

德國刑法史與當代刑法學關係

陳 惠 馨*

壹、前 言

本文主要探討德國近代刑法與刑法學的發展並分析當代德國刑法學的研究重點與發展趨勢。全文分三部分，首先探討德國的刑法從何時開始成為公法，如何從習慣刑法發展到今日完整的刑法與刑法學，並介紹近代幾個重要的刑事立法。其次分析德國 19 與 20 世紀刑法與刑法學發展論述，為何會有這樣的發展，值得東亞繼受德國刑法學的法學者進一步研究。末則論及德國當代刑法學的研究方向，分析每兩年舉辦的全德刑法學教師學會及重要刑法學期刊的論文題目，希望藉此說明德國當代刑法學的研究重心。

貳、德國刑法如何發展成為成文法以及公法？¹

德國在近代以前並無成文刑法。今日世界各國刑法規範的對象在德國中世紀是由傳統的習慣法規範。這種情形在 15、16 世紀之際，才有所改變。一般認為德國能夠從以習慣法走向以成文法規範訂定刑罰，主要受到德國繼受羅馬法的影響。惟這是否為歷史的真實，尚待進一步研究。德國近代發展的刑法學與刑法規範，深刻影響當代東亞許多國家的刑法體制；如日本、中國大陸、臺灣刑法學的論文或刑法規範都受到德國刑法學與刑事立法的影響。

雖然德國刑法學與刑法規範對上述東亞國家有重要影響，但在東亞地區各種刑法文獻中，研究者主要著重分析 19、20 世紀以來（主要以 20 世紀）德國刑法理論與刑法規範內容²。惟德國刑法制度如何從習慣法，逐漸發展為當代刑法典；並透過刑

* 德國雷根斯堡大學法學博士，政治大學法律系專任教授、曾任政治大學法學院院長及法律科際整合研究所所長。

¹ 此部分係參考作者以下兩篇論文並從新論述：〈1532 年《卡洛林那法典》與德國近代刑法史〉，《法比較法研究》，2010 年 10 月，No.110，頁 17-31；〈1751 年德國《巴伐利亞刑法典》——德國當代刑法的起源〉，《法比較法研究》，2012 年 1 月，No.119，Vol.1，頁 1-15。”

² 德國當代刑法學教科書中很少討論德國刑法發展史。參考 Johannes Wessels 著，李昌珂譯，《德國刑法總論 Strafrecht Allgemeiner Teil》，法律出版社，2008 年。該書是德國最常使用的刑法教科書，作者於 1980-1988 年攻讀博士學位時，刑法課程受教於 Günther Jakobs 教授；準備博士候選人刑法科目考試

法學學者的努力，在 1850 年前後，成為影響目前許多國家刑法體制的參考典範，殊值深入研究。16 世紀以來，德國地區重要的刑法規範，主要是 1532 年的《卡洛林那法典》，德國重要的刑法學者李斯特曾經說過，這部刑法的內在價值是三百年德國普通刑法存在與發展的基礎³。因此，該法典應該是德國刑法從中世紀習慣法過渡到當代刑法典的重要法規範。關於該法典之研究可以說是分析德國近代刑法發展的起步。

1951 年德國法制史學者 Viktor Achter 出版的《刑罰的誕生》（*Die Geburt der Strafe*）提到，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*）判斷意義在近代以前並未存在一般人的理解中；用公的刑罰權介入人民的殺人或強盜行為的想法是 12 世紀中興起於法國南部，當時也是推動神的和平運動時期（*Gottesfriedensbewegungen*）⁴。究竟德國如何從一個高權統治者不積極介入的刑法規範走向以成文法為主的刑法規範，亦值深究。

中世紀的德國地區，刑法規範範圍僅具私法的性質，當時認為殺人或竊盜等行為發生在加害者與受害者之間的私法關係，統治高權並不介入處理。相對德國刑法的發展，中國早在夏、商、周之際，統治者就以刑罰權規範人民的殺人、強盜或竊盜行為⁵。德國法理學及刑法學教授拉德布魯赫（*Gustav Radbruch*, 1878-1949）在《卡洛林那法典》一書第 6 版導論中，提到當時將今日犯罪行為當作是加害人對被害人的傷害。因此，刑罰是從被害人觀點出發，只要加害人願意付一定金錢，賠償被害人或其家屬損害，政治高權者並不介入此種糾紛或制裁行為人⁶。從法制史料可以知道今日德國地區在 15、16 世紀仍舊為封建社會。當時人民面對私人間恩怨糾紛，往往以決鬥方式解決，牽涉命案的糾紛往往還被認為是習慣法或私法的範疇，政治高權者並不當然認為應該介入規範。當時的統治者並不認為哪些犯罪行為是公法要規

時，主要使用該書。該書為學習德國刑法體系與理論的經典書籍，但並未說明刑法發展史。

³ 參考 Franz von Liszt 著，Eberhard Schmidt 修訂，徐久生譯，何秉松訂定，《德國刑法教科書 *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*》（修訂譯本），法律出版社，2006 年，頁 48。另參考德國刑法學者 Hans-Henrich Jescheck und Thomas Weigend 著，徐久生譯，《德國刑法教科書 *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*》，中國法制出版社，2001 年。書中強調《卡洛林那法典》是 18 世紀末到 19 世紀初偉大的法典編纂普通法的基礎，頁 16-17。

⁴ Alexander Ignor, *Gesichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Ferdinand Schoeniggh, 74(2002)；陳惠馨，《德國法制史——從日耳曼到近代》，元照，2007 年，頁 209-210。神的和平運動是中世紀限制人們進行決鬥的努力。

⁵ 關於「禹刑」、「湯刑」以及「呂刑」的描述，參考張晉藩，《中國法律的傳統與近代轉型》，法律出版社，1997 年，頁 78-79、84-85。

⁶ Arthur Kaufmann 主編，*Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, Reclam, 1975 年，6 版，封面及頁 19。本書原主編為 Gustav Radbruch 教授。他為本書寫的導論。該書的封面取自於 1548 年在 Tizian 的 Kaiser Karl V. 畫像。