

刑法的任务不是法益保护吗?*

[德]克劳斯·罗克信** 文 樊文*** 译

I. 一个行为在内容上必须具有什么样的性质才能受到国家刑罚处罚的问题¹⁾,

- * 本文《Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?》选自《实证和学理的根基,刑事政策的动力(Empirische und dogmatische Fundamente, Kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag)》(2005),第135—150页。本文的翻译和发表取得了作者的授权。

作者题记:下文是我2004年10月和11月在哥伦比亚和秘鲁所做的演讲内容的重述。这个演讲之旅是我当时为什么不能亲自参加 Bernd Schünemann 60岁生日研讨会的原因。但是,我想至少在论文集对我过去的助手和学生而今是我的朋友和同事、与我有着密切的私人 and 学术关系的 Bernd Schünemann 表达我的敬意。我所选择的下面的演讲,是因为它与 Schünemann 复兴立法批判的法益理论的努力是有联系的,并且它显示了我们在许多方面在刑法学理的基本问题上方向一致的追求。根据我原来的计划,我想给予德国读者一个另外版本的内容,出于重要的个人原因必须放弃。因此我保留了“国际”演讲风格的原始记录,并且希望 Schünemann 笑纳来自于他的前“主任”的这份微薄之礼。

译者提示:王世洲教授翻译的 Roxin 教授的1997年德文第3版《刑法总论教科书》出版不久, Roxin 教授的2006年德文第4版就出版了。在该版本中,法益理论是作者作了重大改动的部分之一。翻译作者最新的这个演讲并以最新版教科书的相关观点对这个演讲做适当补充,目的在于及时弥补这种翻译“时差”所造成的缺憾,给读者提供法益理论在德国发展的最新文献信息。

有兴趣继续探索本专题的读者,2005年以后的文献可以参考: Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektive Rechtsgüter; Herzog, Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung—Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrecht, 2005, 117; von Hirsch, Fairmeß, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen; ders., Belästigendes Verhalten: Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?, FS Eser, 189; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus; Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht; Prittwitz, Risikogesellschaft und Strafrecht, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, 131; Roxin, Schlußbericht, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, 175; Seelmann (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, ARSP—Beiheft 101, 2005; Roxin, § 2 Der materielle Verbrechensbegriff, in: Strafrecht, AT⁴, 2006.

- ** 作者系德国慕尼黑大学法学院刑事法学教授。关于罗克信教授的学术背景及其成就与影响,请参阅王世洲教授《德国刑法总论教科书》2005年中文版的作者介绍。
 - *** 译者系中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员,德国弗莱堡大学法学院博士生。
- [1] 可予刑罚处罚行为在内容上应具备什么样的性质问题,实质上也就是“实体犯罪概念”的问题。实体犯罪概念能够为可罚行为提供实质标准,即给立法者可以处罚什么、不应该处罚什么提供刑事政策的尺度。Roxin 教授认为,实体犯罪概念的表述应产生于“补充性法益保护”的刑法任务。——译者注

不仅对于立法者而且对于刑法学越来越成为一个核心问题。因为许多人赞同：一个现代的立法者，即便他在民主性上是合法的，也不容许因其不喜欢某种事物而因此予以刑罚威胁。一个奉行使公民服从、顺应并易于控制的价值的当局，不希望对政府的激烈批评、异类信仰的实践或者偏离公民规范的私人行为。历史——包括当今——揭示了致力于镇压如此行为的刑事司法的许多例子。但是，根据我们西方文明如今所达到的标准——我只是在这个范围内进行介绍——处罚一个行为，无论如何还需要别的合法性，而不是立法者的纯粹心愿和喜好所提供的这个合法性。

II. 战后，德国刑法学借助法益理论一直试图给刑法的暴力干预找到一个界限。其基本思想是：刑法只能保护具体的法益，而不允许保护政治或者道德信仰，宗教教义和信条，世界观的意识形态或者纯粹的感情。^[1] 我和别人共同起草的1966年西德刑法选择草案——该草案是想针对当时的政府草案提出一个相反的现代刑事政策的选项——第2条第1款就作了如此纲领性的表达：“刑罚和矫正处分服务于法益保护和行为人重新融入法律共同体。”

德国的立法者虽然没有采纳这个纲领性提法，但是，无论如何，立法者后来还是在法益保护理论的影响下完成了对德国性刑法的改革。自此以后，我们的刑法典的相应部分，不再像以前冠以“违反风化的重罪和轻罪”，而代之以“针对性自主权的犯罪”。因为“风化”不是法益，那么就在刑法上不受保护，这样使得诸如（当时被评价为不道德的）成人间的同性恋，交换配偶，与动物性交和其他的违反道德行为，最终都免于刑罚处罚。

III. 1973年结束的性刑法改革在德国把法益理论推到了对其承认的历史最高点。虽然，法益理论的个别反对者以这样的观点进行争论^[2]：成人间同性恋的可罚性，不是出于这种行为没有损害任何人的法益，而是因为人们的观念已经发生了变化并且这样的行为也不再被认为是不道德的了，而遭到废除。而事实上，同性恋如今在德国才被评价为一种伦理上中性的性取向的特殊形式。但是，这恰好正是非刑罚化的结果而不是其原因；而且，就在同性恋可罚性条款被废除的前几年，新刑法典政府草案在1962

[1] 对于法益理论在内容上和趋向向上相互偏离很远的最为重要的书籍是：Jäger,《刑法立法和风化犯罪的法益保护(Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten)》(1957)；Sina,《“法益”概念的学说史(Die Dogmengeschichte des Begriffs “Rechtsgut”)》(1962)；Amelung,《法益保护和保护社会(Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft)》(1972)；Marx,《“法益”概念的定义(Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”)》(1972)；Hassmer,《犯罪理论和犯罪社会学——实务取向的法益论的观点(Theorie und Soziologie des Verbrechens—Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre)》(1973)；Hefendehl,《刑法中的集体法益(Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht)》(2002)；Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.),《法益理论(Die Rechtsgutstheorie)》(2003)。

[2] Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、389页；Hirsch,《Spinellis 祝贺文集(FS Spinellis)》(2001),第425、432页。

年还把同性恋描述为“伦理上特别应予非难的并且根据公众的信念是下流的行为”。〔1〕

如果人们否认法益概念在当时讨论中的决定性影响,那么除此之外还会对1968年出版的以法益理论为基础的“性犯罪”选择草案是立法者的蓝本的事实产生错误的认识。如果人们否认在这个领域法益理论的胜利,那么最终也就不会想到,根据如今的观念仍是不道德的行为方式,就像已经提到的交换配偶或者与动物性交的情况,也都是由于缺少法益损害而免于刑罚处罚。

IV. 前面所描述的改革结束之后,德国对法益概念长时期没有再进行细致深入地研究。只是在过去几年,才重新燃起对该概念的热烈讨论。〔2〕在讨论中,任何刑罚威胁的目的必须是防止法益损害的假设,越来越受到批评。这里我仅举出三个认为把刑法限制于法益损害是不可能的或者是错误的、有代表性的论者。〔3〕

〔1〕 政府草案的根据(理由)(1962),第376页。

〔2〕 1995年5月底在Rostock召开的全德刑法学教授会议上“机能论还是古老欧洲的思考原则?(Funktionalismus oder alteuropäisches Prinzipiendenken)”的主题辩论,掀起了新一轮的刑法任务之争。2000年,机能论的代表Jakobs教授以西班牙文发表了自己的观点;2003年,他在齐藤诚二(Saito)教授70岁生日研讨会上又以同样的题目发表了自己观点的德文版。——译者注

〔3〕 Roxin教授在其2006年第4版《刑法总论教科书》中还提到了文献中的其他几种不同的观点。他说,尽管观点不同,但是,那些对法益概念的刑法的界限界定功能持反对或者怀疑态度的作者,还是完全承认对刑法立法者的干预权给予某种限制或者至少要对于可罚性的实质内涵做出解释的必要性。

除了这个演讲中提到的三个代表人物的观点外,他还对其他六个代表人物(Jescheck/Weigend, Zipf, Welzel, Lenckner, Amelung)的四种观点进行了评述:

1. Jescheck/Weigend认为,法益概念如今更多的是服务于把刑法限制于对危害社会行为(不是单纯的不道德的)行为的处罚,但是,对于刑事政策问题“从法益概念中推导不出任何东西。重要的是法律政策的决定,而对于此等决定基本法当然有一些预先的规定(国家的保护义务,刑法的补充性)”。以类似的方式,而不是根据法益保护思想,Zipf说,“实体的犯罪概念”是“一种由宪法秩序和刑罚理论预先铸就的概念。在此对于多极的国家和社会形象的信念就产生了特别的意义。在我们当今的社会秩序中,犯罪不可能从偏离的世界观或者从不同的道德观念中产生的”。所有的这一切包含了在此所提出的理论的重要元素。但是,这些元素纳入补充的法益保护理念还需要大量的刑事政策结论的具体推导,而像上面所引用的表达还处于提示语词之类和不受约束的状态。

2. Welzel提出的观点认为,刑法的“中心任务”不在于法益保护,而在于保障“正面的社会伦理行为为价值的效力,比如,尊重他人的生命、健康、自由、财产等”。“刑法的首要任务”是“保障法律观念的行为价值的遵守;而且他也看到,“个人法益的保护”已经“包含”在基本观念价值的优先保护之中了。

这种观点常常遭到批判的是,认为它脱离了行为刑法轨道而转向观念刑法。但是这种批判肯定是不公正的,因为Welzel并不想借助于刑法来贯彻任何“正面/积极的”观念,而只是想要在刑法典中受保护的法益并维护对规范的承认。不过在此也说明,Welzel混淆了手段和目的并在结论上与这里所提出的理论几乎没有什么区别。因为在公众意识中稳定规范,即使从所谓的“积极的一般预防”的目的看来,无疑也是属于刑法的任务,而且,Welzel的这些表述并没有得出别的什么结论。另外,提出尊重他人的生命、财产等自然不是基于自身的缘故,而是为了防止法益损害。因此,这种提法只是法益保护目的的手段。

Hirsch^[1]认为，“不存在”一个预先给予立法者的法益概念。“对刑法预先给出的限制，法益概念没有提供适当的根据”。Stratenwerth^[2]关注文献上各种不同的法益定义，从中得出结论认为，“一个无所不包的法益实体定义”等于是“本身无法解决的任务（Quadratur des Zirkels）”，即是不可能的。除此之外，他还提出了这样的观点，创设一个犯罪构成的根据不是法益保护，而是这种行为的不受欢迎（或者说违人心愿）。必须“看到，希望维护特定规范或者另一方面根本不希望一种行为，这种社会的和立法上所确定的基本立场是决定性的”。^[3]最后是Jakobs^[4,5]，他认为，刑法的任务从一开始就

3. 根据Lenckner的观点，犯罪不只是法益损害，“同时也是义务损害”。因为，像在不能未遂的情况下，就可能缺少法益的损害或者危险。另一方面，在——比如由一个完全正确驾驶的司机所造成的——现有的法益损害的情况下，也可能不存在其他的“重要的犯罪前提”。义务损害应该有时能够替代法益损害，有时必须附着于法益损害。

但是，这里只是与在此提出的理念的明显偏离（不同）。因为即使是不能未遂，对于所保护的法益多半也是危险的；立法者例外处罚没有危险的未遂的地方，处罚“动摇法律的规范违反”也应该是服务于法益保护，该法益的损害受到规范的禁止。另外，“犯罪”有着多于法益损害的内涵，即是一个符合犯罪构成的、违法并有责的法益损害，是不言而喻的。但是这丝毫不改变这个事实：对于犯罪的处罚是服务于法益保护。

4. Amelung想把实体的犯罪概念建立在——通过刑罚威胁予以防止的——社会危害理论的基础上。但是，对于这种理论内容上的精确化，他没有借助于法益理念，而——类似于Jakobs——明显是以Parsons的社会体系理论为根据。但是，这种根据行为的体系功能进行犯罪概念的构建，得出的结论只能是：人并不是由于自身的缘故，而仅仅是因为社会的缘故才受到保护的，因而，只要社会的整体制度没有遭到损害，人自身也是可以牺牲掉的。为了避免出现与法益思想的自由主义方向相对立的结果，Amelung想通过基本法（主要是《基本法》第1条和第2条）根本性的价值抉择对自己的概念进行限制。通过这种方式，他得到了一个类似于本书所提出的结论。但是，这种——实质上必要的——限制与出发点是矛盾的，并且掩盖了这样的认知：国家是为了个人而存在的，个人必须由于其自身的缘故而不是作为社会整个制度的部分而受到保护。——译者注

[1] 参阅Hirsch《Spinellis 祝贺文集（FS Spinellis）》（2001）的文章，第425、436、445页。

[2] 参阅Stratenwerth《Lenckner 祝贺文集（FS Lenckner）》（1998）的文章，第377、378、388页。

[3] 参阅Stratenwerth的文章，in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers（注1），第299页、230页。

[4] 这里我仅限于他最后的并最详尽的对这个题目的论述：《刑法保护什么：法益还是规范效力？（Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?）》，《齐藤祝贺文集（FS Saito）》（2003），第17页及下几页。这篇文章早先以西班牙的译本发表在：Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nr. 1（2000）154。

[5] Jakobs教授的《刑法保护什么：法益还是规范效力？》的德文版（2003）发表在《刑事法学的现实和发展。齐藤诚二先生古稀纪念文集（Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag）》第17—37页。该文中文版，参阅李圣杰译《刑法保护什么：法益保护还是规范维护？》一文，in:《台湾德国2003年刑法学术研讨会论文集》，论文编号8A，2003年10月；王世洲译《刑法保护什么：法益还是规范适用？》，in:《比较法研究》2004年第1期（总第71期），第96—107页；王世洲前译，《刑事法学》转载，中国人民大学（复印报刊资料），2004年第4期，第6—17页。另外，对效能论的刑法任务进行商榷的中文文献还可参阅许玉秀教授的《刑法的任务——与效能论的一次小小的对话》，《刑事法杂志》2003年，第47卷第2期，第1—14页。——译者注

不是法益保护,而是证明规范的有效性。犯罪行为是犯罪行为人对规范的否认,而刑罚的意义在于,宣告“行为人的主张是不足为据的,并且规范一如既往地继续有效”。〔1〕从这个观点看来,继续研究法益概念就是多余的了。

但是,将法益保护作为一种针对刑法干预的限制手段,这样的思想在其支持者和辩护者那里早就已经存在了。30多年来一直是其所谓的“体系批判的”法益概念的主角〔2〕,而今已是德国联邦宪法法院副院长的 *Hassemer*,不久前〔3〕说:“用刑罚威胁来禁止一种行为,而这种禁止不能以法益作为根据,那么这种禁止就可能是国家的错误……对于行为自由的干预就可能不具有体现干预意义的合法化根据”。*Schünemann*〔4〕解释说,放弃法益保护原则的批判潜力将会使得刑法再次回到“启蒙之前的水平”。“不仅要坚持法益概念对于刑法学理的核心地位,而且法益理论的真正充实甚至就在眼前”。

V. 今天我们又陷入了激烈的原则讨论,在这个讨论中我加入了法益理念辩护者的行列。在我直面它的反对者之前,我想有必要在此把我自己的概念作一简要的交代。因为关于什么是法益,有许多不同的观点,如果人们提前澄清了他们自己所理解的法益是什么,并且清楚从什么地方推导出了法益保护对刑法的限制,那么才能对于该题目进行富有意义的讨论。

我的出发点是,刑法干预权的界限必须来自刑法的社会任务。至于这种任务之外是什么,逻辑上就不可能是刑法的对象。刑法的任务在于,保证公民和平、自由和有社会保障的生存,只要这个目标通过其他的、更小严厉性的干预公民自由的社会政策措施不能达到,那么它就是刑法的任务。就像我所说的,任务的这种描述是当代所有议会民主体制的自身应有之义和当然理解,因此就不需要大幅铺陈的理论根据。

尽管在历史上刑法和刑罚的根据不断地得到启蒙的理性法思想的合法化,而这种思想是民主国家形式的基础。〔5〕根据社会契约的思想理念,只是为了达到自由与和平的共同生活必要的时候并且这种生活在程度上只是不能通过其他更轻的手段达到时,作为国家权力所有者的公民才把如此之多的刑法干预权转让给了立法者。这种理念的思想背景是,国家的干预权和公民的自由必须达到平衡,这种平衡提供个人尽可能必要的国家保护,同时又给予尽可能多的个人自由。我们启蒙——自由主义的这个传统目标绝没有过时,而必须总是日久弥新地、不断地抵御各个领域限制自由的

〔1〕 这段最近的引述出自作者在《Hung 纪念文集(GS Hung)》(2003)中发表的《公民刑法和敌人刑法(Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht)》一文,在该书第42页。

〔2〕 参阅 *Hassemer* 在注1所提到的他的教授资格论文。

〔3〕 参阅 *Hassemer* 的文章, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens(注1),第57、64页。

〔4〕 参阅 *Schünemann* 的文章, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens(注1),第133、145、154页。

〔5〕 参阅 *Schünemann* 的简要总结, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens(注1),第133、141、143页;进一步的论述参阅 *Hassemer* 的文章, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens(注1),第57、58页,他认为“人权取向的刑法根据和刑罚根据,主要推导自启蒙时代的政治哲学”。

趋势。

总而言之：在法国的民主体制下，我把这种体制作为国家理论理想的基础，刑法规范只能遵循保障公民在维护人权前提下和平自由的共处目的。只要这种目的以更宽容的方式不可达到，那么在此，国家就必须借助刑法手段保障这种共处必需的个人前提（比如，保护身体和生命、意志活动的自由、财产等）以及保障这种共处所必要的国家公共设施（运转的司法，正常的货币和税收制度，没有腐败的行政等）。

所有在这些前提下规范的合法保护对象，我把它们称做法益。^[1] 这些不是以前多次假设的想像中的意义主体——如果是这样，那么它根本就不会受到损害——而是现实的存在（*Gegebenheiten*）^[2]；生命，身体完整性或者对于物的价值的使用权（财产）。在此，法益不需具有必要的物的具体现实性。财产所提供的物的使用权，或者通过强制禁止所保护的意志活动自由，都不是有形有体的对象，但是它们确实是经验现实的组成部分。另外，基本权利和人权，像人格的自由发展、表达自由或者信仰自由，都是法益。对这些权利的克扣会导致社会生活中很现实的损害。同样，国家制度，像司法机构或者货币体系或者其他的公众法益，虽然不是有形有体的对象，但是它确实是生活所必要的现实，对它的损害会长远地危害社会的效能和公民的生活。

[1] 要注意与行为客体的区别。Roxin 教授认为，法益不同于具体的行为客体。比如，盗窃（第 242 条）的行为客体是“他人的动产”，但是所保护的法益是财物和支配权。具体而言，法益和行为客体的关系可能是不一致的。第一种可能性是，两者是重合的：对于诈骗，财产（*Vermögen*）是行为人实施行为的损害的对象，也是被保护的法益。这里，行为客体和法益在形式和内容上就是一致的。第二种可能性是，虽然在内容上是一致的，但是形式上是不一致的：第 212 条（杀人）的行为客体是一个“人”，被保护的法益是“生命”。第三种可能性是法益和行为客体完全不一致，就像盗窃所显示的。另外可以提供的例子是文书犯罪，其行为客体是伪造的文书，但是被保护的法益却是证明流通（往来）（*Beweisverkehr*）。

要强调的是，像最初 *Binding* 和 *Welzel* 提出的，法益是现实（实体真实）的东西，而不是单纯观念上（想像中）的形像（产物）。虽然法益不必是有形体的基础物，但是为了能够危及或者损害，法益必须有一个可以损害的现实性。荣誉（尊重）虽然不是什么物质的东西，但是，它有社会的现实性并能够通过侮辱、流言蜚语和诽谤遭到有效地损害。证明往来虽然不是有体的对象，但是它是一个在现实中进行的、通过使用伪造的文书可被长期破坏的社会互动过程。而至于作为法益的“财物（*Eigentum*）”，这种法益不是一个单纯的思想构想——如果是作为“权利”的财物，通过盗窃是根本不可能侵害的——而是一个法律上—社会上的确实能够被损害的使用权。

与此相反，许多情况下法益被理解作为一种单纯的抽象（概念）、思想的产物或者观念中的价值。法益是“受法律保护的社会秩序的抽象价值”（*Jescheck/Weigend*, AT⁵, 257.），“观念中的社会价值”（*Wessels/Beulke*³⁴, § 1 Rn. 8.），不是“外在世界可以把握的东西，而是……思想的产物……”（*Sch/Sch/Lenckner*²⁶, vor §§ 13ff. Rn. 9），法益是“一种被精神化了的观念上的价值”（*Baumann/Weber/Müsch*, AT¹¹, § 3 Rn. 18.）等。要摒弃这种“观念上的法益概念”。因为，如果把刑法的任务看作是保护法益不受损害或危险，那么，这就与作为观念上的价值是不可能损害的法益观点是矛盾的。此外，观念上的法益概念助长了没有现实内容的总体概念假冒法益的趋势。由此，就会瓦解法益概念的刑法界定力量，贬低其效能。——译者注

[2] *Hefendehl*（注 1）一书的中肯观点参阅第 28 页及以下几页。

在这些思考的基础上,可以把法益作这样的定义:对于安全、自由的、保障所有个人人权和公民权的社会生活所必要的,或者对于建立在此目标上的国家制度的运转所必要的现实存在或者目的设定就是法益。^[1] 在此应该指出现实存在和目的设定(Zwecksetzungen)的区别在于,对于立法者来说,法益并不必然地像人的生命一样是预先给定的,也是可以通过立法者创设的,就像税收的权利所展现的属性。

这里所介绍的概念明显是“人的”法益概念,就像它在30年前以类似的方式并与西德选择草案一致,首先由 Rudolphi, Marx 和 Hassemer 提出的一样。^[2] 虽然如此的法益概念决不可能只限于个体法益,而是包括公众法益。^[3] 但是只有当它最终服务于个体的国民时,这种公众法益才是合法的。对于流传下来并得到一般承认的普遍法益就是这种情况。很容易看到,一个有序的司法和正常的货币体系对于社会中个人的自由发展是必要的。尽管公民常常痛恨的纳税义务的目的并不是使国家发财,而是个人获益,这种获益来自税收所支持的国家成就。这种所描述的人的法益概念是自由法治国的适当表现形式,我的论据即来自这种体制。

另外,这里赞成的法益概念是一个批判立法的法益概念,通过这种方式,该法益概念要达到这样的目的:告诉立法者合法刑罚处罚的界限。^[4] 因此它区别于所谓的方法上的法益概念^[5],根据这种概念,法益不是被理解为别的,而是被理解为法律的目的,即法律之理。要拒绝这种法益概念,是因为它对于其他承认的目的论的解释的基本原则没有给出什么结论。

VI. 现在,一个如此自由主义的、个人的、批判立法的法益概念具体有什么用?它给立法者划出的界限是什么?这是一个走得很远的、确实需要一本书才能处理的题目。因为,人们必须在仔细认真的分析中检验大量德国的和德国之外的犯罪构成与这里所提出的权利保护原则要求的一致性。因为这在这个演讲范围内是不可能做到的,我只能提纲性地列出要点。

第一,明显的是,纯粹在意识形态上所启动的或者违反基本权利和人权的刑法规

[1] Roxin 在其第4版《刑法总论教科书》(2006),第2章边码7对法益概念的最新定义是:法益是指所有对于个人的自由发展、其基本权利的实现和建立在这种目标观念基础上的国家制度的功能运转所必要的现实存在或者目的设定。——译者注

[2] 参阅 Rudolphi 在 FS Honig(1970)的文章,第151页;Marx 和 Hassemer 在注1提到的一书中的观点。

现在 Hefendehl(注1)提出了“超越宪法的法益实体化”(第42页及下几页)。根据该观点,“不与个人无关的普遍法益”(第60页)。就像这里所提出的观点,该观点是以“由基本法预先确定的自由国家的理念为基础的,国家宪法和国家的活动是向着人的尊严而制定和实施的”(第61、62页)。

[3] 对于集体法益的基础性论述,参阅:Hefendehl(注1);Anastasopoulou,《保护集体法益的犯罪类型(Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter)》(2005)。

[4] 在注1提到的专著和在近来对该主题的报告(注10)中,Hassemer 提出了“体系批判的”法益概念。在我看来,这个提法“在立法批判上”更为合适,因为批判是在现行宪法体系的范围内进行的。

[5] 参阅 Honig 在《被害人的同意(Die Einwilligung des Verletzten)》(1919),第30页;Grünhut, FS Frank Bd. 1(1930),第1、8页。

范是不允许的。比如,批评政府言论的可罚性,违反表达自由的基本原则;不同种族婚姻的可罚性,违反平等原则。这两个原则都包含在德国宪法中并在国际上获得了承认,同样约束立法者。

第二,单纯的法律目的的限定不能作为任何法益的根据。不做具体展开,我从德国法中举两个例子予以说明。德国法处罚为自用目的而获得少量大麻^[1]和任何移植目的的人体器官交易。^[2]就像在我们日常生活中常常发生的事情一样,如果在第一个例子中把“没有毒品的社会”^[3]和第二个例子中把“防止捐献器官的商业考虑”看作受保护的法益,^[4]那么这种纯粹法律目的的限定并不能满足这些规定的合法性。^[5]因为,由此只能说明,立法者希望什么。但是决定性的是,人类的自由和平共处是否由此受到损害;如果经由国家的控制防止了滥用,就不会出现这种(根据立法者的好恶而设立刑法规定的)情况。

第三,单纯的违反道德不能满足刑法规定的合法化。只要没有损害任何人的自由和安全,就没有损害法益。我已经在开始时举了很多这方面的例子。

第四,违反人类自身的尊严同样不是法益损害。^[6]近来德国立法者更倾向于把违反人类自身的尊严作为刑罚处罚的理由。这方面的例子,比如一个人的生殖细胞的遗传信息的任何人为的改变都是可罚的^[7],因为对于胚胎的如此干预据说违反了人的尊严。如果通过这种方式操控了一个新生儿的遗传利益,那么在这种情况下确实存在着法益损害,因为由此损害了他不可预先规划的发展可能性(发展自由)。但是,如果这种干预是为了防止严重的遗传疾病,那么就没有损害这个孩子,而是改善了他的生活机会和发展可能性。这就不是法益损害。

第五,感情的保护只是在感情受到威胁的情况下才能看作是法益保护。如果德国立法者用刑罚威胁来对付对部分居民的歧视(煽动仇恨或者暴力措施或者蔑视贬低)^[8],那么就是正当的法益保护。因为保障公民没有恐惧的社会生活是国家的任

[1] 《麻醉品法》(Betäubungsmittelgesetz)第29条。

[2] 《移植法》(Transplantationsgesetz)第17、18条。

[3] 这种刑事可罚性的根据并不成立。因为,它并没有回答这个关键问题:入罪化的行为是否损害到了人类和平的共同生活?——译者注

[4] 德国器官移植法规定,人的身体器官交易有着无例外的可罚性。人们把“防止器官捐献的商业考量”解释为被保护的法益,但是并没有给出根据。因为,这里开放着的问题是,某人,比如对于死后器官捐献要求有利于其遗属的适当报酬,由此对本人和社会是否产生了或者到底产生了哪些损害?——译者注

[5] 对此参阅 Hefendehl(注1),第52页:“处罚单纯的不道德行为,与民主——法治国原则主题下的宪法基本原则是矛盾的。”

[6] Roxin 教授的最新表述是:违反人类自身的尊严或者“人性的尊严”对于刑罚处罚还不是充分的理由。参阅 Roxin,《刑法总论教科书》,2006年第4版第二章。——译者注

[7] 《胚胎保护法》(Embryonenschutzgesetz)第5条。

[8] 《德国刑法典》第130条第1、2款。

务。在德国,裸体主义者的行为^[1],只要这种行为对于相关的妇女肯定是产生了性侵犯的恐惧的情况下,其现行可罚性就是合法的。

但是,更大范围的感情保护不可能是刑法的任务。因为现代人类生活在一个多元文化社会,对于与自己价值观念不同的行为方式的容忍是其相处的前提。^[2]如果某人公然公开实施性行为而激起公众厌恶^[3],或者未经要求而投递给他人淫秽文书^[4],而受到德国刑法的处罚,那也就走得有点太远。另外,人们通常必须容忍许多自己不喜欢的东西,对于所描述的情况,可以通过不去看或者丢弃来自己解决这种问题。共同生活的自由和安全,无论如何不会由于这种自己不喜欢的东西而受到损害,因而这种刑罚处罚就是一种过度的反应。任何情况下,次要的烦扰领域都应该是警察法的调整对象。

第六,有意的自我损害及这种损害的促成和支持不能使刑罚威胁合法化。因为,法益保护以免于来自他人的侵害为目的,而不是对来自自我侵害的保护。只要应该通过刑法来促进法益保护,那么,只是在当事人有自主缺陷(Autonomiedefiziten)的情况下(未成年人,精神错乱者或者对于特定的危险不能做出正确的判断的人)^[5],国家温情主义(Paternalismus)^[6]才能合法化。如果自愿寻死者在完全有负责的状态下做出他的决定的,参与(帮助)自杀在德国应该是不受处罚的。但是,这与其他许多国家截

[1] 《德国刑法典》第183条(关于露阴行为的规定)。

[2] 防止公民不受负面情绪(不乐意,反感,不舒适感)的影响,原则上不可能是刑法的任务。“刑法的任务是维护人类的共处,而不是共同的感受”。一个多元、多种文化并存的社会中,维持一种和平的共同生活,恰恰要以容忍与自己的价值观不同的行为方式为前提。——译者注

[3] 《德国刑法典》第183a条。

[4] 《德国刑法典》第184条第1款第6项。

[5] 当事人自主缺陷还包括:受到欺瞒或者有意误导而陷入错误;受到威胁或者强制等类似的情况。——译者注

[6] 国家温情主义是指对个人自我侵害的刑法防御性保护。关于温情主义辩论全面而富于启发性的论述,参阅Klimpel, 2003; Bevormundung oder Freiheitsschutz, Kritik und Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften über das Leben, den Körper und die Sexualität im deutschen Strafrecht. Klimpel提出了“自主取向的温情主义”;如果自主决定导致“当事人人格自主性遭到破坏或者持续的损害”,那么根据“自主取向的温情主义”的观点,就达到了自主决定约束力的极限。“自主取向的温情主义针对的是这种自我毁灭的行为”并通过这种方式能够使得比如受嘱托杀人的可罚性合法化。Möller, 2005; Paternalismus und Persönlichkeitsrecht. Möller研究了英美在这个主题上的文献并得出结论认为,如果当事人通过自我置于危险的决定陷入与他自己的价值观念的矛盾之中,《基本法》允许国家的温情主义干预。可是,这是否正好使得刑法的干预合法化,就是另一回事。——Roxin. Strafrecht AT⁴, 2006, § 2 Fn 45.

然相反。^[1] 这在现代安乐死的讨论中是一个重要的问题。如果在有危险(冒险)的体育运动中发生了不幸,只要运动员自己之前已经意识到参与运动的危险,组织者和支持者就应该免于刑法后果之害。另外,已经提到的获得自己使用的少量软毒品的情况也与这种危险的自我意识和认受有关。这种情况也同样适用于喝酒和抽烟。^[2]

第七,象征性刑法规定^[3]不是服务于法益保护。对于保障和平的共同生活不是必要的,但为了谋求刑法之外的目的,就像安抚选民或者表达国家自我姿态的法律规定,是我所理解的象征性犯罪构成。我就只举一个德国刑法典上的规定^[4]作为例子:否认或者粉饰在纳粹统治下所实施的种族灭绝犯罪的,予以刑罚处罚。^[5] 完全或者部分否认历史事实,不承认犯罪,并不损害当代活着的人们的共同生活,尤其是因为这种事实是已经被证明了的并且其历史真相得到了普遍的承认。这种规定的实在意义在于,表达作为一个已改过自新的国家的当今德国,不隐瞒或者不回避希特勒时代的犯罪。这是一个值得肯定的目标设定。但是对这种犯罪的追究并不服务于法益保护。

[1] 在德国,刑法只是处罚受嘱托杀人(参见《德国刑法典》第216条),而不处罚帮助自杀。帮助自杀(Die Teilnahme am Suizid)与受嘱托而杀(Toetung auf Verlangen)的不同之处,要看最后直接结束生命与否的支配力是在谁的手上。许多国家与德国不同,对于受嘱托杀人和帮助自杀并不做区分,都给予处罚。Roxin教授在其第四版教科书中论述道:“法律政策上有争议的刑法典第216条(受嘱托杀人)的可罚性得到支持的前提是,如果认为,鉴于自杀者现实存在的不可逆转的(坚定)的特征,自杀意志的严肃性和自愿性只能通过亲手自杀(而不是第三者)才能充分明确地表现出来。也只有在这个范围内,侵犯他人生命的禁忌化的公共利益才是合法的。”——译者注

[2] 许多人自己使自己陷于危险:错误的饮食习惯;抽烟、酗酒或者其他种类的危害健康的生活方式;高速行驶汽车或者进行危险或者冒险的体育活动(比如,挑战极限、寻求刺激的项目)等。这些行为方式及其他人对这种行为方式的促成都不是刑法领域的合法对象。因为刑法的任务只是防止任何违背自我意志或自我意愿而受到的损害。基于被损害人的意愿所发生的不幸,不是法益损害,而是其自我实现的组成部分,与国家毫不相干。——译者注

[3] 专著有:Voß,《象征性立法(Symbolische Gesetzgebung)》(1989)。文章有:Hassemer,《Roxin 祝贺文集(FS Roxin)》(2001),第1001页及下几页;Haffke,《Roxin 祝贺文集(FS Roxin)》(2001),第955页及下几页;还有Hefendehl(注1)的文章,第179页及下几页。

[4] 《德国刑法典》第130条第3款。

[5] 70年代,当人们首次在各种出版物和电视记录片中展开对第三帝国的种族灭绝进行讨论时,很多德国人对此难以置信。这场在德国的名义下由纳粹发动操纵的骇人听闻的大屠杀,夺去了至少600万犹太人的生命,这确实让很多德国人不可想像。直到今天,还有人——主要是那些极端的右翼分子仍企图淡化甚至否认纳粹的罪行。他们的论调就是,纳粹在奥斯维辛集中营没有屠杀过犹太人,并将纳粹罪行视为盟国编造的谎言。这就是所谓的“奥斯维辛谎言”,即否认和粉饰在1933到1945年间纳粹在Auschwitz, Birkenau, Majdanek等地对大约600万犹太人进行的种族大屠杀。而今这个已经扎根公众舆论之中的概念所强调的是“否认大屠杀(Holocaust-Leugnung)”的历史真相,而不再局限于在奥斯维辛集中营所进行的屠杀。为了制止极端右翼分子在德国传播“奥斯维辛谎言”,1994年10月28日的《犯罪防治法》对《德国刑法典》第130条进行了修改并扩大了对于煽动罪的刑法规定,该条第3款规定,对纳粹政体的国际刑法上的罪行“公开地或者在集会上予以赞同、否认或者粉饰的,处以5年以下自由性或者罚金”。——译者注

因此,为此目的而投入刑法是不合法的。

第八,禁忌也不是法益,因此不应该用刑法手段对它加以保护。我只举一个最有挑衅性的例子:比如,如果已成年的哥哥和妹妹彼此同意并相互开始实施性行为,尽管不清楚它产生了什么损害,但是根据德国法^[1]并在国际上,乱伦经常受到刑罚处罚。经常假托的必须防止出现损及遗传的后代的根据,是不能令人信服的。因为一方面通常发生这种关系不为生育孩子;第二,如果发生这种情况,这个孩子也极少有可能受到遗传损害;第三,出于尊重人的隐私领域,国家也不能试图借助刑法来防止遗传损害。这个规定保护的是一种从人类公有化的原始时代流传下来的禁忌,这种禁忌并不取决于刑法是否禁止,即便是在如今还是受到尊重,但是,就像在启蒙时代所认识到的^[2],对于它进行刑法上的保护并没有充分的根据。

第九,最后不可把握的抽象保护客体也不能认作法益。比如,德国立法者在这样的前提下处罚各种不同的行为方式:这种行为方式“适于”“扰乱公共安宁”。^[3]因此并没有描述被充分具体化的法益。因为所要求的“适于”以经验上不充分的被认作基础的价值判断为前提。如果放弃这种模糊的一般概念,并以此为根据:是否应该预防确实的安全威胁或者是否它的目的只是保护感情或者禁忌观念,那么显而易见,理性上有根据的解决才是可能的。

VII. 我还能够继续罗列我的要点并举出好多例子。但是前面的简短概述在我看来可以说明,我所赞成的法益概念给可罚性的界限提供了完全可以使用的标准。可以肯定的是,对于我的任何一个假设都可以争论。^[4]但是不可争论的是:所有提到的犯罪构成的应受处罚性长期以来都被认为是有所问题的;所有对于判决来说重要的论据都明确或者不明确地约束着法益原则。

在我看来,这个原则,像我在这里已扼要提到的,首先是立法者的刑事政策准线,是建构依法治国——自由主义刑法的提示重点。进一步的问题:如果刑法规定不能承受这里所提出的标准的检验,是否这个规定甚至根本上就可能是无效的,对于这个问题,我想只能就在德国的情况做一简要的提示。因为在此所涉及的是在不同的国家可能给予不同回答的宪法问题。

VIII. 至于德国法,尽管就像开始所提到的,刑法受到法益保护的约束和限制肯定是从议会民主制度的国家理论根据中推导出来的,但是,我们的宪法法院迄今还没有

[1] 《德国刑法典》第173条。

[2] 参阅 *Hommel* 为 *Beccaria* 侯爵先生的不朽之作《论犯罪和刑罚》而序的观点, *Hommel* 的前言(1778); *Berlin* 再版(1966),第15页写道:“与姐妹结婚,对于基督徒是罪孽,但不是公民的不法。因为只是通过这种方式我侮辱了什么人,才叫做犯罪或者不法。只有这种侮辱才是公民刑法的对象。”

[3] 比如已经提到的《德国刑法典》第130条和第166条。关于安宁保护的犯罪的详细论述参阅 *Hefendehl* (注1)第284页及下几页。

[4] 在这种坦诚的理性讨论中, *Mir Puig* 在 *GA* 2003 发表的文章第863、866页正好看到了法益概念的优点。

把刑法规定对于法益保护的适当性作为其有效性的前提予以规定，而很大程度上首先是在专著文献中可以看到对这个观点给予的肯定。^[1] 无视法益保护原则的批判潜能^[2]已经导致文献和德国立法者对于这个问题的严重忽视。

但是，还是存在着宪法接受法益保护思想的连接点。^[3] 法庭要通过合比例性基本

[1] *Lagodny*,《基本权利所约束的刑法(Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte)》(1996); *Appel*,《宪法和刑罚(Verfassung und Strafe)》(1998); *Stüchelin*,《宪政国家的刑法立法(Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat)》(1998)。

[2] 参阅 *Schünemann* 的文章, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers*(注1),第133、145页。

[3] 这就涉及到法益保护与宪法的关系。*Roxin* 教授在其2006年第4版《刑法总论教科书》作了如下的论述:联邦宪法法院迄今还没有采纳法益概念,即根本无意把法益保护的适当性作为刑法规定有效性的前提。刑法规定有效性的决定性检验标准是从法治国基本原则推导出来的合比例性原则。它由三个要素组成:手段对于实现所追求目的的适当(适宜)性(*Geeignetheit*)(有学者称为有效性,即采取的手段必须可能达到特定目的),取决于没有更轻的侵害手段的必要性(*Erforderlichkeit*)和相当性(*Angemessenheit*)(意味着过度禁止的狭义合比例性)。

但是,这些标准被进行了下面如此宽泛地解释,结果是立法的自由裁量实际上得不到限制。如果“这些措施……在法律颁布之时可以明显确定为是不可能达到的目的”,那么这样的刑法规定就被认为是不适宜的。必要性更多地涉及补充性原则,在补充性原则范围内,给予了立法者广阔的裁量空间。而如果刑罚威胁“不是完全不相当的”,那么就被认为是相当的;“考虑当时的具体情况有义务确定可罚行为的范围,原则上是属于立法者的事情”。*Stüchelin* 也正确地指出,宪法法院的实务见解“在过度禁止上……的特色是最大程度的保留”。

联邦宪法法院起初几乎没有批判地遵循只是后来已转向刑法的宪法界限的文献。*Paulduro* 完全以合比例性基本原则为依据,但是错误地认为,联邦宪法法院与其宣告个人法益不如宣告普遍法益违宪。*Lagodny* 否认存在一个置于刑法立法者之前的并对该立法者有约束力的法益概念,除此之外,他还指出,实体刑法以几乎完美的方式摆脱了宪法的控制。*Appel* 说:“在民主宪政国家……刑法法益论在其刑法限制功能上已经失去其意义。”但是,他也不想把刑法立法者置于其他的限制之下。“刑法防卫的政策抉择……是在一个开放的民主的意志形成程序中而不是通过宪法演绎推导做成的。”另外,*Stüchelin* 也提到:“法益理论本身看来,并没有给立法者以界限。”但是,他无论如何不想把宪法的过度禁止与法益论的结论联系起来并由此纠正这一缺点:宪法的基本法学理“迄今还没有把过度禁止在刑法规范上作特别的具体化”。

只是近来,联邦宪法法院的判例才成了不断受到批判的对象。事实上,令人感到奇怪的是,联邦宪法法院以极大的准确性和常常深远后果来审查行政决定、法院判决和其他领域包括立法决定,但是,偏偏是作为宪法控制的最严厉的国家干预的那些刑罚威胁应该予以撤销。

因此,*Schünemann* 批评联邦宪法法院,已经“丧失了法益保护原则的批判潜力”,尽管基本法完全有理由接纳该原则。第一,法益保护原则在“社会契约的理念基础”中已经确定了下来,这种社会契约的理念基础是基本法的前提并构成其历史根据。第二,正是纳粹时代反对法益保护原则才使得反自由主义方向被看作是宪法解释的有用工具。第三,刑法的投入意味着与直接的基本权利的限制有关的“质的突破”,使得一个损害法益的、即“重大的错误行为”被看作是可罚性的必要前提。“结果”,联邦宪法法院把“刑法理论转回到了启蒙之前的水平”。

原则来衡量刑法干预的容许性,该原则突出的特征是所谓的禁止过度干预(过度禁止)。不用多说,无法益保护的刑法规定,作为对公民自由的过度干预,肯定是无效的。^[1]但是人们必须给予立法者留下对这个问题作出判断的自由空间:刑法规定是不是法益保护的适当工具。但是,如果对这个问题任何地方都找不到一个真正站得住脚的根据,那么,无效性肯定是如此“不合比例的”刑法规定的后果。这种思考到底能够贯彻到什么程度,将来才会看到。

IX. 可是,人们不需要把法益保护原则看作检验犯罪构成合法性的唯一标准。德国刑法学上激烈争论的问题因而就是:我们的立法者把可罚性移向法益损害的前阶段的倾向,在法国的基本原则是不是站得住脚。譬如,如果根本没有发生任何事故,在喝了酒的状态下驾车(酒后驾车)也要受到处罚。^[2]另外,为了过后作为被盗之物而

而 Hassemer 想把基本权利和刑法传统相互联系起来,他认为,法益很好地“适合这种关系”。就像 Stüchelin 一样,他提出了这样的命题:刑法法益“不受约束地归入宪法的过度禁止。当然,人们可以说,没有法益思想的过度禁止的刑法重建是根本不可能的……”。对于 Hassemer 来说,法益“是行为禁止合法化的核心。如果它不能建立在适当追求认可的目的的基础之上,那么刑法的行为禁止——以刑罚威胁的形式……就不能被合法化”。这种认可的目的“不是别的,而是通过刑法达到的保护法益免于危害”。他的表述的最精彩之句是:“用刑罚威胁来禁止一种行为,而这种禁止不能以法益作为根据,那么这种禁止就可能是国家的错误。”另外 Bottke 想把“法益损害的要求”——他由合比例性的要求中推导出的——认作宪法前提之一,“在这种前提下,行为才可以置于法定的刑罚威胁之下”。在意大利,人们早就试图从宪法中推导出这个意义上的刑法的界限:只有宪法位阶上的利益(Güter)才受刑法的保护。

从趋势上看,主张宪法上接纳法益概念的赞成者及其对过度禁止的意义值得肯定。因为,就像这里我们所尝试的,如果法益概念从刑法任务中推导出来,这种任务本身又从我们宪法的社会契约的和基本权利要素的根基发展而来,那么从刑罚的这种根据中必定也能得出国家刑罚权的界限。一个没有所保护的法益的刑法规定是不相当的并对于公民的自由是一个过度的干预。

可是,人们不能作如此理解:好像前面描述的从法益理念得出的所有结论,在宪法上都应该是有约束力的。从两个理由来看,宪法上的约束力是一种过分的要求。第一,在关于在前述基础上形成的法益概念的刑法讨论中至少必须达到一个基本的共识。只要这个概念被如此任意定义,就像在开始所描述的,就不会有法院能够使用它。第二,但是人们必须给予立法者一个相当广泛的判断的自由裁量权。一个行为对于和平自由的共同生活能有什么后果并且这种损害后果出现的危险有多大,可以作出很不同的判断并必须由立法者来作出决断。

因此,在大多数情况下仍然是,从法益理念推导出的结论都是立法者必须重视但不受其强制的刑事政策要求。尽管起初的法益怀疑论者 Lagodny 现在提到了“基本权利的刑事政策指南功能”并认可:“刑法上的法益讨论的功绩在于找到了一个能够把立法者引入至少理论上的论据困境的指导思想。”在此,已经存在一个对于国家刑罚权理性讨论的重要贡献。但是,根据眼前的讨论现状,无论如何不能支持刑法规定服务于法益保护的看法的地方,如果我们的联邦宪法法院得出了相同的结论,就不应该害怕,宣布如此的规定是违宪的。——译者注

[1] Stüchelin(注32),第163—165页;Hassemer in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(注1),第57、64页;关于“作为宪法的负面限制的”合比例性的详细论述,参见 Hefendehl(注1)一书,第83页及下几页。

[2] 《德国刑法典》第316条。

申报保险,某人把自己投保过的东西予以藏匿或者丢弃,那么,他就会面临由于既遂的保险滥用^[1]的刑事可罚性。

这些在新的立法中大量存在的情况只有以修正的形式修改,法益保护原则才是有用的。我作为例子所提到的两个规定无疑服务于法益保护:第一个服务于交通中身体、生命和物的价值的保护,第二个保护保险公司的财产。这些规定的问题在于,这些被纳入犯罪的行为距离真正的法益损害还很遥远。在这一点上,从法益保护的理念所得出的结论只能是,对于这种可罚性如此重大的前移,需要有一个特别的根据来说明:对于法益的有效保护,这种前移为什么是必要的。

第一种情况提供了这种根据(因为喝了酒的驾车者不能在完全正常的程度上控制自己的行为,以至于任何时候都可能发生事故),但是第二种情况没有提供这种根据(因为藏匿或丢弃了自己财产的人,还总是可以支配的是:在此之后他是以诈骗的意图去提出保险理赔还是不去申报理赔)。大量复杂的预备和危险的可罚性的必要的各种区别,需要特别的研究,但是这里不可能进行。^[2]

X. 最后我想给法益概念的反对者说几句话,在这个反对者的问题上我只是限于开始提到的三个论者(*Hirsch, Stratenwerth, Jakobs*)为期最近的论说。

1. *Hirsch*^[3]并不否认从社会契约推导出的人的法益概念的可能性,但是认为这不约束立法者。“对于共同体利益,没有写明,根据其种类可以或不可以请求刑法保护”;对于个人法益,也没有表明“请求全面的刑法保护,比如对于只是暂时使用他人财产的情况”。法益损害的存在,就像盗用(*furtum usus*)^[4],只是说明,如果需要的话,处罚是可能的,并不是说它就是必要的(或者必需的、必不可少的)。除了法益保护原则,处于相同位阶的是补充性原则,根据该原则,对于人们用较轻的民法或者行政法的规范或者其他社会政策措施不能对付的地方,才允许使用刑罚予以威胁。就像我一直所说的^[5],

[1] 《德国刑法典》第265条。

[2] 近来,最重要的专著有:*Herzog*,《社会的不安全性和刑法的预防措施——对在危险领域对刑法保护前置的研究(*Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*)》(1991); *Zieschang*,《危险犯(*Die Gefährdungsdelikte*)》(1998); *Wohlers*,《预防刑法的犯罪类型(*Deliktstypen des Präventionsstrafrecht*)》(2000); *Hefendehl* (注1)。

[3] *Hirsch*,《Spinellis 祝贺文集(*FS Spinellis*)》(2001),第425,430页及下一页。

[4] *Sachentziehung*, 拿走他人的物品但不具有占有意图的行为。在《德国民法典》第858条第1款是指禁止的擅自行为(*Eigenmacht*),是违法的行为,产生赔偿损失的义务。但是在德国刑法上对于这种行为争议的问题是,给予处罚是否是适当的。——译者注

[5] *Roxin*,《刑法总论教科书》第1卷,第3版(1997),第2章边码1及以下。

刑法是一种补充性的法益保护。^[1]但是,这丝毫不影响像我的解释已经所表明的法

[1] 关于法益保护的补充性,Roxin教授在其2006年第4版《刑法总论教科书》进行了如下论述:法益保护不单由刑法来实现,而且整个法律制度的手段肯定有助于法益保护的实现。在所有考虑的保护手段中,刑法只是最后的手段,即当其他的社会问题的解决手段——比如民法上的起诉,警察法或者工商管理法的规定,非刑法上的制裁等——不起作用的时候,才能允许投入刑法手段。因此,人们把刑罚称为“社会政策的最后手段”并把它的任务定义为补充性的法益保护。在这一点上,刑法只是保护法益的一部分,而且对这部分保护并不总是一概普遍保护的,而常常(比如财产)只是针对具体的侵犯类型提供保护,因此人们也它称为刑法的“不完整(残缺)”特性。

另外,补充性原则推导自宪法上保障的合比例性基本原则:在国家可以用更轻的手段保护法益的地方,刑法的投入就是不必要的。比如,对于通常的违约行为,通过民法之诉和强制执行措施肯定就可以解决;在此用刑法干预,就是不合适的。只有以非法牟利为目的、以欺骗手段损害其生意伙伴,个人的财产法益受到持续损害,才导致刑法诈骗犯罪构成(第263条)的干预。因为诈骗者常常对于损失的赔偿既不能又不愿,而且除此之外,常常会逃避债权人的追讨,在此,更有效的法益保护只能通过刑罚威胁才能实现。相应的也适用于盗窃的规则。

这里也要处理区分犯罪行为和秩序违反行为的刑事政策问题。鉴于刑法法益保护的补充性,在用非刑法的制裁就足以保证达到所追求的目的之处,立法者应当规定秩序违反行为。这主要是指那些只是轻微的法益损害的违法行为。在此,立法者在创设新的总则时,已经适时地废除了以前的违法并把大部分转而归入了秩序违反行为(参阅《德国秩序违反法》第111条以下几条)。尽管有时有重大的法益损害,一个行为只是显示了较轻的社会伦理的非价内容,就要考虑在此设立秩序违反行为;如此,对于如今一般作为犯罪受刑罚处罚的轻微过失,作为违反秩序的制裁能够履行同样的保护功能,尤其是因为民事的损害赔偿义务能够发挥显著的预防效果。在其他案件中——比如一些形式的环境损害行为——工商管理法的规定缴纳义务(Auflage)和制裁可能常常比刑事追诉更为有效,而在查明这些案件的个人责任时,刑事追诉常常又遭遇重重困难。一些长期未得到充分利用的法律政策,也为使用民法的解决办法替代刑法的解决办法提供了可能性。这样——除了屡次的再犯——对于小商店里的盗窃,采用向店主赔偿金钱的办法,就是有意义的;而对于在企业里发生的盗窃,不是把这种案件交给刑事司法机关,应该提供一种适用于内部的“企业司法”的法律规则,就像在如今已在大多数案件中所实践的规则——尽管还缺乏足够的法律保障——一样。

另外,还有补充性法益保护的其他的在迄今的讨论中还几乎没有考虑到的可能性。因此,对于程度上较轻的严重法益损害可以考虑,通过向被害人支付不依赖于损害的金钱来替代刑事可罚性。比如,如果辱骂了他人(第185条)的人——在第186、187条由于名誉损害与此不同——必须向被辱骂的人支付一笔可观的金钱(作为一定程度上的精神痛苦补偿金),由此,公民的社会尊重的诉求,较之如果公民所期待的刑事告诉被证明是不成功的或者自诉的途径困难重重,也许会得到更好的保护。在补充性原则领域,要求许多建构性的社会政策设想,在这个领域立法和学术几乎常常出现了缺位。

但是,补充性思想比法益保护原则给立法的自由裁量提供了更为广阔的活动空间。虽然,合比例性原则在宪法上是有约束力的,可能导致不合比例的刑法规定无效。但是,实务上,立法者对于轻微违法可以相应适用轻的刑罚的做法,长期以来就一直没有被宣布为违宪。当不能确定较轻的手段(比如单纯的民法制裁)对于充分的成功是否相应的时候,立法者还有一个自行评估的特权。因此,补充性原则更多的是一个刑事政策要求而不是一个有约束力的规则。把犯罪行为转变为秩序违反行为,或者比如商店里或者企业里的盗窃的非犯罪化,在什么程度上立法者认为是合目的,是一个社会政策抉择的问题。无论如何,在这个问题上,实体的犯罪概念能够提供对于刑法进步必不可少的坚实的立法批判。

主张扩张刑法——主要在经济领域——的论者常常不断地提到这样的观点来相对化补充性原则:行政法措施(比如广泛的申报义务,报批义务和控制义务)常常能够产生比刑法制裁更严厉的压力。但是,确实是存在这种情况的地方,缺少较轻的规范调整可能性,就导致补充性原则不能阻止刑罚威胁的引入。但是,在对于干预严重程度做出判断时要考虑到,人们不能仅仅看到当事人在物质和组织上的付出;与刑法判决的在职业和社会上造成的不利相比——就像《德国刑事诉讼法》第153a条在实践中的实施所清楚显示的——这种付出通常还总被认为是更轻的并要置于刑事制裁之前。——译者注

益概念的重要意义。

Hirsch 继续说,从法益概念中“仅仅能够排除在法律上根本不重要的东西,而这并不是特别的刑法问题”。但是,在缺少法益损害的地方,是否废除或者不设立一种可罚性无疑是一个刑法问题。对于其他法领域也产生法律规范的容许性问题的情况,对此并不改变什么。另外,尽管对这种文化标准的损害没有损及到任何法益,在一些国家用行政法手段维护大众认同的文化标准,在我看来也不是不可以。如果北欧人在南部海滨完全裸体或者在住宅区穿着浴服乱跑,这就不是刑法的对象。尽管如此,如果这种行为违反本地居民的礼俗概念,肯定会引起他们的不满。应该允许适用并可以通过非刑法的制裁来执行行政法上的规定(比如,通过划出裸浴区域并禁止在城市住宅区或者公共场所穿浴服)。

虽然,严厉的国家干预——刑罚——要取决于补充性法益保护的要求,但是,只要是在宪法范围内行为并处于民主的控制之下,用其他方式(而非刑罚方法)来维护公众中以文化为条件的行为规则,与社会契约的思维模式也完全是一致的。

为了限制立法者,无论如何 Hirsch^[1] 还是回归到了宪法的合比例性原则。虽然他该原则主要与补充性原则相联系,但是补充道:“如果一个行为领域对于行为的不发生不能提供机会”,那么就“确实”缺少处罚合法性……。如果人们以很特别的表达对此给予解释,就是:如果一个禁止并不服务于法益保护,那么对于一个行为的“不发生”就不存在“机会”,那么 Hirsch 的观点与这里所提出的观点还是完全一致的。

2. Stratenwerth^[2] 没有全然抛弃法益保护概念^[3],即使他认为找到一个可以接受

[1] 参阅 Hirsch,《Spinellis 祝贺文集(FS Spinellis)》(2001),第 425、434 页。

[2] 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第 377 页及下几页。

[3] Roxin 教授在其 2006 年第 4 版的《刑法总论教科书》对 Stratenwerth 观点所做的最新评述认为,Stratenwerth 摒弃法益论,同样也摒弃社会理论观点。Stratenwerth 认为,法益概念是不清楚的;另外,任何人类群体都需要“打上了文化烙印的行为规范,而这些规范并不涉及……‘利益(Gut)’。因此不保护特定法益的刑法是不合法的学理,这种观点是不能维护的”。社会理论观点至多提供了“高度抽象的假设”。“不能由此假设导出对犯罪定义的批判标准”。

因此,对于 Stratenwerth 来说,刑法最终建立在不可进一步解释的行为规则之上。“出发点的原则不同丝毫不能改变这个事实,即对犯罪行为所下的法益论或者体系论取向的定义,最终肯定与实际存在的、其本身从理性上还不能给出全面根据的社会行为规则有关”。必须看到,他更为尖锐地说,“想维护特定的规范或者反过来说仅仅不希望一种行为,决定性的是社会的基本态度和立法者所肯定的基本态度”。

但是,如果立法者或者居民的多数“不希望”某种行为,对于刑罚威胁来说被认为是充分的,那么人们就会放弃我们刑法自由—自由主义的基础,该基础正好在于:不允许议会的多数恣意地限制个体的自由(而只是在这对于和平和自由的共处是绝对必要的范围内)。如果 Stratenwerth 认为,像第 130 条 III、166、168、173、183、183a 条根据法益损害是不可解释的,那么他就没有看到,对这些规定合法性的怀疑的根据恰恰就在这里。如果告别法益思想,那么,人们就会同时放弃了法治国立法批判的决定性潜在力量。——译者注

的法益定义的任务是“不可能完成的”。〔1〕与此相反,在我看来,在本演讲中试图进行的重新表达,即使它可能还是需要改进的,但是它起码提供了一个可以利用的工作基础。

但是,除此之外,Stratenwerth 主张通过刑法威胁保护“文化上形成的禁忌”〔2〕和“特定的基本行为规范”〔3〕,尽管这些禁忌和规范的触犯不是法益损害。另外,公开公开的性行为的可罚性或者像成人间的乱伦这类成问题的犯罪构成根本就不能用法益损害予以解释。〔4〕这些规定,就像已经说过的,事实上与法益保护概念是矛盾的,这一点是正确的。但是,就像人们从单纯的存在中可以推导出这些规定的合法性一样,Stratenwerth 自己认为有问题的乱伦的犯罪构成的合法性是什么,还不清楚。

在他最近的表述中,Stratenwerth 使自己的立场出现了极端化〔5〕,由此,他认为社会上所认同的比如“不希望(nicht zu wollen)”的“基本态度(Grundhaltung)”对于犯罪构成的创设就已足够。因此,就彻底地放弃了法益保护原则的批判潜力。甚至给出了为什么议会上很有影响的社会群体“不希望”什么的充分理由:比如有害健康的吸烟和喝酒,从事危险的体育活动,色情书籍读物或者性放纵。但是,在一个自由国家还不能由此就得出充分的处罚根据。

但是,在重要的一点上我和 Stratenwerth 在结论上是一致的。他想把动物保护〔6〕和未来世代的生活基础的保护〔7〕纳入刑法的任务领域。而且我要指出,对动物的虐待(折磨)或者灭绝动物种类,就像对后代的生活产生长远损害的破坏地球气候一样,同样都是允许给予处罚的。这两个看起来是与法益保护的思想是矛盾的,因为对动物和未来世代所作的,并不必然损害生活在当代人的和平共处。但是,人们不必因此,就像 Stratenwerth 所希望的,放弃法益保护原则。人们必须通过超越现存人类的圈子把社会契约向其他的生物和未来世代延伸来扩大这种保护。〔8〕我们德国的宪法上对此已经有清楚的规定,几年前的新规定〔9〕写道:“为后代负责,国家同样保护自然的生存基础和动物”。我想,国际的发展趋势也要向这个方向走。

〔1〕 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、388页。

〔2〕 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、389页。

〔3〕 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、390页。

〔4〕 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、389、390页。

〔5〕 参阅 Stratenwerth 的文章, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlens(注1),第299页及下一页。

〔6〕 参阅 Stratenwerth,《Lenckner 祝贺文集(FS Lenckner)》(1998),第377、386页。

〔7〕 参阅 Stratenwerth 发表《整体刑法学杂志(ZStW)》105(1993)上的演讲:“用刑法手段保障未来”(Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts),第679页及下一页。

〔8〕 在这个意义——至少对于保障未来来说——上 Schünemann 也有同样的观点, in: Schünemann/Müller/Philippis (Hrsg.),《世界范围基本权利变迁中的人观(Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte)》(2002),第3页及下几页。

〔9〕 《德国基本法》第20a条。

3. 最后,对于 *Jakobs*^[1] 来说,他认为,刑法的任务不是法益保护,而是防止规范效力的损害。^[2] “在这种观点看来,执行刑罚始终能够达到刑法的目的,证实社会的存在。”^[3] 这是一种社会理论的构想,可以看到他与黑格尔(Hegel)的刑罚理论(刑罚是“法律否定的否定”)有着相似性。但是我不同意这种观点。根据我的理解,一个社会体系不应根据社会自身的意愿来维系^[4],而是应该根据生活在各自社会的人们的意愿来支持。即便不是这样,也不能通过赋予意义而只能是通过其控制措施的现实有效性来支持,刑罚的威胁和执行就属于这种控制措施。

撇开这些争议来看,规范的目的不可能仅仅是公民的顺从。它必须始终是针对作

[1] *Roxin* 教授在其 2006 年第 4 版《刑法总论教科书》中还对 *Jakobs* 教授提出的“敌人刑法”概念进行了专题评述:

距离这里所捍卫的法益保护的、法治国—自由主义的行为刑法的理念最远的是,*Jakobs* 提出的“敌人刑法”的概念。根据一般的理解,唯一合法的“公民刑法”也把被告人作为一个享有所有权利保障的“人”来对待,而对于“敌人刑法”来说,他却是一个“非人(Unperson)”,对非人的斗争是“对危险源的保全,就像对于野生动物”。1985 年 *Jakobs* 第一次提出他的这个概念之后,主要面对的是对敌人刑法的批判,并且认为无论如何“作为例外有效的紧急避险刑法”还是可以合法化的。之后,他就逐渐过渡到更为肯定的论断:“对于敌人刑法,今天还不存在明显的替代。”(敌人刑法不可替代——译者注)2000 年他做了如是之说。2003 年对此给出的根据是:“有人格的人的行为不能提供足够高度的安全,那么就不仅不能期待把他当人来对待,而且国家也可以不再把他当作人来对待,因为,否则的话,他可能会损害到其他人的安全权利。”

建立敌人刑法对于公民刑法的合法替代的尝试,引起了广泛的国际讨论并遭到了远为广泛的拒绝。可是,前面三个不同的敌人刑法的概念,应该得到不同的评价并因而应该予以区分。首先人们可以在此看到一个描述的概念,它对于描述德国和国际上刑法的特定发展可能是有用的。但是,其次人们也可以把这个术语理解为一个非难—批判的概念,借助于这个概念,违反法治国的刑法做法(规定)应该受到谴责。与此相反,最后,考虑承认—肯定地利用这个使得这些应受谴责的规则合法化并赞同这些规则的概念。所有这三种意义在 *Jakobs* 那里都有,尽管最后提到的这种意义越来越突出并遭到最强烈的拒绝。但是,在其三种可能的意义中,这个概念对于任何一个都是没有助益的,完全放弃它更好一些。

对于一个客观的描述来说,充满感情的关键词,就象敌人刑法,是非常不合适的。另外,他的非难—批判的使用是不值得推荐的。因为要试图针对现行法适用它的地方——比方,远为前置的可罚性,处罚没有危险的未遂,保安监督或者程序保障的减少——我们有大量不同的批判工具可以使用,像“敌人刑法”这样一概摒弃这些工具,论据上的说服力只会更为微弱。

最后,在法律上承认—肯定敌人刑法范畴的适用是不可能的。否定特定人群——它有可能是恐怖分子和危险的惯犯——人的地位的特别刑法,可能违反许多核心的宪法基本原则:人的尊严,罪责原则,法治国原则(包括法律面前平等对待——法律面前人人平等),行为原则(因为敌人刑法是行为人刑法)和无罪推定。对此会出现极大的滥用危险。因为谁是“敌人”,是由当权者定义的,这样,公民自由受到统治者的支配,刑法会失去其犯罪人大宪章的自由主义功能。这是任何人不可能愿意看到的。——译者注

[2] 参阅《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第 17 页及下几页,以及在本文前面(IV)已经提到的引文。

[3] 参阅 *Jakobs* 在《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003)中文章,第 17、34 页。

[4] *Mir puig* 在 GA 2003,第 863、866 页的文章中有类似的批评:“必须通过其目的合法化的工具,变成了自我合法化的目的的规范。”

为或者不作为,并且建立特定的状态。但是这种状态只能存在于作为我演讲的基础参照的法治国民主体制中,只能存在于和平自由的、人权受到尊重的社会成员的共同生活中。与此相反,*Jakobs*有意回避规范内容的合法性或者不法性的任何命题,以此他认为这些命题是不科学的。他说^[1],对于规范保护,人们喜欢“在政治上选择目的在于调整人们自由生活的规范”,然后就有了“与法益保护论引以自豪的相同的批判出发点,但是,这是一个政治出发点,而不是一个学术出发点,对此更多的就不必说了”。

在我看来,这里紧缩的学术概念导致法学家给立法者提供恣意和专断。如此的刑事政策肯定还不是学术。但是,来自依法治国——自由主义的宪法秩序预先规定的刑法立法的内容界限的发展,肯定是法理学的学术任务,同样的任务还包括,这种发展是否在学说和宪法管辖权中得到证实。

此后,首先由我^[2]提出的义务犯,主要是指在职务中的犯罪行为,主要遭到了*Jakobs*的否定,他认为这类犯罪并不是由于损害了法益。比如,法官的枉法裁判^[3],只能理解为义务损害才是正确的,而不是法益损害。^[4]但是,我对他的这个观点也要否定。司法,它的法益特征是不可否认的^[5],如果法官有意做出一个错误判决,那就是对司法以最严重的方式实施的损害。与此相对,犯罪构成中特定的义务损害只是正犯的一个特征。尽管他不是法官,根据相同的规定,尽管较轻一些,但是还是可以作为教唆犯和帮助犯予以刑罚处罚的。没有法益损害而承担可罚性,这是不可能的。

除此之外,*Jakobs*提到,法益概念也“没有先天的自由的内涵”。^[6]因此在一个“男性等级制为特征的社会”处罚同性恋,就像是在普鲁士军队中来保护法益,因为“原则上突破这种等级制”的性关系可能已经起到了危害社会的作用。^[7]同样,较早时期的乱伦损害了“明显的家庭结构”的利益。^[8]

同样的问题是,这些大胆的命题是否就说明:所提到的规定在遥远的过去就曾经保护过法益。法益没有自然法的永恒效力,而是跟随宪法基础和社会关系的变迁而变化。如今这里无论如何不再涉及到法益,就像包括*Jakobs*承认的,当他说,“这种利益是过时的”。^[9]但是,仅仅在依法治国——议会民主制度下的当今刑法是我的法益理念的

[1] 参阅*Jakobs*在《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003)中文章,第17,31页。

[2] 参阅*Roxin*,《正犯和行为支配(Täterschaft und Tatherrschaft)》,第7版(2000),第352页及下几页;西班牙版本(1998)第383页及下几页。对此更详尽的论述参阅*Sanchez Vera*《义务犯和共犯(Pflichtdelikt und Beteiligung)》(1999)。

[3] 《德国刑法典》第339条。

[4] 参阅*Jakobs*《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第17,27页。

[5] 参阅上述第V部分。

[6] 参阅*Jakobs*《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第17,27页。

[7] 参阅*Jakobs*《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第17,26页。

[8] 参阅*Jakobs*《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第17,27页。

[9] 参阅*Jakobs*《齐藤祝贺文集(FS Saito)》(2003),第17,27页。

背景。在这一点上, *Jakobs* 与我的观点接近, 他建议放弃“过时的”的规定, 最后可还是(回归到了)这里所提出的法益保护理念。除此之外, 人们还必须看到, 一些刑法规定, 就像我已经尝试揭示的, 一开始就缺乏功能或者缺乏合法的功能。

XI. 至此, 我的演讲结束了。我已经处理了在一个演讲中不能充分展开的很大的题目。感谢您聚精会神地倾听我的演讲!

www.cnki.net