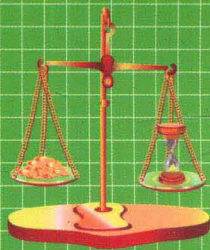


编著/刘源 吴波

WAIGUO XINGFAXUE ZHUANTI YANJIU

外国刑法学 专题研究



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

华东理工大学优秀教材出版基金资助图书

外国刑法学专题研究

刘源 吴波 编著



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

· 上海 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

外国刑法学专题研究 / 刘源, 吴波编著. —上海:
华东理工大学出版社, 2013.12

ISBN 978-7-5628-3707-7

I. ①外… II. ①刘…②吴… III. ①刑法—法的理论—
理论研究—国外 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 262223 号

外国刑法学专题研究

编 著 / 刘 源 吴 波

责任编辑 / 李 骁

责任校对 / 张 波

封面设计 / 裘幼华

出版发行 / 华东理工大学出版社有限公司

地 址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电 话: (021) 64250306 (营销部)

(021) 64252716 (编辑室)

传 真: (021) 64252707

网 址: press.ecust.edu.cn

印 刷 / 常熟华顺印刷有限公司

开 本 / 890 mm × 1240 mm 1/32

印 张 / 8.625

字 数 / 255 千字

版 次 / 2013 年 12 月第 1 版

印 次 / 2013 年 12 月第 1 次

书 号 / ISBN 978-7-5628-3707-7

定 价 / 39.00 元

联系我们: 电子邮箱 press@ecust.edu.cn

官方微博 e.weibo.com/ecustpress

淘宝官网 <http://shop61951206.taobao.com>



内容提要

刑法学是高等学校法学教育中一门重要的主干课程。为适应刑事法治的新进展，运用刑法理论研究的新成果，我们在研究和学习我国刑法学的基础上，有必要对国外刑法理论和研究成果予以了解和掌握。本书以大陆刑法和英美刑法为研究对象，较为详尽地阐述了两大法系刑事法律中一些重要的基础性理论，有助于读者全面了解外国刑法的基本观点和发展脉络。

本书分为上下两篇：上篇为大陆刑法，较为系统地阐述了近代刑法理论学派与基本观点、刑法基本原则、犯罪论体系、未遂犯、共犯与正犯、刑罚与保安处分；下篇为英美刑法，逐章论述了英美刑法概说、犯罪本体要件、犯罪辩护事由、未完成罪、共同犯罪、刑罚。全书有详有略，重点分明。

由于作者水平有限，错漏之处，敬请读者见谅。

需要特别说明的是，本书的出版得到了华东理工大学优秀教材出版基金的资助，在此我们深表谢意！

目 录



上篇 大陆刑法

第一章 近代刑法理论学派与基本观点	1
第一节 启蒙思想家的刑法思想	1
第二节 古典学派的刑法思想	7
第三节 实证学派的刑法思想	10
第四节 刑法学派之争及观点比较	14
第五节 大陆法系刑法理论的新发展	17
第二章 刑法基本原则	22
第一节 罪刑法定原则	23
第二节 谦抑原则	32
第三节 责任主义原则	39
第三章 犯罪论体系	47
第一节 犯罪论模式简介	47
第二节 德日犯罪论体系的发展演变	51
第四章 未遂犯论	62
第一节 未遂犯概论	62
第二节 狭义的未遂犯	68
第三节 不能犯	71
第四节 中止犯	75
第五节 预备犯	82

第五章 正犯与共犯	85
第一节 正犯	85
第二节 狭义的共犯	91
第三节 共犯的其他问题	95
第六章 刑罚与保安处分	101
第一节 概述	101
第二节 刑罚的体系	105
第三节 保安处分	114

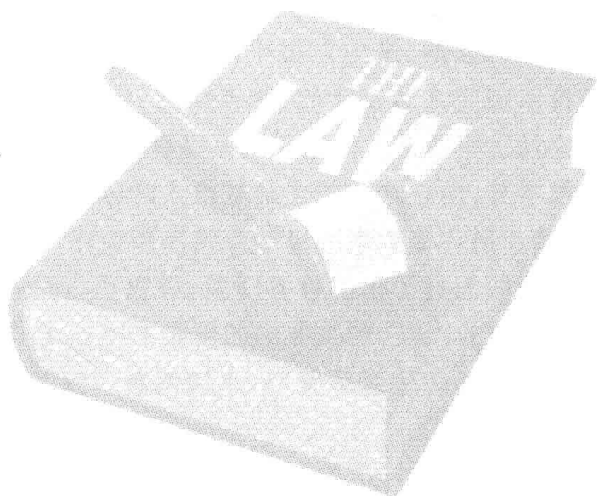
下篇 英美刑法

第七章 英美刑法概说	123
第一节 英美刑法的历史发展	123
第二节 英美刑法的渊源	127
第三节 法治原则	133
第八章 犯罪本体要件	142
第一节 犯罪的概念和分类	143
第二节 犯罪行为	146
第三节 因果关系	161
第四节 犯罪心态	170
第九章 犯罪辩护事由	184
第一节 犯罪辩护事由概述	184
第二节 犯罪辩护事由举要	189
第十章 未完成罪	209
第一节 未遂犯	210
第二节 教唆犯	221
第三节 共谋犯	226
第十一章 共同犯罪	234
第一节 共同犯罪概述	234

第二节	共犯	237
第三节	替代责任	244
第十二章	刑罚	247
第一节	刑罚的正当理由	247
第二节	刑罚种类	251
第三节	刑罚裁量	255
第四节	刑罚执行	259
第五节	刑罚消灭	263
参考文献		266

上篇 ●

大陆刑法



第一章



近代刑法理论学派与基本观点

自 17 世纪以来,人道主义与自由主义在欧洲萌芽、发展直至普及。在启蒙思想家对教会权威的严厉批判浪潮中,刑法学者从追求刑法制度的合理性出发,主张刑法是根据社会契约成立的国家制定的合理制度,主张刑罚的根本目的在于预防犯罪,主张限制严苛、恣意的刑罚制度,从而逐渐形成了近代刑法理论。经过几个世纪的发展,近代刑法理论呈现出丰富多彩、各具特色的刑法理论流派和代表学者。

第一节 启蒙思想家的刑法思想

所谓启蒙主义,一般是指 16 世纪末到 18 世纪,西欧一些学者鼓吹使个人从中世纪封建专制和教会权威的束缚下解放出来,唤起人们对自由、民主觉醒的思想理论。一般认为,所谓启蒙,即意味着人类运用自己的悟性进行例行的判断。启蒙最根本的意义在于使个人从中世纪教会的束缚中获得自由,并形成建立在宽容和人道基础上的批判自由,其本质在于宣扬资产阶级政治思想体系。西方著名的启蒙思想家主要有格劳修斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、伏尔泰、卢梭等,他们各自提出了自己的刑法思想,这些思想和观点成为近代大陆刑法理论的主要来源,并由此奠定了大陆刑事古典主义学派的理论基础。概括起来,启蒙思想家关于刑法的思想观点主要有以下几个方面。

一、罪刑法定

启蒙思想家反对中世纪罪刑擅断,主张罪刑法定,认为刑法是成文法,只有刑法规定的犯罪行为才能科处刑罚,并且只能科处刑法明确规定的刑罚。

霍布斯认为,自然法是由理性所发现的一种律令或一般规则。人们为了自我保存,为了取得和平,相互缔约创造出一个人造的“人”——国家。法律是国家的命令,自然法与法律是有区别的,但两者并不矛盾,自然法是法律的一部分。法律可以分为自然法和成文法两大类,刑法属于成文法之列。对于罪与非罪的解析,必须以国家法律作为衡量标准,而不能以道德规范或者自然法的规则作为依据。凡是法律所禁止的言论和行动,凡是法律规定的而又不执行的,就是恶,这种恶是构成犯罪的前提。罪行是由罪恶构成的,但罪恶并不都是罪行。他指出:“罪行是一种罪恶,在于以言行犯法律之所禁,或不为法律之所令……但却不能说每一种罪恶都是一种罪行。”^①他还指出:“刑罚就是国家的统治者,根据人们对法律的禁与令的为与不为,因而违犯国法的人,所施加的痛苦,使他人知犯国法必受惩戒而守法。”^②

洛克认为,刑罚权的基础归之于社会契约,刑罚权来源于全体公民让渡给国家的立法权,因此,只有立法机关正式制定的、为人民普遍了解的法律,才能成为区分是非、善恶的尺度。为此,国家应该以正式公布的和被接受的法律进行统治。“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所制定的法律。”^③按照洛克的观点,如果国家法律没有规定某一种行为是犯罪,或者公民根本不知道这一行为是犯罪的,那么国家就不能对他定罪处罚。

孟德斯鸠认为,犯罪是对社会造成危害的行为,对恶劣行为最大的惩罚就是被认定为有罪。他把犯罪分为四种类型:①危害宗教的犯罪;②违反风俗的犯罪;③危害公民安宁的犯罪;④危害公民安全的犯罪。为了保障自由,刑法应当根据犯罪的性质科处刑罚,刑罚不是人对人的暴行,因此他否定报应刑,强调刑罚的目的应是威吓。在主张三权分立原则

① [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第226页。

② [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第221页。

③ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第59页。

的同时,他还表达了罪刑法定主义思想,提倡在立法上明确规定犯罪与刑罚,排斥法官的擅断。^①

二、罪刑相适应

启蒙思想家反对严厉的刑罚,针对中世纪刑罚严苛的弊端,主张罚当其罪。所谓罪刑相适应,就是指刑罚的严厉程度应该与犯罪在客观上侵犯的社会利益及其程度相适应。换言之,犯罪对社会利益的危害越大,刑罚就应该越严厉,这是因为犯罪对社会利益的侵害越大,行为人就越能从中获得利益,促使人们犯罪的动机就越强。如果对各种不同程度侵犯社会的犯罪处以同等刑罚,那么,人们就找不到更有力的手段去制止能带来更大利益的犯罪了,并最终造成犯罪不受处罚的结果。为了反对残酷的刑罚,启蒙思想家提倡刑罚应当与罪行相适应。

霍布斯认为,量刑要适当、罚必当罪,反对量刑过轻、过重的现象。在他看来,刑罚是统治者对破坏国家法律的行为人所施加的一种痛苦。他强调刑罚对预防犯罪、教育、挽救犯罪者的作用,指出刑罚的目的是使犯罪人知道犯罪必然受到惩罚,从而能够守法,因此,罪刑要法定,罪刑要相适应,反对量刑过轻或过重。

洛克主张罪刑相适应,强调刑罚的警戒作用和教育改造犯罪者或不轨者的作用,主张为了达到预防犯罪的目的,国家只有在必要限度内才能正当地行使刑罚权。同时,洛克倾向轻缓的刑罚,反对严刑峻法,主张不得已不能动用重刑。

孟德斯鸠认为,刑罚的目的在于恢复秩序,即惩罚犯罪应该以恢复法律秩序为目的;否定报应刑。他主张罪和刑的对称,反对罪刑擅断,并具体指出只有罪和刑的质和量都均衡了,才有利于自由。他主张“在刑罚没有区别的场合,就应该在获得赦免的希望上有些区别。”^②

三、限制死刑观

死刑作为一种古老的刑罚方法,是以剥夺人的生命为手段的最严厉的刑罚。对于死刑,启蒙思想家认为这种严厉的刑罚既不必要,也是不正

① [日] 木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司 1991 年版,第 12 页。

② [法] 孟德斯鸠:《论法的净胜》(上册),张雁深译,商务印书馆 1993 年版,第 92 页。

当的。虽然卢梭从社会契约论的角度说明了死刑的合理性,例如,他认为契约缔结的目的是为了保全缔约者,而犯罪人可以说是公共敌人,为了避免人们成为凶手的牺牲品,所以人们愿意对罪犯处以死刑,但是卢梭反对轻易动用死刑,认为只能对那些如果留存社会便不能避免危险的人才能适用死刑。格劳休斯也主张限制死刑的适用,认为死刑只能适用于那些罪大恶极者。

四、反对以思想定罪

中外封建刑法中都有以人的思想定罪的规定,这种做法遭到了启蒙思想家的强烈抨击。启蒙思想家一致反对以思想定罪和处罚,认为只有行为才可能构成犯罪,只有对犯罪行为才能科处刑罚。

霍布斯指出,犯罪只能由行为构成,即使有诸如偷盗或杀人的意图,在这种意图没有付诸行为之前,都不能称之为罪行。孟德斯鸠认为,刑罚的目的在于恢复社会秩序,刑罚应当宽和,反对惩罚思想犯罪。法律的责任只是惩罚外部的行为,对思想定罪处罚被视为大暴政。为此,孟德斯鸠从三个方面进行了论述:①关于思想。即使行为人曾经想过大逆不道的事情,但他并没有实际行动过,就不能对他定罪量刑。②关于言词。“法律几乎不可能因为言词而处人以死刑,除非法律明定哪些言词应处此刑。”①如果人们不是将言词当作可能犯罪的一种征兆,而是以言词来定罪的话,那么就混淆了罪与非罪的界限。③关于文字。如果文字不能用来进行犯罪,那么文字则不能成为犯罪的理由。

五、法律面前人人平等

与中世纪身份刑法针锋相对,启蒙思想家主张法律面前人人平等,认为任何人犯罪在法律面前一律平等,法律对任何人有效,不允许存在权利与义务不对等的情况。“没有正义,社会不能提供任何幸福。正义也叫作公平,因为借助于为命令一切人而制作的法律,它使所有社会成员一律平等。”②卢梭指出,每个人都生而自由、平等,并认为实现自由、平等是一切立法体系的最终目的和全体人民的最大幸福。洛克认为,人类天生都是

① [法]孟德斯鸠:《论法的净胜》(上册),张雁深译,商务印书馆1993年版,第197页。

② [法]霍尔巴赫:《自然的体系》(上卷),管士滨译,商务印书馆1964年版,第127页。

自由、平等、独立的,法律对富人和穷人、权贵和平民应当一视同仁。这就为消除身份刑法、构建契约刑法奠定了理论基础。

第二节 古典学派的刑法思想

刑法学说中的古典学派又称旧派,在我国早期的刑法学论著中称之为刑事古典主义学派,它是资本主义上升时期形成的刑法学派。在意大利,实证学派将贝卡利亚之后的学派总称为古典学派;在法国,一般则自1748年孟德斯鸠所著《论法的精神》出版后至1813年受费尔巴哈直接影响的巴伐利亚刑法制定这一时期,称为古典学派。^①按照目前的主流观点,一般将古典学派分为前期与后期。前期古典学派是指18世纪中后期到19世纪前半期,以贝卡利亚、边沁、费尔巴哈等为代表的刑法学派。后期古典学派是指19世纪末到20世纪初,以宾丁、毕克迈耶、贝林等为代表并与近代学派进行激烈论战的刑法学派。

前期古典学派基于启蒙思想的刑法理论,以理性主义、自由主义为基础,立足于功利主义的相对主义,否定封建刑法,提出并丰富了罪刑法定原则、罪刑相适应原则、法律面前人人平等、刑罚人道主义、意志自由论、客观主义、刑罚报应论等理论。

一、罪刑法定

前期古典学派在深刻批判罪刑擅断主义的过程中,全面阐述了罪刑法定原则。被尊奉为现代刑法学鼻祖的意大利刑法学家切萨雷·贝卡利亚认为:“只有法律才能为犯罪规定刑罚,只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才能拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。”^②贝卡利亚从四个方面阐述了罪刑法定主义:一是只有法律才能为犯罪规定刑罚。他以三权分立为前提,论述了立法对司法的限制,即只有立法机关才能规定犯罪、设定刑罚,司法机关只能够依照法律科处刑罚,否则就是越

① 宁汉林、魏克家:《大陆法系刑法学说的形成与发展》,中国政法大学出版社2001年版,第9页。

② [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

权、专制。二是需要有独立的司法官员来判定犯罪事实、适用刑罚。他从司法权对立法权的限制为出发点进行论述,即立法机关只能制定法律,但不能同时又适用法律,判定违法犯罪只能由作为第三方的司法机关来判定。三是严酷的刑罚违背了公正和社会契约的本质,因而应当受到抛弃。他认为,立法权应当有所限度,立法机关虽然有权规定犯罪和设置刑罚,但并非可以随意地将一切行为都规定为犯罪,同样不能设置残暴的刑罚。四是刑事法官没有解释刑事法律的权力。他明确否定法官对法律解释的权力,认为法官对法律的解释是造成司法擅断的根源。

英国功利主义思想家、法学家杰里米·边沁极力主张罪刑法定主义。他认为,为使审判公平又确切,法律事先应根据规范设置适用具体事件的规定;为确保审判的公平,法律的表达必须明确,适用条件应易于理解。犯罪是社会的疾患,而刑罚是治疗犯罪的手段,是预防犯罪的手段,是补偿犯罪的手段,刑罚不过是众多手段中的一种。

首次明确提出罪刑法定原则的是德国刑法学家费尔巴哈,他是近代刑法思想的奠基人,被西方刑法学者誉为“近代刑法学之父”。在其撰写的《刑法教科书》中,费尔巴哈明确提出罪刑法定原则的三条法谚:①无法律则无刑罚;②无刑罚则无犯罪;③无法律则无犯罪。他还论述了罪刑法定主义的功能,即刑法作为裁判规范,具有限制司法权滥用、保障人权的功能,刑法作为行为规范具有保护社会的功能。自此之后,“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”成为罪刑法定原则最简明和最流畅的表达。

二、罪刑相适应

古典学派针对封建制度重刑主义和刑罚严酷性的弊端,提出并论述了罪刑相适应基本原则。所谓罪刑相适应,是指对犯罪人所判处的刑罚要与他所犯的罪行的轻重相适应,即重罪重判,轻罪轻判。

贝卡利亚从一般预防的角度论述了罪刑相适应的必要性。他认为:“犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量就越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。”^①为此,贝卡利

① [意] 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 65 页。

亚别出心裁地设计了一个罪刑阶梯,即从最严重的直接毁灭社会的犯罪到最轻微的犯罪,可以排成一个由高到低的阶梯,而刑罚也由重到轻作出阶梯式的相应排列。他指出:“既然存在着我们联合起来的必要性,既然存在着作为私人相互利用、相互斗争的必然产物的契约,人们就能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的、轻微的非正义行为。在这两级之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为,这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列。”^①另一位著名学者康德则从报应论的角度论证了罪刑相适应原则的必要性,主张犯罪破坏了社会正义,而惩罚就是为了恢复社会正义,维护正义需要遵循平等的原则。黑格尔也是报应刑论的坚定倡导者,认为刑罚存在的根据在于它是合乎法和正义的复仇形式,必须根据犯罪的性质来决定适用的刑罚,为此需要正确估计犯罪的社会危害程度。

三、意志自由论

古典学派的刑事责任论是建立在自由意志论的基础之上,认为行为人具有选择行为的自由意志,在这种情况下如果行为人仍然选择实施犯罪行为,就必须对自己的行为承担责任。

康德认为,意志自由是由人的理性决定的,无需证明,也无法证明。黑格尔认为,正常人都有自己的意志自由,在他看来,“作为生物,人是可以被强制的,即他的身体和他的外在方面都可被置于他人暴力之下,但他的自由意志是绝对不可能被强制的,除非他本身不从其所受拘束的外在性或不从其对这种外在性的表象撤退出来”。^②既然作为一个正常的人具有意志自由,那么他就可以在从事还是不从事犯罪行为之间进行选择,如果行为人选择了犯罪,则理应对自己的选择承担责任。因此,人的意志自由是追究犯罪人刑事责任的根据。

四、刑罚报应论

康德是报应刑论最重要的倡导者。他以意志自由和理性人作为思考

① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第45页。

② [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第96页。

的基础,认为对犯人科处刑罚是正义的要求,为了追求公正和正义,应当在同害报复法中寻求刑罚的绝对性质。出于对人的自由权利和尊严的尊重,康德主张绝对的报应刑论,反对将刑罚作为促进另一种善的手段而使用,主张对犯罪人适用刑罚时应当做到有罪必罚,无罪不罚,法庭不得以任何功利借口减轻或者加重罪犯的刑罚,使其受到不公正的惩罚。与康德主张的等量报复刑罚不同,黑格尔虽然也基于意志自由论主张报应刑论,但他所主张的报应刑是一种等价报复刑,认为犯罪的侵害与刑罚的侵害应当等同,这种等同不是侵害行为特种性状的等同,而是侵害行为价值的等同。

第三节 实证学派的刑法思想

19世纪后半叶,随着资本主义的飞速发展和产业革命的普及,欧洲大陆主要资本主义国家相继进入垄断资本主义、帝国主义阶段,出现了阶级矛盾激化、失业率高涨、犯罪率居高不下的局面,累犯,特别是常习犯与少年犯急剧增加。在这种情况下,以个人自由为本位的古典主义学派的观点难以解决当时社会遇到的问题,显得破绽百出。与此同时,由于自然科学逐渐发达,面对犯罪现象对社会造成的严重威胁,学者们开始转向以科学实证的方法从事犯罪研究,社会防卫的呼声不断高涨,以社会为本位、采用实证研究犯罪的近代学派应运而生。

实证主义刑法学,又称近代刑法学派或称新派,由意大利刑事人类学派与德国刑事社会学派组成,他们以自然科学方法的实证主义理论为基础,所以也称实证学派。人类学派重视犯罪的生物学原因,创始人意大利犯罪学家龙勃罗梭,故又称龙勃罗梭学派,其他代表人物还有菲利和加罗法洛。由于这一学派的代表人物都是意大利人,所以也称意大利学派。社会学派的创始人是德国刑法学家李斯特,他继承了老师耶林的思想,以法的本质在于目的的观点作为自己学说的基础,同时又批判地吸收了19世纪后半叶犯罪统计学和意大利学派的学说,提出并发展了刑事社会学派刑法理论。

实证学派刑法理论的形成过程是通过不断否定旧派刑罚理论中不适应遏制犯罪、防卫社会的部分,特别是在与旧派主张的报应刑论的争论