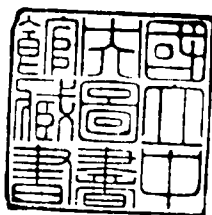


國立台灣大學法律學研究所碩士論文

指導教授：林 文 雄 博士

納粹第三帝國刑法上類推適用之研究



研究生：鄭 逸 哲 撰

中華民國七十九年五月

謹以本論文作為
父親六秩華誕賀禮

國立中央圖書館



1129331

1129331

論 文 口 試

口試時間：民國七十九年六月十一日

口試地點：臺灣大學法學院貴賓室

口試委員：（依姓氏筆劃）

馬漢寶 教授

楊日然 教授

蔡墩銘 教授

劉幸義 教授

指導教授：林文雄 教授

《 《 《 《 《

國家社會主義者沒有法，
然而有法院；

國家社會主義者沒有法律，
然而有法學；

國家社會主義者沒有合法性，
然而透過合法的機關而運作。

》 》 》 》 》

論文提要

本論文約十一萬字，共分八章。

第一章前言：敘述研究動機和目的，並對文中主要概念做一初步介紹，作為全文討論之基礎。

第二章罪刑法定主義與類推適用之禁止：說明罪刑法定主義之自由主義法治國思想基礎，並說明類推適用之禁止乃在確立法治國立法與司法之分權原則，顯示刑法保障機能之特徵，故為罪刑法定主義之核心概念。

第三章刑法上類推適用禁止在歐陸法制史上之演變——從羅馬法至威瑪憲法罪刑法定主義之形成歷史：藉歷史的回顧更進一步瞭解類推適用之禁止乃法治國思想承認人民主體性之當然結論。

第四章納粹法概念下刑法上類推適用理論：說明納粹將意識型態隱藏於法概念中，並視刑法為統治工具，否定其保障機能。

第五章納粹時期德國實務之刑法上類推適用：介紹廢除刑法上類推適用禁止之一九三五年六月二十八日增修法，及納粹期間德國司法之刑法上類推適用之概況。

第六章納粹時期之德國司法型態：說明納粹如何干預司法，以及德國司法自甘墮落淪為納粹統治工具。

第七章戰後德國刑法上類推適用禁止原則之重建與發展：介紹戰後盟國在德國重建罪刑法定制度，及西德基本法將人民受罪刑法定原則保障提昇至基本人權地位之突破性創舉。此外，並批判紐倫堡大審判之非法律性格，再度戕害罪刑法定主義。

第八章節結論：闡明刑法上類推適用禁止原則並非僅消極禁止法官比附援引，而是積極要求法官拒絕適用任何違反罪刑法定主義精神之刑罰規定，以防止納粹恐怖統治再度復活。

目次

壹、前言.....	1
貳、罪刑法定主義與類推適用之禁止.....	10
一、罪刑法定主義.....	10
二、刑法上類推適用之禁止.....	16
三、類推適用禁止原則是罪刑法定主義之核心觀念.....	21
參、刑法上類推適用禁止在歐陸法制史上之演變——從羅馬法至威瑪憲法罪刑法定主義之形成歷史.....	25
一、羅馬法.....	25
二、加洛尼亞刑法典.....	30
三、普通法.....	37
四、啓蒙運動.....	40
(一)孟德斯鳩.....	41
(二)貝卡利亞.....	44
五、約瑟夫刑法典.....	47
六、普魯士一般法.....	51
七、法國人權宣言.....	54
八、拿破崙法典.....	56
九、弗以爾巴哈.....	57

十、拜恩王國刑法典.....	61
十一、普魯士王國刑法典.....	64
十二、德意志帝國刑法典.....	69
十三、威瑪憲法.....	70
十四、小結.....	72
 肆、納粹法概念下刑法上類推適用理論.....	 75
一、納粹之意識型態.....	75
二、納粹之法概念.....	77
(一)民族領袖國家之法律概念.....	78
(二)法律之功能.....	80
(三)法與法律之關係.....	84
三、納粹法概念下刑法上類推適用理論.....	88
(一)實質正義與形式正義.....	89
1.法官自由是達成實質正義之要求.....	92
2.刑法上類推適用是法官達成實質正義之方法...	94
(二)法官自由在領袖原則下之界限.....	94
四、納粹將意識型態隱藏於法概念之中.....	97
 伍、納粹時期德國實務之刑法上類推適用.....	 106
一、概述.....	106
二、一九三五年六月二十八日之刑法典增修法——刑法上 類推適用禁止之排除.....	 116
(一)立法緣由.....	116
(二)立法過程.....	120

(三)立法內容.....	124
(四)刑法上類推適用之範圍.....	131
(五)小結.....	140
三、納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用判決.....	141
四、納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用判決罕見 之原因.....	147
(一)大多數未經司法程序即被剝奪自由或生命.....	147
(二)刑罰規定恣意擴張.....	152
(三)不明確構成要件大量使用.....	157
(四)溯及既往規定層出不窮.....	157
(五)特別法院取得絕大部分刑事案件管轄權	158
(六)小結.....	162
陸、納粹時期之德國司法型態.....	163
一、奠定納粹時期德國司法型態之政治與法律基礎	163
(一)威瑪共和時期之德國司法.....	163
(二)納粹之司法制度.....	166
(三)納粹政權——合法之暴力？.....	168
二、納粹對司法之干預.....	170
(一)裁判獨享權之廢除.....	170
(二)對法院組織所採取之手段.....	174
(三)對程序法所採取之手段.....	174
(四)對個人所採取之手段.....	176
(五)公務員訓練.....	178
(六)法律工作者訓練.....	179

(七)事前與事後討論會.....	182
(八)法官通訊.....	183
1.法官通訊之採用與目的.....	183
2.法官通訊之內容.....	185
3.意識型態之間接傳達.....	190
(1) 法真實發現團體.....	190
(2) 健康的民族感覺.....	192
三、納粹時期德國司法之墮落及其原因.....	193
(一)德國司法未曾反抗納粹.....	193
(二)德國司法淪為納粹統治工具.....	195
(三)納粹時期德國司法墮落之原因.....	197
1.納粹之鎮壓？.....	197
2.法律實證主義？.....	198
3.司法自甘墮落！.....	199
柒、戰後德國刑法上類推適用禁止原則之重建與發展.....	202
一、盟國佔領時期.....	202
(一)納粹刑法典第二條之廢除.....	202
(二)管理委員會法第一〇號——罪刑法定主義再度被 戕害.....	204
二、基本法時期.....	212
(一)基本法第一〇三條第二項.....	212
(二)人民受罪刑法定原則保障被賦予基本權利性格...	215
捌、結論.....	218

§ 附錄：沈家本之「罪刑法定主義」思想.....	231
§ 參考文獻.....	261

壹、前言

只要稍微接觸過刑法的人，無論是法律人或非法律人，對於「罪刑法定主義」這個名詞大多能朗朗上口，而且認為是理所當然。但是，若問其意義與內容，則大半停留在「罪刑法定主義就是犯罪和刑罰應以法律規定」、「罪刑法定主義有幾個派生原則……」、「罪刑法定主義之目的在保障人權」等粗淺的概念上，而對其形成歷史，思想基礎與如何實踐等問題，則不甚明瞭，甚至認為此乃自明之理，勿庸贅言。

實則，「罪刑法定主義」並非中國所固有，在宣統二年（西元一九一〇年）十二月二十五日清廷以脫胎於一八一〇年法國刑法草案的日本舊刑法為藍本所頒布的「大清新刑律草案」（註一）前，中國刑律實在不存在「罪刑法定主義」。誠然，早在唐律·斷獄律上已有「諸斷罪，皆須引律令格式，違者答三十。」的規定，而此亦為部分學者認為中國早有罪刑法定主義的論據，但此僅就形式觀察而得出的膚淺結論，完全無視於君主對人民與官吏皆不信任的實質心態，亦忽略了罪刑法定主義強調的刑法保障機能，實有不當。所以正確的看法應

（註一）參閱鄭逸哲，沈家本之「罪刑法定主義」思想，刊台大
法學論叢第十九卷第一期，頁七五。

該是：「中國古代的法定主義，雖可以解釋為一方面具有威嚇民眾之一般預防主義之思想，他方面具有防官吏擅斷的思想等二種論調，」但絕不存在「限制君權，保障民權」的機能（註二）。況且「斷罪無正條，用比附加減之律，定於明，而創於隋，國朝（按，即清朝）律法承用前明……此法遵行勿替。近來，（雖）東西國刑法皆不用此文，而中國沿習既久，群以為便，一旦議欲廢之，難者鋒起（註三）。」可見，長久以來中國並無罪刑法定主義思想。

既然罪刑法定主義思想非中國所固有，則欲明瞭其形成歷史與思想基礎，除訴諸歐洋，別無他途。而如眾所皆知，罪刑法定主義是啓蒙運動自由主義思想的產物，在此之前，從羅馬法以下二千二百年的歐洲，一如中國專制時代，並不存在罪刑法定主義思想。直至啓蒙運動時，在伏爾泰（Voltaire）等人的鼓吹下，人民主體意識方才覺醒，孟德斯鳩（Montesquieu）等人繼之發揚光大，主張分權原則，提倡人權，抑制官權思潮，澎湃一時。法國大革命成功後，人權宣言之發布，使罪刑法定主義首度形諸於法律文字，而此種思想隨拿破崙遠征軍之宣揚，散播歐陸各地，使德國成為世界最早採行罪刑法定主義國家之一。

（註二）參閱鄭逸哲，前揭文，頁六五。

（註三）參閱（清）沈家本，明律目箋，卷一，斷罪無正條。

罪刑法定主義既以人民主體性之承認為先決條件，自與專制統治者一以人民為統治對象，規範客體不相侔。再者，欲達成罪刑法定主義之刑法保障機能目的，必採分權原則，以防國家權力恣意，此亦與獨裁之專斷統治，背道而馳。故當一個國家民主化、理性化程度不足時，罪刑法定主義之實踐不是被打折扣，就是全盤被否定。因此，罪刑法定主義之形成誠然是迢迢漫路，但維持罪刑法定主義，亦屬不易。統治者時藉國家民族之名、僭道德正義之號，將刑法視為統治之工具，而尤以希特勒最為極端，利用刑法遂行其暴虐統治。

納粹自一九三三年元月希特勒出任德國總理，至一九三五年六月二十八日頒布刑法典增修法(Die Novelle vom 28. Juni 1935)在刑法典中加入類推適用條文，在短短兩年半期間，就將德國自一八一三年拜恩王國刑法典(Bayerisches StGB von 1813)以來，有一百二十年歷史的罪刑法定制度完全剷除，使德國在刑法上又回到啓蒙運動前的黑暗時代，人民完全陷於統治者的恣意恐怖之中。

事實上，類推適用的結果，並不一定不符合正義，否則在民法領域之中，就不會允許之。但是，在民法領域的訴訟案件中，大體上，國家司法權力是處於兩造當事人以外第三人之超然地位，故發生不法裁判之可能性較低，基於方法與目的的比例原則，是可以容許類推適用的。而在刑法領域，國家司法權力與被告間處於某種直接的「緊張關係」，而且國家司法權力過於強大，很

容易恣意侵害人民的基本權利，因此不得不在刑法上採取「絕對形式之法律保留」，以保障人權（註四）。

然而，納粹對於基於法治國思想產生的罪刑法定主義採完全否定的態度。他們認為由於「無法律，則無刑罰（*nulla poena sine lege*）」的原則之幫助，使膽大妄為和胡搞的犯罪人，有可能在刑法的領域嘲弄法治國（註五）。因此，他們主張以規範性構成要件要素（*normative Tatbestandselemente*）取代描述性構成要

（註四）不同的法律，由於其對人民之基本權利的介入關係深淺不一，受「法律保留（*Gesetzesvorbehalt*）」之不同程度的拘束。其拘束的理由，主要有三類：(1).基本權利的保障，像稅捐之課徵或刑罰之科處對人民之基本權利介入最深，因此，原則上應受「絕對之形式的法律保留」之適用，此即稅捐法上之「稅捐法法定主義」，以及刑法上之「罪刑法定主義」的要求；(2).交易安全之保障，像物權法定主義，是故司法機關不得利用法律補充創設新物權（亦即法律所未規定之物權），以維護交易之安全（例如讓與擔保之承認）；(3).市場經濟之保障，像商標權、專利權或著作權的態樣，應以法律所列舉者為限，行政機關及司法機關皆不得以交易上有此需要為理由，利用法律補充之，創設之，以保障市場機能。（參閱黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，頁一〇〇。）

（註五）Vgl. Carl Schmitt, über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 62.

件要素 (deskriptive Tatbestandselemente)，使刑法的規制，不再是從總則開始，而是從個別可罰的行為開始。例如內亂 (Hochverrat)、竊盜或縱火 (Brandstiftung) 的具體犯行中析出如責任 (Schuld)、幫助 (Beihilfe)、未遂 (Versuch) 的「一般的 (allgemein)」概念 (註六)。於是法治國藉法安定性保障人權的刑法機能喪失大半，但納粹卻宣稱這是偉大的、法學的和方法論的認識，因為他們已保護新德意志的刑法學不致變成一種純然規避規制的學科 (Steuerumgehungs-kunde) (註七)。

然而，在司法已有相當「廣泛權限」的情況下，納粹猶未滿足，並於一九三五年六月二十八日的增修法中規定刑法上「應」類推適用。至此，罪刑法定制度，在納粹德國被連根拔起。但是，如果這種刑法上類推適用之目的在追求正義，則人民受恣意侵害之程度或許有限，但觀諸納粹不斷將刑事案件移轉於特別法院 (Sondergericht)，且依納粹意識型態為類推適用依據，「所欲活則出生議，所欲陷則與死比 (註八)」，造成「情罪既不相當，誣捏亦所難免....儒林蹙額，鄉里寒心，赴市者，慘及賢才；遣戍者，禍連婦孺 (註九)」的恐怖

(註 六) Vgl. Carl Schmitt, a. a. O., S. 60.

(註 七) Vgl. Carl Schmitt, a. a. O., S. 62.

(註 八) 參閱後漢書，桓譚傳。

(註 九) 參閱沈家本；明律目箋，卷一，斷罪無正條。

統治，刑法完全成為政治的工具（註一〇）。

不過，將刑法視為政治工具，並不是隨納粹的敗亡就終止，盟國管理委員會（Alliierte Kontrollrat）在廢除納粹刑法典第二條類推適用規定的同時，卻又以勝利者的姿態，高張所謂「正義」的旗幟，以「反和平罪」、「戰爭犯罪」和「反人道罪」的溯及既往規定審判戰犯，而無視於盟國相類似的罪行（特別是蘇聯的罪行）。尤其，以一九三九年歐戰爆發後之罪行為審判的對象，而對其前之罪行置之不顧，更暴露其為「政治審判」的本質，再一次嚴重戕害罪刑法定主義。可見，任何統治者均有將刑法視為政治工具的傾向，此恐為罪刑法定主義無法根本落實的原因，亦為必須再三強調罪刑法定主義的原因。

（註一〇）其實，以刑法為政治工具，並不是納粹的專利，在中國專制時代，雖「刑章日繁，無事不有條例，而（清律）猶貪其簡便」採用「空白刑罰法規（Blanketsstrafgesetz）」，而有「違令」、「子孫違犯教令」、「不應得為」諸條；此外，猶有甚者，更明定「罪斷無正條」時允許「（援）引（他）律」比附罪名與刑罰。表面上看來「是想保存裁上的彈性，使其不生裁判的拘束。但是反面來講，那正是擅斷主義的隘口。」防民心態，昭然若揭，使人不得不興「有治人，無治法」之歎！（參閱鄭逸哲，前揭文，頁五五。）

經過納粹統治的強烈衝擊，促使人們反省罪刑法定主義的重要性，二次大戰以後，西德基本法和世界人權宣言均將人民受罪刑法定之保障提昇至基本人權的地位，此為罪刑法定主義之突破性的歷史進展。然而，此並不意味著罪刑法定主義的真諦已普遍為人所熟知與尊重，誠然，納粹法西斯的反動統治已經敗亡，但是將刑法當成一種為政權服役的政治統治工具，非但在極右法西斯主義達於應用的狂熱，而且在極左的政權政體亦復如是（註一一）。所有在國家社會主義者統治下發生在德

（註一一）蘇聯一九二七年一月一日起施行的刑法第十六條就是類推適用的規定，其規定：「本刑法中無明文規定之社會的危險行為，應依本法中最相近之條文處斷。」此外，中共一九八〇年一月一日起施行的刑法第七十九條亦是類推適用的規定，其規定：「本法分則沒有明文規定的犯罪，可以比照本法分則最相類似的條文定罪判刑，但是應當報請最高人民法院核准。」此規定和明、清律規定：「凡律令記載不盡事理，若斷罪而無正條者，引律比附應加應減定擬罪名，轉達刑部，議定奏聞。若輒斷決致罪有出入者，以故失論。」如出一轍，如此一來，法律毫無安定性可言，人權的保障竟只能寄託於執法者的善意，這恐怕是生活在專制政體下人民的最大悲哀。（參閱鄭逸哲，前揭文，頁六七。）專制餘毒，於今仍熾，實令人浩歎！

國和歐洲的事，在相類似的條件下，在世界各地、今天也會出現，而且，在有限度的範圍內，已經出現（註一二）。為達成法治國家的理性思潮之理想，則應該對於人類法制歷史所曾發生的「突變思想」、「病態思想」深引以為鑑，以避免將國家意識型態介入於刑法領域（註一三）。

回顧納粹統治這段慘痛的歷史，有幾個問題值得我們深思：

何以號稱法學先進的德國，會出現如此的浩劫？

何以有優良傳統的德國司法，會變成殺人的機器？

如何貫徹法治國的思想理念，俾能對抗極權主義？

如何充實罪刑法定主義理論的內容，俾能有效保障人權？

凡此，因犧牲數千萬人寶貴生命而促發的問題，我們必須牢記教訓，找出答案，否則，永遠無法斬絕暴力，人權隨時可能被否定，而民主始終只是永不實現的幻夢。

本文將以刑法上類推適用禁止為核心，以納粹之理論和實務為主要研究對象，希冀不停滯於形式的思考，口號般的覆誦，而對罪刑法定主義實質意義與內涵做進

（註一二） Vgl. Adalbert Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht, S. 20.

（註一三） 參閱陳志龍，法益與刑事立法，頁五一。

一步的解析，俾能對刑法以保障機能為外延之規範機能之理念有較完整之認識，庶免刑法再淪為政治的工具，司法被貶為專制的幫凶，確實保障人權，防止恣意，使法治國的理想徹底實現。

貳、罪刑法定主義與類推適用之禁止

一、罪刑法定主義

所謂「罪刑法定主義(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)」乃意謂犯罪雖應受處罰，但何種行為應視為犯罪，對於犯罪應科以何種刑罰，必須依據成文之法律，否則無論其行為如何被社會認為有處罰之必要，惟由於缺少法律之依據，實不能恣意將其論罪科刑(註一四)。

罪刑法定主義之思想有二：一是國法的思想，二是刑事政策的思想。二者都是啓蒙的自由主義思想。國法思想乃是要保障個人自由之自由主義思想，此種思想為了保障個人之自由，要求立法、司法、行政三種國家機能能分掌在各個不同之國家機關裡，以確保三權分立，因此裁判須適用立法機關預先制定之法律，俾免裁判官之擅斷，以保障個人之自由，所以在裁判，法律對犯罪與刑罰須先有嚴格之規定(註一五)。

(註一四) 參閱蔡墩銘，中國刑法精義，頁二一。

(註一五) 參閱梁恆昌，論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義，載刑法總則論文選輯(上)，頁九九。

而刑事政策的思想乃是指弗以爾巴哈（ P. J. A. von Feuerbach ）（ 1775—1833 ）的心理強制說（ Psychologische Zwangstheorie ）。弗氏被認為是罪刑法定原則之現代型態的製造人。他的「德國刑法教科書（ Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts ）」出版於一八〇一年，正當自由主義和革命思潮的最高峰，他宣稱三句法諺：「無法律無刑罰」、「無刑罰無犯罪」和「無法律無犯罪」。他的基本理論是很簡單的：只有違反由刑法保護的社會契約行為，才是犯罪，和英國功利主義者邊沁（ Bentham ）一樣，弗氏主張刑法的最重要作用，是對潛在罪犯的心理威嚇與鎮壓。他嚴格排除類推適用（ 註一六 ）。他乃倡導一般預防論（ Generalpräventive Theorie ）之中堅，其思想可謂古代極端的道德應報觀念之強烈反動，蓋自古希臘時代以迄中世紀，主張應報刑論者，均以自然的正義或神化的正義為前提，視個人為此正義體系中的一部分，具有所謂「道德自由（ moral freedom ）」堪以擔當應報，國家之處罰犯罪，既以道德的應報為基礎，而非以法律為依據，故其權力常超乎法律之上，法官從事審判，往往不顧法律限制，專以道德自由為根本，權衡刑罰之輕重，以求合乎正義，遂形成中世紀以至十八世紀初期罪刑擅斷之情勢，在人權思想盛行之社會

（ 註一六 ） 參閱陶龍生，論罪刑法定原則，載刑法總則論文選輯（上），頁一一五。

，自無存在之餘地。弗氏之理論即在排斥罪刑擅斷之積習，而謀加強現實的制定法之地位，以樹立罪刑法定原則（註一七）。

由此看來，罪刑法定主義實乃基於自由主義承認個人主體性的主張，因為如果不承認個人的主體性，則其只是統治的客體，此反應在刑法，則只顯現其規範機能（normierende Funktion），而無由產生保障機能（garantierende Funktion）。再者，不承認個人的主體性，則人民只是價值的實踐對象，而非價值的決定者；人民被當成手段，而非視為目的。如此，人民對刑法的規範內容只有順從的義務，而無置喙的餘地，此即罪刑擅斷的隘口。因此，罪刑法定主義之意義，並不止於犯罪成立要件與其刑罰種類、刑度一由法律決定為已足，在實質上，法律亦應由人民決定，方能發揮刑法的保障機能。詳言之，某種行為所以應視為犯罪，並對之科以刑罰，須基於由國民之同意而制定之法律，否則縱其行為在社會或道德上應受重大之非難，亦不得認為犯罪。從而罪刑法定主義原則之確立，有抑制國家強大權力之意義，故對於國民自由與權利之保障，具有重要之作用（註一八）。故德日諸國學者甚至謂刑法為犯罪人之「大憲章（Magna Charta）」（註一九）。

（註一七） 參閱韓忠謨，刑法原理，頁二五。

（註一八） 參閱蔡墩銘，刑法總論，頁一二。

（註一九） 參閱韓忠謨，前揭書，頁六。

罪刑法定主義之目的乃在擁護刑法的保障機能，亦即排斥國家機能的恣意，基於這種看法，多年來經刑法學者深入之探討，逐漸衍生出五個派生原則：一曰，刑罰必要性原則；二曰，溯及既往禁止原則；三曰，構成要件明確性原則；四曰，習慣法禁止原則；五曰，類推適用禁止原則。前三原則乃在防止立法恣意，而後二原則，乃在防止司法恣意；前三者乃立法原則，後二者乃司法原則。五者環環相扣，形成完整的刑法上人權保護網：

刑法就是一部「法益保護法」。沒有「法益保護的必要」，當然也就沒有「刑罰必要性（Strafbedürfnis）」可言。詳言之，刑罰必要性之有無，乃取決於有無「法益侵害或危險」的這個前提要件。如有「法益侵害或危險」時，為了「保護法益」，則產生了「刑罰必要性」；反之，倘無「法益侵害或危險」時，則顯然不存在保護法益的問題，當然也沒有「刑罰必要性」的問題（註二〇）。不過，也不是有「法益侵害或危險」時，就有「刑罰必要性」。一般而論，刑罰威嚇力的高低與刑罰權的範圍具有密切的關係：範圍太過狹窄的刑罰權，將使刑罰威嚇力的作用範圍受到莫大的限制，造成鬆弛不堪的刑事政策，犯罪乃因而坐大，同樣地，刑罰權的範圍如果太過寬闊，也會造成刑罰在抗制犯罪上的無能，因為若有太多的人民需要施予刑罰，則刑罰的嚴厲

（註二〇）參閱陳志龍，法益與刑事立法，頁三〇、三一。

性將大為降低，在動輒得咎的刑事政策下，將造成社會大眾在「法感情」上的遲鈍，因之，反而削減刑罰在刑事政策上的功能。所以，國家刑罰權的範圍應該是寬窄適度，而且刑罰權的行使也應限於「必要的干預」(notwendiger Eingriff)(註二一)。千萬不可，凡事皆要用刑事制裁達成規範的目的，因為如此一來，將造成刑法濫用之流弊，而使刑罰淪為「無刑法目的」之工具，或落為政治下的附屬地位(註二二)。故立法者必須堅守刑罰必要性原則，堅持刑罰的最後手段性(ultima ratio)，否則司法者的恣意即便受到抑制，人權仍時時受到立法者恣意的威脅。

在罪刑法定主義的概念下，立法原則除刑罰必要性外，尚必須遵守構成要件明確性原則：構成要件規定必須嚴密明確，不可混淆不清，否則構成要件無以達成人權保障，防止裁判官專擅之目的。故雖標榜罪刑法定主義，律無正條不罰，設未能規定嚴明之構成要件，實無以達成其所意圖之目的(註二三)。所謂構成要件明確性，即力求構成要件中儘可能使用描述客觀而無須價值判斷之事實的描述性構成要件要素(Deskriptive Tatbestandsmerkmale)，而避免使用規範性構成要件要素(Normative Tatbestandsmerkmale)。因為規範性構

(註二一) 參閱林山田，犯罪問題與刑事司法，頁一三〇。

(註二二) 參閱陳志龍，前揭書，頁四。

(註二三) 參閱蔡墩銘，前揭書，頁一一八。

成要件要素須經價值判斷，故其明確性顯較描述性構成要件要素為低。因此，在刑事立法上，應儘可能使用描述性構成要件要素，唯有無法以描述性構成要件要素作完整之犯罪描述時，方使用規範性之構成要件要素（註二四）。如此方能避免司法者有過於廣泛的解釋空間，提高司法恣意的危險。

此外，即使刑事立法恪遵刑罰必要性原則與構成要件明確性原則，但在事後於行為人事先不能預見與不可預見的情況下，對該行為科處刑罰或加重刑罰，惡化行為人的法律地位，則有違罪刑法定主義保障機能的本旨，當所不許，此即溯及既往禁止原則。此一原則限制立法者之立法決定權（註二五），與刑罰必要性原則與構成要件明確性原則可合稱為罪刑法定主義立法三原則。

除立法三原則外，司法者所應遵者，為習慣法禁止原則與類推適用禁止原則：

罪刑法定主義所要求的刑法，只限於成文法，習慣法（*Gewohnheitsrecht*）自不得作為刑事判決的依據。若許法官得適用習慣法，則不啻賦予法官立法者之功能，即便其遵守刑罰必要性原則，但因未經過立法程序加以條文化，故仍然未盡明確，構成要件明確性自無由實現，性質上乃實質的事後立法，有違溯及既往禁止原則

（註二四） 參閱林山田，刑法通論，頁一一四。

（註二五） 參閱林山田，前揭書，頁二四。

，容易造成司法恣意，侵害人民權利，故在罪刑法定主義下，刑法規範一律排除習慣法之適用。

此外，罪刑法定主義司法原則尚有類推適用禁止原則。類推適用（註二六），雖不若習慣法之適用般，使法官享有完全的準立法者的地位，但無論如何，類推適用使司法者取得部分的造法功能，其流弊一如習慣法之適用，造成司法恣意的危險，此為罪刑法定主義保障機能不樂於見到。

從上述的說明，可以看出罪刑法定主義的目的就是實現刑法的保障機能。而人民的主體性不獲承認，則保障觀念無由產生；而國家分權制度不建立，則保障機能無由落實。故民主原則（Demokratieprinzip）和分權原則（Prinzip der Gewaltenteilung）實為罪刑法定主義的兩大支柱；換言之，如果民主原則和分權原則不貫徹，則罪刑法定主義就不可能落實。

二、刑法上類推適用之禁止

顧名思義，「類推適用」係「依類別屬性之推論」，某個體 A 隸屬某類，其內涵應可推及屬於同類之其他

（註二六） 參閱本文貳、二。

個體 B、C、D...等(註二七)。德國學者克魯格(U. Klug)認為，許多古典邏輯學者(如 Th. Ziehen, M. W. Drobnish, W. Wundt, B. Erdmann, A. Pfander 等)均承認「類推」具有三項特點(註二八)：

1). 類推適用係「間接推論(mittelbarer Schluss)」，其推論的過程為：「M是P(大前提)，S類似於M(小前提)，故S是P(結論)」，亦即：

$$M \rightarrow P$$

$$S \sim M$$

$$S \rightarrow P$$

此異於「直接推論(unmittelbarer Schluss)」，前者仍屬「凡M是P(大前提)，S為M(小前提)，故S是P(結論)」之三段推論，須以兩個命題為前題，而後者則因推論過程為「凡S是P，故某S是P」，故只須一個命題為前提，即可將系爭案件事實涵攝推引出結論。

2). 類推適用係「由特殊到特殊(vom Besonderen auf das Besondere)」、「由個別到個別(vom Individuellen auf das Individuelle)」的推論，其既非「由一般到特別(vom Allgemeinen auf das Beson-

(註二七) 參閱碧海純一著，邱聰智譯，法之解釋與適用，法學叢刊第十六卷第一期，頁八八。

(註二八) Vgl. U. Klug, Juristische Logik, S.115 ff.

dere)」之「演繹 (Deduktion)」，亦非「由特別到一般 (vom Besonderen auf das Allgemeine)」之「歸納 (Induktion)」。

3). 由於類推適用之推論前提係個別特殊的命題，其恆真性不足遍及全稱命題，因此其結論非絕對真實無訛，至多可說是具某程度蓋然性、妥當性而已。

另外，日本學者碧海純一加上第四項特點：類推適用係基於「類似性質」或「類似關係」所為之推論。類推適用在傳統三段論法上之格，為「M是P (大前題)，S與M類似 (小前提)，故S是P (結論)」，故「類似性質」或「類似關係」，係類推適用的基礎 (註二九)。

依此，類推適用運用在司法上，其推論公式為：M法律要件有P法律效果 (大前題)，S與M法律要件類似 (小前題)，故S亦有P法律效果 (結論) (註三〇)。不過誠如德國學者艾塞爾 (J. Esser) 所云：於法律適用過程，類推適用固係與三段論法具有相同構造，但是，類推適用之特徵不在於其係三段論法的一種，毋寧在於系爭兩法律案型之重要「類似性 (Ähnlichkeit)」的認定上。亦即，基於「類似性」之確定，透過類推適用方式將法未明文規定之事例比附援引其類似事例

(註二九) 參閱楊仁壽，法學方法論，頁一八四。

(註三〇) 參閱楊仁壽，前揭書，頁一九七。

之法律規定。至於「類似性」之確定則應求諸規範意旨 (ratio legis) 以便於掌握，況且，由於「類似性」之認定往往同時在區辨系爭兩事例之具有同等法律上價值以作為同一規範之基礎，因此，類推適用可說是一種「價值判斷 (Werturteile) 」 (註三一) 。

如果類推適用運用於刑事司法，則其推論公式為：M立法者所規定之犯罪成立要件有P立法者所規定之犯罪效果 (大前提)，S司法者所規定之犯罪成立要件類似於M，故S亦有P立法者所規定之犯罪效果。而M與S之類似性判斷，在性質上是一種價值判斷，已如前述。但此種類似性判斷與規範性構成要件要素該當判斷雖同屬價值判斷，但前者是基於法目的性的考慮，於有法律漏洞時，賦予法官造法的功能，著重刑法的規範機能；而後者在根本上仍基於法安定性的原則，在立法技術無法以描述性構成要件要素表示犯罪構成要件的「不得已」的情況下，在「最小的範圍內」由立法者「授權」司法者「裁量」，精神上仍一貫維持刑法的保障機能，希冀儘可能保存法安定性。且類推適用，使法官能立於準立法者的地位，規定犯罪構成要件，使立法與司法的分際發生混淆，有違法治國的精神，對人權的保障造成莫大威脅，自不宜運用於刑事司法。

(註三一) Vgl. J. Esser, Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung, S. 183.

實則，雖謂刑法兼具規範機能與保障機能，然在民主原則和法治國原則下，法律以保障人民為第一要務，故甚至直可謂規範機能為保障機能之衍生物，否則價值凌駕於主體，則人民只成為規範的實踐工具，不復為目的。或謂強調保障機能，豈不縱容惡人。然刑法為抽象的一般性法律，其所欲保障者為每一個人，其所欲規範者亦為每一個人，人人皆有可能成為刑法上之犯罪人，皆有可能為刑罰之對象，對每一個人為平等之保護與平等之制裁，何獨厚於所謂的「惡人」。換言之，觀察刑法的保障機能與規範機能，必須站在客觀、冷靜且理性的第三人地位來思考如何處罰。既不能完全站在被害人或他們的家屬地位考慮此問題（因為他們對任何再重的刑罰均會覺得不夠重），亦不能完全站在加害人或他們的家屬的角度決定此問題（因為他們對任何刑罰都覺得過苛），這時只能以「理性的第三者」之眼光來決定刑罰輕重的問題，才不致於因感情用事而矇蔽理性，或因情緒衝動而不能冷靜，甚至因過度主觀而失去客觀（註三二）。職是之故，在罪刑法定主義的意義下，刑法的規範機能實以其保障機能為外延，方足以防止恣意，保障人權。

（註三二）參閱陳志龍，立法與正義——對「危害治安治罪暫行條例」的感想，載民眾日報，民國七十九年一月十二日，六版。

然而，由於刑法上類推適用之禁止是基於保障機能之要求，故有利於被告者，自然不必加以限制，故今日之罪刑法定原則，已逐漸成為有利行為人之保護原則（Schutzprinzipien zugunsten des Täter），故類推禁止僅禁止創設刑罰或加重刑罰之類推（Verbot strafbegründender bzw. strafschärfender Analogie）（註三三）。

三、類推適用禁止原則是罪刑法定主義之核心觀念

罪刑法定主義之兩大支柱為民主原則與人權原則，其目的乃在排除恣意，保障人權，達成刑法的保障機能，故包含五個衍生原則：刑罰必要性原則和構成要件明確性原則二者是罪刑法定主義的積極要求，而溯及既往禁止原則、習慣法禁止原則和類推適用禁止原則三者是其消極要求，然其核心觀念則為類推適用禁止原則。

蓋罪刑法定主義所強調之保障機能，是以每一個人為保護對象，故不遵守刑罰必要性的刑事立法，就是恣意擴張刑罰權的範圍，相對地，人民的自由範圍就縮小，權利被剝奪的可能性就增加，人權受到恣意的威脅就

（註三三）參閱林山田，前掲書，頁四〇。

提高，人民的主體性自然就被削弱。換言之，若刑法規範多如牛毛，人民動輒得咎，則必惶惶不可終日，此絕不符民主原則之本旨。故刑罰必要性原則就是不許國家的刑罰權恣意擴張。而類推適用就是以司法手段，使法官立於準立法者的地位，擴張國家刑罰權的範圍，是以類推適用之禁止在概念上就已包含不得以立法方式恣意擴張國家刑罰權的範圍，故謂刑罰必要性原則內涵於類推適用禁止之原則，當無不可。因為，類推適用之禁止就是對法律之尊重，而在民主國家，法律的性質是人民意志的成文化，尊重法律就是承認人民的主體性，在此情況下，自不得恣意擴張刑罰權，削弱人民應有的主體性。

而構成要件明確性原則必賴類推適用禁止原則方得以落實。如果准許類推適用，無論構成要件規定如何明確，事實上，仍是「定而未定」。因為，衍生的空間永遠依附著類推適用，立法的國家刑罰權範圍永遠小於司法的國家刑罰權範圍，明確性永遠不能實現。反過來說，如果構成要件欠缺明確性，也就是構成要件的規範性構成要件要素愈多，甚至到最後只剩規範性構成要件要素，例如唐律和明、清律上，雜犯・不應得為條所規定的「凡不應得為而為之者，笞四十。事理重者，杖八十。」時，則何待類推。司法上類推適用的特性乃在「類似性」的價值判斷，其必以二事實命題（即立法者所規定的犯罪成立要件和司法者所規定的犯罪成立要件）為條件，故類推適用之禁止自應包括構成要件明確性之概

念。

綜合上述，罪刑法定主義的二項積極要求：刑罰必要性和構成要件明確性實內涵於類推適用禁止的概念之中。

為確保人民的主體性，法治國(Rechtsstaat)在國家制度上採分權主義，此反應在刑法，就是罪刑法定主義，將犯罪行為及刑罰範圍之認定標準由立法機關所壟斷，行政機關和司法機關不得干涉，故德國學者弗克爾·克萊(Volker Krey)甚至稱罪刑法定主義為「刑法上的法律保留(strafrechtliche Gesetzesvorbehalt)」(註三四)，而類推適用之禁止即不許法官創設任何犯罪成立要件，明白傳達了刑法上法律保留，嚴格區別立法與司法分際的訊息。

舉輕以明重，罪刑法定主義既不許類推適用，豈能允許習慣法適用與溯及既往。蓋刑法上類推適用的推論公式為：M立法者所規定之犯罪成立要件有P立法者所規定之犯罪效果(大前提)，S司法者所規定之犯罪成立要件類似於M(小前提)，故S亦有P立法者所規定之犯罪效果(結論)。在類推適用的情況下，由於有「類似性」的限制，司法者雖有部分造法功能，但仍受立法者意志(即成文法)的牽制；由於有「類似性」的彈性，立法者即便戮力於法律之高明確性，但司法者仍保有其不甚明確的裁量空間；凡此均使立法與司法分際混

(註三四) Vgl. Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, S.1.

淆不清，與法治國以權力制衡保障人權的思想並不相伴，自應排斥類推適用。

但類推適用只是立法與司法權力的部分重疊，而習慣法適用和溯及既往則是立法與司法權力的合流，輕重之間，不言而喻。蓋類推適用至多在「類似性」的空間內使立法權與司法權重疊，基本上尚有其相對的確定範圍。但適用習慣法，不啻賦予法官完全的立法權，包辦刑事立法與刑事司法；而溯及既往，實質上是立法手段左右司法運作，赤裸裸地以刑事立法操縱刑事司法。凡此二者，使立法恣意與司法恣意完全結合，使刑法的保障機能徹底瓦解。故類推適用禁止原則、習慣法禁止原則和追溯既往禁止原則等三個罪刑法定主義消極要求均在防止立法與司法合流，避免立法恣意與司法恣意雪上加霜，對人權造成戕害。故此三者，乃法治國分權原則思想下的必然推論，其實是一而三，三而一的，由類推適用禁止原則所涵蓋。

是以罪刑法定主義在闡明形式上雖可以五個衍生原則分別說明，然其精神上無逾於類推適用禁止原則之概念者，故類推適用禁止原則實為罪刑法定主義——或刑法上法律保留——之核心觀念。

參、刑法上類推適用禁止在歐陸法制史上 之演變——從羅馬法至威瑪憲法罪刑 法定主義之形成歷史

罪刑法定主義的兩大支柱是民主原則與分權原則，是啓蒙運動自由主義思想的產物，因此其概念的形成也不過是近兩百餘年左右的事，在漫長的西方法思想史上，尚屬「年輕的」觀念。但思想的孕育和形成無法一蹴可幾，而是漫長的演進與發展，惟有做整個歷史的回顧，才能對罪刑法定主義有正確與深切的體認，一窺其思想全貌，庶免瞎子摸象之譏。

而刑法上之類推適用禁止原則是罪刑法定主義的核心概念，探究其歷史的演變過程，實即探究罪刑法定主義歷史的演變過程，反之亦然。概述如下：

一、羅馬法

在羅馬法上並沒有罪刑法定主義（註三五），尤其並不存在禁止從成文法（geschriebenes Recht; lex scripta）以外——如習慣法（Gewohnheitsrecht）或法官法（Richterrecht）——導出刑罰構成要件（Straftatbestände），即便當時已存在刑法上法律保留發展的重要開端：十二木表法（Zwölftafelgesetz; tabulae duodecim）和公共審判法（Gesetz über öffentliche Gerichtsverfahren; leges iudiciorum publicorum）。

十二木表法乃西元前五世紀羅馬最早的法典編纂（Kodifikation），其內容包括民法、民事訴訟法、刑法和公法（註三六），此法典乃因羅馬貴族（Patrizier）和政治上自由但無平等權利的市民間政治鬥爭所促成，因為原本法知識和不成文法（ungeschriebenes Recht）

（註三五） Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S. 54ff; Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz u. Richter, S. 17ff, 25; Andreas Wacke, Römisch-rechtliche Exegese: Ein Unfall beim "Prellen", JuS 1980, S. 204 f.

（註三六） Vgl. Dulckeit / Schwarz / Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, § 10; Franz Wieacker, Vom römischen Recht, S. 40ff.

）只由貴族掌握與適用，市民時感貴族統治的壓迫（註三七）。

在此反貴族的鬥爭中，市民獲致決定性的成果：要求有效的法律必須是書面的記載（*schriftliche Niederlegung*），因此產生了十二木表法（註三八）。由於把法條規定在十二木表法中，人民也可以接觸法知識；同時，經由這樣的安排，也多少可以限制官員和法官的恣意（*Willkür*）（註三九）。可見，十二木表法將有效法律成文化，已有保護市民免於官方恣意的功能雛型。

而西元前二世紀和前一世紀的公共審判法是以設置常設陪審法庭（*Geschworenengerichte*；*quaestiones perpetuae*）的方式，來審判犯罪行為，和對有疑問的犯罪科以法律所規定的刑罰（*poenae legitimaе*）（註四〇）。

不過，雖然已有形式上的法定原則（*Gesetzlichkeitsprinzip*）產生，但徒有排斥依不成文法科刑或加重刑罰的成文法命令形式，仍不足以貫徹罪刑法定主義：

（註三七） Vgl. Alfred Heues, *Römische Gesichte*, S. 18; Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, S. 30f.

（註三八） Vgl. Alfred Heuss, a. a. O., S. 18.

（註三九） Vgl. Max Kaser, a. a. O., S. 30f; Franz Wieacker, a. a. O., S. 40ff.

（註四〇） Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 62ff.

1). 在十二木表法創造出來和公共審判法公布間的數世紀，並未有大量的刑事立法；而且在奧古斯都(Augustus)頒布婚姻法(Ehegesetz)後，刑事立法又停滯了好幾世紀(註四一)。

2). 不論是十二木表法或公共審判法均非一種封閉的(abschließend)刑法規範。更確切地說，依照這些法律，官員的刑罰權限幾乎是全然的自由，並不受到成文刑法規範法律的授權基礎(Ermächtigungsgrundlagen)限制，官員的刑罰權限並不亞於國家的刑罰權。他們全然依據裁量(Ermessen)行使刑罰權(註四二)。雖然，官員的刑罰權在死刑方面受到限制(註四三)，但其仍掌握如驅逐出羅馬(Ausweisung aus Rom)、禁錮(Einsperrung)、罰鍰(Geldbuße)、毀滅財產(Zerstörung von Sachen)等恣意科刑的權限(註四四)。

3). 羅馬皇帝(römischer Kaiser)的絕對統治對

(註四一) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 62ff, 67;
Thordor Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 127-131.

(註四二) Vgl. Dulckeit / Schwarz / Waldstein, a. a. O., § 12 I - III; Robert v. Hippel, a. a. O., S. 59, 61f, 65.

(註四三) Vgl. Dulckeit / Schwarz / Waldstein, Robert von Hippel, a. a. O..

(註四四) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O..

刑法上法治國的法定原則發展是有阻礙的（註四五）。皇帝是不受限制的審判權（*Gerichtsgewalt*）主體，其意志凌駕於法律之上，亦即不受刑罰構成要件或科刑範圍的限制。

因此，在刑法上，於羅馬共和時代發展出來的成文法統治制度，到了奧古斯都所建立的第一古羅馬帝國（*Prinzipat*）已不復存在。

總之，對於羅馬法來說，無論在共和時期（*Republikzeit*）或帝國時期（*Kaiserzeit*），法官僅能適用刑事法律的文句和意義為判決，而不得逾此範圍為科刑判決或加重刑罰判決，這是令其感到陌生的（註四六），故自不禁止刑法上的類推適用：

在共和時期，即使官員的刑罰權先後受到十二木表法和公共審判法的限制，但對於其條文文句所未掌握的情況是允許為刑法的類推適用（註四七），因此依照這些法律，官員的刑罰權限是上和國家刑罰權相匹敵的，幾乎是全然自由的。

到了帝國時期，特別是統治者不受限制的審判權，

（註四五） Vgl. Dulckeit / Schwarz / Waldstein, a. a. O., § 32 III 4-10; Robert v. Hippel, a. a. O., S. 65ff, 77.

（註四六） Vgl. Andreas Wacke, JuS 1980, S. 204f.

（註四七） Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 65 Anm. 1.

更對刑法上法律保留有致命的殺傷力。在這種不受限制的權力支持下，皇帝的或作為皇帝代表的官員之特別審理程序（*extraordinaria cognitio*）不斷擴大；刑事追訴（*Strafverfolgung*）不受到當時法律規定的刑罰構成要件拘束，也不受到特定的刑罰方式的限制（註四八），導致刑法上例外犯罪（*crimina extraordinaria*）層出不窮（註四九）。

二、加洛尼亞刑法典

一五三二年，神聖羅馬帝國皇帝卡爾五世（*Kaiser Karl V*）（1519—1556）頒布刑事制裁法（*Peinliche Gerichtsordnung*）——即所謂的加洛尼亞刑法典（*Constitutio Criminalis Carolina*；CCC），此就刑法而言，乃是繼受羅馬法（*Rezeption des römischen Rechts*）的頂點（註五〇）。然而這部刑法典也融合了遺留下來的傳統德意志法思想，特別是一五〇七年由佛萊赫倫·約安·封·斯瓦琴貝格（*Freiherrn Johann*

（註四八） Vgl. Dulckeit / Schwarz / Waldstein, § 32 III 10.

（註四九） Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 65 ff, 77.

（註五〇） Vgl. Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 8.

von Schwarzenberg)所擬定的班貝格刑事裁判法(Bamberger Halsgerichtsordnung)。加洛尼亞刑法典無論就程序法，抑或就實體法，在相當大程度上是以班貝格刑事裁判法為依據，亦即帝國刑事訴訟法(Reichsstrafprozeßordnung)和帝國刑法典(Reichsstrafgesetzbuch)實質上是脫胎於班貝格刑事裁判法(註五一)：

一四九五年，由於永久和平條例(Ewiger Landfrieden)制定，武力自衛權(Fehdrecht)被排斥，同時，由於帝國最高法院(Reichskammergericht)建立，因此在法院的提議下，德意志國會(Reichstag)於一四九八年在佛萊堡(Freiburg)通過決議(註五二)：「在帝國中，只有事先規定於刑法典(criminalibus)時，才能採取一種一般性的改革(reformation)和制度(ordnung)。」

當時在位的馬克辛米利安皇帝(Kaiser Maximilian)雖有計畫進行法典編纂的工作，但並無實際上的進展。在一五一九年馬克辛米利安皇帝死後，一五二一年在沃爾姆斯(Worms)召開的德意志國會重新拾起久經中斷的刑法改革；其以一五〇七年的班貝格刑事裁判法——即所謂的班貝格刑法典(Constitutio Criminalis

(註五一) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 9.

(註五二) Dazu Robert v. Hippel, a. a. O., S. 164 ff; Radbruch / Kaufmann, Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532 (Carolina), S. 5.

Bambergensis ;CCB) 為藍本。當時，此由封·斯瓦琴貝格所編纂的刑法典其權威和影響已遠遠超出班貝格教區(das Bistum Bamberg)，甚至在某種程度上，該法典成為帝國計畫中的立法工作之當然基礎。因此，班貝格刑法典在相當大程度上為加洛尼亞刑法典所吸收，是以人稱班貝格刑法典為「加洛尼亞刑法典之母(master Carolinae)」；甚且能說：在本質上，加洛尼亞刑法典在客觀上是封·斯瓦琴貝格的作品(註五三)。

排除不能掌握的法不安定性(Rechtsunsicherheit)和德意志司法的恣意是班貝格刑法典和加洛尼亞刑法典的共同要求(註五四)；此外，加洛尼亞刑法典更面臨了各邦法分歧(Rechtszersplitterung)的鬥爭。職是之故，可以確定的是：加洛尼亞刑法典所追求的目標乃是一種統一的(einheitlich)帝國法律，及保護人民免於法官的恣意(註五五)。

特別是在「痛苦的刑罰(peinliche Strafen)」——對生命、身體和名譽的刑罰屬之(註五六)——的科處上，加洛尼亞刑法典防止恣意(Willkürschutz)

(註五三) Vgl. Radbruch / Kaufmann, a. a. O., S. 8.

(註五四) Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 111.

(註五五) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 212.

(註五六) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter, S. 26f.

的特性特別明顯地表達出來。因此，加洛尼亞刑法典第一〇四條和一〇五條規定為：

第一〇四條（註五七）：

「原則上，犯錯的人應科以刑罰：

....即使未在我們的和帝國的制度規定死刑的案件，我們的皇帝也有權將之或令任何人將之科以死刑....

不過，應特別注意的是：我們的皇帝未規定或科處任何生命、名譽、人身或肢體的刑罰時，法官和陪審官也不能對任何人處以死刑或其他的痛苦刑罰....」

（註五七） 加洛尼亞刑法典第一〇四條原文為："Eyn vorrede wie man mißthatt peinlich straffen soll
.... Aber inn fellen darumb (oder derselben gleichen) unser Keyserlich recht nit setzen oder zulassen, jemandt zum todt zu straffen, haben wir inn diser unser und des Reichs ordnung auch keynerley todtstraff gesetzt;
....Aber sonderlich ist zu mercken, in was sachen (oder derselben gleichen) unser Keyserlich recht keynerley peinlicher straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oderr verhängen, daß Richter und urtheyler dawider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen...."

第一〇五條（註五八）：

「未明定的刑事案件和刑罰：

應更進一步注意的是：對於刑事案件或追訴，現行條文所未規定或不容易明白與理解的刑罰規定，法官和陪審官應該徵求如何處理的建議，當面臨這些偶然的或不容易理解的案件時，我們的皇帝應行使他的權力，我們的制度應以最適當的方式審理與判斷，然後依其理解而採取行動……」

由此看來，儘管排除德意志刑事司法上令人意外的法不安定性和恣意是加洛尼亞刑法典的要求，但由於第一〇五條的規定，允許皇帝行使其權力做「可罰性」的類推，而且科以法官和陪審官徵求建議的義務，使得加洛尼亞刑法典並非封閉的刑罰構成要件體系，罪刑法定

（註五八） 加洛尼亞刑法典第一〇五條原文為："Von unbenannten peinlichen fellen und straffen

Item ferner ist zu merken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachfolgenden artickeln nit gesetzt oder gnugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt) raths pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendlichen fellen, unser Keyserlichen rechten, und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, und alßdann ire erkantnuß danach thun...."

主義自無從於茲實現。

不過較羅馬法進步的是：加洛尼亞刑法典第二一九條中規定「應該求教於適當的人和機關。」一般是以行文(Aktensendung)上級法院或大學法學院(Rechtsfakultät)的方式取得建議(註五九)(註六〇)。如此，無論如何，在徵求建議的牽制下，多少緩和類推適用的恣意，也因此排除參審官(Schöffen)的無知和恣意(註六一)。

除准許類推適用的遺憾外，作為德意志第一部帝國刑法典的加洛尼亞刑法典也未排斥以習慣法作為科刑或加重刑罰的基礎：

其一二〇條規定關於通姦(Ehebruch)所應科處的刑罰，應依照「祖先告訴我們的(sage unser vorfarn

(註五九) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 11.

(註六〇) 戴東雄，中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法，頁一八二，載：「大學法學院享有審判法院移送之卷宗是由於1532年伽羅琳刑法典(Peinliche Gerichtsordnung)(又名 Constitutio Criminalis Carolina)之明文規定：『在法律不足適用者，須引用普通法(羅馬法)或法律專家的見解』。同時在最後條款指示法官在特定訴訟上應向就近大學法學院請示法律見解。此條款也出現於封建領主的法院組織法。」

(註六一) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 72.

)」，即依照習慣法。而第一二一條關於重婚的刑罰參照第一二〇條，同樣也是依照習慣法。又如第一七六條的田野竊盜(Felddiebstahl)，也依照「習慣(gewon-
heyt)」。再者，死刑執行的方式和作法也是依照習慣法(註六二)。但最廣泛的是「前言(Vorrede)」中有所謂的「限制條款(salvatorische Klausel)」；其謂：「我們仍希望藉著從寬的考慮，使選帝侯、領主和有地位的人能依古老的優良傳統，而不做出不合法和不公正的事。」依此條款，也容許對行為人不利的習慣法(註六三)。

然而，即便有此種種不符罪刑法定主義的規定，但加洛尼亞刑法典開始保護市民免於法官的恣意，已經是一種前所未聞的進步法律，甚至可說：對啓蒙運動破曉前的黑暗時代而言，加洛尼亞刑法典是太進步了！

因此，一五二二年在埃斯靈根(Eßlingen)召開的城市會議(Städtetag)就譴責加洛尼亞刑法典的前身班貝格刑法典的設計說：「太不明智地去強化和培養惡人」，在一定程度上可說是一種「小偷保護法(Ganoven-Schutzgesetz)」(註六四)。

(註六二) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 39f.

(註六三) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 40.

(註六四) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 173.

三、普通法

固然，加洛尼亞刑法典並未固守在刑法上以成文法支配的法律保留，但無論如何，在罪刑法定主義的演進上，該法典扮演著一個重要的里程碑。反之，在普通法（*Gemeines Recht*）（註六五）時期，對於排除以不成

（註六五） 山田晟，ドイツ法律用語辭典，頁一五五，載：「*Gemeines Recht*：德意志普通法。自中世紀中葉左右迄十六世紀中葉左右，由德意志所繼受之外國法（特別是羅馬法）。因係於德意志全境所適用之法，故稱為德意志普通法。」又，戴東雄，前掲書，頁一九五以下，載：「公元一四九五年創立帝國最高法院組織法中規定：『法院的裁判必須依據帝國法或羅馬法』。又於公元一五二一年同法新修正法重申帝國普通法的一般補充效力。甚至公元一五一六年Brandenburg 最高法院組織法規說：『如在吾人領域中，法律沒有規定或規定不足時，本法院必須適用帝國普通法為裁判依據』。諸法院組織法在說明：羅馬法在諸法院有一般補充效力。惟法院之組織法之性質與皇帝權威的立法或敕令不同。前者適用羅馬法的規定，祇拘束法院的審判，卻不對一般人民直接發生法規範的效力。惟對於該法院之下級法院，即陪審法院、王室法院或低級法院可能發生間接效力。」

又公元一四九五年帝國最高法院的組織法中規定限制條款（*salvatorische Klausel*）：『凡是合理的日耳

文法作為科刑或加重刑罰基礎的思想，非但全然沒有貢獻，而且反倒是一種退化。普通法時代，在刑法上的特徵是：加洛尼亞刑法典有限的法律拘束要求再解放 (Wiederauflösung jener beschränkten Gesetzesbindung)、法官自由定刑 (poenae arbitrarie) 和例外犯罪 (crimina extraordinaria) 一再支配刑法的領域，此顯示出加洛尼亞刑法典所企求的防止法官恣意不是被遺忘，就是不被承認 (註六六)。

在普通法時期，法官對一個應刑罰的 (Strafwürdig) 行為，在欠缺法律威嚇的情況下，仍然能夠對之

曼習慣法，一經證明其拘束力者，則其效力優先於普通法」。可見凡德國習慣法適用之地區，羅馬法被排除適用；祇有習慣法沒有規定或無從證明其拘束力時，始能引用羅馬法。此即所謂城市法優先於地方法 (Stadtrecht bricht Landrecht)；而地方法優先於帝國法 (Landrecht bricht Reichsrecht) 之原則。依此原則，德國固有習慣法具有優越的效力，致似乎全盤繼受羅馬法沒有成功，尤其似乎繼受的運動之銳氣受到不少挫折。惟事實卻相反。因有該限制條款的規定，羅馬法專家的陪審員藉解釋的方法，使法院適用羅馬法，愈來愈有利。」

(註六六) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 236ff; Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 28ff.

科以刑罰（註六七），此促成了例外犯罪藉由法院慣例（*Gerichtsgebrauch*）而擴張。

妖術（*Hexerei*）的構成要件就是駭人聽聞的例子。此構成要件超越了加洛尼亞刑法典所事先規定的範圍，藉著司法對習慣法的適用發展為例外犯罪：

加洛尼亞刑法典第一〇九條只對於因妖術造成損害（*Schadenszufügung durch Zauberei*）威嚇以火刑處死（*Feuertod*），但在法院慣例所創造的類型，除妖術損害（*Schadenszauber; maleficium*）外，還有所謂的魔鬼契約（*Teufelspakt; pactum cum diabolo*）及魔鬼通姦（*coitus cum diabolo*），因此，在十六世紀和十七世紀，乃至於在十八世紀時，數不清的無辜婦女因為犯了妖術（*Hexerei; crimen magiae*）的不成文刑罰構成要件，譬如以性交的方式和魔鬼交往（*durch Geschlechtsverkehr mit dem Teufel*）而被判決以火刑處死，並因而被燒死（註六八）。對這些瘋狂的行為，普通法的刑法概念實在難辭其咎。

在允許例外犯罪的同時，並存在法官的科刑自由（*poenae arbitrariae*）。德國刑法學的根本奠基者卡爾

（註六七） Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S. 235–238;
Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 28f.

（註六八） Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 230f; Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 209ff.

普卓 (Carpzov) (1595-1666) 甚至要求允許法官依照案件的特性 (Besonderheit) 減輕或加重法律上已規定的刑罰。因此，在實務上，不成文法 (習慣法 / 法官法) 變成刑罰基礎或加重刑罰的最終權威法源 (註六九)

。綜合上述，即使我們不以今天法治國的要求來評論普通法時期的德國刑事司法，而僅將之與封·斯瓦琴貝格希冀在刑法上以成文法來保護市民免於法官恣意的思想相對照，普通法時期實在是歐陸罪刑法定主義演進上的一個退化時期，而且是相當嚴重的退化。

四、啓蒙運動

眾所皆知，刑法上法律保留是啓蒙運動 (Aufklärung) 法思想的果實。當然，啓蒙思想發軔於伏爾泰 (Voltarie) (1694-1778)，但在刑法上，孟德斯鳩 (Montesquieu) (1689-1755) 和貝卡利亞 (Beccaria) (1738-1794) 的思想，毋寧更為重要。因為，他們將

(註六九) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 236ff; Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 167; H.-L. Schreiber, a. a. O., S. 28f.

法律國的理念 (Idee des Gesetzesstaat)——即法典編纂的理念和法律乃市民自由保障 (Gesetz als Garant bürgerlicher Freiheit) 的概念結合起來，用以防止法官和當局的恣意。孟德斯鳩認為法官在人群中掌握的權力是極可怕的 (puissance de juger si terrible parmi les hommes)，故特別是在刑法上，應該以法律統治取代法院慣例的適用，也就是禁止以不成文法作為科刑或加重刑罰根據，而只能依成文法審判、處罰。由於憂慮個人自由受到法官恣意的危害，孟德斯鳩和貝卡利亞遂成為刑法上法定原則的「精神導師」 (geistige Väter) (註七〇)。

(一) 孟德斯鳩

孟德斯鳩 (Montesquieu) 在其劃時代的鉅作「從法律的精神出發 (Vom Geist der Gesetz; De l'Esprit

(註七〇) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 262ff; Hans Peter Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, S. 122ff; Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 215ff; Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 53ff.

des Lois, 1748, X I .Buch Kapitel 6)」中展開舉世聞名的分權主張(Postulat der Gewaltenteilung)。依此，立法權、行政權和司法權應嚴格分離，以避免權力濫用(Machtmißbrauch)和保護市民的自由。孟德斯鳩對此闡明說(註七一)：

「如果立法權和行政權結合在一個人或同一個國家機關，則沒有自由可言，因為人們有理由害怕這樣的君主或這樣的議會將會提出專制的法律以專制地執行法律。此外，如果司法權不從立法權和行政權分離出來，則亦無自由可言。如果司法權和立法權相結合，則權力(Macht)對於市民的生命和自由將是恣意的；如此一來，法官不啻立法者。如果司法權和行政權相結合，則法官將享有一個壓迫者(Unterdrücker)的權力。」

可見，司法權和立法權分離的主張，乃基於保護市民免於刑事司法恣意的要求。此種觀念和啓蒙運動的「法官嚴格受法律拘束(strikte Gesetzsbindung des Richters)」的主張相結合，使法官只被允許享有一種「法律傳聲筒(Sprachrohr des Gesetzes)」的功能，也就是說禁止法官以超越純然法律適用領域外的法律辨認(Rechtsfindung)作為科刑或加重刑罰的基礎。對此，孟德斯鳩闡明說(註七二)：

(註七一) Zitiert nach Klaus Stern, Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 625f.

(註七二) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 14.

「法官只是一張嘴，發出法律文字聲音的嘴。(Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi)」因此，在孟德斯鳩的思想中，罪刑法定主義的思想雛型已經具備，而禁止類推適用的思想已全然成熟。

然而，禁止法律回溯科刑或加重刑罰，在孟德斯鳩的思想中，並未明白表達（註七三）。不過，仍然可確定溯及既往禁止（Rückwirkungsverbot）的發展是其法思想的必然結果，理由有三：

1). 孟德斯鳩的自由理論是根據法安定性（Rechtssicherheit）和市民對法的可預測性（Berechenbarkeit des Rechts für Bürger）而展開。他在「從法律的精神出發」中說：「自由就是法（Recht），就是所有法律允許做的事。（La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent）」又說：「法律應該對於個人保障其自由，而此自由乃是每一個人因對法安定性的信賴而得到的心靈上平靜。（cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté）」

為了達成這種「信賴保護（Vertrauensschutz）」，或更精確地，說是「法安定性」和受法律規制者對於國家制裁的預見可能性（Voraussehbarkeit staat-

（註七三） Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 57-61.

licher Sanktionen für Rechtsunterworfenen)，非足夠明確的刑法不為功（註七四），自然不能允許立法者追溯地科刑或加重刑罰。

2). 其次，即便撇開市民藉「預見可能性」確知其自由的範圍不論，為貫徹孟德斯鳩保護市民免於司法或當局的恣意，溯及既往的禁止也是必然的推論。

3). 最後，溯及既往禁止也是孟德斯鳩分權主張的必然結果。因為，依此理論，立法者應該只能制定抽象的、一般的規則，只有法官才有權在個案——即具體而個別的裁判上適用法律。如果允許溯及既往，則不啻允許立法者針對具體的個別案件制定規則，此不牟於分權制度。

綜合上述，我們可以確定地說：孟德斯鳩的分權制度思想奠定了現代罪刑法定主義的發展基礎。

（二）貝卡利亞

貝卡利亞（Beccaria）（註七五）是孟德斯鳩以外

（註七四） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 55.

（註七五） 貝卡利亞 Beccaria, Cesare (1738.3.15~1794.11.28)
): 義大利人，因提倡刑法改革及經濟分析而著名。大學畢業後，曾在米蘭參加18世紀的啓蒙運動，和P.維里

，奠定現代罪刑法定主義之一大功臣，而且其曾對當時刑法改革灌注相當大的心血，因此刑法上法律保留在其思想中更顯成熟。

伯爵創設文學會社。1763年經維里建議從事刑法研究，於1764年發表名著「犯罪與刑罰」，一舉成名。該書後由法、英、德、波蘭、西班牙、荷蘭和美國翻譯出版，法國在六個月內就發行出版七次。此後兩百年中，又譯成許多其他文本。該書是關於犯罪刑罰原則的第一部明晰而系統的著作，儘管其中有許多概念並非他的創見，但它還是代表了刑法思潮的一個重大進展。其論點是基於功利主義的原則，即政府應力圖為最大多數人謀求最大福利。他對當時的刑訊、祕密訴訟程序、地方官的反覆無常和腐化，以及野蠻和可恥的刑罰都加以批評，強調刑罰制度的目的應以達到安全和有秩序的適當目標為限，超過了這一點，就成為暴政。刑事審判的效力主要是依賴於刑罰的確定性，而不是依賴其殘酷性。因此量刑應按犯罪的嚴重性而定。他首倡完全廢除死刑。他的論著對歐美各國的刑法改革影響很大。他後期生活也富有成果。1768年他接受米蘭帕拉丁學院公共經濟及商業的講座，任教兩年。因講授“公共經濟要素”獲經濟分析先驅之名，講稿在他死後出版。關於勞動分工以及糧食供應與人口關係等概念，顯然是他先於亞當·斯密和托馬斯·馬爾薩斯提出的。1771年被任命為米蘭的最高經濟委員會成員，作出了許多貢獻。他晚年的生活為家庭和健康問題所困擾。他曾熱烈歡迎法國大革命，但對其過火行為感到震驚。（參閱大不列顛百科全書，第二冊，頁二二七）

基本上，貝卡利亞採取孟德斯鳩的分權思想。在一七六四年出版的「犯罪與刑罰」(Über Verbrechen und Strafen; Dei delitti e delle pene)」一書中，他主張只有法律才能決定刑罰，而非官員；並且要求刑事法官只適用法律，因為透過這樣的法律，市民的自由才能獲得保障(註七六)。

貝卡利亞主張刑法上法律保留頗為徹底，他非但主張刑法上法定原則和嚴格要求法官受法律限制，甚且希望禁止法律解釋(Gesetzesinterpretation)(註七七)，因為「如果人們允許解釋，則法律適用是取決於情緒的好壞，法官見解的好壞等，諸如此類的因素(註七八)。」解釋既不許，遑論類推適用。

此外，貝卡利亞也深受孟德斯鳩的啓示，主張構成要件應力求明確。蓋孟德斯鳩的分權主張乃基於「保護市民的自由免於恣意」的考慮，而認為法官在某種程度上只允許是法律的「涵攝自動裝置(Subsumtionautomat)」故孟德斯鳩要求明白而確定地被描述的刑法規範(註七九)。同樣地，貝卡利亞也認為要把「用法律的支

(註七六) Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 266f; Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 218.

(註七七) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 14.

(註七八) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 73.

(註七九) Vgl. Günter Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtlich Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen, S. 169-173.

配代替法官的恣意」之主張和「排斥每一恣意的和撰寫儘可能明白的刑法規範」之要求相結合，以保護市民的自由（註八〇）。

至於溯及既往禁止的問題，貝卡利亞雖和孟德斯鳩一樣未明白地表示，但相對上，我們更能確定貝卡利亞是反對溯及既往的，因為他要求法律「使市民能夠立即判斷一個錯誤行為（*Mißtat*）隨之而來的惡害（*übel*）」（註八一）。依此，若允許溯及既往，則市民無從立即判斷隨之而來的惡害，此種法律自不為貝卡利亞所接受。

總之，如同孟德斯鳩，貝卡利亞在刑法上主張無限的法律統治，但其對刑事司法更有著強烈的不信任感，甚至極端地希望禁止法律解釋。不過，由於貝卡利亞的強力推動，刑法上法律保留的概念更顯鮮明，促成日後罪刑法定主義在實務上的順利展開。

五、約瑟夫刑法典

一七八七年約瑟夫二世大帝（*Kaiser Joseph II*）

（註八〇） Vgl. Günter Kohlmann, a. a. O., 169-173.

（註八一） Vgl. Gerhard Schöckel, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, S. 68.

頒布史稱約瑟夫刑法典(Josephina)的奧地利刑法典。此法典屬於「開明專制主義(aufgeklärten Absolutismus)」的法典編纂，故此刑法典藉由對刑事司法的嚴格法律限制來保護握有立法權的君主權威，為其第一要義(註八二)。但這種專制主義的刑法典已滲透有啓蒙運動以法安定性(Gesetzlichkeit)作為自由保障的理念：

約瑟夫刑法典規定刑法上法律保留於其第一部分第一條，條文為：「不是每一個違反法律(gesetzwidrig)的行為都是犯罪行為(Criminalverbrechen)或所謂的刑事犯罪(Halsverbrechen)；只當其被認為是違反法律的行為而且是被行為當時的刑法宣告為違法的行為才是犯罪行為(註八三)。」此規定在本質上已相當程度含有「無法律，則無犯罪、無刑罰」的原則。

不過此規定基本思想並非保障市民免於恣意，而是在鞏固帝王的絕對權力，藉由嚴格將刑事法官拘束在法典的法律文字上，使皇帝以立法方式表達出來的意志獲得貫徹(註八四)，所以約瑟夫刑法典特別宣示皇帝有

(註八二) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 76ff.

(註八三) Zitiert nach Hermann Conrad, Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780-1788), in: Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, S. 56, 66.

(註八四) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 14.

刑法的公布專屬權 (Kundmachungspatent)，其謂：「為藉由一種一般的法律，對處刑的公正性給一個明確的方向，祛除國家機關的所有恣意....故公布關於犯罪刑罰的一般法律 (註八五)。」

既然是皇帝壟斷刑法的公布權，故其禁止以習慣法作為科罰或加重刑罰的根據，乃當然之舉，因為皇帝希望利用所謂「科刑公正性的規制」，將其立法的意志置於優越於法官恣意的地位之上 (註八六)。

同理，類推適用亦在禁止之列。約瑟夫刑法典第一部分第十三條規定：「刑事法官應被約束在法律逐字的遵守上。同時，對於犯罪人科處之刑度與刑罰種類也應足夠明白地被規定。刑事法官有責任不去減輕或加重法律所規定的刑罰，也不能去改變刑罰的種類，或完全使科刑牴觸犯罪人和被害人間的補償。」 (註八七) 此條和第一部分第一條前後呼應，使例外犯罪被禁止，確立了類推適用禁止原則。

在形式上，約瑟夫刑法典似乎頗符合罪刑法定主義的要求，然而，由於約瑟夫刑法典是將刑法上法律保留依附在君主絕對權力的要求上——即立法權優越於法官意見的原則上，因此刑法上法律保留保障自由的功能只

(註八五) Vgl. Hermann Conrad, a. a. O., S. 65.

(註八六) Vgl. Hermann Conrad, a. a. O., S. 56, 65ff.

(註八七) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 74.

扮演次要的角色。因此，對於刑法的明確性問題在根本上並無關於法治國的目的，而是著眼於統治者的專制利益，其只強調用最大可能性的精確規定更進一步去抑制法官創造法的領域。此即意味著：君主欲實現其專制利益達如何的程度，他也就創造明確的刑法規定到如何的程度，但其最終的根源是其所好（Belibe），而非刑罰必要性的考慮（註八八）。

同理，由於約瑟夫刑法典根本上是透過皇帝制定的法律統治取代法官的權力，以表現「君主的全能（Omnipotenz）」，因此人民自由的保護並非要務，是以約瑟夫刑法典並未確立禁止溯及既往的原則（註八九）。

從約瑟夫刑法典的觀察中，促使我們應注意到：徒有罪刑法定的立法形式，而無保障人民的立法精神，這種刑法典仍非孟德斯鳩或貝卡利亞心目中理想的刑法典，亦即仍不是法治國的刑法典。申言之，無論專制主義刑法典在「法定性」的形式上如何相似於分權主義的刑法典，只要其「目的性」根植於專制利益的保護，就不是民主的刑法典。故罪刑法定主義並不以「法定性」為滿足，而更致力於保護市民免於司法恣意——及免於立法恣意「目的性」實現，方為圓滿。不過，無論如何，約瑟夫刑法典在「法定性」上的立法技術（不是立法精

（註八八） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 85f..

（註八九） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 57ff.

神！）已為日後的法治國刑法典奠定良好的根基，是不爭的事實。

六、普魯士一般法

普魯士一般法（Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten）是一七九四年頒布的法典，就歷史的意義而言，其乃普魯士國王腓特烈二世（Friedrich II von Preußen）（1712—1768）統治晚期的果實，這部法典乃開明專制主義最重要的立法成就，其包含約一萬九千條的民法、公法和刑法。

由於其和約瑟夫刑法典一樣都是專制主義下的產物，因此其特色乃在排斥司法者恣意，然而又聽任立法者——即統治者恣意。也就是說，這部法典在一定程度上雖給普魯士帶來一種法律的整體秩序（Gesamtordnung），但其創造基礎仍是腓特烈二世專制主義的權力要求（Machtanspruch），要求使自己成為唯一的有效法律創造者，以取代聽任法學家「過於瑣碎的分析（Spitzfindigkeit）」和法官的恣意（註九〇）。

（註九〇） Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 85ff.

腓特烈二世的專制主義法律觀在多次引述的一七八〇年內閣令 (Cabinetsordre) 中表達得特別清楚，他說(註九一)：

「.....同樣地，在一個已有其毫無爭議的立法者國家中，人們容許因為曖昧與晦暗引起有廣博知識法學者的廣泛爭論，或甚至引起關於相同的法律或習慣法是否曾經存在的冗長訴訟是愚蠢的事.....

.....當我們在法律和訴訟法的改善上已達成我們的目的，則無疑地，因為事物的簡單化，有淵博法學問的人將喪失其神秘的性質，打破他們完全難以捉摸的瑣碎廢物 (Subtilitäten-Kram)，而且，現在，整個律師的團體變得無用.....

反之，我們不允許任何法官去解釋、擴張或限縮我們的法律，更不允許去提出新的法律。」

這種專制主義帝王反法律學者和法官的法律辨認力 (Rechtsfindungsmacht) 的思想，即對司法的強烈不信任，是普魯士一般法的立法根本思想。雖然，這種類似思想於約瑟夫刑法典已表現，但是在普魯士一般法所採取的立法形式則更為嚴格，使個人完全服從於法律，而非法官的恣意(註九二)。因此，法律的明確性在普

(註九一) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 86f.

(註九二) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 89ff.

魯士的一般法上較諸約瑟夫刑法典更有成就（註九三），甚至有些過分而流於瑣碎，例如其刑法的分則部分計達一千五百七十七條，光是第十章關於名譽的侮辱罪竟有一百二十九條之多（註九四），令人不得不有「法令多如牛毛」之歎！

但也在這種明確性的要求下，促成普魯士一般法的立法形式有突破性的進步。

普魯士一般法的第九條第二項第二十款規定：「法律所未禁止的作為或不作為，不能被視為實際上的犯罪，即便因此行為對某人產生一種事實上的不利。」此揭櫫「不作為」的概念，而且明白區分可罰性和犯罪法定性的分際，實在是罪刑法定主義演進史上的重要突破。

同於約瑟夫刑法典，由於普魯士一般法是以鞏固君主意志為第一要務，不許法官的意志凌駕君主的立法權，因此，即便在其序言（*Einleitung*）第四十九條中規定：「對於有爭論的案件之裁判，法官不能發現能適用之法律時，他必須....依照此法典中採取之一般原理原

（註九三） 因為普魯士一般法的作者 Svarez（1746—1798）始終把腓特烈二世在一七八〇年的內閣令的指示牢記在心，故其在一七九一年對普魯士王儲所做的關於法和國家的報告上，他就主張立法者有義務去注意「法律的明白與清楚。」（Vgl. Günter Kohlmann, a. a. O., S. 185.）

（註九四） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 87.

則，及依據類似案件之現存的行政命令（Verordnungen），依其最佳理解而判決。」但是，因另有第九條第二項第二十款之規定，使這種類推授權在刑法領域被排除（註九五），確立了刑法上類推適用禁止原則。

此外，基於同樣的理由，溯及既往禁止原則在普魯士一般法也告確立，其在導論第十四條中明白規定：「新的法律不能適用於剛才已發生的行為或事情上。」但是，令人驚訝的是，在專制主義法典中竟然出現有利於犯罪人不禁止追溯的規定，在序言第十八條規定：「新的法律公布減輕刑罰的規定，適用於依較早規定確定刑罰而仍未執行刑罰的人。」（註九六）

由此看來，普魯士一般法和約瑟夫刑法典雖同屬專制主義的產物，但前者顯較後者更為進步，在形式上更接近法治國刑法典的要求。

七、法國人權宣言

孟德斯鳩和貝卡利亞等人所要求的刑法上法律保留真正實現是在法國大革命的法律，首先是在一七八九年

（註九五） Vgl. Robetr von Hippel, a. a. O., S. 277, 286;

Günter Kohlmann, a. a. O., S. 185.

（註九六） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 58f.

的「人權宣言 (Französische Menschenrechtserklärung von 1798; Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen)」 第七、八條，然後是次年的憲法。

一七八九年的法國人權宣言第七、八條分別規定如下：

第七條 (註九七)：

「不許任何人在法律所規定的案件和法律所規定的形式外，被控告、被逮捕或被監禁……」

第八條 (註九八)：

「法律只允許規定實際上需要的刑罰，而且不許任何人在其行為前所規定而且公布的法律之外被科以刑罰。」

這種在構成要件明確性原則、類推適用禁止原則、習慣法禁止原則和追溯既往禁止原則外，明確提出刑罰必要性原則，為歐陸法制史上破天荒之舉，此實為日後

(註九七) 人權宣言第七條原文為：" Null homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes, qu'elle a prescrites....."

(註九八) 人權宣言第八條原文為：" La loi ne doit établir, que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée."

法治國刑法典的先驅。

而之所以產生如此規定，「在前大革命時代幾無限制的法官權力濫用」的慘痛經驗，有決定性影響，因其對司法機關強烈的不信任，於是乃依據孟德斯鳩的分權主張，要求司法只能適用立法機關的法律（*référé législatif*），甚至不允許對法律做任何解釋，以保護人民自由，免於恣意（註九九），此也是首度將完整的罪刑法定主義原則完整地宣示在市民權和人權的目錄中。

不過，對於法國大革命的立法雖可賦予高度的評價，但其司法則令人難以苟同。因為，在大革命時代，由於激情的驅使，政治上越來越激進，最後形成雅各賓黨（*Jakobiner*）的恐怖統治，刑法上法律保留很快就被蹂躪殆盡。也就是說，在革命成功後，很快就產生「一種可歎的逆轉」在刑法上完全受當局的恣意所支配（註一〇〇）。

八、拿破崙法典

一八一〇年的拿破崙法典（*Code Pénal Napoleons*），在刑法上，完全採取人權宣言第七、八條的精神，

（註九九） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 17, 75.

（註一〇〇） Vgl. Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 260f.

是一部歐陸首見保障機能的刑法典，而其最重要的條文為第四條，其條文為：「在行為前法律所未規定者，不能對任何輕微犯罪、輕罪或重罪科以刑罰。」

乍看之下，本條文並無特殊之處，然和普魯士一般法第九條第二項第二十款規定為「法律所未禁止的作為或不作為……」對照來看，前者曰「法律所未規定」，後者曰「法律所未禁止」，可尋繹出：前者已初顯保障機能的思想，後者仍強調立法意志的貫徹，形雖似而質已異，不可不辨。

九、弗以爾巴哈

弗以爾巴哈（P. J. A. von Feuerbach）（1775—1833）受到自由主義的影響，強調刑法的保障機能。他是有史以來對罪刑法定主義基本原則有系統闡明之第一人，不過其功績並不只在於罪刑法定主義公式（Formel）的創造，而在於致力將刑法上法律保留落實的貢獻，而成為除孟德斯鳩和貝卡利亞之外，另外一位罪刑法定主義的精神導師（註一〇一）。

（註一〇一） Vgl. Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 237, 239, 262.

弗以爾巴哈在其所著的「德國刑法教科書（Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts）」，於一八〇一年第一版的第二四條中他提出不可變更、沒有例外的刑法基本原則說：

「科刑以刑法為前提要件，因為僅有以法律的惡害威嚇才能建立起一種刑罰的概念和法律上的可能。」

不過如果只從政治上觀察，而武斷地說：弗以爾巴哈的罪刑法定思想，只是基於法治國保護市民免於恣意的要求，這樣並不甚正確。事實上，對之而言，「心理強制說（Theorie von psychologischen Zwang）」的主張，恐怕對其刑法上法律保留思想更具支配的力量（註一〇二）。換言之，法治國思想和心理強制說的結合，構成了整個弗以爾巴哈罪刑法定思想體系。

依照弗以爾巴哈的刑法理論，認為刑罰威嚇的目的是種一般預防（generalprävention），因為犯罪乃為滿足慾望之行為，此等造成犯罪之慾望，可以經由心理強制，而加以排除。既然，刑罰之意義與目的乃在於形成心理強制，其方法乃使全民知曉，犯罪是無可避免地帶來痛苦之後果，且此痛苦之程度尚較慾望未能滿足時之痛苦為大。凡人均會比較衡量此等不同程度之痛苦，在兩害取其輕之原則下，而導致必須忍受慾望未能滿足之痛苦，始不致受到較高程度之刑罰痛苦。具有犯罪傾向者，就在此痛苦程度之比較上，產生心理的強制。在

（註一〇二） Vgl. Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 239.

此心理強制論之觀點下，刑罰之意義與目的乃在於刑罰威嚇（Strafdrohung），而嚇阻犯罪（註一〇三）。

基於心理強制說的理論，要每一市民經由刑罰威嚇認知違法後將隨之而來一種更大的惡害，則其先決條件是該行為前的法律可罰性的明確規定（註一〇四），亦即要求所有刑法必須是成文法的規範（註一〇五），而且必須是明確的規範。

除此之外，由於弗以爾巴哈受到自由主義深刻影響，「保護市民免於司法恣意」亦為其刑法上法律思想的指導原則之一，他甚至談到其對「依附盲目恣意（Stütze blinder Willkür）」的司法實務的「仇恨（Haß）」（註一〇六）。然而，即使他對於刑事司法有強烈不信任感，但也並未走極端去禁止司法的法律解釋；他仍承認法官依據語言慣用法（Sprachgebrauch）和依據文字、句子和各種不同規定關連的解釋權（Recht der Auslegung）（註一〇七）。反之，他禁止法官為「任何形式的法律類推適用」（註一〇八），依此，他也反

（註一〇三） 參閱林山田，刑法通論，頁三七三。

（註一〇四） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 46.

（註一〇五） Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 109.

（註一〇六） Vgl. Robert v. Hippel, a. a. O., S. 291.

（註一〇七） Vgl. von Feuerbach, Kritik des Kleinschrodsche Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch II, S. 22f.

（註一〇八） Vgl. von Feuerbach, a. a. O., S. 23ff.

對以習慣法作為科刑和加重刑罰的依據（註一〇九）。

值得注意的是，弗以爾巴哈可謂將罪刑法定主義追溯既往禁止原則具體化而且提出理論基礎之第一人。他在一八〇一年的「德國刑法教科書」上，在第十九條部分，將「刑罰」下定義為：「一種因違法（*Rechtsverletzung*）而被國家施以法律事先威嚇的惡害。」而且在第十八條中闡明道：「國家必須藉由心理強制而促成依法性（*Gesetzmäßigkeit*），因此，國家也必須喚起市民對此有所確信，將惡害視為被威嚇的行為所不可避免的結果....誠然，一種威嚇本身是矛盾的。如果威嚇只要其前提存在，則在實際上就不可能被施用。」

弗以爾巴哈從上述導出堅定的要求：刑罰必須是法律所規定，而且必須在行為違犯之前的法律所規定，這樣才能藉著心理強制的法律威嚇，達成一般預防阻止犯罪的目的（註一一〇）。

至此，現代罪刑法定思想基本架構在弗以爾巴哈的手中已告成熟，將罪刑法定主義真正落實到刑法層面，而且實際草擬了歐陸第一部依照法治國思想制定的刑法典，展開了法治國刑法典時代，此將於下一節說明。

（註一〇九） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 46.

（註一一〇） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 60.

十、拜恩王國刑法典

克萊希羅德 (Kleinschrod) 在一八〇二年受拜恩王國委託制定「庫爾發爾茲王國－拜恩王國刑法典草案 (Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die Kurpfalz-bairischen Staaten)」而弗以爾巴哈對之並不滿意，於一八〇四年提出了著名的「克萊希爾德草案之批判 (Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs)」。結果使他自己受到草擬拜恩王國刑法典 (Strafgesetzbuch für das königreich Baiern) 的委託，而且成為一八一三年拜恩王國刑法典的作者 (註一一一)。

誠然，當時歐陸各國在政治型態上維持帝制，但在歷經法國大革命的衝激與拿破崙遠征軍的宣揚，以及中產階級的形成，自由主義法治國的思想已深入人心，遂使法治國刑法典的制定成為共識，而予以弗以爾巴哈基於刑法上法律保留原則草擬刑法典的有利條件。

拜恩王國刑法典既是根據啓蒙思想與自由主義而制定，即排斥所有古老的法律、命令和習慣法，一以成文規定為科刑的根據，其第一條中規定：「法律所不允許

(註一一一) Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S. 295, 298;
Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 262f.

而威嚇以某種惡害的作為或不作為之行為人，只能科以此法律惡害作為其刑罰....」就明白表達此一思想。

此外，拜恩王國刑法典嚴格要求法官遵守法律文字。此特別清楚地表達在一八一三年十月十九日的註釋禁令（Kommentierungsverbot）。此令規定拜恩王國刑法典之註釋，國王擁有公布專屬權（Publikationspatent），「由樞密委員（Geheimer Rath）記錄而成」的官方註釋書是此新刑法典的唯一註釋，「絕對不許國家公務員或私人學說印刷關於刑法典的註釋書」；法院和國立大學的教師必須「絕對遵守附帶官方註釋的刑法典文句」（註一一二）。因此，在形式上，本刑法典雖維持開明專制主義的要求，國王仍握有註釋公布專屬權，但其內容則由樞密委員決定，而其為真正的立法者，職是之故，起碼拜恩王國在刑法層面，法治國思想已經落實。姑且不論，絕對禁止法官解釋法律是否過當，但已明確樹立禁止類推適用，毋庸置疑。

至於追溯既往禁止原則，在拜恩王國刑法典第一、二條均有相當規定：

第一條：「本刑法典，自一九一三年十月一日起，作為一般法典，在我們王國的所有領域，有法律的效力....」

（註一一二） Vgl. Robert von Hippel, a. a. O., S. 298f;

Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 266f; Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 119.

第二條：「於法律規定開始前所犯，而於法律規定後才調查或審判的重罪或輕罪，應依現在的刑法典判決，但若該重罪或輕罪之行為當時，法律所威嚇的刑罰是較輕時，則不適用現在之法律。」

由第一條和第二條合併觀察，明白指出禁止追溯加重科刑，但未言及追溯科刑的問題，然而，依照事物本質，禁止追溯科刑是包括在禁止追溯加重科刑之內的（註一一三）。況且，在前述的註釋禁令中亦謂：「....因為國家的和所有個人的安定性乃根植於一個人可罰行為之刑罰事先規定於法律上，和一個市民只要不違犯刑法，則其肯定是不受罰的。」（註一一四）所以，我們可以肯定拜恩王國刑法典是禁止追溯既往科刑的。

拜恩王國刑法典另一項傑出的成就，是在構成要件明確性上，事實上，此法典是一部令人感到驚訝的稀奇作品，有時其分析之精密令人感到有些過分，不過確不會感覺到普魯士一般法上咬文嚼字地瑣碎（註一一五）。例如，其第二三三條規定為：「為完成竊盜而對人施以暴力的虐待或肢體或生命的威脅，不論其是否有貪心的意圖，均為強盜罪。」，又第二四七條規定為：「以

（註一一三） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 61.

（註一一四） Vgl. Zitiert nach Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 118f.

（註一一五） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 89.

違法的故意對別人的財產或自己的財產放火，而造成對該財產居民或他人的財產構成危險，即使此火只造成輕微的損害或其燃發後很快就被撲息，均為放火罪（Verbrechen der Brandlegung）。」

前者，已有構成要件基本類型和加重或減輕類型的區分概念；後者，已有抽象危險犯的概念產生，而且均以明確的構成要件表示，對法官的裁判空間為有效的規制，有利於刑罰公正性的產生，這種傑出的成就，著實令人歎為觀止。

是以，拜恩王國刑法典被譽為歐陸第一部法治國刑法典，實當之無愧。

十一、普魯士王國刑法典

十九世紀罪刑法定主義能在德國開花結果，拿破崙法典第四條的啓示固然功不可沒，但其真正紮下穩固的基礎則是在一八一三年由弗以爾巴哈所草擬的拜恩王國刑法典。

這種成就除因十九世紀自由主義法治國思想影響力的增大所促成外，立憲主義（Konstitutionalismus）的蓬勃也是一大原因。立憲運動（Verfassungsbewegung）主要為市民階層所推動，促成人民透過國會代表而參與立法，並進而以成文憲法針對君主權力加以限制，要求

國家干預(Eingriffe) 市民的「自由與財產」，根本上必須有「法律的授權(gesetzliche Ermächtigung)」，於是產生「刑事立法必須由人民參與之民主主義主張」(註一一六)，以取得刑罰的正當性。換言之，在此時期，罪刑法定主義亦已成為自由主義法治國思想的一種本質要素(註一一七)。在許多國家的憲法中，此原則清晰可見(註一一八)。例如，一八五〇年的普魯士憲法(Verfassungsurkunde für Preußen)就規定：「只能在法律的限度內，威嚇或科處刑罰。」

在此思想潮流的指引下，罪刑法定主義成為歐陸各國的立法指導原則，而其中最著名的是一八五一年的普魯士刑法典(Strafrecht für Preussischen Staaten)，此刑法典成為日後一八七〇年北德聯盟刑法典(das StGB für den Norddeutschen Bund)的基礎，而此刑法典又在一八七一年以極小的修正後，又被公布為德意志帝國刑法典，故普魯士刑法典實為現代德國刑法的決定性範本(註一一九)。

(註一一六) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 22.

(註一一七) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 162-164.

(註一一八) Vgl. Günter Kohlmann, a. a. O., S. 191f.

(註一一九) Vgl. Eberhard Schmidt, a. a. O., S. 314f; Hans-Ludwig Schreiber, a. a. O., S. 164, 167f.

普魯士刑法典落實刑法上法律保留於第二條，其規定：「在行為之前，法律所未規定加以禁止者，就無任何重罪、輕罪或輕微犯罪能被科以刑罰。」完全以成文法作為科刑或加重刑罰的根據。

但值得注意的是，自由主義、法治國主義和立憲主義所要求的成文法原則，仍受到部分學者的質疑，或更確切地說，仍受到浪漫主義歷史法學派的質疑，主要代表人物為薩維尼 (v. Savigny) (1779-1861) 和蒲荷達 (Puchta) (1798-1846)。他們否定開明的法典編纂理想，否定立法的時代使命，而且訴諸民法和習慣法 (註一二〇)。薩維尼說：「在信史所及的最早時期，民法已經有明確性格。它是與語言、風格、制度相同具有民族的特性。不僅如此，這些現象並不是孤立的存在，它們不外乎各個民族的活力與作用不可分地結合在其本性中，並且僅以獨特的風格呈現在我們的眼前。使它們成為一個整體的是民族的共同信念 (die gemeinsame Überzeugung des Volkes)，內心必然的相同情感排除淵源的一切想法。....由於時代的進展，法與民族的本質與性格有機的關連性已經獲得證明，並且在這一點上法與語言也是可以相提並論的。....法與民族的成長一起成長，與民族的壯大一起壯大，並且因為喪失其民族性而最後歸於死亡。....總之，這觀點是使用通用的，但並不十分適當的說法，一切的法都是以習慣法 (Ge-

(註一二〇) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 46.

wohnheitsrecht) 這種方式發展而成的。換言之，法首先是由風俗習慣與民眾的確信，其次是由於法學的著作而來的。因此，無論何處法並不是由於立法者的恣意，而是由於內在沈默作用的力量發展而成的。」(註一二一)

在這種觀念下，薩維尼的法理論儘管把「民族精神 (Volksgeist) 」視為法創造力 (rechtserzeugende Kraft) ，但他也同時走私「法學者的智慧優越於立法者判斷」的精英意識。同樣地，蒲荷達也強調學者的權威性角色是一種功能精華 (Funktionselite) (註一二二)。

不過，這種習慣法和精英意識的觀點在自由主義和開明專主義雜陳的十九世紀並不為普遍接受。蓋其觀點首先和啓蒙思想的法典編纂樂觀主義 (aufklärerischer Kodifikationsoptimismus) 相牴觸；其次，把法律定位在法學者法，此和德意志各邦的君主們的利益相牴觸；第三，此和十九世紀要求透過國會代表人民參與立法的民主主義思想相牴觸。職是之故，成文法原則仍然貫徹在普魯士刑法典，然而，歷史法學派習慣法思想和精英意識為日後納粹推翻罪刑法定主義的伏筆。

在成文法原則確立的情況下，普魯士刑法典排斥習

(註一二一) 參閱林文雄，法實証主義，頁四以下。

(註一二二) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 47f.

慣法，而禁止溯及既往，和有利於行為人例外允許追溯的原則，則規定在第四條：

「在一八五一年七月一日前所犯之可罰的行為，依照行為當時的法律判決。但若現在的刑法典對該行為不威嚇以刑罰或所威嚇之刑罰較行為當時法律為輕者，則依現在的刑法典判決。」

至於類推適用之禁止，在一八一三年拜恩王國刑法典之後，除零星幾個邦外，已成為德意志各邦刑法典的共識（註一二三），故普魯士刑法典在第二條的法律結構就已把排斥類推適用的目的包括在內，是為當時的通說，對此高爾特但姆爾（Goltdammer）下面的一段話，極具代表性（註一二四）：

「類推的排斥，不但包括法類推（Rechts-Analogie），也包括法律類推（Gesetzes-Analogie）。亦即不僅不可從全體的立法結構精神，而且也不可從個別的規定藉由那些未明示的而被認為相關的案例，產生刑法的行為規範。因此，法官的判斷限制在一般的解釋規則上，此則不僅允許文法解釋（grammatische Interpre-

（註一二三） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 77.

（註一二四） Vgl. Theodor Goltdammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, Teil I, 53-56.

tation)和邏輯解釋 (logische Interpretation)，而且也允許依據個別的文字和意義的解釋。」

所以，普魯士刑法典已經跳脫拜恩王國刑法典過於極端的僵硬形式，大體上是一部已然成熟的法治國刑法典。

十二、德意志帝國刑法典

如前所述，一八七一年的德意志帝國刑法典 (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich) 是以一八五一年的普魯士刑法典為藍本，因此，此刑法典也是基於自由主義法治國思想和立憲主義的理想，故罪刑法定主義落實在此刑法典是不言可喻的，然其立法技巧更見成熟，其第二條規定為：

「一個行為只能被科以在行為被犯前的法律所規定的刑罰。

從行為被犯到判決的各種法律，適用最輕的法律。」

由於德意志帝國刑法典在德意志統一當年所頒布，故這部罪刑法定主義刑法典貫徹在全德國。然而令人詫異的是，部分法學者卻對刑法上的法律保留採取強烈的反對態度，賓丁 (Binding) 即是最顯著的代表人物。

賓丁對其所謂的「罪刑法定原則的專制 (Tyrannei

des Satzes nulla poena sine lege)」——特別是類推適用禁止原則——提出強烈批判，他說（註一二五）：

「當理解重罪的範圍，而且知道立法不能夠使這種重罪的範圍普及於所有的漏洞角落；亦即認知到由於刑法典的欠缺，而讓較輕的錯誤行為僅能無罰時，必然不只要求給予法官基於類推基礎判決的權限，而且要求為類推的判決。」

此外，賓丁並尖銳的叱責禁止類推是「不足取的鐐銬（ unwürdiger Fessel ），這種完全以刑法規範機能為著眼點，而忽視刑法保障人民免於恣意的機能，自與當時的自由主義與立憲主義思想背道而馳。故帝國法院和刑事法院並不視禁止類推為「不足取的鐐銬」，而是一種法治國的保障個人的限制。然而，此亦令人警覺到只著眼於刑法規範機能而排斥其保障機能的保守勢力是時時伺機而動的。罪刑法定主義無法百分之百落實，其來有自。

十三、威瑪憲法

第二次世界大戰以前，罪刑法定主義受普遍承認的

（註一二五） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 78.

最明確表達，發現在一九一九年威瑪憲法（Weimarer Verfassung）的規定中。

威瑪憲法在其第二編第一章關於「德國人民之基本權利與義務」的第一一六條規定：

「一個行為只能夠在其行為前之法律規定其可罰性時，才能被科以刑罰。」

此規定和德意志帝國刑法典第二條第一項：

「一個行為只能被科以在行為被犯前的法律所規定的刑罰。」幾乎一樣，但唯一的不同是威瑪憲法第一一六條規定的是「可罰性（Strafbarkeit）」而德意志帝國刑法典第二條第一項規定的是「刑罰（Strafe）」。

因此，在國民代表大會（Nationalversammlung）的委員會審查意見中，這種差異有人加以指摘，但也有人認為並未有實質改變的意圖。至全體大會，這種差異再次被批評，但最後仍以「可罰性」規定在威瑪憲法第一一六條中（註一二六）。

其後，司法界和學界討論：威瑪憲法第一一六條的「可罰性」和帝國刑法典第二條第一項的「刑罰」間的差異，是否意味著威瑪憲法的效力只有「無法律，則無犯罪」，而不包括「無法律，則無刑罰」；亦即是否威瑪憲法第一一六條的效力不及於刑罰。

在帝國法院對此則意見紛歧，莫衷一是，儘管學界

（註一二六） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 25.

通說認為威瑪憲法第一一六條的效力及於刑罰，但亦未能使司法實務的見解達成一致。也就因此，是否得以類推加重刑罰亦爭執不休，毫無定論。

實則，這種紛亂的現象根本上導源於對法治國刑法以保障機能為外延的規範機能之本質認知不足，徒然在枝枝節節上大玩文字遊戲，見樹而不見林。由此亦可看出，二次大戰前德國司法實務界素質亦不高明，此恐怕為日後納粹得以濫用司法之根本原因。

十四、小結

從十二木表法到威瑪憲法，歐陸歷經二千四百年的罪刑法定主義演進，實在是一條漫長的道路，讓人看來眼花撩亂，不過我們可大膽地劃分成三個階段：

第一階段：從十二木表法至啓蒙運動開始前，約二千二百年，在此時期刑法上類推適用被視為理所當然，勢所必然，故此時期可名之為罪刑法定主義否定期。

第二階段：從啓蒙運動至一八一三年拜恩王國刑法典公布前，約一百年，在此期間因自由主義與開明專制主義雜陳，各取所需，並非單純以刑法保障機能為禁止類推適用之理由，故僅排斥司法恣意，而人民仍受立法恣意之威脅，故此時期可名之為罪刑法定主義發展期。

第三階段：從一八一三年拜恩王國刑法典至威瑪憲

法，約一百年，在此期間刑法典大致上均依法治國原則立法，肯定刑法保障人民免於當局恣意的保障機能，刑法上類推適用完全禁止，故此時期可名之為罪刑法定主義成熟期。

以上的階段劃分，無可諱言，並不十分精確。但是，大致能於其中看出啓蒙運動實為罪刑法定主義的誕生關鍵。蓋啓蒙運動之前，人民毫無主體性的認知，單純只是統治的客體，完全只是規範的對象，根本無意識於要求刑法保障機能。而經由啓蒙運動自由主義思想的刺激，人民主體意識覺醒，才迫使當局不得不開始重視刑法的保障機能，歷經百年，而從部分承認到全然肯定。是以罪法定主義原則的根本是自由主義。

自由主義是一種世界觀，也是一種意識型態（*Ideologie*）。自由主義的世界觀，對個人與國家、一部分與全體的關係，解為個人及部分的價值高於國家、全體之價值，國家及全體只限於作為個人、部分的手段時才有價值，法是為了使個人自由與他人自由沒有矛盾而相互調和之規範，制定及維持法律，乃是國家及全體之任務。換言之，法治國家是自由主義之結論，罪刑法定主義之原則，不外是這個法治國家思想在刑法上的表現。又在意識型態上的自由主義，由於破壞封建的束縛與特權，掌握了政治的支配力，而登上世界史的舞台，是一種市民階級的社會意識型態，罪刑法定主義不外是一種在刑事裁判上對抗封建的擅斷主義而形成具有市民意識型態的自由主義之一面。

處於自由主義相對地位的是國家主義、社會主義，在此立場只限於個人對國家，部分對全體有所貢獻才有價值，個人自由是無意義的，認為自由只存在於國家及全體，在刑法領域的結論上，是否定罪刑法定主義。採取這種國家主義、全體主義世界觀意識型態的，乃是獨裁、極權的納粹德意志（註一二七）。

（註一二七） 參閱梁恆昌，論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義，載刑法總則論文選輯（上），頁一〇四以下。

肆、納粹法概念下刑法上類推適用 理論

一、納粹之意識型態

所謂意識型態就是政治信仰的型態（註一二八）。而納粹主義的意識型態是完全致力於優秀種族的革命主張（註一二九）。在許多方面來看，納粹主義都是一種典型的現代意識型態。就像一般的意識型態一樣，它也針對未來的人間天國提出了承諾。然而，它所承諾的天國與以前的自由主義與社會主義所承諾的天國，大不相同；因為它並未使人對於以人類平等為基礎的社會以及縮小政治權力，具有希望。新秩序將是永久的極權獨裁；在這種獨裁中，優秀種族運用其對於劣等人種的專制與毫不妥協的控制權，來實現其自然而正當的功能（註一三〇）。而最優秀的種族在納粹主義來說，當然指亞利安人。

（註一二八） 參閱張明貴譯，Iassc Kramnick/Frederick M. Watkins原著，意識型態的時代：從一七五〇年到現在的政治思想，頁二。

（註一二九） 參閱張明貴譯，前揭書，頁一一二。

（註一三〇） 參閱張明貴譯，前揭書，頁一一五以下。

但是，如果優秀種族最有資格來統治，為何它尚未具有支配權呢？納粹主義作為一種純粹的意識型態。對此一問題，有一現成的答案。就像自由主義者與社會主義者分別指出暴君和資本家是進步的重大障礙；納粹黨人也指出猶太人是所有罪惡的來源（註一三一）。而猶太人最喜歡的策略之一，就是國會民主，因為國會民主會產生無比的混亂與迷離。誠實的日耳曼民族是太過天真與純潔，以致不能瞭解這種迂迴曲折的陰謀詭計，並且加以阻擾。結果是：優秀種族逐漸地成為奴隸與腐化，因而日愈不能執行其正當的功能（註一三二）。

為了彌補這個缺點，納粹黨人極力強調意志與領導。義大利法西斯主義的理論幾乎只是對「獨裁者」的信仰而已，「墨索里尼永遠是對的」就是其典型的口號之一。而「領袖（Führer）」在納粹運動中，也具有同樣的地位。信仰希特勒個人的天才是納粹政治信仰的主要信條。他是不可或缺的領袖，也是唯一的超人；他能夠以難以理解的無比創造力，來扭轉歷史過程並且復興優秀種族（註一三三）。

納粹的法理論就是在這種意識型態下展開。

（註一三一） 參閱張明貴譯，前揭書，頁一一六。

（註一三二） 參閱張明貴譯，前揭書，頁一一六以下。

（註一三三） 參閱張明貴譯，前揭書，頁一一七。

二、納粹之法概念

(一) 民族領袖國家之法律概念

納粹學者認為自由主義的世界觀是將其觀察的中心點擺在個人，個人是自由主義的起點與目的，其他的均被認為是次要的。因此，國家也被放在個人的著眼點下觀察，而作為保護個人最廣泛的一種依據理性的、建立在契約基礎上的以保護個人為其任務的社團（Vereinigung）。反之，納粹學者認為國家社會主義視國家是某種個人必須編入的組合，國家是有機的民族團體，個人必須服從於國家的目的。因為民族團體是建立在共同的生活團體和文化團體上的所有民族成員的社團，而民族團體是組成來貫徹和達成在國家中的目的，因此適用於民族團體的，也適用於國家。在此範圍內，國家追求其特有的利益和目的。故基於此種國家社會主義對世界的認識，國家因此有一種自身的價值，一種獨立的意義；而基於個人作為民族團體成員的概念，其必須服從於民族團體的目標，即服從於國家。納粹學者認為個人所以服從於國家的權威，並非為了自己的緣故，而是為了民族團體。因此個人不是國家領導的主體，而是國家領導

的客體（註一三四）。所以，納粹學者的見解是：自由主義的國家概念是建立在個人上的，而國家社會主義的國家概念是建立在整體性上的；自由主義的國家任務是去保護個人的存在，而國家社會主義的任務是去展開民族團體的目的和保障其利益。納粹學者認為依據任務的改變，國家社會主義國家和其民族成員間的關係也改變：「國家不再純然是握有主權人民的執行機關。更確切地說，國家的事務和其超個人的目的無條件地優先於其人民的利益。所有的個人是灌注在國家之中的，他們無論在道德上或法律上均有義務去服務、服從、付出和犧牲，以謀求民族的昌盛和發展（註一三五）。」是以納粹思想中，最高的價值不再是個人，而是團體。

於是，納粹學者強調民族整體性是法律的基礎。他們認為：法律不再建立在個人主義的自由和自我統治（*Selbstherrlichkeit*），而是建立在明確的民族整體性世界觀基礎上（註一三六）。因此，法律不再是市民的

（註一三四） Vgl. Roland Freisler, Der Wandel der Politischen Grundanschauungen und sein Einfluß auf die Erneuerung vom Strafrecht, in Deutsche Justiz, 1935, S. 1249.

（註一三五） Vgl. Johannes Nagler, Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung, in Deutsches Recht 1934, S. 53.

（註一三六） Vgl. Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 157ff.

契約，而是一種有組織的和絕對的生活總體（*Lebens-einheit*）的團體意志（*Gemeinwille*），也就是民族具體的團體意志。而民族的團體意志乃毫無保留地與絕對地服從於充滿民族的生活法則（*Lebensgesetz*）。這種民族的生活秩序是承受民族整體性的原則，而涵蓋民族團體的所有生活利益（*Lebensinteressen*）——即經濟、法和文化，因此是所有計畫、行動和安排的泉源，是法（*Recht*）和法律（*Gesetz*）最終的、最原始的成立基礎（註一三七）。

法律除了服從於民族整體性概念外，納粹學者認為亦應服從於領袖國家（*Führerstaat*）的概念。因為他們認為民族生活的整體性絕對不能忍受任何權力的分裂和法意志的破裂。一個民族只能有一個政治權力主體（*Träger*）和一個意志主體，並由之幅射顯現民族的力量，並統治一切。故必須將政治領導的唯一性提昇為所有政治力量和法力量運作的最高指導原則，是以領袖原則（*Führerprinzip*）變成納粹民族整體性不可分離的基

（註一三七） Vgl. M. Wachinger, Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell-
strafrechtlichem Gebiet, in Erwin Bumke zum 65.
, S. 53, 57.

本思想（註一三八）。由此可見，納粹學者認為法律是民族和領袖的意志。但事實上，毋寧說納粹學者強調領袖的意志遠勝於民族的意志。因為他們認為所有民族生活的結晶發現在領袖的身上，因此民族的意志全然表現於領袖的命令力量中，所以不容懷疑的是：法律即是領袖的意志（註一三九）。

（二）法律之功能

納粹學者認為法律是民族的產物，於是當法律被認為是領袖有意識的決定和民族團體意志的鏡像時，法律的內容就必須反應特定民族團體的脈動和生活原則。納粹學者認為此乃顯示法律作為國家功能的巨大詞義變化：最早，在專制時代，法律是君主用來監視臣民的命令（註一四〇）；後來，自由主義時代，法律是用來對抗國家的無限權力而保護市民的自由與安全（註一四一）；而第三帝國的法律，依照納粹學者的看法，是在領袖

（註一三八） Vgl. Ulrich Scheuner, Gesetz und Einzelanordnung, in Festschr. für Hübner, S. 192.

（註一三九） Vgl. Ernst Rudolf Huber. a. a. O., S. 160.

（註一四〇） Vgl. Ulrich Scheuner, a. a. O., S. 197ff.

（註一四一） Vgl. Ulrich Scheuner, a. a. O., S. 209ff.

手中的全民族的凝聚力，用來作為民族生活秩序展開的方法，而其整個過程則是由領袖的計劃與決定所控制（註一四二）。他們認為由於領袖是民族的全權代理人（Beauftragter）（註一四三），因此領袖給整個民族運作方向與指示，而法律既是領袖的意志，則法律中含有民族生活的計劃、目標、運用與形成力，換言之，法律是國家領導的有意識行動。而德意志民族的行動原則是有計劃的、目標明確的政治運動（Bewegung），故法律的基本特徵也是運動，而不是麻木；是生活，而非死的規範（註一四四）。法律應被定義為一種依據領袖的意志與計劃去掌握民族生活上永遠持續存在的力量，並且與特有生活和特有意志相結合的有機體（Organismus）（註一四五）。所以，納粹學者認為要理解法律的本質，就必須而且只能從法律的功能獲致（註一四六），換言之，只從法律的形式是無法理解法律的本質，於是他們極反對法律實證主義，認為其使法律變成脫離現實的規範，無法適應未來的需要，欠缺法律應有的運動特徵

（註一四二） Vgl. Ernst Rudolf Huber. a. a. O., S. 240.

（註一四三） 希特勒一九三六年三月七日在國會演說中所自稱。

（註一四四） Vgl. Helmut Großmann, Der Grundgedanke eines Strafgesetz im Sinne des § 2 StGB. n. F., S. 91.

（註一四五） Vgl. Eduard Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Erläuterungen, § 124.

（註一四六） Vgl. Helmut Großmann, a. a. O., S. 91.

。納粹學者的巨擘卡爾·史密特(Carl Schmitt)就認為(註一四七)：

人們應該理解到，法律是功能的，而非理論形式的。但十九世紀的立憲國(Verfassungsstaat)將法律概念建立在符合憲法(的形式概念)上，是典型的分權主義法治國(gewaltenteilender Rechtsstaat)的法律概念。而這種分權主義的法治國是受到孟德斯鳩在政治上將治理與立法加以分離的理念所支配。於是其法源理論(Rechtsquelletheorie)、解釋理論(Interpretationstheorien)和法官對法、法律、法律意志和類推的態度都建立在規範主義(Normativismus)和法律實證主義(Gesetzespositivismus)的邏輯推演理論的基礎上。而此三方面即表現出「立憲的(konstitutionell)」法律概念的特徵。而其最大的缺點是將法律的概念和具體的事實加以分離，立法者只能提出抽象的、一般的規範，而不允許自己運用法律。因為統治與管理、審理與判決不是立法的事，而是行政與司法的事；在司法和行政的領域中，具體的、實際的國家生活才持續反覆出現。一名萬能的立法者有奇特的無限力量，但他不能

(註一四七) Vgl. Carl Schmitt, Die Rechtswissenschaft im Führerstaat, in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 2 (1935), S. 439ff.

將命令直接下給人民，而僅能提出抽象的規則。因此，立憲國的立法者始終與過去相關連，但又缺乏追溯既往的力量。此乃由於立憲國強迫將權力分離，以致只堅守著眼於過去的法律意志，但是司法、行政和法學有時必須回溯過去，因此是和「被截斷的」和「與過去相連繫的」法律相敵對的。而且在立憲國的法律概念下，法律欠缺對未來的適應能力，也欠缺對一個使民族整體力量適應瞬息萬變形勢的領導計劃之容許可能性。立憲國的法律是有意識與有目的去阻礙一種這樣的計劃。因此，德國在這種環境的嚴厲壓力之下，必須去透過授權法（*Ermächtigungsgesetz*）、緊急命令（*Notverordnung*）和非常情況規則（*Ausnahmezustandsregelung*）才能夠良好地適應生活不可少的事物（*Notwendigkeiten*）。透過回到古代亞里斯多德的法律概念，把立法和法律適用加以綜合（*Synthese*），而戰勝二者的分離，才能使領袖國家被保留下來。因此，國家社會主義的法律，不再是抽象的、與過去相連繫的規範；法律是領袖的計劃與意志。國家社會主義的法律是針對現在與未來，它克服了過去與現在不健全的和錯誤的割裂。國家社會主義的法律概念是站在法發展的尖端。

既然納粹學者認為法律之功能乃作為國家領導計劃與意志的民族生活秩序明確目標之展開，因此每一個人應運用其所有適當的工作方法和手段來滿足領袖的意志決定。在法官，納粹學者認為應運用擴張解釋和類推來適用法律是滿足領袖的意志決定的重要方法。而類推不

止於一種單純的思考模式，而是在沒有明確的法律規定下，每一種法秩序之維持所不可或缺的要害，其性質是忠於民族生活的法創造（*Rechtsschöpfung*），在立法精神和法的最高原則的節制下，完成民族團體的法任務（註一四八）。

（三）法和法律之關係

納粹學者認為：十九世紀自由主義理論的觀點，把法治國當成一個國家應有的本質，因此，在法治國應該看到的是：國家完全立於法之中，而法是立於法規範（*Rechtsnorm*）之中。法律規範應該被視為每個國家秩序的創造者和來源。因此在法律與法相互關係理論上與實踐上，兩個概念被認為完全同一（註一四九）。於是啓蒙運動時的憲法契約（*Verfassungsvertrag*）概念被憲法的本質是其法律的特性所取代。實證的憲法甚至只是一種特別的和有優越地位的法律形式。因此，法和國家在根本上是對於所有國家秩序的真實內容（如道德、正義、世界觀）的替代形式。而且，由於國會所制定的法

（註一四八） Vgl. Helmut Großmann, a. a. O., S. 5, 6, 92, 93.

（註一四九） Vgl. Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 22ff.

律被各種憲法學說認為是唯一的法現象，和市民階層自由領域的保護神，因此，所有的法是以法律形式出現的法（Gesetzrecht）（註一五〇）。納粹學者認為由於法律實證主義將法和國家視為國家秩序的最終形式，因此把法治國變成「法律國（Gesetzesstaat）」（註一五一）。因此，他們認為在自由主義世界觀的基礎上，法律和法、法律國和法治國、法律實證主義和法實證主義（Rechtspositivismus），是同樣的概念。但是由於民族對於國會不信任的增長，自由主義在政治上的分裂，導向實證法和超實證法的分離，亦即法和法理念的分裂（註一五二）。因此，自由主義法治國在法與法律的相互關係上邁入一個新的轉折點：法律與法分離，二個概念被獨立化與絕對化，法律是形成實證的法規範，而這種規範在政治上的功能不足，應該透過超法律秩序的法加以減緩或排除。因此，法是一種依「社會正義（Soziale Gerechtigkeit）」所設計唯一「被正當化的（gerecht）」理想概念的自然法（註一五三）。所以納粹學者認為自由主義法治國已建立一種較高的法秩序，

（註一五〇） Vgl. Carl Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in JW 1934, S. 713ff.

（註一五一） Vgl. Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 35.

（註一五二） Vgl. Ulrich Scheuner, a. a. O., S. 209.

（註一五三） Vgl. Helmut Großmann, a. a. O., S. 95.

因而能發揮其超國家、超時代地肯定較高價值的、較嚴謹的功能，以作為所有實證法的標準。於是當實證法不符較高的法理念時，則無拘束性。是以自由主義法治國展開法對法律的鬥爭，以排除被濫用的權力。而法官是適當人選，運用其法律適用的審查權（*Prüfungsrecht*），去支持最高的法理念（註一五四）。

至於在民族的領袖國家中，納粹學者認為並不存在自由主義法治國中法律和法的矛盾。因為國家社會主義的法律被認為是附有義務的民族法的表現。相對於自由主義創造性的法律概念特徵而言，第三帝國民族的法是實現於民族實然真實性中的民族團體生活秩序（註一五五），法律是民族生活秩序的具體表現。納粹學者認為在第三帝國中，法律概念和法概念是共鳴的（註一五六），因為法律是領袖的計劃與意志，而民族團體的法意志和領袖的決定是相同的，因此民族孕育的法展開於領袖孕育的法律之中（註一五七）。但是作為民族秩序形成手段的法律，絕不意味法的唯一表現形式，因為民族的生活秩序形成與實現於各式各樣的方式之中，但法律

（註一五四） Vgl. Ernst Rudolf Huber. a. a. O., S. 243.

（註一五五） Vgl. Karl Peters, Nationalsozialismus und Strafrecht, in JW 1933, S. 1562.

（註一五六） Vgl. Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, S. 31.

（註一五七） Vgl. Ernst Rudolf Huber. a. a. O., S. 237.

是民族的法最完美與最直接的表現，有其根本的重要性（註一五八）。所以納粹學者認為法律和法律在內在的結構上是完全一致的，它們是以同樣的整體性理念——即民族團體生活上的基本觀點——作為基礎。法律除了與其背後客觀而具體的法之意義和目的相結合外，也和民族生活的基本思想——即出現在法確信（*Rechtsgewissen*）中的法理念——有解不開的聯繫（註一五九）。因此法和法律可以以同樣的方式回溯到所有法現象的根本來源上。法和法律並無內在紛歧，沒有矛盾存在於其間。法律之所以有強制性，因為它始終是法的表現：領袖的立法是法的執行、民族團體意志的執行，和一種民族秩序一致性和整體性的執行。但此並不反對法律是一種形式的國家行動，然而這種形式的基本特點乃法律文句中的法結構只是一種使人可理解法概念的安排（註一六〇），此即意味著沒有比法律更能呼應法的（註一六一）。因此納粹學者將法律稱為法的認識源（*Rechtserkenntnisquelle*）。

（註一五八） Vgl. Karl Larenz, a. a. O., S. 10, 11.

（註一五九） Vgl. Karl Larenz, a. a. O., S. 22.

（註一六〇） Vgl. Helmut Großmann, a. a. O., S. 96.

（註一六一） Vgl. Ernst Rudolf Huber, a. a. O., S. 244.

三、納粹法概念下刑法上類推適用理論

納粹學者認為：在十九世紀自由主義法治國法的基本原則是一個排除所有身分、宗教和性別的抽象平等原則，法的價值觀是以個人為基礎；但是，在第三帝國，法的基本原則則是在團體中個人的成員性（*Gliedhaftkeit*），法的價值觀是取決於團體。在國家社會主義國家，每一個團體的成員有義務在團體的意義中去採取立場，從團體的利益中去採取行為的原則，因為基於作為一個民族成員所必須保持的忠誠，此乃其所應為與所當為。如果民族成員做出有別於民族團體利益所要求的事，則違反其忠誠義務，而這種違反忠誠義務的行為是不被允許的（註一六二），而第三帝國的刑法也做如此的要求。納粹學者認為：第三帝國的新刑法是建立在突出民族團體優先性（*Priorität*）的基本概念上，而這種概念反應在國家中，則對個人的損害，往往同時造成對國家的損害，因為個人僅被當成國家的構成員。如果有人做出這樣的事，則其違反作為一個民族成員對於團體所負的忠誠義務（註一六三）。

（註一六二） Vgl. Joachim Schem, *Die Analogie im Strafrecht*, S. 88.

（註一六三） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 88.

因此，納粹學者認為：犯罪除了不只是對個人的傷害而且是民族團體的傷害外，而且犯罪進一步顯示了忠誠破壞的性格（註一六四），同時，此忠誠破壞也意味著民族秩序所賴以生存和得以鞏固的環境——法平和遭到干擾（註一六五），這種概念對刑法性格的確定有重要的效果，而且回答了國家何時應該科以刑罰的問題。對於刑法的性格而言，刑法在觀念上不再是自由主義國家維持和保護個人利益的緊急權（Notrecht），而是民族團體作為民族淨化（Reinigung）需要和保護需要所不可或缺的工具（註一六六）。而刑罰的觀念亦應由如是著眼。

納粹刑法上類推適用理論即由此展開。

（一）實質正義與形式正義

（註一六四） Vgl. Hans Frank, Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, S. 12.

（註一六五） Vgl. Johannes Nagler, Die Grundlagen der Strafrechtserneuerung, in Deutsches Recht 1934, S. 54.

（註一六六） Vgl. Roland Freisler, Der Wandel der Politischen Grundanschauungen und sein Einfluß auf die Erneuerung vom Strafrecht, in Deutsche Justiz 1935, S. 1251f.

納粹學者認為：在自由主義法治國的刑法概念下，犯罪是由法律規定國家所得干涉的界限，而此種干涉是介入國家所應該保護的個人法益。因此法治國的犯罪是違反國家公布的生活規定，而且犯罪只可能是違反國家所公布的生活規定。換言之，犯罪一定是違反國家法律的行為，否則即便其是道德上所應譴責的，甚至傷害到個人，然而因為國家並未以法律加以禁止，國家就必須延伸其對個人的保護，而不得發動刑罰權。而也就因為個人活動的自由是以法律為界限，因此自由主義法治國的刑法是以形式的正義（formelle Gerechtigkeit）支配著（註一六七）。所以，自由主義法治國的刑法對於置於法律保護目錄以外的法益就不注意，對於不吸收在保護目錄中的行為國家就漠不關心，此可從其刑法典指出無刑罰的領域中看出。自由主義法治國把整部刑法當成個人法益的保護法（註一六八）。

納粹學者認為：國家社會主義刑法的基本觀點就全然不同，其不將刑法當成個人法益的保護法，因此考慮是否為犯罪，是以民族團體的利益為著眼點，犯罪不再是關心被傷害的個人，而是關心民族團體。他們認為在第三帝國，個人已不再是自由主義中自私自利和純然依理性行動的人，而是與民族相連繫、自願地去奉獻和犧

（註一六七） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 89.

（註一六八） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 90.

性的人（註一六九）。因此，在國家社會主義國家中，不會發現保障個人自由的設計和以法律規定其行為範圍的制度，而是發現民族團體有組織的形式，個人的目的和任務是竭盡全力去做最有益民族團體的事。職是之故，國家社會主義的刑法不再拘泥於刑法中列舉的法益之保護，而是要求對於所有團體的利益，國家均應予以保護。換言之，犯罪的本質，不再是法律的違反，而是對團體生活的藐視（*Mißachtung*）（註一七〇），犯罪的被害客體不再是個人的法益，而是生活法益（*Lebensgüter*）和民族團體所承認而將之置於法（不是法律！）保護下的權利，凡對此攻擊者，均應科以公正的刑罰（註一七一）。

納粹學者認為：由於國家社會主義認為所應科以刑罰者，不限於法律上所提及的，因此國家社會主義刑法表現出與自由主義刑法不同的特性，即實質正義（*materielle Gerechtigkeit*）的優越。換言之，國家社會主義刑法不只以法律去作為判斷一個行為是否可罰的標準，同時將只要是違犯民族團體的利益之行為均認為是犯罪。故國家社會主義刑法有意識地放棄形式不法的概念

（註一六九） Vgl. Heinrich Henkel, *Strafrichter und Gesetz*, S. 65.

（註一七〇） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 90.

（註一七一） Vgl. Johannes Nagler, a. a. O., S. 54.

，而且極端強調以道德和風俗作為刑罰的基礎（註一七二）。但此不意味著刑事立法者和法官將深入風俗、宗教和道德規範領域的所有角落，而展開刑法的界限於無窮盡（註一七三）。對此，有一個限制的標準，即民族意識（*Volksbewußtsein*）。納粹學者指其意義為：當民族團體是犯罪的攻擊客體，而感到被強烈傷害，則向其代表（*Exponenten*）——即國家要求一種科刑，則這種國家的科刑是適當的。故納粹學者認為刑事立法者和法官在對於應該判決的案件中發現此標準，而依此標準，他們能將判決指向可罰性（註一七四）：

1. 法官自由是達成實質正義之要求

納粹學者認為：在國家社會主義的刑法上，法官的立場是完全不同於自由主義刑法的。在其以實質的正義作為基本原則要求下，法律的獨一無二效力是不能作為刑法的基礎。他們認為：法律在自由主義國家是劃出個人自由空間，故要求儘可能做精確的規定，因此法律意味著反國家和反法官的保護個人功能，然而第三帝國的

（註一七二） Vgl. Franz Sauer, *Wendung zum nationalen Strafrecht*, S. 27.

（註一七三） Vgl. Heinrich Henkel, a. a. O., S. 52.

（註一七四） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 91.

法律是一種立法者表達那些行為是傷害民族團體的方法。但此不意味著傷害民族團體的行為是由法律所規定的，因為其毋庸等待法律的規定，只是經由法律的強調而被更良好地認識，因為在第三帝國的法律只是法的一種認識源（Erkenntnisquelle）（註一七五）。

在此方面，納粹學者認為國家社會主義的法概念和歷史法學派的法概念是結合在一起的，二者同樣拒絕「法就是法律」的命題，而且同把民族精神作為固有的而非創造出來的法認識源。在法律裡頭的東西是法，但法律並非唯一的法。不過，在法律中，是把年代久遠的、保證民族整體生活一致性的普遍意志（Gemeinwille）更明白地表達出來（註一七六）。但是，納粹學者認為不必將國家社會主義的法律視為如自由主義的法律概念，認為「法律只是不可缺少的，然而必然是不完整的法之表達方法（Auskunftsmittel）」（註一七七），因為國家社會主義只把法律當成法的認識源而已。因此，法官的立場應該是：法官不是法律的僕人，而是實質正義的僕人，法官必須協助實質的正義獲得勝利。而為使法官達成實質的正義，因此必須給他裁判的自由，使之

（註一七五） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 91, 92.

（註一七六） Vgl. Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, S. 31.

（註一七七） Vgl. Hans Frank, a. a. O., S. 28.

不拘束於法律文字。換言之，必須給予法官自主性，而不必像「涵攝的自動裝置（Subsumtionsautomaten）」般工作，如此才能使法官從法律的桎梏中解放出來，而讓其依據從民族精神而來的法作成判決，因為民族的法是不可能被逐字寫下來的（註一七八）。

2. 刑法上類推適用是法官達成實質正義之方法

納粹學者認為刑法上類推適用的問題，其答案很容易從上述中獲得。因為要法官達成實質的正義，就必須給他每一個有助於發現基於民族精神的法之方法，以便據以作成判決。因此，納粹學者認為必須給法官藉著依據表現法的法律之類推適用的幫助去發現正確判決之可能性。是以納粹學者認為：禁止類推適用，而欲在民族團體中實現實質的正義是根本不可能的（註一七九）。換言之，他們認為刑法上類推適用是法官達成實質正義必要的方法。

（二）法官自由在領袖原則下之界限

（註一七八） Vgl. Joachim Schen, a. a. O., S. 93.

（註一七九） Vgl. Joachim Schen, a. a. O., S. 93.

在納粹學者認為國家社會主義是以實質的正義當成其刑法的基本原則時，則法律又何以是必須的？依照納粹學者的說法，國家社會主義國家是領袖國家，領袖是唯一的權力主體，領袖人格給予國家中的全部活動以標準，因此其也指示出界限給法官，而在此界限中，法官必須去堅持其活動。換言之，領袖對於法官而言是標準的人格（maßgebende Persönlichkeit），依照此權威的人格，法官必須安排他的行為。領袖的任務是去使民族的法從沈淪中浮現，和使法變成可辨認的。而且只有領袖是被委以做這樣的事，並且他能夠做得比所有的法官更好，因為他十分輕易地發現什麼是符合民族精神的（註一八〇）。因此，國家社會主義是透過以法律形式的領袖命令明白地表達民族精神（註一八一）。而法官是領袖的「獨立的」助手（註一八二），因此依據領袖原則法官應該是受到法律拘束的。

但納粹學者又說：領袖也意識到情事的持續變更——即民族團體的生活需要、觀點和努力方向的變化，因此他形式的命令是不能夠跟上不斷前進的生活關係的發

（註一八〇） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 95.

（註一八一） Vgl. Georg Dahm, Das Ermessen des Richters im Nationalsozialistischen Strafrecht, in Deut. Strafrecht 1934, S. 252.

（註一八二） Vgl. Fritz Gürtner, Der Gedanke der Gerechtigkeit, in DJ 1935, S. 1244.

展腳步，而遲早要落後於這種生活關係的（註一八三）。換言之，立法者也意識到法律（不是法！）含有漏洞（註一八四）。故領袖自己作為立法者，當然希望民族成員對由他創造的法律有完全的體會，而在其所決定的範圍內，採取滿足當時需要的行動，是以民族成員不必僵硬地在法律內容上感覺領袖的評價，因為領袖的真正意志是希望透過國家社會主義的世界觀，將法律的意義和目的改變而適應於更廣闊的領域（註一八五）。因此，當民族敗類利用法律的有限性而去傷害民族團體的安全時，領袖將給予法官許多自由，以便達成實質的正義（註一八六）。對此，納粹學者認為現存的方法就是類推，但類推不是使法官超越法律，而是堅持法律，同時，類推是使法官能填補法律上的漏洞（註一八七）。

所以，納粹學者認為國家社會主義的法官角色應該是：科刑的基礎應該由領袖單獨決定，由他決定什麼是可罰的和什麼是不可罰的，但他不是就個別情況做規定，而是透過一般規範的公布加以規定，即法律的公布加

（註一八三） Vgl. Karl Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen Staate, S. 76ff.

（註一八四） Vgl. Karl Hildebrandt, a. a. O., S. 44.

（註一八五） Vgl. Helmut Großmann, a. a. O., S. 104.

（註一八六） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 97.

（註一八七） Vgl. Karl Klee, Strafe ohne geschriebenes Gesetz, in DJZ 1934, S. 642.

以規定；而法官是服從於法律的，但在領袖允許的情況下，在某些方面，法官是可以偏離法律的（註一八八）。所以，領袖原則和法官不必受法律拘束是一致的（註一八九），不只因為法官不必受法律拘束是領袖任其去決定的結果，同時也意味著領袖不必透過個人的命令去決定每一細節和小事，而只要提出一般性的方針，供其信徒依此行事為已足（註一九〇）。

四、納粹將意識型態隱藏於法學概念之中

實在說來，將上述的納粹對法和法律的看法，稱為「理論」，實在是溢美之詞，因為它既欠缺「條理」又缺乏「推論」。雖然，乍看之下，煞有介事，擺出理論的架勢，但稍微細思，則它根本不是理論，而只是一些既空洞又無意義的政治口號的連綴。

（註一八八） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 97.

（註一八九） Vgl. Roland Freisler, Schutz des Volkes oder Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters, S. 17ff.

（註一九〇） Vgl. Joachim Schem, a. a. O., S. 98.

從上述納粹學者所提出的看法來看，其中到處充斥著既不和諧又充滿矛盾的命題，他們既稱「法律是民族的意志」（團體的意志），又說「法律是領袖的意志」（個人的意志）；既稱「法律是民族的生活」（客觀的事實），又說「法律是領袖的決定與計劃」（主觀的意志）；既稱「法律是民族生活秩序的鏡像」（被動），又說「法律是展開民族生活秩序的方法」（主動）；既稱「法官是不受法律拘束的」，又說「法官應受到領袖意志（即法律）的拘束」；既稱「犯罪由民族精神中發現」，又說「犯罪由領袖決定」；既稱「法官是獨立的」，又說「法官是助手」；既稱「類推是偏離法律的」，又說「類推是堅持法律的」。凡此，均顯示其命題上的矛盾。或謂此是受到黑格爾辯證法的影響，但是納粹學者亦未稱之為「正、反命題」，而且也不存在「合命題」，故此與辯證法無關。其實，對這些矛盾命題，納粹學者根本都只強調後者，前者都只有點綴的作用而無實質的功能。所以，整個納粹學者的看法都只是在呼應希特勒獨裁的要求，強調「法律是領袖的意志」、「法律是領袖的決定與計劃」、「法律是展開民族生活秩序的方法」、「法官應受到領袖意志的拘束」、「犯罪由領袖決定」、「法官是助手」、「類推是堅持法律的」，一言以蔽之，就是「領袖是一切」。此與納粹主義的盲目崇拜領袖意識型態前後一貫，只是政治上「精英理論」的政治口號，絲毫嗅不出法學上應有的原理原則之探討。

此外，整個納粹學者的看法，幾乎都只有命題，而無推論。從頭到尾像政治的宣傳品般把其命題拼湊條列，而對其矛盾命題不是未提出說明，就是含糊帶過，要不然就再提出一個對推論毫無作用的命題，然後導出本來已有的命題當成結論，例如：「P：法律是民族團體的意志，Q：法律是領袖的意志，R：民族生活發現其結晶於領袖身上，所以Q：法律是領袖的意志。」再不然就是在原有的矛盾命題外，再加一個命題，然後把該命題當作結論，例如：「P：法官應不受法律的限制，Q：法官應受法律的限制，R：領袖不希望法官絕對受到法律的限制，所以R：領袖不希望法官絕對受到法律的限制。」整個看來，納粹學者的看法，除了命題還是命題，除了結論還是結論，其從「領袖是一切」出發，以「領袖是一切」結束，其間的一切都只是意識型態的包裝，而不是法學。

此外，納粹學者一再譏諷法律實證主義和強調其與歷史法學派的類似性，但是分析其論調，在實質上恐怕更同於前者，而異於後者：

凱爾生(Hans Kelsen)的純粹法學(Reine Rechtslehre)是最極端形式的法律實證主義，他的基本論證是：法規範的妥當性(validity)只能以上級規範為依據，因此，探討追究法規範的妥當性時，必然可以追溯到最高、最後的規範，此一規範，凱氏稱為基本規範(Grundnorm)(註一九一)。而納粹學者認為，其基本(註一九一) 參閱林文雄，法實證主義，頁一八六。

規範為領袖的意志 (the will of the leader)，其他一切的法規範均以此一基本規範，作為妥當性的根源 (註一九二)。在形式上，二者極為類似，恐怕是無法否認的事實。但是此不意味著二者完全相同，因為納粹的見解是基於意識型態，而非法學理念，故為實現主義化身的領袖意志，法院可以不顧憲法與法律的明文規定，為判決與裁定。因此，行政處分、判決、命令、法律、憲法，都立於同一平等的地位上，互相競爭，以求主義的政治理念，獲得實現 (註一九三)。

再者，納粹學者為貶抑法律實證主義，也不惜扭曲歷史事實。其謂法治國的「法律審查權」是法與法律的鬥爭，但事實上其所指的是美國法院的「違憲審查權」 (註一九四)，在本質上其仍是法律實證主義中，上級

(註一九二) 參閱林文雄，前揭書，頁一九八。

(註一九三) 參閱林文雄，前揭書，頁一九八。

(註一九四) 美國憲法形成初期，「憲法制定權力之基本原理在於保障人民的自由和人權，因而憲法可以限制包括立法權力在內之各種國家權力。」是為思想主流，為人民所確信。前此美國憲法思想史的展開，當然對美國憲法的「憲法制定權力」、「憲法之位階性」概念之形成，提供了思想和理論的基礎，也使哈米爾頓 (Alexander Hamilton) 一流所謂 Federalist 人士的想
法，成為美國憲法思想與制度的主流與核心。他們認為：被委任者之權力必須服膺原始的權力，人民的思想乃是原始的權力，受委任者——國會——的意思畢

規範拘束下級規範的問題，而非超實證法與實證法間的鬥爭，由此如何證明法治國的法和法律間存在矛盾？何況，即便此是法治國法概念的缺點，也導不出第三帝國

竟只是被委任的權力；憲法為人民思想之直接表示，法律卻只是人民之被委任者之意思表示，因之法律必須從屬於最高法規之憲法。哈米爾頓（A. Hamilton）認為：「立法機構之違反憲法行為，不應使之發生效力。若否認此一原則，則不啻承認代理人比本人重要，傭人比主人地位為高，人民的代表地位比人民優越。」他又主張：「解釋法律為法院固有的特殊的職掌，實際上法院即以憲法為根本法，並應憑以解釋法律的。……確定憲法意義之權限，應隸屬法院。惟若憲法與法律之間存有互不相容的矛盾在時，解釋上當然應賦予以有較高拘束力者以優越的法效；換言之，憲法應優先於法律，亦即國民之意思優先於國民代理人的意思。諸此思想的演進，不但使法律的位階概念，助上位的法規範與下位的法規範的區別逐漸定著；而且，法律既然必須從屬於最高法律——憲法，遂使法律與憲法發生是否牴觸疑義時，必須由立法機構之外某種權力加以審查之理論，當然隨之產生，而司法審查制之理論與思想基礎，也於焉確立，終有一八〇三年 *Marbury v. Madison* 一案之發生。美國聯邦最高法院院長馬歇爾（John Marshall）於一八〇三年審理 *Marbury v. Madison* 一案中，終於秉承這種憲法思想史的展開，展開了下述理論：一、憲法是高於一般

法概念的優越性。而且，當主張第三帝國法和法律內在構造同一，但又認為必要時法官可以偏離法律以適應瞬息萬變的發展，不啻承認其存在實證法和超實證法的鬥爭，則何優越性之有？而其將決定法律內容的權限，由議會移轉於行政部門——即領袖，且法律內容的任意性又受到絕對尊重時，自然法又如何有作用的空間？

至於和歷史法學派類似的問題，納粹學者立論時，的確是模仿其以民族精神與民族生活作為法律的內容根據，然而，對納粹學者啓發更大者，恐怕是薩維尼主張法律人在進步文明中代表並形成國民意識（註一九五）。這種瀰漫著浪漫主義的精英意識，被納粹學者轉換成

法律的最高法律規範。二、依權力分立原理的理論，必然引出司法審查的理念和結論來。三、法官是法律的解釋者，此一機能與責任包含憲法與一般法律在內；因而，對憲法與一般法律有無衝突矛盾存在，自非加以判定不可。於是美國最高法規之憲法，已不僅具有國家的「政治底」、亦即「組織國家機關的基本秩序」的根本法之意義，而且更具有國家的「法律底」、亦即「可由法官適用的基本規範」的根本法的意義了。諸此思想與理念的綜合，遂使司法審查的理論逐漸形成，日臻確立。浸假且成美國憲法的一大特色。（參閱李鴻禧，違憲審查論，頁五六、五七。）

（註一九五）參閱楊日然等譯，W. Friedmann 原著，法理學（Legal Theory），頁二二八。

「領袖原則」而發揮得淋漓盡致。納粹學者一反歷史法學派所強調的客觀存在之風俗與習慣，而鼓吹以人身因素為取向之專斷主義，完全剝奪了薩維尼學說的精髓，使其民族精神的法理論被改頭換面，揉合成一種極權、侵略、禍國、殃民的理論，無論如何，這是薩維尼所想像不到的（註一九六）。

此外，薩維尼立論之動機，主要乃反對德意志繼受羅馬法而頒布民法典，因為他認為將德國私法立即法典化將是無益、草率而危險的。例如，當人民的輿論還沒有顯示確定贊同的傾向時，將婚姻法法典化是徒勞無功的。又民法典中富有法的技術性要素，要立法時，需要找一位偉大的立法者才能勝任，然而當時德國是沒有辦法找到的（註一九七）。然而，納粹學者大量運用所謂民族精神，並非在民法領域，而是在刑法領域，是否盡如薩維尼本意，亦令人懷疑。因此，薩維尼的民族精神說是被納粹所惡用，正如法西斯主義（Fascism）從狄驥（L. Duguit）接受社會連帶說，但卻捨棄其排斥國家主權的主張。國家社會主義（National Socialism）從德國歷史法學接受民族精神的理論，但卻以未曾有的最殘酷與最有效率的立法機構取代了立法活動的懷疑論（註一九八）。

（註一九六） 參閱林文雄，前揭書，頁一二。

（註一九七） 參閱林文雄，前揭書，頁五。

（註一九八） 參閱林文雄，前揭書，頁一一。

最後，關於刑法上的法益，納粹認為法治國是將之視為法律的規定，亦未必正確。事實上，法治國對法益的基本看法是：在未有刑事立法之前，即已有了法益的存在，立法者只不過將此種法益以法律實證化（條文化）（註一九九）。而法治國所以強調實證化，實乃是指處罰效果之成文化，以維護刑法的保障機能，所以納粹指稱在法治國，法律所未規定，即否定行為之犯罪本質，毋寧說是法治國否定其國家對之發動刑罰權。蓋手段與目的間必須維持相當之比例關係，法治國以罪刑法定去防止人民受不當恣意之傷害，使實質正義獲得最大之滿足，焉可謂此為形式正義。況且，法治國在民法領域，並未絕對排斥類推，即可看出此乃比例原則之考量，而非僅追求形式正義而置實質正義於不顧。反倒是納粹刑法理論，泛以民族精神為科刑依據，以「團體（*Gemeinschaft*）」的利益，來決定個人的法益。而所謂「團體的利益（*Gesamt-Interesse*）」表面上看來，冠冕堂皇，但其內涵卻過於抽象而空洞，顯然欠缺概念的「明確性（*Bestimmtheit*）」。

而這個「明確性」的要求，卻正是刑法意義下法益概念所不容或缺的要求，亦即為了達成實體掌握性之目的，非有「概念明確性」不可。至於在沒有先確定具體基礎點，而能產生「團體的利益」當作「最高的法律價值（*der oberste Rechtswert*）」的觀點，自會造成一種不正確的認知：法益概念的

（註一九九）參閱陳志龍，法益與刑事立法，頁一〇三。

確定，僅以和團體價值或社會價值有關者為限。質言之，就是採取將「國家」當作「最高的刑法價值（Obersten Strafrechtswert）」的觀點，使法益概念僅能居於低聲下氣的依賴地位。換言之，在此前提下法益永遠是國家的權益（Rechtsgut ist stets Staatsgut），而此所謂的「國家」，並非一般學理上所稱的「不變主體」，而是指支配政治權的政治意識，亦即「國家的意識」才是法益概念的支配原則（註二〇〇）。是以法益概念，根本就是政治上意識型態的代名詞（註二〇一），如此一來，刑法則不折不扣變成政治的工具，恣意的威脅無所不在，為藉口所謂實質的正義，連形式的正義都犧牲掉，孰優孰劣，毋庸贅言。

總而言之，整個納粹法理論，只是以法學概念掩飾的政治意識型態，本質上是政治策略，而非法學理論，在所謂「領袖原則」的指導下，刑法成為政治的附庸，獨裁的工具。

（註二〇〇） 參閱陳志龍，前揭書，頁四八以下。

（註二〇一） 參閱陳志龍，前揭書，頁四六。

伍、納粹時期德國實務之刑法上 類推適用

一、概述

德國於一八七一年依照法治國民主主義在刑法上所建立的罪刑法定主義制度，於一九三三年希特勒取得政權後，整個被瓦解，直至其敗亡為止。在納粹掌權的十二年間，德國在刑法上又回到「啓蒙運動前的野蠻(vor-aufklärerische Barbarei)」的恣意統治(註二〇二)。此為罪刑法定主義百年來所經歷的最大衝擊。

希特勒在奪取政權(Machtergreifung Hitlers)後，馬上開始剷除德國從啓蒙運動到威瑪憲法在法治國自由主義和民主主義上所獲致的成就，當然，也包括罪刑法定主義在內。此將引證納粹極權主義的野蠻思想加以說明：

希特勒極端厭惡民主主義的議會，他批評民主主義的議會政治說：「今天(德國)西部的民主主義，致力

(註二〇二) Vgl. Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 27.

於其外表的表達形式，即議會政治，一種『由混亂和火爆而生的好笑產物 (Spottgeburt aus Dreck und Feuer) 』……」又說：「民主主義和議會主義的統治，排斥人格特性 (Personlichkeit)，而取決於愚蠢、無能的多數……」(註二〇三)他採取反民主主義的思想，主張所謂的「精英的領袖原則 (aristokratisches Führerprinzip)」他說：「在否定民主主義的群眾思想的情況下，應致力把地球交給最優秀的民族，也是最高尚的人群。依此世界觀，照邏輯的推演，在此民族中必須再次服膺相同的精英原則，而且保證由最優秀的領袖領導 (註二〇四)。」

因此，整個納粹的統治，並非建立在多數決思想 (Gedenken der Majorität)，而是建立在人格特性思想 (Gedenken der Personlichkeit) 上的獨裁統治。

這種反民主的觀點，在一九三四年戈貝爾 (Geobbel) 的談話中，表現地更露骨，他說：「當 (我們) 在反對黨時期，那些民主主義者給予我們的民主主義的方法，必須出現在一種民主主義的體系。然而，我們國家社會主義者從不主張我們是一種民主主義的觀點，反倒是我們已公開說明：我們只使用民主主義的方法去獲得權力，而且在我們取得權力之後，將無情地拒絕給我們的對手任何方法，而這些方法是我們在反對黨時期人們給

(註二〇三) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 27.

(註二〇四) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 28.

我們的（註二〇五）。」

對從啓蒙運動到威瑪憲法自由主義法治國思想的產物，納粹政權也激進地全面予以否定。希特勒說：「在世界上只有一種法律，而此種法律根源於其固有的權力。」戈林（Göring）說：「我的方法將不是病懨懨地透過任何一種法學思想，....在此，我必須不使用正義（的概念），沒有別的，我只必須去剷除和肅清（敵人）。」戈貝爾則更清楚地說：「我們所從事的革命是一種完全的革命。....我們所要打倒的體系，在自由主義中發現最貼切的特徵描述。過去，自由主義是從個人出發，而且將個人置於所有事物的中心；現在，我們則用民族取代個人，用團體取代個體（註二〇六）。」而納粹黨黨綱「二十五個要點」，在其第二十四點中明揭：「我們並且確信欲求成就我們的國家長治久安的復興，必須由內心上造一基礎，即：公益先於私益（Gemeinnutz vor Eigennutz）（註二〇七）。」

可見，納粹政權是徹底地反個人主義、反自由主義和反立憲主義的暴力統治。

除此之外，法律學者竟也群起附和。德國著名的學

（註二〇五） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 28.

（註二〇六） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 28.

（註二〇七） 參閱國社主義，第二部分，頁一九。

者卡爾·史密特(Carl Schmitt)(註二〇八)在一九三三年闡明所謂「領袖原則」時說：「所謂領袖思想，在組織方面，首先要求取消本質上依據自由主義、民主主義的選舉方法。.....最後.....已經喪失其意義.....典型的自由主義思想立法和行政分離的責任分擔(Verantwortung)的體系必須絕對地被信仰其使命的領袖責任所取代，而選舉必須被選擇(Auswahl)所取代(註二〇九)。」

艾恩思特·弗爾斯特霍夫(Ernst Forsthoff)則主張：「總體國家(totaler Staat)必須是一個總體責任的國家。其意味著單一個人對國家總體義務承擔(Inpflichtnahme)。此義務承擔廢除個別存在的私人特性(註二一〇)。」

如此背離自由主義法治國思想和民主主義的基本原則，罪刑法定主義是不可能不受影響的：

(註二〇八) 史氏甚至在一九三四年發表「法學上三種思想模式(über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens)」一書，為國社黨體制建立比較廣泛的法理學基礎。(參閱吳庚，政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究，頁一〇七。)

(註二〇九) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 29.

(註二一〇) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 29.

一九三二年在法蘭克福(Frankfurt/M) 召開的國際刑法聯合會德國支會(deutsche Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung) 的大會上——此時納粹尚未取得政權——在訴諸「新的精神思潮和政治力量環境的重大改變(指國家社會主義思想和納粹黨的驚人茁壯) 的影響下」，尖銳地反自由主義、反理性主義和反個人主義刑法概念的論調，已響徹雲霄(註二一一)。

一九三三年初，達姆(Dahm)和夏弗史坦(Schaffstein)合著的「自由主義的刑法？或專制主義的刑法？(Liberales oder autoritäres Strafrecht?)」出版，強烈抨擊自由主義思想，以其為陳舊過時的，而且鼓吹剷除罪刑法定主義(註二一二)。

一九三四年海瑞希·韓克爾(Heinrich Henkel)更露骨地說：「新刑法不能變成對於個人存在在法律上的安全裝置，可罰性是依據民族的整體性而存在的，刑罰是依此而介入每一種狀況(註二一三)。」

在統治者主導，並由學者推波助瀾的情形下，刑法上法律保留在第三帝國完全解體。簡述如下：

(註二一一) Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 425f.

(註二一二) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 29.

(註二一三) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 29.

一九三三年三月二十四日，德國國會通過所謂「關於民族和國家之困境解除法(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Staat)」，此即通稱的「授權法(Ermächtigungsgesetz)」。

該法規定：

「第一條 國家法律能夠在國家憲法所規定的方法之外，由國家內閣決議通過。此於國家憲法第八十五條第二項和第八十七條之規定，亦適用之。」

「第二條 國家內閣決議通過之法律可和憲法牴觸，對這些法律國會和參議院不再作為立法的對象。但國家總統之權限不受影響。」

由於這兩條規定，非但排斥憲法優先於法律的效力，而且法律的效力高於憲法。而此法律又為內閣所制定，性質上屬命令，是以行政與立法合一，行政機關的命令高於法律與憲法，完全違反法治國憲法、法律、命令的效力位階排列。

事實上，威瑪憲法第一一六條（註二一四），關於追溯既往的禁止的規定，很快地就被納粹的法律所否定，例如：

一九三三年三月二十九日，以國會縱火案(Reichs-

（註二一四）威瑪憲法第一一六條規定：「不問任何行為，如非以法律預定罰則，均不得科以刑罰。」

tagsbrand)(註二一五)為藉口，頒布「封·戴爾·魯伯法(Lex von der Lubbe)」(RGBl. I, S. 151)溯及既往對縱火 (Brandstiftung)科以死刑。

一九三六年六月二十二日的「反擄略兒童法 (Ge-

(註二一五) 國會縱火案 (Reichstagsbrand): 1933年 2月27日夜柏林的國會大廈被焚，是建立納粹黨獨裁政權的關鍵性事件。普遍認為，這一事件是由新成立的納粹政府所策劃的，目的在於轉移輿論，陷害政敵，並行使非常時期的權力。1932年11月德國舉行選舉後，希特勒出任總理，但是納粹黨在選舉中並未獲得壓倒多數。於是，他取得內閣同意在1933年3月5日進行新的選舉。與此同時，宣傳部長約瑟夫·戈培爾策劃縱火陰謀，即由卡爾·恩斯特率領10個特務，從國會議長兼希特勒政府首席部長赫爾曼·戈林的官邸中的隧道進入國會大廈。然後再由戈林負責進行官方調查，將縱火的罪責推到共產黨人的身上。納粹把荷蘭人馬里努斯·封·戴爾·魯伯帶到現場，硬說他是縱火的凶犯。1933年 3月28日即縱火案發生的翌日，希特勒發出所謂 "保衛人民、保衛國家" 的命令，開始獨裁統治。雖然在後來的選舉中納粹黨仍未獲得絕對多數，但他們卻強迫國會在1933年 3月23日通過一項「授權法」，將國會的全部立法權力交給帝國內閣，從而批准希特勒的獨裁制度。(參閱大不列顛百科全書，第六冊，頁一一三。)

setz gegen erpresserischen Kindersraub)」(RGBl. I, S. 493) 第二條追溯既往科以死刑。

一九三八年六月二十二日頒布「反利用汽車陷阱街道強盜法(Gesetz gegen Straßenraub mittels Auto-fallen)」(RGBl. I, S. 651), 此法簡潔地規定：「意圖強盜，設置汽車陷阱者，處死刑。本法(追溯)自一九三六年一月一日起生效。」

一九三九年十月四日的「防治青少年重犯罪令(Verordnung zum Schutzen gegen jugendliche Schwerverbrecher)」(RGBl. I, S. 2000), 和一九三九年十二月五日的「反暴力犯罪令(Verordnung gegen Gewaltverbrecher)」(RGBl. I, S. 2378), 准許溯及既往加重科刑。

另外，一九四一年九月四日的刑法典修正法 (Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuch) (RGBl. I, S. 549), 規定：

「第一條 危險的習慣犯(刑法典第二〇 a 條)和風化犯(刑法典第一七六至一七八條), 當為保護民族團體或有公正贖罪必要時，科處死刑。」

「第十條 本法公布後一週生效。本法亦適用於生效前之犯罪行為。」

於是，行政權透過法律完全操縱司法運作，行政、立法和司法完全合一，人權毫無保障。

除排斥追溯既往禁止原則外，納粹政權亦排斥類推適用禁止原則。在一九三五年六月二十八日的「刑法典

增修法 (Novelle zum StGB)」 (RGBl. I , S. 839)
對刑法典第二條加以修正，規定：

「觸犯法律表明可罰者或依據刑法規定的基本思想和依照健康的民族感覺 (gesunde Volksempfinden) 理應科以刑罰者，科刑之。如果刑法典的規定，無直接可適用於該行為者，則依據刑法典中基本思想最適合於該行為之規定處罰之。」

然而，即便排斥類推適用禁止，如果司法機關能夠自我節制，尚只意味著法安定性的部分損失。但如果輕蔑明確性的要求，加入例如「依照健全的民族感覺」等不確定的字眼，作為可罰性基礎時，則有法律與無法律之間已相去不遠。納粹法學者弗萊斯勒 (Freisler) 就反對在刑法上做精確的犯罪構成要件描述，因為「精確的犯罪描述可能使違法者漏過法網 (durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen) (註二一六) 」。因此，納粹學者主張使用一般條款 (Generalklausel) 和不明確的構成要件概念。

而這種主張促成了不明確構成要件的刑法規定出現，例如，一九四一年九月四日的刑法典修正法第一條，以及一九三九年九月五日的反民族有害分子令 (Verordnung gegen Volksschädlinge)」 (RGBl. I , S. 1679

(註二一六) Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter
, S. 195.

)的第三條和第四條，其規定：

「第三條 觸犯縱火罪或其他的公共危險罪 (gemeingefährliches Verbrechen)而因此損害德國抵抗力 (Widerstandskraft)者，處死刑。」

「第四條 當健康的民族感覺對於故意利用被戰爭狀態引起的特別情況之其他犯罪，認為特別該受譴責 (Verwerflichkeit)時，處逾越通常之刑度至十五年、無期徒刑或死刑。」

這種在刑法上完全放棄構成要件和刑罰範圍明確性的結果，導致最後令人咋舌的一九四一年十二月四日「東方兼併地區反波蘭人及猶太人刑事司法令 (Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten) (RGBI. I, S. 759)，其第三點第二項第一款規定：

「法律威嚇以死刑者，處死刑。法律未規定死刑，當該行為證明為卑鄙的思想 (niedrige Gesinnung)或從其他方面有理由認為是嚴重者，也處死刑。在此情形下，也允許對青少年的重犯罪人處以死刑。」

這樣以史無前例的方式，在核心刑法 (Kernstrafrecht)、附屬刑法 (Nebenstrafrecht)、政治刑法和非政治刑法上使用一般條款，使納粹刑法在在顯示其非但否定刑法的保障機能，而且也否定刑法的規範機能，在本質上，只是「合法形式」的「犯罪手段」。

二、一九三五年六月二十八日之刑法典 增修法——刑法上類推適用禁止之 排除

(一) 立法緣由

儘管藉著一九三三年和一九三四年對於個別刑法典的規定加以修正，法官已經獲得一個相對廣泛的裁量空間（註二一七），但是法官仍受成文法的拘束，並無類推適用的權限，而造成納粹政權對某些判決的不滿。例如：一九三四年十二月二十一日德紹（Dassau）參審法院（Schöffengericht）對一名侮辱 S S（Schutzstaffel）黨衛隊旗幟者的無罪判決，引發希姆萊（Himmler）對司法部的強烈指責。此無罪判決是基於當時刑法典第一三四 a 條只規定對侮辱國家和各邦的旗幟者予以處罰，至於黑白紅三色帶有「卐」圖形的旗幟，本來至多只是納粹黨的旗幟，不過已作為當時的國旗，但無論如何納粹黨附屬單位的旗幟絕非國旗（註二一八）。可見，只

（註二一七） Vgl. Lothar Gruchmann, Justiz im Dritten Reich 1933-1940, S. 839ff, 843f.

（註二一八） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 660.

要法官受法律文字的拘束，或於相當程度取決於實證法，則統治者所認為之應刑罰的行為，就不可能皆有處罰的可能性。

事實上，這種問題並非僅出現於政治刑法，也不是新鮮的問題。早在一九〇〇年，就因為帝國法院拒絕將電流視為德國刑法典第二四二條竊盜罪上一種「動產（bewegliche Sache）」，而認為缺乏法律處罰上的依據，宣判偷電者無罪。於是一九〇〇年四月九日頒布「關於盜電科刑法（Gesetz betr. Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit）（RGBl. I, S. 228）的特別法（besonderes Gesetz），以便處罰盜電行為。

一九三四年，司法部在追訴公用電話之濫用（Mißbrauch von Münzfernsprechen）時，也面臨法律無處罰明文的問題。因為一九三三年十二月十八日的自動電話判決（Fernsprechautomatenurteil）依據高等法院檢察官（Oberreichsanwalt）的建議，認為在公用電話中投入不足的硬幣或金屬片而未中介以電話局職工之通話是不可罰的。因為無人被欺騙，而且也未因此處分財產，不能依照刑法典第二六三條：「意圖為自己或第三人獲得財產上不法之利益以詐術或虛構或隱瞞不實之事情，使人陷於錯誤或繼續錯誤致生損害他人之財產者」的詐欺罪（Betrug）處罰。此也無關一九〇〇年四月九日之關於盜電科刑法，因為沒有電流「利用導體（mittels

eines Leiters)」被取走(註二一九)，蓋錢幣是因其重量而發生作用，而不符作為電流導體的要素。

除此之外，也沒有刑法典第一百四十六條通貨犯罪(Münzverbrechen)(註二二〇)的問題。因為這些硬幣甚至在被敲扁弄大時，也未有從事價值改變的行為(註二二一)。這種見解對於下級法院自有其影響。例如一九三四年四月十二日，柏林的區法院(Amtsgericht)拒絕一個公用電話濫用案主審程序開始(Eröffnung des Hauptverfahren)，檢察官向柏林高等法院(Landgericht)抗告(Beschwerde)，於同年六月二日被駁回，七月九日被告宣判無罪(註二二二)。

(註二一九) 一九〇〇年四月九日關於盜電科刑法第一條規定：「意圖他人電力之不法所有，依不符規定之方法，利用導體由裝置電氣之處所或其他設備偷電者，處....。

」

(註二二〇) 刑法典第一百四十六條規定：「一、意圖供行使或流通之用，偽造德國或外國之貨幣或紙幣或以同一目的的變造真正之貨幣，使成為較高價值之票面或變造已不通用之貨幣，使成為現在通用中貨幣之票面者，處....。」

(註二二一) Vgl. das Urteil des RG von 18. 12. 1933, II D 462/33 (JW 1934, S. 1241).

(註二二二) Vgl. das Urt. des LG Berlin von. 5. 1. 1934 (JW 1934. S.2874).

於是國家郵政部 (Reichspostministerium) 次長 (Staatssekretär) 歐能卓格 (Ohnesorge) 要求司法部「以法律的途徑儘快地排除帝國法院不適當的判決，以免造成國家不能承受的後果」，因為公用電話之濫用每年造成五十萬馬克以上的損失。於是司法部向郵政部長及副元首希姆萊 (他因為上述 S S 旗幟侮辱案而向司法部抱怨) 表示將藉下一次的刑法修正加以糾正 (註二二三)。

此外，官方的刊物「德意志司法 (Deutsche Justiz)」，也對帝國法院的判決加以抨擊，而明白指出對此類案件應以類推適用解決。其在一篇將帝國法院法官指為門外漢 (Laie) 的文章中說：「這些有著尖銳洞察力的人之表現是令人失望的，他們根本只站在形式法律的 (formalrechtlich) 論證上。要知道：解決一個這樣的案件，應該把健康的民族感覺考慮在內。一個該當特定刑罰構成要件的行為，除基於犯罪人的意志形式外，還有以其結果為標準者。如果僅因為偶然的機械進步，而發生不同方式的實行模式，就不被處罰，此是不符合立法者當初所想的和所規定的原意。因此，每次去立一種新的法律，不只是太麻煩而已，而且在這段期間敗壞司法的聲譽。為解決此問題，不是允許在實務上有一種更自由、更不拘泥於形式的法律構成要件的解釋，就是在未來的刑法創設上強調規定可偏離罪刑法定的原則，以

(註二二三) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 849.

便維持受法律意義限制的類推適用方式，而能夠公正地判決與處罰。這樣也能使受限於法律文字的法律人將能進入當前因為法安定性而不考慮的案件，而基於自由解釋法律的基礎，實現符合民族見解（Volksmeinung）的判決（註二二四）。」

而國家社會主義法律人聯盟（Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen）的機關刊物也呼應司法部的論調說：「對此，實在不必有太多的驚訝！與其費力地去使一個門外漢理解應該如何判決，不如訴諸德意志民族成員，則在一九三四年還是大有可為的。這些在萊比錫的帝國法院會議的先生們假裝甜睡已一年，他們將不能再藉著法官受到法律拘束的主張而證明自己正確。即便如『德意志司法』在形式上肯定罪刑法定主義應該有效，但罪刑法定主義的意義應超越其形式概念，對於根據在今日法思想的法官而言應該是自明的（註二二五）。」

此即一九三五年六月二十八日增修法制定的背景。

（二）立法過程

（註二二四） Vgl. OStA Krug in der "Wochenschau" (DJ 1934, S. 535)。

（註二二五） Vgl. Kritische Umschau (DR 1934, S. 221)。

對於上述要求，首先被採用在一九三三年普魯士司法部長的意見書中，建議取消刑法上類推適用禁止原則（註二二六）。

不過，至此仍未解決如果基於法律能作成一個判決，但此判決和國家社會主義的法概念相矛盾時，法官如何在必要時能夠擺脫成文法的拘束，而就國家社會主義觀點作成判決的問題。因此，一九三四年十二月十九日，當時圖林根（Thüringia）司法部長韋伯（Weber）向司法部提出一部基於國家社會主義精神制定的法律變革法（Gesetz zum Umgestalten des Rechts in den Geist des Nationalsozialismus，亦即 Rechtsumgestaltungsgesetz）的草案，其中規定：於案件中，法官應該依據國家社會主義世界觀的要求，對於法律擴張、限縮、修正與補充而作成判決（§ 4）。且所有刑法規定的適用，應該強烈要求與民族和國家的生存或公共福祉（Gemeinwohl）展開之需要相調和（Sühne）（§ 5）。但司法部在司法的統一性被破壞，甚至陷於無限制的狀態的疑慮下，對此草案不表同意（註二二七）。

但當時刑法界已普遍認為應該放寬刑法上類推適用禁止原則，俾能使違反成文刑罰規定的「形式上的不法」和對於所謂民族團體造成侵害的「實質上的不法」加以調和。不過，在一九三三年十一月官方刑法委員會第

（註二二六） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 763f.

（註二二七） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 850f.

二次會議，拒絕依據當時蘇聯刑法典為範本，予以法官無限制填補法律漏洞的權限。蘇聯刑法典是普遍地授權法官對所有的違反共產主義農工國家法秩序的行為加以處罰。但是這樣一種自由法的司法解放，恐怕使法官成為實質的立法者，如此一來，不是導致法粉粹（*Rechtszersplitterung*），就是造成一種判例的崇拜（*Prajudizienkult*），則帝國法院佔有立法者的地位：此種解放恐怕和領袖國家相矛盾（註二二八）。

因此刑法委員會寧可採取一種較中庸的方法作為解決之道，一方面防止狡猾者漏過法網，另一方面阻止依據一般的概念作為科刑的基礎，是以仍認為應要求法官原則上繼續將法律視為主要法源。故刑法委員會將草案第一條一讀制定為：「一個行為能被科刑，只當其在被違犯以前被法律明白表示是可罰的。」而第二條則允許以類推適用突破第一條的原則，規定：「一個行為未被法律明白表示為可罰的，然而一個類似的行為在法律上被威嚇以刑罰，則當依據法思想和健康的民族觀點要求時，應適用此法律之規定。」（註二二九）

（註二二八） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 850.

（註二二九） Vgl. Das Kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, herausg. von Franz Gürtner, Berlin 1934, S. 129, 132.

如依此規定，則法官在這類案子上，必須使用法思想作為法認識源，作為其判決基礎，即使此法思想或許在刑法典上未完全表達出來。是以，法官不必完全受刑法構成要件的限制，但也不能完全脫離法律，他在一定程度內仍受法律內容的限制。換言之，他只在立法者的意志範圍內有其自由度，而不能也不應該自己發明新的法思想，所以法官仍必須在判決主文（Urteilsformel）表示未完全依照法律（註二三〇）。

但艾杜亞爾德·庫爾勞須（Eduard Kohlrausch）在刑法委員會中則從原則性的理由反對允許類推科刑，他說：「當法律是依照其意義而非文法地被解釋，而又由刑事立法部門的領導人以書面表示此為『一種不幸（ein Unglück）』，則類推適用豈不多餘！（註二三一）」所以，刑法委員會在一九三五年的二讀會中表示：如果在草案的措辭上，將第二條所謂認識源而來的法獲得（Rechtsgewinnung）視為直接適用法規則的例外，是太過分的。而且這樣會妨礙法官類推適用的。因此這兩個條文應該合而為一，且將這兩個法認識源視為同值的（gleichwertig）和同層次的（gleichrangig）（註二三二）。

於是在預設排除刑法上類推適用禁止原則的目標下

（註二三〇） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 858.

（註二三一） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 851.

（註二三二） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 851.

，對草案第二條的文字略加修改，成為一九三五年六月二十八日的刑法典增修法中修正刑法典第二條條文的第一條（註二三三）：

「觸犯法律表明可罰者或依據刑法規定的基本思想和依照健康的民族感覺理應科以刑罰者，科刑之。如果刑法典的規定，無直接可適用於該行為者，則依據刑法典中基本思想最合於該行為之規定處罰之。」

此冠著「刑法法條適用之法創造 (Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetz)」標題的第一條和二年前，一九三三年頒布的追溯既往加重刑罰的封·戴爾·魯伯法 (Lex van der Lubbe) 聯手破壞所有文明國家最基本的 "nullum crimen, nulla poena sine lege" 罪刑法定原則，而代之以 "nullum crimen sine poena" 的「無犯罪，則無刑罰」原則，啓蒙運動以來歷經兩百年好不容易建立起來刑法保障機能制度完全被否定，人民完全暴露於當局恣意的威脅之下。

(三) 立法內容

除了允許刑法上類推適用外，本增修法第一條中尚有關於刑法時間效力的規定：原則上遵守刑法不溯及既

（註二三三） Vgl. RGBl. I, S. 839.

往的原則，因此就個別狀況不再明白規定溯及既往（但此規定形同虛文，嗣後追溯既往之規定仍層出不窮。）；而刑罰減輕的適用規定仍被保留，但已非強制規定，法官享有裁量的權限。同時，一九三三年十一月二十四日頒布的「反危險之習慣犯和關於保安處分法（Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregelungen der Sicherung und Besserung）」（註二三四）關於保安處分適用判決時法律之規定也予以保留。

此增修法除在第一條規定刑法典第二條新條文外，也在其第二條規定在刑法典加入新的第二 b 條條文，藉以解決帶給刑事司法甚為困擾的「擇一構成要件確定（alternative Tatbestandsfeststellung）」問題。此即，如果同一行為可能觸犯多數的刑法規定，但卻沒有足夠的證據能被用來確定究竟此犯罪觸犯何種規定——例如一件無可置疑的被偷的東西在被告處發現，然而不能確定其為竊盜犯抑或贓物犯——則在增修法以前只能無罪開釋，因為沒有任何一個可罰行為的全部構成要件要素被滿足，故不能適用一個特定的條文對該行為加以處罰。故為了避免在這種情況，必須作成無罪判決，因此新的刑法典第二 b 條允許法官選擇確定（Wahlfeststellung），但應以最輕之刑法規定對行為人科刑之。事實上，早在一九三四年五月二日帝國法院聯合刑法審

（註二三四） Vgl. RGBl. I, S. 99b.

議會決議 (Entscheidung der vereinigten Strafse-nate des Reichsgerichts)就允許就竊盜罪或贓物罪的選擇性判決(註二三五)。但是，此只解決了部分的問題，對於數行為而不存在同一性的狀況仍未解決。例如一名被告已在法院就一事實宣誓作證，而又在法院於另一案件中宣誓作證，但其內容互相矛盾，必有其一是虛偽陳述，但無法證明何者是構成犯罪的，本不得論罪科刑，但依刑法典第二b條法官是可以選擇確定的(註二三六)。

然而，增修法的制定過程，並非一帆風順，其間黨務機關和行政機關鬥爭連連，爭奪刑法修正主導權，可見納粹是將法律視為政治工具。當一九三五年五月十六日司法部就增修法邀請各單位進行討論時，拜恩邦司法部部長漢斯·佛蘭克(Hans Frank)以納粹黨國家法律部代表的身分出席，其拒絕僅對刑法典部分條文修正的增修法草案，因為在納粹黨的領導下，一種全面的刑法改革方案也在進行中，而且其將在幾週內提出。而且他認為類推是「太重要和太新的(問題)」，他怕先就現行刑法調整會發展成一種危險。於是司法部和黨務部門對刑法修正發生尖銳對抗，因為司法部的刑事立法領導人表示「此種說法太令人驚訝！」，並且拒絕放棄增修法，於是佛蘭克退出會場，繼而增修法在各轄區代表決

(註二三五) Vgl. JW 1934, S. 2049.

(註二三六) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 852.

議下通過（註二三七）。

其實，佛蘭克反對增修法並非其內容與國家社會主義有任何抵觸，而是爭奪刑事立法的主導權罷了！事實上增修法的內容完全在反應納粹黨的要求，例如濫用自動電話裝置行為的處罰。

針對濫用自動電話之處罰，增修法在刑法典加入第二六五 a 條，規定：「意圖不給付代價對於自動式裝置之給付，交通機關之運送，或營業設備之入場，以不正手段達其目的者，除於其他規定加重其刑外，處一年以下輕懲役，或罰金。」

在過去，刑事司法雖能依竊盜罪對自動售貨機之濫用加以處罰，但功能自動機器之濫用、矇混入場和運輸的免費乘客等行為仍是不可罰的，因為「詐欺」行為無法被證明。但現依刑法典新的第二六五 a 條可以判處一年有期徒刑，而且不必依據如偽造文書、詐欺或竊盜，就能科以較重的刑罰。同時，未遂犯也可以加以處罰（第二六五 a 條第二項），因為被發現的大部分情況均是未完成的犯罪。因此，僅就自動電話濫用之處罰來看，增修法實在超過了郵政部原來的期待，直接以法律與重刑予以規範，就此類推適用就顯得多餘。不過，誠如一位司法部刑事司法部門副領導人表示——對於太典型的和太頻繁的構成要件，是能夠依據類推的規定不斷予以

（註二三七） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 852.

評價（註二三八）。可見，增修法不只反應了納粹特定的要求，而且大幅度擴張了刑罰的範圍。

除了對公用電話濫用之處罰作出回應外，增修法也對SS旗幟之保護作成法律規定。因此，增修法也在刑法典中增訂第一三四b條，其同於第一三四a條對於侮辱國家及其色彩、旗幟者科以刑罰，其規定對「惡意地、有意地或蓄意地公開使納粹黨、其附屬單位、其象徵、其旗幟、其徽章或其標誌受侮辱者」加以處罰（註二三九）。此規定目的在補充一九三四年十二月二十日的「反陰謀反國家和黨之攻擊與保護黨體制法（Gesetz gegen heimtückische Angriffe gegen Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniform）」（註二四〇），該法原本只限於保護領導人之人格和由其發布之命令與措施，而且該法規定，司法部長的刑事追訴必須得到副元首的同意。

除上述外，增修法的內容依戈林的要求包括反同性

（註二三八） Vgl. Leopold Schäfer, Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935, DJ 1935, S. 997.

（註二三九） Vgl. RGBl. I, S. 1296.

（註二四〇） 刑法典第一三四a、一三四b兩條於一九四六年一月三十日之盟國管理委員會Kontrollart之法律第一一號第一條所刪除。

戀之規定，以便阻止其「在民族的、道德的和健康的維護中傾向瘟疫般的蔓延」（註二四一）。因為原來刑法典第一七五條規定只處罰男子間類似性交的 (beischlaf-ähnlich) 行為，但司法常因證據取得的困難性，而無法配合納粹領導人的希望，以司法的方式處罰之，因此一般是警方依照特別的方法，將同性戀者加以拘留或送入集中營。而增修法則填補此「漏洞」。本來刑法典第一七五條（註二四二）係對男子間同性戀之猥褻行為予以處罰，但為對於一時錯誤的青少年無罰，乃賦予法院於較輕的案子能對二十一歲以下之行為人免除其刑。但新的第一七五 a 條反而規定一系列加重條款進去，規定：「以下行為人處十年以下重懲役。如有減輕情事存在者，處三月以上輕懲役：

- 1). 向其他男子以強暴或對於身體或生命有危險之脅迫，使其與自己為猥褻行為或強制將其自己供他人惡用於猥褻行為之男子。

（註二四一） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 854.

（註二四二） 刑法典第一七五條規定：「一、與其他男子為猥褻行為之男子，或為猥褻行為將自己供其他男子惡用之男子，處輕懲役。

二、行為時未滿二十一歲之關係人，法院得於有減輕情事存在時，免除其刑。」

- 2). 對於因勤務、勞務關係服從自己監督之其他男子，利用權勢使其決意與自己為猥褻行為，或使其決意惡用自己為猥褻行為之男子。
- 3). 誘惑未滿二十一歲之男子與自己為猥褻行為，或使其惡用自己為猥褻行為。
- 4). 以與男子為猥褻行為為職業，或使其他男子將其供自己惡用於猥褻行為為職業，或為猥褻行為提供自己為職業之男子。」

依此規定，則一名青少年可能被關在牢裡達十年，實在是人性一大反動。此外，增修法也規定刑法典第一七五 b 條：「人與獸類所為反自然猥褻行為處輕懲役，併得宣告褫奪公權。」這種不存在被害人的刑罰規定，完全不符罪刑法定主義的刑罰必要性要求。

這些關於同性戀和獸姦 (Sodomie) 的規定在納粹時代確實相當有「成效」，在一九三四年依照第一七五條判決有罪者有九四八人；至一九三五年依照第一七五、一七五 a、一七五 b 條判決有罪者升至二一〇六人，一九三六年升至五三二一人，一九三七年升至八二七一人，一九三八年則達八五六二人 (註二四三)。

另外，增修法並在刑法典加入新的第一四三 a 條損害戰力罪 (Wehrmittelbeschädigung) 之構成要件：「故意損害軍隊的武器、器材、設備等，情節嚴重者，處死刑。」此規定在隨後數年間促成大量死刑的判決的出

(註二四三) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 854.

現(註二四四)。

此增修法在一九三五年六月二十六日被內閣批准，六月二十八日頒布，九月一日生效。而此法被納粹學者譽為扮演著「走向國家社會主義刑法道路的歷史轉捩點(Markstein auf dem Wege zu einem nationalsozialistischen Strafrecht)」角色(註二四五)。

(四) 刑法上類推適用之範圍

由於增修法各式各樣的個別規定，例如反同性戀運動的規定、反妨害戰力的規定、保障政治領導的規定都被納入刑法典，而且藉著「選擇確定」的規定，擴張了對犯罪刑罰的空間。但最重要的是在增修法上無限制允許「刑法法條適用之法創造」，漢斯·佛蘭克譽之為「對整體未來刑法革命的重要意義(註二四六)。」

增修法所規定刑法典第二條新規定，不只是一種法

(註二四四) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 886ff.

(註二四五) Hans Frank in seinem Kommentar zur Juni-Novelle "Revolution im Strafrecht" (VB, Münchener Ausg. von 5. 7. 1935., S. 1f.), Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 855.

(註二四六) Vgl. Hans Frank, a. a. O., S. 2.

律類推 (Gesetzesanalogie)，亦即一個個別刑法條文類推適用的純然允許，而且意味著是法類推 (Rechtsanalogie) 的意義，亦即其意義是允許透過多數刑法條文的歸納 (Induktionsschluß) 獲致作為科刑基礎的法思想 (註二四七) (註二四八)。

由於此類推條款，可以使分別以鳩爾特奈 (Gürtner) 和弗萊斯勒為代表的傾向法律考慮和著重政治考慮的兩種觀點結合起來。鳩爾特奈僅視法類推是一種方法去填補立法者所未預料到的漏洞，並因此能在危險領域 (Gefahrenzone) 設定刑罰的規定，使行為人基於風險的考慮 (Risikoerwägungen)，不致採取法律明確禁止和絕對適當間的行為 (註二四九)。反之，弗萊斯勒則從

(註二四七) Vgl. Wilhelm Brinkmann, Grenzen der analogen Anwendung von Strafgesetz, DJ 1935, S. 1589.

(註二四八) 為填補法律漏洞乃運用法類推 (Rechtsanalogie) 與法律類推 (Gesetzesanalogie)。前者係自現有之法學理論研究發展成一足以補充舊理論之新理論，或就多數法條分析歸納出一個共同意義，並據此之發展成為新法則，以補充舊法則之不足，後者則指比附援引法律已有設有規定之條文，以作為相類似案件之裁判依據。易言之，在法律規定存有漏洞時由於該法律剛好規定有與此漏洞相類似之條文，而比附援引此一類似之條文，填補法律漏洞。(參閱林山田，刑法通論，頁三八。)

(註二四九) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 722.

一種廣泛的法類推適用出發。這樣的法類推適用排除刑法判決的可預測性，而且使個人必須處於不安定性和畏懼如果觸怒領導則會陷於刑事追訴的磨坊中。這樣的濫用類推思想對於為維持其統治安定的當權者而言是受歡迎的，而且適當的。故誠如一九三六年美國法學者比爾·普魯斯(Bill Preuß)所說：「此毀滅了反極權國家社會主義的個人之最後陣地(註二五〇)。」

在一九三五年七月五日司法部的記者招待會上，鳩爾特奈解釋允許類推適用的意義時說(註二五一)：

「不是法官的恣意，而是民族法秩序與平和秩序，這種秩序是從寫在成文法的刑法的法思想和健康的民族感覺而認識的....自然地，只就成文法所包含的法思想作為科刑的基礎，其中不包含一種被立法者所希望的界限。但以類推的方式推論而違反法律所表達的意志時是不被允許的。」

類推的界限，鳩爾特奈舉刑法典第一七五條為例闡明說：「當此條威嚇男子間的同性猥褻時，絕不允許，基於構成要件的法思想和民族感覺，以類推的方式對女子同性戀(Lesbische Liebe) 科以刑罰。因為法官所

(註二五〇) Vgl. Bill Preuß, Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law (The Journal of Criminal Law and Criminology, 1936, S. 847ff) , S. 856.

(註二五一) Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 856.

被允許依據刑法規定的基本思想而設定之構成要件並未解放至如此地廣泛（註二五二）。」更進一步地，他認為類推適用特別不允許修改法律所規定的年齡界限、期日和期間等，例如刑法典第一八二條規定對誘惑未滿十六歲之少女，與他人交媾者科以刑罰。但法官不得引用此條法律之「性仍未成熟之少女不允許被引誘」的基本思想，而對引誘一名發育較遲的十七歲少女者科以刑罰。同樣地，以故意犯罪為犯罪成立要件，也不許以類推適用對法律未規定處罰過失的過失行為科刑。之所以如此，乃故意和過失的歸責標準是根本不同的（註二五三）。此外，刑罰方面法官也不是自由的，而必須受法律所規定的刑罰種類和刑度拘束，因為刑罰的基本思想是所適合於作為判決對象的行為的。最後，法官也必須在判決主文中表示因類推適用而未完全依照法律。至於累犯，則應依刑案登記簿（Strafregister）和犯罪統計表明其行為特徵（註二五四）。

鳩爾特奈表示其有限的類推適用觀點絕不只是為使公眾安心。他代表認為類推適用是發生在立法者所未能預料的科技或其他生活關係發展情況中的例外性格觀點。一貫地，他在官方的刑法委員會也根本主張盡最大的

（註二五二） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 856.

（註二五三） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 856.

（註二五四） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 857.

可能性去制定明確的構成要件，因此主張為自動裝置之濫用的刑事追訴應以法律定之，以取代類推適用，而反對以類推適用去超越那些立法者有意規定的界限。在增修法生效幾週後，他在刑法委員會中說：「如果類推適用的規定被在完全相反的意思中解釋的危險存在，則普遍地強烈反對我個人的外國新聞界恐怕幾乎證明其攻擊是對的。那些嚴厲的非難表明：以前德國的刑事法院還必須依照現在仍存在的法律判決，然而現在法官能以自己的方式發明構成要件（註二五五）。」

因此，依照鳩爾特奈的看法，以類推適用的方式科刑，而此科刑不符合立法者意志的可能性並不存在。他認為類推適用只是引導法官從狹窄的咬文嚼字走向針對法律規定的意義和目的做法律解釋。鳩爾特奈說：「人們希望創造一種理性解釋的刺激是類推的基礎，而其前提就是一種現存的刑法，一種能夠經由類推昇華回到法思想與在法思想下瞭解案情的可能性。」不過，他否定「類推在我們的刑法下，是一種令人不愉快的入侵者，應該盡可能使它少出現」的觀點，而且主張「類推是一種完全等價的法源。」他企圖以類推適用較具彈性的處理當成一種調和刑法規定和作為其基本思想的「健康民族觀點」及「健康民族感覺」之方法。因此他在概念的討論、增修法草案和著作中一再說明基於「健康民族觀點」和「健康民族感覺」的類推適用意義。換言之，鳩

（註二五五） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 857.

爾特奈是以法律規定所基於的「健康民族觀點」和「健康民族見解」作為類推適用的本質標準，而反對毫無限制的類推適用。反之，弗萊斯勒並不認為「健康的民族感覺」是對類推有限度適用的規制，他認為當在法思想的整體要求下，是可以突破個別法律規定之基礎思想的限制。對此，鳩爾特奈表示嚴重懷疑，他懷疑「人們在一種明白的現行法律規定所基於的思想外，是否能夠使用一項絕對的標準去測量可罰性和應刑罰性」，而且，即便提出此項標準，但「此標準是否符合健康的民族觀點」表示懷疑，他說：（註二五六）

「我有一個印象：健康的民族觀點....在某種意義上是抽象的。人們不能直接地講出或查出健康的民族觀點，而必須以經驗的（*empirisch*）方法研究而認識出（法律規定）所基於的民族觀點價值....可以肯定的是：在許多情況下，所謂的健康民族觀點並非一致的，不是毫無爭執地存在。如果你們在我的故鄉研究健康的民族感覺，例如私獵（*Wildern*）的可罰性，則你們將會得到意外的結論，即人們評價私獵是一種賭博（*Glückspiel*）；被抓住的獵人被視為一名賭博者，他只是走霉運而已。此是德意志的民族感覺嗎？我希望提出這個問題。」

然而，民族感覺的不明確性卻有利於弗萊斯勒理論的展開。他認為法律的規定並無法消除民族感覺的不明

（註二五六） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 858.

確性，故反對以「證明依據民族感覺認為什麼是可罰的」作為法官類推適用的標準。他認為：「健康的民族感覺不需要涵蓋大多數民族成員的感覺，而且健康民族感覺是一種評價的認定。如果涵蓋大多數但卻是放蕩的觀點，就不是（此所謂的）健康民族感覺。」因此，「法官不應該去證明什麼是民族所想的，反而應該依照民族的和德意志的法理念判斷一個行為是應刑罰的，或是不可罰的！」即使「和經驗上民族大多數的現存觀點全然矛盾，他仍應該非主觀地，而客觀地去評價。」（註二五七）。

最令人疑惑的是：在類推適用時，什麼是法官應該遵守的標準？如何達成這樣的「客觀的」價值判斷？而且在不明確的狀況下，防止一種法分裂的危險？鳩爾特奈要求必須「去發現一種立場，而此種立場能夠最終地和最後地決定什麼是健康的民族感覺。」依照他的看法應該以上訴法院（Revisionsgericht）的判決為準，因為「依照刑事訴訟法第三五七條的規定，上訴法院審查一個判決是否違背法律，因此，現在類推的適用——即以一種刑法的和健康民族感覺的上位法思想作為判決基礎的法規範適用——也應受到審查，但此種案件的審查，不應該分配在邦高等法院或帝國法院，而應該集中在最高法院（註二五八）。」

（註二五七） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 859.

（註二五八） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 858, 859.

但是，弗萊斯勒斷然地反對這樣的解決辦法。他認為這樣只不過是「法律規定文字和其意義的進一步發展，因為依照其本質，最高的上訴法院將是離民族觀點最遙遠的。」（註二五九）。他認為要決定最終的民族感覺，法官應該首先觀察領袖專斷的意志表明（*autoritative Willenskundgebung*）和包括在納粹黨綱中的基本要求作為健康民族感覺表達。如果法官這樣做，則他將不會出錯（註二六〇）（註二六一）。」

如果依照弗萊斯勒的說法，健康的民族感覺是無法從經驗上獲得或加以解釋的，而是在政治上加以確定；因此，所謂依據健康的民族感覺決定什麼是可罰的，實質上就是服從於政治領導的意志。於是他建議「將所有基於類推的判決交給領袖或受其委託的人去確認（註二六二）。」如此一來，法官勢必無法單獨從健康的民族

（註二五九） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 859.

（註二六〇） Vgl. R. Freisler, Das neue Strafrecht als nationalsozialistisches Bekenntnis (Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht) S. 77f.

（註二六一） 卡爾·史密特在一九三三年為國社黨所草擬的「法律實用五原則」中，第一條開宗明義的宣稱：「一切確定的或不確定的法律概念之解釋，有遵守國家社會主義世界觀的義務。」（參閱吳庚，前揭書，頁一六三。）

（註二六二） Vgl. Lothar Gruchmann, a. a. O., S. 859.

感覺去創造科刑所適用的法律，而必須依附著所謂「領袖意志的表示」或「黨綱的基本要求」。因此，在實質上，根本就是政治決定司法判決，民族的健康感覺反而淪為可有可無的角色。換言之，「民族的健康感覺」變成法官必須依政治領導意見判決的代名詞。可見，就納粹而言，刑法上類推適用之目的，並不在於確定何者是可罰的行為，而是讓司法完全為政治服務。弗萊斯勒對此亦不諱言，他赤裸裸地說：「革新必須以排除其他個人主義、自由主義的思想作為過程，而且以將法律實證主義埋葬在瓦礫堆中作結論。」而且他明白指出這種發展的階段特徵：「法律專屬性（Gesetzesausschließlichkeit）——法律類推——法類推——特別強調法創造的法律審查（Rechtsschöpfung mit besonderer Betonung der Gesetzeskontrolle）——從民族健康感覺而來的受國家社會主義操縱的法創造（nationalsozialistisch gesteuerte Rechtsschöpfung aus dem gesunden Volksempfinden）（註二六三）。」所以增修法之目的，並不在於法律有漏洞時賦予法官類推適用的權限去實現正義，其最終的目的是在摧毀整個法體系的正義功能，使立法與司法完全變成政治的打手。所以增修

（註二六三） Vgl. R. Freisler, Ein Reich—ein Recht! Gedanken zur Verschmelzung des ostmärkischdeutschen und altreichsdeutschen Strafrecht, DJ 1941, S. 479.

法的類推適用之允許，是政治陰謀，而非正義考慮。如果我們只像鳩爾特奈那樣將增修法之類推適用允許視為法律問題，並費力地為之建立理論基礎，則未免過於天真。要真正理解增修法允許類推適用的根本用意，恐怕要從弗萊斯勒的見解方得知悉。如或不然，則永遠無法了解真象。

(五) 小結

從歷史的反省，我們知道任何專制統治者將刑法當成政治工具時，他們在立法方面所採取的手段有三種：一是大幅度擴張刑罰規定的範圍；二是使用不明確的刑罰構成要件；三是允許比附援引，類推適用。而此三者，後者對前者有補充關係（Subsidiarität），其目的在密織法網，使人民完全任憑其宰割。因此，檢驗一個國家或一個政權的民主度，此三者實在是最好的指標，因為此三者對人民主體性的否定、對法治國分權制度的破壞和對刑法保障機能外延的侵蝕是遞增的。如果三者齊備，該國或該政權必然是反民主的且專制的。

從一九三五年六月二十八日的增修法內容來看，首先大幅度的擴張刑罰權和加重刑度的範圍，毫不考慮刑罰必要性和刑罰公正性，前者如在刑法典增訂第一三四b（侮辱納粹罪）、第一七五b（獸姦罪）和二六五a（自動裝置濫用罪）條之規定，後者如在刑罰增訂第一

四三 a (妨害戰力罪)、一七五 a (男子間加重猥褻罪) 條之規定。其次，在刑法典增訂選擇確定的第二 b 條規定，雖然在形式上是刑事訴訟法的規定，但在實質上是部分解除構成要件該當判斷的要求，使構成要件之功能相對喪失，不啻實體法上構成要件之不明確化，而且也違反刑事訴訟法上實質真實主義 (Prinzip der materiellen Wahrheit)。第三，是在刑法上增訂准許類推適用第二條規定，而猶有甚者，本條是強制規定，且有所謂「健康的民族感覺」的不明確規定，造成「法而無法」的狀態。

綜合上述，一九三五年六月二十八日增修法完全否定了罪刑法定主義的刑法保障機能，不折不扣使刑法成為納粹統治的工具，莫怪漢斯·佛蘭克稱之為「走向國家社會主義刑法道路的歷史轉捩點」，也莫怪乎比爾·普魯斯說：「此毀滅了反極權國家社會主義的個人最後陣地。」這兩句話可作為我們分析本法之根本指標。

三、納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用判決

納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用判決，較具代表性者，有下列數則：

1). RGSt. 71, S. 221: 「行為人使人受國家社會主義勞動黨邦領導人 (Gauleiter) 之懷疑，適用刑法典第一六四條 (註二六四) 。」本判決以「特定任務 (besondere Aufgabe) 」作為類似性基礎，以法律類推將黨務機關提昇至國家機關的地位。此判決混淆黨國間分際，然亦為黨國不分，以黨領政之當然推論。

2). RGSt. 71, S. 228: 「冬令救濟機關 (Winterhilfswerk) 視為官署 (Behörde) ，適用刑法典第一六四條。」本判決以「冬令救濟機關為德國人民執行特定任務，顯示與官署有同等的應保護性 (Schutzwürdigkeit) 」為由，以法律類推將冬令救濟機關視為官署加以保護。此判決令人覺得匪夷所思，蓋第一六四條立法原意是要保護無辜個人免於國家之制裁，保護之對象為個人。但本判決卻以機關為保護對象，以「特定任務」為類似性基礎，而認為冬令救濟機關與官署有同等的保護性，純就保護對象就極有問題，遑論其他。

3). RGSt. 71, S. 265: 「依照刑法典第二條新的意義，國家社會主義勞動黨的政黨法院 (Parteigericht

(註二六四) 刑法典第一六四條規定：「一、意圖他人受官署程序之拘束或官署之處分，對官署或具有受理告發權限之官吏，軍隊之長官或公然違反善良意識使他人受犯罪或違背職務上或業務上義務之嫌疑者，按誣告罪，處....」

）之訴訟程序同於刑法典第一六四條意義下的官方訴訟程序。」本判決亦是黨國不分的法律類推。

4). RGSt. 71, S. 324: 「在非作為墓地禮拜堂 (Friedhofskapelle) 之停屍間，對於屍體有侮辱之不當行為 (Beschimpfender Umgang) 者，應適用刑法典第一六八條 (註二六五) 予以處罰。」本判決以「擾亂死者之安息 (Störung der Totenruhe) 」違反健康的民族感覺為法律類推的基礎。實則，本判決是假類推之名，行加重科刑之實，因為刑法典第三六〇條第一項第十一款已有「不當擾亂和平，或惹起治安妨害之行為者，處一百五十馬克以下罰金或拘留。」的違警罪規定。

5). RGSt. 72, S. 50 : 「一名年逾二十一歲之男子引誘 (Verleitung) 一名未滿二十一歲之男子飲酒至喪失意志的 (willenlos) 或無知覺的 (bewusstlos) 狀態，然後依其預定的目的對之猥褻 (Unzucht)，應適用刑法典第一七五 a 條。」本判決認為應類推適用刑法典第一七五 a 條第三項之「引誘未成年男子猥褻罪」，因為

(註二六五) 刑法典第一六八條規定：「一、無權限奪取權利人保管之屍體，屍體之部分抑死者之遺骨或對於該項物或埋葬場所，加以侮辱之粗暴行為，或破壞抑毀損埋葬場所者，處三年以下輕懲役並得宣告褫奪公權....」

本案行為人「引誘」未成年人男子為猥褻之行為。姑且不論第一七五 a 條之立法是否妥當，但若要法律類推適用，恐應適用第一項「男子間強制猥褻罪」之規定。因為本案之引誘行為為「引誘飲酒」，而非「引誘猥褻」，其引誘內容並無類似性可言，二者所同者是「猥褻的結果」，而非引誘的內容。而所以宜適用第一項，乃因本案行為人「違背被害人的意思」而猥褻，與第一項以強暴或對於身體或生命有危險之脅迫對被害人之猥褻，同樣是「違背被害人的意思」，故二者間有其類似性，而且同有「猥褻的結果」，此參考我國刑法第二二四條「對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行為」之規定自明。

6). RGSt. 71, S. 352: 「一名年逾二十一歲之男子使一名未滿二十一歲之男子陷於催眠(Hypnose)狀態而猥褻者，應適用刑法典第一七五 a 條。」本判決同上例。

7). RGSt. 73, S. 271: 「在不能預見也不能認識其已婚，使婦女受突然之驚嚇，在其未喪失意志或無知覺的情況下，對其強為婚姻外之性交(außerehelicher Beischlaffe)者，可適用刑法典第一七六條第一項第二款。」本判決認為依法類推可適用刑法典第一七六條第一項第二款「惡用無意思狀態或喪失意識狀態或精神病之婦女於婚姻以外之性交」之規定。本判決所謂依法類

推不知所指為何？其實本案「應」以法律類推適用第一七七條第一款「以強暴或對於身體或生命有現在危險之脅迫，強制婦人忍受婚姻以外之性交」強姦罪之規定。因為本案和第一七七條一樣在「違反被害人意思」的情況下強制為婚姻外之性交。如果依本判決適用第一七六第一項第二款，則有三處不當：一、第一七六條第一項第二款要求行為人對「被害人未婚」必須認識，但本案行為人並無認識可能性；二、第一七六條第一項第二款規定被害人必須處於無意識狀態，但本案被害人並未達此程度；三、第一七六條第一項第二款規定行為人並非使用強制行為，但本案行為人所採取的是強制行為。但或許這也就是本判決以「法類推」而不以「法律類推」適用第一七六條第一項第二款的原因。

8). RGSt, 72, S. 67 : 「如果行為人間持續地在公共場所為猥褻行為，即便在此情形不能完全確定為公開而令人厭惡之行為，仍為團體的羞恥心 (Schamgefühl) 和道德感 (Sittlichkeitsgefühl) 之侵害，而適用刑法典第一八三條 (註二六六) 處罰。」本判決帝國法院認為是法律類推適用，但事實上是司法縮減構成要件要素的刑罰權擴張，因為依第一八三條之規定有四

(註二六六) 刑法典第一八三條規定：「一、由於猥褻行為予公眾厭惡者，處二年以下輕懲役或科罰金。....」

項構成要件要素：一、須有猥褻之故意（意思）；二、須有猥褻之行為（行為）；三、須公然為之（情況）；四、須引起公眾厭惡（結果）。但本案只該當前三者，而第四項構成要件要素並未該當，換言之，本案根本欠缺「引起公眾厭惡」的結果，無從就兩個結果做「類似性」的比較，何來法律類推。

9). RGSt. 71, S. 350：「使用麻醉藥而完成竊盜，可適用強盜罪處罰之。」本判決認為以麻醉藥「壓制被害人反抗可能性」而完成竊盜，可依照刑法典第二四九條「意圖自己不法之所有，以強暴或用現在對身體或生命發生危害之脅迫而取得他人之物者」之強盜罪處罰。本案行為和強盜罪有「壓制被害人反抗可能性」之行為類似性，故為法律類推。參考我國刑法第三八二條「意圖為自己或第三人不法之所有以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物....」之規定，本判決之法律類推尚屬正確，但依德國刑法典之規定，則在性質上是藉類推之名，對竊盜罪行加重科刑之實。

綜合上述，德國帝國法院關於刑法上類推適用判決，實在「不甚高明」，而且完全著眼於「規範機能」，而無視於「保障機能」，只考慮如何致人於罪，而不講究類推適用的過程。甚至可以說「類推適用」只是幌子，而非適用法律的規則。帝國法院已經如此，可想見下

級法院及特別法院的情形更是不堪聞問。

四、納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用判決罕見之原因

在納粹法理論強調類推適用之必要性和納粹立法在一九三五年六月二十八日增修法中強制要求刑法上類推適用的情況下，但在納粹時期德國帝國法院關於刑法上類推適用之判決並不多見，而且從上述幾項判決來看，刑法上類推適用亦未及於重大犯罪。此或會令人感到驚訝，並臆測是否法院對刑法上類推適用抱持抗拒的態度且持審慎的立場，故相關之判決極為罕見，此實在比類推適用判決本身更值得研究。

其實，關於刑法上類推適用之判決在帝國法院判決中雖罕見，但並不代表刑法上類推適用之判決不存在，而且事實上是無所不在，只是帝國法院缺乏適用的機會，是不能也，非不為也，其原因如下：

(一) 大多數未經司法程序即被剝奪自由或生命

在一九三三年元月三十日希特勒奪取政權後，國社

黨立即運用所有的壓迫和恐怖方法來對付政治的異議分子。其第一波打擊指向共產黨黨員、社會民主黨黨員和工會幹部；不久，市民階級的民主黨派的支持者也被納入迫害的範圍。在一九三三年二月二十七日柏林國會大廈縱火案後，次日，當時的總統興登堡（Hindenburg）簽署了「民族與國家保護令（Verordnung Zum Schutz von Volk und Staat）」，由於此令，人民在憲法上的基本權利隨時會被剝奪。

在此有時被稱為「國會火災案令（Reichstagsbrand-verordnung）的序言和第一條規定：

「基於國家憲法第四十八條第二項（註二六七）之理由，為防禦共產黨危害國家的暴力行為，茲命令如下：

第一條 國家憲法第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四及一五三條暫時停止其效力。因此，允許對個人自由加以限制，包括出版自由、結社自由、集會自由在內的意見表達自由權之限制，對信件、郵政、電報、電話秘密之干預，住宅搜查、沒收充公之

（註二六七）威瑪憲法第四十八條第二項規定：「德意志國內之公共安寧秩序，發生重大障礙，或有發生障礙之虞時，聯邦大總統，得為恢復公共安寧秩序必要之處置，必要時得使用兵力。為達此目的，大總統，得暫時停止第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四及一五三條所規定之基本權全部或一部。」

命令，及在一向為法律明確規定的界限外所有權之限制。」

基於此條款，警察被賦予特權，在不受法院監督的情況下，可以將政治異議分子不定期置於「保護拘束（Schutzhaft）」之下。所謂「保護拘束」並非在保護受到驚嚇的人，其目的乃在鞏固納粹的極權統治。這種「保護拘束」的性質並非可罰行為的刑事處罰，而是預防國家被「敵對分子（feindliche Elemente）」威脅危險的警察措施。警察不經司法程序將所謂的「敵對分子」送入「集中營（Konzentrationslager）」加以「保護拘束」（註二六八）。根據一九三三年九月十一日納粹部長間傳閱的文件得知：在一九三三年七月三十一日德國境內有二萬六千七百八十九人處於「保護拘束」之下。雖然沒有跡象顯示納粹的領導除容許集中營的設置和暴力行為外，尚已考慮對政治異議分子為物理的消滅，然而可確定的是，在集中營內已有眾多的被逮捕人死亡。在一些案例中，當時的檢察機關曾企圖對集中營內凌虐和拷打行為應負起刑事責任者追訴，但除了少數例外，這些努力在納粹的領導幹部高度有效的干涉下被瓦解（註二六九）。

（註二六八） Vgl. Adalbert Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht, S. 23, 24.

（註二六九） Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 25, 26.

為了在法律上撇清這些謀殺行動，希特勒的政府——自從一九三三年三月二十四日所謂的授權法生效開始，在不必民意的監督下，就能管理與支配的政府——在一九三四年七月三日依授權法公佈一項法律，依其規定，這些行為被解釋為「正當的國家緊急防衛的執行措施（vollzogene Maßnahmen der Staatsnotwehr für rechtens）」（註二七〇）。從此以後，國會火災案令成為納粹使用之作為眾多的政治歧異分子恣意逮捕的基礎（註二七一）。到一九四五年初，同時有超過六十萬各種國籍的被拘束人存在於主集中營和支集中營中（註二七二）。

此外，依據國家社會主義勞動黨（NSDAP）於一九二〇年二月二十五日所公布的黨綱「二十五要點」的第四點規定：「只有德國的國民同志才得為國家公民。又國民同志，不分宗教信仰，只有德國血統的人才能當之，猶太人概不配當國民同志。」於是猶太人並不被認為是德國國民，被排斥在司法保護之外，造成納粹時期超過六百萬的猶太人未經司法程序即在集中營中被處死。

（註二七〇） Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 27.

（註二七一） Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 24.

（註二七二） Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 29.

又，從一九三九年九月戰爭開始時，納粹實行一個清除「無生存價值的生命 (lebensunwertes Leben)」計劃，亦即殺害持久欠缺工作能力的精神病患計劃為目標。在「領袖辦公室 (Kanzlei des Führers)」的指示下，設置一個用各種標記 (例如：公益病患運送協會、T 4 等) 掩飾的組織來執行此項任務。醫生 (依照納粹的觀點所認定者) 被概括委任以一種粗略的程序來挑選那些病人應該被處死。而其中只有少數在療養院或看護院中予以致命的注射處死；但大多數被決定要消滅的病人則被送往「消滅營 (Vernichtungslager)」，在毒氣室內用一氧化碳加以殺害 (註二七三)。對於這種慘絕人寰的野蠻行為，納粹卻名之為「安樂死 (Euthanasie)」。

儘管竭盡全力來保守秘密，但此種野蠻行為仍然迅速被知悉，人民普遍不滿，特別是引起高層教會人士的勇敢抗議。故此行動在一九四一年中止，然而，所謂的「被拘束人安樂死」，亦即無工作能力的集中營被拘束人的處死，和在療養院中，由致死的藥物和注射從事的「兒童安樂死」，仍然持續進行。大約有十萬人——絕大多數是德國人——成為「安樂死」行動的被害人 (註二七四)。

可見，在納粹德國未經司法程序而被剝奪自由或生

(註二七三) Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 34.

(註二七四) Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 35.

命者，究竟有多少人，迄今仍未能提出較確切的數字，但絕對可以確定其遠多於經過司法程序者。而且，應強調的是：這些人中，絕大多數根本未犯罪，或更確切地說，根本無犯罪的機會，只是不為納粹所喜，其基本人權就完全被否定。

(二) 刑罰規定恣意擴張

希特勒掌握政權後，即不顧罪刑法定主義刑罰必要性的要求，主要依授權法大量頒布特別刑法，總數不下百種，擴張刑罰權和刑度至極致，幾乎所有基於政治需要的刑罰規定都網羅在內，名目繁多，不勝枚舉，除上述的一九三五年六月二十八日的增修法外，其較重要的有：

1). 一九三三年二月四日的「保護德國民族總統令 (Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz des deutschen Volks) (註二七五)」。本令規定對內亂嫌疑者 (Verdacht auf Hochverrat) 予以「保護拘束」。

2). 一九三三年二月二十八日的「民族與國家保護總統令 (Verordnung des Reichspräsidenten zum

(註二七五) Vgl. RGBl. I, S. 35.

Schutz von Volk und Staat) (註二七六)」。此令廢除人民的基本權利，對原本施以要塞禁錮 (Festungshaft) 的內亂罪 (Hochverrat) 加重至死刑，並規定對總統攻擊的新構成要件。

3). 一九三三年三月二十一日「防治惡意攻擊民選政府總統令 (Verordnung des Reichpräsidenten zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung) (註二七七)」。依本令總則第二條第二款對攻擊政府和納粹黨者得處死刑。

4). 一九三三年十一月二十四日的「反危險之習慣犯與關於保安處分法 (Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregelung der Sicherung und Besserung) (註二七八)」。

5). 一九三四年十二月二十日的「反陰謀反國家和黨之攻擊與保護黨體制法 (Gesetz gegen heimtückische Angriffe gegen Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen) (註二七九)」。

6). 一九三五年九月十五日的「國民法 (Reichs-

(註二七六) Vgl. RGBl. I, S. 83.

(註二七七) Vgl. RGBl. I, S. 135.

(註二七八) Vgl. RGBl. I, S. 995.

(註二七九) Vgl. RGBl. I, S. 1269.

bürgergesetz)(註二八〇)」。

7). 一九三五年九月十五日的「保護德意志血統與德意志榮譽法 (Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre)(註二八一)」。

8). 一九三八年八月十七日的「戰爭時期特別刑法令 (Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege)(註二八二)」和「戰時特別刑法特別使用令 (Verordnung bei besonderem Einsatz Kriegssonderstrafrechts)(註二八三)」。依此可對間諜活動 (Spionage) 和叛亂 (Zersetzung der Wehrkraft) 處以死刑。

9). 一九三九年九月一日的「特別無線電廣播處置令 (Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen)(註二八四)」。

10). 一九三九年九月五日的「反民族有害分子令 (Verordnung gegen Volksschädlinge)(註二八五)」。

11). 一九三九年十二月五日的「反暴力犯令 (Ver-

(註二八〇) Vgl. RGBl. I, S. 1146.

(註二八一) Vgl. RGBl. I, S. 1146.

(註二八二) Vgl. RGBl. I, S. 1939.

(註二八三) Vgl. RGBl. I, S. 1455.

(註二八四) Vgl. RGBl. I, S. 1683.

(註二八五) Vgl. RGBl. I, S. 1679.

ordnung gegen Gewaltverbrecher)(註二八六)」。

12).一九三九年十二月二十八日的「反暴力犯令之貫徹與使用令 (Verordnung zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung gegen Gewaltverbrecher)(註二八七)」。

13).一九三九年九月四日的「戰爭經濟令 (Kriegswirtschaftsverordnung)(註二八八)」。

14).一九三九年六月三日的「違反物價規定之刑罰與刑事訴訟令 (Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zuwiderhandlung gegen Preisvorschriften)(註二八九)」。

15).一九四〇年四月六日的「違反關於農產品管理規定之刑罰與刑事訴訟令 (Verordnung über Strafen- und Strafverfahren bei Zuwiderhandlung gegen Vorschriften auf dem Gebiet der Bewirtschaftung bezugsberechtigter Erzeugnisse)(註二九〇)」。

16).一九四一年九月四日的「刑法典修正法 (Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuch)(

(註二八六) Vgl. RGBl. I, S. 2378.

(註二八七) Vgl. RGBl. I, S. 1940.

(註二八八) Vgl. RGBl. I, S. 1609.

(註二八九) Vgl. RGBl. I, S. 999.

(註二九〇) Vgl. RGBl. I, S. 610.

註二九一)」。依本法對於刑法典第二一一條之謀殺罪等暴力犯處以死刑。

17).一九四一年十二月四日的「反波蘭人及猶太人之刑事司法令 (Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden) (註二九二)」。

18).一九四二年三月二十五日的「戰爭經濟令 (Kriegswirtschaftsverordnung) (註二九三)」。對原料之供給的破壞、毀損或抑留者處死刑。

19).一九四三年三月四日的「保護家庭、婚姻與母親令 (Verordnung zum Schutze von Familie, Ehe, Mutterschaft) (註二九四)」。本令對於人工流產 (Abtreibung) 的行為，因為「損害德意志民族的生存動力 (Lebenskraft)」而處以死刑。

在連同上述在內的百餘種特別刑法層層交織下，幾乎只要納粹認為應加以刑罰的行為，均能找到法條適用，刑法上以類推適用論罪科刑的機會少之又少。法令多如牛毛，行政機關藉法律之名，完全控制司法，行政、立法與司法完全合一，法治國分權制度的保障機能完全被瓦解。

(註二九一) Vgl. RGBl. I, S. 549.

(註二九二) Vgl. RGBl. I, S. 759.

(註二九三) Vgl. RGBl. I, S. 147.

(註二九四) Vgl. RGBl. I, S. 140.

(三) 不明確構成要件大量使用

在「法繁於秋荼，網密於凝脂」的情況下，納粹猶恐不能致人於刑罰，在刑罰規定中大量使用「不明確構成要件」和「一般條款」，如「依健康的民族感覺..」、「有害民族的....等其他犯罪」的規定。因此，本在構成要件明確性下應以類推適用論罪科刑者，此時皆以「解釋」之名為之，不啻立法將規定構成要件之權限授權於司法，此時司法以解釋為之已足，何待類推用適用方能論罪科刑。

(四) 溯及既往規定層出不窮

雖然威瑪憲法第一一六條規定禁止溯及既往論罪科刑，但在授權法的掩護下，從一九三三年三月二十九日的「封·戴爾·魯伯法」就開始溯及既往論罪科刑。雖然一九三五年六月二十八日的增修法規定「原則上」不得溯及既往，但迄於納粹敗亡為止，溯及既往的刑罰規層出不窮，「例外」頻頻出現，凡納粹認為應科以刑罰者，隨即就頒布追溯既往的刑罰規定而要求司法機關加以適用。因此，除非納粹所不關切的案件外，司法機關才有類推適用的機會。

(五) 特別法院取得絕大部分刑事案件管轄權

為確保刑事判決能符合納粹的要求，於是不斷將案件的管轄權移轉給特別法院(Sondergerichte)，最後普通法院的管轄權萎縮到最小的範圍，只能審判一些納粹不感興趣的輕微案件，此乃帝國法院關於刑法上類推適用判決未有關於重大犯罪者的原因，因為普通法院對之根本無管轄權，何來類推適用。

從一九三三年起，將案件管轄權移轉給特別法院的重要法令如下：

1). 一九三三年二月二十八日的「保護民族與國家總統令 (Verordnung des Reichpräsidenten zum Schutz von Volk und Staat) (註二九五)」。

2). 一九三三年三月二十一日的「防治惡意攻擊民選政府令 (Verordnung zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung) (註二九六)」。

3). 一九三三年四月四日的「防治政治暴力行為法 (Gesetz zur Abwehr politischer Gewalttaten) (

(註二九五) Vgl. RGBl. I, S. 83.

(註二九六) Vgl. RGBl. I, S. 135.

註二九七)」第二條。

4). 一九三三年六月十二日的「防治出賣德意志國民經濟法 (Gesetz gegen Verrat der deutschen Volkswirtschaft) (註二九八)」第九條。

5). 一九三三年十月十三日的「維護法秩序法 (Gesetz zur Gewährleistung des Rechtsfriedens) (註二九九)」第三條。

6). 一九三四年十二月二十日的「特別法院管轄權總統令 (Verordnung des Reichpräsidenten über die Zuständigkeit der Sondergericht) (註三〇〇)」。

7). 一九三四年十二月二十日的「反陰謀反國家和黨之攻擊與保護黨體制法 (Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen) (註三〇一)」。

8). 一九三八年六月二十二日的「反利用汽車陷阱街道強盜法 (Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen) (註三〇二)」。

(註二九七) Vgl. RGBl. I, S. 163.

(註二九八) Vgl. RGBl. I, S. 360.

(註二九九) Vgl. RGBl. I, S. 723.

(註三〇〇) Vgl. RGBl. I, S. 4.

(註三〇一) Vgl. RGBl. I, S. 1269.

(註三〇二) Vgl. RGBl. I, S. 651.

9). 一九三八年十二月二十日的「特別法院管轄權擴張令 (Verordnung über die Erweiterung der Zuständigkeit der Sondergerichte) (註三〇三)」。依本令第一條條文，依照犯罪行為之嚴重性，只要檢察官提出申請，即可將案件移轉給特別法院審判。

10). 一九三九年九月一日的「法院組織與司法之處置令 (Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege) (註三〇四)」。依本令第十九條規定，即使是輕罪案件，只要原告機關提出申請，亦可將案件管轄權移轉於特別法院。

11). 一九三九年九月一日的「特別無線電廣播處置令 (Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen) (註三〇五)」。

12). 一九三九年九月五日的「反民族有害分子令 (Verordnung gegen Volksschädlinge) (註三〇六)」。

13). 一九三九年十二月五日的「反暴力犯罪令 (Verordnung gegen Gewaltverbrechener) (註三〇七)」

(註三〇三) Vgl. RGBl. I, S. 1632.

(註三〇四) Vgl. RGBl. I, S. 1658.

(註三〇五) Vgl. RGBl. I, S. 1683.

(註三〇六) Vgl. RGBl. I, S. 1679.

(註三〇七) Vgl. RGBl. I, S. 2378.

。有關管轄的規定規定在本令第一條和第二條。

14).一九四〇年二月二十一日的「特別法院管轄與其刑事訴訟規定令(Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte der Sondergerichte und sonstige, strafverfahrensrechtliche Vorschriften)(註三〇八)」。依本令，特別法院取得所有犯罪的管轄權。

15).一九四一年十二月四日的「東方兼併地區反波蘭人及猶太人刑事司法令(Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in die eingliederten Ostgebieten)(註三〇九)」。依本令第五點第一款之規定，波蘭人和猶太人交由特別法院審判。

而納粹時期的人民法院(Volksgericht)是特別法院的特別法院，專辦政治案件，其由兩名職業法官以及三名選自納粹黨、黑衫隊、軍人的非職業法官組成，後者的人數較正式法官為多，對判決的影響力當然較大。人民法庭大多數是採用軍法審判，而非普通審判。人民法庭的訴訟程序都是一審終結，不許上訴或抗告。審判程序在一天之內完成，而判決多為死刑。同樣地，特別法院也是一審終結，不得聲明不服。

在刑事案件管轄權不斷移轉給特別法院管轄的情況

(註三〇八) Vgl. RGBl. I; S. 405.

(註三〇九) Vgl. RGBl. I, S. 759.

下，帝國法院幾乎無案可辦，遑論類推適用。尤其一九四〇年三月二十一日「特別法院管轄與其刑事訴訟規定令」頒布後，特別法院取得所有刑事重罪及輕罪案件的管轄權，帝國法院形同虛設，功能盡失，德國刑事司法已宣告死亡。

(六) 小結

由上述的說明，可以梗概了解何以納粹時期德國帝國法院關於刑事法上類推適用判決如此罕見。而在重重控制的情況下，納粹猶仍強制要求刑法上類推適用，其「防民甚於防賊」的心態，揭然若揭。不過，這些只證明了納粹時期德國普通法院「不能」為刑法上類推適用的客觀條件限制，而其「非不為」的主觀意念，以及特別法院濫用類推適用的成因，就只能從納粹政權和德國司法間的互動關係中加以瞭解。對此，另闢專章說明之。

陸、納粹時期之德國司法型態

一、奠定納粹時期德國司法型態之政治與法律基礎

(一) 威瑪共和時期之德國司法

為了能夠正確評價在納粹統治下的德國司法型態，則首先必須回顧納粹奪取政權前的德國司法。因為納粹之司法型態絕不是自一九三三年一月三十日希特勒掌握政權後才開始發展，而是在此之前，就能從法官的身上辨認出決定後來納粹時期德國司法型態的傾向。

要確實瞭解這種關連，則應該特別強調威瑪共和時期法官們的態度。

如同所有的德國公務員團體一樣，威瑪共和時期的德國法官也自成一個封閉的社會（註三一〇）。由於出

（註三一〇） Vgl. Werner Johe, Die gleichgeschaltete Justiz, Organisation des Rechtswesens und Politisierung der Rechtsprechung 1933–1945, dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirks, S. 197.

身、傳統和學生時代的影響，他們之中的絕大部份，多多少少都和反猶太的保守主義和大德意志的極權國家有密切關係。因此對威瑪共和抱著敵視的——甚至是否定的——態度（註三一—），這種立場可以從許多涉及政治層面的判決內容看出來。在這些判決中，大多數的法官都竭盡全力幫助政府來對抗反保守勢力的自由派人士，但對與之政治立場相同的政治性犯罪者則表現得十分寬容（註三一二）。此將「弗以希巴赫案（Feuchbach）」的判決和希特勒及其黨羽叛亂案的判決相對照，就是典型的例子（註三一三）。

弗以希巴赫是一名具有和平主義思想的新聞工作者，也是被謀殺的拜恩邦（Bayern）總理艾思奈爾（Eisner）的秘書，他將一封外交電報轉交給一名瑞士記者，以便披露德國右派激進組織的活動。他因此被拜恩邦設在慕

（註三一—） Vgl. Max Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozeß, S. 140; Alexander Brünneck, Justiz im Nationalsozialismus, Kritische Justiz 3 (1970), S. 22.

（註三一二） Vgl. Otto Kirchheimer, Politische Justiz, Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, S. 318.

（註三一三） Vgl. Ilse Staff, Justiz im Dritten Reich, S. 13ff.

尼黑 (München) 的人民法院依叛國罪 (Landesverrat) 判處十年的重刑。然而，此判決無論在訴訟法，抑或在實體法上均有錯誤。在訴訟法方面，該案件違背憲法而人為操縱由一特別法院 (Sondergericht) 管轄 (註三一四)；在實體法方面，該組織的活動早已眾所皆知 (註三一五)，根本未侵害任何法益，或對任何法益構成危險。

希特勒則因一九二三年二月八日和九日叛亂未遂而被以內亂罪 (Hochverrat) 起訴。結果，他因此被判處五年城塞禁錮 (Festungshaft)，但在六個月之後，他就被緩刑 (Bewahrung) 開釋，而無視於他在審判程序中一再保證他將繼續內亂活動的事實 (註三一六)。

不過，雖然法官們有和共和政體相敵對的傾向，然而威瑪共和時期的德國司法制度在性質上仍是法治國的 (rechtsstaatlich)。它規定分權制度 (Gewaltenteilung)，而且是由一種獨立的司法權來制衡行政權 (註三一七)。

(註三一四) 威瑪憲法第一〇五條規定：「不得設置特別法院。不得剝奪任何人受法定法官裁判之權利。....」

(註三一五) Vgl. Ilse Staff, a. a. O., S. 22.

(註三一六) Vgl. Ilse Staff, a. a. O., S. 22.

(註三一七) Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 21f.

(二) 納粹之司法制度

分權制度——尤其是獨立的司法——直接和納粹的統治體系——領袖原則 (Führerprinzip) ——的立場相牴觸 (註三一八)。納粹的目標是摧毀民主而建立極權統治 (Totalitäre Herrschaft)。因此，必須斬斷個人與當時民主制度的連繫與結構關係，並將之納入集體主義的團體 (kollektivistische Gemeinschaft) 之中。故「民族團體 (Volksgemeinschaft)」是其最高的價值，而司法制度應該被用來捍衛此最高的價值 (註三一九)。

對此，羅蘭德·弗萊斯勒 (Roland Freisler) 在「司法權與法律 (Richterrecht und Gesetz)」一文 (註三二〇) 中闡述道：「全民統治 (Volksbeherrschung) 的國家已經消滅，全民領導 (Volkshfuhrung) 的國家已經建立。因為各種不同力量互相配合與制衡的分權國家已經消滅，現在的情勢是全體國民的力量集中 (Kraft-zusammenballung)。」

(註三一八) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 11; Alexander Brünneck, a. a. O., S. 22.

(註三一九) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 9.

(註三二〇) in JZ 1934, S. 1333 ff.

但是，納粹並未因此而廢除司法，其寧可保存司法的外在形式，利用之為國家社會主義制度服務（註三二一）。

首先，納粹認為應該利用司法協助其對外取得建立極權國家的法律資格，將暴力加以掩飾與合法化（註三二二）。因為，德國司法一向享有清廉、專業而且客觀的聲譽，故可利用法官具體適用納粹的法律，使這些法律和納粹的意識型態獲得較高的信賴，而且透過「司法判決」而掩飾納粹的暴力。在納粹政權成立之後，這種表面合法性（Scheinlegalität）的建立仍是司法的主要任務（註三二三）。再者，應該利用司法來適用反猶太人的法律，以進一步發展納粹國家的種族政策目標；並且透過刑法一般條款（Generalklauseln）的擴張解釋與類推適用之交互運用，來剷除政治上的異議分子。

為了達成上述的任務，司法必須變成「領袖意志的執行者（Vollstrecker des Führerwillens）。因此，最後就是排除司法的獨立性。

（註三二一） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 22.

（註三二二） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 32.

（註三二三） Vgl. Werner Holtfort, Rezension von Heinz Boberach: Richterbrief, In: Redaktion Kritische Justiz: Der Unrechtsstaat, Recht und Justiz im Nationalsozialismus, S. 139.

(三) 納粹政權——合法之暴力？

純就形式觀察，希特勒由興登堡總統 (Reichspräsident von Hindenberg) 任命為內閣總理 (Reichskanzler)，在程序上是完全符合威瑪憲法的規定 (註三二四)。其取得政權的途徑，由各種文獻都得到合法的結論。然而，就實質的觀察，其乃利用司法獨立和分權制度之民主的方法，潛滋暗長地掌握政權 (schleichende Machtergreifung)，以邁向消滅民主法治國的接管政權目的 (註三二五)。所以，戈貝爾 (Gobbel) 早在一九二八年就說：「我們進入國會是為了在民主的軍火庫中取得民主自己供給給我們的武器。我們將藉著國會議員和威瑪信念 (Weimarer Gesinnung) 自己的幫助，使他們停擺！民主是如此的愚蠢！提供免費車票和議員津貼給我們來幫倒忙。但這是他們自己的事，我們是來當敵人的！ (註三二六)」

(註三二四) Vgl. Hubert Schorn, Der Richter im Dritten Reich, Geschichte und Dokumente, S. 8.

(註三二五) so Karl Dietrich Bracher in seiner Rede in der Gedenkstunde zum 30. 1. 1933 am 30. 1. 1983 im Reichstag Berlin.

(註三二六) zitiert nach Bracher, a. a. O.

希特勒並非因為國會的多數而掌握政權，而是依照威瑪憲法第四十八條的規定，並且依此規定大作文章來否定威瑪憲法和現行法的制度——尤其是司法制度（註三二七）。他以依照緊急命令權（Notverordnungsrecht）取得增大的國家力量和利用 S A（突擊隊）的暴力來擴充最高領導（Führungsspitze）的權限。希特勒發布國會縱火案緊急處分令（Reichstagsbrandverordnung），剝奪一個法治國（Rechtsstaat）人民最根本的基本權利（Grundrecht）（註三二八）；以中央集權（Diktatur im Reich）使各邦統一步調（註三二九）。並以詐欺、暴力、威脅等手段通過授權法（Ermächtigungsgesetz）（註三三〇），使國會將立法權移交給政府，並使內閣總理（即希特勒）取得原屬於總統的法律簽署

（註三二七） Vgl. Udo Reifner, Juristen im Nationalsozialismus. In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 83, S. 15.

（註三二八） Notverordnung des Reichspräsident zum Schutze von Volk und Staat von 28. 2. 1933, RGBl. I, S. 153.

（註三二九） Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich von 31. 3. 1933, RGBl. I, S. 153.

（註三三〇） Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich von 24. 3. 1933, RGBl. I, S. 141.

權 (Recht zur Ausfertigung von Gesetzen)。

透過這些，使希特勒邁向排除依照威瑪憲法而建立的制度之坦途。雖然立法權和行政權已經合而為一，但司法的獨立性仍待剷除。以下將說明及研究納粹剷除司法獨立性之方法，及其運作與影響。

二、納粹對司法之干預

(一) 裁判獨享權之廢除

在實際上要剷除獨立的司法權，第一步就是要廢除法院的裁判獨享權 (Rechtsprechungsmonopol)。為達此目的，部分是針對納粹所設定的立場之特定任務範圍予以完整的交待，部分是干預法院訴訟上的管轄權。於是，依照一九三三年三月二十一日的緊急處分令 (RGBl. I, S. 136)，特別法院 (Sondergericht) 被設立 (註三三一)。起初，依照此特別法院緊急處分令 (Sondergerichtsverordnung) 第二條的規定，其管轄權僅限於違犯國會縱火案緊急處分令，但隨後其範圍一直擴

(註三三一) Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 23; Hubert Schorn, a. a. O., S. 102.

大(註三三二)，至一九四〇年二月二十一日之緊急處分令，所有重罪(Verbrechen)和輕罪(Vergehen)的管轄權均劃歸特別法院。因為「考慮一個行為是重大而可責的；因而引起公憤或嚴重危害公共秩序(öffentliche Ordnung)或公共安全(öffentliche Sicherheit)(註三三三)」，特別法院則依照公訴機關的意見，迅速判決。

特別法院由一名審判長(Vorsitzender)和兩名陪席法官(Beisitzer)組成，法官則任用較年輕受過國家社會主義勞動黨(Nationalsozialistisch Deutsch Arbeiterpartei)和法律人聯盟(Rechtswahrerbund)(註三三四)專業訓練的人，以保證所交付的政治任務會依照命令達成(註三三五)。

此外，依照勞動管理官法(Gesetz über Treuhänder der Arbeit)(註三三六)，勞動法院(Arbeitsgerichte)管轄關於勞動法中關於工資協調案件(Bereich des Tarifrechts)，勞動契約(Arbeitsvertrag

(註三三二) durch VO v. 20. 11. 1938 und VO v. 1. 9. 1939.

(註三三三) Art. II der VO von 21. 2. 1940, RGBI. I, S. 405.

(註三三四) 其前身即「國家社會主義法律人聯盟(Bund Nationalsozialistischer Juristen)」。

(註三三五) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 84.

(註三三六) vom 19. 5. 1933, RGBI. I, S. 285.

)的訂立範圍則由勞動管理官規範。依照一九三四年一月二十日的國家勞動秩序法(Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit)(RGBl. I , S. 45), 企業組織法上的勞動法部分亦移轉歸勞動管理官規範(註三三七) , 因此, 勞動法院僅保留個人勞動案件(Individual-arbeitssachen)的管轄。

類似的情況, 行政法的適用範圍也受到限制。

在刑法領域, 普通法院對政治性犯罪, 例如內亂罪和外患罪, 於一九三四年被剝奪, 並移轉給人民法院(Volksgerichtshof), 人民法院由五名法官組成, 其中包括三名法律的門外漢。如此方能確保會有一個意識型態不生問題的裁判。對人民法院裁判不服的法律救濟(Rechtsmittel), 如上訴或抗告, 是不被允許的。

對裁判獨享權的進一步干預是國家機關, 納粹黨務機關和親衛隊(Schutzstaffel; S S)的競合管轄(konkurrierende Zuständigkeit)(註三三八); 並且猶太人和波蘭人的刑事訴訟案件, 最後也被完全轉給親衛隊和蓋世太保(Gestapo)(註三三九)。因此, 他們也能介入審理中的案件(註三四〇), 而且在訴訟程

(註三三七) Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 23.

(註三三八) Vgl. Otto Kirchheimer, Von der Weimarer Republik zum Faschismus, S. 198.

(註三三九) Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 24.

(註三四〇) Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 14.

序終結後獨立採取「有法律效力的」措施。被開釋的政治犯，經常在宣判之後，直接被蓋世太保逮捕，並送入集中營（Konzentrationslager）（註三四一）。反之，國家社會主義勞動黨黨員的訴訟程序，則由納粹幹部或希特勒本人管轄。希特勒排除法院對一九三四年羅姆叛亂案（Röhmputsch）的管轄，而且他在一九三四年七月十三日在國會演說時指出：此時此刻，他是對德國命運負有責任的「民族最高審判者（oberster Gerichtsherr des Volkes）」（註三四二）。

在國會縱火案緊急處分令頒布後，由於沒有訴訟程序和判決，依照威瑪憲法第四十八條所應保留的基本權利，也變得毫無意義。「保護拘束（Schutzhaft）」的制度被建立，並且在大部分的情形，在「消滅營（Vernichtungslager）」執行。藉著國會縱火案緊急處分令，所有的手段都「合法地」被運用來對付共產黨員、社會民主黨員（Sozialdemokraten），以及其他政治上的反對者。

（註三四一） Vgl. Heinz Boberach（Hrsg.）: Richterbrief, S. XⅢ.

（註三四二） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. XⅢ.

(二) 對法院組織所採取之手段

依照一九三三年十二月一日的「國家與黨合一法 (Gesetz über die Einheit von Staat und Partei)」 (RGBl. I , S. 1066) 第一條的規定，國家社會主義勞動黨被提昇為公法團體。包括法院在內的所有公法機關，依照同法第二條和第六條，在其業務範圍內，對突擊隊 (Sturmabteilung ; S A) 的裁判權所委託的工作，有義務予以職務互助 (Amtshilfe) 和法院互助 (Rechtshilfe)。

至一九三五年，法院直接被置於司法部 (Reichsjustizministeriums) 管轄之下。因此，司法部直接管理事務分配 (Geschäftsverteilung) 和法官的任命 (註三四三)。

(三) 對程序法所採取之手段

隨著法院組織的變更，程序法上的訴訟，在一些領域上被縮短。首先是審級 (Instanzenzug)，尤其在行政訴訟 (Verwaltungsprozeß) 的領域。而在特別法院

(註三四三) Vgl. Alexander Brünneckf, a. a. O., S. 24.

，無論如何，都只有一審級，被告不許抗告或上訴。

但為了能夠審查不為納粹所喜的判決，不利變更(*reformatio in peius*)是被容許的(註三四四)。

在刑事案件，對確定判決不服，有二種法律救濟的途徑——請求確認判決無效之抗告(*Nichtigkeitsbeschwerde*)(註三四五)以及非常異議(*außerordentliche Einspruch*)(註三四六)——被導入。依規定，請求確認判決無效之抗告應由帝國法院首席檢察官(*Oberreichsanwalt*)在判決是不公正地基於有錯誤的法適用(*Rechtsanwendung*)(註三四七)時提起。而非常異議也應由帝國法院首席檢察官在對判決的正確性(*Richtigkeit*)有嚴重懷疑時提起之，亦即特別當其量刑標準不符合國家領導(*Staatsführung*)的期待和觀

(註三四四) Durch Gesetz v. 28. 7. 1935, RGBl. I, S. 844.

(註三四五) VO über die Zuständigkeit der Strafrechte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtl. Vorschriften vom 21. 2. 1940, RGBl. I, S. 405.

(註三四六) Gesetz zur Änderung von Vorschr. des allg. Strafverf., des Wehrmachtsstrafverf. und des RStGB v. 16. 9. 39., RGBl. I, S. 1841.

(註三四七) Vgl. Roland Freisler, Rechtswahrengedanken zum Kriegsjahr 1940. In: Deutsche Justiz 1941, S. 5.

點時。當然，非常異議很少被提起（註三四八）。

在民事訴訟方面，則依據一九四一年七月十五日的檢察官參與民事爭議法（Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwaltes in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten）（RGBl. I, S. 383），提供對納粹所不喜歡的判決法律救濟途徑。依此法，當存在「對裁判正確性有法律方面的或事實方面的重大懷疑，而且，因為該裁判的特殊重要性，帝國法院首席檢察官必須堅持更新程序和變更判決」時，他有權在裁判確定後一年內，在民事訴訟上提起再審（Wiederaufnahme des Verfahrens）。再者，每一名檢察官都有義務「對所有在審判中的民事法爭議，向法院表達檢察官的立場」，而且使國家社會主義的價值觀被理解（註三四九）。

（四）對個人所採取之手段

為使司法步調統一，在對個人所採取的手段，首先是經由一九三三年四月七日頒布的職業公務員制度重建法（Gesetz zur Wiederstellung des Berufsbeamtentums）（RGBl. I, S. 175）和一九三五年九月十五日的國民法（Reichsbürgergesetz）（RGBl. I, S. 1146

（註三四八） Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 103.

（註三四九） Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 20f.

）加以推動。由於公務員制度重建法，納粹可以將在政治上不可靠的公務員，特別是共產黨籍的公務員（第2 a 條）、非亞利安人種的公務員，以及依其當時的政治活動不能保證其毫無保留地支持納粹國家的公務員（第四條）加以免職。這種保證在意識型態上無懈可擊的公務員團體之法律，在一九三七年三月二十六日，由希特勒重新對公務員任免之公布而補充完成。此後，原來非希特勒所能任免的公務員聘任，變成每一名公務員的聘任，和包括每一名邦高級官員的任命與昇遷，完全聽從希特勒的指示（註三五〇）。而國民法則使納粹能將猶太血統的公務員的職務剝奪掉。

這些對個人所採取的手段，在本質上，是對仍在職法官的威脅恐嚇，使他們處於沒有明確免職原因的環境中，如同坐在達摩克里斯劍（Damoklesschwert）下一般（註三五一）（註三五二）。希特勒在一九四二年四月二十六日對國會的演說也是同樣的目的，他在演說中

（註三五〇） Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 225.

（註三五一） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 25.

（註三五二） 所謂「達摩克里斯劍」乃比喻幸福中隱伏著危險臨頭，出自古希臘民間傳說：Syrakus 國王Dionysios 命達摩克里斯坐在一根馬鬃懸掛的劍下，以示位高多危。

辱罵猶太人和那些不受他免職威脅的法官（註三五三）

。

（五）公務員訓練

一種更進一步的控制手段是設置公務員訓練課程（Schulungskurse）。為此，開辦特別的培訓營（Schulungslager），例如在艾根道夫（Ergendorf）和杜林根（Thüringen）設立國立領導與政策學校。

整個課程主要由闡明納粹對各方面的價值概念的演說組成，而非僅在闡釋法學理論。所以，同樣的基本思想反覆地被表達，如血統浪漫主義（Blutromantik）和土地浪漫主義（Bodenromantik），「血統維持純粹（Reinerhaltung des Blutes）」、種族主義（Rassismus）、「遺傳健康（Erbgesundheit）」和民族整體思想（Gedanke vom Volksganzen）。這種蘊育於自然的思想（Nährmutternaturgedanke），最後在法學領域中被提出：「對於所有的條款，大部分都遵守永久的自然法（Naturrecht），因此，德國從未放棄其自然的權利

（註三五三） Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 12ff; Alexander Brünneck, a. a. O., S. 25.

(natürliche Rechte) 概念 (註三五四)。」「民族 (Volk) 是最高的價值，法律必須為之服務.... (註三五五)。」

擔任訓練課程講座者，包括醫生、教師、鄉鎮市長 (Bürgermeister) 和法律學者等，藉助其威望，以發揮其見證與榜樣功能。

(六) 法律工作者訓練

為實現一種預定意識型態的法律工作者專門職業訓練 (Fachausbildung)，納粹首先將不受其歡迎的大學教授免職，而職業公務員制度重建法是其利器。學生則依法編入學生組織 (Studentenorganisationen) (註三五六)。依照學生組織的章程，所有的學生均有義務為 S A 服務，參與國家社會主義德意志學生聯盟 (Na-

(註三五四) so Hans Frank bei seinem Besuch in Thüringen, zitiert nach Ilse Staff, a. a. O., S. 63.

(註三五五) so Dr. J. W. Hedemann in seinem Bericht über die Thüringener Staatschule, zitiert bei Ilse Staff, a. a. O., S. 64.

(註三五六) Reichsgesetz über die Bildung von Studentenschaften an den wissenschaftl. Hochschulen.

tionalsozialistischer Deutscher Studentenbund) 所舉辦的活動。

對未來的法律工作者則設立所謂的高等候補文官訓練營 (Referendargemeinschaftslager) (註三五七) 。依照法律工作者訓練令 (Juristenausbildungsordnung) , 他們必須在訓練營中接受兩個月的法律準備課程。訓練營的課程包括政治訓練、軍事訓練及專業訓練——特別是種族與遺傳健康法 (Rasse-Erbgesundheitsrecht)、勞動法 (Arbeitsrecht) 和農民法 (Bauernrecht) (註三五八)。依照一九三七年十月二十一日之訓練營令 (Lagerordnung) , 訓練營的目的乃在使德意志各邦的高等候補文官「團結聯盟起來, 成為緊密的同志團體 (Kameradschaft)以加深其認知的世界觀基礎。」而訓練營的教官 (Ausbilder) 都是意識型態可靠的納粹主義者。

法律工作者之培養與訓練之目的, 依照羅特貝爾格 (Rothenberger) 在其所謂的新法律工作者訓練制度之導言中指: 「一種....在其專業上接受的預備性教育的....法律工作者....的訓練....其乃根植於民族 (Volk

(註三五七) Vgl. Ilse Staff, a. a. O., S. 119; Werner Johe, a. a. O., S. 214ff; Alexander Brunneck, a. a. O., S. 25.

(註三五八) Vgl. Ilse Staff, a. a. O., S. 119.

）中，而與之結合。」因此，民族乃判斷構成要件上一切正確價值方向——「世界觀的（ weltanschaulich ）、政治的、法律的、經濟的、種族的（ völkisch ）等最高指導概念。而作為判斷的基礎，民族必須「單獨而且只能接受國家社會主義的理念世界（ Ideewelt ）。」所有培養和訓練的目的在創造「國家社會主義徹底洗禮的法律工作者（ nationalzialistisch durchtränkte Juristen ）（ 註三五九 ）。」

當然，訓練課程和在營停留（ Lageraufenthalt ）非如國家領導階層所想像的那麼有效，因為只有極微小部分的法律工作者能參與，而且在公務員訓練營和高等候補文官訓練營的停留期間只持續短短數週。而且在大學的法學專業訓練只能扮演間接控制的角色，因此也只是作用有限的制度工具（ 註三六〇 ）。

為了進一步對司法的控制，乃由宣傳部（ Propagandaministerium ）所發動的文宣攻勢：如「黑色軍團（ Schwarze Korps ）（ S S 的機關刊物 ）、「先鋒隊（ Stürmer ）」和「S A 隊員（ SA-Mann ）」等（ 註三六一

（ 註三五九 ） zitiert nach Werner Johe, a. a. O., S. 203.

（ 註三六〇 ） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 17; Ilse Staff, a. a. O., S. 61.

（ 註三六一 ） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. X I V; Hubert Schorn, a. a. O., S. 82f.

），反覆宣揚納粹的意識型態。

圖書館的藏書則充斥納粹的著作（註三六二），乃使納粹控制司法更往前一步。

但這些措施，大體上說來，至多也只有間接的影響，並無直接的作用。

（七）事前與事後討論會

在一九四二年之後，納粹更嘗試藉由所謂的「事前與事後討論會（Vor- und Nachschaubesprechung）」和「法官通訊（Richterbriefe）」對司法進一步加強控制，而直接干涉司法的裁判。早在一九三六年，弗萊斯勒（Freisler）代理當時的司法部長鳩爾特奈（Gürtner）時，就不定期召開討論會，參加者有：高等法院院長（OLG-Präsidenten）、最高檢察長（Generalsstaatsanwälte）和地方法院首席檢察官。這種措施在一九四二年制度化，五月法務部代理次長羅特貝爾格（Rothenberger）在弗萊斯勒的建議下推動所謂的事前與事後的討論會。在會中，他希望依據一九四二年五月七日其所草擬的命令（Anordnung）瞭解所有在繫屬中關於有政治重要性，或存在某種界於形式的法（formales Recht）和

（註三六二） Vgl. Ilse Staff, a. a. O., S. 61.

直接的民族感覺或納粹觀點間矛盾可能性的案件（註三六三）。

這種討論會的結果一般是一種有強制性的指示（註三六四）：如就這些案件應如何被判決。為補充這種討論會的效果，檢察官和法官間訴訟程序外的溝通被推動。弗萊斯勒在一九三九年就建議檢察官和法官關於刑度的相互諒解，「當有特別重要性的案件，為保障我們刑事司法的公正決定時（註三六五）。」

（八）法官通訊

1. 法官通訊之採用與目的

所謂法官通訊是以公文規程送交司法機關的非特定案件之書面指示，如判決更正、裁判和處分（註三六六）

（註三六三） zitiert nach Werner Johe, a. a. O., S. 180;
Bsp. b. Ilse Staff, S. 101f.

（註三六四） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 26.

（註三六五） so Freisler in einer Rundverfügung des Reichsjustizministeriums v. 27. 5. 34, zitiert nach Werner Johe, a. a. O., S. 187.

（註三六六） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 26.

)的原則方針。其為司法部部長齊拉克(Thierack)所採用。關於其功能及必要性說明，齊拉克在其致司法機關的法官通訊上說(註三六七)：「我希望能夠不去而且不允許指示勝任一種法秩序過程的法官，當在個別情況其必須判決時。法官必須是不受命令的，因此他方能以其內在的責任感而作成判決....我僅能勸告他以藉著法律的幫助，去整頓或規制一種陷於混亂的生活過程，或建立成熟秩序的生活過程，一名法官必須為民族團體(Volksgemeinschaft)服務。....同樣地，法官能像醫生一樣除去民族中的病灶，或做外科醫生的手術。...法官通訊應提供一種觀點，從司法領導想到的國家社會主義的法適用方式，提供給法官形成內在的確信，而自由地去發現正確的判決(註三六八)。」但在其出任司法部長時，和高等法院院長和最高檢察長的會議上，他卻露骨地說(註三六九)：「一種完全流暢的操縱法官是我能去貫徹的運作，而且我相信能夠負責其運作。」然而，他在一九四二年十月一日印製的第一期法官通訊序言中卻又強調：「一名德意志的法官有不必要顧慮司法領導的不受指示的自由，而且這種自由應該被保障。」他說其對法官的立場是：「依照日耳曼的法理念，一

(註三六七) Vgl. dazu Heinz Boberach, a. a. O., S. XI, S. 449.

(註三六八) zitiert nach Heinz Boberach, a. a. O., S. 1.

(註三六九) Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. XX.

個民族的領袖一直是最高的審判者。法官獲得其法官的權力乃導源於領袖，因此，法官是民族自我保存的肩負者。由於此種任務，法官是國家領導的直接助手。因此，刑事司法的一種領導意義與必要性必須被理解。然而，此不應被認為是一種新的指揮法概念，法官必須有不受指揮的自由（註三七〇）。」事實上，齊拉克所謂的不受指示之自由，明白表示於其一九四二年九月二十九日的主管會議上的講話：「獨立性的核心，正確的核心，是自由的、不受指示的運作應該保持，而且被保持。然而，法官必須知道判決的作用不是用來監督國家領導的。一個法官企圖藉其判決對國家領導改變些什麼是不智的。他也必須理解到作為法官的活動界限（註三七一）。」對於自由主義國家或民主國家中以司法審判監督國家領導的思想，齊拉克認為是法官的濫權。

其實際上的意義是：當領導層峰對於憲法所保障之司法獨立性應予排除的同時，形式上的法官不受指示的自由也應予以保留（註三七二），以利納粹運用司法。

2. 法官通訊之內容

（註三七〇） zitiert nach Heinz Boberach, a. a. O., S. 6.

（註三七一） zitiert nach Heinz Boberach, a. a. O., S.450.

（註三七二） Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 25.

在主題上，法官通訊的前六期都在談刑法的問題，然後也局部談私法的問題，如非婚生子女的權利（Un-ehe-lichen, Recht）、租賃權（Mietrecht）、繼承權（Erbrecht）、前線戰士的婚姻上過失（Eheverfehlungen von Frontkämpfern）（註三七三），但其一貫地強調「健康的民族感覺」。這些資料首先取材自對司法部有報告義務的各地法院的判決，進一步的來源則是安全單位和黨部認為值得利用的判決而轉達給司法部，然後由司法部對這些資料加以挑選與整理。

法官通訊對於每一個特定的主題都含有一個或數個判決，然後在「司法部長的意見表示（Stellungnahme des Reichsjustizministers）」的標題下，首先對該主題做一般性的說明，然後對個別判決加以批判，就其事實說明、證據判斷、法律判斷和法律效果加以譴責或稱讚。

法官通訊第四號（Nr. 4 v. 1. 1. 1943）在「對社會敗類的鬥爭（Bekämpfung Asozialer）」的標題下，許多一九四一年和一九四二年普通法院和特別法院的判決被描述：

案例：「被告 E，一九二〇年生，一九四一年因第一次偷竊其顧主，處二月徒刑。但在執行前，他利用燈火管制再度竊盜。」E 利用夜間空襲警報，從一部停在公路上而其駕駛員中途離開求助的汽車貨載中取走一個

（註三七三） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. XX I.

新的有內胎的汽車輪胎。E 因為低能而被剝奪生殖能力，然而他在刑法上是有責任能力的。根據犯罪族譜學 (Kriminalgenealogie) 的研究，他是「一種劣等而可以不要的親屬」。故特別法院認為其是有害民族的 (volks-schädling)，而判處有期徒刑二年 (註三七四)。

而齊拉克在對此判決的「意見表示」中表示贊同，他說：

「反常業犯 (Berufsverbrechertum) 和習慣犯 (Gewohnheitsverbrechertum) 的戰鬥是與犯罪鬥爭之首要，當在過去市民社會刑法，僅藉著個人的責任和贖罪 (Sühne) 的標準而強調市民的自由，並細心地加以保護。然而，今天刑法的手段和思想的中心觀念是民族整體的保護。特別是在反重犯罪人的戰鬥中，刑罰的目的配合著這種保護思想。」

依據這種觀念，則刑罰的基礎不再是構成要件該當的、違法的、有責的行為，在考慮刑罰之加重或減輕時，民族團體的利益 (Belange der Volksgemeinschaft) 反而變成刑罰的判斷標準 (註三七五)。

一九四三年二月一日的法官通訊第五號 (註三七六) 的主題是關於猶太人和猶太人混血兒出身確定的問題。對之，司法部部長齊拉克建議，當只要有微不足道的

(註三七四) Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 51ff.

(註三七五) Vgl. dazu Ilse Staff, a. a. O., S. 82f.

(註三七六) Vgl. dazu Heinz Boberach, a. a. O., S. 68f.

理由去懷疑聲請人的亞利安血統純粹性時，就不應發給其亞利安血統的證明文件。他主張生物遺傳學家的鑒定報告應該優先於證詞加以採用，「德意志血統出身的確實性的懷疑必須始終由聲請人負擔（註三七七）。」

而此種建議明確地違反了德國民事訴訟法第二八六條（§ 286 ZPO）自由心證原則（Grundsatz der freien Beweiswürdigung）。

在法官通訊第三號中則有一個關於一名十一歲小女孩的案例。那個小女孩在學校一直拒絕德國式的敬禮（deutscher Gruß）。她的父母——另外有一名六歲的女兒——同意這名十一歲小女孩的行為，而且他們也不替小孩在希特勒青年團（Hitler Jugend）報到。而監護法院（Vormundschaftsgericht）並未如青年福利局（Jugendamt）的建議，剝奪其父母的照顧權（Sorgerecht），而僅命令保護監督（Schutzaufsicht），上訴法院則廢棄此裁定，並以不適合教育為由，剝奪這名十一歲小女孩父母對兩個小孩的照顧權（註三七八）。

齊拉克支持此判決。

然而，此判決依據當時的法律是站不住腳的。依照德國民法典第一六二六條（§ 1266 BGB），對於小孩的人身照顧（Personensorge）是專屬於父母的，而一九三

（註三七七） 同上註。

（註三七八） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 48.

六年十二月一日的希特勒青年團法(Gesetz über Hitler Jugend)只宣布學校和希特勒青年團同為教育機構。但此判決和齊拉克同樣違反了實證法，使國家的教育權取代了父母的照顧權(註三七九)。

但怪的是，齊拉克在法官通訊中，不只譴責太「寬大的」判決，也時時指摘判決的法律效果太廣泛或草率地處以死刑。例如：一名四十三歲而有超乎普通平均值收入的女牙醫，在一次轟炸後，從一個窗版玻璃已毀損的燈店中，取走一個燈罩。在被逮捕後，她說：她貯存這個燈罩已三星期，她希望藉此以保護此燈罩不致被毀滅，她也假定店主會同意。而且，事實上也證明，她多年來一直是個好顧客。

法院以其搶劫(Plünder)而判處死刑。上訴後，在上級檢察官抗議無效下，被無罪開釋(註三八〇)。齊拉克在其「意見表示」中，叱責下級法院的死刑判決過於草率，未事先予以充分的事實調查。但齊拉克的目的並非在要求司法的公正性，而只是嘗試去證明法官通訊是無偏見的和可靠的(註三八一)。

況且，此也不足以否定國家領導自一九三三年以來

(註三七九) Vgl. dazu Ilse Staff, a. a. O., S. 71.

(註三八〇) Vgl. dazu Heinz Boberach, a. a. O., S. 280f. (RB Nr. 17)

(註三八一) Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 61.

一直存在片面而強烈對司法施加影響力，而且一直對於異議分子持有嚴厲刑罰的傾向。再者，要指摘一項判決，並非單就其法律效果，而是因其非法學的運作模式傷害到司法的目的。故不可因齊拉克對幾個判決的結果加以指摘，就誤認納粹並非全然否定司法的公正性要求，而必須深切瞭解其指摘的動機何在。

3. 意識型態之間接傳達

此外，法官通訊內置於評論前的一般性說明一直是在間接傳達極權主義的意識型態原則，而其最常用的名詞是「法真實發現團體 (Rechtswahrgemeinschaft) 」和「健康的民族感覺 (Gesundes Volksempfinden) 」：

(1) 法真實發現者團體

在法官通訊中「法真實發現團體」的思想一再被強調，其概念則只能由齊拉克的描述加以理解，他說（註三八二）：「....我們法真實發現者....知道....當我們作為一個封閉的戰鬥體和工作體進行強有力的法鬥爭時，則我們將了解我們的任務。」

（註三八二） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 250.

類似地，弗萊斯勒說（註三八三）：「法真實發現者在其本質的核心是戰鬥的。」

其所謂「法真實發現團體」就是司法上的職業團體——法官、檢察官和辯護人——應該步調一致變成一個反反政府（Regimegegner）和戰爭敵人（Kriegsfeinde）的戰鬥團體（註三八四）。

此外，齊拉克也對律師做出同樣要求，在一九四四年十月的唯一一期的律師通訊（Rechtsanwaltsbrief）中，他說（註三八五）：「律師的一般行為和態度必須以達成形成所有法真實發現者的不對外公開的工作戰鬥體為目標....」對於律師所應持的立場，他說（註三八六）：「既被納入法真實發現者的團體中，則應放棄過去只作為一造利益代表人（einseitiger Interessenvertreter）的立場....國家希望在有律師參加的案件中，不要看到法庭沒有台詞的演員，而是看到正直的而且負責認真的、有良知的法鬥士（Kämpfer des Rechts），這個鬥士是發現真實的法，而且和法官及檢察官站在共同立場上的。」

（註三八三） Vgl. Roland Freisler, Kriegsdienstappell deut. Rechtswahrer. In: Deutsche Justiz 1941, S. 441. S. 441.

（註三八四） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 401.

（註三八五） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 400f.

（註三八六） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 408.

齊拉克又說（註三八七）：「一種刑事辯護的效果必須出自於為使公正獲得勝利而盡全力作為共同負責的法真實發現者的認知....從一方面作為個別民族成員的律師，另一面又作為法發現真實者的成員之雙重立場，律師一再處於從屬於其為之辯護的被告危險中，因此，他忘記他不是其訴訟委託人的傳聲筒，而是對自己負責的法真實發現者。」

依照齊拉克的見解，律師應該代表國家社會主義的法概念，而獨立於其訴訟委託人於訴訟程序中積極辯護的要求之外，他既不應該「嘗試竭盡全力去拯救什麼」，也不應該嘗試「在公訴中去勝過檢察官」（註三八八）。

所以。所謂「法真實發現團體」就是要求法律人無條件遵循國家社會主義的代名詞。至此，訴訟程序已不再是實現正義的過程，而是實現政治意識的手段。

（2）健康的民族感覺

這種概念由一九三五年六月二十八日的增修法規定在刑法典第二條新條文。如前所述，此無關依據法律文字的意義去推測在民族中通說的道德和法概念之整合。其目的首在要求法官優先適用希特勒公開的闡釋，其次

（註三八七） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 411, 413.

（註三八八） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 414.

則適用被意識型態操縱的法律職業團體內部的概念理解（註三八九）。質言之，就是以意識型態作為判決的標準，而非法律，更不是法學理論。

三、納粹時期德國司法之墮落及其原因

（一）司法未曾反抗納粹

在納粹強力干預下，德國司法是否曾反抗？一部分學者主張：司法已技巧地反抗納粹，而且反對其操縱手段，對之最明顯的証據是希特勒對於司法的否定。因為他在一九四二年四月二十六日的國會演說中指出司法未有意義地發生功用，而且指出對於不能配合的司法之操縱必要性（註三九〇）。但這種說法有待商榷。

事實上，如果說希特勒否定司法的功能，並非因其缺乏政治上的配合，而是因法本質上的方法、程序和運作。因為即便撇開政治上的配合問題，其繁複緩慢的程序和獨立運作的模式，對於希特勒而言也是不能忍受的

（註三八九） Vgl. Otto Kirchheimer, a. a. O., S. 191.

（註三九〇） Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 11f.

(註三九一)。此可見諸由比克爾博士 (Dr. Picker) 所筆錄的「 1941—1942 希特勒在領袖總部的桌邊談話 (Tischgesprache Hitlers im Führerhauptquartier)」中的希特勒談話，希特勒說：「那些囚徒是為民族團體所唾棄的人，他們不是應該 (馬上) 被關在集中營，就是應該 (馬上) 讓人們處死，然而司法卻不這麼做，反而用愛和謹慎的方式去得到他們所謂和平運作路線的公正判決 (二〇三頁)....沒有任何一個有理性的人能全然了解那些唸法律的所弄出來的法理論 (二一一頁)。」所以納粹不斷將刑事案件的管轄權移轉給特別法院，以便能速審速結。

另一方面，希特勒認為唸法律的人是空思冥想的「法問題」發明家 (Erfinder von "Rechtsfrage")，因此只配扮演無關緊要的角色 (三五頁)。其實，希特勒是希望依照 S A 領導分子為範本來進行其司法改革計劃，塑造出殘忍的 (brutal) 法官 (二四二頁)，為其所利用。可見，希特勒並非否定司法，只是仇視非其理想形式的法官，他甚至要保存司法為其所運用。

而更令人懷疑的是謂操縱司法無效性的說法。此就包含了大部分判決的法官通訊來看，大多數的判決均為司法部所讚揚，此即證明司法已全然「浸透了 (durchtränkt)」國家社會主義思想 (註三九二)，否則司法

(註三九一) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 55.

(註三九二) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 203.

部怎可能予以讚許，此即操縱司法有效性的明證。

而另一個進一步的反證是：大多數判決顯示自願接受法官通訊上的司法部要求（註三九三）。然而法官通訊的內容是意識型態而非法學，因此，實在很難令人相信說絕大部份的納粹時期德國法官已採取正確的司法行為。換句話說，納粹時期德國法官的絕大部分並未反抗納粹。

（二）德國司法淪為納粹統治工具

如果要討論納粹時期德國司法所扮演的角色，最好先瞭解法官們對此法西斯政權的建立、維護和執行的本質上支持（註三九四）。弗萊斯勒就說（註三九五）：「國家社會主義國家必須而且能夠在法院外表的利益下，迅速利用法院。」而事實上，德國大學的國家法教授已經對於國家社會主義者奪取政權予以正當化，而且有部分加以擁護（註三九六）。此外，法官協會（Richter-

（註三九三） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. XXIII.

（註三九四） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 13ff; Alexander Brünneck, a. a. O., S. 34.

（註三九五） zitiert nach Eduard Kern, Der Aufgabenkreis d. Richters, S. 22.

（註三九六） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 16.

vereine)在一九三三年春季希特勒奪取政權後立即宣布加入國家社會主義法律人聯盟(Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen)」，並「高興地而且真誠地」擁護希特勒政權(註三九七)。此顯示出德國司法界非但不反對納粹，而且加以支持。因此納粹很容易地利用司法，而未受阻力。

為使司法有效配合政治，則設立特別法院速審速結，勢在必行，此乃使德國司法墮落的主因，因為這樣完全否定了法律的保障機能。但是影響層面更大的是以法官通訊作為判決的標準，使意識型態取代了法學理論，更使德國司法普遍地喪失其應有的規範機能，而完全成為政治附庸。因此，納粹時期的德國司法——尤其是特別法院——經常透過對國家社會主義法律的擴張解釋和類推適用達成納粹交付其之消滅「社會敗類(Asoziale)」、「習慣犯」、「民族有害分子(Volksschädlinge)」、「褻瀆種族者(Rassenschänder)」的任務(註三九八)。司法特別有效地使恐怖的暴力行為合法化(註三九九)，使司法變成一部殺人機器(Todesmaschine) (註四〇〇)，即使司法從來未曾達到國家領

(註三九七) Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 7; Udo Reifner, a. a. O., S. 14, 18.

(註三九八) Vgl. Alexander Brünneck, a. a. O., S. 32, 34.

(註三九九) Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 89.

(註四〇〇) Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 13.

導所要求的效率（註四〇一）。

可見，納粹時期的德國司法已變成政治的工具，我們可用一句話綜括地表示司法在納粹國家中所扮演的角色：「國家社會主義者沒有法，然而有法院；國家社會主義者沒有法律，然而有法學；國家社會主義者沒有合法性，然而透過合法的機關而運作。（Die Nationalsozialisten hatten nicht das Recht, aber die Gerichte, sie hatten nicht die Gesetz, aber die Rechtswissenschaft, sie hatten nicht die Legalität, aber deren Darstellung durch die dazu bestimmten Organ）（註四〇二）」

（三）納粹時期德國司法墮落之原因

納粹時期德國司法背棄其應堅持的公正立場，全然向納粹法西斯政權靠攏，成為政治的打手，其原因何在？此實在值得我們深思。

1. 納粹之鎮壓？

（註四〇一） Vgl. Werner Johe, a. a. O., S. 195.

（註四〇二） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 16.

部分學者主張：持續受到納粹的鎮壓是司法墮落的原因，並舉出職業公務員制度重建法和希特勒一九四二年四月二十六日在國會的演說作為例子。但是這些手段的實質影響性和不可避免性卻令人懷疑。因為在德國最大的高等法院管轄區哈姆（Hamm）的六一三名法官中，因為職業公務員制度重建法，而以政治的或種族的理由被免職者，只有三十一名（註四〇三），換言之，其他近百分之九十五的法官都通過了納粹的政治忠誠考驗。

而在納粹統治的十二年間，依照希特勒在國會演說而被免職者，在全國超過一萬六千名的法官中，並無一人（註四〇四）。而在事實上被用來威脅法官所採取的手段，也只是中止其晉昇或剝奪其公務員退休金請求權（Ruhegehaltsanspruche）（註四〇五）。是以謂因為納粹的鎮壓而使司法墮落並無法令人信服。

2. 法律實證主義？

（註四〇三） Vgl. Heinz Boberach, a. a. O., S. 485, 486.

（註四〇四） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 17.

（註四〇五） Vgl. Richard Schmid, Rezension von Hermann Weinkauff: Die deutsche Justiz u. der Nationalsozialismus, In: Redaktion Kritische Justiz: Der Unrechtsstaat, S. 126.

而另外一種看法，認為納粹時期的司法墮落是因為法律實證主義。因為在法律實證主義的理論中，法官變成絕對服從的法律適用者，因此他們對司法墮落沒有責任，應該負責的是法律（註四〇六）。

這種說法也不能夠說明在納粹時期的司法行為，何以在對左派的政治犯予以嚴厲制裁的同時，對右翼的政治犯卻十分寬容。況且，法律的規定也往往不是判決的基礎，甚至法律對法官而言，只是達成其貫徹保守的、反共和的觀點之手段。法官經常寧可依法西斯納粹主義作為理解前提，而不願依照法律。

因此，法律實證主義理論並無法說明納粹時期的司法墮落。事實上，法官並不是對於法律實證主義有所確信，而是在利於其（國家社會主義）確信時利用法律實證主義（註四〇七）。況且，在納粹法理論中，一再強調反法律實證主義的立場。

3. 司法自甘墮落！

從上述我們既已確定使納粹時期司法墮落的主因並非納粹的鎮壓，亦非法律實證主義，因此就必須從司法

（註四〇六） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 14.

（註四〇七） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 18.

本身上去找原因，因為其所以墮落的主因並非來自行政與立法的影響！

首先，在納粹奪權的過程中，法官們寧可支持國家社會主義者而不願去支持其他的政黨，可以明顯看出其政治傾向，並因此對納粹的奪權予以「幫助（Beihilfe）」（註四〇八）。其後，法官們也未放棄繼續為極權主義國家服務，幫助納粹去建立恐怖體系。或許可辯稱乃因希特勒的免職威脅，造成法官們無法抗拒，但是「免職」與「不正判決」的抉擇中，其選擇後者，則令人感到遺憾與驚訝！

更或許有人會強調不應以道德強人所難，但是納粹時期的確有成功反抗的例子：在德國軍隊入侵挪威後，在那兒扶植了一個親納粹的政權，並要求所有國家機關加以配合，但所有的挪威法官一致退職，而其最高法院的法官並站在抵抗的尖端（註四〇九）。誠然，其未能推翻納粹政權，但起碼未為虎作倀！

值得深思的是，為何這樣的職業倫理（Berufsethik）和性格優點（Charakterstärke）在納粹德國竟然沒有一個類似的例子（註四一〇）？可見司法的墮落的主因完全在法官們的道德良知淪喪，否則其仿效挪威的法官

（註四〇八） Vgl. Udo Reifner, a. a. O., S. 16.

（註四〇九） Vgl. Willy Brandt, Durchhalten und überleben,
in Der Spiegel 82, Nr. 36-40, Nr. 39, S. 199.

（註四一〇） Vgl. Hubert Schorn, a. a. O., S. 7.

一致退職，則即便無法阻止納粹的暴力，但起碼使之無法合法化，這應是身為法官者最基本的職業道德與性格良知，但其捨此不為，並為虎作倀，披著正義的外衣，隨魔鬼的音符起舞，實在令人惋惜，令人寒心，令人不齒！

柒、戰後德國刑法上類推適用禁止 原則之重建與發展

一、盟國佔領時期

(一) 納粹刑法典第二條之廢除

一九四五年德國戰敗，全境由美、蘇、英、法四國佔領，佔領國（Besatzungsmächte）則致力於將刑法上法律保留重新引進德國。一九四五年十月二十日同盟國管理委員會（Alliierte Kontrollrat）第三號令（註四一一）公布德國的「司法重建原則（Grundsätze für die Wiederherstellung des Rechtspflege）」，規定如下：

「.....

II 被告權利之保障（Gewährleistung der Rechts des Angeklagten）：

1). 除非基於法和法律之理由，不得剝奪任何人之生命、自由或財產。

（註四一一） Vgl. ABl. des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 1 S. 22.

2). 可罰之責任只存在於法律已明白表示可罰之行為。

3). 法院不許如在過去德國的案件，基於類推之理由或考慮所謂健康的民族感覺而宣布任何行為是可罰的。」

其後，一九四六年一月三十日管理委員會法 (Kontrollratgesetz) (註四一二) 第一條規定廢止一九三五年六月二十八日增修法之德國刑法典第二條關於類推適用之條文；然而同法第四條並未明示恢復增修法前舊第二條罪刑法定主義之旨趣。直至一九五三年八月四日第三次刑事法改正案才追加第二條第一項「行為之處罰，以其行為前之法律已規定其可罰性者，為限」之規定 (註四一三)。

在盟國佔領時期，所適用關於刑法上類推適用禁止原則之規定，則是前述一九四五年管理委員會第三號令第四條第七號所頒布的軍事政府法 (Militärregierungsgesetz) 第一號，其規定：

「只在行為當時存在而且有效之法律明白地表示該行為是可罰的，才允許起訴、判決和科刑。但禁止以類推適用或依據所謂健康的民族感覺科刑 (註四一四) 。」

(註四一二) Vgl. ABl. des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 3 S. 55.

(註四一三) 參閱陳樸生，實用刑法，頁八。

(註四一四) Vgl. ABl. MilReg. Nr. 3. Zitiert nach Hans-Ludwig Schreiber, Gesetz und Richter, S. 201.

因此，同盟國的勝利（至少在西方盟國方面）是對於罪刑法定主義在戰後於德國重建有一定程度的貢獻。

（二）管理委員會法第一〇號—— 罪刑法定主義再度被戕害

雖然，同盟國管理委員會的措施使罪刑法定主義在德國復活，然而，其也同時再度嚴重破壞罪刑法定主義。一九四五年十二月二十日公布所謂「對戰爭犯罪，反和平或反人道犯罪應負責者之科刑（Bestrafung von Person, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben）」的管理委員會法第一〇號（Kontrollratsgesetz Nr. 10）（註四一五）。此法「規定了漫無邊際的，有溯及既往效力的刑罰構成要件（註四一六）。」使罪刑法定主義在納粹敗亡後，再一次受到嚴重的戕害。

管理委員會法第一〇號第二條規定：

（註四一五） Vgl. ABl. des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 3 S. 49.

（註四一六） Vgl. Maurach / Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, S. 163.

「1.下列構成要件均為犯罪：

a). 反和平罪：在侵害國際法或國際條約之情況下，從事侵襲他國和侵略戰爭，其包括以下的、在上述行為構成要件未詳盡的例子：在破壞國際條約、協約或保證的情況下，計劃、預備一種侵略戰爭，或發動或領導一種戰爭，參與以前述罪行之執行為目的的一項共同計劃或陰謀。

b). 戰爭犯罪：在侵害戰爭法或戰爭習慣的情況下從事暴力行為、或侵害肢體、生命或財產之犯罪，其包括以下的、在上述行為構成要件未詳盡的例子：謀殺、對佔領區人民虐待或綁架去強制工作或其他目的；謀殺或虐待人質；搶奪公共的或私人的財產；恣意破壞城市與土地；或蹂躪非軍事上所必需者。

c). 反人道罪：暴力行為或罪行，其包括以下的、在上述行為構成要件未詳盡的例子：謀殺、滅絕、奴役或其他對平民反人道之行為。基於政治的、種族的或宗教的理由之迫害，而不考慮其是否違反行為地國家之國內法。

d). 從屬於某種罪行團體或機構。該團體或機構之罪行性格由國際軍事法庭決定之。

2.依照本條第一項所規定之標準，不考慮其行為時之國籍或資格，被認為對一罪行有責任者，包括：

a). 行為人，或

b). 作為從犯協助，或命令一種罪行者，或

- c). 經與其同意而參與犯罪者，或
- d). 與其計劃或執行有關連者，或
- e). 從屬一個機構或組織，而該機構或組織與執行有關係者，或
- f). 在德國或一個與其結盟之國家擔任戰鬥職位，或在德國擔任政治的、國家的、軍事的職位，或在一個財政的、工業的或經濟的活動中，被認為第一項a)款者。

3.對於上述所提出之罪行，被認為應負責者，法院能科以其認為適當之刑罰。以下之刑罰，能單獨科處或併科之：

- a). 死刑。
- b). 無期徒刑，或時間有限之同時強制工作或無強制工作之自由刑。
- c). 罰金和無收益情形下之同時強制工作或無強制工作之自由刑。
- d). 沒收財產。
- e). 返還不法取得之財產。
- f). 全部或部分褫奪公民權。」

從此條文看來，其顯著違反構成要件（和刑罰）明確性原則和追溯既往禁止原則，實與納粹刑法典有共通的錯誤，於是引起納粹戰犯的律師們的反擊，律師們指出例如所謂「反和平罪」，在國際法方面，始終未被確立。因此，律師們主張：新設置的國際軍事法庭實在沒

有權限把這種過去的行為裁定為犯罪，但此為軍事法庭所否決（註四一七）。因為就盟軍法庭而言倫敦憲章（London Charter）才是最高的實定法（註四一八）（註四一九）。

但是，這樣不啻科以納粹統治下人民法律上反抗義務的規定，在執行上是有困難的。因為盟軍法庭無法逃避，於衡量在正義的尺度之下，被告通常是在很嚴厲的懲罰之下而服從殘酷法律所受的壓力，為了更高原則則要冒著失業、入獄或甚至死亡的危險。在紐倫堡憲章（Nürnberg Charter）之下被迫訴的醫生、實業家、軍官、法官許多案子裡，最嚴厲的就是所謂「正義」審判這案（"justice" trial）（註四二〇）。在「正義」案，大多數的被告都把他們縱容的行為，也就是在制定納粹規章之際，推諉為他們職務上行為一部分。他們並不是烈士，並且其中有些藉著除去猶太人或政治上的對手而

（註四一七） 參閱李長源譯，利奧·坎恩原著，紐倫堡大審判，頁一七七。

（註四一八） 參閱楊日然等譯，W. Friedmann 原著，法理學（Legal Theory），頁三八六。

（註四一九） 倫敦憲章乃一九四五年八月八日由美、蘇、英、法四國代表在倫敦簽署的處理戰犯協定，其後，陸續有十五國參加了此項協定。

（註四二〇） 參閱楊日然等譯，前揭書，頁三八六。

享受了晉陞的機會。納粹的法律包含了從僅令人遭致不快到龐大的殘酷的集體屠殺的立法。每一個在此政權下工作與就食的人都參與了它——祇是有些比其他人更活躍而已。無疑地，在納粹政權初期若有一巨大的集體反抗行動便可阻止它。如果是這樣，那麼數百萬人均將個別地成為幫凶。有些人勇敢地面對失業，甚至死亡。然而，法律通常並不考慮道德的最高規範而僅考慮可作一般生活規範的最低標準。在某些程度上，盟軍戰後立法嘗試著要克服這個問題經由死刑、無期徒刑到財產充公以及褫奪公權擔任重要工作的資格等刑罰，係根據他們在納粹政權的參與程度以及階級而判處。但是即使是最輕微的處刑——這個預定計劃只執行了一半便崩潰了，因為暗示著必須對抗納粹命令的某種程度上之責任——溯及既往地（註四二一）。其實，這種溯及既往處罰納粹法下德國人的行為，並非單純的法律問題，而是同時包含法律背後的道德問題（註四二二）。

紐倫堡大審判除了有將法律與道德混為一談的問題外，其對犯罪的追訴，在本質上，也只是勝利者假藉「正義」之名對戰敗者的罰入地獄裁判（Verdammungsurteil），既非基於自然法的審判，也非基於公平原則的審判。根本上，紐倫堡大審判的客體是「戰爭犯罪」，而非「刑事犯罪」，換言之，其本質是「政治審判」，

（註四二一） 參閱楊日然等譯，前揭書，頁三八七。

（註四二二） 參閱林文雄，法實證主義，頁一七三。

而非「法律審判」。例如軍事法庭無法聲明一九三九年以前納粹的恐怖行為，相當於條例所聲稱的「反人道罪」（註四二三）。這種以偶然的「宣戰時點」的政治因素作為犯罪構成要件，而不以行為之「反正義性」作為犯罪本質的見解，在在證明了戰勝國的「報復」心態。其次，其亦不追究盟國——尤其蘇俄——在戰爭期間的罪行，例如一九三九年秋季德蘇瓜分波蘭，一九三九年冬季蘇軍入侵芬蘭，和俄國占領德國東部後，開始無數的謀殺、強姦和無理智地實行焦土政策（註四二四）。在盟國強烈譴責納粹的罪行為時，似乎忘卻了自己所犯的罪行（註四二五）。無怪乎，納粹戰犯的律師們試著在多數的辯論中，利用所謂「你亦相同」作為辯護的方法。當然，申述他人犯同樣的罪，或證明他人也犯同樣的罪，並不認為是法律上的有效辯護（註四二六）。然

（註四二三） 參閱李長源譯，前揭書，頁八八、八九。

（註四二四） Vgl. Adalbert Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht, S. 92, 93, 15, 16.

（註四二五） 蘇聯曾在審判中提出一個要求，說是納粹曾經層殺一千名波蘭軍俘虜，他們的屍體於卡帝恩的森林被發現了。因而，必須把這一項包含於告發之中。然而，美國卻全力的反對。因為波蘭人振振有詞地提出證言，說這項屠殺乃是蘇聯人幹的好事。這麼一來，蘇聯自己打起了本身的嘴巴，徒招來了一場困擾。（參閱李長源譯，前揭書，頁五四。）

（註四二六） 參閱李長源譯，前揭書，頁一七七。

而，由此可見紐倫堡大審判的非法律性格。

其實，要解決納粹罪行的處罰問題，並不必要如盟國那樣大玩「正義」理論的政治把戲，也不必如賴特布魯（Gustav Radbruch）（1878-1949）認為法實證主義無法對抗納粹德意志的犯罪性法律，並且亦因其對於戰後面臨的法律難題亦無能為力之故，因此，更提出「法律的非法（gesetzliches Unrecht）」與「超法律的法（übergesetzliches Recht）」之理論（註四二七）。根本上，這個問題在實證法體系內就能解決：

往往為人所忽視的，希特勒從來未廢止威瑪憲法；事實上，直至今日，即便西德另制定基本法（Grundgesetz），也仍保留威瑪憲法。是以威瑪憲法自頒布以來，一直是德國「有效的」憲法。況且，盟國管理委員會法只規定廢除一九三五年六月二十八日增修法增訂的德國刑法典第二條類推適用條文，而繼續保留德國刑法典其他條文，可見盟國並無全面取消德國法律的效力之意。此外，即使美、蘇、英、法四國佔領德國，行使主權作用，但也不意味著其能進行恣意統治，因為，起碼美、英、法三國都是自由主義法治國國家，其仍有義務遵守基於自由主義法治國思想制定的威瑪憲法（註四二八

（註四二七） 參閱林文雄，前揭書，頁一六一。

（註四二八） 威瑪憲法第十七條規定：「各邦應制定自由主義之憲法。……」已間接表明其乃依據自由主義法治國思想所制定。

）。因此，盟國可以依據威瑪憲法而宣告納粹所頒布的法令「實質上」違憲而無效，並依戰前的德國刑法典對納粹的罪行進行刑事上的追訴，而不必巧立名目，搞什麼「反和平罪」、「戰爭犯罪」或「反人道罪」。因為，「溯及既往所要處罰的犯罪，在法治國的行為概念下，都能依行為當時有效的刑法，被認為是謀殺、殺人、剝奪自由（*Freiheitsberaubung*）、強制（*Nötigung*）、傷害、搶奪（*Raub*）、恐嚇（*Erpressung*）和竊盜（註四二九）」¹。若恐追訴的層面過大，牽連過廣，亦可依據威瑪憲法第四十九條「聯邦大總統，代表聯邦行使赦免權。……」之規定，對主要元凶元惡之外予以大赦或減刑，而不致於發生「正義審判」的鬧劇。

甚至，極端一點，惟恐不能處以極刑，依照方法與目的比例原則，在廢除刑法典第二條關於類推適用的同時，附以該規定仍適用於納粹罪行之元凶元惡之但書，除非盟國認為德意志民族的「健康民族感覺」真正是如納粹黨黨綱般地野蠻。這樣起碼未完全背棄自由主義法治國原則，也「解決」了盟國「你亦相同」的困窘。不過，在刑法「未必故意（*Eventualvorsatz od. dolus eventualis*）」理論和「間接正犯（*Mittelbare Täterschaft*）」理論下，這種刑法上類推適用對處罰納粹罪行之主犯恐怕沒有發揮作用的餘地。

（註四二九） Vgl. Adalbert Rückerl, a. a. O., S. 94.

因此，同盟國管理委員會法第一〇號第二條實在沒有制定的必要，其和納粹一九三五年六月二十八日增修法一樣，都是不足為訓的惡例。可見，納粹也好，盟國也罷，都是將法律與實力視為一物，無論其假藉「民族」之名，或高張「正義」旗幟，在本質上，都在對自由主義法治國的理念加以戕害。

二、基本法時期

（一）基本法第一〇三條第二項

一九四八年西德在赫倫辛賽（Herrenchiemsee）召開的關於制憲的總理會議（Ministerpräsidentenkonferenz），將「罪刑法定」列為基本法制定基本原則之一，其草案第一三六條規定：「一個行為只能夠在其行為前之法律規定其可罰性時，才能被科以刑罰。」此規定和威瑪憲法第一一六條之規定完全一樣，一字不改。其目的在使「作為古老而經過考慮的」罪刑法定「基本原則再獲尊重」（註四三〇）。

（註四三〇） Vgl. Volker Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, S.

而在國會方面，共同編纂委員會(Allgemeiner Redaktionsausschuß)則建議規定為(註四三一)：

「第一三六條

(1) 一個行為只當該行為被犯之前法律明確規定刑罰者，才能被處罰.....」

但在司法委員會(Rechtspflegeausschuß)，「刑罰(Strafe)」這個字又被「可罰性(Strafbarkeit)」取代，因此變成不是「刑罰」，而是「可罰性」在法律上必須是明確的(註四三二)。

對此，國會議員欽(Zinn)闡明道：共同編纂委員會採取一八七一年帝國刑法典的措辭，似乎是「更好的和更一貫的」，「然而，我再考慮，它也不是十分符合本質的，它也應該只指『科處刑罰』而言」(註四三三)。

到了大會(Hauptausschuß)，主席卡爾·史密特(!)一度提出問題：是否在憲法上落實罪刑法定主義，除了行為的可罰性外，應該要提及刑度。欽則反駁他說：「此在文字上是不包括在內的，但我們詳細考慮之

(註四三一) Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 99.

(註四三二) Vgl. Stenoprot. der 7. Sitzung des Rechtspflegeausschusses, S. 151f.

(註四三三) Vgl. Stenoprot. der 8. Sitzung, S. 32.

，此在法理論上是相一致的（註四三四）。」最後大會仍維持司法委員會的建議，成為基本法第一〇三條第二項「一個行為只當該行為被犯之前法律明確規定可罰性者，才能被處罰。」之規定。

但此又重演威瑪時期，憲法是否只保障「無法律，則無犯罪」，而未保障「無法律，則無刑罰」的爭議。而一般通說則訴諸上述基本法第一〇三條第二項形成歷史（Entstehungsgeschichte），認為：此規定可肯定地說，制憲者已希望藉著「可罰性」的表達，包括「犯罪效果（Deliktsfolgen）」（註四三五）。亦即，基本法第一〇三條第二項非但有「無法律，則無犯罪」的意義，亦包括「無法律，則無刑罰」的意義。

誠然，通說訴諸形成歷史而謂基本法第一〇三條第二項適用於犯罪構成要件和刑罰效果；但這種命題，嚴格來說，並非毫無瑕疵，因為，事實上，「可罰性」是對犯罪的質而言，而「刑罰」則是科刑的量之問題，其間雖應存在相當的「對稱關係」，但究非一物。所以，要貫徹罪刑法定主義，實宜在基本法中，同時規定「可罰性」和「刑罰」，以免再蹈威瑪憲法第一一六條和帝國刑法典第二條第一項間「無法律，則無犯罪」和「無法律，則無刑罰」之爭。

（註四三四） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 100.

（註四三五） Vgl. Volker Krey, a. a. O., S. 101.

實則，實質上侵害人民者，非犯罪之宣告，而是刑罰之宣告，故若只規定「可罰性」，而不及「刑罰」，難免予有心人以可趁之機，斯有違刑法保障機能之本旨。因此，憲法條文誠重「精簡」，但尤貴「明確」，故為正本清源計，基本法第一〇三條第二項實宜將「刑罰」一併規定。

(二) 人民受罪刑法定原則保障 被賦予基本權利性格

西德將罪刑法定主義規定在基本法第一〇三條第二項，此不但拘束行政權和司法權，同時也拘束立法權，因為基本法第二〇條第三項規定：「立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。」因此，罪刑法定主義在西德不只是刑法上的制度，而且也是憲法上的制度。

而基本法第一〇三條第二項拘束三個權力的實質基礎乃因其有人民基本權利性格，或憲法特別列舉類似人民基本權利之性格（註四三六）。此觀諸基本法第九三

（註四三六） 參閱國民大會憲政研討委員會編印，Theodor Maunz / Reinhold Zillelious 原著，德國憲法學（Deutsches Staatsrecht），頁一一三、二八五。

條第一項第四 a 款（註四三七）將人民之基本權利及依第一〇三條所有之權利併列，於其受到公權力侵害時，人民得向憲法法院提起憲法訴願（Verfassungsbeschwerde），即可確認基本法第一〇三條第二項有基本權利之性質（註四三八）。

因為，人民受罪刑法定原則之保障有基本權利之性格，因此基本法第一〇三條第二項非但禁止以普通法律加以變更，甚至其核心領域亦不許以基本法加以變更（註四三九）。因為基本法第一條規定「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務。」（第一項）及「基本權利拘束立法、行政及司法而為『直接有效之權利』。」（第三項）

這種將人民受罪刑法定原則保障昇至基本權利地位

（註四三七）西德基本法第九三條第一項第四a款規定：「一．聯邦憲法法院審判左列案件：

.....

4a. 任何人主張其基本權利或其依第二四條第四項、第三三、三八、一〇一、一〇三及一〇四條所享有之權利遭公權力損害所提起憲法訴願（Verfassungsbeschwerden）。」

（註四三八）Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 117.

（註四三九）Vgl. Gerald Grünwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, S. 521.

之立法例（註四四〇），在法制史上恐是破天荒之舉，此也意味著罪刑法定主義在法律上的地位，空前穩固。或許此應「歸功」於納粹恐怖統治之賜，使西德有反省之機會，而展開罪刑法定主義之新紀元。

（註四四〇） 其實人民受罪刑法定原則保障在本質上就是基本權利，而非僅有基本權利之性格。因為，西德基本法第一章所包括之權利為狹義之基本權利，其它公法權利為其它憲法上之權利。此一術語上之區別，乃由於基本法之語言用法所生。此並非謂非基本權利目錄之憲法上權利，即不重要。尤其定量之「司法上的基本權利」，亦同樣重要。（參閱國民大會憲政研討委員會編印，前掲書，頁九四。）

捌、結論

在西德基本法已將人民受罪刑法定原則保障提昇為基本權利，高張人權大纛的同時，許多國家仍蔑視刑法的保障機能，迭頒特別刑法，恣意擴張國家刑罰權，完全不顧正義與比例原則之要求，藉口國家安全、社會秩序，使人民暴露於立法恣意的威脅之下；而司法亦不辨所以，或未能堅守職業倫理，只見法律，而不見正義，徒務機械性適用法律，而無視司法任務之正義本質。猶有甚者，立法明文規定刑法上類推適用（註四四一），大開歷史倒車，回到啓蒙運動前立法恣意和司法恣意支配人民的黑暗時代。

實則，回顧自羅馬法迄今近二千五百年的發展，罪刑法定主義之落實度和一個國家或政權對自由主義法治國思想的體認度與認同度成正比。因為罪刑法定主義之目的乃在顯示刑法的保障機能，如果非完全的自由主義法治國，必然對人民主體性全部或部分加以排斥，因此

（註四四一） 一九八〇年一月一日起施行之中共刑法第七十九條規定：「本法分則沒有規定的犯罪，可以比照本法分則最相類似的條文定罪判刑，但是應當報請最高人民法院核准。」

，對人民之刑罰自非全然依行為之反正義性為基礎，而是摻入政治的考慮或隱藏意識型態的目的，則人民無可避免地全部或一部淪為統治的對象或支配的客體，刑法也同時變成政治的工具。換言之，如果一個國家或政權不絕對承認「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務（註四四二）」，則必然不承認「基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利（註四四三）」，法律之內容亦必然非以正義為絕對之要求，而出現將人民視為手段之規定，此反應在刑法，則不是排斥罪刑法定主義，就是不能落實罪刑法定主義。

所以，罪刑法定主義所應強調的意義，是實質上的刑法保障機能，而非僅止於「犯罪與刑罰由法律規定」的形式。否則，即使司法恣意受到抑制，人民仍受到立法恣意的威脅。故對罪刑法定主義之正確認識，應由以下幾點加以考慮：

- 一、受罪刑法定原則保障是人民的基本權利，為不可侵犯與不可讓與之人權，為一切人類社會以及世界和平與正義之基礎（註四四四）：

（註四四二） 西德基本法第一條第一項。

（註四四三） 西德基本法第二條第三項。

（註四四四） 西德基本法第一條第二項。

從歷史發展來看，罪刑法定主義之誕生，除受啓蒙運動自由主義法治國思想之鼓舞外，開明專制主義亦有催生之功勞，但隨著人民主體意識日漸提高與民主理念日受認同，時至今日，罪刑法定主義已純然成為基本人權的觀念，而非國家或統治者之恩賜，故世界人權宣言明白指出：「茲鑒於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認確係世界自由、正義與和平之基礎……頒布世界人權宣言……」

第十一條 一、……

二、任何人在刑事上之行為或不行為，於其發生時依國家或國際法律均不構成罪行者，應不為罪。刑罰不得重於犯罪時法律之規定。」

故受罪刑法定保障是人民「直接有效之權利」，「拘束立法、行政及司法」（註四四五），以保障「人之尊嚴不可侵犯，（而）尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務（註四四六）。」因此，立法機關之刑事立法必須遵守刑罰必要性原則、構成要件明確性原則和追溯既往禁止原則；司法機關之刑事司法必須遵守類推適用禁止原則及習慣法禁止原則，以確實實踐刑法之保障機能。

（註四四五） 西德基本法第一條第三項。

（註四四六） 西德基本法第一條第一項。

二、僅形式維持類推適用禁止原則，並不等於罪刑法定主義之落實：

罪刑法定主義之目的，在防止人民受到當局恣意之侵害，因此所著重者乃人民受到不當刑罰之避免。換言之，只要人民非因其行為具備可罰性而受到處罰或受到過重之處罰，即是違反罪刑法定主義，而不論其是否有法律之規定。故立法准許或要求刑法上類推適用，當然違背罪刑法定主義；但是禁止刑法上類推適用，也不等於即符合罪刑法定主義的要求，因為大幅度擴張刑罰權或使用不明確構成要件，均使人民受到不當刑罰之威脅，例如納粹大量頒布特別刑法和使用一般條款，法如牛毛，民不罪焉？何勞類推適用。所以任何政府要求人民守法，自詡法治的同時，必須捫心自問，刑罰權是否氾濫？構成要件是否明確？人民主體性是否受到尊重？刑度是否過重？法律是否成為政治工具？如果只在形式上維持類推適用禁止原則，而未以刑法保障機能作為規範機能之外延，則非不教而殺，即不義而殺，絕對為法治國所不容許。

三、類推適用禁止原則之意義包括法官應拒絕適用任何違背罪刑法主義精神之刑罰規定：

本文第二章第三節闡明：刑罰必要性與構成要件明確性實內涵於類推適用禁止的概念之中，而習慣法禁止

與溯及既往禁止亦為類推適用禁止之當然推論，故類推適用禁止原則實為罪刑法定主義之核心概念。

既然罪刑法定主義之目的為刑法之保障機能，故類推適用禁止原則自非僅止於消極禁止法官比附援引，而勢必積極要求法官拒絕適用任何違反罪刑法定主義精神之刑罰規定，否則，一旦立法機關恣意創設刑罰規定，無法制衡，則人民即便免於司法恣意，亦不免於立法恣意，則不啻真正將法治國變成議會專制之法律國。如此一來，自由主義法治國分權制衡原理又有何意義？

沈家本曾謂：「有其法者，尤貴有其人矣。大抵用法者得其人，法即嚴厲，亦能施其仁於法之中；用法者失其人，法即寬平，亦能逞其暴於法之外。此其得失之故，實筦乎宰治者之一心。為仁為暴，朕兆甚微，若空言立法，則方策具在，徒虛器耳（註四四七）。」因此，罪刑法定主義在形式上雖展現刑法上法律保留之風貌，然其貫徹之關鍵，乃在於司法之運作。若刑事法官人人能秉持職業倫理，堅守道德良知，法律或難免於偶然之不善，正義亦仍能實現於法庭；反之，若少數法官不能嚴守立場，或輕重沿愛憎，或以判決求媚於當道，則法雖完善，法官亦能逞暴於法外。

今天，如果我們承認「不法之制定法」的可能性，則不能否認法官應受正義理念拘束，司法受法（律）拘束。而且制定法本身也有合法性問題。立法者不能恣意

（註四四七）參閱（清）沈家本，歷代刑法總考，卷四，唐。

制定法律，實證化只具有宣示的，而不是決定性的效力，這就是法律的本質。立法者也不能替司法者決定，法官是否必須適用且思慮不正的制定法。亞圖爾·考夫曼（Arthur Kaufmann）指出，對於顯然不正與不道德且因而無效的規範不得加以適用。依此種規範下判決的法官，由客觀構成要件觀察，實現了枉法裁判。如果——「法治」國家強迫法官依照不法之法審判，則自身陷於自相矛盾（註四四八）。

當然，有部分人認為法官審查權，尤其是實質審查權違反分權原則，此種見解並不完全正確。雖然不適用制定法在結果上是以規範審查的否定方式做實質立法（亦即廢除法律）。但觀察法治國家分權原則的意義不能只在分權形式上看。分權原則的意旨必須在國家權力相互審查與節制方面來觀察，亦即由目的論觀點來探求其意義。當立法權為一強權所控制或掌握而且制定不法之法時，該不法制度可能使法官在訴諸權力分立原則下反而成為奴隸。承認法官的審查權正不是表示破壞，而是表示使法官有可能性來正確運用權力分立的制衡力量，以確保法治（註四四九）。

然而，吾人並非意指法官應從自然法的觀點，對於法律行使審查權，而是仍從客觀經驗作為判斷的依據。在刑法方面，其所保護的對象是法益，即犯罪的客體是

（註四四八） 參閱劉幸義，枉法裁判之理論與難題，頁六五。

（註四四九） 參閱劉幸義，前揭書，頁七二。

法益。而在法益的起源史來看，在還沒有成文的實證法之前，人類行社會生活，即對於某些事物，認為是重要的，而經由長久以來的人類共同生活經驗（注意：在此時，實證法尚未出現），而對於人類共同生活中某些事物，已被認為和人類共同生活有重要性，例如人的生命。對於這種人之生命的保護，則早在實證法時代之前即有，而實證法只不過以法律規定對其加以保障。若由立法過程來看，立法者所欲制定的禁止規定或命令規定之前，則在其想像之中，對所欲保護的客體必已存在，而此客體則取自人類共同生活的權益為對象。換言之，法益在此實具有「前實定（vorpositive）」性質（四五〇）。而在有人類行共同生活以後，不論在何種生活或生產型態的社會（游牧、部落、漁獵、農畜）或是任何統治狀態下的社會（神權、君權、專制、民主），對於某些事物，咸認為是具有社會重要性，而不受限於生產型態或統治狀態有所不同，對於此，我們所採用的方法是用「歸納（induktiv）」的方法，而不是用「演繹（deduktiv）」的方法。在應用「歸納」法，可發現人的生命是最重要的，其次是人的身體與健康，再其次才是人的自由、人的名譽及人的財產（註四五—）。因此，如果有任何的刑罰規定，欠缺上述的保護法益，就是一

（註四五〇） 參閱陳志龍，法益與刑事立法，頁一〇三。

（註四五—） 參閱陳志龍，前揭書，頁一〇四。

種恣意立法，法官即應拒絕適用。例如納粹刑法處罰男子間同性戀行為和獸姦行為，就是欠缺法益的恣意立法，而帝國法院猶仍適用，並予類推，這種判決在本質上實屬枉法裁判。

此外，由於五種法益是生命、身體、自由、名譽、財產之重要性遞減排列，因此基於「罪刑相稱」原則，侵害後者之刑罰絕不能重於侵害前者之刑罰，否則法官將成為立法恣意之幫凶。姑且不論死刑應否廢止，若殺人罪之刑罰範圍規定為「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」（刑法第二七一條），而將侵害自由法益之強姦罪、侵害財產法益之強盜罪也處以死刑，則顯然否定法益位階性，是恣意立法，法官應拒絕適用此類刑罰規定。再者，危險犯與實害犯間之不法內涵，亦輕重有別，且危險犯每為實害犯所吸收（註四五二），故若殺人罪非規定為唯一死刑，而僅預備殺人而持有槍械即規定處以唯一死刑，此種刑罰規定，亦顯然是恣意立法，法官應拒絕適用。故刑法中法定刑的刑度，必須和法益保持其合理的相關關係；易言之，即按保護法益的位階（生命、身體、自由、名譽、財產等）而做適當合理地規範；否則，刑事立法將產生不合理的法定刑規定（註四五三），法官對此則應拒絕適用，畢竟法官依「法律」獨立審判（憲法第八〇條），而不是依「不法之法」而

（註四五二）參閱蔡墩銘，刑法基本問題研究，頁一三七。

（註四五三）參閱陳志龍，前揭書，頁三。

獨立審判。因為，相對於制定法而言，法官是法律理念的守護人。如果法官只問什麼是正確的（例如具形式合法性），而不問是否這也是公正的，則他只是法律秩序的奴隸（註四五四）。

所以罪刑法定主義並非僅在消極禁止立法恣意與司法恣意，而且積極要求法官拒絕適用任何違反人權保障之刑罰規定，以徹底落實法治國分權原則之意義與目的。

誠然，歷史是不能假設的，但若當年德國司法對希特勒叛亂案能秉公判決，或即無日後希特勒掌權之事，則死傷數千萬人之人間浩劫或不致於發生；若於希特勒執政之初，德國法官能如挪威法官般群起反抗，或希特勒會有所顧忌，而抑減鉅禍之程度。回顧這段歷史，德國司法背棄正義理念，配合獨裁、極權的政府扭曲法律秩序，將司法謀殺之匕首藏在司法的外衣之後（註四五五）（註四五六），實在令人歎歎不已。

（註四五四）參閱劉幸義，前揭書，頁六七。

（註四五五）參閱劉幸義，前揭書，頁一。

（註四五六）例如一九四二年紐倫堡的一特別法庭在一刑事訴訟程序中，依照一九三五年的血統維護法（§§ 2, 5 II）與一九三九年的危害國民者條例（§§ 2, 4）以「羞辱種族罪」判處六十八歲的猶太商人死刑。該合議庭三位法官在執行刑庭推事職務時，依當時的法律見解已嚴重違法。在認定事實方面，實際上作為判決基

四．罪刑法定主義的落實度是檢驗一個國家民主度之指標：

「民主」，顧名思義就是「以民為主」，就是人民主體性之承認，而罪刑法定主義所強調的刑法保障機能就是以人民主體性為前提，否則，人民若只是統治的對

礎的事實並沒有被證明。在包攝方面，所適用法條的構成要件要素，被錯誤地涵蓋所不應包括的事物。在量刑方面把「猶太人」要素用來加重刑罰而以死刑取代制定法所規定的無期徒刑。該庭的審判長早在一九四七年因此案件被美軍軍事法庭判處無期徒刑。另二位陪席法官一直到一九七〇年才被西德最高法院審判。此二位陪席法官以前審判該猶太商人時沒有大眾壓力或對他們人身的威脅。一方面，即使納粹狂熱的審判長因其職務在紐倫堡地區司法界擁有最具影響力的地位，而且能影響此二陪席法官的昇遷，但他並沒有威脅二位陪席法官。另一方面，此二位陪席法官也沒有受到納粹黨部的威脅。基本上，此二人的裁判自由並沒有被減縮，就如同其他法官在納粹獨裁之下一樣，對他們並無重大的具體危險，最大的「威脅」只不過是不昇遷或由特別法庭移調他庭。基於前述事實可知，此二位陪席法官所參與的刑事判決是以枉法裁判從事司法謀殺（間接正犯）。（參閱劉幸義，前揭書，頁七五以下。）

象、規範的客體，那麼也不需要罪刑法定主義。所以，罪刑法定主義並不以「犯罪與刑罰一由法律規定」為滿足，而是著重於該法律是否符合以保障機能為外延的規範機能之要求。故專制主義下的「法定」，即便人民能免於司法恣意，但仍時受兼握行政權與立法權的統治者的恣意威脅。事實上，只要有人凌駕於法律之上，就沒有「法定」可言。沒有「民主」則「法律」就絕對不是客觀社會行為的最低標準，而是主觀個人的恣意要求。所以「民主」是實現「罪刑法定主義」的前提，不談「民主」，而談「法治」，是毫無意義的（註四五七）。

所以，罪刑法定主義不能只靠呢喃「無法律，則無犯罪」、「無法律，則無刑罰」就獲得落實，必須對於人民主體性全面予以肯認，才不致於使刑法淪為政治的工具。因此，從罪刑法定主義的落實度，可以看出人民主體性的被承認度，也就是看出一個國家的民主度。只有有人人在刑法上完全免於行政恣意、立法恣意與司法恣意的國家才是真正的民主國家，才是真正的法治國家。故謂罪刑法定主義的落實度是檢驗一個國家民主度之指標。

回顧從十二木表法迄今近二千五百年的罪刑法定主義發展史，前二千二百年完全處於黑暗時代，至啓蒙運

（註四五七） 參閱鄭逸哲，沈家本之「罪刑法定主義」思想，刊台大法學論叢第十九卷第一期，頁五三。

動方現曙光，然近三百年來，烏雲暴雨頻仍，真正實踐罪刑法定主義的國家屈指可數，而否定人權，戕害刑法上法律保留之政權則比比皆是。誠然，納粹的反動統治已經敗亡，但是所有在國家社會主義者統治下發生在德國和歐洲的事，在相類似的條件下，在世界各地、今天也會出現，而且，在有限度的範圍內，已經出現（註四五八）。在大多數的國家簽署世界人權宣言的同時，「沒有法，然而有法院；沒有法律，然而有法學；沒有合法性，然而透過合法的機關而運作」的政治醜劇，不斷啃噬著罪刑法定主義的基礎——民主。今天，法律人不能再以駝鳥式的方法觀察罪刑法定主義，必須堅定地以自由主義法治國理念來闡明刑法上法律保留之意義，喚醒人民的主體意識，民主方有普遍開花結果之一日，納粹恐怖統治方能成為歷史永遠的陳蹟，不再反覆地在世界各地上演。

（註四五八） Vgl. Adalbert Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht, S. 20.

附錄：

沈家本之「罪刑法定主義」思想

國立臺灣大學
法學論叢

沈家本之「罪刑法定主義」思想

（抽印本）

第十九卷 第一期

國立臺灣大學法律學系出版

中華民國七十九年一月

沈家本之「罪刑法定主義」思想

鄭逸哲

目次

- | | |
|-------------------------|---|
| 1. 前言 | 5. 沈家本對「罪刑法定主義」前提——「構成要件明確性」和「刑罰必要性」的看法 |
| 2. 沈家本所處的時代背景——關於法律部分 | |
| 2.1. 腐敗的內政 | 5.1. 沈家本主張「構成要件明確性」 |
| 2.1.1. 獨斷的行政 | 5.2. 沈家本主張「刑罰必要性」 |
| 2.1.2. 失當的立法 | 5.2.1. 沈家本認為「刑法不應是政治的工具」 |
| 2.1.3. 惡劣的司法 | 5.2.2. 沈家本認為「刑法與道德應加以區別」 |
| 2.2. 領事裁判權 | 5.2.3. 沈家本已有區分「行政不法」與「刑事不法」的傾向 |
| 3. 沈家本主張「罪刑法定主義」的初步證據 | 5.2.4. 小結：沈家本已有「刑罰經濟」 |
| 4. 研究沈家本「罪刑法定主義」思想的基本素材 | |

* 清史稿，列傳二百三十，載：

「沈家本，字子惇，浙江歸安人。少讀書，好深湛之思，於周官多創獲。初授例以郎中分刑部，博稽掌故，多所纂述。光緒九年，成進士，仍留部補官，後充主稿兼秋審處。自此遂專心法律之學，為尚書潘祖蔭所稱賞。

十九年，出知天津府，治尚寬大，姦民易之，聚衆鬧於市，擒斬四人，無敢復犯者。調劇保定，甘軍毀法國教堂，當路懾於外勢，償五萬金，以道署舊址建新堂，侵及府署東偏，家本據府志力爭得直。拳匪亂作，家本已擢通永道山西按察使，未及行，兩宮西幸。聯軍入保定，教士衝前隙，誣以助拳匪，卒無左驗而解，因馳赴行在，授光祿卿，擢刑部侍郎。

自各國互市以來，內地許傳教，而中外用律輕重懸殊，民教日齟齬，官畏事則務抑民，民不能堪則激，而一逞往往焚毀成巨禍，家本以謂：「治今日之民，當令官吏普通法律。然中律不變，而欲收回領事審判權，終不可得。會變法議起，袁世凱奏設修訂法律館，命家本偕伍廷芳總其事，別設法律學堂，畢業者近千人，一時稱盛。補大理卿，旋改法部侍郎，充修訂法律大臣。宣統元年，兼資政院副總裁，仍日與館員商訂諸法草案，先後告成，未嘗以事繁自解。

其所著書有：「讀律校勘記」、「秋讞須知」、「刑案匯覽」、「刺字集」、「律例偶箋」、「歷代刑官考」、「歷代刑法考」、「漢律摭遺」、「明大誥峻令考」、「明律目箋」；他所著非刑律者，又二十餘種，都二百餘卷。

卒年七十四。

論曰：家本修法律，並遵時譽。」

- | | |
|----------------------------|-----------------------------------|
| 原則」的觀念 | |
| 6. 沈家本對「罪刑法定主義」的看法 | 6. 5. 沈家本不只主張「罪刑法定主義」，更主張「處罰法定主義」 |
| 6. 1. 沈家本主張「無律不可罰，有律亦不可不罰」 | 7. 沈家本對「罪刑法定主義」落實的看法——必須振興法學，培養人才 |
| 6. 2. 沈家本主張「禁止溯及既往」 | 8. 沈家本「罪刑法定主義」思想的實踐 |
| 6. 3. 沈家本主張「禁止類推解釋、比附援引」 | 8. 1. 沈家本鼓吹「罪刑法定主義」的方法——託古改制 |
| 6. 3. 1. 「斷罪無正條」的沿革 | 8. 2. 沈家本「罪刑法定主義」思想的實現——中華民國暫行刑律 |
| 6. 3. 2. 沈家本反對「比附援引」的理由 | 9. 結語——沈家本堪譽為「中國刑法現代化之父」 |
| 6. 4. 沈家本主張「刑罰相對法定制」 | |

1. 前言

「罪刑法定主義」發軔於西方。蓋其古代君主專制體制下，君主每以喜怒為論罪科刑之依據，手操生殺予奪之大權，置人權於不顧，視法律為己意，隨心所欲，人權毫無保障，法律成為工具，故為罪刑擅斷主義。及至十八世紀，啟蒙思想發達，個人之自由與尊嚴普受承認，保障人權之呼聲日益高揚，進而限制君權，實施法治，發展成為「法律之前，人人平等；法律之內，人人自由」之大原則。在犯罪與刑罰方面，尤其揭櫫「無法律，則無犯罪；無法律，則無刑罰」之原則，並分別定於各國憲法及刑法之中，列為刑法之最高指導原則。並由是衍生出四個派生原則：一曰，習慣法之排斥；二曰，刑法效力不溯及既往；三曰，類推解釋之禁止；四曰，絕對不定期刑之否定。

而「近代前中國的皇帝，集至高無上的主權於一身，既握立法權以制訂律例，又握行政權以行使治權，更握司法權以統括終審裁判，而皇帝本身即立於法律之上，不受任何約束。在此意義之下，中國在民國以前——甚至於國民政府以前——實不存在西洋各國那種基於三權分立思想下的法治主義；亦即：並不存在舉國一致於法律制度所形成的範疇之下營社會生活那種體制。並且，也不存在嚴格的罪刑法定主義。專制下的法律，係君主所頒授者，官吏乃基於法律實施代君統治，只有人民馴守法律，接受支配。管子曰：『夫生法者君也，守法者臣也，法於法者民也。』呂氏春秋亦曰：『夫不敢議於法者衆庶也，以死守者有司也，因時變法者賢主也。』凡此，無不顯示

皇帝在法制上的特殊地位。（註一）」是以在專制時代，期待「罪刑法定主義」的實現，就必須同時期待行政者的節制，立法者的理性，和司法者的善意，而存在多少期待可能性，勿庸贅言。

只要有人凌駕於法律之上，就沒有「法定」可言。沒有「民主」，則「法律」就絕對不是客觀社會行為的最低標準，而是主觀個人的恣意要求。所以，「民主」是實現「罪刑法定主義」的前提；不談「民主」，而談「法治」，是毫無意義的。

宣統遜位，民國肇建，中國人民一夕之間不自覺地被推上國家形式上主人的地位；並且從數千年專制統治解放出來的中國人民，也同時覺醒，蹣跚學步，嘗試成為國家實質的主人。而民主的第一步，就是觀念的啟蒙，換言之，只有啟蒙時代的到來，正確的法律觀念才有形成的可能，真正的民主才能落實。至於成功與否，「罪刑法定主義」是否實踐，就是最好的指標。

本文即在探討「中國刑法現代化之父」沈家本的「罪刑法定主義」思想，並藉此反省與檢討，庶免吾人自陷於法治的假象，而忽略法律實質的意義與目的。

2. 沈家本所處的時代背景——關於法律部分

東西文化澎湃激盪，傳統與現代正面衝突，國人自大與自卑心理相互矛盾，革新派與守舊派尖銳對峙——一個蛻變的關鍵時代——因內政的腐敗與外交的壓力，迫使中國必須做根本上的改革，以符合時代的要求，此即孕育沈家本法律思想的時代背景。本文僅就與法律相關的部分加以說明：

2.1 腐敗的內政

2.1.1. 獨斷的行政

（註一）參閱林茂松：清代州縣司法運用的實態，刊：戴炎輝先生七秩華誕祝賀論文集——「固有法制與現代法學」，民六七，頁二六一。

「中國數千年來，在專制淫威之下，君主操生殺之權，賞罰隨心，復藉禮治之說，以固其威權。（註二）」「出禮入刑」本就只是虛偽的包裝，「尊君、牧民」才是真正的目的。立法、司法只是達成有效統治的工具，非為保障人權而設。所以，皇帝非但是唯一的法源，而且獨享「破法權」，其意志優越於一切，可以改變一切，故皇帝本身就是法安定性和公正性的最大威脅，莫怪乎沈家本歎曰：「執法之人往往即為定法之人…法立而不守，而輒曰法之不足尚，此固古今之大病也。自來勢要、寡識之人，大抵不知法學為何事，欲其守法，或反破壞之，此法之所以難行，而學之所以衰也。（註三）」

2.1.2 失當的立法

清代承明制，「修例不修律」，但為適應實際上的需要，於是「實質上，以附例取代律文（以例破律）」。（註四）」遂成定制。

「以例破律」，以修例達成修律的目的，本來已經是為了法律實效性而犧牲法律實證性的畸型發展，但「一成了固定制度之後（乾隆元年，西元1736年），主其事者，認為故常，而『修』例變成了『增』例，於是有了修例之『名』，而反失去了修例之『實』。（註五）」故「清代定例，一如宋時之編敕，有例不用律，律既多成虛文，而例遂愈滋繁碎，其間前後抵觸，或律外加重，或因例破律，或一事設一例，或一省一地方專一例，甚至因此例而生彼例，不惟與他部則例參差，即一例分載各門者，亦不無歧異。（註六）」至光緒年間，「修例多至一千八百數十條…未究乎定律之本原，而但憑一事一人之意見（註七）」，又「兼之時勢多故，章程叢積，刑部既憚其繁猥，不敢議修，群臣亦未有言及者，因循久之。（註八）」更是不堪聞問。

（註二）參閱韓忠謨：刑法原理，民六八，增訂十三版，頁六〇。

（註三）參閱沈家本：寄簞文存，卷三，法學盛衰說。

（註四）參閱戴炎輝：中國法制史，民六八，三版，頁二一。

（註五）參閱徐道鄰：中國法制史論略，民四二，臺一版，頁一四二。

（註六）參閱清史稿，刑法志一。

（註七）參閱沈家本：寄簞文存，卷七，萬歷大明律跋。

（註八）參閱清史稿，刑法志一。

然而，雖「刑章日繁，無事不有條例，而（清律）猶貪其簡便（註九）」採用「空白刑罰法規（Blankettstrafgesetz）」，而有「違令（註十）」、「子孫違犯教令（註十一）」、「不應得爲（註十二）」諸條；此外，猶有甚者，更明定「斷罪無正條」時，允許「（援）引（他）律」比附罪名與刑罰（註十三）。表面上看來「是想保存裁判的彈性，使其不生裁判的拘束。但是反面來講，那正是擅斷主義的隘口。（註十四）」防民心態，昭然若揭，使人不得不與「有治人，無治法」之歎！

2.1.3. 惡劣的司法

由於地方官吏以行政官而兼辦司法，又未受過正統的法學教育，故「州縣明曉律例者，百人中難得數人，而迂謬糊塗者，所在皆是。（註十五）」而且「上級審判機關，原則上以訊取招供的經過是否合乎邏輯，來評價下級審判官的能力。因此，如遇有訊取招供的工作不順遂，或遇有被上司駁斥之虞者，州縣官爲避免不利，往往求助於他們的助理兼智囊的刑名幕友，而適當的偽造或篡改招供，此即裁判惡習之一的所謂『整卷』、『簡招』，有時，緣由此惡習在曲改招供的事實使其適合律令的條款，因此亦稱爲『移情就例』。這些『整卷』或『移情就例』，與裁判官的『拷問』行爲一樣，易使訴訟事實的真實混淆不清，並成爲解勘或上訴之時，翻異招供的原因，那種『移情就例』的情形非常多，據載竟高達事件中之八、九成。連所謂一省刑名總匯的按察使司，也時常濫爲刪改招供，此稱之爲『簡招』。（註十六）」

（註九） 參閱（清）薛允升：唐明律合編，卷廿七。

（註十） 清律·雜犯·違令條：「凡違令者，笞五十。」

（註十一） 清律·訴訟·子孫違犯教令條：「凡子孫違犯祖父母、父母教令及奉養有缺者，杖一百。」

（註十二） 清律·雜犯·不應得爲條：「凡不應得爲而爲之者，笞四十。事理重者，杖八十。」

（註十三） 清律·名例·斷罪無正條：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，（援）引（他）律比附應加應減，定擬罪名，（申該上司）議定奏聞，若輒斷決致罪有出入，以故失論。」

（註十四） 參閱林茂松：中國法制史新論，民六五，頁一四。

（註十五） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註十六） 參閱林茂松：清代州縣司法運用的實態，刊：戴炎輝先生七秩華誕祝賀論文集——「固有法制與現代法學」，民六七，頁二五五至二五六。

在中央，皇帝為最高審判機關（註十七）形式上似乎意在慎重司法，但在中國傳統上是專制政治，不是專家政治，在皇帝根本欠缺法學素養的情況下，是不存在任何意義的。更何況其基本心態在「牧民」，而非在「護民」，故為達統治目的，殺一儆百不論，刑及案外無辜之人亦能奏准，不啻人性一大反動。（註十八）

此外，「雙重比附」之允許，使罪名也比附，刑罰也比附，於是產生不良的後遺症：「律有重而難行，故例常從輕，（然）不無過輕而失之縱。律有輕而易犯，故例常從重，（然）不無過重而近於苛。…（其）或出於一時之懲創，或見於一案之處分，或一例定而多數之例因之以生，或一例興而通行之例不能不廢。（註十九）」罪、刑之判斷，漫無標準，「犯罪無定」加上「刑罰無定」，雪上加霜，法之安定性與平等性徹底瓦解，「法而無法」，徒有「法制」，而無「法治」，乃為當時之最佳寫照。

2.2 領事裁判權

由於中國舊律的基本觀念和西方有極大的差異，而且移居中國境內的外僑認為清廷的司法裁判程序不合理，並且執行刑罰時過於苛酷，於是列強紛紛向清廷要求領事裁判權。

領事裁判權嚴重破壞了中國主權的完整，使中國國不成國，至朝中有識大臣（如

（註十七） 參閱戴炎輝：中國法制史，民六八，三版，頁一五一，載：「皇帝為一切權力的根原，行使最高裁判權。」

（註十八） （清）刑案匯覽，卷二十二，載：「張裕志父子率皆強悍，鄉鄰側目。張裕志因父張士英被縣差拘，受辱自縊身死，與其妹夫余其仁相商，以父死不明赴控，臬司批審到縣，未即示審，輒懷痛，與余其仁及胞弟張富志相商殺死知縣洩忿。遂乘知縣前往殺虎口公幹，尾出東門，至城濠空曠之地，該犯乘間至馬前連扎兩刀，該縣德榮負傷回衙，旋即殞命。查張裕志以知縣示審稍遲，挾嫌殺害，凶悍殘逆，莫此為甚，若照謀殺本管官律定擬，不足蔽辜，應如所請，比照大逆律，凌遲處死。余其仁、張富志雖未同行加功，而贊成其事，情殊可惡，亦如所擬，均照謀殺本管官已殺者皆斬律，擬斬立決。張尚志一犯，雖據該撫以該犯居鄉耕種，實無預謀情事，但此等凶惡之徒，氣類相同，亦不便復留餘孽，應與張裕志之子趕年子一併斬決，以絕根株。仍將所犯罪名通行示諭，俾山野愚頑咸知炯戒，張裕志家屬，照例核辦。」

（註十九） 參閱沈家本：寄筭文存，卷七，萬歷大明律跋。

沈家本等)的呼籲,及日益劇烈的外患壓力等等因素的影響,清廷才積極進行收回領事裁判權的工作。首先於光緒廿八年(西元1902年)十月訂定中英商約時,清廷即向英國表示欲以修法,來換取領事裁判權的解除,此亦得到英國附條件的承諾。(註二十)此後,中國與美、日、葡三國訂立商約時,也都做了相類似的要求,並取得相同的承諾。「這樣就使我國人士得一大奮興;(光緒)廿八年就派沈家本等為修訂法律大臣。(註二一)」故沈家本上奏曰:「西國從前刑法較中國尤為慘酷,近百數十年來,經律學家幾經討論,逐漸改而從輕,政治日臻美善,故中國之重法,西人每訾為不仁,其旅居中國者,皆藉口於此,不受中國之拘束。夫西國首重法權,隨一國之疆域為界限,甲國之人僑寓乙國,即受乙國之制裁,乃獨於中國不受制裁,轉予我以不仁之名,此亟當幡然變計者也。(註二二)」希冀藉由法制的變革,達成收回「領事裁判權」的目的。

3. 沈家本主張「罪刑法定主義」的初步證據

吾人以為沈家本主張「罪刑法定主義」的初步證據,見諸「寄篠文存·卷五·燕訓卿講杜氏不應離異說帖」,他說:「立法不求過甚,度理尤責準情…若時時事事以善相責,將必有不能相安者。處常且爾,況處變乎哉!古人立法多疏節闊目,是以施行之間,窒碍尚少。今人修法多求其密,密則必至有抵牾之處,往往立一例,而有無數之例相因而生,持有限之科條,馭無窮之情僞,謂必能無事不相中也,能乎?迨律無正條,而復以律外苛求之,此法之所以日益紛煩也。晉·劉頌有正文名例所不及皆勿論之請,唐·趙冬曦有勿用加減比附之議,並有見於律外科刑必至有恣意輕重之弊。

(註二十) 光緒廿七年中英追加通商航海條約第十二條規定:「中國深欲整頓律例,期與各國改同一律,英國允願盡力協助,以成此舉,一俟查悉中國律例情形及其案斷辦法,及一切相關事實,皆臻妥善,英國允棄其領事裁判權。」

(註二一) 參閱楊鴻烈:中國法律發達史,民七七,臺二版,頁八七二。

(註二二) 參閱沈家本:寄篠文存,卷一,刪除律例內重法摺。

今東西各國刑法，凡律無正條者，不得處罰，職是故也。」

由上所述，沈家本除認識到「罪刑法定主義」已是世界刑法潮流（「今東西各國刑法，凡律無正條者，不得處罰」）外，他也認識到必須排斥立法者的恣意（「立法不求過甚，度理尤貴準情」），進而掌握「刑罰必要性」（「若時時事事以善相責，將必有不能相安者」）和「構成要件明確性」（「律無正條，而復以律外苛求之，此法之所以日益紛煩也」）的原則，才有防止司法恣意（「正文名例所不及皆勿論」、「勿用加減比附」）的可能，使刑法真正成為量罪科刑的客觀標準（「律外科刑，必至有恣意輕重之弊」）。職是之故，沈家本採取「罪刑法定主義」的基本態度，應無爭議。

4. 研究沈家本「罪刑法定主義」思想的基本素材

從上述的說明，不難看出沈家本對於「罪刑法定主義」的看法，是以對「斷罪無正條」的批判為基點而出發。而其最有體系，最詳盡、最完整的說明，見諸其動用萬餘言撰成，載於「明律目箋」第一卷中的「斷罪無正條」部分，此文堪稱沈家本關於其「罪刑法定主義」思想的代表作。

再者，該文中引用光緒卅四年（西元一九〇八年）四月初十日奏准的「違警律」第二條條文，及沈家本於宣統二年去官退隱的時點來推算，本文應成於宣統元年左右。故此文亦可視為其晚年思想成熟期的著作。

基於「最具體」及「最成熟」的兩項選擇標準，故本文乃以「明律目箋·卷一·斷罪無正條」一文（註二三）為探討沈家本「罪刑法定主義」思想的主要基本素材。希藉由對此文的分析，而輔以沈家本的其他著作（如「寄簞文存」），儘量引用第一手資料，一窺其思想全貌，庶免瞎子摸象之譏。

5. 沈家本對「罪刑法定主義」前提——「構成要件明確性」和「刑罰必要性」的看法

（註二三） 該文為研究中國傳統刑律者所不可不讀。

罪刑法定主義乃為抵抗罪刑擅斷主義而生，然「構成要件規定必須嚴密明確，不可混淆不清，否則構成要件無以達成人權保障，防止裁判官專擅之目的。故雖標榜罪刑法定主義，律無正條不罰，設未能規定嚴密明確之構成要件，實無以達成其所意圖之目的。（註二四）」但是，光有構成要件明確性是不夠的，倘若不堅持刑罰的最後手段性，則司法者的恣意即便受到抑制，人權仍時時受到立法者恣意的威脅，故「自啟蒙思潮以來，刑法學者無不戮力於以『合理性』做為刑事處罰論據，進而建立刑法秩序。而在這個思潮下，刑法的目的，也漸漸擺脫政治、宗教及意識型態的色彩，而求要有客觀合理的論據。（註二五）」換言之，即如Feuerbach認為的：「對於每一犯罪的一般概念須以明確及詳盡的規定，然後任何的犯罪類型，均導自此種一般概念。（註二六）」這種以構成要件明確性與刑罰必要性為基礎的理性刑法概念，在沈家本的刑法思想中已相當成熟：

5.1 沈家本主張「構成要件明確性」

沈家本認為構成要件的規定，應力求明確，應避免使用含糊不清的用字與概念，因「律例中一二緊要字眼，關係罪名之生死出入，不得有此含糊籠統之詞也。（註二七）」

由於沈家本主張「構成要件明確性」，而中國舊律或囿於立法技術，往往欠缺構成要件明確性，從而沈家本對於本屬論理解釋的「輕重相舉（註二八）」，亦不得不採取保留的態度。所以唐·趙冬曦說：「律曰：『律無正條：出罪，舉重以明輕；入罪，舉輕以明重。』一辭而廢條目數百，自是輕重沿愛憎，被罰者不知其然，使賈誼

（註二四） 參閱蔡墩銘：刑法總論，民七三，修訂四版，頁一一八。

（註二五） 參閱陳志龍：刑法的法益概念（上），刊：台大法學論叢第十六卷第一期，民七五，頁一二六。

（註二六） 參閱Feuerbach: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, S. 34。

（註二七） 參閱沈家本：寄簞文存，卷三，故殺胞弟二命現行例部院解釋不同說。

（註二八） 「輕重相舉」的性質，參閱戴炎輝：中國古代法上之罪刑法定主義，刊：台灣大學法學院社會科學論叢第十五輯，民五四，頁六五。

見之慟哭，必矣！夫法易知，則下不敢犯，而遠機穽；文義深，則吏乘便，而朋附盛。律令格式謂宜判定科條，直書其事。…舉輕以明重、不應爲之類皆勿用，使愚夫愚婦相率而遠罪犯者。（註二九）」沈家本認爲「誠至論也。（註三十）」而趙多曦所稱之「法易知」、「直書其事」皆在主張「構成要件明確性」，以避免「吏乘便，而朋附盛」的司法者恣意，是以凡欠缺構成要件明確性的「不應爲之類皆勿用（註三一）」，以達「使愚夫愚婦相率而遠罪犯」之保障人權目的。換言之，構成要件欠缺明確性，不啻設「機穽」害人。

5.2 沈家本主張「刑罰必要性」

刑罰有其高度的強制性與痛苦性，除非必要，實不宜動輒施以刑罰，因爲「刑罰權的範圍假如太過寬濶，也會造成刑罰在抗制犯罪上的無能，因爲若有太多人民需要施予刑罰，則刑罰的嚴厲性將大爲降低，在動輒得咎的刑事政策下，將造成社會大眾在『法情感』上的遲鈍，因之，反而削減刑罰在刑事政策上的功能。所以，國家刑罰權的範圍應該是寬窄適度，而且刑罰權的行使也應限於『必要的干預』（notwendiger Eingriff）。（註三二）」同樣的，沈家本對於刑罰的使用，採取相當「節制」的態度：

（註二九） 參閱唐書·趙多曦傳。

（註三十） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註三一） 「不應得爲」在於處罰律所未明示罪名之作爲犯，但是其構成要件極不明確：「不應」之標準爲何？何謂「事理」？孰謂「輕」？孰謂「重」？均令人頗爲費解，實與無構成要件之構成要件規定相去不遠。此種規定，於法律草創之原始階段，以之爲維持風教之補充規定，吾人或可理解。但法律進化至一定階段，法令大備，此種規定猶存，則「防民」、「牧民」的心態就暴露無遺。故（清）薛允升在其所著「唐明律合編」第廿七卷中就批評說：「立此條，（始）恐人附於律例以輕重於其間，殆仁之至也。如不善用之，動指爲不應爲事重，則其陷人也多矣。凡事必干犯倫理，及有害於國，有傷於民，斯爲重耳。焉得以小事不應爲者，而輒引重律比之哉。此說甚允。今則刑章日繁，無事不有條例，而猶有貪其簡便，引用此律者，其陷入豈不多乎！」此洵盡構成要件欠缺明確性之弊，爲立法者所不得不引以爲戒。

（註三二） 參閱林山田：犯罪問題與刑事司法，民七一，頁一三〇。

5.2.1. 沈家本認為「刑法不應是政治的工具」

沈家本反對政治目的介入法律的範疇，認為：「申韓之學，以刻覈為宗旨，恃威相劫，實專制之尤。泰西之學，以保護治安為宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之範圍。（註三三）」所以除保治安、保自由外，並無設置刑法之必要。

此外，沈家本雖處身封建專制，但仍以無比勇氣直斥「文字獄」說：「本朝文字之禍…其中出於素挾仇怨者半，出於藉端詐索者半。匪獨姦人群相告訐，即大臣之中亦有因睚眦小隙，圖快己私者…事本微細，動以大逆。（註三四）」又說：「情罪既不相當，誣捏亦所難免，將至儒林蹙額，鄉里寒心。赴市者，慘及賢才；遭戍者，禍連婦孺…以文字之故，竟成大獄…其為黨禍，牽連可以想見。（註三五）」可以明白看出沈家本強烈反對刑法中帶有政治的目的色彩。（註三六）

5.2.2 沈家本認為「刑法與道德應加以區別」

中國舊律標榜「出禮入刑」，把不少本應純屬道德的範疇，恣意賦予刑罰的法律效果，逕將道德上的瑕疵行為視為犯罪行為，而大幅度地擴張國家之刑罰權，造成所謂「刑法的膨脹」（Inflation des Strafrechts）的現象。沈家本對於這種不正常的現象，也亟思扭轉，力圖釐清法律與道德的分際，以「無夫姦」與「子孫違犯教令」為例，他說：「無夫之婦犯姦…此事有關風化，當於教育上別籌辦法，不必編入刑律之中。（註三七）」又說：「（子孫）違犯教令，出乎家庭，此全是教育上事，應別設感化院之類，以弘教育之方，此無關刑事，不必規定於刑律中也。（註三八）」

沈家本反對禮刑不分，反對把刑法當成禮教的守護神，他說：「孔子曰『齊之以刑』，又曰『齊之以禮』，自是兩事，齊禮中有許多設施非空頒文告遂能收效也。後

（註三三） 參閱沈家本：寄鈔文存，卷六，法學名著序。

（註三四） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註三五） 全上註。

（註三六） 沈家本在「明律目箋，卷一，斷罪無正條」對清朝文字獄有極沈痛的指斥，相當精彩，不可不看。

（註三七） 參閱沈家本：寄鈔文存，卷八，書勞提學新刑律草案說帖後。

（註三八） 全註三七。

世教育之不講，而惟刑是務，豈聖人之意哉？（註三九）」可見其著重教育的功能，而認為國家的刑罰權界限應是內縮的，而不是外張的，它應該限於必要的範圍和程度之內，不宜把道德和刑法混為一談。

5.2.3 沈家本已有區分「行政不法」與「刑事不法」的傾向

「我國由於自古以來，行政與司法合一不分的傳統包袱，以及不瞭解刑事法規範上的必要性原則的重要性，往往在立法上會擴張刑罰權的界限，把不少本應賦予行政罰的行政不法行為，輕易地賦予刑法效果。（註四十）」對此，沈家本似已意識到有所不當，以「搬做雜劇（註四一）」為例，他說：「雜劇事近細微，但申禁令，可不必遽治以罪。（註四二）」對於「奏對失序（註四三）」，他亦認為：「事極細微，薛氏謂不應入於刑律，甚是！（註四四）」對於「朝見留難，不即引見者，斬。（註四五）」他更認為：「似是大誥之峻令，不可以為常法。（註四六）」凡此，均看出其對「行政不法」採「除罪化」態度的傾向。其思想體系內，已有將「行政不法」與「刑事不法」相區分的思想雛型，在當時，不失為極進步的觀念。

5.2.4 小結：沈家本已有「刑罰經濟原則」的觀念

「按照刑罰經濟原則（Grundsatz der Strafökonomie），唯有刑罰制裁的必要性被肯定時，才容許有刑法的干預。易言之，即用其他法律的干預，尚不能夠負起

（註三九） 全註三七。

（註四十） 參閱林山田：犯罪問題與刑事司法，民七一，頁一三〇。

（註四一） 清律·雜犯·搬做雜劇條：「凡樂人搬做雜劇，戲文不許粧扮歷代帝王后妃，及先聖先賢忠臣烈士神像，違者，杖一百。官民之家容令粧扮者，與同罪。其神仙道扮及義夫節婦孝子順孫勸人為善者，不在此限。」

（註四二） 參閱沈家本：明律目箋，卷三，搬做雜劇。

（註四三） 清律·儀制·奏對失序條：「凡在朝侍從官員，特承顧問官高者，先行回奏，卓者以次進對，若先後失序者，各罰俸一月。」

（註四四） 參閱沈家本：明律目箋，卷二，奏對失序。及參閱（清）薛允升：唐明律合編，卷九，奏對失序。

（註四五） 清律·儀制·朝見留難條：「凡司儀禮官將應朝見官人等託故留難阻當不即引見者，斬。大臣知而不聞，與同罪。不知者，不坐。」

（註四六） 參閱沈家本：明律目箋，卷二，朝見留難。

權益保護，才有刑罰干預的容許；倘若能夠用其他非刑法制裁的法律干預，達到權益保護的目的者，則無容許應用刑罰制裁的餘地。（註四七）」

如前述，沈家本主張「刑法不應是政治的工具」、「刑法與道德應加以區別」，以及區分「行政不法」與「刑事不法」的傾向，均顯示其對「刑罰經濟原則」有相當認識，而反對非刑法的雜質羈入刑法體系的思想，這種態度對於清末民初中國刑法的現代化，有決定性的影響。

6. 沈家本對「罪刑法定主義」的看法

6.1 沈家本主張「無律不可罰，有律亦不可不罰」

沈家本認為：「法者，與民共信之物。故（應）不憚反覆申告，務使椎魯互相警誡…律有明文，乃知應為與不應為。（註四八）」可知他主張罪刑應以成文法為依據。「否則任情專斷，安得皆公？仍不若大臣、小吏各守其局，庶法可一也。（註四九）」

基於上述觀點，沈家本主張「入刑」、「出刑」一以成文法為準，不得以例破律，他說：「立例以輔律，貴依律以定例…（今）或律重而例改輕，或律輕而例改重，或出於一時之懲創，或見於一案之處分，或一例定而多數之例因之以生，或一例與而通行之例不能不廢。夫立例以輔律，非以破律。過輕固近於縱，過重亦失之苛。苟未究乎定律之本原，而但憑一事一人之意見，恐有欲密反疏者。（註五十）」由是，沈家本已明白表達其「法無不得論罪，律外不得科刑」的鮮明立場。然而，在強調「無

（註四七）參閱陳志龍：刑法的法益概念（上），刊：台大法學論叢第十六卷第一期，民七五，頁一二八。

（註四八）參閱沈家本：明律目錄，卷一，斷罪無正條。

（註四九）全上註。

（註五十）參閱沈家本：寄簪文存，卷七，萬歷大明律跋。

律不可罰」的同時，沈家本並未忽略法平等性的要求，他也強調「有律不可不罰」，他說：「不當殺而殺，實爲法之所不許，法既不許，烏得無罪？有罪而予之以罪，義也。明明有罪，而許爲無罪，則悖乎義矣。悖乎義者，不合乎法理。（註五一）」

同時，沈家本也反對濫赦。在中國歷史上漢代——特別是東漢——大赦頻繁，以至獲取珍禽異獸莫不有赦，遂使人輕於犯法，而希冀於赦，造成了社會的動盪不安。因此後世對漢代的濫赦頗有譏評。沈家本總結了漢以後在大赦問題上的爭論與得失，指出：「此事自漢以來論之者多，其弊則在于赦之數。赦數則犯法者多矣。已赦而得言是法不信也，不得言而人易犯法，是法害法也。赦之害如此，赦數何爲哉？（註五二）」他批評宋仁宗所說：不數赦「無以召和氣」，是「非探本之論」，如果能做到「法如其罪」，就可以達到「刑平之世」，這與氣運何干哉？」更表明了他「有律亦不可不罰」的態度。

由沈家本主張「無律不可罰，有律亦不可不罰」看來，他對於刑法擁護人權的保障機能（*garantierende Funktion*）和維護社會秩序的規範機能（*normierende Funktion*）（註五三）的確有正確的認識，其重視法治，堅持法治的精神，實在令人敬佩不已。

6.2 沈家本主張「禁止溯及既往」

禁止追溯既往，即謂一行爲於行爲當時爲法律所不處罰，若行爲後，法律變更規定，致使該不罰之行爲成爲法所處罰之行爲，則刑法不得追溯既往發生效力，而科予刑罰；或是一個行爲本爲法所處罰之行爲，若行爲後，法律變更更加重該行爲之處罰規定，則刑法的效力亦不得追溯及既往而加重處罰該行爲。此原則明示國家刑罰權對於人民權益的干預，一定要在人民能夠事先預見與可預見的條件下，方得爲之。惟

（註五一） 參閱沈家本：寄許文存，卷二，論殺死姦夫。

（註五二） 參閱沈家本：赦考，卷九。

（註五三） 刑法的保障機能和規範機能，參閱韓忠諫：刑法原理，民六八，增訂十三版，頁五以下之說明。

有如此，刑法的保障機能才能獲得維持。

沈家本在評論趙情情故殺胞弟案時說：「（此案）即按舊例科斷，亦祇可照故殺大功弟擬絞，不得照平人故殺擬斬也。雖死者年均幼稚，情節實屬慘忍，而例內分別年齡一層既經刪去，又無他條可以依據，是即欲從重間擬，而比附無由，則辦法祇可如此。若舍本律而牽就新例轉，恐未能允協也。（註五四）」雖「似應將現行例此條刪除，而另纂期親尊長謀故殺十歲以下弟姪加重專條，庶有遵守。惟現行刑律甫經頒布，此時未便修改，且見案而改例從重，亦非所宜。（註五五）」即明白採取「禁止追溯既往」的立場。

6.3 沈家本主張「禁止類推解釋、比附援引」

犯罪行為既須法律明定，苟無明文，即不得深文羅織，強以無罪為有罪，輕罪為重罪，此乃罪刑法定主義之當然結論，故類推解釋，當為刑法所不許。但在中國舊律並無此概念，認為倘若不允許比附援引，一旦出現法未明文規定的罪行致有無法處罰的情事時，即難以端正人心，並且也等於鼓勵人民尋找法律漏洞，極易導致人民作奸犯科。質言之，中國舊律往往著眼於規範機能，而忽略其保障機能，或甚至可以說，法律只是君主的統治工具，是為政治服務的。雖然，早在唐律斷獄律上已有「諸斷罪，皆須具引律令格式正文，違者答三十。」的規定，此亦為部分學者認為中國早有罪刑法定主義的論據，但此僅就形式觀察而得出的膚淺結論，充全無視於君主對人民與官吏皆不信任的實質心態，亦忽略了現代罪刑法定主義強調的刑法保障機能，實有不當。所以正確的看法應該是：「中國古代的法定主義，（雖）可以解釋為一方面具有威嚇民衆之一般預防主義之思想，他方面具有防官吏擅斷的思想等二種論調，（註五六）」但絕對不存在「限制君權，保障民權」的機能。管子上說：「生法者，君也；守

（註五四） 參閱沈家本：寄簞文存，卷三，故殺胞弟二命現行例部院解釋不同說。

（註五五） 參閱註五四文之附記。

（註五六） 參閱林茂松：中國法制史新論，民六五，頁一二。

法者，臣也；法於法者，民也。（註五七）」斯之謂歟！若謂中國舊律具有保障機能，恐怕也只是保障君主意志貫徹的機能。

在統治機能掛帥的情形下，中國舊律出現「比附援引」的規定，並非不能理解，也不令人意外。但當中國邁向法治現代化時，就必須調整刑法的角色，使之兼具規範及保障機能，為達此目的，剷除「比附援引」的規定遂成為當務之急，也是必須克服的第一道障礙。

然而「斷罪無正條，用比附加減之律，定於明，而創於隋，國朝（按：即清朝）律法承用前明…此法遵行勿替。近來，（雖）東西國刑法皆不用此文，而中國沿習既久，群以為便，一旦議欲廢之，難者鋒起。（註五八）」所以沈家本罪刑法定思想中，對「禁止類推解釋」著墨最多，交待最完整，亦為本文討論之重心所在。

6.3.1. 「斷罪無正條」的沿革

沈家本曾對「斷罪無正條」的規定做過一番詳慎的考證，故以下本文對沈家本所撰，載於「明律目箋」第一卷的「斷罪無正條」一文稍加整理並附以管見說明「比附援引」在中國舊律上的沿革：

斷罪無正條，在高宗永徽二年（西元651年）的唐律上規定：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重。」認為斷罪無正條時，允為「輕重相舉」，而尚未以法律明文應為「比附」。但至宋寧宗慶元二年（西元1196年），正式將「比附」納入法律制度之中，慶元條法事類斷獄令中規定：「諸斷罪，無正條者，比附定刑。慮不中者，奏裁。」

明太祖洪武卅年（西元1397年）的明律規定：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，引律比附應加應減定擬罪名，轉達刑部，議定奏聞。若輒判決，致罪有出入者，以故失論。」此規定，不但採取「比附」的制度，並且將「比附」的最後裁定權，明定為皇帝。故皇帝非但獨享「事前定律權」，同時也壟斷「事後立法權」。這種規

（註五七） 參閱管子，任法篇。

（註五八） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

定，在以皇帝為唯一法源及最高審判機關的專制社會（註五九），並不值得大驚小怪，此凸顯了皇帝的意志優越於法律，擁有絕對「破法權」（註六十）。或以為這種規定在使「比附運用時，期待官員要慎重，抑制擅斷的恣意，是防止濫用比附的制度。（註六一）」但已如前述，中國傳統上是專制政治，不是專家政治，在皇帝普遍欠缺法學素養的情況下，「議定奏聞」是否能發揮防弊的功效，令人懷疑。況且，「律令該載不盡事理」的規定，根本違反構成要件明確性的原則，甚至可謂之非關構成要件之規定，而在科以執法官員「比附」義務。此與「不應得為」條，前後呼應，真可謂「法繁於秋荼，而網密於凝脂」，法律毫無安定可言，人權的保障竟只能寄託於執法（政？）者的善意，這恐怕是生活在專制政體下人民的最大悲哀。

清律幾乎原封不動抄襲明律，順治三年（西元1646年），於斷罪無正條附加小註規定為：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，（援）引（他）律比附應加應減定擬罪名，轉達刑部（申該上司），議定奏聞。若輒斷決致罪有出入，以故失論。（註六二）」由於括號內的小註，清律完全解除比附的「類似性」要件限制，「蓋既為『他』律，其事未必相類，其義即不相通，（仍可）牽就依違，（故）獄多周內輕重任意，冤濫難伸，此一字之誤，其流弊正有不可勝言者矣。（所以）因比附而罪有出入治罪之事，久已無聞，律文後半同虛設矣。（註六三）」故本條雖於雍正十一年（

（註五九） 參閱註十七。

（註六十） 皇帝擁有「破法權」，由來已久：史記張釋之傳載：「釋之曰：『法者，天子所與天下公共也。今法如是，更重之，是法不信於民也。且方其時，上使使誅之則已，今已下廷尉。廷尉，天下之平也，天下用法皆為之輕重，民安所錯其手足？』其既曰「法者，天子所與天下公共也。」然又曰「上使使誅之則已。」等於間接承認皇帝的破法權。且其既曰「廷尉，天下之平也。」又怎能以「上使使誅之則已」？皇帝不受法律之拘束，自古已然。

（註六一） 參閱日本學者中村茂夫：清代刑法研究，東京大學出版會，1973年，頁一七二。

（註六二） 依照沈家本的說法：「此（條文）承明律。順治三年，添入小注；雍正三年，刪去『轉達刑部』一句。姚範·援鶴堂筆記：『姚思仁，萬歷癸未進士，仕至工部尚書，嘗以律文簡而意晦，乃用小字釋其下。國朝順治初，頒行大清律，依其注本』云，是順治中所增小注，本於姚思仁也。」參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註六三） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

西元 1733 年) 附以例曰：「引用律例，如律內數事共一條，全引恐有不合者，許其止引所犯本罪。若一條止斷一事，不得任意刪減，以致罪有出入。其律例無可引用，援引別條比附者，刑部會同三法司公同議定罪名，於疏內聲明：律無正條，今比照某律某例科斷，或比照某律某例加一等、減一等科斷，詳細奏明，恭候諭旨遵行。若律例本有正條，承審官任意刪減，以致情罪不符，及故意出入人罪，不行引用正條，比照別條，以致可輕可重者；該堂官查出，即將承審之司員指名題參，書吏嚴拏究審，各案本律治罪。其應會三法司定擬者，若刑部引例不確，許院寺自行查明律例改正；儻院寺駁改猶未允協，三法司堂官會同妥議。如院寺挾同朦混或草率疏忽，別經發覺，將院寺官員一併交部議處。」例文堂堂，然未見其防弊之效。本條干係人權至大至巨，而有清一朝近三百年，竟僅此一例，且形同具文，其視法律為何物，思過半矣。

斷罪無正條，由唐迄今，一千三百餘年之演變，試列表如下，以便查考：

法 條 年 代	條 文 內 容	備 註
唐 律 高 宗 永 徽 二 年 (西 元 651 年)	諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重。	
宋慶元條法事類斷獄令 寧 宗 慶 元 二 年 (西 元 1196 年)	諸斷罪，無正條者，比附定刑。慮不中者，奏裁。	
明 律 太 祖 洪 武 卅 年 (西 元 1397 年)	凡律令該載不盡事理，若斷罪而無正條者，引律比附應加應減定擬罪名，轉達刑部議定奏聞。若輒斷決致罪有出入者，以故失論。	
清 律 世 祖 順 治 三 年 (西 元 1646 年)	凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，（援）引（他）律比附應加應減定擬罪名，轉達刑部（申該上司）議定奏聞。若輒斷決致罪有出入，以故失論。	

清 世宗雍正三年 (西元 1725 年)	凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，（援）引（他）律比附應加應減定擬罪名，（申該上司）議定奏聞，若輒斷決致罪有出入，以故失論。	刪除「轉達刑部」四字。
大清新刑律（草案） 宣統二年 (西元 1910 年)	（第十條）法律無正條者，不問何種行為，不為罪。	未及施行，清室覆滅。
中華民國暫行刑律 中華民國元年 (西元 1912 年)	律文全上。	
中華民國刑法 中華民國十七年 (西元 1928 年)	（第一條）行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪。	
中華民國刑法 中華民國廿四年 (西元 1935 年)	（第一條）行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。	現行條文。

6.3.2 沈家本反對「比附援引」的理由

在唐律，因構成要件欠缺明確性已滋生流弊，而明律非但有唐律上構成要件欠缺明確性的缺點，而且更進一步以法律承認「比附援引」來破壞法的安定性。至清律，亦步亦趨師法明律，而且變本加厲，加入小注，允許「（援）引（他）律」，排除比附的「類似性」要件限制，無條件擴大適用，漫無限制，對於人權保障之殺傷力，不言而喻。小則出入人罪，大則形成政治集體迫害，「往往挾睚眦之怨，借影響之詞攻訐，私書指摘字句，有司見事生風，多方窮鞠。故致波累師生，株連親族，破家亡命，甚可憫也。（註六四）」區區數字，竟成專制政府箝制言論，扼殺學術的利器，白

（註六四）參閱清·曹一士：請寬妖言，禁誣告疏。轉引自沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

紙黑字之後，血跡斑斑，莫怪乎沈家本慘言道：「比附之害，可謂痛切。（註六五）」

由歷史的慘痛經驗，所以沈家本在草擬大清新刑律草案時，從刑法保障機能的觀點，反對准許類推解釋，並主張刪除比附援引的規定，他說：「凡刑律於正條之行爲若許比附援引，及類似之解釋，其弊有三：

第一、司法之審判官得以己意於律無正條之行爲，比附類似之條文，致人於罰。是非司法官，直立法官矣。司法、立法混而爲一，非立憲國之所宜有也。

第二、法者，與民共信之物，律有明文，乃知應爲與不應爲，若刑律之外參以官吏之意見，則民將無所適從。以律無明文之事，忽援類似之罰，是何異以機穽殺人也。

第三、人心不同，亦如其面，若許審判官得據類似之例，科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判難期統一也。（註六六）」

綜合上述，可具體看出沈家本反對類推解釋，比附援引，其目的乃在防止司法恣意，杜塞「所欲活則出生議，所欲陷則與死比」的弊端，發揮刑法的保障機能，避免人權受到不法侵害。

6.4 沈家本主張「刑罰相對法定制」

中國舊律強調統治機能，律令不啻爲君主意志的成文化，爲天下臣民所共守，不得有絲毫的背離。所以，就刑罰採絕對法定制，否定司法官員的斟酌權限，亦爲君主意志絕對性推論的當然結果。然「刑罰採絕對法定制，刑罰之科處輒受限制，因之，何者應予加重，何者應予減輕，何者應予免除，尤須基於法律上一定之原因，設非有所依據，不得加以伸縮。申言之，凡應加者須加至一定之刑度，凡應減者須減至一定之刑度，凡應免除者，不得予以免除。原則上法官無斟酌之自由，亦即法官須依其選擇之罪名所定之法定刑，參照法定原因，加減其刑。（註六七）」

（註六五） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註六六） 參閱大清新刑律草案第十條：「法律無正條者，不論何種行爲，不得爲罪。」之立法理由。轉引自沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註六七） 參閱蔡墩銘：唐律與近世刑事立法之比較研究，民五七，頁二七一。

但也就因為形式上採絕對刑主義，就一定罪名，則科以一定之刑罰，而不考慮個別案件之具體差異，且刑罰之規定未必允當，適用起來自然有所窒礙。且司法官員（絕大部分均為行政官員兼任，不然就是行政官員出身）普遍欠缺法學素養，只能憑藉其「直覺」辦案，又受到「春秋之治獄，論心定罪，志善而違於法者免，志惡而合於法者誅（註六八）」看法的影響（當然也有大半是抱著蓄意出入人罪之不良意圖），自然亟欲擺脫這些僵硬而不切實際的規定。他們不是比附罪名，以達成實質加減刑罰的目的，就是引用「斷罪無正條」的規定，比附加減其刑罰，甚至在比附犯罪同時，也比附刑罰（註六九），於是產生惡性循環的後遺症，「犯罪無定」使「刑罰法定」定而未定，等於「刑罰無定」；「刑罰法定」，但過於僵化，更惡化「犯罪無定」的程度；罪名、刑罰皆許比附的「雙重比附」，更使得「法而無法」。凡此均阻礙中國舊律的理性化成長，中國傳統法制上，一直無法實現「罪刑法定主義」，中國傳統社會，一直無法形成「法治社會」，其來有自。

為正本清源，剷除弊端，沈家本在大清新刑律草案編成奏進時主張：「刪除此（比附之）律，而各刑酌定上下之限，憑審判官臨時審定，並別設酌量減輕、宥恕減輕各例，以補其缺。」如此，一方面可避免「無此法而即用此例…司法者自創為之…與立法相混。（註七十）」的毛病，防止司法恣意；另一方面，「立一法，自在於一定之範圍，有此範圍，司法者即不能任意出入。故（雖）於本律酌量輕重，仍在範圍之

（註六八）（漢）桓寬：鹽鐵論，刑德篇。

（註六九）這種「犯罪」與「刑罰」皆允許「比附援引」的制度，名之為「雙重比附」，亦無不可。日本學者中村茂夫認為：「（中國）舊律的法規範並非由抽象的細分化構成要件所組成，但對於一定的犯罪的刑罰，其種類、分量，裁判官並無裁量的餘地，而是採取刑罰絕對法定主義。但無論構成要件如何被細分，要涵蓋所有的事件根本是不可能的，於是就發生比附的必然性。比附乃為期待量刑的妥當性…如果依照已定的刑直接判刑，會有『法重而情輕』或『法輕而情重』的不可避免結果，此時刑之加重、減輕，就要引用『斷罪無正條』的規定……使犯罪與刑罰獲得均衡，希求得『情罪平允』的結果。」（參閱氏著：清代刑法研究，1973年，頁一七八。）但如何可謂「情罪平允」？其標準為何？令人頗難臆測，徒增上下其手的機會。此與刑罰相對法定主義有一定的客觀裁量範圍，不可同日而語。

（註七十）參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

內，（自）可以聽司法者操其權衡（註七一）」，而使司法保有其應有之裁量彈性。由是觀之，沈家本主張的刑罰相對法定制，與今日世界各先進國家刑法思想相較，毫不遜色。

6.5 沈家本不只主張「罪刑法定主義」，更主張「處罰法定主義」

就在今日三權分立的概念下，「刑事不法（Kriminalunrecht）」與「行政不法（Verwaltungsunrecht）」在根本上是「質」的不同，而非「量」的差異。換言之，「行政不法」是「違反秩序行為，缺乏如犯罪行為在違犯方式的高可責性，其所侵害之法益有較低的重要性，就倫理非價內容的程度判斷，則有較低程度的不法內容。因此，此種不法行為欠缺如犯罪行為的應刑罰性，也即不具刑事政策上的刑罰必要性，無須以刑事刑罰對之作嚴重的社會倫理的非價判斷。（註七二）」

但是概念上區分「行政不法」與「刑事不法」之必要性，並無碍於「行政罰」與「刑罰」皆在剝奪人民財產法益或自由法益的同「質」性。換言之，單從法律效果來看，「行政罰」與「刑罰」是「量」的不同。職是之故，為確保人權計，「行政不法」亦應如「刑事不法」採取「法定主義」。故西德秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）第一條即明確規定：「違反秩序行為係違法而可責且該當法律處以罰鍰之構成要件之行為。」

沈家本對於光緒卅四年（西元1908年）四月初十日經憲政編查館核訂奏准施行之違警律第二條：「凡本律所未載者，不得比附援引。」之規定，表示贊成，且認為「違警律與刑律草案互相銜接，違警律已奉旨施行，則刑律草案不便更有異議，（而採比附援引），致法典不能統一。（註七三）」可見沈家本，非但主張「罪刑法定主義」，而是更徹底主張「處罰法定主義」。可知其對人權保障所採取的積極態度。

（註七一） 全上註。

（註七二） 參閱林山田：刑罰學，民六四，頁三二。

（註七三） 參閱沈家本：明律目義，卷一，斷罪無正條。

7. 沈家本對「罪刑法定主義」落實的看法——必須振興法學，培養人才

沈家本認為法治是必須多方面配合的，有再優良的立法，欠缺清明的司法，仍是枉然。他說：「有其法者，尤貴有其人矣。大抵用法者得其人，法即嚴厲，亦能施其仁於法之中；用法者失其人，法即寬平，亦能逞其暴於法之外。此其得失之故，實筦乎宰治者之一心。爲仁爲暴，朕兆甚微。若空言立法，則方策具在，徒虛器耳。（註七四）」他同時也認為：「法律爲專門之學，非俗吏之所能通曉。必有專門之人，斯其析理也，精而密；其創制也，公而允。以至公至允之法律，而運以至精至密之心思，則法安有不善者。及其施行也，仍以至精至密之心思，用此至公至允之法律，則其論決又安有不善者。（註七五）」因此，他主張「提倡宗風，俾法學由衰而盛，庶幾天下之士，群知討論，將人人有法學之思想，一法立而天下共守之。而世局亦隨法學爲移轉。（註七六）」

沈家本對有些人以審判官程度不及，而反對改革，頗不以爲然，認其倒果爲因，他說：「不爲國家培養人才，而但議新法（按：指大清新刑律草案）之難行，猶七年之病，求三年之艾，及今畜之，庶幾可及，不然病日深，而艾終不可得，奈何？（註七七）」於是當他和伍廷芳受命修訂法律並參用歐美科條開館編纂時，他即附和伍廷芳的意見，認為：「法律成而無講求法律之人，施行必多阻闕，非專設學堂培養人才不可。（註七八）」於是「奏請撥款設立法律學堂，奉旨：『俞允擇地庀材，尅日興築。』而教習無其人，則講學仍託空言也。乃赴東瀛求知名之士，群推岡田博士朝太郎爲巨擘，重聘來華。松岡科長義正，司裁判者十五年，經驗家也，亦應聘而至。於

（註七四） 參閱沈家本：歷代刑法總考，卷四，唐。

（註七五） 參閱沈家本：寄籍文存，卷一，設律博士議。

（註七六） 參閱沈家本：寄籍文存，卷三，法學盛衰說。

（註七七） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

（註七八、七九） 參閱沈家本：寄籍文存，卷六，法學通論講義序。

光緒卅二年九月開學，學員凡數百人。（註七九）」此後自「法律學堂，畢業者近千人，一時稱盛。（註八十）」

凡此，在在都顯示沈家本崇真務實的實踐性格，他是從法學教育、立法、司法各角度、各層次，深入探討法治，落實法治。而非僅就形式觀察，死守殘篇廢簡，即認定「中國『罪刑法定主義』」成立的歷史悠久，而不注意到實質與具體表現的問題，濫行謳歌。（註八一）」賢昧之別，在此乎？

8. 沈家本「罪刑法定主義」思想的實踐

8.1 沈家本鼓吹「罪刑法定主義的方法」——託古改制

傳統上，中國的執政者視律法為牧民的工具，習於迷信刑罰的威嚇功能，抱守著「防民若防賊」的心態，故一旦倡議強調保障機能的「罪刑法定主義」，汝輩即視如洪水猛獸，群起而攻：「劉思敬以為新律『第十條云凡法律無正條者，不論何種行為不為罪，縱惡長奸，莫此為甚，駭人聽聞』。馮汝驥身任贛撫亦稱：『…又總則著明律無正條不得為罪，蓋欲刪除比附，以免意為輕重，然條目不足以盡事變，適足以開奸人趨避之門。』蘇撫陳啟泰同樣認為『凡律例無正條者，不論何種行為不為罪，轉似明導人以作奸趨避之路。』…枉肆議論，足徵士大夫之無識。（註八二）」

沈家本為緩和守舊派的抗力，並減少其疑慮，他有系統地整理固有法制相關史料，以「舊瓶裝新酒」的方式，賦予舊有典籍嶄新的意義，而指摘守舊派說：「未考古人之議此律（按：指比附的規定）者，正非一人也。（註八三）」以達成「託古改制

（註八十） 參閱清史稿，沈家本傳。

（註八一） 參閱林茂松：中國法制史新論，民六五，頁一三〇。

（註八二） 參閱羅志淵：近代中國法制演變研究，民六五，頁二一五。

（註八三） 參閱沈家本：明律目箋，卷一，斷罪無正條。

」的目的。

由於沈家本「少讀書，好深湛之思，於周官多創獲。初援例以郎中分刑部，博稽掌故，多所纂述。光緒九年，成進士，仍留部補官，後充主稿兼秋審處，自此遂專心法律之學。（註八三之一）」故其非但擅長理論之闡釋，亦兼備豐富之實務經驗。為倡導「罪刑法定主義」，他著書立說，旁徵博引，就以「明律目箋」上「斷罪無正條」一文為例，上溯三代，下論明清。細至文義之辨，大及環球之勢，抽絲剝繭，娓娓道來，汪洋宏肆，令人歎為觀止。然不必為賢者隱，沈家本為達成其「託古改制」的目的，文中有些說法，從法制史的觀點來看，實在有點匪夷所思。不過論其本心，則不必苛責。同理，論者實不必一味譏訾沈家本的理論缺乏前後之一貫性，而忽略其務實改革的孤詣苦心。而應不拘泥文字，探求其真意，方能掌握其精髓，庶免淪入失之一隅的偏見。

8.2 沈家本「罪刑法定主義」思想的實現——中華民國暫行刑律

清光緒卅四年（西元1904年）「修律大臣沈家本奏：『聘用日本法學博士志田鉀太郎、岡田朝太郎、小河滋次郎，法學士松岡義正，分纂刑法、民法、刑民訴訟法草案。』允之。（註八四）」至宣統二年（西元1910年）十二月廿五日頒布「大清新刑律草案」。「此一草案可謂我國刑法現代化之開端，大多仿自日本舊刑法。因日本舊刑法係以一八一〇年之法國刑法草案為藍本，故此新刑律草案無異間接脫胎於法國刑法。此一草案亦採當時歐洲大陸法系之刑事立法例，分總目與分則兩編之立法體例，總目中確立了『罪刑法定主義』。（註八五）」

草案第一條規定：「（第一項）本律於凡犯罪在本律頒行以後者適用之。（第二項）其頒行以前，未經確定審判者，亦同；但頒行以前之法律，不以為罪者，不在此限。」同草案第十條規定：「法律無正條，不問何種行為，不為罪。」至於「斷罪無正

（註八三之一） 參閱清史稿，沈家本傳。

（註八四） 參閱十二朝東華錄，卷二二〇。

（註八五） 參閱林山田：刑法通論，民七二，頁廿七。

正條」、「不應得爲」、「違令」、「子孫違犯教令」等與罪刑法定主義不相侔的舊律規定，均排除於草案之外，由於草案採「罪刑法定主義」原則，而招致守舊派，如張之洞、陳啟泰、陳夔龍等人的強烈反對，致沈家本也爲文反擊，引發了清末的所謂「禮教之爭」。（註八六）「這一場晚清時代的法律思想大論戰，（最後）沈家本是失敗了，可是他失敗的原因祇是在勢，而不是在理。宣統二年，他丟了官，可是再過一年，清朝也就整個兒完了。（註八七）」

由於遜位之詔下，沈家本所主持而苦心編纂的「大清新刑律草案」，終未施行，但誠如前述，沈家本在清末法律論戰的失敗，在勢而非在理，故民國肇興，倉卒間，未遑制定新刑法，乃由法部就「大清新刑律草案」，略加刪正，去其不合國體諸條，於民國元年三月十日呈准大總統公布施行，名曰「暫行新刑律」，原草案第一條及第十條均一字不改爲「中華民國暫行刑律」所繼承，沈家本所力主「罪刑法定主義」於焉法制矣。而中國數千年相傳之刑典俱廢，中國現代刑法史於焉展開。

9. 結語——沈家本堪譽爲「中國刑法現代化之父」

沈家本所受的雖是中國傳統封建教育，但能不爲其囿限，入古返今，騁目中外，凡事不存定見，虛心採摭，終能著書立說，成一家之言；融貫東西，承先啟後，非但爲停滯二千年的中國法學，注入一線生機，更使中國法學脫胎換骨，與世界同步。莫怪乎楊鴻烈盛讚道：「沈氏是深入了解中國法系，且明白歐美日本法律的一個近代大法律家，中國法系全在他手裡承先啟後，並且又是媒介東方西方幾大法系成爲眷屬的一個冰人。（註八八）」

（註八六） 有關大清新刑律草案制定過程中，新舊派間的意見衝突，參閱謝靜雯：大清新刑律的禮教爭議，民七六，台大法研所碩士論文。

（註八七） 參閱陸嘯釗：晚清時代的法律思想大論戰——記桐鄉沈家本先生變法的一段經過，刊：文星第九期，民五四，頁廿四。

（註八八） 參閱楊鴻烈：中國法律發達史，民七七，臺二版，頁八七二。

然而，沈家本所值得欽佩的，非僅限於其學術思想的成就，而其戮力實踐，知善力行的個性，更是令人肅然起敬。其自光緒廿八年奉派為修訂法律大臣，就致力於中國法律現代化。「宣統元年，兼資政院副總裁，仍與館員商訂諸法草案，先後告成，未嘗以事繁自解。（註八九）」在他主持下所編成的「大清新刑律草案」，堪稱「成功一部中國自魏李悝以來，直至沈氏最新最進步的法典。（註九十）」此草案雖然因保守勢力的強烈反對而未能實施，沈氏並因此而於宣統二年去職，但其擇善固執，堅守原則的風範，足為吾輩法律人之典範。當然，真理是永不褪色的，沈氏苦心的結晶，兩年後以「中華民國暫行刑律」的姿態出現，中國在罪刑法定主義的道路上邁出了歷史性的一步。

沈家本是李悝之後，兩千年來中國最偉大的法學家，他的思想觀念引導中國刑法脫離政治附庸的角色，確立刑法應為理性、客觀的社會行為規範的概念。但是，他這種對中國刑法觀念的啟蒙與對中國刑法理性化的努力的偉大貢獻，似乎並未受到應有的肯定與重視。清史稿將之與孫家鼐、張百熙、唐景崇、于式枚合立一傳，並置於末，且僅以「修法律，並邀時譽」七字為贊，令人不平，然亦可知，「法律」也罷，「法學」也罷，在中國歷史所扮演的角色是如何的卑微了！

飲水思源，今天中國刑法與刑法學者若有些的成就，均不能不歸功於沈家本的筚路藍縷，以沈氏為「中國刑法現代化之父」，應非過譽。但是，回顧沈家本以來八十年之中國刑事立法與刑事法學，若沈氏地下有知，恐難免痛哭一場。

（註八九） 參閱清史稿，沈家本傳。

（註九十） 參閱楊鴻烈，中國法律發達史，民七七，臺二版，頁八七二。

參考文獻

- 李長源(譯) 紐倫堡大審判(Nuremberg Trials), 利奧·坎恩原著, 民六五。
- 李鴻禧 違憲審查論, 民七八, 再版。
- 沈家本 歷代刑法總考。
- 寄籀文存。
- 明律目箋。
- 吳 庚 政治的新浪漫主義——卡爾·史密特政治哲學之研究——, 民七〇。
- 林山田 犯罪問題與刑事司法, 民七一, 二版。
- 刑法通論, 民七二, 初版。
- 林文雄 法實證主義, 民七一, 增訂三版。
- 邱聰智(譯) 法之解釋與適用, 碧海純一原著, 刊法學叢刊第十卷第一期, 民六一, 頁八三以下。
- 張明貴(譯) 意識型態的時代: 從1750年到現在的政治思想, Frederick M. Watkins / Isaac Kramnick原著, 民七八, 四刷。
- 梁恆昌 論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義, 刊蔡墩銘主編, 刑法總則論文選輯(上), 民七三, 初版, 頁九七

- 以下。
- 黃公安(譯) 國家社會主義之思想與主張，羅德魯原著，刊國社主義，第二部分，民六五。
- 黃茂榮 法律漏洞及其補充的方法，民七六，初版。
- 陳志龍 法益與刑事立法，民七九，初版。
- 陳敏／蔡志方(譯) 德國憲法學 (Deutsches Staatsrecht)，Theodor Maunz/Reinhold Zillelious 原著，國民大會憲政研討委員會編印，憲政論叢(十四)。
- 陳樸生 實用刑法，民七二，八版。
- 陶龍生 論罪刑法定原則，刊蔡墩銘主編，刑法總則論文選輯(上)，民七三，初版，頁一一一以下。
- 楊日然／耿雲卿／蘇永欽／焦興鎧／陳適庸(譯) 法理學 (Legal Theory)，W. Friedmann原著，民七六，四版。
- 楊仁壽 法學方法論，民七六。
- 劉幸義 枉法裁判之理論與難題，民七八。
- 蔡墩銘 刑法基本問題研究，民六五。
- 刑法總論，民七三，增訂四版。
- 中國刑法精義，民七五，四版。
- 鄭逸哲 沈家本之「罪刑法定主義」思想，刊臺大法學論叢第十九卷第一期，民七

- 九，頁五一以下。
- 戴東雄 中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法，民七〇，初版。
- 韓忠謨 刑法原理，民六八，增訂十三版。
- Boberach, H. Richterbriefe Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942-1944. Mit Beiträgen von Robert M. W. Kempener und Theo Rasehorn, Boppard/ a.Rh. 1975.
- (Hrsg.)
- Brandt, W. Durchhalten und Überleben Erinnerungen. In: Der Spiegel 1982, Heft 36-40.
- Brinkmann, W. Grenzen analoger Anwendung von Strafgesetzen, in Deutsche Justiz 1935, S. 1587ff.
- Brünneck, A. Die Justiz im deutschen Faschismus. In: Kritische Justiz 3 (1970), S. 21ff.
- Conrad, H. Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780-1788), In: Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 56ff.
- Dahm, G. Das Ermessen des Richters im na-

- nationalsozialistischen Strafrecht,
in Deutsches Strafrecht 1934.
- Dunkel/Schwarz Römische Rechtsgeschichte, 7.
/Waldstein Aufl. 1981.
- Esser, J. Vorverständnis und Methodewahl
in der Rechtsfindung, 3. Aufl.
1975.
- Frank, H. Nationalsozialistische Leitsätze
für ein neues deutsches Strafrecht,
3. Aufl. Berlin 1935.
- Freisler, R. Schutz des Volks oder des Rechts-
verbrechers? Fesselung des Ver-
brechers oder des Richters? In:
Deutsches Strafrecht 1935, S 1ff.
- ders Der Wandel der politischen Grund-
anschauungen und sein Einfluß
auf die Erneuerung vom Strafrecht,
In: Deutsche Justiz, 1935,
S. 1247ff.
- ders Das neue Strafrecht als national-
sozialistisches Bekenntnis, in
Gürtner, F. R. Freisler: Das
neue Strafrecht. Grundsätzliche
Gedanken zum Geleit, 2. Aufl.
Berlin 1936, S. 33ff.

- ders Rechtswahrrergedanken zum Kriegsjahr 1940. In: Deutsche Justiz 1941, S 1ff.
- ders Kriegsdienstappell deut. Rechtswahrer. In: Deutsche Justiz 1941, S. 441ff.
- ders Ein Reich — Ein Recht! Gedanken zur Verschmelzung des ostmärkischen und altreichsdeutschen Strafrechts. In: Deutsche Justiz 1941, S. 478ff.
- Goltdammer, T. Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, Teil I, 1851.
- Großmann, H. Der Grundgedanke eines Strafgesetzes im Sinne des § St.G.B. n. F. und seine Bedeutung für die strafbegründende Analogie, Breslau — Neukirch 1941.
- Gruchmann, L. Justiz im Dritten Reich 1933 — 1940: Anpassung und Unterwertung

- in der Ära Gürtner, München 1988.
- Grünwald, G. Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, S. 521ff
- Gürtner, F. Der Gedanke der Gerechtigkeit, in der deutschen Strafrechtserneuerung. In: Deutsche Justiz 1935, S. 1241ff.
- ders(Hrsg.) Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1. Aufl., Berlin 1934.
- Henkel, H. Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.
- Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 1980.
- Heuss, A. Römische Geschichte, 3. Aufl. 1977.
- Hildebrandt, K. Rechtsfindung im neuen Staate, 1935.
- von Hippel, R. Deutsches Strafrecht, 1.Bd. 1925, 2.Bd. 1930 (Neudruck beider Bde.

- 1971)).
- Hirschberg, M. Das Fehlurteil im Strafprozeß, Frankfurt 1962.
- Holtfort, W. Rezension von Heinz Boberach: Richterbriefe. In: Redation Kritische Justiz: Der Unrechtsstaat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Frankfurt 1969, S. 138ff.
- Huber, E. R. Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, Hamburg 1939.
- Johannes, N. Die Grundlagen der Strafrechts-erneuerung. In: Deutsches Recht 1934, S. 52ff.
- Johe, W. Die Gleichgeschaltete Justiz. Organisation des Rechtswessens und Politisierung der Rechtsprechung 1933 — 1945, dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirks Hamburg, Frankfurt 1967.
- Kaser, M. Das römische Privatrecht, 2.Aufl. 1971.
- Kern, E. Der Aufgabenkreis des Richters Tübingen 1939 (Recht und Staat, Heft 114).

- Kirchheimer, O. Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Neuwied und Berlin 1965.
- ders Von der Weimarer Republik zum Faschismus, Frankfurt 1976.
- Klee, K. Strafe ohne geschriebenes Gesetz. In: DJZ 1934.
- Klug, U. Juristische Logik, 4. Aufl. 1982.
- Kohlmann, G. Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen, 1969.
- Kohlrausch, E. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Erläuterungen, Berlin 1937.
- Krey, V. Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege", Berlin 1983.
- Larenz, K. Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.
- Lemmel, H. P. Unbestimmte Strafbarkeitvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz

- nullum crimen sine lege, 1970.
- Maurach/Zipf Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe
1977.
- Mommsen, T. Römisches Strafrecht, 1899 (Neu-
druck 1961).
- Peters, K. Nationalsozialismus und Straf-
recht. In: JW 1933, S. 1561ff.
- Preuß, B. Punishment by Analogy in Na-
tional Socialist Penal Law. In:
The Journal of Criminal Law and
Criminology 1936, S. 847ff.
- Radbruch/
Kaufmann Peinliche Gerichtsordnung Kaiser
(Hrsg.) Karl V. von 1532 (Carolina),
4. Aufl. 1975.
- Reifer, U. Juristen im Nationalsozialismus.
In: Zeitschrift für Rechtspoli-
tik (ZRP) 83, S. 13ff.
- Rückert, A. NS-Verbrechen vor Gericht, Hei-
delberg 1984.
- Sauer, F. Wendung zum nationalen Straf-
recht, 1933.
- Schäfer, L. Die Einzelheiten der Strafgesetz-
novelle vom 28. Juni 1935. In:
DJ 1935, S. 994ff.

- Schem, J. Die Analogie im Strafrecht, Breslau — Neukirch 1936.
- Scheuner, U. Gesetz und Einzelanordnung. In: Festschrift für Hüber, 1935.
- Schmid, R. Rezension von Hermann Weinkauff: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. In: Redaktion Kritische Justiz: Der Unrechtsstaat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Frankfurt 1969.
- Schmidt, E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965.
- Schmitt, C. Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, Hamburg 1933.
- ders Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg, 1934.
- ders Die Rechtswissenschaft im Führerstaat. In: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 2 (1935), S. 439ff.
- Schöckel, G. Die Entwicklung. des strafrecht-

- lichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, 1968.
- Schorn, H. Die Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente, Frankfurt 1959.
- Schreiber, H.-L. Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes *nullum crimen, nulla poena sine lege*, 1976.
- Staff, I. Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation, 2. Aufl., Frankfurt 1978.
- Stern, K. Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977
- Wachinger, M. Rechtsschöpferische Rechtsprechung des Reichsgerichts auf materiell-strafrechtlichem Gebiet, In: Erwin Bumke zum 65. Geburtstag, Berlin 1935.
- Wacke, A. Römischrechtliche Exegese: Ein Unfall beim "Prellen". In JuS 1980, S. 202ff.