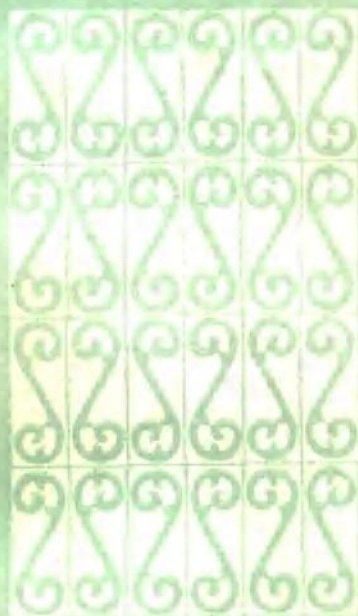


外国刑法学

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)

第一篇 绪 论

第一章 刑法学和刑事学

第一节 刑法和刑事法律

一、刑法

刑法是犯罪和刑罚以及两者间的关系的一种强行规定。它规定犯罪是反社会的行为或具有社会危险性的行为；犯罪的成立要具备犯罪构成的该当要件、行为的违法性和有责性。根据犯罪构成要件的完备性，确定犯罪的成立。犯罪成立的后 果 是 适用刑罚。刑罚要规定刑种、刑名、刑罚幅度、加重、减轻以及刑之免除等。根据以上的规定可以看出，犯罪与刑罚是相关的规定，有犯罪规定就有作为犯罪后果的刑罚规定，也就是有犯罪才有刑罚，有刑罚才需要有犯罪构成的规定。有犯罪规定无刑罚规定，或者相反，则视为违反近代刑法的实定法原则。如有罪的规定而无刑的规定，或有刑的规定而无罪的规定，则两者均失掉刑法的意义。因此，刑法是犯罪与刑罚的规定，同时也是两者的关系的规定，或称“相关规定”。

国家是伦理的主体，是刑罚权的主体。国家以最强烈的极终的强制力保证犯罪与刑罚的关系的实现，保证刑罚的贯彻执行。另外，刑法与其他法，如民法、商法等的规定不同。刑法中犯罪成立与刑罚适用的规定都不由犯罪主体的意思来决定，而是由刑法权主体——国家来决定。刑罚权主体为一方，实施侵害社

会的行为者即犯罪主体为一方。但民法、商法等法律关系是公民间的权利、义务关系，而他们之间成立的法律行为是任意的。如商务契约、合同等法律关系的成立或撤消都是任意的，即一方不能强制另一方成立契约，或者在一定条件下任何一方可以任意撤消或毁弃已成立的契约，但一方不能无限制地或无条件地强制另一方撤消或毁弃已成立的契约。还有，民事债权可以放弃，而刑事除亲告罪或告诉乃论罪外，被害者（原告）不能作为告诉权主体而放弃或撤消告诉权。根据以上几点可看出，刑法是一种强制性的规定（强行规定）。也正由于以上几点，资产阶级刑法学家认为刑法是公法而不是私法。

刑法既是一种强行规定，其本身就蕴含着严格的制约机能。这种制约机能具体地体现在刑法与伦理规范或道德规范以及其他社会规范的区别界限上。在广泛意义上，作为规范人与人相互往来以及其他活动准则的社会规范，应包含伦理规范或道德规范。这些规范是互有渗透，互有交叉，同时又有一定的区别。刑法规范是社会规范的一部分，而且是社会规范的浓缩之一部分、升华之一部分。这一部分社会规范是确定罪与非罪的界限或界际的依据。这一点，通过社会规范中的道德规范与刑法规范的区别，即可得到说明。刑法具有刑罚的强制力，而道德通常只能通过舆论施加影响，即所谓舆论制裁。刑法规范是关于形于外的恶害行为或社会侵害行为的规定，而道德规范是关于“成于中”（内心），即品格的善与不善的规定，它主要是诉诸“良心”，以伦常道义喻之。从逻辑形式上，刑法是假设规范。如果有触犯刑法规定的罪状的前提，就会有处以若干年徒刑的结论。道德规范只是断言规范，就是说，不要杀、伤，不要奸、盗，那是不道德的，违反伦常的。这只是从道德意义上来要求，与刑法要求的逻辑形式不同。这样，同样的社会现象或社会规范、道德规范，从各个要求上，都互有交叉或渗透。刑法如不发挥其浓缩机能（缩小罪的界限）和制约机能就会扩大罪、刑的适用范围。当然，在自

然法意识的杀人、强盗等的自然犯上，不发生制约机能问题，但在一些伦常犯、风俗犯、宗教犯以及违反行政法规的行政犯之类的法定法上，就不能不发挥制约作用。如卖淫行为、赌博行为、通奸行为等，在发挥制约机能的要求下，有些国家不作为犯罪的规定，只作道德舆论上的谴责，排出于刑法法规的规定范围。这一点充分体现着近代刑法学称刑法为实定法或实体法的实际意义，也体现着所称法治国的法制“谦抑原则”。

在保障国家社会安全和秩序的稳定上，道德规范为第一线，刑法规范为第二线，两者起相互保证、相互补充的作用。道德制裁范围愈大，效果愈好，则刑法制裁范围愈小，而改造的效能亦可能愈强，同时保证了道德规范作用的充分发挥。刑法的强制力，从其自身的限制机能说，其适用只应限制在道德规范即舆论制裁无能为力情况下。

刑法是一种强行规定，是一种实定法。这样，刑法应是犯罪与刑罚规范的总和。刑法有狭义和广义之分。狭义刑法是指刑法典或英美式所称的“普通法”。广义的刑法是指把刑法典和一切其他有关犯罪、刑罚规定的法规、条例、政府命令以及特别刑法等包括在内的诸多刑法规范。所称刑法典是指现行刑法典（下同），所称刑罚包括保安处分在内（下同）。

二、刑事法律

刑事法律亦称刑事法。所谓刑事法，就是最广泛意义的刑法，它包括刑法典、特别刑法、行政刑法、国际刑法以及一切有关刑罚规定（罚则）的法令、条例等法规。刑事法中的主要部分是刑法典，它既有关于一般的或共同的犯罪与刑罚的规定，也有关于个别的或具体的犯罪与刑罚的规定，前者称为总则，后者称为分则。两者规定了一般的或具体的犯罪概念、犯罪构成、刑罚种类、刑罚方法以及刑罚的适用原则等等。总的说，这些都是属于“实体法”或“实定法”规定的范围。从刑法整体来说，单