

日本民法近代化过程中的“法典论争”述论

何燕侠*

摘要:日本明治时期在模仿法国民法典编纂民法典时,围绕民法典实施问题发生了激烈的“法典论争”,结果导致以法国民法为主要蓝本的旧民法未来得及实施就夭折了。此后,日本民法典的编纂方针发生了改变,由模仿法国民法转向以德国民法为范本,开始重视本土条件。最终颁布的新民法——《明治民法》,完全由日本人参照德国民法编纂,并得到了顺利实施。在日本民法近代化过程中,一直存在着近代性和维护传统的“淳风美俗”之间的矛盾。同时,当时的历史条件从根本上决定了“法典论争”的特质和日本民法近代化的走向。

关键词:旧民法 法典论争 明治民法

Abstract: In Meiji period of Japan, There had been fierce controversy in the issues of civil code implementation when they compiling the civil code by imitating the French civil code, as a result, the civil code of Japan was died before the implementation. Since then, the policy of civil code compiling changed in Japan, it's imitating the German civil code and attaches great importance to the local conditions. Finally, the new "Meiji civil code" which reference to German civil code implement successfully. In the process of the modernization of civil law in Japan, there always has a contradiction between traditional and modern nature in civil code. At the same time, the historical condition fundamentally determines the characteristic of code controversy and the development of civil law in Japan.

Key words: Old Civil Code of Japan Code Controversy Meiji Civil Code

* 作者简介:何燕侠(1961—),女,辽宁岫岩人,法学博士,大连大学法学院教授。

日本民法的近代化是在明治时期编纂旧民法和新民法（《明治民法》）过程中完成的。聘请法国人起草，过多模仿法国民法编纂的旧民法，在提交议会审议时，遭到了强烈反对。围绕民法典实施问题引发了法学学者、政治家及明治政府等多层面的朝野上下的激烈的“法典论争”，结果导致以法国民法为主要蓝本的旧民法未来得及实施就归于流产，使日本第一部具有“近代化”因素的民法典夭折了。此后，日本民法典的编纂方针发生了改变，由模仿法国民法转向以德国民法为范本，开始重视本土条件。在对旧民法进行修改的基础上，经过激烈的讨论和上百次审议后，最终颁布的新民法《明治民法》，排斥外国人参与起草，完全由日本人编纂，最终得到了顺利实施。在日本民法典编纂过程中发生的“法典论争”这一重要法律事件，反映出日本民法在近代化过程中，一直存在着近代性和维护传统的“淳风美俗”之间的矛盾。同时，“法典论争”的发生还与当时的历史条件有着密切的关联。当时的历史条件从根本上决定了民法典论争的特质和日本民法近代化的走向。本文主要以日本明治时期旧民法编纂过程中发生的“法典论争”为线索，结合当时的历史条件，考察日本民法近代化的历史过程及其特点。

一、旧民法典编纂与“法典论争”的过程

日本明治时期编纂的民法典有两个，一个是以法国民法典为蓝本编纂的旧民法，另一个是以模仿德国民法编纂的新民法《明治民法》。“法典论争”是旧民法编纂时，围绕民法典的实施问题而发生的。

（一）“民法典论争”发生的前兆

明治政府成立之后，就开始筹划编纂民法，着手起草民法草案。明治政府早期是以模仿法国民法为主，开始起草民法的。1870年，政治家江藤新平在太政官制度局设立了民法会议，他命令法国法翻译莫作麟祥快速翻译法国民法典，要求“不怕翻译有误，只要快速直译即可”^①，快速模仿法国民法典起草民法。1871年7月，明治时期在全盘吸收了法国民法典内容的基础上，起草了民法草案。该草案虽然在形式上规定了民法的部分内容，但是，作为单行法，缺乏系统性。实际上，在民法草案起草阶段，在民法编纂方针上就存在着意见分歧的两派：一派是以江藤新平为首，主张仿效法国民

^① 加藤雅信等编：《民法学说编年史》（日），三省堂1999年版，第6页。

法典，在法典编纂中贯彻近代法、市民法方针；另一派是以当时起草民法的左院为核心，主张充分考虑日本的传统习俗和民间习惯。这是“民法典论争”的前兆。

（二）“民法典论争”的导火索

1880年，日本明治政府在元老院中设立了民法编纂局，聘请法国法学家布瓦松纳（巴黎大学教授）主持民法典编纂工作。但是，日本明治政府在民法典编纂时，已经注意到财产法与身份法具有不同的意义，所以对二者采取不同的编纂方针，即聘请法国人布瓦松纳，参考法国民法典，起草民法典中的财产法部分；由日本人熊野敏三等代表左院来承担身份法（亲属法）部分的编纂工作，并且明确要求左院在起草身份法时，要考虑到日本固有的风俗习惯，在民法典中保存日本的“淳风美俗”的传统。

1888年，法国人布瓦松纳完成了财产法部分的起草，日本人完成了人事编（亲属法部分）的起草，最终完成了民法典的编纂工作。1890年4月，内阁公布了民法典的财产编、财产取得编、债权担保编、证据编。同年10月，公布了民法典的人事编（亲属法部分），并决定民法典于1893年1月1日开始施行。这个分两次公布的民法典，被日本民法史上称为“旧民法典”。

旧民法以法国民法为蓝本，在形式上几乎与法国民法典一样，由人事编（亲属法）、财产编、财产取得编、债权担保编、证据编五部分组成。但是，该法典还算不上是一部完全近代化的民法典。因为商法的编纂和民法的编纂是分头进行的，民法与商法有很多重复和抵触的地方，而且旧民法典中还掺杂了许多诉讼法、公法的条文。^①

在内容上，旧民法典财产法部分与法国民法典相同，基本上是以法国民法典的精神为指导，以法国民法为范例，确立了财产所有权不可侵犯、契约自由、过失责任原则等民法原则，体现了自由主义原则。财产法部分在审议时，没有引起异议，顺利通过审议。相比之下，旧民法的人事编制（亲属法）部分，是由日本人编纂的，虽然保留了一些日本固有的制度，如家制、“家督继承”（身份继承）等，保留了家长的部分权力，但是，由于受到法国民法的影响，旧民法中的人事编中也体现出“西方原则”，散见着一些具

^① 石田穰：《法典编纂与近代法学的成立——民事法》，载石井紫朗编：《日本近代法史讲义》（日），青林书院新书1972年版，第99页。

有“近代性”的规定。如在立法形式上，采用欧洲式序列，先规定婚姻，然后规定亲子关系，最后才规定家长 and 家制。这与应该先有“家”，而后有夫妻关系、父母子女关系的东方古老传统是不同的。关于血亲、姻亲和配偶的划分也是西方式的。在内容上，虽然保留了家长权，却不承认家长权（户主权）的核心之一的家属居所的指定权，家长也没有对家属婚姻的否决权（无效诉权），事实上是削弱了家长的权力。另外，法律不禁止家督相续人（身份继承人）因婚姻和收养而离开家庭。还提出了建立一夫一妻婚姻制度的建议。这些与以后的新民法（《明治民法》）相比，也具有鲜明的“近代性”。因此，旧民法公布后，人事编立即遭到批评，许多人认为旧民法无视日本的“固有的淳风美俗”，特别是破坏了家族制度。这样就形成了对旧民法拥护和反对的两派，而展开了“法典论争”。1889年5月，东京帝国大学法学部毕业生组织“法学会”（英国法学派），发表了《关于法典编纂的意见书》，向明治政府、枢密院提出了旧民法典实施延期的建议。该意见书主张民法编纂要保留民族的固有传统，兼顾日本的风俗民情，要慎重行事，不能简单模仿外国法典，成为了日本近代法律史上的“民法典论争”的导火索。

二、旧民法典实施与“民法典论争”的焦点

旧民法典公布后，围绕民法典是否应该实施，首先在法学界产生了激烈的对立和论争。论争主要是围绕亲属法、继承法展开的。后来，由法学界的学术之争逐步发展为政界的政治斗争，明治政府也参与其中，还影响到一般民众。“民法典论争”发展成为波及全社会的政治运动，不同阶层怀有不同的目的。

（一）法学界的“民法典论争”

法学界的“民法典论争”有两派：一是强烈要求延期实施旧民法的“延期实施派”（延期派）；另一是主张应立即实施旧民法的“断行派”（实施派）。两派的形成与当时的法学教育有密切关联。

明治时期的法律教育主要是接受外国法学教育，主要学习法国法学、英国法学、德国法学。当时的东京大学法学部和英吉利法律学校推行的是英国法教育，是英国法学派阵地，信奉历史法学派的观点。当时的佛（法）法学校（现在的法政大学）和明治法律学校（现在的明治大学）是深受布瓦松纳影响的私立法律学校，布瓦松纳曾经长期在两校任教，其创立者也多为

布瓦松纳的弟子，这两所学校教授的课程主要是讲授法国法，是法国法学派的阵地。法学界的“民法典论争”主要是在英国法学派和法国法学派之间展开的。

“延期实施派”主要以当时英国法学派阵地东京大学法学部和英吉利法律学校（现在的中央大学）为核心，代表人物是穗积八束。穗积是东京大学法学部教授，曾留学英国和德国，在英国接受了梅因的法律进化理论，在德国接受了萨维尼的历史法学。在法典论争中，他站在延期实施派的立场上，写了《法典论》，从学理上阐释了旧民法延期实施的理由。他认为民法典破坏了伦理纲常，扰乱社会经济秩序，批判旧民法忽视了日本固有的“淳风美俗”传统，破坏了家族制度。提出“民法出，忠孝亡”的口号，成为了反对民法典实施的代表性言论。^①

“断行派”（实施派）是主张法典应立即实施，主要以法国法学派阵地和佛（法）法律学校（现在的法政大学）和明治法律学校（现在的明治大学）为中心，代表人物是梅谦次郎（东京帝国大学教授，民法学者）。他曾留学法国、德国，1899年任和佛（法）学校校长，和佛（法）法律学校校友会提出了《法典实施断行意见》，主张法典实施是当今的急务，延期实施派发布了不负责任的言论，毁诬法典，误解法典。^②

法学界的法典论争，直接体现为学术思想上的分歧。英国法学派站在历史法学的立场上，主张法典的民族固有性；法国法学派站在自然法学的立场上，主张法典的普遍适用性。除此之外，法典论争实际上还包含着各个法律学校之间的生存竞争、利益之争。如果模仿法国法的民法典得以实施，对提高法国法学派阵地的两所法律学校的声誉十分有利，会给英国法学派带来危机感。因此，英国法学派出于自身的利益反对旧民法典的实施。^③

（二）政治家的“民法典论争”

法学界的民法典论争反映到政府和议会里，也引发了政界的激烈争论。1892年，“延期实施派”代表人物穗积八束在机关刊物《法学新报》上，发表了《民法出，忠孝亡》的论文，把“民法典论争”推到了顶峰。法学

① 加藤雅信等编：《民法学说编年史》（日），三省堂1999年版，第10页。

② 石田穰：《法典编纂与近代法学的成立——民事法》，载石井紫朗编：《日本近代法史讲义》（日），青林书院新书1972年版，第102页。

③ 加藤雅信等编：《日本民法典的制定及其历史意义》，载《法曹时报》第51卷1号，1999年，第16-19页。

界因对旧法典实施意见的分歧而发生的学派之争，进一步扩大到政治思想和主张不同的政治派系之争。在具有自由民权思想的政治家和主张以家父长制为基础建立保守国家的国家主义政治家之间，引发了更加激烈的民法典的论争。要求民法典延期实施的“延期实施运动”，直接引起了议会中具有保守思想的多数上层人士（特别在贵族院）的共鸣。同年，“民法典论争”发展到了帝国议会，在国会的贵族院和众议院上，“断行派”和“延期实施派”之间展开了激烈的论争。^①结果是贵族院和众议院两院以压倒多数票，相继通过了民法延期实施案，将民法实施延长到1896年年底。这样，民法典论争以“延期实施派”的彻底胜利而告终。

明治时期，日本“民法典论争”不仅是英国法学派和法国法学派对民法典编纂本身进行的学术之争，还与当时的历史条件有着密切的联系，反映出日本在制定近代民法过程中，一直存在着自由主义的近代性和维护“淳风美俗”的传统之间的冲突与较量。^②“实施延期派”极力反对旧民法典的实施，主要因为旧民法带有法国法的色彩，更多体现市民权利，与当时的封建残余浓厚的日本社会不相适应。旧民法以法国民法为蓝本，充满了以天赋人权学说为基础的资产阶级自由主义、个人主义和民主主义色彩。这与当时日本极力树立的以天皇为中心的国家主义不相适应，也与明治宪法的绝对主义精神背道而驰。当时已经制定了天皇绝对主义的明治宪法，确立天皇统治秩序。在明治宪法的体制之下，家长（户主）制与天皇制是一脉相承的。家为国之本，忠孝一体，否定对家长的孝，也是否定对天皇的忠。因此，“民法出，忠孝亡”的局面是绝对不容许的。特别是在当时的日本社会，封建制还有相当强的势力，旧民法否定了日本固有的家族制度和家长权，存在从社会根本上动摇绝对主义秩序的危险性。

（三）明治政府的“民法典论争”

在日本“民法典论争”的历史过程中，明治政府实际上是推进旧民法典实施的。其主要目的是为了修改不平等条约，废除领事裁判权，实现司法独立权。就是说，日本明治政府模仿外国法律，加紧编纂法典，与对外修改

^① 丁相顺：《日本近代“法典论争”的历史分析》，载《法学家》2002年第3期，第110页。

^② 参见何勤华、曲阳：《传统与近代性之间——〈日本民法典〉编纂过程及问题研究》，《清华法治论衡》，清华大学出版社2002年版，第251-295页。

不平等条约有直接关系。1853年，黑船来航事件后，日本的国门被打开，陆续与美国、法国、英国、荷兰等帝国主义国家签订了不平等条约，日本丧失了关税自主权，承认外国享有领事裁判权等治外法权，处于屈辱的殖民地地位。外国列强在日本享有领事裁判权，使日本丧失司法独立权；享有关税决定权，使日本政府减少税收，阻碍了民族资本与国内产业的发展。明治政府为了改变丧权辱国的被动局面，极力与外国交涉要求修改不平等条约，撤销领事裁判权。但是，外国列强以日本必须变革法制为要挟条件，要求日本制定并实施与外国法律体系相通的民事、刑事诉讼审判制度。因此，日本政府被迫同意以编纂近代法典为条件，依据所谓的“列国公法”，来制定“国律、民律、贸易律、刑法、税法”，以达到修改不平等条约、收回治外法权的目的。在日本近代立法史上，废除不平等条约的外交努力直接促进了法典的编纂。

日本明治政府相继与英国等外国列强签约，着手修订以前签订的不平等条约，编纂刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法等近代法典。为此，明治政府先让外务省来负责法典的编纂工作。1880年，在外务省设置了“法律调查委员会”，由外长井上馨担任委员长，由西圆寺公望、三好退藏、陆奥宗光三名政府高官担任委员，还聘请法国人布瓦松纳、德国人鲁道夫等六人担任调查委员会书记官。以外长井上馨为议长的“条约改正会议”，制定了修改不平等条约和废除领事裁判权的基本方针，明确提出“日本政府根据‘泰西主义’和不平等条约的条款来改造司法组织和修订法律”。^①

明治政府聘请的外国专家不同程度地参与了法典编纂，使日本在较短时间内完成了法典起草工作。但是，这种将法典编纂附属于外交的做法，激起了朝野各界的反感。1887年，爆发了广泛的反对修改条约运动，导致外长井上馨下台。大隈重信继任外交大臣后，继续将废除不平等条约作为主要任务。结果是他制定的修改不平等条约方案，也因为对外国作出了太大的让步而受到了日本朝野的反对。1889年10月，大隈重信被炸伤，明治政府不得不停止修改条约的外交努力。这样，明治政府被迫停止修改条约的外交。明治政府内部政治斗争的结果，导致了把“法律调查委员会”移交到司法省，委员会组成人员也由政治官僚改为法律官僚，并排除了外国人直接参与委员

^① 井上清：《日本军国主义（第2册）》，商务印书馆1985年版，第25页。

会。此后，法典编纂工作由外务省转向司法省。

当时的明治政府为了修改不平等条约，废除领事裁判权等治外法权，极力强调推行民法典的必要性，推进实施民法典。但是，由保守派、复古主义者和自由民权运动者共同组成的联合战线，极力反对，强烈要求延期实施民法典，最终使民法典实施归于流产。随着“延期实施派”的胜利，通过维护家族制度而维护天皇制度的保守派站稳了脚跟。

三、《明治民法》的制定及意义

法典论争导致旧民法典被延期实施。此后，日本政府成立了法典调查委员会，在旧民法典延期实施的情况下，对旧民法典进行修改，重新开始民法典的编纂工作。法典的编纂方针由仿照法国转向以德国法为范本，开始重视本土条件，排斥外国人参与起草法典。

（一）《明治民法》的制定

1893年3月，明治政府设立了“法典调查会”，制定了《法典调查方针》，明确民法典的编纂方针，并不是重新制定新法典，而是对旧民法典的修改。任命伊藤博文为总裁，西园寺公望为副总裁，穗积陈重、富井政章、梅津次郎三位帝国大学教授为起草委员，另设委员数十人。1894年7月，由“立即实施派”代表人物梅谦次郎、“延期实施派”代表人物穗积陈重及富井政章三人起草了民法典草案。这样的民法典起草人员构成决定了新法典是一个兼容并包的法律体系。穗积陈重在民法典起草过程中，发挥了主导作用。在法典论争中，穗积陈重站在延期派的立场，写了《法典论》，从学理上阐释了将旧民法延期的理由，这一著作后来也成为指导法典编纂的理论依据。

在民法典起草中，起草者三人穗积陈重、富井政章、梅谦次郎均为日本人，他们以德国1888年民法典第一草案为主要继受对象，但是法律的内容不仅仅局限于德国法，而且广泛参考了奥地利民法、瑞士债务法、英国债务法等外国法。同时，以旧民法中法国法内容为主要基础，并且兼顾到日本当时立宪绝对主义政体和社会习俗。1895年，总则、物权、债权三编提交议会，获得通过，1896年4月公布。亲属、继承两编于1898年4月提交议会审议通过，并于同年6月公布。整部民法典于1898年7月16日正式实施。相对于旧民法，该部民法被称为日本“新民法”，也被称为“明治民法”。

新民法典在体例结构上，分为总则、物权、人权（债权）、亲族、继承五编。在内容上，承认了习惯法（法例2条）以及事实上的习惯法的效力，

并充分考虑到日本的传统，规定了“入会权”。值得注意的是，在日本旧民法中，稍稍受到削弱的家长权（户主权）在新民法中得到了加强。户主有这样的权力：(1)对家属的居所指定权（《明治民法》第749条）；(2)对家属人家去家的同意权（第735、737、738、743条）；(3)对家属的婚姻、收养的同意权（第750、776、848条）；(4)对不服从统治的家属进行制裁的离籍权与复籍拒绝权（第741、749Ⅲ、750条）；(5)对家属的婚姻、收养的撤销权（第780条）等。另外，在日本新民法里，妻与未成年人、禁治产人并列而无民事行为能力人。在这种家族制度之下，婚姻关系、亲子关系都从属于维持“家”这一最终目的。^①

（二）《明治民法》的意义

《明治民法》总则与财产法部分，基本上模仿德国民法，是以个人主义为思想基础的。财产法是建立在个人主义的自由经济的基础上，以近代民法中的所有权不可侵犯、契约自由、个人责任的三大原则为指导的，是符合资本主义发展需要的近代法律。但是，亲属法、继承法部分以传统的家族主义思想为基础，在维持日本旧有习俗，特别是家族制度的原则下，保留了其封建性。身份法是建立在封建的、家长制的家族制度基础之上的，不承认家庭成员（包括家属、妻、子女）的独立人格和平等地位的法律。这样，《明治民法》的财产部分和身份法部分存在着严重的矛盾。

新民法典的颁布施行，标志着日本继受法律体系，开始走向建立在德国法基础上的本土化的编纂道路。《明治民法》是本土化法典，是依据法国民法，加上德国民法第一草案等内容而制定的。德国民法学开始对日本法学界产生重要影响。

四、结语

值得注意的是，在编纂明治民法典时，并没有爆发旧民法编纂时期那样的“民法典论争”。这是因为在日本旧民法中，稍稍受到削弱的家长权（户主权），在新民法中得到加强。明治民法中强化了户主权，户主权虽然与明治维新前封建社会家族制度中相比已经削弱，但仍足以对家族进行统治；加上旧日习惯力量的影响，户主事实上具有较民法规定的更强大的统治力。另外，当时日本许多留学欧洲的学者和政治家已经开始认识到，随着德国的兴起，资本主义发展

^① 矶野诚一，矶野富士子：《家族制度》（日），岩波书店1979年版，第23页。

开始进入帝国主义阶段。日本绝对主义的社会秩序与德国法更加契合，明治宪法吸收、借鉴德国法实际上已经意味着法典继受的方向开始转向德国法。因此，在一定意义上说，民法典论争的最终结果既不是法国法学派取得了胜利，也不是英国法学派取得了胜利，而是建立在德国法学基础上的法律本土化路线取得了胜利。仿照德国民法典制定《明治民法》，意味着日本民法典的继受方向由法国法开始转向德国法，德国法律开始影响近代日本。

(上接第37页)行政权之滥用与误用。行政权是一匹猛兽，法治就是要使之驯服。但任何希望政府本身促成法治的想法，真是南辕北辙，背道而驰。在法治的完全含义中，一个合法的政府，必须尽到两种责任：其一应做依法所应做的事，其二不做依法所不可做的事。今日在西方先进的国家中，大多已做到第二件事，大多也正在努力于做第一件事。在落后的国家中，第二件工作，尚未开始，更谈不上第一件工作了。至于法治应该注意的第三件事，是何人守法的法治，系官吏抑系人民？吴之椿虽不著一字，但理至明矣。

正文的第二部分系“中国法治的困难”。通过不断努力，是否可以期待中国法治大业的完成？对此，吴之椿戒慎恐惧之心。在他看来，中国缺乏国是。政治势力不守法，国家法治无从说起。小而言之，一般法吏风纪堕落，贪污以及蹂躏人权之事，层见叠出，亦为法治不行之征象。故在今日言法治，而欲明其真象，首先应撇去若干旧日之成见和简单化的观察法治问题。吴之椿认为，在中国的社会环境中，欲行法治，其大小困难，何止千万。但约而言之，计有三端：一是法律与社会的距离；二是官权至上的传统；三是社会条件之不具备。对此，吴之椿是喜惧参半。所喜的是，政治能有机会脚踏实地地走向宪政与法治。所惧的是，社会的事实与惰性，极不容易受空言的支配。进而吴之椿诚恳地希望，在新的政治环境之中，今后宪政与法治，能力矫既往之失，并在政治经济教育法制各个方面，扶植培养近代法治所不可缺少的各种社会条件。

正文的第三部分系“近代法治与法治”。对近代法治与法治进行了简要的梳理后，吴之椿认为，中国处于社会革命的过程中，尽管对急进缓进，意见各有不同；中国的法治问题，必是这过程的一部分。因此，他主张“讨论法治而参考别国的历史”，特别是“英国的历史，似可帮助我们对法治的努力”。其一，法治需要长期的努力，才能实现。对法治不讳言失败，但失败后更须加紧警告，更须本自己失败之经验，不断地改正努力的方向。对法治的信念必须坚定，对法治的方向必须明确，而对法治的努力更必须持之以恒，其成功方可期。其二，促进法治必须在事实上争取，“当全国民众，事事必争法治，时时必争法治”，则“皆足以壮正义之气慑奸人之胆”，使法治在社会上成为普遍的习惯，法治才能成功。因此，政府与民间皆宜尽力。其三，民治是法治之基础，英国历史的教训最为明显。中国人民能在民治上多尽一份力量，即法治多有一份基础。舍民治而言法治，并非粉饰太平，亦只是舍本逐末，其结果必终归于失望。

在我们生活的地上世界里，如果民治在今天要成为法治的基础，那么它仍需要吴之椿《法治与民治》的舆论支持和呐喊；而如果它是“舍民治而言法治”，那么，对法治不想“归于失望”的中国民众来说，就更需要吴之椿“民治是法治的基础，无民治即无以言法治”的空谷足音，更需要积多数成功的民治事例，以培植社会法治的习惯和厚增法治的力量。这既是笔者重读吴之椿《法治与民治》一书的感言，亦是我们纪念全国宪法日的应有之义。