



外国法学名著

Lehrbuch des Strafrechts

德国刑法教科书 下

[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



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

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

德国刑法教科书 / (德) 汉斯·海因里希·耶赛克,
(德) 托马斯·魏根特著; 徐久生译. —北京: 中国法制出版社, 2017. 5

(外国法学名著)

书名原文: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl
ISBN 978-7-5093-8554-8

I. ①德… II. ①汉… ②托… ③徐… III. ①刑法—
德国—教材 IV. ① D951. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 104822 号

北京市版权局著作权合同登记: 图字01-2015-8381号
©⁵1996, Duncker & Humblot GmbH, Berlin

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 王林林

封面设计 蒋怡

德国刑法教科书

DEGUO XINGFA JIAOKESHU

著者 / (德) 汉斯·海因里希·耶赛克 (德) 托马斯·魏根特

译者 / 徐久生

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 39.875 字数 / 880 千

版次 / 2017 年 7 月第 1 版

2017 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8554-8

定价: 120.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067369

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



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

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

	§ 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

第三章 应受处罚行为的特殊形态

所有对于刑法来说具有重要意义的事情，是体现为“具有社会性的重大的人的行为”（参见上文 § 23 VI 1）。无论是积极的作为还是消极的不作为，无论是故意行为还是过失行为，无不如此。应受处罚性的前提条件，迄今为止是借助于作为应受处罚行为的典型例子的故意的作为犯来描述的（参见上文第 2 章 § 24 之前的开场白）。在第三章里，在该基础上探讨应受处罚行为的另外两种表现形态，即过失作为犯（第一节）和（故意的或过失的）不作为犯（第二节）。这两种应受处罚性的行为所呈现的犯罪论构造上的相异，在故意作为犯理论背景下探讨。作为该当构成要件、违法和有责的犯罪行为的基本结构，在过失犯和不作为犯那里同样存在。此外，基于故意作为犯所发展的对犯罪概念细分（参见上文 § 24 ~ 53），相应适用于应受处罚行为的上述两种不同的基本形态。例如，这里同样存在结果不法和行为不法、法益和行为客体、结果的客观归责要求、因合法化事由而阻却违法、责任能力要求、禁止错误、在具备免责事由情况下放弃责任非难、刑事法上的反应依赖于应受处罚性的客观条件等等。但是迄今为止，所发展的一般理论必须适用于过失犯和不作为犯的特殊的表现形态。

第一节 过失的作为犯

§ 54 过失的概念与种类

I、过失的概念

1. 过失概念 (culpa) 的发展, 与故意 (dolus) (参见上文 § 29 II 1) 概念的发展相同, 应当归功于 15 世纪和 16 世纪罗马法以及意大利刑法学。^[1] 而日耳曼法和中世纪德国法在接纳罗马法和意大利刑法学以前, 虽然已经有轻微处罚的“类似行为”, 但这种现象只能从判例法上基于常常相当有疑问的外部特征来理解。^[2] 首先, 在 1532 年的《查理五世刑事法院条例》(也称卡罗林娜法典) 的具体构成要件中, 就有关于过失的描述, 此等过失与故意和偶然事件之间有明确的界限划分 (第 134 条、第 146 条和第 180 条)。但是, 过失的一般概念规定, 却初见于 1794 年的《普鲁士普通法》各论第 2 部分第 20 章第 28 条。而 1851 年的《普鲁士刑法典》以及 1871 年的《帝国刑法典》, 却放弃这样的定义规定。

2. 故意, 是对于属于法定构成要件行为的客观要素的知与欲

[1] 参见冯·希佩尔:《德国刑法》(第2卷),第355页;沙夫施泰因:《普通法理论》,第146页及以下几页。

[2] 参见Eb.施密特:《导论》,第32页、第71页;等等。

(das Wissen und Wollen) (参见上文 § 29 II 2)。而由于违反注意义务实现刑法规定的构成要件，且违反义务没有认识到会发生构成要件结果，或者虽然想到会发生构成要件结果，但违反义务地相信，此等结果将不会发生，行为人的行为是过失行为。^[1] 因此，过失 (Fahrlaessigkeit) 并非故意的减轻形式，而是与故意不同的概念 (联邦法院刑事判决 4, 340 (341))。与故意犯罪相比，过失犯罪行为的不法内容和责任内容较轻，因为在后一种情况下，行为人不是有意识地违反法秩序的要求，而是由于不注意才违反的。因此，在涉及同一事情时，故意和过失是相互排斥的。如果不能认定行为人是故意还是过失地行为时，判例往往对行为人因过失犯罪作有罪判决 (联邦法院刑事判决 17, 210)。但是，这种做法是不能被赞同的，因为过失构成要件，在证据不充分的场合不能作为“接受构成要件” (Auffangtatbestande) 加以应用，如果要作有罪判决，必须明确认定过失的前提条件。而且，故意行为和过失行为也不存在择一的认定可能性，因为这两种应受处罚的行为，不存在更多或者更少这样的阶段关系，因此必须适用“疑问时有利于被告人” (in dubio pro reo) 的原则 (联邦法院刑事判决 32, 48 (57)) (参见上文 § 16 II 2)。^[2]

3. 如同以前得到一般承认且在今天仍然这样主张的一样，过失

[1] 关于过失概念，还请参见宾丁：《规范》（第4卷），第451页及以下几页；埃克斯纳：《过失》，第207页及以下几页；恩基希：《故意和过失》，第266页及以下几页、第365页及以下几页；冯·希佩尔：《德国刑法》（第2卷），第357页及以下几页；梅茨格：《德国刑法教科书》，第351页及以下几页；鲍曼、韦贝尔：《刑法总论》，第430页及以下几页；等等。

[2] 该问题是有争议的。

并不是故意以外的单纯的责任形式，^[1] 而是应受处罚行为的特别类型，无论是在不法领域还是在责任领域，均有其独立的结构。^[2] 过失是根据双重标准决定的：一方面，首先要斟酌，鉴于在特定的危险状态不欲的法益侵害，客观上要求什么样的行为；另一方面，根据行为人的人格以及能力，要考虑能否要求行为人为此等行为（联邦法院刑事判决 31, 96 (101)）。因此，构成要件该当的过失行为的不法，不能仅因造成结果而最终决定，例如引起人的死亡（第 222 条）。如果结果是基于违反法秩序向行为人的交往领域里认真的和有理智的成员在行为状态下提出的注意要求，而且如果结果的发生能被这种普通人预见的，才存在过失行为。因此，在此意义上，过失犯的构成要件应当通过法官的评价予以补充。^[3] 这里不存在违反确定性原则的情况（参见上文 § 15 III 3），因为将不断发展的注意义务通过审判实务以外的方法使其具体化的做法是难以想象的，而且与法律内容相比，市民通过自身体验往往更容易理解应尽的注意义务。^[4]

例如，证人在何种程度上为其作证行为作准备，是否应当使其思想集中，以便避免过失伪证行为（第 163 条第 1 款），并非由刑法直接规定，而是由判例基于实务的必要性逐步发展的注意要求明

[1] 持该观点的有鲍曼、韦贝尔：《刑法总论》，第 430 页及以下几页；葛兰特：《德国刑法教科书》，第 139 页；冯·希佩尔：《德国刑法》（第 2 卷），第 364 页；梅茨格：《德国刑法教科书》，第 357 页；等等。

[2] 此为今天的通说。参见布莱：《刑法总论》，第 299 页；伯克曼、福尔克：《刑法总论》，第 158 页、第 167 页；宝尔特：《整体刑法学杂志》，68 (1956)，第 344 页及以下几页；布尔格施塔勒（Burgstaller）：《过失犯》，第 23 页及以下几页；等等。

[3] 参见韦尔策尔：《过失与交通犯罪》，第 15 页；罗星：《刑法总论》，I § 24，书边编号 87 等。

[4] 伯克曼：《交通法文集》，第 208 页及以下几页；H. 迈耶：《概论》，第 129 页；等等。

确的（联邦法院刑事判决 13, 190（191）；18, 359（362））。关于道路交通方面必要的注意，主要应当以《道路交通法》为依据。

首先，当过失行为的客观方面能够被认定时（不法构成要件），然后才能够探讨，根据行为人的智力、教育、灵活性、能力、生活经验、社会地位等，一般的注意要求和预见要求能否满足（责任构成要件）。^[1]

对客观上违反作为过失不法核心的注意义务分开来理解的实践意义，主要是出于下列思考：第一，对过失行为的行为不法的独立评价，会造成对在实践中常常被过分强调的结果责任的抗衡。第二，即使行为人没有责任，同样可将过失行为与保安处分联系在一起（第 63 条、第 64 条、第 69 条、第 70 条）。第三，如果在醉酒状态下实施的行为是过失行为，那么，第 323 条规定的处罚的前提条件，是根据过失犯的客观标准来决定的，即使行为人因为醉酒没有能履行其注意义务。第四，如果判例从过失犯的客观方面出发，则会根据一般规则对特定情况下的注意要求作出解释（例如参见道路交通中的信任原则，或者职业上的工作划分）。第五，过失犯的客观标准包含承认较高的责任界限，它防止向具体的个人提出过分的要求，因此其有助于实现公平原则。^[2]

4. 过失行为的不法构成要件由以下三个要素决定：实现构成

[1] 参见施特拉腾维特：《刑法总论》，I，书边编号 1097；《耶赛克纪念文集》（第 1 集），第 285 页及以下几页；等等。

[2] 认为对责任作这样的限制不正确的有徐恩克、施罗德：§ 15，书边编号 139 等；雅格布斯：《刑法总论》，第 9 页、第 11 页；等等。

要件危险的认识可能性、^[1] 基于该危险认识而客观要求的注意的行为^[2] 和（在过失结果犯の場合）因违反注意发生该当构成要件的结果。^[3] 作为民法上损害赔偿的根据，这些前提条件已经足够，因为在民法里涉及的仅是应当由侵害人承担侵害责任还是应当由被侵害人承担责任问题。^[4] 但是，处罚时要附加过失责任的要求，因为这里并不涉及损害赔偿问题，而是涉及受到非难的社会伦理否定评价问题（联邦法院，《新法学周刊》995, 795（796））。

a) 对于过失责任的内容问题，学者们一直争论至今。在自然法里，过失还没有体现真正的责任形式，而是被视为减轻刑罚的准犯罪（*Quasidelikt*）。费尔巴哈（*Feuerbach*）尝试，通过承认意志决定，使过失理论与涉及犯罪意志的刑法理论（心理强制）相一致。^[5] 黑格尔的追随者也致力于证明过失中的意志要素，并从使违法结果变成现实可能性的条件的知与欲中看到了这一点。宾丁（*Binding*）按照类似的方法，通过下列思想将过失设计为意志责任，即任何行为均是意志所指向的过程。^[6] 其他的论者以欠缺指向结果的意志这

[1] 罗星不赞同对危险的可预见性要素，《刑法总论》，I § 24，书边编号 13。与本教科书持相同观点的有屈尔：《刑法总论》，§ 17，书边编号 19；等等。

[2] 不赞成违反注意义务作为过失犯的独立的要素的学者有施罗德：§ 16，书边编号 125 等；沃尔特：《刑法档案》，1977 年，第 267 页及以下几页；等等。

[3] 将结果单纯理解为应受处罚性的客观条件的学者有阿明·考夫曼：《韦尔策尔纪念文集》，第 410 页及以下几页；霍恩：《具体的危险犯》，第 78 页及以下几页；沙夫施泰因：《韦尔策尔纪念文集》，第 561 页；齐林斯基：《行为非价与结果非价》，第 128 页及以下几页；等等。

[4] 此为通说。

[5] 参见费尔巴哈：《德国刑法教科书》（第 13 版），第 92 页及以下几页。

[6] 参见宾丁：《责任》，第 127 页；梅茨格：《德国刑法教科书》，第 355 页及以下几页，均要求“有意识的违反义务的意欲要素”。

一理由，否定一般性的过失责任内容，或者至少在无意识的过失领域里能够否定之（参见下文 § 54 II 1）。^[1]

b) 但是，所有这些理论均应当被否定。即使在过失犯罪情况下，责任非难的对象，同样是行为人的值得非难的法律心理（参见上文 § 39 II 1）。这里，法秩序要求任何人都应当具有认识和避免对于被保护法益的危险的能力。^[2] 在有意识的过失场合，责任非难与违反注意义务的行为相关，尽管行为人已经认识到自己的行为可能导致实现构成要件的结果。但是，在无意识的过失场合，责任非难也并非虚构的。这里，责任非难涉及下列诸点，即行为人要么对危险的状态未能予以充分的注意，要么未能从已经认识的危险状态中推论行为客体的危险性，或者在决意时对于危险的认识未能给予充分的考虑。只有当欠缺注意是因心理缺陷所导致，例如只有当欠缺注意在价值感的功能不起作用的场合，过失才是当罚的。而欠缺身体上的或者精神上的能力，欠缺知识、经验，欠缺谨慎、灵活，过高要求下的过失等，不负刑法上的责任（但是，关于承担的责任参见下文 § 57 II 3）。在无意识的过失情况下，责任存在于心理错误之中，即超越了注意的最低限度的要求，也就是说为了避免社会的价值或财产被损失和损害，法秩序必须从客观上提出要求，但以行为人的年龄、能力、职业以及人生经验等能够满足该要求为限。^[3]

[1] 参见鲍姆加腾：《犯罪论》，第 116 页及以下几页；葛尔曼：《瑞士刑法学杂志》，49（1935），第 322 页及以下几页。

[2] 持该观点的还有伯克曼：《交通法文集》，第 213 页及以下几页；伯克曼、福尔克在《刑法总论》第 168 页则表示怀疑；等等。

[3] 参见科恩德斯（Coenders）：《费尔巴哈》，第 28 页及以下几页；勒夫纳：《责任形式》，第 9 页；韦尔策尔：《德国刑法教科书》，第 150 页及以下几页；等等。