

刑法的困境与宪法的解答

——规范宪法学视野中的许霆案

白 斌*

内容提要：在许霆案的讨论中，刑法教义学所面临的尴尬处境只有通过宪法教义学的介入才能够得以消解，即必须反思刑法第 264 条特殊加罚条款的合宪性问题。在现代社会，相较于其他行业的法人组织，金融机构对于国民经济与社会的稳定繁荣而言更为重要。由此，在刑法上给予金融机构“适当的”特别关照应当被允许。但是，无论从比例原则还是从体系解释的角度看，为盗窃金融机构数额特别巨大的行为所设定的刑罚，在只限于死刑和无期徒刑这一点上，从立法目的的角度上已经难以充分说明，即为了达到立法目的超过了必要的限度，因此不能被认为是基于合理依据的差别对待。争议条款违反了宪法平等权规范，应属无效。

关键词：许霆案 盗窃罪 加罚条款 宪法平等权 比例原则

发生在 2007 年的许霆案，由媒体的逻辑所支配的铺天盖地的报道使其受到全社会的普遍关注，同时也激发起法学界的“阵阵涟漪”。法律人的实践智慧和专业技术在许霆案面前接受着严肃的考验。刑法学者、刑事诉讼法学者、民法学者、法理学者等纷纷发言，法律界对某个个案的参与程度之高在近年来甚为罕见。2009 年初，在许霆案的终局判决已尘埃落定 9 个月之后，《中外法学》在新年第一期以长达 100 多页的篇幅连续刊载陈兴良、张明楷等多名法学教授对该案的反思性评论，这一举动在让我们感叹该案的巨大影响的同时，也令我们看到另外一点：共识远未达成。法学专家们发言内容之间巨大的歧异性，有理由让我们相信：任何一位法律专家的意见恐怕都无法获得比该案法院判决更多的信服。由此，我们迫切地呼唤一种具有理论说服力的、受到大多数学者承认的“通说”的诞生，它能够给该案提供一种“正确的解答”。而是否相信存在一个正确的解答，这是个道德问题，在这一点上，笔者完全赞同德沃金的主张。^{〔1〕}

该案是个典型的疑难案件，而非常规案件。^{〔2〕}法理学界对于常规案件与疑难案件之间区分

* 浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, the Belknap Press of Harvard University Press, 1986, Preface ix.

〔2〕 陈兴良教授认为：“许霆案本来只是一起普通的刑事案件，但其被媒体披露后，在社会上引发广泛的关注”（陈兴良：《利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究》，《中外法学》2009 年第 1 期），其似乎认为，正是因为媒体的披露使得“普通的”许霆案变得“不普通”起来。如果陈教授的“普通”指的是“常规”的话，那么他的论点便不能被接受。媒体报道不可能使一个“常规案件”变成一个“疑难案件”，而是这个案件自身存在的某些因素使它显得“疑难”。

标准的热烈讨论实际上只具有理论意义，因为“疑难”是实践性的。我们需要的不是明了何谓疑难案件，而是如何解决一个具体的疑难案件，在这一点上，上述讨论无法给我们提供任何帮助。法教义学强调“现实问题的有解性”，不论一个案件是多么的疑难或新颖，只要它是“法律的”，法律教义学就必须给出一个“适当的”解答。^{〔3〕}

本文试图提供一个“正确答案”，当然其正确性是在同其他“不同答案”的相互竞争中才可能得以确立的。全文的分析立足于规范宪法学，论证脉络如下：文章首先梳理学界对该案的各种观点，得出该案明显属于刑事案件、许霆行为构成盗窃罪的结论；继而分析许霆案在刑法学中的可能解决路径以及所面临的价值抉择的困境；最后通过分析刑法第 264 条中特别加罚条款的立法目的以及作为达到该目的的手段的重罚对于实现立法目的而言是否适当，得出“该条款违反了宪法，应属无效”的结论。

一、许霆的行为构成盗窃金融机构

对于许霆案的事实部分分歧较小：由于自动取款机（ATM 机）发生故障，被告人恶意取款 17.5 万元。借用德沃金的分析框架，可以说，法学界在许霆案上的争议属于“关于法的理论性争议”，而非“关于法的经验性争议”。^{〔4〕}虽然盗窃罪的法律规定并不模糊，我国刑法第 264 条规定：“盗窃公私财物，有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的……”。结合《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》（1998 年）^{〔5〕}和《广东省高级人民法院关于确定盗窃案件数额标准问题的通知》（粤高法发〔1998〕11 号），^{〔6〕}许霆案第一审人民法院判决许霆的行为构成盗窃罪，且符合盗窃金融机构、数额特别巨大的构成要件，进而应当处以无期徒刑或者死刑。考虑到本案的具体情况，处死刑显然过重，法院最终判定“被告人许霆犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。”^{〔7〕}

一审判决在社会上招致了激烈的批评，公众在直觉上感受到无期徒刑对被告人而言太过严苛。法学界的批评并不比社会公众要少，表现为歧异迭出的理论争论，争论焦点集中在以下几个问题：^{〔8〕}第一，许霆的行为应适用刑法，还是应适用民法？第二，缺乏秘密性是否仍然能构成盗窃罪？第三，ATM 机是否属于金融机构？下面笔者对这些观点进行简单的梳理分析。

1. 民法还是刑法？

许霆案的一审法院似乎从未意识到本案也可能是一个民事案件，大多数学者赞同该案是一桩刑事案件，主要力量为刑法学者。^{〔9〕}但事实上，法学界主张对此案适用民法者不乏其人。如清

〔3〕 参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 142 页。

〔4〕 关于两种争议的详细区别，参见前引〔1〕，Ronald Dworkin 书，第 4 页。

〔5〕 该规定将盗窃数额特别巨大设定为“以 3 万元至 10 万元为起点”。

〔6〕 其中规定：包括广州、深圳、珠海、汕头、佛山、东莞、中山等七个市在内的一类地区，盗窃数额特别巨大的起点掌握在 10 万元以上。

〔7〕 许霆案一审《刑事判决书》（2007）穗中法刑二初字第 196 号。

〔8〕 争议的问题还有很多，观点异彩纷呈。比如高艳东先生主张许霆的行为构成侵占罪（见高艳东：《从盗窃到侵占：许霆案的法理与规范分析》，《中外法学》2008 年第 3 期），刘明祥教授主张构成信用卡诈骗罪（见刘明祥：《在 ATM 机上恶意取款行为不应定盗窃罪》，《检察日报》2008 年 1 月 8 日第 3 版），等等。因本文主要关心刑法学界的通说——盗窃罪——的构成，所以在此不详论其他观点。

〔9〕 参见陈兴良：《许霆案的法理分析》，《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版；张明楷：《许霆案的定罪与量刑》，《人民法院报》2008 年 4 月 1 日第 5 版。

华大学许章润教授认为,顾客与银行之间首先是一种民事法律关系。事发后,银行应该首先采用民事手段来实现民事救济,不应该直接动用公共权力。华南理工大学法学院副院长徐松林也持类似的主张:“盗窃罪应该是当事人施行的一种秘密行为。然而,在这个案件中,当事人是持有自己的工资卡,利用个人的真实身份在公开场合公开取得财物,不符合秘密取得的要件。所以,在这个观点上,我认为当事人行为是民法上的不当得利行为”。^[10]杨兴培教授也认为,许霆的行为完全符合不当得利的构成要件,应纳入民法的调整范围。^[11]正是基于同样的理解,许霆的辩护律师也主张:许霆的行为不构成盗窃罪,而是属于民法上的不当得利,因该不当得利行为所取得财产的返还问题,应通过民事诉讼程序解决。^[12]

对于许霆的行为为何不符合民法上不当得利的构成要件,陈兴良教授已经作出了详细的分析,^[13]本文不再赘述。需要补充说明的一点是,从纯粹的刑法学角度看,刑法作为国家行使刑罚权的法律依据,乃是其他各部门法的保障法。它与其他部门法并不绝对排斥,对于其他部门法所保护之法益的严重侵害往往最后要诉诸于刑法加以解决,这应当成为学界的共识。在本案中,许霆与银行之间开始是一种民事法律关系,即许霆第一次取款时多占有银行的金额部分(不一定是999元,要视其本人银行卡内余额决定),虽没有法律上的依据,但因主观上不存在非法占有的故意,所以绝非犯罪行为,仅构成民法上的不当得利。但是,对这一点的认定并不能完全排除将“许霆其后连续非法提取巨额现金、占为己有并携款潜逃挥霍”的行为认定为犯罪行为的可能性。

2. 公开还是秘密?^[14]

反对将此案定性为盗窃的理由中有一条至关重要,即许霆的行为并非秘密窃取,而是公开进行的。徐松林教授认为,在这个案件中,当事人是持有自己的工资卡,利用个人的真实身份在公开场合公开取得财物,不符合盗窃罪秘密取得的要件。贺卫方教授也认为,盗窃罪是采用一种非常隐蔽的手段,在别人并不知情的情况下非法占有他人财物,是有特定内涵的犯罪行为;但在本案中,当事人跟所有普通人一样,是大摇大摆进去取款。在银行全面掌握取款人资料的情形下,这是一种不可思议的“盗窃”。而主张适用刑法的民法教授张谷则这样分析:ATM取款机可以辨识出被告人许霆的身份,不等于被代理人银行知道此事,更何况ATM机是一个机器,和自然人不同;所以许霆在取款时,只是ATM取款机知道,是符合秘密盗窃的行为要件的。^[15]这些论点集中体现在辩护律师在一审(重审)辩护词中的主张:许霆使用自己的实名银行卡到有监控、结算中心系统的自动柜员机上取款,输入的是自己的密码,付款申请也是以自己的名义提出,又经过银行网络中心验证、同意后,主动交款,自始至终的取款行为都是公开的,不存在秘密环节。^[16]

对于盗窃罪中“秘密窃取”的理解历来是争议的焦点。但需要注意的一点是,认定盗窃罪中的“秘密”具有相对性和主观性,而非指客观上是“秘密”的,即行为人采用自以为没有被他人发觉的方式占有他人财物,即使客观上已然被他人发觉或者注视,也不影响盗窃罪的成立。比如,行为人到一间装有监控器的房间里盗窃财物,此时财物所有人的知晓并不妨碍前述行为的盗

[10] 参见杨晓红、周皓:《五法学专家羊城论许霆案,专家直指银行滥用公众权力》,《南方都市报》2007年12月24日。

[11] 参见杨兴培:《许霆案的行为性质认定和法理思考》,《法学》2008年第3期。

[12] 许霆案一审(重审)《刑事判决书》(2008)穗中法刑二重字第2号,“辩护人的辩护意见”部分。

[13] 参见前引[2],陈兴良文。

[14] 在这一点上,我国台湾学者董仲夫的论述较为全面。参见董仲夫:《刑法精义》,台湾元照出版有限公司2005年版,第592页。

[15] 参见前引[10],杨晓红等文。

[16] 参见李飞:《析许霆案重审判决之两大错误》,载谢望原、付立庆主编:《许霆案深层解读》,中国人民公安大学出版社2008年版。

窃性质。同样道理，在本案中，客观上银行的知晓与否不会影响许霆行为的性质。另外，即便许霆作案的当场有第三人存在，第三人的发觉也不会影响盗窃罪的构成。对于认定盗窃罪而言最为重要的是许霆本人在行为时主观上是否自以为是以“秘密”的方式占有银行的财物，而不看他是否公开地、大摇大摆地进入公开场合提款。

3. ATM机是否属于金融机构？

ATM机是否属于金融机构的问题之所以重要，是因为刑法第264条特别为“盗窃金融机构，数额特别巨大的”情况规定了“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的加重刑罚。认定这一点，对于许霆案的量刑影响甚大。

无疑，“金融机构”一词存在哈特所说的语义的空缺结构或者拉伦茨所言的语义的“波段宽度”。处于概念意义核心的是银行金库中的资金等，金融机构的办公用品、交通工具等财物则被司法解释排除出概念意义的涵盖范围。而ATM机这一在物理上位于金融机构核心营业场所之外的“对象”则位于“金融机构”概念意义的核心与边缘之间。

但是，可以确认的是，ATM机属于作为金融机构的银行的附属部分，其在法律上的性质与银行传统营业场所内的柜台并无不同，自然人或单位通过ATM机与银行进行交易，与通过柜台（营业人员）进行交易，其法律效力是相同的。所以，盗窃作为金融机构的银行之一部分的ATM机与盗窃银行柜台不存在本质差别，二者都是盗窃银行的行为。

综上所述，笔者认为，在现行刑法制度下，许霆的行为构成盗窃金融机构。^[17]故而，一审法院判处许霆无期徒刑，从维护法的安定性、尊重法的权威出发考虑，无可厚非。而任何其他相反的论点都没有能够做到“认真对待规范”，有“因人废法”之嫌。

二、刑法教义学的困境

虽然从法的论理角度讲，依刑法规定，许霆的行为构成盗窃金融机构并应被判处“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”，但这一结论在道德直觉上受到公众——甚至是许多法学专家——的抵制却是必然的。

普通的国民并没有义务（非指法律义务）从严格的法律角度思考问题。他们的思考更多地遵从着自己内心朴素的正义感，对任何问题，包括法律问题的分析评判也自然地以“己所不欲，勿施于人”之类的道德法则作为标准。简单地换位思考，如果有着和许霆一样的遭遇，一元变一千元，诱人的金钱从ATM机里汹涌而出，作为一个普通人，他们想到的恐怕不是“天上掉馅饼”，就是民间故事里那只能源源不断地复制财富的“聚宝盆”。相信没有多少人，尤其是普通人，能够经受得住如此强大的诱惑。刑法对这种行为的犯罪化处理也就是在每一个普通公民面前掘就一个深深的（可能判无期徒刑或死刑，还要并处没收财产）陷阱，法院对这种行为定罪无疑是在挑战每一个普通人承受极限考验的能力。我们无法期待许霆面对巨额财产面不改色。所以，公众一边倒地主张：即使许霆的行为是不对的，那也绝对无法接受无期徒刑的判决。

上面这一点在刑法学中凝聚为期待可能性的理论。^[18]该理论诞生于20世纪初的德国，其全称为“合法行为的期待可能性”，主要是指根据行为时的具体情况，能够期待行为人避免实施犯罪行为而实施合法行为；如果行为人不具有期待可能性，则即便其对犯罪事实具有认识，也具有

[17] 在美国，类似的案件也普遍被认定为盗窃罪。E. g., Wolfstein v. People, 1875, 6 Hun, N. Y., 121.

[18] 全面的梳理介绍，可参见张明楷：《期待可能性理论的梳理》，《法学研究》2009年第1期。

故意或过失的心理要素，也应当排除或者减轻责任。^{〔19〕}但是，我国现行刑法文本并没有明示吸收期待可能性理论，尽管该理论也可以用来解释诸如防卫过当、避险过当等问题。而且即便在国外，该理论也并不处于主流地位，面临着许多挑战。比如在日本，这一理论就没有被司法实务界完全接受。^{〔20〕}所以，在刑法教义学的立场上观察，运用期待可能性理论为许霆减轻罪责并没有实在法的根据。

为了弥合刑法规范与公众朴素正义感之间的巨大鸿沟，刑法学者们寻找着新的突破口。陈兴良教授认为，应该根据我国刑法中的特殊减刑制度，即适用刑法第63条第2款的规定，报请最高人民法院核准为许霆特殊减刑。^{〔21〕}许霆案最终也是通过这一途径加以处理的：许霆犯盗窃罪，判处有期徒刑5年，并处罚金2万元。但笔者认为，这只是回避而非真正地解决了问题。他并没有非常有力地说服我们，在法律上（而不是在道德上）为什么刑法第264条的加罚条款在本案中不应当得到适用？事实上，他也并没有这样做的意图。陈文仅仅指出了适用第63条第2款的可能性，却没有有力地在法教义学的理论脉络中说明为什么与案件事实具有更直接的涵摄关系的第264条的加罚条款应被排除适用。另外，陈文所提出的三条适用特殊减刑的理由也并没有解决如下的问题，即许霆案究竟特殊到何种程度，以至于应在刑法规范所设定的量刑幅度范围以外进行特别减刑。还要强调，这种程度必须是可一般化的，而不能仅仅是为许霆一人设定的；必须是可以客观描述的，而不能仅仅如普通公众般出于道德直觉，尽管我们绝非反对道德直觉。概括地说，问题在于：对于本案而言，为什么相较于第264条，第63条第2款更具有正当性？作为一种科学，刑法教义学有义务，也必须对这些问题作出有说服力的回答。就目前而言，笔者认为，面对给定的刑罚规范，我国刑法学界没有能力提供可令人接受的答案。

反观第63条第2款，其规范内涵颇值吟味，其中关键者在于：第一，当犯罪分子不具有刑法所规定的“减轻处罚情节”时，最高人民法院应当根据什么样的“特殊情况”核准在法定刑以下判处刑罚？法治国原理背景下的罪刑法定原则必然要求这些“特殊情况”是可以以一般化的方式界定并呈现的，而不得完全付诸最高人民法院的自由裁量。若果真完全由司法机关自由裁量，根据主观感受认定“情况是否特殊”，则不免引起其他犯罪分子要求平等对待、核准减刑的问题。若如此，第63条第2款完全可能成为一个将所有具体犯罪的量刑规定置于无物的“口袋条款”，所有试图获得“法外施恩”的被告人都会将目光凝聚在这一条款上并采取相应措施。内涵如此模糊而完全委之于最高人民法院裁量的条款，如果扩大其适用范围的话，损害的恐怕不仅仅是一条刑罚规范的尊严。甚至可以说，如下情况的发生几乎是必然的：今后绝大多数法定刑为无期徒刑和死刑的犯罪都将因处刑的严苛而不得不向第63条第2款寻求“救助”。

第二，第63条第2款所赋予的最高人民法院在犯罪本“不具有本法规定的减轻处罚情节”时，仍然可以“根据案件的特殊情况”，批准“在法定刑以下判处刑罚”的权力，其性质和界限如何？虽然几乎所有的刑事立法都是采用相对不确定刑的方式，但不确定到将罚则的设定权完全委之于最高人民法院的程度则是各国刑法制度所罕见的。即便我国并未确立三权分立制度，但各种权力之间的分工与界限还是应当存在的，立法机关通过刑法将具体案件的罚则设定权赋予司法机关自由裁量的做法首先违背罪刑法定原则，将被告人置于不能清晰预测自己行为法律后果的状态；进而涉嫌突破立法权与司法权分工的既定框架，有将立法权的权能赋予司法机关的倾向。

所有援用第63条第2款的做法，都在前提上违反罪刑关系的正向制约结构。事实上，北京

〔19〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第321页以下。

〔20〕 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第240页。

〔21〕 参见前引〔9〕，陈兴良文。

大学梁根林教授敏锐地把握到了这个问题，他问道：

“刑法教义学严守教义学的法则寻找与许霆的行为适格的构成要件，据此判定许霆行为的性质，恪守定罪决定量形的范式，能否在个案中把法条解释得符合正义并对个案具体地实现正义？刑从（已然的）罪生、刑须制（未然的）罪的罪刑正向制约关系是否就是罪刑关系的全部与排他的内涵，抑或在这种罪刑正向制约关系的基本内涵之外，于某些疑难案件中亦存在着逆向地立足于量形的妥当性考虑而在教义学允许的多种可能选择之间选择一个对应的妥当的法条与构成要件予以解释与适用，从而形成量刑反制定罪的逆向路径？这种量刑反制定罪的逆向司法裁判思维是否违反法律教义学，甚或违反罪刑法定原则、破坏法治国家原则而可能导致不可欲的法律后果？”〔22〕

对于梁教授的问题，笔者的看法是：对于量刑反制定罪的逆向路径应当保持非常的戒备！虽然有心理学证据证明人类的思维中存在着为结果寻找原因的倾向，但是在刑事司法领域，必须为量刑提供充分的、具有说服力的法律依据，也就是说，结果不能自我证成。否则，在刑法变成“玩偶”的同时，司法者行使的就不是司法权了，而是立法权。

总之，在未能有效检验第63条第2款的正当性，并清晰厘定其规范内涵之前，限制其适用范围甚为必要。这应成为未来刑法教义学的任务之一。

清华大学法学院的张明楷教授提供了另一种有益的思路。在非常有力地从刑法学角度论证许霆的行为不构成诈骗罪、金融诈骗罪或侵占罪，而是完全符合刑法关于盗窃罪的主客观构成要件之后，张明楷教授提供了两个可供选择的途径。〔23〕因为第一项建议与陈兴良教授观点相同本文不再赘述，所以集中关注第二项建议。张教授主张，可以通过“认定许霆的行为属于盗窃金融机构，但不认为其盗窃数额特别巨大”从而有效地避免加罚条款的适用。理由在于：“司法解释所规定的数额特别巨大的标准，是就一般盗窃而言。至于在盗窃金融机构的案件中，应当适用‘无期徒刑或者死刑’这一法定刑的‘数额特别巨大’标准是多少，司法解释并无明确规定。”进而，可以由法官凭借“胆量”自由裁量，认定本案“并没有达到应当判处无期徒刑或死刑的‘特别巨大’标准，只能适用‘十年以上有期徒刑或者无期徒刑’的法定刑”。〔24〕这一建议的软肋在于其对于一般盗窃的“数额特别巨大”与盗窃金融机构的“数额特别巨大”两者之间所作的区分。如果认真研究前述司法解释，〔25〕则没有任何迹象显示司法解释的制定者有这样的意图，即将该解释划定的“数额特别巨大”的标准仅仅限制在一般盗窃的范围内。虽然就法律解释的目标而言，笔者并不主张“立法者意志说”，但即便从“客观解释论”的立场看，也无法想象刑法第264条中出现的两处“数额特别巨大”竟然具有不同的内涵。我国台湾民法学家王泽鉴曾经说，法律使用同一概念时，原则上应当作同一的解释，以维护法律适用的安定性。〔26〕民法学尚且如此，何况刑法学？因此，张文是在已经确定了要为许霆减轻刑罚的目标之后提出第二项建议的，但此时，法律解释已经完全堕落为一种主观随意性极强的、仅仅为达到解释者预设之目的的工具。

笔者认为，陈、张二位教授的解决方案并不是特别成功。说得更直接些，许霆案二审是刑事司法面对公众意志的又一次退让，而刑法学则只是在为这种退让提供一些可以“遮羞”的“理由”。当然，这并非如某些论者所主张的，乃是我国刑法学无能的表现。事实上，在刑法的层面上，无论是这些主张者，还是善意的批评者，如笔者，面对此案，都无法表现得更“有能力”。

〔22〕 梁根林：《许霆案的规范与法理分析》，《中外法学》2009年第1期。

〔23〕 参见前引〔9〕，张明楷文。

〔24〕 同上文。

〔25〕 《广东省高级人民法院关于确定盗窃案件数额标准问题的通知》（粤高法发〔1998〕11号）。

〔26〕 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第221页。

本文只是要表明,刑法学在许霆案中遭遇的尴尬主要肇端于刑法对金融机构财产给予特殊保护的作法缺乏正当性,而刑法教义学研究的前提便是对现行刑法正当性的不加质疑的信仰,所以它对许霆案只能提供上述的解决方案,那是在现行刑法制度下唯一有可能摆脱困境的出路了。

三、规范主义的立场与民意

认识到刑法教义学在许霆案中捉襟见肘的不乏其人,北京大学朱苏力教授明确“质疑以个体法官思考为根据的法条主义在难办案件中的排他有效性”,尽管他错误地将质疑的对象扩展到所有的“法教义学和法律论证推理”。〔27〕要知道,刑法教义学的主要工作在于将某个具体刑罚法条置于宽广的刑法规范体系的背景中加以认识、解释和理解,其基本的前提是对现行刑法的坚定信奉而不加怀疑。但是,法教义学意义上的“法”乃是一国现行实在法体系,其不必然局限于某一特定部门法。如果我们将目光由刑法扩展至整体的现行实在法秩序,法教义学完全可以宣称自己对任何法律案件的“排他有效性”。

在规范主义的视野中,一个“良善”的实在法体系,应当具备自我改善、更新、校正、康复的能力,此标示其健康程度。此种改善、更新、校正与康复须依据一定之目标、原则与标准,而非随意运作。上述目标、原则与标准标示其实质规定性。在当代,此种实质规定性在规范层面上便落实于近代立宪主义宪法中的基本权利规范上,并以此为核心展开一国之法律制度。这也是近代法区别于传统法得以自存的关键。相应展开之法律制度的健康程度,则取决于基本法(宪法)中的基本权利规范在下位法中的实现程度以及其针对下位法之“背叛”的矫正机制与矫正能力。这一思想的制度化形式便是宪法审查制度。

宪法审查制度的理论来源之一是凯尔森的“规范位阶理论”。〔28〕该理论主张:一条法规范的有效性来源于另一个处于更高位阶的法规范的授权,同时,上位法由下位法得以具体化。在此理论背景下,以“宪法的最高法规范性的观念”以及“尊重与保障人权的原理”为根据,现代各国均着力构建自己独特的“宪法审查制度”,〔29〕我国亦然。

由此,在现行实在法体系的内部解决法的问题,而不是动辄寻求法体系外部实力的干预,这成为规范主义的核心立场。也就是说,“只有规范才能赋予一种法律渊源以有效性,任何社会事实如普遍地接受或者事实上运用都无法做到这一点”。〔30〕一个法院在一个诉讼案件中适用一部成文法,并将其中调整该案的一条普遍性的规范加以具体化,从而得出一项判决,在凯尔森那里,这项判决就构成一条“个别规范”。〔31〕该个别规范的效力状况仅由其上位规范加以决定,而绝不能根据现实实力获得证成。

对于社会舆论,我们应当采取何种态度呢?虽然在历史上,知识阶层中对于公众意见令人沮丧的缺陷评论甚多,最极端的恐怕是法国大革命时期的作家尚福尔,他曾说:“公众舆论是所有观点之中最糟糕的一种”。〔32〕客观地说,公众舆论对于直觉、感情和习俗的依赖更重于对理性分析的依赖。这的确构成亚里士多德、托克维尔、J·S·密尔等人对民主(政体)保持戒备的原

〔27〕 参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期。

〔28〕 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans., Max Knight, University of California Press, 1967, pp. 221-278. 中文材料可参考〔奥〕凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第11章。

〔29〕 参见〔日〕芦部信喜:《宪法》,林来梵等译,北京大学出版社2007年版,第330页。

〔30〕 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence*, revised edition, Harvard University Press, 1962, p. 101.

〔31〕 前引〔28〕, Hans Kelsen书,第236-245页。

〔32〕 转引自〔英〕阿兰·德波顿:《身份的焦虑》,陈广兴、南治国译,上海译文出版社2007年版,第115页。

因之一。但是，历史上同样不乏强调公众舆论对于法律之重要性的论点。比如，“若是没有公众舆论的支持，法律是丝毫没有力量的”，这是美国废奴运动领袖 W·菲力普斯（Wendell phillips）的观点。于是，针对公众舆论所产生的这两种倾向之间的对立与冲突也就不可避免了，表现在许霆案中，就是三方力量的对抗与竞争关系：以张明楷、陈兴良两位刑法学教授为代表的一方，以周安平、朱苏力等法理学者为代表的另一方，和以刘明祥、高艳东教授为代表的为了调和法律与民意的冲突而在刑法评价上作出适当妥协的第三方。

在当今民主化的时代，从法律学的专业立场绝对地排斥公众对于司法裁判的评论性参与，并对公众的意见充耳不闻的做法已难以获得正当性。而完全放弃专业立场、彻底屈从于公众舆论的做法不仅是对法的背叛，亦有成为主观随意性极大的多数意见“暴力”之奴隶的可能性。且在现时代，传媒力量的膨胀使得“谁控制了媒体，谁就控制了民意”的说法不再仅仅是调侃，而是一种活生生的现实。故而，法律人必须对由媒体反映甚至参与塑造的公众舆论保持一种深深的戒备，这绝非杞人忧天的无根据的忧虑。但是，法律人对自身所立足于其上的根据——法律——操持一种适当的反思，也是十分必要的，而公众舆论无疑能够为这种反思提供有益的“镜鉴”。借由此种“镜鉴”把握社会的重大变迁，通过法秩序内部的思考——解释与体系化作业而谋求整体法秩序的改善，此乃法教义学的基本任务之一。因此，无论如何，作为一名法学家，必须记住：法律问题不可以由民意决定，而应当由法律裁断。

四、宪法平等权规范的介入

在宪法学中，人“作为抽象的人或曰一般意义上的人，即作为独立、自由的人格主体，则应该在法律上是一律平等的”。^[33]从反面来看，宪法平等权规范主要包括两方面内容：反歧视与反特权。虽然为了纠正由于保障上述“形式上的平等”所肇致的事实上的不平等，现代宪法或多或少地吸收了“实质上的平等”原理以为补充，但必须注意，实质上的平等原理主要适用于对社会上弱者的社会经济权利的保障。^[34]我国宪法中有关平等权的规定（以第 33 条第 2 款为中心，包括第 4 条第 1 款、第 5 条第 4 款、第 33 条第 3 款、第 34 条、第 36 条第 2 款以及第 48 条在内）共同构成了一个完整的规范系统。^[35]宪法第 33 条第 2 款“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，应被理解为在政治的、经济的、文化的关系等全面的领域中，不得基于不合理的依据而有差别待遇。宪法第 34 条所列举的项目对选举上的平等权而言绝非限制性的，而是说明性的，其所反映的平等要求应被理解为禁止基于就选举的性质而言乃属不合理根据的差别对待。^[36]而宪法第 34 条对于平等的选举权和被选举权的详细的说明性列举使得在其他政治权利与自由的条文中再次详细列举因显冗赘而失去了必要，因此该说明性列举可被理解为适用于所有政治领域中的权利义务的平等问题，进而亦自然延展至经济的、文化的、社会的关系等诸种领域的平等问题。而“经济的关系”方面的平等，是指公民在国民经济生活中的平等，诸如在财产权、社会权和劳动关系方面的平等。^[37]故而，可以说，对于公民财产权的平等保护乃是宪法平等权规范的题中应有

[33] 林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社 2001 年版，第 106 页。

[34] 同上书，第 107 页。

[35] 同上书，第 109 页以下。

[36] Aizawa v. Japan (1973). See L. W. Beer and H. Itoh, *The Constitutional Case Law of Japan, 1970 through 1990*, University of Washington Press, 1996, p. 144.

[37] 参见 [日] 宫泽俊义：《日本国宪法精解》，董璠译，中国民主法制出版社 1990 年版，第 184 页。

之义，其自然禁止国家权力基于就所涉事项之性质而言乃属不合理依据的差别对待。

虽然在平等权的效力范围的问题上，即究竟应当采“法律适用平等说”还是“法律内容平等说”，国内学界似乎存在争议，^{〔38〕}但若从体系的角度看，则宪法第5条所宣示的法治原理自然地蕴含了立法者不得随意地设定法律内容，而是应当受到宪法规范的支撑与制约。那么，立法者便有义务制定符合宪法精神与宪法规范要求的法律规范，以保障宪法目的的达成以及宪法价值的实现。作为一项基本的宪法原则，平等权规范自然地要求对赋予特权或设定差别待遇的法律内容加以合宪性审查。所以，笔者认为，如果说作为公民一项基本权利的平等权意味着法律适用平等的话，那么作为宪法基本原则之一的平等权则必然要求法律内容的平等。

作为享有宪法权利的特殊主体，法人虽然并不享有所有的宪法权利，但是可以享有某些根据权利自身的法性质可以由法人享有的宪法权利。依平等权自身的非人身性与原则性，且联系宪法第15条第1款关于“社会主义市场经济”的规定，以及市场经济原理对市场主体平等性、独立性的要求，平等权自然应当跻身于应当由法人享有的宪法基本权利目录之中。由此，法人亦有权获得国家在法律上的平等对待，而不遭受歧视及不合理待遇。也就是说，国家应当平等地对待各个法人，赋予它们同等的法律地位；如果采取差别对待，则应当给出充分的理由以证明这种差别的正当性。在近代立宪主义宪法的层面上，这些都是平等权规范的应有之义。

现行刑法第264条对“盗窃金融机构，数额特别巨大的”犯罪行为设定了“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的量刑空间，这是根据法人所从事的业务领域（行业）而加重刑罚的条款，其对于盗窃金融机构数额特别巨大的行为规定了比普通盗窃行为更重的处罚，仅仅因为被害人所从事的业务领域（行业）是金融业。这无疑是对金融机构的财产给予了特别保护。在宪法学的视野中，要决定该条款是否违反宪法第33条第2款而为无效，则须先对如下两个问题作出判断：1. 刑法对于金融机构给予特别保护是否具有宪法上的合理依据？2. 如果给予特别保护是合理的，那么涉案刑法条款所给予的特别保护的程度是否也是合理的？

要考察刑法对于金融机构给予特别保护的合理性问题，则必须认真探究“立法者制定法律时的立法政策及其所欲实践之目的”，^{〔39〕}即对该条款的立法理由书、会议记录之类的立法材料加以分析研究。但遗憾的是，基于众所周知的原因，立法资料取得甚为不易。在可以找到的1997年3月6日王汉斌副委员长所作的《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》的报告中，并未解释为什么要给予金融机构特别的保护。不过，据中国人民银行广州分行法律事务处处长张劲先生的介绍，之所以这样做，主要原因在于：“一方面，……在上世纪90年代中叶，针对金融机构尤其是银行的盗抢犯罪活动非常猖獗，另一方面，这类犯罪一般涉案金额都比较高，而且社会影响特别恶劣，严重影响社会稳定”。^{〔40〕}苏力教授在其论文中也给出了一些类似的理由，可以归纳为如下三点：1. 金融机构涉及的不是某个人的财产，而是大量公民、法人以及国家的财产；2. 金融机构的或留存金融机构的“财产”数额巨大、集中，一旦失窃，损失巨大；3. 鉴于金融机构都有比较严格的保安措施，最有可能“成功”盗窃金融机构的往往是金融机构内部的或内外勾结的人，或是那些花费了特别时间、技能、工具和手段因此比较“职业”的盗窃者或盗窃团伙。^{〔41〕}甚至我们可以考虑到其他可能的理由，比如，金融机构主要是国有公司，对之特殊保护

〔38〕 对相关争议的理论脉络的梳理，参见前引〔33〕，林来梵书，第111页以下。

〔39〕 前引〔26〕，王泽鉴书，第227页。

〔40〕 张劲、洗宇航：《〈刑法〉第264条不是“恶法”》，载广州市法学会编：《法治论坛》第10辑，中国法制出版社2008年版，第233页。

〔41〕 参见前引〔27〕，苏力文。

符合宪法保护社会主义公共财产权的规范。无疑，以上诸种理由都是重要的。

然而，如果仔细审视上述各点，则在理论上不能排除如下质疑：

第一，刑法作为一国的基本法律之一，自然不同于刑事政策，其应当具有更强的稳定性和适应性，而不能仅仅针对某个特定历史时期某种犯罪的暂时性状况制定刑事法则。

第二，从拥有的资金量来说，某一个具体的金融机构的分支所拥有的财产并不一定比其他类型法人更多，如金银首饰店、高档商场，乃至许多跨国公司等等。况且，我国宪法第34条以例示的方式列明公民享有平等的选举权与被选举权，其中包括了“不分……财产状况……都有选举权和被选举权”。此种例示，不应被理解为单独地局限于本条选举权与被选举权的享有上，而是应当扩展地解释为适用于一切宪法平等权规定，尽管其中某些部分会受到宪法社会保障原理的制约与补正。因此，在法人作为主体时，仅以财产状况为标准对其中的一部分给予特别保护，是违背宪法平等权规范的。从更广泛的视野来看，因一个法人所从事的行业而有法律上的差别待遇，亦需要接受分外严格的审查。

第三，在实际的侵害程度方面，由于金融机构普遍实力雄厚，有能力采取严密的防范措施，对盗窃犯罪分子而言更不容易得手，且风险更高，相反，弱势的群体才需要更多呵护，诸如对入室盗窃、夜间盗窃等加重处罚成为许多国家刑法典的共同选择。因此，金融机构有能力组织比较严密的保安措施，恰恰可以成为不需要给他特别保护的理据。以加害人为中心考察，同样盗窃17万，当加害人盗窃金融机构时，他面临的是死刑或无期徒刑的判决；而假如他盗窃的是其他类型的法人或非法人组织，那就可能只被判处3年以上有期徒刑。然而就损失而言，17万对于后者可能远比前者严重，对后者的存在与发展也更为重要。

第四，就现在金融机构的属性而言，其资金构成已非单一的国有财产，而是由许多其他性质的资金参股，虽然不能否认在很多金融机构中国有资金居于控股地位，但即便如此，也可以问：相对于众多的国有企业，为何单单对于金融机构给予特别的保护？最为重要的是，作为独立的市场主体，某个特定金融机构的财产是独立于其股东或客户的。根据货币的独特属性（货币和货币所有权同在），一旦客户将货币交付金融机构，那么货币所有权随之移转。由此，“金融机构涉及的不是某个人的财产，而是大量公民、法人以及国家的财产”的主张难以令人信服。

从体系的角度考虑，刑法第264条对抢劫金融机构行为的加罚规定也面临同样的诘问。

给予金融机构特别保护最为有力的理由可能在于：在现代社会中，金融机构对国民生活具有极端重要性，在国民经济中扮演着不可替代的角色，其涉及面非常广泛，客户数量巨大；金融机构的动荡会引发连锁反应，最终影响国民经济的稳定。^{〔42〕}目前影响全球的经济危机由金融危机肇端，可作例证。但是，一次盗窃行为引发经济危机的可能性绝对为零，要知道，一次盗窃行为只能针对某一金融机构的某一特定分支机构进行。可以作为辅助证据的是，全世界大多数法治成熟国家的刑法中，都没有对金融机构给予特别保护的规定。

虽然市场经济中各市场主体在法律上地位平等，但是不同行业领域的法人对社会生活而言其重要性却有差别。在现代社会，相较于其他行业的法人组织，金融机构对于国民经济与社会的稳定繁荣而言更为重要。且金融机构的资金安全状况直接影响作为其客户的国民的正常生活，比如金融机构的破产要比其他法人组织破产对国民、社会的影响巨大得多。金融机构尤其是整个银行体系的安全乃是整个社会经济安定繁荣的基石。由此，刑法第264条加罚条款的立法目的似乎在于：在总体上，盗窃金融机构且数额特别巨大的行为的确应当受到更为严厉的社会责难，亦应通

〔42〕 这一点是陈运生博士提醒笔者注意的，在此表示感谢。

过比普通盗窃更为严厉的刑罚加以严格禁止。考虑到这点，在刑法上给予金融机构“适当的”特别关照应当被允许。

由此，不能立即断定，盗窃金融机构数额特别巨大的行为要求比普通盗窃更为严厉的社会责难，且将此反映到刑法第264条的加重刑罚之中的做法是不合理的。换言之，我们不能马上得出结论说：刑法264条将此种盗窃作为一种单独的类型并设定更重的刑罚的做法没有合理依据或与宪法第33条第2款相抵触。但是，这一条款的合理性仍然可能因其所加重的刑罚的严苛程度而被否认。也就是说，如果我们无法为一种高度歧视性的加重找到合理依据，那么其作为达致前述立法目的的手段而言乃是过度的，其所构建的差别对待便因程度过当而难以接受。

五、基于比例原则的考察

原则的性质暗含着比例原则，即比例原则能够符合逻辑地从原则的性质中推出。^[43]进而，作为一项原则的宪法平等权规范自然地要求比例原则。

在宪法理论上，广义的比例原则包括三项子原则：适合性原则、必要性原则以及狭义上的比例原则。适合性原则要求公权力所选择的手段与所要达到的目的有关，且前者有助于该目的的推进或达成；必要性原则要求：对于目的的达成来说，无法通过采取其他给个人造成更少侵害或负担的手段同样好地实现；而狭义的比例原则主要是要求在关涉个案的两个或多个相互冲突的原则之间进行衡量。^[44]在当代宪政实践中，上述第二项原则，即必要性原则，更为突出地受到各国普遍重视。在德国，它又被称为禁止过度原则，要求立法者衡量立法手段和立法目的之间的关系，在法律所肯认的侵犯手段能够达到立法目的的前提下，还应选择更为轻缓的措施。^[45]这体现了法治国家原理的一个核心内容，即禁止国家权力过度侵害和限制公民的权利和自由。

在比例原则的指引下，让我们再次把目光回转到本案。比较刑法264条针对盗窃金融机构所规定的刑种（无期徒刑或死刑，并处没收财产）与同条针对普通盗窃罪所设定的刑种（覆盖了从管制、拘役、有期徒刑到无期徒刑的广阔范围）之时，可以明显地看到，对于法官而言，量刑空间被单单地限制在了极重的刑罚之上。但是，即便是盗窃金融机构数额特别巨大的行为，其犯罪之具体情节也会各有不同，在盗窃的动机、目的、外部条件、方式、手段、数额、危害程度等方面均有差异。而刑法第264条加罚条款所设定的刑罚难以对现实中盗窃金融机构的各种多样的具体实践形态作出适当评价，如此狭窄且严苛的刑罚空间使得法官无法有效地根据案件的具体主客观情节作出适当的判断，而对多样的犯罪形态简单地处以死刑或无期徒刑，则难以体现罪责刑相适应的原则，且明显地失之简单粗暴。为实现立法目的而对个人的生命权与自由权设置了严苛的限制，该限制与该类犯罪对社会造成的法益侵害相比，在总体上并不平衡。

即便基于前述立法目的对于盗窃金融机构且数额巨大的犯罪人应该重罚，在此类案件中适用普通盗窃罪的量刑条款对达到目的而言也不是不可能的。虽然没有具体实证的司法裁判数据可资参考，以准确统计在审判实践中适用刑法第264条加罚条款的数量以及具体量刑情况，但有理由相信，作为一种针对财产所进行的犯罪，在社会财富极大丰富的今日，除非伴随着其他犯罪，仅仅因为盗窃数额超过十万元而被判处死刑者应该是极为罕见的。而绝大多数情况可能是，

[43] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Law*, trans., Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 66.

[44] 同上书，第66页以下。

[45] Vgl. Klaus Stern, *Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1977, S. 672.

盗窃金融机构且数额达到特别巨大标准的犯罪人，无论其犯罪时主客观情况如何、是否具有值得宽宥的情节等等，其所面临的刑罚一般而言都是无期徒刑，因为特别减刑也属特例。换言之，实践中以单一的对无期徒刑回应情形多样的盗窃金融机构犯罪，无法满足刑法对各种犯罪行为适当评价的需要。另一方面，在金融机构自身陷于某种错误（ATM自动取款机出现故障）而导致对被告人产生特别巨大的盗窃诱惑的案件中，被告人的行为亦并非如刑法第264条设定的重刑所意图针对的犯罪行为那般值得严厉非难。因此，从比例原则的必要性角度看，前述立法目的完全可以另一手段，即通过普通盗窃罪的条款加以促进或达成，其效果与争议加罚条款相比较具有同等价值。

另外，从刑法规范体系层面加以考察，亦具有如下两点可值重视：

第一，刑法第263条明确规定，抢劫银行或者其他金融机构，或多次抢劫或者抢劫数额巨大，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。根据该条，假如某犯罪分子同时符合抢劫金融机构且数额巨大，亦不得由此得出其法定刑为“无期徒刑或者死刑”，而仍然是“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。进而，因为该条并未特别规定抢劫数额特别巨大的情形，那么也就意味着，即使犯罪分子抢劫金融机构且数额特别巨大，其仍然可能被判处十年以上有期徒刑，而非必定为死刑或无期徒刑。而考虑到抢劫罪的暴力性，比较盗窃罪的平和性、秘密性，二者对秩序、法益的危害程度自然不可同日而语，刑法理应对前者规定更为严苛的罚则。但反观我国刑法，却见其完全相反，盗窃金融机构数额特别巨大的，处“无期徒刑或者死刑”，没有任何回旋的余地；但抢劫金融机构数额特别巨大的，在逻辑上却可能处“十年以上有期徒刑”。同时，刑法中涉及到的对金融机构的犯罪中，其情节与犯罪的危害程度较盗窃为高者甚多，但未见其刑罚规定中高过盗窃金融机构者。其典型者如，刑法第193条对于“以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，……数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”的犯罪行为，规定了“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产”的法定刑空间，其中也设定了“十年以上有期徒刑”的可能性。

第二，刑法第264条并未专门为“盗窃金融机构，数额巨大”的行为——相较于普通盗窃行为——设定特别的加重刑罚。亦即，对于此类盗窃行为乃是作为普通盗窃行为而加以谴责的。故而，凡主张“盗窃金融机构，数额特别巨大”的行为应被加重刑罚乃是基于前述立法目的的观点，都因此而受到削弱。刑法并不仅仅因为盗窃的对象是金融机构而加重处罚，而毋宁是“盗窃金融机构的同时且数额特别巨大”才作此规定。也就是说“数额特别巨大”成为了将刑罚设定为“死刑或无期徒刑”的决定性因素之一，而此因素作为判处极重刑罚的依据则明显欠缺说服力。再进一步，刑法第264条为“盗窃公私财物……数额巨大”的行为，规定了“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”的罚则。也就是说，对于“盗窃金融机构，数额巨大”的行为，在理论上最低刑竟然可以处三年有期徒刑。换言之，在许霆案中，如果许霆的盗窃数额不到十万元，比如九万九千元，基于案件具体情况，判处三年有期徒刑是完全有可能的。而一旦盗窃数额在十万元以上，不论实际上有什么可予宽宥的具体情节，最低刑也只能是无期徒刑。三年有期徒刑与无期徒刑之间的巨大差距和强烈对比，却是由盗窃数额是否达到十万元决定的，而是否达到十万元却甚至可能最终取决于一元钱。这就使得我们有理由怀疑刑法第264条加罚条款的合理性。

笔者认为，从刑法规范体系的角度看，现行刑法对盗窃金融机构且数额特别巨大的犯罪行为所规定的法定刑也是畸重的，超过了合理的限度。

综上，为盗窃金融机构数额特别巨大的行为所设定的刑罚，在只限于死刑和无期徒刑这一点上，从前述立法目的的角度上已经难以充分说明，即已经超过了必要的限度，因此不能再被认为

是基于合理依据的差别对待。应当判定,承认比普通盗窃犯罪——甚至抢劫金融机构——高得多的法定刑的做法存在明显不合理的差别对待,违反宪法第33条第2款而应为无效。

六、余 论

作为一门规范科学,法教义学将现行实在法作为其坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作。其主要任务即在于“通过特别的法律(学)方法”探求人类行为之法标准的“规范意义”。^[46]这使它有别于法社会学、法政治学、法史学等其他以法现象为研究对象的学科。法教义学的思考首先断定现行法秩序大体看来是合理的,^[47]并且对这一断定的真性具有确信。对于既存法秩序中的法规范、规范意义或者法院判决,法教义学能否采取批判性的立场呢?答案是肯定的,但是其批判的标准并非源自于现行法秩序之外的超越性的道德标准、社会实力,而是藉由对法体系内部之规范、规范意义及其脉络关联的总结、抽象而获致的具普遍有效性的评价准则得以完成。概言之,法教义学反对颠覆性的批判,崇尚安定而拒绝破坏,“即使在它批判地思辩时,例如批判地检验一条法律规范,它也总是在体系的范围内论证”。^[48]“体系范围内的论证”也说明,现行有效的法体系本身永远不会成为法教义学研究批评的对象。

但是这一点在许霆案中却成为刑法教义学永远也难以绕开的“噩梦”。对于现行刑法规范之真性的确信,致使刑法学者面对着公众意见的冲击和内心良知的煎熬而无奈和孤独地“捍卫”着法律的堤坝。这种无奈与孤独感可以从张明楷教授在其论文最后引用美国学者波斯纳和日本法官三宅正太郎的话支持自己的立场中可以感受并解读出来,^[49]或许惟有异国的那些智者可以理解刑法学者们的选择。在此,要着重指出的是,笔者并不认为法教义学的“体系范围内的思考”中所指的“体系”仅仅局限于“刑法规范体系”,那个体系应当是指“整个现行实在法体系”。而许多法律问题必须脱出部门法教义学的范围,在整体的法教义学空间中才可能获得理解和解答,在这个过程中,宪法教义学将扮演重要的角色。

在许霆案的进展过程中,存在一个令人深思的现象,那就是在纷纭的众说中惟独缺少宪法学人的声音,仿佛该案于宪法学而言乃是“不关己”者。这种“不在场”状态耐人寻味。这样讲并不意味着在任何疑难案件中宪法学应当始终“在场”,而仅仅是想表明,在这一存在重大价值冲突的案件里,宪法学人的普遍沉默是很成问题的。宪法学应当发言,本文所做的也正是要证明这一点,并由此展示宪法学视角下的分析可能是十分有益的。规范宪法学既然主张自身的法教义学性质,那么便有义务回答任何关于我国宪法的现实问题,而许霆案正是这样一个问题。

当然,本文会面临很多批评,其中之一就是笔者所提供之解答的现实可行性问题。虽然我国没有建立如美国、德国或法国等西方国家的违宪审查制度,但毫无疑问,我国具有自己独特的宪法审查制度。笔者认为,只要这个制度是现行有效的,它就应当得到适用。只有开始适用,才可能在适用中对其机制加以完善。重要的是开始!如果它不被适用,那么,不论是刑法还是行政法,抑或诉讼法,甚至民法、经济法,都会涌现大量的“疑难案件”,任何解决方案都只能是个

[46] Vgl. Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, K. F. Koehler Verlag Stuttgart, 1963, S. 209; [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第二章。

[47] 同上书,第77页。

[48] Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 1997, S. 12; 前引[46],拉伦茨书,第76页;陈妙芬:《Rechtsdogmatik——法律释义学,还是法律信条论?》,《月旦法学杂志》2000年第58期。

[49] 参见张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期。

案的、暂时的。实践将提出新的诘问，部门法教义学者将继续无奈地面对新的尴尬，刑法教义学也会持续不断地受到“许霆案式的噩梦”的困扰。这真的是刑法教义学甚或我们这代人的宿命吗？

Abstract: The discussion of Xu Ting Case has once focused on the question of whether Xu Ting's behavior constitutes theft or not. In the view of criminal legal dogmatic, it is a typical theft of financial institutions, for his behavior is secret and ATM is of course one part of financial institutions. So the first instance condemned Xu Ting to life imprisonment. But to the public opinions, such punishment is too heavy to be accepted, and the second instance of Xu Ting Case is a concession of criminal jurisdiction affronting public opinions.

From the standpoint of criminal legal dogmatic, there is no positive law basis to use the theory of probability of anticipation to mitigate Xu Ting's criminal liability. Other scholars argue that the special commutation system in Chinese Criminal Law can be applied, or argue to differentiate the sentencing situations of "extremely huge amount" in general theft and theft of financial institutions, but such proposals are not very successful. The premise of criminal legal dogmatic is the trust in the justification of criminal law in force, so such proposals are the only solutions it can provide. This article thinks that, the dilemma of criminal legal dogmatic can be resolved only by the intervention of the constitutional legal dogmatic, which means that we should check the constitutionality of the aggravation article of theft in Criminal Code, i. e. § 264.

In modern times, as to the stabilization and prosperity of national economy and society, financial institutions play a more and more important role than other professions. The security of the property of financial institutions, especially of the banks, is the footstone of the stabilization of the national economy. So it can be permitted to give financial institutions special and suitable consideration in criminal law. But from the view of the principle of proportionality and the systematic interpretation, we must conclude that the aggravation article of theft in the Criminal Code, i. e. § 264, which provides only death or life imprisonment as the penalties, goes too far beyond the legislative purpose, and thus is invalid for violating § 33, para. 2 of the Constitution.

Key Words: Xu Ting Case, theft, aggravation article of theft, equality in Constitution, the principle of proportionality
