

德国刑法教科书

(修订译本)

[德] 李斯特 著
[德] 施密特 修订

徐久生 译
何秉松 校订

Lehrbuch des Deutschen
Strafrechts



法学学术经典译丛

【培铸经典之范
翔集正义之术】

德国刑法教科书

(修订译本)

Dr. Franz v. Liszt
[德] 李斯特 著

徐久生 译

Dr. Eberhard Schmidt
[德] 施密特 修订

何秉松 校订



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国刑法教科书/(德)李斯特著;徐久生译.—北京:法律出版社,2006.5

ISBN 7-5036-6362-6

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第043129号

© 法律出版社·中国

法学学术经典译丛

德国刑法教科书

(德)李斯特 著

徐久生 译

何秉松 校

责任编辑 董彦斌

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 17.125 字数 421千

版本 2006年5月第1版

印次 2006年5月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6362-6/D·6079

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学学术经典译丛

缘起

百年以降,在坚船利炮的震撼之下,千年大国民生维艰,但炮声也震醒人们:文化交流于个人自由之增长、思想之进步、生活之提高,终至于一国之繁荣强盛关系繁密。

译域外作品飨读者,是文化交流的主渠道之一,论及百年译事,晚清、民国的成就自不待言,20世纪80年代以来山河重整,译界再启鸿蒙,如今也可说花香满径、下自成蹊了。

法学于民国期间的显学地位在20世纪下半叶曾一度消失,直到20世纪90年代之后,才梅开二度、社会瞩目,但现状并不十分理想。以译作而论,诸种系列之翻译作品对丰富国内法学功勋不小,然而,若以译果与学界需求相比,与成为文化大国之宏愿相比,尚为远远不足。

本社为此加入有组织的大型译介域外法学著作行列,接续前贤,再增新知,便是这套译丛出版的

初衷。

译丛的选材对象,从名称上即可获知:译介域外法学经典。至于何为经典,虽仁智各见,毕竟共识尚存,域外学界公认的经典自属本译丛筐中珍品,域外重要新作也在译介之列;甚至某些作品于国外未必经典,对国内学界若确有强肝明目之特效者,亦在不吝之列,这也算是法学作为“实践理性”之学的一个特征。

文化也好,制度也罢,真正的活力绝离不开异构融会的交流,不妨设想,如果没有希腊文明的复兴,西伯来文明一统江湖的西方世界必是人间地狱,今日之西方文明正是两希文明血火碰撞、互补共存的成果。

中国文明长期远高于周边文明,这当然万幸,但也是万不幸——缺少了交流的文明必然走向衰落甚至灭绝。

福兮? 祸兮?

——100多年来,中国被强行拖入一场文明碰撞的鏖战与再生中,这个当年的老大帝国惊惶失措、步履蹒跚了一个世纪。历史的辉煌固无可恋栈,而在数种文明的交叉火力下,一种新文明破壳诞生的迹象却也曙光初现,今日国人躬逢其盛,其间血泪与新生、悲愁与欣愉郁结纠缠,未可梳篦。

然而,新文明诞生之前,我们还在痛苦地转型甚至断裂之中。

1930年,融会中西的学术思想大师陈寅恪先生曾有一副对联,戏赠登门拜望他的新任清华校长罗家伦,联曰“科学玄学不通家法,中文西文语无伦次”(时逢科玄论战),百年中国学界,虽未盖棺,籍此对联,却可论定。

倘若本译丛能为学界挣脱陈氏咒语贡献绵薄,也算不枉本社长期倡导之“环保型学术”,不过到底合格与否,只能由译丛本身的质量来说话了。

中文修订版序

冯·李斯特的代表作之一《德国刑法教科书》，因其较高的文献价值，同时也因其在世界刑法史上的巨大影响力，受到各国刑事法学者的高度重视。因此，《德国刑法教科书》中文版的出版发行，受到国内刑法学界的关注似乎也就理所当然了，中文版的销售一空便是最好的证明。

值此中文版再版之际，译者（徐久生，现为中国政法大学刑事司法学院教师）在这里首先要向购买、阅读这本世界名著的各位同仁表示由衷的歉意。因为在中文版的初版中存在诸多错误，其中绝大多数属于笔误，有一部分属于表述错误，也有一小部分属于译者外语和专业水平不高造成的理解错误。译者十分清楚地意识到，各位同仁是如何耐着性子、凑合着阅读李斯特这位集犯罪学和刑法学研究于一身的学术大师的著作的。耐着性子、凑合着阅读，主要是因为不很成功的译文所致。译者时间上的紧迫、文字输入的不熟练、不够严谨的治学

态度,又是造成译文错字较多、不够准确、不够流畅的原因所在。

为了尽可能完整地、正确地反映冯·李斯特的刑法思想,译者用了整整一个月的时间,对译文,包括正文和脚注,进行了认真的修订,将译者本人发现的大小错误一一加以修正,译文的整体质量应当有所提高。译者仍不敢确信,修订后的中文版会让每一位学界同仁都满意。如果《德国刑法教科书》中文修订版能够获得比中文初版更好的评价,译者当稍感欣慰。

译者欢迎学界同仁提出批评、意见或建议。译者希望在各位同仁的帮助下,将李斯特的《德国刑法教科书》译得更好些。如有批评、意见或建议,可发邮件到译者的邮箱 icpmjju@sina.com.cn,我们共同探讨、切磋。

徐久生

2006年4月25日

第 21 版和第 22 版前言

在我国刑法典即将修改之前,拙作的新版本又将与广大读者见面了。我多年来所抱之希望就要实现了。拙作自 1881 年初问世以来已出版 4 万册。我不敢指望拙作一定能适应即将修改施行的刑法,因此,我想在前言、也许是在结束语中,将我所知道的拙作的译文目录增加进来,它们同时也是战前德国刑法在国外受到赞誉的证明。我丝毫不怀疑,德国刑法所失去的声誉还将重新获得。所幸的是,我们的后代将亲身经历科学领域的国际工作小组的重建。

弗兰茨·冯·李斯特博士

1919 年 4 月

第 25 版前言

鉴于立法和科学领域的进步,我在思考,有无必要以及在多大程度上修订该教科书。如果一成不变地保留出之弗兰茨·冯·李斯特之手的书稿,而且只顾及战后立法,要使本教科书跟上刑法和刑法科学发展的步伐是不可能的,我还是决定对教科书各章节进行全面而认真的修订,部分章节要作伤筋动骨式的修订。在刑事政策方面几乎无需修订,因为刑事立法一直遵循了弗兰茨·冯·李斯特长期以来在其刑法教科书中所主张的加强社会预防的思想。相反,在法律释义学,尤其是在罪责论方面,本教科书应当适应立法,特别是应当适应刑法科学的进一步发展。

因此,在所有章节将以新的文本替代旧的文本。对我而言,就产生了这样一个问题,即在本教科书的发展和完善过程中,出版者——正如弗兰茨·冯·李斯特在写给本人的一封信里所说的那样——原则上独立进行修订的时机是否确实到来。

在经过长时间的犹豫之后,我最终认为,修订的时机已经成熟。鉴于此认识,我对他在本教科书中所站不住脚的观点,以我本人的科学信念进行了修订,因此,本人对该教科书所有章节中的科学理论亦共同负有责任。当然,所有与弗兰茨·冯·李斯特先生观点相左的地方本人均作了说明,在一些重要问题上本人还试图加以论证。相反,因印刷或加上括号而对文本所作之修订本人则未作说明。本书的句子结构也许因此而受到干扰。如果有谁想阅读李斯特的原文,请看以前的版本。

就本版本所作之修订,本人想强调指出,本教科书对犯罪和刑罚的基本思想原封不动地被保留了下来,本教科书的独特的刑事政策倾向也百分之百地予以保留。在涉及国家对具体的犯罪行为反应以及国家对犯罪人的态度方面,仍一如既往地追求刑法和刑事政策的特殊预防思想。如同在其他方面一样,在这一点上,本人出于自己的科学信念,同样坚信李斯特的学说。如果我不能出于自己的科学信念而保留李斯特著作的特点,那么,我也就不敢接受本书的出版任务。

基尔,1927年7月31日

雷文洛大街28号

埃贝哈德·施密特博士

第 26 版前言

在进行新版本的修订时,仍坚持第 25 版前言中所陈述的修订原则。近年来丰富我国刑法文献的一系列重要的新的出版物——我想主要有冯·希佩尔(R·v·Hippel)的德国刑法第二卷,梅茨格(Mezger)的德国刑法教科书总论部分,新版本的李斯特对刑法的注释,对整个刑法教义学具有促进作用的弗兰克(R·v·Frank)纪念文集等——促使我萌发了对李斯特刑法教科书中的众多章节再次进行修订的念头。第 25 版所遵循的方法,在新版的修订过程中同样予以保留。

本人对书中的数页内容进行了删节,只保留了最重要的文献索引。有人建议我对本书从体系上作出重大修改。在本版本中我决定不作体系上的修改,如作体系上的修改,那也许是以后的事了。近来,刑法释义学有了很大的发展,一些新的出版物以及帝国法院的判例,在许多方面以全新的观点面世,并继续对自己的观点提出挑战,以至于我不

得至少在注释中,对刑法科学的发展进行探讨,并在所有比较重要的方面对本教科书的观点尽可能作出详细的说明。我之所以这么做,也是因为我的学生的缘故。那些不满足于只是反映刑法研究成果的概况或入门书籍的人们——此等书籍本学科多如牛毛——可以从本教科书中找到反映刑法科学发展的判例和文献的详尽索引。那些对注释不感兴趣的学生则可以放弃阅读此等注释。

本教科书以相互独立的总论部分和分论部分出版,在很大程度上是我的主意,我之所以这么做,主要是因为我考虑到外国。外国只对本教科书的总论部分感兴趣,Arvo Haveri 于 1929 年将本教科书第 25 版的总论部分译成芬兰语就是一个例证。外国对分论部分较少感兴趣是可以理解的。如果通过独立的总论部分能够使外国的科学界较容易地了解德国刑法科学在刑事政策和刑法释义学方面所做的工作,我相信,弗兰茨·冯·李斯特是会表示赞同并深感欣慰的。

阐述分则部分内容的第 2 卷,预计数月后能够面世。

汉堡,1931 年 12 月 1 日
费尔德布鲁伦大街 40 号
埃贝哈德·施密特博士

中文版序

弗兰茨·冯·李斯特(Franz von Liszt, 1851—1919)是集犯罪学和刑法学研究于一身并取得了显赫成果的学术大师。他既是犯罪学的刑事社会学派的杰出代表,又是刑法学的现代学派(新派)的创始人。他的基本学术思想和理论观点,对当代的刑法和刑法理论仍然具有重要的影响。

《刑法教科书》是李斯特的最重要的代表作之一。此书初版于1881年,曾先后被译成法、日、俄、西班牙、葡萄牙、芬兰、希腊、塞尔维亚等多种文字出版。在国际上广泛流传,影响很大。我国从未翻译出版过李斯特的著作,因而许多不懂德文的学者难以直接了解这位刑法学巨匠的思想观点,这对我国刑法学界已是多年的遗憾。但愿这本译著的出版,能够多少弥补这种缺陷。

但是,徐久生研究员现在翻译的刑法教科书,既不是根据1881年的初版本,也不是根据1919年李斯特逝世前的再版本翻译的,而是根据1931年

该书的第26版翻译的,而且翻译的只是教科书的第一卷(绪论和总论),第二卷(分论)没有译出。按照该修订版主编埃贝哈德·施密特博士的说法,他之所以把刑法教科书第26版分成总论和分论两卷出版,是因为“外国只对教科书的总论部分感兴趣”。我们也是基于这种考虑只翻译第一卷(绪论和总论)的。

鉴于李斯特逝世后刑事立法和科学领域的进步,为了使教科书跟上刑法和刑法科学发展的步伐,施密特博士在1927年修订出版刑法教科书第25版时就对教科书各章节进行全面的认真的修订,对部分章节作了重大的修订,第26版又再次进行修订。但是基本体系没有修改,李斯特对犯罪和刑法的基本思想及其独特的刑事政策倾向都原封不动予以保留。这对希望了解李斯特本人的思想观点的读者来说,如果不是过于苛求,也就足够了。

刑法教科书对刑法的许多重要问题都作了精辟的论述,例如关于罪责问题,教科书提出,罪责概念,是与意志自由的假设完全无关的。它所要求的只是无可争辩的和法定的先决条件,即所有人类行为均可通过观念来确定,即通过宗教观、道德观和法制观确定。决定论完全适用于在罪责判断中合理地对行为人动机和个性(危险性)的法—社会指责,但这一合理性在非决定论哪里是完全缺乏的,因为只有决定论能够将具体的行为与行为人的整个心理学上的个性联系在一起,只有决定论能够成为衡量罪责的增加和减轻的尺度;只有决定论能根据行为人的犯罪思想(反社会思想)的强度有益地区分犯罪人,并因此而构成刑事政策的牢固的基础。教科书还指出,罪责是犯罪的概念特征,无罪责即无刑罚,是一个很长的且目前仍然并没有结束的发展的结果。犯罪概念只是慢慢地吸收罪责于自身的;罪责学说的发展是衡量刑法进步的晴雨表。如同父亲的罪孽由其儿子及儿子的儿子清偿这一宗教观不得违抗一样,如在古时的悲剧中的不幸命运和现代文明中遗传法则代替罪责一样,所有民族的最古老法律均规定有刑罚法,而不管罪责如何。

作为刑法古典学派(旧派)对立面的刑法现代学派(新派),居然有如此深刻的罪责观,这是我阅读这本刑法教科书前想象不到的。当我通读全书之后,我不得不为自己过去对刑法现代学派的理论在认识上存在的某些误解和片面性而感到惭愧。这种感受是如此强烈地震撼着我,使我产生一种翻译外国著作的冲动,也许在今后的学术研究中,我应当把著述与翻译并重。因为,从个人来说,外国的理论永远是自己知识的不竭的源泉之一,从国家来说,介绍外国的刑法理论,这是一个学者义不容辞的责任。

何秉松识于静斋

1999年6月1日

目 录

第一编 绪 论

§ 1 刑法的概念和本教科书的任务 /3

第一章 犯罪的反社会性和刑罚的 社会功能 /5

§ 2 作为法益保护的刑法 /5

§ 3 犯罪的原因和类型 /10

§ 4 现阶段刑事政策的要求及其对最新法律
发展的影响 /15

§ 5 刑法的学派之争 /24

第二章 刑法的历史 /30

§ 6 刑法史引论 /30

§ 7 罗马刑法 /32

§ 8 中世纪的德国刑法 /37

§ 9 查理五世刑事法院条例 /43

- § 10 全德通用刑法 /48
- § 11 启蒙运动时期 /58
- § 12 1870年以前的刑法科学和立法 /62
- § 13 帝国刑法典的产生与发展 /74
- § 14 其他帝国刑法规定 /81
- § 15 帝国刑法及其辅助学科之文献 /81
- § 16 德国的刑法改革 /87
- § 17 当今外国的刑法立法情况 /98

第三章 帝国刑法的渊源 /125

- § 18 刑法 /125
- § 19 刑法的时间效力 /131
- § 20 刑法的效力范围:帝国法和州法 /135
- § 21 刑法的空间效力范围 /140
- § 22 德意志帝国的刑法立法——续 /143
- § 23 国际司法协助 /151
- § 24 德国刑法对人的效力范围 /157
- § 25 例外法 /160

第二编 总论

第一部 犯罪 /165

- § 26 犯罪的概念 /167
- § 27 犯罪的三分法 /172

第一篇 犯罪的特征 /176

第一章 作为行为的犯罪 /176

- § 28 行为的一般概念 /176
- § 29 作为 /184
- § 30 不作为犯罪 /193