

法律今典译丛



德国刑法学

从传统到现代

Die deutsche Strafrechtswissenschaft:
Tradition und Moderne

〔德〕埃里克·希尔根多夫 (Eric Hilgendorf) 著

江 溯 黄笑岩 等译



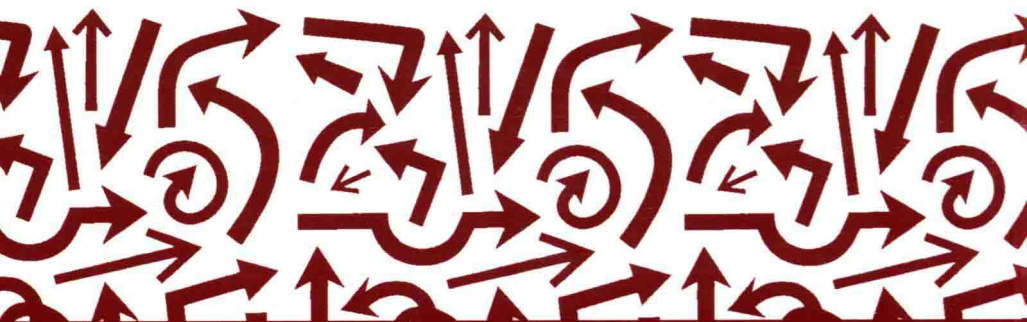
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

《德国刑法学：从传统到现代》一书，从书名就可以看出，存在着传统与现代这两个视角。本书呈现了德国刑法学的多个面向与维度，万花筒般的闪烁着德国刑法学的夺目光彩。

——陈兴良

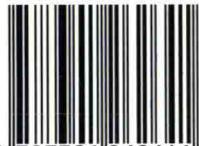
希尔根多夫教授展示的德国刑法学根据体系思维与教义逻辑，处理当今世界前沿与交叉领域复杂问题的驾驭能力及提供的解决方案，对身处全球化时代的当代中国问题的解决，仍然是极富启发与借鉴意义的，而这正是本书出版的学术交流与学术贡献价值所在。

——梁根林



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-26264-1



9 787301 262641

定价：68.00元

DE GRUYTER



德国刑法学 从传统到现代

Die deutsche Strafrechtswissenschaft:
Tradition und Moderne

1991, 2014 • 400 S., 16 Abbildungen • 28
€ 49,99 (D) • 52,99 (A)



www.degruyter.com

法律今典译丛



Die deutsche Strafrechtswissenschaft:
Tradition und Moderne

德国刑法学

从传统到现代

〔德〕埃里克·希尔根多夫 (Eric Hilgendorf) 著
江 溯 黄笑岩 等译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

德国刑法学:从传统到现代/(德)希尔根多夫著;江溯等译. —北京:北京大学出版社,2015.8

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-26264-1

I. ①德… II. ①希… ②江… III. ①刑法—法的理论—研究—德国
IV. ①D951.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第199625号

书 名 德国刑法学:从传统到现代

著作责任者 [德]埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgendorf) 著
江 溯 黄笑岩 等译

责任编辑 李 昭

标准书号 ISBN 978-7-301-26264-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 36印张 500千字

2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷

定 价 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

译者简介及分工

江湖:北京大学法学院副教授、德国马普外国刑法与国际刑法研究所博士后(第二十五、二十七、二十八章)

黄笑岩:德国维尔兹堡大学法学院博士研究生(第一、三、九、十、二十二、二十六章)

梁奉壮:中国人民大学法学院博士研究生、德国维尔兹堡大学法学院博士研究生(第二、二十三、二十四章)

何庆仁:中国青年政治学院法学院副教授、德国马普外国刑法与国际刑法研究所访问学者(第四章)

陈毅坚:中山大学法学院副教授、德国慕尼黑大学法学院访问学者(第五、十六章)

刘刚:北京大学法学院讲师、德国柏林洪堡大学法学博士(第六、八章)

陈金林:武汉大学法学院讲师、德国马普外国刑法与国际刑法研究所访问学者(第七、二十章)

胡莎:中国人民大学法学院博士研究生(第十一章)

黎杰翠:中国人民大学法学院博士研究生(第十一章)

曹斐:北京大学法学博士、德国维尔兹堡大学法学院博士研究生(第十二章)

徐凌波:北京大学法学博士、德国维尔兹堡大学法学院博士研究生(第十三、十四、十五章)

王佐发:中国人民大学法学院硕士研究生(第十七章)

蔡桂生:北京大学法学院博士后研究人员、北京大学法学博士、德国波恩大学法学博士(第十八章)

赵晨光:北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、德国弗莱堡大学法学博士(第十九、二十一章)

作 者 序

黄笑岩 译

本书收录了我在 15 年时间里所发表的各种论文,其中囊括了对刑法基础理论问题以及各种总论、分论问题的研究。尤其受到关注的是医事刑法和互联网刑法领域的相关问题。尽管这些论文本身由德语写成,但我相信它们对于处于迅速成长中的中国刑法学同样具有意义。在过去的 20 年时间里,中国受到了德国刑法理论的强烈影响,这在《中华人民共和国刑法》中也有所体现。

本书介绍了许多目前在德国十分热门的问题。虽然德国刑法理论并不局限于这些问题,但是文集中收录的文章则表明,德国刑法学的研究重点已经从总论转移到了分论的研究上。研究关注的核心已经不再是“行为”“违法性”以及“罪责”等一般概念,而是经济刑法、医事刑法或是现代科技刑法(在互联网刑法的影响下)等方面的实践问题。其中体现了德国刑法体系的成熟性,以及随之而来的刑法理论问题。

但这并不意味着一般性的问题不再有意义,相反应当认为它们大部分已经得到了阐明。因此德国刑法学者整体认为再去重新分析和回答之前提及的这些一般性问题是没有任何必要的。

中国是一个有着特殊历史、文化和政治体制的大国。他与西方体制有着本质的区别。因此认为中国可以直接地继受西方尤其是德国的法律体系,这种观点从一开始就是错误的。只有那些在中国能够得到有效适用的法律要素才值得被继受。因此与刑法分论相比,刑法总论的结构与教义阐释更容易被中国刑法学界所接受。因为与建立在逻辑演绎基础上的总论相比,刑法分论的内容更容易受到来自世界观和政治观的影响。世界观和政治观可以是

不同的,但逻辑则是普适的。

不过在刑法分论中也存在一些可以得到普遍认可的要素。这包括了各种侵犯了基础性(因此也是普适性)的法益例如生命、身体完整性的犯罪行为。为了防止现代经济秩序所产生的副作用而设置的各种犯罪构成要件,也受到了各国的共同关注。在此仅举环境刑法、经济刑法以及科技刑法尤其是互联网刑法为例。特别是互联网刑法中存在着明显的普适化倾向;正如互联网技术适用于全球各地那样,互联网犯罪所使用的方法与攻击方式也十分类似。因此在打击互联网犯罪方面,也有必要在国际范围内对刑法进行和谐化。德国是欧洲的核心,而中国则是正在崛起中的国际力量,二者对于刑法的国际和谐化都需要承担特殊的责任。

2010年,我与北京大学法学院的梁根林教授一起创建了“中德刑法学者联合会”。联合会的宗旨在于推动和深化两国在刑法领域的交流与合作。迄今联合会的运作极其成功,分别在维尔兹堡和北京举行了两届中德刑事法论坛。第三届中德刑事法论坛预计将于2015年9月再次在维尔兹堡举行。2014年7月维尔兹堡大学法学院成功举办了德国刑法总论暑期课程,来自中国各地的青年刑法才俊参加了这次课程。我希望中德刑法学者之间的合作在未来能够取得更辉煌的成绩。而本书也可以被视为其中的一份努力。

在此我首先要感谢江湖先生和他组织的翻译团队。此外,我还要感谢我的助手黄笑岩先生,没有他的努力也就没有中德刑法学界今天如此巨大的合作成果。另外我还要感谢我的中国同行陈兴良教授和梁根林教授为本书所作的序言。

埃里克·希尔根多夫
2015年1月于维尔兹堡

陈兴良序

德国维尔兹堡大学法学院希尔根多夫教授的著作《德国刑法学：从传统到现代》一书即将在中国出版，这对于中国学者系统地了解德国刑法学的历史与现状，都具有重要的意义。对此我十分期盼。

为本序的写作，我阅读了本书的电子版。本书多达五百多页，每页在电脑的屏幕上蓦然闪过，如同坐在高铁上，窗外的景色随着火车的高速运行而一闪而过，呈现出斑驳陆离的风景。本书给我的第一个观感就是——“杂”：不是杂乱无章的“杂”，而是丰富多彩的“杂”。本书提供的显然不是体系化的教科书式的刑法知识，而是前沿性的刑法知识。对于一般的读者来说，最为熟悉的也就是教科书中的刑法知识。毫无疑问，教科书是对某一学科基本原理的体系化叙述，是我们了解某一学科知识的窗口。以往对于外国刑法著作的翻译，一般都始于教科书。以德国为例，已经翻译出版的就有（以作者年代为序排列）：费尔巴哈刑法教科书，李斯特刑法教科书，耶赛克刑法教科书，罗克辛刑法教科书等。通过这些不同时代的德国刑法教科书，我们可以系统地把握德国刑法理论体系的全貌。在我看来，对于一个国家刑法知识的了解，仅有刑法教科书是远远不够的。因为刑法教科书呈现的是较为成熟的、稳定的知识，可以说是对于这个国家刑法学的过去的了解。如欲了解这个国家刑法学的现状，还是要阅读论文与专著，这才代表了个国家刑法学的现在，并昭示着这个国家刑法学的未来。希尔根多夫的《德国刑法学：从传统到现代》一书，就是这样一部能够反映德国刑法学研究的理论现状，并为我们勾画出德国刑法学研究的理论走向的著作。

《德国刑法学:从传统到现代》一书,从书名上就可以看出,存在着传统与现代这两个视角。本书呈现了德国刑法学的多个面向与维度,万花筒般的闪烁着德国刑法学的夺目光彩。

德国的刑法教义学是德国刑法学的瑰宝,本书对德国刑法教义学进行了专门的介绍,这对于中国读者来说,是颇为有益的。在德国刑法学中,对于刑法学的表述,存在三个概念,一是整体刑法学,二是刑法教义学,三是刑法理论。整体刑法学是一个具有悠久历史的称谓,一般认为源自李斯特。整体刑法学相当于刑事法学,包括了与犯罪和刑罚相关的各个学科。例如狭义上的刑法学,刑事诉讼法学,刑事执行法学(监狱学),刑事政策学,犯罪学等。整体刑法学强调将刑法置于整个刑事法的视野中进行考察,构建了一种体系化的刑事法知识,具有其合理性。刑法教义学则是狭义上的刑法学,它采用德国所谓教义学的分析方法,对刑法法规进行系统叙述。至于刑法理论,可以说是刑法教义学的代名词。在本书中,希尔根多夫教授明确指出:“刑法学的核心一直是刑法教义学或刑法理论。当本文以下提到‘德国刑法理论’,更为准确地说德国刑法教义学时,主要就是指以体系构成为目的,对刑法规定以及其中的构成要件特征所进行的概念性分析。”值得注意的是,德国的刑法教义学在其内容上只是包括犯罪论,而不必包括刑罚论。德国刑法中的刑罚论,主要是在刑事政策学中进行研究。在这一点上,德国和日本基本上是相同的,而与我国不同。在以上对刑法教义学的定义中,希尔根多夫教授论及三个关键词,这就是体系构成、构成要件和概念性分析。体系化是刑法教义学的首要特征,刑法教义学是一种体系性的知识集成,对于刑法问题也主要是采用体系性的思考方式。构成要件是一个理论概念而非法律概念,但构成要件又是与法律规范密不可分的,它是从法律规定中提炼和抽象出来的一个概念,其特征是源于法律,高于法律。概念性分析是刑法教义学的基本方法,它具有哲理性和逻辑性。一般来说,概念性分析不同于语言性分析。因此,刑法教义学并不是一般意义上的法解释学,而更多的是对法律规范进行逻辑分析,因而具

有法逻辑学的特征。

在论及刑法教义学的性质时,希尔根多夫教授介绍了德国刑法学者对刑法学的一般理解,也即是所谓刑法学功能的见解,指出:“刑法学是‘刑法—限制科学’。也就是说,大多数刑法学者对于立法者所致力刑法范围扩大化以及刑罚加剧化是持否定怀疑态度的。刑法的作用在于当公民的合法权益遭受侵犯时,对其进行保护;刑法的核心在于通过保护公民的法益保障其自由。刑法教义学通过其尽可能明确可罚性的法定前提并且以此使得刑事追诉具有预见性和审核性,来保障犯罪人以及犯罪嫌疑人的自由。”这里所说的“刑法学是‘刑法—限制科学’”,可以说是对刑法教义学功能的最为深刻的阐述,对于我国刑法学者也是具有重要的启示意义的。立法与司法都是天然地具有扩大性与扩张性的,尤其是在刑法作为专政工具的刑法价值观的指导下,刑法更倾向于打击犯罪。在这种情况下,刑法学者的使命并不在于为刑法的扩大化与扩张化提供理论根据,而恰恰在于发挥刑法教义学对于刑法适用的规范与约束功能,从而达到对公民权利与自由的保护与保障。在本书中,《刑法的体系构成》一章曾于2013年在北京大学法学院举办的中德第二届刑法论坛上发表,给我国学者留下深刻的印象。作为这一论文的评论人,我对希尔根多夫教授在文中提到的“刑法的两极:体系构成与恣意”这个命题深有感触。刑法本身具有恣意滥用的可能性,为此,刑法教义学必须以体系性的教义学原理去约束刑法的恣意性。唯有如此,刑法教义学才能成为法治国的精神财富,而不至于成为专制的知识附庸。

当今的德国,刑法教义学已经发展到极致,要想在传统的刑法教义学领域有所突破,有所创新,已经变得十分困难。因此,德国刑法学目前的学术前沿大多集中在特别领域的刑法,例如本书中所涉及的计算机刑法(网络刑法),医事刑法和经济刑法等。例如,希尔根多夫教授本人就是刑事产品责任领域的专家,对刑事产品责任问题颇有研究。在本书关于风险社会刑法的论述中,希尔根

多夫教授对风险刑法的理论在德国的发展情况做了介绍,可以看出在风险刑法与自由刑法之间存在着较大的价值上的分歧。风险刑法更为追求的是安全价值,为此对传统刑法进行改造,在立法上扩大犯罪范围,设置抽象的危险犯。风险刑法观念对刑法教义学也带来较大影响,如同希尔根多夫教授在本书中所说的,各种教义学机制,如因果关系、既未遂的理论、正犯与参与理论、故意和过失的理论,在风险刑法之下都被修改或被灵活化了。而自由刑法则仍然坚持法治国的刑法理念,把人权保障放在第一位,坚守刑法的限制机能。对于以上两种刑法价值分野,希尔根多夫教授并没有过多地进行正面评价,而是从刑事产品责任的角度提出了以下问题:刑事产品责任是否也具有“风险刑法”的特征,还是说,至少判决已经成功地在传统的受法国原则约束的教义学框架内解决了所出现的紧迫问题?为此,希尔根多夫教授以德国著名的皮革喷雾剂案为例,进行了深度的分析,由此得出结论:“在皮革喷雾剂案判决中并不存在那种有违法治国原则的对教义学结构的灵活化处理,相反,本案以过去相关判决和文献为基础构建了刑事产品责任的基础,而且努力地尝试以过去判决和文献上的观点来解决几乎所有的问题。虽然联邦最高法院的某些论证事实上并非毫无疑问,但笔者认为,批评者指责这份判决是在一个风险刑法意义上对刑法教义学结构的灵活化处理也是不能令人信服的。应当认为,刑事产品责任并不具有‘风险刑法’的特征。”对于这一观点,我是赞同的。风险刑法在我国也是一个充满争议的话题。在《风险刑法理论的法教义学批判》(载《中外法学》2014年第1期)一文中,我站在刑法教义学的立场上,对风险刑法理论进行了批判,尤其是揭示了风险刑法理论与其赖以凭借作为理论根据的风险社会理论之间难以无缝对接,使风险刑法理论根基不稳的问题。现在,读到希尔根多夫教授关于风险刑法理论的评论,十分亲切,使我产生“吾道不孤”的感觉。

从本书对作者的简介可以看出,希尔根多夫教授研究领域广泛,著述颇丰,在德国中青年刑法学者中是佼佼者。尤其使中国学

者感到亲切的是,希尔根多夫教授热心于中德刑法学术交流活动。在希尔根多夫教授担任德国维尔兹堡大学法学院院长期间,他与北京大学法学院的梁根林教授共同发起成立了中德刑法学者联合会。2011年9月16日至18日,首届中德刑法学者交流在德国维尔兹堡大学法学院举办,主题是“中德刑法解释语境下的罪刑法定原则”。我和张明楷教授等中方学者参加了这次中德刑法学者的盛会。令我们感动的是,著名德国刑法学家罗克辛教授虽已年过八旬,身体状况不佳,但还是亲自与会,向大会提交了《德国刑法中的明确性原则》一文,并在大会上宣读。在参会期间,我们游览了美丽如画的维尔兹堡古城,参观了历史悠久的维尔兹堡大学,留下了深刻而美好的印象。2013年第二届中德刑法学者交流活动在北京大学法学院举行,希尔根多夫教授率领德国刑法学者来到北大未名湖畔,参与深入而深刻的刑法学术交流。虽然存在着语言上的障碍,但对于刑法的领悟使我们心灵相通。今年9月第三届中德刑法学者交流活动又将在德国维尔兹堡大学举行,虽然我不能亲自参加,但希尔根多夫教授的本书中译本在中国出版,将会是一个最为美好的礼物,也是中德刑法学术交流的结晶,献给大会。

最后值得一提的是,参与本书翻译的,是中国年轻的刑法学者。作为翻译工作的主持者,北京大学法学院的江湖副教授做了大量的组织工作,使本书的翻译能够顺利进行。本书翻译工作的另一位主持者黄笑岩博士,在德国维尔兹堡大学跟随希尔根多夫教授攻读博士学位,同时也是希尔根多夫教授从事中德刑法学术交流活动的得力助手,为中德刑法学者之间的学术交流做出了重要的贡献。其他译者都是中国年轻刑法学者,他们接受了中国刑法教育,同时又在德国学习或者进修过,对中国和德国刑法都有研究和造诣,是将来中国刑法学界的有生力量。这里尤其需要指出的是徐凌波博士,在北京大学法学院跟随我攻读博士学位期间,于2012年希尔根多夫教授来北京大学参加学术交流活动之后,又跟随希尔根多夫教授去德国维尔兹堡大学法学院攻读博士学位。现在,徐凌波已经取得了北京大学的博士学位,也完成了

8 德国刑法学:从传统到现代

维尔兹堡大学的博士论文写作,即将举行答辩,成为中德联合培养的法学博士。中德刑法的学术交流活动,寄希望于这一代年轻刑法学者。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2015年3月23日

梁根林序

欣闻我的德国知己好友、维尔兹堡大学法学院埃里克·希尔根多夫教授的学术论文集《德国刑法学：从传统到现代》，经由我的同事江溯副教授、黄笑岩博士领衔的专业翻译团队译成中文，即将由北京大学出版社出版。作者和译者分囑陈兴良教授与我为之作序，我感到十分荣幸。鉴于陈兴良教授在他的序中已经就文集的学术内涵、学术价值及其对中国刑法学的可能借鉴意义进行了评说，我想结合文集的翻译出版，特别与读者分享一下希尔根多夫教授为推动中德刑法学术交流与对话所作的真诚努力与积极贡献。

我与希尔根多夫的缘分与交往始于2009年。当年，他作为国际法律哲学与社会哲学联合会理事，计划于2009年9月中旬出席在北京举行的第24届国际法律哲学与社会哲学大会，以此为契机萌生了与中国同行建立学术联系的想法，便委托他的学生兼学术助理黄笑岩先生，通过互联网搜索对医事刑法有过研究的中国同行的相关信息。因为我本人曾经先后就安乐死发表过三篇小文的缘故，黄笑岩搜索到了我的信息，并通过邮件与我取得联系，转达了希尔根多夫教授希望与中国同行进行学术交流的意向。我当即对希尔根多夫教授的这一提议给予了积极回应，并欢迎他在北京参会期间到访北大。2010年9月17日，希尔根多夫如约到访北大，在我的主持下，就“德国的医事刑法”这一前沿与交叉领域问题进行了学术演讲。他在演讲中展现了德国法学家深邃的抽象思维能力、缜密的逻辑推理能力、对前沿和交叉研究领域复杂问题高屋建瓴的驾驭能力，给我留下极其深刻的印象。初次见面之前，我想象中的希尔根多夫教授应该像多数德国教授那样，是不苟言笑、沉默寡言，甚至多少有点孤傲高冷的。但是，他给我的第一印象迥异于常人，不仅开朗活泼、幽默风趣、充满活力，而且古道热肠、

推己及人、善解人意。初次见面,我们即交谈甚欢,甚至大有相见恨晚之感。很快,我们就商定了推动建立中德刑法学定期化的交流机制和交流平台的设想。一方面,我们商定,由希尔根多夫教授和我出面,协调、召集中德刑法学界志同道合的同仁,成立中德刑法学者联合会,每隔两年在德国与中国轮流举行中德刑法论坛;另一方面,我们计划共同组织翻译出版中国刑法学者的刑法学术论文,向德国同行推广介绍最新的中国刑法学术成果。

得益于希尔根多夫教授非比寻常的协调、沟通与组织能力,在中德两国刑法同仁的大力支持下,2011年9月16日至18日,中德刑法学者联合会(CDSV)在位于缅因河畔的德国巴伐利亚州大学城维尔兹堡正式宣告成立,同时举行了第一届中德刑法论坛。按照我们之间事先经过充分沟通达成的规划,中德刑法论坛的议题将完全按照中方的意向与需要设定,并将根据刑法教义学的逻辑顺序,就罪刑法定、构成要件、违法性、责任、共犯等刑法总论基本问题,结合相关的刑法分则具体问题包括前沿和交叉领域问题,依次依序予以展开。因此,第一届中德刑法论坛的主题被设定为“罪刑法定与刑法解释”,具体包括“罪刑法定的立法解读”“罪刑法定的司法适用”“罪刑法定与类推解释”三个议题,每一个议题分别由中德双方派出一位学者进行主题报告和评论。德方的主题报告人分别为慕尼黑大学罗克辛教授、曼海姆大学库伦教授与弗莱堡大学佩龙教授,评论人则为维尔兹堡大学舒斯特教授、奥德河畔法兰克福大学约尔登教授与马普外国刑法与国际刑法研究所原所长埃塞尔教授。慕尼黑大学许迺曼教授为论坛作了主题导引报告。此外,出席会议的其他德方主要学者还有洪堡大学普珀教授等。中方的主题报告人分别是北京大学陈兴良教授、清华大学张明楷教授与中国人民大学冯军教授,评论人则为清华大学周光权教授、中国政法大学曲新久教授和我本人。在整整三天的会议期间,得益于王莹副教授、黄笑岩博士、王钢博士、蔡桂生博士等组成的专业翻译团队的语言支持,中德双方学者克服语言交流的困难与文化理解的差异,就三个论坛议题进行了高强度、高收益的对话与交流。德国同行特别是以罗克辛教授、埃泽尔教授、普珀教授为代表

的老一辈刑法学家对刑法学术的执著、对学术交锋的坦诚以及与中国同行平等对话展现的学术尊重,给我们留下极其深刻的印象。会后,中德双方报告人与评论人又在会议对话与交流的基础上,对各自的书面报告与评论进行了修改润色,最后以《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》为名,于2013年分别交付中国北京大学出版社与德国 Mohr Siebeck 出版社,用中文与德文正式出版。

在第一届中德刑法论坛成功举行之际,我们即开始筹办拟于两年后在中国北京举行的第二届中德刑法论坛,会议的主题被设定为“刑法体系与构成要件”,具体包括“刑法体系”“客观归责”“缺陷产品的过失责任”三个议题。2013年9月3日至4日,第二届中德刑法论坛在北京大学如期举行,德方的主题报告人分别为维尔兹堡大学希尔根多夫教授、科隆大学魏根特教授与曼海姆大学库伦教授,评论人分别为奥德河畔法兰克福大学约尔登教授、维尔兹堡大学舒斯特教授、拜罗伊特大学瓦利留斯教授。中方的主题报告人分别为北京大学梁根林教授、清华大学周光权教授与中国政法大学曲新久教授,评论人分别为北京大学陈兴良教授、清华大学张明楷教授与中国人民大学冯军教授,来自首都各高校的数十位刑法学者参加了本次论坛。中国人民大学王莹副教授、陈璇博士、黄笑岩博士以及来自中国台湾地区的就读于希尔根多夫教授门下的林信铭博士,联袂承担了本次论坛的翻译任务。考虑到双方学者参会的身体极限,自第二届论坛起,会期被压缩至两天,每个半天集中研讨一个议题,最后一个半天就整个论坛主题进行开放式自由对话。在大家的共同努力之下,会议同样达到了预期的目的,取得了完全的成功。经过报告人和评论人对书面报告与评论的事后修改与翻译,第二届中德刑法论坛文集《中德刑法学者的对话——刑法体系与构成要件》,将在今年由北京大学出版社与 Mohr Siebeck 出版社分别用中文与德文出版。

今年9月初,第三届中德刑法论坛又将回到论坛的出生地维尔兹堡大学。今年的论坛主题将在“罪刑法定与刑法解释”“刑法体系与构成要件”的基础上,继续按照刑法教义学的体系逻辑顺序

向前推进,集中研讨“不法理论与风险规制”主题,下设“违法论的基本问题”“被允许的危险与违法”“病患的知情同意与违法”三个专题。根据计划,包括慕尼黑大学罗克辛教授、许迺曼教授、科隆大学魏根特教授、波恩大学金德豪伊泽尔教授在内的多位德国著名刑法学者将作为主题报告人与评论人参会,中方则在第一届会议的原班人马之外,增加清华大学劳东燕副教授、北京大学车浩副教授以及江溯副教授等刑法学新生代干将参会。

在中德刑法论坛这一机制化的交流平台之外,希尔根多夫教授积极推动中德刑法学术成果的交流出版。为了改变中德刑法学术交流德国向中国单向输出的现状,加强德国同行对中国刑法学术包括整个东亚刑法学术研究成果的了解,希尔根多夫教授邀请我与他一起担任“东亚刑法研究丛书”(中德刑法论坛会议文集的德文版已经纳入该丛书系列)的主编,并提议我遴选中国刑法学者代表性的刑法学术论文,翻译成德文,纳入该丛书。在张明楷教授、黎宏教授、周光权教授、劳东燕副教授、陈兴良教授、王世洲教授、刘明祥教授、冯军教授、谢望原教授、林维教授的大力支持下,经过由中德双方组成的强大翻译团队的反复译校,中国刑法学术论文集《中国刑法前沿问题》的翻译、校对工作已经全部完成,即将纳入“东亚刑法研究丛书”,由德国 Mohr Siebeck 正式出版。

在热心致力于推动中德刑法学术交流的同时,希尔根多夫教授还不惜投入时间、精力与财力培养中国刑法研究后备人才。2013年,经过陈兴良教授和我本人的力荐,北京大学郑重聘请他担任北京大学客座教授,这是北京大学对具有重要国际影响力的学者正式授予的最高学术荣誉。希尔根多夫教授不辱使命,不仅担任了北京大学与维尔兹堡大学联合培养的双博士学位研究生曹斐、徐凌波同学的德方指导老师,而且在2013年春季学期专程来到中国,为北京大学法学院学生担任了为期一个月的《德国刑法专题》课程的授课老师,毫无保留地为北大学子集中讲授德国刑法总论的基本问题与刑法研究中的前沿问题,使北大学子有机会系统、深入与充分地了解德国刑法理论及其前沿进展。在此基础上,希

尔根多夫教授又主动向我提议,2014年夏季在维尔兹堡大学举行德国刑法暑期课程班,他从自己的课题经费中出资支付参加该暑期课程班的中国学子在德国落地期间的食宿交通费用。2014年7月下旬,暑期课程班在维尔兹堡大学如期举行,包括中国、以色列、土耳其、韩国、日本在内的二十多位青年学子参加了课程班。希尔根多夫教授不仅作为主讲教师担任了主要的授课任务,还热情邀请中国学子游览巴伐利亚首府慕尼黑、中世纪古城班贝格,参加一年一度的维尔兹堡啤酒节。我有幸与希尔根多夫教授一起,与各国学子在啤酒节上随着音乐的旋律一起痛饮狂欢,并在横跨美茵河的大桥上席地而坐,纵情欣赏啤酒节闭幕式绚丽的焰火表演。此情此景,至今历历在目。

在中国同行耳熟能详的罗克辛教授、许迺曼教授等享誉世界的法学大师面前,希尔根多夫教授无疑属于晚辈。但是,他确实是当今德语地区国家刑法学界最为活跃、最为独特因而不可忽视的学术中坚分子。作为维尔兹堡大学刑法学、刑事诉讼法学、法学理论、信息法学和法律信息学教授,他的理论视野非常开阔,研究兴趣极其丰富。在强调“术业有专攻”的中国同行看来,他的研究似乎过于庞杂。但是仔细研读他的学术论文,就会发现,他的研究正如陈兴良教授所言,虽然“丰富多彩”,但绝非“杂乱无章”,贯穿始终的,是他对文化与哲学的独特理解、对体系与逻辑的严格恪守、对科技发展的紧密跟踪以及时代脉搏的准确把握。这种发散型的研究风格和学术取向,或许既可归因于他个人独特的教育背景与学术兴趣,也可归因于德国法学的时代发展与整体品格。希尔根多夫教授是毕业于图宾根大学的哲学与法学正宗双料博士,不仅对德国哲学、法哲学、法史学和法教义学有着深刻的理解,而且对东方文化特别是中国传统文化与哲学有着浓厚的兴趣。在我2010年3月初访维尔兹堡期间,我曾经讶异于他对老子哲学与儒家思想的认知与理解,在维尔兹堡古城老市政厅一楼的餐厅里,我们对坐把酒言欢,畅谈儒释道的思想精髓。而作为刑法学家,他不仅对居于大陆法系刑法学之巅的德国刑法教义学基本理论特别是刑法总论问题有着深刻的体悟,而且多年来一直承担着

多项在德国乃至全世界都属于最前沿、多学科交叉领域的复杂研究课题,在诸如经济刑法、医事与生物刑法、生物伦理、传媒刑法特别是计算机与互联网刑法、交通刑法、机器人与全自动汽车刑法、欧盟刑法、比较刑法等诸多研究领域,都著述甚丰,颇有建树。2013年他在北大讲学期间,我陪同他游览十三陵,他一路上津津有味地对我描述全自动汽车的未来蓝图,以及由此可能带来的诸多法律规制包括刑法规制问题,并且竭力鼓动我加入他的全自动汽车法律规制课题研究。2014年我访问维尔兹堡期间,一进入他的办公室,映入眼帘的就是摆在他办公桌前的机器人模型,原来他刚刚拿下一个关于智能机器人的新课题,正将研究的视野转向包括全自动汽车在内的智能机器人。可以说,正是这种常人难以企及的理论视野与研究兴趣,决定了希尔根多夫教授收入本文集的数十篇学术论文具有明显的跨学科、交叉性、前沿性与多面向的特征。

不可否认,当代中国刑法学与德国刑法学之间存在着代际差异,德国刑法学早已完成的刑法体系与刑法教义的基础建构,仍然是中国刑法学当下面临的主要任务。但是,希尔根多夫教授展示的德国刑法学根据体系思维与教义逻辑,处理当今世界前沿与交叉领域复杂问题的驾驭能力及提供的解决方案,对身处全球化时代的当代中国问题的解决,仍然是极富启发与借鉴意义的,而这正是文集中译版出版的学术交流与学术贡献价值所在。

最后,需要特别指出的,以上所述希尔根多夫教授推动中德刑法学术交流与学术对话的努力,以及中德刑法学术交流在短短几年内取得的重要进展,与中德双方刑法同仁背后强大的学术翻译团队的鼎力支持与无私奉献,须臾不可分离。多年来,我的同事和朋友江溯副教授、黄笑岩博士分别作为中德刑法学者联合会的中方和德方秘书,为开展中德刑法学术交流默默无闻地做了大量工作。今次,他们又携手何庆仁副教授、陈毅坚副教授、刘刚助理教授、赵晨光博士、蔡桂生博士、曹斐博士、徐凌波博士、陈金林讲师以及梁奉壮、胡莎、黎杰翠、王佐发诸同学,精诚团结,通力合作,高质量地完成了由希尔根多夫教授文集的跨学科、交叉性、前沿性、

多面向特征所决定的极富挑战性的译事,为中德刑法学术交流做出了他们独特的贡献。在此,我要向这些代表中国刑法学未来的青年才俊们表示由衷的感谢与敬意!

是为序!

梁根林

谨识于北京海淀圆明园花园寓所

2015年5月12日

目 录

第一编 刑法哲学

第一章	德国法学基础研究的现状	3
第二章	1975—2005 年德国刑法发展之考察	23
第三章	德国刑法学的学派构建 ——法社会学的一个篇章	46
第四章	法律与法律科学中的价值	63
第五章	人文主义与法 ——人文主义的法：一个概览	81
第六章	通过非法理解法？跨文化视角	101
第七章	工具化禁止与人的尊严的集合理论	119
第八章	“人之形象”与法	141

第二编 刑法教义学

第九章	德国刑法学现状	165
第十章	刑法的体系构成	182
第十一章	罪刑法定原则：维护自由的工具 ——论贝卡里亚和法国启蒙运动哲学中的罪刑 法定原则	198

2 德国刑法学:从传统到现代

第十二章	惩罚主义与法益理论	
	——对现代刑法理论中若干关键概念的质疑	219
第十三章	“风险社会的刑法”真的存在吗?	
	——概述	238
第十四章	集体决定中的因果关系问题	
	——以皮革喷雾剂案为例	256
第十五章	现代因果论意义上的“合法则性关系”	273
第十六章	法治国中的酷刑?	295
第十七章	悲惨案件:比较法视野下刑法中的极端情形 与紧急状态	319
第十八章	互联网上的诈骗	348

第三编 互联网与计算机刑法

第十九章	作为现代信息法任务的网络的刑法规制	373
第二十章	新媒体与刑法	391
第二十一章	计算机刑法新论	422
第二十二章	Web 2.0 时代的名誉冒犯(“flaming”) ——对实然之法与应然之法的问题审视	441

第四编 医事刑法

第二十三章	生物主义的歧途	
	——生物学和法律关系史之篇章	461
第二十四章	禁止克隆与人的尊严	
	——从“智人”到复制人? 对《胚胎保护法》 第6条的思考	480

第五编 经济刑法

- 第二十五章 刑法合规中的基本问题:以反腐为例
——刑法合规作为刑罚的一种选择? 503

第六编 比较刑法

- 第二十六章 浅析全球化与法律
——当今刑法比较的使命与方法 513
- 第二十七章 刑法与跨文化
——辩护之于德国刑法教义学文化上的
灵活性 527
- 第二十八章 从法律的发展援助到法律对话
——法律对外科学政策的序言 540

第一编



刑法哲学

第一章

德国法学基础研究的现状

一、导论

法学工作以历史预设为基础,它面向价值并且遵循准则。此外,它还兼具社会效应。法学与其他学科间存在着许多共同的问题领域。法学基础研究的任务就是要对法学工作的先决条件与结果进行思想意识上的挖掘、解释以及系统化体现,并在必要的时候对其展开批判。

(一) 法学基础研究的学科分类

术语“法学基础研究”在本文中作为上位概念包括了法律制度史、法哲学、法学理论以及源自实践的学科,如法律社会学与法律心理学。这些基础专业的共同点在于,它们并不像法律适用那样涉及解释法律规范以及法律规范在个别事实——“法律案件”——中的适用。对现有法律规范进行系统理解、阐明以及分析的工作也不属于法学基础研究的范畴,这样的工作恰恰是法学的金科玉律,即法教义学的核心。^[1]

[1] 当法学被进一步构造并且包含法律适用时,法律教义学就可以称为法学的核心。参见 Eric Hilgendorf, Das Problem der Wertfreiheit in der Jurisprudenz, in: ders./Lothar Kuhlen, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000, S. 1—32。大多数的法学家将“Rechtswissenschaft”与“Jurisprudenz”视为同义词。

法学基础研究相对法教义学有着不同的目标^[2];法律制度史探究的是法律的历史形成过程以及法律的社会背景,人们将法律制度史理解为一般历史研究的分支学科,尤其是在其所使用的研究方法上,即一种“经验—注释性”的方法,相比法律教义学,其更接近于一般的史学研究。法律社会学与法律心理学则是从社会学或心理学的角度对法律进行研究,这就涉及经验性的社会科学,同时也意味着在这些学科范围内,必须要在现实中检验所提出的假设。在全球化时代显得日益重要的将不同国家的法律进行比较(即法学家们向来提及的“法律比较”)的工作也被视为法律社会学的分支领域^[3];犯罪学,即对犯罪行为与其他形式的越轨行为进行的经验性研究,不仅应用社会学方法,也应用心理学以及其他经验方法。

在法哲学与法学理论中存在大量的方法,可分为分析性、注释性或者规范性方法。哪一种方法是“适当”的,这本身就是一个哲学问题。分析方法式的理解在当今的法哲学,同时也在专业哲学领域占据主导地位。在法哲学与法学理论之间并不存在一个明确的界限;人们借助于使用一个被广泛引入的概念可以确定:相比法学理论研究法律概念的意义以及对其进行分析,法哲学的讨论重点则是何为“适当”或“正义”的法律。法学方法论(至少以其更讲究的形式)也属于法学理论的范畴。法学理论第二个非常重要的目标是要创设一个跨学科的维度。这就意味着:在法学与其他社会科学、自然科学以及人文科学领域的其他学科之间架设一座桥梁。^[4]法律教义学通过其最普遍的问题(如对概念“所有权”“因果关系”以及“归责”的普遍理解)转化为法学理论,其涉及如何“公正”地解决案件的问题,因此它经意或不经意间便开启了一扇

[2] 详见 Hubert Rottleuthner, Grundlagen des Rechts, in: Stephan Machura/Stephan Ulbrich (Hg.), Recht—Gesellschaft—Kommunikation: Festschrift für Klaus F. Röhl, 2003, S. 1—21。

[3] Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., 1987, S. 11 f.

[4] Dieter Grimm (Hg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. I, 2. Aufl., 1973, 1976; Bd. II, 1976。

通往法哲学的大门,这在法教义学者出于一些与本文并无关联的理由致力于明确界定法学理论与法哲学的界限时也是如此。

(二) 法学理论的特殊地位

为了更好地了解德国法学基础研究的现状,对其基础学科的近代史进行一个回顾是十分必要的。德国的法学基础研究在1965—1985年间很大程度上告别了其形而上学的传统,开始接受诸如批判性理论、批判理性主义以及现代科学理论等新的哲学思潮。这些所谓的迹象以及理论引进被称为“法学理论的文艺复兴”。^[5]学界将之前很少在法学中进行研究的、来自哲学与科学理论的概念、问题以及解决方法在法学理论和法哲学的框架中得到讨论。

前文已经提到,在法学理论与法哲学之间并不存在严格的概念界限。纵观法学基础研究近200年的发展史就会明显发现“法学理论”这个词在法学基础研究领域,尤其是在法哲学中经常被作为一种更新的代号。学界打着“法学理论”的旗号从其他学科引入新的理论并尝试新的方法,这些方法刚开始与传统的法哲学并不兼容,但是其在时间的推动下最终融入法哲学。这样的发展历程可以通过关键词在以下公式中得到体现:从法哲学到法学理论—重新回归法哲学!^[6]

德国法学理论从20世纪90年代开始处于一个研究停滞的阶段。这种停滞透漏出一种信息:徒劳的系统化、烦琐化以及研究主题匮乏预示了一场法哲学危机的到来,甚至预示一场德国法学基础研究整体危机的到来。然而,近期越来越多的研究迹象表明,可以成功地打破这种僵局并开辟出新的问题领域。

[5] Eric Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie 1965—1985, 2005; 也可参见 Matthias Klatt, Contemporary Legal Philosophy in Germany, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 93 (2007), S. 519—539.

[6] 对这一命题的批判性探讨,参见 Ralf Dreier, Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie und wieder zurück?, in: Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, 2007, S. 22—33。

二、法学理论在 1965—1985 年间的“文艺复兴”

(一) 20 世纪 60 年代思想的全新方向

法学理论的蓬勃发展与 20 世纪 60 年代全新的思潮息息相关。1963—1970 年间出版的《伏尔泰俱乐部的批判性启蒙运动年鉴》就明确地体现了这种联系,在年鉴中发表文章的作家有汉斯·马格努斯·恩岑斯贝格尔(Hans Magnus Enzensberger)、京特·格拉斯(Günter Grass)与埃里希·克斯特纳(Erich Kästner),哲学家有汉斯·阿尔伯特(Hans Albert)、恩斯特·托皮奇(Ernst Topitsch),法学家则有弗里茨·鲍尔(Fritz Bauer)、维尔纳·迈霍弗(Werner Maihofer)与阿达尔伯特·波德勒希(Adalbert Podlech)。他们的文章都致力追求一种思想新起源、对传统观点背景情况的批判探究以及体现一种跨越学科性。

汉斯·阿尔伯特为这部年鉴作了一篇名为“批判理性观念”的序言。在序言中,他提出了重新发掘一个德国学界几乎忘却或忽视的传统,即“批判性思想、批判性讨论以及对观念、评价、权威暨机制进行客观分析与检验”〔7〕。从这句引文中可以感受到一个进一步的主旨,即恢复被纳粹主义排斥的思想潮流。这个主旨对于 20 世纪 60 年代初期哲学范围内的思想新起源是至关重要的。这首先涉及分析哲学的起源,即所谓的“维也纳学派”与“柏林学派”〔8〕,也涉及早期霍克海默尔(Horkheimer)与阿多尔诺(Adorno)的批判理论。思想的再度引进,对科学理论和法学理论有着特别的促进作用。值得注意的是,不久之后,一场激烈的争论就爆发在

〔7〕 Hans Albert, Die Idee der kritischen Vernunft, Zur Problematik der rationalen Begründung und des Dogmatismus, in: Gerhard Szczesny (Hg.), Jahrbuch für kritische Aufklärung, Band I (1963), S. 17—30 (18).

〔8〕 这两个哲学学派构成了现代分析哲学的中坚。对于法学基础研究重要的文献收录在 Eric Hilgendorf (Hg.), Wissenschaftlicher Humanismus, Texte zur Moral- und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus, 1998。

这些在德国重新得以构建的学派之间,这场在批判性理论与批判理性主义间爆发的“实证主义争论”被载入了联邦德国的知识史。^[9] 这场争论一方面涉及社会学的方法论问题,另一方面(可能主要)则涉及对政治以及世界观立场的争论。学界将这场争论尖锐地冠以“马克思对韦伯”的称呼。虽然批判理性主义从未达到批判性理论那样的高度,但它最终也获得了承认。^[10]

(二) 讨论范畴

从20世纪60年代末期至70年代初期,法学理论的讨论范畴是极其多样并互相关联的,以至于事后无法对其进行一个完整的系统化复述。学界有所保留地将其区分为下列12个讨论范畴:法律修辞学、法律注释学、法律论证理论、法律范围内的沟通哲学、科学理论、大型讨论范畴“法学与社会学”、系统论、马克思主义法学理论、政治法学理论、对“纯粹法学”的新探讨、法律逻辑与道义逻辑以及(当时主要是以理论观点从事的)法律信息学。学界围绕这12个范畴进行了极其热烈的讨论,借此机会也将传统的法学方法与问题予以整合,并且一再地引进来自相邻学科——尤其是科学理论与普通哲学——的新理论。

当然,这种接纳也存在遗漏,其主要涉及逻辑经验主义、斯堪的纳维亚学派主张的法律现实主义、功利主义、女权主义、后结构主义、不属于社会学与社会学批判主流的大量学说以及经济法律研究领域,自然科学与法律的关联性也被大幅减弱。尽管如此,1965—1985年间,法学与相邻学科还是爆发了一场关于法学基础研究的激烈争论,其激烈程度自20世纪以来前所未有的。

学界从1985年开始关注新的问题,特别涉及“应用伦理学”,

[9] 争论的由来参见 Hans-Joachim Dahms, *Positivismusstreit, Die Auseinandersetzungen der Frankfurter Schule mit dem logischen Postivismus, dem amerikanischen Pragmatismus und dem kritischen Rationalismus*, 1994。

[10] Herbert Schnädelbach, *Kritische Theorie? Aufgaben kritischer Philosophie heute*, in: Hans Albert/Herbert Schnädelbach/Roland Simon-Schäfer (Hg.), *Renaissance der Gesellschaftskritik?*, 1999, S. 44—70 (52)。

如传媒伦理学与经济伦理学,尤其还涉及生物伦理学。^[11] 法学家们将这些问题与刑法教义学以及基本法教义学的研究工作衔接起来,在这一时期就产生一个特有的法律领域。由于其类似于生物伦理学,学界将其命名为“生物法学”,更确切地说,“生物刑法”。^[12] 由此可以明确地体现引进的哲学理论如何促进法律教义学自身的发展。

(三) 20 世纪 60 年代以来法学基础讨论的成果

学界在今日讨论 1965—1985 年间法学理论文艺复兴的成果问题时认为:曾经被纳粹当权者排斥的分析哲学不仅重新出现在德国的专业哲学中,而且在德国的法学基础讨论中站稳了脚跟。此后,源自分析哲学的方法甚至对法律教义学的研究工作具有决定性作用。^[13] 以马丁·海德格尔(Martin Heidegger)和汉斯·格奥尔格·伽达默尔(Hans-Georg Gadamer)为代表的德国形而上学派与基督教的自然法一起受到了压制,而这个自然法在 20 世纪 50 年代及 60 年代还对判决产生了影响。^[14] 法律注释学在 20 世纪 60 年代及 70 年代初期曾经拥有很多的追随者;虽然带有其烙印的概念如“前理解”或“法律适用的注释范围”已经在法学方法论中赢得了一席之地,但是,其追随者现在变得越来越少。

虽然沟通哲学的观点在今日看来略显过时,但它当时在法学范围内得到了广泛认可。值得注意的是,沟通伦理学明显不再被理解为认知伦理学,导致其从根本上更近似于其老对手——批判

[11] 具有代表性的文章是 Dieter Birnbacher, *Bioethik zwischen Natur und Interesse, Mit einer Einladung von A. Kuhlmann*, 2006。

[12] Anne Osterlow, *BiStrafrecht, Eine neue wissenschaftliche Teildisziplin*, 2004。

[13] 20 世纪 60 年代中期的哲学历史学家 John Passmore 就已经引人注目地断言,维也纳学派的逻辑分析思想在德语区的完全失败(wholly failed),参见 John Passmore, “Logical Positivism”, in: P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol 5, 1967, pp. 52—57 (56)。10 年之后这种形态发生了巨大的改变。

[14] 《联邦最高法院刑事判例集》(BGHSt),第 6 卷,第 46 页;《联邦宪法法院判例集》(BverfGE),第 6 卷,第 389 页。

理性主义——的主张。沟通伦理学的精辟之处在于,其能够通过认知伦理学的意义“最终形成”波普尔(Popper)的“批判框架”,即一个“开放社会的基础条件”。^[15] 与此相同的是卢曼(Luhmann)的系统论,它的观念对20世纪80年代的许多理论探讨都产生了影响。在今日,一般来说,系统论术语还是被作为对专业法学解释的修饰性附属物;依照笔者的看法,其对专业法学并不具有重要影响。

一旦出现神学或形而上学的论据,在大多数情况下,学界会将它们嵌入到宽泛和相应具有解释能力的宪法概念中,如“人类尊严”或“生命权”,以便掩盖它们形而上学的特征。在法学基础研究中,对于这些概念的批判分析十分重要。这样的工作在相当程度上需要借助法学理论,更为确切地说,需要借助论证理论的工具。法学理论,在很大程度上,也时常与诸如来自生物伦理学方面的新问题联系起来。

整体上可以确认,就法哲学与法学理论方面而言,法学基础研究的风格明显近似于分析哲学。就内容而言,基础研究也对法律伦理学问题,主要是生物伦理学问题敞开了大门。此外,在法律教义学与实践法学中形成了一个清晰的方法论意识。这其中包含了关于经验对法律之意义的理解;这个效果评价在司法实践中也获得了认可。因此,整体上可以说,1965—1985年间的法学理论发展史是成绩斐然的。

三、法学基础研究的现状

几乎不太可能只用三言两语就恰当地概括德国法学基础研究的现状。笔者想通过下文尽量尝试去揭示一些具有深刻影响的观点。

[15] Karl-Otto Apel, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik, in: ders., Transformation der Philosophie, Band II: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, 1973, S. 358—435.

(一) 今日法学基础研究的典型特征

引人注目的是,首先还缺乏一个被普遍予以认可的、类似于在20世纪50年代自然法文艺复兴时期以及在1965—1985年间法学理论文艺复兴时期出现的研究范式。从20世纪90年代开始,德国的法哲学就呈现出一个旧有与新兴研究方法、科学项目以及观点喜好百家争鸣、百花齐放的景象,但这并不意味着德国的研究水平不能与国际接轨。正好相反,德国一如既往地推动着世界范围内法哲学与法学理论的发展。这一点可以通过来自东欧以及东亚的博士研究生和访问学者的数量予以证明。但是,在这个不容忽视的“方法”多元化中,这些今日所主张的方法意外地被置于毗邻的地位,并没有被一个综合范式所涵盖。

而盎格鲁-撒克逊的法哲学赢得了巨大的智识吸引力以及影响力,这种现象主要通过已提到的德国法哲学近似于分析思考的风格来予以解读,从中所体现的德国讨论场景的国际化是百利而无一害的。但是,德国法哲学应注意保留其当前的方法。在保持谦逊的同时,也要指出:许多在美国是作为法哲学创新而问世的理论,德国早在一百年前就已经对其进行了探讨。

各种毗邻的方法也逐渐导致了专业语言以及语言风格的多样化,这不仅给法哲学团体以及学派间的统一造成了困难,而且让法哲学与相邻学科(在专业法学的影响下)难以交流。很多法哲学家生活和工作在一个闭塞的问题环境以及语言环境中,并且顾忌同相邻学科的任何交流。对于这些法哲学家而言,这样一种理智孤立的状况自然而然地抵御着其不希望出现的干涉,即比较与批判。但是,这种状况也会导致对问题的片面认识与知识上的孤立。研究者孤立化的原因主要在于专业化程度的增长,这在法学基础研究中得到了关注。

进一步值得注意的是,当今法学基础研究同大量政治、社会问题的联系从根本上不再像以前那样紧密了。20世纪50年代及60年代初期自然法的文艺复兴可被视为法哲学对于纳粹罪行及其对德国法律文化严重破坏的道德弥补。法学理论在20世纪60年代

末期及70年代的蓬勃发展同德国社会性与文化性调整联系紧密,这种调整始于20世纪60年代初期,并在70年代达到顶峰。然而,20世纪90年代的法哲学并没有就联邦德国和民主德国的再次统一做出任何反应,并且学界就当时被广泛关注的主题——持续的科技进步、科技以及经济的全球化、在民族以及国际背景下的多元文化、第三世界国家(中国、印度)的崛起——没有给予足够的重视。对飞速发展的生物科技进行的弥补成果则是为数不多的例外,法学家们以生物伦理学为题撰写了很多文章,其中,部分非常具有学术价值。这些文章在教义学与判决中——部分甚至在专业哲学中——赢得了赞誉。^[16]

此外,当今法学基础研究对法律教义学甚至对法律政策影响甚微。引人注目的是,年轻一代的学者看来决意不会以任何“令人厌恶”的言论出名以及挑衅,而这是老一辈学者的权利。例如,汉斯·阿尔伯特(Hans Albert)或诺伯特·赫斯特(Norbert Hoerster),他们对不加思考的笃信新浪潮进行了坚决地反对,而此浪潮今日恰恰威胁到了启蒙运动的价值观。除此以外,尚有沃尔夫冈·瑙克(Wolfgang Naucke)以及温弗里德·哈塞默(Winfried Hassemer),他们俩不厌其烦地在政治时代精神的鲜明反差中对刑法的持续扩张以及向一个没有法治国约束的安全法的转化给予了批判。

(二) 法学基础研究与跨学科性

一个非常有意思的问题是:当今法学基础研究如何看待跨学科性?从学术政策到大型科研机构都经常呼吁跨学科性,所有学科代表在讨论中也都称赞跨学科性,然而,它在科学实践中难以实行。为什么呢?目前,所有学科强调说明的专业化与跨学科性极不协调。跨学科交流无疑具有推动作用,而且如果它对其他专业具有足够敏锐性则能够提出新的问题。一个建立在共同术语和共

[16] 参见 Reinhard Merkel, Forschungsobjekt Embryo, Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlich embryonalen Stammzellen, 2002, mit Besprechung von Eric Hilgendorf, Goldammer's Archiv 2004, S. 613 ff.

同目标基础上且达到各参与专业的专业水平的长期合作实在罕见。因此,跨学科性只有在实际上提出新的问题以及观点并有助于解决参与学科自身的问题时,才具有价值。

在法学基础研究内部,一个符合以上意义、富有成果的跨学科性工作并不是自然而然的事情。虽然在法学所隶属的社会科学领域可以发现共同的基础问题,如相当因果关系概念或价值自由的问题。随着神经科学的发展,意志自由再次成为了一个跨学科性话题。^[17] 法学与其他专业,如医学,所面临的另一个共同问题领域是,一个关于国家父权主义之容许性的问题,如刑事禁止的受嘱托杀人。^[18] 然而,法学家们在基础研究的背景下倾向于自我封闭。当他们洞察到相邻学科相关问题的时候,一般来说,该问题在10年或15年前就已出现;并且该洞察也受大众传媒影响,就是说,他们只洞察那些受大众传媒关注的问题。当考虑到大众传媒的关注是有选择性的,并且其选择标准不一定能体现问题的科学意义时,在法学中开辟跨学科性的通行实践就显得困难重重。它导致的后果之一就是,直到今日,与相邻学科长期而有益的交流寥寥无几。

然而,就当前法学基础研究的状况而草率地得出这种研究倾向对法律与法律教义学没有任何意义的结论无疑是错误的。不同于20世纪七八十年代,当今法学基础研究重新面向实质问题;它致力于一种盛行于法律教义学的客观—分析的思想风格,并且挣脱了形而上学的枷锁。因此,法学基础研究不仅具有与国际接轨的能力,而且能够产生既不同于法律教义学也不同于专业哲学的新的自我意识。当今法学基础研究只是缺少主题。

[17] 目前对此总结以及澄清的是, *Reinhard Merkel*, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, 2008 (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 37)。

[18] *Michael Anderheiden u. a.* (Hg.), *Paternalismus und Recht*, 2006。

四、法学基础研究的蓬勃发展进入视野了吗？

法学基础研究的新方法通常产生于法学理论^[19]，从这个观点出发，法学基础研究在历经 15 年的无所作为后或许会迎来一个全新的蓬勃发展阶段：探讨新的主题、与其他学科建立新的联系，或者至少通过全新的术语来阐述以及透过全新角度讨论一些早已熟悉的问题。那么，哪些主题隶属于这样一种充满活力的法学基础研究的范畴呢？

（一）新兴生命科学

第一个重要主题是新兴生命科学，也就是已被法学基础研究发掘的生物科技、社会生物学以及神经科学。对问题现象如“生物主义”（将来自生命科学的实践结论不假思索地转嫁到法学中）的探讨也与此相关^[20]，“生物学与法律”可以作为未来重要的主题之一。^[21] 学界在医事法，主要是在医事刑法中，从法律教义学的角度探讨像安乐死或胚胎保护这样的主题；然而，对于中心问题却几乎找不到教义性答案，其主要原因在于缺乏相关的法律规范（如德国并没有出台《安乐死法》）。因此，医事刑法领域的重要问题带有法哲学，更确切地说带有伦理学本质。

鉴于各方的世界观，许多事关医事及生物科技的争论非常激烈。不仅法学家与法哲学家，还有其他学科如实践哲学以及道德神学的代表也参与到讨论中。鉴于这些学科不同的论证标准，要达成共识通常是十分困难的。此外，还有教会、大众传媒以及公众的参与。因此，法哲学与法学理论所面临的任務就是尽可能明确

[19] Hilgendorf (Fn. 5), S. 13 f.

[20] Eric Hilgendorf, Irrwege des Biologismus. Ein Kapitel aus der Geschichte des Verhältnisses von Biologie und Recht, in: Klaus P. Berger u. a. (Hg), Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn, 2006, S. 1131—1148.

[21] Hasso Hofmann, Recht, Politik und Religion, in: Juristenzeitung 2003, S. 384.

地表达其先决条件以及论据并且捍卫法律的合理性。

（二）经济与法律

“经济与法律”作为第二个主题，其在未来会吸引越来越多的法学基础研究人员的眼光。经济范式日益地作为一种万能钥匙在法学问题领域被予以讨论。法学基础研究的任务，是更为准确地突出及批判地探讨经济方法在法律中的可行性。功利主义是这种经济性思考在法哲学上的先导与“开创者”。目前，法律的经济分析是这两个学科一个很重要的连接点。然而，这种分析已经引发了许多批评家的批判，在德国也只有少许法学家支持进行这样的分析。^[22]

反对经济与法律间存在一种紧密联系的最常见的批判理由之一在于，目的理性的、以“效益”为导向的经济思维与法学所具有的特殊的规范维度是不相符的。由于法学以人类尊严以及其他人权等主流价值为导向，因此，一种“纯粹以效益为导向”的思维并不能完全将其囊括。然而，这种批判却忽视了一点：效益概念就内容而言是开放的。“有利”也可以意味着“对实现人类的尊严有利”。换句话说，这种目的理性的方法可以容纳任何一种主流价值观念。^[23]因此，从一开始就不能断定在经济与法律或者法律与伦理学间存在范畴上的对立。

（三）全球化

一个充满活力的法学基础研究所蕴含的第三个主题是流行语“全球化与法律”。科技与经济的全球化、特定文化内容的全球化以及它们所导致的消极后果都与此相关，在这一方面已经出现了

[22] 特别参见 Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Aufl., 2005。

[23] 同时内部也存在着一个缺陷，参见 Eric Hilgendorf, *Begründung in Recht und Ethik*, in: Cordula Brand u. a. (Hg.), *Wie funktioniert Bioethik?*, 2008, S. 233—254 (237)。

一些值得注意的方法。^[24] 一国法律的鞭长莫及将通过出台国际以及跨国法律来弥补,然而,围绕国际以及跨国法律内容合法性会产生一些特别问题。这些问题首先存在于潜在的世界法中,这种世界法已经在某些规制领域中得以形成,国际刑法就是如此。世界性法律规则对于互联网刑法领域也是极具意义的。互联网交流并不局限于一国范围;同样,在网络上实施的具有社会危害性的行为以及犯罪行为也不局限于一国范围。虽然存在统一互联网刑法的方法,但目前的情况是依然充斥着各国刑法规范相互抗衡的竞争,法学基础研究的任务是要考虑一部世界范围统一的互联网刑法的可行性。

(四) 多元文化

与全球化主题紧密相连的问题领域是“文化间的冲突”,这个问题为塞缪尔·亨廷顿(Samuel Huntington)^[25]所发现,而且得到政治学领域的长期关注。与此同时,法律教义学领域也对这个主题进行了探讨。“名誉”以及与之相关的“名誉谋杀”等主题在刑法领域受到强烈关注。然而,可以确定的是,目前德国的法教义学还没有做好充分准备去迎接具有多元文化的联邦社会。怎么准确理解“文化”这个概念本身,就是一个还没有解释清楚的问题。人们常常会听到以下意见:文化是单一的、不可分割的整体。文化间不存在毗邻或相对的关系。“外来文化”的信徒,即“外国人”突然出现在“本国”人面前。^[26]更深入地思考各种文化的内在多样性、动力、其相互之间的重叠以及影响进行,或许会更加符合现实。德国

[24] Rüdiger Voigt (Hg.), Globalisierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999; 近期见 Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006。

[25] Samuel P. Huntington, The Clash of Civilizations, 1996, 德语标题: Der Kampf der Kulturen, Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert, 1996。多次再版。

[26] 在德国刑法中,对于外国价值观的思考(特别是《德国刑法典》第211条中的“卑劣动机”),参见 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., 2008, § 211, Rn. 29 ff。

构筑多元文化已经先行一步。个人可以同时隶属多个文化圈:作为穆斯林、作为青少年以及作为足球迷。社会学对这个主题以及类似主题,在关键词“多元文化主义”“跨越文化性”以及“跨越文化交流”的范围内,以跨学科的角度进行讨论。^[27]法学特别是法学教育最初并没有接纳这种讨论,法学教育几乎没有促使法律工作者去应对德国以及欧洲范围内多元文化的挑战。因此,跨越文化交流能力的传授是法学教育改革以及法学基础学科的重中之重。这些基础学科所要面临的任務,是使这个在文化学里早已设立的概念与法学融为一体。

(五) 多元宗教和宗教批判

新兴的宗教多元主义是文化间冲突的一个重要组成部分,这种多元论对国家共同体,也对单一社会,越来越多地施加影响。与此相关的是,一些令人感兴趣的基础问题,如启蒙运动标准普遍主义同单一、并且常常是与启蒙运动价值针锋相对的宗教要求相比所具有的生命力问题,以及关于广大基督教会欧洲许多国家(如德国)所(实际)拥有的特权的合法性的问题。^[28]这就产生了另一个法学基础研究的关注主题:宗教批判。对于宗教立场以及宗教权利的批判性探究对于今日很多人而言依然是一个禁忌。显而易见的是,宗教批判随着宗教的回归^[29]重新赢得了意义。令人特别感兴趣的是,能否成功地在法学基础研究中保持坚定的(虽然大多

[27] 概括见 *Astrid Erll/Marion Gymnich, Interkulturelle Kompetenzen, 2007。*

[28] *Eric Hilgendorf, Religion, Recht und Staat. Zur Notwendigkeit einer Zählung der Religionen durch das Recht, in: Wissenschaft, Religion und Recht, Hans Albert zum 85. Geburtstag, 2006, S. 359—383.*

[29] *Martin Riesebrodt, Die Rückkehr der Religionen, Fundamentalismus und Kampf der Kulturen, 2. Aufl., 2001; 第二版,也可參看文集 Horst Dreier/Eric Hilgendorf (Hg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, Stuttgart 2008。*

数人并没有意识到)法学自然主义思想风格。^[30]与此相关联,笔者将这个世俗的、面向实践科学的态度称为“自然主义”立场,即世界上的万物最终都是以“正确的本质”呈现,并且诉诸超自然实体或者影响关联在研究语境下与科学的立场并不相容。^[31]

首先在盎格鲁-撒克逊地区爆发了一场宗教思想典范的信徒与科学世界观的卫道者之间的争论,并在今天在“创造论”和“智设论”关于科学特性的争论中达到了高潮。相反,在德国的讨论中,往往假设知识与信仰之间是相互对立的,这种对立排除了一个在理性—科学的基础上研究宗教的可能性。这种在知识与信仰之间划定边界的尝试,同时也可以被认为是双方为回避不可欲的批判所做的尝试,出于较多理由是不能令人信服的:每一种宗教都包含认知方式的假设,如特定宗教活动所具有的影响和效果,这种影响通常在经验上是可检验的,至少能够通过观察宗教戒律的影响来对其进行检验与批判。因此,一个对“信仰”和“知识”间的严格界分已经不再具有说服力。此外,德国法律历来公认宗教信仰能够具有法律效力,比方说,考虑一下刑法对于良心犯的处理。^[32]反过来,法律对宗教也产生着影响。由此,所谓的国家教会法也被意味深长地冠以现代名称:“宗教暨世界观法”。^[33]这种法律直到不久前仍然在基督教界根深蒂固。在今天的公开讨论中,宗教信仰鉴于多元宗教以及宗教举足轻重的意义在许多法律部门中都发挥着作用。因此,法学基础研究对这个主题的重新审视就变得刻不容缓。

[30] *Eric Hilgendorf, Tatsachenfragen und Wertungsfragen: Bausteine zu einer naturalistischen Jurisprudenz*, in: *Ch. Lütge/G. Vollmer* (Hg.), *Fakten statt Normen? Zur Rolle einzelwissenschaftlicher Argumente in einer naturalistischen Ethik*, 2004, S. 91—102.

[31] 依据 *Gerhard Volbner, Was ist Naturalismus? Eine Begriffsverschärfung in zwölf Thesen*, in: *ders.*, *Auf der Suche nach der Ordnung, Beiträge zu einem naturalistischen Welt—und Menschenbild*, 1995, S. 21—42 (24)。

[32] *Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 22 C.

[33] *Cerhard Gzermak, Religions-und Weltanschauungsrecht*, 2008.

(六) 从刑法到安全法以及教义法领域的其他发展

另一个重要主题涉及教义问题与法学基础研究的特殊联系,比方说,“定时炸弹案件”中的刑讯^[34]或者《德国航空安全法》第14条第3款(被联邦宪法法院解释为无效)关于以牺牲(少数)无辜者生命去拯救更多生命的规定。^[35]此外,属于这方面主题的还有:(不可避免地)在一个共同发展的欧洲范围内修改民主概念、即将成为一个更加严厉的“安全法”的刑法的法治丧失^[36]以及当前对数据保护与人格权越来越多的监控。

鉴于针对复制数据出现的新型技术方法,必须重新考虑知识产权的概念。最终,鉴于文化多元,应重新检验婚姻与家庭的主流观念。对此,不应当废除知识产权、婚姻以及家庭的原有概念,而应对它们进行检验以及继续拓展。如果法学讨论不致力于新型技术以及社会问题的研究,法律就会滑向由一个不受科学引导而纯粹根据生活需要而设置的法律政策而掌控的深渊。

(七) 自然法的文艺复兴

法学基础研究的问题具有实质以及方法的一面。传统上,实质问题在宏观层面上可以转化为关于正义或是“正确之法”等命题。在沟通哲学解体以后,目前还没有出现一个大有前途的理论可供一个新的认知性伦理驱策。另一方面,显而易见,不能任意

[34] *Winfried Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: *Juristenzeitung* 2000, S. 165—173.

[35] BVerfGE 115, 118 ff.; 也可参见 *Eric Hilgendorf*, Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand, in: *Ulrich Blaschke u. a.* (Hg.), Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, 2005, S. 107—132.

[36] *Eric Hilgendorf/Thomas Frank/Brian Valerius*, Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975—2000, Reformen des Besonderen Teils und neue Herausforderungen, in: *Thomas Vormbaum/Jürgen Welp* (Hg.), Das Strafgesetzbuch, Supplementband 2: 130 Jahre Strafgesetzgebung—Eine Bilanz, 2004, S. 258—380.

决定实质问题。由此而生的“正确之法”问题肯定不会过时,而且应在未来的法学基础研究中对这个问题进行进一步研究。鉴于社会生物学在过去十年的蓬勃发展,可能会演变为一个受实践驱动的人类学。法哲学家们可以从中致力取得“正确”之法与“错误”之法的标准。这在某种意义上是对“自然法”思想的回归。

核心论证如下^[37]:价值源于人类的评价,也就是正面或负面标签。如果某一群体将一特定行为评价为正面,这个行为对这个群体就意味着具有价值。当有相当多数的人对于特定的行为做出了正面评价时,普遍的价值才得以形成。乐于助人或人与人之间的互相关照可作为普遍价值方式的最佳范例,很显然,许多人对诸如此类的行为予以正面评价,原因在于人类天性包含了特定的评价倾向,也就是说,对于一定的正面评价以及负面评价的固定倾向是预设好的。

此外,借助社会生物学对这些倾向的探寻可以发现以下方面:哪些评价倾向是先天的,哪些是后天习得的,此外,是否存在可以作为普遍价值基础的普遍评价倾向。这种方法的特别问题在于,它存在自然主义所具有的、错误地从事实中推导出价值的危险:从事实出发,很多人,也可能是所有人,都对一个特定行为予以正面评价,但是,从中并不会严格得出应当对这个行为予以正面评价的结论。社会生物学能够解释人类的评价行为,但是不能提供(规范)依据。在经验科学与确立规范——更为确切地说——与设立规范的法律政策以及法学间存在的衔接问题,在笔者看来,原则上是可以解决的,然而,这需要更进一步的研究。

[37] 更详细的论述请参见 *Eric Hilgendorf, Recht und Moral, in: Aufklärung und Kritik, 2001, S. 72—90 (86 ff.)*。

(八) 法律论证理论与法律科学理论

法学基础研究的方法问题隶属法学方法论、法律论证理论^[38]以及法律科学理论的职责范围。^[39]启发式的操作,如“十字路口的抉择”^[40],能够有助于将问题情形结构化并找到合理的答案。没有明确、合乎逻辑安排的论证以及一个清楚的基本原理,就没有科学的基础研究。语言上的混乱,或者刻意制造“大有前途的深奥思想”,都不符合同样适用于法学及其他学科的科学方法标准。不可理解并不是“深奥”以及聪慧的问题,恰恰相反,其是缺乏知识深度和对问题的穿透力的表现。就这点而言,法学基础研究同法律教义学存在着相同的问题。所以,笔者希望在未来更频繁地使用法学论证理论,也就是系统地、跨学科地对法学论证关联进行分析。

五、寄望

法学基础研究要想在以上提到的方面取得成功,一方面要寻求并保持同专业教义学的联系;另一方面不能中断与专业哲学的接触。一个纯“法学家哲学”在今日几乎没有引起法学家以及专业

[38] *Ulfrid Neumann*, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986; *ders.*, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation*, in: *Rechtstheorie*, 32 (2001), S. 239—255.

[39] *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, *Wissenschaftstheorie für Juristen. Logik-Semiotik-Erfahrungswissenschaften*, 1980; *Hans-Joachim Koch/Helmut Rießmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982; *Ulfrid Neumann*, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., 2004, S. 385—400.

[40] 重要的文章收集于 *Winfried Brugger*, *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, 2005; 此外 *Eric Hilgendorf*, *Heuristische Figuren in der Jurisprudenz? Das “Kreuz der Entscheidung” und die Rechtsphilosophie(n) in methodologischer Perspektive*, in: *Matthias Jung/Hans Joas* (Hg.), *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht* (不久出版)。

哲学家的严肃重视。此外,还必须进一步致力于对国际性的研究,法学基础研究的问题不能局限于一国界限之内,应当突破国界限予以讨论。一个受系统化意图推动的法学基础研究还应当关注哲学史的演进,当中蕴含了大量问题及解决方法尝试,它们在今日仍然非常有用,阅读古典哲学通常比研究最新的流行哲学更加有益。^[41]

法学基础研究要想呈现新文艺复兴的关键在于,应当像 20 世纪 60 年代末期与 70 年代那样重新面向广大民众,而不是只局限于少数的专业同事。启蒙,特别意味着对法律及其包含的原理以及一般问题的启蒙。直到今天,德国不可原谅地忽视了法律以及法学思想的大众化。由此产生了一个非常令人惋惜的后果,即民众的法律素养,特别是在基础问题上,非常不尽如人意。^[42]

特奥多尔·盖格尔(Theodor Geiger)在第二次世界大战结束后不久,就提交了一个对西欧社会的分析结果,直到今天仍然具有现实意义。盖格尔指出:

人类的人格发展远远落后于实体技术以及社会秩序的发展,人类对于他们所创造的文明力不从心。实体形态的合理性与社会立场的不合理性是相互矛盾的。我们处在一种奇特的环境,即想要通过迷信的内心使得长时间发展而来的技术仪器继续运转,而全球秩序的荣辱掌握在受教区约束的小市民手中。这样是不会有任​​何效果的。人类可以凭借理智化将自己带到实体世界结构所处于的那个高度来消除这种失衡。^[43]

在这一段话里,盖格尔明确地提到了当今法律与政治所要面

[41] 在这个关联下要表明的是“法哲学思想史工作组”,即隶属国际法哲学与社会哲学协会德国分部的一个工作小组。

[42] 此外这同样适用于大众传媒的代表。这些大众传媒有时候使得关于德国的法律政策的讨论背上了沉重的负担。

[43] *Theodor Geiger, Demokratie ohne Dogma, Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit, München 1963, S. 240.*

临的两个关键挑战：总是进一步强化的能力以及可供我们驱策的复杂技术与世界社会的形成。人类的世界观和道德意识已经跟不上这样发展的步伐，大部分人仍旧在狭隘的认知、道德及感情的范畴中进行思考。盖格尔将借助启蒙与批判的民众“理智化”作为对症下药；另一方面^[44]，他将他的纲领描绘为一种“理智人文主义”。这样一种积极的、启蒙的、面向诸如自由与人类尊严的人文主义价值的立场，对于一个全新的法学基础研究是十分有利的。

[44] *Theodor Geiger*, *Demokratie ohne Dogma, Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit*, München 1963, S. 361.

第二章

1975—2005 年德国刑法发展之考察

一、初始状况

在 1975 年刑法总论的改革生效之后,刑法改革讨论的重点就转移到了分论上面。刑法不再被视为现代化的,以前的改革方法被看做过去时代的印记,因此——“起草草案的教授们”提出——应该需要一部更符合基本法精神的法治国家和社会国家的刑法。1974—1978 年间的内政部长、刑法教授维尔讷·迈霍费尔(Werner Maihofer)为这个改革提出了两个指导方针:“刑法是公民的自由大宪章”和“刑法是社会政策的最后手段”。〔1〕他试图通过这两条指导方针消除刑法以前所存在的缺陷,尤其是刑事政策的过度化和不恰当地混淆法律与道德的趋势。他主张,刑法不是社会政策的任意手段,而且关注轻微犯罪会耗损刑事追诉机关追诉真正犯罪的资源。〔2〕

与迈霍费尔相似,鲁道夫·维特赫尔特(Rudolf Wiethölter)在作为 20 世纪 60 年代法律批判的关键读物《法学》〔3〕这本入门书中也描述了当时的刑法的主要缺陷。他要求思考刑法在我们社会中的功能,这个社会已不再是受王权和祭坛束缚的市民财产社

〔1〕 W. Maihofer, Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts, in: L. Reinisch (Hg.), Die deutsche Strafrechtsreform, 1967, S. 72—88 (74).

〔2〕 W. Maihofer, a. O. O., S. 75; 同样参见 Hilgendorf/Frank/Valerius (vor Fn. 1), S. 262。

〔3〕 R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968.

会和教育社会,而在19世纪人们的理解中,刑法仍然服务于财产社会和教育社会的安全。他把政治刑法和风俗刑法,特别是通奸、人工授精、堕胎和单纯的同性性行为作为分论改革的主要领域。〔4〕

迈霍费尔和维特赫尔特拟定的改革方案只能在20世纪60年代初开始的社会变革的背景下加以理解。〔5〕那时,有关刑法典分论的大多数法律政策的要求可以概括为“自由化”和“废除”这两个核心概念:性刑法和政治刑法的自由化,《刑法典》第218条以下数条规定的松动或废除,以及《刑法典》第175条的废除。接着,从20世纪90年代中期开始,针对改革计划出现了两个新的因素,它们至今还影响着刑法的发展:法律的欧洲化和国际化。

二、发展趋势

关于刑法分论改革的讨论融汇于一系列的改革浪潮当中。在本文研究的时期内,首先进行改变的领域是终止妊娠法、打击恐怖主义、经济犯罪、针对环境的犯罪行为、性刑法和有组织犯罪。1998年第6部《刑法改革法》对刑法规定进行了大量和广泛的修改。〔6〕从对这些主要领域的回顾中,我们可以发现1975—2005年间德国刑法发展的(部分矛盾的)趋势和特色。

多年以来,法兰克福的刑法学者沃尔夫冈·瑙克(Wolfgang Naucke)一直属于德国刑法发展的最敏锐的观察者和批判者。瑙

〔4〕 W. Maihofer (Fn. 1), S. 79.

〔5〕 参见 E. Wolfrum, Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 2006, S. 187 ff., 253 ff.; 关于同时出现的法学中法律理论的繁荣现象,参见 E. Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie 1965—1985, 2005。

〔6〕 关于所提及的主题领域的详细内容,参见 Hilgendorf/Frank/Valerius (vor Fn. 1), S. 265—363。

克的核心命题⁷⁾是,《刑法典》背离了古典自由主义的、旨在保护个人权利的刑法模式,而总是延伸到新的领域,如环境、毒品、有组织犯罪、恐怖主义、高科技犯罪和产品责任。事实上,这种观察是正确的;德国刑法并非在谦抑,而是在不断向外扩展,其中包含了远远处于“古典”刑法理论之外的领域。

然而,在评价这种发展时,不应该轻率地陷入一种片面批判的立场,并信誓旦旦地保证“古典自由主义刑法”的优点,事实上,纯粹的古典自由主义刑法从来没有存在过。同样必须考虑的是,在经历了多次备受争议的修改之后,当今的刑法远比 30 年前更加符合时代精神。这首先体现在,现行法律的规定不仅高度适应社会伦理的发展,也高度符合数据处理、信息传递等方面的技术进步水平。下文将借助通常与当今刑法批判中的主要概念相适应的 16 个核心概念,来分析这种整体发展,从而,至少以正确的方式评价它。

(一) 修改手段

立法者以往推进刑法改革所运用的手段包括:① 针对特定现实问题的法律,这些现实问题只是或多或少地触及刑法领域;② 刑法修改法,借此特别解决那些在刑法领域出现的、得到清晰界定的个别问题;③ 针对由于其重要性而受到重视的整体生活领域进行规制的法律;④ 刑法改革法,全面深入地对刑法典的大部分领域进行了修改与完善,如 1998 年的第 6 部《刑法改革法》。在本文所讨论的时间范围内,立法者大体上采取了这几类传统的手段。不过,仅仅附带涉及刑法单一修改法的数量在该时期内大量增加。

(二) 规范结构和范围

立法者日渐倾向于进行极其精细而内容丰富的规范化。例

[7] 对该命题的多种表述参见 W. Naucke, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozessrecht*, 1999; ders., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, 2000 (*Juristische Zeitgeschichte*, Abt. 1, Bd. 4)。

如,《刑法典》第261条(洗钱)中一再扩展的犯罪行为系列,《刑法典》第263条a(计算机诈骗)中有争议的行为方式以及《刑法典》第152条a(伪造支付卡)。这种意图包罗所有个别情况的立法技术给法律适用造成了困难,使臣服于法律的人通常不能清楚地认识到什么是被禁止的,什么不是被禁止的。在这些对入罪化行为进行详细描述规范中,高度精细的表述方式导致人们很难将新的行为方式纳入其中,因为刑法是禁止类推的。〔8〕

(三) 不精确的法律

同时,许多法律也会采用规范的概念或者引入其他不确定的用语,这给法律适用者留下了相当大的裁量空间。因此,事先就能够预料到解释上的争议,它们给司法资源造成负担,引起法的不安定性。从分权原则的角度看,法律适用者拥有广大的裁量空间也是有问题的,因为裁量权由此就从民主立法的议会转移到了法院和行政机关身上。此外,使用不精确概念的趋势将阻碍上文第二点提到的尽可能精确描述行为的努力。

(四) 非犯罪化

尽管20世纪60年代末、70年代初的时代精神仍受到尽可能广泛的非犯罪化要求的影响——有时甚至要求“废除刑法”——从1975年到2005年,只在少许范围内出现了真正的非犯罪化。例如废除《刑法典》第175条,与之相应,通过1994年第29部《刑法修改法》废除和青少年达成合意的同性性行为的可罚性。对于具有轻度不法内涵的广泛流行的犯罪,如单纯的商店盗窃或司机肇事后逃逸,非犯罪化的努力却未获成功。

〔8〕 关于过去十年立法技术的详细内容,参见 U. Scheffler, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa, ZStW 117 (2005), S. 766—800; F. C. Schroeder, Die Entwicklung der Gesetzgebungstechnik, in: Th. Vormbaum/J. Welp (Hg.) (vor Fn. 1), S. 381—422.

(五) 新犯罪化和重刑化

整体而言,1975—2000 年间,去犯罪化影响甚微,而犯罪化的趋势涌现出来,首先是在关于暴力色情——特别是儿童色情——的性刑法的领域。在这里,自由化让位于非常具有约束性的方针。犯罪化趋势得以增强的其他重要领域是环境刑法和经济刑法。此外,还有提高身体伤害犯罪的量刑幅度(为了达到量刑幅度的协调,同样可以降低财产犯罪的量刑幅度)、增加未遂的可罚性(例如在简单的身体伤害情形中)以及第 6 部《刑法改革法》中将侵入住宅的盗窃升格为加重情形。可以说,从新犯罪化和重刑化中能够看出过去 30 年刑法发展的主要趋势。

(六) 犯罪的前置化

在通过设立新的刑法规定而开展的犯罪化的同时,刑法还不断扩展到法益受到真正侵害之前的阶段进行提前干预。其手段除了增加未遂的可罚性之外,首先是设立抽象危险犯。对于抽象危险犯,不一定要像具体危险犯那样出现法益的事实上可以确定的具体危险,相反,行为人实施了一个在立法者看来具有一般危险性的行为,就足够了。^[9]《刑法典》第 326 条以下的环境刑法规定,第 298、299 条针对竞争的犯罪行为以及第 306 条 a 第 1 款的放火罪,都是抽象危险犯的典型例子。

(七) 面向未来的刑事立法

在本文论述的时期内,德国刑事立法的一大特色在于,立法者多次试图抢在技术发展之前就确定某些行为方式的可罚性,而在进行立法时,这些行为方式从技术上而言还是完全不可实现的。最令人难忘的例子是 1991 年的《胚胎保护法》,其中,诸如克隆人类细胞、利用人类细胞培育嵌合体和杂交体的行为都是可罚的,而

[9] J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 11. Aufl. 2003, § 8 Rn. 42 f.

这些行为方式在 90 年代初仅存在于科幻小说之中。显然,这些立法努力的背景是这种——并非没有问题的——尝试,即通过刑法事先影响关于生物技术新方法的道德和政治决策。

(八) 作为社会塑造手段的刑法和最后手段原则

按照传统的、依然通行的理解,作为国家最严厉手段的刑法应该总是最后的手段:只有在其他所有的方法都失败时,动用刑法才是合理的。^[10] 现代刑事立法者已经放弃了这个原则,刑法不仅被用作最后的手段,而且经常也被作为首要手段加以运用,有时甚至是唯一的手段,这尤其体现在经济刑法和打击恐怖主义与有组织犯罪当中。然而,需要思考的是,动用刑法手段虽然并不总能、但有时确实能比使用其他的手段,特别是民法上的防御请求权和损害赔偿请求权,取得更好的效果。刑法后果的威吓在这里能够更加有效。

(九) 以结果为导向

对刑法新发展的典型批评是,现代刑法正以一种不恰当的方式为结果主义的思维所左右。^[11] 这尤其体现在现代刑法抛弃了对刑罚目的的传统理解,转而诉诸考虑立法和刑事判决中的实践结果。事实上,这种发展已经出现了。然而,并不清楚的是,为什么它一开始就要受否定的评价。同样,考虑犯罪行为的实践层面,并且根据结果来评价刑罚和刑法,这毕竟属于贝卡里亚以来的文明刑法的主要成就。这实质上是视角的转换,它带来了启蒙运动以来刑法的人性化。

(十) 日常政治的重要性

前文所述的趋势形成的原因也在于,日常政治在现代对于刑

[10] *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 9), § 3 Rn. 19.

[11] 例如 *W. Hassemer*, *Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *D. Simon* (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994, S. 259—310 (276 ff.)。

事立法进程的影响远甚于从前。虐待儿童、环境灾难或经济活动中有伤风化的行为等引人注目的事件经常导致对刑事立法的吁求,而刑事立法者也乐见通过表达使刑法严厉化的意愿,朝着对自己有利的方向引导民意。尤其是,性刑法可以被看做经常由人为操纵的舆论狂热所主导的“现代”刑法的典型。

(十一) 政治流派和刑法过度

将这种趋势仅仅归咎于某一种政治流派是错误的。多年以来,几乎所有的政治派别都更加倾向于犯罪化而不是非犯罪化,分歧仅仅在于应当以哪个领域作为动用刑法手段的重点。一方认为犯罪化应当优先用于确保国内安全或打击有组织犯罪;而另一方则认为应当在生物技术、环境保护或经济犯罪领域着重进行犯罪化,这最终导致了刑法规范在数量和范围上的显著扩增。1871年的《刑法典》,更不用说附属刑法,在当下比以前任何时候都要庞大,不计其数的刑法禁令甚至广泛地覆盖了法益受到真正侵害之前的阶段。这导致了对自由的限制,然而除了刑法的专业观察者之外,似乎仍然只有很少的公民敏锐地意识到了这一点。

(十二) 作为反向调控手段的机会原则

对于轻微和中等程度的犯罪,目前广泛通过终止诉讼程序的方式来在一定程度上纠正扩张的犯罪化趋势。1981—1998年,基于起诉便宜主义结束诉讼程序的案件数量增长了161.4%,尤其是,根据《刑事诉讼法》第153条和第153条b的规定结束诉讼程序的数量甚至增长了260.5%。^[12]由此可知,起诉便宜主义原则在广泛的范围内排除了起诉法定原则。在很多案件中,这可以避免行为人遭受耻辱和社会排斥,并因此间接地避免累犯。但是,在大多数情况下,诉讼经济方面的考量(释放、简易化、节约成本)起了决定作用:检察院缺少资源以紧跟广泛的犯罪化的步伐。对法

[12] Erster Periodischer Sicherheitsbericht, Herausgegeben vom Bundesministerium des Innern und vom Bundesministerium der Justiz, 2001, S. 349.

治国而言,起诉便宜主义原则的扩张是相当令人质疑的:关于可罚性或不可罚性的决定权落于刑事追诉机关手中,同时,当事人经常缺少保护自身利益的途径。

(十三) 被害人导向

传统观点认为刑法是指向行为人的,国家刑法的前提在于排除被害人及其家庭施加刑罚的地位。但近年来,刑事政策给予了被害人更多的关注。一方面,对被害人的关注常常简化为民粹主义,从而为更高的刑罚威吓提供根据。此外,在量刑和停止刑事诉讼程序的实践操作中,行为人对于被害人的事后表现有着越来越大的影响。理论和实践都接受了“补偿”的可能性,这通过《刑法典》第46条a引入的行为人与被害人和解的规定就可以看出来,该规定由1994年10月28日颁布的《打击犯罪法》所确立。另外,刑事诉讼中出现了被害人更强的参与权,如由1986年12月18日的《被害人保护法》确立的《刑事诉讼法》第406条d以下的规定。

(十四) 再天主教化的趋势

1975年以来的刑法修改主要反映了当时议会中政治多数的意愿,符合民主原则。不过,在保护未出生的生命方面,联邦宪法法院两次反对民主立法的议会多数,而贯彻了大基督教会特别是天主教会的观点。^[13] 在一群极富热心的议员推动之下,刑事立法中的这种天主教化和再天主教化更进一步,即胚胎保护法和干细胞法对受精的卵细胞和试管中的全能细胞进行刑事保护。在生物刑法的问题上,现在自称“进步的”政治流派所持的部分立场恰好和天主教会的如出一辙。

(十五) 刑罚目的以及刑法和其他法领域的关系

刑罚目的论不仅是学界的问题,也对立法和法律适用的实践

[13] 关于刑法和宗教关系的一般论述,参见 E. Hilgendorf, Religion, Recht und Staat, in: ders. (Hrsg.), Wissenschaft, Religion und Recht, 2006, S. 359—383 (384 ff.)。

起着重要的作用。在本章所研究的这段时间里,起初特殊预防的希望占主导地位,随后在 20 世纪 70 年代逐渐被(积极的)一般预防的想法所取代。就此而言,本章所述时期之内的刑法事实上具有“预防刑法”的特征。与其他的法领域相关,刑法的立场通过其一般预防的定位发生了变化。它明显地向警察法、行政法、社会法和损害赔偿法靠拢,而且这些资源融合为没有鲜明轮廓和清晰指导原则的“安全法”^[14]。

(十六) 刑法和犯罪学

起初,犯罪学对于刑事立法的意义微乎其微,而最近决策者的态度似乎有所改变。由联邦内政部和司法部委托撰写的 2001 年出版的《第一次定期安全性报告》标志着一个里程碑。^[15]它以经验犯罪学的工作为基础,对德国的犯罪状况进行了一个全面的评述,这将在未来的立法中加以考虑。该报告的作者除了参与部门的代表和着力进行犯罪统计的机关代表之外,还有德国顶尖的犯罪学家。这份安全性报告显示了一种途径,即将来如何可以完善(包含犯罪学的)刑法学和立法实践之间的合作。

三、德国刑法的新挑战

(一) 灵活化

刑法的发展在一定程度上与一种趋势紧密相关,人们可称之为刑法及其法治国基础的“灵活化”。^[16]传统的法治国原则,如最后手段原则、确定性原则和法定原则,被削弱,并且经常成为非理性的惩罚需求的牺牲品。

[14] Hilgendorf/Frank/Valerius (vor Fn. 1), S. 380; 有关文章,也参见 Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung, 2003。

[15] 编者是德国联邦内政部和联邦司法部。

[16] E. Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”, 1993, S. 48 ff.

试图或多或少地明显返回到含有形而上学意味的“绝对”刑罚观,也并不能消除现代刑法中的这些现象。应该通过加强刑事立法的科学性来纠正前述的错误发展,这可以借助诸如犯罪学的经验研究来得以实现。这样做的起点是对现代刑法起源的思考,即弗兰茨·冯·李斯特(Franz von Liszt)的“现代学派”。和我们有关的最重要的原则是:刑法是保护法益的手段,不仅其适用要严格遵循目的理性的要求,而且鉴于其严厉性对自由的威胁,刑法也只能作为最后的手段。刑法规定也必须是适当的和必要的,从而实现明确界定的社会目标。通过明确规定的犯罪行为构成要件和有关刑事诉讼的清晰规定,就可以确保被追诉者不仅仅是国家权力的对象。

(二) 刑法的扩张

1975—2005年间,刑法发展的概况清楚展现了一种倾向于更多和更严厉刑法的趋势。刑法没有谦抑,而是在不断扩张。如果仍然像之前一样放任这种扩张趋势的发展,那么它最终就会对自由的法治国和在其中生活的个人的自由构成危险。

刑法服务于法益保护,为此,它不仅针对导致损害发生的行为,还(越来越多地)针对危险(即具有导致损害发生的潜在可能性的)行为。随着科技的进步,我们的行为方式也在迅速增加,相应地,我们行为的潜在危险和个人通过特定行为使他人遭受侵害的机会也在增加。此前远在人们视野之外的利益也不免受到损害,如环境污染领域。在这种发展中,任何科学进步都是一把双刃剑。出现了新的、合法的保护需求,它们也可以要求将刑法作为最后手段加以使用,这一点可以部分地解释1975年以来的刑法扩张。

科技的发展不仅直接催生新的侵害方式和对法律上新的保护规定的需求,还间接影响社会的态度和价值。由此,法益将失去威望,直到它们仅仅变成个别利益的表述方式,其他的利益则将进入法益行列。刑法也反映社会的价值变化,即使通常情况下具有明显的滞后性。目前,产生新的刑罚需求的是像大量电子邮件(“垃

圾邮件”)、电子商务的迅速传播^[17]和窥探网络交往这样的技术,将来就可能是生物技术和纳米技术。严重的社会老龄化进程也可能产生新的刑罚需求。

(三) 欧洲化

第三个正在深刻改变德国刑法的趋势就是刑法的欧洲化。虽然欧盟或者说欧共体没有自己的刑罚权,但是,欧盟各成员国有义务将欧盟通过的指令、框架决议等形式的关于各国刑法的规定转化成国内法。在(最初失败的)《欧盟宪法》中,第 III—172 条第 1 款规定了欧盟公布框架法律的广泛权限。尽管欧盟或者说欧共体设置刑法的权力有限,但最晚从 20 世纪 90 年代初开始,各成员国的刑法就开始了欧洲一体化的进程。这个过程起初悄无声息,近年来则日益明朗和流畅。

原则上,欧洲范围内刑事追诉和实体刑法的协调的意义鲜有争议。有争议的是欧洲化的速度、范围和内容。首先受人诟病的是欧盟刑法规定缺少民主正当性,它们是由欧共体委员会这样的行政机构而非议会起草公布的。此外,欧盟的计划经常不能立即和德国以法治国原则为导向的刑法教义学传统相契合。值得注意的是,欧盟的很多计划都是模糊的,这增强了刑法灵活化和刑法保护前置的趋势。因此,法兰克福刑法学派的代表者^[18]也对此前德国刑法中的“推动欧洲化”提出了强烈批判。然而,只要德国刑法在共同发展的欧洲还能得到充分的认可,就无须过度

[17] 特别的后果就是网络诈骗犯罪的增加,对此参见 E. Hilgendorf, Betrug im Internet, in: K. Asada u. a. (Hrsg.), Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien. Deutsch-japanisches Symposium in Tübingen vom 12. bis 18. Juli 2004, 2006, S. 141—161。

[18] Repräsentativ der vom Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. herausgegebene Sammelband: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995 (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 50)。

地悲观。^[19]

(四) 世界观的多元化

刑法的第四个挑战体现在社会价值观的多元化。基督教已经在很大程度上丧失了作为主流价值观的功能,社会中的一大部分人认为,在宗教信仰上是自由的,很多人信奉基督教以外的宗教。因此,国家刑法会越来越地适用于那些拥有不同的文化或世界观的人群。在公法方面,宗教多元化已经引起了重大的争议。^[20]

对刑法而言,社会中文化和世界观的多元化也具有重要意义。随着社会世界观的多元化,国家规范不再被臣服于法律的人看作单一世界观的表达,而只能期望一般性的接受。所以,国家的立法者要在刑法中比过往更加注意价值观的中立性。^[21]在立法和法教义学中出现的再天主化的趋势^[22]是与此相悖的。

自东欧集团解体以来,国际法的蓬勃发展意味着跨文化的刑法是可能的。在这方面,1998年7月17日的《罗马规约》设立的国际刑事法院是最具有意义的,该《规约》于2002年7月1日生效,规定了四种犯罪:灭绝种族罪(第6条)、危害人类罪(第7条)、战争罪(第8条)和侵略罪(第5条第2款)。

四、当今的刑法和社会

和德国历史上的任何时期都不同,当今刑法进入了社会、政治和大众媒体的领域。在1975年,非犯罪化的要求仍然盛行,而当

[19] 与之相反,除了刑法适用法(*Strafanwendungsrecht*)、网络刑法(*Internetstrafrecht*)和国际刑法(*Völkerstrafrecht*)等部分领域外,法律的全球化在刑法中还没有明显地体现出来。对法律全球化的一般论述参见 R. Voigt (*Hrsg.*), *Globalisierung des Rechts*, 2000。

[20] 参见 M. Morlok, *Kommentierung von Art. 4 GG Rn. 119 ff.*, in: H. Dreier (*Hrsg.*), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2004; 已经从基础性视角展开论述的是 H.-M. Pawlowski, *Recht und Moral im Staat der Glaubensfreiheit. Ausgewählte rechtstheoretische Arbeiten*, 1992。

[21] 参见 E. Hilgendorf (Fn. 13), S. 379 ff。

[22] *Hilgendorf/Frank/Valerius* (vor Fn. 1), S. 372。

今的时代潮流转向了不断增多和严厉的犯罪化。对公众和大部分的政治家来说,刑法已然成为了应对各种不受欢迎的发展的万能手段。经常体现民粹主义的刑事立法以快速起草的新法律做出反应,它们侵害了最后手段原则,总是设立新的犯罪行为构成要件,将刑罚幅度严厉化并且在整体上将刑法“灵活化”,以便刑法能胜任其新任务。让刑法不堪重负的刑事政策威胁到自由主义法治国家的自由,并可能最终削弱刑法在民众中的威望和接受度。因此,有必要重新回归到 20 世纪 60 年代末刑法分论的现代化开始时期提出的那些原则:刑法仅仅意味着开明的法律政策的最后手段,它不仅服务于“打击”犯罪人^[23],而且可能首先是自由的法治国家的自由大宪章。

通观 1975 年以来德国刑法的发展概况,可以看出两个大的趋势:一方面是经由新犯罪化和刑罚严厉化而进行的刑法扩张;另一方面是通过去除明确和有约束力的规则而出现的刑法灵活化。刑法扩张的首要原因或许在于老龄化社会中对安全需求的日渐增长,其次则是一定程度上的国家导向性,或者说是国家对国家的依赖,即寄希望于由国家来解决所有的社会和生活问题,即便以刑法的手段。未经反省的刑法扩张会造成威胁自由的后果,而对此的认识被抛到九霄云外,并再也没有经过深思熟虑。其中,民众和舆论制造者法律知识的匮乏起着相当大的作用。

这种刑法的灵活化在确定法律后果(“多样化”)等方面也顺应了当前的国际发展趋势。此外,德国这样一个法治国和罪刑法定原则早在民主制度确立之前就已经根深蒂固的国家,自身也出现了一些引人注目的问题。自 20 世纪 60 年代晚期以来,形式的罪刑法定一直背负着保守主义的名声,而“实证主义”几乎是一个骂语。在法律中,形式和自由密不可分这个观念遭到冷落。自 20 世纪 60 年代以来,刑法理论自身也已经明显“灵活化”了;可

[23] 鉴于其生物主义的色彩,“打击犯罪人”这个人格化的表述原本是有问题的,应该取代指向人而称之为“打击犯罪”(对此提示,笔者感谢同事 Uwe Schefler 先生, Frankfurt/O.)。

以确定,自那时起,德国刑法理论的主要工作就变成了瓦解包含“精确”概念性和清晰规则的传统刑法教义学。在大量的博士论文和执教资格论文中,刑法传统概念性的继续消解常常是以极大的学术消耗来推动的。关于刑法正当性及其边界的基础知识的传授,以及法律约束力的重要性都变得次要。如此培育出的法律人在政治和社会中非常容易受到不断推进的“灵活化”的影响,就不足为奇了。

在可预见的将来,重返德国刑法的法治国传统是不可能的。倒不如说刑法是内容广泛的、鉴于其目的和使用方法而高度灵活的“安全法”的组成部分,这个安全法从社会法、警察法一直延伸到损害赔偿法。目前,部分法学著作乃至大众媒体在认真地思考“敌人刑法”这个范畴,而在敌人刑法中,法治国基本的安全将被置之不理,这一情况值得反思。^[24] 刑法学最重要的任务包括,要清醒地认识到,获得(真正的或者想象中的)安全常常是以失去自由为代价的。

五、重刑化的可能原因

刑法的扩张和灵活化可以归因于常被称作“重型化”的社会整体倾向。人们将其理解为一种未经省察的亲近刑法的态度,它表现为要求增加并加重刑罚。^[25] 专家们一致认为,增加犯罪行为构成要件和重刑的数量显然绝不会改善法益保护的状况。然而,在欧洲的许多国家,特别是德国,仍然能看到重刑化的趋势。为了阻止并尽可能逆转这种趋势,首先需要认清它的原因。为

[24] 具有说服力的批判参见 F. Saliger, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, S. 756—762。Saliger 正确地强调“敌人刑法”这个构想在使用上的模糊性,它有时在纯描述性的意义上或作为价值中立的分析工具被使用,有时(恰好在它的创造者 Günther Jakobs 那里)也在完全肯定的意义上被运用。

[25] 有关详细内容的文章,参见 R. Lautmann/D. Klimke/F. Sack (Hrsg.), Punitivität. 8. Beiheft des Kriminologischen Journals, 2004。

此,下文的概述表达了一些假设,它们在多数情况下还需要实践的检验。

(一) 惩罚的传统

第一个可能的原因是特定的惩罚传统,正如它们以前在东欧经常出现的情况一样。^[26] 这些传统及其代表观点到现在仍有影响,可能也与此有关的是,东欧国家的法律人在向某种市场经济转型的过程中大多没有受到影响。然而,德国恰恰没有悠久的惩罚传统:在 20 世纪六七十年代,不仅大部分的刑法学者,而且刑事政策制定者、知识分子和引导舆论的大众媒体都支持非犯罪化和刑法的谦抑。^[27] 直到大约 20 世纪 70 年代中期,这个情况才出现转变。此时,人们不再引用刑事政策的旧传统,而它们仍体现在 1962 年的草案^[28] 当中。所以,用旧传统来解释 20 世纪 70 年代中期以来德国刑法的扩张肯定是不充分的。

(二) 欧洲的影响

当前,刑事政策中广为流传的对更多和更严厉刑罚的倾向并非源自刑罚传统,而是受到欧洲刑事政策影响的结果。乍看起来,刑法的大部分内容似乎并没有受到德国法律的欧洲化的影响,然而,这个现象具有欺骗性,来自布鲁塞尔的决定越来越多地参与到

[26] 例如,特别值得关注的是波兰,参见 K. Buchara, Grundzüge des Reformvorhabens. Entwurf des polnischen Strafgesetzbuches vom Oktober 1990, in: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1991, S. 9—32; B. Stando-Kawecka, Strafrechts- und Kriminalpolitik in Polen, in: A. Eser/J. Arnold/J. Trappe (Hrsg.), Strafrechtentwicklung in Osteuropa. Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen, 2005, S. 318—330; 总体上参见 A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Hrsg.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht. Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder, 1993。

[27] 参见本章第二部分之(四)。

[28] 全面的内容参见 U. Scheffler, Das Reformzeitalter 1953—1975, in: Vormbaum/Welp (vor Fn. 1), S. 174—257 (176 ff.)。

德国刑事政策的制定当中,“欧洲的刑法”正在成形。^[29] 这种发展的一个大问题在于,新的欧洲刑法的民主合法性基础极其不充分。^[30] 推动刑法在欧洲发展的并不是欧洲议会,而是行政机构的代表。此外,出现了警察和司法合作的领域,几乎难观其全貌(事实上也确实不需要加以控制)。^[31] 一个由行政机构创制的、遍及欧洲的实体刑法和刑事诉讼法网产生了。计划制订者与参与者极端的重刑化立场支持着这种新的发展趋势^[32],这种趋势也影响国内的立法者。

(三) 经济和刑法

第三个原因存在于国家经济发展与刑罚理论与实践的关系之中。经济较发达的国家在其刑事制度中可能更倾向于采取金钱刑,而有待论证的是,经济较贫困的国家则依赖自由刑或身体刑。照此方式,严厉的制裁实践就可以通过经济的视角来解释。尽管这个理论可能初看起来是可信的,它仍然有待实践证实。这个方法不适合用来解释德国的发展,因为迈向更多和更严厉刑法的第一波趋势在20世纪70年代中期就开始了,而当时还根本谈不上经济衰退。不过,这种猜测毕竟是很有可能的,即在出现经济问题和

[29] K. Ambos, Internationales Strafrecht (Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht), 2006; B. Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007; H. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005; 也参见 F. Zieschang/E. Hilgendorf/K. Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003。

[30] 对此以及刑法欧洲化的其他问题,例如“网络刑法”的规则领域,参见 E. Hilgendorf, Tendenzen und Probleme einer Harmonisierung des Internetstrafrechts auf Europäischer Ebene, in: Ch. Schwarzenegger/O. Arter/F. S. Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Strafrecht, 2005, S. 257—300 (S. 286 ff.)。

[31] 概述参见 Satzger (Fn. 29), § 9。

[32] B. Schünemann, Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU, GA 151 (2004), S. 193—209 (参考第 203 页:“目前,匆忙在欧洲引入一部全新风格的刑法并没有客观的基础”)。另参见同一人主编的书 B. Schünemann, Alternativentwurf europäische Strafverfolgung, 2004。它属于一个工作组的首批成果,该工作组也致力于在欧洲化的刑法中维持和捍卫法治国的基础。

经济与社会的分配斗争的时期,选民对于严厉制裁和惩罚观的其他表现形式的接受度就会提高。

(四) 政治和“象征刑法”

毋庸置疑,一个重要的因素在于,政治已经发现刑法是一种打击犯罪的廉价和非常具有象征性的手段。^[33] 现在,刑法不仅仅是立法者最后的手段,而且是首要的、甚至在不少情况中是唯一的手段。^[34] 对媒体和公众而言,引入新犯罪行为和强化刑罚幅度是奏效的,却没有成本。社会在很多领域都面临着重大的问题,如欠缺整合、越轨的经济活动、危害社会的网络行为,目前对这些问题并没有一劳永逸的解决办法。通过刑法措施,政治可以营造一种积极性的印象,而不必承认它找不到解决问题的有效方法。^[35]

(五) 大众媒体的角色

大众媒体很喜欢用异乎寻常和令人震惊的方式来满足人们显然自然的需求,没有这些大众媒体,就不会出现法律政策中的重刑化倾向。^[36] 为了满足读者的需求,一些媒体就勾勒出谋杀、强奸、

[33] 特别是 Wolfgang Naucke 多年以来一直强调这种情况,参见 W. Naucke (Fn. 7)。

[34] W. Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, 2. Aufl. 1996, S. 8 (mit Besprechung von E. Hilgendorf, JZ 1997, S. 611)。

[35] W. Hoffmann-Riem, Kriminalpolitik ist Gesellschaftspolitik, 2000, S. 204。

[36] 在此只能稍微提及这一点中特别重要的话题。关于媒体心理学的介绍参见 W. Faulstich, Medienpsychologie, in: ders. (Hrsg.), Grundwissen Medien, 4. Aufl. 2000, S. 77—84; 关于大众媒体描述暴力的后果参见 H. M. Keplinger, Wirkung von Gewalt in Massenmedien, in: Fischer Lexikon Publizistik/Massenkommunikation (Hrsg.), von E. Noelle-Meumann/W. Schulz/J. Wilke, aktualisierte Neuauflage 2002, S. 648—658; W. Wunden, Medienwirkungen am Beispiel von Gewaltdarstellungen im Fernsehen, in: M. Karmasin (Hrsg.), Medien und Ethik, 2002, S. 77—98 (beide m. w. N.)。在网络中对暴力的描述参见 F. Rötzer (Hrsg.), Virtuelle Welten-reale Gewalt, 2003。

虐待儿童和其他形式的暴力犯罪蔓延的图景,这与这些犯罪真正的发生频率几乎不相符,而可信的刊物几乎不努力纠正这种印象。在不少情形中,特定媒体的夸张和大肆渲染可以称得上是显然错误的报道。特别有问题的往往是电视报道^[37],对图像的夸大排斥了客观的信息。^[38]这种方式造成了一种危险的场面,它表现为受到强烈影响的对犯罪的恐惧。社会的老龄化还可能会强化这种趋势。^[39]通过这种方式产生的对犯罪的过度畏惧几乎是滋生更多 and 更严厉刑罚的理想温床。

(六) 专家影响力的丧失

用以遏制本章第二至四部分所述的发展状况的途径已经大为减少。那些要求适度的刑事政策的政治和媒体呼声几乎难以获得认同。对公众而言,更具有吸引力的不是不同的观点,而是关于所谓不断增长的“犯罪潮流”的严重告诫,伴随这种浪潮的是迅速引入更重刑罚的呼声。在公众和政治中,对刑法教义学和犯罪学专家的重视已经减少。这也可能是由于——真正的或者想象中的——专家数量众多。毫不夸张地说,对于任何一种观点人们都能找到专家对其进行论证。在这种情况下,对个别的研究者和学者,乃至整个学界的重视自然都会下降。刑事政策的一个例子可以说明这一点:1998年的第6部《刑法改革法》几乎是在没有学界的参与下起草和实施的——然而导致了损失,正如许多解释上的

[37] 在这一点上,德国20世纪80年代中期出现的从纯粹公共广播系统到二元广播系统(公共电视台和私人电视台并行)的转变是否起到了作用,值得进一步研究。关于从纯粹公共广播系统到二元广播系统转变的详细内容,参见 R. Mathes/W. Donsbach, Rundfunk, in: *Fischer Lexikon Publizistik/Massenkommunikation* (Fn. 36), S. 546—596 (568 ff.)。

[38] 甚至一再听到,暴力行为人和其他犯罪人从记者那里得到钱,从而在摄像机面前“按照媒体的要求”滋事。关于法律形象化的新趋势的一般论述参见 E. Hilgendorf (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtsvisualisierung*, 2005。

[39] S. Beck, Alter-eine neue Herausforderung für das europäische Strafrecht?, in: M. Tomasek (Hrsg.), *Menschenrechte im europäischen Strafrecht. Sammelband des Deutsch-Tschechischen Grundlagenseminars zum Europäischen Strafrecht*, 21.—22. April 2006 in Würzburg, 2006, S. 50—67。

困境表明的一样。^[40]

不过,也存在相反的例子。在 2001 年的《第一次定期安全性报告》中,犯罪学和刑法学的权威专家成功地对犯罪的事实状况做出了详细客观的报告,该报告也为政治家所知;在 2006 年出现了第二次安全性报告。可以预期,刑法学和刑事政策之间的这种成功合作不会只是个例。

(七) 法学教育的失误

专家的弱点和一大部分法律人阻碍最后手段原则的意愿,也要部分归咎于法学教育的失误。目前在法学教育中,刑法的哲学和法律政策基础几乎不再是重要的。几乎在所有大学中,学生运用技巧通过考试显然是可能的,而不用在大学期间即便是唯一一次研究刑罚的意义^[41]、法治国刑法的哲学前提、合理的刑事政策的条件或现代惩罚研究和经验犯罪学的成果。年轻的法学学生反而被迫记忆关于现行法繁冗的细节知识,考试的——因而也是学生准备的——核心是在极为有限的时间内根据固定的模式解决十分离奇的刑法案例。很明显,在不断更新且日益多样的犯罪化面前,以这种方式培养出来的法律人完全缺少抵抗力。

(八) 知识分子和“批判性公众”的沉默

另一个推动惩罚性的刑事政策的因素是,知识分子和批判性的公众很少有热情致力于非犯罪化和限制刑法。在 20 世纪 60 年代和 70 年代初期的改革运动实现了其改革性刑法和政治刑法的基本目标,而后续的规划——如试图“废除刑法”^[42]——被搁置之后,非犯罪化就已经大为失色,支持废除刑法的声音自此沉寂。如今,自视为“进步”的政党和政治组织并不少见,它们支持刑罚的继

[40] G. Arzt, Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG, ZStW 111 (1999), S. 757—784.

[41] E. Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe. Herausgegeben und mit einer neuen Einleitung versehen von E. Hilgendorf, 2004.

[42] 例如,参见 A. Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974.

续严厉化,如关于防止性骚扰、歧视或不同形式的“跟踪”^[43]。

(九) 学科界限的模糊

由上述因素得出的评价是,刑法的轮廓开始变得模糊。刑法逐渐融入广泛意义上的“安全法”,其涵盖警察法直至社会法。^[44]此外,出现了越来越多的跨学科领域,如信息刑法和生物刑法。这种发展是否会导致刑法的解体,就像刑法自启蒙运动以来的发展状况一样,仍需观望。无论如何,法治国刑法的特殊控制机制——从罪刑法定原则到最后手段原则——在失去重要性。刑法将越来越被理解为预防性的。现在,对预防的思想的评价完全不再是否定性的——相反,一般预防和特殊预防的刑法观念是启蒙运动的主要成就。但是,如果不按照法治国的方式对预防的思想加以限制,恐怕它就会严重地危害自由。

(十) 作为整体解释模式的“激情民主”

上文所述的因素本身并不足以充分解释当前刑事政策的惩罚性,不过,笔者认为,从其整体中能够看出可行的解释方法的轮廓。为了更加清楚地指明解释当前刑事政策的关键因素,有必要将视线跳出刑事政策的范围,转向我们民主制度的一些基础条件和特性。

在 50 多年前,西奥多·盖格(Theodor Geiger)就在其著作《没有教条的民主》^[45]当中提到了一种现象,他称之为“激情民主”。盖格从这一事实出发,即自 19 世纪以来,民主国家的公民所必须

[43] E. Hilgendorf/S. -H. Hong, Cyberstalking, Kommunikation und Recht, 2003, S. 168—172. 对《德国刑法典》第 238 条新“跟踪条款”的确切而言积极的评价,参见 W. Misch, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch. NJW 2007, S. 1237—1242.

[44] Hilgendorf/Frank/Valerius (vor Fn. 1), S. 380.

[45] Theodor Geiger, Demokratie ohne Dogma. Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit, 1963 [该著作出版于作者逝世之后的 1960 年,是奥胡斯大学 Acta Jutlandica (XXXII, 1) 系列之出版物,标题为“Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit”;由 Manfred Reh binder 审阅并作序的第 4 版在 1991 年问世。下文引用的是 1963 年出版的首部德文版书籍]。

具备的关注和塑造政治的知识不断扩展。以前,“每一个具有正常禀赋的人……经过相应的教育就能够一般地理解民主政治的实质”,而随着“国家任务范围的扩大”,这种状况已经发生了根本的改变:在专家和职业政治家有分歧的地方,一般公民就无所适从。〔46〕国家的任务,从制定关于经济和对内政策的国家预算到对外关系,对公民而言变得太复杂了,致使公民不能认真地发表意见。“这种发展的整体结果就是,对于大部分的政治内容,不仅没怎么受过教育的‘广大群众’缺少真正的专门知识,连大部分受过最好教育的公民也是如此。”〔47〕

这种发展的后果是,选民无法做出客观地以利益为导向的决定,而是“根据情绪”做出反应。因为我们增长的经济知识和社会学知识同时也会使政治的实质物化,所以,政客要做的是推动政治的物化与情绪化。在此,政治考虑的不是理性的个人,而是“群众”,而争取到他们的最好方式就是“以足够普遍的意识形态激发他们的情绪”。〔48〕盖格特别强调的一点是,由于复杂的情况,公民现在并不满足于将这个领域交给专家和职业政治家。他的态度“并不怎么消极,而是事实上的惰性和情绪紊乱的特殊混合”。“他有很好的理由不积极参与解决政治问题,而很多人却狂热地支持某一个政治学说,并且几乎所有人都是政治上非常积极的苛责者。……人们在漠不关心的惰性、激动的狂热和情绪不佳时不负责任的吹毛求疵之间的这种徘徊是情绪民主的不幸。”〔49〕由此,那些想连任的政治家被迫从事表面政治活动,造成物化政治的灾难性后果:“用意识形态的口号麻痹群众,随之又期盼他们对现实政治的决定做出清醒的评价,这是不可能的。同样,政治家借以获得群众委托的程序也阻止他践行使命。”〔50〕

如果考虑到,在触发公共激情的问题上,大众媒体为了保证其

〔46〕 *Theodor Geiger* (Fn. 45), S. 337.

〔47〕 *Id.*, S. 339.

〔48〕 *Id.*, S. 342 f.

〔49〕 *Id.*, S. 345.

〔50〕 *Id.*, S. 346 (H. i. O.).

发行量也不得不向所有人献媚,那么就可以清楚地解释,为什么刑事政策摆脱不了民粹主义的干预。因此,当前刑事政策的重刑化来自于当代群众民主的特定条件。电视在其中发挥了重要作用,所以,也可以取代“激情民主”而称之为“电视民主”。^[51]

(十一) 现实危险——恐怖主义为惩罚性的刑事政策提供根据

为了进行完整的分析,还需要研究可能为当前刑事政策的重罚性提供客观根据,并因此驳倒对民粹主义的谴责的问题范围:国际恐怖主义的新规模,它从2001年9月11日的恐怖袭击以来就已世人皆知。2004年马德里的恐怖袭击、2005年伦敦的恐怖袭击以及2006年试图对德国普通客车的恐怖袭击,在安全政策上导致了新的重刑化、拓展许可的通缉方法和在公共场所扩展不依赖于怀疑的监视^[52]。

不过,这并不意味着对民粹主义刑法的批判已经过时,相反,对刑事政策的理性审视比以往任何时候都更加重要。虽然当恐怖组织引起大规模的严重伤害或者死亡的危险时,自由让位于安全是合理的做法,但是,如果国家想有效地保护其公民,就必须采取适当的和必要的手段。然而,这时候不允许舍弃自由国家的核心价值。刑法的每一种严厉化,许可的通缉方法的每一种扩展都伴随着一部分自由的丧失。自由的丧失是逐渐发生的,并且几乎是未被察觉的。因此,人们需要反复地检讨,新的惩罚措施事实上是否更好地保障安全,还是说它们只会以民粹主义的方式通过政治活动进行迷惑。正是鉴于恐怖主义的挑战,才更要保持刑事政策的客观性和目的合理性。那些想限制公民自由的政治家有义务说明,他们所建议的措施事实上是否能够增进安全。结论就是,盖格

[51] M. Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2003, S. 257; 同样, 参见 ders., Ist Theodor Geigers Demokratietherapie realistisch?, in: ders., Abhandlungen zur Rechtssoziologie, 1995, S. 222—232; ders., Erziehung zum intellektuellen Humanismus als Staatsaufgabe, in: M. Rehbinder/M. Usteri (Hrsg.), Glück als Ziel der Rechtspolitik, 2002, S. 139—148.

[52] 例如, 特定范围内的摄像头监视, 就像现在许多政治家要求的那样。

就激情民主的诱惑提出的警示在恐怖主义盛行的时代也具有现实意义。

六、展望：走向“刑法适用的民粹主义”？

有些情况表明，朝向更多和更严厉刑法的趋势会继续演进。对此，一种发展状况显得特别可疑：不仅在立法领域，而且在刑法适用时，按照当时的“舆论”进行判决这种对法律人的压力都可能在增加，即有一种“法律适用的民粹主义”的危险，它可能危及刑事追诉和法院的独立性，并由此危及刑法适用的客观性和目的指导性。

夸张点说，人们可以称之为刑事司法中“过度民主”的危险。法院的独立性也意味着独立于民众变化无常的激情和偏见。民主作为国家组织的原则不可放弃，然而，它经常和法治国原则处于一种紧张的关系中，这是早已众所周知的。^[53] 如果把法治国属性理解为通过法律和程序规则限制统治者，那么，当前在刑法中，对“法治国的加强”和“民主的限缩”的要求可能会列入议程。

如何才能停止或者至少缓解这种重刑化趋势，这在目前并不清楚。为了至少防止以舆论狂热为导向的判决的危险，一方面需要加强法官的独立性，正如《基本法》第 97 条所规定的一样，必须向法官和其他的法律适用者指出民粹主义影响的危险，而且在有冲突的情况下必须加强对他们的支持；另一方面现在正需要改善对民众和大众媒体代表的法律教育，需要对刑法及其法治国原则和历史根源进行宣传教育。最后手段原则、法律约束力和法官独立原则应该成为不言自明的常识。这就是对我们平常多次讨论的法律化的合适回应，也是对民粹主义刑事政策的诱惑的合适回应，该刑事政策将摧毁启蒙运动以来刑法发展的主要成就。

[53] E. Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Studienausgabe, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 17 Rn. 8.

第三章

德国刑法学的学派构建

——法社会学的一个篇章

学派的形成与科学理论中自由的丧失之间关系错综复杂。第一,这显然并不涉及法教义学、法制史或法哲学问题,而是一个应当被归为科学社会学^[1]的计划,这是一个至今仍在很大程度上被法学严重忽视的社会学分支。第二,特殊的挑战在于,这在法学文献中是一个全新的问题,至少在笔者看来,此前的文献并没有就此进行论述。^[2] 第三个问题在于“科学学派”的概念是模棱两可而意义丰富的。因此,在对学派的形成与科学中自由的丧失之间的关系这一主题进行探讨之前,首先必须对“学派”这一概念进行界定。鉴于真正或者臆想的学术自由之丧失,对法学学派持怀疑态度似乎是一种风尚,其正确与否将在下文中阐明。

弗里德里希·保尔森(Friedrich Paulsen)作为撰写德语区大学

[1] 导论见 P. Weingart, *Wissenschaftssoziologie*, 2003; 详见 R. Schützeichel, *Soziologie des wissenschaftlichen Wissens*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung*, 2007, S. 306—327。对于当前科学社会学的方向以及问题的概况见 S. Maasen u. a. (Hrsg.), *Handbuch Wissenschaftssoziologie*, 2012。

[2] 可参见 E. Klaus, *Programm einer Wissenschaftssoziologie der Jurisprudenz*, in: N. Stehr und R. König (Hrsg.), *Wissenschaftssoziologie. Studien und Materialien*, 1975, S. 100—121, 然而,该文并没有探讨科学学派(*Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 18/1975)。其他专业并不限制学派的概念,参见 W. Bleek (Hrsg.), *Schulen der deutschen Politikwissenschaft*, 1999。

历史的文豪,将学派构建视为德国所特有的现象,^[3]然而这种看法只能适用于19世纪。至迟从20世纪初开始,法学中的学派构建已然成为了一种国际现象。对主题“科学中自由的丧失”的说明也与此类似:在欧洲范围内,自15年前开始的大学改革所带来的变动是巨大的,其中部分可以被描述为学术自由的丧失。对此我只想以大学所引入的新的管理结构、全新的同行评审程序、基础设施向绝对最小化的倒退以及外部基金的征募为例。^[4]年轻学者尤其面临着出版著作的压力(不出版即出局)以及全方位网络化的强制。这些现象绝不仅仅波及一个国家。

一、科学社会学的导论

作为科学社会学的奠基人,美国社会学家罗伯特·金·莫顿(Robert K. Merton)在1942年,即波普尔(Popper)《研究的逻辑》出版了几年以后,发表了一篇文章,他在其中概述了一个自由科学成功运转所需的条件。^[5]鉴于当时科学的自由在苏联和纳粹德国急剧丧失,莫顿特别强调了自由科学的规范。对此他提出了四个条件:

其一,普遍性。首先,真理要求必须以独立于其起源的方式被提出:“并且经过客观标准的考验……它应当与所观察到的现象和

[3] F. Paulsen, *Die Deutschen Universitäten und das Universitätsstudium*, 1902, S. 209.

[4] 德国大学财政的捉襟见肘是造成学院自由丧失的重要原因。其中,主要波及的是自然科学学科。不容忽视的是,法学申请外部资金的来源也十分紧张。因此,法学院应当仔细考虑是否竭力仿效其他院系申请外部基金的灵活性。

[5] Robert K. Merton, “Science and Technology in a Democratic Order”, in 1 *Journal of Legal and Political Sociology* 115 (1942). 英文版本,请参见 Robert K. Merton, “Science and Democratic Social Structure”, in Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, Fress Press, 1949; 德文版本,请参见 Robert K. Merton, *Die normative Struktur der Wissenschaft*, in: Robert K. Merton, *Entwicklung und Wandlung von Forschungsinteressen. Aufsätze zur Wissenschaftssoziologie. Mit einer Einleitung von Nico Stehr*, 1985, S. 86—99。以下注释都是引用的德文版。

被证实的知识相一致。对于那些在科学的竞技场中相互抗争的命题的认同或者否决并不取决于其捍卫者的个人或者社会特征,即捍卫者的种族、国籍、宗教、阶级以及个人性格都是无关紧要的。”〔6〕

其二,(土地和资本为共同所有意义下的)公有性。“科研成果是社会各方合作的结果,并且为全社会人员共有。它们形成了一种共享的资源,而私有生产者对此只能提出十分有限的要求。”〔7〕

其三,无私利性。作为科学家必须能够抵住诱惑,即不使用非法手段为自己谋取利益。因此,他们的行为受制于“拥有特殊监控机制的体系,而这个体系则关系到各种各样(笔者语:非法)的动机”〔8〕。莫顿认为,科学的一个最为重要的制度元素在于其基础具有公共性以及可检验性。〔9〕

其四,有组织的怀疑。对此,莫顿理解为“暂时搁置各种特定的价值判断与偏见,并基于经验与逻辑标准无偏见地检验信念”〔10〕。由此,科学陷入了既定的政治或者宗教冲突的循环:“科学家并不考虑神圣与世俗之间的区分,也不考虑以及不加批判地尊重要求与客观分析间的分离。”〔11〕

莫顿所提出的“科学规范”已被多次作为批判研究的课题,〔12〕它们构成了一系列实践以及规范建议的基础。然而,莫顿的原始模型几乎出现在了所有科学家们的自我认识中,并且转化为规章化的科学标准,而这些标准正是在近年来一些学术不端事件发生以后制定的。〔13〕莫顿的文章因此被看做现代科学社会学的开山之作。

〔6〕 Merton (Fn. 5), S. 90.

〔7〕 Id., S. 94.

〔8〕 Id., S. 96.

〔9〕 Id., S. 97.

〔10〕 Id., S. 99.

〔11〕 Id.

〔12〕 Weingart (Fn. 1), S. 17 f.

〔13〕 Weingart (Fn. 1). 解释见上述引文,莫顿在第17页中提到的关于“超越”的建议,可参阅第21页中其在科学规范新规章化中不可改变的国际意义。

这个全新的学科被分化和扩展为多个方面。典型的问题是涉及科学的规范基础、科学内部的分化以及专业化、科学知识相对于其他知识形态(如日常知识、宗教知识或者以传统为基础的知识)所具有的特殊地位。不同寻常的是(从其实际结果来看十分棘手)试图准确衡量科学成果(科学计量学),这些尝试在今日尤其是在自然科学领域最终演变为普遍的“引用数量”以及学术“排名”。自20世纪70年代开始热烈讨论跨学科性的问题。^[14] 新的课题包括诸如科学与政治、经济以及传媒的关系。^[15]

近年来,“科学治理”^[16]的新形态成为科学研究的重点,如“新公共管理理论”(NPM)。以此为基础,大学被按照商业企业的模式进行了改革。“卓越计划”作为朝这个方向前进的大动作,带来了诸多的问题,法学也不能幸免。^[17]

科学社会学的问题也包含了关于科学共同体化形式的合法地位问题。对于该问题的研究甚至早于对科学社会学的研究。对于这一问题的反思也表明,“在孤独与自由中”^[18]追求自己的兴趣这一研究者的经典形象已经与现实大相径庭,科学已成为了一种社会活动。^[19]

[14] 法律视野的概括见 E. Hilgendorf, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität am Beispiel der Rechtswissenschaft, JZ 2010, S. 913—922; R. Frodeman ed., *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford University Press, 2010。

[15] Weingart (Fn. 1), S. 89 ff., 103 ff., 113 ff.

[16] 详见 S. Lange/J. Gläser, Governance der Wissenschaft, in: R. Schützeichel (Hrsg.) (Fn. 1), S. 773—782。

[17] E. Hilgendorf, Die Juristischen Fakultäten in Deutschland und die jüngsten Universitätsreformen; Skeptische Anmerkungen zu Bologna, Exzellenzinitiative und der Ökonomisierung der Universitäten, in: ders./Frank Eckert (Hrsg.), Subsidiarität, Sicherheit, Solidarität. Festschrift für Franz-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag, 2012, S. 559—580。

[18] H. Schelsky, Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen, 1963。

[19] Einführend J. Gläser, Scientific communities, in: Handbuch Wissenschaftssoziologie (注释1), S. 151—162。

二、科学共同体化与“科学学派”

科学共同体化的形式是非常多样的,其范围包括大学内外单纯的兴趣团体、网络系统^[20]、引用卡特尔、项目组^[21]、“智库”以及固定的工作团队。路德维希·弗莱克(Ludwig Fleck)的思想集体也隶属于这个范畴。^[22]院系以及研究机构可被视为科学共同体化的制度固化形式,大学本身也是如此。对于科学家的认知取向和社会融合而言,科学共同体化的非正式形式所扮演的角色比制度固化形式更为重要。^[23]

“科学学派”在多方面具有特殊地位。首先,涉及“科学学派”的讨论在很早之前就已开始,其甚至远远早于科学社会学。^[24]毕达哥拉斯(Phytagoras)、苏格拉底(Sokrates)和柏拉图(Plato)都广收门徒。其中,柏拉图学派被认为是大学的精神起源。^[25]比它更古老的是孔子的儒家学派,他在公元前6世纪在自己挑选的门徒中传播他的学说。^[26]由此就形成了一个师生关系的特定规范,并在东亚一直流传到了现在。在西方似乎也很早就构建了一个特定

[20] Th. Heinze, Netzwerke der Wissenschaft, in: R. Schützeichel (Hrsg.) (Fn. 1), S. 191—201.

[21] M. Torca, Neue Arbeitsweisen: Projekte und Vernetzungen, in: R. Schützeichel (Hrsg.) (Fn. 1), S. 329—340.

[22] Weingart (Fn. 1), S. 130.

[23] F. Meier, Organisationen der wissenschaftlichen Wissensproduktion, in: R. Schützeichel (Hrsg.) (Fn. 1), S. 783.

[24] 值得注意的是,“科学学派”的概念在目前的科学社会学中显得并不重要,这个概念在最新的Handbuch Wissenschaftssoziologie (Fn. 1)中一次也没出现过。研究科学共同体化的形式则是在其他的主导概念下进行的,参照前注19—21。对于自然科学学派的构建,参见S. R. Mikulinskij/M. G. Jaroševskij/G. Kröber/H. Steiner (Hrsg.), Wissenschaftliche Schulen, Bd. 1, 1977, Bd. 2, 1979。

[25] H. Flashar, Athen. Die institutionelle Begründung von Forschung und Lehre, in: A. Demandt (Hrsg.), Stätten des Geistes. Große Universitäten Europas von der Antike bis zur Gegenwart, 1999, S. 1—14.

[26] H. Schleichert/H. Roetz, Klassische Chinesische Philosophie. Eine Einführung, 3. Aufl. 2009, S. 23 ff.

的学派规范,其基本特点也是为了区分同门与外人。这可以从《希波拉底誓言》的某些段落中看出端倪。^[27]

学派概念在法学中也有着悠久的历史,比如,中世纪的注释法学派与后注释法学派^[28],同样,还有16世纪的人文主义法学派。^[29]影响特别巨大的是17世纪的卡尔波佐夫(Carpzow)学派,其确定了欧洲刑法在启蒙运动前的共同发展方向。^[30]与此相比,18世纪末19世纪初在德国发生的在费尔巴哈(Feuerbach)、格罗尔曼(Grolmann)以及阿尔门丁根(Almendingen)与老一辈顶尖的刑法学者克莱因(Klein)以及克莱因施罗德(Kleinschrod)间的争论则更多被视为代沟,而不是学派间的争论。^[31]

著名的刑法学派之争是19世纪末20世纪初卡尔·宾丁(Karl Binding)的古典学派与弗兰茨·冯·李斯特(Franz von Liszt)的“现代学派”之争。^[32]其所争论的核心问题是刑罚的正当性究竟在于报应还是预防?韦尔策尔(Welzel)学派在20世纪下半叶高举

[27] 在《希波拉底誓言》中可看到以下话语:“凡授我艺者敬之如父母,作为终身同业伴侣,彼有急需,我接济之。视彼儿女,犹我兄弟,如欲受业,当免费并无条件传授之。凡我所知,无论口授书传,俱传之吾子、吾师之子及发誓遵守此约之生徒,此外不传他人。”(援引J. Kollesch, *D. Nickel* (Hrsg.), *Antike Heilkunst. Ausgewählte Texte aus den medizinischen Schriften der Griechen und Römer*, 2007, S. 54。)

[28] *F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 60 ff.

[29] *Wieacker, Privatrechtsgeschichte* (Fn. 28), S. 88 ff., 146 ff., 155 ff.

[30] *Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1964, ND. 1983, S. 153 ff.

[31] *G. Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 1934* (Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 6, bearbeitet von G. Haney, 1997), S. 82 中提到的“年轻一代的揭竿而起”。

[32] *Th. Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2009, S. 137—140; ausführlich *A. Koch, Binding vs. v. Liszt—Klassische und moderne Strafrechtsschule*, in: *E. Hilgendorf/J. Weitzel* (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie*, 2007, S. 127—145. Zu Liszt jetzt auch *Th. Stäcker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtentwicklung*, 2012, mit kritischer Besprechung von M. Frommel, Was bedeutet uns heute noch Franz von Liszt?, in *NK* 2012, S. 152—160.

“目的主义”的旗帜,其讨论的并不仅仅是方法论的问题,还有犯罪体系的改造。^[33] 有些时候,学派也不以其创立者的名字命名,而是以学派创立地或其影响范围来命名,比如“维也纳法学派”^[34]或“法兰克福刑法学派”。^[35]

在深入探究目前德国刑法学派之前,有必要先从普遍角度对一些与科学学派构建的相关问题进行探讨。一个“科学学派”意味着什么?对此,在文献中可找到以下标准:

其一,“学派领导者”的卓越人格作为管理中枢、精神领袖以及作为学派基本理论以及方法概念的创立者;

其二,原创的、广泛的、理论性如按照一定方法进行的高要求的研究计划作为共同任务设置的基础,更为准确地说,在自然科学中作为一种分析或者经验方法;

其三,狭义和广义上,一个学派共同体的成员(门徒)以及他们在理论、方法甚至有时在社会上的相似之处;

其四,独特的工作方式、创造性的工作氛围、有利的工作条件以及全新的教学和科研方法,这也意味着交流关系的方式以及范围、学派内部标准的评判以及对于所实现目标的认可,还有学术论文的优先权问题以及组织形式;

其五,学派的学术以及社会认可,它在竞争激烈的情况下、在形成紧张状态的领域中以及在社会条件和学术传统的影响下对于本国以及国际上的意义。^[36]

[33] B. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1—68, 34 ff.; Vormbaum (Fn. 34), S. 240 f.

[34] E. Hilgendorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 200.

[35] 具有代表性的是法兰克福犯罪学研究所的出版物: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M.* (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995 (Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, Band 50)。

[36] R. Stolz, Schulenburg in der Wissenschaft: historisches Phänomen und theoretisches Problem, in: (keine Herausgebernennung), Wissenschaft und Schulenburg, 1991, S. 13 (*Alma Mater Jenensis*, Studien zur Hochschul- und Wissenschaftsgeschichte, Heft 7)。

以下的“科学学派”应被理解为研究者或多或少的紧密结合。这些研究者针对一个导师人格的指导看法,即一个研究计划,他们接受、捍卫并继续这一计划,以此可区分身为学派成员的研究者与非学派成员的研究者。一个典型的学派关联包含了导师与学生间的个人关系,比如,学生在导师那里完成博士论文或教授资格论文。一个学派的标准形式表现为提出问题以及(经常为学派专用的)解决方案,这两者会共同应对别人的批判。学派的特征在于联合会议、出版物以及通过引用来进行相互间的参考。

一个学派通常会具有一种整体归属感。然而,这种学派关联也不总是得到当事人的认可。对此,法兰克福刑法学派的克劳斯·吕德森(Klaus Lüderssen)有着以下的体会:

尽管我们法兰克福的学者首先让人想到的是特奥多尔·阿多尔诺(Theodor Adorno)、于尔根·哈贝马斯(Jürgen Habermas)和马克斯·霍克海默(Max Horkheimer)的批判理论,但是,人们很快也开始谈论起刑法中的法兰克福学派。这种标签化并未引起我们的什么兴趣,不过却使我们感到,应当或明或暗地让我们成为一个联系体。^[37]

吕德森随后以他的视角勾勒出了“法兰克福刑法学派”最为重要的共同信念:

刑罚带来了种种无解的问题,作为刑法学者的人饱受其苦。我花了很多时间才发现,大多数刑法学者并未认识到这一点。此外,尽管我们不能就如何解决问题达成一致,却可以对应应当去哪里寻找答案有一致看法。在我们看来,放弃过时的正统教义、否认一种自创的体系思考(其自我局限于对既存刑法机能的价值无涉的管理)、拒绝象征性的刑法立法,这都是没有问题的。相反,在理性的去犯罪化的目的中,在为传统自由主义立场——无论其主要是哲学地还是“仅仅”政治地被

[37] E. Hilgendorf (Hrsg.) (Fn. 34), S. 373.

确立——辩护中,在根据最新的科学理论标准进行基础研究——包括经验对价值判断的归纳作用——的必要性中,在充分利用宪法对刑法的积极效用中,在对刑法领域进行科学的政策咨询和寻找刑法的(特别是法律性的)替代方案中,我们都发现了要严肃对待的各种问题。〔38〕

此外,其他通常被归入法兰克福刑法学派的学者也发出了以下质疑:是否存在过一个刑法的“法兰克福学派”?还是仅存在一个特别的“法兰克福讨论方式”?〔39〕讨论范围主要是“周二研讨课”,这个词汇在学派成员的学术自传中出现了多次。〔40〕

一个人作为他人“学生”的标签并不是一个学派在概略意义上存在的强迫性依据。如果一个人在另一个人手底下完成教授资格论文,就可将这个人称作另一人的“学生”。这在德国十分普遍,即使他们根本不具有概略意义上学派特征。作为一个无法改变的事实,即年轻学者严格来说并不是在一个单一的“导师”的指导下,而是在整个法学系教授的指导下完成教授资格论文。甚至博士生也经常被称为“学生”。“师生关系”的存在虽然是一个科学学派存在的必要条件,但并不是一个充分条件,其并不与出于纯粹赞扬的目的将他人称作自己“学生”的方式矛盾。同样,在某些情况下,对师生关系的排斥可能会使作为学生的那个人受到伤害。〔41〕

在科学学派中恰好可以发现一种非常紧密的,有时对于学生及其周遭而言过度紧密的师生关系。希尔施(Hirsch)在作为其导师韦尔策尔的科研助理期间要对学生的考卷进行预阅卷,要参与编写韦尔策尔的新版教科书,要照管参与研讨课的学生以及给学生上练习课,以至于其推迟了博士论文以及教授资格论文的完成时间。他在其学术自传中写道:“基本上不存在就暂时出现的问题

〔38〕 Id., S. 373 f.

〔39〕 Id., S. 434.

〔40〕 Id. 并且经常出现。

〔41〕 E. Hilgendorf (Hrsg.) (Fn. 34), S. 362.

的交谈。韦尔策尔是一位非常严厉的导师,此外,他极为不耐烦,有时甚至会很伤人。”甚至作为其学生的私人生活也不能幸免:“如果韦尔策尔需要什么,无论是周末还是清晨他都会打电话给我。”对于新婚的希尔施而言,韦尔策尔也是“无处不在”。然而,值得注意的是,希尔施对这种“严格的培养”充满着感激之情。韦尔策尔给人一种“胜于父亲”的感觉,他为其科研助手们未来的学术职业不仅在专业方面,更是在人格方面做好了铺垫。^[42]对韦尔策尔作为导师给予高度评价的,还有汉斯-路德维希·施赖伯(Hans-Ludwig Schreiber)。此外,他还提到了,与他人经常宣称的恰恰相反,韦尔策尔认为,构建自身学派并不是非常重要。^[43]

韦尔策尔学派和法兰克福刑法学派在德国刑法学中可算作最后的、在一定程度上清晰可辨的学派,处于模棱两可状况的是阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)的门徒们。他们虽然提出的主题有一些重合,如涉及注释学的主题,但除此之外,他们都有着各自的研究道路。而像温弗里德·哈塞默(Winfried Hassemer)就加入了法兰克福刑法学派,而乌尔弗里德·诺伊曼(Ulfrid Neumann)和乌尔里希·施罗特(Ulrich Schroth)几乎没有被归入一个学派。无论如何,值得注意的是,直到今日,阿图尔·考夫曼在拉丁美洲和东亚还被认为“学派的创立者”^[44];总而言之,可以肯定的是,在国外,尤其是在东亚学派范畴的思维要比德国强烈的多。^[45]

像于尔根·鲍曼^[46](Jürgen Baumann)和克劳斯·罗克辛

[42] 所有的引用均来自 Id., S. 137。

[43] Id., S. 362.

[44] 参照 Ulfrid Neumann/Winfried Hassemer/Ulrich Schroth (Hrsg.), Verantwortetes Recht. Zur Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, 2005 (ARSP-Beiheft 100)。

[45] 具有代表性且令人印象深刻的著作是 Koichi Miyazawa, Die deutsche Strafrechtswissenschaft, Bd. 1: Die Akademiker, 1978,其详细描绘了同时代德国刑法学者的“学统”。

[46] 鲍曼的得意门徒包括:Gunther Arzt, Ulrich Weber 和 Ellen Schlüchter。此外,在 Weber 手下取得大学执教资格的人有:Wolfgang Mitsch, Detlev Sternberg-Lieben, Eric Hilgendorf 和 Bernd Heinrich。

(Claus Roxin)这样极具影响力的学者也并没有建立自己的学派。罗克辛对此写道,他“从未在某种意义上建立过一个学派”,以此将“自己的博士生和在自己手下取得大学执教资格者绑定在固定的学说上。在他看来,这是与对科学理解背道而驰的。而他的理解恰恰是以以下论点为基础,即所有对法学的认识都是暂时的并且总是会被质疑。”无论如何,他的所有学生都主张“以法治—自由的刑事政策为基础的刑法主导思想,因为这是由协作而产生的。”^[47]然而,通过以下方面可以确定,在罗克辛那里构建了一定意义的学派,即他从20世纪70年代开始为外国博士生和客座学者在慕尼黑提供了一个学术家园并且倾尽全力地支持他们。而这样一种在德国法学界并不常见的高尚作风不仅意味着他大量的外国学生对其专业素养的钦佩,而且意味着对其人格的崇拜。他的许多国际旅行维持并加深了这种交流,而这种交流远远超出了单纯的个人关系:“当事人借此对一个世界刑法文化做出了自己适度的贡献,而这样一种文化在全球化时代并不是一种学术奢侈,而是有其必要性。”^[48]同样,阿尔宾·埃泽尔(Albin Eser)在其作为马普外国与国际刑法研究所所长期间,也对此做出了巨大的贡献。正是这种方式使得克劳斯·罗克辛和阿尔宾·埃泽尔成为了德国刑法学的世界大使。

鉴于其基础特性,总论的方法性问题,相比于分论各式各样的问题解决办法,更能促成学派的构建。一个典型的例子就是目的行为论,它认为从所谓的“物本逻辑结构”可以推导出对于教义问题的答案。^[49]但是,这种说法已经在20世纪40年代被恩吉施(Engisch)以有力的论据予以了驳回。^[50]对立观点形成了——时

[47] E. Hilgendorf (Hrsg.) (Fn. 34), S. 471.

[48] Roxin, in: Selbstdarstellungen (Hrsg.) (Fn. 34), S. 468

[49] Vormbaum (Hrsg.) (Fn. 34), S. 240 f.

[50] Engisch, Der finale Handlungsbegriff, FS-Kohlrausch, 1944, S. 1431 ff. 值得注意的是,Engisch作为第二次世界大战后德国最具有洞察力以及影响力之一的刑法学者并没有创立自己的学派。在对考虑平衡的Engisch与好斗的Welzel的比较中,可以呈现出丰富的关于“学派创立心理学”的材料。

常带有“规范主义”^[51]些许误导性标题的——意见,法学概念的构成是基于目的论方法,即关注它们带有目的性的结果。此外,在反对韦尔策尔“本体主义”的过程中,罗克辛、许迺曼(Schünemann)的方法论立场与雅各布斯(Jakobs)的方法论立场没有实质区别。

三、科学中学派构建的后果

以上对于学派构建所列举的意见表明,目前在德国刑法学中构建一个学派往往会与限制学术自由联系起来,并因此而受到反对。值得注意的是,构建学派在非法学文献中更容易受到青睐。弗里德里希·保尔森在1902年写道:

大学导师以其共同研究者的身份,以让自己的学生加入到自己研究工作中的方式让他们一起形成了他学术事业的持久力。科研工作的连续性,即其成果性的前提因此得到了保证。同时在学派共同体中也带入了竞争,作为导师非常欢迎与年轻并且有抱负的工作同事进行活跃的交流以及有意义的学术碰撞,以共同体的研究方式进行工作为他自身赢得了新的价值。^[52]

科学学派的构建改变了科学讨论的语境。学派成员不仅被认为是其个人,而且被认为是一个特定圈子的成员,其学术观点也被等同于是这个圈子的观点,直到本人收回。在一个学科内的意见形成过程深受一个有影响力学派出现的影响,典型的例子是在大量有影响力的杂志上出版类似的文章。通过补充新的学派成员使得学派的影响力经久不衰。学派范围与得到重要资源(经费资助、出版物发行可能性、顾问以及鉴定地位)的机会是成正比的。而职

[51] 对于普遍使用概念“规范性”以及“规范主义”的批判,见 E. Hilgendorf, Was heißt “normativ”? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel. In: Matthias Mahlmann (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit. FS-Hubert Rottleuthner, 2011, S. 45—61。

[52] Paulsen, Die Deutschen Universitäten (Fn. 3), S. 209。

业前景可能受到是否为一个学派成员的影响似乎也是合情合理的。然而在20世纪70年代出现了一个十分明显的特别情况：即使学派争论被赋予了一个重要意义，但是鉴于大量新设置的教席，作为一个特别学派的成员也不会具备太大的优势。蔡特措伊格（Zeitzeuge）这样写道：“谁写了多于三个连贯的句子，就可以马上得到很多的电话。”〔53〕

学派构建导致科学的人格化。在社会语境下，学派不仅讨论学术观点，更会发生其他方式的相互影响。换一句话说：学派也具有“人性化”。第一个问题是关于优先权的争论，而莫顿对此现象致力于一个自身的分析。〔54〕科学中伴随着优先权的争论所带来的怨恨对于非学术人员来说是不可理解的。在学派内部经常会出现争论，因为在与其他学派成员的讨论中会形成以及发展出新的观点，因此该观点并不好确定归属于哪一个特定学派成员。学派在内部关系上也会打上竞争以及嫉妒的标签。

第二个问题涉及学派的师生关系。这种关系可以特别紧密并且超出“一般”学术关系的范畴。用语“博士生或者取得大学执教资格者之父”或者“博士生或者取得大学执教资格者之母”（即博士生导师）就是对此最好的说明。罗克辛在其自传中写道，他的导师海因里希·亨克尔（Heinrich Henkel）对待他就如同一个充满深情的父亲，并且为他付出了很多。〔55〕这样的体会并不在少数。〔56〕但是，问题在于，如果当事人是不同性别的呢？关于导师与女学生间不被允许的感情以及思念的故事，还没有被披露出来。有些师生恋会最终步入婚姻的殿堂，琴瑟和鸣，而有些师生恋会导致悲剧的后果。〔57〕许多有趣的例子可以在像迪特尔·施瓦尼茨（Dieter

〔53〕 E. Hilgendorf (Hrsg.) (Fn. 34), S. 484.

〔54〕 R. H. Merton, Prioritätsstreitigkeiten in der Wissenschaft, in: Merton (Fn. 5), S. 258—300.

〔55〕 E. Hilgendorf (Fn. 34), S. 471.

〔56〕 也可参见本章第二部分以及脚注〔34〕。

〔57〕 这里最著名的例子是阿伯拉尔（Abelard）和他女学生埃洛伊斯（Heloise）的关系。而这对直接当事人的关系戏剧性地以埃洛伊斯的叔父派人将阿伯拉尔施以“宫刑”结束。

Schwanitz)的大学小说《校园》(Campus)一类的作品中找到。^[58]

学派内部的另一问题涉及对老师评价的竞争(这在学术中简直可以带来“明显的”优势)以及关于“继承的争论”,比方说,导师逝世后要澄清谁是新的领头人。当一个学派成员同这种“纯理论”分道扬镳时,有时会产生非常痛苦的冲突。这样的情况就出现在韦尔策尔教科书工作的进行过程中。这本教科书在20世纪五六十年代不仅是最具影响力的,还是出版次数最多的德国刑法学教科书。在希尔施由于其他方面的负担不能再将此教科书的工作继续下去之后,此工作最终落到了京特·雅各布斯(Günther Jakobs)的肩上。他将该书做了彻底的改变并且将其方法论向对立面做了转化,即放弃了对“本体论”预先给予性的联系,转而以宽泛的“规范主义”为基础将其取代。^[59]

从外部来看,学派处于一种竞争关系中。这就涉及解决特定学术问题答案的优先性、对于特定学术观点的肯定以及对于学派新成员的招募和资源的获取。具有竞争性学派间的争论偶尔会特别激烈,就如同词汇“Schulenstreit”(学派之争)所勾画的那样^[60],这种争论甚至可以波及下一代。^[61]这种冲突有时涉及一点细微的差别,在外人看来其根本就微不足道。而争论的形式也扮演着非常重要的角色。韦尔策尔的门徒在其自传中写道,他们碰见的情况是,由于其导师苛刻的论证风格,受到伤害继而发出反批判的刑法学者有时就如同一个“教派”成员那样。^[62]对立仅仅是学派争论的一种形式。京特·凯泽(Günther Kaiser)在其自传中写道,在

[58] D. Schwanitz, Der Campus, 1995.

[59] 雅各布斯在新教科书第1版的前言中写道:“本体论的刑法教义学破灭了,而且破灭得比当时有意创设的还要彻底。”G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl. 1991, S. VII.

[60] 贝林的“古典”学派与李斯特的“现代”(或者社会学)学派之争参见脚注32。

[61] S. Saito, Die sog. “frühere” und die sog. “spätere” klassische Strafrechtsschule: Fortgang des Schulenstreits in Japan?, FS-Harro Otto, 2007, S. 155—163.

[62] E. Hilgendorf (Fn. 34), S. 139.

20世纪六七十年代的犯罪学学界,不同学派的成员,主要是古典以犯罪人为指引方向一派与新“标签理论”一派,老死不相往来,甚至出现了两个独立的犯罪学团体。^[63]当然也存在只有专业争论、没有人身攻击的折中路线。^[64]

一个学派内部的社会凝聚力可能导致对于共同观点的维持以及捍卫,而这种立场有可能已被单一研究者放弃许久。学派所固有的延续性以及捍卫过时观点的趋势有悖莫顿所要求的“有组织的怀疑”^[65]。对此,马克斯·韦伯(Max Weber)认为,过时已成为科学的宿命。^[66]而学派可能有助于抑制科学转变。

只考虑学派构建的负面作用也是很片面的。通过统一特定的问题及其解决方案有助于一个学派在集中的讨论中解释并无矛盾地阐明观点,而这是研究者个人所不能做到的。^[67]没有一个学派的协作是不能使得一个观点得到全面阐述的。其他积极效果则体现在促进年轻学者的社会化以及便于讨论,这是因为特定的观点不用反复地重新解释,而是作为已知的前提条件。此外,通过对一个理论的持续扩充来增加差异化以及解决问题的能力。在此意义

[63] E. Hilgendorf (Fn. 34), S. 226.

[64] 对此的例子是施特拉腾韦特(Stratenwerth)对于法兰克福学派一些观点的批判,参见E. Hilgendorf (Fn. 34), S. 566 f.

[65] 参见本章第一部分。

[66] “我们每一位科学家都知道,一个人所取得的成就,在10年、20年或50年内就会过时。这就是科学的宿命,当然,也是科学工作的真正意义所在。这种情况在其他所有的文化领域一般都是如此,但科学服从并投身于这种意义,却有着独特的含义。每一次科学的‘完成’都意味着新的问题。科学要求被超越,要求成为过去。任何希望投身于科学的人,都必须面对这一事实。科学成果由于其所具有的艺术性,或作为一种教育手段,肯定会在很长时间里继续有着‘使人愉快’的重要作用。但是,在科学中的不断赶超,让我再重复一遍,不但是我们每个人的命运,更是我们共同的目标。我们不能在工作时不想让别人比我们更胜一筹。从原则上说,这样的进步是无止境的。”M. Weber, *Wissenschaft als Beruf* (1919), in *ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von J. Winkelmann, 1988, S. 582—613 (592 f). 在科学理论中总是会反复触及这一命题,参见W. L. Bühl, *Einführung in die Wissenschaftssoziologie*, 1974, S. 13.

[67] 参见本章第三部分开头以及前注52。

上,我们可以将学派成员比作葡萄种植园的园丁。

四、今日的刑法学——从学派构建转向“交联化”

德国刑法学的学派构建以及学派争论的顶峰是在 20 世纪五六十年代。^[68] 尽管在基础问题上仍然有大量的不同观点,然而,目前德国刑法学的学派并不具有实际意义。虽然有时可表达出影响学派构建的指导构想,然而,其并不被学术新生力量(也不是其特有)以学派方式进行研究、发展以及捍卫。对于这样的发展,原因如下:

第一个因素是刑法学研究的重点由总论转向分论。^[69] 分论的问题大多数是远离世界观并且涉及细节,并不能成为学派滋生的土壤。争论行为概念和犯罪构成的时代已经结束了。第二个因素是当今许多刑法学者所谓的“激情不再”的态度,而这种态度显得其专业只是似乎有两下子,而非其个性的表达。这种显露出向更多客观性发展的趋势绝对不只是消极的评价,在某些方面甚至符合莫顿理想的严格的客观性。^[70]

这是否意味着被解除了所有社会关系以及同盟的学者的“孤独与自由”的时代最终到来? 这种设想可能为时过早。最新的科学发展明显加强了研究的社会性。虽然在自然科学中所确定的,部分甚至是跨越多国的研究联盟的趋势日益扩大,其在德国刑法学中尚未确定。然而,一些外部压力,即出于筹款目的而经历他人鉴定以及为了出版文章而屈服于同行评审程序却存在于刑法学中。个别教授,首推作为新生力量的学者,如果不想在现代科学运作中落伍的话,就再不能放肆地以一个(小)国王的形象出现。他们为了得到积极的评价以及“评论”,不仅要参与研究联盟,还要参

[68] E. Hilgendorf (Fn. 36), S. 483.

[69] E. Hilgendorf, “Contemporary German Criminal Jurisprudence”, *Peking University Law Journal*, 1, 2013, 181.

[70] 参见本章第一部分。

与科学共同体的其他现代形式。每一个同仁都可以作为鉴定人，吹毛求疵地为下一个第三方资金的申请进行评论，以致好几个月而努力付之东流。

因此，主要是年轻的研究者在现今承受了巨大的适应压力。^[71]但是，这种压力并不会促使学派的形成——研究者属于某个学派的事实甚至会在评价中能带来负面效应，即鉴定者属于潜在的竞争学派——从而推动了一个交联化的趋势。每一个人都想认识每一个人，至少是互相进行了一番友好的对话，从而可以优化下次同行评审程序中入选的可能性。由此，学派构建让步于——几乎可以说——一种平均的关系网构建。与此同时，与20世纪八九十年代不同的是国境的跨越。总体而言，法学工作的社会性并没有因此减少，而是增加了。按照一定形式以及匿名执行的同行评审程序使得一个学派的构建显得不合时宜。这也是目前学派消失的主要原因。

[71] Hilgendorf (Fn. 19), S. 579.

第四章

法律与法律科学中的价值

一、导言

法律与法律科学几乎无处不在谈论价值以及价值的基础、维持与保护,也无时不在谈论对事实的评价、衡量性的价值、价值性的决断、基本价值与价值序列。如此泛滥的语言使用当然在一定程度上引起了许多法律人对价值这一惯用语(Werttopos)的怀疑,如果不说是厌恶的话。而且,该语言使用极不统一;价值问题的某些方面存在巨大争议;价值问题也不是一个单纯的法律问题,如经济学、实践哲学、政治学、社会学、(实践)神学以及心理学等学科也都有着充分的理由在价值争论中占有一席之地;更不用提那些政治性的观点分歧了,在那里,对“价值”的诅咒往往是星期天谈话和选举演讲的标准节目(Standartrepertoire)。总之,关于价值问题的文献汗牛充栋,却没有就其问题、方法和解决达成最基本的共识,即使经过了最近150余年的激烈争论,仍然如此。^[1]

鉴于这样的问题状况,在对法律的基础进行科学考察时,也许

[1] 关于概览请参见 J. Ritter, K. Gründer 以及 G. Gabriel 主编的《哲学历史辞典》(Bd. 12, 2004, S. 556—583)对“价值”一词的解释。关于今天的哲学讨论现况,参见 H. Schnädelbach, Wertungen und Werte, in Logos N. F. 7 (2001), S. 149—170; H. Joas, Die Entstehung der Werte, 1997。后者与 Nietzsche, James, Durkheim, Simmel, Scheler, Dewey 和 Taylor 就价值是否产生自“自我养成和自我超越的经验(Erfahrungen der Selbstbildung und Selbsttranszendenz)”进行了深入研究。“盎格鲁-撒克逊”文化圈的介绍则请参见 J. W. van Deth/E. Scarborough eds., *The Impact of Values*, Oxford, 1995。

根本就不应该考虑价值问题。实际上,法哲学和其他部门法的基础研究也的确对其较为敬而远之,法律科学对价值问题的详细概述和体系性分析更为少见^[2];即使是在法学教育当中,往往也缺乏与价值问题打交道的训练项目。在法律实践中(但不只是在法律实践中),人们才不断地遭遇到法律本身的洞察力与方法论上幼稚的价值绝对主义之间奇怪的结合。

尽管如此,本文仍然不揣浅陋,试图对价值问题作一体系性的概览。因为与价值纠缠在一起的诸专业问题(Sachprobleme)——将一切修辞学抛在一旁——对法律与法律科学具有极为重要的意义。况且,法学本身就是一门“价值科学”,几乎所有重要的法律与法律政策行为,从制定法律规范到其体系性解释再到法律适用,无一不与价值问题的方方面面息息相关。^[3]

因此,下文第二部分将首先对一些术语问题进行分析,并介绍一种价值形成的理论;然后,第三部分将说明法律与法律科学中价值问题的核心要素;紧接着,第四部分将对法学基础研究中一个至今仍未得到应有重视的问题,即价值无涉问题(Wertfreiheitsproblematik)展开自己的分析;随后,第五部分是关于“意识形态与法律”之主题的若干评论;结尾部分(第六部分)针对的是法律中价值问题的新发展,如“价值变迁(Wertewandel)”“价值多元化(Wertpluralisierung)”“文化间性(Interkulturalität)”等。

二、评价与价值

由于价值概念漫长而多变的历史^[4],其蕴含着完全异质的多

[2] 关于较早前的争论,参见 H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 1977, § 28; 分析性的文献参见 A. Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), S. 185 ff.

[3] Stig Jørgensen 曾经正确地指出:“法律科学与判例的特点正好就在于,如同道德科学一样,它们几乎排他性地与评价联系在一起。”(S. Jørgensen, Recht und Gesellschaft, 1971, S. 8.)

[4] 参见上文脚注 1 中《哲学历史辞典》的说明。

重含义一点都不令人奇怪。^[5]显然,想要精确表述“价值”是极为困难的。为了更好地理解“价值”这一现象,不以定义开始,而是从价值的开端(Ursprung),即^[6]评价以及人类的评价行为入手,看上去是更合理的选择。人类无时无刻不在作着评价,认为某些事实、物品或者行为优于其他的对应物。谁决定喝红葡萄酒而不是白葡萄酒,或者谁更想去布拉格而不是罗马旅游,谁就同时做出了一项评价。更准确地说,“评价”意味着将某种对象视为积极或消极的。谁说一幅画“漂亮”,谁就积极地评价了这幅画;反之,说一个人或其某种行为方式很糟糕、是犯罪或不礼貌,随之就做出了消极的评价。人们不仅在道德领域或者谈论艺术时会做出评价,在人类活动的所有领域里都是如此。

评价(或者表达评价)不一定要通过明确的语言形式,诸如“哦!”或“呸!”这种突然发出的声音也可以是一种评价。非语言的评价同样可能。当然,完全符合语法的判断形式(Form eines Urteils)也是一种评价,如“X城市非常漂亮”或“Y的行为很糟糕”。此时就涉及价值判断。价值判断(不同于事实判断和事实陈述)的典型特征在于其评价内容的超越性,是对所描述之物的积极或消极的称谓。由于价值判断与事实判断有着同样的语言形式,二者经常混杂在一起,此时,人们往往忽视二者背后迥异的基础,这会带来很多严重的问题。清楚地区分价值判断与事实判断,因

[5] 概览请参见 H. T. Krobath, Werte. Ein Streifzug durch Philosophie und Wissenschaft, 2009, S. 30 ff., 320 ff.

[6] 这里的“即”绝非不言而喻,反而需要符合一系列前提;其背后潜藏的并非微不足道的问题,是对“主观的”或“主观主义的”价值理论之信奉,以及对“客观”价值理论的拒绝。后者认为,价值是先于人类的认知而存在的东西,不受人类的评价行为之影响。囿于篇幅,本文不便就主观价值论与客观价值论的传统争议作更深入的分析,请参见 V. Kraft, Die Grundlagen der wissenschaftlichen Wertlehre, 2. Aufl. 1951, S. 5 ff. [Kraft 谈到了“价值绝对主义”与“价值经验主义”的对立(“Wert-Absolutismus” vs. “Wert-Empirismus”)]; Krobath (Fn. 5), S. 35。支持客观主义价值观念的,有诸如 W. Waldstein, Werte und Objektivierung des Rechtsdenkens, in: Krawietz (Hrsg.), Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, 1984, S. 405—423。该文对早前的争议提供了大量线索。

此在学术语言上非常重要。^{〔7〕}

评价的主体和开端是个体,个体在评价时当然会受到方方面面的影响,如文化和个人的社会化。^{〔8〕}无论如何,可以确定的是,个体不是恣意或随性地在评价,毋宁说个体的评价几乎总是遵循一种固定的模式,并有一种显著的稳定性;对于其他人(Außenstehende)而言,这是该个体人类属性中的重要部分。

值得注意的还有,对不同人的评价经常有很大的相似性。人们不仅可以在政党内部发现一种对其局部统一的评价,还可以在同一年龄段的人或者相同宗教信仰的家庭成员之间发现大致相同的评价。各个不同的团体(Gesellschaften)甚至可以通过获得一种类似的评价来标示自己的存在,尽管此时如何区分各个不同团体本身就已经是一个问题。例如,谈论德国人时,人们都会说值得信赖、准时和其他“普鲁士的”美德,从而以这种方式做出积极的评价。虽然此种老生常谈——其中对某一“民族性格”的旧观念有一定影响——不见得有多少说服力(Aussagekraft),几乎没有争议的却是,一个普通德国人的价值导向(Wertorientierung)与一个拉丁美洲人的导向,有着非常明显的差异。

整体文化可以塑造共同或者至少类似的评价。例如,影响着欧洲和美国的主要西方文化一般更关注个体,即给予个体积极的评价;对西方世界认为每个个体应当享有的(人类)权利的尊崇,也是如此。这与更强调集体的思维就有很大不同,受儒家文化影响的东亚大抵如是。由此可以看出,评价受整体文化的影响,不同的文化可能会做出不同的评价。

某些评价甚至似乎是普遍的本性(universeller Natur),也就是说,所有人都会以至少类似的方式做出评价。^{〔9〕}例如,饥饿和痛苦就会被普遍性地评价为消极的东西,任意的身体伤害乃至杀人行为也一样,无论是自己还是他人牵涉其中,人们的评价大概都不会

〔7〕 详见本章第四部分所谓的价值无涉理论。

〔8〕 关于评价的心理学因素,参见 Krobath (Fn. 5), S. 319 ff.

〔9〕 E. Hilgendorf, Recht und Moral, in: Gerhard Engel (Hrsg.), Aufklärung und Kritik, 2001, S. 72 ff.