

# 第一章

## 導論、研究對象與研究方法

### 1. 法律作為歷史研究客體

從歷史上觀察法律是一種觀察者的觀點；是從外部來觀察法。這種觀點的動機來自於歷史學家的好奇，想要找出先前的法是如何的運作、如何安排社會關係、形成何種「遊戲規則」，以及違反規則時會受到何種懲罰。

這種觀點的前提是，法律被認為與被理解為可以變動的，因此透過歷史過往的文獻而詢問其作者對於法律的觀點可能為何，以及其與法律如何進行溝通。之所以能提出上述這些問題，是因為我們將社會理解為一種歷史的存在，並且反省其存在與其法律秩序如何在時光之中從過往朝向未來移動。這無論如何都非自明之理；因為存在著許多不同的人類文化，也存在於輪迴與時代更替的循環當中。對於這些文化而言，認為自己本身是走向「世界盡頭」或者「最後審判」的一部分，不管是在過去還是在現在，這都是陌生的觀念。受重複觀念型塑的文化傾向於「非歷史的」，不是循環就是階段型態的完美化。個人的角色與其權利也是不同的。個人不可能也無法從家庭與群體關係中解消。在這種世界觀之下，個人不是如同現代西方思考的前提係以主觀權利為內容的主體，亦即作為實體權利或者實體物的歸屬主體。只有透過跨越傳統歐洲中心主義觀點，才可能體會文化相互之間緊張關係的深層理由。

同樣地，為了理解個別的法律秩序，人們必須開始掌握歐

## 2 德意志公法史導論

洲通史與歐洲特有的民族性。歐洲史打從基督教化以來將歷史進程理解為一個朝向遠方目標的線性前進。究竟涉及的是希望最後救贖的神聖歷史，或者世俗化的與時常「上下起伏」相關的進步史，從強制解放的內在世界，或者指涉及開放觀點的過程與不確定的走向，在不同時代中都有不同的看法。一個代表歐洲史觀的關鍵性說明模式並不存在，但是這些史觀都有一個共通點：他們認為自己集結在一個「歐洲」的地理空間與從上古到當代的时间大陸上<sup>1</sup>。

關於這個歐洲的「近代」開端有不同的說法。許多人主張應設定在較早的時間，為了認識長時間的過程與社會基礎的變遷<sup>2</sup>。在此處的「早」係指12與13世紀。在這個時期，人們觀察到一個法律化的普世教會（Weltkirche）的形成以及溝通、政治與法律的書面化的增加、城市的形成、人口增加與明顯的技術革新，例如手錶、風車與水力磨坊、造船技術與建築技術的改善。同時，神學與哲學分別的發展<sup>3</sup>。對於法律史來說，傳統看法認為，「近代」開始於北義大利重新發現「學說彙纂」（Digesten），亦即西元533年在東羅馬帝國（Ostrom（Byzanz））生效的羅馬法的「法典化」（Kodifikation）或者「法典編纂」（Kompilation）。基於這個整理上古晚期引註所保留下來的文書，「法律人」的工作開始於12世紀中期，首先

---

<sup>1</sup> Michael Stolleis, Europa, HRG, 2. Aufl. Bd. I, Berlin 2004, 1439-1441. – 提供一個有力廣泛的全球視野的觀察，參見，Jürgen Osterhammel, Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, 2. Aufl. München 2009.

<sup>2</sup> 這是法國歷史學家Fernand Braudel（1902-1985）長時段（longue durée）的意義。參見其首要著作，Fernand Braudel, Das Mittelmeer und die mediterrane Welt in der Epoche Philipps II, 3. Bde., Frankfurt 1990.

<sup>3</sup> Kurt Flasch, Das Philosophische Denken im Mittelalter. Von Augustin zu Machiavelli, 2. Aufl. Stuttgart 2000.

是在波隆那（Bologna）、之後是帕杜亞（Padua）與帕維亞（Pavia），之後則是整個歐洲。同時，他們也講授羅馬法文本、說明並註釋文本，配合實務需求與創造中古時期的羅馬——義大利的法。同樣重要的是收錄大約於1000年間所形成教會法本身規則的簡明說明（1140），也迅速地取得官方特徵。其創作者是同樣在波隆那大學講學的修士Gratian（1090-1159）<sup>4</sup>。自此有兩種不同「被講授的法」，世俗的羅馬——義大利的法以及羅馬普世教會的法。

以世俗羅馬法為主要依據的「學說彙纂」（Digesten），從義大利、法國、荷蘭到德國到南歐與西歐發展出「共同」（gemeinsamen）（普通）（allgemeinen）的法，與此同時，英國、北歐與東南歐只有間接或者幾乎未受到影響，但只要是中古世紀由拜占庭（Byzanz）統治的地區，直到15世紀，則都處於不曾被打破的「羅馬」法傳統之中，主要是在東正教生活脈絡中所建構出羅馬法的特殊形式。最後，人們將文本的集合稱為「民法大全」（Corpus Iuris Civilis），並從中發展出民法的總則性規定。直到18與19世紀在歐洲才由各國成文法典加以取代。德國是從1870年開始法典化，但「共同」（gemeinsamen）（普通）（allgemeinen）法直到1900年1月1日民法典生效後才遭廢除。

教會教典法（「Kanonisches」Recht）是依據教規（canones）加以命名，這個法是在中古晚期的大學中被講授與建構，為了在16世紀後半葉維持其官方形式。直到1917年在羅馬天主教會中，教會法大全（Corpus Iuris Canonici）都是有效

---

<sup>4</sup> Peter Landau, Gratian (von Bologna), in: Theologische Realenzyklopädie 14 (1985), 124-130; Anders Winroth, The Making of Gratian's Decretum, Cambridge 2000; Christoph Link, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. München 2010, § 6.

#### 4 德意志公法史導論

的。從16世紀宗教改革以後（路德、慈運理（Zwingli）與喀爾文），新教的教會建構自己的法律秩序，而且只要未牴觸新教教義，就仍將傳統的教會法用以補充而繼續有效<sup>5</sup>。

從16世紀後，在逐漸形成的民族意識之後，人們對內國法律的興趣開始增長。為了找到教派爭論的論點，16世紀與17世紀的人文主義法律人（主要是喀爾文教徒與路德教徒），開始編輯先前民族遷移時期的部落法（*leges barbarorum*），尤其對於中古時期皇帝與教皇間的鬥爭特別感興趣<sup>6</sup>。同樣，鄉下與城市的法律也受到法律人的注意，部分出於為了在法院主張的實務理由，部分出於民族——科學的好奇者。

換句話說：在今日，德國的法律史有三個主要領域。第一個是上古羅馬法與其所發展出的「共同法」（*Gemeines Recht*）。此處主要討論的主題幾乎都與今天的民法相關，亦即人法、債法、物法與繼承法。第二個領域包含了內國法律秩序，除了羅馬法或者一般法之外，還加上符合法源卻幾乎無法掌握的「日耳曼法」——中古前期的部落法、中古與近代法以及城市與農村的法典與法院判決，最後是從許多特權所形成的「德意志」法的發展。第三個領域是由教會法所構成，一開始對於「拉丁文」歐洲是普遍有效，但從16世紀宗教改革以後有不同的發展。

---

<sup>5</sup> Christoph Link, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. München 2010, § 10 ff.

<sup>6</sup> Michael Stolleis, *Gelehrte und politische Editoren mittelalterlicher Texte um 1600*, in: Jacques Krynen-Michael Stolleis (ed.), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup> siècle)*, Frankfurt 2008, 613 ff.

## 2. *Ius publicum*——公法

在法律史領域中較少被觀察的是公法的形成與作用方式。上古羅馬的「國家法」隨著帝國瓦解，已消失於民族移動之中。但持續存在於東羅馬帝國（Ostrom (Byzanz)），並且與東正教教會法形成共生。1453年，這個傳統隨著拜占庭對抗鄂圖曼王朝的失敗而結束了<sup>7</sup>。

在西方中古時期建構國家法的事物，可說是從傳統法所形成，一些政治上重要的歷史文書（*Urkunden*）與由法律人所形成的基本原則<sup>8</sup>，在法國與德國被強調為**基本法**（*leges fundamentales*）。可以適切地稱為德意志「基本法律」（*Grundgesetze*）〔（1356年金詔令（*Goldene Bulle*））、1495年永久和平協約（*Ewiger Landfriede*）與皇家最高法院法（*Reichskammergerichtsordnung*）、1519年到1654年間的選帝約（*Wahlkapitulation*）、1555年奧古斯堡宗教和約、1648年西發利亞和約與1654年帝國最終決定（*Jüngster Reichsabschied*）等〕。這些整體建立了一個規範的混合體，不久後被稱為「帝國憲法」。18世紀當時的人們認為這部憲法已經變成「哥德式的廢墟」，但形式上仍然持續到拿破崙戰爭時期。1803年最後一部帝國法律是「帝國代表者會議主要決議」，使得許多

<sup>7</sup> Richard Potz- Eva Syneck unter Mitarbeit von Spyros Troianos, *Orthodoxes Kirchenrecht, Eine Einführung*, Freistadt 2007.

<sup>8</sup> 基礎說明，參見，Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957 (dt. 2. Aufl. München 1990). 論及當代討論的情況，參見，Gerhard Dilcher-Diego Quagliani (Hg.), *Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, Bd. I: Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und Gelehrte Recht, Bologna 2007, Bd. 2; Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II., Bologna 2008, Bd. 3: Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne, Bologna 2011.

## 6 德意志公法史導論

神聖與小的世俗領土消失。1806年在拿破崙壓力之下，「萊因邦聯」從帝國退出，幾天後，1806年8月6日法蘭茲二世皇帝退位。

始於17世紀的「帝國歷史」（Reichshistorie）率先處理帝國憲法的素材，將神聖羅馬帝國的憲法解釋為一個歷史進程的成品。他們很快開展成為一個學科，首先主要是在哈勒大學，之後則在哥廷根大學<sup>9</sup>。當帝國逐漸走向下坡，政治力量主要集中於個別領土的憲法運動，學科就更更改了名稱，如今稱為「國家史」。19世紀的憲法運動過程之中，從世紀中葉就稱為「憲法史」<sup>10</sup>。這是「外部」法律史，不是「日耳曼」法律史學者，就是國家法學者代表。在1935年國家社會主義的課程計畫中規定，之後創設了「近代私法史」與「近代憲法史」兩個平行的學科。

當代的「近代憲法史」看來又似乎從教學計畫中消失，即使有許多整體說明、教科書與導論<sup>11</sup>。在對於大學生提供的導論課程與深化課程中都提供了法律史素材，這取決於個別大學科系或者專業領域。完全消失的，是教會法史。「上古法律史」之前的「羅馬法」，被當作是整體民法的基礎，部分存在於延伸的學科（Nischenfach），部分被理解為民法的理想上的準備課程，主要觸及了近代到當代的私法學術史與教義學史。「日耳曼法律史」則分成數個不同的研究領域，主要是從日耳曼微弱起源的上古民族法，到中古、近代與當代的「部落

---

<sup>9</sup> Notker Hammerstein, *Jus und Historie*, Göttingen 1972.

<sup>10</sup> Georg Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte* 7 Bde., 1844-1878 (Neubearb. Bd. 1-4, 1865-1885).

<sup>11</sup> 概覽，參見，Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 7. Aufl. München 2013, § 3.

法」(leges barbarorum)，之中致力於研究中古到1806年的「憲法」以及其「憲法史」。整體而言，人們可以這樣說，所有的「基礎性學科」在法學教育訓練中都欠缺一個穩固的地位，而在課程中包含太多實證法課程。這都排擠了法律史、法哲學、法理論與法社會學，還有比較法，也是處於邊緣，即使在歐洲化與全球化過程中，其內在重要性與外部價值已有所增加。近來對於法律史實存狀態的評估趨於一致<sup>12</sup>。2012年11月9日「法學展望」的學術諮詢會議因此建議強化基礎學科，部分是考量到國際交流，部分擔心大學教育學術特徵的維持。各大學與負責法學教育訓練的各邦司法部是否遵循這項建議，尚未明朗。但是基礎學科的代表已經說出，改善組織與傳授知識的形式，使其容易學習與可測驗。

### 3. 學術史

這本導論性書籍，是法律史領域中較不受注意與忽略的部分，亦即從近代早期到當代的公法學術史。之所以受到忽略的原因，可以說是憲法史的中心是在「憲法」本身，它描述「型塑共同體與其政治秩序的規範與結構」<sup>13</sup>，運用了一個開放，卻是現代之前使用的憲法概念。當代法律人（20世紀以後也有

<sup>12</sup> Filippo Ranieri, Romanistik/Rechtsgeschichte, in: Der Neue Pauly (hg. V. Manfred Landfester), Bd. 15/2, 2002, Sp. 960-970 (m. Bibliographie); Dieter Simon, Rechtsgeschichte, in: Axel Görlitz (Hg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München 1972, Bd. 2m 314-318; Michael Stolleis, Rechtsgeschichte, Verfassungsgeschichte, in: Hans-Jürgen Goertz (Hg.), Geschichte. Ein Grundkurs, Reinbek 1998, 340-361 (m. Bibliographie); Franz Wieacker, Methode der Rechtsgeschichte, in: Adalbert Erler u.a. (Hg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (künftig HRG), Bd. III, 1984, Sp. 518-526; Franz Wieacker, Ausgewählte Schriften, Bd. I: Methodik der Rechtsgeschichte (hg. v. Dieter Simon), Frankfurt 1983; Link (Anm. 4).

<sup>13</sup> Willoweit (Anm. 11) § 1, II. 1.

了女性)的努力在一定程度上也消失於整體環境之中。他們並不是沒有注意到，而是將眼光放在整體結構與重要的元素。同樣的方式在相對發展較弱的行政史與行政法史的框架中，行政學的理論家也處於邊緣。只有例外情形理論家被認為是形成歷史性的力量，例如Hans Maier的偉大著作<sup>14</sup>。

此處重要的是掌握與探索關於近代歷史中憲法與行政的規範與結構的思考、言說與書寫。涉及的是大約從1600年到當代公法的學術觀念、釋義學與體系化的學術史。部分涉及學說，部分涉及實務，直到1806年舊帝國結束前，這主要是在大學中形成。大學是教育與精神生活的中心。因此形成的書面資料是大學文獻，亦即講課大綱、教科書、註釋書、案例彙編以及眾多的博士論文與論文答辯，在今日後者對於重構一個時代、一所大學或者學術派別的輪廓是不可小覷的參考文獻，同時也是關於當時流行的主題與創新研究，以及整個歐洲學生流動的參考<sup>15</sup>。因此德國的特殊性在於大學與知識份子具有明顯的支配性，而在法國或英國等其他國家中，首都的沙龍、俱樂部或學術研究機構與重要的知識份子扮演領導角色。

這類歷史是以權力關係、制度與行動的人們為前提。這意謂著：廣義理解的憲法史建構了政治與法律思考的基礎與背景；因為行為與思考在歷史上具有彼此不可分的關係，且他們也應為了這類的說明而繼續存在。應將重點放在公法「學術」史，即使在16到18世紀時還談不上是現代意義下的學術，毋寧

---

<sup>14</sup> Hans Maier, *Die Ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre* (Neuwied/Berlin 1996, 2. Aufl. München 1980, Taschenbuchausgabe München 1986), München 2009 (H. Maier, *Ges. Schriften*, Bd. IV).

<sup>15</sup> 位於德國法蘭克福的馬克思普朗克歐洲法律史研究中心廣泛地、有序地與分類地收集了這類的博士論文，收藏將近十萬本。參見，[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de).



是法理（*iuris prudentia*）。

以理論文獻為基礎而與共同思考者有所連結、共同決定公共討論且成為其中構成元素的人，同時也是行動者。理論者時常思考「在先」，並引導討論政治上得以實現的觀點。理論者也時常清楚地分析已經發生的事件，使尚未被理解的事物得理解為「概念」，為了以此方式在此開啟新思考。人們的思考取決於時代，但也始終呈現出自我意義與相對的自主性。人們的思考既無法單純高度抽象思考，也無法只縮減至「事實」的連結。在此意義下，人們近來嘗試一條可行之路，為了描述「歷史社會的理念」、「知識史」或者「心態史」（*Mentalitätsgeschichte*），其擺蕩於政治史、社會與傳統「觀念史」（*Ideengeschichte*）之間。因此不只應該掌握「偉大的思考者」攀爬巔峰的方式，還有許多影響力微不足道或者地位適中的思考者，其生活世界、其依賴性與其政治環境。總而言之：「國家」不只是公職務、建築物與公物、財政與法律規則的真實基礎，也是我們所有思考與行為。國家「是」我們如何思考與在其中對之加以回應。研究思考國家就是思考自身的研究。我們祖先對於國家的思考與他們如何建構國家，我們對此必須加以認識，俾以決定我們本身如何處在國家之中與想要如何國家共存。當我們決定盡可能不要瞭解國家與拒絕為其付出努力時，我們就必須回答以下問題，誰保護我們免於權力侵害、誰負責提供對生活所需必要之給付與便利性，誰負責維持交通與電信系統，誰提供大學、圖書館與博物館等其他財物。因為每個世代都想要強調其不同之處，想要走向怎樣的未來就必須與過往交手。

#### 4. 方法論與參考文獻

人們應該盡可能中立地取用圖書館與檔案的歷史素材。姑

且不論我們所有人在當代網絡中坐立不安的事實，建議還是要遵守思考與行動之方法論的規則，儘管原則上難以避免偏見：自身思考習慣與概念應以受檢驗為前提，且應該批判性地加以提問與用以理解歷史上「他者」。歷史素材是「他者」，即使今日的我們能夠理解其語言。只要人們意識到年代誤植的危險與開始反射現代的專有名詞，利用現代概念，其實也沒有什麼好被指責的。即使因其陌生化而被說出也有助益。首要的目的是歷史過往字詞的學習，為了解密，理解每個字在當時的「意義」為何。人們應該要謹慎地認識在歷史過程中所有迅速爬升的上升曲線或下降曲線。自以為是壕溝的土丘，也許只是田鼠土丘而已。更應該顧慮到不應膚淺地連結當代的憲法與行政法。這種對歷史素材為「死亡」或「生存」的區分，不只是將歷史降格為當代的前階段過往，也是切割重要的認知可能性。何者無法在主流中加以實現或失敗的都可能是重要的。

接下來的說明將集中於基本脈絡，因此也是簡要的說明。相關作者的生平資料，可以搜尋有用的參考文獻<sup>16</sup>。同樣的，引註也相當簡略。這樣才能呈現出整體複雜的說明與進一步深化<sup>17</sup>。類似的文獻，還有Manfred Friedrich的「德意志國家學

---

<sup>16</sup> 相關的文獻可參照，Michael Stolleis, *Staatsdenker in der Frühen Neuzeit*, 3. Aufl. München 1995; ders., *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, 2. Aufl. München 2001; Gerd Kleinheyer – Jan Schröder (Hg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5. Aufl. Heidelberg 2008.

<sup>17</sup> Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Erster Band 1600-1800, München 1988; Zweiter Band 1800-1914, München 1992; Dritter Band 1914-1945 München 1999 (亦有學生平裝版); Vierter Band 1945-1990, München 2012. 這套卷書已有不同翻譯版本，第一冊有法文與義大利文、第二冊有英文、(簡體)中文、義大利文與法文、第三冊有英文與(繁體)中文。相關的文獻，參照，Michael Stolleis, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt 1990 (義大利譯本，*Stato e ragion di stato nella prima età*

史」<sup>18</sup>。不久前Andreas Kley的「瑞士公法史」<sup>19</sup>。關於憲法史的新文獻，是Dietmar Willoweit的教科書<sup>20</sup>。行政史的豐富文獻加上關於現代早期「警察」與現代行政法則是五大冊的「德國行政史」<sup>21</sup>。

---

moderna, Bologna 1998); ders., Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt 2001; ders., Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt 1994, 2. Aufl. 2006 (英譯本, Law under the Swastika, Chicago 1998, 法文譯本, 2012年).

<sup>18</sup> Manfred Friedrich, Geschichte des deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997.

<sup>19</sup> Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011.

<sup>20</sup> Willoweit (Anm.11); ders., Reich und Staat. Eine kleine deutsche Verfassungsgeschichte, München 2013.

<sup>21</sup> Kurt G. A. Jeserich – Hans Pohl – Georg-Christoph von Unruh (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. I-V, Stuttgart 1983-1987 und Registerband.

