

武汉大学刑事法研究中心

近代西方刑法学说史

马克昌摇主编

莫洪宪摇副主编

中国人民公安大学出版社

· 北摇京 ·

近代西方刑法学说史 鞠克昌主编 一北京：中国人民公安大学出版社，1998.12

摇Ⅰ援近…摇Ⅱ援马…摇Ⅲ援刑法—法学史—西方国家—近代摇
Ⅳ援25.94

近代西方刑法学说史

马克昌摇主摇编

莫洪宪摇副主编

地摇摇址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：510008

经摇摇销：新华书店

印摇摇刷：

版次：第 1 版第 1 次印刷

印 搖 搖 次： 國 國 年 月 第 次

印摇摇张：灵眼缘

开摇摇本：愿园毫米 伊愿园毫米摇摇圆

字摇摇数：源园千字

书摇摇号：陽量 怨愿愿为原愿示和原愿聚原缘園·苑熙

定摇摇价：源圆元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(0404) 88888888

版权所有 侵权必究

耕犁鋤耨 糴築岳 責難難難難難難難

惜惜觀勝樓景銀磚瓦圓唐搖搖搖惜惜觀勝樓景銀磚瓦圓唐

作者简介

(以所写章节先后为序)

马克昌摇武汉大学资深教授、博士生导师

康均心摇武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士

贾摇宇摇西北政法大学教授、博士生导师、法学博士

张绍谦摇上海交通大学法学院教授、博士生导师、法学博士

莫洪宪摇武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士

王摇晨摇湖北省高级人民法院副院长、法学博士

王安异摇中南财经政法大学副教授、法学博士

鲁摇兰摇司法部预防犯罪研究所研究员、法学博士

林亚刚摇武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士

陈家林摇武汉大学法学院副教授、法学博士

鲜铁可摇最高人民检察院控告申诉厅副厅长、法学博士

熊摇琦摇德国弗莱堡大学法学系暨马克斯 原普朗克外国、国际
刑法研究所博士研究生

前摇摇言

本书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，系修订《近代西方刑法学说史略》而成。

刑法学的研究，离不开刑法学说即法学大师或著名刑法学者的刑法思想。试看日本刑法总论著作中，大多有“刑法学中学派抗争的扬弃”、“刑法及刑法理论之史的展开”等章节，就是明显的例证。基于这样的认识，于1985年主编了《近代西方刑法学说史略》一书，由中国检察出版社出版，受到读者欢迎，印刷六至七次。

这一情况使编者高兴，也使编者不安。高兴的是著作受到欢迎，一再印刷；不安的是书稿不免欠缺，有待改进，因而决定认真修订。原来，后期古典学派的刑法理论系根据日文著作中的第二手材料撰写的，因而失之单薄。考虑到这一学派的代表人物均为德国学者，由在德国留学的同志根据原著撰写，才能得心应手，写出深度，所以该章全部重写。日本新派与旧派的刑法理论，由于当时写作时间较紧，写得也欠充分，因而改写或重写，篇幅明显增加。此外，第一章作了补充，第三章加以修订，最后还增写了耶赛克的刑法思想，使内容进一步得到充实。修订后，全书增加了十余万字，内容比原来丰富了。所以将原来书名的“略”字去掉，改称《近代西方刑法学说史》，以示与原书有所不同。

经过修订，本书内容虽较原书有所充实，但仍有一些著名学者的刑法思想未能论述，这实由于水平有限所致。因而既望学界同仁和读者谅解，也盼不吝给予指正。

编摇者

1985年 愿月 源日于武汉大学

摇员

目 录

前 言	1
第一章 启蒙主义的刑法思想	1
第一节 启蒙思想与近代刑法学	1
一、刑法与宗教分离	2
二、罪刑法定	2
三、客观主义	3
四、罪刑相称	3
五、目的论的刑罚观	3
六、法律面前人人平等	3
第二节 荷兰和英国启蒙思想家的刑法思想	3
一、格老秀斯的刑法思想	3
二、霍布斯的刑法思想	3
三、洛克的刑法思想	3
第三节 法国启蒙思想家的刑法思想	3
一、孟德斯鸠的刑法思想	3
二、法国百科全书派的刑法思想	3
三、卢梭的刑法思想	3
第二章 古典学派的刑法理论	3
第一节 古典学派的刑法理论概说	3
一、罪刑法定主义	3
二、罪刑相适应原则	3
三、刑罚人道主义	3

◎ 近代西方刑法学说史

四、意志自由论	(续)
五、道义责任论	(续)
六、客观主义	(续)
第二节 摇贝卡里亚的刑法思想	(续)
一、罪刑法定主义思想	(续)
二、双重预防的刑罚目的观	(续)
三、追求最佳效果的刑罚适用原则	(续)
四、在法制国家彻底废除死刑的主张	(续)
第三节 摇边沁的刑法思想	(续)
一、犯罪的分类方法	(续)
二、确定犯罪恶害程度的原则及影响犯罪恶害程度 的情节	(续)
三、关于刑罚的理论	(续)
四、对犯罪的遏制方法和补偿方法	(续)
五、预防犯罪的策略	(续)
第四节 摇费尔巴哈的刑法思想	(续)
一、费尔巴哈刑法思想的哲学基础	(续)
二、心理强制说	(续)
三、罪刑法定主义	(续)
四、犯罪理论	(续)
五、刑罚理论	(续)
第五节 摇康德的刑法思想	(续)
一、国家刑罚权的渊源——社会契约论	(续)
二、刑事责任的根据——自由意志论	(续)
三、刑罚性质——绝对报应论	(续)
四、刑罚的尺度——等量报复论	(续)
第六节 摇黑格尔的刑法思想	(续)
一、关于犯罪	(续)
二、关于刑事责任	(续)

三、关于刑罚	(页码)
第三章 近代学派的刑法理论	(页码)
第一节 近代学派的刑法理论概说	(页码)
一、犯罪原因论	(页码)
二、意思必至论或决定论	(页码)
三、社会责任论	(页码)
四、主观主义或人格主义	(页码)
五、目的刑主义	(页码)
六、保安处分论	(页码)
第二节 龙布罗梭的刑法思想	(页码)
一、犯罪原因论	(页码)
二、犯罪人定型说	(页码)
三、社会防卫论	(页码)
四、特别预防论	(页码)
第三节 加罗法洛的刑法思想	(页码)
一、自然犯罪观	(页码)
二、犯罪人类型	(页码)
三、犯罪处遇观	(页码)
四、对古典学派的批判	(页码)
五、国际刑法	(页码)
第四节 菲利斯的刑法思想	(页码)
一、犯罪原因三元论和“犯罪饱和法则”	(页码)
二、人身危险性与犯罪类型论	(页码)
三、社会责任论	(页码)
四、个别预防论与“刑罚替代物”	(页码)
第五节 李斯特的刑法思想	(页码)
一、犯罪原因观	(页码)
二、犯罪预防观	(页码)

◎ 近代西方刑法学说史

三、犯罪观	(圆藏)
四、刑事责任观	(圆藏)
五、刑罚观	(圆藏)

第四章 摇后期古典学派的刑法理论

第一节 摇后期古典学派的刑法理论概说

一、规范主义	(圆藏)
二、构成要件论	(圆藏)
三、因果关系论	(圆藏)
四、共犯论	(圆藏)
五、从报应刑论到“分配理论”	(圆藏)

第二节 摇宾丁的刑法思想

一、实证方法：摆脱哲学玄想之刑法学	(圆藏)
二、实证法基础：规范及其违反	(圆藏)
三、实证法解释：犯罪构成理论	(圆藏)
四、实证法保障：刑罚惩治理论	(圆藏)

第三节 摇比克迈尔的刑法思想

一、刑法思考的起点	(圆藏)
二、因果关系理论	(圆藏)
三、共犯学说	(圆藏)
四、报应刑论	(圆藏)

第四节 摇贝林的刑法思想

一、贝林的刑法学思考方法	(圆藏)
二、构成要件理论	(圆藏)
三、犯罪论体系	(圆藏)
四、修正报应刑理论	(圆藏)

第五节 摇迈尔的刑法思想

一、刑法中的思考方法	(圆藏)
二、法规范和文化规范	(圆藏)

三、犯罪论	卷四
四、刑罚论	卷四
第六节 梅茨格的刑法思想	卷四
一、从实证主义到本体论的思考方法	卷四
二、构成要件理论	卷四
三、不法理论	卷四
四、责任理论	卷四
第五章 日本新派和旧派的刑法理论	卷四
第一节 日本新派和旧派的刑法理论概说	卷四
一、日本的新派刑法理论	卷四
二、日本的旧派刑法理论	卷四
第二节 牧野英一的刑法思想	卷四
一、刑法进化论	卷四
二、犯罪定义论	卷四
三、犯罪征表论	卷四
四、社会责任论	卷四
五、因果关系论	卷四
六、法律错误论	卷四
七、教育刑论	卷四
第三节 宫本英脩的刑法思想	卷四
一、刑法的目的及一般预防与特别预防	卷四
二、犯罪的意义	卷四
三、犯罪的一般要件	卷四
四、犯罪形态	卷四
第四节 小野清一郎的刑法思想	卷四
一、反道义的犯罪观	卷四
二、违法、有责类型的构成要件论	卷四
三、道义报应的刑罚论	卷四

◎ 近代西方刑法学说史

四、不彻底的罪刑法定主义	陈原
第五节 摇泷川幸辰的刑法思想	陈原
一、罪刑法定主义	陈原
二、犯罪及其要件	陈原
三、构成要件	陈原
四、关于责任	陈原
五、犯罪未遂	陈原
六、共谋共同正犯	陈原
七、报应刑论	陈原
八、犯罪与阶级斗争	陈原
第六章 摇第二次世界大战后的刑法理论	陈原
第一节 摇第二次世界大战后的刑法理论概说	陈原
一、新社会防卫论	陈原
二、目的的行为论	陈原
三、人格责任论	陈原
四、死刑废除论	陈原
五、综合主义理论或“扬弃说”	陈原
第二节 摇格拉马蒂卡的刑法思想	陈原
一、格拉马蒂卡的社会防卫思想的特点	陈原
二、《社会防卫原理》的基本内容	陈原
第三节 摇安塞尔的刑法思想	陈原
一、安塞尔新社会防卫思想的基本观点	陈原
二、安塞尔新社会防卫思想的主要内容	陈原
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	陈原
第四节 摇韦尔策尔的刑法思想	陈原
一、刑法学的思考方法	陈原
二、目的的行为论	陈原

三、行为无价值论	（续前）
四、人格责任论	（续前）
第五节 团藤重光的刑法思想	（续前）
一、人格行为论	（续前）
二、人格责任论	（续前）
三、客观主义论	（续前）
四、罪刑法定主义论	（续前）
五、“运动”刑罚观	（续前）
六、死刑废止论	（续前）
第六节 耶塞克的刑法思想	（续前）
一、刑事科学合作思想	（续前）
二、刑事政策学与刑罚学	（续前）
三、比较刑法学	（续前）
四、国际刑法学	（续前）
五、刑法规范学	（续前）
后 记	（续前）

第一章摇启蒙主义的刑法思想

第一节摇启蒙思想与近代刑法学

这里所谓的启蒙主义，是指15世纪末到18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1546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（1674—1756），以在地上实现神的正义的名义，在法官时代判处两万人以上死刑，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100个以上，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

① [日] 大谷实著：《刑法讲义总论》，成文堂1985年版，第15页。

◎ 近代西方刑法学说史

发展，^①15世纪至16世纪欧洲资本主义已经萌芽，到17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，为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了许多影响深远的见解。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，应当写哪些启蒙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》“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方面：

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据；主张刑法的目的是保护自由、平等个人的权利而将刑法世俗化。孟德斯鸠说：“人类制定的法律是我们行动的指导，所以应该是戒律，而不是劝说。宗教是我们内心的指导，所以是劝说多而戒律少。”^①他把法律与宗教教规严格加以区别。中山研一教授指出：“作为原则拒绝基于神或人伦的刑法之神秘的绝对的基础，在将刑法从宗教或道德分离上，可以说是具有大的历史意义的。”^②

二、罪刑法定

启蒙思想家反对中世纪罪刑擅断的刑法，主张罪刑法定，认为刑法是成文法，只有对刑法规定的犯罪行为才能科处刑罚，并且只能科处法律明确规定的刑罚。不仅霍布斯这样主张，洛克也认为国家应该以正式公布的和被接受的法律进行统治。孟德斯鸠“还主张三权分立原则，表达罪刑法定主义思想，提倡在立法上明确规定犯罪与刑罚，排斥法官的擅断。”^③法官的“裁判只能是法律条文

① [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（下），张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 154 页。

② [日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂 1983 年版，第 100 页。

③ [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1985 年版，第 150 页。

◎ 近代西方刑法学说史

的准确解释”，^①而不能是法官的恣意。

三、客观主义

启蒙思想家们一致反对对思想定罪和处罚，认为只有行为才能构成犯罪，只有对犯罪行为才能科处刑罚。在格老秀斯看来，惩罚是由于邪恶行为而招致的。霍布斯明确否定思想可以构成犯罪。他举例说，有偷盗或杀人的意图也是一种罪恶，但这种意图没有见之于行为之前，就不能称为罪行。孟德斯鸠写道：“马尔西亚斯梦到他割断了狄欧尼西乌斯的咽喉。狄欧尼西乌斯因此把他处死，说他如果白天不这样想夜里就不会做这样的梦。这是大暴政，因为即使他曾经这样想，他并没有实际行动过。”接着他指出：“思想应该和某种行动连结起来。”“法律的责任只是惩罚外部的行动。”^②

四、罪刑相称

针对中世纪刑罚残酷、滥施重刑的弊端，启蒙思想家们强调罚当其罪，反对残酷刑罚。格老秀斯主张惩罚之苦等于行之恶。霍布斯要求量刑适当，罚必当罪，认为刑罚轻于罪行便不可能达到刑罚的目的。孟德斯鸠主张罪与刑之间应有适当的比例，刑罚的轻重应当协调，对不同的犯罪，刑罚一定要有区别，必要时也可以采取赦免，区别对待。洛克认为，为了达到犯罪预防、一般预防的目的，只有在必要限度内，国家才能正当地行使刑罚。在死刑存废上他们虽然意见不一，但他们都反对残酷的刑罚，反对肉刑、拷问和株连，强调用刑应当慎重宽和，亦即主张“刑罚内容的人道化和宽大化”。^③

① [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 154 页。

② [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 154 页。

③ [日] 中山研一著：《刑法总论》，成文堂 1983 年版，第 104 页。

五、目的论的刑罚观

启蒙思想家对刑罚目的的看法虽然有所不同，但他们却承认刑罚具有一定的目的。格老秀斯很赞赏柏拉图的下述观点：“没有一个聪明的人惩罚别人是因为他犯过错误，而是为了他今后不再犯错误”，他提出惩罚的第一目的是“改造”。“托马鸠斯认为，一般性改造是刑罚的主要目的，由此附带的其他结果是刑罚的次要目的。”^①“伏尔泰以功利主义为基础，认为刑罚的目的就是威吓。”^②孟德斯鸠强调刑罚的目的在于恢复法律秩序，他说：“惩罚犯罪应该总是以恢复秩序为目的。”^③可见否定报应刑的主张是他们的共同观点。

六、法律面前人人平等

与中世纪身份刑法针锋相对，一部分启蒙思想家主张法律面前人人平等。洛克认为，人类天生都是自由、平等和独立的，法律对富人和穷人、权贵和平民应当一视同仁。卢梭也指出：“每个人都生而自由、平等。”^④他认为，实现自由和平等是一切立法体系的最终目的和全体人民的最大幸福。这就为消除身份刑法奠定了理论基础。

以上是启蒙思想家的刑法思想的主要内容。这里需要指出。他们的刑法思想的理论基础，即自然法理论和社会契约论是缺乏科学根据的，他们关于自然状态的描绘和在自然状态中人们经过缔结契约、组成国家的见解，纯属他们的主观臆测，所述事实在人类历史上是不存在的。但它在反对神权政治和封建专制的斗争中确实起了

① [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1985 年版，第 515 页、第 516 页。

② [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1985 年版，第 515 页、第 516 页。

③ [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（上），商务印书馆 1982 年版，第 144 页。

④ [法] 卢梭著：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1982 年版，第 28 页。

◎ 近代西方刑法学说史

积极作用，其历史进步性应当加以肯定。他们的上述刑法思想，虽有这样或那样的不足，但总的来看是值得称道的。他们主张的刑法应从宗教束缚中解放出来、法律面前人人平等、刑罚人道主义及反对罪刑擅断等刑法思想，是对封建专制刑法的激烈抨击，闪耀着人类智慧的火花。他们的罪刑法定、罪刑相称、客观主义、目的论的刑罚观，成为古典学派代表人物贝卡里亚、费尔巴哈等刑法理论的权舆。因而，可以说启蒙思想家的刑法思想，在近代刑法学的形成中具有重要的历史意义。

下面将荷兰、英国和法国启蒙思想家的刑法思想分为两节，对格老秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、法国百科全书派、卢梭等学者的刑法思想分别加以述评。

第二节 荷兰和英国启蒙思想家的刑法思想

一、格老秀斯的刑法思想

雨果·格老秀斯（~~荷兰人~~，原名休格·德·格罗特），是17世纪荷兰资产阶级政治思想家、资产阶级自然法学派的创始人之一，近代资产阶级国际法理论的奠基人。

格老秀斯出生于荷兰德尔夫特城的一个富裕的律师家庭。其父祖籍法国，是著名的律师，曾担任过莱顿市议员和莱顿大学的校长。格老秀斯自幼天资聪慧，愿岁时就能用拉丁文写诗，16岁进入莱顿大学攻读数学、哲学和法理学。17岁在法国奥尔良大学获得法学博士学位。18岁在海牙取得律师资格，担任律师。19年被任命为编史官，出任《荷西战史》总编辑。20年至24年应荷兰东印度公司的请求，写成《捕获法》一书。25年出任荷兰省最高检察院副总检察长。在任期间，作为外交使团成员赴英谈判。26年出使美国。28年因卷入恩威尔宗教案件中，被判处终身监禁。30年在其妻子玛丽亚的帮助下，逃出监狱，流亡法