普通高等教育“十二五”规划教材

外国刑法学原理（大陆法系）

贾济东 著

科学出版社

普通高等教育“十二五”规划教材

外国刑法学原理

（大陆法系）

贾济东　著

科学出版社
北京

内 容 简 介

本书全面、系统地阐述了大陆法系的刑法基本理论、立法及判例，洞察了理论与立法和司法的互动关系，把握了刑法理论的形成和发展规律，揭示了大陆法系刑法理论与实践的真实面貌；在介绍外国刑法学最新进展的同时，提出并论证了诸多新观点，从而使本书兼具社会价值和学术分量。本书结合实践阐释理论，深入浅出，论证严密，具有较强的说理性和可读性。

本书既可以作为教材供高等院校法学专业的学生全面了解大陆法系刑法学使用，又可以作为专著供学界同行参考借鉴。

图书在版编目（CIP）数据

外国刑法学原理：大陆法系/贾济东著．—北京：科学出版社，2013

普通高等教育“十二五”规划教材

ISBN 978-7-03-037455-4

Ⅰ.①外… Ⅱ.①贾… Ⅲ.①刑法—法的理论—国外—高等学校—教材 Ⅳ.①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2013）第 096622 号

责任编辑：籍达心 / 责任校对：徐榕榕
责任印制：阎 磊 / 封面设计：蓝正设计

科学出版社出版
北京东黄城根北街 16 号
邮政编码：100717
http://www.sciencep.com
新科印刷有限公司 印刷
科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2013 年 8 月第 一 版 开本：787×1092 16
2013 年 8 月第一次印刷 印张：33 1/4
字数：830 000

定价：78.00 元

（如有印装质量问题，我社负责调换）

外国刑法学研究的新进展（代序言）

高铭暄[1]

近年来，中国某些刑法学者认为，中国刑法学中的四要件犯罪构成理论需要“全面清理”；中国刑法学体系需要按照德日刑法学递进式三阶层犯罪论体系“推倒重建”。在我看来，“推倒重建”的观点是不可取的。那么，是否需要研究、借鉴外国刑法学理论？答案无疑是肯定的，学习他人是必要的，但切不可在学习中迷失了自我，迷失了方向。学习要科学合理，不可妄自菲薄。只有深入了解外国刑法理论的全貌和精髓，才能正确阐释和评判它的是非优劣；只有科学认识外国刑法学理论的原貌和生存土壤，并结合中国的文化传统和国情予以合理扬弃，才能与时俱进，在改革中坚持、发展和完善中国刑法学理论体系。当然，这一切都有赖于对外国刑法理论与实践进行全面、系统、深入的研究。

华中科技大学法学院贾济东教授在给博士和硕士研究生讲授《欧陆日本刑法学》的同时，密切关注外国刑法理论与实践的最新进展。最近，他将教学感悟与研究心得凝成《外国刑法学原理（大陆法系）》一书，即将由科学出版社出版。济东教授在武汉大学师从李希慧教授攻读刑法学博士学位时，深受我的故友马克昌先生的青睐，现在又到北京师范大学跟随赵秉志教授从事博士后合作研究，这种锲而不舍、不断进取的求学精神，令我深受感动。当他将新著交到我手上后，我一气读完。翻阅之余，认为该书具有以下特点：

第一，体系完整，内容全面。全书共分15章，依次为刑法与刑法学、刑法理论流派、刑法基本原则、刑法的效力范围、犯罪概说、犯罪论体系概说、行为、构成要件、违法性、责任、未遂、正犯与共犯、竞合、刑罚、保安处分和修复性司法。作者系统、全面地阐述了大陆法系的刑法基本理论、立法及判例，尤其是对犯罪论体系进行了充

---

① 中国人民大学荣誉一级教授暨法学院教授、博士生导师，兼任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，中国法学会学术委员会副主任，中国刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会名誉主席，北京市法学会名誉会长。

分的阐述，重点较为突出。该书通过对相关刑法理论、刑事立法和司法实践进行阐述、分析和比较，梳理理论源流，评述利弊得失，吸取经验教训，洞察理论、立法与司法的互动关系，进而把握刑法理论的形成和发展规律，有利于读者全面、准确地了解大陆法系刑法理论与实践的真实面貌。

第二，资料新颖，引证翔实。科学的研究是建立在详尽收集资料的基础上的，正如恩格斯所说："只有当自然和历史的材料搜集到一定程度以后，才能进行批判的整理和比较。"不搞调查研究，不详细占有资料，仅凭一鳞半爪、只语片言，是不可能进行比较研究、得出科学结论的。作者十分注重国外一手资料的收集和运用，大量引用德国、日本等大陆法系典型国家的原文资料，很多参考资料都是德日等国目前的最新版本，有利于国内学者全面准确地掌握国外理论研究的成果。例如，日文资料引注了前田雅英、山中敬一、山口厚等学者近年的新作；德文资料除了引用贝林（Beling）、李斯特（Liszt）、耶赛克（Jescheck）、魏根特（Weigend）、雅科布斯（Jakobs）等学者的经典著作以外，还有罗克辛（Roxin）、许迺曼（Schünemann）、韦塞尔斯（Wessels）、博伊尔克（Beulke）、施特拉腾韦特（Stratenwerth）、库伦（Kuhlen）等学者近年的新作，在一定程度上反映了外国刑法学者研究的最新进展。

第三，勇于创新，不落俗套。该书在参考相关论文、专著和教材的同时，提出了一系列具有创新性的观点。例如，关于犯罪论体系的流变，该书认为德日犯罪论经历了前古典犯罪论体系、古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系、目的行为论犯罪论体系、现代新古典犯罪论体系、目的理性犯罪论体系六个阶段；关于犯罪论体系的类型，该书按照行为、构成要件符合性、违法性和有责性四阶层进行内容的编排和论述；关于违法性，该书主张行为无价值二元论，认为违法性的本质在于脱离社会相当性或违反社会伦理规范的手段惹起法益侵害或侵害危险的行为；关于责任，该书认为责任能力、期待可能性和违法性意识的可能性为责任要素，故意与过失为构成要件要素，在责任判断中仅作为责任评价的对象，并非责任本身的内容；关于正犯与共犯的区分标准，该书主张构成要件行为支配说，与国内其他学者所翻译的"犯行支配"、"犯罪支配"、"犯罪事实支配"、"行为支配"不同的是，该书将德国学者罗克辛的犯罪支配行为理解为符合构成要件的行为，将德文原文"Tatherrschaft"翻译为"构成要件行为支配"，等等。作者在对传统观点进行介绍、分析和评判的基础上，提出了诸多颇具新意的观点，并进行了阐释和论证，不乏真知灼见，令人耳目一新。

第四，立足实践，科学论证。贾济东教授曾在司法实务部门工作多年，十分注重理论与实践的有机结合，该书也体现了这一特色。大陆法系刑法学的理论色彩较为浓厚，该书在阐释理论的同时，十分注重紧密联系立法和司法实际。例如，该书援引了大陆法系典型国家的立法例和司法判例，在介绍立法例的同时，又注重说明相关立法的理论依据和社会背景；为了使理论分析更通俗易懂，作者引述了相当数量的典型案例，使该书具有较强的可读性。此外，该书结合立法实践和司法实践，科学阐释外国

刑法理论，对不同观点进行了深入分析和比较研究，论证严密，具有较强的说服力。

该书美中不足之处在于对刑罚论的研究相对较弱，这可能与大陆法系刑法理论研究本身重犯罪论轻刑罚论有关。在罪刑关系上，刑罚与犯罪同为不可或缺的重要一极，然而，该书在犯罪论与刑罚论写作分量的平衡与协调方面未给予同等考虑，似为缺憾。

概而言之，该书既可以作为教材供法学专业学生全面了解大陆法系刑法学使用，又可以作为专著供同行参考借鉴。全书结构合理，立场鲜明，观点新颖，论证严谨，是一部不可多得的学术新著，是对外国刑法理论研究的可贵贡献。这对于我们全面审视外国刑法理论与实践，正确评价中国刑法理论体系，在推进中国刑事法治建设的进程中做到“洋为中用”，扬弃糟粕，借鉴精华，具有积极的意义。

济东教授来北京师范大学做博士后合作研究，与我亦有师生之谊，我为他在刑法学研究上取得的新成绩感到欣喜，希望他能以此为新的起点，俶装前途，永不懈怠，力争取得新的更大成就，是为序。

高铭暄

2013 年 6 月 5 日

目 录

第一章 刑法与刑法学

第一节 刑法的概念和种类

一、刑法的概念

（一）刑法的称谓

世界各国都有刑法，但是不同国家对刑法的称谓并不一致。有称“刑法”为“刑罚法”（penal law）的，如日本、德国、意大利、俄罗斯（日文称为“刑法”，德文称为“Strafrecht”，意大利文称为“il diritto penale”，俄文称为“уголовное лраво”）等；也有使用“犯罪法”（criminal law）的，例如，在英国、美国多用犯罪法（criminal law）一词，虽然有时也用刑法（penal law）一词，但通常只用于规定刑罚的法律的场合。在法国，刑法（droit penal）与犯罪法（droit criminel）几乎被对半使用①。此外，还有使用“罪刑法”（law of crime and punishment）的。

如何看待刑法的不同称谓？有人认为，称谓不同是因各国文化传统不同所致，只是形式上的差别，并无实质差异。例如，日本学者团藤重光认为，是使用“刑法”概念，还是使用“犯罪法”概念，主要是一种习惯，难以认为二者之间具有实质区别。使用“刑法”一词时所重视的是规范的一面，使用“犯罪法”一词时所重视的是事实的一面②。也就是说，criminal law 是以犯罪为中心、以事实为重点的“刑法”；penal law 是以刑罚为中心、以规范为重点的“刑法”；law of crime and punishment 则是犯罪和刑罚并重的“刑法”。也有学者认为，不同称谓是因为视角不同。从施加刑罚的主体即国家方面来看，应称之为

① 马克昌：《外国刑法学总论（大陆法系）》，中国人民大学出版社，2009 年，第 4 页。

② 〔日〕团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990 年，第 3 页。

“刑法”；从加害者、被害者即普通国民的角度来看，则应称之为“犯罪法”[①]。事实上，不管是“刑法”、“犯罪法”，还是“罪刑法”，其所指的法律完全相同，因而它们并无实质上的区别。正如中国台湾学者郑健才所言：“刑随罪至，罪因刑显；单称犯罪法或单称刑法，亦均足以赅括罪刑兼有之义。”[②] 因此，我们认为，刑和罪之间有着密切的关系，没有必要将“刑法”改称“罪刑法”。

保安处分的出现，对“刑法”一词的妥当性提出了挑战。有学者提出否定的观点，例如，罗克辛认为：“笼统地使用‘刑法’这个名称实际上是不正确的，准确地说，人们本来应当称之为‘刑法和保安处分法’。”[③] 也有学者提出折中的意见，例如，耶赛克、魏根特认为：“在除刑罚外还有保安处分时期，虽然‘刑法’的表述，严格地讲不再代表上文所说的整个法领域，但对普通刑法的传统的表述还是无可非议的，因为，处于首要位置的是作为社会控制手段的刑罚，而保安处分更多的是具有补充性的功能。”[④]

我们认为，保安处分不是刑罚却被规定在刑法中，而刑法中的“刑”只能被解释为“刑罚”，因而采用“刑法”一词确有不妥之处。但由于保安处分形成的时间较晚，为了简便起见，德国、日本等依然称之为“刑法”。中国刑法虽然也规定了非刑罚性的处罚措施，但由于约定俗成的缘故，仍使用“刑法”一词。可见，“刑法”的称谓未变，但内含的观念实已发生变化。

（二）刑法的界定

何谓刑法？德国学者李斯特曾指出：“刑法规范将特定的犯罪构成（实施一个经详细规定的行为）与特定的法律后果（刑罚）紧密地联系在一起。”[⑤] 可见，犯罪与刑罚是传统刑法中的两个基本范畴，也就是说，传统意义上的刑法是规定犯罪和刑罚的法律。

上文已指出，保安处分的出现对刑法的称谓产生了冲击，同样地，其对刑法的界定也产生了重大影响，并导致学者在界定刑法的概念时，往往将保安处分作为重要内容纳入。例如，德国学者韦塞尔斯（Wessels）、博伊尔克（Beulke）认为：“刑法（Strafrecht），是法制秩序对构成行为之可罚性的前提条件、可科处刑罚之举止的各个特征、特定的刑罚上威吓和在已有的法律后果之外对特别的矫正和保安处分予以规定的那个部分。”[⑥] 德国学者罗克辛也指出：“刑法是由一些条文的总和组成的，这些条文规范着作为刑罚或者保安处分所威胁的行为的条件或者后果。”[⑦]

意大利学者帕多瓦尼则认为：“任何法律规范，只要规定了刑事制裁，都可以变为刑法规范。正是由于这个原因，所有与适用刑罚有关的法律规定，即使它们只是允许在特定

---

① 〔日〕浅田和茂：《刑法总论》（补正版），成文堂，2007年，第4页。

② 郑健才：《刑法总则》，台北三民书局，1982年，第3页。

③ Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band Ⅰ. Verlag C. H. Beck，2006，4. Aufl.，S. 2.

④ Jescheck H H，Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot，1996，5. Aufl.，S. 10.

⑤ 〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》（修订译本），徐久生译，法律出版社，2006年，第125页。

⑥ Wessels，Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil：Die Straftat und ihr Aufbau. C. F. Müller，2010，40. Aufl.，S. 3.

⑦ Roxin C. Strafrecht Allgemeiner Teil Band Ⅰ. Verlag C. H. Beck，2006，4. Aufl.，S. 1.

条件下实施一般应受刑罚处罚的行为的规范（即允许性规范，如各种正当化理由），或者只能免除、消除特定行为可罚性的规范，或者仅仅只是规定减轻或加重刑事处罚的规范，统统都具有刑法的性质。”① 有学者认为，由于《意大利刑法典》既规定了刑罚，也规定了保安处分，因此，这里的“刑事制裁”同时包括了刑罚和保安处分②。

日本学界对于刑法概念中是否包含保安处分的观点也不一致。例如，日本学者西田典之认为：“刑法就是规定对违反禁止、命令（规范）的行为给予刑罚制裁的法律。”③ 板仓宏认为：“所谓刑法，可以说是规定在什么场合犯罪成立这一处罚的前提条件与对犯罪科处什么刑罚这一处罚的内容的法。”④ 这些刑法概念中并未包含保安处分。但也有学者（如香川达夫、福田平等）在给刑法下定义时明确指出：“刑法是规定有关犯罪、刑罚及保安处分的法律。”⑤ 山中敬一也认为：“刑法是规定犯罪的成立要件和作为对犯罪的法律效果的刑罚（或者处分）的法律。”⑥ 尽管日本学者对于刑法概念是否包含保安处分存有争论，但总体而言，持肯定论者不在少数。

在立法上，《德国刑法典》第三章将“刑罚”和“矫正与保安处分”作为“行为的法律后果”予以规定；《意大利刑法典》在第二章专门规定了“刑罚”之后，又于第七章和第八章分别规定了“民事制裁”和“行政保安处分”；日本现行刑法没有保安处分的相关规定，但是在日本《改正刑法草案》中，在规定刑罚之后，第十五章有保安处分的相关规定。

综上可见，尽管大陆法系典型国家在刑法中规定了矫正和保安处分，但并未将之纳入“刑事制裁”。而传统意义上的刑法概念仅仅局限于犯罪和刑罚，并没有包含矫正和保安处分的内容。显然，传统的刑法概念已经不能与社会形势的发展相适应。因而，我们认为，现代刑法是规定犯罪、刑罚以及矫正和保安处分的法律。

二、刑法的性质

（一）刑法是公法

法律有公法与私法之分，这是罗马法以来法的传统分类。公法是涉及公共利益，规定国家或公共团体与国民之间法律关系的法律。在公法关系中，个人之于国家处于法律上的从属地位。私法是涉及私人利益，规定私人间对等关系的法律，如民法、商法等。在私法关系中，各主体之间处于法律上的平等地位。刑法主要是规定国家如何行使刑罚权这种公权力的法律，调整的是国家和公民之间的公权力性质关系，因此，刑法是公法。它体现的是国家与犯罪人之间的权力强制与服从关系，个人处于受国家权力支配的地位。

---

① 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社，2004年，第2页。

② 马克昌：《外国刑法学总论（大陆法系）》，中国人民大学出版社，2009年，第4页；陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社，2009年，第1页。

③ 〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第二版），王昭武、刘明祥译，法律出版社，2013年，第4页。

④ 〔日〕板仓宏：《新订刑法总论》，劲草书房，1994年，第1页。

⑤ 〔日〕香川达夫：《刑法讲义总论》（第三版），成文堂，1995年，第1页；〔日〕福田平：《全订刑法总论》（第四版），有斐阁，2004年，第1页。

⑥ 〔日〕山中敬一：《刑法总论》（第二版），成文堂，2008年，第3页。

（二）刑法是实体法

在法的体系中，还有实体法与程序法之分。简单说来，实体法是指规定具体权利义务内容的法律，程序法是指规定权利义务得以实现的具体程序的法律。刑法是规定何种行为是犯罪以及如何处罚的法律，而不是规定对犯罪行为的追诉方法与程序的法律，因此，刑法是实体法。

（三）刑法是强行法

强行法是与任意法相对应的概念。任意法具有意思自治的性质，法律允许法律关系参加者自己确定相互之间的权利义务的具体内容，如合同法。而强行法则是必须强制执行的法律。在刑法中，某一行为一旦构成犯罪（除少数告诉才处理的犯罪之外），一律应当追究刑事责任，因而刑法具有强行法的特征。当然，刑法中也有任意性规范，极少量犯罪采取告诉才处理的原则，例如，侮辱诽谤罪，刑法规定告诉才处理。在这种情况下，刑法就有一定的任意法的特征；但总体上还是强行法。当然，现代刑法也出现了所谓“公法私法化”的趋势，如在刑事领域重视刑事和解，赋予被害人对犯罪人一定的处置权，等等。但其强行法的特征并未从根本上动摇。

（四）刑法是司法法

西方国家往往将法律分为立法法、司法法和行政法。刑法作为国家的裁判规范，应当以法的安定性作为指导原理，因而原则上刑法是司法法。

三、刑法的分类

根据不同的标准，可以从不同的角度对刑法进行不同的分类。具体如何区分，大陆法系刑法学者之间意见多有分歧。概而言之，主要有以下几种分类。

（一）形式刑法与实质刑法

从表现形式的角度，刑法可以分为形式刑法和实质刑法。其中，形式刑法，是指从法律的名称或者外观便可知悉其为刑法的法律，即现行的刑法典；实质刑法，是指规定犯罪与刑罚的一切法律法规，即实质刑法不仅包括刑法典，还包括特别刑法。

实质刑法包含形式刑法，所以形式刑法也称狭义的刑法，实质刑法也称广义的刑法。

（二）普通刑法与特别刑法

普通刑法又称一般刑法，指现行刑法典，它规定的内容是侵害社会生活中最重要法益（Rechtsgut）的行为及其法律后果，可以指导其他刑法法规。

特别刑法又可以分为广义的特别刑法和狭义的特别刑法。广义的特别刑法是指普通刑法以外的所有关于犯罪及其处理的法律法规。狭义的特别刑法是指包含于广义的特别刑法中而与行政刑法、其他刑法（如商法的“罚则”等）相对应的部分，如日本的《轻犯罪法》、《关于处罚暴力行为等的法律》、《关于防止及处分盗犯等的法律》，等等。它与刑法典一样，以具有自然犯、刑事犯性质的行为作为规制的对象，即规定的是在道德上被非难的反社会的行为。

（三）刑事刑法与行政刑法

刑事刑法也称司法刑法，包括上文的普通刑法和狭义的特别刑法，即规定违反社会伦理道德的犯罪及其法律后果的法律。刑事刑法中的犯罪，称为刑事犯或自然犯，其特点在于行为本身的反社会性、反伦理性。

行政刑法，是指对行政违法行为规定刑罚的法律，如日本的《国家公务员法》中的“罚则”（第109～111条）。行政刑法中的犯罪，称为行政犯或法定犯，其特点在于，认定行为构成犯罪的依据不是行为本身的反社会性、反伦理性，而是法律的禁止性或命令性规定。

日本学者山中敬一对两者的区别作了专门说明：所谓自然犯、刑事犯，是指超越时代、空间，被任何时代、任何社会普遍认为是犯罪的行为（它本身的恶）。与此相对应，所谓法定犯、行政犯，是由于行政取缔的原因，在技术上被禁止，因而被认为是犯罪的行为（被禁止之故的恶）。这样的见解，即自然犯、刑事犯违反伦理、道义，法定犯、行政犯在伦理上、道义上是“无色”的违法行为，是两类犯罪的区别标准的通说。除此之外，还有学者（M. E. 迈尔）根据侵害的规范的性质进行区别，认为行政犯只是违反法律规范，而刑事犯违反法律规范的同时还违反文化规范。另有学者（福田平）认为，违反基本的生活秩序的行为是刑事犯，违反派生的生活秩序的行为是行政犯①。

综观现代各国刑法，由于司法刑法（刑事刑法）具有较强的伦理性，所以其数量相对稳定；而行政刑法则具有较强的目的性和明显的变动性，其内容随着社会生活的变迁而不断变化，在一定时期内作为行政犯处理的行为很可能在之后就不按犯罪处理了，但从总体来看，行政刑法的数量呈现递增的趋势。需要强调的是，刑事刑法与行政刑法的区别是相对的、不断变化的，要结合当时的实际情况予以考察。

（四）权威刑法与自由刑法

权威刑法反对个人主义、自由主义，提倡全体主义、国家主义，认为刑法的根本任务是保护国家权力，极端限制个人自由，使刑罚严酷化，特别强调死刑的重要性。与此相反，自由刑法提倡个人主义、自由主义，强调罪刑法定，主张以法律限制国家的刑罚权，认为刑罚的目的在于对犯人进行改造和教育，从而使犯人重新步入社会。因此，自由刑法又称“社会的自由刑法”或“社会刑法”。权威刑法与自由刑法的区别，在德国法西斯政权下被强调，纳粹刑法学者以强调权威刑法而著名②。自由刑法则为现代西方学者所强调。

（五）侵害刑法与危险刑法

侵害刑法与危险刑法，是以刑法或刑罚对象的侧重点是客观实害还是危险意志为标准划分的。侵害刑法中的刑法或刑罚的对象更偏重于法益侵害结果；危险刑法与侵害刑法相对，其刑法或刑罚的对象侧重于行为人危险的恶意。如果是彻底的侵害刑法，那么该刑法只处罚既遂犯，不处罚未遂犯与预备犯；如果是彻底的危险刑法，那么该刑法处罚所有的

---

① 〔日〕山中敬一：《刑法总论》（第二版），成文堂，2008年，第12页。

② 〔日〕木村龟二：《刑法总论》（增补版），有斐阁，1978年，第73～74页。

预备犯和未遂犯，甚至连没有行为的恶意也会成为刑法的处罚对象，但是，危险刑法不处罚中止犯。

（六）行为刑法与行为人刑法

犯罪是行为人的行为。根据立法者在立法的时候的选择，可以将刑法分为行为刑法和行为人刑法。行为刑法是指应该受谴责的是犯罪行为；而行为人刑法是指应该受谴责的是犯罪行为人而不是犯罪行为。

例如，德国学者耶赛克、魏根特认为："在行为刑法体系中，刑罚是与违法行为联系在一起的，对可罚性起决定作用的是对行为人因实施表明其特性的犯罪行为的指责（行为责任）；在行为人刑法体系中，刑罚则是直接与行为人的危险性联系在一起的，这种危险性源自于行为人的生活方式责任。这里，起决定作用的是对行为人具有犯罪人个性的指责。"①

现行各国刑法绝大多数是行为刑法，但也存在着行为人刑法，"例如意大利刑法典第108条规定的'倾向犯'就属于行为人刑法。德国学者认为德国刑法典第56条关于缓刑的规定是行为人刑法的最好的例子，保安处分则是行为人刑法思想产生的结果"②。但从历史上看，"无论是在学术上还是立法上，从来都没有尝试过建立一贯的行为人刑法"，"纯行为人刑法在实践中必然要失败"③。

（七）国内刑法与国际刑法

这是根据刑法适用的范围而作的分类。国内刑法，是指仅适用于国内的关于犯罪、刑罚和保安处分的法律规定。国际刑法，是指国际公约中旨在制裁国际犯罪、维护各国共同利益的各种刑事性法律文件。

近年来，国际社会通过了一系列旨在惩治国际犯罪的国际刑法公约。这些国际刑法公约对于维护世界各国人民的共同利益，保障国际公共秩序的安宁，具有重要的意义。但是，在目前的国际环境下，这些国际刑法公约的适用，主要还是通过各国国内刑事司法系统在本国主权所及范围内追诉国际犯罪的活动即国内刑事司法活动来实现的。所以，国际刑法公约中有关国际犯罪的实体法规定、程序和证据规则的规定、刑事司法合作的规定、预防性措施的规定等，应当成为国内立法体现国际刑法规范的主要内容。

第二节 刑法规范

一、刑法规范的概念

规范是指人类共同生活应遵循的一定的行动准则。日本学者西田典之认为："所谓规

① Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 54.

② 马克昌：《外国刑法学总论（大陆法系）》，中国人民大学出版社，2009年，第8页。

③ Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 55.

范，是一种当为命题，内容包含‘不得为……’这类禁止规范与‘应为……’这种命令规范。”[①] 刑法规范是法律规范中的一种。有学者认为，刑法规范是指由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的，禁止人们实施犯罪行为、命令人们履行义务以免犯罪，指示司法人员如何认定犯罪和科处刑罚（包括免除刑罚处罚）的法律规范[②]。也有学者认为，刑法规范是指由国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的，以一定的作为或不作为为条件，并赋予一定的法律效果的具有普遍约束力的行为规则[③]。在一般意义上讲，上述两种观点都是有道理的。不过后一种观点中的“法律效果”在此处只应包括科处刑罚和免除刑罚两种情况，而不包括矫正和保安处分等非刑罚处罚措施。虽然德国、意大利、日本等国在刑法典中规定了矫正和保安处分（如《德国刑法典》规定的“矫正与保安处分”、《意大利刑法典》规定的“民事制裁”和“行政保安处分”、日本《改正刑法草案》规定的“保安处分”等），但这些规定仅仅是刑法条文，而非刑法规范。

刑法规范以法律要件和法律效果作为内容，这些内容以文字的形式表现出来形成了刑法条文。刑法条文是刑法规范的载体，刑法规范寓于刑法条文之中。一个刑法规范可以体现在一个刑法条文中，如《德国刑法典》第 223 条；一个刑法规范也可体现在几个刑法条文中，即将法律要件和法律效果分别规定在不同的条文之中，将这几个不同的条文同时结合起来，才可以构成一个完整的刑法规范。这些刑法条文大多散布于特别刑法之中，例如，日本《国家公务员法》第 7 条第 3 项规定：“曾是人事官的人，在退职后一年间，不能被任命人事院的官职以外的官职。”该法第 109 条又规定：“符合下述各号之一的人，处一年以下的惩役或者三万日元以下的罚金。一、违反第 7 条第 3 项的规定受诺了任命的人……”像这样在不同的条文中规定犯罪内容及其刑罚的例子在国外刑法中不在少数，但从刑法规范整体性的角度来看，由几个条文加以规定与由一个条文加以规定的刑法规范并无实质的不同[④]。然而并不是所有的刑法条文都表现为刑法规范，刑法中那些不以法律要件和法律效果为内容的条文就不属于刑法规范的范畴。

二、刑法规范的分类

根据不同的分类标准，可以对刑法规范作出不同的分类。传统上一般将刑法规范分为行为规范与裁判规范、评价规范与决定规范。

（一）行为规范与裁判规范

行为规范，是指以禁止或命令行为人实施一定行为为内容的规范，一般是法条的前半段内容。例如，从《日本刑法典》第 235 条盗窃罪的规定可以解读出，“禁止盗窃”这一行为规范，是以禁止实施一定行为为内容的规范，又称禁止规范；从《日本刑法典》第 217、218 条关于遗弃罪的规定可以解读出，“应该保护年老人、年幼人、身体障碍或者病人”这一行为规范，是以命令实施一定行为为内容的规范，又称命令规范。

---

① 〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第二版），王昭武、刘明祥译，法律出版社，2013 年，第 1～2 页。

② 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社，2011 年，第 30 页。

③ 李希慧：《刑法总论》，武汉大学出版社，2008 年，第 17 页。

④ 冯军、李春雷：《外国刑法学概论》，中国民主法制出版社，2004 年，第 10 页。

如果说行为规范是规范行为人的，那么裁判规范就是规范法院和法官的。裁判规范是指法院和法官对犯罪人判处刑罚的依据，一般是法条的后半段内容。当行为人经过法院的审理，其行为被认定构成犯罪，法官依照相应裁判规范对其判处刑罚。

学界在刑法规范究竟是行为规范还是裁判规范，或者既是行为规范又是裁判规范方面，一直都是存在争议的。有学者认为："有关刑法规范究竟是裁判规范还是行为规范的争论，与对违法性的理解有密切关系。如果采取行为无价值论的立场，就会重视刑法的行为规范性；反之，倘若采取结果无价值论的立场，则会重视刑法的裁判规范性。换言之，假如认为刑法是对现实发生的犯罪进行裁判的基准，就必须从结果开始进行回溯性的考察，因而采取结果无价值论；如若认为刑法是指示国民不得犯罪的行为规范，那么，刑法就必须对控制行为的内心起作用，因而采取行为无价值论。基于同样的理由，在违法性问题上同时采取结果无价值与行为无价值的二元论立场的学者，会认为刑法既是裁判规范，也是行为规范。"① 我们认为，这种理解是值得借鉴的。

（二）评价规范与决定规范

将刑法规范分为评价规范与决定规范是由德国学者梅茨格尔（E. Mezger）最先提出的。所谓评价规范，是指客观判断某种行为在刑法上是否属于无价值的规范。所谓决定规范，是指刑法规范命令行为人在实施行为时作出遵从刑法的意思决定，所以又称意思决定规范。从逻辑关系来说，评价规范在前，决定规范在后。梅茨格尔指出，作为决定规范（即命令）的法律，如果没有作为评价规范的法律，是很难想象的；作为评价规范的法律是作为决定规范的法律的绝对的逻辑前提；作为决定规范的法律的逻辑前提，是作为评价规范的法律，是作为"客观生活秩序"的法律。梅茨格尔进而认为，违法性是由评价规范决定的，有责性（责任）是由决定规范决定的。但是，也有人认为，评价规范与决定规范共同决定违法性。显然，如果就违法性采取规范违反说，则很容易导致主观的违法性论。因为如果认为违反意思决定规范就是违法，那么，就不能不认为决定规范是规范的重要部分。但是，如果就违法性采取法益侵害说，则理当采取客观的违法性论，即违法性是由"刑法应当保护何种利益"这种评价来决定的①。

第三节　刑法的任务和机能

一、刑法的任务

西方国家的刑法典通常没有规定刑法的任务。但学界还是有相关的论述。例如，耶赛克和魏根特认为："刑法的任务是保护人类社会的共同生活秩序。"②

俄罗斯学者对刑法的任务也作了简要论述，概括言之，主要是：①刑法典的首要任务是维护人和公民的权利和自由。因为俄罗斯宪法宣布，保护人和公民的权利与自由是国家

① 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社，2007年，第5页。

② Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 2.

的义务，刑法典分则专辟关于侵害人身的犯罪一编就是这一任务的体现。②刑法典的任务还在于保护各种形式的所有权，维护社会秩序和公共安全，保护环境；捍卫俄罗斯联邦的宪法制度，以防犯罪行为的侵害。其将“破坏人类和平与安全的犯罪”这一编列入分则，即是与维护和平和维护人类免受危险犯罪的侵害联系在一起的。③刑法典的一项重要任务是预防犯罪。为此刑法典规定了哪些危害个人、社会或国家的行为是犯罪，并规定了处罚犯罪的刑罚种类和其他刑法性质的方法。刑法典的预防作用既在于培养公民必须遵守国家现存社会关系，不损害各种受保护的价值的立场观点，又在于以刑事责任和刑罚的威胁阻止道德方面不稳定的人实施犯罪①。

所以，我们认为，不管各国刑法典是否明确规定刑法的任务，刑法的任务都是客观存在的，但是因为各国的具体情况不同，刑法的任务也随之有所不同。在学界，一直存在着法益保护说和社会伦理秩序维持说的争议。

（一）法益保护说

法益保护说认为：“刑法的任务、目的在于保护人们在社会中的共同生活，具体而言，即保护个人的生命、身体、自由、名誉、财产等法益。”② 此说认为，犯罪的本质是侵害法益，有犯罪的发生就一定有相对应的法益侵害的发生。例如，故意杀人罪所保护的法益是人的生命权；强奸罪所保护的法益是性自主权。刑法的任务是通过预防和惩罚犯罪，进而保护犯罪侵害的法益。此说的坚持者多是结果无价值（Erfolgsunwert）论者。

（二）社会伦理秩序维持说

刑法和社会伦理是两个不同的范畴，但是二者又是不能截然分开的。刑法不能离开社会伦理，因为首先，社会伦理是刑法赖以存在的前提；其次，刑法的目的之一就是要维护社会的正常伦理秩序。例如，德国学者韦尔策尔（Welzel）认为，刑法的目的就在于维持社会伦理秩序③。

社会伦理秩序维持说认为，国家本身具有实现某种伦理价值的目的，因此刑法的任务在于增强社会道德，通过处罚违反道德者的行为来实现和促进社会伦理秩序。社会伦理秩序维持说将国家视为国民道德的保护者，即以家长主义（paternalism）的国家观作为基础④。此说的坚持者多是行为无价值（Handlungsunwert）论者或者“二元论”者。

（三）两说的主要对立

如何理解刑法与道德的关系是两说的主要对立所在。法益保护说认为，刑法的根本任务就是保护法益，法益得到了保护，社会稳定了，社会伦理秩序也就相应地得到了维护，即维持社会伦理秩序是在保护法益的过程中的附带效果。但是，社会伦理秩序维持说认为，虽然刑法保护法益，但是刑法的任务还是在于维持社会伦理秩序，保护法益是附带效果。两种观点针锋相对，但是从实际上看，法益保护说现在已在德国、日本取得压倒性优势。

---

① 〔俄〕斯库拉托夫等：《俄罗斯联邦刑法典释义》（上册），黄道秀译，中国政法大学出版社，2000年，第4～5页。

② 〔日〕高桥则夫：《刑法总论讲义案》，成文堂，2006年，第5页。

③ Welzel H. Das deutsche Strafrecht. Walter de Gruyter & Co., 1969, 11. Aufl., S. 1.

④ 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社，2009年，第7页。

二、刑法的机能

（一）刑法机能的概念

刑法的机能，是刑法所应具有的积极作用，同时，它以刑法作为法的理念为思想基础①。刑法的机能，也可以说是刑法的作用，从德日刑法学者的论述来看，他们认为对于作为规范逻辑学的刑法解释学而言，在说到刑法的机能时，“第一，与刑法或者刑罚在现实中如何发挥功能或作用的观点相比，更主要的是从刑法或者刑罚应当发挥的功能或作用的观点来加以讨论；第二，在这种场合下，重点不是放在事实认识的侧面而是目的认识的侧面，将理念的机能概念前置；第三，这里采用的思考方法，是从刑法或刑罚的理念的本质、目的出发，提出演绎的机能概念的‘向下思考的方法’”②。

（二）刑法机能的历史发展

社会状况总是不断发展变化的，刑法的机能也会随之发展变化。从历史上看，刑法主要是国家统治的工具或者说是对国民威吓的暴力机器。中世纪的德国，“刑罚权的分割导致刑法的非常大的分裂，但同时也导致专制和对于中世纪而言所特有的刑事司法严厉。当时刑法的典型特征是，对严重的犯罪适用残忍的身体刑和生命刑，对轻微的犯罪适用杖刑、打烙印和耻辱柱”③。可见，当时的刑法完全没有体现保障自由的机能。

“东亚各国也是如此。日本江户时代的《御定书百条》并不对国民公开，而只是法官进行审判时的指南。即便到明治维新之后，日本的假刑律、新律纲领、改定律例之类的‘刑法’仍然将刑罚权视为国家权力的象征，刑法是为了维护体制的基本法。”④

然而，近代刑法在人民主权和自由主义原理指导下，确立了犯罪与刑罚必须事先预告的原则（即罪刑法定主义），“刑法的机能也谋求180度的转变。认为刑法作为必要的恶，应当谦抑地加以规定，现行刑法也立于这样的传统之上”⑤。

所以，现代各国学者所谓的刑法机能，主要是指以罪刑法定主义为基本原则，重视保护个人权利的机能。

（三）现代刑法的机能

根据不同理念和概括方法，不同学者总结出了不同的刑法机能。总的说来，刑法的法益保护机能与自由保障机能，是大多数学者都承认的；至于社会伦理机能、行为规制机能，则主要是规范违反说、行为无价值论的主张者所承认的⑥。我们认为，从刑法规范的角度来看，刑法具有行为规制机能、法益保护机能以及自由保障机能。

---

① 赵秉志：《略论刑法的机能》，《北京联合大学学报（人文社会科学版）》，2006年第2期，第65页。

② 〔日〕关哲夫：《刑法解释研究》，成文堂，2006年，第213页。

③ Jescheck H H，Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot，1996，5. Aufl.，S. 92.

④ 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社，2009年，第15页。

⑤ 〔日〕浅田和茂：《刑法总论》，成文堂，2005年，第8～9页。

⑥ 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社，2007年，第6页。

1. 行为规制机能

行为规制机能，是指刑法具有明示对犯罪行为的规范评价，从而引导公民行为的机能。“刑法通过预告对违反者将科处一定的制裁从而在事前对人的行为进行控制的机能。”① 其具体内容是指，刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚，同时引导行为人作出不实施这种犯罪行为的内心意思决定。

在刑法对行为发挥规制机能的过程中，衍生出刑法的评价机能与引导机能。评价机能是指刑法具有告诉人们如何评价各种行为的功能。国家从大量的反社会行为中抽出一部分具有严重的社会危害性的行为，作为法律上的犯罪类型，规定为应受刑罚处罚的行为，从而体现国家对此种行为的否定评价。引导机能是指刑法具有引导人们不实施犯罪行为的功能。刑法通过明确规定犯罪和对犯罪的处罚，告诉人们凡实施犯罪，都要受到刑事追究，从而引导人们更好地预测自己的行为及其后果，实际上就是引导人们不要实施犯罪行为，因此，这种引导机能也可称为意思决定机能。例如，故意杀人罪的规定告诉人们，故意杀人要承担相应的刑事责任，因此不要实施故意杀人的行为。

部分学者将行为规制机能称为规范机能、社会伦理机能，即强调国家为国民所提供的行动基准的伦理道德上的意义②。但也有反对意见认为，这种思想“不符合以个人自由发展为基础的现行宪法的立场，也不适于价值观多样化的现代社会。刑法要求的仅是不实施犯罪，并不要求它一定是出于伦理、道德的判断（毫无疑问，因为伦理的、道德的立场而不实施犯罪是值得鼓励的，但即使是仅仅因为害怕被发现或恐惧而不实施犯罪，也完全符合刑法的要求）。培养正直的国民应委之于家庭和教育。因此，强调规范的机能、社会伦理的机能存在问题”③。这两种观点的差异实际上是学者们出于对刑法与道德关系的不同认识而作出的不同评价。

2. 法益保护机能

法益保护机能，源于刑法的法益保护目的，是指保护法益不受犯罪行为侵害或威胁的功能。日本学者西田典之认为：“刑法得首要任务是，保护现实社会中重要的并且是最基本的价值或法益（保护法益）。”④ 保护法益是刑法存在的根本理由，刑法如果不具有保护功能，它就没有存在的价值与意义。

人类社会的发展经验表明，刑法存在的正当性在于保障社会团体和睦昌盛的共同生活，即保护法益。所谓法益就是法律所保护的利益或价值。大陆法系国家的刑法，通常把法益分为个人法益、社会法益和国家法益。法益保护机能具体表现为：①通过对抽象地侵害一定法益的行为设定刑罚，防止一般国民侵害法益（一般预防）；②通过对现实已经发生的犯罪科处刑罚，防止犯罪人重新侵害法益（特殊预防）⑤。

从某种意义上来讲，所有的法律都以保护法益为目的，但需要注意的是，刑法不是保

① 〔日〕山中敬一：《刑法总论》（第二版），成文堂，2008年，第16页。

② 〔日〕内藤谦：《刑法总论讲义》（上），有斐阁，1983年，第47页；〔日〕中山研一：《刑法总论》，成文堂，1982年，第13页。

③ 〔日〕浅田和茂：《刑法总论》（补正版），成文堂，2007年，第10页。

④ 〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第二版），王昭武、刘明祥译，法律出版社，2013年，第24页。

⑤ 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社，2007年，第6页。

护法益的唯一手段，保护法益并不是刑法固有的任务，刑法之外的法律规范如民法和行政法等社会规范，也能够起到保护法益的作用。所以，即使刑法具有保护法益的机能，但是也不应轻易地使用刑法这种最残酷的手段。“刑法只着眼于对我们社会生活而言无可替代的重要法益，仅在通过刑罚之外的制裁不可能保护或无法充分保护该法益时才加以动用。……刑法所具有的保护机能（法益保护机能），必须在这种意义上加以理解。”① 即刑法是保护法益的最后救济手段。这里着重说明了在保护法益上刑法的补充性。

3. 自由保障机能

自由保障机能（也称人权保障机能），通常简称“保障机能”，源于罪刑法定主义，是指刑法具有限制国家刑罚权滥用的作用，具有保障无罪的人不受刑事追究以及犯罪的人不受法外制裁的功能。根据罪刑法定主义的要求，何种行为构成犯罪以及如何对该犯罪处以刑罚都必须由法律明文进行规定，罪刑法定主义的首要目标就是要限制刑罚权的滥用，进而保障人权。如果因某种行为具有当罚性，就可以由裁判官任意处罚，那么国民的行动自由就会被完全剥夺②。

刑法担负的保障机能应该包括：①在对犯罪行为构成要件和法律后果的规定上，刑法条文必须具有明确性，即刑法条文必须清楚地告诉人们，什么是允许做的，而什么又是被禁止的，要让人们能够明白自己的举止是否被允许。②对确立刑罚的法律规定以及对加重刑罚的法律规定，要遵循禁止溯及既往原则（有利于被告人的情况除外）。③不允许用习惯法或者类推的方法来创立新的犯罪构成要件，或者因将现有的构成要件严厉化或者扩展化而对当事人产生不利的影响。

第四节　刑法学概说

一、刑法学的界定

刑法学属于部门法学的范畴，是部门法学中最重要的学科之一。学者们在如何理解刑法学概念的问题上存在诸多分歧。例如，日本学者中山研一认为：“所谓刑法学，狭义上虽然意味着刑法解释学，但广义上进而包含刑法哲学、刑法文学、比较刑法学，在叫做更广的‘全刑法学’的场合，也包含刑事学（犯罪学）、刑事诉讼法学及行刑法学等。”③ 而大谷实则认为，刑法学是以规定犯罪、刑罚和刑事责任等的法律为研究对象的学问领域，但严格地说包含广狭二义，狭义的刑法学是刑法解释学，广义的刑法学除刑法解释学外包含基础刑法学④。久礼田益喜在《日本刑法总论》一书中仅给刑法学下了一般的定义：“刑法学是研究犯罪、刑罚及两者的关系的法律学。”同时又称：“以刑法为对象的法律学

① 〔日〕井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁，2008年，第16～17页。

② 〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第二版），王昭武、刘明祥译，法律出版社，2013年，第31页。

③ 〔日〕中山研一：《刑法总论》，成文堂，1989年，第16页。

④ 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社，2008年，第11页。

即刑法学。”① 概略而言，学者们关于刑法学的界定，有最广义、广义和狭义三种见解。

最广义的刑法学，是指研究有关犯罪、刑事责任及其实现方式的一切问题的学科，其研究对象包括实体的刑法规范、犯罪原因与对策、刑事诉讼程序、刑罚的执行等内容。既包括以实体刑法为研究对象的广义刑法学，也包括以刑事程序为研究对象的刑事诉讼法学、以犯罪现象及犯罪原因为内容的犯罪学、以犯罪对策为内容的刑事政策学，以及行刑法学②。

广义的刑法学，既包括以解释实定刑法为任务的刑法解释学，也包括为刑法解释学提供理论支撑和科学素材的基础刑法学。它是指解释现行刑法（刑法解释学）、阐述刑法规范的哲学基础（刑法哲学或理论刑法学）、研究刑法历史（刑法史学）、比较不同刑法（比较刑法学）的学科。

狭义的刑法学，仅指刑法解释学。通常所说的刑法学，是指狭义的刑法学，也就是刑法解释学。

下文重点介绍广义的刑法学，即刑法解释学和基础刑法学。

二、刑法解释学

（一）刑法解释学的定义及对象

对于刑法解释的重要性，人们在认识上经历了一个从否定到肯定的过程。在19世纪的绝对罪刑法定主义时期，人们信奉严格规则主义，把法官的角色定位于法律机械的执行者，反对甚至否定法官享有法律解释权。随着罪刑法定原则发展到相对罪刑法定主义时期，开始允许法官享有一定的刑法解释权，人们对刑法解释的重要性才有了一个正确的认识。正如菲利所言：“如果没有好的法官来实施，最有学术价值和崇高的法典也不会产生多大的效果。但是如果有好的法官来实施，即使法典或法令不太完善也不要紧。”③

刑法解释学是刑法学的核心，它是指使用解释的方法对刑法条文（主要是刑法规范）的含义进行系统的阐述与说明的学问。也有学者如耶赛克和魏根特将刑法解释学称为刑法教义学，他们认为：“其基础和界限源于刑法法规，致力于研究法规范的概念内容和结构，将法律素材编排成一个体系，并试图寻找概念构成和系统学的新的方法。”④

刑法解释学的对象是本国的现行刑法。这里所说的现行刑法，虽然主要指刑法典，但不以之为限，其他单行刑事法律以及附属刑法均包括在内。刑法解释学通常与现代各国的刑法典总则和分则相对应，所以刑法解释学一般分为刑法总论与刑法各论。刑法总论以刑法总则的规定为中心，阐释犯罪与刑罚的共同的一般的性质；刑法分论以刑法分则的规定为中心，说明各个犯罪应有的构成要件，明确处罚范围，同时确定各个犯罪相互的关系及其区别。

---

① 〔日〕久礼田益喜：《日本刑法总论》，严松堂，1925年，第9～10页。

② 〔日〕曾根威彦：《刑法总论》（第四版），有斐阁，2008年，第3页。

③ 〔意〕恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社，2004年，第243页。

④ Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 42.

（二）刑法解释的立场

刑法解释的目标是追求解释结论的正确性，准确地挖掘出刑法条文的内涵，消除法律的歧义，解决法律条文中存在的矛盾与冲突。那么，采用什么样的标准才能保证解释结论的正确性呢？在外国刑法史上，刑法解释标准的理论先后经历了主观说—客观说—综合说的嬗变。

主观说，又称立法者意思说，这一观点风行于19世纪的欧洲大陆。该说认为刑法解释的目标在于探求立法者制定法律时真实、正确的意思。

客观说，又称法律客观意思说，该说自19世纪末20世纪初由以耶林（Jhering）为代表的自由法学派首创以来，到20世纪60年代德国哲学家伽达默尔创立哲学解释学而达到鼎盛时期。该说认为法律一经制定，即与立法者分离，成为一种客观存在，刑法解释的目标应该在于阐明解释时刑法条文客观上所表现出来的意思，而不是立法者制定刑法条文时主观上所赋予刑法条文的意思。

主观说主张在进行刑法解释时应以探求立法原意为唯一目标，这一做法可以防止法官对刑法进行任意解释，从而实现刑法的保障机能，这与绝对罪刑法定原则的基本要求是一致的。但是主观说会使刑法丧失活力，即按照立法意图解释刑法时，可能会出现立法意图在适用时已因时过境迁而招致极大的不公平的情况。而客观说也并非完美，它最大的弊端就是会造成司法的越俎代庖，代行立法权能，从而极易背离罪刑法定原则的初衷，使刑法陷于不确定的危险之中。因此，国外学者及司法实践试图在主观说与客观说之间寻求一种平衡，即以下列方式寻找到一种综合体：只要公正性上的迫切理由、社会关系的发展或时代精神，不将过去的价值判断视为过时，就尽可能尊重并忠实于法律中所明确表述的历史上的立法者的意志①。目前，德国在新的司法判例中，较多地支持这种“综合说”。

在刑法解释的限度问题上，历史上一直有严格解释与自由解释的争论。古典学派基于绝对罪刑法定原则，主张对刑法应该进行严格解释，其直接原因在于对封建罪刑擅断的憎恶和对法官公正执法的怀疑。由此可见，严格解释的初衷就在于防止司法权力的专横和腐败以保障人权，严格解释在取得巨大的价值贡献的同时，其弊端也是显而易见的：一方面强调个人权利的终极追求，而忽视了社会的整体利益；另一方面将法官视为法律的机械执行者忽视了法官的能动性。伴随着“理性万能”神话的破灭以及个人中心主义的衰落和社会本位的兴起，刑事实证学派主张对刑法进行自由解释。自由解释论者在批判严格解释片面强调人权保障而忽视社会秩序的同时，又从一个极端转向了另外一个极端，即完全忽视了刑法的人权保障机能。因此，当前众多学者都力求为自由解释厘定一个科学合理的限度。

（三）刑法解释学的方法及其适用

如同其他任何法律一样，刑法也必须经由解释而适用。因为刑法所规定的犯罪行为是类型化的行为，它们与实际发生的犯罪行为之间是存在距离的，所以，要将抽象的刑法规

① Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 157.

范适用于具体案件，就必须通过解释，对法律所规定的事项予以具体化。刑法解释的方法也是多种多样的，一般可以分为文义解释和论理解释，而论理解释又可分为扩张解释、限制解释、当然解释、历史解释等。下面分别予以介绍：

（1）文义解释，亦称文意解释、文理解释，是对法律规范的文、词、字、句进行字面解释。文义解释是刑法解释诸多方法中具有优先性的一种方法，素有“黄金规则”之称。但是文义解释的功能也是有限的，如果文义解释产生多种可能存在的解释结论或者通过文义解释得出的结论难以令人信服时，则需要考虑进一步采用其他解释方法。

（2）论理解释，是指根据国家的政策、刑法制定的理由和目的、刑法的基本原理、刑法的沿革以及形式逻辑原理等，阐明刑法条文的含义的方法。论理解释的特点是：在解释刑法的某一规定时，不拘泥于该规定的字面意义，而是联系一切与之有关的因素阐明其含义。论理解释方法主要包括以下几种：

第一，扩张解释，亦称扩大解释、扩充解释，是指超过被解释对象的字面含义或日常含义范围的解释方法。

第二，限制解释，亦称限缩解释、缩小解释，是指对刑法条文作出窄于字面含义的解释。当刑法条文所使用的文字过于宽泛，不足以表明刑法的真实含义时，就有必要限制其含义。限制解释往往体现了严格解释刑法的要求。

第三，当然解释，即自然解释，是指刑法规范虽然没有明示某一事项，但依形式逻辑、规范目的及事物的当然道理，将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内的解释方法。

第四，体系解释，也称语境解释、系统解释，是指根据被解释的刑法条文或用语在整个刑法规范中的地位，联系相关条文的含义，阐明其规范意旨的解释方法。体系解释的价值在于避免断章取义，以使被解释的条文或用语与刑法整体相协调。

第五，历史解释，亦即法意解释、沿革解释，是指在追溯、研究立法资料的基础上，探究立法者在制定立法时所作的价值判断及其所欲实现的目的，寻求立法原意的解释方法。

第六，目的解释，是指依据社会的需要，确定法律规范的合理目的和宗旨，并以该目的为指导，确定法律规范含义的解释方法。当不同的解释方法得出多重结论或者不能得出结论时，往往由目的解释来决定取舍。

第七，补正解释，是指在刑法文字发生错误时，统观刑法全文加以补正，以阐明刑法真实含义的解释方法。补正解释可以有效地弥补刑法规定的不足和欠缺。在一定意义上可以说，它同限制解释类似，同时又洋溢着体系解释的精神。

第八，比较解释，是将刑法的相关规定与外国立法和判例相互参照，借以阐明刑法条文真实含义的解释方法。

三、基础刑法学

基础刑法学以研究有关刑法解释学前提的理论为主要内容，刑法解释学以解释现行刑法为主要任务，二者有着密不可分的关系。基础刑法学又可以进一步分为刑法哲学、刑法史学、比较刑法学。刑法哲学研究的是犯罪与刑罚的哲学基础；刑法史学则运用历史学的

方法考察刑法的历史发展；比较刑法学是比较并考察各国刑法的学问。尽管上述学科具有不同的研究领域，但是，作为刑法解释学的对象的现行刑法却是在上述领域的研究成果的基础上所制定的。如果将刑法解释学称为临床医学的话，那么上述其他领域就是基础医学了①。

① 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社，2008年，第12页。

第二章 刑法理论流派

第一节 启蒙主义的刑法思想

一、概述

从中世纪到近代初期，西欧各国的封建制刑法被当时的政治权力所支配。封建制刑法以法与宗教道德的不可分性、罪刑擅断主义、刑罚的残酷性、基于身份的不平等性等为特点。

14～15 世纪（中世纪末期）欧洲资本主义开始萌芽，到 16 世纪得到进一步的发展，资本主义经济的发展促使资产阶级反对封建专制制度，并向封建统治者要求政治上的权力。16 世纪末至 18 世纪，经过一批进步学者的努力，启蒙主义的刑法思想产生，学者们鼓励个人从中世纪封建专制和教会束缚下解脱出来，唤起了人们对自由、理性的觉醒，中世纪的精神包袱直至启蒙运动才被最终抛弃。

启蒙时期学者提倡以自由、民主、平等、天赋人权来反对封建专制和特权；以无神论、自然论或唯物论来反对宗教迷信。启蒙主义的刑法思想可以归结为刑法与宗教分离、罪刑法定、客观主义、罪刑均衡、目的论的刑罚观、法律面前人人平等，等等。

二、主要代表人物的刑法思想

著名的启蒙思想家主要有荷兰的格老秀斯，英国的霍布斯、洛克，法国的孟德斯鸠、卢梭等。

（一）格老秀斯

格老秀斯（Hugo Hrotius，1583—1645 年），荷兰政治思想家、古典自然法学派创始人之一，也是近代资产阶级国际法的鼻祖。其名著《战争与和平法》不仅是重要的法学著

作，而且是西方资产阶级人权学说关于自然法与自然权利理论的开创性著作。

格老秀斯是近代西方启蒙思想家中第一个比较系统地论述自然法理论的学者。他认为，自然法是如此的不可变易，连上帝也不能加以改变。因为上帝的权力虽然无限，但有一些事物即便有无限的权力也是不能动摇的。正如上帝本身不能使二乘二不等于四一样，他也不能颠倒是非，把本质上是恶的说成是善①。自然法来源于人的“理性”，人们在理性的支配下按照自然的规定来指导自己的行为。人性是自然法的源泉，神是法的第二源泉。作为一种正当理性的命令，自然法是正当的理性法则，是一切法律的基础和依据。有约必践、有害必偿、有罪必罚等都是自然法。

根据自然法理论，格老秀斯阐述了天赋的自然权利和社会契约等观点，他坚持以自然法和社会契约为基础的国家学说，认为人民之间通过订立契约，而后产生作为统治者的国家，国家是人们为了享受法律利益和谋求共同福利而组成的最完善的联盟。全体人民根据自己的意志通过社会契约把统治自己的权力转让给一个人或者多数人之后，便不能收回这项权力，人民就要永远服从君主的命令，人类遵守社会契约是自然法的要求，“为了维护公共和平和良好秩序，国家有权力制止彼此间无限制地应用那种权利，毫无疑问，国家是这样做了，因为如果允许滥用抵抗的权利，国家将无法存在，而变成一个一盘散沙式的人群”②。

格老秀斯认为，惩罚是由邪恶行为所招致的痛苦，惩罚的对象是罪有应得的人。他强调刑罚的目的和效用，认为对罪犯不一定总要惩罚，要求在惩罚罪犯时注意关于罪犯、受害者和普通人的效用问题，惩罚的第一目的是“改造”。格老秀斯并不反对死刑，但主张限制死刑，认为只有罪大恶极的人才可被处死。

（二）霍布斯

霍布斯（Thomas Hobbes，1588—1679 年），英国政治法律思想家、哲学家，著有《利维坦》。

霍布斯的法律思想集中体现在《利维坦》（1651 年）一书中，他以利维坦比喻一个强大的国家，认为人们在自然状态下基于渴望和平和安定生活的需要，在理性的支配下，通过转让权利订立契约的方式组成“利维坦”（国家）。“把大家所有的权力和力量托付给某一个人或一个通过多数的意见把大家的意志化为一个意志的多人组成的集体。像这样统一在一个人格之中的一群人就称为国家，在拉丁文中称城邦，这就是伟大的利维坦的诞生”③，让它来维持内部的和平、并抵抗外来的敌人。他认为“在自然状态下进行着‘万人对万人的战争’（Bellum omnium contra omnes）④，人们从自我保存的本能出发，根据自由意思建立国家，为了得到它的保护，提供了各人的自由，他以这种社会契约论为基础论及刑罚”⑤。霍布斯所说的自然状态是一种一切人反对一切人的战争状态，这是基于人

① 〔荷〕格老秀斯：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社，2005 年，第 33～34 页。

② 法学教材编辑部：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社，1983 年，第 146 页。

③ 〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985 年，第 131～132 页。

④ 也有人将“Bellum omnium contra omnes”译为“一切人反对一切人的战争”。

⑤ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003 年，第 32 页。

性恶的品性所造成的。自然权利是“每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由”①，而自然法就是促使人类走出上述自然状态的条件和规律，是建立在理性基础上的普遍法则，用以限制自然权利以维护秩序与和平。他将自然法归结为“己所不欲，勿施于人”，将法律定义为：“法律，普遍说来都不是建议，而是命令，也不是任何一个人对任何另外一个人的命令，而是专对原先有义务服从的人民发布的那种人的命令；至于国法则只是加上了发布命令的人的名称。”② 按照霍布斯的观点，法律的作用就是要确保契约的执行。霍布斯基于人性，在自然法理论的基础上，倡导社会契约论，认为“权利的互相转让就是人们所谓的契约”③。他提出“自然状态”和国家起源说，认为国家是人们为了遵守“自然法”而订立契约所形成的，是一部人造的机器人，他反对君权神授论，主张实行专制政体。他把罗马教皇比做魔王，把僧侣比做群鬼，但主张利用“国教”来管束人民，维护“秩序”。

关于犯罪的概念和原因，霍布斯认为，犯罪是违反了法律所禁止的言论与行动，凡是法律所规定的而又不执行的就是恶，就是犯罪，但思想不构成犯罪。霍布斯认为一切罪行都来自无知、谬见或某种感情的爆发。在衡量罪行轻重上，他认为，应当考虑到犯罪的原因、后果、时间、地点、人物等因素。霍布斯将刑罚定义为：“惩（刑）罚即公共当局认为某人做或不做某事是违法的行为，并为了使人们的意志因此更好地服从起见而施加的痛苦。”④ 可以看出，霍布斯坚持罪刑法定与罪刑均衡，认为惩罚的目的是使犯罪人改过自新，并借以儆戒他人。

（三）洛克

洛克（John Locke，1632—1704 年），英国哲学家，自然法的代表人物，自由主义的奠基人。

洛克的《政府论》（上下篇）（1689 年）是他在法律思想方面的代表作。洛克在继承霍布斯思想的基础上又有所进步，他发展了“自然权利”理论，认为在法律产生之前人类处在“自然状态”中。他引用胡克尔的话：“人类基于自然的平等是既明显又不容置疑，因而把它作为人类互爱义务的基础，并在这个基础上建立人们相互之间应有的种种义务，从而引申出正义和仁爱的重要准则。”⑤ 自然法对这种自然状态下的自然权利进行约束，“理性，也就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类：人们既然都是平等和独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产”⑥。洛克将执行自然法的权利交予每个人，每个人都有惩罚违反自然法的人的权利，“处罚每一种犯罪的程度和轻重，以是否足以使罪犯觉得不值得犯罪，使他知道悔悟，并且儆戒别人不犯同样的罪行而定”⑦，这点和霍布斯的观点是一致的。洛克论述自然状态、自然法旨在寻找一种理论来与反人民的封

① 〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985 年，第 97 页。
② 〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985 年，第 206 页。
③ 〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985 年，第 100 页。
④ 〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985 年，第 241 页。
⑤ 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964 年，第 3 页。
⑥ 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964 年，第 4 页。
⑦ 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964 年，第 7 页。

建专制进行斗争，他指出，在自然法状态中还存在着战争状态，它是自然状态中自然法遭到破坏时的一种状态，被迫处于战争状态中的人的反抗行为是合乎自然法的，是正义。可见，洛克论述的战争状态不同于霍布斯所说的战争状态。

由于自然状态存在着缺乏安定性等缺陷，洛克认为应坚持社会契约论，人们应将自己的一部分权利交给社会，由社会委托专门机构来执行自然法的权力，这就成立了国家，形成了公共权力和法律，但当公共机构超出社会利益行使权力时，人民就有权进行反抗，因为公共机构的目的只是服务于人民。他还主张在政治体制中立法权、执行权（行政权）与对外权（外交权）三权分立①。洛克的分权理论后经孟德斯鸠得到了进一步发展，孟德斯鸠在此基础上提出了立法权、行政权与司法权三权分立的学说，并广为传播。

洛克提出了较为彻底的法治原则，认为“无论国家采取什么形式，统治者应该以正式公布的和被接受的法律，而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治……政府所有的一切权力，既然只是为社会谋幸福，因而不应该是专断的和凭一时高兴的，而是应该根据既定的和公布的法律来行使”②。已经公布的法律要执行，“法律一经制定，任何人也不能凭他自己的权威逃避法律的制裁；也不能以地位优越为借口，放任自己或任何下属胡作非为，而要求免受法律的制裁”③。

（四）孟德斯鸠

孟德斯鸠（Montesquieu，1689—1755年），18世纪法国启蒙思想家、法学家、古典自然法学派代表之一。

他于1748年出版了《论法的精神》，认为“从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有它的法；高于人类的‘智灵们’即神有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法”④。孟德斯鸠认为一切客观存在都有其规律，有其自己的法。在人类最初生活状态中没有国家、没有制定法，自然法支配着人们的行为。他不同意霍布斯的“一切人反对一切人的战争”（即“万人对万人的战争”）的观点，反而认为在自然状态下人们会为保全自身而相互亲近。自然法是人类理性的表现，它源自于人的生命的本质，然而人的社会性决定了人类要过社会生活，他们之间的平等就会消失，会产生战争状态。国家之间、个人之间的战争状态使人与人之间的法律建立起来，这就是人法。人法以自然法为基础，是自然法所体现的人类理性的具体适用。人法包括国际法、政治法和民法。国际法是调整各国间关系的法律，政治法是调整治者与被治者之间关系的法律，民法不同于今日意义上的民法，它是指调整一切公民之间关系的法律，包括民法、刑法等在内。孟德斯鸠还承认神法的存在，“任何人都同意，人为的法律在性质上同宗教的法律是不一样的”⑤。

孟德斯鸠主张在法律与其他事物的联系中寻找法律的实质，认为法律同国家的政体、

---

① 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964年，第91～93页。
② 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964年，第87页。
③ 〔英〕洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1964年，第58页。
④ 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961年，第1页。
⑤ 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（下册），张雁深译，商务印书馆，1963年，第174页。

民族精神、风俗习惯、气候、土壤、宗教等有关，这些关系的综合体就是法的精神。孟德斯鸠认为必须使法律同已经建立或者将要建立的政体相适应，他主张实行君主立宪政体、分权与法治，并进一步发展了洛克关于立法权、行政权与外交权的权力划分，提出立法权、行政权与司法权三权分立，让权力相互制约，以防止权力滥用，从而保护公民自由。其中他关于立法权与司法权的分立，给罪刑法定主义奠定了理论基础。他明确提出“法律的责任只是惩罚外部的行动”①，反对思想定罪，“言语并不构成‘罪体’”②。他将犯罪分为四种，即危害宗教罪、危害风俗罪、危害公民罪和危害公民安全罪。孟德斯鸠认为刑法的目的在于通过对犯罪进行惩罚来维护公民权利、自由和安全，恢复法律秩序，他说，“惩罚犯罪应该总是以恢复秩序为目的”③。在罪与刑的关系上，他主张罪刑相应，对不同的犯罪适用不同的刑罚，必要时可适用赦免。另外，他认为死刑是病态社会的药剂，不主张废除死刑，不过他主张在刑罚中实行人道主义，反对肉刑、报复刑和株连，反对苛酷的刑罚。

（五）卢梭

卢梭（Jean Jacques Rousseau，1712—1778 年），18 世纪法国启蒙思想家、哲学家、教育家、文学家，法国大革命的思想先驱，古典自然法学派代表之一。他在政治法律方面的著作主要有《论人类不平等的起源和基础》与《社会契约论》。

卢梭认为人类之间的不平等源于私有制，他主张建立资产阶级民主共和国，重视自由和平等，“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中”④。他认为人类原来生活在自然状态下，每个人都是自由、平等的，人们的行为受到自然法支配，他不同意霍布斯所说的“一切人对一切人的战争”的自然状态。随着人类智能的发展以及私有制的产生，不平等也就出现了，卢梭主张用法律来帮助实现自由与平等。

马克思认为，社会契约的观点也即认为国家起源于人们相互间的契约的观点，首次出现是在伊壁鸠鲁的论述中。马克思在他的哲学博士论文《德谟克利特的自然哲学与伊壁鸠鲁的自然哲学的区别》中指出，“就社会政治思想来说，他虽然没有或没有留传下来系统的著作，但他也有三个方面的看法值得注意：一是他的伦理观；二是他的无神论；三是他对政治和国家起源的‘契约说’”。伊壁鸠鲁（公元前 341—前 270 年）曾于公元前 307 年在雅典创办了一个学园，宣传唯物主义和无神论的思想，他认为世人没有绝对的正义，只有在任何地区，在人们的相互交往中，为了预防伤害造成的损失和痛苦而互相约定。这种“约定”就是公正，就是法律的来源。伊壁鸠鲁的政治哲学是以唯物主义原则为基础的，并用它来说明人类社会制度的起源和发展。这种关于社会进化以及关于纯粹以自我主义和契约为基础的政治法律思想，对后来霍布斯的政治学说影响甚大⑤。后来，格老秀斯、霍布斯、洛克对社会契约学说进行发展，而卢梭则是社会契约学说的集大成者。

---

① 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961 年，第 197 页。

② 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961 年，第 198 页。

③ 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961 年，第 200 页。

④ 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980 年，第 8 页。

⑤ 张宏生、谷春德：《西方法律思想史》，北京大学出版社，1990 年，第 28～29 页。

卢梭认为真正的社会契约是人民自由协议的产物，通过社会契约的方式产生国家，来调整个人与国家之间的关系。他认为社会契约以保全缔约者为目的，“要寻找出一种结合的形式，使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富，并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是在服从自己本人，并且仍然像以往一样地自由”①。社会契约的实质在于：“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下，并且我们在共同体中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分。”②可见，卢梭在人们交出权利的问题上的观点是与霍布斯比较接近的，认为为了摆脱自然状态，人们应该把自己原先拥有的全部权利都交给国家③。当根据契约产生的国家违背契约，破坏公意，损害公共利益时，人民就有权取消契约。

卢梭指出，“当全体人民对全体人民作出规定时……这时人们所规定的事情就是公共的，正如作出规定的意志是公意一样。正是这种行为，我就称之为法律”④。在国家成立后，仅仅有自然法还不足够，还须由人民制定实在法，卢梭将实在法分为四种，即政治法、民法、刑法、习惯法。这里所说的民法是调整公民之间、公民与集体之间的关系的法律，刑法是调整个人与法律之间的关系的法律，“刑法在根本上与其说是一种特别的法律，还不如说是对其他一切法律的制裁”⑤。卢梭肯定死刑的必要性，认为“对罪犯处以死刑，这与其说是把他当做公民，不如说是把他当做敌人。起诉和判决就是他已经破坏了社会条约的证明和宣告，因此他就不再是国家的成员了”，但他反对轻易使用死刑，因为“我们没有权利把人处死，哪怕仅仅是以儆效尤，除非对于那些如果保存下来便不能没有危险的人”。他否定频繁使用刑罚，“刑罚频繁总是政府衰弱或者无能的一种标志”。在刑事政策上，他主张对罪犯实行赦免或减刑应持慎重态度，以免使犯罪得不到惩罚，“唯有当国家衰微时大量犯罪的出现，才保障了罪犯不受到惩罚……频繁的赦免就说明不久罪犯就会不再需要赦免了，大家都看得出来那会引向哪里去的”⑥。

第二节　前期古典学派的刑法思想

一、概述

古典学派相对于近代学派而言，又称旧派；近代学派相对于古典学派而言，则称新派。关于古典学派内部如何划分，学者们观点不一。这是由于学派的划分依据主要在于思想的差异或时间的先后，因此，对于学派的划分并无绝对的标准。例如，大谷实将费尔巴哈等认定为启蒙时期代表人物，并将启蒙时期的刑法理论（以费尔巴哈为中心）和以报应刑论（以宾丁为中心）为基础的刑法理论合并称为古典学派，认为二者之间具有相当大的

① 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第23页。
② 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第24～25页。
③ 孙逸舟：《霍布斯、洛克、卢梭之社会契约理论解析》，《河北法学》，2011年第11期，第184页。
④ 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第50页。
⑤ 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第73页。
⑥ 〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，1980年，第46～48页。

差别，前者以个人自由主义为基础，而后者具有国家自由主义的特征，前者被称为前期古典学派（前期旧派），后者被称为后期古典学派（后期旧派），但基于二者在意志自由、道义责任、罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道主义等方面本质上的共同点，所以一并将其作为古典学派①。野村稔则以黑格尔为界限，将古典学派（旧派）根据思想基础的不同，分为具有强烈的黑格尔以前的个人主义的自由主义色彩的前期旧派以及黑格尔以后的具有强烈的国家主义色彩的后期旧派，并指出前期旧派和后期旧派之间在自由主义以及以经验的方法考察刑罚的效果及其界限方面具有共同性②。

本书采取时间顺序将古典学派分为前期古典学派和后期古典学派。前期古典学派（18世纪中后期～19世纪前半期）是基于启蒙思想时期合理主义的刑法理论而形成的，以社会契约论、自然法理论为思想基础，否定封建刑法的干涉性、恣意性、身份性和残酷性，是对启蒙时期刑法思想的继承和发扬，主要代表人物有贝卡里亚、边沁、费尔巴哈、康德、黑格尔等。由于旧派理论未能阻止19世纪后期西方国家的犯罪浪潮，近代学派即新派于19世纪末兴起，代表人物有龙勃罗梭、菲利、加罗法洛、李斯特等。后期古典学派（19世纪末）是基于报应主义的刑法理论而发展起来的，以宾丁、比克迈尔、贝林、M. E. 迈尔、梅茨格尔、小野清一郎等为代表。“古典学派的工作领域是现行法律的释义学，其方法是逻辑——法学体系的方法。”③ 古典学派的学问功绩在于，赋予刑法学以统一的体系，同时明确了犯罪中的各种概念，形成了近代刑法学的理论框架④。

二、主要代表人物的刑法思想

（一）贝卡里亚

关于贝卡里亚是否属于启蒙时期刑法学家，存在着争议。意大利刑法学家杜里奥·帕多瓦尼在其著作《意大利刑法学原理》中，将贝卡里亚归入启蒙时期代表人物：“在意大利刑法学家们看来，尽管贝卡利亚（即贝卡里亚）及其同时代的人是现代刑法思想的奠基人，但他们只是刑法领域中的启蒙者，而兴起于19世纪中叶的意大利刑事古典学派中的大师们才是真正意义上的刑法学家。因为只有在他们手里，近代刑法学完备而详细的体系才告初步形成。”⑤ 日本刑法学家大谷实也认为贝卡里亚是启蒙时期代表人物：“他意图通过贯彻合理主义、理性主义，来抵抗中世纪刑法的干涉性、肆意性、身份性、残酷性。”⑥ 贝卡里亚也因此被称为“近代刑法学的鼻祖”。大塚仁亦持相同观点⑦。然而，中国学者大多将贝卡里亚列为古典学派的重要代表。这是因为尽管他的刑法理论是基于启蒙思想而形成的，但是他不仅具有刑法思想，而且拥有系统的刑法理论。因此，本书将贝卡里亚归入古典学派来论述。

---

① 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社，2008年，第18页。
② 〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社，2001年，第73页。
③ 〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》（修订译本），徐久生译，法律出版社，2006年，第24页。
④ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003年，第36页。
⑤ 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社，2004年，第29页。
⑥ 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社，2008年，第14页。
⑦ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003年，第33页。

贝卡里亚（Cesare Bonesana Marchese di Beccaria，1738—1794年），意大利著名刑法学家，意大利刑事古典学派刑法理论的创始人，近代刑法学的始祖。其名著《论犯罪与刑罚》一经问世，立即引起轰动，为他赢得了长久的声誉。该书先后被译为德文、英文、荷兰文、波兰文、西班牙文、希腊文、俄文等多种文字。据估计，在18世纪末，《论犯罪与刑罚》的各种版本不下60种①，这部垂范青史的著作，奠定了贝卡里亚作为古典学派创始人的地位，对于人类关于刑事政策问题的认识也意义重大。贝卡里亚深受卢梭、孟德斯鸠、伏尔泰等启蒙思想家的影响，并在此基础上形成了一系列反映当时资产阶级民主要求的刑法思想。

1. 罪刑法定主义

"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拥有这一权威……超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。"② 也就是说，只应该由法律来规定刑罚权，他坚决反对封建社会的罪刑擅断主义。为了实现罪刑法定主义，他还讨论了立法权、法律的含混性、法律解释权等问题，他认为颁布法律的权力只能属于立法者，刑事法官不是立法者，他们也没有解释刑事法律的权力。

2. 客观主义

关于犯罪，贝卡里亚采取了以表现于外界的社会侵害这种客观标准来理解犯罪的客观主义理论，认为"衡量犯罪的唯一和真正的标尺是对国家造成的损害"③。为了证明其自身的观点，贝卡里亚分别对"犯罪时所怀有的意图"、"被害者的地位"、"罪孽的轻重程度"等内容进行了具体的阐述。

3. 罪刑均衡

在罪与刑的关系上，贝卡里亚十分强调罪刑相对称，即刑罚的轻重应与犯罪对社会造成的危害的大小相当，犯罪造成的危害越大，促使犯罪的力量就越强，相应地刑罚也应该越强有力。由于私人利益的相互斗争和为避免斗争而妥协的社会契约的存在，人们实际上能够发现一个由一系列越轨行为构成的阶梯，把这些行为按照从高到低的顺序排列，并与由最强到最弱的刑罚阶梯相对应，这样的刑罚分配能使人们基于较大惩罚的考量而不去实施相应的犯罪。

4. 刑罚权的根据

受社会契约论的影响，贝卡里亚将刑罚权的根据置于社会契约论之上。"人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总合起来，就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者。"④ 立法的目标是给最多的人分配最大幸福，在维持社会全体的幸福的必要限度内，各人必须牺牲其一部分自由，君主应该在社会契约的范围内行使刑罚权⑤。

---

① 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第171页。

② 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第10页。

③ 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第20页。

④ 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第7页。

⑤ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003年，第33页。

5. 刑罚人道主义

贝卡里亚极力反对封建社会的残酷刑罚，提倡刑罚理应人道主义化。即使严酷的刑罚的确不是直接与公共福利及预防犯罪的宗旨相对抗，它也未被赋予开明理性所萌发的善良美德——这种理性往往支配着幸福的人们，而不是一群陷于怯懦的残忍循环之中的奴隶——同时，严酷的刑罚也违背了公正和社会契约的本质①。贝卡里亚坚决反对死刑，认为死刑既不是必要的也不是有益的。他于1791年被奥地利皇帝利奥波德任命为伦巴第刑事立法委员会的成员。1792年1月12日，伦巴第刑事立法委员会开会讨论死刑是否在新刑法典中继续保留并且在何种程度上保留的问题，由于出现了不同意见，会议暂且搁置并且向当时主管米兰省的考尼特兹大臣提交了两份附有发言记录的报告，少数派的报告就是贝卡里亚撰写的《关于死刑问题的意见》，贝卡里亚认为："不应当适用死刑，除非存在着具有某种积极必要性的情况，在社会的和平状态中并且在正常的司法管理条件下，我们很难发现这种积极必要性……首先是因为死刑是不必要的，因而是不公正的。其次是因为死刑不如终身刑有效，如果这种终身刑具有有效和持续的公开性；第三是因为死刑是不可补救的。"②

6. 相对主义

贝卡里亚认为预防犯罪比惩罚犯罪更高明，刑罚是以保护社会免受侵害为目的，他首次提出了以预防为中心的刑法改革的完整计划。"刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行……刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。因而，刑罚和实施刑罚的方式应该经过仔细推敲，一旦建立了对应关系，它会给人以一种更有效、更持久、更少摧残犯人躯体的印象。"③ 刑罚的本质不是报应，而是对犯人将来犯罪的预防和对社会一般人的警告，超出这种必要的刑罚是残虐的、不正当的。关于刑罚，贝卡里亚采用了以一般预防和特别预防为目的的所谓相对主义④。

贝卡里亚的刑法思想为资产阶级刑法理论体系的建立奠定了基础，彻底否定了封建专制主义的刑法理论体系，是刑法史上的一次重要革命。

（二）边沁

边沁（Jeremy Bentham，1748—1832年），英国法学家、哲学家、经济学家、功利主义理论的创始人。边沁于1789年出版著作《道德与立法原理导论》，1802年出版著作《立法理论——刑法典原理》，其刑法思想可概括为以下几个方面。

1. 功利主义的犯罪观

功利主义思想出现得很早，公元前5世纪的亚里斯提卜、公元前4世纪的伊壁鸠鲁、中国古代的墨子及其追随者的伦理学中都有追求"最大幸福"的思想。近代英国哲学家、伦理学家如坎伯兰、法兰西斯·哈奇森与休姆都有功利主义的倾向。法国功利主义大师爱

① 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第11页。

② 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第183页。

③ 〔意〕切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社，2008年，第29页。

④ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003年，第33页。

尔维修（Claude-Adrien Helvetius）在其著作《论人及其智力和教育》中写道："如果在一个国家里最高权力被同等地分配给一切公民等级，那么整个民族就是统治者。它的愿望是什么？尽可能使大多数人得到幸福。"① 意大利法学家贝卡里亚也具有功利主义的刑法思想，他认为刑罚直接对人的感受器官造成痛苦的印象，犯罪对人们的意义在于，犯罪所能获得的好处被刑罚所带来的恶果所抵消，人们在经过利弊得失的权衡与计算之后，就会相应地抑制犯罪。

18世纪末19世纪初，在边沁和密尔（John Stuar Mill）的推动下，功利主义的哲学观正式形成。边沁认为："自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下。只有它们才指示我们应当干什么，决定我们将要干什么。是非标准，因果联系，俱由其定夺……功利是指任何客体的这么一种性质：它倾向于给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福（所有这些在此含义相同），或者倾向于防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸（这些也含义相同）；如果利益有关者是一般的共同体，那就是共同体的幸福，如果是一个具体的个人，那就是这个人的幸福。"② 边沁将他的功利主义的伦理学建立在"最大幸福原则"之上，并从中推演出具有非常严密逻辑性的理性的刑事政策③。他反对契约说，认为契约即使存在，它的力量也是在于功利，国家是基于服从的需要而产生的，功利是国家产生的根据，是国家的目的。

2. 罪刑相称

边沁指出，"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人们认为应当禁止的行为"④，认为唯有对社会有害的行动才应当是罪过。他将犯罪分为五类：一是私人罪过，是对个人所犯的罪；二是半公罪，是对社会中某个单独集团的犯罪；三是内向罪过，是关于单纯目的和行为，是指为了满足罪犯私利的针对私人的犯罪；四是公共罪过，是对整个社会所犯的罪；五是杂式罪过，如欺骗罪和背信罪等⑤。边沁主张对英国实行的残酷的刑罚制度进行彻底改革，提倡罪刑相应，他认为孟德斯鸠和贝卡里亚虽然提出了罪刑相称原则，但没有进行解释。于是，他提出，"在每一件为惩罚而被审议的具体事务中，有四个需予以考虑的因素：①所采取的行动本身；②采取行动时所处的环境；③可能与之相伴的意图；④可能与之相伴的知觉、不觉或错觉"⑥，"罪过造成的苦痛当然也按照每种罪过的性质而有大有小。在每种具体的罪过当中，一项苦痛与另一项苦痛之间的比例因而将有所不同"⑦。

3. 个人责任原则

《圣经》有言："他必照个人的行为报应个人。"⑧ 因此，在责任承担的问题上，边沁极

---

① 〔苏〕维·彼·沃尔金：《十八世纪法国社会思想的发展》，杨穆、金颖译，商务印书馆，1983年，第192页。

② 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000年，第57～58页。

③ Jescheck H H, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot, 1996, 5. Aufl., S. 72.

④ 〔英〕边沁：《立法理论——刑法典原理》，孙力译，中国人民公安大学出版社，1993年，第1页。

⑤ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000年，第251～253页。

⑥ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000年，第123页。

⑦ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000年，第222页。

⑧ 参见《圣经·新约全书》之《罗马书》第2章第6节。

力反对株连，主张刑罚只能适用于实施犯罪行为之人，如果株连无辜，那就是错误之刑或滥用之刑①。自由意志和个人责任这两个方面是相互联系的，因为只有当一个人能够如他所期望的那样从一开始就自由地行动时，我们才能对这些实际上发生的事件追究责任。如果我们每个人都在精神上生活在一个主观规定的、但却是我们的个人现实的王国里，那么，就需要为生活中自由意志的多种可能性承担个人责任，抓住每一个机会来丰富我们的经验。

4. 预防主义

边沁认为惩罚的目的在于预防犯罪，消灭作恶的意向，减少犯罪，从而增加社会的幸福，"政府的业务在于通过赏罚来促进社会幸福，由罚构成的那部分政府业务尤其是刑法的主题。一项行动越趋于破坏社会幸福，越具有有害倾向，它产生的惩罚要求就越大"②。"一切法律所具有或通常应具有的一般目的，是增长社会幸福的总和，因而首先要尽可能排除每一种趋于减损这幸福的东西，亦即排除损害。然而，所有惩罚都是损害，所有惩罚本身都是恶。根据功利原理，如果它应当被允许，那只是因为它有可能排除某种更大的恶。"③ 边沁指出，在值得惩罚的时候，惩罚应以设法杜绝任何罪过为目的，若一个人必定犯某种类型的罪过，则下一个目的便是诱导他犯一项害处较小而非较大的罪过，使他在符合自己所期望的得益的限度内，尽少为害。不管要加以防止的损害是什么，应以尽可能小的代价去防止④。"惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为，而未来则未可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人，类似的犯罪将可能影响整个社会。"⑤ 边沁认为在"用较小的代价便可以有效地达到防止犯罪行径的目的，例如依靠教育，就像依靠恐惧一样有效；依靠晓之以理，就像依靠直接影响意愿一样成功"⑥ 的情况下，就没有必要动用惩罚。

5. 反对死刑

在死刑问题上，边沁赞成贝卡里亚的主张，认为他对此问题的论证充分。边沁指出："在这方面效力最大的惩罚，显然是死刑。在此情况下，它的效能是确定无疑的。……此类损害可能更像带有敌对而非惩罚的意味。与此同时，这种惩罚显然在可观的程度上是不节约的，这构成了许多缘由中的一个缘由，要求除非在非常特别的情况下无论如何不使用之。"⑦

（三）费尔巴哈

费尔巴哈（Paul Johann Anselm Feuerbach，1775—1833 年），刑事古典学派的重要代表之一，德国刑法学家，近代刑法思想的奠基人，德国著名唯物主义哲学家路德维希·费尔巴哈（1804—1872 年）之父。费尔巴哈的刑法理论，支配了 19 世纪前半期的德国刑法学，并对近代刑法理论产生了极大影响。基于此，费尔巴哈又被称为"近代刑法学之父"。他于 1799 年和 1800 年发表了《实定刑法原理与基本概念的省察》上下两卷，1801

---

① 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社，2002 年，第 26 页。
② 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000 年，第 74 页。
③ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000 年，第 158 页。
④ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000 年，第 224～225 页。
⑤ 〔英〕边沁：《立法理论——刑法典原理》，孙力译，中国人民公安大学出版社，1993 年，第 96 页。
⑥ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000 年，第 223 页。
⑦ 〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆，2000 年，第 242 页。

年出版著作《德国现行普通刑法教科书》。他最大的贡献在于提出了心理强制说，并在此基础上论证了罪刑法定主义，其关于刑法的基本观点可概括为以下几个方面。

1. 犯罪本质论

费尔巴哈主张排除中世纪刑法的干涉性，提出权利侵害说，认为不应当干涉内在的宗教和伦理问题，法律应对外部行为发生作用。他严格区分法律和伦理，认为犯罪是犯人表现于外界的侵害他人权利的行为，犯罪的本质是侵害权利，犯罪的尺度是犯罪所产生的社会损害，刑法只有在防止侵害权利的范围之内，才能被正当化。这就排除了中世纪刑罚的残酷性，也坚持了罪刑均衡，同时也克服了刑法的不安定性，防止了刑法的干涉性和恣意性。

2. 心理强制说

帕噶诺（M. Pagano，1748—1799 年）第一个以报应的观念为基础准确地规定了刑罚是犯罪的定义和罪刑相适应的基本要求①，并提出了刑罚是犯罪的“反动机”（contrario motivo）的著名论断，为费尔巴哈的心理强制说提供了理论基础。稍后的罗马诺司（Romagnosi，1767—1835 年）则第一个在刑法史上旗帜鲜明地提出防卫社会是刑法的唯一目的，首开刑事社会学派的先河②。费尔巴哈认为国家为了防止违反人类共同生活目的的犯罪行为，能够加以种种的物理强制，作为其前提，必须肯定一定的心理性强制③。人都在理性地计算快乐和痛苦，将犯罪所得到的快乐（＝利益）和因此而受到的不快（＝刑罚）相比较，在后者大于前者的时候，就不会选择犯罪。如果法律中明确规定“实施某种行为，就要受到某种处罚”的话，就会在心理上强制一般人不要实施某种犯罪，从而达到预防犯罪的目的。这种见解就是所谓心理强制说④。

3. 罪刑法定主义

费尔巴哈确立了刑事审判的法治国思想，主张以各种手段来限制国家的刑罚权，这包括罪刑法定原则的法律限制、以行为作为科处刑罚标准的行为限制以及将法律与伦理相区别的限制方法。费尔巴哈认为，每一个刑法条款后面都有作为保护对象的个人或者国家的权利，从而，必须由法律来事先规定犯罪以及犯罪的法律后果。犯罪是触犯了刑法规定且侵犯了权利的行为，犯人为了由犯罪得到满足感而侵害了法律，因此，为了防止犯罪，就必须对犯罪科处刑罚。在“无法无罪，无法无罚”的法谚之上，他树立了罪刑法定原则。

4. 一般预防主义

费尔巴哈认为刑法的任务是预告与犯罪相适应的刑罚，通过对人们进行心理强制而抑止犯罪。费尔巴哈提倡国家对侵害权利的现象必须采取预防性措施，建议最好事先以法律的形式向国民预告犯罪和刑罚，他坚持预防犯罪的一般预防论。费尔巴哈首次从理论上区分了特殊预防和一般预防。他将一般预防与刑罚威慑联系在一起，并置于其体系的中心，

---

① 帕噶诺认为，刑罚是“因侵犯权利或不履行义务而丧失的权利”；刑罚与被侵犯的权利“不论在质量或数量上均应相等”，“犯罪人剥夺他人多少权利，就应该剥夺犯罪人多少权利”。参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社，2004 年，第 28 页。

② 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译评，中国人民大学出版社，2004 年，第 28 页。

③ 〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社，2003 年，第 35 页。

④ 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第二版），黎宏译，中国人民大学出版社，2008 年，第 14 页。

从而将启蒙时期的刑罚理论发展到一个新的高度。费尔巴哈不再追随贝卡里亚和边沁的古典功利刑罚理论，而是试图在与康德的伦理学之间架设一座桥梁。“通过心理强制的一般预防”应当达到刑罚威慑的效果，刑罚的适用应当使每个人都能认清其严肃性①。

5. 死刑赞成论

尽管费尔巴哈反对刑罚的残酷性，但却持死刑赞成论，“如果判处死刑，犯罪就不可能实施，这样的见解是妥当的。对之判处自由刑恐怕毕竟没有那样的效果，因为生命比自由更宝贵，被杀比做奴隶可怕得多”②。

（四）康德

康德（Immanuel Kant，1724—1804 年），德国古典唯心主义哲学的创始人，是观念论哲学的代表，康德在 1770 年之前主要研讨自然科学，1770 年之后开始了他的“批判哲学”体系，逐渐成为唯心主义先验论的哲学家。他建立了“批判哲学”体系，认为在认识中不是心灵去符合事物，而是事物要适应心灵。在政治思想上，他深受启蒙思想家特别是卢梭的影响。

康德的名著有《纯粹理性批判》、《实践理性批判》、《道德的形而上学》等。在他的著作中，他对法（包括刑法）发表了不少见解，他的刑法思想可概括为以下几个方面。

1. 社会契约论

康德受卢梭等启蒙思想家的影响，遵循社会契约论，认为人类具有理性，他们能够通过缔结社会契约的方式来建立国家，由国家确立具有公共强制性的法律，并按照法律所规范的秩序来生活，他承认人是为了获得作为公共成员的自由、得到以法律为基础的法制状态下的自由而放弃自己的自然状态的自由，“人民根据一项法规，把自己组成一个国家，这种法规叫做原始契约……人民中所有人和每个人都放弃他们的外在自由，为的是立刻又获得作为一个共和国成员的自由。从人民联合成为一个国家的角度看，这个共和国就是人民，但不能说在这个国家中的个人为了一个特殊的目标，已经牺牲了他与生俱来的一部分——外在的自由。他只是完全抛弃了那种粗野的无法律状态的自由，以此来再次获得他并未减少的全部正当的自由……这种彼此相依的关系，产生于他自己的那种有调整作用的立法意志”③。

2. 意志自由论

康德以自由观念为基础，把作为理性存在者的人视为思考的基石，“对法律的每一次违犯，只能并且必须解释为这是产生于犯法者的行为准则，即他把这种错误的做法作为他自己行为的规则。因为，如果不是把他看做是一个自由的生灵的话，就不能把违法行为加在他身上”④。“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动……我们必赋予每个具有理性和意志的东西以依照其自由观念而规定自身去行动

---

① Jescheck H H，Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. Drucker & Humblot，1996，5. Aufl.，S. 72～73.

② 〔德〕凯帕：《费尔巴哈传》，西村克彦译，良书普及会，1979 年，第 202 页。

③ 〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆，1991 年，第 143 页。

④ 〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆，1991 年，第 150 页。

的固有性质”①，“除非我愿意自己的准则也变为普遍规律，我不应行动……这样单纯的与规律相符合性就一般地充当意志的原则”②。“人，一般说来，每个有理性的东西，都自在地作为目的而实存着，他不单纯是这个或那个意志所随意使用的工具。在他的一切行动中，不论对于自己还是对其他有理性的东西，任何时候都必须被当做目的……有理性的本性作为自在目的而实存着。”③“你的行动，对待每个有理性的东西，都同样遵循当做自在目的的准则，不论是自己还是别人。”④ 在权利问题上，康德以自由作为衡量标准，认为人们基于纯粹理性而作出的行为选择是自由意志的体现。

3. 道义责任论

由于人具有自由意志，就应对其行为承担道义责任。康德的伦理学是以自由法则、道德法则与法律法则为理论基础的，特别是道德法则。“约束性的根据既不能在人类本性中寻找，也不能在他所处的世界环境中寻找，而是完全要先天地在纯粹理性的概念中去寻找。”⑤“道德的第一个命题是：只有出于责任的行为才具有道德价值。第二个命题是：一个出于责任的行为，其道德价值不取决于它所要实现的意图，而取决于它所被规定的准则……第三个命题，作为以上两个命题的结论，我将这样表述：责任就是由于尊重规律而产生的行为必要性。”⑥“我很快就会觉察到，虽然我愿意说谎，但我却不愿意让说谎变成一条普遍的规律……这样看来，如若我一旦把我的准则变为普遍规律，那么它也就毁灭自身。”⑦ 不符合这个条件的行为，就是违背道德。道德法则是一种具有强制性且由人类理性所承认的法则，法律肩负着必然的道德使命。一种行为与法律法则相一致就符合合法性，而与伦理法则相一致就是它的道德性，所谓伦理法则是指除了要求外在行为的合法性之外，还要求法则本身成为决定我们行为的原则的法则。道德法则不是从经验中得来，而是先验的和必然的，这样，道德法则就与自由意志相一致。“自律性是道德的唯一原则”⑧，康德认为，法律是他律，不如道德的自律，但法律至少也须配合当时道德规范的要求。人们服从法律，在政治上是一种义务，法律既然与理性、道德一致，服从法律就等于服从理性和道德，“一切和意志自身普遍立法不一致的准则都要被抛弃，从而，意志并不去简单地服从规律或法律，他之所以服从，由于他自身也是个立法者，正由于这规律，法律是他自己制定的，所以他才必须服从”⑨。“我们由于赋予自身以意志自由，所以把自己想成是服从道德规律的。”⑩“合乎意志自律性的行为，是许可的，不合乎意志自律性的行为，是不许可的。其准则和自律规律必然符合的意志，是神圣的、彻底善良的意志。一个不彻底善良的意志对自律原则的依赖，道德的强制性，是约束性，出于约束性的行为客

① 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第102～103页。
② 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第51页。
③ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第80～81页。
④ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第91页。
⑤ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第37页。
⑥ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第49～50页。
⑦ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第53页。
⑧ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第94页。
⑨ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第83～84页。
⑩ 〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社，1986年，第105页。