

## 日本民法编纂及学说继受的历史回顾\*

渠 涛

### 一 法典编纂前史——旧民法典起草前的民事法制状况

#### (一)立法状况——民事单行法立法先行

明治政权诞生伊始便开始了法典编纂工作。1870年在太政官制度局内设立民法会议,当时在江藤新平的直接组织下试图以翻译法国民法典的方法在短期内编纂一部日本民法典。江藤新平曾经出任过左院<sup>①</sup> 副议长、司法卿,后来因过激地主张“征韩(即征讨韩国)论”导致在政治斗争中失败,于1873年被迫下野。江藤新平曾经有一句名言:“误译亦无妨,唯需速译”。<sup>②</sup> 另有介绍说,江藤还说过:“我们可以将法国民法典中写有法兰西的字样改成帝国或日本”。<sup>③</sup> 在江藤的组织下,最早于1869年由箕作麟祥具体负责开始了对法国民法的翻译工作。

对于这种立法方式在历史上有许多否定的评价,但更多的人认为:在当时亟待解决不平等条约这种社会背景下,江藤的作法还是有一定道理的。据说江藤本人的基本想法是,首先为了废除不平等条约,姑且按西方法律制订一套法典,然后再由专家在积累经验的基础上慢慢对其进行修改。作为民法典起草人之一的富井政章(1858—1935年)博士也有基本相同的认识,他说:民法典的编纂背景有二,一是需要一部国家的法令,一是作为修改条约的手段。但“在法学尚未发达的今天,短期内成就如此庞大的立法事业,主要是出于政治上的原因。这一点不可忘记。今后,随着学理研究的进步,经验的积累,会发现许多欠缺之处。因此确信总有一天,对法典的大修改之日必定到来。”<sup>④</sup>

在江藤新平组织对法国民法典进行翻译的同时,民事单行法的立法也相继展开。现将这些单行法按现行民法典体系列举如下。

民法总则:①成年,于1876年成立(太政官布告41号,满20岁者为成年);②代理,于1873年成立(太政官布告215号,《代人规则》);③债权的消灭时效(太政官布告362号——《出诉期限规则》)。

物权法:①1872年太政官布告50号,废除德川时代以来实施的“土地永代买卖禁止令”,在该法令中,对地租规则进行了修改,通过发行“地券”(土地所有证书)确定土地所有人;②关于土地买卖及担保方式,一是《土地质权设定文书规则》(1873年太政官布告18号),一是《土地让渡规则》(1880年太政官布告52号)。在这些规则中规定了户主须建立土地登记簿,不动产买卖及担保设定须记载于登记簿上,

\* 本文主要参考文献在引用时谨作以下简化:①《民法典百年》第1卷即广中俊雄、星野英一编《民法の百年》第1卷(有斐阁1998.10);②《民法学说百年史》即加藤雅信等编著《民法学说百年史》(三省堂1999.12)。

① 所谓:自1867年12月明治天皇发布“王政复古大号令”至1885年12月日本内阁制度成立,这期间日本曾经实施过三种太政官制度。1868年成立的最早的太政官制度是完全效仿西方三权分立制度——即行政官、刑法(司法)官、议政(立法·咨询)官设立的。但后来因维新阵营中保守派一度占据了政治舞台的中心地位,政体也随之发生了一些变化。其中自1871年7月开始的太政官制度曾设正院(最高机关、统辖两院)左院(立法·咨询机关、以法规的制定和修改为主要任务)、右院(联络机关、由各行政省的长官和次官构成,法律草案的起草和各省议事的审议和调查)。

② 参见:田穗积陈重著《法窗夜话》第209页(1926年)。转引自:《民法学说百年史》第27页(本文中该书的引用均为相同转引)。

③ 参见:田尻部四郎著《法学杂志》31卷8号,119页(1913年)。转引自:《民法学说百年史》第26页,注7。

④ 参见:田富井政章著《民法原论》第1卷54页,61页(1910年)。转引自:《民法学说百年史》第26页,注11。

并采取了登记对抗主义；③登记法（1886年成立，同年法律1号），再次确认不动产物权变动以登记为对抗要件。

债法：同债法相关的单行法并不多，主要有以下几部。①利息限制法，1877年成立（太政官布告66号）；②同年司法省75号，规定了“契约证书”的解释方法，即不能仅依文字，更应具体考察契约当事人的真实意思；③债权让与，1876年成立（太政官布告99号），关于债权让与规定，由借主开具的“证书”为有效要件；④保证，1873年成立（太政官布告195号）。

亲族法、继承法：这一部分立法，只有1871年成立的户籍法（太政官布告170号）。该法规定：按住所（居住单位）编制户籍，户主、直系尊属（长辈）、户主的配偶、直系卑属（晚辈）、旁系亲属等均须记录入册。合并町·村设区，每户设户主和副户主，由户主、副户主负责户籍的编制、整理等工作。在府、县、町设立专门从事户籍事务的官员，这些官员对户籍进行统一管理，并直接向太政官负责。户籍法除规定上述与行政法有关的规则外，同时作为民法的内容有婚姻的成立要件（需在户籍上登记），以及户主在亲族法上的特权，户主的死亡、隐居、废弃户主等等。还有，关于户主的废除及新户主的产生，以及新旧户主之间的继承与被继承关系等等。另外，户籍法还第一次规定了户主以外的家族成员也可以对土地享有所有权等财产权，即“地券”上的所有者名义可以是户主以外的人。

## （二）法学教育和法学研究状况——英国法的优越地位

明治维新后，随着法律在社会中日益受到越来越多的重视，各种以法律教育为中心内容的专业学校应运而生。这些专业学校最早出现在东京，后来在京都逐渐展开。其中既有官办也有私立，但总体上是官办为少，私立为多。

首先，作为官办的法律专业学校有“明法寮”和“东京开成学校”。

1871年，日本司法省设立了第一所法律专业学校“明法寮”。该校由司法省亲自管理经营，主要教授的内容是法国法律。后来该校改名为司法省法学校，于1885年并入东京大学。

1874年，作为东京大学的一个支流的“开成学校”，在改称东京开成学校<sup>⑤</sup>的同时开始教授英国法。日本法学界中法国法学派与英国法学派的分离，乃至后来两派之间的分庭抗争之滥觞即可追溯于此。

这里值得一提的是，1887年在当时的帝国大学中开始开设德国法课程，但直至法典论争（后述），在法律家中学习德国法的人数甚少。

其次，私立法律专业学校出现在明治十年（1878年）以后。在私立学校中，与官办法律专业学校相对应，也主要分为法国法系列教育和英国法系列教育。

属于法国法系列的有两所。一是1881年成立的“明治法律学校”，即现在的明治大学；一是1882年成立的“东京法学校”，后改名“和法（日本法国）学校”，即现在的法政大学。

属于英国法系列的是，1886年成立的“英吉利法律学校”后改名“东京法学院”、“东京法学院大学”，即现在的中央大学。

此外，一是没有明确地表现出法系教育的有：1881年成立的“专修学校”，即现在的专修大学和“东京专门学校”，即现在的早稻田大学，以及1891年成立的“日本法律学校”，即现在的日本大学。二是后来在京都成立的法律专业学校，如：1892年成立的“同志社政法学校”（于1903年关闭），1901年成立的“京都法政学校”，后改称“京都法政大学”，现为立命馆大学。

所谓“近代法”体系主要是指欧洲法体系。近代法又可以分为大陆法和英美法两大体系。日本在民法典编纂前更多的是受英国法的影响。这是因为英国于19世纪末至20世纪初是资本主义世界中最为先进和最为强大的国家。因此日本认为，要从政治、外交等途径解决不平等条约问题更主要的是要依赖

<sup>⑤</sup> “开成学校”最早成立于1868年，其前身是德川幕府设立的“开成所”，而“开成所”的前身也是官方机构，即可溯源于“蕃书调所”。该校于1877年并入东京大学。

英国。而事实上,日本的不平等条约修改和废除也都是最早通过英国实现的。因此,可以想象当时英国法在日本的地位。从另一个角度看,英国是老牌帝国主义,由于长期推行殖民地扩张主义,各殖民地对英国法的继受也比较广泛。从这一点看,当年英国法在日本占据主导地位也应该是顺理成章。另外,从后述法学士会发表的关于延期实施旧民法典的意见书对当时民法编纂的影响程度也可以看出英国法学派当年在日本法学界的地位。

### (三) 审判制度的建立——各行其是

尽管日本于1871年至1875年间在全国范围内建立了比较完善的审判机构,但因为当时缺少系统完善的成文法作为审判依据,所以对同一种纠纷所下的判决,往往是根据法院的不同或负责审理具体案件的法官不同而出现结论不同,即表现为各行其是的现象。

从最早的1875年太政官布告103号《裁判事务心得》中可以看到民事审判规则是:“民事裁判中无成文法者可依习惯,无习惯者应推考条理进行审判”。虽然这里采用了成文法优先主义,但因当时成文法并不健全(甚至可以说基本上不存在成文法),因此在审判中更多的是根据“条理”——法理。然而,在明治初年的大变革时期,何为习惯,何为条理,都不存在一定之规,因此这种规则无疑形同虚设。

这样一来,“条理”就只能是判案人本身对法的理解。当时从事法律审判的法官,主要来自两大法系,一是英国法系,一是法国法系,另外还有为数不多的德国法系和对外国法知之甚少的纯可谓是日本法的法官。这一点也恰好反映了当时无论是国立学校还是私立学校中的法学教育都分为英国法和法国法两大派这种法学教育状况。因此法官在实际审判中只能以自己接受过的法学教育内容作为“条理”作出判断,因而在处理同样一种事实关系的法律纠纷中就很有可能出现大相径庭的判决。

对于这一现象,在民法编纂中起到过重要作用的梅谦次郎(1860—1910年)博士有如下评价:“接受过日本传统法学教育的人,在条理的名下仍然按照旧思想去解决问题;学习过英吉利法律的人,便依英国法原则作为条理进行判案;学过法兰西法律的人自然会依法兰西法典的原则作为条理进行判案;而学习过德意志法律的人自然就会将德意志的法律作为条理。这样的情况真是妙不可言。”<sup>⑥</sup>

另外,据说当年在法官无法确定审判根据时,裁判所经常向司法省或有关行政机关请示,而且最终根据“上级指示”进行判案。因此可以认为,当时实际上的法源中就大量地存在这种根据请示下达的“上级指示”。这些“上级指示”曾结集出版,《法例汇纂》(1875年)和《民事要录》等均为此类出版物。<sup>⑦</sup>

## 二 法典编纂史——旧民法典的起草与法典论争

### (一) 旧民法典的起草及其基本结构

日本民法典编纂史,准确地说应该是始于1869年。即在江藤新平主持下以翻译法国民法典的方式进行的民法典编纂。这种编纂工作尽管没有因江藤本人在“征韩论”中败北被迫下野而中止。但是它与现行民法典的编纂没有直接的联系,故在前文中将其归类为民法典编纂前史。同现行民法典在各方面具有较为密切的关系的是由法国人博瓦索纳德(C. E. Boissonade, 1825—1910年)主持起草的民法典,史称“博瓦索纳德民法典”或“旧民法典”。

博瓦索纳德自1873年受日本政府邀请到日后,曾经对日本的法学教育、立法、外交交涉等都作出过很大的贡献。博氏来日之前,在法国巴黎大学任教。19世纪法国的民法学是所谓注释学派全盛时期,优秀民法学家辈出。博氏当时尽管名气不如后来,但他的文章思路敏捷、观点视点新颖,经常被一些著作和论文引用。博氏以《失妇间赠与的历史》为题完成博士论文,并在法学院博士论文评选中获得一等奖。他的论文还曾获过学士院奖等。然而,他对历史与比较法学表示出的强烈兴趣与当时法国的主

<sup>⑥</sup> 参见:日梅谦次郎《伊藤公と立法事业》载于《国家学会杂志》第24卷第7号,第967页(1910年)。转引自:《民法学说百年史》第27页,注19。

<sup>⑦</sup> 参见:《民法典百年》第1卷,第6页。

流派的问题意识之间存在一定的距离,而且当时大学教授资格考试也像今天一样需要一定的教学实践年数。因此可以想象他当时很可能因为这些客观的原因,毅然接受了日本的聘请。博氏当初计划在日本工作几年之后即回国任教,但由于在日本工作的过程中,接受了刑法、刑事诉讼法、民法等重要法典的编纂委托,后来长时间居住在日本,为日本的法制建设作出了极大的贡献。尤其是1879年开始受政府委托起草民法典的工作,是他整个法学研究生涯中最有价值的业绩,他本人对这一工作也倾入了极大的精力。

旧民法的体例既不同于现行民法典,也不同于法国民法典。相当于现行民法前三编(总则、物权、债权)的部分由博瓦索纳德亲自起草,而相当于亲族法、继承法的部分自始至终由日本法学家组成的起草委员负责起草。而这两部分又都是同一法律委员会内进行审议。法律委员会的主要成员是法官、检察官等司法省的官员,但博氏在法律委员会内具有绝对的权威。比如,博氏在民法草案中曾将租赁权作为物权规定,对此法律委员会多数都持反对意见,认为租赁权应作为债权规定,甚至就此作出了决议。但是由于博氏强烈坚持自己的观点,因此最终草案只能按照他的意见,将租赁权放在物权中规定。

旧民法典采用的是全新的五编构成,即人事编、财产编(物权与债权总论,侵权行为)、财产取得编(契约与继承)、债权担保编(物的担保——担保物权,与人的担保——保证)、证据编(时效等)。另外,条文数的排列并不是从始至终一气贯通,而是分各编排列条文数。

从具体制度规定看,尽管它的基本框架仍然遵循的是法国民法典,但与法国民法典有诸多不同之处。毋宁说这部法典是以法国民法典为基础,同时又接受了法国民法典实施后判例学说的影响做了非常重要的修改。比如,前述租赁权的物权性构成即是一例。自罗马法以来,承租人的权利本属于债权,但博瓦索纳德认为租赁权的对抗力需要明确化,租赁权的抵押应该得到承认,应该赋予承租人人物上诉讼权等等,因此极力主张将租赁权作为物权规定。当然,这种观点在19世纪的法国民法学中也是少数派。另外,将时效作为法律上的推定,在不动产物权变动中规定第一买主尽管没有登记也可以对抗第二买主等等。因此有评价说,在某种意义上可以说旧民法典是一部富有现代民法色彩的民法典。<sup>⑧</sup>

在亲族法中,1888年7月左右成文的旧民法第一草案摒弃了传统的亲族制度,在这里户主的特权完全没有得到承认,长子的继承份额只是稍优越于其他子女。博瓦索纳德尽管没有直接参与亲族法的起草,但他对日本传统法中单独继承这一制度一直持批判态度。因此,第一草案这样规定应该说是受了博氏的影响。草案中的这些内容在法律调查委员会内部也受到了很多批判。因此在后来的草案中,一改第一草案的思路,重新加入了单独继承以及户主特权等传统习惯法的内容。

从旧民法典的用语与文体看,与法国民法典有明显的区别。法国民法典采用了简单易懂、格调高雅的文体,与此相对,旧民法典更显示出技术上的准确性。而且定义性、概念性、原则性的规定非常多,可称为教科书式的法典。这些特征恐怕可以说是体现了起草人博瓦索纳德作为学者的苦心,因为如何能够使当时作为后进国的日本清楚地理解民法的内容,是起草人最关心的问题,因此才有这种教科书式的法典。<sup>⑨</sup>

另外值得一提的是,日本商法典的编纂始于1881年,是由德国人罗斯莱尔<sup>⑩</sup>(Karl Fredrich Hermann Rsler,1834—1894年)负责起草的。该草案也是于1890年公布,曾经预计于1891年开始实施。但它与旧民法典遭到了同样的延期实施的命运(后述),因此也可以称之为旧商法典。

## (二) 法典论争的展开

所谓法典论争,在日本法学界一般是指19世纪初在德国法学家之间就德国民法典展开的论争和19

⑧ 参见:旧 梶野英一《日本民法及び日本民法学说におけるG.ボアソナードの遺産》收录于《如藤一郎古稀纪念·现代社会と民法学の动向》(下卷)第50页以下等。转引自:《民法典百年》第1卷,第10页,注10。

⑨ 参见:旧《民法学说百年史》第10页(加藤雅信执笔部分)。

⑩ 罗斯莱尔对日本明治维新后的法典编纂作出了很大的贡献。他于1878年受日本政府招聘来到日本,在编纂商法典之前,曾参加过明治宪法的起草。

世纪末就博瓦索纳德民法典实施展开的断行派与延期派之间的论争。本小节主要介绍和讨论的是后者。

在旧民法典和旧商法典公布的前一年,即1889年,由帝国大学、法科大学的毕业生组成的法学士会发表《法学士会关于法典编纂的意见书》,向政府和枢密院提出了延期实施民法典的建议。法学士会是以英国法学派为中心的学术团体,学士会的意见书提出民法典应该延期实施的主要理由有以下两点。

第一,意见书强调法的历史性和民族性,认为法并不是人为制定的,而是历史形成的。具体提出:“今日吾邦于脱离封建旧制万事革新之际,社会日新月异极具变化,因此欲重视例规习惯大成法典,一不可依据封建旧制,二不可完全照搬欧美制度为之”。<sup>①</sup>这就是说,法典的编纂应该切忌匆忙性和单纯模仿欧洲法律的做法。

第二,意见书提出商法和诉讼法由德国人起草,而民法由法国人起草,这样就会因缺少体系的完整性引发互相之间矛盾和牵制的结果。

在此之后,日本许多学者都参加这一论争。论争主要在延期派与断行派两大阵营之间展开。延期派主要是以英国法系学生为中心组成的法学士会,其主张基本发表在属于英国法系的“东京法学院”校刊上。与此相对,断行派大多属于法国法系,其见解基本上都是发表在属于法国法系的“和法律学校”校刊上。“英法两派的论阵,旗帜甚为鲜明,英国法学者基本上都主张延期论,与之相对,法国法学者基本上都主张断行论。唯有富井、木下两位博士尽管属于法国法学派,但能够超然地主张延期论,在论争中大放异彩。”<sup>②</sup>

这里需要简单介绍的是作为论争中的主角,同时也是在后来起草现行民法典中作为中心人物的几位民法学者。

其一是延期派的中心人物穗积陈重(1855—1926年)。穗积博士早年在开成学校(东京大学前身)学习英国法学,1876—1881年留学英国和德国,回国后在东京大学任教,1882年晋升教授并出任法学院院长。穗积博士于1890年出版专著《法典论》,主张法典的编纂应该作为日本人自己的事业,有必要邀请律师、政治家、实业家、行政官员等参加,同时对旧民法的编纂方式从学术角度提出了批判。穗积博士学术活动中最为重要的是,设立了以东京大学为中心的法学协会。<sup>③</sup>法学协会是以自由的观点研究法理为目的而设立的,其讨论的内容都是一些与法律实务密切相关的、既有理论又联系实际的学术问题。例如,甲乙二人在异地签定买卖合同时,甲向乙发出购买物品的要约后,乙用邮件发出承诺后,立即又以电报取消了该项承诺,那么这种取消的效力如何等等。<sup>④</sup>

其二是身属法国学派,但在论争中却站在延期派一边的富井政章。富井博士,早年在东京外国语学校学习法语,后在法国里昂大学取得法学博士学位,1885年开始任东京大学教授。富井博士虽然身属法国学派,但当时也参加了穗积博士组织的协会,而且在关于上述异地之间契约成立的时间,即采用发信主义还是到达主义的问题上与穗积博士主张发信主义相对,主张到达主义。<sup>⑤</sup>

其三是作为断行派的中心人物梅谦次郎。作为断行派的中心人物固然要首举博瓦索纳德,但是梅博士在论争中,以及在其后起草现行民法典中的重要地位都是不容忽视的。梅谦次郎曾经以优异的成

① 参见:旧法学士会《法典编纂二关スル法学士会ノ意见》收录于星野通编著《民法典论争资料集》第15页(1969年)。转引自:《民法学说百年史》第26页,注13。

② 参见:旧穗积陈重著《法窗夜话》第340页。

③ 参见:旧小柳春一郎《明治前期の民法学——法学协会における设例讨论を中心に》收录于水本浩·平井宜雄编《日本民法学史·通史》第18页(1997年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第13页,注13。

④ 关于这个问题的讨论参见:旧《法律协会杂志》第25号,1886年。

⑤ 有学者对该协会作出如下评价:它的特征表现在由学者、法官、律师、政府官员等各方面对法律感兴趣的人参加的无拘无束的讨论。在讨论中,不但经常通过自由讨论发现法理,而且还在讨论中经常就一些重要的问题进行比较法和具有实益的讨论。因此它并没有偏重于某一国的法律。但是在法学协会参加过讨论的人大多数都是法典论争中的延期派。参见:《民法典百年》第1卷,第13页。

绩毕业于司法省法学校,在法国、德国留学后回国,1890年开始在帝国大学任教授。梅博士认为旧民法尽管有诸多缺陷,但有必要实施这部民法典,他认为延期派的观点没有理论根据。<sup>①⑥</sup>

两派之间的论争言辞激烈,逐渐升级。面对延期派的强大攻势,断行派略显气力不足。最值得一提的是,在论争的全过程中作用最大的论文应该首举延期派中穗积八束(1860—1912年)<sup>①⑦</sup>以《民法出而忠孝亡》为题的论文。<sup>①⑧</sup>他在论文中提出,旧民法典破坏了日本亲族制度中固有的“醇风美俗”,即道德规范,因此会给日本国体造成不良影响(见后文详述)。

法典论争的最终结果是,帝国议会于1892年通过“民法典及商法典延期实行法律案”,<sup>①⑨</sup>论争以英国学派为中心的延期派的胜利结束。因此这两部法典史称旧商法典和旧民法典。<sup>②⑩</sup>

关于法典论争的性质,根据不同的视角可以作出多种评价。这也恰好说明了法典论争具有比较复杂的性格。

首先,有人评价说:之所以发生这种争议盖由于两学派各自依据的根本学说不同,其实质无外乎是自然法学派与历史法学派之间的争论。具体地说,法国法学派相信自然法学说,认为法的原则可以超越时间和场所,在任何国家任何时候都应该根据同一根本原理编纂法典。与此相对,历史学派则认为法典编纂应该重视国民性以及社会的实际存在。因此,历史学派对于以自然法学说为基础的旧民法典表示反对当然是自明之理。从这一点上也可以说,在日本发生的法典论争与19世纪初在德国发生的萨维尼(1779—1861年)与蒂保(Anton Friedrich Justus Thibaut,1772—1840年)之间就德国民法典发生的法典论争在性质上是基本相同的。<sup>②⑪</sup>

其次,有人认为法典论争并不能简单地用上述自然法学派和历史法学派之间的差异作出最后的总结。正如中村菊男教授指出:“法典的编纂,……应该按照社会的实际情况、稳定的民情风俗进行制定。也就是说法律应该随着时代的进化、国民的需要而产生。这些自不待言。……但是这种观点的背后可以看到主张者认为英国法较大陆法更为优越,明确地表现出对法典编纂者过多依赖法国法的反感。从这个意义上说,民法典论争的出发点是表现为英国法学派对法国法学派的挑战。”<sup>②⑫</sup>

再次,有人认为,从最终决定论争胜负的是帝国议会这一点就可以明显地看出,论争的性质仍然是政治性的斗争。其具体根据是:第一,穗积陈重在回忆法典论争的文章中谈到“总而言之是在组织议员到会的议会上通过论战取得(赞成自己观点的——译者)多数”;第二,在明治政府内,伊藤博文、井上毅、井上馨等也反对旧民法的实施。因此法典延期派的胜利,不能说是某一派学者的胜利。<sup>②⑬</sup>

总之,从法学的观点看,法典论争对其后立法的影响之大是不容忽视的。第一,旧民法作为其后得到修正的草案具有重要意义。第二,延期派的意见对后来的民法编纂产生了很大的影响。尽管延期派中观点各有不同,除前述穗积八束的观点之外,还有就编别章节的构成、法律条文的文体等提出的意见,再有,如原则性的规定过于繁杂,对租赁权在物权法中规定的批判等等都对后来民法典的编纂产生了重要影响。

### (三)法典论争的意义

#### 1. “民法出而忠孝亡”——西方法律与民间习惯的冲突

<sup>①⑥</sup> 参见:旧 梶野英一《日本民法学的出发点——民法典的起草者たち》收录于同著《民法论集》第5卷第145页以下(1986年);濂川信久《梅·富井の民法解释方法论と法思想》载于《北大法学论集》第41卷5-6号393页以下(1991年)。转引自:《民法典百年》第1卷第15页注15。

<sup>①⑦</sup> 穗积八束是穗积陈重的弟弟,他曾经在帝国大学长期担任宪法讲座,一直提倡重视天皇专权的宪法学说。参见:《民法典百年》第1卷第14页。

<sup>①⑧</sup> 参见:旧 穗积八束《民法出、效忠亡》载于《法学新报》第5号(1891年)。转引自:《民法学说百年史》第26页注16。

<sup>①⑨</sup> 同年5月28日于贵族院获得通过,6月10日于众议院获得通过。

<sup>②⑩</sup> 旧商法典的一部分在其后得到了实施,而旧民法典却从未得到实施。

<sup>②⑪</sup> 参见:旧 穗积陈重著《法窟夜话》第352页。

<sup>②⑫</sup> 参见:旧 中村菊男《近代日本政治史的展开》62页(1970年)。转引自:《民法学说百年史》第27页注22。

<sup>②⑬</sup> 参见:旧 大久保泰甫著《日本近代法の父ボソナード》第159页(1977年);大村敦志《民法典を考える——思想とにの民法のたかに》载于《民法研究》第1卷1号第34页以下(1996年)。转引自:《民法典百年》第1卷第15页注17。

在法典论争中,最能刺激国民情感,或者说最能诱导社会舆论的就是穗积八束的“民法出而忠孝亡”这篇著名论文。该论文主要内容如下:“有一利必有一弊,私法学家极端重视个人平等,而容易危害社会秩序;公法学家偏重于权力,而同时存在急于对社会启蒙之弊。然而明治的立宪制度却偏重于私法学家的理论。我国是尊祖训,重家制之邦,权力与法均生于家。我国固有的国俗法度,与基督教以前的欧罗巴相似。然而,我国的立法者却专门把标准定在基督教以后发达的欧罗巴法理上。因此让人感到奇怪的是,他们为何忘记了我国并非基督教之邦。所谓家长权神圣不可侵犯,理由源于祖先的神灵神圣不可侵犯。家族中无论长幼男女,一是服从其威信和权力,一是赖于其保护。一男一女缘于情爱居于一处是基督教以后的家的概念。我国新民法(博瓦索纳德民法)就是缘于这种信仰。但是这并不是我国固有的家庭制度。所谓家是一男一女自由契约(婚姻)而成立这种冷漠的思想并非古代欧罗巴就有。男女并非是通过婚姻才能建立家庭,而是欲使家嗣永续才行婚姻之礼。而欧罗巴正是从信奉这样一种宗教开始,即由于唯我独尊的上帝独占了人类所有的敬和爱,所以子孙便不再知道供奉祖先,因此孝道殆尽。尽管这样,我国还是公布了这种极端个人本位的民法,欲以此剔除三千余年的信仰。”<sup>②4</sup>

有学者对这段历史作出如下评论:“明治时期的日本,一般百姓对改变自己固有生活形态心有余悸。因此可以想象‘民法出而忠孝亡’这种类似于口号的词句对当时百姓中朴素的国民感情具有很大的感召力。正是因为有这种朴素的国民感情存在,才会出现穗积八束这种保守派的议论,也才有对外国人起草的东西成为日本法律是‘本邦末代之耻辱’<sup>②5</sup>等政治家对延期派主张的支持。从另一方面看,法典编纂的主要目的是修改不平等条约,而不平等条约正是西方列强强加给日本的,于是这里便很容易招致国粹主义者的反抗。正是有这些诸多要素的盘根错节,在法典论争中才体现出了一种源于国粹主义的反对运动高涨。这种反对运动在民众的层次上,意味着西洋文化与日本文化之间的冲突;在思想、政治运动的层次上,又表现出一种具有国粹主义、反动主义性的色彩。总而言之,恐怕我们在认识这个问题上不应该忽视它所具有的复古主义、反西欧型的国粹主义的性质。”<sup>②6</sup>

关于这一点,当时的有识之士以及受雇于日本的外国人之中的一部分人也有同样的认识。例如,在博瓦索纳德民法典草案最初上报给伊藤博文8个月后(1886年末),德国人罗斯莱尔曾经说过这样一段话:“一国之法不能不适合其国民的性情。若其内容属于前所未闻的新奇之理,一旦将这种与人民思想及感情相背离的民法付诸实施,则人民便不能对此予以理解,随之将会给实施带来不胜枚举的困难,甚至会因此而导人民起来反对,从而必然酿成社会混乱。……今日之日本,仅以数年,即实现了政治及社会各种制度的大变革,今日复实施新定之民法,恐怕有失操之过急,因此会引起强烈的反对”。<sup>②7</sup>有学者指出:“从前后日期算,这段话要早于引发法典论争的《法学士会关于法典编纂的意见书》两年半之前。从其后发生的社会混乱看,罗斯莱尔对这种混乱的发生以及原因早已作出了精确的预见。”<sup>②8</sup>

## 2. 英法派与大陆法派之争——法律家之间的阵地争夺

如前所述,法典论争主要是在英国法学派与大陆法学派之间展开。从论争的内容看,它不仅是历史法学派与自然法学派之间纯学术的法学派争论,同时也涉及到西方法律与传统习惯之间矛盾的调整问题。更不容忽视的是,在延期派与断行派之间的争论不断升级中,既不乏带有孩子气的饶舌,<sup>②9</sup>更可以见到一些信口开河的言论。<sup>③0</sup>关于法学界、实务学界在法典论争中的表现,在后来学者的研究中多有讨

②4 译引自:《民法学说百年史》第10页。

②5 参见:田村田保《法制实历谈》载于《法学协会杂志》第32卷第4号(1914年),转引自:《民法学说百年史》第26页,注17。

②6 译引自:《民法学说百年史》第11页(加藤雅信执笔部分)。

②7 参见:旧《民法二付口工スレル氏意见》收录于伊藤博文编《秘书类纂法制关系资料(上)》(1969年,复刻原本1934年),转引自:《民法学说百年史》第27页,注18。

②8 参见:《民法学说百年史》第12页(加藤雅信执笔部分)。

②9 参见:旧穗积陈重著《法窗夜话》第340页。

③0 参见:旧《民法百年》第1卷第14页(小柳春一郎执笔部分)。

论。其中有人通过对当时的法学教育、裁判制度、法源等角度进行考察认为,法典论争之所以能达到白热化的程度,还有一个重要的原因就是因为在英法派与大陆法派之间,即专业法律家之间有阵地之争存在。从这一时期在法实务中外国法得以作为法源发挥作用这一点看,也可以认为英国法派与大陆法派之间的全面对立是拿职业作赌注的一场赌博,因此论争的白热化自然也是源于此理。<sup>①</sup>这种观点是源于博瓦索纳德的一篇论文。在民法典与商法典延期三年实施的决议通过后,博瓦索纳德曾经发表过一篇题为《新法典非难的批评》。论文指出:在延期实施法典的意见中,载有11个人的姓名,其大多数是属于英国法学者或只学过英国法和美国法的律师。他们对民法及商法心怀不满的原因恐怕就在于法典的内容与自己学过的东西差距过大。因为如果新法实施,他们将不得不重新对此进行学习和研究,也许他们正是因为这一点才感到不愉快。<sup>②</sup>

### 3. 政府对断行和延期的判断——废除治外法权的紧迫性与社会矛盾之间的调整

综上所述,旧民法典延期实施的原因就在于法典论争。日本学者在论及民法百年的历史时无人可以回避民法典论争的性质问题。关于这一点,法制史学者在长期研究中也多有论述。如果将这些论述作一个简单的总结,即可以看到这场论争既有学者——历史法学与自然法学之间纯学术观点之争,也有法学界法实务界中英法学派与大陆法学的阵地——确保自己职业之争的一面,既有西方法律与民间习惯冲突的一面,也有传统政治与维新政治之争的一面。如果这样,从不同的侧面对法典论争进行总结,就可以清楚地看出,在当时日本社会背景下存在的各种社会矛盾正是通过法典论争被集中表现出来的。然而面对这些社会矛盾,与法典编纂的目的——废除治外法权的紧迫性之间的龃龉,政府面临着如何进行调整的选择。

毋庸讳言,在当时的社会背景下,政府对此如何判断是一个难题。因为法典编纂的基本目的在于修改不平等条约,其主要内容是对以领事裁判权为中心内容的治外法权的修改。而且通过修改不平等条约,达到脱亚入欧的目的,不仅是政府,而且也是国民的“悲愿”。正如断行派梅谦次郎所言:“当时的法典并非十全十美,但当时法学家中学派纷立,除英、德、法各派之外还有保守派,即传统的习惯法学派。如果将之延期实施,恐再难见到法典实施之日。而当时的形势是吾人夙望条约得到立即改正,而无法典则不得为之。”<sup>③</sup>

应该看到的是,自博瓦索纳德起草旧民法典到法典论争,日本国内对民法编纂在不同的层次上存在着各不相同的想法。

第一,从国家的角度看,法典编纂是修改不平等条约的前提条件,而为了达到这一目的必须立即制定法典。第二,在一般国民的层次上存在着传统文化与西洋文化的冲突。第三,从法学家的角度看,英、德、法、日各学派之间因为牵涉到自己职业的得失,因此他们之间的论争显得异常激烈。第四,从意识形态的角度看,日本有力的学说认为,这是自由主义,即法国式市民法中的资产阶级自由主义与半封建的绝对主义,即所谓半封建的伦理与醇风美俗之间的对立。<sup>④</sup>

因此可以说在法典编纂的最初阶段,从日本国内各种关系的矛盾看,可谓是“同床异梦”。而政府为了调整或缓解这些矛盾,只能采取延期实行,即以三年的修改期为条件,以期最终实现法典编纂的大业。

## 三 法典成就史——现行民法典的编纂及其沿革

### (一) 法典调查会

#### 1. 法典调查会的成立

<sup>①</sup> 参见:《民法学说百年史》第12页以下(加藤雅信执笔部分)。

<sup>②</sup> 译引自:《民法学说百年史》第15页。另参见:ボアソナード《新法典非难ノ批评》,收录于伊藤博文编《秘书类纂法制关系资料(上)》第301页(1969年,原刊本1934年)。

<sup>③</sup> 参见:旧 田田新著《日本民法史——民法を通じて見たる明治大正思想史》第41页(1928年)。转引自:《民法学说百年史》第27页,注29。

<sup>④</sup> 参见:旧 坪野一郎著《日本资本主义社会と法律》第15页(1971年)。转引自:《民法学说百年史》第27页,注28。

旧民法典的实施因 1892 年“商法典与民法典延期实施法律案”在帝国议会通过而搁浅后,同年 8 月成立的伊藤博文内阁设置了民法典、商法典实施调查委员会(简称“法典调查会”),专门讨论法典修改问题。该委员会首先向内阁呈报了关于延期实施法律案须上奏天皇获得最终裁决的意见。延期实施法律案在得到天皇最终裁决后,于同年 11 月 24 日作为同年法律 8 号公布。该法律规定:“明治 23 年 3 月法律第 28 号规定的民法财产编、财产取得编、债权担保编、证据编,……同年 10 月法律第 98 号规定的民法财产编、财产取得编、人事编因需要修改,将延期至明治 29 年 12 月 31 日前实施”。从这里可以清楚地看出,旧民法典并非单纯地废止,而只是因为需要修改才延期至 1896 年(明治 29 年)12 月 31 日。换言之,这里决定的是以旧民法为基础编纂新的民法典。因此,旧民法典对现行民法的影响是可以想象的。

另根据 1893 年 3 月 25 日敕令 11 号公布的《法典调查会规则》规定,法典调查会为内阁直属机构,首相伊藤博文任总裁,副总裁由西园寺公望出任,并任命了主查委员 18 名,查定委员 21 名。其它委员选任了经历和职业等各不相同的人,如政府官员、司法官、律师、实业家等等。<sup>⑤</sup>由此,以法典调查会成立为标志,日本民法典编纂继以江藤新平翻译法典为代表的编纂前史,以及以博瓦索纳德起草旧民法典至法典论争为止的第一阶段,开始进入了第二阶段。

## 2. 基本方针的确定

法典调查会成立后,首先要确定法典编纂的基本方针。根据法典调查会的规则第五条:“关于法典调查会的议事及会务整理规则由内阁总理大臣规定之”。据此,伊藤博文于 1893 年 4 月制定了“法典调查规程”。其中有以下两方面的内容值得注意。

首先是程序方面的内容。

① 法典的修改“依单独起草、合议定案之方法进行”(第 1 条),有学者指出,之所以重视合议恐怕出于两方面的原因,一是鉴于法典论争的经验,二是与穗积陈重撰写的《法典论》有关,<sup>⑥</sup>

② 修正案的制订由三名起草委员,即穗积陈重、富井政章、梅谦次郎负责(第 2 条);

③ 法典调查会由主查委员和委员组成(第 6 条),法典修正案的议决原来规定必须经过主查委员的预定议决和总会的确定议决两道程序(第 12、13 条)。但这一程序在 1894 年 3 月 26 日敕令 30 号中得到简化,废止了主查委员、查定委员的区别,将其一律改为“委员”;

④ 关于正在进入审议程序的法案的修改,规定了比较严格的要件“欲修改法案者,需先提出修改后的成案(第 26 条)”,如修改之动机在委员会中未能得到赞同,则不得作为议题成立(第 27 条)。

其次是 1893 年 5 月 20 日第二次法典调查会总会通过的“法典调查方针”。

① 对继承法的各条各款需进行审查,实施必要的修正删补(第 1 条)。这一内容最能明确揭示旧民法典对现行民法典起到的重要作用。

② 关于民法典的编别设计,分为总则、物权、人权(债权)亲族、继承等五编(第 2 条)。这是德国民法典草案的体例,因此这也是现行民法典被认为更多的是受德国民法典影响的主要原因。在编别的问题上,穗积陈重在批判旧民法典时曾经提出,一是需要总则,二是旧民法典将继承法归于财产取得编不仅不符合现行日本的家督继承制度,而且对户主权以及祖先祭祀权的继承的重要性也没有得到重视,因此主张继承法应该独立成编。<sup>⑦</sup>

③ 法典的用词,应尽可能采用普通惯用词句(第 12 条),这里的“普通惯用之用语”不是指日常用语,而是指明治维新后伴随着继受西方法学过程中创造的用语。

<sup>⑤</sup> 参见:旧 利谷信义《明治民法における“家”と相继》载于《社会科学研究》第 23 卷第 1 号,第 44 页以下(1971 年)。转引自《民法典百年》第 1 卷,第 21 页,注 20。

<sup>⑥</sup> 参见:旧 J《民法典百年》第 1 卷,第 16 页。

<sup>⑦</sup> 参见:旧 小柳春一郎《穗积陈重と旧民法典》载于《法制史研究》第 31 号,第 132 页(1981 年)。转引自:《民法典百年》第 1 卷,第 22 页,注 21。

④ 法典中立法上特殊需要解释定义者外,定义的种类区别、引例等一概删除(第13条)。这是针对旧民法的列举性、教科书性编纂方式而提出的。

### 3. 起草和审议的过程

现行民法典的起草人穗积陈重、富井政章、梅谦次郎三位教授中,既有延期派,亦有断行派。起草委员通过合议起草的条文需要在多数委员参加的调查会上通过讨论最终确定。在法典调查会的议案中基本上分为三种,即甲号议案、乙号议案、丙号议案。所谓甲号议案是修改旧民法典的法案(具体条文案),在甲号案中一般列举有参照条文,如旧民法、外国法、法规、指令等等。<sup>③</sup>乙号议案是就民法中的重大问题确定基本态度的所谓“预决议案”。例如,在乙第9号议案中曾经有过“地上权应作为物权存在之”这样的内容。该案于1893年5月26日得到通过,作为基本方针确定下来。此后,于1894年9月28日又通过甲第14号议案对此内容作出了具体条文的提案。丙号议案是一般事务性议题。

审议程序本来分为两个阶段,即主查会阶段和总会阶段。主查会最早开始审议民法总则是在1893年9月29日。当时作为一般程序是,首先,主查会收到甲号议案的原案,即起草委员案后,先由起草委员对原案进行说明。如,与旧民法典中内容的异同及其理由,介绍外国相关法律等,然后由主查会对此进行审议。如果有人对原案提出修正案,必须决定是否采纳。其次,在总会上以同样的程序进行审议。但是,由于1894年敕令30号废止了两段审议的复杂程序(前述),同年4月6日开始简化了程序,将原来的两阶段改为一阶段审议。

法典调查会于1894年5月18日完成了总则编的审议,5月至12月完成了物权编的审议。于12月18日至25日对上述两编进行整理讨论,主要是对前两编条文之间相互是否矛盾进行讨论,其后于1895年1月至10月对债权编条文进行了审议,另外10月14日至12月13日对亲族编进行了审议,但是并没有完成。其原因是因为法典调查会此时要向第九次帝国议会提交前三编条文的草案,因此暂停了对亲族编条文的审议,而开始优先对前三编条文进行重新整理审议。12月16日至30日重新开始对前三编条文进行了全面整理。1896年1月8日至2月17日又回过头来重新开始审议亲族编,但仍然没有完成。其后于1896年初,前三编草案在帝国经审议获得通过(众议院3月16日,贵族院3月23日)。

法典调查会于1896年4月15日至5月25日又对亲族编进行了重新审议,并在此期间完成了亲族编的审议工作。另外在5月25日至12月16日开始审议继承编。从上述日程表完全可以看出具体条文等的修改审议已经超出旧民法延期实施法案规定的期限,因此又通过1896年法律第94号规定,将旧民法延期至1896年6月30日前付诸实施。尤其是亲族和继承两编在于1897年6月7日至12月17日期间经过全面整理后,其修正案曾经一度向帝国议会提出,但由于当时正逢众议院解散而未能得到审议。其后这两编又经过整理和追加条文,在1898年4月提交国会,最终于第12次帝国议会通过(众议院6月2日,贵族院6月10日)。<sup>④</sup>

在民法典的整个起草过程中,起草委员之间经常有见解不一,争论激烈的问题。比如异地之间契约的成立问题就是一例。首先,在总则编中关于异地之间的意思表示规定,梅谦次郎与穗积陈重提出发信主义原案,但富井政章提出了到达主义的修正案,这时的到达主义修正案得到了多数人的支持。但是在其后债权编中就异地之间契约成立问题进行的讨论中,梅谦次郎和穗积陈重提出应将承诺的意思表示以发信时为契约成立的要件,即发信主义,富井对此也同样提出了到达主义的修正案。但是这时富井的修正案并没有得到多数的支持。在这期间,法典调查会到各地商业会议所(现工商会议所的前身),就商

③ 参见:旧《民法第一议案》收录于法务大臣官房司法法制调查部监修《日本近代立法资料丛书》第13卷(1988年),转引自:《民法百年》第1卷,第22页,注22。

④ 参见:旧广中俊雄《日本民法编纂史とその资料——旧民法公布以后についての概観》载于《民法研究》第1卷第1号,第138页以下。转引自:《民法百年》第1卷,第22页,注23。

业的习惯进行过调查。其结果又重新反馈到法典调查会,对审议是否采用修正案起到了重要的作用。因此,现行民法典关于意思表示采用的是到达主义(第97条第1款),而在异地间契约成立的问题上采用的是发信主义(第526条第1款),这些都是起草中争论的结果。<sup>④</sup>

在上述介绍中可以看到,在条文的起草过程中曾经做过习惯调查。关于习惯调查,根据问题不同,采取的方法各异。有些作了深入细致的调查,而有些却只是流于形式。例如,前述异地间契约成立的调查即属于前者,而后者诸如土地的租赁(包括建筑用地和农业用地)的习惯调查应该说是属于后者。具体地说,1894年9月4日在官报以及各种民间报纸都刊载了立法机关对民法中14项具体制度征求意见的消息,希望以邮寄的方式给予回答。其中就有诸如“借地人是否可以将借地权让与他人或转租他人”的内容。<sup>⑤</sup>然而,起草委员会向法典调查会提交关于地上权原案的时间却是在9月28日,因此可以想象所征求意见在原案中并未得到体现。另外在审议中面对“租赁权以及永佃权的让与与转让,在习惯上是否无需地主的同意即可成立”这一提问,起草委员根据回收的民间意见和1877年司法省发表的《民事惯行类集》记载的惯行报告,按照需要同意和不需要同意的回答数量多少进行了应答。但是委员中有人对这个调查提出批评,认为“回收的调查问卷基本上都不是出于真正的普通佃农之手”。<sup>⑥</sup>因此可以说关于土地租赁等的习惯调查是极其粗糙的。也正因为如此,在现行民法典有关不动产制度有诸多欠缺,因此在其后需要制定出一系列的特别法予以补充。诸如《关于地上权的法律》(1900年),关于建筑物保护的法律(1909年),借地法·借家法(1921年)等等。

但是,必须看到的是,在土地制度中关于入会权的习惯调查是比较认真的。这一调查是以各地法院及行政官厅为对象用问卷方式进行的。但遗憾的是起草委员们并没有对于这些调查资料似乎并没有完全彻底地进行消化。<sup>⑦</sup>因此梅谦次郎只就已经理解的内容起草了相关条文,即将入会权规定为带有共有性质的和带有地役权性质的两种(现行民法第263条、294条)。从总体上看,在财产法范围内,就习惯和判例进行详细调查的实属例外。起草委员们只是以修改旧民法为基础,参照西欧各国民法典学说,以追究“法理”的方式起草了原案,而法典调查会又是按照这些原案进行讨论后确定了具体条文。这是起草中最普遍的形式。<sup>⑧</sup>

## (二) 法典的特色与基本性格——母法论

小柳春一郎教授(独协大学)用列举的方式对现行民法典的特色做了总结。<sup>⑨</sup>以下首先按照小柳教授论文分财产部分和亲族法部分介绍民法典草案的特点,其次通过介绍日本学界关于日本民法的母法的争论考察现行民法典的基本性格。

### 1. 财产法部分

第一,关于权利能力平等的原则。现行民法草案第1条(经1947年修改,现为第1条之3)规定“私权的享有始于出生”。从条文本身看,似乎是从法律基础上规定了权利能力的起始点,但现在一般将此条理解为近代法上的一大原则,即人自出生即具备权利能力。但是在旧民法人事编第1条曾经规定“凡是人都享有私权……”。对此,起草委员们认为这种文字表现“纯属画蛇添足”,因此删除了这种文字。对此有研究认为该条这种修改是考虑到避免让人联想起生得权或自然权的表现。<sup>⑩</sup>这种修改体现了现

④ 参见:旧 梶野英一《编纂过程から見た民法拾遺》收录于同著《民法论集》第1卷,第151页以下(1970年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第22页,注24。

⑤ 参见:旧 小柳春一郎《近代の土地》收录于土地综合研究所编《日本の土地——历史と现状》第154页(1996年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第22页,注25。

⑥ 参见:旧 法典调查会民法议事速记录》第2卷,243页(土方宁1894年10月5日发言)。转引自:《民法典百年》第1卷,第21页。

⑦ 参见:旧 同上第2卷,136页(梅谦次郎1894年9月21日发言)。转引自:同上。

⑧ 参见:旧 比户克彦《旧民法·现行民法の条文对照表——旧民法财产编总则·物权部》载于《法学研究》(庆应大学)第69卷第135页,第10号,第131页,第11号,97页(1996年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第22页,注26。

⑨ 参见:旧 法典百年》第1卷,第22页以下。

⑩ 参见:旧 海老原明夫《权利能力》载于《法学教室》152号,第24页(1993年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第30页,注27。

行民法典的一个特征。

第二,关于所有权,现行民法典规定“所有者与法律限制内有自由使用、收益及处分所有物的权利”(现行民法典第206条)。与此相对,在旧民法典中关于所有权的規定是:“所谓所有权是指自由地使用收益以及处分物的权利”(财产编第30条第1款),以及“此权利非依法律或合意或遗言不受限制”(同上第2款)。对此,起草委员梅谦次郎代表起草委员曾做过如下说明。首先,认为无须在法典中写入定义性的条文。另外旧民法典的立法者曾经认为“所有权本来是不受限制的,只能依法律给予一些限制”。关于这一点,在旧民法的法条中得到了体现。但是权利的范围自然应由法律规定,从这一点上看,旧民法中的用词似有不妥之处。为了明确地表示“所谓所有权本来就不是无限制之物”,因此在现行民法典草案中加进了上述限定词。<sup>④7</sup>

第三,关于契约自由。所谓契约自由一般是指缔结的自由、选择当事人的自由、契约方式的自由、内容决定的自由。但是其中特别是内容决定的自由比较重要。在旧民法中关于契约自由的規定是:“合法所为之合意,于当事人之间具有与法律相同的效力”(财产编第327条第1款),“当事人可依据合意,而不依据普通法之規定,而且可以增减其效力,但不得触犯公共秩序及善良风俗”(同上第328条第1款)。对此,民法典起草者们认为,不言而喻的規定没有必要写入民法典,因此将其删除。<sup>④8</sup>从现行民法91条規定的与任意規定相悖的意思表示为有效,以及90条規定的违反公序、良俗的法律行为无效等規定看,现行民法典采用的是间接契约自由原則。

第四,关于侵权行为在现行民法第709条規定了“故意或过失”的要件,这一規定意味着明确地接受了过失責任原則。起草委员关于这一制度的设计曾作过如下说明:首先,该条規定是源于旧民法典财产编第370条第1款規定的“过失或懈怠”。其次,关于侵权行为的损害赔偿原則有两种,一是过失原則,一是原因原則。前者是指造成損害原因的行为人只有在行为人有故意或过失时才令其负賠償責任的原則,而后者是指只要在行为与損害之间有因果关系时就令原因人负賠償責任的原則。因为后者过于严格,会妨碍个人的活动,因此没有采用原因原則而采用了过失原則。<sup>④9</sup>对于这种说明,小柳教授认为似乎还有若干补充的必要。他认为,关于侵权行为的过失責任原則,其責任根据首先是道德性过失(Faute),其次进而可以追溯到意思自治,也就是说在意思自治原則下,一是有从自由的行动中发生的責任问题这种法官民法的立场,另一个是把重点放在保障经济活动的自由这种德国民法典上的立场观点。但两者并不矛盾,相辅相成地构成了近代法上的过失原則。尽管旧民法典更多的是受法国民法的影响,但上述起草者的说明却更偏重了德国民法典上对于经济活动自由的保障。<sup>⑤0</sup>

第五,关于法人和法律行为,在法国民法典以及旧民法典中或者完全没有規定或者只有简单的規定,而在德国民法草案中有详细規定,现行民法典采取了德国民法草案的作法。仅以法人制度为例,法国民法对于国家与个人之间的中间团体采取了消极承認的态度,因此关于法人没有明文規定,在旧民法典中也只是有极其简单的規定。与此相对,现行民法典中在总则中专门設章規定了法人制度。

第六,关于对弱者的保护,起草者们采取的态度特别消极。仅举一例,起草者们认为利息限制法应该廢止,甚至对流质契約的禁止也表现得非常消极。富井政章曾经对利息限制法提出異議,认为该法违反经济原則,会导致实施困难,认为“供求关系只能依据自然法则”。另外土地和房屋等租賃关系也应完全由当事人之间自由决定,因此要求廢止对这些法律关系的限制的规定。梅谦次郎也曾经说过“虽然有必要对特别恶劣的高利贷进行处罚,但这并非与利息限制法发生直接关系”。然而,与此相对,在法典調查会中认为有必要限制高利贷的意见还是占据了主导地位,結果决定保留有关利息

④7 参见:日 奥岛昌道《民法基本制度原理》载于《法学教室》第139号第27页(1992年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第30页,注28。

④8 参见:日 大村敦志《契約の拘束力・契約の自由》载于《法学教室》第152号第33页(1993年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第30页,注29。

④9 参见:日 广中俊雄编辑《民法修正案(前三编)理由书》第610页(有斐阁,1987年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第30页,注30。

⑤0 参见:日 野野英一著《民法——财产法》第153页(1994年)。转引自:《民法典百年》第1卷,第30页,注31。

限制法的规定。

第七,关于流质契约,富井政章认为:旧民法债权担保编第130条关于流质契约无效的规定是不正确的。因为流质契约并非是特别危险的契约,如果禁止这种契约,恐怕会影响金融的正常运行。如果法律采用这种方式保护债务人,就需要在许多与之相似的场合大量设置同样的保护性规定。但是本来“这些关系完全交给契约自由处理并不会发生任何问题”。在调查会中关于设置禁止流质契约规定的意见一直是少数派,现行民法规定禁止流质契约(第349条)的规定是在帝国议会审议民法时才加上的。

第八,关于不动产的利用权应该得到充分的保护这种观点没有得到应有的重视。在整个立法过程中,对所有权的高度重视导致了对利用权的轻视。尤其是在起草人之间这种倾向尤为明显。梅谦次郎在审议地上权规定时曾经以“如果支分权过强,就会影响所有权,这样对经济十分不利”为由提出地上权设定期限应限制在五十年之内。但此提案因未获得多数同意,最终被否决。另外在审议永佃权时,对于在习惯上将永佃权作为永久性权利这一问题上,起草者认为这种权利损害土地所有权,限定了最长期限。另外关于租赁的最长期限也根据同样的理由被限定为十年。

第九,关于佃租减免的第609条是对佃农非常苛刻的规定。根据该条,在以收益为目的的土地租赁关系中,承租人因不可抗力致使所得收益较租金为少时,以不超过其收益额为限,得请求租金减额。这就是说,佃农的收益在佃租以下时,尽管佃租减额的请求可以得到承认,但所收益的全部必须全额充作佃租交给地主。在该条的审议中,曾经有人认为,这是“关系大多数人民命运的规定”。对此有人(穗积陈重)认为采取保护佃农的作法有可能会相反招至佃租的上涨;另有人(尾崎三良)认为,这种规定可能导致地主与佃农之间的纠纷增加;另有人(元田肇)透过对该条的讨论,对民法草案整体缺乏对弱者保护规定提出批判。“草案整体自始至终充分地贯彻了契约自由,尽管有些已经形成决议,但仍有流质、利息等问题存在……,契约自由的大道理在这里获得了全面胜利。然而作为一种政策用立法者的命令对贫民进行保护,却基本上被删除殆尽”。对于这种批判,梅谦次郎认为:“保护贫民的规定自然是不可缺少的,这点没有任何问题。但是我们采取的精神是合乎民法的,没有设置政策性规定是因为我们认为可以根据今后的实际情况用制定特别法的方式对此进行保护。”另外,第605条关于租赁权的对抗要件是需要登记这一规定也是与现实不相符合的规定。

## 2. 亲族法、继承法部分

关于亲族法和继承法部分的特点,小柳教授根据利谷教授和星野教授的研究作了如下总结。<sup>①</sup>

第一,关于亲族法编纂的基本方针。富井政章在亲族编审议开始时曾经谈到:以不构成社会弊端为限保存传统的制度习惯,同时保持一种前瞻性编纂时也充分考虑到尽可能满足今后时代变迁的要求。对于旧民法虽然需要进行一些修改,但并不存在必须进行彻底修改的问题。在编别构成上是将继承法独立成编,这一点与旧民法完全不同。旧民法将继承列入财产取得编是忽视了日本传统法中诸如家督继承,即户主权继承等固有的制度的存在。

第二,在亲族编中专门设章规定了“户主及亲族”(第2章)。因为旧民法将这种制度放在人事编第13章不符合日本传统中将亲族制度作为社会基础的习惯,因此变更章节的排列实际是提高了这一制度在亲族编中地位。而这一点又恰好与上述继承法制度的设置保持了一种协调的关系。

第三,关于户主制度的设置采取了较为慎重的态度。其原因是在法典调查会审议之初,西园寺副总裁曾经提出废止隐居制度,认为户主制度实际上是封建时代的遗产,提出户主废止论。<sup>②</sup>对此穗积陈重认为“不能用法律手段残酷地矫正人民的生活,因为“人民依然在重视这种方式的亲族生活”。同时穗

<sup>①</sup> 参见:《民法典百年》第1卷,第27页以下。

<sup>②</sup> 在日本传统法中,亲族制度的中心内容是家督制度,而继承制度的中心内容与亲族法相对是家督继承,即户主权力的一揽子继承制度。这种继承与近代法中“非因死亡不发生继承”这种原则不同。如所谓“隐居继承”,就是由家中最有实力的晚辈(一般是长子)从活着的上一辈(一般是父亲)手中一揽子继承家长的身份。

积也强调了应该对个人能力提高后,可以分家或独立生活给予适当的考虑。

关于这些制度最终在民法典中作了如下规定。①户主与家庭成员只能有一个姓氏(旧规定第746条)记载于同一户籍。同一户籍可记载三代,以户主为代表的“家”是一种大家族式的存在。②户主对家庭成员享有以下权利。居住指定权、婚姻及养子收养等身份上的许可权。换言之,户主在家庭这一范围内具有各种决定权。同时户主对家族成员负有抚养义务(旧规定第747条)。这里值得一提的是,户主可以对不服从居住指定权等上述家长权的家庭成员实施制裁,但制裁仅限于将其从户籍中除名,而其实质意义在于户主可以免除对其抚养的义务。因此这并不是一种强有力的制裁。③户主以外的家庭成员也都具有权利能力,但在家族成员中无行为能力人的范围除禁治产者、准禁治产者外,还包括妻子(旧规定第14条至18条),而其他成年人均具有行为能力。

第四,关于婚姻,因为采用了法律婚主义(旧规定第775条),所以婚姻仪式本身与婚姻关系的成立之间便失去了自然的联系。因此这种制度改变了当时“我国国民几乎所有的婚姻均始于内缘(非法律婚)关系,而且其中大部分夫妇是以这种关系终其一生”这种社会现实。

第五,关于离婚。一方面采用了因通奸罪的有责主义裁判离婚(妻子通奸即成为离婚理由,但丈夫只限于因奸淫罪受到刑罚处罚为限,并非男女平等之规定)(旧规定第813条),另一方面也采用了简单程序的协议离婚制度(旧规定第808条)。另外,起草委员曾经提出将精神病作为裁判离婚原因这一方案,但遭到激烈的批判后被否决。还有穗积陈重在法典调查会上关于裁判离婚事由提出破裂主义案——即可以依据夫妇间已不再履行同居义务之事实为理由提出离婚之诉。但没有人对此提案表示赞成。

第六,家督继承——即单独继承制度被保留下来(旧规定第970条),其中心内容是对户主权的一揽子继承。与此附随的是财产的移转。作为法定推定家督继承人,在亲等不同人之间以亲等最近者为优先,亲等相同者之间以男性优先,亲等相同的男性或女性中以嫡子优先,在亲等相同的嫡子、庶子与私生子之间,尽管嫡子和庶子是女性,也优先于男性私生子,在条件相同者之间年长者优先。关于户主以外的继承人是“遗产继承”,同顺位继承人为复数时,采用平等主义(旧规定第1004条)。

第七,在传统习惯中曾经有过对不胜任的户主强制令其隐居的“废户主”的制度,然而这种制度在经过相当激烈的讨论后最终没有得到承认。这就意味着新的立法否定了户主财产在传统习惯上的家产性质,从而给户主的财产明确地赋予了个人财产的性格。

关于亲族、继承编值得一提的是,前述穗积八束在法典论争中曾经对旧民法中亲族法破坏了传统的家族道德进行了批判。穗积八束这种要求强化亲族制度的观点在法典论争中为延期派的政治性胜利作出过贡献,但是这种观点并没有影响在其之后的民法典编纂的方向。尽管穗积八束也曾参加过法典调查会,但他的影响力没能使最终确定的亲族法内容与旧民法典产生实质性差别。因此在民法典成立后他仍继续对民法典破坏家族道德提出严厉的批判。

### 3. 母法论

从上述对法典论争以及法典调查会等民法编纂史的考察,即可以看出日本民法典的编纂,更多的是参照了法国法和德国法,另外还部分参照了英国法。这一点在学界没有更多的争论。但是在德国法和法国法之间,到底哪部法律对民法典编纂影响更大这一个问题,学界有一些争论。如果从采用法国法模式的旧民法典在法典论争中以失败而告终,而现行民法典采用的又是德国法体例,而且引进了法国法中没有而德国法中特有的,诸如法律行为、法人等制度,以及在法典成立后学说继受期曾出现过的德国法万能的现象等方面看,现行民法典的编纂更多的是受到了德国法的影响。这种观点至20世纪30年代前后为止,一直在日本民法学界占统治地位。进入60年代后有学者对此观点开始提出质疑。日本著名民法学家星野英一教授(东京大学名誉教授<sup>⑤</sup>)在1965年发表的题为《法国民法典对日本民法典的影

<sup>⑤</sup> 在日本,称某某大学“名誉教授”者,为在该大学有相当长时间的任教经历,而现已退休的教授。另外,在日本法学研究的论文中,称某某“博士”者,一般为已逝著名学者,而称某某“教授”者,一般为现职教授。

响》的论文<sup>⑤4</sup>中,通过对法典起草者关于法典起草的一些论述以及现行民法典制度等进行全面细致的分析,提出在民法编纂过程中法国法的影响不可忽视,而且其影响之大,并不亚于德国法。这一观点在日本民法学界引起了不小的反响,自然是既有赞成的意见也有反对的意见。

在反对意见中最为强烈的是加藤雅信教授(名古屋大学)。加藤教授反论的主要观点如下。

第一,从日本民法典编纂的时间与德国民法典草案的公布时间的关系上,以及发表于日本民法典成立前后的有关文献上都可以看出,现行民法典的编纂不仅参照了德国民法典第一草案,在起草过程中还参照了第二草案。

第二,仁井田博士曾经说过:“从民法所体现的内容即可以明显看出基本上是采用了德国法的思想,而偶尔也有参考法国法的痕迹”,另外仁井田博士对三个起草委员的评价是:“富井先生是德国法一边倒,穗积先生根本上采取不偏不倚的中立态度,而梅先生经手起草的部分……之中有参考法国法的痕迹”。<sup>⑤5</sup>

第三,梅谦次郎博士在法国民法典一百周年的纪念会上的致辞中曾说,与德国法“至少在相同的程度上”参考了法国民法典或从法国民法典上可以看到的其他法典。对此,加藤教授认为在庆典上一般要对庆典的主角大加夸奖,然而就在这样的场合里法国法才只能跟德国法达到基本相同的地位,由此可见法国法对日本民法典立法的影响程度之一斑。除此之外,梅谦次郎还曾评价德国民法典为“古今独有的美法典”。<sup>⑤6</sup>

第四,富井博士虽然是法国民法专家,但他仍然认为“在近代民法中,德国民法堪称是最完美的民法,我民法典立法中最大程度参考了该法典的草案”。<sup>⑤7</sup>

对于这些针锋相对的讨论,小柳教授认为,这种讨论为学界提供了一个视点,而且这一视点今后将对民法学的研究起到重要的作用。民法典的起草委员们在法典起草问题上的出发点是旧民法,除旧民法中特别有问题的部分外,基本上都原封不动地纳入了现行法典。而且尽管对旧民法进行过修改,但是在现行民法中仍然可以看到旧民法的痕迹。因此可以说现行民法是以旧民法为中介,在不同程度上受到了法国民法学的影响。另外,从法学协会对旧民法的讨论,即法典论争中又可以看到英美民法学的影响。从这个意义上说,日本现行民法典并不存在特定的母法,恐怕应该看作是多方位的比较法的产物。<sup>⑤8</sup>

正所谓无独有偶,穗积博士也曾经说过:“日本民法典是比较法学的成果。乍一看,新民法典似乎完全是采用了德国新民法典的形式,持这种观点的人很多。起草委员们从德国民法典第一草案、第二草案中吸取了很重要的资料是不争的事实,而且德国民法第一、第二草案对委员们的审议也产生了巨大的影响。但是如果仔细观察民法典中采用的原理规范,恐怕就可以看出这部法典参照了当时全世界各种民法,对有采用价值的各国民法中的原理和规范都毫不客气的将其纳入了日本民法之中……”。<sup>⑤9</sup>

### (三) 现行民法典的沿革

在日本民法典实施一百年的全过程中,前三编没有更大的改动,而后两编于第二次世界大战后的1947年进行了全面的修改。因此,日本民法典财产编部分,即前三编基本上还保留着一百年前的原貌,而后两编通过二战后的全面修改,已经面目皆非。由此可以说后两编是属于新立法。

一百年以来,社会的变迁理应导致人们在社会中的法律关系以及纠纷形态的变化。然而民法典中

<sup>⑤4</sup> 该论文最早发表于《日法法学杂志》第三期(1965年),后被收录于星野英一著《民法论集》第一卷,第69页以下(有斐阁,1970年)。

<sup>⑤5</sup> 参见:《民法学说百年史》第7—8页。

<sup>⑤6</sup> 参见:旧梅谦次郎《舒会ノ辞及ヒ佛国民法典编纂ノ沿革》收录于《佛兰西民法百年纪念论集》第3页(1905年)。转引自:《民法学说百年史》第36页,注13。

<sup>⑤7</sup> 参见:旧富井政章著《民法原论》第1卷总论(上)序第3页(有斐阁,1903年)。转引自:《民法学说百年史》第37页,注15。

<sup>⑤8</sup> 参见:旧五十川直行《日本民法に及ぼしたイギリス法の影響(序说)》收录于《加藤一郎先生古稀纪念·现代社会と民法学の动向》(下)第6页以下。转引自:《民法典百年》第1卷,第39页,注49。

<sup>⑤9</sup> 译引自:《民法学说百年史》第33页。

财产法仍然保持原貌其原因何在?平井宜雄(东京大学)认为,不能将这一现象单纯的通过强调民法是一般规范这种性格论或将其归功于民法起草者的超凡能力和先见之明。民法典的生命力,即财产法在经过一百年的历史后仍然保持原貌的原因大致可以总结为以下三点<sup>⑩</sup>首先是通过判例理论的积累对民法典进行了补充和修改。判例之所以能够起到如此大的作用,盖因为有一般性、概括性的民法规定这种立法方法,以及能够承认所谓柔软性解释的法学家存在。但同时不能忽视的是,准许判例造法这种宽容又对实定法立法这种应有的职能(即通过事先定立一般规范解决具体纠纷)带来了负面作用。其次是特别法的作用。因为日本不存在迅速而机动的修改民法典的立法体制,因此只能通过单独的特别立法来补充和修改民法典。尽管一百年来财产法部分基本上没有改变原貌,但是特别法的数量之多,甚至到了有人提出因此造成了民法典的空洞化这种批判。最近的特别法值得一提的是 1994 年的制造物责任法和 1999 年的成年人监护法以及现在正在讨论的消费者契约法等等。再次是源于民法典自身的性格。正像星野英一教授指出的那样<sup>⑪</sup>民法典的性格不能单纯的以私法或一般法予以概括,必须看到它是具有各种性格的复合体。第一,亲族编的大部分内容都是以作为社会基础的亲族集团为对象的强行法规定。从这一点上看,它在某种程度上已经具备了“公法”的性格。但是大陆法各国摒弃了“家”的权力性格,因此将亲族编纳入了民法典。与此相反,在日本,亲族集团服从于家长权力,是作为一种国家统治国民的中介定位的。因此,在日本亲族法所具有的公法性格更为明显。因此,战败后随着政治体制根本性的变革,亲族编和继承编遭遇全面修改的命运自然是顺理成章的。通过这次大修改,亲族编增强了私法的性格,从而作为规定亲族中权利义务关系的唯一法律,变成了一部容易随家庭关系的变化而得到适当修改的法律。而继承编的规定更多的是作为关于财产承继关系的规定,毋宁说他已经成为财产法的一部分。第二,前三编的规定根据其规定的一般性、抽象性的高低可以分为以下三种性格。一是作为一般性法律具有广泛的适应范围的规定。如,期间、时效等。这些规定从逻辑上说并非一定要放在民法典中,只是因为民法典编纂的时间早这一历史原因才将这些规定纳入了民法典。二是有关市场经济体制中的基本原则以及在市场经济中作为交易对象的财货的规定。如,人、侵权行为、所有权、契约、物权变动、债权、总则等。三是民法典以外没有任何规定、而且在民法典中规定得比较具体的一些内容。如,用益物权、担保物权、公益法人等。如果这种分类成立,那么至少其中具有第一和第二种性格的规定,没有通过对民法典本身的修改的理由,大致就可以一目了然了。

#### 四 从学说继受到学说发展

##### (一)第二次世界大战之前

19 世纪末制定的日本民法典,其内容是继受西方法律,主要是欧洲大陆法。因此其内容与法典成立前的日本固有法之间基本上没有连续性。与此相对,西方大陆法各国的立法过程基本是通过对本国内部生成和展开的固有法规范进行整理归纳,而最终形成法典的。各国的法实务界对新法典进行解释和适用基本上可以延续使用以往的理论,因此法典与固有法之间具有连续性。

在日本,因为民法典的制定采用的是原封不动的输入,其内容与土著法规范以及文化都没有任何直接的联系。因此如果不对抽象的法规范加以具体说明,便不能实际用于解决纠纷。于是为了将法典中条文的内容具体化,使之成为更容易使用的法律工具,就需要对只输入了西方法律骨骼部分的民法典充填西方法律的血和肉。而在实践中直接发挥了这一作用的就是法典成立后的所谓学说继受。尽管有人

<sup>⑩</sup> 平井宜雄《民法实施一〇〇年を迎えるにあたって》载于《ジュリスト》No.1126(附辑)民法100年——新时代的民法を展望する》(1998.1)

<sup>⑪</sup> 星野英一《民法的意义》收录于同著《民法论集》第四卷。转引自同平井宜雄论文。

将学说继受期的法律学视为模仿法律学予以否定,但是日本要真正而全面的继受西方法律,毋宁说学说继受是当时法学的首要任务。

在这样的背景下,从明治末到大正(自1912年)乃至昭和(自1925年)初期更多的学者是将德国的学说积极地引进了日本。这一时期最具代表性的学者,一是石坂音四郎,一是鸠山秀夫。因为从这两位博士的论述中最能窥测到这一时期法学研究的方法或者说倾向。首先,石坂博士认为:基本概念的形成应该遵循法律的目的,从概念进行演绎时应该使用逻辑的方法,在根据逻辑方法推理出的结果与现实生活不符时,只是法律上的缺陷,而并非是解释方法的缺陷。<sup>②</sup>其次,鸠山博士虽然一般很少论及法解释的方法,但对这种法学,特别是初期法学的特征评价为“将重点放在形式逻辑的正确性上”的法学。<sup>③</sup>

末弘严太郎博士“对这一时期德国法万能倾向敲响警钟,认为这种将横的东西变为竖的东西的时代已经成为过去”,“在我国的法律书中……应该更多的体现日本固有的特色”。末弘博士在方法论的问题上明确地对概念法学提出了批判。他认为一方面应该承认“非常严格的、逻辑性强的德国法式的……解释方法”有其有益的一面,但同时应该看到在日本存在着“将所有的法律判断均归结于从抽象的法则乃至原理的实用或演绎中得出”这一弊端。<sup>④</sup>末弘博士还认为,不仅要重视成文法的研究,而且力主对判例法研究的重要性。他是大正十年(1922年)开始的民法判例研究会创设人之一。但是,在日本民法学者中末弘博士并非是第一个做判例评析和主张需要做判例评析的人。在明治时期,梅谦次郎也曾经在很早就开始做过判例评析。但是自明治时期以来,一般学者都对判例研究不屑一顾,认为不应该将判例引入法律理论研究之中。在这样的背景下,末弘博士提倡判例研究的重要性,便具有其特殊的意义。

末弘博士曾于第一次世界大战期间(1917年)留学美国,受实用法学的影响很大。在二战期间曾经对日本法学提出过严厉批判,认为日本的法学无非是给官僚和法官的行为寻找正当理由的工具。当然这种观点与当时的现实社会之间的龃龉是可以想象的。他还认为用法律合理解决纠纷的方法应该到现实社会生活中去寻找,即对现实生活中的法律进行科学的研究。他追索埃利希(Eugen Ehrlich)的“活法”,并且将其过渡到实用法学(应理解为与科学的伦理法学相对置的概念,即应该理解为与解释法学同意)。末弘博士正式根据这些问题意识于战前撰写了《农村法律问题》<sup>⑤</sup>和《劳动法研究》。<sup>⑥</sup>

## (二) 第二次世界大战之后

首先,在第二次世界大战后的日本民法学界要首举我妻荣的民法学理论。我妻博士的理论主要体现于大量的教科书·体系书之中。在我妻博士可谓书等身齐的众多著作中最能代表我妻荣法学的是《民法讲义》。这套教科书最早出版于二战前的1932年,战后经过全面改版,从民法总则到不当得利,不计1973年我妻博士逝世后由后人对原书进行补订部分,多达3300多页,曾经风靡整个日本。我妻法学既继承和发展了鸠山博士的法解释逻辑学理论,同时又对日本判例进行了大量的分析。因此可以说我妻法学是“鸠山法学与末弘法学的综合”。<sup>⑦</sup>他的每部著作基本上都是集各个时期民法学大成的代表作。

<sup>②</sup> 参见: [日]石坂音四郎《法学ノ性质》收录于《改纂民法研究》(上卷)第28页(1919年)。转引自:《民法学说百年史》第47页,注4。

<sup>③</sup> 参见: [日]我妻荣著《民法と五十年》第126页(1967年)。转引自:《民法学说百年史》第47页,注5。

<sup>④</sup> 参见: [日]末弘严太郎著《物权法》(上卷)自序(1926年);日本评论社编《日本の法学》第71页(1950年);矶村哲著《社会法学の展开と构造》第62页(1975年)。转引自:《民法学说百年史》第47页,注6。

<sup>⑤</sup> [日]改造社,1924年。

<sup>⑥</sup> [日]改造社,1926年。

<sup>⑦</sup> 参见: [日]川岛武宜《末弘严太郎先生の法学理论》收录于同著《科学としての法律学》第281页(1968年)。转引自:《民法学说百年史》第47页,注8。

在我妻荣《民法讲义》系列教科书出版之后,至今为止有大量的系列教科书和体系书面世。这些教科书出版数量之大,恐怕真是用“汗牛充栋”也难以形容。它们各具特色,有的是以通说为基础重新构筑理论框架,有的是突出作者独到的研究色彩,有的是将学说与判例紧密结合构筑新的学说等等。然而尽管这些各具特色的教科书在民法学界以及民法教育中都产生过不同程度影响,但没有一部能够像我妻荣的《民法讲义》那样在学界、教育界乃至法实务界全面取得通说的地位。因此,我妻说即通说以后的日本民法学应该说是呈现了一种群雄割据的局面。在我妻荣《民法讲义》之后,得到评价比较稳定或说比较高的民法教科书应该首推有斐阁丛书系列中的《民法》(1—9卷)。因为这套民法教材是由几位学者共同执笔撰写的,因此书中更多的是对学界观点的全面介绍和客观评价,而个性化色彩并不突出。也许正因为如此给人一种值得信赖的感觉。

其次,是以川岛武宜为代表的法社会学。川岛博士师从末弘严太郎,在战后末弘博士蒙冤辞去教授职务后,川岛武宜和戒能通孝两博士便取得了继末弘博士之后在法社会学界的领导地位。川岛在二战中即开始对构成近代法基础的市民社会表示出强烈的兴趣。在他发表的论文《自由经济中的法与伦理——以民法为中心》<sup>⑧</sup>和《所有权的观念性——所有与占有》<sup>⑨</sup>中对市民社会中基本的法构造进行了透彻的分析。另外,他在战争中即开始对农村社会中的习惯进行了大量的社会调查,这些调查即使在战争刚刚结束的经济极其困难时期也没有间断过。川岛博士通过对调查发现的农村现实社会与理想型的近代社会进行比较后认为,天皇绝对主义这种官制意识形态明显地具有浓厚的农村特色,而农村的落后正是阻碍日本近代化的温床。<sup>⑩</sup>川岛博士在战后恢复了言论自由的社会环境中发表了大量的论文和著作,其中《所有权法的理论》<sup>⑪</sup>是一部以韦伯的专有学说为基础,以马克思的商品交换学说为核心构筑的理论框架,对资本主义社会中法的伦理性、历史性构造及其运动法则从理论上予以揭示的不朽之作。这部著作刚一问世便受到了日本法学界的广泛关注,至今仍然是法社会学研究者必读书之一。川岛博士一方面注重对具体的法律关系上的法社会学研究,同时又对今后法社会学究竟应该成为什么样的学问这一方法论问题作出了回答。他在《法社会学中的法的存在构造》<sup>⑫</sup>这篇论文中提出法应该分为裁判规范与行为规范两个概念,前者是法的概念性形态——法规,后者则是现实生活中社会关系本身的存在,是观念性法规的基础,即“活法”。法社会学应该以这种活法为对象,用对其历史必然性的分析的方法区别于法规伦理性分析的方法,从而使其具有一种作为社会“科学”的存在意义。川岛博士在这篇论文中所揭示的关于法社会学理论基础的理论发展了末弘博士脱离以往法学树立社会科学法学的思想。

末弘博士很早就开始主张重视对社会现实的认知,他曾经对由满州铁道株式会社组织的、在中国东北地区实施的农村习惯调查(1940—1942年)进行过理论性指导。当时,他曾经针对农村习惯调查提出法习惯的非连续性涡流说即社会秩序的力学性构造说。这一学说已经超出了实用法学的范围,步入了对社会中法律生活进行科学性分析的轨道。他的这些理论对战后在日本盛行的农村习惯调查在理论上产生了很大的影响。因此应该说末弘法学是战后法社会学的出发点,同时也是回归点。

在另一方面,戒能博士也深深地受到末弘博士的影响,对社会中实行的法(习惯法)表示出极大的兴趣。他曾经参加过前述中国东北农村习惯调查,并以调查的资料为基础,发表过《伎那土地法惯行序说》。<sup>⑬</sup>另外还根据多年农村调查的积累,通过对明治初年大审院判例的分析发表过《会权的研究》。<sup>⑭</sup>但是戒能博士在二战后曾经对农村调查的随意性,即仅通过对过去事实的记述便作为法社会学的成果等现象提出批判,同时指出仅强调“活法”而对习惯进行数量性收集,反过来再强调应该将这些习惯作为

⑧ 参见:《日》法律时报》第14卷6、7号(1942年)。

⑨ 参见:《日》法学协会杂志》第60卷第10号,第61卷1、8号,第62卷6号(1942年—1944年)。

⑩ 参见:《日》法社会学讲座(2)》273页注9,岩波书店(1972年)。

⑪ 参见:《日》川岛武宜著《所有权法的理论》岩波书店(1949年)。

⑫ 参见:《日》川岛武宜《法社会学中的法的存在构造》载于《思想》杂志299号(1949年)。

⑬ 参见:《日》戒能通孝著《法律社会学的诸问题》,日本评论社(1943年)。

⑭ 参见:《日》同上。

民众的法律予以保留,将会使日本在半封建体制下停滞不前。川岛和戒能两位博士有一个共同的目标,就是在日本实现市民社会。而这种实践性的目标恰好反映了战后日本全体国民希望打破以天皇制政体为支柱的日本半封建社会体制,从而在日本实现民主化这一愿望。但是川岛与戒能在对法社会学的认识上有所不同。川岛认为法社会学是可以超越历史社会存在的经验科学即社会科学的一个领域;与此相对,戒能认为法社会学是资产阶级意识形态的产物。

第三,在战后日本法学界不容忽视的一个学派是马克思主义法学。马克思主义法学在二战前的日本本来处于萌芽阶段,后遭受军国主义镇压,一度搁浅。但是,在战后它又迅速得到了恢复。战后马克思主义法学研究主要是以年轻的研究者为中心,以苏联的法律理论为主要研究对象展开,一度显现出兴旺蓬勃的景象。但是由于二战后冷战的开始,美国和苏联的对立,以及中国作为社会主义国家的成立,使美国对日政策发生了巨大的变化。这种政策变化主要体现在将原来对日本的非军事化要求变为经济自立的要求。在这样的背景下,马克思主义法学对日本当时的政治形势抱有强烈的危机感,从而导致了在研究内容和方向等方面发生了诸多变化,这些变化主要体现在两个方面,一是马克思主义法学者之间就研究内容和方向展开的争论;一是对法社会学提出诸多质疑和批判。对法社会学的批判主要出现在1949—1950年之间,其矛头直接指向川岛法学,他们认为在川岛法学的法概念中,缺少通过国家权力的强制这种从阶级的角度进行分析的观点和立场。其最有代表性的是杉之原舜一博士于1949年发表的题为《法社会学的性格》的论文。<sup>⑤</sup>杉之原博士是从战前开始从事马克思主义法学研究的学者之一,他在该论文中对川岛武宜提出的行为规范与裁判规范相区别的理论提出批判。认为行为规范与裁判规范的区别在于所约束的对象不同,裁判规范是直接通过国家权力对民众行动进行强制约束的规范。其本质是通过国家权力的强制,因此将行为规范与裁判规范统一放进同一法律范畴是对法的阶级性的抹杀。另外现行裁判规范在内容上与行为规范完全相反,而且践踏行为规范的现象也不胜枚举。因此行为规范是裁判规范的基础这一观点是错误的。在现实的裁判规范中,资本家是全副武装,而工人阶级是赤身裸体与之战斗,在这样的现实斗争中,裁判规范的本质已经暴露无遗。

马克思主义法学在战后的日本,随着社会的变化得到了不断的发展,而且在比较法学界一直占据着自己应有的地位,如日本第二大法学会日本比较法学会中一直有社会主义部会,这一部会在90年代初苏东政体发生剧变后也曾经讨论过更改其名称,但之间仍然保留着原来的名称,只是在内容上有了一些变化,即前苏联法已经不再占据主要的地位。

第四,民法学界针对社会发展中的新型法律关系开始将法学研究从法解释论扩大到立法论。尤其是对借地、借家(租地租房)、交通事故、公害等的新型社会问题的理论研究使法解释论在社会需求的促动下得以空前展开。而这种法解释论和立法论并用的研究方法又对民事特别法的立法起到了先导的作用。

第五,判例研究在战后得到了空前的展开。其主要特点是以日本本国的判例为基础,结合本国的社会状况进行研究。从这一点上看,战后的民法学判例研究与战前的研究相比更具有其独立性这一特点。因此可以说战后的民法学与刑法学和民事诉讼法学等相比,受外国的影响相对比较弱。

第六,从比较法学方面看,战后的比较法学比起战前的比较法学更具有多角性。如前所述,战前的民法学研究更多的是受到德国法学的影响,而战后因日本与美国的特殊关系,美国的法学也影响到日本的民法学,而前述关于日本民法的母法——系谱的研究更显示出法国民法在比较法研究中的地位。

### (三) 小节——方法论问题

纵观日本一百年以来民法学研究的历史,似乎可以将其总结为从注释法学,亦可称之为“模仿法学”到以德国法为中心的概念法学,又从概念法学到实践法学(判例研究与法社会学),最后到利益法学,即利益较量或称利益衡量或利益考量的历史。

二战后的日本,一方面学者从战争中军国主义的桎梏中被解放出来,学界研究的自由气氛十分浓

<sup>⑤</sup> 参见:《日法律时报》第21卷,第5号(1944年)。

厚,在另一方面由于日本与美国的特殊关系,在意识形态方面发生了一些偏向于美国的倾向。在这样的背景下,对于民法学者来说,如何通过民法的适用在日本实现真正的民主主义——市民社会,便成为当时的重要课题。然而,在民法学界尽管到战前为止对民法学进行反省这一问题上没有更大的分歧,但是究竟应该如何解释现有的实定法——民法,在学者之间并没有统一的共识。因此,在民法学界就如何解释法律展开了争论,史称“法解释论争”。一般认为,法解释论争的导火线是来栖二郎博士在1953年秋季举行的日本私法学会上所作的题为《法的解释与法律家》的报告。<sup>⑥</sup>来栖博士的报告主要基于两篇论文。一篇是题为《法的解释适用与法的遵守》,<sup>⑦</sup>该论文认为:法解释绝不是对客观的认识,而更主要的是主观性的价值判断。也就是说他主要是在法规所限定的范围内从法规赋予的复数结论中可能选择一个优先于其它结论的结论。而且尽管法规有所限定的范围这种性格,但这种范围限定并不是一成不变,不可移动的。比如诚实信用原则这一法理的利用,就可以使解释上的限定范围发生移动。另一篇是题为《法学家》的论文。<sup>⑧</sup>论文通过列举当时民法解释中出现的具体实例,对当时的法解释方法提出批判。论文提出法解释方法的错误在于法学家将一切轻率地塞进既存的概念体系,尽管实际上是在作主观性的价值判断,但表面上又俨然是对法规的客观认识中推导出自己的解释。这两篇论文与其说是学者在积极地展开自己独特的法解释方法论,毋宁说是从对自己以往研究的反省出发,向学界提出法解释中所存在主观性因素这样一种问题意识。

来栖博士在私法学会所作的大胆而且直率的发言,在学界引起了极大的反响。众多学者开始关注这一问题,随之有关法解释学的论文和著作也大量地涌现出来,学者之间的讨论极其热烈。其中最为引人注目的是川岛武宜的《作为科学的法律学》。<sup>⑨</sup>川岛博士在该书中清楚的揭示了法解释学这一行为的社会学构造,他认为法解释学是对事物本身进行价值判断,但法解释学本身尽管是实践活动而不是科学,但因为实用法学是“为立法或法律解释等实务提供必要的技术为目的的学问”,所以应该提倡作为科学的实用法学。此外,他还从法解释学与法社会学的结合这一观点出发,认为法社会学的方法可以克服法解释的主观性。

法解释学论争主要是围绕以法解释的客观性、唯一正当的解释是否存在,解释者的责任、法学的科学性问题展开的。但是在众多学者众说纷纭的讨论中并没有最终达成一致的见解。在法解释学论争中更多的是流于抽象化的、非实用的、纯理论的讨论。也许是出于对这种讨论不具实际意义的弊端的反省,学者们在接下来的时间里便开始摸索能够适用于具体事例的解释方法。可以说,利益较量论等利益法学的解释方法正是在这样的背景下出现的。

主张利益衡量论的是加藤一郎教授(东京大学名誉教授)和星野英一教授,前者使用利益衡量一词,而后者却使用利益考量一词。两者的共同点与差异大致如下:首先两者都是从利益衡量入手,事先对纠纷中哪一方更应该得到保护作出一个主观的价值判断,即结论先行型。在结论确定之后的程序上两者的理论开始显现出差异。加藤教授的主张是根据法规的理论构成验证结论的妥当性(并非正确性)。<sup>⑩</sup>与此相对,星野教授认为所谓“从效果入手,就是首先对相互对立的各利益以及价值进行充分的分析和筛选,将这些利益和价值作多方面的比较、探讨之后得出结论,然后需要将这些结论同既存的规范联系起来作出有说服力的说明”。<sup>⑪</sup>

关于民法解释学,即方法论的展望,加藤雅信教授通过对日本民法一百年以来的回顾,即通过对德国式概念法学与我妻法学与利益较量等解释方法之间的对比分析,提出了一些具有启发意义的见解。

首先,我妻法学的特点在于,在要件问题上分场合回避明确的外延性定义,通过标题式比喻式的命

⑥ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

⑦ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

⑧ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

⑨ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

⑩ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

⑪ 参见:《日私法》杂志第11号(1954年)。

题使判断标准的僵硬化得到缓解,从而在个案中维持法律适用的具体的妥当性。由此可以看出,我妻法学的解释方法是用中庸的方式通过确保具体的妥当性来确定判断标准的。因此,我妻法学在法实务界也广泛的得到了欢迎,也因此在整个法律界占据了通说的地位。与此相对,利益较量论在法的判断层面上,应该说是必要的一种方法。但是如果过度的强调“从效果入手”,就有可能发生全面否定法律条文的构成要件对作出法律性判断的人的约束性,这样恐怕就会否定实定法对判断的有效性。从这一点看,德国式的解释方法可以完全回避这样的危险。因为这种解释方法是完全从概念上将事实与法律构成要件紧密联系在一起进行解释的。

如果从三者的解释方法看,德国方法更重视实定法的有效性,而利益较量论更侧重于社会的实际利益,而我妻的方法论是两者的中庸。<sup>②</sup>

值得一提的是,加藤教授在其成名之作《财产法体系与不当得利的构造》一书的后记中曾经提出过“作为认识的法律学”这一命题。<sup>③</sup>关于这一命题具体内容的介绍,因篇幅所限姑且割爱。

## 五 结语——百年历史的评述

### (一) 对民法典编纂史的总结

综观日本民法的历史,如果从江藤新平试图以翻译外国法典方式进行民法典的立法开始算起,已经超出了一百年这个时间概念。从历史的角度看,应该说它可以分为“编纂前史”、“编纂史”、“学说继受史”、“理论发展史”。从各个时期的具体内容看,又可以分为:①编纂准备期,即以翻译外国法典方式立法和单行法先行的时期;②法律文化碰撞期,即旧民法典的完成与法典论争时期;③法典编纂成就期,即从法典调查会到现行民法典的实施时期;④学说继受与对成文法解释期,即以概念法学为中心的德国法学理论全盛的时期;⑤理论发展期,即从概念法学和德国法学全盛到利益法学和比较法学多元化的时期。在这一漫长的历史过程中,尤其值得提及的是,在战后法学中,英美法学的影响超出了以往任何时代。尽管这些影响主要体现在商法,尤其是证券法领域,但它对基本法民法的影响也是不容忽视的。

### (二) 民法典编纂的意义

#### 1. 废除治外法权

日本民法典编纂的成功,应该说是在废除治外法权这一大前提下,各种社会利益集团相互妥协的产物。仅从前述在民法典编纂问题上不同的利益集团之间的困惑——对民法典编纂的期待中所谓“同床异梦”的现象看,在政府方面尽管经过了迂回曲折的艰难道路(如法典论争)等,但是最终因为民法典的成立而达到了预期的目的。其次,从国民方面看,所谓传统文化与西洋文化之间的冲突,无非是自由主义与封建或半封建主义之间的对立,在这个问题上由于法典论争使旧法典未能如期实施,以及最终通过的民法典中身份法——亲族编、继承编仍然保留了传统色彩而最终得到了满足。再次从法学家方面看,一方面英法学派在论争中使法国法色彩极浓的旧民法付诸流产,因此而获得胜利,然而在论争阶段的少数派,即德国法学派又意想不到的在现行民法典的编纂过程中起到了重要的作用。

日本解除治外法权最早见于1894年7月与英国签定的日英通商航海条约。此后通过与其他15国列强签定新约,彻底解决了长期困扰日本的治外法权问题。另外,日本于1899年基本恢复了关税自主权。然而,尽管日本通过各种努力同英国以及其他列强签定了撤消治外法权的新约,但是这些条约都另附有外交文书。在外交文书中有明确规定:如果民法典、商法典等不能如期全面实施,该条约生效日期亦作延期处理。因此法典编纂与不平等条约修改之间是一种互为表里的关系。

② 参见:《民法学说百年史》第45—46页。

③ 关于这一命题的具体内容请参见:日 加藤雅信著《财产法の体系と不当得利の构造》第865页以下,有斐阁(1986年)

## 2. 建立统一的资本主义市场

明治维新的最基本目的是变法图强,明治政府在与西方关系上考虑的主要是通过废除治外法权而最终达到脱亚入欧的目的。而要达到脱亚入欧的目的,不仅是要废除不平等条约,更主要的还需要增强国力。法典的编纂一方面有助于废除治外法权,另一方面还可以促进国内市场的统一。在明治以前的江户时代末期,随着商品经济以及货币经济的发展,交易形式也发生了很大的变化,其中以票据形式进行交易的现象已经出现。以“大阪交易法”为代表的各种地方性法规以及地方性习惯法早已形成。然而这种各地法律不尽一致的现象将会阻碍新的经济发展。日本需要统一的民法典和商法典。因此民法典的编纂具有双重意义,一是在废除治外法权上起到了重要的作用,二是为建立统一的资本主义市场奠定了基础。

## 3. 对亚洲各国的影响

日本的法典编纂对亚洲各国的影响可以分为两个方面。一方面是日本通过法典编纂废除了治外法权,又通过统一国内市场大力发展经济,使国力迅速增强,摇身一变加入了帝国主义的行列。这个新兴的帝国主义国家立即将昨天不得已接受西方列强的治外法权转而抛售到亚洲国家。在亚洲,日本首先在清朝政府统治下的中国和泰国实现了自己的治外法权。

但在另一方面也应该肯定,日本在亚洲率先废除了西方列强的治外法权,为亚洲各国废除这种不平等条约开辟了先河。受其影响在亚洲国家中相继废除治外法权的国家有土耳其、伊朗、泰国等。在亚洲国家为废除不平等条约所进行的立法过程中,日本曾经起到过一些积极的作用。首先,清朝末期中国曾经聘请日本学者松冈义正起草民法典草案,而之所以由松冈义正到中国起草,盖因为民法第一位学者梅谦次郎当时因援助韩国民法典的起草而未能西渡。另外,泰国在法典编纂中曾经聘请过政尾藤吉起草刑法典。尽管中国直至20世纪30年代,即第二次世界大战开战后才逐步地废除了治外法权,但是在中国民法立法的历程中,日本法的影响是不容忽视的。<sup>④</sup>

### (三) 考察后的几点随想——中国改革开放后的立法历程与日本法典编纂史的比较

#### 1. 关于立法的紧迫性

在改革开放以来的中国也存在着立法的紧迫性问题。十年浩劫使中国经济到达了崩溃的边缘,如果不立即发展生产克服经济落后的局面,真有可谓被开除“球籍”的危险。因此自粉碎“四人帮”后,以经济建设为中心的基本国策得以确立。为了尽快地打破经济长年停滞不前的局面,首先需要为对内搞活市场改革流通体制和对外开放建立和完善引进外资的体制。而要保证这些举措能够达到预期的效果都必须迅速地填补法律制度上的空白。换言之,如果不能尽快地健全适合新型经济体制的法律体系,就无法保证经济复苏。因此,中国的立法紧迫性与日本当年解决治外法权的紧迫性相比,可谓是在于是否被开除“球籍”的问题。

#### 2. 法典论争与民法经济法论争

从日本当年的法典论争使人想起80年代初在中国展开的民法经济法论争。从大民法与小民法——经济法论之间的争论中,既可以看到发展经济这一前提的不可动摇性(日本当年消除治外法权也是不可动摇的前提),也可以看到传统的经济体制与新型的经济体制,以及人们的传统意识与改革意识之间的碰撞,还可以看到传统的社会主义法系与近代以来市场经济主导型社会法律体系之间的冲突,以及基于这种不同背景的法律家之间的矛盾冲突。因此,中国的民法经济法论争与日本当年的法典论争

<sup>④</sup> 中国台湾著名民法学者王泽鉴教授曾指出:民国时期的民法典“是采用德国民法典的框架,同时采用了瑞士和日本的民法典的内容”(参见王泽鉴著《民法学说与判例研究》第5册,第5页,1987年,台湾版);另有中国学者指出:当年中华民国民法典立法“重点参考了德国、日本、瑞士的民事立法经验”(参见王家福、乾昭三、甲斐道大部编著:《现代中国民法论》,法律文化社,1991年,转引自《日民法学说百年史》第36页)。

相比较,可以说,两者在不同程度上存在着各种层次的不同“困惑”,这一点上有着诸多相类似的现象。

### 3. 法典起草人的选定

中国在改革开放初期的立法,更多的是由相关政府部门起草,但自统一合同法开始已经基本上改为先由专家学者起草法律草案,然后由立法部门会同专家学者、有关行政部门等对草案进行修改,最终作为立法的审议草案提交立法机关。如果将视点放在草案起草过程中专家学者的作用上,同日本的民法典编纂相比,或许可谓是殊途同归。

### 4. 由单行法走向法典化

从改革开放至今的中国民事立法过程看,基本上是由民法经济法论争前的重视民法典编纂到其后的所谓“改批发为零售”,即单行法先行。而自90年代中后期开始法典化的趋势又开始逐渐加强。从目前的人大的立法计划看,这种法典化的步伐正在加快。日本从单行法到民法典的成立,如果从1869年江藤新平主持以翻译法国民法典的方式进行的民法典编纂算起,基本上是用了近30年的时间。而今天中国究竟会用多长时间成就民法典实在不是一个特别重要的问题。因为要完成一部符合21世纪时代要求的民法典,既要有紧迫感又要有不负使命的科学精神。

### 5. 引进西方法律制度与传统习惯之间的调整

在当今经济全球化的时代,国内立法与国际接轨的重要性自不待言。但是,就民法中的各种制度而言,与商品流通密切相关的契约,以及与人们日常生活关系密切的侵权行为等制度同国际接轨的重要程度要远远高于其他制度。尤其是物权法中的一些制度,以及亲族继承制度的设计更应该体现本国的传统习惯。关于这一点,可以从日本民法典编纂中看到一些值得思考的问题。第一,在二战前的亲族继承法中就曾保留过浓厚的传统色彩(姑且不论它的封建性);第二,在物权法中,传统的入会权、永佃权等得到了承认;第三,尽管这样,在日本仍然有许多学者对民法典的编纂没有足够重视传统习惯提出批判。笔者认为,这些都是今天中国民法典立法中应该重视的问题。

---

**[Abstract]** The centenary history of Japanese civil law can be divided roughly into two parts :legislative history and history of inheritance and development of doctrines. The former may be further divided into prehistory of codification ,history of codification and history of achievement. During this period ,we can see various social conflicts in the process of modeling after the western legal system. And against the background of abolition of extritorial jurisdiction ,we can also see various compromises made by different interest groups aiming at resolving those socia conflicts . In the history of inheritance and development of doctrines ,we can see changes from inheritance of western legal theories alone to integration of Japanese actual conditions ,from concept - centered law to interestcentered law to modern science of law .Efforts made by scholars during this process are also something worthy of note .

---