



THE LEGAL
MODERNIZATION
OF FOREIGN COUNTRIES
IN THE WORLD

龚廷泰
孙文恺 ◎主编
屠振宇

外国法制
现代化

涉外借



法制现代化研究资料选编 ②

THE LEGAL
MODERNIZATION
OF FOREIGN COUNTRIES
IN THE WORLD

龚廷泰
孙文恺 ©主编
屠振宇

外国法制 现代化

图书在版编目(CIP)数据

外国法制现代化 / 龚廷泰, 孙文恺, 屠振宇主编. —北京:
法律出版社, 2016. 9
(法制现代化研究资料选编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9941 - 5

I. ①外… II. ①龚…②孙…③屠… III. ①法制—
研究—国外 IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 214191 号

外国法制现代化

龚廷泰 孙文恺 屠振宇 主编

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
版本 2016 年 11 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印业有限公司

印张 26.25 字数 525 千
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9941 - 5

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法制现代化研究资料选编》

编辑委员会

主任委员：公丕祥

副主任委员：夏锦文 龚廷泰 李 力 刘旺洪

委员（按姓氏笔画为序）：

公丕祥 方 乐 刘旺洪 孙文恺 李 力 严海良 张 镭
庞 正 夏锦文 姜 涛 龚廷泰 眭鸿明 屠振宇 蔡道通

总 序

由南京师范大学法制现代化研究中心编辑的《法制现代化研究资料选编》第1~5卷,经过中心研究人员多年的协同努力,终于和广大读者见面了。这是进一步深化和推动当代中国法学界加强法制现代化理论研究的一项学术基础工作,无疑有着重要的理论与现实意义。

第二次世界大战结束后,特别是20世纪60年代以来,随着现代化理论或发展理论在全球范围内的广泛兴起,法制现代化或法律发展理论日益传播开来。在当代中国,1978年12月召开的“中共十一届三中全会”,开启了改革开放的伟大时代,中国法制由此进入了恢复重建与迅速发展的历史新时期。伴随着当代中国法制转型变革的历史进程,从20世纪80年代中期开始,中国法学界愈益重视研究法制现代化理论,深刻探讨社会变革与法治发展之间的互动机理,借以为社会转型条件下的中国法制现代化进程寻求理论分析架构,取得了一系列重要的研究成果。应当说,这一学术努力是富有成效的,时至今日依然方兴未艾,并且随着新的时代课题的提出与回应而不断深化。

马克思曾经提出这样一个科学研究的方法论原则:“一个时代所提出的问题,和任何在内容上是应当的因而是合理的问题,有着共同的命运:主要的困难不是答案,而是问题。因此,真正的批判要分析的不是答案,而是问题。”“问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题就是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声。”^①因此,每一个历史时期的法学研究,应当密切关注自己的时代所提出的种种问题。法学绝不能醉心于淡漠的自我直观,也不能成为游离于现实世界之外的主观遐想,而必须参与生动的现实生活,反映并解读时代生活的种种关系,使之成为时代精神的体现,成为法律文明的活的灵魂。这乃是法学的时代生命力之所在。

那么,我们的时代提出了什么样的问题呢?应当看到,随着迈进新世纪新阶段的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将持续深刻地改变着中国社会的面貌,导引着中国社会的未来发展走向,推动中华民族的伟大复兴。这场伟大变革实际上是要完成中国社会深刻的历史转型发展。正是在这一社会转型发展的过程中,当代中国法治发展呈现出创新乃至

^① 《马克思恩格斯全集》(第40卷),人民出版社1982年版,第289页。

现代化的基本趋势。这一时代进程的基本目标,就是要全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家。1997年9月召开的“中共十五大”,郑重提出了坚持依法治国、建设社会主义法治国家的战略任务。2007年10月召开的“中共十七大”,对全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家作出了战略部署。2012年11月召开的“中共十八大”,进一步把“依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”确立为到2020年全面建成小康社会宏伟目标的重要内容。2013年11月召开的“中共十八届三中全会”作出了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,从完善和发展中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化这一全面深化改革的总目标出发,提出“推进法治中国建设”的重大历史性任务。2014年10月召开的“中共十八届四中全会”,在中国共产党的历史上第一次专题研究全面推进依法治国重大问题,第一次专门作出《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,强调要坚定不移走中国特色社会主义法治道路,提出全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,进而促进国家治理体系和治理能力现代化。显然,这具有重大的现实意义和深远的历史意义,对当代中国法学研究提出了全新的要求,也为中国法制现代化理论研究开辟了广阔前景。

在当代中国,法制现代化与国家治理现代化之间有着密切的关系。一方面,国家治理现代化构成了法制现代化的总体目标。也就是说,法制现代化的进程在很大程度上反映了国家治理体系与方式的转型过程,这是一个人治的式微、法治的成长进程,是从人治型的国家治理体系与方式向法理型的国家治理体系与方式的历史性的转型与变革的过程。建构法理型的国家治理体系与方式,乃是国家法制现代化的基本目标与必然选择。国家治理体系是包括法律制度在内的一整套制度安排,内在地蕴含着法制现代化的重要内容,决定着法制现代化的目标设定与路径依赖。另一方面,法制现代化亦是国家治理现代化的基础。一般来说,国家治理体系与法治之间并不具有必然的联系。传统的国家治理体系是建立在人治型统治方式基础上的,人治型统治方式决定着传统的国家治理体系的本质特征,而现代国家治理体系与法治之间联结为一个有机的整体。作为一种制度安排体系的创新发展的产物,国家治理现代化总是与现代法治相联系而存在。只有在法治成为国家治理体系之基础的情况下,才有可能谈得上建构现代国家治理体系、实现国家治理现代化的问题。也就是说,只有在实行现代法治的国家,才能提出并实现真正的现代化的国家治理体系。因之,推进国家治理现代化、完善与发展中国特色社会主义制度和推动法制现代化、建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,处于同一个时代进程之中,二者相辅相成、内在关联、不可分割。这一进程集中反映了建设法治中国、探索法制现代化的“中国道路”、“中国经验”或“中国模式”的客观要求,它所昭示的当代中国法制现代化的时代走向无疑是激动人心的。

因此,坚持以马克思主义法律观和中国特色社会主义法治理论为指导,深入研究

当代中国法制现代化进程的重大理论与实践问题,悉心把握中国特色社会主义法治道路的基本要义,科学揭示法制现代化的“中国道路”的内在机理,从而不断坚定全面推进依法治国、加快建设法治中国的道路自信,这是当代中国法学的时代精神之体现,是当代中国法学发展的时代使命。

《法制现代化研究资料选编》(第1~5卷)从一个侧面清晰地再现了当代中国法学界致力于法制现代化理论探索研究的思想轨迹,生动地反映了当代中国法学理论工作者从理论与实践的结合上回应法制现代化的时代挑战的学术历程,从而构成了法制现代化问题研究的“中国图景”。全书由五卷本的研究资料选辑所组成,每一卷的内容包括该卷前言、相关领域代表性论文和研究资料目录索引。第一卷由庞正教授负责,中心法制现代化基础理论研究室具体组织选编,主要选取当代中国法学界关于法制现代化基本理论研究方面的代表性文章。第二卷由龚廷泰教授、孙文恺教授、屠振宇副教授负责,中心国别法制现代化研究室具体组织选编,主要汇集当代中国法学界关于亚洲、欧洲、美洲和非洲等若干国家法制现代化问题研究的代表性文选。第三卷由刘旺洪教授、姜涛教授负责,中心部门法制现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于宪法、行政法、民法、刑法等领域现代化问题的代表性研究成果。第四卷由夏锦文教授、方乐副教授负责,中心司法现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于司法改革与现代化、诉讼法制现代化等方面的代表性论文。第五卷由李力教授、严海良副教授负责,中心全球化与法制现代化研究室具体组织选编,主要涉及当代中国法学界关于法律与全球化的理论和历史、全球化与中国法制现代化、全球治理与法治发展等领域的代表性论文。

在这套研究资料选编的辑录与出版过程中,得到了论文作者的同意和支持(还有一些作者尚未联系上),得到了南京师范大学法学院的大力支持,得到了江苏省法学优势学科专项经费的资助;法律出版社领导给予了鼎力支持,王扬同志精心编辑,保证了全书的顺利面世。在这里,我们谨表示衷心的感谢!本书是由大量的相关研究文献选编而成的,一定会有疏漏不当之处,尚祈学界同仁和广大读者指正。

公丕祥

2014年11月于南京

前 言

法制现代化从来都不是一个抽象的概念,它也是一个世界性的具体过程。这一过程,是通过世界范围内不同民族国家的法制现代化而显现出来的。中国的法制现代化,则是这一世界性过程的一个发展环节,它与世界不同民族国家的法制现代化有着内在的逻辑关联,因此,梳理和反思外国法制现代化的历史逻辑,揭示这些国家法制现代化的主导思想、社会背景、具体措施、历史进程、发展机理和现实效果,从中汲取有利于我国社会主义法治国家建设的思想精华和理论养分,是当代中国学者重要使命和责任担当。《法制现代化研究资料汇编》第2卷——《外国法制现代化》,汇集了国内相关领域的知名学者(少量国外学者)在中国改革开放以来公开发表的、对不同民族国家法制现代化进程的研究论文,以期为我们进一步研究外国法制现代化提供学术资料 and 理论借鉴。

南京师范大学法制现代化研究中心外国法制现代化研究室的同人,本着“尊重学术历史、崇尚学术研究、撷取名刊力作、遴选学术精品”的原则,从汗牛充栋的相关研究资料中遴选了34篇论文全文辑录本卷。囿于篇幅所限,其余未能入选的论文作为目录索引编入本卷最后,以便从事法制现代化研究的人员查找阅读。

本卷的编辑理路以各大洲为横坐标、以时间为纵坐标进行编排。本卷全文收录的34篇论文,研究范围涵盖亚洲、欧洲、美洲和非洲。具体包括:(1)10篇论述亚洲国家法制现代化的文章,其中:涉及后发型法制现代化之典型国家的日本3篇、印度2篇;研究韩国法制现代化的1篇,关注伊斯兰法系法制现代化的4篇。(2)15篇论述欧洲国家法制现代化的文章,研究范围涵盖俄罗斯(含苏联)、英国、法国、德国和瑞士5个国家,其中:研究前苏联和俄国的8篇文章;各有2篇论文涉及内发型法制现代化最为典型的英国,以及随后进行法制现代化国家的法国和德国;1篇论文涉及法制现代化进程颇具特色的瑞士。(3)4篇论述美洲国家法制现代化的文章,论述的主题都是美国;虽说美国在人类法制现代化进程中发挥了(着)巨大的作用,但由于各种原因没有编辑论述南美洲国家法制现代化的论文仍然是一个遗憾。还需说明的是,论述美国法制现代化的4篇文章,有2篇是美国学者——著名法律史学者贝尔曼和著名宪法学者杜鲁贝克(又译楚贝克)——关于美国法制及法律思想发展的论述;这两篇文章由于其巨大的影响力使编者考虑以译文形式编入本辑中。(4)5篇关于非洲国家法制现代化的文章多数出于我国研究非洲法律的专家夏新华教授之手,这些文章可供读者了解

非洲个别国家法制现代化的进程。

本卷是南京师范大学法制现代化研究中心主任公丕祥教授主编的“法制现代化研究资料汇编”系列丛书的子集,它是法制现代化研究中心外国法制现代化研究室全体研究人员集体劳动的成果,获得了“江苏省政府优势学科”的项目资助。在编辑的过程中,主编龚廷泰教授、孙文恺教授、屠振宇副教授与研究室全体成员一起认真研讨选题方向、确定入选论文篇目;孙文恺教授在研究室成员的帮助下完成了论文的校对和整编;在启动此项工作的初、中期阶段,屠振宇副教授带领研究生陈琦、刘明月、李玉娇三位同学进行论文目录的初选、论文文字的转换工作;博士生於海梅助理研究员因独具熟谙俄语的优势承担了8篇涉及俄罗斯(苏联)论文的校对;侯菁如副教授、李飞副教授、颜林副教授也承担了大量的校对工作。为此,我们对各位老师以及研究生的辛勤劳动和学术贡献致以真诚的感谢和敬意!需要说明的是,在本卷编辑编辑过程中,编者与入选论文作者进行联系,得到各位专家学者的大力支持;但因多种原因,尚未与少数入选论文作者取得联系,尚祈相关专家学者在本书出版后尽快与编者联系,以便及时支付稿酬、寄上样书。在此,谨一并致以深切的谢忱。

“他山之石,可以攻玉。”我们真诚地希望本书选编的资料能够为相关论域的研究者提供便利和启发,并热切期待读者能够提出批评和建议!

编 者

2014年12月1日

目 录

前 言	001
日本法制的近代化与日本法的西洋化	华 夏 001
日本对外国法的移植及其对我国的启示	申政武 011
日本法文化的现代化功能	里赞·仲力立 015
法律文化的冲突与融合	
——印度法现代化的实践	蒋 迅 020
印度社会的法律改革	王云霞 028
韩国法制现代化过程略述	韩大元 044
近现代土耳其伊斯兰教法的世俗化改革	冯璐璐 052
巴勒斯坦法律制度:历史和现实	姚慧娜 060
沙特阿拉伯王国的法制现代化	马明贤 067
从伊斯兰法到二元法	
——巴林法律体系的变迁轨迹	韩志斌 温广琴 075
苏联法制建设的历史沿革及其经验教训	杜艳钧 083
转型社会的法与秩序:俄罗斯现象	丁学良 091
判例与俄罗斯法的发展	杨亚非 103
俄罗斯的市民社会诉求与“法治国家”定位	马长山 110
90 年代以来的俄罗斯法制建设	肖辉忠 燕玉叶 116
WTO 与俄罗斯法律改革	罗·安德烈 130
论俄罗斯法的特征	王晓玲 138
内省与契合:当代俄罗斯法治秩序的变塑	刘洪岩 149
英国法的域外移植	
——兼论普通法系形成和发展的特点	高鸿钧 159
英国法制现代化的历史进程及其模式特征	杨 丹 172
论法国法制现代化的历史基础	程乃胜 194

论法国司法制度现代化.....	程乃胜	216
从形式法治到实质法治		
——德国“法治国家”的经验教训及启示	邵建东	237
德国法律文化的特性	夏新华	245
瑞士法制现代化的启示.....	徐冬根	249
美国法律的历史背景		
..... [美]H. J. 贝尔曼 李焕庭译 周晓林校		251
论当代美国的法律与发展运动(上)		
..... [美]戴维·杜鲁贝克著 王力威译 潘汉典校		256
论当代美国的法律与发展运动(下)		
..... [美]戴维·杜鲁贝克著 王力威译 潘汉典校		265
当代美国法律思想的演进谱系	冯玉军	273
美国法全球化:典型例证与法理反思	高鸿钧	289
非洲法律文化研究初探.....	夏新华	344
南部非洲混合法域的形成与发展	夏新华 刘 星	352
论加纳法文化的历史变迁	夏新华	362
伊斯兰教法与乌干达法律文化之变迁	颜美芳	370
伊斯兰法的现代化问题.....	马明贤	378
研究资料目录索引		390

日本法制的近代化与日本法的西洋化

华 夏*

日本是一个位于东方的岛国,直至 19 世纪中叶之前还是一个沉睡于“锁国”梦幻中的带有浓厚东方色彩的封建国家。然而,从“明治维新”实行近代化起,经过短短的一个世纪,日本就发展成可以与经过几百年发展起来的欧美发达资本主义国家并驾齐驱的经济大国。日本的近代化之所以取得如此巨大的成功,是与“明治维新”时期“开国进取”,大量吸收取西方文明,实现社会上的一系列变革分不开的。而建立近代法律体系,实行法制的近代化正是这种变革的重要内容之一。同时,由于日本近代法律体系是在完全割断与传统的以中国隋唐时代的法律制度和日本封建武士统治习惯混合而成的封建法律制度联系的基础上,通过引进、继受欧美发达资本主义国家的法律建立起的,因此,日本法制近代化的过程又是一个日本法西洋化的过程。本文拟从日本引进、继受西方法律制度以及法律文化的历史文化背景,吸收继受的过程以及继受的结果等方面,初步探讨一下日本在“明治维新”时期,即在近代化的过程中如何引进、继受西方法律文化(法律制度)的问题。

一、日本法制近代化、日本法西洋化的历史文化背景

(一)从锁国到开国——封建制度和民族的双重危机

自 16 世纪起,西方殖民主义者利用航海技术发展的结果,以圣经加洋枪和不等价交换的贸易为手段,纷纷来到东方施行掠夺扩张政策。1549 年葡萄牙人第一次将基督教传到日本。由于基督教宣扬的上帝高于一切,“人类平等”等思想对日本民众的吸引力较大,他们将基督教所宣扬的这些思想看做可以对抗封建统治的一种手段,因此,当时基督教在日本传播较快,给日本各方面都带来了很大影响,成为封建统治者的一大心腹之患。当时的德川幕府看到西方吹来的新鲜空气已严重地威胁了其残暴的统治,便开始对基督教采取高压政策,于 1639 年至 1641 年完成了锁国体制。德川幕府的锁国政策不仅严格禁止基督教在日本的传播,而且还严格限制外国人在日本活动,严格禁止日本人去海外活动,以此切断日本人同外国的一切接触。从此,德川幕府

* 法学硕士(政法大学),中国政法大学比较法研究所助理研究员。

的这种与时代潮流背道而驰的锁国行为使日本在国际上处于极其孤立的地位,日本经济几乎与世隔绝,严重影响了资本主义生产关系的生长,使日本成为一个封闭式的封建专制国家。直至德川幕府锁国时代的末期,日本的封建统治日益腐朽没落,整个社会动荡不止。

就在德川幕府的危机日益加深的时候,英、法、美、俄等西方国家又一次来到日本,所不同的是,这次西方人是开着威风凛凛的“黑船”,耀武扬威地用武力迫使日本开国。日本幕府在西方人的炮舰面前自知无力抵抗,不得不屈于压力,被迫与美、英、俄等国签订了一系列不平等条约。这些条约规定日本立即向西方国家开放并规定:(1)承认外国人的治外法权,(2)日本不能独立决定关税率,(3)给予外国单方面的最惠国待遇,(4)在开港地设立外国人居留地,外国人在居留地内享有永久租借权和自治权,(5)不规定这些条约的有效期限,要修改需经对方国家的同意。这样实际上就限制和侵犯了日本的主权,企图将日本变为缔结《南京条约》之后的中国,从属于欧美资本主义。

在炮口下被迫开国,既是封建制度的危机,又是日本民族的危机。依赖锁国勉强维持时日的日本封建社会随着被迫开国陷入了空前的危机之中,在政治上和经济上都迅速瓦解了,“正如小心保存在密闭棺木里的木乃伊一接触新鲜空气便必然要解体一样。”(《马恩选集》卷2页3)

(二) 明治维新——走向“文明开化”

是克服民族危机,迅速缩小与西方发达资本主义国家的差距,迅速实现近代化,还是坚持腐朽没落的封建制度,逐步陷入殖民地、半殖民地的境域,这是19世纪中叶摆在日本民族面前的结局完全不同的两条道路。在这种情况下日本民族勇敢、果断地选择了前者,日本一批下级武士举起推翻德川幕府的旗帜,将刚刚15岁的明治天皇睦仁推到日本近代史舞台的前沿,实现了日本历史上具有极大意义的明治维新。

明治维新政府建立后同样面临着被西方列强变为殖民地的危险,但是,明治维新的领导者在西方坚船利炮面前并没有像德川幕府那样一味退缩,而是清醒地认识到洋枪洋炮背后的西方文化的巨大威力,他们得出了一个简单而深刻的结论,军事上、科学上和经济上的强大,根源于文化上的先进。因此,日本民族决定首先摄取欧洲各国富强的“宝物”,正如明治维新时期的重要人物大久保利通在亲身体验欧美文明后提出的“以海外开明之治为范,唯一途,乃弃我之短,取彼之长,破陋习,变古格”。1868年2月明治天皇向法、英、荷等西方国家驻日公使宣布立志开国进取,革除旧习,广求知识于世界。从此,在“欧化”政策指导下,为了使日本变成欧美式的文明国家,日本开始走上大力吸收摄取欧洲文明、建设近代化日本的道路。

引进、继受西方的法律,建立近代法律体系就是在这种历史文化背景下,日本明治维新的领导人所采取的吸收西方文化的重大措施。而且他们将建立近代法律体系看做是促进社会近代化的重要手段,是立国之本,引进、继受西方法律受到格外重视,通过继受西方法律建立起来的近代法律体系被视为与鹿鸣馆一样的西化象征。

二、日本近代法律体系的建立——日本法西洋化的过程

日本近代法体系的建立过程亦即日本法的西洋化过程,而日本法的西洋化又是通过继受西方法来实现的。继受,一般来说有两层含义,即立法继受(指形成法典时受外国法何种影响,即外国法的内容在法典中如何表现)和法学继受(指解释适用已成立的法典时,外国的学说、判例以及法律思想等有何影响)。以下从立法继受和法学继受两个方面大体叙述一下日本继受西方法律的过程。

(一) 立法继受

日本最初在立法上继受西方法律始于明治初期,正是日本处于开国,大量吸收西方文化的时期。当时日本引进、继受西方法律主要有两个目的。一是由于明治维新是一场自上而下的推行资本主义化的运动,明治政权领导人深刻意识到继受西方法律,建立近代化的法律体系是统治并指导国民走向近代化必不可少的工具。二是由于日本明治维新政权领导人鉴于中国在不平等条约之下沦为半殖民地的教训,切实感到不修改不平等条约就不能免除沦为殖民地半殖民地的危险。而当时西方国家要求要修改不平等条约就必须在国内尽快编纂法典,建立近代法律体系。鉴于上述两个原因,在明治维新各项改革尚处于“混沌”状态时,明治维新政权便开始了继受西方法律的工作。

日本近代在立法上继受西方法律主要可以分为两个阶段。

1. 英、法法占优势时期

第一个阶段主要是注重英、法两国的法律,主要以法国法为典范来制定本国法典的时期。因此,这一时期英法两国法律的影响占压倒优势。

(1) 法国法

日本最初接受法国法的影响是从翻译法国法典开始的。明治初期负责立法工作的明治政府官员江藤新平在看到箕作麟祥翻译的法国民法典后,马上被该法典所吸引,深感该法典的先进性。由于日本当时急于具备近代性法典,所以江藤新平立刻命令箕作麟祥把拿破仑五法典全部翻译出来,而且“不论对错,只要快就行”。箕作麟祥是当时日本掌握法语知识最多的人,但却不是一个受过法学教育的法学家,而且当时日本还没有一本值得参考的法日词典以及通晓法国法的专家,其翻译时的难度可以想象。尽管如此,箕作麟祥经过从明治2年到明治7年的5年努力,终于将包括宪法在内的拿破仑5法典全部译出。虽然正如箕作麟祥后来所说“这种翻译完全堕入五里雾中,是在朦胧中完成的”一样,该翻译法典确实是一部错误极多而又非常难懂的作品,但它作为日本人最初接触到的近代法典,不能不说具有划时代的巨大意义。另外,即使是这种不完全的法典也在当时日本的司法界引起很大反响,人们认为翻译出来的法国民法如同冲破黑暗的曙光一样,是当时司法官员的“金科玉律”,是“条理的宝典”,具有很高的利用价值。这种翻译法国法典的工作实际上开创了日本大量继受外国法的先河。

在翻译法国法典的同时,日本也开始着手编纂自己的法典,明治3年(1870年)于太政官制度局内开始以法国民法典为基础的民法典编纂工作,并先后编纂出基本上照抄法国民法部分章节的《民法决议》(由80条组成,是法国民法典第7条至第101条的翻版)和《皇国民法临时法则》。

明治4年(1871年)一方面由于明治政府意识到修改条约并不是一朝一夕就能完成的,国内建立近代法律体系也并非一日之功,必须慎重行事;另一方面在编纂法典的过程中也意识到如果缺少有关法国法的明确的专门知识就不可能依照翻译过来的法典编纂出适合日本的法典,因此政府改变了以往仅仅注意翻译的做法,决定招聘法国的法学家来日,一方面协助立法,另一方面帮助日本培养自己的法学家。被称为日本近代法之父的法国学者波阿索那德(Boissonade)就是在这一背景下被招聘来日担任明治政府的法律顾问和法学教师的。波阿索那德在他48岁那年(1837年)带着使日本的法制“近代化”的使命来到日本,一直在日本居住了28年。这期间他既是政府的法律顾问,为政府提供各种法律意见,又作为法学家向日本人传授法律知识,尤其是在日本近代法典的编纂上起到极大作用,被认为是日本明治时期“创业期难以忘怀的伟大恩人”。

日本开始正规的法典编纂工作始于波阿索那德来日后的明治8年(1875年),当时井上毅向大久保利通提出“司法省改革意见”,建议“为起草治罪法、刑法、诉讼法、民法、商法以及万国公法中的私法部分,应设专务官,起草法章草案,待案成后交付公议”。明治政府采纳了井上毅的意见,设立了专门机构,正式开始编纂近代法典。

当时应编纂的法典很多,但首先着手的是刑法典和治罪法典。刑法典的编纂始于明治8年(1875年)9月,当时司法省设立了刑法草案调查部,确立了“以欧洲大陆各国的刑法为基础,参酌本邦的时势人情,以编修出寰宇普通的成文法典”的编纂方针。

刑法调查部根据上述方针于明治9年(1876年)提出了《日本帝国刑法初案》,但送交元老院时被以不完整为由退回。于是司法省采取让波阿索那德亲自动手起草,然后再讨论的方针。经波阿索那德的手于明治10年(1877年)完成了《日本刑法草案》(第2稿)。之后该草案经内阁和元老院审议,增加了对皇室的犯罪和可对国事犯(政治犯)判处死刑等4项规定后,于明治13年(1880年)7月7日公布,并于明治15年(1882年)1月1日起实施。

该法典一般称为旧刑法典,一直适用到明治41年(1908年)实施现行刑法典时止,是日本第1部近代法典。其主要特点是确立了“罪刑法定主义”的原则,改变了以往刑法中的“援引比附原则”。

与刑法相同,治罪法也是波阿索那德负责起草的,但在内阁审议时删除了作为波阿索那德起草治罪法时最大着眼点的有关陪审制度的规定。该法典与刑法典一起公布施行,直至明治23年(1890年)公布实施刑事诉讼法时止。但该刑事诉讼法典的主体仍为治罪法,未能摆脱其影响。

在起草刑法典和治罪法典的同时,日本也着手处于近代法律体系中心,最重要的

私法——民法典的起草工作。最初曾由以箕作麟祥和牟田口通照为核心的日本人起草了一个民法典草案,但由于各方面条件的限制,仅靠日本人自身很难制定出一部完整的民法典,结果明治12年(1879年)3月起草民法典的任务又交给了波阿索那德。而且有关编纂方针及法典的内容等也交给波阿索那德全权掌握。

波阿索那德所设计的民法典结构为:第1编:人事编;第2编:财产编;第3编:财产取得编;第4编:债权担保编;第5编:证据编。其中第1编人事编(即家族法部分),第3编中的继承和赠与部分(即继承法部分)从一开始就决定由日本人自己来起草。在起草中波阿索那德当然是以自己的母国法,即法国法作为起草基础的,但由于波阿索那德在来日之前就非常关注比较法,所以在起草时尽量参考了得以参照的各国立法情况,其中参考最多的主要是1865年的意大利民法典。从这一意义上看,波阿索那德起草的民法典是当时最新的民法典之一,其结构和大纲属于法国式,但内容上又与法国民法典不尽相同,其中吸收了其他各国民法典的优点。

该民法典草案后经日本人翻译、整理,经元老院、枢密院等审议后于明治23年(1890年)公布,并决定于明治26年(1893年)施行。然而,这部可被称为波阿索那德法典的民法典尚未实施便遭到了包括政界人士和法学界人士在内的反对派的反对,而且还形成了以英国法学者为主组成的延期派和以法国法学者为主组成的实行派,两派争论得异常激烈。其争论的主要原因在于在起草民法典时起草者虽然考虑到当时仍居统治地位的家长制,但又重视正在发展变化着的家族关系方面的新趋势,因此该民法在形式上承认了以长子继承制为核心的家长制,但实际上却承认了以夫妻为中心构成的“家庭”制,规定家庭成员有独自的财产所有权和结婚、居住的自由等。为此,延期派为该民法典列举了五大罪状:①与宪法相矛盾,②破坏了固有的习惯,③学术讲义式的条目过多,④偏重个人主义,⑤在国际私法方面过度采用新主义。特别是当时的东京帝国大学教授穗积八束等人提出了“民法出而忠孝亡”的论点,认为民法典违反了日本自古以来的风俗习惯,有悖伦理,并认为必须以华族士族的习惯作为家族法的基础,而不应当像该民法典那样以平民的习惯作为基础。

最后由于政府也支持反对派的观点,波阿索那德倾注10年心血编纂而成的民法典未能得到实施。但是实际上在明治民法典适用之前波阿索那德起草的旧民法典曾被作为审判的基准使用,另外根据后来日本学者的研究,明治民法典中还存在相当多的来源于法国法的规定,因此可以说波阿索那德的努力仍然存在于日本法的遗产之中。

除上述重要法典之外,日本在法国法的影响下还制定了一些单行法规。例如,明治14年(1881年)规定的各级法院的名称中除大审院之外都是当时法国法院名称的忠实翻译。明治5年(1872年)的“司法职务定制”,明治6年(1873年)的“诉答文例”,明治7年(1874年)的“民事控诉略则”等都是根据法国法制定的。

(2) 英国法

明治初期日本法学界曾分为英国法学派和法国法学派,至编纂民法典之前的一段

时间,包括美国法在内的英美法作为西洋法中的一种被介绍到日本,而且日本学校也还开设了英国法课程。但是由于英国的判例法没有成文化,而日本当时出于修改条约等的需要,不能不制定成文的法典,因此以编纂民法典为契机,英国法失去了与日本实体法相结合的可能性。

然而,虽然日本的近代法体系是在大陆法的基础上形成的,但英美法也并非完全没有影响。例如,由于接受英国法教育的人后来大多从事法律方面的实际工作,在法官特别是律师中占绝大多数,而这些人在实际工作中肯定会运用掌握的英国法知识,通过他们的活动英国法不可避免地会对日本法产生一些影响。

另外,在属于大陆法系的日本近代法体系中也有个别的立法是以英美法为母法制定的。例如在商法典实施后,由于日本计划引进外资,而英国的资本家要求发行英国法的附担保社债,根据这一要求,日本制定了附担保社债信托法,该法完全移植自英国法。此外,大正12年(1923年)实施的信托法和信托业法以及陪审制度也是如此。

2. 德国法占支配地位时期

立法上德国法对日本法的影响主要集中于法典编纂时期。从英法法优势转向德国法的具体时间界线并不十分明确,但明治14(1881年)是一个重要时期。

早在日本政府派遣以岩仓具视等人组成的大型使节团访问欧美时,该团的成员就对普鲁士德国深感兴趣。当时以政府内最进步者自诩的木户孝允到达德国后就得出“吾之道即此”的结论,他们相信刚刚在1871年的普法战争中获胜的普鲁士才是“富国强兵”的标本。于是确定了明治政权的目标既不是旧式的封建制的顽固不化也不是资产阶级民主主义的英美法,而是王权昌盛由文武官僚统治的普鲁士德国。但是由于明治初期自由主义风潮风靡日本,明治政府的根基还未稳固,政府为了争取民众的支持表现出了尊重公众舆论的态度,使英法等国的影响一度占较大优势,而一旦政权稳固之后,就必然要排斥、镇压自由主义思想。明治14年(1881年)由于政府内部出现了参议大隈重信一派被撤职的所谓明治14年政变,岩仓具视和伊藤博文等主流派的地位更加巩固,政府确立了以普鲁士宪法为典范制定钦定宪法的构想,绝对主义的基础完全巩固下来。因此,从这一时期起,向绝对主义的资本主义发展成为明治政府的重要课题。与此相适应,在法的领域,适应绝对主义的资本主义的普鲁士德国的法便自然会代替典型的资本主义国家英美法的法成为日本立法的主要继受对象。

总的来看,在法典编纂上从帝国宪法模仿普鲁士宪法开始,民、商、民事诉讼等法典也从法国系列转向德国系列,虽然其中还有些例外,但从整体上看,日本的近代法已从法国法转向德国法。

(1) 宪法

在明治22年(1889年)公布日本帝国宪法之前,日本曾起草过一个宪法草案《国宪》,该草案就是依照比利时、普鲁士宪法拟就的。但是由于这个草案采取“君民分权”的原理,不适于日本的建国之本,很快就寿终正寝了。而日本帝国宪法从一开始起草就决定以德国法作为蓝本。岩仓具视认为应该采取普鲁士的政权组织形式,而实