

比较刑法

河南人民出版社

比较刑法

河南人民出版社

金 凯 编著

内 容 提 要

本书以马克思主义刑法学的观点,按照我国刑法总则的体系,广采中、外刑法学的资料,对各国的犯罪学说、刑罚理论和刑事法律的历史演变和现状的异同,进行了概括性地分析、比较和探讨,并阐述了我国刑事立法、司法的指导思想、基本原则和具体规定的正确性、科学性。不仅可作为政法院校(系)的师生和法学研究人员教学、研究的参考,而且对广大司法工作者加深理解我国刑法的内容、正确贯彻执行刑法的规定有一定帮助,同时对法学爱好者也有一定的学习参考价值。

比 较 刑 法

金 凯 编著

责任编辑 崔建伟

河南人民出版社出版

河南第一新华印刷厂印刷

河南省新华书店发行

850×1168毫米32开本 10.625印张 245千字

1985年6月第1版 1985年6月第1次印刷

印数 1—14,470册

统一书号6105·6 定价1.90元

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 比较刑法的概念	(1)
第二节 比较刑法的产生和发展	(6)
第三节 两种比较刑法学	(11)
第四节 比较刑法概论的体系	(16)
第二章 刑法的效力范围	(17)
第一节 刑法的空间效力	(17)
第二节 刑法对人的效力	(23)
第三节 刑法的时间效力	(35)
第三章 犯罪概念	(40)
第一节 犯罪的本质	(40)
第二节 犯罪的形式概念与实质概念	(44)
第三节 各国犯罪实质概念之间的差别性	(49)
第四章 犯罪构成理论	(54)
第一节 犯罪构成理论的产生和发展	(54)
第二节 各种犯罪构成理论及其构成要件分类	(60)
第五章 犯罪的客观构成要件	(68)
第一节 犯罪的客体	(69)
第二节 犯罪行为 and 结果	(73)
第三节 因果关系	(82)

第六章 犯罪的主观构成要件	(89)
第一节 犯罪的主体	(89)
第二节 罪过形式	(104)
第三节 行为人对法律和事实的错误认识	(112)
第七章 正当防卫	(116)
第一节 正当防卫制度的产生和发展	(116)
第二节 正当防卫的条件	(119)
第三节 正当防卫与防卫过当的界限	(130)
第四节 不处罚正当防卫行为的学说	(135)
第八章 紧急避险	(138)
第一节 紧急避险也是免除社会危害性的行为	(138)
第二节 紧急避险的条件	(140)
第九章 犯罪的预备、未遂和中止	(145)
第一节 犯罪的预备	(145)
第二节 未遂犯	(152)
第三节 犯罪的中止	(161)
第十章 共同犯罪	(166)
第一节 共犯的渊源及其构成要件	(166)
第二节 共同犯罪的形式	(173)
第三节 共犯者的种类	(176)
第十一章 刑罚的目的	(188)
第一节 剥削阶级国家刑罚的目的	(188)
第二节 我国刑罚的目的	(192)
第十二章 刑罚的种类	(195)
第一节 死刑	(195)
第二节 自由刑	(205)

第三节	罚金刑	(216)
第十三章	量刑原则	(230)
第一节	量刑的依据	(230)
第二节	量刑的标准	(238)
第十四章	量刑的从重、从轻和减轻	(245)
第一节	惯犯	(245)
第二节	累犯	(256)
第三节	自首	(266)
第十五章	数罪并罚	(276)
第一节	数罪并罚的条件	(277)
第二节	数罪并罚的原则	(287)
第十六章	缓刑、假释	(293)
第一节	缓刑	(293)
第二节	假释	(310)
第十七章	时效	(323)
第一节	诉追时效	(324)
第二节	行刑时效	(330)
后记		(335)

第一章 绪 论

第一节 比较刑法的概念

何谓比较刑法？简言之，是对世界各国的刑事法律在理论和实践上进行比较研究的科学。详细说来，它是对不同法系的诸国诸地区，或者对同一法系的诸国诸地区，或者对同一国家不同时期的刑事法律、司法实践以及刑法理论、学说进行系统比较研究的一门法律科学。要深入理解这一概念，必须着重了解以下几点：

首先要明确，比较刑法并非是一种法律或一个法律部门，而是运用比较的方法进行法学研究的一种学科。比较法包括比较刑法，是不是一门法律科学，目前各国法学家的认识不很一致。大致有三种意见：第一种意见认为，比较法仅仅是一种法学研究的方法，不能说是一门法律学科；第二种意见认为，比较法不是一种研究的方法，而是一门法律学科；第三种意见认为，比较法既是一种研究的方法，同时又是一门法律学科。目前较多的人是赞成第三种意见。因为实际上任何一门法律学科或法学研究，都不能没有方法，也不能不运用一定的比较的方法，这是不言而喻的。而且通过比较，则可区别异同，鉴别优劣，辨明是非，总结经验教训，进而找出规律，发展法学理论，指导司法实践，其意义和作用是十分重大的。如果把这种对刑事法律的比较，系统化、体系

化、科学化，那么它就不应该是单纯的研究方法问题了，而是一门科学，而是有自己特定的研究对象、任务、范围和方法的专门学科了。

肯定比较法是一门法律学科，并不等于说任何比较法的内容、结论都是正确的。比较的方法仅仅是进行科学研究的一个条件，它并非是导出正确结论的保证。比较方法能否成为探求真理的条件，关键在于能否有正确理论的指导。古今中外，运用比较方法从事研究活动的，大有人在。然而由于世界观的不同，对同一事物的看法可能有所不同。同样地进行比较研究，所得出的结论可能完全不同。所以，肯定比较法是一门法律学科，并不等于肯定任何一种比较法的内容、结论都是正确的。

比较刑法，既然是一门法律学科，那么它应该归属于国际法还是国内法？归属于比较法还是刑法学？前一个问题我们留待下面说明。后一个问题即比较刑法是归属于比较法，为比较法的一个分支，还是归属于刑法学，为刑法学的一个分支，对此，目前各国学者的看法也是不一致的。根据我国目前刑法学尚属综合性的学科的现状来说，比较刑法是当然的包括在刑法学之中的。但是可以肯定，它终究会从刑法学中分立出来，而成为一门独立的学科。

其次，要明确比较刑法，是对不同法系的国家、地区或同一法系的国家、地区包括同一国家的不同时期的刑事法律、司法实践及其刑法理论、学说，进行比较研究的一门法律科学。也就是说，比较刑法所研究的对象，是包括刑事法律、司法实践及其刑法理论、学说等诸方面，它所研究的范围包括不同法系的国家、地区或同一法系的国家、地区的刑事法律、司法实践及其刑法理论、学说等等。不同法系主要是指英美法系（或称普通法系）与

大陆法系（或称罗马法系、民法法系、法典法系或罗马——德意志法系）等法系之间的法律制度的比较。也可以说，包括了不同的社会制度，如社会主义制度与资本主义制度之间法律的比较研究。同时比较法还对同一法系或同一性质的社会制度的法律进行比较研究。对地区间的法律的比较，通常是理解为没有正式独立成为国家的地区，或由于历史上的原因目前还处于他国管辖之下的地域。目前一些法学家将不同法系的国家、地区包括不同社会制度间的法律的比较研究，称为“宏观的比较”；将同一法系的国家、地区包括同一性质社会制度间的法律的比较研究，称为“微观的比较”。但是也有些国家的法学家，将“宏观的比较”甚至于包括自己法系以外的所有法系的比较研究，称为对外的比较研究。而且把“宏观比较”的内容仅仅限制在对各种法律制度的历史演变和总的发展趋势的比较研究，包括对不同性质社会制度法律主要特征的研究。把“微观比较”称为对内的比较，内容限于对具体法律制度的比较研究。比如世界各国刑法对未遂犯、中止犯规定的异同；各国刑法对惯犯认定的原则与对累犯处罚上的区别等等，都属于“微观比较”的内容。^①“宏观比较”与“微观比较”，是就研究对象范围包括研究对象性质的不同而加以区别的。实际上在比较法研究过程中，不仅可以单纯地进行“宏观比较”或“微观比较”的研究，而且往往是“宏观比较”与“微观比较”交替或交错进行，密切配合的。因为在某些情况下，单纯地进行“宏观比较”或“微观比较”都是很不夠的，是很难说清问题的实质。研究活动极易受到局限，影响研究活动及其结论的准确程度。

^① 参看《法学译丛》一九七九年第5期第60页，《法学译丛》一九八二年第6期第2页。

再次，要明确比较刑法研究的对象、范围和方法。比较刑法所研究的对象，依马列主义刑法学的观点来说，是不应仅仅局限于刑法规范、法律制度或单纯的刑法理论、学说的研究，而且还应该包括对刑事法律的实施情况、司法实践的今昔状况的研究。当然也应当包括从司法实践与刑法理论、学说的联系上探讨研究刑法理论、学说发展变化的规律。比较刑法的研究对象，是否包括后两者，乃是马列主义比较刑法学与资产阶级比较刑法学的重要区别所在。除此而外，还有绪论比较、横的比较、纵的比较、双边比较等研究方法。所谓绪论比较，是对不同法系的国家、地区的法律，包括不同社会制度的法律，进行总的比较研究，是属于总括性的比较研究（也称为对刑法总论或元论的比较研究）。所谓横的比较研究，一般是对各个法系（包括不同法系、不同社会制度的法律与同一法系、同一性质社会制度的法律）的刑事法规及其制度，进行的对比研究。比如对各国刑法中的罚金制度的比较研究等。所谓纵的比较研究，主要是对国别法的研究。如对日本刑法或苏维埃刑法等单一制国家刑法的各种制度今昔对比的研究。所谓双边的比较研究，一般是指一个国家与某些国家的刑法制度或某一具体规定的对比研究。比如我国刑法关于认定与处罚累犯的原则，与其他各国刑法规定的异同等。

最后，还要明确，正是由于比较刑法是运用比较的方法对刑法学进行研究的一门学科，所以它既不是国内法的一个部门法，又不是国际法的组成部分，当然它也不是国际刑法。所以在理解比较刑法概念的时候，应该将比较刑法与国际刑法区别开来。

国际刑法，一般的是泛指国际上有关刑事实体法和程序法的法律规范，或者说，它是国际刑事实体法和程序法的总称。但它绝非是超越各国主权范围的世界统一的刑法典。根本不可能存在

超越各国主权范围，并为各国所真正公认的国际刑法典（包括国际的刑事法庭）。具体的说，国际刑法是单指国际公约、条约、规章制度及其惯例中某些有关刑事实体法的规范。如跨国的犯罪集团，危害整个人类社会的战争罪等等，都是各国所公认的犯罪行为。根据目前国际公约、条约、规章制度及其惯例中的规定，国际刑法所包括的犯罪行为大约可有这样两大类：一类为危害整个国际社会、危害全人类的犯罪行为（或称国际罪）。其中主要包括反和平罪、战争罪、反人道罪、种族灭绝罪、贩运和使用奴隶罪、种族隔离罪、种族歧视罪、侵犯外交代表罪、劫持罪（或称空中劫持罪）、劫持人质罪、海盗罪等等。还有一些国家以条约或公约的形式，所宣布的某些可能以跨国形式出现的国际罪。如伪造货币罪、拐卖妇女罪、贩运毒品罪、散布淫秽图画和文字罪等等。另一类犯罪，既不属于国际罪，又不属跨国罪，而是缔约国之间约定俗成所惩处的罪行。如联合国一九七五年通过的反酷刑宣言所约定惩处的酷行罪，以及违反国际间商定的囚犯待遇最低标准等等的行为。由此可见，国际刑法与比较刑法是不同的，第一，比较刑法研究的对象是各国的国内法的法规等等，而国际刑法的研究对象则是国际公约、条约及其惯例中公认或商定约成的规范；第二，比较刑法是研究比较各国国内的刑事法规的内容等，基本上是把自然人作为犯罪主体而追究其法律责任的。国际刑法所规定的犯罪行为，不只是追究自然人罪行的法律责任，也包括追究国家的法律责任，把国家作为主体，如反和平罪、战争罪等（此种观点虽尚不统一，但它却属相当多数国家的主张）。从上述两点区别可见，比较刑法并不是国际刑法，是不能将比较刑法与国际刑法混为一谈的。

第二节 比较刑法的产生和发展

比较刑法在比较法学中是发展较早，并占有重要地位的一个法学门类，是伴随比较法的产生、发展而产生和发展起来的。因而比较法的产生、发展的历史包括了比较刑法学的产生、发展的历史。

比较法的产生、发展是经历了一个漫长的孕育产生以至创建并迅速发展等等各个时期的。

在法学发展史上，公元前三世纪就有人在立法工作上或法律研究工作上，运用比较的方法。正如被西方誉为当代比较法学权威、法国埃克斯马赛大学法律与政治学院教授勒内·达维，在其所著《当代世界主要法系》一书中所说：“世界上从古至今都有人在研究外国法，并且在法律上、学识上求助于比较研究。对法律进行比较——至少是地理区域不同的法律进行比较——是与法学本身一样久远”。其实，在奴隶社会、封建社会，由于历史条件和科学发展的局限，在相当长的时间里，法学还没有形成一门独立的学科。所以，尽管当时也运用比较方法去研究法律，但它还不是比较法学，而仅仅是作为当时立法的立论的方法而已。比如曾任雅典执政官梭伦（公元前638—559年），为了缓和贵族与平民之间的矛盾冲突，除进行了重大改革外，还制定了许多法律。梭伦的立法过程，就是对古希腊各城邦国的法律进行考察、比较研究的过程。在此之前，公元前三世纪时，拥护奴隶民主制的思想家亚里士多德（公元前384—322），为了探讨什么是最完美的政治社会制度，曾经比较研究过古希腊城邦国家的一百五十三部宪法。罗马奴隶制国家形成时期的第一部成文法——《十二

铜表法》，也是由被推选的十名执政官，经过对古希腊的各城邦国家的法律，进行比较研究以后所草拟而成的。^①

到了封建社会，西欧一些国家如罗马等国，由于天主教会在政治、经济上占有相当大的势力，所以在思想领域中神学就处于垄断地位。因此当时法学并非是一门独立的学科，而是从属于神学的一个分支，即所谓神学法律思想或教会法学。当时教会法学或神学法律思想的主要任务，是给封建统治阶级的法律披上神圣的外衣，为教会高于世俗统治者的权力进行辩解。他们辩解的理论是“神或上帝的意志，就是法”，就是“最高的法”。这种理论，将法分为三个等级：最高等级的法，是神法或上帝法，它代表神或上帝的意志，是神或上帝统治整个宇宙的法律。上帝法之下为自然法，即人类善良的靈魂或上帝赋予人类的理性。最低级的法是人定法或实定法（即指世俗统治者制定的法律），它既从属于上帝法，又从属于自然法。由于当时的教会法学的主要任务，是宣扬教会法即上帝法，排斥自然法和实定法，所以根本不存在对法进行比较研究的条件，没有什么比较法学可言。

随着资本主义经济萌芽在封建社会内部的产生和发展，又涌现出一种以恢复和研究罗马法为核心的新的法学。即于十二至十六世纪出现了意大利的注释法学派和法国的人文主义法学派。他们的主要任务是对法律条文，从文字或逻辑上进行阐释。这对于传播或实施法律来说，无疑是至关重要的。但是，注释法学派和人文主义法学派，仅仅是对法条进行阐释等，并不对法律进行比较研究。后来罗马在注释法学派和人文主义法学派之外，又形成了一个研究罗马法的职业法学家集团，即世俗法学家，他们与僧

①《外国法制史资料选编》（上册）第158～170页。

侶法学家相对立、相抗衡。他们都是各自宣扬自己的法学，排斥对立学派的法学。显然这时仍然是不能对法律进行比较研究的。

至十七、十八世纪，最为盛行的是古典自然法学派的法律思想（亦称社会契约论或天赋人权论等）。古典自然法学派的法律学说，是与中世纪的神学法律思想相对立的法学，它是近代资产阶级民主、法制的理论基础，是当时新兴的资产阶级反对封建压迫争取民族独立的思想纲领。所以自然法学派的学说沉重地打击了神学法学，极大地推动了法学从神学统治下解放出来。特别是到了十九世纪，随着资产阶级的统治的确立，和古典自然法学派趋于衰落，继之又出现了历史法学派和分析法学派。历史法学派由于主张法是民族精神的体现，因而每个民族都应有体现本民族精神的自己的法。可见历史法学派是不倡导比较法的。

分析法学派是在资产阶级统治已经确立的时期出现的。它的产生是以资本主义经济不断发展和广泛的立法活动为前提的。所以分析法学派的出现，一方面标志着法学已经作为一个独立的学科而存在了；另一方面也反映出：随着各国资本主义经济的发展和大量的立法活动的开展，为了积极地寻求促进资本主义经济进一步发展的方案与保障措施，而迫切地需要进行对各国法的比较研究。特别是随着科学的迅速发展，在许多学科中都出现了比较学。如医学中出现了比较解剖学、比较胚胎学，文学上出现了比较文学，等等。这就更加深深地启发、促进了资产阶级的法学家们积极开展比较法学的研究。因此，于一八三一年法国在法兰西学院开设了第一个比较立法讲座，并于一八三八年又正式开设了比较刑法讲座。一八六九年法国巴黎又成立了比较法协会。在同一年里，英国的牛津大学也开设了历史比较法学讲座，并于一八九五年成立了英国比较法协会。在德国是于一八八九年由刑

法学家李斯特与荷兰的哈麦尔教授、比利时的比利斯教授等人，创立了国际刑事学会。在此之前，即一八四六年在德国还成立了国际刑法及监狱协会。由于各国都有了比较法学工作的基础，所以，于一九〇〇年在法国巴黎举行了第一次国际比较法学会议。这个会议的召开，标志着比较法学包括比较刑法学作为一门学科正式诞生。这就是比较法学包括比较刑法学从孕育到正式创建的漫长的历史发展过程。

比较法学创建以后，便进入了迅速发展的时期。比较法的发展主要是在第二次世界大战以后。在第二次世界大战之前，虽也召开了一些国际会议，如一九〇五年七月在伦敦联合召开的比较法国际委员会及国际法学家协会的联席会议；一九三二年又成立了国际比较法科学院，并于同年举行了第一届大会，一九三七年又举行了第二届大会等等。这些活动与会议虽然也都积极地推动了对各国法律体系进行总的比较研究，或对这些法律体系进行总的比较研究，或对这些法律体系中的各个部门、各种法律制度的比较研究。但是标志着比较法学明显发展的时期，还是在第二次世界大战以后。它主要表现在：其一，第二次世界大战以后，国际比较法的会议频繁。如于一九五六年六月，在西班牙巴塞罗那召开了法学国际协会大会，会议主要讨论研究了大学中进行比较法学教育问题。一九五七年九月于雅典召开了国际刑法学会第七次会议。英、德、挪威、法国、波兰、意大利、荷兰、瑞士、西班牙、日本等三十多个国家的代表计五百余人参加了会议。会议探讨了共犯之最近倾向以及于航空机内的犯罪行为 and 效果问题等等。一九七一年一月底，美国哥伦比亚大学邀请联邦德国的比较法学家兹威格等，参加了“今后三十年比较法学教育”的学术讨论会。讨论会除了研讨了比较法的基础课的意义外，还就地区性的法律进行了比

较研究。比如柯恩曾就中国法律问题作了研究报告，史蒂文斯就日本法问题作了报告等。一九七四年八至九月，在德黑兰还召开了比较法国际学会第十一届会议，一九八一年又召开了第十三届国际刑法会议，一九八二年八月于委内瑞拉的首都加拉加斯举行了第十二届国际比较法会议等等。其二，参加国际比较法学活动的国家，由大陆法系扩展到英美法系，而且还扩及亚洲、非洲及整个第三世界。其三，绝大多数国家都先后建立了比较法的科研机构，在大学中普遍开设了比较法学课程。比如联邦德国于一九五〇年创立了比较法协会，拥有会员八百余人。美国于一九五一年成立了美国比较法研究协会。法国于一九五六年创办了法国比较法研究中心，并在波尔多第一大学、巴黎第二大学、里昂第三大学等校设立了比较法研究所。英国于一九五八年创立了国际法和比较法学会。日本的早稻田大学中和中央大学中都成立了比较法研究所。东欧国家也都设置了比较法的研究机构。比如捷克斯洛伐克科学院国家与法研究所、匈牙利科学院国家与法研究所内都设置了比较法研究室。南斯拉夫于一九五九年也成立了比较法研究所。苏联科学院国家与法研究所、苏联司法部所属全苏苏维埃立法科学研究所等也都设置了外国法研究室等等。其四，有关比较法的资料、书刊到处出版。比如美国出版了《美国比较法杂志》；法国出版了《比较法国际评论》、《犯罪学和比较刑法学评论》、《法国机构和比较法公报》；英国出版了《国际法和比较法季刊》；日本出版了《比较法评论》、《比较法杂志》；苏联出版了《社会主义比较法学》、《比较法学（论文集）》等等，并翻译出版了西方称为当代比较法学的权威著作《当代世界主要法系》等书。

我国的封建社会虽然经历了几千年，但立法并不是很多的。

即使有些立法，也多为诸侯国间互相仿效的结果。特别是封建的统治者基于王国与诸侯国的从属关系，是不提倡比较法学的。尽管如此，也有些人进行了一些法律的比较研究活动。比如李悝的法经，据说就是他对各诸侯国的法制进行比较研究考察的结果。再如《唐明律合编》、《九朝律》等书，都可以说是广义的比较法的研究。

中华人民共和国成立以后，曾经积极地开展了比较法的研究活动，并出版了一些比较法学书刊、参考资料。后来遇到了“左”的思想影响和干扰，使比较法的研究没有得到应有的发展。自从打倒了林彪、江青两个反革命集团以后，特别是党的十一届三中全会以来，法学研究又开始活跃起来。在短短的几年中，我们就出版或内部发行了《国籍问题的比较研究》、《立法制度的比较研究》、《外国刑法简论》等等比较法学著作。可以预见在不久的将来，比较法学的研究工作，一定会呈现出欣欣向荣，一派兴旺发达的景象。

第三节 两种比较刑法学

如所熟知，不同的阶级具有不同的世界观、方法论，而且又总是以各自的世界观、方法论去指导各种学术研究活动，从而形成不同阶级的学派。在比较刑法学的研究中，多少年来，也一直是如此。于是也形成了资产阶级与无产阶级的两种比较刑法学，形成了两种比较刑法学的不同特点。

资产阶级比较刑法学的特点，首先是他们极力宣扬的超阶级性。资产阶级刑法学者认为，比较刑法学是一门超阶级的科学。这种超阶级性，简言之，主要表现有四：其一，他们认为，比较