

高等学校法学专业  
研究生教学用书

# 刑法学关键问题

The Important Problems  
of Criminal Law

陈兴良 主编 周光权 副主编


中国政法大学  
刑法学研究所  
刑法学研究所

# 刑法学关键问题

The Important Problems  
of Criminal Law

张明楷 著

中国政法大学出版社



高等学校法学专业  
研究生教学用书

---

D924.01/37

2007

# 刑法学关键问题

---

The Important Problems  
of Criminal Law

---

陈兴良 主编 周光权 副主编

 高等教育出版社

## 内容提要

本书选取刑法学总论中的 12 个重要范畴和刑法学各论中的 21 个常见、疑难罪名进行讨论, 主要涉及罪刑法定原则、犯罪论体系、违法性认识、共犯、量刑基准以及故意杀人、抢劫、侵占、贪污、受贿等公认的刑法学重要课题。

作者的基本思路是: 在这些刑法学研究生必须娴熟掌握的专题中, 展示刑法的争议问题、疑难问题, 揭示与现时代的社会特征相对应的犯罪新态势, 构建刑法学知识体系, 阐述作者关于准确认定、惩罚犯罪、周全地保护法益的刑法基本立场, 培养学生养成独立的刑法学思考方法、解决具体刑法难题的实际能力, 掌握运用刑法思维、洞察犯罪复杂性的各种技巧。

### 图书在版编目(CIP)数据

刑法学关键问题/陈兴良主编. —北京: 高等教育出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-04-022107-7

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 090721 号

策划编辑 宋 军 责任编辑 李江泓 封面设计 刘晓翔  
版式设计 余 杨 责任校对 王 超 责任印制 宋克学

---

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
总 机	010-58581000		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司	网上订购	<a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>
印 刷	北京人卫印刷厂		<a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a>
		畅想教育	<a href="http://www.widedu.com">http://www.widedu.com</a>
开 本	787×960 1/16	版 次	2007 年 9 月第 1 版
印 张	31	印 次	2007 年 9 月第 1 次印刷
字 数	590 000	定 价	45.10 元

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 22107-00

“高等学校法学专业研究生教学用书”

编 委 会

主 任 朱 勇

副 主 任 (按姓氏拼音排序)

卞建林 陈兴良 韩大元

编 委 (按姓氏拼音排序)

卞建林 陈兴良 高晋康 韩大元

李曙光 刘宪权 孙宪中 许章润

执行编委 李曙光 王卫权

## 理性与经验的结合(代总序)

研究生教育以个性化培养为主体。导师通过理论前沿介绍、学术观点比较、课题研究指导等方式,实现对于研究生学习能力、研究能力、创新能力的培养和塑造。研究生阶段的教育,也需要对于学科领域中一些重要的基本理论和学术观点进行介绍和评析。对于某些重要的学术专题,尤其需要拓宽视野,加深理解,在广度和深度上区别于本科层次的学习。就教学活动而言,导师对于研究生的培养更多地依靠导师自身的学术经历和学术心得,依靠导师的学术预测和学术展望。而这些,主要是导师的经验性总结和经验性预期。随着学术自身的发展和社会对于人才培养新的需求,研究生培养在经验性指导的同时,也越来越多地需要理性的设计。一部既能够深入介绍本学科重大理论问题、又能集中反映本领域学术前沿观点的教材,无疑能够适应研究生教学中经验、理性的双重需求。

2002年我们在京的几位长期从事法学专业研究生教学与培养的导师们闲议此事,逐步达成共识。而这一想法,与高等教育出版社几位学者型出版家一拍即合。在高等教育出版社的支持下,我们确定了法学专业研究生系列教材的编写方案和编写计划。

本系列教材,首先是对于法学专业研究生教学、培养进行理性设计的产物。研究生教育,属于高等教育体系中的精英教育。经过法学专业研究生阶段的学习,受教育者应该对于法学这一博大精深的学科体系有着良好的宏观把握;对于主攻领域,则应掌握学科前沿,了解学术争论。与此同时,还应该体会学习方法,冶炼研究能力。着眼于此,本系列教材选取相关学科领域的基本理论问题和重要学术观点,从拓宽视野、发掘深度两个方面,建构框架,展开内容。

本系列教材,也是对于法学专业研究生教学、培养的经验性概括与总结。教材编写者长期从事研究生教学、培养活动,形成丰富而且卓有成效的经验。从学术观点的凝练、到研究课题的指导,从学术难点的化解、到学术争论的评点,已经固化的研究思路作为一种学术经验,在学术活动中起到令人叹为观止的效能。经验总是因人而异,但学术领域中的经验,能起到激发灵感、启迪思路的作用。本系列教材是作者们丰富教学经验的结晶,在处理学术重点、热点、难点、疑点问题等方面,具有重要的参考价值。

理性与经验的结合,这就是本系列教材的鲜明特点。我们希望它对于法学专业研究生教学和培养起到积极作用。注重个性培养,但不失共性塑造;注重经验指

## II 理性与经验的结合(代总序)

---

导,但不失理性设计。我们期待着法学专业研究生带着更加合理的知识结构和更加坚实的理论基础、更加科学的研究方法和更加出色的研究能力跨出校门,走向社会。

“全国高等学校法学专业研究生教学用书”编委会

2005年6月

# 作者简介

## (以姓氏拼音为序)

**蔡道通** 南京师范大学法学学士、中国政法大学法学硕士、南京师范大学法学博士。南京师范大学法学院教授,博士生导师,副院长。曾被评为江苏省“青蓝工程”高等学校优秀青年骨干教师以及江苏省“333”工程第三层次培养人选。科研方面获得省政府三等奖一次,市厅级一等奖一次、二等奖一次。主要教学与科研领域:刑法学、犯罪学、刑事政策学,在《法学研究》、《刑事法评论》、《中国法学》、《公法》、《法学》、《法学家》等杂志发表论文40余篇。

**陈兴良** 北京大学法学学士、中国人民大学法学硕士、中国人民大学法学博士。1984—1997年在中国政法大学法学院任教,先后任助教、讲师、副教授、教授,1994年被评为博士生导师。现任北京大学法学院教授、博士生导师;兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、教育部社会科学委员会委员、国家社会科学基金项目学科评审组专家等职。主要研究领域为中国刑法和刑法哲学,主要科研成果包括:撰写《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》、《本体刑法学》等个人专著11部,主编或参编刑法学著作30余部,在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文近200篇。有七项科研成果获国家、省部级科研成果奖。1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划,并获国务院政府特殊津贴,1999年当选全国杰出中青年法学家,2000年获教育部第二届“高校青年教师奖”,2004年经人事部等八部委批准,入选为新世纪百千万人才工程国家级人选,2004年入选教育部文科首批“长江学者”特聘教授。

**劳东燕** 华东政法学院法学学士、北京大学法学院刑法学博士(硕博连读),清华大学法学院讲师,美国耶鲁大学访问学者。出版专著1部,发表论文20余篇。

**林维** 吉林大学法学学士、吉林大学法学硕士、北京大学法学博士。中国青年政治学院法律系主任、教授、硕士生导师。2001年入选北京市培养新世纪社科理论人才百人工程,被聘为团中央《未成年人保护法》修订工作小组专家顾问,兼任中国青少年犯罪研究会副理事长、秘书长、中国犯罪学研究会理事。出版《间接正犯研究》等专著2部,在国内学术期刊发表学术论文50余篇,合著20余部,合译《英国刑法》等译著2部。主持《未成年人刑事诉讼程序比较研究》、《前南国际刑事法庭的理论与实践》等国家社会科学基金、司法部、团中央研究项目。

**刘远** 中国政法大学法学学士、中国政法大学法学硕士、中国人民大学法学院法



## II 作者简介

学博士。2000—2001年在巴黎第一大学从事法学博士后研究。南京师范大学法学院教授,博士生导师。1995年2月—1999年11月任教于首都师范大学政法系,1999年任山东大学法学院副教授,2002年任刑法专业硕士生导师,2003年9月破格晋升为教授,2006年调入南京师范大学法学院任教。主要教学、研究方向为刑事法哲学、刑事政策学、中国刑法、金融犯罪。出版专著3部,发表论文40余篇。

**莫开勤** 中央民族学院法学学士、中国人民大学法学硕士、中国人民大学博士。中国人民公安大学法律系教授、硕士研究生导师,兼任中国法学会刑法学研究会副秘书长。出版专著《危害税收征管罪的定罪与量刑》,主编、副主编、合著《走私犯罪》、《税收犯罪的惩治与预防》、《刑事司法研究》、《中国刑法学》等著作50余部,发表《减轻处罚研究》、《量刑方法改革初探》、《量刑规则研究》等论文30余篇。先后参加《中国特别刑法研究》、《侵犯财产罪研究》、《新型经济犯罪研究》等十余项国家、省(部)等各级科研项目的工作。

**周长军** 四川大学法学学士、四川大学法学硕士、北京大学法学博士,2004年中国政法大学诉讼法学博士后流动站从事博士后研究。山东大学法学院教授,博士生导师。主要著作:《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》、《制度与逻辑——刑事诉讼机制的转型分析》、《变迁与改革——法院制度现代化研究》(合著)、《全球化语境中的有组织犯罪研究》。在《中外法学》、《法律科学》、《现代法学》、《法学评论》、《法学》、《刑事法评论》、《诉讼法论丛》等发表专业论文40多篇。

**周光权** 四川大学法学学士、中国人民大学法学博士。现为清华大学法学院教授、博士生导师,兼任中国法学会刑法学研究会副秘书长。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史等。主要科研成果:《刑法学的向度》、《法治视野中的刑法客观主义》、《刑法诸问题的新表述》、《注意义务研究》等个人专著5部;与陈兴良教授合著《刑法学的现代展开》,参编刑法学著作10余部,在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等刊物上发表论文80余篇。2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖;2003年获第三届“胡绳青年学术奖”;2004年获清华大学“学术新人奖”;2005年获第一届中国青年法律学术奖(法鼎奖)银奖;2006年获司法部第二届全国优秀法学科研成果二等奖。

# 序

法学教科书是随着法学教育的扩张而不断发展的,它既是法学研究的一种成果,又满足了法学教育的需要,因此,出版教科书可谓一举两得。随着法学教育从本科教育到研究生教育的层次提升,法学教科书也随之而升级,各出版社不断推出各种法学研究生教科书。研究生教科书,这也许是中国的一种独特现象,至少在法学教科书领域。外国法学教科书发达,但也并无本科教科书与研究生教科书之分。不要说在法学教育作为本科后教育的英美法系国家,即使是在把法学教育作为本科教育的大陆法系国家,也罕见法学研究生教科书。在这种情况下,法学的研究生教科书与本科教科书到底存在何种差别,这确实是一个值得我们思考的问题。本书是作为法学研究生教科书出版的,在此序中,我想就这个问题发表一己之见。

我曾在2003年受邀主编《刑法学》(复旦大学出版社),该书并未特别标明是本科生教科书,但我们还是按照本科教学的特点进行写作的。在该书的序中,我就曾经论及刑法教科书的理论深度问题,对于我国目前刑法教科书的内容过于浅显颇有微词。该书是参照大陆法系的犯罪论体系对刑法基本知识进行陈述的一部刑法教科书,在体系与内容两个方面都不同于时下通行的刑法教科书。因此,该书出版以后受到刑法学界关注,并且被纳入国家“十一五”规划教材编写计划。可以说,本书就是在该书的基础上进行写作的,在刑法知识上两书具有某种衔接性。作为法学研究生教科书的《刑法学关键问题》与作为法学本科教科书的《刑法学》,我以为主要存在以下三个方面的区别:

## 第一,体系性与专题性。

任何一门学科都表现为一种体系性知识,法学教科书也不例外。刑法教科书的体系性是刑法学的理论体系与刑法的规范体系的某种折衷。刑法的本科教科书主要是对刑法知识的一种体系性叙述,它给初学刑法的本科同学以一种刑法知识的全貌——这种刑法知识的整体性印象是十分重要的,尽管每一部分内容掌握并不见得深入,但在具备对刑法知识的整体性印象以后,就为将来的进一步学习奠定了基础。因此,在我看来本科的刑法教学主要是为学生勾画刑法知识的全景图。研究生则与此不同,它是在本科教学的基础上对刑法的进一步深造,因此研究生的刑法教科书如果还是提供体系性的刑法知识,就会给人以面面俱到、深浅皆非的感觉。在这种情况下,研究生的刑法教科书采取专题形式进行叙述,我以为是最为合适的。这里所谓专题,当然也还是有大有小,但作为一个专题,至少应当是刑法的本科教科书的二级标

题,甚至应当是三级标题或者四级标题。每一个刑法专题,都是刑法理论体系中的一个重要知识点,对此的深度阐述将会充分展示刑法理论的魅力,而改变刑法的本科教科书内容浅显的现象。当然,专题性并非完全不顾及刑法学的体系,各个专题本身也是按照刑法学的内在逻辑结构排列的。而且,在各个专题的探讨中,以小见大地体现作者对刑法的体系性理解。在这个意义上说,专题性并非对体系性的否定,而是在更高层次上贯彻了刑法的体系性。

### 第二,基础性与前沿性。

任何一门学科知识都存在基础性知识与前沿性知识这两大部分,法学教科书也不例外。在刑法知识体系中,基础性知识与前沿性知识之间的区别也是显见的。基础性知识往往表现为对刑法中的主要问题的通说,所谓通说就是为大多数人所认可的学说,因而这种刑法的基础性知识是较为稳定的。而前沿性知识则是对刑法中的某种新问题而提出的新观点,这种知识本身具有新颖性。我们认为,对于刑法知识的掌握来说,基础性知识与前沿性知识都是十分重要的。实际上,刑法的基础性知识与前沿性知识之间存在一种互动关系,并且是处于一种转化当中。前沿性知识经过长期研究与实践检验,并经立法与司法的确认,就可能转化为基础性知识。而基础性知识也不是一成不变的,某些过于陈旧的基础性知识也是不断被淘汰与摒弃的,由此而使刑法的理论体系保持某种活力。就刑法的本科教科书和研究生教科书而言,本科教科书更多的是陈述刑法的基础性知识,这些知识具有成熟性。当然,本科教科书也应不断地吸收刑法理论研究的成果,吸纳前沿性的刑法知识。否则,刑法的本科教科书就会变成陈腐材料的代名词。研究生教科书更多的是叙述刑法的前沿性知识——这些知识具有创新性。前沿这个词现在已经成为在学术研究中颇为常见的一个用语,诸如学科前沿、学术前沿、理论前沿,不一而足。关键问题是:什么是前沿?前沿是一个军事用语,在军事上距离敌人最近的地方就是前沿。因此,军事上的前沿是物理的、有形的并且是可以测定的。当前沿从一个军事用语引入学术领域以后,尽管其含义没有根本变化,但已经从有形的前沿变成一种无形的前沿。学术前沿是无形的,那些知道本学科的学术前沿在什么地方的人才是这个学科的学术带头人。学术前沿是通过前沿性知识得以物化的,换言之,我们只有通过前沿性知识才能接近学术前沿。在研究生阶段,我们应当通过刑法教学,使学生触摸到刑法的学术前沿。因此,刑法的研究生教科书更多的应当提供刑法的前沿性知识。

### 第三,陈述性与辩驳性。

陈述性与辩驳性,是就刑法知识的叙述方式而言的。本科的刑法知识以通说为主,因此其叙述方法是陈述性的。在这一教学互动关系中,教师传授知识,学生则接受知识。刑法中的通说是大多数人所认可的观点,这种观点一般来说是正确性的,不具有辩驳性。学生通过本科阶段刑法知识的学习,掌握刑法基本原理,学会刑法思维

方法。但刑法中的理论问题并非只有一种观点,而是存在各种不同观点的争议。就此而言,刑法知识具有辩驳性。因此,在研究生阶段,刑法知识的学习应当强调接受各种不同观点,并逐渐地提高学术观点的鉴别能力与反思能力。刑法知识的辩驳性表明,没有永远正确的理论和绝对权威的观点,任何理论观点都应当接受质疑,乃至批判。惟此,刑法知识才能不断地生长。

尽管刑法的本科教科书与研究生教科书可能存在各种差异,但我们认为,上述三点是最为重要的。本书作为研究生的刑法教科书,在内容的安排上我们追求刑法知识的专题性、前沿性与辩驳性。当然,这一编写初衷是否实现,尚有待于读者明鉴。在此还需特别说明,本书与复旦大学出版社出版的《刑法学》一书之间具有接续性,甚至可以说是前书的续写。考虑到在该书中刑法总论叙述较深,刑法各论浅尝辄止未能深入。因此,本书除对刑法总论的一些基本理论问题进行专题研讨以外,主要对刑法各论中的某些重点罪名进行了较为系统的研究,以弥补该书之缺憾。

本书也是出版社约稿的结果。高等教育出版社在我国高等学校的教科书出版领域可谓翘楚,曾经出版了一大批在高教界具有深远影响的教科书。尽管涉足法学教科书时间不长,但它已经积累了大量的经验。例如,我曾经参与编写并担任副主编的《刑法学通论》(赵秉志、吴振兴主编,高等教育出版社1993年版)就是一本颇有特色的刑法教科书,当时主要是一些中青年学者,按照学术性教科书的目标来编写的,该书出版以后在刑法学界有一定的学术影响。只是随着1997年刑法修订,该书的内容已经陈旧。这次高等教育出版社组织出版法学研究生教科书,并邀请我担任刑法教科书的主编,令我汗颜。著事历经数年没有起色,本书策划编辑宋军女士多次督促、以至于下“最后通牒”,方使本书“起死回生”。若无此一激,本书仍将“漫长孕育而不得生”。对于宋军女士的良苦用心,感言再多也难以表达我及本书作者的谢意。

本书的写作完成全赖各位作者的配合,尤其是本书副主编周光权教授功不可没。本书作者基本上是复旦大学出版社出版的《刑法学》一书的作者,只有个别替换调整。本教科书大纲由主编、副主编确定,并对全书进行了统稿。但由于本书毕竟不同于本科教科书,因而在各个专题的讨论中尽量尊重了各位作者的观点,书中观点不强求统一,以便给同学留下更多的辩驳余地与思考空间。当然,本书若在观点上存在错误之处,主编当然难辞其咎。本书涉及立法与司法解释的资料截至2007年3月底为止,特此说明。

本书的编写分工如下(以撰写章节先后为序):

周光权(清华大学法学院教授、博士生导师,撰写第1、5、20、26章);

陈兴良(北京大学法学院教授、博士生导师,撰写第2、8、12、14、22、33章);

林维(中国青年政治学院法律系教授、硕士生导师,撰写第3、13、21章);

蔡道通(南京师范大学法学院教授、博士生导师,撰写第4、7、15、16、17、18章);

#### IV 序

---

莫开勤(中国人民公安大学法律系教授、硕士生导师,撰写第6、11、30、31、32章);

刘远(南京师范大学法学院教授、博士生导师,撰写第9、10、19章);

劳东燕(清华大学法学院讲师、法学博士,撰写第23、24、25章);

周长军(山东大学法学院教授、博士生导师,撰写第27、28、29章)。

三月正当春来:南方莺飞草长,已是春意盎然;北国柳细花嫩,初露春容羞涩。愿与春驻,又恐春归。人书俱老,正与春同。

是为序。

陈兴良

于北京依水庄园渡上寓所

2007年3月21日

# 目 录

第一章 刑法学派论争 .....	1	品罪 .....	250
第二章 犯罪论体系 .....	19	第十七章 侵犯商业秘密罪 .....	265
第三章 实行行为 .....	40	第十八章 偷税罪 .....	278
第四章 违法性的本质 .....	61	第十九章 合同诈骗罪 .....	290
第五章 期待可能性理论 .....	74	第二十章 故意伤害罪 .....	301
第六章 犯罪未遂 .....	83	第二十一章 强奸罪 .....	310
第七章 正犯与共犯 .....	99	第二十二章 绑架罪 .....	324
第八章 单位犯罪 .....	130	第二十三章 抢劫罪 .....	340
第九章 死刑 .....	147	第二十四章 盗窃罪 .....	357
第十章 罚金刑 .....	162	第二十五章 诈骗罪 .....	374
第十一章 量刑情节 .....	170	第二十六章 侵占罪 .....	390
第十二章 法条竞合 .....	189	第二十七章 聚众斗殴罪 .....	405
第十三章 交通肇事罪 .....	202	第二十八章 伪证罪 .....	415
第十四章 生产、作业责任事 故罪 .....	224	第二十九章 非法行医罪 .....	425
第十五章 生产、销售伪劣产 品罪 .....	240	第三十章 贪污罪 .....	435
第十六章 走私普通货物、物 品罪 .....	250	第三十一章 挪用公款罪 .....	447
		第三十二章 受贿罪 .....	459
		第三十三章 玩忽职守罪 .....	470

# 第一章 刑法学派论争

近代以来的刑法学,存在着旧派(刑事古典学派)、新派(刑事实证学派)的对立。它们在犯罪论、刑罚论以及罪刑各论方面都存在着较大的差异。

在现代中国刑法学理论中,由于我国继受的苏联刑法学理论在很长时期内处于唯我独尊的地位,一直被奉为金科玉律,所以,不同学派之间的论争事实上不可能存在。刑法学旧派、新派的观点也被我们简单地贴上资产阶级唯心主义刑法理论的标签了事。但是,今天已经有越来越多的学者认识到:刑法学上的学派对立,对于刑法学理论的纵深发展具有不可估量的意义。压制、回避学派论争,会堵塞言路,更有可能使中国刑法学在相当长时期内,仅仅在低水平阶段重复、徘徊;中国刑法学与大陆法系、英美法系之间的沟通、对话和比较更是不可能进行。所以,中国刑法学如果想取得长足的发展,就必须理解学派之争的内容、正视学派之争的现实、挖掘学派之争对于中国刑法学的意义,从而提倡、鼓励学派之争。

## 第一节 刑法学旧派

在刑法学旧派出现以前,欧洲中世纪封建刑法主张刑罚是对过去的恶行的当然报应。这一时期的刑法从总体上看,具有以下特征:(1)恣意性。犯罪及其惩罚都由司法官员任意决定,罪刑关系的明确性、稳定性丧失,公民个人对自己行为的性质没有办法预测。(2)干涉性。刑法过分干涉个人生活领域,对本应由道德调整的事项,刑法有时出面进行处理,法与伦理不分,公民的自由受到过度限制。(3)身份性。刑法根据个人身份进行适用,身份低贱者受刑法追究的可能性远远大于身份高贵者,法律面前人人平等的原则不可能实现。(4)残酷性。刑罚执行方法多元化,刑罚人道主义观念受到排斥,死刑及其他重刑大量使用。针对封建刑法的上述特征,刑法学旧派展示了自己主张:针对罪刑擅断,提出罪刑法定主义;针对干涉性,提出法律与道德的分离;针对刑法的身份性,提出刑法面前人人平等;针对刑罚残酷性,提出刑罚人道性,以限制死刑的适用。

刑法学旧派的哲学依据是启蒙思想和理性主义,其在18世纪初到19世纪中后期之间的欧洲,发挥着重大影响。

## 一、旧派的代表人物

刑法学旧派的代表人物首先是被称为近代刑法学的开创者的贝卡利亚。在著名的《论犯罪与刑罚》中,他从社会契约论出发,认为人的权利与生俱来,国家通过公民让与的权利组成刑罚权。刑罚权既然来源于个人,就应当有所节制,不能过度、任意地行使。应当受到惩罚的,是个人的行为。行为及其社会危害性是刑罚发动的惟一根据。他针对当时欧洲死刑泛滥的状况,提出了废除死刑的主张,此外,他还基于理性主义立场,系统阐述了自己对罪刑法定、罪刑均衡原则、一般预防论的看法。

费尔巴哈也是刑法学旧派中功勋卓著的人物,被近代西方尊称为“刑法学之父”,其理论贡献主要有:一方面,提出心理强制说。这是费氏最有名的观点。他认为:任何个人都有进行利弊比较的能力,在发现犯罪所得与犯罪之后所受到的惩罚之间的不均衡(即使比较轻微的犯罪也会受到严厉惩罚,因犯罪而得到的利益小于他所失去的自由、财产)时,刑法对个人心理的强制作用就会显现出来,个人就会放弃犯罪的邪念,从而遵守规范。另一方面,强调权利侵害说。费氏认为,犯罪是对权利的侵害。仅仅违反社会伦理规范的行为,因为缺乏权利侵害性而不成立犯罪,所以,法律应该与道德相分离。应当受到惩罚的不是恶的内心,而是表现于外的侵害行为,只有这样才能限定惩罚的范围。

在此之后,著名哲学家康德、黑格尔也为推进刑法学旧派理论的发展做出了自己的独特贡献。康德、黑格尔都承认理性主义,都承认个人有意志自由,都主张行为是惩罚的惟一根据。例如,黑格尔就指出:犯罪行为是对社会正常秩序的否定,刑罚是对犯罪的否定,是一种否定之否定。犯罪是犯罪人自己选择的,犯罪这一事实中本来就蕴涵惩罚的部分,个人选择犯罪,他就应当对其行为的后果有所预计。所以,自愿实施犯罪就等于自愿选择受惩罚。在这个意义上,惩罚被告人正是尊重他的存在,正是为了证实他是一个有理性的、独立存在的人。

## 二、刑法学旧派的基本理念

刑法学旧派认为,犯罪是对社会有害的行为,如果没有客观的行为,就没有犯罪;不以行为而以行为人的主观恶意为处罚根据,会混淆法与伦理的关系,还可能造成法官的恣意判断,所以,刑事责任的基础应该是表现在外部的犯罪人的行为。刑法学旧派重视的是行为(行为主义),而作为科刑基础的行为是现实的行为,只要没有现实地表现于外的行为,个人就不应该受到处罚(现实主义)。

### 1. 对自由意志的肯定



无论是前期旧派,还是后期旧派都认为:只要是在世间生活的人(除了精神病人、未成年人以外),无论是谁,都有在理性灵光的照耀下自由选择、自由行动的能力。犯罪者是在基于理性的自由意思指引下走向犯罪之途的,反过来,犯罪行为又是违反整个人类理性的行为。由于犯罪者是社会一般人中的一员,所以,此犯罪者和彼犯罪者、犯罪者和社会一般人的理性觉悟、主观上的意思,人人相同。

在刑法学旧派的视野中,犯罪人都是抽象存在,自然没有犯罪人分类问题,因为进行这种分类没有任何实质意义:刑法不提取围绕已经实施或涉入司法视野的这种具体且有着特殊体质、经验、性格、经历、文化背景的人的知识,行为并不是行为者危险性单纯的征表。既然刑法不将重点集中在犯罪内部的、主观的部分,即不着眼于性格、人格、动机、目的、决定意志等方面,就没有必要把犯罪作为有经验的人的具体行为,犯罪就不单纯的是犯罪情操、危险性和反社会性的表现。

## 2. 犯罪行为

刑法学旧派企图在法律上把握犯罪与刑罚,同时立于“非决定论”(indeterminismus)的立场将具有自由意思的抽象人作为理论分析的前提,因此,刑法客观主义着眼于外部及已经现实发现的各个犯罪行为及其结果,而且客观化、类型化、抽象化的行为的存在直接决定了其本体理论上的基本取向,使其理论脉络更为清晰。

刑法学旧派以现实说的行为刑法为前提来区别刑法所规定的犯罪类型,因此,现实主义的立场得以确立,这就决定了刑法学对犯罪行为之定型化的理解及提倡。刑法客观主义强调,犯罪成立的首要条件是行为符合刑法各条所规定的构成要件,所以,行为、构成要件都是刑法学旧派中至关重要的范畴。行为、构成要件这两个概念有时可能具有相同的指涉目标,当然这在很大程度上也是因为它们的巨大包容性,但这两个概念的理论涵括性和巨大穿透力事实上也更多的是因为它们所具有的抽象性。犯罪行为可能是由有特殊素质或个体际遇的具体个人实施的,行为人的具体表现也千差万别,但是,刑法学旧派完全剥离了行为之间的差异,忽略了附随于行为本身的若干情况(包括犯罪人的个人情况),从而求得无以累加的行为本身的最大公约数。所以,刑法学旧派在这里是用“构成要件”这把标尺去衡量行为的性质,而这种考量方式明显地是粗略的、框架性和普适性的。构成要件,自然就成了刑罚法规对于一定行为所“抽象”规定的概念形象,个别人实施的个别行为符合该构成要件,就是犯罪成立的第一要件。但是,对“个别人”和“个别行为”中的个别化问题,刑法客观主义基本上是不加考虑的,理论反复追问的只不过是“人”所实施的行为是否与一般化的恒定犯罪标准相一致;理论关切的是在三段论式的演绎推理中,确定大前提的工作完成得如何。由于刑法学旧派重视抽象行为之现实和独立的意义,强调犯罪的定型化,自然要以构成要件为刑法理论的指导观念而主张构成要件理论。

## 3. 刑罚观念