

Comparative Study
on the General Theory of Crime

犯罪总论 比较研究

.....

高铭暄 赵秉志 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”
《刑法基础理论比较研究》成果之一

京师刑事法文库 (35)

Comparative Study
on the General Theory of Crime

犯罪总论 比较研究

撰稿人 (以撰写章节为序)

狄世深	李富友	郭理蓉	杜晓君
柳忠卫	贾彬	胡陆生	曾粤兴
梁健	邓宇琼	高铭暄	杜启新
朱本欣	冯英菊	黄俊平	王志祥
郭泽强	石磊	赵秉志	陈志军
盛茵	杜强		



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

犯罪总论比较研究/高铭暄,赵秉志主编. —北京:北京大学出版社,
2008.12

ISBN 978-7-301-14597-5

I. 犯… II. ①高… ②赵… III. 犯罪学-对比研究-外国 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 180457 号

书 名: 犯罪总论比较研究

著作责任者: 高铭暄 赵秉志 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-14597-5/D·2201

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 33 印张 535 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 52.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

京师刑事法文库

总序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻,对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放后的二十多年来,我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是,在新世纪建设社会主义法治国家的进程中,无论是刑事法学理论还是刑事法治实践,都仍需要进一步发展与完善,以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于2005年8月建立,系专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域首家且目前唯一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家学者为中坚,并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授(研究员)。研究院的设立,旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学术机构看齐的新型刑事法学术机构,本着刑事法学一体化的精神,逐步全面发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域,培养高级刑事法学专门人才,为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索,力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标,研究院成立伊始即创办《京师刑事法文库》。研究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时,亦曾设立《刑事法律科学文库》与《国际刑法研究所文库》,并已颇具规模。为获得更为广阔

的学术发展空间与学术交流平台,数位专家学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业,为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬,北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原《刑事法律科学文库》与《国际刑法研究所文库》的基础上,重新创办两个系列著作项目,并定名为《京师刑事法文库》和《京师国际刑事法文库》。两个文库是分工不同、相辅相成的姊妹项目,前者以国内刑事法著作作为范围,后者以国际刑事法著作作为范围。两个文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托,凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力,并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。《京师刑事法文库》的出版领域主要包括国内刑事法律与刑事法学方面(包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域)的有新意、有深度、有分量的著作与译作,也会涉及我国港、澳、台地区刑法暨中国区际刑事法等领域的科研成果,可以是专题研究、综合研究,也可以是论集、有价值的文献资料等形式。同时,为积极关注刑事法治领域重大现实问题,《京师刑事法文库》还将相关专题的著作予以集中,设立若干系列,并聘请著名刑事法学专家担任总主编。文库的作者以研究院专职、兼职研究人员为主,并向其他专家、学者开放。

我们希望通过文库形式能逐步积累学术成果,繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究,促进国内外刑事法学界的交流合作,不断提高我国刑事法理论与实践水平,进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院

院长 赵秉志教授

谨识于乙酉年初秋

Preface

A modern country and a modern civilization should be governed by law. The establishment and actualization of the principal guideline of rule by law is crucial for our society to make progress in the efforts of constructing socialism under rule of law. Modern criminal law, playing a very important part in the development of modern society under rule of law, has achieved great progress in the past two decades since 1978 when the reform and opening-up policy was carried out. Whereas, further development and reform for both theory and judicial practice of criminal law are required in the process of building socialist legal democracy, so as to bring it into full play.

The College for Criminal Jurisprudence Studies of Beijing Normal University, founded in August of 2005, is the first and, at present, the only academic research organ in China specializing in criminal jurisprudence that is independent and comprehensive entity. The College is staffed with a group of famous young and middle-aged criminologists as academic nucleus and a group of criminologists and scholars known home and abroad as specially invited consultative professors, member of experts committee, guest research fellows (professors), including those senior professors, leaders with judicial expertise from the central procuratorial, judicial and public security departments and leaders of some important international academic organizations. The college, aiming at turning into a new national leading academic body which can keep pace with international prestigious organs of criminal jurisprudence, is gradually extending its re-

search fields covering Chinese and foreign criminal jurisprudence, international criminal law, trans-regional criminal law, criminal policy science, criminology, criminal executive law, Chinese and foreign criminal procedure law, criminal evidence law, criminal judicatory and so on following the spirit of integrated criminal science. Meanwhile, the College trains high-level criminal jurisprudence professionals and makes new exploration into research of jurisprudence and cultivation of high-level professional in China. We are trying our best to make a greater contribution in the field of criminal law science to the great cause of building our socialism under rule of law.

Cherishing this hope, the College initiated the Criminal Law Library of BNU as soon as it is founded, with the working experience of Criminal Jurisprudence Library of Renmin University of China(RUC) and International Criminal Jurisprudence Library of RUC which had been established in the Criminal Jurisprudence Research Center of RUC and in a rather large scale before the main staff's transfer to the College. In order to obtain a broader space for academic research, we six scholars transferred from RUC to BNU and founded this first and the only one independent academic entity in our country—College for Criminal Law Science of BNU. Learning is a continuous business, so the College re-establishes two book-series programs named “Criminal Law Library of BNU” and “International Criminal Law Library of BNU” based upon the former two libraries so as to further develop our academic cause. The two sisterly programs undertake different missions and supplement each other. The domain of the former focuses on domestic criminal jurisprudence literatures and the latter on international criminal jurisprudence literatures. Depending upon the profound academic deposit, centuries-old historical traditions and full-bodied cultural atmosphere of the prestigious Beijing Normal University and with BNU's comprehensive and powerful integrative strength in both fields of humanity social science and nature science, the two libraries will attract and accept the contributions from the field of criminal jurisprudence home and abroad. The publications of Criminal Law Library of BNU cover the creative and profound works and translations on domestic

and foreign criminal jurisprudence (criminal law, criminology, criminal execution law, criminal procedure law, criminal investigation and criminal evidence etc.) and those academic and research fruits in the field of extensive criminal law (including international criminal law, comparative criminal law, foreign criminal law and criminal laws of Hong Kong, Macao and Taiwan). The publications may be of either special topics or general topics or translations of foreign literatures and codifications. Meanwhile, in order to attract active concerns with important realistic issues, publications on the related topics will be collected and affiliated to Criminal Law Library of BNU as new book-series with famous criminal jurisprudence specialists as their chief editor. The authorships of Criminal Law Library of BNU are mainly entitled to full-time and guest research fellows besides other experts and scholars engaged in criminal jurisprudence.

Through these programs of libraries, we seek to help to accumulate academic fruits, to exploit and deepen and thrive the academic researches on criminal jurisprudence, to facilitate exchanges and co-operations between domestic and foreign colleagues engaged in criminal jurisprudence and to gradually improve our theoretical and practical expertise of criminal law so as to accelerate the prosperity of our country under rule of law and the progress of social civilization.

Prof. Zhao Bing-zhi
Dean of College for Criminal Law Science
Beijing Normal University
Autumn of 2005

前 言

《犯罪总论比较研究》和《刑罚总论比较研究》这两本书,是高铭暄教授主持并由赵秉志教授协助主持的司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”——“刑法基础理论比较研究”——的最终成果。

近年来,加强基础研究,繁荣比较研究,逐渐为我国刑法学界所重视并提倡。此乃我国刑法学研究日益成熟和发达的重要标志。因为学科的开拓与深化,学术水准的提升及其实践效用的发挥,都在很大程度上有赖于扎实的基础理论问题的开拓与深化研究。可以说,基础理论研究是学科立足和发展之本。同时,繁荣比较研究,尤其是重视基础理论问题的比较研究,对于我国刑法学而言,可谓至为重要。著名诗人歌德谈论学习外语时曾有名言:“不知别国语言者,对自己的语言也一无所知。”德国著名比较法学者 H. 克茨由此指出:“我以为,在法律上也可借用歌德的这句箴言。这意味着,即使一位法律家,也只有具备有关外国法律制度的知识,方能正确地理解本国的法律。”^①正所谓“有比较,才能有鉴别。有鉴别,有斗争,才能有发展。”^②通过比较研究然后知我们之不足,进而求改进、发展和创新,此乃我们力倡进行比较刑法研究的主要目的。而如果我们注意在基础理论问题上繁荣和深化比较研究,则必将使我们的刑法学获益良多。

基于繁荣我国刑法学基础理论问题比较研究的认识和愿望,多年以来,我们除在自己从事和主持的学术研究与学术活动中身体力行之外,作为培养研究生的教师,我们还特别注意引导和组织研究生参与刑法基础理论问题的比较研究。本项目的这两本著作成果的主要部分,最初就是我们两人在讲授中国人民大学法学院刑法总论课程时给 2000 级、2001 级两届

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版,中译本序。

② 《毛泽东选集》第 5 卷,人民出版社 1977 年版,第 416 页。

刑法专业博士生布置的研讨题目,经过博士研究生选择题目撰写研究报告——报告人课堂发言、同学讨论和老师评论——再由报告人根据讨论,修改,充实报告这几个环节,形成了各专题的初稿。为促进我们业已组织开展的此一方面的研究,我们以“刑法基础理论比较研究”为题组织申报了司法部的“法治建设与法学理论研究部级科研项目”,并顺利获得批准立项(高铭喧教授为课题申报人和第一主持人,赵秉志教授为课题第二主持人及实际组织者)。课题获得立项后,在我们二人的主持下成立了课题组,课题组成员以前述的两届刑法博士生为主体,并根据需要吸收了其他几位学者参加;按照课题的设计和要求,在原有的基础上对课题进行了全面系统而深入的研究,形成了两卷近百万字的研究成果。项目成果按要求申请结项并获得通过后,又经过几年的沉淀研究、修改和充实,始形成本项目的这两项成果。

本项目的成果之一定名为《犯罪总论比较研究》,包含三篇二十章,对犯罪基本理论领域的一系列专题进行了比较研究;成果之二定名为《刑罚总论比较研究》,共分为三篇十七章,对刑罚基本理论领域的各个专题进行了比较探讨。这些专题设置涵盖了犯罪与刑罚基本理论领域的主要内容,并注意反映近年来理论研究的新进展和开拓需要,专题研究深入细致,注意中外比较,理论与立法及司法实践结合,从而比较显著地繁荣和深化了我国刑法基础理论问题的研究。

这两本著作均由高铭喧(北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会名誉会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席)和赵秉志(北京师范大学刑事法律科学研究院院长暨法学院院长、教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席)共同主编。作者的基本情况 & 编写分工如下(按撰写章节为序):

《犯罪总论比较研究》一书为:

- 狄世深 北京师范大学法学院副教授、法学博士(撰写第一章);
- 李富友 武警学院社科部教授、法学博士(撰写第二章);
- 郭理蓉 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士(撰写第三章);
- 杜晓君 广东外语外贸大学法学院副教授、法学博士(撰写第四章);
- 柳忠卫 山东大学法学院教授、法学博士(撰写第五章);

贾彬 华东理工大学法学院教授、法学博士(撰写第六章);
 胡陆生 暨南大学法学院副教授、法学博士(撰写第七章);
 曾粤兴 昆明理工大学法学院院长、教授、法学博士(撰写第八章);
 梁健 浙江省高级人民法院审判长、法官、法学博士(撰写第九章);
 邓宇琼 中国人民公安大学侦查系副教授、法学博士(撰写第十章);
 高铭暄 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师(合写第十一、十二章);

杜启新 北京第二外国语学院法政学院副教授、法学博士(合写第十一章);

朱本欣 北京交通大学人文学院法律系副教授、法学博士(合写第十二章);

冯英菊 北京市人民检察院检察官、侦查监督处副处长、法学博士(撰写第十三章);

黄俊平 最高人民检察院检察理论研究所助理研究员、法学博士(撰写第十四章);

王志祥 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、法学博士、博士生导师(撰写第十五章);

郭泽强 中南财经政法大学法学院副教授、法学博士(撰写第十六章);

石磊 最高人民检察院检察理论研究所副研究员、法学博士(撰写第十七章);

赵秉志 北京师范大学刑事法律科学研究院院长暨法学院院长、教授、博士生导师(合写第十八章);

陈志军 中国人民公安大学法律系副教授、法学博士(合写第十八章);

盛茵 江西省委组织部干部监督处副调研员、法学博士(撰写第十九章);

杜强 最高人民法院司法改革办公室法官、副研究员、法学博士(撰写第二十章)。

《刑罚总论比较研究》一书为:

万云峰 广东省广州市荔湾区人民法院副院长、法官、法学博士(撰写第一章);

左坚卫 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士(撰写第二、十三章);

陈志军 中国人民公安大学法律系副教授,法学博士(撰写第三章、合写第七章);

赵秉志 北京师范大学刑事法律科学研究院院长暨法学院院长、教授、博士生导师(合写第四、六、七章);

阴建峰 北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理、副教授、法学博士(合写第四章、撰写第十七章);

郭理蓉 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士(撰写第五章);

许成磊 公安部治安局副局长、法学博士(合写第六章);

顾雷 上海财经大学法学院副教授、法学博士(撰写第八章);

高铭暄 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师(合写第九章);

王俊平 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士(合写第九章);

时延安 中国人民大学法学院副教授、法学博士(撰写第十章);

唐世月 湖南省委党校、湖南行政学院教授、法学博士(撰写第十一章);

沙君俊 江西省委政法委副处长、法学博士(撰写第十二章);

袁登明 国家法官学院刑事审判业务教研室副教授、法学博士(撰写第十四章);

郦毓贝 公安部纪委干部、法学博士(撰写第十五章);

于志刚 中国政法大学刑事司法学院教授、法学博士、博士生导师(撰写第十六章)。

这两本书在项目主持人高铭暄教授的指导下由赵秉志教授协助主持并负责具体组织实施,书稿完成后由主编高铭暄教授和赵秉志教授统改定稿。作者陈志军博士担任《犯罪总论比较研究》一书的主编助理,许成磊博士担任《刑罚总论比较研究》的主编助理,分别参与了两本书的一些编务和协助统稿工作。北京师范大学刑事法律科学研究院学术秘书彭新林博士及讲师蒋娜博士、博士研究生李运才暨硕士研究生孙菲、马志萍同学也协助参与了这两本书的一些编务和核校工作。这两本书的出版得到了北京

大学出版社有关领导及蒋浩主任的鼎力支持,责任编辑苏燕英女士为两本书的及时问世付出了辛勤而有成效的劳动。本项目的研究和成果的出版,尤其得到了司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”的立项支持。在此一并衷心致谢。

高铭暄 赵秉志

2008年10月于北京师范大学刑科院

目 录

上篇 犯罪暨犯罪构成问题

第一章 犯罪概念之比较研究	3
一、犯罪概念的历史沿革	4
二、我国刑法中的犯罪概念及有关争论	12
三、新形势下犯罪概念的重构	21
第二章 犯罪客体比较研究	24
一、关于犯罪客体(法益)的概念	25
二、关于犯罪客体的地位	34
三、关于犯罪客体的分类	40
四、关于犯罪客体的功能	44
五、关于犯罪客体与犯罪对象的关系	48
六、关于犯罪客体与犯罪结果的关系	52
七、小结	54
第三章 不作为犯之作为义务比较研究	55
一、作为义务的地位问题	55
二、作为义务的产生根据	58
第四章 犯罪故意比较研究	77
一、主观心理活动的心理学上的概念	77
二、犯罪故意中的主观心理活动	78
三、犯罪故意概念的演变	79
四、犯罪故意的认识因素	81
五、犯罪故意的意志因素	90
六、情感因素与犯罪故意	91

第五章 犯罪过失比较研究	96
一、犯罪过失理论研究概览	96
二、犯罪过失的概念	103
三、犯罪过失的构成要素	112
四、犯罪过失中的注意义务	117
五、犯罪过失的类型	126

第六章 刑法中的认识错误若干问题比较研究	140
一、关于认识错误的概念和分类	140
二、关于认识错误中若干问题对行为人刑事责任的影响	151
三、余论	157

中篇 犯罪形态问题

第七章 犯罪预备比较研究	161
一、刑事立法中的犯罪预备	161
二、犯罪预备的概念	166
三、预备与阴谋	171
四、犯罪预备的主客观特征	174
五、犯罪预备的刑事责任根据	177
六、预备犯的处罚原则	183

第八章 犯罪未遂比较研究	184
一、从大陆法系到我国立法:视野说明	184
二、从立法到司法:表象分析	185
三、从理论到理论:深层探究	190
四、从理论到立法:几点思考	203

第九章 犯罪中止比较研究	205
一、中外犯罪中止立法的历史沿革	205
二、现代各国及我国港、澳、台地区对犯罪中止 的立法规定及其比较	207
三、犯罪中止之特征	215
四、犯罪中止减免处罚的根据	227

第十章 共同犯罪与身份若干问题比较研究	231
一、身份的界定和分类	231
二、共犯与身份的理论问题研究	235
三、对当前理论与立法完善的建议	250
第十一章 教唆犯的概念及其成立要件比较研究	251
一、教唆犯的概念	251
二、教唆犯的成立要件	258
第十二章 共犯停止形态比较研究	273
一、共同正犯中的既遂犯与未遂犯	273
二、共同正犯中的中止犯与既遂犯	276
三、共同犯罪中正犯与教唆犯的中止条件	279
第十三章 结果加重犯比较研究	287
一、结果加重犯的基本概念之剖析	287
二、结果加重犯的构成特征之探讨	291
三、结果加重犯的未遂问题之研究	301
第十四章 牵连犯比较研究	306
一、牵连犯在大陆法系中的存在及立法概况	306
二、关于牵连犯的概念和构成特征	311
三、关于牵连犯牵连关系的判定	317
四、关于牵连犯的处罚与牵连犯的存废	323
第十五章 持有型犯罪比较研究	332
一、中外持有型犯罪的立法概况	332
二、外国刑法理论关于持有的研讨	339
三、我国刑法学界关于持有型犯罪的研究现状	345
第十六章 结果犯比较研究	353
一、不同观点介述	353
二、我国刑法分则的罪刑式条文立法模式	356
三、危险犯是否作为一种既遂形态	362
四、对结果犯的定义是以“既遂”为基准还是以“成立”为基准?	364
五、关于结果犯的定义	366

第十七章 危险犯比较研究	367
一、危险犯的概念	368
二、危险犯与相关概念的关系	383

下篇 正当化事由问题

第十八章 正当防卫成立条件比较研究	403
一、人身防卫的构成要件	403
二、财产防卫的构成要件	415
三、执法防卫的构成要件	417

第十九章 紧急避险比较研究	422
一、外国刑法理论中紧急避险成立的条件	422
二、我国刑法理论中紧急避险成立的条件	428
三、紧急避险之客观条件	433
四、紧急避险之主观条件	448
五、紧急避险之主体条件	454
六、紧急避险之限度条件	460
七、紧急避险之社会相当性条件	469

第二十章 被害人承诺比较研究	473
一、概述	473
二、被害人承诺的刑法效果	476
三、被害人承诺的本质	483
四、被害人承诺的成立要件	487
五、推定的承诺	498
六、被害人承诺相关问题	501

索引	508
----	-----