

比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

马克昌 著

比较 刑法原理

COMPARATIVE LAWS

刑法原理

外国刑法学总论

刑法与刑法学
主要启蒙思想家的刑法思想述评
罪刑法定主义立法的演变和趋势
犯罪的成立要件和种类
构成要件符合性和构成要件的解释
犯罪实施的阶段与未遂犯
刑罚的概念和本质
法定刑与刑罚的加重、减轻

全国优秀出版社
武汉大学出版社



D914.01
A/137

比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

比较
刑法原理
外国刑法学总论

马克昌 著

全国优秀出版社
武汉大学出版社



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, 2002. 10

比较法研究丛书/马克昌主编

ISBN 7-307-03649-5

I. 比… I. 马… III. 刑法—对比研究—世界 IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 040355 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:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.whu.edu.cn)

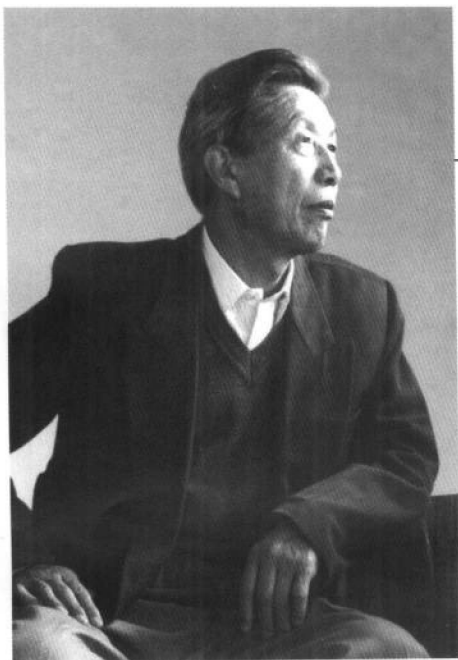
印刷:湖北省通山县印刷厂

开本:850×1168 1/32 印张:30.875 字数:800千字 插页:3

版次:2002年10月第1版 2002年10月第1次印刷

ISBN 7-307-03649-5/D·490 定价:60.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



马克昌

1926年8月生，河南省西华县人，1950年武汉大学法律系本科毕业，1952年中国人民大学法律系刑法研究生班毕业。现任武汉大学法学院教授、博士研究生导师，兼任中国法学会名誉理事、中国法学会刑法学研究会名誉会长，主要著作有《刑法学》(副主编)、《中华人民共和国刑法论(上)》(副主编)、《论共同犯罪》(与人合著)、《犯罪通论》(主编)、《刑罚通论》(主编)、《中国刑事政策学》(主编)、《刑法学全书》(第一主编)、《刑法理论探索》、《近代西方刑法学说史略》(主编)、《经济犯罪新论》(主编)、《刑法学》(主编之一)等，发表论文一百余篇。

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 | 6 |
| 第二节 刑法的任务和机能 | 9 |
| 一、刑法的任务 | 9 |
| 二、刑法的机能 | 10 |
| 第三节 刑法学概述 | 15 |
| 一、刑法学的概念 | 15 |
| 二、刑法解释学 | 16 |
| 三、基础刑法学 | 17 |
| 第二章 近代刑法理论 | 19 |
| 第一节 启蒙主义的刑法思想 | 19 |
| 一、概述 | 19 |
| 二、主要启蒙思想家的刑法思想述评 | 20 |
| 第二节 古典学派 | 22 |
| 一、概述 | 22 |
| 二、前期古典学派 | 23 |
| 三、后期古典学派 | 33 |
| 四、古典学派的基本观点和评价 | 36 |

| | |
|--------------------------|----|
| 第三节 近代学派与刑法学派之争 | 38 |
| 一、近代学派概述 | 38 |
| 二、近代学派代表人物的刑法思想 | 39 |
| 三、近代学派的基本观点和评价 | 45 |
| 四、刑法学派之争 | 47 |
| 第四节 新社会防卫论 | 50 |
| 一、格拉马蒂卡的社会防卫论 | 51 |
| 二、安赛尔的新社会防卫论 | 52 |
| | |
| 第三章 罪刑法定主义 | 55 |
| 第一节 罪刑法定主义的意义和沿革 | 55 |
| 一、罪刑法定主义的意义 | 55 |
| 二、罪刑法定主义的沿革 | 57 |
| 第二节 罪刑法定主义的思想理论基础 | 60 |
| 一、概述 | 60 |
| 二、罪刑法定主义产生的思想理论基础 | 61 |
| 三、现代罪刑法定主义的思想理论基础 | 65 |
| 第三节 罪刑法定主义的内容 | 66 |
| 一、概述 | 66 |
| 二、传统的罪刑法定主义的内容及其发展 | 68 |
| 三、新增的罪刑法定主义的内容 | 73 |
| 第四节 罪刑法定主义立法的演变和趋势 | 79 |
| 一、罪刑法定主义立法的变迁 | 79 |
| 二、罪刑法定主义立法的现状和趋势 | 81 |

第二编 犯 罪 论

| | |
|--------------------|----|
| 第四章 犯罪论概说 | 85 |
| 第一节 犯罪的概念和本质 | 85 |
| 一、犯罪一词的含义 | 85 |

| | |
|-------------------------|-----|
| 二、犯罪的定义 | 86 |
| 三、犯罪的本质 | 88 |
| 第二节 犯罪的成立要件和种类 | 93 |
| 一、犯罪的成立要件 | 93 |
| 二、犯罪的种类 | 97 |
| 第三节 犯罪论的体系 | 102 |
| 一、犯罪论体系的概念 | 102 |
| 二、犯罪论体系的学说与状况 | 103 |
| 三、本书的犯罪论体系 | 108 |
| | |
| 第五章 构成要件论 | 109 |
| 第一节 构成要件概说 | 109 |
| 一、构成要件的概念 | 109 |
| 二、构成要件理论的沿革 | 111 |
| 三、构成要件的机能 | 123 |
| 四、构成要件的种类 | 126 |
| 五、构成要件的要素 | 131 |
| 六、构成要件符合性和构成要件的解释 | 139 |
| 第二节 犯罪的主体与客体 | 142 |
| 一、犯罪的主体 | 142 |
| 二、犯罪的客体 | 159 |
| 第三节 行为论 | 164 |
| 一、行为理论的各种学说 | 164 |
| 二、行为的概念和机能 | 171 |
| 三、作为与不作为 | 179 |
| 四、结果 | 196 |
| 五、因果关系 | 202 |
| 第四节 故意、过失与错误 | 227 |
| 一、构成要件的故意 | 227 |

| | |
|---------------------------|-----|
| 二、构成要件的过失 | 247 |
| 三、构成要件的事实的错误 | 279 |
| 第六章 违法性论 | 302 |
| 第一节 违法性的基本概念 | 302 |
| 一、违法性概述 | 302 |
| 二、违法性的本质 | 306 |
| 三、违法要素 | 313 |
| 四、可罚的违法性的理论 | 319 |
| 五、违法性判断 | 322 |
| 六、阻却违法事由（正当化事由）概说 | 324 |
| 第二节 紧急行为 | 329 |
| 一、概述 | 329 |
| 二、正当防卫 | 331 |
| 三、紧急避险 | 372 |
| 四、自救行为 | 394 |
| 五、义务的冲突 | 395 |
| 第三节 正当行为 | 397 |
| 一、概述 | 397 |
| 二、法令行为与正当业务行为 | 399 |
| 三、其他阻却违法事由 | 408 |
| 第七章 责任论 | 424 |
| 第一节 责任的一般理论 | 424 |
| 一、责任概说 | 424 |
| 二、责任主义与意思自由 | 429 |
| 三、责任的学说 | 432 |
| 四、责任要素与责任判断 | 441 |
| 第二节 责任能力 | 445 |

| | |
|---------------------------|-----|
| 一、责任能力概说 | 445 |
| 二、无责任能力与限制责任能力 | 450 |
| 三、原因中的自由行为 | 459 |
| 第三节 违法性的意识及其可能性 | 474 |
| 一、概说 | 474 |
| 二、关于违法性的意识的学说 | 476 |
| 三、违法性的意识的内容 | 486 |
| 四、违法性的错误 | 488 |
| 第四节 期待可能性 | 496 |
| 一、期待可能性的概念和理论发展 | 496 |
| 二、在犯罪论体系中的地位 | 500 |
| 三、基于期待可能性的阻却、减轻责任事由 | 503 |
| 四、期待可能性判断的标准 | 506 |
| 五、期待可能性的错误 | 509 |
| | |
| 第八章 未遂犯论 | 512 |
| 第一节 犯罪实施的阶段与未遂犯 | 512 |
| 一、犯罪实施的阶段 | 512 |
| 二、既遂犯 | 514 |
| 三、未遂犯 | 515 |
| 四、预备犯、阴谋犯 | 522 |
| 第二节 未遂犯(狭义) | 522 |
| 一、未遂犯(狭义)概述 | 522 |
| 二、实行的着手 | 528 |
| 三、未遂犯认定存在争论的犯罪 | 544 |
| 四、未遂犯的处罚 | 552 |
| 五、犯罪未遂处罚的特例 | 556 |
| 第三节 不能犯 | 556 |
| 一、不能犯概述 | 556 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 二、关于不能犯的学说 | 560 |
| 三、与不能犯有关的几个问题 | 575 |
| 第四节 中止犯 | 580 |
| 一、中止犯概述 | 580 |
| 二、中止犯的法律性质 | 581 |
| 三、中止犯的成立要件 | 592 |
| 四、中止犯的法律效果 | 606 |
| 第五节 预备犯和阴谋犯 | 608 |
| 一、预备犯与犯罪预备 | 608 |
| 二、预备犯的种类 | 612 |
| 三、预备犯的刑事责任 | 614 |
| 四、阴谋犯的若干问题 | 616 |
| 五、预备罪、阴谋罪的中止 | 618 |
| | |
| 第九章 正犯与共犯 | 623 |
| 第一节 正犯概说 | 623 |
| 一、正犯的概念和种类 | 623 |
| 二、正犯与狭义共犯的区别 | 625 |
| 三、间接正犯 | 629 |
| 第二节 共犯概说 | 643 |
| 一、共犯的概念和要件 | 643 |
| 二、共犯的本质 | 652 |
| 三、共犯的种类 | 664 |
| 第三节 共同正犯 | 669 |
| 一、共同正犯的概念 | 669 |
| 二、共同正犯的成立要件 | 671 |
| 三、共同正犯的形态 | 681 |
| 四、共同正犯的处罚 | 700 |
| 第四节 狭义的共犯 | 701 |

| | |
|------------------------|------------|
| 一、共犯的处罚根据 | 701 |
| 二、教唆犯 | 706 |
| 三、从犯 | 717 |
| 第五节 共犯的若干问题 | 725 |
| 一、共犯与身份 | 725 |
| 二、共犯与错误 | 733 |
| 三、共犯的未遂 | 738 |
| 四、共犯的竞合 | 745 |
| 第十章 罪数论 | 747 |
| 第一节 罪数论概述 | 747 |
| 一、罪数与罪数论 | 747 |
| 二、决定罪数的标准 | 751 |
| 三、罪数论的体系 | 757 |
| 第二节 本来的一罪 | 760 |
| 一、本来的一罪的概念和种类 | 760 |
| 二、单纯一罪 | 761 |
| 三、法条竞合 | 765 |
| 四、包括一罪 | 775 |
| 第三节 科刑上一罪 | 785 |
| 一、科刑上一罪概说 | 785 |
| 二、观念的竞合 | 788 |
| 三、牵连犯 | 799 |
| 四、科刑上一罪的若干问题 | 805 |
| 第四节 并合罪 | 811 |
| 一、并合罪概述 | 811 |
| 二、并合罪的要件 | 814 |
| 三、并合罪的处罚 | 816 |
| 四、单纯数罪 | 820 |

第三编 刑 罚 论

| | |
|------------------|-----|
| 第十一章 刑罚论概说 | 822 |
| 第一节 刑罚的概念和本质 | 822 |
| 一、刑罚的概念 | 822 |
| 二、刑罚论的沿革 | 824 |
| 三、刑罚的本质 | 825 |
| 第二节 刑罚权与刑罚的目的、机能 | 827 |
| 一、刑罚权 | 827 |
| 二、刑罚的目的 | 830 |
| 三、刑罚的机能 | 832 |
| 第十二章 刑罚的体系和种类 | 837 |
| 第一节 刑罚的体系和种类概说 | 837 |
| 一、刑罚的体系 | 837 |
| 二、刑罚的种类 | 838 |
| 第二节 生命刑 | 840 |
| 一、概说 | 840 |
| 二、关于死刑存废的争论 | 841 |
| 三、死刑的现状 | 844 |
| 四、死刑的适用 | 846 |
| 第三节 自由刑 | 848 |
| 一、概说 | 848 |
| 二、自由刑的种类 | 849 |
| 三、自由刑的单一化 | 852 |
| 四、短期自由刑 | 857 |
| 五、不定期刑 | 861 |
| 第四节 财产刑 | 865 |
| 一、概说 | 865 |

| | |
|------------------------|-----|
| 二、罚金刑 | 866 |
| 三、没收附追征 | 879 |
| 第五节 名誉刑 | 887 |
| 一、概说 | 887 |
| 二、资格刑 | 888 |
| 三、耻辱刑 | 892 |
| | |
| 第十三章 刑罚的适用 | 895 |
| 第一节 法定刑与刑罚的加重、减轻 | 895 |
| 一、法定刑的概念与刑罚的轻重 | 895 |
| 二、刑罚的加重、减轻 | 897 |
| 三、累犯 | 900 |
| 四、自首、首服、自白 | 907 |
| 第二节 刑罚的量定、宣告、免除 | 909 |
| 一、刑罚的量定(量刑) | 909 |
| 二、刑罚的宣告 | 913 |
| 三、刑罚的免除 | 915 |
| | |
| 第十四章 刑罚的执行 | 918 |
| 第一节 各种刑罚的执行 | 918 |
| 一、刑罚执行的原则 | 918 |
| 二、死刑的执行 | 919 |
| 三、自由刑的执行 | 921 |
| 四、财产刑的执行 | 924 |
| 第二节 缓刑 | 926 |
| 一、概说 | 926 |
| 二、缓刑的宣告 | 928 |
| 三、缓刑的撤销 | 932 |
| 四、缓刑的效果 | 935 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 第三节 假释 | 937 |
| 一、概说 | 937 |
| 二、假释的要件、撤销和效力 | 938 |
| 三、假出所 | 942 |
| 第十五章 刑罚的消灭 | 943 |
| 第一节 刑罚消灭的概述 | 943 |
| 一、刑罚消灭的概念 | 943 |
| 二、刑罚消灭事由的种类 | 943 |
| 第二节 刑罚消灭事由 | 944 |
| 一、犯人的死亡、成为法人的犯人的消灭 | 944 |
| 二、赦免 | 945 |
| 三、时效 | 949 |
| 第三节 前科的消灭 | 953 |
| 一、概说 | 953 |
| 二、日本的前科的消灭 | 954 |
| 三、俄罗斯的前科的消灭和撤销 | 955 |
| 第十六章 保安处分 | 957 |
| 第一节 保安处分概述 | 957 |
| 一、保安处分的概念和立法理由 | 957 |
| 二、沿革 | 958 |
| 三、保安处分的立法论 | 959 |
| 第二节 保安处分的种类 | 962 |
| 一、概说 | 962 |
| 二、德国的矫正与保安处分的种类 | 964 |
| 三、日本的保安处分的种类 | 965 |
| 附录 主要参考文献 | 969 |

第一编 刑法的基础理论

第一章 刑法与刑法学

第一节 刑法的概念和种类

一、刑法的概念

(一) 刑法的定义

什么是刑法，刑法学者大多下有定义，表述则不尽相同。如德国著名刑法学家李斯特说：“刑法是将作为犯罪构成的犯罪与作为法律后果的刑罚连接在一起的国家法律规范的总和。”^①日本学者山中敬一说：“所谓刑法是规定犯罪的成立要件和作为对犯罪的法律效果的刑罚（或者处分）的法。”^②由于历来认为犯罪与刑罚是刑法的基本范畴，所以上述定义均包含犯罪与刑罚的概念，有些学者甚至简要地表述说：“刑法是关于（规定、规律）犯罪与刑罚的法。”（大谷实、木村龟二、川端博）。

上述学者对刑法虽然下了定义，但均未对定义进行论析，西原春夫则在对刑法下了定义后又作了比较详细的分析、论述。他指出：刑法是在违反它时，给予刑罚这个基于国家权力的强制的

① [德] 李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社 2000 年版，第 1 页。

② [日] 山中敬一著：《刑法总论》I，成文堂 1999 年版，第 3 页。

规范。

首先，刑法是规范。在这一点上，刑法与民法、行政法等法律固然无异，即使与道德、宗教等社会生活上的规范，性质也相同。原来人类根据其自己保存本能或种族维持本能，有集体生活的习性；为了人类的集体生活、社会生活能够进行，用以约束各人行动的规范也就自然而然地产生出来。因为集体内各个人的行动准则是各式各样的，往往侵害相互的利益，以致产生各种利益的侵害。为了避免这种不希望发生的状态，就要调整各人的行动准则，规定不招致相互利益侵害的超个人的规范，约束各人的行动。换言之，为了维持秩序，限制一下各成员的完全自由，禁止一定的行动，命令一定的行动，对集体来说是绝对必要的。这种禁令、命令的总体，或者各个命令、禁令，就叫规范。规范通常可以分为宗教上的规范、道德上的规范和法律上的规范。这些规范的作用各不相同，它们虽然有时部分地相重合，但全体互相补充，形成社会生活上的规律、秩序。刑法这一法律上的规范，就是这种规范的总体的一部分。

其次，刑法是伴随基于国家权力的强制的规范。所谓伴随国家权力的强制，即违反它的时候，要给予基于国家权力的强制。在这一点上，刑法与非基于国家权力强制的宗教上、道德上的规范相区别，而属于以国家权力的强制为特色的法律上的规范。例如，“要信神”、“要相信佛的慈悲”被认为是宗教上的最基本的规范。这纯粹是内心的问题，国家绝对不能强制这种规范的实现。因而，违反这种规范的场合，有时也发生不受神的恩宠、佛的慈悲的效果，但不是由国家科处刑罚强制履行。又如，“为老人让座位”被认为是车内的道德，这种规范与上述宗教上的规范不同，由国家权力强制遵守在理论上是可能的。可是，因为像这样的社会生活上的细小行动，国家干预，会失去个人自律的精神态度，并使国家显著增加负担，根据这些理由，它只能置于法律规范之外。所以，这种道德上的规范，对它的遵守，不能靠国家

权力的强制，而只能委之于各个人的良心。与此相反，甲向乙借了钱，没有理由而不返还时，乙如果向法院提起请求债务履行之诉，作为国家机关一部分的法院对甲命其返还借金；如果由于债务不履行使乙发生损害时，命其赔偿损害。而且，如果甲不履行时，是要采取强制措施的。对像这种金钱的借贷关系的处理，仅仅委之于个人的良心，个人利益就会遭受损害，社会生活秩序也就不能维持。因而由国家权力介入，制定民法的规范，以强制其履行。这样，“借钱要还”的规范，一方面依然是道德上的规范；另一方面，也成为法律上的规范。刑法也是基于国家权力被强制遵守的规范，就这点来说，与上述民法上的规范性质相同。

最后，刑法是用刑罚这样的手段强制遵守的规范。就这点来说，它与宪法、民法、行政法等其他法律上的规范都不相同。现行法上，刑罚虽然限于死刑、惩役、监禁、罚金、拘留、科料（以上主刑）、没收（附加刑），但这样的刑罚，作为国家强制遵守规范的手段，可以说是最强有力的手段。从而，刑法禁止或命令的行为，从规范上看，限于在社会生活上最不能容许的事项^①。

（二）刑法、犯罪法、保安处分法

刑法既然是规定犯罪与刑罚的法，因而在称谓上，有的以刑罚为中心叫做“刑罚法”或“刑法”；有的以犯罪为中心叫做“犯罪法”，二者名称虽然不同，含义则并无差别。英、美一般用犯罪法（Criminal law）一词，近年来在犯罪法相同的意义上虽然也用刑法一词，但比较少见。通常称为 Penal law 的场合，是用于规定刑罚的法律。德国在 19 世纪前半叶一般用犯罪法（Kriminalrecht）一词，但以后通常用刑法（Strafrecht）一词。在法国，刑法（Droit penal）与犯罪法（Droit Criminel）通用。

^① 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂 1995 年版，第 1~3 页。