



#### 论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#) 

## 王莹：法治国家的洁癖——对话Jakobs“敌人刑法”理论

发表于：2011-08-30 20:11 点击：522

**【摘要】**德国刑事法上近年来出现了扩张构成要件、刑事可罚性前置以及保安处分大量适用的发展趋势。这一发展趋势被德国刑法学者Guenter Jakobs认为已经超出了传统法治国市民刑法的范畴，具有“敌人刑法”的特征。Jakobs的“敌人刑法理论”自创立以来，一直为西方刑法学者所诟病，几乎是当今德国刑法学界最具争议的理论。近年来批判敌人刑法理论的文章可谓汗牛充栋。究竟敌人刑法是一个什么样的理论？西方学界关于敌人刑法如火如荼的争论在中国有没有现实意义？本文将循着Jakobs的思维路径，对由于过多转述与批判而有失真之嫌的敌人刑法理论进行文本还原，力图探求其理论真谛，尝试对以上问题作出回答。

**【关键词】**敌人刑法；刑事可罚性前置；规范适用；法益保护；社会风险防范

### 一、引言：作为敌人的敌人刑法？

敌人刑法是德国刑法学者Guenter Jakobs于上世纪八十年代提出的概念，用以与正常和平社会下适用的市民刑法相区别。敌人刑法的基本理念是，针对那些所谓具有持久社会危险性的行为人扩张构成要件，将刑事可罚性前置，同时限制其程序权利，对其大量适用保安处分手段，以控制这些“危险源”，达到保护社会的目的。

在Jakobs看来，当今实体法和程序法都反映出敌人刑法的发展趋势：在实体法上，敌人刑法的势头一方面表现为构成要件扩张与可罚性前置，主要是对恐怖主义犯罪、有组织犯罪、经济犯罪，甚至包括对某些性犯罪的处罚方面，针对行为本身危险特质将可罚性前置，在犯罪行为真正实施之前即启动刑法，以保护社会不受这些严重犯罪的侵害；{1}另一方面体现在所适用的刑罚上，主要表现为达到有效控制行为人的目的而大量使用保安处分的手段。{2}刑罚不再是对行为人已实施的行为的回答，而是对未发生的行为的前置反应。在程序法上，刑事被告人不再如同在市民刑法中那样具有程序主体（Prozesssubjekt）的地位，作为在刑事诉讼程序中共同起作用的一员享受法庭审判、举证等被告人权利，其权利被大大限制。例如允许在被告人不知情的情况下对其进行通讯监控（《德国刑事诉讼法》第100 a条）；对其进行抽血化验（《德国刑事诉讼法》第81 a条）；使用线人侦察（《德国刑事诉讼法》第110 a条）等。最为明显的是《德国法院组织法引导法》（Einfuehrungsgesetz GVG）第31条的规定。该条规定面临恐怖组织制造危及他人人身、生命或者自由的危险，在必要时可以禁止在押犯人之间或他们与外界、甚至是与其律师的联系。尤其是在9.11世贸大厦袭击事件之后，涉嫌恐怖主义犯罪的犯罪嫌疑人的处遇每况愈下，Jakobs指出，他们的法律地位已经不再是一般的犯罪嫌疑人，堪比战争中的俘虏。{3}这一切，都被Jakobs视为是敌人刑法思想在实在法中的确证。

敌人刑法的理念发端由Jakobs在1985年的论文《法益侵犯前在领域之犯罪化》{4}中提出，至今一直颇受争议。批判意见主要是从法治国原则的角度出发，认为它有悖于法治国思想，甚至是对法治国思想的一大亵渎。{5}敌人刑法意欲成为与社会危险人物作斗争的刑法，没想到自己却首先沦为一个危险的刑法理念。批判者甚至将他与德国的纳粹历史相联系，指出“敌人”的概念因袭纳粹刑法学者Carl Schmidt“朋友与敌人”的范畴思路，在其中读出法西斯主义情结。{6}因而围绕敌人刑法的论战也不免连带了几分政治色彩。

但是将敌人刑法斥为一个政治上不正确的理论，对之不进行审慎的观察就径直加以抛弃，绝不是一个正确的科学态度。究竟敌人刑法是一个什么样的理论？作为功能规范主义刑法思想的创立者，Jakobs一向致力于对德国刑法进行教义学上的精雕细凿，何以在其学术晚期突然跳出法治国刑法的成熟格局，在其之外另辟敌人刑法的蹊径？本文将循着Jakobs的思维，对由于过多转述与批判而有失真之嫌的敌人刑法理论进行文本还原，并尝试在此基础上与之展开一场智性的对话。

### 二、敌人刑法：Jakobs的逻辑

接下来我们将跟随Jakobs，循着他的思维路径，试图理解“敌人刑法”这一堪称当今德国刑法界最具有争议的理論构造。

### （一）法益理论VS. 规范适用理论：概念的起源

Jakobs“敌人刑法-市民刑法”的范畴构造实际上是其规范适用理论思维的延续。在上文提到的《法益侵犯前在领域之犯罪化》{7}一文中，Jakobs首次论及敌人刑法概念。他批判当时德国刑事立法漠视自由民主的危险倾向，即以规定大量抽象危险犯等形式把刑事违法性前置，以达到为法益提供周密保护的目的。而这种现象的产生，Jakobs认为在很大程度上应归咎于法益保护思想。{8}由于法益保护论者认为刑法的任务在于保护法益，{9}循着这个思路，不仅直接侵害法益的行为是犯罪行为，对法益尚未造成直接侵害而仅仅带来威胁的行为，也应该被视为具有刑事可罚性。法益概念难于界定，具有一种无所不包的巨大涵盖能力，理论上任何东西都可以被定义为法益而晋升为刑法的保护对象。{10}因而法益思想主导下的刑法建构，很容易漫无边际，将刑事可罚性前置，造成对个人自由领域的侵犯。例如《德国刑法》第30条规定的约定犯罪与第140条规定的对犯罪行为的奖励与同意行为。Jakobs批判道，在法益思想的统治下，“凡是对法益有可能产生危险的人，都可以被定义为行为人，而这种危险何时开始产生是没有界限的。行为人的私人空间即非社会性空间不存在了，他只是一个危险的来源(Gefahrenquelle)，换句话说，只是一个法益的敌人(Feind des Rechtsguts)”。{11}

鉴于法益理论的这种“危险性”，Jakobs主张抛弃法益理论，采取规范适用理论。在这里他构造了部分不法(Paternalrecht)与外围规范(flankierende Normen)的概念，以论证抽象危险犯的合理性。他将一个犯罪行为所包含的不法内容肢解为多个不法碎片(Unrechtssplitter)，认为几个甚至是一个不法碎片得到实现即可以成立刑事可罚性，而不必等到所有的不法内容都得到实现(即具体的实害行为发生)时才动用刑法。{12}抽象的危险犯即是这种情况。实现部分不法的行为触动的不是主规范，而是为主规范提供适用条件的外围规范。{13}正是在批判法益理论与提倡规范适用理论的基础上，Jakobs提出了“危险来源”(Gefahrenquelle)“法益的敌人”(Feind des Rechtsguts)的理念，显露了敌人刑法理论的端倪。

对于Jakobs来说，刑法的目的不是法益保护，而是保护规范适用(Normgeltung)。从纯粹的规范角度来看，在纯粹的规范世界中，法规范的生存目的就是要得到适用，规范有着它自己的生命，它必须被遵守。{14}但是在现实世界中，规范的运作却是有条件的。

规范不是独立存在的，它一方面与法规范对象(Normadressat)也即是行为人发生关系，一方面与潜在的受害者发生关系。{15}只有当规范具有期待确定性(Erwartungssicherung)，也就是说，潜在的受害者必须能够从外部感知规范是稳定的，能够切实发生作用时，规范才会得到适用。这种对规范的信任需要一定的认知上的支持(kognitive Untermauerung)，即潜在受害人必须认识到规范违反实际发生的可能性是很小的，这样人们才会信任一个规范。{16}例如，当人们比较肯定地预料到深夜在停车库内很可能会遭遇抢劫，有被伤害甚至被谋杀的危险时，那么即使人们知道自己拥有生命健康与财产权，在法律上能够获得保护，如非不可，人们也将不会前往车库。{17}如果没有认知上的支持，再合理的规范在现实社会中也不过是一个没有效力的愿望而已。{18}因而对于规范来说，对于规范的信任(Normvertrauen)至关重要。一旦规范信任被破坏，社会成员就不会再遵守规范，规范就无法得到适用。正是循着这个思路，Jakobs“发现”了敌人的踪迹，即那些从根本上与法规范作对，破坏人们对法规范信任的人。

在Jakobs那里，犯罪是对规范的违反，因而犯罪仅仅存在于有序的共同体之中。“在混乱状态之中无犯罪可言，因为犯罪是对于被有效践行的秩序规范的违反。”{19}“犯罪是对正常秩序的挑衅(Irritation)，是对正常秩序的可以修正的偏离(Ausrutscher)。”{20}犯罪相当于行为人对规范的否定，而刑罚的作用就是否定行为人的这种否定，通过惩罚行为人来宣称：你的否定“是没有任何意义的，规范继续有效，社会形态保持不变”。{21}而如果行为人不能够或者顽固地不愿意理解这种刑罚所宣称的意义，那么刑罚的这一层否定宣称的含义(Widerspruch)即无法得到施展。但是刑罚不仅仅具有含义，而且也有具体的功用，即隔离保障(Sicherung)，即将犯罪行为人隔离起来，使其不致危害社会。{22}这第二种刑罚内容，也正是敌人刑法的刑罚全部功能。Jakobs主张应该把敌人刑法作为与市民刑法相对的一个概念给予足够的重视。市民刑法通过对规范违反者处以刑罚以保障规范的适用，其前提是被处罚的行为人可以被视为一个具有认识规范和按照规范命令而行为的潜在能力的人。如果行为人不具有这种能力，而是体现了某种持久之违反规范的危险特质，成为社会危险的来源，那么这时候市民刑法就不再适用，取而代之应该对他适用敌人刑法。

这样，敌人刑法的概念就藉由规范理论作为基础，与Jakobs人格体与人(Person und Individuum)的思想联系起来。要想全面地理解敌人刑法理念，我们还需对Jakobs的人与人格思想进行简要的梳理。

### （二）人格体与非人格体(Person und Unperson)

在Jakobs的规范世界中，法律是作为义务与权利载体的人格体与人格体(Person)之间的关系，这里的Person，不是仅有自然状态下血肉之躯的个体(Individuum)，而是具有规范人格的人。{23}这种规范意义上的人格体，能够承担责任，具有规范遵守能力。人格体作为权利义务的载体，必须履行他所履行的义务，这种义务在刑法上就是“足够地对法律忠诚”，即愿意遵守法律。{24}而人格体为何需要承担这种义务呢？Jakobs认为，这是因为遵守规范所必需

的意志并不是在任何时候都当然地存在的：

谨慎守法者可能所获有限，而不愿遵守法律者却可能建国立业，富可敌国。对于个人来说，如果说他们在任何时候遵守法律规范都是对他们有利的，即以规范为导向行事是有利的，这种说法是无法成立的，由于规范的这个制度上的缺陷，法律将这种任务加之于人格体（Person），即愿意关注规范。人格体，即是能够承担责任者，规范遵守能力是人格体的能力，换句话说来说，他愿意忠诚于法律，就这一点来说，他被认为是自由自愿的。{25}

而自然状态的个体，仅仅依据趋利避害的功利机制行事，在一个权利义务分配不公的强权社会，个体不会按照法规范的要求行事，他们没有违背法律，仅仅是因为国家权力的威胁与强迫在起作用。但在现代社会，社会成员就应当满足法规范的期待。因为在奉行自我管理原则（Selbstverwaltung）的现代法治社会，社会成员要想得到这种自我管理的权利和自由，必须付出自己对法规范的忠诚（Normtreue）。{26} 如果个人违背对法规范的忠诚而实施犯罪，法律就必须对之作出反应，否则社会成员的规范的期待（normative Erwartung）就会被损害，规范的适用就会受到威胁。

{27} 为了保证规范的适用，必须对违反规范者适用刑罚。此时的刑罚包含宣示的含义，即否定行为人的行为，恢复被破坏的规范和确证规范的适用性。但是如果行为人持续蔑视法规范，使规范期待落空，就不能给予他人认知上的最低保障，令他人相信他的行为是“人格体”的行为，这时对他适用普通的刑罚就失去了意义。Jakobs认为，这种类型的行为，不能期待被作为人格体来对待，而且国家也不被容许（darf nicht）把他作为一个人格体来对待，因为否则的话他就会损害其他人要求安全的权利。{28} Jakobs在另外一个场合使用了“法律上的非人格体”（Unperson）{29}的概念，（因为否则的话他就会损害其他人要求安全的权利。）这种人即是社会的敌人，国家要与之作战，即动用敌人刑法。{30}

### 三、对话“敌人刑法”理论

#### （一）Jakobs的概念“Unperson”：谁是撒旦？

如上文所述，Jakobs从纯粹规范世界和现实世界的连接点出发，构造了人格体与非人格体、市民与敌人的类型区分。然而到底一个人什么时候可以被视为法律上的非人格体或者说敌人，如何确定人格体与非人格体、市民与敌人这种区分的具体标准，Jakobs则语焉不详。他仅仅给出了一个宽泛的范围，认为恐怖主义犯罪、有组织犯罪、甚至经济犯罪的犯罪行为人都可以被囊括其中。{31} 我们只能从他的论文中寻得只言片语，诸如：持续使法规范期待落空，“在心态上……或职业生活中……至少令人认为长期违反法律，无法使人最低程度地确信，他会像一个人格体那样行为。”{32} 即无法给予被作为人格体来对待的认知最低保障（kognitive Mindestgarantie），{33} 长期像撒旦那样行为的人，{34} 以此来拼接成一个极为模糊的“敌人”的轮廓剪影。然而“持续使法规范期待落空”，“被作为人格体来对待的认知最低保障”等表述，非常不精确而难于把握，到底实施了多少次犯罪行为可以被视为“持续使法规范期待落空”，行为人身展现出何种性格指征可以被视为“无法给予被作为人格体来对待的认知最低保障”？

Jakobs敌人概念的含糊不清为众多学者所诟病。{35} 例如，Bung {36} 提出这样的问题，什么样的人才是长期像撒旦那样行为的人？即使是最残忍的罪犯和大规模屠杀的杀人犯都不能被称之为撒旦，即使是具有魔鬼性格的人也很可能在大多数时间都规矩地为他的星期日面包付账，回家歇息。那些大多数时间内都规矩安静地生活，而某一天突然跑出去炸掉地铁的人，在Bung看来大多是有精神缺陷的病人，对于他们我们要提供帮助，而不是因为他们无法给予被作为人对待的所谓“认知的最低保障”，而将其归到魔鬼那一类与之作战。与之相应，Schuenemann也以黑社会头目为例，认为即使是这种人物，也可能是一个重视家庭权利的慈爱的父亲，以试图证明Jakobs头脑中对于敌人的想象在现实社会中无法找到原型。{37}

对于Jakobs构建的敌人的概念，也有学者从实证角度提出反驳，认为实证的研究无法支持这种对于敌人的想象。Jakobs眼中的敌人，是所谓游离于大众之外，长期决意违反法律的人。而现代犯罪学无法想象这种所谓一直与法律制度决意对抗的人，所谓“本质上的犯罪人（prinzipiell delinquierende Person）”{38} 也与心理学的事实不相符合{39} 从社会学角度对恐怖主义所进行的考察也揭示，恐怖主义最初并非表现于个人对整个法律制度的全面否定，而是来源于个人对不合法的权力机器的抗争。{40}

针对此类批评，Jakobs反击道，“有组织犯罪的罪犯平日也可能是一个慈爱感人的父亲和一个谨慎的司机，他可能也憎恶暴力，对动物充满爱心，但是坐等他的犯罪组织制造实际的恶行（才对他采取行动，把他视为敌人——作者补充），就是一种愚蠢。”{41} Jakobs继续补充到，一个敌人并不需要是一个彻头彻尾的敌人（Totalfeind），他也可以只是一个‘部分的敌人’（Partialfeind）。”{42} Jakobs的这种辩解，令本就饱受敌人概念模糊性折磨的我们更加摸不着头脑。现实世界中完整的敌人形象尚未勾画完毕，如何又去捕捉所谓“部分的敌人”的身影？所谓“部分的敌人”的用语更加模棱两可，如果我们把它反过来说，岂不是成了“部分的市民”？如果这个人可以被纳入市民的框架，那么这个人也基本上具有规范遵守的属性或者说能力，那么跟其他的市民就具有同质性，如何又会被排除出社会之外，成为万劫不复的敌人？敌人与市民在现实逻辑上的区分之不可能，由此可见一斑。对于这种不可能性，Jakobs也给一予承认。Jakobs认为，在他所谓的理念原型（Idealtypus）的论证模式中，“敌人与市民的概念是一个理念原型，

在现实社会中不会以完整的形式出现，在现实社会中存在的仅仅是一种混合形式，而混合形式本身即是不精确的。”

{43} Jakobs将敌人概念无法明确界定的原因归咎于立法者。他驳斥道，敌人刑法不是他的发明，只是他根据实在法所作的发现，根据立法的动向所提炼出来的，立法者将二者在实在法上混淆起来，因而他也没有办法对其进行清晰的界定

{44} 这段辩驳乍一听来，仿佛有自相矛盾之处。Jakobs如何一方面声称发现了实在法刑事可罚性前置与刑罚趋重等动向并予以法理上的论证，将这种立法趋势命名为敌人刑法，另一方面又说实在法上的发展不够清晰，无法据此描绘出敌人的轮廓？这样一来，岂不是等于承认：我不知道我所命名的东西到底是什么东西，因为我还没有看清这个东西。

然而如果我们了解马克思·韦伯（Max Weber）的理念原型的方法论，就会看到，Jakobs使用“理念原型”这一论证模式，确实削弱了反对者对“敌人”概念实证层面批判的力量。“理念原型”{45}是德国社会学家马克思·韦伯社会学方法论中的一个概念，是从一个或几个观察角度对社会现实进行夸张与提纯，对社会现实进行概念性和实质性的抽象，突出令研究者感兴趣的某些特征，以达到便利研究的目的。“理念原型”的功能有二：其一是通过降低社会现实的复杂性而提供更加深刻犀利的社会现实描述；其二是建立一个社会真实现实的对照，以对某种社会现象进行社会学解释，获得某种因果性的认识。理念原型不是社会现实的忠实翻版，因而作为理念原型的“敌人”在现实社会中是无法找到的。Jakobs的这种辩驳，从方法论的意义上来说，作者认为是可以成立的。

然而，问题是，如果敌人只作为一个理念原型存在，与我们所处的现实世界完全没有交集，那么根据理念原型的功能，我们研究它，至多不过是通过一种夸张的现实描述而给市民刑法提供一个对照，使我们更加深刻地把握市民刑法的特征。而令人迷惑的是，Jakobs的目的则远远不止于此，他倡导设立一部与市民刑法对仗的敌人刑法，这就显然超出了理念原型方法论的意义——显然Weber的理念原型，是一种虚拟的现实，是一个分析性的工具，而不是一个应然的概念。

如果Jakobs的“敌人”只是一个理念原型，那么它作为一个社会学方法论的概念，如何顺利过渡成为一个法律的概念？敌人刑法如何在实践层面上获得可操作性，令人怀疑。因为在实践层面，概念模糊不清，难以界定，必然会带来适用上的危险。{46} 如果无法界定敌人，区分敌人与市民，就会造成敌人刑法适用对象不明确，对市民适用对敌人的特殊规则，恶化市民在实体法和程序法上所受到的待遇。这也是对敌人刑法最为有力的批判意见之一。

## （二）合法性问题：对敌人的定义权

即使我们假设可能存在一套界定敌人的标准，接下来的问题也会令敌人刑法理论陷入困境，即谁有权使用，并且该如何使用这套规则将他人界定为与敌人？

敌人刑法试图将某些成为社会危险来源的人作为敌人排除出社会之外——哪怕是暂时性地和部分性地排除，以保护社会。但是谁拥有这种将他人排除出社会，把他人定义为非人格体和敌人，换句话说剥夺他人法律上的人格即人格体（Personalitaet）的权力？在法治社会，国家可以通过刑事实体法与程序法对一个人定罪判刑，通过法律程序剥夺他的某些权利，在实行死刑制度的国家甚至可以剥夺他的生命。刑事程序或者说刑罚是一种沟通方式，国家在与被告人进行对话，告诉他他所做的是错的。而这一切都是以把他作为一个有法律人格的人，一个法规范的对象为前提的。刑事被告人仍然是这个社会系统中的一员。而何时国家能够突然关闭这个对话平台，{47}把一个人抛出这个系统之外，把他宣告为非人格体？

Jakobs尝试从资产阶级启蒙时期的国家学说中寻找敌人刑法的理论依据。他举出卢梭和费希特（Fichte）将所有罪犯，霍布斯将（Hobbes）叛国犯视为社会敌人的观点支持敌人刑法的正当性。{48}甚至康德（Kant）的表述，对于一个“在没有法律的自然状态下（Naturzustand），……持续威胁我的人”，“我可以强迫他与我一起进入共同的法律状态，或者他必须从我身边走开”也被Jakobs认为是敌人刑法的滥觞。{49}

这种掉书袋的论证方式似乎有欠科学严谨。首先，值得疑问的是，从17、18世纪的学说中寻找敌人刑法的蛛丝马迹，是否有断章取义之嫌。{50} 康德欲从社会中排除的敌人，根据Schuenemann的见解，{51}并不是指敌人刑法主要的适用对象恐怖主义分子在当时的对应者即叛国者所言，而是康德对那些兽交者的称谓。即使针对这些“敌人”，康德也没有提出使用有明确目的导向的国家防卫措施与之战斗，而是对之适用报应刑罚。

其次，所有引经据典的论证方式都无法避免人们对被引证的经典的现实性所提出的质问，即经典诞生的语境与引用者所欲证明的情境之间，是否还有同质性？在这里，我们也应当向Jakobs提出这个问题，能否以17、18世纪的学者反映当时的社会形势，带有时代烙印的某句话语，证明今日的某项刑事政策是正确的或者正当的？关于这一点，Schuenemann曾论及，在17、18世纪的时代背景下，国家主权具有极为重要的意义，在霍布斯与康德学说中占据中心地位，因而叛国罪罪犯被启蒙思想家妖魔化，作为全民公敌来对待，在当时是可以理解的，但这种思想在当今的全球化时代已经显得不合时宜。{52} 可见，Jakobs的论证显然是省略了一环，除了从启蒙思想经典作家那里找到带有敌人刑法色彩的表述以外，他还必须向我们做一下背景交待，并进而证明这个表述的语境与我们今日所处的情境具有至少本质上的相同之处。

另外一方面，退一步说，即使能够用社会契约论证敌人刑法，这种论证的严谨性似乎也并非无可挑剔：既然社会成员与国家订立契约，让与自己的一部分权利，成立国家的中央权力，每个成员就应该被推定为具有订约的能力，能够

理解法规范的命令，假如他违背了这个契约，国家就应该依照与之订立的契约来惩罚他。国家如何能够突然取消某人的成员资格，在与他订立契约之后否定他的订约能力，认为他不具备理解契约的能力，否定其法律人格？{53} 如果国家否认某社会成员的订约能力，否认契约的效力，社会便又回到订约以前的自然状态，个人收回他的授权，国家就应失去所有的权力，国家这个制度建构也就不复存在，如何还能够动用国家权力对之适用敌人刑法？对于这些问题，Jakobs尚未给出令人满意的说明。

### （三）敌人刑法与法治国：一个二律悖反

如上文所述见上文二，2, Jakobs把与规范的沟通能力和沟通意愿视为人的属性，把那些不愿意或者不能够满足规范期待的人视为法律上的非人格体，排除他们作为人的资格，因此主张对之采取防卫性的刑事制裁，大大限缩其程序权利，将其隔离于社会之外，以达到风险防御的目的，与西方宪政法治国原则格格不入。而对于敌人刑法与法治国理念之间的对立冲突，Jakobs本人也毫不避讳，认为自己揭穿了“皇帝（在此喻指国家——作者注）身上未被法治国外衣遮挡住的赤裸之处，哪怕这些赤裸之处是非常丑陋的”{54} 敌人刑法作为法治国外衣无法覆盖的裸露之处，自然是法治国这个体系之外的东西，具有与法治国的不相容性。也正基于此，Jakobs才在思想上构造了“市民刑法”与“敌人刑法”两个理念原型（见上文三. 1.），作为敌人刑法理论的方法论基础，Bung称之为“二分论调”（Trennungsthese）{55}

这两对概念——“人格体与非人格体”“市民与敌人”，在西方法治国强调人的尊严与人权保障的时代强音下听起来，{56} 格外刺耳和不合拍。然而Jakobs是如何赋予这种听上去带有浓厚封建时代色彩的理论以现实性的呢？这个问题也与如下问题紧密相关，即Jakobs的敌人刑法理论与法治国原则之间到底具有何种深层次的关系？Jakobs作为功能规范主义刑法理论的奠基者，作为当代德国刑法教义学思想之集大成者，浸淫于西方法治国传统思维之中年深日久，绝不可能对法治国原则熟视无睹，或者蹂躏着法治国的尸体贸然抛出敌人刑法理论。因而不加分析地径行以反法治国原则性来批判敌人刑法理论，很有可能违拗了Jakobs的本意而失去与敌人刑法理论对话的机会，成为各自在自己体系内的自言自语或者“鸡同鸭讲”。{57}

那么，Jakobs是如何越过法治国与敌人刑法内容上互不相容的障碍，让两种互相冲突的理论范型同时获得时代意义呢？不得不承认，Jakobs剑指法治国存在的前提，轻而易举地做到了这一点。当今时代推行人权保障思想，而人权保障存在一个绝对的法治国原则，即每个人都应该被作为法律上的人来对待。但是Jakobs认为，这句话不是一个绝对的原则，它只是一个假设，是一个社会的理想模型，并不是真正的社会现实的一部分。{58}

这个铿锵有力的语句，即当今每个人都必须被作为法律上的人来对待，正如人们在此能够猜测到的，需要一个前提，即该“每个人”能够履行他的义务，即使万一不履行的话，人们也能够掌控他，使其不至于危害社会。如果这个人肆虐横行，人们必须与他斗争，如果他可能肆虐横行，人们就要对他小心提防。{59}

“法律中的人一直是一个交互的概念，这意味着他人也必须与他保持同步（mitmachen），否则的话人们就必须能够把他控制在囚牢里，形势的发展必须不能产生危险。”{60} 在此他举例说明，比如在前民主德国，人们不能主张自己享有人权而自由离开国境，否则的话就会遭到枪杀的厄运。因此他提醒人们，“假定享有一种权利与实际拥有一种权利，不是一回事”，{61} 主张由此从纯粹的规范主义（reine Normativität）之中走出来，关照规范存在的现实（Wirklichkeit der Normen）。{62}

规范必须由现实来支撑，Jakobs的论证，到此为止是能够证立的。在奉行丛林原则的石器时代推行法治国原则，自然是荒谬的。无可否认，我们往往忽视了今天被奉为圭臬的人权保障原则原来也是需要条件的。而我们之所以轻易地忘记这一点，是因为这个条件在西方法制成熟的国家已经不再是条件，而是已成为活生生的现实。但是如果我们沿着Jakobs的思路向前行进，就会提出如下问题，这个现实难道出了什么问题，以至于即将由新的“现实”来改写了么？而情况无疑并没有如此严峻。Jakobs的问题不在于他对法治国的条件性的证立，而是出在他对于现实的把握之上。二次世界大战以后，德国乃至整个欧洲重建了民主自由的法律制度，人权思想不仅成为法律制度的基石，也已经成为文化的一部分，成为欧洲身份认同的一个指征。而“9. 11”恐怖袭击与西班牙马德里火车站爆炸案之类的事件，尽管干扰了法治国的田园牧歌，也至多不过是一段插曲而已。{63} 人权保障在西方各国都是宪法上不可动摇的原则，并实实在在地在法律生活中发挥效用，不能因为恐怖主义的出现就使这些真切的权利转化成假定的权利。上文所引用的Jakobs所谓的法治国的前提，即“每个人应该能够履行他的义务，即使万一不履行的话，人们也能够掌控他，使其不至于危害社会”，即使对于猖狂的恐怖分子来说，也不能认为不存在。如果一个恐怖分子不履行其义务而肆虐横行，人们也依然能够——在法治国的刑法框架下一掌控他，防止危险的发生或尽量减少危险损害的限度。

如果Jakobs仅仅把那些偶发的恐怖袭击事件视为现实，而对西方的成熟的法治国实践视而不见，呼吁人们从法治国的乌托邦之中醒来，是否有些夸大其词呢？问题是，Jakobs的现实与法治国的现实，究竟哪一个更现实？其实，这是个至为简单的三段论推理游戏：大前提=法治国需要前提条件，小前提=当今西方法治国现实性前提条件之不存在或被动摇，结论=法治国在当今时代存在缺口，须为敌人刑法所补充。而如果我们对小前提提出疑问，那么这个逻辑推理结论的可靠性自然就值得疑问。而学者如果只紧紧跟随在Jakobs身后亦步亦趋，不跳出来对这个前提进行思考，即会中

了Jakobs的逻辑迷魅，丧失独立的判断。

作为Jakobs功能规范主义刑法灵感来源的卢曼（Luhmann）的系统理论，也必然是敌人刑法理论的思想基石。卢曼把社会理解为“一个自我复制自我循环的（autopoietisch）沟通体系”，该体系仅限于适当的沟通范围之内，超出这个范围之外的就不再属于该体系，而是体系外的环境（Umwelt）。{64} Jakobs将该理论转化到刑法学上，将法治国视为具有规范沟通能力、能够遵守规范的人进行沟通的体系，而将那些所谓不具有这种能力的人排除出法治国之外，从而达到维护这个体系的目的。正如西班牙学者所指出的那样，“敌人刑法的唯一目的，即是为了捍卫体系的存在。”{65}

不可否认，作为当代德国著名的刑法学家，Jakobs确实拥有深刻的洞察力，他能够在1985年即准确预见西方发达国家立法中违反法治国原则的暗流，而这股暗流直至9·11事件之后才突然变得明晰起来。对于Jakobs的这一功绩，我们应该给予肯定。然而，这股暗流究竟是否就是Jakobs所称的完全与法治国刑法不相容的“敌人刑法”的表现，或者说我们有没有必要把这股暗流命名为敌人刑法，值得商榷。诚然，当时的Jakobs就像寓言《皇帝的新衣》中那个真诚的的孩子，第一个指出了皇帝身体上没有为法治国外衣遮盖的裸露之处，而我们不能像那些愚蠢怯懦的臣民那样，假装没有看见皇帝赤裸的身体。这不是科学的诚实的态度。科学的诚实的态度应该是，正视皇帝身体上丑陋的裸露之处，尽力找到掩盖他的办法。然而，遮挡这些裸露之处，是不是一定要设法治国外衣之外另寻一块布料，建构一个新的体系，即所谓的敌人刑法？{66}

（四）描述性的（deskriptiv）实然的概念抑或应然的（preskriptiv）概念？

敌人刑法激进的立场引来学界一片反对之声。面对学界的批判，Jakobs强调他的敌人刑法仅仅是一个描述性的（deskriptiv）概念，而不是一个应然（preskriptiv）的概念。{67} 究竟敌人刑法是一个描述性的概念，还是一个应然的概念，也是学者围绕着敌人刑法理论展开的另一个主要争论。{68}

那么，敌人刑法理论到底是一个实然层面，还是一个应然层面的理论概念？学者围绕这个问题展开的争论，可谓旷日已久。其实这个问题的答案，完全可以绕开这些甚嚣尘上的争论，直接从Jakobs那里探得。Jakobs声称，敌人刑法并非他的创造，也不是他积极推行的产品。他认为自己只是从西方国家近年来刑事立法发展的态势中提炼出敌人刑法的理念，旨在向学术界和立法者“指出皇帝（在此喻指国家—作者注）身上未被法治国外衣遮挡住的赤裸之处，哪怕这些赤裸之处是非常丑陋的”。{69} 然而从他敌人刑法理论论述的字里行间，我们却读出了另外一种况味。

如果说，在上述发表于1985年的文章中，他尚且对敌人刑法的理念持客观描述性甚或批判性的态度，{70} 这种态度后来却慢慢发生了转变。{71} 在2004年《市民刑法与敌人刑法》一文中，他从刑罚理论和法哲学角度对于敌人刑法进行了全面论证。例如，通过分析康德与霍布斯的经典著作，他得出如下结论：“康德与霍布斯认为存在着针对那些并非顽固不化和根本的犯罪人适用的市民刑法，同时也存在着针对根本上偏离社会正常秩序者的敌人刑法。后者排除个体的人格地位（Personenstatus），前者保留个体的人格地位。”{72} 在此我们不禁要问，如果像Jakobs所说的那样，他的敌人刑法理论只是一个描述性的概念，只是对实在法的一个理论上的抽象，那么这里他却从经典作家那里为敌人刑法的合理性寻找说辞，引经据典论证它的合理性，意欲何在？Jakobs的这种努力，无外乎是试图证明，敌人刑法是具有合理性的一种应然。另外，（见上文二. 2）Jakobs对人格与人的阐述，从人格的现实性角度对“敌人”之存在合逻辑性的论证，也已经超出了实然的层面。他论述道：人格仅仅作为一个规范的理论构造是没有现实性的，是虚无缥缈的东西，只有当对于一个人作为人格体的期待获得基本上的满足时，人格才是现实的。……如果一个人不能让人相信他的行为是“人格体”的行为，就不能期待被作为人格体来对待，而且国家也不被容许（darf nicht）把他作为一个人格体来对待，因为否则的话他就会损害其他人要求安全的权利。{73} 值得注意的是，Jakobs在这里使用了一个情态动词的否定式—“不被容许”，根据简单的语法逻辑，“不被容许+（A）”，其实就等于“应该+（-A）”“-A”指对“A”的否定。因此，这里等于说，“国家应该（soll）不把他作为一个人格体来对待”。这就成了一个清楚明白的应然

（sollen）的表述。接下来，在文章的结论部分，Jakobs对情态动词的使用，更加可以说明问题：“对根本上偏离社会正常秩序者不能够（kann nicht）适用市民刑法，他们必须（muss）被作为敌人来斗争。”{74} 可见，Jakobs自己的说法，敌人刑法理论仅仅是在实然层面的描述，是站不住脚的。至少在这一点上，Jakobs是不诚实的。或者说，他是诚实的，只是没有认识到自己的前后不一致。国内学者蔡桂生先生对敌人刑法理论一方面持赞成态度—尽管是看起来相当谨慎的赞成，另一方面却认为Jakobs对敌人刑法是“不可能做到纯描述的”，言下之意即肯定了Jakobs对敌人刑法的应然态度。{75} 殊不知，作者试图维护Jakobs的立场，却犯了Jakobs的大忌—他本人是无论如何不承认这一点的。敌人刑法理论的全部学术价值，也恰恰是在其揭露与描述的品格之中，因为敌人刑法理论与法治国原则存在内容上的互斥性（见上文三. 3.），{76} 赞成敌人刑法的发展趋势并将其从实然的层面擢升到应然的层面，就等于直接地反对法治国原则，乃是冒时代之大不韪，即使Jakobs这样的学者，也绝不敢担当这个罪名。

在2006年的文章中，我们发现Jakobs如下的表述：“我绝对不会不乐意看见敌人刑法丑陋的身影从我们的视野中消失。”{77} 如果果真如Jakobs所说，他也认为敌人刑法是丑陋的东西，也希望它能够从刑法的视野中消失，那么为什么他还要论证它的合法性，为它在学术上正名呢？Jakobs曾说，正是因为他看不到敌人刑法消失的哪怕是最微小的可

能性，因此才呼吁学术界正视敌人刑法。{78}即恐怖主义、严重经济犯罪等具有极大破坏性的行为直接威胁到法治国的生死存亡，只有用敌人刑法的手段去迎战它们，才可保全法治国。如果这段话是其真实的心理写照，那么我们可以推论，Jakobs研究敌人刑法，正是为了消灭敌人刑法，保护法治国刑法的纯洁，更好地维护社会成员的生存条件。他也曾说过，把市民刑法中含有敌人刑法成分的东西剔除出来，分门别类，“与把敌人刑法与市民刑法混淆起来相比，给法治国带来的危险要小一些”。{79}这样看来，学界的一些批判就有失偏颇，Jakobs的敌人刑法理念，并非是蔑视法治国原则的产物，其本意是一至少是如他声称的那样，以敌人刑法的手段，去发动一场保卫法治国刑法的战争。这也正是敌人刑法理论的吊诡之处，即以一个本质上反体系性或者具有体系颠覆性的东西去维护这个体系。然而这种构想是否可行，有待于下文做出回答。

#### （五）一个功利角度的考证——作为制度的敌人刑法之无效益

正如批判敌人刑法的学者所指出的那样（见上文三. 1. ），敌人刑法的概念模糊，缺乏明确的界定标准，作为描述性的概念具有理念原型的方法论意义，而如果作为应然的概念，将它提升到规范的层面，就带来适用上的问题。由于不存在客观的判断标准，对敌人的界定就在很大程度上取决于规范缔造者和适用者的情感，使得规范的适用难免带有很大的任意性。如果在确定适用对象时，把市民也误作为敌人，对其发动战争，其后果就不再仅仅是局部地破坏法治国原则，而是带来司法的任意性，程序保障的缺失，动摇法治国的思想基础，威胁到法治国的生存。因此倡导在市民刑法之外发展敌人刑法作为其补充，其结局极有可能不是像Jakobs所说的那样有利于法治国的维护，而是恰恰相反，反而会从内部侵蚀法治国的生存根基。另外一方面，界定标准的模糊也为国家机器滥用权力打开方便之门。以敌人刑法为理论基础，国家机器可以摆脱法治国原则对其权力的限制，以自己的利益为标准将持不同政见者定义为“人民的敌人”，越过或甚至废黜正常的刑事程序，直接动用战争的手段打压之。{80}

无可否认，从纯粹实践的角度来看，敌人刑法确实有防御危险的功用：通过限制犯罪嫌疑人的程序权利保障，取消刑讯逼供的禁止，可以高效率地控制危险源，避免对社会造成重大损害。然而，这种危险控制的代价实在是相当高昂。因为有前述的定义标准模糊问题，假使人们在敌人的界定方面能够达成一致，敌人刑法也包含着被滥用的风险。即使当真正威胁整个社会的危险来临时，敌人刑法能够成功地消除危险或者阻止危险的扩散——毕竟这种危险在和平的年代是较为不常见的，这一功用也将被它本身自造的危险——在正常社会散布对社会成员资格性的怀疑，以对待敌人的方式对待市民——大大抵消。对于一般的恐怖主义袭击，皆可探讨在现有的法律框架下解决的可能性。至于美国以战争手段对付9. 11恐怖袭击，是美国布什政府政治上的选择，与敌人刑法理论的科学性问题无关。如果Jakobs坚称自己是以纯学术的名义来进行敌人刑法理论研究的话，{81}也就剥夺了他自己以美国反恐政策来证明敌人刑法的正确性的权利。于是，敌人刑法理论适用可商榷的唯一领域，恐怕就是所谓外星人袭击地球事件了。至于是否可以把外星人视为敌人，则既非当下刑法学需要关心的问题，也非刑法学所能够解决的问题。{82}

#### 四、敌人刑法的刑事政策背景：“新惩罚主义”

敌人刑法理念的火苗，萌生于法益论与规范论之争，得世纪之交恐怖主义运动之风而迅速蔓延开来，被Jakobs发展成为一个与法治国分庭抗礼的理论。其诞生，在西方有其独特的刑事政策背景。西方资本主义经历战后的经济复苏与腾飞，社会发展到一个相当稳定与安逸的程度，形成了高度的社会文化的一致性。近几十年来西方知识分子口中不断出现的所谓人权普世价值（universale Menschenrechte）与欧洲身份认同（europäische Identität）等概念，皆是他们寻求或巩固这种文化一致性的努力的体现。在此期间，一种社会自我保护的集体心理渐渐滋长，因而对于任何可能的外来冲击都会异常敏感。对于那些搅扰了这个安静体系的事物，公众很容易倾向于选择把它定义为犯罪，用犯罪化的手段来抑制它。在媒体对犯罪的渲染下，社会上的不安感扩散开来。这一点也可以从德国犯罪学的研究动向发展上得到证明。自上世纪90年代末以来，针对社会大众对犯罪的主观感知与安全感的犯罪学研究在德国不断推陈出新。{83}在这种社会心理环境下，继上世纪60、70年代德国刑法上非犯罪化的发展之后，扩大犯罪化的趋势重新兴起，在刑事政策制定方面强调社会安全，增加刑罚的严厉程度以使行为人不致危害社会，被学者称之为“新惩罚主义”（neuer Punitivismus）。{84}这种刑事政策的氛围导致了实在法上令人遗憾的发展，即与法治国环境下自由民主的刑法不相融合的立法动向。

而Jakobs似乎走得更远。他将那些扰乱了这个安静体系的事物或事件，不仅看作是需要被抑制的东西，而且把它归为与主流文化一体性的价值不符，威胁到这种文化一致性本身的危险的东西，即撼动社会规范信任，侵蚀法治国生存根基的敌人。根据Jakobs对敌人刑法理论的辩护，我们可以发现，他的法治国形象，是一种纯而又纯的法治国形象，无法包容任何一点杂质，无法容忍任何形式的妥协。因而他要把哪怕是一丁点儿与法治国不符的成分，都剔除出法治国市民刑法之外，我们在此可以称之为一种体系的洁癖。在这种体系的洁癖的压迫下，他不去尝试研究体系的包容性或者扩展体系，研究如何在法治国刑法的体系下解决社会风险防御（Gefahrabwehr）的问题，而是另辟蹊径，转而开拓出另一个与前者截然不同的体系，把风险防御的问题移置到这里来解决。

Jakobs对现实作出的这种风声鹤唳的体察，推动他在规范的层面上把实在法的发展趋势加以理论化，最终抛出敌

(Angststrafrecht)”。{85}

敌人刑法理论的战火，早已由德国刑法学界向世界蔓延，甚至国内学者之间也俨然形成了对敌人刑法的两派对立的意见。{86}而敌人刑法理论有它独特的语法与语境，我们没有缘由非要挤进这场关于敌人刑法的热战，更没有必要在中国的土地上引入敌人刑法。处于社会转型时期的中国，不同利益集团与阶层之间的角逐正在继续，远没有形成西方文化那样高度同质化的文化与统一的价值观。中国正处在法治国建设的征程之中，法治国的规则尚没有完全建立，更未在国民生活中被切实履行。如果说一部严格意义上的法治国刑法仍然还是当代刑法学者追求的理想，那么法治国的洁癖就更无处附庸。此时谈论敌人刑法，则是言之无物——不能忘记，敌人刑法的敌人，是法治国的敌人，而Jakobs推行敌人刑法，是以对法治国的忠诚为名义的。

#### 五、结语

综上所述，Jakobs在对西方的社会安全现实反应过激的基础上，以其规范论和法律上的非人格体理论为支柱，建立了敌人刑法理论。该理论尚存在证立上的疑问，尤其是Jakobs对于敌人刑法产生的现实社会背景的体察，有夸大其辞之嫌。但是敌人刑法作为一个描述性的概念，它确实具有现实批判的意义。Jakobs无疑提供了一个对西方法治国刑法发展进行批判性审视的绝好的参照物。

而如果把敌人刑法理念作为一个应然的概念，推动其在立法上的发展，就是法政策上的一种不明智。敌人刑法作为一个应然的概念，其概念标准模糊不清，不具有实践上的可操作性。从功利的角度上来看，其适用的成本远远大于收益，作为一种制度来说，其效益值得疑问。

我们必须肯定Jakobs理论的一大功绩，他犀利地指出了当今西方实在法上有违法治国原则的发展动向，唤醒了西方学者对法治国刑法进行重新审视的问题意识。只是遗憾敌人刑法理论在逻辑上无法令人信服地证立，并且隐藏着重重风险。即使敌人刑法在德国学者眼中已经是一个死亡的理论，围绕着它的争论也差不多已经尘埃落定，然而它试图解决的问题本身，也就是争论的缘起，还远远没有完结。如何在法治国体系内解决风险社会的集体危险防御问题，将刑事可罚性前置、抽象危险犯等课题纳入罪责原则与人权保障的框架下给予理论上的论证，这一点，Jakobs无意去做，而他的反对者们至今没有能力做到。传统的法治国市民刑法与当今社会风险防御的相容性问题，无论是否有敌人刑法概念的出现，都是一个摆在西方法律人面前无法回避的时代问题，也是西方知识分子在向恐怖主义挥起武器时其良心必须跨过的一道门槛。

【参考文献】{1}Jakobs, Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS, 2004/3, S. 92.

{2}Jakobs, 同上注, S. 89, 92.

{3}Jakobs, 同上注, S. 93。

{4}Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751 ff.

{5}例如参见Roxin, &#167; 2 N, Rn. 129, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen&#183;Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Auflage, Muechen 2006.

{6}Hoernle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs “Feindstrafrecht”. GA 2006 . S. 91.

{7}Jakobs, 见前注{4}, S. 751 ff.

{8}Jakobs, 同上注, S. 753

{9}关于法益保护思想可参见Roxin, 见前注{5}, &#167; 2 B. C.

{10}Bung, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, HRRS 2006/2, S. 64.

{11}Jakobs文, 见前注{4}, S. 753。

{12}Jakobs, 见前注{4}, S. 774.

{13}Jakobs, 同上注, S. 775

{14}Jakobs, Feindstrafrecht? -Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2006/8-9. S. 290.

{15}Jakobs, 见前注{4}, S. 775

{16}Jakobs, 同上注, S. 775; Jakobs, 见前注{14}, S. 291

{17}Jakobs, 见前注{1}, S. 91。

{18}Jakobs, 同上注, S. 291。

{19}Jakobs, 同上注, S. 91。

{20}Jakobs, 同上注, S. 91。

{21}Jakobs, 同上注, S. 88



- {22} Jakobs, 同上注, S. 88 f.
- {23} 此处采冯军教授的译法, 冯教授将Person译为人格体, 以与自然状态下的个人 (Individum) 相区别, 见 (德) 京特&#183;雅科布斯: 《规范&#183;人格体&#183;社会—法哲学前思》, 冯军译, 法律出版社2001年版。
- {24} Jakobs, Individum und Person, ZStW 117 (2005), Heft 2, S. 259
- {25} Jakobs, 同上注, S. 260
- {26} Jakobs, 同上注, S. 260 f.
- {27} Jakobs, 同上注, S. 261 f .
- {28} Jakobs, 见前注{1}, S. 93。
- {29} Jakobs, 见前注{14}, S. 292.
- {30} Jakobs, 见前注{1}, S. 95。此处容易引起误解的是Jakobs的人格体与非人格体, 或者说敌人的界限。尤其当我们把Jakobs的观点与我国毛泽东思想中“对人民民主, 对敌人专政”的政治法律理念相联系, 很容易产生二者在思想中具有异曲同工之妙的错觉。实际上, 与毛泽东思想不同, 不是所有的罪犯都是Jakobs敌人刑法意义上的敌人。Jakobs也曾颇费笔墨地试图厘清普通罪犯与他所谓的敌人的关系: 在正常情况下, 一个普通的罪犯并不能通过其一次行为或一系列行为把自己排除出社会之外而成为一个不具有法律人格的人, 他的人格并不丧失, 在成功的刑罚执行之后他很可能被矫正成一个良民, 例如参见Jakobs, 见前注{14}, S. 292
- {31} Jakobs, 见前注{1}, S. 92
- {32} Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in Albin, Eser/Winfried, Hessemer/Bejoem, Burkhardt (Hrsg.): Die Deutsche Wissenschaft vor der Jahrtausende, Rueckbesinnung und Ausblick, Muechen 2000, S. 52.
- {33} Jakobs, 见前注{1}, S. 92
- {34} Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, hrsg. von der Nordrhein-Westfalischen Akademieder Wissenschaften, Paderborn 2004, S. 41.
- {35} Bung, 见前注{10}, S. 68; Sinn, morderne Verbrechenverfolgung-auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht? ZIS 3/2006, S. 114; 参见Hoemle, 见前注{6} S. 91。
- {36} Bung, 见前注{10}, S. 68。
- {37} Schuenemann, Feindstrafrecht ist kein Strafrecht, Strafrecht und Justizgewaehrung, Festschrift fuer KayNehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 226.
- {38} Jakobs, 见前注{1}, S. 90
- {39} Schuenemann, 见前注 [37], S. 226; 以及Hefendehl教授访谈: Peter Miihlbauer, Feindstrafrecht, 06.09.2007, Ein Gespräch mit Professor Roland Hefendehl fiber die gefaehrlichen 'lendenzen des Rechtsstaatsumbaus, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/26/26131/1.html>。
- {40} Schuenemann, 见前注{37}, S. 226。
- {41} 此处与该段下文见: Jakobs, 见前注{14}, S. 293。
- {42} Jakobs, 同上注, S. 293
- {43} Jakobs, 同上注, S. 293
- {44} 参见Jakobs, 同上注, S. 293
- {45} 参见Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tubingen, 1968. S. 190 ff.
- {46} 参见Bung, 见前注{10}, S. 68; Sinn, 见前注{35}, S. 114; 参见Hoernle, 见前注{6}, S. 91。
- {47} 在敌人刑法中, “国家不是与它的国民对话, 而是威胁它的敌人”, 见Jakobs, Cuadernos de DerechoJudicial (Anm. 1), S. 1, 转引自Melia, Feind “ strafrecht” ? ZStW 117 (2005), S. 286, Anm. 47。
- {48} 参见Jakobs, 见前注{1}, S. 89 f. 虽然他也表示不赞同卢梭和Fichte将所有罪犯视为敌人的观点, 认为这种决然的区分过于抽象, 但是另一方面又希望以此说明“市民身份并不是一种不可丧失的东西”, 见该文第89页。
- {49} Jakobs, 同上注, S. 90
- {50} 认为康德的原旨被Jakobs歪曲或过度解释的观点, 见Bung, 见前注{10}, S. 69; 以及林立: “由Ja-kobs ‘仇敌刑法’ 之概念反省刑法 ‘规范论’ 传统对于抵抗国家暴力问题的局限性—对一种导源于Kant ‘法’ 概念先天性信念之思想的分析与批判”, 《政大法学评论》(台湾)第81期, 页26-27。
- {51} 参见Schuenemann, 见前注{37}, S. 223。
- {52} Schuenemann, 见前注{37}, S. 223 f.

{53} 这个想法是作者与德国著名刑法学者Albin Eser教授讨论敌人刑法问题时由Eser教授提出的。作者朦胧觉得用社会契约论证敌人刑法在逻辑上似有不满之处，但一时无法突破思维上的瓶颈，求教于Eser教授，他忽然灵感所至，提出这个想法。对于这个有力的反驳观点，作者不敢专美，故在此作出说明。

{54} Jakobs, 见前注{14}, S. 290。

{55} Bung, 见前注{10}, S. 63。

{56} 德国宪法第1条规定：“人的尊严不容侵犯。尊重及保护人的尊严是所有国家公权力之义务”。(Art. 1 GG)

{57} 在此意义上，台湾学者黄经纶指出：“若是有以自由主义为本体论 (ontology) 而在法理论层次攻击批判敌人刑法核心概念者，即是中了Ronald Dworkin所谓的‘语义学之刺’ (semantic sting), 并无法真正地有效反驳Jakobs的论点。”黄经纶：“对抗‘敌人刑法’——浅析Jakobs的敌人刑法与德国法下客观法秩序维持之冲突性”，载《刑事法杂志》第48卷第5期，2004年，页90。

{58} Jakobs, 见前注{14}, S. 290。

{59} Jakobs, 同上注, S. 290。

{60} Jakobs, 同上注, S. 290

{61} Jakobs, 同上注, S. 290

{62} 此段论述参见Jakobs, 同上注, S. 290 f。

{63} 针对Jakobs的现实，Melia也提出如下疑问：欧洲乃至整个西方世界“是不是面临着集体的危机形势，末日是否已经真的步步逼近？”Melia, 见前注{47}, S. 289。

{64} Luhmann, *Okologische Kommunikation*, 1. Auflage, 1986 Opladen, S. 269。

{65} Portilla Contreras, in: *Jueces para la democracia*, 49 (2004), 43 ff; ders., *Libro homenaje a Bacigalu-po*, Madrid, 2004, 700 f., 转引自Hoernle, 见前注{6}, S. 101。

{66} 有学者认为，对于这些不合法治国原则的领域，现有的刑法理论中已有概念描述它们。例如Greco指出，即使在法治国理论看起来棘手的领域，例如保安处分与改造处分领域，敌人刑法的概念也没有存在的必要。他认为，在这个领域，传统刑法理论中的危险性、习惯犯、危险消除等概念已经足够说明问题。参见Greco, *Ueber das so genannte Feindstrafrecht*, GA 2006, S. 109 f. 对于该观点，Roxin也表示赞同，参见Roxin, 见前注{9}, &#167;2, N, Rn. 128. 然而问题是否是这么简单，尚有待于进一步的研究。例如，习惯犯与保安处分中的罪责问题如何得到完满的解释，是否从罪责原则的角度看来尚有不足之处？

{67} Jakobs, 见前注{14}, S. 290。

{68} 详见Melia文，见前注{47}, S. 268. 首先需要说明的是，即使对于Jakobs所谓的描述性态度，也有学者提出批评。Greco认为敌人这个词汇包含着如此强烈的价值判断，总是与割裂和两极对立相连，以至于很难被用于纯粹的描述。(Roxin对此观点也表示赞同，见Roxin, &#167;2, N, Rn. 128.) 他进一步论证，即使是实证层面的犯罪学都无法标榜自己能够做到完全客观地对待犯罪现象，更遑论规范层面的敌人刑法理论了。作者以为，Greco后一个论证的攻击偏离了靶心，他提出的实际上是社会科学的主观性问题，这个问题不只存在于敌人刑法理论，任何一个社会科学的理论都无法避免带有创立者的主观色彩。理论就是创立者的角度，他的话语，他的作品，无法不包含他的主观倾向与情感。即使反对敌人刑法的观点，例如法治国刑法理论也是作者主观立场的流露。这种主观性是附着在理论或者作品本身，无法与其剥离的，不能因为理论的这种特性反对一个理论本身，否则任何理论都是难以成立的。

{69} Jakobs, 见前注{14}, S. 290。

{70} Jakobs, 见前注{14}, S. 784。

{71} Greco, 见前注{66}, S. 103 f, Anm. 76; Roxin, &#167;2, N, Rn. 126。

{72} Jakobs, 见前注{1}, S. 90。

{73} Jakobs, 同上注, S. 90。

{74} Jakobs, 同上注, S. 95

{75} 蔡桂生：“敌人刑法的思与辨”，《中外法学》2010年第4期，页611。

{76} 这种内容上的互斥性显然没有为蔡桂生先生所认识，他认为Jakobs的敌人刑法是可以在法治国的框架下运动的，认为“……雅科布斯的敌人刑法大胆地承认了对启蒙原则的突破，这其实是在缩小恣意的敌人思维的规则领域，将游离或隐藏于我们法律体系的那部分的敌人政治和敌人警务收编到法治国框架下来处理……”（蔡桂生，见前注{75}，页608）。也正因为此，蔡先生才会得出赞成应然的敌人刑法概念的结论。这一结论在作者看来恐欠妥当，它刚好是Jakobs本人观点与反对派观点的杂糅，无论是敌人刑法观点的创始者本人Jakobs还是其反对派，恐怕都无法对此表示赞同。

{77} Jakobs, 见前注{14}, S. 290。

{78} Jakobs, 同上注, S. 290

{79} Jakobs, 见前注{1}, S. 95。

{80} 林立教授也指出, 敌人刑法有被专制政权滥用的危险, 成为专制职权排斥政治异己的利器。参见林立, 见前注{50}, 页22-24。

{81} Jakobs, 见前注{14}, S. 289。

{82} 以此为例对敌人刑法的辩护, 参见蔡桂生, 见前注{75}, 页612。

{83} 例如参见Boers, Klaus, Kriminalitaetsfurcht, uber den Entstehungszusammenhang und die Folgen einessozialen Problems, Pfaffenweiler 1991; Burgheim, Joachim与Sterbling, Anton Subjektive Sicherheit undLebensqualitat in Gorlitz, Rothenburg/OL 2000。

{84} Melid, 见前注{47}, S. 272 f。

{85} 参见Bung, 见前注{10}, S. 70。

{86} 例如, 赞成的观点可参见冯军: “死刑、犯罪人与敌人”, 《中外法学》2005年第5期, 页608-615;何庆仁: “刑法的沟通意义”, 载《刑事法评论》第18卷, 陈兴良主编, 北京大学出版社2006年版, 页139-175。反对的观点可参见刘仁文: “敌人刑法: 一个初步的清理”, 《法律科学》2007年第6期, 页54-59。

原载于《中外法学》2011年第1期

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址: 中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编: 130012 电话: 0431-85166329 Power by leeyc



