

法典论

〔日〕穗积陈重 著



创立于1897

商务印书馆

The Commercial Press

法典论

〔日〕穗积陈重 著

李求铁 译



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法典论/(日)穗积陈重著;李求轶译. —北京:商务印书馆,2014

ISBN 978-7-100-10268-1

I. ①法… II. ①穗…②李… III. ①法典—理论
IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 201621 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法 典 论

〔日〕穗积陈重 著

李求轶 译

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-10268-1

2014 年 1 月第 1 版

开本 850×1168 1/32

2014 年 1 月北京第 1 次印刷

印张 3 $\frac{1}{4}$ 插页 2

定价: 18.00 元



穗积陈重
(1855—1926)

译 序

《法典论》完稿于明治二十三年(1890年)。作者穗积陈重(1855—1926),法学博士,出生于四国伊予国的宇和岛藩,是日本著名的学贯东西且博古厚今的资深法学家。曾任东京大学法学教授、法学部部长、日本学士院院长、日本枢密院议长等要职。其学术领域涉及法理学、法律史学、比较法学、民法学与立法学诸法学领域。而且,在其上诸领域均留下了不朽的伟绩。在法理学上,穗积陈重借助英国奥斯丁的法理学(Jurisprudence)形式和德国历史法学派的 Rechtsuissenschaft 内容,创立了汉语圈的“法理学”概念及其范畴;在法律史学上,穗积陈重作为与英国的梅因、德国的萨维尼齐名的历史法学派的代表人物,创建了日本的沿革法学(历史法学),并从法律进化论的角度,揭示了人类社会的法律的生成与发展规律;在比较法学上,穗积陈重以法律进化论为基轴,通过法系的、历史的归纳方法,创立了法律系别的有机的比较法学,其后经美国比较法学家威格摩尔等的继受与发展,成为与西欧的比较法学并驾齐驱的两大流派;在民法学领域,穗积陈重博士受命牵头与富井政章博士(1858—1935)、梅谦次郎博士(1860—1910)共同组成日本新民法典的法学博士“三剑客”,主导了1898年日本民法典的起草;在立法学上,穗积陈重创作了立法学上的巨著《法典

论》。《法典论》是民法立法的经典著作，同时也是立法学的旷世之作。它概括并揭示了世界古今法典编纂的一般规律。

《法典论》与《法律进化论》是穗积陈重的立法学体系与法理学体系的代表作。就二者的关系而言，立法论有赖于法律进化论的基础理论，而同时又是对法律进化论的论证与实践化。穗积陈重在《法典论》中认为：“法律有实质与形体两种元素。一国的法律是否真正地具备国家利益、促进人民幸福的条规的问题就是该部法律实质问题，一国的法律是否真正地制作出简明、正确的条规，又是否以该国人民易知的权利义务所在的问题就是法律的形体问题。”

“实质是法律的精神，而形体是法律的躯体。”而法典编纂之时讲究法典编纂的目的、方法、顺序、体裁、问题、用语，因此法典编纂论属于固有的法律的形体论。就法律的形体问题，穗积陈重在《法律进化论》中将法律划分第一期潜势法时代、第二期秘密法时代、第三期颁布法时代、第四期公布法时代的顺序发展进化，而法典编纂无疑是处于最后时期颁布法时代与公布法时代。而就法典编纂的体裁，从沿革体上言也经历了从助法（诉讼法、治罪法）至主法（民法、刑法）的地位排列变化与发展，以及近代助法与主法分离的进化。再从法典编纂主义上看，穗积陈重遵从梅因“从身份到契约”的法律进化线路，揭示了法典编纂从义务本位到权利本位的路径。同时，又提出了“行为本位”之问题，此本位就德国民法典以及日本民法典的“法律行为”之设置具有指导性理论意义。法典编纂的主义不仅仅是法典编纂的形体问题，而且也涉及到法典编纂的实质问题。穗积陈重在“法律进化主义”文章之中，将法律进化主

义分为他主主义与自主主义。他主主义包括造化主义、君制主义,而自主主义包括民制主义、进化主义。尽管其在该文之中未对法律进化主义展开分析。但从法律进化路线上看,无疑是从“他主主义”走向“自主主义”。因此,近代民法典编纂无疑是以“权利”或者“行为”(法律行为意味着意思自治律)为法典本位的。

《法典论》与法典编纂休戚相关。《法典论》是日本民法论争的产物,日本旧民法原由保阿索那特起草,在颁布而未实施之时,发生了“法典论争”,在 1889 年“法典论争”之中,穗积陈重属于“延期派”,并与“断行派”形成对垒。而《法典论》还是“法典论争”的延期派的纲领性著作。因此,可以认为若无“法典论争”,《法典论》亦丧失其历史意义。而“延期派”在法典论争中取胜,也印证了《法典论》之中法典编纂所提倡的法律形体诸问题。例如,原以《法国民法典》为蓝本,而转采以《德国民法典》(第一草案)为蓝本;不再由外国人保阿索那特起草民法典,而转由本国留学欧洲的法学博士重量级的法学家穗积陈重、梅谦次郎、富井政章三大家起草。新《民法典》以权利为本位,将潘德克顿体系配置为第一编总则,第二编债权,第三编物权,第四编亲属,第五编继承。以别于《德国民法典》的以义务为本位的潘德克顿体系:第一编总则,第二编债务法,第三编物件法,第四编亲属法,第五编继承法。此种立法宗旨对中国民法给予极大的影响。另外,从文字语言上看,日本民法典遵循着穗积陈重在《法典论》中所述的法典编纂论的目的在于创作“简明、正确”与“人民易知”的法律条文起草的立法宗旨,从而在法言法语使用上比起《德国民法典》,更趋于简明、易知,即在语言风格上,其吸收了旧民法的蓝本《法国民法典》的立法风格,等等。

《法典论》完稿至今已 194 年,穗积陈重自幼博读日本国学,同时于文久二年(1862 年)进入藩校明伦馆,精读了八年的中国汉语。因此,《法典论》之中有很多表述和成语更接近于中国古代汉语。而在当时写就之时,穗积陈重使用的是日本古语体,因此,就现代人而言,《法典论》的文字语言未免晦涩难懂,此也是作为世界级的旷世作品未能翻译成他国作品而得以传播的原因所在。

“他山之石,可以攻玉”,《法典论》虽是日本法学家穗积陈重的著作,但其所探讨的法典编纂的立法原理亦是人类社会普遍规律与共同财富。现译者将其转译成中文,并由商务印书馆出版,以期能对中国的立法学和民法学研究起助推与借鉴之作用。

在《法典论》翻译过程中,得到我的硕士研究生唐江荣、寇雪、陈娇等的协助,尤其是唐江荣同学勤奋而一丝不苟地对文稿进行整理和文字校对,商务印书馆政法室主任王兰萍女士独具慧眼而将埋没于汪洋书海之中的璀璨珍珠《法典论》这一旷世名著纳入出版计划,在此一并表示谢意!

李求鞅

2013 年 6 月 18 日

目 录

序.....	1
--------	---

第一编 绪论

第一章 法典编纂论的性质.....	5
第二章 法典编纂论的沿革.....	7
第三章 法律家与法典编纂	11
第四章 非法典编纂论	17
第一 法典不能伴随社会的进步	17
第二 法典不能包含法律之全部	20
第三 法典不能终止单行法	21
第四 法典不能终止裁判例之必要	21
第五 法典编纂未必会减少诉讼	22

第二编 法典编纂的目的

第一章 治安策略的法典编纂	27
第二章 守成策略的法典编纂	29
第三章 统一策略的法典编纂	33
第四章 整理策略的法典编纂	42

第五章 更新策略的法典编纂	48
---------------------	----

第三编 法典的体裁

第一章 沿革体的法典	55
第二章 编年体的法典	60
第三章 韵府体的法典	62
第四章 论理体的法典	64

第四编 法典编纂委员

第一章 准备委员	69
第二章 起草委员	70
第三章 审查委员	74
第四章 修改委员	75
第五章 编纂委员长	77
第六章 外国人委员	78

第五编 法典编纂的程序

第一章 法典编纂规程	85
第二章 法典的范围	86
第三章 法典的主义	89
第四章 法典的本位	91
第五章 法典的纲领	94
第六章 法典的文体	95
第七章 法典的材料	99

第八章	法文的起草·····	104
第九章	草案的公布·····	107
第十章	草案的改进·····	111

序

法典编纂之举是立法史上一个世纪之大事业。国家千载之利害、生民亿兆之休戚，均依此而定。故而假使国民是深思熟虑的，其国民理应攻究其是非得失。特别是法律专攻之士各尽其所衷，吐露其意见，亦可称之为是对其负荷之特务。

本书原完作拙著法理学丛书第十五卷。是从沿革法理学、比较法理学上而论述法典的，固然若非因为时事论而创作，则久而久之即藏草稿于筐底，每回得到好材料，就进行精心修补。慢慢地便以期待其完成。然在近来法典编纂的论世上，议论喧嚣。学友诸士的愚相叩击甚多。在此，著者基于各国历史上的事迹而立论，以此叩问诸士，或是相同，或有异议。其所见之处亦各异，而劝诱不依其法理学丛书预定的顺序，直接将其公之于众几乎如一。加之学友法学博士富井政章、法学家宫崎道三郎、法学家伊藤悌次，以及医生海博特诸位，为本书的创作提供贵重资料。熊谷敬太郎、大久保雅彦两君帮助著者校对修改。最终本书得以拂去筐底之灰尘，直至接受公众之批正。

促使本书创作的是，著者所进行学理上之研究，促使本书公刊，是依据我国现实状况。而将此芜稿介绍于公众的是为体现学友诸位之厚谊。此书果真或者是法典编纂论者之矛，或者是非法

典编纂论者之盾。著者学习楚人，非以销售给双方之论者。而唯有本书为读者诸位求证于历史上之事迹，对今日国家重要问题的法典编纂论，成为进行公平无私之断案之原料。但愿如此！

穗积陈重

明治二十三年(1890年)二月 记

第一编

绪论

第一章 法典编纂论的性质

法律有实质以及形体的两种元素。一国的法律是否真正地具备实现国家利益,促进人民幸福的条规的问题就是该部法律的实质问题。一国的法律是否真正地制作出简明正确的条文,又是否以该国人民容易知其权利义务所在的问题就是法律的形体问题。法律若实质善良,而其形体不完美,则就会产生法律疑义百出,争讼不息,酷吏常常歪曲法律,奸民屡屡逃避法网之弊端。法律的形体虽完备,而其实质若不善良,则成峻法严律,其逞荼毒之害。以某人有实质美而不具形体来比喻法律,就称为“多病的才子”;以形体完备而实质不善良的人以比喻法律就称为“妖娆的毒妇”。而实质、形体两者完全皆不具备的法律则可比喻为“不具的痴汉”。然而,实质是法律的精神,而形体是法律的躯体。因此,一国之法律能否成为金科玉律,则对立法者就不得不提出兼具实质、形体完备之要求。

法典编纂是指对一国法律进行分科编制而形成具有公力的法律书面之事业,或者是指将既有法令进行整理编辑而形成法典的工作,或者是将新设法令归类编纂而形成一编的法典工作。因此,有时常提出法典编纂与法典编成相区别的学者,然法学者的所谓的法典编纂论不是论及法律实质的良否,而只是论究法典编纂的

目的、方法、顺序、体裁、问题、用语等。因此，法典编纂论属于固有的法律的形体论。法典编纂的事业若不是作为在法律的形体上之大变更，则立法者利用此机会对法律的实质进行大修改则是甚少的。因此，在进行一国的法典编纂之时，往往会产生旧制存废的可否、新设条规的利害得失等议论。然而，还因为如此，法律的实质问题应属于政治论自不待言，而非纯然的法典编纂论，只是应作为法典编纂的并发问题而观之而已。

实质为本，形体为末。然而，法律的外形一旦成为对民权的消长具有重大的事始，则其就不劣于法律实质。就法律的文章用语，其意义不甚明了，或者其真意难以理会。则人民就不能依此保护既有权利，亦不能依此得尽所负义务。在古希腊有所谓的狄俄尼索斯(Dionysus)暴君，每每发出一项法律，就悬在数十丈的柱头之上，以使人民不能阅读之。以致无辜的良民陷于冤罪的传说。作为立法者，特别喜欢起草难文，运用奇语，就难免会有常人不能理会之意。也就难免沦为狄俄尼索斯之徒。且在罗马，在规定《十二铜表法》之前国法概皆为不成文，而仅有贵族有古法旧例之知识，而平民(Plebeians)则不容许知之。贵族利用平民之不知，屡屡滥用法律，并扩张贵族之权威，蹂躏平民之权利，因此平民之不平当然不断，而竟成为内乱之端绪，从而平民就逼迫贵族并将国法铭刻在铜表上揭示于公共市场。以此观之，法律的明确正是人民权利的一大保障，若采愚弄方式而使人民依之其应知而不能知之的旧政策，则就不能依此法治的新主义使人民知之据之，可以说法律的外形论也是丝毫不能忽略的大问题。