

刑法学讲座之四

比较刑法研究

高 格

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班
西南政法学院刑法教研室

一九八五年四月

刑法学讲座之四

比较刑法研究

吉林大学法律系刑法教研室

高格 讲授

(根据录音整理 未经本人审阅)

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班
西南政法学院刑法教研室

一九九五年四月印

说 明

司法部于一九八四年九月至一九八五年一月，在西南政法学院举办第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班。根据该进修班教学内容汇编的刑法学讲座分以下几辑：1、刑法学总论；2、刑法学罪刑各论；3《刑法学》问题解答与执行刑法中的若干问题；4、比较刑法研究；5、外国刑法；6、中国刑法史（已另由群众出版社出版、发行）。

本辑《比较刑法研究》，系吉林大学法律系刑法教研室高格同志讲授，由西南政法学院刑法教研室的同志根据录音整理，未经本人审阅，仅供内部参考。

第六期全国法律专业《刑法学》师资进修班
西南政法学院刑法教研室

一九八五年四月 重庆

讲 授 说 明

比较刑法学是比较法学的一个分支，在国外正是一门方兴未艾的学科，但在我国才刚刚开始研究，具有“拓荒”性质。我不揣冒昧将这粗陋之作，提出来向有关同志请教，目的在于抛砖引玉，并共同携手将我国的比较刑法研究推向前进。

本讲义以马列主义毛泽东思想为指导，按照“古为今用，洋为中用”的精神，对刑法的内容进行了系统地比较研究。全讲义共分二十讲，每讲之间有密切联系，又可独立成章。在论述中，既注意介绍外国刑法学的发展状况和可以批判吸收或借鉴的有益经验，又注意从理论上阐发我国刑事立法和司法的经验以及社会主义刑法的优越性。但是，由于缺乏系统的资料可参考，加之水平所限和时间仓促，不妥之处一定不少，希望同志们加以批评指正。

在本讲义编写过程中，曾吸收了有些同志的研究成果或翻译资料，特此表示衷心的感谢。

比较刑法研究

目 录

讲授说明..... (1)

第一讲 比较刑法的概念和意义..... (1)

- 一、比较刑法的概念
- 二、比较刑法的产生和发展
- 三、研究比较刑法的意义
- 四、比较刑法的研究方法

第二讲 罪刑法定原则..... (18)

- 一、罪刑法定原则的概念和由来
- 二、罪刑法定原则的思想理论基础
- 三、罪刑法定原则的内容及其演变
- 四、对罪刑法定原则的剖析
- 五、我国刑法学界对罪刑法定原则的看法

第三讲 刑法的适用范围..... (39)

- 一、刑法对地域的效力
- 二、刑法对人的效力
- 三、刑法的时间效力

- 第四讲 犯罪概念**…………… (54)
- 一、资产阶级国家关于犯罪概念的刑法规定及其主张
 - 二、对资产阶级国家关于犯罪概念的刑法规定及其主张的剖析
 - 三、社会主义的科学的犯罪概念
- 第五讲 犯罪构成**…………… (62)
- 一、犯罪构成的概念及其由来发展
 - 二、关于犯罪构成要件的不同主张
- 第六讲 犯罪主体**…………… (75)
- 一、关于法人能否作为犯罪主体问题
 - 二、关于刑事责任年龄问题
 - 三、关于刑事责任能力问题
- 第七讲 犯罪主观要件**…………… (84)
- 一、关于罪过问题
 - 二、关于犯意问题
- 第八讲 犯罪客体**…………… (93)
- 一、犯罪客体的概念与意义
 - 二、犯罪客体的种类
- 第九讲 犯罪客观要件**…………… (98)
- 一、不作为犯罪 (问题记)

二、因果关系

(一)日、德等国关于因果关系的主张

(二)英、美关于因果关系的主张

(三)苏联关于因果关系的主张

(四)我国对因果关系的讨论和看法

第十讲 排除社会危害性的行为…………… (116)

一、排除社会危害性行为的概念与种类

二、正当防卫

三、紧急避险

四、其他排除社会危害性的行为

第十一讲 故意罪的阶段…………… (140)

一、故意罪阶段的概念

二、犯罪预备

三、犯罪未遂

四、犯罪中止

第十二讲 共同犯罪…………… (160)

一、共同犯罪的概念和特征

二、共同犯罪的形式

三、共同犯罪人的种类

四、对共同犯罪人的处罚

第十三讲 刑罚的概念与目的…………… (175)

一、刑罚的概念与本质

二、刑罚的目的

第十四讲 刑罚种类…………… (188)

- 一、各国刑罚分类概况
- 二、各国刑罚的变化趋向
- 三、死刑的几个问题
- 四、自由刑的几个问题
- 五、罚金刑的几个问题

第十五讲 量 刑…………… (243)

- 一、量刑的概念与意义
- 二、量刑的范围与原则
- 三、量刑的情节

第十六讲 累犯与自首…………… (254)

- 一、累犯
- 二、自首

第十七讲 数罪并罚…………… (272)

- 一、数罪并罚的概念与起源
- 二、数罪并罚的构成条件
- 三、数罪并罚的原则
- 四、适用数罪并罚的情况与方法

第十八讲 缓 刑…………… (285)

- 一、缓刑制度的起源与演变

- 二、各国实行缓刑制度的概况
- 三、缓刑制度的种类
- 四、缓刑适用的几个问题

第十九讲 假 释…………… (301)

- 一、假释制度的起源与各国适用概况
- 二、假释在理论上的意义
- 三、假释适用的几个问题

第二十讲 时 效…………… (313)

- 一、时效的概念与种类
- 二、规定时效的理论根据与意义
- 三、追诉时效的几个问题

罪刑各论部分…………… (321)

- 一、对强奸罪的比较研究…………… (321)
 - (一)强奸罪的概念
 - (二)强奸罪的构成要件
 - (三)对强奸罪的处罚
- 二、对流氓罪的比较研究…………… (336)
 - (一)流氓罪的起源与演变
 - (二)流氓罪的概念与特征
 - (三)流氓罪的构成界限
 - (四)对流氓罪的处罚

附：《比较刑法》教学大纲和主要参考书目…………… (355)

教学大纲.....	(355)
图书部分.....	(362)
论文部分.....	(369)

第一讲 比较刑法的概念和意义

一、比较刑法的概念

比较刑法在刑法学中是一门新的学科。在国外。有的国家进行了很长时间的研 究，我们国家则刚刚开始。这个空白学科早晚是要填补上的。现在，中国政法大学、武大法律系和我们吉林大学法律系都有老师在开始研究了。我自己也是才开始研究，对于比较刑法学的研究方向、方法以及怎样建立比较刑法学的体系等问题，都还有待于进一步探讨。根据目前的现状，还谈不到比较刑法学。因此，我这个课程就叫做“比较刑法研究”。

什么是比较刑法？这个问题目前好多国家没有给予明确的回答。我个人的理解，所谓比较刑法，就是指刑法比较学或比较刑法学的简称。刑法比较学和比较刑法学这两个概念，有联系又有区别。前者主要是强调比较的方法研究刑法，着重强调的是研究方法问题；后者着重强调的不是方法，而是强调了它本身是一门独立的学科，具有学科的意义。有一个问题值得研究：按照学科划分的标准来说，应该根据研究的对象来划分学科，而不能以研究的方法为特征来作为划分的标准。但是，我认为比较刑法学和一般的学科有不 同的特点，它研究的对象不仅是本国的刑事立法、司法实践和刑法理论，而且包括外国的刑事立法、司法实践和刑法

理论，这种对象很特殊，所以，比较刑法学就是以这种特殊对象为根据建立起来的，而不是单纯根据研究方法建立起来的。因此，我认为比较刑法学还是可以成为一门新学科的。

到目前为止，世界各国刑法学者除对比较刑法是否能成为独立学科尚有争论外，对于用比较的方法研究刑法这一点，大家都是公认的，包括苏联在内。开始，苏联刑法学者不同意用比较方法研究刑法学，认为这是反马克思主义的，是资产阶级的研究方法。后来，他们也改变了这种看法，也搞比较研究，而且还参加了国际上的一些比较法学会会议。

用比较的方法研究刑法学，这是马克思主义的一种研究方法。自然科学和社会科学领域都广泛地采用着比较研究的方法。马克思主义经典作家在研究国家和法律制度时，也是采用的比较的方法，比如《资本论》、《家庭、私有制和国家的起源》、《国家与革命》《论国家》等等著作，也是采用了比较、研究分析的方法。毛泽东同志也讲过：“有比较才有鉴别。有鉴别，有斗争，才能发展。”（《在中国共产党全国宣传工作会议上的讲话》一九五七年三月十二日）

我们在理解比较刑法的概念时，要注意把比较刑法学和国内刑法学区别开来，把比较刑法学和外国刑法学区别开来。国内刑法学是专门研究我们国家的刑事立法、司法实践和刑法理论的学科；外国刑法学是介绍和研究其他各国的刑事立法，司法和刑法理论的专门学科。而比较刑法则是将我们国家的刑法学同外国的刑法学加以比较研究的一种学科，显然它们之间是有区别的。

另外，比较刑法学与国际刑法学也不同。这里我们专门

讲讲关于国际刑法的概念与内容。

国际刑法学这门学科，在我们国家也是一个空白，现在才刚开始研究。国际刑法，是指国际上有关刑事实体法和程序法的法律规范。这些法律规范在国际上一般是指有关刑事的国际公约，条约、规章制度以及一些习惯和惯例。有的人认为，它是属于国际公法的分支学科，有人还主张它是国内刑法的分支学科，意见没有统一。西方有的学者主张制定一部统一的国际刑法典，和建立统一的国际刑事法庭，这件事情目前还没有搞成，至于将来能不能搞成，也不是没有这种可能。前面所讲的国际刑法规范的渊源，目前主要来自联合国的一些规定。联合国中有很多机构，比如国际法委员会，人权委员会、预防和控制犯罪委员会，都在草拟和通过一些国际刑法规范。还有一些国际性的学术团体，如国际刑法学会、国际社会保卫协会、国际犯罪学会、国际刑法和狱务基金会等等。这些团体也积极提倡国际刑法，研究和草拟了一些公约、宣言等。

除了联合国以外，还有一些地域性的机构也制定了一些国际刑法规范。比如，欧州理事成员国就缔结和制定了许多国际刑法规范。如：

(1) 1957年12月13日缔结了关于引渡犯人的欧洲条约。

(2) 1959年4月20日缔结了关于刑事司法协助的欧洲条约。

(3) 1964年11月30日缔结了关于对缓刑犯、假释犯保护观察的欧洲条约。

(4) 1964年11月3日缔结了关于道路交通犯罪的处

的欧洲条约。

(5) 1970年5月28日缔结了关于刑事判决国际效力的欧洲条约。

(6) 1970年5月28日缔结了关于强制遣送未成年人的欧洲条约。

(7) 1972年5月15日缔结了关于刑事追诉移管的欧洲条约。

(8) 1974年1月25日缔结了关于违反人道罪及战争犯罪没有时效的欧洲条约。

(9) 1977年1月27日缔结的关于防止暴力恐怖行为的欧洲条约。

有的学者在论述国际刑法的概念时，认为国际刑法包含以下四层意思：

(1) 刑法适用法。意思是说在国内法所规定的条件和法律效果与作为国际刑法的条约规定一致的情况下，适用条约的规定也就包含了国内法的内容，也就等于适用了国内刑法。

(2) 刑事国际法。是指国际刑法把保护全人类法益的实体内容用条约规定下来，实际上就成为了国际法的一部分。这种国际法不是一般的国际法，而是刑事国际法。

(3) 超国家刑法。指国际刑法所保护的法益超出了一国的范围，具有跨国际的性质，因此，不能用一个国家的刑法去代替它，所以说他是超国家的刑法，在各国刑法之上。

(4) 司法协助法。即各国根据条约可以进行司法协助。这种条约也是国际刑法。如引渡条约、外国刑事判决的承认与执行等。

从国际刑法的内容来看，主要包括刑事实体法和刑事訴訟法两部分：

（一）刑事实体法

主要规定了以下几类罪：

1、国际罪。指侵犯了整个国际社会利益的犯罪，侵犯了全人类的利益的犯罪。比如：反和平罪、战争罪、反人道罪、种族灭绝罪、种族隔离罪、种族歧视罪、贩运和使用奴隶罪、侵犯外交代表罪、劫持罪（比如劫持飞机、轮船的犯罪）、劫持人员罪、海盗罪等。

另外，还有一些国家用条约或公约的形式宣布某些跨国犯罪为国际罪。如伪造货币罪、拐卖妇女罪、贩运毒品罪、散布淫秽图画文字罪等。

2、非国际罪。即不属于国际罪或跨国犯罪，而是指在一些缔约国之间采取某种形式来加以惩处的犯罪。如：联合国1975年通过的反酷刑宣言，原文是叫“保护人人不受酷刑和其他残忍的非人道的污辱人格的待遇和处罚的宣言”。酷刑的含义主要指在精神上和肉体上使其人受痛苦，以从这个人身取得有关他本人或者第三者的情报。用我国的话说，就是对已决犯或未决犯实行刑讯逼供或肉体虐待。这种犯罪主要是在一国内部实行的，不应作为国际犯罪。此外，1977年联合国还批准了“囚犯待遇最低限度标准，其中包括犯人的管理、关押、会见、医疗、住宿等等。这种法律规范也是国际刑法规范的内容，而且是刑事实体法的内容。

（二）刑事诉讼法

主要包括以下三方面的内容：

1、刑事管辖。主要是解决国际间刑事案件的管辖问题的。有些国际犯罪发生在飞机、轮船上或公海上，其管辖问题较复杂，这就需要国际刑法对它作出相应的规定。

2、引渡问题。引渡是国际公法上的一个大问题，经常会涉及到罪名、引渡条件、引渡程序等等，一般是通过引渡条约来解决。但引渡条约多为双边，或多边条约，现在国际上还没有一个大家都遵守的引渡公约。因为引渡涉及的是犯罪的问题，所以属于国际刑法研究的范围。

3、国际司法协助问题。关于案件的侦查、对犯人的拘捕、诉讼文书的送达、证据的收集，以及判决的执行等等，都可以互相提供协助。司法协助的内容很广泛，有国际公约和条约的规定，甚至建立了国际警察组织，有120多个国家参加，我国最近也参加了。参加国在案件侦查、人犯拘捕、查阅档案等方面而互相提供司法协助。在日本电影《人证》里，日本警察跑到美国去，很快把人犯抓住了，就是因为日本与美国之间有司法协助关系的缘故。

以上是对国际刑法和国际刑法学的简单介绍。

目前，比较刑法学从发展趋势和各国研究的情况来看，我个人认为不可能形成各国通用的类似国际公法的比较刑法学。是否会形成社会主义的比较刑法学和非社会主义的比较刑法学（主要是资本主义的比较刑法学）两种类型，可以进一步探讨。我们所要研究的和要建立的是具有中国特点的社会主义的比较刑法学。对于我国的比较刑法学，我们要进行

研究，吸收和借鉴他们的经验和成果，但不能简单地照搬。

二、比较刑法的产生和发展

当前一般认为比较刑法的产生是用比较的方法研究刑法开始的。就这个意义上讲，可以说，自从有法律和法学以来，就有了比较刑法，包括比较刑法的研究开端。根据传说，公元前六世纪时，希腊的法律制定者梭伦担任了汇编雅典法律的任务，曾把各个城邦的法律搜集起来，进行了比较，然后才编纂出了雅典法律。公元前五世纪时，被选任从事起草罗马十二铜表法的十名执政官（又称罗马人的委员会）曾在希腊各城邦中进行调查，查阅了西西里希腊公社的法令，进行比较研究，从而编制了十二铜表法。公元前四世纪，著名的哲学家柏拉图曾经在许多地方旅行，除了古希腊的城邦国家以外，他还到过意大利和埃及。他在雅典见到了国家政权的多次更迭，并对许多国家和地区的法律进行观察和比较研究，提出了他的社会和政治改革计划（《国家篇》）。后来，又制定了他的改革国家体制和立法的方案（《法律篇》）。拥护奴隶主民主制的思想家亚里士多德，在他的名著《政治学》中，为了设计一部典范的法律，也曾经比较研究过希腊的一百五十八部城邦法规。

在我国古代有无比较法研究，记载不多。根据史书记载，李悝编制的《法经》，是中国封建社会第一部系统的刑法典。这部刑法典是在对众多的诸侯国的刑法典进行比较研究的基础上写成的（当时的诸侯国相当于现在的一个地区）。这说明李悝至少进行过地区间的法律比较研究。