



202464387

246438

D914/30

清华法学丛书

外国刑法纲要

GA 311

张明楷



清华大学出版社

(京)新登字 158 号

内 容 简 介

《外国刑法纲要》对大陆法系国家的刑法理论、典型判例,从新观点、新趋势的角度进行了全面、系统的阐述。主要内容分总论、各论两部分。总论包括:刑法、犯罪、刑罚;各论包括:对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪、对国家法益的犯罪等。本书立足于大陆法系国家的刑法理论,以德国、日本的刑法理论为代表,是一本较全面的评介外国刑法理论的书。

本书对我国刑事立法、司法及理论具有重要的借鉴意义。它不但是大学法学专业的教师、学生研习外国刑法的必读书,而且也是立法、司法人员的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

外国刑法纲要/张明楷编. —北京:清华大学出版社,1999

(清华法学丛书)

ISBN 7-302-03377-3

I. 外… II. 张… III. 刑法-研究-世界 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 06560 号

出版者:清华大学出版社(北京清华大学校内,邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

印刷者:北京市清华园胶印厂

发行者:新华书店总店北京发行所

开 本:850×1168 1/32 印张:25 字数:648 千字

版 次:1999 年 4 月第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-302-03377-3/D·16

印 数:0001~5000

定 价:32.00 元

前 言

经过多年努力以及多方帮助,《外国刑法纲要》一书终于可以问世了。

以下是笔者特别注意的:第一,坚持“洋为中用”的原则,对中国刑事立法、司法及理论具有重要借鉴意义的外国刑法理论,是我阐述的重点;对此外的问题则未予提及或一笔带过。第二,紧密联系外国刑事立法例,注意说明其立法理由;注重介绍外国典型判例,尽量避免空泛的议论,从而使读者容易理解。第三,注重介绍新观点、新趋势,力求避免将陈旧、衰退的观点视为通说。

以下是需要特别说明的:第一,本书主要阐述的是大陆法系国家的刑法理论,其中以德国(不含二战后的民主德国)、日本的刑法理论为代表。对英美刑法较少提及,对东欧国家刑法未作介绍,敬请读者宽容。第二,本书起初是作为讲义撰写的,因而没有将各种观点的来源说明出处,只是在各种观点后的括号内注明了持该观点的学者姓名,文字表述也只是适应讲授所需,恳请读者原谅。第三,由于水平及资料有限,本书一定存在许多错误及疏漏之处,烦请读者指教。

以下三人是应当特别感谢的:一是中南政法学院的曾昭琼先生。曾老早先留学日本东北大学,对外国刑法研究得全面而透彻。我有幸师从曾老,学到了很多专业知识与研究方法。二是中南政法学院的江任天教授。江教授向我传授了大量的英美刑法理论,其丰富学识令人敬佩。三是日本东京都立大学法学部的前田雅英教授。

在我两次留日期间,他不仅给我讲述了日本、德国刑法理论,而且提供了大量资料。

张明楷

1998年10月于清华园

• II •

目 录

总 论

第一编 刑法	3
第一章 刑法与刑法理论	3
第一节 刑法的概念与机能	3
第二节 刑法理论	9
第二章 刑法的基本原则	20
第一节 罪刑法定原则	20
第二节 法益保护原则	31
第三节 责任主义原则	34
第三章 刑法的适用范围	40
第一节 刑法在时间上的适用范围	40
第二节 刑法在空间上的适用范围	43
第二编 犯罪	53
第四章 犯罪与犯罪论	53
第一节 犯罪的定义、实质与种类	53
第二节 行为理论	60
第三节 犯罪论体系	68
第五章 构成要件符合性	71
第一节 构成要件的概念	71
第二节 实行行为	91
第三节 结果	112

第四节	因果关系·····	117
第五节	构成要件的主观与过失·····	131
第六章	违法性 ·····	132
第一节	违法性的概念·····	132
第二节	违法性阻却事由概说·····	148
第三节	正当防卫·····	153
第四节	紧急避难·····	168
第五节	其他违法性阻却事由·····	173
第七章	责任 ·····	189
第一节	责任的概念·····	189
第二节	责任能力·····	200
第三节	故意·····	207
第四节	过失·····	230
第五节	期待可能性·····	243
第八章	未遂犯 ·····	250
第一节	未遂犯概说·····	250
第二节	障碍未遂·····	258
第三节	不能犯·····	267
第四节	中止犯·····	274
第五节	预备罪·····	281
第九章	共犯 ·····	286
第一节	共犯的基本观念·····	286
第二节	共同正犯·····	299
第三节	狭义的共犯·····	313
第四节	共犯论的其他问题·····	323
第十章	罪数论 ·····	336
第一节	罪数论概述·····	336
第二节	本来的一罪·····	339

第三节	科刑上一罪·····	347
第四节	并合罪·····	352
第三编	刑罚 ·····	358
第十一章	刑罚概述 ·····	358
第一节	刑罚的概念·····	358
第二节	刑罚权·····	360
第十二章	刑罚的种类 ·····	363
第一节	刑罚种类概述·····	363
第二节	死刑·····	365
第三节	自由刑·····	375
第四节	财产刑·····	389
第五节	资格刑·····	404
第十三章	刑罚的适用 ·····	409
第一节	法定刑——刑罚的法定·····	409
第二节	处断刑——法定刑的修正·····	410
第三节	宣告刑——刑罚的量定(量刑)·····	416
第十四章	刑罚的执行 ·····	422
第一节	各种刑罚的执行·····	422
第二节	刑罚的执行犹豫(缓刑)·····	426
第三节	假释·····	431
第四节	刑罚的消灭·····	437
第十五章	保安处分 ·····	441
第一节	保安处分概述·····	441
第二节	保安处分的一般要件·····	447
第三节	保安处分的适用与执行·····	452

各 论

第一编 对个人法益的犯罪	461
第一章 对生命、身体的犯罪	461
第一节 总说	461
第二节 杀人罪	464
第三节 伤害罪	477
第四节 过失致死伤罪	489
第五节 遗弃罪	493
第六节 堕胎罪	498
第二章 对自由、安宁的犯罪	501
第一节 非法剥夺自由罪	501
第二节 胁迫罪	506
第三节 略诱及和诱罪	511
第四节 对性自由的犯罪	519
第五节 侵入住宅罪	537
第六节 侵犯秘密罪	546
第三章 对名誉、信用的犯罪	554
第一节 对名誉的犯罪	554
第二节 对信用及业务的犯罪	565
第四章 对财产的犯罪	570
第一节 财产犯罪概说	570
第二节 盗窃罪	584
第三节 抢劫罪	607
第四节 诈骗罪	626
第五节 恐吓罪	641
第六节 侵占罪	646
第七节 背信罪	652

第八节	赃物罪	657
第九节	毁弃罪	663
第二编	对社会法益的犯罪	668
第五章	侵害公共安全的犯罪	668
第一节	放火罪与失火罪	668
第二节	决水罪与妨害水利罪	676
第三节	妨害交通的犯罪	678
第四节	骚扰罪	682
第六章	危害公众健康的犯罪	685
第一节	有关毒品的犯罪	685
第二节	有关饮用水的犯罪	689
第七章	损害公共信用的犯罪	692
第一节	伪造货币罪	692
第二节	伪造有价证券罪	699
第三节	伪造文书罪	704
第四节	伪造印章罪	715
第八章	破坏风俗的犯罪	718
第一节	猥亵与重婚罪	718
第二节	赌博与彩票罪	728
第三节	对宗教感情的犯罪	734
第三编	对国家法益的犯罪	738
第九章	对国家存在的犯罪	738
第一节	内乱罪	739
第二节	外患罪	742
第三节	对国家关系的犯罪	744
第十章	对国家作用的犯罪	748

第一节	妨害执行公务的犯罪·····	748
第二节	妨害国家司法权的犯罪·····	757
第三节	滥用职权罪·····	773
第四节	贿赂罪·····	775

总 论



第一编 刑 法

第一章 刑法与刑法理论

第一节 刑法的概念与机能

一、刑法的概念

刑法是关于犯罪与刑罚的法律。从广义上说,凡是规定犯罪的要件以及犯罪的法律效果的法律规范,都是刑法(实质意义的刑法);从狭义上说,刑法是指系统地规定犯罪与刑罚的法典,即刑法典。通常将刑法典称为普通刑法或一般刑法,刑法典以外的刑罚法规称为特别刑法。现在,由于作为刑罚补充的保安处分制度的发展,而且许多国家将保安处分规定在刑法典中^①,所以,在最广义上说,关于保安处分的法律也属于刑法。

在外国,既有使用“刑法”(Strafrecht; droit penal; penal law; diritto penale)一词的,也有使用“犯罪法”(Kriminalrecht; droit criminal; criminal law; diritto criminale)一语的。英美使用“犯罪法”一词,德国、日本则使用“刑法”一词,法国既使用“刑法”一词,也使用“犯罪法”一词。德国刑法学者 W. Sauer 等人主张,为了包含保安处分,使用“犯罪法”一词比使用“刑法”一词要好。日本学者

^① 参见德国刑法第 61 条以下、奥地利刑法第 20 条以下、瑞士刑法第 42 条以下,等等。

团藤重光认为,是使用“刑法”一词,还是使用“犯罪法”一词,主要是一种习惯,难说它们之间具有实质区别。或许可以认为,使用“刑法”一词时所重视的是规范的一面;使用“犯罪法”一词时所重视的是事实的一面。

除了刑法这一概念以外,还有刑事法一词。刑事法包括刑法、刑事诉讼法与行刑法,即刑法是刑事法的一个组成部分。

如果把一国的法律分为公法与私法的话,刑法属于公法。自从民事责任与刑事责任分离后,私法是调整个体与个体之间的关系的法律,公法是调整整体与个体之间的关系的法律,刑法属于后者。如果把一国的法律分为立法法、司法法与行政法的话,刑法属于司法法。行政法的指导原理是合目的性,司法法的指导原理是法的安定性,刑法是以后者为指导的,基本上属于司法法。^① 如果把一国的法律分为实体法与程序法,刑法属于实体法。

一国的法律中,有的法律有较强的政治因素与伦理因素,有的法律则有较强的技术因素,刑法属于前者。虽然刑法是一种社会现象,是法社会学的重要对象,但刑罚与国家权力紧密联系,一国的刑法与其政治形态密切相关,且一个刑罚法规的设立与废除常常变成政治问题。刑法的伦理因素则是极为明显的,刑法规范与伦理规范的关系,决定了刑法所规定的犯罪大多是违反伦理的行为。

二、刑法规范

刑法通常采取“犯……处……”的形式来规定犯罪与刑罚之间的关系。前半部分称为法律要件,表明成立某种犯罪的条件;后者是法律效果,限定刑罚的种类与范围。有的特别刑法常常在一个条文中规定禁止事项,而在另外的条文中规定违反禁止规范的法律

^① 从裁判规范的角度而言,司法法规制的对象是司法人员;行法规制的对象是行政执法人员;立法法的规制对象为立法人员。

后果,即将法律要件与法律效果分别规定在不同的条文中,这与在一个条文中规定法律要件与法律效果没有实质区别。刑法规范与民法规范在形式上是相似的,但刑法规范的法律要件明确、法律效果严密,则是与民法规范有区别的。

一般认为,刑法规范既是裁判规范,又是强制规范。即当现实中发生了符合抽象的、假定的法律要件时,就通过裁判来现实地发动与之相对应的刑罚。所以,刑法规范既是作为裁判准则的规范,又是具有强制力的规范。而这些规范的前提是要求行为人实施一定适法行为的行为规范。K. Binding 认为这种行为规范是从刑罚法规中抽象出来的一种文化规范,而日本的通说则认为,行为规范是内在于刑罚法规自身的禁止规范与命令规范。例如,规定对杀人者处罚的规范,如果离开了禁止杀人与命令不杀人的规范,其自身就不存在了。而且,正是因为介入了这样的行为规范,刑法规范与社会伦理规范就具有了密切关系,刑法规定为犯罪的行为,从社会伦理的观点来看,也是不被允许的行为。但另一方面,刑法规范与伦理规范又具有严格区别,在社会伦理上受到非难的行为也可能在刑法上不是犯罪行为;反之,在社会伦理上不受非难的行为也可能因为政策上的需要而成为刑法上的犯罪行为。总之,在通说看来,刑法规范一方面是裁判规范与强制规范,另一方面又是行为规范。但是也有人认为刑法规范只是裁判规范,即刑法规范只是对已经发生的犯罪进行裁判的规范,而不是行为规范。因为刑法不可能要求所有的人实施一定的适法行为,对精神病人就不能要求他实施一定的适法行为,但对精神病人的行为仍然能进行构成要件符合性、违法性的评价^①。

对刑法规范又可以分为评价规范与决定规范。评价规范的含

^① 刑法规范是否行为规范的问题,涉及到刑法学体系以及刑法理论的诸多方面,彻底的客观主义者一般对此持否定回答。

义是指,刑法规范是从刑法的观点判断某个行为是否无价值的规范,即一个行为是否有害是根据刑法规范进行评价的,因而刑法规范是评价规范。决定规范的含义是指,刑法规范命令人们在实施行为时作出遵从刑法的意思决定,所以又称为意思决定规范,即刑法规范要求人们在作出实施某种行为的决定时遵从刑法,因而是意思决定规范(E. Mezger)。

三、刑法的机能

所谓刑法的机能,也可以说是刑法的作用。关于这一点,有许多不同的说法,有的学者认为刑法具有以下机能:社会保护机能、报复的机能、预防的机能、法益保护的机能、社会伦理的机能、规制的机能、保障的机能。确实,根据不同的概括方法,会总结出不同的刑法机能。德国、日本刑法理论的通说认为,刑法具有三个机能:

(一) 行为规制机能

所谓行为规制机能,是指使对犯罪行为的规范评价得以明确,从而对公民的行为进行规范、制约的机能。其具体内容是,刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚,表明该行为在法律上是无价值的(评价的机能)^①,同时命令行为人作出不实施这种犯罪行为的内心意思决定(决定的机能)。这与上面所说的作为刑法规范的评价规范与意思决定规范是相对应的。

例如,刑法规定伤害他人身体的处三年以下自由刑,这是一个刑法规范。这一规范表明,伤害他人身体的行为在法律上是无价值的行为,同时命令人们作出不实施伤害他人身体的行为的意思决定。

(二) 法益保护机能

法益是指法律所保护的利益,刑法具有保护法益不受犯罪侵

^① “无价值的”意指恶的、坏的、有害的,不是指中性无色的。