

WAI GUO
XING SHI
FA
XUANLUN

外国刑事法选论

●何鹏 编著
●吉林大学出版社

WAI GUO
XING SHI
FA
XUANLUN

外国刑事法选论

何 鹏 编 著

吉林大学出版社

外国刑事法选论

何 鹏 编著

责任编辑：丛立新

封面设计：栗广峰

吉林大学出版社出版

吉林省新华书店发行

(长春市解放大路85号)

长春市东新印刷厂印刷

开本：850×1168毫米 1/32

1989年11月第1版

印张：10.875

1989年11月第1次印刷

字数：280千字

印数：1 - 500册

ISBN 7—5601—0355—3/D·67 定价：2.50元

前 言

外国刑事法学是我国法学研究中一个起步较晚的新领域，但却吸引了众多刑法学者的注意，呈现着日渐繁盛的局面。不容否认，研究外国刑事法可以使我们了解世界各国刑事法发展的现状及趋势，奠定比较刑法学研究的现实基础，并推动国际间的刑事法学交流与借鉴。在这样的基础上，它无疑会大大丰富我国刑法理论研究的内容，提高刑法学教育水平，并有助于刑事立法和司法的进一步完善，使刑法更好地为社会主义现代化建设服务。因此，其理论和实践意义都是不言而喻的。

但是，外国刑事法范围广、内容杂，涉及到不同国家不同法系，资料又相对缺乏，因此研究起来困难较大，特别是融而为一，进行系统研究，更为不易。本书是作者多年教学科研成果的积累和反映，是在专题研究基础上编纂而成的，分为刑法改革篇、犯罪篇、刑罚篇、行刑篇四个部分，每个部分围绕一个中心，着重研究几个国家的几个重点问题，内容相对集中。合起来为一个整体，分开来又能独立成篇，以此弥补全面系统论述外国刑事法所受到的体系、结构及篇幅方面的限制，也算是一个初步尝试。

在写作本书过程中，作者力求选择那些在当代外国刑事法中居于突出地位、较有代表性的理论和制度，并着力反映当代刑法改革的最新成果和发展动向，覆盖面尽量宽，包括的国家尽可能多，重点问题力求深入、突出，做到点面结合、宏观与微观结合。在理论上也试图把介绍、分析、评价及比较研究融为一体，有见解、有材料。如果此书能够给我国刑法学理论研

究与教学工作，以及刑事立法和司法工作带来某些助益，作者就感到大愿足矣！

由于时间仓促，水平所限，加上研究外国刑事法面临的那些众所周知的困难，错误和疏漏之处势必难免，敬请同志们教正。

本书得到刑法学博士生吴振兴同志协助材料整理，谨致谢意。

一九八八年十月二日于长春

目 录

前言.....	(1)
---------	-----

刑法改革篇

一、法国刑法的历史演变.....	(1)
二、资产阶级罪刑法定主义原则的“新发展”.....	(12)
三、联邦德国的刑法改革.....	(21)
四、日本的刑法改革.....	(32)
五、法国的刑法改革.....	(45)
六、瑞典的刑法改革.....	(51)
七、丹麦的刑法改革.....	(62)
八、意大利的刑法改革.....	(71)
九、美国的刑事法改革.....	(84)
十、英国的刑法改革.....	(95)

犯 罪 篇

十一、资产阶级的犯罪原因论.....	(107)
十二、法国的犯罪构成要素理论.....	(117)
十三、西德经济犯罪的新立法.....	(136)
十四、日本的财产犯罪.....	(147)
十五、日本的风俗犯罪.....	(174)
十六、意大利的醉酒犯罪.....	(183)
十七、科学技术进步与犯罪理论.....	(192)

十八、国外青少年犯罪剖析·····	(204)
十九、英美少年法制概观·····	(214)

刑 罚 篇

二十、资产阶级刑罚理论及其学派之争·····	(223)
二十一、资产阶级国家的罚金刑·····	(243)
二十二、西德的终身自由刑·····	(253)
二十三、不定期刑研究·····	(264)
二十四、美国现行的死刑制度·····	(268)
二十五、英美的保护观察制度·····	(280)
二十六、意大利的保安处分·····	(291)

行 刑 篇

二十七、国外行刑的新思潮·····	(304)
二十八、国外行刑的新措施·····	(317)
二十九、国外关于精神障碍犯罪者的改造·····	(325)
三十、国外关于交通肇事犯罪者的改造·····	(333)

刑法改革篇

一、法国刑法的历史演变

在西方世界，法国堪称文明古国。法国刑法素以体系严谨、条文细密、术语准确而著称。举世闻名的1810年法国刑法典是资产阶级的第一部刑法典，被誉为资本主义刑法的范例和楷模，曾对世界各国的刑事立法产生深远的影响。时至今日，在大陆法系国家中，法国刑法仍然具有相当的代表性。法国刑法的历史演变不但是其本民族法律文化发展的缩影，而且在一定程度上反映了欧洲不同历史时期的刑法发展概貌。从这个意义上说，研究法国刑法的沿革，还是颇为有益的。

（一）起源

个人复仇时代。随着家族扩大为氏族，并发展成为在政治上统一的管理机构，也开始了司法的历史。氏族的族长为了维持其内部秩序，拥有绝对的司法权。当时的犯罪被认为是对神的亵渎，为了避免神的愤怒，要去牺牲犯罪者自身，一般要从氏族中把他放逐出去（等于事实上的死刑）。在这之后不久，这种制裁得以放宽，变成不许参加氏族生活，死后也不许加以正规地埋葬。有的时候某一家族加害别的家族时，只要给予损害赔偿就可以了。对同一家族成员之间犯罪的制裁也比较轻。氏族相互间通过战斗而进行的复仇，只把“血仇”作为司法手段。复仇只是被害人及其家族的权利，对其他近亲属来说是沉

重的没有时效限制的义务，在氏族之间要监视和帮助他们履行义务。这种复仇义务没有任何限制，不问男女老幼对仇敌的氏族成员可以使用一切策略手段统统杀死，用百倍的怨恨予以返还。刑事责任具有原始的、集体的性质。当时个人责任尚未作为问题来看待，只要是由于责任引起的损害，不分故意、过失还是不可抗力都是同样。

私法时代。为了复仇使用暴力是没有任何限制的。不过，接着在私法上开始出现了限制，管理和审判机构的萌芽。对于要求予以处罚和执行的人，在属于个人当事人（被害人及其家族）这个意义上，都属于私法性质。虽然公权力的作用逐步在增强，也规定了自行处罚的基本范围，但具体实行仍然委任于被害人。这一点接近于个人复仇。

大部分的历史时代是属于私法时代。社会学者们由于厌倦了无休止地“私战”，于是开始探求使用别的形态来求得补偿。但是更为重要的原因是新确立起来的“城市国家”的权力，禁止了被认为是妨碍统一的内战，从而使氏族崩溃，族长的权威衰落下来，夺去了这一古代制度的根基。还有宗教上的原因也是重要的，随着城市国家的发展，构成氏族权力基础的神，能够原封不动地作为各个氏族联合的纽带，于是城市国家权力为了维护自己的法律秩序也把神加以利用，把处罚亵渎和激怒神的犯罪者当成了自己的使命，这样就逐步地把审判权集中到了自己的手里。

城市国家成立以后，虽然复仇还存在着，但是已经被管理、限制起来，而且有了变化。表现在：第一，不再承认复仇对复仇，切断了复仇的锁链，形成了城市国家的最初目标。接着国家提出了确认复仇权及其使用方法。第二，只有被害人的近亲属对加害人个人才可以进行复仇，尤其是加害人已经被其伙伴排除出去的时候。无意思的犯罪比起有意思的犯罪，虽然从被害人看是相同的，但如果从中央权力角度看，由于亵渎的

程度低，比起复仇要使用更为稳妥的制裁方法，从而使复仇逐步变成受到限制的方法。同时也逐步确立起复仇要与受到的损害相适应的观念。对于执行方式也加以限制，如命令去放逐地点、休战以及许多宗教性的办法。与中央权力确立同时建立起来的一些具有私法特征的制度主要有：第一，“诅咒者”。作为代替家族私战的当事人一方，依靠法庭通过诅咒来得到支持。第二，司法斗争。这是限制家族之间复仇的制度。第三，加害人放弃。即加害人的家族与加害人断绝关系的制度，在被害家族同意后，在一定时期可以成为其家族的奴隶。第四，同害复仇。这是对复仇程度加以限制，即把对象只限于加害人，它表现出刑事司法上一种划时期的进步制度。其背景是中央权力企图引导被害当事人通过金钱和解的方法来得到满足。第五，任意和解，即被害当事人接受赔偿金，对加害人放弃复仇，这说明在私法时代还保持着复仇权和拒绝和解权。

公法时代。从脱离私法时代到使司法明确成为公法时代，是国家把处罚的指挥权收回到自己手中，处罚的本质目的在于补偿社会的损害，从而使私的当事人变成了附属地位。国家的参加在程序上成为不可少的必要条件。

从私法向公法转变的原因是：首先，由于在一切复仇之前都必须有司法的介入，虽然这种介入在有的时候还承认私的暴力，但是，是否适当必须由公权力加以审查。其次，使司法权力介入到重大违法行为中去，已经成为通常的作法，国家把告诉权（弹劾权）扩大到血亲、邻居、友人、目击者和市民。再次，国家的制裁必须以社会的名义，为了社会要当成自己的职责来进行，这样就出现了死刑和同害复仇的执行官，使刑事程序由国家来运行。法定和解制度剥夺了被害人的拒绝和解权（对拒绝和解者要给予法外处分，赔偿金的标准自行确定）。另外，国家可以及时从这种赔偿金中提取自己的份额，其中一部分是作为取代被害人复仇权的费用，剩余部分是对侵害公共

和平的补偿费用。

按照这些公的司法的性质，被害人依自己的裁决进行的自力救济已经被禁止，要想裁决必须通过作为中央权力代理人的法官来进行。法官并不只限于依照复仇的规则来进行，还要听取证人对罪责的看法和对证据的评价。这些都属于封建领主的基本义务。由于因犯罪而受到的反作用指的是整个社会，所以诉权既应归属于社会整体，同时也不是“私诉”而是公诉。刑罚作为以社会的名义，为了社会而科处的社会制裁，从而与“私的制裁”相区别，也和违反某一集团的规则而有所不同，也就是“社会复仇”代替了私人复仇。上述性质形成了公的司法，私人当事者只具有次要作用，超过了这一点就是侵犯了王权。

（二）刑法典制订前的法国刑法

中世纪刑法。在法国自12世纪以来，设置了专门的职责人员来行使司法。13世纪时，原则上私法已被拆除，不过其制度的某些方面还残存在公法当中。到了16世纪，根据“一切司法都要由国王决定”和“按照神授的权力，通过神的官吏进行，复仇者只有国王”这样的思想，为了完全排除暴力，即使是正当防卫也要求有国王的赦免状。

王政时代的刑法（16—18世纪）。这个时期的刑法在欧洲的任何地方都是大体类似的，在复兴罗马法的要求下，许多国家纷纷采用罗马法。法学家的学说为法院所应用，法院的决定又为后来的学说所承袭。当时在法国，罗马法的法学书籍的权威性和上级法院的判例是被王权公认的“活的法律”。在确定罪与刑上，从来自于地方习惯的封建习惯法中就可以找到其根据。另外在确定刑事责任上，也受到教会法、神父、神学家的著述的影响。1670年在刑事程序上终于被统一法典化。不过刑法仍按照审判管辖的不同而有区别。

这样，法官已经不能以任意的罪名，自由地科处任意的刑

罚，而受到了上述习惯法的约束，如在刑罚上受到刑罚上限和种类两方面的限制。除了死刑外，还有身体刑（如笞刑）、耻辱刑（如带上铁环或谢罪）、剥夺自由刑（如在一种船上服刑）及限制自由刑（如从城市放逐到其他地方）等。所说“一切刑罚都是自由裁量的”这句法律谚语，实际上是指法律上赋予法官有权不适用通常的刑罚时，法官才能够确定其他适当的制裁。从这个意义上，是承认法官可以按照犯罪者的责任来处以刑罚的。当时的刑法虽然规定“意思恶劣”是重责任的条件，不过法官把行为的残忍性是作为证据来使用的，所以即使是故意的行为，如果不能推定具有明显表现时，也不能科处犯“意思恶劣”罪所应处的刑罚。至于非故意的行为，常简单地以“意思善良”而不予追诉，经常是移交给民事程序，其责任也减轻为损害赔偿。有不少的时候在判决之前，轻易地从“国王大法官所”那里得到了赦免。这样，与原始刑法的客观性相比，这个时代的刑法有着如此的主观性，需要从罗马法和教会法的影响中来加以说明。另外，按照罗马法的规定，年龄是划分阶段的，未成年人如果不是重大的犯罪，一般是不处刑的。对于女性也不能处以“车裂”刑罚。因精神异常和因受强制而犯罪，都是应当考虑减轻的内容。犯罪未遂是要减轻刑罚的，正当防卫虽然被免除刑罚，但要有赦免的证明。

法国这个时期的刑法，首先应当指出的是，其来源是多样的，并且复杂地交错在一起。其次是刑罚的严酷性，死刑常与残忍的体罚一起被滥用，而且有时还加给尸体和其家族。但其严酷程度是不一样的，要按照加害人与被害人的身份、情节、被害情况等进一步加以区别。加重事由虽然很多，但减轻事由也不下64种。当时法官判案的随意性虽说是广为人知的，但不免有些夸大和误解。问题在于国王享有特权，特别是各种赦免权，尤其是废弃程序权，他可以随便地停止追诉，或在他的敕令下加以处罚。他还可以不依照程序、不定期地把人投入监

牢。贵族和从事“圣职”的人，他们拥有刑事程序上的保障和审判管辖上的特权，事实上造成经常对他们处罚上的宽大，在刑法适用上如此的不公正，也招致了暴力的反抗。

18世纪时观念上的变化。18世纪的思想家对于刑罚的威吓效果表示了怀疑，并指出在刑事司法上的若干错误，不过直到1764年贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》一书问世，一直没有多大的影响力。这本著作批判了刑罚的严酷性以及拷问与死刑，主张把处以恐怖的、不确实的刑罚改为处以稳妥的、确实的刑罚，才能对犯罪的一般预防更为有效，从而重视犯罪者的改造与重返社会工作。另一方面也强调刑罚的客观平等化思想。在1776年由马特雷翻译成法文的这本书，在法国引起了很大反响，同时也产生了不少的争论。在刑罚机构上促进了一些改革，受到了公权力的鼓励。如关于死刑的改革，设立模范监狱，废除拷问，制订刑事诉讼法典等。1788年9月14日国王决定召开“三部会议”，利用这个时机一些人提出了请求，要求有组织地放宽刑罚制度，实现处罚的平等化，禁止法官的自由裁量，废除宗教上的犯罪，以及许多程序上的改革（如要求引进陪审制等）。

（三）过渡时期的刑法与拿破仑刑法典

过渡时期的刑法。大革命爆发后1791年的制宪会议，制订了实现刑法法典化和统一化的两个法律。其主要内容是，废除体刑，减少死刑和处罚平等原则。另外，在《人权宣言》中也排除了一切的随意性。与此相并行的，实行了司法机构的组织化，而且相对应地创设了重罪、轻罪、违警罪的区别。为了对付犯罪的增加，组建了追诉机关和司法警察。接着又创建了检察官制度和用来处理强盗犯罪的特别法院。

拿破仑法典。第一帝政首先1808年公布了刑事诉讼法典，接着在1810年又公布了刑法典，并从1810年1月1日起实施。

刑法典根据贝卡利亚的“受到处罚的恐惧要比因犯罪所能得到的满足更多”的结论，于增加犯罪种类的同时，规定了在执行死刑前，要把杀害尊亲属者的手先砍掉等恐怖性刑罚；对未遂与既遂的处罚、从犯与正犯的处罚不加区别；规定支付罚金是全体共犯的连带责任。把犯罪的三大范畴，即罪刑法定主义、自由刑和平等处罚这些大革命时期的改革保存下来；把固定刑罚改为给法官在量刑上规定上限与下限。刑罚加重事由大为增加，而刑罚减轻事由却大为减少。

（四）近现代刑法的变迁

虽然拿破仑刑法典不如民法典那样受到很高的评价，但是由于对刑法典上不断地进行修改和补充，一直存续到今天。

从王政复古到第二帝政。由于拿破仑法典具有对革命的反动和权威主义复辟的性质，所以王政复古后也没有改变。在康德思想的影响下，把“同害复仇”作为刑法上正义的典型，把刑罚报应当作国家的至上义务，把国家刑罚权的行使看作是实现了神的处罚。这样就使得国家不得不经常地修改法律。

由于1830年左右自由思想的恢复与七月王政的上台，导致以1832年4月28日的法律修改了刑法典。废除了从前的所有残酷刑罚，全面减轻了法定刑，把许多重罪变为轻罪，对剩余的重罪也通过承认扩大减轻情节的权限移交到陪审员之手。

19世纪中期，由于相继发生政变，监狱人满为患，于是监狱制度的改革成了议会主要关心的目标。影响对这个问题讨论的，是当时居于统治地位的折衷主义思想，如自由主义的报应刑论与功利主义的社会防卫论巧妙地调合起来，从而使刑法上的功利主义不仅存在于一般预防之中，也存在于受刑者“复归社会”之中。这也就是新古典主义学派的主张。按照他们的主张，重新降低了各种犯罪的法定刑，实行对政治犯的特殊对待（如1848年废除死刑），废除“民事死刑”，实行强制劳动制

度上的殖民制度（即使土地跟人走，变为人跟土地走）等。不过这些新的刑事政策都以失败而告终。

实证主义学派。过去在理论上把刑罚的根据看作是犯罪行为客观的社会侵害性或犯罪者主观的道德责任。新古典主义学派主张把二者结合起来。但是实证主义学派不是着眼于道德的观点，而是着眼于对社会秩序的危险性如何的观点，是从犯罪者个人的性格中寻找根据。认为作为道德责任所依据的自由意思，从根本上说是一些“决定论”者。龙勃罗梭是相信存在“天生犯罪人”的，为此提出“激情犯”和“精神异常犯”的范畴，是为了在犯罪行为以前采取适当的措施（如使激情犯减少的过度感受性，对精神异常犯加以保护与治疗）。菲利研究了环境的影响，主张对习惯犯在矫正不能时采取排除的措施，对偶发犯要防止堕落和排除其恶劣的影响。认为这些“保安处分”性质的措施应当是机动灵活的，不定期的，随机应变的，这就是实证主义者所主张的。这个理论成功之处是带来了犯罪学的发展。

实证主义理论很快影响到了法国的立法者，如对于矫正不能的再犯，采用“流刑”这样的“补充刑”，并使之制度化。为了预防犯罪采用了“禁止滞留”（即限制居住）的办法，并把所宣告的刑期可以缩短一半的假释加以制度化。对于初犯确认了徒刑缓刑和对轻微的习惯犯加重刑罚等。在1912年对未成年犯罪者在很广的范围内，在再教育的手段上给予法官选择权。

1920年以后，一些国家把“保安处分”大量地和古典的体系结合在一起，制定了若干个刑法典，对精神异常者、变态者、未成年者、流浪者、乞讨者、酒精中毒者、常习犯，按其犯罪行为处以罚金的同时，还对其所表现出来的危险性采取了社会防卫手段。

在法国的法学家当中除掉少数人外，大多数人都同意这个动向。在1934年，他们以这个方向为目标，提出了刑法典改革

方案。不过立法者反对因为精神方面的原因而把其危险状态放到刑法范围内加以处理。虽然如此，为了预防犯罪而采取的剥夺权利与禁止就业这些“补充刑”，以及取消许可证和除名这样的行政机关的各种制裁确实是增加了。所以，使用了暧昧的形式，使刑事责任具有双重形式，并且在法国的刑法中占据了位置。此外，立法者原准备进一步扩大适用对象，如酒精中毒者、麻醉剂中毒者等等。但是，由于法国的立法者意识到二战后“刑罚膨胀”，加上当时经济上的原因而没有付诸实现。

新社会防卫运动。二次大战终了后，从“全体主义”（即极权主义）的压抑下解放出来的个人自由，比以前更为人们所热爱。在这种制度下被忽视了的保护人的尊严和尊重个人也就成了刑法上最应优先考虑的原则。所说“新的社会防卫”，不只是在保护社会上要考虑，对于犯罪者也应当采取最合适的手段，使其生活在最合适的社会环境中，并把他从再次堕落的危险中解救出来。这就是1944年12月法国行刑制度改革委员会所确定的改革思想。接着为新刑事诉讼法典（第五卷）所确认。新社会防卫运动的倡导者们进而主张消灭刑罚、责任甚至犯罪者等观念。不过法国的法学家们对此表示了反对意见。国际社会防卫协会也认为，这样走的过远，为此只通过了最低限度的纲领。但是这种思想已经广泛地渗透到法国实定法中去。首先，对犯罪者性格的彻底调查，起初是对未成年人犯罪者进行的（1945年）；接着一般是在重罪案件的审查上作为义务来实行的；以后曾作为辩护一方要求进行医学、心理学调查的权利的形式实行过（新刑诉法典第81条）。另外，对于长期自由刑的犯人也可以进行人格调查，其结果成为对其选择行刑措施的基础。在刑罚的执行上，扩大了法官的权限，把附有观察条件的缓刑，作为对刑期届满者、假释者、禁止滞留者、流浪者等人的辅助性保护措施。这些都更得到医师、心理学者、社会活动家的帮助越来越重要。此外，在对于麻醉剂、酒精中毒者的对

策上和对禁止滞留者在法律上采取的援救与半自由（如外部通勤与走读）的措施也都令人瞩目。

特别是1970年7月17日的法律，扩大了缓刑的适用范围，取代了过去的“流刑”，新创建被称作“刑事保护”的新手段。该法还在属于刑事程序方面的“假定拘留”和司法管制制度上和在保护个人自由方面，体现了保护、帮助的精神。在1972年12月29日的法律和1975年7月11日的法律中，为了排除受刑者“复归社会”时遇到的障碍，采取了各种措施，特别是为了避免15天到六个月的短期自由刑的弊端，把过去作为附加刑和补充刑的禁止就业与取消许可证等作为代替制度。

法国的刑法学者认为，实证主义的理念所带来的实际效果，虽然有些被证明是正确的，然而他们也承认，有的时候却是在放弃或反对实证主义这个根本原理。为此，他们对于社会防卫运动也有批判的意见，如认为这是“重新回到新古典主义上去了”，“是敞开了全体主义制度下，滥用权力的大门”，“是把刑法非法律化”等。这个运动的代表们为了坚持在处罚上的法定主义和保护个人自由，始终强调必须坚持司法介入的必要性。

在上述一些理论的影响下，立法者研究了如何使刑法适合今天社会的需要，并作出了如下一些决定。

第一，为了对付犯罪性质上的恶化与数量的增加，对于轻罪、诈欺、渎职等罪罚金额的上限加以提高。另外，为了对付新型的重大犯罪新设了若干处罚规定。

第二，对某些越轨行为使之“非犯罪化”，如对单纯使用麻醉剂（受国际上倾向影响），贩卖避孕手段，于一定条件下在妊娠的最初十周内堕胎、妻子与人通奸等，都要求不作为犯罪论处。此外，还放宽了对供作观赏、出版等属于风俗上应当取缔的行为的处罚。

第三，作为故意伤害的结果，不能劳动未超过八天，过失