

University of Groningen

日本民法典编纂的政治学 (1868—1912) ——比较法视野下习惯法在法典中的地位
van den Berg, Peter

Published in:
现代法治研究

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van den Berg, P. (2020). 日本民法典编纂的政治学 (1868—1912) ——比较法视野下习惯法在法典中的地位. *现代法治研究*, 2020(3), 31-40.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

日本民法典编纂的政治学（1868—1912）

——比较法视野下习惯法在法典中的地位

[荷兰]皮特·范登伯格 著* 黄晓玲 译**

【摘要】就习惯法而言，欧陆民法典载有严格的排他性条款，而日本民法典则允许许多重要的法律习惯继续存在。本文将通过比较欧陆法典化的政治背景和日本引入民法典的原因来解释这种差异。在欧洲大陆，法典编纂的主要目的是实现国家层面的法律统一，这被认为是民族国家建设过程中的必要条件。而习惯法主要是地方法，所以必须完全废除。在日本，法典编纂的主要动机也是政治性的，日本人希望通过编纂法典的方式来使西方列强相信日本的法律制度已经实现了现代化，进而可以修订其与列强之间签订的不平等条约。由于实现法律统一只是次要的，所以不需要完全废除习惯法。相反，至少在挽救部分日本法律传统方面，保留法律习惯被证明是一个极好的办法。

【关键词】法典编纂；日本民法典；欧陆民法典；习惯法；比较法

一、引言

1898年7月16日，《日本民法典》开始生效。它以《德国民法典》（*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB）为蓝本，该法典由德意志帝国皇帝于1896年8月18日颁布。奇怪的是，《日本民法典》比《德国民法典》更早生效，这是因为德国人考虑到民法典的象征性意义，所以决定将民法典的出台时间推迟到1900年1月1日。在编纂私法的过程中，日本人不仅受到德国民法典的影响，而且深受法国民法典的影响。在德国民法典诞生之前的几十年里，他们一直致力于改编法国民法典。^[1]这项工作是在法国律师古斯塔夫·埃米尔·保尔索那德·丰塔拉比（*Gustave Emile Boissonade de Fontarabie*）（1829—1910）的指导下进行的，此人在1874年受邀作为日本政府的顾问来到日本。最后，在津田真道（*Masamichi Tsuda*）（1829—1903）的努力下，1838年《荷兰民法典》在日本也广为人知。^[2]1862年至1865年，津田与西周（*Amane Nishi*）（1829—1897）受政府派遣，在莱顿大学学习法律，后者在将西方法律概念引入日本的过程中也发挥了重要作用。^[3]

* 皮特·范登伯格（*Peter A. J. Van Den Berg*），荷兰格罗宁根大学法律方法和历史系副教授，日本大阪大学法科大学院客座教授。

** 黄晓玲，厦门大学法学院2019级硕士研究生。

[1] Cf. M. Ishimoto, "L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais" in: *Revue internationale de droit comparé* 6/4 (1954), 744-752. Y. Noda, "L'exception du droit français au Japon" in: *Revue internationale de droit comparé* 15/1 (1963), 543-556.

[2] R. Epp, "The challenge from tradition: attempts to compile a Civil code in Japan, 1866-78" in: *Monumenta Nipponica* 22/1-2 (1967), 15-48 (17-18).

[3] T. Okubo, "Ono Azusa and the Meiji Constitution: the codification and study of Roman law at the dawn of modern Japan" in: *Transcultural Studies* 1 (2013), 101-144 (105-110). R. H. Minear, "Nishi Amane and the reception of Western law in Japan" in: *Monumenta Nipponica* 28/2 (1973), 151-175. R. Feenstra, "Contacten op juridisch gebied tussen Nederland en Japan in de 2e helft van de 19e eeuw" in: *Gratii Commerci. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden* (Zwolle 1981), 57-69.

虽然德国民法典和法国民法典,以及在较小程度上的荷兰民法典都曾是日本法典编纂的范本,但值得注意的是,日本民法典的编纂者对习惯法采取了比欧洲前辈更有利的立场。因此,在民法典颁布近百年后,正如日本法律史学家熊谷开作(Kaisaku Kumagai)所言,日本的法律人仍然高度重视习惯法。他在1973年写道:“尽管我国法律中最基本的部分是成文法,但每一个日本法学家都或多或少地倾向于尊重习惯法。他们常常将习惯法当作是对冷酷严厉的成文法的一种有效的减轻或有用的制动。”^[4]

本文的目的是对这种差异做出解释。本文认为,欧陆法典化和日本民法典的出台都是出于政治原因,但这些原因的性质不同,这也就导致了两者对习惯法态度的差异。

二、习惯法在欧洲民法典中的地位

法国民法典的特点之一就是其严格的排他性条款。在该条款中,除成文法外的所有法律渊源都被废除。在这一条款中,习惯法也被剥夺了其作为独立法律渊源的地位。法国民法典序题(*titre préliminaire*)第7条规定,所有法律习惯“在本法典所涵盖的事项上不再具有一般或特别法律的效力”(cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet de ce Code)。^[5]通过使用“dans les matières”(所涵盖的事项)的措辞,使得该条款甚至比早先草案的规定更严格,后者只宣布那些与新法典的规定相悖的习惯法规则无效。

由法国皇帝拿破仑·波拿巴(Napoleon Bonaparte)的弟弟路易·波拿巴(Louis Bonaparte)国王(1778-1846)颁布的第一部荷兰民法典(1809年)也附有严格的排他性条款。^[6]颁行该法典的法令第3条以“适用于荷兰王国的拿破仑法典”为题,规定除非法典明确保留,否则所有涉及私法的法律,不论其名称,都不再具有法律效力。^[7]这一规定比法国的相关规定更加严格,因为该法令第3条废除了所有与私法有关的法律习惯的法律效力。1811年,荷兰王国被法国吞并。因此,法国民法典在荷兰颁行。1813年荷兰重新获得独立后,直到荷兰编纂新的法典之前(这部新的荷兰民法典于1838年出台),《法国民法典》依然有效。在这部新法典中,它再次强调习惯法不具备作为独立法律渊源的地位。随附法规,即《民法施行法》(Law on General Provisions)第3条明确规定:“除非法律规定,否则习惯不具有法律效力。”^[8]

最后,在德国的法典编纂中,也明确了民法典作为唯一法律来源的最高权威。1896年8月18日出台的用于颁行德国民法典的法规——《德国民法典施行法》(Einführungsgesetz zum BGB)(EGBGB)——第55条规定:“除非民法或本法规另有规定,否则各州法规中的规则失去效力。”虽然没有明确提到习惯法,但毫无疑问地将其纳入其中。根据《德国民法典施行法》第55条第2款的规定,在《德国民法典施行法》中对此类地方性法规作了约一百多条的详细说明,从而保留了一些地方性法律。^[9]

对习惯法作为独立法律渊源的强烈反对,只能通过以下事实来解释,即欧陆三国的法典编纂都是为政治目的服务的。它们的主要目的不是为了增强法律的确定性,以利于诉讼当事人,而是为了实现作为国家

[4] K. Kumagai, “On the formation of a customary law on Allmende in Japan (Iriai)” in: *Osaka University Law Review* 20 (1973), 1-9 (1).

[5] Dalloz Code civil (Paris 1973/1974), 11.

[6] Peter A. J. van den Berg, “La codification et la formation d’un État national sous le Roi Louis” in: A. Jourdan (ed.), *Louis Bonaparte. Roi de Hollande* (Paris 2010), 81-100 (81-83).

[7] 这项法令于1809年2月24日公布,参见J. H. Sassen, *Proeve van een beredeneerd overzicht van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden* (Den Bosch 1827), 9.

[8] 在荷兰语中,第3条这样规定:“习惯不具有任何法律效力,除非法律另有规定”。该法规的荷兰语标题为:“法律,包含王国立法的一般规定”。参见H. Jansen, “Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)” in: *Ars Aequi* 57 (2008), 22-29 (22 and 25).

[9] 参见《德国民法典施行法》第59-167条。也可参见《德国民法典施行法》第1条第1款。

建设进程的一部分的法律的统一。^[10] 毕竟，在法典化之前，法国、荷兰和德国的特点是令人困惑的法律多样性。每个地区都有自己的法律体系，使用各种法律渊源，如地方法规、地方习惯法、宗教法和罗马法。渐渐地，这种情况被认为不利于建立一个统一的民族国家，而在法典编纂中设定排他性条款是解决这一问题的最佳方案。为此，新法典的起草者利用严格的排他性条款，防止地方（习惯）法死灰复燃，填补新民法典中不可避免的诸多空白。换言之，其主要目的是确保通过编纂民法典实现法律统一。从这个角度看，不难理解，1992年1月1日，在实行新的荷兰民法典的背景下，废除了限制习惯法作为法律渊源的规定。该规定已经达到了目的，因为法律统一已经实现，立法者现在可以再次将一些（民族的）法律习惯的发展留给该领域的参与者。

三、习惯法在日本民法典中的地位

在习惯法的地位方面，日本的法典编纂者似乎沿用了欧洲法典编纂的做法。1898年伴随着日本民法典出台的法规的第2条规定：“对于不违反社会公共秩序和善良风俗的习惯，或者通过立法予以承认，或者对于法令没有规定的事项，可遵循习惯。”^[11] 在法国模式中，其宣布废除所有法律习惯在新民法典所涵盖的事项上的法律效力。根据德国民法典和荷兰《民法施行法》第3条，这一规则的例外情况是有可能实现的，即如果一项法律习惯在民法典的某项规定中得到明确承认，则该习惯将继续有效。

然而，仔细阅读1898年法规第2条，就会发现与欧洲民法典不同的是，日本民法典对习惯法的态度是积极的。毕竟，习惯法并没有被“废除”，而是被“赋予与法律同等的效力”。因此，毫不奇怪，日本民法典中包含若干宣布适用当地习惯法的规定。^[12] 其中一项规定涉及“入会权”（*iriai-ken*）的法律规则，该规则规定了公共土地的使用。^[13] 在日本，这种法律习惯受到了极大的重视。

对于给予习惯法的适用以回旋余地而言，更为重要的是，1898年法规第2条必须与日本民法典中具有革命性的第92条一起解读。第92条阐述了第2条中提到的一类习惯，即“不违反社会公共秩序”的习惯。第92条规定：“有与法令无关公共秩序的规定相异的习惯，如果可以认定法律行为当事人有依习惯的意思时，则从习惯。”与欧洲民法典的类似规定不同，这一规定原则上为在私法领域中任意适用法律习惯打开了大门。因此，在日本民法典中，通过为习惯法创造强有力的地位，刻意保留了挽救日本法律传统的可能性。^[14] 事实上，在民法典出台后不久，该法典第92条显然已被扩大解释。^[15] 如果习惯规则与案件有关，法官就倾向于认为当事人希望适用这些习惯规则，即使当事人没有对此作出任何声明。这样一来，许多习惯规则即使与民法有出入，也能保持其有效性。

有趣的是，1910年韩国被日本吞并后，日本民法典在韩国颁行时，对韩国的习惯法也采取了同样的态

[10] Cf. Peter A. J. van den Berg, *The politics of European codification. A history of the unification of law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands* (Groningen: Europa Law Publishing 2007). 对这一论点的最新总结可参见：Peter A. J. van den Berg, “Constitutive rhetoric: the case of a ‘European civil code’” in: J. M. Milo, J. H. A. Lokin and J. M. Smits (eds.), *Tradition, codification and unification. Comparative-historical essays on developments in civil law* (Cambridge/Antwerp 2014), 45-70 (48-51).

[11] 民法施行法（Horei）。1898年6月21日第10号法令。

[12] 例如，参见《日本民法典》第217、219、228、236、263、268、269、277、278和526条。

[13] 《日本民法典》第294条。可参见 K. Kumagai, “Iri-ai-ken from the Tokugawa period till the legislation of the Japanese Civil code. Reception of European laws and iri-ai-ken” in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions 62: Les communautés rurales* (Paris 1982), 407-410. K. Kumagai, “Two customs and the codification of the civil code in Japan” in: *Osaka University Law Review* 30 (1983), 1-6.

[14] Cf. M. Dean, *Japanese legal system* (London 2002), 132-133. M.S.-H. Kim, *Law and custom in Korea* (Cambridge 2012), 94-95 and 193-194. H. Oda, *Japanese law* (London/Dublin/Edinburgh 1992), 60-61.

[15] Kim, *Law and custom in Korea*, 195-196.

度。^[16] 根据日本关于这一问题的规定, 韩国习惯法被赋予了重要地位。因此, 日本民法典在韩国被引入后并没有实现日韩之间法律的统一。只有通过司法裁判, 才能进一步统一韩国和日本的法律。

四、日本推行法典编纂工作的政治性质

如上所述, 欧洲法典化是民族国家形成过程的要求, 在这个过程中, 其重点是实现政府体制的集中统一。在日本, 法典编纂同样受到政治因素的影响。新的日本民法典并不是为了改进法律制度, 而是为了满足某些迫切的政治需要。然而, 这些政治需求与欧洲国家的政治需求不同, 这方面的差异可能是日本民法典对习惯法采取善意态度的原因所在。

日本的法制改革是在巨大的外部压力下开始的。1853年, 在美国船坚利炮的威胁之下, 日本被迫向西方列强打开了国门。随后, 其与美国及其他西方国家签订了限制日本国家主权的条约。^[17] 这些条约不仅剥夺了日本的关税自主权, 而且条约中的一些条款, 在一定程度上使得西方国家在日本获得了领事裁判权。西方列强认为日本的法律制度不完善。^[18] 日美于1858年缔结的《日美友好通商条约》(Treaty of Amity and Commerce)第6条就是一个例证, 其内容如下: “侵犯日本人之美国人, 当由美国领事法庭(Consular courts)审判之; 如属有罪当按美国法律处罚之。侵犯美国人之日本人由日本官方审判, 按日本法律处罚之。美国领事法庭须接纳日本债权人之声诉, 使彼等能借法律判决取得对美国人之正当要求; 日本法院也应接纳美国债权人之声诉, 使彼等能借法律判决取得对日本人之正当要求。”

日本在军事上的软弱以及不平等条约带来的耻辱被一部分上层人士归咎于幕府, 因而, 革命是不可避免的。1868年, 幕府将军倒台后, 日本天皇(在此之前主要具有象征功能)取得了更接近于实际统治者的地位。这一变革通常被称为“明治维新”(Meiji Restoration)——以明治天皇(1852—1912)的名号命名。然而, 这个词有一定的误导性, 因为这次“复辟”引发了大量的实质性改革。这些改革的主要目的是恢复日本的国力, 以便摆脱外国的殖民统治。在此背景下经常听到的一个口号是“fukoku kyohei”, 即“富国强兵”。^[19] 西方国家理所当然地成为了改革的范本。毕竟, 日本致力于在“文明国家”中拥有与之竞争的军事力量和平等地位。同时, 只有当日本变成了一个以“现代化”著称的强国, 不平等条约才能被修改和废除。

因此, 1898年日本民法典的出台, 对于提高日本的国际地位来说, 与其军队的建设同样重要。通过法典编纂, 日本可以说它已经跻身“文明国家”行列, 所以包括限制其治外法权在内的不平等条约应该被废止。以下引文摘自1920年时任驻泰国大使的日本法律学者藤吉正雄(Masao Tokichi)(1869-1921)于1897年撰写的一篇文章, 引文展示了日本的法典化与日本追随西方帝国主义脚步的愿望之间的紧密联系。这篇刊登在马萨诸塞州波士顿出版的自由派文学和政治杂志《竞技场》(The Arena)上的文章, 显然是面向美国读者的。藤吉写道: “确实, 1896年对日本来说是多事之秋。与中国的战争给她带来了荣耀。台湾岛和许多其他岛屿也被纳入了她的财产范围……与西方列强签订的条约已被修订, 所修订的条约中废除了令日本耻辱的治外法权制度, 但这一条款将在新日本民法典生效时生效。最后也是最重要的是, 新的日本民法典通过了。”^[20] 在他的结语中也反映了日本在法律上脱亚入欧的愿望。他说, 睦仁——更多地被称为明治天皇——现在可以像拜占庭皇帝查士丁尼一样, 宣称自己能够“用军队和法律”治国理政。

[16] J.-H. Jeong, “Umformung des japanischen Zivilrechts in Korea” in: H.G. Leser and T. Isomura (eds.), *Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa* (Berlin 1992), 171-198. Kim, *Law and custom in Korea*, 192-234.

[17] K. Mukai and N. Toshitani, “The progress and problems of compiling the Civil code in the early Meiji era” in: *Law in Japan: an Annual* 1 (1967), 25-59 (32).

[18] Cf. J. O. Haley, *Authority without power. Law and the Japanese paradox* (New York/Oxford 1991), 68.

[19] Z. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt am Main/Berlin 1970), 45.

[20] M. Tokichi, “The new Civil code of Japan” in: *The Arena* 18/92 (Boston, Mass. 1897), 64-69 (69).

五、法律统一和现代化的两种模式

改革的巨大成功，在藤吉的引文中也得到了共鸣，而这几乎让人容易忘记明治初期改革者的任务是艰巨的，包括在法律方面。改革者面对的日本法律制度，无论是在形式上还是实质上都与西方国家的法律大相径庭。

直到德川时代末期的1600年至1868年期间，日本社会在很大程度上还具有很强的封建特征。^[21] 诚然，地方贵族依据幕府将军的意志，代表天皇治国。然而事实上，这些贵族在其领土上，包括在法律问题上，享有很大的自治权，立法和司法没有分离，都是在地方一级进行的。此外，重点是习惯法，其因地区而异。^[22] 立法仅作为习惯法的补充在小范围内使用，而不是取代它。^[23] 法律的内容也是根据封建体制量身定做的，因此与西方法律制度的典型内容有所不同。在西方国家，法律的重心已经转向作为法律主体的个人，而在日本，家庭和宗族仍然发挥着关键作用。^[24]

由于将西方国家视为榜样，明治维新的改革旨在使司法集中化和法律现代化。首先，这意味着日本致力于实现法律统一，以建设一个更加统一的日本民族国家。^[25] 这与欧洲19世纪初编纂法典的主要目的是是一致的。其次，日本法律制度中的封建特征必须去除，以适应西方列强的需要。在法律制度的统一和现代化方面，有两种模式可供日本人选择：欧洲大陆的法典化模式和以中央司法机关为基础的英国“普通法”发展模式。^[26]

现在看来，日本选择欧洲大陆模式似乎是显而易见的。通过法典化，可以迅速实施预期的改革，同时这也是让西方国家相信日本法律具备现代性的绝佳手段。^[27] 此外，当日本开始进行改革时，有一些现成的法典可供参考，如《法国民法典》（1804年）、《奥地利民法典》（1811年）和《荷兰民法典》（1838年）。法国民法典有一个坚定的支持者，即上文提到的保尔索那德，他在司法部法学院讲授自然法、刑法和民法典专题。此外，自1858年缔结友好条约以来，日本和法国之间的关系一直非常密切。^[28] 荷兰民法典作为日本法典编纂的范本尤其重要，因为日本在1853年被迫开放之前，荷兰一直是唯一一个获准通过德岛的贸易站与日本进行贸易的欧洲国家。^[29]

[21] See J. R. Strayer, "The Tokugawa period and Japanese feudalism" in: J. W. Hall and M. B. Jansen (eds.), *Studies in the international history of early modern Japan* (Princeton 1968), 3-14. J. W. Hall, "Feudalism in Japan - a Reassessment" in: Hall and Jansen (eds.), *Studies in the international history of early modern Japan*, 15-51.

[22] 德川时代的法律制度，可参见：C. Steenstrup, *A history of law in Japan until 1868* (Leiden/New York/Copenhagen/Cologne 1991), 108-159. D. F. Henderson, "The evolution of Tokugawa law" in: Hall and Jansen (eds.), *Studies in the international history of early modern Japan*, 203-229.

[23] W. Rühl, *History of Japanese law since 1868* (Leiden/Boston 2005), 168.

[24] Rühl, *History of Japanese law since 1868*, 262-263, 268 and 311.

[25] 关于这种强调法律统一作为加强日本民族意识的手段：可参见 "The challenge from tradition", 15-16, 19, 24-25 and 47-48. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung*, 44-45. N. Hozumi, *Lectures on the new Japanese civil code as material for the study of comparative jurisprudence* (Tokyo/Osaka/Kyoto 1912 (2nd edition)), 26-28. M. Tomii, "Étude sur l'état de la codification au Japon" in: *Bulletin Mensuel de la Sociéte de législation comparée* 3 (March 1898), 178-184 (179).

[26] J. V. Feinerman, "The Meiji Reception of Western law" in: Leser and Isomura (eds.), *Wege zum japanischen Recht*, 95-105 (97). 关于这两种模式的详细比较，请参见：Peter A. J. van den Berg, "Lawyers as political entrepreneurs? A historical perspective on the contribution of lawyers to legal integration in Europe" in: A. Jettinghoff and H. Schepel (eds.), *In Lawyers' circles. Lawyers and European legal integration (=Recht der Werkelijkheid)* (The Hague 2004), 163-190 (169-180).

[27] Feinerman, "The Meiji Reception of Western law", 96-97.

[28] Mukai and Toshitani, "The progress and problems", 35 and 49.

[29] 参见 F. B. Verwajen, *Early reception of Western legal thought in Japan, 1841-1868* (s. l. 1996), 他强调了在明治维新之前的几十年里荷兰对日本法律思想的重大影响。可参见 Epp, "The challenge from tradition", 17-18.

不过，日本更倾向于选择英国模式也并非完全不可想象。^[30] 首先，必须重申的是，在 1870 年左右，英国仍然是当时世界上最强大的国家。其次，逼迫日本打开国门的美国也致力于在日本推行英国模式。^[31] 因此，不应低估这些国家的示范作用。此外，除了法国法和罗马法之外，英美“普通法”也在明治维新开始后的几十年里，成为日本法学院课程的既定内容。^[32] 1873 年至 1892 年期间，英国普通法在日本法学院——特别是在东京大学的课程中占主导地位。^[33] 最后，但同样重要的是，采用英国模式将完全符合日本的法律渊源学说，因为习惯法也是该模式的核心。^[34] 毕竟，普通法是在没有利用法典编纂技术的情况下，司法机关通过习惯法发展起来的。因而，这一模式在日本有可能被复制。

在明治维新的最初几年，日本采取的一些措施似乎将解决有关法律改革困境的方向指向了普通法。例如，1875 年，日本成立了最高法院，即大审院（Dai-shin'in）。同年，政府向司法机关颁布了一项指导性法令，明确表示在司法方面，习惯法非常重要。根据该指令，“没有成文法的，以习惯为准绳，没有习惯的，按照合理推理裁决。”^[35] 该指令明确提到“合理性”是法律的补充来源，这使得在认为有必要的情况下可以诉诸外国法律。因此，《法国民法典》在早期阶段就产生了相当大的影响：该法典被翻译成日文，并在司法判决中作为某种“成文的理性”（*ratio scripta*）使用。^[36]

六、愈演愈烈的阻力：“旧民法典”的命运

明治初期，在法制方面进行的改革，遇到的阻力相对较小。大多数日本上层人士认为这些改革是必然的。在某种程度上，这可以解释为：虽然当时的日本还是封建体制，但在德川时代，日本的民族认同意识已经发展起来了。^[37] 因此，致力于实现中央集权的改革得到了充分的支持，并且在改革后的几十年里，日本人将西方国家作为效仿的对象也没有受到严格的审查。^[38] 他们坚信人类的发展具有普遍性，而这种观念也是西方国家所推崇的，因而日本只需要跟上先进国家的步伐，补足短板即可。^[39]

然而，日本的知识分子和政治家们很快就意识到，在西方国家，所谓的“普世价值”是根据他们特定的民族需求和习惯来实施的。这引发了他们对自己的传统的重新评价，这有时被表达在口号“和魂洋才”

[30] A. T. von Mehren, “Some reflections on Japanese law” in: *Harvard Law Review* 71 (1957), 1486-1496 (1487), 在该文中也提出了这一观点。

[31] 参见《美国判例汇编》第 41 卷第 1 页（1842 年），斯威夫特诉泰森（Swift v. Tyson）案。1938 年，美国最高法院承认，通过司法统一法律的努力失败了。参见《美国判例汇编》第 304 卷第 64 页（1938 年），伊利铁路公司诉汤普金斯（Erie Railroad co. v. Tompkins）案，推翻了斯威夫特诉泰森案。

[32] K. Takayanagi, “A century of innovation: the development of Japanese law, 1868-1961” in: A. T. von Mehren (ed.), *Law in Japan. The legal order in a changing society* (Cambridge, Mass./Tokyo 1963), 5-40 (27-29). 有趣的是，在 1874 年至 1878 年间，英国律师格里斯比（W. E. Grigsby）在东京大学教授罗马法课程。可参见 T. Hayashi, “Roman Law studies and the Civil Code in modern Japan – system, ownership, and co-ownership” in: *Osaka University Law Review* 55 (2008), 15-26(16).

[33] K. Kumagai, “Establishment of theory of Japanese law history” in: *Osaka University Law Review* 2 (1953), 25-45 and K. Gorai, “Influence du Code civil français sur le Japon” in: *Le Code civil, 1804-1904: livre du centenaire II* (Paris 1904), 781-790 (784).

[34] K. Takayanagi, “Contact of the Common Law with the Civil Law in Japan” in: *The American Journal of Comparative Law* 4 (1955), 60-69 (61).

[35] 第 103 号法令（1875 年）第 3 条。有关该法令，请参见：Dean, *Japanese legal system*, 132.

[36] Gorai, “Influence du Code civil français”, 781-782.

[37] J. W. Hall, “From Tokugawa to Meiji in Japanese local administration” in: Hall and Jansen (eds.), *Studies in the international history of early modern Japan*, 375-386 (375-376).

[38] Rühl, *History of Japanese law since 1868*, 176.

[39] Mukai and Toshitani, “The progress and problems”, 36.

（wakon yosai）里，意思类似于“日本精神，西方技术”。^[40] 这种重新评价的结果是，西方的思想不再被视为是理所当然的真理。^[41] 相反，理想的做法是在尽量保留日本传统的同时，实行必要的改革。^[42] 由于这些传统大多都包含在习惯法中，因此，这些法律习惯的未来地位是负责司法制度改革的人需要解决的关键问题之一。

1870年后，对西方思想更具批判性的方法浮出水面。在那时，尽管没有得到官方授权，官员们仍以《法国民法典》为蓝本起草法案。^[43] 这些法典编纂活动遭到了来自律师和官僚阶层的强烈反对。他们担心以法国民法典为蓝本进行法典编纂不能与日本的传统相适应。^[44] 1874年，为了维护日本国内法律，他们决定将日本各地的习惯法规则进行汇编。^[45] 随后编纂私法的尝试也遭到了猛烈的抨击。之所以会遭到这种抨击，是因为人们担心编纂法典会损害传统的法律习惯。^[46] 此类反对意见的特点也反映了1890年民法典草案（也被称为“旧民法典”）的命运。

“旧民法典”中相当一部分是由保尔索那德起草的，至少在财产权方面是这样。^[47] 1879年，保尔索那德受日本政府委托，在日本律师为其提供翻译的协助下，从事民法典的起草工作。然而，由于普遍的反对意见，负责协调这项工作的民法编纂局被撤销。^[48] 1887年，新任命的法律调查委员又恢复了这些法典编纂工作。法律调查委员对保尔索那德起草的财产法部分进行了修订，而委员会的日本成员则编写了关于亲属法和继承法的章节。^[49] 与反对派的指控相反，“旧民法典”的支持者强调，该草案仍比较接近日本的法律习惯。早在1894年，保尔索那德就发表了一篇综合性的文章，他在文章中不遗余力地论证了该法典草案是符合日本国内习惯法的。^[50]——这并非没有道理。由日本律师起草的有关家庭法和继承法的章节清晰地表明，日本有关这些问题的传统并没有被废除。^[51] 此外，在专门论述财产法的部分，“旧民法典”充分关注了源自日本国情的法律规则。^[52] 甚至有人认为，与最终通过的日本民法典相比，“永小作权”（Emphyteusis）——在传统意义上调整在他人土地上耕作的权利——在由保尔索那德起草的草案中得到了更好的保护。^[53]

同时，如果实行由保尔索那德起草的草案，其所带来的现代化程度也不应该被低估。尽管草案的大部分内容都与日本的传统保持一致，但无可争议的是，“旧民法典”是建立在个人自治的观念上的，因此与日本的基本价值观背道而驰。^[54] 此外，该草案的编纂以西方国家的民法典为蓝本，完全不符合日本现行的法

[40] Y. Okubo, “La querelle sur le premier Code civil japonais et l’ajournement de sa mise en vigueur: le refus du législateur étranger?” in: *Revue internationale de droit comparé* 43/2 (1991), 389-405 (390). R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 176-177.

[41] 关于日本知识分子对西方普遍性主张的反应，也可参见 T. Takenaka, “The domestication of universal history in Meiji Japan: Fukuzawa Yukichi and Nakae Chōmin” in: *Saeculum* 63 (2013), 119-142.

[42] 政治模式的转变和改革可参见：J. de Jong, “‘The principles of steam’: political transfer and transformation in Japan, 1868-89” in: *European Review of History* 12/2 (2005), 269-290.

[43] Epp, “The challenge from tradition”, 23-24. R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 171-172.

[44] Epp, “The challenge from tradition”, 26-29.

[45] Epp, “The challenge from tradition”, 44. R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 174. 两部习惯法汇编分别于1877年和1880年出版。1889年至1892年在东京教授法律的美国律师约翰·亨利·威格莫尔以《旧日本私法研究材料》（《日本亚洲学会会刊20：增刊》）（东京1892年）为题出版了英文版。

[46] Epp, “The challenge from tradition”, 45-47.

[47] 关于“旧民法典”的编纂过程，详见：Mukai and Toshitani, “The progress and problems”, 53-56.

[48] R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 175.

[49] R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 175-176.

[50] G. E. Boissonade de Fontarabie, *Les anciennes coutumes du Japon et le nouveau Code civil, à l’occasion d’une double publication de John Henry Wigmore* (Tokyo 1894).

[51] R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 279-282. Hozumi, *Lectures*, 14.

[52] R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 168. Haley, *Authority without power*, 71.

[53] K. Kumagai, “Codification of Emphyteusis (Eikosaku) in the Middle Meiji period” in: *Osaka University Law Review* 26 (1979), 1-7.

[54] Haley, *Authority without power*, 75-76. 亲属法也无法避免某种程度的现代化。Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung*, 30.

律渊源学说。在日本的法律体系中，以习惯法为主，而立法只具有补充性。^[55] 拟议的草案将从根本上改变这一传统，因为它剥夺了习惯法作为独立法律渊源的地位。有趣的是，该法典草案的支持者甚至认为，废除日本的法律习惯是不可避免的，因为在他们看来，日本并不存在最严格意义上的习惯法。根据 19 世纪法国的法学理论，习惯只有在司法判决中被承认为“法律”时才能被视为“法律”。^[56] 由于日本的司法系统的发展仍处于初级阶段，因此尚未存在这种情况。

1890 年，在民族主义情绪的作用下，政治上的反对派再次被证明是至关重要的。保守派认为，编纂草案正在摧毁日本的传统，尤其是日本的家族结构。^[57] 对“旧民法典”的抵制运动中最典型的是一篇于 1891 年发表的题为《民法出忠孝亡》的文章——其作者穗积八束（Yatsuka Hozumi）（1860-1912）自 1889 年起就在东京大学从事宪法研究，颇具影响力。^[58] 在这篇文章中，身为武士之子的穗积认为，保尔索那德的民法草案推崇极端的个人主义，因而这将消除日本三千年来盛行的信仰。^[59] 在法学士会中极具代表性的英国法学派的拥护者们也参与了这场对“旧民法典”的抵制运动。

当人们普遍发现，编纂民法典的尝试与日本为收回治外法权而做出的努力密不可分，反对的声音更加强烈。在修订不平等条约的谈判过程中，日本人主动答应进行法典编纂。1887 年 4 月 22 日在东京签署的《管辖公约草案》（Draft Jurisdictional Convention）中，有一条规定：“日本帝国政府承诺制定……以下规定的法典，即…… 3. 民法典”。^[60] 此外，日本甚至承诺将向西方列强提供新法典的英文译本。日本人希望通过这种方式使西方列强相信，日本的法律制度将很快达到西方标准。因此，那种认为法典编纂是西方现象，而不适合日本信念得到了加强。1892 年，日本议会通过了一项法案，将“旧民法典”的出台时间推迟到 1896 年。“违反习惯法”是提交该法案的理由之一。^[61]

七、迈向妥协：颁布日本民法典

尽管如此，推行法典化的努力并没有完全白费，其中的原因也不难理解。1894 年，英国和日本之间缔结了《日英通商航海条约》，该条约原定于 1899 年生效。而后，其他国家也仿效这一做法，与日本政府签订此类条约。这为结束外国人在日本的特权地位提供了可能。尽管日本先前就法典编纂所作的承诺并未明确地包含在这些新条约中，但它仍然是日本外交官与西方国家政府之间正式交流的一部分。^[62] 因此，这些新条约只有在日本遵守这一承诺并进行法典编纂的情况下才会生效。

此外，现在已经非常清楚的一点是，用英国模式解决这个问题将花费大量时间。诚然，日本最高法院已经为之努力了一段时间，但事实证明，要将日本的习惯法转变为类似于“普通法”的东西太困难了。^[63] 上

[55] Haley, *Authority without power*, 75-76. R. ōhl, *History of Japanese law since 1868*, 168.

[56] Kim, *Law and custom in Korea*, 84.

[57] Kim, *Law and custom in Korea*, 86.

[58] Takayanagi, “Contact of the Common Law”, 62. M. Stolleis (ed.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (Munich 2001), 306. 关于穗积八束的宪法思想，可参见：R. H. Minear, *Japanese tradition and Western law. Emperor, state, and law in the thought of Hozumi Yatsuka* (Cambridge, Mass. 1970).

[59] T.-F. Chen, “Transplant of Civil code in Japan, Taiwan, and China: with the focus of legal evolution” in: *National Taiwan University Law Review* 6/1 (2011), 389-432 (395).

[60] K. Kumagai, “On historical conditions of the Japanese civil codification” in: *Osaka University Law Review* 15 (1967), 1-10 (6-7). Cf. also Mukai and Toshitani, “The progress and problems”, 33.

[61] Mukai and Toshitani, “The progress and problems”, 58.

[62] K. Hatoyama, “The Civil code of Japan compared with the French Civil code” in: *Yale Law Journal* 11 (1901-1902), 296-303, 354-370 and 403-419 (298).

[63] Feinerman, “The Meiji Reception of Western law”, 96.

文提到的 1875 年针对司法机关的指导性法令颁布后制定的判例法还不是很连贯，就是一个例证。^[64]

对于这些问题，作为内閣法制局长官被派往法国和德国学习法律的梅谦次郎（Kenjiro Ume）（1860-1910）选择了更直接的解决方式。从欧洲留学归国后，他首先支持那些赞成实行保尔索那德草案的人。^[65]当该策略失败后，经他提议，成功成立新的委员会，负责对该草案进行修订。该委员会于 1893 年成立，梅谦次郎成为三名成员之一。^[66]在此期间，英国法学派的法律人的抵制力度有所减弱，最后，这些法律人中只有极少数人还在反对任何形式的法典编纂。^[67]

1893 年，新的委员会已经恢复了编纂工作。然而，在工作方法上发生了重大变化。该委员会仍以修订保尔索那德草案为基本方向，但决定同时使用另一部外国民法典作为另一个灵感来源——即《德国民法典》，其草案于 1888 年公布。^[68]与此同时，该委员会同样将英美法系的法律作为灵感来源。^[69]然而，最根本的变化在于减弱新法典的排他性的决定，将国内习惯法恢复为重要的法律渊源。事实证明，这一策略成功地克服了反对派的抵制意见。1896 年，新草案的前三编已经完成，与德国模式一样，分别包含：总则编、债编和物权编。在内容上，明显可以看出受到保尔索那德草案的影响，其次是受英美法律的影响。同年，日本国会批准通过这三编草案，1898 年 7 月 16 日，完整的民法典开始生效。

随着民法典的出台，明治改革者得以实现其主要目标之一：修订不平等条约。毕竟，现在可以说，日本的法律制度已经适应了西方的标准。1902 年，制定最终通过的民法典的委员会的三位成员之一的穗积陈重（Hozumi Nobushige）（1855-1926）在路易斯安那州圣路易斯市举行的一系列演讲中使用了这一推论。在美国听众面前，他强调日本已经脱离了亚洲法系，现在属于西方法系。^[70]耐人寻味的是，穗积陈重是前文提到的对西方影响进行激烈抨击的穗积八束的哥哥。事实证明，日本的努力是成功的，因为这不久就使日本成为国际社会正式、平等的一员。

毫无疑问，为了取得这一结果，日本人必须接受对其传统法律制度的重大变革。毕竟，新法典的编纂受到西方价值观的重大影响，尤其是个人主义的社会观。正如海利（Haley）所言，这样的编纂不可避免地“重新界定了日本的历史方向，其基础是更广泛的家庭关系概念，包括对祖先的崇敬”。^[71]

然而，日本向西方法系的过渡并不彻底，^[72]特别是新民法典中关于亲属法的部分，至少在第二次世界大战之后，仍然深受日本传统的影响。^[73]关于物权法的三编草案，西方的影响比较大，但即便如此，日本也成功地将法制的现代化与自己的司法传统结合起来。^[74]这一成就至少在一定程度上是因为赋予习惯法以强有力的地位，从而忽视了欧洲法典编纂的关键要素。

[64] 熊谷指出，最高法院有时会做出相反的司法裁决。参见 K. Kumagai, “On emphyteusis (Eikosaku) in early Meiji” in: *Osaka University Law Review* 25 (1978), 1-9 (8).

[65] Kim, *Law and custom in Korea*, 85-86.

[66] 该编纂委员会的另外两名成员是穗积陈重 (1855-1926) 和富井政章 (1858-1935)。可参见这三位有影响力的法学家的简短传记: Stolleis, *Juristen*, 304-305, 632 和 642-643.

[67] Gorai, “Influence du Code civil français”, 787. Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung*, 31 (footnote 8).

[68] Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung*, 32. 关于 1888 年德国民法典草案可参见: M. John, *Politics and the law in late nineteenth-century Germany. The origins of the Civil code* (Oxford 1989), 102-104.

[69] Hozumi, *Lectures*, 23.

[70] Hozumi, *Lectures*, 40-41 and 154.

[71] Haley, *Authority without power*, 77. Cf. also Chen, “Transplant of Civil code in Japan, Taiwan, and China”, 425-426.

[72] 显然，对于日本法属于哪一法系的问题，仍然存在一些争论，例如，日本法律制度倾向于庭外和解。幸运的是，这种争论现在只是学术性的，没有任何政治意义。T. Kinoshita, “Japanese law and Western law” in: Leser and Isomura (eds.), *Wege zum Japanischen Recht*, 199-219. J. van der Vliet, “Japans recht: Oda of Noda, rechtsorde of maatschappelijke moraal” in: *Ars Aequi* 51 (2002), 133-142.

[73] Cf. W. Müller-Freienfels, “Japanisierung westlichen Rechts oder Verwestlichung japanischen Rechts?” in: H. Coing et al. (eds.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts* (Tübingen 1990), 177-205 (177-179). Tomii, “Étude sur l’État de la codification”, 183.

[74] Feinerman, “The Meiji Reception of Western law”, 104-105.

八、结语

尽管 1898 年日本民法典的编纂是以十九世纪的欧陆民法典为蓝本，但习惯法在日本民法典中的地位与其在欧陆民法典中的地位大相径庭。欧陆法典被赋予了排他性的效力，因此，习惯法失去了其作为独立法律渊源的地位。相反，日本法典允许许多重要的法律习惯继续存在。

通过比较欧洲法典的政治背景和日本引入民法典的原因，可以解释这种差异。在欧洲大陆，编纂法典的主要目的是在国家层面实现法律统一，这被认为是民族国家建设进程的一个必要条件。由于习惯法主要是地方法，造成了大量的法律多样性，因此必须完全废除。

在日本，从事编纂工作的主要动机也是政治性的，但有其他特点。最重要的是，日本人希望通过编纂法典来使西方列强相信日本的法律制度已经实现现代化。因此，不平等条约应被修改。由于实现法律统一的目的只是次要的，习惯法没有必要完全废除。相反，事实证明，保留法律习惯是一种极好的策略，至少可以挽救日本法律传统的一部分。这对日本民法典在政治上被接受是至关重要的，因为引入法典化的努力遭到了强烈的反对，人们担心西式的法律制度会破坏日本的基本法律价值和习俗，特别是日本的家族结构。

Politics of codification in Meiji Japan (1868-1912): Comparative Perspective of Position of Customary Law in Japanese Civil Code

Peter A. J. Van Den Berg

Abstract: Whereas the European codes contained a strict exclusivity clause, the Japanese code allowed for the continued existence of many important legal customs. It will be argued that this difference can be accounted for by comparing the political background of the European codifications with the reasons that led to the introduction of a civil code in Japan. In continental Europe, the main aim of the codifications was achieving legal unity at a national level, which was deemed necessary as a requirement of the process of nation building. Since customary law was predominantly local law, it had to be abolished entirely. In Japan, the main incentive to work on a codification was also political, the Japanese wanted a codification as a means to convince the Western powers that the Japanese legal system had been modernized and thus the unequal treaties could be revised. With attaining legal unity being only of secondary importance, customary law did not need to be abolished altogether. On the contrary, retaining legal customs proved to be an excellent strategy to salvage at least some of the Japanese legal traditions.

Keywords: Codification; Japanese Civil Code; European Codes; Customary Law; Comparative Law

(责任编辑：魏磊杰)