



中德刑法学者的 对话

EIN DIALOG
ZWISCHEN CHINESISCHER-UND
DEUTSCHER STRAFRECHTSLEHRE

罪刑法定与刑法解释

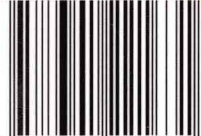
梁根林 【德】埃里克·希尔根多夫/主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



ISBN 978-7-301-22163-



9 787301 221631 >

定价：35.00元

中德刑法学者的 对话

EIN DIALOG
ZWISCHEN CHINESISCHER-UND
DEUTSCHER STRAFRECHTSLEHRE

罪刑法定与刑法解释

梁根林 【德】埃里克·希尔根多夫/主编



北京大学出版社
BEIJING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德刑法学者的对话:罪刑法定与刑法解释/梁根林,(德)埃里克·希尔根多夫主编.—北京:北京大学出版社,2013.6

ISBN 978-7-301-22163-1

I. ①中… II. ①梁… ②埃 III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第028376号

书 名: 中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释

著作责任者: 梁根林 [德]埃里克·希尔根多夫 主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-22163-1/D·3280

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.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 14.25印张 287千字

2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷

定 价: 35.00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

前言

本书收录了2011年9月15日至9月19日在德国维尔茨堡召开的“中德刑法解释语境下的罪刑法定原则”会议的主题发言以及评议报告。该会议同时标志着由北京大学梁根林教授和我共同发起、众多知名刑法学者参与的“中德刑法学者联合会”正式成立。联合会旨在维系和促进中德两国在刑事法学领域的学术交流。

会议主题的选择绝非偶然：罪刑法定原则奠定了每个法治国家刑法的基础。罪刑法定原则的起源可追溯至发端于英国大宪章、最终在法国形成的欧洲启蒙运动的刑法哲学思想。其中，孟德斯鸠(Montesquieu)是提出罪刑法定原则的最重要的法国启蒙学家，伏尔泰(Voltaire)是将罪刑法定原则向司法实践转化的最重要的先驱，他始终致力于维护受到不法侵害的人们的权益——从他捍卫图卢兹的新教徒让·卡拉斯(Jean Calas)的诉讼案件中可见一斑。

意大利著名刑法学家切萨雷·贝卡利亚(Cesare Beccaria)在他1764年的传世之作《论犯罪与刑罚》一书中系统总结了启蒙思想对于一部法治且人道的刑法的要求。这部著作在整个欧洲以及其他国家广为流传；著名刑法学家费尔巴哈(F Feuerbach)等人将贝卡利亚的思想在德国进行了进一步的传播。罪刑法定原则已为当今欧洲各国所普遍承认。但是各种形式的威胁同时存在，比如一种以过分注重安全和刑法效果的观点为导向的欧洲刑事政策。

而中国也经历了很长一段时间对罪刑法定原则的探索过程。罪刑法定原则在“文化大革命”期间进入了漫长的冬眠。在那之后，中国逐步迈向建设现代法治国家的大道；罪刑法定原则成为中国刑法学界和司法实践中最重要的议题之一。因此，中德刑法学者联合会的首次会议就致力于探讨罪刑法定原则。

本次会议的中心思想在于让中德双方在相互尊重、平等相待的基础上讨论问题。在维尔茨堡，会议主办方与梁根林教授共同致欢迎辞，德国刑法学者联合会主席贝恩德·许迺曼教授致会议主题引言报告，随后开始了为期三天的正式讨论。第一天的主题为“罪刑法定原则的立法解读”，分别由

北京大学的陈兴良教授和慕尼黑大学的克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)教授进行主题发言。北京大学的梁根林教授与(奥德河畔)法兰克福大学的扬·C. 约尔登(Jan C. Joerden)教授进行了评议。第二天的讨论主题是“罪刑法定原则的司法实践”,分别由清华大学的张明楷教授和曼海姆大学的洛塔尔·库伦(Lothar Kuhlen)教授从中德两国的视角做了主题发言,而后由清华大学的周光权教授和维尔茨堡大学的弗兰克·舒斯特(Frank Schuster)教授进行评议。第三天的讨论主题为“扩大解释与类推解释的区别”,由中国人民大学的冯军教授与弗莱堡大学的瓦尔特·佩龙(Walter Perron)教授分别就各自国家刑法现状做主题发言,进行评议的是中国政法大学的曲新久教授和马克斯-普朗克外国刑法与国际刑法研究所的阿尔宾·埃泽尔(Albin Eser)教授。

上述主题发言与评议为提出问题、解决问题的思路以及论点与论据打下了坚实的基础,并且对中德两国刑法比较工作进行了丰富与完善。不仅在基础问题上,即便是一些实践方面的细节问题上,中德学者的看法也惊人的一致。衷心希望中德两国未来在刑法领域的合作也能像本次会议这样“硕果累累,生机勃勃”。

埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgendorf)

2012年4月于维尔茨堡

目 录

主题发言

- 贝恩德·许迺曼：
中德刑法解释语境下的罪刑法定原则 王莹/译 001

第一单元 罪刑法定原则的立法解读

□单元报告

- 陈兴良：
中国刑法中的明确性问题
——以《刑法》第 225 条第 4 项为例的分析 011

- 克劳斯·罗克辛：
德国刑法中的法律明确性原则 黄笑岩/译 029

□单元评议

- 梁根林：
罪刑法定的立法解读 052

- 扬·约尔登：
两种法律思维范式与罪刑法定原则 王莹/译 067

第二单元 罪刑法定原则的司法实践

□单元报告

- 张明楷：
罪刑法定的中国实践 085

洛塔尔·库伦:

罪刑法定原则与德国司法实践 黄笑岩/译 110

□单元评议

周光权:

罪刑法定原则的当代实践 131

弗兰克·舒斯特:

罪刑法定原则与中德司法实践 黄笑岩/译 140

第三单元

扩大解释与类推解释的区别

□单元报告

冯 军:

扩张解释与类推解释的界限 153

瓦尔特·佩龙:

德国视角下对解释与类推的区分 王钢/译 172

□单元评议

曲新久:

中德比较视角下扩张解释与类推适用的区分 192

阿尔宾·埃泽尔:

解释与类推的区分 黄笑岩/译 206

“中德刑法解释语境下的罪刑法定原则”研讨会侧记 王钰 213

[主题发言]

贝恩德·许迺曼

德国慕尼黑大学刑法学教授

中德刑法解释语境下的罪刑法定原则

译者:王莹 中国人民大学刑事法律科学研究中心讲师

德国弗莱堡大学法学博士

鉴于当今中国在世界经济、政治以及文化中所具有的重要意义,中德刑法学者联合会的成立与122年前冯·李斯特倡导下的世界刑事联合会的成立具有同等重要的意义,二者可以相提并论。^[1]为此我们当感谢我们尊敬的同事埃里克·希尔根多夫与梁根林先生的创见与倡议。正如同当时的世界刑事联合会,我们如今的中德刑法学者联合会也肩负着历史使命,惟使命之内容殊异耳。冯·李斯特先生彼时以现代工业社会背景下的刑法理论现代化为己任,而我斗胆将联合会的使命作如下概括,即在教义学中维护乃至发扬刑法的法治国性:所谓维护概指欧洲而言,在那里刑法与刑事诉讼法正陷入不可遏阻的预防思想的漩涡之中,其后隐藏着警察操纵的监控国家(überwachungsstaat)理念^[2];所谓发扬则指中国而言,在那里短短数十载所

[1] 参见 *Dazu v. Liszt*, Eine internationale kriminalistische Vereinigung, ZStW 9 (1889), S. 363 ff.; *Kitzinger*, Die internationale kriminalistische Vereinigung, 1905; *Bellmann*, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, 1993。

[2] 在刑事诉讼法方面参见 *Schünemann* 在下文中提出的理论,该理论得到123位德语学界刑法学家的赞同: *Schünemann*, GA 2004, 193, 202 f.; 此外参见 *Murschetz*, Auslieferung und Europa-ischer Haftbefehl, 2007, S. 304 ff.; *Nestler*ZStW 116 (2004), 332, 346 ff.; *Schünemann*, StraFo 2003, 344; *ders.*, StV 2003, 116; *ders.*, ZIS 2007, 528; 详见 *ders.*,

完成的社会与经济现代化要求建立全面的法治国制度,而这并非是因西方世界的期待与愿望使然,而是卡尔·马克思所揭示的经济基础与上层建筑之间的内在逻辑^[3]在当今经济与社会结构下发展的必由之路。^[4]

埃里克·希尔根多夫与梁根林先生的倡议也是深受这一历史任务的启发,这在会议题目的选择上得到体现。此次会议并不仅仅停留于罪刑法定原则的语言表象之上,而是探求其实质,以法治刑法的根基为其内容。正如克劳斯·罗克辛在其即将为我们展开的罪刑法定原则全景图中所一针见血地指出的那样,罪刑法定原则不仅关乎简单的法律规范,而俨然是关乎整个“法律宇宙”,其中包括了所有法治国刑法的重要要求。

二

对于下面中德双方各位会议发言人所提出的罪刑法定原则规定内容与要求,恕我不再加以一一概括,这也并非我今天主题发言的任务所在。请允许我在此就全球性的法律政策形势预先提出一些构想,这些构想可为联合会的任务提供指引,其中我也从德国视角对中国方面的问题进行一些管窥蠡测,欢迎中国同事们予以指正。

StRR 2011, 130, 134 f., 详尽版本可在如下网址查阅:[http://www. strafrecht-online. de/ thema/von-lissabon-ueber-karlsruhe-nach-stockholm](http://www.strafrecht-online.de/thema/von-lissabon-ueber-karlsruhe-nach-stockholm), dort III. 5; Wolter, FS Kohlmann, 2003, 693, 713 ff. 关于实体刑法参见 Schünemann, in: ders. (Hrsg.), *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, 2004, 75; ferner das Manifest zur Europa-ischen Kriminalpolitik der *European Criminal Policy Initiative* von 14 europäischen Strafrechtslehrern, ZIS 2009, 697; Zimmermann ZRP 2009, 74. 欧盟理事会在《提高刑事诉讼中犯罪嫌疑人与被告入程序权利计划表》的决议中也承认目前刑事政策在向单方面惩罚性方向调整,参见 Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten im Strafverfahren (ABl. EU 2009 C 295/01, Nr. 10)。

[3] Marx, Zur Kritik der politischen Ökonomie, 1859, Marx-Engels-Werke Bd. 13 S. 8.

[4] 这个目标的明显例证是2000年6月30日中国国务院法制办公室与德国联邦司法部签署的《中德法律交流与合作协议》(法治国对话方面的协议)。关于中国政府与中国共产党建立法治国的明确目标参见江泽民:《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——江泽民在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》第6章,1997年9月12日;胡锦涛:《胡锦涛在党的十七大上的报告》第6章第3条,2007年10月15日,发表于《中国日报》的英文版本,参见http://www.chinadaily.com.cn/language_tips/2007-10/31/content_6218870_2.htm;学术角度的论证参见李步云:《实行依法治国,建设社会主义法治国家》,载《中国法学》1996年第2期,第14—27页。

1. 欧洲时下出现种种削弱传统民主法治国保障的趋势。由民众直选并且代表全部民众政治派别的议会所进行的立法逐渐为所谓的政府立法所取代,这种立法究其本质是一种官僚立法,其内容越来越多地由欧盟委员会的官僚或欧盟成员国部长们所决定。〔5〕德国联邦宪法法院屡次试图捍卫国家议会的中心职责与权力地位〔6〕,却遭到大多数德国国家法学者的抨击与讽刺,被认为此举是向19世纪过时的民主理论的倒退。〔7〕德国联邦议院不知如何对待它依法当然享有的并且由联邦宪法法院所支持的中心性地位,而是在宪政实践中盲目听从政府中少数几位专家强制性的建议。〔8〕从中我们可以无可置疑地看到欧洲与中国立法程序的同化,这无疑构成民主理论的中心议题,科林·克劳奇(Colin Crouch)早在2003年即已将其作为后现代的时代话题加以探讨。〔9〕对该问题我们暂不细究,在我看来,对于刑法学科来说,我们可以从中引申出联合会的重要使命,即更加坚决地捍卫从罪刑法定原则这一“法律宇宙”中引申出来的法治国堡垒。〔10〕诚然,相对于19世纪来说该原则的意义发生了转变,这在接下来的报告中

〔5〕 系统阐述“政府立法”的观点参见同名专著 *v. Bogdandy* (2000), 但其中完全未涉及刑法方面的问题。同样未对刑事立法的民主程序予以关注的是 *Tiedtke*, *Demokratie in der Europäischen Union*, 2005; 对行政官僚机构的统治地位进行批判的观点参见 *Pollak*, *Repräsentation ohne Demokratie*, 2007, 207 f.; *Sander*, *Repräsentation und Kompetenzverteilung*, 2005, 133 ff., 333 ff. 刑法角度的批判参见 *Braum*, *wistra* 2006, 123; *Lüderssen*, *GA* 2003, 71 ff.; *Schünemann*, *StV* 2003, 116, 120; *ders.*, *StV* 2003, 531; *ders.*, *ZRP* 2003, 185 ff.; *ders.*, *ZRP* 2003, 472; *ders.*, *GA* 2004, 193, 200 f.; *ders.*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, S. 95 ff.; *ders.*, *FS Herzberg*, 2008, S. 39, 49 ff.

〔6〕 BVerfGE 113, 273 (欧洲逮捕令) sowie 123, 267 (里斯本条约)。

〔7〕 *v. Bogdandy*, *NJW* 10, 1 ff.; *Classen*, *JZ* 09, 881 ff.; *Halberstam/Möllers*, *German Law Journal* 09, 1241 ff. (das BVerfG benötige 421 Randziffern, um einige verwirrte Punkte vorzutragen); *Oppermann*, *EuZW* 09, 473 (EU als “Ghetto, von der Mauer des Grundgesetzes umgeben”); *C. O. Lenz*, *FAZ* v. 8. 8. 2009, S. 7; dem BVerfG eher zust. dagegen *Schorckopf*, *EuZW* 09, 718 ff.; *Meyer*, *NStZ* 09, 657 ff.; *Isensee*, *ZRP* 10, 33 ff., sowie die Beiträge von *Schünemann*, *Ambos/Rackow*, *Braum* u. *Folz* in *ZIS* 09, 397 ff. 此外参见期刊文献 *Der Staat* 48 (2010), Heft 4。

〔8〕 这在欧洲逮捕令法中体现得尤为明显,联邦众议院将联邦宪法法院宣布无效的该法继续推行并仅进行些微的修改(这几处修改是为联邦宪法法院所明确坚持的)即用以兑现欧盟框架决议。另外一个明显的例子是金融危机后拯救银行与欧债危机中提供资金的法律,这两部法律都被联邦政府描述为别无选择,而后为联邦众议院在极短的时间内表决通过。

〔9〕 *Crouch*, *Post-democracy*, London 2004, dt. *Postdemokratie*, 2008.

〔10〕 关于罪刑法定原则的这一意义参见 *Strafrecht AT I*, 4. Aufl. 2006 § 5 Rn. 18 ff.

将得到突出的体现,也将成为深入讨论的对象。尤其是德国联邦宪法法院试图赋予长期以来被忽视的明确性原则以全新意义与中心地位^[11],将成为我们讨论的重点。

2. 除我们今天会议议题之外,法治国刑事法的另外两个支柱是传统的以刑法最后手段性进行法益保护^[12]的限制与不可动摇的法治国刑事司法原则。^[13]立法者民主合法性愈弱,宪法对立法权的限制自然愈显重要。尽管联邦宪法法院力主维护罪刑法定原则,但却以否认法益保护理论具有宪法权威性的方式^[14],在刑事立法实质界限的问题上遵循着一个与之矛盾的路线。然而通过对最后手段性原则的坚持^[15],实际上却对刑事立法内容进行了宪法的限制。因为,首先,必须弄清最后手段性是针对何种刑法保护的利益而言,其次,最后手段性原则也包含了比例原则,对未达到法益标准的

- [11] 早期人们在严重不法行为的构成要件方面对明确性原则的意义未予以足够重视,参见 BVerfGE 26, 41; 以及 BVerfGE 85, 69, 73; 75, 329, 340 ff. -Verwaltungsakzessorietät der umweltstrafrechtlichen Tatbestände; 73, 203, 235 f. -Sitzblockaden 以及 *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 6 ff. (Bestimmtheitsgebot als “Tiefpunkt des nulla-poena-Satzes”, S. 6); *Krahl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986, S. 104 ff., 277 ff. und passim; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 430 ff. (S. 451: “trauriges Bild”); 但在近来的背信罪判决有所改变, BVerfG Wistra 2009, 385 ff. 以及 BVerfGE 126, 170, 195 ff., 后一判决意见认为从对立法者所作的明确性要求可以推导出对法官的“准确性要求”(Präziserungsgebot)。
- [12] 对该原则此处暂不赘述,也无意于介绍关于这个内容庞杂的议题的讨论,仅参见 *Roxin*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 ff.; *ders.* Festschrift für Hassemer, 2010, S. 573 ff.; *Schünemann*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 ff.; *ders.* in: *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Hrsg.), Mediating Principles—Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, S. 18 ff.; *Hefendehl*, GA 2007, 1 ff.
- [13] 代表性的观点仅参见 *Hassemer* Festschrift für Maihofer, 1988, S. 183 ff.; *Wolter* NStZ 1993, S. 1 ff.; *ders.* in: *Wolter u. a.* (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 319 ff. (324, 332 ff.); *ders.* in: Festschrift für *Roxin I*, 2001, S. 1141 ff. (1145 ff.); *ders.* Festschrift für *Roxin II*, 2011, S. 1245 ff. 以及 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 1 Rn. 2 ff., § 2 Rn. 1 ff., § 11 Rn. 1 ff., § 18 Rn. 1 ff.
- [14] 例如联邦宪法法院的判决 *Canabis-BVerfGE 90, 145 (173)* 以及关于乱伦案判决 *BVerfGE 120, 224 (240)*。
- [15] 例如关于乱伦案判决 *BVerfGE 120, 224 (240 f.)* 以及 *Canabis-Entscheidung BVerfGE 90, 145 (172 f.)*; 坚决赞同的观点参见 *Landau*, ZStW 121 (2009), 965 ff. (971 f.)。

利益动用刑事法手段加以保护,在我看来即是对比例原则的严重违反。

3. 在维护法治国刑事司法方面来说,形势则相对较为严峻。联邦法院在一系列令人印象深刻的判决中,将立法者以打击恐怖主义与有组织犯罪为名而对公民基本权利进行的过度干涉限制在必要范围以内^[16],当然人们可以质疑,这有限的成果对于公民个人自由保护来说是否足够。^[17]至今一些刑事诉讼法不可或缺的结构原则还在受到威胁。例如实践中早已摒弃了建立在发现真相与控辩程序平衡理念上的刑事诉讼程序,这方面的动向我仅撮其要者举例如下,即侦查程序的警察化与机密化,主审程序的架空以及辩诉交易。^[18]

4. 刑法的内容界限无疑将成为我们此次罪刑法定原则会议的有机组成部分,但是符合法治国要求的刑事司法这一法治国第三大支柱是否也能为我们的联合会所关注,无论从其成员还是从内容构成上来说我都不敢妄下断语。德国传统上大学或研究机构的刑法教席囊括了刑事实体法与程序法,而据我所知中国大学中却存在另外一种设置。但是在德国近 200 年的发展已经表明,学界实体法已经从程序法中被严格剥离开来,就如法学教育中的分开授课那样。如何将这两个学科更好地融合在一起,也是我们应该探讨的问题。

[16] BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff); BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchung); BVerfGE 103, 142 (Richtervorbehalt bei der Durchsuchung); BVerfG NJW 2010, 2864 (Richtervorbehalt bei körperlichen Untersuchungen).

[17] 例如根据《德国刑事诉讼法》第 81a 条对醉酒驾车嫌疑人例行抽血检查时强调必须经法官同意,但这并未导致对嫌疑人权利干涉的减少,值班法官往往以电话方式同意进行抽血,因此实际上导致了这种电话令状的滥用。

[18] 关于警察化问题参见 Paeffgen, Symposium f. Hans-Joachim Rudolphi, 1995, S. 13 ff.; Kühne, in Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995, S. 153 ff.; Lüderssen, ebd., S. 195 ff.; Schünemann, Kriminalistik 1999, 74; ders., ZStW 119 (2007), 945, 948 ff.; ders., GA 2008, 314; Wolter, ZStW 107 (1995), 793 ff.; 关于侦查程序的机密化参见 Paeffgen, StV 2002, 336; ders., GA 2003, 647; Schünemann, ZStW 119 (2007) 945, 949 ff.; ders., GA 2008, 314; Soiné, NSiZ 2007, 247 ff.; Roggan/Bergemann, NJW 2007, 876; 关于主审程序的架空以及众多关于辩诉交易的文献参见 Fischer StraFo 2009, 177; Hettinger, JZ 2011, 292; Murmann, ZIS 2009, 526; Schünemann ZRP 2009, 104; ders. StraFo 2010, 90; ders., in Schünemann (Hrsg.), Risse im Fundament, Flammen im Gebälk; Zum Zustand des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens, 2010, S. 71 ff.

三

1. 上文的问题就涉及所谓中国视角,这自然是我从德国立场所作的管窥蠡测,而这些管窥蠡测也正是我所提出的问题,在此请教于各位中国同仁。关于中国罪刑法定原则的现状、评价与前景我们将在本周末的会议中通过专家们一系列的报告与评议进行了解。但我认为其在司法实践中的贯彻也取决于中国法律文化中是否能够形成一种如同德国司法中那样的有效交流机制,这种交流机制在我看来最明显地体现在所有重要的最高法院审判案例,当然也包括一些下级法院的判决,都会公开出版并受到学界尖锐的评判。没有这种知识界的监控,我将这种监控称之为第四种权力,即民间的权力^[19],罪刑法定原则将不过是语言表象而已,因而没有这种持续进行的司法与学界的交流,罪刑法定原则无法真正发挥作用,它也不可能从纸上法变为活法。罪刑法定原则发挥作用的另一个前提是,最高法院也乐于使自己成为学界评判的对象,并且试图科学地论证其判决,这在德国司法传统中已司空见惯,但并非所有西方法律文化皆是如此。

这种交流机制在中国的形成绝非易事。因为德国存在联邦宪法法院这样一种权力机构,具有特别适于接受法学界动议的结构,而且它通常是开放性的。但即使不存在这样一个对法治国统治至关重要的机构,只要建立了相应的交流机制,法治国原则也可以通过法学界的努力得到有效贯彻,这一点可在美国最高法院的审判工作中得到证明。

2. 关于其他法治国刑法的支柱,我不敢妄加赘言,这留待联合会在接下来的活动中进行讨论,我在此仅仅尝试贡献一些建议。据我所知,当下中国刑法还无法割断其与苏俄刑法传统的承继关系。根据马克思列宁主义,将刑法作为社会主义建设的手段不仅有其合法性,而且是完全合乎逻辑的,但这种刑法理念却忽视了除此目标以外的公民个人自由保障。为了达到这个目标,中国制定了包含许多不明确规定的刑法典以及单行刑法,以根据政治需要同对立面进行斗争(措辞比反对派容易接受一些?)。中国 1997 年

[19] 如此就能避开在三种权力之间进行徒劳地循环,轻易地回答“谁来监控第三种行使监控职责的权力”这一问题,参见 Schünemann, FS für Roxin, 2001, S. 1, 5 f.; ders., FS für Herzberg, 2008, S. 39, 45; 批判性的观点参见 ZStW 119 (2007), 69, 70, 对上述批评的回应参见 Schünemann, GA 2011, 445, 446 Fn 9。

《刑法》将“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”^[20],限缩了刑法政治性规定的范围,取得了有目共睹的进步。存在问题的尚余第300条针对会道门、邪教组织的犯罪以及利用迷信所实施的犯罪等诸如此类的犯罪,通过贯彻明确性原则或许能够防止此类规定的滥用,这也正符合我们会议的主题。此外中国如何看待刑法内容界限的问题,以及法学界刑事实体法与程序法的融合,窃以为都将成为未来重要的议题。

四

我的主题致辞到此结束。联合会倡议者埃里克·希尔根多夫与梁根林先生的伟大畅想此时此刻在维尔茨堡成为现实,而联合会未来的继续发展还有赖于两国最优秀的刑法学者们的努力与热忱,这种努力与热忱将被证明是值得的。易言之:长路漫漫,其修远兮,让我们携手启程吧!

[20] 这里参见 Strupp, Das neue Strafgesetzbuch der VR China, 1998, S. 66; 也可参见马克昌:《新刑法对1979年刑法的重大修改》,载《学习与实践》1997年第9期,第21—22页;高铭喧、赵秉志、刘远:《新刑法分则的改革与进展》,载《中国法律年鉴1998》第1121页;刘仁文:《社会转型与刑法的发展》,载《人民检察》2009年第13期,第25页。依据刘仁文的观点,革命刑法转向建设刑法的一个符号性事件是1997年《刑法》把原来的“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”。

第一单元

罪刑法定原则的立法解读

陈兴良

北京大学法学院教授

中国刑法中的明确性问题

——以《刑法》第 225 条第 4 项为例的分析

中国《刑法》第 3 条规定了罪刑法定原则：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”在此，立法机关采用了“明文规定”这一措词。当然，明文（德文 *geschrieben*）与明确（德文 *bestimmt*）还是存在区别的。中国《刑法》中的罪刑法定原则首先解决明文的问题，在此基础上才能逐渐地解决明确性的问题。因此，中国《刑法》中的明确性是相对的，甚至还存在着大量盖然性规定，这在一定程度上与罪刑法定原则的明确性要求相抵触。本文在对中国《刑法》的明确性问题进行一般性论述的基础上，以《刑法》第 225 条第 4 项规定为中心，结合司法解释进行法理探讨。

—

中国 1979 年《刑法》规定了类推制度，对法无明文规定的行为，可以比照刑法分则最相类似的条文定罪处罚。立法机关通过赋予司法机关以类推定罪的权力，弥补立法的不足，以便更为有效地惩治犯罪。由于刑法规定了类推制度，刑法的明文问题尚未得到有效解决，更遑论明确性问题。在这种情况下，刑法的明确性问题根本就没有受到应有的重视。及至 1997 年《刑法》修订，立法机关废除了类推制度，确立了罪刑法定原则，由此而解决了明文的问题。在这种情况下，刑法的明确性问题开始提上了议事日程。

中国《刑法》第 3 条关于罪刑法定原则的规定，其目的在于限制刑罚

权,保障人权。其基本内容与各国刑法关于罪刑法定原则的规定是相同的。中国立法机关认为,实行罪刑法定原则就要做到以下五点:(1) 法不溯及既往;(2) 不得类推;(3) 对各种犯罪及其处罚必须明确、具体;(4) 防止法官滥用自由裁量权;(5) 司法解释不能超越法律。^[1] 在以上五个罪刑法定原则的要求中,第三点就涉及刑法的明确性问题。由此可见,明确性是中国《刑法》第3条规定的罪刑法定原则的应有之义。

在中国刑法学界,刑法的明确性是一个受到广泛关注的问题。应当指出,中国《刑法》第3条关于罪刑法定原则的表述,采用的是明文一词,明文更注重的是形式意义,强调的是法律有规定,从而解决有法可依的问题。明确当然是以明文为前提的,但明文又不能等同于明确。中国学者对明文与明确作了区分,指出:

“明文”只是“明确”的前提,即使具备“明文”规定也并不意味着一定能够达到“明确”。因为即使刑法对构成要件作出了明文规定,但这种规定若在含义上是模糊的,人们无法据此判断行为后果,同样应认为是不明朗的。在这个意义上讲,“明确”无疑比“明文”具有更高的要求。意大利刑法2001年草案第1条规定,任何人不得因未被行为前生效的法律明确规定为犯罪的事实而受处罚。这一规定将意大利现行刑法典第1条中的“明文”(espressamente)改为了“明确”(tassativamente)。^[2]

当然,在意大利刑法学界,明确性(tassativita)与确定性(determinatezza)是分开的:前者的作用在于从刑法规范的内部限制犯罪构成的结构,并藉此约束立法者表述刑法规范的形式;后者则是从刑法规范的外部限定犯罪构成的范围,目的在于防止司法者将抽象的法律规范适用于其应有的范围之外,因此,明确性强调在立法过程中,立法者必须准确表述刑法规范的内容;确定性则是指在司法过程中,法官对刑法规范不得类推适用。^[3] 上述区分是否必要是可以讨论的。基本上来说,刑法的明确性本身不仅指法条表述明白确切,而且也具有法条内容确实固定之意蕴。因此,明确性可以包含确

[1] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第6页。

[2] 杨剑波:《刑法明确性原则研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第31页。

[3] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第24页。

定性。当然,刑法的明确性究竟是立法原则还是同时也可以认为是司法原则,对此中国学者认为刑法明确性具有立法原则与司法原则的双重属性。^[4]但我认为,刑法明确性主要是对立法的要求。当然,刑法明确性会对司法裁判活动产生正面的、积极的影响,但不能由此认为刑法的明确性同时也是司法原则。至于意大利学者所说的法官对刑法规范不得类推适用,并不是明确性原则所要解决的问题,而是禁止类推原则的应有之义。

应该指出,《德国刑法典》第1条关于罪刑法定原则的规定,采用了明确(bestimmt)一词,该词作为动词使用,译为中文就是确定。在这个意义上,明确与确定是同义词。中国刑法并没有使用明确或者确定一词,而是使用明文一词,因此,对《德国刑法典》第2条的bestimmt一词如何汉译,中国学者曾经专门撰文加以辨析。对于bestimmt,中国学者既有译为明文的,也有译为确定(即明确)的。中国学者对以上两种译法作了比较,主张将bestimmt译为明确或确定,指出:

德语中并没有将明文与明确混为一谈,而是严格区分了各自的用法,德语中的明文有自己特定的表述方法,即geschrieben,因此,明确的涵义无需明文来替代。可见,将bestimmt译为明文或者认为哪种译法均无所谓的观点,不仅背离了bestimmt的德语语法含义,而且也没有正确理解罪刑法定原则的明确性要求(明文不可能与构成要件的定义性机能相连接)与构成要件定义性机能直接的映射关系。^[5]

由此可见,中德之间的语言差异是客观存在的,但这并不妨碍透过语言表象对德国刑法的明确性思想的借鉴。可以说,目前中国刑法关于罪刑法定原则的规定虽然采用的是明文一词而非明确,但我们仍然可以将刑法的明确性要求纳入罪刑法定原则之中,并对此展开法理上的探讨。

明确性成为中国学者在讨论罪刑法定原则时的一个重要问题。例如张明楷教授将明确性作为罪刑法定原则的实质侧面加以讨论,并从法治原则的高度确认其价值。^[6]当然,中国学者是在当前中国《刑法》尚未完全实现明确性要求这样一个背景下讨论明确性问题的,因此更强调刑法明确性原则的相对意义。中国学者把刑法的明确性区分为绝对明确与相对明确,

[4] 参见杨剑波:《刑法明确性原则研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第49页。

[5] 邵栋豪:《从明文到明确:语词变迁的法治意义:Beling构成要件理论的考察》,载《中外法学》2010年第2期,第220—221页。

[6] 参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2010年版,第50—51页。

对绝对明确观念进行了批判,认为刑事立法永远不可能达到绝对明确,要求极度明确的刑法只可能是一种不切实际的幻想,动辄对刑法不明确提出批评是值得反思的。〔7〕同时,这种观点还对刑法的相对明确性作了辩护与论证。在我看来,这当然是可以理解的。但也有中国学者在讨论刑法的明确性问题时,引入与明确性相对应的模糊性概念,指出:

在刑事立法中,既要以刑法规范的明确性为目标,又要注意充分利用和发挥刑法规范模糊性的积极功能,二者的协调与平衡是刑事立法的理想目标。任何一端的偏废都将导致立法效益的降低及法律功能的萎缩。这就要求我们在立法实践中必须努力谋求明确性与模糊性这两个彼此矛盾的力量之间的和谐与平衡。〔8〕

对于上述似是而非、模棱两可的观点,我是难以苟同的。从科学或哲学上说,明确性与模糊性本身的界限是难以划分的,因为明确性的另一半是模糊性。但在法律上,明确性与模糊性还是可以界分的,即使是相对明确,也还属于明确性的范畴。如果以明确性与模糊性的对立统一与互相转化之类庸俗的辩证法作为阐述明确性原则的根据,那必然陷于虚幻、失之荒谬。值得注意的是,以上观点是以科学上的模糊论作为理论根据的。〔9〕我认为,在科学上模糊论也许是能够成立并且具有适用范围与功用的,但不能将模糊论照搬到刑法学中来,正如王世洲教授指出:

刑法的本身的性质,要求刑法学应当是最精确的法律科学。含糊的刑法无异于否定罪刑法定原则以及否定刑法存在的价值。显然,最精确的刑法只能来自最精确的刑法学,因为刑法学是研究和构造刑法领域的思维方式的,刑法的条文乃至刑法典不过是这种思维方式的结晶,甚至司法判决也是自觉不自觉地运用这种或那种思维方式所得出的结论。很难想象,一个不严谨、不精确的思维方式能够产生和支持一部严谨、精确的刑法。〔10〕

〔7〕 参见杨剑波:《刑法明确性原则研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第72页。

〔8〕 杨书文:《刑法规范的模糊性与明确性及其整合机制》,载《中国法学》2001年第3期,第173页。

〔9〕 关于模糊论在刑法学中的运用,参见杨书文:《复合罪过形式论纲》,中国法制出版社2004年版,第134页。

〔10〕 王世洲:《刑法学是最精确的法学》,[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,译者序,第1页。

所言甚是。

由此可见,在中国刑法学界,明确性原则本身就是一个有待明确的问题。对于明确性原则的模糊认识的存在,不从观念上加以澄清,则对刑法明确性的追求无异于缘木求鱼,终不可得。

二

应该说,1997年中国《刑法》为实现刑法的明确性作出了重大努力,对犯罪予以更加明确具体的规定。然而,由于中国《刑法》在立法体例上采取了单一制,即试图将所有的犯罪行为都包含在刑法典中,建立一部统一的刑法典。从世界各国刑法的立法体例来看,除刑法典以外,还包括单行刑法和附属刑法。尤其是大量存在的附属刑法,为犯罪行为的具体规定提供了法律载体。但在中国《刑法》中,自1997年《刑法》修订以后,不再采用单行刑法与附属刑法的立法方式,只是通过颁布刑法修正案的方式对刑法进行修订。通过八个刑法修正案,目前中国刑法分则条文(截至2011年2月25日《刑法修正案(八)》)共计374条。在如此少的法律条文中,立法机关要想把所有可能发生的犯罪都毫无遗漏地加以规定,这显然是力不从心的。此外,中国目前正处于社会转型与经济转轨的剧烈变动时期,犯罪情势发展变化,使刑法对于犯罪的变化具有一定的滞后性。在这种情况下,中国刑法对犯罪的规定难以做到完全的明确,而是有相当的盖然性。在中国刑法中,以下三种立法方式与明确性的关系曾经引起讨论:

(一) 空白罪状

空白罪状,相当于德国刑法学中的空白刑法规范。这里的刑法规范,是指刑罚法规,即刑法分则条文。由于罪状是对构成要件的规定,因此,空白罪状也可以说是空白的构成要件。在中国刑法学中,空白罪状是指刑法分则条文(即刑罚法规)参照其他法律、法规对具体犯罪的构成要件的类型化表述。在空白罪状中,立法机关对构成要件未作规定或者只作部分规定,参照其他法律、法规对构成要件加以确定。在中国《刑法》中,空白罪状是大量存在的,尤其是对行政犯或者法定犯的规定,广泛地采用了空白罪状。中国刑法学中的空白罪状,可以分为绝对空白罪状与相对空白罪状两种情形,它们虽然都属于空白罪状,但在空白程度上有所不同。

绝对空白罪状是指刑法分则对构成要件行为未作任何规定,完全通过参照其他法律、法规加以明确。而相对空白罪状是指刑法分则对构成要件

的部分行为要素作了规定,但其他行为要素则需要通过参照其他法律、法规加以明确。^[11] 在中国刑法中,空白罪状大都属于相对空白的情形。例如中国《刑法》第 133 条规定:

违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。

这是关于交通肇事罪的规定,从这一规定中可以看到,刑法将交通肇事行为描述为“违反交通运输管理法规”,这是一种参照性规定。也就是说,刑法并没有对交通肇事行为进行具体描述,而是指明了其所参照的交通运输管理法规,应当按照交通运输管理法规的规定确认交通肇事行为。按照《道路交通安全法》的规定,饮酒或者醉酒驾驶机动车、未取得机动车驾驶证、机动车驾驶证被吊销或者机动车驾驶证被暂扣期间驾驶机动车的、机动车行驶超过规定时速的、驾驶拼装的机动车或者已达到报废标准的机动车上道路行驶的,都属于违反道路交通安全法的行为。由此可见,虽然在刑法中未对交通肇事罪的行为作具体描述,但可以参照交通运输管理法规认定这些行为。在这种情况下,刑法关于交通肇事罪的规定之“空白”,是通过交通运输管理法规来加以“填补”的。我们可以把中国刑法关于交通肇事罪的规定与《德国刑法典》第 315 条 C 关于危害公路交通安全罪做一个对比:

一、有下列行为之一,因而危及他人身体、生命或贵重物品的,处五年以下自由刑或罚金:

1. 具有下列不适合驾驶情形之
 - a. 饮用酒或其他麻醉品,或
 - b. 精神上或身体上有缺陷。
2. 具有下列严重违反交通规则及疏忽情形的:
 - a. 未注意优先行驶权,
 - b. 错误超车或在超车时错误驾驶,
 - c. 在人行横道上错误驾驶,

[11] 关于绝对空白罪状与相对空白罪状的论述,参见刘树德:《空白罪状——界定·追问·解读》,人民法院出版社 2002 年版,第 65—68 页。

- d. 在不能看清的地方、十字路口、街道、铁路交叉口超速行驶,
- e. 在不能看清的地方,未将车停放在车道右侧,
- f. 在高速公路或公路上调头或试图调头,
- g. 刹车或停车时未保持交通安全所必需的距离。

二、犯第1款第1项之罪而未遂的,亦应处罚。

三、犯第1款之罪有下列情形之一的,处二以下自由刑或罚金:

- 1. 过失造成危险的,或
- 2. 过失为上述行为,且过失造成危险的。

从以上中国《刑法》第133条关于交通肇事罪和《德国刑法典》第115条C关于危害公路交通安全罪的规定来看,中国刑法采用的是空白罪状,而《德国刑法典》采用的是叙明罪状。因此,《德国刑法典》的规定更具有明确性。当然,我们也必须注意,中国《刑法》第133条规定的交通肇事罪是过失犯罪,即虽然违反交通管理法规的行为是故意的,但对于重大事故后果则是过失的。在这种情况下,故意违反交通运输管理法规的行为,只有造成重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的后果,才应当追究刑事责任。而对于故意违反交通运输管理法规但尚未造成重大事故的情形,在中国是作为一般违法行为由公安交通管理部门予以行政处罚的。当然,近年来中国发生的某些醉驾、飙车案件,造成重大事故,因而在2011年2月25日通过的《刑法修正案(八)》规定了危险驾驶罪,将在道路上驾驶机动车追逐竞驶和醉酒驾驶机动车的行为规定为犯罪,并不要求造成重大事故。尽管如此,中国《刑法》第133条关于交通肇事罪的空白罪状的明确性问题仍然是值得推敲的。

关于空白罪状是否违反明确性原则的问题,在中国刑法学界是存在争议的,通说还是认为空白罪状,尤其是相对空白罪状并不违反明确性原则。以下观点具有一定的代表性:

从“应然”角度来讲,空白刑法规范并不违反刑法明确性原则,而是刑法相对明确的一种立法体现。但是,从“实然”角度来看,我国空白刑法规范的具体参照内容是否符合明确性原则,还值得进一步研究。^[12]

上述观点把刑法的明确性问题转换为参照法规的明确性问题。中国学

[12] 杨剑波:《刑法明确性原则研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第99页。

者认为立法者将空白罪状的具体犯罪构成的行为要件交由相关的规范或制度来确定,实质上是一种授权行为。^[13] 因此需要追问参照法规的明确性问题。当然,这里不仅涉及刑法的明确性问题,而且还涉及法律专属性问题,对此将在后文专门予以探讨。我基本上赞成通说,即中国刑法在空白罪状的情况下,符合相对明确的要求,当然前提是参照法规应当明确。近些年来,中国立法机关注重刑法与相关法律、法规的协调,因而对于提高空白罪状的明确性程度具有一定意义。

(二) 罪量要素

罪量要素,又称为犯罪量化要件,是指刑法分则性罪刑条文规定的、以明确的数量或其他程度词标明的、表明行为程度的犯罪成立条件。^[14] 中国《刑法》总则第13条关于犯罪的法定概念规定:“犯罪情节显著轻微、危害不大的,不认为是犯罪”,这一规定被中国学者称为但书规定,它表明中国刑法中的犯罪概念具有数量要素。在中国《刑法》分则中,大约三分之一以上的犯罪都规定以情节严重(情节恶劣)或者数额较大等罪量要素作为犯罪成立的条件。因此,情节犯和数额犯是以罪量要素作为犯罪成立条件的两种具有类型性的犯罪类型。

在中国《刑法》中,情节犯是指《刑法》分则中明文规定以“情节严重(情节恶劣)”作为犯罪成立条件的犯罪类型。^[15] 例如中国《刑法》第252条规定,隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的,构成侵犯通信自由罪。因此,该罪属于情节犯。在中国刑法中,数额犯是指刑法分则明文规定以一定的经济价值量或者行为对象的物理量作为犯罪构成要件的犯罪类型。^[16] 例如中国《刑法》第264条规定,盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,构成盗窃罪。其中,数额较大是普通盗窃罪成立的必备条件。如果盗窃数额没有达到较大程度,则只有在多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等四种情况下才构成盗窃罪。因此,上述四种情形是对作为数额犯的盗窃罪的例外规定。对于普通盗窃来说,只有达到“数额较大”才构成犯罪,否则只能作为违反治安管理行为(相当于德国刑法中的违警罪),受到治安处罚。在中

[13] 参见刘树德:《空白罪状——界定·追问·解读》,人民法院出版社2002年版,第147页。

[14] 参见路军:《中国刑法犯罪量化要件研究》,法律出版社2010年版,第40页。

[15] 参见李翔:《情节犯研究》,上海交通大学出版社2006年版,第21页。

[16] 参见唐世月:《数额犯论》,法律出版社2005年版,第22页。

国,治安处罚是一种行政处罚,公安机关依法行使治安处罚权,由此与司法机关行使的刑罚处罚权形成二级处罚体系。关于情节犯、数额犯之数额等罪量要素在犯罪论体系中的地位,在中国刑法学界是存在争议的,有些学者认为它属于构成要件要素^[17],也有些学者认为它属于可罚的违法性要素^[18],还有学者认为是一种客观处罚条件。^[19]尤其值得注意的是,中国学者刘艳红教授以情节犯与可罚的违法性具有类似性的意义上论证了情节犯的情节属于开放的构成要件。^[20]然而,将情节作为开放的构成要件,已经与开放的构成要件的本义相去甚远。即使把情节作为情节犯的构成要件要素,也没有必要认为它是开放的构成要件。因为只要达到情节严重程度,其违法性自在其中,不需另行判断。虽然在中国刑法学界对罪量要素的体系性地位问题存在较大分歧,但罪量要素的明确性问题仍然是一个不容回避的问题。对此,中国学者通常都是从相对明确的视角肯定量化要素规定的明确性。例如中国学者指出:

情节本身内容确有其模糊的一面,但是这种模糊不等于情节犯的构成要件也具有模糊性,因为情节犯的构成要件和其他犯罪类型的构成一样,其基本要件都是明确的,这并未给司法留下难以捉摸的难题。^[21]

上述论证有些偏题,我认为不能以情节犯的基本构成要件明确否认情节规定本身的模糊,数额犯也是如此。这里涉及如何看待情节和数额等罪量要素对于情节犯和数额犯构成的意义。如前所述,关于罪量要素在犯罪论体系中的体系性地位,存在构成要件要素说、可罚的违法性说和客观处罚条件说等观点。我过去曾经批评客观处罚条件说,并把情节和数额等犯罪成立的数量要素称为罪量,独立于罪体与罪责。^[22]现在我认为,罪量在性质上类似于客观处罚条件。因此,如果采用三阶层的犯罪论体系,将情节和数额等罪量要素作为客观处罚条件来看待是妥当的。实际上,在德国也并非任何细微的不法行为都受刑罚处罚,只不过是是否受刑罚处罚交由司

[17] 参见唐世月:《数额犯论》,法律出版社2005年版,第29—30页。

[18] 中国学者刘为波采用可罚的违法性论阐述犯罪概念中的但书规定。参见刘为波:《可罚的违法性论——兼论我国犯罪概念中的但书规定》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),中国政法大学出版社2002年版,第67页以下。

[19] 参见熊琦:《德国刑法问题研究》,台北元照出版公司2009年版,第85页。

[20] 刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第241页。

[21] 李翔:《情节犯研究》,上海交通大学出版社2006年版,第61页。

[22] 参见陈兴良:《规范刑法学》(第2版,上册),中国人民大学出版社2008年版,第193页。

法机关裁量。甚至在个别刑罚分则条文关于犯罪的规定中,偶尔也有关于罪量要素的规定。^[23] 但在中国刑法把这一本来应当完全交给司法机关裁量的内容在刑法中加以规定,但这种规定又并非绝对具体,而是以“情节严重”或者“数额较大”这样一种框架性模式出现,至于其具体标准,则由最高司法机关通过颁布司法解释的方式予以明确。例如关于盗窃罪的数额较大,1997年11月4日《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定:个人盗窃公私财物价值人民币500元至2000元以上的,为“数额较大”。此外,最高人民检察院和公安部还分别在2008年6月25日和2010年5月7日颁布《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准》之一、之二,对数百种公安机关管辖的刑事案件的立案追诉标准作了具体规定。这里的立案追诉标准,就是我们在这里讨论的罪量要素。由此可见,中国刑法把本应由司法机关具体裁量的罪量要素加以框架性规定,然后再由司法机关加以解释,这一立法模式并不违反刑法的明确性。

(三) 兜底条款

兜底条款是指刑法对犯罪的构成要件在列举规定以外,采用“其他……”这样一种盖然性方式所作的规定,以避免列举不全。因此,兜底条款在本质上属于盖然性规定,亦被中国学者称为堵漏条款。

刑法对犯罪行为的规定天然地具有不周延性、不完整性。对此,古代中国采用“比附援引”的类推方式加以弥补。此外,还设立兜底罪名以备不时之需。例如中国古代的《唐律疏议》曾经设立不应得为罪,这是一个典型的口袋罪,具有对整部法律的兜底功能。《唐律·杂律》“不应得为”条规定:

诸不应得为而为之者,笞四十(谓律、令无条,理不可为者。);事理重者,杖八十。

中国台湾学者黄源盛教授在评论上述规定时指出:

理论上,《唐律》之所以设“不应得为罪”,简单说,实由于立法者难以掌握万千变化的人事状况。如不用这种概括性条款“以不变应万变”,实在无法符合当时统治者君临天下以治万民的需求。也可以说,如果没有运用这种“不确定法律概念”来调剂,整部律典势将沦于僵化,甚至窘于与时更转。^[24]

[23] 参见熊琦:《德国刑法问题研究》,台北元照出版公司2009年版,第63页以下。

[24] 黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,台北元照出版公司2009年版,第222页。

黄源盛教授揭示了不应得为罪设立的立法指导思想,即以刑驭民,使民处于疏而不漏的法网之中。这样一种立法指导思想,显然是前罪刑法定主义时代的产物,亦即专制思想的体现。从立法技术上来说,不应得为罪起到一个兜底作用,使所有不合法理的行为均落入彀中,难以脱罪。美国学者D. 布迪把这一规定称为“catch-all”(“盛装杂物的箱子”)^[25],相当于我们现在所说的“口袋罪”,可以说十分生动形象。

在中国现行刑法中,虽然不存在上述绝对的兜底性罪名,但仍然存在兜底性条款,甚至存在相对的兜底性罪名。中国刑法中的兜底条款主要存在以下三种情形:

1. 相对的兜底罪名

兜底罪名可以分为绝对的兜底罪名和相对的兜底罪名。所谓绝对的兜底罪名是指像不应得为罪那样,对整部刑法起到堵漏作用的兜底罪名。而相对的兜底罪名是指对某一条款起到堵漏作用的兜底罪名,它较之绝对的兜底罪名所兜底的范围更小一些。例如,中国《刑法》第114条规定:

放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。

在以上条文中,设立了放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪。其中,以危险方法危害公共安全罪的构成要件行为是“放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的其他危险方法”。在此,刑法完全没有描述其他危险方法的具体行为,而只是指明这里的其他危险方法具有与放火等方法的相当性。至于具体内容,完全授权司法机关加以认定。除上述以危险方法危害公共安全罪以外,中国《刑法》第115条第2款还设立了以过失危险方法危害公共安全罪。

2. 兜底的行为方式

在某些犯罪中,刑法列举了各种行为方式,为防止遗漏,又设兜底条款。例如:中国《刑法》第169条之一背信损害上市公司利益罪,例举了五种背信损害上市公司利益行为,其后又规定:“(六)采用其他方式损害上市公司利益的。”这里的其他方式,是对前述五项规定的背信损害上市公司利益行

[25] 参见高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第316页。

为以外的行为,具有对本条规定的背信损害上市公司利益行为的兜底作用。

3. 兜底的行为方法

这里的行为方法与上述行为方式有所不同,行为方式是单独可以构成犯罪的行为类型。而行为方法只是某种行为类型所采取的具体方法,这种方法从属于一定的行为类型,因而不能单独成为一种犯罪的行为类型。例如,《刑法》第236条强奸罪,规定的行为方法是“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”。又如,《刑法》第263条抢劫罪,规定的行为方法是“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”。在以上规定中,“其他方法”是强奸行为与抢劫行为的具体方法,具有与法条所列举的“暴力、胁迫”在性质上的相当性,但刑法对此并没有明确规定。这种立法例,在中国刑法规定中十分常见。

以上三种兜底条款的规定,由于刑法的规定是盖然性的,因而明确性程度较低,某些情形,例如相对的兜底罪名甚至完全没有明确性可言。我认为,兜底条款的明确性问题是我们应该重点讨论的,因为这些兜底条款在司法适用中往往存在争议,也是中国刑法的罪刑法定原则的软肋。

三

中国《刑法》第225条关于非法经营罪的规定,是讨论中国《刑法》的明确性问题的一个绝佳范例。因为这一规定既有空白罪状,又有罪量要素,同时还有兜底行为方式和行为方法,几乎汇集了所有与刑法明确性相悖的立法方式。因此,本文以《刑法》第225条,尤其是第225条第4项为线索,对中国《刑法》的明确性问题进行深入探讨。

中国《刑法》第225条是关于非法经营罪的规定,该罪的前身是1979年《刑法》第117条的投机倒把罪,该罪采用绝对空白罪状,对投机倒把行为未作任何规定,只是规定参照工商金融管理法规,因而被认为是一个“口袋罪”。“口袋罪”的意思是对入罪行为未作明确规定,致使敞开口袋,使更多违反工商金融管理法规的行为得以入罪。因此,“口袋罪”是对不具有明确性的罪名的形象比喻。在1997年《刑法》修订中,取消了投机倒把罪,把原投机倒把罪中所包括的犯罪作了具体分解规定,《刑法》第225条就是其中之一。^[26]《刑法》第225条规定如下:

[26] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第459页。

违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产:

(一) 未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的;

(二) 买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;

(三) 未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的,或者非法从事资金支付结算业务的;

(四) 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

从以上《刑法》第225条关于非法经营罪的规定来看,采用的是明文列举的方式,对非法经营行为加以描述。但是,在前三项中,除第3项以外,前2项都包含着“其他……”这样一种措词,表明其对非法经营行为的描述是不周延的,可以由司法机关随时续造。当然,其续造的行为性质受法律规定的限制。例如,第1项的“其他”只限于限制买卖物品,而第2项的“其他”只限于经营许可证或者批准文件。因此,这是一种有限度的续造。从明确性的角度来说,是一种相对明确。在此,尤其引起我们注意的是第4项,该项是一种完全的盖然性规定,对非法经营罪起到一种兜底作用。由于该项规定的存在,非法经营罪仍然保留着某种“口袋罪”的特征。那么,如何理解这里的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”呢?对此,立法机关指出:

这是针对现实生活中非法经营犯罪活动的复杂性和多样性所作的概括性规定,这里所说的其他非法经营行为应当具备以下条件:(1) 这种行为发生在经营活动中,主要是生产、流通领域。(2) 这种行为违反法律、法规的规定。(3) 具有社会危害性,严重扰乱市场经济秩序。^[27]

上述规定虽然对认定“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”提供了一般原则,但具体如何认定,仍然存在很大的裁量空间,足以出入人罪。

[27] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第458页。

应该指出,其他非法经营行为虽然是一种盖然性的刑法规定,但最高人民法院采用司法解释的方式,对此作出规定,使其内容逐渐明确。迄今为止,最高人民法院将以下9种行为解释为《刑法》第225条第4项规定的其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为:(1)非法经营出版物。(2)非法经营电信业务。(3)非法传销或者变相传销。(4)在生产、销售的饲料中添加盐酸克伦特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者销售明知是添加有该类药品的饲料,情节严重的行为。(5)非法经营互联网业务。(6)非法经营彩票。(7)非法经营非上市公司股票。(8)违反国家规定,使用销售类终端机具(POS机)等方法,以虚拟交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金。(9)擅自发行基金份额募集资金。这份清单随着时间的推移还可以不断地拉长,因为司法解释规定的只是“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”中的一种,不可能穷尽非法经营行为。由此可见,《刑法》第225条第4项虽然采用的是堵漏式的立法方式。从刑法层面来看,确实缺乏明确性。但在司法运作中,对这一兜底条款,通过颁布司法解释的方法加以明确。在中国的法律体系中,司法解释虽然不属于法律、法规,但立法机关授权最高司法机关(最高人民法院和最高人民检察院)行使司法解释权,司法解释具有法律拘束力,法官可以在个案判决中援引作为判案根据。可以说,通过司法解释对刑法的兜底条款加以明确,是具有中国特色的刑法明确性问题的解决之道。^[28]在此,我们围绕着司法解释在刑法明确性中的功能重点讨论以下三个问题:

(一) 关于违反国家规定

中国刑法罪状中大量存在违反国家规定之类的规定,在有些情况下具体指明了其所违反的法律,例如《刑法》第343条第1项规定的非法采矿罪,《刑法》明文规定:“违反矿产资源法的规定”。但更多的只是笼统地规定“违反国家规定”,并未指明具体违反何种国家规定。对此,中国《刑法》第96条专门对违反国家规定的含义作了规定,指出:

本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

[28] 在此,还有一个十分重要的问题,即:在法律和司法解释没有具体规定的情况下,司法机关能否径直将某种行为认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”?对此,存在不同意见,司法机关存在这种做法。我是持反对态度的。因为篇幅所限,本文不拟展开。

由此可见,违反国家规定中所称国家规定,只限于国家立法机关制定的法律和国家行政机关制定的行政法规的规定。这里的国家规定属于认定具体犯罪的参照法规,在刑法对某一构成要件行为规定不明确的情况下,通过参照法规予以明确。因此,参照法规就在某种意义上承担了实质上对构成要件予以明确化的职责。尤其是在空白罪状的情况下,刑法空白完全有赖于参照法规来填补,因而参照法规的层级直接关系到法律专属性原则。应该指出,中国《刑法》第96条的规定对参照法规的层级提出了较高要求,只有法律、法规才能作为参照的法律依据。《刑法》第225条规定了“违反国家规定”这一要素,它同样适用于第225条第4项。也就是说,《刑法》第225条第4项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”,必须具备“违反国家规定”这一前提。但在上述司法解释对《刑法》第225条第4项的规定中,存在着不具备“违反国家规定”这一前提的情形。例如2000年4月28日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2000]12号)第1条规定,违反国家规定,采用租用国际专线、私设转接设备或者其他方法,擅自经营国际或者涉港澳台电信业务进行营利活动,扰乱电信市场管理秩序,情节严重的,依照《刑法》第225条第4项的规定,以非法经营罪定罪处罚。但2000年9月25日国务院颁布的《电信条例》第59条才将上述行为规定为禁止性行为,且只对其中三种行为规定可以追究刑事责任,而并未涉及上述非法经营行为。非法经营行为是否只有法律、法规明文规定应当追究刑事责任才能纳入其他非法经营行为的范围,这当然是可以讨论的。但仅就司法解释和《电信条例》出台时间来看,司法解释颁布于2000年4月28日,生效于2000年5月24日,早于《电信条例》(2000年9月25日颁布)出台。对此,中国学者指出:

《解释》制定之时尚没有明确的行政法规作为参照规定,《解释》第1条中的“违反国家规定”也就没有相关法规作依据,《解释》第1条严格来说是“无效条款”。^[29]

我认为,以上质疑是能够成立的。至少在2000年5月24日至2000年9月25日这一期间,上述司法解释属于内容超前的无效条款。因此,违反国家规定是其他非法经营行为构成犯罪的前置性条件。如果这个问题不解

[29] 刘树德、王冕:《非法经营罪罪状“口袋径”的权衡——对法释[2000]12号第1条的质疑》,载《法律适用》2002年第10期。

决,司法解释虽然试图解决刑法的明确性问题,但却与罪刑法定原则所派生的法律专属性原则相悖。

(二) 关于司法解释的溯及力

在某些情况下,通过司法解释对刑法的兜底条款加以明确,其实质是细则化立法,即将刑法没有明确规定为犯罪的行为纳入刑罚处罚的范围。在这种情况下,就涉及这种司法解释是否具有溯及既往的效力问题。2001年12月7日最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》对适用刑事司法解释时间效力问题作了以下一般性规定:

司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释,自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。

根据这一规定,司法解释具有溯及力。因此,对于司法解释实施前发生的行为,行为时有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。除非新旧司法解释规定不一致的,采从旧兼从轻原则,即对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。司法解释具有溯及力的根据在于:司法解释是对法律文本的解释,因而司法解释的效力是从属于法律的,只要法律有效则对该法律的司法解释在法律实行期间亦为有效。这一规定当然是有法律根据的,对于一般司法解释确实是适用的。但在类似于《刑法》第225条第4项的情况下,司法解释是将法律未作明确规定的行为规定为犯罪,如果这种司法解释具有溯及力,显然违反法的可预测性,因不明确而违反罪刑法定原则。对此,中国学者认为应当在司法解释中设立有关溯及力的特别条款,明确规定关于《刑法》第225条第4款的司法解释不具有溯及力,而只对该项司法解释发布之后的行为有效,从而防止与罪刑法定原则相冲突。^[30]我认为这一观点是极有见地的,但目前并未被中国最高司法机关采纳。因此,这些司法解释虽然试图解决刑法的明确性问题,但却与罪刑法定原则派生的禁止事后法原则相悖。

(三) 关于司法解释的越权

司法解释在中国司法活动中发挥着重要的作用,它实际上是细则化了

[30] 参见彭辅顺等:《非法经营罪专题整理》,中国人民公安大学出版社2007年版,第39页。

的刑法,因而被中国学者称为副法体系。^[31] 司法解释对于司法机关的定罪量刑来说,是必不可少的法律依据。尤其是在刑法规定不明确的情况下,都有待于司法解释加以明确。从这个意义上说,司法解释通过续造司法规则,对于刑法明确性的实现发挥着重要作用。但是,司法解释在对刑法盖然性规定予以明确的过程中,因为缺乏刑法文本的参照,因而往往出现越权。这里的越权,是指司法解释超越司法权而对立法权形成某种侵犯。

在对《刑法》第 225 条第 4 项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的司法解释中,涉及非法经营行为的范围十分广泛,但这些行为是否完全符合非法经营的特征,这是值得推敲的。应该指出,这里的经营并非一般性的经营行为,而是指需要经过行政许可的经营行为,因此,非法经营是指未经行政许可的经营活动。2003 年 8 月 27 日中国颁布了《行政许可法》,这一法律的颁布对《刑法》第 225 条第 4 项的解释必将带来重大影响。因为在该法颁布之前,中国的行政许可散见于相关法律、法规之中,《行政许可法》对行政许可作了统一规定,是行政许可领域的基本法律。在 1997 年制定《刑法》第 225 条的时候,中国行政许可制度尚不健全,第 225 条第 1 项和第 2 项是根据当时的行政许可状况设置的,第 3 项是此后补充的。而第 4 项的其他非法经营行为究竟如何认定其违反国家法律规定还是不明确的。在《行政许可法》通过以后,理应根据违反行政许可作为确认其非法性的根据。^[32] 但在 1997 年《刑法》适用以后,最高司法机关陆续颁布的关于《刑法》第 225 条第 4 项的司法解释中有些并不具有与行政许可的相关性,甚至连违反国家规定这一前置性条件也不具备。这些司法解释具有越权性,对此如何进行审查,是一个值得关注的问题。目前中国存在司法解释备案制度,即最高司法机关的司法解释颁布以后都要交送全国人大常委会法律工作委员会备案室进行备案,这种备案是否包括对司法解释进行超权性审查,对此尚无先例。中国学者提出了构建完善的越权刑法司法解释撤销机制的建议,该建议的主要内容是:

全国人大可以决定提起对刑法司法解释是否越权的审查。全国人大对决定立案审查的司法解释先交由法制工作委员会进行审查,并提出建议,委员长会议决定提交常委会会议审议的,提出撤销该司法解释

[31] 参见林维:《刑法解释的权力分析》,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 441 页。

[32] 参见王作富、刘树德:《非法经营罪调控范围的再思考——以〈行政许可法〉若干条款为基准》,载《中国法学》2005 年第 6 期。

的表决草案,由常务委员会全体成员过半数通过。全国人大常委会一旦通过撤销刑法司法解释的决定,该司法解释立即失效。通过撤销刑法司法解释的决定后,由全国人大常委会公告。

当然,这只是一种建议,还停留在纸面上。我们可以期待,随着中国法治进程的发展,司法解释的越权问题必将受到有效的控制。

结 语

从以上论述中可以看出,中国《刑法》第3条虽然确认了罪刑法定原则,但罪刑法定原则所要求的刑法明确性问题,在中国尚未获得圆满解决。在这种情况下,通过法教义学的解释克服刑法明确性的不足,这是一个重要途径。当然,对此问题的讨论已经超出了本文的范围。

克劳斯·罗克辛

德国慕尼黑大学法学院刑法学教授

德国刑法中的法律明确性原则

译者:黄笑岩 德国维尔茨堡大学刑法学、刑事诉讼法学、法学理论、
信息法学与法律信息学教研所科研助理、博士研究生

一、引 言

法律明确性原则在德国刑事规范中占据着最重要的地位。它是除了废除死刑外唯一被明确纳入《德国宪法》即《德国基本法》^[1]的德国刑法实体法规。《基本法》第103条第2款规定:某项行为实施之前,法律已规定其可罚性,对该行为方可处以刑事处罚。《德国刑法典》^[2]第1条用相同的措辞又将这个宪法规定重复了一遍。而第2条第1款作为补充条款:刑罚和它的相关后果根据行为时具有效力的法律决定。根据普遍看法和联邦宪法法院^[3]的意见,《基本法》第103条第2段的规定已经自动包括了这个只起解释作用的补充条款。

法律明确性原则(或者简短表达为罪刑法定原则)并不只局限于德国,而在世界范围内适用。比如《欧洲人权公约》^[4]第7条就使用了不同措辞、但是意思一致的表述:任何人的作为或者不作为,在其发生时根据本国国内法或者国际法不构成刑事犯罪的,不得认为其犯有任何罪行。所处刑罚不

[1] 《德国基本法》缩写:GG。

[2] 《德国刑法典》缩写:StGB。

[3] 德国联邦宪法法院缩写: BVerfG; 这里详见《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE), 第25卷, 第269页。

[4] 《欧洲人权公约》缩写:EMRK。

得重于犯罪时所适用的刑罚。许多国际条约和其他国际法规则也都包含着这样的意思表述。^[5]

罪刑法定原则获得全球承认的理由在于,它为国家利益服务的同时,也为公民的自由服务。简单来说:每个公民必须能从法规中预见,什么是违法行为,以及由此要面临的刑罚。^[6]一方面,罪刑法定原则有助于厉行国家法律规章。当法律规章以书面形式明确具体地呈现在必须要遵守法律规范的个人面前时,就会使其了解国家禁止和允许的行为范围。另一方面,罪刑法定原则也让公民认识到:只有当刑事处罚后果在一个行为发生之前由法律规定,该行为才会受到刑事制裁。

我在这里做一个更简练的表述:国家借助罪刑法定原则可以更有利于执行它所颁布的法令。然而,国家也要付出相应的代价:在行使刑事权力的同时也会受到束缚——国家只允许在法定范围内行使刑事权力。一个行为即使在国家看来具有危害性,但是只要法律没有将这个行为明确规定为违法行为,国家就不能对其进行入罪。

从法律明确性原则的这个双重特征,我们可以看到,这个由欧洲启蒙运动思想家发展而来的原则,不仅在18世纪的自由民主化法典,如1776年《美利坚合众国宪法》以及1789年《法国人权暨公民权宣言》中留下了足迹,也在专制开明化法典,如1787年《奥地利刑法典》和1794年《普鲁士联邦法》中打上了烙印。

二、罪刑法定原则的指导思想

一般认为,罪刑法定原则背后蕴含了四个基本法律思想。这些法律思想在今天也构成了一个现代刑法的典型特征。其中,两个法律思想涉及国家理论,两个法律构想涉及刑事专业理论。

第一个涉及国家理论的思想是,必须对国家行使刑事权力进行约束。刑事权力的行使必须以现行法律规定为前提。这是一个自由思想性质的要求,也是建构法治国家必不可少的条件。

第二个涉及国家理论的思想与一个现代认识有关:立法权与司法权

[5] 详见[德]罗克辛(Roxin):《刑法总论》(Strafrecht, Allgemeiner Teil)第1卷,第4版,2006年,第5节,边码17。

[6] 《德国联邦宪法判例集》(BVerfGE),第20卷,第12页。

分属于不同的机关行使。立法是得到人民授权的议会的产物。而独立于立法机关和行政机关的司法机关(法院)作出判决。按照目前的看法,法律明确性原则是以民主和三权分立为基础的。如果立法者颁布法律的同时,又执行着判决权,那么,与法律紧密相连的司法独立就失去了意义。

我从刑罚目的来论述罪刑法定原则中涉及刑事理论的两个思想。我所提出的这个刑罚目的也受到了大多数学者的肯定,即限定责任的预防。就是说,刑罚的目的是预防犯罪,对大众和潜在犯罪起到预防作用。如果没有预防作用作为前提,刑罚也就失去了意义。此外,社会要努力重新接纳那些受过刑罚的人们。但是,预防措施必须要以行为人责任为前提。

罪刑法定原则关于预防作用的内容首先涉及市民要遵守法律规范。通过一个尽可能明确的法规让市民认识到,什么是违法行为。这样的预防进一步可以分为消极普遍预防和积极普遍预防。

消极普遍预防是指从刑罚中产生震慑作用。费尔巴哈(Feuerbach, 1795—1833)作为现代德国刑法的奠基人,首先从刑罚的震慑目的衍生出明确性原则。按照他的理论,刑罚可以给大众带来一种心理强迫。也就是说,潜在罪犯由于畏惧法律规定的刑罚而放弃实施犯罪行为。震慑作用只有当人们准确了解法规内容以及触犯法规所要面临的刑罚以后才会产生。

费尔巴哈将罪刑法定原则的思想引入了由他编纂的1813年《巴伐利亚王国刑法典》。但是,他在法典中将重点放在了保障刑法效力,而不是罪刑法定原则自由思想的内容。费尔巴哈创建了罪刑法定原则的拉丁语表达 *nulla poena sine lege*。今天,学界通常使用更简短的表达方式:*nulla-poena-Satz*。

当今有些学者认为费尔巴哈的思想是不正确的。他们的理由在于,法条纸面上规定的刑罚只能起到少量的震慑作用。要使人们认识到刑罚执行所带来的风险,这样才能阻止犯罪的产生。我认为这种看法也是不全面的。理由在于,只有人们意识到刑法禁止性规定的存在,他才能够衡量其行为被发现的风险而决定是否实施犯罪行为。因此即使人们认为是案件的侦破风险决定了刑罚规定的震慑作用,费尔巴哈的思想基本上也是正确的。

今天,在德国学界占主流地位的是所谓的积极普遍预防:刑事法规的

任务就是促使民众分清合法和违法,从而建立起一个行为支配规范。如果立法者想通过刑法培养民众的法律意识并让他们守法^[7]成为可能,就必须让他们尽可能清楚地了解法定违法行为的范围。^[8] 不管从消极普遍预防或者积极普遍预防来看,明确性原则对于刑法预防作用都是具有重要意义的。

同样,为刑法界限服务,不为刑法效应服务的责任原则也是以明确性原则为前提的。因为人们只能非难那些知晓刑事禁令和命令或者具有知晓可能性的人。如果不存在对违法行为适用的刑法典或者在刑法典中找不到对违法行为适用的规定,这就是说,人们无法找到违法行为的可罚性依据,那么就不能对这些行为进行非难。

虽然有人经常对明确性原则与责任原则的关系提出异议,认为刑罚的基础是对禁令的认识性,而不是行为本身的可罚性。我认为这样的异议是毫无根据的。原因在于,对违法行为的惩罚要求行为人具有与构成要件相联系的不法认识。这个认识就等于一个可罚性认识。

由此看来,罪刑法定原则与法律制度的基础是紧密联系的。自由的法治国家,三权分立的民主,刑法的预防作用以及通过责任原则限定刑事权力的行使都是以明确性原则为前提。在这个简单表述中蕴含着一个深厚的法律内涵。

三、罪刑法定原则的影响

罪刑法定原则对司法实践提出了四个基本要求。按照普遍看法,两个要求针对法官,两个要求针对立法者。联邦宪法法院将针对法官的两个要求概括为^[9]:依照法律明确性要求,在判决中禁止以类推或者(不成文)习惯法来进行入罪。

当一个行为没有被法律明确规定为违法行为,是不允许将其入罪的,即使这个行为有悖法律的意义。原因在于,缺少一个明确的刑罚依据。在法律没有明文规定的情况下,对一个法规进行类推适用,这在其他法律

[7] [德]雅各布斯(Jakobs):《责任与预防》(Schuld und Prävention),1976年,第31、32页。

[8] 特别详见[德]许迺曼(Schünemann):《罪刑法定?》(Nulla poena sine lege?),1978年,第11页及以下几页。

[9] 《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE),第92卷,第12页。在别的判决中也出现了相同表达。

领域可以被视为正常的法规应用,但是在刑法领域是绝对禁止的。同样,依据通常的判决来进行入罪也是禁止的。因为判决总会有变更的一天。旧有判决判定一个行为违法,而新的判决可以依据新的见解判定这一行为并不违法。

联邦宪法法院对罪刑法定原则给予立法者的要求作出了解释^[10]:罪刑法定原则不仅禁止对刑事法规进行溯及既往的使用,立法者还必须在法规中对可罚性条件加以具体规定,以使人们从法规或至少从对法规的解释之中认识到构成要件的适用范围。如果想对一些造成近年世界经济危机的投资银行家进行刑事处罚,依靠现有刑事法规是不可行的。虽然他们的行为对世界经济造成了很大的伤害,但是这些行为并没有触犯现行刑事法规,自然不会受到刑法的制裁。立法者必须相应制定出新的法规。依据就在于宪法条文对刑法典的要求:某项行为实施之前,法律已规定其可罚性,对该行为方可处以刑事处罚。宪法条文中的明确性要求决定了刑法条文必须对违法行为作出具体说明,并且依照法律规定执行刑罚。

罪刑法定原则的四个影响,即禁止类推,禁止以习惯法入罪,禁止溯及既往以及明确性要求,在理论上可以作为罪刑法定原则的强制性结论和一个多样复杂、各方面衔接紧密的规则。

然而,这个有着牢固理论基础的原则在很长时间里向实践转化的效果并不是很理想,直到现在也时常受到批判。1978年,许迺曼教授在其文章《罪刑法定?》中提到^[11],已经证明罪刑法定原则在实践中是一种假象,它已经受到立法和司法的严重削弱,也就是说,已经丧失了对它的一个适用标准。2008年,罗奇^[12]在自己的文章中提到:我们不要再自己骗自己了,刑事法律的明确性要求早就消失了。此外,哈塞默和卡格尔在新一版的《诺默斯刑法典注释》^[13]中明确写到:司法实践并不重视对类推的禁止。

当然,这些批判尤其是对目前情况的评价有些夸张了。在文献中也出

[10] 《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE),第92卷,第11、12页。

[11] 许迺曼(Schünemann)书,见注释8,第3、4页。

[12] [德]罗奇(Rotsch):《法学研究杂志》(ZJS),2008年,第132页及以下几页(第130页)。

[13] [德]哈塞默、卡格尔(Hassemmer/Kargl):《诺默斯刑法典注释》(Nomos-Kommentar)(缩写为NK),第3版,2010年,第1条,边码90。

现了不同的看法。^[14] 仔细研究就会发现,尤其是最近几年则呈现出朝着严格遵守罪刑法定原则的方向发展。下面,我就进一步论述罪刑法定原则的四个影响以及它们在实践应用中出现的问题。

四、禁止类推

禁止类推的意思是,当一个行为类似一个法定的违法行为时,法官不允许从中推论出这个行为的违法性并予以入罪。因为,在这样的情况下,刑事可罚性就是由法官而不是法律来确定的了。这有悖三权分立原则。而且,公民应该直接从法律中得知行为的可罚性,而这只有当法律明确规定犯罪行为的具体特征时,才是可能的。

1. 实例介绍

我例举两个著名的来自战前帝国法庭的判决。所涉及的内容是普遍被视为犯罪的盗窃和欺诈。

第一个案例是绕过电表非法窃取电力。1871年的法规只是将盗窃规定为出于故意侵占意图而拿走他人物品的行为(《德国刑法典》第242条)。人工照明在那个时候并没有普及。是否可以将非法盗用电力以盗窃罪来处

[14] 我按照出版时间例举专题著作和文章。专题著作:[德]施赖伯(Schreiber):《法律与法官——罪刑法定原则的历史发展》(Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege),1976年;许迺曼(Schünemann)书(见注释8);[德]克赖(Krey):《无法律即无刑罚》(Keine Strafe ohne Gesetz),1983年;[德]克拉尔(Krahl):《联邦宪法法院和联邦最高法院对于刑法中明确性原则的判决》(Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht),1986年;[德]比肯施托克(Birkenstock):《刑事犯罪构成的确定性和不确定的法律概念》(Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen),2004年;[德]克拉特(Klatt):《条文解释界限原理》(Theorie der Wortlautgrenze),2004年;[德]西蒙(Simon):《刑法中的法律解释》(Gesetzesauslegung im Strafrecht),2005年;[德]库伦(Kuhlen):《与宪法一致的刑事法律解释》(Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen),2006年。文章:[德]克赖(Krey):《整体刑法学杂志》(ZStW),第101卷,1989年,第838页及以下几页;[德]赫茨贝格(Herzberg),载[德]黑芬德尔(Hefendehl)主编:《贝恩德·许迺曼60岁生日的祝贺文集》(Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag),2004年,第31页及以下几页;[德]库伦(Kuhlen):《奥托祝贺文集》(Festschrift (= FS) Otto),2007年,第89页及以下几页;[德]佩弗根(Paeffgen):《刑事辩护者论坛》(StraFo),2007年,第442页及以下几页;[德]杜特克(Duttge):《克赖祝贺文集》(FS Krey),2010年,第39页及以下几页;[德]博特、克雷尔(Bott/Krell):《法学研究杂志》(ZJS),2010年,第694页及以下几页;[德]库德利希(Kudlich):《普珀祝贺文集》(FS Puppe),2011年,第123页及以下几页。

理？这两个行为有很多类似的地方，而且民众也将非法盗用电力俗称为盗窃电力。但是电力不属于动产（物品），这就不符合盗窃罪的构成要件，所以不能对此行为依照盗窃罪的规定入罪。^[15]立法者在1900年对《刑法典》做了修改，添加了第248c条窃取电力资源罪，以便让这样的行为接受刑法的制裁。

第二个例子是使用自动功能装置，如使用公用电话时投入假币。这是否构成欺诈？这种行为与欺诈类似。禁止类推也阻止了对这种行为以欺诈罪的规定入罪。^[16]因为欺诈（《德国刑法典》第263条）的构成要件包含了行为人的欺骗以及使受害人产生错误认识。一个设备不会受到欺骗，也不会产生错误认识。针对这种行为，立法者在1935年对《刑法典》做了修改，添加了第265a条，规定如下行为的可罚性：即行为人为了逃避缴纳费用而以欺诈方式使用自动售货机或者公用电话网络……

2. 口语惯用语作为区别解释与类推的标准

在实践中禁止使用类推的关键在于区别一个允许的扩大解释和一个禁止的类推。今天，司法实践界和学界至少在理论上承认，司法解释不得超越普通民众对法规语意理解的边界。这也符合联邦宪法法院一贯判决的精神。它在2008年的一个判决中提到^[17]：法条的字面含义确定解释界限。在联邦宪法法院2007年的一个决议中也可以看到相同的表述。^[18]司法判决在几十年来都执行着这个标准。^[19]仅从宪法法院的判决中就可以看出，法条解释界限是受到字面含义界限的约束的。^[20]《联邦宪法法院法》第31条第1款规定：宪法法院所为裁判羁束联邦及各州的宪法机关和各级法院。

撇开联邦宪法法院的判决不论，以条文的字面含义限制条文解释实际上也是正确之举。^[21]因为立法者只能够通过文字来表达规范命令。文字

[15] 《帝国法庭刑事判例集》(Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen)第29卷,第111页;第32卷,第165页(帝国法庭刑事判决缩写为RGSt)。

[16] 《帝国法庭刑事判例集》(Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen)第68卷,第95页。

[17] 《联邦宪法法院2008年9月1日决议》(BVerfG v. 1. 9. 2008),载《新法学周刊》(NJW),2008年,第3627页。

[18] 《联邦宪法法院2007年3月19日决议》(BVerfG v. 19. 3. 2007),载《新法学周刊》(NJW),2007年,第1666页。

[19] 依据见罗克辛(Roxin)书(注释5),第5节,边码33,注释12。

[20] 详见[德]克赖(Krey):《整体刑法学杂志》(ZStW),第101卷,1989年,第846,847页。

[21] 对早期频繁质疑条文解释的一个法理平反详见克拉特(Klatt)的专题著作(注释14)。

中没有表述的,也无法成为法规的内容。而且公民也只能从法律的字面规定中了解违法行为或者至少认识到从事违法行为要面临的风险。法规必须能够为规范对象所理解,从这一点可以看出,条文解释应以通俗的字面含义为依据。如果以非通俗化的法律专业语言作为解释标准,就无法使非专业人士理解。

但字面解释并不意味着解释的结论是唯一的。因为法律的字面规定往往允许对其进行不同的理解。法官必须从中选择一个最贴近法律目的的释义。法规本身只是提供一个解释框架。在符合立法者刑事政策理念的前提下,法官可以对这个框架进行具体填充。他可以选择一个广泛的、尽可能将入罪范围延伸的扩大解释。但是这个解释不能超越文义解释界限。

对此,我用两个实例进行阐述。这两个例子都是关于危险性人身伤害。《德国刑法典》第224条第1款第2号规定:行为人借助武器或者其他危险性工具对他人进行人身伤害,将被判处6个月至10年的自由刑。

如果行为人将稀释的盐酸泼到他人脸上,可以视其为借助武器进行人身伤害吗?旧有判决将武器的范围限定在通过自身机械作用可以对他人造成人身伤害的物体。^[22]1950年,联邦最高法院对这个案件作出了判决。^[23]判决认定:盐酸属于武器的一种。化学武器在战争中的广泛应用是众所周知的。人们的日常语言习惯对此也没有异议。^[24]因为立法者鉴于借助武器伤害他人身体这一行为的特殊危险性而设置了严厉的刑罚,所以相应扩大武器的概念范围是符合法律目的的。人们必须承认,这种扩大解释并没有超越文义解释界限,也没有违背禁止类推的原则。

联邦最高法院在1968年作出的一个判决则可以作为禁止类推的例子。^[25]案情是这样的:罪犯拎着受害者,将其头部撞到建筑物的墙上。这样的行为属于危险性人身伤害吗?口语惯用语不会将墙壁视为武器。是否可以将墙壁视为危险性工具?联邦最高法院否决了这个可能并解释道^[26]:将一面结实的墙壁、自然土壤或者一块岩石视为工具,这有悖口语习惯。如果将其解释为工具,将被告行为认定危险伤害罪而处以更严厉的刑罚,可能更符合设立严厉刑罚的目的,但是这并不能成为偏离字面含义进行解释的

[22] 《联邦最高法院刑事判例集》(BGHSt)第1卷,第22页。

[23] 同上注,第1页及以下几页。

[24] 同上注,第3页。

[25] 《联邦最高法院刑事判例集》(BGHSt)第22卷,第235页及以下几页。

[26] 同上注,第236页。