



*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltigen
Pönlichen Rechts*

德国刑法教科书

【第十四版】

安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈 / 著

C·J·A·米特迈尔 / 出版

徐久生 / 译

中国方正出版社

*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden
Preussischen Rechts*

德国刑法教科书

【第十四版】

责任编辑：陈学军 姜宁

封面设计： 华子图文
huazi103@vip.sina.com

ISBN 978-7-80216-656-1



9 787802 166561 >

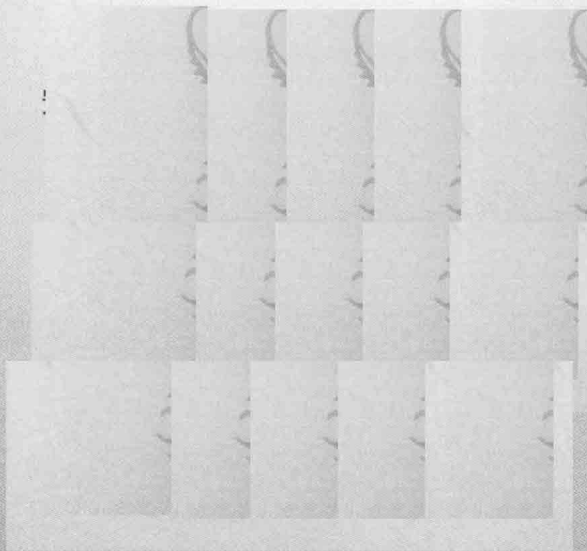
定价：32.00元



*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltigen
Crimlichen Rechts*

德国刑法教科书

【第十四版】



中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

德国刑法教科书 / 徐久生译. —北京: 中国方正出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 80216 - 656 - 1

I. ①德… II. ①徐… III. ①刑法 - 法的理论 - 德国 - 教材
IV. ①D951. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 134593 号

德国刑法教科书

徐久生 译

责任编辑: 陈学军 姜 宁

责任印制: 李 华

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560933 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59596620 出版部: (010) 66510958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: Fangzheng1313@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张: 16. 125

字 数: 465 千字

版 次: 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 656 - 1

定价: 32.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

费尔巴哈生平

保罗·约翰·安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈 (*Paul Johann Anselm*), 是刑法科学的创始人, 德国刑法教师, 法官和人本主义者

于 1775 年 11 月 14 日出生于耶拿的一个叫做海尼星 (*Hainichen*) 的村庄

于 1833 年 5 月 29 日谢世于美茵河畔的法兰克福

是路德维希·费尔巴哈 (德国与康德等齐名的哲学家) 和卡尔·费尔巴哈 (似乎不是很有名) 的父亲, 是安塞尔姆·费尔巴哈 (德国著名画家) 的祖父

是自由—法治国家刑罚理念的创始人

是巴伐利亚刑法典 (1813 年) 的起草者

是刑罚目的报应论的创始人, 也是犯罪心理学的创始人

1798 年 6 月 16 日与爱娃·威廉明妮·特勒斯特 (*Eva Wilhelmine Troester*) 结婚, 后者于 1774 年 1 月 4 日出生于耶拿的多姆堡 (*Domburg*), 于 1852 年 11 月 20 日谢世于纽伦堡, 育有 8 个孩子

1801 年任耶拿大学法学教授、哲学博士

1802 年任基尔大学法学教授、哲学博士

1804 年任兰茨胡特大学法学教授、哲学博士

1805 年任枢密院高级候补文官

1808 年正式成为慕尼黑 (政府) 枢密院顾问

至 1813 年, 他致力于起草以崭新的刑罚理论为基础的“巴

伐利亚王国刑法典”。他的刑罚理论建立在这样的认识之上，即只有通过严厉的刑罚才能阻止犯罪人的不法行为。对于什么样的行为是犯罪，国家必须事前给予详细的界定，以便让每一个人都知道，一旦触犯这样的法条将会有什么样的刑罚在等待自己。费尔巴哈的名句“无法律，即无犯罪，也无刑罚”，对以后的任何一部刑法典都有约束力。作为德国刑法典新的创始人，费尔巴哈在任慕尼黑司法部官员的时候，废除了刑讯。此外，他还要求法庭公开审理，以保护被告人免受不公正对待。作为作者，费尔巴哈因其“证据确凿地描述值得注意的犯罪”而闻名于世，其中，他甚至致力于阐明犯罪行为的心理动机

1814 年被任命为班贝格上诉法院第二院长

1817 年被任命为安斯巴赫上诉法院院长

第十二版的前言

费尔巴哈的教科书因其充满思想火花的观点，因其构建刑法理论的不懈努力和明了的论述而著称于世。不容否认的是，指责费尔巴哈的声音同样是存在的，诸如，费尔巴哈专断地根据其哲学观来解释通用法的渊源，且根据先入为主的观点来使用，因此，他没有能充分地从历史角度去关注通用法的渊源，没有能充分地研究中世纪意大利实践家们著作中的司法习惯和德国习惯法的观点，从而没能认识加洛法洛的言论的真正含义。另外，他还没有充分注意到从刑事法院条例时期的司法习惯到新时期法的形成过程。他的教科书可能存在以下不足之处：他的也许不十分完善的刑法理论建立在零星的学说基础之上；他主张的每个犯罪行为都具有的法侵害的观点，导致他对犯罪作出不适当的系统分类，并导致他错误地提出了具体犯罪的可罚性的观点。许多重要的有争议的问题完全没有或者没有充分地纳入教科书。因此，当发行者在费尔巴哈谢世后要求我出版其著作时，我本想对其著作进行全新的修订。如果想使得该刑法教科书满足所有的要求，那么，必须做到：1. 必须确立刑法的正确原则，并将该原则从头至尾地贯彻到对具体学说的讨论中；2. 通过研究罗马法和日尔曼刑法的精神，阐明通用法渊源；3. 挖掘中世纪的刑法观点，途径有 a. *Gandinus*, *Angelus Arretinus* 和 *Bonifacius* 等人的以实践为基础的著作，b. 意大利城市的内容丰富的法律，尤其是刑法（因为意大利的实践家们经常援引这些法律），c. 其他日尔曼法渊源；4. 利用十五世纪末十六世纪初广泛流传的刑法思想，来阐明刑事法院条例有关规定的立法本意；5. 对实践具有影响力

的作者们关于刑法观点的深化，通过陪审法庭和通用法加以证明，并提供一种教义的方式，以便说明今天的科学和实践的立场；6. 需要一个逻辑的、系统的、顾及法渊源和实践的对具体犯罪的规定；7. 对于每一个犯罪，均必须表明正确的刑罚观，根据法渊源和法哲学的观点和刑事政策，阐明犯罪的特征和构成要件；8. 对于每一个有争议的问题，既要依据上面提及的观点，也要依据法医学和心理学研究成果加以必要的阐述，如果所提原则正确，那么，这些有争议的问题就可以轻易地得到恰如其分的评判；9. 需要忠实地收集各州法院使用的司法习惯；10. 将人们对新的立法的不同观点进行比较。

如此修订刑法教科书将是我终生的任务。我想在修订费尔巴哈的刑法教科书的新版本时，至少应当将有关的资料以注的形式增加进来，我确信，以这样的方式诞生的新作会在最大程度上保持著作的原貌，而且将在实践中被广泛使用的费尔巴哈的著作重新刊印出版也是非常值得的。如此，我目前的修订工作将限定在：在不改变费尔巴哈刑法教科书结构和内容的情况下，修正教科书所主张的观点，尤其是法渊源方面的资料，指出每一个理论中的正确的观点，以必要的文献资料证明，来阐述最重要的有争议的问题（尤其是有关法医学和心理学的进步的内容），增加一定的段落，从而对教科书加以补充，其内容主要涉及一些费尔巴哈没有论及或者论述不够充分的理论。为了不影射教科书的章节结构，我选用§符号来编排原来的段落。§符号后有小写字母的内容是本人增加的。我新增加的内容包括：

§ 5a, 关于罗马刑法的历史；§ 5b, 德国刑法的历史；§ 20a, 对费尔巴哈理论的评价；75a, 关于刑法的解释；90a, 关于免责事由，尤其是精神障碍；§ 132a, 关于重新犯罪；§ 162a, 关于叛国罪学说的法渊源；§ 168a, 关于叛国未遂；§ 209a, 关于伤害的可致死性；§ 238a, 关于隐瞒怀孕和分娩；

§ 240a, 关于谋杀儿童情况下精神障碍的影响; § 269a, 关于因侮辱而起诉的法律被废除的原因; § 315a, 关于侵占; § 364, 关于对行为人自己的财物为纵火行为; § 461a, 关于对破产的处罚。

我增加的其他内容是以出版者注释的形式出现的, 注释被置于教科书具体段落的后面——几乎所有的段落后面都会有这样的注释和订正。在有的地方我增加的内容较多, 例如: § 2, 关于原则: 法无明文规定不处罚; § 53, 关于对犯罪的包庇; § 55, 关于责任的本质; § 57, 关于错误的影响; § 59, 关于医疗错误的责任; § 71, 关于刑罚对市民声誉的影响; § 84 ~ § 88, 关于归责原则; § 94, 关于法官的从轻处罚权; § 97, 关于构成要件缺乏; § 102, 关于不确定刑法规范的适用; § 126 ~ 131, 关于犯罪竞合; § 145, 关于死刑; § 149, 关于自由刑的设置 (制度); § 159, 刑罚变更权; § 161, 关于犯罪的系统排列; § 164 和 168, 叛国罪的构成要件; § 171 ~ 174, 叛君罪 (大不敬); § 176, 伪造钱币; § 190 ~ 193, 决斗; § 201, 叛乱; § 215, 关于预谋杀人和故意杀人的关系; § 231, 关于亲属间的谋杀; § 230 和 233, 关于谋杀儿童; § 242, 自杀; § 245, 关于身体伤害学说; § 255, 关于诱拐; § 263, 强奸; § 271, 关于侮辱学说; § 275, § 277 和 § 287, 关于侮辱的构成要件; § 284, 关于侮辱与诽谤的关系; § 297, 关于对官员的侮辱; § 303, 关于处罚亵渎神明的观点; § 310, 关于损坏财产; § 312 ~ 14, 15, 19, 关于盗窃的犯罪构成; § 332, 关于第三次盗窃; § 334, 结果加重的盗窃; § 353, 关于抢劫; § 360, 关于纵火; § 368, 关于纵火动机; § 373, 关于通奸; § 384, 重婚; § 389 和 390, 遗弃儿童; § 392 ~ 396, 关于堕胎; § 399 ~ 404, 关于暴力犯罪和罗马法规定的适用; § 410 ~ 412, 关于诈骗的特征; § 415, 关于诈骗和伪造货币的区别; § 418, 关于伪

誓；§ 420，关于此处出现的有争议的问题；§ 430，关于贪污的特征；§ 433，关于威胁的可罚性；§ 449，关于对性犯罪的处罚；§ 456，关于现今司法实践中的观点；§ 461，关于乱伦；§ 471，关于拉皮条；§ 477，关于国家公仆犯罪。

相信读者在阅读时会注意到，出版者对教科书内容的增补较多而且深入，尽管增补的内容字体较小，但仍然使得教科书增加了八个印张。

在涉及刑事诉讼的章节，除了资料增补以外，并没有作其他修订，因为一方面没有必要，另一方面如果增补可能会使得教科书过厚，还因为我本人出版过一个大部头的刑事诉讼的著作。

我所希望的是，我的增补有助于增加费尔巴哈教科书的使用率，有助于更好地发展刑法科学，有助于司法实践。

米特迈尔

第十三版的前言

出版者的任务仍然是在修订第十二版时所确定的任务，即忠实地用增补的内容，依据刑法科学当前的观点，对费尔巴哈的教科书进行补充和完善，将最新的研究成果纳入其中，同时还将费尔巴哈完全没有涉及或者仅是粗略提及的有争议的问题也纳入其中。由于新的版本增加了文献索引和资料的原始出处，尤其是增加了迄今为止未使用过的资料，因此，使用新的版本不仅可以减轻自学的难度，而且也有助于了解新时期刑法的形成情况。出版者的增补，使得该著作从费尔巴哈自己修订的第十一版时的 28 个印张增加到第十二版时的 37 个印张，而现在的版本（52 个印张），比第十二版又增加了 15 个印张。

出版者对以前的每一项增补内容都进行了仔细的审核，只要发现有错误的、不确定的或者有遗漏的地方，都重新进行了修改完善。也正因为如此，增补的数量有明显的增加。有很多段落是出版者增补进来的，例如 § 5b，卡罗林娜刑法的历史；§ 5d，对所有新的立法的介绍。在 § 20b 中，出版者提出了在他看来刑法中必须坚持的原则。出版者还对下列内容进行了新的修订：§ 75a，关于刑法的解释；§ 90a，关于归责；§ 134a，关于重犯；§ 162a，关于叛国；§ 168a，关于叛国未遂；§ 209a，关于伤害致死；§ 238a，关于隐瞒怀孕；§ 315a，关于侵占。

在这一版中，出版者还增加了一个新的内容，即介绍新的立法对刑法的完善。

新的刑法典的数量在德国迅速增加，使得普通的德国刑法

典逐渐失去了其在一些邦国的效力，以至于只在很少的几个邦国仍然有效。对卡罗林娜法律的了解和对通用法的解释的尝试已经不能再满足现实要求。有趣的是，修订者是如何将通用法学者的研究与新的立法有机结合起来，倒是值得关注的。许多不同的科学观点被吸纳进新的立法之中，成功地将科学的表述以法律语言的形式表达出来。对新的立法的比较性介绍，使得我们明了法典编纂的困难性。对新的法律草案的研究性介绍的意义，并不会小于出版这些法律草案而导致的批评，和实践家们关于新的立法如何在实践中适用的意见。尤其值得一提的是，对新的立法中所包含的不同刑罚威慑的认识，为通用法学者提供了量刑的重要根据。基于此，出版者对于每一个学说，甚至对于每一个有争议的问题，都阐述了新的立法是如何规定的。

一方面，如果说进步的爱好者对新的立法的成果感到高兴的话，另一方面在权利状况的比较中，那些制定了自己的新法律的邦国则忧心忡忡。人们经常抱怨的只是，新的立法的制定者和参与谘询者，无论是否反对科学的进步，都对新的实验感到无比的高兴，尤其是他们专断地提出了既不以民众的观点也不以科学的结论为依据的犯罪概念，以至于在犯罪概念的使用过程中遇到大量的有争议的问题。还必须注意到，在那些制定了新的刑法典的邦国，法官们往往比较自负，疏于对通用法的学习，忽略科学的进步，忘记每一部刑法典都必然会受到科学源泉的补充。

数个世纪以来对犯罪本质的研究，对犯罪的限制和犯罪特征的研究，始终有其重要的价值，这些研究成果在适用邦国的立法时应当受到理智的法官们的重视。

根据科学的要求，以睿智的方式对生活的需求和经验的证据进行审视、观察，并归纳为基本原则，是刑法修订者的目标追

求。但愿呈现在大家面前的版本中对新的立法的比较性阐述的尝试，能够有助于这一目标的实现！

海德堡，1840年4月15日

米特迈尔

第十四版的前言

出版者曾经希望，在修订费尔巴哈刑法教科书的第十四版出版之前，能够将自己的刑法教科书呈现在读者的面前。其间，许多干扰使得他的计划没有能顺利实现。他现在仍然希望，将自己长期收集的以及在自 1809 年的讲座中经过严格审核的资料，尤其是有关日尔曼法律渊源中的刑法的概念的发展和形成、与罗马刑法的联系，以及关于新的立法对刑法的发展的阐述，全面纳入自己的一部教科书中。对费尔巴哈教科书进行修订的第十四版，也许是出版一本这样的教科书的前期工作。

出版者并没有忽视这样一个问题，即如果出版者不能赞同费尔巴哈的基本立场，则要使得注释与作者的著作很好的衔接，那是很不易的一件事情。修订者在新的版本中，收集了众多新的研究成果、法医学和心理学进步的结果、有争议的问题所导致的需要、最高法院关于争议问题的判决、实际工作者对新的立法的价值和缺陷的经验等内容，希望通过新的版本，能够有助于想学习刑法的年轻人、实际工作者、每一个希望了解最新立法状况之人，进一步受到自费尔巴哈观点直至新时期的刑法中科学观点的熏陶。

许多增加的段落同时还表明，出版者在其教科书中是希望如何对待具体的学说问题的，而且注释的内容比原文的内容更为广泛。

出版者还希望以下面的方式给对刑法感兴趣者留下已经对费尔巴哈教科书进行了全面修订的印象：使读者了解在费尔巴哈谢世后初次出现的刑法典草案中所表达的费尔巴哈的立法建议。

我们还想给读者推荐一本新近出版的值得一读的著作：卡普勒先生（Herr Kappler）的《巴登法文献手册》，海德堡 1847 年（卡普勒先生是刑法文献修订版的作者，斯图加特 1839 年）。该新的版本包含了巴登刑法文献的第 26 ~ 99 页的有关内容。

海德堡，1847 年 8 月 10 日

米特迈尔

第一版前言 (1801 年版)

作者实际上在数年前就已经将本书草拟完毕，其后对其主要部分又进行了不断的修改完善。但是，随着作者在研究领域不断有所心得，所发现的问题也就越发的多了起来，而被发现的问题不断的增加，又促使他不断地进行相关的研究，而对于后面的这些研究他几乎是不太情愿的。然而，其学术良知不允许他为了自己的讲座放慢出版教科书的速度（作者本人也希望尽快将教科书出版），而牺牲学术和读者的更高的要求。他希望能给读者提供一个在他自己看来完美无缺的东西。因此，他试图在其教科书中对刑法——纯粹就刑法的每一个部分，包括实证错误和哲学错误，以严格的科学联系，以其一贯的坚持不懈的精神，根据每一个学术问题的需要来进行阐述。他希望这样做，他确实也这样做了。但是，他清楚地知道，与理想状态相比，他所能做到的可能仅是有限的一部分。然而他相信，他必须抱着目标能够最终实现的态度来工作，即使这样的目标完全不可能实现，或者对他来说这样的目标是不可能实现的。

对事实表示怀疑是作者的正确做法。当他决定研究刑法时，他相当的勤奋且对事实表示怀疑，有时候甚至是怀疑面前的一切，甚至不相信自己已经了解的事情。他现在仅将时间花费在法的渊源上；他特地阅读和研究罗马法和德国刑法，并对科学原则及其运用进行哲学探讨，因为这不仅仅与对历史的了解有关，也不仅仅与哲学有关。他正是以这样的方法艰辛地构建其学术大厦的。他的努力没有白费。当他搜集到足够多的资料后，为了能从中摄取营养，避免纠缠于资料的混乱之中，他又回过头来研究学

术。这些是作者自己的体系的试金石，磨平了其学术大厦的锐角，弥补了一些因自己的原因留下的漏洞。对于这些，他表示由衷的谢意；他也应当对此表示感谢！

这就是作者的研究工作所遵循的原则，同时也是他需要向读者作的解释。他究竟做了哪些工作，相信每一个读者都会轻易地作出自己的判断。他所需要请求读者的是，请不要仅仅在哲学范畴去寻找学术工作的证据（引证的出处），也请不要将其理解为作者进行修正的一部分。他的研究对象包含了学术的方方面面，如果他修正他人的错误观点，则会将自己的已经为读者所熟知的观点摆出来。关于工作方法，关于整体与部分的排列，以及关于作者在哲学和成文法之间所获得的全部感悟，作者也许会在一篇小文——“成文刑法科学形成的理论”——中加以说明。

作者相信，他没有完全脱离或者忽略实践。他在注释中涉及了司法实践中的大量问题。同时，在注释中，作者还就有争议的问题进行简要的讨论，对于学术中的一些因自负而生的错误观点给予了驳斥。在进行这些工作的时候，作者主要顾及学术本身；同时，附带的目的是口头教学上如何节省时间。作者认为，对于一本教科书来说，引用法律和文献是极其重要的，况且这样做已经成为一种时髦。但是需要说明的是，作者所引用的文献仅限于其知道的那部分，有极少量的是仅凭对原作者的信任而引用。

作者在这里还想对自己的反对者说几句话。在修订后的著作面世后，他得到一个他并不陌生的经历，因为这样的经历正是他在期待的，而且每一个不想在习惯的暴风雨中被冲走的人都会期待这样的经历。反对者使用各种武器来对付作者：用论文，在讲台上下——较少的情况下还有一些似是而非的理由，但常常是以辱骂或者讥讽进行所谓的批驳。然而，相当一部分同时代的人给予了作者鼓励的掌声，而更多人是在作者的倡议下进行了自由而理性的研究，相对于那些反对的声音，这对作者无疑是一个莫大

的安慰，如果作者还需要些许安慰的话。基于此行为准则，作者冷静地看待将来，再也不会屈尊对类似的论点给予回应。在作者看来，其与克莱因（Klein）的争论已经结束。作者认为，没有理由对这位学者新近发表的与作者观点不同的论文给予答复。在文献的争斗场中跑来跑去，是可以原谅的，也许还是正确的；但长时间停留其中，或者对同一个问题进行长时间的争论，会令人疲乏，会使得争论的双方感到无聊，而读者们则至少会感到可笑无比。如要令人信服和给人以真实，那么，继续争论下去也许还是值得的。但众所周知的是，过分争讼反而会失去真实（*das nimum altercando veritas amittitur*）。克莱因先生走他的路，作者则走自己的路。我们怎么想就怎么说，我们能做什么就去做什么。究竟是谁得到大多数人的支持，谁做得最好，时间和世界的公正法庭一定会作出严肃的裁判。

第九版前言 (1825 年版)

在本教科书出版后不久，作者的生活环境发生了根本性的变化，他不得不整天纠缠于干不完的工作，虽然不能说这些工作与科学完全无关，但起码离普通成文刑法相距甚远。他时而缺少闲暇时间，时而缺少平心静气的心境，来对这本常常是一版接一版发行的教科书给予必要的关注，甚至连粗略地审阅这部著作，对偶尔出现的错误之处进行修订，增加新的文献等都没有起码的时间，更为遗憾的是数次未能在出版新的版本时，对未来的枢密顾问米特迈尔 (*Mittermaier*) 先生的善心表示我的谢意。

出版者发布了关于出版本教科书的第九版的广告，而发布该广告的那一年恰好是本教科书面世第 25 年，其作者也正好走过了其人生的第 50 个年头，这也许是个巧合吧。这一促使作者进行思考和研究巧合，在作者看来是对自己提出的特别的要求，要求自己贪婪地节约事务性工作以外的每一个小时甚至每一分钟，来对以往一直疏忽了的著作给予修订，以使得处于青年时期受到作者忽视的著作在进入壮年后硕果累累。然而，这样的修订工作还是不够的，与作者的希望和作出的努力相比还有相当的距离。由于离出版的时间仅有区区数月，作者苦于拿不出整块的时间进行修订工作，加上等待我的修订稿的排字工不断催促，作者不得不仅仅对那些最需要修订的地方进行修订。此外，作者还强烈地感到，在若干年后，当人们长时间经历单纯的研究工作或者自由的脑力劳动之后，按照适合于教学体系的规则的要求，将其思想勉强地纳入教科书，是多么的困难。

尽管如此，细心的读者依然会发现扉页中的同位语 (说明)

是合适的，这不同于以前的版本。作者尽可能使用或者顾及其他学者的观点和研究，并且将其视为促使自己进行新的研究的诱因。马丁（*Martin*）在其《德国普通刑法教科书》（海德堡，1825年）中开诚布公地表明了自己的思想：“要将他人的研究作为激励自己今后的学术研究的动力。”在这里，作者也认为，自己有义务对那些值得尊敬的朋友们的值得赞赏的研究成果，表示由衷的感谢。某些不适当的或者受到指责的主张，例如，关于违法故意的推测，关于因构成要件缺乏而减轻处罚等，有的在进一步论证后被放弃，有的至少通过适当的限制后被还原为本来面目。某些理论被以更加适合的方式重新加以阐述；通过对其渊源的反复的仔细的审查，许多理论被重新修订，比如，在总论部分，有关罪责的理论、绝对可罚性或者归责的主观根据；在分论部分，有关大不敬犯罪、身体伤害、抢劫、亵渎神明、非法损坏财物、盗窃的特殊形式、通奸、遗弃儿童、堕胎、暴力犯罪、破坏社会安宁、伪誓、违反刑事警察法的犯罪、国家官员犯罪等等。本教科书的程序部分，作者本来想在有时间时进行全面的改写，但最后也只是进行了润色，只是对调查程序（§ 625 ~ § 643）进行了全面的改写。

在作者看来，真实远比他自己的名声重要。因此，作者不将放弃错误的观点视为一种损失，相反，总是视为一种纯粹的收获。如果说过去的版本在25年的时间中没有得到很好的证明的话，那么，相信本教科书的最新版本是最好的证明。至于他人乐于将自己的著作当做钱箱一样欣赏，那是他们乐意，是他们自己的事情：在这些著作中，正如他们自己认为的那样，完全正确的纯粹的真实被有序地排列，且总是以相同的结构和华丽的词藻，从不改变地流传于世。

文献方面工作的最好部分并不在于它表明了什么，也不在于引起智者的思考，并通过他们产生影响。因为前者随着时间的推

移必将变得无关紧要；而后者，正如我们伟大的作家之一所说的那样：“功绩永生并将发扬光大，即使其创立者的名字被人遗忘。”

安斯巴赫，1825 年 10 月 30 日

P. J. A. von Feuerbach

冯·费尔巴哈

目 录

序言 关于刑法的概念、渊源、辅助学科和文献 (1)

第一编 刑法哲学或者总论

第一部 概论,刑法的最高原则	(23)
第一章 国家心理强制的必要性	(26)
第二章 心理强制的可能性	(28)
第三章 刑法的最高原则	(31)
第二部 总论中派生的法律原则	(34)
第一章 关于犯罪的本质	(34)
第一节 犯罪的概念和分类	(34)
第二节 犯罪的可能的主体	(37)
第三节 犯罪的必要条件	(39)
第四节 违反刑法的不同表现形式	(45)
第五节 已实施犯罪的法律期限	(67)
第六节 犯罪的一般法律后果	(74)
第二章 刑法的特征及刑法的适用	(76)
第一节 刑法及其适用	(76)
第二节 适用刑法的条件和方式	(83)
第三章 刑罚的本质及种类	(134)
第一节 刑罚概述及刑罚的分类	(134)
第二节 刑罚适用的规则	(135)
第三节 德国常用的刑罚方法	(138)

第四节 刑罚之间的关系 (148)

第二编 成文刑法或者刑法的分则

引言	(155)
第一部 普通犯罪	(157)
第一章 针对国家的犯罪	(157)
第一节 狭义上的针对国家犯罪	(157)
第二节 针对国家权力的犯罪,针对政府的犯罪	(174)
第二章 针对个人的犯罪	(193)
第一节 针对公民与生俱来的权利的犯罪	(193)
第二节 针对公民所取得的权利的犯罪	(268)
第二部 关于不确定犯罪	(336)
第一章 实体的不确定犯罪	(336)
第一节 遗弃儿童	(336)
第二节 堕胎	(341)
第三节 应处罚的避孕	(345)
第二章 形式的不确定犯罪	(346)
第一节 以暴力方式实施的犯罪	(346)
第二节 以欺骗他人的方式实施的犯罪	(353)
第三章 违警罪	(376)
第一节 针对刑事警察法的犯罪	(376)
第二节 针对财产警察法的犯罪	(379)
第三节 针对风纪警察法的轻罪	(384)
第四节 部分违反风纪警察法、部分违反民事 警察法的轻罪	(385)
第四章 特定身份的犯罪	(405)

第一节 官员犯罪	(405)
第二节 军事犯罪	(420)
第三编 刑法的适用	
第一章 刑法适用概述	(427)
第一节 刑事管辖权概述	(427)
第二节 刑事法院及其形式	(430)
第三节 刑事法院的权能	(432)
第四节 法院程序的不同形式	(436)
第二章 刑事诉讼	(438)
第一节 刑事诉讼概要	(438)
第二节 纠问式诉讼与控告式诉讼	(474)
附录:犯罪所生费用	(486)
译后记	(488)

序 言

关于刑法的概念、渊源、 辅助学科和文献

§1

犯罪法（刑法科学、刑法）作为一个国家的法科学，是国家对其臣民规定的刑罚规范^①。因此，它是公法的一部分^②，不同于民法^③，民法调整的是公民个人权利；它也不同于国家法，它是与国家法并列的，均属于公法的一部分。

§2

作为刑法及其适用的法律根据的哲学，通用刑法是关于国家

① 关于犯罪法概念的的范围，参见 C. A. 蒂特曼 (C. A. Tittmann):《论刑法的科学探讨》，莱比锡，1798 年，§3、6、和 7。参见冯·德罗斯特—许尔斯霍夫 (v. Droste-Huelshof):《德国刑法入门》，波恩，1826 年。关于法学尤其是刑法学的学习，参见韦伯 (Weber): 蒂宾根，1825 年。关于研究方法，尤其是所谓的历史方法，参见比纳 (Biener) (im N. Archiv d. CR. X. nr. 19 u. 23)、阿贝格 (Abegg):《论彼此联系的不同的刑法理论及成文法》，诺伊斯塔特，1835 年，§1~3。

② 阿申布雷纳 (Ashenbrenner) (in Klein's Archiv B. IV, St. 1 nr. 5) 将刑法视为国家法的一部分。持不同意见的有：韦伯：《论法学的学习》，第 54 页。

③ 因此，由于违法而形成的私权，如盗窃、伤害等引发的赔偿，属于民法的范畴。参见阿贝格：《刑法教科书》，1833 年，第 5 页。

出版者 (Mittermaier, 米特迈尔, 下同) 注 1: 一般认为，刑法属于私法范畴，持该观点的有：法尔克 (Falk):《法学词典》IV., 1839 年版第 57 页。持相同观点的还有罗斯赫特 (Rosshirt):《德国刑法的历史和体系》，III., 第 311 页。不赞同法尔克观点的有：维尔特 (Wirth):《伦理学的体系》，第 281 页。关于刑法与公法的关系问题，参见冯·萨维尼 (v. Savigny):《体系》I., 第 26 页。

出版者注 2: 不赞同费尔巴哈关于刑法的论述，见罗斯赫特的两篇刑法论文，海德堡，1836 年，第 90 页和第 139 页。赞同费尔巴哈观点的有：科斯特林 (Koestlin):《刑法基本概念修订》，第 2~5 页。

的可能的刑罚权的科学。易言之，成文刑法是特定国家（德国）的实在的关于刑罚权的科学^①。

① 出版者注1：费尔巴哈的刑法教科书的总论部分建立在其哲学观基础之上，因此，在现实与成文法之间存在较大的矛盾，这正是他想给予我们的启迪，同时也是费尔巴哈哲学产生的基础。实际情况是，刑法教科书总论部分应当是哲学性的，如果各民族的刑法以哲学或者理性为基础的话，因此，对刑法的科学论述不能离开理性。需要澄清的是，如果在论述中将普通的哲学部分与普通的成文法部分相互脱离，分别论述，那是为了表明成文法是如何发展的。参见卢登（Luden）：《德国通用刑法和成文刑法手册》，第5~6页。科斯特林（Koestlin）的著作的修订版，第13~20页。

出版者注2：要起草一部公正和有效的刑法典，必须区分1. 刑法哲学和2. 刑事政策的不同要求。前者是根据理性的要求，在颁布和适用刑法时所必须遵循的总的原则的总括。后者（参见本教科书§6脚注4）是对一个国家的刑法的必要性和有效性具有约束力的、颁布最符合目的的刑法所应当注意的特殊关系和条件的总括。如果将注意刑法的符合目的性视为最为重要的要求，而忽视其他法律要求，那将是不幸的。参见黑普（Hepp），《德国刑法体系》II.，第849页。胡夫纳格尔（Hufnagel）：《符腾堡刑法典评注》，第16页。

出版者注释3：关于刑法一般化的缺点，参见本人的著作《刑法理论和法典中的基本错误》，波恩，1819年。基特卡（Kütka）：《起草法典的程序》，布尔诺（现在属于捷克），1838年，第92页。

出版者注释4：关于在多大程度上存在自然刑法和自然犯罪，必须区分1. 与国家无关的存在于自然状态的所谓的自然刑法是不能被接受的；2. 但是，任何一个国家的立法者均必须在刑法中尽可能关注与刑法相关的理性法律的要求，告诉人们，什么样的行为可能受到刑罚威胁；对于任何一个国家来说，某些特定的行为侵害了社会秩序的根本基础，这些行为必须受到刑罚的威胁。该话题涉及罗马法中的国际性犯罪（*delicta juris gentium*）（本性坏的 *natura turpia*）和英国司法实践中所谓的 *Mala in se*。参见厄斯特德（Oersted）：《刑法立法的基本原则》，第106页。关于自然犯的概念，参见比恩鲍姆（Birnbäum）：载《刑法档案》，1836年第21期；罗斯赫特（Rosshirt）：载《刑法档案》IX.，第507页，XII.，第53页。黑夫特尔（Heffter）：载《刑法档案》XII.，第145页。卢登：《刑法手册I》，第174页。赖因（Rein）：《罗马人的刑法》，第112页。关于自然犯，学者们是这样提出问题的：是否存在这样一种法官必须用刑罚加以处罚犯罪，即使一国的成文法并未规定对之加以刑罚处罚？在一个拥有刑法典的国家，一个法官能否基于一般理由（比如大众的呼声）就宣布某些行为违法、应当受到刑事处罚，但该国的成文法并未规定此等行为应受刑罚处罚？回答应当是否定的。所有新颁布的刑法典都承认，如果刑法未事先加以规定以刑罚处罚，任何行为不得被科处刑罚。



§3

随着帝国宪法的失效，德国通用刑法——如同德国通用法一样——就失去了在德国全境有效的特征，并且也不再具有通用法的表现形式了。在颁布了独立主义的法律之后，在当时的德意志帝国版图中某些地方，德国通用刑法并没有受到限制或者被取消，而是仍然有效^①，但是，根据其内容，除涉及与德意志帝国联盟的关系的原则，或者当时帝国国家法的原则外，它只是被视为独立主义的州法^②。

§4

成文刑法科学由两部分组成，第一部分是关于违法行为的处罚的一般原则，也即哲学部分（总论部分），第二部分是国家对具体违法行为进行处罚的特殊权利，也即具体规定部分（分论部分）。

① 例如，在引入新的巴伐利亚刑法典之前，德国通用刑法在巴伐利亚王国的许多地方，尤其是在施瓦本地区仍然有效。

② 帝国宪法的被推翻对刑法的影响很大，比如改变了关于犯罪主体理论，关于外来人员实施的犯罪、叛国罪、伪造货币罪等的概念。尤其参见本教科书的 § 30、§ 31 和 § 40。

出版者注：关于德国通用刑法的存在及其意义问题，近来变得具有重大意义了，因为在德意志帝国解体后，大多数德意志邦国制定和颁布了自己的刑法典，基于这种情况，有人主张，不可能存在正式的通用德国法；而另外一些人主张（也许是正确的主张），经司法实践和刑法学研究所形成的、其存在对于特定的邦国并不意味着法定惩罚的通用刑法，还在继续形成之中，它会经常浮现在具体邦国的立法者眼前，而且成为那些有自己的立法的邦国的法官们用于解释和补充其本邦国法律的工具。关于是否要存在通用德国私法的争论同样属于这种情况。参见韦希特尔（*Waechter*），《德国通用法》，莱比锡，1841年；胡夫纳格尔（*Hufnagel*），《符腾堡刑法典》，前言部分，第14页；施瓦策（*Schwarze*），载《萨克森刑法新年鉴》，第3卷，第197页及以下几页。雷歇尔（*Reyscher*），载《德国法杂志》，第9卷，第153页。关于得到新法典承认的基本原则在本质上可以被认为是通用法的原则，请参见本人的文章，“刑法立法仍在进行中”，II.，第9页。黑普（*Hepp*），《符腾堡刑法典注释II》，第4页。冯·韦希特尔，《通用法》第248页；海贝林（*Haebelin*），《新德国刑法典中的刑法原则》，莱比锡，1845年，前言部分。

国家如何依法行使其基于刑法的权利的理论（刑事程序）^①，是程序法的主要内容，且只是由于教学需要才与刑法本身产生联系^②。

§5

德国通用刑法的渊源主要有：I. 刑法哲学，但以刑法哲学在其适用中未受到制定法的限制为限；II. 当时的德意志帝国的成文刑法；属于该范畴的有：A. 被引入德国的外国法律，如罗马法^③和卡罗兰娜法^④，B. 本国的法律，如1532年的卡尔五世刑事法院条例^⑤

① 人们将这一部分不适当地称为实践科学。只有技巧规则可以成为所谓的实践科学的对象。因此，刑事法的实践部分一方由进行刑事侦察技术科学构成，另一方由已经审理的刑事案件的使用规则理论构成，属于后者的有鉴定—颁布技巧、档案科学以及类型等内容。

② 如同民事程序与民法的联系不多一样，刑事程序与刑法的联系同样不多，现在已经得到普遍的承认。参见阿贝格（Abegg）：《刑法学教科书》，§6。

③ 罗斯赫特（Rosshirt），“论罗马法为德国刑法的渊源”（N. Arch. Bd. XI. Nr. 1. 14）。参见下文§5a。

④ C. A. 蒂特曼（C. A. Tüttmann）的博士论文，de acuis auctoritatis juris canonici in jure criminali Germanico，莱比锡，1798年。

⑤ J. 科赫（J. Koch）的新的版本《卡尔五世皇帝刑事法院条例》，吉森，1816年。当时共有三个死罪法院条例，即卡尔五世刑事法院条例、班贝格死罪法院条例和勃兰登堡死罪法院条例，它们分别于1533年、1507年和1516年颁布。1. 关于卡尔五世刑事法院条例立法起因及其产生，参见托马休斯（Thomasius）的博士论文 de occasione, conceptione ac intentione CCC. Hal. 1711。J. 霍里克斯（J. Horix）：《卡尔五世刑事法院条例产生的真实背景》，美因茨，1757年。Fr. 马尔布兰克（Fr. Malblank）：《卡尔五世刑事法院条例的产生及其在当代的命运》，纽伦堡，1783年。2. 关于其作者及其基本情况，参见罗斯赫特：《施瓦岑贝格与班贝格刑事法院条例和卡罗兰娜刑事法院条例的关系》，载 N. Arch. IX. Nr. 10。3. 关于其他的渊源，参见下文§5c。4. 关于其目的、精神及其缺陷，参见泽姆勒（Semler）：《刑事法院条例的内在价值》，载哈格曼和京特（Hagemann und Guenthere）的 Archiv. I. Th. Nr. 13。5. 关于刑事法院条例的原始版本，参见 C. F. 瓦尔希（C. F. Walch）：pr. De CCC. Editione authentica，耶拿，1785年，以及科赫（Koch）在该版本中的前言，伯默尔（Boehmer）：《刑事法院条例的原始版本》，哥廷根，1818年。罗斯赫特（Rosshirt）：《罗马法及罗马德国刑法的文集》，海德堡，1820年，第1卷。6. 关于刑事法院条例的译文从略。

和其他帝国法律^①。

§5a (出版者增补)

罗马刑法史表明，各个民族的刑法具有一个相同的发展过程，即刑法的观点与一个民族的习惯有关，与公民自由的命运和政治状况联系在一起，尤其是如何从起初建立的对被害人的赔偿制度过渡到刑法制度，市民社会因秩序受到破坏而向犯罪人要求赔偿，或者以全体市民的名义对犯罪人进行处罚，通过处罚保护被处罚者免受被害人或者其亲属的报复，后来，刑罚被作为实现安全和秩序目的的一种手段，最后，在道德特征和公正的要求之间，刑罚被认为更多地具有前者的特征。罗马刑法史^②无处不表明刑罚与罗马国家的政治关系、刑罚与制度的内在联系。根据旧刑罚观，它实际是一种痛苦，刑罚的目的是追求更高的世界秩序，以及基于政党之争和共和时期人民反对官吏权力过大的态度所表明的政治观点，刑罚的这种目的对晚近罗马刑法均有影响。这种影响主要表现在：

I. 即使在旧的渊源中，也并不能提供具有说服力的罗马人血亲复仇^③的证据，但人们倒是在旧法中发现了承认私自复仇^④

① 格斯特拉赫尔 (*Gerstlacher*): 《德意志帝国法律手册》XI., 第2部分, 第2943页及以下几页。

② 关于罗马刑法史, 即使这里提及的某些文献首先论及罗马的刑事程序, 但由于其刑事程序与罗马刑法的内在联系, 无不同样属于罗马刑法史的范畴。

③ 关于血亲复仇, 参见埃尔施和格鲁贝尔 (*Etsch und Gruber*) 载于《百科全书》中的文章。马蒂乌斯 (*Martius*): 《巴西土著居民的法律地位》, 慕尼黑, 1832年, 第73页。新编《刑法档案》, 1835年, 第464页。托宾 (*Tobien*): 《古老俄罗斯法中的血亲复仇》, 参见其《古老民族的血亲复仇》, 1840年。

④ 关于私自复仇, 参见罗斯赫特 (*Rosshirt*) 在《刑法档案》XI., 第11页, 《刑罚的历史和制度》II., 第181页; 盖布 (*Geib*): 《历史》, 第16页; 科斯特林: 《谋杀论》, 第21页; 赖因 (*Rein*): 《罗马人的刑法》, 第36页。

的许多痕迹，以及刑罚是对被害人的赔偿的观点^①。

II. 人们注意到，早期并没有根据政治关系的影响^②对某些特定的犯罪种类进行严格的划分，以至于为每一种犯罪设立独立的法庭和进行独立的诉讼。许多犯罪具有模糊的表述，如谋杀亲属^③。

III. 即使不能证明整个罗马刑法具有神权政治色彩^④，但认为神灵因特定的犯罪受到亵渎的观点^⑤随处可见：神灵对犯罪充满了愤怒^⑥，通过惩罚一定能宽慰神灵。神圣的法律（*Leges sacratae*）^⑦和神圣的处罚方式（*Strafformel sacer esto*）^⑧表明了这一点。

IV. 在早期罗马法渊源中，家罚已经非常普遍^⑨。

V. 认为命运的影响导致恶劣结果的发生，因此，对已经发生的这种结果给予处罚的观点十分明显^⑩。

VI. 在共和政体时期，因政治观点的变化，尤其是因共和政体的影响，从而形成了一些新的刑法思想：重视市民阶层^⑪，以

① 阿贝格（*Abegg*）：《刑法研究》，第126页；罗斯赫特：《刑法档案》XI.，第12页；赖因（*Rein*）：《罗马人的刑法》，第37页。

② 鲁比诺（*Rubino*）：《罗马宪法概要》，卡塞尔，1839年，第490页。韦尼格尔（*Woeniger*）：《宗教法和挑衅者》，莱比锡，1843年，第262页。

③ 奥森布吕根（*Osenbruegen*）：《亲属谋杀者》，第1~39页。

④ 参见韦尔克（*Welker*）：《法律、国家和刑罚》，第536页。参见阿贝格的博士论文，第44页。

⑤ 赖因：《罗马人的刑法》，第10页。

⑥ 关于罗马神话里的复仇女神的迫害，参见 *Plantner* p. 22。

⑦ 赖因：《罗马人的刑法》第26页。*De Jonghe* I. p. 34；鲁比诺（*Rubino*）第475页。

⑧ 奥森布吕根：第31页，普兰特纳 *Plantner* p. 26。

⑨ 迪克森（*Dirksen*）：第231页。赖因：《罗马人的刑法》，第43页§5。

⑩ 卢登（*Luden*）：《论犯罪未遂》，第58页、第74页。参见科斯特林（*Koestlin*）：《刑法基本概念的修订》，第56页。

⑪ 贝塞雷尔（*Besserer*）的博士论文第35页、第40页（*Diss. L. c. p. 35, 40*）。

及与重视市民阶层相联系的将某人排除于社会之外 (aqua et ignis interdictio)^① 和自愿的流放^②。

VII. 一方面废除与新的、得到承认的刑法观相矛盾的刑罚, 另一方面旧有的刑罚在适用于具体的犯罪人时因宽仁 (clementia) 而予以从轻^③, 已经成为主要的发展方向, 防止官员滥用权力的瓦莱利亚法 (leges Valeriae, 这里的 Valeriae 应当是罗马人的名字, 译注)^④ 便是很好的证明。

VIII. 除了习惯法以外, 逐渐形成的法律^⑤已经具备了对特定犯罪适用得到改善的刑罚制度, 同时规定由特定的法院对这些犯罪进行管辖并规定了相应的诉讼程序。

IX. 对于一些具体的犯罪行为, 刑罚制度又表现出不同的观点, 其原因是要看案件是由白人群众 (Comitiis centuriatis) 审理还是由部族群众 (Comitiis tributis) 审理^⑥, 或者看案件是否属于永恒的问题 (quaestiones perpetuae)^⑦。

X. 刑法审查制度对弥补刑法漏洞具有广泛的影响力^⑧。

XI. 在具体的已经颁布的法律中^⑨, 均或多或少地反映了政治关系对其的影响。

① 迈斯特 (Meister): 《刑事案件的判决》, 第 473 页; 参贝塞雷尔的博士论文第 39 页; 赖因: 《罗马人的刑法》, 第 479 页。

② 参见: Laboulaye essai p. 142。

③ 沃尼格尔 (Woeniger): 《宗教法》, 第 274 页。

④ Laboulaye essai p. 87。

⑤ 赖因: 《罗马人的刑法》第 64 页。

⑥ 贝塞雷尔: de indole jur. crim. Roman. Fascic. II., pp. 19 - 26。罗斯赫特 (Rosshirt): 《刑法的发展》, 第 35 页。比恩鲍姆 (Birnbaum): 载《刑法档案》XIII., 第 558 页。

⑦ 参见本人的 (指米特迈尔本人)《刑事诉讼》I., 第 59 页。

⑧ 雅尔克 (Jarke): 《论刑法审查》, 波恩, 1824 年; Laboulaye essai p. 65。

⑨ 关于具体法律的内容, 请常见 Laboulaye essai p. 192。罗斯赫特, 载《刑法档案》XI., 第 339 页。

XII. 在解释显然经常矛盾的观点时需要注意的一点是，在罗马从来没有存在过一个已经完成的立法，就是对那些与社会犯罪不同的被视为私人犯罪^①的行为，同样存在着很大的争论。

XIII. 关于晚期的罗马法，尤其值得注意的是所谓的主观论占据统治地位这一现象^②。

XIV. 关于皇帝时代的刑法，下列各点被认为具有深远影响：
 a. 共和观念的衰落，人民法庭的逐渐消亡^③，由个别皇帝驾馭的恐怖政府规定和适用令人恐怖的刑罚种类，且刑法立法越来越受到威慑原则的控制等司空见惯；
 b. 在共和政体晚期的异常判决^④中出现的现象还在不断地增多，所有的法院都在逐渐变得不正常，曾经只被作为针对私人的犯罪（Privatdelikt, Privatvergehen）加以处罚的行为越来越多地受到宗教裁判^⑤。因此，法律的旧有意义丧失殆尽，法官依法从轻处罚，以及根据案件的具体情况进行处罚的自由度越来越大^⑥；
 c. 此间形成了对古典法学家具有重要影响的刑法的某些基本原则；
 d. 基督教对刑法的影响越来越大；
 e. 在当时的法规汇编（Justinians Sammlung）中出现的刑法^⑦，关于刑法的各种言论集，以及旧法中关于修改权利的规定、具体的章程、命令等，并不能被视为较新意义上的刑法典；

① 科斯特林：《刑法基本概念修订》I.，第60~67页。

② 关于出现这种现象的原因有着完全不同的观点。冯·卢登：《犯罪未遂》，第72页；福腾豪尔（Pfortenhauer）：《事实错误的影响》，I，第124页。科斯特林：《刑法概念的修订》，第87页。

③ L. 8. D. de publ. judic. Lpatner quaest. p. 168；盖布（Geib）：《历史》，第403页；赖因：《罗马人的刑法》第68页；关于旧的刑罚种类，参见席林（Schilling）：《评胡戈的法律史观》，第389页。

④ 参见普兰特纳 Plantner p. 90。本人的（指米特迈尔本人——译者，下同）的《刑事诉讼》I.，第60页、第75页。

⑤ L. ult. D. de furtis.

⑥ 盖布，第637页、第660页。

⑦ 罗斯赫特：《刑法的发展》，第95页。



f. 罗马法并未形成一个贯穿始终的基本原则^①。

§5b (出版者增补)

宗教法因下列各项对刑法的形成产生诸多影响^②:

I. 有了宗教法中先前形成的作为和解方式之一的刑罚观, 行为人因其犯罪行为被视为犯法者^③;

II. 某些生硬的观点和不符合目的的制度被摒弃, 同时认为刑罚的目的应当在于矫正和净化犯罪人的心灵的观点已经形成^④;

III. 宗教刑法的一贯基本思想是, 在自愿受辱情况下, 犯罪人表明其悔罪, 这就寻找到一个避免有罪之人再次受到处罚的方法, 同时也表明了忏悔(认罪)的重要性, 通过忏悔, 忏悔者和被宽恕者将不会受到死刑或者其他世俗刑罚的处罚^⑤;

IV. 宗教刑法认识到揭露犯罪行为所表明的内在的使人堕落的思想, 因此, 在对犯罪进行处罚前, 教会会对这一思想进行评价, 由此而产生关于归责和裁量刑罚的较好的观点。

^① 关于罗马法渊源的不同刑法观, 参见阿贝格 (Abbe): 《不同的刑法理论》, 第 77 ~ 97 页; 赖因: 《罗马人的刑法》第 80 页; 等等。

^② 雅尔克: 《刑法手册》 I., § 9. 阿贝格: 《不同的刑法理论》, 第 67 页、第 105 页。罗斯赫特 (Rosshirt): 《德国刑法的历史和体系》 I., 第 172 页; 维尔达 (Wilda): 《日耳曼刑法》, 第 525 页。

^③ 默尔 (Moehl): 《论刑罚目的》, 第 53 页。关于教会刑罚的精神, 参见 Cavallari instit. Juris canon. Valentiae 1834, II. p. 363; 参见迈尔 (Meier): 第 30 页; 关于教会刑罚的本质, 参见里希特 (Richter): 《宗教法教科书》, § 198; 裴尔马耐德 (Permaneder): 《宗教法手册》 I., 第 134 页。

^④ 犯罪人应当将其改变了的思想予以表露。参见维尔达: 《日耳曼刑法》, 第 531 页。

^⑤ 参见罗森芬格 (Rosenvinge): 载法尔克 (Falk): 《历史档案》, 基尔, 1845 年, 第四卷, 第 149 页。

V. 教会刑法的观点在很大程度上对德国刑法产生了影响^①；

VI. 在适用宗教规定的时候必须注意，有的条款是否仅涉及宗教犯罪，或者仅涉及一般犯罪，或者仅涉及由宗教法庭审理的世俗犯罪^②。被适用的刑罚种类的不同以及科处刑罚的倾向因此而得到了解释。

§5c (出版者增补)

德国刑法的历史^③告诉我们，市民社会的需要是如何逐渐且缓慢地形成刑法的。血亲复仇的原始制度^④因为习俗早就受到限制^⑤，为了复仇，改为向受害人或者其亲属支付罚款^⑥ (compositio, Busse)，被害人死亡的，则支付赔偿金^⑦ (fredum, Suehngeld)。流放^⑧和收容^⑨被认为是防止复仇的措施。与责任人不得强迫被害人接受罚款，强迫受害人满足于罚款的习惯^⑩相比，这

① 维尔达：《日耳曼刑法》，第 525 页。卢登 (Luden)：《手册》I.，第 120 页。

② 艾希霍恩 (Eichhorn)：《教会刑法的基本思想》II.，第 67 ~ 130 页。瓦尔特 (Walter)：《教会法教科书》，第 273 页。

③ 参见 § 6 的有关注释。参见蒂特曼：《德国刑法的精神》，莱比锡 1832 年；冯·沃林根 (v. Woringen)：《德国刑法史文稿》，柏林，1836 年；罗斯赫特：《德国刑法的历史和体系》III.，斯图加特，1838 ~ 1839 年；维尔达：《日耳曼刑法》，哈勒，1842 年。

④ 关于冰岛的血亲复仇，参见甘斯 (Gans)：《继承法》IV.，第 506 页。

⑤ 尤其参见维尔达：《日耳曼刑法》，第 160 页、第 162 页。

⑥ 冯·沃林根 (v. Woringen)：《德国刑法史文稿》，第 65 页；高普 (Gaupp)：《图林根人的古老法律》，第 362 页；维尔达：第 316 页。

⑦ 格林 (Grimm)：《法律习俗》，第 646 页；冯·沃林根：《德国刑法史文稿》，第 905 页；魏茨 (Waitz)：《法兰克人的古老法律》，第 192 页。

⑧ Pardessus loi salique p. 656.

⑨ 收容常常被错误地理解为对无可罚性的庇护。正确的观点参见维尔达：《日耳曼刑法》，第 537 页，《德国法杂志》III.，第 327 页。里希特：《教会法教科书》，§ 212。

⑩ 这种习惯在撒利安法 (lex Salic) 中仍然有反映。

已经是很大的进步了^①。国家刑罚的概念经历了一个缓慢的发展过程^②；对被害人的补偿是最为重要的事情，这并不是想证明，日尔曼人很早以前就有这样的观念，即已经从犯罪中看到了罪恶的意志和责任^③。日尔曼人的法律著作表明，由于受到罗马法的影响以及部落形成阶段的不同，人们的刑法观相应地存在差异^④。教会^⑤在早期曾在防止复仇和传播正确观念方面起到了积极作用^⑥，尽管正确的观念与复仇风俗的斗争随处可见。在中世纪，变革旧有观点越广泛，国家权力的行使越多，则维护和平秩序，以国家利益的名义处罚那些被视为破坏和平秩序的犯罪的观点的形成和发展就越快^⑦。这一风俗导致人们引进了许多和平措施^⑧。根植于民众之中的血亲复仇仍然继续存在了很长时间，人们只是偏爱向家庭收买下复仇的措施。由于刑法（刑罚法）规定有最严厉的刑罚并具有威慑的思想，因此通过允许有罪者公开

① *Pardessus loi salique* p. 651；参见魏茨：《法兰克人的古老法律》，第186页。

② 维尔达：《日耳曼刑法》，第484页。

③ 参见维尔达：《日耳曼刑法》，第149页。特鲁默（*Trummer*）在其《关于刑讯逼供的报告》II，第345页、第393页的观点是正确的。

④ *Lex Wisigothor*（法律名称）清楚地表明了人们刑罚观形成的痕迹。批评意见：《外国立法杂志》II，第353页。伦布可（*Lembke*）：《西班牙史》I，第222页。

⑤ 关于“人祭”，参见明特尔（*Muenter*）：《引入基督教的历史》，第136页；等等。

⑥ *Calon de prisco jure servorum* p. 166。罗伊茨（*Reutz*）：《俄罗斯法律观的形成史》I，第65~194页。

⑦ 参见维尔达：《日耳曼刑法》，第224页。尤其在城市有这样一种观点，即严厉的刑法是尤其必要的。参见布伦奇利（*Bluntschli*）：《法的历史》I，第240页；多南特（*Donandt*）：《不莱梅城市法的历史》II，第288页及以下几页。关于古老的城市刑法，参见冯·维特（*v. Wuerth*）：载《奥地利法学家杂志》，1846年，第276页；等等。

⑧ 关于此点，瑞士的法规非常富有启发意义，参见绍贝克（*Schauberg*）：《未印刷的瑞士法律渊源杂志》I，第21~33页，布卢默尔（*Blumer*）：《德国法杂志》IX，第297页。

忏悔来摆脱复仇措施，应当可以平息公众的怒气^①。朝圣、公开忏悔和捐赠表明了有罪者赎罪的思想^②。因此，古老的刑法仍然是建立在考虑外在结果的原则之上，而这些原则并不含有后来发展起来的负责原则的内容^③。意大利的法律形成对刑法发展具有重要影响。意大利城市很早就有了关于刑法内容的全面的法规^④，罗马法的影响，尤其是关于责任的较好的观点的传播，对意大利刑法法规的影响较大；而基于罗马法和日尔曼法观点融合形成了自己的习惯法。这些观点被传到中世纪意大利法学家的著作中^⑤，这些法学家已经开始对刑法进行科学的研究，他们了解罗马法，已经大量援引构成罗马法的一般习俗（*consuetudo generalis*）^⑥。这些作者们的观点后来逐渐影响到德国的司法实践。滥用帝国阶层^⑦的诉讼导致了刑事法院条例的颁布。某些帝国邦国

① 对此宗教观在起作用。参见维尔达：《日耳曼刑法》，第314页。

② 参见Cannaert的古老文献，第79页、第69页、第173页。

③ 参见特鲁默（Trummer）：《文集》，第395页。关于正当防卫判罚的严厉程度，参见特鲁默：《文集》，第430页，关于仍然受到这一观点的影响情况，参见法尔克（Falk）：《石勒苏一格—荷尔斯泰因法律手册》，Ⅲ.，第766页、第779页注释11。

④ 这些法规的最为重要的内容收录于两卷本的 *Monumenta historiae patriae*, Taurin, 1838。在Pisa, Mantua, Verona, 甚至已经有了详尽的规定。参见罗斯赫特：《德国刑法的历史和体系》I，第34页以及本人的德国法院的刑事诉讼。

⑤ 如Candinus, Angelus, Arretinus, Bonifacius等人的著作。参见比纳（Biener）：《纠问式诉讼的历史》，第93页、第106页；罗斯赫特：《德国刑法的历史和体系》I.，第208页以及本人的《刑事诉讼》I.，第76页注释7。

⑥ *Ulloa delle vicissitudini e del progresso del diritto penale in Italia*. Napol. 1837.，1843年出了新的版本。还请参见卢登：《手册》I.，第126页。

⑦ 帝国阶层，德文是Reichsstaende，是指1806年以前直属于德意志帝国、并在帝国议会中占有席位的特权阶层——译者注。

如马克西米利安立法^①和大公国奥地利的有关立法^②，是帝国阶层和卡尔五世刑事法院条例的起草者心中重大的任务；而班贝格法和卡尔五世刑事法院条例^③得以优先问世，与后者的作者施瓦岑贝格在帝国政府中具有相当的影响力不无关系。该法律并不是近代意义上的内容全面的法典，含有大量的习惯法^④和罗马法^⑤的内容，正如关于法院习惯^⑥的规定所表明的那样，如法律专家提出的有关建议，诸如有利于法律的继续发展，预防已经蔓延的法律滥用，提出特定的已经被当时的科学的实践家们^⑦所认可的规则，给予法官适用特定刑罚的自由裁量权等^⑧。因此，要想正

① 关于蒂罗尔和拉多尔夫采尔 (*Tyrol u. Radolphzell*) 的立法，参见《刑法新档案》IX.，第41页和收录于孙克 (*Schunk*):《年鉴》第24卷第3册，第310页中的文章。阿贝格:《刑法档案新序列》II.，第18页；等等。

② 1514年8月21日，后又由《奥地利法律杂志》翻印，1844年，第372页。

③ 策普夫 (*Zoepf*):《古老的班贝格法》，第165页；罗斯赫特:《德国刑法的历史和体系》I.，第241页。

④ 关于卡尔五世刑事法院条例的渊源，参见比恩鲍姆 (*Birnbaum*):《刑法档案》XII.，第414页。*Waechter*: *ad histor constitut. crim.* Lips. 1835。赫尔曼 (*Herrman*):《萨克森刑法典评述》，第32页。关于由 *Gerstaerker* 提出的西班牙的 *Ketzerinquisition* 也是卡尔五世刑事法院条例的渊源之一的观点，参见弗莱 (*Frey*) 的博士论文，第53页；比纳:《文稿》，第131页。

⑤ 《刑法新档案》IX.，第56页和XII.，第443页。不同意见:韦希特尔 (*Waechter*):《刑法档案新序列》I.，第85页和比恩鲍姆，《刑法档案》II. Bd. Nr. V。冯·韦希特尔，载《刑法档案》，1836年，第115页。

⑥ 关于卡尔五世刑事法院条例第104条和第105条请比较班贝格法第125条。参见霍法克 (*Hofacker*) 在《刑法档案》V.，第18页和比恩鲍姆在《刑法档案》XIII.，第591页的论述。冯·韦希特尔:《德国通用法》，莱比锡，1841年，第29页。

⑦ 这里重要的文献有 *J. Clarus* 的著作。此外参见比纳:《文集》，第112页。

⑧ 冯·韦希特尔:《德国通用法》，莱比锡，1841年，第118页。罗斯赫特:《关于罗马法和刑法的文集》，第129页；蒂特曼 (*Tittmann*):《论刑法的科学探讨》，第247页。

确解释当时的法律，了解当时的法律是极其重要的先决条件^①。对于认识和了解班贝格法来说，纠正（correctorium）是具有教益的。在十六世纪的几乎所有刑事法规中，无不充满血亲复仇的陈旧观点与通过严厉的身体刑来进行威慑的制度的争论^②。刑法科学只是缓慢地与卡尔五世刑事法院条例发生联系^③，而司法实践的从轻处罚在当时已经是一种趋势^④。

§5d (出版者增补)

如果说各邦国在十六世纪、十七世纪的刑法立法还受到报应思想决定的话^⑤，那么，十八世纪末的刑法立法至少已经知道，应当消除卡罗林娜法中的严厉刑罚，应当给法官提供尽可能详细的规定，而且还应当对具体犯罪的犯罪构成作出规定。刑法科学越是往前发展，人们就越尝试使得法典系统化和全面化，刑法的一些基本原则对法典的起草者产生了影响，因此，这些原则在法典中一般都有规定^⑥。费尔巴哈反对温和的司法实践，他认为温和的实践有损成文法的形象，同时他还无视通用法的意义^⑦。因此，费尔巴哈的理论谨小慎微地致力于排除法官擅断的危险。如此一

① 例如纽伦堡城市法，1498年的沃姆泽（Wormser）改革，1520年的弗赖堡城市法，等等。参见罗斯赫特：《德国刑法的历史和体系》I.，第221页；策普夫：《古老的班贝格法》，第173页。关于卡尔五世刑事法院条例的渊源，参见韦希特尔：《德国通用法》，莱比锡，1841年，第39~41页。

② 参见霍巴赫（Hobbach）：《刑法档案》，1844年，第233页；盖布（Geib）：《刑法档案》，1845年，第105页和第173页。

③ 韦希特尔：《德国通用法》，莱比锡，1841年，第71页。

④ 同上，1841年，第122~126页。

⑤ 同上，1841年，第144页。关于十八世纪中叶以后的刑法发展情况，见Gockinga de doctrin. jur. crim. Increment. Inde a saeculo XVII. Groning, 1820年；等等。

⑥ 米特迈尔：《刑法教科书和法典中的基本错误》，波恩，1819年。米特迈尔：《论德国刑法立法的最新情况》，海德堡，1825年。

⑦ 韦希特尔：《德国通用法》，莱比锡，第134页。参见米特迈尔：“关于十八世纪初刑法立法的状况”，海德堡，1841年。

来，因其提出的威慑原则，刑法典的适用就变得过于严厉，而这种“过于严厉”只能通过经常性的赦免来加以修正。属于这类法律的有：I. 普鲁士法典^①；II. 奥地利刑法典^②；III. 巴伐利亚法典^③；IV. 法国刑法典^④；V. 以巴伐利亚法典为蓝本制定的但是有许多改进的奥登堡法典^⑤。由于看到了上述法律的不足之处，因此人们进行了新的立法工作：I. 起草新的巴伐利亚刑法典草案^⑥；II. 制定苏黎世刑法典^⑦；III. 制定卢赛恩刑法典^⑧；

① 参见阿贝格 (Abegg): “试论普鲁士刑法立法和刑法的历史”，柏林，1835年；阿贝格:《不同的刑法理论》，诺伊斯塔特，1835年，第143页；特默 (Temme):《普鲁士刑法手册》，莱比锡，1837年；等。

② 参见1803年《奥地利刑法典》。较好的文献还有耶努尔 (Jenull):《奥地利刑法典，原则和精神》，1807年第1版，1820年第2版。还有很多很好的论文载于下列杂志中，如《奥地利立法和法学杂志》，维也纳，自1825年起每年出版12期；《法学家杂志》，由维尔德纳 (Wildner) 出版，每年出版4期。奥地利刑法典的新版本及其注释参见:《刑法典及相关法规》，维也纳，1839年；毛赫尔 (Maucher):《奥地利刑法手册》，维也纳，1844年。关于奥地利刑法立法的精神和发展，参见本人的著作:《刑法立法》I.，第11页和II.，第81页。

③ 参见1813年刑法典，还有重要的官方注释。其间还颁布了一个重要的单行刑法 (关于盗窃)，时间是1816年3月25日。与刑法典有关的单行刑法汇编，参见由施皮斯 (Spiess) 编著的《关于刑法典的增补和规定》，班贝格，1834年，以及许多很好的论文。

④ 法国1810年刑法典是在1790年和1791年法典的基础上修订而成的。关于法国刑法立法的发展，参见本人的著作:《刑法立法》I.，第108页和II.，第259页。

⑤ 参见1814年的奥登堡刑法典。在增加某些条款后，1837年又出版了该法律的新的版本。

⑥ 1822年刑法典草案。有关该草案可参见宾德尔 (Binder):“关于纽伦堡草案的说明”，1824年；韦尔默 (Wellmer):“关于刑法典草案的说明”，苏尔茨巴赫，1824年；冯·根纳 (v. Goenner):“巴伐利亚刑法草案的立法动机”，慕尼黑，1825年；等等。

⑦ 1835年的刑法典，参见《刑法档案新序列》，1835年，第422页。

⑧ 1836年的刑法典。

IV. 制定巴塞尔刑法定^①； V. 起草 Graubunden 刑法定草案^②； VI. 法国刑法定经过修订形成了法国 1828 年 4 月 28 日的刑法定^③； VII. 一个类似的修订形成了荷兰王国的刑法定^④； VIII. 比利时刑法定草案^⑤； IX. 以法国刑法定为蓝本制定（但有相当多的修改完善的）意大利刑法定：适用于那不勒斯^⑥、帕尔马^⑦、梵蒂冈^⑧；独立适用于撒丁岛^⑨； X. 具有法国刑法定和巴伐利亚刑法定身影的希腊刑法定^⑩。

以下法典是以在较大程度上使得刑法定简单化和扩大法官裁量权的努力为基础的^⑪： I. 萨克森王国刑法定^⑫； II. 魏玛大公

① 1839 年刑法定。1846 年又颁布了经过某些修订和具体化了的法典。

② 1825 年刑法定草案，1829 年修订。该刑法定草案被当做刑法定本身广泛地用于司法实践。

③ 对此参见：*Chauveau Code progress. Comment. Sur la loi modific. Paris 1832*。拉加米特（*Lagarmitte*）：《外国立法杂志》IV. nr. 19；关于 1832 年新的刑法定颁布后的经验，参见本人的著作 I.，第 108 页；II.，第 249 页。

④ 1827 年刑法定。对此可参见米特迈尔在《刑法档案》X. nr. 5 und Verhandl. In Voorduin Geschiedeniss en beginselen der Nederland. Wetboeken I p. 323。关于后来的立法情况参见本人的著作 II.，第 283 页；等等。

⑤ *Projet de revision von 1834 und dazu ein auch fuer vergleichende Gesetzgebung wichtiges Werk von Haus observations sur le projet de revision du Code penal. Gand. 1836*。

⑥ *Codice penale del regno delle due Sicilie (von 1819)*；auch franzoes. In Foucher collection des lois modernes. Paris 1836，等等。

⑦ *Codice penale per gli stati di Parma. Parma 1820*。

⑧ *Regolamento sui delitti. Roma 1832*。参见《外国立法杂志》VI.，第 80 页。

⑨ 1839 年 10 月 26 日的刑法定。

⑩ 1833 年 12 月 30 日的希腊刑法定。

⑪ 关于对立法者的要求，参见作者本人在柏林《年鉴》1836 年 Nr. 21 - 23 中的论述和在《刑法档案新序列》，1836 年 Nr. 15. 22. 中的文章，还有本人的著作 I.，第 7 页；II.，第 17 页。关于新法典的修订，参见基德卡（*Kühka*）：《论制定新法典的程序》，布林，1838 年，以及我本人的 I.，第 245 页。

⑫ 参见本人在《刑法档案新序列》，1836 年第 15 期、第 22 期以及 1838 年上的文章。赫尔曼：《对萨克森刑法草案的评价》，莱比锡，1836 年。福格尔（*Vogel*）：《萨克森刑法草案评注》，莱比锡，1837 年；等等。



国、阿尔腾堡和迈宁根刑法典^①；Ⅲ. 符腾堡刑法典^②；Ⅳ. 挪威刑法典^③；Ⅴ. 普鲁士刑法典草案^④；Ⅵ. 不伦瑞克刑法典^⑤；Ⅶ. 汉诺威刑法典^⑥；Ⅷ. 沃特兰（瑞士现在的沃州）刑法典^⑦；Ⅸ. 图尔高刑法典^⑧；Ⅹ. 黑森大公国刑法典^⑨；Ⅺ. 巴登大公国刑法典^⑩；Ⅻ. 匈牙利刑法草案^⑪。

因其自身所特有的发展因而受到尊重的有：Ⅰ. 1823 年的西

① 是指 1839 年 4 月 6 日的刑法典。

② 参见本人在《刑法档案新序列》1837 年第 13 期上的文章；阿贝格：《符腾堡刑法草案评论文集》，诺伊斯塔特，1836 年；克纳普（Knapp）：《关于刑法草案的讨论》，斯图加特，1836 年；等等。

③ 该草案于 1835 年颁布，并附有详细的立法说明。阿贝格：《评挪威刑法草案》，诺伊斯塔特，1836 年；关于 1842 年 8 月 20 日的刑法典，参见本人在《外国的立法杂志》XVI.，第 89 页上的报告。

④ 该草案于 1843 年颁布，随后引发很多批评，尤其受到施瓦策（Schwarze）的批评，哈勒，1843 年。特默（Temmo）：《关于刑法草案的评论》，柏林，1843 年；阿贝格：“关于刑法草案的批判性思考”，1844 年；等等。

⑤ 指 1840 年 7 月 10 日的不伦瑞克刑法典，参见相关评论。该法典还被利帕河—德特莫尔德地区接受。

⑥ 指 1840 年 8 月 8 日的刑法典。该法典的注释参见莱昂哈德（Leonhardt）：《评注》Ⅰ.，汉诺威，1846 年；冯·博特默（v. Bothmer）：《汉诺威刑法和刑事诉讼法领域的评论和论文》Ⅰ.，1843 年；关于经验教训参见本人的著作，Ⅰ.，第 93 页；Ⅱ.，第 144 页。米特迈尔：《德国刑法立法最新状况》，海德堡，1825 年；甘斯（Gans）：《汉诺威刑法典草案评注》，策勒，1827 年，1828 年，第 2 卷；等等。

⑦ 指 1843 年 2 月 18 日的刑法典。参见本人的著作，Ⅱ.，第 203 页。

⑧ 指 1841 年 8 月 19 日的刑法典。参见本人的著作，Ⅱ.，第 154 页。

⑨ 指 1841 年 9 月 17 日的刑法典。参见布赖登巴赫（Breidenbach）：《刑法典评注》，达姆施塔特，1842 年，第 2 卷。

⑩ 指 1839 年的刑法草案。参见德默：《德国刑事司法编年史》Ⅰ.，第 1 页；Ⅳ.，第 212 页，以及《刑法档案新序列》，1837 年第 12 期和 1838 年第 10 期中的文章。关于该立法的过程及其精神，参见本人的著作Ⅰ.，第 82 页，Ⅱ.，第 162 页。

⑪ 指 1843 年的刑法典。参见本人的著作Ⅱ.，第 217 页。

班牙刑法典^①；II. 巴西刑法典^②；III. 英国刑法典^③；IV. 北美国家的数个刑法典^④；V. 印度刑法典草案^⑤；VI. 俄罗斯新刑法典^⑥。

卡罗林娜法典只在很少的几个邦国仍然具有效力^⑦。

§6

属于刑法的辅助知识的有：

I. 本来意义上的科学，其中，除了成文法外，主要有：

A. 哲学，包括 a. 心理学^⑧，b. 实用哲学，尤其是法哲学（自然法）^⑨，普通刑法^⑩，c. 刑事政策^⑪，尤其是与新的立法有关的刑事政策^⑫。

① 在 *Hudtwalker* 《刑法文集》第1卷中有该法典的节选。

② 指1830年刑法典。

③ 关于英国1828年前的立法特点，参见米特迈尔（*Mittermaier*）在《外国立法杂志》，第1卷第2期和第11期；第8卷第5期中的文章；等等。

④ 主要是以英国法基础制定，但是进行了大量的修订和完善。

⑤ *Penal Code prepared by the Indian law Commissioners. London 1838.*

⑥ 1845年8月15日颁布。

⑦ 《卡罗林娜法典》仅还适用于萨克森公国的Gotha, Coburg, Hildburghausen, Anhalt, Reuss等地，此外，《卡罗林娜法典》还适用于Kurbessen, Waldeck, Lippe, Bueckeberg, Mecklenburg, Holstein, Nassau, Hohenzollern-Sigmaringen und Hechingen, 以及在四个自由城市仍然适用卡罗林娜法典。

⑧ 费德尔（*Feder*）：《关于人的意志的研究》，哥廷根和莱姆戈，1785-1792年；施密特（*Schmidt*）：《经验心理学》，耶拿，1791年，1797年第2版；康德（*Kant*）：《实用主义的人类学》，1798年，1800年第2版；等等。

⑨ 关于自然法的优秀文献的了解以关于该科学的讲座为基础。

⑩ 恩格尔哈德（*Engelhard*）：《关于通用刑法的观点》，法兰克福和莱比锡，1756年；贝克（*Bergk*）：《刑法哲学》，迈森，1802年。察哈里埃（*Zachariae*）：《哲学刑法的基础知识》，莱比锡，1805年；等等。

⑪ 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》（*Beccaria dei delitti e delle pene. Napol. 1764.*），1766年第一个德译本，汉堡；1767年第二个德译本，乌尔姆。

⑫ 对较新的立法进行批判性介绍和比较研究。参见米特迈尔：《刑法教科书和刑法典中的基本错误》，波恩，1819年；米特迈尔：《德国刑法立法的最新状况》，海德堡，1825年；等等。

- B. 历史科学，尤其是 a. 产生现在有效之法律的国家史，
 b. 作为科学本身的在现在的德国有效的刑法的历史。
 C. 其他国家和民族的刑法科学和立法^①。
 D. 法医学^②。

II. 就语言而言，研究法律的渊源所不能或缺的语言知识首推拉丁语和古德语知识；而且对于古德语的法律谚语的了解，更有助于解释中世纪法律习惯^③。

§7

刑法文献的分类如下：I. 文献方面的辅助材料^④；II. 关于刑法渊源的评注^⑤；III. 体系（手册）^⑥；IV. 简编^⑦；V. 不同作者的内容庞杂的论文^⑧；VI. 同一个作者的不同论文；VII. 诡辩性质的著作^⑨。

① 尤其值得注意的是若干外国的立法，其中包括中国的大清新刑律；等等。

② 梅茨格 (J. D. Metzger): 《法医学的体系》，莱比锡，1805 年第 3 版；亨克 (A. Henke): 《法医学教科书》，柏林，1812 年，1837 年第 9 版，以及亨克关于法医学领域的论文；等等。

③ 艾森哈特 (J. Fr. Eisenhart): 《言语中的德国法律》，莱比锡，1792 年。

④ 格鲁贝尔 (J. S. Gruber): 《德国刑法藏书》，法兰克福、莱比锡，1788 年；等等。

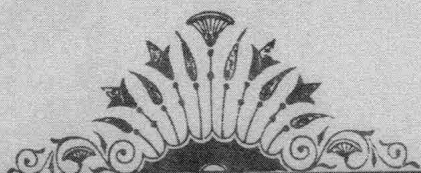
⑤ Anton Matthaei de criminalibus ad Libr. XI. VII. et XLVIII. und so weiter.

⑥ B. Carpzovii Practica nova rerum criminal. Cum obsere. J. S. Fr. Boehmeri. Tom. III. Francof. 1759. fol. und so weiter.

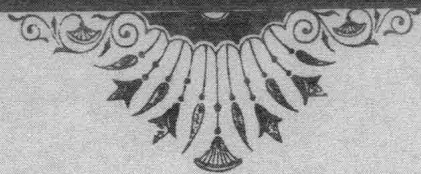
⑦ Chr. Fr. G. Meister princ. Jur. crim. German. Comm. . ed. 6ta. Goett. 1781. 8. und so weiter.

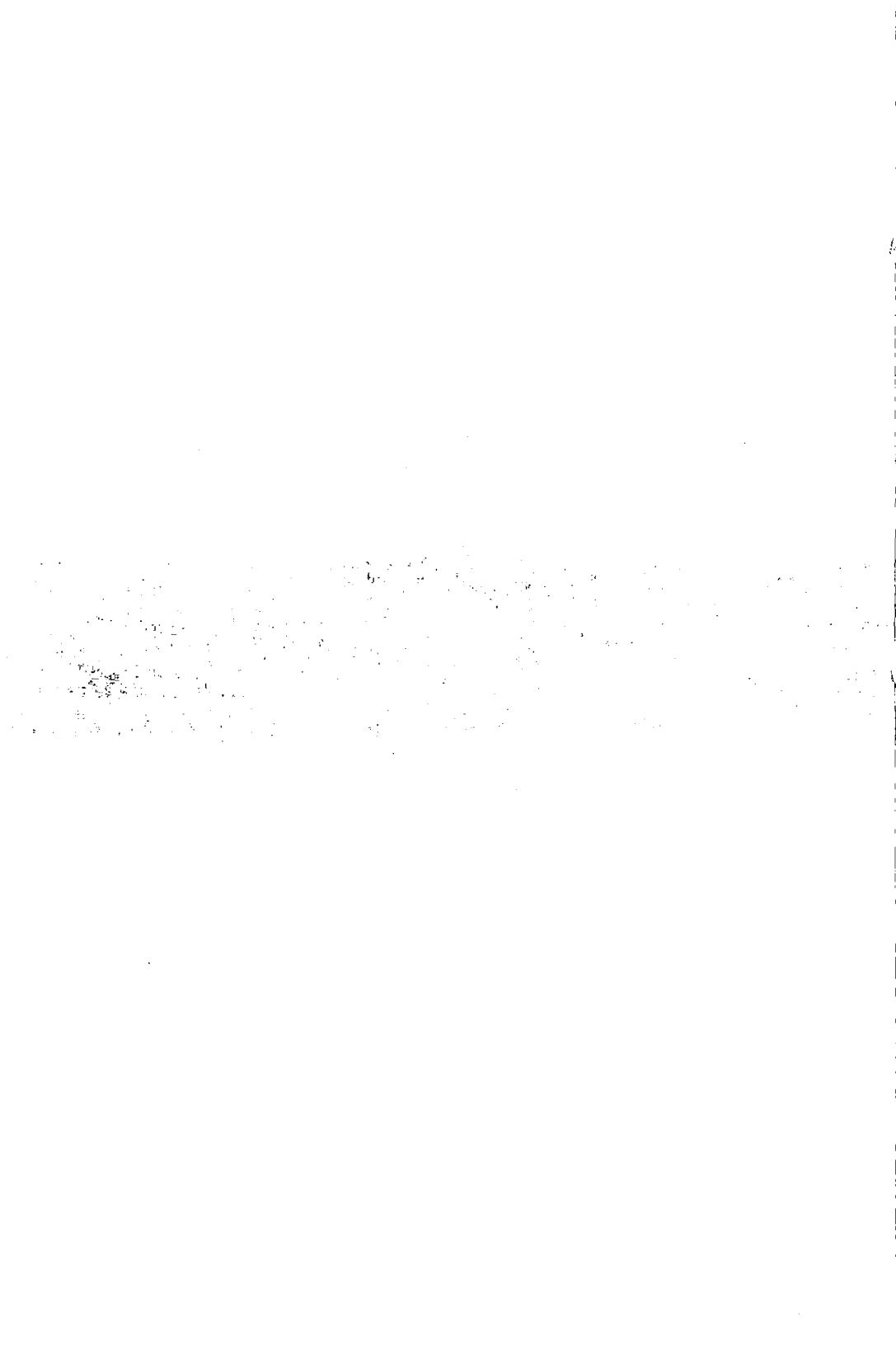
⑧ 普利特 (J. Fr. Plitt): 《刑法索引》，第 1 卷，法兰克福，1786 年，第 2 卷，1790 年；等等。

⑨ F. Chr. Harpprecht Responsa criminalia juridical. Tom. III. Tueb. 1701. fol. und so weiter.



第一编
刑法哲学或者总论





第一部 概论，刑法的最高原则

§7a (出版者增补)

关于构建刑法的尝试可以划分为以下几种类型^①：第一类是简单型，即将刑罚建立在某一原则之上，并通过这一原则证明刑罚的正确，同时，依据这一原则执行这些刑罚。第二类是混合型，要么是绝对刑法理论与相对刑法理论相结合，要么是将刑法建立在多种目的联合基础之上。这种类型具体又分为：1. 绝对的刑法理论，该理论并不证明刑罚本身的正确性，并不将刑罚建立在实现特定目的的方法和特点之上，只是由于发生了犯罪行为才证明刑罚具有体现公正的要求，2. 相对的刑法理论，该理论将刑罚理解为实现特定目的的方法，并因此证明刑罚的必要性及其适用是正当的。

绝对的刑法理论又可划分为：A. 作为均衡和报应的理论，

① 由于人们对绝对的刑法理论或者相对的刑法理论有这样的理解或者那样的完全不同的理解，所以刑法的分类可能是完全不同的。比如说，混合型理论的表述，可能就有不同的理解。而且，将刑法理论进行严格的划分本身就是十分困难的事情，因为各种理论彼此渗透，你中有我我中有你，各种理论的创立者自己也习惯于通过引入其他原则来消除自己所提原则在适用过程中可能出现的危险。还有像这样的表述：绝对刑法理论中的公正理论，相对刑法理论中的利益理论，都是不恰当的，因为相对刑法理论也想是公正的。参见鲍尔 (Bauer)：《刑法论文集》第1集，第27页，关于不同的刑法分类的内容。黑普 (Hepp)：《德国刑法体系》，II.，第2期；卢登：《刑法手册》I.，第31页、第55页。关于不同体系的论述和考察，除了费尔巴哈提及的文献外，在其他作者的著作中也有罗列，如 Vening de div. de fine poenar. Sentient. Groning. 1826 und so weiter。

又可细分为：a. 道德报应理论^①；b. 法律报应理论^②；c. 将刑罚视为恢复被破坏的和谐的方法的理论^③；d. 再报应理论，其特点是，刑罚是对与有责的恶尽可能相同的恶的回报^④；e. 赎罪理论^⑤，其特点是犯罪人对遭受其犯罪行为侵害的市民社会进行赔偿和赎罪；f. 不法无价值理论，该理论认为，由犯罪实施的不法无价值，必须根据其行为所表现出来的特殊意志来对待犯罪人，以恢复法秩序^⑥。B. 作为正义的理论，又可细分为：a. 正义理论，认为刑罚是绝对的道义上的责任所要求的，其裁量应当与正义的目的和首要的正义要求相适应^⑦；b. 正义理论，仅以纯粹的正义思想作为该理论的基础，认为与行为人的责任相适应的刑罚才是正义的刑罚^⑧；c. 神圣正义模仿理论，认为刑罚是对被犯罪行为侵害的神的秩序的恢复，刑罚造就了刑法的基本内容，同时刑罚还以建立国家法秩序为目的^⑨；d. 认为，在保障和维护国家法秩序中，刑罚是法基础，刑罚是维持秩序的方法，认为建立在正义基础之上的刑法是公正的，只有当国家的法秩序受到侵害时才能考虑刑罚的适用，并要求，给予犯罪人的刑罚必须与犯罪人的责任相适应，否则刑罚就是更大的恶^⑩，只有当根据国家的情

① 雅格布斯在其《哲学的法理论》如是说。

② 参见冯·博特默（v. Bothmer）：《论刑罚的概念》，柏林，1806年。

③ 参见萨维尼（v. Savigny）：《罗马法体系》I.，第26页。

④ 也即反坐理论（Talionstheorie）。

⑤ 布罗格利公爵（Herzog von Broglie）在 *Révue française*. 1828. September pag. 12 中有详细的论述。

⑥ 黑格尔（Hegel）：《法哲学的基本原则》，§ 82 ~ 103。科斯特林：《基本概念的新修正》，第27页，还有第24页和第34页。

⑦ 这是康德（Kant）在其《法学的形而上学基础》，第195页中提出的观点。持相同观点的还有特雷福特（Treffurt）：《刑法档案新序列》，1838年，第274页。

⑧ 持该说的有：里希特（Richter）：《以正义思想为基础的刑法哲学》，莱比锡，1829年；持该说的还有 Rossi, v. Rotteck, Heffter, Abegg, v. Preuschen 等人。

⑨ 施塔尔（Stahl）：《法哲学》，第2卷，第364页。

⑩ 黑普（Hepp）：《刑法理论综述》，海德堡，1829年，第770页。

况认为刑罚是一种必要的手段时（世俗公正理论），刑罚的规定和适用才可以被认为是公正的。

相对的刑法理论包括：A. 一般预防理论^①，该理论认为，人的放纵^②会危及市民社会，用刑罚对社会的所有成员施加影响，并防止他们实施犯罪行为。一般预防理论又可划分为：a. 威慑理论^③，通过刑罚威慑，使得有犯罪倾向之人因知道下列内容而放弃犯罪，即如果犯罪必然会有刑罚之恶在等待自己，且这种恶要大于源自于犯罪获得的快乐；b. 警告理论，借助于刑罚威慑的警告作用^④预防公民犯罪，但是，与罪责相当的刑罚才是正义的，这样的刑罚的适用才会强化民众的正义感；c. 正当防卫理论^⑤；d. 自我保存理论^⑥；e. 报应理论，由于实施犯罪而表明的犯罪人的法律意识缺乏，主张将刑罚作为防止犯罪人法律意识缺乏的手段，同时也作为防止他将来再犯罪的手段^⑦；f. 威慑理论^⑧，通过给予刑罚来摧毁犯罪人现有的对于犯罪的诱惑力。

① 早在边沁（*Bentham*）之前 *Priestley* 就在其关于政府的短论中首先提出了这一原则。参见《美国法学家杂志》（波士顿 1839 年），第 40 期，第 332 页；黑普：《边沁的刑事政策原则》，蒂宾根，1839 年；参见瓦恩科尼希（*Warnkoenig*）：《法哲学》，第 86 页。

② 该观点是意大利学者提出的理论。在德国，德罗斯特—许尔斯霍夫（*Droste-Huelshof*）在其《刑法导论》§ 7 中捍卫了该理论。

③ 费尔巴哈理论的基本思想在米夏埃利斯（*Michaelis*）的著作《摩西法》，第 6 部分序言，第 18 页中就有反映。参见厄斯特（*Oersted*）：《德国刑法立法的基本原则》，第 57 页，他还在其著作的第 51 页试图将费尔巴哈的理论 with 预防理论结合在一起。

④ 鲍尔（*Bauer*）：《刑法档案》X. nr. 17 和鲍尔：《刑法论文集》I, nr. 1。

⑤ 维尔特（*Wirth*）：《刑法学论文集》，第 248 页；马丁（*Martin*）：《刑法教科书》，§ 11~13；韦伯（*Weber*）：《刑法新档案》VI.，第 453 页。

⑥ 冯·苏尔策（*v. Schulze*）：《民法和刑法哲学原则发展入门》，哥廷根，1813 年，第 339 页。

⑦ 费希特（*Fichte*）：《自然法基础》，第 99 页。

⑧ 该理论的维护者在意大利有 *Filangieri*，在德国有关莱因（*Klein*）。

B. 特别预防理论，又可划分为：a. 安全理论^①，方针是防止危险的犯罪人再次实施犯罪行为；b. 法律强制理论^②，建立在针对违法者的强制权基础之上，强制权的目的是改变违法者的不法意识。

C. 用刑罚改变犯罪人思想的理论，又可划分为：a. 消除因犯罪造成的理智上的缺陷^③；b. 将刑罚视为堕落思想的治疗方法，其目的在于矫正犯罪人^④。

混合理论又分为：A. 试图将绝对刑法理论的原则与相对刑法理论的原则结合起来^⑤；B. 试图将刑罚的多种目的，以及将多种相对的刑法原则结合起来^⑥。

第一章 国家心理强制的必要性

§8

个人意志和力量的结合与保障所有人的交换自由构成了市民

① 蒂特曼所主张的理论就属于安全理论；克莱因施罗德（*Kleinschrod*）的理论也属于安全理论。

② 沙夫拉特（*Schaffrath*）：《法的基础科学》，第60页，第70页，第125页。

③ 冯·韦尔克（*v. Welker*）在《论国家、法律与刑罚》一书第249页的观点，还请比较其在《百科全书》，斯图加特，1829年第573页中的观点。

④ 该理论又有不同的变种：1. 试图将矫正目的与以作为恶的刑罚对犯罪人的思想产生影响有机结合起来；2. 将矫正作为刑罚的唯一目的，例如，过去亨克（*Henke*）在《刑法档案》V.，第240页中的观点，那些主张完全废除死刑的学者的观点也是如此。关于实行这种意义上的矫正目的尝试，参见：*Remarks on criminal law with a plan for an improved system*, London 1834；等等。应当承认，大多数矫正理论是作为绝对的刑罚正义理论来证明刑罚的，尽管如此，它们仍然具有这样的特征，即它们依然试图通过刑罚来实现某种特定的目的。

⑤ 关于该理论，参见亨里奇（*Henrici*）：《论简单刑法原则的缺陷》，第191页。

⑥ 由劳特（*Rauter*）建立。厄斯特的理论也属于这种混合理论。

社会。一个接受集体意志并通过宪法组织的市民社会便是国家。国家的目的就是建立法状态，也即建立符合法规的人的共同存在。

对于所有民族来说，刑法的发展史都是始于家庭或者氏族的私力复仇，然后过渡到赔偿制度，最后过渡到本来意义上的世俗刑罚。因此，刑法的发展史具有很大的教育意义，但刑法的发展史本身并没有成为一个服务于生活的科学或者服务于立法的可靠的基础。

§9

任何形式的违法都是与国家目的相违背的（§8），因此，违法的现象不应当发生在国家中是绝对必要的。正因为如此，国家有权利和义务做好避免违法现象发生的准备。

§10

国家要做的准备必须是强制性的准备^①，属于这种强制性准备的首先是国家的心理强制，它从两个方面消除违法现象：I. 预先地阻止尚未实施完毕的侮辱行为，且 a. 通过强制提供有利于受威胁之人的安全保障，b. 通过直接消除用于违法现象的侮辱人的体力；II. 事后强制，即强制侮辱人提供赔偿或者补偿。

§11

身体上的强制不足以阻止违法行为的发生，因为，只有当国家知道发生特定违法事实的必定性，或者（如在强制安全保障情况下）知道违法事实发生的可能性时，采取预先的强制才有可能。而事后强制只有在了解其侵害对象是明显的法益的违法事

^① 道德上的准备（教育、授课、宗教）并没有被排除在外，甚至构成所有强制准备的最后基础，并服务于国家强制的有效性，是不容置疑的。

实的前提下才有可能。因此，实体上的强制不足以 a. 保护不可替代的权利，因为唯一可能的预先强制完全建立在对可能发生的违法侵害的极其偶然的了解基础之上；也不足以 b. 保护可替代的权利，因为这些权利往往是不可替代的，而且对于可能的强制而言，那些只是偶然的条件同样也是必不可少的条件。

§ 12

如果想防止违法，那么，除了身体强制以外，还必须有一个在违法结束前业已存在的国家的强制，在每一种情况下这种强制都会发挥作用，而不取决于对可能发生的违法是否了解。这样的强制唯有心理强制。

第二章 心理强制的可能性

§ 13

所有的违法行为在感性上都有其心理学上的起因，人的贪欲在一定程度上会因对行为的乐趣或者产生于行为的乐趣得到强化。这种内心的动机通过下列方式加以消除：让每个人知道，在其行为之后必然有一个恶在等待着自己，且这种恶要大于源自于未满足的行为动机的恶。

§ 14

因此，为了建立这种恶与侮辱之间的必然联系的一般信念，必须 I. 在法律上将这种恶作为行为的必然后果加以规定（法定的威慑）。为了实现法律规定的理想联系，被所有人理解；II. 法律规定的原因上的联系一定会出现在现实生活中，因此，一旦发生违法行为，就应当立即给予法律规定的恶（执行判决）。威慑目的的执行权和立法权的协调有效，构成了心理强制。

§ 15

由国家通过法律规定并依据该法律科处的恶便是世俗刑罚 (die bürgerliche Strafe, poena forensis)。刑罚的必要性的根据以及刑罚存在的根据 (既包括法律中规定的刑罚, 也包括刑罚的运用本身), 是维护所有人彼此之间的自由的必要, 其途径是消除人们内心的违法动机。

存在一个自然刑法吗? 如果我们谈论成文刑法的形成, 则这一问题我们完全可以不予理睬, 而那些认为刑法是防卫法的人士倒是不得不回答这个问题。

§ 16

如果应当存在一个刑罚概念, 那么, 刑罚的目的可以理解为, 刑罚效果的产生是刑罚存在的原因所在^①。I. 法律中的刑罚威慑的目的是对潜在违法者的所有人的威慑, 警告其不要违法。II. 科处刑罚的目的是为了证明法律规定的刑罚威慑的效果, 在不适用刑罚的情况下, 刑罚威慑将是无效的。因为法律对所有共谋均具有威慑力, 而刑罚的执行才能给予法律以效力, 因此, 适用刑罚的间接目的 (最终目的) 无不同样是单纯用法律威慑公民^②。

§ 17

刑罚的法律根据取决于刑罚的法律上的可能性。I. 刑罚威慑的法律根据, 在于刑罚威慑与受威慑者的法律上的自由同时存在, 以及保护全体公民权利的必要性, 其理由构成了国家对于刑

① 刑罚目的不得与非难的目的相混淆。请比较费尔巴哈:《论作为安全措施刑罚》, 第43页及以下几页。

② 关于不同刑法理论的详细的论述, 除上文提及的文献以外, 参见鲍尔 (Bauer):《刑法教科书》, §22~29。关于刑罚目的, 下列文献值得一读: 米夏埃利斯 (Michaelis):《摩西法》第6部分序言。

罚威慑的义务。II. 适用刑罚的法律根据在于法律的预先威慑^①。

§ 18

世俗刑罚因此就不具有下列目的和法律根据：I. 预防具体的违法者将来的违法行为^②，因为它不是刑罚，且表明不是此等事先预防的法律根据；II. 不是道德上的报应^③，因为它属于道德秩序，而非法律秩序，因此在自然界是不可能的；不是通过给予违法者以恶所产生的痛苦来直接对他人进行威慑^④，因为这不是法；III. 不是道德上的改善，因为它是惩罚的目的，但不是刑罚的目的^⑤。

如果有人指责作者的体系以人性和其他国家目的的代价构成了一种恐怖主义，那么，他忽略了以下事实，即如作者所说的那样，残酷的刑罚恰恰起到了威慑的反面作用，这只是国家立法智慧（刑事政策）问题，我们需要讨论的问题是：应当规定什么样的刑罚，如何适用这些刑罚，不是为了与所有刑罚的目的相适应，而是为了，如果可能，促进其人性的和公民的目的。得到充分理解的威慑理论与边沁提出的利益原则实际上是完全相符合的。

① 关于法律根据的更为详细的论述往往是口头上的。参见费尔巴哈：《论作为安全措施之刑罚》，第92～118页。

② 参见施蒂贝尔（Stuebel）的博士论文 *de justitia poenarum capitalin praesertim in Saxoniam*。Wittenb. 1795 中以及他的《刑法体系》§ 13～15 有关论述。

③ 雅各布（Jacob）：《法哲学》§ 415 和 § 419。作为一些革新者如 *Zachariae, Fries, Bergk* 等人所主张的刑罚原则，所谓的法上的再报应，最终被限定在道德报应之中，此外，它被用作衡量刑罚与犯罪之间关系的标准，而不考虑实际可用性，比如说法官对于刑罚的适用。关于理论与实践之间的宽大的鸿沟，通常要架设一座浮桥始有帮助。这说明，费尔巴哈在这里将再报应理论与正义性理论相混淆了——出版者注。

④ 参见克莱因的“论刑罚的本质和目的”，载 *in dem Archiv 2. Bd. 1. Stueck nr. IV.*

⑤ 阿尼姆（Arnim）：《论犯罪与刑罚残篇》II.，第8页及以下几页。

第三章 刑法的最高原则

§ 19

从上述推论中我们可以得出下列有关刑法的最高原则：国家的每一部法律中的刑罚都是一个为维护外在权利而构成的，对违法给予感官上（内心）的恶的法律后果。

§ 20

从最高原则的定义中可得出下列从属原则：

I. 无法无刑^①（法无明文规定不处罚，*keine Strafe ohne Gesetz*；*Nulla poena sine lege*）。法律只处罚行为前法律规定加以处罚的行为。因为只有法律规定了刑罚的概念和法定的可能性，才可能有作为恶的刑罚的适用可能性。

II. 无法无罪（法无明文规定不为罪，*keine Strafe ohne Verbrechen*；*Nulla poena sine crimine*）。因为法律规定对特定的行为给予刑罚威慑，是法律上的必要的前提条件。

III. 有罪必罚（*kein Verbrechen darf straflos bleiben*，*nullum crimen sine poena*）。因为法律规定对特定的违法给予刑罚之恶，是必要的法定后果。

§ 20a（出版者增补）

上文 § 8 ~ § 20 提出的理论比所有相对理论有明显的优势，它提出了刑罚的特定目的，并试图尽可能了解刑罚的范围；但它也同样存在那些相对理论的主要错误，因为它只关注刑罚的外在

^① 该刑法原则被世界各国刑法所严格遵守。现行德国刑法典第一条就开宗明义地规定“无法无刑”原则——译著。

目的，并将刑罚的可能的效果上升为主要目的。如此，就忽视了刑罚威慑的内在正义性，这就势必将每一个有助于实现刑罚目的的手段都视为是正义的。这一目的本身永远都不可能被视为刑罚的主要目的，因为如果将其视为刑罚的主要目的，那么，刑罚威慑及其适用只是建立在人的感官特征基础之上，因为理论只有通过刑罚的适用才可能被视为合乎目的，但所有的经验告诉我们这是不正确的。它将刑罚威慑作为要点（主要的事情），它建立在公民对具体的已经适用的刑罚之恶的清楚了解基础之上，其前提条件是，犯罪的实施是思考后的产品。依据该理论的结论，根据犯罪的内心动机的总量来对用于威慑的刑罚的范围（刑罚的度）进行计算，是不可能的，其原因在于，同一个犯罪可以基于完全不同的动机来实施，犯罪的吸引力的大小是不好计算的。因此，如果它以犯罪诱惑的最大总和为前提条件，规定严厉的刑罚，以便通过刑罚来对抗犯罪的诱惑，那么，该理论便失去了公正的标准。即使在实施过程中，该理论导致严厉的刑罚规定，而由于刑法典中严厉刑罚规定的存在，该理论所希望实现的刑罚效果是与其初衷相悖的^①。

§20b（出版者增补）

国家的正义必须建立在相同的基础之上，就如同正义本身，也即必须建立在法律之上，根据该法律，每一个强制都必须以其必要性为条件，且不得超过与以刑罚痛苦作为其必然后果的犯罪

^① 反对费尔巴哈理论的有：里希特：《刑法哲学》，第187页；黑普：《刑法理论的批判性论述》，第85页；鲍尔：《刑法档案》IX.，第445页；冯·普罗伊申（v. Preuschen）：《正义理论》I.，第28页；亨里奇（Henrici）：《论简单原则的缺陷》，第235页；卢登：《手册》I.，第52页；科斯特林：《新的修订》，第808页。

行为的大小相适应的程度^①。但是，就其效用而言国家正义是受国家目的限制的，且与由于国家的法秩序被破坏所生之要求和禁止（性规范）是联系在一起的。只有那些对法及其基础具有共同危害的攻击才是刑法调整的对象，其法律根据是实现国家目的，途径是根据理性的要求建立和维护法秩序。在所有用于维护法秩序的国家权力的不同手段中^②，最严厉的手段便是刑罚。只有当国家使用其他的手段抑制违法行为，实现国家目的，适用刑罚才是正义的^③。刑罚的威慑及其适用必须同国家的其他措施协调一致，并由具体国家的特殊情况和要求所决定^④。只有当刑罚标准源自于相同的法律根据，这个刑罚标准才是正义的，而只有当刑罚所具有的恶，不大于民事违法者应当承担的相应的责任，刑罚才是正义的。刑罚不应当被理解为具有特定的、最近的、直接的目的^⑤，而是只能被理解为刑事不法行为的必然后果。因此，刑罚制度的最终目的是：根据不同国家的具体情况，利用刑罚的不同特点和可能的效果，正义地维护国家的法秩序，而尽可能消除因犯罪对社会造成的损害，强化全体公民对法的尊重，尤其是对被处罚者的矫正效果，是实现刑罚最终目的的途径^⑥。

① 关于刑罚中所具有的恶究竟必须有多少才合适，参见 *Rosso*：《刑法论文》Ⅲ，第 70 页（*traité de droit penal* Ⅲ. pag. 70）；特雷福特（*Treffurt*）：《刑法档案》，1838 年，第 277 页。

② 主要有民事司法中的强制和预防性的强制措施。

③ 这就表明民法与应受刑罚处罚的行为的必要区别。

④ 由此可以说明，一个适用于所有国家和所有时代的相同形式的刑法立法是不存在的。

⑤ 比如说威慑或者保安。

⑥ 关于法典究竟应当在多大程度上建立在特定的原则之上，参见黑普：《刑法理论概述》，第 125 页；本人载于《刑法档案》XI，第 545 页、《刑法档案新序列》，1836 年，第 403 页、1838 年，第 274 页的文章。亨里奇（*Henrici*）：第 21 页；冯·卡普夫（*v. Kapf*）：《符腾堡刑法典草案评注》，第 1 页；等等。

第二部 总论中派生的法律原则

第一章 关于犯罪的本质

第一节 犯罪的概念和分类

§21

逾越了法定的自由，就是违法（*Rechtsverletzung*, *Beleidigung*, *Läsion*）。违反了通过国家契约保证的、刑法保障的自由，就是犯罪（*Verbrechen*）。因此，从最广义上说，犯罪是一个刑法中规定的违法或者说由刑法加以威慑的与他人权利相违背的行为。因此，广义的违法可能不会受到国家的处罚，而犯罪必然受到国家的处罚^①。

§22^②

权利的产生与政府行为的履行和国家声明无关。受到刑法保障的权利构成了狭义上的犯罪的概念。根据与之相联系的刑罚的

① 出版者注：犯罪的概念应当是法哲学意义上的犯罪概念，在法哲学领域，犯罪概念是与什么行为是应当受到处罚的问题联系在一起的，它有别于法学意义上的犯罪或者形式意义上（与实体意义上的犯罪不同）的犯罪。参见特鲁默（*Trummer*）：《法哲学》，第102页；里希特：《刑法哲学》，第108页；黑普：《正义理论与利益理论》，第67页；《从刑法立法者的立场看犯罪概念》，莱比锡，1837年；阿贝格：《不同的刑法理论》，第38页；《刑法学教科书》，第94页；冯·普罗伊申（*v. Preuschen*）：《正义理论》II.，第31页；等等。

② 出版者注1：根据较新的研究，尤其是比恩鲍姆和赖因的研究，*crimen*（犯罪）不仅仅是指 *Verbrechen*（犯罪，重罪），而且还指控告或者犯罪调查，在罗马法中是一个类概念，就如同 *delictum* 一词那样。不同的分类与罗马法院组织有关。参见米特迈尔（*Mittermaier*）：《德国法院中的刑事诉讼》I.，§4。（转下页）

轻重以及审判方式的不同，犯罪又可以划分为刑法上的犯罪和民法上的犯罪^①。就此点而言，国家有权用警察法间接地对其目的施加影响，这样做并不可能不发生违法行为，假如国家享有放弃这些特别加以禁止的行为的特别权利的话，则我们不能忘记，这些权利本来是臣民们依法享有的。认可国家对违反特定的警察法的行为以刑罚加以威慑，也就自然产生了违法、违警这一概念^②。

§23

由于权利的维护是刑法的当然目的，所以，无论是臣民的权

（接上页）出版者注2：巴伐利亚刑法典第2条将犯罪划分为重罪与轻罪，根据该条规定，刑罚被划分为重罪的刑罚和轻罪的刑罚。这样的划分在法国法中（参见米特迈尔的《刑事诉讼法》I.，第30~33页）是非常重要的，因为重罪和轻罪是分别由不同的法院审理的，而且重罪和轻罪的程序也不相同。重罪是指可能被科处身体刑或者名誉刑的行为，而轻罪是指可能被科处5天至5年监禁刑，或者15法郎以上罚金刑的行为。

出版者注3：关于划分重罪与违警罪，参见格兰道尔（Grandauer）在冯·楚海因（v. Zurhein）：《巴伐利亚的立法文集》，第2集，第146页。罗斯赫特：《刑罚档案》XII. nr. 11。关于通用法中的违警罪，参见比恩鲍姆：《刑法档案新序列》I.，第164页。作者本人的《德国法院的刑事诉讼》，I.，第27页；罗斯赫特：《德国刑法的历史和体系》，III.，第166~187页；卢登：《手册》I.，第212页；等等。

① 参见罗伯特·科赫（Robert und Koch）：《民事处罚与刑事处罚与犯罪》，吉森，1785年。将犯罪划分为刑事犯罪与违警罪初见于意大利。《奥地利新刑法典》将违警罪与民事犯罪如小数额的盗窃、诈骗等混合使用。胡特瓦尔克（Hudtwalker）：《区分重罪与轻罪有实际意义吗》（Crim. Blätter Heft 1 nr. 1.）。

② 对于立法者具有重要意义的划分，在德国成文法的立法中并不具有多大意义，因为两者实际上还是按照同样的原则对待的。而奥地利和法国的立法情况则不同。参见：哈纳曼（A. Hanamann）：《重罪与轻罪的界限》，维也纳，1805年。贝尔（W. J. Behr）：《刑法典必须满足什么样的要求？——重罪与违警罪的立法差异》，维尔茨堡，1813年。警察刑法很容易被滥用于禁锢人的自由，使得公民成为活生生的“中国玩偶”（aus dem Bürger eine lebende chinesische Puppe zu machen），为了不受刑罚处罚，他们几乎不能做任何事情。这种立法的一个令人愤恨的例子便是1822年的巴伐利亚刑法典草案。

利还是国家（道义上的人）的权利，都是刑法保护性威慑的对象。如果由于违反刑法而直接侵害国家的权利^①，则是针对国家的犯罪（*Staatsverbrechen, delictum publicum*）；如果臣民的权利成为违法行为的直接对象，就是针对私人^②的犯罪（*Privatverbrechen, delictum privatum*）^③。

§24^④

假如某人享有实际上为某种法定行为的权利，则可能成立不作为犯罪（*delicta omissionis im Gegensatz von delicta commissionis*）。由于公民本来的义务仅是不为一定行为，因此，不作为犯罪总是以某个特殊的法律根据（法律或者契约）为前提，而这个特殊的法律根据构成了为一定行为的义务。如果没有这个法律

① 如果抛开这一特征，那么，似乎就不可能再区分针对国家的犯罪和针对私人的犯罪了。每一个人可能侵害或者危害国家，但国家也可能侵害或者危害每一个人。

② 关于针对国家的犯罪与针对私人的犯罪，参见 J·施塔德勒（J. Stadler）：《犯罪划分为针对国家的犯罪和针对私人的犯罪》，海德堡，1821 年；关于混合的犯罪，参见马丁：《教科书》，§290。

③ 出版者注：这里，被费尔巴哈所认可的特征，即在每一个犯罪中都存在违法性，在发挥着作用。关于反对将犯罪划分为针对国家的犯罪和针对私人的犯罪，参见米特迈尔：《刑事立法的最新状况》，第 115 页；特鲁默：《法哲学》，第 280 页。在最新的立法中，人们认为区分针对国家的犯罪与针对私人的犯罪是没有意义的，因此，在萨克森、巴登、黑森和汉诺威的刑法立法中，均不再作这样的划分。在符腾堡，立法委员会提出了删除针对国家的犯罪与针对私人的犯罪一节的内容；只是在新法典第 140~235 条中出现了这样的划分。关于符腾堡的划分情况，参见黑普：《刑法注释》II，第 33 页；韦希特尔：《刑法档案》，1839 年，第 363 页。不伦瑞克刑法典中也有这样的划分。关于这种划分的缺点，参见本人的著作：《刑法立法》I，第 55 页；参见卢登：《手册》I，第 206 页和沙夫拉特（Schaffrath）：《基础科学》，第 141 页和第 204 页。

④ 出版者注：对于正确评价不作为犯罪来说，区分作为犯和不作为犯就显得很重要。下列两种情况是不作为犯罪：1. 在某人应当知道不为特定的行为将发生特定的损害他人的结果情况下；2. 在不为特定的法律要求的行为情况下。参见黑普：《刑法档案新序列》，1837 年，第 30 页；察哈里埃（Zacharia）：《犯罪未遂》I，第 66 页；卢登：《犯罪未遂》，第 468 页；等等。