

京师国际刑事法文库

大陆刑法史

从古罗马到十九世纪

A History of Continental Criminal Law: from Ancient Rome to 19th Century

Written by Carl Ludwig von Bar
Translated by Zhou Zhenjie

[德]卡尔·路德维格·冯·巴尔 / 著
周振杰 / 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

京师国际刑事法文库 23

大陆刑法史

从古罗马到十九世纪

A History of Continental Criminal Law:
from Ancient Rome to 19th Century

Written by Carl Ludwig von Bar
Translated by Zhou Zhenjie

[德]卡尔·路德维格·冯·巴尔 / 著
周振杰 / 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

大陆刑法史:从古罗马到十九世纪/(德)巴尔著;
周振杰译. —北京:法律出版社,2015.12

ISBN 978-7-5118-8731-3

I. ①大… II. ①巴…②周… III. ①刑法—法制史
—欧洲 IV. ①D914.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第275533号

大陆刑法史:从古罗马到
十九世纪

[德]卡尔·路德维格·冯·巴尔 著
周振杰 译

责任编辑 初心
装帧设计 伊宁

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18 字数 230千

印次 2016年1月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

书号:ISBN 978-7-5118-8731-3

定价:60.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导 言

埃德温·沃莱特·凯迪*

近日,一位作家警示性地将法律界定为“生活与逻辑的交集”。如果这一定义在实质上是正确的,法律史将是无趣的,也是毫无意义的。正是法律的起源与发展之中缺少逻辑赋予了历史研究这一分支以魅力与意义。

因为犯罪的本质和法律与犯罪的关系,与民法相比,刑法更加体现出缺乏逻辑的特征。在通常意义上,犯罪是未能抑制本能的冲动。满足性欲、伤害使我们愤怒之人、掠取属于他人之财物,这些都是自然的冲动,复仇的冲动与此相同。正是在起初由个人其后由群体进行的复仇之中,我们发现了刑法的起源。复仇的冲动缺少节制这一特征,体现在相当长的时间内,法律对动物与无生命的物体进行报复,就如我们踢踹绊倒我们的椅子。

* 埃德温·沃莱特·凯迪(Edwin Roulette Keedy),宾夕法尼亚大学法学教授。

因此,在很大程度上,法律可以被界定为群体对个人本能行为的本能反应。刑法发展历程的相当一部分受到了原始情感的影响,这一事实证实了这一观点。恐惧、贪婪、迷信与宗教是对法律产生极大影响的情感因素。例如,对革命的恐惧产生了俄罗斯与普鲁士的针对秘密社团的峻法,因法国大革命而产生的恐惧使得 19 世纪初期的英国刑法愈加严厉。恐惧与迷信的结合产生了处罚巫术与魔法的法律,贪婪本身就是对已决罪犯处以罚金与剥夺其财产的强烈动机。宗教催生了两类法律:保护其本身的法律,例如处罚亵渎行为与异端邪说的法律,与处罚个人罪恶的法律。

不仅法律的发展在很大程度上受到了永恒的情感因素的影响,激烈的变革同样孕育于特定的事件所产生的情感反应之中。1762 年对简·卡拉斯^[1]的定罪与执刑以及伏尔泰^[2]对该案的谴责开启了整个欧洲的刑法改革运动的大门。一起恶名远扬的鞭刑的案件也催生了上个世纪瑞士的改革。尽管在 19 世纪有 25 项规定刑事案件上诉权的法案被提交给英国议会,但其是在

〔1〕 简·卡拉斯(Jean Calas, 1698 ~ 1762 年)是居于法国图卢兹的商人,与妻子都是新教徒。当时法国以天主教为国教,尽管路易斯十四世国王对新教教义发动的残酷镇压已经消退,但在法律上仍然不认可少数派信仰。基尼·卡拉斯被指控杀害了其想要皈依天主教的儿子。尽管绝大部分的证据都证明他是无辜的,简·卡拉斯仍然在受到残酷拷打后,被认定有罪,并于 1762 年 3 月被执行死刑。简·卡拉斯也因此与简·弗兰克·德·拉·巴莱(Jean - François de la Barre)以及皮埃尔—保罗·思文(Pierre - Paul Sirven)一样,成为了宗教排斥异己的受害者的象征。伏尔泰认为简·卡拉斯是因为宗教原因被处刑,因此发起了为其翻案的运动。他坚称简·卡拉斯的儿子是因为深陷赌债以及对不能如期毕业的忏悔而自杀。伏尔泰的努力取得了成功,路易十五接见了简·卡拉斯的家人,于 1764 年宣告判决无效,并赔偿其家人 36,000 法郎。

〔2〕 伏尔泰,本名弗朗索瓦—马利·阿鲁埃(François - Marie Arouet)(1694 ~ 1778 年),伏尔泰是他的笔名。法国启蒙思想家、文学家、哲学家、史学家。伏尔泰是 18 世纪法国资产阶级启蒙运动的旗手,被誉为“法兰西思想之王”“法兰西最优秀的诗人”“欧洲的良心”。主张开明的君主政治,强调自由和平等。代表作有《哲学通信》《形而上学论》《路易十四时代》《老实人》等。

阿道夫·贝克案中^[1]要求确立这一措施。

就其成就的特征而言,刑法与民法也有着实质的不同。民法给予赔偿,尽可能地回复原状。其成就可以被描述为救援。刑法所实现的却是浪费,为了回应一项伤害而施加另一项伤害,为了补偿一项损失而造成另一项损失,大多数的惩罚实际上是仅仅将犯罪合法化了。此外,在犯罪与惩罚之间并无逻辑关联。什么样的逻辑原则能够决定对于抢劫的惩罚应该是死刑、肉刑还是监禁?时代的情绪,决定了处罚的特征与范围。刑法的明显特征之一,是在不同的时代对同一犯罪规定多种不同的惩罚。例如,对于通奸罪的惩罚从小额的罚金直到残酷的死刑。当然,上述并非是说在刑法的发展历程中完全缺少理论与逻辑。但是,它们所发挥的是修饰性与解释性,而非创造性的影响。它们通常是跟随而非先行于行动。

对我们当前刑法的调查发现了许多此前已经广为存在的缺陷,就刑法的功能而言同样缺少明确的理论,决定惩罚的特征与范围的方法同样危险。我们仍然为了应对特定的情况而通过法律,罔顾其未来的影响。令人更为惊讶的是,我们的立法机关通过法令,却完全不考虑其是否能够或是否会被执行的问题。突出的例证就是最近通过对弱智人与犯罪人绝育的法律。狂热分子抓住的一项流行理论构成了立法议案的基础,并在许多国家成为法律。现在,这一理论在很大程度上已经被抛弃,这些法律也不再被执行。一些人认为,改变一种情况全部所需要的就是通过一项具有针对性的法律。另一些人认为,法律所表达的道义应该高于社会上现存的道义。这两种观点的结果,就是大

[1] 阿道夫·贝克(Adolf Beck, 1863~1942年)案是司法误判的典型案件之一。被告人阿道夫·贝克因为不科学的身份辨认方法、错误的目击证言以及匆忙结案的冲动被错误地认定犯有诈骗罪,并被判处7年惩役。正是阿道夫·贝克的冤案促使英国于1907年成立了刑事上诉法院。

量不可执行的法律。我们经常进行重要的变革而不充分考虑其与现有法律以及执行机制的关系。最近设立的精神病实验室的工作,就是因为没有事前确定其与刑法既定原则的关系而受到了束缚。假释与缓刑立法的有效性,经常因为不能对被假释与被缓刑者进行充分的监督而受到削弱。

如果我们汲取了历史的教训,当前刑法中很大一部分的冲突与徒劳都可以避免,因为刑法史最大的意义,就是对于立法者与编纂者而言的。他们会在其中发现,许多被侧重的原则的基础是不合逻辑的;会进一步地体会到确定刑法的目的与对之进行整体考察的必要性。最重要的是,他们会发现法律的作用是有限的,并因此意识到在许多情况下,禁止性法律是罪恶而非良善的源泉。

今天,我们需要一部完整的刑法典,但不是我们过去所拥有的对现有法律的编纂,也不是基于理论原则之上的一系列立法,而是一部确立了刑法的功能与契合现实生活的法典。在起草如此法典的过程中,我们将面对适用性的问题。这使对法律能够在多大程度上规制商业行为进行研究,以及区分公共之恶与个人之恶成为必要,也要求解决责任这一难题,并对犯罪进行重新分类。同时,这也使对惩罚这一问题进行全面研究成为必要:确定其目的,建立其与犯罪的某种关联。刑法是否应该补偿被害方,国家是否应该赔偿被误判者,这些根深蒂固的问题也必须予以解决。在起草上述法典过程中,本书具有极大的价值。

于宾夕法尼亚大学

1916年2月16日

作者自序

卡尔·路德维格·冯·巴尔*

通常都会认为,在一部普遍适用的综合法典颁布之后,我们迎来的是以“辩证”的方法对法律进行解释的良机。但是,本书,也是我提交出版的第一卷,^[1]体现出了不同的特征,是以“历史”的方法来阐释法律。如果要为本书的研究路径辩护的话,那就是其代表了将当前的德国刑法典,无论是部分还是整体,作为此前数个时代的成果与产出予以理解与描述的尝试。

这一尝试既为哲学也为实证阐释留下了空间。前者是必需的,除非我们愿意将历史视为孤立事实的无规则堆砌;后者是必要的,因为是从对此前长期发展过程的研究而非辩证分析之中,我们能够理解规范的真正意义,尽管后者更容易

* 卡尔·路德维格·冯·巴尔(1836~1913年),哥廷根大学教授,曾任哥廷根上诉法院、海牙法庭法官,德国帝国议会议员。

[1] 作者本来计划出版一部综合性的全书,第一卷是刑法史。但是,这一计划因故未能实现。

也更引人注目,但是很容易产生误解。我们的方法也使我们能够理智地推测法律的未来发展。至少,我们能够在新问题上避免老错误,这些错误不断地在现代伪装下进入我们的生活,并在我们致力于创造真正的持续进步之际使我们产生混淆。我们也能够区分真知灼见与常伴改革运动而生的浅薄无知。这种智慧很难从最新的期刊与对时事的评论中获得。

为了实现我们的目的,即获得真正实用的结果,在对各项法律原则进行历史性研究之前,对德国刑法通史进行研究是必要的。但是,我所指的历史,不是人们可能期待的对曾经存在的刑法原则进行的纲要性研究,而是以清晰而又具体的方式,结合历史的普遍发展对各个时期的本质要素进行研究。同时,不仅法律史是必要的,刑法哲学史或言刑法理论史也是必要的。因为,哲学是历史的一部分,在某种意义上,其就如一面明镜,映射出关于各个时代的各种行为及其起因的一般性结论,并照亮未来。哲学对刑法领域产生了显著的影响,在未来将会更加如此。此外,历史阐释也应该对各项原则的价值进行评价。评价标准,不仅是各项原则的抽象正确性,还包括其与特定发展阶段的实际需求,我们也是这特定发展阶段的一部分。

从细节观察不断深入的角度出发,人们当然会提出我们是否可以宣布撰写一部德国刑法通史的意图的问题。毫无疑问,在这样一部历史中,会存在无数的差距与缺陷。但是,我们认为对法律这一分支的通史时而进行研究是有益的,否则法律内部问题的解决,以及执法者与能够影响立法者的一般理解在整体上就无法受益于对历史细节的调查。

就通史中的细节叙述而言,当然也会存在不同的观点。如果我们不想让主要的本质特征迷失在烟海般的细节之中,完善就是不可能的。作者必须机敏地处理存在争议的事项,必须尽可能地克制,如果他很不幸地只能满足少数人,而使大部分人失

望的话。我们能希冀的,仅仅是作者应该充分地知晓各个细节,尤其是,他不应该仅仅依靠就其研究主题的历史已经出版的著作,而应该挖掘最好的原始材料。

这最后一个我认为必不可少的要求限制了我的行动,例如,只能叙述德国德刑法史、排除与其发展有着紧密联系的其他地区的法律史,以及排除挪威的刑法史。但是,我将会不时地对外国立法与法律发展进行参照。

简述罗马刑法(在很大程度上我们“继受”了罗马刑法)的历史是必要的。按照约定俗成的习惯,我开篇就论述罗马刑法,尽管在理论上,德国刑法史应该从德国的刑法开始,被“继受”的外国法不过构成一个偶然的事件。我如此选择是因为对罗马法的继受开始于非常早的时期,至少其间接影响是如此,以至于从我们掌握的资料来看,纯粹的德国法律史包含一段几乎难以确定其限度的时期。

一直以来,支持我笔耕不辍的是勇于奉献的理念,未来亦将如此。创造或者获取全新、聪慧之成果并非我目的之所在。我认为在本书中接受他人的成果,以及那些不是抽象、复杂得令人望而却步的文献,使之为更大范围的读者所利用,是物有所值的。刑法史也可能使非常多的门外汉产生兴趣,专业人士自不待言。但是,这并不意味着我不会偶有心得。

我的观点一直是,那些在法律理论中永恒的新观点,不过是从此前理论的发展,并不是绝对新颖的、震撼的。正是从这一观点出发,我对刑法基础原则形成自己的理解。其或许仅仅包含了早期理论中具有永恒价值的部分,而且从这一路径出发不是原创的。但是,在以汇集海量资料为目的,而且个人认为其在科学发展中的贡献微乎其微的著作中,原创性难有充分存在之空间。这即是本书之特征。同时,从上述目的出发,本书也尝试尽可能地从多样的视角将永恒的要素作为相对真实去审视。

(所有的理论)相对正确的立场可被视为整部著作的目标。在本书中,作者将会愉快地承认其他刑法著作的优点,尤其是汇集个人作品的霍尔特道夫^[1]的刑法手册以及赫尔希纳^[2]的新“制度”。因写作目的之不同,本书并不因为伯纳^[3]、迈耶^[4]以及冯·李斯特^[5]等大家的著作珠玉在前,而显得多此一举。

[1] 霍尔特道夫(Joachim Wilhelm Franz Philipp von Holtzendorff, 1829 ~ 1889年),曾任慕尼黑大学教授,出版有四卷本的《德国刑法全书》(*Handbuch des Deutschen Strafrechts*)等十余部影响广泛的著作。

[2] 赫尔希纳(Hugo Halschner, 1817 ~ 1889年),著有《普鲁士刑法制度》(*System des Preussischen Strafrechts*)等著作。

[3] 伯纳(Albert Friedrich Berner, 1818 ~ 1907年),著有《德国刑法》(*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1898)等著作。

[4] 胡果·迈耶(Hugo Meyer, 1837 ~ 1902年),著有《德国刑法》(*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1877)等著作。

[5] 李斯特(Franz von Liszt, 1851 ~ 1919年),德国刑法学家,刑事社会学派创始人,国际刑法学协会创始人之一。

目 录

第一编 罗马与德意志元素

第一章 罗马法 / 003

第二章 德国的原始刑法 / 035

第二编 中 世 纪

第三章 基督教会法 / 045

第四章 中世纪的德国法 / 054

第五章 中世纪后期的斯堪的纳维亚与瑞士
/ 067

第一节 斯堪的纳维亚 / 067

第二节 瑞士 / 088

第六章 中世纪后期的法国 / 093

第三编 文艺复兴、宗教改革与18世纪

第七章 16世纪早期德国对罗马法的继受 / 131

第八章 16世纪晚期与17世纪的德国 / 145

第九章 18世纪的德国 / 158

第十章 从16世纪到18世纪的法国 / 169

第十一章 从16世纪到18世纪的斯堪的纳维亚、瑞士与荷兰
/ 193

第一节 斯堪的纳维亚 / 193

第二节 瑞士 / 199

第三节 荷兰 / 203

第四编 法国大革命时期

第十二章 法国的革命性改革 / 217

第十三章 法国大革命时期的德国改革 / 225

第五编 现代时期

第十四章 1810年法国法典与19世纪的法国 / 235

第十五章 1813年之后的德国 / 242

第十六章 1800年之后的其他国家 / 257

第一节 奥地利 / 257

第二节 荷兰与比利时 / 258

第三节 斯堪的纳维亚 / 260

第四节 瑞士 / 263

Contents

Title I Roman and the Germanic Elements

Chapter I The Roman Law / 003

Chapter II Primitive Germanic Criminal Law / 035

Title II The Middle Ages

Chapter III The Christian Church's Law / 045

Chapter IV Medieval Germanic Law / 054

Chapter V Scandinavia and Switzerland in the
Later Middle Ages / 067

1. Scandinavia / 067

2. Switzerland / 088

Chapter VI France in the Later Middle Ages / 093

Title III The Renascences, the Reformation, and the 1700s

Chapter VII German's Reception of the Roman

Law in the Early 1500s / 131

Chapter VIII Germany in the Late 1500s and the 1600s / 145

Chapter IX Germany in the 1700s / 158

Chapter X France from the 1500s to the Revolution / 169

Chapter XI Other Countries in the 1500s – 1700s / 193

1. Scandinavia / 193

2. Switzerland / 199

3. Netherlands / 203

Title IV The French Revolution Period

Chapter XII The French Revolutionary Reforms / 217

Chapter XIII The German Reforms of the French Revolutionary
Period / 225

Title V Modern Times

Chapter XIV The French Code of 1810, and France in the 1800s
/ 235

Chapter XV Germany Since 1813 / 242

Chapter XVI Other Countries since 1800 / 257

1. Austria / 257

2. Netherlands and Belgium / 258

3. Scandinavia / 260

4. Switzerland / 263

第一
编

罗马与德意志元素

大陆刑法史

从古罗马到十九世纪

A History of Continental Criminal Law:
from Ancient Rome to 19th Century

