



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



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

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。

弗莱堡阿尔伯特-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

§ 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
第二编	犯罪行为	
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​​险.....	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 责任概念的解释学基础.....	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

	§ 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