

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

德國近代法制發展史研究——以刑法為主 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 96-2414-H-004-046-
執行期間：96年08月01日至97年10月31日
執行單位：國立政治大學法律科際整合研究所

計畫主持人：陳惠馨

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 98 年 05 月 05 日

國科會補助專題研究計畫報告書

計畫主持人：陳惠馨教授

計畫編號：96-2414-H-004-046-

計畫期間：2007.08.01 至 2008.10.31

德國近代法制發展史研究—以刑法為主

Research on German Legal History in chief of Criminal Law

壹、目錄

一、報告內容

二、參考文獻

三、計畫成果自評

四、附件

附件一

附件二

貳、報告內容

一、前言

本計畫重點以德國近代法制發展史為主，並將以刑法發展史為研究重心。近代是德國法制發展上的重要時期，此為德國社會從中世紀開始進入現代的時期。這個時期長達三百年，從 1517 年馬丁路德宗教改革到 1789 年法國大革命爆發。(參考 Uwe Wesel (1997: 347)。對於所謂近代究竟從何時開始，德國法制史教科書的說法不一，有不少法制史的書上是以 1500 年也就是十六世紀開始，並以 1806 年神聖羅馬帝國滅亡時期為結束，例如柏林大學的 Uwe Wesel 教授或慕尼黑大學的 Henrich Mitteis 教授、Heinz Lieberich 教授(參考 Uwe Wesel (1997: 347-409)；Mitteis Lieberich (1992: 311-409)。

而在近代之後，則是以法國大革命為起點的市民時代的開始，也就是十九世紀的開始。我國目前許多法學論述所討論的德國法制主要是以十九世紀以來的法制為重點，不過近代卻是介於中世紀與十九世紀之間，一個具有轉捩點的時期。本計畫所稱之近代德國法制發展，亦以西元 1500 年到 1800 年前後，德國法制的發展為重心。在計畫近代德國法制在刑法、公法、民法等領域都有不同於中世紀的發展。本研究計畫將會是一個長期的研究計畫。本年度的計畫重點將著重在近代以後德國刑法的發展並對於當時有關法制變遷的重要事項加以研究。

二、 研究目的

台灣既然目前不管在民法、刑法、憲法或行政法的教學與研究，均受到德國法制很大的影響，然而台灣法律系學生很少有機會度於德國法制發展史有所瞭解。這跟台灣向來缺乏德國法制史的研究有關。雖然許多教現行法的老師都會在課堂上講述德國現代憲法、民法、刑法或者勞動法、社會法等規的規範。但是卻也很少有老師如日本法學院般教授或研究德國法制發展史。本研究計畫之研究目的在於補充當前台灣德國法制史相關研究之不足。

因為最為繼受德國法制的國家，唯有當我們對於德國法制的發展史有更深刻了解後，才能使台灣（甚只包括東亞同樣繼受德國法律制度的日本、韓國）有能力透過繼受的德國法制或抄襲德國的法制狀態，進一步創造自自己的法制。事實上，德國繼受羅馬法時，德國本身並無統一的法律，當時的德國分為好幾個領土，每個領土均有其個別的法規之經驗，在此之前又稱為 Partikularrecht。

另外德國繼受羅馬法是經過好幾百年的歷程，經過專家學者的研究分析以及在實務上的運用後，才將繼受的經驗總結。相反的，我國繼受羅馬法則是因為國家政策的決定，透過由上而下的立法，在短時間內完成的。台灣的法學者所面臨繼受的困境是要高於德國法繼受羅馬法的。研究德國法制發展史，可以讓我們對於影響我國法制甚遠的德國現行法律有更深刻的理解。

本年度計畫主要是以德國近代刑法史的研究為主。研究重點放在近代德國跟法律發展有重要影響的事件與刑法發展為主。

三、 文獻探討

本計畫在進行過程中，主要參考的文獻還是以德文為主。中文書籍非常缺乏有關德國刑法史的論述。到目前為止，博士論文中以德國刑法為探討對象的僅有鄭逸哲博士於 1959 年針對納粹第三帝國時期刑法的類推適用進行研究。參考鄭逸哲，《納粹第三帝國刑法上類推適用之研究》，台大法研所碩士論文，1989 年。

在研究計畫進行過程中，計畫主持人主要的參考文獻主要以德國近代以來的刑法律典文本作為研究對象，參考的文獻包括 1、近代以來德國各邦訂定的法典

2、相關刑法史的論著、3、近代以來德國刑法教科書的內容等。

本計畫進行期間所參考的近代德國刑法律典包括：

1、1532 年的卡洛林那法典。原文又稱爲 Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V . (也可以翻譯爲與處罰有關的法院組織法)。此一法律又被簡稱爲 Carolina 卡洛林那法典。

2、1751 年巴伐利亞邦的刑法典 (Codex Iuris Bavarici Criminalis)

3、1787 年奧地利王國所謂的約瑟芬刑法典 (Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch)

4、1794 年普魯士一般邦法典 (Allgemeines Landrecht fuer die Preussischen Staaten)。這個普魯士一般邦法典共包括有刑事與民事及公法的規定，主要將人民分爲貴族、市民及農民等地位加以規範。其中刑事法律條文共約有一千九百多條。

5、1813 年由費爾巴哈 (Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach) 所訂定的巴伐利亞邦刑法典 (Bayerisches Strafgesetzbuch)

6、1851 年的普魯士刑法典 (Preussisches Strafgesetzbuch) 這是德國 1971 年統一後，德國刑法典的前身。

7、1873 年德國統一後訂定的德國刑法典

8、1925 年德國的官方版的刑法修正草案 (Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches)

上述這些法典主要收集在 Arno Buschmann 教授於 1998 年出版的《Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit—Die klassischen Gesetze 德國近代刑法史—古典的法律》，München: Beck. (ISBN 978-3-406-42314-7) 一書。

除了近代以來的德國刑法典之外，本研究計畫進行過程中主要參考德國有名的刑法學者 Eberhardt. Schmidt 所著的《Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 德國司法史導論》，本書對於德國近代以來在刑法學上的發展有非常詳細的論述，從這個論文中可以看出，德國刑法的發展主要是透過大量的刑法學學者在學說上不斷的辯論與創造而能夠有進行體系完整的刑法典的完成。

近代以來，德國法制史上，才很明顯的看出公法（憲法）、民法、刑法的不同發展。在近代以前，我們很難看出德國法制很明顯的有這種分類發展的趨勢。以《薩克森寶鑑》爲例，它的內容雖然分爲地區法與采邑法，但它跟現代法律中所區分的私法與公法（包括憲法、行政法、刑法及訴訟程序法等）還是有所不同。德國法蘭克福大學公法史學者 Michael Stolleis 三大冊德國公法史，主要是從 1600 年開始寫起（第一冊 1600-1800）；在 1600 年，德國某些大學才開設公法的課程，討論神聖羅馬帝國、區域領主法律地位等問題。另外，德國著名的刑法典，簡稱爲《卡洛林那法典》(Carolina)（又稱 Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V.），則是在 1532 年由神聖羅馬帝國的議會所制訂，這部法典在國內刑法學者蔡墩銘教授所

出版的《唐律與近世刑事立法之比較研究》一書中常常被討論（參考蔡墩銘，民國 57：8、143）。至於德國私法的發展，則主要從德國繼受羅馬法才開始。而由於德國繼受羅馬法主要以私法為主，因此德國法制史研究中，向來是以私法史為重點，此可以從法蘭克福歐洲法制史研究中心早期的研究成果看出。（參考戴東雄，1999；陳惠馨，1998）。

翻開德國法制史的各重研究書籍可以發現刑法史的研究成果向來不多，不過 1998 年奧地利法學教授 Arno Buschmann 主編出版了一本收集德國自中世紀以來，與刑法有關的重要法典書名為：《Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit》（有關近代刑法史的法典）由 Verlag C.H. Beck 出版。

近年來，德國 C. F Muell 出版社分別出版二十冊與德國法制史有關的書籍，其中有兩冊係由 Gustav Radbruch 與 Ufrid Neumann 所主編的《刑法史》（Strafrechtsgeschicht）第十一冊，2001 年出版，以及 Gustav Radbruch，Monika Frommel 主編的第七冊，1995 年。

這本書的出版讓我們有機會瞭解德國刑法史的發展情形。我們也可以看出，德國法制史的研究除了著重私法史的方向外，也開始注意憲法及公法史及刑法史。有關德國刑法史的研究，除了有 Prof. Eberhard Schmidt 於 1983 年 “Einfuehrung in die Geschichte der deutsche Strafrechtspflege” 以及 Prof. Hinrich Rueping 於 1991 年出版的 Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 及 1994 年所編輯出版的 Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege。整體而言，在德國有關法制史研究正是方興未艾。由於台灣刑法深受德國刑法的影響（尤其在實體法部分），因此本計畫今年將以德國刑法史為研究重心。

有趣的是包括德國本身，有關刑法史的書籍相對於民法史的書籍可以說是少之又少。許多重要的刑法史的教科書主要針對 19、20 世紀以來的刑法發展加以討論，很少有從 16 世紀也就是近代以來的刑法發展史進行討論。這也是為何計畫執行者最後必須選擇面對近代以來，不同時期的德國刑法典進行分析。

除了德國刑法史的文獻外，本計畫在執行過程中相當依賴一般德國法制史的書籍進行研究，主要的參考書籍包括：

由德國著名的公法史學者 Michael Stolleis 所寫的幾本關於公法史及法律思想發展史的著作。例如他在 1988 年出版的《Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Erster Band 1600 -1800 德國公法史第一冊 1600-1800 年》，München: Verlag C. H. Beck. (ISBN: 3-406-37002-0)、1999 年出版的《德國公法史第三冊 1914-1945 Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Dritter Band 1914 -1945》，München: Verlag C. H. Beck，另外 Michael Stolleis 教授於 1994 年所出版《在不法中的法 *Recht im Unrecht*》這是瞭解德國第三帝國時期法律非常重要的一本書。另外，Michael

Stolleis教授在 2002 年所出版的《在早期近代的國家及國家理由，公法史的研究 *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*》一書可以瞭解德國如何在早期近代逐漸發展出國家觀念。

另外一個重要研究德國法制史的人士 Uwe Wesel 教授，他除了在 1993 年出版《法學的世俗藝術 *Juristische Weltkunde*》一書外，更在 1997 年出版《》一書，他的法制史學觀點是本計畫主持人非常重要的參考觀點。除此之外下列幾本一般法制史的基本書籍也是計畫進行過程中很重要的參考文獻。他們分別是：

- 1、Friedrich Ebel (1993), *Rechtsgeschichte. Bd. II Neuzeit. Ein Lehrbuch*, MUELLER C.F
- 2、Mitteis Heinrich, Lieberich Heinz (1992), *Deutsche Rechtsgeschichte*, München:Verlag C. H. Beck.
- 3、Adolf Laufs (2006), *Rechtsentwicklungen in Deutschland*,
- 4、Karl Kröschell (1980), *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250)*
- 5、Hermann Conrad (1962), *Deutsche Rechtsgeschichte Band I : Frühzeit und Mittelalter*
- 6、Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. Aufl. 1996
- 7、Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht: Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500-1800)*, 1985, C.H.Beck. (ISBN 978-3-406-30306-7)
- 8、H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte: Bd. I: Frühzeit und Mittelalter*, 2. Aufl. 1962, Neudr. 1982.
- 9、H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte: Bd. II: Neuzeit bis 1806*, 1966, Neudr.1982.

除了紙本的參考書籍及論文外，目前在網路上也可以收尋到德國各大學法學院教授有關法制史教學的大綱與資料。因此，計畫主持人也隨時在計畫執行過程中上網查閱相關資料，目前有些網站甚至將法制史的相關論文直接全文放到網路上共讀者參考。

四、研究方法

本計劃原預計透過對於德國近代法制發展史有重要影響事件的瞭解與分析，說明德國近代史法制發展的背景。並將透過對於近代非常重要的德國刑法典《卡洛林

那法典》(Carolina) (又稱 *Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V.*) 內容的分析與重點說明，說明德國近代法制發展情形。研究計畫將著重德國法制發展的背景，並討論當時重要的刑法典。在計畫進行過程中，嘗試邀請國內留學德國的刑法學教授進行兩次工作坊，探討德國刑法發展的歷史軌跡，透過工作坊可以發現台灣刑法學者主要著重在當代德國刑法法學及法律體系的研究，對於德國刑法的發展史所知並不多。在研究過程中，計畫主持人主要透過對於重要的刑法典與刑法學教科書或專書的分析，希望找出對於台灣刑法學研究有意義的刑法史的發展脈絡。希望透過對於德國刑法發展史的理解，可以讓台灣研究刑法的研究者更能夠自主的分析德國刑法的本質與特色，並透過比較分析逐漸發展出符合台灣社會發展，以保障人權為主軸的刑法理論與刑法體系。

四、結果與討論（含結論與建議）

計畫成果：未來將發表的論文內容如下：

壹 德國刑法在近代的發展

我們在前面提過在中世紀的德國，刑法仍具有私法的性質，當時的人將犯罪當作對於被害人的損害，因此刑罰是從被害人的觀點出發，加害人只要付一定的金錢賠償被害人或其家屬，國家並不介入加以制裁，另外私人跟私人間的恩怨，往往透過決鬥的方式解決，國家並不介入加以規範，也就是說當時的刑法並非從國家的觀點出發¹。一方面因為現代國家的統治型態尚未存在，另一方面則因為他被視為是地區和平破壞問題或私人糾紛的問題（Gustav Radbruch, *Carolinan*一書導論，1975，Reclam:5）

今日我們理所當然的認為刑法應該是由國家以成文法的方式加以訂定，且要符合罪刑法定主義的原則的想法，在德國，甚至在西方的世界裡，主要是在十八世紀末，十九世紀初，現代國家興起後，才逐漸出現的。根據德國有名的法哲學家與

¹ 作者在一九九四年八月到一九九五年七月間在德國法蘭克福歐洲法制史研究所進修期間，發現他們正在進行一個有關刑法何時成為公法（*Oeffentliche Strafrecht*）的研究案時，非常的吃驚，因為在作者在台灣受法律教育的過程中，所收到的訊息讓我認為刑法屬於公法的性質是他的本質。而作者這個認知顯然跟德國法制的發展有太大的落差。德國在一九五一年時當時的法制史學者Viktor Acher 寫的一本書名為《刑罰的誕生 *Die Geburt der Strafe*》根據作者的說法，近代刑罰觀念中將行為與行為人的給予社會倫理上的非價（*Unwerturteil*）判斷的意義在近代以前並未存在於一般人的理解中。這個觀念是在十二世紀中於法國南部興起的，當時也是推動神的和平運動時期（*Gottesfriedensbewegungen*）（參考Alexander Ignor *Gesichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*，2002：74）

刑法學者Gustav Radbruch教授（1878-1949）在卡洛林那法典的導論中提到，中世紀時，德國刑法的私法性質，在訴訟程序上表現的最為明顯，如果一個犯罪的被害人沒有勇氣或沒有權利對於加害人提起訴訟，那麼加害人將不會受到任何處罰。而縱使對於加害人的訴訟已經被提起，但是只要加害人良心不受譴責或有朋友協助幫忙，能夠通過一種當時的一種宣誓儀式²（Reinigungseid）表示他是清白的，那麼加害人將會受到無罪的判決。有時加害人縱使被確定有犯罪行為，但他只要對被害人或其家屬給予損害賠償，那麼加害人也不會在受到其他刑罰的制裁。（Gustav Radbruch，Carolinan一書導論，1975，Reclam:6）

Gustav Radbruch 教授同時提到，在十六世紀的二十年代，德國地區曾發生一件殺人事件，被殺者的寡婦在從加害人處取得了十個錢幣（Kronen）的賠償金之後，就不再追究加害人的責任了。這個案件的賠償的金額之所以這麼的少，主要因為被殺者是個整日無所事事的人，也因此依當時人的想法，殺人者只需要付出十個當時的金幣，另外行為人只要持著蠟燭在教堂前懺悔後便無事了，不需要再受到任何的制裁。（Gustav Radbruch，Carolinan 一書導論，1975，Reclam:6）

在中世紀末期，由於刑法及刑事程序法規的缺乏，當時社會上產生許多有組織的職業犯罪，另外，在宗教改革之後，許多人因為宗教或其他因素離開原來生活的地方，四處流竄形成一個營利的犯罪團體。（Gustav Radbruch，Carolinan 一書導論，1975，Reclam:5）影響社會治安甚大，在這種情形下，神聖羅馬帝國的教會或者地區的統治者乃嘗試於中世紀末期，一方面開始嘗試壓制人民進行私鬥，希望人民可以避免透過這種私人復仇的方式解決紛爭，因此各種地區和平協定

（Landesfrieden）被提出，另一方面由於當時刑罰的處罰並沒有一個明確的規定作為依據，一個人在某個行為是否被處罰，或者依據習慣，或者依據統治者的意志決定。這種不確定的規範讓當時的人們也開始思考要訂定出一個明確的規範。不過這種努力，要到了一五三二年帝國議會通過卡洛林那法典後，再加上一些地區領主所訂定的相類似的法典後，今日被我們放在刑法規定中的許多犯罪行為才逐漸以法律的形式明確的被加以規定。十八、十九世紀，當在神聖羅馬帝國的區域領土逐漸發展成為現代國家後，中世紀那些侵害他人的身體的行為才逐漸由國家明文規定，由國家的刑罰權加以介入處罰，刑法屬於公法的性質才逐漸確定。在本回中，作者將介紹近代在德國兩個重要的刑法典，一個是一五三二年載神聖

² 在本書的第二回中，我曾經提到，在傳統日耳曼的法制裡，要證明一個人控訴的真實性與否，主要的澄清方式就是要被告或有被告的朋友協助宣誓，以其自己以及他所有的財產，作為他的宣誓的真實性的保證，當時的人相信，如果他作了假的宣誓，那麼將會有自然的力量對其加以懲罰。例如透過閃電或其他的魔力，對於作假宣誓人加以毀棄。

羅馬帝國議會通過的卡洛林那法典，一個是一七五一年在巴伐利亞刑法典(Codex Juris Bavarici Criminalis)，這個刑法典是當時Maximilian III 選侯為改善巴伐利亞地區法律所公布的三個法典之一。³

貳 Carolina 卡洛林那法典的訂定過程及其效力

如前面所說，十五、十六世紀開始，當時的德國地區的人民，一方面面對這樣一個私法性的刑法，私人間發生的爭鬥往往以決鬥或損害賠償的方式解決，但同時，當時的某些統治者，則以最為兇殘、沒有法規加以規定的刑事程序對付那些職業犯罪者、乞丐、或者流浪者或一般平民。人民對於何時自己會被統治者所處罰，以及如何被處罰，是無所依循或事先預知的。另外，由於神聖羅馬帝國與各地區的統治者各自有其不同的的規範，當兩種規範同時存在時，究竟以哪一個規範作為處罰的依據，沒有定論，這使得面對這樣法律混亂狀況的人民，對於法律究竟為何物？幾乎無所知悉或不知自己的行為應該遵從哪一個法律為標準。

面對這個狀況，神聖羅馬帝國於是開始有一些行動，首先在西元一四九五年帝國議會中，再度強調地區和平的重要性 Landfriede 並同時建立帝國法院

(Reichskammergericht)，處理人民與區域領主間或貴族間的紛爭。除此之外，在一四九八年在 Freiburg 的帝國議會中與會者決議，要訂定一個規範犯罪處罰程序的法規，這個決議做出後，整個立法工作進行了近三十年，終於在西元一五三二年在 Regensburg 的帝國議會訂定了 Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.(也可以翻譯為與處罰有關的法院組織法)。此一法律又被簡稱為 Carolina 卡洛林那法典。

雖然一四九五年的帝國議會決議要定一個規範犯罪處罰程序的法規，但是明確的要訂定一個一帝國的刑事法典的想法，則始於西元一五二一年神聖羅馬帝國在 Worms的帝國會議(Reichstag)中，在該次會議中決定要訂定一個帝國的刑事程序法規。再從有想法到法案訂出過程的三十年間，在帝國會議中共有四次的草案被提出。第一草案的起草者是Johann Von Schwarzenberg，他同時也是一五〇七年 Bambergische Halsgerichtsordnung的訂定者⁴。另外，在一五二四年、一五二九

³ 其他兩個法典分別是 1753 年的Codex Juris Bavarici judicarii 及 1756 年的Codex Maximilianens Bavarici Civilis(參考Arno Nuschmann, 1998: 179)，在台灣的法學界較常提起的是 1813 年由刑法學大師Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach 起草的巴伐利亞刑法典。但是本書作者認為 1753 年巴伐利亞的刑法典的形式非常特殊，跟中國傳統法律如唐律或大清律例在形式上有一定的相類似性，具有一定比較法制史的重要意義，因此在本書中特別加以說明。

⁴ 今日我們所稱的刑事訴訟法或刑法在十五、十六世紀的德國通常被稱為Halsgerichtsordnung，

年在Nuernberg 及Speyer的帝國會議也有第二、三次草案提出時。一五三〇年在Ausburg舉行的帝國會議中第四次草案被提出。然而由於當時不少的區域領主擔心如果通過這樣一個適用於全部神聖羅馬帝國的法律，那麼區域領土的法律效力將受到影響，因此一五三〇年的帝國議會還是未能通過該草案。最後，由於大家取得所謂的「Salvatorische Klausel」的共識後，終於在一五三二年在Regensburg舉行的帝國議會中通過卡洛林那法典。所謂的「Salvatorische Klausel」也就是說帝國議會中決議卡洛林那法典不能高於區域領土的習慣法或其他制訂的法律也不能取代原來的舊傳統習慣刑法後，我們可以在卡洛林那法典的前言中看到其內容說明，縱使通過此一法律，但是帝國各區域領土的舊的習慣與公平的習俗不會因此無效。（Arno Buschmann，Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit Die Klassischen Gesetze，1998:105）我們可以由此看到卡洛林那法典雖然在甚勝羅馬帝國的帝國議會通過，但是他僅具次要的效力，而不是如德國現行聯邦法（Bundesrecht）般，原則上是聯邦法高於地方法（也是邦法）。我們必須理解，在當時這個法律的通過不同於現代意義法律的通過，現代意義之法律是由國家司法機關以其強制力來執行的法律，這種法律在德國要到十七世紀下半葉，當地區領主逐漸取得絕對君主地位後才存在。

參 卡洛林那法典的內涵

卡洛林那法典總共僅有二百十九個條文⁵，法典的內涵主要規範刑罰的程序，但其間又混有部分的實體法，他的名稱Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V 顯現出這是一部規範重罪的刑事程序法，因為 Peinliche 一詞表示跟生命或身體有關的刑罰。這是一個刑事程序法為主，實體法為副的法律，在二百一十九個條文中，第一到一〇五條以及一七五條到二一九條的規定是有關訴訟程序法的規定。有關實體法的規定在於一〇六條到一七五條之間。在這個法律中我們尚未看到罪刑法定主義原則的相關規定，我們甚至可以在第二十四條看到類推適用的規定。（Arno Buschmann，1998：113）⁶，在法律的內涵了，我們沒有看到總則、分則

例如 1485 年 Nuenberg 以及 1515/1540 Niederoesterreich 等地區都有類似的立法。Hals 一詞在中世紀代表一種跟身體或生命有關的刑罰。Gerichtsordnung 指的是有關法院組織法。（Gerhard Koebler，1997：218）

⁵ 從條文數來看，這個法典的條文上比不上中國在西元六百年前後，於隋朝所定下的開皇律。開皇律於西元 583 年修訂，共有 12 卷，500 條。這個法典後來為唐朝所繼承，今日在台灣商務印書館所出版的唐律疏議版本是永徽二年（西元 651 年）所定的版本，共有 12 篇，30 卷 502 個條文。（長孫無忌著，唐律疏議，民國 79：410 頁，台灣商務印書館）

⁶ 卡洛林那法典第二十四條：「Jtim auss disen nachgesatz artiickeln von argkwon und anzeygung der missethat sagend, soll inn fellen, so darinn nicht benant sein, gleichnuss genommen werden. Wann nit moegliche ist, alle argkwoenige unnd verdecktliche felle un vmbstende zubeschreiben.」

的區分，也沒有看到章節的區分，程序法跟實體法也是混在一起規範的，概念與體系並不完整。這樣的法律跟當時已經存在的中國的明朝的法律必起來，幾乎可以說是落後的⁷。關於此一部份，將在本回的後段再討論。下面將該法典分別依前言、程序法與實體法內涵加以說明⁸。

一 前言

法典一開始在前言中（Vorrede）中說明為什麼要訂這個法典，強調訂定這個法典是由所有的身份等級們（選侯、諸侯等）共同的亦是所決定的，他們希望透過有經驗的人與有研究者一起共同討論確定，究竟哪些事情應屬於刑罰的對象，那些行為可以被正當化（Rechtfertigungen）以及如何做才能公平。同時宣示這個法律的效力，不會取代舊的傳統合法與合於公正的習慣。

二 卡洛林那法典的刑事程序法內涵

卡洛林那法典的內涵是以跟刑罰有關的程序法為主，其內容可以分下列幾個重點加以分析：

（一） 有關刑罰訴訟程序控訴規定—職權主義與糾問制度為主

在卡洛林那法典的第六條中，我們可以看到統治者以職權介入刑事案件的規定，第六條標示著「依職權介入刑罰追訴」（Strafverfolgung von Amts wegen），規定如果有人做出不法行為（Ueblichkeit），因此被指控統治者應該由公權力介入以刑罰加以制裁。除了統治者依職權介入刑罰追訴原則外，卡洛林那法典在第十一條也同時允許被害人私人追訴的可能（Strafverfolgung auf Antrag）⁹。不過如果個別個

我們從上面的句子 可以發現跟薩克森寶鑑的文字相比較，卡洛林那法典的語句與現代德文相類似多了。

⁷明朝洪武 22 年（西元 1389 年）修訂的大明律，共 460 個條文，分為 7 篇，30 門，7 篇為名例律、然後依 6 部歸類分為吏、戶、禮、兵、刑、工六律，其中名例律 1 卷共 47 個條文。類似現代刑法中的總則編。這個修訂的大明律在洪武三十年正式頒佈，到明朝結束前，未再更改律文。不過明朝的法律除了大明律外，在明代末年又發展出問刑條例等跟大明律並行的刑事法規。由上述可之中國在明朝之際，刑事法規的發展是比德國當時的法規範更為發達的。為何中國的法律到了清末，卻被認為落後不如西方法律制度，值得進一步研究。（關於大明律請參考懷效鋒點校，大明律，1999，北京：點校說明 1-2；5）

⁸ 由於作者手邊的資料對於卡洛林那法典的說明都很簡單，因此作者嘗試直接由古德文的法典版本對於此一法典的內容加以分析。所謂古德文是指依當時人的口語書寫成的德文，這跟花體自有所不同，跟現代德文也有一些差距。到了一七五一年巴伐力亞邦的刑法典中的德文跟現代德文差距就明顯少了許多。（參考 Arno Buschmann，1998：103-180；181-224）

⁹ 關於統治者依職權為刑罰追訴原則，我國學者將之翻譯為國家追訴模式，但由於一五三二年卡洛林那法典公布之時，德國的區域領主尚為發展成為現代國家，他們在卡洛林那法典稱自己為統

人要提起刑罰的追訴時他必須負起擔保責任（Verhaftung und Sicherheitsleistung）。職權主義一直到今日成爲現代法制國家中，犯罪追訴的主要原則，也就是由國家機關本於職權發動對於犯罪行爲的追訴。這種職權主義追訴原則跟中世紀以前，私人間的糾紛主要以以損害賠償（痛苦金Wergeld）或私鬥來解決，主要任由私人來解決有很大的不同。今日我們會以爲國家追訴犯罪是天經地義的事，但在德國法制發展史上卻是有所不同。

卡洛林那法典另外創造一個制度至今仍然影響著我國的刑事訴訟制度，那就是所謂的糾問主義（Inquisitionsprozess）的創設，所謂糾問主義乃是指刑罰的訴訟程序由審判者從頭到尾，依職權負責調查原則。這是公的刑法發展的重要象徵。這個制度從十三世紀作有開始在歐洲逐漸發展出來，並在歐洲社會運作了幾百年，一直到十八世紀末，由於許多論著開始討論一個審判者同時要作裁判、又要作原告的代理人並考量被告是否被冤枉，這種集犯罪追訴者、審判者甚至辯護者于法官一身的制度是否有問題？他的的公平性受到強烈質疑，於是才有十九世紀中以後，先從法國開始的調整刑事訴訟制度，將檢察官起訴的制度引入刑事訴訟程序中的努力，由檢察官負責案件的偵察以及犯罪證據的搜索，並作爲案件的起訴者，而由辯護人協助犯罪嫌疑者主張其法律上的權利，法院僅居於中立的角度，依據證據做出審判。（參考林鈺雄，2000：49，）類似的修法努力我們也在目前我國的刑事訴訟法的修之中看到。甚至近年來，我國刑事訴訟法也朝向所謂當事人進行主義的方向修法，這些都讓我們看到法律制度在不同時代變遷的痕跡。¹⁰（參考 林俊益，二〇〇三年一月修正刑事訴訟法簡介，月旦法學教室，第五期，2003年5月：100）

（二） 將審判者(Urteiler)與法官(Richter)的傳統功能加以改變合併

中世紀以來，德國審判制度中，法官（Richter）與審判者(Urteiler)的角色是分離的，法官主要做訴訟的進行的主導者，但不決定審判的結果，在卡洛林那法典中第八十一條，我們看到法官要以主席的身份跟審判者一起討論並決定應該如何做適當的審判。¹¹（參考Henrich Rueping，1998，3 Aufl.：38）

治者（Obrigkeit）因此本書不採「國家追訴」的翻譯。（參考林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，2000：43）

¹⁰ 我國刑事訴訟法於九十二年一月十四日經立法院通過修正之刑事訴訟法是民國五十六年以來修正刑事訴訟法中變動最大的一次，刪除、修正與增訂的條文多達一百二十多條。（這些修正均再落實民國八十八年司法院所召開的思考會議的共識，例如關於強化辯護工功能，嚴謹證據法則，落實極強化交互詰問之要求、實施改良性當事人進行主義等部分。（林俊益，2003年5月：100）

¹¹ 卡洛林那法典第八十一條：「Jtem es sollen auch Richter vnd vrtheyler vor dem rechttag alles einbringen hoeren lessen, dass alles, wie hernach inn dem hundertten vnd eyn vnd achtzigsten artickel

（三） 審判程序的公開化

卡洛林那法典在第八十條規定審判法庭應該如過去好的習慣法公告給大眾知悉，另外在第一百〇一條則規定非死刑的身體刑的刑罰應該由法官依職權讓大家知道。

（四） 拷訊制度的允許—證明方式的規範

中世紀之際，德國傳統刑罰制度中對於一個人是否犯罪可以依神判來決定，例如走過燒紅的鐵板或者丟入水中等方式來證明是否犯罪由所不同。在卡洛林那法典中規定，審判者要做審判時必須或者有犯罪者的自白或者有兩個以上的沒有瑕疵的證人證明犯罪者的犯罪，否則縱使有可疑的犯罪形狀，也不能作為刑罰處罰的依據（參考卡洛林那第二十二條）¹²。

爲了要可以取得犯罪者的自白，有可疑的犯罪形狀就可以成爲拷訊的理由。在卡洛林那法典第八條規定何時可以使用拷訊（Folter），但由於其對於拷訊的範圍例如方式、時間以及次數均沒有明確的規定，僅在其第五十八條中規定由法官依據理性的判斷來加以決定。這對於犯罪者的人權的侵害當然很大。

卡洛林那法典中對於各種情狀的如何確認與採證以及有關證明力的問題做了許多的規定。在卡洛林那法典中對於可疑的犯罪型態又區分爲直接的可疑形刑狀與間接的可疑形狀。所謂直接的可疑形狀例在第二十九條規定，在竊盜情形例如東西被拿走，某人是最有可能將東西拿走的人將被詢問並要證明爲何該樣東西爲他所有。這時候爲了要詢問他可以加以拷訊。另外，例如第二十六條規定在有人被殺死的情況下，那個跟死者有衝突的人，將被懷疑可能是他謀殺死者，那麼也可以對這樣的嫌疑者拷訊。而第三十三條規定，在謀殺的案件，如果在死者被謀殺時，犯罪嫌疑人被看問他死者死亡期間衣服上染有血跡禍首上拿有武器或者死者有一些東西在他身上被發現時，那麼他將被告發並因此可以對他拷訊。（除了考許外，要將一人定罪，必須該人在被拷訊之後，簽了自白書。針對一個人在何時可以被認爲有犯罪嫌疑，卡洛林那法典做非常詳細的規定，例如從第三十二條開

angezeygt wirt, ordenlich beschriben sein vun fuer Richt vnd vrtheyler bracht werden , darauff sich Richter vnd vrtheyler mit eynander vnderreden vnd beschliessen, was sie zu recht sprechen wollen, Vnd wo sie zweiffelig sein , sollen sie weither radts Pflagen , bei den rechtuerstendigen , vnd an enden vnd orten wie zu end diser vnser ordnung angexeygt, vnd alssdann die beschlossenen vrtheil zu dem andern gerichtshandle auch aufschreiben lassen nach der formen wie hernach inn dem hundert und neutzigsten anfehndt, Jtem so nach laut diser vnser vnd des heyligen Reichs ordnung etc. funden wirdet, damit soche vrtheyl nachmals auff den entlichen rechttag, wie hernach von offnung solcher vrtheyl geschriben steht, vnseumlich also geoffnet werden.]（取自 Arno Buschmann,1998：131）

¹² 卡洛林那法典第二十二條請參考（Arno Buschmann,1998：113）

始分別規定：關於可疑的危險恐嚇行爲 Verdacht bei gefaehrlicher Drohung（第三十二條）、可疑的謀殺行爲（第三十三條）、可疑的殺嬰行爲（第三十五條）、可疑的混合毒藥行爲（第三十七條）、可疑的強盜行爲（第三十八條）、可疑的強盜或竊盜協助行爲 Verdacht der Beihilfe bei Raub und Diebstahl(第四十條)、可疑的縱火行爲（第四十一條）、可疑的竊盜（第四十三條）、可疑的魔法行爲 Verdacht der Zauberei(第四十四條)。

總之，卡洛林那法典要求，審判者應主動調查可能的犯罪事實真相，了解相關事實。而爲了要瞭解真相爲何，因此容許拷訊制度。另外，拷訊制度本來在中世紀的習慣法中本來在審判中就被允許加以使用的，而且各地的習慣法對於拷訊之次數及使用工具均不加以限制，卡洛林那法典較爲進步的地方，在於他嘗試對於拷訊的次數與方法加以限制，但這些限制的規定對於實際上拷訊制度的壓制並沒有發揮很大的功能，至少在十五世紀到十八世紀發生於歐洲有關女巫追索程序中（Hexen Prozessen）及對異教徒的迫害追索中的案件，教會自己也使用了拷訊，雖然拷訊制度原來也是教會所反對的。拷訊制度到了十八世紀才逐漸在德國各邦中消失。

（五） 對於自白的規定

在卡洛林那法典中可以看到他對於自白有明確的規定，除了在第五十六條中規定自白的方式外，另外也分別依犯罪的類型規範對於犯罪者的自白應該問那些事情。例如在有關縱火案的自白中，卡洛林那法典規定，對於自白其縱火者，要問清楚他縱火的原因、時間、以及使用什麼樣的東西縱火，從何人處、如何、在哪裡取得縱火的器物等。（第五十一條）；在有關施展魔術的自白則要問關於原因以及情境等事項例如跟誰，在哪裡，用什麼方式、如何及何時爲魔法的施展，用哪些語言或道具，當被問者提到他將某些東西埋起來或者收藏起來，那麼要去查清楚，埋藏或收藏的東西在哪裡。甚至應該問自白者，他的魔法從何人處學習的他如何會有機會碰到教他魔法的人，甚至要問他是否對其他人施展魔法，且可能產生什麼樣的損害了。（第五十二條）我們從這些規定，可以看到卡洛林那法典對於犯罪自白程序的規定是很詳細的。而這似乎是傳統中國刑律沒有能詳細規範之處。

（六） 對於審判記錄的規定（Protokoll）

在卡洛林那法典中，另一個有關訴訟程序上，很值得注意的規定是有關審判記錄的記載。從第一八一條到一八九條中我們看到他詳細的對於審判記錄應該如何記載加以規定。例如在第一八一條規定法庭的紀錄者（Gerichtschreiber）應該在有

關刑罰的審判事項中，將所的問題與回答相關的事務詳實的記載，例如控訴者指控的重要事項的記載。第依八二條規定對於被控訴者的回答的紀錄，第一八三條規定如果被控訴者否認他被控訴的行為，控訴者如何更進一步的將他所控訴的行為加以證明時，應該如何記載。另外還有關於證明記錄、自白紀錄、否認記錄、主張阻卻違法理由的紀錄、依職權提起控訴的紀錄以及記錄的形式的規定。（第一八四到一八九條）。

三 卡洛林那法典的有關刑事實體法規定之內涵

前面已經說過，卡洛林那法典訂定時，歐洲各個統治體對於法典訂定時的體系性的想法尚未細密，也因此我們看到卡洛林那法典中，程序法與實體法是混合規定的。另外在實體法的規定中，也看不到類似我國或德國當代刑法中區分總則、分則的體例。下面我們將將一些有關實體法的規定簡單的加以介紹，以便瞭解卡洛林那關於實體法規定的情形。卡洛林那在第一〇六條開始規定今日在我國刑法分則中所規定的各種犯罪類型。不過，不同於現代刑法分則中將犯罪類型區分為侵害國家法益之罪（刑法分則第一章到第十章）、侵害社會法益之罪（刑法分則第十一到二十一章）、侵害個人法益之罪（刑法分則第二十二到三十五章），卡洛林那法典對於犯罪類型的規定是分散、沒有清楚的體系（至少從作者的觀點看）。不過可以見到一定相類似的犯罪型態被規範在前後法條中。

由於一般由德國學者所寫的德國法制史的相關書籍中，有關刑法史的討論較少，對於卡洛林那法典的分析重點對於作者來說，無法說明該法典的特色，因此本書作者嘗試從卡洛林那法典的規定中，將有關刑事實體法的規定做一些簡單的分析：

（一） 在實體規定中，對於宗教相關的事務列為優先規定

洛林那法典有關刑事實體法的規定大約開始於第一〇六條。該條文規定有關褻瀆神的刑罰，例如規定褻瀆聖母瑪麗亞，那麼行為人將由公職人員或法官依職權對其為身體生命與四肢的處罰，而審判者在對於行為人做處罰時，應該通知世俗的統治者。第一〇七條則規定假的宣誓(Strafe fuer Meineid)、第一〇九條規定對於施展魔法的處罰（Strafe fuer Zauberei）。我們可以看到法律對於今日法律上以不能犯處罰的施展魔法的行為是處以相當重的刑罰。第一〇九條規定如果任何任對於人民透過魔法加以侵害或帶來不利益，則應對其處以死刑，而且死刑的執行應

該以火刑爲之。如果施展魔法未爲他人帶來損害，則由審判者依情形處以其他的刑罰。

（二）對於與性有關的犯罪具體詳細

卡洛林那法典在第一一六條到一二三條中規定類似今日我們在刑法分則妨害風化章、妨害性自主章以及妨害婚姻與家庭章的犯罪行爲。在卡洛林那法典中規定與性有關的犯罪類型其規定如下：

- 1 違反自然的性行爲 (Strafe fuer widernatuerliche Unzucht)，所謂違反自然的行爲例如人與畜、男人與男人、女人與女人間發生性行爲，處罰的刑度則是以火將行爲人燒死（第一一六條）。
- 2 一定親屬間的和姦 (Strafe fuer Blutschande)

在第一一七條所禁止發生性行爲的親屬包括跟繼女 (Stiefftochter)、媳婦、繼母間的性行爲。

3 誘拐罪(Entfuehrung)

所謂誘拐罪是指對於有配偶或未婚的女性，違反女性的配偶或未婚女性的父親的意思，加以誘拐。此時雖然該位女性配偶或未婚女性是出於自願的，其配偶或未婚女性的父親均得提出控訴。

除此之外，第一一九條規定強制性交罪、第一二〇條規定婚外性行爲罪、第一二一條規定多妻罪(Strafe fuer Bigamie)、第一二二條規定對於老鴿處罰 (Strafe fuer Zuhalterei)、第一二三條規定對於皮條客罪的處罰(Strafe fuer Kupelei)、

（三）對於偽造行爲的處罰

卡洛林那法典第一一一條到一一三條規定偽造銅幣罪(Strafe fuer Munzfaelschung)、偽造文書罪(Strafe fuer Urkundenfaelschung)、偽造度量衡罪 (Strafe fuer Massfaelschung)、條文中雖然規定對於犯罪者處以身體刑或生命刑，但關於處罰的刑度均未明確的加以規定，僅規定由瞭解法律的人依情形或傳統的規範諮詢後加以處罰。

（四）對於殺人罪的規定

卡洛林那法典對於殺人罪的規定區分爲許多類型，自一三〇條規定到一三八條殺人的犯罪行爲區分爲第一三〇條以毒藥謀殺人 (Strafe fuer Giftmord)、第一三一條有關殺嬰的處罰、第一三二條規定遺棄小孩的處罰、第一三三條規定墮胎行爲的處罰、第一三四條規定以藥物殺人的處罰、第一三五條規定對於自殺行爲的處罰、第一三六條規定透過動物殺人的行爲處罰、第一三七條規定對於謀殺或殺人行爲的處罰、第一三八條規定有不可歸責事由殺人行爲的處罰。

我們可以看到有關殺人罪的規範抽象化的程度不大。

(五) 刑罰的殘忍性與恐怖性

我們從卡洛林那法典的規定可以看到當時刑罰的殘忍性與恐怖性。除了死刑的樣態非常多樣外，對於身體刑的處罰亦有各種不同的方式。在地基本上刑罰可以分為下列幾種

1 死刑

死刑又可以分為火刑 (Zum fewer)，以劍刺死 (Zum schwert)、分屍 (Zu der Vierteilung)，輪刑 (Zum rade)、吊刑 (Zum galgen)、淹死 (Zum ertrencken)，活埋 (Vom lebendigen vergraben)，而在第一九四條甚至規定可以判決決定讓將被執行死刑的人，在死前被用燒紅的鐵鉗撕裂 (Zangenreissen)。

2 監獄刑

卡洛林那法典在第一九五條中規定監獄刑，不過從其簡短的規定我們可以發現當時監獄刑顯然還不是重要的刑罰方式。

3 身體刑

卡洛林那法典在第一九八條規定各種身體刑，其方式包括割舌 (Abschneideung der Zungen)、在此一部份還規定可以在割舌刑的執行時，要求被處罰的人離開該地區。除此之外身體刑還包括斷指 (Abschlagen der Finger)、割耳朵 (Abschneiden der Ohren) 此外還有杖刑 (Rutenschlagen)。

我們從卡洛林那法典的規定，可以看到已經不同於中世紀那種以賠償金

(Wergeld) 及罰金制度或私人之復仇及和解的方式來處理殺人、傷害等犯罪行為，但是我們也可以發現對於自由刑 (監獄刑) 並非重要的刑罰。他僅是在犯罪者是危險時，加以管制的制度或者具有代替其他刑罰的功能。(參考第十一條、第二一六條)。歐洲社會一直要到一五九五年到一五九七年間在荷蘭的 Amsterdamer 的 Zuchthaeuser 設置後，才開始以自由刑 (監獄刑) 逐漸取代身體刑。(參考 Henrich Rueping, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 1998, Aufl.: 39-40)

(六) Carolina 不同於《薩克森寶鑑》之處

在本書的第三回中提到從《薩克森寶鑑》的記載中，我們可以發現當時並沒有一個類似現代刑法體系般有系統的刑法原理，在《薩克森寶鑑》的記載中，並未看到犯罪構成要件及一定犯罪觀念的建立。故意與過失尚未有明顯的分野，甚至對於意外也無法跟故意與過失加以分別。人們必須因為外在發生之事件負責。我們

也未看到共同正犯、幫助犯、教唆犯之觀念的區分；緊急避難或正當防衛之基本原則也未確定。倒是歸責能力（Zurechnungsfähigkeit）開始被部分考慮。罪刑法定主義之觀念「Nulla Poena sine lege」的觀念也尚未出現，我們在卡洛林那法典中則看到當時德國的刑法有某些規定已具有現代刑法理論的影子¹³。

雖然卡洛林那法典第一〇五條中規定了類推適用之可能。在第一〇五條中規定如果有行為是下面規定所沒有規範或清楚加以訂定時，法官與審判者應該對於該案件依據帝國的法律及當時的規範加以審判並做出判決。但是我們從卡洛林那法典第一〇四條規定可以看出罪刑法定主義的想法，在關於死刑的犯罪行為中已經有了一點蹤跡了。在第一〇四條中規定：「如果有人依據我們共同書寫的法律，殺害他人，那麼法官將依好的習慣或我們的規範同樣對他處以死刑。但，如果皇帝的法律沒有明確規定對於某種行為的人加以刑罰，而且帝國中的其他規範也未規定要對該行為處以死刑，那麼僅可以對該不法行為者，處以身體刑，讓他至少可以繼續活著。」（Arno Buschmann，1998:137）

另外，在卡洛林那法典中，我們其實看到法典中並沒有明確的分辨故意及過失（Vorsatz und Fahrlässigkeit）我們僅在第一四六條看到有關過失致人於死的規定，但對於故意的規定還不是很明確¹⁴。另外在第一七九條則明確的對於因為年輕或其他的身體精神上的衰弱，無法對於自己所進行的不法行為有所認知，則應該依其情形，經過諮詢後決定對於他的處罰。另外在第一六四條還明白規定對於那些十四歲以下的竊盜者不應該處以死刑，僅對於處以身體刑。（Arno Buschmann，1998:（159-160）

肆 卡洛林那法典在德國刑法史上的意義

卡洛林那法典可以說是德國進入近代以後的一個重要法律。德國歷史法學派的創造者Savigny 在其於西元一八一四年所寫的《 Vom Beruf unserer Zeit fuer

¹³ 卡洛林那法典從第 157 條到第 175 條主要規範各種竊盜行為。不過限於篇幅關係本書在此不再詳細說明。另外卡洛林那法典對於正當防衛（Notwehr）做很詳細的規定（第 139-146 條）。例如將Notwehr 分為Entschuldigende Notwehr、Begriff der rechten Notwehr、規定如何證明有Notwehr 對於此一部份本書在此不討論。（參考Arno Buschmann，1998：149-152

¹⁴ 有趣的是德國刑法史學者Hinrich Rueping在他的書中卻認為卡洛林那法典在刑法的責任方面 警 已經很清楚的很清楚的建立在罪責、故意與過失行爲了。但作者卻無法從卡洛林那法典 219 個條文看到有這麼清楚的規範。（參考Hinrich Rueping，1998:38）

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”》《我們時代中有關立法與法學的呼籲》中提到在十八世紀中沒有一部德國法律能與Kaiser Karls V. 時代 Peinliche Gerichtsordnung 相比的¹⁵。

這部法典是一部同時包含程序及實體法的刑法法律，他可以說是德國現代刑法學之基礎¹⁶。在卡洛林那法典被訂定的同時，神聖羅馬帝國境內有許多這種同時具有刑法與刑事程序法性質的法律，例如一四九九年Tiroler Malefizordnung 以及一五〇七年Bambergische Halsgerichtsordnung。上述兩個刑法典的內容均影響著卡洛林那法典的內容。而雖然卡洛林那法典的「Salvatorische Klausel」約定，各地區法律優先於卡洛林那法典的適用，然而由於許多地區的法律後來以卡洛林那法典為他們參考的範本，因此卡洛林那法典在德國各地區的法律實務上有真真正正的影響力，當時的人將他當作共同刑罰法的法源（Quellen des gemeinen peinlichen Rechts）來加以使用。（參考Henrich Rueping，1998，Aufl.：39-40）。

在一八四四年在 Mannheim 的高等法院的律師 Gastav (v.)Struve 曾經說過『我們生活在十九世紀當中，而我們的刑事訴程序法與刑法還是已在十六世紀出現的卡洛林那法典的基礎上。』（參考 Alexandeer Ignor，Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 Von der Carolina Karls V. Bis zu den Reformen des Vormärz，2002：42）。

卡洛林那法典除了影響當時德國地區的許多地方法律，同時也影響著奧地利的規定，普魯士在 1620 年的地方法（Preussische Landrecht von 1620）有關程序的規定主要立基於卡洛林那法典；甚至於荷蘭（Niederlande）一五七〇年的第一個刑法典也是立基於卡洛林那法典的精神，尤其對於訊問程序特別加以重視。就連蘇聯一六四九年的法典（russische Kodex）也可以看出他跟卡洛林那法典在刑法理論的關連性，另外在波蘭在十六世紀的訴訟程序也受到卡洛林那法典的影響。（參考 Hinrich Rueping，1998，3. Aufl.：40）

在卡洛林那法典第二一九條規定，可以發現這個法律明文規定，在訴訟實務上遇到倒疑難雜症時，可以向上級的審判機關或大學法學院請求提共意見。也就是將文件移送到大學法學院，請相關的研究者提共諮詢意見。這個制度一直到到了十六、十七世紀仍繼續存在。而由於大學法學院鑑定書的提出使得法學者對判決有

¹⁵ Peinliche 一詞在德文指的是對生命或身體的處罰。

¹⁶ 台灣當代刑法學的發展受到德國刑法學影響甚深，目前在國內刑法學界中有關的犯罪階層體系的討論，在德國於二十世紀出才被提出。（參考許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000：II）

強大的影響，而由於各地方區域領主無法負擔大學法學院鑑定書的費用，因此到了一七四六年普魯士、一六二六年巴伐利亞地區乃下令禁止審判者向大學請求就特定案件提共鑑定書，這使得法學理論及審判實務逐漸有一種差距。（參考 Arno Buschmann，1998：177）

伍 近代以來德國重要的刑法典

一 近年來被學者收集出版的五種重要刑法典

在西元一九九八年，由奧地利 Salzburg 大學教授 Arno Buschmann 所編的《Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit 近代刑法史法典》一書中所收集的德國地區近代以來的刑法典，我們大約可以將這些法典分爲五種型態：

（一） 作爲卡洛林那法典前身的地區刑法典，也就是一一四九九年在 Tirol 地區的統治者所訂定的 Tiroler Malefizordnung 這個法典後來對於奧地利刑法典的影響很大，另一個則是一五〇七年在 Bamberg 地區所訂定的 Bambergische Halsgerichtsordnung。這個法典跟一五一六年在 Brandenburg 地區所公布的 Brandenburgische Halsgerichtsordnung 一樣都是神聖羅馬帝國下，地區領主所訂定的重要的法典。

雖然 Bambergische Halsgerichtsordnung 的訂定者 Schwarzenberg 本身並非是一個學習法律的人，不過他透過共同草擬法典的同事們，所提共給他關於羅馬刑法與教會刑法的理論以及他自身作爲一個審判者的經驗，訂出了影響卡洛林那法典甚深的 Bambergische Halsgerichtsordnung。這個法典在德國的 Bamberg 地區 一直到一七九五年都是有效的法律。

（二） 神聖羅馬帝國議會定出的刑法法典（Strafgesetzgebung des Heiligen Roemischen Reiches）

這個法典就是一五三二年的卡洛林那法典（Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V.）。德國的學者往往簡稱這個法典爲 CCC。關於他的重要性我們已經在前面說明。

（三） 十八世紀幾個德國地區重要的刑事立法（Territoriale Strafgesetzgebung im

18. Jahrhundert)

在十八世紀時，德國尚未成爲一個統一國家，德國地區內，各個領主往往自行訂定規範其統治地區內重要的刑事法典。這些法典例如一七五一年巴伐利亞邦的刑法典（Codex Iuris Bavarici Criminalis）、一七八七年奧地利王國所謂的約瑟芬刑法典（Sog. Josephinisches Strafgesetzbuch）以及一七九四年普魯士一般邦法典（Allgemeines Landrecht fuer die Preussichen Staaten）。其中普魯士一般邦法典的刑事法律條文共約有一千九百多條。

四 十九世紀刑事相關法典

十九世紀在德國地區通過的刑事相關法典中，最常被提起的刑法典有一八一三年由費爾巴哈（Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach）所訂定的巴伐利亞邦刑法典（Bayerisches Strafgesetzbuch）以及德國統一後刑法典的前身也就是一八五一年的普魯士刑法典（Preussisches Strafgesetzbuch）。這兩部法典對於後來德國於一八七一年統一後訂定的刑法典在結構與理論上，有很大的影響

五 二十世紀刑事立法

德國於一九七三年通過統一後的第一部刑法典，這個刑法典施行後，德國曾經在一九二五年有一個官方版的刑法修正草案（Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches），這個草案由於對於德國後來刑法的發展都有一定的重要性，因此也被 Arno Buschmann 教授編入他所出版的近代刑法史法典一書中（Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit）。

二 介紹一七五一年 巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis

本書在本回中，選擇介紹一七五一年巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 主要因爲一七五一年的巴伐利亞的刑法典，可以說是神聖羅馬帝國中，在一五三二年卡洛林那法典訂定後，較早由地區諸侯們，將刑事法規範法典化的地方法典，這個法典的內容包含程序法及實體法。作者在閱讀此一法典的內容時，發現巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 在體例上跟其他德國近代以來的刑法典有所不同，他的體例在某些地方竟然跟傳統中國的唐律、明、清律的體例較爲相似。因此特別選擇此一法典，說明其特色。

(一) 一七五一年巴伐利亞的刑法典的體例

作者在前面提到，一七五一年巴伐利亞的刑法典的體例跟中國傳統法律的體例有相同之處。作者所謂巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 法典在體例上與中國傳統唐律或明、清律相同之處主要指的是他關於條文的分類方式。

我們可以發現巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 這個法典中，程序法及實體法是被嚴格區分在兩個部分(Erster Teil und Zweiter Teil)。由於 Arno Buschnann 教授所收集的刑法典中，僅收了關於實體法的部分，下面將就此一法典實體法部分加以說明。

我們可以發現這個法典的第一部份是有關實體法規定，其內容共分為十二章，而從第一章以下到第十二章，每一章均自起一個段落，重新計算條文數：例如

- 1 第一章之內容為有關犯罪與刑罰(Von denen Criminal-Verbrechen und Strafen ueberhaupt) 這一章共有四十四個條文，主要規範的事項相當於現代刑法中的總則。
- 2 第二章規定 竊盜與強盜的的犯罪(Diebstahlen und Raubereyen) ，共有二十個條文¹⁷；
- 3 第三章規定殺人罪 (Von Todschlaegen) 共有二十六個條文¹⁸。
- 4 第四章規範類似我國現行法律中的妨害風化的行爲 (Von dem Laster der Leichtfertigkeit, gemeiner Hurerey, dann anderer schwerer Unyucht und Kupplerey) 共有十九個條文¹⁹；
- 5 第五章規定 婚外性行爲 (Von Ehebrueechen) ，共有九個條文。
- 6 第六章規定 近親間的性行爲(Von der Blut-schande Notzucht , gewaltthaetiger

¹⁷第二章 竊盜的犯罪(Diebstahl) 將竊盜分為普通竊盜 加重竊盜 攜帶武器的竊盜 在連續三次在三個不同或相同地方進行的竊盜加重其刑，(第 6 條)，另外將竊盜分為偷竊魚貨蝦，珍珠或蚌殼竊盜，家庭或房子竊盜，背信 (Untreue)、木材或田園竊盜 (11 條) 誘拐小孩 (第 16 條 Kindesentfuehrung) 教堂竊盜。後面兩個條文 (19 及 20 條) 規定關於搶劫 (街上) 的犯罪

¹⁸第三章 規定殺人罪將殺人罪分為 26 個條文：Totschlag 、Schaedigung mit Todesgefahr 、 Fahrlaessige Toetung 、Totschlag aus Notwehr、(有關緊急避難的規定就包括了 5 個條文)，因搶劫所造成的死亡、謀殺、為了打賭而殺人、 父母子女間的謀殺、對胎兒的殺害、墮胎、對孕婦的虐待、其他故意殺人行爲、自殺 (第 25 條) 等

¹⁹第四章 妨害風化的行爲 (Von dem Laster der Leichtfertigkeit, gemeiner Hurerey, dann anderer schwerer Unyucht und Kupplerey) 包括為結婚而發生性關係 (unehelicher Beischlaf)關於此一行爲的再有特別規定。第 9 條規定交易的性行爲(Gewerbmassige Unzucht) 或者規定跟神職女性發生性關係罪行，與異教徒發生性關係 (異教徒指猶太人土耳其人或其他異教徒 andere unglaubigen Personen)

Entfuhrung der Weibs-Personen, doppelter Verehelichung, Sodomiterey und Widernaturliche Unkeuschheit)共有十一個條文。

- 7 第七章規定 對神的褻瀆的罪 (Von Gotteslaesterung, Abtruennigkeit, Zauberey, Hexerey und Aberglauben)。共八個條文。
- 8 第八章 規定對於君主的侮辱 (Vno dem Laster der Pewrduellion genant, dann der Beleidigten Majestaet, Landsfreiden-Bruechigkeit, Vergewaltigungen, Mord Brand, schweren Unbilden und Pasquillen) 共十一個條文>
- 9 第九章規定偽造行爲 (Von falschen Geld-Muenzern, Verfaelschern, Meineydigen, Urfehdbrechern, untreuen Beamten dann boshafft und fuersetzliche' Beschaedigungen) 共七條。
- 10 規定野生動物保護 (Von denen Wild-Schuetzen)共二十條
- 11 對於乞丐、流浪漢以及類似行徑的可疑人民以及放高利貸者的處罰 (Von in - und auslaendischen Bettlern, Vaganten, Muessiggaengern und dergleichen verdaechtigen Leuthen, wie auch Wuchern, contrebandidern un anderen unbenannten verbrechen) 共十個條文。
- 12 對於知情及協助犯罪者的處罰 (Von der Straff der Wissenschaft, Bemuehung, Beyhuelf, oder Verdacht eines Criminal-Verbrechens) 總共十一個條文。

我們從上面所分析的體例可以發現這個體例跟傳統中國唐律的體例非常相像，以唐律為例，唐律共分十二篇、三十卷，每一卷有其條文，例如名例篇第一卷七個條，名例篇第二卷十一個條文，名例篇第三卷十一個條文，整個名例篇共六卷五十七個條文，規定的原則上大都是今日我國刑法總則的相關規定。名例篇以後，則分為衛禁篇、職制篇、戶婚篇、廩庫篇擅興篇、賊盜篇等。究竟巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 的體例跟傳統中國唐律體例的相類似，是因為相互學習的結果還是歷史的偶然，值得進一步去瞭解²⁰。

(二) 巴伐利亞的 Codex Iuris Bavarici Criminalis 的內容

由於作者在德國法制史相關著作中，並未能看到對於一七五一年巴伐利亞這部刑法典的分析，因此嘗試從該法典的條文中說明他的特色。在這個法典中，我們可

²⁰ 本書作者在 1994-1995 年於德國法蘭克福 Max-Planck 歐洲法制史研究中心進修時，曾前往 Bonn 拜訪德國有名的中國法制史研究專家 Karl Buenger 教授，當時 Karl Buenger 教授正在閱讀德國 1794 年普魯士一般邦法典，他對作者提到，他認為這部法典的內容與形式是受到中國大明律例的影響。可惜 Karl Buenger 本人並未著書說明，作者在此僅將此一經驗記錄下來。或許未來有法制史的研究者可以對此進一步加以研究瞭解。

以發現這部刑法典較兩百年前也就是一五三二年的卡洛林那法典，在許多地方更顯得抽象性與概念化。下面將主要針對這一章中相關規定加以說明

在第一章有關犯罪與刑罰部分第一條就直接說明何謂本法典所要規範的犯罪行爲。例如其說明：「並非所有的不法行爲都是以刑事犯罪加以看待，僅在那些或者與身體或生命刑或其他類似的刑罰有關並依法律或習慣被當成刑事犯罪者才屬於犯罪（Criminal）」

而除了定義何謂犯罪外，在本法典的第一章第二條並將犯罪分爲三個等級：較輕、較重 或加重等級；在第三條中明確區分故意與過失、第四條對於無歸責能力做了詳細的介紹。第五條規定刑的種類，例如刑事犯罪的行包括對於身體、名譽、財產有時甚至生命刑。而在生命刑將依共同法或地方習慣或用劍、吊繩、輪子、火刑或分屍進行。至於火刑或分屍可以是在犯罪者生前或斬首後實施。另外對於其他的身體刑（第一章第八條）永久的監獄刑（第一章第七條）乃至其他的刑罰例如驅逐出境、或金指出入一定的場所或者被宣稱爲一個沒有名譽的人或者監獄刑甚至罰站在教會門前獲罰金等等（第一章第九條）

而在第十四條到第二十六條開始規範關於得爲減刑的情形，例如第十五條及十六條規定對於年少者及年老者的減刑；第十七條到十九條規定、對於精神病患的減刑以及瘡啞人、醉酒的人的減刑、第二十二條規定自首；第二十三條規定反悔時的處理，第二十四條規定犯罪罪證不足時，僅能處以較輕的刑罰。第二十五條對於貴族的減刑。除此之外對在第三十九條強調刑罰僅可以對於犯罪者爲之，不得擴張到對於犯罪並未參與的第三人或其他無罪責的人。（以上條文請參考 Arno Buschmann，1998：181-189）

（三）關罪刑法定主義的規定

一般德國的法制史的書上談到德國有關罪刑法定主義的發展，往往會從一八一三年德國刑法學大師 Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach 起草的巴伐利亞刑法典談起，另外日本學者第十二章 有關罪刑法定主義的宣誓例如 第一條規定 Nullum crimen sine lege。第二條規定 Anzeigepflicht 第三條 Versuch 等跟現行刑總有關的規定如教唆 幫助 共犯 利益輸送及贓物罪等。第二部分是有關程序法的規定。我們可以看到德國刑法典中早在 1813 年中就在法典中宣示罪刑法定主義的精神。從此以後在德國不同時期的刑法典均已罪刑法定主義最爲規範的基本

精神。可惜到了 1933 年到 1945 年納粹統治德國時期，罪刑法定主義的精神被摧毀殆盡，一直到二次世界大戰之後德國才又在刑法中強調罪刑法定主義的精神，且將罪刑法定主義的精神透過更細緻的規範，例如包括犯罪構成要件必須要盡量具體且明確等來確保人民不受到國家刑罰權的侵害。

參、 參考文獻

關於參考文件之說明：

目前台灣關於德國刑事法史相關研究文獻並不是很多，但是有一些作者零星的且個別的進行法制史的相關研究。本文所參考的文獻分為中文及外文部分列出：

一、中文部分

(一)、專書與專書論文

1、一般法制史及刑法史有關的專書

- (1)、陳惠馨，德國法制史—從日耳曼到近代，元照，2007 年。
- (2)、蔡墩銘，唐律與近世刑事立法之比較研究，中國學術著作獎助委員會，1968 年。
- (3) 戴東雄，從法實證主義之觀點論中國法家思想，自版，1973 年。
- (4) 戴東雄，中世紀義大利法學與德國繼受羅馬法，1979 年初版，1999 年由元照出版公司重新改版發行。
- (5) 何勤華等，德國法律發達史，韋伯文化，2004 年。

2、民法史或公法史相關專書或專書論文

- (1) 林文雄，德國歷史法學派：薩維尼（Friedrich Carl von Savigny 1779-1861），載：法實證主義，第五版，元照，2003 年。
- (2) 李建良，歷史，國家，行政，法律—歐洲近代前期行政法史汎論，載：法律哲理與制度：公法理論—馬漢寶八秩華誕祝壽論文集，元照出版，2005 年，49-99 頁。

- (3) 吳從周，民事法學與法學方法，第二冊：概念法學、利益法學與價值法學，一品文化，2007年。
- (4) 姚朝森，許密特的國家觀，載：公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，元照，2004年。
- (5) 陳起行，法典化研究，載：法形成與法典化—法與資訊研究，學林，1999年。
- (6) 陳新民，社會法治國家理念的締造者—赫曼·哈勒的憲法學與政治生活，載：公法學劄記，三民書局總經銷，1995年。
- (7) 陳新民，法治國概念的誕生—論德國十九世紀法治國概念的起源，載：法治國家論，2001年。
- (8) 陳新民，國家的法治主義—英國的「法治」(The Rule of Law)與德國法治國之概念比較，載：法治國家論，學林文化，2001年。
- (9) 陳慈陽，法治國理念之理論與實踐—以十九世紀末至二十世紀初期之德國國家法理論與政治現實為研究範圍，載：當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年。
- (10) 陳顯武，德國納粹執政時期之刑事政策與刑事立法措施對戰後德國刑事法立法方面之影響，行政院國家科學委員會研究成果報告，1997年。
- (11) 蔡宗珍，關於威瑪憲法的幾點思考，載：當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年。
- (12) 蔡宗珍，卡爾·史密特之憲法概念析論，載：憲法與國家(一)，台北，2004，頁1-44。

(二)、期刊論文

1、一般法制史及刑法史有關的期刊論文

- (1) 陳惠馨，德國法制史研究之趨勢，政大法學評論 60 期，1998 年。
- (2) 陳惠馨，德國法制史系列講座，月旦法學雜誌 89-92 期，2002-03 年。
- (3) 陳顯武、葛祥林，法價值論中之超人格主義，台大法學論叢 32 卷 2 期，2003 年。

2、民法史或公法史相關期刊論文

- (1) 江玉林，近代初期國家的塑造，社會的規訓化與憲法史的論述—論萊因哈

- 德「國家權力的歷史」一書中的權力建構過程，月旦法學 82 期，2002 年。
- (2) 江玉林，近代初期的警察，月旦法學教室 28 期，2005 年，36-37 頁。
 - (3) 李建良，戲謔與嚴肅之間：耶林的的法學世界，月旦法學 75 期，2001 年。
 - (4) 李建良，基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起（上）、（下），憲政時代 29 卷 1,2 期，2003 年。
 - (5) 李建良，近代行政法史要略—導論/西洋中世紀時間篇，月旦法學教室 32 期，2005 年，62-70 頁。
 - (6) 李建良，近代行政法要略—西洋近代前期篇，月旦法學教室 38 期，2005 年，34-45 頁。
 - (7) 林 端，德國歷史法學派—兼論其與法律信實論、法律史和法律社會學的關係，台大法學論叢 22 卷 2 期，1993 年。
 - (8) 陳淑芳，拉邦德—德國公法學與概念法學的先驅者，月旦法學 94 期，2003 年。
 - (9) 陳愛娥，薩維尼—歷史法學派與近代法學方法論的創始者，月旦法學 62 期，2000 年。
 - (10) 黃舒芃，德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡：從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起，政治與社會哲學評論第五期，2003 年，頁 123-162。
 - (11) 黃瑞明，納粹時期的拉倫茲：德國法學界的一頁黑暗史，台大法學論叢，第三十五卷第三期，2003，頁 1 以下。

(三)、碩、博士論文

1、一般法制史及刑法史有關的碩博士論文

鄭逸哲，納粹第三帝國刑法上類推適用之研究，台大法研所碩士論文，1989 年。

2、民法史或公法史相關碩博士論文

- (1) 李君韜，社會法治國之統一性—威瑪共和背景下的 Hermann Heller 國家理論，台大法研所碩士論文，2002 年。
- (2) 吳宗謀，再訪法人論爭——一個概念的考掘，台大法研所碩士論文，2003 年。
- (3) 吳從周，從概念法學到利益法學—以耶林（R. v. Jhering）對海克（Ph. Heck）思想之影響為線索開展，台大法研所博士論文，2003 年。

(四)、翻譯專書與論文

- 1、Jhering, Rudolf von，薩孟武譯，法律的鬥爭，載：孟武自選文集，三民書局，1979年。
- Jhering, Rudolf von，蔡震榮、鄭善印譯，法（權利）的抗爭，三鋒出版社，1993年。
- Jhering, Rudolf von，林文雄譯，為權利而抗爭，協志工業叢書，1996年。
- 2、Radbruch, Gustav，王怡蘋，林宏濤譯，法學導論，商周，2000年。
- 3、Stolleis, Michael，顏厥安譯，德國近代公法成立的原因及歷史背景——一個綜論，政大法學評論 52 期，1994年。
- 4、Stolleis, Michael，王韻茹譯，當代德國公法與干預國家之形成，法學叢刊 52 卷 1 期，2007年。
- 5、Wieacker, Franz：陳愛娥、黃建輝譯，近代私法史——以德意志的發展為觀察重點，五南，2004年。
- 6、Württemberg, Thomas，蔡墩銘譯，德國刑法學的現狀，台灣商務，1977年。

二、外文部分

- 1、Arno Buschmann (1998), Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit—Die *klassischen Gesetze*, München: Beck. (ISBN 978-3-406-42314-7)
- 2、Uwe Wesel (2006), *Geschichte des Rechts*, München:Verlag C. H. Beck. (ISBN 978-3-406-54716-4)
- 3、Franz Wieacker (1996), *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht. (ISBN 978-3-525-18108-9)
- 4、E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, Vandenhoeck & Ruprecht. € 52,00 (ISBN 978-3525181157)
- 5、Anton Menger (2004), Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Adamant Media Corporation. (ISBN 978-1-421-25160-8)
- 6、. Michael Stolleis (1999), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Dritter Band 1914 -1945, München: Verlag C. H. Beck. (ISBN 3-406-37002-0)

- 7 · Michael Stolleis (1994), *Recht im Unrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp
ISBN 978-3-518-28755-2
- 8 · Uwe Wesel (1993), *Juristische Weltkunde*, Baden-Baden:
Nomos Verlagsgesellschaft.
- 9 · Friedrich Ebel (1993), *Rechtsgeschichte. Bd. II Neuzeit. Ein Lehrbuch*, MUELLER C.F..
ISBN: 978-3-811-45793-5
- 10 · Mitteis Heinrich, Lieberich Heinz (1992), *Deutsche Rechtsgeschichte*, München:Verlag
C. H. Beck. NT 6000.- (ISBN 3-406-36506-X)
- 11 · Adolf Laufs (2006), *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin: Walter de
GmbH. (ISBN: 978-3-899-49301-6)
- 12 · Michael Stolleis (2002), *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur
Geschichte des öffentlichen Rechts.*, Suhrkamp. (ISBN: 978-3-518-28478-0)
- 13 · Michael Stolleis (1988), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Erster
Band 1600 -1800*, München: Verlag C. H. Beck. (ISBN: 3-406-37002-0)
- 14 · Karl Kröschell (1980), *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250)* , Hamburg:
Westdeutscher Verlag. (ISBN: 978-3-531-22008-6)
- 15 · Hermann Conrad (1962), *Deutsche Rechtsgeschichte Band I : Frühzeit und
Mittelalter*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller
- 16 · Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4.
Aufl. 1996, C.H.Beck (ISBN 3825210421) nicht mehr lieferbar
- 17 · Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht: Bd. I: Älteres Gemeines Recht
(1500-1800)*, 1985 , C.H.Beck. (ISBN 978-3-406-30306-7)
- 18 · H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte: Bd. I: Frühzeit und Mittelalter*, 2. Aufl. 1962,
Neudr. 1982. C.H.Beck. 36 · H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte: Bd. II: Neuzeit bis
1806*, 1966, Neudr.1982. C.H.Beck.
- 19 · H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl. 2004 , C.H.Beck. € 98,00
(ISBN 978-3-811-48404-7)
- 20 · H. Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl. 2005 ,
C.H.Beck. (ISBN 9783825208820)
- 21 · Max-Plant-Institute für Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, *Tätigkeitsbericht*. (~~毎~~

年或每兩年一期)

三、其他最近出版的幾本中文當代德國刑法學的著作(以最近出版年順序編排之)

1、徐育安譯，〈無法律即無刑罰？法律發現在刑法中的法理意涵以及憲法意涵〉 / Nulla poena sine lege? Rechtstheorie und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，1-36 頁。

2、王效文譯，〈刑法體系與刑事政策〉 / Strafrechtssystem und Kriminalpolitik，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》 / Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 37-60。

3、鐘豪峰、彭文茂合譯，〈批判德國刑法學思潮〉 / Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》 / Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 61-92。

4、陳志輝譯，〈從下層階級到上層階級刑法。在道德要求中一種典範的轉變？〉 / Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》 / Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 93-116。

5、呂理翔譯，〈作為學術的刑法釋義學〉 / Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》 /

Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag, 許玉秀、陳志輝合編, (台北:新學林, 2006), 頁 117-152。

6、葛祥林譯,〈千禧年後的德國刑法學〉/ Das deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, 《不疑不惑獻身法與正義: 許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag, 許玉秀、陳志輝合編, (台北:新學林, 2006), 頁 153-178。

7、許玉秀譯,〈刑法體系思想導論〉/ Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, 《不疑不惑獻身法與正義: 許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag, 許玉秀、陳志輝合編, (台北:新學林, 2006), 頁 249-302。

8、彭文茂譯,〈區分不法與罪責的功能〉/ Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, 《不疑不惑獻身法與正義: 許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag, 許玉秀、陳志輝合編, (台北:新學林, 2006), 頁 415-458。

9、許玉秀、鄭昆山合譯,〈刑法上故意與罪責的客觀化〉/ Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht, 《不疑不惑獻身法與正義: 許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag, 許玉秀、陳志輝合編, (台北:新學林, 2006), 頁 475-511。

10、王皇玉譯,〈刑法罪責理論的現狀〉/ Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, 《不疑不惑獻身法與正義: 許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit – Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND

SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 569-592。

11、葛祥林譯，〈罪責原則在預防刑法中的功能〉/ Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 593-627。

12、陳志輝譯，〈德國不作為犯法理的現況〉/ Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland，《不疑不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯 賀許迺曼教授六秩壽辰》/ Unbestechlich und unbeirrbar im Dienst von Recht und Gerechtigkeit - Abhandlungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft von BERND SCHÜNEMANN zu seinem 60. Geburtstag，許玉秀、陳志輝合編，(台北：新學林，2006)，頁 629-668。

13、李佳玟譯，〈生命的「神聖」與「品質」--以德國法為基準的比較性考察〉 / “Sanctity” and “Quality” of Life - A Comparative Review in the Light of the German Law，《民主•人權•正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，國際刑法學會台灣分會主編，(台北：元照，2005)，頁 233-250。

14、王玉全、鐘豪峰、張姿倩合譯，〈刑事不法之體系：以法益概念與被害人學作為總則體系與分則體系間的橋樑〉/ Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil, Bernd Schünemann，《刑事法之基礎與界限：洪增福教授紀念專輯》，劉幸義等合著，(台北：學林文化，2003)，頁 123-202。

15、王世洲，〈聯邦德國的刑法改革〉《現代刑事法與刑事責任：蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，蔡墩銘教授六秩晉五壽誕祝壽論文集編輯委員會，(台北：國際刑法學會中華民國分會/財團法人刑事法雜誌社基金會共同發行，1997)，頁 669-691。

肆、計畫成果自評

本計畫執行成果與原計畫基本上想要達到的目標有一定的相符合，關於原初計畫有關德國近代刑法的發展尤其是《卡洛林那法典》的出現及《卡洛林那法典》的內容等部分均已經研究分析完成。至於原來預計探討的近代德國跟法律發展有重要影響的事件，包括：1、宗教改革在德國的背景及其與法律之關係 2、現代國家觀在德國的起源與法律的關係 3、神聖羅馬帝國和區域領主之關係 4、神聖羅馬帝國之沒落與法律之關係 5、德國近代國家發展與法律之關係及省思等也部分在計畫主持人 2007 年中出版的《德國法制史—從日耳曼到近代》一書中加以討論。關於近代刑法史的發展部分將在近期內整理成爲學術論文並投稿。在研究過程中，計畫主持人發現要分析德國刑法在近代的發展歷程除了應該分析不同時其法典的內容之外，更應該對於德國近代幾個重要的刑法學學者的研究理論與他們彼此間關於刑法學理論的對話語辯論進行深入的研究，不過這樣的計畫有必要由法制史研究學者與刑法學學者共同提出整合型計畫進行，任何單方面的研究恐怕無法能夠深入理解德國刑法的發展的歷程並將其發展歷程做爲國內刑法學與刑法發展的參考。也因此國科會有必要在支持基本刑法理論的研究之外，同時支持刑法史的研究。本計畫主持人希望未來能夠針對 19 世紀德國幾位重要刑法學者的研究與出版進行研究。這些學者包括：

甲、 Karl Binding 教授

Karl Binding 教授於 1860-1863 在 Göttingen 大學學習法律與歷史，於 1864 在海德堡取得講師資格後，在不同的地方（包括 Basel（1865）、Freiburg im Breisgau（1870）、Straßburg（1872）und Leipzig（1873-1913））教授刑法、刑事訴訟法及國家法。在 1892/93 und 1908/09 他擔任來比錫大學的校長。他重要的刑法學著作如下：

(1) Die Normen und ihre Übertretung, vier Bände (1872 bis 1920)

(2) Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, zwei Bände (1902 bis 1905)

(3) Die Schuld im deutschen Strafrecht (1919).

2、Ernst von Beling 教授

Ernst von Beling 教授生於 1866 死於 1932 年。是德國非常重要的刑法學者。同樣也是來自法律人家庭。他的父親是一個法官，母親的家庭也是個法律人家庭。他於 1885 年開始在來比錫大學學息法律。Karl Binding 教授啓發了他對於刑法的興趣。他於 1890 攻讀博士學位。1893 他取得講師的資格後，開始以私人講師身份在 Breslau 大學教授刑法、刑事訴訟法、國際公法及國際私、國際刑法學、法學緒論並分別在 Giessen 大學（1900），Tübingen 大學（1902）上課。他在他非常有名的入學演講（1903）中演講 „Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitsforschung im Strafprozess.“。在此期間他完成他的著作《犯罪理論 Lehre

vom Verbrechen》, 在其中他完整提出（構成要件）概念作為刑法法釋義學的基本理論（den Begriff des „Tatbestandes“ als dogmatischen Grundbegriff der Strafrechtswissenschaft）。他在 1912/1913 之間擔任 Tübinger Universität 的校長。後來並到慕尼黑教學。他的重要刑法學著作如下：

- (1) Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen, Breslau 1894
- (2) Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
- (3) Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Leipzig 1908
- (4) Die Lehre vom Tatbestand (Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag dargebracht) Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930
- (5) Grundzüge des Strafrechts: Mit e. Anleitg zur Bearb. von Strafrechtsfällen,

3、Hans Welzel 教授

Hans Welzel 教授出生於 1904—1977 之間。也是一個德國重要的刑法學者與法哲學學者。他在 1923 到 1927 年之間分別在 Jena 及 Heidelberg 學習法律。他的博士論文題目主要是研究 Samuel Pufendorf（一個德國非常重要的法學家）的哲學。他在 1935 於 Köln 大學以《在刑法中的自然主義與價值哲學 Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht》取得講師資格並在 Göttingen 大學擔任教授。由於他的法學理論在第三帝國時期跟第三帝國統治者有相配合的傾向，因此他在他的後半輩子往往要嘗試說明他並非第三帝國納粹的支持者，他僅是因為擔心他的職業上發展因此不得不配合納粹帝國的需要。他常被討論的是他在第三帝國時期，對於 1935 年第三帝國修改當時德國刑法典第 2 條規定規定，變更類推適用禁止原則他認為那是沒有問題。

在二次世界大戰之後，Welzel 教授於 1952 在 Bonn 大學擔任刑法教授，後來並擔任校長。Welzel 教授最有名的理論是他提出刑法中的目的行為論（die Begründung der finalen Handlungslehre im Strafrecht）。

根據目的行為論（主要是從個人的自由意志的觀點出發）故意作為犯罪構成要件的完成的知（Wissen）與意願(wollen)不再是罪責的一部份 而是根據知覺-及目的所鎖定的人類行為就已經是犯罪構成要件完程的先決條件來看待。這樣的理論將故意同時當成罪責的元素以及對於自己行為違法的知覺。

目的行為理論在世界各國都被接受，因此 Welzel 教授幾乎成為最有名的德國刑法學者

他的重要著作包括如下：

- (1) Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1936

- (2) Lehrbuch des deutschen Strafrechts (ab 1940; letzte, 11. Auflage 1969)
- (3) Um die finale Handlungslehre - eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, 1949
- (4) Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951
- (5) Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951

伍、附件

附件一 德國刑事法史兩次工作會議記錄

第一次德國刑法史工作會議紀錄

會議地點：政治大學綜合院館 14 樓第三研討室

會議時間：2008 年 10/15(星期一)下午 16:00~18:00

與會人員：陳惠馨教授、林雍昇、廖崇宏

工作人員：洪屏芬、羅嘉松

本次德國刑法史工作會議討論的主題有三：

- 1.從現代法律人觀點談如何進行德國法制史研究
- 2.對德國刑法史或法制史的經驗交換。另外,由刑法觀點或是其他學科觀點也煩請提出。
- 3.現代刑法的重要制度與概念

陳惠馨老師：

西元 2002 年以來，在德國有新一波關於刑法史的研究，不過目前網路尚無精確資料。希望兩位可以分享。過往並無分史的概念，像是《薩克森寶鑑》(Sachsenspiegel)的時代(大約 1230 年左右)並無民法、刑法或是公法的分類。我認為當時的分類並不清楚，目前認為有分類的可能是後人以概念將它們區分。從刑事法史出發，這應該是近代的事情。1500 年以來（近代；die Frühe Neuzeit, 1500-1815），或是以 1532 年的卡洛琳那(Carolina)法典作為區分的時間點。我的刑事法史希望以 1532 年的卡洛琳那(Carolina)法典為區分而直到近代；或是從歐盟(EU, die Europäische Union)到馬斯垂克條約 (Maastricht-Vertrag)。我在想的問題是，如果是一個現代刑法學者的學生，他會想讀一本什麼樣的刑法史？一個台灣的學生或是台灣人想要的觀點是什麼？假設閱讀者是一般法律人，或是對於刑法有興趣的學生。我收到一封信，他是念歷史的人，卻寫信問我關於刑法史的東西，這讓我覺得很有趣。

廖崇宏學長：

可否以現代法律專業分類的架構，像是公法、刑法等架構來告訴法律系學生，因為他們會比較清楚。若由這樣的觀察，那麼卡洛琳那(Carolina)法典的導讀就有很多東西可以討論。

方式一：以實體法與程序法方式區分討論，然後再以時間序列的方式。

方式二：我覺得每一次都走一次歷史會很麻煩，可不可以先由時間序列來講，然後在講架構？像是卡洛琳那(Carolina)法典是彙整帝國時代的法條，所以如果我們從神聖羅馬帝國開始，講法規與帝國如何統治該地區可能會很長且囉唆。為了避免前面的冗長敘述，如果我們採取法學方法的切入，那麼讀者在入門閱讀時候可能會比較容易一點。

陳惠馨老師：

以前是刑罰，後來才有刑罰明文化。我的重點是讓讀者知道法律的思維是有變遷的。現在法律系同學只知道「社會預防理論」，可是不知道它的源由。

林雍昇學長：

編年史的進行方式？以時間順序作為撰寫的主軸。或是主題史，以主題為區分→唯心論史觀與唯物史觀哪一個？或是都採用？如果只採取一個，將會有所偏頗。

陳惠馨老師：

書寫必定會有一定的觀點，至於怎麼寫則會有個人的書寫策略。我可能不會以某種方式來寫，但是這樣的討論會讓我思考寫作的策略，因為對我而言，研究的方法論是開放的；而書寫的風格是自由的。我想要的不是翻譯，我是想要有的是一種東方的，或是以台灣的觀點看待。而這觀點是立基於我的法學知識。由於懂德文，當我要介紹給其他不懂德文的學生時，我可以提出自己個人某些的觀點與看法。我看到近代的德國與歐洲，可以發現學者與實務家之間在這方面存有對話，或是說都有討論。我想知道的是，他們怎麼思考這些議題。

林雍昇學長：

上層思想的變動還是經濟的變動？上層像是政治思維的變動。過去是基於神權（正當性源於神權）。從神學（宗教）或者是哲學的角度（上層思想）來看刑罰權的正當性，並配合當時的社會經濟生活（下層思想）。並由下到上的觀察來而解釋刑罰權的正當性來源。或許可從賓丁(Karl Binding)開始談。

陳惠馨老師：

我想要知道為什麼會由某一個學者來開始談？如果由你開始談，你為什麼

會由賓丁(Karl Binding)開始談？原因何在？

林雍昇學長：

賓丁講到法益，他是很後來的學者且很重要。歐洲啓蒙時代之後，人道思想轉變出刑法的理性化，這是一系列的過程與觀念。刑法的處罰是源於對他人權利的侵害…。(陳老師: 這就是一個重要的轉捩點。) 由神到人的轉變，到人處罰人的正當性，它們的理由各有不同。由 von Buri 開始，【約 1840 年，他是民法學者和執業律師；著有《現代刑法制度史》。產生了利益(Gut)的觀念。利益(Gut)概念指法益損害(Gutsverletzung)的法益概念。】處罰行為人的原因在於由權利(Recht)到利益(Gut)。關於這點有人批評也有人贊同。這是因為權利是人與人之間的關係（主體與主體），而利益(Gut)只是客體。這些也是一系列的思想變化。

陳惠馨老師：

以前討論刑法的反而不是刑法學者，這很有趣。此外，理性法與自然法又是怎麼開始區分的？

林雍昇學長：

中古的神法時代到理性法時代，再到近代的自然法時代。這中間銜接理性法時代與自然法時代的是什麼呢？在自然法時代特別是社會契約的思想與理論的建立。社會契約表示統治正當性的變遷。這是用來對抗神權。不過思維的提出需要時代才可以改變。思維的變遷會影響實體法的更易。另外，刑法的思想史、制度史和學術史以及刑法制裁手段的演變也是很有趣的議題。由身體刑到自由刑的轉變，近代對於人類的監視其實很有趣的。過往是五馬分屍(車裂)，演變到現代監獄制度下的作息表管理，這樣的方式轉變的意義是什麼？(以傅科的「規訓」觀點來講，這代表著國家對人民的控制由肉體的到精神的。囚犯的活動依照作息表的方式意謂著國家權力對人民嚴格的監視控制。)

陳惠馨老師：

監獄的出現也很有趣。當時囚禁的監控時代到現在的包括電子設備(全天候的監視管控)。如果由國家如何對待人的身體來觀察也是很有趣的觀點。我覺得寫到近代要很小心，因為近代的刑法思想和學術紛雜，下筆要謹慎。怎麼切入且不矛盾是很重要的。我的嘗試是由繼受國台灣的觀點來看，而不是由德國人

的觀點來看刑法思想史。對比德國的與傳統中國的刑法思想史也是一種研究方式。

廖崇宏學長：可以由日本方面來看。因為日本也繼受德國的刑法。

陳惠馨老師：

台灣幾乎沒有繼受德國法的過程。多半都很零散。但是日本幾乎都有德國或是法國史的專業研究。但是這些學者可能對於近代都不是很了解。我相信有些學者的努力對於近代法一定會具有某種意義。我覺得台灣目前繼受尚不完全，而且還在繼受中。其實我們宣稱我們繼受了德國法，但是我們在審判的時候是否具有德國法的思維方式？台灣的法官真的有如繼受法的理論審判案件嗎？像刑法從二階理論到三階理論的演變，它的意義何在？法官在判決當中是不是真的有這樣的運作？審判者是人，而不是神，所以透過刑法理論來檢視行爲人的行爲，透過檢驗標準來確定行爲人的行爲，精緻化審判行爲。

廖崇宏學長：

一個社會在法律繼受的過程中，人民法律情感的變化可作為觀察的對象。

林雍昇學長：

制度變遷與思維變遷它們的速度不同。所以從前會從物權到債權來講，而現在到無體財產權的說法。因為法律理論的落實是需要適應當時的社會需要。現實的妥協是必須的。像是費爾巴哈(Feuerbach)認為宗教的部份也需要處罰，但當時主張侵害權利才是必須要被處罰的，這時候可以反思為何侵害神權需要被處罰？後來才漸漸開始思考，價值觀的不同是否真正的侵害某人擁有的權益？漸漸演變成爲刑法不保護個人不舒服的感覺。

陳惠馨老師：

保護法益的變遷也是可以討論的範疇。另外，如果以法益侵害爲主，那麼，我們可以思考國家法益的維護是爲了什麼？到了誰的時代開始截然劃分對神的褻瀆的處罰逐漸減少？理論進入法典的時間爲何時？此外，進入法典也並不等於規範確實有運作。（觀念的變遷與實際生活的運作是何時開始的？制度與思想之間的關係。）

林雍昇學長：

可以討論法律解釋的法律方法論。刑法最初是一階理論。至於刑法邏輯三段論是如何出現的？爲什麼會出現？當理性法出現的時候是兩階理論行爲與責

任；行爲階段屬於客觀的要件；責任階段屬於主觀的要件。而後來演變到 19、20 世紀的時候，則更爲細緻的發展出各種學說和理論。

陳惠馨老師：

刑法的二階理論到三階理論的轉變，參見 Uwe Wesel 的書。我想要知道這些學說和理論更細緻化的目的在哪裡？

林雍昇學長：

更細緻化的目的在於法律功能的改變。法律的功能隨著人類社會的功能演變的。像是我們對於瘋子的定義是怎麼演變而來的，從傅科所主張的西方歷史上如何對待瘋子的觀點來講，功能論意味著要達成社會控制的嚴格化和精密化所以這個問題就是在問：追求控制技術的進步發展，背後是爲了什麼目的？過去沒有區分瘋子或正常人，現在就有區分，並給他們不同的對待。但是刑法不是對所有行爲都有興趣，像是吃飯並不在刑法感到有興趣的範圍之內。更久以前還有一階理論（行爲與責任之間沒有區分）。

陳惠馨老師：

【德國的刑法學說關於行爲理論會談到 Handlung 和 Verhalten 兩者在意義上的區分。】在這裡，我想到一個案例來說明，清朝有一個人偷了東西之後在跑，後面的人在追他，結果跑的人踢到了石頭以致於害死了另外一個人。後來只處罰追人的人，認爲這有因果關係的，除了關於認定行爲的判斷之外，這也是關於因果條件適用範圍的擴大。最後以結果論判他以殺人之罪。

林雍昇學長：

條件式的理論是最粗淺，所以才有後來其他的因果關係理論等。

陳惠馨老師：

刑法發展的意義我要的不只是名字，還要有脈絡。我要知道誰說了什麼，而不只是學者的名字與學說理論的介紹，還要有淵源。但是我拉出來也只會有一部份，不可能是全部。社會生活形態也要拉出來。不過社會生活的部分連德國人自己都很難寫出來，所以，只能寫一種可能的觀點而不全部的觀點。

廖崇宏學長：

談到刑法規定，想說的是「上有政策，下有對策」，還是生活與法律的規範是同一套的這個問題。

林雍昇學長：

德國是法制的社會，我們則有倫理規範而不只是法律規範。我在生活中觀察到的一點是，許多西方的企業主事者是法律人，但在台灣則不是。西方的世界他們覺得法律是社會的一項指標。傳統中國認為法律與人民是相互對立的，再加上我們民主化的時間也很短，所以這可能是原因之一吧。

陳惠馨老師：

其實，德國人沒有我們想像中的那麼守法。我想要找出台灣的發展脈絡。

從神到理性是德國的脈絡；那東方呢？中國呢？

廖崇宏學長：

價值規範與法制規範是否相同？法感與實際上的法律思惟方式是歧異或是一致？一般人的思惟方式與法律人的思惟方式有可能不同。

陳惠馨老師：

刑科體本中可以看到婦女因為被安排結婚，因生活不好而被嫁賣掉，如果看了嫁賣的契約與對話，我們一定很難想像其中情況。這跟我們理解過去中國的禮義廉恥好像差異很大。只有占社會少數的上階層人士，像士大夫或者有錢人才有可能遵守「男女授受不親」的規範，例如，有傭人幫他們外出做事，像是到市場買菜，女性才可以不用出門就可活下去，而不用接觸其他人。可是占社會大多數的一般的人呢？這是不可能的啊。

林雍昇學長：

過往的中國歷史書寫都以政治史或是戰爭史的著眼，而不重視經濟史。雖然今日有黃仁宇的《萬曆十五年》(原以英文刊行於 1981 年。書名 1587, A Year of No Significance) 用經濟觀點寫中國明代時期的歷史，不過，他有點以古非今的味道。

陳惠馨老師：

《大明會典》裡面有記載，當時明代全中國約有 7000 萬人口。我認為西方人口的觀念可能來自於中國。像是從法典的形式來觀察巴伐利亞刑法法典的模式可能來自唐律的架構，這有可能是經由來華傳教的傳教士的記載，輾轉傳回歐洲。談到德國法制史的研究，我們採取一種 open 的可能性，因為每個人會有他不同的觀點。經驗交換不要受限於刑法，民法與其他的法律也一樣歡迎。時間概

念與沒有時間概念是很不一樣的。有時間觀念的討論才可以找出其中的變化曲線。這就是法制史的目的，找出變化的原因與影響。

討論之後的其他事項：

1. HA: Uwe Wesel 文章掃描給大家看一下
2. 教發中心詢問報帳事宜
3. 會議以週一下午為主 16:00~18:00；下次會議時間暫定 11/5 (星期一)。
4. 詢問一下陳志輝與李聖傑老師可否參與我們的討論會議。

第二次德國刑法史工作會議

會議地點：國立政治大學綜合院館北棟 14 樓第三研討室

會議時間：2007 / 11 / 05 (星期一)下午 16:00~18:00

與會人員：陳惠馨教授、李聖傑教授、陳志輝教授、林雍昇、廖崇宏

工作人員：洪屏芬、羅嘉松、范世偉

本次德國刑法史工作會議討論的主題有三：

1. 本次會議延續上次會議的討論主軸，關於上次的討論，可以參考附加檔案。
2. 作為現代刑法的學者或是研究者，請提出哪個刑法制度(或理論)的緣由與沿革是學習者必須了解的
3. 那些刑法的概念與制度是目前台灣學習或是研究刑法者所必備，或深入理解的？

陳惠馨老師：

今年國科會的計畫是做近代德國法制史的研究。我近代刑法史的概念，想要從歷史開始出發。請大家先看一下卡洛林那法典(Carolina)，我覺得在這個法典中最值得閱讀的是導論，它讓我們對於德國刑法有基本的概念。不過它的頁數不多，一共才 20 多頁而已。這次邀請陳志輝老師跟李聖傑老師，想問問作為一個刑法的研究者，你認為最核心的概念是什麼？法律制度與學說，還有人名都請提出。舉例而言像是二階三階這些理論中，哪些是必定要知道的？而這些理論又是從什麼時候開始的？我之所以會想要弄清楚刑法的脈落，是因為德國的東西對於台灣的學生來說是很模糊的。因此，我想要嘗試著把概念抓出來。如果大家有有參加上週的十月法史節的研討會，就會有印象吳從周老師將民法的人名順序的脈絡講很

清楚²¹。

李聖傑老師：

對於大一的學生，可能在什麼都不知道的狀況下就要學抽象的刑法。因此我常常會跟學生說，刑法就是處理犯罪的法律。我常提到的人名是李斯特(Franz von Liszt)。因為李斯特在 1880 年就講到犯罪的概念。犯罪是具有不法內涵，而行為人具有罪責的的行為。因此，刑法如果是對於正義或是共通利益的保護的話，那麼刑事不法內涵就是讀者所必須要知道的。此外還有罪責，像是十歲小孩與成年人不同。近代刑法的法制發展，我們應該要切割，指的是歐洲。講授刑法的過程中，我常常會交代台灣的刑法是怎麼出現。1910~1911 大清新刑律的公佈。而在當時公佈之後，教科書都說沒有實施。但其實有實施，只是我沒有看到相關的判決。我們可以思考得是，當時實施中華法系的社會，怎麼樣開始接受新刑法？而在清朝滅亡之後，刪除大清新刑律中與現實不符合的部份，改成暫行新刑律。1928 中國民國刑法公佈。後來稱 1928 年公佈的為舊刑法。1931 起草委員會到後來的公佈與實施，而在 1935 年之後，經過三大修正。我認為部份章節像是妨害性自主的放置順序是似乎不正確。我講這些的原因，是要讓大家思考以今日刑法學者投入的能力與過往學者的能力。

陳惠馨老師：

我其實是想知道大家對於德國近代法制發展的看法。

李聖傑老師：

二階、三階理論是對於犯罪的描述。李斯特以後對於犯罪才開始有系統的介紹。不法與違法性的概念的引入。在 1906 年以後提出犯罪的體系思考。貝林格 (Emst Beling) 提出的。他接受了李斯特的概念。所以稱為貝林格與李斯特的概念 (古典理論，三階犯罪的判斷)。犯罪的意義是基本上最基本的體系，是犯罪與罪責可以切開。在卡洛林那法典(Carolina)的時後還沒有區分開來。我個人稱此為形式的犯罪概念。因為要等到貝林格的部份才真正的被區隔。在德國近代的法制發展中，還有價值判斷的思考。是修正上述的基本原理，因而被稱為新古典。直到威爾采爾 (H. Welzel) 的時候，基本行為理論被挑戰，此時目的行為理論出現。不過很可惜得是很少學者支持這理論。西元 1998 年左右，克勞斯·羅克辛(Claus Roxin) 曾經到德國，闡明他的客觀歸責理論。客觀歸責理論是在 1970 時出現，但是沒有被接受，直到 1992 年大部分的德國刑法學者才介紹，不過還不是通說。1998 年的時候，才被接受為通說。

²¹ 關於吳從周老師的會議資料，請參見本文的附加檔案。

陳惠馨老師：

那關於李斯特、康德與黑格爾呢？

李聖傑老師：

我自己覺得康德與黑格爾在德國人的心中就像孔孟莊一樣活在中國人心中。會影響德國人思考問題的方式。就刑法論理的改變的話，會往上拉到康德作為靠山。但基本上犯罪理論發展到現在，從違法性到罪責。他的形式意義遠超過他的實質意義。這是兩百多年來，德國刑法學者的貢獻。

陳志輝老師：

近代刑法史的界定點從哪裡開始？因為界定點會影響說明。

陳惠馨老師：

我想要讓大家知道簡單的脈絡，不要讓大家不知道何時開始。但是怎麼寫我有想法。

陳志輝老師：

剛剛李老師講的李斯特的東西，大約是由 1894 開始。這樣開始切的話，會跟現代刑法學有所區隔。但多數學者對於之前的東西多半一語帶過。我想到的是，有哪些問題一定是要追根究底的，某些東西是一定要追到源頭的。費爾巴哈 (A. von Feuerbah) 的書由 1786 到現在，我記得到現在還有複印本。可以找一下。會講到刑法的目的與理論。他是應報主義的原始提出者，一直支配這個思想。普芬道夫 (Baron von Pufendorf, Samuel) 的東西很片段，因為他用拉丁文，所以學者研究的時候就很片段。當時是認為刑法是規則的思考。現代刑法學中像是犯罪行為理論、刑法的目的 (應報與預防理論)、刑法的任務 (效能與法益保護)、罪責觀念 (描述性與規範性)、意圖故意 (直接故意、間接故意與過失)、違法性的觀點 (包括超法規阻卻違法事由)、加重結果犯 (習慣法所衍生的)、刑分中也有部份值得討論的。

李聖傑老師：

時間的切割後，哪些需要追到 19 世紀以前是很有趣的想法。共犯也是很有趣的概念。如果結合台灣的刑法修正，共犯的修正之後變成共犯與正犯。然而我覺得修正不僅僅是改章名而已。現在好像只有教唆與幫助，這與一般人的想像很有距離。這是落差要怎麼修補？社會語言與刑法語言為什麼會有差異？像教唆犯和幫助犯的名詞源於德國。但為什麼處罰這兩種？造意為首在中國法律中有處罰²²。

²²《晉書·刑法志》張斐引注新律：「唱所先言謂之造意。」但漢律中亦曾經出現過相關規範。

但這不一定是教唆犯喔！造意犯如果與現在的教唆有距離的話，我們可以問為什麼德國人會只處罰這兩種？可以追溯到拿破崙法典。相較於正犯，他們的行為不一定受社會所接受。

陳志輝老師：

共犯是刑法最困難的領域，所以我不會建議由這裡開始來研究刑法理論。德國間接正犯與教唆犯是不區分的。是後來才用學說才區隔開來的，但是這部分我們在大學課程的講授過程中常常被遺漏的。

林雍昇學長：

台灣很多講到共犯的理論是由上而下講。相較於英美法則是由下而上，所以他們很難理德國刑法中的共犯（僅有單一共犯，而無教唆幫助的區分）或是刑法的二階的理論。

陳惠馨老師：

我的目的在於德國刑法的發展，你對於什麼有興趣？是什麼樣的法學者（德國有學者發展理論，而這與傳統中國不同）、什麼樣的理論架構與什麼樣的法律條文或法律語言。請由這三者討論。我不要談現代刑法，而是要讓學生可以理解過去的是怎麼走的。

林雍昇學長：

神權瓦解之後，走到自然法。當神不在的時候還有自然法。但到社會契約的時候，已經走到契約了。普芬道夫(Samuel Pufendorf)是過度，由神到人，他的自然法式是很重要的之後，才有盧梭他們。社會契約的時候，人是社會中的個體，不需要問神，也不要問有沒有自然的規則。康德把德國的思考帶往了

唯心論。導致後來的思考方式區分應然與實然，所以被稱為「二元論」。他是「二元論」的始作俑者。對於英美法的國家，則沒有這樣區分。所以英美不會出現有個人責任或是罪責。這些概念都跟客觀與主觀、應然與實然是截然區分的有關。人類理念的問題，而與社會生存不一樣。後來又回到現實面，主客觀交織之下，所以才會很難區分。

陳惠馨老師：

請大家看一下 1532 年「卡洛林那法典」第一條。此外，德國刑法學者時代的排列表，可不可以幫忙找一下。

陳志輝老師：

我記得有一本日文書中有一張圖表，最遠追到李斯特。我請學生找一下。我參加過刑法史的會議，記得有聖托馬斯·阿奎納(Saint Thomas Aquinas)²³。

陳惠馨老師：

說實在這些人名，我常常今天記得明天就忘了，這是因為缺乏脈絡。我現在要做的是用台灣的觀點。像是我九月去北海道，他們就沒有想到要這樣做。因為他們也常常由別人的觀點出發。可是若由別人的觀點就不可能看到自己。

一、法典的變化也是我想要知道的。卡洛林那法典一共也只有 219 條而已。當時德國的法典沒有完整的出來，但是大家說它是最好的，這很有趣。因為是用發音寫出來的，所以發音不同就會不太一樣。我想要知道之後除了巴伐利亞法典外，關於其他的部份。普魯士法典（1871）出來後，那以後又有什麼呢？ 1871~1929 年是第一次德國統一的刑法典，那之前邦的刑法典是很重要的。這個脈絡對於大家來說都是很陌生的。1860 年的「薩克森民法典」很重要，但是大家幾乎都不講。更細微的東西大家都不講。我想知道他的完整性。誰參與形成的？我想知道由何時開始變成細緻的？我個人覺得卡洛林那法典跟唐律是完全不能比的，唐律整體性很好。我要找的是脈絡，這樣同學才比較容易懂。

二、再回來看看我們自己。從本土的觀點（本土脈絡），就是用自己的眼光來分析。思考在台灣要怎麼運作。我也想要問，這東西在台灣之下，代表了什麼意義？

李聖傑老師：

1929 年的時後，在德國境內的猶太團體排除在法律保護之外。對照於此，台灣刑法也有時間點。十九世紀之後，轉折核心在於學術體系化的發展。德國的強調邏輯的思考，會不斷的找原因。像是十歲的小孩殺人，德國人會思考十歲的小孩殺人不犯罪的原因何在，這就是體系的思考。

林雍昇學長：

李斯特理論下的缺失是，法律不是傳統的自然科學，也不是道德，所以變成切割主客觀的探討。但相對於此，其他的國家對於社會學的探討則有助於理論的發展。李斯特混淆法益與行為客體，也因此影響到了後來德國不再用他的理論。賓

²³ 是中世紀經院哲學的哲學家 and 神學家，死後也被封為天使博士（天使聖師）或全能博士。他是自然神學最早的提倡者之一，也是托馬斯哲學學派的創立者，成為天主教長期以來研究哲學的重要根據。他所撰寫的最知名著作是《神學大全》（Summa Theologica）。天主教教會認為他是歷史上最偉大的神學家，將其評為 33 位教會聖師之一。

丁(Karl Binding)出現，由社會科學為出發。承認意志，而不是自然律。

中間總是有意志的決定。他是很好的規範論者，政治的決定包括在內，而不僅僅是自然科學律。法學是有關道德也是有關社會，而並非常純然是社會科學。此外，他也撰寫了《規範與其逾越》一書。

陳惠馨老師：

這樣談還是很空泛，他到底說了什麼呢？

陳志輝老師：

賓丁的影響是不是在於某個概念，而在於他自己的思考。

陳惠馨老師：

真正架構刑法系的人，到底是誰？

陳志輝老師：

應該是李斯特(Franz von Liszt)。因為他的知識有累積過往的知識。相關書目我有收集，有一部份是有關於刑法史的，從卡洛林那法典到現代都有。

陳惠馨老師：

唐律與清律跟這很不一樣。其實卡洛林那法典是很地區性的。其實是當時若沒有習慣法，就援用卡洛林法典。它算是次要的法源。但是到後來，區域領域國家的概念清楚之後，就不一樣的。以前的刑法是習慣法（例如卡洛林那法典）。所以我們後來才會強調“刑法不是習慣法“，以改正過去的觀念。

李聖傑老師：

當代的歷史跟刑法會有很深刻的連動。如果我們把時間點點出來，並添加歐洲當代社會背景的介紹，再加上人名，那麼同學可能會有比較清楚的圖像。

林雍昇學長：

中國很早就是統一的國家，所以有統一的法典，要讓人民知道怎麼守法，這跟傳統德國很不一樣。所以我一直不覺得過去德國是很進步的。

陳惠馨老師：

多數的同學不知道德國刑法是在 19 世紀才開始發展。我想問問大家是怎麼知道的？

陳志輝老師：

這是取捨的問題，因為上課進度所以也無法在課程中做過多的交代，僅能簡單的講授。像是許玉秀老師就曾講過過往德國刑法是很落後的，直到 19 世紀為止。

李聖傑老師：

中華法系曾經輝煌過，但是對於現代意義在哪？至少現在的書中，根本就沒有講到。可以作為比較法學的東西。

廖崇宏學長：

對整個社會來說，法律好不好或是進步與否在於思惟的模式。法律是應用的制度。我們現在用什麼樣的觀點看德國刑法史在想它們用什麼樣的思考，而這點對於我們有什麼幫助。我最近在看一些書，關於腦神經科學與心裡學中常常講到意識，這與人類的思惟有關。我覺得很多東西像是自然法的東西是不論隨著人類的進程都相同的。但是有某些東西是不一樣的。像是台灣工革之後，到現在很多人的生活習慣都還在農業社會。判決與思潮都是慢慢的演進，所以這時候可以思考理論是由上而下，或是由下而上？社會上的觀點如果無法接受，那麼理論的意義又在哪裡？社會意義與社會背景的思考是很重要的。思考的方式對於我來說，是比較重要的地方。作為繼受國，我們的重點如放在思考方式的發展的話，那麼可能比較有意義。所以就講，我們現在在學校中學習的東西，像意思表示或是無因性在適用上是如何，對於社會中的大家又如何？

李聖傑老師：

德國法律學說的發展，可能跟民族性有關。體性化學的研究方向其實也影響著大家。體系化的發展會影響教育。而這種教育方式也影響了法官。像民法中債的請求權等。

陳惠馨老師：

怎麼完成這件事情，是我想知道的。我們今天看德國的法律體系，就可以思考它的變遷。可以分析它的變化。學說理論會佔一部份，因為法典的發展會與學說理論有關。背後的學說論述的產生，也會是我著重的地方。傳統中國是體系完整，但是不討論。德國民法典這樣的傾向，轉向解釋學。在沒有法典以前，學說反而是很蓬勃的。歐盟出現之後，好像又開始活絡的起來，反思體系的正義。

附件二：當代德國刑法教科書之目錄比較

比較文本德國弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt，1851-1919）教授所著《德國刑法教科書(德)》及德國現代之刑法學者耶塞克繼受所編著之《德國刑法教科書》目錄比較

弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt，1851-1919）是集犯罪學和刑法學研究於一身並取得了顯赫成果的學術大師。他既是犯罪學的刑事社會學派的傑出代表，又是刑法學的現代學派（新派）的創始人。他的基本學術思想和理論觀點，對當代的刑法和刑法理論仍然具有重要的影響。

《刑法教科書》是李斯特的最重要的代表作之一。此書初版於 1881 年，曾先後被譯成法、日、俄、西班牙、葡萄牙、芬蘭、希臘、賽爾維亞等多種文字出版。在國際上廣泛流傳，影響很大。（這本書到了 2006 年才在北京，以中文翻譯出版，以上取自久生教授翻譯之中文版序）

徐久生教授翻譯成中文的主要並不是根據 1881 年的初版本，也不是根據 1919 年李斯特逝世前的再版本翻譯的，而是根據 1931 年該書的第 26 版翻譯的。主要是 1925 年的版本，（以上取自 2006 年 5 月由徐久生教授翻譯成中文，在北京由法律出版社出版之序）

計畫主持人說明：

從弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt，1851-1919）的教科書的目錄可以看到他跟台灣現代許多刑法學的教科書的目錄內容有許多的相似性，其中最相似的地方主要是在第二編總論以下部分。目前台灣所出版的刑法學教科書中，缺乏的是類似弗蘭茲·馮·李斯特教科書中的第一編緒論的部分，尤其是關於刑法發展史的論述部分。

如果比較德國現代之刑法學者耶塞克教授所編著之《德國刑法教科書》目錄與台灣現代刑法學者《刑法》教科書目錄可以發現，兩者的相似性更高。我們可以看到耶塞克教授的《德國刑法教科書》中對於德國 1871 年以前刑法的發展史的描述僅剩下 1 頁，主要關於刑法發展史的描述 1871 年德國統一之後刑法典的發展，而弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt，1851-1919）的教科書關於德國的刑法的歷史則從羅馬刑法談到帝國刑法典（1873 年）。至於台灣刑法學的教科書則幾乎不談法律發展史的面向。以下是弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt，1851-1919）的教科書及耶塞克教授所編著之《德國刑法教科書》還有台灣幾位刑法學者刑法教科書目錄的對照：

一、弗蘭茲·馮·李斯特（Franz von Liszt）的《德國刑法教科書(德)》目錄

第一編 緒論

§ 1 刑法的概念和本教科書的任務 / 3

第一章 犯罪的反社會性和刑罰的社會功能 / 5

§ 2 作為法益保護的刑法 / 5

§ 3 犯罪的原因和類型 / 10

§ 4 現階段刑事政策要求及其對最新法律發展的影響 / 15

§ 5 刑法的學派之爭 / 24

第二章 刑法的歷史 / 30

§ 6 刑法史引論 / 30

§ 7 羅馬刑法 / 32

§ 8 中世紀的德國刑法 / 37

§ 9 查理五世刑事法院條例 / 43

§ 10 全德通用刑法 / 48

§ 11 啓蒙運動時期 / 58

§ 12 1870 年以前的刑法科學和立法 / 62

§ 13 帝國刑法典的產生與發展 / 74

§ 14 其他帝國刑法典的規定 / 81

§ 15 帝國刑法典及其輔助學科之文獻 / 81

§ 16 德國的刑法改革 / 87

§ 17 當今外國的刑法立法情況 / 98

第三章 帝國刑法的淵源 / 125

§ 18 刑法 / 125

§ 19 刑法的時間效力 / 131

§ 20 刑法的效力範圍：帝國法和州法 / 135

§ 21 刑法的空間效力範圍 / 140

§ 22 德意志帝國的刑法立法一續 / 143

§ 23 國際司法協助 / 151

§ 24 德國刑法對人的效力範圍 / 157

§ 25 例外法 / 160

第二編 總論

第一部 犯罪 / 165

§ 26 犯罪的概念 /167

§ 27 犯罪的三分法 /172

第一篇 犯罪的特徵 /176

第一章 作為行為的犯罪 /176

§ 28 行為的一般概念 /176

§ 29 作為 /184

§ 30 不作為犯罪 /193

第二章 作為違法行為的犯罪 /198

§ 31 作為概念特徵的違法性 /198

§ 32 違法性、構成要件該當性和合法化事由的認定 /204

§ 33 正當防衛 /218

§ 34 作為應急權的緊急避險 /227

§ 35 排除違法性的其他情況 /238

第三章 作為有責行為的犯罪 /250

§ 36 罪責的概念 /250

§ 37 責任能力 /269

§ 38 無責任能力的幾種情況 /274

§ 39 故意 /282

§ 40 錯誤—續 /294

§ 41 過失 /301

§ 42 因不可期望合法行為而免責 /311

第四章 所謂的可罰性的客觀條件 /322

§ 43 特徵和意義 /322

第二篇 犯罪的型態 /327

第一章 實行終了與犯罪未遂 /327

§ 44 犯罪未遂的概念 /327

§ 45 不能犯未遂 /339

§ 46 犯罪中止 /346

第二章 正犯和共犯 /351
§ 47 概述與歷史回顧 /359
§ 48 正犯 /359
§ 49 共犯 /371
§ 50 共犯一續 / 375
§ 51 共犯一個人關係的影響 /381

第三章 犯罪之單數和複數 /383
§ 52 行爲之單數和複數 /383
§ 53 行爲複數和犯罪單數 /386
§ 54 犯罪單數 /390
§ 55 犯罪複數 /395

第二部 刑罰及保安處分 /399

第一章 引言 /401

§ 56 刑罰及保安處分的概念 /401

第二章 刑罰制度 /409

§ 57 現行法律及草案中的刑罰制度 /409
§ 58 死刑 /410
§ 59 自由刑—概述和歷史 /416
§ 60 帝國立法中的自由刑 /425
§ 61 罰金刑 /433
§ 62 附加刑 /437
§ 63 名譽刑 /439

第三章 保安處分的種類 /447

§ 64 現行法律中的保安處分 /447
§ 65 1930 年草案中的保安處分 /455
§ 65a 罰款 /460

第四章 法律和判決中的量刑標準 /463

§ 66 法官之量刑 /463

§ 67 刑罰的改變之一—加重	/472
§ 68 刑罰的改變之一—減輕	/476
§ 69 刑罰的轉換	/478
§ 70 刑罰的折抵	/481
§ 71 數個犯罪行為的競合 (真正的競合)	/482
第五章 國家刑罰要求之免除	/486
§ 72 免除刑罰事由之概述	/486
§ 73 赦免	/488
§ 74 附條件赦免 (附條件緩刑、附條件判決、附條件免除刑罰)	/493
§ 75 時效概述	/501
§ 76 追訴時效	/503
§ 77 行刑時效	/507

第六章 恢復原狀 /509

§ 78 概述和歷史	/509
§ 78a 現行之德國法律	/515

二、耶塞克編著；許久生譯 / 北京：中國法制出版社 / 2001.03 《德國刑法教科書(德)》之目錄

()

序論：一般之基礎	/1
§ 1 刑法的任務	/1
§ 2 刑法的基本概念	/12
§ 3 體系地位、劃分和刑法的整體改革、統一條約	/20
§ 4 刑事政策的基本原則	/28
§ 5 統計中反應的犯罪和刑法之適用	/36
§ 6 刑事科學	/52

第一編 刑法法規 /63

第一章 刑法法規的組成 /64

§ 7 犯罪	/64
§ 8 刑罰	/79
§ 9 處分	/103

第二章 刑法的淵源 /112

- § 10 1871 年前德國刑法史概況 /112
- § 11 德國實體刑法的改革 /121
- § 12 刑法典以外的聯邦刑法淵源 /134
- § 13 刑法淵源之順序 /141
- § 14 國際刑法 /146

第三章 刑法與法治國家 /156

- § 15 刑法的保障功能 /156
- § 16 疑問時有利於被告人原則與擇一認定 /178
- § 17 刑法的解釋 /186

第四章 德國刑法的適用範圍 /200

- § 18 國際上的適用範圍 /200
- § 19 對人的適用範圍 /230
- § 20 德國國內的適用範圍 /234

第二編 犯罪行爲 /241

第一章 一般之基礎 /241

- § 21 一般犯罪論的意義、方法和體系 /241
- § 22 近代犯罪論的發展階段 /247
- § 23 刑法上的行爲概念及其相關問題 /267

第二章 故意的作爲犯 /286

第一節 違法性 /286

A 項：違法性及其與構成要件的關係 /287

- § 24 違法性的概念與本質 /287
- § 25 違法性與構成要件 /301
- § 26 刑法構成要件的結構 /314

B 項：不法構成要件的要素 /333

- § 27 客觀的構成要件的要素 /333
- § 28 因果關係與客觀歸責 /336
- § 29 故意和構成要件錯誤 /352
- § 30 主觀的構成要件的要素 /381

C 項：阻卻違法性 /386

§ 31 使構成要件該當行為合法化的一般基礎 /386

§ 32 正當防衛 /401

§ 33 合法化的緊急避難 /423

§ 34 被害人同意與推定同意 /449

§ 35 基於公務員的職權行為及相關情況 /471

§ 36 被允許的危險 /484

第二節 責任 /489

A 項：責任的基礎 /490

§ 37 責任概念的人類學根據 /490

§ 38 責任概念的解釋學基礎 /501

§ 39 責任概念的界限、內容以及結構 /509

B 項：責任的要素 /517

§ 40 責任的能力 (歸責能力) /517

§ 41 違法性意識和禁止錯誤 /537

§ 42 責任構成要件及其要素 /561

C 項：免責事由 /569

§ 43 構成要件該當的違法行為的免責基礎 /569

§ 44 免責的緊急避難 /573

§ 45 防衛過當 /587

§ 46 基於職務指示的行為 /592

§ 47 作為超法規免責事由的義務衝突、不可期待性以及良心決定 /599

§ 48 關於免責事由錯誤 /607

第三節 故意犯罪行為的諸階段 /610

§ 49 未遂的概念、構成要件以及處罰 /610

§ 50 不能犯未遂和幻覺犯 /634

§ 51 中止未遂 /643

第四節 不法與責任以外的應受處罰性條件 /662

§ 52 個人之阻卻刑罰事由和個人之解除條件 /663

§ 53 應受處罰性的客觀條件 /667

第三章 應受處罰行爲的特殊型態 /674

第一節 過失的作爲犯 /675

§ 54 過失的概念與種類 /675

§ 55 過失犯的不法構成 /691

§ 56 過失犯的合法化事由 /706

§ 57 過失犯的責任 /712

第二節 不作爲犯 /719

§ 58 不作爲犯的概念、種類以及基本問題 /720

§ 59 不作爲犯的構成要件 /737

§ 60 不作爲犯情況下的不法意識、要求錯誤、未遂犯和共犯 /768

第四章 正犯與共犯 /775

§ 61 正犯與共犯理論的基礎 /775

§ 62 間接正犯 /801

§ 63 共同正犯 /815

§ 64 教唆犯和幫助犯 /829

§ 65 重罪的教唆未遂和共犯的其他初期階段 /850

第五章 犯罪單數和複數 /860

§ 66 行爲單數和行爲複數 /861

§ 67 想像競合犯 /873

§ 68 實質競合 /884

§ 69 法條單一 /892

第三編 犯罪的法律後果 /901

§ 70 刑事政策的發展趨勢和問題 /901

§ 71 補論：死刑 /913

第一章 刑罰及其附隨後果 /918

§ 72 自由刑 /919

§ 73 罰金刑和財產刑 /927

§ 74 禁止駕駛 /944

§ 75 附隨後果 /947

§ 76 追繳與沒收 /952

第二章 矯正及保安處分 /966

§ 77 剝奪自由的保安處分 /966

§ 78 非剝奪自由的保安處分 /987

第三章 緩刑、保留刑罰的警告、免除刑罰 /1000

§ 79 自由刑的緩刑 /1000

§ 80 保留刑罰的警告 /1023

§ 81 免除刑罰和不處罰宣告 /1030

第四章 量刑 /1039

§ 82 量刑的基礎 /1039

§ 83 與量刑有關的重要情況 /1054

§ 84 程序中所受之不利折抵為刑罰 /1077

第五章 刑法典中的訴訟條件 /1082

§ 85 告訴和授權 /1082

§ 86 時效 /1087

第六章 被判刑人的再社會化 /1097

§ 87 在聯邦中央犯罪登記簿中記載和消除記載事項 /1098

§ 88 赦免 /1102