



武汉大学
百年名典

比较刑法原理

—— 外国刑法学总论

■ 马克昌 著

根源葉茂 實亦聲洪
山高水長 流風長美



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



武汉大学
百年名典

比较刑法原理

—
外国刑法学总论

■ 马克昌 著



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

比较刑法原理:外国刑法学总论/马克昌著. —武汉:武汉大学出版社,2012.9

武汉大学百年名典

ISBN 978-7-307-09953-1

I. 比… II. 马… III. 刑法—比较法学—国外 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 138792 号

责任编辑:郭园园

责任校对:王 建

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:56.5 字数:811千字 插页:4

版次:2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷

ISBN 978-7-307-09953-1/D·1169 定价:168.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



武汉大学百年名典

社会科学类编审委员会

主任委员 顾海良

副主任委员 胡德坤 黄 进 周茂荣

委员 (以姓氏笔画为序)

丁俊萍 马费成 邓大松 冯天瑜

汪信砚 沈壮海 陈庆辉 陈传夫

尚永亮 罗以澄 罗国祥 周茂荣

於可训 胡德坤 郭齐勇 顾海良

黄 进 曾令良 谭力文

秘书长 沈壮海

马克昌（1926-2011年），河南西华人，著名法学家，武汉大学资深（终身）教授，博士生导师。曾担任武汉大学法学院院长，国家哲学社会科学研究法学学科评审组成员，中国法学会常务理事，中国法学会刑法学研究会副总干事、副会长、名誉会长，中国法学会董必武法律思想研究会副会长，最高人民法院特邀咨询员。马先生作为刑法学界一代宗师，为我国刑事立法、刑事司法、刑法理论事业及人才培养作出了巨大贡献，成就卓著。主要著作有：《比较刑法原理——外国刑法学总论》、《刑法理论探索》、《犯罪通论》、《刑法通论》、《经济犯罪新论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法史略》、《论共同犯罪》、《刑法学全书》等。其中，《比较刑法原理——外国刑法学总论》一书获第六届国家图书奖和中国法学优秀成果一等奖。

《武汉大学百年名典》出版前言

百年武汉大学，走过的是学术传承、学术发展和学术创新的辉煌路程；世纪珞珈山水，承沐的是学者大师们学术风范、学术精神和学术风格的润泽。在武汉大学发展的不同年代，一批批著名学者和学术大师在这里辛勤耕耘，教书育人，著书立说。他们在学术上精品、上品纷呈，有的在继承传统中开创新论，有的集众家之说而独成一派，也有的学贯中西而独领风骚，还有的因顺应时代发展潮流而开学术学科先河。所有这些，构成了武汉大学百年学府最深厚、最深刻的学术底蕴。

武汉大学历年累积的学术精品、上品，不仅凸现了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术风格和学术风范，而且也丰富了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术气派和学术精神；不仅深刻反映了武汉大学有过的人文社会科学和自然科学的辉煌的学术成就，而且也从多方面映现了20世纪中国人文社会科学和自然科学发展的最具代表性的学术成就。高等学府，自当以学者为敬，以学术为尊，以学风为重；自当在尊重不同学术成就中增进学术繁荣，在包容不同学术观点中提升学术品质。为此，我们纵览武汉大学百年学术源流，取其上品，掬其精华，结集出版，是为《武汉大学百年名典》。

“根深叶茂，实大声洪。山高水长，流风甚美。”这是董必武同志1963年11月为武汉大学校庆题写的诗句，长期以来为武汉大学师生传颂。我们以此诗句为《武汉大学百年名典》的封面题词，实是希望武汉大学留存的那些泽被当时、惠及后人的学术精品、上品，能在现时代得到更为广泛的发扬和传承；实是希望《武汉大学百年名典》这一恢宏的出版工程，能为中华优秀传统文化的积累和当代中国学术的繁荣有所建树。

《武汉大学百年名典》编审委员会

再版说明

《比较刑法原理——外国刑法总论》是马克昌先生的代表作之一。于2002年10月出版后重印多次，深受学界及实务界好评，并获得多重奖项。此次将其收入百家名典，在原有版本的基础上，对书中的个别文字与标点错误做了订正，并对个别段落、语句进行了调整及补充。特此说明。

武汉大学出版社

2012年6月

目 录

第一编 刑法的基础理论

第一章 刑法与刑法学	1
第一节 刑法的概念和种类	1
一、刑法的概念	1
二、刑法的调整对象	4
三、刑法的种类	5
第二节 刑法的任务和机能	8
一、刑法的任务	8
二、刑法的机能	10
第三节 刑法学概述	14
一、刑法学的概念	14
二、刑法解释学	15
三、基础刑法学	16
第二章 近代刑法理论	17
第一节 启蒙主义的刑法思想	17
一、概述	17
二、主要启蒙思想家的刑法思想述评	18
第二节 古典学派	20
一、概述	20
二、前期古典学派	21
三、后期古典学派	30

四、古典学派的基本观点和评价	33
第三节 近代学派与刑法学派之争	35
一、近代学派概述	35
二、近代学派代表人物的刑法思想	35
三、近代学派的基本观点和评价	41
四、刑法学派之争	43
第四节 新社会防卫论	46
一、格拉马蒂卡的社会防卫论	46
二、安赛尔的新社会防卫论	47
第三章 罪刑法定主义	50
第一节 罪刑法定主义的意义和沿革	50
一、罪刑法定主义的意义	50
二、罪刑法定主义的沿革	52
第二节 罪刑法定主义的思想理论基础	55
一、概述	55
二、罪刑法定主义产生的思想理论基础	56
三、现代罪刑法定主义的思想理论基础	59
第三节 罪刑法定主义的内容	60
一、概述	60
二、传统的罪刑法定主义的内容及其发展	62
三、新增的罪刑法定主义的内容	66
第四节 罪刑法定主义立法的演变和趋势	72
一、罪刑法定主义立法的变迁	72
二、罪刑法定主义立法的现状和趋势	74

第二编 犯罪论

第四章 犯罪论概说	78
第一节 犯罪的概念和本质	78
一、犯罪一词的含义	78

目 录

二、犯罪的定义	79
三、犯罪的本质	81
第二节 犯罪的成立要件和种类	85
一、犯罪的成立要件	85
二、犯罪的种类	88
第三节 犯罪论的体系	93
一、犯罪论体系的概念	93
二、犯罪论体系的学说与状况	95
三、本书的犯罪论体系	99
第五章 构成要件论	100
第一节 构成要件概说	100
一、构成要件的概念	100
二、构成要件理论的沿革	102
三、构成要件的机能	113
四、构成要件的种类	115
五、构成要件的要素	120
六、构成要件符合性和构成要件的解释	128
第二节 犯罪的主体与客体	131
一、犯罪的主体	131
二、犯罪的客体	146
第三节 行为论	151
一、行为理论的各种学说	151
二、行为的概念和机能	157
三、作为与不作为	164
四、结果	180
五、因果关系	185
第四节 故意、过失与错误	207
一、构成要件的故意	207
二、构成要件的过失	225

三、构成要件的事实的错误	255
第六章 违法性论	275
第一节 违法性的基本概念	275
一、违法性概述	275
二、违法性的本质	278
三、违法要素	285
四、可罚的违法性的理论	290
五、违法性判断	293
六、阻却违法事由（正当化事由）概说	295
第二节 紧急行为	299
一、概述	299
二、正当防卫	302
三、紧急避险	339
四、自救行为	359
五、义务的冲突	360
第三节 正当行为	362
一、概述	362
二、法令行为与正当业务行为	364
三、其他阻却违法事由	372
第七章 责任论	387
第一节 责任的一般理论	387
一、责任概说	387
二、责任主义与意思自由	392
三、责任的学说	394
四、责任要素与责任判断	403
第二节 责任能力	406
一、责任能力概说	406
二、无责任能力与限制责任能力	411

第一编

刑法的基础理论

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) 刑法的定义

什么是刑法，刑法学者大多下有定义，表述则不尽相同。如德国著名刑法学家李斯特说：“刑法是将作为犯罪构成的犯罪与作为法律后果的刑罚连接在一起的国家法律规范的总和。”^① 日本学者山中敬一说：“所谓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。”^② 由于历来认为犯罪与刑罚是刑法的基本范畴，所以上述定义均包含犯罪与刑罚的概念，有些学者甚至简要地表述说：“刑法是关于（规定、规律）犯罪与刑罚的法。”（大谷实、木村龟二、川端博）。

① [德] 李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社 2000 年版，第 1 页。

② [日] 山中敬一著：《刑法总论》I，成文堂 1999 年版，第 3 页。

上述学者对刑法虽然下了定义，但均未对定义进行论析，西原春夫则在对刑法下了定义后又作了比较详细的分析、论述。他指出：刑法是在违反它时，给予刑罚这个基于国家权力的强制的规范。

首先，刑法是规范。在这一点上，刑法与民法、行政法等法律固然无异，即使与道德、宗教等社会生活上的规范，性质也相同。原来人类根据其自己保存本能或种族维持本能，有集体生活的习性；为了人类的集体生活、社会生活能够进行，用以约束各人行动的规范也就自然而然地产生出来。因为集体内各个人的行动准则是各式各样的，往往侵害相互的利益，以致产生各种利益的侵害。为了避免这种不希望发生的状态，就要调整各人的行动准则，规定不招致相互利益侵害的超个人的规范，约束各人的行动。换言之，为了维持秩序，限制一下各成员的完全自由，禁止一定的行动，命令一定的行动，对集体来说是绝对必要的。这种禁令、命令的总体，或者各个命令、禁令，就叫规范。规范通常可以分为宗教上的规范、道德上的规范和法律上的规范。这些规范的作用各不相同，它们虽然有时部分地相重合，但全体互相补充，形成社会生活上的规律、秩序。刑法这一法律上的规范，就是这种规范的总体的一部分。

其次，刑法是伴随基于国家权力的强制的规范。所谓伴随国家权力的强制，即违反它的时候，要给予基于国家权力的强制。在这一点上，刑法与非基于国家权力强制的宗教上、道德上的规范相区别，而属于以国家权力的强制为特色的法律上的规范。例如，“要信神”、“要相信佛的慈悲”被认为是宗教上的最基本的规范。这纯粹是内心的问题，国家绝对不能强制这种规范的实现。因而，违反这种规范的场合，有时也发生不受神的恩宠、佛的慈悲的效果，但不是由国家科处刑罚强制履行。又如，“为老人让座位”被认为是车内的道德，这种规范与上述宗教上的规范不同，由国家权力强制遵守在理论上是可能的。可是，因为像这样的社会生活上的细小行动，国家干预，会失去个人自律的精神态度，并使国家显著增加负担，根据这些理由，它只能置于法律规范之外。所以，这种道德上的规范，对它的遵守，不能靠国家权力的强制，而只能委之于各个人的良心。与此相反，甲向

乙借了钱，没有理由而不返还时，乙如果向法院提起请求债务履行之诉，作为国家机关一部分的法院对甲命其返还借金；如果由于债务不履行使乙发生损害时，命其赔偿损害。而且，如果甲不履行时，是要采取强制措施的。对像这种金钱的借贷关系的处理，仅仅委之于个人的良心，个人利益就会遭受损害，社会生活秩序也就不能维持。因而由国家权力介入，制定民法的规范，以强制其履行。这样，“借钱要还”的规范，一方面依然是道德上的规范；另一方面，也成为法律上的规范。刑法也是基于国家权力被强制遵守的规范，就这点来说，与上述民法上的规范性质相同。

最后，刑法是用刑罚这样的手段强制遵守的规范。就这点来说，它与宪法、民法、行政法等其他法律上的规范都不相同。现行法上，刑罚虽然限于死刑、惩役、监禁、罚金、拘留、科料（以上主刑）、没收（附加刑），但这样的刑罚，作为国家强制遵守规范的手段，可以说是最强有力的手段。从而，刑法禁止或命令的行为，从规范上看，限于在社会生活上最不能容许的事项^①。

（二）刑法、犯罪法、保安处分法

刑法既然是规定犯罪与刑罚的法，因而在称谓上，有的以刑罚为中心叫做“刑罚法”或“刑法”；有的以犯罪为中心叫做“犯罪法”，二者名称虽然不同，含义则并无差别。英、美一般用犯罪法（Criminal law）一词，近年来在犯罪法相同的意义上虽然也用刑法一词，但比较少见。通常称为 Penal law 的场合，是用于规定刑罚的法律。德国在 19 世纪前半叶一般用犯罪法（Kriminalrecht）一词，但以后通常用刑法（Strafrecht）一词。在法国，刑法（Droit penal）与犯罪法（Droit Criminel）通用。刑法与犯罪法用于相同意义的理由是基于“无犯罪则无刑罚”、“无法律上规定的刑罚则无犯罪”的思想，认为犯罪与刑罚具有不可分离的思考方法。然而，在今日世界刑事立法的倾向中，作为犯罪效果的刑罚之外还规定有保安处分，这样上述

^① 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂 1995 年版，第 1~3 页。

两个命题中的后者即“无刑罚则无犯罪”的思想正在丧失其妥当性^①。例如1976年联邦德国刑法典第三章犯罪的法律后果一节，不仅规定了刑罚，而且规定了矫正及保安处分。这种情况表明，“刑法虽是犯罪法的重要部分，但只是其中的一部分，意味着在犯罪法之中包含规定犯罪与保安处分的关系的法即保安处分法；从而，犯罪法一词正获得刑法与保安处分法两者总称的新意义”^②。

那么，刑法一词是否可以包含保安处分在内呢？对此，学者之间还有争论。一种观点认为，保安处分是以行为人重新犯罪的危险性为根据，以防卫社会为目的的预防性措施，这与惩罚犯罪的刑罚具有不同的性质，因而不应包括在刑法概念之内。另一种观点认为，包括刑罚法与保安处分法两者的犯罪法，可以称为广义的刑法；在这个意义上的刑法，除了包含规定犯罪与刑罚的关系之法的刑法外，也包含保安处分法^③。

我们认为，根据现代一些国家的刑法典或单行刑事法律中规定保安处分的情况来看，应以肯定说为妥。前面所引山中敬一对刑法所下定义中即包括“处分”，所谓处分，就是保安处分。可见，刑法的概念中包括保安处分的观点，已为一些学者所赞同。

二、刑法的调整对象

通常认为，不同部门的法律有不同的调整对象，即调整性质不同的社会关系。如民法调整私人之间的关系，行政法调整政府部门之间或政府部门与公民之间的关系。那么，刑法有无自己特定的调整对象呢？对此，理论上有两种截然不同的观点：

（一）特定调整对象否定说，认为刑法没有自己特定的调整对象。意大利学者杜里奥·帕多瓦尼持此说。他认为：“与上述情况相

①③ 见〔日〕木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第69～70页。

② 〔日〕木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第69～70页。

反，刑法没有特定的调整对象，划分刑法与其他部门法的标准，是刑法特有的制裁措施。任何法律规范，只要它规定的制裁措施，是刑律典第 17 条规定的‘主刑’之一，就属刑法范畴。因此，一个法律规范是否刑法规范，与该法律规范的调整对象无关。正因为如此，刑法规范调整的对象，涉及到了几乎所有其他法律（如商法、劳动法、民法、行政法等）调整的范围。”^①

（二）特定调整对象肯定说，认为刑法有自己特定的调整对象。前苏联学者别利亚耶夫等持此说。他们认为：“刑法同任何法一样，都是通过调整社会关系的办法来行使自己的职能。苏维埃刑法的对象是各种社会关系的组合，这些社会关系的组合叫做刑事法律关系。刑事法律关系是以相应机关为代表的苏维埃国家为一方，以实施了犯罪的犯罪人为另一方之间的关系。这种关系表现为：国家有权对犯罪人判处刑罚，而犯罪人必须服满刑罚，以及国家必须严格依照法律判刑，犯罪人也有权对国家提出这样的要求。”^②

比较上述两种观点，我们认为后一观点是可取的。因为刑法尽管也以其特殊的调整方式与其他部门法相区别；但不可否认的事实是它有其特定的调整对象，即国家与犯罪人之间的关系，并以这种特定的调整对象与其他部门法区别开来。只承认刑法调整方式的特殊性，否认其有特定的调整对象，显然不符合实际。

三、刑法的种类

刑法的种类，指刑法根据一定的标准所做的分类。刑法的种类如何，学者之间意见不尽一致。日本学者内田文昭将刑法分为普通刑法与特别刑法两种^③。西原春夫分为实体的刑法、形式的刑法，刑法

^① [意] 杜·帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 1~2 页。

^② [苏] H. A. 别利亚耶夫等著，马改秀等译：《苏维埃刑法总论》，群众出版社 1987 年版，第 4 页。

^③ 见 [日] 内田文昭著：《刑法 I 总论》，青林书院新社 1977 年版，第 3 页。

典、特别刑法、行政刑法，刑法总则、刑法分则^①。板仓宏分为实质的意义上的刑法又称广义的刑法与形式的意义上的刑法又称狭义的刑法^②。此外还有别的分类，难以尽举。我们认为，将刑法分为普通刑法与特别刑法，或者分为狭义的刑法与广义的刑法，未免不够全面。西原教授分类中的“实体刑法、形式刑法”实际上是实体刑法、程序刑法，所列“刑法典”，即为普通刑法或一般刑法的实际指称。至于“刑法总则、刑法分则”只是刑法典内部结构的划分，似不宜作为刑法独立的一类。综合上述几种分类，取长补短，刑法可分为如下几种：

（一）狭义的刑法与广义的刑法

狭义的刑法，板仓宏又称为形式的意义上的刑法，指使用“刑法”这一名称的法律，亦即刑法典。如法国刑法典、意大利刑法典、日本刑法等。刑法典一般分为总则和分则两大部分。总则规定刑法的基本原则、效力范围、犯罪和刑事责任的条件、刑罚的种类、适用和消灭，有的还规定了保安处分。分则规定各种具体犯罪的构成要件和法定刑。广义的刑法，板仓宏又称为实质的意义上的刑法，指规定犯罪成立要件及对犯罪科处的刑罚的内容的一切法律规范，它除了包括上述的刑法典之外，还包括：1. 专门规定惩治某类或某种犯罪的单行刑事法律，如日本 1978 年关于处罚用人质勒索等行为的法律、联邦德国 1976 年经济犯罪防止法等均属之。2. 经济或行政法规中包含的关于刑事制裁的规定，如日本 1981 年银行法第九章“罚则”、越南 1982 年义务兵役法第十章“对违反本法行为的处罚”等均属之。此外，还有学者认为，广义的刑法（或称最广义刑法）应包括所有的刑事实体法（刑法）、刑事程序法（刑事诉讼法）和刑罚执行法（行刑法）。这种最广义刑法，通常称为刑事法。

^① 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂 1995 年版，第 6~8 页。

^② 见〔日〕板仓宏著：《新订刑法总论》，劲草书房 1998 年版，第 1~2 页。

第一章 刑法与刑法学

(二) 普通刑法与特别刑法、行政刑法

普通刑法，又称一般刑法，从规定的内容考察，指规定在一般的社会生活中最重要的基本的犯罪的刑法，刑法典属之。特别刑法，指就特殊的生活领域特别必要予以规定或者为了特别加重处罚的刑法，除普通刑法外所有刑法均属之。普通刑法以外的特别刑法（广义）进而分为特别刑法（狭义）与行政刑法。“狭义的特别刑法，是完全规定关于犯罪和刑罚的法，道德上可能被非难的反社会的犯罪行为被规定的情况较多。反之，所谓行政刑法，为了圆满实现行政取缔的目的，加强行为规则，以担保其实现的目的，基于对违反行为科处刑事制裁强制遵守行政取缔法规，相对来说伦理色彩淡薄，是以技术的违反行为为犯罪的法。行政刑法除固有的行政法外，以领域区分，可以分为劳动刑法、租税刑法、经济刑法、环境刑法等。狭义的特别刑法，有轻犯罪法、破坏活动防止法、关于暴力行为等处罚的法律……属于行政刑法的，有国家公务员法、道路交通法、枪炮刀剑类携带等取缔法、大气污染防治法、水质污浊防止法等中的刑罚法规。”^① 行政刑法的特色何在？论者认为应求之于以行政违法行为为内容的犯罪即行政犯的特色之中。不过，行政犯的特色是什么，学者间意见也不一致：有人认为，行政犯的特色不是“违法性”，而是以“行政违反性”为本质；另有人认为，行政犯的特色是缺乏与既存的文化规范的关系，是仅仅根据法律规定被认为是违法行为。日本学者木村龟二评论说：“尽管所说文化或文化规范的概念未必明确，然而此说中的‘仅仅根据法律的违法行为’这一特质，可以说揭示了行政犯的特质。所谓行政犯，应理解为其行为内容本身不是反伦理的、反社会的，国家基于一定的行政上或政策上的目的，为了达到目的，根据法律，由于禁止或命令该行为而认为犯罪。从而行政犯的规范，以其性质上是技术的规范为特色。关于这样的行政犯的刑法，叫行政刑法。”^② 这一见解，在德、日刑法学者中已成为通说。

^① [日] 山中敬一著：《刑法总论》I，成文堂1999年版，第11页。

^② [日] 木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第75页。

（三）实体刑法与程序刑法

实体刑法，指规定国家刑罚权的内容与范围的法，即规定犯罪与刑罚及两者的关系的法。其代表虽然是刑法典，但各种单行刑事法律和附属刑法亦属之。程序刑法，指规定实现国家刑罚权所必要的程序方面的法，即规定适用实体刑法的程序的法。其代表是刑事诉讼法，如1988年越南社会主义共和国刑事诉讼法；此外，单行刑事法规，如日本1954年交通事件即决裁判程序法等亦属之。应当注意在实体刑法中也有关于程序的规定：一是关于诉追条件的规定，如泰国刑法第333条规定：“本节之罪（按：指妨害名誉罪）系告诉乃论。”告诉乃论就是诉追条件。二是关于刑罚执行的规定，如日本刑法第11条规定：“死刑在监狱中用绞首的方法执行。已受死刑宣告的人，在执行前应拘禁在监狱内。”

阐述刑法的分类，有助于对刑法的全面了解。

第二节 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。1922年苏俄刑法典规定了刑法的任务后，1926年、1960年等苏俄刑法典均有刑法的任务的规定。第二次世界大战后成立的各社会主义国家的刑法典，大多规定有刑法任务的条款。如1986年施行的越南社会主义共和国刑法第1条规定：“刑法的任务是保卫社会主义制度，保卫人民的社会主义集体当家做主权利，保卫各民族同胞的平等权利，维护公民的合法权益，维护社会主义法律秩序，与一切犯罪行为作斗争，同时教育全体人民树立守法观念，预防犯罪，与犯罪行为作斗争。为完成上述任务，刑法对犯罪及对犯罪分子的刑罚作出规定。”1991年苏联解体后，1996年通过1997年1月1日起施行的俄罗斯联邦刑法典承袭了苏俄刑法典的做法，依然规定了刑法典的任务。该刑法典第2条规定：“一、本法典的任务是：保护人和公民的权利和自由，保护所有

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，保障人类的和平和安全，以及预防犯罪。二、为了实现这些任务，本法典规定刑事责任的根据和原则，规定哪些危害个人、社会或国家的行为是犯罪，并规定处罚犯罪的刑罚种类和其他刑法性质的措施。”

俄罗斯学者对上述规定作了简要解释，概括言之，主要是：

（一）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表现。

（二）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。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。

（三）刑法典的一项重要任务是预防犯罪。为此刑法典规定哪些危害个人、社会或国家的行为是犯罪，并规定处罚犯罪的刑罚种类和其他刑法性质的方法。刑法典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从而阻止道德方面不稳定的人实施犯罪^①。

联邦德国刑法典虽然像其他西方国家刑法典一样，没有规定刑法的任务，但德国学者在刑法著作中却对刑法的任务有所论述。如德国著名刑法学家耶赛克（Hans-Heinrich Jescheck）等在其《德国刑法总论》一书中一开始即提出：“刑法的任务是保护社会中的人的共同生活。”^② 所以，我们认为，不管各国刑法典是否规定刑法的任务，刑法的任务都是客观存在的，不过是各国国情不同，刑法的任务有所不同而已。

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

^② 〔德〕耶赛克等著，西原春夫监译：《德国刑法总论》（第5版），成文堂1999年版，第3页。

二、刑法的机能

刑法的机能或称刑法的功能，指刑法所起的积极作用。刑法有哪些机能，学者之间意见不一：两机能说认为，刑法具有两个基本的机能；但有哪两个机能，看法还有不同。一种观点认为，两个机能是：1. 维持秩序机能，2. 保障自由机能，日本学者吉川经夫持此说^①。另一种观点认为两个机能是保护机能与保障机能，正田满三郎持此说^②。两机能说没有全面揭示刑法的机能，均不足取。三机能说认为，刑法具有三个基本的机能，但有哪三个机能，看法也有差异。一种观点认为，刑法的机能有限制的机能、维持秩序机能与保障自由机能，川端博持此说^③。此说被认为是传统的见解。另一观点认为，刑法的机能是：1. 限制机能，2. 保护机能，3. 保障机能，山中敬一持此说^④。三机能说优于两机能说，但仍不够全面，亦不足取。四机能说认为，刑法具有四个机能，这四个机能是：报复的机能，预防的机能，保护法益的机能，社会伦理的机能，内田文昭持此说^⑤。四机能说对刑法机能的揭示可能比较全面，但究竟应是哪些机能和如何提法，均有待进一步研究。此外，还有学者首先提出刑法的本质机能，然后下分两类四种机能，即（一）为了国家派生的机能，又分为抑止犯罪的机能和维持秩序的机能；（二）为了国民派生的机能，又分为保护的机能和保障的机能。日本学者西原春夫持此说^⑥。这一见解

① 见〔日〕吉川经夫著：《改订刑法总论》，法律文化社1974年版，第5～7页。

② 见〔日〕正田满三郎著：《刑法体系总论》，良书普及会1979年版，第2～3页。

③ 见〔日〕川端博著：《刑法总论讲义》，成文堂1997年版，第2～3页。

④ 见〔日〕山中敬一著：《刑法总论》I，成文堂1999年版，第15～17页。

⑤ 见〔日〕内田文昭著：《刑法I总论》，青林书院新社1977年版，第7～11页。

⑥ 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂1995年版，第8～11页。

第一章 刑法与刑法学

确有其优点，即它首先揭示了刑法的本质机能，为其他诸说所不及，同时对基本机能的论述也较全面；但对刑法机能的分类和阐释，尚值得推敲。比较上述诸说的利弊得失，我们认为刑法的机能可首先按本质的机能和基本的机能来划分，然后对基本的机能再作进一步的分类阐述，这将有助于对刑法机能的全面认识。

（一）本质的机能

本质是事物比较深刻的一贯和稳定的方面。刑法的本质机能是刑法的最深刻的一贯和稳定的机能。什么是刑法的本质机能？提出这一命题的西原春夫教授认为：“刑法最本质的机能在于，根据预先宣告对一定的犯罪科处一定的刑罚，明白表示对该犯罪的国家规范的评价。并且这种评价包含这样的内容，即各种各样的犯罪相当于各种各样的刑罚这种强有力的强制力的程度。由于明确这样的评价，刑法对一般国民，作为行为规范，起着命令遵守它的作用；另一方面，对司法工作者，作为裁判规范，成为认定犯罪及适用刑罚的指针。这就是刑法的限制的机能。”^①将刑法的本质机能归结为刑法的限制机能，我们认为是值得商榷的。诚然，不能否认刑法的限制机能，但限制机能却不能说是刑法的本质机能。本质的机能应当求之于一个国家的统治阶级为什么要制定刑法，它制定的刑法所起的根本作用何在。木村龟二教授虽然没有提出本质机能的命题，但他在刑法的机能概述中，明确提出“刑法规范具有统治阶级的工具的机能”^②，根据上述观点，我们认为以此作为刑法的本质机能是恰当的。

（二）基本的机能

1. 维持秩序机能。社会上的人是很复杂的，并非都能循规蹈矩；因而在人类共同社会生活中，扰乱社会秩序、危害共同生活安全的有害行动，自然难免发生。为了防止发生危害社会秩序的行为，刑法将

^① [日] 西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂 1995 年版，第 9 页。

^② [日] 木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁 1984 年版，第 86 页。

一定的危害行为规定为犯罪，并规定相应的法定刑。这就是对犯罪行为的否定价值判断。西方学者将刑法所确定评价判断的标准，用以衡量行为是否违法，称为刑法的评价机能。人们据此可以确定什么行为是适法，什么行为是违法犯罪，并规范自己的行为，社会秩序因而得以维持。对此，称之为“维持秩序机能”或称“维持社会秩序机能”。维持社会秩序，当然不仅依靠刑法，其他法律以及道德、习惯等各种社会规范，也担负着这种机能，但不能因此否定刑法具有这一机能^①。

2. 预防犯罪机能。刑法既是规定什么行为是犯罪和对这种行为科以何种刑罚的法律，而且事先明文规定并加以公布，这就可以使人们知道犯罪会受到应有的惩处，从而避免触犯刑律。这被称为刑法的一般预防机能。同时现代刑法强调刑罚的教育作用或改造作用，对犯人适用刑罚的目的主要在于，使犯人通过适用刑罚，得到矫正，能够适应社会生活，重新复归社会。这被称为刑法的特殊预防机能。通过刑法的一般预防机能和特殊预防机能，使社会上的犯罪得到抑止。因而预防犯罪机能，又被称为“抑止犯罪机能”。自然，多数人未犯罪，是由于平常所受教育的结果，并非由于害怕犯罪后会受刑罚惩罚；但刑法的预防犯罪机能确实存在，并对一定的人产生效果，亦为无可置疑的事实^②。

3. 保护法益机能。保护法益机能与预防犯罪机能可以说是一个问题的两个方面。所谓法益就是法律所保护的利益或价值。刑法之所以规定一定的行为为犯罪，就是为了保护因其行为而被侵害的法益。至于何种法益受刑法的保护，则因各国社会的性质与时代背景的不同而有所不同。现代西方国家刑法，通常把法益分为个人法益、社会法

① 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂1995年版，第10页；吉川经夫著：《改订刑法总论》，法律文化社1974年版，第5~6页。

② 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂1995年版，第9~10页。

第一章 刑法与刑法学

益和国家法益三类，刑法不论对个人的、社会的或国家的法益的侵害或危害都能科以刑罚，因而刑法具有保护这些法益的性质，即保护这些法益不受非法的侵害。这被称为“保护法益机能”或简称“保护机能”。刑法所保护的法益通常是重大的法益，如国家政权、公共安全、人的生命等。对普通法益如人的名誉、通信自由等的一般侵害，可能由民法或行政法规加以保护；只有这些法益遭受重大侵害时，才可能由刑法予以保护^①。

4. 保障人权机能。又称保障自由机能，通常简称“保障机能”，指刑法规范具有限制国家刑罚权的发动、保障个人自由的机能。这一机能表现为：（1）对不构成犯罪的行为，不能予以刑罚处罚。一个公民只有在实施的行为构成犯罪时，才能依法科刑；行为不构成犯罪，即不能判处刑罚。这就是保障刑法规范以外的行为不受刑罚制裁的机能。（2）不能在犯罪的法定刑之外科处刑罚。作为犯罪行为法律后果，只能依照刑法规定的法定刑判处，不受法定刑以外的刑罚的宣告，也不受法定刑罚以外的刑罚的执行。犯人被判处的刑罚是死刑时，仅限于剥夺生命；是自由刑时，仅限于剥夺宣告期间的自由，对犯人未被剥夺的权利予以保护。这就是刑法具有保障犯人不受非法处罚的机能。因而德国著名刑法学者李斯特（v. Liszt）说：刑法是“犯人的大宪章”。日本学者木村龟二补充说：刑法规范，第一，是善良公民的大宪章；第二，是犯人的大宪章。后述的罪刑法定主义特别强调刑法规范的保障机能^②。

西方刑法学者对刑法机能的论述，确有许多值得借鉴之处，应当认真研究；但同时也要指出，它存在着重大缺陷，即绝大多数学者回避了刑法机能的阶级本质，并且把刑法说成是“犯人的大宪章”，不

^① 见〔日〕山中敬一著：《刑法总论》I，成文堂1999年版，第16页；木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第87～88页。

^② 见〔日〕西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂1995年版，第11页；木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第86～87页。

免掩盖了刑法打击犯罪的根本性质。

第三节 刑法学概述

一、刑法学的概念

如何解释刑法学的概念，学者之间意见颇不一致。日本学者中山研一说：“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、刑法史学、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。”^①与此不同，大谷实说：“刑法学一般虽指以有关犯罪与刑罚之法为对象的学问领域，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……”^②这里对刑法学下了一般的定义，但没有涉及所谓“全刑法学”。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，并未作广义狭义的区别。他说：“刑法学是研究犯罪、刑罚及两者的关系的法律学。”又说，“以刑法为对象的法律学即刑法学。”^③我们认为，刑法学既然是一门独立的学科，应当下一个概括的定义，从这一点上说，久礼田益喜所下的定义是可取的。但刑法学发展到今天，又分为方法不同内容有别的学科，自应进一步分别予以解释，从这一点上说，大谷实的做法则比较可取。至于“全刑法学”，实际上是现在通称的刑事法学，将它置于刑法学的范围，于逻辑上不合，因而我们不赞同这一说法。

① [日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂 1989 年版，第 16 页。

② [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 11 页。

③ [日] 久礼田益喜著：《日本刑法总论》，声松堂 1925 年版，第 9、10 页。

二、刑法解释学

刑法学的核心是刑法解释学。刑法解释学是根据解释现行刑法的规范的意义以体系的认识为内容的学问领域，其对象是现行的刑法规范，其方法是解释。刑法解释学也是科学，属于精神科学、社会科学、文化科学。

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。与刑法典分为总则与分则相适应，刑法解释学一般分为刑法总论与刑法各论。刑法总论阐释各个犯罪与刑罚的共同的一般的性质，刑法各论说明各个犯罪应有的成立要件、明确处罚范围，同时确定各个犯罪相互的关系及其区别。由于现行刑法在大陆法系国家都是成文法，因而刑法解释学的解释离不开刑法条文，在这个意义上，刑法解释学被称为由条文“束缚的学问”。

刑法解释学的方法是解释，刑法的解释原则上与其他法律没有不同，不外是文理解释、论理解释、扩张解释和限制解释。文理解释，即就刑法条文，对其文句按照字义，解释其含义。论理解释，即阐明刑法规范的命题的论理的意义。扩张解释，即将刑法条文的用词作扩大范围的解释。限制解释，即将刑法条文的词语作缩小范围的解释。因为刑法法规是限制行为人的权利、自由的，所以刑法的解释必须严格。根据罪刑法定主义，不利于犯人的类推解释不能允许，但有利于行为人的类推解释则不禁止，因为它符合罪刑法定主义的实质的旨趣。正由于此，超法规的违法性阻却事由及责任阻却事由得到广泛的认可^①。

刑法解释学是建立科学的刑法学体系的基本学科。它通过对刑法的基本制度、犯罪构成的一般要件和特殊要件以及刑罚适用的解释，

^① 见〔日〕木村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁1984年版，第13~26页；大谷实著：《刑法讲义总论》（第4版），成文堂1994年版，第11页。

阐明刑法规范的客观意义，不仅有助于司法机关正确地适用刑法和帮助公民学习刑法，而且有助于刑法的修改、发展和完善。因而它在刑法学中占有极为重要的地位。

三、基础刑法学

“所谓基础刑法学，指成为刑法解释学的基础的学问领域，有刑法哲学、刑法史学、比较刑法学、犯罪学及刑事政策学等。刑法哲学是考察犯罪与刑罚的哲学基础的学问领域。刑法史学是阐明刑法的历史的发展之经过的领域。比较刑法学以比较研讨国家间或英美法系与大陆法系这样的不同法系间的刑法为任务。这些诸学问领域虽然是各个独立的，但作为刑法解释学对象的现行刑法，是在这样的关连诸科学的成果上成立的。如果将刑法解释学比喻为临床医学，那么这些学问领域，就相当于基础医学。并且根据这一见地，作为关于犯罪与刑罚的实证科学的犯罪学，进而作为以犯罪学为基础的犯罪对策学的刑事政策学也是重要的基础刑法学，属于广义的刑法学。再者，犯罪学与刑事政策学并在一起称为刑事学。”^①

我们认为，上述刑法哲学、比较刑法学、刑法史学都是具有独立内容的刑法学，可与刑法解释学并列论述，限于篇幅，只按照大谷教授的原著译出，未予展开。在基础刑法学之后，他还谈到包括刑法、刑事程序法和行刑法在内的刑事法学，在我们看来，刑事法学已超出刑法学的范围，不宜列为刑法学的一种，因而这里不再予以论述了。

^① [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》（第4版），成文堂1994年版，第11～12页。

第二章 近代刑法理论

第一节 启蒙主义的刑法思想

一、概述

这里所说的启蒙主义，指 16、17 世纪西欧一些进步学者所鼓吹的使个人从中世纪封建专制和教会权威束缚下解放出来，唤起人们对自由、民主觉醒的思想理论。在近代以前的中世纪，社会处于封建专制和神权的统治之下，这时期的刑法和刑法思想的特色是：法与道德、宗教密切结合而不可分；基于身份的不平等待遇、罪刑擅断主义、刑罚极其残酷等。及至资本主义生产方式在 15、16 世纪开始登上历史舞台，随着资本主义生产方式的产生和发展，在西欧理论界出现一批为资本主义发展制造舆论的思想家。他们抨击封建专制制度，抨击中世纪身份的、擅断的、残酷的、神学的刑法，鼓吹理性主义、个人平等主义或功利主义，为资产阶级民主制度提出许多影响深远的见解。主张这些新思想的学者就是启蒙思想家。这一时期的刑法见解构成启蒙主义的刑法思想。

这类人物应包括哪些人，有关著作的论述并不一致。参考木村龟二的《刑法学词典》、大谷实的《刑法讲义总论》和泷川幸辰的《刑法史的某断层面》，结合人物对刑法理论的贡献，于兹拟论述如下启蒙思想家的刑法思想。

二、主要启蒙思想家的刑法思想述评

(一) 格老秀斯 (Hugo Grotius, 1583 ~ 1645)。荷兰法学家、古典自然法学派主要代表之一。他认为自然法之母是人性, 自然法是正当的理性法则, 符合理性法则要求的即为正当的行为, 反之, 就是罪恶的行为。“有约必践, 有害必偿, 有罪必罚”等等, 都是自然法。在他看来, 惩罚是由于邪恶行为而招致的一种痛苦, 惩罚的对象是罪有应得的人。他强调刑罚的目的和效用, 认为对罪犯的惩罚不一定总是必要的, 因为他们干的事情得到了上帝和人们的宽恕。他很赞赏柏拉图的下述观点: “没有一个聪明的人惩罚别人是因为他犯过错误, 而是为了他今后不再犯错误。”他要求在惩罚时要注意罪犯、受害者和普通人的效用问题。明确提出, 惩罚的第一目的是“改造”。他说, 惩罚的目的就是使一个罪犯变成一个好人。因为, 如同反复的行为变成了习惯一样, 罪恶要靠抛弃他们犯罪的“乐趣”并加上增添的痛苦去治疗; 但是这种惩罚不能达到致死的程度。他并不反对死刑, 而主张限制死刑。认为对于不可救药的人处死, 比让他活着更减少一些罪恶; 不过, 只有在罪大恶极的情况下法律才有处死权。

(二) 孟德斯鸠 (Baron de Montesquieu, 1689 ~ 1755)。法国启蒙思想家、法学家、古典自然法学派代表之一。他认为法主要有自然法和人为法两种: 自然法单纯渊源于人的生命的本质, 是人类理性的体现; 人为法是人类有了社会, 产生了国家与国家的战争状态和个人之间的战争状态才产生的。刑法是这种人为法之一。他主张三权分立, 即立法、行政和司法三种权力互相分立, 以使用权力约束权力, 防止权力滥用, 保护人民自由。提倡制定法律时应把各种观念明确地加以规定, 法官只能根据法律处理案件。他明确提出“法律的责任只是惩罚外部的行动”^①, 反对对思想定罪, 谴责对思想定罪是大暴政。他把犯罪分为四类, 即危害宗教罪、危害风俗罪、危害公民安宁

^① [法] 孟德斯鸠著, 张雁深译: 《论法的精神》(上册), 商务印书馆1982年版, 第197页。

第二章 近代刑法理论

罪和危害公民安全罪；主张“应该按照各犯罪的性质规定所应科处的刑罚”^①。强调刑罚的目的在于恢复法律秩序，他说：“惩罚犯罪应该总是以恢复秩序为目的”^②，从而否定了报应刑的观点。在罪与刑的关系上，他主张罪与刑之间应有适当的比例，刑罚的轻重应当协调，对不同的犯罪，刑罚一定要有区别，必要时也可以采取是否适用赦免区别对待。他虽然不主张废除死刑，认为死刑是病态社会的药剂；但反对苛酷的刑罚，反对肉刑、拷问和株连，强调用刑应当慎重、应当宽和，亦即主张在刑罚中实行人道主义。

（三）卢梭（J. J. Rousseau, 1712 ~ 1778）。法国启蒙思想家、哲学家、古典自然法学派代表之一。他认为人类原来生活在自然状态，人们的行为受自然法支配。由于自然状态存在种种弊端，人们才通过社会契约组成国家。在组成国家后，仅有自然法远远不够，于是由国家制定实在法。实在法分为四种，即政治法、民法、刑法、习惯法，刑法是其中之一。在他看来，刑法所调整的是“不服从与惩罚的关系。这一关系就形成了刑法的确立；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”^③。他根据社会契约论肯定死刑的必要性，认为社会条约以保全缔约者为目的，对罪犯处以死刑，“正是为了不至于成为凶手的牺牲品，所以人们才同意，假如自己做了凶手的话，自己也得死”^④。同时认为一个罪犯既然是在攻击社会权利，便由于其罪行成为祖国的叛逆；这时对他处以死刑，就不是把他当做公民，而是把他当做敌人。但他反对轻易使用死刑，他说：“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。”^⑤此外，他也否定频繁使用刑罚，指出“刑罚频繁总是政府衰弱或者无能的一种标志。决

^{①②} [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），商务印书馆 1982 年版，第 189、200 页。

^{③④⑤} [法] 卢梭著、何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆 1980 年版，第 73、46、47、47 页。

不会有任何一个恶人，是我们在任何事情上都无法使之向善的”^①。他主张对罪犯实行赦免或减刑，应持慎重态度，理由是“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”^②。因之，国家的统治者应当极少实行赦免或减刑。

上述启蒙学者的刑法思想是以自然法理论和社会契约论为理论基础的。应当指出：他们的刑法思想的理论基础是缺乏科学根据的，他们提出的在自然状态中人们经过缔结契约、组成国家的见解，所述事实在人类历史上是不存在的，它不过是他们的主观的设想。但他们的刑法应从宗教束缚中解放出来及其他刑法观点，是对封建专制刑法的激烈抨击，闪耀着人类智慧的火花。他们的罪刑法定、客观主义、罪刑相称等刑法思想，成为古典学派代表人物贝卡里亚、费尔巴哈等的刑法理论的权舆。因而可以说启蒙思想家的刑法思想，在近代刑法学的形成中具有重要的历史意义。

第二节 古典学派

一、概述

古典学派或称旧派，是资本主义上升时期反映资产阶级刑法思想和刑事政策的刑法学派。当时欧洲的资产阶级在经济上已经有了相当的地位，但在政治上还没有权利。那时的封建制度严重地阻碍着资本主义的进一步发展，封建专制的政治制度、法律制度残暴地统治着包括资产阶级在内的广大人民。为了给资本主义的发展开辟道路，就必须开展反封建的斗争，并最终推翻封建制度。古典学派的刑法学说就是当时客观形势需要的产物。

古典学派的涵义是什么，学者看法不一。日本学者大谷实教授认为“启蒙期的刑法理论与立足于报应主义的刑法理论合在一起，称

^{①②} [法] 卢梭著，何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆 1980 年版，第 47、48 页。

第二章 近代刑法理论

为刑法学中的古典学派”^①。中山研一教授将费尔巴哈、康德、黑格尔的刑法理论称为旧派，又称古典派；将宾丁、毕克迈耶、贝林格、迈耶、麦兹格的刑法理论，称为后期旧派，又称规范学派^②。正田满三郎教授认为，贝卡里亚、费尔巴哈等属前期古典学派，宾丁、贝林格、迈耶等属后期古典学派^③。参考上述见解，这里拟分为前期古典学派与后期古典学派论述。

二、前期古典学派

(一) 贝卡里亚 (Cesare Beccaria, 1738 ~ 1794)。意大利著名刑法学家、18世纪启蒙刑法思想家的代表、刑事古典学派的创始人。1764年他的名著《论犯罪与刑罚》一书问世，立即轰动欧洲，风靡一时，先后译成二十余种文字，被认为是现代刑法理论的奠基著作。在该书中，他激烈地批判了封建刑罚的野蛮残酷，极力反对封建社会罪刑擅断主义对刑罚的滥用，同时提出了一系列反映资产阶级民主要求的刑法思想：1. 社会契约论——刑罚权的根据。他认为刑罚权是基于人们相互缔结的契约而产生的。在他看来，人们原来为你争我夺的战争所困扰，自由得不到保障，于是缔结契约，让出各自的部分自由，以便能够享受剩下的部分自由。“这一部分最少量自由的结晶形成惩罚权。”^④由此他认为，凡是超过这个根据（即各人所让出的很小一部分自由的总和）行使刑罚权的，都是刑罚的滥用，因而不公正的，无需服从。2. 罪刑法定主义。贝氏坚决反对封建社会的罪刑擅断主义，极力主张罪刑法定主义。他认为什么是犯罪和对该种犯罪处以什么刑罚，都必须事先由法律加以规定。他说：“只有法律才

① [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》，成文堂1986年版，第31页。

② 见[日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂1989年版，第23~24、28~29页。

③ 见[日] 正田满三郎著：《刑法体系总论》，良书普及会1979年版，第13~15页。

④ [意] 贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第9页。

能确定一个人在什么情况下应受刑罚。”^① 他根据孟德斯鸠的三权分立学说，主张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能制定法律，任何一个法官都不得寻找借口增加对犯罪公民的既定刑罚，他也没有解释刑事法律的权利。3. 客观主义。在衡量犯罪的标准上，贝卡里亚主张客观主义或事实主义。他认为衡量犯罪的标准是行为人的行为使社会遭受的危害，而不是行为人的犯罪意图。他说：“我们已经看到，什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害。”^② 他指出，有人认为犯罪时所怀有的意图是衡量犯罪的真正标尺是错误的。因为意图因人而异，而且它与社会效果并不一致。他强调在衡量犯罪时，考虑更多的应当是犯罪对公共利益的影响。4. 罪刑相适应。在罪与刑的关系上，贝氏十分强调罪刑相适应，即刑罚的轻重应与犯罪危害的大小相当。他说：“犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。”^③ 因为刑罚的对象是犯罪，如果对两种危害不同的犯罪处以相同的刑罚，那就找不到更有力的手段制止危害较大的犯罪了。他主张，犯罪行为有一个从最严重犯罪到最轻微犯罪顺序排列的阶梯，那就需要有一个相应的由最强到最弱的刑罚阶梯，互相对称，勿乱其序；否则，就不符合正义。据此，他还认为未遂和既遂，刑罚也必须不同；在共犯中，根据罪行轻重，刑罚也应有所区别。结论是“刑罚不但应该从强度上与犯罪相对称，也应从实施刑罚的方式上与犯罪相对称”^④。5. 刑罚人道主义。贝卡里亚极力反对封建社会的残酷刑罚，提倡刑罚应当人道主义化。他认为刑罚的本质是痛苦，但决不能给犯罪人施以过多的痛苦，主张刑罚应当宽和。他指出：“一种正确的刑罚，它的强度只要足以阻止人们犯罪

^{①④} [意] 贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 17、57～58 页。

^{②③} [意] 贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 67、65 页。

就够了。”^①除此以外的一切都是多余的，因而也是野蛮的。他一再强调，对犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性和及时性。他认为严酷的刑罚，不但违背了公正和社会契约的本质，而且会造成有害的结果，即不容易使犯罪与刑罚之间保持实质的对应关系，导致犯罪不受处罚或犯下更多的罪行。贝氏进而对死刑持反对态度，认为死刑不是一种权利，滥施死刑从来没有使人改恶从善，它是否有益和公正，很值得研究。6. 一般预防主义。以启蒙思想为指导，贝卡里亚在刑罚目的上的见解是相对主义，承认适用刑罚有一定的目的。他认为：“刑罚的目的既不是要摧残一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行……刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^②他虽然也谈到特别预防，但他强调的是一般预防。他就“如何预防犯罪”作了专题论述，明确指出：“预防犯罪比惩罚犯罪更高明”^③，表现了他对预防犯罪的重视。

(二) 边沁 (Jeremy Bentham, 1748 ~ 1832)。英国法学家、哲学家、功利主义学说创始人。1789年他出版了《道德和立法原则导论》，1802年出版了《立法理论》，这些著作使他获得世界性的声誉。他反对古典自然法学派的理性主义观点，主张功利主义，认为功利主义思想的核心是避苦求乐，任何行为都服从这两项动力。在《立法理论》第3卷“刑法典原理”中，他以功利主义为指导，系统阐述了他的刑法观点，其基本观点可以概括如下：1. 功利主义的犯罪观。什么是犯罪，根据讨论的题目不同，词意也有区别。如果指的是为创建一部尽可能好的法典而进行的理论研究，边沁认为：“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人们应当禁止的行为。”^④ 2. 罪刑相称。边沁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。为了弥补这一缺憾，

^{①②③} [意] 贝卡里亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第47、42、104页。

^④ [英] 边沁著，孙力等译：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社1993年版，第1页。

他提出了计算这个原则的五个规则：“第一个规则——刑罚之苦必须超过犯罪之利……第二个规则——刑罚的确定性越小，其严厉性就应该越大……第三个规则——当两个罪行相联系时，严重之罪应适用严厉之刑，从而使罪犯有可能在较轻阶段停止犯罪……第四个规则——罪行越重，适用严厉之刑以减少其发生的理由就越充足……第五个规则——不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑。”^① 这样罪刑相称原则进一步具体化了。

3. 个人责任原则。边沁极力反对株连，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。他明确提出：不应该由于丈夫的行为而处罚妻子，由于父亲的罪恶而处罚孩子。他指责全部没收财产会影响其妻子和孩子，这是一种专横而令人生厌的行动。

4. 预防主义。边沁认为：“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。”^② 通过刑罚方法，使罪犯感受到惩罚之苦超过犯罪之乐，有可能消除其再犯的意图。可见边沁的预防主义，兼含一般预防和特殊预防。除用刑罚预防犯罪外，边沁还从赔偿、文化、教育、宗教等很多方面论述了对犯罪的预防，提出了系统的预防犯罪理论。

5. 死刑反对论。在死刑问题上，边沁赞成贝卡里亚的主张，认为贝氏对此问题论证充分，其后有关著作均属多余。针对死刑赞成论者提出的死刑可使一个刺客永远失去再犯能力的理由，他说：“同理，我们应该消除产生社会恐惧的迷乱与疯狂。如果我们确定可以做到这些，那么为什么不能预防谋杀呢？难道死刑是惟一能抑制某些杀人欲望的刑罚？”^③

（三）费尔巴哈（Anselm v. Feuerbach, 1775 ~ 1833）。古典学派的重要代表、德国古典哲学家路·费尔巴哈的父亲、德国现代刑法思想的奠基人。他维持启蒙思想的刑法观点，建立了功利的刑法理

^{①②③} [英] 边沁著，孙力等译：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社1993年版，第68~70、26、90~91页。

论，被西方刑法学者誉为“近代刑法学之父”。1799年和1800年他发表《实定刑法原理与基本概念的省察》上下两卷，1801年其《德国现行普通刑法教科书》（通常简称刑法教科书）一书出版。这些著作对19世纪前半期德国刑法学界以至对后世的刑法学都有很大影响。其刑法学说的基本观点，可以概括如下：1. 犯罪本质论。费尔巴哈主张严格区别道德与法，区别道德性与合法性，认为犯罪不是违反伦理，而是违反法律，犯罪的本质是侵害根据法所给予的权利。这是以启蒙主义的人权思想为背景而提出的，犯罪是对权利的侵害这种主张，在犯罪本质理论中，被称为“权利侵害说”。2. 心理强制说。费氏认为人人都有追求快乐、避免痛苦的本能。他说：“人欲求快乐，所以努力获得一定的快乐。人又要逃避一定的痛苦……因而人可能获得较大的快乐时，就断绝较小快乐的意念；而可能避免较大的痛苦时，就忍受较小的不快乐。”^① 一个人之所以犯罪，是由于感性的冲动，即追求实施犯罪所带来的快乐。为了防止犯罪，必须抑制其感性的冲动，因而应当对犯罪加之以痛苦，即科处罚金，并使人们预先知道因犯罪而受刑的痛苦，大于因犯罪所得到的快乐，从而产生抑制其心理上萌生犯罪的意志。这就是有名的“心理强制说”或“心理强制主义”，它是费尔巴哈刑法理论的核心，因之有人称他的学说为心理强制主义的刑法学说。3. 罪刑法定主义。为了起到心理强制的作用，费氏主张应将犯罪与刑罚由法律预先明文加以规定。他认为“刑罚必须是国家用法律规定的根据该法律科处的害恶”。由此引申出如下三原则：（1）Nulla poena sine lege——无法律则无刑罚，（2）Nulla poena sine crime——无犯罪则无刑罚，（3）Nullum crimen sine poena legali——无法律规定的刑罚则无犯罪。他以拉丁语表述的法谚形式阐明了他所主张的罪刑法定主义原则，这种主张被称为制定法主义的刑法理论。4. 一般预防主义。费氏的心理强制说必然意味着威吓说，他从威吓刑的立场出发，排斥特别预防说，否定道德的报应

^① 转引自〔日〕山口邦夫著：《19世纪德国刑法学研究》，八千代出版股份公司1979年版，第27页。