

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

弗兰克·舒斯特

德国维尔茨堡大学法学院教授

## 罪刑法定原则与中德司法实践

译者:黄笑岩

### 一、引言

在我的评论中,我将着重对张明楷<sup>[1]</sup>教授关于罪刑法定原则与中国司法实践的报告进行评议。同时,我也会对在德国暨欧洲司法史上,以及在现今德国司法实践中出现的,如洛塔尔·库伦<sup>[2]</sup>教授在他令人印象深刻的报告中提到的一些问题进行阐述。

### 二、评论中国刑法发展的三个历史阶段

张明楷教授首先在他的报告中向我们展示了中国刑法发展的三个历史阶段:

#### 1. 第一个历史阶段:1949年到1979年的无刑法时代

在这个阶段几乎无罪刑法定原则可言。因为中华人民共和国在1949年至1979年间并没有制定刑法典<sup>[3]</sup>,而只是制定了几个单行刑罚法规,比如

《惩治反革命条例》<sup>[4]</sup>和《反贪污条例》。三十年的时间没有刑法典!这在法制史和犯罪学领域绝对是值得探讨的。在这段时期,法庭和行政机关是凭直觉、任意地、符合自身目的地定罪量刑。当然,这也符合当时的刑事政策理念。罪刑法定原则因此就无从谈起。中华人民共和国成立后,中央人民政府废除了先前由国民党政府制定的法规,这自然也包括了国民党政府在1935年制定的《中华民国刑法典》<sup>[5]</sup>。这种法律虚无主义恰恰也在苏联刚成立时得到了体现。但是到了20世纪20年代,苏联政府还是制定并颁布了《刑法典》。在苏联成立初期,马克思与恩格斯思想中的“法律消亡论”<sup>[6]</sup>指导着当时的司法实践。这种理论认为法律是根据中产阶级的利益制定的,与宗教一样,是人民的鸦片。<sup>[7]</sup>这种思想的出发点在于,法律是为“剥削阶级”的利益服务。因此,我认为这样的思想方式很可能也是作为中华人民共和国头三十年没有刑法典的主要原因。

回顾德国司法史,我很难举出可以与之比较的例子。1871年颁布的《德意志帝国刑法典》第2条第1款已经就罪刑法定的内容进行了明确规定。而作为其参考雏形的1870年颁布的《北德意志联邦刑法典》,1851年颁布的《普鲁士刑法典》,以及1794年颁布的《普鲁士普通邦法》<sup>[8]</sup>都包含

[4] 这项条例被陈兴良教授解释为1980至1981年审判四人帮的法律依据。陈兴良教授的报告内容详见会议论文集。

[5] 赵、里希特(Richter):《中国的罪刑法定原则》(Das Gesetzmäßigkeitsprinzip in China),载西贝尔(Siebert)、科尔尼尔斯(Cornils)编:《各国刑法比较》(Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung),第2分册,第2,3页。

[6] 参见马克思(Marx):《批判歌德纲领》(Kritik des Gothaer Programms),载《马克思恩格斯全集》(Max/Engels-Werke),第19卷,第21页及以下数页;恩格斯(Engels):《家庭、私有制和国家的起源》(Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats),载《马克思恩格斯全集》(Max/Engels-Werke),第21卷,第168页。

[7] 由苏联法学家亚历山大·G·格尔其巴格(Alexander G. Gochberg)根据当时的政治背景提出[转引自札特契夫(Zaitzeff)文章,载《整体刑法学杂志》(ZStW)第51卷(1931年)第1页]。关于俄罗斯刑法的发展历史也可参见F.-C.施罗德(F.-C. Schroeder):《俄罗斯联邦刑法典》(Strafgesetzbuch der Russischen Föderation),第6页。

[8] 《北德意志联邦刑法典》(StGB des Norddeutschen Bundes)第2条第1款沿用了《普鲁士刑法典》(Preußisches StGB)第2条的内容。《普鲁士普通邦法》(ALR)第2部分第20章第9条规定:“当对他人造成损害的行为与不作为不为法律所禁止,不能视其为犯罪。”

[1] 张明楷教授的报告内容详见会议论文集。

[2] 洛塔尔·库伦(Lothar Kuhlen)教授的报告内容详见会议论文集。

[3] 在此之前,清王朝也制定过一部刑法典:《大清新刑律》。它于1911年颁布施行,并且在刑法原则方面第一次采用了罪刑法定主义。而之后1912年北洋政府颁布的《暂行新刑律》、1928年以及1935年南京国民政府颁布的两部刑法典也都包含了相应的内容。

了相应的规定。<sup>[9]</sup> 就连 1813 年颁布的《巴伐利亚王国刑法典》也是如此。<sup>[10]</sup>

在德国,更为准确地说在巴伐利亚州司法史上记载了这样一个历史事件:第一次世界大战结束后,德国废除了封建君主制。紧接着在巴伐利亚州就爆发了苏维埃革命。独立社会民主党人在慕尼黑短暂建立了一个苏维埃政权,并颁布了一项革命法令<sup>[11]</sup>：“第 10 条：任何违反革命原则的行为都将受到刑罚；第 11 条：刑罚方式由法官自由裁定；第 12 条：不允许上诉。”这场革命在一个月后便宣告失败，而这项涉及自由裁定的法令就如同历史的过客，并不具有重大的实践意义。<sup>[12]</sup> 在这之后，巴伐利亚州并入魏玛共和国的版图。《魏玛宪法》第 116 条同今日《德国基本法》第 103 条第 2 款的措辞一样，赋予了罪刑法定原则宪法规定的地位。苏联的历史证实了法律消亡论与国家消亡论只是幻想。苏联之后还是回到了制定法律的道路上来。<sup>[13]</sup>

当人们认同现代德国刑法奠基人费尔巴哈的思想：即只有在公民从一个刑法中认识到什么是合法，什么是非法时，所期待的刑法预防作用才能实现<sup>[14]</sup>，那么，中华人民共和国头三十年没有制定刑法典的事实就让人感到不可思议。这样的历史阶段就会惹来一些政治上的非议。尽管这种机制有

别于西方社会，但是它在中国所特有的农村合作社以及单位体制<sup>[15]</sup>的社会监督下依然有效地运行着。诸如盗窃、抢劫以及故意杀人等犯罪在那时依然会遵照往常习惯被判处刑罚<sup>[16]</sup>；而司法解释在当时的机制中也起着一个非常重要的作用。我稍后将重点评论司法解释。

## 2. 旧刑法阶段(1979—1997)同时回顾德国暨欧洲的司法史？

中国刑法发展的第二个历史阶段以 1979 年为起点。这首先要联系到当时的政治变革。十年动乱结束后，中国的法律制度逐渐开始走向完善和健全。<sup>[17]</sup> 随着改革开放，中国渐渐迈入世界强国行列。中华人民共和国在 1979 年颁布施行了第一部《刑法典》。其中第 9 条规定了禁止溯及既往的内容，采取了从旧兼从轻原则。而第 79 条关于有罪类推的规定明显不符合罪刑法定的精神。这在今日看来无疑是要批判的。第 79 条规定：“本法分则没有明文规定的犯罪，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑，但是应当报请最高人民法院核准。”<sup>[18]</sup>

回顾德国的司法史，人们记忆中就会浮现 1935 年<sup>[19]</sup>纳粹立法者破坏法治国原则的行为。他们提出的所谓臭名昭著的健全的民族感觉造成了罪刑法定精神的严重倒退。1945 年《帝国刑法典》第 2 条规定<sup>[20]</sup>：

[9] 参见丹内克(Dannecker):《跨越历史的刑法》(Das intertemporale Strafrecht),第 91 页及以下数页。

[10] 《巴伐利亚王国刑法典》(BayStGB)第 1 条规定：“所有故意违反法律的行为，因其性质和恶意定向的尺度而受到刑罚威胁的，视为犯罪。”

[11] 《巴伐利亚革命法庭运行法令》(Bayerische “Verordnung über die Einsetzung von Revolutions-tribunalen”),参见《整体刑法学杂志》(ZStW)第 40 卷(1919 年)，第 511、522 页。

[12] 一旦革命法庭作出宽容的判决，就会立刻遭到革命激进主义者的批判，参见鲍尔、施密特(Bauer/Schmidt)，《巴伐利亚州历史期刊》[Zeitschrift für Bayerische Landesgeschichte (ZBLG)]第 48 卷(1985 年)，第 449 页(第 457 页)中的详细介绍。

[13] 斯大林(Stalin)时代宣扬“最大范围的发扬国家权力”是“国家权力消亡”的必经阶段[参见保罗(Paul)在《迈霍弗(Maihofer)纪念文集》中的文章，第 329 页(第 348 页)]。鉴于斯大林的独裁以及血腥统治，这样的说法十分带有讽刺意味。

[14] 费尔巴哈(Feuerbach):《德国普通刑法教科书》(Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden peinlichen Rechts),第 20 章；也可参见本文注释 10。详见会议论文集中克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)教授的报告内容。罗克辛(Roxin)教授在报告中指出，费尔巴哈(Feuerbach)在编纂《巴伐利亚王国刑法典》时，没有将重点放在罪刑法定原则自由思想的内容。

[15] 这样的体制减轻了刑事机关在日常犯罪领域所面临的巨大压力，参见韦格尔(Weggel):《中国法制史》(Chinesische Rechtsgeschichte)，第 4 部，第 6 卷，第 267 页。对于社会规范的意义参见波尔(Pohl)在希尔根多夫(Hilgendorf)主编的《东亚刑法》(Ostasiatisches Strafrecht)中的文章，第 123 页(第 125、126 页)。

[16] 赵、里希特(Richter):《中国的罪刑法定原则》(Das Gesetzlichkeitsprinzip in China)，载西贝尔(Sieber)、科尔尼尔斯(Cornils)编：《各国刑法比较》(Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung)，第 2 分册，第 3 页。

[17] 参见韦格尔(Weggel):《中国法制史》(Chinesische Rechtsgeschichte)，第 4 部，第 6 卷，第 265 页。

[18] 森格尔(Senger)译：《中国法律基础》(Einführung in das chinesische Recht)，慕尼黑，1994 年，第 188 页。

[19] 《帝国法律公报》(RGBl)，1935 年，第 1 卷，第 839 页。

[20] 《盟军对德管制委员会第 11 号法令》(das. 11. Kontrollratsgesetz)第 1 条废除了这项规定；如再度使用废除法条依据该法令第 6 条的规定将受到刑事制裁。至于《盟军对德管制委员会第 10 号法令》(das. 10. Kontrollratsgesetz)关于战争罪判决的规定则对一些构成要件进行了溯及适用[参见克赖：《无法律即无刑罚》(Keine Strafe ohne Gesetz)，边码 64 及以下边码；耶赛克(Jescheck)、魏根特(Weigend):《刑法总论》(Strafrecht AT)，第 14 章第 2 节]。纳粹罪行的完全例外性以及那些遭到控告的，当时所从事的，毫无疑问作为严重违法的行为[参见《盟军英军占领区最高法院刑事判例集》(OGHSt)，第 1 卷，第 1 页(第 5 页)]和依照德国法(《基本法》第 26 条“禁止侵略战争”)要接受刑事制裁的犯罪在这里就不详加论述了。



“(1) 一个被法律解释为犯罪或者依照刑法典的基本思想以及健全的民族感觉应受到刑罚的行为被视为犯罪。(2) 当没有明确的刑法规定直接适用于这个行为时,可以依据刑法的基本思想判处刑罚。”

纳粹废除禁止类推的行为无疑是对自由法治国的一个严重破坏。<sup>[21]</sup>此外,纳粹在其刑法中设置了类似概括性条款的构成要件以及在部分特别法令中规定了非常残酷的刑罚(像所谓的《惩治民族有害分子令》<sup>[22]</sup>)。这些纳粹的法律根本就无超越条文界限可言。<sup>[23]</sup>当时他们宣称用“无犯罪即无刑罚”原则取代“无法律即无刑罚”原则,以此有效抗争所有的假定有害分子。<sup>[24]</sup>

而在中国,1979年刑法典的颁布是作为向社会主义法治迈进的重要一步。虽然它包含有罪类推的规定<sup>[25]</sup>,但是立法者同时也制定了一个具有安

[21] 参见韦伯尔(Werber):《禁止类推与禁止溯及既往》(Analogie- und Rückwirkungsverbot),第92页及以下数页。类推入罪见《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第71卷,第135页(第137页)中在当时的海关法规定下以圆桶进口鱼子酱的案例;《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第72卷,第146页(第147页)中关于代替窝赃的案例;《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第75卷,第60页(第61页)中关于保险欺诈的案例;关于刑罚加重的类推案例详见《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第70卷,第355页(第356页);《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第72卷,第50页(第52、53页);《帝国法庭刑事判例集》(RGSt)第75卷,第43页(第45、46页)。

[22] 《帝国法律公报》(RGBl),1939年,第1卷,第1679页。

[23] 对传统刑事规范的类推适用在井然有序的司法实践中不再具有重要意义[格林波姆(Gribbohm)在第11版《莱比锡刑法典注释》(Leipziger Kommentar)中所著的《德国刑法典第1条的形成史》;哈塞默(Hassemmer)、卡格尔(Kargl):《诺莫斯刑法典注释》(Nomos-Kommentar),第1条,边码4及以下数个边码;批判则见丹内克尔在第12版《莱比锡刑法典注释》(Leipziger Kommentar)中所著的《德国刑法典第1条的形成历史》]。作为类推适用泛滥依据的不合理概括性条款在苏联刑法体系中具备一套完整模式[参见毛拉赫(Maurach)在毛拉赫、罗森塔尔(Maurach/Rosenthal)主编的《苏联国家刑事保护》(Der strafrechtliche Staatschutz in der Sowjetunion)中撰写的文章,第9页;F.-C.施罗德(F.-C. Schroeder):《俄罗斯联邦刑法典》(Strafgesetzbuch der Russischen Föderation),第7页]。

[24] 纳粹处理此类案件绝大部分没有通过法庭途径。而刑法在一些特定的案例中被有意作为政治工具[参见韦伯(Weber):《禁止类推与禁止溯及既往》(Analogie- und Rückwirkungsverbot),第7页],这就导致:一旦法庭审判没有取得预期的效果,纳粹就会借助“纳粹冲锋队”,更为准确的说是借助“盖世太保”的“保护性拘留”对法庭审判进行事后“修正”,将所谓的“犯人”绑架到集中营[参见韦伯(Weber),上书,第8页]或者直接处决[参见格里布博姆(Gribbohm):《新法学周刊》(NJW),1988年,第2842页(第2845页)]。

[25] 赵、里希特(Richter)文,载西贝尔(Sieber)、科尔尼尔斯(Cornils)编:《各国刑法比较》(Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung),第2分册,第4、5页。

全阙作用的补充规定:为了防止过分滥用以及肆意应用类推,应当报请最高人民法院核准。这样一种复杂的程序看似起到了一种威慑作用,但是并没有对下级法院司法实践中的<sup>[26]</sup>法律类推适用起到相应的作用。张明楷教授在他报告中提到,在1979年刑法典时代被核准类推适用的有一百余件案件。<sup>[27]</sup>1997年《刑法典》则完全废除了类推制度。

### 3. 新刑法时代(自1997年)——同德国司法实践的比较

中国于1997年颁布了新的《刑法典》,其中第3条明文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。”<sup>[28]</sup>

这条规定符合《德国基本法》第103条第2款以及《德国刑法典》第1条的精神。在德国和中国的刑法语境下,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。对法规的类推适用以及依据习惯法入罪在德国和中国都是禁止的。但是在中德两国的司法实践中都存在一些没有严格执行罪刑法定原则的情况。下面,我将阐述三个方面:

#### (1) 罪刑法定原则宪法规定地位的确定

《中华人民共和国宪法》确定了依法治国方略。而作为刑法重要原则之一的罪刑法定原则在《德国基本法》中则确定了其宪法规定的地位。人们可以依据此原则享有司法上的基本权利,并向联邦宪法法院提出申诉。库伦教授在他报告的开头就着重谈到了这一点:这种申诉制度的设置与《魏玛宪法》<sup>[29]</sup>的规定有着本质区别,当国家公权机关侵犯了个人基本权利,个人可以依据《德国基本法》第103条第2款的规定向联邦宪法法院提出违宪申诉。

张明楷教授在他的报告中列举了两个中国司法机关没有严格遵循罪刑法定原则的例子:第一个例子是在教唆、帮助他人自杀的案件发生后,不仅死者的家属而且社会舆论普遍都要求追究教唆自杀者、帮助自杀者的刑事责任。面对这种压力,司法机关便将教唆、帮助自杀人的行为直接认定为情节较轻的故意杀人罪。而在德国,司法界也常常会面临大众传媒“懒散”

[26] 当时的一些扩大解释实际上是类推解释。参见冯军教授的报告内容。

[27] 参见张明楷教授的报告内容。

[28] 赵、里希特(Richter)文,载西贝尔(Sieber)、科尔尼尔斯(Cornils)编:《各国刑法比较》(Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung),第2分册,第6页。

[29] 《魏玛宪法》第116条对于纳粹违反法治国原则的行为不具备制约能力。所以《基本法》的编纂者就引入了违宪申诉制度。

的指责。但是在德国,如果违背法律规定,将一个被告由教唆,帮助他人自杀的行为直接判处为情节较轻的故意杀人罪,那么联邦宪法法院就会裁定这样的判决无效。张明楷教授提到的第二个关于寄送虚假危险物品的例子如果发生在德国,联邦宪法法院肯定也会作出不同于中国法院的判决。这种行为在德国符合《德国刑法典》第126条第2款(佯称实施犯罪行为扰乱公共安全),第145d条(虚构犯罪)以及第241条(胁迫)的构成要件。此外联邦宪法法院毅然地将超越条文解释界限的法律解释(违反了法定入罪的要求)判定为违宪,就像库伦教授提到的联邦宪法法院针对背信罪第三个案件所作出的决议<sup>[30]</sup>那样。联邦宪法法院的判决对于传统解释也没留有任何的情面:最近的例子就是针对《德国刑法典》第142条第2款第2号的非故意肇事逃逸<sup>[31]</sup>以及针对《德国刑法典》第113条第2款第2句不将汽车视为武器<sup>[32]</sup>作出的决议<sup>[33]</sup>。

## (2) 中国的司法解释与罪刑法定原则

我接下来探讨的是作为中国特色的司法解释制度。我们德方学者并不太了解这种制度。但是它对中国的司法实践具有非常重要的意义。张明楷教授在他的报告中列举了许多中国下级法院不仅依据法条,还要依据最高人民法院的司法解释审理案件的例子。<sup>[34]</sup> 司法解释被赋予了一种等同法规的地位。而最高人民法院的司法解释也不仅仅是针对一个具体的案例。而最高人民法院也不再只是简单作为一个审判机关。<sup>[35]</sup> 相应的,禁止溯及既往也适用于司法解释。<sup>[36]</sup>

此外,在张明楷教授列举的其他案例中,下级法院的法官对于法规争议

不能擅自决定,继而须请示最高人民法院。<sup>[37]</sup> 而最高人民法院随即向全国人大常委会作出相应的汇报。这样的一种法庭请示制度在19世纪初期的德国也施行过。<sup>[38]</sup> 但是这样的制度更易使得中国法官相比于德国法官产生疑虑。

张明楷教授还列举了一些最高人民法院的司法解释超越了法律条文解释界限的经典案例(可能也已经超越了类推的范畴,而是在进行一种法律自由创制)。最高法院在其司法解释中将中国《刑法》第145条“生产、销售不符合标准的医用器材罪”的构成要件扩大到购买以及使用该类器材。还有就是最高人民法院、最高人民检察院在2001年7月3日发布的《关于办理伪造、贩卖伪造的高等院校学历、学位证明刑事案件如何适用法律问题的解释》的例子。这样的方式可能符合刑事政策理念。张明楷教授认为,中国立法者应该对这样的情况进行修正。对此我予以赞同。在我看来,一方面,司法解释制度造成了以上的偏离情况,而另一方面,司法解释制度也保证了中国法律的统一适用。<sup>[39]</sup> 这样的制度对于像中国这样一个幅员辽阔的国家,以及对在中国历史上一直致力的“大一统”观念是极具现实意义的。<sup>[40]</sup> 这样的制度可以说是优缺点参半,它极易造成立法者的懈怠,不履行自己的相应职能,即不断地填补在司法实践中出现的刑事法律漏洞。

## (3) 德国的准确要求与罪刑法定原则

在德国,一个针对明确性要求的发展趋势引起了人们的关注。依据对罪刑法定原则的古典理解,明确性要求是针对立法者而提出的。联邦宪法法院已经就《德国刑法典》中大量法规的明确性进行了审查,并且认定这些

[30] 联邦宪法法院(BverfG):《新法学周刊》(NJW),2010年,第3209页(第3217页及以下数页)。

[31] 联邦宪法法院(BverfG):《新法学周刊》(NJW),2007年,第3217页及以下数页。

[32] 联邦宪法法院(BverfG):《新刑法期刊》(NStZ),2009年,西蒙(Simon)在第83页中的批判说明。

[33] 参见罗克辛(Roxin)教授的报告内容。

[34] 这里参见阿尔(Ahl):《中国法律期刊》(ZChinR),2007年,第251页(第253页)。

[35] 阿尔(Ahl):《中国法律期刊》(ZChinR),2007年,第251页。

[36] 禁止使用溯及既往对于德国司法实践是否具有重要意义[也可参见库伦(Kuhlen)教授的报告内容],对此,我持怀疑态度。《德国刑法典》(StGB)第17条第1句已经对被告就判决变更的情况提供了足够的保护。然而在禁止使用溯及既往时也会出现一个问题,即借助于单一案例到底还有无可能进行法律创制?如果是这样的话,联邦最高法院(BGH)对于相关案例终究还是要依据旧有判决来审理,而针对此案的全新法律观点在判决中则是通过法官附带表示的意见来体现。

[37] 与此可直接对比的是欧洲法院的“先决裁判”[《欧盟运行条约》(AEUV)第267条],即内国最高法院提交欧洲法院之审理义务(也称移送义务),但是这样的义务并不针对刑事法庭。对于德国的上诉法庭依据《法院组织法》(GVG)第121条第2款,第132条第2款的规定存在一种提示义务。它适用于当一个州的高等法院,联邦最高法院或者一个刑事法庭作出了偏离判决的情况,而不适用于针对一个法律问题的最初判决。

[38] 1794年《普鲁士普通邦法》(Preußisches Allgemeines Landrecht)第47条确立了本邦法律委员会(Gesetzeskommission)等同立法者的地位,并且进一步规定:“当法官在诉讼中对法规的意义持怀疑态度时,不需提及诉讼当事人,进而征询法律委员会的裁判意见。”这种法官的征询义务在1798年3月8日被敕命所废除,原因在于这种制度非常不具实用性。

[39] 阿尔(Ahl):《中国法律期刊》(ZChinR),2007年,第251页(第252页)。

[40] 曲新久教授认为司法解释制度的出现主要基于中国的传统(而不只是基于社会主义因素)。

法规都是足够明确的。<sup>[41]</sup>而立法者对于一些法条的制定就显得不是那么明确。除了库伦教授在他报告中列举的例子外,还有就是“严重不法行为”的例子[立法者已经废除了这种违法构成要件(旧版《德国刑法典》第360条第1款第11号第二种情况<sup>[42]</sup>)。联邦宪法法院在1969年就认定这种违法构成要件是足够明确的,原因在于几十年的固定判决已经将其解释得足够准确。<sup>[43]</sup>联邦宪法法院认定刑事法条违背《基本法》第103条第2款的情况<sup>[44]</sup>其实还是比较少的。

而在刑法文献中和辩护律师那里经常可以看到以及听到关于法规不明确的指责。对此,联邦最高法院的法官托马斯·费舍尔<sup>[45]</sup>先生提出了一个中肯的意见:实在是不太可能在《刑法典》或者《附属刑法》中再添加一个

新的构成要件,即使添加了新的构成要件,由于众口难调,还是会被一些业内人士批判为不够明确——还应考虑到位于条文解释边缘的一些个别的,本身就不属于违法行为的情况。

由此可以得出的结论是,过分呆板和细节化的制定法律规定,就如库伦教授所列举的1794年颁布的《普鲁士普通邦法》那样,是不能适应时代变化以及从容应对一些特别个案的。一方面,这种法律不易应对犯罪人有意针对法律漏洞而从事的新型犯罪;另一方面,刑事司法为了解决这类问题,极易作出违背禁止类推的判决。将准确性要求转嫁给刑事法庭的方式也极具风险,即立法者在设置新的违法行为时,常常依据“散弹枪的方式”(即宽泛化方式)极少致力于明确违法行为的界限——并且尽可能遵守比例原则以及在避免价值抵触的基础上将法规制定得足够明确。

### 三、结 论

中华人民共和国的《刑法》在最近三十年里取得了有目共睹的成就。然而,与德国相比,中国的刑事司法实践在一些情况下易对犯罪构成要件进行超越条文解释界限的解释。对此,中国应该给予罪刑法定原则一种受宪法保障的地位以及建立一种个人可以进行违宪申诉的制度(参见本文“罪刑法定原则宪法规定地位的确定”),从而使得刑事立法向这样一种层层把关的方向发展。此外,不应赋予具备约束力的司法解释等同法律的地位。应该让下级法院的法官(他们必须接受过相应的司法专业教育<sup>[46]</sup>)更多地履行自己的职责以及行使相应的审判权(参见本文“中国的司法解释与罪刑法定原则”),从而减少他们“不敢解释”<sup>[47]</sup>的现象。对此我不再进行深入阐述了。

如果我们从张明楷教授列举的,对中国极具司法实践意义的案例出发<sup>[48]</sup>,就会明显感到,在《德国刑法典》中制定的构成要件范围(德国核心刑法与附属刑法间也存在制定技巧的差异<sup>[49]</sup>)要比《中国刑法典》更加广泛以及抽象。所以在德国司法实践中就较少出现违反禁止类推原则的情

[41] 《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第20卷,第162页;《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第21卷,第239页[在《刑法典》(StGB)第99条及以下数条中的“国家机密”(Staatsgeheimnis)];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第45卷,第363页[《刑法典》(StGB)第94条中的“国家机密”(Staatsgeheimnis)与“重大危险”(schwerer Nachteil)];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第47卷,第109页[《刑法典》(StGB)第184条中的“散发淫秽文书”(Verbreitung pornographischer Schriften)];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第57卷,第250页[《刑法典》(StGB)第99条中的“从事谍报活动”(geheimdienstliche Tätigkeit)];联邦宪法法院(BVerfG);《新法学周刊》(NJW),1995年,第1883页[《缴税规定》(AO)第370条];也可参见丹内克尔(Dannecker):《莱比锡刑法典注释》(Leipziger Kommentar),第1条,边码74及以下数个边码。

[42] 谁实施“严重不法行为”(grobe Unfug),将被处以500德国马克以下罚金刑或者拘禁。这样的行为包括穿着游泳裤“从高级宾馆的庭院”步行到宾馆外的游泳池,即使只需要几分钟的时间[《巴伐利亚州高等法院刑事判例集》(BayObLGSt)第21卷,第175页],也包括由于开车过快将路上的污水溅到行人身上[《巴伐利亚州高等法院刑事判例集》(BayObLGSt)第26卷,第111页]。

[43] 《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第26卷,第41页。

[44] 《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第14卷,第174页[1937年11月13日颁布的《街道行驶准则》(StVZO)中第71条的规定];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第14卷,第254页[《街道行驶准则》(StVZO)中第49条的规定];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第23卷,第265页[旧版《刑法典》(StGB)中第366条第10号借助《警察条例》(Polizeiverordnung)补充的规定];《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第78卷,第374页[1977年3月17日颁布的《长途通讯设备法》(FernmeldeanlagenG)中第15条第2段的规定];联邦宪法法院:《新刑法期刊》(NSiZ),1990年,第394页(地方政府章程中不明确的罚金构成要件);《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE)第105卷,第135页[1992年7月15日颁布的《刑法典》(StGB)中第43a条关于财产刑的规定];完整的概述参见丹内克(Dannecker):《莱比锡刑法典注释》(Leipziger Kommentar),第1条,边码72,边码73。

[45] 菲舍尔(Fischer):《刑事辩护人》(StV),2010年,第95页。

[46] 当时的很多法官是退伍军人,他们并没有接受过司法专业教育。中国大学从1980年起才重新恢复法学教育。

[47] 详见张明楷教授的报告内容。

[48] 《中国刑法典》也包含一些范围宽泛的构成要件。由于在中国不存在借助明确性要求对法规进行审核的制度,从而使得类推问题在实践中置于显著地位。

[49] 详见瓦尔特·佩龙(Walter Perron)教授的报告内容。



况。但是对于立法者极少致力满足明确性要求的情况还是要持批判态度(见本文“德国的准确性要求与罪刑法定原则”);一组案例本身并不属于违法行为或者其中少量的案例属于违法行为,然而它们却无一意外地被收纳进了法律条文解释的界限内。而法院只是寄希望于通过严格解释<sup>[50]</sup>或者依据《德国刑事诉讼法》第153条及以下数条的规定<sup>[51]</sup>使用权衡原则对个案中出现的过度犯罪化进行矫正。一种僵化、肤浅地使用解释自由化原则如“遇有疑义有利于自由”或者“遇有疑义从轻解释”<sup>[52]</sup>反而会导致过度犯罪化的情况愈演愈烈。因此学术界的当务之急在于要将认真确定刑事违法行为的界限作为民主议会式意志决议程序的重要组成部分。<sup>[53]</sup>

[50] 依据《刑法典》(StGB)第240条的规定,在司法实践中对于街道交通中的强制行为必须借助大量的判决来确定其是否符合一个刑事意义上的强制。比如后车距前车太近等这样一些非法律意义的标准,还有像影响强度和距离间隔[巴伐利亚州高等法院(BayObLG):《新法学周刊》(NJW),1993年,第2882页(第2883页);哈姆高等法院(OLG Hamm),《新交通法期刊》(NZV),2006年,第388页(第389页)],反复推挤的事实[法兰克福高等法院(OLG Frankfurt):《新交通法期刊》(NZV),2004年,第158、159页;科隆高等法院(OLG Köln):《新交通法期刊》(NZV),1992年,第371页(第372页)]使用大光灯[《联邦高等法院刑事判例集》(BGHSt),第19卷,第263页(第265、266页);卡尔斯鲁厄高等法院(OLG Karlsruhe):《新法学周刊》(NJW),1972年,第962页(第963页)]等都具有重要意义[参见瓦勒留斯(Valerius)在《贝克尔刑法典在线注释》中为第240条编写的注释,边码23a;埃泽尔、艾泽勒(Eser/Eisele)在舍恩克、施罗德(Schönke/Schröder)主编的《德国刑法典注释》(Strafgesetzbuch. Kommentar)中为第240条撰写的注释,边码24]。

[51] 在一个范围宽泛的入罪环境中,一开始就要借助《德国刑事诉讼法》(StPO)第155条及以下数条的规定将不属于违法行为的情况排除在外。近期可见联邦政府在2007年5月30日颁布的法律草案(BT-Drs. 16/6558)第16页中关于打击海外贪污的内容,然而这却违背了不连续原则。另外一个范例就是依据《麻醉剂法》(BtMG)第31a条的规定不予追究刑事责任(出于自用目的使用少量麻醉剂)。对此,检察机关就被告不予追究刑事责任的前提符合性进行审核,如果认定被告不符合这样的前提,就会立案追究被告的刑事责任。理想的方式为,不属于违法行为的行为在一开始就不应当受到刑事处罚,而且权衡起诉原则(Opportunitätsprinzip)主要针对的是犯罪人的主观方面(第一次从事犯罪)。

[52] 一些中方和德方参会者对此取得了共鸣。此类原则对于德国刑法的不适用性参见埃泽尔、黑克尔(Eser/Hecker)在舍恩克、施罗德(Schönke/Schröder)主编的《德国刑法典注释》(Strafgesetzbuch. Kommentar)中为第1条撰写的注释,边码51;美国刑法的相应方式可以作为对比,参见杜贝尔(Dubber):《美国刑法简介》,第15、16页,令人不解的是,美国的立法者致力于将所有的构成要件都写入刑法条文中——时常从事一种强烈的过度犯罪化[详见佩龙(Perron)教授的报告内容]。

[53] 针对《刑法典》(StGB)第266a条第2款(截留和侵占劳动报酬)以及《缴税规定》(AO)第370条第1款(偷税)的“清洁女工条款”可以作为正面范例。一个从事家务行业的私人雇主借助此条款避免受到一个不符合比例关系的刑罚(这里参见莱腾贝格尔(Laitenberger):《新法学周刊》(NJW),2004年,第2703、2704页)。这里,违规行为法中的构成要件[《社会法典》(SGB)第4卷第111条;《社会法典》(SGB)第7卷第209条;《个人所得税法》(EStG)第50e条第2款同《缴税条例》(AO)第377条至第384条结合使用]优先适用。