

中日文化交流史大系

2

法制卷

刘俊文 池田温主编

本书系由中国浙江人民出版社和日本国大修馆书店共同出版
中国版(中文)的专有出版版权归浙江人民出版社所有
日本版(日文)的专有出版版权归大修馆书店所有

策 划:张宪章
责任编辑:张宪章
封面设计:池长尧
责任校对:张振华

中日文化交流史大系
法制卷
刘俊文 池田温主编

浙江人民出版社出版发行
(杭州体育场路 347 号)

浙江印刷集团公司印刷
(杭州环城北路 41 号)

浙江省新华书店经销

开本 850×1168 1/32 印张 10 插页 5 字数 22.6 万 印数 1—2 000
1996 年 12 月第 1 版 1996 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-213-01295-9/G · 322 定 价:22.00 元

《中日文化交流史大系》 编辑委员会

中国方面

主编 周一良

副主编 严绍璦 王勇

编委 (以中文姓氏笔划为序)

马兴国 王 勇 王晓秋 李廷举

刘俊文 严绍璦 杨曾文 周一良

日本方面

主编 中西进

编委 (以中文姓氏笔划为序)

上原昭一 大庭修 中西进 吉田忠

池田温 宫田登 源了圆

《中日文化交流史大系》

法制卷

主编 刘俊文 池田温

著者(以撰写章次为序)

刘俊文 序论 中日法制交流史述略

刘连安 第一章 唐法的东传

大津透 第二章 日本天皇制对唐律令与礼的承袭(王启发、张玉元译)

古濑奈津子 第三章 关于日本官职称用唐代官名的考察
(杜家骥译)

坂上康俊 第四章 《大宝律令》制定前后日中的情报交流
(任冠文译)

高盐博 第五章 日本享保时期对明律的研究及所受的影响(张玉元译)

汪桂平 第六章 明清法律思想对日本的影响

李贵连 第七章 近代初期中国法律的变革与日本的影响

张培田 第八章 日本对清末刑事制度改革的影响

池田温 第九章 日本和中国年号制度的比较(罗莉、索介然、张玉元、孔繁敏译)

姚荣涛 第十章 中日律师制度的渊源与比较

《中日文化交流史大系》序

周一良

中国浙江人民出版社与日本大修馆书店合作,分别用中文日文出版《中日文化交流史大系》。我谬蒙推为中方主编,虽曾参与擘画,而年来精力就衰,势难始终克尽主编之责。但是,对这套书仍觉有必要谈一点感想。

首先,这套书充分体现了中日两国学术界合作与文化交流的意图。每卷都是中日两国学者合写,各自从不同侧面阐述本卷主题。用这种密切配合分工合作的方式写文化交流史,恐怕还是本书首创。各个作者所提出的问题或互有联系,或各自独立,其间并不要求整齐划一,而是百花齐放,起交流作用。书名交流史,首先在写作方式本身就贯穿了标题的精神。而且,由于两国学者分别执笔,各自掌握充分资料,因而更利于贯彻本书宗旨——阐明文化交流自来是双向的、相互影响的。再从撰写方式来说,本书执笔人有学界耆宿,有史坛新秀,而更多是年富力强的中年学者。用我国说法,叫作老中青三

结合,这是又一意义上的合作。

其次,本书内容涵盖面比较广阔,计分十个方面:历史、法制、思想、宗教、文学、艺术、民俗、科技、典籍、人物,不愧大系之称。有些部分,在一般关于中日文化交流史的著作中属于题中应有之义,如思想、宗教、文学、艺术。某些部分通常交流史中较少提到,如法律、科技。至于民俗与典籍这两个部门,自来此类著作中更是绝少涉及。由这十个门类,可以看出中日两国文化交流时代之久,方面之广,相互影响之深,相互关系之密,世界上几乎任何两国之间都难于比拟。

本书试图用浅近笔调表达学术性内容。各卷包含的专题大都为作者研究所得,但为保持各卷主题的体系,作者大抵采用点面结合办法,在突出重点的同时,对面上亦有必要的相应的叙述。因此,本书既可供专业人员参考,也适于一般读者阅读,此感想之三也。

是为序。

1994年9月15日写于北大燕东园

目 录

《中日文化交流史大系》序·····	周一良(1)
-------------------	--------

序论：中日法制交流史述略·····	(1)
-------------------	-----

第一编 隋唐与奈良、平安时代·····	(11)
---------------------	------

第一章 唐法的东传·····	(12)
----------------	------

(一)唐法与遣唐使·····	(12)
----------------	------

(二)遣唐使与日本律令·····	(16)
------------------	------

(三)唐律与日本律·····	(19)
----------------	------

(四)唐令与日本令·····	(22)
----------------	------

(五)唐、日司法制度比较·····	(28)
-------------------	------

第二章 日本天皇制对唐律令与礼的承袭	
--------------------	--

——以“衣服令”为中心的考察·····	(32)
---------------------	------

(一)引言·····	(32)
------------	------

(二)天皇礼服对唐的承袭·····	(34)
-------------------	------

(三)举哀仪礼·····	(44)
--------------	------

(四)锡纁和素服·····	(58)
---------------	------

(五)结语	(66)
第三章 关于日本官职称用唐代官名的考察	(69)
(一)平安时代初期官职所用的中国名	(70)
(二)日本如何仿效唐的官制 ——以神策大将军和翰林学士为例	(80)
(三)日本官职中国名形成的意义	(92)
第四章 《大宝律令》制定前后日中的情报交流	(101)
(一)中国情报向日本的传播	(102)
(二)日本情报向中国的传播	(119)
(三)结语	(127)
第二编 明清与江户时代	(135)
第五章 日本享保时期对明律的研究及所受的影响	(136)
(一)《大明律例译义》的撰述	(137)
(二)《官准刊行明律》的刊行	(141)
(三)《明律国字解》的完成	(145)
(四)幕府的刑法整顿和明律研究	(149)
(五)熊本藩的《刑法草书》和享保时期的明律注释书	(156)
(六)结语	(161)
第六章 明清法律思想对日本的影响 ——以《大学衍义补》与《无刑录》为中心	(166)
(一)丘濬与《大学衍义补》	(166)
(二)芦野德林与《无刑录》	(171)
(三)《大学衍义补》与《无刑录》之比较	(173)

(四)江户时代及明治初期中国法律思想的影响·····	(176)
第三编 近代·····	(183)
第七章 近代初期中国法律的变革与日本的影响·····	(184)
(一)开历史之先河:黄遵宪对明治新法的研究·····	(184)
(二)效法东邻:日本法律的引进·····	(193)
第八章 日本对清末刑事制度改革的影响·····	(221)
(一)清末刑制改革及效法日本主张的提出·····	(223)
(二)对日本法制及刑制的考察和学习·····	(227)
(三)日本刑法书籍的翻译及日本专家的传授·····	(229)
(四)日本专家对新刑制法案起草编纂的参与·····	(235)
第四编 比较·····	(243)
第九章 日本和中国年号制度的比较·····	(244)
(一)中国的年号制·····	(245)
(二)日本的年号制·····	(259)
(三)日中年号制的比较·····	(273)
第十章 中日律师制度的渊源与比较·····	(284)
(一)历史渊源比较·····	(284)
(二)现行律师制度比较·····	(292)
中文版编后附志·····	(304)

序论：中日法制交流史述略

中日两国早在公元前3世纪即已开始友好往来。但是，由于日本在社会发展阶段上相对滞后于中国，当中国已经进入封建社会，建立起封建制国家时，日本还处于原始社会末期，国家形态还不完备，因此两国间在相当长的时期内不具备在法制方面展开交流的条件。

6世纪末至7世纪初，这一状况开始有所变化。中国方面，经过近千年的发展，此时进入了封建社会中期，封建制度完全成熟。589年，隋灭陈，结束了长达300余年的南北分裂对峙，建立了统一的中央集权的封建大帝国。618年，唐代隋兴，在继承隋制的基础上，又集秦、汉、魏、晋、南北朝历代法制发展之大成，创立了以《贞观律令格式》为代表的堪称为当时世界上最先进、最详备的封建法制，从而引导中国进入政治相对稳定、经济空前繁荣、文化高度发达的封建盛世。日本方面，自4世纪中叶形成统一国家后，经过200余年的发展，此时正处于从奴隶制社会向封建制社会过渡的飞鸟时代。593年，圣德太子担任摄政，为了推动社会改革，摧抑各大氏姓贵族的势力，建立中央集权，自然而然地将近邻隋唐的成熟的封建制度作为其向往和效仿的榜样。在这种背景下，中日两国的法制交流遂成为历史的必然。从600

年开始,飞鸟朝廷连续4次派遣由外交官员、留学生和学问僧组成的遣隋使前往中国,名义上是“朝拜佛法”^①,实际上主要是对学习和引进中国的封建制度进行考察和评估。623年,原随遣隋使到中国留学并在隋亡唐兴后学成归国的留学生、学问僧惠日等奏称:“大唐国者,法式备定之珍国也,常须达。”^②于是,日本开始将学习和引进中国的制度与文化确立为基本国策,中日两国的法制交流亦由此拉开帷幕。

7世纪上半叶,日本发生两件大事,将中日法制交流迅速推向高潮。第一件大事是日本自630年起决定向中国派遣遣唐使。此后直到894年决定停派为止,200余年间共派遣遣唐使19次,其中一次未能成行,两次中途而返,3次使命特殊(两次为陪送唐朝使臣返国,一次为迎接唐朝使臣来日),实际正式派遣并到达中国的遣唐使共13次。^③遣唐使初期每批200余人,从第7次开始增至500余人,其成员有外交使臣、译员、工匠、水手,还有留学生和学问僧。遣唐使到中国后,除觐见皇帝、进献贡物外,主要是考察和学习唐朝的文物制度,特别是法制。遣唐使不但密切注意唐朝法制变动的情况,广泛搜集情报,及时传递回国,而且十分重视对唐朝法制的研究工作。遣唐使中专长法律者,有的如大和长冈、吉备真备等,留唐就学“明法”科,潜心钻研唐朝律令格式;^④有的如嵯峨朝国博士额田今足等,入唐请教法律专家,切磋有关法律疑难问题。^⑤总而言之,遣唐使的派遣,为中日

① 《隋书·东夷传》。

② 《日本书纪》推古天皇三十一年条。

③ 木宫泰彦:《日中文化交流史》;森克己:《遣唐使》。

④ 黄遵宪:《日本国志·刑法》;《续日本书纪》神护景云三年条。

⑤ 泷川政次郎:《日本法律思想之特质》,转引《三代实录》。

法制交流架设了桥梁。第二件大事是日本于 645 年开始“大化革新”。当时以中大兄皇子、中臣镰足为代表的日本统治集团中的改革派，发动宫廷政变，诛杀把持朝政的贵族苏我氏，建立大化新政权。新即位的孝德天皇任命精通唐朝法制的留唐学生高向玄理、僧旻等国博士，针对日本的社会经济发展情况，推行自上而下的社会改革运动。改革的总目标是以封建制取代奴隶制，而其基本方针则是以唐制为模式，亦步亦趋地摹仿唐制。例如摹仿唐的中央集权制和三省六部制，确立天皇制和二官八省制；摹仿唐的均田制和租庸调制，实施班田制和租庸调制等，这就大大加快了日本学习和引进唐朝法制的步伐。可以说，“大化革新”的推行，为中日法制交流增添了动力。从 7 世纪下半叶开始，特别是 8 世纪至 10 世纪，也即日本的奈良、平安时代，日本制定并颁布了一系列摹仿唐制的法典：其一，是 667 年由留唐学生高向玄理、僧旻等主持制定的日本历史上第一部成文法典《近江令》22 卷，学界认为其依据即是唐《贞观令》；其二，是 686 年由留唐学生伊吉博德等主持编纂的《天武律令》，学界认为其依据即是唐贞观、永徽两朝的律令；其三，是 701 年由留唐学生伊吉博德等参与编纂的日本历史上划时代的法典《大宝律》6 卷和《大宝令》11 卷，学界认为其底本即是唐《永徽律疏》和《永徽令》；其四，是 718 年由藤原、不比等主持修订的日本历史上最完备的法典《养老律》10 卷和《养老令》10 卷，学界认为其编纂参酌了唐《开元律令》；其五，是 907 年纂修的《延喜格》12 卷和 927 年厘订的《延喜式》50 卷，学界认为二者均脱胎于唐之格式。^① 这些法典就其形式而言，完全沿袭唐制，不但将法典区分为刑法、制度、科禁、

^① 桑原隲藏：《王朝之律令与唐之律令》，中田薰：《法制史论集》。

章程并分别冠以律、令、格、式之名是袭自唐制，而且律令之篇目、篇次等也与唐之律令完全相同；就其内容而言，虽为适应日本社会而有所修改变化，但基本精神则与唐制大体一致。以现存《大宝律令》和《养老律令》之佚文，与唐律令条文相比，令的不同略多，律的不同甚少。例如《大宝律》，仅将唐律之“八议”省去“议勤”、“议宾”改为“六议”；将唐律之“十恶”省去“不睦”、“内乱”，改为“八虐”；将唐律之“五刑”中流刑略去里数，改为近流、中流、远流三等；其他如罪名之设、诉讼之制、官当之法等，均与唐律无二，几乎就是唐律的翻版。

9 世纪末叶，中国社会陷入动乱。894 年，日本平安王朝正式决定停止向中国派遣遣唐使。907 年，唐王朝灭亡。此后直到 12 世纪末叶，中国是五代十国及宋的更替；在日本，处于“国风时代”的平安王朝，则始终采取限制与中国往来的政策，只允许中国的私人商船到日本和日本的少数僧侣去中国，中日法制交流由此转入低潮。

12 世纪末叶开始，这一状况逐渐发生变化。日本方面，1192 年源赖朝为征夷大将军，开幕府于镰仓，从此国政大权集于将军。从镰仓幕府到足利幕府再到德川幕府，前后 675 年，在此期间为了经济和文化的需要，均实行与中国往来的方针。中国方面，在经历南宋和元之后，于 1368 年和 1644 年先后建立明、清两个统一的专制主义的封建王朝。明朝以唐律为蓝本，总结唐以后历代的统治经验，创立了以《明律》为代表的堪称为中国封建社会后期最为系统和完备的封建法制。它不但为清代所承袭，而且成为当时包括日本在内的同处于封建社会后期发展阶段的东亚各国学习的样板。在这种情况下，从 14 世纪末叶起，中日两国重又恢复法制交流。

不过,由于幕府时代的日本实际上处于军阀分裂割据的状态,在法制方面已废弃奈良、平安以来的律令制而呈现二元化:既有幕府依据习惯制定的特别法,如《贞永式目》、《建长式目》、《弘安式目》、《建武式目》等,^①又有各地之“大名”(即藩主)在施行时订立的各种地域性极强的“国法”或“家法”。而以《明律》为代表的中国封建社会后期法制的基本倾向,却是巩固和加强君主专制主义的中央集权,排斥任何形式的分裂主义。这就使得此阶段的中日法制交流不可能重复7—10世纪日本全面移植中国法制的模式,而改取日本参酌中国法制建立自身法制的形式。这一时期的中日法制交流主要表现在两个方面:其一是日本大力开展对中国法制的研究,仅德川时代翻译和注释明律者即有十余家,如高濂忠敦撰《大明律例译义》14卷,荻生观撰《明律译》(《官准刊行明律》)30卷,冈白驹撰《明律译注》9卷,荻生徂徕撰《明律国字解》16卷,榊原玄辅撰《明律译解同补译》,榊原玄辅撰《明律谚解大成》30卷,高濂忠敦撰《明律详解》21卷,荻生道济撰《明律疑义》,三浦义质撰《详说明律释义》,涩井孝室撰《明律详义》,管野洁撰《明律汇纂》等。^②其中荻生徂徕《明律国字解》最为突出。按明代之法制,律外有例,以例辅律、改律、补律,不明例者无以明律。明自孝宗弘治时议定问刑条例,经武宗正德年间、世宗嘉靖年间数次增订,至神宗万历十三年成《问刑条例》,凡382条。^③荻生徂徕合《大明律》及《问刑条例》成《明律国字解》,深得明代法制之关键,所作之诠释亦极博洽淹通,表明当

① 《群書類从》“武家部”。

② 浅井虎夫：《中国法典编纂沿革史》。

③ 《明史·刑法志》。

时日本对于中国法制之了解已达到很高水平。其二是日本诸藩在制定其地方法典时参酌明律。今可考者,如和歌山德川氏制定之《纪州藩国律》,即以德川幕府之《公裁录》及《明律》等为蓝本;新发田藩沟口氏制定之《新发田藩在中御条目》及熊本藩细川氏制定之《熊本藩御刑法草书》,亦均参照明律,其现存篇目略同于《明律》可以为证;弘前藩津轻氏制定之《弘前藩御刑法牒》,则系以《明律》和《御定书》为准据,并参酌其地方习惯撰成。特别应当提到的是,制定《纪州藩国律》的德川吉宗氏,非常重视学习和借鉴中国法制,曾命荻生徂徕训释《唐律疏议》,又曾命深见新右卫门玄岱及其子新兵卫有邻译解《清律会典》,并向来往于长崎的中国商人质疑请教,^①可见其对于中日法制交流之热心。

19世纪中叶以后,中日两国走上不同的发展道路。中国自1840年鸦片战争失败后,逐步沦为半殖民地半封建社会;日本则通过1868年的明治维新,成为新兴的资本主义国家。明治维新的主要内容之一,是革弃中法(即废除从中国引进的已遵循千年的封建法律制度),引进西法(即采用西方的近代法律制度),其实质是建立资本主义法制。1873年,日本颁布了依据欧洲大陆法制定而仍残存唐、明律影响的《假定刑律》,标志着日本建立资本主义法制的开始。1880年,日本公布施行从内容到形式全新的近代法《治罪法》和《刑法》,标志着日本建立资本主义法制的基本完成。在资本主义法制的推动下,日本迅速臻于富强。1895年,中日甲午战争,中国战败,被迫割地赔款,朝野上下受到强烈刺激,由此掀起变法图强运动,并将日本作为取法的对象,从而使中日法制交流进入一个新的高潮。

① 三浦周行:《法制史之研究》。

高潮的开端是1898年中国的戊戌变法运动。当时变法的倡导者康有为,以清政府驻日参赞黄遵宪所著全面介绍日本明治维新的《日本国志》为依据,撰成《日本变政考》一书,明确提出以日本明治维新为榜样变法图强的政治纲领,谓“我朝变法,但采览于日本,一切已足”。在变法期间即有名的“百日维新”中,维新派所推行的一系列新政,如开学校、改革旧机构、提倡商办实业、设制度局等,无一不与日本明治维新各项措施一致。康有为在进呈光绪皇帝的《应诏统筹全局折》中,还直接建议设立法律局,以引进西方和日本法律:“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重行施定。”虽然戊戌变法在西太后为首的保守派的残酷镇压下旋告失败,但以日为师,引进西法,改造中法的进程并未中断。1902年,清廷任命沈家本为修订法律大臣,设修订法律馆,主持法律改革。沈家本再次明确提出“取资日本”,并采取四项措施大力推进:其一,翻译介绍日本法典。1904年法律馆开馆之初,即组织人力大规模地投入外国法典的翻译工作,一年后译出德、俄、日等国法典共10种,其中日本法典达7种,计有《现行刑法》、《改正刑法》、《陆军刑法》、《海军刑法》、《刑事诉讼法》、《监狱法》、《裁判所构成法》。5年以后,法律馆总计共翻译外国法典77种,其中日本的法典23种,占30%以上。可见在当时翻译介绍外国法典中,日本是重点。^①其二,派员赴日实地考察。1905年沈家本奏请派遣刑部候补郎中董康、主事王守恂和麦秩严赴日本,“调查裁判、监狱事宜,以为将来试行新律之参考”。1906年春季董康等人赴日,“分历各处裁判所及监狱详细参观,并于司法省及监狱协会开会讲演”。年底回国,奏呈调查裁判清单和调

^① 李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》。

查监狱清单。^①清末审判制度改革和新式监狱规制的制定,均为此次实地考察的成果。其三,聘请日本专家参与立法。法律馆先后延聘日本东京帝国大学教授冈田朝太郎、东京控诉院部长松冈义正及法学博士志田钾太郎、小河滋次郎等人为调查员,负责起草法律草案。其中冈田朝太郎主要负责起草刑法和法院编制法,松冈义正主要负责起草民法和诉讼法,志田钾太郎主要负责起草商法,小河滋次郎主要负责起草监狱法。^②中国历史上第一批近代法律均出自日本专家之手,而这些日本专家在起草法律草案时所依据的又皆是日本法律,以致当时有法律馆制定之法律草案为“日本律”之说。其四,延请日本教习讲授法学。1906年法律馆开设京师法律学堂,培养熟悉新法律的人才,“以备应用”。为此高薪延请日本专家充任教员,前述冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎等4人皆兼教习之职,此外担任教习的还有岩井尊文、中封襄等。京师法律学堂所列近代法课程,大都由日本教习讲授,而讲授内容大都为日本法律,从而使日本法学对中国法学的影响远远超过其他西方国家。^③1910年,沈家本主持制定的中国历史上第一部仿照西方资本主义法律的法典《大清现行刑律》获清廷批准,颁行全国。其后陆续制定的还有《大清民律》、《大清商律》等。延续了2000余年的中华法系由此解体,而助成这一解体的竟是千余年来虔诚学习中华法系的日本。

纵观中日法制交流史,从6世纪末至20世纪初。1300余年

① 沈家本:《调查日本裁判监狱情形折》。

② 董康:《前清法制概要》;杨鸿烈:《中国法律发达史》。

③ 李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》。