

刑事法律论丛
Series of Criminal Law



Theories of the Foreign Criminal Law


童德华 著

外国刑法原论

外国刑法原论

童德华 著

Theories of the Foreign Criminal Law

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法原论/童德华著. —北京:北京大学出版社, 2005. 8
(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-09531-7

I. 外… II. 童… III. 刑法-研究-中国 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 095895 号

书 名: 外国刑法原论

著作责任者: 童德华 著

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 7-301-09531-7/D·1273

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 27.25 印张 460 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

作者简介



童德华 男，湖北省武汉市人，武汉大学法学院法学博士，现任中南财经政法大学法学院副教授，主要研究方向：刑法。著有《刑法中的期待可能性论》（中国政法大学出版社2004年版）、《规范刑法原理》（中国人民公安大学出版社2005年版），同时在《法学评论》、《法律科学》、《政治与法律》、《刑事法学》、《现代法学》等杂志上发表论文30多篇。

刑事法律论丛

Series of Criminal Law

责任编辑：李燕芬

封面设计： 春天·书装工作室

刑事法律论丛已出书目

- | | |
|------------------------------|----------|
| 1. 刑法的基本观念 | 张小虎著 |
| 2. “严打”的理性评价 | 汪明亮著 |
| 3. 中国近代刑事诉讼制度变革研究(1895—1928) | 李春雷著 |
| 4. 转变中的刑事诉讼法学 | 熊秋红著 |
| 5. 法律监督与刑事诉讼救济论 | 向泽选等著 |
| 6. 国际公约与刑法若干问题研究 | 马长生主编 |
| 7. 中日矫正理念与实务比较研究 | 鲁兰著 |
| 8. 现代刑事法研究 | 齐文远 夏勇主编 |
| 9. 美国刑法(第三版) | 储槐植著 |
| 10. 美国辩诉交易研究 | 祁建建著 |
| 11. 刑事再审程序与人权保障 | 陈光中主编 |
| 12. 犯罪学的基本范畴 | 李伟著 |
| 13. 国际犯罪与跨国犯罪研究 | 齐文远 刘代华著 |
| 14. 刑法、刑事责任、刑事政策研究 | 齐文远 周详著 |
| 15. 反职务犯罪论略 | 文盛堂著 |
| 16. 刑法中身份论 | 狄世深著 |
| 17. 宪政维度的刑法新思考 | 刘树德著 |
| 18. 全面建设小康社会进程中犯罪研究 | 康树华主编 |
| 19. 外国刑法原论 | 童德华著 |

序 言

本书以专著的形式,对外国刑法的一般制度和基本理论进行了介绍和评价。它主要用于外国刑法学的教学和研究,适合于本科生了解外国刑法和刑法理论、研究生研习外国刑法理论。另外,本书还介绍了一些外国刑法判例,就一些理论的展开也做了例证,因此,对于司法人员在司法实践中自觉采用刑法理论作为判决根据,无疑也具有借鉴价值。

本书在写作上,吸收了我国现有的外国刑法教材和专著的经验,同时根据自己的理解,主要突出如下方面的特点:

第一,注重学术性,兼顾知识性。介绍外国刑法理论的目的,是为我国现代刑法实践提供有意义的理论指导。我国目前关于外国刑法的教材和专著,一般都偏重于知识性的介绍,不同的是介绍时存在理论上的深浅差别。对传播知识而言,这固然是必要的,但是,作者本人的观点通常难以获得充分发挥,外国理论在我国的刑法实践中有什么样的实用性也难以得到直接、明确的说明。因而,本书在介绍外国刑法及其理论时,结合现代社会的现实需要,对外国刑法及其理论做了必要的评价。

第二,梳理理论脉络,突出理论的实践价值。社会科学的历史观,对于展开理论的现实认识是很必要的,对研究外国刑法和从事刑法实务的工作者来说,应当熟识刑法及其理论的谱系。而现有的刑法教材和专著还需要加强这方面工作。虽然有极少数教材或专著对此有所涉及,但主线还不突出,而且有关刑法理论或者思想的历史往往只追溯到启蒙时期,对古希腊、古罗马以来的刑法思想还有待发掘。事实上,回溯自古希腊、古罗马以来的刑法思想,不仅能理解刑法的本体论,而且能使我们认识大陆法系和英美法系的刑法方法论的分化,对于刑法基本理论的评价有更清醒的认识。在此基础上,我们才能了解现代刑法理论的来龙去脉,才能对理论的现实价值作出比较客观公允的评价。

第三,理论性和实践性结合。外国刑法理论的形成,很多和特定的司法判例密切相关。对具体司法判例的介绍,一方面能认识理论产生的社会背景;另一方面,能认识司法判例中的基本理由。对刑法研究而言,它可以改变一些学者对不同地区、不同时代的刑法理论进行评价时不考虑其产生的社会背景,简单地进行解释和批判,或者作些隔靴挠痒的评价。对司法机关而言,其意义不言而喻。

第四,以大陆法系刑法理论介绍为主,兼顾对英美刑法进行比较研究。我国介绍外国刑法理论的教材和专著也有一些,但是,严格说来,大多数是介绍大陆法系国家刑法理论的,而涉及英美理论的很少,将两种法系的理论挂钩进行比较研究的就少之又少。这对于理论研究来说,未免有遗憾之处。本书虽然以大陆法系刑法理论为重点加以介绍,但在相关部分,尽可能糅合英美刑法理论,进行比较介绍,特别是介绍了如英美刑法的模式、英美刑法中的无过错责任(严格责任和代理责任)、刑法中的辩护事由、因果关系等比较有特色的制度和理论。

第五,立足刑法的传统,并着眼于刑法的未来发展趋势。本书主要根据德日刑法的基本结构和内容,但在编排和写作中,考虑到刑法的发展倾向,就一些未来刑法的倾向性内容,予以突出和补充。如在刑法概念中包含“保安处分”、在刑法分类上突出国际刑法、并且用了一定篇幅介绍刑事政策。等等。

当然,要较好突出以上特色、实现当初的写作意图,还需要付出更大的努力。由于笔者本人学识有限,书中难免出现一些资料方面的理解错误,本人的观点也只是个人管见,不一定合理。因此,如果学界前辈和同行对这些问题不吝指正,将对本书今后的完善起到很大作用,我将衷心表示感谢。

在此,我要感谢恩师马克昌教授。马先生学贯中西,于比较刑法的高深造诣,令我辈高山仰止。先生引导我进入比较刑法理论的神圣殿堂,激发我进行比较刑法研究的兴趣,鞭策我不断学习和写作。在本书写作的时候,先生还给予了我诸多指导和关切。

另外,武汉大学的刘明祥教授、莫宏宪教授、林亚刚教授对本书的写作也给予了莫大的关怀,并激励我努力完成写作,而我在武汉大学读书期间,也从他们那里吸收了很多“知识营养”。还有中南财经政法大学的李希慧教

授(我在武汉大学时的老师)、齐文远教授、刘茂林教授、夏勇教授、吉林大学的李杰教授、清华大学的黎宏教授、西南政法大学的李邦友教授、武汉大学的周佑勇和刘艳红教授夫妇,他们对我的工作给予了热情的鼓舞和关心。正是在他们的帮助和鼓舞下,这本书才没有滞留于读书笔记的形式上。在此,我谨对上述老师表示由衷的感激之情。

最后,我还要感谢北京大学出版社,没有北京大学出版社的大力支持,这本书是难以在北京大学出版社出版的。

作者谨识于

2005年4月19日

CONTENTS 目 录

第一章 外国刑法导论	1
第一节 刑法概述	1
一、刑法的含义和分类	1
二、刑法的机能	3
三、刑法与社会伦理	5
第二节 外国刑法思想史	6
一、概述	6
二、古希腊、古罗马刑法思想	7
三、中世纪的刑法思想	12
四、启蒙时期的刑法思想	13
五、早期客观主义刑法理论	14
六、早期主观主义刑法理论	16
七、现代刑法学派之争	18
第三节 外国刑法立法史	26
一、古代外国刑法	26
二、中世纪欧洲刑法	27
三、现代大陆法系刑法	31
四、现代英美刑法	35

第二章 罪刑法定主义	37
第一节 罪刑法定主义的形成	37
一、罪刑法定制度的历史沿革	37
二、罪刑法定的思想基础	39
第二节 罪刑法定主义的内容	41
一、罪刑法定主义的形式要求	41
二、罪刑法定主义的实质要求	44

CONTENTS 目 录

第三章 犯罪论的基础	45
第一节 犯罪的含义	45
一、犯罪的定义	45
二、犯罪的本质	47
第二节 犯罪论的构造	50
一、大陆法系犯罪论的构造	50
二、英美刑法犯罪的构造	52
三、两大法系犯罪构成论之比较	53
第四章 构成要件符合性论	56
第一节 构成要件符合性概述	56
一、构成要件符合性理论的沿革	56
二、构成要件的机能	58
三、构成要件的类型	59
四、构成要件要素	61
第二节 行为主体	63
一、行为主体概述	63
二、身份犯	63
三、法人犯罪	66
第三节 实行行为	68
一、行为	68
二、实行行为的含义与分类	81
三、不作为犯	82
第四节 因果关系论	91
一、大陆法系的因果关系论	91

CONTENTS 目 录

二、英美法系的因果关系论	105
三、客观归属论	118
第五节 构成要件的故意和过失	126
一、构成要件的故意	126
二、构成要件的过失	129
三、构成要件的事实错误	139
<hr/>	
第五章 违法性	148
第一节 违法性概述	148
一、违法性概念及其理论沿革	148
二、违法性的本质	149
三、违法的要素	159
四、可罚的违法性论	161
第二节 违法性阻却事由	162
一、违法性阻却事由的概述	162
二、违法性阻却事由的一般原理	163
三、英美刑法中辩护事由	164
第三节 法规中的正当化事由	169
一、正当防卫	169
二、紧急避险	177
三、正当行为	182
第四节 超法规的正当化事由	183
一、义务冲突	183
二、被害人承诺	187
三、自救行为	190

CONTENTS 目 录

第六章 责任论	191
第一节 责任论概述	191
一、责任的本质	191
二、责任的要素	197
三、英美刑法中的特殊责任制度	198
第二节 责任能力	213
一、责任能力概述	213
二、责任能力的判断标准	214
三、有关责任能力的分类及其具体类型	214
四、责任能力存在的时期	217
第三节 期待可能性论	221
一、期待可能性理论的形成	221
二、期待可能性相关的概念	223
三、期待可能性标准	225
四、期待可能性的地位	237
五、超法规的期待可能性问题	256
六、期待可能性的错误及其处理	266
第四节 违法性的意识认识可能性	274
一、违法性的意识概说	274
二、违法性意识的学说	275
三、违法性意识的内容	280
四、违法性意识的不可能与期待不可能性	282

CONTENTS 目 录

第七章 未遂犯论	287
第一节 概说	287
一、未遂犯的立法例	287
二、预备犯、阴谋犯	288
三、既遂犯	288
第二节 障害未遂(狭义)	288
一、未遂犯概述	288
二、未遂犯的处罚根据	289
三、实行的着手	291
第三节 不能犯	296
一、不能犯的概述	296
二、不能犯的学说	297
第四节 中止犯	302
一、中止犯的立法例	302
二、中止犯减免刑罚的根据	303
三、中止犯的概念与要件	305
第八章 共犯理论	308
第一节 概论	308
一、共同犯罪概说	308
二、正犯和共犯的区别	311
三、间接正犯	315
第二节 共同正犯	319
一、共同正犯的概念及成立要件	319
二、共谋共同正犯的基本问题	320
三、继承的共同正犯	332

CONTENTS 目 录

第三节 共犯	334
一、共犯的性质	334
二、共犯处罚的根据	337
三、教唆犯	341
四、帮助犯	343
第四节 共犯论的现代论争	345
一、共同过失犯问题	345
二、身份和共犯	348
三、共犯和错误	352
四、共犯和未遂	353
<hr/>	
第九章 罪数论	355
第一节 罪数概论	355
一、罪数问题与罪数论	355
二、决定罪数的标准	355
三、罪数论体系	357
第二节 单纯一罪	360
一、单纯一罪概述	360
二、法条竞合	360
三、结合犯	363
第三节 包括的一罪	365
一、包括的一罪概述	365
二、包括一罪的类型	365
三、集合犯	366
四、连续犯中的争议	368

CONTENTS 目 录

第四节 科刑上的一罪	371
一、科刑上的一罪概说	371
二、想象竞合	372
三、牵连犯	374
四、关于“挂钩现象”	375
第五节 并合罪	376
一、并合罪的含义与要件	376
二、并合罪的处罚	377
<hr/>	
第十章 犯罪的法律后果	378
第一节 刑事政策与犯罪法律后果的体系	378
一、刑事政策	378
二、犯罪法律后果的体系	381
第二节 刑罚	382
一、刑罚的基本观念	382
二、刑罚的种类	391
三、刑罚的适用	405
四、刑罚的执行	409
五、刑罚的消灭	413
第三节 保安处分	414
一、保安处分的概念及其立法理由	414
二、保安处分的基本性格与适用条件	415
三、保安处分的种类	416
<hr/>	
主要人名索引	418
主要参考文献	420

第一章 外国刑法导论

第一节 刑法概述

一、刑法的含义和分类

(一) 刑法含义

刑法,概指规定犯罪及其法律后果的法律规定,犯罪的法律后果包括刑罚、保安处分和其他处分措施。

在外国刑法中,刑法主要还是和作为犯罪行为法律后果的“刑罚”联系表述的。早期使用的主要是“刑事的”(peinliches),它源于“痛苦”(pein),借用的是拉丁文“poena”(处罚、刑罚),拉丁文来自于希腊文“poine”(处罚)。在德语中,它演变为“Kriminalrecht”,后来使用“Strafrecht”;在法语区,使用的“droit penal”和“droit criminel”;在英语区则使用“criminal law”和“penal law”;在意大利使用的是“diritto penale”;在西班牙使用的是“derecho penal”;在斯拉夫语中,相关术语有俄语的“ugolownoje pravo”(刑事法律),也有波兰语的“prawo karne”。^①也有人将其翻译为犯罪法,但其中的含义并无实质区别。

(二) 刑法分类

根据不同的分类标准,刑法大体可以分如下几类:

1. 根据刑法的表现形式分为狭义刑法和广义刑法

狭义刑法,是使用“刑法”名称的法律,通常指刑法典,如《德国刑法典》、《日本刑法典》、《法国刑法典》、《意大利刑法典》、《瑞士刑法典》、《韩国刑法典》等等。刑法典一般分总则和分则两大部分,总则规定犯罪的基本原则、效力范围、犯罪、刑事责任、刑罚制度等;分则主要规定具体犯罪的构成要件和法定刑。有些国家的刑法典还规定了保安处分,如《德国刑法典》第三章

^① 见〔德〕汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第12—13页。