

国外法学知识译丛

刑法



上海社会科学院法学研究所编译

知识出版社

GUOWAIFAXUEZHISHIYICONG



2 019 8012 4

国外法学知识译丛

刑法

上海社会科学院法学研究所编译

本册主编 曾庆敏

知识出版社

国外法学知识译丛

刑 法

上海社会科学院法学研究所编译

本册主编 曾庆敏

知 识 出 版 社 出 版

(上海古北路650号)

新华书店上海发行所发行 上海海峰印刷厂印刷

开本 787×1092 1/32 印张 6.25 插页 2 字数 131,000

1981年12月第1版 1981年12月第1次印刷

印数: 1-20,700

书号: 6214·1004 定价: 0.52元

《国外法学知识译丛》前言

《国外法学知识译丛》是在党和国家发扬民主、加强法制，把工作重点转移到社会主义现代化建设的新时期，适应广大读者、特别是法学工作者学习法律知识的要求而编译的。由于长期来我国法学界严重地存在着书荒现象，为了普及法律知识，繁荣法学，编写和发行一批法学书刊，是今天的当务之急。但高水平的专著和大部头的文库的出版，需要一定的时间。移译现有的外国作品，较易于在短期内实现。这既有助于读者了解国外的法学情况，同时也是汇集资料，提供参考，有利于自己的法学研究。因此，我们着手编印这一《译丛》，陆续出版。

《译丛》各册主要是从英、美、法、德、苏、日等国百科全书的法学条目中选译编成的。这些百科全书的文章都是各国著名学者所撰写，代表各该国的学术观点和水平。我们选译的是法学上的基本概念、基本问题、基本理论，文字长短不一，内容涉及古代到现代各国的法律思想和法律制度，反映了西方法学的概貌。每一条目都是选择各百科全书法学条目中内容较丰富、说理较明确的一篇译出。有的条目，各国百科全书中有不同观点，有材料、有理论，足以相互参证，有助于全面了解问题的，同时选译几篇，以资比较。有的重要问题为各百科全书所缺，则从其他书刊中选译一些章节或段落，以为补充。有的原文显有重大错误或过分累赘之处，个别地方作了删节。

原文不少在文末附有参考书目，译文均从略，读者如需进一步研究，可按译文篇末所开卷页，查阅原文。

由于《译丛》所收各文，是分别从各国百科全书译出的，原文体例不同，我们未作统一改编。有关法学的名词术语及外国人名、地名，目前还没有统一的标准译名，有的还有争论，我们除大多数采用最常见的通用语词以外，有的各从其便，不强求统一。各篇选材未尽恰当，有重复也有缺漏，或存在其他问题。译文虽经复校，由于我们水平不高和时间匆促，可能仍有误译和不妥之处。这些缺点都请读者指正。如作引证，请再查对原文。

上海社会科学院法学研究所

一九八一年一月

目 录

刑法(一)	1
刑法(二)	18
刑法(三)	32
刑法(四)	36
刑事古典学派	40
刑事人类学派	43
刑事社会学派	46
类推	48
犯罪(一)	50
犯罪(二)	61
罪过	65
犯罪行为	68
犯罪和违法	77
犯罪学(一)	105
犯罪学(二)	149
犯罪现象	152
刑罚(一)	157
刑罚(二)	172
刑罚(三)	188
死刑	191
剥夺自由	193

刑 法 (一)

刑法从广义上来说是对刑事犯罪下定义,对嫌疑人的逮捕、起诉和审判加以规定,和对已被定罪的犯人确定刑罚和处理方式的一整套法律。刑法只不过是组织的社会用以维护个人利益和集体生存的手段之一。此外,还有家庭、学校和宗教灌输给人们的行为准则;机关和工厂的规章制度;普通警察机关所执行的关于文明生活的条例;通过私人提起的关于民事侵权行为的诉讼所适用的制裁。在刑法与民事侵权行为法之间很难划出一条明确的界线,但是一般地说,人们可以说民事侵权行为是对个人的伤害,而刑事犯罪被认为是反对国家的罪行。

对刑法的传统看法是,犯罪是一种道义上的错误行为。刑事制裁的目的是使犯罪者因造成的伤害而受到惩罚和赎回他在道德上的罪行;刑罚应根据被告的罪行大小而定。在当代,更多的理想主义的和实用主义的看法占了优势。启蒙运动的作家,意大利的塞萨里·贝卡里亚,法国的孟德斯鸠和伏尔泰,和德国的冯·费尔巴哈认为刑法的主要意图是预防犯罪。随着社会科学的发展,产生了一些新的概念,例如关于保护公众和改造罪犯的概念。从1969年的西德刑法典中可以看到这种意图,那部刑法典规定,法院“必须考虑到判决对罪犯以后在社会上的生活所产生的影响”。在美国,1962年由美国法律研究所提出的一个标准刑法草案说明,刑法的目的应该是“对

被宣布为构成犯罪的行为的性质给以明确的警告”和“提倡对罪犯实行矫正和改造”。

在大多数操英语国家的刑法同其他国家的刑法之间，有着重大的区别。英国和美国的刑法来源于传统的英国关于犯罪的普通法，其起源是已决案件报告中的法院判决。尽管在英国刑法的发展过程中，立法机关也起了重要的作用，但英国始终拒绝把它的刑法编纂成综合性的法典。迟至六十年代，英国法律中还没有关于谋杀的成文的定义。有些英联邦国家，特别是印度，已经通过了以英国的普通法为基础的刑法典。

来源于英国普通法的美国刑法，在某些方面适应了美国的情况。美国有大约三分之一的州已经通过立法废除了普通法的罪行。这些法规的结果是，任何人不得因州的成文法中没有具体规定的任何罪名而受审判。然而即使在这些州里，普通法的一些原则还有巨大的影响，因为刑法条文往往只不过是将普通法加以编订而已，其中的用语和条文通常要由普通法来加以解释。在其他各州里，对条文中没有具体规定的普通法上的罪名可以提起诉讼，而且有时确实发生过这类事；这些罪名包括共谋、引诱犯罪和破坏治安。在很多州里，所谓的刑法典或罪法典，只不过是把不同时期通过的反映当时具体问题的个别条文加以编订而已，未能把部分同整体联系起来，也没有规定或实施任何一般的原则，以便通过刑罚措施实现社会控制。结果是，美国刑事立法的特点是制订得很粗糙而且前后不一致。

在西欧，现代刑法是从几部编订成册的法典演变而来的。其中最重要的是两部拿破仑法典：1808年的刑事诉讼法典和

1810 年的刑法典。后者在十九世纪上半叶是欧洲刑事立法的主要模式,从那以后,尽管它在欧洲的影响衰退了,但它仍然在某些拉丁美洲国家和中东国家中起着重要的作用。1871 年的德国刑法典和 1879 年的德国诉讼法典给若干欧洲国家提供了范例,而且在日本和南朝鲜有着重大的影响,尽管在第二次世界大战后,美国的刑事诉讼法对后两个国家的影响具有决定作用。1930 年的意大利法典代表了当时在立法上最令人感兴趣的成就之一。英国刑法对以色列的法律和非洲操英语国家的法律具有强大的影响。法国刑法在非洲的操法语的国家中占统治地位。埃塞俄比亚的刑法是以瑞士法律为基础的。意大利的刑法和理论对拉丁美洲有强大的影响。

在最近几十年中,编订法典和改革法律的运动到处取得了可观的进展。在美国,1966 年国会建立的联邦刑法改革全国委员会于 1970 年公布了一个研究草案。美国法律研究所的标准刑法草案(1962)激起了对联邦和州的刑法进行一次全面的审查。路易斯安那州(1942)、威斯康辛州(1955)、伊利诺斯州(1961)、明尼苏达州和新墨西哥州(1963)、纽约州(1965)和密执安州(1969)通过了新的法典。英国已经通过了几个重要的改革法(包括盗窃法、性犯罪法和非预谋杀杀人法),而且它的法律委员会正在进行编订刑法典的工作。瑞典于 1965 年通过了一部新的非常进步的刑法典。在西德,刑法典总则部分的改革于 1969 年完成。法国于 1958 年和 1970 年通过了重要的改革法律。意大利、奥地利、瑞士、巴西和日本也在进行改革。苏联的各加盟共和国于 1960 年开始通过经过修订的刑法典,捷克斯洛伐克和匈牙利(1961)、德意志民主共和国、保加利亚、罗马尼亚(1968)和波兰(1969)

也是如此。

在西欧各国发展起来的刑法体系同以英国的普通法为其历史渊源的刑法体系之间进行比较时，必须谨慎从事。即使在那里一般来说仿效英美体系或者仿效法国、意大利、德国的法典的国家之间也有重大的差别。然而，在许多方面，各国刑法之间的类似之处远比它们的差别重要。某些种类的行为到处受到法律的制裁。在减轻刑罚和容许辩护的问题上，大陆法系似乎比英美法系规定得更加明确清楚，尽管仿效后者的国家通过目前的立法正在减少这些差别。但在这两个法系的程序法之间可以找出一些区别，然而即使在这方面也正在做出共同的努力给被告提供公平的程序和保护社会的根本利益。

刑法的原则和理论

本节讨论实体刑法。实体刑法的要素是：被认为应受惩罚的各种罪名的定义；罪行的分类（例如，在美国分为重罪和轻罪，大陆法系分为重罪、轻罪和违警罪）；符合刑事立法规定的适用于罪行判决的原则和理论（例如自卫、紧急避险、精神失常等等）以及决定国家对国际犯罪行为的管辖权的原则（外国人的犯罪行为，本国人在国外的犯罪行为，或者在船只和飞机上的犯罪行为）。

犯罪行为的定义

法制原则 几乎所有文明国家都把法制原则视为刑法的基石。它用在以下四个意义上。第一，无法律规定者不为罪；因而法律不加禁止的不道德行为或反社会行为不是罪行。在实行普通法的国家里，法律可能是习惯；然而在大多数国家

里,刑法的唯一来源是成文法(“无法律规定者不为罪”)。

第二,法制原则规定,刑法条文的解释应当严格,不能以类推的方式予以适用。如果一条刑法条文在意义或适用上都是模棱两可,它往往被赋予一种对被告有利的狭义的解释。这并不意味着法律必须按字面解释,如果这样做会不符合条文的本来意义。美国法律研究所提出的标准刑法草案包含有在美国某些州的法律中已经实行的一项规定:放弃关于“结构严谨”的原则,建议它的条文应“根据它们的字面的一般含义”来执行,这就接近于欧洲的做法。

第三,法制原则禁止法律溯及既往。为了将一个人定罪,必须有一项在犯罪行为的当时有效的法律。这个原则的这一方面体现在美国宪法关于溯及既往的规定上,以及一些国际协定上,例如“欧洲保护人权和基本自由公约”(1950)。

第四,刑法条文的文字必须尽可能清楚和明确,以便对那些潜在的法律破坏者提出适当的警告。在某些国家里,如果条文含糊不清,就可能被认为不能适用。在兰泽塔诉新泽西州(1939)一案中,美国最高法院宣布一条对参加“集团”的成员施加刑罚的条文不符合宪法。

保护被告免受双重起诉 各法系一般都规定有某些限制,使一个人不致因为同一罪行而受多次起诉。在英美法系中,关于双重起诉最困难的问题是第二次起诉是否由于“同一”罪行或“不同”罪行。一般认为,对一项罪行宣告无罪或者定罪,以后就不能对包括在该项罪行中的较轻的罪行再次起诉(例如,非预谋杀杀人包括在谋杀中,不能单独起诉)。但是,有时可以对被告已经受到审判的较轻罪行中包括的一项比较严重的罪行起诉。另一方面,在大陆法系中,问题在于第二次

起诉是否涉及同样的“重要事实”或“历史事件”，国家不能使一个人由于同一事实背景产生的罪行受第二次审判。

美国联邦制度所产生的一个问题是，一个罪犯是否可能由于同一行为而被根据州的和联邦的法律起诉两次（具体的罪名不同）。到六十年代初时，越来越多州的法律禁止在联邦法院宣告无罪或定罪后，州的检察当局又根据由于同一行为而触犯的罪名起诉。欧洲关于刑事判决国际有效性公约（1970）把保护的范围扩大到即使对由另一个国家做出的判决也不能再次起诉。

时效法令 各种法系中都有法令限制可以进行合法起诉的时间。这些法令一般称为平息法令，用来防止在证据已经消失，记忆已经消退，或证人已经消失的情况下提出超过时效的要求。规定的时效期限可以根据罪行的轻重不同而大不一样。例如，在德国法中，时效的幅度很大，轻罪的时效期限是三个月，包括一项应判无期徒刑的罪行在内的重罪的时效期限是三十年。在欧洲和美国，通常都有关于对罪行必须在限制时间内开始起诉的一般法令。在英国，没有适用于罪行的关于时效的一般法令，尽管关于具体罪行的法令通常总是包含有时效期限。

在很多国家里，对某些特别严重的罪行没有关于时效的规定，这些罪行包括美国的某些重罪，西德的种族灭绝罪，和——在苏联及其他共产党统治的国家里——破坏和平的罪行，战争罪行以及反人类的罪行。1968年，联合国大会通过了一个关于战争罪行和反人类的罪行不适用时效规定的公约，但却遭到大多数西方成员国的强烈反对，理由是它具有追溯力。

关于管辖的要求 法院的管辖权是指它采取有效的合法行动的权力。大多数政府声称对其本国国民的行为有管辖权，即使这些行为发生在国外也一样。因此，大多数国家拒绝承担任何义务来把本国国民交给其他国家管辖；巴西、西德和荷兰的宪法禁止把本国国民引渡给外国；另外一些国家的法律禁止引渡，例如比利时、法国和瑞士。意大利的宪法规定，只有在经国际协议具体同意的情况下才能准许引渡国民。

另一方面，在英美的实践中，法院的管辖权限于完全或部分地发生在本国地理疆域以内的行为。国民在外国犯了罪可以引渡，但只能在与有关国家签订的条约要求或授权的情况下才能引渡。在美国国内，刑事管辖权主要限于在某个特定州的地理界限内发生的行为。因此，如果一个人发射一颗子弹越过州界杀死了在另一个州的某个人，有时只有后一个州被认为有管辖权。在与州或联邦的利益直接有关的问题上，州和联邦的法令已经修改了这个原则。在涉及叛国、伪造船舶证件、唆使军人开小差、向一位美国官员行贿和其他行为时，联邦法令赋予美国法院以管辖权，即使这种行为发生在国境以外也一样。美国还要求对在公海海面或上空航行的美国船只和飞机上的犯罪有管辖权。关于飞机上的犯罪行为 and 某些其他行为的东京公约(1963)承认国家对在该国公共或私人的飞机上犯的任何罪行有管辖的权利和责任。

犯 罪 要 素

一般同意，任何犯罪的必要因素是：(1)一种自愿的作为或不作为，伴之以(2)某种精神状态。一项作为可以是人们的

任何种类的自愿行为。在癫痫状态中的动作不是作为。梦游者在清醒过来以前的动作也不是作为，即使造成了另一人的死亡，也不能使梦游者负刑事责任。对结果应负的刑事责任也要求造成的伤害必须是由被告引起的。对行为与结果之间的因果关系的检验是为了证明，如果没有犯罪人参加，事情本来不会以同样的方式发生。

当被告负有采取行动的法律责任并有能力这样做而没有采取行动时，他可能因此要负刑事责任。法令可以直接要求负起采取行动的法律责任，就象要求交纳所得税一样，或者这种责任可能由于各方之间的关系而产生，就象父母有义务供给子女食物一样。

精神要素，尽管大多数法系承认犯罪心理（或犯意）的重要性，各种成文法并不总是精确规定这个概念的含义是什么。美国法律研究所的标准刑法草案试图把各种精神状态分为四类的方法来澄清这一概念。一个人的犯罪行为是“故意的”，“明知故犯的”，“出于疏忽”或“出于过失”。这些词语大致相当于欧洲法原则中使用的下列词语：“故意”相当于法语中的 *intention* 和德语中的 *Absicht*；“明知故犯”相当于法语中的 *doléventuel* 和德语中的 *bedingter Vorsatz*（尽管在德国法律中还必须有一个附加的要素“同意”）；“疏忽”相当于法语中的 *imprévoyance consciente* 和 *faute lourde*，德语中与此相当的词是 *bewusste Fahrlässigkeit* 和 *grobe Fahrlässigkeit*；“过失”相当于法语的 *imprudence inconsciente* 和德语的 *unbewusste Fahrlässigkeit*。单独或者联合使用这些词语，似乎足够说明大部分普通的犯意问题。普遍使用这些词语非常有助于澄清和合理地说明实体刑法。

没有犯意的责任 有些刑事罪行并不要求被告表现出犯罪心理。这些罪行包括强奸幼女罪,在这项罪行中,即使罪犯不知道该幼女不到能够表示同意的年龄也要负法律责任;还包括重婚,即使双方完全有理由认为自己可以自由结婚的情况下也可能犯这项罪行。还有一大类的关于“违反公众利益的罪行”,包括违犯经济条例或违犯有关公众健康和安全的法律。从这些罪行中去掉犯意这个条件的理由是,要求起诉一方确定被告的意图,或者那怕是确定他出于疏忽大意,都将使作出这种规定的立法大部分归于无效和无法执行。这种案件在法国的法律中称为纯粹事实的违法行为。德国法律中排除了这类罪行,因为要求有犯意被认为是一个宪法原则。

有些法令规定在没有道义上错误的情况下也要负责任,这些法令受到了很多批评。让公民受到刑事定罪的惩罚而不表明在道义上犯了罪,这就产生了是否公正的问题。而且,在很多情况下,通过民事制裁,例如要求赔偿、训诫和撤销执照等方式可以更好地达到这类立法所规定的目的。

无知和错误 在大多数国家的法律认为,一个人在行动时如果不知道他的行为的真相,就不应当要求他负刑事责任。因此,如果一个人把另一个人的东西拿走,以为这东西是他自己的,这并不构成偷窃,因为他没有偷窃的意图。另一方面,不懂法律一般不能为犯罪者开脱;他不知道他的行为是犯罪的,这不是辩护的理由。支持这种理论的是这样一个命题:任何有理智的成年人都会认为犯罪行为是有害的和不道德的,但是,当行为并不显然是危险的或不道德的,问题就不那么明确;很大一部分意见可能容许把对法律的误解作为在

此类案件的刑事指控中辩护的理由，特别是当被告坚信已经作了相当大的努力去了解法律是什么的时候。在西德，联邦法院于1952年通过了这样一项提案，即如果一个人从事犯罪行为但不知道这是犯罪，他就不能被指控犯有刑事罪。瑞士的法律和实践与此非常相似，尽管瑞士法院在很大程度上不愿承认对法律的误解是一个有力的辩护理由。在奥地利，在涉及立法规定的案件中，如果行为并不显然是危险的或有害的，上述论点就被认为是一个辩护的理由。

责任 人们普遍认为，在某些案件中，应当免除精神严重失常的人对他们犯罪行为的后果应负的责任。然而，对责任问题进行适当的法律检验，引起了很多争议。法律上关于精神失常的定义，大多数不是以现代医学的概念为基础，因而精神病医生发现很难使其知识符合法院的要求。人们为了制定一种对责任问题进行新的合法的检验方法而做了各种各样的努力。美国哥伦比亚特区上诉法院于1954年制定的德拉姆规则认为，“如果一个被告的非法行为是由于精神病或精神缺陷的结果，他不应负刑事责任”。美国法律研究所的标准刑法草案为了解决在这个问题上存在的许多困难，提出了一个标准，即要求被告由于精神病或精神缺陷的结果，丧失了“知道他的行为是犯罪的或使他的行为符合法律要求的实际能力”。这与苏联1958年的规定相似，那个规定要求由于精神病的结果所产生的心理状态达到不能识别和控制的程度。可以说西德法律也是如此，尽管后者把除精神不安以外的精神变态和神经病之类的精神失常也包括在精神病之内，而且规定了责任递减的几个等级。1957年英国的杀人罪法也在较小的程度上承认责任递减。它规定，当一个人杀死了另一人时，

“如果他当时处在精神不正常的情况下，……实际上减轻了他作为杀人一方时的行为或不作为应负的精神上的责任”，他不应被定为谋杀罪。这条规定的主要结果是把谋杀罪减轻为非预谋杀罪。

通常不把酗酒视为一种精神上的不健全。苏联的法律对此特别严厉，认为以精神病为辩护理由不适用于在酒醉时犯罪的人，而且酒醉甚至可能是一个加重的情节。另一方面，在西德的法律上，酗酒和其他精神上的缺陷一样，被认为是刑事案件中的一个辩护理由。

减轻的情节和其他辩护理由 法律一般承认在某些特殊情况下使用武力甚至使用致命的武力是可以原谅的或者是正当的。这方面最重要的法律是有关自卫的法律。一般地说，在英美法中，一个人可以杀死一个攻击他的人，如果有理由认为他面临即将丧失生命或受到严重的身体伤害的危险，而杀死这个攻击者是避免这种即将面临的危险所必须的话。某些法律要求声称无罪的人必须在能够退让的时候用退让的方法避免危险，如果这样做不致增加危险的话。然而，根据许多欧洲国家的法律，被告可以毫不退让，除非他曾经故意或者出于疏忽而煽动了攻击他的人，或者除非攻击者处在某种缺乏能力的状态，例如未成年、酒醉、失误或有精神病。在英美法和大陆法中，使用武力被公认为是正当的其他情况包括使用武力保护其他人，执行法律和保护财产。

在使用武力被认为是不正当的时候，如果被告本人认为是在紧急避险的情况下使用武力，也可以得到宽恕。在英美法中，所谓紧急避险的原则是指这样一些情况，即一个人由于面临自然力量的巨大压力，必须在两害之间做一抉择，因而选择