



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 1752

无奈的法典：韩国民法现代化道路之比较研究

苏亦工

更多▲

特聘导师

法学所导航

[走进法学所](#)

[机构设置](#)

[《法学研究》](#)

[《环球法律评论》](#)

[科研项目](#)

[系列丛书](#)

[最新著作](#)

[法学图书馆](#)

[研究中心](#)

[法学系](#)

[博士后流动站](#)

[学友之家](#)

[考分查询](#)

专题研究

[五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏](#)

[最新宪法修正案学习与思考](#)

[公法研究](#)

[电信市场竞争政策](#)

[证券投资基金法](#)

[法律与非典论坛](#)

法律现代化是时下里在中国，抑或所有发展中国家都很流行的研究主题。然而法律现代化的目标究竟是什么却始终令人感到模糊不清。韩国民法典的修订是韩国民商法现代化进程中的重要一环，总体上说，两者的发展趋势是一致的，但就其进展的速度和节奏来看却并不完全同步。功夫在诗外，与其近邻中国一样，民法的发展主要并不在于其自身形式的完善或体制的进步，还有赖于诸多其它因素。民法典作为社会生活的重要规范，社会自身的进步才是私法现代化的基础和根本驱动力。韩国民法现代化的历程以及中国最近二十年来的经历似乎在证实这样一个道理，民生的富庶、价值观念的转变、宪政的发展是民商法现代化的必要前提条件。韩国介乎中国与日本之间，历史上与中国有着极为密切的联系，分享着几乎相同的文化传统，在近代又有着大致相似的遭遇。因此，以中、日作为比较的参照物，对韩国的民商法现代化道路加以研究势必会对中国自身的问题获得更清晰的认识。

一、民法典的制定

韩国的法律在历史上长期受到中国法律的影响。朴秉濠教授曾说：“尤须注意的是，近代以前，继受中国法是其特色。一个无可否认的事实是，在悠远的历史进程中，从中国继受的儒家法律文化对韩国的传统法律及社会发展产生了深远的影响。因此，将中国文化度外视之，就不可能真正了解前近代韩国法的特征。” [href="#_ftn2" name="_ftnref2" title=""> \[1\]](#)

1910年，日本公布了所谓“韩国并合条约”，强行吞并朝鲜。1912年颁布的《朝鲜民事令》，构成了日本殖民统治时期的民事基本法令。根据该令，日本殖民统治时代的朝鲜，至少在财产法方面（即日本民法前三编）基

本上是依用日本民法，这就是韩国法制历史上所谓的“依用民法”时代。但在人身法方面，朝鲜的习惯居于主导地位。

[2] 为此，日本殖民当局不断强化其对朝鲜社会的同化政策，他们打着“内鲜一体”的旗号，加大引入日本的制度，[name="_Ref17344509">](#)即便是日本人明示宣布保留的朝鲜习惯法，实际上也遭到了日本的严重歪曲。[name="_Ref22635898">](#) [3] 正如韩国学者所说：“日本36年殖民地统治的根本方针可以概括为‘同化政策’进而至于‘皇民化’运动”。

[4]

1945年8月15日，日本宣布无条件投降，自同年9月7日起，朝鲜半岛北纬38度以南地区由美国实行军政统治。但实际的情形仍是继续援用旧有的日据时代的法令。后来有学者批评说：“直接援用外国法律，对于一个独立国家来说是个很不体面的事情。这些法令不仅是用外国语写成的，而且也不是按照本国国民的意思制定的。”1948年8月15日，大韩民国政府成立，鉴于日据时代的法律一统天下的局面，韩国政府急于构筑自己的法律体系，尤其是包括民法在内的与日常生活和裁判紧密相关的基本法律。

[5]

根据1947年6月30日的南朝鲜过渡政府行政命令第3号成立的“朝鲜法制编纂委员会”（又称法典起草委员会）曾经起草过一份《朝鲜临时民法典编纂要纲》（又称“起草要纲”）。该要纲仅对总则和物权之一部做了规定。迨1948年的法典编纂委员会成立以后，即以该“起草要纲”为原案，拟定了《民法典编纂要纲》，于同年12月15日出台，民法典草案的起草工作亦于是日起正式展开。

[6] [name="_Ref10263425">](#)

由大法院院长金炳鲁领衔、负责民法典起草工作的民法分科委员会，按总则、物权、债权、亲族、相续五编分别选任责任委员和一般委员分工负责。[name="_Ref10605801">](#)《民法典编纂要纲》包括“总则”、“物权法要纲”、“债权总则”和“债权法各论”四个部分。

[7] [name="_Ref13832376">](#)民法典草案中家族法的进展较之其它三编更为迟缓。1949年6月11日，《民法亲族相续法编纂要纲》发表，这两编的起草工作亦由此起步。1950年6月，朝鲜战争爆发，有7位参与民法典起草工作的委员被北朝鲜军队挟归北方，为民法典起草工作准备的相关立法资料全部丢失。民法典的起草一度完全中断。由于人力、物力不足，法典委无法开展工作，民法典的起草工作实际由金炳鲁一人承担。后来法典委即在金炳鲁起草的草案基础上形成了公式草案，于1952年7月4日完工。[href="#_ftn9" name="_ftnref9" title="">](#) [8] 1954年10月，政府将民法典草案正文共1118条，附则32条，总计1150条及附带之理由书一并提交国会审议。

[9] 1958年2月7日，国会将审议通过的民法草案移送政府，同月22日以法律第471号正式公布，1960年1月1日起施行。

新颁布的民法典共计1111条，附则28条。新颁布的韩国民法典，与依用民法一样，仍然采用潘德克顿式的立法体例，分为总则、物权、债权、亲族、相续5编。该法典系以西方近代民法的基本原则为理论基础，为适应现代工业化社会的需要，同时也注入了现代民法的修正原则。依据当时学者们的解释，该法典的基本精神可归纳为“以个人主义为思想基调的原则”和“以社会尊重思想为基调的原则”。

[10]

民法典总则编设“通则”、“人”、“法人”、“法律行为”、“期间”、“消灭时效”7章，有关住所、失踪、物、期间的规定，属于民法全体的通则性规范。物权编分为“总则”和“占有权”、“所有权”、“地上权”、“地役权”、“传贯权”、“留置权”、“质权”、“抵挡权”等八种物权共9章，采取物权法定主义原则。除了民法典所承认的这八种物权外，尚有商法及民事特别法所承认的若干种物权。此外，习惯法上所承认的物权是否具有成文法上的对等效力则存在着争议。

[11] 关于物权的变动，韩国民法典仿效德国民法典的立法例，采用形式主义，承认物权行为理论。债权编由总则1章和契约、事物管理、不当得利、不法行为等分则4章组成。亲族编由总则、户主与家族、婚姻、父母与子、后见、亲族会、扶养、户主承继等8章组成。相续编由相续、遗言、遗留份3章组成。

将韩国民法典与日本民法做一比较，尽管有了一些细节上的变化，但从整体上依然可以看出其脱胎于日本民法典的痕迹，甚至连许多术语也完全照搬日本的模式。除日本民法典以外，韩国民法典还主要参考了中华民国民法典、伪满洲国民法典等外国民法典。习惯法上的固有权利传贯权（类似于中国的典权）被明文载入民法典即可视为是受到中华民国民法典影响的典型例证。

诚然，韩国民法典并非原样照搬日本民法典、中华民国民法典和伪满洲民法典的大拼盘，还是带有一些自身的特色的。最能体现韩国民法典自身特色的当属家族法。史尚宽指出：“韩国1958年2月制定公布之新民法，关于亲属仍多带有东方的色彩。”

二、法典驱动主义

在东亚三国的民商法现代化的进程中，日本扮演了先驱者和导师的角色，韩、中两国紧随日本的后尘，可谓亦步亦趋。尽管现代化的效果大不相同，但单就过程而言，这三国却有着许多共同之处。其中最为鲜明的特点，可概括为外力驱动和民法典驱动，这里专门谈谈法典驱动主义。

所谓法典驱动主义，也可形容为“民法典情结”。这种模式最初是由日本人开创的，其后中韩两国竞相效法。法典驱动主义似乎是外力驱动所必然造成的后果。有学者将法制现代化区分为“内源性”和“外源性”

两种模式。所谓“内源的现代化，是由社会自身力量的内部创新，经历漫长过程的社会变革的道路，又称内源性变迁，其外来的影响居于次要地位。”欧洲法律的现代化过程即属于这种模式。与此相对应，所谓“外源或外诱的现代化，是在国际环境影响下，社会受外部冲击而引起内部思想和政治变革并进而推动经济变革的道路，又称外诱变迁，其内部创新居于次要地位。”

[13] 该学者进而指出：“法制的基本要素是法律规范、法律程序和法律意识形态，法制现代化即包括这些基本要素的现代化，并且内源性和外源性的不同模式，‘在推进力量的性质、变革进程的次序和实际演化的程度’上是有差别的。例如，内源性模式的推进力量来源于社会内部，其变革是‘沿着法律意识形态——法律规范——法律程序的次序发生’；外源性的推进力量来自社会外部，其变革是‘沿着法律程序——法律规范——社会法律意识形态的次序进行’。”

[14]

根据上述定义，日、中、韩三国的民商法现代化走的都是外源现代化的道路。

日本在江户幕府倒台后，明治新政府当即着手编纂包括民法典在内的各种法典。大隈重信说：“维新以后，我国国民首先痛切感到编纂法典的必要。此中有两个理由，第一是从外部的关系出发，由于国民知识的开发，原来能够容忍的治外法权的屈辱条约已无法继续容忍。德川政府开国当时与欧美五国订结了条约，由于当时我国国民缺乏国际通理的知识，造成了误解，欧美诸国皆保留了治外法权，致使我国与支那、土耳其、波斯等国视同一等。国民知识开发以后，逐渐认清真相，希望通过条约的改正，获得对等的地位……”。

[15] 另一个日本学者也解释说，从明治维新开始，“新政府就必须处理这个关键的问题：怎样做才能使日本在面对西方帝国主义势力下维持独立。舍接受资本主义以外，尚有他途乎？要保持独立，别无更好的办法。所以新政府确立了以近代资本主义为原则实现国家的社会和政治体制近代化的目标，这当然要求重构法律体系。然而法律改革乃迫在眉睫之急需，明治政府要改正安政条约，而条约其它各方则要求以日本法律体系的近代化为改正条约的先决条件。没有时间允许日本政府从容创制法律以逐个应对社会结构逐渐向资本主义变迁过程中出现的种种需要。无论日本可能会是怎样的社会状况，压力都集中在提供一套新的法律体系上。尽可能快地取得这一结果的快捷方式当然是仿效一个先进的资本主义国家的样板，这在当时就是法国和英国。日本选择法国的立法作为指导系因为普通法体系显得过于复杂，而法国则有五个拿破仑法典。再者，法国的法典已经引导了许多国家实现了社会的近代化。 name="_Ref17428295">

[16] name=日语待请教4>

从1869年起，日本便着手翻译法国民法典，当局者一度打算直接适用译出的法国民法典，后来又决定起草自己的民法典。历经数十年的努力，特别是在法、德民法典间几经选择、反复争论，终于在1898年全部完成了民法典5编的起草工作，并予以公布施行。

name="_Ref13935408">

平心而论，新颁日本民法典究竟是依法还是依德并无太大的实际意义，法、德民法典尽管有不少重要的差别但仍是同大于异。二者都是法、德两国法律人士基于相近文化背景和思维模式，针对各自的社会、历史以及法律传统做出深入研究的智慧结晶。二者的现实使命都是要为正在

形成中的统一民族国家提供一个单一的法律载体。

[17] name="_Ref14428707">

正如有西方学者指出的那样：“潘德克顿法学加速了德国法的统一，而且对德国以外的地方产生了极大的影响。它的最高成就就是德国民法典，这同时也敲响了它自己的丧钟。德国民法典是伟大法律思想的果实而非种子。”

[18] 然而，日本开创的民法典创制模式则恰恰是要将民法典作为现代化的种子播撒下去，等待其开花结果。

中国法律现代化运动的正式启动是在1900年的八国联军之役以后。1902年清政府宣布实行“新政”，开始按照西方的模式系统地制定新式的法典。当时中国朝野上下目睹日本经过明治维新迅速崛起的实例，普遍主张“以日为师”，效法日本的样板引进西式法律以变更固有的法律体系。有人上疏说“中国与日本地属同洲，政体民情最为相近。若议变法大纲，似宜仿效日本”。法部官员也认为：“惟日本为东亚之先驱，为足以备圣明采

择。” name="_Ref23393539"> name="_ftnref20" title=""> [19] 其后清廷修订法律大臣沈家本、俞廉三聘请志田钾太郎、松冈义正起草民律，此即所谓民律第一次草案。

中华民国成立以后，接续清廷未竟的事业，以民律第一次草案为蓝本，修订起草新的民法草案。1922年春，中国代表在华盛顿会议上提出收回领事裁判权问题，大会决定由各国派员来华调查司法。北洋政府责成司法部加速司法改革，民法典的修订重新被提上议事日程。修订法律馆以《大清民律草案》为蓝本，于1925年完成并公布了民律第二次草案。1928年南京国民政府立法院成立，次年设立民法起草委员会，同年2月1日开始编撰民法典，1929—1930年间陆续公布。该法典共5编29章1225条，后经多次修改，最近一次修改时间为1999年4月，现仅行于台湾一省。

《中华民国民法》以民律二草为基础，着重参考了德国民法与瑞士民法，同时也吸收了日本民法、法国民法以及苏俄民法和泰国民法的经验。由于该民法典是当时世界各大国民法典中最后制定的一部，广泛借鉴了各国的经验教训，又是一部主要由学者起草制定的法典，因此在学理上可谓无可挑剔，是大陆法系德国体例民法典中具有代表性的一部。但是，该法典也反映出脱离实际、超前立法的问题，因之，在大陆地区该法典几乎从未被良好的贯彻过，未能发挥其应有的效力。

中华人民共和国成立以后，宣布废除“六法全书”，试图彻底割断与旧有法律体制的联系。同时，由于全面推行计划经济体制，尽管先后拟定了6个民法草案及一系列民事单行法规，但是事实上民法既无存在的必要也无生长的空间。

1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国民法通则》，并于1987年1月1日起正式施行。1992年邓小平发表南巡讲话后，中共明确了建立社会主义市场经济体制的基本方针，中国的民事立法和民法学研究得以重现生机。目前，中国官方和民法学家们的注意力都集中在如何炮制出一部超凡脱俗的民法典，有学者甚至将制定民法典的重要性与“两弹一星”相提并论。

[20]

将日、中、韩三国的情况加以比较，可以看出两个共同的特点：其一，三国都把民法现代化的着眼点都放在民法典编修或民事立法上而不是社会生活本身；其二，三国都是在向欧洲大陆法系的强势民法典，主要是向德国和法国的民法学习。所不同的是日本是直接地、一次性地学习，中、韩两国则是通过日本或他国，间接地、二次性地学习。因此说，中、韩两国是法、德民法的再传弟子应当是不错的。与日、中两国的情形又有不同的是，日、中修订民法，历来是主动向外学习，而韩国由于受日本的殖民统制，最初是消极地、被动地接受。独立以后，韩国法律界始终处于一种难以摆脱的矛盾状态之中。

一方面，二战结束后，韩国面临的首要问题是如何摆脱日本殖民地的阴影，全面树立韩国独立国家的形象。所以在那个时候，不可能像明治时期的日本或者1950年代及当今的中国大陆那样，围绕着要不要制定民法典的问题展开广泛的讨论，而是如何迅速制定和颁布自己的民法典的问

题。饱经日本铁蹄摧残的韩国人民无法容忍日据时期的法律长期延续，于是韩国民法典的制定便很快提到了议事日程。也正是由于这种紧迫性的压力，致使韩国民法典的制定显得比较草率。

另一方面，在1940年代末和整个1950年代，甚至直到今天，要想真正脱离日本民法学的强大光环又绝非轻而易举的事情。有韩国学者指出：1950年代的韩国法学尚未真正获得独立的地位：“以日本民法为基础有个现实的原因，即当时我国的民法学根本无法摆脱日本民法学的影响，独立编纂全新的民法典的实力尚未具备。”“法典编纂需要法学的积累和基础，要把现实生活抽象为法的概念和命题，才能取得系统化的成果。不具备这样的条件是根本不可能编纂完全独立的法典的。法律实务家也离不开法律的学问基础”。

[21] 他还指出：当时的韩国民法学尚未达到日本昭和初年以来数十年间在日本法学界占居主导地位的我妻荣的水平。所以说韩国的法学是从翻译法学出发亦不为过分。当时主要是翻译日本的书籍。

[22]

了解了这段时期韩国民法学界的状况以后也就不难理解为什么当时韩国民法典的起草不能真正脱离日本民法典的阴影了。Wi eacker指出：“法典化既需要统一的国家也需要知识的基础。它们经常发生在创造性法律学术期的终了阶段，它耗费几代人在体系和概念上的努力最终造就出法典所需的这种综合性计划和抽象的语言。正如阿库修斯（Accursius）的《规范注释》一样，甚至《国法大全》（Corpus

Iuris）自身也是出现在学术繁荣期的尾声那样，从萨克森民法典（Civil Code of Saxony）到瑞士民法典的潘德克顿法典都是作为一个法律学术期终结的遗产。这也帮助解释了为什么它们都带着老旧风采的外观：一部科学的法典是由学者们后来在其成熟时创造的，并为承继它们的较少的品种用作技术工具。”

[23]

植基于前述学术背景而制定出来的韩国民法典从一开始就带有许多严重的技术欠缺。韩国民法典主要参照日本民法制定，又要刻意表现出不同于日本法的特征，因此就难免留下许多穿凿的痕迹。举例而言，以意思主义为基础的依民法条文在形式主义的新民法中被原封未动地保留下来，譬如民法典中有关诺成契约的条文规定了交付（第330

及347条）。虽然诺成契约并非要物契约，但却保留了旧民法中的表示“占有合意”的“派生占有”（derivative possession）的术语（第332条）。再比如旧民法中的过于个人主义倾向也有意无意地保留下来，例如多方债权、债务被规定为可分割债权、债务（第408条），不能充分响应团体精神的需要。再者，由于民法典的条文多数以法律技术术语写成，便于法律专业人士但对一般公众而言要理解这些条款却很不易。虽然民法典作为标准法应当成为指导人民日常生活的基本规范，但其内容却与人民的一般法律生活相脱节。同时，许多民众日常法律生活中常用的事项，如担保债和短期大额按揭制度，民法典中却没有详细地规定。还有，民法典中许多条款彼此抵牾，不相协调，甚至理论上也不一致。例如，尽管合伙之资产属于所有合伙人共同所有（第272条），处分合伙资产需要所有合伙人的同意（第272条主文），但是在有经理人的情形下，合伙条款仅要求有经理人之多数做出决定（第706（2）条）。

尽管民法典中的许多瑕疵后来由一些特别立法做了弥补，民法典中依然存在瑕疵却是无可否认的。而且，由于制定了一系列特别法，使得民法典和特别法之间也出现了许多冲突。例如，有关一部无效的规定，民法典一般要求全部无效（第137条），但后来制定的《约款规制法》（Regulation

of Standardized Contracts Act）（第16条）规定其余部分仍原则上有效。这还造成了一个更为严重的问题，由于特别立法已经被普遍认可为民法典的例外，大量制定特别法的结果事实上造成了特别法成了一般规范而民法典反而变成了例外，从而造成了民法典与社会现实的疏离。进而，由于一般法律原则受到削弱因而造成了人们对法律的例外规范而非一般规则更为关注，乃至阻碍了日常生活的法治化。为此，有韩国学者惊呼“民法典已经转化为一种审判规范而不再发挥其指导人民日常生活的功能”了。

[24]

三、橘逾淮而为枳？

日、中、韩三国的民法典采用的都是潘德克顿式体例。这种体例的民法典最显著的特征就在于它是学者型的法典。

有西方学者指出：“1896年的德国民法典是革命的反面。它的目的并非是要废止以往的法律并代之以一套全新的法律体系。与此相反，其理念是要从那些对德国法所做的细致的历史研究中所归纳出来的德国法原则加以法典化。不是试图从推断人类本性中去发现真的法律原则，那是法国人根据世俗的自然法的影响所采取的作法，德国人试图根据对德国法资料的科学研究发现德国法的根本原则，即：现存的德国法律体系的来龙去脉。德国法并非外行人的教科书，而被视为是主要由法律专业人士所使用的工具”。

[25] 一位德国学者也指出：“这里，它的（指德国民法典——笔者）学术上的和技术上的优势超过了另一个事实，即缺乏情感上的吸引力、政治色彩或对现实社会问题的关注。相反，德国民法典的高度抽象化显然使得它易于为外国文化和社会秩序所吸收。”

[26]

东亚三国之所以偏爱潘德克顿式的民法显然是倾心于它在体例和结构上的严谨和科学性。不幸的是，这种植入的潘德克顿式的民法典在东方被赋予了革命的使命，肩负着沉重的政治任务。我们看到，这三国的民法现代化进程都是在政府主持下，为完成某个具体的政治目标而由学者大力鼓吹和推动的。这种选择其实与这三国所偏爱的潘德克顿法典体例并不相干。

首先，日、中、韩三国修订民法典都是各国一系列法律改革中的一环，其目的是要用西式法典取代固有的法律体系，因此可以说是一场法律革命，至少是形式上的革命。而在德国，制定民法典不过是将既有的法律规则用一种高度抽象化、富于技巧和逻辑性的方式表达出来，亦即一种单纯的法典化过程，纯属技术性的问题。

其次，作为一系列法律改革中的一环，民法典的制定是要完成一种特定的政治使命，冠冕堂皇的说法是“富国强兵”；具体些说应是：对外维护民族的独立，对内则是要建立或延续统治当局所期望的政治秩序。

在以中国文化为主导的东方传统社会，每一新王朝的建立大都要制定并颁布新的法典，这似乎已是东方政治家们习以为常的惯例。

[27] 然而正如韩秉春（Hahm Pyong-Choon）教授指出的那样：“在像韩国这样的亚洲国家里，情形大不相同。首先，现在所施行的法律并非本民族生活方式的产物。这个民族并没有一种‘有价值的法治遗产’值得自豪。现行的法律制度是从欧洲移植到韩国的土壤上的。它尚未在这块陌生的土地上扎下根来。很显然，它是这个世界上最为现代、最为科学的法律制度之一。但它被视为与普通民众日常生活的关系既不迫切也不重要。”“法律旨在惠及民众，但人民并不知道如何从中受益。它给了每个韩国人法律上的权利，但是韩国人并不愿意行使它，因为传统上求助法律并非‘光彩的’事情。在引入欧洲法律制度以前的旧时代，法律是控制人民的工具。法律只有利于统治者，从不惠及被统治者。只要必要，统治者会毫不犹豫地抛弃法律，因为他是法律的制定者之一，而他制定法律也只是使自己成为唯一的受益人。当然口头上他也会宣扬法律是为了人民的利益这样的空头理论，但在背弃有利于人民的法律时他却毫不踌躇。单纯的法律技术绝对无法妨碍强有力的统治者受益。至少就韩国而言，将法律义务加诸于统治者身上是个悖论。”

name="_ftnref29" title=""> [28]

一位美国学者则指出：“虽然政府颁布了许多抵消性（指抵消日本法律影响）的法律，但是没有人，特别是政府本身最不期望这样的法律付诸实施，因为其中绝大多数的法律对政府尤其不便。总之，韩国人仍然不适应正规的法律。许多人将之视为虚构的骗局，掌权者总能设法逃避。为此，一位韩国的法律学者曾建议重新评估现存的正式法律，或者使人民适应法律，或者更为可行的方法是只保留那些可行的法律。再者，太多的韩国人从不尊重由正式的法律来统治或者从不将法律视为促成变化的有益方式。乍一看来，这似乎是对现存法律文化的现实反应。但我相信，这种姿态回避了法律重要的制度性作用，亦即是说，由于现在和过去一样，法律服务于当权者的利益，特别是帮助统治者及其僚属们维护政治道德，当然是他们所定义的道德。因此它甚至不肯附带性地帮助该集团以外人们的利益，更不会帮助对政府持异议人士的利益了。因此，韩国民众对此所做的相应反应从法律上说是符合理性的。我的结论是，只要当权者依然是家天下式的统治，法律即会如此，大众的反应也只能那样。”

[29]

一失败或可归因于人民的消极态度，延续着旧时代携来的一系列负面的政治、经济和社会因素。考虑到其环境与西方的完全不同，这样的失败似亦无可避免。”

[30]

显然，民法典，当然也包括其它各种引进的法律未能在韩国结出理想的果实来。从这几位学者的观点看，主要的原因并非法典的体例、结构这些纯技术性的因素，而是社会、政治及经济背景的不同造成的，即与被植入的土壤不相适应。用中国的成语说，这就叫做“橘逾淮而为枳”。

客观地说，私法是西方社会的创造，是市民社会和自由市场经济的需要和产物，其基本的理念和价值基础在专制集权政府和非市场经济的条件下极难生长和发达。 [name="_Ref14494172">](#)

韩国传统上是一个专制集权国家和落后的农业社会。尽管在1948年宣布成立大韩民国，但是直至1980年代末以前，政治上始终处于专制独裁状态，

[31]

并非名符其实的共和国。在经济上，虽然公开奉行资本主义，也确实建立起了私有财产权制度，但对私权的保护却极为不力，市场的发育也处于畸形状态。

1960年代开始的韩国经济起飞，在数十年间取得的巨大经济成就无疑为韩国私法的现代化创造了一定的条件。然而所谓的“汉江奇迹”与韩国民法现代的进程却并非相互呼应、同步展开的。换言之，现代化的韩国民法典并没有对韩国人民社会生活的现代化产生直接的良性推动，没有起到有效保障私权的作用。

举例来说：“一九七七年，韩国政府在汉城附近征收大片良田，用来建造‘班吴工业区’。总共有一百万坪的土地被征收来盖工业区本身，二十九万坪盖房屋及其它设施，五十二万坪辟为道路。那些土地都非常肥沃，市价每坪大约两万韩元，可是政府却只付每坪七百至三千韩元。由于补偿金太过微薄，所以除了少数几个富农之外，大都无力另购土地，因而许多人变成佃农，许多人‘逃到’都市？”“对农民而言，没有任何东西比土地更重要。南韩的总面积为九万八千八百零七平方公里，人口三千七百万，是世界上人口密度最高的国家之一。然而，可耕作的面积却只占总面积的五分之一左右。从一九七〇到一九七七年，两兆五千六百二十亿坪以上的农田已经为工业化所吞噬。另外，还有相当广大的农田已经被工业污染所破坏，完全无法耕种了。在这个过程中，韩国政府始终袒护有钱有势的企业家，毫不理会农民的哀鸣。”

[32]

有文章指出：“从几十年间小农制度的维护和运行可以看到，台湾地区和韩国经济转型时期的政治经济结构是一种过渡性的一元结构：政治上是威权主义的强力高压控制；经济上是强干预，即通过政府或者准政府行为，多方位地限制甚至替代市场。新型的现代家庭农业制度为‘公平的增长’（尽管只是相对意义上的）奠定了基础，同时也以农业部门被榨取、农民利益的牺牲为代价，为高速工业化作出了贡献。” [name="_ftnref34" title="">](#) [33]

在缺乏法治保障的市场环境下，无限政府的存在必然造成公平扫地、权利沦丧，整个社会都处于潜在的不安定状态，没有一个人会真正享有安全、恒久的利益，即便是那些曾经暴富的财阀们也不例外。

1985年，全斗焕政府解散了国际ICC集团（Kukje-ICC）——当时韩国的第七大财阀。据该集团前总裁后来道明的理由，该集团之所以成为全斗焕政府‘仇视的对象’，是由于未向执政党提供足够的捐款。因此，该集团便在所谓的‘工业合理化计划’中遭到强行解散，被并入其它公司或被收购。

[34] 進

入1990年代，韓國實現了民主政治的轉變，政府支配型的經濟結構也已演變為私人支配、自我規範的經濟體制。1991年，韩国立法研究院的一份调查指出：“自从‘五·一六’政变以来，现代化和工业化的力量极大地影响了人民的心理结构和各个社会制度。威权政治体制将现代化置于政治自由和民主之上，完全排除了大众参与。工业化带来的社会复杂化和经济发展所做的回报却无益于威权主义对韩国社会的统治。1987年的‘六·二九’宣言，目的无非是承认由现存政治、经济结构转入政治程序的各团体，却引起了出乎意料的反响。该宣言导致了一种参与共享的市民文化的确立。到了此时，韩国正在进行着一场无声的革命。”“产生于1980年代晚期民主化进程中的参与分享的市民文化对人民的价值观念带来了巨大的影响。由大众民主到参与分享民主提升了参与感和权利意识。”

一言以蔽之，宪政与市场的回归方始为韩国民法的现代化扫清了道路。

*

中国社会科学院法学研究所研究员。

[1]

Pak Pyong-ho, " Characteristics of Traditional Korean Law" (朴秉濠: " 韩国传统法的特色"), Chun

Shin-yong, ed., *Legal System of Korea*, Korean Culture Series 5, Seoul ,
International Cultural Foundation, 1999, pp13-14.

[2]

Chulwoo Lee, " Modernity, Legality, and Power in Korea under Japanese Rule" ,
Colonial Modernity in Korea, ed. by Gi -Wook Shin & Michael Robinson,
Harvard University Press, Cambridge and Londong, 1999, p 27.

[3]

参见郑钟休: 《韩国民法典の比较法的研究》, 創文社, 東京, 1989年版第121-131页。

[4]

张庚鹤、徐炖玉: " 对话: 韩国的法律文化" , 载同前注1 第370页。

[5]

参见梁彰洙: " 民法案成立过程小考" , 《民法研究》第1卷, 1992年第61—66页。

[6]

参见前注引梁氏文第67—74页。

[7] 张厚永：《现行民法总论》，漢城，正音社，檀紀4288（西元1955）年版第291—302页附录一。

[8] 金基善：《韩国民法总则》，法文社，漢城，1985年三改訂增補版第40页。

[9] 同前注 3 第162页。

[10] 同前注
8 第六章：“新民法的基本构造”。

[11] 可参见延基荣：“韩国财产法の内容と課題”，载小島武司、韩相范编：《韩国法の現在》（下），日本比較法研究所研究叢書（27），東京，中央大學出版部，。

[12] 史尚寬：《继承法论·序》中國政法大學出版社，2000年版。

[13] 罗荣渠：《现代化新论--世界与中国的现代化进程》，转引自徐学鹿：“论我国商法的现代化”，
<http://freelaw.myri ce.com/lunwen/029.htm>。

[14] 同前注13
。

[15] 转据石井良助：《民法典的编纂》，法制史論集第四卷，昭和五十四年，東京，創文社，第3、6页。

[16] Yoshiyuki Noda, *Introduction To Japanese Law*, Translated and ed. by Anthony H. Angelo, University of Tokyo Press, 1976, p42-44.

[17] 参见John
Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd., Stanford, Stanford University Press, 1985, p32.

[18] Franz
Wieacker, *A History of Private Law in Europe: with particular reference to Germany*, translated
by Tony Weir, foreword by Reinhard Zimmermann, Oxford, Clarendon Press, 1995,
vii, R. Zimmerman' s Foreword.

[19] 转据拙著《明清律典与条例》，中国政法大学出版社2000年版第366页。

[20]
同前注19 第52页。

[21] 同前注
5 第88—89页。

[22]
参见梁漳洙：“韩国民法学50년 의成果 와 21세 기 적课题”，《民法研究》第4卷，1997年第4—7页。

[23] 同前注18
第365页。

[24] Sang
Yong Kim: “ Amendment Works of the Korean Civil Code (Property Law)” ,
[href="http://www.irp.uni-trier.de/Vortrag-Kim.pdf"](http://www.irp.uni-trier.de/Vortrag-Kim.pdf)><http://www.irp.uni-trier.de/Vortrag-Kim.pdf>.

[25] 同前注17

[26] 同前注18
第384页

[27]
参见前注19 引拙著第四章。

[28] Pyong-Choon
Hahn, *The Korean Political Tradition and Law: Essays in Korean Law and Legal History*, Seoul: Hollym Corp., 1967, pp.206-207.

[29] Norman
Jacobs, *The Korean Road to Modernization and Development*, Urbana and Chicago: University of Illinois Press, 1985, p47.

[30] Dae-Kyu,
Yoon, *Law and Political Authority in South Korea*, Boulder: Westview Press, 1991, p27.

[31] 参见尹大奎：“韩国立宪主义的历史与现状”
香港，《二十一世纪》，2000年8月号。

[32] [href="mailto:editor@yam.com.tw?subject=回應：%20揭穿韓國經濟奇蹟的神話（上）"](mailto:editor@yam.com.tw?subject=回應：%20揭穿韓國經濟奇蹟的神話（上）)”>葉大
雄：“揭穿韓國經濟奇蹟的神話”（上），《美麗島》第2期，1979年。

[33] 董正华：“东亚‘奇迹’之后的再思考——《透视东亚‘奇迹’》代前言”，中國現代化網：
2002年4月17日。。

[34] 参见同前注31

[35] Sang-Hee Park, etc. ed., *A Survey on the Korean People's Attitude Towards Law—How Can the Principles of Law Be Defined in Korean Society*, trs. by Sang-Hyun Song, Korea Legislation Research Institute, 1992, Part II: "Societal Change and Changes in Legal Consciousness", p5, p13.

[返回](#)

相关文章:

[记陈春龙先生](#)
[追念钟威廉 \(William C. Jones\) 教授及其对中国法研究的贡献](#)
[“雅量”与法治](#)
[比较法对中国近现代法律变革的影响及其不足](#)
[著名学者瞿同祖先生访谈录](#)
[法律现代主义](#)
[拯救过去，让先辈的苦难获得意义](#)
[得形忘意：从唐律情结到民法典情结——中国当前制定民法典的前鉴与省思](#)
[另一重视角——近代以来英美对中国法律文化传统的研究](#)
[谈谈沈家本](#)
[法学盛衰之辨](#)
[从唐律情结到民法典情结（摘要）](#)
[法学所馆藏《大清律》提要](#)
[港英时代的中国习惯法](#)
[苏亦工](#)
[重评清末法律改革与沈家本之关系](#)
[韩国民法典修定之比较研究](#)
[略谈“银会”：中国习惯集资机制在香港的境遇](#)
[香港殖民地时期二元化法制之确立](#)
[大志与王法辨](#)
[香港殖民地时期二元化法制之确立](#)
[开国前后的民主法治构想及其中辍](#)
[韩国民法的现代化道路](#)
[《明清律典与条例》](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)