

國立臺灣大學法學叢書（元）

中世紀義大利法學 與 德國的繼受羅馬法

法學博士

戴東雄著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

國立臺灣大學法學叢書（六）

中世紀義大利法學 與 德國的繼受羅馬法

法學博士

戴東雄著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

國家圖書館出版品預行編目資料

中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法／戴東雄
著，--二版〔台北市〕 戴東雄 出版，
元照總經銷，1999〔民 88〕
面； 公分--（國立臺灣大學法學叢書：28）
ISBN 957-97427-6-6（平裝）
1.羅馬法系

580.912

88016840

中世紀義大利法學 與德國的繼受羅馬法

1983 年 初版

1999 年 11 月 二版一刷

作 者 戴東雄

出 版 人 戴東雄

總 經 銷 元照出版公司

台北市館前路 18 號 5 樓

定 價 新台幣 350 元（平裝）

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 • (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

【版權所有・翻印必究】

再版自序

- 一、本書於民國七十年十月初版以來，悠悠已歷近二十年頭，因初版數量有限，早已無處可得。近十年以來，為因應多元化社會的需要，「念法律」成為時代的寵兒，衆多年青學子以考入法律系為榮。
- 二、有鑑於此，各大學紛紛增設法律系或法律研究所，而每一所大學為發展有自己特色之法律系所，在課程安排上也呈現多樣化。為此，有的大學開始增開西洋法制史為選修課程。
- 三、我國是繼受歐陸法的國家，且受德國法的影響最深。而德國乃全盤繼受羅馬法的國家，羅馬法以民法，尤其債法理論見長，故羅馬私法亦成為我國民法的法源之一。本書提供德國繼受羅馬法成功之始末。
- 四、基於以上理由，尤其受法制史有造詣之國立政治大學法學院陳教授惠馨與國立台灣大學法律學院陳助理教授妙芬的鼓勵，將本書未變動內容再出版一次，以利我國推廣法治教育，並期待我國繼受歐陸的法律體系，也與德國繼受羅馬法一樣成功，而使我國成為法治先進之國家。

戴東雄 謹識

民國八十八年十月廿五日

The Jurisprudence of Italy in the Middle Ages and the Germany's Adoption of the Roman Law (Summary)

1. It has been more than a century since China adopted the laws of the European Continent, especially its civil law. What impact this adoption has had on China is always the concern of those who are members of the Chinese judiciary and legal profession. Among the countries adopted foreign-laws, Germany has proved the most successful in its adoption of the Roman law. This fact thus encouraged me in February 1976 to accept the financial assistance offered by Alexander von Humboldt-Stiftung of West Germany for conducting research on the topic of German adoption of Roman law at Max-Planck Institute für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt for one year and four months. During my sojourn there, Prof. Dr. Helmut Coing, Chairman of the Institute, granted me all the assistances I needed, especially making available all those rare materials. This book is to make a study of the development of Germany's adoption of Roman law, with a purpose to provide a reference for China to deal with the various problems it might have encountered in the course of its adopting the law of the European Continent and developing a more desirable legal sys-

tem of its own.

2. The Germanic legal thought tended to emphasize customs, public obligations, and nonexistence of the division of public and private laws. As a result thereof, the Germanic law was characterized by concreteness, diversity, and simplicity. The Roman legal thought however emphasized written law, private rights and the division of public and private laws. Thus it might be characterized by clarity and orderliness. As far as reaction to the development of society is concerned, Roman law was obviously superior to Germanic law. What is more, Roman law had been transformed and accepted to be the common law of the European Continent after being interpreted and explained by the Glossators and Commentators.
3. Owing to historical tradition and geographic adjacency, Germany in the 11th century had developed a theory on continuation of empires, that is, the Germanic emperors were the descendants of the Roman emperors, and Germanic Empire was continuation of the Roman law. As a result, German society did not regard as foreign law, but the law of the Germanic Empire, Roman law automatically binding and operative to Germanic Empire. The belief as such laid a firm foundation for the Germany's adoption of Roman law.
4. The true Germany's adoption of Roman law may be observed from the fact that Roman law dominated the decisions of the German courts. However it shall be pointed out that Roman law did not gain its immediate domination at

earlier stage due to the German courts being controlled by the nobles who lacked legal training. The Germany's adoption of Roman law may be divided into three stages: First, in the 13th century there were German students who went to Italian universities to study law, especially in Bologna University. At the beginning of the 14th century, these students returned to Germany, set up universities, and gave young generation in-depth law training. Then, these young Scholars, whose expertise had been appreciated by the chiefs of the German executive branch, entered the executive branch to carry out social and political reforms. They made tremendous contributions and laid the foundation of Germany's administration according to law. Finally in the last part of the 15th century when trial by brief was adopted, they became judges in the courts and application of Roman law was thus gained a dominant position in the courts.

5. Although Roman law had played a dominant role in the German courts, the theories of Roman law were, more or less, difficult of execution in the German society. So, since the 17th century, there had started the movement of *usus modernus* to which H. Conring was the leader. He insisted that the Justinian Code was not law of the German Empire, and, except the part of Roman law that had been applied in the courts of the German Empire adopted by the German society, should not have same binding force as the law promulgated by the German Empire. As a result, doubt

arose as to the general effect of Roman law, and the Germans began to pay more attention to what extent the Roman law might be applied in the German courts, rather to the contents of the Roman Code. Generally speaking, Germany has adopted more of Roman law of obligations, succession, property and procedure, not those of family and persons.

6. To sum up, it was legal scholars who single-handedly brought about the Germany's adoption of Roman law. After comparative study of Roman and Germanic laws, they suggested to adopt those parts of Roman law as they may be adopted to German customs and practices. In other words, German legal scholars Germanized Roman law to meet the need of German society. Germany did not adopt the Roman Code in words but in its spirit. This may served as an example to China in its adoption of the laws of the European Continent.
7. I am deeply indebted to the assistances of Humboldt-Stiftung of West Germany and Prof. Dr. Helmut Coing, to whom the book hereby dedicated. In addition, I wish to express sincerest thanks to the Chung-Sun Academic Foundation for assisting me in publishing this book.

主要參考書籍

- Brunner, Heinrich : Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig, 1910
- Coing, Helmut : Römisches Recht in Deutschland, in: Ius Romanum Medii Aevi, Pars V, 6, 1964: Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt a. Main, Frankfurt 1962 (簡稱Frankfurt)
- Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. I , München 1973 (簡稱Handbuch)
- Conrad, Hermann : Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I ; Bd. II , Karlsruhe 1966.
- Dahm, Gerog : Deutsches Recht, Stuttgart 1963.
- Kaser, Max : Römisches Privatrecht, München 1962.
- Koschaker, Paul : Römisches Recht und Europa, München & Berlin 1953.
- Kunkel, Wolfgang : Römische Rechtgeschichte, Köln & Graz 1967.
- Markull, Fritz : Der deutsche und der römische Rechtsge-
danke, Darmstadt 1965.
- Mitteis-Lieberich : Deutsche Rechtsgeschichte, München 1961

(簡稱Rechtsgeschichte)

Deutsches Privatrecht, München, 1976 (簡稱Privatrecht)

Moddermann-Schulz : Die Rezeption des römischen Rechts,
Jena 1875.

Planitz, Hans : Deutsche Rechtsgeschichte, Graz-Köln 1971.

Schmidt, Karl Adolf : Die Rezeption des römischen Rechts in
Deutschland, Rostock 1868.

Schwerin-Thieme : Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin & München 1950.

Stintzing-Landsberg : Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 1 und 2, München & Leipzig.

Stobbe, Otto : Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Band I und II, Heidenheim 1965. (Band I .簡稱 I , Band II 簡稱 II)

Trusen, Winfried : Anfänge des Gelehrten Rechts in Deutschland, Wiesbaden 1962.

Wesenberg-Wesener : Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte in Rahmen der europäischer rechtswicklung, Lahr/Schwarzwald 1976.

Wieacker, Franz : Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967.

Wilinski, Adam : Das Römische Recht, Leipzig 1966.

王伯琦：「近代法律思潮與中國固有文化」，法務通訊雜誌，

民國70年。

陳朝壁：「羅馬法原理」（上、下冊），台灣商務印書館，

民國45年。

黃右昌：「羅馬法與現代」，京華印書局，民國19年。

船田亨二：「ロ-マ法」第一卷，岩波書店，昭和52年。

原田慶吉：「ロ-マ法」，有斐閣，昭和45年。

柴田光藏：「ロ-マ法」，有斐閣，昭和52年。

目 錄

前言	1
第一章 日爾曼法與羅馬法的形成及其特質	7
第一節 日爾曼民族的發展與羅馬國家的關係	7
一、日爾曼民族的形成	7
二、東日爾曼部族	8
(一)汪達倫部族(Vandalen)	8
(二)哥德部族(Goten)	9
1. 東哥德部族(Ostgoten)	9
2. 西哥德部族(Westgoten)	10
(三)布爾根部族(Burgund)	11
三、西日爾曼部族	12
(一)倫巴德部族(Langobarden)	12
(二)亞倫曼尼部族(Alemannen)與巴伐利亞部族(Bayern)	13
1. 亞倫曼尼部族	13
2. 巴伐利亞部族	13
(三)薩克遜部族(Sachsen)、吐爾林部族(Thüringer)及 富利森部族(Friesen)	14
1. 薩克遜部族	14
2. 吐爾林部族	14

2 中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法

3. 富利森部族·····	14
(四)法蘭克部族(Franken) ·····	15
第二節 日爾曼法的特質·····	17
一、概 說·····	17
二、日爾曼法為習慣法·····	18
三、日爾曼法為圖體的義務法·····	22
四、日爾曼法不分公法與私法·····	25
第三節 羅馬法的體系·····	27
一、概 說·····	27
二、早期的古羅馬法·····	30
三、羅馬私法的興起及其發展盛期·····	32
(一)古典法前期(vorklassisches Recht) ·····	32
1. 萬民法(jus gentium) ·····	32
2. 行政官的司法權限與其法務官法(jus honorarium) ···	33
3. 法學家的任務·····	35
(二)古典法時期(das klassische Recht) ·····	36
1. 皇帝的敕諭(Constitution) ·····	36
2. 古典法時期法學之發展及法學家之學說·····	37
四、羅馬晚期的私法衰竭期·····	41
(一)哥來格里法典(Gregorius) ·····	42
(二)海莫格尼安法典(Hermogenianus) ·····	42
(三)帖厄多希斯法典(Theodosius) ·····	42
(四)羅馬法大全(Corpus juris civilis) ·····	43
1. 法學提要(Institutions) ·····	43

2. 敕諭集成 (Codex)	44
3. 學說彙纂 (Digesta; pandectae)	44
4. 優帝的新敕諭 (Novelle)	45
第四節 羅馬法的特質	46
一、概 說	46
二、羅馬法爲成文法	47
三、羅馬法爲個人的權利法	50
四、羅馬法區分公法與私法	53
第二章 中世紀義大利法學的發生與成就	57
第一節 中世紀義大利法學興起的原因	57
一、時代的背景	57
二、法學的文藝復興	59
第二節 註釋法學派 (Glossatoren)	61
一、註釋法學派的代表	61
(一) 註釋法學派的始祖 Imerius	61
(二) 註釋法學派的四博士	62
(三) 其他註釋法學派的代表	63
二、註釋法學派研究法學的方法	65
(一) 法典的權威	65
(二) 經院哲學 (Scholastik) 之解釋方法	66
1. 法典體系的總註釋	68
2. 法源個別內容的註釋	69
三、註釋法學派的文獻類型	72

4 中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法

(一)講義集(Apparatus)	72
(二)法律註釋大全(Summa)	72
(三)法案入門(Casus)與法案釋義(Commenta)	73
(四)法條論述	74
(五)法概念之區分	75
(六)學說爭論(Dissensiones dominorum)、研議(Disputationes) 及鑑定(Consilia)	76
1. 學說爭論	76
2. 研議	76
3. 鑑定	77
第三節 疏證法學派(Kommentatoren)	78
一、疏證法學派的成立及其代表人物	78
(一)疏證法學派的名稱	78
(二)疏證法學派的代表	79
二、疏證法學派之特質	81
(一)重視法實務	81
(二)疏證方法之改進	83
(三)成文法之普遍化	84
三、疏證法學派之疏證內容與文獻類型	85
(一)疏證法學派之疏證內容	85
1. 講義疏證	85
2. 法律問題與訴訟疏證	86
(二)疏證法學派之文獻類型	88
1. 疏證法典中各法條之研究(exegetische Literatur)	88

2. 判例之研究·····	88
3. 特殊法律問題之研究 (monographische Literatur) ····	89
4. 法學編纂·····	89
5. 法實務之判例集·····	89
6. 法條編纂 (Rechtsbücher) ·····	89
7. 固有法之研究·····	89
8. 補遺·····	89
四、中世紀義大利法學之成就·····	89
第三章 歐洲其他國家與羅馬法的關係 ·····	91
第一節 適用羅馬法之義大利 ·····	91
一、羅馬精神與歐洲文化·····	91
二、羅馬法成爲義大利法·····	92
三、羅馬法與習慣法之關係·····	94
第二節 瑞士、荷蘭及西班牙與羅馬法的關係 ·····	96
一、瑞 士·····	96
二、荷 蘭·····	98
三、西班牙·····	100
第三節 法國南部之羅馬法區與北部之習慣法區 ·····	103
一、Gallien-Franken 徙入時代首次接觸羅馬法 ·····	103
二、註釋法學派的影響與經院法學派 (Scholastik) 的形成·····	104
(一)註釋法學派的影響·····	104
(二)經院法學派的形成·····	106

6 中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法

三、北部習慣法地區·····	108
四、復古法學派與羅馬法·····	113
第四節 英國固有法與羅馬法·····	118
一、盎格魯薩克遜(Anglo-Sachsen)時代·····	118
二、註釋法學派的影響·····	119
三、英國普通法(Common law)與法學家 Henry de Bracton 的貢獻·····	120
(一)普通法的維護·····	120
(二)Henry de Bracton 之普通法體系·····	122
四、衡平法的形成(equity)·····	123
第四章 德國繼受羅馬法的動機與原因·····	127
第一節 繼受前羅馬法對日爾曼民族與德國王朝之影響·····	127
一、日爾曼民族的羅馬法典·····	127
(一)西哥德(Westgoten)羅馬法典·····	129
(二)布爾根(Burgund)羅馬法典·····	129
(三)德奧理希(Theoderich)敕諭·····	129
(四)薩克遜法典(Sachsenspiegel)·····	130
二、帝國永續的理論·····	131
三、德國帝王的絕對政治與羅馬法上的國家理論·····	134
第二節 日爾曼法的簡陋與分歧·····	138
一、日爾曼法的簡陋·····	138
二、日爾曼法的分歧不統一·····	140
(一)身分法·····	140