

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

19世紀以來德國民法發展史 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 97-2410-H-004-051-
執行期間：97年08月01日至98年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：陳惠馨

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：范世偉
碩士班研究生-兼任助理人員：羅嘉松
大專生-兼任助理人員：陸正儀

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 98年11月11日

國科會補助專題研究計畫報告書

計畫主持人：陳惠馨教授 計畫編號：

計畫期間：2008.08.01至2009.10.31

十九世紀以來德國民法發展史

目錄

壹、報告內容

貳、參考文獻

參、計畫成果自評

報告內容

一、前言

1989年5月歐洲議會決議，希望將歐盟不同國家中的民法規範加以統一，因此希望能夠有一個歐洲私法的法典化的努力¹。但是，到目前為止，一個歐洲共同私法的努力似乎已經確定無法完成。不過，透過網路資料，我們卻可以看到歐洲不同國家嘗試透過對於屬於私法的不同領域。例如，債法中，關於債務不履行等所牽涉到的法律規範，透過國際條約加以統一²。

在歐洲關於私法的相關出版品中，可以看到私法的不同領域中，嘗試統合歐洲各國相關規範的努力。在2009年的9月Sellier出版社出版了《歐洲保險契約法原則》一書，希望在歐洲保險契約相關市場中，面對不同的國家有關保險契約法的強制規定可以如何處理。例如是否給予不同的契約當事人決定他們要適用何一種規範，立如國際契約法。他們的主要目的乃在於對於保險契約的訂定者（保險人）給予較多的保障。由於，保險契約屬於當事人自主的範圍，因此，原則上當事人間的關係還是以契約自主原則處理。但是面對在契約中沒有約定的漏洞應該如何處理，

¹ 參考Hans Schlosser, Grundzuege der Neueren Privatrechtsgeschichte—Rechtsentwicklungen im europaischen Kontext, 第10版，2005年，296頁。

²例如希望透過確定一個共同私法法律原則來協助處理跨國的私法關係，請參考

Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrechts .歐洲私法的一般法律原則) 網址：
http://www.mpipriv.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/europaisches_und_universelles_allgemeine_fragen_und_material/allgemeine_rechtsgrundsätze 上網日期：2009年11月8日

這本書中建議要以歐洲共同契約的基本規則來解釋³。

我們看到近年來很多關於歐洲統一私法典的討論，都會回到歐洲在近代以前，各個國家私法法典化運動之前，曾經存在過很長時間的所謂共同法（Jus commune）的歷史淵源。希望藉此尋找可能統一歐洲私法的歷史因素。本研究也在這樣的脈絡下，思考此一問題。歐洲各國在近代所進行的私法法典化運動的發展，可以溯源到18世紀。當時在歐洲正受到所謂的啟蒙的法律思潮的影響及在近代國家形成的歷史脈絡。立法變成一個可以凝聚國家意志並取代中世紀以來地方習慣法及不同地區的地方法的可能。在這樣的思潮影響下，19世紀德國的民法的發展就在法典化運動的浪潮下逐漸前進。這其中有兩個重要的思維代表著法典化運動的理念⁴：

1、透過法典化運動，訂定一個實質的、完整沒有法律漏洞且邏輯上不互相矛盾的規則來規範人民具體生活，並因此可以取代一個已經不符合時代潮流的習慣法或地方法。

2、認為新的法典應該給予所有的人民，一個平等而自由的對待。希望透過不再考慮人民的身份等級關係，給予人民真正的自由與平等。而在這個理念下，對於財產權的保障則是為高的原則。我們從這兩個重要理念可以看到，19世紀以來，德國民法逐漸向過去長久以來的習慣法及地區的地方法做區隔；另外，在法典化工作完成之後，法學者對於民法的影響，逐漸從法典化之前，以羅馬法的理論協助整理及歸納當時有效的共同法(習慣法、地方法)轉換為以解釋1896年生效的民法典，使民法典可以適應社會的發展與轉變。也因此法學上呈現著，從原來已討論羅馬法的體系與共同法的內容為主的型態，以發展概念法學、利益法學為重心的討論，逐漸朝向以法學方法論進行規範解釋的一些理論發展，其中價值法學等理論就變成一個很重要調和法典化之後，規範與社會產生的縫隙的思維⁵。

二、台灣關於19世紀德國民法的發展研究狀況

³參考德國漢堡外國私法及國際私法研究所Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, <http://www.mpipriv.de/ww/de/pub/content12619.cfm>, 上網日期：2009年11月8日。

⁴參考Hans Schlosser, Grundzuege der Neueren Privatrechtsgeschichte—Rechtswentwicklungen im europaeischen Kontext, 第10版, 111頁。

⁵參考吳從周, 民事法學與法學方法, 第二冊(概念法學、利益法學與價值法學), 2007年6月初版, 台灣台北, 1-14頁

台灣的現行民法受到 19 世紀末（1896 年）德國所訂定的民法典深刻的影響。不僅在民法的五編結構上跟德國民法典相同，到了 21 世紀的當代，德國民法的修法與學說還是影響著台灣民法的修法。而在法律的學說乃至實務法規範的運作依舊受到德國法學理論及實務運作的影響。到目前為止，台灣有關德國民法史的研究文獻主要是個別民法的研究學者，針對特定的制度，了解該制度在德國的發展脈絡。例如，陳自強教授在其《無因債權契約論》一書中針對無因行為 *abstrakte Rechtsgeschäfte*，也就是所謂的無因性原則 *Abstraktionsprinzip*，在德國十九世紀私法領域理論發展過程如何確立，有重要的分析⁶。

從陳自強教授的研究我們可以看到十九世紀前半葉之德國普通法學，認為除當事人意思表示一致外，債權契約更須有法律上原因，此原因應直接從契約得知，或於訴訟中證明之，目的在確保債務負擔之真實性⁷。在 1850 年德國各地法院在實務上，仍未一般性承認無因債權，法院認為相對於原有之債務，結算僅為新的債務原因 *causa debendi*⁸。到了德國 1869 年及 1870 年第 8 次、第 9 次法學家年會中，均以無因債權為討論之主題。主要討論：「將來共通適用於德國之債法，是否應承認債務承認契約之拘束性效力，此法律行為應如何予以規範？」⁹。在 1869 年第 8 次德國法學家年會中，報告人 Jhering 教授主張無因債權之有效性引起熱烈討論。其主要的問題在於是否應承認無因債權負擔之意思能力。

從陳自強教授的研究，可以知道德國民法第一草案，開始有第 683 條草案規定：「經債權人承諾之給付之約束或債務之承認，未表明特殊之債務原因或僅為一般性之表明者，債務人之約束或承認，應以書面為之，始生效力。」¹⁰。台灣有關德國民法史的研究，還有吳從周教授，在他的《民事法學與法學方法》，第二冊（概念法學、利益法學與價值法學）中，他嘗試透過 19 世紀及 20 世紀兩個重要的德國民法學者的理論，說明德國民法學的發展脈絡。這兩位民法學者包括：耶林（Rudolf von Jhering, 1818-1892）以及海克（Philipp Heck, 1858-1943）。吳教授很成功的透過這兩位學者在概念法學利益法學的討論，讓我們看到當時德國民法學的發

⁶ 參考陳自強，《無因債權契約論》，台北，學林文化，1998，第 177、181、183-184 頁。

⁷ 參考陳自強教授，同前註第 181 頁；另請見 Kübler, *Feststellung und Garantie*, Tübingen 1967, S. 24 ff. 還有 Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 頁註 26

⁸ 請參考陳自強教授，同前註第 181 頁

⁹ 參考陳自強教授，同前註第 183 頁

¹⁰ 參考陳自強教授，同前註第 183 頁

展¹¹。

三、德國民法及民法學在 19 世紀的發展

從德國民法學者的書籍中，我們可以看到德國 1900 年民法典內容的形成主要受到民法學學者的學說與實務交互影響的成果。從 19 世紀德國民法的相關書籍，可以發現在德國民法典的制定之前，德國的民法非常的多元，包括習慣法、地方民事相關規定的地方法、教會法以及學者所寫的關於羅馬法的理論與學說¹²。當時許多的民法相關教科書對於德國民法的實務工作影響非常大。而在當時出版的民法書籍中，都可以看到羅馬法對於德國民法在實際運用中的影響¹³。

而當德國民法典於 1900 年開始生效之後，法典的解釋就成為學者重要的工作。也因此民法學理論從原來著重於討論羅馬法在德國民法適用上的影響，逐漸轉變為法學方法論的討論。19 世紀時，德國民法學學者所寫的教科書幾乎是當時法律的淵源的一部份的情形，有了改變。德國民法學的教科書的內容與型態也逐漸的改變¹⁴。透過瞭解德國民法在 19 世紀的發展，我們可以看到學術研究者在不同的時代，對於法律的影響與貢獻；而我們從德國 19 世紀民法的發展也可以瞭解學者及實務工作者，在有民法典及沒有民法典的時代，如何影響法律解釋與法律適用。也因此我們可以看到法律不可能獨立於一個社會歷史的發展，也不可能獨立於社會其他經濟、文化或政治的其他條件而存在。

18、19 世紀幾個重要的法典化運動：在這一波的法典化運動中，有幾個是在德國具有相當指標式的法典。例如 1756 年的巴伐利亞的民法典及 1794 年普魯士一般

¹¹ 參考吳從周，民事法學與法學方法，第二冊（概念法學、利益法學與價值法學），2007 年 6 月初版，台灣台北，本書的第 41-179 頁主要討論概念法學，以耶林法律理論思想發展為中心；第 185-445 頁主要討論利益法學，以海克之方法論思想為中心。

¹² 參考 Adolph Aug. Friedr. Rudorff, *grundriss zu Vorlesungen ueber das Gemeine Civilrecht*, 1843, 柏林第 2 版（2006 年由 Keip Verlag 再版），第 1 頁導論部分。

¹³ 參考 Adolph Aug. Friedr. Rudorff，前揭書，第 1-10 頁；Otto Baehr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 第 3 版，1894 年（2005 年由 Keip Verlag 再版）第 7-119 頁都在談羅馬法，在 121-256 頁才談德國當代的法。

¹⁴ 參考吳從周，民事法學與法學方法，第二冊（概念法學、利益法學與價值法學）一書中，有關討論海克利益法學的部分。書中提到，海克在 1912、1914 及 1932 年的三篇文章中，分別討論「法律獲得之難題」、「法律解釋與利益法學」、「概念形成與利益法學」等都再討論法官的案件判斷與概念形成及體系建立的關係。參考該書第 47-48 頁

邦法典還有 1810 年在德國的巴登地方法 (Badische Landrecht)。19 世紀在歐洲地區的民法典還包括有 1804 年的法國民法典,1811 年奧地利的一般民法典(簡稱 ABGB)
15

下面簡單說明 1756 年的巴伐利亞的民法典。這個民法典主要遵循著前面提到的兩個私法原則來訂定。也就是 1、希望透過法典化運動,訂定一個實質的、完整沒有法律漏洞且邏輯上不互相矛盾的規則來規範人民具體生活,並因此可以取代一個已經不符合時代潮流的習慣法或地方法。2、認為新的法典應該給予所有的人民,一個平等而自由的對待。這個法典嘗試將舊的巴伐利亞地區的地方法加以現代化。這個法律分別在 1771 及 1784 年被加以修訂,一直到 1900 年德國統一的民法典生效後,才失去其效用。目前在網路上可以看到 1756 年的巴伐利亞的民法典在 1894 年出版的時候的內容¹⁶。

我們可以看到這個法典的內容包括:下面幾個重點:

- 1、關於法律規範的一般原則及人法 (PersonenRecht), 下面分為 (1) 權利與義務。(2) 有關各種不同的權利。(3) 關於不同身份等級者的權利與義務。(4) 關於家庭 (Von dem Haus oder Familien-Stand)。(5) 關於父親的權力 (Von der väterlichen Gewalt) (6) 關於婚姻 (Von dem Ehestand)。(7) 關於監護及保護制度 (Von Vormundschaften (Pflechtschaften)。(8) 關於奴隸 (Von der Leibeigenschaft)
- 2、關於物權 (Das Sachen-Recht) 下面又分為: (1) 關於擁有及物的權利與義務 (von den Rechten und Pflichten in Ansehen Hab und Guts überhaupt)。(2) 關於財產 (Von dem Eigentum), (3) 關於取得財產的方式 (Art und Weise, das Eigentum zu erlangen)。(4) 關於時效 (Von der Verjährung)。(5) 關於占有 (Von dem Besitze) (6) 關於質權 (Vom Pfandrecht)。(7) 關於用益權的一般原則 (Von

¹⁵ 參考Eugen Bucher, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz zugleich Besprechung der materialien Edition zum Schwiez Handels- und Obligationemrecht von Urs Fasel., 收於Zeitschrift fuer europaiesches Privatrecht, 2003, 353-374 頁,參考下面網頁:
http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/84.pdf, 上網日期: 2009 年 11 月 11 日

¹⁶ Das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung / Text mit Anm. u. Sachreg. hrsg. von Max Danzer München : Schweitzer, 1894 - XIV, 373 S 這個法典在當時稱為巴伐利亞地方法 (Bayerische Landrecht) .參考下面網頁:
<http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22119861%22>: 上網日期: 2009 年 11 月 8 日

den Dienstbarkeiten im Allgemeinen) (8) 關於房子及田地的使用及其他相類似的正義(Von Haus- und Feld-Dienstbarkeiten und anderenähnlichen Gerechtigkeiten。(9) 關於使用權 (Von der Nutznießung)。(10) 關於 (Von dem Zehent-Recht)。(11) 關於 Von Frohn- und Scharwerks-Diensten。

3、關於繼承權 (Das Erbrecht) (1) Von der Succession und Erbschaft überhaupt (2) Von letzten Willen im Allgemeinen (3) Von Testamenten。(4) Von privilegierten Testamenten (5) Von Codicillen (6) Von Legaten。(7) Von besonderen Legaten (8) Von Schenkungen unter Lebenden und von Todeswegen。(9) Von Fideicommissen (10) 關於 Von Geschlechts- oder Familien-Fideicommissen (11) 關於 Von bedingener Erbschaft, Erbschaftsverzichten und Regreß-Ansprüchen (12) Von der gesetzlichen Erbfolge。

4. 關於債權 (Das Obligationen-Recht) 下面分為

(1) Von den Verträgen und den hieraus entspringenden Pflichten im Allgemeinen (2) Von benannten und solchen Verträgen, welche mittels wirklicher Uebergabe der Sache zu Stande kommen (3) Von Consensual-Verträgen, besonders vor dem Kaufe Von Consensual-Verträgen, besonders vor dem Kaufe。(4) Von besonderen Käufen。(5) Von dem Einstandsrechte (6) Von dem Miet- und Pachtvertrage。(7) Von der Emphyteusis und Superficies (8) Von der Gesellschaft (9) Von dem Auftrag oder der Vollmacht。(10) Von der Bürgschaft。(11) Von Literal-Verträgen。(12) Von unbenannten Verträgen。(13) Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen (Quasi-Verträge)。(14) Von der Erfüllung der Obligationen, insbesondere von der Zahlung。(15) Von anderen Arten der Aufhebung von Obligationen。(16) Forderungen aus Vergehen (17) Von Injurien (18) Vom Lehenrecht

1756 年的巴伐利亞的民法典跟在 1811 年通過，在 1812 年 1 月 1 日在奧地利帝國生效的民法 (又稱為一般民法 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, 簡稱 ABGB) 跟 1898 年在日本通過的民法或在中華民國在 1912 年通過的民法五編 (Pandekten System 有稱為學說彙編系統) 的制度結構有所不同。ABGB 是屬於所謂的的制度系統 (Institutionensystem)，這兩個系統都是羅馬法體系下的系統，他

們是由查士丁尼皇帝時代的法學者所發展出來的民法系統。制度系統（Institutionensystem）是由古典羅馬法學家Gaius發展出來的系統。主要將民法分為：人法：主要規範人與家庭法（personae: Personen- und Familienrecht），物：主要規範物權法、債法及繼承法（Sachenrecht, Schuldrecht, Erbrecht）及行動，主要是訴訟（actiones: Klagen）。奧地利的一般民法典（ABGB）在 1812 年生效以後，便取代了當時的共同法（das Ius Commune）及 1787 年的Josephinische 法典及 1797 年的Galizische Gesetzbuch。這跟德國普魯士 1794 年的一般邦法典的法例不同之處，在於 1812 年奧地利的民法典通過後，地區的法律就不再生效了¹⁷。而在德國 1794 年的普魯士一般邦法典在生效後，當時德國其他地區的法典、習慣法及學說所產生的法源效力的影響，一直要到德國民法典在 1900 年生效後才有所改變。

19 世紀由於歐洲地區，在前後之間產生的德國民法典（Bürgerlichen GesetzbuchBGB),奧地利一般民法典（Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch，ABGB),及瑞士民法（Schweizerischen Zivilgesetzbuch，ZGB)及瑞士義務法（Obligationenrecht，OR),法國的拿破崙法典（Code Civil (Code Napoleon)）以及在義大利也是民法典（Codice Civile）。因此這些國家稱為所謂的民法國家（Civil Law Countries）。

四、19 世紀的德國民法學發展

在 1813 年由奧地利、普魯士及俄國所組成的聯盟在來比錫（Leipzig）打敗了法國之後，法國的霸權在歐洲逐漸失去。而同時當時啟蒙的理性法的法典化運動也暫時的休兵在 1815 年德國聯盟（Deutschen Bund）成立之後，當時以自由及平等為原則的自然法運動似乎也失去了影響力，取而代之的是統一及自由的國家的期待¹⁸。

而此時德國的民法學者對於德國是否要有一個統一法典開始有所辯論，最有名的辯論是 1814 年由當時在海德堡的法學家 Anton Friedrich Justus Thibaut(1772-1840)所寫的一篇文章（關於德國要有一般民法典的必要性）所引發的。在這篇論文中，

¹⁷ Hans Schlosser, Grundzuege der Neueren Privatrechtsgeschichte—Rechtswentwicklungen im europaeischen Kontext, 第 10 版, 第 137 頁

¹⁸ Hans Schlosser, Grundzuege der Neueren Privatrechtsgeschichte—Rechtswentwicklungen im europaeischen Kontext, 第 10 版, 第 143 頁

Thibaut 主張德國應該有一個共同的私法、刑法及程序法的規範。Thibaut 主張引起在柏林另外一個民法學者 Friedrich Carl von Savigny(1779-1861)的不同主張。

Carl von Savigny 反對一個不符合德國歷史發展狀況的理性法的立法。他在 1814 年所發表的「關於我們時代的立法與法學的呼喚 (Vom Beruf unsere Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)」表達他對於當時德國是否要訂定一個民法典的看法。事實上 Carl von Savigny 並沒有反對訂定一個德國統一的民法典，但是，他認為當時的德國還沒有能力訂一個既符合歷史或具有系統性的民法。他呼籲德國民法學者應該為訂定一個未來的法律準備好。根據他所進行的羅馬法在德國的歷史影響的實證研究，Carl von Savigny 嘗試到歷史學去尋找答案。

在 19 世紀初，理性法理念逐漸失去影響，取而代之的是一種想要跟人類歷史相連結跟習俗、人民的感情、知覺相緊密聯繫的一種思維。在文學中這樣的思維稱為羅曼蒂克時期 (Romantik) 也有人稱之為歷史主義 (historismus)。

歷史法學派的出現讓理性法的時代逐漸過去。在十九世紀的德國法學上開始將一個社會的法律的發展跟自身歷史的發展相連結。一個被認為世界一致、絕對且一般的理性法不再被認為是必然的法律發展¹⁹。

歷史法學認為法 (法律) 不是個由立法者的意志所創造出來的條文結構。他是一個由人民自覺的活生生的認同。就好像是一個民族的語言及習慣或風俗事由歷史逐漸發展出來的。當然人民對於法 (法律) 的體認識可以透過立法者加以影響，但是這種透過立法的法體認還是會隨著時間，而逐漸改變並有自己的風格²⁰。歷史法學派認為在在法律的發展過程中，法學者應該對於現存的法律狀況從法學的基礎加以分析。

歷史法學派的理論影響的 19 世紀德國民法學的發展。在 Friedrich Carl von Savigny 之後，有許多的法學者例如法學家 Georg Friedrich Puchta (1798-1846 年) 及 Bernhard Joseph Hubert Windscheid 對於德國民法及民法學的發展有重大影響。Georg Friedrich Puchta 教授是德國民法五編結構的代表學者。他在 1838 出版了最重

¹⁹ Hans Schlosser, Grundzuege der Neueren Privatrechtsgeschichte—Rechtswichlungen im europaeischen Kontext, 第 10 版, 第為 145-146 頁

²⁰ 有關歷史法學派的發展請參考下面網頁資：http://de.wikipedia.org/wiki/Historische_Rechtsschule
上網日期：2009 年 11 月 8 日

要的著作《民法五編的教科書（Lehrbuch der Pandekten）對於德國後來的民法典有重要影響²¹。另外，Georg Friedrich Puchta可以說是概念法學的重要代表者。所謂概念法學指的是利用邏輯的方法在法律的適用上。法律的文句及概念應該像數學結構般將法規體系發展成為個沒有漏洞及沒有矛盾的體系，以便可以在具體的案件中進行法規的運用²²。

Georg Friedrich Puchta之外，另外一個19世紀有名的德國民法學學者為Bernhard Joseph Hubert Windscheid 教授（1817-1892）。他在1861年出版三冊的《民法五編的教科書（Lehrbuch des Pandektenrechts）》影響了德國第一次民法草案的內容。由於他的民法五編的教科書（Lehrbuch des Pandektenrechts）非常系統性的將當時代的羅馬法加以分析，因此，他的書籍在出版後到1900年德國民法典定出之前，幾乎是當時德國民法的內涵。他的書對於當時實務界的需求有所回應。因此，在德國民法公佈施行之後，依舊繼續出版。他在1874-1883年是德國民法典訂定草案的第一委員會委員²³。從Windscheid, Bernhard的《民法五編的教科書（Lehrbuch des Pandektenrechts）》我們看到了所謂的學說彙編在19世紀德國的面貌以及他對於德國1900年民法典的影響。

民法五編的教科書《Lehrbuch des Pandektenrechts》²⁴的內容如下：

（一）導論

（二）第一編：關於法分為：1、法律淵源 Quellen des Rechts：（1）、法律（Das Gesetz）、習慣法（Gewohnheitsrecht）（2）法律的解釋及法學，（3）Gegensätze im Recht，（4）法的領域（Gebiet des Rechts）時間的界線與空間的界限。

（三）第二編：關於權利，又分為（1）、權利的概念與種類（Begriff und Arten der Rechte）：權利的概念、不同的權利，例如物權、人格權、家庭權及財產權。請求權。（2）關於權利的主體（Das Rechtssubject）：人作為權利的主體（Der

²¹ 透過網路目前可以看到史丹佛大學的圖書館將Puchta 教授在1938年所出版的《Lehrbuch der Pandekten》一書的原文。請參考下面網頁<http://books.google.com/books?id>，上網日期：2009年11月9日

²² 有關概念法學及Georg Friedrich Puchta在法學上的地位請參考：下面網頁<http://de.wikipedia.org/wiki/Begriffsjurisprudenz>。上網日期：2009年11月8日

²³ 關於Windscheid, Bernhard的生平請參考下面網頁http://de.wikipedia.org/wiki/Bernhard_Windscheid，上網日期：2009年11月9日

²⁴ Windscheid, Bernhard的《民法五編的教科書（Lehrbuch des Pandektenrechts）》，於Düsseldorf出版，1862 - 總共有，663頁。

Mensch als Rechtssubject) ，人格權的開始與結束 (Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit) ，法人 (Die juristische Person) ：概念與種類 (Begriff und Arten) 、法律關係 (Rechtsverhältniß) (3) 權利的形成、消滅與改變 (Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte) ：法律行為 (Die Rechtsgeschäfte) ，概念與種類行為能力 (Handlungsfähigkeit) ，意思表示的形式 (Form der Willenserklärung) ，法律行為的內涵 (Inhalt des Rechtsgeschäfts) ，無效的法律行為 (ungültigkeit der Rechtsgeschäfte) ，期限 (Befristung) ，侵權行為 (Unerlaubtes Verhalten) 。 (4) 權利的行史、侵害及保護，自助行為的禁止 (Verbot der Selbsthilfe) ，關於訴訟的開始 (Beginn des Prozesses) ，判決 (Das Urtheil) 及證明 (Der Beweis) 。

(四) 第三編 物權 (Buch. Das Sachenrecht) 分為：

(1) 關於不同的物的概念及在法律上意義 ， (2) 占有 (Der Besitz) 占有的概念及法律上的意義 (Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes) ，占有的取得 (Erwerb des Besitzes) 占有的失去 (Verlust des Besitzes) 等， (3) 關於物權的一般原則， (4) 關於所有權 (Das Eigentum) ，對於所有權的法律限制 (Gesetzliche Beschränkungen des Eigentums) ，共同所有權 (Miteigentum) ， (5) 用權益 (Die Dienstbarkeiten) ， (6) Emphyteusis und Superficies ， (7) 質權 (Das Pfandrecht) 等²⁵。

五、德國民法典訂定

(一) 德國民法典誕生的時代背景

要談德國民法的誕生有必要先談私法的立法在當時代的背景。德國在 19 世紀之前並沒有全德國統一定民法典，因為今日我們看到的德國事實上在 1871 年之後才形成的。德國今日民法典的形成過程要溯源到 12 世紀開始，德國法律人到義大利學習的羅馬法的經驗。從 12-18 世紀德國的民法並非以一個法典的形式影響著審判的

²⁵ 本書的全文可以在網站看到：第一冊的內容可以在下面網頁看到：

<http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22298533%22>；第二冊的內容可以在下面網頁看到：<http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22305191%22>”

第三冊的內容則在下面網頁：

<http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22214189%22>，上網日期：2009 年 11 月 9 日。第四編規範請求 (Forderung) 主要內容是關於各種契約；第五編則是關於家庭法，主要內容包括婚姻、父母子女關係及監護制度。第六編則關於繼承法。

實務。羅馬法原理是以著習慣或者法理的型態出現，影響著審判者的審判。他是以很多法源之一的型態存在著。這種情形在 19 世紀開始有了轉變。在 19 世紀開始，由於現代國家的形成，訂定的法：法律（das Gesetze）才逐漸成為當時許多新興國家最重要的法的形式²⁶。而由於立憲主義以及國會的產生，在立法的形式上開始有了法典化的思考出現。前面已經談過，所謂法典化是指對於一定生活範圍所進行的完整規則的訂定。在歐洲最早的嘗試例如 1794 年普魯士一般邦法及 1804 年的拿破崙民法典。透過法典化的思維影響，在當時的歐洲，逐漸在生活中發展出一個區別一般法及特別法的想法。一般法就是對於所有市民有效的法律。例如民法、刑法、民訴、刑事訴訟法。特別法則是僅為一定職業之人有效的法律。德國在 19 世紀，逐漸發展的法典化運動，使得當時存在有效之共同法（Jus Communal）的法律形式逐漸消失。

1896 年德國民法典（簡稱 BGB）草案的訂定主要希望對於當時所有市民有效且保障人民的財產權。因此他們的出現等於宣示了國家在自由、平等及財產之觀念有所落實。也因此使得 1794 年所訂定的普魯士一般邦法頓時失色。因為在《普魯士一般邦法》的訂定時，採取的立法形式仍舊是就時代社會中，依不同階級，作不同規定的法律體系。

在婚姻、家庭等法規部分，德國民法訂定之時，由於當時的人民，信仰不同的宗教，要用一個普通民法規範所有市民的婚姻與家庭生活，就面臨著要平等對待不同宗教信仰者，例如基督教、天主教信徒及猶太教信徒的婚姻與家庭²⁷。

而在民法將婚姻與家庭、親屬法納入加以規範之前，在歐洲結婚、離婚均為教會管轄的範圍。婚姻是否有效、家庭成員之間的權利義務關係主要適用教會法加以規範。因此，要引進由國家規範規則婚姻與家庭生活時，就會產生國家法律與宗教規則之分離。婚姻成為市民婚。國家所設立的法院開始對婚姻事件具有管轄權。

民法的訂定當時還面臨著如何看到人民的集合問題。也就是有關社團與財團的規範問題。這個問題牽涉到社團與財團是否能夠擁有承載權利義務的能力。社團在交易時，究竟由誰代表的問題。當時歐洲各國對於社團財團的權利能力的看法各有

²⁶在君主專制的時代，法律的訂定單獨是由君主的意志決定。這種情形在國會體制被引入後，開始有了改觀。

²⁷當時，在親屬法中，國家規定的市民婚姻已經成為趨勢。離婚之准許及原因均已被討論。但是對於婦女在婚後，身分、財產之地位及非婚生子女地位之問題尚未加以討論。

不同。例如法國認為社團的成立，應該經過國家許可（Konzession）。但是，瑞士則認為只要採取寬鬆的準許自由結社制度。德國則認為，社團只要符合一定的法定標準，採取登記制。

19世紀，德國討論民法典訂定的當時，歐洲正面臨著市場經濟制度中是否要開放競爭問題以及工業化問題。由於當時歐洲各國剛面臨工業革命，透過機器製造物品所帶來對於侵權責任的法則以及跟鄰居相鄰關係，都面臨著要如何規範的困境。例如從土地相鄰權的觀念出發，是否可以允許機器工廠在任何地方設立。還是要立法加以限制。究竟因機器使用所帶來的危險究竟應該由誰負擔等問題。當時的普魯士主要採取特別立法的方式解決。例如，普魯士於1838年訂定鐵路法（Eisenbahngesetz）。在1870年訂定「義務責任法」針對鐵路及工廠設備所造成的損害加以規範。在這裡，我們看到法律責任由責任原則走向危險責任原則發展。

另外，因為工業革命，技術程序之引進而發展出商標法及著作權法。工業化的結果，使得工廠資金的取得成為非常重要的議題。於是發展出解決資金市場需求的證券股票制度。企業的組織型態由人合組織走向股份有限公司採股東有限責任制度。工業化結果，造成農業合理化（rationalisierung），引起現代的農業結構及畜牧業的改變，也造成大量資金之需要，因此民法乃發展出「土地信用借貸」制度（Grundkredit）。為了保障擔保權，於是有擔保登記制度，契約公證制，及土地登記制度之引入。改變了土地法規的規則，並影響傳統之不動產制度。

市場經濟之引入及工業化之結果，造成19世紀最大之社會政策的改變。因為工業化所產生的勞工經濟問題、貧窮問題開啟了勞工法規，例如個別勞動契約法規、集體勞動契約法規、勞動保護法規以及社會保險法（sozialversicherungsrecht）等的立法。例如德國1889年之社會保險立法；比利時之勞動契約法。另外，工會成立的之允許在英國，1824年，在法國1884年立法同意。在德國1870年才改變工商規則（Gewerbeordnung）²⁸。

（二）德國民法的訂定過程

德國於1871年統一之後，要求訂定一個統一的民法典的呼聲不斷，直到1873

²⁸以上的討論主要參考由Helmut Coing教授所主編的《handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Enropwschen Privatrechtsgeschichte》3. Band（第3冊），I II III Das 19 Jahraundert）（19世紀1982年出版）。

年，才取得當時各邦的同意。德國開始要訂定民法之初並沒有想到要訂定一個具有五編結構（總則、債、物權、親屬、繼承）的民法。當時帝國僅想要訂定一個全國統一的債法、刑法、商法、票據法及法院程序法²⁹。

我們可以看到德國民法在 19 世紀以來的發展歷程，也就是德國民法典的訂定時程表：

1867 年：北德聯盟希望可以定一個統一的債法

1867 年：開始有人提出要定一個統一的德國民法典

1869 年：開始有人提出要訂定一個統一德國民法典及統一的法院組織法想法

1871 年：德國第二帝國的憲法中規範訂定民法典是聯邦帝國的權限，其內容包括債法、土地、親屬、及社團法

1872 年：兩位德國國會議員（Miquel und Lasker）提出要求訂定一個統一的德國民法典

1873 年：德國第二帝國設立民法草案擬定的前置委員會（Vorcomission）並在 1874 年的 4 月提出意見書。

1881 年：德國第二帝國成立第一個修法委員會（Erste Kommission）共有 11 個委員包括 Pape (Oberstes Reichshandelsgericht), Planck, von Roth, Windscheid 等

1887 年：第一個德國民法草案（Erster Entwurf）被提出（共有五大冊的紀錄資料）

1874 年民法起草的第一委員會成立，由帝國商法高等法院的院長當主席，在 10 個委員中有 5 個法官，3 個司法行政官員（由德國不同的區域代表來參與）、2 個教授（代表德民法及羅馬私法）這兩個教授分別是來自慕尼黑的 Paul von Roth 教授以及有名的民法五編的主張者 Bernhard Windscheid 教授。

1887 年第一草案完成並公布。第一草案公告後，引起許多的批評，對於如何討論第一草案，有許多不同意見出現。最後帝國決定成立第二委員會。在第二個委員會中有 10 個固定委員，12 個非固定委員。委員中包括有貿易代表、農會代表、國家經濟代表、教授代表。但是在手工業及勞工業界均沒有代表參加。1895 年第二草案提到邦聯合議會（Bundenrat），討論重點放在關於社團法（Verenirecht）的討論。

²⁹ 參考 Adolf Laufs, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 第 266-267 頁

針對第二草案作稍微的改變之後，第三草案乃提出於帝國國會並在國會成立一個 21 個委員組成的委員會之後，進行表決。表決當時在場的國會議員僅 288 位在現場，在場的國會議員中有 222 個同意 BGB 的草案，而當時德國帝國共有全國 393 個國會議員)³⁰

（三）德國民法（BGB）通過的內容

德國民法的內容主要受到羅馬法中有關民法五編（Pandektenwissenschaft）理論的影響。分為總則、債、物權、親屬、繼承五編。）。透過原則性規定與特別規定建構而成。其內容由一連串的概念組成。例如意思表示，法律行為（Rechtsgeschäft）契約（Vertrag），債權、物權等概念。主要受到近代市民自由、平等思維的影響。在德國民法中雖然沒有在條文中宣示人權保障原則。但是，整個德國民法本身是以人權宣言為其法律之內容。例如在德國民法第 1 條規定，每個人均享有權利能力，其實就是宣示人人平等的原則。另外，在德國民法第 305 條規範契約自由原則，在第 903 條規定財產權自由處分原則。第 276 條以及第 823 條規定故意過失原則。其都是宣示市民應有自我負責之能力，可以享受自由與平等的權利³¹。

德國民法的內容可以說是德國帝國各邦權力較量的結果。在各個委員會中，每個成員都會跟各邦維持連絡。在巴登（Baden）以及巴伐利亞（Bayern）甚至都各自組一個委員會針對草案內容加以討論。最後各邦在民法草案中均各有堅持的維持一定地區的特色。例如巴伐利亞（Bayern）堅持在土地買賣一定要經過公證，同時也堅持遺囑方式要有自書遺囑制度。

德國法制史學者 Franz Wieackel 認為 BGB 是 1848 年以來自由主義所引發的運動的產物。他曾經探討究竟德國民法是否符合他訂定時代的任務？究竟德國民法訂定時想像的社會模型（Sozialmodell）究竟為何？也有人認為德國民法在公布施行時，已經跟不上當時的工業社會的大眾生活情況。但，不管如何，德國民法已經在德國維持了超過一百年的效力。德國民法在德國已經渡過了第二帝國時期、威瑪共和國、第三帝國以及兩德分裂與兩德統一時期。不管德國的政治情勢如何的演變，德國民法仍舊繼續有效。雖然在家庭法（Familienrecht）部分從二次世界戰後不斷的被修正，在債法部分也在 21 世紀初面對大量的修法。但是無論如何德國民法至今

³⁰ 參考Karl Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, 第 12-15 頁

³¹ 同前書，第 18-19 頁。

仍維持著他的基本面貌。他面對社會的發展，例如從面對面交易到自助商店的買賣。從地下鐵的出現到透過電腦記帳的銀行業務等，他都可持續加以規範。

德國民法典可以持續的有效除了他本身的抽象性規範外，最重要的是他透過學者的學說與解釋度過了不同的時代。另外，德國民法有時候透過特別的立法度過特殊時期的狀態³²。例如在威瑪共和國時代，透過訂定特別法處理有關戰後經濟困難的問題。例如在 1920 年 5 月 10 日訂定了帝國國宅法(das Reichsheimstatengesetz)。

六、結語

台灣的現行民法受到 19 世紀末（1896 年）德國所訂定的民法典深刻的影響。不僅在民法的五編結構上跟德國民法典相同，到了 21 世紀的當代，德國民法的修法與學說還是影響著台灣民法的修法。而在法律的學說乃至實務法規範的運作依舊受到德國法學理論及實務運作的影響。本研究主要針對 19 世紀德國民法的發展過程進行研究。在本研究的分析中，看到德國民法典內容的形成過程主要是透過學說與實務的交互影響，逐漸產生。

1900 年的德國民法典在 20 世紀對於世界上其他國家的民法典影響深遠。例如西班牙、葡萄牙、荷蘭、義大利。甚至到了一次世界大戰之後有些國家仍舊以德國民法結構作為立法的參考，例如義大利 1942 年的民法典雖然仍舊維持法國法的結構，但開始在契約法及債法等已經傾向於參考德國民法或 1912 年的瑞士債法。1930 年波蘭的民法典也參考德國民法典。1941 年希臘在訂定民法典時也幾乎全部參考了德國民法。二次世界大戰之後，荷蘭 1992 年的民法取代了 1938 年的民法，其中某些部分參考德國民法典的規定。葡萄牙的民法典也在 1966 參考德國民法典進行修改。

20 世紀以來德國民法典，受到許多特別法的挑戰，其統一性開始有所改變。例如在勞動法及社會法、消費者保護法、一般契約條款 2002 年德國民法債篇有非常大的修正。親屬法的修法也從未間斷。在過去百年來德國民法之所以可以面對社會變遷仍屹立不動，主要是因為他的抽象規範 Generalklauseln，例如誠實信用原則、善良風俗等規定 (Treu und Glaube, gute Sitten)。目前德國民法典的發展更受到歐洲統合的影響。其發展如何也需要進行研究。

³²在希特勒執政時，德國本來計畫訂定一個民族民法 (Volksgesetzbuch)，但這個計畫到二次世界大戰開始前均無法完成，因此後來乃作罷。參考Karl Kroeschell,前揭書，頁 92-93。

在台灣、日本以及韓國，目前不管在民法、刑法、憲法或行政法的教學與研究，均受到德國法制很大的影響，雖然近年來，台灣、日本與韓國的法制也開始深受美國法的影響，但是基本上德國法的影響依舊非常深刻。然而台灣法律系學生很少有機會對於德國法制發展史有所瞭解。這跟台灣向來缺乏德國法制史的研究有關。雖然許多教授現行法的老師都會在課堂上講述德國現代憲法、民法、刑法或者勞動法、社會法等規的規範。但是卻也很少有老師如日本法學院般教授或研究德國法制發展史。我們從 19 世紀德國民法典發展過程可以再度確定近代德國法律的進步與發展主要是在法學者、立法者及實務工作者共同努力的結果。

貳、參考書目

一、中文書籍：

- 1、戴東雄（1999 年 11 月），《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，臺北市：戴東雄出版。
- 2、蔡墩銘（1976 年），《唐律與近世刑事立法之比較研究》，臺北市：漢苑。
- 3、陳惠馨（2007 年 7 月），《德國法制史—從日耳曼到近代》元照出版公司
- 4、維亞克爾(Franz Wieacker)著，陳愛娥、黃建輝譯（2004 年），《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，臺北市：五南。
- 5、陳愛娥（1997 年 3 月），〈規範與事實之間的歧路徬徨——德國近代法學方法論的發展路徑〉，《中央警察大學法學論集》，桃園縣：中央警察大學法律學系，第 2 期，第 5-22 頁。
- 6、陳添輝譯（1994 年 3 月），〈從社會學觀點探討外國法的繼受（一）（二）（三）〉，《司法週刊》第 664 期，台北市：司法院。
- 7、陳添輝譯（1985 年），〈外國法之繼受及適應（上）〉，《法務通訊》第 1229 期，台北市：法務通訊雜誌社，第 3 版。
- 8、陳添輝譯（1985 年），〈外國法之繼受及適應（中）〉，《法務通訊》第 1230 期，台北市：法務通訊雜誌社，第 3 版。
- 9、陳添輝譯（1985 年），〈外國法之繼受及適應（下）〉，《法務通訊》第 1231 期，台北市：法務通訊雜誌社，第 3 版。
- 10、陳添輝，〈羅馬法上取得時效之研究（上）〉，（下），《法務通訊》第 1502 期，

台北市：法務通訊雜誌社。

- 11、陳添輝，〈羅馬法上取得時效之研究（上）〉，（下），《法務通訊》第 1503 期，台北市：法務通訊雜誌社。
- 12、黃右昌（1930 年），《羅馬法與現代》，北京：京華印書局。
- 13、Johe H. Merrymann 著；章孝慈譯（1978 年），《大陸法系的傳統》，台北：黎明。
- 14、克利弗德·紀爾茲（Clifford Geertz）著；楊德睿譯（2002 年），《地方知識—詮釋人類學論文集》，台北：麥田。
- 15、黃源盛（2007 年 10 月），《法律繼受與近代中國法》，台北市：元照總經銷。

二、外文書籍（以德文為主）：

- 1、Anton Menger (2004), Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Adamant Media Corporation.
- 2、Ulrich · Eisenhardt (2001), Juristische Zeitgeschichte: 100 Jahre BGB, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- 3、Michael Stolleis (1999), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Dritter Band 1914 -1945, München: Verlag C. H. Beck.
- 4、Uwe Wesel (1997), Geschichte des Rechts, München: Verlag C. H. Beck.
- 5、Friedrich Ebel (1993), Rechtsgeschichte. Bd. II Neuzeit. Ein Lehrbuch, MUELLER C.F.
- 6、Mitteis Lieberich (1992), Deutsche Rechtsgeschichte, München: Verlag C. H. Beck
- 7、Adolf Laufs (1991), Rechtsentwicklungen in Deutschland, Berlin: Walter de Gruyter.
- 8、R. Zimmermann, The Law of Obligations, 1990 (Nachdr. 1993)
- 9、Michael Stolleis (1990), Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts., Suhrkamp.
- 10、Michael Stolleis (1988), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland - Erster

Band 1600 -1800, München: Verlag C. H. Beck.

- 11、Karl Kröschell (1980), Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250) , Hamburg: Westdeutscher Verlag.
- 12、E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1
- 13、Hermann Conrad (1962), Deutsche Rechtsgeschichte Band I Frühzeit und Mittelalter》, Karlsruhe: Verlag G.m.b.H..
- 14、Rudoff, Adolph August Friedrich, 《Grundriss zu Vorlesungen über das Gemeine Civilrecht. Mit einer Sammlung von Beweisstellen und Ausführung einzelner Lehren》. 2. Auflage. Berlin, Dummler, 1843. VIII, 411S. Hln. (100 Jahre BGB. Pandektistik, 144) ISBN 38357-1051-6 (Bestellnr: 481506)。
- 15、Hans Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996。
- 16、Helmut Coing, Europäisches Privatrecht: Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), 1985
- 17、Helmut Coing, Europäisches Privatrecht:Bd. II: 19. Jahrhundert (1800-1914), 1989
- 18、H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte: Bd. I: Frühzeit und Mittelalter, 2. Aufl. 1962, Neudr. 1982。
- 19、H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte:Bd. II: Neuzeit bis 1806, 1966, Neudr. 1982
- 20、H. Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004
- 21、H. Schlosser, Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001
- 22、F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, Nachdr. 1996

參、計畫成果自評

本計畫執行成果與原計畫基本上想要達到的目標有一定的相符合，台灣關於目前有關德國民法的研究主要集中在20世紀德國民法典訂定之後。在德國民法典訂定之前，關於德國民法學說與當時有效的民法相關規範間的關係，討論的比較少。本研究主要希望能夠對於19世紀德國民法的發展有所瞭解。透過這個研究，可發現德國民法的發展，在1900年前後有決定性的改變。主要的改變在於德國1900年民法典的施行。當民法典開始施行之後，民法學者的角色乃逐漸的改變。

而德國民法典雖然在1900年開始施行，但是，20世紀的德國面臨了兩次世界

大戰及東西德的分裂，民法典在實際的適用受到很大的限制。德國民法典施行之後，經歷了第一次（1914-1917）世界大戰、納粹第三帝國的執政、二次世界大戰（1933-1945）以及東西德的分裂（1945-1990年），民法典的施行受到很大的影響。1990年德國統一之後，民法典開始在全德國施行，然而，目前德國民法又在歐盟及歐洲各國討論是否要有一個統一的歐洲民法典中，面對新的挑戰。我們透過這個研究可以看到民法規範永遠隨者時代的變遷而面對新的挑戰。我國民法的發展或許可以從此研究中獲取一定的參考與反思。