

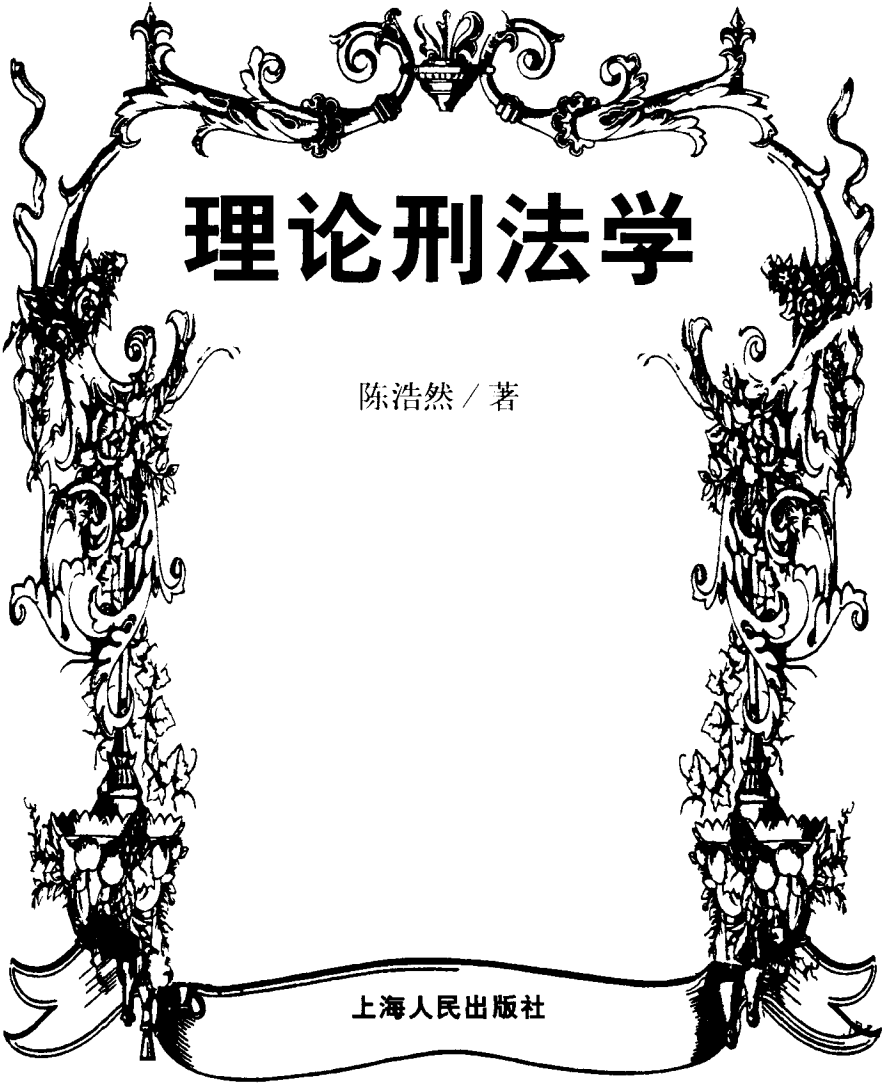
法律专业硕士研究生教材

理论刑法学

陈浩然 / 著

上海人民出版社

法律专业硕士研究生教材



理论刑法学

陈浩然 / 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

理论刑法学/陈浩然著. —上海:上海人民出版社,
2000

法律专业硕士研究生教材
ISBN 7-208-03420-6

I. 理… II. 陈… III. 刑法—法的理论—研究生—教材 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 18857 号

责任编辑 严国珍

封面装帧 赵小卫

理论刑法学

陈浩然 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路 54 号 邮政编码 200020)

新华书店上海发行所经销 上海中华印刷有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 13.75 插页 2 字数 313,000

2000 年 5 月第 1 版 2000 年 5 月第 1 次印刷

印数 1—5 100

ISBN 7-208-03420-6/D·603

定价 23.00 元

绪 论

刑法与刑法学

人类对自己行为的认识,经历了一个漫长的、逐步深化的发展过程。但是,迄今为止,人们似乎仍然不能全面、准确地对自己的行为作出令自己信服的解释。特别是,对于犯罪这一人类的特殊行为,虽然研究者们倾注了很大的研究热情,追究着犯罪发生的根本原因和发展的基本规律,但是在理论上,对于犯罪行为的认识,仍留下了一大片争论的余地。

然而,可以肯定的是,人的行为是一种客观的存在,是现实物质生活条件的直接反映,因而必定是一个历史的发展过程。同样是人的行为的犯罪,当然也就必然是一个现实的问题、一个历史的命题。从历史唯物主义的角度分析,既然犯罪“和法一样,产生于相同的条件”^①,那么规定犯罪与刑罚的法律规范,用以制裁犯罪的刑罚方法,毫无疑问也是一个历史的命题。也就是说,作为人类社会的一种特殊行为规范,刑法本身就是一个特定的历史范畴,是随着人类社会的特殊要求,随着私有制、阶级和国家的产生而产生的。^②

① 《马克思恩格斯全集》第3卷第379页。

② 刑法的起源是理论上争议较大的问题之一。“竞争说”认为,刑法起源于人类的生存竞争,是社会保障基本竞争秩序的必然结果。“自然说”则认为,刑法是人类精神的本来反映,惩罚罪恶、保护善良是人类生来就具备的自然精神。而“神意说”则认为,刑罚是神的意志,人类始祖将罪恶带人人

早期人类社会,生产力非常低下,人与人之间的关系相对比较简单,矛盾和冲突并不十分尖锐,社会内部尚不具备刑法存在的客观要求和物质条件。但是,即使是在原始生存竞争的社会环境中,激烈的竞争也会对部落利益和他人利益造成一定的侵犯,危害社会的行为是不可避免的。也就是说,在没有国家的强制力为后盾的历史条件下,具有危害性的行为与惩罚危害行为的手段之间,仅仅表现为单纯的侵害与复仇的相互关系。比如,原始部落之间广泛存在的血族复仇制度,实际上只是一种解决部落间利益冲突的具体方法,以部落的集体责任和义务为基础,因而并不产生任何实体和程序的意义。随着社会的发展,对血族复仇加以严格限制的同态复仇制度应运而生。较之大规模的血族残杀,虽然同态复仇已将损害控制在与被害相互等同的范围之内,具有防止纠纷和损害不断蔓延的进步意义,但没有绝对的强制力作基础的复仇措施仍然不可能具备刑罚的基本特征。^③ 直至国家运用公共的强制力全面干预社会生活和各类私人间的纠纷,

间,刑法伴随着惩罚罪恶的神意而来到人类社会。“契约说”强调刑法的世俗性,认为刑法只是社会成员的理性反映,是社会成员自愿出让的权利的总和。根据现有的历史文献和各种考古发现,人类社会的初期阶段并不存在刑法,动用社会公共力量惩罚犯罪,只能是国家的意志,只有国家存在,才有可能真正实现刑法的目的。因此,刑法产生于国家产生的同样条件,是国家基于特定的目的而制定的法律规范。刑法在表现形式上同原始习惯和宗教戒律的相似性,以及部分内容同社会道德规范的重合性,并不能否定刑法起源于私有制的阶级属性。历史唯物主义认为,犯罪与刑法产生于同样的历史条件,都同私有制的产生、阶级的分化和国家的形成紧密相关。所以,刑法只能是阶级社会特有的现象,具有明显的历史性。关于刑法起源,参见:周密,《中国刑法史》,群众出版社,1985年。

- ③ 比如,纪元前的高卢地区散居着许多相互敌对的原始凯尔特人部落。当时,部落内部解决侵害性纠纷的主要方式是原始的血族复仇,在罗马法尚未被引入前,血族复仇在高卢地区盛行。参见:卡斯东·斯特法尼,《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社,1998年,第61页。

并且采用立法的方法将习惯上升为法律,明确表示了国家的意志,明确体现了国家严厉禁止危害行为的基本态度的时候,侵害与复仇之间才逐步表现出犯罪与刑罚这一特定的刑事法律关系。

自从国家以特有的强制力全面干预社会纠纷之后,对社会统治秩序及特定社会利益造成严重侵害的行为从此就被命名为“犯罪”,而反映国家关于犯罪与刑罚基本立场的法律规范则拥有了“刑法”这一特殊的名称。在人类社会长期的发展过程中,刑事法律规范不断地完善,逐步构成了完整的法律体系。数千年以来,刑法始终是国家制裁犯罪、维护社会秩序、巩固阶级统治的重要法律工具。在当代法制国家,刑法通过对犯罪的制裁而保障国家的安全和基本利益,调整各类社会关系,保护各种合法权利,发挥着其他任何法律都不可替代的、重要的社会功能。资产阶级启蒙运动以来,以刑法为对象的学术研究相继发展,最终构成了庞大而完整的理论体系。^④

第一节 刑法的特征

如上所说,刑法首先是一种社会行为规范。刑法同民法、行

④ 刑法是由国家制定的、规定犯罪和刑罚的法律,这是各国刑法理论共同确认的定义。但是,在不同的国家或地区,刑法产生的历史条件不尽相同,发展并不平衡,立法的侧重点互异。因此,各国对于刑法的命名也不完全相同。比如,大部分英美法国家都将刑法称为“犯罪法”(Criminal Law),在德国和法国等大陆法国家,“刑法”(Strafrecht, Droit Pénal)与“犯罪法”(Kriminalrecht, Droit Criminel)相互通用。中国法制历来重视“刑名”,历史上习称刑法为“刑律”,但“刑律”中通常还包含大量民事法、行政法和诉讼法的内容。

政法和其他法律规范,以及同社会习俗、伦理道德甚至宗教戒律等社会规范,在维护社会公共秩序和规范人的行为的目的上并无严格的区别,都属于约束性、禁止性与命令性相结合的、具有广泛社会意义的行为规范。所不同的是,刑法仅仅是人类社会最低的道德标准和伦理要求,刑法对人的行为所提出的要求仅仅为不杀人、不抢劫、不盗窃……不侵犯人类最基本的道德感情,因而需要动用最强烈的保障力量。

众所周知,人类社会共同生活的基本条件是相对稳定的生活秩序和社会秩序。从整体上说,维护社会共同生活秩序唯一有效的方法,是建立一系列超越个人的、能够对社会产生普遍制约意义的行为规范。在人类社会的初级阶段,行为规范的主要形式是长期形成的生活习俗、原始宗教禁忌和伦理道德准则,保障这些行为规范权威性的主要强制力和约束力则是集团成员共同认可的公共权威、宗教偶像和社会舆论。在这种社会条件下,各种行为规范之间尚无本质的区别。

首先对人类行为规范作出明确区分的是刑法。因为只有以国家机器的强制力为基础,才有可能对侵犯社会最低道德要求的行为予以最严厉、最普遍的谴责和制裁。也就是说,打击、控制和预防犯罪是保障社会基本生活秩序首先要解决的问题,同原始血族复仇截然不同的、以追究个人责任为目的的刑法就是在国家产生的条件下,最早地担当起了这一重任。从这层意义上说,刑法同风俗习惯、道德标准、宗教戒律以及其他社会行为规范之间又存在着本质的区别,必须以特别强烈的、专有的强制力为基础。刑法对社会成员或集团成员的行为进行必要限制和调整的功能,最终是通过剥夺人的权利、限制人的自由等一系列特殊的刑罚方法来实现的。因此,脱胎于传统习俗、伦理道德和宗教规范等行为规范的刑法,虽然仍有可能包含着原始行为规

范的表面特征,但其内在的属性却发生了明显的改变,刑法特有的惩罚性是任何其他行为规范所不能比拟的。^⑤

从调整社会关系的方法上说,刑法属于一种最基本的、带有普遍约束力和强制力的法律规范。随着生产力的发展和私有制的形成,人类社会逐步分化,形成了各种规模不等的、相互对立的利益集团,集团与集团之间尖锐的利益冲突、集团内部成员之间难以调和的矛盾与纠纷,最终必须通过国家的强制力来加以协调或平息。因此,当国家强权制度基本建成,并担任起社会关系的调整、社会资源的配置以及社会利益的分配等一系列最基本的职责时,既有的行为规范已经不再能够有效地维护新的社会生活秩序,不再能够保障各种新的社会利益,因而必须通过各种以不同的强制力为基础的行为规范,对全体社会成员的各种行为进行不同层次的、全方位的调整和控制,行为规范因此出现了明显的分化。原先要求人们分辨真与假、善与恶、荣誉与耻辱、正义与邪恶的行为习惯和思想传统,逐步衍化成为以教育为基本手段、以社会舆论为主要强制力的社会道德规范;以崇尚超自然神灵的意识为基础的、建立在来世的报应和虚幻的赎罪等假定的强制力之上的自然宗教意识,则逐步变化成为一种只作用于绝对对象的社会宗教规范;而以国家意志为前提的、以国家机器的强制力为基础的、目的在于协调各类最基础的社会关系、维护社会基本道德水平的特殊行为规范,最终发展成为完整的、各成体系的、必须广泛作用于全社会的法律规范。在人类发展

⑤ 当代社会学理论认为,极端低下的社会生产力决定了社会成员是非标准的相对统一。因此,作为人类早期社会的行为规范、习俗、惯例、原始宗教和伦理道德准则之间并无本质的区别。参见:1. 宋林飞,《现代社会学》,上海人民出版社,1987年;2. 威廉·A·哈维兰,《当代人类学》,上海人民出版社,1987年。

史上,刑法是最早形成的法律规范之一。^⑥

从社会基本功能的意义上说,刑法更是一种特殊的法律规范。首先,刑法是采取禁止或者命令的方法对特定的行为加以严格控制的重要法律。为了强化刑法的禁止或命令的绝对权威,国家将违背社会最低道德要求的行为和严重侵犯社会利益的行为规定为犯罪,并赋予犯罪以刑罚的必然结果。其次,刑法的基本目的之一是要求每一个社会成员都能无条件地遵守社会的最低伦理道德准则,对于无视这一要求而侵犯社会利益或个人利益的不道德行为,刑法必然毫无例外地予以制裁,并对犯罪人予以排斥或驱逐。制裁犯罪、将犯罪人排斥或驱逐出社会生活的各种方法,就是通常使用的刑罚。其中,可以剥夺犯罪人生命的死刑是绝对的驱逐方法,限制犯罪人自由的刑罚、剥夺犯罪人健康权利的刑罚则是相对的排斥方式。最后,刑法又是一种事后制裁的特殊规范,作为事后制裁的重要手段,刑罚不仅可以按照犯罪对社会造成危害的严重程度、依据犯罪人改恶从善的可能性和条件,分别剥夺人的自由、财产、名誉、健康和生命,同时还表达国家对犯罪的强烈谴责,给予伦理道德上的否定。所以,同民法、行政法或其他法律经常使用的“恢复原状”、“损害赔偿”、“资格取消”、“限时纠正”、“赔礼道歉”等制裁方法相比较,刑罚显然具有不可比拟的严厉性和惩罚性。在当代法律制度中,任何刑罚方法都只作用于犯罪,而刑法则是唯一可以适用刑罚的、具有强烈社会警戒力的特殊法律规范。

⑥ 比如,古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》已有杀人和其他人身伤害行为的处罚等内容。战国时期李悝编制的《法经》基本上就是一部刑法典。1810年颁布的“法国刑法典”(也称“拿破仑刑法典”)被公认为是近代法制史上第一部精密的、完善和独立的刑法典。

第二节 刑法规范的两重性

以犯罪和刑罚为主要内容的刑法在社会生活中具有两重性。第一,刑法所规定的犯罪,绝大部分都是道德规范或者其他社会技术规范所禁止实施的,或者命令必须实施的行为。刑法通过对犯罪处以刑罚的基本方法,力图造成强烈而广泛的社会威慑力,进而希望在整个社会生活中形成控制、预防和谴责犯罪的基本功能。因此,面对整个社会生活的刑法,是一种严格的行为规范,要求全体社会成员无条件地遵守或者服从。第二,刑法所规定的犯罪是一种特殊的行为类型,具有特定的结构和模式,以区别于一般的违法行为。在法律上,特定的行为结构和行为模式被归纳为特定的构成要件,只有完全具备了法律规定的构成要件,特定的行为才有可能被认定为犯罪,才能因此同特定的刑罚处罚保持着内在的逻辑联系。所以,在刑事司法的范围内,刑法又是一种严格的裁判规范,是认定犯罪和裁量刑罚的唯一依据,要求刑事司法机关和刑事审判人员严格加以执行。

在现实生活中,并不存在两种不同意义上的刑法,作为行为规范的刑法和作为裁判规范的刑法,只是刑法在作用和功能意义上的概念性区分,而且刑法的双重功能通常又严密地结合在一起,同时作用于特定的行为和行为人。但是,从概念上区分刑法的两重性具有重要的理论意义和实践意义,能够藉此进一步明确刑法功能的两个重要侧面:第一,要求社会成员普遍遵守的刑法规范,通常只需反映规范的表层内容——具体的行为方式以及同行为相联系的社会危害性,这是刑法制裁犯罪的社会生活基础。因此,法律只要求社会成员从一般社会准则和道德要

求的层次上了解刑法的基本精神,并不要求行为人必须全面准确地把握犯罪的构成要件。“不知法不为罪不得作为犯罪人免除刑事责任的理由”的刑法格言即来源于此;第二,作为定罪量刑依据的刑法,则必须充分揭示规范内在的本质特征——法定的犯罪行为构成要件以及刑法制裁犯罪的根本目的,这是刑法制裁犯罪的国家意志所在,法官必须严格按照犯罪构成要件对行为作出合乎法律精神的判断,“疑罪从无”、“法无明文规定不为罪”等法制要求即来源于此。

总之,违反行为规范的行为,只有在诉讼程序中被认定具备裁判规范所要求的全部犯罪构成要件时,相应的侵害性行为才有可能具备犯罪的属性,才有可能成为刑罚制裁的绝对对象。可见,作为社会行为规范的刑法,具有强烈的行为指导性、伦理道德性和社会谴责性,而作为法庭裁判规范的刑法则具有明显的立法技术性、法律评价性和国家意志性。^⑦

⑦ 比如,在现实生活中,“不能窃取他人财产”这一行为准则,是刑法和社会道德所共同要求的,是每一个社会成员都应当自觉认识和遵守的基本行为规范。刑法和道德确立这一行为规范的本来目的都是为了禁止社会成员实施同类行为。但是,对于实际发生的“窃取他人财产”的行为,依据道德意义上的行为规范并不能直接作出是否构成犯罪的判断,充其量只能作出“小偷”的评价和谴责。也就是说,社会道德所谴责的“窃取他人财产”的行为,并不等于刑法上的“盗窃罪”。从裁判规范的角度上说,“盗窃罪”是一种特定的行为模式,由非法占有的目的、秘密窃取财产的特殊行为方式、被侵占的对象物的所有权的归属和价值,以及实施窃取行为时的心理态度和行为人所应具备的基本条件等各种要素结合而成。这些要素结合在一起,在理论上称为“犯罪构成”,具有裁判规范的重要意义。

第三节 刑法的功能

以刑罚为主要手段的刑法,在现实生活中承担着重要的社会职责,发挥着制裁和预防犯罪,保障社会基本利益,维护社会生活秩序等重要的社会功能。

刑法的原始目的是对犯罪进行必要的报复,体现朴素的报应感情,但由此而形成的首要社会功能却是对犯罪行为的抑制。刑法首先是一种针对全体社会成员的法律告示,通过有关犯罪和刑罚制裁的预先宣告,向全体社会成员提供一项包罗全部犯罪与相应惩罚措施的“目录”,因而能够在社会心理上形成一定的威慑力和抑制力。因宣告而形成的第一次刑法抑制力是抽象的,因而具有普遍的社会意义。绝大部分社会成员都基于这种抽象的抑制力而放弃采用犯罪的行为方式,并不通过犯罪来解决现实生活中的矛盾与纠纷。但是,刑罚宣告所形成的抽象抑制力不可能是绝对的,并不能针对全体社会成员形成全面控制犯罪的功能,在现实生活中,侵犯刑法规范的行为屡屡发生。因此,对于无视刑罚的宣告而发生的现实的犯罪行为,国家就必须根据刑法已经确定的标准加以具体的评价与谴责,并且按照原先的宣告对犯罪处以必要的刑罚。刑法之所以必须对犯罪进行严格的法律评价和严厉的刑罚制裁,根本目的在于形成第二次抑制力。刑罚的具体实施所产生的社会抑制力是具体的,通常作用于两个方面:首先,由于现实的制裁,刑法关于犯罪和刑罚既有的权威性得到了进一步加强,因而能够继续维持原有的、作用于全社会的犯罪抑制力;其次,现实的刑罚制裁对被制裁的犯罪形成了强化的抑制力,能够形成直接作用于犯罪人的特殊的

威慑效果。刑法对于犯罪的两个方面的抑制力,在长期的、周而复始的作用过程中,能够将社会犯罪的总量始终控制在一定的范围之内。也就是说,在任何社会条件下,只要存在着刑法,存在着刑法适用所产生的威慑力,犯罪就不可能是社会的主导行为。^⑧

刑法的第二项功能是对社会基本生活秩序的保障。刑法运用各种轻重不同的刑罚方法制裁犯罪,将刑罚作为犯罪的必然后果的又一目的,是从不同的角度对社会基本生活秩序进行全方位的保障。第一,国家通过刑事制裁这一“公权介入”的方式干预社会生活和私人生活,能够有效地切断“私人复仇”现象的蔓延,缓解个人之间的恩怨关系,防止个人之间侵害与反侵害的恶性扩展,切实地保护公民的人身权利、民主权利和财产权利,从而达到保障社会秩序的目的;第二,国家通过刑罚的方法维护和巩固必要的社会道德水平,推行必要的社会政策和刑事政策,维持既有的社会资源和物质利益的分配制度,保护社会的物质文明建设与精神文明建设,从而达到保障社会秩序的目的;第三,刑法通过对犯罪的制裁安抚被害人和社会心理,打击邪恶势力,伸张社会正义,从而达到保障社会秩序的目的。在长期的社会实践中,刑法维护和保障社会秩序的功能日益扩展,涉及到社会生活的各个领域和各个层面,最终成为国家维护政权利益,保

⑧ 刑法的抑制力是一个相对的过程。在犯罪概念的意义上,刑法的抑制力体现在伦理道德的谴责性上,社会成员因为希望避免道德的谴责而极力避免行为的犯罪性评价。在刑罚制裁的意义上,刑法的抑制力反映在权利剥夺的痛苦性上,社会成员因为恐惧刑罚的惩罚而避免采用犯罪的行为方式。道德的谴责和刑罚的痛苦往往在不同的范围和程度上制约着社会成员的行为。所以,犯罪不可能是社会的主导行为决定于刑法的客观存在。但是,重罚主义过度地强调刑法的抑制能力,相反可能在一定程度上引起社会成员的刑罚逆反心理,从而形成诱导重罪的副作用。

持社会稳定的重要手段。

刑法的第三项功能是对各种权利、自由和利益的保护。首先,刑法将所有的严重侵犯国家利益、集团利益和私人利益的行爲毫无例外地都规定为犯罪,并且对所有的犯罪都规定有不同程度的刑罚制裁方法。其次,刑法又对犯罪与非犯罪以及各种不同的犯罪作出严格的界限区分,禁止随意“出入人罪”。最后,刑法又在一定的范围内赋予公民制止各种危害行为的权利和紧急处置的权利,将具有一定的危害性但同时又合乎刑法目的的行为排除在惩罚范畴之外。由此可见,刑法对于各种不同的权利和利益的保护功能,体现在两个不同的层次上:第一,刑法通过制裁犯罪而保护公民的基本权利和自由,保护全社会的根本利益。第二,刑法对于每一种犯罪都规定了具体的构成要件和相对固定的刑罚处罚幅度,因而具有防止滥用国家刑罚权的功能。刑法禁止将不具备犯罪构成要件的行为认定为犯罪,不允许对不具备处罚条件的行为给予刑罚制裁,反对任意将轻罪当作重罪加以处罚。所以,从一定的意义上说,刑法既是公民合法利益的“保护神”,又是犯罪人避免接受更严重的制裁、维护犯罪人自身利益的“大宪章”。^⑨

⑨ 法国民间早就有“刑法是坏蛋的大宪章”的谚语。最早从理论上提出“刑法典是犯罪人的大宪章”观点的,是德国著名的刑法学家费朗兹·李斯特(Franz v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 S. 132)。李斯特的这一观点曾遭受前苏联刑法学界的猛烈批判,50年代的中国刑法理论对此也持绝对否定的态度。但是,在当代法制社会,刑法的基本功能不仅严格体现在社会合法利益的保护方面,各项具体的刑法制度又明确反映出切实保护被告人合法利益和维护被告人基本人权的目的。在严格的罪刑法定的条件下,法官应当依照刑法规定的构成要件定罪量刑,被告人可以援引刑法进行无罪或者轻罪的辩护。刑法保护社会利益的两重性来源于刑法规范的两重性。而刑法保护人的基本权利,包括保护犯罪人的合法权利,是当代刑法研究的重要理论课题。

第四节 刑法理论的历史发展

刑法是人类历史上最早形成的法律,人类探求犯罪与刑罚基本规律的理论研究远远早于民法及其他部门法。但是,“在原始社会,惩罚是为了在触犯禁忌的情况下平息诸神的愤怒,要问究竟什么算触犯禁忌是没有结果的。”^①也就是说,史前社会对于危害性行为的认识仅仅停留在原始宗教的认识水平上。在奴隶主专政和封建专制的条件下,犯罪或被看成是人类与生俱来的罪孽,或被看成是违背神的意志的恶果,刑罚则必然以王权和神权为基础。在这样一种历史条件下,刑法规范往往同宗教戒律和道德规范相互混同、合为一体。封建专制时期的刑法不仅允许“比附援引”,随意“出入人罪”,而且还严重干预各类并不属于犯罪范畴的民事纠纷。同时,基于原始报应思想和宗教赎罪观念的刑罚制度,根本无视人的基本权利,刑罚方法野蛮而残酷,并且具有等级森严的身分性和不平等性。抹杀人性的刑法制度决定了有关犯罪、刑罚的理论探究和论述必然以维护现行制度和保障统治阶级利益为目的,不可能涉及刑法的阶级本质,当然也就不可能构成科学的刑法学理论体系。所以,发达的古罗马、古西希腊人文哲学思想培育了发达的民商法体系和相关的理论,却并未造就同等水平的刑法制度和理论观念,犯罪问题长时间被蒙上了一层神秘的面纱。直至欧洲资产阶级启蒙运动时期,启蒙思想家对封建的刑事专擅制度进行了猛烈的批判和抨

① [德]汉斯·施奈德,《犯罪学》,中国人民公安大学出版社,1990年,第100页。

击,提出了以人文主义思想为基础的罪刑法定主义、罪刑等价原则和刑罚人道主义改革等进步的刑事法律思想,才真正奠定了近代刑法学的理论基础,并因此引导着广泛而深入的刑法改革运动。^⑪

一 古典主义刑法理论

近代刑法理论根源于古典主义刑法思想。产生于18世纪欧洲资产阶级启蒙运动中的古典主义刑法理论是新兴的资产阶级反对封建刑事专擅制度的思想结晶。随着资本主义社会的快速发展,古典主义刑法理论发生了分化,形成了早期和晚期两种具有重大区别的古典主义理论体系。

以意大利著名的刑事法律思想家切萨雷·贝卡里亚^⑫为代表的早期古典主义刑法理论坚持启蒙主义思想原则和功利主义的哲学原理,认为国家刑罚权的基础是社会契约,是社会成员为了保障自己的基本自由而奉献给社会的部分自由的总和。贝卡里亚因此指出,人类的犯罪是自由意志的体现,是犯罪人基于“趋利避害”、“避苦求乐”本性所作的必然选择。在形式上,犯罪

^⑪ 1791年制定的“法国刑法典”是近代资产阶级刑法革命的直接产物。这部刑法典公开承认公民在法律上一律平等的刑法原则,明确取消中世纪的宗教罪,强调采纳罪刑法定主义思想,严格限制法官定罪量刑的自由裁量权,制定严格的法定刑制度,全面减缩死刑的适用范围,废除残废刑和终身监禁刑。这部广泛采纳了启蒙主义刑法思想的法国刑法典成为当时欧洲各国刑事立法的典范,也是1810年法国刑法典的基础。

^⑫ 切萨雷·贝卡里亚(Cesare Beccaria, 1738—1794),出生于意大利米兰贵族家庭的刑事法学家,刑事古典学派的创始人。主要著作作为《论犯罪与刑罚》,1764年发表,对欧洲各国的刑法改革曾起过十分重要的影响,被译成多国文字,其外文译本的数量被认为仅次于圣经,中文译本于1993年出版。

是一个充分明确的、不容更改的法律定义。所以,与趋利避害必然结果相联系的刑罚应以阻止这种选择的一般预防和特殊预防为目的。也就是说,“刑罚的目的仅仅是不让犯罪人今后再加害于社会,并且让犯罪人周围的人远离犯罪的道路。”^⑬ 贝卡里亚强调,在实体法上,应当对既存的刑法制度进行“法典成文化与明确化”的修订与改革,应当严格贯彻“犯罪与刑罚之间量的平衡性”原则;在程序法上,应当尽快建立“无罪推定”的诉讼制度、“内心确信”的证据原则和“禁止刑讯逼供”的诉讼秩序;在刑事政策上,应当提倡废除死刑和限制终身监禁,废止一切不人道的刑罚方法。因为,死刑将所有的痛苦集中在一瞬间,却将灾难留给了社会;而终身监禁则将全部痛苦分散于整个人生,将负担留给了社会。以贝卡里亚为代表的早期古典主义刑事思想的重要历史功绩是把犯罪的命题从宗教和神学的枷锁中解放了出来,创立了人类关于自身缺陷的研究课题,集中体现资产阶级启蒙思想的古典主义刑法理论对欧洲的刑法改革起着重要的推动作用。^⑭

拥有“近代刑法学之父”桂冠的德国刑法学家安塞尔姆·费尔巴哈^⑮,对早期古典主义刑法思想进行系统的理论概括,形成

^⑬ 贝卡里亚(黄风译),《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社,1993年,第15节。

^⑭ 关于自由意志与犯罪的关系,可参见本书第四章第一节的论述;关于犯罪与刑罚的平衡性原则,可参见本书第二章“罪刑相适应原则”一节。无罪推定是当代刑事诉讼制度中的一项重要原则,1997年1月起施行的《中华人民共和国刑事诉讼法》明确规定了这一原则,但在被告人沉默权等重要制度上仍持保留态度。

^⑮ 安塞尔姆·费尔巴哈(Anselm von Feuerbach, 1775—1883),客观主义刑法理论的代表,“心理强制说”的首倡者。有人认为,早期和晚期刑事古典学派理论应以费尔巴哈的心理强制说为分水岭。费尔巴哈的心理强制说要求刑法保持高度的统一和犯罪与刑罚的明确对应关系。因此,罪刑法定原则被认为是心理强制的必然归结。