

美国法的“刑”与“非刑”*

李立丰

内容提要:从理论研究以及司法实践的角度来看,“刑”与“非刑”之间的区别都显得十分重要,随着时代的不断发展,包括美国法在内的很多法律体系当中都出现了“刑法民法化”以及“民法刑罚化”这样的两种并行趋势,从而使得原本尚属明晰的“刑”与“非刑”之间的区隔变得愈发模糊。美国法“刑”与“非刑”关系传统界别往往关注二者之间责任类型的不同归属、行为性质的不同认定、立法目的的不同设定、救济模式的不同特质以及救济程序的不同厘定。本文通过对美国法“刑”与“非刑”二元分野合理性的反思与追问,着力对于美国法“刑”与“非刑”关系之间的模糊地带,特别是所谓的“惩罚性民事制裁”问题加以深入研究,继而从一个更为深入的层面对这一问题加以明晰。

关键词:美国法刑法民法化 民法刑罚化 惩罚性民事制裁

李立丰,吉林大学讲师。

前 言

从理论建构的角度分析,“刑”与“非刑”的差别决定了研究对象是否具有独立性这样一个前提性的根本问题,具体而言,对于“刑”与“非刑”是否可以加以区分以及如何加以区分的不同回答,必然决定了研究向度之间的差异;而从实践角度分析,这样的一种区别直接决定了一系列程序问题上的重大差别,其中就包括从证明标准到辩护律师的权利范围等一系列问题,而这些问题往往对于当事双方争议结果会产生具有决定性的影响。

一直以来,对于“刑”与“非刑”之间关系的很多认知都是以一种未经反思的想当然状态存在的,也就是说,在很多人看来,“刑”与“非刑”之间的界限是较为固定且较为明晰的,而“刑”与“非刑”之间的区隔几百年来一直也被英美法视为金科玉律。^[1]但事实上,随着时代的不断发展,包括美国法在内的很多国家法律中都出现了“刑法民法化”以及“民法刑罚化”的并行趋势,从而使得原本尚属明晰的“刑”与“非刑”之间的区隔变得愈发模糊。这里所说的“刑法民法化”,主要是指美国刑法当中晚近大量出现的所谓“公益犯罪”中,不仅对于行为人的犯意要

* 大陆法系当中对此大致称为“民”“刑”关系。但是在普通法系的美国法当中并没有一个可以与大陆法系“民法”完全对应的概念范畴,故从避免歧义的角度出发,本文将其称之为美国法中的“刑”与“非刑”问题。

[1] Hall, "Interrelations of Criminal Law and Torts: I", 43 *Colum. L. Rev.* 753, 756-60 (1943).

求十分宽泛甚至规定严格责任,而且附加在传统刑罚之上的社会“污名”,或者说否定性的社会评价也十分淡薄,使其丧失了传统刑法所具有的典型特征,更为类似于某种对于错误行为造成损害的补偿,而非惩罚;所谓的“民法刑法化”,是指针对类似于侵权行为在内的非合同行为,美国法越来越多地使用“惩罚性赔偿”,从而使得这些本来就和犯罪难以区分的侵权责任更加苛重。从这个意义而言,目前美国法当中所谓“刑”与“非刑”之间的模糊地带业已形成,并且有日益膨胀的趋势。因此,有必要对于美国法中“刑”与“非刑”之间关系的流变与现状加以分析,并探求推动这种变化的内在动因以及发展的一般规律。

一 美国法“刑”与“非刑”关系传统界别

和一般理解的刑法涉及国家公权力,以国家名义进行,并且刑罚的运用较为苛重等这种传统理解不同,实际上,国家或者政府作为起诉方这一事实并不能作为决定性的参考指标。尽管刑事案件通常以国家的名义进行,国家经常扮演公诉人的角色,但是从理论上讲,私人也可以进行此项行为,事实上,这种情况也偶有发生。“在 18 世纪的英国,几乎所有的犯罪都是私人起诉的,起诉行为的表象是公力起诉,例如,案件的名头通常会被冠以‘Rex (or Regina) v. Y’,即国王(或女王)诉某某,而非一般非刑事案件的‘X v. Y’。但即便如此,通常都是由类似受害人那样的私人发起诉讼、寻找证人并安排其出庭,并由其完成几乎所有和当代检察官有关的职能。”^[2]而另一方面,国家也会以自己的名义出现在很多非刑事的案件诉讼过程当中,并且作为案件当事人,参与诉讼。因此,是否以国家名义进行诉讼或者案件当事人是否具有国家这样一种身份不能作为对于美国法“刑”与“非刑”区隔的地标。

这样的一种区分也不在于是否使得败诉一方丧失人身自由,或者接受其他较为严苛的刑罚。事实上,某些民事制裁会使得败诉方丧失人身自由,而某些刑事案件的被告即使败诉,也不会被投入监狱。对于刑事与非刑事制裁严苛程度的比较或许并没有太大的裨益,因为民事制裁可能会比刑事制裁更为苛重。因而有观点认为,这些处罚对于被告而言在程度上与刑罚类似,故从宪法保护的层面应该认定为刑事程序。特别需要指出的是,如果坚持从刑罚的苛重程度入手区分“刑”与“非刑”,不仅仅需要涉及对于“制裁”或者“刑罚”的重新界定,而且还要涉及对于不同属性处遇方法之间的比较,而这样的一种做法如果被纳入到美国宪法程序性保护的语境当中,则不具备实践操作性,从而应当加以摒弃。

在排除了上述无关要素之外,美国法对于“刑”与“非刑”的传统界分可以围绕相关关键要素作如下几点概括。

(一) 责任类型的不同归属

制裁必须首先考虑其所适用的对象。而在区分民法以及刑法方面一个首要的特征就是适用对象所要求的心态要素。在刑法范畴,从事错误的行为的同时必须伴随有某种心态要素,即犯意,这样的一种要求根植于英美法当中,但在民法领域却一般并不要求心态要素或者主观责任。从这个角度而言,美国法当中“刑”与“非刑”第一个显著区别就是二者在责任认定或者责任类型上的不同,刑法可以被认定为属于“主观责任”,而后者则属于“客观责任”。

事实上,从 13 世纪开始,英国法就一直强调刑法当中的心态要素问题。尽管刑法与民

[2] David Friedman, “Comment: Beyond Tort/Crimes Distinction”, 76 B. U. L. Rev. 103, February / April, 1996.

法都要求行为的自愿性,但是民法所根据的主要是客观责任,具体而言,或者不要求心态要素,或者仅仅要求过失。这样的一种区分,其主要根据在于,一般认为,刑法以及其所伴随的刑事程序的主要目的在于表达一种对于“罪”与“非罪”,对于“错”的社会群体性评价。而这种社会性否定评价的基本逻辑预设就在于行为人的意志自由,具体到刑法语境,即强调行为人具有刑法所规定的特定犯意。因此,“在某些评论者看来,‘刑’与‘非刑’之间的区分,根本意义在于刑罚所带有的社会否定性评价,即所谓的‘污名’”。^[3]

除却这种关注道德意味的观点之外,有的学者采取的是国家权力谦抑以及司法资源有限等研究视角,在这些学者看来,^[4]由于现代社会中国家扮演角色的紧缩,以及司法资源有效运用的考量,刑法所使用的范围也该作紧缩处理,也就是说,其应紧紧适用于那些故意实施侵犯他人人身以及财产权利的行为人,而非刑法制裁方式。在非刑罚处理的责任认定当中,甚至很多行为人本身并没有任何责任或犯意的单纯性事故也需要根据客观责任原则对受害方加以补偿。

(二) 行为性质的不同认定

另外一个区分“刑”与“非刑”的关键要素就在于制裁适用对象这一行为所产生的效果。

在刑法当中错误行为因为是一种公力上的错误,侵犯的是集体性质而非个人性质的利益。也就是说,即使在没有个人利益受到侵害的情况下依然可以适用。而民事制裁的规范,在另外一个方面,适用于对他人造成实际危害的行为,因此只有在事实上存在特定的受害人或者利益被侵犯者的情况下才可以存在。

如果说“刑”与“非刑”之间责任认定的分野关注特定犯意或者道德可责性等内化了的观念存在与否,那么对于二者行为性质之间界别的考察则着眼于行为所导致的效果。一般情况下,在侵权等非刑事责任当中,行为的结果无一例外地包括对他人利益造成的实际损害。而在犯罪或者刑事责任当中,却在于行为的社会危害性。对于社会道德标准的侵蚀,对于受害人及其家庭心理造成的创伤等等。^[5]

(三) 立法目的的不同设定

从司法角度而言,目前美国法对于“刑”与“非刑”之间的区别认定主要根据的是刑事成文法的惩罚性本质。美国最高法院在一个世纪之前的博依德诉美国(Boyd v. United States)案^[6]当中对这个问题进行了较为详尽的论述。^[7]

美国法一般认为刑法理论的核心原则是惩罚。而在另一方面,非刑事制裁的核心理念

[3] Marry M. Chen, “Constitutional Limits on Using Civil Remedies To Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction”, 42 *Hastings L. J.* 1325, July, 1991.

[4] Richard A. Epstein, “Tort/Crime Distinction: A Generation Later”, 76 *B. U. L. Rev.* 1, February / April, 1996.

[5] Jerome Hall, “Interrelations of Criminal Law and Torts: I”, *Columbia Law Review*, Vol. 43, No. 6, Sep., 1943.

[6] *Boyd v. United States*, 116 U. S. 616 1886.

[7] Boyd案所涉及的是1874年海关法,该法对于故意欺骗美国政府或者从事任何使得美国政府无法征收关税的有意作为或者不作为的人所拥有的货物加以没收。法院认定尽管根据该法,从技术角度而言,这样的一种没收是民事性质的,但是从实质以及效果角度,其是刑事性质的。从这样的一种性质出发,法院认定该法的相关规定违宪,因为其违反了宪法第四以及第十五修正案规定的禁止“自证有罪”的相关规定。在本案当中,法院将没收货物的行为视为刑事制裁而非民事制裁,其根据并不在于二者在刑罚严苛程度上的差别,而在于这样的一种处罚内在具有的和犯罪行为之间的连接性。单独来看,没收这样的行为似乎属于一种民事上的处罚,但是当和某种犯罪行为的认定相连接的时候,这样的行为就变得具有了惩罚的性质,而非单纯的补偿或者救济。由此,法院基于“惩罚”与“救济”之间的区别来对“刑”与“非刑”问题加以界别。

则是对于导致的损害进行弥补。例如,侵权法就将对于实际损害的补偿作为自己的实质性功能。而彰显这种区分的例证就包括“同意”。在侵权等非刑事法语境当中,被侵害方的同意,如果作为一种真实意思表示,是可以被用来作为抗辩手段或者理由的,但是在刑法语境当中,即便是受害人的同意,帮助他人实施自杀行为,一般也认为不能成为免责事由,而必须承担因此引发的刑事责任。^[8] 由此,刑法强调惩罚的立法意图暴露无遗。

对于“刑”与“非刑”之间不同的立法意旨的一个有力解释在于认定社会上存在三种不同类型的行为,即被允许的行为,被禁止的行为,以及被限制允许的行为。如果从事了被禁止的行为,那么就需要加以处罚,因此属于刑法的范畴,而如果实施了那些并非决然被禁止,但是如果实施,必须支付相关代价的相对限制行为的话,则属于非刑事范畴,如侵权。^[9]

(四) 救济模式的不同特质

弥补行为由有权主体实施,如立法机构、法院或者执行机构,从而强制实施特定的行为或者对于没有实施特定的行为加以制裁。但无论何种形式的弥补,都被用来作为实现制裁的目的。然而从制裁法的历史上来看,评论者一直认为刑罚的弥补功能是监禁以及由此产生的威慑。而在当代法当中,刑事制裁所带来的污名一直被认为构成了某种形式的弥补,这是因为其可能给个体带来某种毁灭性的结果。从这个意义上而言,刑事制裁的核心意图在于监禁以及其所可能带来的污名化。

而在非刑事法领域存在两种类型的弥补,此两种类型都与非刑事法的意图息息相关。首先就是恢复原状,其次就是对于造成的危害支付金钱补偿。

在这里需要稍加提及的是,事实上,英国法最早对于犯罪与侵权这两种刑事与非刑事制裁之间的区别适用的根据是赤裸裸的金钱,或者物质利益的考量,而与道德无关。^[10] 据学者考察,在最早的时候,犯罪与侵权行为都可以被纳入到“侵犯王国和平”这一类别当中。二者之间的核心区别仅仅是适用的相关术语以及案件的审理结果。在刑事审判当中,判决结果往往是死刑,并不伴有对于受害人的赔偿。而在侵权诉讼当中,除了对于实施危害行为的一方判处监禁或罚金之外,还需要向受害人支付赔偿。在这个意味上,“刑”与“非刑”之间的区分并不是社会危害行为与个别侵害行为之间的区分,也不是故意实施的错误行为与无罪过行为之间的区分,亦不是公力救济与私力救济之间的区分。从实质角度而言,其变成了受害人的一种最大化实现自己利益的选择手段。因此,在这种模式下,侵害行为人所持有财富的多少就成为核心要素。

(五) 救济程序的不同厘定

除却上述实体性质的考量,从程序角度判断,对于“刑”与“非刑”之间的区分较为核心的程序性要素分为两大类:即确定性原则以及发起方的身份。

关于制裁程序,存在三种十分重要的问题,而这些问题决定了“刑”与“非刑”之间程序的分野。第一,是信息获得方式的问题。也就是说,关于调查权力界定的关注,比如何时何地可以进行调查,以及是否有权强迫证人作证等。相比较而言,刑事程序当中信息获得的程度以及强

[8] Paul H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert", 76 *B. U. L. Rev.* 201, February / April, 1996.

[9] Paul H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert", 76 *B. U. L. Rev.* 201, February / April, 1996.

[10] David J. Seipp, "The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law", 76 *B. U. L. Rev.* 59, February / April, 1996.

度要大于民事程序。第二,在判决过程当中,可以允许哪些信息来源。对于这个问题,其主要关注的是受制裁主体是否可以提供相关信息的问题。刑法当中对此限制较为严格,一般不允许出现被告人自证有罪的情况出现。而第三种情况,制裁适用所需确定性层级。刑事程序所要求的证明标准为排除合理怀疑,而民事程序当中的标准为压倒性证据原则。

民法与刑法对于这些问题答案的不同在很大程度上是因为错误行为本身所具有的不同社会意义。而作为根本原则的适当程序原则要求调查行为的侵犯性与制裁的严苛性与程序保护的细密程度之间具有直接联系。

就诉讼的发起方,沿用英国法的相关规定,美国非刑事制裁与刑事制裁之间的区别表明国家在刑事案件的审判过程当中是发起方,而在非刑事程序当中私人则是发起方。

(六) 综合视角的观察

或许之前所看到的若干区分,如主观责任与客观责任之间的区别,惩罚的立法目的抑或是补偿的立法目的,以及程序等考量都十分有力,但每种单独的考量又都无法有力到可以足够说明美国法当中的“刑”与“非刑”之间的区别程度。那么,如果将上述若干相关因素加以密接,综合分析,是否可以为我们对此问题的理解提供一条更为有效的进路呢?

这样的一种综合分析的观点也是为美国司法所承认并适用的,^[11]例如,在肯尼迪诉 M. M (Kennedy v. Mendoza-Martinez) 案^[12]当中,法院就认定了七种应该被纳入到判断某种制裁是否属于刑罚的要素:(1) 制裁是否涉及某种直接的限制或者剥夺;(2) 从历史上是否具有被认定为属于刑罚的属性;(3) 是否需要在发现犯意的情况下被加以适用;(4) 其运行是否将会提升或者促进刑罚的传统目标——报应或者阻遏;(5) 其行为本身是否已经属于犯罪;(6) 与此种制裁相关,是否还有其他可能被赋予的目的或者意图;(7) 是否其已经超过了最初设定的意图范围。

反观美国学术界,对于美国法中“刑”与“非刑”之间的传统界别也多采用综合要素分析说明的方法,^[13]对这样的一种综合分析的观点,可以概括为如下图示:

	刑	非刑
责任类型	主观责任	客观责任
行为性质	违反社会规范	违反个人利益
程序类型	1. 受到宪法的严格限制 2. 信息获取以及证据的有限采信 3. 严格的证明标准 4. 对于律师等诉讼参与人的限制以及保护	1. 并无太多的宪法限制 2. 信息获取以及证据的无限采信 3. 轻缓的证明标准 4. 对于律师等诉讼参与人并无太多限制,也无太多包含
立法意图	惩罚	补偿
补偿措施	剥夺生命、人身自由,污名化	恢复原状,赔偿损失等

[11] Marry M. Chen, "Constitutional Limits on Using Civil Remedies To Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction", 42 *Hastings L. J.* 1325, July, 1991.

[12] Oyez: Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963).

[13] Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middle Ground between Criminal and Civil Law", *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment, Jun., 1992.

二 美国法“刑”与“非刑”二元分野合理性考辨

如前所述,刑罚意味着惩罚,而诸如侵权等非刑法意味着补偿。因为旨趣以及程序的不同,“刑”与“非刑”的二元区分构成了立法与司法机构的分野。

对于美国法中“刑”与“非刑”二元分野虽然存在传统意义上的上述区分标准,但这种标准的提出大多是出于“实用主义”的考量,即用来解决具体案件是否该当宪法严格审查这一程序性问题。但是,从理论自足以及发展的角度考虑,显然这样的一种二元分野没有对于如此区分的可能性与可行性进行反思。

如果从历史发展的事实以及理论建构的完整性考察,对于“刑”与“非刑”进行二元区分也的确存在很多需要进一步回答的问题。从历史来看,根据英国著名法学家霍尔姆斯(Holmes)对于普通法的研究,最早阶段“刑”与“非刑”之间并不存在对立性质的原则。^[14]而推动霍氏鼓吹此种观点的核心思想,是通过这样的理念建构一种普遍适用于二者的“客观原则理论”。根据这样的一种早期观点,“刑”与“非刑”之间的区分多少是带有任意性色彩的,毕竟在霍氏看来,二者在很多基本概念范畴,基本责任原则方面都存在共通性。

那么我们不禁要问,如果从历史上来看“刑”与“非刑”的区分并不是原发性的,而二者之间又有如此之多的共同之处,为什么还要对其加以区分?为什么这样的区分能够突破时空而成为一种常态?

对于美国法当中“刑”与“非刑”之分的根据,概括起来,学术界的观点包括如下几点。^[15]

(一) 有助于社会价值体系的构建

日常生活当中,社会或者国家对于普通民众的影响虽然无处不在,但又很难加以确证。如果特定国家的法律体系希望与普通民众之间建构沟通管道,这样的一种沟通必须十分简洁,又必须十分明确。而在这样的一种语境下,如果想要社会公众明晰特定的行为是为社会价值所摒弃的,那么就需要对这样的行为加以标明,这样的一种标称必须体现社会对于此种行为的否定性评价。可以想象,如果是在一个统一的法律体系当中,这样的一种谴责显然是十分困难的,毕竟要将这样的行为与其他行为加以区分较为困难。相反,如果是在两个独立的体系当中对这样的行为加以标明,则从源头克服了对于不同行为加以本质区分的难题,从而有利于传播社会的价值,培育社会公众对于特定价值倾向的认同。

(二) 有助于实现不同的社会功能

特定法律的厘定必须建构在特定的基础之上,并且服务于此种特定的目的。而一个看似统一的法律体系显然无法有效地完成不同的立法目的。如果要有效地实现特定的社会功能的话,就必须根据功能的不同,有效地组织与建构特定的法律体系。

即便是同一形式的法律概念,由于服务于不同的社会功能,也会出现根本性质的不同。例如,同样是对于诉讼当事人人身自由的限制,如果发生在非刑事范畴,则主要针对的是例

[14] Jerome Hall, "Interrelations of Criminal Law and Torts: I", *Columbia Law Review*, Vol. 43, No. 6, Sep., 1943.

[15] Paul H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert", 76 *B. U. L. Rev.* 201, February / April, 1996.

如那些患有生理或者精神疾病的当事人,此种限制措施的性质亦在于保护,即保护相关当事人的合法权益以及案件审理的正常进行。发生在刑事领域的对于当事人人身自由的限制,则程度较重,目的也不主要为了保护,而在于对相关当事人的惩罚。体现刑事责任最典型的表现形式的对于人身自由的限制,针对的是继往犯罪,刑期较为固定,执行过程当中相关权利保障以及程序的终结都有明确的法律限制,反观非刑事领域的对于人身自由的限制,则需要不停考察被执行人具体情况的前提下进行,在很多情况下较为宽泛,期限也不固定。而与不同程序伴生的情况还包括不同的执行成本。相比较而言,服务于不同社会目的,承载不同功能的措施的执行成本是不同的,而程序的紧缩与成本的高昂之间具有正比关系。

(三) 有助于满足社会一般公众的法情感

应该承认的是,社会一般公众具备的是某种蒙昧的法情感,这种未经提纯的普通心理强调善恶报应,而这种深层次的法情感几乎是直觉意味的,其不仅不容抹杀,而且普遍存在。

民主社会当中对于立法、司法进程起作用的是作为社会多数民众意志的拟制结果。而这种被拟制出来的民意才是最终判断法律走向的标准。对于一般民众而言,影响其做出判断的核心要素固然与法律原则有关,但更多的却是一种朴素的善恶报应的法情感。这种情感十分粗糙,浸润着道德评判的意味。也正是借由这样的一种道德评价理论,刑法可以被用来作为维系社会一般道德情感的手段,凭借其所独具的威慑力量,也可以从另外一个角度促进普通民众对于法律的认同。^[16]

三 美国法“刑”与“非刑”关系之间的模糊地带

在研究美国法“刑”与“非刑”之间关系的过程当中,固然应该承认这种长期以来存在着的二元分割,以及维系这种区分的合理性因素,但是随着“刑法的民法化”与“非刑事制裁的惩罚化”趋势,在美国法“刑”与“非刑”之间出现了一种模糊地带。

很多情况下,创制非刑事惩罚性制裁的动机在于避免刑事程序的保护,而因此导致的一个直接结果就是民事与刑事制裁之间界限的模糊。随着非刑事制裁惩罚性质的增加,围绕美国法“刑”与“非刑”中间的模糊地带产生了很大的争论。

在惩罚性制裁高速增长的情况下,必须进一步探求导致这种中间状态出现的根本性原因。美国学者一般认为,^[17]引发“刑”与“非刑”中间的模糊地带出现的原因无外乎以下两点:(1)我们对于民法或者刑法范畴的界定出现了问题,从而导致了混淆的发生,或者(2)法院和立法机构错误地允许了一种并没有包括民法以及刑罚基本价值的制裁方式的发展。

尽管早已经存在侵权当中的惩罚性赔偿问题这一中间地带,英美法学界以及实务界对于制裁仍然基本上采取的是二元论的观点。因此,制裁从理论上仅仅包括两个阶段或者范式,而实际上却已经产生出了对于定义、目的、程序等诸多的实质性改变。从特征的角度出发,二者之间在范围上存在大量重合。和刑事程序相联系的监禁,也可见于民事程序,而和

[16] David J. Seipp, "The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law", 76 *B. U. L. Rev.* 59, February/April, 1996.

[17] Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middle Ground between Criminal and Civil Law", *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment, Jun., 1992.

民法紧密相关的支付罚金,也可见于刑法当中的罚金。^[18]

具有惩罚性的非刑事制裁彻底颠覆了传统意义上对于美国法中“刑”与“非刑”的界分,从而迫使我们对于这样一种所谓的中间状态进行研究。

(一) 美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的发展脉络与现状

从发展脉络来看,美国法经历了由私力救济为主,到公力救济为主,再到私力救济为主的过程。

很长时间以来,盎格鲁—撒克逊法律体系的运转在很大程度上是基于私力救济。^[19]而私力救济最终被刑事公诉这一公力诉讼模式取代,学术界至少存在以下几种解释。^[20]首先,将法律历史解读为一种稳步发展的完善过程。在这个发展过程当中,随着人们对于制裁措施本质认识的不断加深,导致后来公力救济模式对于私力救济模式的取代。第二种解释是法律体系的改变是为了适应社会的改变。在农业社会,由于人际关系的简单以及人们活动范围的紧缩,似乎没有警察等公力机关的介入亦可以完成社会治理的职能。但是随着英国工业革命的进一步发展,传统的社会治理机构,也就是私力救济模式,在 18 世纪甚至 19 世纪早期已经日益现代化的英国都市当中也已显得软弱无力。第三种解释是由私力救济向公力救济的发展其实是以国王为代表的国家试图以此增加收入的一种手段。事实上,中世纪经营法院以及收取罚金是一项十分有利可图的财产权,而部分这样的权力归属于封建地主。国王与领主将执法权视为是一项获得未来收益的权利。在 18 世纪,这种权力依然被视为是一种收入,尽管不一定是经济上的收入。

相对于私力救济模式向公力救济模式的转变,美国法中公力救济模式向私力救济模式的回归则需要归结于其他的一些原因。根据美国学者的研究,^[21]导致这种情况出现的具体原因包括:首先,制裁理念本身发生了变化,传统刑事制裁与非刑事制裁的服务目的随着时代的发展日趋同一,而这种功能上的一致反过来又导致了两种制裁模式的趋同。其次,时代的发展导致需要规制越来越多的行为,而刑法的非惩罚化与民事制裁的惩罚化交互出现,特别是法经济学的出现以及其对于美国立法司法的有力影响,导致设定与适用特定制裁措施的初衷脱离之前传统的惩罚与赔偿理念,在新的中间状态大量存活。第三点需要强调的是随着工业社会的进一步发展,国家所具有的行政力量进一步膨胀。第四个,也是最为重要的原因就是美国刑事程序法为有效实现相关立法意图所遇到的障碍。根据美国宪法,美国刑事案件的审理需要遵守十分严格、冗长的程序规定,并且需要满足十分苛刻的证明标准,从而使得其在完成立法目的时不仅效率低下,而且成本高昂。而“惩罚性非刑事赔偿”不仅仅具备了传统刑事处罚的惩罚性特质,更为重要的是可以规避严格的程序性要求,因而从效率的角度十分具有吸引力。

(二) 美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的相关追问

综合起来,美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的提出需要就如下三个方面的意义加以

[18] Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middle Ground between Criminal and Civil Law", *the Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment, Jun., 1992.

[19] David Friedman, "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", 8 *J. Legal Stud.* 399, 1979.

[20] David Friedman, "Beyond the Tort / Crime Distinction", 76 *B. U. L. Rev.* 103, February / April, 1996.

[21] Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middle Ground between Criminal and Civil Law", *the Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment, Jun., 1992.

研究。

首先,美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的宪法意义。

对于美国法中“惩罚性的非刑事制裁”问题的相关研究,必须纳入到宪法语境当中加以考量。限于篇幅,下面仅以美国宪法第五修正案当中的“禁止双重告诉条款”,考察美国法中“惩罚性的非刑事制裁”这一概念的宪法意义。

宪法第五修正案当中的“禁止双重告诉条款”规定,没有人会因实施了同一犯罪而被处以死刑或者身体刑。这种理念一般被认为是西方文明的古老理念之一,现在也被规定在很多国家的宪法当中。^[22]

尽管长期以来并没有太多人质疑“禁止双重告诉条款”的重要地位,但是其所包括的范围和内容都不十分清楚。根据学者的解读,“禁止双重告诉条款”包括如下三种不同的滥用:即在判决之后针对同一犯罪的重复起诉;在被释放之后针对同一犯罪所接受的重复起诉;以及针对同一犯罪所进行的重复处罚。

需要特别指出的是,即便是像“禁止双重告诉条款”这样根本性的宪法条款,在美国法“刑”与“非刑”界限日益模糊、中间领域日益扩大的背景下,也开始逐渐摆脱传统刑法领域的局限,开始在非刑事法程序当中适用。

美国诉哈尔波(United States v. Halper)案^[23]在解释“禁止双重告诉条款”这一问题上可以被视为具有某种里程碑意义。哈尔波案是美国最高法院第一次在民事程序当中适用该条款。该判决扩展了法院解释“禁止双重告诉条款”所能扮演的角色。在本案判决之后,导致了一系列其他不利的连锁效应:首先,法院必须判断司法补偿与惩罚之间的大致界限;其次,必须考虑哪些限制刑事起诉的宪法性保护可以适用到惩罚性民事制裁之上;再次,法院必须判定何种行为会催生“禁止双重告诉条款”;最后,法院必须厘定出在一个单独的审理过程当中,如何综合民事以及刑事起诉过程。^[24]

其次,美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的程序法意义。

美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的存在使得美国司法部门、立法部门可以具有更多的选择,如根据一些学者的研究,^[25]第一,可以将非刑事法赔偿纳入到刑事程序当中。没收或者恢复原状就可以被规定为某种刑事判决的一部分;第二,非刑事法的赔偿也可以被明确地规定为刑事起诉的替代措施;第三,民法上的赔偿可以用来作为刑事制裁的补充。而在这种情况下,政府可以寻求民事赔偿,刑罚,或者二者并处。而作为刑罚适用基础的行为同样可以被作为民事处罚的基础。

美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的存在使得美国司法部门、立法部门可以具有更多的挑战。主要就是如何认定“惩罚性的非刑事制裁”相关的宪法性要求;如何设定一个较为合理的“惩罚性的非刑事制裁”所适用的程序性要求;如何合理规定不同诉讼参与人在“惩罚性的非刑事制裁”诉讼过程当中所享有的权利义务;如何认定特定的制裁措施属于“惩罚性

[22] 在宪法当中规定了此类程序性保护的国家包括美国、加拿大、墨西哥以及印度等国家。参见 http://en.wikipedia.org/wiki/Double_jeopardy, 2008年7月4日最后访问。

[23] United States v. Halper, 490 U. S. 435 (1989).

[24] Lynn C. Hall, “Crossing the Line Between Rough Remedial Justice and Prohibited Punishment: Civil Penalty Violates the Double Jeopardy Clause—United States v. Halper”, 109 S. Ct. 1892 (1989), 65 Wash. L. Rev. 437, April, 1990.

[25] Marry M. Chen, “Constitutional Limits on Using Civil Remedies To Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction”, 42 Hastings L. J. 1325, July, 1991.

的非刑事制裁”等。

再次,美国法中“惩罚性的非刑事制裁”的理论意义。

如果用一句话概括“惩罚性的非刑事制裁”所表征的理论意义,那么无疑,其所彰显的是美国法学研究领域一以贯之的“实用主义”研究向度。

实用主义与美国法的结合所产生的最大结果就是美国法研究和实践的公然的工具主义转向。美国法中“惩罚性的非刑事制裁”这种对于看似不可颠覆的“刑”与“非刑”二元分野的突破,彰显了法学与实用主义密接之处就在于二者研究向度的重合。

概括而言,“实用主义的解说关注的是情景主义这一命题——即认为思想实际上在于社会实践的内容或者情景,是截然区分传统科学实证主义与实用主义的关键所在”。由于美国法实用主义对于所谓根本主义或者本源主义的摒弃,导致其在具体适用过程当中并不过分依据所谓的原则或者理念,而是从事实出发,以经验作为前进的风向标。正如詹姆士所言,“原则是共相,事实是殊相,因此说理性主义的思想方法最愿意从整体走向部分,而经验主义的思想方式最愿意从部分走向整体,这也许是说明这两种倾向特点的最好的办法”。^[26]

[Abstract] From the perspectives of academic research and judicial practice, the distinction between “crime” and “tort” (or between criminal and civil laws) has its own implication. As the times go by, there are two tendencies emerged in many legal systems, including American legal system, namely the “civilization of the criminal law” and the “penalization of the civil law”. This has led to the confusion of the original relatively-clear distinction between the two. In American Law, the traditional relationship between “crime” and “tort” tends to emphasize on the different types of liabilities, different identifications of the nature of the act, different objectives of legislators, different features of remedies and different application of remedy procedures. By examining the rationality of the distinction between the “crime” and “tort”, this article tries to analyze and study the blurred area of the said relationship, especially the so-called “punitive civil sanctions”, so to bring a clarification on the basis of intensive studies.

(责任编辑:王雪梅)

[26] [美]威廉·詹姆士:《彻底的经验主义》,庞景仁译,上海人民出版社1965年版,第2页。