

第一章

启蒙主义的刑法思想

第一节 启蒙思想与近代刑法学

这里所谓的启蒙主义，指十六世纪末到十八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。这种思想理论是西欧当时社会经济政治发展状况的反映。中世纪的欧洲处于封建专制主义的统治之下。经济基础是封建的土地所有制，农民被束缚在封建庄园里，受着封建地

主的残酷剥削。政治上是极权的封建专制制度，教权与王权联合进行统治，教会具有极大的权威。封建的刑法制度以法与宗教道德的不可分性、基于身份的不平等性、罪刑擅断主义、刑罚的残酷性为特色。“例如，在德意志，受罗马法与教会法的影响，虽于 1532 年查理五世制定了《加洛林纳刑法法典》，但仍然承认基于拷问的供述可能认定有罪的刑事程序，刑事程序是允许法官的恣意的。又，作为加洛林纳刑法时代刑法学权威的卡尔普茨夫（Benedict Carpsov, 1595—1666），以在地上实现神的正义的名义，在法官时代判处三万人以上死刑，残酷的魔女裁判也更加严重地进行着。在英国，从亨利七世创始都铎王朝之际，刑罚更残忍，仅适用死刑之罪就在 300 以上，刑事程序是带有偶然成分的、是不合理的。在法国和意大利，虽然根据基于罗马法的法学书和判例进行裁判，但刑罚是苛酷的、恣意的。拷问和魔女裁判成为家常便饭，死刑被批评为对人民定期的抹杀行为。”^① 随着社会的发展，十四至十五世纪欧洲资本主义已经萌芽，到十六世纪资本主义生产方式不断得到扩展，在英国，资本主义手工工场已经普遍，资本主义经济还深入到农村。封建统治在农民起义和市民暴动的打击下日益衰弱，封建生产关系逐渐走向瓦解，资本主义生产方式在一些国家不断走向成熟。随着资产阶级经济实力的增强，他们向封建统治者要求在政治上取得相应的权力，并提出资产阶级的理想王国，希望取封建专制制度而代之。在这样的背景下，一批代表新生产资产阶级利益的思想家，适应进一步发展资本主义的需要，大力抨击阻碍资本主义发展的封建专制制度，提出民主、自由、平等、天赋人权的口号，反对封建的独裁统治；宣传从人性论出发的自然法，力图将法律从神权束缚下解放出来；鼓吹理性主义或功利主义，为资产阶级民主制度提出许多

① [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》，成文堂 1986 年版，第 21—22 页。

影响深远的见解。主张这些新思想的学者就是启蒙思想家。在刑法上，他们批判中世纪身份的、擅断的、残酷的、神学的刑法，为近代刑法学的建立提出了许多宝贵的观点。探本溯源，研究近代西方刑法思想史，不能不把他们的刑法思想放在首章。

在这一章中，应当写哪些思想家？现有资料看法颇不一致：日本学者木村龟二教授在《刑法学词典》中，认为由格老秀斯开始到费尔巴哈刑法理论形成期间是刑法的启蒙时代，其中包括贝卡里亚和边沁都属于启蒙思想家。内藤谦教授在《现代刑法讲座》第一卷中，认为贝卡里亚、费尔巴哈是启蒙主义刑法思想的典型代表，但却是在“古典学派的形成与展开”的标题下论述的，即认为他们是属于古典学派的人物。大谷实教授在其《刑法讲义总论》中“启蒙思想与刑法理论”的标题下，指出启蒙思想家们是从格老秀斯开始的，接着谈到霍布斯，在附注中还提到伏尔泰、狄德罗、爱尔维修、孟德斯鸠，但在具体论述时，着重论述了贝卡里亚、费尔巴哈和边沁；可是在后面论述古典学派时，又认为启蒙期的刑法理论亦属古典学派。我国学者大多将贝卡里亚、费尔巴哈、边沁列为古典学派的创始人或重要代表。我们认为上述三位学者不只是有某些刑法思想，而是已有系统的刑法理论；虽然其刑法理论是基于启蒙思想而形成的，但他们不同于在他们之前的那些启蒙思想家，应当像内藤谦教授和我国学者那样将他们列入古典学派中论述。据此，根据有关资料，本章拟从格老秀斯开始，述评几位启蒙思想家的刑法思想。他们的刑法思想是以自然法理论和社会契约论为理论基础的，他们关于刑法的主要观点可以归结为如下几方面：

一、刑法与宗教分离

在中世纪，法与宗教密不可分，与此相反，启蒙思想家根据社会契约论说明国家刑罚权的根据，从而否定神意是刑罚权的根

据；主张刑法的目的是保护自由、平等等个人的权利而将刑法世俗化。孟德斯鸠说：“人类制定的法律是我们行动的指导，所以应该是戒律，而不是劝说。宗教是我们内心的指导，所以是劝说多而戒律少。”^①他把法律与宗教教规严格加以区别。中山研一教授指出：“作为原则拒绝基于神或人伦的刑法之神秘的绝对的基础，在将刑法从宗教或道德分离上，可以说是具有大的历史意义的。”^②

二、罪刑法定

启蒙思想家反对中世纪罪刑擅断的刑法，主张罪刑法定，认为刑法是成文法，只有对刑法规定的犯罪行为才能科处刑罚，并且只能科处法律明确规定的刑罚。不仅霍布斯这样主张，洛克也认为国家应该以正式公布的和被接受的法律进行统治。孟德斯鸠“还主张三权分立原则，表达罪刑法定主义思想，提倡在立法上明确规定犯罪与刑罚，排斥法官的擅断。”^③法官的“裁判只能是法律条文的准确解释”^④，而不能是法官的恣意。

三、客观主义

启蒙思想家们一致反对对思想定罪和处罚，认为只有行为才可能构成犯罪，只有对犯罪行为才能科处刑罚。在格老秀斯看来，惩罚是由于邪恶行为而招致的。霍布斯明确否定思想可以构成犯罪。他举例说，有偷盗或杀人的意图也是一种罪恶；但这种

^① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（下），商务印书馆 1982 年版，第 143—144 页。

^② [日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂 1989 年版，第 20 页。

^③ [日] 木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 12 页。

^④ [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上），商务印书馆 1982 年版，第 157 页。

意图没有见之于行为之前，就不能称为罪行。孟德斯鸠写道：“马尔西亚斯做梦他割断了狄欧纪西乌斯的咽喉。狄欧纪西乌斯因此把他处死，说他如果白天不这样想夜里就不会做这样的梦。这是大暴政，因为即使他曾经这样想，他并没有实际行动过”。接着他指出：“思想应该和某种行动连结起来。”“法律的责任只是惩罚外部的行动。”^①

四、罪刑相称

针对中世纪刑罚残酷、滥施重刑的弊端，启蒙思想家强调罚当其罪，反对残酷刑罚。格老秀斯主张惩罚之苦等于行之恶。霍布斯要求量刑适当，罚必当罪，认为刑罚轻于罪行便不可能达到刑罚的目的。孟德斯鸠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，必要时也可以采取赦免，区别对待。洛克认为为了达到犯罪预防、一般预防的目的，只有在必要限度内，国家才能正当地行使刑罚。在死刑存废上他们虽然意见不一，但他们都反对残酷的刑罚，反对肉刑、拷问和株连，强调用刑应当慎重宽和，亦即主张“刑罚内容的人道化和宽大化”。^②

五、目的论的刑罚观

启蒙思想家对刑罚目的的看法虽然有所不同，但他们却承认刑罚具有一定的目的。格老秀斯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”，他提出惩罚的第一目的是“改造”。“托马鸠斯认为，一般性改造是刑罚的主要目的，由此附带的其他结果是刑罚

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

^② [日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂 1989 年版，第 20 页。

的次要目的。’^① “伏尔泰以功利主义为基础，认为刑罚的目的就是威吓。”^② 孟德斯鸠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。”^③ 可见否定报应刑的主张，是他们的共同观点。

六、法律面前人人平等

与中世纪身份刑法针锋相对，一部分启蒙思想家主张法律面前人人平等。洛克认为人类天生都是自由、平等和独立的，法律对富人和穷人、权贵和平民应当一视同仁。卢梭也指出：“每个人都生而自由、平等。”^④ 他认为实现自由和平等是一切立法体系的最终目的和全体人民的最大幸福。这就为消除身份刑法奠定了理论基础。

以上是启蒙思想家的刑法思想的主要内容。这里需要指出，他们刑法思想的理论基础即自然法理论和社会契约论是缺乏科学根据的，他们关于自然状态的描绘和在自然状态中人们经过缔结契约、组成国家的见解，纯属他们的主观臆测，所述事实是人类历史上是不存在的。但它在反对神权政治和封建专制的斗争中确实起了积极作用，其历史进步性应当加以肯定。他们的上述刑法思想，虽有这样或那样的不足，但总的来看是值得称道的。他们主张的刑法应从宗教束缚中解放出来、法律面前人人平等、刑罚人道主义及反对罪刑擅断等刑法思想，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、罪刑相称、客

① [日] 木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 11 页、第 12 页。

② [日] 木村龟二主编，顾肖荣等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 11 页、第 12 页。

③ [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），商务印书馆 1982 年版，第 200 页。

④ [法] 卢梭著，何兆武译：《社会契约论》，商务印书馆 1980 年版，第 9 页。

观主义、目的论的刑罚观，成为古典学派代表人物贝卡里亚、费尔巴哈等刑法理论的权舆。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。

下面将荷兰、英国和法国启蒙思想家的刑法思想分为两节，对格老秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、法国百科全书派、卢梭等学者的刑法思想分别加以述评。

第二节 荷兰和英国启蒙思想家的刑法思想

一、格老秀斯的刑法思想

雨果·格老秀斯(Hugo Hrotius 1583—1645)原名休格·德·格罗特(Huig de Groot)，是十七世纪荷兰资产阶级政治思想家，资产阶级自然法学派的创始人之一，近代资产阶级国际法理论的奠基人。

格老秀斯出生于荷兰德尔夫特城的一个富裕的律师家庭。其父祖籍法国，是著名的律师，曾担任过莱顿市议员和莱顿大学的校长。格老秀斯自幼天资聪慧，8岁时就能用拉丁文写诗，11岁进入莱顿大学攻读数学、哲学和法理学。15岁在法国奥尔良大学获得法学博士学位。1599年在海牙取得律师资格，担任律师。1601年被任命为编史官，出任《荷西战史》总编辑。1604年至1605年应荷兰东印度公司的请求，写成《捕获法》一书。1607年出任荷兰省最高检察院副总检察长。在任期间，作为外交使团成员赴英谈判。1613年出使美国。1618年因卷入恩威尔宗教案件中，被判处终身监禁。1621年在其妻子玛丽亚的帮助下，逃出监狱，流亡法国。流亡期间，写成《战争与和平法》。1634年被任命为瑞典驻法国大使。1644年被召回瑞典的斯德哥尔摩。

1645 年乘船离开瑞典，路遇风暴，漂流到德国海岸，病逝于罗斯托克。终年 62 岁。

格老秀斯的著作以《战争与和平法》（1625 年）最为重要，此外还有《捕获法》（1604—1605 年），《论海上自由》（1609 年）。^①

格老秀斯的刑法思想体现在以下几方面：

（一）关于犯罪。格老秀斯认为，法不是来源于神的意志，而是来源于自然，来源于人的理性，亦即人性是自然法之母，自然法是正当的理性法则，即使神也不能够改变它。因此，符合理性法则要求的行为即是正当的行为，反之，就是罪恶的行为，也就是说，人类的一切是非善恶、公道与不公道，全是根据自然法来衡量和判定的。格老秀斯认为，自然法有三项基本原则：第一，不要触犯别人的财产，应当归还不属于自己的东西和由此而来的收益；第二，遵守条约，应履行自己的诺言，赔偿因自己的过错所引起的损害；第三，惩罚犯罪行为。自然法的目的就是维护社会秩序，保障人类过着有组织的和平生活。因此，当财产成立之后，一人若违反另一人的意志而掠夺他的财产，即为自然法所禁止”。^② 这也就是犯罪行为。“有约必践、有害必偿、有罪必罚”等等都是自然法。

（二）关于惩罚。格老秀斯认为，惩罚是因为邪恶行为而招致的一种痛苦，“惩罚之苦等于行为之恶”，惩罚的对象是罪有应得的人。强调刑罚的本质在于报应，即基于犯罪人的自然本能的报应，是犯罪行为人为亲自实施犯罪行为而招致的被科处的“被动的恶”，应当采取一种以报应为中心并且把一般预防和特

^① 《论海上自由》是《捕获法》一书中的第十二章，于 1609 年出版。《捕获法》一书于 1868 年才出版。

^② 转引自谷春德、吕世伦编：《西方政治法律思想史》（增订版），辽宁人民出版社 1986 年版，第 267 页。

殊预防结合起来的方法，因为对罪犯的惩罚不一定总是必要的，如果他们干的事情得到了上帝和人们的宽恕的话。格老秀斯注重惩罚的目的，他认为惩罚的目的并不是为了恢复原状而是为了作用于将来，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，罪恶要靠抛弃他们的犯罪‘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。”^① 格老秀斯主张限制死刑的适用，认为死刑只适用于那些罪大恶极者。对于不可救药的人处死，比他活着更减少一些罪恶，但是只有在罪大恶极的情况下法律才有处死权。为了预防犯罪，消除重新犯罪的条件，格老秀斯主张执行刑罚应当采取公开的方式，通过对犯罪人以及一般人公开执行的威吓手段，来达到改造罪犯、预防犯罪的目的。

作为启蒙思想的代表人物之一，格老秀斯是最早以理性为基础来阐述刑法理论的，尽管在今天看来，他的刑法思想有许多值得探讨的地方，但是针对当时封建专制主义思想而言，格老秀斯的刑法思想具有伟大的历史进步意义。格老秀斯倡导以自然法作为判断一切行为善恶的标准，即使上帝也得受自然法的支配，彻底地摆脱了封建专制刑法的随意性和罪刑擅断主义。强调法律与神的默示分开的观点，带有无神论的色彩。认为惩罚之苦等于行为之恶，排除了封建专制刑法基于身份不平等而处罚不平等的不合理现象，实现了罪刑等价或均衡的刑罚原则。强调限制死刑的适用，废除残酷的刑罚。主张刑罚应着眼于特殊预防和一般预防的结合，即强调刑罚的效果。这一切皆表明，格老秀斯刑法思想的历史进步性，对于现代刑法思想具有一定的奠基意义。

^① 转引自《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 158 页。

二、霍布斯的刑法思想

托马斯·霍布斯（Thomas Hobbes 1588—1679），英国著名的哲学家和政治理论家，古典自然法学派的代表人物，世界数学机械论的创始人之一。

霍布斯出生于 1588 年 4 月 5 日英国南部马尔斯贝尔附近的维斯堡镇的一个牧师家庭。父亲是一位贫穷的牧师，母亲是一位普通的农村妇女。霍布斯少年时代由其伯父抚养，在教会学校里学习。他天资聪颖，15 岁时进入牛津大学学习经院派逻辑和亚里士多德哲学。1607 年，大学毕业，获得文学学士学位。1610 年经人推荐，做了卡文迪什伯爵的家庭教师。在担任家庭教师期间，跟随主人一起游历了欧洲大陆的许多地方。在游历过程中，结识英国剧作家及诗人本·琼生（1572—1637 年）、哲学家培根（1561—1626 年）等人，并担任过培根的秘书。1628 年，霍布斯发表了一个希腊历史学家修昔的底斯（公元前 460—前 400 年）的英译本，抨击民主政体，主张君主制。1637 年，霍布斯从欧洲大陆返回英国。1640 年英国资产阶级革命爆发后，他又逃往法国，并在法国居住了 11 年之久，并担任过当时逃往法国的威尔斯亲王即后来的查理二世的数学教师。1642 年写成《论公民》一书，在阿姆斯特丹用拉丁文发表。1651 年在克伦威尔的允许下，在英国公开出版《利维坦》一书。霍布斯在其一生最后 20 年，正处于英国旧王朝复辟时期，他因此而受到迫害。1675 年他离开伦敦，移居外省。1679 年 12 月 4 日，因病去世，终年 91 岁。

霍布斯的著作有《论公民》（1642），《论物体》（1655），《论人性》（1658），《论政体》（1650），《利维坦》（1651）等。

其中以《论公民》和《利维坦》^① 最为重要。

霍布斯的刑法思想主要包括以下内容：

（一）关于刑法。霍布斯认为，自然法是由理性所发现的一种律令或一般规则。人们最初生活在没有国家没有法律的自然状态之中，人与人之间是狼的关系。人们为了自我保存，为了自私的目的、为了取得和平，因而相互缔约创造出一个人造的“人”，这就是国家。法律是国家对人民的命令，自然法与法律是有区别的，但两者并不是矛盾的，自然法是法律的一部分。法律可以分为自然法和成文法两大类，刑法则属于成文法之列。

（二）关于犯罪。霍布斯认为，凡是法律所禁止的言论和行动，凡是法律所规定的而又不执行的，就是恶，这种恶是构成犯罪的前提。从该前提出发，霍布斯严格区分了罪与恶、法与道德的关系。他认为：“罪行是一种罪恶，在于以言行犯法律之所禁或不为法律之所令。……但却不能说每一种罪恶都是一种罪行。”^② 这表明罪行是由罪恶构成的，但罪恶并不都是罪行。在霍布斯看来，犯罪只能由行为才可以构成，即使有诸如偷盗或杀人的意图，但是这种意图没有见之于行为之前，都只是一种罪恶，而不能称之为罪行。所以，应该否定思想可以构成犯罪的观点。

（三）关于罪与非罪。霍布斯认为，罪与非罪的界限，必须以国家法律作为衡量标准，而不能用道德规范或者用自然法的规则来作为依据。在确定罪与非罪的界限之前，首先须依自然法的规则来确定恶与非恶的界限。在他看来，最严重的犯罪就是破坏国家和政府、蔑视法庭、煽动群众闹事等。但是，他认为下列情况不为罪：（1）陷入仇敌之手后的反抗和自卫不为罪；（2）有

^① 《利维坦》一书全名为《利维坦或物质、形式和教会的、世俗的国家权力》。“利维坦”即 *leviathan*，希伯来语是蛇的意思，在《旧约全书·约伯记》里指一种巨大的海兽，据说世界上没有再比它更为强大和凶恶的了。

^② [英]霍布斯著，黎思复等译：《利维坦》，商务印书馆 1985 年版，第 226 页。

必死的危险而做了某件事不为罪；（3）为救死而盗窃食物不为罪；（4）为了自卫而得兵器不为罪；（5）没有了解法律能力的人的行为不为罪。

（四）关于刑罚。霍布斯认为对犯罪者要处以刑罚，并且对刑罚的定义作了明确的论述：“刑罚就是国家的统治者，根据人们对于法律的禁与令的为与不为，因而违反国法的人，所施加的痛苦，使他人知犯国法必受惩戒而守法。”^①简言之，刑罚就是统治者对破坏国家法律的行为人所施加的一种痛苦。刑罚可以分为神罚与人罚。人罚是按照统治者命令施行的刑罚，包括体刑（死刑和徒刑）、罚金、羞辱、监禁、放逐等。刑罚的目的是“畏之以威”而不是为了报复，使犯罪行为人为知道犯罪要受到惩罚，从而能守法。在这里他明确强调刑罚对预防犯罪、教育、挽救犯罪者的作用。他说：“统治者之赏罚，施之必须得其当”。^②主张罪刑不仅要法定，不仅要相适应，而且量刑要适当、罚必当罪，反对量刑过轻过重的现象，如果刑罚轻于罪行便不能达到刑罚的目的。

霍布斯的许多刑法思想，诸如主张罪刑法定，罪刑相适应，量刑适当，罚必当罪，强调对犯罪的教育、挽救等，都是十分可贵的，是对现代刑法理论的贡献。但是由于霍布斯所处的时代是个动荡的时期，霍布斯的思想充分体现了那个时代的特征，即充满了矛盾：一方面他拥护君主专制，主张君主有无限主权，另一方面他又是机械唯物主义的创始人之一，主张天赋人权；一方面反对宗教，另一方面又主张宗教是必要的。因此，霍布斯的刑法思想也是存在矛盾的，但他思想中的进步因素还应该予以肯定。

① [英] 霍布斯著：《利维坦》，商务印书馆 1985 年版，第 199—200 页。

② [英] 霍布斯著：《利维坦》，商务印书馆 1985 年版，第 221 页。

三、洛克的刑法思想

约翰·洛克 (John Lockel 1632—1704 年),英国唯物主义哲学家、政治思想家、古典自然法学派的主要代表人物。

洛克出生于一个并不富裕的律师家庭。其父是一位清教徒,参加过克伦威尔的革命军队。洛克于 1646 年在威斯敏斯特修道院一所学校里开始接受教育,毕业后于 1652 年进入牛津大学的基督教会学院学习,研究哲学、物理、化学和医学。大学毕业后留校任教,与牛顿、波义耳等科学家交往甚密。1666 年洛克结识了后来成为辉格党领袖的艾希利勋爵,从 1667 年起担任这位勋爵的秘书、顾问和私人代表,并在这位勋爵家里居住了 15 年。1682 年因逃避斯图亚特王朝的迫害,洛克继艾希利之后逃往荷兰。1688 年洛克回到英国,在当时的新政府中担任上诉法院院长、贸易和殖民部部长等要职。洛克在晚年把自己的精力主要用于文艺创作上。1704 年洛克去世,终年 72 岁。

洛克的著作主要有:《论宽容异教的通讯》(1689),《政府论》上下篇(1689),《人类理解论》(1690)。其中以《政府论》上下篇为著名代表作。

洛克的刑法思想主要包括以下几方面:

(一) 关于刑罚权的基础。洛克认为,人类在自然状态中是自由的、平等的,但是,“在这种自然状态中,如果谁也不拥有实施自然法,从而保护无辜者和制裁违法者的权力,那么,这个自然法就会像其他一切涉及这个世界的人们的法一样变成无用之法”。^① 在不存在任何政治组织的自然状态中,强制性地确保自然法的实施,只能落在每一个人的身上,“因此,每一个人有

^①转引自[苏]格拉齐安斯基等著:《世界著名思想家评传》,商务印书馆1993年版,第116页。

权惩罚违法者，反过来，它也可防止自己违法”。^① 在洛克看来，在自然状态之下，人人都是维护自然法的法官。为了达到惩戒的目的，洛克主张以理性和良知来限制惩处犯人的权力，并强调要对惩处与违法行为进行核对，以确定惩处犯人是否恰当。但是，洛克意识到自己的这种主张和要求不能确保百分之百的稳定性和全体国民遵守自然法，也不能确保和平与安宁以及一定要公正地惩处违法者。因为由每个人来执行刑罚权，势必会导致人们之间的战争状态。所以洛克认为，正是在违法和惩处两方面不能完全保证避免过火行为的情况下，使人们意识到具有社会契约的必要性，以调整自己的生活并确保其自由和所有权。为此，人们便放弃自己的这种权力，而把它所转让和集中于国家。这样，惟有国家才具有对社会成员之间所犯的不同罪行规定其应得的惩罚的权力。作为公民，国家对一桩刑事案件的判决，“其实就是他自己的判决，是由他自己或者他的代表所作出的判决”。^② 在这里，洛克把刑罚权的基础归之于社会契约，把为了社会全体的幸福而各人提供的自由总体作为刑罚权的根据。

（二）关于死刑。洛克是肯定死刑的。他说：“在自然状态中，人人都有处死一个杀人犯的权力，以杀一儆百来制止他人犯同样的无法补偿的损害行为，同时也为了保障人们不受罪犯的侵犯。这个罪犯既已灭绝理性（上帝赐给人类的共同规则），以他对另一个人所施加的不义暴力和残杀而向全人类宣战，因而可以当作狮子或老虎加以毁灭，当作人类不能与它共处和不能有安全保障的一种野兽加以毁灭”。^③ 洛克认为自然法是永恒的和最高

① 转引自 [苏] 格拉齐安斯基等著：《世界著名思想家评传》，商务印书馆 1993 年版，第 116 页。

② [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 54 页。

③ [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 9 页、第 84 页、第 59 页。

的行为规范，因此，自然法的原则如“谁使人流血的，人亦必使他流血”也应当在国家中执行。否则，凡是与自然法“相违背的人类的制裁都不会是正确的或有效的。”^①

（三）关于罪刑法定。洛克认为，既然刑罚权来源于全体公民让渡给国家的立法权，那么只有立法机关正式制定出来的、固定的，为人们普遍了解和同意的法律“才是是非、善恶的尺度”。人们只有通过这种法律“才能知道自己的本分”，才能知道自己应当怎样做和不应当做什么。所以国家必须以正式公布和被接受的法律来进行统治，法律对贫穷、富贵、权贵和平民都应一视同仁，一律平等，不能例外。“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所制定的法律。”由此，国家只有根据法律才能确定一个公民是否构成犯罪以及是否要受到刑罚和受什么刑罚处罚的问题。反之，如果国家法律没有规定某一种行为是犯罪，或者公民根本不知道这一行为是犯罪的，那么国家就不能对他定罪处罚。同时，洛克还认为，对于权贵的犯罪行为应当从重处罚。他说：“损害的罪行，不管是出于戴王冕的人或微贱的人之手，都是一样。罪犯的名位和他的党羽数目，除了加重罪行之外，并不使罪行有何差异。”^②

（四）关于罪刑相适应。洛克主张罪刑相适应，反对严刑峻罚，强调刑罚的警戒作用和教育改造犯罪者或不轨者的作用，主张为了达到预防犯罪的目的，国家只有在必要限度内才能正当地行使刑罚权。洛克指出：“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，并且警戒别人不

^① [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 9 页、第 84 页、第 59 页。

^② [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 108 页、第 9—10 页。

犯同样的罪行而定。^①在洛克看来，罪刑只有相适应才能正确发挥刑法的作用，畸轻畸重的刑罚只能阻碍刑法作用发挥。洛克倾向于轻缓的刑罚，反对残酷的刑罚，非到万不得已的情况，不得动用重刑，尤其是死刑。洛克认为，要“除去的只是那些腐败到足以威胁全体的生命和安全的部分；否则任何严峻的刑罚都是不合法的。”^②因为当初人们在订立契约，把权力让渡给国家的时候，并没有赋予自己的代表——国家以轻率或者草菅人命的权力。所以，罪刑应当相适应，适用重刑应当慎重。

（五）关于正当防卫。洛克通过例证的方法来论证正当防卫成立的条件，他明确指出，受害人在具备下述两个条件的情况下，可以杀死犯罪者。这两个条件是：第一，自己的生命安全受到直接的威胁；第二，自己来不及诉诸法律。洛克举例说，在通常情况下，一个窃贼盗去我的全部财产，但我不能杀死他；而一个强盗用手枪逼迫我交出我的马或衣服时，我却可以杀死他。再如一个手持利刃者在公路上抢劫我的钱包，尽管钱包里不过十二个便士，但我可以合法地杀死他；而当我把一百英镑的钱交给另一个保管，我回头向他索还时他不还，反而以暴力威胁我，我却不能杀死他。洛克通过例证的方法来表达自己关于正当防卫的刑法思想。

此外，洛克一再强调私有财产权是天赋的权利。他认为，如果有谁盗窃了私有财产，那怕被盗的东西微不足道，依据自然法，也有把小偷置之死地的权利。即使是政府，如果侵犯了人民的私有财产，就是与人民为敌，与人民处于战争状态，人民就有权反抗。决不允许政府借助刑法手段侵犯罪犯的私有财产权利。总之，私有财产是神圣不可侵犯的。洛克还主张对被害人应予以

① [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 108 页、第 9—10 页。

② [英] 洛克著：《政府论》（下篇），商务印书馆 1964 年版，第 105 页。

损害赔偿。他认为，如果一个人侵犯了他人的生命、自由和财产时，受到损害的人，除了与其他人共同享有的处罚权之外，还享有要求罪犯赔偿损失的特殊权利。

总之，洛克的刑法思想的重要特征在于：他从一般的政治学说中特别是从其自然法状态和社会契约论中引申出了其一系列刑法思想。洛克对刑法理论的杰出贡献表现在：一是关于罪刑法定的思想，他的这些思想被认为是罪刑法定主义的滥觞。二是关于正当防卫的理论，尽管他没有明确指出正当防卫的定义，但是他通过举例阐述了正当防卫的条件和内涵，这是难能可贵的。当然，由于洛克所处的历史条件的局限性，洛克的政治法律思想也表现出许多不彻底性。例如洛克一方面认为如果谁盗窃了私有财产，即使财产微不足道，也有处死小偷的权利；另一方面又认为在通常情况下，如果一个窃贼盗去了我的全部财产，但我不能杀掉他。这两种论点就处于互相矛盾的境地。尽管如此，洛克作为一个伟大的启蒙思想家的历史进步性是不容抹煞的，他对刑法理论的贡献也是应当肯定的。

第三节 法国启蒙思想家的刑法思想

一、孟德斯鸠的刑法思想

查理·路易·孟德斯鸠（Charles Louis Montesquieu，1689--1755），法国启蒙思想家，古典自然法学派的代表人物，资产阶级法学理论和三权分立学说的奠基人。

孟德斯鸠于 1689 年 1 月 18 日出生于法国西南部波尔多附近的柏烈德庄园一个富裕的贵族家庭。祖父曾是波尔多议会的议长，父亲曾担任过军职，孟德斯鸠早年丧母。1700 年，11 岁的