

[刑法学人]

论刑法与时代精神

2005年1月10日在FREIBURGER MAX-PLANCK-INSTITUT

祝贺Jescheck*教授90岁生日专题研讨会上的演讲

Prof. Dr. Thomas Weigend(托马斯·魏根特)** 樊文*** 译

译者按:这篇演讲,以回顾Jescheck教授曲折的学术生涯及其非凡的学术贡献

* Dr. iur. Dr. iur. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck(汉斯-海因里希·耶赛克), 1915年1月10日出生于Schlesische Liegnitz的一个律师和公证人家庭。在弗赖堡(Freiburg),慕尼黑(München)和哥廷根(Göttingen)大学法学院完成大学学业后的1936年通过了第一次国家司法考试,1937年以关于法学教育的论文在蒂(图)宾根(Tübingen)大学取得博士学位。1937年,在服役10年后从法国的战俘营回到德国。1947年他完成了教授资格论文《国家的国际刑事责任》。1954年接替了英年早逝的阿道夫·徐恩克(ADOLF SCHÖNKE)教授在弗赖堡(Freiburg)大学的刑法和诉讼法教授教席。1962—1963年任法——国家科学系主任,1965—1966年任弗赖堡(Freiburg)大学校长。拒绝了科隆(Köln)大学和波恩(Bonn)大学的聘任而选择了弗赖堡(Freiburg)大学。同时他还曾是卡尔斯鲁厄(Karlsruhe)州高等法院法官。1954年取得Freiburg大学教席后,他以极大的精力投入到50、60年代刑法改革的伟大工程:首先他是那个时代由最负盛名和最有才华的刑法学[子组成的联邦大刑法委员会的最年轻成员;其次他和他的教席上的同事共同努力为改革中的大量具体问题提供了法律比较方面的意见。为了开展更为广泛而深入的学术研究,1966年他领导的以法律改革基金支持的教席研究所归入马普协会,该协会为该研究所提供了坚实的人事和财政基础。由于他的积极主张,该所于1970年分为两个小组,组建了由京特·凯泽(Günther Kaiser,著名犯罪学家)教授领导的犯罪学小组(马普所实行双所长制,权力平等。两个所长下辖两研究小组,现任所长汉斯-约格·阿尔布莱西特[Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht,德国著名犯罪学家]和乌尔里希·西波尔[Prof. Dr. Ulrich Sieber,德国著名刑法学者])。基于他强烈的事业心,德国马普外国刑法与国际刑法研究所如今已经拥有远大于37万册涉及全世界所有国家刑法学和犯罪学及其他相关文献的专业图书,从而成为欧洲最大的本专业图书馆,并且也是当今全世界在“整体刑法科学”领域居于领先地位的科际合作研究机构。它是国内外刑法学学者和犯罪学学者心向往之的地方,是国内国际刑法学和犯罪学对话、交流、合作与发展的学术平台。

Jescheck教授的研究重点是:刑法比较,德国刑法学理的现代化,德国刑法总论学理,刑事政策,刑法改革,国际和欧洲刑法。Jescheck教授不仅因为是放眼世界的法比较学家而成为德国刑法在国外的代表,而且1969年以来5次再版的《德国刑法教科书》(总论),以精辟、清晰并承载其个人学术信念的方式,集中表达了他的德国刑法学一般理论,赢得了国内国际经典德国刑法学教科书的美誉(被译成西班牙、中文、日文等多国文字)。对于他的刑法学思想,尤其是他的刑事政策理念来说,决定性的是三个基本要素:理论和实践相结合(直到1980年他仍兼职担任州高等法院的法官);接纳犯罪学知识(建议创立犯罪学研究小组);把刑法建立在人道性和人的尊严的价值基础之上。

由于学术上的成就和影响,他获得过联邦德国大十字勋章,西班牙司法荣誉奖章,奥地利大荣誉金章;获得了12个荣誉博士学位。他是日内瓦国际法学家委员会成员,任期届满又被聘为荣誉成员;1973—1983年先后担任国际比较法学会副主席和主席;1979—1989年在国际刑法学协会任主席;1969—1987年任《整体刑法学杂志》总主编,直到1992年转任外国刑法部分主编。就在90岁生日当天荣膺社会防卫国际协会贝卡利亚金质奖章。他的作品目录远大于600个题目。

JESCHECK教授是国际知名的德国刑法学家。——译者注

- ** 作者系德国科隆大学法学院刑法学和刑事诉讼法学教授、外国刑法与国际刑法研究中心主任。
- *** 译者系中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员,德国弗赖堡大学法学院及德国马克斯—普朗克外国刑法与国际刑法研究所博士生。本文的德文版尚未发表,作者估计将会发表在2006年将要出版的该研讨会文集之中。中文版是最先发表版本。本文的翻译和发表取得了作者的书面授权。

和影响为线索,以刻画尤其是20世纪初以来德国刑法学和犯罪学研究的发展历史、揭示德国刑法学和犯罪学研究重镇马克斯—普朗克外国刑法与国际刑法研究所(Max-Planck-Institut Für Ausländisches Und Internationales Strafrecht)的创建、发展及其一系列有重大影响项目的研究历程为背景,字里行间展现了教授先生面对热闹非凡的时代场面放眼世界的学术视野与抱负、冷静敏锐的学术眼光;理性务实的学术气魄,卓越独到的学术战略;宽容审慎的学术情怀与胸襟,良知为命的学术忠诚和坚贞。尽管教授本人强调这个研讨会要对事不对人,但是据我对他本人的观察了解和别人对他的情操品评以及研究工作中表现出的学术人格,让人不由自主地想大书特书。他从不随波逐流而失去自持,从不人云亦云而失去主见,不“万端取中”(是指折中主义的、缺少独立思考因而毫无创见的、重组他人学术观点的学术懒汉拼积木式的方法论)而失去创见,不因时代精神而替代学术精神(由于政治而使得科学工具化),不因规范研究而无视经验现实,不因政治忌讳、规避学术使命与责任而噤声失语,不因学术批评而失和结怨,不无视学术规范而剽窃抄袭(包括翻译抄袭),不急功近利而作假大空谬之论,不妄自口诛笔伐、哗众取宠而浪得虚名,不无视学术伦理而传文造假、欺世盗名,不懂装懂而误导后生,不因贡献巨大而居功自傲,不因崖岸自高而盛气凌人,不因学术背景而功名利禄(指终南捷径),不因学术交流奔走国际而神气十足,不因学术头衔封神封圣而冠冕堂皇,不因交往学术名流而借光卖弄,不因供职国际而挾价邀功,不因学术盛誉而裹足不前(90高龄仍笔耕不辍),不因本领域的成就而自以为其他学科也融会贯通,不因捧场之邀而得席就座、喧宾夺主而乌马长枪作隔山之论。淡泊名利、虚怀若谷而不以大师自居,潜心问学、求真务实而精诚于大师作为。这些弥足珍贵操守与美德对于目前我们学术界不无重大的现实意义。

耶赛克教授在他的《刑法教科书》(总论)中写道:“犯罪学可以向刑法学家提供源自现实的对于刑法立法必要的经验知识,只有(基于这种知识)的法规范才可能是‘符合实际(sachgerecht)’而公正合理的。”^[1]这一论断的背后是教授先生对作为广泛的“整体刑法学”一部分的刑法学的理解,这样的整体刑法学当然也把历史、哲学、社会科学、甚至(法)医学纳入自己的视野并服务于自己的任务。^[2]对于现实来说,刑法不应

[1] 参见 Jescheck/Weigend,《刑法教科书》(总则部分)(Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil),1996年第5版,第47页。

[2] 参见 Jescheck/Weigend,《刑法教科书》(总则部分)(注1),第43页。

当是“盲目的”(因而就需要作为导盲和助视器具的犯罪学^[1]),这句话不是弗赖堡马普所这样配置精良的研究机构的富丽门面,而是一种现实的内在必要性。Jescheck 对此的解释是:刑法必须是“公正合理的(*gerecht*)”,并且根据刑法规范做出的实体裁判必须从保护特定价值的目的中推导出来。^[2]但是“公正合理”同样也有“符合实际”的意思,也就是说,刑法必须和我们能够知道和认识到的关于我们社会的生存条件和人类精神的作用方式的情况相一致。在这个意义上,刑法(和所有的法一样)与现实就有一种难分难解的相互关系:它塑造现实(即使是在很有限的程度上),同时它又受到现实的影响。忽视现实的刑法,尽管或许是荒谬可笑的,但肯定是不公正的:比如在一个社会中,当婚姻上的忠诚/贞被看作是当事人的私事而不再是对共同体来说重要的财富时,把通奸者像入室盗窃者一样来处罚,就是一种不合比例的、地地道道的根本不合于促进社会目标的残酷。这个例子足以说明,刑法之于现实的关系是何等的敏感:刑法还是否胜任它制裁无法容忍的、此时此地被人们认为是他们共同生活不可放弃的基本准则的行为规范的违反行为的任务,并不取决于永恒的价值或者不变的认知观点,而是取决于具体社会在具体时点(常常是很难探索到的)细致微妙的心理现状。^[3]

显而易见,刑法对现实的依赖性不仅在于刑法规范要反映生存的现实条件。当然 21 世纪的刑法典肯定要禁止信息技术的滥用,另一方面,它不应包括涉及手工和使役牲畜劳作的低/无效率的规范。比这种刑法规范自然或多或少的适应人们可以借以损及他人的手段更为有趣的是这样的问题:刑法和致力于这一法领域的科学是以什么样

[1] “没有犯罪学的刑法是盲目的,没有刑法的犯罪学是漫无边际的”(Jescheck/Weigend,总则部分(注1),第41页);而且Jescheck在1971年的(《奥地利法学报》ÖJZ)第2,3页写道:“所有我们接受或者构建的理论,随着时间的流逝,都要受到与实证上可检验的现实的一致性的检验,在一定范围发生了变化,但是至少由于心理学的和社会科学的成果(/资料文献)就变得更为明显了。”另外,Jescheck教授“改革立法以广泛的现实发现为前提”的观点,也体现在当时其作为成员的大刑法改革委员会的工作中;Jescheck,《整体刑法学杂志(ZStW)》第75卷(1963),第1,2页。

[2] 参见Jescheck/Weigend,《刑法教科书》(总则部分),1996年第5版,第42页:“刑法必须是‘公正合理(*gerecht*)’的,这样基于刑法规范的、从司法公正和刑事政策的目的性方面看来是正确的实体裁判理由,才能经由实体逻辑从‘价值次序’,也就是从保护特定价值的目的中推导出来。”

[3] 对此详见Schünemann,《Roxin 祝贺文集》(Festschrift für Roxin),2001年版,第27页及以下几页,他中肯地评论道,根本的规范原则的展开必须考虑到在规范上被认为重要的现实层次的“具体详细的结构”;同时规范的评判也总是涉及我们熟悉的现实(同一出处,第30页)。关于刑法中的经验实证也可参考Hassemer,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser),2005年版,第115、123页。

的方式与它所处时代的思潮联系在一起的。^{〔1〕} 这个问题自然也涉及刑法对于作为助理工具、面向经验现实的犯罪学的关系,对此我想在下面的评述中予以探讨。探讨刑法的研讨和时代精神的关系,我能够和将要进行的,不是探究它在哲学或者学术方针/科学政策(Wissenschaftspolitik)上的底蕴,而是局限于对于这一问题确实是很肤浅的思考:刑法研讨的重点是否和如果有这种情况怎样与过去几十年(我想主要是限于这一时期)的思想流派和思想风格联系在一起的。^{〔2〕} 最后,面对这样的背景我想请大家和我一起思考可以预见的刑法的未来。

要把握刑法自第二次世界大战以来的发展取向,最好的方法莫过于回顾 Jescheck 教授的学术著作。教授所享有的盛誉并不是由于他的学术观点以当时的时代精神为导向^{〔3〕}——恰恰是因为 Jescheck 教授不赶时髦,并且另一方面是因为他始终在刑法研究的中心在起作用,所以他的著作就成了反映在特定阶段(历史时期)刑法已经和还要变动的可靠的测震仪。对于我简短的介绍来说,不可能对教授先生所有的学术著作作一回顾;尤其是其大量的法比较和国际刑法的著作,这些确实构成了 Jescheck 著作的核心,必要时将会顺便提及。^{〔4〕} 因为,今天的主题安排,根据教授先生的明确意愿,不对他的人格和他的著作进行评论,而应仅仅是对事不对人的讨论,对此缺陷我表示遗憾。

我想首先对第一次世界大战后的几十年刑法的状况做一个简要的回顾。这一时期的特征表现为:一方面是世纪之交刑事政策的“学派论争”^{〔5〕}的影响,另一方面是一

〔1〕 这里您可能已经注意到,作者已经私下转换了视角:从刑法规范对力求影响它的现实的依赖性转向了刑法学对很难把握的所处时代精神氛围的依赖性。这实际上是截然不同而又紧密相关的两个问题。因为,就像刑法科学关联到它的根基并且另一方面伴随着塑造(或者无论如何应当如此)该根基一样,时代精神反映生存条件的变化而且同时塑造着这种变化。另外,规范与现实的关系以及科学与时代精神的关系,在这两组关系的内在关系中,同样存在着两个问题:其一,研究法律及其制定和改革的人们如何从他们处身其中的周围现实中获得知识;其二,他们以什么样的方式并带着什么样的目的来处理这些信息。——译者注。

〔2〕 对于自从19世纪末以来刑法对于政治—社会和科学发展的关系的详尽讨论,参见 Kubink,《时代变革中的刑罚及其替代》(Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel),2002年版。

〔3〕 在1971年《奥地利法学报》ÖJZ,第1、2页,结合50、60年代深刻的社会变革,Jescheck强调,“为了站在时代的制高点,法律制度没有必要简单地跟从现实形势的每一变化”。

〔4〕 由 Theo Volger 主编1980年版的《Hans-Heinrich Jescheck,服务于社会的刑法》(Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft)(1953—1979)和1998年版的《Hans-Heinrich Jescheck,刑法学文集》(Beiträge zum Strafrecht)(1980—1998)都有一个 Jescheck 刑法比较和国际刑法著作的挑选目录。

〔5〕 关于以宾丁(Binding)和比尔克美也(von Birkmeyer)为中心的所谓“古典学派”与以李斯特(Liszt)为代表的现代学派之间的论战,参见 Frommel,《德国刑罚目的讨论中的预防模式》(Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion),1987年版,第42页以下;以及 Seidl,《魏玛共和国时期关于刑罚目的的争论》(Der Streit über den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik),1974年版,第59页以下;也可参见 Jescheck,《整体刑法学杂志》第93卷(1981),第3、44页以下。

种当时被认真对待的哲学辩论的取向。处于当时哲学讨论中心的是新康德主义^[1]和实体价值伦理^[2]两极间关于实然和应然之间关系的论争,而这场辩论也决定了刑法学理的发展。当时的刑法学突出地进行了各种各样的努力:在过去几十年发展出的犯罪概念的形式范畴(行为、不法和罪责),完全是在实体价值伦理的意义上,要进行伦理上的转嫁并且要与预先假定的人类存在的结构联系起来。^[3]标志着该时期特征的是:围绕众所周知的行为概念一直到50、60年代还在继续的讨论^[4]和其间明显表现出来的哲学学派论争与刑法学理的结合。^[5]

可以追溯到冯·李斯特(Franz von Liszt [1851—1919])的、对形形色色的犯罪行为人所进行的机会(偶然)犯和不可救药的惯犯的犯罪学分类(类型化)^[6],还继续

-
- [1] 参见 Lask,《法哲学》(Rechtsphilosophie),1923年版;Richert,《文化科学和自然科学》(Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft),1910年第2版;Stammeler,《法学理论》(Theorie der Rechtswissenschaft),1911年版。
- [2] Hartmann,《伦理》(Ethik),1925年版;Scheler,《伦理中的形式主义和实体价值伦理》(Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik),1954年第4版。
- [3] 关于规范构成要件特征的发展,参见 Hegler,《Frank 献礼文集》(Festschrift für Frank),第1册,1930年版,第251页;M. E. Mayer,《德国刑法总则部分》(Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts),1923年第2版,第182页以下;Mezger,《Traeger 祝贺文集》(Festschrift für Traeger),1926年版,第187页;关于作为社会危害性的不法的描述,参见 Hegler,《整体刑法学杂志》第36卷(1915),第31页;Mezger, GS 89 (1924),第207页;关于规范的罪责概念,参见 Frank,《论罪责概念的建构》(Über den Aufbau des Schuldbegriffs),1907年版。
- [4] 参见 Gallas, ZStW(《整体刑法学杂志》)67 (1955),第1、4页以下;Roxin, ZStW 74 (1962),第515页;综述参见 Hirsch, ZStW 93 (1981),第831、844页。
- [5] 被 Perron 描述为“大部分已经结束了”的围绕行为概念的讨论,参见《Lenckner 祝贺文集》(Festschrift für Lenckner),2001年版,第227、231页,最终也没有成功地在犯罪建构上给行为概念以积极的意义;可是,也可参见 Jescheck/Weigend,《刑法教科书》(总论),(注1),第218页,认为行为概念“作为构成要件该当性,违法性和罪责评价的连接点,是不可放弃的”;同样参见 Jescheck, in: LK(Leipziger Kommentar 莱比锡刑法典评注),1993年第11版,第13章导言,边码25;Hirsch, ZStW 93 (1981),第831页。对此,而今的目的论的行为概念还依然充当着讨论的动机,参见 Jakobs,《Schreiber 祝贺文集》(Festschrift für Schreiber),2003年版,第949页;Roxin,《Androulakis 祝贺文集》(Festschrift für Androulakis),第573页。
- [6] 参见 v. Liszt, Franz,《刑法中的目的思想》(Der Zweckgedanke im Strafrecht);同一作者:《刑法文集:演讲》,第1卷(strafrechtliche Aufsätze, Vorträge, Bd. 1),1905版,第126页以下几页。根据 Liszt 的犯罪行为分类,不同的类型有不同的再犯危险,相应地为实现防止再犯就要给予不同的反应方式。具体而言,初犯和机会犯行为人的再犯危险很小,给予训诫性的警告(Denkzettel)这种反应对于防止继续犯罪就已经足够;需要并能够矫正的再犯行为人有明显的再犯危险,应给予国家刑罚反应并辅以前社会化的矫正(Besserung)措施;不能矫正的惯犯行为人有最高的再犯预测危险,给予不可缓刑或假设的国家自由刑反应外,也应始终处于安全(Sicherung)措施的监控之下,使其再没有任何实施危害的机会(用 Liszt 所使用的术语叫做 Unschädlichmachung)。——译者注

影响着反映在个别改革法但主要是在惊人的大量而广泛的改革草案¹⁾中的刑事政策²⁾:一方面,是扩大罚金刑的适用范围和引入对于可以矫正的轻罪罪犯避免适用短期自由刑的有条件判决制度³⁾;另一方面,在众多不同的草案中对于有再犯危险的犯罪行为人都要求处以“保安措施(sichernde Maßnahmen)”,而且在这种情况下,对于有再犯危险的行为人所处的这些措施不应取决于诱因犯罪行为(Anlassat)的严重性。⁴⁾人们可以把这种发展解释为发轫于19世纪的自然科学实证主义的一个迟到的胜利⁵⁾:对于作为社会病理学现象的犯罪应该进行理性而又预防性的斗争。⁶⁾

民族社会主义的意识形态已经使一些在魏玛时期就有的学理和刑事政策上的趋势庸俗化、极端化并且按照他们的政治目标予以滥用,而不是把许多对自身有革新意义的思想引进刑法的辩论。对此,约阿希姆·福格尔(Joachim Vogel)在拜罗伊特2003年刑法学者大会(Bayreuther Strafrechtslehretagung von 2003)上他的报告中作了令人信服的阐述,特别是关于刑法规范及其解释的道德化和主观化以及关于作为实现社会政

- [1] 这里的草案有对1913年草案进行加工后的1919年草案(E 1919),1922年拉德布鲁赫草案(der Entwurf Radbruch von 1922),1925年的官方草案(E 1925),1927年德国普通刑法典官方草案(der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927),Wilhelm Kahl领导帝国议会刑法委员会起草的1930年草案。对这一时期的法律创制进行了全面描述,参见Kubink(注7),第146页及以下几页。
- [2] von Liszt, ZStW 3 (1883),第1页;关于犯罪行为人分类论,同样参见von Liszt, ZStW 16 (1896),第477、494页以下。von Liszt把犯罪行为人区分为“偶然犯”,“能够改善的”和“不可改善的状态犯”。在此,机会犯罪和习惯犯罪的区分是建立在这样的概念之上:行为人的价值观念(思想意识)是暂时的外在影响的结果或者是所处状态的表现。
- [3] 主要表现在1921年12月21日的《扩大罚金刑适用范围法》和《限制短期自由刑法》中(参见《帝国法律活页第1部分[RGBl. I]》,第604页)。
- [4] 在1913年的“(第一届刑法)委员会草案”,以及拉德布鲁赫草案和1927年草案中已经提出;对此具体情况介绍,参见Jescheck,《刑法典莱比锡评注》(LK; Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar),1992年第11版,《导言》,页边编码65—69。
- [5] 对此参见Frommel(注10),第104页及以下几页;Kubink(注7),第187、226页及以下几页和该书的多处。
- [6] 第一次世界大战后的这一时期可以称为魏玛时期:这一时期是学理体系的构建阶段。哲学上的导向是新康德主义和本体论哲学。持续数十年的“世纪之交的学派论争[指高举Franz von Liszt刑事政策计划旗帜以Ernst Delaquis, Eduard Kohlrausch, Moritz Liepmann, Gustav Radbruch, Max Grünhut, Eberhard Schimdt为代表的现代社会学刑法学派和以Karl Binding, von Birkmeyer, Kahl为代表的刑法学保守力量组成的古典学派之间,开始于世纪之初,延续到魏玛共和国时期,结束于1933年的刑事政策上的学术论战]”在刑事政策上的影响是转向了行为人中心(在惩罚体系上主要是确立了双轨制),但是带有镇压的论调。主导该时期的学术主题主要是目的论的犯罪论,传统的实证学理的价值中心,行为概念的论争,违法性概念的实体化以及罪责概念的规范化。该时期的刑事政策:迈出了自由刑退缩的第一步(反映在有条件的判决,罚金刑[扩大适用范围]的改革,少年刑法的制定),但是对于不可救药的行为人主张采取严厉的措施(比如,当时草案中的“保安措施”和保安处分)。——译者注

策和种族政策目标手段的刑法适用的无限制膨胀和严厉化的论述。^[1] 早先就已提出的“刑法不应保护自然主义所理解的法益而应当保护文化价值”的命题^[2],被纳粹分子用来对自由主义进行全面的批判^[3],并且,在把文化等同于德意志民族的价值价值的情况下,该命题被用于对刑法进行使其符合保护“人民共同体”工具目的的改造。^[4] 另外,两次世界大战之间的时期(Zwischenkriegszeit)的特殊预防的刑事政策观点在人民意识形态的意义上被重新解释并被滥用于论证威权—镇压刑法的合法性上:“不忠诚的”犯罪行为人^[5]要被开除出人民共同体并最终要在肉体上予以消灭^[6],因为外在于人民共同体的人的存在不被承认。在这几乎是绝无仅有的时代,刑法辩论的内容和形式是何等的依赖(这里打上了民族社会主义的语汇和思维方式烙印的)时代精神是再也清楚不过了——不过,其原因也在于,1933年后批判的声音

- [1] Vogel, ZStW 115 (2003), 第 638、644 页以下有大篇幅的充分论证。
- [2] 关于文化规范的发展和承认,尤其参见 M. E. Mayer,《法规范和文化规范》(Rechtsnormen und Kulturformen),1903 年版;同一作者,《德国刑法总则部分》(Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts),1915 年版,第 37 页及以下几页;如今的观点,参见 Jakobs,《刑法总则部分》(Strafrecht Allgemeiner Teil)1991 年第 2 版,2/13;还可参见 Amelung,《法益保护和社会保护》(Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft),1972 年版,第 155 页及以下几页。
- [3] Dahm/Schaffstein 的著作:1933 年版的《自由主义的或者威权主义的刑法?》(Liberales oder autoritäres Strafrecht?),宣告了范式转换的来临;对魏玛共和国自由主义批判的论证基础是 Exner 的著作:1931 年版的《德国法院量刑实践研究》(Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte),其中宽容温和被认为是当时司法体系的特征。
- [4] 法益仅仅被理解为从民族的公正直觉中推导出的文化利益(价值)。个人只有作为人民共同体成员的价值,替代个人诸多权利的是以“公共服务员,劳动的社会流程,不可被扰乱的国家一体化(统一性)”的形式表现的国家生活的保护;E. Wolf,《刑法改革的危机和重建》(Krisis und Neubau der Strafrechtsreform),1933 年版,第 37 页。
- [5] Schaffstein,《作为义务违反的犯罪》(Das Verbrechen als Pflichtverletzung),1935 年版,第 109 页,在对必要的约束的意义上,人被认为是共同体的成员,而且作为义务违反的犯罪的命题就是以此为根据的。根据 E. Wolf 1932 年版《犯罪行为人的本质》(Vom Wesen des Täters),第 16 页的观点,犯罪行为人是国家的公敌和义务共同体的叛徒,“根据他的本质,他是丧失了法律意识的法共同体的个体一员”。
- [6] 最直言不讳的是 Freisler 在 Gurtner 主编的 1934 年版《未来的德国刑法》(Das kommende deutsche Strafrecht)(总则部分 Allgemeiner Teil),第 9、14 页表达的观点:“当然从作为斗争法的刑法的知识同样可以导出这样的法目标:不仅要同敌人斗争而且要消灭他”。对此也可参见 Vogel, ZStW 115 (2003), 第 638、633 页。

随即遭到压制而且无论如何不可能以印刷品的形式^[1]予以表达。^[2]

联邦共和国建立后的战后时期处于围绕“刑法大改革”而斗争的气氛中,该改革——无论如何在这点上当时人们的意见是一致的——应当彻底清除纳粹时期引起灾难的遗产并以一个现代的刑法立法取而代之。但是,人们应该以什么样的基本思想来对抗在暴政和蹂躏中堕落的纳粹意识形态,当时还是有争议的:一方主张采取谨慎的自由思想,而另一方主张重新接续战前的实体价值伦理或者联系自然法的趋势。^[3]该争议体现在关于“人观(Menschenbild)”——以完全典型的时代措辞方式——的辩论中,而“人观”应当是建立新的刑法制度的基础。这时,我们第一次听到了 Hans-Heinrich Jescheck 的声音,他在《我们时代的人观和刑法改革》(Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform)^[4](1957年)的文章中,对于当时被看作刑法核心问题的个人意志自由、罪责和负责性(责任担当 Verantwortlichkeit)^[5]的一系列问题进行了仔细的思考,权衡并斡旋于对立的原则立场之间,最终表达了一个清晰的、建立在社会伦理基础之上的立场:Jescheck 写道,尽管我们不能说,个体的犯罪行为是否真的能够选择有别于他已经的作为而作为,社会之所以可以让他承担他的行为所造成的责任,是因为成人的、精神健康的行为人对自己行为的责任担当,是“我们的社会意识和道德意识不可怀疑的现实”。^[6]好的刑事政策必须以这个“基本的社会心理事实”为出发点。^[7]这肯定是一个实用的、现实主义的而且同时是以伦理为根据的立场,基于这样的立场,Jescheck 才没有陷入当时

[1] Radbruch 在他的文章《威权的或者社会的刑法?》(Autoritäres oder soziales Strafrecht?)对出现的这种纳粹—刑法意识形态(NS-Strafrechtsideologie)进行了批驳,刊登该文的杂志《社会》(Gesellschaft)很快就遭到禁刊(重印在:Radbruch,《法律中的人》(Der Mensch im Recht),1957年版,第63页)。

[2] 该时期可以称为纳粹时期;该时期展开了对自由主义的全面批判。过高地拔高了国家和社会共同体,强调(民族的)文化价值,也涉及法的定义权力的问题。来自魏玛时期的刑事政策趋势得以持续并变得粗俗;通过意识形态的命题明显的过度压制科学,所谓“改革”的观点反映在他的时代精神中,充斥着威权—镇压刑法意义下对现代刑法学派关于特殊预防观点的重新解释(行为人被认为是在外在于人民共同体的“不忠诚的”、因而是应该被开除出列的人;刑事政策的任务在于根绝那些坏的[天]秉性;其手段主要是名誉刑和死刑)。——译者注

[3] 对此仅可参见 Würtenerberger,《德国刑法学的思想现状》(Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft),1959年第2版。

[4] Jescheck,《我们时代的人观和刑法改革》(Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform),1957年版。对于当时围绕人观的讨论也可参见 Radbruch,《法律中的人》(Der Mensch im Recht),1957年版,第9页及以下几页。

[5] 在 ZStW 63 (1951) 第 57 页 Heinitz 的文章中可以看到明显不同的立场。也可参考 Arthur Kaufmann,《法学者报》(JZ),1967年,第553页;Nowakowski,《Rittler 祝贺文集》(Festschrift für Rittler),第55页;Welzel,《德国刑法》(Das deutsche Strafrecht),1969年第11版,第142页及以下几页。

[6] 参见 Jescheck,《刑法教科书》(总则部分)(Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil),1969年第1版,第269页。在 Jescheck(注31)的文章第20页有相同的观点。

[7] 参见 Jescheck,《刑法教科书》(总则部分),1969年第1版,第270页。

流行的、最终对于解决具体现存的刑法问题没有决定性意义的哲学的原则辩论。

在50、60年代关于刑事政策的讨论中,对过去的束缚是进行修补还是予以摆脱之间的一般政治冲突表现出了更多的理性和宽容。当时,主宰德国社会和因此也主宰直到60年代中期政治的是这样的需求:纳粹统治的恐怖和战争的灾难之后,在意识形态上要坚持遗留下来的熟悉的价值取向以保障经济的复苏——“不要实验(Keine Experimente)”是当时家喻户晓的成功的选举口号/标语。在刑法政策上,该冲突充分体现在保守的《1962年草案》^[1]和《教授选择草案》^[2]的互相对立上^[3],从这些草案衍生出来的《1966年的刑法总则草案》在刑事政策上产生了最大的影响^[4]。简而言之,一方是相当保守的报应刑法的追随、支持和拥护者^[5],另一方是以理性的、人道的、尽可能轻的干预程度的以犯罪预防为目标的自由主义的刑法学者^[6]之间的对立。现行《德国刑法典》第46条第1款的妥协形式说明了,立法者是如何试图最终通过不确定意识

[1] 《1962年刑法典草案》(Entwurf eines Strafgesetzbuches-E 1962),分则部分(BT-Drucks. IV/650.)。1954—1958年,刑法委员会根据刑法学理和法比较研究成果,制定了一部草案,该草案经过各州少许修改后,被联邦政府作为1962年草案提交联邦议会。该草案的优点是,在总则中对可罚性的先决条件作了详细的规定,对分则中的犯罪构成要件作了准确的描述。但其中的刑事制裁制度部分,不久便成了众矢之的,因为该草案从根本上说,没有摆脱以自由刑为基础的被理解为压制性法律的旧草案的窠臼。

[2] 《1966年刑法典选择草案》(Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches),总则部分(Allgemeiner Teil),1969年第2版,由Baumann, Brauneck, Hanack, Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth, Stree在Quensel的协助下共同提出。14名刑法学者起草的1966年选择草案,试图把对1962年草案的诸多批评集中在统一的基础之上并提出自己的观点。该选择草案于1968年由自由民主党提交联邦议会,与1962年草案一起讨论。选择草案对于刑罚和保安处分的改革提出了坚定的建议。

[3] 对此参见Kubink(注7)第424页及以下几页。

[4] 《选择草案》是1967年明斯特刑法学者大会的议题(期间有Gallas, Armin Kaufmann, Jescheck和Grünwald的演讲,刊登在ZStW 80 [1968]第1页以下),这次大会为那时刑法改革辩论的水平和立场提供了值得评论的见证(明证,文献,对象)(参见Friedrichs, ZStW 80 [1968]第119页)。关于《选择草案》对刑法改革的影响,参见Roxin, ZStW 81 [1969]第613页;Schultz, 《Baumann 祝贺文集》(Festschrift für Baumann),第431页。

[5] 在政府草案中,刑罚“主要限制在罪责的消解上”(《1962年刑法典草案》,立法理由部分,第94、96、97页)。根据1962年草案第53条第1款和第72条第1款,如果对于“防止犯罪的刑罚任务”不必要的制裁,报应也可使得它合法化。

[6] 《选择草案》第2条第1款,第59条第2款中清楚地表明了预防思想,根据该思想,刑罚和保安处分要有助于“保护法益和保护犯罪行为重新融入法共同体”(《选择草案AE》第2条第1款),并且,“由行为罪责决定的制裁程度只是在这一点上才可以用到极致:当它是犯罪行为重新融入法共同体或者保护法益所必需时”(《选择草案AE》第59条第2款)。该规定作为罪责刑罚原则的任务和作为法官减轻刑罚的“通行证”遭到了批判;参见Gallas, ZStW 80 (1968)第1.4页及下页;批评的观点也可参见Lachner, JZ, 1967年,第513、515页及下页。关于放弃《选择草案》中的罪责报应的观点也可参见Arthur Kaufmann, JZ, 1967年,第553、556页及下页。

形态而以务实理性的方式解决该冲突的。^[1]而且,在这些要比如年轻的法律人能够想象到的^[2]还要激烈的震撼人心的辩论中,我们看到了我们的教授先生所持的适度而公允的立场。作为大刑法改革委员会最年轻的成员,加之在军事司法上的切身实践经验,很多问题上他更是代表了自由主义的立场。^[3]总体上,他是在捍卫《1962年草案》的学理理念,在他看来,该理念为刑法改革提供了一个考虑得更为成熟的模型。^[4]另外,在刑事政策上, Jescheck 热心研究当时的进步趋势并通过法比较的著作给该趋势以更多的重视^[5],比如接受了马克·安塞尔(Marc Ancel, 1902—1990)《新防卫社会思想》(Nouvelle défense sociale)一书中人道的、个体预防的观点。^[6]当时在制裁法上的重要改革,完全得到了 JESCHECK 的支持,而在该改革中,《选择草案》(AE)的理念至少事实上得到了很大程度上的接受,具体表现为:轻微犯罪的非犯罪化,罚金刑体系的坚定不移地扩大和个别化^[7],宽容的缓刑考验制度的引入^[8],以教育思想为原则的少年刑法和同样以再社会化思想为义务的刑罚执行法的法律制度的创立。^[9]

- [1] 现行的《德国刑法典》第46条遭到了 Stratenwerth 的尖锐批判,参见《行为罪责和量刑》(Tatschuld und Strafzumessung), 1972年版,第13页,他认为该条的规定是“立法者的特等失误(gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang)”; Schaffstein 也有类似的观点,参见《Gallas 祝贺文集》(Festschrift für Gallas), 1973年版,第99、102页。与此相反的观点,参见《Gallas 祝贺文集》(Festschrift für Gallas), 1973年版,第117、136页, Lackner 把它看作当时的《刑法典》第13条的优点,并认为该第13条的规定“把讨论的空间拉向了可以想象其远的未来”,以致于“寻找正确的解决方案的精神的讨论……不受不必要的法律限制仅仅在务实的观点下就能够进行”。
- [2] 比如, Baumann 在1965年版的《小论战文集》(Kleine Streitschriften)第221页写道:“刑法改革?原则上是要改革。根据1962年草案的模式进行刑法改革吗?决不!(Strafrechtsreform? Grundsätzlich ja. Eine Strafrechtsreform nach dem Muster des E 1962? Um keinen Preis!)”
- [3] 在学理上较多地采纳1962年草案,在刑事制裁制度上较多地采纳1968年草案的完整草案的产生,应当归功于1966—1969年的联邦大刑法改革委员会。关于 Jescheck 对大刑法改革委员会工作的影响,参见 Dreher 令人印象深刻的论述,《Jescheck 祝贺文集》(Festschrift für Jescheck), 1985年版,第11页。不过, Jescheck “不是在自由主义的,而是相对于极权主义的伪法律的意义上”来理解《德国刑法典》的“自由品格”,并把它理解为限制性刑法的表现; Jescheck, ZStW 75 (1963) 第1、4页及下页。
- [4] Jescheck, ZStW 75 (1963), 第1页。
- [5] Jescheck, 《瑞士刑法杂志》(SchwZStr) 78 (1962), 第172页;同一作者, ZStW 79 (1967), 第874页;同一作者, ZStW 83 (1971), 第299页;同一作者, ÖJZ (《奥地利法学报》), 1971年,第1页。
- [6] Ancel, La Défense sociale nouvelle, 1981年第3版(Melzer的第二版德语译本,《新社会防卫》(Die Neue Sozialverteidigung), 1970年版)。Jescheck 对于社会防卫基本原则的立场清楚的表达在他给《Blau 祝贺文集》(Festschrift für Blau)的文章中, 1985年版,第425、433页及以下几页。不过, Jescheck 也认为, “一个理想的刑事政策……也不可能明显让人感知地影响对于刑事统计的数据”,因为“其他的,许多更有力的社会潜流/力量……决定了国民犯罪的大的波动”(ZStW 80[1968]第54、88页)。
- [7] 参见 Jescheck, 《瑞士刑法学杂志》(SchwZStr) 91 (1975), 第1、8、35页及下页。
- [8] 对此参见 Jescheck, 《整体刑法学杂志》(ZStW) 80 (1968), 第54、74页及以下几页。
- [9] 参见 Jescheck, ZStW 80 (1968), 第54、67页及下页;同一作者,《奥地利法学报》(ÖJZ), 1971, 第1、8页及下页。

经过大量的准备工作之后, Jescheck 在 1969 年把学理上和刑事政策上对刑法改革的辩论的总体情况写进了他大部头的刑法总论教科书, 该教科书——就像他在该书的前言中提到的——应该架起了迄今的现行法和改革法之间的桥梁。^[1] 他以令人印象特别深刻的方式实现了该意图, 贡献于该方式的是 JESCHECK 自己清楚的、从不以政治意识形态为立场的、同时总是值得称道的明晰的表达方式。^[2]

众所周知, 60 年代后期, 突出的是社会和政治领域的巨大变革。在世界上极不相同的地方, 从芝加哥(Chicago)到柏林(Berlin), 从布拉格(Prag)到巴黎(Paris), 遗留下来的威权体制受到了彻底的怀疑。由于美国在越南(越战)的灾难和东欧共产主义体制的僵化以及德国对于民族社会主义的道德灾难缺少清理和论争, 在许多人的眼里, 统治者已经失去了他们的道德上的正统性, 这导致“现存的国家权力结构”的合法性首先遭到了根本的否定。

作为镇压性统治工具代表的刑法不是没有受到这些冲击。根本性的批判是针对国家的刑法机构^[3], 该机构为了安慰由于普遍存在的毁灭欲而已经变坏良知和保

[1] Jescheck, 《总论部分》(Allg. Teil), 1969 年第 1 版, 第 VII 页。

[2] 该时期属于战后时期: 围绕“刑法的重大改革”而进行斗争, 学理上的论争集中在保守人士和自由人士之间、刑罚的罪责中心和预防中心之间、1962 年草案和选择草案(AE)之间(和两者之间在刑法典第 46 条上的妥协形式)在犯罪论系统化和在刑事政策方面的交锋。作为主观臆想的(有效)防止极权主义的思潮, 表现为自然法的倾向(“实体价值伦理”)。紧接着是性刑法自由化的论争; 1969 年(总则部分)和 1975 年(分则部分)的刑法改革; 1969 年 JESCHECK 的教科书(第 1 版)就是这些讨论的系统性总结(第 1 版前言所说的计划: 要在现行刑法和 1962 年草案之间, 当然之后也包括“改革的改革”, 架设一座桥梁)。之后是意志自由的论争(对此参见德国联邦法院刑事案件判决汇编第 2 卷, 第 194 页关于禁止错误的部分)。犯罪学上进行的是特殊预防为中心的行为人研究(新防卫社会的思想: 人道主义的刑事政策)。在刑事政策上表现为引入了缓刑制度, 罚金刑的现代化和适用范围的扩大, 个体预防为主的《刑罚执行法》的制定, 作为个体“治疗”取向标志的社会治疗机构的建立(它的失败同时也是国家治疗手段自我估计过高的标志), 轻微犯罪与《违反秩序法》的分离和与《刑事诉讼法》第 153 条和第 153a 条的分离。JESCHECK 教授这一时期的代表作: 《我们时代的人观和刑法改革》(Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform)(1957), 《现代刑法中过失的结构和处理》(Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht)(1965); 文章: 《刑法的行为概念》(Der strafrechtliche Handlungsbegriff)(FS-Eb. Schmidt, 1961), 《有条件故意的结构和地位》(Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes)(FS-Erik Wolf, 1962), 《合伙企业的刑事可罚性》(Die Strafbarkeit von Personenverbänden)(1953), 《良心和刑法上的责任》(Gewissen und strafrechtliche Verantwortlichkeit)(1961), 《1962 年草案的世界观和政治基础》(Weltanschauliche und politische Grundlagen des E 1962)(1963), 《刑法典选择草案的刑事政策理念》(Kriminalpolitische Konzeption des AE)(1968)。——译者注

[3] 参见 Plack, 《对于废除刑法的辩护》(Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts), 1974 年版, 第 291 页及以下几页。

障稳固的权力,根据当时流行的命题,把“犯罪人”仅仅当作社会的替罪羊来对待。^[1]这样的观点那时在以(现实)批判安身立命的犯罪学^[2]上导致对犯罪行为人及其人格的兴趣和对他的越轨行为的原因以及对他的治疗手段(可能性)的兴趣渐渐消失了——作为个体的犯罪行为人,几乎不再引起研究的兴趣,而且从人变成了单纯的代号。^[3]如果说这种趋势得以加强,是由于早先在英美地区进行的矫正计划(方案)的实证研究暴露出了在方法论上的欠缺^[4];由此人们当时马上得出对犯罪行为人进行“治疗”的努力,不管采用何种方式,都是无效果的(“nothing works”)^[5]的结论,以至于估计肯定是好意的形形色色的再社会化方案变成了巧妙掩盖对被定义为犯罪行为人的人员进行标签化、镇压和边缘化的工具。^[6]与威权批判的时代精神相一致的是标签化(污点化)的观点,该观点把着眼点从越轨者的人格指向了把他定义为犯罪行为人的程序;警察、检察院和司法机关成了犯罪学研究的焦点。^[7]标志那个时代转变的是社会治疗机构和那时 Jescheck 也赞成的保安处分^[8]的失败,在该转变中,《选择草案》及其支持者展现了对最明显的、具有特别困难的当事人在社会治疗上的推动力。^[9]最

- [1] 关于当时流行的“替罪羊理论(Sündenbocktheorie)”,参见 Naegeli 的文章: *Büßer*,《犯罪—罪责或者命运》(Verbrechen-Schuld oder Schicksal),1969年版,第40、50页及以下几页; *Ostermeyer*, ZRP 1970,第241页; *Lüw*, ZRP 1973,第91,94页;也可参见 *Mergen*,《犯罪学》(Die Kriminologie),1967年版,第87页:“人们可以说,社会通过法院(庭)的工具判处了犯罪人,实质上每一次判决都是对社会自身的判决。”
- [2] *Sack*对“批判犯罪学”的发展、内容和代表人物进行的概述,参见 *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (Hrsg.),《犯罪学小词典》(Kleines Kriminologisches Wörterbuch),1985年第2版,第277页。
- [3] 对此可以参见比如青年犯罪学者工作组(Arbeitskreis Junger Kriminologen)主编的《批判犯罪学》(Kritische Kriminologie)(定位论文集 Beiträge zu einer Standortbestimmung),1974年版。
- [4] 主要参见 *Lipton/Martinson/Wilks*, The effectiveness of correctional treatment: A survey of treatment evaluation studies, 1975; *Robinson/Smith*, Crime and Delinquency. 1971, 67. 关于治疗研究的最新成果,参见 *Schöch* 的文章: *Jehle* (Hrsg.),《个体预防和量刑》(Individualprävention und Strafzumessung),1992年版,第243页。
- [5] 这是已成经典的 *Martinson* 的口号,参见 Public Interest 36 (1974),第22页。不过,根据 *Dunkel* 版的《刑罚执行的实证研究》(Empirische Forschung im Strafvollzug),*Martinson* 指出,这些命题从来不可作确信无疑的理解,后来它也被相对化。
- [6] 参见 *American Friends Service Committee*, Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America, 1971; *Sack*,《犯罪社会学的问题》(Probleme der Kriminalsoziologie), in: *König* (Hrsg.),《实证社会研究手册》(Handbuch der empirischen Sozialforschung),1978年第2版,第192页。
- [7] 比如,参见 *Feest/Lautmann* (Hrsg.),《警察》(Die Polizei),1971; *Lautmann*,《司法—宁静的暴力》(Justiz—die stille Gewalt),1972; *Feest/Blankenburg*,《警察的定义权》(Die Definitionsmacht der Polizei),1972; *D. Peters*,《为权力服务的法官》(Richter im Dienst der Macht),1973。
- [8] *Jescheck*, ZStW 80 (1968),第54、79页。
- [9] 《选择草案》第69条第1款和之后采纳该建议的旧版《德国刑法典》第65条曾经对作为对于犯罪人保安处分的社会治疗机构做出了规定,这些犯罪人由于精神疾病或者深度的人格错乱有着明显的犯罪倾向和再犯危险。在《选择草案》第133页的立法理由中,社会治疗机构被认为是“选择草案最重要的创新之一”。

后,虽然对于保安处分和社会治疗机构的刑法典上的规定没有生效来说,决定性的是一国库的财政原因^[1],但是,不能忽视的是:刑事政策的风向已经发生了转变,并且在70年代强劲流行的个体特殊预防措施比起70年代以前对治疗的狂热,引起人们更大的疑虑。^[2]

了解(熟悉)教授先生的人不会认为,他可能已经站在了60年代后期当时刑法批判运动的顶峰。不同于他同时代的一些刑法学者,Jescheck没有把对于刑法的怀疑问题简单地当作被误导的年轻人非理性反叛[无知狂妄]的标志而予以忽视,而是认真对待并予以回答。在此他并没有放弃自己的立场,而是始终坚持刑法和刑罚对于保护不可放弃的社会和个体价值的必要性。^[3]但是,这一时期,他同时也很敏锐地注意到了对于刑罚的前提、后果和效应的实证(经验)知识的匮乏;为了弥补这一缺陷,他把京特·凯泽(Günther Kaiser)领导的犯罪学组以权利平等的地位接纳进由他创建的马普所(Max-Planck-Institut)。^[4]由于Jescheck的激励和推动^[5],犯罪学组也致力于研究针对现实问题的项目^[6],特别是对刑法机构——警察和检察机关——的工作条件和必备知识(Vorverständnisse)进行了研究。^[7]同时刑法学教研组据说也对刑事诉讼程序中的参与人进行了法比较研究;遗憾的是这一大规模的项目只是在个别方面——尤

[1] 起初《刑法典》第65条应该在1973年10月1日生效,可是该生效时间被多次推迟,因为事实上不能提供必要的场所和位子(参见Hanack, in: LK, 10. Aufl. 1978, § 65 Rn. 36)。最终1984年12月20日的《刑罚执行修改法》删除了《刑法典》第65条并把刑罚的“执行解决”方式安排在社会治疗机构来进行(《刑罚执行法》第9条)。关于社会治疗机构的失败也可参考Dünkel,《刑罚执行的实证研究》(Empirische Forschung im Strafvollzug), 1996年版,第21页及下页。

[2] 关于美国对于治疗思想的讨论,参见Allen, The Decline of the Rehabilitative Ideal, 1981; Weigend, Festschrift der Rechtswiss. Fakultät Köln, 1988, 第579、584页及以下几页。

[3] 参见Jescheck, Allg. Teil, I. Aufl. 1969, 第479页:“如果刑罚失去了与罪责相联系的合法性,那它就不会得到被判刑人的认真接受而且社会共同体也不会认为它是对犯罪行为的国家公正反应(回答)。”

[4] 关于“一个屋顶下的刑法和犯罪学”的科际整合思想,参见Jescheck, in: Albrecht/Kürzinger (Hrsg.), 《犯罪学在欧洲—欧洲犯罪学?》(Kriminologie in Europa—Europäische Kriminologie?), 1994, 第7页。关于马普所犯罪学研究的史前史,发展和机构化,参见Kaiser, 《Jescheck 祝贺文集》(Festschrift für Jescheck), 1985年版,第1035页;关于组织结构也可参见Jescheck/Kaiser, in: Vogler (Hrsg.), 《Hans-Heinrich Jescheck, 服务于共同体的刑法》(Hans-Heinrich Jescheck, Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft), 1980年版,第318、322页及下页。

[5] 对此参见Kaiser, 《Jescheck 祝贺文集》(Festschrift für Jescheck), 第1035、1042页及以下几页。

[6] 参见Kaiser, 犯罪学教研组主编 Forschungsgruppe Kriminologie (Hrsg.), 《实证犯罪学—弗莱堡马普所十年的犯罪学研究》(Empirische Kriminologie. Ein Jahrzehnt kriminologische Forschung am Max-Planck-Institut Freiburg i. Br.), 1980年版,第503页。

[7] 这一研究的成果体现在Steffen, 《从较后的刑事诉讼程序的观点对警察侦查活动的分析》(Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens), 1976年版; Berckhauer, 《经济犯罪和检察机关》(Wirtschaftskriminalität und Staatsanwaltschaft), 1977年版; Kürzinger, 《刑事告发和警察的反应》(Strafanzeige und polizeiliche Reaktion), 1978年版; Blankenburg/Sessar/Steffen, 《刑法社会控制过程中的检察机关》(Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle), 1978年版。

其是在检察机关方面——得以成功结项。^[1]

犯罪学研究组也没有局限于(刑法)机构的研究,除此之外,在大量的研究中对“无效果”命题进行了检验,并且至少获得了这样的结论:当时流行的“所有再社会化努力一律无效”的论断在很大程度上是相对的。^[2]而这一时期 Jescheck 自己的工作和由他领导的刑法学研究组的一班人则集中于制裁法的研究。不能忘记的是——除了由 Jescheck 和 Justus Krümpelmann 共同主持的至少在题目上相近的对于未决羁押(Untersuchungshaft)的研究项目^[3]——对于罚金刑(与很遗憾如此早就去世的 Gerhard Grebing 合作)^[4]和自由刑^[5]的大量法比较著作。在所有的这些计划中首要的是 Jescheck 认为,其他法律制度的思想和经验财富要用于德国(刑法)制裁体系的理论与实践的继续改革,尤其是要扩充切实可行的自由刑替代(Alternativen zur Freiheitsstrafe)上的理论和知识储备,并由此克服他自己在1979年的一篇重要文章^[6]中所描述的“刑事政策危机”。^[7]

今天看来也值得钦佩的是, Jescheck 教授借助于什么样的精神活力和力量解决了来自60年代后期和70年代前期讨论的部分破坏性颠覆刑法的不满并把它转成了建设性的正面力量。没有以任何方式去巴结屈就当时时髦的论证形式或论证主题,他以雪亮的洞察力看清了传统刑法学事实上所显示出“盲点”的地方,并马上致力于拟定独到

[1] Jescheck/Leibinger (Hrsg.),《外国法中公诉机关的职能与工作》(Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht),1979年版。来源于程序法研究项目的成果也有 Weigend,《犯罪被害人和刑事诉讼程序》(Deliktsoffer und Strafverfahren),1989年版。

[2] 研究成果参见,比如,Albrecht,《处以罚金刑和自由刑的被判刑人的缓刑》(Die Legalbewährung bei zu Geld- und Freiheitsstrafe Verurteilten),1982年版;Dünkel,《社会治疗后的缓刑》(Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung),1980年版;Ortmann,《刑罚执行中的社会治疗》(Sozialtherapie im Strafvollzug),2002年版。

[3] Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.),《在德国法、外国法和国际法上的未决羁押》(Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht),1971年版。

[4] Jescheck/Grebing (Hrsg.),《德国法和外国法上的罚金刑》(Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht),1978年版。

[5] Jescheck (Hrsg.),《德国法和外国法上的自由刑及其替代》(Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht),1983—1984。

[6] Jescheck, ZStW 91 (1979), 第1037页。

[7] 该时期可以冠以“68”现象时期:主要是对权威的怀疑,特别是国家权威;对刑法的根本批判(比如,作为社会替罪羊的犯罪人),围绕治疗取向的论争;围绕标签理论的论争;在刑事政策上,主要是MPI对刑罚制度、刑法机构和治疗处遇的研究,研究的重心在于罚金刑和自由刑。Jescheck教授这一时期的代表作是:(与KRÜMPELMANN合作)《德国和外国法中的未决羁押》(Die Untersuchungshaft im deutschen und ausländischen Recht)(1971);(与Grebing合作)《德国和外国法中的罚金刑》(Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht)(1978);《自由刑和它的替代》(Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate)(1983—1984);(与Leibinger合作)《公诉机关的职能和工作》(Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde)(1979)。文章:《刑事政策的危机》(Die Krise der Kriminalpolitik)(1979)。——译者注

的研究计划去弥补这些缺陷。与当时也是由著名作者所写的许多著作相反,他的这些论著的结论在30年后的今天还依旧站得住,而且 Jescheck 基于他的法比较研究针对自由刑替代提出的绝大多数建议^[1]有着持续的现实针对性并且还在期待着立法者的(现实)转化。

在随后的年代出现的不是刑法批判方向上所预期的刑法紧缩,而恰恰相反,是刑法的膨胀。由于20世纪70和80年代的经济—技术进步在社会内部产生了各种不同的但能够正常运作的制度之间的相互依赖性和必要性;同等程度升高的是社会和个体的易受伤害和易受攻击性,这些个人在他们的要求上变得更加刁奸和诡诈并在他们的恐惧感上变得更加过敏与脆弱。^[2]在不同的欧洲国家以灾难方式所实施的恐怖主义袭击和环境灾难,让人们注意到了现代社会的(安全)危险与威胁和有时的无助与无奈。除了别的途径,人们试图这样考虑这些现实情况:要采取制定新的针对袭击的刑法规范的方法来保护现代社会的功能运转条件。这种趋势的特征表现在:在诉讼法上扩大调查犯罪行为法律干预手段,也包括尤其是调查对象不可能注意到的方法^[3],比如警察秘密窃听谈话^[4]和使用卧底侦探和线人。^[5]在实体法上表现为这一时期经济刑法^[6]和环境刑法^[7]以及之后的计算机刑法^[8]的膨胀,也表现在作为防止由

- [1] 比如,参见 Jescheck,《Würtenberger 祝贺文集》(Festschrift für Würtenberger),1977年版,第257页;同一作者,in: Jescheck (Hrsg.),《德国法和外国法上的自由刑及其替代》(Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht),1984年版,第1939页及以下几页;同一作者,《Lackner 祝贺文集》(Festschrift für Lackner),1987年版,第217页(关于瑞士刑法典总则部分的预备草案的刑罚体系部分)。
- [2] 在社会学上,这个结论早被归结为“风险(危险)社会(Risikogesellschaft)”的概念;参见 Ulrich Beck,《风险社会》(Risikogesellschaft),1986年版;同一作者主编,《风险社会的政治》(Politik in der Risikogesellschaft),1991年版。
- [3] 关于在刑事诉讼程序中国家干预权“近乎通货膨胀式的”扩大的最近论述,参见 Rieß,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser),2005年版,第443页,不过,他认为这种状态“与《帝国刑事诉讼法》的最初规则模式是基本一致的”(同前注,第448页)。
- [4] 1968年规定了电话监听权(《德国刑事诉讼法典》第100a,100b条),1992年接着授权监听他人谈话(《德国刑事诉讼法典》第100c,100d条),最后在1998年扩大到在私人空间(Privaträumen)实施“大窃听”的权力(Befugnis zum “Großen Lauschangriff”)——有时是违宪的(《联邦宪法法院判例集》,109,279。BVerfGE,109,279)。
- [5] 通过1992年的《与有组织犯罪斗争法》(OrgKG)对投入卧底侦探做出了规定(《德国刑事诉讼法典》第110a到110e条);关于其产生的历史,参见 Hülger,NSiZ 1992 第457、523页。
- [6] 1976年的《第一部经济犯罪防治法》(联邦法律公报I,第2034页)把破产犯罪规定在刑法典中(《德国刑法典》第283到283d条)并制定了诈骗国库援助的危险犯罪构成要件(《德国刑法典》第264条)以及信用诈骗(《德国刑法典》第265a条)。1986年的《第二部经济犯罪防治法》(联邦法律公报I,第721页)进一步扩大了对由于电子数据处理系统的运用对新形式的经济生活危险的特别保护(规定了《德国刑法典》第202a、263a、269、270、303a、303b、303c条)。
- [7] 1980年的《第18部刑法修改法》(联邦法律公报I,第337页)把“针对环境的犯罪”作为单独的一章规定在《刑法典》中。1994年的《第二部环境犯罪防治法》扩大了环境刑法的范围并加重了处罚的力度。
- [8] 指通过《第二部经济犯罪防治法》(注81)。

于毒品依赖而导致社会运转自我瘫痪手段之一的麻醉品刑法所显示的日益重要性。^[1]在此,由于被保护的错综复杂的法益的具体明显的损害是无可或很难证明的,立法者越来越多地依重抽象危险犯的工具:根据经验,或者只有它的大量出现,可能导致机能障碍的,单单行为的实施就可处以刑罚,而不取决于对人的任一具体危险的证据。^[2]

与此相联系的刑法的膨胀(扩张)受到了迫切现代化的一些呼声的赞同。^[3]刑法只有适应源自20世纪的生存条件和生存危险——比如贝尔恩德·许讷曼(Bernd Schünemann)如此写道——才能充分保障公民免遭诸如环境犯罪对这些生存条件不可恢复地永久破坏。^[4]另外,只有把刑事可罚性延伸到中上阶层典型的行为方式,才能清除传统刑法的阶级偏见(class bias)也是被提到的理由。^[5]对此,尤其是善于辞令的以温弗里德·哈塞默尔(Winfried Hassemer)、克劳斯·吕德尔森(Klaus Lüderssen)和沃尔夫冈·瑙克(Wolfgang Naucke)为代表的所谓的法兰克福学派(Frankfurter Schule)^[6]持有对立的立场,他们批判刑法的过度延伸并与此相伴而来的对个体自由的限制,许多生活领域的过度调整和主要是刑法的通货膨胀,该膨胀以有害的方式减

- [1] 1972年的《麻醉品交易法》进行了新的修改(联邦法律公报I,第1页),扩大了处罚的范围。该部法律的目标是:“阻止在联邦德国的吸毒浪潮并由此使个人和公众免于毒品所带来的巨大危险。……这涉及到要节省公众要付出的高的代价,该高价是放任的/无限制蔓延开来的吸毒浪潮的受害人向公众索要的高额代价。最终,这涉及到要致力于不危及社会的运转机能……”(BR-Drucks. 665/70, S.2)。
- [2] 危险犯的学理讨论,参见Graul,《抽象危险犯和刑法中的假设》(Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht),1991年版;Hefendehl,《刑法中的集体法益》(Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht),2002年版,第156页及以下几页;Kindhäuser,《犯罪行为的危险》(Gefährdung als Straftat),1989年版;Wohlers,《预防刑法的犯罪类型——“现代”危险犯的学理》(Deliktstypen des Präventionsstrafrechts—zur Dogmatik “moderner” Gefährungsdelikte),2000年版,第286页及以下几页;Zieschang,《危险犯》(Die Gefährungsdelikte),1998年版。
- [3] 比如,Koriath,GA 2001,第51,71页及以下几页;Kuhlen,GA1994,第347,367页;Schünemann,GA1995,第201,210页及以下几页。
- [4] Schünemann,GA1995,第201,209页及下页;同一作者,in:Kühne/Miyazawa(Hrsg.),《日本和德国:旧的刑法结构和新的社会挑战》(Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland),2000年版,第15,27页及以下几页。
- [5] 关于经济刑法的立法,参见Baumann的文章,《法律人报》(JZ)1983,第935,937页。
- [6] 参见,比如P.-A. Albrecht,《立法和法学批判季刊》(KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)1988,第182页;同一作者,《刑事辩护人》(StV: Strafverteidiger)1994,第265页;同一作者, KritV 1993,第163页;Hassemer,《新刑法杂志》(NSZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht),1989,第553页;同一作者,《法政策杂志》(ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik),1992,第378,387页;Herzog,《社会的不安全和刑法的存在忧虑》(Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge),1991,第109页及以下几页(例如经济刑法立法),第141页及以下几页(例如环境刑法)和其他几处的论述;Hohmann,《环境犯罪的法益》(Das Rechtsgut der Umweltdelikte),1991;Lüderssen,《公共刑罚请求权的危机》(Die Krise des Öffentlichen Strafanspruchs),1989,第7页及以下几页,第38页;同一作者,《Bemmann 祝贺文集》(Festschrift für Bemmann),1997年版,第47页;Naucke, KritV 1993,第135,154页。

少了刑罚的分量(贬值)。^[1] 这就是说,如果人们想把刑法作为万灵药应用于根本不同的时代的社会或者技术问题,那么,本身并不封闭的“法兰克福学派”的共同观点^[2]就是苛求于刑法。

横贯刑事政策前沿的是一个尤其以京特·雅各布斯(Günther Jakobs)的著作^[3]引发的关于犯罪行为系统的功能化及其概念的激烈讨论。根据 Jakobs 和他的学生的观点,与刑法灵活运用于众多的社会和经济利益的保护相协调,学理的基本理念应该丧失它们传承下来的、明显确定的轮廓而完全适应于这一具有决定性的目的:通过积极的一般预防实现(达到)对于犯罪行为人当时有效的社会规范的承认,并且反事实地(kontrafaktisch)证明其对于社会的持续有效性。^[4] 这样直到 20 世纪 50 年代可以看到的不法的伦理化和实质化(具体化,实体化)趋势被彻底转了过来:违反规范是应该受处罚的,也就是说之所以处罚,是因为违反规范说明行为人对于公认规范的不服从^[5];而是否应该使用刑罚手段的问题,要根据当时社会的刑事政策的行为需要来决定。Jescheck 以适度的语气、但事实上果断地表达了对这种走向极端的刑法功能化的反对并着重强调了传统罪责概念保护自由的特征^[6];根据他——与大多数一致^[7]——的观点^[8],只有当对于行为人因他的不法思想意识而不依赖于可能的社

[1] 参见,比如 Prittwitz,《刑法和风险》(Strafrecht und Risiko),1993,第 250 页写道:“中长期来看,不仅达不到目标而且妨碍这种实现的并削弱其自身法律形式性的法律,失去了威信和可信性。在民主宪政国家如此重要的‘规范的服从’少了,‘威权的服从’……很大程度上消失了。”

[2] 关于“法兰克福学派”内部共同点和观点的不同点,参见 Wohlers,《预防刑法的犯罪类型》(Deliktstypen des Präventionsstrafrechts),2000 年版,第 51 页及以下几页。

[3] Jakobs,《罪责和预防》(Schuld und Prävention)1976 年版;同一作者,《刑法总论部分》(Strafrecht Allgemeiner Teil)(教科书),1992 年第 2 版,第 1 到 4 页及以下几页。

[4] Jakobs, ZStW 101(1989),第 516 页;同一作者,《罪责原则》(Das Schuldprinzip),1993;同一作者,《规范、人格、社会》(Norm, Person, Gesellschaft)1999 年第 2 版,第 98 页及以下几页。

[5] Jakobs 的基础性论述,参见《刑法总论部分》(注 92),第 1 到 11 页,他写道:“刑罚的任务是维护作为社会联系的指向模式的规范。刑罚的内容是以违反规范者的代价形式对否认规范的对抗。”

[6] 参见 Jescheck, in: Baroja/Beristain (Hrsg.), Libro-homenaje a Ignacio de Loyola, 1991, 第 405、407 页及下一页。(也可参见,刊登在 Vogler 主编的,《Hans-Heinrich Jescheck, 1980—1998 刑法论文集》,1998 年版,第 281 页的文章。)

[7] Hirsch 对 Jakobs 的批判,参见《科隆法学院建院 600 年祝贺文集》(Festschrift der Rechtswiss. Fakultät Köln),1988 年版,第 399、418 页;同一作者, ZStW 106 (1994),第 746、752 页及以下几页;Schünemann,《Roxin 祝贺文集》(Festschrift für Roxin),2001 年版,第 1、13 页及以下几页。Roxin 实质上也坚持罪责原则——尽管某种程度上与功能论有相似之处[参见 Roxin,《刑法总论部分》(Strafrecht Allgemeiner Teil),1996 年第 3 版,第 19 章,边码 3;《Lampe 祝贺文集》(Festschrift für Lampe),2003 年版,第 423、435 页,Roxin 认为罪责原则是“德国自康德和黑格尔以来对于限制国家刑罚权核心的并几乎是神圣的手段”]——Schünemann 也如此认为, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.),《日本和德国的刑法和刑事政策》(Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland),1989 年版,第 147 页及以下几页。

[8] Jescheck, 第 408 页写道:“罪责原则也有助于保护公民免受国家过度镇压的影响以致把刑罚限制在受社会伦理非价评判的行为上。”

会归责需要可以对其予以伦理非难之时,才允许提起作为刑罚根据的罪责非难。^[1]

这样,穿越距今最近的刑法史,我们的急行军至此已经接近当代。与社会辩论和社会偏好的后现代的任意性相应,这段历史的特征在刑法学中表现为:某种折中/折衷主义,研究观点和重点的四分五裂与分散破碎,以前所形成的“学派”和学术等级的——已经由于参加讨论的人和出版机构数目的急剧扩大不可避免地——解体(瓦解,分解)。^[2] 90年代在犯罪学中存在的相对并不相互关联的截然不同的研究兴趣和思考方向,其范围从社群主义(Kommunitarismus)和转处(Diversion)经由被害人中心(Opferorientierung)和损害恢复(Wiedergutmachung)延伸到犯罪预防和治理的私营化。^[3]

自罗纳德·里根总统任期以来,美国转向保守的影响,刑事政策采取的确是镇压的方向。给人以恐怖前景的有组织犯罪和毒品犯罪对这种镇压取向提供了合法性,抛弃了治疗思想同时给打击犯罪的这一策略扫清了道路:该策略寄望于威慑和严厉而把人道地对待违法者在某种程度上看作是过时的次要美德。^[4] 如果听任多数社会中的这种趋势,在该社会中许多犯罪行为可能已经由于他们的种族的、宗教的或者文化的归属被打上了“局外人”^[5]的特征,从中人们就不再能够期待到多数人交往规则的基本共识。那样,就像在关塔那摩湾(Guantanamo Bay——美军设在古巴的基地监狱)或者阿布格莱布(Abu Ghreib——美军在伊拉克关押对其袭击者的监狱)那里一样,

[1] 该时期可以称为新技术时代或者新技术革命时代:由于经济—技术的进步,社会变得更加相互依赖和多样化,并且在其制度上更加易于受到攻击;这种现实反映在在刑法上,表现为经济刑法、计算机刑法和环境刑法的膨胀,特别是通过创立抽象危险犯的这种方式(这样,同时也把中上阶层的危害行为纳入了刑法领域;对于这种膨胀也出现了两者对立的观点:一方认为,刑法有必要也必然现代化,另一方认为刑法的过度膨胀损及个体自由);(对法兰克福学派的批判,人们可以责难的是,他们的主张使得面对损害的现代形式的公民处于无保护的境地,但是,持这种基础性批判的一方倒是对于立法的现代化趋势的必要限制没有进行足够的研究)。所有的合法化理由归结为“积极的一般预防”;借助于“本体论”的理念,使得肩负保护所有现代社会关系任务的工具的刑法功能化(Jakobs——他在哲学上反求诸公民道德上的义务)。——译者注

[2] 参见 Schünemann 清楚地论述,GA 1995,第201、216、222页;也可参见 Ara, ZStW 111(1999),第757、764页。

[3] 关于犯罪学概念和内容上的扩展,参见 Kaiser,《犯罪学》,1996年第3版,第19章,边码54及以下;还可参见 Hassemer,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser),2005年版,第115、135页。

[4] 这种趋势在德国突出的表现在1994年的《重罪防治法》和1998年的《性犯罪和其他危险犯罪行为斗争法》中;关于在制裁法中的发展趋势,参见 Streng, ZStW 111(1999),第827页;关于性刑法的改革,参见 H.-J. Albrecht, ZStW 111(1999),第863页。

[5] 参见 Becker 的基础性论述,Outsiders; Studies in the Sociology of Deviance, 1963。

距离借助“敌人刑法”^[1]的驱逐和它本身的不人道对待也就不远了。^[2]

但是,对于距今最近的历史的结论有时也不是一维的。相对于刑事政策气候的明显冷却,在刑法和主要在刑事诉讼法的讨论中,人权尤其是人的尊严不可忽视地日渐重要起来。联邦宪法法院的实务见解^{3]}和欧洲层面的欧洲人权法院的司法实践以明确的言词和大胆的判例先行一步^{4]},学术发展也紧随这种趋势。^[5]在过去的15年,远远超出德国领域,可以看到的是,对于欧洲人权公约及其对国内刑事诉讼制度的影

[1] “敌人刑法”的概念来源于 *Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), 第 751、753 页和文章的其他地方。当时该概念被用于意在批评立法趋势的地方,之后 *Jakobs* (in: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* [Hrsg.], 《千禧年前对于德国刑法学的回顾与前瞻》(Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende), 2000, S. 47, 51) 对该概念作了肯定的表达:“凡想被作为具有人格的人来对待的人,就他本人而言,他必须保证:他将作为具有人格的人而行为。如果这一保证出现缺位或者这一保证甚至遭到拒绝,刑法就会从社会对其成员行为的反应转变为对敌人的反应。”也可参见 *Jakobs*, in: *Hsu* (许玉秀) (Hrsg.) 《刑法和刑事程序法的基础和界限》(Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure) (即《刑事法之基础与界限:洪福增教授纪念专辑》,台湾学林出版社,2003 年版,第 41 页;对 *Jakobs* 命题的批判,参见 *L. Schulz*, *ZStW* 112 (2000), 第 653、659 页及以下几页。

[2] 该时期可称其为后现代时期:自恋而又自私利己的、崇尚新潮和娱乐消遣的个体陷身于一个空泛的、被媒体塑造的虚假世界;在刑法上,由于研究人员的急剧增长和出版机构的增多瓦解了几乎所有的“学派”(只有少数例外),所有学术观点的四分五裂与支离破碎(分散),更表现出随意性和任意性;在刑事政策上,矫正理想失败后是镇压的趋势,尤其是毒品犯罪和有组织犯罪的恐怖前景(对毒品犯罪和有组织犯罪的零忍耐),给这种趋势的发展提供了合法性的现实根据;接着就是围绕危险刑法的讨论,这种危险刑法本身的危险在于对于截然不同的社会和技术问题把刑法作为万灵药过度加以适用;同时该时期也考虑到了被害人(比如作为研究命题的犯罪恐惧和损害赔偿);转处(包括私营化)和预防、新自由主义和社群主义成为犯罪学的主旋律。——译者注

[3] 比较近的判例是:联邦宪法法院判例 105,135 (财产刑的违宪性;2002 年);109,279 (刑事诉讼程序中住宅监听有些情况下的违宪性);110,226 (对刑事辩护人[主要是律师]洗钱刑事可罚性的限制)。关于联邦宪法法院判例对国内刑法和刑事诉讼法的影响,参见 *Arnold*, *StraFo* 2004, 第 402 页;同一作者, *StraFo* 2005, 第 2 页;还可参见 *Gusy*, 《刑事辩护人(StV)》2002, 第 153 页; *Kruis*, *StraFo* 2003, 第 34 页。

[4] 关于欧洲人权法院到 1999 年的判例,详见 *Esser*, 《通往欧洲刑事程序法之路》(Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht), 2002 年版;还可参见 *Ambos*, *ZStW* 115 (2003), 第 583 页; *Kierschke*, 《欧洲人权法院的实践及其对德国刑事诉讼程序的影响》(Die Praxis des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahren), 2003 年版。

[5] 参见 *Simon*, 《欧洲人权公约第 6 条第 3 款规定的被告人的权利》(Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK), 1998 年版; *Rzepka*, 《论德国刑事诉讼程序中的公正》(Zur Fairness im deutschen Strafverfahren), 2000 年版; *Kühne*, 《刑事辩护人(StV)》2001, 第 73 页。

响的讨论是意想不到的活跃。^[1]而这只是刑法学国际化的一部分——国际化或许是过去20年最突出的特征。超越国界的刑法,不管是跨国刑法适用法,还是欧盟内部的刑法,以及国际刑法的惊人的全盛时期的出现,不仅是对带来很多变化的经济全球化的适应,也是对于国界在我们日常生活中丧失普遍意义的适应。

Jescheck 的生命之作就这样完成了:与其他学者不同的是,他在其辉煌的学术生涯伊始就关注国际化问题,和其他学者不同的还有,他现在已能看到他的学术工作在法现实中日益成熟的成果。这自然首先是指国际刑法。^[2]这里, Jescheck 已经在1949年提交的《国家机构的国际刑法责任》的教授资格论文^[3]中就已确立了适用国际刑法的标准——这些标准,是一个他在自己最近关于纽伦堡法庭的《伦敦规约》和50年后的《国际刑事法院罗马规约》之间的类似和区别的论文中在内容上能够天衣无缝地联系起来的标准。^[4]在对纽伦堡程序进行具体批判的同时, Jescheck 一开始就肯定了战争犯罪的个人国际刑法责任,而且通过一个常设的刑事法院统一实施国际刑法始终是他过去深为关切的事情——即使由于国际社会的关系破裂,这一目标的实现看来似乎遥遥无期的那些时候。^[5]即使 Jescheck 现在可以亲眼见证如此辉煌的国际刑事法院,令他忧虑的依然是国际刑事法院还没有取得全体大国的政治支持。^[6]

另外,已经在很早的时候教授就开始研究欧洲共同体的刑法问题,即与50年代所

- [1] 参见 Renczkowski (Hrsg.),《(体现)在私法、刑法和公法中的欧洲人权公约》(Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichem Recht), 2005年版; Tenckhoff, in: Botke/Möllers/Schmidt (Hrsg.),《欧洲的法律: 大学法学院献礼文集》(Recht in Europa, Festgabe Jur. Fak. Augsburg), 2002年版,第301页。关于《欧洲人权公约》对德国、奥地利和瑞士刑事诉讼法的影响,参见 Kühl, ZStW 100 (1988), 第406, 601页; Fuchs, ZStW 100 (1988), 第444页; Trechsel, ZStW 100 (1988), 第667页。关于欧洲人权公约对1998年英国人权法案的影响,参见 A. T. H. Smith, Ashworth, Sharpe, Uglow 在1999年《刑法评论》Criminal Law Review 中的文章,第251, 261, 273, 287页;还可参见 Buxton, Criminal Law Review 2000, 第331页。
- [2] Triffler 在《Jescheck 祝贺文集》(Festschrift für Jescheck), 1985年版,第1477页和 ZStW 116 (2004) 第959页的文章中对 Jescheck 对国际刑法的发展和实施的重大影响进行了细致全面的描述。
- [3] Jescheck,《国家机构的国际刑法责任——对纽伦堡程序的研究》(Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen), 1952年版。
- [4] Jescheck,《Rüter 祝贺文集》(Festschrift für Rüter), 2003年版,第118页;同一作者,《国际刑事司法杂志》[Journal of International Criminal Justice] 2 (2004), 第38页。
- [5] Jescheck,《瑞士刑法学杂志》(SchwZStR) 72 (1957), 第217, 244页及以下几页;同一作者,《Grünhut 纪念文集》(Erinnerungsgabe für Grünhut), 1965年版,第47, 50页及下页;同一作者, GA 1981, 第49页;也可参见同一作者,《Nishihara 祝贺文集》(Festschrift für Nishihara), 1998年版,第435页。
- [6] Jescheck,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser), 2005年版,第992, 1000页,他认为,主要是美国没有加入规约并且甚至“激烈的反对”国际刑事法院,是“令人痛苦的”。关于美国的退却和保留,参见 Sweall/Kaysen (Hrsg.), The United States and the International Criminal Court, 2000;还可参见 Jescheck, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), 第54页及下页; Däubler-Gmelin,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser), 2005年版,第717, 726页及以下几页。

计划的欧洲防卫共同体的关系。^[1]但是,无论如何,今天把彼此可以匹敌的并植根于民族文化的国内刑法制度通过广泛集中而形成布鲁塞尔的刑罚权,在这个问题上 Jescheck 确实是站在了持怀疑态度的人的方面。^[2]不过,2004年通过的欧洲宪法草案^[3]在这一点上已经授予了欧洲机构以广泛的全权^[4]——人们只能(心底里不赞成这种全权而)违心地寄希望于这种全权得到适度而保守地使用。^[5]

在此,我已经把最终的思考视角投向刑法的未来。这个视角并不让人充满太多的信心。引起我担忧的,一方面是刑法的日益工具化^[6],另一方面是——随之而来的——刑法的边缘化。在此,我只想提及几个关键点。被工具化的刑法是指,刑法被作为威胁的姿态,作为单纯的附属物运用于任意的调整与规范内容之中——最近,没有细胞捐献者的同意进行父亲的遗传基因检测的入罪化建议只是众多例子中特别明显的一个适例。如果没有慎重考虑并直觉反射似地把刑事威慑作为明显节省成本的实现任意行政目的或者福利目的的政治上廉价工具加以滥用,那么刑罚就失去了它的特效性,即应该是对于个体或者社会利益特别不能容忍的、道德上卑鄙的损害或者具体危险的反应。^[7]现在,人们可能要问,像“道德上的卑鄙性”,“伦理上的非价评判”,或者“公开反对”^[8]这些字眼,在我们当今这个日益去伦理化、功能化的世界,除了有传

[1] 参见 Jescheck, ZStW 65 (1953), 第 113 页。

[2] Jescheck in: Vogler (Hrsg.), Hans-Heinrich Jescheck, Beiträge zum Strafrecht 1980—1998, 1998, 第 469 页;同一作者,《Eser 祝贺文集》(Festschrift für Eser), 2005 年版,第 991,999 页。

[3] “欧洲宪法草案”,德文版刊登在:德国议会公众工作处(主编),《欧洲宪法—联邦议会》(Eine Verfassung für Europa—Der Europäische Konvent und der Deutsche Bundestag), 2004 年版。

[4] 对此,还可参见 Weigend, ZStW 116 (2004), 第 275 页。

[5] 该时期可称其为 90 年代:人权思潮在这一时代日益活跃(表现为在程序法中、在罪刑法定原则上,人权和人的尊严的思想经由联邦宪法法院和欧洲人权法院的司法实践和判例的阐发,赢得了引人注目的重大意义和现实重要性),刑法的全球化趋势初现端倪(尤其是面对国际恐怖主义,国际刑法的重现生机和欧洲刑法的孕育躁动);同时也出现了对传统刑法的界限的彻底研究(尤其是围绕“敌人刑法”的讨论)。Jescheck 教授对这一时期主题的代表作除早在 1952 年的《国家机构的国际刑法责任》(Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht), 比如还有《欧洲刑法的可能性和问题》(Möglichkeiten und Probleme eines europäischen Strafrechts) (1991), 《国际刑事法院的建立》(Errichtung eines IstG) (1998), 以及一系列 90 年代外国刑法改革法和改革草案的比较评估作品。——译者注

[6] 对此,参见 Heine, in: Eser/Hassemmer/Burkhardt (Hrsg.), 《千禧年前德国刑法学的回顾与前瞻》(Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende), 2000 年版,第 397,405 页。

[7] 关于“最后手段(ultima ratio)”的思想,参见《联邦宪法法院判例集 BVerfGE》39, 1, 47; Hefendehl, 《刑法中的集体法益》(Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht), 2002 年版,第 378 页和该书的其他地方; Lagodny, 《受制于基本权利的刑法》(Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte), 1996 年版,第 531 页及该书其他地方; Roxin, 《刑法总论》, 1997 年第 3 版,第 2 章,边码 29 以下; Weigend, 《Hirsch 祝贺文集》(Festschrift für Hirsch), 1999 年版,第 917 页。

[8] Jescheck 把刑罚定义为:“根据不法和罪责的严重程度来确定的一种痛苦,它表明了国家对行为的公开反对,是对严重违法行为的强制抵偿,以此证明法规范一如既往的有效性。”参见 Jescheck/Weigend, 《刑法教科书》(总论)(注 1), 第 13 页。

统意识的刑法学家这个小圈子,究竟是否还有超越个体之上能被人理解的意义。说明这一点的首先是这样的环境,美国的全球主流文化——有突出宗教特征的社会就像传统的伊斯兰国家除外——一些年来显示出引人注目的公共和私人讨论的再道德化;但是,在我们当代中欧社会,人们不应受到由于主要在年轻人中流行的粗野的行为举止(表达方式)而对此的蒙蔽;绝大多数人作出对他重要的决定最终只是根据相对简单的、更多的是感觉到的而不是已被理性表达的道德标准。如果刑法仅仅限于把社会伦理上的有害行为规定为犯罪,那么刑法就能够有力的促进公众的道德取向。而对于社会伦理上有害行为方式的判断,刑法能够提供必要的道德权威性。在当代,刑法并没有表现出提供道德权威性这种特性,而是被无例外地应用于那些国家想更有效地实现行政法(伦理上中性[立]的)规范的地方。在美国,刑法制裁与民事责任之间甚至被看作是可以转换的,并且在德国存在效仿这种混淆刑法与民法界限的危险。如果人们作如此效仿并把刑法作在所有可能的领域控制公民的行为之用,那么就会滥用刑法特别的道德权威性。^[1]

另外,对于概括其发展结果、容易理解的所谓刑法边缘化,有许多独立的标志性特征。其中之一就是在法学教育中刑法失去了重要性,这种意义的失却无疑在未来的几年还将继续下去。鉴于年轻的法律人选择职业的职业领域的统计分布,以及鉴于在民法和公法中必要的核心知识的急剧增长的范围和规模,在法学教育中民法、刑法和公法三足鼎立、平分天下的传统说法自然很难能够自圆其论。但是令人担忧的是,伴随着在法学教育中刑法和刑事诉讼法对于大多数法律人在职业上的不重要性/无关紧要,就像我所提到的,这些学科不可放弃的方法论上的法伦理——基本原则上的价值取向马上就会在兰科专业的储藏室中消失。

被挤向边缘的也包括作为学术的刑法,也就是说很遗憾的恰恰是它应该发挥其作用的地方,即在刑法问题的实务处理中。^[2]推动这一过程的首先是在部分学生优选的教学文献中对刑法持续的简单化和庸俗化,由于这些教育文献中的内容事实上毕竟只是以粗糙的、不完全的形式出现在许多年轻的刑法实务者眼前,此后自然也是以这种形式运用于实务讨论中。^[3]其次是实务中程序“解决”的协商形式的倾向起了重要

[1] 关于“公正的美国化”的危险,Arzt做了清楚的论述,《Trifflerer 祝贺文集》(Festschrift für Trifflerer), 1996年版,第527页;同一作者,ZStW 111(1999),第757、768页及以下几页。关于美国法的惩罚性损害赔偿(punitive damages)对民法和刑法的混淆,参见Brockmeier, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, 1999; Mörsdorf-Schulte,《美国惩罚性损害赔偿的功能和学理》(Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages), 1999年版。

[2] 关于刑法学对于立法的——不重要的——意义,参见Arzt, ZStW 111(1999),第757、763页;Hassemer, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.),《千禧年前德国刑法学的回顾与前瞻》(Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende), 2000年版,第21、41页。

[3] 关于刑法的学院教学中存在的问题,参见Weigend,《Kohlmann 祝贺文集》(Festschrift für Kohlmann), 2003年版,第741页;简单化的刑法教育和有缺陷的法律质量之间的关系,也可参见Julius在会议综述中对Gropp教授观点的转述,ZStW 111(1999),第892页。

的作用,因为能够适用于程序的全部或部分不起诉和判决协商,可以节省慎重澄清毕竟是很重要的法律问题的气力。从最近的过去马上就能想到许多突出的例子。〔1〕像讨厌的障碍一样的法律问题如果可以毫无顾忌地以远离法律的协商予以清除,以此人们可以不用努力达到目的,那么,在程序中涉及的仅仅是有效率的、也就是说省气力的案件解决,也就不再涉及真实和甚至已经不再涉及到刑罚公正性。〔2〕

我不想以悲观主义的论断作为结语,而想以展望未来的刑事政策作为结束。〔3〕在此,首先仍然是矛盾的任务,一方面要对个体和集体利益的新的损害形式用适当的、现代化的刑法规范予以反应;另一方面刑法要限制在绝对不再能够容忍的行为方式的领域范围并要避免它的滥用。始终处于制裁政策日程上的是在适当的情况下以建设性的选择实现自由刑的替代〔4〕,比如公益劳动,接着是对如今形式的罚金刑和缓刑的效果的检验。要补充说明的是,在过去几年,不能低估的任务是,要用理性制裁政策在国内就像在国际层面所取得的成就来反对平民主义严厉刑罚甚至恢复死刑的要求。这些要求主要来自许多人事实上感觉到的、之前由一些媒体煽起的对犯罪和犯罪人的恐惧。〔5〕与此相对,耐心地确定个人受犯罪行为事实上(确实微小的)的威胁以及犯罪行为常常令人同情的个人背景的已知因素〔6〕,这是犯罪学的重要任务。〔7〕

〔1〕 参见, LG Bonn NJW 2000, 1736 (针对 *Helmut Kohl* 的背信案); 对此参见 *Hamm*, NJW 2001, 1694; *Wehnert*, StV 2002, 219。

〔2〕 对此,参见 *Weigend*, ZStW 113 (2001), 第 271 页。

〔3〕 *Roxin* 对刑法学未来任务的论述,参见 *Roxin*, in: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (Hrsg.), 《千禧年前德国刑法学的回顾与前瞻》(Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende), 2000 年版, 第 369 页。

〔4〕 *Zypries* 也赞成“较有创新性的限制自由的刑罚”和制裁体系的“灵活性”, 参见 *Zypries*, StraFo 2004, 第 221, 222 页。

〔5〕 对此参见 *Pfeiffer/Windzio/Kleimann* 的最新分析,《犯罪学和刑法改革月刊》(MschrKrim.) 2004, 第 415、422 页及以下几页; 大篇幅的论证, 还可参见 *Eisenberg*, 《犯罪学》(Kriminologie), 2005 年版, 第 50 章, 边码 25 及以下。

〔6〕 关于犯罪学中犯罪行为人研究的强化, 参见 *Jehle/Kirchner*, in: *Jehle* (Hrsg.), 《犯罪行为人的治疗和新的制裁形式》(Täterbehandlung und neue Sanktionsformen), 2000 年版, 第 3、10 页及以下几页; 前面出现 *Dölling* 的注脚提到的文献, 第 21、31 页及以下几页。

〔7〕 对于当代德国刑法的现状未来的任务可以做这样的概括: 首先是刑法的边缘化(主要表现在法学教育中, 鉴于日后的择业方向, 学习刑法学与学习民商法学相比较日益变得并不重要, 刑法学理的折中主义和庸俗与简单化[特别是表现在小型评注和教学文献中]; 刑事政策的无理念性; 由于政治和协商使得刑法学术出现零星的工具化); 禁止为达到任意目的而随意使用刑法的附属和威胁功能的界限设定的必要性; 应该抵制民法和刑法混合应用于任意的一般预防目的。但是“刑罚的严肃性”在一个日益去伦理的、功能化的世界究竟还能否继续保持? 答案应该是肯定的。因为道德的评判作为社会的潜流确实在增长(这可以从美国的社会道德化中看出端倪)。另外, 这里还要强调的是, 要坚持法和伦理的分离并避免之间界限的模糊; 要与没有界限的功能化作斗争。在刑事政策上, 还是涉及自由刑的替代(比如, 公益劳动)和它的人道的形象, 并且仍然要在国际层面与流行的、但非人道的刑法形式作斗争。这些非人道的刑法规范形式主要产生于被媒体煽起的犯罪恐惧。有别于媒体塑造的对于犯罪的社会心理, 那么究竟真实的犯罪现实是什么样的, 只能求助于犯罪学(这涉及制裁研究, 被害人研究, 澄清犯罪威胁的真实程度[范围和规模]以及犯罪行为人的人道化待遇)。——译者注

就此我们的思考圆满结束。Hans-Heinrich Jescheck 主张人道的、理性的和现实主义的刑事政策,而他以“一个屋顶下的刑法和犯罪学”的理念把这种主张变成了在德国唯一的研究机构,保持、促进和继续推进该机构是一个责任重大的任务。祝愿您,亲爱的、尊敬的 Jescheck 教授先生长寿,继续积极地关心“您的”研究所的工作,祝愿您从这些工作中获得欢欣和喜悦。

www.cnki.net