

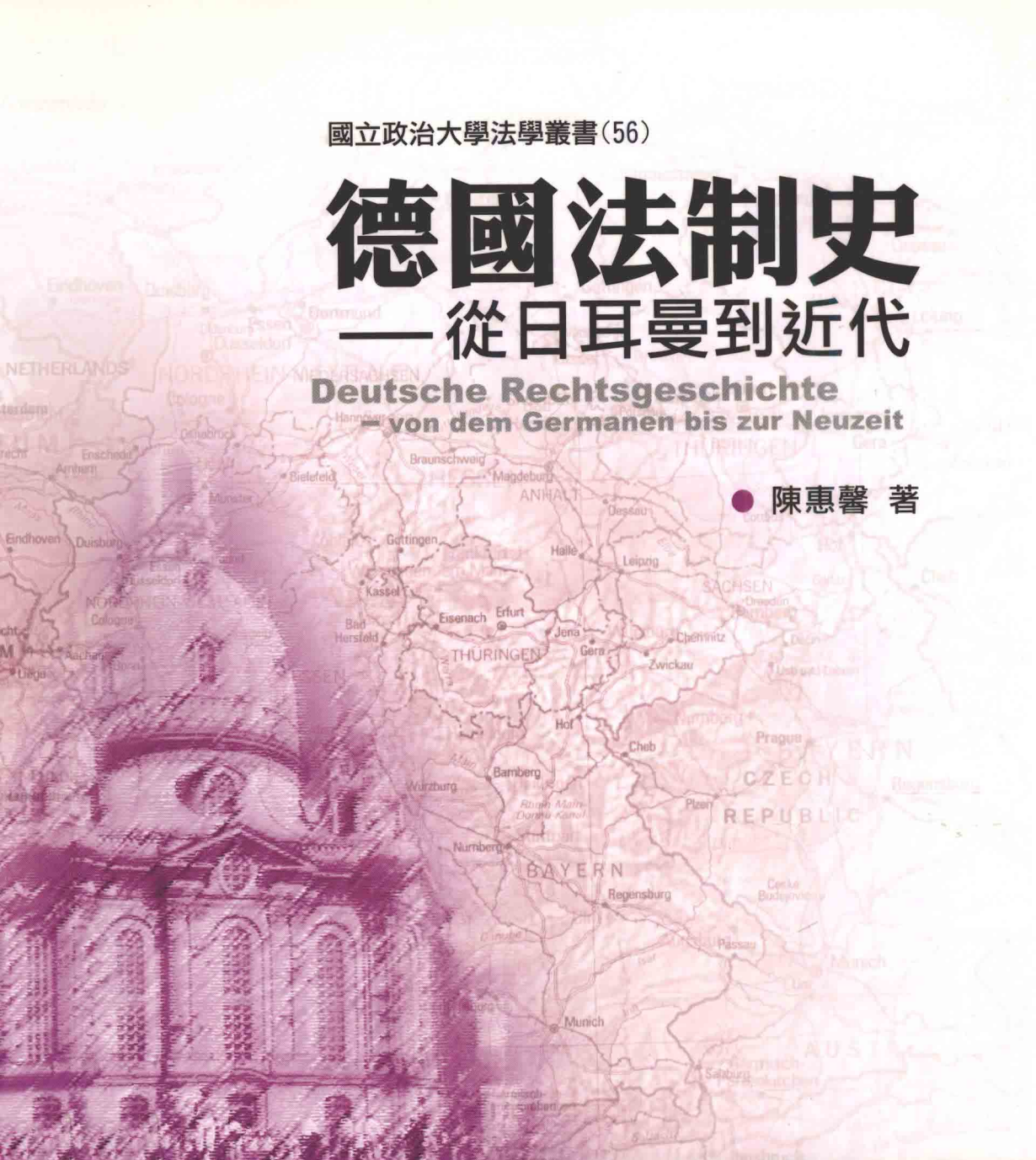
國立政治大學法學叢書(56)

德國法制史

——從日耳曼到近代

Deutsche Rechtsgeschichte
— von dem Germanen bis zur Neuzeit

● 陳惠馨 著



國立政治大學法學叢書 56

德國法制史

—從日耳曼到近代

陳惠馨 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

德國法制史：從日耳曼到近代／陳惠馨著．--

初版．-- 臺北市：元照，2007 [民 96]

面；公分

參考書目：面

含索引

ISBN 978-986-6842-16-0 (平裝)

1. 法制史－德國

580.943

96011154

德國法制史

—從日耳曼到近代

1C051PA

2007年7月 初版第1刷

作 者 陳惠馨

出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 320 元

訂購專線 (02)2375-6688

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6842-16-0

序 言

公元1977年本人獲得德國亞歷山大宏博學術基金會的資助，前往德國位於法蘭克福的Max-Planck歐洲法制史研究中心研究德國繼受羅馬的專題。在德國法制史泰斗，也是該中心的所長Helmut Coing的悉心指導下，以一年六個月的時間完成一本「中世紀義大利法學與德國繼受羅馬法」的專書。此專書問世以來，雖然歐陸法制史，尤其德國法制史，為台灣現行法制的法源，按理應受法界的重視才對，但一直後繼無人，甚覺憂心。

公元2007年4月初，突然國立政治大學法學院教授陳惠馨博士告訴我，她花了幾年功夫撰寫一本「德國法制史——從日耳曼到近代」的專書，希望我能代寫一篇序言。本人聽到後，真是天大的喜訊，且慶幸後繼有人。我拜讀陳教授的此大作後，原來她著作完成的地點與本人於15年前在德國法蘭克福歐洲法制史研究中心研究的地點完全相同，而讓我憶起該研究中心情景，尤其藏書的豐富，歷歷如繪，因此本人對陳教授的本大作有特別親切的感覺，且在此種書香環境下完成的研究成果，必然有其深度。

陳教授目前在國立政治大學擔任法制史的課程，同時為中國法制史協會的理事長，有關法制史方面的著作甚多，甚受同學的愛戴。本大作分為總論與各論兩部分。在總論上，說明了她為何撰寫「德國法制史」的心路歷程及詳細介紹了德國法蘭克福歐洲法制史研究中心的規模、設備、研究人員研究的重點以及其所出版的著作，期能提供給日後有志於歐洲法制史有興趣的學者，前往德國進修此領域的參考。陳教授對法制史的潛心投入研究及其提攜後進的用心，令人由衷的敬佩。在各論上，本著作有三重點

說明德國法制史發展的方向，即從日耳曼法時期，經過繼受羅馬法時期後，再經宗教改革時期，直至德國制定統一民法典的前夕，期以強調德國如何從封建領主的國家邁入現代化國家之林。在第一重點上，其係以德國中世紀薩克森寶鑑（*Sachsenspiegel*）為日耳曼法時代各種法令的基礎。該寶鑑內容甚為廣泛，有公法的國家法、刑法，也有私法的債法、物權法、身分法以及訴訟法等。在第二重點上，其以羅馬法典（*Corpus Juris Civilis*）為核心內容，說明德國中世紀的留學生在義大利接受註釋羅馬法派法學教育的專長後，在德國封建領主的法院，尤其帝國法院擔任審判官，以羅馬法與日耳曼法在實務判決上長期相互適用，使羅馬法融入德國社會，而讓外來的羅馬法日耳曼法化，完成德國繼受羅馬法後，莫立德國近世期各城市法與邦法的立法工作，例如紐倫保市改革法、佛萊保市改革法或巴伐利亞邦改革法等。在第三重點上，說明於公元1517年開始，在德國莫姆斯市（*Worms*）有教會人士馬丁路德領導宗教改革，從專制的天主教義及行政體制解放出來，將政權世俗化、婚姻還俗化、人權自由化、法治民主化的改革，深深影響德國的國家體制，而開始邁入現代化之林。陳教授在各論上，有體系的將德國法制從日耳曼時期一直到德國統一民法典前夕的發展重點精要的呈現出來，使人拜讀後，一目瞭然，受用不盡。

總之，本著作在歐陸法制史的領域上，屬於極有深度的作品，也是不可多得的文獻。如有人想認識歐洲、要了解歐洲法制或欲知悉台灣現行法制的源頭時，本著作將提供你作良好的參考。

戴東雄 謹序

公元2007年5月1日

用生命做學問，以真情寫歷史

社會學者對法律的看法，大約不外，法是最高制度化、也是最強而有力的社會控制。依照這樣的看法，法的起源理當來自社會文化，因而不但與社會文化的價值態度相一致，也「跟人民的生活有密切結合」（頁4）。無奈我國的法來源，無論1895~1945年間，「間接透過日本，繼受德國法治」或者1945年以後「使用一套在中國大陸訂定並且繼受自德國的現代法律」（頁4），甚至「在台灣許多法律的訂定、修正時……往往不自覺地，會以德國或者日本某種法律如何規定、如何修正，作為主張在台灣修法或不修法的重要理由」（頁9）。以致我們的法不但與人民的「生活有差距」，「讓法律系學生在學習法律的過程面臨很大的挫折感」，「也因此台灣一般人民普遍對於現有的法律體制有不滿的情緒」（頁5）。

除了欠缺社會文化勾連，現代台灣的法學教育也缺乏「歷史感」，這使得「法律系的學生一方面以為自己所生存的社會，原來是沒有法律制度的，或者以為自己社會傳統中的法律體制是非常落伍的」。同時也因為沒有歷史感，「讓他們同樣誤認，自己社會所繼受法律的國家（如德國、美國）的法律制度也是靜止不變的」（頁17）。哥德說過：「不知道過去歷史的人，沒有未來。」陳惠馨教授的這本書的首要工作，就是要訴說德國法治的歷史發展，嘗試將這樣的發展與德國的社會文化勾連，然後一併介紹給我們社會。

陳教授文如其人，一派的坦率真誠。有些學者喜歡用艱深古怪的語言說自己也不太懂得外國理論，仿佛如此才能顯的「夫子門牆高」。陳教授在德國取得法學博士，也在德國生活了將近十年，然而她說自己在寫作本書的時候，「還是有無法體會或掌握德文文獻中有關德國法制發展的敘述與說明的困境」（頁62），甚至在閱讀參考資料時，也曾面臨「每個德文字都看得懂，但卻不了解內容究竟在談什麼」的狀況（頁15）。寫作的過程辛苦，惠馨卻能披荊斬棘勇往直前，終能歷險如夷，充分展現了惠馨的獨特個性與個人風格。

惠馨的書不像一般通常的學術文章，作者躲在文字背後。她清清楚楚地談自己的讀書經驗、寫作動機、研究的過程轉折……真誠的與讀者對話，一字一句都像她自己在娓娓道來。

這本書還有一個特色是非常肯定前人的貢獻，雖然引述他人工作是學術常規及基本動作，但是惠馨提到別人的作品，每每真誠讚揚其貢獻，這樣的雍容大度，也是非常惠馨式的。

讀惠馨的《德國法制史》，才知道不但中國與日本選擇德國來作為學習對象的原因，只是時間的偶合——當時德國民法草案剛出現。而且，這一套德國民法還僅僅只以剛好過半數的票數在國會通過。歷史的偶然不只令人啐嘆，這樣的偶合主宰了這麼多人的生活及命運，想起來更讓人驚怖。

與惠馨成為莫逆亦是偶然，我們的年齡、個性、工作場地、研究領域皆不相同，但是對真理正義的追求，讓我們在多種弱勢團體運動中並肩。另外，其實在私底下，我們有一個共同關心的議題。我們常將我研究的醫學，與她工作的法學領域相比較。在

台灣，前者是自然科學學生的最愛，而最優秀的社會科學生則爭相進入法律系。醫與法兩者都大量移植西方文化、都是重要的社會制度，也是高度專業化的領域。平行的比較，讓我們得到許多重大的瞭悟。如今，惠馨的努力已經沛然成書，而我的成果還不知道在哪裡，實在汗顏。

最後需要一提的是，本書還有一個更大的企圖：創作出適合我們社會的法律制度、法學理論及法學教育。作者「希望透過對於德國法制史的認識，尤其是德國繼受羅馬法經驗的認識，台灣在繼受德國法的過程中，可以儘快擺脫被德國法律所殖民的處境，使法學界能夠更具有主體性地設計目前台灣的法學教育內容。」（頁23）真可以說是大哉宏願。

正因為我們的法是繼受的，有許多與生活脫節、時代不合，甚至國情不符的地方，所以終究大概不免需要修訂，而「德國繼受羅馬法的經驗」，不但讓德國法活了起來，成了有生存成長歷史過程的存在，也給予我們重新思考想像創造的可能。所以惠馨認為「德國繼受羅馬法的經驗」尤其重要。

另外對「德國繼受羅馬法的經驗」的探討，不但對我國重要，對其他繼受德國法的東南亞國家，亦不可輕視。在此為開啟這樣的大路，特別恭喜惠馨，更祝賀她成功。

國防醫學院教授

劉仲冬

自序

本書是一本討論德國法制發展史的著作。內容包括總論10章，各論12章。本書總論部分探討的是德國法制對於東亞各國的意義，說明筆者作為繼受德國法制的台灣（或東亞）法律人，為什麼要書寫一本德國法制史的書。筆者希望透過探討法制史對於法學研究的意義、法制史教學與研究在德國的發展、什麼是德國法制史的研究分期、德國目前法制史的研究成果與現狀以及透過簡略介紹中世紀重要的德國法律書籍《薩克森寶鑑》的原文架構，讓本書的讀者可以隨著筆者學習並研究德國法制史的歷程，在法制史的研究資料中，跟筆者一起思考德國法制史對於繼受德國法制國家的法律人的意義。

本書在各論部分處理從日耳曼法時期的德國法制，筆者在各論中用2個章節說明日耳曼法時期的法律；用7個章節的篇幅說明中世紀德國法律發展。最後僅用3章說明近代德國法制的發展。主要在討論近代在德國發生的宗教改革以及近代國家在德國的起源等現象對於德國法制發展的影響。

讀者在閱讀本書的過程中，會發現本書是筆者閱讀德國法制史相關書籍過程的讀書札記以及筆者作為一個法制史研究者，在了解德國法制發展歷程的過程中，思維何謂法律？法律的起源、法律的發展與法律的體系、法律的價值等議題的成果呈現。對於筆者而言，研究法制史除了要了解一個國家或社會法律發展的歷程，更重要的是要更進一步了解法學知識的本質與意義。

在書寫本書過程中，筆者不斷在腦海中，進行有關台灣、中國法制發展歷程與德國法制發展歷程的比較。細心的讀者會發現，本書有關法制史的比較，主要以中國法制史與德國法制史為主要比較模型。這樣的書寫角度，跟筆者長期以來進行中國法制史的研究有關。筆者認為德國法制史在近代的發展歷程，跟中國傳統法制在春秋戰國以來，到唐朝訂定《唐律》的歷程具有某種程度的相類似性。不管在德國或者中國，都在這兩個時期，從封建社會走向一個在法律上逐漸平等對待人民的社會；也都在這個時期，透過法典化的立法形式，想要以法律規範人民的生活與行為。不過，在德國，法律跟宗教有密切的關係，而在中國，法律卻跟禮作了緊密的結合。

本書的完成，代表筆者在德國法制史研究的初步成果的呈現。筆者將在本書出版之後，繼續書寫德國法制從近代到現代的發展歷程。本書的書寫過程歷經將近10年。本書書寫風格主要受到德國法制史學者Uwe Wesel教授，所寫的《Geschichte des Rechts—Von den Gruehformen bis zum Vertrag von Maastricht》一書的影響。筆者在剛開始著手寫本書時，常常困頓於如何寫作，才能讓本書是一本具有東亞法學者觀點的《德國法制史》著作。一直到1998年看到德國柏林大學Uwe Wesel教授的書，才找到一個書寫本書的切入角度與書寫風格。

另外，在書寫本書的過程中，戴東雄教授所出版的《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》一書對於筆者的影響與幫助也非常的大，如果沒有戴教授有關中世紀德國法學的研究與出版，筆者在處理中世紀德國繼受羅馬法的部分將無從著手。讀者會在本書中，發現本書有關中世紀德國法制發展的描述，主要立基在

戴東雄老師的書的內容，尤其在關於德國中世紀城市法規的內容上，幾乎就是參考戴東雄教授的書籍為主。

本書由兩位資深教授幫忙寫序。第一位幫忙寫序的是戴東雄教授，因為沒有他在德國法制史的研究成果，本書無法順利完成。另外為本書寫序的仲冬教授，是筆者多年來，思考法學議題最重要的對話對象。仲冬教授雖然進行的是醫療社會學的研究，但是，我們兩人共同對於歷史與性別議題的興趣，讓我們不僅是社會運動的重要伙伴，還是長期以來，重要的心靈伴侶與共同玩樂休閒的同伴。本書中有許多反省法律制度的思維是跟仲冬教授討論得到的靈感。

在本書校稿的過程中，剛好是台灣各學校放假的時期。筆者在政大法律科際整合研究所所長辦公室中，在沒有雜務的干擾中，一方面訂正本書打字的錯誤，另一方面也不斷地利用網路資源，查詢德國法制史的相關資料，確定本書的內容是否無誤。筆者發現在數位時代的來臨，許多的法制史研究相關資料，在網路上輕易可得。法制史的研究不應該僅是過去法律制度資料的堆積。法制史研究需要的是研究者對於自己或其他人所處社會或國家法律制度與法學知識的反省與比較。

在本書即將出版之時，剛好政大法學院舉辦春季郊遊活動，我跟我的配偶顧忠華教授在苗栗的大湖民宿，跟政大法學院的同仁及他們的眷屬們，在充滿著春天氣息的夜晚，一起討論教學與研究心得並交換生活的經驗。這個郊遊活動讓我深深感受到自己能在政大法學院進行教學與研究是多麼幸福。另外，我也對於我的兩個小孩家祈、依婷以及我的配偶忠華，我的父親、母親充滿

了感謝。兩個小孩的獨立與自主、貼心讓我在工作上毫無後顧之憂。忠華不僅是我生活中的伴侶同時也是學術對話的重要伴侶。而我更要感謝的是我的母親陳王秀菊女士與父親陳廷棟律師。母親不幸在四年前因為胃癌過世，她在我成長過程中給我的愛與照顧，讓我可以自由自在的生活與前進。母親過世後，父親幾乎是取代了母親過去對於我的支持。我的父親早期為了讓我們可以有充裕的生活條件，非常辛苦的在職場工作，往往沒有空閒的時間與精力跟我們相處。這幾年他逐漸從事業中退出，我在他身上感受到他對於子女的愛與關懷。能夠在這樣的環境生長是我的幸福。我僅以此書向我身邊親愛的家人與朋友、同事致意。希望本書的出版可以對於台灣的法學能有所貢獻。

最後這本書的出版要感謝我的兩個助理：秋淑與郁如。過去幾年來，他們是我在研究過程中的重要的支持者。他們不僅在學術上是我的重要伙伴，在生活中也是我的好朋友與支持者。秋淑在我所進行法學教育改進的研究的協助及設計我的網頁上給我最大的禮物。郁如在我幾本書的出版，協助校稿、找資料。跟他們的合作與共處使得法學研究成為一件讓人快樂與感恩的工作。另外我也要感謝元照出版公司的工作人員，沒有他們的協助，這本書無法這麼快地出版。

於政大法律科際整合研究所所長辦公室

2007年4月

目 錄

序 言	戴東雄
用生命做學問，以真情寫歷史	劉仲冬
自 序	

第一編 總 論

第一章 德國法制對於東亞各國的意義

一、東亞各國繼受德國法歷史背景	
——以中國、日本、韓國、台灣為例	3
二、繼受德國法之後，法律對於人民與法律人的意義	
有所不同	4
三、台灣法律人學習法律專業科目跟繼受德國法的關係	6
四、台灣的法律專業著作受德國影響的情形	7
五、繼受德國法對於台灣的立法與法律實務運作的影響	9

第二章 為什麼要寫德國法制史一書

一、為台灣讀者或者不熟悉德國法制史的讀者所撰寫的	
「德國法制史」	13
二、德國法制史課程在台灣各大學法律系教學與研究情形	16
三、沒有歷史感的法律專業學習	17
四、日本、中國的德國法制史研究與教學情形	18
五、從德國法制史學到什麼？	
——認識德國法制發展以及德國繼受羅馬法的經驗	20

第三章 法制史對於法學研究的意義

- 一、東亞各國學習德國法制史的意義 25
- 二、了解法律制度的發展，才能認識該法律制度如何
被運作——以「罪刑法法定主義」原則的發展為例..... 26
- 三、法律本身具有歷史性 31

第四章 法制史教學與研究在德國的發展

- 一、法制史課程在德國法學教育的重要性..... 35
- 二、德國法制史研究的發展..... 37
- 三、德國法制史網路資訊非常發達 48
- 四、德國法制史的期刊 49
- 五、結 論 51

第五章 什麼是「德國」與德國法制史研究的分期問題

- 一、什麼是德國——一個時間與空間的問題 55
- 二、《德國法制史》一書研究的分期 59
- 三、德國法制史研究對台灣法學的啓發
——以中世紀德國繼受羅馬法的經驗為主..... 61

第六章 德國法制史的重心

——法蘭克福歐洲法制史研究中心

- 一、從德國對於古蹟的保存與研究談德國法制史
研究機構的設立 65
- 二、德國法制史研究重心——法蘭克福歐洲法制史研究中心.... 68
- 三、法蘭克福歐洲法制史研究中心的主要研究重點..... 71

第七章 德國法蘭克福歐洲法制史研究中心的重要出版品

- 一、《新歐洲私法史之資料及書目手冊》（Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte）共計十本 77
- 二、有關研究過去社會中規範執行出版品（Forschungsprojekt Normdurchsetzung） 79
- 三、整理分析18至19世紀，神聖羅馬帝國區域所完成的博士論文 85
- 四、有關德國著名法學者Friedrich Carl von Savigny（1814-1875）生平著作的出版 86
- 五、有關1794年普魯士一般邦法的研究 87
- 六、2006至2007年初的其他出版品 88

第八章 比較法制史研究

——以德國法制史與中國法制史為例

- 一、從法律制度的變與不變——談比較法制史研究的必要性 95
- 二、繼受他國法律的國家，法制史的教學與研究 98
- 三、比較法制史研究的可能 101
- 四、比較法制史研究方法的討論 103
- 五、比較法制史——一個實例的說明 105

第九章 德國法制史與當代德國法

- 一、當代德國法的發展、變遷與東亞各國繼受德國法 109
- 二、德國第二帝國的誕生與德國當代的發展 111
- 三、德國公法與行政法學在當代的發展 114
- 四、第二帝國時期民法的誕生與發展 118
- 五、德國商法、工商法、勞工法在當代的發展 125

六、德國當代的社會立法	127
七、德國的刑法及司法（Strafrecht及Rechtspflege） 在當代的發展	127

第十章 德國中世紀《薩克森寶鑑》原文架構

一、有關《薩克森寶鑑》在德國法制發展史的意義	129
二、《薩克森寶鑑》的章節與內容	130
三、《薩克森寶鑑》中第一部分第一編（Buch） 之標題及內容	132
四、《薩克森寶鑑》第一部分第二編（Buch） 各章的標題及內容	141
五、《薩克森寶鑑》第一部分第三編（Buch） 各章的標題及內容	147

第二編 各 論

第一章 德國法與日耳曼民族

一、日耳曼民族與德國的關係	159
二、何謂日耳曼民族：東日耳曼民族、西日耳曼民族與 北日耳曼民族	160
三、有關德國日耳曼民族的記載	162
四、有關日耳曼人法律的文字記載	165
五、塔西佗《日耳曼民族誌》中提到日耳曼法	166
六、其他研究中有關日耳曼人法律的記載	170

第二章 從日耳曼時期到中世紀——法蘭克王朝的興起

一、法蘭克王朝在德國法制發展史的意義	175
二、法蘭克王朝跟神聖羅馬帝國的關係	177
三、法蘭克時期的法律規定	179

第三章 中世紀時代的德國法

一、法制史學者與史學家對於中世紀的評價	185
二、中世紀的社會狀況及人民的身分階層	187
三、中世紀的法律狀況	190

第四章 中世紀的法律書籍及《薩克森寶鑑》

一、法律書籍在中世紀的出現	195
二、《薩克森寶鑑》的作者及該法律書籍的時代意義	196
三、《薩克森寶鑑》對於後來德國法律的影響	200

第五章 《薩克森寶鑑》的規範以及其在德國法制史的意義

一、前 言	203
二、德國學者敘述《薩克森寶鑑》的內容概況	204
三、從《薩克森寶鑑》中關乎宗教與世俗的記載 看中世紀憲政發展	206
四、《薩克森寶鑑》中所記載有關國王與皇帝的區別	208
五、《薩克森寶鑑》中有關地區和平的規定	209
六、《薩克森寶鑑》中有關刑法的記載	210
七、《薩克森寶鑑》中有關私法的記載	213

第六章 中世紀德國城市法規的出現

一、中世紀歐洲城市的出現	215
二、德國城市的種類與城市法規	217
三、德國城市法規的重要內容	219