



外国法学名著

Lehrbuch des Strafrechts

德国刑法教科书 上

[德] 汉斯·海因里希·耶赛克 / 著
[德] 托马斯·魏根特
徐久生 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





外国法学名著

**Lehrbuch
des
Strafrechts**

德国刑法教科书

[德] 汉斯·海因里希·耶赛克 / 著
[德] 托马斯·魏根特 / 著
徐久生 / 译



Die Eule der Minerva beginnt erst mit
der einbrechenden Dämmerung ihren Flug

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



再版说明

由本人翻译并由中国法制出版社于 2001 年出版发行的耶赛克教授及其学生魏根特教授的合著《德国刑法教科书》(总论部分),早在数年前就已经售罄,其间曾经有疑似盗版混迹于书市,更有甚者,大学校园内有人以原价销售本教科书的影印版本,可见本教科书还是颇受刑法学界欢迎的。

由于这本汉译法学名著在刑法学界颇受欢迎,且已经超过了十年的版权保护期,故有多家出版社联系本人,声称愿意再版。考虑到原出版单位中国法制出版社可能享有优先出版权,本人均未立即应允。正在我犹豫、为难之际,中国法制出版社的袁笋冰先生找到本人,表达了该出版社想再版那些受学界欢迎、销路好的汉译名著,其中包括本人翻译的《德国刑法教科书》,希望得到本人同意和支持。现呈现在读者面前的《德国刑法教科书》(修订版),便是我认同和支持中国法制出版社的最好证明。

名家名著的汉译本受到学界肯定,这是译者所愿意看到的结果。但是,诚如部分读者所言,这本名著的翻译总体上不错,但依然是有遗憾的。在使用过程中,本人也发现 2001 年的汉译本存在一些错译、漏译以及表达上的瑕疵。借此再版之良机,本人尽量给予修订完善,对某些难以理解的词汇,也以译者注的形式加以解释,以便于读者理解。对于那些指出《德国刑法教科书》汉译本中存在的错误的读者和同仁,本人表示衷心的感谢。

在本教科书的修订过程中，我的硕士研究生程晓溪、石楚楚、赵颖佳、曾宁、刘智璇等均有程度不同的贡献；中国法制出版社的罗莎编辑也给本人提供很大帮助，本人在此一并表示衷心的感谢。

徐久生

2016年3月30日于逸成东苑

中文版前言

我们将我们的《德国刑法教科书》（总论部分）被翻译成汉语，理解为中国对外国文化开放的表示——中国在许多领域的对外开放始于20世纪80年代初期。法制作为国家民主状况的最重要的结构要素，属于现代世界重要文化遗产，其在国外的发展状况和将来的发展方向，可通过法律比较而推知。所以，正是基于这样的原因，今天，中国翻译了对中国而言重要法领域的外国教科书，并作为与外国进行学术交流的最重要的辅助手段。我们感到十分高兴的是，中华人民共和国司法部预防犯罪研究所的徐久生教授先生选择了我们的《德国刑法教科书》（总论部分）来翻译。

中德之间在刑法上的学术联系可追溯到上一世纪。鉴于两国在历史和文化方面的巨大差异，是否可这样来解释，刑法总是处于中国法律制度的中心，自1871年的法典编纂以来，在远东，德国刑法过去和现在均受到尊重。比如，在中国1911年刑法典和1935年刑法典中，均可以感觉到德国刑法的影响。早在1920年，中国的学者就在德国考察、了解德国的刑法及其改革情况。因此，如果为继续发展其1979年刑法典并继续其1997年的重大改革，中华人民共和国今天再次与德国刑法和德国刑法学建立联系，是一条广阔的可信赖的途径。

在第二次世界大战后，恰恰是弗莱堡成为研究中华人民共和国刑法和与其刑法学界进行接触的中心。出版我们的教科书的弗莱堡外国刑法和国

际刑法研究所，较早地设立了独立的远东刑法处，通过中华人民共和国司法部的介绍，接受了中国的学者和博士生作为访问学者。已经举办的4届中德刑法——犯罪学研讨会，足以表明中华人民共和国司法部预防犯罪研究所、中国政法大学和马普外国和国际刑法研究所之间的富有成效的合作。1998年9月在北京举办的第三届研讨会的论文集，即将由马普刑法所出版社出版。它是该出版社出版的1997年9月在弗莱堡举办的第二届研讨会的论文集的延续。中华人民共和国司法部预防犯罪研究所和中国政法大学的专家学者均参加了这两届研讨会。将我们的教科书翻译成中文，正如我们所期望的那样，将会有助于继续这种业已存在的同样符合德国利益的非常重要的合作。

弗莱堡阿尔贝特-路德维希大学（简称弗莱堡大学）也参与到这种合作中来了。在由巴符州科学、研究和艺术部计划的东亚中心，弗莱堡大学应当重点承担环境法、经济法和刑法的研究，因此在卓有成就的法国研究中心的旁边将建立一个类似的研究机构。

我们的教科书在阐述刑法的一般基础的序论后分为三编：第一编探讨刑法，尤其是产生于得到国际承认的法制国家理解刑法原理的重要条件；第二编涉及犯罪和刑法学的在一般语言使用上习惯上称为刑法理论或刑法解释学部分；第三编阐述制裁制度、最广义的量刑和被判刑人的再社会化。为了理解德国刑法，作为外国人必须知道，所有具体规定均必须放到历史上不断发展的法律制度中去理解。必须从这一制度的基本思想出发，来解释所有具体规定。这样的基本思想之一便是罪责原则，该原则排除对违反刑法的行为及其后果的纯客观归责。第二个原则便是法制国家原则，该原则保证法安全性，并因此保护个人的自由和维护基本权利。从考虑自由和基本权利中，就产生了刑法对保护公共秩序和保护重要法益所绝对必要的

法规范的限制，以及尽可能少地适用刑法的界限问题。该制度的第三个基本思想是人道主义原则，该原则主要反映制裁制度和表明刑罚执行的不可放弃的准线。

我们的教科书不仅致力于阐述德国刑法，而且将德国刑法理解为国际文化联系的一部分。因此，我们在许多地方将外国对刑法问题的规定，包括在判例和文献中的解释纳入本教科书。教科书的这些部分，应当使读者注意刑法在国际上的总体情况，应当使读者在超越德国刑法以外，了解外国法中对重要的刑法问题的处理。此外，对欧洲刑法的简要说明涉及欧盟刑法的产生。

但愿我们的中文版本的教科书对中华人民共和国的刑法研究和学说起到促进作用，且如果可能，再进入中华人民共和国的司法和大学课堂。

我们非常感谢中华人民共和国司法部预防犯罪研究所的翻译创意，感谢翻译者徐久生教授先生的辛劳和中国法制出版社对本教科书的厚爱。

汉斯·海因里希·耶赛克

托马斯·魏根特

弗莱堡和科隆，2000年8月

第五版前言

德国刑法在立法、判例和文献中的迅速发展，使得本教科书第4版在出版7年后，又有必要进行全面的修订。本教科书第5版增加了一名共同作者托马斯·魏根特（Thomas Weigend）先生，他将承担本教科书将来的修订工作。

我们合作的目的在于，给国内外学术界和学生提供一个关于在犯罪的法律后果影响下，德国刑法总论的现状和历史发展的可信赖的概貌。此外，我们还致力于，正如我在以前的版本中所做的那样，将德国刑法与国际文化共同体的刑法全面地联系在一起。因此，本教科书的法比较方向被保留下来，在许多地方甚至还有加强。在进行法比较的国家里，我们新增加了比利时，因为它与德国比邻且与德国有着密切的联系，特别是由于即将进行的刑法改革，对于法比较而言尤其具有意义。原东德的刑法只是在某些地方提及，因为，由于统一条约和统一后的德国刑法立法的继续发展，原东德刑法的意义几乎完全失去了。

在本教科书的序论、第一编和第二编中，引用的立法、判例和文献至1995年初，第三编则引用至1995年中。1995年中以后的立法、判例和文献，仅在个别情况下被引用。虽然不可能谋求引用异常大量的文献和判例的全部，但我们仍然希望，我们的选择能够有代表性地反映此等异常大量的文献和判例的概况。

我们的工作得到许多人的帮助。对于他们的帮助，我们谨表示真诚的

感谢。

在弗莱堡，马普外国刑法和国际刑法研究所图书馆馆长 J. 屈净厄（Josef Kuerzinger）教授再次在增加数据和收集国外资料方面提供了帮助；在我们拟稿期间，法学应届毕业生 S. 恩格斯（Stefan Engels）批判性地阅读了本教科书手稿的序论部分和第一编、第二编；图书管理员 R. 比勒（Ruth Biele）女士、K. 聂希（Kirsten Mnich）女士、U. 米勒（Ursula Mueller）女士和 S. 施莱伯（Susanne Schreiber）女士，不断地为我们准备必要的文献。在校法学大学生 E. 维恩霍夫（Elisabeth Wynhoff）女士修订了文献索引。

在科隆，助教和助手 P. 布里安（Paul Burian）博士、N. 埃德林（Nicole Edeling）、J. 赫伯斯特（Jochen Herbst）、F. 耶斯贝格尔（Florian Jessberger）、K. P. 尤里乌斯（Karl Peer Julius）博士、S. 昆策（Sigrid Kunze）、A. 马克斯（Anja Marx）、Y. 图尔汗（Yasemin Turhan）和 A. 福尔默（Anja Vollmer）为第三编的重新修订作了有效的准备。法学应届毕业生 G. 霍尔（Gerd Hoor）修订了事项索引部分。由于 M. 苏瓦德（Michaela Sowade）女士制定了法规索引，输入了手稿的一部分，因此她作出了很大的贡献。

尤其需要感谢 I. 容克（Irmela Jung）女士。她以被证明是正确的方法使手稿进行排版，并承担了全部手稿的编辑工作。

我们还要感谢 Duncker & Humblot 出版社社长 N. 西蒙（Norbert Simon）教授先生及其同事，尤其是编辑部主任 D. H. 库塔（Dieter H. Kuchta）先生，对本著作的出版发行所作出的突出的努力。

汉斯·海因里希·耶赛克

托马斯·魏根特

1995年9月于弗莱堡和科隆

第一版前言

经过大量的准备之后，本人毅然决定出版刑法教科书（总论部分）。撰写这部著作的基本思想源自1954年至1959年间，在此期间，本人作为联邦大刑法委员会成员，亲身经历了1962年草案的产生。我当时打算写一本应当在现行刑法和新刑法典草案之间架设一座桥梁的教科书。其间，1962年草案经过联邦议院刑法改革特别委员会的审议作了很大的调整（1962年草案/AF），但是，“改革的改革”转向了本人基本上赞同的方向。

刑法改革特别委员会于1968年12月对新总则部分进行二读的结果和第9部刑法修改法草案的内容被增加进来，通过该法最为迫切的刑法改革要求从一开始就应当得到满足。第9部刑法改革法草案在期间被称为“刑法改革的第一部法律”。该法应当于1970年4月1日生效。对短期自由刑的新规定和对6个月以下自由刑必须缓刑交付考验的新规定，甚至被提前到1969年9月1日施行。本教科书以1962年草案为标题探讨的总则部分的整体改革，被称为“刑法改革的第二部法律”。第二部改革法应当于1973年10月1日生效。分则部分通过附律来不断地加以改革。

本教科书遵循了总论部分解释论的传统的理论的论述方法。但是，它尝试用大量的实践中的案例来阐明纯法学的叙述，这些案例几乎全部取自判例，而且这种选择使读者能够借助于英美法教育制度中尝试的“案例教学法”，来掌握现行法律。本教科书通过大量的教义学史的导论和概述，使得刑法的历史部分一目了然，相反，没有对德国刑法史本身作出概

述，因为对过去的介绍，如果说用很小的篇幅来介绍的话，必须将数个世纪的画面作过度的简化；也没有探讨青少年刑法，因为它已经成为一个独立的法部门。最后，本教科书还致力于将刑法理解为国际文化联系的一部分。教科书在许多地方使用了外国的文献，并将有代表性的外国法与德国法中的有关规定加以比较，以便德国读者进行法比较，使得外国读者能够更好地了解德国法。对东德刑法的介绍（§9）应当使被分割的国家状态形象化，并应当有助于理解德国的另一部分的发展。

作者非常重视本教科书的刑事政策章节。凡刑事政策涉及现行法之处均作了简要的概述，对现阶段的过渡情势作了说明。只有当刑法典的新的总则部分生效，且通过第2部改革法之后，才可能对有了重大改变的刑事法处遇制度，在多大程度上被证明是正确的作出评价。

1968年12月之前的所有文献和判例均被顾及。本人在正文结尾处增加的刑事案例的解析索引多年来深受大学生的欢迎，因此，被收进本教科书。

事项索引由候补官员 K. 莱茨古斯（Klaus Letzgus）先生独立完成；法规索引由高级候补文官 B. 基斯林（Bernd Kiessling）先生独立完成；L. L. 克歇尔（Liese Lotte Koecher）小姐模范地誊清了手稿；G. 米勒（Guede Moeller）夫人在校订工作中给我提供了很大的帮助；G. 亨克尔（Gertrud Henkel）小姐和 D. 霍尔德勒（Dora Holdener）夫人经常为我准备文献。对于他们的帮助，我一并表示感谢。

我还要真诚地感谢前处长 J. 布吕尔曼（Dr Johannes Broermann）博士，他冒着刑法领域在现阶段的过渡时期存在的风险，将本书接受进他的出版社出版，同时，他还对文本的外在设计寻找到一个使读者很容易理解的方式。

汉斯·海因里希·耶赛克

弗莱堡，1969年3月

目 录

再版说明 /001

中文版前言 /003

第五版前言 /007

第一版前言 /009

序论 一般之基础.....001

§ 1 刑法的任务.....001

§ 2 刑法的基本概念.....013

§ 3 体系地位、划分和刑法的整体改革、
统一条约.....022

§ 4 刑事政策的基本原则.....032

§ 5 统计中反映的犯罪和刑法之适用.....040

§ 6 刑事科学.....058

第一编 刑法法规

第一章 刑法法规的组成.....072

§ 7 犯罪.....072

§ 8 刑罚.....089

§ 9 处分.....115

第二章 刑法的渊源.....125

§ 10 1871年前德国刑法史概况.....125

第二编 犯罪行为

§ 11	德国实体刑法的改革.....	135
§ 12	刑法典以外的联邦刑法渊源.....	150
§ 13	刑法渊源之顺序.....	158
§ 14	国际刑法.....	164
第三章	刑法与法治国家.....	174
§ 15	刑法的保障功能.....	174
§ 16	“疑问时有利于被告人”原则与择一 认定.....	198
§ 17	刑法的解释.....	207
第四章	德国刑法的适用范围.....	223
§ 18	国际上的适用范围.....	223
§ 19	对人的适用范围.....	256
§ 20	德国国内的适用范围.....	261
第一章	一般之基础.....	269
§ 21	一般犯罪论的意义、方法和体系.....	269
§ 22	近代犯罪论的发展阶段.....	276
§ 23	刑法上的行为概念及其相关问题.....	298
第二章	故意的作为犯.....	318
第一节	违法性.....	318
A 项:	违法性及其与构成要件的关系.....	319
§ 24	违法性的概念与本质.....	319
§ 25	违法性与构成要件.....	335

§ 26 刑法构成要件的结构.....	349
B项：不法构成要件的要素.....	371
§ 27 客观的构成要件要素.....	371
§ 28 因果关系和客观归责.....	375
§ 29 故意和构成要件错误.....	392
§ 30 主观的构成要件要素.....	425
C项：阻却违法性.....	432
§ 31 使构成要件该当行为合法化的一般 基础.....	432
§ 32 正当防卫.....	449
§ 33 合法化的紧急避险.....	474
§ 34 被害人同意与推定同意.....	503
§ 35 基于公务员的职权行为及相关情况.....	527
§ 36 被允许的危險.....	543
第二节 责任.....	548
A项：责任论的基础.....	549
§ 37 责任概念的人类学根据.....	549
§ 38 责任概念的解釋学基础.....	562
§ 39 责任概念的界限、内容以及结构.....	570
B项：责任的要素.....	578
§ 40 责任能力（归责能力）.....	578
§ 41 违法性意识和禁止错误.....	602
§ 42 责任构成要件及其要素.....	628

C 项：免责事由.....	637
§ 43 构成要件该当的违法行为的免责基础.....	637
§ 44 免责的紧急避险.....	642
§ 45 防卫过当.....	658
§ 46 基于职务指示的行为.....	663
§ 47 作为超法规免责事由的义务冲突、不可期待性以及良心决定.....	671
§ 48 关于免责事由错误.....	680
第三节 故意犯罪行为的诸阶段.....	683
§ 49 未遂的概念、构成要件以及处罚.....	684
§ 50 不能犯未遂和幻觉犯.....	710
§ 51 中止未遂.....	721
第四节 不法与责任以外的应受处罚性条件.....	743
§ 52 个人之阻却刑罚事由和个人之解除刑罚事由.....	743
§ 53 应受处罚性的客观条件.....	747
第三章 应受处罚行为的特殊形态.....	755
第一节 过失的作为犯.....	756
§ 54 过失的概念与种类.....	756
§ 55 过失犯的不法构成.....	774
§ 56 过失犯的合法化事由.....	791
§ 57 过失犯的责任.....	797
第二节 不作为犯.....	805

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



	§ 58 不作为犯的概念、种类以及基本问题	806
	§ 59 不作为犯的构成要件	825
	§ 60 不作为犯情况下的不法意识、要求 错误、未遂犯和共犯	859
第四章	正犯与共犯	868
	§ 61 正犯与共犯理论的基础	868
	§ 62 间接正犯	897
	§ 63 共同正犯	913
	§ 64 教唆犯和帮助犯	928
	§ 65 重罪的教唆未遂和共犯的其他初期 阶段	952
第五章	犯罪单数和复数	963
	§ 66 行为单数和行为复数	964
	§ 67 想象竞合犯	978
	§ 68 实质竞合	991
	§ 69 法条单一	999
第三编 犯罪的法律后果	§ 70 刑事政策的发展趋势和问题	1011
	§ 71 补论：死刑	1025
第一章	刑罚及其附随后果	1029
	§ 72 自由刑	1030
	§ 73 罚金刑和财产刑	1039
	§ 74 禁止驾驶	1059

§ 75	附随后果.....	1062
§ 76	追缴与没收.....	1067
第二章	矫正及保安处分.....	1083
§ 77	剥夺自由的保安处分.....	1083
§ 78	非剥夺自由的保安处分.....	1107
第三章	缓刑、保留刑罚的警告、免除刑罚....	1121
§ 79	自由刑的缓刑.....	1121
§ 80	保留刑罚的警告.....	1148
§ 81	免除刑罚和不处罚宣告.....	1156
第四章	量刑.....	1166
§ 82	量刑的基础.....	1166
§ 83	与量刑有关的重要情况.....	1183
§ 84	程序中所受之不利折抵为刑罚.....	1210
第五章	刑法典中的诉讼条件.....	1215
§ 85	告诉和授权.....	1215
§ 86	时效.....	1221
第六章	被判刑人的再社会化.....	1232
§ 87	在联邦中央犯罪登记簿中记载和消除 记载事项.....	1233
§ 88	赦免.....	1238

序论 一般之基础

§ 1 刑法的任务

I、保护社会

1. 刑法的任务是保护人类社会的共同生活秩序。没有一个人能够永远与世隔绝地生活，相反，所有的人均基于其生存条件的要求，需要生活在一个彼此交往、合作和相互信任的社会里。在维护人类社会关系的和平秩序和保护秩序方面，刑法具有重要的意义。但这并不是刑法的根本特征。人类的共同生活主要还是依据传统习惯（规范），这些传统习惯的总和又构成了社会秩序。^[1] 此等既定规范的效力与外部的强制毫无关系，因为它们是在所有人都认识到其重要性的基础之上的，通过内在的制裁而得到保护，对违反此等规定的行为，将作出积极的反应（间接的社会压制）。一个社会控制的完整体系已经形成，其主体是极不相同的机构或团体，如家庭、乡镇、学校、教会、社区、企业、联盟和协会。刑事司法只是该完

[1] M. E. 麦耶 (M. E. Mayer):《法规范和文化规范》，第 16 页及以下几页；《刑法教科书》，第 37 页及以下几页；亨克尔 (Henkel):《法哲学》，第 288 页及以下几页；诺尔 (Noll):《恩基希纪念文集》，第 129 页；施密特豪伊泽 (Schmidhaeuser):《论两种法秩序》，第 12 页。

整体体系的一部分，所有被使用的预防或压制性制裁，在一定程度上甚至是可以相互转换的。

仅仅依靠社会秩序是不能保障人们在社会中的共同生活的，它必须通过法秩序（Rechtsordnung）来加以补充、完善和加强。法秩序尤其必须保证所有作为法律的规范的普遍约束力，并对违法行为予以打击。规范的社会秩序的主体是社会，而有计划地制定的法秩序的主体是国家。在多元的社会生活条件下，并鉴于在现代社会人的生存所面临的危险性，后者的保护任务要比前者重要。刑法通过国家强制最终确保法秩序的不可破坏性。虽然民法和公法同样也规定了使用强制，但对刑法而言，刑罚威慑和实施强制处于中心地位。刑法使用最严厉的权力机制，即国家刑罚。如果其他措施无效，刑法可在最后阶段对法秩序中要求和禁止的可强制性提供保障（联邦宪法法院判决 51, 324）。一旦刑法不再能保证安全和秩序，就会存在公民个人擅自司法、强者会肆无忌惮地欺辱弱者的危险。

2. 在保护人类社会共同生活方面，国家刑罚权不能以任意的方式和在任意的范围内行使。刑法虽然有助于克服世界上的混乱，以适当限制自由来压制人的任性与专断，然而，这一切只能以公民整体的文化状况和个人的权利相吻合的方式来实施。^[1] 正如德意志联邦共和国将它理解为“自由的、民主的基本秩序”（联邦宪法法院判决 2, 1（12f）），^[2] 刑法对社会的保护，只有通过以下的方式进行，即保护公共和平秩序，同时尊重个人的行为自由，反对非法强

[1] 参见伯克曼（Bockelmann）：《导论》，尤其是第 38 页以及以下几页，第 53 页及以下几页和第 67 页及以下几页。

[2] 详见黑塞（Hesse）：《基本特征》，书边编号 128。

制，根据公正原则对严重的违法行为进行制裁。^[1] 保护公共和平秩序意味着，打破强者的统治，通过对公共安全的人权和尊重，使所有公民自由地发展其个性成为可能（《基本法》第 2 条第 2 款）。公共安全不是没有犯罪的一种状态，而是将犯罪控制在一定的范围以内，使之处在国家的控制之下，其方法是对已实施的犯罪保持较高的破案率，不顾情面地对犯罪行为进行追诉（参见下文 § 5 IV）。在努力为公众提供安全保障的情况下，国家还同时对作为法秩序和社会秩序基础的人权予以重视。由于《基本法》旨在保障公众的行动自由（联邦宪法法院判决 6, 32 [36f]），因此，刑法对他人自由的限制只能以保护社会所必需者为限。“刑法规范在一定程度上是立法者的‘最后手段’”（联邦宪法法院判决 39, 1 [47]）。^[2] 同时，刑法还通过防止暴力和专断，给个人创造一个能够自由决定和依据自己的裁量来实施其决定的活动空间。也就是说，刑法不仅限制自由，它还创造自由。刑法中公正的使用意味着，严重的违法行为既不允许被任意低估，也不允许过分夸大其严重性，而是要“根据其功劳”使行为人在自由、财产或名誉上受到损失，使其违法行为为大众所认识，防止其违法行为在社会上被认为是合法的。^[3] 因为相对于违法者而言，刑罚还具有社会功能，因此还要考虑刑罚对被判刑人将来在社会上的生活可能产生的效果（参见《刑法典》第 46 条第 1 款）。最后，刑法还要顾及犯罪被害人的利益，其方法

[1] 参见亨克尔（Henkel）：《法哲学》，第 412 页；恩基希（Engisch）：《公正》，第 174 页及以下几页；维腾贝格（Wuertenberger）：《彼德斯纪念文集》，第 209 页及以下几页。

[2] 安塞尔（Ancel）：《耶赛克纪念文集》（第 2 集），第 785 页及以下几页；鲍曼（Baumann）：《诺尔纪念文集》，第 35 页。

[3] 维腾贝格：《耶赛克纪念文集》（第 1 集），第 38 页。

是行为人对其行为造成的损害予以补偿（参见《刑法典》第46条a）。

3. 在自由和法治国家，对作为实行法秩序的具有压制性质的权利手段之一的刑法存在与否的攻击是没有根据的，因为只有刑罚才可能保护自由状态下的法和平。^[1] 因此，这一目的的实现，不能通过废除刑法，而只能通过对刑法进行不断的改革，尝试通过有效的一般预防以确保对公众的保护，通过坚持罪责原则，如果必要，通过社会帮助来实现对行为人的公正。^[2]

II、刑法的压制和预防功能

刑法一方面对已经发生的违法行为进行惩办来实现保护社会的任务，这是刑法的压制特征；另一方面，刑法还通过预防将来的可能的违法行为来实现保护社会的任务，这是刑法的预防特征。刑法的这种压制和预防功能并不是相互矛盾的，相反，必须将它们视为一个统一体：刑法通过威慑、科处和执行公正的刑罚来实现预防将来的违法行为之目的（通过压制来预防）。^[3]

1. 从本质上看，对已经发生的违法行为，按照公正原则科处

[1] 参见古净厄（Kuerzinger）：《整体刑法学杂志》，86（1974），第211页及以下几页；耶赛克（Jescheck）：《瑞士刑法杂志》，91（1975），第13页及以下几页；伯克曼（Bockelmann）：《朗厄纪念文集》，第1页及以下几页；席尔德（Schild）：《法哲学和社会哲学档案》，1984，第108页及以下几页。

[2] 罗星：《总论部分》，I §4，书边编号43；哈塞默：《导论》，第329页及以下几页。

[3] 阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）：《刑法教义学》，第264页及以下几页；伦克讷（Lenckner）：《刑罚》，第9页及以下几页；罗星（Loxlin）：《基本问题》，第12页及以下几页；总论部分，I §3，书边编号36等；鲁道飞（Rudolphi）：《国家刑法之目的》，第70页及以下几页；施密特豪伊泽（Schmidhaeuser）：《论刑罚的意义》，第74页及以下几页；魏塞尔斯（Wessels）：《刑法总论》，旁注6。

刑罚总是太迟，因为刑罚只对已发生的违法行为进行处罚，而不能使已经发生的不法行为不发生。但是，通过刑罚以适当的方式保护社会，刑法的压制功能又是必需的。^[1]对已经发生的违法行为科处适当的刑罚，清楚地表明了国家法秩序的不可破坏性。法院判决不仅向行为人，而且也向公众明白无误地表明，法律——尽管有时太迟——会得到实施，因此判决还使人们相信，法律终究会得到实施的。适当地、平稳地、有效地实现刑法的压制功能，使得刑法发展了那个“构成道德的力量”（*sittenbildende Kraft*），^[2]通过此等“构成道德的力量”，使得全体公民对法秩序的权威性确信无疑，以实现其预防效果，也就是人们所说的“一般预防”（参见下文 § 8 II 3a）。刑法的这一功能是通过制定易为大众理解的、含有明确的被禁止行为的不法内容的刑法规定，以及通过以行为的严重程度和行为人的罪责为准的、为被判刑人所能理解的且被公众认为是公正的量刑来实现的。为了使刑法的信息传递给全体公民，以媒介对制定和执行刑法规范进行负责的和客观的报道自然是必不可少的。即使是使用压制功能，从对社会进行保护的角度来看，刑法也总是在间接地履行其预防职责：公正的刑罚是维护社会秩序和保护公众利益的必不可少的工具。除这一所谓的积极的—般预防外（联邦宪法法院判

[1] 加拉斯（Gallas）：文章第4页；施特拉腾维特（Stratenwerth）：《刑法》，总论部分，书边编号28等。阿明·考夫曼在其《刑法教义学》第267页及以下几页，正确地提及康德，后者要求刑法既要实现道义上的尽可能的“公正”，又要实现刑事政策意义上的“理性”。

[2] H. 迈耶（H. Mayer）：《刑法改革》，第15页；罗星：《伯克曼纪念文集》，第306页；米勒·迪茨（Mueller Dietz）：《耶赛克纪念文集》（第2集），第817页及以下几页；舒尔茨（Schultz）：《整体刑法学杂志》，92（1980），第631页。

决 45, 187),^[1] 还有所谓的消极的一般预防, 它是以害怕受处罚来威慑将来的行为人的 (参见下文 § 8 II 3a)。

2. 此外, 刑法还必须实现其直接的预防功能。科处的每一个刑罚均应当唤起被判刑人对法律的尊重, 使其以自己的力量和认识, 重新回到正道上来。此外, 对由于执行刑罚而受到的自由、财产和声誉方面的损失的回忆, 应当能够警醒行为人将来不再实施违法行为。自由刑这种刑罚至少还在一定的期间内保护社会免遭具有危险性的行为人的侵害。人们将刑罚对被判刑人的预防功能称之为“特殊预防”(参见下文 § 8 II 3b)。除刑罚对被判刑人的特殊预防功能外, 刑法对于特定的行为人群还有“特别”的预防职责:

a) 违法行为常常是行为人在青少年时期实施的 (青少年犯罪, Jugendkriminalitaet)。实施轻微的犯罪行为, 是许多青少年在成长过程中的正常的现象, 他们将来会依靠自己的力量克服之。^[2] 比较危险的是早期犯罪 (Fruehkriminalitaet)。^[3] 所谓的早期犯罪, 是指少年 (14 岁~17 岁) 和未成年青年 (18 岁~20 岁) 在儿童和少年期就出现的缺乏管教的现象 (如上学没有规律, 中止学业, 不能长期从事职业工作, 不稳定的品行, 经常实施犯罪行为), 这可能是犯罪特质的早期象征。人们认为, 大约 1/4 的早期犯罪人在成年

[1] 雅各布斯 (Jakobs):《刑法》, 总论部分, 第 1 页~第 15 页 (积极的一般预防是指“练习对规范的信任、守法和对规范的承认”)。

[2] 沙夫施泰因、伯伊尔克 (Schaffstein/ Beulke):《青少年刑法》, 第 5 页; 海尔默 (Hellmer):《青少年犯罪》, 第 71 页及以下几页。

[3] 弗莱 (Frey):《早期犯罪的重新犯罪人》, 1951 年; 蒙克维茨 (Munkwitz):《早期犯罪预测》, 1976 年; 沙夫施泰因、伯伊尔克:《青少年刑法》, 第 6 页; 海尔默:《习惯犯》, 第 63 页。

后会实施严重的犯罪行为。自 20 世纪 50 年代以来,因犯重罪或轻罪而被判刑的少年和未成年青年的人数持续增加。《青少年刑法》规定,对于轻微的犯罪行为,可由检察官要求免于追诉(《青少年刑法》第 45 条),由法官要求终止诉讼程序(《青少年刑法》第 47 条)和惩戒措施(《青少年刑法》第 13 条第 2 款),对严重的犯罪行为科处少年刑罚(《青少年刑法》第 17 条及以下几条)。青少年帮助法规定了帮助和保护措施(例如教育咨询、教育帮助、全时照料、教养院教养、积极的社会教育方面的个别照料,《儿童和青少年帮助法》第 28 条~第 35 条)。不确定的青少年刑罚(旧版本的《青少年刑法》第 19 条)因 1990 年 8 月 30 日的《青少年刑法修改法》(联邦法律公报, I, 1990 年, 第 1853 页)而废除。^[1] 实施青少年刑法中与剥夺自由相关的处罚要格外慎重,因为此等处罚可能对青少年被判刑人产生非常消极的影响。^[2]

第二个犯罪特殊预防任务就是与重新犯罪(Rueckfallkriminaliaet)作斗争。这里要区分两类不同情况:一类是具有根深蒂固的犯罪嗜好的习惯犯;另一类是有犯前罪可能的倾向犯,就其个性发展而言,这类犯罪人还没有踏入犯罪人生涯。旧版本《刑法典》第 48 条对第二种重新犯罪人规定了最低 6 个月的自由刑;该规定因

[1] 关于历史,请参见海因茨(Heinz): Info 1/ 1989, 第 7 页及以下几页。

[2] 关于通过转处避免刑事诉讼,请参见海因茨:《法政治学杂志》,1990,第 7 页及以下几页。关于青少年刑法的最新发展,请参见联邦司法部(出版者):《青少年刑法之基础》,1990 年;海因茨:《司法教育》,1991,第 896 页。关于青少年法院帮助,请参见劳奔塔尔(Laubenthal):《施彭德纪念文集》,第 795 页及以下几页。关于青少年刑法在国际上的发展,请参见徐勒·斯普林格罗姆(Schueller Springorum):《整体刑法学杂志》,104(1992),第 169 页及以下几页。

1986年4月13日的第23部刑法改革法的颁布而废除（联邦法律公报，I，第393页），因为事实证明如此规定是不恰当的。但非常重要的一点是，法律将前科情况作为最普遍的加重处罚理由保留了下来。这里优先考虑的是这样的思想，屡次违反法律，基于公正和一般预防也应当加重处罚；^[1] 对此，从特殊预防的角度科处更长期间的自由刑反而没有什么积极的效果。对于危险大的惯犯，根据第66条的规定，可科处不定期的保安监督，不过，这种保安监督很少被适用，原因在于，法院认为科处犯罪人应当受到的刑罚处罚以外的较长期间的自由刑是不公正的（参加下文 § 5V 2）。^[2]

刑法对之必须采取特殊预防措施第三类人是有心理缺陷的犯罪人。^[3] 有心理缺陷的犯罪人，是指那些有精神疾病或以心理变态、神经官能症或不同程度的弱智形式和不同老年段出现的非疾病的心理障碍者。它们在犯罪预测，尤其是在重新犯罪、早期犯罪和老年人犯罪等方面，具有重要作用。不负刑事责任和减轻刑事责任的犯罪人，将会被收容于精神病院（《刑法典》第63条），酒鬼和毒品瘾君子则被收容于戒毒机构（《刑法典》第64条）。此外，麻醉品法规定，对成为刑事政策的严重问题的毒品瘾君子，以最高两年的自由刑代替戒毒治疗和康复治疗（《麻醉品法》第35条、第36条）。被告人愿意接受治疗的，可免于提起公诉（《麻醉品法》第37条）。

现代刑法的难题之一，是防治过失犯罪（Fahrlässigkeitskrimi-

[1] 关于罪责问题，请参见艾哈德（Erhard）：《对有前科者的量刑》，第304页以及以下几页。

[2] 关于重新犯罪问题，请参见齐普夫（Zipf）：《刑法原理》，第84页。

[3] 参见葛平格尔（Goepfinger）：《犯罪学》，第179页及以下几页。

nalitaet)。这表现为交通肇事犯罪，^[1]其次表现为职业生活领域的过失犯罪（例如过失造成建筑物倒塌、医疗事故等）。作为特殊的制裁，有附加刑禁止驾驶（《刑法典》第44条），保安处分有吊销驾驶执照（《刑法典》第69条）和禁止执业（《刑法典》第70条）。作为交通违法行为于1968年被划归由《违反秩序法》调整，以便由警察当局很快地科处罚款处罚，避免法院诉讼程序（参见下文§7V1）。这一行动在打击大量存在的轻微交通肇事违法行为方面是卓有成效的。在违反交通秩序的情况下，规定附加适用禁止驾驶（《道路交通法》第25条）。此外，该法还规定，凡犯有轻微交通违法行为者，必须参加交通课程的学习（《道路交通条例》第48条）。

3. 为了尽可能有效地与形形色色的犯罪现象作斗争，现代刑法既使用以罪责为基础的刑罚，也使用将犯罪人的危险性考虑在内的保安处分（“刑罚的双轨制”，Zweispurigkeit）。刑法对保安处分并不陌生，相反，它被刑法所包容：它总是以发生违法行为为前提条件的（《刑法典》第11条第1款第5项），一般情况下也不是单独科处，而是作为刑罚的补充，而且是通过具有权利保障的刑事法院程序，以刑事法官的裁判形式科处的。保安处分的危险性在于：它可能脱离罪责原则；剥夺自由的保安处分的执行可能与自由刑相似；预测判断的不准确性和期限的不确定性（参见下文§9II2）。正是考虑到有这些危险性，自1975年改革后，刑法规定了重要的矫正处分（参见下文§77VI），而又不完全放弃剥夺自由的保

[1] 参见凯泽（Kaiser）：《犯罪学》，§95ff；《交通违法》，第183页及以下几页。

安处分。

4. 新近建议的引进损害赔偿作为独立的刑事制裁措施（所谓的“第三轨”，dritte Spur）^[1]是不恰当的，因为损害赔偿作为刑事犯罪的民事后果，必然不具有罚金刑特征。因此，损害赔偿就其功能而言应当限制在规定之义务上（《刑法典》第56条b第2款第1项，第57条第3款，第59条a第2款第1项；《刑事诉讼法》第153条a第1款第1句第1项，第2款），并作为减轻刑罚事由（《刑法典》第46条第2款）（详见下文 § 81 II）。

III、法益保护和社会伦理行为价值保护

刑法不能对出现问题的社会生活的所有方面进行干预，而只能限制在对社会秩序的基本价值的保护上（联邦宪法法院判决 45, 187）。

[1] 持该观点的还有罗星（Roxin）：《新的途径》，第370页；《刑法总论》，第一部分 § 3 书边编号63等；容（Jung）：《整体刑法学杂志》，99（1987），第533页及以下几页。持不同意见的有希尔施（Hirsch）：《整体刑法学杂志》，102（1990），第537页及以下几页；迪林（Duering）：《法学家报》（杂志），1992，492。根据1992年的可供选择的草案（§ 4），如果被告人予以赔偿，法院可免除刑罚，但只限于轻微犯罪行为，所谓的轻微的犯罪行为一般是指可能被科处一年以下自由刑而言。持此说的还有：魏根特（Weigend）：《刑法档案》，1992，第364页及以下几页。不同意该说的有：兰普（Lampe）：《刑法档案》，1993，第485页及以下几页。1994年10月28日的《犯罪防治法》（联邦法律公报，I，第3186页）没有采纳上述观点，而是以一个新的条款，即第46条a，增加了免除刑罚的可能性，其条件是如果行为人对其行为全部或大部分予以损害赔偿，或至少真诚努力致力于损害赔偿，且不会被科处一年以上自由刑或360单位日额罚金刑。不赞同将犯罪人——被害人和解作为刑法的刑事制裁体系中的“第三轨”的有瓦尔特（Walter）。关于犯罪人——被害人和解与刑事法律制度的关系问题，请参见第63页。关于民事法律责任与刑法责任的关系问题，请参见施托尔（Stoll）：《责任后果》，第55页及以下几页。

1. 刑法有保护法益的任务。^[1] 所有刑法规范均是以对重要法益的积极评价为基础的，它们是人类社会在共同生活中必不可少的，因此要通过国家强制力，借助刑罚来加以保护。这些重要的利益主要有人的生命、身体的完整性、个人的行为和活动自由、所有权、财产、交通安全、公务员的不可贿赂性、符合宪法的秩序、公共秩序、国家的外部安全、外国国家机关和主权不可侵犯、防止少数民族、伦理或文化的灭绝或不平等待遇。还有一些根植于社会道德信仰方面的重要利益，如关于反对虐待动物的刑法规定（《动物保护法》第 17 条）。由于此等价值被纳入了法秩序的保护领域，它们便成为法益。^[2] 现行德国法律的所有刑法规定均是以保护一个或数个法益为基础的。^[3] 对犯罪行为结果的否定评价，存在于对行为客体（例如人的生命，交通参与人的安全等）的侵害或具体危害之中。

刑法所保护的法益是不断变化的。在现行法律中，既有新犯罪化（Neuinkriminierung，如洗钱，《刑法典》第 261 条），也有非犯罪化（Entkriminierung，如 1994 年 5 月 31 日的第 29 部刑法改革法第 1 条第 1 项，废除了第 175 条对同性恋科处刑罚的规定）的现象

[1] 罗星（Roxin）：《刑法总论》，第一部分 § 2，书边编号 1；毛拉赫（Maurach）、齐普夫（Zipf）：《刑法总论》，第一部分 § 19 书边编号 4；奥托（Otto）：《基础教程》，第 7 页及以下几页。

[2] 关于价值与法益的联系，请参见冯·希佩尔（v. Hippel）：《德国刑法》（第 1 卷），第 10 页及以下几页；阿明·考夫曼（Armin Kaufmann）：《规范理论》，第 69 页及以下几页；施密特豪伊泽（Schmidhaeuser）：《刑法总论》，第 36 页及以下几页；兰普（Lampe）：《韦策尔纪念文集》，第 151 页及以下几页。

[3] 违反道德的行为是否受刑罚处罚，是一个由社会伦理的基本信念决定的刑事政策问题，如同由《古兰经》决定的伊斯兰刑法那样。

出现。^[1] 在刑事制裁实践的变化中也能看到法益的不断变化。^[2]

2. 刑法规范绝非保护全部法益，而是仅保护由于人的行为所侵害的法益。^[3] 因此，刑法对不可抗拒的自然灾害不感兴趣，即使其造成严重的损害。在刑法上，具有意义的只是人的意志的结果，该意志蔑视法益效力，并因而破坏了人类共同生活中所需要的相互信任的基础。对犯罪行为的否定评价，存在于侵害犯罪客体的行为之中。刑法通过将人的意志与法秩序的要求维持一致，来实现其法益保护。因此，犯罪既被视为侵害法益，也被视为违背义务。

将法益保护强调为刑法的首要任务，是自由国家观点的一个标志。其背景是人们确信，人的行为的内在特性不应该由刑法来评价，因为只能由道德法庭去认可。不赞同该观点的人认为，只有通过公民进行长期的有关法益的教育，法益保护的任任务始能完成。因此，社会伦理的刑法学将对“背离法行为基本评价”的处罚作为首要任务。^[4] 该观点的最后结论似乎是按照对行为否定评价的程度来划分处罚，对未遂犯给予一般的处罚；假定犯罪实施终了，给予实施终了的未遂犯进行处罚，对未顾及犯罪结果的过失犯进行处罚。这既不是现行法律的观点，也不是立法者将来的立法意图。刑法的任务并非要毫无矛盾地适应一元论的构思，而只是想作有益的解释：法

[1] 详见蒂德曼 (Tiedemann):《整体刑法学杂志》，86 (1974)，第 310 页及以下几页；耶赛克:《马普协会年鉴》，1975，第 55 页及以下几页。

[2] 详见凯泽:《整体刑法学杂志》，86 (1974)，第 360 页及以下几页。

[3] 参见韦策尔:《科尔劳斯纪念文集》，第 107 页及以下几页；《刑法教科书》，第 4 页；伯克曼、福尔克 (Bockelmann / Volk):《刑法总论》，第 51 页；毛拉赫·齐普夫:《刑法总论》，第一部分 §7，书边编号 4。

[4] 持该观点的有韦策尔:《刑法教科书》，第 1 页及以下几页；齐林斯基:《对行为和结果的否定评价》，第 143 页。