清算债务人资产;改组企业,并向债权人和其他当事人公平地分配股权。

破产诈骗犯罪主要有以下行为:

1. 隐匿财产。指在有破产意向时或破产程序进行过程中,故意对托管人、保管人、执行员或法院其他负责监督或保管财产的人以及债权人,隐匿属于债务人资产的财产。

2. 虚假宣誓。

3. 作假证明。

4. 贿赂主管破产程序人员。

5. 伪造、毁坏、销毁有关文件。

6. 侵占、挪用债务人的资产。具体指托管人、保管人或法院其他有关人员欺骗性地侵占、挪用或转移属于债务人资产的财产或商业秘密,或者毁坏属于债务人资产的文件。

7. 故意强占破产财产,拒绝有关人员检查文件。

8. 私分费用。指在破产改组程序中,利害关系人(债权人、债务人或该财产托管人及其代理人)欺骗性地与其他利害关系人协议,以便从破产财产中为其有关活动支付固定费用。

前六种行为刑罚较重,处 5000 美元以下罚金,或 5 年以下监禁,或者并处;后两种处罚较轻。

## 六、银行犯罪

银行犯罪是指银行及其工作人员实施的经济犯罪。银行犯罪有许多种类,散见于多种银行立法中,现主要叙述被收进《美国联邦法典》第 18 篇中的几种犯罪。

### (一) 银行贿赂



银行贿赂是一种业务(商业)贿赂。

《美国联邦法典》第 18 篇第 215 节银行贿赂条款在制定后分别于 1986 年、1989 年和 1990 年作过多次内容方面的修改,并大大提高了法定刑,罚金刑上限从 5000 美元提到 100 万美元,监禁刑从 1 年提到 30 年。主体方面,由银行泛化为金融机构。依照国会授权,联邦财政部对金融机构作了界定,在美国国内的任何机构中从事与下列业务有关的活动者即属金融机构:银行;证券经纪人;旅行支票汇票的发行人、销售人和赎买人;从事转让资金业务的人;电报公司;由州或地方政府许可的年收入超过 100 万美元的赌场或娱乐场所,包括其分部在内;受州或联邦银行管理机构监督的人;与汇票业务有关的美国邮政系统。

修改后的第 215 节规定——凡实施下列行为之一的,处 100 万美元以下罚金或者 3 倍于被给予、提供、允诺给予、索要、接受或同意接受的有价物价值的罚金,或处 30 年以下监禁刑,或两罚并处,但是如果被给予、提供、允诺给予、索要、接受或同意接受的有价物价值不超过 100 美元的,处 1000 美元以下罚金,或处 1 年以下监禁,或并处两罚:

(1) 在从事与金融机构有关的商务交易时,腐化性给予、提供或允诺给予任何有价物,意图影响或酬报金融机构的高级职员、董事、雇员、代理人或受托人的;或者

(2) 作为金融机构的高级职员、董事、雇员、代理人或受托人,腐化性索要、接受或同意接受他人有价物,意图在商务交易活动中施予影响或取得酬报的。

## (二) 银行挪用和侵占

《美国联邦法典》第 18 篇第 656 节规定了银行高级职员和雇员的盗窃、侵占和挪用(misapplication)犯罪:

“银行的高级职员、董事、代理人、雇员,或其他与联邦储备银行或分行有关的人,或国家银行的收款人或其代理人或雇员,或联

邦储备机构或其代理人或雇员,或联邦储备系统理事会的代理人或雇员,侵占、偷窃或任意挪用款项、存款或上述银行的贷款,或委托给上述银行监管或保管的款项、存款、资产或证券,或委托给上述机构的高级职员、董事、雇员或收款人保管或监管的任何款项、存款、资产或证券的,处 100 万美元以下罚金或 30 年以下监禁,或并处两罚。但如果侵占、偷窃或挪用的数额不超过 100 美元的,处 1000 美元以下罚金或者 1 年以下监禁,或者并处两罚。”

### (三) 银行虚设帐目

《美国联邦法典》第 18 篇第 1005 节规定——银行高级职员或雇员,在国家银行或联邦提供保险的银行中,故意在帐册、报告或说明中设置虚假帐目,意图损害或诈骗的,构成重罪,按 1989 年的修改,法定刑上限提高到 100 万美元罚金或 30 年监禁,或者并处两罚。

### (四) 虚假贷款申请

《美国联邦法典》第 18 篇第 1014 节规定了虚假贷款犯罪。此罪也像其他许多经济犯罪一样属行为犯,即只要实施法律规定为犯罪的行为即为既遂。本罪规定,只要行为人向银行提交了虚假贷款申请即为既遂,而未必实际上已取得了贷款。构成此罪的要件是:(1) 被告人向银行提出了虚假陈述;(2) 其陈述的主要事实是虚假的;(3) 提出虚假陈述时处于明知的心态;(4) 其目的是为了影响银行的行为(意图取得贷款);(5) 虚假陈述的内容可以是各种各样的。法律经 1989 年修改后,法定刑上限提高到 100 万美元罚金或 30 年监禁,或者并处两罚。

### (五) 洗钱犯罪

《洗钱控制法》(the Money Laundering Control Act) 制定于 1986 年,是《反毒品滥用法》的一部分,它禁止实施或企图实施由特定非法活动所得的金融交易。《洗钱控制法》的刑事部分被汇编入《美国联邦法典》第 18 篇第 1956 和 1957 节。

据有关机构于八十年代末估计, 欧美毒品犯因贩毒每年非法收入高达 1000 亿美元以上, 其中约 70% 可能用于投资或者被洗净。

所谓洗钱, 通俗说来, 是指犯罪人通过银行把非法得来的钱财加以转移、兑换、购买股票或直接进行投资, 从而掩盖其非法来源和非法性质, 使该资金合法化的行为。通常使用的方法有: 将钱存入海外银行, 因为可以不必向所在地政府呈报存款人的详细情况; 先把钱存入本国银行, 然后尽快以电汇方式将此款项转到外国保密银行(即不向任何国家政府透露存款人名单的银行); 从本地或外国证券公司买进股票, 然后卖出; 将钱购买合法赌场的筹码, 然后再兑换回现金, 以表示钱是在赌场赢来的, 使其合法化。

《美国联邦法典》第 18 篇第 1956 和 1957 节共规定了 4 种洗钱犯罪, 法定最高刑为 50 万美元罚金或 20 年监禁, 或并处两罚。

## 七、证券诈骗犯罪

美国联邦有关证券的主要立法有:

1933 年《证券法》(Securities Act), 通常被称做“证券法”或“1933 年法案”;

1934 年《证券交易法》(Securities Exchange Act), 通常被称做“交易法”或“1934 年法案”;

1935 年《公用事业控股公司法》(Public Utility Holding Company Act);

1939 年《信托合同法》(Trust Indenture Act);

1940 年《投资公司法》(Investment Company Act);

1940 年《投资顾问法》(Investment Advisory Act)。

美国证券交易委员会负责上述法律的民事部分, 美国司法部独自行使对违反联邦证券法律的刑事控告权。证券交易委员会可以提出或建议对这类案件提起刑事诉讼, 并且可以派员参加司法

部对这些案件的调查和起诉活动。

证券法和交易法是联邦证券法中最主要的法律,是美国“新政时期”立法的重要组成部分,是1929年股市大危机之后为了适应当时的形势而制定的。从实质上看,联邦证券法律就是反诈骗罪。联邦证券法律与许多传统的反诈骗立法也有不少重要的差异:(1)联邦证券法律的许多规则和条件都必须由行政法规加以规定;(2)联邦证券法律将消除诈骗的责任完全置于知道事实的人身上,从而抛弃了普通法的“买主自行当心”原则;(3)联邦证券法律规定,沉默本身有时可以构成诈骗;(4)为了达到反诈骗目的,联邦证券法律对于参与证券交易的各方规定了广泛的责任要求,凡是故意违反这些要求的人,即使没有实际诈骗行为或诈骗意图,都可能被提起刑事诉讼。

证券,不仅包括股票和债券,而且包括票据、投资合同和各种投资。

### (一) 普通证券诈骗罪

普通证券诈骗罪,指《证券法》和《证券交易法》中规定的一般的反诈骗条款,禁止的是与股票的提供、出售和购买等通常活动有关的种种欺骗行为。普通证券诈骗罪的构成须符合以下三要件:

1. 实质性的诈骗活动。有三种情形:(1)使用任何计划、方案或计谋进行诈骗;(2)对重要事实和制作报告时为了使报告不致被误解所必须的重大事实做了不真实报告或漏报;(3)参与从事或将要从事欺骗性的交易、活动或商业事务。规定这三种诈骗形式的目的是尽可能地包括证券交易中的种种诈骗行为。

2. 涉及证券的提供或买卖。

3. 使用了州际贸易和邮电方法。这一规定是为了符合宪法上要求的行使联邦管辖权的最低要求。

### (二) 其他证券诈骗犯罪

1. 出售未注册证券罪。

2. 注册登记中作虚假说明罪。
3. 不正当使用出版物推销证券罪。
4. 违反股票利润限额罪。
5. 操纵股市罪。
6. 向证券交易委员会提交的文件中作虚假说明罪。

### (三) 刑事责任

上述普通证券诈骗罪和《证券法》以及《证券交易法》中的其他证券诈骗犯罪,经 1975 年国会修改后,法定最高刑均为 5 年监禁或(和)1 万美元罚金。

### (四) 内部情报交易罪

内部情报交易(insider trading)罪早在 1934 年《联邦证券交易法》中就有规定,但是对这种行为提起刑事诉讼是在 1978 年。此前,有关内部情报交易的违法行为都是由联邦证券交易委员会以民事诉讼或行政程序进行处理。在处理这类案件的过程中设置了一些处罚原则,成为后来刑事诉讼的重要根据。其中最重要的原则是“或公开或避开原则”(abstain or disclose theory),即所有投资者对重要情报均享有同等权利,因此任何掌握内部情报的人都必须:要么把它公之于众,大家享有;要么避开从事该项股票交易。这是市场经济的诚实信用和公平竞争原则所要求的。

内部情报交易罪的构成要件是:

- (1) 行为人使用了州际贸易、邮电或国内证券交易所的设施;
- (2) 行为人是掌握内部情报的人;
- (3) 行为人使用的内部情报是重要的;
- (4) 这内部情报是尚未公开的;
- (5) 行为人进行了与证券买卖有关的欺骗活动;
- (6) 这欺骗活动是故意进行的。

内部情报交易罪的刑事责任:如果主体是自然人,可判处 10 年以下监禁,并处 100 万美元以下罚金。如果是法人,可判处 150

万美元罚金,对于有关人员可同时处以 100 万美元以下罚金或 3 倍于其受益的罚款。与内部交易人同期买卖证券的受害人享有提出民事赔偿请求的权利;检举内部情报交易活动的可以受到奖励。

## 八、保险诈骗犯罪

保险诈骗罪是指准备或提出虚假的证明,意图欺骗保险人,以便根据保险合同骗取保险赔偿的行为。保险诈骗主要有以下三个类型。

### (一) 纵火保险诈骗

此种罪行的典型形式是建筑物所有人纵火焚烧该建筑物,从而骗取对该建筑物的保险金。通常情况下是依据放火罪的有关法律条款对其起诉,如果还有保险诈骗罪的指控,则二罪并罚。这是因为放火罪的刑罚等级重于保险诈骗罪。

### (二) 车辆保险诈骗

此种罪行主要包括:提出虚假证明,谎称车辆被盗;提出虚假证明,谎称驾车人或乘车人受伤;制造或伪造车辆事故;注册登记不存在的车辆,然后谎称被盗;等等。

### (三) 生命保险诈骗

此种罪行主要有两种情形:(1)设计亲属死亡,尔后按既存人身保险合同取得人身保险金。(2)对非亲属,事先与某人合作建立某种可保险的特殊关系,继而为某人进行人身保险,此后杀害该人以便取得人身保险金。司法实践中,对这种犯罪往往同时控告谋杀和保险诈骗两项罪名。

## 九、商业间谍

商业间谍,是指以牟取商业利益为目的,窃取、刺探竞争对手的商业秘密的行为。所谓商业秘密,是指能被用于工商活动产生经济利益的工艺配方、式样、程序、设计和信息的总称。商业秘密的拥

有者能够取得对竞争对手的商业优势。商业秘密具有独占性和秘密性,非经其所有者同意不得擅自转让或非法盗用。

本世纪六十年代初,联邦法院开始对盗窃商业秘密的行为追究刑事责任,所依据的法律主要是《国家被盗财产法》(the National Stolen Property Act),该法律被汇编为《美国联邦法典》第18篇第113章(第2311节至第2318节)。第2314节规定以下行为均为犯罪,处1万美元以下罚金或10年以下监禁,或者并处两罚:

1. 在州际或对外贸易中运送价值5000美元以上的货物、物品、商品、证券、货币,且明知其为盗窃、侵占或诈骗所得;

2. 设计或意图设计欺骗计谋,或者为了通过虚假或欺骗性理由、陈述或承诺取得钱财,运送或导致运送价值5000美元以上的钱财,或者通过执行或隐瞒欺骗性计谋,诱使他人州际贸易中运送或旅行推销价值5000美元以上的钱财;

3. 怀有不法或欺骗意图,明知是伪造、篡改、假冒的证券或印花税,而在州际或对外贸易中予以运送;

4. 怀有不法或欺骗意图,在州际或对外贸易中运送伪造背签的旅行支票;

5. 怀有不法或欺骗意图,在州际或对外贸易中运送任何可用于制造假冒伪造证券或印花税的工具、器械等设备。

依据上述规定,对非法运送被盗财产进行指控,应具备四个要件:(1)有运送盗窃、侵占或诈骗所得钱财的行为;(2)运送是在州际或对外贸易中进行(这是联邦刑事管辖的根据);(3)运送的对象为货物、物品、商品、证券或货币;(4)被运送的钱财的价值须在5000美元以上。

对盗窃商业秘密的行为根据《国家被盗财产法》进行刑事追诉,遇到的主要问题是:商业秘密是不是该法所指的“货物、物品或商品”?美国联邦法院认为,商业秘密具有使用价值,可作为贸易活动中的买卖对象,因此它具有商品特性,可以视为商品(财产)。这

是典型的法律适用的扩张解释。

各州也相继援引传统的盗窃罪法起诉盗窃商业秘密罪行,有的州则制定了专门的惩治盗窃商业秘密罪条款,这就免除了将商业秘密解释为财产(商品)的麻烦。

对商业间谍行为的指控,有时可依据《联邦窃听法》(the Federal Wiretap Law)进行。该法是为了遏制滥用电子监听手段进行非法窃听而制定。该法主要适用于政府的非法窃听行为;也常用来指控个人(包括法人)进行的非法窃听行为,包括商业窃听行为。该法被编入《美国联邦法典》第18篇第2511节。该节规定下列行为均构成窃听罪,处1万美元以下罚金,或5年以下监禁,或者并处两罚:

(1) 故意窃听、企图窃听或者促使他人窃听或企图窃听任何电信或口头通讯;

(2) 故意使用、企图使用或者促使他人使用或企图使用任何电子、机械或其他设备窃听口头通讯;

(3) 明知是通过违反本节规定窃听电信或口头通讯得来的信息,而故意向他人公开或企图公开这些电信或口头通讯的内容;

(4) 明知是通过违反本节规定窃听电信或口头通讯得来的信息,而故意使用或企图使用这些电信或口头通讯的内容。

根据司法实践,第2511节非法窃听罪按被窃听对象不同可分为四类:(1)雇主对雇员进行窃听;(2)对商业竞争对手进行窃听;(3)对政敌进行窃听;(4)对税务局审核工作进行窃听。

## 十、其他经济犯罪

### (一) 商业贿赂罪

纽约州商业贿赂法给商业贿赂罪下的定义是:“凡未得雇主或委托人同意,商议提供、已经提供或同意提供给雇员、代理人或受托人以利益,意图影响这些人实施涉及雇主或委托人的利益的行



为。”该法同时规定,雇主或委托人的雇员、代理人或受托人索取、期约或同意接受这种利益的行为,也构成商业贿赂罪。前项为行贿,后项是受贿。商业贿赂通常为轻罪。

## (二) 诈骗消费者犯罪

根据审判实践,诈骗消费者的犯罪形式多样,大致有:预付金诈骗、艺术品诈骗、诱饵换卖诈骗、连锁介绍销售诈骗、分类电话簿诈骗、函授学校诈骗、职业安置诈骗、经销权诈骗、地产诈骗、改善居住条件诈骗、医药诈骗、篡改汽车计程仪诈骗、税务减免诈骗、收债诈骗等。

---

参见周密主编:《美国经济犯罪和经济刑法研究》,北京大学出版社1993年版,第352—359页。

# 第四篇 刑罚及其执行

## 第十一章 刑罚理由和刑罚种类

### 第一节 刑罚的正当理由

刑罚(punishment)一向是国家管理活动中至关重要的一部分。关于实施刑罚的道义原则一直存在着争论。最根本的问题是刑罚的社会机制为什么是正当有理的。第二个问题是关于具体案件中刑罚实施的必要条件。第三个问题是关于对具体犯罪和犯罪人的刑罚轻重程度的适当性。

被誉为传递美国刑法最新信息的《犯罪和司法全书》(1983年)认为,关于论证“刑罚的正当理由”(justification of punishment)的占优势地位的两种理论是报应主义(retributivism)和功利主义(utilitarianism),同时符合报应和功利标准,对说明刑罚的正当理由是必须的。功利标准说明是否应当存在刑罚制度;报应标准说明谁应当受到刑罚。

#### 一、报应主义

##### (一) 概念

为什么做坏事的人应当受到惩罚?多数人的朴素回答是“应当受到惩罚”或者“刑罚是对他们造成的危害的报答”。这是人类根深

蒂固的社会公正感情,它存在于迄今为止的一切文化形态中。报应主义者提出了一种符合这种感情的哲学理由:侵犯了他人权利的人应当承担道义责任,受惩罚就是承担责任,刑罚恢复被破坏了的道德秩序。康德(1724—1804年)系统地从哲学伦理学上阐明了报应刑罚思想,他主张:“即将解散的岛屿社会,仍然应当处决其最后一名杀人犯。”社会不仅有权惩罚应当受到惩罚的人,而且也有义务这样做。康德认为,没有惩罚应受惩罚的人就等于把罪恶留给了社会。按照黑格尔(1770—1831年)的观点,刑罚是对作为理性人的犯罪者的回敬,给犯罪者以有权得到的东西。黑格尔认为,犯罪是对法的否定,刑罚是对犯罪的否定,即对法的否定之否定,为“法的复归”。报应理论的哲学基础是罪刑关系,即罪与刑之间的因果关系。哲学上的因果报应思想,与刑罚执行追求普遍威慑(一般预防)是合拍的。贝卡利亚和费尔巴哈在罪刑关系理论上为报应主义,刑罚(行刑)目的上则注重一般预防。

报应理论简要说来就是,刑罚之所以是正当公道的,因为社会应当给损害社会的人以损害;只是被定为有罪的人才应当受到惩罚;刑罚轻重应当同犯罪行为对社会的危害程度成比例。这是以牙还牙、以眼还眼的原始观念的流传。罪与刑相称导源于罪与刑相报,而罪刑相称(罪刑相适应)原则是当代刑事立法和刑事司法的一个重要基础,是维护法制和保障公民权益不受侵犯的基本保证。因此,只要存在刑法,只要存在公正司法,就必然在一定程度上存在刑罚的报应思想。诚然,报应理论也存在一些麻烦问题。

## (二) 对传统报应理论的质疑

罪刑报应理论的哲学基础原本是因果决定论(determinism)。报应就是因果相报,因产生果,果由因决定。罪是因,刑是果,有罪之因产生(决定)痛苦的结果(刑)。而有罪行为(刑罚之因)对引起它发生的因素来说又是果;这个有罪之果又有其有罪之因。根据因果关系论,一个有罪行为是由许许多多不幸原因引起(决定)的。不

幸之因越大,引起的有罪行为也越大。据此推论,便可得出这样的结论:以最广阔的社会历史为背景,杀人犯比小偷更是不幸的受害者,而这个结论同朴素的报应思想是大相径庭的。因此,报应理论只得从前门迎进因果决定论,又从后门把它驱逐,换来一个自由意志论(free will)。由于人的意志是自由的,你可以选择好的,也可以选择恶的;你既然干了坏事,就应当受惩罚。逻辑上的矛盾是报应主义在理论上的一个麻烦问题。

其次,即使承认了作为道义责任基础的自由意志论,也并没有扫除接受报应主义理论的全部障碍。一个人很少能够有把握地判断他人的道义罪恶,而且也很难否认这样的事实,即干着相似坏事的人们之间,道义罪恶却相差甚大。因此,以道义罪恶作为报应根据这一原则常常难以贯彻。实际上主要是依靠对行为的社会判断作为报应的根据。

最后,并不是所有反映严重道义罪恶的行为都受到刑罚制裁,虽然多数反映出严重道义罪恶的行为要受刑事处罚,但是有些则不必。这种差别和变化,是无法用“刑罚目的是矫正道义罪恶”来解释的。实际上国家惩罚犯罪人的目的不是,至少基本上不是恢复道德秩序。

### (三) 侵犯社会规范

报应理论也和其他刑法学说一样并不是一成不变的。一种不同于传统报应主义的报应理论是:犯罪人所以应当得到刑罚是因为他们侵犯了由社会建立起来的规范,侵犯社会规范的程度由犯罪的行为和行为造成的结果的严重性来测定,社会据此决定如何对待犯罪人。这个理论避开对把矫正道德罪错作为刑法职责的批评,同时也卸掉了司法官员肩上的查明道义罪恶程度这一难以胜任的担子。这种理论比较符合现行刑罚实践情况。

## 二、功利主义

强调社会福利的功利主义刑罚思想,认为刑罚是法律的产物,而法律又是国家的一个工具。刑罚给犯罪人以痛苦,施加痛苦的限度是使受刑人以后不想再去犯罪,以及使其他可能犯罪的人看到犯罪人的痛苦而不敢去犯罪。总之,社会要尽可能免除犯罪之害。社会利益,即大多数人的最大利益,是刑罚轻重的衡量标准,也是刑罚的目的。功利主义的社会福利思想远在古代就已出现,如柏拉图、亚里士多德、托马斯·阿奎那等,后来有霍布士,英国哲学家、法学家边沁(1748—1832年)则进一步系统化,构造了一个完整的理论。多数美国学者认为,贝卡利亚(1738—1794年)的刑罚思想虽有明显的报应因素,但是基本上属于功利主义类型。

刑罚的功利主义理论在本世纪的大部分时间里统治着美国的刑法理论。根据边沁的古典功利主义,一个行为或一种社会实践在道义上是否合乎需要,取决于它能否比其他替代物更好地促进人类幸福。由于刑罚涉及痛苦(意即和痛苦相连),只有当它达到的好结果超过犯罪造成的危害时,刑罚才是公正合理的。按现代用语,“功利主义”经常被广泛地用于称呼那些“漂亮的结果决定行为的美德”、“行为的评价标准是有用”、“结果好就是行为好”的理论。下面一些当代主要的刑罚理论都可以被纳入功利主义范畴。

### (一) 普遍威慑(general deterrence)

“刑罚随着犯罪而来”这种认识使得人们不敢去犯罪,因而减

---

关于贝卡利亚的刑罚思想,在美国学者中间存在两种不同看法,这里说的是一种观点。另一种观点正相反,认为它基本上是报应主义类型,虽然带有比较明显的功利主义色彩。其实,二者可以调和:在罪刑关系上属报应思想,在刑罚作用上属功利思想。

大陆法系法学把刑罚理论归纳为报应刑和目的刑两大类,美国刑法理论归纳为报应主义和功利主义两大类,除表述方法有差异(大陆法理论提“刑罚目的”;美国理论提“刑罚理由”,如此等等)之外,实质上是相同的。

少未来的犯罪行为 and 由这种行为引起的不幸福和不安全。这种理论强调一般预防,通过惩罚已经犯罪的人,使得可能犯罪的人知道犯罪的后果是痛苦(刑罚),为了不使自己遭受这种痛苦,最好的办法就是不去犯罪。边沁认为,普遍威慑最能阻止有理性的自私自利者实行犯罪,借助合理完善的刑法典,刑罚给犯罪人带来的损害应当超过犯罪得益。相应地,犯罪的诱惑越大,破案的机会越小,刑罚就应当越严厉。

贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》(1764)一书中写道:“刑罚的公正性在于它只包含足以威吓人们不去犯罪的那种程度。”劳役刑的优点在于对旁观者引起的恐惧大于受刑者,因为旁观者能考虑到全部的不幸时刻,而受刑者由于眼下的痛苦而分散了对未来痛苦的思索。”

美国许多学者认为,刑罚固然有威慑作用,但是威慑强度并不是无限的,它应当有一个限度。确定这种限度的因素是多方面的,而且也是可变的。威慑强度超过了必要限度,那末为减少犯罪所付出的社会代价可能超过因减少犯罪所产生的利益。

威慑不像报应那样,刑罚(惩罚)本身是目的,因而基本上没有刑罚效果的证明问题。但是,对威慑理论来说,刑罚本身不是目的,威慑才是目的,能否达到这个目的,就产生了效果的证明问题。在美国,支持这种理论和反对这种理论的学者,通常采用调查统计、定量分析和实验(或准实验)的方法来论证刑罚的威慑效果。

对威慑理论,既有拥护者,也有反对者。

反对威慑理论的主要理由是:

1. 理论根据是康德关于“司法惩罚绝不能仅仅作为促进另一种利益的工具”的观点,认为普遍威慑理论贬低人权。

2. 事实根据是适用刑罚并没有减少犯罪,相反,犯罪率增长高于人口出生率。

3. 这种理论是鼓励重刑主义政策,有些学者举出美国南部刑

罚重于北部但南部犯罪率仍然高于北部的例子来说明重刑并不奏效。

支持威慑理论的人认为：

1. 康德的观点同威慑理论不矛盾, 康德说“不能仅仅作为……工具”, 并不是说“不能作为工具”, 所以没有一概否定可以作为工具的意思。刑罚的威慑理论和人权概念没有关系。

2. 如果没有刑罚威慑, 那末犯罪率可能比现在更高(这一点既无法证明, 也无法反驳)。

3. 可采取补救办法来防止重刑倾向的发生, 而且, 重刑主义同对某些严重犯罪给予严厉制裁不是一回事。

## (二) 个别威慑(individual deterrence)

这种理论强调对犯罪人本人的特殊预防, 由于对犯罪人判处刑罚, 给予痛苦, 这种痛苦的经验使他以后不敢再去实施犯罪。根据心理学常识, 一个人的自身经验所造成的心理影响要比他人经验(即从理性上吸取教训)所造成的印象深刻得多。所以, 刑罚的个别威慑作用比普遍威慑作用更为明显。为了使犯罪人以后不敢再以身试法, 刑罚必须严厉到使痛苦在其心中超过犯罪得利的程度。功利主义的个别威慑理论要求对累犯采取按其判刑次数逐级加重刑罚的办法。

刑罚威慑理论(普遍威慑和个别威慑)是晚于报应理论而先于其他理论的一种刑罚目的观。它把经过演变的罪刑报应思想作为自己结构的部分内容, 威慑理论被认为和报应理论有着某种“血缘联系”。从七十年代中期开始, 这种理论在美国重新得势, 当然现在的威慑刑论同往昔的威慑刑论相比, 已经加进了一些新的表述方法。

## (三) 规范强化(norm reinforcement)

对年轻人来说, 承认行为错误和害怕刑罚之间的界线是淡薄的。对于成年人, 这种区分较为明显。他们除了看到别人受罚有助

于认识到行为的错误,而且能够借此内化(internalize)社会已经建立的规范。通过影响个人(犯罪的和没有犯罪的)道德良心,刑罚的适用能够加强社会规范(道德规范和法律规范)。严厉的刑罚代表了社会对犯罪人行为的强烈谴责,因而起到道德教育的重大作用。一个人遵守规范的道德义务感,在很大程度上取决于他这样的意识——按照这些规范行事他得到了公正待遇。如果有人从违反规范而免受惩罚中得到好处,那末守法公民就可能产生不公正意识,从而想到要是他违反法律也会得到类似好处。刑罚能够帮助公民确信法律对他们一视同仁,从而强化公民的社会规范意识,起到预防犯罪的作用。

#### (四) 丧失能力(incapacitation)

丧失能力,也叫犯罪遏制(restraint)。这是一种关于监禁刑的直观的刑罚理论,基本观点是犯罪人被关进监狱因而丧失了侵害社会的能力。这种理论主张保留死刑,因为死刑是最彻底地永远地使犯罪人丧失犯罪能力。这种理论还主张终身监禁不得假释。

#### (五) 教养改造(reform)

教养改造,也称改过自新(rehabilitation)。这种理论认为刑罚能够帮助改造犯罪人,使他们的犯罪欲望得以减少,也许还能使犯罪人成为对社会有用的人。如果定罪和判刑能帮助犯罪人认识到他的罪错,那末定罪和判刑本身就能起到改造自新的作用。改过自新通常被认为是积极的因素——弱化犯罪人的反社会性。它既是刑罚目的理论,又是刑罚执行理论。各种心理疗法以及更加激烈的干预(如精神外科),其目的在于抑制犯罪人的破坏性心理倾向。此外,教育和职业训练也是促成犯罪人教养改造以及出狱后重新社会化的重要手段和途径。这一理论的实现,很大程度上取决于行刑部门的工作效能。由于复杂的社会、政治、经济原因,加上监狱运行质量差、效能低,美国的犯罪率尤其是累犯率不得控制,这就大大地动摇了人们对教养改造这一刑罚目的理论的信念。



## (六) 满足复仇(vengeance)

功利主义不同于报应主义,它不认为罪错行为必须得到严厉的反应(报复),但是它也承认:如果缺乏这种“反应”的话,被害人、被害人家属和亲友以及社会上的一些人将会感到沮丧。为满足这种愿望,惩罚犯罪人就被看作为刑罚的一种合法理由。就这一点来说,它直接地增加了希望惩罚犯罪人的那些人的幸福,同时也就减少了他们的不幸。国家对犯罪人判处刑罚,有助于提高法律尊严,减少私人复仇的非法行为。这就是刑罚的一种功利考虑。

根据功利主义观点,应处刑罚的行为是那些刑罚带来的好结果超过坏结果的行为;应处刑罚的人是那些受惩罚有效用的人;刑罚的轻重不取决于“应得惩罚”的抽象观念,而是取决于可以计量的“边际效用”,刑罚的每一额外单位只有当它的利大于弊时才是公正合理的。功利主义者并不从平等罪过得到平等刑罚这样的前提出发。就普遍威慑而言,对相似罪行给予相似刑罚是适当的;但是从个别威慑考虑,刑罚个别化则更为重要,对不可救药的犯罪人处以长期监禁,而对那些品格容易改变的犯罪人就不必判处长期监禁,甚至可以立即释放(缓刑监督)。这一方面说明功利主义刑罚理论不同于报应主义理论,另一方面也说明功利主义“大厦”中的某些具体理论(如两种威慑理论)之间存在着一定的矛盾与冲突。

功利主义理论遭到报应主义者的责难。最主要的批评是哲学方面的,认为功利主义刑罚理论把处理犯罪人当作达到某种社会目的的手段,而不是以刑罚和犯罪人本身为目的,因而功利主义留下了惩罚无辜的可能性。功利主义者回答,既然“刑罚”意味着“有罪”,那末惩罚无辜在逻辑上是不可能的。在司法实践中惩罚无辜的事情是有的,正像放纵罪人也是有的一样,不能归罪于功利主义理论,应该认清理论和实践的联系和区别。

### 三、混合理论

混合理论(mixed theory)也叫折衷理论,它是舍弃纯粹报应主义和纯粹功利主义本身的弱点而吸取二者合理的要素所形成的最有说服力的刑罚理论。这个理论的基本点是:(1)说明判处刑罚的基本理由是功利主义的。(2)道德过错不应当受到刑事惩罚,除非惩罚对社会是有用的,并且这种道德上原先是中立的行为可能被刑法包含。(3)在适用刑罚时,“应得惩罚”(deserts)的报应观念应当受到比功利主义思想更多的强调。简言之,混合理论就是刑罚理由强调功利主义加上刑罚适用强调报应主义的折衷理论。这种理论的短处是缺乏理论上的一贯性,它的长处是多元性和实践性。

#### (一) 应得惩罚的可取性

每一种实际刑罚制度必须承认司法错误将导致惩罚无辜的可能性,故意惩罚无辜是违背道德规范的。仅仅是不道德行为不足以构成适用刑罚的正当理由,但是非法行为创造了社会的惩罚权,因为非法行为不存在无辜者。

“应得惩罚”(罪有应得)是报应主义的一个基本思想。决定刑罚轻重(即适用刑罚)时应当从应得惩罚观念出发。对一个人的惩罚的严厉程度既不得超过功利目的也不得超过罪错程度所认为公正合理的限度。根据这个原则,一个人不应受到比他应当得到的惩罚更重的刑罚;也不应受到无效益的刑罚,无论其罪错程度如何。然而,在某些情况下,这一原则未免僵硬。例如,有些暴力犯罪人,他们的精神状况虽未达到完全免除刑事责任的地步,也确实使他们减少了应受谴责性,但是也因此而使得他们有更大的再犯暴力罪的危险性,以及较少接受威慑或者改造更新的可能性。也许在一个非常精确的司法体制中,这类犯罪人可以得到温和适中的刑事处罚以及持久形式的民事看管;但是如果不具备这种理想的前提

(达到这种水平的体制现在为数太少), 多数人赞同这类犯罪人可以得到比他们实际应得惩罚更重的刑罚。又例如, 对那些蓄意犯罪很难破案的犯罪人, 出于威慑效果的考虑, 判处略为超过其个人犯罪程度的刑罚是合理的。在另外一种情形下, 报应观点对某些得失不平衡情况下适用刑罚也认为是公正合理的。根据通常的功利观点, 每个人的福利应当平等计算; 然而那些故意犯罪的人的福利也许应当少于那些守法的公民。犯罪者因其自身行为可能已经丧失了要求平等计算福利的权利。例如, 假定处死 100 个杀人犯能够拯救 70 个无辜者的生命。暂且不论其他有关考虑, 人们会相信那些无辜的人比故意剥夺他人生命的人有更大权利要求保护他们的生命, 因此人们会接受拯救 70 个无辜者的生命比剥夺 100 个杀人犯的生命更为值得的观念。这实际上也是一种报应思想。

避免无用的刑罚是功利主义的一个基本原则。这个原则有时会导致“示范刑罚”, 即在许多有关的犯罪人中选择少数有“代表性”的犯人给予刑罚。然而, 对相似的犯罪人给予不相似的处理, 这是不公正的。在这种情形下, 体现报应思想的平等原则应当予以重视。

## (二) 功利目的的必然性

功利目的常常遭到指责, 例如, 有人认为“功利主义刑罚侧重于受刑人将来如何动作”是不公正的, 因为“不可能知道一个人是否需要特殊威慑或教养改造”, “在判刑时把未来一系列的未知因素作为基础就可能导导致不必要的多余刑罚”; 有人认为“满足复仇的目的是不可接受的”; 还有人认为“国家强迫个人改变个性是违反人权的”; 等等。

诚然, 功利目的应当受到必要的限制。独立的道义标准不仅限制刑罚的轻重程度, 而且限制刑罚的性质和功利目的。例如, 拷打出于道义理由应当被废除, 不管在某些场合拷打有多么大的效用(功利)。

而且,经过长期实践,基于刑罚个别化理论和改造更新目的的不定期刑副作用严重(诸如量刑和实际服刑方面的悬殊不公平),以及监狱的低效能等原因,七十年代中期开始,美国对功利主义的教养改造理论产生了很大怀疑,相应地出现了强调“应得惩罚”的定期刑运动。

但是,“个人复仇”发展演变成“国家刑罚”,毕竟是历史进步的必然结果。个人复仇变成国家刑罚,这一变革本身就包含着某种超出复仇的功利目的,如制止犯罪,维护法律秩序,等等。随着社会的发展,人际关系日益复杂,国家管理职能的重要性也日益明显,作为国家管理手段之一的刑罚,其功利主义考虑的根本基础正是在这里。也许可以这样认为,古典报应主义刑罚同现代功利主义刑罚的主要区别在于:惩罚就是刑罚目的(报应主义);刑罚是国家管理手段(功利主义)。因此,如果用报应思想来一般地否定功利目的,这是历史的倒退。尽管功利主义麾下的有些成员遭到批评,但是不能一概否定功利主义刑罚理论。

可见,所谓有说服力的刑罚混合理论,其实就是用功利主义来说明刑罚的基本理由,并主要从应得惩罚的角度来考虑刑罚的轻重程度。可以这样理解混合理论——受到报应主义制约的功利主义。这就是当前美国多数人接受的刑罚理论。

## 第二节 刑罚种类

监禁、缓刑、罚金,是美国各司法区都有的刑罚种类。死刑、赔偿,这两种刑罚在少数州里并不存在。另外,还有一些刑罚只存在于个别的州,如鞭笞(whipping)、枷刑(pillory)、放逐(exile)、没

---

放逐是指国内放逐,而不是指驱逐出国境。

收财产(forfeiture of estate) 等。

## 一、罚金

罚金(fine)作为一种刑罚,既可以独立适用,也可以附加适用。在美国,罚金通常作为轻罪和违警罪的惩罚方法,对比较严重的罪往往只能和监禁刑一起适用。

罚金的数额,依据犯罪的性质和程度而定,在某些经济犯罪中(如违犯反托拉斯法的案件)对每条罪状可以高达1万美元。罚金的数额,各司法区的规定不尽相同,如伊利诺州行刑法规定,重罪的罚金最高不超过1万美元,但是法人犯罪的罚金数额不受此限。

美国律师协会在1968年的一项正式建议中认为,除对以贪财为目的的重罪外,其他重罪不得单处罚金。这主要是为了限制罚金的弊病。

罚金的基本弊端在于贫富犯人之间的实际不平等。对同样性质的犯罪处以同样数额的罚金,对富人来说可能成为逃避监禁的途径;对穷人来说则是难以偿付的沉重负担。1970年和1971年美国最高法院在其决定中多次指出:“如果因被告人付不起罚金而易处监禁,是违反宪法的。”

## 二、赔偿

赔偿 restitution),在美国不同的司法区可能有两种不同的含义:(1)对社会的赔偿,即“社区服务”,或称“社区劳动”。(2)对受害人的赔偿,简称“赔偿”。

---

没收财产,在美国多数司法区容许在某些案件的刑事判决中作为一种民事处罚(civil penalty)加以规定,但不是独立的刑种。纽约州刑法典就是这样规定的。

美国有些州,如伊州等,刑罚种类、刑罚执行等内容并不规定在刑法典里。

社区服务,就是判令犯罪人在社区从事一定时间的公益劳动。社区服务已被一部分州规定为对付某些轻罪或违警罪的一种刑罚方法。赔偿受害人,通常不是独立的刑罚,而是对犯罪人的一种处置,它一方面是对受害人的补偿,平息受害人的愤怒,另一方面也是对犯罪人的教育。赔偿损失常常作为缓刑的一个条件而被适用。

对受害人进行赔偿的法律规定,最早见于公元前十八世纪《汉穆拉比法典》。早期英国有所谓“双重赔偿”制,判处刑罚表示犯罪人对国王的赔偿;此外,还有犯罪人用实物对受害人进行赔偿。后来,对受害人的实物赔偿制度被废除了。从道理上说,犯罪人侵害了受害人,是欠下了受害人的债,因而赔偿是必要的,理所当然的。七十年代初,美国有些州,如明尼苏达、加利福尼亚、夏威夷、伊利诺、纽约、麻萨诸塞、马里兰等州,建立了赔偿受害人制度。各州有各州的规定,大致可以归纳为三个类型:(1)明尼苏达模式或称犯罪人赔偿模式。犯罪人同受害人订立合同,在附条件释放期间用其劳动所得来补偿受害人的损失。(2)马里兰模式或称国家赔偿模式。实际上是受害人从社会福利基金中得到补偿。因为多数犯人都较贫困,无力赔偿。这种模式的理论根据是保护公民免受犯罪侵害是国家的职责。(3)加利福尼亚模式,或称犯罪人和国家共同赔偿模式,即从罚金(来自犯罪人,属于国库)中抽出一部分作为对受害人的赔偿。

1984年10月10日,美国国会通过了《联邦犯罪受害人法》,规定在财政部内设立犯罪受害人特别基金,其部分来源于罚金,另一部分来自财政拨款。基金由司法部掌握。特别基金的一半给各州用作赔偿犯罪受害人。

### 三、监禁刑

监禁刑(imprisonment)分有期监禁和终身监禁两种。

终身监禁(life imprisonment),其严厉程度仅次于死刑。被判

终身监禁的犯罪人,如果服刑中表现良好,一般执行 10 年(或 15 年)后可以获得假释。由于美国特殊的并罚制度,同一犯罪人可以被判两个以上终身监禁刑。

有期监禁刑,有些州的刑法典规定了比较合理可行的上限刑期,如 25 年、30 年、50 年等。有些州没有法定上限期,在审判实践中许可对犯罪人判处超过 100 年甚至上千年的监禁,实际上等于终身监禁。

有期监禁刑又有定期的有期监禁(即定期刑)和不定期的有期监禁(即不定期刑)两类。

定期刑,一般适用于较轻的犯罪,因而定期刑常常不超过一年。

不定期刑,是指法院宣告的监禁刑不是一个定数,而是一个幅度,如法官判处某犯人 3 年至 15 年监禁。不定期刑主要适用于重罪犯和少年犯,对这两种犯人适用的不定期刑,立法上的指导思想有所不同。

数罪并罚(punishment for multiple offenses)。关于监禁刑的并罚,美国的特点是:

1. “数罪”概念的严格法定原则。通常情况是一个行为触犯一个罪名;但有些情况是一个行为过程触犯两个或多个罪名,或者相同行为多次触犯相同罪名,这些都构成数罪。例如,某人在同一次犯罪中一连杀死三个人,构成三个杀人罪。某人撬开邻居窗子进屋偷走了一台电视机,构成两个罪,破门入户罪和盗窃罪,因为这一行为过程触犯了法律上的两条罪名。又例如,某人威逼一女子,让她跟到他家之后,进行了强奸,则构成绑架和强奸两个罪。

2. “并罚”制度的有罪必罚理念。上述数罪概念加上有罪必罚原则,因而出现了两个奇特现象:(1)有期监禁刑的无期化,例如,田纳西州摩根监狱一名犯人杰姆于 1970 年被判 318 年监禁。1984 年 1 月有一名犯人竟被判处超过 1000 年的“有期”监禁。(2)一个

被告人同时可能被判两个以上终身监禁刑。可见，有罪必罚就是数罪的刑罚简单相加。

从五十年代起，美国有许多州的数罪并罚制度在原有基础上又出现了另一种模式——重刑吸收轻刑。

数罪并罚在当前美国，以相加原则为主或者以吸收原则为主，都只是少数司法区，差不多半数的司法区采取相加和吸收并行办法。

相加刑期 (consecutive terms) 和吸收刑期 (concurrent terms) 如何计算？如果数罪都是定期刑，计算起来是简单明了的，那末不定期刑怎样计算？

(1) 连续相加——数刑下限相加，数刑上限相加，决定应执行的刑期。例如：

A 罪判刑为 2—6 年  
B 罪判刑为 3—8 年  
C 罪判刑为 5—15 年  
应执行的刑期为 10—29 年

(2) 合并吸收——数刑的下限和上限各自采取以重吸轻的办法决定应执行的刑期。例如：

A 罪为 3—10 年 <u>B 罪为 5—15 年</u> 应执行 5—15 年	A 罪为 2—10 年 <u>B 罪为 3—8 年</u> 应执行 3—10 年
---	--

什么情况下采用吸收办法，什么情况下采用相加办法？有些州的法律把决定权授予法官。例如，纽约州刑法典是这样规定的：在数罪并罚时，法院对合并吸收还是连续相加这两种办法有自由裁

---

consecutive terms 直译为连续服刑，意思是相加刑期；concurrent terms 直译为同时服刑，意思是吸收刑期。



量权;如果法院没有在判决中明确规定,则按下列规定处理:

(1) 对不定期刑的数罪并罚,采取吸收原则。数个不定期刑的上限和下限中均以最高的一个为准,从而决定应执行的不定期刑。

(2) 对定期刑的数罪并罚,以及定期刑和同时判处不定期刑,采取吸收原则;定期刑和不是同时判处的任何其他刑的并罚,采取相加原则。

(3) 一个行为触犯几个罪名的数罪并罚,采取吸收原则。

(4) 对二级暴力重罪犯、二级重罪犯、持续暴力重罪犯和持续重罪犯判处不定期刑的数罪并罚,采取相加原则。

(5) 在审前提讯(arraignment)之后的保释期间又犯重罪的,前后罪所判之刑应当相加执行。

(6) 数罪(不含一级重罪)均为不定期刑而采取相加原则时,决定应执行的上限总计期最高不超过30年(如果被告人为少年,不超过15年);下限总计期不超过上限总计期的一半。

(7) 对少年犯所判处的数个不定期刑的并罚,一般原则是采用吸收办法。

在同一案中,可以同时适用相加刑期和吸收刑期两种方法。例如,某人犯三项罪,其中二罪刑期采取吸收法,另一罪刑期与之相加,实际结果便是“限制加重”。

#### 四、间歇监禁刑

间歇监禁刑(intermittent imprisonment)存在于一部分州,是

有些州规定,轻罪和违警罪的定期刑的并罚,采取相加原则,但总计不得超过一年。

根据纽约州法律规定,一级重罪可判终身监禁,一级暴力重罪可判死刑,所以实际上不发生并罚问题。

一种独立的刑罚方法,它是从有期监禁刑演变而来的。

所谓间歇监禁,就是被判刑的犯人在一定周期(一日或者一周)的一定时间(白天或黑夜,平日或周末)内在监所服刑,其余时间在社会上工作、学习和生活。例如,判处一个有职业(工作或学习)的交通犯罪者以间歇监禁刑,往往可以令其平日在社会上工作或学习,周末回监狱服刑,因为交通事故多数发生在周末。这样,既惩罚了犯罪人,减少了周末交通事故发生的可能性,也没有影响受刑人的工作或学习,减少了因丧失工作或学习机会而可能造成的社会负担。又例如,判处一个有家累的女犯以间歇监禁刑,常常是让她白天在监所服刑,晚上回家照料孩子(孩子在白天上学或上托幼儿园,晚上都要回家);或者相反,让她晚上去监所服刑,白天在家照料孩子,如果因经济原因孩子上不起托幼儿园,丈夫在白天又要上班,待到晚上丈夫下班便可以在家照料孩子。总之,犯人何时在监所服刑,由法院根据被告人具体情况而定,在判决书上写明。

间歇监禁是一种定期刑,期限须在判决书上确定。

间歇监禁刑的适用对象一般是罪行较轻的非暴力罪初犯。累犯、惯犯以及暴力犯,通常不适用这种刑罚。

被判间歇监禁的犯人,在服刑期间重新犯罪,或者违反法院规定要求而犯人所在单位提出书面材料的,原判法院便可改变或撤销间歇监禁,易判普通监禁刑。

## 五、死刑

死刑(capital punishment)在人类历史上正式遭到广泛责难的时代始于资产阶级革命时期。“废除死刑”被当作向封建专制统治进行斗争的一个有号召力的政治武器。资产阶级取得政权之后,

为巩固其统治,仍然把死刑作为维护其法律秩序的有力工具。但问题还有另一面。在资本主义发达国家,尤其是在保存死刑的发达国家,死刑的保存与废除,一直是一个争论激烈的问题,美国情况也是如此。

### (一) 死刑的废与存

自十八世纪以来,反对死刑的呼声在美国总是断断续续出现。反对死刑的第一个浪潮开始于十九世纪三十年代。按当时的说法是“反绞刑运动”,支持这一运动的有一些有影响的人物,其中包括两位美国总统。当时反对死刑的主要矛头是针对死刑的执行方法。1833—1835年间有5个州(纽约、新泽西、马萨诸塞、宾夕法尼亚和罗德岛)把执行死刑的地点由公开场所移到了监狱的院内。到1849年已有15个州取消了当众执行死刑的办法。反对死刑运动到十九世纪四十年代达到了高潮。密执安州于1847年通过法律对叛国以外的所有罪废除了死刑。这在英语世界是首次废除死刑。随后仿效密执安州做法的有罗德岛州(1852)、威斯康星州(1853)、衣阿华州(1872)和缅因州(1876)。此后反对死刑运动趋向微弱。直到本世纪初,又再次出现废除死刑的浪潮。堪萨斯(1907)、明尼苏达(1911)、华盛顿(1913)、俄勒冈(1914)、南达科他、北达科他、田纳西(1915)、亚利桑那(1916)、密苏里(1917)等9个州先后废除了死刑。但是在随后的20年里,上述各州中又有一部分恢复了死刑。六十年代是本世纪法制史上废除死刑的第二个高潮。俄勒冈(1964)、纽约(1965)、西弗吉尼亚(1965)、佛蒙特(1965)、新墨西哥(1969)等州,或者是废除死刑,或者是把死刑限制到某几种杀人罪这样极小的范围。到七十年代,有的州又恢复了死刑。据1983年的统计,保留或恢复死刑的有38个司法区。

## （二）死刑适用情况

自 1930 年至 1980 年的半个世纪里,经法院判决并执行死刑的人数为 3860 人,其中因谋杀罪被处死刑的有 3335 人,占 86%;强奸罪有 455 人,占 12%;其余 70 人包括武装抢劫、绑架、破门入户、故意破坏、重伤、间谍 6 个罪,占 2%。被执行死刑的几乎都是男犯,女犯只有 32 人。在全部被执行死刑的犯人中 54% 为非白种人,在被执行死刑的强奸犯中 89% 为非白种人。从这个全国记录来看,三十年代中期达到顶峰,1935 年执行 199 人,这是美国刑事记录上最高的一年。此后是稳步下降的趋势,三十年代平均每年为 167 人,四十年代平均每年 128 人,五十年代平均每年为 72 人,六十年代平均每年为 19 人,七十年代总共 3 人。

自三十年代以后直至七十年代,死刑执行数虽然明显递减,但是死刑判决数并没有显著下降。六十年代每年平均判决死刑 113 人,七十年代每年平均为 160 人。到 1995 年 1 月 31 日,美国监狱中有 2976 名死刑犯。

六十年代和反对越南战争浪潮同时兴起的人权运动,是当时美国掀起反对死刑运动的社会背景。从 1967 年 7 月起全国实际上停止了死刑执行。1972 年,美国最高法院就三件死刑上诉案所作出的决定认为这几个案件的原审判决违反美国宪法第八条修正案“禁止残酷的和异常的刑罚”精神。这一决定虽然不能解释为在原则上反对任何死刑,但是由于它是在反对死刑的浪潮中作出的,所以对各州实际上是有影响的,最明显的表现在当时许多保留死刑

---

以上数字均见 S.H.Kadish 主编:《犯罪和司法全书》(1983 年)第 134—138 页。

据法新社华盛顿 1995 年 4 月 8 日电讯。

的州都纷纷限制死刑的适用范围。1976年,最高法院又在涉及5名杀人犯上诉案的一项决定中指出,原审死刑判决不违宪。1977年2月,犹他州对一名死刑犯执行了死刑(该死刑犯拒绝上诉,并且要求对他执行死刑)。这样,结束了美国刑事司法史上连续10年不执行死刑的时期。此后至1995年4月,执行死刑的犯人达272人。

死刑执行的恢复,主要原因是社会治安问题严重,犯罪率增长,特别是严重罪案直线上升。1981年,美国杀人犯罪率达万分之一,比1965年的万分之零点五增长了一倍。在治安形势恶化情况下有必要强调刑罚的威慑功能。一般认为死刑是所有刑罚方法中威慑力最大的一种,民意调查也反映出这种动向。1966年盖洛甫民意测验表明,全美国赞成死刑的占42%,反对死刑的占47%。1981年又作了一次民意调查,赞成死刑的上升为70%,反对的下降为25%。1983年9月芝加哥大学所作的一次调查的结果同1981年盖洛甫测验相似,赞成死刑的比例数又略有上升。治安情况和公众意向是立法机关制定法律和司法部门执行法律时必然关注的基本依据。近年来,死刑执行数有回升趋势,尽管增长的绝对数极为有限。

### (三) 死刑执行程序

美国有其独特的死刑执行程序。执行程序各州都有一些细微差别,大体共同的基本程序是:

1. 判决死刑的法官作出死刑执行令,指出执行死刑的星期。执行令交给执行死刑的那个监狱的监狱长。具体日期由监狱长决

---

据法新社华盛顿1995年4月8日电讯。

定。

2. 判决法官必须同时向州长送交一份死刑执行声明。州长有权就此声明征求州最高法院和州检察长的意见。州长如果认为有必要,有权决定缓期执行死刑。一旦死刑缓期执行,如果以后再要执行,则必须根据州长的死刑执行令。

3. 发现死囚有精神病,州长应指定一个同死囚无利害关系的精神病医生小组进行鉴定。如果鉴定小组证明死囚确有精神病,州长命令将此死囚交精神病医院,直到精神病治愈后再执行死刑。

4. 发现女死囚怀孕,应指定医生小组进行检查,如果确实怀孕,州长则作出决定缓期执行死刑,或者可以把死刑减为终身监禁(有一些州许可这样做)。

5. 执行死刑的地点一般应在监狱之内。监督死刑执行的人员有监狱长、法院法官、检察官、医生小组和一定数量的公民代表,如果死囚提出要求则可以有神职人员到场。死刑执行完毕,医生立即进行检验,并签署验尸报告;所有在场人员也必须在执行报告上签名。执行报告和验尸报告一并送判决法院。医生检查之后,应当在尸体上覆盖足量的生石灰,立即送到指定墓地埋葬,在墓地不得进行任何宗教仪式。对此项规定,凡违反者均构成轻罪。

据 1983 年统计,美国执行死刑的方法有电椅(18 个司法区)、煤气室(9 个司法区)、绞刑(3 个司法区)、枪决(3 个司法区)、注射(5 个司法区)等五种。

## 六、刑罚结构

刑罚结构是指不同刑罚种类在刑罚体系中的比例组合。在西方世界中,美国刑罚属重刑结构。约四分之三的州保留死刑,可判

死刑的罪多达 10 个左右。由于死刑的存在,普遍提高了监禁刑的量,法定刑上限有的州高达 30 年甚至 60 年(在加重处罚条件下),囚犯平均刑期在九十年代初已超过 50 个月,监狱监禁率为全世界第二位,仅次于俄罗斯。据美国司法统计局 1994 年 10 月 27 日的报告,截止于 1994 年 6 月底,美国监狱在押犯人(不含看守所待审人犯)总数突破百万大关,达 1012851 人,与全国人口之比超过万分之四,比 10 年前(1984 年)超出两倍多。

美国严重的暴力犯罪是导致出现重刑结构的主要原因。据 1991 年一项研究报告称,美国的杀人案件是德国、法国、英国、加拿大和日本五国总和的 2.5 倍,而美国人口比五国人口之和少 1 亿。

---

见 1994 年 10 月 28 日《纽约时报》。

## 第十二章 刑罚制度

刑罚制度,包括量刑制度和行刑制度(指监禁刑执行制度)。

### 第一节 量刑制度

量刑制度(sentencing system)直接影响刑罚效能,所以它在刑法中始终占着至关重要的位置,理所当然地受到国家的重视。

#### 一、量刑模式

量刑模式指刑罚裁量的类型。美国的量刑模式有四种:

1. 立法模式。即法律上对犯罪行为规定了绝对确定的刑种和刑度,法律没有给法官量刑上的自由裁量权。例如,在废除了死刑的一些州里,法典规定“一级谋杀罪判处终身监禁”,在司法实践中凡遇一级谋杀罪都应当判处终身监禁。可见,量刑上的立法模式,就是量刑权掌握在立法机关手里。实际上,立法模式只存在于个别罪。绝对确定刑的法理基础是罪刑报应原则,没有考虑刑罚个别化。

2. 司法模式。即法律上对犯罪行为规定的是相对确定的幅度刑,法官对具体案件宣告的是确定刑(称“定期刑”)。例如,某州法典规定:“武装抢劫初犯,判处1年至10年监禁。”法官根据案情,



自由裁量后决定对该案犯人判处 5 年监禁。根据这种模式,法官在量刑上拥有较大的自由裁量权。

3. 行政模式。即法官对具体案件宣告的也和法律规定的一样,是相对确定的幅度刑,称为“不定期刑”。法官可以:(1)按照法律规定宣告刑罚,如法律上规定某罪处刑为 1 年至 10 年监禁,法官对具体案犯的判刑也宣告为 1 年至 10 年监禁;(2)也可以宣告法律上对该罪规定的上限刑期或者下限刑期;(3)也可以在法律规定的限度内再宣告一个幅度刑,假定法律对某罪规定的刑罚为 1 年至 10 年监禁,法官对本案被告人可以宣告判处 3 至 7 年监禁。

由于法官宣告的是不定期刑(indeterminate sentence),犯人实际执行的刑期是由行政系统——假释委员会(通过监狱当局)来确定。可见,这种量刑模式不仅法官有自由裁量权,而且行政系统更有自由裁量权,所以称这种量刑制度为行政模式。

4. 混合模式,也称司法、行政混合模式。在许多州,对轻罪的量刑采用司法模式,法官宣告定期刑;对重罪的量刑采用行政模式,法官宣告不定期刑。

就目前美国现状而言,主要量刑模式是行政模式——不定期刑。现代刑法理论认为,刑罚的目的是威慑、改造犯人,预防重新犯罪,以便收到维护法律秩序的功效。人是可变的,改变人的行为的主观和客观因素是很复杂的,因此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,法官不必宣告确切的定期刑,只需规定一段矫正心理和行为的可以伸缩的期限,早更新早出狱,晚更新晚出狱,服刑期限长短的主动权操在犯人自己手里。从理论上说,不定期刑是符合现代刑罚个别化原理的,有利于调动犯人改造更新的主动性和积极性。不定期刑是现代刑法理论的产物。

不定期刑思想首先在十八世纪德国提出(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。1870年,在辛辛那提城召开全国监狱会议,加拿大和南美洲也派代表出席了这个会议。会上高唱不定期刑调子。底特律监狱长布罗克韦提出的《真正的监狱制度的理想》这篇论文引起了与会者的极大兴趣,对推动美国量刑制度向不定期刑模式发展起了重要促进作用。1876年纽约州通过的《爱尔密拉教养院法令》规定对青少年犯(16至30岁)实行不定期刑,这被认为是第一个不定期刑的立法。此后不定期刑扩大适用到普通成年犯人。纽约州的做法很快被其他州仿效。到本世纪四十年代,美国多数州都采用了这种量刑模式,到六十年代末所有的州都广泛地实行了不定期刑量刑制度。

不定期刑的显著特点是扩大法官、尤其是行刑部门在量刑和实际执行方面的自由裁量权。这个特点,既可能产生好的结果——这是不定期刑制度提倡者们的愿望;也可能产生坏的结果——其中主要的是出现量刑和行刑上的轻重悬殊不公平(disparity),这已成为美国刑事司法制度中的一个突出弊端。为了纠正这个偏向,从七十年代中期开始,美国出现了“定期刑运动”,即量刑制度改革运动。

## 二、量刑制度改革运动

两百多年的美国刑事法制史基本上是由一个接一个的改革浪潮组成的。迄今为止,美国刑事司法制度改革的重心始终放在刑罚制度方面。监禁刑是刑罚体系的支柱,因此刑罚制度方面的改革基

---

布罗克韦(Brockway)是美国近代法制史上最具有影响的刑务家。辛辛那提会议之后不久,即去纽约州任有名的爱尔密拉教养院院长。

本上就是有关监禁刑的改革。监禁刑的改革主要表现在三个方面：量刑制度，行刑制度（缓刑，假释等），行刑机构（监狱、监管教养场所）。

判刑制度改革的第一个大运动，是前面提到的上世纪七十年代初到本世纪六十年代末历时一个世纪的从定期刑到不定期刑的改革运动，即所谓不定期刑运动（the indeterminate sentencing movement）。这里要讨论的是量刑制度改革的第二个运动，就是从1975年前后开始方兴未艾的从不定期刑到定期刑的改革运动，即所谓“确定刑运动”（the determinate sentencing movement）。由于这个运动是在广泛地长期地实行不定期刑的基础上进行的，所以它不是简单地“回到十九世纪去”，而是历史上常见的螺旋式转动。

确定刑量刑制度的基本含义是：（1）运用明确的标准来确定多大的罪应受多重的刑；（2）保证犯人应服刑期的长短在定罪时或者定罪后不久就确定下来。核心问题是削减审判和行刑过程中的过大的自由裁量权，促使监禁刑趋向公正合理。控制犯罪并非确定刑量刑制度的主要目标，因为历史经验表明，企图通过改变量刑方式来遏制犯罪，其成效甚微。

### （一）背景

当今美国的确定刑运动是在不定期刑制度广泛适用的背景下出现的。

不定期刑建立在“医治模式”的量刑思想基础上，认为矫正犯人就像医治病人那样，对病人不能一开始就确定疾病的治愈时间，医治时间应由医治效果来确定。对犯人也一样，判刑时难以立即确定刑期究竟要多长，所以法官宣告一个幅度刑，在执行过程中由监狱和假释委员会根据犯人改造情况，才能逐步预测其未来的危险

性程度,从而决定实际执行的刑期。所以,不定期刑判刑制度给法官、监狱管理人员和假释委员会以很大的自由裁量权。

医疗模式的观念从六十年代开始发生了很大动摇。实际数据和调查研究表明,监狱改造犯人的工程很少奏效,而且预测犯人的未来也是困难的和不可靠的。总之,改造犯人计划的失败,说明了医疗模式的不成功,因而引起了对不定期刑制度的非议。再者,不定期刑制度由于法官、监狱和假释委员会的自由裁量权过大,产生了刑罚上的悬殊不平,破坏了法制。

与此同时,“应得惩罚”的报应刑思想在新的历史条件下重又抬头。七十年代中纷纷建议改变不定期刑制度,要求限制法官和行刑当局的裁量权,要求立法机关尽可能精确地规定刑罚量。

然而,1980年美国律师协会(American Bar Association)在其提出的《量刑修正标准》中体现出来的法制思想似乎表明钟摆又往回摆动。它建议立法机关在量刑中的作用应受限制——立法机关只需要把犯罪按其轻重程度分为少量的几类,并规定相应的刑罚幅度,而不必对任何犯罪都确定一个强制性的刑罚度。美国律师协会提出的量刑基本原则是:每一案件所判刑罚的限度应当同保护社会和罪行轻重相一致。它认为,判刑的目的不仅是“应得惩罚”,而且有通过遏制犯罪人来保护社会的目的。一般来讲,所判刑罚的上限不应超过犯罪人根据其罪行轻重所应得的惩罚,下限不应低于保护社会免受犯罪人再侵害的需要。美国律师协会的立场体现了确定刑判刑制度应当包含不定期刑的某些积极因素的观点。

确定刑法律的实际制定工作将涉及自由派和保守派之间的斗争和妥协。有些自由派虽然离开了一向被视为理想的判刑医疗模式,他们滋长了对法官不受限制的自由裁量和矫正改造机构的职

业专长的不信任情绪,他们看到了刑罚个别化和改造更新观念会被用来纠正和缓解对被告人的不公正处遇。保守派则强调刑罚的威慑效用而否认改造更新的效用。但是两派都同意:刑事司法制度只应集中于对每一犯罪的公正惩罚,因为这是它所能起到的最大效用。这两派在一些重要方面有不同,保守派把确定刑视为保证威慑犯罪而增加刑罚的严厉程度,而自由派对威慑犯罪的努力在于通过增长刑罚的可预测性,而不是在于增加刑罚的严厉性。因此,各司法区对量刑制度改革的立法形式取决于两派之间以及刑事司法体系和政府系统之间的协商。

## (二) 内容

当前美国确定刑运动的主要内容是:

1. 废除辩诉交易(abolition of plea bargaining)。1975年,阿拉斯加州司法部长命令州检察官不再参加判刑交易(sentence bargaining),这是美国的第一个州也是目前唯一的一个州废除了辩诉交易诉讼制度。其他州也有不少地方检察官停止(部分或者全部)辩诉交易。由于诉讼活动频繁,积案太多,要在美国的大范围内废除辩诉交易制度是不可能的。

2. 规定“刚性最低刑”(mandatory minimum sentence)。就是明确规定对各种犯罪所应判处的最低监禁刑期,只有在服完这最低刑期以后犯人才有获得假释的可能。

刚性最低刑基本上有三类情况:

(1) 由法律具体条文明确规定每种犯罪的最低刑期,法院和行刑机关必须遵守。

(2) 法律具体条文只规定最高刑期,总则性条文统一规定按最高刑期的比例来确定最低刑期,通常为三分之一。所以法官在判

决中只需确定犯人的最高刑,如最高刑为 15 年,这就意味着最低刑为 5 年。

(3) 由司法机关根据具体案情在判决中确定一个最低刑期。

在八十年代头三年已有 27 个州通过了刚性最低刑法律,并且至少还有十余个州正在考虑这样做。

刚性最低刑的实质就是使不定期刑的下限确定化,或者说从下限刑期这一角度来补救不定期刑过于“不定”这个缺陷。

3. 规定“标准推定刑”(presumptive sentence)。就是立法上对重罪(全部或一部分)规定了标准幅度比较狭窄的刑罚量,作为法官判刑的基础,对法官有约束力。在特殊情况下不能按标准推定刑判刑时,法官必须在判决书里说明理由。

在法律上带头作出这种规定的州是印第安纳州 1977 年新刑法典和加利福尼亚州 1977 年生效的《统一确定量刑法》(Uniform Determinate Sentencing Act)。

4. 假释改革(parole reform)。假释委员会是不定期刑的关键性执行机构。半个世纪以前,假释委员会就存在于各司法区,它拥有什么时候能释放狱中犯人的实际决定权。以前,华盛顿州和加利福尼亚州采取了最极端的形式,法院只判犯人最高刑,实际需要服多长时间的监禁刑则由假释委员会根据犯人在狱中的表现来确定。改革假释制度,其实质就是限制不定期刑。

假释制度改革主要有两种方式:

(1) 多数司法区,废除了对大多数犯人的假释释放(parole release),而假释的另一形式——假释监督(parole supervision)除

---

这两种假释形式的主要区别在于犯人在假释之前是否必须服满法定最低刑期,假释释放是不受这个限制的一种假释形式。

缅因州和联邦司法区外仍被保留。

(2) 少数司法区,如佛罗里达、佐治亚、纽约、俄勒冈、华盛顿、俄克拉何马、犹他等州,制定了假释指南(parole guideline),它对各类犯罪人具体规定了许可假释的标准推定期。这个指南对行刑机构有约束力。

5. 提出“量刑指南”(sentencing guideline)。有三个州(明尼苏达、宾夕法尼亚和华盛顿)和联邦建立了专门机构,称之为“量刑委员会”(sentencing commission),颁布了标准推定量刑准则。这些由议会授权的专门行政机构制定的“指南”和上述加利福尼亚州等立法机关本身制定的法律一样,对法官有法律约束力。

量刑指南的宗旨是纠正不定期刑制度下刑罚轻重悬殊的弊病,促进刑事司法实现正义的目标。在美国,明尼苏达州于1981年首先制定了“量刑指南”,内容较简略,主要是一个监禁刑量刑表格,纵轴是10个犯罪等级(将常见的百余种罪按轻重划分为10个等级),横轴分为7个犯罪史档次,纵轴与横轴的交叉点,即为可以判处的监禁刑的幅度(以月为单位)。犯罪等级和犯罪史档次越低,刑罚幅度越小。为指导表格的适用,附有不足2万字的说明。受明尼苏达州做法的启示,联邦于1987年制定了颇为详细的《量刑指南》,其正文(不含附录和修正)译成中文有37万字。监禁刑量刑表,纵轴有43个犯罪等级,横轴为6个犯罪史档次。除监禁刑量刑表外还有罚金刑量刑表。联邦量刑指南由8章组成:第一章,导论和一般适用原则。第二章,犯罪行为,按英文字母顺序,将各种罪分为26个部分(其中7个字母没有具体内容,实际只有19个部分)。

---

《美国量刑指南》,北大翻译组译,北京大学出版社1995年出版。

第三章, 量刑轻重的调整规则。第四章, 犯罪史和犯罪常业。第五章, 确定判决。第六章, 量刑程序和辩诉协议。第七章, 违反缓刑和受监督释放规定。第八章, 对组织的量刑。量刑指南的基本特点是犯罪行为轻重和罪犯主观特性的量化。量刑指南这种做法在美国的司法界和理论界虽未达成完全一致的看法, 但这种做法的思路和目标是有价值的, 因此受到国际刑法(理论和司法)界的关注。

## 第二节 量刑情节

### 一、减轻事由(factors in mitigation)

量刑中的“减轻”, 主要指监禁刑的免除或减轻。减轻事由在各州刑法中的规定不尽相同, 有的仅规定不到 10 种情况, 有的超过 10 种以上。以伊利诺州法典第 38 篇(刑法和程序)第 1005 章第 5 节第 3.1 条为例, 减轻事由有:

1. 被告人的犯罪行为既没有对他人的身体造成严重伤害, 也没有对他人的身体构成威胁;
2. 被告人没有意识到他的犯罪行为会对他人的身体造成严重伤害或威胁;
3. 被告人行为是在受到强烈激怒情况下发生的;
4. 被告人行为虽然构不成合法辩护, 但存在实质性的正当化或可宽恕的理由;
5. 被告人的犯罪行为是由他人引诱或促使而实行的;
6. 被告人对被害人赔偿了或者愿意赔偿因其犯罪行为所造成的损失或伤害;
7. 被告人过去没有违法犯罪记录或者在这次犯罪前已过着



很长时间的守法生活;

8. 被告人的犯罪行为不是以往犯罪重演的结果;
9. 根据被告人的品德和态度表明他不会再犯其他罪;
10. 被告人情况表明特别适合于缓刑;
11. 被告人受监禁将会给受赡养人生活带来过分的艰难;
12. 被告人受监禁将会危害其医疗状况。

## 二、趋重事由(factors in aggravation)

“aggravation”, 在量刑中根据法律规定的情节既包括“从重”也包括“加重”, 所以译为从重或者加重均不全面, 译作“趋重”虽不顺口但内涵确切。趋重事由在州刑法中的规定各有不同, 仍以伊利诺州法典第 38 篇(刑法和程序)第 1005 章第 5 节第 3.2 条为例, 趋重事由有:

(一) 具有下列事由之一, 法院得按第 5 节第 8.1 条判处较重的刑罚:

1. 被告人的行为造成了或者威胁他人的重伤害;
2. 被告人因实施犯罪而获得了补偿;
3. 被告人有违法犯罪记录;
4. 被告人按其职务或职位有义务防止所实施的特定犯罪, 或有义务将实施该犯罪的罪犯送交法院审判;
5. 被告人犯罪时担任公职, 并且这种犯罪行为与其职务有关;
6. 被告人利用其职业声望或社区中的地位实施犯罪;
7. 判刑是为了阻慑他人犯相同之罪的需要。

第 5 节第 8.1 条规定了重罪的监禁刑等级幅度, 参见第一章

第二节有关内容。

(二) 具有下列事由之一, 法院得按第 5 节第 8.2 条判处加重的刑罚(extended term sentence):

1. 被告人此次犯罪被定为重罪, 而在先前因被定过相同或更高等级的重罪并服刑期满后 10 年之内又犯此次罪行的;

2. 被告人犯罪被定为重罪, 而法院认定其犯罪手段特别残忍或行为特别野蛮的。

第 5 节第 8.2 条规定了重罪的加重刑罚等级幅度, 参见第一章第二节有关内容。

《模范刑法典》对重罪规定的加重监禁刑的条件和事由与伊利诺州的不同:

(1) 为保护公众认为必要时, 被告人是 21 岁以上的惯犯, 且在不同时间犯有 2 个重罪或者 1 个重罪和 2 个轻罪的, 得判处加重监禁刑。

(2) 出于保护公众的必要, 被告人是 21 岁以上的常业犯, 并有下列情形之一的, 得判处加重监禁刑: (a) 以犯罪所得为其生活主要来源; (b) 持有不能说明不是得自犯罪行为的巨额收入或资产的。

(3) 出于保护公众的必要, 被告人是危险的精神异常者, 其犯罪行为属反复的冲动的行动类型, 对他人构成重大威胁的, 得判处加重监禁刑。

(4) 对具备一定条件的犯有多种罪的被告人, 因其犯罪性显著而认为判处加重监禁刑是适当的。

---

这是伊利诺州刑法中的累犯条款。

参见《模范刑法典》第 7.03 条。

### 三、累犯

“累犯”英文为 recidivism(指行为)或 recidivist(指人),源于中古拉丁文 recidivare 或 recidivus,意为恢复原事物(尤指犯罪和犯罪习惯)的倾向,即屡犯罪行的习性。汉语可译为累犯、惯犯、常习犯。西方刑法总则里作为量刑情节一般只用累犯这个概念。而犯罪学所称在一定时期内反复多次实施同种罪行的“惯犯”(habitual offense 或 old offender)常常出现在分则性条文中。累犯具有很大的社会危险性,历来是刑法打击的重点对象。十六世纪英国法律和 1791 年法国刑法都有累犯加重处罚的规定。美国十八世纪末康涅狄格州法律规定“初犯夜盗、抢劫、伪造罪的处罚不超过 10 年监禁,再犯者处终身监禁”。明尼苏达州《量刑指南》(1981 年)规定根据犯罪人的先前犯罪史(罪性不限)对累犯采取累进加重的办法,联邦《量刑指南》(1987 年)也表明了相同的思路。各州刑法对累犯的规定繁简不一,上述伊利诺州的规定相当简要,加利福尼亚州刑法典的规定则很具体。

依据加州刑法典的规定,累犯加重处罚仅限于重罪。加重的方法既不同于伊利诺州,也不同于明尼苏达州,而是采用的定期加重法。根据累犯之罪的性质和种类,规定不同的构成条件和加重期限:

1. 犯暴力重罪(如谋杀,非预谋故意杀人,重伤害,强奸,以暴力、胁迫等方法实行的鸡奸、口淫,对未满 14 岁的儿童实施的性行为,应处死刑或终身监禁的重罪)服刑结束后或者实行了应定为暴力重罪的犯罪后 10 年以内又重新犯罪的,加处 3 年监禁。

2. 犯重罪服刑结束后或者实行了应定为重罪的犯罪后 5 年

以内又重新犯罪的,加处 1 年监禁。

3. 因以暴力、胁迫等方法实行的鸡奸、口淫犯罪服刑结束后或者实行了应定为重罪的犯罪后 10 年以内再犯鸡奸、口淫罪的,加处 5 年监禁。

4. 两次或两次以上因鸡奸、口淫犯罪服刑结束后 10 年以内又再犯这种罪的,加处 10 年监禁。

#### 四、认罪

认罪作为减轻刑罚的情节,一般由刑事诉讼法规定,常常是辩诉协议的主要条件。

美国联邦《量刑指南》第三章 E 部分 1 节 1 条“承认罪责”规定:

1. 如果被告人明确表示承认并肯定接受因自己的犯罪行为而产生的个人责任,降低两个犯罪等级。

2. 无论认定其有罪是根据被告人的认罪,还是法庭或陪审团的确认,或者是审判过程中的实际确信,均应给予被告人适用本规定的考虑。

3. 认罪服法的被告人不能将根据本条的规定减轻刑罚视为自己的一项权利。

承认罪责,大致有如下表现之一的:

- (1) 自动终止或者退出犯罪行为或犯罪团伙;
- (2) 在宣判有罪之前自动支付赔偿;
- (3) 自动地真诚地向有关当局承认有关犯罪和有关行为;

---

参见《加利福尼亚州刑法典》第 667 条和第 668 条。

- (4) 在实施犯罪后立即主动地向当局自首；
- (5) 主动协助当局补救犯罪造成的损害；
- (6) 自动辞去在实施犯罪时的职务或职位；
- (7) 适时明确地表示愿意承担责任。

一般认为,承认罪责应在定罪之前。在定罪之后才承认有罪并表示悔过,不适用本规定。即使如此,也并不当然地排除对被告人减轻处罚的考虑。

### 第三节 缓刑制度

在美国,缓刑既是一种刑罚方法,又是一个替代监禁的行刑制度。

如果说假释制度是对长期监禁刑的弊端的补救,那末缓刑制度便是对短期监禁刑的缺陷的纠正。这两个制度的产生,是近代刑法发展史上的一个进步。

十八世纪和十九世纪上半期,占统治地位的刑法思想是报应刑论和罪刑相称原则。十九世纪中期开始,刑法思想发生转变,刑罚目的重在教育改造犯罪人,预防再犯罪。有罪而不处罚,或者判处刑罚而不执行,如果这样也能达到目的,那就不必宣告或者不必执行其刑罚。缓刑制度就是在这种思想影响下产生的。

#### 一、历史发源

有学者认为缓刑制度发源于早期英国的司法实践。

1. 教士恩赦(benefit of clergy)。中世纪教会法庭对教士在某些情况下给予免予受审和惩罚的恩遇。后来这种做法扩大到一些

非教士(即在特定情形下有权要求在宗教法庭受审的人),他们常常也能获得温和的惩罚,如所谓苦行赎罪(put to panance)。

2. 司法暂缓(judicial reprieve)。因某种特定情况的存在,暂缓判决。被定罪的犯罪人因此而有可能请求获得赦免;或者由于法官认为证据有怀疑而使案件可能被重新审理。

3. 具结释放(recognizance)。在某些轻微案件中,被告人交纳金钱或者公开具结,保证以后不再犯,因而免于监禁,获得自由。

以上几种做法虽然被一些论著视为西方世界缓刑制度的先驱,但是现代意义上的缓刑制度一般认为应当是开始于马萨诸塞州波士顿市的鞋匠约翰·奥古斯特斯的实践。1841年,奥氏为救助一名酗酒犯,向法院申请保释,答应负责在狱外帮助犯人改过自新。法院同意其请求。经过一个多月的监督和劝导,效果甚好。于是法院以一分钱作为象征性罚金,撤销原来应当执行的监禁刑。这就是现代意义上的缓刑制度的第一个实例。出于对犯人的同情,从此奥氏经常出入于刑事法院,替无钱的酗酒犯交罚金,为穷苦的被告人作担保人,劝导犯罪人改恶从善,并帮助许多刑满释放出来的人寻找职业。这样,奥氏被法官认为起着狱外监督员的作用。到1858年,奥氏自称他以这种方式帮助了1900多人。把有罪的被告人放在狱外加以监督帮助的做法,经马萨诸塞州议会于1878年正式制定为法律,这就是世界上第一个缓刑立法,比欧洲大陆1888年比利时法律早10年。

## 二、缓刑类型

美国有四种缓刑类型:

1. 暂缓监禁(suspended sentence)。对认定有罪的被告人判

处监禁刑,同时宣告刑罚暂不执行,给以一定考验期。例如,判处某被告人2年监禁,缓刑考验3年。多数大陆法系国家的缓刑都采取这种类型。但是在美国,只有少数州采用这个类型的缓刑制度。

2. 缓刑监督(probation),简称缓刑。对认定有罪的被告人暂不判处监禁,只判一个监督考验期。例如,判处某被告人缓刑监督3年。现在美国所有司法区都存在这种类型的缓刑制度,它也是一种刑罚方法。

3. 附条件释放(conditional discharge)。这也是对被认定为有罪的被告人适用的一种缓刑类型。它存在于一部分司法区里。它和上述缓刑监督类似,都不关押被告人,也都规定一个监督考验期。但是有三点不同:(1)一般说来,附条件释放的犯人的罪行比缓刑监督的犯人轻,所以释放之后的监督考验期也比较短,通常不超过3年或2年。(2)两种类型的缓刑其实都是附有条件的,即考验期间必须遵守的行为规则和要求。附条件释放的“条件”是指一般缓刑考验应履行的要求以外的条件,如赔偿被害人或赔偿社会等。(3)监督的机关不同,缓刑监督是由缓刑机构进行监督,而被附条件释放的犯人只需接受被委托进行监督的机构(常常是被告人工作单位)的监督。因此可以认为,附条件释放是一种监督较松的缓刑类型。

4. 综合缓刑。这又有三种具体做法:(1)被告人先被判在地方监所监禁一个时期(一般在半年以内),然后再附条件释放或者缓刑监督。这种类型的缓刑称“震击缓刑”(shock probation),只存在于一部分司法区。这种做法被认为兼有监禁刑和缓刑的优点。当然也有反对的,认为既然可以缓刑,那就不必再予监禁。(2)附赔偿受害人的缓刑监督。(3)综合缓刑的另一种新形式是缓刑监督内含

软禁,即判处被告人先软禁一个时期(一般不超过2年),然后再受一个时期的缓刑监督,也可简称为“软禁监督”。如何实行软禁监督?犯人除上班工作、购物、就医而外,其他时间均应在家,不得外出闲逛。能否做到这些,缓刑监督官采取不定期抽查,如亲自登门或者以打电话询问等方法加以了解。如有必要,还可以让犯人腿部戴上电子监控装置。软禁监督存在于加利福尼亚和佛罗里达等州,联邦法院系统也在1985年9月第一次作出了这样的判决。

另外,美国从六十年代在有些州作为刑事诉讼制度发展起来的审前考察监督(pretrial probation),类似比利时首先实行的“缓诉”制度。这种做法比缓刑监督和附条件释放更彻底,审前考察监督的决定由检察官在认定被告人有罪情况下作出,被告人经过一定时间考察,表现良好,可以免于起诉,因而不留下“定罪”的污名劣迹。

### 三、缓刑的适用

#### (一) 缓刑适用范围

关于缓刑适用的范围,有些司法区有明确规定,有些司法区没有明确规定。不过,一般说来它适用于不大严重的犯罪(未必都是轻罪)和虽然重新犯罪但危险性不大的犯罪人。

#### (二) 缓刑考察期限

缓刑考察期限各州不一。《模范刑法典》规定,重罪(一般限于非暴力重罪)的缓刑考察期不超过5年,轻罪的考察期不超过2年。

---

据《纽约时报》1985年9月24日报道,纽约地区联邦法院对一名犯有诈骗罪的女犯判处5年缓刑监督,其中2年为在家软禁。



纽约州刑法典规定故意非法出售麻醉品或故意非法出售 1 克以上幻觉剂等犯罪的缓刑考察期是终身(终身缓刑),其他二级以下重罪为 5 年,一级轻罪的考察期为 3 年,二级轻罪为 1 年。

数罪并缓(几个罪都判缓刑)采取吸收原则决定考察期。

### (三) 缓刑考察条件

缓刑考察条件,原则上由法院根据案情斟酌决定。一般说来有两个方面的条件:

1. 有关行为和矫正方面的条件大致是:

- (1) 不实施有害的和邪恶的行为;
- (2) 不去非法场所,不同名声不好的人往来;
- (3) 老老实实工作,认认真真学习;
- (4) 根据需要,接受医学的或精神病治疗;
- (5) 供养没有独立生活能力的家庭成员;
- (6) 赔偿由其犯罪造成的损害;
- (7) 履行某些公益义务;
- (8) 提出履行法院规定要求的保证书;
- (9) 履行有利于改造更新目的实现的其他条件。

2. 有关监督方面的条件(指缓刑监督情况下的条件):

- (1) 书面或者当面向缓刑监督官作定期报告;
- (2) 接受缓刑监督官的询问和调查;
- (3) 未经缓刑监督官的批准不得离开指定地区。

### (四) 缓刑的改变与撤销

在缓刑考察期间,视实际需要,法院可以增加或者减少缓刑考察条件。

在缓刑考察期间,如果被缓刑人重新犯罪,缓刑应被撤销,新

罪旧罪合并处罚。如果被缓刑人违反法院所规定的缓刑条件, 缓刑监督官可以提出撤销缓刑的建议, 经法院审理, 决定是否撤销缓刑。

#### (五) 当前情况

缓刑制度的主要优点, 一是运用社会力量监管犯人, 使犯人改造不脱离社会; 二是节省费用, 一个缓刑犯的费用仅为一个在押犯的十分之一。由于这些好处, 法院常常宣告缓刑。据 1982 年美国司法部的一份报告说, 到 1981 年底, 全美国被判处缓刑的人数为 120 万(不包括少年犯), 等于监所在押犯人的两倍半。事情常常是从一端走向另一端。当前美国缓刑制度存在的一个主要问题是滥用缓刑。五十年代以后, 缓刑适用范围大为扩展, 现在有的州几乎(除个别特别严重的罪以外)所有罪都可以适用缓刑, 因此社会上出现了限制缓刑的呼声。

### 第四节 假释制度

假释(parole), 就是犯人在其所判最高刑期届满以前有条件地释放出狱的一种行刑制度。假释犯出狱之后被置于受权机构的监督之下, 如果违反监督条件, 则撤销假释, 重回监狱继续服刑。

在美国, 监禁刑假释制度和不定期刑判刑制度产生于同一历史时期。据认为, 现代意义上的假释制度最先实行于美国。1876 年纽约州制定的《爱尔密拉教养院法令》既是第一个不定期刑的立法, 又是第一个假释制度的立法。

---

《爱尔密拉教养院法令》(N. Y. Elmira Reformatory Act) 的适用对象是青少年犯。这个法令规定的两种做法很快地扩大到成年犯人, 并被其他各州所仿效。

## (一) 假释制度的产生

现代美国的假释制度来源于本国的两种做法和英国的“释放许可证”。

1. 行刑赦免(executive pardon)。十九世纪初这种做法开始广泛实行。犯人在服刑过程中向州长提出的释放请求,州长如果批准,犯人就可被提前释放。1828年至1866年间,马萨诸塞州有12.5%的犯人得到了这种赦免。刑期长短同赦免机会成正比:被判5至10年监禁刑的犯人有20.5%得到赦免,刑期长于10年的犯人有32%获得赦免,而终身监禁刑的犯人有50%被赦免。事实上在那个时期马萨诸塞州终身监禁犯平均只在狱中服刑7年零9个月。

这种由州长决定的行刑赦免,在大量实行的过程中出现了两大问题:一是赦免标准不一致。有的是因为犯人健康状况不好,有的则出于政治考虑,有的甚至同州长的关系也是重要因素,因而出现了该赦的不赦、不该赦的得赦这种不公正现象,总之任意专断性过大。二是州长负担太重。于是,1873年宾夕法尼亚州建立赦免委员会(pardon board)来代替州长行使赦免权,这就是现在的假释委员会的前身。

2. 徒工协议(apprenticeship agreement)。从十七世纪中期开始,英国把狱中犯人卖给美国企业当劳力,买卖协议一旦达成,犯人就从狱中出来被运送到美国,获得了自由,但必须在协议规定期限内监督之下为买主进行劳动。

3. 英国的释放许可证(ticket-of-leave)。这种制度和上述徒工协议有某种关连。在美国、澳大利亚和新西兰的英国殖民者,随着生产力发展,对劳动力的需求也逐步增长。为适应这种客观需要,

英国国会 1717 年通过了对重罪犯的流放法律,一种是法院判处的流放,另一种是犯人自己要求的流放。后一种流放多半发生在这样的情形下,即被判处绞刑或烙印耻辱刑的犯人,如果提出请求愿意流放到国外殖民地,并且保证永远不再回英国,便可免除原判刑罚。从 1717 年到美国独立战争爆发的半个世纪期间,英国把大约 3 万名重罪犯送到了美国。美国革命后,英国就把一些犯人流放到大洋洲,从十八世纪八十年代到十九世纪六十年代,平均每年有将近 2000 名重罪犯被送到澳大利亚。在那里,这些罪犯为殖民当局服过一段时期的苦役之后,英国总督可以签发“释放许可证”,得到这种证书的犯人就算获得了自由,但是不得回英国。这个制度于十九世纪初在澳大利亚正式开始实行。

以上几种具体做法,都是现代假释制度产生的渊源。

## (二) 假释制度的形式

当前美国的假释制度,根据各司法区法律规定,大体上有两种形式。有些司法区只有其中的一种形式,有些司法区兼有两种形式。

1. 假释,俗称假释监督(parole supervision)。其基本内容和特点是:

(1) 假释是由假释委员会根据犯罪性质、犯人在狱中的表现和过去的情况等一系列因素综合考虑之后主动作出决定。

(2) 假释一般不适用于短期监禁刑。

(3) 假释的前提是犯人应当在监所服满一定期限的监禁刑。如果是不定期刑,这个期限就是不定期刑的下限刑期。如果是定期刑,期限就是刑期的四分之一到二分之一。如果是终身监禁,期限为 10 年到 20 年。

(4) 假释监督期视作刑期。这就是说, 如果假释犯在假释一段时间之后因表现不好而重新收回监狱服刑, 假释中的这段时间计入刑期。假定某犯人被判 5 至 15 年监禁刑, 服刑 5 年后获得假释, 假释 4 年后又被撤销, 重新入狱至多再服刑 6 年即可获得无条件释放。

2. 有条件释放(conditional release), 俗称假释释放(parole release)。其基本内容和特点是:

(1) 由犯人申请, 并以书面形式表示对释放条件的同意, 据此假释委员会斟酌考虑后作出是否批准的决定。

(2) 有条件释放没有像假释监督那样必须以服满一定刑期为前提的限制。

(3) 长期监禁刑和短期监禁刑都可以适用有条件释放。

(4) 有条件释放后, 一旦被撤销, 过去的一段释放期不计入刑期。

七十年代后期以来, 有许多州陆续废除了有条件释放这种形式的假释制度。

假释合同, 是七十年代末开始在个别州出现的一种做法。犯人入狱之初, 与假释委员会(通过监狱当局)订立合同, 规定假释时限(可能有几种时限不等的方案), 为实现该时限规定了双方的权利与义务。这对提高犯人自我矫正的积极性和加强监狱当局的工作责任心均有一定价值。假释合同这种做法的负面影响是, 将假释由作为对犯人的奖励变为犯人的应得权利, 这可能使假释功能异化, 从而导致假释制度性质的蜕化。

假释指南, 是七十年代中期在个别州兴起的又一种做法。设制一个假释表: 纵轴按罪行程度由轻到重分为 8 个等级, 横轴依服刑

表现、再犯可能规定了由好到坏的 4 个假释预测档次,纵横交叉找到特定囚犯的具体坐标,即为假释的起始时限。

### (三) 假释权

根据美国刑事司法制度,假释权由假释委员会行使。假释委员会和其他国家机构一样,也有联邦和州两套。

联邦假释委员会成员由总统任命并经国会同意。州假释委员会成员由州长任命并经州议会同意。

假释委员会既不属于法院系统,也不属于监狱系统。由于它和行刑主要机构监狱的关系极为密切,一般可以把假释委员会纳入国家行政机构范畴。

### (四) 当前情况

目前在美国,假释制度被广泛运用。六十年代假释犯占全部监狱犯人的 60%,七十年代达到 70%。为了纠正滥用假释这个弊病,八十年代初比例有所下降,仍为 50% 多。1975 年缅因州通过法案取消了假释制度。1984 年底通过了一项联邦法令《综合控制犯罪法令》,规定经过为期 5 年的过渡阶段以后,目前这种宽大无边的假释制度将被逐步废除,大大缩小假释适用范围。

## 第五节 减刑、赦免和追诉时效

### 一、减刑

减刑(commutation of sentence),就是服监禁刑的犯人在原判刑期执行完毕之前被合法地提前释放。

减刑决定,有些州由原判刑法院作出,有些州由执行主管当局假释委员会(有的州称赦免与假释委员会)作出。

减刑的理由大致是：(1) 服刑人健康恶化；(2) 服刑人家庭特殊情况；(3) 减刑主管当局根据其犯罪性质、情节或者社区舆论而确认原判刑过重；(4) 服刑人在服刑期间的英雄行为或者自我牺牲行为，例如，拯救他人生命，为了社会利益而甘愿接受有生命危险的医学实验，等等；(5) 个别情况下也有出自政治考虑的。

减刑的具体做法，各司法区各有特点。例如，纽约州《行刑法》(Executive Law) 规定，假释委员会对表现良好的至少已受连续 3 年假释或有条件释放考察的犯人提前结束假释考察期，这也是一种减刑做法。

善行折减制(good-time credit system) 是早期的减刑制形式，最早见于 1817 年纽约州的一项法律。该法规定监狱当局可以对表现良好、服刑超过 5 年的犯人实行减刑(短期监禁犯不适用该法)，所减去的刑期总计不得超过原判刑期的四分之一。伊利诺州法律规定，犯人在狱中服刑良好表现 1 天可以折减刑期 1 天，如果刑期 10 年，服刑表现一直良好，5 年即可期满出狱。十九世纪中期以前，善行折减就是减刑。当十九世纪后期出现假释制度后，善行折减便逐渐成为确定假释日期的一种客观标准，即所判刑期减去善行折减期便是假释出狱日期。至本世纪七十年代起，有的州和联邦取消了假释制，则善行折减制又回复成为减刑制形式。许多州的善行折减期允许事后被撤销，主要针对犯人在得到善行折减之后又表现不良的情况。但是有的州，如加利福尼亚州，善行折减是按年度计算的，因而不能跨年撤销。

善行折减制初创时的宗旨是激励犯人积极地进行改恶从善，主动地矫正自己的不良行为。由于实践中如何评定“表现良好”操作上有诸多困难，于是逐渐变成“表现不坏即可折减刑期”(评定

“不坏”比评定“良好”容易)。这样,善行折减制便从奖励犯人演变为犯人权利,逐渐丧失其原先的积极功能。

减刑和赦免,本质上是相同的,而且特赦的理由和减刑理由基本相似,主要区别在于作出决定的机构不同。另一点不同是,赦免是犯人(或其亲属)主动提出申请而被批准提前出狱;善行折减是根据犯人在狱中的良好行为表现而被允许提前出狱。

## 二、赦免

赦免(pardon),根据宪法规定,总统和州长有特赦权,对个别犯人(审判前或刑罚执行过程中)可以决定给予赦免。赦免理由和减刑理由大体相似。判国罪不得赦免。

大赦(amnesty),就是由立法机关通过法案或者总统发布命令对不特定多数犯人所实行的赦免。美国历史上有过多次大赦,如上世纪七十年代南北战争结束之后实行的大赦,本世纪七十年代越南战争结束之后对战争期间的逃兵和逃避服兵役的犯人实行的大赦。相对说来,美国大赦范围并不宽,有的国家“监狱拥挤”,也可能成为大赦理由。

## 三、追诉时效

追诉时效(timelimit of prosecution),就是根据法律规定对犯罪人追究刑事责任的有效期限,超过了法定期限,就不能再对犯罪人追究刑事责任。追诉时效期限的长短,同犯罪行为被判刑罚的轻重相适应。刑罚重的犯罪,追诉期限就长;刑罚轻的犯罪,追诉期限

---

如意大利于1953年从50000犯人中大赦23000名。



就短。

美国刑法中的追诉时效,有些州规定在实体刑法中(如新泽西州),有些州规定在刑事诉讼法里(如纽约州)。纽约州《刑事诉讼法典》规定了四种追诉时效期限:

(1) 法定刑为一级重罪的犯罪,没有追诉时效限制;

(2) 法定刑为一级重罪以外的任何重罪,追诉时效为犯罪行为实施以后的5年之内;

(3) 法定刑为轻罪的犯罪,追诉时效为犯罪行为实施以后的2年之内;

(4) 法定刑为微罪的,追诉时效为犯罪行为实施以后的1年之内。

## 第六节 监 狱

刑法的威力在于刑罚。当代刑罚体系主要由三部分组成,即生命刑(死刑)、自由刑(监禁)和财产刑(罚金)。死刑只在极少数场合适用,而且从历史发展上看,死刑适用机会日趋减少。罚金,同行政处罚款的实际区别并不很大。就目前美国而言,监禁刑是刑罚体系的基础。监禁刑的执行场所是监狱,因此,监狱是刑法威慑力的物质保证。

### 一、监狱系统

美国监狱系统:(1)联邦监狱,有44个(1982年),关押着全国的将近十分之一的犯人。(2)州监狱系统,由两部分构成,一类是州监狱(state prison),关押被判1年以上监禁刑的重罪犯;另一类是

地方看守所(local jail), 关押被判 1 年以下监禁刑的轻罪犯和等待审判的未决犯。

## 二、监狱警戒等级

监狱警戒等级制, 是按犯人罪行轻重、人身危险性大小和现实表现不同, 对犯人实行分级管理的制度。不同等级表明犯人在服刑中不同的自由程度。

州监狱有三个警戒等级: (1) 最高警戒监狱, 四周有高墙, 并设枪塔, 狱内警戒森严, 门岗重重, 分段隔离。(2) 最低警戒监狱, 不设枪塔, 一般也没有高墙, 只在大门口设门卫, 犯人可以在监狱之内自由活动, 同外界有较多接触机会。(3) 中等警戒监狱, 犯人在狱中的自由程度大于最高警戒监狱, 但小于最低警戒监狱。

联邦监狱从 1979 年开始改革了上述州监狱实行的传统的三级警戒制, 把警戒等级改为六级, 一级警戒为最轻, 六级为最重。不同警戒级别的监狱, 在枪塔的有无、枪塔的数量、环境控制程度、内部监控设施以及警卫人员的装备等方面都有差别。在警戒级别较低的同个监狱里, 又根据犯人在狱中的实际表现和对社会的危险程度, 分为四个监管类型: 最大限度的监管; 不能出狱的监管; 可以出狱的监管(指在警卫人员陪同下短时间地出狱参观、购物等); 社区进行的监管(指较长时间的外出或者定期外出, 常适用于刑期即将届满或者将要被假释的犯人)。

## 三、监狱的发展和改革

以执行自由刑和矫正犯人为基本职能的有统一管理制度和固定处所的专门机构——现代监狱(prison), 在西方世界是商品经

济发展和资产阶级革命引起刑法制度中出现以自由刑为刑罚体系支柱的产物。在十八世纪以前,对犯罪人通常适用的刑罚是罚金、鞭打、断肢、烙印、死刑、流放。监禁作为惩罚方法主要适用于欠债不还的“民事犯”,监禁是极次要的惩罚手段,适用比例很小。例如,1770—1774年英国伦敦刑事法院判处监禁的案件仅占全部刑事判决的2.3%。看守所(gaol)不是一种独立刑罚形式的执行机构,它主要用来关押等待审判的未决犯和等待执行死刑或流放的已决犯。西方刑法史学家认为,现代监狱的前身是十六世纪开始在英国建立的“收容教养院”(the house of refuge 或称 workhouse)。

随着商品经济发展和资本原始积累,大批农民离开土地涌进城市,社会结构出现了都市化现象。有些人在城市里找到了工作,有些人则没有找到职业,于是,失业流浪和违法犯罪现象随之普遍增长。面对这种境况,1557年伦敦市建立了第一所“收容教养院”,把生活没有着落的穷人、流浪汉和违法犯罪少年监管起来,组织他们从事生产,学习劳动技能,养成劳动习惯,以达到解决社会问题、减轻社会负担的目的。1576年,英国议会鉴于伦敦经验通过了一项法律,要求英国每个郡都建立这类机构。这一措施很快地被欧洲许多国家所仿效。这里特别应提到的是荷兰阿姆斯特丹于1596年和1597年建立的两个(木工和纺织)济贫习艺所。当然,无论是英国的收容教养院还是荷兰的济贫习艺所,都还不是自由刑的专门执行机构——监狱,但是已经大体具备了限制自由、组织劳动、学习技能的职能,而且场所也固定,所以被认为是现代监狱的前身。

两个世纪以来,美国监狱制度的发展与改革,可以粗分为三个时期,相应地有三种监狱类型,现分述如下。

### (一) 隔离悔罪型

美国的第一所州监狱是独立战争期间于 1773 年在康涅狄格州利用一座地下废矿井建立起来的,可以说是名副其实的地狱,没有光线,也不透风,臭气冲天,蚤虱丛生。第二年这所监狱里爆发了美国监狱史上的第一次监狱暴动。

一些思想家和基督教公谊会教徒,要求政府建立专门机构,监管那些已被定罪的重罪犯,以便使他们能够“向社会还债,并且有条件来进行苦行赎罪”。1790 年,第一所关押长期监禁犯的监狱,在费城由公谊会教徒所创建。犯人在狱中“独居”,手工劳作和室外放风都是单独进行,犯人之间绝对禁止接触,苦行赎罪。这就是被称之为“费城制度”的要义。费城模式随后很快地被美国其他州和世界上许多国家所仿效。

除费城监狱外,另一座有影响的监狱是 1817 年纽约州建立的奥本监狱。其基本特点是:犯人夜晚各住单间,白天在一起劳动,但是严禁交谈,也不允许相互点头或打手势,多人一起劳作或者同行时人人必须低头,以免彼此相见,受到邪恶影响,只有在这种气氛中犯人才能摒弃罪恶实现悔改,这就是“奥本制度”的主旨。

费城制和奥本制在具体管理上各有不同,但基本精神是相同的,即隔离悔罪。这是美国早期监狱的共同特点。

## (二) 教育改造型

美国监狱发展史的第二时期以 1876 年纽约州建立爱尔密拉教养院为开端。该监狱关押青少年犯。监狱的管理思想和管理制度,都和以往的监狱有着明显的不同。它强调道德感化和职业训练,采用不定期刑,实行假释制度,对犯人按行为表现和实际成绩实行分级管理,在生活条件和会见家属等方面给予人道待遇。

如果说费城、奥本制度是以消极的隔离悔罪为主,那末爱尔密

拉制度是以积极的教育改造为主。教育改造型是十九世纪末直到本世纪中期美国监狱的占统治地位的“标准”模式。目前美国许多大型监狱基本上仍然可以归纳进这种类型。

### (三) 社区参与型

从第一次世界大战到第二次世界大战结束以后这段时期内,美国监狱管理制度处于停滞甚至倒退状态。震动全国的一件大事是1971年9月12日纽约州阿的卡监狱暴动。这是美国监狱积弊的集中反映,它引起了司法界的严重关注。

从六十年代后期开始,被大力宣扬和提倡的同“非监所化”(deinstitutionalization)运动联系在一起“社区参与型”的矫正设施,标志着美国监狱发展改革的第三个时期的开始。这种类型的监所主要有两种形式,一是所谓“监放中心”(work-release center 或 study-releasecenter),即有监有放、监放结合。有工作或正在读书的犯人,可以外出工作或学习,工作完了或放学之后仍回监所服刑,如果是女犯可以有机会回家照料家务。另一种是利用很早以前就存在的“中间监所”(half-way house),这是大型监狱与社会之间的“中途岛”。犯人在这里有许多机会同社会接触,一方面可以得到社区的直接帮助,另一方面又可以逐渐适应和监狱生活完全不同的社会生活,以便有朝一日出狱之后很快能够适应这种生活。总之,使犯人的教育改造不脱离社会。在此期间,中途监所的管理人员除组织犯人进行学习和劳动外,还为犯人寻找职业,以便出狱之后有固定的生活保障,免得重新犯罪。

这两类监所设施的共同特点是:(1)接近社区。地点一般在人

---

政府当局出动1000名武装警察才把暴动弹压下去。这场暴动,共死43人(犯人32,监管人员11),受伤(轻伤重伤)者约500人。

口集中的社区附近,有的是政府新建的房子,有的是租用的房子。这样,既便于组织有酬劳动,也有利于犯人同家庭和社会的接触,以便借助社会力量来帮助犯人改过自新。(2)规模小。一般容纳犯人50名左右。小型分散,便于管理,便于矫正工作个别化。大型监狱通常很难做到这一点。

一般认为,除罪行特别严重的一小部分犯人必须置于警戒度高的大型监狱加以严格监控以外,多数犯人(估计可达80%)都可以放在社区参与型的监所中进行改造更新。因此,有人认为大型监狱只需保留一部分,更多地应当设立这种接近社区、小型分散的新型监狱。

由于这一类型监所实践时间不长,经验和问题的总结和研究还不太充分,对此作出全面评价为时尚早。

#### 四、监狱私营化(prison privatization)

囚犯人数上升,监狱费用过高。——这就是私营监狱产生的社会背景。国家建立的监狱人满为患,再造新监狱,不仅花钱太多,纳税人反对,而且周期太长,不敷应用。怎么办?有一些州和联邦的法院作出决定要求释放一部分轻罪犯,以缓和监所拥挤的紧张局面。对此,社会舆论又不支持。在这种形势下,建造矫正设施和监管犯人的事业开始被视为有利可图的一种新产业,于是私营企业踏进监狱大墙,私立改造公司相继出现。

---

1983年监狱费用达69亿美元。据1985年2月12日《国际先驱论坛报》一篇题为“美国私营监狱可望增加一倍”的文章说,司法部报告美国在监狱中服刑的重罪犯有439000人,过去10年中增长了1倍。另外,在看守所的轻罪犯和未决犯还有224000人。

截止 1984 年底, 已有两州(得克萨斯和新墨西哥)已经通过了法律, 准许私营公司承办监管犯人的司法业务。现有私营改造设施 24 所, 到 1986 年底增加一倍。据全国改造学会估计, 到 1990 年将会签订多达一打的承包合同, 由州或联邦司法当局委托私人经办最高警戒等级的监狱。1986 年初, 出现了第一个这种类型的私营监狱。

私营公司进入国家监狱领域, 主要有两种方式:

1. 提供直接技术服务。例如, 科罗拉多州一家公司生产的软禁电子遥控系统, 使得法院可能对罪行较轻的犯人和非暴力重罪犯判处监外软禁(社区软禁), 让犯人在脚上带上一个体积小于香烟盒的自动发报装置, 事先输入犯人活动空间的指令, 如果犯人的行踪越出允许的范围, 安装在监狱的接收机就会收到罪犯越轨信号和犯人所在的地域方位信息; 如果犯人自己脱下或者砸毁发报装置, 那末接收机就会收到紧急呼号。另外, 有些私立医院或私人医生为监狱提供医疗服务, 有些运输公司为监狱或法院提供运送犯人的服务, 等等。

2. 开办监禁矫正设施。举办私营矫正机构的第一家公司是 1977 年成立的加利福尼亚州的“西南行为系统”(Behavioral Systems Southwest), 它在加州开设了 12 处监管设施, 主要业务是监管移民和归化局送来的非法移民。第二家较大的私营企业是田纳西州的“美国改造公司”(Corrections-Corporation of America), 成立于 1983 年 1 月。这家公司于 1984 年 1 月在曼菲斯设立了一个少年犯监所, 4 月又在休斯敦开办了拥有 350 个床位的非法移民拘禁中心。建造这座设施耗资 400 万美元, 历时 5 个半月。如果由政府来建造, 费用要增加一倍, 而且时间要拖长 3 至 5 倍。休斯敦

拘禁中心的经营,为当地的移民和规划局节约开支约三分之一。宾夕法尼亚州一家保险公司,将成为美国第一家自行设计、建造和经营最高警戒等级的成年犯监狱的私人公司。监狱设在宾州比弗县,拥有 720 个床位,投资为 1500 万美元。

监狱私营化的反对者,主要是政府雇员的一些组织。有些知识分子和个别教会也反对监狱私营化。他们认为,盈利目的会妨碍改造效果的实现。这种担心不是没有道理。不过,没有盈利目的的公设监狱,其矫正效果不是也非常之差吗?根据这两年的有限的实践情况,私营监所在营造投资、建筑速度和管理费用等方面都优于公立监所。

应该如何评价私营监狱?由于“历史”太短,难下结论。当前(包括最近的将来)美国刑事政策的动向是从严惩罚严重犯罪——加重累犯、惯犯的刑期;限制假释的适用;严格限制精神病免罪辩护的范围;等等。这些都直接导致监狱在押犯人数的增长。近年来美国的犯罪率大体持平,但是“监狱人口”不断上升。私营监狱就是为了减轻公设监狱的重压并作为公设监狱的必要补充而表现出它的存在价值,至少在最近一个时期内可以作这样的设想。

私营监狱的支持者和反对者之间争论的关键在于:政府能否把监禁权委托私人公司行使。反对者认为这是违宪的;支持者引证判例认为“不违宪”。

监狱的功效和命运取决于自由刑(监禁刑)的发展趋势。封建制度末期社会大多数成员自由度增大(人身依附关系削弱),自由刑得以出现并逐渐成为独立刑种,同时出现了执行自由刑的近代

---

见 1984 年 11 月 29 日《华尔街日报》。

参见拙文《美国刑事政策趋向》,北京大学学报(社科版),1985 年第 3 期。



监狱。随着自由刑逐渐替代死刑和身体刑而成为刑罚体系的支柱，监狱便成为国家刑罚体系的物化象征。社会日益开放，整体自由增强，信息渠道畅通，社会关系日趋复杂，国家对社会的控制逐渐弱化，自由刑(监禁刑)功能将趋于降低。监狱的未来命运也将与之相关。

## 主要参考书目

1. The American Law Institute: Model Penal Code (1962).
2. Title 18 of the United States Code“ Crimes and Criminal Procedure”(1981 Ed.).
3. New York Penal Law (1982 Ed. ).
4. New Jersey Code of Criminal Justice (1982 Ed.).
5. Illinois Criminal Code (1981 Ed.).
6. Sanford H. Kadish (editor in chief): Encyclopedia of Crime and Justice (1983).
7. Sanford H. Kadish, Stephen J. Schulhofer, Monrad G. Paulsen: Criminal Law and Its Processes\_ Cases and Materials (4th Ed. 1983).
8. M. Cherif Bassiouni: Substantive Criminal Law(1978).
9. Wayne R. LaFave, Austin W. Scott, Jr. : Criminal Law (1972, 1986).
10. Rollin M. Perkins: Criminal Law(1969).
11. Norval Morris: Madness and the Criminal Law (1982).
12. Franklin E. Zimring, Richard S. Frase: The Criminal Justice System\_ Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law (1980).

13. Samuel Walker: Popular Justice\_ A History of American Criminal Justice (1980).
14. William Mathias: Foundations of Criminal Justice (1980).
15. Gresham M. Sykes: Criminology (1978).
16. Norval Morris, Gordon Hawkins: Letter to the President on Crime Control (1977).
17. Harjit S. Sandhu: Modern Corrections (1977).
18. Francis A. Allen: The Borderland of Criminal Justice (1969).
19. Glanville williams: Textbook of Criminal Law (2nd Ed. 1983, U. K. ).
20. Peter J. Seago: Criminal Law (1981, U. K. ).
21. J. C. Smith, Brian Hogan: Criminal Law ( 6th Ed. 1988, U. K. ).
22. Michael Jefferson: Criminal Law (2nd Ed. 1995, London).

## 第二版后记

第二版对 1987 年第一版作了如下修订:增加了“美国刑法的价值基础(第二版代前言)”;这是笔者经长久思考首先想对读者说的话。第一篇绪论,除第一章第一节“刑法性质”作了一点补充外,没有其他更多变动。第二篇犯罪总论有五个较大变动:一是结构调整,将原第六章“合法辩护”前移作为第四章,以便与第三章“刑事责任基础”紧密相联,集中呈现美国刑法犯罪构成双层模式;二是对犯罪概念没有定量因素的得失辩;三是对犯罪行为形式“持有”作了进一步分析;四是增加了一节“罪数”;五是对有组织犯罪的一项重要法律规定作了说明。第三篇具体犯罪增加了一章“经济犯罪”和其他几个危害公共安全的罪。第四篇刑罚及其执行,增加了一节“量刑情节”,包括减轻事由、趋重事由、累犯和认罪。

《美国刑法》得以再版,还应感谢北大出版社政法编辑室同志们的支持。

储槐植

1996 年 1 月于北大承泽园