



外国法典新译系列

德国刑法典

(2002年修订)

徐久生 庄敬华/译

中国方正出版社

外国法典新译系列

德 国 刑 法 典

(2002 年修订)

徐久生 庄敬华/译

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

德国刑法典/徐久生、庄敬华译. - 北京: 中国方正出版社, 2004. 1

ISBN 7-80107-416-5

I. 德… II. ①徐… ②庄… III. 刑法典-德国-法律-国际
IV. D923.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 120565 号

外国法典新译系列

德国刑法典

徐久生 庄敬华 译

责任编辑: 陈学军

责任校对: 丁新丽

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) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66166604 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: CH_X_J@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京金华印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 9.125

字 数: 233 千字

版 次: 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-416-5

定价: 19.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

为德意志联邦共和国刑法典序

汉斯·海茵里希·耶赛克教授^①

一、德国刑法典的产生和适用范围

现行德国刑法典渊源于 1871 年 5 月 15 日的《德意志帝国刑法典》。为了适应变化了的情况和需要，该法典经过多次修订。在 19 世纪和 20 世纪交汇之际开始的魏玛共和国时期的刑法改革运动（1919 年～1933 年），使得刑事政策改革取得初步成果。1921 年～1924 年的《罚金刑法》的颁布，为罚金刑的大量适用打开了方便之门。1923 年的《少年法院法》^② 促使以教育思想为特征的适合青少年的刑法的发展，使已由各州司法行政部门建立的青少年法庭得以在法律上被承认。引进刑罚以外的保安及矫正处分（刑罚的双轨制）的 1933 年的惯犯法，结束了魏玛共和国的刑法改革，但其适用受到极权国家的不利影响。

1949 年颁布基本法的德意志联邦共和国进行刑法立法的目的，起初是在于从语言上纯洁刑法典，清除刑法中纳粹统治制度的残余，改变不能被接受的占领国的干涉，重建联邦地区和西柏林刑法的统一性，并进行起码的必要的改革。1949 年 5 月 23 日的《基本法》废除了死刑（第 102 条），并将罪刑法定原则（Gesetzlichkeitsprinzip fuer Verbrechen und Strafe）写进了基本法（第 103 条第 2 款）。1953 年 8

^① 汉斯·海因里希·耶赛克教授（Professor Dr. iur. Hans - Heinrich Jescheck）是国际刑法学界享有崇高威望的刑法学家，曾担任德国著名的马普外国和国际刑法研究所所长，国际刑法学协会主席，卡尔斯鲁厄州高等法院法官，现在虽已退休，但鉴于其对马普外国和国际刑法研究所的贡献，位于德国弗莱堡的该研究所仍为其保留办公室和秘书。——译者注。

^② 国内学者通常译为“青少年刑法”，简称少年刑法。——译者注。

月4日的第三部刑法修改法表明了刑法改革向前迈进了第一步，它引进了缓刑和假释。1953年8月25日颁布的新版本的刑法使用了“刑法典”称谓，并沿用至今，废除了“适用于德意志帝国”的字样，因为德意志帝国已经不复存在了。

刑法的全面改革是随六部刑法改革法、众多的刑法修改法和1974年3月2日的刑法典实施法的颁布而得以进行的。1969年7月4日的第1部刑法改革法将刑法总则进行了彻底的修改；以所谓的“犯罪构成要件”描写具体犯罪的分则，也因初步的改革而换上了一个新的面孔。刑法改革的第二个阶段主要包含于1975年1月2日的新颁布的刑法典中。

刑法总则改革因此暂告一段落，而分则部分的改革仍在继续，还远没有结束，原因是其后颁布了数部刑法改革法和刑法典实施法以及其他法律。这些不断的修改和完善，导致立法机关于1987年3月10日又颁布了新版本的刑法典。其后，随着引进对挟人勒索（第239条a）和扣作人质（第239条b）等恐怖主义犯罪加重处罚的规定，又颁布了1989年6月9日的法律。1990年6月13日的法律将第316条c对航空器的保护扩大至民用航海船只。1990年8月20日的第25部刑法修改法扩大了第201条侵害言论秘密的范畴。1992年7月14日的第26部刑法修改法加重了第180条b、第181条人身交易的刑罚。通过1992年7月15日的《防治非法毒品交易和其他形式的有组织犯罪法》（简称有组织犯罪法），新增加了结伙盗窃（第244条a）、结伙窝赃（第260条）、职业结伙窝赃（第260条a）和洗钱（第261条）的犯罪构成。1993年10月25日的洗钱法，通过规定金融机构在进行20000德国马克以上的金融交易时，有义务对交易伙伴进行认定，对洗钱犯罪又作出了补充规定。有组织犯罪法通过增加财产刑（第43条a）和追缴（第73条d），加重了对上述犯罪和情节严重的人身交易（第181条）以及情节特别严重的违反麻醉品法的行为的处罚。1998年5月4日的《改善与有组织犯罪作斗争法》，明显地扩大了洗钱犯罪的范围并加重了处罚规定。1993年7月23日的第27部刑法修改法扩大了第174条第1款和第3款规定的对下属的性虐待，以及第176条第1款~第4款、第5款第2项和第6款规

定的德国人在国外实施的针对儿童的性虐待的适用范围（该犯罪不受犯罪地法律的约束）。如果行为人和被害人是德国人，且其居住地在国内的，即适用第 174 条。就第 176 条而言，完全可不考虑被害人的国籍（性旅游）。此外，第 184 条第 3 款传播以对儿童的性虐待为内容的淫秽文书的处罚被加重。第 184 条第 4 款和第 5 款包含了针对儿童的淫秽文书的补充规定。刑法分则的改革因引进贿赂议员、包括贿选欧洲议会议员的刑法规定而得以继续（第 180 条 e）。1994 年 5 月 31 日的第 29 部刑法修改法，还适应了原来就已存在的废除对同性恋的处罚要求，并废除了第 175 条。通过一个统一的规定（第 182 条），将利用特定的从属关系对 14 岁 ~ 15 岁的男女少年为性行为的行为人予以刑法处罚。1994 年 6 月 27 日的第 2 部打击环境犯罪法和 1994 年 10 月 28 日犯罪防治法又作出了新的重要的规定。1995 年 8 月 21 日的怀孕和家庭帮助修改法对中止妊娠作出了不受处罚的规定。

两德的统一导致在联邦德国的所有国土上重新恢复刑法的统一性。1987 年 3 月 10 日版本的刑法典基于 1990 年 8 月 31 日的两德统一条约，该法典自 1990 年 10 月 3 日起适用于德国的新州勃兰登堡、梅克伦堡、萨克森图林根以及东柏林等地。

刑法改革的第三阶段因 1998 年 1 月 26 日的第 6 部刑法改革法和同日的与性犯罪和其他危险犯罪作斗争法的颁布而得以实现。第 6 部刑法改革法通过对量刑范围的协调、对某些犯罪构成的加重和现代化（例如第 306 条 ~ 第 306 条 f）、通过加强对特别危险领域的刑法保护（例如第 176 条 ~ 第 176 条 b 和第 236 条）和废除非必须的或已不再适应时代要求的刑法规定（例如第 144 条和第 217 条），使得刑法分则的全面改革向前迈出了一大步。通过充分考虑到有期徒刑余刑的缓刑交付考验（假释）可能对公众的安全利益造成的危害（第 57 条第 1 款第 2 项），通过对特定的性犯罪和伤害犯罪以及毒品犯罪（第 66 条第 3 款）行为人扩大适用保安处分，通过引进不定期的行为监督（如果被判刑人不同意或不接受治疗或戒除瘾癖的指示）（第 68 条 c 第 2 款），使与性犯罪和其他危险犯罪作斗争法加强了对公众安全的保护。随着第 6 部刑法改革法和与性犯罪和其他危险犯罪作斗争法的颁布，立法者用规定新的犯罪，对社会大众的担忧和不安作出了

反应。在刑法改革过程中，对刑法条文的多处修改，导致 1998 年 11 月 13 日新版本的刑法典的问世。

在刑法改革的过程中，刑罚执行，也即刑法中关于自由刑和剥夺自由的矫正和保安处分的执行的规定，也同样得到改革，1976 年 3 月 16 日的刑罚执行法的颁布即是很好的例子。刑罚执行的改革主要涉及扩大适用从宽执行的范围（准许外出、自由外出、休假）和通过提供法律帮助（控诉权、要求法院裁定权、申诉权）来改善犯人的法律地位。刑罚执行改革工作的重要部分当然还包括犯人的医疗和养老保险问题，它将由特别的联邦法律予以规定（刑罚执行法第 198 条第 3 款）。有关犯人劳动报酬的联邦法律至今尚未问世。但是，联邦宪法法院通过 1998 年 7 月 1 日的判例裁定，刑罚执行法第 200 条第 1 款规定的将犯人的劳动报酬限制在社会保险法的原始值的 5%，是违背基本法中关于犯人再社会化需求的规定的。因此，2000 年 12 月 27 日的法律规定从原来的 5% 提高到 9%。许多批评者认为这一步远远不够满足刑罚执行的再社会化任务，但它未受到联邦宪法法院的指责（2002 年 3 月 24 日的判决，《刑事辩护人》（杂志），2002 年第 374 期）。刑罚执行法同样被用于与性犯罪作有效斗争的现实任务之中。与性犯罪和其他危险犯罪作斗争法的颁布，使得刑罚执行法第 9 条关于将犯人迁移至社会治疗机构的规定作出了修改，即因性犯罪（刑法典第 174 条～第 180 条或第 182 条）而被科处 2 年以上自由刑的犯人，如经审查有迁移之必要的，即使其本人不同意也可将其迁移至社会治疗机构。很明显，新的法律规定的目的在于，对严重的性犯罪者实施新的适用于社会治疗机构的或在将来引进社会治疗机构的治疗方法。在 2002 年 12 月 31 日之前，这一规定只是作为应当规定（Sollvorschrift），以便给各州以时间，使各自的社会治疗机构适应新的特别严峻的任务。

无论是司法实践还是公众，在解释新刑法时，都将不会遇到多大的理解困难，因为人们关于刑法和犯罪的传统观念，在 1952 年开始刑法改革以来发生了明显的变化。一个学习和思考的过程实际上已经开始，且超越于专业领域之外，调动和转变了人们的情感。刑法只是社会控制的方法之一，刑法的适用将严重干涉当事人自由、声誉和收

人，以及由于刑法的适用必然产生社会不利影响。因此，应当尽可能少地适用刑法的认识，已经深入人心和广为人知。人们确信，只有以罪责为中心的刑法才可能保护公众的自由，因为这样的法律将人视为负责任者，其方法是它通过要求和制裁，呼吁人们了解法律的有关要求和禁止规定。而且，通过法制国家原则对刑法进行限制的必要性，和并非所有看起来适合于对违法者进行治疗的手段都是公正的认识，如今已是妇孺皆知。此外，人们逐渐开始理解，作为刑事政策基础的人道主义，并不是具有同情心的个别人的理想主义的事情，而是整个社会对犯罪的责任问题，对违法者的关心并不是什么恩惠和怜悯，而是福利国家的具有强制性的任务。与过去相比，刑事司法已不再被理解为实现公正的过程，而是被理解为主管机关以不同的方式方法对犯罪人给予帮助的社会任务。刑事司法的成效不能仅从犯罪人的再社会化的统计数据来判断，而更应当在与我们这个时代的得到加强的社会良知相适应的整个刑法活动中来衡量。犯罪情况的最新发展向公众表明，在与暴力犯罪、性犯罪，尤其是针对儿童的性犯罪、对难民营和外国人住房的纵火、武装匪徒的攻击、入室盗窃、有组织犯罪等作斗争，必须充分适用自由刑和剥夺自由的矫正与保安处分，而又不能忽略刑罚执行的再社会化任务。公众要求制定更加严厉的刑事政策，且大的政党似乎想尊重民意。

二、刑事政策原则

德国刑法的刑事政策的基本构思在于，一方面考虑犯罪人罪责的补偿（Schuldausgleich），另一方面要实现刑罚对犯罪人个性的影响。人们将这种刑罚对行为人的影响称为特殊预防（Spezialpraevention）。应当满足于这种一概而论的说法，因为法律本身并未对此作出详细的规定，并未规定刑罚的这两个任务之间的关系如何、谁比谁更重要，如同立法者在罪责原则和刑度之间的关系上所做的那样。第46条第1款第1句的规定，“犯罪人的责任是量刑的基础”，只是包含了罪责原则的非特定的表述，且第2句“应考虑刑罚对犯罪人将来的社会生活产生的影响”，因同样缺少罪责补偿，使得特殊预防受到限制而令人惋惜。尽管如此，第46条第1款关于现行法律的刑事政策的基本构思的表述并非毫无价值。它至少表明，其刑种和刑度与犯罪人

的罪责不相适应的一个刑罚，因为它明显地过于严厉或明显地过于宽容，是不符合法律规定的，法院要对此等规定作出自己的解释。此外，通过第46条第1款第1句，一个纯粹的处分体系，正如无限制地使用“治疗”来医治违法者的所有人格缺陷的虔诚的追随者们所建议的那样，被拒绝。另一方面，第46条第1款第2句清楚地表明，立法者要求在每一个量刑行为中，要同时考虑处罚对被判刑人将来社会生活的影响，而且绝对不能将处罚仅仅理解为法院的行为。

一般预防（Generalpraevention）在刑法典中是没有明确规定的。人们往往将一般预防从积极的方面理解为，通过刑罚对公众法律意识和遵守法律的影响来维护法制，从消极的方面将其理解为，以犯罪人受到的处罚为例来威慑所有有犯罪倾向的人。从缺乏相应的规定这一点便可得出结论：通过与罪责相适应的刑罚来实现立法者所确定的、以整个法律制度为基础的国家刑罚的目的，维护法制，仅仅基于一般威慑，通过现行法律加重对犯罪人的处罚是不可能实现的。但减轻处罚又是罪责原则所不能允许的。这一原理虽然在文献中并非没有争议，但在司法实践中被坚持不懈地运用着。很明显，立法者将维护法制和刑罚的威慑效果视为是正当的，因为与罪责相适应的刑罚对于一般预防而言被认为是足够的，也是必须的。

1986年12月18日的《被害人保护法》的颁布，使得法院在量刑时有义务顾及犯罪被害人的利益，在刑法典第46条第2款中，犯罪人的“赔偿损失”以及“与被害人达成和解”的努力被作为量刑理由的补充。作为发展方向的犯罪人与被害人对冲突达成和解的思想以新的规定出现，上文提及的1994年12月28日的犯罪防治法已经将之补充进刑法典。这里，最为重要的是第46条a。根据该条的规定，如果犯罪人在与被害人和解的过程中对其行为全部和大部分作了补偿，或者被害人在得到全部的补偿或大部分补偿的情况下，法院可根据第49条第1款减轻处罚，或者如果科处1年以下自由刑或360单位日额金之罚金，法院可免除犯罪人刑罚。如果法院根据案卷情况依据第46条a免除刑罚，检察院可在征得负责主审的法院的同意后，免于提起公诉（《刑事诉讼法》第153条b第1款）。

在轻微犯罪方面，刑法的非犯罪化要求进一步得到实现。众多轻

微违法行为不再受刑法处罚，而是根据 1987 年 2 月 19 日的违反秩序法的规定科处非刑罚性质的罚款，但根据 1998 年 1 月 26 日的违反秩序法修改法的规定，此等行为应被科处比过去多一倍的罚款（《违反秩序法》第 17 条第 1 款）。这里主要是将交通违法行为转变为违反秩序行为。旧刑法典第 29 章的“违法行为”被废除。该章的最重要的违法行为同样被转变为违反秩序法的行为。例如，人们可以在《违反秩序法》第 111 条中重新找到提供虚假姓名（旧刑法典第 360 条第 8 项）的规定，在《违反秩序法》第 117 条和第 118 条中，重新找到有关妨碍他人休息的噪音和严重的恶作剧（旧刑法典第 360 条第 11 项）的规定。

《刑事诉讼法》的两条规定在轻微犯罪至中等严重程度的犯罪的非犯罪化方面也起到了应有的作用。作为追诉义务的一种例外，检察机关可根据《刑事诉讼法》第 153 条的规定，在未规定提高自由刑最低限的轻罪（例如轻微盗窃，第 242 条，但不包含携带武器盗窃、结伙盗窃和入室盗窃，第 244 条）情况下，如果犯罪行为引起的后果和犯罪人的责任轻微，且无依职权进行刑事追诉之必要的，可不经法院同意终止追诉。迄今为止的对针对他人财产的限制，因 1993 年 1 月 11 日的《减轻司法负担法》的颁布而被废除。在提高最低刑的轻罪情况下，检察机关只有在征得法院的同意之后方可作为上述行为，但经验表明，法院一般情况下是会同意的。《刑事诉讼法》第 153 条 a 增加了附条件终止刑事诉讼的规定。检察机关可根据该条的规定，在征得法院和被告人的同意之后，对所有轻罪暂时附条件地不提起公诉，给予一定的命令和指示（大多数情况下为向公益机构或向国库给付一定数额的金钱，最近还增加了具有损害赔偿内容的行为人与被害人和解的努力）。在此，在未规定提高自由刑最低限的轻罪情况下，检察机关同样无需征求法院的意见。《刑事诉讼法》第 153 条 a 因减轻司法负担法而得到扩展，不再像迄今为止那样要求犯罪人的罪责轻微，而只是要求罪责的严重程度与附条件终止刑事诉讼不相违背。这两条避免刑事诉讼的途径具有巨大的而且是越来越重要的实践意义。即使在检察机关提起公诉以后，法院在同等条件下，经检察机关和被告人同意，同样可以终止诉讼程序。《刑事诉讼法》

第 153 条和第 153 条 a 关于轻微犯罪的处理规定，因原东德 1990 年 9 月 13 日的《乡镇仲裁处法》而得到补充，根据两德统一条约的规定，该法仍然有效，有些新州在加以修订的情况下接受，有的新州则以自己的法律取而代之。

此外，轻微犯罪非犯罪化的诉讼途径，主要适用于家庭盗窃（第 247 条）以及盗窃和侵占价值甚微的物品（第 248 条 a）。这两条规定可相应适用于许多财产犯罪的轻罪。立法者显然是考虑到，此等案件大多数情况下不会被提起刑事诉讼，而是以民事或非诉讼途径解决。刑法典第 60 条的规定超越了轻微犯罪的范畴，根据该条的规定，如果法院认为科处犯罪人刑罚不符合刑罚目的，可免除其刑罚，但犯罪人因其犯罪行为可能被科处 1 年以上自由刑的不适用本规定。性刑法（Sexualstrafrecht，第 174 条及以下几条）的处罚幅度的回缩表明了刑法核心部分的非犯罪化。而 1993 年的第 27 部刑法修改法和 1998 年的第 6 部刑法改革法在一定程度上却走向了相反的方向。

德国刑法的另外一个基本原则是，处罚的所有先决条件以及刑种和刑度都必须由法律明确规定之，也即所谓的法定原则（Gesetzlichkeitsprinzip）。德国刑法的这一法定原则可在德国基本法第 103 条第 2 款找到答案：“行为前法律对可罚性已有明文规定的行为始受处罚”。通过国家的这种自我约束，应当使人们明确，刑法处罚只适用于行为前已有明文规定的行为，每个人均应当相信，一个行为，如果在其实施前法律对之未作出处罚规定的，不受处罚，而且将来也不受处罚。由此可得出结论，刑事法官无权通过类推适用相似的刑法规定来弥补所谓的法律漏洞。就民法而言，《瑞士民法典》第 1 条第 2 款的著名规定被认为是一般原则，“如法律无规定的，法官可依习惯法裁判；如无习惯法的，法官可依据自己作为立法者所提出的规则裁判”。而对刑法而言，是绝对禁止适用习惯法和类推的，如果依据习惯法或类推适用将加重对被告人的处罚的，则更应当绝对禁止之（例如，夜间敲门叫卖不得依第 123 条作为非法侵入他人住宅处罚，因为后者的构成要件要求有犯罪人身体进入被害人住宅的事实）。法定原则的结果还在于禁止溯及既往。这一规定的目的也在于保护行为人。因此，根据第 2 条第 3 款的规定，如果在犯罪时有效之法律在裁判前修改

的，适用处刑最轻之法律。1979年7月16日的第16部刑法修改法取消了谋杀罪的追诉时效的限制，因而法律实际上是变得更加严厉了（第78条第2款），该规定同样适用于法律生效前的谋杀罪，但以此一时刻对该罪的追诉未过追诉时效为限。对谋杀罪的追诉允许溯及既往，是有违文献中占主导地位的观点的，允许溯及既往的根据是，追诉时效只被看成是诉讼障碍，以致于不得适用基本法第103条第2款的规定。

如果联邦德国刑法典对此等在统一前的犯罪已经有规定，例如刑法典第5条（对国内特定法益的保护）或第6条（对国际特定法益的保护）（刑法典实施法第315条第4款），对在两德统一前的原东德实施的犯罪，德国刑法典具有溯及既往的效力。此外，根据刑法典第2条第3款的规定，应适用处刑较轻之法律（刑法典实施法第315条第1款～第3款）。联邦宪法法院裁决92, 277（BVerfGE 92, 277）对两德统一前在原东德实施的刑法典第94条和第99条规定的犯罪，直接根据基本法的规定构成追诉障碍。此外，1993年3月26日的时效法，使得对在原东德实施的特定犯罪进行事后追诉成为可能。根据该法的规定，凡于1949年10月11日至1990年10月2日，在德国统一社会党（原东德）统治时期实施的犯罪的追诉时效予以暂时停止，但以与国家或政党统治的明确的或可推知的意志相适应，且因政治或与自由法制国家秩序不相适应的重要原因而未受制裁者为限。

从法定原则中产生出了确定性要求（Bestimmtheitsgebot）。如果立法者通过对犯罪构成要件的不精确的措辞来逃避作出自己的决定，将什么是应当处罚的，什么是不应当处罚的规定交给法官斟酌，那么，可罚性和刑罚的现有法律基础的保障，将不能从事实上提供法安全性（Rechtssicherheit）。这样一种不确定的、只有通过司法予以限制的刑法规定如，严重的违法行为，旧刑法典第360条第11项对之作出了不明确的规定，“实施严重违法行为的……”，现在，法律对此内容的规定与法律规定的确定性要求相适应。《违反秩序法》第118条规定，“实施侵扰或危害公众和影响公共秩序的严重不礼貌的行为的……”。保障法安全性的确定性要求，还有助于在改革过程中，将一些迄今为止只被视为法官权利的规定转变为法律规范。如此

做的有，非真正的不作为（第13条）、禁止错误（第17条）、阻却违法性的紧急避险（第34条）和对阻却责任的紧急避险的认识错误（第35条第2款）。此外，较大的法律确定性还保证了更为明确的犯罪未遂概念（第22条），改善了对犯罪中止的规定，如数人犯一罪（第24条第2款）以及人和物的概念范畴（第11条）。第11条第1项中关于亲属的概念，因2001年2月16日的《同居法》第32条第1项（联邦法律公报，1，第266页），被予以扩大：同居者被视同为该法第1条意义上的配偶。分则中对许多构成要件的规定，追求的是通过刑法的确定性来实现相同的法安全性，例如，交通刑法（第142条）、性刑法（第174条及以下几条）、在包庇、阻挠刑罚和窝赃（第257条~259条）、违反建筑规则（第319条）和职务犯罪（第331条及以下几条）均是如此。但也有相反的例子，如第324条规定，如果某人“未经许可污染水域”，将受处罚，因为在这里，可罚性的界限是不确定的。2002年3月20日的联邦宪法法院的判决明确强调刑法的确定性要求，该判决宣布关于财产刑的第43条a无效。

刑事政策的基础最终是人道主义原则（Grundsatz der Humanitaet）。人道主义原则表明，刑法从广义上所产生的所有人际关系，均必须建立在彼此约束、共同对犯罪人负责、为社会帮助之热情和挽救犯罪人的意愿之上。正是基于人道主义原则，联邦德国承认1950年11月4日的《保护人权和基本自由的欧洲人权条约》第3条规定的禁止刑讯逼供和不人道的刑罚或治疗，废除死刑、废除重惩役（Zuchthausstrafe）和名誉刑，承认在刑事判决和自由刑的执行过程中的再社会化目的（刑法典第46条第1款第2句，刑罚执行法第2条第1句，第154条第2款）。

三、刑法典的结构

（一）处罚之先决条件

除上文谈及的法定原则以外，就刑法典自我限制的精神而言，主要是刑法对具有国际性质犯罪的适用范围的范围问题（例如犯罪地在外国，犯罪人是外国人，或者被破坏的法益属于外国或外国人）。由于从属人主义原则（Personalitaetsprinzip）到属地主义原则（Territorialitaetsprinzip）的转变（第3条），现行法律原则又回到了只对

德国实施的犯罪适用德国刑罚权的道路上来。同时，为处罚外国行为，要求有一个合法适用本国刑罚权的连接点，如同其在保护特定国内法益（第5条）或国际法益（第6条）（世界法原则）中所具有的那样。此外，根据2002年6月26日的《新国际刑法典》第1条的规定，世界法原则仍然有效。1974年5月24日的《军事刑法》第1a

—德国士兵在外国实施的犯罪—对该规定又作出了补充。1995年6月6日的联邦法律规定，为了保护海洋，对在德国领海以外的德国专属经济区实施的第324条、第326条、第330条和第330条a规定的污染环境的犯罪（第5条第11项），对船舶通过造成的有害物质的犯罪，将德国刑法典的适用范围扩大至北海和东海（《海洋保护法》第12条）。1997年11月5日的《移植法》（Transplantationsgesetz）还将关于禁止器官交易的德国刑法规定（器官移植法第18条）扩大适用于外国行为，但以犯罪人是德国人者为限（刑法典第5条第15项）。

在关于“犯罪”的总则第二章，包含了各种不同处罚的基本的先决条件。第二章以对不作为犯罪的规定（第13条）开篇，该规定虽然没有对出现的所有问题都作出回答，但它毕竟表明，根据刑法典的规定，谁依法有义务防止符合构成要件的结果发生而未防止其发生的，且行为人具有产生禁止行为的法律义务（而非道德义务），就应当受本法的处罚。两条关于认识错误的规定具有巨大的实践意义。事实上的认识错误（第16条）是对法定构成要件特征的认识错误，在该点上，现行刑法典与旧德意志帝国刑法典均作了同样的规定，即构成要件错误（Tatbestandsirrtum）排除故意（例如将他人的物品误当自己的物品拿走，不能以盗窃罪处罚）。但第二个关于认识错误的规定（第17条）将德国联邦高等法院的判决（BGHSt 2, 194）作为所谓的禁止错误来对待，在对不法的不可避免的错误情况下否定罪责，而在可避免的错误情况下就产生故意问题，对此等故意只能依据第49条第1款减轻处罚。在关于责任能力的规定（第19条～第21条）中，承认严重的心理异常（心理变态、神经官能症等的严重情况）作为排除罪责和减轻罪责事由。犯罪未遂（第22条～第24条）即被认为存在，如果犯罪人已经“直接采取行动”来实现犯罪构成的

话。对未实施终了的犯罪的处罚，其根据在于，犯罪人的违法意志在其行为的实施中已有充分的表示，因而已表现出对法秩序的威胁。重罪的未遂总是要处罚的，而轻罪的未遂是否处罚，主要取决于法律对之是否有明确的规定。此等规定是考虑到区分严重的犯罪和轻微犯罪，刑法典第 12 条是以应科处的最低自由刑的高低来区分重罪（Verbrechen）和轻罪（Vergehen）的。根据第 12 条第 1 款的规定，重罪是指最低刑为 1 年或 1 年以上自由刑的犯罪行为，轻罪是指最低刑为 1 年以下自由刑或罚金刑的犯罪行为。犯罪未遂可比照犯罪既遂从轻处罚。法官也可科处行为人既遂的刑罚，因为行为是否成功都可能是偶然的。在不能犯未遂情况下，如果行为人为弱智，可免除处罚，因为此类犯罪未遂一般不被认真对待。自动中止犯罪的，不予处罚。

关于正犯和共犯的规定（第 25 条～第 31 条），以首次在法律中区分单独正犯、间接正犯和共同正犯作为该节的开始。关于共犯的表现形式，现行法律与原来的法律一样，规定了唆使他人犯罪行为（教唆犯）和为他人的犯罪提供帮助（帮助犯）。在这两种情况下，主犯罪行为均必须是故意实施的。与过去的法律不同的是，帮助犯必须依第 49 条减轻处罚（第 27 条第 2 款第 2 句）。对共犯未遂的处罚的界限被前移（第 30 条），例如，在教唆他人犯重罪未遂的情况下，当教唆者尚未能成功地唆使他人实施被教唆的重罪的，也受处罚。

（二）刑罚和处分

德国刑法新规定的重点，正如其在 1975 年改革之后所表明的那样，并非在于可罚性之先决条件，而是在于刑罚和处分。现行法律的一般发展趋势通过这样一句口号而表明了其特征，即尽可能少地科处罚金刑，尽可能多地给予社会帮助。尽管由于特别危险的犯罪形式的出现，明显地加重了对此等犯罪的处罚，但现行刑法的这一基本方向，原则上讲是与以前没有什么两样的。2000 年 12 月 5 日制裁法改革的法律草案已经出台。其目的主要是避免短期自由刑和替代自由刑。

自由刑仍一如既往地构成刑罚体系的支柱，因为对那些严重的犯罪、科处罚金刑不是很合适的较严重的犯罪，以及对那些重新犯罪而言，自由刑是唯一的选择，在罚金刑不能实际得到执行的情况下，自

由刑还必须作为替代刑罚（第43条）。1个月以内的自由刑已被完全废除（第38条第2款），1个月以上6个月以下的自由刑通常被罚金刑取代，判处短期自由刑只属于例外情况（第47条）。此外，自由刑的执行也由于缓刑的扩大适用（第55条～第56条g），同样明显地较过去少了。目前，实践中的量刑情况是，法院根据成年人刑法判处的刑罚，有80%以上是罚金刑（1996年约有561 000起案件被科处罚金刑），其中有8%被转处替代自由刑，因为被判刑人未缴纳或无力缴纳，也就是说，每年大约要执行22 000个替代自由刑。根据《刑法典实施法》的规定，联邦德国有允许被判刑人以自由的、不付报酬的劳动来代替替代自由刑执行的规定。因此，对替代自由刑的怀疑也就不复存在了。只有很小一部分替代自由刑的当事人选择“公益劳动”。对自由刑起到抑制作用的罚金刑只局限于90个单位日额金的范围以内（相当于3个月的自由刑），中长期自由刑却有了明显的增加，在第6部刑法改革法以后，其增加趋势更加明显。统计资料还表明，自由刑虽然占有所有判决的19%，但其中的69%被宣告缓刑交付考验；在被缓刑的被判刑人中，大约28%的被判刑人被撤销缓刑，重新实际执行自由刑。尽管如此，对缓刑效果作出积极的评价毫无疑问是完全正确的。1～2年的自由刑被缓刑的情况在不断增加，因为1986年4月13日的第23部刑法修改法颁布之后，刑法典第56条第2款的新规定因而受到联邦高等法院的遵照执行（联邦高等法院刑事判决29，370）。根据该新的规定，对较高自由刑的缓刑，不应当再局限于个别例外犯罪。从总体上讲，目前被判处自由刑的犯罪人中，仅有7.5%的人实际在监狱执行刑罚。尽管如此，监狱人口在明显下降之后，现在又逐渐增加，犯人和被保安监禁者在2000年3月31日达到60798人，另外，还有待审拘留人员（未决犯）17670人。犯人不断增加的一个重要原因是犯罪数量的增加和科处的长期自由刑较多。在执行刑罚期限的2/3甚至一半以后即可将有期自由刑余刑的暂缓执行（假释，第57条），假释目前达到33%。近年来，余刑的缓刑有所增加，因为假释的先决条件，即执行刑罚期限的一半，因第57条第2款的新规定，同样因第23部刑法修改法，而得到了改善，也即假释的先决条件比过去更加宽松了。

自由刑（少年刑罚和适用于士兵的刑事禁闭除外）是有其期限的（第 38 条），在刑罚执行中，往往仅仅根据其期限和被判刑人的个性来区分不同的执行方法。对于规定某一联邦州的刑罚执行机构管辖权的执行计划（《刑罚执行法》第 152 条），可根据自由刑的期限来制定。尽管终身自由刑受到强烈的抨击，但德国刑法典仍将其保留了下来（1999 年共有科处终身自由刑的判决 96 个）。针对一段时间以来明显增加的对法秩序和公共安全构成威胁的最为严重的犯罪形式——如暴力犯罪——这一客观事实，刑法的严肃性和严厉性（保留终身自由刑）必须明确地予以保留。根据联邦宪法法院的一个判决（联邦宪法法院判决 45, 187），1981 年 12 月 8 日的第 20 部刑法修改法引进了终身自由刑可以假释的新规定，但以被判刑人已执行刑罚 15 年者为限（第 57 条 a）。司法实践中每年科处的终身自由刑也许有所增加，因为第 6 部刑法改革法在相当数量的犯罪构成中，对过失造成他人死亡规定可科处终身自由刑或 10 年以上自由刑（例如，强制猥亵和强奸犯罪，刑法典第 178 条）。

在减少自由刑的适用情况下，罚金刑的适用有了明显的增加。有鉴于此，可以认为，罚金刑已经成为德国刑罚体系的重点。随着引进斯堪的那维亚的日额金制（Tagesbussensystem），旧的总和罚金制被废除，使得罚金刑比过去既更加公正又更加透明了。对罚金刑的量刑过程被划分为两个步骤。日额金的数量根据犯罪人的罪责和刑罚的预防目的（第 46 条第 1 款），日额金的高低则根据被害人的经济支付能力来衡量；在量刑时，法官会考虑到犯罪人的纯收入或可能有的纯收入。日额金制同样被引进奥地利、法国、西班牙、巴西、葡萄牙、波兰、匈牙利和瑞士。

财产刑（第 43 条 a）被废除。此外，《有组织犯罪法》在很大程度上扩大追缴的适用范围（第 73 条 d），将犯罪人因违法犯罪所得之财产利益予以追缴（第 73 条及以下几条）。根据该法的规定，只要有较大的可能性表明，此等财产来源于犯罪，法院可命令将团伙犯罪或职业犯罪的正犯或共犯的财产予以追缴。

不仅仅犯罪人的自由刑可以被赦免，而且罚金刑也可被赦免。在 180 单位日额金情况下，法律规定了一种新的可能性，即确定其刑