

外国刑法简论



吉 林 大 学 出 版 社

外国刑法简论

何 鹏

吉林大学出版社

说 明

《外国刑法简论》是为了配合我系本科生、函授生等的教学而编写的。由于资料有限，本书在体系和内容上是以日本为主，同时联系其它一些国家，重点放在外国刑法学界近期的一般性理论、学说、主张的介绍上。资料来源基本上是近几年的，以免失之过旧。

我们研究刑法科学，应当立足于本国。由于各国政治制度、经济文化发展水平不同，风俗习惯、民族传统各异，对于外国刑法要有分析、有鉴别，不能生吞活剥，生搬硬套。我们介绍研究外国刑法，是为了开阔眼界，了解掌握国外刑法科学的发展状况，借鉴其有益的东西，做到“洋为中用”，为加强我国的法制建设服务。我们对外国刑法的教学和研究工作还刚刚开始，对于外国刑法中的许多理论问题尚缺乏深入地了解和研究，加上时间仓促，水平有限，本书系属于初步尝试，也较为简略，不妥之处很难避免，敬希同志们批评指正。

我系赖宇、吴振兴同志参加了本书材料的整理工作，特致谢意。

编 者

目 录

緒 论

一、刑法和刑法学的概念·····	(1)
二、刑法理论·····	(6)

第一篇 犯罪论

第一章 犯罪的概念·····	(7)
第一节 犯罪的意义、本质与种类·····	(7)
第二节 犯罪概念的基础·····	(11)
第三节 犯罪论的体系·····	(14)
第二章 构成要件·····	(17)
第一节 构成要件的概念·····	(17)
第二节 基本的构成要件的符合性·····	(27)
第三节 修正的构成要件的符合性·····	(42)
第三章 违法性·····	(56)
第一节 违法性的概念·····	(56)
第二节 违法性的排除事由·····	(61)
第三节 违法性的程度·····	(79)
第四章 有责性·····	(82)
第一节 责任的概念·····	(82)
第二节 责任的有无·····	(86)
第三节 责任的程度·····	(95)
第五章 数罪并罚·····	(99)
第一节 概述·····	(99)

第二节	本来的一罪·····	(100)
第三节	科刑上的一罪·····	(103)
第四节	并合罪·····	(108)

第二篇 刑罚论

第六章	序言·····	(112)
第一节	概述·····	(112)
第二节	资产阶级近代刑法的根本原则—— 罪刑法定主义·····	(113)
第三节	关于资产阶级刑罚制度合理 化问题·····	(115)
第七章	刑罚的性质与种类·····	(117)
第一节	刑罚的性质·····	(117)
第二节	刑罚的种类·····	(118)
第八章	死刑·····	(120)
第一节	死刑的作用问题·····	(120)
第二节	日本现行刑法上的死刑·····	(122)
第三节	其他国家的死刑制度·····	(123)
第九章	财产刑·····	(126)
第一节	罚金刑的作用·····	(126)
第二节	罚金刑的合理化问题·····	(128)
第十章	自由刑·····	(133)
第一节	日本适用自由刑的现状·····	(134)
第二节	自由刑适用的几个理论问题·····	(136)
第十一章	缓刑与假释·····	(139)
第一节	缓刑·····	(139)
第二节	假释·····	(140)
第十二章	几个主要国家的刑罚制度·····	(141)
第一节	英国与美国的刑罚制度·····	(141)

第二节	西德、瑞士和瑞典的 刑罚制度.....	(149)
第三节	法国与意大利的刑罚制度.....	(155)
第四节	苏联与东欧国家的刑罚制度.....	(160)

第三篇 刑法各论

第十三章	序言.....	(170)
第一节	刑法各论的意义及其对象.....	(170)
第二节	刑法各论的体系.....	(170)
第十四章	杀人罪.....	(173)
第一节	概述.....	(173)
第二节	普通杀人罪.....	(175)
第三节	预备杀人罪.....	(180)
第四节	自杀关联罪.....	(180)
第五节	杀人罪中的几个其它问题.....	(184)
第十五章	伤害罪.....	(186)
第一节	概述.....	(186)
第二节	一般伤害罪.....	(187)
第三节	伤害致死罪.....	(189)
第四节	同时伤害的特例.....	(190)
第五节	暴行罪.....	(191)
第六节	过失致死、致伤罪.....	(192)
第十六章	财产罪总述.....	(195)
第一节	概念.....	(195)
第二节	财产罪的分类.....	(196)
第三节	财物的意义.....	(197)
第十七章	盗窃罪.....	(201)
第一节	概述.....	(201)
第二节	盗窃罪.....	(202)

第三节	侵夺不动产罪·····	(206)
第十八章	强盗罪·····	(208)
第一节	概述·····	(208)
第二节	强盗罪·····	(209)
第三节	强盗利得罪·····	(212)
第四节	事后强盗罪·····	(212)
第五节	昏醉强盗罪·····	(213)
第六节	强盗致死致伤罪·····	(214)
第七节	强盗强奸罪和强盗强奸致死罪·····	(215)
第八节	预备强盗罪·····	(216)
第十九章	诈骗罪·····	(217)
第一节	概述·····	(217)
第二节	诈骗罪·····	(218)
第三节	诈骗利得罪·····	(221)
第四节	准诈骗罪·····	(221)
第二十章	赃物罪·····	(222)
第一节	概述·····	(222)
第二节	收受赃物罪和搬运、寄藏、 故买、代为销售罪·····	(223)
第二十一章	猥亵罪·····	(226)
第一节	概述·····	(226)
第二节	公然猥亵罪·····	(227)
第三节	强制猥亵罪·····	(228)
第二十二章	奸淫罪·····	(230)
第一节	强奸罪·····	(230)
第二节	准强制猥亵、强奸罪·····	(231)
第三节	强奸致死致伤罪·····	(232)
第二十三章	诬告罪·····	(233)
第一节	概述·····	(233)

第二节	诬告罪的构成要件·····	(233)
第二十四章	贿赂罪·····	(236)
第一节	概述·····	(236)
第二节	贿赂罪的概念·····	(237)
第三节	赠贿罪·····	(238)

绪 论

一、刑法和刑法学的概念

(一) 刑法的意义

什么叫刑法？我们在说明刑法概念的时候，总是强调其阶级本质，强调它是掌握国家权力的统治阶级，为了维护其阶级利益和统治秩序，根据自己的意志规定的关于犯罪和刑罚的法律。而资产阶级则总是力图掩盖和回避它的阶级本质，把刑法单纯说成是关于犯罪和刑罚的法律。对于刑法包括的范围，资产阶级有两种理解：一种是广义上的理解，即把同确定犯罪的内容及其法律效果紧密相联的一切法律规范，都叫做刑法。这就是说，它不单包括刑法典，还包括其它单行刑事法规和其他法律中的刑事法规。这是资产阶级刑法学者的通常看法。对此，他们也称为实质上的刑法。另一种理解是狭义上的理解，是单指刑法典而言的。对此，他们也称为形式上的刑法。

广义上的刑法也好，狭义上的刑法也好，这都是资产阶级刑法学者过去的传统看法。近些年来，由于刑法学的发展，这种传统看法有被突破的倾向。刑法学的发展的一个标志，就是把“保安处分”吸收到刑法典中来。保安处分制度原是用以补充刑法之不足的，在过去它不是被当作刑罚方法的。但是，资产阶级为了有效地维护其阶级利益和统治秩序，把它逐步升格，成了一种的刑罚方法，成为刑法规范的一个组成部分。例如，日本四十年代的刑法典中没有保安处分，一九七四年的刑法草案中则包括保安处分。日本是这样，西德、意大利等也是如此。这

就势必带来刑法概念上的变化，以致于用广义上的理解也不够了。因此，一些学者已经开始使用“犯罪法”的概念。但是，不管他们叫刑法，还是叫犯罪法，这只是概念的不同，其阶级实质并没有改变，这是毋庸置疑的。

与刑法密切相关的还有一个刑事法的概念，这是刑法、刑事诉讼法、行刑法的总称。

那么，刑法在一个国家的法律体系中居于何种地位呢？资产阶级学者认为：

1. 一个国家的法律体系，总的可以分为公法和私法两大类。而刑法不是规定个人之间关系的法律规范，不属于私法范围。它是规定作为刑罚权的主体的国家和犯罪分子之间关系的，是属于公法的范畴。

2. 根据“三权分立”的理论，法律规范按其性质可以分为三种，即立法法、司法法、行政法。刑法具有裁判规范的性质，它是以维护社会秩序为目的的，因此，在原则上它属于司法法的范畴，是司法法的中心内容。它同行刑法是不同的。行刑法追求的是如何使罪犯重新回到社会中来，是属于刑事法的内容。

3. 按照实体法和程序法的分类，刑法属于实体法，因为它是规定有关行使刑罚权的实质的法律关系。

总的来说，刑法、刑事诉讼法、行刑法虽然自身性质各不相同，但是三者之间又具有密切联系。刑法按照刑事诉讼程序，确定了犯罪的内容及其法律效果，然后由行刑法付诸实行，三者不可分割。

资产阶级学者关于刑法在国家的法律体系中所占的地位是直接适应他们国家的政治制度的，这是毫不奇怪的。

（二）刑法的规范

一个刑法规范要由两部分构成，即法律要件和法律效果。所谓法律要件，是指一定的犯罪。所谓法律效果，是指对一定

的犯罪所适用的刑罚的种类及其范围。广义上的刑法概念包括的刑法典以外的刑法规范，也同样具有以上两个构成要素。

刑法是以犯罪作为法律要件，以刑罚作为其法律效果的。就这种关系来看，它同民法上具备了各种契约的法律要件以后，就发生法律效力这种性质是一样的。但是，犯罪和刑罚无论哪一种，它在刑法上作为特定的法律要件和法律效果，都要求有明确的概念规定，而且在种类和范围的规定方面也是很严密的。因此，刑法和其它法律部门具有明显的区别。

把抽象的、假设规定的法律要件运用到具体案件上去，通过审判把适当的刑罚加以现实的应用，在这种意义上刑法规范具有强制规范、裁判规范的性质。在这样两种规范性质的前提下，又具有行为规范的性质。它告诉人们应当怎样做，不能怎样做，否则就要施以刑罚。这就是说，当某个行为人违反了刑法的时候，犯罪就具体化了，刑罚也就现实化了。

作为对人们的行为具有约束力的刑法规范，与社会的伦理规范具有密切地联系。一般地说，在刑法上被认为是犯罪的，在社会伦理观点上也是不能允许的。但是，刑法规范和伦理规范在范围上并不都是一致的。伦理上不允许的行为并不都是犯罪行为，比如，通奸行为是违反伦理规范的，要受到道德上的谴责，但并不构成犯罪。

（三）刑法的机能

资产阶级学者把刑法的机能分为三个方面：

1. 规范的机能

把一定的行为称为犯罪并且和一定的刑罚结合在一起，以此来证明这种行为在法律上是“无价值的行为”，亦即对这种行为做否定性的评价。这种行为是由行为人的意志所决定的，对这种行为在法律上做否定的评价，这对行为人来说就起了禁止的作用。对于前者，他们叫做“评价的机能”，对于后者，他们称为“决定的机能”。这二者是互相联系的，由于是否定的评

价，才做出禁止的决定。这二者结合在一起，起着规范机能的作用。

刑法是规定国家同犯人的关系的法律规范，它要求正确处理整体与个体的关系，这是刑法的任务。从这一点出发，它的作用表现在两个方面，一方面，它要维护国家的公共社会的安全，并服务于这个国家的经济文化的发展；另一方面，在行使国家的刑罚权的时候，它又是有一定限度的，它只能在一定的限度内发挥作用，这就要求不能不正当地侵害犯人应有的个人自由和其它方面的利益。前一方面是维持秩序的机能，后一方面则是保障自由的机能。

2. 维持秩序的机能

维持秩序的机能具体表现在保护法益上。这个法益是从国家利益出发，由国家给予确认的。在刑法实践上，它是保护社会生活中一定的利益的。法益的保护正象在其它法律领域内所表现出来的那样，具有多种形式。但是，刑法是以刑罚作为手段的，所以它更加有效，更具有彻底性。维持秩序的机能是通过一般预防机能和特殊预防机能表现出来的。前者是要使社会上的一般人不再犯罪的机能，后者是要使特定的犯人将来不再犯罪的机能。这二者互相补充，从不同角度起着作用。

3. 保障自由的机能

保障自由的机能是指保障善良的公民的自由的同时，也要保障犯人本身的合法自由。对于这种机能，也有人叫做“大宪章机能”，也就是一律平等，保障合法的自由权利。

总之，刑法的维持秩序的机能和保障自由的机能是互相联系，又互相矛盾的。那么，应当侧重发挥它哪一方面的机能呢？由于时代和社会的不同，学者们的看法也不尽相同，从根本上来说，是不应当有所偏重的，应当把二者有机地结合起来。至于如何具体地结合，这是理论上和实践上值得探讨的问题。

此外，资产阶级学者认为，刑法的机能决不是无限制的，

它对预防犯罪是一种有力的手段，但不是决定性的手段。要从根本上消除犯罪，就要从根本上消除犯罪的原因，这是社会政策问题和其它方面的问题。因此，刑法不是以所有的违法行为为对象的，刑罚也只是在不得已的情况下才适用的。资产阶级刑法学者看到了刑法的作用是有限的，也力图寻找从根本上消除犯罪的途径。但是，由于阶级的局限，他们没有也不可能找到这种途径，因为这意味着推翻资产阶级的统治，消灭私有制，消灭阶级。

在刑法的作用问题上，资产阶级竭力标榜它是服务于整个公共社会，标榜它在保障资产者和犯人的合法权利方面是一律平等的，这是虚伪的、骗人的。

（四）刑法学

对于刑法学，他们也有两种理解，一种是狭义的理解，另一种是广义上的理解。狭义上理解，叫做刑法解释学，也就是实体刑法的解释学。它大体上相当于我们的刑法教程。而刑法则是指法律规范。

广义上理解，则是指关于刑法方面的学问。它包括刑法理论、刑法史学和比较刑法学。刑法理论，是从犯罪与刑罚的意义上研究其哲学基础的。刑法史学，是研究刑法的历史发展过程的学科。比较刑法学，是对比研究各国之间的刑法的学科。

当然，还有从更广泛的意义上理解刑法的，它除了包括上面所说的学科而外，还有刑事学，即犯罪学和犯罪对策学。

作为刑法解释学，从近代各国的刑法典的规定来看，一般地分为总则和分则。与此相适应，在教学上则分为刑法总论和刑法各论。刑法总论是以刑法典的总则篇的规定为中心，研究犯罪的成立及其形式，以及刑罚适用上的一般原则。刑法各论是以刑法典的分则篇，以及广义上的各种犯罪类型及其法定刑作为研究内容的。

二、刑法理论

刑法理论主要包括犯罪理论和刑罚理论两部分。这里，我们只介绍资产阶级的犯罪理论。

到目前为止，资产阶级在犯罪理论方面比较流行的主张有客观主义（也叫行为主义）和主观主义（也叫行为人主义）的区别。所谓客观主义学派，就是古典学派。还有现实主义和征表主义的区别。现实主义相当于客观主义，征表主义相当于主观主义。客观主义学派主张把刑事责任的基础单纯地看成是表现于外部的犯人的行为；主观主义学派则主张把犯人的反社会的性格，也就是进行犯罪行为的犯人的人身危险性，包括社会危险性，作为考察犯罪的出发点。由此，他们把古典学派，即客观主义学派又称为行为学派；把近代学派，即主观主义学派又称为行为人学派。行为和行为人，是这两种学派争论的焦点。至于现实主义和征表主义，则是分别属于这两种学派之中的。

在资产阶级刑法学者中也有既不同意这种主张，也不同意那种主张，既不完全赞同客观主义学派的观点，也不完全赞同主观主义学派的观点的，例如，日本的著名刑法学者大塚仁教授。他认为，客观主义学派主张的长处，在于能使犯罪概念明确化，同时也便于保障个人的自由。但是，这个学派摒弃了犯人的性格所具有的危险性，这就难以达到预防犯罪的效果，是个缺陷。而主观主义学派的主张超越了犯人的外部行为，重视行为人的身危险性，立足于预防犯罪，这是长处。但是，这种主张容易导致犯罪概念的模糊不清，容易造成侵害行为人的自由，也是缺陷。由此，大多数学者认为，应当对这两个学派的传统的理论观点加以调整，取其所长，弃其所短，研究新的犯罪理论。应当说，这种主张主客观因素统一的观点是有道理的，也更为全面。

第一篇 犯 罪 论

第一章 犯罪的概念

第一节 犯罪的意义、本质与种类

一、犯罪的意义

资产阶级学者认为，犯罪有两个方面的意义：一方面是实质意义，另一方面是形式意义。犯罪从实质意义来看，它是侵害社会共同生活秩序的行为，不管是年幼者还是精神病人都包括在内。但这并不是说所有的侵害行为都是刑法的对象。刑法是关于犯罪和刑罚的法律，只有应被处以刑罚的行为才是犯罪，这就是它的实质意义。

形式意义的犯罪，从社会伦理观点来看，应当是可罚的行为。这样，年幼者和精神病人的侵害行为就被排除在外了。进一步说，也不是一切当罚的行为都构成犯罪，比如，应依行政处罚的行为，就不认定它是犯罪。所以刑法上所说的犯罪，只限于违反刑罚法规的、在法律上是应罚的侵害行为。这些与我们都是共同的。那么，犯罪概念是由哪些要素构成的呢？以西德、日本为代表的一些资产阶级学者分析了作为刑法的对象的可罚的侵害行为，认为可以分为以下三个要素，这三个要素也叫做犯罪构成要件。

1. 构成要件符合性

犯罪必须是具备刑法典中的各个条文和其它各种刑罚法规中所规定的构成要件的行为，也就是说，具备了法律规范

规定的条件的，这就是具备了符合性。法律意义上的犯罪行为不单是反社会的行为，而且是根据国家的法律应受刑罚处罚的行为。在以罪刑法定主义为原则的条件下，必须首先具备成文法所规定的犯罪构成要件。

2. 违法性

犯罪还必须具有行为的违法性。一般来说，具备犯罪构成要件的行为都可能是违法的，因为刑罚法规所规定的犯罪构成要件就是反社会行为的类型化。但是，由于某些原因，形式上具备了构成要件，实质上并未违法的情况也是存在的，比如，正当防卫的杀人行为。所以，具备构成要件符合性的行为，必须同时又是违法的，才能成为犯罪。

3. 有责性

犯罪的成立，除了要具备前面所说的两个要件而外，还要有第三个要件，即必须确认行为人的责任。如果是欠缺责任条件，仍然不能对行为人加以人格上的谴责，从而也就不能构成犯罪。

根据以上的分析可以看出，在外国的刑法中，犯罪的一般定义是：犯罪是具有构成要件符合性的违法的有责的行为。某一具体行为只要具备了这三个要件，就成为犯罪，就发生了国家的刑罚权问题。

然而，即使构成了犯罪，发生了刑罚权，还要具备一定的条件。因为有时会出现妨碍刑罚权发生的一定事由，比如，“告诉乃论”的条件、时效消灭的条件等。这些事由在刑法学上叫做免除处罚的事由。

二、犯罪的本质

资产阶级对于犯罪本质的认识是有一个发展过程的。

在早期，他们认为，犯罪是对权利的侵害。这种主张是以启蒙主义的人权思想为背景的，代表人物是费尔巴哈。他这种

主张几乎支配了十九世纪前半期的刑法学。但是，权利观念不能充分地说明实体法上的犯罪，所以不久就被站在实证主义立场上的毕伦巴模所倡导的“法益侵害说”所代替。他主张，犯罪并不是侵害权利本身，而是以权利为对象的，是对被国家所保护的人身、财产的伤害，或者是具有伤害的危险。他这种主张被近代学派的创始人李斯特等人所继承，发展成为今天的通说。

所谓侵害法益，就是对国家的、社会的、个人的利益的侵害。各种犯罪都是对某种法益的侵害。这样，法益就成为国家保护的**中心**。

“法益侵害说”虽然是通说，但有些资产阶级刑法学者仍认为，这种学说存在着一定的值得批判的余地。他们主张，仅仅根据刑罚法规而简单地基于对法益侵害的结果来认定犯罪是不够的，对法益侵害的形式问题也应当考虑进去，象盗窃、诈骗等犯罪，它们的共同性质都是对某种财产法益的侵害，但侵害的形式不同。这种形式上的不同，正是区别各种犯罪类型的标准。因此，考虑犯罪的本质，必须联系到侵害法益的种类和方法。

按照马克思主义的观点，犯罪的本质问题，归根结底是它的政治属性和阶级属性问题。要正确地揭示犯罪的本质，就必须科学地认识犯罪产生的根本原因和消灭的条件。资产阶级看不到或有意回避这一点，这就必然要使他们**对犯罪本质问题的认识走向歧途**。

三、犯罪的种类

对于犯罪的种类，如果从不同的着眼点观察，可以有多种分类。以构成要件为标准时，与行为的主体有关的，可以分为身分犯和非身分犯；从行为的表现形态和它所具有的意义上，可以分为实质犯、形式犯、结果犯、举动犯、侵害犯、危险犯、