

论刑法与宪法的关系^{*}

[德]洛塔尔·库伦(Lothar Kuhlen)^{**}

蔡桂生^{***} 译

目次

- 一、宪法和刑法一般原则
- 二、联邦宪法法院关于刑法总论的判例
- 三、刑法问题宪法化的问题和评价
- 四、结论

摘要 罪责原则、罪刑法定原则等原则,乃是今天法治国家刑法的传统内核,在德国,这些刑法的基本原则已经逐渐转型为现行宪法上的内容了。这一转型过程,使得我们在进行刑法讨论时,需考虑宪法上的视角。刑法的解释方法中也增添了宪法导向的解释和合宪解释的选项。刑法基本原则宪法化,虽使得刑法的问题变得更为复杂,也可能削弱刑法的明确性,但同时它也使刑法基本原则具备了“实定、现行宪法”的身份,提升了规范层级,进而在实践中变得更加有效。这些特点体现在击落客机案、静坐案和竞选捐助案等德国联邦宪法法院的判例中。从德国角度看,尽管具体案件情况殊异,对这一宪法化转型总体上仍应予以正面评价。不过,这不意味着要取代刑法基本原则和取消刑法学的独立思考。

关键词 刑法基本原则 宪法化转型 合宪解释 德国联邦宪法法院

若热·德·菲格雷多·迪亚斯(Jorge de Figueiredo Dias)在其《良知行为、良知自由和罪责阻却》(载《罗克辛祝贺文集》)一文中指出,特别是基于联邦宪法法院早前的一个判决,确信犯(Überzeugungstäter)这一刑法问题“性质有变”,也就是说,被纳入到“所谓良知行为这个问题”里

^{*} Lothar Kuhlen, Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht, in: Manuel da Costa Andrade u. a. (organizadores), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I, Coimbra 2009, S. 401-420.

^{**} 德国曼海姆大学刑法学教授、法学博士。本文的翻译、发表取得了作者的同意和授权。

^{***} 北京大学刑事法治研究中心研究员、法学博士。本文的翻译得到了国家留学基金的资助(项目号:2009601050)。

了。他接着得出论断:“以前属于法学-哲学的内容因而处于体系之外的学说讨论,今天进入到民主法律秩序之内,从而演变成了体系之内的问题,乃至成了实定法上的问题:一旦人们认为,良知决定这一法律问题,终究取决于——所有民主宪法均以基本人格权的方式加以保障的——良知自由时,性质即发生改变。”^{〔1〕}

诚如迪亚斯所言,刑法(“法学-哲学的”)问题,被转移成了宪法(“实定法的”)问题,并加以处理。这一转移,意义重大且过程复杂,值得刑法科学充分关注和反思。在这里,我只能为这个题目写一篇小文:在下面第一部分,我将先勾勒一下所谓转移的**范围**,这远不限于确信犯或良知犯的问题。第二部分,我将用联邦宪法法院**新近的判决**阐释这种变化。在这个基础上,我会论述一下刑法和宪法的关系问题及将来的可能演变。

一、宪法和刑法一般原则

原则上讲,所有的刑法问题都可以从宪法角度来解释。^{〔2〕}但是,即便是在将来,具体犯罪的构成要件的解释,也都主要是刑法科学和刑事法庭的问题,只有在例外的情形下,才可以通过联邦宪法法院或宪法科学,将之判定为实质上违宪,特别是将之判定为过分地侵犯了基本权利,或者指责其形式上违宪,尤其是认定为违反了罪刑法定原则。^{〔3〕}同样地,即使在将来,证立或阻却刑罚的具体要素的犯罪论体系定位,结合本文开头的良知自由的例子,也就是**这种优待应当定位在犯罪一般学说的哪一阶层**,亦即构成要件阶层、罪责阶层还是可罚性阶层的问题,^{〔4〕}也都是刑法学和刑事法庭的问题,通常情况下,宪法科学和联邦宪法法院也许不得对此提出异议。^{〔5〕}

另一方面,当刑法学试图借助传统的思维路数来发展或限制它的研究对象[亦即犯罪的内部界分,特别是根据构成要件符合性、违法性和罪责的界分,以及犯罪的不同样态,也就是既遂和力图(Versuch)、不作为和作为、故意和过失、正犯和参与(Teilnahme)]时,传统的刑法论题也会在很大程度上涉足宪法领域,因为这些传统的思维路数来源于欧洲启蒙时期,且统统具备超越现行的各国实定刑法的某种独立性。在刑法**总则**的这一领域,我们很容易读到这种“法学-哲学的内容”,这些内容也为启蒙以来源自同一欧洲传统的“各民主宪法”^{〔6〕}所期待。

比起德国宪法,也就是《德国基本法》(GG)来,这些前实证的论证和限制方案的年岁更为久

〔1〕 Figueiredo Dias, Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluß, in: Schünemann e. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 531(533).

〔2〕 这不仅适用于体现于结果的实体刑法,也适用于**形式刑法**。在形式刑法那里,正如“刑事程序法乃是应用中的宪法”(Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 29)这一公式所说的那样,宪法的重要性早就得到了承认。

〔3〕 关于这种实质和形式上的区分,以及联邦宪法法院和联邦最高法院相应判例中的例子, Kühlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006, S. 44 ff., 17 ff.

〔4〕 见前注〔1〕,第534页。

〔5〕 但是,在《联邦宪法法院判例集》(BVerfGE),第88卷,第203页却有不同观点。该判例认为,依照专业建议而实施,但却缺乏征兆的妊娠中止,并不因为**正当化**而不罚,而顶多是基于**阻却构成要件**而不予处罚的观点,有必要在宪法上得到说明。亦见《联邦宪法法院判例集》,第110卷,第226页,在这一判例中,法庭认为,将《德国刑法典》第261条第2款第1项(洗钱)这一规定,无节制地适用到接受了源于重罪(或其他洗钱上游犯罪)的辩护费的刑事辩护人身上,乃是违宪的,不仅如此,法庭还要求,为避免造成这种结果,要对**主观构成要件**加以限制(限制在直接故意上)(尽管这只是对《德国刑法典》第261条第2款第1项施以合宪限制的、犯罪论体系内的若干种可能性之一)。对后者的批判,参见前注〔3〕,第52页以下、第63页以下。

〔6〕 如此的称谓,参见前注〔1〕,第533页。

远,然而,随便翻阅几乎任意一本德国刑法总论教科书,我们都可以读到它们,不管怎样,这些方案至今都仍在刑法科学中发挥着重要作用。^{〔7〕}对此,我可以举些例子说明。首先,需要在此提一下**刑罚理论**。林林总总的刑罚理论,乃是不同来源和形态的绝对和相对学说,它们都旨在针对国家刑罚权的理由和界限,做出一独立于实定法的回答。^{〔8〕}同样地,**法益学说**,只要是体系批判性及超越性版本的,也有类似主张。依照这种法益学说,只有服务于保护法益免受损害的刑罚构成要件,才具有正当性。而在损害如何发生上,又受制于侵害犯和危险犯这对类型。^{〔9〕}

不同于前面提及的学说的是几乎无可争议的**罪责原则**。依照罪责原则,只有可责难的举止才可以施以刑罚(主观变量),以及刑罚在幅度上必须和有罪责的行为不法之程度相适应(客观变量)。^{〔10〕}此外,还有**辅助性原则**,根据这一原则,作为国家制裁的最严厉的手段,刑罚只能充当国家行为的最后手段,也就是说,如果可以使用其他更缓和的手段实现所追求的目标,那就不许动用刑罚。^{〔11〕}最后,**罪刑法定原则**(没有法律,就没有犯罪,也没有刑罚),则将处罚的正当性,捆系在对法治国家刑法有根基性意义的“形式”前提下:只有法律中事先已经足够明确地规定了相应的行为的可罚性,才可以通过直接适用该法律对行为科以处罚。^{〔12〕}

这些前实证的学说和原则,也许在一些细节存在争议,但是,它们作为一个整体,却构成了我们今天普遍接受的、法治国家刑法的传统内核,正如它们在德意志之外的地方得到发展那样。不过,至少在德国基本法的适用领域内,这些原则却日渐转移到本文所感兴趣的宪法之中了。这之所以成为可能,乃在于它们不仅是刑法和刑法科学所接受的“法学-哲学”成分,而且也是《德国基本法》治下的宪法的成分,或者至少能将之视为如此。

最明显的例子是**罪刑法定原则**,这个原则就被写入了《德国基本法》第103条第2款。^{〔13〕}同样地,辅助性原则也可以从实定法的角度来理解,亦即将之理解为锚定在法治国原则(《德国基本法》第20条第3款)上的**比例原则**的样态,^{〔14〕}——作为现行宪法,**罪责原则**也是普遍认可的,这一原则由联邦最高法院从《德国基本法》第1条第1款、第2条第1款并结合法治国原则而推导出。^{〔15〕}

依照人们经常主张、但却决非毫无争议的观点,(体系批判性的)**法益学说**也可以从《德国基本法》

〔7〕 对此,可以参见我之前举的其他例子和证据。Kuhlen, Das Grundgesetz als Herausforderung für Strafprozeß- und Strafrecht, in: Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 39 (40 ff.).

〔8〕 参见 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, S. 6 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn 1 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

〔9〕 详见 Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2006.

〔10〕 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 23 ff., 407 ff.; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 348 ff.

〔11〕 Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn 19; Roxin (Fn. 8), § 2 Rn. 97 ff.

〔12〕 Jescheck/Weigend (Fn. [10]), S. 128ff.; Roxin (Fn. [8]), § 5.

〔13〕 《德国基本法》第103条第2款(表述和《德国刑法典》第1条一样)规定:“仅当行为实施之前法律已经确定其可罚性,才可以处罚该行为。”

〔14〕 Roxin (Fn. [8]), § 2 Rn. 98,有进一步的提示。

〔15〕 Eingehend dazu Hörnle, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, in: Sieber e. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, S. 325 ff.

中推导出来,也就是说,它符合现行的实定法。^[16] 对于**刑罚理论**,虽然联邦宪法法院最终表态,“从宪法上来裁决刑法科学上的理论争辩”,并非联邦宪法法院的任务。^[17] 但是,它毕竟还是说过,刑罚“绝不可以其自身为目的”,^[18]人们可以将它的这句话理解为反对绝对刑罚理论的立场表态,^[19]因而,绝对刑罚理论大概是不受《德国基本法》支持的。正如联邦宪法法院所同意的那样,所有已知的刑罚目标,包括积极的一般预防^[20]和特殊预防^[21]在内,都具备宪法上的正当性。这句话也是含义丰富:^[22]之前纯粹是“法学-哲学的”见解,现在被赋予了宪法上的地位,因而获得了“实定法的”身份。^[23] 综上所述,现在清楚的是:将刑法上的提问和回答,转化为宪法上的问答,在很广的范围内都是可能的。正如本文未能在细节上展示,而只能确定地指出^[24]的那样,在过去几十年的德意志,这种可能性越来越成为了现实。这不仅体现在刑法文献中,也同样存在于联邦宪法法院和刑事法庭的判例里。

二、联邦宪法法院关于刑法总论的判例

如果人们要问,这一转化过程,对于刑法,尤其是刑法科学而言,会产生什么作用,以及如何评价这种转化呢? 首先,可以确定的是,这个转化,使得人们在进行刑法上的论证时,经常是多了一个新的视角,也就是宪法的视角。而这,并未使得刑法的实践和科学中的论证工作,变得更为容易。^[25] 特别地,这使得经典的解释方法中扩充了一项,也就是**宪法导向的解释和合宪解释**。^[26] 现在,在解释现行刑法时,人们通常都会注意到这一点。

1. 这不仅对于刑法科学而言,更为复杂了,对于刑法实践而言,更是如此。那么,究竟因此会变得多么复杂?^[27] 这可以用**罪责原则**的例子来阐释。1952年,联邦最高法院做出了一个至今仍有意义的著名判决,在这一判决中,法院在描述罪责原则^[28]和论证罪责原则^[29]时,各说了一句话。

[16] Staechelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 30 ff., 80 ff., 163 ff.; Roxin, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 (144 f.); anders jetzt freilich BVerfG NJW 2008, 1137 ff.

[17] BVerfGE 45, 187(253).

[18] BVerfGE 39, 1(46).

[19] Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 21.

[20] Dazu BVerfGE 39, 1 (57 f.); 45, 187 (253 ff.).

[21] Dazu etwa BVerfGE 35, 202 (235 ff.); 45, 187 (258).

[22] 尽管这种统一学说可能“不是什么理论,而是堆大杂烩”。Jakobs, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 [109].

[23] 这里再次涉及了菲格雷多·迪亚斯的对比,参见前注[1],第533页。

[24] 然而,我的确信并无问题,因为这种演变几乎无可争论。具体论证细节,参见前注[7],库伦文,第45页以下;见前注[3],第17页以下。

[25] 而且并不因为这个原因就必然使得刑法具有更高的明确性。

[26] 这里的宪法导向的解释指的是,当存在若干个合宪解释可能性时,挑选其中最为符合宪法路线的那种解释,而合宪解释则要求,对违宪的各种解释可能性加以批判,并得出合宪的解释。见前注[3],第2页。

[27] 暂且撇开在刑法教义学内部发展起来的高度复杂的、因而按照有些人的说法使得教义学不再能加以实践的方案。Burkhardt, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 111 ff.

[28] “行为人尽管本可以采取合法的举止,本来可以遵守法律,但却没采取合法举止,而决定犯下不法,为此要对行为人施以罪责这一非价判断”,BGHSt 2, 194 [200].

[29] “罪责责难的内在理由在于,人们追求自由、负责任和合乎伦理的自我决定,因而能够在合法和不法之间加以选择,能够依照法律上的应为规范采取其举止并避免法律上的禁令”,BGHSt 2, 194 [200].

针对这两句话,人们能够谈很多,也已经谈了很多:^[30]人们试图理解并论证宪法意义上的罪责原则,因而也就产生全新的问题。^[31]

首先,人们问道:该原则在**联邦宪法法院的判例**中扮演何种角色。^[32]其次,人们关心如何从《德国基本法》中**推导出**该原则。具体来讲,就是从人性尊严(《德国基本法》第1条第1款)、行为自由(《德国基本法》第2条第1款)和法治国家原则(《德国基本法》第20条第3款),^[33]以及从不成文的独立的基本权利^[34],或者从通过“基本法上规范的人的形象”(normatives Menschenbild des Grundgesetzes)解释进入基本法的(因而可以最终从基本法中提取出来的)日常道德规则^[35]推导出来。这种借助“基本法上规范的人的形象”解释进入基本法的日常道德规则,从另一方面(又)提出了行为自由和自我答责这些先于宪法的、基础的哲学问题,^[36]进而,最终导出这个问题:当我们把“宪法上的前提转化为刑法范畴”时,宪法上的罪责原则和刑法上的罪责原则这两者之间存在哪些区别?^[37]

是否所有这一切都在理,尚不得而知。但至少一点是,这表明,随着刑法问题中加入了宪法问题和论证,问题明显变得更复杂了。^[38]在卢曼(Luhmann)看来,法律的主要任务在于降低复杂性。然而,人们不得通过援引这种理解,进而将复杂化(即刑法问题宪法化而导致的复杂化——译者注)认定为是成问题的。尽管这种复杂化在现行法上无法避免,但是,它却或许正是人们为得到刑法问题宪法化这另一个令人欣喜的结论,所必须支付的代价。

2. 我的意思是:刑法的基本原则**变得更为有效了**;这些原则不再只是“法学-哲学的”身份,现在也具有“实定法的”身份了。这种有效性特别清晰地体现在,联邦宪法法院将这些原则认定为现行的宪法,并以特定的方式对它们加以阐释。这样说的理由是,联邦宪法法院的判决能够约束联邦和州的宪法机构以及所有法庭和官署[《联邦宪法法院法》(BVerfGG),第31条第1款]。而这,远远超过了最高级刑事法庭(在德国,也就是存续了半个多世纪的联邦最高法院)也能赋予相应刑法基本原则的、事实上的效力。^[39]

(1) 当联邦宪法法院通过认定违反了源自刑法的宪法基本原则,而将立法者的立法宣告**无效**之时,这点得到了尤为清晰的体现。1992年,为了对抗有组织犯罪,德国的立法者创制了新的制裁手段,即所谓**财产刑**。这是自由刑和罚金刑之外的第三种独立的刑罚种类。依照第43

[30] 深入的研究,见 Figueiredo Dias, Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983), 220 ff. (insbesondere S. 229 ff.).

[31] 在赫恩勒的论文结构中,便对此进行了枚举。Hörnle (Fn. [15]).

[32] Hörnle (Fn. [15]), S. 326ff.

[33] 关于这时常提及的三个根据,Hörnle (Fn. [15]), S. 328ff. 他同时评价道,在详细地重新构建之前,这至少是个“有点不清晰的混合体”(etwas unklare Mixtur)。Hörnle (Fn. [15]), S. 339.

[34] Hörnle (Fn. [15]), S. 331f.

[35] Hörnle (Fn. [15]), S. 333ff.

[36] Hörnle (Fn. [15]), S. 336f.

[37] Hörnle (Fn. [15]), S. 340f. 这段引文,应当规范地加以理解(亦即它在宪法优位的前提下无疑具有正确性),这和本文所详述的(历史性地把握的)将刑法范畴转化为宪法范畴的这个反方向的过程并不矛盾。

[38] 同样变得更复杂的,还存在于欧洲法对各国刑法秩序越来越多的覆盖之中,这一点本文只能在此略微提及。Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007; Satzger, Internationales und europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008.

[39] 此处不涉及只是借助其学术自治而产生影响的刑法教义学。

条 a,^[40]可以针对法定的情形,在多于两年的自由刑之外,判处支付不超过行为人财产价值的金额。2002 年,联邦宪法法院宣判该条^[41]违宪(进而无效),理由是,它违反了**明确性原则**,^[42]而这乃是《德国基本法》第 103 条第 2 款之罪刑法定原则的内容。^[43]该判决以 5 比 3 的多数票做出。^[44]在我看来,难以否认的是,这一判决体现出了强烈的刑事政策的成分。^[45]在论证判决时,法庭多数法官认为,这种刑事政策考量不重要,他们只是主张,这欠缺法律的明确性,因而第 43 条 a 在形式上违宪。^[46]

2006 年,联邦宪法法院做出了一个同样意义重大,也同样富有争议的判决。在该判决中,法院认定 2005 年的《航空安全法》(LuftSiG)第 14 条第 3 款违反宪法,因而宣告其无效。^[47]作为针对 2011 年 9 月 11 日恐怖主义袭击的反应,这一条文赋予武装力量在得到国防部长指令后击落飞机的权力,如果飞机显然被用于杀人,而且,击落乃是防卫这一即时逼近的危险的唯一手段的话。依照联邦宪法法院,这一规则既在形式上违反宪法,^[48]而且尤其在**实质上**应认定为**违宪**,因为它侵犯了人性尊严(《德国基本法》第 1 条第 1 款)和因击落飞机而涉及的无辜机组人员和乘客的生命这一基本权利(《德国基本法》第 2 条第 2 款第 1 句)。^[49]正如决定性的论据^[50]所称的那样,因为在这种危险防卫措施的情形,国家把人“当作其采取救助行为进而保护他人的纯粹客体”加以处理了,“他们的死亡被利用作救助他人的手段,这些人因此被物化了,同时他们的权利也被剥夺了”^[51]。这种论证直接采用了“迪里希的客体公式”,^[52]间接援引的是康德的实践命令,亦即他人“任何时候都是目的,决非单纯的手段”,^[53]因而很明显地又追溯到了刑法基本原则和宪法基本原则的共同根基上了。

在结论上,这一判决也符合刑法文献中的主流意见。依照后者,即便只有杀死无辜者才能拯救大

[40] 当条文未指明何种法律时,所指皆为《德国刑法典》条文。

[41] 针对该条,联邦最高法院曾运用相应的合宪解释将之认定为合宪(BGHSt 41, 20)。

[42] 关于罪刑法定原则的教义学理解及其各种具体样态,参见 Kühlen, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: Dannecker e. a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 89 ff.

[43] BVerfGE 105, 135.

[44] 针对赞成法官的反对意见,参见 BVerfGE 105, 172 ff.

[45] 亦即:第 43 条 a 背后的用刑法手段“对抗有组织犯罪”的思想,法庭多数法官和少数法官在评价上各执一端。参见前注[3],第 83 页以下、第 88 页以下。

[46] 2005 年,联邦宪法法院也认定,联邦几个州关于事后的保安监管(Sicherungsverwahrung)的法律,因为欠缺立法管辖权限,而在形式上违宪(BVerfGE 109, 190)。

[47] BVerfGE 115, 118. 在发表的大量的意见中,请参见 Merkel, § 14 Abs. 3 LuftSiG: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, 373.

[48] 由于欠缺立法许可,对此,参见 BVerfGE 115, 118 ff. m. Anm. Starck, JZ 2006, 417.

[49] BVerfGE 115, 118 (151 ff.). 早在 1975 年(BVerfGE 39, 1)和 1993 年(BVerfGE 88, 203),联邦宪法法院就在其著名判决中,判定当时立法者通过的关于**堕胎或妊娠中止**不可罚的规则实质上违宪,也就是违反《德国基本法》第 2 条第 2 款第 1 句。

[50] 自然,从整体上来看,大体是个区别化的论证。

[51] BVerfGE 115, 118 (154);赞同的观点,Höfling/Augsberg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1080 ff.;批判(论证,而非批判结果)的意见,Merkel (Fn. [47]), S. 379f.

[52] 依该公式,由第 1 条第 1 款保护的人性尊严,禁止使人沦为国家行为的纯粹客体,Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., Art. 1 Abs. 1 Rn. 28.

[53] Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe 1903, S. 429.

量人命,也不能根据紧急避险原则将杀死无辜者正当化。^[54]——显然,在无辜者反正都“濒临死亡”,也就是按照常人判断只有几分钟或几小时生命的关头,不是每个人都会明白这种法律观点。^[55]

(2) 将刑法基本原则转入宪法后,刑事法庭,包括联邦最高法院在内,如何遵守这些基本原则,也就成了宪法批判和审查的对象。这方面的例子是,联邦宪法法院针对处罚所谓“静坐示威”的参与者的几个不同的判决,静坐者坐在大街或铁轨上,通过妨碍交通,以抗议特定的政策措施。在参与这类抗议的人看来,这种抗议举动应定性为非暴力,而在刑事法庭眼里,自1969年的判决(《联邦最高法院刑事判例集》,第23卷,第46页)以来,则以持续的判例形式,将之认定为针对相应交通参与者的强制,其以可责难(第240条第2款)的方式,暴力阻止了后者所希望的行动(第240条第1款),应依第240条的规定科以刑罚。在德意志联邦共和国,特别是针对北约的军备政策,人们越来越多地以静坐方式抗议,并赢得了支持,因此,这类判例不断地受到社会政治的压力,^[56]并进入了联邦宪法法院关注的范围。

1986年,联邦宪法法院在其针对静坐的首个判决中,进一步认定刑事法庭所采的宽泛的暴力概念^[57]合乎宪法,尤其是并没有违反《德国基本法》第103条第2款;^[58]然而,却不得像之前的实践那样,轻易地肯定第240条第2款可责难性的成立。^[59]

然而,1995年,联邦宪法法院在它的第三个静坐案判决^[60]中,宣布刑庭裁判中采用的宽泛的暴力概念违反宪法,理由是:这逾越了法律解释的可能界限,故触犯《德国基本法》第103条第2款。^[61]这个判决遭到了多数刑法文献的抨击,^[62]联邦最高法院也只是表面上承认,但内心并不

[54] 参见前注[8],斯特拉滕韦特、库伦书,第9节,边码113。然而,联邦宪法法院并未排除借助超法规的紧急避险以免责的可能性。确切地说,法院并没回答这个问题:“如果仍然采取了击落的举措,如何在刑法上评价这一举措以及下令该举措的命令?”(BVerfGE 115, 118 [157].)

[55] 参见 Hirsch, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, in: Hettinger e. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper, 2007, S. 149 ff.; Isensee, Leben gegen Leben—Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug, in: Pawlik e. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 205 ff.; Ladiges, Die notstandsbedingte Tötung von Unbeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG—ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung, ZIS 2008, 129 ff. mit weiteren Hinweisen.

[56] 自这些判例分解出的具体教义学步骤,详见 Wolter, Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, NSStZ 1986, 241 ff.; Kuhlen, Die Abweichung einer Entscheidung von einer anderen und die Betrachtung des Einzelfalles, JA 1986, 589 ff.

[57] 依照这种宽泛的暴力概念,静坐者针对机动车或地铁乘客施行了暴力,尽管这些交通参与者“只是”精神上被阻止活动,也就是说,他们无法克服碾过静坐示威者并致其重伤的道德障碍。

[58] BVerfGE 73, 206. 针对这个问题,法官判决票数是4比4(关于偏离赞成观点的反对意见,参见 BVerfGE 73, 206 [244 ff.]),因而无法确定违反《德国基本法》,§ 14 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG。

[59] BVerfGE 73, 206 (247 ff.). 1988年,《联邦最高法院刑事判例集》,第35卷,第270页,尤其是第274页在保留意见的前提下,却承认这在实定法上的效力。BGHSt 35, 270 (274).

[60] 联邦宪法法院于1988年做出第二个静坐案判决,针对的是(第240条第2款)可责难性条款的解释。BVerfGE 76, 211.

[61] BVerfGE 92, 1 (16 ff.). 这次,法官们以5比3的多数票通过判决(关于不赞成的法官意见,参见 BVerfGE 92, 20 ff.). 联邦宪法法院在其第四个静坐案判决(BVerfGE 104, 92 及三位法官的两个否决意见)中,同意判处强制罪,因为该案所涉不是单纯的静坐,而是还设置物理障碍(其中一个情形是示威者紧紧压住了工厂大门,另一情形是示威者用汽车和旅游汽车将高速公路封堵了一天多的时间)。

[62] Schroeder, Sitzblockade keine Gewalt—BVerfG, NJW 1995, 1141, JuS 1995, 878. Weitere Hinweise bei Paefgen, Unzeitgemäße Überlegungen zum Gewalt- und Nötigungsbegriff, in: Samson e. a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 433 ff.

接受。^[63]

较之于纯刑法上的基本原则,宪法上的基本原则显得尤其奏效。这种有效性,并不只是通过那些联邦宪法法院裁定立法者或司法者**违宪**的轰动性案例,而得到体现。^[64]确切地说,在大多数情况下,联邦宪法法院乃是通过要求刑事法庭在它们的判例中贯彻**对刑罚法规的合宪解释**的办法,来落实刑法-宪法性基本原则的。^[65]我们之前引用的判决便是这方面的例子。例如,在收受辩护费上,要求对洗钱构成要件(第261条第2款)做宪法所命令的限制解释,^[66]在静坐问题上针对可责难性概念(第240条第2款)所做的合宪解释。^[67]另外,像宪法法院就针对谋杀构成要件进行合乎《德国基本法》的解释而做出的判决,^[68]或者像在宪法上将获取和持有“少量供自己不时吸食”的“软”毒品确定为通常不罚的判决,^[69]其意义也不可小觑。

(3) 宪法导向的解释,特别是合宪解释,也是以联邦最高法院为首的**刑事法庭**自己,^[70]为实现宪法化的刑法基本原则时,所会采用的解释方法。^[71]自然,适用于法官的**罪刑法定原则**(尤其是**类推禁止**^[72])在这里发挥着最为重要的作用。例如,就像联邦最高法院将限制(第24条第1款的)免除刑罚的中止的成立可能性的解释,认定为违宪一样,^[73]它也将刑法文献针对原因自由行为所采取的观点,认定为逾越了(第20条的)字义,进而评定为违反类推禁止原则。^[74]

而刑事法庭也同样通过诉诸合宪解释这一理论,进行着建立在**实质宪法**的基础上、刚性侵入法律条文的部分的**法律修正**,例如,在官员接受竞选捐助的场合,通常需通过被评定为合宪的目的性的限缩,对第331条第1款(接受利益)加以限制。联邦最高法院这样判定:为连任而参加竞选的城市市长,尽管他参加选战的费用,大部分来自于对维持其“投资者友好政策”有利益关系的建筑企业的捐助,而且从对法律规定通常理解看,这也明显符合第331条第1款的构成要件,但是,根据选举平等这一宪法基本原则,^[75]这里应当对该构成要件进行限缩解释,不科以刑罚。^[76]

[63] 尤其是《联邦最高法院刑事判例集》认为,在“静坐者”面前直接停下车的司机,虽然依照联邦宪法法院的判决没受到暴力性的强制,但是,对于后面被已停下的车阻拦的机动车而言,却可能成立暴力强制(它们不仅在精神上,而且在物理上,都受到前面车辆的阻拦)。BGHSt 41, 182. 关于这所谓“第二排判例”(Zweite-Reihe-Rechtsprechung), *Amelung*, Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung, NJW 1995, 2584.

[64] 此外,其他法庭的判决,也可能因为违反源自刑法的宪法性基本原则而被宣告无效,新近的判决,参见 BVerfG NJW 2008, 1726. 在该案中,民事法庭的判决被宣告无效,理由是,该民事法庭(在损害赔偿程序中)超出字义范围扩张地解释了第264条a(投资诈骗)的构成要件,进而违反了类推禁止(《德国基本法》第103条第2款)。

[65] 这可以以“这违反了宪法”的否定判断出现,但不必然这样表述。

[66] 参见前注[5]。

[67] BVerfGE 73, 206 (247 ff.).

[68] BVerfGE 45, 187.

[69] BVerfGE 90, 145 (187 f.). 关于联邦宪法法院的、其他像这样具有“日常”性质的判例,可以在前注[3],第17页以下找到进一步的例子。

[70] 如果刑事法庭发现法律可能违宪,依照《德国基本法》第100条第1款的规定,刑事法庭不得自行宣告法律违反基本法,而必须获取联邦宪法法院的判决。

[71] 关于联邦最高法院判例方面的例证,参见前注[3],第26页以下。

[72] 除此之外,还有禁止**利用习惯法证立刑罚**的禁令,依照联邦宪法法院和联邦最高法院的新近的、在理论上令人感兴趣的观点,法官还需遵守**明确性原则**;对此,参见前注[42],第100页以下。

[73] BGHSt 42, 235.

[74] BGHSt 42, 158. 关于这些判决,以及罪刑法定原则在新近判例中影响越来越大的一般性趋势(不过,是否存在这个趋势具有争议),参见前注[3],第30页以下、第86页以下。

[75] 这是和其他尚未成为市长、因而也不是官员的竞选者相比较的意思上说的。

[76] BGHSt 49, 275; BGH NJW 2007, 3446, 3447. 对此,仅请参见前注[3],第67页;Korte NSStZ 2008, 341 f.,有进一步的提示。

三、刑法问题宪法化的问题和评价

在勾勒了刑法问题“转移”入宪法的基本情况之后,最后,我还想谈一谈,如何评价这一转型。从实然法上讲,做出评价在一定程度上比较简单。宪法也是实定法,这点和普通的刑法一样。当然,由于宪法在规范层级上更高的地位,它属于上位法。在分析和适用现行法时,当然要接受这个宪法优位。

然而,将刑法问题前置入宪法会引起何种结果?如何在不受制于实定法上的约束性的前提下,通过考虑这些结果,来评价这一前置过程?这些问题却并没过时。这些问题不仅对于刑事法庭^[77]有意义,而且对刑法科学更有特别意义,因为直到今天,刑法科学在多数情况下并不是从实定、现行的宪法——比如《德国基本法》——中推导出刑法科学的基本原则和体系,而是独立地发展出这些东西。

1. 若人们首先将前面详述的这种转移理解为一般性^[78]问题,那么,我们有强有力的理由,赋予该过程以积极的评价。像罪刑法定原则这种法治国家的基本原则,当它不再是普通的法律(《德国刑法典》第1条),而是宪法法律(《德国基本法》第103条第2款),它就具有了更高的规范性尊严(normative Dignität)。这不是只有“象征”意义,而是具有极为明显的实际意义:因为第1条通过普通的联邦法律就可以修改,而如果要修改宪法,则依照《德国基本法》第79条第2款的规定,需要三分之二的多数。^[79]我们之前已经阐述,把刑法基本原则转移入宪法能够使这些原则更为有效,正如这种有效性值得称颂一样,这种规范层级上的提升也是令人赞许的。

当然,这一转型也有其代价。依照宪法标准,^[80]对刑罚法规加以司法审查,使立法和司法之间权力平衡发生了转移,以至于在德国已经有人指出(德国是)“法官国家”了。^[81]例如,联邦最高法院(《联邦最高法院刑事判例集》,第49卷,第275页)在选战捐助领域,针对第331条第1款所做的合宪限制,在卡格尔看来,“这明显令人惊讶,罪刑法定原则在实践中不复存在”。^[82]在我看来,这种批判有点过分了,^[83]尽管我们必须承认,针对普通刑罚法规的宪法控制,最后还是削弱了刑法的明确性。^[84]不过,既然刑法基本原则通过转化为宪法,从而提升了其在实践中的约束力,作为另一面的代价,就是相应地失去一些明确性,这是需要我们接受的。

2. 自然地,这番思考表明,我们详述的这种转移,全然是个让人感到矛盾的过程。对其做出评价,也不是那么显然、那么容易。因而,必须结合其具体内容才有办法评价,必须同时考察宪法化

[77] 它们经常可以在普通的刑法论证和宪法性论证这两者之间进行选择。参见前注[3],第74页以下。

[78] 也就是说,暂不考虑在某一特定的法律体系中具体地认定的特定内容。

[79] 而且,除此以外,还有《德国基本法》第79条第3款的“永久保障”,这一条款完全排除了废除人性尊严保障(《德国基本法》第1条第1款)或法治国家原则(《德国基本法》第20条第3款)等等的可能性(如果通过实定法在根本上有办法这样排除的话)。

[80] 这是一个经常很不清晰的标准,因此,多半只能通过法官的评价才能探询到,并加以具体化。请参见前注[3],第10页以下。

[81] Rütters, Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759.

[82] Kargl, Parteipendenakquisition und Vorteilsannahme, JZ 2005, 503 (505).

[83] 对此,参见前注[3],第70页以下。

[84] 即便并非借助于实质宪法的标准,而是通过罪刑法定原则而采取的宪法控制,有时却也会出现这种削弱明确性的问题,尽管这使人感到自相矛盾。例如,在联邦宪法法院关于静坐的判决中,它通过援引《德国基本法》第103条第2款,将原先判例中对静坐方式的强制概念的清晰界定,又清除掉了。

的刑法基本原则和联邦宪法法院所做出的影响实践的相应判例。我们并不能说,任何一个刑法学者(或者其他观察者)都会同意这些判例中的任意一个。

比如,就我个人来讲,我就不认为,刑事法庭的静坐判例,像联邦宪法法院所认定的那样,违反了罪刑法定原则。而且,我也心里存疑,将《航空安全法》第14条第3款一概斥责为违反人性尊严,^[85]是否合理地考虑了,这样也许将使国家从法律上不得不接受恐怖行动的情况。这种恐怖行动,不仅使反正都要“濒临死亡”的乘客成为受害人,而且还要另外搭上几千条人命。同样地,对刑法中过分地提出明确性要求,在我看来,也令人怀疑。^[86]

不过,恰恰相反的是,在多半的情况下,刑法领域的人都是抨击联邦宪法法院在控制立法者和刑事司法权上过分保守了。例如,除去诸多个别性规定,^[87]刑法文献就将过失犯和不纯正不作为犯这两者——从整个犯罪范畴上——批判为太不明确。^[88]这样,联邦宪法法院在适用《德国基本法》第103条第2款时总体上保守的判例,遭到严厉的抨击,就顺理成章了。^[89]

最近,也就是2008年,联邦宪法法院做出一个重要判决。在该判决中,联邦宪法法院宣布第173条第2款第2句(兄弟姐妹间的性交)合宪,^[90]尽管人们很难确定,究竟这一条文所保护的法益是什么。这个判决同样遭到了许多刑法学者的批判。^[91]因为,这不仅在结果上不符合人们长期以来对乱伦构成要件的批判,而且,在论证上,也明显疏远了法益学说,并倾向于采取在宪法上不受认可的尝试,即通过“援引所谓目前的或者立法机构那里‘认可的’法益(来限制)”^[92]刑事立法者的规制权限。

此外,联邦宪法法院在其判决中(特别地)多次指出,“在考虑具体情形的前提下,确定可罚行为的范围,乃是立法者的基本职责”^[93]。因此,在为了实现宪法上允许的目标,什么情况下刑法适格而且必要^[94]这些经验性问题上,立法者被给予了宽广的“评估空间”(Einschätzungsspielraum)。^[95]这不仅符合联邦宪法法院持续的判例,而且——尽管遭到了有些刑法学者的批判——也是值得赞同的。这一点,不但在对刑法法规加以宪法控制之时,要予以顾及,而且在探讨对刑法法规所进行的特定解释和基于此而做出的司法判决,是否与宪法上的比例原则相吻合这一问题时,也应予以考虑。^[96]

[85] BVerfGE 115, 118 (157), 依照《联邦宪法法院判例集》尤其是第157页:“基于法定的授权……而故意杀害无辜的人,这在《德国基本法》第1条第1款的效力范围下是完全无法想象的。”

[86] 参见前注[3],第86页以下;Kuhlen, § 52 Abs. 1 Nr. 2c WaffenG (unerlaubter Waffenhandel) als Beispiel mißglückter Strafgesetzgebung, in: Putzke e. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf-Dietrich Herzberg, 2008, S. 931 ff.

[87] 像第211条(谋杀)、第228条(对违反善良风俗的身体侵害的承诺)、第240条(强制)或第266条(背信)。

[88] 对此,参见前注[3],第95页,有进一步的提示。

[89] 例见 Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 17 ff. 不同的(且在我看来比较正确的观点)见 Herzberg, Wann ist die Strafbarkeit “gesetzlich bestimmt” (Art. 103 Abs. 2 GG)?, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 31 ff.

[90] BVerfG NJW 2008, 1137.

[91] 而且这个判决也马上遭到投了反对票的哈塞默的批判,也就是说,既是刑法学者又是宪法法官的人,也抨击这个判决。BVerfG NJW 2008, 1142 ff.

[92] 如此的表述,见 NJW 2008, 1137 (1138). 其详述道:“法益保护的理念,并未预先准备好同时符合下列条件的、有内容的任何标准:这种标准不可避免地要被纳入宪法、这种标准的任务旨在设定立法者之规制权的最外部界限。”

[93] BVerfG NJW 2008, 1137 (1138).

[94] 也就是,要符合和刑罚法规及依据其施加处罚相联系的、侵犯基本权利上的合比例性的基本标准。

[95] BVerfG NJW 2008, 1137 (1139, 1140).

[96] 对此,详见前注[3],第76页以下,有进一步的提示。

3. 如果人们接受这种思考,那就意味着,基于德国的经验,我们应当积极地评价,刑法基本原则通过这种过程在宪法上的实定化。确切地说,这也清晰表明,理性上讲,我们这里所讨论的**转移**,不得理解为以宪法设问和解题来**取代**刑法的设问和解题。理由是,像法益学说,可能就应实事求是地予以维持,同样地,要求刑罚法规及其解释具有明确性,也是实事求是的。这些内容,即便未达到有必要入宪以硬性对抗立法者和刑事法庭的程度,它们作为刑法上的论证,(对于刑事法庭以及刑法科学而言)也是有意义的。而且,和刑法上的基本原则一样,宪法上的基本原则也不因其实定化而使人们对它们从哲学角度的思考得以穷尽。^[97]相应地,即使刑法基本原则同时拥有了宪法上的等级,也不能改变刑法论证以及刑法科学的**独立性**。

基于此,我们便可以回答“法益学说在联邦宪法法院那里还剩下什么呢?”^[98]这类问题了:在宪法上,法益学说没有什么内容了;但在刑法上,法益学说却一如之前那样内容丰富。不过,刑法学现在有了个亟需注意的、新的对话伙伴:联邦宪法法院。这样,法益学说的支持者们,大概就要以卡尔斯鲁厄(德国联邦宪法法院设址在卡尔斯鲁厄——译者注)针对第173条第2款第2句的判决,重新思考一下法益学说在体系上的批判性主张了。同时,作为法律学者,也要将联邦宪法法院的特定权威考虑在内,在实践中,联邦宪法法院的判例也要以是否得到认可而不断地经受**检验**。

不过,在刑法科学的讨论范围内,联邦宪法法院确实是不同于其他对话伙伴的**另一对话伙伴**。因而,如果谁觉得像将立法者限制在法益的刑法保护上这样的观点有说服力,^[99]今后就有望在支持该学说之时,同时宣告该学说虽未在宪法上得到认可,但却一如既往地具有合理性。在这里,就刑法科学相对于各国现行宪法的独立性,我只是进行了粗线条的勾勒和不够充分的论证。但是,借此我们同时也领会到了科学的根基。按照在欧洲长久以来的理解,这种科学根基具有“大体超越国别的维度”^[100]。对此,若热·德·菲格雷多·迪亚斯已经做出了宝贵的贡献。

四、结 论

在法治国家的刑罚法规里,自欧洲启蒙时代以来形成的许多基本原则,今天都被理解为宪法性规范了。本文先是针对实体刑法中像罪刑法定和罪责原则这类基本原则,详述了法学-哲学原则向实定、现行的宪法原则的转型。之后,根据特别是联邦宪法法院以及联邦最高法院的新近判例,详述了这一转型的相关问题。这种转型,一方面提升了法治国家基本原则的规范层级和实践上的有效性,另一方面,也使得专业问题的讨论更为复杂,并使得权力分立体系中的权利平衡倒向法院,而非立法者,在发展趋势上,这削弱了刑法的明确性。尽管存在这种矛盾,但是,德国经验还是将这一(将传统上由刑法解释的原则纳入宪法之中的)转型总体上评定为正面。不过,将刑法原则纳入宪法,并不意味着要取代迄今为止对刑法基本原则的解释、论证,而只是要对这种解释、论证加以补充。因此,不管各国现行宪法如何规定,刑法科学仍然维持着其哲学视角以及国际视角。

(责任编辑:赵秀举)

[97] 对此,参见前已引述的罪责原则的例子。

[98] 这是格雷科(Greco)的判决评论的题目。Greco, ZIS 2008, 234.

[99] 在我看来,则不是如此。Kuhlen, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, S. 148 (151 f.).

[100] Silva Sanchez, Straftatsystematik deutscher Prägung: unzeitgemäß?, GA 2004, S. 679(680).