

日本的民法解释学

段 匡 著

復旦大學出版社

序

我与本书作者初次认识是在 1988 年的东京。当时他在东京都立大学法学部攻读硕士学位课程。师从著名民法学者野村好弘教授。我于 1993 年在东京与作者再次相遇,当时他在该校继续攻读博士学位课程,对战后日本法学界三大学术论争之一的民法解释学论争,抱有浓厚兴趣。其时我正筹划编辑出版《民商法论丛》,遂约请他撰写评介日本民法解释学论争的长篇文章。

约一年后,收到作者寄自日本的论文第一部分,刊在《民商法论丛》第 4 卷(1995 年第 2 号)。我在“卷首语”中写道:“日本在 50—70 年代进行的民法解释学论争,促成了日本民事立法和司法实务的进步及法学思潮的变迁,在世界法学史上也有重要意义。由一位中国留学生来评介这一重大学术论争,或许有力不从心之处,但也正因为作者是中国人,比日本学者自己评价其本国的学术论争要少许多顾忌,或许因此使读者较容易把握该学术论争的要点及对于当今中国民主法制建设的借鉴意义”。未曾想到连载这篇论文竟用了 10 年的时间,最后刊完是在第 31 卷(2004 年第 2 号)。作者用 10 年的时间撰写一篇专题研究论文,使人油然记起那句美丽的唐诗:“十年磨一剑”。

众所周知,中国近代法律受日本的影响巨大,第一部民法典草案就是请日本学者帮助起草的。改革开放以来中国在走向法治的进程中一直比较重视日本的经验,中国现行民事立法深受日本的立法和理论的影响。日本民法解释学的方法和理论,亦已对中国的裁判实务产生了重大的影响。

法律是一个高度抽象化和体系化的规范体系,要切实发挥法律的规范功能,把“纸上的”法律变成社会生活中“活生生的”法律,并保障裁判的公正性和统一性,有赖于造就一支高素质的崇尚法律正义的法官队伍。所谓高素质,包括熟练掌握解释适用法律的技巧、方法、规则和理论,亦即民法解释学。本书的出版,有助于这一目标的实现。

是为序。

梁慧星于北京

2004年12月3日

目 次

第一章 法典编纂	1
一、立法准备期	1
二、法典论战	2
第二章 民法典的注释时期	8
第三章 德意志法学盛行期	16
第四章 民法学反省期	26
一、促使日本民法学变迁的社会背景	26
二、末弘严太郎创始的民法学转变	28
三、我妻荣确立的民法学综合方法论	31
四、民法学实体论研究的新展开	34
五、对日耳曼法理的研究	39
六、有关资本主义制度与私法的研究	41
七、面对社会现实问题展开的民法学	42
八、小结	46
第五章 民法学再建期	48
一、法学的三大论争	48
二、民法方法论和解释论的新发展	69
第六章 末弘严太郎的市民法学	92
一、末弘严太郎的法学思想	92
二、末弘严太郎的法律解释论	97
三、末弘严太郎法解释论中的法源论	103
四、有关末弘严太郎的实用法学观	108

五、末弘严太郎的判例研究	109
六、末弘严太郎民法解释论的总结	112
第七章 我妻荣的民法学	117
一、我妻荣民法学诞生的历史背景	117
二、我妻荣民法解释学的方法论	118
三、我妻荣的民法解释论与反制定法的解释	145
四、我妻荣民法解释论观点的整理	149
五、我妻荣民法解释论在日本民法学中的地位	152
六、我妻荣民法解释论的展开	154
第八章 来栖三郎的“拟制”法解释论	161
一、成为法解释论争导火线的来栖三郎理论	161
二、作为价值判断的法解释	166
三、法解释中制定法的意义	168
四、来栖三郎法解释论的意义	174
第九章 川岛武宜提倡的科学实用法学	185
一、川岛武宜民法学以及法律学形成的轨迹	185
二、工学般的“作为科学的法律学”	194
三、预测裁判的市民实用法学	205
四、川岛武宜判例研究理论的特点	222
五、法律学与法社会学连接点的研究——法的推论	225
六、川岛武宜法学在日本民法解释学中的地位和影响	238
第十章 利益衡量论以及对它的批判	245
一、利益衡量的成立及其背景	245
二、加藤一郎的利益衡量论	254
三、星野英一的利益考量论	269
四、加藤一郎与星野英一观点的异同	280
五、不动产物权变动中的利益衡量论	283
六、日本民法界对利益衡量论的反应	288

七、现实中利益衡量论运用的局限性	295
八、小结	304
第十一章 现今的日本民法解释学	306
一、平井宜雄对战后法解释论特别是利益衡量论的 批判	306
二、平井宜雄对利益衡量论的非合理性进行的批判	309
三、平井宜雄的方法论	312
四、平井宜雄理论形成的反响	319
五、现今日本民法解释学的主要倾向	324
第十二章 日本民法解释学的启示	339
一、日本各派民法解释学观点的回顾	339
二、日本民法解释学的若干争论焦点	345
三、实务中的民法解释	352
四、德国法学方法论与日本民法解释学的对比	362
五、日本民法解释学的历史背景	373
代结束语：我国民法解释学的展开	379
参考文献	385
后记	388

前 言

研究日本的民法解释学的基本想法有以下几个方面：

(1) 在亚洲,日本是最早自觉地接受和移植近代欧美法律制度的国家,印度作为殖民地虽然也引进了一些英国的法律,但在当时却没能解决与传统社会融为一体的问题。由于日本是自觉接受,为此从一开始就注重传统社会与外来法律制度的结合,尤其是日本的民法解释学在这方面起了很大的作用。欧美的近代法律制度渊源于欧美社会的风俗习惯,但这种现今通行于市场经济的法律制度对于亚洲国家的社会来说却是崭新的东西,如何使外来的法律制度与传统社会相融洽历来就成为一个困惑的难题。在这方面日本先行了一步,它的经验乃至教训应该是值得中国人借鉴的。

(2) 长期以来中国与日本在文化、道德传统上有着很多相似的地方,并且这种中华文明在某种程度上依然存在于日本社会之中。基于这一点,日本近代发展起来的法文化可以成为中国学习研究西方法律制度的中间媒介。

(3) 在近代法中存在着两大法系,大陆法与普通法。日本自明治维新以来引进移植的主要是德法为首的大陆法,当时的大多数学者也认为大陆成文法更适合于落后的日本。二次大战后,又接受、移植了不少以美国法为首的法律制度。从系谱上从属于大陆法,又异种嫁接了普通法体系的日本法,特别是日本的民法解释学起源于德国的概念法学,而它的发展又倚赖于美国的现实主义法学,这种异种嫁接的方法以及融大陆法与普通法于一体的民法学说也是值得我们研究的。

(4) 法律从它诞生的那天起,在一定的意义上即已成为过去。如何使它跟上社会的发展是法律解释学的重大使命。鉴于日本民法典成立于明治时代,以后也没有做很大的变动,这就赋予了民法解释学以更大的作用。司法解释的发展解决了社会发展中形成的新矛盾,学理解释则丰富了法学理论,两者又相互影响、共同发展,形成了今日的日本民法解释学。现在中国还没有自己的民法典,如何使民法通则仅有的条文涵盖整个民事领域,自然成为民法解释学的课题。为此,研究一些日本民法解释学的方法论是有意义的。

随着中国的经济开放、改革,对外国法的比较研究有了很大的进展,但笔者认为比较各国法律,单纯从具体条文的差异来研究是有局限的。关键在于把握根本的东西:法的概念、范畴、解释方法等,而所有这些又是同一定的社会秩序相关联的,法的运用以及法的职能又都取决于后者。条文的制定、修改以至废止是有其偶然性的,而这些根本的东西却不是立法者所能左右的,因为它同一个国家的文明传统与思想方式有着密切的联系。因此,条文是应该研究的,但更重要的是要抓住据以制定这些条文的内在的、基本的、稳定的因素,正是这些因素透过法律条文的运用和解释,使得一个国家的法具有其历史的延续性,也正如此,法学才被视为科学。所以,笔者希望通过本书抛砖引玉,以期引起众多的学者对外国民法解释学产生更大的兴趣。

第一章 法典编纂

日本的学者们认为在明治维新立法阶段称不上有日本的民法学,为此将这段时期划出了日本的民法学史。但为了更好地理解第一期法学思想的来龙去脉,追述一下有哪些外国学说在这一时期被引进日本,还是很有必要的。

一、立法准备期

在日本首先扎下根来的外国民法学,还应该算是法国的自然法学说。1872年司法部的明治寮(后来称司法部法学校)招收法学生,并开始讲授法国法。到了1874年,日本政府邀请法国学者布瓦索纳德(Boissonade)担任司法部的顾问,一面参加起草民法,另一方面作为司法部法学校的教师讲授自然法学。布氏在日本开辟了自然法学的天地,他的讲义后人称谓“性(自然)法讲义”。以至穗积陈重先生后来在讲义中声称明治14年(1881)他归国时,日本已进入自然法学的全盛期了。在此时与之相对立的则是英国法学。同样是在1874年,东京的开成学校(东京大学的前身)也开始讲授英国法。即日本民法学自发端起,就孕育着两派的论争,延续至旧民法公布后,爆发为闻名的法典论战。当时的法国学派是建筑在自然法学上,而英国学派则是建立在反自然法学的历史法学和分析法学上的。而后来居上的德意志法学则是从日本帝国宪法

起草(1883年)开始,才逐渐影响日本民法学的。

二、法典论战

历经十年起草的民法典(现通称旧民法)终于在1890年得以完成和公布,并定于1893年起施行。自此有名的法典论战在历史舞台上也拉开了序幕。论战的两派,以英国法学派为主的一方主张民法、商法典应延期施行,遂被称之为“延期派”,而拥护法典施行的法国法学派则被称之为“断行派”(断然实行)。论战起源于1889年,以帝国(东京)大学法科、东京法学院(中央大学的前身)毕业生为主的法学士会向当时的内阁总理以及枢密院提出了关于民法典延期的意见书。延期并不局限于民法,对商法也要求予以延期,而延期的最终目的则在于编纂新的民法·商法取代起草完毕的旧法典。作为延期论的理由,最能在学理上立脚的当属富井政章博士^①的见解。他在《民法原论》中^②,列举了七项理由,作为延期的根据:

① 与民俗习惯相悖的条文太多。

② (法典草案)仅停留在以法国、意大利两民法作为范本,理应参考近年来进步的立法例和学说。

③ 与商法关系不明。民法和商法中含有相互重复以及抵触的条文,缺乏立法的统一性。

① 富井政章(1858—1935),法国里昂大学留学,1883年同校获法学博士,历任东京帝国大学法科大学教授、法政大学教授、校长,枢密顾问官等。主要著作:《民法原论》第一卷、第二卷、第三卷上;《社会の前途》;《法学について》;《法典に対する意見》;《法学の研究》;《法規の活用》;《自由法説の价值》;《法律の社会化について》等。

② 富井政章:《民法原论》(第一卷),第68—69页。

④ 缺乏综合性的规定,主要是为了针对特定场合而作的规定,使得条文极为烦琐,造成重复、抵触、遗漏很多。

⑤ 没有严守私法、实体法的领域,采用了很多属于公法以及程序法的规定。

⑥ 列举了很多没有必要的定义、说明、事例等,使得条文更加琐碎,丧失了法典的体裁。

⑦ 文字上翻译语言过多,有许多不明白的地方。

“断行派”的代表作是梅谦次郎博士^①的“法典实施意见”^②。它的主要内容是:明治维新前的日本习惯的是封建主义的、锁国的东西,不再适用于已经开放的立宪的日本现状。而维新以后的习惯虽然历经时日尚浅,但却是真正的习惯,并将随着日月迁移有所更新,也只能以此来规范社会生活。在国情不同于实行普通法之英国的日本,当务之急是需要一部可供裁判用的准据法,同时为了实现废除不平等条约这样一个国民多年的愿望,尽快实施民法典也是完全有必要的。另外,梅谦次郎还有针对性地逐条批驳了延期派的论点。

① 法典有迅速实施的必要。

② 欲改正条约必须首先实施法典。

③ 学理的新旧并不表明法制的良否。

④ 说民法与宪法相抵触是误解。

⑤ 民法并不束缚行政权。

⑥ 民法不改变税法。

^① 梅谦次郎(1860—1910),法国里昂大学留学,1889年同校取得法学博士,历任东京帝国大学法科大学教授、法政大学教授、校长,法典调查会委员。主要著作:《日本商法義解》、《日本売買法》、《日本民法和解論》、《民法債權担保論》、《改正商法講義》、《会社法綱要》、《民法要義》、《民法講義》、《民法原理》、《最近判例批評》、《法律の解積》等。

^② 梅谦次郎:《法典实施意见》,载星野通編著《民法典论争资料集》,日本评论社1969年版。

- ⑦ 指责民法破坏伦常是诬陷。
- ⑧ 民法保护荣誉、信用。
- ⑨ 债权转让不违背习惯。

综观“断行派”与“延期派”的论战，主要的分歧点还在以下两点。

其一，两学派对旧民法典的价值判断有着截然不同的认识，旧民法典是以法国自然法学的法国民法典为母法的。起草者多为法国自然法学者，尤其是人事(亲族)编、继承编无视了本应重视的日本旧有婚姻习俗，采用了不少欧洲以个人主义为中心的小家庭制度。这就成了被攻击的重点，并出现了延期派“民法出而忠孝亡”的激烈言词。延期派从保守的、国权主义以及传统的封建的大家族主义出发，大有把法国学派骂倒之势。当时有这样的说法，“人事编使得民法延期，而商法又由于民法被延期”。

其二，两学派的论战也有着学说之争的原因，主张“断行”的法国法学派信仰自然法学，认为法的原则是超越时空的，在任何国家任何时代都应该依据同样的原理来制定法典。而主张“延期”的、信仰历史法学的英国法学派则认为应该重视国民性和时代性，编纂的法典应尊重当时当地的特性。

“延期派”从保守的封建大家庭主义出发排斥旧法典的自由、共和主义的性格，反对欧洲的个人主义的小家庭主义。他们的真意不仅是要求延期，而是要葬送民法典，同时也试图以此来改变法国法学派在日本所占的正统地位。因此，不能否认在这场论战中派阀之间的人事之争也有着相当大的因素。

“断行派”也承认旧法典有着若干立法技术上的缺陷，但他们信奉自然法学，认为法国的自由主义民法是资本主义初期的产物，应该适用于明治维新后的日本社会。并且，在接受西欧进步的近代的市民法典的同时，打破国权主义的束缚，一扫封建主义的残渣余孽也是势在必行的。

法典论战最后以“延期派”的胜利而告终。它是当时日本社会中接受西欧文明的进步主义与维持传统的保守主义的思想斗争的结果,只是以法学论争为形式表现出来而已,在学术上很难说有较高的价值。但是“延期派”的胜利在某种意义上,给予通过直译的方法移植外国法典的日本法学界一个自我反省的机会,也为今后如何吸取、调和各国进步的法学并使之适合于日本社会开拓了新的起点。

1893年设立了法典调查会,以梅谦次郎、富井政章、穗积陈重^①三人为首,开始对旧民法典进行修订。修订起草方针没有按照穗积陈重先生提出的依据分头编写各编这一德国法典起草方法的意见,而采用了富井政章先生提出的共同起草,逐条议定的意见。同时,为编写新的民法,翻译、参照了大量外国的民法。梅谦次郎先生列举了以下被参照的外国民法典:法兰西民法(1803—5);德国法第一草案(1887)、第二草案(1895)、普鲁士州民法(1791)、萨克森州民法(1863)以及德意志的其他州法、奥地利民法(1811)、荷兰民法(1829)、意大利民法(1865)、葡萄牙民法(1867)、瑞士债务法(1881)、蒙特尼哥罗财产法(1888)、西班牙民法(1896)、比利时民法(1885)、英国各单行制定法、印度契约法(1872)、纽约民法(1865)、加利福尼亚民法(1871),等等^②。

历时5年的民法典修订陆续得以完成,并从1898年7月开始施行。这次与其说是修订,不如说是一次脱胎换骨的改造,从新的立场出发重新编写了民法典。虽然上述列举了很多的外国法的名称,但是直接作为日本民法典蓝本的还是德国法的第一草案。日本民法典甚至被人称为同草案的翻版。然而,梅谦次郎则认为:

^① 穗积陈重(1855—1926),英国伦敦大学、德国柏林大学留学。历任东京帝国大学法科大学教授,法典调查会委员,枢密顾问官,枢密院议长。主要著作:《法典论》、《法律进化论》、《法窗夜话》、《续法窗夜话》等。

^② 梅谦次郎:明治40年3月6日的讲义,引自山笃太郎笔记。

“世上有人称我们的新民法是依照了德国法,这是肤浅的见解。体裁上虽酷似德意志法,但法兰西民法与德国法都是按照同等程度被参考的”^①。起草者之一的穗积陈重先生则称日本民法典是“比较法的产物”^②。

在结束对日本民法典成立前后史的考察时,先简单论述一下日本学者关于德国法与法兰西民法对日本民法的作用的观点。在日本,学者要从历史的角度对民法学作一论述时,必定要涉及日本民法典和民法学究竟主要是受了德意志法还是法兰西法影响的这一课题。以下是当代比较有名的两种观点:

其一,认为日本民法受到了德国法压倒性影响的有京都大学的北川善太郎。他认为(日本)民法典的构成与德国法典(BGB)一样,是所谓的“学说汇纂”体系,并且采用了(以法兰西法为蓝本)旧民法中没有的法概念和制度,法典的内容、体裁均转换为德国法的形式。但是在民法典里,具体的条文中除了倾向德国法以外,也能发现有相当程度的法兰西法的因素。为此,应该说日本民法典是以德意志法因素与法兰西法因素为中心的混合型法典继受。与民法典构造相异的是,日本的民法理论则是照搬德国法理论建立起来的。他还引用末弘严太郎的话,认为在日本民法学的生成期甚至到达了没有德意志法学就没有日本法学的极点。北川善太郎以此进一步指出了日本民法的二重构造,即:混合继受型民法典的体系,与从明治后期至大正期间继受了德国法理论而建立的民法学理论体系的二重性^③。

在日本一般是这样认为的:日本民法的前三编,即财产法部分一般被认为是以德国法第一草案为典范制定的,为此在研究和

① 梅谦次郎:明治40年3月6日的讲义,引自山笃太郎笔记。

② Hozumi, N., The New Japanese Civil Code, 1912, p. 22.

③ 北川善太郎:《民法总则》(民法讲义I),有斐阁1994年版,第6、7页;富井政章:《民法原论》(第一卷),第12页。

解释时,参考、研究德国法和民法学也被认为是必要的。

其二,对此,星野英一持不同观点并且抱有很大的疑问。为此他撰写了多篇论文,通过对外观的旁证(起草委员的见解)以及各项制度、条文立法过程的探讨,他得出的结论是,从系谱上看,与德国法草案相比,法兰西民法与日本民法典前三编的相关之处更多。因此在研究、解释(日本)民法时有必要考虑与法兰西民法的关联^①。

奥田昌道在评论星野英一的论述后指出,星野英一认为日本的民法典“从结论上可以说,是法国法的体质穿上了德意志法的衣服。由于是这样的混血儿所具有的双重性格,在具体的法制度上,德意志法式的解释和法兰西法式的解释应同时并举双管齐下”。奥田昌道还进一步指出,由于德意志流的解释当时在日本民法界占有绝对的优势,在日本民法学说中法的解释被不适当地加以运用的地方也并非少数^②。

^① 星野英一:《法兰西民法给予日本民法典的影响》,《民法论集(第一卷)》,有斐阁1970年版,第12页;除以上论文外,还有《民法拾遗从编纂过程看~民法九二条·法例二条论》,《民法论集·第一卷》。

^② 奥田昌道:《日本における外国法の摂取(三)ドイツ法》,载伊藤正己编著:《外国法と日本法·岩波讲座·现代法14》,岩波书店1966年版,第223页。

第二章 民法典的注释时期

在日本,有关民法学史的专论、专著并非很多,比较出名的有北川善太郎的《日本法学的历史与理论——以民法学为中心》^①、星野英一的《民法学史》^②、岩田新的《日本民法史》^③、野田良之的《在日本吸收的外国法》^④,等等。沿用这些先生的观点,可将日本民法学史划分为四个时期。但在具体年限上依据各自的出发点,有着不同的划分法。在年限划分上,本文拟借用星野英一的观点,即区分为:第一期,从明治 28 年民法公布开始,止于明治 43 年(1895—1910);第二期,自明治 43 年至大正 10 年(1910—1921);第三期,起始于大正 10 年,终于昭和 20 年(1921—1945);第四期,从昭和 20 年以来直至现在(1945—)。

第一期的民法学说和法律解释学主要表现为对已成立的民法典进行解说和注释,特别是依据(立法者)起草委员的看法来解释民法典。值得重视的是起草委员的论著。起草委员梅谦次郎首先出版了《民法要义》,按照民法各编每编出一册共分五卷逐条加以解说。虽然论述都很简单,但涉及与民法典以前的特别法和旧民法的关系,是了解日本民法渊源的重要著作。梅谦次郎接着又着手编写体系性的著作《民法原理》,但遗憾的是出版问世的只有“总

① 北川善太郎:《日本法学的历史与理论——民法学を中心として》,日本评论社 1968 年版。

② 星野英一:《民法学史》,载《法学教室》1981 年 5—11 号。

③ 岩田新:《日本民法史》,同文馆 1928 年版。

④ 野田良之等:《日本における外国法の摂取》,载伊藤正己编著:《外国法と日本法・岩波讲座・现代法・14》,岩波书店 1966 年版。