

外国刑法导论

法学格致文库

穷究法理 探求真知

童德华 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

外国刑法导论

法学格致文库

穷究法理 探求真知

童德华 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外国刑法导论/童德华著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 9
(法学格致文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2130 - 0

I. ①外… II. ①童… III. ①刑法 - 法的理论 - 外国
IV. ①D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 159639 号

策划编辑 刘峰 (52jm. cn@163. com)

封面设计 蒋云羽

外国刑法导论

WAIGUO XINGFA DAOLUN

著者/童德华

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 9 月第 1 版

印张/23.5 字数/360 千

2010 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2130 - 0

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

第一章 外国刑法概述	(1)
第一节 刑法的含义与种类	(1)
一、刑法的含义	(1)
二、刑法的种类	(2)
第二节 犯罪的含义	(3)
一、犯罪的定义	(3)
二、犯罪的本质	(5)
第三节 刑法的机能	(8)
一、概述	(8)
二、刑法的基本机能	(9)
三、刑法机能的冲突	(10)
第四节 刑法解释和论证	(11)
一、刑法涵摄与解释	(11)
二、刑法解释的基本方法	(12)
三、刑法论证	(12)
第二章 外国刑法发展简史	(14)
第一节 古希腊、古罗马的刑法	(14)
一、刑法思想及相关理论	(14)
二、古希腊、古罗马的刑法特征	(19)
第二节 中世纪的刑法	(20)
一、中世纪的刑法思想	(20)
二、中世纪欧洲刑法立法	(22)
第三节 近现代刑法	(26)

2 外国刑法导论

一、启蒙时期的刑法思想与理论发展	(26)
二、早期客观主义刑法思想	(28)
三、早期主观主义刑法理论	(31)
四、近代刑法学派之争	(32)
五、当代刑法思潮	(37)
六、近现代刑法立法	(38)
第三章 罪刑法定原则	(48)
第一节 罪刑法定原则的形成	(48)
一、罪刑法定制度的历史沿革	(48)
二、罪刑法定原则的思想基础	(50)
第二节 罪刑法定原则的要求	(53)
一、罪刑法定原则的形式要求	(53)
二、罪刑法定原则的实质要求	(56)
第四章 犯罪论的构造	(57)
第一节 大陆法系犯罪论构造的历史	(57)
一、概述	(57)
二、犯罪论基本构造的形成历史	(57)
三、俄罗斯犯罪构成体系的形成与发展	(59)
四、德国犯罪论构造的发展	(60)
第二节 大陆法系犯罪论构造与英美刑法犯罪论构造的比较	(62)
一、英美刑法犯罪论的构造	(62)
二、两大法系犯罪论体系之比较	(63)
第五章 构成要件符合性论	(66)
第一节 构成要件符合性概述	(66)
一、构成要件符合性理论的沿革	(66)
二、构成要件的机能	(69)
三、构成要件的类型	(69)
四、构成要件要素	(71)

第二节 行为主体	(73)
一、行为主体概述	(73)
二、身份犯	(74)
三、法人犯罪	(76)
第三节 实行行为	(80)
一、行为概述	(80)
二、实行行为的含义与分类	(87)
三、不作为犯	(88)
第四节 因果关系论和客观归属论	(96)
一、大陆法系的因果关系论	(96)
二、英美法系的因果关系论	(105)
三、客观归属论	(115)
第五节 构成要件的故意和过失	(122)
一、构成要件的故意	(122)
二、构成要件的过失	(125)
三、构成要件的事实错误	(134)
第六章 违法性论	(143)
第一节 违法性概述	(143)
一、违法性概念及其理论沿革	(143)
二、违法性本质学说	(144)
三、违法的要素	(154)
四、可罚的违法性论	(156)
第二节 违法性阻却事由	(157)
一、违法性阻却事由的概述	(157)
二、大陆法系违法性阻却事由的一般原理	(158)
三、英美刑法中的辩护事由	(159)
第三节 法规中的正当化事由	(166)
一、正当防卫	(166)
二、紧急避险	(174)
三、正当行为	(179)
第四节 超法规的正当化事由	(180)

4 外国刑法导论

一、义务冲突	(180)
二、被害人承诺	(183)
三、自救行为	(186)
第七章 责任论	(187)
第一节 责任论概述	(187)
一、责任的本质	(187)
二、责任的要素	(194)
三、英美刑法中的特殊责任制度	(195)
第二节 责任能力	(207)
一、责任能力概述	(207)
二、责任能力的判断标准	(208)
三、有关责任能力的分类及其具体类型	(209)
四、责任能力存在的时期	(211)
第三节 期待可能性论	(216)
一、期待可能性理论概述	(216)
二、期待可能性标准	(217)
三、期待可能性的地位	(219)
四、超法规的期待可能性问题	(223)
五、期待可能性的错误及其处理	(225)
第四节 违法性意识及其可能性	(230)
一、违法性意识概说	(230)
二、违法性意识的学说	(231)
三、违法性意识的内容	(235)
四、违法性意识的不可能与期待不可能性	(238)
第八章 未遂犯论	(243)
第一节 概 说	(243)
一、未遂犯的立法例	(243)
二、预备犯、阴谋犯	(244)
三、既遂犯	(244)
第二节 障害未遂（狭义）	(245)

一、未遂犯概述	(245)
二、未遂犯的处罚根据	(245)
三、实行的着手	(248)
四、特殊犯罪类型的实行着手	(250)
第三节 不能犯	(253)
一、不能犯的概述	(253)
二、不能犯的学说	(254)
第四节 中止犯	(259)
一、中止犯的立法例	(259)
二、中止犯减免刑罚的根据	(260)
三、中止犯的概念与要件	(263)
第九章 共犯理论	(266)
第一节 概 论	(266)
一、共同犯罪概说	(266)
二、正犯和共犯的区别	(268)
三、间接正犯	(271)
第二节 正 犯	(275)
一、共同正犯	(275)
二、共谋共同正犯	(276)
三、继承的共同正犯	(280)
第三节 共 犯	(282)
一、共犯的性质	(282)
二、共犯处罚的根据	(285)
三、教唆犯	(289)
四、帮助犯	(291)
第四节 共犯论的现代论争	(294)
一、共同过失犯问题	(294)
二、共犯和身份	(297)
三、共犯和错误	(300)
四、共犯和未遂	(302)

第十章 罪数论	(304)
第一节 罪数概论	(304)
一、罪数问题与罪数论	(304)
二、罪数的标准	(305)
三、罪数论体系	(307)
第二节 单纯一罪	(309)
一、单纯一罪概述	(309)
二、法条竞合	(310)
三、结合犯	(313)
第三节 包括的一罪	(315)
一、包括的一罪概述	(315)
二、包括一罪的类型	(315)
三、集合犯	(316)
四、连续犯	(318)
第四节 科刑上的一罪	(320)
一、科刑上的一罪概说	(320)
二、想象竞合	(321)
三、牵连犯	(322)
四、关于“挂钩现象”	(323)
第四节 并合罪	(324)
一、并合罪的含义与要件	(324)
二、并合罪的处罚	(326)
第十一章 犯罪的法律后果	(327)
第一节 刑 罚	(327)
一、刑罚的目的	(327)
二、刑罚的机能	(329)
三、刑罚的实践问题	(333)
四、刑罚的种类	(337)
五、刑罚的适用	(352)
六、刑罚的执行	(356)

七、刑罚的消灭	(360)
第二节 保安处分	(361)
一、保安处分的概念及其立法理由	(361)
二、保安处分在刑法中的地位	(363)
三、保安处分的基本性格与适用条件	(364)
四、保安处分的种类	(365)
后 记	(367)

第一章 外国刑法概述

第一节 刑法的含义与种类

一、刑法的含义

刑法，概指规定犯罪及其法律后果的法律规定。犯罪的法律后果包括刑罚、保安处分和其他处分措施。

在词源上，刑法主要是联系作为犯罪行为之法律后果的“刑罚”而表述的。早期使用的主要是“刑事的”（*peinliches*），它源于“痛苦”（*pein*），借用的是拉丁文“*poena*”（处罚、刑罚），这一拉丁文字则来自于希腊文的“*poine*”（处罚）。在德语中，它演变为“*Kriminalrecht*”，后来发展为“*Strafrecht*”；在法语区，使用的是“*Droit Penal*”和“*Droit Criminel*”；在意大利使用的是“*Diritto Penale*”；在西班牙则使用“*Derecho Penal*”；在斯拉夫语中，相关术语有俄语的“*Ugolownoje Prawo*”（刑事法律），也有波兰语的“*Prawo Karne*”。^①在英语区则使用“*Criminal Law*”和“*Penal law*”，也有人将其分别翻译为“犯罪法”和“刑罚法”，不过其中的内容并无实质性的区别。

然而，时代的变迁和社会的发展，形成并深化了刑法的文明观念，引发了刑法内容的变革。人类社会关于犯罪的认识以及评价犯罪人的方式越趋理性和宽容，从而，犯罪的法律后果不再维持“一元化”的模式，具有报应色彩的“刑罚”不再被当作犯罪的惟一后果；而以预防为要旨的“处分”已成为现代刑法中的一个重要内容。因此，许多

^① [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书·总论》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第12-13页。

国家的刑法不再限于规定犯罪与刑罚，还规定诸如保安处分之类的内容。

二、刑法的种类

根据不同的分类标准，刑法大体可以分如下几类：

1. 根据刑法的表现形式，分为狭义刑法和广义刑法

狭义刑法，是使用“刑法”名称的法律，通常指刑法典，如《德国刑法典》、《日本刑法典》、《法国刑法典》、《意大利刑法典》、《瑞士刑法典》、《韩国刑法典》等等。刑法典一般包括总则和分则两大部分：总则规定犯罪的基本原则、效力范围、犯罪、刑事责任、刑罚制度等；分则主要规定具体犯罪的构成要件和法定刑。有些国家的刑法典还规定了保安处分，如《德国刑法典》第三章第六节的“矫正与保安处分”、《瑞士刑法典》第三章的“刑罚、保安处分和其他处分”等等。^①

广义刑法，是规定犯罪及其相关法律后果的一切法律规范。除了刑法典之外，它还包括不具有“刑法”名称的其他法律规定，如韩国的《社会保护法》、《保安观察法》、《保护观察法》、《国家保安法》等等，其中《社会保护法》第43条就规定了一系列罚则。

2. 根据刑法适用的对象，分为普通刑法和特别刑法

普通刑法，也称一般刑法，是规定一般社会生活中的基本犯罪及其法律后果的刑法，刑法典是最典型的普通刑法。

特别刑法，是针对特殊生活领域进行特殊规制的刑法，或者特别加重处罚的刑法。普通刑法之外的刑法均属之。在意大利刑法中，典型的特殊刑法如军事刑法。但是，附属刑法能否被认为是特别刑法还存在争议，比如意大利刑法理论中对于海事刑法和财经刑法是否具有独立性就有不同看法。^②

3. 根据刑法规定的效果，分为实体刑法、诉讼刑法和行刑法

实体刑法，是规定国家刑罚权的内容与范围的法律，即规定犯罪与刑罚、其他法律后果之间关系的法律，其主要形式是刑法典。

① 这也是本书在刑法概念中将“保安处分”和“其他处分”包含在其中的主要原因。

② [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第11页。

诉讼刑法，是规定国家实现刑罚权所必要的程序方面的法律，或者说是规定对犯罪行为进行调查、追诉、审理和判决的程序的程序的法律。诉讼刑法的主要形式是刑事诉讼法，此外包括《法院组织法》等。在一些国家，还包括对于少年犯如何审判的《少年法院法》。在有些国家，实体刑法和程序刑法规定在一个法律规范中，如《加拿大刑事法典》。^①

行刑法，是规定刑罚如何执行的法律，如调整执行机构、执行自由刑、剥夺自由刑、执行特殊的处遇措施等类法律。对于行刑法和诉讼刑法之间的区别，在理论上还有待进一步界定。

4. 根据刑法适用的范围，分为国内刑法、区际刑法和国际刑法

国内刑法，是国内关于犯罪、刑罚和保安处分的法律规定，如各国刑法典以及特别刑法。

区际刑法，一般指区际刑事司法协助，如中国大陆地区与台湾、香港和澳门特别行政区就刑事司法协助所规定的法律规范。严格而言，区际刑法在当前还不是一个内容确定的概念，但就刑法的发展看，区际刑法今后在实体上能否突破现有体系和界线，是十分值得关注的。

国际刑法，是国际公约中旨在制裁国际犯罪、维护各国共同利益的各种刑事性法律文件。国际刑法通常将国际犯罪实体法、诉讼法和执行法融为一体，构成独立的法律体系。有代表性的国际刑法包括：《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《反腐败公约》等等。

第二节 犯罪的含义

一、犯罪的定义

对犯罪进行定义，是刑法中最基本的问题。对此，大体上有三种方式：

^① 实体刑法的对象与犯罪学、诉讼刑法和行刑法并不完全相同，但是，确定、评价和解决实体刑法问题必须考虑到这些相关因素。这种观点也可见 George E. Dix & M. Michael Sharlot, *Criminal Law: Cases and Materials*, West Publishing CO., 1987, p2.

4 外国刑法导论

1. 形式的犯罪定义,就是只根据犯罪的法律规定给犯罪下定义,而不说明将特定行为规定为犯罪的实质根据。在一些国家的刑法中,就是从形式上定义犯罪的,如1985年修订的《新加坡刑法典》第40条第2款规定:“‘犯罪’是指应受到本法典所规定的刑罚处罚的行为或者应受到当时有效的法律所规定的刑罚处罚的行为。”此外,虽然很多国家的刑法没有做出类似的犯罪定义,但理论上提出了属于形式的犯罪定义,如日本学者西原春夫说:“所谓犯罪,指违法、有责的行为。”^①德国学者耶塞克提出:“犯罪是法秩序以刑罚作为制裁手段的人的行为。”^②意大利学者则更干脆地说道:“‘犯罪(reato)’是‘刑事违法’的同义词,它意味着违反了刑法规范,即以刑法典为‘重罪’和‘轻罪’规定的主刑(及平时军事刑法典第20条规定为‘军职罪’规定的主刑)为制裁措施的法律规范。”^③

2. 实质的犯罪定义,就是从行为为什么构成犯罪这方面定义犯罪,而不涉及犯罪的形式特征。苏联刑法曾规定:“犯罪是危害某种社会关系制度的作为或不作为……”。在理论上,关于犯罪的实质定义则五花八门,如苏联学者曾认为:“任何旨在反对苏维埃制度及其所确定的法律秩序的危害社会的作为或不作为,都是犯罪。”^④日本学者大塚仁认为,犯罪在实质上“是指广为侵害社会共同生活秩序的人的行为”;^⑤大谷实说:“所谓犯罪,其实质的意义是,由于侵害社会生活中的利益而必须给予一定强制措施的高度有害行为。”^⑥

3. 综合的犯罪定义,就是既从犯罪的实质上、也从犯罪的形式上定义犯罪。如1997年生效的《俄罗斯刑法典》第14条规定:“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过的实施的危害社会的行为,被认为是犯罪。”在理论上,更多的是采取这种犯罪定义,比如法国学者认为:

① [日] 西原春夫:《刑法总论》(上卷),成文堂1994年改订版,第77页。

② [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书·总论》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第64页。

③ [意] 杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第69页。

④ 转引马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第87页。

⑤ [日] 大塚仁:《刑法概说·总论》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第89页。

⑥ [日] 大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂1996年补订4版,第95页。

“由刑法规定并依据其对社会秩序造成的扰乱进行惩处的行为。”尽管作者认为这是“纯粹法律上的抽象定义”，^①但“对社会秩序造成的扰乱”属于实质性评价，所以应该说这是一个结合非常严密的综合犯罪定义。日本学者大塚仁认为：“所谓犯罪，一般而言，从形式的观点看，应该是符合构成要件的违法且有责的行为；从实质的观点看，是反社会的行为，或者应当说是侵害社会的行为。”^②

“形式的犯罪概念的基础是法律规定的制裁措施，因而能说明刑事违法行为（重罪与轻罪）与任何其他违法行为的首要区别。”^③但是，这种定义不能解释如下问题：立法上为何将某种行为当作犯罪，而不将另一种行为当作犯罪；某种行为过去是犯罪的，但现在的立法不再将其当作犯罪；某种行为在一定条件下是违法的，而在另外一种条件下是犯罪的，等等，所以，综合的犯罪定义是可取的。

实质的犯罪定义和形式的犯罪定义具有不同的机能。在立法上，要结合社会发展的客观需要，确定哪些行为对社会具有较严重的社会危害性，侵犯了基本的社会伦理秩序，必须通过刑罚手段予以惩治。将这些行为作为犯罪行为进行规定的时候，还要考虑到法律适用时的各种认识分歧，因此，应在形式上对犯罪构成进行明确的规制。而在司法实践中，首先则应当在法律形式的范畴内认定犯罪，对于明显超出犯罪字面规定之外的行为，不作为犯罪处罚；对于在理解上不可避免有争议的，则要根据实质的犯罪含义，把握行为的社会意义，以决定是否要作为犯罪、作为何种犯罪行为进行判定。

二、犯罪的本质

犯罪的本质，是某种行为在法律上被规定为犯罪的、属于社会实体的性质。对此，理论上主要有五种学说：

1. 权利侵害说。这是费尔巴哈的观点，他认为犯罪的本质是对法所赋予的权利的侵害。对犯罪设定“权利侵害”的客观范围，确保市

① [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第6页。

② [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，有斐阁1982年版，第1页。

③ [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第72页。

民的政治、经济权利，具有强烈的自由主义色彩，但是犯罪中也包含一些难以说是权利侵害的部分，因此，该说为法益侵害说所替代。

2. 法益侵害说。这是19世纪初期形成的观点，认为犯罪是对国家所保护的财（gut）或利益的侵害或者侵害的危险。法益概念获得了大陆法系刑法理论的普遍认可，法益侵害说也是现在很有影响的学说。

3. 义务违反说。这是德国纳粹时期的见解，认为犯罪的本质不是法益侵害，而是义务的违反。这种观点随着纳粹政权的崩溃而被抛弃，而且，义务的范畴过于宽泛，包括法律义务、道德义务等，但并不是所有违反上述义务的行为都是犯罪，所以这样的犯罪本质说是不严谨的。

4. 伦理规范违反说。该说起源于迈尔的文化规范论，它不仅重视法益侵害的方面，还重视行为违反社会伦理规范的方面。这种学说在日本也很有影响，在德国，有学者明确提出：“犯罪不是法益侵害（Rechtsgutsverletzung），而是规范否认（Normdesavouierung）！”^①

5. 社会危害性说。该说认为，“社会危害性是犯罪最重要的社会（实体）特征。”^② 社会危害性作为犯罪的本质特征，在所有独联体国家的刑法典、《独联体国家示范刑法典》以及在保加利亚、捷克、斯洛伐克等国的刑法典中都做了规定。

犯罪的本质理论，不仅要能够说明一部刑法中所有犯罪的本质，还应当说明人类社会历史长河中所有犯罪的本质。或者说，它不仅能够说明古代社会的犯罪本质，也能够说明现代法治社会中的犯罪本质。由于法益侵害说和伦理规范说与违法性的本质学说有关，在后文将对它们展开分析，所以在这里仅仅对社会危害性说进行简要评析。

社会危害性说在我国刑法理论中有较大争议。但值得肯定的是，社会危害性说可以涵盖所有犯罪的基本客观特征。社会危害性论可以追溯至贝卡利亚的刑法观念中，他认为“一切犯罪，包括对私人的犯罪都

① [德] 格吕恩特·雅科布斯：《行为 责任 刑法》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，中文版序言第2页。

② [俄] Н·Ф·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编：《俄罗斯刑法教程·总论》（上），黄道秀译，中国法制出版社2002年版，第130页。

是在侵犯社会，然而它们并非试图直接地毁灭社会。”^① 在古代社会，也有刑法，也有犯罪，那个时代的犯罪和现代社会的犯罪在法治背景下具有不同的性质，可是，我们也不能否定它们在本质上的一致之处。假如我们只讨论法治语境下的犯罪本质，而忽视古代社会的犯罪现象和犯罪本质，并不能揭示刑法文明的发展规律，也不能认识刑法的社会机能，这在理论上是偏颇的。现在一些法益侵害说论者，仅仅是在现代法治的框架下讨论犯罪的本质，而没有考虑到犯罪的社会文化特征，甚至掩饰了特定时期刑法曾经具备的阶级特征，如在苏联刑法中将政治评价和法律评价结合的做法。所以，这些论者的观点是不客观的。

但社会危害性说的不足也是明显的，主要是：首先，社会危害在一定层面上也是一个比较抽象的概念，对于社会的理解，存在着认识上的歧义。如在启蒙思想初期，理论上也认为犯罪是危害社会的行为，但该“社会”是一种朴素的市民社会的概念；而在前苏联的刑法学中，阶级化的社会观念，使得刑法的评价，是政治评价与法律评价的结合，就如特拉伊宁所说：“把政治评价列入法律规范的这个事实，对于理解‘苏俄刑法典’第128条的意义和精神来说，自然有一定影响。”^②

其次，它不能解释一些行为有社会危害性、但法律却明确否定违法性的理由。如紧急避险行为，本身就是侵害他人法益的行为，他人的法益从广义上包括了社会的法益和国家的法益，也就是说，紧急避险行为具有社会危害性，但是，为何法律明确阻却了它的违法性呢？可见，社会危害性说并不能自圆其说。

再次，它不能充分解释某些没有直接的社会危害性的行为，但是却为刑罚制裁的理由。比如得到他人的承诺而将他人杀死的，这种行为是否具有社会危害性尚有分歧，一方面我们可以说，法律之所以这么规定，就是为了防止有的人逃避法律的义务，所以从长远来说，这种行为也有社会危害性；但是，另一方面我们也可以从相反的角度认为，这种行为不仅没有社会危害性，而且具有一定的社会益处。如安乐死或者尊严重死，提前终结深受严重疾患困扰的病人的生命，可以让他们安详地或

① [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第71页。

② [苏] A. H. 特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第53页。