

名家  
评说

# 日本民法的 100 年

星野英一\* 著 渠 涛译

欣逢《环球法律评论》杂志为纪念日本民法 100 年组织专题研讨,并在此之际约我撰稿,应该说这两件事对日本和我本人都是应该感到荣幸的。

日本民法的 100 年,有两方面的问题值得思考,一是,法国用 200 年达到的水平,日本却要在 100 年里达到;二是,作为继受来的民法典到底在多大程度上融入到了日本的社会和国民之中。在考虑这些问题的时候,政治上来自日本在第二次世界大战中战败的影响不容忽视。本文将根据这些问题意识,从立法、判例和法务行政、民法学说等三个方面对这 100 年的特点进行考察。<sup>〔1〕</sup> 笔者的基本观点是:民法是与宪法相并列的法律,宪法规定的是国家的基本理念和构造,而民法规定的是社会的基本理念和构造 (constitution)。

## 一 立 法

### (一)日本民法典成立之初

在日本民法开始施行的 1898 年前后,西欧各国,一方面市场经济进一步发展,另一方面市场经济的弊端也开始显露出来。因此,当时为了适应这些新的社会变化,修改民法典以及制定特别法的问题也随之提了出来(如,劳动法等)。但是,日本民法典却是一揽子继受了法国民法典。也就是说,它继受的是 19 世纪初制定的,以 19 世纪社会和经济体制为基础形成的民法典的基本理念(即人权宣言所表现的自由和平等,以及所有权和人身的保护等内容)和法律技术。<sup>〔2〕</sup> 另外,对日本民法典的体系及法律技术影响巨大的德国民法典,尽管编纂时间大大晚于法国民法典,但其理念同

样也是自由主义。因此,日本民法典尽管是制定于 19 世纪末,但它的内容仍然是 19 世纪初的民法典。为此,日本民法典制定后不久,就要面对已经发展了的市场经济和自身存在的局限性以及弊端。为了使民法典能够对应现实社会的要求,立法所作出的努力主要见于以下两个方面。一方面以各种财团抵押法等特别法的立法对应市场经济的发展;另一方面以借地借家法等旨在直接保护弱者的所谓“社会法”的立法对应局限和弊端。其中后者体现的是,从自由向平等这样一种理念上的转变。我个人认为它的基础是“博爱和连带”。

### (二)第二次世界大战后

首先,二战的战败给日本带来了“第二次立法改革期”,民法典因此也发生了巨大的变化。这一变化主要体现在亲族编和继承编的全面修改。这次改革废除了明治宪法体制中的一个重要内容,即“家”的制度;彻底实现了男女(夫妇、父母)平等;由此家族法的近代化得到了实现。

其次,国家理念向福祉国家转变。这种转变意味着民法理念中“平等”思想的长足进步。一方面,社会保障制度和劳动法律制度的确立,明显地扩大了民法典周边的“社会法”领域;另一方面,作为民法自身领域,通过制定大量的特别法以承认

\* 东京大学名誉教授。

〔1〕 作为日本民法 100 年的概论著作,参见[日]广中俊雄·星野英一编《民法の百年》第 1 卷“全盘的考察”(有斐阁,1998 年);另外,比较简洁的著作有:加藤雅信等编《民法学说百年史》(三省堂,1999 年)序章“日本民法百年史”(加藤雅信执笔部分)。

〔2〕 参见:[日]星野英一《日本民法典与民法影响》所录于同著《民法论集》第 1 卷(有斐阁,1970 年)。

无过失责任以及近似于无过失责任的形式谋求对受害人的保护。<sup>61)</sup>

### （三）经过 100 年后的今天

日本民法典经过了 100 年的实践，今天已经进入了“第三次立法改革期”，立法仍然是在前述两个方面发展。例如：首先在满足市场经济本身要求方面，可以见到债权让渡特例法；其次在贯彻平等理念方面，可以看到通过对民法典的修改而建立的“成年人监护制度”。

但是，今天的情况比以往更为复杂，足以促使民法典相关立法的思想和力量形成了一个复杂的涡流。尤其需要注意的是，从经济全球化的角度看，需要主张“缓和规制”，但这样又会反过来削弱对弱者的保护。实际上，最近的一些立法已经显现出这一弊端，例如，很多学者指出，从最近成立的所谓“定期借家权制度”即可以略见一斑；另外在消费者契约中也同样可以看到对消费者保护力度的不足。而需要注意的是，所有这些都是源于来自企业方面的压力。由于这种压力的存在，在一些领域中，平等在后退，自由得到过分的强调。正是因为这样，今天的民法典被卷入了主流和逆流交错的涡流之中。我个人的观点是，民法典尽管应该以自由为基础，但同时也要避免弱肉强食。这里，一是要重视依据连带的理念加强对弱者权利的保护；二是要重视将理念的重点向“平等”转移。

## 二 判例和法务行政<sup>62)</sup>

从总体上看，长期以来，判例一直在努力适应社会提出的新要求，并考虑到国民的法律意识，灵活地解释和适用民法典的规定。具体地说，首先，在对应市场经济发展方面，作为在民法典没有规定的领域中构筑的判例体系，战前有“让渡担保”，战后主要有“假登记担保”（1978 年制定了特别法）；其次，在保护弱者方面，比较突出的是，民法中有关借地、借家的规定以及对借地法和借家法作出了灵活的解释；再次，作为日本人较为津津乐道的领域，“诚实信用原则”和“权利滥用”的理论很早就得到了判例的承认，<sup>63)</sup>而且在战后民法修改时规定在民法典中了（日本民法典第 1 条之 2 和之 3）。

户籍、登记、提存等法务行政（战前由法院管

辖）对民法典的发展起到了重要作用，但遗憾的是，这一点并不容易得到人们的注意。具体说，一是，数量庞大的“通达”（由行政机关下达的、对具体行政事务具有指导性的文件——译者）和批复为法务行政规定了精密细致的运用规范。二是，经常可以见到外国学者对负责具体工作的公务员素质之高的赞赏。这些现状，一方面说明了窗口工作的统一化有很大的优点，另一方面也蕴藏着包括民法解释问题在内的程序法扭曲实体法的问题。

综上考察，上述问题基本上可以用“开放的保守主义”一言以蔽之。

## 三 民法学说<sup>64)</sup>

民法学者初期对法典进行解释时，参考的是外国民法学。当时主要依据德国民法学尝试性地构筑解释论，建造民法学体系。<sup>65)</sup>但是，1920 年前后，法社会学的方法崭露头角，研究社会中“活着的法”的必要性开始受到重视。

二战后，法社会学的方法更加广泛地受到重视。时至今日，日本民法学的特色仍然主要表现在历史法学、比较法学、法社会学等方面。这种特色对于日本民法学来说存在着一种必然性，因为日本民法学，一方面要面对作为继受法的民法典；同时在另一方面又要面对与继受法典在法文化上没有直接联系的日本社会。因此，在以往的研究中，哲学性、思想性的研究并不多见，尤其是对民法原理的研究比较弱。但是应该看到，最近，通过与宪

61) 关于此前的历史，详见：我妻荣著《法学概论》（有斐阁，1974 年）。

62) 法务行政在某种意义上说，虽然也属于司法行政的范畴，但是这里所说的法务行政，因为其管辖属于内阁中的法务省，即行政机关，因此，从严格意义上说它又不属于纯粹的司法行政——译者。

63) 关于重要问题的判例，详见前揭 [日] 广中俊雄·星野英一编《民法の百年》第 2—4 卷所收录的各篇论文。

64) 参见：[日] 星野英一《日本民法学说史》(1) — (4)，载于《法学教室》8—11 号 (1981 年)；前揭加藤雅信等编《民法学说百年史》。另外，关于现在民法学的基本方法，参见：[日] 大村敦志·道垣内·森田宏树·山本敬三著《民法研究ハンドブック》有斐阁 (2000 年)。

65) 参见：[日] 北川善太郎著《日本民法学的历史と理论》日本评论社 (1968 年)。

法的关系研究民法理念,以及将民法作为社会的基本理念和构造(Constitution)进行研究的方法正在受到广泛关注。

关于民法解释的方法,二战后也发生过几次较大的争论,而且,同样丰富多彩的讨论至今仍然继续着,其特色主要表现在追求灵活的解释方法。最近,这种关于方法论的讨论强烈地表现出

向“体系化”发展的趋势。

日本作为法制国家,民法典是这种社会构造的基础。但是,在民法典是否已经融入到国民的意识之中的问题上,存在着肯定与怀疑两种相互对立的观点。我本人——尤其是根据担任广播大学校长期间的经验——赞成后者的观点。

## 日本民法典 100 年的启示

江 平\*

民法典对于中国和日本来说,都是舶来品,都不是植根于本国土壤的固有法律制度,但中国的第一部民法典却是在 1931 年最终完成并颁布实施,整整落后于日本 30 年。从日本民法典和中国民国时期制订的这部民法典的质量和评价来看,虽然二者都是向西方,向欧洲大陆法国家学习的产物,显然前者优于后者,国际的评价也认为前者远远高于后者。日本民法典是开创式地向德国民法典学习,而民国时期的中国民法典却是跟进式地向德国民法典学习,显露出很强的抄袭日本民法典的痕迹,这不能不引起我们深深的反思。

日本明治维新后,朝野对法律制度的改革在整个国家改革中的地位和作用非常重视,培养了一批具有思想深度的法学家,出版了一批具有理论深度的法学著作,也形成了自己的法律改革的理论。

19 世纪 70 年代日本就已经派出学生到英国、法国、德国不同国家学习“法科”,开始培养自己的法律人才、学者。日本民法典编纂工作的核心人物之一穗积陈重(1855—1926)就是其中杰出的一位。他在 1884 年就指出:世界上的法律制度,一般可以分为五大法系,印度法系、中华法系、伊斯兰法系、英国法系和罗马法系。这五大法系互相竞争,彼此消长,内中的规则是优胜劣汰,这方面最典型的例子是中华法系的解体。他认为,处于劣势地位的法族,如果不思进取,不进行改革或改良,就必然会被历史所淘汰。<sup>〔1〕</sup>他指出,日本作为中华法系的一个成员,也面临着这一威胁。正是穗积的这种危机意识,为日本学习西方法律文化,改良本国法制提供了理论根据。穗积

陈重提出的法律进化论和法律改良主义论成为日本法制改革以及民法典制订的理论基础。强调法律进化论就是要加深危机意识,法律制度同样也有个和自然界一样的“优胜劣汰”规律,不进行改革或改良就必然会被历史所淘汰。强调法律改良主义论就是要说明法律制度不能像国家制度那样可以被彻底打碎。新中国成立后,法律虚无主义的形成固然有许多原因,但彻底否定法律进化论和法律改良主义论不能不说是其中一个重要原因。直到实行改革开放政策后,我们才意识到法律制度必须革新,必须学习西方先进的制度,必须不断改革、改良,不能采取像建国初期对“旧法”一概废除的方法。可惜,这一认识,也花了将近 30 年时间,乃至到今天我们的民法典还没能出台。新中国成立前耽误 30 年和新中国成立后耽误 30 年就使得中国在民法学领域和民法典制订上落后于先近国家约半个世纪。这是客观上不得不承认的!

日本民族是一个善于学习的民族,它并不固步自封、夜郎自大,所以它能比我们更容易摆脱它长期居于其中的中华法系,尤其是在民法领域。这种善于学习的精神与法律进化论和法律改良主义论是完全一致的,何为因,何为果,实在难以考证,也许也无此必要,但是有一点是非常明确的:既然是“优胜劣汰”,既然是“适者生存”,那

\* 中国政法大学教授,中国法学会比较法研究会会长。

〔1〕 见何勤华:《穗积陈重和他的著作》,载于《二十世纪中华法学文丛》⑦《法律进化论》穗积陈重著,中国政法大学出版社出版,1997 年 12 月第 1 版。