

萬 有 文 庫

第一集一千種

王 雲 五 主 編

日本開國五十年史

(四)

大隈重信等著

商務印書館發行

臺灣省立圖書館

日本開國五十年史

(四)

大隈重信等著

漢譯世界名著

法制史略

緒言

安政元年（西歷一千八百五十四年）美國提督柏理航至日本與德川幕府締結假約章開通商貿易之緒端，是在距今半世紀之前。當時幕府政綱漸弛。議王政復興者日熾。大勢岌岌，至慶應三年（一千八百六十七年）幕府遂奉還大政。於是政治實權久被武家掌握者復歸朝廷。嗣有全廢封建制度之舉，確立政權統一之基。是即明治維新之大改革也。明治政府以開國進前爲旨，汎採歐美諸邦之文化，銳意革新諸制度。其拮据經營之効能使憲法、民法、商法及他法典皆宣布實行。而立法、行政、司法之諸制度莫不完備焉。如此雖屬最近三十有餘年之事蹟，而能咀嚼歐美諸邦之法制以與之同化者亦多賴日本固有文化之助。是可知其源於歷史者遠矣。苟欲明知法制近時之發達先須繹究其古時之沿革。

敍日本法制之沿革不可不知其國體之爲何。自神武天皇卽位之元年至明治三十七年閏年已二千五百六十四。其間非無治亂盛衰，而終始一貫不渝者在其國體。日本自太古統治以萬世一系之天皇。皇家未嘗稱氏姓是爲萬國無比之例。政治實權雖有時移歸臣下，亦皆承君主之委任而行其政耳。如文武官之任免，及重要之國務，必奏聞朝廷，請勅旨而奉行之。可知君臣之分未嘗見其紊亂。徵之史籍歷世君主以民之父母爲心。故國民尊崇皇室以忠節殉國爲其本分，亦非偶然也。明治二十三年實施憲法，而創成立憲政體者固非改易其世襲君主政體之基址。惟叡明天子深察時勢，按維新之大計而欽定其行用統治權之規準耳。故此空前之大改革得行於太和仁藹之間而國體晏然也。嗣後發暢益健寧國勢益振。

沿革分期

日本法制之沿革可分爲三大時期。第一期爲固有法時代。第二期爲繼受支那法時代。第三期爲繼受歐美法時代。

第一期 固有法時代

神代制度雖散見於古書，然事屬於肇國之前未易精知。

自神武天皇至第三十六世孝德天皇之朝，凡一千三百有餘年，以祭祀國祖爲主要之務。多數氏族分門地高卑世襲文武官職。族長以無限之權力臨其部族。君主統帥諸族長而組成政府以統治國家。此爲日本民族固有之法制。後世稱此時代曰族制時代。

此時代之制度雖不可知其詳，至其文化則發暢已著。農耕之業最盛行而有私領土地之制。自租稅地制以至財政、軍務等其法皆略備焉。交通朝鮮、支那後儒教傳入日本，而工藝技術之輸進者亦多。於是國民生活之情形漸變易而不文法之進步以著。至第二十九世欽明天皇之朝，佛教傳入日本。（西歷五百五十二年。）上流之士一變其思想。於是國家制度遂馴至而爲大改革之機。第三十三世推古天皇之朝始用文字制定法律。自建國之初至是凡一千二百六十有餘年，此爲慣習法之時代。

第一期之法制只簡約而適於國情。然世襲官職之制多弊。雖有人材不得登用，政務致以不通。軍職專歸於有力之氏族，而助其專橫。力微者不能用兵，而日以益弱。勢力既失其權。

衡，而政務自缺其統一。此時土地兼併之弊亦漸熾，貧富甚懸隔焉。人智已開，鄰邦通交益繁，而國不能安於舊時之陋習。中外情勢日促改革而不可抑止。於是一轉而遂移入第二期耳。

第二期 繼受支那法時代

第二期之
小分

自神武紀元一千二百年代之末至明治維新之時，凡一千二百五十年爲繼受支那法之時代。其間有成文法，多折衷於支那之法制而編成之。是期更分二小期如下。

(一) 王朝制法時代

王朝制法
時代

聖德太子
之憲法

推古天皇之朝至鎌倉幕府興起之初凡五百六十七年間，採支那法制而酌定成文法，布以統一之政。神武紀元一千二百五十三年（西歷五百九十三年）推古帝卽位，厩戶皇子以英邁之資而攝政，大興佛教，振張美術工藝諸業，且銳意改良文治。一千二百六十四年（西歷六百四年）取儒佛二教之旨，斟酌隋朝之法制定憲章十七條，此爲成文法之濫觴。當是時支那文化之發暢已顯著。故日本上流之士競研究大陸之學，而圖國家制度

公法私法
之制定

祭政離分

職制時代

之改良。既知儒佛二教復紹受隋唐之法制，自是歷世漸改舊時之不文法，而編定公私諸法。第三十六世孝德天皇宣布大化律令。嗣後改制增補數次，以至第六十世醍醐天皇之延喜格式。其間以第四十二世文武天皇之朝所撰定大寶律令之法文爲最整備。後世守之。

大寶律令之制定距今約一千四百年。而其行政組織之要目亦稍似現今之制。如祭祀與政治明別其職務。政治最高之官府稱太政官，下置八省而分其官司，廢氏族所作封建制度，而劃定行政區，遣限期交代之地方官，改官職世襲之制由考試而採人材，創定徵兵制度。凡男子齡達二十者選其全數三分之一使服兵役，矯豪族兼併土地之弊，禁其私領而盡爲國領，按等級而班田於人民，其死亡者其田還諸國家，禁永期之貺與。其餘財政、教育、社寺、司法等諸制度莫不完備焉。

要之孝德天皇大化之革新主破族制主義而遏氏族之專橫。自是之後至第八十二世後鳥羽天皇之朝凡五百四十年間，以官職爲本位，汎舉適材而組成政府。是謂職制時代。此

模仿支那
法制之效

時代終源賴朝開幕府鎌倉之時。

律令既摹仿支那法制不得不興法律學堂。於是法律之學頗發暢。而律令之解釋漸分其說。議論喧囂庶民不知其所適從。且制度之過於繁文縟禮者未適於國情，經年漸久而漸衰廢矣。日本自古農耕大開而私領土地之習深入於民心，雖定國領之制亦未易改。且人重門地血族雖破氏族專制之俗而汎採人材尚非易事。樞要官職不久再歸一二權門之世襲。班田失其綱，而私領之土滋蔓各地。兵制亦未易舉其功，一旦有事則必賴豪族之力以禦外侮。中央政府積成文弱。政權移歸武門。幕府（武將政府）既興，遂成封建之勢。

（二） 武家制法時代

前期之末朝廷漸失其威力，而豪族互相爭鬪。其間源氏蓄勢最大，遂平定國中而創興幕府。幕府興起之初，授部將封土或使豪族已服從者領之。此等領主雖受幕府嚴密之監督，而在其領土則行政略無限制。幕府掌握政治實權而自認其基於朝廷之委任。故將官之敘位及任免，與國家之要務，恆奏聞闕下請旨而後行之。自鎌倉幕府之初至江戶幕府之

武家制法
時代

武門政治
與元首權

末凡六百七十有餘年，武門政治之大綱未嘗變易。其所變者只在小節細目耳。是時代尙酌用支那法制，其効力至近世猶大。然武家之成文法以協乎實情爲主，不爲外飾，惟按條理斟酌以國民之慣習而制定之耳。源賴朝開府於鎌倉，而北條氏執其政權銳意圖治。所謂貞永式目者所以示有司，實裁判之規準。是法制雖無燦爛之美以率直質素爲旨，簡易直截適中時宜毫無繁文之迹。故民心翕然向之，而遂開一百五十有餘年之治平。鎌倉時代之士風實爲興起日本武士道之原動力。其間宋學及禪宗傳自支那，其助士道之發暢亦頗顯著。

北條執權時代之末有元寇。而幕府糜其財力失其威望，於是政權一時復歸朝廷。然爭亂再起不易鎮靜。且武家以率直爲習者多不喜繁文之政。足利氏乘其機而更興室町幕府。（西歷一千三百三十六年。）室町幕府繼傳十五代，其制法者有建武式目（治世要訣）等頗多。惟其所據之地在京都，漸浸染於文飾之弊。其末不能制權臣遂至滅亡。嗣後羣雄割據諸州，而各制定規例如武田、今川等諸家尤著名。織田、豐臣二氏之掌握政權，雖有改

德川時代

革法制而未有成文之法。至政權一歸德川幕府經營施設關於法制者漸見完備。

德川氏戡定戰亂，而開府於江戶（西歷一千六百三年）銳意整諸法制，而鞏固其政府之基地。其法制稍仿鎌倉、室町兩幕府，雖有蹈襲支那思想之跡，然出於其獨創者亦多。德川幕府之檢束朝廷及諸侯用意周到，實爲完備之封建制度。其法令簡易實用而無文飾之弊。是亦幕政之本色也。諸侯二百七十有餘，各儼如小獨立國，而專行其政務。惟其服從幕府之關繫頗爲堅實。凡十五代國政統一，曾無破綻，因其制度之適時情也。

成文法

德川幕府所定法制頗多，今只舉其主要者。二代將軍所作法度以檢束公卿、武家、僧侶等，八代將軍之時則有令八十一條、律百三條，可知德川法制實具成文法之體。律百三條爲裁判之規準，不容濫加變改焉。然此等成文法特大綱而已，至其細目則委諸各藩之施設及慣習。且其所規定者多關於刑罰及行政法，至若私法諸例，則尙多不文之法。

鎖國主義

內治

德川政府之特色，在鎖國主義，嚴禁士民信仰耶穌教，限制中外人之交通，以維持政府之安固也。幕府新定階級制度，區分國民爲武士、平民之別。武士賜以世襲之封祿，而禁其營

利，且教育以武士道之精神。平民者專從事於產業，不允其就文武公務，禁土地賣贖以防其兼併之弊，復取特種產業爲官允之業，以制遏其自由爭競，訓飭國民課以親族鄰保相扶助之義務，其制度多類羣會（社會）政策，使四民各安其分限。其治平凡二百六十有餘年之久（一千六百三年—一千八百六十七年）者，一因其制度之巧妙而已。

泰平已久，而上下安逸，漸生文弱之弊。於是綱紀弛廢。至西歷第十九世紀之下半期，歐美諸邦學術頗進步，交通機關發暢尤著。各國競派使節，迫幕府促其開國通商。事急，幕議遂巡不輒歸決，乃結締假約章，以彌縫一時。於是議論百出，紛然不知所底止。幕府偶有續嗣之議，權臣不相和，其權勢益以弛廢。時志士憤慨皇政之衰微者，皆蹶起而倡大義名分，以攘夷論爲口實，而攻駁幕府。慶應三年（一千八百六十七年）乃有大政奉還朝廷之舉。自鎌倉開府至是約七百年，武門政治全斂其跡，而王政復古乃確立其開國之基址。

第三期 繼受歐美法時代

德川幕府亡滅，王政復興，開百度維新之緒。嗣後閱年僅三十，有七制度變革，極爲顯著。其

所涉之繁不遑一一列舉。法制之激變蓋不讓於孝德天皇大化之革新。政權統一能舉其實，而明劃中央及地方政治之組織，亦頗類似大化之制。明治元年今上天皇即位之初，宣示以宏遠誓旨五條而定開國進前之大計。同四年廢藩制而易以郡縣之制，遂一掃封建制度。蓋諸藩主及藩士等皆棄其身家之利益，而贊成維新之大改革，其平穩完成大業者，實因多數忠義之志也。

明治之法
制

明治政府銳意摹仿歐美諸邦以改良兵制、財政、教育、司法等政務諸端，使階級及特權制度一切絕迹。明治六年始公布歲計預算。八年興元老院及大審院，而明立法與司法之別。十一年創始府縣會及町村會而定地方自治之基。十三年設會計檢查院而實行國家歲計之監督。十四年明降大詔期十年而開國會。二十二年宣布憲法，皇室典範、議院法、選舉法、會計法等，翌二十三年始見立憲政治之實行。自是之後法律及預算皆須經帝國議會之協贊。所謂帝國議會者合貴族、衆議兩院而成（其組織略之）也。是爲日本政體之一大革新。行政裁判法之實行，與憲政之開始亦略同其時。若地方制度則別有府縣制、郡制、

泰西法之
採摭

刑法、刑事
訴訟法

軍法

兩法典之
改正

市制、町村制等皆改舊時制度而確定自治之基址。

維新後制法最重大者莫如法典之編纂。當初時復古之思想頗盛。如法律之關於刑事者尙多斟酌古制既乃盛採西邦之新主義。

刑法、刑事訴訟法。明治三年制定刑典新律綱領，不過襲用古制，折衷於支那法。六年宣布改定律令三卷，以追加刑典，是爲紹受歐洲刑事法制之始。是歲末司法省新置二課，一曰民法編纂課，二曰刑法編纂課。其刑法編纂課考查刑法及治罪法。於是政府令法國法律家波亞索那突作刑法及治罪法草案，經元老院審議後，明治十三年七月宣布之。十五年一月始實行之。陸海軍刑法及其治罪法之宣布亦略同其時。是等數法爲明治政府所編成法典第一之功績。此刑法及治罪法取範於法國。其中治罪法至明治二十三年宣布刑事訴訟法之時廢棄之。而刑法至今日尙保其効力。然近時羣會之情形漸有變遷。據既往二十年之經驗刑法及刑事訴訟法有不適實情之處，政府卽更考查之而完成其改正案。行將得帝國議會之協贊而宣布矣。改正刑法案新加以諸種因國際關涉之規定（如

民法

犯罪於國外者之理處及犯罪致害於外國貴顯及使臣者之罰例等。或擴張刑之範圍，使適應於罪情無窮之差異，或允以刑之執行猶預以防遏累犯之弊。蓋累犯者爲各國近世之通患也。改正刑事訴訟法案，於預審及公判之制度改良最多。蓋縮小預審之權域，以公判之預備爲限度。其公判採用口頭辯論主義期得舉其審理之實。此爲改正主要之點。民法。日本於明治之前未嘗有法典關民事之編成者。封建之世各州交通不頻繁，而階級組織及家族制度自保持一國風氣。民人交互之關係特爲道德慣習之所主，無與於法律也。維新開國後政府先知民事法典之不備，而決計以編纂畫一明瞭之新法制。當是時通商埠港有治外法權之制，損國威甚。政府欲速恢復其裁判外人之權，而益覺其編纂法典之急務。

明治法制
之沿革

明治三年太政官置制度考查局，令繙譯法國法典。其所譯之法章供立法官及司法官以參考之資料。其關於民事者，暗成裁判例之基址，啓發國人之法律思想極著大矣。八年選定民法編纂委員。以任考查之務。十二年更命波亞索那突作民法草案。嗣後考查委員之

組織因關連於約章改正之議而變易數次。然考查之業未嘗中止。委員會審議稿案而逐條妥定之。明治二十三年四月關財產之編章遂得宣布。又有關於人事之編章由日本人所草至同年十月亦見宣布。此等諸編皆期明治二十六年一月施行之。

然民法之已經宣布者多有不適風俗慣習之處。其編纂初不參考德國等近世立法之例，往往論理不能一貫，法曹多駁其非者。明治二十五年帝國議會表決其再查修正之議，乃延其實行之期四年。翌年三月政府新興法典考查會，由兩院議員、大學教授、司法官、辯護士、實業家等，選擇委員作修正案而審議之。此修正案採德國式編次法，分民法全體爲總則、物權、債權、親族、相續、五編。其總則、物權、債權三編當明治二十九年之初經議會協贊而宣布之餘。二編與法例（規定國際私法之關係等）民法施行法及他附屬法明治三十一年六月皆宣布之。其實行則皆起自同年七月十六日。先是日本與歐美諸邦改締通商約章期明治三十二年而實施之。法典已完備，於是改正約章亦見實行。商埠撤領事裁判之制，而全國開放任西邦人行住，日本積年之宿望遂貫徹焉。

現行民法
之內容

商法

日本現行之民法雖仿法國民法而不專據一國法典之模型。考查會鑑於日本舊時之慣習，斟酌以諸國立法之例，多採學說而改補舊稿之缺漏。德國適有民法草案之公表，日本考查會因此而得參考之資。惟親族、相續二編多取日本舊時之慣例，亦不得已也。

商法。德川幕府之世人有士農工商之別。商人自爲一階級。然法規未有特別關於商事之則例。大坂、長崎等都會之地雖商務盛行，然封建之制各理離隔不便交通，商之慣習區區無所定。人心多賤商務頗阻礙其隆昌。維新後政府決計作成商事畫一之制。明治十四年太政官置商法編纂委員，令德國人羅衣斯列爾作商法草案，經法律考查委員及元老院之審議而准定之。明治二十三年四月始宣布之。此法典亦有不適日本慣習之處，與波亞索那突所編之民法矛盾衝突者亦不少。法曹論議甚盛。議會遂決其再查修正之議而延其施行之期。惟公司（會社）憑單（手形）破產諸編有急速施行之要，乃一時實施其既成之法章。更托法典考查會而修正商法全體。明治三十二年三月宣布改正商法，其實行則起自同年六月十六日。是法雖取範於德國商法，亦多斟酌日本商事慣習且務令

民事訴訟法

裁判所構成法

辯護士法
民法商法
之附屬法

關聯於民法及他法律而無所觝。

民事訴訟法。大寶令及德川百條稍有民事訴訟之規例。其無規例者多據慣習。故民事訴訟之例於明治之前未嘗成一法典也。明治六年政府始制定訴答文例五十條以示訴帖及答辯書之方式。同九年命元老院考查民事訴訟法。十七年司法省置民事訴訟法編纂委員。草案已成，經審議而准定之。明治二十三年三月宣布之。翌年一月始實行之。此爲日本現行之民事訴訟法。大要多取諸德國法。民法、商法已經修正，而民事訴訟法亦稍有改正之要。法典考查會復考查之，而略得完稿。其宣布亦將不出一二年。

裁判所構成法爲一種附屬憲法之典章。其宣布以明治二十三年二月。是法仿法、德二國之制度，分法衙爲四級，曰大審院，曰控訴院，曰地方裁判所，曰區裁判所。裁判之制除區裁判外皆用合議法。構成法基於憲法之規定，確保司法官之爲終身官。別有辯護士法，辯護士與司法官經考試而任其職。惟司法官更試以實務。法制之附屬於民法、商法者有不動產登記法、供託法、競賣法、戶籍法、人事訴訟序例，非訟事件序例等，皆見實施。破產法仍用