

贝卡里亚及其刑法思想

黄风 著

中
政法大学出版社

贝卡里亚及其刑法思想

黄 风 著

中国政法大学出版社

贝卡里亚及其刑法思想

黄 风 著

•

中国政法大学出版社出版

新华书店首都发行所发行

北京渤海印刷厂印刷

•

787×1092毫米 32开本 4.75印张 105千字

1987年4月第1版 1987年4月第1次印刷

印数：1—5,200册

书号：6416·91 定价：0.90元

引 言

切萨雷·贝卡里亚的名字在刑法学史册上留下了光辉的一页。他的代表作《论犯罪与刑罚》已成为现代刑法理论的经典，在全世界广泛流传，“是自《圣经》以来译本最多的著作之一”^①。贝卡里亚在这部不朽的著作中提出了一系列刑法原则，这些原则后来为西方大陆法系国家的刑事立法和刑法理论奠定了基础。

贝卡里亚把“罪刑法定”原则提到首要的和至尊的地位，从理论上将刑罚权划归世俗国家的立法与司法机构掌管，排除了已往刑法渊源的多元性和刑事司法的擅断性；他首次提出刑罚的“必需性”原则，认为刑罚是一种“极端的”和“最后的”手段，它的使用范围应当尽量地狭窄，除了在万不得已的“必需”情况下，它不应随意滥用；他极力倡导刑法的“明确性”原则，主张刑法的形式应该是成文的、明确的和肯定的，以便为执法者提供确切的考查标准，为每个公民提供具体的行为鉴戒；他的刑罚理论贯串着“刑罚人道化”原则，要求降低刑罚对人身造成的痛苦程度，消除无益的摧残成分；他在刑事政策问题上提出了“罪刑对称”原则，要求根据犯罪的危害程度和刑罚的强度建立相应的犯罪阶梯和刑罚阶梯，并使这两个阶梯相互对称，从而为人们提供一张“犯罪价目表”，使他们了解不同的犯罪可能给自己带来的

① 鲁道夫·蒙多尔福：《切萨雷·贝卡里亚》佛罗伦萨，1960年版，第70页。

不同的恶果；为增强刑罚的心理威慑作用，他认为在运用刑罚时应当遵循“刑罚及时性”原则和“刑罚不可摆脱性”原则（或称“肯定性”原则），建立犯罪与刑罚的必然因果联系。

贝卡里亚提出的这一套刑法原则包含着极其深邃的思想内容，它们不仅代表着新兴资产阶级的阶级利益、价值观念和法权观念，而且还凝集着当时最先进的哲学、政治学、伦理学、心理学等科学理论的精华，是十八世纪中期人类科学认识能力和水平的体现。贝卡里亚的刑法思想可以说是一种“刑法启蒙思想”，它把十八世纪启蒙思想之光带给了刑法学，他的刑法理论处处渗透着对人和科学的思索，拿贝卡里亚提出的罪刑法定、罪刑对称和刑罚人道化这三大刑法原则来说，它们之所以能够轰然推倒旧的刑法理论，并在当时站得住、立得稳，其重要原因就是它们从被马克思誉为“战斗的唯物主义”的法国启蒙哲学中获取到养分和锐气。贝卡里亚从机械唯物主义立场出发认为，人的一切行为均受物质利益和需求的支配，犯罪不是什么“自由意志”的结果，而是人们在一定条件下趋利避害的必然性抉择，这种抉择对于任何一个具有正常本性的人都是无可厚非的，因此，犯罪人并不负有道义上的责任，他只是由于行为违反了“社会契约”才受处罚，由此得出结论，犯罪只不过是对其行为的法律评价，没有法律就没有犯罪和刑罚。根据同一原理，刑罚是一种“易感的力量”，它借助人的趋利避害的本性，使他们在痛苦的犯罪结局面前放弃犯罪的意念，从而达到维持正常的社会秩序的目的，因此刑罚不是对人类追求物质利欲的本性的扼杀，它应当是人道的和尽量宽和的。至于罪刑适应原则，则更加突出地体现着机械唯物主义的本源——牛顿经

典力学的思想，它把促使人犯罪的促动力视为人的一种“惯性”，而把刑罚则比作一种“阻力”，试图通过刑罚与犯罪的对称，实现两种“力”的平衡。

贝卡里亚的刑法思想为西方现代刑法理论构架奠定了基础，但是，基础与理论构架毕竟不能等同起来，基础以其深厚的、多学科的理论根底为特点，理论构架以其条理性、规范性为特点。因此研究贝卡里亚的刑法思想不应当满足于从其著作中摘引一些语录或词句来解释或说明一些已经规范化的原则和概念，而应当通过深掘其思想的渊源和内在联系，来说明这些概念和原则的存在理由和深层含义。作者本着这样的观点，试图结合十八世纪资产阶级启蒙运动的思想背景，着重探索贝卡里亚刑法思想的理论渊源，说明其刑法学说的基本哲学倾向，从而揭示贝卡里亚所提出的各项刑法原则的底蕴和用意。在探索过程中，作者希望摆脱教科书式的论理体系，尽量展现出贝卡里亚刑法学说的内在思想脉络。

目 录

第一章、刑法改革前的欧陆刑法·····	(1)
1. 旧刑法的三大渊源·····	(2)
2. 暴政的工具、宗教的婢女·····	(11)
第二章、启蒙运动、韦里兄弟和贝卡里亚·····	(20)
1. “我把一切归功于法国人写的书”·····	(20)
2. 摆脱鄙俗气的十个月·····	(26)
第三章、对犯罪原因的机械唯物论解释·····	(36)
1. 意志自由论还是机械决定论·····	(37)
2. 犯罪——在特定环境下趋利避害的 必然性结果·····	(47)
3. 解释的缺陷·····	(52)
第四章、法律责任与道德责任的分离·····	(58)
1. 刑法不追究人的欲望·····	(59)
2. 犯罪只不过是社会契约的违反·····	(63)
3. 衡量犯罪的标准是它对社会的危害·····	(68)
4. 法定责任论的底蕴·····	(71)
第五章、刑罚——社会防卫的必要手段·····	(80)
1. 刑罚存在的理由·····	(80)
2. 刑罚能使人改恶从善吗·····	(90)
3. 刑罚的必要限度·····	(93)

4. 关于死刑问题.....	(98)
第六章、运用刑罚的基本策略.....	(108)
1. 讲究精确度的“小牛顿”.....	(108)
2. 罪与刑的阶梯和对称.....	(112)
3. 建立犯罪与刑罚在观念上的必然联系.....	(120)
4. 贝卡里亚策略思想遇到的挑战.....	(124)
结束语.....	(130)
附：参考文献目录.....	(135)
后记.....	(141)

第一章 刑法改革前的欧陆刑法

一位意大利学者曾说过这样一句名言：“罗马人是民法的巨人，刑法的矮子。”^①如果说这种“巨人”和“矮子”的比喻不是指两大部门法在规范量上的差别，而是形容它们内容的先进与落后之差距的话，那么，用它来描述封建社会末期欧洲大陆法系国家民法和刑法的发展状况倒也颇为形象。

十二、三世纪的十字军东侵使欧洲的商业重新控制了地中海沿岸，加快了西欧商品经济的发展和城市的成长，从而造成了有利于资本主义萌芽生长的条件。早在这时，西欧大陆上就逐渐产生了以平等和公正为基础的统一的私法体系。一整套有关财产、继承、侵权行为、不当得利、契约、法律补偿以及商事活动的法规又反过来有力地促进和保障了西欧商品经济的蓬勃发展。在当时，以商品生产者社会的第一个世界性法律——罗马法为主要渊源的西欧大陆的民商法，确实象“巨人”一样成为全世界法学家景仰和学习的楷模；甚至，人们“可以在资产阶级大革命以后，以同一个罗马法为基础，创造象法兰西民法典这样典型的资产阶级社会的法典。”^②

相比之下，大陆法系国家刑法的发展真太可悲了。刑

① 转引自菲利：《犯罪社会学》英译本，1897年伦敦版，第156页。

② 《马克思恩格斯选集》第四卷，第248页。

法仍然是紧紧掌握在专制君主和教会手中的工具，资产阶级所崇尚的自由、平等精神尚不能扩展到统治者与被统治者、个人与国家的公法关系之上，著名的德国刑法史专家冯·巴尔对资产阶级革命前法国刑法制度的一段描述概括了整个大陆法系国家刑法发展的这种可悲状况：“当我们研究旧制度的刑法并把它同罗马帝国后期和中世纪前期的刑法加以对照时，我们将会发现，文明的发展未给刑法带来任何进步，——它实际上处于停滞状态，完全带有在这些时期中所具有的缺陷。刑罚是不平等的，它们不是根据犯罪的性质而是根据犯罪人的地位或等级而发生变化；刑罚的执行方式也是残酷和野蛮的，刑罚体系的基础是死刑和滥用的肢体刑；犯罪没有确切的定义；个人没有丝毫的安全保障足以避免国家在镇压犯罪时的过火行动。最后，愚昧、偏见和感情上的狂暴制造着臆想中的犯罪；刑法的适用范围扩展到了调整社会关系之外，甚至超越了对意识的统治。”^①

为了加深对封建社会末期大陆法系国家刑法的本质和特点的认识，我们有必要先简略地考查一下它的历史沿革，考查一下当时刑法的基本渊源——罗马法、教会法和日耳曼习惯法。

1. 旧刑法的三大渊源

在古罗马社会，惩罚权最初是分散的，“犯罪”和“刑罚”这两个概念开始时并不是产生于刑法，而是产生于家庭内部的纪律、军事纪律和公共安全措施。由于私人复仇活动常常导致侵害的恶性循环，破坏社会的安定秩序，国家日益

^① 冯·巴尔等：《欧陆刑法史》英译本，波士顿，1916年版，第315页。

加强了它在刑事领域的干预，一方面它做出具体规定，限制拥有惩罚权的组织和个人的裁量权；另一方面它把那些严重危害社会秩序和统治集团利益的行为直接宣布为只能由国家惩罚的犯罪。罗马法中关于“私刑法”和“公刑法”的区分正体现了古罗马刑事立法的这两个方向。

私刑法和公刑法的区分是以犯罪的两种形式——*delictum*和*crimen*的区分为根据的〔注1〕。*delictum*（私犯）是由私人惩罚的违法行为，例如：伤害、盗窃、侮辱、通奸等；*crimen*（公犯）是由公共机构惩罚的违法行为，例如：通敌、背叛、盗窃圣物、破坏公共建筑物和公路等。罗马的第一部成文法典《十二铜表法》对私人惩罚“私犯”的权利规定了“同态复仇”（*talio*）的限制原则，要求私人报复的方式和强度必须限定在一定范围以内，比如它规定：“毁伤他人肢体而不能和解的，他人亦得依同态复仇毁伤其肢体。”^①从某种意义上讲，这种规定最初是具有一定进步意义的，它虽然确认了私人惩罚权，但却通过对具体惩罚对象和刑罚强度的限制性规定，削弱了私人的任意复仇权。

由公刑法惩罚的“公犯”一般是一些直接侵害国家利益的犯罪行为，其中也包括一些既侵害私人利益又侵害公共利益的行为，如《十二铜表法》中规定的某些公开诽谤行为、

〔注1〕 *delictum*和*Crimen*这两个拉丁字译成中文就是“私犯”和“公犯”。有的著作把它们译为“违法”和“犯罪”是不够确切的，因为当时刑法尚未独立，不可能有此种区分。而且，从理论上讲，这两者都属于“犯罪”，只不过惩罚主体不同而已。

① 见《十二表法》周榘译，第八表。

谋杀自由人、故意纵火等。随着罗马帝国的不断扩张和国内阶级矛盾的尖锐和激化，“公犯”的范围也日益扩大。罗马人开始用“perduello”（敌对行为）这个词来概括它的内涵，而什么样的行为属于“perduello”，则完全取决于统治者的意志。在战争期间，一些原来属于私刑法调整范围的轻微犯罪行为如毁坏或盗窃私人财物，由于直接影响到国家的实力和军队的士气，也被归入了公刑法的调整范围。国家被尊为公意的象征，法官被说成是人民的代表，公民个人的地位被不断削弱，刑事诉讼的提起不再需要被害人控告，而是由法官自行决定。“既然法官被赋予自由裁量权，除法律规定者外不承认其他犯罪和刑罚这一古代规则，逐渐丧失了其实践意义。当法律对某一行为未作规定而人们却认为它是犯罪时，或者当法律认为某一行为属于私犯（如盗窃）时，人们可以借助非常程序对它施以公共刑罚，就这样出现了所谓非常犯罪（crime extraordinaria），它们构成最后的镇压时期的公刑法，如上所述，这种刑法几乎完全吸收了旧时的私刑法。”^①

如果说在罗马刑法中有什么基本原则的话，那就是国家至上原则，根据这一原则，为了国家利益可以对任何有害行为包括具有侵害危险的行为处以严厉刑罚，个人没有任何权利值得国家尊重。除此以外，再无其他限制国家刑罚权的基本原则。刑法成为了维护罗马皇帝专制统治的工具，含义模糊的叛逆罪（laesa majestas）成为了刑事追究的重点，一切有损皇帝人身、尊严和权利的行为，都可以在此罪名下被处

① 温琴佐·曼齐尼：《意大利刑法论》都灵，1933年版，第52—53页。

以极刑。在罗马共和国时期曾一度被限制使用的死刑，不但被广泛使用，而且不断翻新着花样，出现了砍头、烧死、钉十字架、绞刑、把人装进皮口袋投入海中、送进角斗场等等残酷的执行方式，鞭刑、杖刑、裂肢等肉刑也成为了普遍的刑种。东罗马帝国的皇帝查士丁尼在公元528年组织编纂的《查士丁尼法典》，把这些残酷而混乱的刑法加以汇集，形成了第47编和第48编，人们后来称它们为“恐怖之编”。

随着日耳曼人的入侵和罗马帝国的崩溃，罗马刑法的国家至上主义又向更加落后和原始的、漫无限制的私人复仇和血亲复仇倒退。日耳曼人在大入侵之前，是一个仍处于原始社会的民族，他们组成一些暂时的集团和战斗同盟，尚无国家的和民族的意识，所知道的唯一稳定单位就是部落，一个部落拥有一万到两万名成员，本身就是村庄公社、家族和种姓的集合体。日耳曼人的社会控制手段是各部落的“民俗法”，即不成文的习惯法。他们采用血亲复仇或直接的私人复仇回答他人的侵犯，只有极少数几种损害共同体利益的行为如勾结敌人、叛逃等是由公共权利惩罚的犯罪。随着国家权利的出现和不断增长，日耳曼人也开始制定法典，约束个人的和血亲的“自助行为”的任意发展，以维护“国王的和平”。这最初的步骤就是做出向犯罪受害人支付“赎罪金（compositio）”的规定，法庭开始在罪犯和被害人之间充任调解者的角色，使他们避免诉诸武力搞私人复仇活动。伦巴第人在643年制定的法令中有140条涉及刑罚，其中规定：自由人杀死自由人，赔偿1200solidi；杀死家仆，赔偿

50；杀死奴隶赔偿20①。

六世纪初，日耳曼人中的法兰克人在西欧建立了强大的墨洛温王朝的统治，统治者根据日耳曼的民俗法并吸收了罗马法的一些成份制定了刑法，运用公共权利惩罚那些侵害个人的行为如盗窃、抢劫、乱伦婚姻等。犯罪人常常被宣布为不受法律保护的人，并被投入森林喂野兽，任何人也都有权杀死他；对犯罪人还可以处以死刑和肉刑。

尽管公共刑罚逐渐取代了私刑和血亲复仇，但是日耳曼人的习惯还是根深蒂固的，以至整个中世纪，欧洲大陆都仍存在着血亲复仇、支付赎罪金等现象。特别是在查理曼帝国时期，由于帝国是依靠军事力量建立起来的，不具备实行中央集权的经济基础，而庄园的自然经济却占统治地位，帝国只是名存实亡，封建割据盛极一时，西欧社会又处于混战之中，因而日耳曼民族的落后的习惯法进一步复活。随着法庭力量的削弱，古老的自卫权和自救权又发展起来，人们只要宣布是向曾经侵害了自己的人复仇，那么他们的行为就被认为是正当的。“在实施这种复仇时，抢劫、伏击、捕捉和放火破坏财产似乎都是允许的。”②在十一世纪时，西欧大陆国家的封建君主颁布了一些被称为“和平地条约”的法律，对犯罪和许可的复仇行为以及复仇的程序和方式做出规定，比如：复仇人必须先向法官控告被复仇人，并且承诺不使某些人如僧侣、旅行者、商人和地区如教堂、公路不受侵扰，这是以法律形式对旧的习惯法的认可。

① 哈罗德·T·伯曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》

Havard Univ·pr·1983年，第54页。

② 《欧陆刑法史》第98页。

落后习惯在刑事制度中复活的另一表现是各种形式的神明裁判、司法决斗和赌战又盛行起来，“神明裁判”有多种形式，如让被告人蒙着眼或光着脚走过烧红的犁铧或握烧红的铁块，如果烫伤很快痊愈，即无罪，否则将被定罪；另一种形式是，把被告人投入河水中，如果身体向自然流向相反的方向漂起，就说明水不接受他；或者令其把手伸入滚水之中，如未被烫伤，就说明他无辜，等等。虽然这些都属于原始的举证方式，但它们在当时实质上构成了刑罚方式。亨利·C·利在论述这种审查方式与刑罚方式相混合的神明裁判时指出：“随着神明裁判被实施于那些被普遍认为有罪的而且当其面对神坛发誓无罪时谁也不帮他们说话的人身上，这些规则显然使神明裁判带有刑罚的色彩；而且这并不是致使我们相信神明裁判常被人这样看待的唯一根据。对不同程度的犯罪进行一至三次考验的这种逐渐升级，与神的干预是为了保护无辜者、惩罚有罪者的理论是如此地大相径庭，以至我们只能把它看作一种在疑难案件中实施不同级别刑罚的方式……”^①。日耳曼人习惯法的强大影响使中世纪时期欧洲大陆的刑事制度具有更加浓厚的愚昧和野蛮的特点。

欧陆刑法的第三个基本渊源是教会法。

在早期的罗马法中就包含着很多宗教的成份。在《十二铜表法》中记载着有关宗教礼仪的详细规定，在当时，如果犯罪带有对宗教道德的侵害，犯罪人就被认为触犯了神，因而被称为“Sacer（可厌恶者）”，他的物品被另出，因为它们也受到他的玷污，共同体中的任何人都回避同他交往。

^① 转引自保罗·W·塔潘：《前古典刑罚学》，载《刑法学论文集》牛津大学1981年版，第47页。

“在罗马，人们承认这样一条真理：不懂得法律的人不可能成为一名好祭司，反过来说，不了解有关宗教问题的人也不可能懂得法律。在很长一段时间里，独有祭司才是法学家。”

①我们在日耳曼人的那些依靠神的干预来惩罚犯罪的习惯法中，也能觉察到宗教观念的强烈影响。随着罗马人和日耳曼人刑法制度的发展，宗教的影响也在不断加强，这种影响不仅体现在世俗法律的内容之中，而且还表现为一套独立的、与世俗法律并驾齐驱的、有时甚至凌驾于世俗法律之上的基督教教会刑事律法的产生和发展。

基督教教会在初期曾与国家处于对峙状态，为了避免遭受国家的迫害，它禁止自己的教徒在世俗法庭进行诉讼，它当时所拥有的惩罚其教徒的唯一手段就是“绝罚（excommunications）”即开除教籍。公元313年，罗马皇帝君士坦丁召开尼西亚宗教会议，建立了教会和帝国政权的联盟，教会承认皇帝是自己的首领；392年，狄奥多西皇帝下令立基督教为国教，并禁止其他异教的存在；法兰克国王克洛维一世在建立了自己的统治后，也宣布自己为基督教教徒并立基督教为国教，从此教会的势力不断扩张。在公元六世纪，主要的教会首领都获得了司法豁免权，即使犯有严重的叛逆罪，除教会的刑罚外，均不得被处以任何世俗法庭的刑罚。614年，克洛塔二世（Chlothar II）宣布所有教士均对世俗刑罚拥有豁免权。随着世俗刑法对教会失去约束力，教会的纪律约束权发展起来，并形成了一整套以“摩西十诫”为中心的教会律法，它们适用于一切自愿接受其约束的人。违反宗教

① 参见《前古典刑罚学》第39页。

律法的行为被称为“罪孽”，对它们的惩罚包括向受害人赔偿损失、支付医药费、替人劳动、在规定的时间内禁食、在墓穴中陪伴死尸、十字架形站立并背诵圣诗、长期监禁等等。

教会获得庇护权，这是教会的刑事司法权获得进一步扩张的一个重要标志，一切罪犯只要踏入教堂就受到保护，但教会对其行为拥有审查权，如果它认为要求庇护者确实有罪，就要求他自己绑起自己，向追捕者投案或者主动赔偿损失。这样，教会对世俗当局的司法活动和民间的复仇活动掌握了一定的制约权，它可以根据自己的判断决定某些世俗社会的犯罪者的命运。

很快，教会控制了许多世俗法庭，可以通过这些法庭的官员并采取世俗方式开展司法活动，教会控制下的世俗司法官员当然要尊重教会的原则和刑法。教会不但对异教徒和叛教者拥有刑事司法权，而且对于一切被控告犯有“混合罪（*delicta mixta*）”即那些既侵犯了世俗法律又违背宗教道德规范的行为拥有管辖权，如渎圣罪、巫术罪、诅咒神祇罪、通奸罪、同性恋、放高利贷、伪造文件罪、伪证罪、违反契约罪等教会认为应由它管辖的行为。被宣布为异教徒的人和被开除教籍的人，由世俗法庭判处死刑并没收财产，他们的下一代后嗣丧失了一切法定权利。这时，西欧大陆出现了一种世俗当局与教会在刑事司法上相互依存的局面：世俗法庭使教会的判决具有强制力，教会则处罚那些国家不能干涉或不能严厉惩处的行为。“宗教制裁尤其是绝罚和苦行赎罪常常伴有世俗法官宣告的刑罚，后者可以把犯罪人的忏悔作为减轻处罚的条件。教会可以发现自己的汇报者犯有侵犯教会法规的罪行，把他交给世俗当局审判并强制执行判决，它