

日爾曼法概說

李宜琛 著

日爾曼法概說

自序

這本書的寫成，記得是在民國二十五年的夏天，正是盧溝橋事變的一年以前。歲月匆匆，轉瞬已是七個年頭。不料這一冊書稿，在這六七年中，也和作者一同經了若干人事的滄桑。回想起來，不禁有無限的感慨。

我自回國以來，即承白經天余戟門二位師長的好意，留在國立北平大學法商學院，擔任民法的課程，二十四年秋天，何海秋先生離校，戟門師叫我繼續講授外國法制史這一門功課，這在我當時實在感覺到是一種艱苦的工作；不過師命諄諄，不便固辭，只好勉強承受了下來。所謂外國法制史這一門課程的內容，原沒有一定的標準，因為時間的限制，又不能牽涉範圍太廣。再三考慮，便決定依照日本學者的先例，講授日爾曼法的梗概。

在古代法制之中，對於近代法律影響最大的，可以說有兩個主潮。一個是羅馬法，一個是日爾曼法。因為在羅馬當時，商業發達，經濟繁榮，有古代資本主義社會之稱，所以支配當時的法律，就形式說是嚴密精確，就內容說，是主張意志自由，充滿了個人主義的思想。日爾曼法的產生，雖在羅馬法之後，但因為是農業社會的法律規範，所以反映着前資本主義社會的精神，沒有成文的法典，只有習慣的聚集，法律的內容也大都都是支配服從義務拘束的關係，不過不

可以說是富於團體本位的思想。中世紀的末期，都市勃興，商業發達，固有的日爾曼法，已不足適合現實社會的需要，於是又紛紛繼受羅馬法，作為普通法。近代的法制，當然充分受了羅馬法的影響，例如有名的拿破崙法典，幾乎可以說是羅馬法的近代版。但到德國民法制定的時候，法學思潮，已經有了顯然的變遷，不得不不在羅馬法思想之外，參酌日爾曼法的精神。最近因資本主義已經到了爛熟期，弊竇日益顯著，代表資本主義社會的近代法制，不得不加以修正，所以最近法學思潮，才由個人本位趨向於社會本位，而團體本位的日爾曼法思想，於是也格外抬頭起來。現代的社會立法，很多蒙受日爾曼法的影響。法律學者對於日爾曼法的研究，也可以說是到了白熱的程度。

因為同是農業社會的法律，所以日爾曼法中很有許多地方是和中國的固有法息息相通的。例如合有監護，共同繼承，死者分……在中國都有類似的制度。又如中國法律上的典權，法律的性質應當如何解釋，中外學者同一向有着熱烈的論爭。但我們研究日爾曼法的時候，便不難了解這是一種「純然的物上責任」，和日爾曼法的「古質」，完全相同。可見日爾曼法的研究，不特可以幫助我們理解現代的法制，而且可以做我們研究中國法制史的比較參證。尤其是日爾曼法學者以現代法律觀念整理固有法制的這種方法和態度，更可以供我們的效法。

但是，說也慚愧，我們貧乏的法學界中，關於羅馬法的著作，雖然已經有了幾種，但研究日爾曼法的著述論文，似乎一種還不曾見過。所以我擔任外國法制史講義的時候，不但想把

日爾曼法的輪廓，介紹給聽講的學生，同時，想趁此寫一部關於日爾曼法的書籍，以補償中國法學界的這種缺陷。這一本小書，便是在這種動機之下，寫了出來的。

從民國二十四年的秋天，到民國二十五年的夏天，埋首於這本小書的寫作，記得曾經用了我課餘的大部時間。完成之後，原想將課堂上的補完教材，一併添寫進去，然後再加以訂正修補，才拿出來就正於法學界的人士，不料下半年課務多忙，個人又有其他私事的牽累，始終沒有修訂的閒暇。二十六年，事變發生，學校奉命西遷，我也因為戟門師的委託，與學校同到西安。在匆促離開北平的時候，行篋中只帶了幾冊參考必需的書籍，因為偶然的動念，這冊書稿，居然也夾在書籍中，帶到西北。不過，離平以後，手頭無書，當年授課的筆記，也留在北平的寓所，自然更無從修改。於是這一冊書稿，在行篋中，一擱就是五年。這其間，隨我由西安到了閉塞的城固，去年又由城固到了重慶。今年接受國立編譯館的聘約，主編法律學名詞和中國法制史料，因為參考上的需要，將這冊書稿，清理出來，重讀一過。敝帚自珍，對於這一冊和我同時流亡五年的書稿，不覺有些憐惜之感。而且，在這五年之中，似乎還不曾看見有關日爾曼法的論著，這一冊小書，雖然敘述簡單，也許可以多少供有志法學者的參考。所以決定略加修正，即行出版，以了我當年介紹日爾曼法的宿願，「推輪爲大輅之始」，倘能進一步因此引起法學界對於日爾曼法的研究興趣，則將來完善的著作出現之日，這一本小書的命運，縱然只是用來「覆瓿」，作者也是感到滿足的。

這本書既然是爲外國法制史講義而寫的，所以在卷首原有一篇序論，略述法制史的意義，範圍、研究方法以及日爾曼法在西洋法制史上的地位。現在付印的時候，爲了名實相符，改題爲日爾曼法概論，這一篇序論似乎已經成爲蛇足，所以便將它刪除，只保留了原書的本論。附記於此，以表示這冊書稿的本來面目。

最後，這本書稿，從印刷到出版，友人陳北鵬兄曾予以莫大的助力，在這裏對他表示誠懇的謝意。

第三章 物權法

第一節 物之概念

第二節 不動產物權

第一項 占有

第二項 不動產所有權

第三項 地上負擔

第四項 權利不動產

第三節 動產物權

第一項 動產之占有

第二項 動產之遺及權

第三項 華息之取得

第四章 債務法及責任法

第一節 債務與責任之概念

第二節 人上責任

第一項 人上責任之範圍

第二項 契約

第三項	純然責任契約	八七
第四項	侵權行為	九三
第五項	實權之讓與	九七
第六項	代理	九七
第三節	物上責任	一〇〇
第一項	動產質	一〇〇
第二項	不動產質	一〇二
第五章	親屬法	一〇七
第一節	家族與氏族	一〇七
第二節	親屬	一一〇
第三節	婚姻	一一四
第一項	婚姻之方式	一一四
第二項	婚姻之效果	一一三
第三項	夫妻財產權	一二三
第四項	婚姻之消滅	一二三
第四節	父母子女	一二三

第一項 父權……………一三三

第二項 非婚生子女之準正……………一三六

第三項 收養關係……………一三七

第四項 父權之脫免……………一三八

第五節 監護……………一三九

第一項 普通財產監護制……………一三九

第二項 封的監護制……………一四一

第六章 繼承法……………一四二

第一節 法定繼承……………一四二

第一項 總說……………一四二

第二項 繼承順序……………一四二

第三項 代位繼承……………一四六

第四項 繼承人之曠缺……………一四七

第五項 遺產之歸屬……………一四八

第六項 債務之繼承……………一五〇

第二節 死因贈與……………一五二

第三節 繼承契約·····	一五五
第四節 遺囑·····	一五六
第五節 特別繼承法·····	一五八

日爾曼法概說

第一章 總說

第二節 日爾曼法概觀

第一章、總說 日爾曼民族 (Germani, Die Germanen) 於言語學上爲屬於阿里安族 (Aryan) 之一大支派。日爾曼云者，意爲「軍人」，爲羅馬人所命名，蓋謂其文智未開，而慍悍善鬥也。紀元前一百年時，即有多數獨立之政治團體，分布於萊因 (Rhein) 多瑙 (Donau) 兩河之間。爲半定住之農業部落，從事於穀物之栽培，並時與羅馬帝國相衝突，以圖劫掠。至紀元後四世紀時，蒙古之游牧民族，進攻日爾曼人，日爾曼人既苦不能抵禦外侮，復加以耕地之不足，及對於羅馬文化之憧憬，遂放棄故土，大舉向羅馬侵入，是爲所謂民族移轉 (Völkerwanderung)。日爾曼人大舉南侵之結果，西羅馬帝國遂因而滅亡 (四七六年)。於其舊址，乃建設有若干日爾曼族之家國。日爾曼人之文化，本視羅馬爲遠遜，益以長期之侵襲戰爭，於是生產銳減，商業摧毀，城市衰落，文明日退，是爲西洋史上黑暗時代之開始，直至十一二世紀，

始重見文藝復興（Renaissance）之曙光焉。自法律狀態方面言，則爲羅馬法衰落，日爾曼法代之而興。直至近代，因資本主義勃興，羅馬法復彼繼受，日爾曼法始趨廢止。是以於第五世紀直至第十五世紀，約一千年間，所謂歐洲中古之法制，殆咸爲日爾曼法所支配焉。

雖然，此十世紀間，雖爲所謂日爾曼法時代，然其法律狀態，要非同一。茲姑就此，分爲三期。初期自五世紀至九世紀爲部族法時代，中期至十世紀至十二世紀爲封建法時代，終期爲十三世紀至十五世紀爲都市法時代。若就其政治情勢而言，則初期時日爾曼民族移轉之巨潮，尚未平息，日爾曼諸部族，正紛紛於羅馬廢址，建設新國。中期則封建君主已獲以武力抑止社會之動搖，維持治安。終期則都市勃興，商業復活，近代式之國家漸次成立，古典文化亦從而甦生，適與文藝復興期相當。換言之，則初期爲動搖不安之時代，中期爲壓迫沈靜之時代，而終期則爲更始一新之時代也。

第二、部族法時代 中世初期，適爲日爾曼人驅逐羅馬文明，建設本族國家之時。因多年紛爭擾亂之結果，羅馬時代之繁華，悉被摧毀殆盡。經濟生活亦從而復歸於自然經濟之時代。商業衰退，產業則僅餘農業。各戶各家，自給自足，僅於同村之間，存有極少之交換關係而已。

當時內亂頻仍，中央集權之制，尙未確立，自無從加以抑制。而熱病時疫，復來侵擾。農業經營，原極幼稚，往往爲自然力所破壞，致感荒旱饑饉之苦。鄰村之間，又少往來。其

時人民，生活於此種孤立無援之境遇中，其痛苦悲慘，殆可想見。唯一可恃者，唯有朋輩忠實，可以相互扶助而已。蓋除依血統鄉土之關係，堅固結合，勉圖共存外，別無生活之道也。

法律爲社會規範意識之表現，當時社會既以朋輩間忠實互助爲美德，於是立法者亦認爲根本義務，苟有背反信義，擾亂平和者，即斥爲重大違法。茲請略舉數例，以明當時法律制度之一斑。

(一)當時法律，氏族觀念極盛。凡同一父祖所出者，即屬於一氏族。對於重要之事實上及法律上之行爲，皆須取一致之態度。苟有一人受族外人之侵害者，則共同復讐。侵害外部人者，亦共同任責。一族中有生活困窮者，則同族一致扶養。有擾亂平和者，則同族一致制裁。

(二)不特同一血統者，有上述之關係。即同一村落之居民，相互之間，團結亦極密切。土地之屬，概屬村之總有。宅地爲各家所有，而耕地則由村管理，分配於各家，公同利用。森林牧場等則爲村人共同之利用物，不得爲個人所私有者也。

(三)一家之中，忠實互助之念尤盛。宅地之屬，名爲家長所有，但絕無處分之自由，處分時，須與家中成年男子共同爲之，至少須得其同意。

(四)賦與某個人以權利時，其行使權利也，亦不得害及朋輩之利益。換言之，其賦與權利

恆爲附有義務，負擔者也。

日爾曼民族侵入羅馬前，爲其社會生活之規範者，僅有粗朴慣習，口耳相傳，絕無成文法典之存在。西羅馬帝國瓦解而後，日爾曼族之國家，相繼建設。因與羅馬文明接觸，改宗耶穌教，於是次第就固有之習慣法，加以整理，編纂爲成文法典。至中世初期終了時，日爾曼諸族，大抵皆有成文法典。是爲部族法 (Volksrecht)，亦曰蠻民法 (leges barbarorum)。然部族習慣法之成文化者，僅爲其中之一部。此外則仍以不文之形態，規律人民之生活也。

彼時日爾曼人之部落極夥。部族不同，法律亦異。部族法之適用，僅限於自己之部民。其他部民，縱在自國領土，亦不適用。換言之，部族法之效力，純爲屬人主義者也。故俗諺有云：『有五犯人，即有五種法律。』其法制之不統一，有如此者。然各種部族法，原由同一系統分化而來，且互相模倣他族之規定，故尙保有多數之共通分子焉。

第三、封建法時代 中世中期以後，日爾曼人間，階級之對立，日形嚴刻。蓋因日爾曼諸王既於羅馬舊址，建設王國。乃視其臣下之軍功，而分配以功田。其臣下遂命其功田內之農民，負擔特別勞務調貢。功田內之農民遂化爲權門豪勢之私民，與一般農民，顯有區別。同時，一般農民亦往往不堪饑饉、疾病、戰禍之侵襲，亦自行獻納貢物，負擔勞務，托庇權門，乞其保護。此等私民，謂之農奴 (Grundhörige)。有農奴者謂之領主 (Grundherr)。其農奴耕作之土地，則謂爲莊園。

中古時代，不特農民盡爲戰禍所苦。即在權門勢家，擁地甚多之大地主，亦未嘗免於不安。良以當時內亂，咸以土地之爭奪爲目的。而地主等乃適當其衝，不得不武裝以圖自衛。其武力較小者，則僅將莊園之一部，自行保留，而將其其他部分，晉獻於武力較大之權門內。自由其蔭庇，遂發生保護服從之關係。其武力較大者，復將其莊園之大部，獻於武力更大者，而發生保護服從之關係。如此，乃漸次上昇，而達到勢力最大之王。此種情勢，若自王之一方言之，則係王於自己保留一部莊園而外，餘者分封諸侯，諸侯亦保留其一部，分之臣下，臣下復分之於陪臣。漸次下降，而達於最小之領主。是卽所謂封建制度。

封建制度，既經確立，身分之區別，遂行嚴格，一切人類，對上則爲奴隸，對下則爲領主，身分相同者，始能平等對立。身分差異者間之排斥，威壓，服從，咸視爲當然。因此，立法者亦以此種思想，爲法律之指導原理。承認下級者之服從，上級者之支配。賦與高級者以種種之特權。重要之法律行爲，僅於身分相同者間，始能締結。至土地制度，則脫離村民總有之形態，而代之以分割所有之觀念。同一土地，領主享有其上級所有權，而下級所有權，則屬於農民。要言之，封建期之法律，爲支配服從之法律，而以對上之忠勤(Treuepflicht)爲其基調者也。

中世中期以後，初期之部族法，已失其效力。國王及領主之立法，亦不多見。此一時期，其法律狀態之本體，殆爲以民族法爲基礎而發達之習慣法。但因領土分立，階級之別日嚴。

其法制不僅因地方而不同，且因階級而差異。法律種類，自較往日更行加多。因此等地方習慣法之成立，昔日之屬人主義，遂行廢止，而代之以屬地主義。每一小區域，即有其特殊之習慣法，適用上自感種種困難。故當時有『驛馬如更，法律亦易』之歎焉。雖然，各地法律，固有不同。而其立法原理，則無二致。要皆以支配服從關係爲基礎者也。

第四、都市法時代。十三世紀以來，歐洲各處，都市（Stadt）勃興。都市之起源，學說多岐，要以市場說爲最有力。市場說者，蓋謂都市係由固定市場發達而來者也。當時之國王及領主，咸認爲獎勵商業，有利於己。於是增設都市，許與市民以種種特權。例如移住於都市之非自由人（農奴等），即可脫離其領主之羈絆；又或生活於都市達一年零一日者，期內無人對其主張權利，即可承認其自由。都市之住民，軍事上之義務，復多輕減，於是遂有『都市空氣自由』之俗諺。

都市之實力充實而後，遂成努力於其獨立運動。或以金錢向領主購買自治權，或以武力壓迫得之。縱未正式獲得自治權者，事實上亦殆等於獨立。凡一都市，大抵皆有其獨立之法院及法律。是即所謂都市法（Stadtrecht）。

都市之主要構成分子爲商人階級。商人團結之團體謂之商人「基爾特」（Kaufmannsgemeinschaft，權利）。以相互之扶助，及法律上之保護爲目的。並就販賣價格，均有協定。基爾特有長老，有評議會，從事於基爾特之經營。基爾特之會員間，如有爭訟，並有特別審判機關，爲之審判，浸漸