

法 制 史 专 题 研 究 书 系



日本法制史

RIBEN FAZHISHI



赵立新 著

知识产权出版社

法制史专题研究书系

本书是作者多年从事日本法制史研究的成果，也是作者在日本留学期间，在日本法制史专家指导下，对日本法制史进行系统研究的结果。本书共分五章，第一章为绪论，第二章为日本法制史的发展，第三章为日本法制史的特点，第四章为日本法制史的影响，第五章为日本法制史的未来。本书可作为法学专业及相关专业的教材，也可供从事日本法制史研究的学者参考。

英志童：何勤王贵
萧云：萧云出书

英志童：何勤王贵
萧云：萧云出书

英志童：何勤王贵
萧云：萧云出书

英志童：何勤王贵
萧云：萧云出书

日本法制史

RIBEN FAZHISHI

赵立新 著

知识产权出版社

内容提要

本书以历史的进程为线索,从古代法、近代法、现代法三个方面全面系统地论述了日本法制的发展和演变过程,在时间跨度上涉及从公元初期日本习惯法形成到21世纪日本司法改革的近2000年,其中又以明治维新后近一个半世纪的发展为研究重点,是该领域研究的新作。本书内容翔实、体系完备,既可作为法制史相关领域研究人员参考用书,也可作为日本法制史学习与教学用书。

责任编辑:汤腊冬

特约编辑:汪惠芬

责任校对:董志英

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

日本法制史/赵立新著. —北京:知识产权出版社,2010.6

ISBN 978-7-5130-0013-0

I. ①日… II. ①赵… III. ①法制史—日本 IV. ①D931.39

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第084575号

日本法制史

赵立新 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8108

印刷:北京富生印刷厂

开本:880mm×1230mm 1/32

版次:2010年6月第1版

字数:380千字

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:14.25

印 次:2010年6月第1次印刷

定 价:35.00元

ISBN 978-7-5130-0013-0/D·995(2954)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

中日两国文化交流已有两千多年的历史，但直至19世纪80年代初期，中国基本仍处于文化输出国的地位，国人对日本的了解缺乏动力，所谓中日文化交流主要是日本学习中国的文物制度。就法律方面而言，日本古代曾两次大规模移植中国法律：第一次是公元646年大化革新后对唐律的学习和吸收，在此基础上制定的《大宝律令》和《养老律令》为此后一千多年日本法的发展奠定了基础；第二次是17世纪德川幕府统治时期对明清律的吸收，明治初期制定的《暂刑律》、《新律纲领》和《改订律例》是本次吸收的延续。明治维新后，日本把学习的目光转向西方，在“殖产兴业、文明开花、富国强兵”三大政策的指导下进行了一系列改革。随着改革的推进，日本社会发生了重大变化，至1907年，日本以欧洲大陆的法国、德国为楷模，建立了一整套近代化的法律体系。与此相对，中国自1840年鸦片战争失败后，一步一步走向半殖民地半封建社会。然而伴随国门的打开，一批先进的中国人开始“睁眼看世界”。林则徐在广东的禁烟前线即派人搜集资料，编写《四洲志》；魏源继之完成著名的《海国图志》。虽然他们的著述并非出自出国考察的亲历，而是源于间接收集的资料，其中难免存在某些谬误，但毕竟打开了国人的眼界。林则徐、魏源之后，中国的许多读书人开始迈出国门，到欧美、日本，或学习或出使或游历。对于那些官方派遣的人员来说，接受国外近代科学文化、政治制度、思想意识的影响是非常自然的事情。面对明治维新后日本社会的剧烈变革，很多人表现出强烈的学习研究欲望，时任驻日公使参赞的黄遵宪是其中的典型代表。在短短的几年间，黄遵宪完成了四十卷五十余万字的巨著——《日本国志》，详细论述了日本变革的经过及其得失。他

以诗言志，写出反映日本历史和现实变革的《日本杂事诗》，宣传外国的科学文明及改良思想，希望中国借鉴日本走上发展与富强的道路，表达了强烈的爱国情怀。《日本国志》是中国人所写的第一部日本通志，其中对日本模仿法国法制定的1880年《刑法》和《治罪法》进行了详细介绍，因此，黄遵宪可以称得上是中国人研究日本法的先行者。1895年甲午战争失败，中国朝野上下受到极大刺激，随后的戊戌变法更将日本作为学习的对象。尽管变法由于以慈禧为首的保守势力的反对和镇压很快失败，但却为近代思想启蒙运功的蓬勃兴起开辟了道路，以日为师、引进西方法律的进程并没有中断。1902年以后，清政府在内外压力下被迫进行法律改革，中国法律近代化的大幕终于拉开。在这一背景下，对国外法律的研究也日渐兴盛，而对日本法律的翻译和研究在20世纪初更是达到了一个高潮。1949年新中国成立后，随着政治“一边倒”的形势，法律教育与法学研究自然也不例外地学习苏联，由于外国法制史可以提供学习移植苏联法的背景知识、特别是为学习苏联的官方意识形态作论证和宣传，所以在法律院校得到特殊重视，成为法学最重要的基础课之一，与这种情况形成反差的是，在当时特殊的政治环境下，法学研究陷入低谷，日本法制史也鲜有介绍。

1978年改革开放以后，许多高校恢复开设外国法制史课程，专业教学研究队伍不断壮大。外国法制史的研究成果，无论在范围上还是在内容上都与旧日不可同日而语。日本法制史的内容也作为外国法制史教学的内容出现在国内各类外国法制史的教材中。特别令人欣慰的是，近年来法律史学界涌现出一大批年轻学者，他们热爱法律史专业，大都有留学的教育背景，思维敏锐开阔，熟练掌握一两门外语，又有扎实的法学理论功底，他们对外国法制史的研究极大地拓宽了外国法制史的研究领域，在许多方面填补了外国法制史研究的空白。

本书作者赵立新是一名青年学者，他在研究生和博士生的学习期间就对日本法制史抱有浓厚兴趣，他的博士学位论文题目是《日

本违宪审查制度——一个法史学视角的考察》。他两次赴日本神户大学法学部访学，积累了大量有关日本法制史的资料，在此基础上发表和出版了多种有关日本法制史的论文和著作。这部新作《日本法制史》即是作者在此前研究成果的基础上综合编写而成的。该书具有以下三个特点：第一，论述内容全面、具体。该书所述历史起自日本国家和法制的初创时期，迄于21世纪日本的法制改革，上下两千年，跨越了古代、近代、现代三个历史阶段。在内容上不仅包括传统的法律部门，还对日本的信托法、保险法等作出较为详细的论述。如果没有作者多年对日本法制史的潜心研究，是很难做到这一点的。第二，分析评述正确、客观。日本法制史是不断对国外法律进行移植和吸收的历史，如何分析和评价不同时期日本对国外法律的移植状况，是一项比较困难的工作，作者利用大量日文原版资料对许多问题进行了正确、客观的分析，令人耳目一新。第三，内容简明扼要，详略得当。此外，书末附有“日本法制史年表”和“参考文献”，对爱好日本法制史的入门者也大有裨益。鉴于以上特点，我愿将本书推荐给广大读者。

是为序。

曾尔恕

2010年4月10日于北京

前 言

日本是与中国同处东亚的国家，古代日本曾深受中国文化的影响，但近代以后，日本在法制建设方面走在了中国的前面。明治维新后的日本，在法律上以法国、德国等大陆法系国家为楷模，在极短的时间内，建立了近代化的法律体系，虽然许多法律仍保留了旧的残余，但基本上适应了当时的近代化需要，从而使日本一跃成为世界强国。20世纪初，受欧洲社会法学及世界民主化浪潮的影响，日本法制中的民主因素得到了进一步发展，但1932年以后，由于日本法西斯的上台及对外侵略战争的进一步升级，日本近代法中保守、反动的一面更加明显，日本法制的民主性遭到了破坏。第二次世界大战以后，在以美国为主的同盟国军队占领下，日本被迫进行了一系列政治、经济、文化、法律改革。通过改革，日本废除了法西斯立法，以《日本国宪法》的制定为契机，先后制定了一系列民主化的法律。由于美国的主导地位，在战后的法律改革中，日本吸收了许多英美法系的成果，特别是违宪审查制度的建立、刑事訴訟法的修改、传统家族制度的废除等，从而使日本的法律体系更加系统和完备，并具有了混合法系的特征。可以说，一部日本法制史就是一部不断借鉴和吸收国外优秀法制发展的历史，虽然其间经历了众多的曲折，但从总体上看是比较成功的。因此，总结日本法制发展史的经验，是非常有现实意义的，对中国目前的法制建设及中日文化交流也是非常必要的。

关于中日文化交流的逆转，有日本学者考证是在1887年。此前，中国文化对日本是输出，此后则逐渐转向输入。在法制方面，清末的法制改革受到了日本很大影响，许多日本法学者协助清政府起草法典或来中国从事法学教育，中国大量学习法律的留学生也选

择到日本留学，这一时期是日本法对中国影响最大的时期。此后，由于长期的国内战争及日本入侵，中国法制发展的进程被打断了。20世纪80年代后，中国社会逐渐走入正轨，法制建设再次被提上日程，学习国外先进国家的法律也日益受到国人的重视，但由于种种原因，我们的研究更多地侧重于欧美国家的法律，对日本法制发展史的研究相对比较薄弱。这既有语言问题，也可能有感情和倾向问题，在今天举国皆学英语的潮流中，熟练掌握日语的人很少，这不能不影响到对日本法的研究。另外，很多人认为，日本现代法的源头是欧美，经过日本人“过滤”的欧美法总不如“原汁原味”的好。如果说前一种认识是客观存在，那么后一种认识则有点偏颇。

的确，近代以后的日本法来源于欧陆和英美，但日本对欧美法的吸收并非完全照搬，即使是“原汁原味”引进的法律在适用中也与其母国存在很大不同，如近代日本制定的民法典实际是近代西方财产制度和日本传统家族制度的混合产物，战后模仿美国设立的违宪审查制度在实践中也表现了众多独自的特点。正是因为日本法制史的独特性，所以世界著名的比较法学家威格摩尔在其《世界法系概览》一书中，把日本作为单独的法系予以论述。当然，对于日本法制的独特性也不应予以夸大，如果把古代日本法中的中国因素、近代以来日本法中的欧美因素予以剔除，则单纯源自日本的并不多，但日本的特点正在于把源自中国、欧陆、英美的东西和日本的传统结合起来，并使之协调运行，这正是我们今天法制建设应当学习的。

近年来，随着中日两国交往的扩大，法律文化方面的交流也不断增多，国内相继出版了一些关于日本法律的论著，但综合对日本法制史进行系统论述和研究的著作很少，因此，从法制史的角度，探讨日本法律制度的发展过程及其规律，应是一个重要的课题，本书正是探讨这一课题的初步成果。

本书是在此前相关著述的基础上增补而成的，由于种种原因，有些地方还显得比较薄弱，特别是古代部分，希望以后能有机会予

以弥补。书中的材料大部分是我两次在日本神户大学访学时搜集的，在材料搜集过程中，神户大学法学部藤原明久教授给予了很多的指导和帮助，特别是先生在手术之后的恢复期内仍坚持研究的精神给我很大的鼓舞，在我回国之后，先生还多次惠赠日本的最新研究成果。大阪大学法学部名誉教授山中永之佑先生以八十高龄仍笔耕不辍，先生还时时关心我的研究，多次惠赠佳作，两位教授的支持和帮助是我能在日本法制史的领域坚持下来的动力之一。同时，神户大学法学部的赤坂正浩教授、季卫东教授（现上海交通大学法学院教授）、龙泽荣治教授，大阪大学法学部的中尾敏充教授、三阪佳弘教授，京都大学法学部的寺田浩明教授以及日本近代法学会、日本法制史学会的众多学者、教授也给予了很多指导和帮助，正是他们，使我对日本法制史有了更深的了解。另外，本书是河北师范大学博士基金项目研究成果，河北师范大学法政学院则为本书的出版提供了经费资助，中国政法大学的曾尔恕教授在百忙中为本书作序，同时，本书的出版得到了知识产权出版社的大力支持，特别是汤腊冬和徐施峰两位编辑多次往返电话和邮件联系，为书稿的出版付出了大量宝贵的时间，在此一并表示感谢。

由于本人能力有限，书中错误和不足之处在所难免，恳请各位同行专家和广大读者批评指正。

赵立新

2010年3月于石家庄

目 录

第一编 古代法

第一章 国家形成期的法	(3)
第一节 国家形成与法的出现	(3)
第二节 早期法的主要内容	(8)
第二章 律令时期的日本法	(12)
第一节 大化革新	(12)
第二节 律令格式的编纂	(14)
第三节 中央与地方制度	(20)
第四节 班田制与租庸调制	(26)
第五节 刑法与司法	(29)
第六节 土地法与人身法	(35)
第七节 家庭与继承法	(39)
第八节 庄园法与院政制	(44)
第三章 镰仓、室町幕府法	(49)
第一节 幕府体制的建立	(49)
第二节 法源	(51)
第三节 刑法与审判	(55)
第四节 家族与继承	(57)
第五节 土地法	(62)
第四章 分国法	(64)
第一节 大名领国与分国法	(64)

第二节 分国法的主要内容·····	(66)
第五章 江户幕藩法·····	(69)
第一节 幕藩体制的确立·····	(69)
第二节 幕藩法体系的结构·····	(71)
第三节 社会身份·····	(75)
第四节 刑法与审判·····	(78)
第五节 家族与继承·····	(82)
第六节 土地与商品交易法·····	(86)

第二编 近代法

第六章 幕末开国与外国法的继受·····	(95)
第一节 开国与变革·····	(95)
第二节 对法国法的选择·····	(98)
第七章 明治维新与法制改革·····	(101)
第一节 中央国家集权体制的建立·····	(101)
第二节 地方制度的整顿·····	(114)
第三节 刑事法律·····	(119)
第四节 民事经济法·····	(132)
第五节 土地税法·····	(146)
第六节 教育立法·····	(150)
第七节 司法与诉讼法·····	(155)
第八节 明治初期的立宪活动·····	(163)
第八章 近代法体系的建立·····	(169)
第一节 天皇制国家机构的建立·····	(169)
第二节 明治宪法与《皇室典范》·····	(183)
第三节 民法典及附属法·····	(193)
第四节 商法典的制定·····	(208)
第五节 经济立法·····	(215)

第六节	教育立法·····	(223)
第七节	新刑法与治安法·····	(232)
第八节	司法与诉讼法·····	(241)
第九章	近代法的变迁·····	(246)
第一节	宪政体系的变化·····	(246)
第二节	民商法的发展·····	(257)
第三节	财经立法·····	(268)
第四节	农业与工业立法·····	(273)
第五节	劳动与社会保障立法·····	(278)
第六节	刑事法的变迁·····	(283)
第七节	诉讼法与司法的变化·····	(287)
第八节	战时立法·····	(291)
第十章	战前英美法的影响·····	(296)
第一节	战前日本的英美法研究·····	(296)
第二节	信托法与陪审法的制定·····	(307)

第三编 现代法

第十一章	战后法制改革·····	(315)
第一节	美国占领与战后改革·····	(315)
第二节	《日本国宪法》的制定与实施·····	(319)
第三节	政治体制改革及立法·····	(330)
第四节	经济立法·····	(336)
第五节	社会文化立法·····	(341)
第六节	法典修改·····	(347)
第七节	司法改革·····	(354)
第十二章	1952 年后的法律变化 ·····	(363)
第一节	改宪与护宪的 60 年 ·····	(363)
第二节	刑事法的变迁·····	(388)

第三节	民商事法的变迁·····	(392)
第四节	21 世纪的司法改革 ·····	(402)
附 录	日本法制史年表·····	(424)
参考文献	·····	(436)

第一编 古代法

第一章 国家形成期的法

第一节 国家形成与法的出现

日本是位于东北亚太平洋上的一个群岛国家，其领土由北海道、本州、四国、九州四大岛和周围的小岛组成，陆地面积约 37 万平方公里。

根据考古资料，在旧石器时代，日本列岛已有人类居住。^①距今一万年至八千年左右，日本由旧石器时代进入新石器时代，在新石器时代的遗址中发掘出大量手工制作的陶器，这些陶器外部都带有草绳似的花纹，故称“绳纹式陶器”，这一历史时期也被称为“绳纹文化时代”。在这一时期，日本逐渐由母系氏族社会过渡到父系氏族社会，陶器的使用是这一时期的典型特征。大约在公元前二三世纪，受中国文化的影响，日本列岛开始出现了水稻种植和铁器的应用。农耕技术的迅速发展，使日本从以采集、狩猎、捕捞为主的经济迅速转为以农耕为主的经济，同时出现了手工业与农业的分离。由于这一时期的遗址中发现了许多比绳纹陶器有明显进步的新式陶器，且遗址首先发现于东京都文京区的弥生町，故称之为“弥生式陶器”，这一时期也被称做“弥生文化时代”。在这一时期，随着社会分工与交换的不断发展，生产资料的私有制逐渐代替了氏族公社的公有制，在残留着以血缘关系为纽带结成的氏族关系的基础上，地域联合日益发展。

① [日] 斋藤忠：《日本考古学史》，吉川宏文馆 1978 年版，第 310 页。

一、部落国家的建立与氏族法制的形成

大约在公元前1世纪，日本列岛开始出现许多部落小国，据中国的《汉书·地理志》记载：“夫乐浪海中有倭人，分为百余国，以岁时来献见云”。^①在经过一个多世纪的争战后，许多小的国家逐渐被吞并。公元1世纪末2世纪初，在日本北九州地区兴起了邪马台国，它统治着北九州地区的众多小国。据《三国志·魏志·东夷传》记载：其国内“尊卑各有差序，足相臣服”，“下户与大人相逢道路，逡巡入草。传辞说事，或蹲或跪，两手据地，为之恭敬”。这说明邪马台国国内等级制度的成熟。

邪马台国已经建立了统治下户和奴隶的国家机器，自上而下设立了各级行政机构，并分职设官。其官吏从中央到地方共分七级，凡中央一级的官吏，其官衔前都加“大”字，分别掌管政治、经济、军事、外交等。地方官吏则根据各地的实际状况有所区别，既有保留王称号的地方，也有设立两级或三级地方官的。另外，邪马台国还有一支维护统治秩序和从事对外作战的军队。

公元3世纪，在近畿地区兴起了大和国，进入5世纪后，大和国的最高统治者大王，先后由赞、珍、济、兴、武五人担任，史称倭五王。^②为了巩固大和政权，倭五王先后采取各种措施，建立了较完整的政治、经济制度，特别是确立了贵族的氏姓等级制，进一步完善了各级统治机构，为政权的巩固和国家的统一奠定了基础。

关于这一时期的史料，在日本的《古事记》和《日本书纪》中有比较详细的记载。当时的大和国曾多次遣使来华，如《后汉书》记载，“建武中元二年（公元57年），倭奴国奉贡朝贺。使人自称大夫……光武帝赐以印绶”。此后50年，“安帝永初元年，倭国王

① 此处的乐浪郡是西汉王朝在朝鲜设置的四郡之一。

② 《宋书·蛮夷传》。日本学者则认为，《宋书》中的五王即《日本书纪》中记载的仁德、反正、允恭、安康、雄略五王。