

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文](#)[> 论文精粹](#)

储槐植：英美法系国家刑法变革对中国的启示

admin 发表于： 2009-05-15 22:35 点击：523

【摘要】 随着社会进步和司法实践的需要，中国司法实务界和法学界在改革开放以来，逐渐关注、借鉴英美刑法理论体系，以此推动和完善中国法治建设。在刑事政策方面，美国体现为对轻微犯罪处理更轻和对严重犯罪的处理更重；在刑法基本范畴和理论方面，英美刑法中的持有犯罪行为形式、因果关系多层次理论、轻率罪过形式等等，对中国刑法有一定启示；在刑法运作方面，英美对抗式诉讼模式对中国刑事诉讼改革和刑事法治建设具有重要影响和深远意义。

【关键词】 英美刑法；刑法变革；刑事政策

一、中国刑法对英美刑法的关注——从“远离”到“走近”

中华人民共和国成立之初，由于复杂的社会原因，国家在政治上实行“一边倒，倒向苏联”的国策。在法律领域，全面废除旧政权长期实行的“六法全书”。对于刑法，尤其是刑法教学，则是直接向苏联学习，也只能向苏联学习，实际是照搬苏联的刑法教材。有些法律院校直接聘请苏联专家讲授刑法课。在这样强烈的意识形态背景下，中国刑法只能“单向面对”苏联刑法，全面远离西方刑法（大陆法系的和英美法系的）。

由于历史的原因，旧中国的法制归属大陆法系，法学教育采大陆法方式，图书资料多是大陆法系的。新中国第一代刑法学专家年轻时是受大陆法教育成长的。当他们在讲述苏联刑法时自觉或不自觉地掺进了大陆（主要是德国和日本的）刑法知识和理念，例如共犯制度和罪数规则等理论与其说是苏联的不如说是大陆法的。由于学术自由的增进，20世纪80年代起，随着对苏联刑法理论（主要集中在四要件耦合式犯罪构成理论）的反思，大陆法系刑法理论受到广泛关注。可以认为，中国刑法又重新靠近大陆刑法，法益理论和三元递进式犯罪成立理论（构成要件符合性、违法性、有责性）成为刑法学界的热门话题。

随着社会进步和司法实践的需要，中国司法实务界和法学理论界在改革开放以来逐渐关注侧重实用的英美刑法知识，1989年出版王国庆等翻译英国的《肯尼刑法原理》（Kennys Outlines of Criminal Law），1991年出版赵秉志等翻译的《英国刑法导论》（Introduction to Criminal Law），2000年出版李贵方等译《英国刑法》，2003年出版谢望原主译的《英国刑事制定法精要》。1984年出版欧阳涛等著《英美刑法刑事诉讼法概论》，1987年出版储槐植著《美国刑法》（1996年第2版，2005年第3版），2004年出版赵秉志主编的《英美刑法学》。2005年7月8日，中国最高人民法院院长、首席大法官肖扬会见美国联邦最高法院大法官金斯伯格时说：“新中国成立56年来特别是改革开放以来，中国法治建设取得了巨大进步，在刑事审判方面，从纠问式审判改为抗辩式审判……。”从理论著作到司法实践可以充分证明，中国刑法已由过往“远离”英美刑法演进为“走近”英美刑法。”走近“是个内涵丰富的动态概念，首先是认识和了解，认识它的现状，了解它的发展变化，并且在此基础上借鉴对我有用的东西，形成中外互动局面。本文所称“英美刑法”，泛指英美法系的刑法制度、刑法范畴、刑法理论、刑法思想（刑事政策）。

刑事政策（刑法思想）是刑法变革的先导。20世纪70年代中期开始，美国的刑事政策出现了变化，我曾经把它归纳为：“轻轻重重，以重为主。”轻轻“就是对轻微犯罪的处理比以往更轻，即轻者更轻；“重重”就是对严重犯罪的处理比以往更重，即重者更重。{1}

对轻微犯罪的处理包括非犯罪化，非刑罚化，非监禁刑化。这体现在：扩大缓刑和罚金的适用范围，非监禁刑适用的比例升高；作为短期自由刑替代措施的社区服务广泛适用。这些发端于英美法系国家的体现当代刑事司法民主化潮流的制度和措施，对中国刑法和司法体制改革有着积极的启示作用。美国对严重犯罪，尤其是严重暴力犯罪和有组织犯罪，采取从重打击政策。在这个方面，中国和美国十分相似。美国9.11事件（2001年）和英国7.7伦敦连环爆炸案（2005年）以来，在反击恐怖主义方面采取的政策措施也得到了中国官方的认同。20世纪末出现的恐怖主义

（terrorism）作为有组织犯罪的极端发展形态，其主要特征是以战争形式出现的滥杀无辜，其巨大危害是同时侵害三种安全（法律保障的三类利益），即个人安全、公共安全和国家安全，出现了前所未有的“非传统安全”问题。一般刑事犯罪（包括通常所说的有组织犯罪），或是侵害一种安全，或是侵害两种安全，而不会同时侵害三种安全。20世纪末以来的最深刻变化是全球化进程的加快，对世界各国的政治、经济、文化形成了巨大的冲击，整个世界的发展格局发生了前所未有的变化。全球化的内在矛盾导致民族问题和宗教问题的凸现以及各种极端思潮的泛滥，这就是恐怖主义出现的主要社会背景。恐怖组织、恐怖分子有一种共同的心理，他们认为所攻击的那个社会的全体成员都是有罪的，任何一个人都可以成为攻击的对象，即使该人是无辜的，但为了实现他们的目标，以其作为牺牲品也是应当的。这种心理也就是英国首相布莱尔所说的“邪恶意识形态”。什么是恐怖主义？《简明大不列颠百科全书》、《美国法典》、美国国务院、美国国防部、美国联邦调查局各自都给出了略有不同的定义，但这5个定义有一个共同点，即恐怖主义为实现其政治目的（或称基于政治动机）而非法使用暴力。21世纪初的几十年将是世界范围的反恐时期。世界大国之间的反恐合作将增强各国刑事信息沟通从而必将促进刑法运作的协同。

三、英美刑法的基本范畴与理论对中国刑法的启示

（一）持有

持有（possession）在1962年美国《模范刑法典》（Model Penal Code）公布以来被多数州刑法视为是与“作为”和“不作为”并列的第三种犯罪行为形式。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）维持其存在状态，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，因为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。”作为“行为形式的犯罪性明显地蕴含在主体自身的动作中，”不作为“行为形式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、犯罪工具、不义之财、色情物品等）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确规定的。持有这一犯罪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，有些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，在司法实践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，发现事实就是证明了这个事实。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龙去脉（来源或去向），而证明事实的来源或去向显然大大难于证明事实本身。减轻证明责任，有助于增强刑法的威慑效用，使狡猾的作恶者难逃法网。

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），其主要内容也是持有。中国现行刑法立法上没有将持有规定为一种可与作为和不作为并列的犯罪行为形式，但在1997年刑法中规定了多达10个持有型罪名，例如非法持有毒品罪，持有假币罪，非法持有枪支、弹药罪，非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，非法持有毒品原植物种子、幼苗罪。中国刑法理论上，有认为持有可以成为独立的一种犯罪行为形式，也有持否定观点的。但都不否定持有型罪名有其独特的法制价值。

因果关系 (causation) 存在于结果犯的犯罪成立要件中。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。法定原因包含两个层次, 第一层是事实原因 (cause in fact), 第二层是法律原因 (cause in law)。事实原因由“but-for”公式表达, 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。事实原因就是结果发生的“条件”。由于事实原因 (条件) 覆盖面过大, 第二层次法律原因是用以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。第一层是第二层的物质基础, 第二层则是刑法因果关系理论的核心内容。从事实原因筛选法律原因的标准是什么? 对此有不同说法, 较有影响力的观点是近因说 (proximate cause)。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。近因有三个特征: 其一, 近因首先是产生结果的事实原因 (条件), 但事实原因的外延大于近因的外延, 因此并非所有事实原因都是近因。其二, 当然地 (naturally) 或者盖然地 (probably) 引起结果, 也就是说结果的发生不是偶然巧合。通常认为, “当然”的概率近于1, “盖然”的概率大于0.5。其三, 近因与结果之间没有被介入因素打破因果链。司法实践中, 一个危害行为直接引起损害结果的这类案件, 在因果关系问题上通常不会发生争执。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损害结果。介入因素主要有三类: 自然事件, 他人行为, 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最后危害结果的近因? 近因说认为, 关键是考查两个问题, 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。否则便不是。第二, 介入因素本身的特点是异常的还是非异常的? 如果是异常的, 则先在行为不是结果发生的近因。否则便是。异常或者非异常, 其实就是现象之间联系概率高低程度不同的问题。

刑法因果关系近因说, 符合现代自然科学关于因果关系的统计规律理论, 并且有明显的可操作性。中国刑法学界以往只熟悉大陆法系刑法因果关系理论, 近年来已有学者开始关注并接受美国刑法法律原因 (近因) 学说, 看好它的实用性。因为刑法学本来是一门实用性很强的学科。

(三) 罪过形态

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

轻率, 就是已经认识到并且自觉地漠视法律禁止的结果可能发生的危险, 主观上对此结果并未自觉制止, 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。轻率这种犯罪心态, 是英美刑法上的一种实用性很强的罪过形式, 其他法系刑法立法目前还没有这种规定。大陆法系刑法理论的共识是将罪过分为故意 (希望故意和放任故意) 和过失 (轻信过失和疏忽过失) 两种四类, 同一法条的同一犯罪要么是故意 (两类故意) 要么是过失 (两类过失), 不可能既是故意又是过失。在理论上分别给故意和过失下抽象的定义并不困难, 问题是将放任故意与轻信过失联系司法实践进行比较考察, 就会发现二者无论在理论上还是实践中予以明确界分往往极其困难。二者的共同之处是行为人对产生危害结果的行为本身具有轻率特性, 行为时对后果的预想多半呈模糊状态: 既可能含侥幸避免成分 (轻信), 也不排除漠不关心的成分 (放任), 究竟以何者为主, 因案件不同而相异, 有些案件中连行为人自己也不明确, 何况司法人员。对此, 如果硬要判定是故意或者是过失, 常常不可能做到, 结局是莫衷一是, 久拖不决, 公正和效率同时丧失。出于司法实践需要, 美国《模范刑法典》总结实务经验, 对结果犯的心态上往昔的两种四类改制为三种, 即在蓄意 (直接故意, 或称希望故意) 和疏忽过失之间设置中间模糊心态“轻率” (涵盖大陆法系刑法上的间接故意和轻信过失)。这是实用性很强的概念, 也不违背科学 (模糊论可作解释)。近年来, 德国刑法学者提出的“第三种罪过形式”以及法国学者提出的“中间类型”, 在内涵上与美国刑法的“轻率”罪过形式是相同的。刑法立法和刑法理论最终应当服务于司法实际需要。

传统的大陆法系和中国刑法理论不承认兼容并包故意与过失的“轻率”作为一种独立的罪过形式。但是1997年中国刑法第397条规定的滥用职权罪和玩忽职守罪, 这两个罪的犯罪心态实际上既包括故意 (放任故意) 也包括过失。由于中国刑法和刑法理论没有“轻率”概念, 有些学者将此种兼容故意与过失的罪过形式称之为“复合罪过形式”。{2}{3}

四、英美对抗式诉讼模式的借鉴意义

关于刑法运作。体现司法文明、实现司法公正的英美对抗式诉讼模式对中国刑事诉讼改革和刑事法治建设具有重要影响和深远意义。英美法系的判例制度（体现司法公平：相同问题相同解决，相似问题相似解决）日益受到大陆法系国家的关注。近年来，中国学者对判例制度开始了较为深入的研究并取得了一些成果，提出了借鉴英美经验建立中国的判例制度的具体方案。

罪刑相当是当代各国刑法的一项基本原则，而量刑不公（sentencing disparity）却是世界性的共同问题。这不是理论问题，而是运作机制问题，是困扰各国审判实践的问题。1981年美国明尼苏达州提出了“量刑指南”（sentencing guidelines）。它虽然十分简要粗糙，但却有世界影响。1995年中国出版了美国联邦《量刑指南》（北京大学法学院组织翻译），引起了国内刑法学界和司法实务界的极大兴趣。本世纪之初，山东省一地区中级人民法院根据当地情况提出了自己的“量刑指南”，此举立即受到学界的关注，有赞扬的，也有批评的。2004年江苏省高级人民法院推出了较为详细的更有操作性的“量刑指南”。

辩诉交易（plea bargaining）是一种首先在20世纪60年代美国兴起的由控辩双方相互协商了结刑事案件的诉讼机制，其特点是极大地节约司法成本从而达致快速结案。尽管美国法学家对辩诉交易这一做法持批评态度，但对积案如山的现实却是最佳选择。在上世纪末，中国司法实务界和一些刑事诉讼法学专家开始讨论借鉴美国的做法的可能性。这一动向值得注意。

英美国家的刑罚执行制度，尤其是社区矫正（community correction）制度，近年来已经成为中国司法体制改革的一个热门话题。1973年美国明尼苏达州通过了《社区矫正法》，迄今为止美国多数州已有了社区矫正法或者类似的法律。在美国，社区矫正发展迅速的主要原因是监狱人满为患，也为了节约刑罚执行的经费开支，有利于罪犯回归社会。当前中国刑罚执行领域也面临类似问题。社区矫正是与监禁矫正（监狱矫正）相对的行刑方式，是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区内，由专门的国家机关在相关社会团体和社会志愿者的协助下，在一定期限内矫正其犯罪心理和行为恶习，促使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。自2003年7月中国决定实行社区矫正以来，已有6个省（市）全国推开这项工作，另有12个省（区、市）正在进行试点，积极探索刑罚执行制度改革。当然，中国的社区矫正与中国的体制背景密切相联系。

大多数中国刑法学者较为熟悉大陆法系刑法及其理论而对英美刑法较为生疏，甚至觉得英美刑法没有多少理论。这是一种误解。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。诚然，两种法系的理论色彩确有不同。如果说大陆法系的理论重思辨，那么英美法系的理论重实务。前者是学者型理论，后者是法官型理论。英美法理论思维的逻辑起点是经验（经验通常包含理论一时难以说清的真理成分），价值目标是实用（这样的目标容易达成共识，但可能缺乏深入思辨的推动力）。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），价值目标是完美（此目标难以达成共识，但留有充分讨论的余地）。思维的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。英美法系见长于实践运作能力，反映在刑罚制度（包括量刑制度和行刑制度）不断创新上。大陆法系见长于抽象思考能力，表现在犯罪构成理论的丰富多彩方面。以一种样态为标准去评价另一种样态是不科学的。最后要说的是，刑法是法律体系中专业性很强的部门法，刑法学本质上是一门实践的学科。

【作者简介】

储槐植，（1933—），男，江苏武进人，北京大学法学院教授，博士生导师，北师大刑科院特聘顾问教授。

【参考文献】

- {1} 储槐植. 美国刑事政策趋向（J）. 北京大学学报，1985，（3）.
- {2} 储槐植，杨书文. 复合罪过形式探析（J）. 法学研究，1999，（1）.
- {3} 储槐植. 提倡折衷（J）. 浙江社会科学，2005，（3）.

