

95

“九五”规划高等学校法学教材

◁ 基础课系列 ▷

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

张明楷/编著

刑法学

(教学参考书)

司法部法学教材编辑部编审

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

法律出版社

“九五”规划高等学校法学教材——基础课系列

刑法学

司法部法学教材编写规划 编审

张明楷 编著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法学:教学参考书/张明楷编著. —北京:法律出版社,1999.6

“九五”规划高等学校法学教材

ISBN 7-5036-2823-5

I. 刑… I. 张… III. 刑法-中国-高等学校-教学参考资料 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 15085 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/27.375 字数/730 千

版本/1999 年 7 月第 1 版

1999 年 7 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号首都师范大学

科原大厦 4 层 (100037)

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2823-5/D·2535

定价:37.50 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

编写说明

本书系“九五”规划高等学校法学教材《刑法学》(上·下册,张明楷著,法律出版社出版)的配套用书。主要适应教学所需,同时考虑实务所求。

99个专题(编排顺序与《刑法学》体系基本相同)的选择标准首先是重要程度,其次是资料多寡。总体来说,专题下分重点问题、立法资料、部门规章、司法解释、论点摘要、疑难案例与参考文献七个部分(各具体专题下并非七部分俱全)。“重点问题”是我认为必须正确掌握和深入研究的问题,其中既有因新刑法而产生的“新疑问”,又有源于学派之争的“老难题”(我认为,是否形成学派之争,是刑法理论是否成熟的标志)。“立法资料”主要是全国人大及其常委会制定的相关法律或其节录,以及国务院制定的行政法规(部委制定的法律、法规实施细则也放在该部分);此外还有少量国外刑事立法资料。“部门规章”则是国务院下属各部委制定的相关规章或其节录。凡由最高人民法院、最高人民检察院颁发或参与颁发的规定、批复、解释等均列入“司法解释”。“论点摘要”选择的是海内外学者的相关重要论点,其中许多是我直接从日文资料翻译过来的(“论点摘要”中未能录入原著述的注释部分,恳请原著者及读者谅解)。“疑难案例”中既有真实案例,也有经过改编的案例与课堂设例。“参考文献”就各专题列举了部分主要著作与论文。特别需要指出的是,除“重点问题”与“疑难案例”外,其他部分所选资料尽管对研究新刑法具有重要价值,但由于它们大多颁布或发表于新刑法施行之前,其中有少量无法舍弃的内容与新刑法相抵触,故需要读者联系新旧刑法进行辨识和使用,更需要读者关注新的立法与解释。

由于编者的水平和资料有限,选题不当、选辑不妥的现象定所难免,又因编者的时间和精力无裕,校改不周、错漏舛误的现象无疑较多,尚祈同仁不吝匡正和宽容谅解。

张明楷

1999年1月8日于清华园

目 录

1. 刑法理论的沿革	(1)
2. 刑法的法律性质	(17)
3. 刑法的修改	(30)
4. 刑法解释的目标	(41)
5. 类推解释与扩大解释的区别	(52)
6. 罪刑法定原则的理念与现实	(61)
7. 罪刑相适应原则的贯彻	(66)
8. 刑法的溯及力	(72)
9. 犯罪的一般概念	(82)
10. 犯罪构成	(97)
11. 不作为犯	(105)
12. 危害结果	(110)
13. 因果关系	(116)
14. 刑事法定年龄	(122)
15. 辨认控制能力	(129)
16. 犯罪的故意	(139)
17. 犯罪的过失	(144)
18. 法律认识错误	(152)
19. 事实认识错误	(163)
20. 正当防卫	(172)
21. 职权(职务)行为的界限	(180)
22. 犯罪未遂	(191)
23. 犯罪中止	(210)

24. 犯罪既遂	(220)
25. 共同犯罪的成立条件	(226)
26. 共同犯罪的形式	(233)
27. 共犯人的分类及其刑事责任	(240)
28. 一罪的类型	(245)
29. 刑罚目的	(252)
30. 管制	(260)
31. 拘役、有期徒刑与无期徒刑	(265)
32. 死刑	(273)
33. 罚金	(280)
34. 剥夺政治权利	(283)
35. 量刑原则	(287)
36. 累犯、自首与立功	(292)
37. 数罪并罚	(397)
38. 缓刑	(303)
39. 减刑与假释	(312)
40. 时效	(327)
41. 罪名的确定	(330)
42. 危害国家安全罪	(349)
43. 放火、爆炸、决水、投毒罪与以危险方法危害公共 安全罪	(353)
44. 破坏公用工具、设施、危害公共安全的犯罪	(358)
45. 有关枪支、弹药、爆炸物、管制刀具的犯罪	(370)
46. 交通肇事罪	(395)
47. 重大责任事故罪	(406)
48. 刑法第 140 条的“销售金额”	(409)
49. 生产、销售假药罪与生产、销售劣药罪	(412)
50. 生产、销售不符合卫生标准的食品罪与生产、销售 有毒、有害食品罪	(415)

51. 走私罪	(419)
52. 公司、企业人员受贿罪与对公司、企业人员行贿罪	(428)
53. 有关货币的犯罪	(435)
54. 有关证券的犯罪	(440)
55. 逃汇罪、骗汇罪	(453)
56. 金融诈骗罪	(463)
57. 偷税罪、抗税罪、逃避追缴欠税罪与骗取出口退税罪	(472)
58. 有关发票的犯罪	(482)
59. 假冒商标、专利的犯罪	(490)
60. 侵犯著作权的犯罪	(501)
61. 侵犯商业秘密罪	(513)
62. 虚假广告罪	(517)
63. 合同诈骗罪	(521)
64. 非法经营罪	(530)
65. 伪造、倒卖伪造的有价票证罪与倒卖车票、船票罪	(533)
66. 侵犯生命、健康的犯罪	(537)
67. 强奸罪与奸淫幼女罪	(557)
68. 强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪	(563)
69. 非法拘禁罪与绑架罪	(566)
70. 拐卖、收买妇女、儿童的犯罪	(575)
71. 刑讯逼供罪、暴力取证罪与虐待被监管人罪	(580)
72. 抢劫罪	(583)
73. 盗窃罪	(589)
74. 诈骗罪	(614)
75. 侵占罪与职务侵占罪	(620)
76. 妨害公务罪	(626)
77. 有关公文、证件、印章的犯罪	(630)
78. 非法侵入计算机信息系统罪与破坏计算机信息 系统罪	(633)

79. 有关集会、游行、示威的犯罪	(640)
80. 伪证罪及其他妨碍作证的犯罪	(654)
81. 窝藏、包庇罪	(659)
82. 窝藏、转移、收购、销售赃物罪	(652)
83. 拒不执行判决、裁定罪	(669)
84. 妨害国(边)境管理罪	(672)
85. 妨害文物管理罪	(703)
86. 医疗事故罪	(724)
87. 非法行医罪与非法进行节育手术罪	(737)
88. 非法处置进口的固体废物罪与擅自进口固体废物罪	(743)
89. 破坏野生动物资源的犯罪	(747)
90. 破坏森林资源的犯罪	(756)
91. 毒品犯罪	(775)
92. 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(796)
93. 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(801)
94. 贪污罪	(814)
95. 挪用公款罪	(827)
96. 受贿罪	(832)
97. 滥用职权罪与玩忽职守罪	(838)
98. 泄露国家秘密罪	(848)
99. 徇私枉法罪与枉法裁判罪	(865)

1. 刑法理论的沿革

【重点问题】

19 世纪末以来,刑法理论上出现了旧派与新派之争。旧派并不等于落后学派,新派也不等于先进学派。两派的对立在许多方面表现得相当激烈,但也不乏调和之处。我国刑法理论上还没有形成学派之争,然而有些观点明显接近旧派学说,有些观点明显靠拢新派学说,有些观点极力融合新旧两派学说。因此,我们需要明确新旧学派之争的社会背景、各自的根本主张、对立的关键所在,不可将自己的观点建立在对新旧两派学说误解的基础上。

【论点摘要】

一、刑法理论 刑法是规定处罚人的法律。但为什么人能够处罚人,处罚人是为了什么,以及应当处罚什么样的行为等问题,则并不一定明确。它们既是永远需要讨论的问题,也是每天适用刑法时需要迫切解决的问题。关于什么是刑罚、什么是犯罪的理论见解可以称为刑法理论,刑法理论包括刑罚(的基础)理论与犯罪(的基础)理论。

迄今为止,对于刑法理论有各种各样的见解,大致可分为两个学派,即旧派(又称古典学派)与新派(又称近代学派),有时称为客观主义与主观主义的对立。

如果要将旧派与新派的主张作成图式,进行“理念型”的描述,则大致如下:

旧派主张自由意志、行为主义、道义的责任、报应刑、一般预防。旧派认为,人具有自由意志,对于基于自由意志实施的客观违法行为,能够进行非难,追究道义上的责任。刑罚是为了追究责任而对行为的报应,刑罚是对恶行的恶果,其本质内容是给犯罪人造成痛苦。

对犯罪人进行这种报应,不仅警戒犯罪人,而且警戒一般人,使其远离犯罪。这种对一般人的犯罪抑止效果,叫做一般预防的效果,刑罚以一般预防为主要目的。

与旧派对立的新派,否认“没有原因”的自由意志,认为犯罪一定是基于某种原因而产生的。因此,仅对已经发生的犯罪进行非难、追究责任并不能防止犯罪。为了防止犯罪,必须探讨并根除犯罪的原因。犯罪原因多种多样,但行为人的性格是其中的重要因素,所以,必须消除行为人人格的危险性(恶性),以防止犯罪。刑罚只不过是改善行为人人格的一种手段。防止犯罪人再犯罪就是特殊预防。根据新派的观点,刑罚以特殊预防为主要目的。可是,具有危险性格的人,不管有无所谓道义的责任,基于社会生活的需要,就具有承受强制性矫正手段的责任或负担,这叫做社会的责任。可见,新派的思考体系是决定论、行为人主义、社会的责任、改善刑、特殊预防。

但是,上述旧派与新派的对立,常常有被过于夸张和简单化之嫌。特别是在两派的争论过程中,常常陷入了一方对他方“首先进行黑暗描述,然后批判其黑暗”的弊端。现实的刑罚决非仅以报应或仅以改善可以解明的;实际存在的旧派与新派,历来只是略微强调刑罚的某一侧面,并非原封不动地采取上述“理念型”的观点。不仅如此,后面将谈到,造成旧派与新派的对立本身也是很有问题的。

因此,为了明确问题的真谛所在,首先应对以前的旧派与新派产生的社会基础、各自的主张在当时所具有的意义进行探讨,然后分析现状。

二、(前期)旧派的确立 旧派的理论,是欧洲18世纪后半期至19世纪初近代社会形成时期的主张。为了理解这一点,有必要了解旧派所否定的此前时代的刑法即旧制度刑法是一种什么样的刑法。但旧制度刑法本身,具有难以简单描述的复杂性,这里只在为了理解旧派的必要限度内,单纯地列举其特色。

对旧制度刑法的特色,可以概括为干涉性、恣意性、身分性、苛刻性四点。

(1)干涉性,是指法介入、规制个人行动的细节特别是私生活;

(2)恣意性,是指事先并不明确对何种行为处以何种刑罚,法官对每个案件能够进行相当程度的自由裁量;(3)身分性,是指即使行为相同,也因为行为人社会身分的不同而产生处罚的有无和程度的差异;(4)苛刻性,是指刑罚残酷,死刑、身体刑占刑罚的大部分。

贝卡里亚(Beccaria,1738—1794)在其《论犯罪与刑罚》(1764)一书中所进行的抨击以及所主张的改革,正好针对着旧制度刑法的上述诸点。他从社会契约论出发,认为市民在必要最低限度内让出各自的自由形成了国家权力,作为国家权力一部分的刑法,应当在必要最低限度内维护市民生活的安全,这就排斥了刑法的干涉性。为了保障市民活动的自由,必须事先明确规定什么是犯罪、对犯罪科处何种刑罚,实施了法律规定为犯罪的行为时,不管是具有什么身分的人也必须受处罚,从而主张“罪刑法定主义”,意在排斥恣意性与身分性。他还指出,死刑及其他残酷的刑罚使市民的感觉麻痹,效果甚微,故应废止。与其说贝卡里亚是刑法学者,不如说它是文化人;与其说《论犯罪与刑罚》是论理的著作,不如说它是激情的文章。正因为如此,此书在欧洲各国广为流传,对各国刑政改革产生了很大影响。

像德国人那样以论理方法展开同样见解的是费尔巴哈(Feuerbach,1775—1833)。他依据康德哲学,对法与伦理进行了严格区分,犯罪不是违反伦理而是违反法,故犯罪必须仅限于侵害了他人“权利”的场合。他以这样的论理排斥了刑法的干涉性。此前时代的启蒙的专制君主弗里特里希国王制定的刑法典由1577条组成,与此相对,费尔巴哈起草的巴伐利亚刑法仅有459条,这清楚地表明了其上述观点。他还认为,在理性世界中人是自由的,法不应该干涉理性世界,法必须限定在能够产生因果作用的感性及悟性世界。在感性及悟性世界中,人根据快乐痛苦的原则行动。人也是为追求快乐而犯罪的,如果事先“预告”人们:倘若犯罪便施加与之相当的痛苦,人们就会放弃犯罪。刑法的任务就是通过预告与犯罪相适应的刑罚,对人们进行心理的强制,从而抑止犯罪(这叫心理强制说),而不是通过执行残酷的刑罚来威吓人们。这样,他就排斥了刑罚的苛刻性、身分性。如果说刑法是通过预告刑罚来统制人的行动,那

么,什么是犯罪、对犯罪科处什么刑罚,事先予以明确规定才具有意义。因此,费尔巴哈高唱“没有法律就没有犯罪、没有法律就没有刑罚”(Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)的罪刑法定主义,这就排斥了法官的恣意性。

在英国,边沁(Bentham, 1748—1832)提出了同样的主张。

可以说,上述旧派理论,是以近代社会或资本主义社会初期的个人主义的自由主义为基础的。费尔巴哈的主张与古典派经济学的预想是一致的。后者认为经济人是基于利害打算而行动的理性人,如果保障等价交换与个人的自由经济活动,整体经济就发展;费尔巴哈则认为,如果保障个人活动的自由,仅科处与犯罪等价的刑罚,就能维护社会治安。费尔巴哈的理论,以人们合理地专门根据快乐痛苦的原则而行动为前提,这当然会因为具有片面性而不免受到批判。但是,他巧妙地将与旧制度刑法对抗的近代个人主义刑法原则以论理的形式表现出来,对当时的社会具有重要意义。不仅如此,在明确了刑罚的最主要机能是心理强制即一般预防、确立了罪刑法定主义这点上,称之为“近代刑法学之祖”是适当的。

三、新派的产生 一到19世纪末,就出现了批判旧派理论的人,即新派或近代学派。根据旧派理论,如果科处与犯罪相适应的刑罚,人们理当放弃犯罪。但实际上,即使一再科处刑罚,还是有反复实施犯罪的人,累犯者或常习犯人就是如此。随着资本主义的发展,农民流入城市,但由于社会政策的贫乏,城市的工人特别是失业者生活贫穷,没有娱乐机会,或者沉于酒类,结果导致犯罪。这些人实施的犯罪通常不那么严重,因此与之相适应的刑罚也不那么重,但科处刑罚后仍然重新犯罪。累犯者的增加、对累犯科处短期自由刑没有意义的现状,促使对旧派理论进行反省。

意大利的龙勃罗梭(Lombroso, 1836—1909)是一位医师,他根据在监狱接触受刑者的经验,发现犯罪人特别是累犯中的相当一部分人,在头盖骨形状等方面具有一定的生理异常现象;他认为具有这些特征的人生来就是犯罪人即“生来性犯罪人”(delinquente nato),

必然走上犯罪道路。这种生来性犯罪人说,特别是其所列举的生理特征,受到了许多批判,他自己也修改、限定了自己的观点。尽管如此,在犯罪不是仅仅基于合理的打算与选择,而是深深根源于行为人性性格这一引人注目的观点上,他是新派的先驱者。

在法国,从凯特勒主张能够对伦理的社会现象通过统计发现“法则”之后,推进了对犯罪原因的科学研究。后来受涂尔干、塔尔德等社会学者的影响,法国基本上是在社会关系中寻找犯罪原因。于是,拉卡撒纽等属于里昂学派的社会学的犯罪学系统的人,与龙勃罗梭等人之间展开了激烈争论。强调社会学要素特别是经济要素的人们,认为社会结构或社会政策的贫乏产生了犯罪人,并批判生理异常是犯罪原因的观点掩盖了资本主义的缺陷与社会政策的贫乏。

应该被称为新派代表人物的意大利的菲利(Ferri, 1856—1929)与德国的李斯特(Liszt, 1851—1919),不仅考虑了生理的原因,而且考虑社会的原因。

菲利将犯罪原因分为人类学的原因、社会学的原因与物理学的原因。其内容与分类方法不一定严谨,但要点在于,这些原因导致了犯罪的产生,而不是没有原因的自由意志导致人们实施犯罪。因此,为了防止社会免受犯罪侵害,必须充实“代替刑罚”的社会政策、福利政策等,对行为人应科处作为对其“危险性”处置的“制裁”,传统的刑罚是不充分的。危险的行为人必须承受这种制裁的责任,不是伦理的、道义的责任,而是社会的责任。于是,菲利起草的1921年刑法草案,是一部避开传统意义的责任与刑罚观念,而将其吸收到危险性与制裁概念中的刑法典。

菲利的观点是基于意大利人的热情与激进,与此相对,李斯特的观点则是基于德国人的论理与稳健。李斯特将犯罪原因分为个人的原因与社会的原因。消除社会的原因必须主要依靠社会政策,故“最好的社会政策就是最好的刑事政策”;刑罚主要是消除个人的原因,故“应受处罚的不是行为而是行为人”。在后一种场合,首先必须考虑刑罚具有什么效果。刑罚具有威吓、改善、隔离三种效果,因此,作为

刑罚对象的犯罪人,也必须与之相适应分为三类,即机会犯人、可能改善的状态犯人和不能改善的状态犯人。应当对机会犯人进行威吓;对可能改善的状态犯人进行改善;对不能改善的状态犯人进行隔离。其中最重要的是可能改善的状态犯人,多数累犯者与常习犯人属于这一类。对这些犯罪人以短期自由刑进行威吓是现在刑法的缺陷,必须以不定期刑进行改善。这种场合虽说是改善,但不要求改善成为伦理上的优秀人物,只要改善成为不妨害他人、能够从事社会生活的人即可。即“不一定要要求伦理的改善,只要求社会改善”。这样,如果刑罚以犯罪人的性格本身为对象,那么,本来对于还没有实施犯罪但具有危险性格的人,也应当为了改善而科处刑罚,但由于根据现在的知识还难以在犯罪前判断人的性格,具有侵害人权的可能,故只有在犯罪人的危险性格征表为犯罪行为,而且法律对这种征表有明确规定的场合,才能科处刑罚(犯罪征表说)。在这个意义上说,规定犯罪的刑法是“犯罪人的大宪章”。为了使这一趣旨彻底化,犯罪的概念必须尽可能客观化。

这样,李斯特一方面主张改善刑、不定期刑,另一方面强调罪刑法定主义、客观主义。轻率断定新派否定罪刑法定主义、主张主观主义的人们,认为这是“矛盾”的,但不一定能说是矛盾的。当然,不可否认李斯特的见解中有先驱者那样的单纯化,但他以旧派的个人主义的理论为基础,使这种理论适应国家主义时代的要求。用标语来表示,旧派是“个人自由主义”,新派是“社会自由主义”。新派隐藏着伴随“国家主义”而过度限制个人自由的危险,但基本上还是个人主义的。新派所主张的“社会防卫”中的“社会”,是个人集合的社会,而不是超越个人的社会。

四、(后期)旧派的对抗 对上述新派的主张,旧派人物加以强烈反击,展开了“刑法学派之争”。德国的宾丁(Binding, 1841—1920)、贝林格(Beling, 1866—1932)、贝克麦耶(Birkmeyer, 1847—1920)等人,是这个时代的旧派代表人物。

但应注意,这个时期的旧派与贝卡里亚、费尔巴哈等旧派有很大

差别。以 19 世纪 40 年代普鲁士国家主义为背景形成的所谓黑格尔学派,使德国旧派产生了很大变化。因此,必须严格区分在此之前的旧派(前期旧派)与在此之后的旧派(后期旧派)。诚然,二者都承认自由意志,都主张对基于自由意志而发动的客观行为,应当科处与之相当的报应刑。但是,前期旧派将法与伦理严格区分,与此相对,后期旧派将法与伦理同样看待;前期旧派所说的自由意志,是指对利害进行合理考虑,并据此实施行为的能力,与此相对,后期旧派所说的自由意志,可以说是形而上学的、没有原因的自由意志。因此,前期旧派所讲的报应是以一般预防为目的的心理强制,而后期旧派所言的报应则带有强烈的绝对的报应、赎罪的报应的色彩。康德将刑罚法视为定言的命令,黑格尔认为“犯罪是对法的否定,刑罚是对该否定的否定”,后期旧派所说的报应,就是这种意义上的报应。

可见,后期旧派具有较强的国家主义、权威主义的倾向,但也并非没有自由主义的一面,要求刑罚与责任相适应的刑罚论与强调形式的客观性的犯罪论,可谓其表现。用标语来表示,可以说后期旧派是以“国家自由主义”的意识观念为基础的。国家主义与自由主义乍看起来是矛盾的,但落后的资本主义国家为了发展经济,与先进的资本主义国家对抗,必然一方面重视国家的作用,同时又保障个人的自由活动。结果,国家作为最高道义姿态的一方,对国家权力的行使进行自制。可以说,这是以旧派的道义的责任论与形式的客观主义表现出来的。

旧派中的上述两点差异,在日本(原文为“我国”,为避免混淆以下均译为日本——编者)还没有被意识到,于是单纯地说明新派与旧派的对立。但应注意,在基本上采用自由主义而且经验地考察刑罚效果及其界限这一点上,前期旧派与新派之间具有共通性。

五、两派的夸张 (略)

六、日本的对立 那么,日本的情况如何呢?

在日本也存在同样的对立,不过,在欧洲适应时代变化逐渐提出来的学说,在日本几乎是同时提出来的,因此,这种对立更加复杂。

在日本提出新派主张、展开出色辩论的是牧野英一博士(1878—1970)。牧野博士向菲利与李斯特学习,并将改善刑论再推进一步,主张“刑罚是教育”的教育刑论。其主张通过行刑实践家正木亮博士等人的努力,对日本的行刑发展产生了很大影响。但牧野博士的刑法理论本身不一定被日本的学术界采纳,这大概是因为,日本的社会基础未必成熟到采纳国家主义的新派主张的程度。然而不仅如此,经过了近代社会后的国家主义的政策与近代以前的家长式的干涉主义,虽然具有表面的相似性,但可以说牧野博士的主张深深地打上了后者的烙印。牧野博士将自由法运动引进刑法领域,以“解释是无限的”观点示意取消罪刑法定主义,而且对犯罪的概念也一概主张主观主义。重视保障人权的人们,对此投下了警戒的目光。

自明治初年日本采纳法国刑法以来,悄然得到支持的旧派思想,作为对新派的批判者,重新意识自己。其代表性主张者有泷川幸辰博士(1891—1962),与小野清一郎博士(1891—)。不过,虽说同属旧派,但二者的观点却有很大差异。

泷川幸辰博士是前期旧派理论的主张者。他高唱罪刑法定主义,标榜客观主义,但其主张的根据不仅在于保障个人活动的自由,而且还在于阶级对立。他认为,在现在这样的阶级对立的社会,如果不恪守罪刑法定主义,刑法就会变成阶级压迫的手段。可以说,这是罪刑法定主义的新的“社会”基础。但他的立场基本上是前期旧派的立场,这表现在他认为只要科处与犯罪相适应的刑罚即可,与此同时却不使用“道义的”责任一语。泷川博士主张的构成要件,是纯粹客观的、记述的可罚性行为的轮廓;其主张的违法性的实质,是侵害他人的生活利益,于是主张废除通奸罪、自己堕胎罪等所谓“非犯罪化”。可见,虽说同为旧派,却与后期旧派有很大不同。但在现代社会,单纯强调罪刑法定主义,只有法律规定才处罚,通常是妥当的。正如人们常引用的,“法律具有庄严的平等性,不论富人或穷人,都平等地禁止在桥下睡觉,禁止在路上乞讨或盗窃面包”(弗朗斯)。正是在阶级对立的社会,为了确保实质的平等,才有思考刑事政策的必要,单纯的罪刑