



武汉大学
百年名典

比较刑法原理

——
外国刑法学总论

■ 马克昌 著

根澹葉茂 實亦聲洪
山高水長 流風長美



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



武汉大学
百年名典

比较刑法原理

—
外国刑法学总论

■ 马克昌 著



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

比较刑法原理:外国刑法学总论/马克昌著. —武汉:武汉大学出版社,2012.9

武汉大学百年名典

ISBN 978-7-307-09953-1

I. 比… II. 马… III. 刑法—比较法学—国外 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 138792 号

责任编辑:郭园园

责任校对:王 建

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:56.5 字数:811千字 插页:4

版次:2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷

ISBN 978-7-307-09953-1/D·1169 定价:168.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



武汉大学百年名典

社会科学类编审委员会

主任委员 顾海良

副主任委员 胡德坤 黄 进 周茂荣

委员 (以姓氏笔画为序)

丁俊萍 马费成 邓大松 冯天瑜

汪信砚 沈壮海 陈庆辉 陈传夫

尚永亮 罗以澄 罗国祥 周茂荣

於可训 胡德坤 郭齐勇 顾海良

黄 进 曾令良 谭力文

秘书长 沈壮海

马克昌（1926-2011年），河南西华人，著名法学家，武汉大学资深（终身）教授，博士生导师。曾担任武汉大学法学院院长，国家哲学社会科学研究法学学科评审组成员，中国法学会常务理事，中国法学会刑法学研究会副总干事、副会长、名誉会长，中国法学会董必武法律思想研究会副会长，最高人民法院特邀咨询员。马先生作为刑法学界一代宗师，为我国刑事立法、刑事司法、刑法理论事业及人才培养作出了巨大贡献，成就卓著。主要著作有：《比较刑法原理——外国刑法学总论》、《刑法理论探索》、《犯罪通论》、《刑法通论》、《经济犯罪新论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法史略》、《论共同犯罪》、《刑法学全书》等。其中，《比较刑法原理——外国刑法学总论》一书获第六届国家图书奖和中国法学优秀成果一等奖。

《武汉大学百年名典》出版前言

百年武汉大学，走过的是学术传承、学术发展和学术创新的辉煌路程；世纪珞珈山水，承沐的是学者大师们学术风范、学术精神和学术风格的润泽。在武汉大学发展的不同年代，一批批著名学者和学术大师在这里辛勤耕耘，教书育人，著书立说。他们在学术上精品、上品纷呈，有的在继承传统中开创新论，有的集众家之说而独成一派，也有的学贯中西而独领风骚，还有的因顺应时代发展潮流而开学术学科先河。所有这些，构成了武汉大学百年学府最深厚、最深刻的学术底蕴。

武汉大学历年累积的学术精品、上品，不仅凸现了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术风格和学术风范，而且也丰富了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术气派和学术精神；不仅深刻反映了武汉大学有过的人文社会科学和自然科学的辉煌的学术成就，而且也从多方面映现了20世纪中国人文社会科学和自然科学发展的最具代表性的学术成就。高等学府，自当以学者为敬，以学术为尊，以学风为重；自当在尊重不同学术成就中增进学术繁荣，在包容不同学术观点中提升学术品质。为此，我们纵览武汉大学百年学术源流，取其上品，掬其精华，结集出版，是为《武汉大学百年名典》。

“根深叶茂，实大声洪。山高水长，流风甚美。”这是董必武同志1963年11月为武汉大学校庆题写的诗句，长期以来为武汉大学师生传颂。我们以此诗句为《武汉大学百年名典》的封面题词，实是希望武汉大学留存的那些泽被当时、惠及后人的学术精品、上品，能在现时代得到更为广泛的发扬和传承；实是希望《武汉大学百年名典》这一恢宏的出版工程，能为中华优秀传统文化的积累和当代中国学术的繁荣有所建树。

《武汉大学百年名典》编审委员会

再版说明

《比较刑法原理——外国刑法总论》是马克昌先生的代表作之一。于2002年10月出版后重印多次，深受学界及实务界好评，并获得多重奖项。此次将其收入百家名典，在原有版本的基础上，对书中的个别文字与标点错误做了订正，并对个别段落、语句进行了调整及补充。特此说明。

武汉大学出版社

2012年6月

目 录

第一编 刑法的基础理论

第一章 刑法与刑法学	1
第一节 刑法的概念和种类	1
一、刑法的概念	1
二、刑法的调整对象	4
三、刑法的种类	5
第二节 刑法的任务和机能	8
一、刑法的任务	8
二、刑法的机能	10
第三节 刑法学概述	14
一、刑法学的概念	14
二、刑法解释学	15
三、基础刑法学	16
第二章 近代刑法理论	17
第一节 启蒙主义的刑法思想	17
一、概述	17
二、主要启蒙思想家的刑法思想述评	18
第二节 古典学派	20
一、概述	20
二、前期古典学派	21
三、后期古典学派	30

四、古典学派的基本观点和评价	33
第三节 近代学派与刑法学派之争	35
一、近代学派概述	35
二、近代学派代表人物的刑法思想	35
三、近代学派的基本观点和评价	41
四、刑法学派之争	43
第四节 新社会防卫论	46
一、格拉马蒂卡的社会防卫论	46
二、安赛尔的新社会防卫论	47
第三章 罪刑法定主义	50
第一节 罪刑法定主义的意义和沿革	50
一、罪刑法定主义的意义	50
二、罪刑法定主义的沿革	52
第二节 罪刑法定主义的思想理论基础	55
一、概述	55
二、罪刑法定主义产生的思想理论基础	56
三、现代罪刑法定主义的思想理论基础	59
第三节 罪刑法定主义的内容	60
一、概述	60
二、传统的罪刑法定主义的内容及其发展	62
三、新增的罪刑法定主义的内容	66
第四节 罪刑法定主义立法的演变和趋势	72
一、罪刑法定主义立法的变迁	72
二、罪刑法定主义立法的现状和趋势	74

第二编 犯罪论

第四章 犯罪论概说	78
第一节 犯罪的概念和本质	78
一、犯罪一词的含义	78

二、犯罪的定义	79
三、犯罪的本质	81
第二节 犯罪的成立要件和种类	85
一、犯罪的成立要件	85
二、犯罪的种类	88
第三节 犯罪论的体系	93
一、犯罪论体系的概念	93
二、犯罪论体系的学说与状况	95
三、本书的犯罪论体系	99
第五章 构成要件论	100
第一节 构成要件概说	100
一、构成要件的概念	100
二、构成要件理论的沿革	102
三、构成要件的机能	113
四、构成要件的种类	115
五、构成要件的要素	120
六、构成要件符合性和构成要件的解释	128
第二节 犯罪的主体与客体	131
一、犯罪的主体	131
二、犯罪的客体	146
第三节 行为论	151
一、行为理论的各种学说	151
二、行为的概念和机能	157
三、作为与不作为	164
四、结果	180
五、因果关系	185
第四节 故意、过失与错误	207
一、构成要件的故意	207
二、构成要件的过失	225

三、构成要件的事实的错误	255
第六章 违法性论	275
第一节 违法性的基本概念	275
一、违法性概述	275
二、违法性的本质	278
三、违法要素	285
四、可罚的违法性的理论	290
五、违法性判断	293
六、阻却违法事由（正当化事由）概说	295
第二节 紧急行为	299
一、概述	299
二、正当防卫	302
三、紧急避险	339
四、自救行为	359
五、义务的冲突	360
第三节 正当行为	362
一、概述	362
二、法令行为与正当业务行为	364
三、其他阻却违法事由	372
第七章 责任论	387
第一节 责任的一般理论	387
一、责任概说	387
二、责任主义与意思自由	392
三、责任的学说	394
四、责任要素与责任判断	403
第二节 责任能力	406
一、责任能力概说	406
二、无责任能力与限制责任能力	411

三、原因中的自由行为	419
第三节 违法性的意识及其可能性	432
一、概说	432
二、关于违法性的意识的学说	434
三、违法性的意识的内容	443
四、违法性的错误	446
第四节 期待可能性	453
一、期待可能性的概念和理论发展	453
二、在犯罪论体系中的地位	456
三、基于期待可能性的阻却、减轻责任事由	459
四、期待可能性判断的标准	462
五、期待可能性的错误	465
第八章 未遂犯论	467
第一节 犯罪实施的阶段与未遂犯	467
一、犯罪实施的阶段	467
二、既遂犯	469
三、未遂犯	469
四、预备犯、阴谋犯	476
第二节 未遂犯（狭义）	476
一、未遂犯（狭义）概述	476
二、实行的着手	482
三、未遂犯认定存在争议的犯罪	496
四、未遂犯的处罚	503
五、犯罪未遂处罚的特例	507
第三节 不能犯	507
一、不能犯概述	507
二、关于不能犯的学说	511
三、与不能犯有关的几个问题	525
第四节 中止犯	528

一、中止犯概述	528
二、中止犯的法律性质	529
三、中止犯的成立要件	540
四、中止犯的法律效果	553
第五节 预备犯和阴谋犯	554
一、预备犯与犯罪预备	554
二、预备犯的种类	558
三、预备犯的刑事责任	560
四、阴谋犯的若干问题	561
五、预备罪、阴谋罪的中止	563
第九章 正犯与共犯	568
第一节 正犯概说	568
一、正犯的概念和种类	568
二、正犯与狭义共犯的区别	570
三、间接正犯	574
第二节 共犯概说	586
一、共犯的概念和要件	586
二、共犯的本质	595
三、共犯的种类	605
第三节 共同正犯	610
一、共同正犯的概念	610
二、共同正犯的成立要件	612
三、共同正犯的形态	621
四、共同正犯的处罚	638
第四节 狭义的共犯	639
一、共犯的处罚根据	639
二、教唆犯	643
三、从犯	653
第五节 共犯的若干问题	661

一、共犯与身份	661
二、共犯与错误	668
三、共犯的未遂	673
四、共犯的竞合	679
第十章 罪数论	681
第一节 罪数论概述	681
一、罪数与罪数论	681
二、决定罪数的标准	684
三、罪数论的体系	690
第二节 本来的一罪	692
一、本来的一罪的概念和种类	692
二、单纯一罪	693
三、法条竞合	697
四、包括一罪	705
第三节 科刑上一罪	715
一、科刑上一罪概说	715
二、观念的竞合	717
三、牵连犯	727
四、科刑上一罪的若干问题	732
第四节 并合罪	738
一、并合罪概述	738
二、并合罪的要件	741
三、并合罪的处罚	743
四、单纯数罪	747

第三编 刑 罚 论

第十一章 刑罚论概说	748
第一节 刑罚的概念和本质	748
一、刑罚的概念	748

二、刑罚论的沿革	750
三、刑罚的本质	751
第二节 刑罚权与刑罚的目的、机能	753
一、刑罚权	753
二、刑罚的目的	755
三、刑罚的机能	758
第十二章 刑罚的体系和种类	762
第一节 刑罚的体系和种类概说	762
一、刑罚的体系	762
二、刑罚的种类	763
第二节 生命刑	765
一、概说	765
二、关于死刑存废的争论	766
三、死刑的现状	769
四、死刑的适用	771
第三节 自由刑	772
一、概说	772
二、自由刑的种类	773
三、自由刑的单一化	776
四、短期自由刑	780
五、不定期刑	784
第四节 财产刑	788
一、概说	788
二、罚金刑	788
三、没收附追征	800
第五节 名誉刑	807
一、概说	807
二、资格刑	808
三、耻辱刑	812

第十三章 刑罚的适用	815
第一节 法定刑与刑罚的加重、减轻	815
一、法定刑的概念与刑罚的轻重	815
二、刑罚的加重、减轻	817
三、累犯	820
四、自首、首服、自白	826
第二节 刑罚的量定、宣告、免除	828
一、刑罚的量定(量刑)	828
二、刑罚的宣告	831
三、刑罚的免除	833
第十四章 刑罚的执行	836
第一节 各种刑罚的执行	836
一、刑罚执行的原则	836
二、死刑的执行	837
三、自由刑的执行	838
四、财产刑的执行	842
第二节 缓刑	843
一、概说	843
二、缓刑的宣告	845
三、缓刑的撤销	849
四、缓刑的效果	852
第三节 假释	853
一、概说	853
二、假释的要件、撤销和效力	854
三、假出所	858
第十五章 刑罚的消灭	859
第一节 刑罚消灭的概述	859
一、刑罚消灭的概念	859

二、刑罚消灭事由的种类	859
第二节 刑罚消灭事由	860
一、犯人的死亡、成为法人的犯人的消灭	860
二、赦免	861
三、时效	864
第三节 前科的消灭	868
一、概说	868
二、日本的前科的消灭	869
三、俄罗斯的前科的消灭和撤销	869
第十六章 保安处分	872
第一节 保安处分概述	872
一、保安处分的概念和立法理由	872
二、沿革	873
三、保安处分的立法论	874
第二节 保安处分的种类	876
一、概说	876
二、德国的矫正与保安处分的种类	878
三、日本的保安处分的种类	879
附录 主要参考文献	883
后记	888