

新世纪多科性大学法学应用规划教材

总主编·陈光中

主编·冯军 李春雷

外国刑法学概论

WAIGUO XINGFAXUE GAILUN

.01



中国民主法制出版社

D914.01
21

大学法学应用规划教材

总主编·陈光中

主编·冯军 李春雷

外国刑法学概论

WAIGUO XINGFAXUE GAILUN

5



中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法学概论/冯 军 李春雷主编. —北京:中国民主法制出版社, 2004

新世纪多科性大学法学应用规划教材

ISBN 7-80078-902-0

I. 外... II. 冯... III. 刑法-法的理论-外国-高等学校-教材 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 083693 号

书名/外国刑法学概论

WAIGUOXINGFAXUEGAILUN

作者/冯 军 李春雷 王 编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63053367 63056983

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米×960 毫米

印张/23.875 字数/453 千字

版本/2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

印刷/益利印刷有限公司

书号/ISBN 7-80078-902-0/D·791

定价/37.80 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



第一辑

外国刑法学概论

编委会

主任:陈光中

执行主任:李春雷

委员:(以姓氏笔画为序)

邓辉 王霞 冯军

孙维智 许步国 张洪林

李世宇 李长健 曾友祥

主编 冯军 李春雷

副主编 王志祥 冯惠敏

雷堂 杜菊

徐永赞 成凯

撰稿人:(按参编章节顺序)

冯军 王成:第一章、第二章、第三章

赵闵:第四章

郭泽强 熊伟:第五章

王志祥 余华 吴锦飞:第六章、第七章、第八章

陈跃辉 刘江格:第九章、第十一章

雷堂 杨宝松:第十章、第十九章、第二十章

冯惠敏 李冬梅:第十二章、第十三章、第十六章

李春雷 李露:第十四章、第十五章、第十八章

成凯 孙学军:第十七章

徐永赞 邓楠 杨莉英 张俊桥:第二十一章

杜菊:第二十二章、第二十三章

吴卫军:第二十四章



《外国刑法学概论》

主 编 简 介

冯 军 男,河北大学政法学院法律系副教授,刑事司法研究中心主任,硕士研究生导师,四川大学法学院博士研究生。主要研究领域为刑法学、刑事诉讼法学、司法制度。

李春雷 男,中国人民公安大学公安业务部工作,法学博士。长期从事中国近代刑事司法制度、犯罪学、刑法学的教学与科研工作,主要研究方向为犯罪预防、犯罪对策等。著有《中国近代刑事诉讼制度变革研究》一书,主编或参编多部法学教材,在国内法学刊物发表《四级三审制度的近代存废之争》等学术论文 10 余篇。

内 容 简 介

由于历史传统和法律文化的差异,大陆法系与英美法系在刑法制度、刑法司法实践及刑法理论方面都存在较大差异,但目前国内教材普遍以大陆法系的刑法阐释为主,英美法系的内容明显薄弱,本教材首次对两大法系的刑法理论实践进行了较为全面的介绍,弥补了这一缺憾。本书主要借鉴了当前刑法研究水平较为发达的德、意、日、英、美、法等国家的刑法基本理论,同时,对研究上独具风格的国家的刑法理论、立法体例也作了一定介绍。



总 序

陈光中

中国政法大学终身教授 博士生导师
中国法学会 诉讼法学研究会会长

经过 20 多年的努力,我国的法学教育事业取得了辉煌的成就。就新世纪的法学教育而言,随着“依法治国”方略的大力推进和有中国特色的社会主义市场经济的快速发展,我们不仅需要一批学贯中西的法学家,更需要大量学以致用的人。怎样更好地适应当前我国高等教育跨越式发展需要,满足我国高校对各类法学人才培养的要求,探索、建设适应这种需要的教材体系,便成为当前我国高校教学改革和教材建设中面临的一项十分重要的任务。

有鉴于此,中国民主法制出版社面向全国高等院校,遴选、组织了一批学术水平较高、治学作风较严谨、教学经验较丰富、注意理论联系实际的年轻学者,拟在充分吸收已有的优秀教改成果、认真讨论和研究教学内容改革的基础上,编写一套以法学公共基础课和专业基础课为主的有特色、适用性强的教材及相应的教学辅导书,以满足高等学校法学人才培养的需要。目前,已有部分书稿顺利完成,出版在即。

我个人认为,这套教材突出的特点可用一个“新”字来概括。

首先,作者“新”。本套教材所聘主编及参编作者几乎全是在当前法学界鲜为人知的年轻学者,平均年龄仅为 35 岁。但截止目前,主持教材编写的各位年轻博士,均曾师从于我国著名法学院校的知名法学家;参加本套教材编写的作者,亦皆为具有较扎实的学术功底、学风踏实的各法学学科的青年学术骨干,且绝大多数拥有博士学位。尤为难能可贵的是,他们都参编或主编过不少教材,都有在高等院校教学和科研第一线工作的较长经历,不仅具有较为深厚的专业理论造诣,而且具有较为丰富的教学实践经验,形成了实力较强、朝气蓬勃的编写阵容。

其次,体例新。法学教育重在应用。为了尽可能避免当前教科书之流弊,突出本套教材理论性与实用性相结合的特点,除个别教材外,大部分教材的体例设计都由“重点提示”、“正文”、“理论探讨”、“司法应用”及“思考”五部分组成。点评诸家后的自为一言,焦点问题的理论探讨,精选案例的具体分析,使读者对知识的把握能有清晰的思路,能举一反三,灵活运用。鉴于当前法学教育中存在的强调法律理念的灌输而忽视实际能力的培养的倾向,本套教材注重法律在具体案件中的运用。

第三,内容新。本套教材既包括教育部所确定的法学专业 14 门核心课程“大”教材,更涵括法学各领域各新兴学科的方向性较强的“小”教材。在编写教材时,编写人员注意吸收改革开放以来我国法学研究的最新学术成果,注意国际学术发展的最新动向,力争使教材内容能够站在 21 世纪初的学术前沿,反映各学科成熟的理论,反映 20 世纪后期中国法学的水平。全套教材在编写中大胆剪除已经过时的理论内容,大胆汲取国内、国际特别是发达国家 20 世纪 80 年代以来较为成熟的理论和方法,同时注意反映和提炼我国法制建设中的最新理论与实践。全套教材在总体上,既注意创新,又注意守恒。另外,本套教材编写人员针对新时期本科教学和本科学生的特点,力求将深奥的法学专业术语及原理作简洁明了的表述,将学术性、新颖性、可读性有机结合起来,注意运用简明流畅的语言去阐释法律理论与制度。

本套教材实行严格的主编负责制。每位主编具体负责所主持教材的编写提纲审定和书稿终审校工作。由各位主编组成的编委会则对各门课程教材进行宏观的指导。

早在两年前,中国民主法制出版社即毅然决定策划出版这样一套富有特色的法学教材,并在教材的设计、编写和出版方面做了大量开创性工作;中国政法大学的徐杰教授、郭成伟教授,中国人民大学的刘文华教授,西南政法大学的徐静村教授等著名法学家给予了大力支持并提出了许多宝贵的指导性意见;李春雷、邓辉、王霞、张洪林、曾友祥等几名年轻学者则先行担当起写作的重任,在教材的学术品质和规范标准方面作了可贵的探索,取得了初步的经验。

超越是一种境界,也是一种风险。青年学者固然会有其盲点与失误,但其虎虎生气亦颇令人振奋与神往。“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”,这是一个智者尽情挥洒学识与才华的时代,青年学者尽可不画地为牢。我们有理由相信,随着我国高等教育的发展和高校教学改革的不断深入,一批学风扎实、厚德明理的年轻法学家在这种荷重前行中,必将得到锻炼与提高,适格地担负起润泽法界学子、张扬法律精神的世纪重任;同时,大批具有示范性和适应法律人才培养的精品课程教材也必将进一步促进我国高校法学教育质量的提高。

凡事开头难。这套教材酝酿于 2002 年岁末、着墨于 2003 年岁初,迄今已近两

载。我受各位青年学者及出版社的委托写这个序言,主要想为后续的编写计划疏流求缘,恭请更多的优秀青年学者尽早动手,编写出富有个人特色或团队特点的教材,以为兰芷幽远的探索与创新。我期望并相信,经过组织者、编写者、出版者的共同努力,这套法学应用规划教材将以其质量效应、规模效应,成为奉献给新世纪的精品教材。

是为序。

2004年8月9日



目 录

上编 大陆法系刑法学概论

第一章 刑法与刑法学	(3)
第一节 刑法的概念与种类	(3)
第二节 刑法的渊源与机能	(6)
第三节 刑法规范与刑法解释	(10)
第四节 刑法学概述	(14)
第二章 近代刑法理论	(16)
第一节 刑事古典学派与近代学派	(16)
第二节 学派之争与近代刑法理论的形成	(21)
第三章 刑法的基本原则	(26)
第一节 罪刑法定原则	(26)
第二节 法益保护原则	(33)
第三节 罪刑均衡原则	(36)
第四章 刑法的适用范围	(41)
第一节 刑法的时间效力	(41)
第二节 刑法的空间效力	(43)
第五章 犯罪论概述	(51)
第一节 犯罪概述	(51)
第二节 行为理论的展开	(54)
第三节 犯罪论体系	(59)
第六章 构成要件符合性	(61)
第一节 构成要件概述	(61)

第二节	实行行为	(67)
第三节	结果与危险	(71)
第四节	因果关系	(74)
第五节	构成要件的故意与过失	(79)
第七章	违法性	(81)
第一节	违法性概述	(81)
第二节	违法阻却事由概述	(91)
第三节	正当防卫	(93)
第四节	紧急避险	(99)
第五节	其他阻却违法事由	(102)
第六节	可罚的违法性	(107)
第八章	有责性	(110)
第一节	责任概述	(110)
第二节	责任能力	(114)
第三节	责任故意	(118)
第四节	责任过失	(128)
第五节	期待可能性	(134)
第九章	未遂犯	(142)
第一节	未遂犯概述	(142)
第二节	障碍未遂	(145)
第三节	不能犯	(149)
第四节	中止未遂	(151)
第五节	预备犯	(156)
第十章	共犯	(159)
第一节	共犯的概述	(159)
第二节	共同正犯	(168)
第三节	教唆犯	(181)
第四节	从犯	(186)
第十一章	罪数论	(191)
第一节	罪数论概述	(191)
第二节	本来的一罪	(192)
第三节	科刑的一罪	(195)
第四节	并合罪	(198)

第十二章 刑罚概述	(201)
第一节 刑罚的概念及特征	(201)
第二节 刑罚的本质	(203)
第三节 刑罚权	(207)
第十三章 刑罚种类	(210)
第一节 刑罚种类概述	(210)
第二节 生命刑	(211)
第三节 自由刑	(214)
第四节 财产刑	(218)
第五节 资格刑	(221)
第十四章 刑罚的适用	(224)
第一节 法定刑及其修正	(224)
第二节 刑罚的裁量、宣告及免除	(226)
第十五章 刑罚的执行	(229)
第一节 各种刑罚的执行	(229)
第二节 缓刑	(233)
第三节 假释	(237)
第十六章 刑罚的消灭	(242)
第一节 刑罚消灭概述	(242)
第二节 恩赦	(243)
第三节 时效	(244)
第十七章 保安处分	(247)
第一节 保安处分概述	(247)
第二节 保安处分的沿革	(249)
第三节 保安处分的种类	(253)
第四节 保安处分的理论基础和模式争议	(259)
第五节 保安处分适用的实体规定	(267)
第六节 保安处分适用的程序	(273)
第七节 主要国家保安处分概览	(275)

下编 英美法系刑法原理概论

第十八章 英美刑法概说	(285)
第一节 英美刑法的渊源	(285)

第二节	英美刑事立法的发展	(287)
第十九章	犯罪的概念与分类	(289)
第一节	犯罪的概念	(289)
第二节	犯罪的分类	(292)
第二十章	犯罪的本体要件	(298)
第一节	犯罪行为	(298)
第二节	因果关系	(304)
第三节	犯罪心态	(311)
第二十一章	抗辩事由	(316)
第一节	未成年	(316)
第二节	精神病	(318)
第三节	错误	(320)
第四节	醉酒	(321)
第五节	胁迫	(323)
第六节	正当防卫	(325)
第七节	紧急避险	(327)
第八节	被害人同意	(329)
第二十二章	共谋与未遂	(331)
第一节	犯罪共谋	(331)
第二节	犯罪未遂	(338)
第二十三章	共同犯罪	(347)
第一节	分类	(347)
第二节	责任	(356)
第二十四章	刑罚及替代措施	(358)
第一节	刑罚的种类	(358)
第二节	刑罚制度与执行	(361)
第三节	社区服务制度	(366)



外国刑法学概论

上
编

大陆法系 刑法学概论



第一章

刑法与刑法学

第一节 刑法的概念与种类

一、刑法的概念

刑法起源于习惯和原始的宗教禁忌,随着社会的不断发展而逐渐演变成为一种重要的法律制度。传统意义上的刑法概念,认为刑法是规定犯罪与刑罚的法律,具体些讲,刑法就是“将作为犯罪构成的犯罪与作为法律后果的刑罚连接在一起的国家法律规范的总和”。^①在传统刑法中,犯罪与刑罚是刑法的两个基本范畴,然而,随着社会的不断发展,国外的保安处分制度作为补充刑罚的一个重要手段被广泛使用,因此,传统意义上的刑法概念已经不能与当前社会的发展形势相适应。现代意义上的刑法应该是指规定犯罪行为的法律要件以及对此犯罪行为科处刑罚或保安处分等法律效果的法律规范的总称。

在国外,与“刑法”(Strafrecht;droit penal;penal law;diritto penale)一词相对应,也使用着“犯罪法”(Kriminalrecht;droit criminel;criminal law;diritto criminale)这一概念,英美法系国家多用“犯罪法”,德国、日本多使用“刑法”一词,而法国则是“刑法”与“犯罪法”通用。虽然“刑法”与“犯罪法”所代表的法律完全一致,但是二者使用时的侧重点是不相同的:“刑法”一词侧重的是规范的一面,而“犯罪法”一词侧重的是事实的一面。^②但是,伴随着保安处分制度的广泛运用,在当今世界大多数国家的刑事立法中,大多将保安处分与刑罚结合起来共同作为犯罪的法律效果加以规定,例如,1998年《德国刑法典》第三章(犯罪的法律后果)、1996年《瑞士联邦刑法典》第三章(刑罚、保安处分和其他处分)中不仅规定了刑罚,而且规定了保安处分

^① 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特著,许久生译:《德国刑法教科书》,法律出版社2000年版,第1页。

^② 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第3页。

制度,1930年《意大利刑法典》则设专章即第八章规定了行政保安处分制度,1994年《法国刑法典》中虽然并无“保安处分”这一概念,但是,实际上法典中规定的某些刑罚措施就是保安处分。由此可见,传统的“无刑罚则无犯罪”的观念正在发生变化,传统的刑法概念因为未能包含保安处分的内容而受到质疑,而“犯罪法”一词正逐渐获得刑法与保安处分法两者总称的新意义。

刑法作为一门独立的法律,在一国的法律体系中占有重要地位。从公法与私法的划分上看,刑法调整的是作为整体的国家与作为个体的犯罪人之间的关系,属于公法;从刑事法与民事法的划分上看,刑法是规定犯罪及其法律效果的法律,属于刑事法;从立法法、司法法、行政法的划分上看,司法法的指导原理是法的安定性,行政法的指导原理是合目的性,而刑法作为一种不得已的恶,必须防止刑罚这一最为严厉的法律制裁措施恣意的扩张与滥用,因此刑法应以安定性作为指导原理,其基本上属于司法法;从实体法与程序法的划分上看,刑法规定犯罪行为法律要件及其法律效果的实体内容,属于实体法。从固有法与继受法的划分上看,现代各国刑法的制定一般都是在考虑本国文化、道德、风俗、习惯以及法律传统的同时,也在很大程度上受到他国刑事立法的先进观念和经验的影 响,因此兼具固有法与继受法的双重性格。

关于刑法是否具有特定的调整对象这一问题,国外刑法理论上有不同的认识。一种观点认为刑法没有自己特定的调整对象,例如意大利刑法学者杜里奥·帕多瓦尼认为:“刑法没有特定的调整对象,划分刑法与其他部门法的标准,是刑法特有的制裁措施。任何法律规范,只要它规定的制裁措施,是刑法典第17条规定的‘主刑’之一,就属于刑法范畴。因此,一个法律规范是否是刑法规范,与该法律规范的调整对象无关。正因为如此,刑法规范调整的对象,涉及到了几乎所有其他法律(如商法、劳动法、民法、行政法等)调整的范围。”^①另外一种观点认为刑法有自己特定的调整对象,例如日本刑法学者木村龟二认为:“刑法是规定刑罚权主体——国家与犯罪主体——个人或人组成的团体之间的关系的法律。”^②后一种观点是通行的观点,我们认为这种观点也是可取的。因为不同部门的法律具有不同的调整对象,刑法自古以来作为一门独立的法律,其调整对象是固定的,具有不同于其他法律的特殊性。刑法并非如帕多瓦尼所认为的那样:刑法规范调整的对象,涉及到所有法律调整的范围。因为刑法特有的规制对象——犯罪行为,已经超出了其他法律的调整范围,是其他法律的调整对象所不能囊括的。国家与犯罪人之间的关系是刑法特

① 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼著,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,第1-2页。

② 参见[日]木村龟二主编,顾肖荣、郑树周等译:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版第5页。

有的调整对象,刑法以该特定的调整对象及其特有的制裁措施与民法、商法、行政法等部门法区别开来。

二、刑法的种类

(一)狭义刑法、广义刑法与最广义刑法

这是根据刑法涵盖的范围不同而作的分类。狭义刑法是指冠以“刑法”这一称谓的、具有完整的法典结构形式并对基本的刑事犯罪与刑罚制裁加以系统规定的法律,即仅指刑法典。广义刑法是指规定犯罪及其法律效果——刑罚的一切法律规范的总和,广义刑法除了包括形式意义上的刑法典,还包括特别刑法。所谓特别刑法是指刑法典之外的其他规定有刑罚制裁措施的规范。最广义刑法除了包括普通刑法、特别刑法以外,还包括规定保安处分制度的法律。本教材研究的刑法,属于最广义刑法的范围。

(二)形式刑法与实质刑法

这是根据作为刑法条文载体的外形或名称的不同而作的分类。形式刑法是指从规定有刑法条文的法律的外观或者名称便可得知其为刑法的法律,主要包括刑法典与单行刑法,所谓单行刑法是指规定某一类犯罪行为及其法律效果或者规定刑法中的某一事项的法律,例如《意大利军事刑法典》、联邦德国1976年《经济犯罪防止法》。实质刑法是指该法律虽然不具有刑法的外观或者名称,但其实际内容是规定犯罪及其法律效果的法律,附属刑法即为实质刑法。附属刑法中的刑法规范并非规定于刑法典,而是附带规定在民法、经济法、行政法、诉讼法等非刑事法律之中。有的学者从另一个角度将刑法分为形式刑法和实质刑法,例如日本学者大塚仁认为,形式意义上的刑法即为刑法典,实质意义上的刑法包括刑法典和特别刑法。^①此种划分的方法实际上与狭义刑法和广义刑法的划分方式没有任何区别。

(三)普通刑法与特别刑法

这是根据刑法的适用范围不同而作的分类。普通刑法是指具有普遍适用力的刑法,其适用范围较为广泛,通常对一国之内的一般人及一般事项都具有适用力,各国刑法典以及附属刑法中针对一般人及一般事项的法规就属于普通刑法。特别刑法是指仅对特定人、特定事、特定时、特定地具有适用力的刑法,除普通刑法之外的所有刑法均属于特别刑法,包括刑法典、附属刑法以及单行刑法中具有特别法意义的条文,其适用范围较窄,例如《意大利军事刑法典》就是在主体上仅针对军人适

^① 参见[日]大塚仁著,冯军译:《刑法概说》,中国人民大学出版社,2003年版,第19页。