

原著/[意]杜里奥·帕多瓦尼 TULLIO PADOVANI

翻译/陈忠林

意大利 刑法学 原理

DIRITTO PENALE

法律出版社



世界主要国家刑法学名著译丛 WORLD CRIMINAL LAW

译者 陈正华

意大利 刑法学 原理

CARLO PIZZALI

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

意大利刑法学原理/(意)杜里奥·帕多瓦尼著;陈忠林译. —
北京:法律出版社,1998.7

ISBN 7-5036-2504-X

I. 意… II. ①帕…②陈… III. 刑法-法学-意大利
IV. D954.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 15132 号

北京市版权局著作权合同登记图字:09-98-1081 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂印刷

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/14.625 字数/360 千

版本/1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2504-X/D·2119

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

原作者中文版序

除国际法外,刑法是法律科学中对各国具体政治和社会文化特征方面的差别最不敏感的法律学科。在刑法不同的历史形式之间,尽管也存在一些往往是非常重要的差别,但是在基本的理论范畴和法律制度方面,却有共通的基础。法律和犯罪的关系;犯罪成立的必要条件;排除社会危险性行为的问题;法律保护的利益的问题;罪过问题;刑罚的目的和可罚性的意义等,这些界定实证刑法存在范围的问题,在任何刑法制度中都居于核心地位。

上述特征的存在,使刑法的比较研究,即将解决上述刑法问题的方案进行对照,具有特殊的意义;这种比较不仅能丰富刑法理论的内容,同时也拓宽了刑法的前景。

在两个看似相距万里的法律世界之间,会发生令人难以置信的直接交流,本书的译者就是一个活生生的例子。他在意大利长期而紧张的学习,不仅使其熟练地掌握了意大利和欧洲法律理论的基础,同时,通过他热情而严谨的学术论著、讲座和讲演等学术活动,同样也使意大利的刑法学者们能够欣赏到中国刑法科学的发展水平,如概念的精确性、内容的丰富性,以及就广泛而有意义的问题进行对话的可能性。他在意大利的停留,在思想上和感情上都促进了意大利刑法学界对中国的了解。

本书用概括(但愿不是肤浅)的形式展示了意大利刑法“总则部分”的基础,真诚地希望通过它的翻译能开始一个与前面相应的进程:让中国的刑法学者也能对意大利有进一步的了解。这是为

2 意大利刑法学原理

了拓展相互了解的共同基础,促进新的交流,而在相互理解和合作的土地中撒下的一颗种子。衷心祝愿这颗种子结出丰硕之果。

杜里奥·帕多瓦尼

译者序

就现代刑法制度而言,意大利是“刑法的摇篮和故乡”;就现代刑法理论而言,意大利是现代各大刑法学流派的滥觞之地。意大利的现行刑法典,即1930年刑法典,“代表了当时在立法上最令人感兴趣的成就之一”,^①意大利的刑法理论在继承传统的基础上也有许多引人注目的发展。作为一个在意大利学习工作近五年的刑法工作者,译者深感有义务尽可能多地介绍一些意大利刑法中有特色的东西,以促进我国刑法立法的完善和刑法理论的进步,于是,我选择了《意大利刑法学原理》。为了读者能更好地理解本书内容,谨在此对本书的背景作一些必要的介绍。

本书作者杜里奥·帕多瓦尼1944年3月27日生于意大利乌的那,1967年毕业于意大利教学质量最高的比萨高师法学院。1969年起,在比萨大学担任刑法学教学工作,1973年为该校任职教授,1980年,年仅36岁的他,就跻身于终身教授之列,这在意大利无疑是一项殊荣。1988年起,在意大利著名的比萨圣安娜高等大学学习与博士生院终身教授。现任《意大利刑事立法》杂志和《意大利刑法与刑法杂志》副主编;《犯罪与刑罚杂志》和《经济刑法杂志》科学委员会成员,意大利刑法学会会员,国际刑法学会会员、Peruviana犯罪学会名誉会员,同时也是意大利全国预防与社

① 《不列颠百科全书》转引自上海社会科学院法学研究所编译《刑法》,知识出版社(1981年版)第3页。

会防卫协会创办人之一。主要专著有《共同犯罪的特殊性》、《劳动刑法》、《惩罚的乌托邦——论刑罚体系的改革》、《刑法学》、《刑法与犯罪构成》。《刑法学原理》是杜里奥·帕多瓦尼的代表作之一,自1991年出版以来,一直受到刑法理论界和司法实践的高度评价,是意大利近年来再版速度最快的专著性刑法教科书。

本书在意大利受到热烈欢迎,不仅因为作者是当代意大利刑法学界一致公认的“最杰出、最受敬慕的”刑法学家,也不仅在于本书“学术的独创性与重要性”表现了作者“渊博的法律文化基础、睿智和广泛的兴趣为基础的、的确不同凡响的学者天赋。”更重要的是,自1980年来,他一直以刑法学权威的身份参加意大利各种刑事法案起草工作,并为意大利司法部组织的各种刑法修改委员会成员(如在1980年关于修改政治犯罪的委员会,1981年—1989年的刑罚标准修改委员会,1989—1992年的刑法典修改委员会;1992—1994年的劳动刑法修改委员会,1994—1996年非刑罚化委员会中,作者都是法案的主要起草者之一),对立法精神的理解,更具有一般人无法比拟的权威性。此外,本书行文简明而有深度,恐怕也是其深受司法实践和刑法学者欢迎的重要原因。

本书在意大利已被奉为经典之一。但在刑法理论源远流长,学派林立的意大利,其许多观点毕竟仍是一家之说。尽管书中对主要的观点也有较为客观的介绍,概约地说明与本书主要内容有关的其他学术观点或时代背景,相信有助于读者更好地了解意大利刑法学的现状和基本精神。

刑法以剥夺公民自由为主要制裁手段,不良的刑法无疑是对公民自由的最大威胁,因此,孟德斯鸠得出了“公民的自由主要依靠良好的刑法”的结论。如何防止和限制立法者滥用立法权,可说是自启蒙时代以来刑法思想家探讨的重要课题之一(细心的读者可以体会到,如何防止立法者滥用立法权,始终是本书作者关心的主要问题之一。以刑罚这种刑法特有的调整手段来说明刑法和其

他部门法律的区别,可以说是为全世界的法学界所公认的事实(遗憾的是,这一点并未为我国刑法学界所重视)。从分析刑法调整手段的特殊性入手,得出刑罚“都是直接或潜在地限制罪犯人身自由的手段”的结论,并以这一结论为根据来说明“当一种制裁措施直接或潜在地涉及到剥夺人身自由时,立法者是不能随心所欲的:只有在最适当,即‘完全必要的’情况下,立法者才有权规定刑事制裁”。这种看法在国外刑法学大师们的论述中,也并不鲜见(注意:在国外刑法学中强调刑法(刑罚)的“必要性”,目前已不仅是公认的刑事立法必须遵循的原则,而且大有成为一切刑法理论基础的趋势)。但是,强调宪法对刑法的制约作用,强调宪法中有关“‘刑罚’、‘刑事责任’以及有关保护人身自由的规定”,是“立法时规定刑罚”,“实践中运用刑罚”“必须遵循的基本准则”,却是欧洲,特别是战后意大利刑法理论和实践的鲜明特点。产生这一现象的原因很多,就意大利而言,归结底可以说有两点:一是意大利现行刑法仍是法西斯专制时代制定的1930年刑法典(至于战后意大利为什么没有用新的刑法典来取代1930年刑法典,请参见拙作《关于我国刑法学界对意大利现行刑法的几点误解》一文,《中外法学》1997年第5期)。在战后,尽管该刑法典中许多明显带法西斯色彩的条文已被废除或陆续修改,但那些对法西斯专政在意大利轻易执政的闹剧记忆犹新的意大利人却仍深深地担心,不用具有强烈民主精神的战后宪法对刑法规定的内容进行诠释或限制,很难保证专制主义不利用原有的刑法框架借尸还魂。除原有刑法典的法西斯色彩需用战后宪法的民主精神来加以限制外,保证意大利战后宪法在法律体系中的特殊地位的违宪审查制度的确立,使得宪法的最高法律地位不再是一种对立法机关的伦理约束,或者只是引起空气振动的一句空言,而是成了立法、司法、行政机关有直接约束力的行为准则,一切被控违反宪法的法律、法令及政府机关的决定,都可能因被宪法法院裁定违宪而失去效力。因此,意大利

宪法实际上已成为各部门法中具有最高效力的直接渊源,任何不以宪法为依据对刑法所作的解释,都可以说没有法律依据。这即是意大利刑法学家言必称宪法另一个根本原因。

本书的第二章“罪刑法定原则”,原标题为“*Il Principio di Legalita*”,直译为汉语,应为“合法性原则”^①或“法制原则”。对该原则中的“合法性”的理解,以及该原则在刑法中地位、作用等问题上,意大利刑法学界有不同的看法。就该原则的含义而言,尽管意大利刑法学界的通说主张对该原则只能作形式主义理解,即认为该原则包含刑法法源法律专属性、明确性和确定性、时间效力的限定性(即刑法只能适用于其施行期间的行为,既不得溯及其生效前,也不能延于其失效后的事实)三个有内在联系的从属原则。但是,主张对该原则还能作实质主义理解的权威人士也大有人在(即将犯罪理解为对社会有实质危害的行为,但认定犯罪的根据不是立法机关制定的刑法,而是具有实质正义的法的观点),至于该原则在刑法中的地位,意大利刑法学界也是众说纷纭,莫衷一是。从体系安排上来看,本书作者显然属于将罪刑法定原则作为统率刑法全局的基本原则来展开论述的。但是,与此不同的观点也相当流行:如近年来与本书作者齐名的意大利刑法学家 F·曼多瓦尼就认为该原则只是认定犯罪的基本原则,而曾被视为意大利战后最杰出的刑法学家的 F·安东里惹则是强调该原则是决定意大利刑法渊源的基本原则。值得提醒读者注意的是,尽管在罪刑法定原则与三权分立关系问题上,本书作者有独到的精辟的分析,但作者在罪刑法定原则问题上所持的严格的形式主义的态度(如在类推问题上不但反对不利于犯罪人的类推,也反对有利于犯罪人的类推;将不实行罪刑法定原则等同集权国家等),在意大利刑法学界

① 对“合法性原则”的实质理解,请读者参见《神话与现实:论罪刑法定原则内涵的价值冲突及我国刑法应有的立法选择》,《现代法学》1997 第 1 期。

肯定不是通说。总的来说,除赞成对有利于被告的规定可以适用类推外,意大利刑法学界一般认为:在是否应禁止不利于被告的类推的问题上,“不可能有一个对一切时代和国家都适用的答案”(安东里惹:《刑法学》第59页);在“禁止类推与民主自由之间”“没有内在的必然联系”,“类推是利是弊,要看法官思维方式和司法的目的,并从根本上取决于人们对民主价值有无共识和司法独立和公正的程度”(曼多瓦尼:《刑法学》第106—107页)或“取决于公民与政府的关系,历史传统、法官素质、司法习惯”(安东里惹:《刑法学》第59页)等一个国家的主客观条件;战后的意大利之所以仍然选择了坚持严格的罪刑法定原则、禁止类推的作法,是由于意大利战后党派林立(因而不可能有统一的价值观念)的现实和他们曾有过法官专横的历史等特有的历史和现实条件所决定的。战后意大利刑法学界对罪刑法定原则局限性的理解和对类推的宽容有多方面的原因,但最主要可能有两个。一是被启蒙思想家视为维护公民自由最根本保障的罪刑法定原则,在意大利不但未能阻止法西斯专政的上台,反而成了墨索里尼政权压制民主、镇压人民的工具;而在没有坚持形式主义的罪刑法定原则,并在一定范围内或多或少地允许类推的英美法系国家和斯堪的纳维亚国家,对公民自由的保护却始终走在欧洲大陆国家前面。另一个迫使意大利的刑法学界改变对罪刑法定原则看法的原因,则是出于对二战结束后审理战争罪犯的实践的反思。由于当时的战争罪犯们多以他们的行为在行为时并不违法为主要的辩护理由,如果严格按照欧洲大陆传统的刑法观念,坚持形式主义的罪刑法定原则,就不可能对战争罪犯进行合法的审判。为了避免再次出现纽伦堡和东京军事法庭审判前纳粹和日本战犯的尴尬局面,1950年的《欧洲人权条约》和1966年的《国际政治与民事权利公约》都在强调不得溯及既往原则重要性的同时,明确规定,不得用该原则来阻碍处罚“违反文明国家”(《欧洲条约》第7条第2款)或“所有国家”(《国际公约》第

15条第2款)“公认的一般原则”的犯罪行为(如,反和平罪,反人道罪)。面对上述残酷的事实,意大利的刑法学家不得不对曾被他们奉为圣条的罪刑法定原则进行深刻的反思。加之二战刚结束不久,在欧洲大陆司法界和法学理论界都曾兴起过学习英美法,努力运用英美法中的衡平(equity)观念来指导定罪判案的实验。尽管这一实验终以惯于理性思维的欧洲大陆无法在实践中具体操作累积于英美法中的经验而终告失败,但不坚持形式主义的罪刑法定原则也能保障公民自由,在欧陆国家也逐步成为了有识之士的共识。特别是对罪刑法定原则的局限性有着切身体验的意大利刑法学者们,体会就尤为深刻。就是坚持严格的罪刑法定原则的本书作者也认为,“仅靠确定性并不足以保障公民的自由,一个含义“确定的”犯罪规范,完全可能是专横与无理的产物。为了防止这种危险的出现,人们才要求必须由具有最大代表性的机关来制定刑事法律。据此可以得出这样的结论,要想充分发挥罪刑法定原则保障公民自由的作用,必须有一个民主的政体,有一个能够通过辩论来确定应对那些行为进行处罚的议会。”

认为刑法学中犯罪论的研究对象只能是“犯罪的法律概念”,即形式概念,是本书作者基本观点。但从书中用了大量篇幅来说明各种有关犯罪本质理论的不完全性这一点看,读者们也可以看到犯罪本质在意大利刑法学中占有重要的地位。事实上,在刑法学教材中用较大的篇幅来讨论探讨犯罪的本质特征,正是意大利刑法学区别于其他非社会主义国家刑法学的独有特色。意大利刑法学这一特点的产生,从历史渊薮来说,可以说近现代刑事法学的主要流派都滥觞于意大利,而每一流派的创立都与对犯罪本质的探索息息相关;就现实来说,由于意大利战后违宪审查制度的确立,任何与宪法规定不合的刑法规范都可能被判违宪而失去效力,更是迫使意大利的刑法学者们不得不思考犯罪的实质与宪法所维护的利益之间的关系。在这种形势下,意大利刑法理论对犯罪本

质的探讨,也开始脱离传统的将犯罪归结于“侵犯了社会生活根本条件”,“违反了共同文明生活的基本规则”,“具有严重社会危害性的行为”,“同国家利益和需要对立的行为”等主要在法律以外的社会伦理、道德、政治领域寻找理性答案的作法,出现了在法律制度内部,即根据宪法维护的基本价值,来界定犯罪本质的倾向。本书中提到的布里可拉就是这种倾向的主要代表人物。这一倾向另一主要代表人物是略先于本书作者成名意大利刑法学的后起之秀曼多瓦尼(Mandovani)。他根据意大利宪法,给犯罪下了一个他认为是实质与形式相结合,并可以作为立法上规定,司法中认定犯罪标准的犯罪定义。在他看来,“就意大利宪法而言,犯罪是指由不具有溯及既往效力的法律用明确的方式规定的,以客观方式表现于外部世界,侵犯具有宪法意义的价值(或有悖于宪法),可从原因和心理上归咎于主体,因侵害的价值与非刑法性制裁不相称,而应受抽象与宪法维护的价值相适应,具体与行为人人格相适应、符合人道并以对服刑人再教育为目的刑罚制裁的事实(行为)”。这个定义很长,但译者相信:仔细地品味这个定义,读者体会到的一定不仅是如何认识犯罪的本质问题。很有意思的是,同本书的作者一样,在我国成为通说,并在德国开始有新的内容的(“现代意义”的“社会危害”是指那些社会机能障碍的现象,或者说那些阻碍或妨碍现代社会制度有效地运转的现象”)。以行为的社会危害性及其程度来概括犯罪本质的作法,在意大利刑法学界并没有多少人的赞同。意大利当代最著名的刑法学家安东里惹(Antolisei)曾巧妙借用宾丁话,“故意不履行合同(这种民事侵权行为),危害的程度肯定大于偷一个苹果或带一条无牙的狗在街上散步(等犯罪行为)”,来说明不可能用社会危害性程度来作为划分一般违法行为和犯罪的标准。

与我国刑法学界将犯罪概念和犯罪构成视为两个不同的刑法范畴不同,大陆法系的犯罪构成理论,实际上都是对形式主义犯罪

概念逻辑分析的结果。诚然,正如本书作者所指出的那样,“当人们把犯罪当作规范现象来考虑时,即作为一种符合法律规定的事实来考虑,就必须分析犯罪的不同侧面”,“在刑法学中离开分析的方法,就无法解释犯罪”;而本书作者所主张的犯罪构成三要件说,即在认定具体行为是否构成犯罪的问题上,“首先,要分析犯罪的客观方面,看其是否符合刑法规定犯罪构成(即刑法分则规定的典型事实或日本刑法学中所说的构成要件该当性);然后,要看行为的实施是否具有正当的理由(违法性);最后,要查明行为人为时的心理状态以及是否存在可以宽恕行为人的特殊情节(即罪过或所谓的‘责任’)”的构成理论,在意大利刑法学界也可以说是占主导倾向的学说。但译者这里想说明的是:本书所批评或不赞成的“统一的犯罪概念”和“两分的犯罪概念”,在意大利的刑法学界都有相当权威的支持。如战后意大利刑法“目的论学派”的主要代表人物,德多易尔(Dettoil)就坚定地认为“犯罪是一个不可分割的整体”,“人们可以说犯罪有不同的‘方面’,但这些方面就象多棱镜的面一样,都不具有独立存在的价值和意义”。而认为犯罪构成只应该包括“主观要件和客观要件”的“二分的犯罪概念”,则完全是一种可以和“三分的犯罪概念”分庭抗礼的学说。这种理论在意大利不但源远流长(该理论为意大利古典学派主要代表人物 Carrara 所创,早于贝林格的犯罪构成理论半个世纪),而且在现代意大利刑法学中也得到了极权威人士的修正和发展,如意大利刑法法律技术学派(亦称第三学派)的创始人曼奇尼(Manzini)和刑法现实主义学派创始人安东尼热(Andonlisei)以及刚才提到的曼多瓦尼等人。附带说一下,在犯罪概念这一部分中,本书作者对与单位和企业有关的犯罪主体论述,对于我们解决如何认定单位犯罪中的主管或直接责任人员(这个为我国刑法学界所普遍忽视,但具有重要的司法实践意义的问题),具有很高的参考价值。

与任何国家相比,意大利的刑法制度从整体上说都有独树一帜

帜的感觉。一个国家刑法制度的特点,当然首先是表现在内容上。但就意大利现行刑法制度而言,如果不谈一谈其卓越的立法技术,将是一个很大的缺陷。众所周知,意大利现行刑法典是墨索里尼专制统治上台后的产物,这很可能是世界上唯一的一部诞生于法西斯统治时期,而至今仍在继续施行的刑法典。如果该法典不是出于当时主张刑法应与政治道德等脱离的法律技术学派之手;如果不是他们用卓越的立法技术极大地保留自由刑法的传统,削弱了该法典的专制主义色彩;如果不是该法典在技术上仍被视为刑事立法史上一座难以逾越的高峰,很难想象在战后民主意识极为强烈的意大利,该法典的生命力仍能延续至今。在尽量不给法学家、法官解释法律余地这种立法思想的指导下,意大利现行刑法典立法技术上的特点可以概括为三个字:全、准、详。

首先得申明的是,这里的“全”,并不是指意大利刑法典是一个包裹一切刑法规范的大杂烩;相反,正如本书作者所强调的那样,反对采用大而全的法典来包罗一切犯罪规范的立法模式,要求在刑法典中只规定那些危害明显、并对普通公民具有普遍意义的犯罪规范,才是意大利刑法立法的主要倾向。因此,这里说的“全”,不是指刑法分则规定的具体犯罪而言,而是指在意大利刑法典总则中,几乎对刑法理论所涉及的问题全有明确的规定。在这一方面,任何其他大陆法系的刑法典与其相比,都可以说是望尘莫及。从形式上看,意大利刑法典总则共 240 条,是日本刑法典(70 条)的三倍半,德国刑法典(79 条)的三倍,比法国刑法典(176)也多三分之一。从内容来看,如果说对几乎所有犯罪构成要件都有专条规定的刑法典,意大利刑法典很可能是各国刑事立法例中的唯一;刑法总论中的许多具体的问题,如各种具体的犯罪情节、不作为的因果关系、因果关系中原因的竞合、身体受强制、激情状态实施的犯罪、因意外或不可抗力而引起的醉酒、病理性醉酒和麻醉品中毒、职业犯、惯犯、错误、因各种主客观情况而引起的刑法中的错

误、刑事被侵害人、利用出版物进行的犯罪等,在很多国家都是留给刑法理论解决或由司法实践根据具体情况处理,但在意大利刑法典中均有明确的规定。

刑法规范用词“准确”,是意大利刑法典立法技术的又一特色。关于这个特点,我想细心的读者在阅读本书后一定会有比我更深的体会。以意大利刑法典有关属地原则的规定作为例子,刑法典第3条第1款规定:“除本国公法或者国际法规定的例外情况外,意大利刑法对所有在本国领域内的人,本国人或外国人,具有约束力”。与规定同一问题的1975年德国刑法典第3条(德国刑法适用于本国内的一切犯罪行为)、法国刑法典第113—2条第1款(在共和国领域内实施的犯罪,适用法国刑法)相比,意大利刑法典的用词有二处不同:一是意大利刑法典在规定刑法的效力时不是用的各国通用的“适用”(applicare或英语里的“be applicable”),而是用的“约束(obbligare)”;二是约束的对象是“所有在本国领域内的人”,而不是象其他国家刑法所规定的那样是“犯罪”或“犯罪行为”。由于“适用”在国外一般是指将某一规则运用于具体的场合(注意:在大多数外语里的法律的“适用”,很难作我国法理学中的广义理解),因而“适用”刑法的主体一般就只能是国家的司法机关;但是,刑法的地域效力问题,不仅是司法机关应否执行(适用)刑法的问题,同时也是,可能更为重要的是,在某一地域内的人应否遵守的问题。如果要想包括刑法效力的第二个内容,用“约束”显然就比“适用”更为确切。此外,各国刑法学界在解释刑法效力问题时,都说刑法空间效力问题是指刑法应在什么地方对什么人适用的问题,按此逻辑,显然刑法“约束(适用)”的对象应该是人,而不是犯罪或犯罪行为;在这个问题上,意大利刑法典的措辞(即“对……人,有约束力”)也应该比其他刑法典更为“准确”。

规定内容“详细”,同样是意大利刑法典总则的鲜明特色。如有关犯罪情节的规定,除散见于有关犯罪未遂、利用印刷品犯罪、

共同犯罪、犯罪主体的精神和生理缺陷,未成年人、惯犯、职业犯以及量刑等章节中的犯罪情节外,意大利刑法典还在第三章“犯罪”中单列一节,用12条的篇幅专门规定情节问题。在该节中,我们看到的不仅有其他章节未规定的各种普通的加重情节和减轻情节的专门列举,还可以看到对情节的认识错误、对被侵害人的认识错误、具有单个情节应如何处理、具有多个同一性质的情节应如何处理、同时具有加重和减轻情节应如何处理、加重情节加重和减轻情节减轻的限度以及主观情节和客观情节的分类及解释等问题专门规定。其详细程度,其他国家有关犯罪情节的专门论文恐怕也很难达到,在各国的立法例中更可能是绝无仅有。

从内容角度看,意大利刑法制度中最有特色的部分可能是有关犯罪表现形态(Le Forme di Manifestazione di Reato)的规定。与我国刑法学界将犯罪形态只理解为故意犯罪发展阶段中的停顿状态不同,意大利刑法学界的通说认为:犯罪形态应该包括意大利刑法总则在第三章即“犯罪”一章中专节规定的“附情节的犯罪”、“犯罪的未遂”、“犯罪的竞合”和第四章即“犯罪人和被犯罪侵害的人”一章中专节规定的“犯罪人的竞合”(即我国刑法中的“共同犯罪”)四种情况。在这个问题上,我想最应该引起我们关注的,不是意大利刑法学界在这个问题上的分歧(如本书作者就认为犯罪的竞合或“罪数”是一个界于法律的适用、犯罪的认定和刑罚的适用之间无法准确定位的问题),而是在这些问题上,意大利刑法制度具有独特的内容。

在犯罪情节问题上,意大利刑法的规定有三个典型的特点。首先,意大利刑法将“情节”分为两种情况:一类是可以在基本罪应处刑罚的基础上按比例加重、减轻、免除刑罚或法律另行规定法定刑的情节(尽管根据这些情节适用的刑罚也可能并未超出法定刑的范围,即也可能相当于我国刑法理论中的从重或从轻情节,但迫于没有更好的表述方法,本书中将其不太准确地译为“加重”或“减

轻”情节),这类情节除一些散见于刑法总分则的规定外,主要是指集中规定在意大利刑法典总则在第三章关于“附情节的犯罪”一节的规定中;还有一类情节主要是指意大利刑法典在总则第五章,即“刑罚的修改、运用和消除”中规定的情节。这二者的共同点在于它们都只有影响量刑轻重的作用,但根据前者法官就可能在法定刑的幅度外决定实际适用的刑罚;而根据后者,法官则只有权在法定刑幅度内考虑具体的制裁措施。在意大利刑法理论中,一般认为只有前者才是真正的情节,而后者则被称为“不纯正情节”。

意大利刑法中情节的第二个特点是:在适用多个加重或减轻情节时,刑罚的增加和减轻都具有“递增”或“递减”的性质。例如,某人犯盗窃罪,本应处3年有期徒刑。但是,如果行为人实施盗窃是出于掩饰另一犯罪的目的,并使被侵害人的财产遭受了严重的损失,那么该盗窃行为就具有意大利刑法典第61条第二项和同条第7项规定的两个普通的加重情节。如果这两个加重情节并都应按最大幅度加重处罚的话(即都是应加刑三分之一的情节),那么根据第一个被加重情节应加重的刑期是1年,而被第二个加重情节加重的刑期是则1年零4个月。换句话说,按此方法推算,对该实施盗窃的人宣判的有期徒刑就应是5年零4个月,而不是5年。因为,第二加重情节的基础刑期已不是3年而是4年了。

意大利刑法典第62—2条关于有关所谓的“一般减轻情节(即法律没有明确规定,而由法官根据案情决定的减轻情节)”的规定,可以说是意大利刑法中“情节”的第三个特点。该条规定,根据案件的具体情况,法官有权在法律明文的情节外决定一个减轻刑罚的情节。意大利1889年刑法典本有类似规定,但在强调严格限制法官裁量权法西斯背景下,该规定在1930年刑法典中被取消。为了缓和形式的罪刑法定原则的不合理性,使法官能够更好地根据案件的具体情况决定适当刑罚,法西斯政权垮台后(1944年)意大利刑法中又重新恢复了这一规定。在意大利宪法颁布后,该规