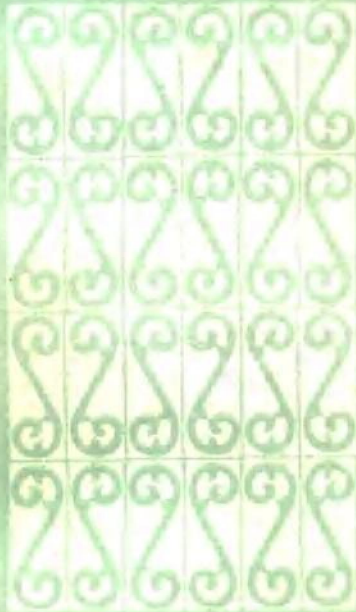


外国刑法学

上册

甘雨沛 何 鹏



北京大学出版社

外国刑法学

上册

甘雨沛 何 鹏

北京大学出版社

外国刑法学

上册

甘雨沛 何 鹏

*

北京大学出版社出版

(北京大学校内)

河北省〇五印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

1984年8月第一版

开本：850×1168毫米 1/32

1984年8月第一次印刷

印张：18.75

印数：00001—15,000册

字数：470千字

统一书号：6209·35

定价：平装：2.80元
精装：4.00元

前 言

外国刑法学是为适应教学与科学研究的需要而编写的。既曰外国刑法学,所要叙述的当然是资产阶级的刑法学的内容,未涉及到社会主义国家类型的刑法规制。

本书主要叙述外国刑法的基本知识、原理、原则和学派学说,并借助一些边缘学科、重要法律文献、法案和法例进行全面的阐释,力图成为一个具有立法论、适用解释论、行刑论、刑事政策论以及保安处分法的全面规制的“全体刑法学”。

在编写中,充分考虑到外国刑法学固有的体系、内容和结构,力求如实地反映西方资产阶级刑法学的本色和全貌,在规范解释论、犯罪构成论等部分中的一些偏于繁琐哲学的论点亦未作割舍。限于篇幅,只在个别场合,字里行间蕴含着一定的本质性的否定评价,系统地研究与批判,似应另辟园地。

研究外国刑法学必须以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导,用历史唯物主义的观点、阶级分析的方法,透视其本质,鉴别其糟粕与精华,勿为“宣言”所迷惑,应洞察其虚伪性之所在,以资借鉴,不容搬套。这是我们对待外国法律文化应持的态度。

本书始终是围绕着外国刑法理论体系结构的核心部分编写的。首先,抓住新旧两派理论之争的主要线索,即旧派报应刑论在伦理观念和精神主义支配下的行为主义、客观主义的刑法理论与新派教育刑论在实证主义和功利

主义支配下的行为者主义、主观主义的刑法理论，在近、现代刑法理论领域的影响和地位，以及两者由对立走向折衷与调和的发展趋势和消长过程。

其次，是把握外国刑法理论体系的时代特征，即以法治国时代与文化国的时代特征。前者是近代刑法理论，后者是现代刑法理论。前者坚持罪刑法定主义，强调犯罪构成理论；反对封建擅断，反对重刑、残酷刑，采取自由刑的轻刑制度，出现了所谓的“轻刑时代”。后者虽不公开反对罪刑法定主义原则，但大力倡导刑罚个别化，扩大裁量权；为补救短期自由刑的弊端，力图以社会保卫方法代替刑罚，建立保安处分制度，强调“刑外刑”，在实质合理化的教育刑的旗帜下，出现了所谓“刑期于无刑”的“无刑时代”。这就是刑法发展中的“重”、“轻”、“无”三大时代特征。它几乎贯串着外国刑法理论体系结构的全体。

当前，保安处分制度在外国刑法中占有相当重要的地位。针对这一现实情况，把保安处分制度辟为独立的一篇，作为一个完整的规制加以阐述。本书叙述的内容以各国一般现行的规制为主，个别国家的个别规制则特予指明；难点、疑点均拟在本文中一并解决，不另加注释。由于资产阶级刑法学可简称为刑法规范解释学，本书内容关于解释论占较大比重。为了便于阐明，在某些问题上采用了各国对照或比较的方法。从实定法说，日本刑法的规制较为完整，稳定性较大，在分则部分的适用解释中，大多引日本刑法典的专条为例。

本书上下册共六篇，第一篇至第五篇为总则部分，由北京大学法律系甘雨沛负责编写，第六篇为分则部分，由

吉林大学法律系何鹏编写。在编写中,中国图书进口公司王增基同志在总则部分的资料方面给予很大便利;北京大学法律系郭自力同志在搜集资料上曾给予协助。分则部分的资料搜集和整理上,吉林大学法律系吴振兴同志、赖宁同志曾给予协助,兹特致谢意。

本书的编写,缺点、错误在所难免,至希不吝指正。

甘雨沛 何鹏

一九八四年六月

目 录

前 言	(I)
第一篇 绪论	(1)
第一章 刑法学和刑事学	(1)
第一节 刑法和刑事法律	(1)
第二节 刑法学与刑事学	(4)
第三节 刑法与刑法学的区别	(7)
第二章 刑法解释论	(9)
第一节 刑法解释论在刑法学中的地位和作用	(9)
第二节 刑法规范的结构	(13)
第三节 刑法解释的原则	(21)
第四节 刑法解释的形式和种类	(28)
第五节 类推解释	(35)
第三章 刑法学的研究对象、方法及其与分支 学科、邻近学科的关系	(47)
第一节 刑法学的研究对象	(47)
第二节 刑法学的研究方法	(49)
第三节 刑法学与分支学科、邻近学科的关系	(54)
第四章 行刑学与刑事政策学	(62)
第一节 概述	(62)
第二节 行刑学	(64)
第三节 刑事政策学	(74)
第五章 资产阶级刑法理论的哲学基础	(85)
第一节 康德、黑格尔的刑法哲学的本质	(87)
第二节 康德的刑法哲学	(88)

第三节	黑格尔的刑法哲学·····	(98)
第四节	近代资产阶级刑法理论中的实证主义哲学·····	(105)
第六章	近代资产阶级刑法理论中的学说和学派·····	(110)
第一节	刑法思想发展简史·····	(110)
第二节	资产阶级刑法理论的学说和学派·····	(114)
第三节	其他与刑事法律有密切关系的学说和学派·····	(125)
第四节	新旧两派之爭·····	(132)
第七章	近代刑法学的现状和动向·····	(147)
第一节	现状鸟瞰·····	(147)
第二节	资产阶级国家刑事立法的现状·····	(151)
第三节	现代刑法学的新思潮与新论点·····	(158)
第四节	现代刑法的新课题·····	(173)
第五节	现代资产阶级刑法理论的发展趋向·····	(184)

第二篇 刑法论·····(191)

第八章	刑法的概念、目的、机能、种类、法源和 体系·····	(191)
第一节	刑法的概念·····	(191)
第二节	刑法的目的·····	(193)
第三节	刑法的机能·····	(199)
第四节	刑法的种类·····	(202)
第五节	刑法的法源和体系·····	(209)
第九章	罪刑法定主义·····	(215)
第一节	罪刑法定主义的意义·····	(215)
第二节	罪刑法定主义的时代背景、思想体系和 理论基础·····	(218)
第三节	罪刑法定主义的原则及其派生原则·····	(222)
第四节	罪刑法定主义的形成史·····	(229)
第五节	罪刑法定主义在现代刑法理论中的地位及其变迁·····	(231)

第十章 刑法的适用范围	(235)
第一节 刑法关于时的效力	(235)
第二节 刑法关于人的效力	(238)
第三节 刑法关于地域的效力	(240)
第三篇 犯罪论	(255)
第十一章 概述	(255)
第一节 犯罪的概念	(255)
第二节 犯罪理论与行为理论	(257)
第三节 犯罪的分类	(264)
第十二章 犯罪构成要件该当性	(268)
第一节 犯罪构成	(268)
第二节 犯罪构成要件该当性	(272)
第三节 犯罪构成要件诸要素	(273)
第四节 犯罪主体	(275)
第五节 犯罪客体	(279)
第六节 犯罪行为	(285)
第七节 因果关系	(289)
第十三章 犯罪行为的违法性	(308)
第一节 违法的类型	(308)
第二节 正当防卫——紧急行为阻却违法性(一)	(315)
第三节 紧急避难——紧急行为阻却违法性(二)	(321)
第四节 自救行为——紧急行为阻却违法性(三)	(327)
第五节 法定职务上的正当行为、业务上的正当行为和 社会相当性的正当行为——常态行为的阻却 违法性(一)	(328)
第六节 被害者的承诺行为、医疗行为——常态行为的 阻却违法性(二)	(330)
第十四章 犯罪是有责性行为	(340)

第一节 犯罪构成论的有责性的意义·····	(340)
第二节 责任论中的故意责任·····	(353)
第三节 责任论中的过失责任·····	(366)
第四节 责任论中的错误责任·····	(381)
第十五章 犯罪阶段·····	(391)
第一节 着手实施前的意思决定和预备·····	(391)
第二节 实施行为的着手·····	(392)
第三节 实施行为的未遂·····	(397)
第十六章 共犯·····	(414)
第一节 共犯论的各学说·····	(414)
第二节 共犯的种类·····	(417)
第三节 共犯的刑罚·····	(439)
第十七章 罪数和并合罪·····	(446)
第一节 单纯一罪与复数罪·····	(446)
第二节 科刑上的一罪·····	(449)
第三节 包摄一罪·····	(458)
第四节 并合罪·····	(463)
第五节 累犯·····	(467)
第四篇 刑罚论·····	(471)
第十八章 概述·····	(471)
第一节 刑罚权·····	(471)
第二节 刑罚制度·····	(474)
第十九章 刑罚的种类及其体系·····	(480)
第一节 主刑与附加刑·····	(480)
第二节 生命刑·····	(483)
第三节 自由刑·····	(495)
第四节 财产刑·····	(504)
第二十章 刑罚的适用·····	(518)

第一节	概念的刑罚法律关系的具体化·····	(518)
第二节	刑的加重及其限制的规定·····	(520)
第三节	刑的减免及其限制的规定·····	(525)
第四节	刑罚的免除·····	(530)
第五节	刑罚的量定·····	(532)
第二十一章	刑罚的执行·····	(538)
第一节	刑罚执行的意义·····	(538)
第二节	刑的执行·····	(539)
第三节	与自由刑的执行有直接关联的一些执行制度和 其他有关规定·····	(542)
第四节	缓刑(执行犹豫)·····	(553)
第五节	假释·····	(561)
第二十二章	刑罚的消灭·····	(567)
第一节	概述·····	(567)
第二节	与刑罚适用权消灭有关的犯人的死亡和法人的 解散·····	(568)
第三节	恩赦·····	(569)
第四节	时效·····	(572)
第二十三章	刑罚论的附则·····	(577)
第一节	关于少年犯罪的处罚特例·····	(577)
第二节	刑事裁判中的私法处分·····	(583)

目 录

第五篇 资产阶级刑法的保安处分制度.....	(585)
第二十四章 保安处分制度概述.....	(585)
第一节 保安处分的意义.....	(585)
第二节 保安处分在刑事立法领域中的地位.....	(587)
第三节 保安处分与刑事政策.....	(589)
第四节 保安处分与刑罚的区别.....	(591)
第五节 保安处分的体系问题.....	(593)
第二十五章 保安处分制度的起源及其发展简史.....	(598)
第一节 保安处分制度发展史的第一阶段.....	(599)
第二节 保安处分制度发展史的第二阶段.....	(605)
第三节 保安处分制度发展史的第三阶段.....	(613)
第四节 保安处分制度发展史的第四阶段.....	(614)
第五节 保安处分制度发展史的第五阶段.....	(615)
第六节 刑务、刑法的国际会议与保安处分制度 的发展.....	(616)
第二十六章 保安处分制度的理论体系.....	(620)
第一节 实证主义哲学观点是保安处分制度理论 体系的重要基础.....	(620)
第二节 近代刑法理论中,刑罚与保安处分的一 元论与二元论.....	(634)
第三节 保安处分制度理论中的社会连带主义原 则与经济主义原则.....	(645)
第四节 保安处分制度理论中的社会经济基础.....	(648)
第二十七章 保安处分的实体法论.....	(653)

第一节	关于建立保安处分制度实体法理论体系的必要性	(653)
第二节	保安处分的法律概念、目的以及罪刑法定主义原则	(654)
第三节	保安处分的适用效力范围	(659)
第二十八章	保安处分的适用要件	(661)
第一节	保安处分的适用要件的意义	(661)
第二节	违法行为的存在是适用保安处分的前提条件	(664)
第三节	行为者的危险性的存在是保安处分的基本条件	(666)
第四节	保安处分适用中的特殊前提条件	(672)
第五节	危险性的表征是保安处分的个别或具体条件	(674)
第二十九章	保安处分的对象和种类	(677)
第一节	保安处分的对象	(677)
第二节	保安处分的种类	(680)
第三十章	各国保安处分的规制及其特点	(697)
第一节	瑞士保安处分的规制特点	(697)
第二节	德国保安处分的规制特点	(701)
第三节	意大利保安处分的规制特点	(707)
第四节	古巴、墨西哥、比利时的保安处分的规制特点	(715)
第五节	法国刑法典中保安处分的规制	(718)
第六节	瑞典刑法典中保安处分的规制	(721)
第七节	日本刑法中保安处分的规制	(724)
第八节	英国刑法的保安处分规制	(729)
第三十一章	保安处分的适用	(740)

第一节	保安处分适用中的量定原则·····	(740)
第二节	刑罚与保安处分的竞合·····	(744)
第三节	保安处分的宣告程序法的结构理论·····	(748)
第四节	保安处分的宣告机关及其组成理论·····	(755)
第三十二章	保安处分的执行论·····	(758)
第一节	德国和意大利的保安处分执行法的立法 例·····	(759)
第二节	保安处分的执行机关和设施·····	(771)
第三节	保安处分的消灭原因·····	(780)
第六篇	刑法各论·····	(787)
第三十三章	对于国家法益的犯罪·····	(790)
第一节	对于国家存在的犯罪·····	(790)
第二节	对于国家作用的犯罪·····	(800)
第三十四章	对于社会法益的犯罪·····	(839)
第一节	对于公共安宁的犯罪·····	(839)
第二节	对于公共信用的犯罪·····	(851)
第三节	对于公众健康的犯罪·····	(859)
第四节	对于风俗道德的犯罪·····	(863)
第三十五章	对于个人法益的犯罪·····	(875)
第一节	对于生命、身体的犯罪·····	(875)
第二节	对于自由的犯罪·····	(896)
第三节	对于私生活安宁的犯罪·····	(909)
第四节	对于名誉的犯罪·····	(919)
第五节	对于财产的犯罪·····	(925)
附录	参考书目·····	(953)

第五篇 资产阶级刑法的 保安处分制度

第二十四章 保安处分制度概述

第一节 保安处分的意义

刑罚是犯罪的后果，是对犯罪的报应，保安处分是保卫社会，是对犯罪者的矫正教育。前者是传统意义的刑罚；后者是具有近代刑法特征的目的刑和教育刑。前者是基于伦理、正义的责任而适用，后者是基于个人性格的危险性而适用。犯罪是刑罚的必然前提，或者说刑罚是犯罪的必然后果；保安处分是人身危险性和社会危害性的预防措施。刑罚是惩于后，而保安处分是防于前。

保安处分(Sicherungsmaßnahme, Sicherungsmaßregel od. Sicherungsmittel; Mesure desureté; Misura di Sicurezza; Measure of safety)，根据法律意识的解释，是对已犯罪者，防止其不再犯；对具有现实特殊危险者或显然具有将要实施犯罪可能者，预防其不犯。其实质是对一些不能适应社会共同生活的人，采取相应的措施，使其能与社会共同生活相适应；对实际上已不能与社会生活相适应的人，采取隔离措施，以保卫国家的安全，其着眼点重在人身危险性的相应对策，不在于法律上的否定评价或法律的价值判断。一般说，较为严密的解释是，保安处分包括保护教育处分与社会保卫处分两种内容。到德国纳粹权威法时，分别成立危险的常习犯人法和保安处分法，就把原来的保护教育处分和社会保卫处分的顺序倒转过来，称为社会保卫处分和保护教育处分，意思是说保卫社会

是目的，而改造与教育是达到保全或保卫社会的方法。这种意义下的保安处分浸透着权威法的所谓保全国民精神的沙文主义，而与社会保卫论者的保安处分的含义有所不同。在法的规定上，把保护教育处分与社会保卫处分表达为“改善及保安处分”，把社会保卫处分与保护教育处分表述为“保安及改善处分”。当今一般是以“保安处分”一词来表达，其解释是以改善与保安的顺序，又将纳粹权威法的保安与改善的顺序颠倒过来。尽管如此，现代帝国主义的法转向社会保卫的实质意义，并未因之而大为削弱。

保安处分制度，西方各国刑法几乎都采用，在其适用上具有广泛性和普遍性，但在法的规定上，却缺乏一致性和确切性，至今保安处分尚无一个明确的定义或概念，而且在理论上，也因资产阶级刑法学家的观点不一致而各种各样，只能根据资产阶级刑法学家和刑法实务家的较为一般的、较为通常的论点加以叙述。一般把保安处分分为广义与狭义两种。对显然具有犯罪危险性者，采取防止其将要实施犯罪的社会措施，对犯罪者代替刑罚适用或作为刑罚的补充而适用，以及由国家执行的一切保护、教育和改善处分，统称为广义的保安处分。广义的保安处分的适用要件不仅限于有现实的犯罪行为，在一定的场合，只要客观上有实施犯罪行为的危险性的显然存在，即具备对此危险性采取必要的预防措施的要件。广义的保安处分又分为对人的保安处分和对物的保安处分。对人的保安处分又分为对人的自由的剥夺和对人的自由的限制两种情况。狭义的保安处分，是代替刑罚而适用或者作为刑罚的补充而适用，以现实犯罪的危险性为要件，以剥夺自由的方式，由法院宣判的处分。这一狭义的保安处分在适用要件上和适用方式上都比较简单，为早期的保安处分普遍所采用。广义的保安处分的适用要件和适用方式是多式多样的，其具体规定因国家不同而各异。当今，广义的保安处分为大多数资产阶级刑法所采用。

第二节 保安处分在刑事立法领域中的地位

关于保安处分在刑事立法领域中的地位问题，一般是从以下几个方面来分析和确定的。

一、保安处分是刑事法律的一部分

当今，西方各国刑法理论中，尽管在保安处分制度上有一元论和二无论两大对立观点，但两者都认为应把保安处分作为刑法（广义的）的一个组成部分，统一规定在刑法典中。关于这一点，不仅在各国立法例中有明确的规定，而且在刑法理论中，尤其是在刑法解释论中，都有明确的体现。资产阶级的刑法学家和刑法实务家谈论到刑事立法内容、刑法学体系和刑法规范解释时，往往要加上“包括保安处分在内”这样的注脚。一元论和二无论既然是截然对立的，又怎么会在“统一规定在刑法典中”这一法定问题上，一致起来呢？这个问题可以通过他们的解释论而得到解决。一元论者认为，刑罚与保安处分只是量上的不同，并无实质性的差异，因而，保安处分与刑罚应统一规定在刑法典中（不排除有些保安处分的内容要在特别法中规定），而且在司法实务中，保安处分代替刑罚而适用这一事实的存在，足以证明刑罚与保安处分并不存在本质性的差异。这充分说明，保安处分在刑事立法领域中占有相当的地位。根据二元论者的解释论，刑法中的刑罚与保安处分之间具有明显的区别，只是由于保安处分与刑罚在保护全体国家的共同生活秩序上以及在维护一定的法秩序上，两者同样起一定程度的积极作用，体现着刑罚与保安处分有类似之处，因而两者可以统一规定在刑法典中。这是在法的形式上承认了保安处分的应有的地位，而在实质上又加以区别，否定保安处分应有的作用和法的地位。