



Deutsche Rechtsgeschichte

—von dem Germanen bis zur Neuzeit

德国法制史

——从日耳曼到近代

陈惠馨◎著

本书是作者潜心研究近十年的成果，资料翔实，论证谨慎。难能可贵的是，本书不是单纯史料的堆积，而是作者带着对东亚各国继受德国法中产生的各种问题去进行探索。



中国政法大学出版社



德国法制史

——从日耳曼到近代



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

德国法制史：从日耳曼到近代 / 陈惠馨著. — 北京：中国政法大学出版社，
2011. 7

ISBN 978-7-5620-3974-7

I. 德… II. 陈… III. 法制史-德国 IV. D951. 69

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第131257号

《德国法制史——从日耳曼到近代》，陈惠馨著，元照出版有限公司 2007
年 7 月出版。

简体中文版之版权由元照出版有限公司 (Taiwan) 授权中国政法大学出版社出版发行。

- 书 名** 德国法制史——从日耳曼到近代 DEGUO FAZHISHI CONG RIERMAN DAO JINDAI
- 出版发行** 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908441 (译著室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880mm × 1230mm 32 开本 9.125 印张 210 千字
- 版 本** 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-3974-7/D · 3934
- 印 数** 0 001-3 000
- 定 价** 30.00 元

- 声 明**
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

序 —

台湾政治大学陈惠馨教授在2010年10月来北京参加中国政法大学为我举办的“法制史教学六十年”会议时，跟我提到他在2007年在台湾出版的《德国法制史——从日耳曼到近代》一书将在中国政法大学出版社出版，希望我为他写序，我听了非常高兴也非常乐意为本书作序。

我在1993年认识陈惠馨教授。当时海峡两岸刚开始学术交流。陈惠馨教授邀我及北京大学的李贵连教授参加在政法大学所举办的“中国法制史课程教学研讨会”。我在会议中发表论文探讨“中国法制史研究的过去、现在与未来”。在会议中我提到今后法制史研究应该朝五个方向发展：①通过编写《中国法制通史》，普遍开展断代法制史的研究。②加强对部门法史的研究。③开展比较法制史研究。④研究中国传统的礼。⑤加强少数民族法制史的研究。两天的会议中，我除了参与法制史研究与教学会议的讨论外，还有机会跟陈教授及她的学生对话，了解陈教授在德国留学8年并刚刚开始研习认识中国法制史。

2000年陈惠馨教授跟几位硕士班、大学部学生到中国政法大学参加法制史的研讨会时，跟我提到她从1994年开始，除了研究《唐律》之外，也开始进行“德国法制史”的研究工作。2010年她跟我在北京见面时，再度强调她之所以会进行德国法制史的研究，主要是因为我当年跟她讨论“比较法

制史研究”的重要性所引发她的灵感。我很高兴自己1994年在台湾政大法学院发表的论文启发陈教授进行比较法制史的研究。

陈惠馨教授这本书主要从一个外文化法学者的角度，通过阅读德国法制史的相关文献，探讨德国法制的发展历程。在这本书中，陈教授说明她作为一个东亚的法学者，为什么要书写一本德国法制史的书。陈教授尝试通过探讨德国法制发展史说明法制史研究与教学对于当代法学研究的意义。她在书中分析德国法制史的教学与研究跟台湾地区的不同。在本书中，陈教授尝试说明德国法制史研究的分期、目前德国法制史的研究成果。这本书主要注重介绍德国从日耳曼时期到中世纪的法律状态并说明德国在近代以来，因为宗教革命的关系，现代国家的兴起及传统封建社会的瓦解对于法律制度发展的影响。

我研究中国法制史长达60年，向来非常注意传统中国法制与西方法制的差异，也认为通过了解西方法制发展更能深刻体会中国传统法制发展的特色。现在看到陈惠馨教授将在中国政法大学出版社出版《德国法制史——从日耳曼到近代》一书，非常高兴，谨为之作序。

张晋藩

2011年5月4日

序 二

公元 1977 年本人获得德国亚历山大宏博学术基金会的资助，前往德国位于法兰克福的 Max-Planck 欧洲法制史研究中心研究德国继受罗马的专题。在德国法制史泰斗，也是该中心的所长 Helmut Coing 的悉心指导下，以一年六个月的时间完成一本“中世纪意大利法学与德国继受罗马法”的专书。此专书问世以来，虽然欧陆法制史，尤其德国法制史，为台湾现行法制的法源，按理应受法界的重视才对，但一直后继无人，甚觉忧心。

公元 2007 年 4 月初，突然台湾政治大学法学院教授陈惠馨博士告诉我，她花了几年功夫撰写一本“德国法制史——从日耳曼到近代”的专书，希望我能代写一篇序言。本人听到后，真是天大的喜讯，且庆幸后继有人。我拜读陈教授的此大作后，原来她著作完成的地点与本人于 15 年前在德国法兰克福欧洲法制史研究中心研究的地点完全相同，而让我忆起该研究中心情景，尤其藏书的丰富，历历如绘，因此本人对陈教授的这本大作有特别亲切的感觉，且在此种书香环境下完成的研究成果，必然有其深度。

陈教授目前在台湾“国立”政治大学担任法制史的课程，同时为中国法制史协会的理事长，有关法制史方面的著作甚多，甚受同学的爱戴。本大作分为总论与各论两部分。在总论上，说明了她为何撰写“德国法制史”的心路

历程及详细介绍了德国法兰克福欧洲法制史研究中心的规模、设备、研究人员研究的重点以及其所出版的著作，期能提供给日后有志于欧洲法制史的学者，作为前往德国进修此领域的参考。陈教授对法制史的潜心投入研究及其提携后进的用心，令人由衷的敬佩。在各论上，本著作有三重点说明德国法制史发展的方向，即从日耳曼法时期，经过继受罗马法时期后，再经宗教改革时期，直至德国制定统一民法典的前夕，期以强调德国如何从封建领主的国家迈入现代化国家之林。在第一重点上，其系以德国中世纪《萨克森宝鉴》（*Sachsenspiegel*）为日耳曼法时代各种法令的基础。该宝鉴内容甚为广泛，有公法的国家法、刑法，也有私法的债法、物权法、身份法以及诉讼法等。在第二重点上，其以罗马法典（*Corpus Juris Civilis*）为核心内容，说明德国中世纪的留学生在意大利接受注释罗马法派法学教育的专长后，在德国封建领主的法院，尤其帝国法院担任审判官，以罗马法与日耳曼法在实务判决上长期相互适用，使罗马法融入德国社会，而让外来的罗马法日耳曼化，完成德国继受罗马法后，奠立德国近世期各城市法与邦法的立法工作，例如纽伦堡市改革法、佛莱堡市改革法或巴伐利亚邦改革法等。在第三重点上，说明于公元1517年开始，在德国莫姆斯市（*Worms*）有教会人士马丁·路德领导宗教改革，从专制的天主教义及行政体制解放出来，将政权世俗化、婚姻还俗化、人权自由化、法治民主化的改革，深深影响德国的国家体制，而开始迈入现代化之林。陈教授在各论上，有体系地将德国法制从日耳曼时期一直到德国统一民法典前夕的发展重点精要地呈现出来，使人拜读后，一目了然，受用不尽。

总之，本著作在欧陆法制史的领域上，属于极有深度的作

品，也是不可多得的文献。如有人想认识欧洲，要了解欧洲法制或欲知悉台湾地区现行法制的源头时，本著作将提供你作良好的参考。

戴东雄 谨序
公元 2007 年 5 月 1 日

序 三

用生命做学问，以真情写历史

社会学者对法律的看法，大约不外法是最高制度化、也是最强大而有力的社会控制。依照这样的看法，法的起源理当来自社会文化，因而不但与社会文化的价值态度相一致，也“跟人民的生活有密切结合”（第4页）。无奈我国台湾地区的法来源，无论1895~1945年间，“间接通过日本，继受德国法治”或者1945年以后“使用一套在中国大陆订定并且继受自德国的现代法律”（第4页），甚至“在台湾地区许多法律的订定、修正时……往往不自觉地，会以德国或者日本某种法律如何规定、如何修正，作为主张在台湾地区修法或不修法的重要理由”（第9页）。以致我们的法不但与人民的“生活有差距”，“让法律系学生在学习法律的过程面临很大的挫折感”，“也因此台湾一般人民普遍对于现有的法律体制有不满的情绪”（第5页）。

除了欠缺社会文化勾连，现代台湾地区的法学教育也缺乏“历史感”，这使得“法律系的学生一方面以为自己所生存的社会，原来是没有法律制度的，或者以为自己社会传统中的法律体制是非常落伍的”。同时也因为没有历史感，“让他们同样误认，自己社会所继受法律的国家（如德国、美国）的法律制度也是静止不变的”（第17页）。歌德说过：“不知道过去历史的人，没有未来。”陈惠馨教授的这本书的首要工作，

就是要诉说德国法治的历史发展，尝试将这样的发展与德国的社会文化勾连，然后一并介绍给我们社会。

陈教授文如其人，一派的坦率真诚。有些学者喜欢用艰深古怪的语言说自己也不太懂的外国理论，仿佛如此才能显得“夫子门墙高”。陈教授在德国取得法学博士，也在德国生活了将近十年，然而她说自己在写作本书的时候，“还是有无法体会或掌握德文文献中有关德国法制发展的叙述与说明的困境”（第62页），甚至在阅读参考资料时，也曾面临“每个德文字都看得懂，但却不了解内容究竟在谈什么”的状况（第15页）。写作的过程辛苦，惠馨却能披荆斩棘勇往直前，终能历险如夷，充分展现了惠馨的独特个性与个人风格。

惠馨的书不像一般通常的学术文章，作者躲在文字背后。她清清楚楚地谈自己的读书经验、写作动机、研究的过程转折……真诚地与读者对话，一字一句都像她自己在娓娓道来。

这本书还有一个特色是非常肯定前人的贡献，虽然引述他人工作是学术常规及基本动作，但是惠馨提到别人的作品，每每真诚赞扬其贡献，这样的雍容大度，也是非常惠馨式的。

读惠馨的《德国法制史》，才知道不但中国与日本选择德国来作为学习对象的原因，只是时间的偶合——当时德国民法草案刚出现。而且，这一套德国民法还仅仅只以刚好过半数的票数在国会通过。历史的偶然不只令人啐叹，这样的偶合主宰了这么多人的生活及命运，想起来更让人惊怖。

与惠馨成为莫逆亦是偶然，我们的年龄、个性、工作场地、研究领域皆不相同，但是对真理正义的追求，让我们在多种弱势团体运动中并肩。另外，其实在私底下，我们有一个共同关心的议题。我们常将我研究的医学，与她工作的法学领域相比较。在台湾地区，前者是自然科学学生的最爱，而最优秀的社会科学学生则争相进入法律系。医与法两者都大量移植西方

文化，都是重要的社会制度，也是高度专业化的领域。平行的比较，让我们得到许多重大的了悟。如今，惠馨的努力已经沛然成书，而我的成果还不知道在哪里，实在汗颜。

最后需要一提的是，本书还有一个更大的企图：创作出适合我们社会的法律制度、法学理论及法学教育。作者“希望通过对于德国法制史的认识，尤其是德国继受罗马法经验的认识，台湾地区在继受德国法的过程中，可以尽快摆脱为德国法律所殖民的处境，使法学界能够更具有主体性地设计目前台湾的法学教育内容”（第23页）。真可以说是大哉宏愿。

正因为我们的法是继受的，有许多与生活脱节、时代不合，甚至国情不符的地方，所以终究大概不免需要修订，而“德国继受罗马法的经验”，不但让德国法活了起来，成了有生存成长历史过程的存在，也给予我们重新思考想象创造的可能。所以惠馨认为“德国继受罗马法的经验”尤其重要。

另外对“德国继受罗马法的经验”的探讨，不但对我国重要，对其他继受德国法的东南亚国家，亦不可轻觑。在此为开启这样的大路，特别恭喜惠馨，更祝贺她成功。

台北“国防医学院”教授
刘仲冬

中文简体版自序

本书是一本讨论德国法制发展史的著作。内容包括总论 10 章，各论 12 章。本书总论部分探讨的是德国法制对于东亚各国的意义，说明笔者作为继受德国法制的台湾地区（或东亚）法律人，为什么要书写一本德国法制史的书。笔者希望通过探讨法制史对于法学研究的意义、法制史教学与研究在德国的发展、什么是德国法制史的研究分期、德国目前法制史的研究成果与现状以及通过简略介绍中世纪重要的德国法律书籍《萨克森宝鉴》的原文架构，让本书的读者可以随着笔者学习并研究德国法制史的历程，在法制史的研究资料中，跟笔者一起思考德国法制史对于继受德国法制国家的法律人的意义。

这本书原来在 2007 年由元照出版社在台湾地区出版，书籍出版后，我个人因为担任台湾政治大学法学院院长的工作（2007～2009 年），没有时间多想这本书在中国大陆出版的可能。直到我在 2010 年 6 月认识中国政法大学国际交流中心主任许兰教授后，通过她的引介，才跟中国政法大学出版社联系，让这本书有机会在中国大陆出版。本书能够完成要谢谢很多人，尤其是为这本书作序的张晋藩教授、戴东雄教授及我的好友刘仲冬教授。作为一个留学德国取得法学博士学位并在台湾政治大学教授当代法律课程（亲属、继承法及国际私法）的老师，如果不是因缘际会，接触到《唐律疏议》并在 1993 年邀请中国政法大学张晋藩教授到政治大学参与“中国法制史课程教学研讨会”，并从他身上看到一位终生致力于中国法

制史研究者的执著，我可能不会在过去将近二十年间，逐渐将“中国法制史”与“德国法制史”的研究作为我的研究志业。我希望这本书在中国大陆出版后，因此有机会跟更多人一起致力于“中国法制史”与“德国法制史”的“比较法制史研究”。

读者在阅读本书的过程中，会发现本书是笔者阅读德国法制史相关书籍过程的读书札记以及笔者作为一个法制史研究者，在了解德国法制发展历程的过程中，思维何谓法律、法律的起源、法律的发展与法律的体系、法律的价值等议题的成果呈现。对于笔者而言，研究法制史除了要了解一个国家或社会法律发展的历程，更重要的是要更进一步了解法学知识的本质与意义。

本书在各论部分处理从日耳曼法时期的德国法制，笔者在各论中用两个章节说明日耳曼法时期的法律；用七个章节的篇幅说明中世纪德国法律发展；最后仅用三章说明近代德国法制的发展。主要在讨论近代在德国发生的宗教改革以及近代国家在德国的起源等现象对于德国法制发展的影响。

在书写本书过程中，笔者不断在脑海中进行有关台湾地区、祖国大陆法制发展历程与德国法制发展历程的比较。细心的读者会发现，本书有关法制史的比较，主要以中国法制史与德国法制史为主要比较模型。这样的书写角度，跟笔者长期以来进行中国法制史的研究有关。笔者认为德国法制史在近代的发展历程，跟中国传统法制在春秋战国以来，到唐朝订定《唐律》的历程具有某种程度的相类似性。不管在德国或者中国，都在这两个时期，从封建社会走向一个在法律上逐渐平等对待人民的社会；也都在这个时期，通过法典化的立法形式，想要以法律规范人民的生活与行为。不过，在德国，法律跟宗教有密切的关系，而在中国，法律却跟礼作了紧密的结合。

本书的完成，代表笔者在德国法制史研究的初步成果的呈现。笔者将在本书出版之后，继续书写德国法制从近代到现代

的发展历程。本书的书写过程历经将近十年。本书书写风格主要受到德国法制史学者 Uwe Wesel 教授所写的《Geschichte des Rechts—Von den Fruehformen bis zum Vertrag von Maastricht》一书的影响。笔者在刚开始着手写本书时，常常困顿于如何写作，才能让本书是一本具有东亚法学者观点的德国法制史著作。一直到 1998 年看到德国柏林大学 Uwe Wesel 教授的书，才找到一个书写本书的切入角度与书写风格。

另外，在书写本书的过程中，戴东雄教授所出版的《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》一书对于笔者的影响与帮助也非常大，如果没有戴教授有关中世纪德国法学的研究与出版，笔者在处理中世纪德国继受罗马法的部分将无从着手。读者会在本书中，发现本书有关中世纪德国法制发展的描述，主要立基于戴东雄老师的书的内容，尤其在关于德国中世纪城市法规的内容上，几乎就是参考戴东雄教授的书籍为主。

本书由三位资深教授帮忙写序。第一位帮忙写序的是戴东雄教授，因为没有他在德国法制史的研究成果，本书无法顺利完成。第二位帮我写序的是张晋藩教授，因为没有他的鼓励与研究典范的示范，我不会对于法制史研究有如此深入的投入。而第三位为本书写序的仲冬教授，是笔者多年来思考法学议题最重要的对话对象。仲冬教授虽然进行的是医疗社会学的研究，但是，我们两人共同对于历史与性别议题的兴趣，让我们不仅是妇女运动与推动性别平等社会运动的重要伙伴，还是长期以来重要的心灵伴侣与共同玩乐休闲的同伴。本书中有许多反省法律制度的思维是跟仲冬教授讨论得到的灵感。

我很高兴这本书有机会在中国大陆出版。在 2010 年的 9 ~ 10 月间，我利用休假的机会，连续拜访北京两次，在北京期间跟中国政法大学、北京大学、清华大学、中国人民大学许多中国大陆法制史研究工作者进行对话。我发现两岸间进行法制

史研究的学者在对话过程中，可以得到非常多互补与冲撞的观点。希望本书的出版可以邀请到还没有机会面对面对话的法制史研究者（中国法制史或德国法制史）一起思考如何进行法制史的研究。我希望通过共同分享研究成果，寻找研究自己社会或他社会法制发展的轨迹并找到创造自己社会新的法规范的可能方向。作者认为法制史研究需要的是研究者对于自己或其他人所处社会或国家法律制度与法学知识的反省与比较。

在本书即将在中国大陆出版之即，我正利用休假一年时间，构思着如何进行“近代德国刑法史”与“清代法制史”研究。我对于自己能够在政治大学法学院任教并在生活中有许多学术与生活的对话伙伴，感到非常的幸福。我也对于自己的两个小孩以及我的配偶忠华，我的父亲、母亲充满了感谢。我的两个小孩独立与自主、贴心让我在工作上毫无后顾之忧。忠华不仅是我生活中的伴侣同时也是学术对话的重要伴侣。而我最要感谢的是我的母亲陈王秀菊女士与父亲陈廷栋律师。母亲不幸在2003年因为胃癌过世，她在我成长过程中给我的爱与照顾，让我可以自在地生活与前进。母亲过世后，父亲对我在事业与生活上的支持让我感受到他对于子女的爱与关怀。能够在这样的环境生长是我的幸福。我仅以此书向我身边亲爱的家人与朋友、同事致意。希望本书的出版可以对于东亚的法学能有所贡献。

最后这本书能够在中国大陆出版，我要感谢许兰教授协助与支持、中国政法大学出版社张舸编辑的协助，当然我也在此感谢元照出版社的秋凰副总经理及佩菁女士的帮忙。有了他们的协助，这本书才能如此快地出版。

陈惠馨

2011年4月

CONTENTS

目 录

序 一	张晋藩	I
序 二	戴东雄	III
序三 用生命做学问,以真情写历史	刘仲冬	VI
中文简体版自序		IX

第一编 总 论

第一章 德国法制对于东亚各国的意义	3
一、东亚各国继受德国法的历史背景	
——以中国大陆、日本、韩国、台湾地区为例 / 3	
二、继受德国法之后,法律对于人民与法律人的意义有所不同 / 4	
三、台湾地区法律人学习法律专业科目跟继受德国法的关系 / 5	
四、台湾地区的法律专业著作受德国影响的情形 / 6	
五、继受德国法对于台湾地区的立法与法律实务运作的影响 / 8	
第二章 为什么要写德国法制史一书	11
一、为东亚读者所撰写的“德国法制史” / 11	

2 德国法制史——从日耳曼到近代

二、德国法制史课程在台湾地区各大学法律系
教学与研究情形 / 13

三、没有历史感的法律专业学习 / 14

四、日本、中国大陆的德国法制史研究与
教学情形 / 15

五、从德国法制史学到什么？

——认识德国法制发展以及德国继受
罗马法的经验 / 17

第三章 法制史对于法学研究的意义..... 22

一、东亚各国学习德国法制史的意义 / 22

二、了解法律制度的发展，才能认识该法律
制度如何被运作

——以“罪刑法定主义”原则的发展为例 / 23

三、法律本身具有历史性 / 27

第四章 法制史教学与研究在德国的发展..... 32

一、法制史课程在德国法学教育中的重要性 / 32

二、德国法制史研究的发展 / 34

三、德国法制史网络资讯非常发达 / 43

四、德国法制史的期刊 / 44

五、结 论 / 46

第五章 什么是“德国”与德国法制史研究的 分期问题..... 49

一、什么是德国

——一个时间与空间的问题 / 49

二、《德国法制史》一书研究的分期 / 53

三、德国法制史研究对台湾地区法学的启发