

河南大学
学术出版基金

近代西方刑法学派之争

郝守才 张亚平 蔡 军 著

河南大学出版社

JIN DAI XI FANG XING FA XUE PAI ZHI ZHENG

近代西方刑法学派之争

郝守才 张亚平 蔡 军 著

河南大学出版社

• 开封 •

图书在版编目(CIP)数据

近代西方刑法学派之争/郝守才,张亚平,蔡军著. —开封:河南大学出版社,2009.5

ISBN 978-7-81041-847-8

I. 近… II. ①郝…②张…③蔡… III. 刑法—法学流派—思想史—西方国家—近代 IV. D914.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 060170 号

责任编辑 贾怀廷

责任校对 田 园

封面设计 马 龙

出 版 河南大学出版社

地址:河南省开封市明伦街 85 号 邮编:475001

电话:0378-2825001(营销部) 网址:www.hupress.com

排 版 郑州市今日文教印制有限公司

印 刷 河南省瑞光印务股份有限公司

版 次 2009 年 5 月第 1 版 印 次 2009 年 5 月第 1 次印刷

开 本 650mm×960mm 1/16 印 张 37.5

字 数 437 千字 印 数 1—1000 册

定 价 56.00 元

(本书如有印装质量问题,请与河南大学出版社营销部联系调换)

前 言

《近代西方刑法学派之争》是一部以近代西方刑法学派之争为研究主线,从而展示西方自启蒙主义刑法思想到现代刑法理论发展轨迹的学术著作。

近现代刑法理论,以启蒙主义刑法思想为基础,形成了刑事古典学派与刑事近代学派的对峙。两派论争的结果,不仅圆满地完成了反封建刑法的历史任务,而且极大地丰富和发展了近现代的刑法理论。但在一个多世纪的探索中,人们逐渐发现,两派的刑法理论都存在片面性的缺陷。刑事古典学派主张客观主义(刑法评价对象上)、意志自由论(人性论上)、道义责任论(责任论上)、报应主义或一般预防主义(刑罚目的上),这些主张虽然能起到保障人权的作用,从而有利于实现刑法的公正性价值,但它忽视了刑法的保护机能,从而不利于实现刑法的功利性价值;刑事近代学派主张主观主义、意志必至论(决定论)、社会责任论、特殊预防主义,这些主张虽然能起到防卫社会的作用,从而有利于实现刑法的功利性价值,但它忽视了刑法的保障机能,从而不利于实现刑法的公正性价值。由此可见,两派理论都不能圆满地解决刑法问题。在理论探索中,人们发现,在两派理论中,此派的不足恰是彼派的优点。如何实现两派理论的优势互补呢?基于此思考,一体论的刑法理论应运而生。一体论主张主客观相统一、意志相对自由论、报应主

义和双面预防主义相统一等。但一体论存在的最大缺陷是未能使上述两派理论实现有机的统一,充其量也只是一种观点,还没有形成一种学派。这一新学派的最终形成尚须当今和未来刑法学家的继续努力。

刑法学的研究,离不开作为其土壤的刑法思想,而对刑法思想的研究,离不开历史学,否则它就失去了一个必不可少的环节^①。在国外(特别是大陆法系国家)的刑法学研究中,对上述刑法思想发展史的研究十分重视,不仅出版了许多颇具影响的专著,如日本大塚仁的《刑法中新旧两派的理论》(日本评论社1957年版)、庄子邦雄的《近代刑法思想史研究》(日本NTT出版株式会社1994年版)等,而且在国内的刑法教科书中,一般都有专章介绍刑法发展史和刑法理论发展史的内容,如日本大塚仁的《刑法概说》(总论、各论,冯军译,中国人民大学出版社2003年版)、韩国李在祥的《韩国刑法总论》(韩国学者韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版)、德国克劳斯·罗克辛的《德国刑法学·总论》(王世洲译,法律出版社2005年版)、意大利杜里奥·帕多瓦尼的《意大利刑法学原理》(陈忠林译,法律出版社1998年版)等。在国外学者们看来,上述两派的理论,不只是刑法适用解释上的指导理念,而且还是整个刑事立法上的指导性观念^②。

在中国,作为中华法系重要组成部分的刑法思想,由于它所体现出的中国古代社会的精神旨趣与现代法律文明大相径庭,因此,不可能成为现代中国刑法的理论基础。在近代及20

① 转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,前言第1页。

② 周光权著:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社2002年版,第1—2页。

世纪 80 年代前对中国刑法思想史的研究(特别是对现代刑法理论产生重大影响的刑法思想史的研究)一直很缺乏,究其原因在于:(1)自 16 世纪末期启蒙主义刑法思想产生到 20 世纪初(1911 年清王朝灭亡),中国一直处在封建社会和半殖民地半封建社会,启蒙主义刑法思想和以启蒙主义刑法思想为理论基础的刑事古典学派的刑法理论以及刑事近代学派的刑法理论在中国缺乏产生和受影响的社会基础。在 20 世纪上半叶的军阀政府和民国期间(新中国成立前),中国的刑法理论虽受后期旧派和新派之争的影响,但此影响毕竟很有限,主要原因在于当时我国刑法理论对刑法学派之争知之甚少以至于反应迟钝,同时还在于此期间两派的对峙已有所缓解或基本消停。之后,随着国民党政府退据台湾,此影响便在大陆刑法理论上销声匿迹。(2)新中国成立后,由于社会制度的不同,我们对上述刑法理论完全采取拒绝的态度(事实上,当今的刑法理论,撇开其意识形态和阶级性差异的问题,有其共性问题,特别是在建立社会主义市场经济的今天,其共性问题就显得更为突出)。因社会制度的相同性,新中国的刑法理论选择了苏联模式,但此模式又怎么样呢?正如我国学者陈兴良教授、周光权教授认识的那样:“我国今天的刑法理论,本质上还处在 20 世纪 80 年代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身尚处于摸索阶段、完全不成熟的 20 世纪 30 年代苏联刑法学理论为基础的。但是,这种刑法理论结构与基础本身,从今天的角度看,不仅在实践中是失败的,而且在理论上也是行不通的。”^①那么,当今我国的刑法理论应如何发展?我国刑法学者周光权教授

^① 陈兴良、周光权著:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 15 页。

的下列观点是有道理的：“刑法客观主义和刑法主观主义的对立，涉及到了对在任何社会条件下都会认为有犯罪性的行为的评判，也涉及到犯罪论、刑罚论中的其他命题。今天我们所遇到的一些疑难问题，在它们那里都可以找到理论根据。”^①事实上，在犯罪部分，我国1979年刑法典在坚持主客观相统一原则的前提下向主观主义倾斜，1997年修订的刑法典在保持1979年刑法典的连续性、稳定性的前提下向客观主义倾斜；在刑罚部分，我国1979年刑法典实际上采取了相对主义（目的主义），基本上仅考虑预防犯罪的目的，1997年修订的刑法典明显采取了并合主义（折中主义理论）立场即相对报应主义^②。这说明，新中国的刑法立法与上述理论的一致性。

值得欣慰的是，自20世纪80年代以来，我国刑法学者已经注意到上述刑法学派之争的重要性，开始介绍和评述上述理论，并运用上述有关理论来解释我国相关的疑难的刑法理论和司法实践中存在的问题。这方面的主要著作有：甘雨沛、何鹏的《外国刑法学》（上册）（北京大学出版社1984年版）；陈兴良的《刑罚哲学》（中国政法大学出版社1992年版）；马克昌主编的《近代西方刑法学说史略》（中国检察出版社1996年版）；陈兴良的《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社1998年版）；张明楷的《刑法的基本立场》（中国法制出版社2002年版）；周光权的《法治视野中的刑法客观主义》（清华大学出版社2002年版）；等等。上述研究虽然有些已经达到了一定高度，但整体上不仅还停留在简单的介绍和评述上，而且这些简单的介绍和

^① 周光权著：《法治视野中的刑法客观主义》，清华大学出版社2002年版，第4页。

^② 张明楷著：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第60、66、338、345页。

评述还显得比较零散,缺乏较系统、深入的研究。有鉴于此,我们在借鉴现有研究成果的基础上,以近代西方刑法学派之争为研究主线,以展示西方自启蒙主义刑法思想到现代刑法理论发展轨迹为思路,以促进我国刑法理论的丰富和发展为宗旨,撰写了本著作。

本著作是河南大学第七批出版基金资助的八部学术著作之一,并由河南大学出版社承担具体的出版任务。本著作在撰写和出版基金审批过程中,始终得到了河南大学法学院院长陈景良教授的鼓励和帮助;河南大学出版社的编辑和领导,为本著作的编辑和出版付出了艰辛的劳动。在此一并表示诚挚的感谢和敬意!

本著作由三位作者分工撰写,最后由郝守才统改定稿。具体分工如下:

郝守才撰写第一章至第五章、第十章至第十二章。

张亚平撰写第六章和第七章。

蔡军撰写第八章、第九章和第十三章。

在本著作撰写过程中,引用和参考了大量的有关学者的研究成果,在此一并表示深深的谢意。囿于资料及作者水平的限制,本著作中谬误和疏漏在所难免,敬祈学术前辈和同行不吝赐教。

2008年12月10日于开封

目 录

第一部分 刑法学派之争之渊源:启蒙主义刑法思想

第一章 启蒙主义刑法思想概述	(3)
第一节 启蒙主义刑法思想产生的时代背景	(3)
第二节 启蒙主义刑法思想对近现代刑法学派或 理论的影响	(5)
第二章 启蒙主义刑法思想的理论基础	(9)
第一节 古典自然法理论	(9)
第二节 社会契约论	(14)
第三节 对启蒙主义刑法思想的理论基础的评价	(16)
第三章 启蒙主义刑法思想的主要内容	(18)
第一节 启蒙主义刑法思想主要内容的介绍	(18)
一、刑法与宗教分离	(18)
二、罪刑法定原则	(20)
三、罪刑相适应原则	(23)
四、刑罚的人道主义	(25)
五、法律面前人人平等	(26)
六、客观主义	(27)
七、一般预防主义	(28)
第二节 对启蒙主义刑法思想主要内容的评价	(30)

第四章 启蒙主义代表人物的刑法思想	(33)
第一节 格劳秀斯的刑法思想	(33)
一、格劳秀斯简介	(33)
二、格劳秀斯的刑法思想	(34)
三、对格劳秀斯刑法思想的评价	(36)
第二节 霍布斯的刑法思想	(36)
一、霍布斯简介	(36)
二、霍布斯的刑法思想	(37)
三、对霍布斯刑法思想的评价	(42)
第三节 洛克的刑法思想	(42)
一、洛克简介	(42)
二、洛克的刑法思想	(43)
三、对洛克刑法思想的评价	(46)
第四节 孟德斯鸠的刑法思想	(46)
一、孟德斯鸠简介	(46)
二、孟德斯鸠的刑法思想	(47)
三、对孟德斯鸠刑法思想的评价	(53)
第五节 卢梭的刑法思想	(54)
一、卢梭简介	(54)
二、卢梭的刑法思想	(54)
三、对卢梭刑法思想的评价	(57)

第二部分 刑法学派之争之本体:内容之比较

第五章 新、旧派产生的时代背景之比较	(61)
第一节 前期旧派产生的时代背景	(61)
一、理论基础的丰富和发展	(61)
二、理论内容的丰富和发展	(66)

第二节 后期旧派产生的时代背景	(71)
第三节 新派产生的时代背景	(74)
第六章 理论基础之争	(77)
第一节 方法论之争:理性主义和经验主义、实证主义	(77)
一、理性主义	(79)
二、经验主义、实证主义	(80)
第二节 人性论之争	(83)
一、意志自由论(非决定论)	(83)
二、决定论(意志必至论)	(85)
第三节 刑法评价对象之争	(86)
一、客观主义	(87)
二、主观主义	(88)
第四节 世界观和价值观之争	(90)
一、个人本位	(90)
二、社会本位	(93)
第五节 刑法的机能之争	(96)
一、保障机能	(97)
二、保护机能	(99)
第七章 犯罪论之争	(101)
第一节 犯罪成立理论之争	(101)
一、构成要件理论之争	(101)
二、违法性论之争	(112)
三、责任论之争	(122)
第二节 未遂犯论之争	(150)
一、未遂犯的性质之争	(151)
二、着手的认定之争	(153)

三、未遂犯的处罚根据之争	(162)
四、不能犯之争	(166)
五、中止犯之争	(181)
第三节 共犯论之争	(197)
一、共犯的本质之争	(197)
二、共同犯罪人的分类之争	(209)
三、正犯与共犯的区别之争	(210)
四、间接正犯之争	(218)
五、片面共同正犯之争	(222)
六、过失共同正犯之争	(226)
七、承继的共同正犯之争	(231)
第四节 罪数论之争	(234)
一、罪数论的观念之争	(235)
二、罪数论的本质之争	(235)
三、罪数区分的标准之争	(236)
四、牵连犯的牵连关系之争	(241)
第八章 刑罚论之争	(245)
第一节 刑罚的本质之争	(245)
一、报应刑论	(246)
二、目的刑论	(253)
第二节 刑罚的目的之争	(257)
一、一般预防主义	(258)
二、报应主义	(263)
三、特殊预防主义	(266)
第三节 刑罚的适用之争	(273)
一、刑罚的适用原则之争	(273)
二、缓刑制度与假释制度之争	(277)

三、不定期刑之争	(284)
第四节 刑罚与保安处分的关系之争	(290)
一、刑罚与保安处分的二元论	(291)
二、刑罚与保安处分的一元论	(294)
三、对一元论和二元论的评价	(297)
第九章 新、旧派代表人物的刑法思想之比较	(301)
第一节 旧派代表人物的刑法思想	(301)
一、贝卡里亚的刑法思想	(301)
二、边沁的刑法思想	(312)
三、费尔巴哈的刑法思想	(319)
四、康德的刑法思想	(324)
五、黑格尔的刑法思想	(339)
六、宾丁的刑法思想	(361)
七、毕克迈耶的刑法思想	(370)
八、贝林格的刑法思想	(376)
九、麦耶的刑法思想	(386)
十、梅兹格的刑法思想	(395)
第二节 新派代表人物的刑法思想	(406)
一、龙勃罗梭的刑法思想	(406)
二、加罗法洛的刑法思想	(422)
三、菲利的刑法思想	(432)
四、李斯特的刑法思想	(446)

第三部分 刑法学派之争之趋势:一体论

第十章 一体论概述	(465)
第一节 一体论产生的时代背景	(465)
一、犯罪论上的一体论	(466)

二、刑罚论上的一体论	(467)
第二节 一体论的几种理论学说	(471)
一、规范责任论	(471)
二、人格责任论	(474)
三、新社会防卫论	(476)
第十一章 一体论的主要观点及其评价	(478)
第一节 一体论的方法论	(478)
一、理性主义	(478)
二、实证主义	(478)
三、一体论的方法论	(479)
第二节 一体论的世界观和价值观	(480)
一、个人本位	(480)
二、社会本位	(480)
三、一体论的世界观和价值观	(481)
第三节 一体论的人性论	(481)
一、自由意志论	(481)
二、决定论	(482)
三、一体论的人性论	(482)
第四节 一体论的责任论	(483)
第五节 一体论的犯罪依据论	(484)
一、行为主义	(484)
二、行为人主义	(484)
三、一体论的犯罪依据论	(485)
第六节 一体论的刑罚目的论	(485)
一、报应主义	(485)
二、目的主义	(486)
三、一体论的刑罚目的论	(487)

第七节 对一体论的整体评价	(488)
一、一体论的优点	(488)
二、一体论的缺陷	(489)
第十二章 一体论中具体刑法理论的综合	(491)
第一节 理论基础中具体理论的综合	(491)
一、刑法的机能	(491)
二、刑法的价值	(493)
第二节 犯罪论中具体理论的综合	(494)
一、犯罪的本质	(494)
二、犯罪成立的理论	(496)
三、未遂犯论	(509)
四、共犯论	(517)
五、罪数论	(519)
第三节 刑罚论中具体理论的综合	(521)
一、刑罚权的根据	(521)
二、刑罚的本质	(522)
三、刑罚的功能	(522)
四、刑罚的目的	(523)
五、刑罚的适用	(524)
六、刑罚与保安处分的关系	(525)
第十三章 一体论代表人物的刑法思想	(527)
第一节 安塞尔的刑法思想	(527)
一、安塞尔简介	(527)
二、安塞尔的刑法思想	(528)
三、对安塞尔刑法思想的评价	(537)
第二节 赫希的刑法思想	(538)
一、赫希简介	(538)

二、赫希的刑法思想	(539)
三、对赫希刑法思想的评价	(545)
第三节 哈特的刑法思想	(546)
一、哈特简介	(546)
二、哈特的刑法思想	(546)
三、对哈特刑法思想的评价	(549)
第四节 团藤重光的刑法思想	(551)
一、团藤重光简介	(551)
二、团藤重光的刑法思想	(551)
三、对团藤重光刑法思想的评价	(568)
参考文献	(571)

第一部分
刑法学派之争之渊源：
启蒙主义刑法思想