

1751 年德国《巴伐利亚刑法典》 ——德国当代刑法的起源

陈惠馨*

一、前言

本文将探讨 1751 年巴伐利亚地区 (Bayern) 所颁布《巴伐利亚刑法典》(*Codex Iuris Bavarici Criminalis*) (以下简称 1751 年刑法典) 之背景与重要内容, 希望藉此说明德国当代刑法如何开始在 18 世纪被建立。

1751 年刑法典在 19 世纪到 20 世纪之间, 被当时德国重要刑法学者列为德国近代刑法的第一部重要法典。这些刑法学家有艾伯特·弗里德里希·伯纳 (Albert Friedrich Berner)⁽¹⁾ 及卡尔·宾定 (Karl Binding)⁽²⁾。伯纳教授在他的《德国刑法教科书》(*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*) 一书中提到 18 世纪中叶之前, 在神圣罗马地区的共同刑法主要受到卡洛林那法典的影响。但是, 由于当时卡洛林那法典的规定已经不足以符合实务审判的需求, 因此, 当时各地区逐渐发展补充规定, 而第一个在地区上取代卡洛林那法典效力的是 1751 年刑法典。⁽³⁾

* 政治大学法学院特聘教授。

- (1) 伯纳教授是德国 19 世纪到 20 世纪初重要的刑法学者, 任教于柏林大学, 1899 年冯·李斯特成为他教职的后继者。他的《德国刑法教科书》共出版 11 版 (最后一版 1898 年)。他另外两部重要的著作是: 1867 年出版《从 1751 年到当代的德国刑法的立法》(*Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart*) 及 1861 年出版的《死刑的废除》(*Abschaffung der Todesstrafe*)。
- (2) 参考卡尔·宾定《德国刑法基础》(*Grundriss des deutschen Strafrechts: allgemeiner Teil*), 第八版 Leipzig 1913, 新版本 BiblioBazaar, LLC, 2008, 第 35 - 36 页。在这本书中, 卡尔·宾定教授将 1751 年《巴伐利亚刑法典》跟 1768 年奥地利的《德瑞西亚刑法典》及 1794 年《普鲁士一般邦法典》称为所谓的地区刑法典 (*Landesgesetzgebung*)。他于 1860 年到 1863 年在哥廷根大学学习法律与历史, 于 1864 年在海德堡大学取得讲师资格后, 在不同的地方 [包括巴塞尔 (Basel, 1865), 莱茵堡 (Freiburg im Breisgau, 1870), 史特拉斯堡 (Straßburg, 1872) 以及莱比锡 (Leipzig, 1873 - 1913)] 教授刑法、刑事诉讼法及国家法。在 1892 - 1893 年和 1908 - 1909 年, 他担任莱比锡大学的校长。其重要的刑法学著作如下《规范及其的越轨》(*Die Normen und ihre Übertretung*) 四卷 (1872 至 1920 年); 《德国普通刑法教科书》特别部分, 两卷 (1902 至 1905 年) (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, zwei Bände*); 《德国刑法中的罪责》(*Die Schuld im deutschen Strafrecht*), 1919。
- (3) 参考艾伯特·弗里德里希·伯纳《德国刑法教科书》(第四版), 1968 年, 第 75 - 76 页。

但随着时代的演进,这部1751年刑法典在20世纪中以后,很少再被德国刑法学者提起。目前德国的刑法学教科书,提到影响当代的重要法典时,一定会谈到保罗·约翰·安瑟伦·冯·费尔巴哈(Paul Johann Anselm von Feuerbach),尤其是他在1801年出版的《在德国共同有效的刑法教科书》(*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*)以及他在1813年为巴伐利亚王国所订定的《刑法典》(*bayerischen Strafgesetzbuches von 1813*) (以下简称1813年刑法典)。在东亚地区继受德国刑法体系与刑法理论这百年间,费尔巴哈的名字时常在一些刑法教科书中被提起。但是1751年这部曾经被认为18世纪具有重要意义的刑法典却很少在德国再被提起。作者认为这部法典对于东亚地区百年来继受德国刑法的社会法学研究具有深远意义,因此特撰文讨论之。

本文将分为五个部分进行讨论。第一部分说明1751年刑法典在德国刑法史上的重要意义并分析这部刑法典对于东亚继受德国刑法的社会法学研究的意义;第二部分说明这部法典订定的时代背景及其从19世纪以来被如何评价;第三部分说明这个法典的订定者阿路西乌斯·芙莱黑尔·冯·克莱特迈尔(Aloysius Freiherr von Kreittmyr)在德国法制史上的意义;第四部分针对这个法典的实体法体例与内容加以介绍;第五部分比较这部法典与1532年卡洛林那法典的异同。

二、研究1751年《巴伐利亚刑法典》的意义

(一)1751年刑法典在德国法制史的意义

前面论及,当代德国刑法教科书中在提到德国刑法在现代的发展,一定会提到费尔巴哈在1813年订定的刑法典。事实上,在1813年刑法典被订定公布之前,德国巴伐利亚地区早在1751年就订定了一部刑法典。这部1751年刑法典内容分为实体法与程序法。在体例上及各章节的安排上,这部刑法典都超越了1532年仅有219个条文的卡洛林那法典。

在体例的安排上,1751年刑法典将实体法与程序法清楚分开订定,而且在实体法部分也开始有类似当代总则与分则的体例。在实体法部分,共分为十二章。在第一章规定如今日刑法总则有关犯罪与刑罚的各种规定,第二到十二章则分别规定各种不同的犯罪形态,例如窃盗与强盗罪、杀人罪、妨害风化罪等。⁽⁴⁾

这部法典是18世纪中叶,德国尝试要将法律体系化、法典化的典范之一。当时的神圣罗马帝国除了这部法典之外,在18世纪,常被提起的刑法典有:1769年在当时奥地利的《德瑞西亚刑法典》(*Die Constitutio Criminalis Theresiana*);1786年在现代意大利的《托斯卡诺刑法典》(*Toscana Codice Criminale Toscano*);1787年奥地利的《约瑟夫那一般犯罪与刑典》(*Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und deren Bestrafung*);1794年《普鲁士一般

(4) 参考阿诺·布施曼(Arno Buschmann)编《近代刑法史的文本——经典的法律》。(*Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die Klassischen Gesetze* München C. H. Beck, 1998 S. 181-223)

邦法典》(*Preußisches Allgemeines Landrecht*)。(5)

这几部法典同时生成于 18 世纪的德国地区。而究竟什么样的历史因素,使得当时神圣罗马帝国几乎同一个时代订定刑事规范的法典?到目前还缺乏相关的研究。过去 20 年来,德国虽然有不少新的研究成果出现,但有趣的是,这些研究成果主要分布在近代以前,也就是 16 或 17 世纪以前德国刑法规范的发展,(6)或者是集中在 19 世纪德国刑法及刑法学的发展。(7)目前在德国还缺乏 18 世纪有关德国刑法的发展。也因此继受德国刑法典的各国,无法了解德国刑法如何从 1532 年卡洛林那法典没有确实分开的实体与程序法体例,没有罪刑法定主义的结构,还相信酷刑与魔术与女巫追索的刑法,逐渐发展成为 19 世纪中叶,区分刑事实体法及刑事程序法,并在实体法中区分总则与分则的结构,并且强调罪刑法定主义的当代刑法且发展出所谓犯罪阶层理论的当代刑法学。

作者认为研究 1751 年刑法典或任何在 18 世纪订定的刑法典如 1769 年在当时的奥地利的《德瑞西亚刑法典》或者 1794 年《普鲁士一般邦法典》中的刑法部分,并将这部法典与 1532 年的卡洛林那法典或者 1871 年德国第二帝国的刑法典作比较,将有助于理解德国如何从一部以习惯法作为审判依据,且其残忍性不亚于清朝法律的刑法,发展成为今日世界各国(尤其是东亚地区)所学习模仿的刑法体系及刑法理论。作者认为这是德国近代刑法的立法者、实务及刑法学理论间,在过去二三百年来,不间断的对话与互相辩证的结果;也就是透过 17、18 世纪,神圣罗马帝国不同区域领主统治者所订定的刑法典,改变了当时德国各地区法院的实务审判工作,而其中德国的法哲学与刑法学者的理论协助了德国当代刑法典的完成。

(二)分析 1751 年刑法典对于东亚继受德国刑法与刑法学国家的意义

前面提到,在 18 世纪的德国地区,出现了好几部重要的刑法典,本文之所以要探讨 1751 年刑法典,主要因为它是 18 世纪最早出现具有法典化形态的刑法。伯纳教授在 1867 年出版的《从 1751 年到当代的德国刑法的立法》一书中,分析 18 世纪到 19 世纪德

(5) 参考注 4 引书,在该书第 224-445 页收有 1787 年及 1794 年的刑法典。另外这本书收有 19 世纪在德国尚未统一之前,德国地区各领主通过的刑事相关法典。包括 1813 年由冯·费尔巴哈所订定的《巴伐利亚刑法典》以及德国统一后订定的《刑法典》前身也就是 1851 年的《普鲁士刑法典》(*Preussisches Strafgesetzbuch*)。这两部法典对于后来德国于 1871 年统一后订定的刑法典在结构与理论上,有很大的影响。

(6) 德国研究总署(*Die Deutsche Forschungsgemeinschaft*, 简称 DFG) 在 1993 年到 1999 年之间补助一个大型研究计划,研究德国如何在中世纪开始发展出近代公刑法。这 6 年的研究计划出版了 22 本博士论文或专书,主要以《在旧欧洲社会的冲突、犯罪及制裁》(*Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas: Symposien und Synthesen*)丛书出版。不过这个研究在 1999 年结束后,并没有继续中世纪之后近代德国刑法发展的研究。作者在 2011 年 7 月于法兰克福欧洲法制史研究中心见到这个计划的总主持人维洛怀·迪特马尔教授,当面询问他是否可能继续研究 18 世纪德国刑法史,他表示目前没有这样的计划。关于此一研究计划的规划的说明,参考维洛怀·迪特马尔 [Willoweit, Dietmar (Herausgeber)],《公刑法的出现,一个欧洲研究问题的现状描述》(*Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln, Böhlau Verlag, 1999), 第 1-8 页。另外请见法兰克福马克斯普朗克欧洲法制史研究中心的图书馆目录。

(7) 参考柯斯培-比尔曼·西耳维娅《一统与法律——德国 19 世纪初到 1871 年帝国刑法典间刑法立法及刑法专家》(*Kesper - Biermann Sylvia Einheit und Recht — Strafgesetzgebung und Kriminalrechtsexperten in Deutschland vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871*, Klostermann, Frankfurt am Main 2009)。在本书中,作者详细分析 19 世纪以来德国各区域领主的刑法立法过程与 1871 年德国帝国刑法典的立法过程及讨论。

国地区的刑法立法,在19部法典中第一个提到的就是1751年刑法典。⁽⁸⁾

另外,令人惊讶的是1751年刑法典的实体法结构部分,跟公元7世纪到9世纪中国有效施行的唐律体例有非常大的相似性。公元7世纪的唐律第一篇为《名例篇》,共57条,主要规范五刑及其他关于总则的部分。而第二到第十二篇内容规定各种不同的犯罪类型及处理犯罪的规定。⁽⁹⁾另外在1751年刑法典并没有总条文数的计算。在实体法中它虽然共有196条,但每一章的条数都是从1开始计算,例如第一章有44条,第二章有20条。这样的结构跟唐律有一定的类似性,但却跟同时代德国其他刑法典体例非常不同。⁽¹⁰⁾也因此当代德国的法制史研究者认为,这部法典跟德国其他刑法典比起来好像是部恐龙般的法典。⁽¹¹⁾

为何德国1751年刑法典的体例会跟唐律如此相似?这个相似性究竟是否来自于历史的偶然?是否有可能,这样的相似性可能来自于当时这个法典的订定者受到中国传统法律包括唐律与大清律例的影响?值得进一步去了解。⁽¹²⁾

1751年刑法典不仅在体例上跟公元7世纪中国的唐律具有一定相似性,其条文的描述方式也和17世纪中国大清律例条文具有高度相似性。两个法典都是运用描述性的文字说明犯罪的行为,往往针对某种犯罪各种不同状况如何处罚,作非常琐碎与细致的规定,例如规定窃盗时会规定不同地区的窃盗行为、地点或是一次、二次或三次的窃盗行为的论罪,缺少当代刑法的抽象规范形态。⁽¹³⁾

另外,将1751年刑法典和1532年卡洛林那法典比较,可以发现它在内容上还保有卡洛林那法典的某些制度,例如拷讯制度与追索女巫及异教徒,相信跟魔鬼合作的犯罪。但是在体系上却已经具有当代刑法典的体系架构。伯纳教授在他的书中提到,这个法典很多概念例如未遂(Versuch)、帮助犯(Beihilfe)等,在今日(1868年)的法典中可以看到。⁽¹⁴⁾

(8) 参考艾伯特·弗里德里希·伯纳《从1751年到当代的德国刑法的立法》,第1-8页。

(9) 唐律共分为12篇。第1篇名例共57个条文;第2篇卫禁共33个条文;第3篇职制共58个条文;第4篇户婚共46个条文;第5篇厩库共28个条文;第6篇擅兴共24个条文;第7篇贼盗共54个条文;第8篇斗讼共59个条文;第9篇诈伪共27个条文;第10篇杂律共62个条文;第11篇捕亡共18个条文;第12篇断狱共34个条文,共500条,请参考长孙无忌编《唐律疏议》(台湾)商务印书馆1990年版,第1-17页。

(10) 作者在1994-1995年于德国法兰克福马克斯普朗克欧洲法制史研究中心进修时,曾前往波昂拜访德国有名的中国法制史研究专家卡尔·宾格勒(Karl Buenger)教授,当时宾格勒教授正在阅读德国1794年《普鲁士一般邦法典》,他对作者提到,他认为这部法典的内容与形式是受到中国大明律例的影响。可惜他本人并未著书说明,作者在此仅将此一经验记录下来。或许未来有法制史的研究者可以对此进一步加以研究了解。不过从近年来翻译出版的著作,可以发现中国传统的文化确实有可能影响到16、17世纪西方的文化。关于此一部分请参考张国刚、吴莉苇《启蒙时代欧洲的中国观——一个历史的巡礼与反思》,上海古籍出版社2006年版,第181-193页。

(11) 汉斯·施洛瑟“立法者克莱特迈尔及在巴伐利亚选侯的启蒙”(Der Gesetzgeber Kreittmayr und die Aufklärung in Kurbayern);本文收于德国上巴伐利亚历史协会委托,由理查德·鲍尔及汉斯·施洛瑟(Richard Bauer und Hans Schlosser)共同编辑的《克莱特迈尔(1705-1790)——一个为法律、国家及政治的生命——200年生日纪念集》(Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr, 1705 - 1790 - ein Leben für Recht, Staat und Politik; Festschrift zum 200. Todestag, München, Beck 1991, S. 13)。

(12) 同注10。

(13) 参考1751年刑法典第2章第6条规定及大清律例《刑律·贼盗门·窃盗》的规定。

(14) 参考注8引书,第3页。

难怪日本学者高桥直人教授称 1751 年刑法典是一部在“启蒙与传统间交错的刑法典”，也就是中世纪德国习惯刑法与当代德国刑法典间的过渡刑法。⁽¹⁵⁾

本文希望透过分析这部刑法典的历史背景、立法者及法律的结构，可以让法学研究者逐渐找出当代德国刑法的发展历程并了解其重要变迁的痕迹。作者认为，传统中国法律的发展其实很早就达到法典化的阶段，也就是罪刑法定主义的基本原则。但是罪刑法定主义在中国长期的发展中仅停留在所谓的“法官的审判要依据法律”，在这个基本原则下，还是无法免除法官在适用法律时因为法律语言的模糊性与多义性所造成的解释空间，而使得适用法律的人有操弄法律的空间并因此上下其手，侵犯人民的权利。而德国的刑法却在罪刑法定主义的原则下，进一步发展其他更多的原则，例如比例原则、刑法最后手段原则；在理论层次上更是发展出犯罪阶层化理论，使得法官在进行审判时，可以更为系统地进行法规范的检验，使得刑法能够真正保护人民自由及其他法益的目的。⁽¹⁶⁾

很多当代法学者认为传统中国的法律仅有刑法没有民法，因为法律制度不发达或没有体系或者法官没有依据法律审判，因此，清朝末年的中国才需要向西方尤其是德国学习现代先进的法律。作者认为，这样的看法其实错置了传统中国法律制度的真正问题所在。传统中国的法制，尤其是清朝的大清律例在内容上不仅有今日我们分类的刑法规范，它还包括了许多类似德国近代以来发展的公安秩序法规（或称警察法）及某些规范私人跟私人财产关系或损害赔偿关系规范。⁽¹⁷⁾

另外，从法典的体例来看，传统中国的法律，不管是唐律或者大清律例，都是一部结构完整的法典。这两部法典在形式结构及体系的完整性上，完全不输当代德国的民法典与刑法典的体例。⁽¹⁸⁾ 但我们需要问的是，如果大清律例在规范形式不输德国的民法典或刑法典，那么当清朝在 1900 年王朝末年之际，决定要放弃发展将近一千多年的法律体制，学习以德国为主的法律体制，背后考虑的因素是什么？究竟德国法律在哪些地方不同于大清律例，而成为清朝末年中国或东亚各国所模仿的对象？

本文认为分析 18、19 世纪德国刑法与刑法学的发展，或许可以让我们找到答案。因为 1751 年刑法典是一部已经具有现代刑法的体例且其内容中具有现代犯罪与刑罚概念的法典，但是，其有关刑罚的处罚方式却跟德国中世纪的刑罚一样还是非常残酷，另外，罪刑法定主义的概念也还没有清楚地被确定下来。研究它或许可以了解德国刑法如何从残

(15) 参考高桥直人“近代刑法的形成与 1751 年巴伐利亚刑事法典：在传统与启蒙交错中”，收于《同志社法学》第 47 卷 6 号，1996 年，第 429 - 472 页。

(16) 参考布克哈德·彦克“宪法名言‘罪刑法定’的侵蚀”[Burkhard Jähnke Zur Erosion des Verfassungssatzes “Keine Strafe ohne Gesetz” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010(7-8):464]。文中提到在德国罪刑法定主义包括两个重要核心：例如法律保留、国会保留、权利分立概念及事先可预见性及信赖原则。最近的趋势还讨论到法律的最后手段原则。

(17) 作者多年研究认为传统中国法律跟东亚各国所继受的德国当代法律最大的差别不是在有罪刑法定主义或有无公法与私法的区分或有无民法等问题上。《大清律例》的内容也并非仅有当代被区分为刑法的规范，《大清律例》中还有许多类似德国在 13 世纪才发展出来的公安秩序（或称警察）法规及某些规范私人跟私人财产关系或损害赔偿关系的规范。关于《大清律例》的内容参考田涛、郑秦点校《大清律例》，法律出版社 1998 年版；黄静嘉点校，薛允升著《读例存疑重刊本》（第 1 - 5 册）（台北）中文研究数据中心研究资料丛书，1970。

(18) 关于清朝法律的研究参考陈惠馨“清代法制史研究的几点省思——从规范的角度出发”，见《法制史研究》第 17 期（台北）中国法制史学会与中央研究院历史语言研究所主编 2010，第 203 - 215 页。

酷且结构不系统化的刑法发展成为当代世界各国所学习的刑法典。⁽¹⁹⁾ 对于东亚各继受德国法社会中的法律人而言,如果能够了解德国社会中刑法的变迁脉络与影响因素,或许将有能力从中学习到如何创造自己社会的法律与法学。

三、1751年《巴伐利亚刑法典》的时代背景及当代德国法学界的评价

要讨论1751年刑法典,有必要针对当时的德国与巴伐利亚的地位加以说明。在作者的《德国法制史》一书中提到,在中世纪的德意志世界里,重要的政治角力在于宗教与世俗之间。而在世俗的世界里,神圣罗马帝国与其地方诸侯的关系,则还在所谓采邑的封建关系里。⁽²⁰⁾ 1751年巴伐利亚订定刑法典时,当时巴伐利亚的统治者,才从1648年的公爵(Herzog)区域领主身份,成为可以选举神圣罗马帝国皇帝的选侯(Kurfuersten)。⁽²¹⁾

而在同时德国已经继受罗马法数百年,德国的法学与法律实务已经有能力将所继受的罗马法知识进入“现代运用”(Usus modernus)阶段。德国著名的近代民法史学者弗朗茨·维亚克尔(Franz Wieacker)教授在其《近代私法史》一书中提到德国继受罗马法之后的“现代运用”时期。他提到“一直到16世纪末叶,德意志的法律生活主要汲取、学习适用欧洲(尤其是意大利与法兰西)的普通法学;德意志此时也有了法学,虽然还不是——像她的欧洲姊妹那样——有欧洲水平。”⁽²²⁾ 维亚克尔教授进一步描述当时德国各领主所设立的大学的法学教育,说明其“授课的形式、上课的素材、法学的文献,甚至连裁判本身都借用整个欧洲的罗马学”。他认为这种情形要到普通法的欧洲文件获得实践的经验,对其逐渐熟悉、运用成熟后,德意志法学家们才能够适切地担当其国内之特殊任务。⁽²³⁾

从1751年刑法典订定的时间来看,或许这就是17、18世纪的德国实务法学家,开始在许多德意志法律生活中尝试透过立法,整合普通法(继受的罗马法)与启蒙时代的精神。因此,从18世纪开始,德国区域领主有许多法典化形式的立法尝试。而这和17、18世纪德国各大学开始讨论珍·博丹(Jean Bodin)提出的主权观念并尝试将“主权观念”跟当时德国实际政治情形相联结有关。

德国当时的学者将主权定义为一个任何形式国家下的国家权力(Staatsgewalt),尝试让主权观念不去跟一个强大的君主(例如在法国,主权观念是跟法国皇帝做结合),而是跟德国这样有许多大小不一的区域领主进行结合。透过这些理论让区域领主取得法律的订定、解释与改变及刑罚执行与死刑犯赦免的权力、奖赏与荣誉的给予权、任免官吏权、征

(19) 同注16,第429-472页。

(20) 有关德国采邑的关系可以说是德国的封建制度模式。参考陈惠馨《德国法制史——从日耳曼到近代》,元照出版公司2007年版,第188-190页。

(21) 德国在1356年的《黄金诏书》(Golden Bulle)中,确定了选举皇帝的七个选侯制度。参考注20引书,第209页。

(22) 弗朗茨·维亚克尔教授在其《近代私法史》一书第3部第12章标题为“现代运用”。请参考弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,五南书局2004年版,第187页。

(23) 同注22。

税与减税权、订定铜币权、有关战争或和平的决定权、请求帝国议会开会权、要求人民服从权以及决定外交使节权等。⁽²⁴⁾

德国公法学者尝试从博丹的理论加以转换后,以便适用德国的处境。他们将主权概念与主权的行使加以区分,要求统治者要受到超实证法的限制,让德国在 17 世纪时区域领主取得“类似主权”(Quasi-Souveraenitaet)的位置。将主权国家一词在德国对于区域领主的统治描述转换成“邦的统治体”(Landeshoheit, Landesobrigkeit)这样的论述使得当时德国各个区域领主取得了类似主权者的立法权力的地位。⁽²⁵⁾

1648 年到 1806 年之间,在神圣罗马帝国统治的区域内共分为 1800 多个区域领土。这些区域领土中,包括有选侯、大诸侯、中级诸侯,同时具有宗教与世俗身份的诸侯帝国城市以及其他各种大小的统治者等。其中,能够在 18 世纪发展成为类似完整主权的国家主要有奥地利、普鲁士及巴伐利亚。同时,这些逐渐发展成为类似主权国家的统治者们,开始尝试利用法典来规范他们所管辖区域领土的秩序与行政。这些法律除了本文提到的刑法典外,还有所谓的警察法规或又称为公安法规范。这些公安法规范主要规范统治地区的贸易、手工业、矿产、农业、衣服、宗教仪式、救贫制度及生病照顾、温泉场所、乞丐等事项。而刑法典主要是规范杀人、强盗、窃盗或者影响社会秩序较为重大的犯罪事项。⁽²⁶⁾

1751 年刑法典是德国在进入启蒙时期非常重要的刑法规范。在这之前德国的刑法主要规范是地区的普通习惯法,地区普通习惯法在神圣罗马帝国 1532 年议会通过卡洛林那法典之后,开始受到影响。但由于卡洛林那法典 219 个条文逐渐不足应付实务上的需要,因此,在 17、18 世纪德国各地区的刑法审判往往要透过地区统治者针对卡洛林那法典不足之处所进行的补充规定,但这些补充规定并没有体系性。1751 年刑法典是德国第一部取代卡洛林那法典及德国当时巴伐利亚地区习惯法的法典。在这个法典之后,德国各地区的统治者纷纷在 18 或 19 世纪订定刑法典,例如普鲁士 1794 年的《一般邦法典》刑事法部分及 1838 年《萨克森的刑法典》(*Saechsisches Kriminalgesetzbuch von Jahre 1838*)、1839 年《维腾堡刑法典》(*Wuerttembergisches Strafgesetzbuches von Jahre 1839*)等。⁽²⁷⁾

1751 年刑法典虽然对于 18 世纪德国法制的发展具有重要意义,但是,前面已经提到,这个刑法典在当代却很少被德国刑法学学者在书中提起。作者查阅 20 世纪中叶以后的相关文献,仅看到由德国“上巴伐利亚邦历史协会”于 1991 年委托理查德·鲍尔及汉斯·施洛瑟教授共同编辑的《克莱特迈尔(1705 - 1790)——一个为法律、国家及政治的生命——200 年生日纪念集》一书中对这部法典的规划者克莱特迈尔的介绍。不过,在东亚地区,日本西洋法制史研究学者高桥直人教授 1996 年在《近代刑法的形成与 1751 年巴

(24) 同注 20 引书,第 285 页。

(25) 同注 20 引书,第 285 - 286 页。

(26) 参考乌韦·韦塞尔《法的历史——从早期形式到马斯特里赫特条约》(*Uwe Wesel, Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München, Beck 1997, S. 355 - 356); 另外,关于此一时期的警察法规的发展请参考陈惠馨《德国法制史——从日耳曼到近代》,第 289 - 290 页;以及江玉林“近代初期国家的塑造,社会的规划化与宪法史的论述——论莱因哈德《国家权力的历史》一书中的权力建构过程”,《月旦法学》第 82 期 2002 年,第 245 - 246 页。

(27) 参考注 8 引书,第 25 - 45、90 - 107、107 - 135 页。

伐利亚刑事法典:在传统与启蒙交错中》一文中,探讨了1751刑法典。⁽²⁸⁾高桥直人教授认为1751刑法典是一部接续启蒙与传统的立法。在这篇文章中,他在前言中以两页说明近代以来刑法受到启蒙思想影响及其特色之外,其余主要介绍1751刑法典的内容,包括这部法典总则的内容(犯罪概念、刑罚、犯罪减轻事由)及分则的内容(窃盗与强盗罪、杀人罪、风俗犯罪、宗教犯罪),共七个章节。

从法制史的研究看来,一个在德国承接启蒙与传统的刑法典,在当代德国刑法学相关文献中,受到如此的忽略或许有其值得研究的地方。究竟为何这部刑法典在1868年还被德国重要的刑法学者伯纳教授在他的书中提起,但是在冯·李斯特(Franz von Liszt, 1851-1919)教授的《刑法学教科书》中则仅强调1813年的《巴伐利亚邦刑法典》及费尔巴哈教授在刑法学理论的贡献,尤其是强调其在罪刑法定主义理论方面的贡献。而且在谈到德国的刑法发展时也仅强调卡洛林那法典的内在价值是德国普通刑法的存在与发展基础,对于18、19世纪其他的刑法典,尤其对于18世纪第一部开始德国刑法立法的1751刑法典完全不谈。⁽²⁹⁾

四、1751年《巴伐利亚刑法典》的 订定者——阿路西乌斯·芙莱黑尔·冯·克莱特迈尔

1751刑法典的订定者阿路西乌斯·芙莱黑尔·冯·克莱特迈尔(以下简称克莱特迈尔)是德国法制史上的一个非常重要且离奇的人物。对于他的贡献在德国历史发展过程中也呈现两极化的评价,从一开始的正面评价到20世纪非常负面的评价。1962年6月6日,德国的一个重要杂志《镜报》(DER SPIEGEL)在第23期刊登一篇报道,标题是“古迹:酷刑的现实”(DENKMÄLER Wirkliche Tortur)。在这篇文章中,报道慕尼黑市为纪念城市建立800年,特别为18世纪出生于巴伐利亚,终其一生为当时的巴伐利亚订定了三部重要法典的克莱特迈尔做了一个价值约48700马克的纪念雕像。慕尼黑的人权团体认为克莱特迈尔在1751年订定的刑法典中还规定可以施行酷刑,基于人权的维护,他们反对这个雕像被放到慕尼黑市中心,最后这个雕像被送到下巴伐利亚。⁽³⁰⁾

克莱特迈尔是18世纪中叶时,巴伐利亚选侯马克三世(Kurfürst Max III. Joseph)的内阁总理。他出生于1705年,曾经在巴伐利亚耶稣会的学校就读,受到天主教的教育。后来在萨尔兹堡大学听哲学的课程并在地区的高等教育接受法律的训练。由于当时巴伐利亚地区的大学并没有教授国家法的教师,因此他还在1723年到今日荷兰的来登(Leyden)及乌得勒之(Utrecht)受法律训练。在接受完整的法律理论训练之后,他在当时韦茨拉尔(Wetzlar)地区的帝国法院(Reichskammergerichte zu Wetzlar)工作并在实务工作中学习到

(28) 参考注15引文。

(29) 参考李斯特著,施密特修订《德国刑法教科书》(修订译本),徐久生译,何秉松订定,法律出版社2006年版,第48页;另请参考德国刑法学者汉斯·海因里希·耶赛克及托马斯·魏根特《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第116-117页。

(30) 关于此一报道在德国《镜报》1962年第23期,全文可以在《镜报》的网页看到。

诉讼程序的经验。1745 年他被当时新登基的巴伐利亚选侯马克三世任命为男爵并在 1767 取得所谓贵族的自由身份。1758 年他成为当时巴伐利亚的内阁总理。他在德国法制史的地位非凡,1750 年之后先后订定了三部重要法典。⁽³¹⁾

(一) 1751 年刑法典

这部法典内容包括实体法与程序法。在这个法典订定之前,当时巴伐利亚的成文刑法是 1616 年的《上巴伐利亚及下巴伐利亚诸侯们法令》(*die Malefiz - Ordnung der Fürstenthümer Ober - und Niederbaiern*),仅有简单的 18 页的内容。审判者在进行审判时主要是依据地区的习惯法及参考卡洛林那法典及 1616 年的 18 页的规定。1751 年刑法典被认为是第一部明确的将当时德国普通法明白表示加以废除的刑法典。它在形式上是一个独立的德国地区立法。此一法典跟 1532 年的卡洛林那法典有密切的关连性,基本上还是采取类似卡洛林那法典的威吓主义与预防主义的观点,刑罚具有一定的残忍性。当代有人认为 1751 年刑法典跟同时代的德国普通法相比显得比较落后。但是,如果分析 1751 年刑法典可以发现在关于要执行死刑的犯罪规范已经明显少于卡洛林那法典,当时规定共有 33 个关于死刑的犯罪行为是要被判死刑。

(二) 1753 年巴伐利亚法院组织法 (*der codex juris bavarici judiciarii - die baierische Gerichtsordnung vom 14. Decbr. 1753*)

这部法典整理当时已经有点混乱且立基于 1616 年的法院组织法 (*Gerichtsordnung von 1616*) 的实务运作规则及当时普通法的基础。其内容包括法院民事事务的程序。这部法院组织法经过多次的修订,一直运作到 1870 年。当时的人认为这部法院组织法是那个时代最好的立法技术的成果。

(三) 1756 年巴伐利亚民法典 (*der Codex Maximilianeus bavaricus civilis*)

这部法典修改了原来巴伐利亚的地区法 (*Churbayerisches Landrecht*)。法典主要受到当时的民法教科书的影响,选择所谓的体制系统 (*Institutionensysteme*)。这部法典公布之后一直到 1900 年,才在德国民法典生效后失去效力,维持了超过一百年的效力。

马克三世选侯之所以会要求克莱特迈尔订定上述三部法典,主要是因为当时的巴伐利亚刚刚经历跟奥地利多年的战争。巴伐利亚在这场战役中失败,当时政府的财政状况非常不好,人民的生活状况也因为战争受到影响。战争结束后,被解散的士兵、没有工作的劳动者及来自不同地区人口造成犯罪增加,整个地区的安全受到威胁。因此,马克三世选侯决定进行政治改革,希望能够透过法律的订定改善他统治地区的行政效力及司法的状态。这时候的克莱特迈尔就利用他身为法律人的实务经验、阅读能力及对于事务的掌握能力,利用他多年任职于巴伐利亚内阁总理的机会,在 1750 - 1756 年之间,协助马克三世选侯订定了上述德国 18 世纪时三部重要的法律。

由于 1751 年刑法典中仍旧保留卡洛林那法典死刑的执行方法,允许为了追求事件的真实性可以对于犯罪嫌疑人进行拷讯,对于女巫的处罚、魔术的处罚及于宗教亵渎行为的处罚太过严厉,因此,在 19 世纪受到非常严厉的批判。当时的人认为这个法典的制订者

(31) 请参考哈拉尔德·瑞特 (Harald Reite): “从奥格斯堡地方法院藏书中看德国刑法史的时期” (*Epochen der deutschen Rechtsgeschichte im Spiegel der Bibliothek des Landgerichts Augsburg*)。

显然没有受到当时在德国已经开始发展出来的启蒙时代精神的影响。⁽³²⁾

以今日的观点来看,1751年刑法典的立法者克莱特迈尔显然对于当时时代的启蒙思想没有认真加以响应。这或许是1751年刑法典在当代不再被刑法学学者讨论的原因。但是对于东亚继受德国当代刑法与刑法学地区的法律人而言,这部法典及后来德国刑法与刑法学演变历程更具有重要的启示与意义。

从1751年刑法典的内容看,立法者似乎主要将那个时代统治区域混乱的刑法规范加以整理使它具有一个完整的体系。立法者并没有想要在立法时响应当时在德国发展的新的时代精神,也就是启蒙的精神(Zeitgeist)。

在克莱特迈尔出生那一年,德国的启蒙时代已经来临,重要的学者克里斯扬·托马修斯(Christian Thomaisus)已经在1704年及1705年提出两份重要的文件批评当时在德国地区存在的魔术或女巫追索的审判及拷讯制度。另外,意大利的法律人西萨·贝加利亚(Cesare Beccariasein)在1764年出版的《犯罪与刑罚》(Dei delitti e delle pene)一书提出反对酷刑与死刑的观点,被翻译成多国语言并得到那个时代很多统治者的响应。这样的时代趋势显然没有被克莱特迈尔所理解或掌握。也因此他无法脱离当时的社会一般人的观点,在面对巴伐利亚刚刚结束长年战争,人民在面对增加的犯罪现象及困苦的生活处境时,他并没有能力去订定一部超越时代的刑法。1751年刑法典在运作了将近62年后,在1813年,由费尔巴哈所订定的巴伐利亚新的刑法典所取代。

五、1751年《巴伐利亚刑法典》的体例⁽³³⁾

分析1751年刑法典体例,可以看到它的内容共分为两大部分。第一部分是有关刑事实体法规定,其内容分为12章,共有196个条文;第二部分是有关刑事程序法规定,共有11章,142条文。第一部分与第二部分的各章内容均各自有内在关联性,每个章的内容都从第1条开始计算条文数,总条文数为338条。这种含实体与程序法规范但却又清楚地加以区隔的刑法典结构,跟同时代1787年奥地利的《约瑟夫那一般犯罪与刑罚典》及1794年《普鲁士一般邦法典》的规范非常不同。后面这两部法典均仅有刑事实体法的规定。刑事程序法另外在其他的法规规定。⁽³⁴⁾

1751年刑法典结构非常地清楚,且程序规定与实体规定分开在两个部分。下面将简单说明两个部分结构:

(一)第一部分刑事实体法结构:

(32) 不过伯纳教授在1868年时,认为虽然克莱特迈尔订定的1751年刑法典还维持着拷讯制度及追索女巫的规定,但是他在该刑法典中,还是放进了许多重要的当代刑法的新制度,因此将他跟订定1532年卡洛林那法典的史瓦兹贝格(Schwarzenberg)及订定1813年刑法典的费尔巴哈并列于巴伐利亚三位重要的立法者。参考注8引书,第6页。

(33) 阿诺·布施曼教授在《近代刑法史的文本——经典的法律》一书中仅收集1751年《巴伐利亚刑法典》中的刑事实体法部分。

(34) 参考注4引书,第224-225、272-273页。

第 1 章规定犯罪概念与刑罚,共有 44 条条,主要内容相当于现代刑法总则编的内容;⁽³⁵⁾

第 2 章规定窃盗与强盗的犯罪,共有 20 条条;⁽³⁶⁾

第 3 章规定杀人罪,共有 26 条条;⁽³⁷⁾

第 4 章规范妨害风化行为,共有 19 条条;⁽³⁸⁾

第 5 章规定婚外性行为,共有 9 条条;

第 6 章规定近亲间的性行为,共有 11 条条;

第 7 章规定对神亵渎的罪,共 8 条条;

第 8 章规定对君主的侮辱,共 11 条条;

第 9 章规定伪造行为,共 7 条条;

第 10 章规定野生动物保护,共 20 条条;

第 11 章规定乞丐、流浪汉以及类似行径的可疑人民以及放高利贷者的处罚,共 10 条条;

第 12 章规定知情及协助犯罪者处罚,共 11 条条。

奥地利的阿诺·布施曼教授在《近代刑法史的文本——经典的法律》一书所收集的 1751 年刑法典,仅收集关于实体法的部分。为了让读者了解整部法典的结构,本文简单分析此一法典的程序规定部分。

(二)第二部分刑事程序法结构:

第 1 章关于刑事法院及法院审判权,共 35 条条;

第 2 章关于刑事告诉、撤回及讯问,共 24 条条;

第 3 章关于发现不法行为(犯罪事实),共 11 条条;

第 4 章关于告发(犯罪事实),共 12 条条;

第 5 章关于罪恶行为的证明,共 21 条条;

第 6 章关于逮捕、保证、安全护送及释放,共 13 条条;

第 7 章关于和平的检验或者罪犯的宪法,共 12 条条;

第 8 章刑罚的检验,不管对于犯罪者或证明者,共 27 条条;

第 9 章对质或宣誓,共 12 条条;

(35) 日本学者高桥直人认为 1751 年《巴伐利亚刑法典》第一部分第 1 章及第 12 章共 55 个条文属于“总则”,另外的第 2 章到第 11 章共 141 个条文属于“各则”,请参考注 15 引文,第 432 页。

(36) 第 2 章窃盗的犯罪(Diebstahl)将窃盗分为普通窃盗、加重窃盗、携带武器的窃盗,在连续三次在三个不同或相同地方进行的窃盗加重其刑(第 6 条),另外将窃盗分为偷窃鱼货虾、珍珠或蚌壳窃盗、家庭或房子窃盗、背信(Untreue)、木材或田园窃盗(11 条)、诱拐小孩(第 16 条)、教堂窃盗。后面两个条文(19 及 20 条)规定关于抢劫(街上)的犯罪。

(37) 第 3 章为杀人行为的相关规定,将杀人的犯罪分为 26 个条文加以规定:杀人、具有致死危险的损害、过失杀人、因为紧急防卫而造成的死亡(有关紧急防卫的规定就包括 5 个条文)、因抢劫所造成的死亡、谋杀、为了打赌而杀人、父母子女间的谋杀、对胎儿的杀害、堕胎、对孕妇的虐待、其他故意杀人行为、自杀(第 25 条)等。

(38) 第 4 章妨害风化的行为(Von dem Laster der Leichtfertigkeit, gemeiner Hurerey, dann anderer schwerer Unyucht und Kupplerey)包括为结婚而发生性关系(unehelicher Beischlaf),关于此一行为再有特别规定。第 9 条规定交易的性行为(Gewerbmassige Unzucht)或者规定跟神职女性发生性关系罪行,与异教徒发生性关系(异教徒指犹太人、土耳其人或其他异教徒)。

第10章关于刑罚的判决及它的公告与执行,共22条条文;

第11章关于刑罚程序的废弃,共12条条文。

如果将1751年刑法典中有关各种犯罪类型规定跟1532年卡洛林那法典相比较,可以发现卡洛林那法典219个条文中,第1到105条以及175条到219条主要是今日刑事诉讼法或程序法的规定,而实体法主要规定在106-175条之间。卡洛林那法典刑事实体法的规定从第106条开始。第106条主要规定有关亵渎神的刑罚,其规定:如果有人有对于有无限权力的神或者神的母亲圣母玛丽亚亵渎或不敬的行为(Schendet),那么应该由下级的法院或其他公职人员跟法官及审判者提告,并依据帝国的法律对之加以处罚。这个处罚包括对于身体、生命的处罚。处罚的方式主要依据亵渎行为的情形决定。第107条规定对于假的宣誓的处罚(Strafe für Meineid)。条文中规定如果有人作假宣誓,那么他举起来宣示的两个手指头将被割断,如果因为某人的假宣誓让他人受到刑罚的制裁,那么作假宣誓的人也要受到那个人一样的刑罚处罚。第109条主要规定对于施展魔术者的处罚(Strafe für Zauberei)。该条文规定,如果有人透过魔术伤害他人或者使他人受到不利益(Nachtheyl),那么将受到生命刑而且要用火烧来执行死刑(Strff mit dem feuer thun)。

而1751年刑法典在第一部分实体法的第7章规定对神亵渎的罪,共分8条条文加以规定。第1条用语言亵渎神,其中规定:如果有人故意地(in Absicht)对于神或者神的本质、神圣性或者基督天主的信仰或者文献或正在执行的礼拜仪式(dem wahren Gottesdienst)或者其他事情加以咒骂或者不敬的述说,在第一次将任意的根据这个语言所造成的纷扰以及行为人有反省时,施以金钱、监狱等处罚。但如果造成很大的愤怒则应该给予较高的刑罚。在第二次如果没有改正则将永远驱逐出地方并用粗的树枝加以扑打。在第三次则将施予剑刑以生命刑加以处罚。第2条则规定:任何人对于神的图像或者对于正在进行礼拜仪式的神父或者神坛,以辱骂或轻视的态度,透过打击、推倒或者丢东西或者用脚踢或吐及其他破坏的行动故意地加以攻击,将在第一次就用剑处以死刑。第4条规定:那些叛教的人在离开天主教的信仰后,成为异教徒、犹太教或伊斯兰教,那么不论他之前是否曾经有其他宗教都要处以剑刑并且将财产没收。那些因此离开他的神职工作或者离开他的修道院,那么世俗的统治者要将他们送给宗教的裁判官。第5条规定:恶名昭彰的异端,对于基督天主的教义文章,故意表达不同意见或者加以修改,如果已经由教会人员对之加以说明,但其仍旧不肯改正他们的错误,还坚持原来的意见,那么,将永久驱逐出境或者将他们监禁起来并以非常少的费用维持他们的生活直到他们愿意承认错误并取消他们的意见。如果这些异端将他们的意见影响别人或者对于统治者不利,那么他们也将被处与剑刑并在死后在干草堆上烧毁。对于那些轻率的异端语言如果仅是随意的谩骂并非基于严肃的态度,则应该依据状况及产生的纷扰,由地方统治者任意的处罚。第7条规定:那些女巫或者魔术或者迷信者,如果公开的或者秘密结盟或与魔鬼发生性关系或运用神圣的对象进行恶魔及迷信的事务时,将被活活烧死。跟魔鬼结盟恶意的团体透过他们迷信的仪式或者透过魔术及迷信的工具对于他人的生命、身体及健康、牲畜、财产或者其他的方式造成损害时,将不分别损害是否多寡处以剑刑。如果仅是一个迷信的态度但并没有造成任何损害,或仅是一个呼唤恶魔的行为,但没有任何特别的仪式的行为,则依其所引起的骚扰,处以监狱刑或者公共罚鍰或以粗的树枝扑打。如果迷信主要是因为无知

或好玩而造成的,那么刑罚将减轻。在这个条文中,还有特别强调不是所有发生在人类未知的无法理解的现象,都和迷信有关,因此统治者应该特别对于这个事情加以注意处理。其中并提到尤其对于小孩及那些无负责能力的人,如果他们接触那些所谓的女巫或者恶魔的东西时,应该尽量用教育及只是来处理而不是马上用刑罚制裁。在第8条特别强调对于神的亵渎、叛教、异端、魔术、女巫和迷信等罪刑往往会跟其他的犯行,例如同性性关系或者抢夺教堂的财物或者毒药的制作或者杀人等行为有关,因此在讯问时要特别注意。

从上面的规定,可以看到当德国18世纪整个社会已经开始受到启蒙思想的影响时,1751年刑法典的立法者似乎还没有理解到一个新的时代已经来临了。或许因为如此,纵始这部法典在体例上已经呈现系统性的结构,也显现出其理性思维的面向,但终究还是无法成为德国19世纪时立法的典范。

六、从比较法观点分析 1751 年 《巴伐利亚刑法典》实体法中有关犯罪及刑罚的规定

德国当代德国法制史相关著作中,很少看到对于1751年刑法典的分析。本文尝试分析这部法典的条文并说明它的特色。在这个法典中,我们可以发现这部法典比起200多年前,也就是1532年的卡洛林那法典,在许多地方更显得抽象性与概念化,尤其对于犯罪概念与刑罚等概念有明确的定义。为了让读者了解此一法典的结构与体系化,因此将说明第一部分有关实体法规定。

下面将分别就第一部分实体法的内容加以简单分析并尝试跟1532年的卡洛林那法典或者同时代其他法典,包括中国的大清律例相比较。我们从第1章有关犯罪概念与刑罚规定,看到44个条文的内容相当于现代刑法总则编的内容。

(一) 对于犯罪的定义

1751年刑法典在第1章有关犯罪与刑罚部分第1条就直接说明何谓本法典所要规范的犯罪行为。例如其说明:并非所有的不法行为都是以刑事犯罪加以看待,仅在那些或者与身体或生命刑或其他类似的刑罚有关并依法律或习惯被当成刑事犯罪者才属于犯罪(Criminal)。1532年的卡洛林那法典并未对于犯罪作明确的定义。不过,从1787年奥地利的《约瑟夫那一般犯罪与刑罚典》第1条内容可以看到关于犯罪的定义,⁽³⁹⁾且其规定已经具有罪刑法定主义的精神。该条规定:不是所有违法的行为都是刑事犯罪行为或者所谓的死刑犯罪(Halsverbrechen),而且仅那些违法的行为(gesetzwidrigen Handlungen)才会被视为违法行为并且要依据现行的刑法规定加以处理。⁽⁴⁰⁾我们从这条规定可以看到罪刑法定主义的观念在欧洲,于奥地利1787年的法典就已经明确规定了。

(二) 对于犯罪的分级

1751年刑法典第1章第2条并将犯罪分为三个等级:较轻、较重或加重等级。其规

(39) 同注4引书,第226页。

(40) 同注4引书,第226页。

定犯罪之种类为: 刑事犯罪或者是低度的、重度的或超重的(也就是拉丁文中的 *leviora*, *graviora*, *atrocissima*)。低度的刑罚就是以监狱刑或者金钱或者羞辱刑或类似的轻度刑罚加以处罚; 重度刑是指以身体或生命刑加以处罚; 超重的刑罚则不仅是对于生命而且是一种严厉且缓慢的死或者透过一种加重的方式加以对待的刑罚。

这种对于犯罪的分级在 1871 年《德国帝国刑法典》(*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*) 第 1 条中也有类似规定。其规定: 犯罪是被处以死刑或者被判处在惩罚所 (*Zuchthaus*) 至少被监禁五年以上的行为; 一个要以监禁 (*Festungshaft*) 超过五年以上或监狱刑或者以超过五十个金币 (*funfzig Thalem*) 加以惩罚的行为是轻犯罪 (*Vergehen*); 一个要以金币加以惩罚的行为是违规行为。

1751 年刑法典第 1 章第 3 条规定明确区分故意与过失, 第 4 条也对于归责能力加以规定。这显然比卡洛林那法典的规定更具有现代性。同样的, 1787 年奥地利的《约瑟夫那一般犯罪与刑罚典》的第 2 到第 4 条详细地规定故意、过失与意外, 在故意部分还区分为故意与有条件的故意 (*bedingter Vorsatz*)。

(三) 对于刑的种类规定

1751 年刑法典第 1 章第 5 到第 9 条规定刑的种类。第 5 条规定, 刑事犯罪的刑罚包括对于身体、名誉、财产有时甚至生命刑。而在生命刑将依共同法或地方习惯, 或用剑、吊绳、轮子、火刑或分尸进行。至于火刑或者分尸的刑罚, 可以在犯罪者生前或斩首后实施。第 7 条规定永久的监狱刑, 第 8 条规定其他的身体刑, 第 9 条规定其他的刑罚例如驱逐出境, 或者禁止出入一定的场所, 或者被宣称为一个没有名誉的人, 或者监狱刑甚至罚站在教会门前, 或者施以罚金, 等等。

同时代的中国大清律例之《名例律》中, 在律文的第 1 条规定五刑。笞刑五: 一十、二十、三十、四十、五十。杖刑五: 六十、七十、八十、九十、一百。徒刑五: 一年, 杖六十; 一年半, 杖七十; 二年, 杖八十; 二年半, 杖九十; 三年, 杖一百。流刑三: 二千里, 杖一百; 二千五百里, 杖一百; 三千里, 杖一百。死刑二: 绞、斩。⁽⁴¹⁾ 另外, 大清律例律文第 1 条的例文中, 还针对笞与杖的刑具大小, 还有针对不同身份, 例如军民、妇女或文武官等的刑罚的执行进行规定。⁽⁴²⁾

(四) 对于不同身份的人的减刑规定

1751 年刑法典第 14 到 26 条规定关于得为减刑的情形, 例如第 15 及 16 条规定对于年少者及年老者的减刑; 第 17 到 19 条规定对于精神病患的减刑以及瘖哑人、醉酒人的减刑; 第 22 条规定自首; 第 23 条规定反悔时的处理; 第 24 条规定犯罪罪证不足时, 仅能处以较轻的刑罚; 第 25 条规定对于贵族的减刑。

在大清律例《名例律》律文第 22 条也规定老小废疾收赎。其规定: 凡年七十以上, 十五以下及废疾, 犯流罪以下收赎; 八十以上, 十岁以下及笃疾犯杀人者议拟奏闻, 取自上裁。盗及伤人者, 亦收赎, 余皆勿论。九十以上, 七岁以下, 虽有死罪, 不加刑。其有人教

(41) 参考田涛, 郑秦点校《大清律例》, 法律出版社 1998 年版, 第 80-81 页, 在律文中还有小注说明笞与杖如何折板及死刑有立决与缓决的可能。本论文所引的《大清律例》律文仅引本文, 对于律文中的小注不引用。

(42) 同注 41 引书, 第 81-84 页。

令,坐其教令者。若有赃应偿,受赃者,偿之。⁽⁴³⁾ 不过,在 1751 年刑法典第 39 条强调刑罚仅可以对于犯罪者为之,不得扩张到对于犯罪并未参与的第三人或其他无罪责的人。⁽⁴⁴⁾ 但在大清律例中的某些犯罪行为,犯罪者的家人虽然没有参与犯罪行为,但是却还是要受到刑罚的处罚。例如《刑律·贼盗门》,第 1 条的谋反谋大逆条就规定:凡谋反及大逆,但共谋者,不分首从,皆凌迟处死。祖父、父、子、孙、兄弟及同居之人,不分异姓及伯叔父兄弟之子,不限籍之同异,年十六以上,不论笃疾、废疾,皆斩。其十五以下及母、女、妻、妾、姊妹,若子之妻、妾,给付功臣之家为奴。财产入官。若女许嫁已定,归其夫。子孙过房与人及聘妻未成者,俱不追坐。知情故纵,隐藏者,斩。有能捕获,民授以民官,军授以军职。仍将犯人财产全给充赏。知而首告官为捕获者,止给财产。不首者,杖一百,流三千里。另外谋叛条规定:凡谋叛但共谋者,不分首从,皆斩。妻、妾、子女,给付功臣之家为奴。财产并入官。女许嫁已定,子孙过房与人,聘妻未成者,俱不坐。父、母、祖、孙、兄、弟,不限籍之同异,皆流二千里安置。知情故纵隐藏者,绞。有能告捕者,将犯人财产全给充赏。知而不首者,杖一百,流三千里。若谋而未行,首者,绞;为从者,皆杖一百,流三千里。知而不首者,杖一百,徒三年。若逃避山泽,不服追唤者,以谋叛未行论。其拒敌官兵者,以谋叛已行论。⁽⁴⁵⁾

从 1751 年刑法典第 39 条及上面所引大清律例的规定,可以看到,在德国,18 世纪法律已朝向个人主义的规定发展,而清朝的缘坐制度却还是将人民跟他的家庭成员的命运连结一起。

七、结论

本文尝试分析德国 1751 年刑法典,作者希望藉此说明德国如何在 18 世纪透过立法,逐渐从中世纪的传统社会思维中走向启蒙时代。从本文的分析可以看到 1751 年刑法典事实上是一部形式上具有现代刑法的体例且在内容上具有现代犯罪与刑罚概念的法典。但是由于这个法典中对于犯罪者的处罚方式还脱离不了德国中世纪的刑罚的残酷性,此外,这部刑法典还不具有清楚的罪刑法定主义的观念,因此在人权的保障上,还有很大的改进空间。透过分析这部法典的结构与发展,本文作者希望让东亚地区的法律人了解,我们所继受的德国刑法与刑法学制度是在 18 世纪中叶以后,才逐渐从原来残酷且刑法学还未发达的刑法制度,逐渐发展成为当代世界各国所学习的刑法典。作者认为惟有我们可以了解德国刑法的变迁脉络与影响变迁的因素,才能够从继受的处境跳脱出来,创造符合自己社会理想的法律制度。

(责任编辑:刘馨)

(43) 同注 41 引书,第 106-107 页。

(44) 同注 41 引书,第 181-189 页。

(45) 同注 41 引书,第 366-368 页。