

# 《近代私法史》導讀

周伯峰

東吳大學法律系助理教授

# 1.近代私法史作為一門學科，到底在研究什麼？

- ▣ 1.1 近代私法史作為一門學科，研究的是現代私法為什麼是以「這種」而非「那種」的存在形式出現。用Wieacker的話：「近代私法史必須處理今日私法在人文精神、學術上的前提要件」
- ▣ 1.2 近代私法史的研究是一種法律思想史的研究，其探究的是作為立法行為、法適用行為基礎的人類意識與思想的行動，以及這些行動的交錯、交互作用。換言之，近代私法史是在研究某個時代、地域的人們是以怎樣的方式「想像」他們的私法，以及這「想像」的「變遷」。

- ▣ 1.3 附論：法律史研究什麼？
- ▣ 1.3.1 法律史研究的是我們存在本身的**歷史性**，也就是與人類法律經驗有關的**歷史**。也就是以「此事與我密切相關」為前提，以自己的法律經驗來問：這是如何開始？它和我們是如何演變？
- ▣ 1.3.2 法律史是以彼此相關的，**歷史上的秩序結構**作為研究對象，在這個結構裡，個別法條純屬可變動、可交換的元素。而基於對這結構整全性的相信，就會懷疑在**歷史時空中新的法秩序**裡出現的個別法條的**同一性與繼續性**。
- ▣ 例子：清朝的《大清現行刑律》與民初北洋政府大理院所運用的《大清現行刑律》「民事有效部分」

## 2. 《近代私法史》一書（時間以及地域） 的研究範圍

- ▣ 2.1地域：歐洲脈絡
- ▣ 2.1.1南歐（義大利）→西歐（法國、荷蘭）→中歐（德意志諸邦國）
- ▣ 2.2時間：西羅馬帝國滅亡後至現今
- ▣ 2.2.1時間斷點：500（西羅馬帝國滅亡）-900（德法分家）；中世紀早期（法蘭克時期）、900-1200（空位時期、豪斯陶芬[Staufer]王朝結束）；中世紀盛期、1200-1500（帝國和平、宗教改革）；中世紀**晚期**、1500-1800（神聖羅馬帝國滅亡）；近代早期、1800迄今；現代
- ▣ 2.2.2分期方法：歐洲法律文化的起始；羅馬法的歐洲復興1100-1400（第一部）、德意志繼受羅馬法1200-1400-1600（第二部）（第三部）、理性法時代1600-1800（第四部）、**歷史法學派**1800-1900（第五部）、現代私法1900-（第六部）

### 3. 《近代私法史》這本書到底說出了什麼樣的一個故事？

- ▣ 3.1 日耳曼法與羅馬法的差別：法的發現（Rechtsfindung）vs 法的適用（Rechtsanwendung）
- ▣ 3.1.1 日耳曼法律觀認為法律自始就存在，人類對之沒有處分權（不可創設），人們要做的就是將它找出來，而有經驗者就可以引導人們發現法律。故而在日耳曼法律觀中，重要的法律文本是所謂「法書」，即「被發現的法」的紀錄。
- ▣ 3.1.2 羅馬法律觀認為法律是可以透過人的意志訂立出來的，即法律可創設。而法律既然是被創設的，也就代表人類可以智性予以處理，所以法律是涉及「適用」的問題。羅馬法最重要成就是學說彙編（Digest），以學者專業化的處理法律事務，其實才是羅馬法最重要的成就（法律（學）家的法文化）。

## ▣ 3.2羅馬法影響了整個歐洲：繼受

▣ 3.2.1繼受的意義：對Wieacker來說，所謂的繼受不是指外表的某一民族學習另一民族的具體法律規定或制度。繼受不是某客體的「傳遞」或「接受」過程。繼受其實是一種持續演變的文化內化過程，其實是繼受主體本身的改變。所以繼受羅馬法的意義其實是指，接受、內化法律（學）家的法文化，法學家在法律、公共生活中占最重要的位置（甚或可以說獨佔），整個法律生活被學術化、專業化，即不再透過實力、感情或未經反省得生活傳統來解決政治及私人爭議，而寧願對享有一定獨立地位之法律事務作合乎邏輯的討論，服從根據此等理性規則而得的裁判。

▣ 3.2.2如果以「繼受」是指繼受主體的自我改變，尤其是思想的改變，那麼東亞的法繼受到底成果如何？我們真的用我們所學習對象的思考方式思考問題嗎？

- ▣ 3.3 歐洲人（德國人）如何（學到）以智性、專業的方式處理（私人間的）法律事務；法律（學）家如何在歐洲大陸的公共生活中取得重要的地位；不同時期的法律（學）家對於該如何智性、專業的處理法律的方法（或者說對法律該是什麼的想法）的不同，就造成了法律生活的演化、變遷。。

## 4. 在《近代私法史》中似乎消失的一段： 納粹時期的私法思想

- ▣ 4.1 一個註腳：第二十七章註2
- ▣ 4.2 另一本經典《無限制的解釋》（Die unbegrenzte Auslegung）：其實真正不法者不是法，而是法律（學）家！



# 5.圍繞著德國「債法現代化法」修法的法律史爭議：對BGB的歷史評價是否正確？

- ▣ 5.1 2002年的「債法現代化」
- ▣ 5.2 1970年代確立的對BGB評價：建立在Larenz的《法學方法論》與Wieacker著作之上
- ▣ 5.3 2000的翻案：BGB其實是一部沒有機會的法典？
  - ▣ 5.3.1 私法跟公法可以將它們的任務分清楚嗎？私法是要以公法建構的社會狀況為前提要件，不是要去承擔公法的任務
  - ▣ 5.3.2 另一本經典《事實性與效力》