

总主编  
赵秉志

现代刑事法学  
系列教材

# 外国刑法学总论

主编 马克昌

(大陆法系)

之所以将这套系列教材冠名为“现代刑事法学系列教材”，是因为这套教材以现代刑事法治理念为指导，注重吸收当代刑事法学发展的最新研究成果，并且不再像以往的刑事法学教材那样只关注刑法和刑事诉讼法两个方面，而是本着“刑事一体化”之精神，覆盖大部分刑事法学科。

 中国人民大学出版社

总主编  
赵秉志

现代刑事法学  
系列教材

# 外国刑法学总论

主 编 马克昌

副主编 卢建平

(大陆法系)

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

马克昌 莫洪宪 陈家林 吴振兴  
王安异 何荣功 王俊平 王志祥  
朱本欣 郭理蓉 卢建平

中国人民大学出版社  
· 北京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

外国刑法学总论 (大陆法系) / 马克昌主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(现代刑事法学系列教材/赵秉志总主编)

ISBN 978-7-300-10456-0

I. 外…

II. 马…

III. 刑法-法的理论-外国

IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 037776 号

现代刑事法学系列教材

总主编 赵秉志

外国刑法学总论 (大陆法系)

主 编 马克昌

副主编 卢建平

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2009 年 4 月第 1 版

印 张 31.75 插页 2

印 次 2009 年 4 月第 1 次印刷

字 数 595 000

定 价 45.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

## 作者简介

**马克昌** 武汉大学法学院资深教授、博士生导师，武汉大学刑事法研究中心名誉主任。兼任武汉大学学术委员会顾问、中国法学会名誉理事、中国法学会刑法学研究会名誉会长、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。出版专著、教材二十余部，发表论文一百六十余篇，其中《比较刑法原理——外国刑法学总论》曾荣获第六届国家图书奖（2003年）、《经济犯罪新论》曾荣获第十二届中国图书奖（2000年），另有多部著作获司法部、教育部、湖北省等省部级优秀学术成果奖。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、刑事政策。

**卢建平** 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、法学博士、博士生导师。兼任中国法学会刑法学研究会常务理事暨常务副秘书长、中国犯罪学研究会副会长、北京市海淀区人民检察院副检察长，以及国际刑法学协会执行委员、副秘书长暨中国分会秘书长。出版专著、教材十余部，发表论文百余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、刑事政策、犯罪学。

**莫洪宪** 武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师，武汉大学刑事法研究中心主任、国家安全研究所所长，前南斯拉夫贝尔格莱德大学法学硕士。兼任国际刑法学协会常务理事、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国青少年犯罪学研究会常务理事、中国法学会董必武法学思想研究会常务理事、武汉市法学会副会长、武汉市政协社会法制委员会副主任，以及湖北省高级人民

法院、湖北省人民检察院、武汉市中级人民法院、武汉市人民检察院专家咨询委员会委员，湖北省第十一届人大常委会立法顾问组顾问。出版个人专著1部，主编、合著专著、教材十余部，发表论文百余篇，教学科研成果多次获得省部级奖励。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、犯罪学。

**吴振兴** 武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师，武汉大学刑事法研究中心学术委员会主任。兼任湖北省人民检察院专家咨询委员会委员。曾任吉林大学法学系副主任、法学院副院长、刑法专业博士生导师组组长，以及中国法学会刑法学研究会副会长。出版个人专著2部，主编、合著专著、教材二十余部，发表论文五十余篇，教学科研成果曾获得省部级奖励。主要研究领域为中国刑法、外国刑法。

**王志祥** 北京师范大学刑事法律科学研究院外国刑法与比较刑法研究所副所长、教授、法学博士、博士后、博士生导师。出版个人专著2部，主编、合著专著、教材二十余部，发表论文八十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、比较刑法。

**王俊平** 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士、博士后、硕士生导师。出版专著1部，主编、副主编著作7部，发表论文三十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、比较刑法。

**陈家林** 武汉大学法学院副教授、法学博士、硕士生导师。兼任中国犯罪学研究会副秘书长。曾为日本早稻田大学法学研究科外国人特别研究生。出版个人专著2部，合著专著、教材十余部，发表论文四十余篇。教学科研成果曾获得省部级奖励。主要研究领域为中国刑法、外国刑法。

**王安异** 中南财经政法大学法学院副教授、法学博士、北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员、硕士生导师。出版个人专著1部，发表论文三十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法。

**郭理蓉** 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士、硕士生导师，出版个人专著1部，合著、参著著作二十余部，发表论文三十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法、刑事政策。

**何荣功** 武汉大学法学院副教授、法学博士、博士后。出版个人专著1部，发表论文三十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法。

**朱本欣** 北京交通大学法学院讲师、法学博士。合著专著、教材十余部，发表论文二十余篇。主要研究领域为中国刑法、外国刑法。

# 总序

通过法律和法治实现正义、维护秩序、保障自由，已经成为全人类的共识。依法治国是人类社会，也是我国迄今能够选择的最佳治国方略。在建设社会主义法治国家的事业中，刑事法治建设是重要的领域之一。刑事法治建设所具有的这种地位，是由刑事法所保护法益之广泛性与重要性、所采用的违法制裁手段之严厉性和所剥夺权利之至关重要所共同构筑而成的。“法律不理睬琐碎之事。”<sup>①</sup> 相对于民事法而言，刑事法无疑更有力地诠释了这一法律格言。当看到刑事司法实践中，那些被判处死刑的人从死亡的恐惧、绝望和痛苦中重获新生，或者就此走上生命的终点，恐怕没有任何其他部门法学者敢说他所研究的法律较之刑事法所保护的权益或者剥夺的权利更加重要。刑事法所关涉的问题如此重要，以致在一些国家，刑事法的重大问题被直接规定在宪法当中。例如，1789年法国《人权宣言》第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯罪前已制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人。”而在美国的宪法修正案中，刑事法的内容占据着相当大的比重。在人权保障已成为全球主题话语的今天，刑事法作为保障善良公民权利和犯罪人权利的宪章，其重要性又从维护上层建筑和巩固经济基础之外的另一个方面得到突显。

在梳理刑事法“家族”的主要成员——刑法与其他部门法的关系

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法格言的展开》，102页，北京，法律出版社，1999。

时，也能感受到刑事法在整个法律体系中的重要性。当各个部门法所调整的社会关系或者保护的权益遭到严重的破坏或者侵犯，以致其他法律制裁手段已经明显力量不足时，它们的一致选择都是从刑法这里得到最后的保护。正如卢梭所言：“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”<sup>①</sup>显然，刑法与生俱来的“众法之保障法”的地位，也是其他部门法所无法相提并论的。基于刑事法所具有的特殊地位和作用，人们对从事刑事法治工作者也提出了更高的要求：“施行刑罚的人，必须本身已意识到一种更高的使命。‘一种没有替天行道意念的人类力量，不足以挥起行刑的刀剑’。”<sup>②</sup>

显然，无论在过去、现在，还是在未来相当长的时间内，刑事法作为并且仍将作为仅次于宪法的重要的基本法律群矗立于法制之林，刑事法治的现代化对于当代中国社会主义法治现代化建设至关重要。相应地，为刑事法治发展起着建言献策作用的刑事法学事业的重要性也不言而喻。

中国有着悠久的刑事法制发展史，也形成了丰富的刑事法传统文化，其中不乏真知灼见。但是，建立在封建专制主义基础之上，浸染于重刑威慑氛围之中的传统刑事法文化能够为刑事法治现代化提供的营养十分有限。近代文人政客也曾探索过变法维新之路，并且从刑事法入手尝试过中国法制现代化，但风雨飘摇之中的没落帝国已经无法为这种尝试提供更多的机会，变法维新的努力也就未能给我们留下多少有价值的遗产。此后动荡不定的社会环境也使得刑事法治建设和刑事法学发展长期处于萧条停滞状态。真正具有现代化意义的刑事法治发展和刑事法学研究应当是始于新中国成立后20世纪70年代末期“文化大革命”结束之后。自1979年首部刑法和刑事诉讼法颁布后，新中国终于高扬起法治建设与发展的风帆，中国刑事法学也步入发展的春天。从那时到现在，中国刑事法学从复苏到全面繁荣，已经走过将近三十年的路程。刑事法学这一极具思辨色彩、蕴涵深刻哲理、富有实用价值的研究领域，以它无穷的魅力吸引了众多有志于促进中国法治现代化的学者关注的目光，并使其为之付出了宝贵的精力。在他们的努力下，刑事法学的发展由小到大，由弱到强，由局部到整体，由偏重注释到注释与思辨并重，迄今已经初步完成学科体系的构建和研究方法的转型。在此基础上，富有远见的刑事法学家提出了“刑事一体化”的刑事法学发展方向。刑事法实践本就是一项刑事实体法与刑事程序法并行，刑事立案、刑事侦查、刑事起诉、刑事审判与刑罚执行继起，犯罪预防、犯罪惩治与罪犯矫正并重的法律实践活动。在此过程中，刑法、刑事诉讼法、犯罪

① [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，63页，北京，商务印书馆，1962。

② [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，87页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

预防法、刑事执行法等刑事法律被同时或者先后运用，互相配合、互为补充，共同编织成一张严密的刑事法网，以实现一个共同的目标——预防和控制犯罪。“刑事一体化”的刑事法学发展思路和发展方向，可谓最符合刑事法实践需要，最有助于理论与实践的统一和结合，因而得到了刑事法学界的广泛认同。

“虽有佳肴，弗食不知其旨也；虽有至道，弗学不知其善也。”尽管刑事一体化的刑事法学发展方向得到了刑事法学人的广泛认同，然而，刑事一体化的精髓何在？如何整合刑事法学各分支学科的资源，以开展刑事一体化研究？如何在具体的刑事法研究中贯彻刑事一体化的精神，使刑事一体化的构想变为现实？如何在刑事一体化的进程中更充分地实现各刑事法分支学科的价值，而不是在此进程中迷失自我？这一系列问题目前都没有得到妥善解决。这在一定程度上阻碍了刑事一体化目标的实现，削弱了刑事一体化命题的价值。而实践的需要和为刑事法治服务的使命，又在催促我们更加努力推动刑事一体化的进程。

在我们看来，刑事一体化的实现建立在两个基础之上：一是刑事法分支学科的全面成熟；二是各刑事法分支学科相互协作，形成合力，共同应对和解决刑事法治发展中面临的问题。应当说，上述第一个基础在我国目前已经基本奠定，以刑法学、刑事诉讼法学为龙头，以犯罪及刑事政策学、刑事执行法学为两翼的刑事法学体系，目前已经基本成型，并且在每一个法学分支学科中，都已经有一批才思敏捷、学识渊博、治学严谨、成果丰硕的学术中坚力量支撑起整个学科，并不断推动本学科研究水平的提高。而受不同刑事法分支学科的具体内容之间存在巨大差异的制约，各分支学科在相互协作、形成合力、共同应对和解决刑事法治发展中面临的问题方面还做得很不够。因此，刑事一体化的上述第二个基础，目前还远未形成。当务之急，乃是建立起一种体制和机制，帮助不同刑事法分支学科之间的交流与合作，并产出一批这方面的高质量学术成果，以促进刑事一体化第二个基础的形成。

北京师范大学刑事法律科学研究院（以下简称为刑科院）正是基于这一刑事法治发展的现实需要应运而生。刑科院作为北京师范大学重点建设的专门从事刑事法学的研究，中国刑事法学领域首家且目前唯一的具有独立性、实体性、综合性的新型学术研究机构与研究生培养单位，自2005年8月成立以来，主动把自身发展置于学校发展和国家刑事法治建设的大格局中，以北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，沿着刑事一体化的发展方向，积极探索，努力进取，逐步全面发展相关学术领域，稳步朝着建成全国领先、国际知名的刑事法学研究机构、高层次人才培养单位以及国家刑事立法和司法决策咨询服务基地的目标迈进。目前，刑科院已经设置了覆盖刑事法所有分支学科的六个研究所，并引进了一批刑事法学领域的优秀人才负责各研究所学术事业的发展，从机构设置到人才



配备为践行“刑事一体化”奠定了基础。

教材编撰无疑是学科建设的重要环节。为了贯彻“刑事一体化”之思路，推动“刑事一体化”的进程，刑科院显然有必要编撰一套内容充实、新颖、学术性较强的，介于理论著作与传统教科书之间的教科书型著作。有鉴于此，刑科院在机构设置和人才引进工作初步完成后，便开始全面规划刑事法系列教材的建设。刑科院在刑事法教材编撰方面有其优势，突出表现在刑科院的主要成员均担任过刑事法教材的主编工作，对于教材的编写颇有经验和心得。特别是刑法学方面，刑科院的主要成员主持了晚近十余年来几乎各种类型的全国刑法学统编教材中多数教材的编写工作。在刑科院下属的六个刑事法研究所成立并且引进了一批刑事法各个领域国内知名的专家学者后，编撰一套刑事法系列教材的组织机构条件和人员条件均已具备。

中国人民大学出版社是新中国最早成立的中央级大学出版社。该社立足于高等教育，以为教学和科研提供优质服务为己任，是我国人文社会科学，特别是文科教材出版中心。近年来，中国人民大学出版社出版了一大批具有文化积累、文化传播价值的优秀法律图书，其中，法学系列教材的出版成绩显著，有目共睹。在刑科院成立后，中国人民大学出版社的领导和法学编辑聪敏睿智地看到了建设社会主义法治国家进程中刑事法系列教材的市场潜力，并基于对刑科院学术团队的充分信任，与刑科院积极协商，决定结合刑科院在刑事法领域的整体学术优势和中国人民大学出版社的法学出版力量，双方合作编著出版这套“现代刑事法学系列教材”。

之所以将这套系列教材冠名为“现代刑事法学系列教材”，是因为这套教材以现代刑事法治理念为指导，注重吸收当代刑事法学发展的最新研究成果，并且不再像以往的刑事法教材那样只关注刑法和刑事诉讼法两个方面，而是本着“刑事一体化”之精神，覆盖大部分刑事法学学科。具体而言，该系列教材拟包括：《刑法总论》、《刑法各论》、《国际刑法学》、《外国刑法学（英美法系）》、《外国刑法学总论（大陆法系）》、《外国刑法学各论》、《犯罪学》、《刑事政策学》、《刑事执行法学》、《刑事诉讼法学》、《刑事证据法学》、《刑法总则案例分析》、《刑法分则案例分析》、《中国区际刑法学》、《被害人学》、《国际刑事诉讼法学》、《犯罪心理学》、《中国刑法史学》、《外国刑法思想史》、《比较刑法学》、《刑事立法学》、《经济刑法学》、《台港澳刑法学》等。同时，该系列教材还将根据学科发展的新情况，不断予以充实、完善。

为了保证教材的质量，并借此提升刑科院的整体实力，刑科院与中国法学会刑法学研究会开展合作，以刑科院的学术骨干力量为基础，并邀请了部分在我国刑法学、刑事诉讼法学界有较大影响的学科带头人和学术骨干参与，共同组织编撰这套刑事法学系列教材。刑科院为此成立了专门的编审委员会，并聘请了老一辈著名刑事法学家担任学术顾问，由本人担任总主编，由全国刑事法学界知名专家学者组成

学术委员会。学术委员会负责该系列教材的审稿、鉴定工作。为了保证教材内容的新颖性和学术性，我们在编撰这套系列教材时，在体系结构和内容上将全面、充分吸收、反映近年来我国刑事法学研究的新进展和新成果，准确地反映和论述立法、立法解释及司法解释的内容，运用案例和举例，适当反映司法实务的经验和情况。

本套教材是我国迄今为止最全面、最系统、最新颖的刑事法学系列教材。我们期待并相信，在刑科院及我国刑事法理论和实务界的有关专家学者们的共同努力下，在中国人民大学出版社的鼎力支持下，“现代刑事法学系列教材”将成为我国刑事法领域最权威的精品教材。

北京师范大学刑事法律科学研究院院长

中国法学会刑法学研究会会长

赵秉志教授

“现代刑事法学系列教材”总主编

2007年5月

## 编写说明

《外国刑法学总论（大陆法系）》系“现代刑事法学系列教材”之一。本书由主编拟出提纲，交各撰稿人撰写。初稿写出后，分别由主编、副主编对各自负责的稿件统稿，最后由主编定稿。主编在定稿过程中得到陈家林副教授的大力协助。在编写中，我们要求引用资料要注明出处，以便读者核对；同时要求内容要有所更新，注意引用最新出版的图书资料。在行文中，对德国学者的译名，以《德语姓名译名手册》（修订本）为依据。对德文著作的中文译本，德国作者的译名与上述手册译名不同的，在注释中仍用中文翻译者的译名。另外，为满足读者扩展阅读需要，特在本书最后列出了“推荐参考论著”与“主要参考法典”。

本书撰写分工如下（以撰写章节先后为序）：

马克昌：第一章～第三章；

莫洪宪：第四章、第五章第一节～第四节；

陈家林：第五章第五节、第六节；

吴振兴：第六章；

王安异：第七章；

何荣功：第八章；

王俊平：第九章；

王志祥：第十章；

朱本欣：第十一章、第十二章；

郭理蓉：第十三章、第十四章；

卢建平：第十五章。

全书由多人撰写，作者风格不一，致章节之间风格有所不同，主编在定稿时，尽力协调，期望缩小差别。但由于水平所限，疏漏欠妥之处，恐难避免，诚盼读者不吝指正。

马克昌

马克昌

2009年1月15日

## 目 录

## 第一编 绪论

第一章 刑法与刑法学 .....	3
第一节 刑法的概念、性质和种类 .....	3
第二节 刑法的规范与机能 .....	8
第三节 刑法学 .....	12
第二章 近代刑法理论 .....	14
第一节 启蒙主义的刑法思想 .....	14
第二节 前期古典学派的刑法思想 .....	16
第三节 近代学派的刑法思想 .....	19
第四节 后期古典学派的刑法思想 .....	22
第五节 刑法学派之争 .....	25
第六节 二战后的刑法思想 .....	27
第三章 刑法的基本原则 .....	30
第一节 刑法的基本原则概述 .....	30
第二节 罪刑法定主义 .....	32
第三节 谦抑主义 .....	42
第四节 责任主义 .....	45

## 第二编 犯罪论

第四章 犯罪概说 .....	51
第一节 犯罪的概念和本质 .....	51
第二节 犯罪的成立要件和分类 .....	56
第三节 犯罪论的体系 .....	59
第五章 构成要件论 .....	68
第一节 犯罪构成的概念和理论沿革 .....	68
第二节 构成要件的种类和要素 .....	75
第三节 构成要件符合性及其形态 .....	83
第四节 犯罪的主体与客体 .....	85
第五节 构成要件的行为与结果 .....	91
第六节 构成要件的故意、过失与错误 .....	124
第六章 违法性论 .....	158
第一节 违法性概说 .....	158
第二节 违法性阻却事由 .....	172
第三节 正当防卫 .....	175
第四节 紧急避险 .....	193
第五节 基于法令或正当业务的行为 .....	201
第六节 其他违法性阻却事由 .....	208
第七章 责任论 .....	220
第一节 责任概说 .....	220
第二节 责任能力 .....	232
第三节 违法性意识及其可能性 .....	242
第四节 期待可能性 .....	252
第八章 未遂犯论 .....	264
第一节 犯罪实施的阶段与未遂犯 .....	264
第二节 未遂犯(狭义) .....	270

第三节 不能犯 .....	281
第四节 中止犯 .....	291
第五节 预备犯和阴谋犯 .....	305
第九章 正犯与共犯 .....	312
第一节 正犯 .....	312
第二节 共犯概说 .....	321
第三节 共同正犯 .....	331
第四节 狭义的共犯 .....	337
第五节 共犯其他问题 .....	347
第十章 罪数论 .....	358
第一节 罪数论概述 .....	358
第二节 本来的一罪 .....	366
第三节 科刑上的一罪 .....	387
第四节 并合罪 .....	401

### 第三编 刑罚和保安处分

第十一章 刑罚和刑罚权 .....	409
第一节 刑罚概说 .....	409
第二节 刑罚权 .....	414
第十二章 刑罚的体系 .....	417
第一节 刑罚的体系概说 .....	417
第二节 死刑 .....	418
第三节 自由刑 .....	425
第四节 财产刑 .....	434
第五节 名誉刑 .....	439
第十三章 刑罚的适用 .....	444
第一节 法定刑与刑罚的加重、减轻 .....	444

第二节 刑罚的量定、宣告和免除 .....	450
第十四章 刑罚的执行 .....	454
第一节 各种刑罚的执行 .....	454
第二节 缓刑 .....	459
第三节 假释 .....	462
第四节 刑罚的消灭 .....	466
第五节 前科的消灭 .....	473
第十五章 保安处分 .....	476
第一节 保安处分概述 .....	476
第二节 保安处分的分类 .....	479
第三节 保安处分的适用 .....	484
推荐参考论著 .....	489
主要参考法典 .....	490



第一编

绪  
论

现代刑事法学系列教材

*Xiandai xingshi faxue xilie jiaocai*

外国刑法学总论(大陆法系)