

大學  
用書

# 德國近代 刑法史

陳惠馨 著



# 德國近代刑法史

---

陳惠馨 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

德國近代刑法史／陳惠馨著．-- 初版 --

臺北市：元照，2014.10

面；公分

ISBN 978-986-255-505-7（平裝）

1.刑法 2.史料 3.德國

585.943

103016050

# 德國近代刑法史

5C173RA

2014 年 10 月 初版第 1 刷

|       |                                                        |
|-------|--------------------------------------------------------|
| 作 者   | 陳惠馨                                                    |
| 出 版 者 | 元照出版有限公司<br>100 臺北市館前路 18 號 5 樓                        |
| 網 址   | <a href="http://www.angle.com.tw">www.angle.com.tw</a> |
| 定 價   | 新臺幣 380 元                                              |
| 專 線   | (02)2375-6688                                          |
| 傳 真   | (02)2331-8496                                          |
| 郵政劃撥  | 19246890 元照出版有限公司                                      |

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-505-7

# 自序

本書主要將作者在過去發表五篇關於德國近代刑法史的論文整理改編出版。這五篇論文分別是：2010年10月及2012年1月發表在北京中國政法大學（比較法研究）的「1532年《卡洛林那法典》與德國近代刑法史」與「1751年德國《巴伐利亞刑法典》——德國當代刑法的起源」，以及三篇分別在2011年12月發表於（法制史研究）的「《1813年刑法典》——十九世紀德國現代《刑法典》典範」及2012年9月發表於月旦法學雜誌的「一八一五年普魯士刑法典——當代『德國刑法典』的基礎架構」，還有2014年6月發表於軍法專刊第60卷第3期的「德國刑法史與當代刑法學關係」。

《德國近代刑法史》共分為五編二十章；第一編導論主要探討下面幾個議題：近代以來德國刑法發展的歷程、德國近代刑法史的研究觀察、尋找超越繼受創造東西法學者合作模式並分析德國當代刑法學的研究重點。第二編共四章，主要分析德國十六世紀以來最重要的《卡洛林那法典》；探討它在德國刑法史的地位與其訂定過程、內容及評價，並在第八章將《卡洛林那法典》與中國的《大明律》進行比較。第三編共四章，主要分析十八世紀德國巴伐利亞地區《1751年刑法典》的立法背景與意義、內容及立法背景與評價並將它的第一章與中國《唐律》〈名例律〉進行比較。第四編則以十九世紀最為人所知費爾巴哈為巴伐利亞王國訂定的《1813年刑法典》為中心；主要探討這個法典的立法時代背景、分析費爾巴哈在德國刑法史的地位並對於這個法典的內容進行分析與評價；最後則介紹費爾巴哈刑法教科書內容，希望

讀者可以了解十九世紀初德國刑法學的發展。第五編則以十九世紀中葉普魯士1851年《普魯士刑法典》為重心；分析這個法典訂定背景與歷程，將1851年《普魯士刑法典》內容區分為原則性規定與分則兩部分加以分析；最後並對於這部刑法典進行評價並與現代台灣及德國刑法典進行比較。

本書作者選擇以德國近代以來，不同時代的四個重要刑法典做為分析德國近代刑法史的對象；書中直接介紹四個法典的重要內容並分析其時代背景。寫作的主要目地在於讓東亞地區的法律人對於影響東亞當代刑法體系與刑法理論深遠的德國近代刑法史有個具體的認識與了解。由於本書作者個人時間與精力有限，有許多的論述與比較相對簡單，請讀者多多包涵。本書中提供許多相關參考文獻與史料，主要希望對於德國近代刑法史有進一步研究興趣的人，可以在這本書的基礎上繼續更深入的研果。在數位化時代來臨的今日，研究者想要研究過去人類的法文化與法律制度相對容易。例如德國近代刑法發展的原始資料、十八世紀或十九世紀德國刑法學教科書，德國各地區領主的立法原始資料等，目前各個收藏的圖書館都盡量加以數位化；因此要透過網路找到原始書籍並在網路上進行閱讀都相對容易。比較困難的是如何理解一、兩百年前的德文花體字以及德文用語。但有興趣者只要假以時日很快就能掌握理解方法有所收穫。

本書作者從1994年開始進行德國法制史研究，剛開始研究的動機很簡單，主要想要了解影響德國深遠的法律制度在過去發展歷程。1994年透過國科會補助出國進行德國法制史研究，當時本書作者選擇德國法蘭克福的馬克斯普郎克歐洲法制史研究中心進行一年有關德國法制史的研究，如今回想起來那一年真是充滿挫

折的一年，由於當時的我不再是一位留學德國的外國學生，我跟我的配偶顧忠華教授決定住到法蘭克福郊區的一棟私人房屋，那一年我們由於不再在外國留學生的保護傘下生活，因此受到許多的挑戰，這些挑戰包括居留證的辦理及小孩的求學適應，還有個人在新研究機構——歐洲法制史研究中心的適應等問題。不可否認的，這一年的許多挑戰與挫折，讓我重新反思德國法律制度與德國社會的關係，我也脫離學生時代認為德國凡事都比台灣進步或更人性化的觀點，用一個比較理性與實務的角度觀看德國社會另一個真實面相。那一年我的兩個小孩跟我們一起前往德國，一個小孩到小學上四年級課程；另一個小孩則進入社區幼稚園上學，我因此有機會看到德國學校教育的實際面貌。在德國小學上課沒有升旗制度，小學四年級的學生可能上午八點半、九點十五分或十點上學；而不管幾點上學從小學生到高中生每天都是一點就放學回家。我們經過多方打聽，才讓小孩到所謂Kinderhort（安親班）進行課後輔導，每天四點放學。

小孩上學的事情解決後，我面對著要進一個從來沒有接觸的法制史研究機構進行新研究領域的困境，努力在陌生環境發展新的研究人脈關係。當時（1994年）法蘭克福馬普所歐洲法制史研究中心有許多來自日本，在該所進行德國法制史研究的碩士生或博士生，由於他們的教授跟研究中心有長久的合作關係，因此他們在研究中心受到的禮遇比我這個法學教授更好。有趣的是，台灣跟日本一樣同樣受到德國法制的影響；日本各大學法學院均設有西洋法制史的專職教授並同時培養願意進行德國法制史研究的人才；而在台灣，很少大學法學院開設有德國法制史的相關課程，更不用說有專門教授德國或西洋法制史的教授。據我所知，

在我之前，曾經到馬普所歐洲法制史研究中心進行研究的學者僅有前大法官戴東雄教授。戴東雄教授大約是在二十世紀的七〇年代前往該研究所進行德國私法史的研究。那段期間的所長Helmut Coing教授特別重視德國私法史研究。戴東雄教授後來將他所進行德國繼受羅馬法研究成果出版為《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》一書；本書作者關於德國法制史的研究堅持受到戴東雄教授的啟發，在此致意。

雖然在我前往歐洲法制史研究中心進行德國法制史研究之前，曾於1980年到1987年在德國攻讀博士學位；一向以為自己的德文在閱讀或說、寫都沒有問題，但是在那段進行德國法制史研究的時間中，當我打開德國法制史的相關文獻時，卻充滿無力感。除了要花很大的力氣才能了解德國法制史相關文獻的內容外，更嚴重的是在閱讀之後，很快地就會忘掉書中討論的內容。這樣的困境說明法制史的研究必須跟一般歷史基本知識結合。我雖然在德國居住近八年，但並不當然因此對於德國史有深入理解。1995年回到台灣政治大學，我繼續在法學院教學，雖然曾經開設幾次德國法制史導論課程，但由於華文世界缺乏相關教科書與文獻，很快地就放棄開設類似課程；僅努力持續保持閱讀德國法制史相關資料的習慣。2007年我出版了《德國法制史——從日耳曼到近代》一書，該書是我閱讀德國法制史的讀書心得，內容包括總論十章，各論十二章。主要探討德國法制對於東亞各國的意義、為什麼要書寫一本德國法制史的書、法制史對於法學研究的意義、法制史教學與研究在德國的發展、什麼是德國法制史的研究分期、德國目前法制史的研究成果與現狀並簡略介紹中世紀重要的德國法律書籍《薩克森寶鑑》的原文架構。在各論部分

則主要處理日耳曼法時期的德國法制、中世紀德國法律發展以及近代德國法制的發展；主要在討論近代在德國發生的宗教改革以及近代國家在德國的起源等現象對於德國法制發展的影響。在序言中我提到將在本書出版之後，繼續書寫德國法制從近代到現代的發展歷程。2007年我再度申請國科會補助計畫，進行一年〔德國近代法制發展史研究——以刑法為主〕研究並陸續在2010年開始逐漸發表有關德國近代刑法史的論文。

本書在討論德國近代刑法史的歷程還是延續著德國法制史學者Uwe Wesel教授所寫的《Geschichte des Rechts-Von den Gruehformen bis zum Vertrag von Maastricht》一書寫作風格，我希望讓讀者可以在閱讀這本書之際可以對於德國近代的社會背景有所了解。在本書中我嘗試將德國近代刑法體制跟中國的《唐律》及《大明律》進行簡單的比較。讀者將會發現，這本書延續德國法制史一書的努力，嘗試從比較法制史的觀點說明德國近代刑法史。就如我在2012年出版的《清代法制新探》書中所提到的，我認為德國近代初期的刑法很大可能曾經受到傳統中國法律《唐律》的影響並在十九世紀前後，經過許多德國的刑法學學者努力以及德國各邦立法者的努力，才創造出當代德國刑法制度與刑法理論。在本書中讀者可以了解德國如何從1532年不具第一位階法律效力的《卡洛林那法典》發展到1751年《巴伐利亞刑法典》及《1813年刑法典》並透過1851年普魯士刑法典的訂定成為當代東亞各國刑法學習的典範。

我要將這本書送給我的兩個小孩、我的配偶忠華及我的父親與母親（母親在2003年胃癌過世）。沒有他們的精神支持，我無法如此專心於寫作工作；我也僅以此書向我身邊親愛的其他家

人、朋友與同事致意。我希望本書的出版可以對於台灣的刑法學及法學研究有所貢獻。

最後這本書的出版要感謝我的助理孟如與侑儒還有博士後陳郁如博士，他們協助我進行校對工作，讓本書的錯字減少；跟他們合作與共處使得法學研究成為一件讓人快樂與感恩的工作。另外我也要感謝元照出版公司的工作人員，協助這本書的出版。

**陳惠馨**

2014年8月於涵碧園

# 目 錄

## 自 序

## 第一編 導 論

### 第一章 近代以來德國刑法發展的歷程

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 一、前言：德國刑法何時成為公法？ .....     | 3  |
| 二、德國刑法從習慣法到成文法的發展脈絡 .....  | 5  |
| 三、透過幾個重要法典呈現德國刑法發展脈絡 ..... | 8  |
| 四、結 論 .....                | 11 |

### 第二章 德國近代刑法史的研究觀察

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 一、前 言 .....                 | 13 |
| 二、有關近代以來德國地區刑法規範的文本出版 ..... | 15 |
| 三、近年來德國刑法史研究成果 .....        | 18 |
| 四、結 論 .....                 | 26 |

### 第三章 超越繼受創造東西法學者合作模式 ——以刑法及法制史研究為例

|                                        |    |
|----------------------------------------|----|
| 一、前 言 .....                            | 29 |
| 二、當代台灣刑法與刑法學跟德國相關研究關係 .....            | 31 |
| 三、刑法「罪刑法定主義」概念作為德國與台灣法學者<br>對話橋樑 ..... | 34 |
| 四、中國法制史與德國法制史研究學者對話平台 .....            | 41 |
| 五、結 論 .....                            | 43 |

## 第四章 德國當代刑法學的研究重點

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| 一、前 言                                | 45 |
| 二、全德刑事法教師會議（Strafrechtslehrertagung） | 47 |
| 三、刑事法學雜誌的討論主題：以2013年兩個議題出版<br>為例     | 52 |
| 四、結 論                                | 56 |

## 第二編 十六世紀的卡洛林那法典

### 第五章 《卡洛林那法典》在德國刑法史的地位與 其訂定過程

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| 一、前 言                               | 59 |
| 二、《卡洛林那法典》的立法過程與背景                  | 60 |
| 三、《卡洛林那法典》的效力：相對於地區的習慣與<br>法律僅有次級效力 | 64 |
| 四、結 論                               | 64 |

### 第六章 《卡洛林那法典》的內容

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 一、前 言                 | 67 |
| 二、《卡洛林那法典》的結構         | 68 |
| 三、《卡洛林那法典》中有關刑事程序法的規定 | 69 |
| 四、《卡洛林那法典》有關刑事實體法規定   | 82 |
| 五、結 論                 | 88 |

### 第七章 《卡洛林那法典》的評價

|                      |    |
|----------------------|----|
| 一、前 言                | 89 |
| 二、《卡洛林那法典》在德國刑法史上的意義 | 90 |

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 三、《卡洛林那法典》中刑罰的殘忍性與恐怖性..... | 94 |
| 四、結 論.....                 | 96 |

## 第八章 《卡洛林那法典》與《大明律》比較

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 一、前 言.....                               | 99  |
| 二、《卡洛林那法典》與明朝《大明律》的體系.....               | 99  |
| 三、《卡洛林那法典》與《大明律》有關殺人與竊盜犯<br>罪行爲規定比較..... | 102 |
| 四、結 論.....                               | 109 |

## 第三編 十八世紀巴伐利亞地區刑法典

### 第九章 德國巴伐利亞刑地區《1751年刑法典》 的立法背景與意義

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 一、前 言.....                                                     | 113 |
| 二、《1751年刑法典》（Codex Iuris Bavarici Criminali）<br>在德國刑法史的意義..... | 115 |
| 三、《1751年刑法典》對於華人社會刑法與刑法學研究<br>的意義.....                         | 118 |
| 四、《1751年刑法典》的時代背景.....                                         | 123 |
| 五、結 論.....                                                     | 129 |

### 第十章 《1751年巴伐利亞刑法典》的內容

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| 一、前 言.....                                    | 131 |
| 二、《1751年巴伐利亞刑法典》體例——刑事實體法與<br>程序法區分的立法型態..... | 133 |
| 三、《1751年巴伐利亞刑法典》實體規定的結構與內容.....               | 134 |

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 四、從比較法觀點分析《1751年刑法典》實體法中有關<br>犯罪及刑罰的規定 ..... | 141 |
| 五、結 論 .....                                  | 146 |

## 第十一章 巴伐利亞地區《1751年刑法典》立法背景 與評價

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                                                   | 147 |
| 二、《1751年刑法典》訂定時代德國的法學與法律狀況 .....                              | 148 |
| 三、1751年《巴伐利亞刑法典》的訂定者 Aloysius<br>Freiherr von Kreittmyr ..... | 151 |
| 四、結 論 .....                                                   | 156 |

## 第十二章 《1751年刑法典》第一章與《唐律》 〈名例律〉比較

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                                   | 157 |
| 二、《1751年刑法典》第一章規定跟德國地區同時代刑<br>法典相關規定之比較 ..... | 158 |
| 三、《1751年刑法典》的第一章規範內容 .....                    | 161 |
| 四、結 論 .....                                   | 170 |

# 第四編 十九世紀巴伐利亞地區刑法典

## 第十三章 《1813年刑法典》的立法時代背景

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                     | 173 |
| 二、德國費爾巴哈《1813年刑法典》立法的時代背景 ..... | 174 |
| 三、結 論 .....                     | 178 |

## 第十四章 費爾巴哈在德國刑法史的地位

|                  |     |
|------------------|-----|
| 一、前 言            | 181 |
| 二、費爾巴哈與現代德國刑法的關係 | 182 |
| 三、費爾巴哈在德國法學界的地位  | 187 |
| 四、結 論            | 190 |

## 第十五章 《1813年刑法典》內容 ——德國現代刑法典的起源

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 一、前 言                      | 193 |
| 二、德國《1813年刑法典》的結構——一個比較法觀點 | 193 |
| 三、《1813年刑法典》刑事實體法的三編結構與條文  | 196 |
| 四、結 論                      | 210 |

## 第十六章 《1813年刑法典》的評價及費爾巴哈刑法 教科書內容

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 一、前 言                                   | 213 |
| 二、十九世紀《1813年刑法典》跟十八世紀《1751年的<br>刑法典》的比較 | 214 |
| 三、《1813年刑法典》立法者費爾巴哈的刑事法學理論              | 217 |
| 四、結 論                                   | 225 |

## 第五編 十九世紀中葉普魯士刑法典

### 第十七章 1851年《普魯士刑法典》的訂定背景與 歷程

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 一、前 言                   | 229 |
| 二、1851年《普魯士刑法典》訂定時的時代背景 | 230 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 三、1851年《普魯士刑法典》的立法過程 ..... | 234 |
| 四、結 論 .....                | 235 |

## 第十八章 1851年《普魯士刑法典》內容 ——原則性規定部分

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                | 237 |
| 二、1851年《普魯士刑法典》的整體結構 ..... | 237 |
| 三、《普魯士刑法典》有關今日總則規定條文 ..... | 239 |
| 四、結 論 .....                | 247 |

## 第十九章 1851年《普魯士刑法典》內容 ——分則部分

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                                                                                                | 249 |
| 二、《普魯士刑法典》有關個別的重犯罪與輕犯罪及其<br>刑罰的規定（Von den einzelnen Verbrechen und<br>Vergehen und deren Bestrafung） ..... | 250 |
| 三、結 論 .....                                                                                                | 261 |

## 第二十章 1851年《普魯士刑法典》的評價與比較

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 一、前 言 .....                               | 263 |
| 二、1851年以來德國刑法典的修正歷程 .....                 | 263 |
| 三、1851年（普魯士刑法典）與德國2012年《刑法典》<br>的比較 ..... | 266 |
| 四、《普魯士刑法典》跟台灣當代刑法的比較 .....                | 271 |
| 五、結 論 .....                               | 274 |

# 第一編

## 導 論



- 第一章 近代以來德國刑法發展的歷程
- 第二章 德國近代刑法史的研究觀察
- 第三章 超越繼受創造東西法學者合作模式——以刑法及  
法制史研究為例
- 第四章 德國當代刑法學的研究重點

