



您所在的位置：首页»新闻中心»新闻动态

新闻中心

新闻动态
公告通知 +
综述
关注
聚焦
评论
人物
学术
交流
社会新闻
多媒体新闻
新闻索引

北大刑事法治研究中心“刑事一体化”系列讲座成功举行

时间：2018-03-08 来源： 作者：

由北京大学刑事法研究院主办的“刑事一体化”系列讲座在二教311举行，由北京大学法学院江溯副教授主持，报告人则是从奥斯纳布吕克大学法学院远道而来的两位教授——辛恩教授以及葛祥林教授。本次的德文报告由北京大学法学院博士生唐志威负责翻译，本次讲座由杨春洗法学教育与研究基金资助。

在简短的寒暄问候之后，辛恩教授就“新旧秘密侦查措施”这一主题进行报告。在此报告中，辛恩教授将从电信通讯监察 (Telekommunikationsüberwachung) 开始，在此之后再介绍两个2017年夏天引入德国刑事诉讼法中的强制措施。

首先，辛恩教授指出，电信通讯监察在德国实务部门中具有重要地位。诸多的事实与证据是通过电信通讯监察获得的。诸多犯罪，如资本市场的犯罪、谋杀罪、故意杀人罪，会通过电信通讯的手段进行。在团伙犯罪中，亦是如此。

其次，德国基本法第10条规定了通信自由，保障公民免于国家干预。其中，干预只有通过法律保留才得以进行。故而，德国刑事诉讼法第100a条对此进行了复杂的规定。

其中，电信通讯监察是在当事人不知情的情形下，基于特定的条件而进行。详言之，其包括了以下三个条件：（1）必须存在特定的事实 (bestimmte Tatsachen)，足以证明行为人作为正犯或共犯。举例而言，如果A打电话给警察说B在洗钱，则无法满足上述条件。但如果B在海外具有账户，则满足“特定的事实”此一要求。（2）在个案中属于严重犯罪行为 (schwere Straftat)，刑法第100a条第2款对此进行了具体的规定，如谋杀罪、故意杀人罪及叛国罪等等；（3）以其他方式查清案情或讯问被告所在地可能非常困难或毫无希望。

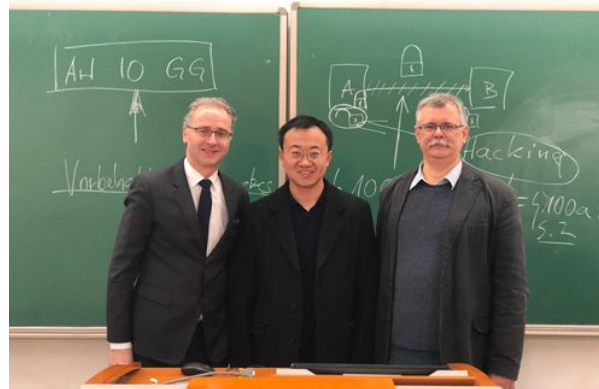
立法者之所以对此科以如此之多的限制，辛恩教授认为，主要的原因在于：例如把其与住所搜查 (Wohnungsdurchsuchung) 进行比较，在住所搜查的情形中，被告人是在场的；但在秘密侦查的情形，则非如此。这也导致了德国法对秘密侦查采取比较高级别的法律保留，即法官保留原则。

再次，辛恩教授进一步解释了何为德国法上的“电信通讯”。德国《电信通讯法》明确规定，以各种符号等形式借助电讯设施所进行的信息发送、传播和接受的过程。只有从一个终端到另一个终端所形成的过程，才容许进行干预。以WeChat为例，（1）A用Wechat打字，（2）将信息发给B，（3）B储存信息。刑法第100a条只容许对环节（2）进行通讯监察，不能对环节（1）和环节（3）加以干预。在“监听陷阱案 (Hörfall)”中，被害人遭到勒索，警方告诉他，如果再遭到勒索，则从旁监听电话交谈。这个案件与刑法第100a条无涉，因为监听并不是在传的过程中发生的。至于哪些内容可以被监听，联邦宪法法院在2004年作出了一个判决，只能针对隐私核心以外的范围。在核心范围内，具有绝对的自由，国家无论如何都不能进行干预。在此，对于核心范围内谁、根据何种标准确定等问题，辛恩教授认为，决定机构在实践中当然是法院，因为电信通讯监察首先需要法院的授权，在其后审判程序、司法救济程序中法官还会对通过电信通讯监察获得的证据进行评价。除此之外，每个人在最后都可以向联邦宪法法院提出宪法诉愿。并且，判例的标准是一个客观的认定方式，需要根据基本法第10条，以客观标准在个案中进行认定。如果国家获得这些核心领域的信息，必须禁止使用该证据，并将这些信息加以删除；如果监察人员听到相关内容，也必须立即关闭设备。

之后，辛恩教授提到电信通讯监察在德国的新发展。随着电子化的发展及现代电信的推广，多数人都拥有电子仪器。在此，电信上对IT进行了加密，但犯罪分子也可以利用这种加密技术进行犯罪。譬如，在以前，犯罪分子需要买很多的手机和Sim卡进行犯罪；但在现在，则无此必要。因为电信传递过程被加密，警方无法对此进行监察，自然也没有意义来讨论通讯监察。在此，可诉

是“站在法律和科技的交叉点之上”。德国的解决之道是来源电信监控 (Quellentelekommunikationsüberwachung), 即从来源进行电信监控。由于在对麦克风进行说话的过程中, 无法进行实时监听。如果要使监控加以实现的话, 必须提前对电子设备安置程序。但如何在IT设备中安置此种软件, 联邦议会在当时的立法过程中并未作出决定。对此, 或许在电信运营商的软件更新过程中可以完成此项过程。但是, 辛恩教授认为这并不可行, 因为国家的刑事追诉显然在公司的义务范围之外。

在最后的总结中, 江潮副教授提到, 关于通讯监察, 中国也有类似的问题, 但没有像德国法有那么细致的规定。在此, 中国应向外国多加学习。



在第二个报告中, 葛祥林教授在短短的一个小时内, 生动地讲述了德国刑法中财产收缴的百年变革。

肇始于德国刑法的原始规范, 即1871年的德国帝国刑事法典, 德国当时并无收缴 (Verfall) 的原则性规定。唯一的例外在于1871年刑法第335条, 其规定在第331条至第334条情形 (贿赂犯罪条文), 应将所得到的或其价格 (das Empfangene oder der Werth desselben) 在判决中加以宣告收缴。系争条文主要的立法目的在于, 消除国家工作人员及司法裁判人员犯罪经济上的诱因。

之后, 德国在1924年尝试以罚金的方式来去除犯罪所得。当时的刑法第27c条规定, 在罚金量刑时, 应参考行为人的经济状况。罚金应高于行为人为犯罪所获得的报酬 (das Entgelt) 以及他由犯罪所得到的利润 (den Gewinn)。但如果罚金的法定最高额度不足以达到上述效果的话, 可以超越之。对此, 葛教授认为, 相较于抽象的原始规范, 德国当时的罚金刑包括了衍生性的利益, 可以全然地消除犯罪行为在经济上的利益与经济诱因。但问题在于, 由于当时德国处于纳粹时期, 不确定其刑的罚金刑会导致, 以受判决人的政治/种族等背景作为量刑要素, 进而导致此项刑罚在政治上的滥用。简言之, 旧制下的罚金刑会因违反罪刑法定原则中的刑罚法定原则, 从而造成人权之侵犯。

对此, 德国在1969年第二次刑法改革法中, 引入了日额罚金制。详言之, 日额罚金制在量刑上的操作主要包括: 根据罪责决定口数 (5口至360口)、依照判决人的经济状况决定额度 (1欧元至30,000欧元)、有无较为容易或合理的支付方式。就此而论, 虽然日额罚金制确实符合罪刑法定原则, 但却与犯罪人的经济利益脱钩。

自此而论, 对于犯罪人的经济利益, 德国刑法需要另外建构替代性制度, 也就是所谓的“没收改革”。德国立法者将原本独立于刑法分则的收缴纳入到总则之中, 从而使没收与收缴形成一节。其中, 没收的标的是由犯罪行为而产生或者为(准备)犯罪行为所用之物 (第74条第1款), 收缴的标的则是财产上的利益 (第73条第1款)。如果被害人对此财产利益的全部或部分具有请求权, 则不得加以收缴。另外, 刑法第73a条关于替代价格的收缴, 其收缴范围也仅限于物或该物的替代价格。当时的刑法规范无法处理财产以外的利益。

由于收缴规范上的不足, 德国立法者在1992年修正刑法第73条第1款的用语, 将条文中的“财产上的利益 (einen Vermögensvorteil)”修正为“什么 (etwas)”, 进而使收缴概念得以扩充到非财产利益上。不过, 在收缴范围的具体设定上, 仍旧争议连连。譬如, 财产上利益, 应采净额原则 (犯罪所得扣掉犯罪所必要的投资), 抑或毛额原则 (不考虑任何由犯罪行为所产生的负担/所必要的投资)? 收缴仍为有罪判决的附属性宣告, 抑或将其作为独立的制裁模式? 另外, 刑法第73d条的延长性收缴 (1992年通过反组织犯罪法引入) 不要求证明特定犯罪行为作为适用前提。换言之, 如果根据情况可以推定, 行为人或者参与人之物为犯罪而用或由犯罪而产生, 法院得核定其收缴。此项举证责任倒置, 独立于严格的无罪推定原则, 在联邦最高法院及联邦宪法法院引起了争议。邦法院认为, 经调查而查不出任何的合法来源, 就可以加以收缴。联邦最高法院对此也加以肯定, 因为所证明的, 并非相关利益等来自犯罪行为, 而是相关利益不可能具有其他合法来源 (BGH Beschl. 22. 11. 1994, 4 StR 516/94)。联邦宪法法院则认为, 延长性收缴不具有刑罚性质, 因此没有相关原则与基本权保障之违反 (BVerfG Beschl. 14. 1. 2001, 2 BvR 564/95)。

与此同时, 欧盟纲领2014/42/EU中提到, 追求利润时跨国组织犯罪的最重要动因。但收缴规定在部分欧盟国家或不存在或属于没收范围。对此, 德国立法者在2017年以此为由进行调整, 并在用语上统合没收与收缴, 具体的没收 (Einziehung) 种类规定在德国刑法第73条至76b条中。值得一提的是, 为了缓和联邦最高法院的意见分歧 (第一庭严格遵守毛额原则; 第三、第五庭则在毛额原则外, 使用规范目的进行限缩), 刑法第73d条 (新法) 规定原则上采毛额原则, 例外时改采净额原则。但是, 不得扣除犯罪计划所需要的费用, 除非系争给付给了被害人。但在个别问题上, 德国的没收新制可能存在合宪性疑虑, 如延长性没收、证明程序以及独立没收。

在总结中, 江溯副教授指出, 没收和追缴在德国法上是独立于刑罚与保安处分的一种手段, 其所针对的对象是不同的。在中国, 没收和追缴制度的研究是非常少的, 但在实务上却有高度重要性, 也存在着诸多问题。故而, 葛教授的此次讲座, 对于中国的相关问题及思考, 极具启发意义。



版权所有©北京大学法学院 网站地图
Tel:(8610)62751691 Email : admin@law.pku.edu.cn



北京大学法学院
PEKING UNIVERSITY LAW SCHOOL