

近代西方刑法学说史略

马克昌 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

近代西方刑法学说史略 / 马克昌主编. —北京: 中国
检察出版社, 2004. 1

(刑法精品文库)

ISBN 7 - 80185 - 153 - 6

I. 近... II. 马... III. 刑法 - 法学史 - 西方国家
- 近代 IV. D914. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099708 号

近代西方刑法学说史略

马克昌 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: [zgjccbs@vip. sina. com](mailto:zgjccbs@vip.sina.com)

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 12. 875 印张

字 数: 321 千字

版 次: 2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 153 - 6 / D · 1141

定 价: 26. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



总 序

《刑法精品文库》是一套涉及古今中外刑法理论的学术丛书，由法学界著名专家组成编委会，组织国内法学院校从事刑法理论研究与教学的资深教授和中青年后起之秀撰稿，中国检察出版社出版发行。受编委会委托，我将出版这套丛书的有关情况作些说明。

自1980年《中华人民共和国刑法》实施以来，特别是1997年刑法修订以来，我国刑法学界气氛活跃，硕果累累，发表了许多学术论文，出版了众多教材、案例分析和有关参考书，还有不少专著问世。然而，由刑法学专著组成的学术丛书并不多见。法学界的专家学者认为，当前我国刑法学的理论研究，已进入全面发展的阶段。今后刑法学界应该就刑法理论和实践问题，作更深层次的探讨，出更多高品位的学术著作。基于此种共识，亦为推动我国刑法学的发展，我们组织撰写了这套学术丛书。

经过编委会的几番磋商，最后确定这套丛书在选题方面，以研究现代刑法理论为主，兼顾对古代和近代刑法理论的历史考察；总结我国刑法学理论制度为主，兼顾介绍国外对我国有参考借鉴意义的学术观点和著作；以刑法基本理论为主，兼顾刑事司法实践；以刑法总论的课题为主，兼顾刑法各论的问题。力求通过整套丛书反映刑法理论的最新成果，填补刑法学领域的某些空白，为国家的刑事立法和司法实践提供借鉴，为刑法学的教学和科研提供参考资料，为构筑和完善我国刑法科学的理论体系添砖加瓦。



这套丛书，不仅选题所涉领域广泛，而且以资料广博、思想深邃、富有创见为特色。另外，为贯彻百花齐放、百家争鸣的方针，丛书未设统一的总主编，每一本书均自成体系，又各有其特色。并且，各书之间可能在某些学术观点上有所对立。这在我看来，既是难免的，也是允许的，甚至在某种程度上也是有益的。因为真理越辩越明，学说之争势必带来学术的繁荣，推动学术的发展。

《刑法精品文库》的出版问世，得益于一些著名刑法学专家、教授的积极参与，做了大量细致有效的组织工作，而且承担了一些专著的撰稿、主编或审定重任，使丛书的质量得到了保证。一批中青年学者，以锐意进取、勇于开拓的精神勤勉工作，为丛书注入了新鲜血液，使之焕发出勃勃生机。中国检察出版社注重社会效益，积极支持学术著作出版，为丛书提供了经济保障。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

《刑法精品文库》虽含“精品”二字，也难能皆为精品；即使是称得上精品的著作，也难免会有某些疏漏。不当之处，敬请读者批评指正。但是，多出高品位、高质量的刑法学著作，是我们的愿望和宗旨。若本丛书的出版，能够成为引玉之砖，并在不久的将来，使我国的刑法学研究进入精品迭出的时代，为建设社会主义法治国家有所作为，那么，为之欣慰者就远远不止是这些献身于刑法学事业的人们了。

梁国庆

2003年4月



前 言

《近代西方刑法学说史略》是一部勾勒西方自启蒙运动开始到二战之后刑法思想发展轨迹的著作。

“路漫漫其修远兮”。在人类漫长的发展进程中，人类精神财富在历史的长河中汇聚积淀，撞击交融，闪耀着智慧的光芒，那浩如烟海的鸿篇巨著与文献资料，构筑成一座巨大的思想历史宝库。西方刑法学说就是这座宝库中的瑰丽的珍宝之一。

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我国刑法学界对西方刑法思想的研究不可谓没有，但大多处于分散、零碎状态，缺乏进行系统和专门研究的著作。有鉴于此，我们在收集、整理、充分吸收我国刑法学研究成果的基础上，撰写了这部专著。

本书以西方不同历史时期有代表性的刑法学者（包括一些启蒙思想家和犯罪学家）为写作对象。力求内容充实丰富、资料新颖可靠、体系完备合理，是我们写作本书的指导思想。在资料运用上，本书立足于国外的一手资料，包括译著，并适当参考国内的研究成果。在体系安排上，本书在每一章的第一节都作一个宏观的概括，旨在让读者获得一个对本章的总体印象，同时第一节与本章其他几节在内容上相互呼应，互为补充。在写作方法上，对每一位人物分为简短的生平、主要刑法思想、扼要评述三

^① 参见恩斯特·卡西尔著：《人论》，上海译文出版社1985年版，第261页。



部分来写，重点在刑法思想上，庶几体现本书写作的宗旨。

本书由各位作者分工写作，最后由主编统改定稿。具体分工如下（以所写章节先后为序）：

马克昌 第一章至第六章各章第一节、第二章第四节

康均心 第一章第二至三节

贾宇 第二章第二至三节

张绍谦 第二章第五至六节

莫洪宪 第三章第二至四节

王晨 第三章第五节

黎宏 第四章第二至六节

刘明祥 第五章第二节、四节

林亚刚 第五章第三、五节

鲜铁可 第六章第二至五节

撰写本书，无例可循，素材不足，困难甚多；然而学术研究，贵在探索，不能以缺乏先例而辍笔，也不能以困难重重而却步；因而仍毅然写出大纲，分工撰写。在写作上虽要求尽量使用第一手材料，但因资料所限，少数人物仍不能不借助第二手或第三手材料，甚至有的人物本拟撰写，由于资料缺乏而只能忍痛割爱。经过大家努力，现在书稿终底于成，但疏漏不当之处，实难避免。诚希学界同仁和读者不吝指正，是所至盼。

编者

1995年12月20日于武汉大学



目 录

0.1	总序	六
0.2	导言	七
0.3	第一章 启蒙主义的刑法思想	八
0.4	第一节 启蒙思想与近代刑法学	九
0.5	一、刑法与宗教分离	九
0.6	二、罪刑法定	十
0.7	三、客观主义	十一
0.8	四、罪刑相称	十二
0.9	五、目的论的刑罚观	十三



目 录

0.1	总序	六
0.2	导言	七
0.3	第一章 启蒙主义的刑法思想	八
0.4	第一节 启蒙思想与近代刑法学	九
0.5	一、刑法与宗教分离	九
0.6	二、罪刑法定	十
0.7	三、客观主义	十一
0.8	四、罪刑相称	十二
0.9	五、目的论的刑罚观	十三



六、法律面前人人平等	/ 6
第二节 荷兰和英国启蒙思想家的刑法思想	/ 7
一、格老秀斯的刑法思想	/ 7
二、霍布斯的刑法思想	/ 10
三、洛克的刑法思想	/ 13
第三节 法国启蒙思想家的刑法思想	/ 17
一、孟德斯鸠的刑法思想	/ 17
二、法国百科全书派的刑法思想	/ 25
三、卢梭的刑法思想	/ 31
 第二章 古典学派的刑法理论	 / 36
第一节 古典学派的刑法理论概说	/ 36
一、罪刑法定主义	/ 38
二、罪刑相适应原则	/ 39
三、刑罚人道主义	/ 40
四、意志自由论	/ 40
五、道义责任论	/ 41
六、客观主义	/ 42
第二节 贝卡里亚的刑法思想	/ 44
一、罪刑法定主义思想	/ 45
二、双重预防的刑罚目的观	/ 49
三、追求最佳效果的刑罚适用原则	/ 52
四、在法制国家彻底废除死刑的主张	/ 57
第三节 边沁的刑法思想	/ 64
一、犯罪的分类方法	/ 68
二、确定犯罪恶害程度的原则及影响犯罪 恶害程度的情节	/ 70



三、关于刑罚的理论	/ 73
四、对犯罪的遏制方法和补偿方法	/ 81
五、预防犯罪的策略	/ 84
第四节 费尔巴哈的刑法思想	/ 87
一、费尔巴哈刑法思想的哲学基础	/ 89
二、心理强制说	/ 91
三、罪刑法定主义	/ 95
四、犯罪理论	/ 98
五、刑罚理论	/ 101
第五节 康德的刑法思想	/ 105
一、国家刑罚权的渊源——社会契约论	/ 106
二、刑事责任的根据——自由意志论	/ 108
三、刑罚性质——绝对报应论	/ 111
四、刑罚的尺度——等量报复论	/ 113
第六节 黑格尔的刑法思想	/ 117
一、关于犯罪	/ 120
二、关于刑事责任	/ 127
三、关于刑罚	/ 138

第三章 近代学派的刑法理论 / 156

第一节 近代学派的刑法理论概说	/ 156
一、犯罪原因论	/ 158
二、意思必至论或决定论	/ 159
三、社会责任论	/ 159
四、主观主义或人格主义	/ 160
五、目的刑主义	/ 160
六、保安处分论	/ 161



第二节 龙布罗梭的刑法思想	/ 163
一、原因论与犯罪定型说	/ 165
二、社会防卫论与特别预防论	/ 169
第三节 加罗法洛的刑法思想	/ 176
一、自然犯罪观	/ 176
二、犯罪类型和犯罪处遇观	/ 179
三、国际刑法观	/ 181
第四节 菲利的刑法思想	/ 182
一、犯罪原因三元论	/ 185
二、人身危险性与犯罪类型论	/ 190
三、社会责任论	/ 194
四、个别预防论与“刑罚替代物”	/ 196
第五节 李斯特的刑法思想	/ 201
一、犯罪原因观	/ 202
二、犯罪预防观	/ 205
三、犯罪观	/ 208
四、刑事责任观	/ 210
五、刑罚观	/ 212
 第四章 后期古典学派的刑法理论	 / 220
第一节 后期古典学派的刑法理论概说	/ 220
一、规范主义	/ 221
二、构成要件论	/ 222
三、因果关系论	/ 223
四、共犯论	/ 224
五、从报应刑论到“分配理论”	/ 225



第二节	宾丁的刑法思想	/ 227
一、	规范论的研究目的	/ 228
二、	规范的意义及其机能	/ 230
三、	规范的法源	/ 231
四、	规范的内容	/ 233
五、	刑法的意义	/ 234
第三节	毕克迈耶的刑法思想	/ 237
一、	报应刑论	/ 238
二、	共犯学说	/ 240
三、	刑罚与保安处分	/ 243
第四节	贝林格的刑法思想	/ 243
一、	前期的构成要件论	/ 245
二、	后期的构成要件论	/ 248
三、	报应刑论和责任论	/ 250
第五节	M·E·迈耶的刑法思想	/ 251
一、	法规范和文化规范	/ 252
二、	刑法总论	/ 255
第六节	麦兹格的刑法思想	/ 257
第五章 日本新派和旧派的刑法理论		/ 265
第一节	日本新派和旧派的刑法理论概说	/ 265
一、	日本的新派刑法理论	/ 267
二、	日本的旧派刑法理论	/ 270
第二节	牧野英一的刑法思想	/ 273
一、	犯罪征表说	/ 274
二、	因果的共犯论	/ 280
三、	目的刑、教育刑论	/ 283



第三节 官本英脩的刑法思想	/ 287
一、刑法的目的及一般预防与特别预防	/ 288
二、关于犯罪及其要件	/ 294
三、关于犯罪的形态以及犯罪未遂	/ 298
第四节 小野清一郎的刑法思想	/ 302
一、刑法的道义性观念	/ 304
二、构成要件理论	/ 308
第五节 泷川幸辰的刑法思想	/ 318
一、关于犯罪及其要件	/ 319
二、关于犯罪未遂	/ 323
三、关于罪刑法定主义	/ 325
四、报应刑论	/ 327
五、犯罪与阶级斗争	/ 332
 第六章 第二次世界大战后的刑法理论	 / 335
第一节 第二次世界大战后的刑法理论概说	/ 335
一、新社会防卫论	/ 336
二、目的的行为论	/ 337
三、人格责任论	/ 339
四、死刑废除论	/ 340
五、综合主义理论或“扬弃说”	/ 342
第二节 格拉马蒂卡的刑法思想	/ 344
一、格拉马蒂卡的社会防卫思想的特点	/ 345
二、《社会防卫原理》的基本内容	/ 347
第三节 安塞尔的刑法思想	/ 354
一、安塞尔新社会防卫思想的基本观点	/ 355
二、安塞尔新社会防卫思想的主要内容	/ 356



三、安塞尔、实证学派及格拉马蒂卡三种社会 防卫思想的主要分歧	/ 361
第四节 威尔哲尔的刑法思想	/ 367
一、目的行为论的含义	/ 368
二、关于故意	/ 369
三、关于过失	/ 371
四、关于构成要件	/ 373
五、关于违法性	/ 374
六、关于责任	/ 375
七、其他问题	/ 376
第五节 团藤重光的刑法思想	/ 381
一、人格行为论	/ 382
二、人格责任论	/ 384
三、客观主义论	/ 386
四、罪刑法定主义论	/ 388
五、“运动”刑罚观	/ 390
六、死刑废止论	/ 391



第一章

启蒙主义的刑法思想

第一节 启蒙思想与近代刑法学

这里所谓的启蒙主义，指十六世纪末到十八世纪西欧一些进步学者所鼓吹的使个人从中世纪封建专制和教会权威束缚下解放出来，唤起人们对自由、民主觉醒的思想理论。这种思想理论是西欧当时社会经济政治发展状况的反映。中世纪的欧洲处于封建专制主义的统治之下。经济基础是封建的土地所有制，农民被束缚在封建庄园里，受着封建地



主的残酷剥削。政治上是极权的封建专制制度，教权与王权联合进行统治，教会具有极大的权威。封建的刑法制度以法与宗教道德的不可分性、基于身份的不平等性、罪刑擅断主义、刑罚的残酷性为特色。“例如，在德意志，受罗马法与教会法的影响，虽于1532年查理五世制定了《加洛林纳刑法法典》，但仍然承认基于拷问的供述可能认定有罪的刑事程序，刑事程序是允许法官的恣意的。又，作为加洛林纳刑法时代刑法学权威的卡尔普茨夫（Benedict Carpsov, 1595—1666），以在地上实现神的正义的名义，在法官时代判处三万人以上死刑，残酷的魔女裁判也更加严重地进行着。在英国，从亨利七世创始都铎王朝之际，刑罚更残忍，仅适用死刑之罪就在300以上，刑事程序是带有偶然成分的、是不合理的。在法国和意大利，虽然根据基于罗马法的法学书和判例进行裁判，但刑罚是苛酷的、恣意的。拷问和魔女裁判成为家常便饭，死刑被批评为对人民定期的抹杀行为。”^①随着社会的发展，十四至十五世纪欧洲资本主义已经萌芽，到十六世纪资本主义生产方式不断得到扩展，在英国，资本主义手工工场已经普遍，资本主义经济还深入到农村。封建统治在农民起义和市民暴动的打击下日益衰弱，封建生产关系逐渐走向瓦解，资本主义生产方式在一些国家不断走向成熟。随着资产阶级经济实力的增强，他们向封建统治者要求在政治上取得相应的权力，并提出资产阶级的理想王国，希望取封建专制制度而代之。在这样的背景下，一批代表新生资产阶级利益的思想家，适应进一步发展资本主义的需要，大力抨击阻碍资本主义发展的封建专制制度，提出民主、自由、平等、天赋人权的口号，反对封建的独裁统治；宣传从人性论出发的自然法，力图将法律从神权束缚下解放出来；鼓吹理性主义或功利主义，为资产阶级民主制度提出许多

^① [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》，成文堂1986年版，第21—22页。



影响深远的见解。主张这些新思想的学者就是启蒙思想家。在刑法上，他们批判中世纪身份的、擅断的、残酷的、神学的刑法，为近代刑法学的建立提出了许多宝贵的观点。探本溯源，研究近代西方刑法思想史，不能不把他们的刑法思想放在首章。

在这一章中，应当写哪些思想家？现有资料看法颇不一致：日本学者木村龟二教授在《刑法学词典》中，认为由格老秀斯开始到费尔巴哈刑法理论形成期间是刑法的启蒙时代，其中包括贝卡里亚和边沁都属于启蒙思想家。内藤谦教授在《现代刑法讲座》第一卷中，认为贝卡里亚、费尔巴哈是启蒙主义刑法思想的典型代表，但却是在“古典学派的形成与展开”的标题下论述的，即认为他们是属于古典学派的人物。大谷实教授在其《刑法讲义总论》中“启蒙思想与刑法理论”的标题下，指出启蒙思想家们是从格老秀斯开始的，接着谈到霍布斯，在附注中还提到伏尔泰、狄德罗、爱尔维修、孟德斯鸠，但在具体论述时，着重论述了贝卡里亚、费尔巴哈和边沁；可是在后面论述古典学派时，又认为启蒙期的刑法理论亦属古典学派。我国学者大多将贝卡里亚、费尔巴哈、边沁列为古典学派的创始人或重要代表。我们认为上述三位学者不只是有某些刑法思想，而是已有系统的刑法理论；虽然其刑法理论是基于启蒙思想而形成的，但他们不同于在他们之前的那些启蒙思想家，应当像内藤谦教授和我国学者那样将他们列入古典学派中论述。据此，根据有关资料，本章拟从格老秀斯开始，述评几位启蒙思想家的刑法思想。他们的刑法思想是以自然法理论和社会契约论为理论基础的，他们关于刑法的主要观点可以归结为如下几主面：

一、刑法与宗教分离

在中世纪，法与宗教密不可分，与此相反，启蒙思想家根据社会契约论说明国家刑罚权的根据，从而否定神意是刑罚权的根