



中华当代学术著作辑要



刑法的 基本立场

(修订版)



张明楷 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

目录

[修订版前言](#)

[序说](#)

[第一章 学派之争：旧派与新派](#)

[一、旧派与新派的产生](#)

[二、旧派与新派的基本对立](#)

[三、中国刑法理论的现状](#)

[第二章 犯罪论：客观主义与主观主义](#)

[一、序说：客观主义与主观主义的区别](#)

[二、传统观点：主客观相统一](#)

[三、现行刑法：客观主义立场](#)

[四、本论：刑法理论与审判实践的方向](#)

[第三章 构成要件论：形式解释论与实质解释论](#)

[一、构成要件论之概述](#)

[（一）行为构成要件说](#)

[（二）违法类型说](#)

[（三）违法有责类型说](#)

[（四）争论的焦点](#)

[二、实质的解释论之提倡](#)

[三、实质的解释论之贯彻](#)

[（一）认识法益对构成要件解释的指导意义](#)

[（二）法益的变更对构成要件的影响](#)

[（三）肯定构成要件要素说明行为的违法性](#)

[（四）明确构成要件该当行为的违法性必须达到值得科处刑罚的程度](#)

[第四章 违法性论：行为无价值论与结果无价值论](#)

[一、序论：违法性的本质与根据](#)

[（一）形式的违法性与实质的违法性](#)

(二) 主观的违法性论与客观的违法性论

(三) 行为无价值论与结果无价值论

二、争论：行为无价值论与结果无价值论

(一) 刑法目的

(二) 罪刑法定原则

(三) 构成要件论

(四) 违法性论

(五) 责任论

(六) 未遂犯论

(七) 共犯论

(八) 刑罚论

三、方向：贯彻结果无价值论

第五章 责任论：规范责任论与功能责任论

一、概述：责任的概念与本质

二、基础：决定论与非决定论

三、争论：规范责任论与功能责任论

四、方向：规范责任论的运用

(一) 应当重视违法性认识的可能性与期待可能性的判断

(二) 明确区分责任要素与预防要素

(三) 将责任作为量刑的基准

(四) 不应使用“主观恶性”的概念

第六章 未遂犯论：客观的未遂犯论与主观的未遂犯论

一、处罚根据：客观的未遂论与主观的未遂论

二、着手：客观说与主观说

三、不能犯：客观主义见解与主观主义见解

第七章 共犯论（I）：犯罪共同说与行为共同说

一、争议领域与讨论旨趣

二、完全犯罪共同说与部分犯罪共同说

三、前构成要件的行为共同说与构成要件的行为共同说

第八章 共犯论（II）：共犯从属性说与共犯独立性说

一、前提：正犯与共犯的区别

二、学说：共犯从属性说与共犯独立性说

三、二重性说：不可思议的学说

四、独立性说：缺乏实质根据的学说

五、结论：共犯从属性说

第九章 罪数论：日本路径与德国路径

一、罪数论与竞合论的区别何在？

二、能否以竞合论取代罪数论？

三、如何构建我国的罪数理论？

（一）需要研究的具体问题

（二）罪数现象的处理原则

（三）罪数论的体系安排

第十章 刑罚论：报应刑论与目的刑论

一、概述

二、报应刑论

三、目的刑论

四、并合主义



中华当代学术著作辑要



刑法的基本立场

(修订版)



张明楷 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

修订版前言

刑法是时代文化的一面镜子，是社会道德的晴雨表，是社会意识的忠实反映。刑法总是紧跟时代的步伐，敏感地反映着社会结构以及国民价值观的变化。对刑法的理解总是从解释者自身视野所感知的社会环境和文化背景开始的，解释者只能根据不同的时代需要和不同的文化背景从事理解活动。《刑法的基本立场》于2002年3月出版发行。过去的15年里，我国的刑事立法、刑事司法以及刑法理论发生了明显变化，所以，我不得不对《刑法的基本立场》补偏救弊、纠误订正。

刑法学不是真理的判断，但是刑法学者应当有追求真理的态度。刑法学中不存在绝对正确解释的逻辑，各种解释结论与学术观点都是一种假设，而不可能是最终的权威构建。如果我们以顶礼膜拜取代追求真理的态度，我们的刑法学研究就不可能有所进展。和其他人文社会科学一样，刑法学总是在强势理论逐渐衰退、弱势理论逐渐强势然后再逐渐衰退、新的弱势理论再逐渐成为强势理论的过程中向前发展的。所以，刑法学的发展，不仅需要弱势理论，而且需要弱势理论由弱变强。与维护强势理论相比，将弱势理论发展为强势理论，对刑法学发展所做出的贡献更大。

刑法是正义的文字表述；刑法之所以生机勃勃，就是因为其中蕴藏着正义。但是，正义的脸变幻无常，要彻底认清和精确描绘刑法这张脸确实太难，要完全看清和准确领会刑法这张脸上的各种表情、感情与心情委实不易。不仅如此，我们还必须承认，人不可避免地会有人性的成见、褊狭和自私，而且我们总是倾向于维护自己的立场与观点。然而，我们必须有表述正义的意愿，有伸张正义的良心。即使我们选择的结论获得别人的同意，也不可掉以轻心，更不能固执己见，因为正义随时可能呈现不同的面貌，法条随时能够产生崭新的含义。

刑法学是一种价值判断，但这并不意味着所有的价值判断都同等地合乎情理，更不意味着人们可以随其所好地接受任何价值判断。因为刑法学的价值判断，并不是与他人无关的个人喜好，而是一种严肃的道德价值判断、法律价值判断，不可能由个人的价值判断所左右，而是需要各方的争辩，尽可能形成一般人可以接受的结论。刑法学的价值判断特征与批判性思考完全一致。任何一个解释者都需要把问题和争议议题视为令人兴奋的挑战，而不能视为对自我的损害或者威胁。争论、批判、反省在刑法学研究中起着特别重要的作用。

刑法学是充满了争议的学科。在任何刑法问题上，刑法学人总会站成意见相左、立场不同的两个队伍；或许有时两个队伍的长度相当，但更多的时候则是一个队伍长、另一个队伍短。刑法学不同于自然科学，我们每个人都自觉或者不自觉地将个人的生活经历与命运融入到自己的研究结论中。虽然每个人的研究都是自由的，但同时也是被自己的生活经历与命运决定的。每个人站在哪一个队伍、选择哪一种立场都是基于各种各样的原因与理由，在此意义上说，每个人的立场与观点无所谓对与错，也不存在好与坏。刑法学研究不是单个人的独白，而是群体性的事业，我们需要对他人的思想感兴趣，应当专心地阅读对方的文献，耐心地倾听对方的声音，即使对方往往强烈反对自己的观点。事实上，正是因为有两个队伍、有两种声音、有强弱相撞、有相互批判，才使刑法学得以繁荣和发展。

《刑法的基本立场》修订版与第一版一样，旨在提倡学派之争，促进学术批评。修订版与第一版的基本立场没有不同，但部分具体观点却有明显差异。第一章至第三章的基本观点没有变化，但仍然进行了诸多修改。第四章所表明的依然是结果无价值论的立场，但具体内容与第一版并不相同。第五章是新增加的责任论，其中论述了责任主义的宪法根据，肯定了责任主义是宪法原则，同时站在非决定论的立场，论证我国刑法采取了规范责任论，并对功能责任论持否定态度。第六章关于未遂

犯论的观点没有变化，但具体内容有不少修改。第七章是关于犯罪共同说与行为共同说的讨论，第一版采取了部分犯罪共同说，修订版则采取了行为共同说，因此，本章的内容完全不同于第一版的对应内容。第八章是关于共犯从属性与共犯独立性的讨论，与第一版一样，修订版也采取了共犯从属性说的立场。第九章的罪数论是新增加的内容，主张借鉴日本的罪数论来构建我国的罪数论体系，反对以德国的竞合论取代当下的罪数论。第十章的刑罚论讨论了刑罚的正当化根据，虽然立场与第一版相同即采取了并合主义，但内容完全是重新撰写的。

刑法学的整体发展依赖学术批评，研究者个人的学术进步也依赖学术批评。我特别期待读者能够发现本书的遗漏与缺陷，衷心感谢读者对本书提出批评与建议！

本书是清华大学自主科研项目《刑法的基本立场再研究》的最终成果。由衷感谢清华大学自主科研计划资助！

张明楷

2017年10月10日于清华明理楼

序 说

不知道因为什么，也不知道为了什么，从开始接触刑法的那一刻起，我便对学派之争兴趣浓厚。在课堂上听到尊敬的老师介绍学派之争时，一定会完完全全地记录；在图书馆见到高深的著述论评学派之争时，肯定会原原本本地抄录；在教室里遇到可爱的学生寻问学派之争时，注定会高高兴兴地陈说；在著述中想到争议的问题涉及学派之争时，必定会痛痛快快地陈述。学派之争驱使我寻思他人学说的实质，追问自己观点的根基。因为各种学派皆有其理论根基，并据此展开具体学说。所以，每当听到、看到某种学说时，我定会三思其根本意图；每当提出、主张某种观点时，我总要数虑其基本立场。久而久之，便不断追问自己：你是属于新派还是属于旧派？抑或属于一种不新不旧的折中派或亦新亦旧的综合派？你的具体观点与基本立场是否自相矛盾？你在各种不同问题上的观点是否彼此冲突？[注1](#) 学派之争促使我发现了刑法解释的奥妙，初懂了刑法解释的方法。随处可以看到的现象是，对于同样的条文、同样的用语，不同学派的学者可能有理有据地做出完全不同的解释。例如，德国刑法第228条规定：“被害人同意的伤害行为不处罚，但以行为不违背善良风俗为限。”何谓“违背善良风俗”？行为无价值论者认为，从行为是否违反法秩序特别是根据行为人的动机进行判断；结果无价值论者主张，根据攻击的强度、伤害的程度以及行为的持续性进行判断。[注2](#) 再如，日本民法第85条规定：“本法所称之物指有体物。”日本刑法对财产罪的规定则没有言明其中的“财物”是有体物还是无体物，但刑法分则在规定“盗窃罪与强盗罪”的第36章的最后一条规定：“就本章犯罪，电气也视为财物。”主观主义者牧野英一教授指出，本条为注意规定，故电气以及像电气这样的其他无体物均为刑法上的财物；而客观主义者平野龙一教授则认为，本条乃例外规定，即刑法上的物原则上仅限于有体物，但刑法例外地规定电气也属于财物，故电气之

外的无体物不属于刑法上的财物。[注3](#) 两位大家之所以做出完全相反的解释，大体是因为前者强调社会防卫，后者重视自由保障。更令人惊讶的是，对于日本1906年受新派刑法理论影响所制定的刑法典，二战后的日本刑法理论与审判实践通常是在旧派刑法理论指导下解释的。我由此体会到，虽然解释结论不是无限的，但解释方法却是无穷的；判断何为真诠、何为真释，不仅要看是否符合文义，而且要看是否符合正义。所以，在人们批判某个条文、用语不当时，[注4](#) 我总是试图进行合理解释，使刑法用语体现实质正义。例如，人们常常批判我国刑法第20条第3款使用“行凶”一词不当，因为在并非罪名的“行凶”后列举的“杀人、抢劫、强奸、绑架”皆为罪名，非罪名的用语何以能和罪名并列呢？我不习惯于批判刑法，也不随意主张修改刑法，便做出了这样的解释：刑法第20条第3款规定的防卫对象只能是严重危及人身安全的暴力犯罪（不是罪名），于是刑法从两个方面作了例举：一是犯罪行为的方式即行凶；[注5](#) 二是犯罪行为的性质即杀人、抢劫、强奸、绑架等。通过行为方式与行为性质的例举，可以使司法机关更加明确“严重危及人身安全的暴力犯罪”的范围。而且，“行凶”一词还可以涵盖那些性质不明、界限不清，但又严重危及人身安全的暴力犯罪。这样解释似乎不至于将刑法第20条第3款大骂一通、猛批一顿。我一直认为，刑法典是正义的文字表述（其他成文法也是如此）。我不敢定义正义是什么，但我知道什么是正义的；所以，我习惯于尽量以善意将条文、用语（不管有无争议）朝着正义的方向解释（当然必须说明解释过程，并且不得超出刑法用语可能具有的含义、不得损害国民的预测可能性）；[注6](#) 我不喜欢夸大实然（现行刑法条文）与应然之间的距离，而是愿意使实然接近、贴近应然（当然不是说存在的就是合理的，也不是说不追求应然，而是通过解释实然来追求、实现应然），试图采用各种适当方法将刑法解释为良法、正义之法。

显然，对刑法学派之争的兴趣并不能成为我主张中国应有刑法学派之争的重要理由，更不能成为这一主张的唯一理由。

学派之争可以将理论研究引向深入。刑法理论对诸具体问题的不同看法，源于对刑法性质、机能的不同认识。但是，如果一位研究者没有学派意识^{注7}，便可能忽视自己的具体观点与基本立场的关系，进而导致具体观点与基本立场相冲突；或者所提出的各种具体学说表面上相一致，但实际上与各自背后的基本立场相冲突。学派的形成会迫使研究者思考自己采取了何种立场、属于哪种学派，从而保持理论的一致性、协调性。学术需要批判。对一种观点的批判无疑是对该观点的重视，如果一种观点连被批判的价值也没有，就说明它没有任何意义。批判可以促使对方完善自己的观点，因为受批判的一方为了坚持自己的学说，不得不使自己的学说更有说服力；批判也可能促使对方放弃不合理的观点，因为受批判的一方如果不能提出更充分的理由，则必须放弃自己的观点；批判还能促进批判者的理论完善，因为批判者在批判对方的缺陷时，必然思考自己的学说是否存在类似缺陷。我国刑法理论中的批判的确不少，即使自己完全同意他人的观点，也要批判他人的理由不充分，于是补充一两点（或许完全没有必要补充的）理由。可是，刑法理论上的批判往往是零散的、表面的；缺少针锋相对、没有追根溯源。甚至在许多场合，只抓住对方的一点进行批判，而不评价其他合理性。例如，有人主张，犯罪未得逞是指犯罪目的没有实现，并声称，这里的犯罪目的不包含刑法分则所规定的“以……目的”。而批判者总是说：目的说不能说明刑法分则规定的目的没有实现时也成立既遂的现象。我想，如果形成学派之争，刑法理论的批判一定会系统化、实质化，从而不断地推翻过时的理论，不断地提出崭新的学说，敦促刑法学的繁荣。写到这里，想起了张五常先生所说的“一种理论可能被推翻时才具有价值”的观点。张五常先生指出：“假若读者问：在整个科学方法的结构中，哪一点最重要？我会毫不犹豫地回答：理论的推测一定要‘可能被事实推翻’。不可能被事实推翻的理论，是没有解释能力的。可以说，所有实证科学（empirical science）的主旨，是要创立一些可能被事实推翻的句子或言论来作推测。换言之，科学不是求对，也不是求错；科学所求的

是‘可能被事实推翻’。可能被事实推翻而没有被推翻，就算是被证实（confirmed）了。……不可能被事实推翻的理论之所以没有解释能力，是因为这样的理论不可以被事实证明。……可能被事实推翻是重要的。但假若一个理论的推测被事实推翻，我们只有两个选择。其一是将现有的理论放弃，另创理论；其二是设法附加条件以资挽救，但……这样挽救理论须付代价，而代价是不应过大的。今天可能被事实推翻而没有被推翻的理论，明天可能晚节不保——这是科学进步必有的过程。但今天还没有被推翻，在今天也就有其用场。解释现象的用场是衡量理论的最重要准则。理论是不应该以对或错来衡量的。”^{注8} 如果存在学派之争，各个学派必然会想方设法推翻对方的体系与学说，结局是每个学派都必须补救原来的理论或者创建崭新的理论。当然，刑法的解释不是真理的判断，而是价值的判断；因此，几乎在任何一个问题上，都会出现两种以上的对立结论；但是，任何对立结论都不可能像自然科学的对错那样清晰可见。也正因为如此，我们才需要追溯到各种结论背后的基本立场，从而伸展到刑法观、国家观、世界观的争论，进而将学术引向深入。

学派之争可以使刑事立法更为完善。成文刑法是正义的文字表述，是民意的真实体现，刑事立法过程是将人民意志法定化的过程。但是，事实上人民不可能人人直接参与立法，立法机关本身也并非亲自起草刑法，而是由有关部门组织专家、学者起草后，经过法定的审议，再提交立法机关通过、颁布。起草过程中，不同的学派之间的争论、协商，有助于审视哪一种原则更符合正义，省察哪一种规则更体现民意。草案形成后，不同学派的专家、学者都会从各自的基本立场发表意见，从而推动草案的改进，促进刑法的完善。兹举一例：德国旧刑法（1871年）规定短期自由刑的最低刑期为1日，在此后的刑法修改过程中，各种党派、学派就短期自由刑的期限、存废等展开了激烈争论。1962年的政府刑法改正草案将短期自由刑的最低刑期提高到1周。这是因为该草案基于道义责任论的立场，首先考虑了报应、赎罪的需要。而1966年由学者

们起草的刑法改正草案则完全废止了不满6个月的短期自由刑，并代之以罚金、公益劳动等措施，这是由于草案基于社会责任论的立场，首先考虑了回归社会、特殊预防的需要；而司法行政当局则认为，不能完全废止短期自由刑，但应否定不满1月的短期自由刑；律师联合会刑法委员会既有支持1月以上的短期自由刑者，又有支持完全废止不满6个月的短期自由刑者。^{注9} 争论的结局是，1975年的德国刑法采纳了并合主义立场：一方面规定自由刑的最低刑期为1个月（第38条），另一方面规定判处短期自由刑属于例外情况（第47条）：“（1）法院根据犯罪和犯罪人人格具有的特别情况，认为必须判处自由刑才能影响犯罪人和维护法律秩序时，可以判处六个月以下的自由刑。（2）本法未规定罚金刑和六个月或六个月以上自由刑，又无前款必须判处自由刑的情况下，法院可判处其罚金。本法规定的最低自由刑较高时，最低罚金以最低自由刑为准，三十单位日额罚金相当于一个月自由刑。”这一规定的完美性在世界范围内受到了高度评价。

学派之争可以使刑事司法客观公正。刑法理论对刑事司法具有重大指导作用，理论的深入必然导致刑事司法的进步。人们或许会认为，现在，刑法理论上有着林林总总的观点、形形色色的学说，导致法官无所适从。但在我看来，其中原因之一是刑法理论的争论缺乏体系性、实质性。我们都知道，在法庭上，辩护人与公诉人总是提出不同的观点与看法，法官正是通过双方的争辩发现事实真相，形成合理判断，做出客观公正的判决。同样，不同学派的争论，也会促使法官做出合理取舍。当法官按照结果无价值论的观点解释刑法规定和做出判决后，行为无价值论者可能批判法官的判决；法官必然在此后的类似案件中，进一步审视行为无价值论者的批判，或者使判决理由更为完善，进一步批判行为无价值论者的观点，或者改变判决结论，采纳行为无价值论的观点。反之亦然。也举一例：日本在20世纪60年代曾发生一起出于报复目的强制猥亵他人的案件。一审裁判所与二审裁判所均认为强制猥亵罪的成立不需要行为人主观上出于刺激、兴奋、满足性欲的内心倾向，进而认定被告

人的行为构成强制猥亵罪；而日本最高裁判所却认为上述内心倾向是强制猥亵罪的不成文的构成要件要素，于是，撤销原判。[注10](#) 最高裁判所的态度虽然得到了不少行为无价值论者的赞同，但受到了将法益保护作为刑法目的的结果无价值论者的强烈批评。经过激烈争论后，强制猥亵罪不是倾向犯的观点成为刑法理论的通说；此后对于类似出于报复目的的强制猥亵案件，日本地方裁判所也认定为强制猥亵罪，[注11](#) 这便有利于保护法益、实现刑法目的。

以前我们常说，资本主义国家的形形色色的学派自始至终都是为资本主义服务的，各种学派之间的理论分歧，只是表明不同学派的法学家们相互竞争，看谁能适应资本主义政治经济形势的变化，更好地为资本主义服务而已；各个学派都代表着资产阶级利益，只不过是在不同的时期、从不同的角度为资本主义制度寻找治病之方，为资产阶级的刑事镇压设计方案和提供辩解罢了。[注12](#) 我无意对此发表评论，要说的只是：学派之争并非西方国家的专利，不能因为资本主义国家有学派之争，便认为具有中国特色的刑法学不得形成学派，更不能视学派之争为禁区。试想，既然形形色色的学派都可以为资本主义服务，都代表着资产阶级利益，为什么中国不可以有形形色色的学派为社会主义服务，代表广大人民利益呢？为什么不能有不同学派之间的相互竞争，看谁能适应社会主义政治经济形势的变化，更好地为社会主义服务呢？

虽然有人（尤其是我本人）时常指责某些观点属于主观主义学说进而对之进行批判，言下之意是自己赞成客观主义学说，但总的来说，还没有形成学派之争；只是在刑法学的部分领域，部分学者的立场比较明显，形成了一定的对立。如后所述，尽管传统刑法理论声称主客观统一，但事实上主观主义色彩比较浓厚。与此同时，部分学者对主观主义学说的批判也正在全面化、系统化。从现实来看，一方面新型犯罪不断增加，累犯、青少年犯罪、恐怖犯罪比较严重，这是形成社会本位刑法学派的客观基础。另一方面，司法机关滥用权力侵犯公民自由的现象并

不罕见，罪刑擅断的现象也不稀少，这是促进个人本位刑法学派的客观依据。所以，刑法理论不可避免地形成对立的基本立场与观点。

本书并非刻意追求学派的形成，更不会强求任何人加入学派之争的行列，故笔者联系刑法的规定，以构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层体系为前提，对刑法理论中的几个基本问题展开了讨论。第一章是对学派之争的简要介绍，以及对我国刑法理论现状的简短描述；读者通过此章可以大体了解国外刑法学派之争的总体现状，或许进而会对中国的刑法研究作番反思。第二章是就旧派与新派在犯罪论方面的争论（客观主义与主观主义）所作的较为全局性的评介，阐述了客观主义立场的合理性。第三章虽然与学派没有直接联系，但不管是新派还是旧派，对构成要件的解释会采取不同的态度：是形式的解释还是实质的解释？这是在同一学派内部也会产生的争论；笔者提倡实质的解释论。第四章讨论了违法性的存在根据，在我国也可以说是（客观的）社会危害性的存在根据。所回答的问题是，是因为行为本身恶才认定行为有危害，还是因为行为已经或者可能产生恶的结果才认定行为有危害？其实，违法性的问题还有其他更为重要的侧面，如是坚持法益侵害说还是规范违反说。由于我已撰写了《法益初论》一书，故第四章主要从行为无价值与结果无价值的侧面讨论了实质的违法性问题。行为无价值论与结果无价值论并非新派与旧派之争，而是旧派内部之间的分歧以及旧派与折中说的争论。新派学者（如李斯特）推进了实质的违法性理论，为结果无价值论奠定了基础；然而，旧派学者完全可能采取行为无价值论，不过，行为无价值论则容易亲近主观主义。第五章讨论了责任论的基本问题，旨在肯定以心理责任论为前提的规范责任论，同时对功能责任论持否认态度。第六章讨论了未遂犯问题。旧派与新派之争在未遂论方面的分歧至为明显，可以认为，客观未遂论与主观未遂论是两派争论的缩影。由于《未遂犯论》一书就此问题上的学派之争已有详尽论述，故本章较为简洁，但联系中国刑法规定讨论了实行的着手、未遂犯与不可罚的不能犯的区分标准等问题。第七章评述了犯罪共同说与行为共同

说之争，并提倡行为共同说。第八章研究了共犯从属性说与共犯独立性说，批判了教唆犯二重性说以及教唆犯独立性说，主张共犯从属性说。第九章讨论的问题是，我国是应当借鉴日本的罪数论还是德国的竞合论，本书的看法是，在当下不可能完全接受德国的竞合论。第十章讨论了刑罚的正当化根据，一如既往地赞成并合主义，同时认为积极的一般预防与消极的一般预防并不冲突。人们对上述这些基本问题的看法必然形成其在刑法上的基本立场。本书并非单纯介绍与评述大陆法系国家的刑法学派之争，而是以学派之争为线索对中国的刑事立法与刑法理论进行分析与研究；既想解释现行刑法的基本立场，也欲阐释自己在刑法上的基本立场。当然，笔者的基本立场或许存在不当之处，基于基本立场对具体问题的解释也会有荒谬之处，但将心甘情愿地接受来自各个方面的合理批判；这也正是笔者提倡学派之争的原因与结果。

第一章 学派之争：旧派与新派

一、旧派与新派的产生

从名称上可以知道，刑法理论上先有旧派后有新派；从常识上可以明白，在新派没有产生时不会有“旧派”的名称。一般来说，旧派可以分为前期旧派与后期旧派。

前期旧派是指18世纪中后期到19世纪前半期的旧派。这一时期的旧派刑法理论，以社会契约论、自然法理论为思想基础，具体表现为否定封建刑法。因此，理解这一学派的基本观点的前提，是明确封建刑法的特点。大抵可以认为，封建刑法具有以下四个特点：一是干涉性，即刑法干涉到个人生活的所有领域，包括干涉个人的私生活；二是恣意性，即对何种行为处以何种刑罚，事前并无法律的明文规定，通常由一定的人恣意裁量；三是身份性，即同样的行为由于行为人、被害人的身份不同，导致处罚的有无与轻重；四是残酷性，这是指刑罚方法大部分是死刑与身体刑。[注13](#) 形成封建刑法上述特点的最根本原因在于国家权力的集中性、庞大性与绝对性，国家是个人生活的唯一场所，个人与国家的关系成为人类社会生活的全部内容，于是个人显得极为渺小，个人权利惨遭剥夺。为了从根本上否认这一点，就必须使人民主权得以实现，使国家权力受到限制。于是前期旧派学者大多推崇社会契约论，[注14](#) 论证国家权力源于人民，从而达到限制国家权力，实现刑法的谦抑性、法定性、平等性与人道性的目的。

贝卡里亚（C.Beccaria）的《论犯罪与刑罚》一书全部针对封建刑法上述特点。[注15](#) 他从社会契约论出发，认为国家权力是由市民在必要最小限度内提供的自由所组成，但是，“每个人都希望交给公共保存的

那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权，而不是公正，是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要，它本质上就是不公正的。刑罚越公正，君主为臣民保留的安全就越神圣不可侵犯，留给臣民的自由就越多。”[注16](#) 这旨在排斥刑法的干涉性。贝卡里亚认为，只有法律才能规定犯罪与刑罚，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拥有这一权威，任何司法官员都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚，超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。[注17](#) 这排斥了刑罚的恣意性。贝卡里亚还指出：“每个人都应由同他地位同等的人来裁判，这是最有益的法律。因为，在那些关系公民自由和幸福的地方，不应该让煽动不平等的那些感情做怪。……当犯罪侵害的是第三者时，法官就应该一半是与罪犯地位同等的人，一半是与受害者地位同等的人，这样，那些改变包括无意中改变事物面目的各个私人的利益得以平衡，这时候，发言的便只是法律和真相。”[注18](#) 这便肯定了平等性因而否认了身份性。贝卡里亚指出，“即使严酷的刑罚的确不是在直接与公共福利及预防犯罪的宗旨相对抗，而只是徒劳无功而已”，它也“违背了开明理性所萌发的善良美德”，“违背了公正和社会契约的本质”；[注19](#) 历史上任何最新的酷刑都从未使决心侵犯社会的人们回心转意；对人类心灵发生较大影响的，不是刑罚的强烈性，而是刑罚的延续性。[注20](#) 一种正确的刑罚，它的强度只要足以阻止人们犯罪就够了。[注21](#) 用死刑来向人们证明法律的严峻是没有益处的；为了阻止公民成为杀人犯，而安排一个公共的杀人犯，这是一种荒谬的现象。[注22](#) 这排斥了刑罚的残酷性。

费尔巴哈（A.Feuerbach）确立了刑事审判中的法治国思想。为了避免刑法介入国民生活的各个角落，他主张通过各种手段或方法对国家的刑罚权进行限制：第一是通过法律的限制，这便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚的罪刑法定原则；第二是通过行为进行限制，

科处刑罚应以行为为标准而不能以行为人为标准，据此保障法的安定性，保障个人的自由；第三是通过法律与伦理的区别进行限制，犯罪不是违反伦理而是违反法律，立法者应当尊重良心的自由，法律不是伦理的审判者。作为刑法学家，费尔巴哈的最大功绩在于将罪刑法定主义思想、法律与伦理严格区别的思想纳入到刑法理论体系中。[注23](#)

为了支撑罪刑法定主义，费尔巴哈提出了心理强制说。心理强制说以人是理性动物，又有自私特性为基点。其基本内容为，如果在法律上规定有犯罪必有刑罚，人们就会基于愉快与不愉快的合理计算选择自己的行为，即为了避免刑罚所产生的大的不愉快，而选择因抑制犯罪行为所导致的小的不愉快。所以，为了抑制人们的犯罪决意，必须事先以法律规定犯罪的必然效果——科处刑罚。[注24](#) 具体地说，具有理性的人都有就愉快避痛苦、计较利害轻重的本性，人在实施犯罪行为之前，总要考虑实施该犯罪行为将会获得多大的物质与精神上的利益（愉快），不实施该犯罪行为会带来多大的不利（也是一种痛苦），同时也要考虑自己会因实施该犯罪行为而受到何种刑罚处罚（痛苦）。如果人们认为不实施犯罪行为所造成的痛苦大于因实施犯罪行为所带来的受刑罚处罚的痛苦，那么，他就认为实施犯罪行为“合算”，于是实施犯罪行为；反之，如果人们认为不实施犯罪行为所造成的痛苦小于因实施犯罪行为所带来的受刑罚处罚的痛苦，那么，他就认为不实施犯罪行为“合算”，于是打消实施犯罪行为的念头。因此，费尔巴哈认为，必须事先以法律明文规定犯罪的法律后果，使人们能够事先预测犯罪后所受到的刑罚处罚，使人们认为犯罪后所带来的愉快不可能大于犯罪后所带来的受刑罚处罚的痛苦，从而预防犯罪。

为了实现法律与伦理的严格区分，费尔巴哈提出了权利侵害说。权利侵害说的基本内容是，犯罪的本质是对他人权利的侵害，国家也具有人格、享有权利；刑法的任务便是保护权利。费尔巴哈指出，复仇与刑罚，虽然都是以犯罪为根据而科处痛苦，但必须严格区分。复仇是为了

自我满足而限制他人自由，不具有法的目的；与此相反，“每一个刑罚都有其必要的（主要）目的，通过其威慑来阻吓所有人犯罪。”[注25](#) 为了确定刑罚的概念，必须使之与国家的目的与国家的权利相结合，探明科处刑罚的权利。国家的目的在于保护全体市民相互的自由；换言之，保障各人可以完全行使自己的权利，保护各人的权利不受侵害，就是国家的目的；所以，侵害权利是对市民结合的本质与目的的背反。[注26](#) 国家对侵害权利的现象必须采取预防性措施，其最好手段是针对侵害权利的行为，以法律宣告刑罚；违反法规、侵害权利的行为就是犯罪。费尔巴哈指出：“犯罪是一个刑法中规定的违法或者说由刑法加以威慑的与他人权利相违背的行为。”[注27](#) 他进一步将犯罪分为对国家的犯罪（直接侵害国家权利的犯罪）与对个人的犯罪（直接侵害市民权利的犯罪）；对个人的犯罪与所有的人都有关系，而且是常见的犯罪，因而最具有重要性，立法时应将对个人的犯罪置于对国家的犯罪之前。“费尔巴哈将犯罪理解为对权利的侵害，意味着从实质上限定中世纪以来所扩张的、含混的犯罪概念；提倡权利侵害说与强调罪刑法定主义相并列，其意义在于，针对国家权力的恣意与刑法的不安定性，保护市民个人的自由。在这个意义上说，费尔巴哈的权利侵害说，是启蒙后期自然法思想与政治自由主义的一个表现。”[注28](#)

为了证实权利侵害说的合理性，“费尔巴哈为此在1799年开始证明每一个刑法条款后面作为保护对象的个人与国家的权利。”[注29](#) 费尔巴哈在其教科书中，对德国普通刑法上的一些犯罪作了说明。例如，他指出，普通刑法上的渎神罪毁损了宗教团体名誉；虚假宣誓属于诈骗罪一类；通奸与重婚侵害了基于婚姻契约而寻求婚姻诚实的权利；如此等等。为了贯彻权利侵害说，费尔巴哈起草的1813年巴伐利亚刑法典没有将以往所有的宗教犯罪、风俗犯罪作为独立的犯罪类型。例如，渎神、异端、非自然性交[注30](#) 的处罚规定被删除；通奸、重婚则被规定为通过违背信任而侵害权利的犯罪；近亲相奸被规定为滥用个人权利侵害人格

权利的犯罪。

权利侵害说的渊源显然是社会契约论。即各人在自然状态下的自由是不安定的，为了克服这种不安定，便相互约定尊重他人的自由，从而组成市民社会，据此形成了维护各人和平地共同生活的状态即市民社会秩序的机关——国家。这就是国家论的前提。由此可见，国家的任务必须受到限定，即国家的任务只是保护市民社会，使市民依照法律从事社会共同生活。反过来说，只有危害社会的行为，才能受到刑罚处罚。根据启蒙思想家的描述，社会契约不仅规范性地规定了国家刑罚的目的，而且记述了社会危害行为所侵害的内容。要实现对社会的保护，就要求各人相互尊重他人的生活领域、尊重国家的机能。因此，国家以刑罚所禁止的必须是侵害他人权利的行为，以及契约社会为了保护个人权利而设置的国家权利的行为。换言之，只有侵害权利的行为才破坏了社会契约所约定的社会，或者说，只有侵害权利的行为才是具有社会危害性的行为。可见，费尔巴哈提出权利侵害说，旨在保护市民个人的自由。这种权利侵害说，显然是与中世纪以违反神的意志或神的秩序作为犯罪本质的观念针锋相对的。

费尔巴哈提出权利侵害说，也是为了限定国家的目的与任务，防止刑法的干涉性。费尔巴哈之前的启蒙思想家追求宗教犯罪、风俗犯罪的世俗化与刑罚的人道性，并且希望从法律上限定警察活动的领域，但并没有成功。因为他们认为国家、警察的任务是促进公共福利，既然如此，警察也必须促进市民道德的进步，刑法必须处罚反宗教、反伦理的行为，警察活动就没有任何限定，市民的宗教生活、伦理生活仍然未能从国家权力中解放出来。费尔巴哈则认为，国家的目的并不包含增进福利，国家目的仅仅在于保护个人自由以及由此而产生的各种权利。因此，刑法的任务也就是防止对他人权利的侵害，警察的任务在于防止极有可能侵害权利的危险行为，即维持外部的平稳。国家的目的与任务受到限定，就使得市民的宗教生活、伦理生活完全不受国家的干预。

费尔巴哈提出权利侵害说，还在于克服刑法的不安定性，从而防止刑法的恣意性。18世纪后半期的德国刑事司法处于极不安定的状态。一方面，启蒙主义与启蒙时期的自然法思想的影响，已经在理论与立法上表现出来；另一方面，历来的普通法（*Gemeines Recht*）理论与实务仍然在持续。16世纪的加洛林纳刑事法典（*Constitutio Criminalis Carolina*）在18世纪作为帝国的法律仍然成为普通刑法的基础，但由于历史的制约，给当时的刑法造成了许多混乱。启蒙主义与启蒙时期自然法思想使得加洛林纳刑事法典的宗教基础发生了动摇，尤其是其残酷的刑罚被人们厌恶，法官为了避免残酷的刑罚，拒绝适用实定法，代之以作为自然法的理性法为根据，于是法的安定性受到了明显损害。费尔巴哈为了克服当时刑事司法的不安定局面，提倡刑法改革，将犯罪的本质统一于对权利的侵害，从而实现刑事司法的安定性，保障市民的自由。

[注31](#)

英国的边沁（*J.Bentham*）虽然不赞成社会契约论，把法律限制主权的制度看作是理论上混乱的结果，然而他赞成限制执政者的制度和执政者对被管理者负责的制度。他指出，普选权、召回公务员权、司法官员报告工作的制度、议会每年改选制、为保护公民免受官吏压制而建立的专门行政程序、武装警察的存在等，都是保证执政者对被管理者负责的手段。边沁虽然承认国家权力的无限性与不可分割性，但是他认为国家权力必须受其存在目的——保证臣民福利的限制。他提出，公共福利是个人福利的总和，个人利益是唯一现实的利益，所以，必须关心个人，而不是压制个人。[注32](#) 为此，他主张限制刑罚的适用，提出在下列四种情况下不得适用刑罚：一是无根据的（*groundless*），即“不存在现实之罪，不具有第一层次或第二层次之恶，或者恶性刚刚超过由附随善性所产生的可补偿性，正如在行使政治或家庭权力、抵抗更大的恶行以及防卫时所出现的情况那样”。二是无效果的（*inefficacious*），如果刑罚的适用不会产生好的效果，就不得适用刑罚。例如，“对不知法者、非故意行为者、因错误判断或不可抗力而无辜干坏事者所适用之刑，都

是无效的”；“反对宗教信仰的法律一般也是无效的”。三是无必要的（needless），即“当通过更温和的手段——指导、示范、请求、缓期、褒奖可以获得同样效果时，适用刑罚就是过分的”。这实际上肯定了刑法的补充性。四是太昂贵的（unprofitable），如果刑罚之恶超过罪行之恶，该刑罚便是不必要的。[注33](#) 这种限制刑罚适用的观点显然旨在排斥刑法的干涉性。边沁在论述犯罪的分类时指出，如果犯罪这个概念指的是已经建立的法律制度，那么，无论基于何种理由，犯罪都是被立法者所禁止的行为；如果犯罪这个概念指的是为创建一部尽可能好的法典而进行的理论研究，那么，根据功利主义原则，犯罪是指一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而被人们认为应当禁止的行为。[注34](#) 换言之，从立法上看，犯罪是产生或者可能产生恶害的行为；从司法上看，犯罪是刑法所禁止的行为。因此，对于刑法没有禁止的行为，法官不得以犯罪论处。他还指出，在刑事法规未予确立的情况下对行为人进行惩罚，或者将已经确立的刑事法规追溯既往进行惩罚，或者法官依据自己的权威对立法未曾规定的行为予以惩罚，以及刑事法规在不为人知的情况下进行惩罚，都是无效的。[注35](#) 易言之，只能根据事先已经颁布的刑事法规进行惩罚。这便排斥了刑法的恣意性。边沁所提出的罪刑相适应观点是众所周知的，他提出了刑罚与犯罪相适应所必须具备的11项特征，即变异性（variability）、均等性（equability）、相称性（commensurability）、特征性（characteristicalness）、示范性（exemplarity）、节俭性（frugality）、有助于改造性（subserviency to reformation）、致残性（efficacy with respect to disablement）、可补偿性（subserviency to compensation）、大众性（popularity）、可宽恕性（remissibility），实际上也排斥了刑法的身份性。[注36](#) 边沁反对肉刑，因为肉刑要么由于国家供养受刑者而太昂贵，要么由于国家不供养受刑者而使其绝望与死亡；边沁认为，死刑不是唯一能够抑制杀人欲望的刑罚；对轻微之罪不得适用死刑。[注37](#) “没有特殊原因，决不加重惩罚。”[注38](#) 这显然表明了其反对刑罚残酷性的立场。

泷川幸辰是日本前期旧派的代表人物。他起先认为道德与法律密切联系，但后来则严格区分法律与道德、风俗。他认为，以国家强制力保障其实现的那部分就是法律；依靠各人的内心期待其实现的那部分就是道德；过去通行事实的拘束力原封不动得到承认的那部分就是风俗；[注39](#) 只有违反法律的行为才可能构成犯罪。这旨在限制刑法的处罚范围，排除刑法的干涉性。泷川极力主张罪刑法定原则。他认为，罪刑法定主义虽然是启蒙思想与自然法的人权思想的表现，但其精神是保护弱者免受强者的侵害。在社会内部存在强者与弱者的对立时，罪刑法定主义就必须成为刑法的铁则。这里所说的强者与弱者的对立，在资本主义社会就是阶级的对立。根据泷川的观点，在阶级对立的资本主义社会里，如果不恪守罪刑法定主义这一铁则，刑法就会变成阶级压迫的手段。[注40](#) 泷川虽然有时认为罪刑法定主义既有保护国民的权利、自由的机能，又有保障犯人的权利、自由的机能，但他同时主张，如果深究的话，罪刑法定主义的机能可归结为对犯人权利、自由的保障，刑法存在的理由在于它是犯人的大宪章。[注41](#) 这一观点显然意在限制刑法的恣意性。泷川还反对严刑峻罚。例如，他指出，日本刑法所规定的杀害尊亲属罪[注42](#)，是借维持美风良俗之名，行严罚主义之实。[注43](#) 再如，他认为，刑是野蛮时代的产物，而不是民族的确信，死刑也不具有威慑力，任何研究都不能证明死刑的必然性，故应当废除死刑。[注44](#)

概言之，前期旧派基本上都主张自由意志、行为主义、道义的责任、报应刑、一般预防。即人都是具有自由意志的[注45](#)，对基于自由意志所实施的客观的违法行为，能够进行非难、追究其道义上的责任；为追究这种责任，对行为进行报应的方法就是刑罚，刑罚是对恶行的恶果，以对犯罪人造成痛苦为内容；对犯罪人进行报应可以警告一般人，以期待一般预防的效果，刑罚以一般预防为主要目的。

后期旧派是在前期旧派的基础上反驳新派而形成的；新派则是基于对前期旧派理论的不满而形成的，故在此先论述新派。刑法理论一般认

为，新派的产生或者说引起学派之争有两个方面的原因：[注46](#)

其一是19世纪中叶以后欧洲大陆特别是德国社会的、经济的变化。德国从19世纪中叶开始，自然科学的发达与技术的进步引起了产业革命，由原来的农业国转变为工业国；自19世纪70年代开始，资本主义制度经过原来的自由竞争联合体而进入垄断主义、帝国主义阶段。其结果是，近代的大工业都市的发展、工厂工人的增加、工人阶级与资产阶级的对立、抗争的激化、大众的贫困化、失业人群的泛滥、家庭的崩溃、帝国主义战争等现象出现了；犯罪率上升，累犯特别是常习犯与少年犯急剧增加。然而，德国于1870制定、1871年施行的德意志帝国刑法典（即当时的新刑法典），对于作为新的犯罪现象的累犯、常习犯、少年犯罪没有做出任何考虑，使人们痛感旧的刑法理论在新的犯罪现象面前无能为力。从此，发出了对以往刑法思想即古典的刑法理论的批判声，这是导致学派之争的现实原因。不难看出，犯罪现象的增加对社会造成了严重威胁，因而必然导致社会防卫的呼声高涨，社会本位的新派刑法观便应运而生。

其二是犯罪学的发达。19世纪30年代，凯特勒（J.Quetelet）首先从统计学领域发展了犯罪学，凯特勒在其著作中阐明了犯罪的社会原因，这对历来认为犯罪只是自由意志的产物的古典刑法思想给予了冲击。进入19世纪70年代后，意大利学派抬头，犯罪人类学派的创立者龙勃罗梭（C.Lombroso）首先强调犯罪的人类学的、遗传学的原因，阐明了犯罪是自然的必然的现象以及犯人的重要性。随后，菲利（E.Ferri）在其著作中强调了犯罪的社会的、物理的原因；加罗法洛（R.Garofalo）在其著作中强调犯罪人的危险性是犯罪的中心要素。这些思想强调犯罪的中心不是行为，而是行为者即犯罪人，强调与犯罪作斗争的中心在于犯罪人的危险性、反社会性格，与犯罪中心主义的古典刑法理论相对而主张必须研究犯罪人，并强调必须根据犯罪人的分类使犯罪对策个别化。特别是菲利，他将自己的立场称为实证学派，主张必须对犯罪及其对策进

行实证的、自然科学的研究，对专门从解释论上研究法规范的古典理论展开了公开批判。批判地继承凯特勒及意大利学派的思想，在德国进行综合性展开的则是李斯特（F.v.Liszt）。显然，支撑“犯罪学的发达”的是科学的发展。例如，龙勃罗梭的天生犯罪人观念就受到了达尔文遗传概念的影响，其对犯罪人的分类就有精神病学的支撑。“犯罪学的发达”背后还有实证哲学的指导。实证哲学认为一切知识都是关于现象的知识，故一切知识、科学都应以经过实证的事实为基础，以所观察到的事实为基础而建立的知识体系才具有科学性；正是这种实证哲学推动了新派的形成。

凯特勒使用统计方法比较了法国、比利时、卢森堡和荷兰的犯罪率，并以法国1826—1831年的杀人案件的统计为基础，说明同一数字带着不可能被误解的规律性重复着。根据他的研究，法国犯罪统计中的犯罪率与犯罪人被逮捕、监禁和绞死的比率每年都是相当稳定的，犯罪的这种规律性与贫穷、年龄、性别、气候、职业、教育等社会、自然因素有关，因而提出了“社会制造犯罪、犯罪人仅仅是社会制造犯罪的工具”的著名论断；他认为，社会内部包括着未来各种犯罪的病菌，每一种社会制度都预先准备好了作为它的体制的必然结果的犯罪的数量和选择；因此，社会在一定程度上为犯罪的产生创造了条件，而犯罪人只不过是实行犯罪的工具；通过改变社会制度，进行风俗教育及利用其他一切可以影响人类行为的因素，就能够使人类得到进化，从而使犯罪得以减少。[注47](#)

龙勃罗梭的天生犯罪人论（或生来性犯罪者说）主要有三个基本观点：其一，犯罪人具有生来就要犯罪的命运，是人类学上的一类变种（犯罪人类）。其二，犯罪人具有身体的与精神的特征，据此可以将他们与一般人相区别。其三，犯罪人是向野蛮人返祖（隔世遗传）的人或者是蜕化者。天生犯罪人论是龙勃罗梭在当时通过采用先进的临床方法而形成的理论。他对66名男性犯罪人做了解剖学的调查；对832名活着

的犯罪人进行了身体测定；对868名兵士与90名精神病患者的身体与精神特征作过研究。调查的结论是，犯罪人在身体上、精神上具有一些先天性的特征。典型的身体特征有：小脑、狭额、大颧、大耳、长腕、鹰钩鼻、头盖骨厚、牙齿并列异常等。典型的精神特征有：怠惰、残忍性、衝动性、低智能、痛觉钝麻、道德感缺如等。龙勃罗梭所描述的生来性犯罪人，可谓克罗马尼翁人（旧石器时代末期人类化石）的再生，是具有史前人脑的“半人半兽的怪物”，具体地说，是未开化民族、幼儿、癫痫病患者、悖德性精神障碍者。龙勃罗梭以其生来性犯罪人论为基础，对在非洲尼罗河上游的几个部族进行了调查，发现这些人大多具有生来性犯罪人的特征。他由此推测，在这些部族中，犯罪成为日常行动。不过，龙勃罗梭并不认为所有的犯罪人都是生来性犯罪人，他起先认为，生来性犯罪人占全部犯罪人的60%—70%，后来又修正为35%—40%。生来性犯罪人之外的犯罪人包括精神障碍犯罪人、癫痫性犯罪人、机会性犯罪人（包括介于生来性犯罪人与一般人之间的倾向性犯罪人）、激情性犯罪人。龙勃罗梭的刑罚观与其生来性犯罪人论相适应，他主张刑罚目的是彻底的社会防卫与犯罪人的改善。对生来性犯罪人，应科处死刑或者终身监禁刑，对其他犯罪人，则应科处不定刑期、罚金刑或者送至精神病院。此外，他针对轻微犯罪提出了叱责、断食、冷水浴、身体刑、自宅拘禁等处置措施。[注48](#)

菲利反对自由意志的概念，他将犯罪原因分为人类学因素、自然因素与社会因素，他指出：“无论哪种情况，从最轻微的到最残忍的，都不外乎是犯罪者的生理状态，其所处的自然条件和其出生、生活或工作于其中的社会环境三种因素相互作用的结果。”[注49](#)在此基础上，他提出了犯罪饱和论，“即每一个社会都有其应有的犯罪，这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的，其质和量是与每一个社会集体的发展相适应的。”[注50](#)他将犯罪人分为五类：一是生来性犯罪人或本能性犯罪人，二是精神病犯罪人，三是激情犯罪人，四是偶然性犯罪人，五是习惯性犯罪人。[注51](#) 他提出，为了防止社会免受犯罪侵害，必须充实“代替刑

罚”的社会政策、福利政策等，传统的刑罚是不够的，对行为人应科处作为对其“危险性”处置的“制裁”。[注52](#) 对菲利的基本观点可概括如下：将自由意志的概念驱逐出刑法领域；刑事司法的目的在于社会防卫；犯罪是由于人类学因素、自然因素与社会因素相互作用而产生的；犯罪人有五大类型；对犯罪人科处刑罚是不充分的，应有代替刑罚的措施；惩罚的基础不是犯罪客体的性质而是犯罪动机；对于囚犯，应当以农场式的集中监禁制取代独居制；不定期刑并非只是以狱内监禁方式执行的定期刑的配料；应当为患有精神病的囚犯设立专门的医院；取消陪审团；在公法领域使用赔偿作为一种惩罚措施；应当以犯罪人为中心研究犯罪。[注53](#)

加罗法洛批判了旧派的基本观点与研究方法。他指出，旧派学者并不把罪犯看作是一个心理异常的人，而是视为仅仅因为实施了法律所禁止且受刑罚处罚的行为而不同于他人的人；旧派学者只是从外部形式上研究犯罪，却不从心理实验的角度进行分析；旧派学者不考虑犯罪的起源、原因，只是关心各种重罪与轻罪的外部特征；旧派学者没有根据犯罪人的特点对犯罪和犯罪人进行分类，而只是按照犯罪所侵犯的权益性质进行事实上的分类；旧派学者所寻找的刑罚是一种均衡而且抽象的公正的刑罚，不是经实践证明能在总体上有效地减少犯罪的刑罚。[注54](#) 他在著名的《犯罪学》一书中，提出了直接研究犯罪人的必要性与重要性，强调以犯罪人的危险性为中心展开研究；他批判了古典学派的基本观点，尤其对道义责任论作了详细的批评；也批判了基于古典学派理论所形成的刑罚制度与刑事诉讼制度；他对犯罪进行了分类，并主张根据不同的犯罪采取不同的遏制对策。

上述学者虽然是新派的先驱者，但更主要的是犯罪学的先驱者。或许可以认为，他们的研究对刑法学产生了重大的影响，但主要贡献则是在犯罪学领域。而李斯特则基于德国人的论理与稳健，真正从刑法意义上展开了新派的理论。

将李斯特视为新派的代表人物，是基于其目的刑论。李斯特的目的刑论大致有三个支柱：

第一是犯罪原因论。李斯特将犯罪原因分为个人的原因与社会的原因，消除社会原因必须主要依靠社会政策，故“最好的社会政策就是最好的刑事政策”；刑罚主要消除个人原因，故“应受处罚的不是行为而是行为人”。在消除个人原因时，必须考虑刑罚具有什么效果。李斯特认为，刑罚具有威吓、改善、隔离三种效果，因此作为刑罚对象的犯罪人，也必须与之相适应分为三类：机会犯人、可能改善的状态犯人与不能改善的状态犯人。应当对机会犯人进行威吓，对可能改善的状态犯人进行改善，对不能改善的状态犯人进行隔离。其中最重要的是可能改善的状态犯人，多数累犯与常习犯属于这一类。对这些犯罪人以短期自由刑进行威吓不能达到效果，故应实行不定期刑进行改善（不定期刑论）。这里的改善，不是指将犯人改善成为伦理上的优秀人物，而是指改善成为不妨害他人、能够从事社会生活的人，即不要求“伦理改善”，只要求“社会改善”（改善刑论）。

第二是刑罚的历史。李斯特指出，原始的刑罚即人类文化史上最初阶段的刑罚，是由社会针对从外部破坏个人及现存个人集团的生活条件的行为，盲目地、本能地、冲动地、无目的地进行的“否定”（反动），但刑罚后来慢慢地改变了其性格。随着刑罚的客观化，即随着“否定”脱离了与犯罪有最密切关系的人之手，而转移到与犯罪没有关系、能够进行冷静审判的机关之手，便可能不受拘束地对刑罚的效果进行观察。经验为理解刑罚的合目的性开辟了道路；刑罚通过目的观念获得了分量与目标，刑罚的前提（犯罪）与刑罚的内容、分量（刑罚制度）也随之得到了进化；受目的观念的支配，刑罚权力成为刑法；将来的任务是基于同样的精神推进已经展开的进化，即由盲目的“否定”彻底转向有目的意识的法益保护。通过分析刑罚的历史，李斯特得出了如下结论：“刑罚是被作为防卫法秩序的手段来认识的，刑罚不能不为防卫法益服务。因

此，说刑法的历史是人类法益的历史也不过分。”“由目的观念完全约束刑罚权力，正是刑罚正义的理由。”[注55](#)

第三是法益论。李斯特认为，法学首先是体系的科学。因此，他特别强调体系整理的必要性，即必须使概念的上位、下位关系明确化，探求统合这些关系的法则。就像从无数的杀人形态中抽象出谋杀、故杀的概念，从谋杀、盗窃、放火、强奸等中抽象出犯罪的概念一样，法学就是使用抽象方法从特殊现象中形成一般概念，并且从各个法领域中得到最高、最终的概念和概括性的基本原则。任何法律都是针对一定的事实规定一定的效果，事实与法律效果成为所有法领域中最高的两个概念。刑法中的最高概念就是犯罪（条件）与刑罚（效果）。那么，法律为什么将犯罪与刑罚结合起来呢？能给予最根本性回答的是法益概念。他指出：“法都是为了人而存在的。人的利益，换言之，个人的及全体的利益，都应当通过法的规定得到保护和促进，我们将法所保护的这种利益叫做法益。”[注56](#) 侵害法所保护的利益即法益的行为就是犯罪，保护这种利益不受犯罪侵害、维持和促进这种利益的手段就是刑罚；换言之，犯罪所侵害的对象与刑罚所保护的对象都是法益；于是，法益将刑法中的犯罪与刑罚这两个最高概念结合起来。由此也可以发现，刑罚的目的是保护法益不受犯罪侵害。

在本书看来，李斯特的犯罪论具有两重性。一方面，他认为，如果刑罚以犯罪人的性格本身为对象，那么，本来对于还没有实施犯罪但具有危险性格的人，也应当为了改善而科处刑罚；但由于现代的知识水平与能力还不能在犯罪前判断人的性格，故只有当犯罪人的危险性格征表为犯罪行为，才能科处刑罚（犯罪征表说）。[注57](#) 但是，李斯特并没有因为其犯罪征表说而否定罪刑法定原则，相反，他认为，并非任何行为都可能征表行为人的危险性格，只有当法律对这种征表有明确规定时，才成立犯罪。换言之，只有法律所规定的犯罪行为才能征表行为人的危险性格。这便恪守了罪刑法定原则。另一方面，他的犯罪论也具有客观

主义的倾向。例如，他就不能犯与未遂犯的区别提出了具体的危险说，而批判了德国当时兴盛的主观主义者所赞成的主观说。[注58](#)

作为李斯特的学生，必然受李斯特学说影响的牧野英一，是日本新派的重要代表人物。贯穿牧野刑法理论的方法论是“进化论”，其基本命题是“随着社会的进化刑法也进化”。社会的进化有两种法则：其一是制度由本能性、反射性进化为目的性、自觉性；其二是制度由单纯性进化为细密性。社会的进步是在调和生存竞争与生存协同之间的矛盾的努力过程中实现的，结局是以个人与社会的协和为终极目标。但犯罪被视为社会生存竞争的流弊，随着生存竞争的激烈犯罪也自然增加，犯罪的增减是由一定法则支配的社会现象。为了与犯罪的进化相对应，刑法也必须经过一定的社会学的过程而进化。刑法的进化过程表现为，由原始的复仇时代开始，接着是由国家刑罚统制的威吓时代，后来是随着国家的发达以保障人权为背景的人道时代或博爱时代，最后是采纳了科学研究成果的科学时代。前二者属于本能性、反射性的时代，后二者属于目的性、自觉性的时代。刑法中的重点变迁，是由与博爱时代相适应的个人主义、报应刑、客观主义，进化为与科学时代相适应的团体主义、目的刑、主观主义。[注59](#)

牧野是教育刑论的倡导者。他对报应刑论与目的刑论进行了比较：报应刑论是回顾性的，目的刑论是展望性的；以刑罚满足报应观念和维持社会道义是观念性的，以刑罚保全共同生活中的未来社会是实证的、现实的。他指出，从报应刑移向目的刑，是刑罚与刑罚思想的进化。报应刑论将报应作为先验的伦理原则，但对自由意志的责任这种回顾方法，不可能作为现实的犯罪对策起到展望作用；随着自然科学的发达与实证方法的运用，刑法的政策意义得以反省。目的刑论以保全社会为目标，但它不是通过镇压、防范、权力性的方法而是通过以科学手段改善、教育犯人的方法，与特殊预防相结合而进化为改善刑。牧野指出，将一般预防作为刑罚目的之一，同时将报应刑论与一般预防论相结合，

有导致权力性的威吓主义的危险，故应当将特殊预防作为重点以提高刑法的文化意义。这便是刑罚目的从一般预防到特殊预防的进化。在针对行为人的特殊预防（改善与教育）没有科处重刑必要的场合，不能为了实现一般预防而科处重刑；换言之，刑罚的程度止于特殊预防的限度，一般预防由其他手段实现。反之，从一般预防的角度考察没有必要科处重刑，而从特殊预防的需要考察应科处重刑时，则应科处重刑。关于作为目的刑、教育刑主体的国家观问题，牧野在展开了由警察国家经过法治国家向文化国家进化的过程后，主张从文化国家的立场出发推进教育刑理念。他指出，国家以保全、统制、发展、繁荣共同生活为任务，但犯罪人也是人，其作为个人的尊严应当得到尊重。[注60](#)

牧野是主观主义者。客观主义也称犯罪主义或事实主义，主张科处刑罚应以犯罪事实（实害或者危险）的轻重为根据（罪刑平衡主义）；与此相对，主观主义也称犯人主义或人格主义，主张科处刑罚应以反复侵害的盖然性即恶性、社会危险性的程度为根据。根据牧野的观点，从客观主义进化到主观主义，是19世纪后半期的实证研究导致要求对犯罪人的研究以及偶发犯人与常习犯人在处遇上的个别化的必然归结。在立法论上，牧野主张扩大法官的裁量权、通过缓刑使刑罚缓和、导入常习犯罪类型、补充保安处分等。在解释论上，牧野将犯罪行为中的主观侧面置于比客观侧面更为重要的地位。他指出，从关注外部行为及其结果这种事实转向关注犯罪主体的心理状态，由来于探求心理作用必然法则的心理学、生理学的发达。另一方面，民事责任与刑事责任的分化，也要求刑法从客观主义进化到主观主义。因为民事责任的本质在于损害赔偿，故其立足点在过去已经造成的客观实害；但是，刑事责任的本质在于刑罚，故其立足点在主观的恶性和预防将来的危险。他还指出，责任能力及故意、过失这种主观性要件，并不在于连接行为与犯人的心物两面的本来的责任主义机能，而在于通过征表性情的反社会性格而成为刑罚的适当性、必然性的标准。如果将责任作为反复犯罪的危险性（恶性）来理解，那么，即使是少年与精神障碍者的行为，也没有导致社会

防卫上的区别，只是处置方法可以有别而已。[注61](#)

牧野英一虽然是李斯特的学生，但他将主观主义更加向前推进了一步。李斯特始终坚持罪刑法定原则，反对类推解释；而牧野英一则主张缓和、批判甚至取消罪刑法定原则。这是因为罪刑法定原则所要求的对刑法的严格遵循，会对社会防卫、主观主义、特殊预防、教育刑起阻碍作用。毋庸置疑的是，对罪刑法定原则的缓和、松弛，必然导致司法权的扩大，从而危及公民的自由。但牧野英一以所谓“现代的时代距法国大革命已经百年有余，中世纪残酷的擅断主义只是作为历史沿革的遗迹残留在社会的记忆中而已”为理由，试图打消人们的上述忧虑。[注62](#) 然而，牧野英一或许没有牢记历史教训，也过于轻视司法权力；在实行罪刑法定主义、极力限制司法权力的当代，滥用司法权力的现象也随处可见。所以，在这一点上，牧野英一似乎没有李斯特的认识深刻。

木村龟二在其学术前期大体上也是日本新派的代表人物。从1927年至二战结束时，木村受到了牧野英一的巨大影响，其理论特色有两点：一是对犯罪与刑罚的理解采取实证主义的态度，如否定人的意志自由，赞成实证主义的犯人观；[注63](#) 坚持团体主义的主观主义的刑法理论；正面提出了教育刑论。[注64](#) 二是对刑法解释采取扩大乃至无限的态度，如主张类推解释；在一定限度内承认紧急救助义务是不作为犯中的义务来源之一[注65](#)；如此等等。木村的实证主义的新派刑法学理论，包含了社会防卫的观点，他着眼于行为所征表的行为人的危险性、反社会性，具有扩大处罚范围的倾向。这与当时的日本社会背景以及刑事立法有关，也与他并不否定地介绍纳粹刑法的研究工作有关。

但在后来，尤其是1959年以后，木村成为以主观主义为基础的折中主义者。例如，木村后来认为，主观主义与客观主义并不是完全对立的，客观主义将刑罚评价的重点置于客观部分，主观主义将刑罚评价的重点置于主观部分。客观主义虽然重视行为与实害，但由于行为与实害

表现出行为人的人格、性格，故并非完全忽视内部的、主观的部分；主观主义虽然重视行为人的人格、性格，但由于行为人的人格、性格是通过行为及其实害表现出来的，故并非完全忽视外部的、客观的部分。但是，客观主义只考虑由行为及其实害表现出来的主观部分，而主观主义则全面考虑比行为及其实害表现出来的主观部分更广的主观部分。在这个意义上说，客观主义与主观主义的对立，并非只是刑罚重点的相对区别，而是有关刑罚评价对象的犯罪的本质区别。木村最后指出，将犯罪人的情操、危险性、反社会性作为刑罚的评价对象并不是无限制的，而应当限制在反复实施犯罪的危险性即犯罪人的危险性方面。因此，无视犯罪人的危险性去理解犯罪的行为与行为人是不可可能的，在此意义上讲，从行为人中抽象出行为的客观主义是错误的，主观主义是正确的。但是，人的行为并非单纯的因果关系的发展过程，否则，作为主体的行为人就不存在了；作为主体的行为人又是意思的主体，行为是意思的实现，犯罪作为意思的实现是有意义的事实；旧派强调作为有意义的事实的人格是正确的，但将刑罚评价的对象仅限于作为有意义的事实犯罪则是错误的。[注66](#) 又如，关于正犯与共犯的区别，木村仍然主张以实行行为的决意这种主观要素为根据进行区分，即以意思内容的区别为标准，以自己的决意实施符合构成要件的行为时是正犯，通过他人即正犯者实施符合构成要件行为的决意而实施符合构成要件的行为时是共犯。[注67](#) 至于正犯与共犯的关系，木村也主张新派学者通常采取的共犯独立性说。木村认为，旧派的共犯从属性说没有理论根据，从法律规定上看，日本刑法关于共犯的规定也不能证明采取了共犯从属性说；相反，共犯独立性说是正确的，即共犯的犯罪性与可罚性是固有的、独立的，同正犯的犯罪性、可罚性没有关系。[注68](#) 再如，他仍然坚持教育刑论，认为教育刑是以教育作为刑罚本质的学说，教育刑的教育并不意味着以恶害的报应进行教育，也不意味着单纯传授知识的教育，而是兼具知、情、意使人成为社会人的教育；社会人的形成，对正常人是一种普通教育，对非行少年、精神薄弱者是一种特殊教育，二者所追求的是教

育的普通理论，教育刑是以犯罪人为对象的特殊教育。因此，教育刑论的基本主张是，刑罚的本质在于使犯人成为社会人，使犯人恢复犯罪前的状态；科处刑罚不是因为行为人犯了罪，而是为了使行为人不犯罪；教育刑论的刑罚，要依据犯人的个性，采取相应的方法使犯人再社会化，使他可能重返社会，故刑罚的个别化是其本质；只要与犯人的特性相应并适合使其成为社会人，教育刑的方法就没有限制；由于教育刑论认为刑罚的本质是教育，作为刑罚权主体的国家是“教育国家”，刑罚的执行也是教育，故教育刑论是道德的、人道的、文化的。[注69](#)

概括起来说，新派主张决定论、行为人主义、社会的责任、改善刑、特殊预防。新派否认没有原因的自由意志，认为犯罪一定是基于某种原因产生的；因此，只是对已经发生的行为进行非难、追究责任就不能防止犯罪，为了防止犯罪就必须研究犯罪原因；犯罪的原因多种多样，其中行为人的性格是一个重要因素，故犯罪的防止有赖于消除行为人的性格危险性；刑罚是改善性格的一种手段，刑罚的主要目的是预防犯罪人重新犯罪；对于具有危险性格的人，不管其有无道义上的责任，基于社会生活的必要，必须令其承担责任，这就是社会的责任。

针对新派的上述主张，旧派学者给予了强烈反击，展开了真正意义上的“刑法学派之争”。德国的宾丁（K.Binding）、贝林（E.Beling）、贝克麦耶（v.Birkmeyer）、麦耶（M.E.Mayer）等人，是这个时代的旧派代表人物。后期旧派与贝卡里亚、费尔巴哈等前期旧派存在许多共同点，如大体上都承认自由意志，都主张对基于自由意志而发动的客观行为应当科处与之相当的报应刑。但以19世纪40年代普鲁士国家主义为背景形成的所谓黑格尔学派，使德国旧派产生了很大变化，导致后期旧派与前期旧派存在不少差异。例如，前期旧派严格区分法与伦理，而后后期旧派则将法与伦理同等看待；前期旧派所说的自由意志，是指对利害进行合理考虑并据此实施行为的能力，而后后期旧派所说的自由意志，是一种形而上学的、没有原因的自由意志；前期旧派所讲的报应是以一般预

防为目的的心理强制，而后期旧派所言的报应则带有强烈的绝对报应、赎罪的报应的色彩。后期旧派具有较强的国家主义、权威主义的倾向，但也具有自由主义的一面。可以说，后期旧派是以“国家自由主义”的意识观念为基础的。国家主义与自由主义乍看起来是矛盾的，但落后的资本主义国家为了发展经济，与先进的资本主义国家对抗，必然一方面重视国家的作用，同时又保障个人的自由活动。结局是，国家作为最高道义姿态的一方，对国家权力的行使进行自制。[注70](#)

康德（I.Kant）的自由意志论、绝对报应刑论表现出其旧派立场。康德指出：“我们必须承认每个具有意志的有理性的东西都是自由的，并且依从自由观念而行为。”[注71](#) 一般来说，人们对行为的选择，都是由纯粹理性决定的，因而人们的行为是自由意志的行为；当人的行为由感官冲动或者刺激之类的意向决定时，则是非理性的兽性选择。由于人具有自由意志，故产生因自由选择所带来的责任。按照康德的观点，法律、正义和权利的概念在分析上都需要使用强制的权威。作为自由之存在，人们有通过行动来实现其愿望的权利，随之而来的是要求每人都应在行动中尊重其他人的权利，所以，权利就是一个人合法的自由。假若人们做的每件事都绝不会妨碍他人自由，也就不会有问题困惑我们，但情况显然不是这样，所以需要存在一般性法律；法律是与公正原则相一致的，借此才能使一个人的合法自由与其他人的自由和平共处，法律按其本质来说是对自由的限制。[注72](#) 康德反对将刑罚作为实现某种目的的手段。他指出：“法院的惩罚绝对不能作为促进另一种善的手段，不论是对犯罪者本人或者对公民社会。惩罚在任何情况下，必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。”[注73](#) 康德将报应视为公正和正义，而公正与正义必须得到伸张；如果公正和正义沉沦，那么，人类就再也不值得生活在这个世界上了。在康德看来，一种行为如果在严格意义上是公正的，那么它就应与法律相一致；如果它与法律不一致，它就是不公正的。“一个不公正的行为就是对他人权利的侵犯，因而我们可以说它在道德上就是错误的。另一方面，为了预防破坏权利而在法律条件下

进行强制，在道德上则是正确的。这样的强制是对一种对合法的自由的‘妨碍的妨碍’，因而也就是正当的。自由是为了自由本身的缘故而受到限制。”[注74](#) 下面一段众所周知的名言，更是清楚地表明了康德的绝对报应刑立场：“谋杀者必须处死，在这种情况下，没有什么法律的替代品或代替物能够用它们的增或减来满足正义的原则。没有类似生命的东西，也不能在生命之间进行比较，不管如何痛苦，只有死。因此，在谋杀罪与谋杀的报复之间没有平等问题，只有依法对犯人执行死刑。……甚至假定有一个公民社会，经过它所有成员的同意，决定解散这个社会，并假定这些人是住在一个海岛上，决定彼此分开散居到世界各地，可是，如果监狱里还有最后一个谋杀犯，也应该处死他以后，才执行他们解散的决定。应该这样做的原因是让每一个人都可以认识到自己言行有应得的报应，也认识到不应该把有血债的人留给人民。如果不这样做，他们将被认为是参与了这次谋杀，是对正义的公开违犯。”[注75](#)

刑法理论将康德归入后期旧派，还因为其学说具有明显的国家自由主义倾向。例如，康德在国家起源问题上遵循社会契约论，承认人是为了获得作为公共成员的自由而放弃自己的自然状态的自由；人放弃了不以法律为基础的野蛮的本性，就得到以法律为基础的法制状态下的自由。但是，“康德的人民主权观点是不彻底的。一方面，他认为立法权应该表达人民的意志，另一方面，人民事实上却无法左右最高政权；谁要是‘打算同当今的国家政权对抗，按照这个政权的法律，也就是有充分理由，他会遭到惩罚、处死或者被放逐’。试图停止，哪怕是片刻停止法律的效力都被康德看作是既对法的思想也对实践理性原则的粗暴破坏的犯罪行为。他做出的结论是：‘应该服从目前存在的政权，不管它是如何产生的。’”[注76](#) 再如，他虽然就道德与法的区别确立了最有影响、最有说服力的标准，但是他将法归属于伦理学。“阿斯穆斯论述康德的法和道德的关系的概念时写道：‘……法的立法是道德立法的一个组成部分。在道德规则中不仅要规定本来意义的道德责任，而且要规定法律的责任。’”[注77](#) 康德把法律规则归入道德规则范围内，由此引出法

的规范的先验性，并使法的规范从属于纯粹实践理性。他试图从客观和主观方面给法下定义。从客观方面来说，法是一些条件的总和，按照自由的普遍法则的观点，在这些条件下，一个人的任性可以同另一个人的任性并存；而从主观方面来说，普遍法则表明：要表面上让你的任性的自由表现同符合普遍法律的每个人的自由并存。[注78](#)

总的来说，康德认为，法不是为了国民的福祉而是为了自律的自由而存在的；为了抑止妨害自由的行为，就需要具有强制力的法，这便是刑罚权的根据。但是，人格不能作为工具来利用，不能将刑罚作为促进其他善的手段来适用，故只能采取报应刑论。于是，康德的刑罚论具有人权保障与严罚主义的两面性。[注79](#)

黑格尔（W.F.Hegel）在两个方面突出地反映出其旧派的立场。其一是著名的法律报应主义。黑格尔对犯罪与刑罚的关系作了辩证的阐述：犯罪是对法的否认，而刑罚是对不法的否定并恢复法的原状，刑罚因此是正义的。他在批判其他刑罚理论时指出：“刑罚理论是现代实定法学研究得最失败的各种论题之一，因为在这一理论中，理智是不够的，问题的本质有赖于概念。如果把犯罪及其扬弃（随后被规定为刑罚）视为仅仅是一般祸害，于是单单因为已有另一个祸害存在，所以要采用这一祸害，这种说法当然不能认为是合理的（克莱因：《刑法原理》。第9节以下）。关于祸害的这种浅近性格，在有关各种刑罚的理论中，如预防说、儆戒说、威吓说、矫正说等，都被假定为首要的东西；而刑罚所产生的东西，也同样被肤浅地规定为善。但是问题既不仅仅在于恶，也不在于这个或那个善，而肯定地在于不法和正义。如果采取了上述肤浅的观点，就会把对正义的客观考察搁置在一边，然而这正是考察犯罪时首要和实体的观点。”[注80](#) 黑格尔接受了关于个人尊严的进步思想，他不把犯罪人看成司法的简单客体，而是将犯罪人提高到自由自决人的地位。在他看来，要做到尊重个人，实现正义，就不能仅仅以预防、改善等来说明刑罚。他指出：“认为刑罚既被包含犯人自己的

法，所以处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果不从犯人行中去寻找刑罚的概念和尺度，他就得不到这种尊重。如果单单把犯人看做应使变成无害的有害动物，或者以儆戒和矫正为刑罚的目的，他就更得不到这种尊重。”[注81](#) 其二是著名的犯罪客体论。犯罪的本来客体即犯罪所侵害的是普遍意志、是作为法的法、是具体意义上的自由的定在。[注82](#) 这一观点显然也有利于排除刑法的干涉性，实行罪刑法定原则。

但值得指出的是，黑格尔及其学派的基本立场与前期旧派是有区别的。1840年后，德国各州相继制定刑法典，但德国的刑法学并没有对各州的刑法典展开分析，而是从哲学上寻找发现新的普通法的线索，于是刑法学与黑格尔哲学联系起来。这种倾向的社会背景是要求德国统一与自由的民族主义动向。在长期处于政治分裂和苦于先进国家干涉的德国，要求个人自由的运动，必然与国家统一的要求相结合。因此，德国的自由主义带有国民的自由主义这种特殊性质，个人的自由必须与民族共同体相结合。特别是进入19世纪40年代以后，以正在进行的产业革命为背景，德国的市民阶级在强烈要求政治变革的同时，要求分割的德国国土成为统一的国内市场。但以莱茵州的市民阶级为中心的政治解放运动，在1848年的三月革命受到挫折后，贵族的优越性地位难以动摇。于是，德国的统一与自由的课题，是在与贵族妥协后以普鲁士为中心展开的。在这种社会背景下，寻求国家与自由的综合的黑格尔哲学，对刑法学产生了强烈影响。[注83](#)

宾丁的刑法理论具有非个人主义（权威主义）的倾向。例如，在犯罪论方面，他认为，犯罪并不是违反制裁法即刑罚法规的行为，相反是符合刑法法规前句所规定的构成要件的行为；因此，犯罪所违反的不是刑罚法规本身，而是违反了作为刑罚法规前提的一定的行为法即规定禁止或者命令一定行为的规范。国家从实现国家的共同生活目的的立场出发，禁止有害的行为、命令有益的行为，这种国家意志通过法的形式表现出来时，就是行为法或者行为规范。这种规范是制定刑法的前提，犯