

法
学
论
文
选
萃

刑法论文选萃

XING FA LUN WEN XUAN CUI

中国法制出版社

刑法论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:中国法制出版社, 2004. 12

ISBN 7-80182-414-8

I. 刑… II. 中… III. 刑法-中国-文集

IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

刑法论文选萃

XINGFA LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/20.625 字数/638 千

版次/2004 年 12 月第 1 版

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-414-8/D·1380

定价:35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

网 址:<http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

刑法与法治国家	(德) 汉斯·海因里希·耶赛克 托马斯·魏根特 (1)
刑法保护什么：法益还是规范效力?	(德) 京特·雅科布斯 (36)
人格刑法学的构想	(日) 大塚仁 (51)
关于中国刑法理论若干问题的思考	高铭暄 (84)
议论刑法现代化	储槐植 (123)
刑法的意义与国家刑权力的调整	
——对人权两《公约》的刑法评释	苏惠渔 (142)
个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先	
选择	曲新久 (152)
论刑法的公众认同	周光权 (174)
试论我国刑法的民主原则	何秉松 (185)
罪刑法定的当代命运	陈兴良 (195)
从外在形式到内在价值的追求	
——论罪刑法定原则蕴含的价值冲突及我国刑法	
应有的立法选择	陈忠林 (253)
犯罪概念和罪责的变化	蔡枢衡 (278)
社会危害性与刑事违法性关系新论	齐文远 (297)
论犯罪构成要件的逻辑顺序	赵秉志 (312)
“客观的超过要素”概念之提倡	张明楷 (328)
犯罪行为	(英) J·C·史密斯 B·霍根 (344)
刑法中行为论比较研究	马克昌 (366)

对刑法中因果关系理论的反思	王敏远 (392)
论“原因中自由的行为”	冯 军 (405)
犯罪过失的认定	姜 伟 (455)
论紧急避险的性质	刘明祥 (491)
刑罚的宽和·关于死刑	(意) 贝卡里亚 (504)
国家刑罚的法哲学问题	(德) 乌尔弗瑞德·诺伊曼 (512)
配刑原则统一论	邱兴隆 (536)
死刑的理性思考与现实选择	贾 宇 (553)
公众认同、政治抉择与死刑控制	梁根林 (570)
论财产刑的正当理由及其立法完善	阮齐林 (593)
模式构建与罪刑设置	
——关于我国经济犯罪立法的思考	游 伟 (602)
认定抢劫罪的若干问题	王作富 (615)
中国刑法中贪污罪贿赂罪法定刑的立法发展	
及其完善	曹子丹 (642)

刑法与法治国家

(德) 汉斯·海因里希·耶赛克
托马斯·魏根特

作者简介

汉斯·海因里希·耶赛克和托马斯·魏根特是德国弗莱堡阿尔贝特—路德维希大学(简称弗莱堡大学)的教授。主要译著:《德国刑法教科书》,中国法制出版社 2001 年版。

目 次

一、刑法的保障功能	系
I. 立法技术对刑法的保障功能的意义	II. 现行刑法中的“疑问时有利于被告人”原则
II. 法定原则的历史发展	III. 择一认定的发展、现今之范围和评价
III. 现行法中刑法的保障功能	三、刑法的解释
IV. 禁止溯及既往	I. 法学逻辑的论据
二、“疑问时有利于被告人”原则与择一认定	II. 解释与归类
I. “疑问时有利于被告人”原则的法律特征及其与择一认定的关	III. 解释的必要性和解释的自由
	IV. 解释的种类

依据《基本法》第 20 条第 3 款所产生之法保留原则 (Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetz), 针对国民的所有国家的行为, 均必须有法律依据。刑法尤其如此。在刑法中, 法治国家的形式保障得到最强有力的规定, 因为个人的自由受到不会再比国家借助于刑罚权对个人自由的限制更为严厉的限制。就其效果而言, 刑法的干预要比其他形式的对自由和财产的干预深入得多; 主要因固有的社会伦理上的否定评价使得刑法干预受到重视。因此, 刑罚法规及其适用, 不仅仅要满足于形式的法律原则, 而且还要在内容上适应实质的法治国家原则所体现的公正性要求。^① 事实上的不法, 仅具有法的形式是不能变成合法的。下面将探讨法治国家原则的形式方面, 而非其实质方面。

一、刑法的保障功能

由于《基本法》第 103 条第 2 款的规定, 对法安全的极端重要性, 该条规定也被作为第 1 条规定于《刑法典》之首, 它也相应地适用于罚款的构成

① 关于公众的刑法立法的实质条件, 请参见格林霍特 (Gruenhut): 《法学教育》1978, 第 8 页及以下几页。

要件(联邦宪法法院判决 71,108(114))。根据该条规定,刑法只处罚行为前法律已有明文规定的行为。根据《刑法典》第2条第1款和第4款的规定,对某一行为的处罚及其附随效果,以及充公、没收、查封的先决条件,均适应行为时有效之法律。刑罚之先决条件和行为之法律后果,均必须在行为时就已经有法律规定。这些基本的法规范,构成了刑法的保障功能,此等功能以不同的方式被承认:刑罚之根据和加重处罚不得根据习惯法、不得类推适用刑法,且不得具有溯及既往的效力;此外,刑法规定还必须明确,条文本身应该能准确地反映其内容和界限(法定原则)。排除习惯法和禁止类推适用是针对法官而言的,而禁止溯及既往和禁止不确定刑法是针对立法者而言的。

1. 立法技术对刑法的保障功能的意义

法定原则的基本思想在于,刑事处罚不是取决于刑事追诉机关和法院的任意行为,而是应当由民主的合法的立法者所确定的。法定原则以该方式为居民创立法安全,并同时使法院受到立法者的决定的约束。应当以对于个别案件适用习惯法和判例——如普通法中所做的那样——的制度,来避免法院的擅断行为。但是,应优先适用民主地制定和颁布的法律,因为法律最清楚和最准确地为居民反映了法状况,保障了其稳定性,并通过统一的规定,最好地保障了适用法律的统一性和公正性。

就刑法的保障功能的有效性而言,立法技术发挥着重要作用。^② 在法律的支配下,法官约束力的程度是各不相同的,其不同取决于具体情况,即法律是否在禁止法官创设有关规范的同时允许法官作出最终的规定(法典编纂,如刑法典),或者是否允许法官在司法实践根据自己对法律的认识来弥补法律漏洞(如民法典)。^③ 甚至在具有最终的法律规定和禁止类推的制度里,也还有一个约束的层次问题,它主要取决于法律的具体性或抽象性。如果相信一个诡辩的法律最好地保障了法官的裁判与法精神的一致性,那就大错特错了,因为它能够对法官起到最强有力的约束作用。一个试图将处罚的所有可能的先决条件,逐条地列举出来的法律规定,必然仍

^② 关于刑法规范形式的意义,请参见蒂德曼(Tiedemann):《犯罪构成要件功能》,第74页及以下几页。

^③ 参见《瑞士民法典》第1条第2款和第3款的规定:“法律没有规定的,法官可根据习惯法而为裁判;如果没有习惯法,可依据自己作为立法者提出之规则来裁判。在前款情况下,法官应依据经过实践确定的学理和惯例而为裁判”。

是不完整的。只要法律规定禁止法官在可能的字义以外适用法律(通过禁止类推适用),那么,它就会迫使法官不同等地对待事实上相同的问题的漏洞产生。因此,刑法的犯罪构成要件也使用表明应受刑罚处罚行为的典型特征的一般概念(如第 185 条中的“侮辱”,第 242 条中的“物”,第 267 条中的“文书”等),是不可避免的。立法者越来越多地选择一条中间道路,他们通过使用一个非常普通之概念(如第 243 条中“情节特别严重的”),并将之通过范例来加以说明。

在法律文本的一般化方面,不仅仅只是赢得公正,而且也存在对法安全的危险,如果立法者过多地使用不确定的一般规定(如第 47 条中规定的“为维护法秩序所必须的”,《违反秩序法》第 81 条第 1 款规定的“严重的不礼貌行为”)。^④ 刑法中的这种不确定的一般性规定将会对法秩序造成何种危险,刑法史上常有表现。

例如,1919 年慕尼黑的瑞特人共和国的一部“法”规定:“任何一个违反革命原则的行为均应处罚。科处何种刑罚,由法官自由裁量确定之”。1935 年《刑法典》第 2 条将“健康的民族感情”与刑法的基本思想联系在一起,使之成为处罚的基础。第 266 条第 1 款第 2 项对行为形成的规定也是很宽泛的:“违反基于信任关系而管理他人财产利益之义务”,即受处罚。关于强制的第 240 条因第 2 款对“恶劣条款”的规定不够明确,而被一些人视为违宪,^⑤ 但联邦宪法法院对该规定并没有从宪法上提出异议,当然只是票数相等(联邦宪法法院判决 73,206;76,211)。

立法者不应当企图通过不明确的概念,将界定犯罪行为的界限的责任推卸到法官那里。重要的是立法者通过一般规定和具体规定,明确地规定出犯罪行为的类型。^⑥

描述性构成要件特征(deskriptive Tatbestandsmerkmale)使得法律对法官的相对严格的约束成为可能(第 212 条中规定的“人”;第 176 条第 1 款规定

④ 详见克拉斯(*Class*):《Eb·施密特纪念文集》,第 136 页及以下几页;伦克勒(*Lrnckner*):《法学教育》1968,第 252 页及以下几页。关于不确定的一般规定的条件,请参见瑙克(*Naucke*):《论一般条款》,第 4 页及以下几页。从狭义上讲,这种规定在刑法中是不可避免的。

⑤ 例如 H·迈耶(*H. Mayer*):《刑法教科书》,第 86 页;施特拉腾维特(*Stratenwerth*):《刑法总论》I,书边编号 357;拉克讷(*Lackner*)持不同意见。

⑥ 关于刑法中犯罪类型的构成,请参见恩基希(*Engisch*):《具体化思想》,第 266 页及以下几页;关于一般与具体的规定,请参见诺尔(*Noll*):《法学家报》1963,第 300 页;关于犯罪类型构成对刑法保障功能的意义,请参见 A·考夫曼(*Arthur Kaufmann*):《类推》,第 52 页。

的“不满 14 岁的人”，第 212 条规定的“杀人”），因为法官可凭其世界观、生活经验或从明确的外部标准直接了解法律的内涵。相反，规范性构成要件特征（normative Tatbestandsmerkmale）则给予法官较大的自由空间（例如，第 211 条第 2 款规定的“卑劣的动机”；第 315 条 c 第 1 款第 2 项规定的“严重违反交通规章及疏忽情形”），因为它们需要一个主观的评价，以便符合可能适用的内容。^⑦ 法官受法律的约束在于，立法者不允许法官有完全个性化的评价，而只是从法官所处的现存的一般的社会—伦理观出发来评价。^⑧ 在该两种方式之间并没有严格的对立：描述性概念在存在疑问的情况下同样也需要解释，而规范性特征也具有经验性核心内容。《刑法典》第 240 条第 1 款规定的“暴力”的概念就处于这两种方式的界限上。^⑨

例如，“杀人”是一个描述性的概念，但在以不作为的方式帮助他人死亡的情况下就不一定了（联邦法院刑事判决 32,367）；谋杀犯罪情况下的“卑劣动机”（第 211 条第 2 款）是一个规范性特征，因为该特征依据一般之道德观处于最深阶段，所以，它是可以理解的（联邦法院刑事判决 3,132）。

在适用规范性构成要件时，立法者——甚至在刑法中——不惜采用不确定的法律概念（例如第 240 条第 2 款规定的“恶劣”；第 226 条 a 规定“违反良好风俗”）。在这种不明确的、非法律的标准情况下，法律对法官的约束要求，只能通过下列途径来加以保证，即评价只能以大众所赞同的价值概念为基础（如大众认为，学生间的互殴行为不应当处罚，联邦法院刑事判决 4,24），^⑩ 不确定的法概念的内容，如在第 240 条第 2 款情况下，只能经过解释方能使其具体化。

⑦ 恩基希：导论，第 109 页及以下几页；《梅茨格纪念文集》，第 136 页。不存在宪法上的异议；请参见联邦宪法法院判决 4,353。此外，还请参见赛尔（Seel）：《不确定的和规范的构成要件特征》，第 133 页等。

⑧ 关于“法官权利”，请参见迈尔（Meyer）等：《葛尔曼纪念文集》，第 155 页。刑法中规定法官权利是与《基本法》第 103 条第 2 款相矛盾的。用规范性条款在现代刑法中规定法官的权利，是伦克讷（Lenckner）所主张的，参见：《法学教育》1968，第 255 页。关于法官权利的范围，请参见 H·P·施奈德（H. P. Schneider）：《法官权利》，第 37 页及以下几页；施特拉腾维特：《刑法总论》I，书边编号 95 等。鲁普（Rupp）反对以法官权利使司法政治化；《整体刑法学杂志》1973 年，第 1770 页及以下几页。

⑨ 详见克赖（Krey）：《暴力的概念》，第 19 页及以下几页。第 240 条规定的使用“暴力”特征，被联邦刑法法院 1995 年 1 月 10 日的决定宣布为违宪。

⑩ 参见施律希特（Schluechter）：《新刑法杂志》1984，第 303 页。

法定原则不仅仅涉及可罚性之先决条件,而且也涉及行为人所面临的法律后果(宪法法院判决 25,269;45,363;联邦法院刑事判决 18,136)。^①然而,法律部分地规定了相当大的量刑空间(例如《刑法典》第 43 条 a、第 212 条、第 213 条、第 253 条第 1 款)。至少已适用的刑度在改革中达成了一致。只有在谋杀罪和灭绝种族罪情况下,才规定绝对的确定期刑——终身自由刑(第 211 条第 1 款、第 220 条 a 第 1 款第 1 项),但在阴险的谋杀罪中,因为根据联邦法院判决 30,105 的规定,在减轻责任情况下,应适用《刑法典》第 49 条第 1 款第 1 项,终身自由刑也就因此而失去了其绝对的特征。除有期自由刑外,终身自由刑的规定也是较多的(例如第 80 条、第 239 条 a 第 2 款、第 251 条)。不同刑度的有期自由刑的适用更多些(例如第 185 条、第 187 条、第 250 条、第 316 条 a 第 1 款)。罚金刑一般只是作为除自由刑以外的一种选择来规定的(例如第 266 条第 1 款)。科处罚金必须以获利目的为先决条件(第 41 条)。罚金刑的幅度大到法治国家几乎不能接受的地步(根据《刑法典》第 40 条第 2 款第 3 项的规定,一单位日金额为最低 10 个德国马克,最高为 360 万德国马克,在依据第 54 条第 2 款第 2 项构成总和罚金情况下,最高甚至可达 720 万德国马克)。为了避免不适当宽的自由刑刑罚范围,建立了自由刑的价值层次(Wertstufen),要么是通过增加其他的构成要件特征(例如与第 242 条相关之第 244 条),要么通过创设情节特别严重(例如第 212 条第 2 款、第 263 条第 2 款)或情节较轻(例如第 177 条第 2 款、第 249 条第 2 款)。特别严重的情节可以通过范例来解释(例如第 176 条第 3 款、第 243 条)。相对于真正加重的犯罪构成要件特征而言,法律对法官的约束还是较松的,但要比在未提及加重处罚或减轻处罚事由情况下严格些。

II. 法定原则的历史发展

一些学者认为,法定原则源自于英国国王于 1215 年颁布的法律“Magna Charta”,因为该法第 39 条规定,自由人只有在法律有明文规定予以处罚的情况下始受刑法处罚。该规定可能更多的是在^②程序上对自由人的权利的保障,而非实体刑法规定。《查理五世刑事法院条例》在其第 105

^① 请参见施特雷(Stree):《犯罪的后果与基本法》,第 78 页及以下几页;罗星(Roxin):《刑法总论》I § 5,书边编号 77 等。

^② 参见波讷(Bohne):《赖曼纪念文集》,第 80 页及以下几页;克赖(Krey):《无法无刑》,第 43 页及以下几页。

条的标题中规定了“刑事案件的处罚”，并允许在咨询法官和裁判官后，相应适用处罚规定。在17世纪和18世纪，^⑬在自然法学和改革思想的影响下，法院依据公正的裁量而为裁判，但由此而造成的不能忍受的法的不安全性，导致了在启蒙时期迫切要求制定成文法。^⑭

法定原则的历史基础，是启蒙时期的国家契约说。^⑮其根源存在于对所有人均有约束力的理智思想，这种理智思想体现在法律中，且它排除国家独裁作为非理智的“干扰”；存在于每个人的自由权利神圣不可侵犯的假定中；存在于将国家任务限制于法保护范围；存在于有利于具有影响力的市民阶层的法的安全和不可侵犯性要求中（关于法定原则的产生，详见本教科书第2版第104页）。

越过1851年《普鲁士刑法典》，1871年的《帝国刑法典》接受了源自于1810年的《法国刑法典》（第4条）的罪刑法定原则（第2条第1款），^⑯直至1919年的《德意志帝国宪法》第116条才将该原则赋予宪法地位，这种与《刑法典》第2条所不同的表述，导致了对宪法保障意义的灾难性的怀疑。^⑰纳粹废除了这一自由的格言“无法无刑”（ohne Strafe ohne Gesetz, nullum crimen sine lege），以“无罪无刑”（Kein Verbrechen ohne Strafe）取而代之（请参见1935年6月28日版本的《刑法典》第2条）。^⑱占领国很快又恢复了罪

^⑬ 详见冯·韦贝尔（v. Weber）：《整体刑法学杂志》56（1937），第660页及以下几页。

^⑭ 参见沙夫施泰因（Schaffstein）：《一般学说》，第39页及以下几页。关于德国自然法学的法概念和犯罪与宗教罪孽的分离，请参见布里安（Burian）：《自然法学》，第43页及以下几页，第83页及以下几页，第113页及以下几页。

^⑮ 参见冯·希佩尔（v. Hippel）：《德国刑法》第1卷，第258页及以下几页；韦林格（Wailing）：《法学家大会文集》，第221页；施特拉腾维特：《刑法总论》I，书边编号73；施莱伯（Schreiber）：《法律》，第33页及以下几页。

^⑯ 关于费尔巴哈的地位，请参见波纳特（Bohnert）：《P·J·A·费尔巴哈与法定原则》，1982。

^⑰ 根据葛兰特（Gerland）的观点，对加重处罚禁止溯及既往并没有宪法规定；持相同观点的还有弗兰克（Frank）：《德意志帝国刑法典》，第2条注释1。持不同意见的有：冯·李斯特、施密特：《德国刑法教科书》，第108页脚注3。纳粹充分利用了这种意见分歧，对德国议会大厦纵火案溯及既往，适用了死刑。

^⑱ 关于思想史上的联系，请参见弗兰克：《德意志帝国刑法典》，第18版附录，第186页；亨克尔（Henkel）：《刑事法官与法律》，第11页及以下几页。爱克斯讷（Exner）早就赞同禁止类推应当予以缓和，参见其：《公正与法庭》，第51页及以下几页。而海姆贝格尔（Heimberger）正确地不赞同放宽类推适用，见其《自由与约束力》，第18页。帝国法院在废除禁止类推问题上持较慎重的态度，请参见帝国法院刑事判决70,175；70,315；70,369；71,306；72,146；75,51。国际上对德国废除罪刑法定原则的反应同样激烈。

刑法定原则(《第1号军政府法令》;《第3号监督委员会公告》;1946年1月30日的《第11号监督委员会法令》;《监督委员会官方通报》,第55页),但他们的恢复行为,并没有妨碍其在1945年8月8日的《伦敦协议》和1945年12月20日的《监督委员会第10号法令》中,颁布具有溯及既往效力的刑法规定。

联邦德国在其《基本法》第103条第2款中确定了罪刑法定原则。^①此外,罪刑法定原则被写入国际条约,得到国际上的承认。根据1950年11月4日的《欧洲人权条约》(联邦法律公报,1952年II,第686页)第7条第1款第1句的规定,任何人不因作为或不作为而受到处罚,如果在其行为时依国内法或国际法,该行为不受处罚的话;同样,该条第1款第2句还规定,禁止溯及既往。同样的规定还见于1949年8月12日的《关于处理战争罪犯的日内瓦条约》第99条(联邦法律公报,1954年II,第838页)和1949年8月12日的《关于战时保护贫民的日内瓦条约》第65条(联邦法律公报,1954年II,第917页)。联邦德国签署了上述条约,因此,了解罪刑法定原则的国际法效力。罪刑法定原则被写进1948年12月20日的《联合国大会人权宣言》第11条第2款,和1966年12月19日的《关于公民权利和政治权利的国际条约》第15条第1款,便是该原则在国际范围内被接纳的证明(联邦法律公报,1973年II,第1543页)。罪刑法定原则也是与今日之专家们的学术信念相一致的。^②

III. 现行法中刑法的保障功能

根据《基本法》第103条第2款及《刑法典》第1条的规定,在犯罪行为实施以前,法律必须已经对行为的可罚性作出了规定。这一规定是基于实体法概念,但刑法中的法规定的实践意义,明显地受到联邦宪法法院的限制。根据《基本法》第104条第1款的规定,作为自由刑的基础,只能考虑形式法律。从《基本法》第103条第2款中可得出下列四种结论(联邦宪法法院判决25,285;26,31):^③

^① 关于现在的情况,请参见施莱伯(Schreiber):《法律》,第201页及以下几页。关于罪刑法定原则的政治意义,请参见曼加基斯(Mangakis):《整体刑法学杂志》81(1969),第997页及以下几页。

^② 请参见Jimenez de Asua:《整体刑法学杂志》63(1951),第184页及以下几页;等等。

^③ 请参见施密特(Schmitt):《耶塞克纪念文集》,第1集,第223页及以下几页;徐讷曼(Schuenemann):Nulla poena sine lege?第17页及以下几页。

1. 罪刑法定原则决定了习惯法的排除。这意味着,任何人不得仅仅依据习惯法受处罚,或者不得被科处比成文法更重的刑罚(“*nullum crimen sine lege scripta*”)。因此,法律的保留(*Vorbehalt des Gesetzes*)在刑法中要比其他法领域更加流于形式。然而,在其他法领域被承认的习惯法,对刑法还是有影响作用的。

例如,《刑法典》第292条中规定的“可猎捕动物”的概念,在1934年的《帝国狩猎法》第2条实施以前,深受州法的影响,同时部分地受到习惯法的影响(帝国法院刑事判决46,108)。

对行为人有利的习惯法,例如通过建立新的合法化事由,则是允许的。因此,教师对学生的惩戒权,在过去是受习惯法所承认的。

在“一般理论”方面(例如故意与过失的界限、正当防卫、不纯正不作为犯),重要的规定并非是由法律,更多的是由判例和理论确定的。它主要涉及习惯法所能认可的对法律的解释问题。^② 习惯法因而成为区域间刑法。

2. 从罪刑法定原则中得出的第二个结论,涉及对刑法规定的解释问题。

a) 根据《基本法》第103条第2款及《刑法典》第1条的规定,不得将类推作为制定和扩大刑法规定,以及加重刑罚^③和保安处分的手段(“*nullum crimen sine lege stricta*”)。在这方面,适用法律之人受刑法的约束,要比受其他法律的约束更严些。禁止类推适用的内在根据同样在于,对违法行为的可罚性的评价,应当完全由立法者负责。如此,才能做到对违法行为的处罚问题作出冷静的评价,如同立法所做到的那样,而不是出于一时的愤慨来进行评价(罪刑法定原则的刑事政策理由)。^④ 禁止类推概念,如同专

② 这一中间道路避免了严格受判例的约束。在法律未作调整的一般理论方面,罗星完全不赞同习惯法,参见其《刑法总论》I § 5,书边编号47等。与之截然相反的观点是,一般理论在很大程度上受到习惯法的影响,持该观点的主要有毛拉赫、齐普夫:《刑法总论》I § 8,书边编号41。持与本教科书相同观点的有鲁道飞(*Rudolphi*): § 1,书边编号21;施特拉腾维特:《刑法总论》I,书边编号94。

③ 以前少数人所主张的观点,即宪法保障不包括刑罚后果,今天已经完全放弃了;参见联邦法院刑事判决3,259,以及毛恩茨(*Maunz*)等:《基本法》§ 103条II,书边编号231;徐恩克(*Schoenke*)、施罗德(*Schroeder*)、艾泽(*Eser*): § 1,书边编号28。

④ 持相同观点的还有格林瓦特(*Gruenwald*):《整体刑法学杂志》76(1964),第13页及以下几页。

业术语中使用的那样,意味着排除这样一种法律的适用:它超出了通过解释才可查明的刑法规范规定的内容。“禁止类推”的表述并没有涉及问题的核心,^⑤ 因为类推无异于法学逻辑的通常的推论程序,该程序在所有法领域,包括刑法中,并不仅仅在“对行为人有利”时才使用。但是,如果人们清楚地知道,禁止类推是指为制定新法律规范目的而类推,那么对该表述的使用就不会存在疑虑了。^⑥

例如,将类推作为法律许可的推论程序的有:《刑法典》第 223 条 a 规定了“其他危险器具”,第 315 条第 1 款第 4 项和第 315 条 b 第 1 款第 3 项,也涉及“其他类似的危险侵害行为”。^⑦

b) 如对法规内容的解释存在法律所固有的漏洞(原始的缺陷)或存在后来因情况的变化才出现的漏洞(嗣后的缺陷),刑事法官必须作无罪判决,并将该问题的解决留给立法者,而民事法官则不同,在这种情况下,他们会自己制定所要适用的法规范。^⑧

例如,帝国法院刑事判决未将盗窃他人的电力作为盗窃罪来处罚,因为电力“不是”《刑法典》第 242 条规定的具有财产性质的“物”(帝国法院刑事判决 32,165),因此,1900 年 4 月 9 日的《关于盗窃电力行为处罚法》便应运而生(联邦法律公报 I 第 288 页)。^⑨ 使用敲打变宽大的硬币滥用投币公用电话,既不能依诈骗罪(第 63 条)处罚,也不能依盗窃电力罪处罚,更不能依伪造货币罪(第 146 条)处罚(帝国法院刑事判决 68,65)因此,于 1935 年制定了关于滥用自动售货机的第 265 条 a。将旧版本《刑法典》第 142 条禁止擅自逃离肇事现场新解释为通知权利人或警察机关(联邦法院判决

⑤ 持相同观点的还有萨克斯(Sax):《禁止类推》,第 97 页及以下几页;韦林格(Waiblinger):《法学家联合会文集》,第 254 页及以下几页;施特拉腾维特:《刑法总论》,1 书边编号 99。另外,类推也不总是——正如萨克斯在其“禁止类推”,第 130 页及以下几页所认为的那样——被认为是对刑法规定的一种“解释”。

⑥ 请参见 H·迈耶(H. Mayer):《南德法学家报》1947 年,第 17 页;徐恩克、施罗德、艾泽:§ 1,书边编号 32 等;克赖(Krey):《研究》,第 214 页等。

⑦ 将类推作为允许的对刑法规范的解释,详见格尔曼(Germann):《瑞士刑法杂志》61 (1946),第 137 页及以下几页;恩基希(Engisch):《方法论》,第 65 页及以下几页。

⑧ 参见拉伦茨(Larenz):《方法论》,第 381 页及以下几页。关于补充性的法适用,请参见格尔曼:《法之适用》,第 135 页及以下几页;鲍曼:《耶塞克纪念文集》,第 1 集,第 105 页及以下几页。关于法律漏洞的概念,请参见恩基希:《绍尔纪念文集》,第 90 页;《导论》,第 138 页及以下几页;鲍曼、韦贝尔:《刑法总论》,第 158 页;卡纳利斯(Canaris):《法律中之漏洞》,第 198 页。

⑨ 参见现行《刑法典》第 248 条 c。