

《外国刑法研究资料》第三辑

目 录

刑罚制度的基础理论

(日) 庄子邦雄…………… 1

《苏联大百科全书》关于刑罚的介绍…………… 26

《英国不列颠百科全书》关于刑罚的介绍…………… 29

《日本世界大百科事典》关于刑罚的介绍…………… 43

美国刑法中的刑罚

(苏) Ю·М特卡切夫斯基等…………… 59

刑罚及其目的

(苏) Б·尼基福罗夫…………… 71

刑法的目的——惩罚理论

(美) W·H·拉斐夫著…………… 84

西德刑事制裁的法律与理论

(西德) 约阿希姆·赫尔曼…………… 89

日本近代刑罚概要

日本律师联合会编…………… 109

完善刑罚的立法

(苏) Г·Б·维钦别尔格…………… 120

当代资产阶级国家刑罚制度的若干新特点

何鹏 赖宇…………… 131

谈谈资产阶级国家的死刑	
周叶谦 欧阳涛·····	139
作为一种法律制裁的死刑概况	
(英) M·L·罗贝茨·····	151
英国限制死刑的新法律——“废除死刑	
派”与“保留死刑派”的斗争·····	161
印尼关于死刑条款之争·····	172
死刑设置和废除的理由	
林纪东·····	176
新的刑罚措施与剥夺自由的适用	
(波) 阿·古宾斯基·····	183
定期刑是不切实际的改革吗?	
(美) 伦纳德·奥兰·····	188
罚金刑之改造	
林纪东·····	200
美国惩处罪犯的新方法——劳动赔偿	
(美) 大卫·哥丁戴尔·····	206
现代资产阶级刑罚中的累犯	
(苏) M·且·沙尔戈罗茨基·····	210
数罪	
(苏) H·A·别里亚耶夫等·····	216
缓刑和假释的历史概述	
(美) 休·泰特斯·李德·····	230
外国刑法关于缓刑之比较	
谢兆吉 刁荣华·····	232
外国刑法关于假释之比较	
谢兆吉 刁荣华·····	235

瑞典的监外执行措施	
(瑞典) 国家监狱和缓刑管理局·····	238
意大利的保安处分	
(日) 柏木千秋·····	246
外国刑法关于保安处分之比较	
谢兆吉 刁荣华·····	263

刑罚制度的基础理论

(日) 庄子邦雄

(一)

刑罚制度的意义

一、费尔巴哈和李斯特的刑罚理论之地位

费尔巴哈提倡心理强制说，主张必须先把犯罪与刑罚的关系做一明确规定，依此对一般人加以心理的强制。在对一般人发挥威吓效用这一点上来认定刑罚的根据。但是，根据费尔巴哈这样的刑罚理论不足以给刑罚的意义以明确的说明。费尔巴哈的理论，是与如何使人不趋向犯罪的一般预防的目的紧密地联系起来，以求得刑罚存在的根据，这对何以要加以所谓刑罚的强制的这一刑罚制度的意义不能给以直接的回答。正如已明确说过的那样，由于康德对功利主义的刑罚理论的缺陷加以猛烈的攻击，费尔巴哈便有意识地对须讲清刑罚制度的内在根据的问题采取回避态度，而在对人的心理强制上来确定刑罚的根据。

李斯特的刑罚理论是怎样的呢？李斯特以开展目的刑论来强调社会防卫的必要性，与其说他主张一般预防不如说重视特别预防、倡导刑罚个别主义。在费尔巴哈的刑罚理论来说，功利主义的见解也具有强有力的支配作用，与其说他与康德的观念论相对立莫如说对这一对立具有强烈的回避倾

向。但是，李斯特的刑罚理论，却充满着与康德观念论正面对立的强烈意愿。李斯特认为，根据康德的伦理观念是无法建立起防止犯罪激增的有效对策的。因此，他倡导对各个犯罪采取各自相应的处遇，以改善、教育以至采取隔离措施，大力主张刑罚个别主义。而且，他主张目的刑论，认为刑罚制度不是观念的而是要在现实中来把握，须从经验教训中来理解刑罚的意义。他发展了同康德观念论相对立的实证主义的刑罚理论。李斯特的刑罚理论虽具有这样的性质，但是同费尔巴哈的一样不能透视刑罚制度的内在的根据和本质。

费尔巴哈、李斯特都由于对康德观念论有了深刻的认识，以至在探求刑罚的强制的内在根据上，没有表示积极态度。以后，李斯特，采取伦理的观念和自然主义的实证主义相对立的立场和以贝克米耶为代表的报应刑论的刑罚理论展开了激烈的抗争。这就是刑法学上有名的“刑法学派之争”。为了明确刑罚制度的意义和本质，就必须把刑罚理论中的对立抗争之意义加以明确的阐述。

二、报应刑论和目的刑论之对立的意义

所称“刑法学派之争”，是指以贝克米耶为代表的旧派思想和以李斯特为代表的新派思想之间的对立抗争。总之是具有某特定年代的特征。即或不采取李斯特的新派和贝克米耶的旧派之间的对立形式，报应刑论和目的刑论之间的对立抗争，已被看做是相当一般化的现象。就是在日本，目的刑论和报应刑论的对立抗争，在牧野英一博士和小野清一郎博士以及潼川幸辰博士之间展开了激烈的争辩。但学派之争竟

如此进行大肆宣传，是否有言过其实之嫌呢？果然能把两种刑罚理论的对立绝对化吗？报应刑论把刑罚的存在根据做观念的把握；目的刑论和教育刑论把刑罚效用做实证的主义的理解。在这一点上，虽可以承认观念论和实证主义两者间的对立，但能不能因此认定两种刑罚理论的对立含有完全不能融和的意思呢？

报应刑论者认为，刑罚是根据犯罪行为给犯罪者的报复。报应论者把刑罚做如斯的理解，没有理由否定目的刑论者所强调的具体的、现实的目的。就是开展绝对说的康德，也是一面把报应主义的现实作为刑罚的绝对根据加以推崇、一面对刑罚的有益的目的也没有理由掺杂异议。在考虑到刑罚的本质时，不过是，主张把报应的正义现实作为第一，并不否定功利主义的目的和效用。如果这样把握报应论的实质，那种认为报应刑论和目的刑论的完全对立、不可融和的刑罚理论的本身，应该说是对两者的对立的一种夸张。而且，就目的刑论来说，也是像报应刑论一样情况。那末，我们就试把李斯特的刑罚理论来讨论一下吧！正如已明确说过的那样，李斯特主张目的刑论和防卫刑论，强调社会防卫的目的、刑罚为功利主义的目的服务。正因为如此，就把犯罪者或一般人置于为达到功利主义目的手段的地位。于是，在恢复已被置于一种手段地位的犯罪者或一般人的主体性的目的要求下，就强调了法定主义的原则；试图在社会防卫命题和拥护犯罪者自由命题之间进行妥协。但是，李斯特之所以为拥护犯罪的自由的目的而大肆宣传罪刑法定主义原则的意义，又应做何理解呢？正如已明确说过的那样，罪刑法定主义原则，是适应近代合理化的要求而产生的，是随着预测犯罪行为 and 刑罚的关系这一预测可能或计算可能的要求而发展

起来的。之所以强调适应这样的要求而产生的罪刑法定主义原则，也就是为在犯罪和刑罚的关系上，来要求报应的均衡和报应的正义。为了通过犯罪行为来予测刑罚，就必须把犯罪行为和刑罚之间的合理关系预定下来。因而，从这样的角度来论罪刑法定主义原则时，可以看出，在罪刑法定主义原则之中，就蕴含着报应主义的要求。尊重犯罪者自由的李斯特之所以强调罪刑法定主义原则的意义，也就是对犯罪和刑罚之间的均衡予以特别的重视。这样的情况，不限于李斯特，无论什么样的目的刑论者全都把罪刑法定主义原则予以原理上的承认。这为的是，尊重犯罪者的自由，重视犯罪和刑罚之间的均衡关系。不应为了采用目的刑论而否定报应的正义。目的刑论和报应刑论完全不可融和的思想，是把两者的论点置于极端对立的状态之中。

当然，报应刑论和目的刑论以及教育刑论之间，关于把握刑罚意义的方法方面，确表现为原理上的对立。那就是伦理观念论和实证主义的对立。这种对立是由于对刑罚的看法不同而产生出来的，是基于从什么角度来把握刑罚的实体的方法不同而产生出来的。如前已明确说过那样，这种对立并不是完全不可融和的对立。如果把报应刑论和目的刑论以及教育刑论的对立做过度的夸张，在把握刑罚制度的实体方面会产生错误。

三、刑罚理论的流派和刑事政策

希腊时代以来，刑罚一直是一个议论的对象。柏拉图认为刑罚的中心是犯罪者自身洗自己的罪、赎自己的罪的问题。普罗塔哥拉斯主张不是由于违反法律而处以刑罚，适用刑罚乃是基于将来的目的。是赎过去的罪行呢还是为将来目

的手段呢？从希腊时代即已存在着绝对说和相对说对立的根本形式。但是，这样的对立，各个时代，具有各种不同意义的主张，决不能根据一般形式而论。虽然承认中世纪的刑罚理论是倾向于绝对说，但又不能与希腊柏拉图的绝对说同一而论。在柏拉图来说，在希腊盖以都市国家的市民自由意识为背景来研究刑罚制度。在中世的刑罚理论中，希腊教为掌握西欧文化的主导权，古典文化的主知主义也受制约，应认为是以说明神灵摄理一切的思想为背景来开展绝对说的。中世纪发展起来的刑罚理论一方面要把刑罚作为爱的法律来理解，另一方面，又认为刑罚权是一种神的委托。爱的法律和神之委托的刑罚权，确是一种矛盾。克服这种矛盾，基于神的旨意，渐渐统一于报应思想。可以说，这与柏拉图的赎罪说之间存在着本质的差异。

这种意义的差异，在中世纪所开展起来的刑罚理论和启蒙主义时代所开展起来的刑罚理论之间也可以看得出来。正如前面已明确说明的那样，在启蒙时代，根据合理主义和自由主义的思潮对中世纪起支配作用的非合理制度进行了批判。刑罚制度是其批判对象。这是不言而喻的。中世纪的刑罚理论建立起刑罚是神之委托的思想。为了贯彻这样的思想，就要符合神的意思，刑罚越严峻越妥当，结果是法律滋章、刑罚苛酷。启蒙主义时代的刑罚理论，主张必须从这样的苛酷刑罚理论摆脱出来，建立一种新的合理的刑罚理论。由于必须遵循现实的合理目的来理解刑罚，于是就开展了倾向于相对说的刑罚理论。但是，与中世的刑罚理论同样，也含有报应思想的主张。可是，和中世的观点不同。中世的刑罚理论，建立了基于神的旨意的应报思想；启蒙主义时代，从人道主义观点大肆鼓吹报应正义的必要性。由于不能无视犯罪与刑罚

之间的均衡，要求按罪量罚。所以，启蒙时代的刑罚理论具有两面性。一面是为功利主义服务；另一面为求得犯罪与刑罚相关关系的合理性而要求报应的正义。康德正是大力与前者为敌。康德这样说：从人格绝对尊严的立场来说，把刑罚用做达成一种目的的手段是不容许的。而且，认为犯罪者通过和国家订立契约，对自己的刑罚是同意的，刑罚权也是由与国家订立契约产生出来的，理解为自己的人格权的放弃，是不能被承认的。刑罚，经常必须是以人犯罪为理由而科处，为了回避康德这样的激烈的非难，费尔巴哈就在对无成熟经验的人的心理强制上寻找刑罚权的根据；与此同时，倾向于相对说。启蒙主义时代的气息浓厚的费尔巴哈，一面在康德的激烈非难面前让步，一面又强调一般预防的目的，而滑向相对说的方向。但是，如前已明确说过的那样，尽管唱罪刑法定主义原则的高调，并未完全无视报应的正义要求。在回顾昔日希腊发展起来的刑罚理论的过程的时候，曾出现各种意义的绝对说。而且，不能认为绝对说和相对说的对立是完全不可融和的决定性对立。尽管是这样，绝对说和相对说的对立，仍大肆喧嚷，“学派之争”仍在激烈地展开，其故安在？不是别的，那就是，为了解决随着产生革命的风暴涌现出来严重的社会问题，以及为激增的犯罪浪潮讲求适当的措施，这就促使对迄今为止的刑罚理论予以重新考虑；强烈要求以现实的具有实效的刑法理论代替以前的软弱无力的刑罚理论。大肆喧嚷社会防卫的必要性，强烈要求有效的刑事政策；为此，突然重视相对说的机能，出现了与绝对说对立的高潮。因为这个缘故，对相对说和绝对说的对立，有了极其明确的认识，乃是期待有个强有力的刑事政策的产业革命以后的事。李斯特，以产业革命后的社会形势为背景，对迄

今为止的观念论的软弱无力大肆进行宣传，唱导社会防卫的必要，主张刑罚个别主义，讲求适当的犯罪对策，可谓言之有理。

四、刑罚制度的意义

刑罚是报应还是为目的服务的手段呢？这一争论，远从希腊时代就开始了，无完无了地继续着。但是，如前已明确说过的那样，就是把刑罚理解为对犯罪的报应的绝对说，也没有完全否定现实目的之意思。就是主张刑罚是为现实的目的服务的手段之相对说，也没有否定犯罪与刑罚间报应均衡的必要性。与其说报应刑和目的刑相对立莫如说由于强调哪一方面的重点不同而产生出来的结果；作为全面理解的方法来说并不是绝对的对立。只是，在产业革命后，随着社会形势的激剧转变，攻击观念论的无能为力的现实主义与寓于观念论之中的精神主义的对立显得突出起来，只是因此，绝对说和相对说似乎给人一种刑罚理论上的两极对立的印象。

究竟什么是刑罚呢？刑罚是作为国家的法律制度而存在的。最重要的是，首先，必须把刑罚作为一种法律制度加以把握。我们不能不研究刑罚何以必须依法而被承认。从这一角度来探讨，发展到现在为止的报应刑论也是不足以令人信服的。康德认为：“经常是，唯有根据他已犯罪的理由，才应对他适用刑罚”。这不过是以无上的法令即无天命作根据，在先天人伦的必要性上来把握刑罚的意义，并没有把刑罚作为现实国家制度的意义加以积极的理解。为了立足于绝对的根据来掌握刑罚的意义，就提出了关于：“国家解散，犯人最后也不能不被处死刑”的主张。像这样的绝对报应观点，是对作为现实国家制度的刑罚的正确意义的无视。只要

是把刑罚作为国家的一种制度而存在，就必须在现实国家的正义范围内来理解刑罚的意义。

刑罚是现实国家的一种制度。刑罚的根据也好，刑罚的意义也好，都必须在与国家的关系的基础上加以把握。而且，只要是国家作为法的共同体而存在，刑罚必须同国家密切地联系在一起才具有意义。那末，刑罚和法的共同体的联系应如何来掌握？本来，人是精神的存在，是应作为一个自由的人格而存在。为了这样的自由的人的生存成为可能，人伦共同体，就必须作为个人的生活的依据发挥其机能。人为了作为一个自由的人格而存在，就必须确立一个人伦共同体。法的共同体支持着这样的人伦共同体，调整这样的人伦共同体的内容。在这个意义上，法的共同体是形成人伦共同体的一个环节。国家作为具备这样性质的法的共同体发挥其机能，对侵害法的共同体的侵害行为进行镇压，这样就不能不确立法的共同体的支配地位。为了确立这样的支配地位，首先，必须对一般公众公布对侵害法的共同体的犯罪行为是非法的、应被非难的；而且，为对犯罪者中存在的个别意思进行压伏，还必须施以刑罚的强制。归根到底，适用刑罚是企图确立法的共同体的支配地位。另外，由于犯罪者已实行的侵害行为是非法的、应被非难的问题被否定，犯罪者又作为法的共同体中的一员再被接纳进来。所以，刑罚是，当一个具有理性的人，和法的共同体的一般意识背道而驰，而成为一个犯罪者时，为了明确他应受的非难，对这一犯罪者的个别意思予以强制。而且，也是国家为重新接纳这一犯罪者成为法的共同体的一员所采取的一种措施。我们必须承认与其说是给犯罪者以报应，或使其赎罪，莫如说，使犯者作为法的共同体的一员重新被接纳更具有积极的意义。归终，康德

是在赎罪方面来求得刑罚的积极意义，如已说过的那样，他只是主张犯罪者以他已犯罪的理由“被处罚”，以外并没指出这一理由的根据。积极指出这一理由的根据的，乃是黑格尔。他在法的共同体，确立法的支配地位的这一点上，来求得刑罚的积极意义。所谓刑罚是由国家实施的一种制裁，是对犯罪者的报应的这一说明，没有体现出刑罚的任何积极意义。而且，也没有明确指出刑罚权的根据来。为了明确指出作为国家制度的刑罚的内在根据，就必须把刑罚同法的共同体密切地联系起来加以把握。

刑罚是，通过压伏犯罪者的个别意思，明确个别意思的违法性，以确立一般意思的法的绝对支配地位。刑罚的积极意义，必须在刑罚宣布危害、违法中来求得。之所以这样说，正如康德所说那样，刑罚是以犯罪为理由而适用，这一点是不能否定的。黑格尔也说，由于已否定了法，否定这一否定的就是刑罚。如果从这样刑罚的反动的侧面来考虑，刑罚就是由国家科处的一种报复的这一点是不能否定的。刑罚的积极意义，已经求之于犯罪危害性的宣言，求之于赎罪。这一刑罚性质与国家给的报复合并考虑的话，所谓刑罚就能作为赎罪的报应来论。如已看到的那样，近代市民刑法，特别要求予測可能性，要求确立罪刑法定主义原则。在犯罪与刑罚之间要受报应均衡的支配。这样场合的报应，超出于对犯罪的一种反动制裁的意义，具备量定罪行的基本原理的意义。应把这认为是罪行和责任相适应的一种刑罚；它规定着一种均衡的原理。这样具有量刑原理意义的报应，就是主张相对说的论者也不得不予以承认。但是，这样的报应并没有指出刑罚的内在根据，而不过是说出了量刑的机能。我们必须一面在单纯的反动报应和含有报应正义的报应之间加以明

确的区别，一面把握刑罚的实质。

本来，由于把国家制度的刑罚作为赎罪的报应来理解，那并没有否定各种各样的刑罚目的的意思。关于刑罚的内在根据、刑罚的意义问题以及刑罚的现实目的以至机能问题必须加以明确的说明。适应各个时代的要求，刑罚必须为一定的现实目的服务，研究这个问题，归根到底是个现实的经验上的问题。当我们体会这个问题时，有必要对真确可靠的经验进行认真的洞察；而且，有必要运用健全常识的判断。必须根据在总结以往的经验的基础上获得的确切判断力对问题进行合理的解决。刑罚的目的虽然说是经验上的问题，但是如果在刑罚的内在根据以及刑罚的意义的问题上缺乏正确的理解，就可能产生方向性的错误。关于作为国家制度的刑罚的意义的正确理解和根据经验得出的、对刑罚目的的合理洞察，是刑罚制度的前进中不可缺少的。

(二)

刑法近代化和刑罚理论的困惑

1. 近代刑法的形成和刑罚制度的近代合理化

A. 近代市民刑法的形成

众所周知，法国革命是打着自由和平等的旗帜进行的。这个革命一开始就有近代市民法的出现。封建社会存在的身分以及其他各种差别废除了，每个人的人格一律平等待遇；由于相互能够站在对等的立场，基于自由意识订立契约进行交易，近代市民法就得到了发展。归根结底，根源于启蒙主义乃至自由主义的“自由”思想，成为近代市民法的基

础。所谓第三身分（tiers état）从封建社会统治下的封建束缚解放出来，为了自由兴办企业，解除封建社会既存的“特权的束缚”，在自由和平等的背景下，订立契约，这对每个人都是非常必要的。在这个意义上，支配民法和商法的契约自由原理和交易自由原理，把支撑法国革命的自由和平等的精神如实地反映出来。其明显的表现，就是法国革命后立即立出的谢普雷法（Loi Le Chapelier）。这个立法中，不仅禁止工人结社，而且也禁止雇主的结社。因结社就要以团体的意思压迫个人的意思。由于结社妨碍自由意思的个人契约的考虑，所有的结社都被禁止。

当然，作为近代市民法产生出来的，不仅仅是民法和商法。关于工人身分的特别考虑，意思是说，认定工人“特权”的劳动法除外，那末，其他一切的法，都作为近代市民法体系的一翼，形成并发展起来。就刑法来说也不例外，不，不如说，以推进根源于近代市民社会的自由和平等的要求，使近代资本主义走上轨道为目的，刑法是拥有着强力支柱的机能。近代意义的罪刑法定主义的原则的确立，给刑法的近代化带来了最强大的影响。

韦巴（Weber·Max）认为，近代资本主义所以具有左右人的生活命运的力量，盖由于资本主义是在“合理的生活原理”的轨道上发展起来的。所说的近代资本主义，是在以专门的官僚和合理的法律为基础的国家中，才会得到成长。确实，像韦巴所说那样，不论根源于启蒙主义和自由主义思想也好，不论作为市民法特征的“法律面前人人平等”的思想也好，可以说，它们都是从“关心合理性”这一点出发。所以就近代市民刑法来说，也必须以这一“关心合理性”为决定性的动因来进行法的改造。罪刑法定主义原则是在此

“关心合理性”的基础上建立起来的近代市民刑法的根本原则。

一般认为费尔巴哈（Feuerbach 1775—1833）确立了罪刑法定主义原则。他也确是把罪刑法定主义原则作为刑法学上的原则而构成了明确的刑罚理论。但是，即使没有费尔巴哈的理论，由于近代市民刑法的根本性质，是以基于形式的合理主义的构成为前题；它与罪刑法定主义原则的相互结合是显而易见的。就是费尔巴哈以前，孟德斯鸠等也是本诸近代市民刑法的根本性质以求罪刑法定主义原则的实质。说来，孟德斯鸠主张以能够像机械那样的计算的合理法律为目标，把诉讼法和实体法加以形式化。宾达（Bender）主张犯罪和刑罚之间存在着严格的相互关系。还有贝卡利亚对法国革命前封建的旧制度的刑事司法状态力加反对，大力提倡刑事事实法的明确化，以及刑事诉讼法的合理化。总之，刑法近代化，不管怎样，是随着从“关心合理化”出发的罪刑法定主义原则的确立开始的。

B. 刑罚制度的近代合理化

刑法近代化的原动力是启蒙主义理念和自然法理念。关于这个问题，普兰尼滋是这样说的，刑法所说的中世终了，是指将近十八世纪的启蒙主义时代。在宗教改革时代，随着神学观占支配的优势，架起了通向迷信的桥梁。一四八四年，罗马教皇印诺森德八世发出的魔女追诉书，重新引起了关于魔女的妄想。逐渐地到了一七〇五年，清教·汤麦修斯提出了关于“魔术以及魔女追诉的恶习”的反对论。启蒙主义把生活受魔女的支配改换为受人的理性的支配。由于这样的启蒙主义思想，人的理性就应当决定刑罚的意义，就应当

决定刑罚的合理目的。通过这样的刑罚新论点，刑罚必然要走向人道主义化。在这种背景下，贝卡利亚在其一七六四年刊行的《犯罪与刑罚》的著作中，对拷问和死刑从正面加以抨击。之后，立法在逐步前进着。普兰尼滋有如下的主张。

刑罚制度的近代合理化，正如普兰尼滋所说那样，最关键的还是随着刑罚人道主义化的动向，开始开展起来的。随着残酷刑罚的废除，以及刑罚的缓和的努力动向，开展了刑罚合理化的第一步。居于这个动向顶点的乃是关于废止死刑的强有力的立论。应该说，启蒙主义时代的死刑废除论是指出世界观尖端的理论，一个接着一个的启蒙时代的代表理论家，在废止死刑问题上，展开了激烈的争论，这是事属当然。就中，贝卡利亚一七六四年，出版了《犯罪与刑罚》，给当时的刑事司法状态以极为尖锐的抨击，在主张废除拷问和残酷刑罚的同时，强烈要求废除死刑，给全欧洲以极大影响。

作为废除死刑的要求顶点，大力推进缓和的刑罚，究竟是什么道理呢？这并不是别的，例如就卡罗林法典的例子也清楚地表明，在启蒙时代依然存在着中世纪的残酷死刑，不具刑和身体刑，这样的不合理刑罚的矛盾已被强烈地意识到。不合理刑罚的矛盾已被意识到，合理的刑罚的制定欲求，随着时代的进展而提出来。为此，从十七世纪开始在西欧逐渐地缩小了死刑的适用范围，到十八世纪，执行残酷的死刑的影子消迹，不具刑亦逐渐走向废除的方向。

但是，为了使中世纪不合理刑罚转向合理的刑罚，就必须以新制定的刑罚代替迄今为止已制定的不合理的刑罚。不单单是制定为威吓目的服务的刑罚，而且必须要制定为崭新

的目的服务的刑罚。适应这一目的而提出来的，就是近代自由刑，它与作为废除死刑顶点的大力缓和刑罚的要求相结合，发挥了推进近代自由刑以及刑罚制度的合理化的机能。自由刑是合理刑罚的具体化，是近代刑罚之花，就它的机能来说，确是经过相当的曲折。就代替什么不具刑、身体刑和死刑登场的长期自由刑来说，它并不是近代自由刑的根本形式。所称的长期自由刑，是仿效罗马法的公役刑（Opus-publicum）的法的形式，它预先规定着通过摇船、筑城、挽车等实行强制劳动的作业。这与近代意义的自由刑理念的改善和教育的性质没有直接的联系。相反，在一五七七年的纽伦堡惩治监以及什么一五九五年的阿姆斯特丹惩治监实行的监狱劳动，是对流浪者，避忌劳动的乞丐和一些什么卖淫的妇女所处的一种短期自由刑，并把这称做近代自由刑的根本形式。确实是，在这里努力使他们养成遵守生活纪律的习惯、爱劳动的习惯。可以说这样的刑务所劳动是在清教主义基础上进行的。例如，一六〇七年在阿姆斯特丹旧女监门前挂起了清教的宣传教育标语。即：“不要怕！我们不想对恶行复仇，却想导致善行，我们手虽严酷，但心里满怀爱意”。这可以说是高举教育刑的理念，开始努力于改善教育刑。在这样的惩治监的作业中能够找出近代自由刑的萌芽。但这只能说是初步具备了作为根本形式应有的内容，还没做到完全合理化的地步。因：第一，监中的作业，过于单调，而且还没有脱掉强制劳动的本色。其次，教育刑理念日愈提高，必须向着使罪人能作为社会的成员重新回到社会的方向大力进行教育，积累经验。迄今的自由刑的各种试验，总不外是向着这方面所作的努力。

现在，关于行刑处遇问题有各种各样的议论。就中最引