

MUNROE SMITH 原著

姚梅鎮譯

歐陸法律發展史

商務印書館印行

MUNROE SMITH 原著  
姚梅鎮譯

歐陸法律發達史

商務印書館印行

中華民國三十六年八月  
重慶初版  
上海初版

（37738滬報紙）

# 歐陸法律發達史一冊

The Development of European Law

定價國幣陸元伍角

印刷地點外另加運費

原著者 Munroe Smith

譯述者 姚梅鎮

\*\*\*\*\*  
版 翻  
權 印  
所 必  
有 究  
\*\*\*\*\*

發行人 朱經農

印刷所 商務印書館

發行所 商務印書館

上海河南中路

各地

## 編者弁言

成。

一、本書乃編輯哥倫比亞大學歐洲法律史教授孟羅斯密 (Munroe Smith) 博士最近所修正之各講稿而成。

二、編輯者在書中所加之修訂，僅限於原著者生前所自爲之訂正，或其筆記曾經提示者。

梅耶 (Carl L. W. Meyer) 一九一八年九月於國會圖書館

## 莫爾氏序

夫專莫艱於謀始，功莫大於奠基，本書著者孟羅先生發乎前古之所未有，闢法律史研究之新門徑，舉事功之至艱至鉅者也。先生今世之大學者也，從來不視治學爲易事，以爲非長期研究與思索，則不能輕易得之。先生富於思想，每研究一問題也，不問其性質如何，恆細心分析，窮理盡微，發現其根本原則及其效用，別其類屬，定其體系，而後問題乃臻明確；蓋不如是，徒以淺慮與盲從，猶之治絲，將益棼矣。其爲學也，雖殫精竭思，然純乎天性。力學之士，質疑難於先生，每可得其要領與永奠久安之治學基礎，先生誠後學之導師哉！

當余初晤先生也，先生正從事此種工作，與言及此，余不能不提及其「州制定法與普通法之關係」(State Statute and Common Law)一文，原文分載於政治學季刊 (Political Science Quarterly) 一八八七年三月號及一八八八年三月號兩期，一九二七年更經收集於歐洲法律史概觀及其他 (General View of European Legal History and Other Papers) 論文集中。其文爲關於一民法典之討論，質言之，即關於編定一部實體法法典之問題，緣當時紐約州已有編訂此種法典之議，本文即針對此議而發。紐約州法典，即通稱之費德法典 (Field Code) 也，此法典自紐約州議會通過後，雖經州長兩次否准，以及一八八五年一八八六年又經立法府一再反對，然而力主採用之者，猶不乏人，故採用與否之爭，久而未決，逮先生加入反對派之陣容後，乃謂此法典不僅結構不合科學，內容未能精確包羅現行法律，且忽視一切完美法典所必須根據之基本理論；於是反對派所持之理論，至是大爲充實，如科學知識，一般法學與古今法律實務之綜合學問，乃至其根本理由之深入闡明等等，莫不自先生出；因而辯論之範圍益大，而先生於促進反對派目的之實現，尤與有力焉，凡此所述，良非過譽也。

先生之風度，最足以昭其品質與性癖。處己謙恭嚴謹，不自矜持，一言一動，靡不聰智過人；其特有之風

采，正所以昭顯其真率之本性。其尤可貴者，厥維富有定見，自余與先生交，未嘗感覺其片時心無定見，而庸碌如常人者。雖然，此又非謂先生之師心自用，不容異己也。先生最能體會幽默之價值，且富有極慧敏而高尚之幽默感，即普通談話，不問其形式之莊諧與題材之性質，均樂於參加，每以希有之見解，精辯之能力，與乎巧妙之措詞，不特使普通之談話轉臻教益，且增加討論當時之興趣焉。

余已言及先生希有之智力，又知其希有之智力，實其愛好形實兼善體用兩全之天性所使然，故其關於法律與史學等精心結構之評論，雖多匿名發表，然而一見即知其爲先生之作品者，豈因其數量之豐富，良以其立論卓越，內容淵博也。世人每求著述豐富，殆不免忽略普通知識，人類之勤黽力學果與時俱進，則此種情形亦必繼續無已。惟先生則大不然，每不欲學識囿於一隅，故其學識之範圍，特別廣博；且每讀一書，未嘗以輕心掉之，恆如自然科學者之態度，究其因果，察其關係，雖秋毫之細，亦窮辨靡遺，其嚴謹又如此。夫博與精原不相容，而先生獨能兼擅二者之美，我輩與孟氏同時者及彼後進之士，或欣賞其宏製，或師法其精義，皆可獲其益焉。

憶四十年前，予在華盛頓李非斯 (George L. Rives) 先生之辦公室得識先生，李先生吾摯友而同僚者也，時任助理國務卿 (Assistant Secretary of State)。越三年，予執教紐約哥倫比亞大學法科，會先生亦講學於是，過從漸密，遂成金石之交，而華盛頓一面之緣，實爲之始也。痛哉先生，今也永歸；感念疇昔，曷勝悽愴！予於此謹念吾亡友在天之靈。

海牙國際永  
久法庭法官 莫爾 (John Bassett Moore) 拜序

# 目次

編者弁言

莫氏序

導論

第一章 古日耳曼法概觀

第一節 史實述要

第二節 經濟情形與社會階級

第三節 軍事組織與政治組織

第四節 犯罪

第五節 侵權行爲

第六節 法院組織與訴訟程序

第七節 法律行爲之方式

第八節 親屬關係

第九節 動產物權

第十節 不動產物權

第十一節 契約

第十二節 古日耳曼法之精神

第二章 羅馬法與日耳曼法之溝通

目次

一  
九  
一二  
一七  
二五  
二八  
三二  
三二  
四二  
四二  
四三  
四九  
五一  
五二  
五三  
六二

第十三節	日耳曼人與羅馬人之關係	六二
第十四節	羅馬領域內所建日耳曼諸王國之概況	六八
第十五節	東哥德人郎哥巴德人及勃良第人之立法概觀	七四
第十六節	西哥德王國史實述要	七八
第十七節	西哥德立法概觀	八一
第十八節	佛蘭克帝國史實述要	八七
第十九節	佛蘭克帝國之經濟情形與社會狀況	九二
第二十節	佛蘭克帝國法律發達之大概	九九
第二十一節	佛蘭克帝國之成文法	一〇六
第二十二節	佛蘭克帝國之法院組織與訴訟程序	一四
第三章	歐陸法律分合之情形	二五
第二十三節	史實述要	二五
第二十四節	封建制度之基礎	二九
第二十五節	佛蘭克帝國之封建領地制	三四
第二十六節	全盛時代之封建制度	三八
第二十七節	羅馬帝國中之基督教會	四五
第二十八節	佛蘭克帝國中之基督教會	四八
第二十九節	中世後期之寺院法權與寺院法	五七
第三十節	寺院法對於近代法律之影響	七一
第三十一節	自治城市之勃興	七四



第三十二節	商法	一七八
第三十三節	地方	一八五
第三十四節	中世後期法蘭西之法律	一九三
第三十五節	中世後期西班牙之法律	一九五
第三十六節	中世後期意大利之法律	一九九
第三十七節	中世後期德意志之法律	二〇一
第三十八節	中世後期對於不法之反動	二〇五
第三十九節	羅馬法之復興與繼承	二〇九
第四十節	羅馬法與意大利	二一二
第四十一節	羅馬法與法蘭西	二一九
第四十二節	羅馬法與西班牙	二二一
第四十三節	羅馬法與德意志及荷蘭	二二五
第四十四節	羅馬法與其他歐洲各國	二三二
參考資料與文獻		二三七

# 歐陸法律發達史

## 導論

本書之研究範圍，以討論西歐大陸自西羅馬帝國滅亡迄乎近代之私法的發達爲主旨。惟於了解私法發達所憑藉之媒介方法之必要上，則始涉及公法之範疇耳。

著者擬先於導論中，指明此歐陸法律全部發達過程中之簡明的主要路綫，俾讀者諸君得藉此了解著者個人之觀點與立論之標準。

基督紀元第一世紀，乃羅馬帝國之全盛時期。當羅馬帝國版圖最大之時，包含不列顛之大部及來因河以西多瑙河以南之歐洲大陸西部諸地——其中係包括萊因多瑙二河上游一帶。同時羅馬帝國之領域，尙包含小亞細亞大部及非洲北部。此卽古代西方文明之領域，至在羅馬帝國境域之外者，惟野蠻民族而已。

在基督紀元後第一世紀時，地中海文明已達於經濟發展之一高級的階段。時羅馬帝國之中，若極近代化之私法制度，已見其端倪。

就環繞羅馬領域四週而生活之蠻族以言，其中於吾人研究歐陸法律發達史之目的上最重要者，厥維日耳曼民族 (Germanic Race) 之各支。自五世紀而後，彼輩蠻族，尤其環繞羅馬領域而生活，且爾後漸至於與羅馬文明發生相當密切關係之蠻族，或以和平之方法，或以武力征服之手段，從各方面紛紛侵入，幾至占領西歐南歐之全部：如盎格羅人 (Angles) 薩克森人 (Saxons) 及猶特人 (Jutes) 之占領不列顛；勃艮第人 (Burgundians) 佛蘭克人 (Franks) 之建國於高盧 (Gaul)；汪達爾人 (Vandals) 之盤據北非以及西哥德人 (Visigoths) 之占據南高盧與西班牙。又東哥德人 (Ostrogoths) 及嚮後之倫巴底人 (Lombards)，復蹂躪北意中及亞德里

亞海 (Adriatic) 之北岸及東岸。此外古羅馬帝國所僅存之領域，惟東部一隅之地，遷都君士坦丁堡 (Constantinople)，苟延殘喘於蠻族橫行之下。此東羅馬帝國，雖喘息東部，繼續維持其生命，惟領土日益削，國勢日益衰，迄乎十五世紀中葉，君士坦丁堡陷入土耳其人手中而後，其國祚始斬。

願東羅馬帝國自五世紀而後之歷史，顯可與中歐西歐之歷史完全分離，各自有其獨立之發展過程，又苟全於東方之羅馬法，對於西歐法律之發達，亦少直接之影響。揆諸此東西歷史及法律發達分離之主要原因，蓋由於東西教會分裂之結果，有以致之也。

因是，著者於本書中所討論者，亦僅以法蘭西、德意志、意大利、西班牙及其他大陸西部諸國之私法發展為限。

在基督紀元後最初數百年中，即當西羅馬帝國傾覆以前，吾人可見所有與羅馬帝國發生直接關係之日耳曼部族，皆已多少滲透有地中海之羅馬文物制度與思想。揆其原因，主要由於希臘、羅馬商人侵入中歐之結果。且所有與羅馬人發生密切關係之蠻族，在其大舉侵入西歐南歐以前，均已皈依基督教，故教會之所以使蠻族承認某種重要原則（尤其親屬法上之原則）為各種蠻族法律之一部亦始因以奏其成效。

在他方面，隨於羅馬帝權傾覆之後，日耳曼征服者復輸入多數日耳曼制度於拉丁民族領域之中。最初，日耳曼人仍依據其自身之部族習慣而生活，同時，亦允許其羅馬臣民或羅馬化之臣民，仍得依羅馬法而生活。當二者法制發生抵觸之時，則日耳曼法通常有優先適用之效，仍以日耳曼法為準，雖然，就羅馬人自身間之關係以言，則泰半仍讓羅馬人受自身羅馬法之規律。然而，日耳曼人所輸入之制度中，有一部分確亦影響於西歐南歐法律之發達。

當時從日耳曼人征服結果所建立之國家中，產生有三個帝國。其一為東哥德帝國，國都設於羅馬城，其版圖曾一度包含多瑙河流域，意大利北部及東南高盧。此帝國國運極驟，對於歐陸法律之發達，影響殊少。其二為西哥德帝國，其國祚較長，初版圖較廣，包含西南高盧及西班牙全部，爾後領土大削，僅及於西班牙一域而

已，此帝國在西班牙一隅之地，仍繼續維持其國運，直至七〇〇年頃，前此傾覆非洲汪達爾人統治之回教徒征服西班牙時，其國祚始斬。自後惟捲伏北西班牙之諸基督教王國，休養生息，漸漸鼓力南向，爭其生路，始得收復失地，再驅逐回教徒於西班牙領域之外。在西哥德統治期中，西哥德法已與羅馬法混和；同時，復有法律編纂之舉，此法典即一般所認爲西班牙法律史之起點者也。

此三帝國中之最重要者，厥維佛蘭克帝國，佛蘭克帝國之領域，實際上包含一切承認羅馬主教宗教上最高權之歐陸基督教區域在內。此帝國之版圖，日趨擴大，終至不僅包含今日之法蘭西，且包括今日比利時、荷蘭、西德意志、奧地利、意大利半部及東北西班牙諸地。佛蘭克帝國國運稍衰，至九世紀後半期，始歸於滅亡，中世歐洲多數特別之制度，均發端於此。

大概言之，佛蘭克帝國之法律史，與西哥德帝國之法律史同，亦表現有日耳曼部族法與羅馬法混合之跡。佛蘭克帝國在其瓦解以前，果採用如後來英國所藉以發展統一國家法的方法，本有發展一部全歐法律之可能。然而，不幸由於佛蘭克帝國瓦解之結果，西歐僧俗二界之諸侯權貴，紛起獨立，互爭雋長，全歐陸已陷於混亂割據之狀態。復隨於政權旁落，地方分權之結果，中央立法機關已歸於消滅，時規律西歐之法律，主爲各地之地方習慣。迨至城市勃興而後，西歐復啓自治城市與各種城市法之一新局面矣。

中世歐洲自佛蘭克帝國瓦解而後，其法律上之發展，與英國之情形迥乎不同。在英國方面，其皇室藉諾曼人征服功戰結果所取得之權力，足使其在歐陸各國立法機關尙未發達之數百年以前，已發展其中央立法機關。概觀中世紀終結以前，大陸國家之中，從無一國之皇室能享有若英國國王所行使之權力之大者；又英國統一國家法發達所主要憑藉之機關，如享有最高法權之皇室法院 (royal court)，在當時歐陸方面，無論何處尙未見其例。

在歐陸方面，於各種地方習慣之外，尙產生三大支歐洲法律——即封建法 (Feudal Law)、寺院法 (Ecclesiastical Law) 及商法 (Mercantile Law) 是也；適用及執行此三種法律者，非普通之地方區域法院 (local

court)，而爲特別法院。此三大歐陸法律之效力，通常優於地方習慣。

歐洲在封建制度之下，業已發達一大支封建法。夷考封建制度之基礎，一部分係淵源於後期羅馬帝國，一部分係濫觴於日耳曼之習慣，雖然，封建制度在本質上仍不外中世紀之一種新產物，是可得而言也。封建法匪特決定中世紀歐洲之政治組織，且其決定土地租賃制及不動產物權法之成分尤多。不寧惟是，封建法深入農民生活之中，此乃由於一方面封建采邑逐漸侵食普通區域法院之管轄權；他方面封建法院復對於采邑內之附庸臣民執行司法，有以致之。因此，在封建法之中，吾人可見一大部分規律歐洲土地之法制以及大部分規定采邑內附庸臣民生活之采邑法制。此采邑法 (Manorial Law) 雖在各地不盡相同，然而多少尚有通行全歐之普遍一致性。在封建法之發達中，相似之情況往往產生通行全歐之制度與法規的一般相似性。同時，在當時亦有不少借用套襲法律之事實，每一管轄區域，常多少受相鄰區域中法律發達之影響。此外，在倫巴底尚有封建法典編纂之舉，其他歐洲諸國中，竟至認此倫巴底封建法典乃當時封建法之正確的一般記載，事實上，此法典確已爲一般國家所接受爲歐洲共同封建法之一種真正的記載。

他一大支歐洲法律即寺院法，換言之，即羅馬天主教會所發達及執行之法律。當時之教會，一方面既已繼承羅馬帝國權力之一部；他方面保存延續古代文化及以之適用於中世社會情狀之工作，大部分係由教會負擔之。逮乎佛蘭克帝國瓦解而後，教會之勢力與活動更爲擴大，已開始吸收以前一般不認爲係教會所享有之管轄權矣。大概言之，吾人可謂自第十世紀至宗教改革時爲止，教會法院於多數方面尤其於親屬法方面，已享有極廣大之管轄權，足以適應當時正在發展中之社會的需要。此種教會法院之管轄權，其後及於婚姻關係親屬關係以及遺言與遺囑方面，又在歐洲多數國家，且及於無遺囑動產遺產之分配問題。

考歐洲教會法院之制度，究不外一種中央集權制。對於一切低級教會法院之判決，均可上訴於羅馬，事實上，羅馬城之最高主教自來即受理此類上訴案件。

由此種過程中所發生發達之寺院法，自不待言，其中大部分乃規律所謂教會政治組織之規則，不過其中仍

含有多數吾人可稱爲私法法規之規則者。縱在宗教改革之後，新教諸國之教會法院，仍舊維持其多數民事管轄權——如英國在十九世紀後半期以前，卽爲如此。

由於城市勃興與商業發達之結果，歐洲自十一世紀而後，已開始渡過前此長期之經濟衰落期，而漸有經濟復興之勢。從歷史上觀之，南歐方面之經濟狀況，卽令在羅馬帝國崩潰以前，已呈特別衰退之象，至紀元後第五世紀中，羅馬帝國內之經濟狀況，亦遠較其在第一世紀中之情形簡陋多矣。吾人敢謂在紀元第一世紀中，羅馬帝國之經濟極爲繁榮，自後歐洲經濟之發展，乃每況愈下，長期衰落，在十九世紀以前，無論何期之經濟狀況，均無足與第一世紀相伯仲者。惟自十字軍興以來，結果在歐洲方面又發生一種新的進步，其後漸至重新建立一歐洲商法之制度，夷考此商法制度建立之由來，主要由於各城市法院中處理商人訟爭之判決所逐漸形成發達者也。此種商法自較封建法及地方習慣爲完美。在商法之發達中，一部分羅馬法中所含之原則與規則，亦已復興，並經納入商法之中。由於城市法院判決以及一部分由於城市相互間條約之結果，一大支實質上已趨於統一性之共同商法，已臻發達，又此統一商法復經傳播於英國。此商法之適用執行，亦由特別法院司之，其情形與封建法之由封建法院執行及寺院法之由教會法院執行者，正同。在英國國內，直至條多 (Ethelred) 王朝而後，對於商業上之訟爭，始由皇室法院管轄之。考英國統一國家法之濫觴，係始於中央之執行封建法與刑法。爾後有一時期中，皇室法院又適用海法，再後，復進而適用一般商事法矣。不寧惟是，英國反爲歐洲諸國之先驅，最先接受商法，且使之成爲英國普通法之一部，揆厥由來，此因當時所有歐陸諸國，仍以商法爲一種特別法制，且最初多半仍由特別法院執行故也。

當十一世紀及十二世紀之中，所有中歐西歐各地，已普遍發生一種更完善的新法律之需要，而當時歐洲任何既存之法制，殊不足以適應此需要。當時幾乎所有地方，不問爲城市抑爲鄉村，由於財產增加，尤其由於動產種類日繁及其重要性日增之結果，隨而新問題亦層出不窮。顧特別之商事法院，對於非商人間關於動產物權之爭議，並無管轄裁判之權。至教會法院除關於不動產遺產之處分外，對於動產問題之解決，更無關係。而地

方習慣，復極簡陋，對於新生諸問題，仍無解決之道。即在諸城市之中，對於一切新經濟秩序之需要，亦不能完全適應，一一解決之。復次，如前所述，在西歐方面，當時尚無一國有享有上訴審理權之中央皇室法院，如英國所發展之情形者。

在此種情形之下，已發生一種特殊之現象。此即一般所稱之羅馬法之復興者是也。若更精確言之，吾人復可稱為優帝法律大全 (Law books of Justinian) 在西歐之復興與繼承。當時地方司法官 (local law-jinder)，對於城市或鄉村區域法院專屬管轄範圍內所發生之問題，雖力求有所以解決之道，惟其最大之困難，厥在於無一般適用之共同法律，足資憑藉採用——易言之，即無足以抽出新規則之補充性法律寶藏，足以供其取用也。一般法學家所以開始研究優帝法學彙編 (digest) 與優帝法典中所建立之優美法制，且目之為足以提供規則之一種現行有效法者，即以此。復次，在歐洲多數地方，更產生一種理論，謂古代羅馬法係一種尚生存於當時之有效法律 (Living law)，凡當一問題發生時，如不能參考採用任何既成之中世法制以資解決者，則可採用最後之手段，訴諸羅馬法以解決之。

縱觀此歐陸法律整個發展過程中所生之一結果，即所有歐陸各國之法律，當時概由多數不同之地方習慣所構成，即令近代之法律，其情形亦然；此種地方習慣多已化為成文之形式，而由各省城習慣 (Provincial Customs) 補充之，省城習慣亦多半為成文式，雖然，在當時無論何處，仍無統一國家法之出現，蓋可斷言也。在法蘭西、西班牙二國，固早在其他大陸各國以前，其中央王室對於法律之發展，已多少有某種支配控制之勢，然而，即在此二國中，仍無足與英國國會及皇室法院中所發達之統一法律相衡之統一國家法。歐洲諸國之中，除地方之體系外，仍然保有封建法、寺院法及商法三大歐洲制，各由特別之法院執行適用之，又於此各種法制之後，尚有一羅馬法之大寶藏，以供其取用參考。

雖至十八世紀中，無論何歐陸國家之內，統一國家法，尚未臻發達。統一國家法必由立法程序產生之，在民族統一國家具體形成，且主張其最高權威之後，吾人始可見由立法程序立法機關所發達之統一國家法及訂諸

法典之舉。

考歐陸第一部法典，吾人足以正當稱爲國家統一法典者，即拿破崙法典（Code Napoleon）是也。在拿破崙法典編訂以前，法蘭西全由無數種成文之地方習慣及多數補充地方習慣效力之省域習慣所規律。在各種習慣法之外，爲封建寺院法及商法，又在法國大部分地方，於此三大支歐陸法制之後，復有優帝法律大全中所規整之羅馬法。

法蘭西大革命之結果，乃一掃封建法之陳跡。隨而，法蘭西復不能不進而肅清法國境內所適用之寺院法，同時，又非力求廢止法國內羅馬法直接規則之效力不可，不過，除此而外，其更切要者，乃法國當時急於完全根滅各種地方習慣，冀爲全法國人民建立一統一法律。此一問題，最後乃由一部拿破崙法典所圓滿解決之矣。

在歐洲方面，尙有多數比較重要之國家，迄至十九世紀中，始完成其國家組織。如意大利直至一八六〇年而後，始有意大利王國之建立，意大利法律之國家統一化，亦爲一八六五年以後之事。又西班牙境內，甚至在十九世紀中，各省區之法律猶大相懸殊。一八八七年中，雖採用一部西班牙民法典，然而，此法典效力極微，尙不能通行於所有省域之中，以代替省區法律之適用。不過，一般言之，歐陸諸國此時已有編訂於法典中之統一國家法矣。復以此時期苟如英國之情形，藉上訴判決之徐緩累積之程序，以發達統一國家法，則需時過久，勢不能收創建統一國家法之實效，故諸國自不能不藉立法之程序，以謀迅速解決此發展統一國家法之問題。

綜上觀之，余所概述西歐法律發展之大要，究不外一個單一的大發展（a single great movement）。然而最可怪者，概觀各國文字之中，從無一本言法律史之著作，曾以此西歐法律之發展，視爲全歐陸之整個的活動一貫的發展者。言寺院法歷史之佳作有之，關於寺院法之有系統之論著有之。言封建法歷史及封建制度之名著有之。專門討論商法之著作，所見尤不在少數，又言羅馬法史之佳作，亦復有之。在此類特別專門文獻而外，尙有各種單獨論述西班牙、法蘭西、德意志、或意大利各國法律史之專門史籍，其中對於全歐陸整個法律



發展之情形，所不能不提及之處固多，然而，究係純粹從一民族之觀點而出發者，乃不可否認之事實也。吾人苟一比較前述各國之法律史，則可知真正之統一國家法，無論如何乃新近之現象。此類分別論述各國法律史之專著，多半極注重地方習慣發達史之敘述，推其所以如此者，蓋各大支歐陸法制，已有其他專著詳論之故也。

一般言之，無論在何國法律文獻中，迄今尚無通論全歐陸法律史之專著，在英文中，僅見少數專論每一國家法律史名著之翻譯本數冊，此種翻譯工作，係由美國法學院協會 (Association of American Law School) 所主辦者。此即所謂大陸法律史叢書 (Continental Legal History Series) 者是也。在此叢書中，有一冊名為大陸法律史概觀 (General Survey of Continental Legal History) 者，其內容大部分乃簡要敘述各國法律史之精華。就一般從整個着眼而討論西歐法律發達史以言，固當以此書始，惟尚不能十分滿意。雖然，著者所能提出之最好的參考讀物，亦僅此一本而已。