

日本的法律继受与 法律文化变迁



华夏
赵立新
【日】真田芳宪
著



 中国政法大学出版社

日本的法律继受与 法律文化变迁

华夏 赵立新 [日] 真田芳宪 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

日本的法律继受与法律文化的变迁/ 华夏等著. —北京:

中国政法大学出版社, 2005. 7

ISBN 7-5620-2789-7

I. 日... II. 华... III. 法律-研究-日本 IV. D931.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 092096 号

书 名 日本的法律继受与法律文化变迁

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 9.375

字 数 220 千字

版 本 2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2789-7/D·2749

定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 zfs620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

法律继受也称法律移植，是一种不同法系、不同法律制度以及不同法律文化之间相互交流的主要形式，在许多国家的法律发展史上都可以多多少少地找到法律继受的痕迹。因此，法律继受不仅成为学者们的关注对象之一，而且也成为许多国家建立和完善本国法律体系的一种主要手段。

日本自古以来就以擅长吸收他国长处而著称，这种特征同样也表现在对待法律制度和法律文化的态度上。日本古代就曾经大规模地继受中国古代的法律制度和法律思想，由中国继受而来的律令法，律令法与日本武士的统治习惯融合而成的武家法构成日本近代之前的主要法律传统。明治维新时期，日本在“脱亚入欧”思想的引导之下，全面地、概括性地继受以德国法和法国法为主的西洋法，从而使日本法在结构上或形式上完全切断了与传统法律制度的联系，具备了与西洋法完全相同的外观。第二次世界大战之后，日本又开始在宪法等多个部门法领域继受美国法，使以欧洲大陆法为基础的近代日本法中添加进许多美国法的因素。如果仅从这个角度来考察日本法，可以说日本的法律史就是一部法律继受的历史。

2 前 言

日本先后三次成功的法律继受不仅丰富了有关法律继受的研究素材,而且其对不同法系、不同法律文化的法的继受又扩大了研究法律继受问题的视野。更为重要的是,日本较为成功的法律继受还可以为其他希望通过借鉴、吸收他国法律制度或法律文化中的“精华”来完善本国法律体系的国家提供了许多活生生的经验和教训。这一点对于与日本同文同种,又在建设和完善社会主义法律体系而注重吸收、借鉴外国先进经验的我国来说更具有实践意义。

正是出于这种考虑,自上个世纪90年代中期起,中国政法大学比较法研究所和日本中央大学日本比较法研究所在日本国际交流基金会的资助下,先后四次就相关课题设立共同研究项目,开展共同研究,并取得了一定的成果。

本书的内容就是根据中日双方第四次共同研究项目“日本近代法体制的成立与外国法继受”的研究成果整理而成。其中华夏(中国政法大学)承担了第一章绪论、第六章法律继受与日本法的定位、第七章日本法律文化的变迁;真田芳宪(日本中央大学)承担了第二章日本法律继受史概论;赵立新(河北师范大学)承担了第三章中国法的继受与古代日本法的形成、第四章欧洲大陆法的继受与日本法的近代化、第五章英美法的继受与日本法的现代化的研究和写作。此外,日本中央大学永井和之教授、中西又三教授、椎桥隆幸教授等参与了本项目的研究;中国政法大学崔延花讲师承担了第二章日本法律继受史概论的翻译及项目的联络工作;中国政法大学硕士研究生江利红自始至终

参与了项目的事务性工作，并协助整理、打印书稿；中国政法大学比较法研究所王书香为研究成果的整理付出了许多劳动，在此，谨代表本书作者表示谢意。

另外，法律继受与法律文化变迁是一个涉及面广而又复杂的问题，鉴于我们知识、理论水平有限，再加上项目的时间限制等原因，本书内容上可能会存在错误和疏漏，真诚欢迎有识者批评指正。

华 夏

2005 年 3 月

于中国政法大学比较法研究所

目 录

前言	(1)
第一章 绪论	(1)
一、问题的提起	(1)
二、日本法制的近代化与日本法的西洋化	(5)
三、传统法律文化与继受法的双重变奏	(7)
第二章 日本法律继受史概论	(12)
第一节 圣德太子与古代的法律继受	(13)
一、圣德太子与《十七条宪法》	(13)
二、大化革新及其法律继受	(17)
第二节 近代法律继受的诸问题	(20)
一、日本的近代化与国际环境	(20)
二、日本法的近代化与欧洲大陆法	(25)
第三节 二战后的法律继受与宪法人权	(28)
一、二战后的法律继受	(28)
二、日本国宪法的人权规定与法律继受	(30)
第四节 日本法律继受的条件	(33)

2 目 录

第三章 中国法的继受与古代日本法的形成	(37)
第一节 日本国家的形成与早期法律	(37)
一、日本国家的形成	(37)
二、推古朝改革	(39)
第二节 律令时期的日本法	(41)
一、大化革新	(41)
二、律令格式的编纂	(43)
第三节 幕府时期的日本法(上)	(49)
一、镰仓、室町幕府的政治体制	(50)
二、镰仓、室町幕府的法律制度	(52)
三、战国时期的法律制度	(56)
第四节 幕府时期的日本法(下)	(58)
一、幕藩体制的确立	(58)
二、德川幕府时期的法律体系	(60)
第四章 欧洲大陆法的继受与日本法的近代化	(64)
第一节 幕末开港与外国法的输入	(64)
一、开港与改革	(64)
二、幕末对法国法的选择	(68)
第二节 明治前期的法典编纂与法国法	(71)
一、维新政权的建立与西式法典的编纂	(71)
二、1882 年刑法的制定	(80)
三、旧民法典的编纂与法典论争	(84)
四、明治民法的编纂与法国民法的影响	(88)

五、江藤新平的司法改革	(91)
第三节 日本近代法体系的建立与德国法	(100)
一、由模仿法国法向模仿德国法的转变	(101)
二、明治宪法的制定	(106)
三、明治民法的编纂	(119)
四、商法论争与新商法典的编纂	(128)
五、1907 年刑法的制定	(136)
六、法院组织法与诉讼法的改革	(141)
第四节 战前英美法的影响	(146)
一、法典编纂前日本对英国法的介绍和研究	(146)
二、法典编纂后日本的英国法研究	(151)
三、战前美国法对日本的影响	(156)
四、战前英美法对日本立法的影响	(158)
第五章 英美法的继受与日本法的现代化	(163)
第一节 日本国宪法的制定与英美宪法	(164)
一、《日本国宪法》的制定过程与影响因素	(164)
二、英国宪法的影响	(167)
三、美国宪法的影响	(169)
四、英美宪法理论的影响	(172)
第二节 政治体制的改革	(173)
一、议会制度的改革	(173)
二、内阁制度的变化	(174)
三、公务员制度的建立	(176)

四、《地方自治法》的制定	(178)
第三节 解散财阀与禁止垄断的立法	(179)
第四节 社会立法与教育立法的完善	(183)
一、劳动法体系的形成	(183)
二、社会保障立法的完善	(185)
三、教育基本法的制订与教育立法的完善	(187)
第五节 法典的修改工作	(190)
一、民法典的修改	(190)
二、刑法典的修改	(193)
三、诉讼法的修改	(195)
第六节 司法制度的改革	(198)
一、法院制度的改革	(198)
二、违宪审查制的确立与运用	(200)
第六章 法律继受与日本法的定位	(205)
第一节 法系划分与日本法的归属	(205)
一、法系及其划分标准	(205)
二、日本法的普遍性与特殊性	(207)
第二节 日本法的定位	(209)
一、西方学者眼中的日本法	(209)
二、日本代表性学者的见解	(215)
三、问题的解决	(225)
第七章 日本法律文化的变迁	(230)
第一节 日本传统法律文化的形成及其特征	(230)
一、传统法律文化的形成	(230)

二、传统法律文化的基本特征	(238)
第二节 传统法律文化的现代变迁	(245)
一、东西方法律文化的冲突	(245)
二、现代社会的传统法律意识	(250)
三、法律文化的变迁	(263)
第三节 并非结论的“结论”	
——对法律文化的一点思考	(268)
一、西洋法律文化的普遍性与特殊性	(268)
二、传统法律文化的现代价值	(268)
三、从比较法到比较法律文化	(270)
四、关于远东法系	(272)

第一章 绪 论

一、问题的提起

1. 本书所称的法律继受是指整体地或部分地将他国的法律制度吸收到特定国家，使之成为该国法律制度组成部分的现象。历史上，作为不同国家之间法律交流手段之一的法律继受现象就曾频繁发生，欧洲大陆国家对罗马法的继受，近代以后亚洲、非洲国家对欧洲法的继受等，都曾产生过重大影响。时至今日，借鉴他国的立法经验，在本国的法律体系中吸收他国法律制度，仍然被视为完善本国法律体系的一个普遍的重要手段。^{〔1〕}

法律继受也被称为法律移植。^{〔2〕}之所以称为继受或移植，这是因为正如虽然人体器官的移植与从一部汽车上卸下一个汽化器安装到另一部汽车上，都是将“一个物体的具有一定作用的部分取出一个标本置入另一个性质相同的物体之内”，^{〔3〕}但是，如果“询问移植心脏能否‘适应’新的机体或新的机体能否排

〔1〕 即使一贯以输出文化为自豪的英国也认为在 20 世纪接受外国法的程度达到了前所未有的高度。参见〔英〕奥·凯恩—费伦德著，贺卫方译：《比较法与法律移植》，载《比较法研究》1990 年第 3 期，第 44 页。

〔2〕 本文作者认为继受与移植在含义上应有所区别，前者更强调接受一方的干预，因此，全书采用了继受一词。

〔3〕 〔英〕奥·凯恩—费伦德著，贺卫方译：《比较法与法律移植》，载《比较法研究》1990 年第 3 期，第 44 页。

斥它是有必要的——而就一个汽化器提出这样的问题便有些荒谬和滑稽了”〔4〕一样，外国法律制度的继受更接近于器官的移植，而非更换机器零件那样简单。

法律继受甚至比器官移植更为复杂，就连孟德斯鸠都感叹“每个国家的政治法律和民事法律……应该是非常适合该国人民的；所以一个国家的法律竟能适合于另外一个国家和人民的话，那真是一极大的巧合（un grand ha - zard）”〔5〕孟德斯鸠的感叹尽管过于绝对，但却道出了实情。

首先，一种法律制度的产生和发展离不开与之相适应的各种客观条件。这些条件涉及方方面面的内容，在孟德斯鸠看来，法的精神是由自然的、文化的和政治的因素混合而成，包括“气候、宗教、法律、政府的准则、先例、风俗、习惯”，〔6〕其中任何一个因素的改变都会给法律制度带来影响。而法律继受正是发生在客观条件不尽相同的国家之间，其难度和复杂程度可想而知。

第二，法律是文化的载体，各种法律制度都有其特定的文化内涵。如果说文化传统相似的国家之间的法律继受困难较小，那么，继受文化背景不同的法律制度则要困难得多。历史上不同质文化之间法律继受不成功的例子并不少见，〔7〕即使是在公认法律继受较为成功的日本也长期经历了两种不同法律文化冲突融合的过程，而且至今为止其传统法律文化也并未被继受法所带来的异质的法律文化所完全同化。

〔4〕 同前注。

〔5〕 同前注。

〔6〕 同前注。

〔7〕 如日本近代继受西方法律的前后三十几年也曾出现土耳其和中国进行法律继受的情况，但未取得与日本一样的成果。

第三,法律继受不仅出现在政治、经济、文化等方面的发展程度相近的国家之间,而且发生在社会发展程度差距较大的国家之间。尤其是一些社会各方面相对落后的国家往往把继受先进国家的法律当作促进社会现代化的手段之一。在这种情况下,如何选择继受适合自己的需要,并且能够为自己所接受的继受对象十分重要,这也为法律继受凭添了许多难处。

第四,法律继受有概括性继受与部分继受之分。发生在政治、经济、文化等各方面区别较大的国家之间的概括性继受,其困难程度自不待言。即使是部分继受也会面临许多艰难的选择。

第五,法律继受还可分为技术性较强的继受和政治性较强的继受。技术性较强的继受相对简单易行,发生的次数较多、频率较高。尤其是在经济走向全球化,交通和通讯手段高度发达,意识形态之争相对弱化,许多国家都将发展经济当做首要任务的今天,借鉴他国先进立法经验为我所用已经成为不可阻挡的趋势。而政治性继受与政治体制和意识形态关系更深,其继受要复杂得多。

最后,法律继受还可以从是否自愿的角度划分为主动型和被动型。前者可以以欧洲大陆国家对罗马法的继受、日本古代对中国法的继受和近代对西洋法的继受,以及一些国家为完善本国的法律体系借鉴外国法为例。后者以英国等老牌殖民主义国家向殖民地强制推行本国法律制度为代表。20世纪50年代以后美国借助政治、经济上的强大实力迫使其他国家按照其意愿修改禁止垄断法、证券交易法等有关经济方面的法律等也带有非自愿的性质,同样可以归入后者。

2. 尽管法律继受可以称之为十分复杂的系统工程,但不管

是输出国还是接受国却仍然乐此不疲。^{〔8〕}因为在输出国看来这是一条推广本国文化和价值观念的捷径，是一种“低成本高效率的国家战略事业”。^{〔9〕}而接受国又认为这是一种尽快实现法律现代化，进而带动社会现代化的必要手段。可见，法律继受不仅具有比较法学或法律史学等学科的理论研究价值，而且更具有强烈的实践价值。

日本是一个几次三番进行法律继受的国家，而且也是一个被认为继受得较为彻底，并取得成功的国家。日本法律继受中值得重视的特点有二，一是除第二次世界大战之后对美国法的继受主要是在原有法律的基础上进行的之外，古代对中国法的继受以及近代对西洋法的继受至少在形式上属于彻底否定原有的法律传统，进行全方位的概括性继受。二是日本近代以来的法律继受是在两种不同的法律文化之间进行的，即，日本全盘继受的是在与本国传统法律文化完全异质的法律文化背景下产生的法律制度。这些特点表明日本的法律继受属于一种最为典型、最为复杂的继受类型，其学术研究上的价值不可低估。特别是对于与日本地理位置相近、人种相近、文化相近，并且正在努力建设社会主义法治社会的我国来说，其继受过程中的经验和教训更具有实际的参考价值。正是出于此种考虑，本书把日本对外国法的继受，尤其是对西洋法的继受，以及继受之后东西两种法律文化的冲突与融合，继受法在日本社会的现实命运，传统法律文化的变迁等作为主要内容，以求在学术研究的基础上为我国在引进和借鉴外国法

〔8〕 即使在 21 世纪的今天，我们周围的许多近邻，如东南亚、中亚的许多国家还在为建立现代法律体系而大规模地进行法律继受，而我国在建立和完善社会主义法律体系的过程之中也参考和借鉴了许多外国的经验。

〔9〕 鮎京正训：《法整備支援中の比較法》，载《比较法研究（日本）》2003 年第 2 期，第 43 页。

时提供一些参考。

二、日本法制的近代化与日本法的西洋化

日本的法律史，在很大程度上可以称为一部法律继受的历史。早在公元 604 年制定第一部成文法圣德太子十七条宪法时，日本就开始从古代中国法律文化中吸收养分，大化革新之后更是大量继受中国古代律令，进入律令法时代。其后的武家政权时期，虽然武家法盛行，当时法律制度的内容以武士的统治惯例为主，但中国古代法律文化的影响依然随处可见。由中国古代继受而来的法律文化、法律制度与日本古代固有法的融合使日本传统法律文化和法律制度充满了东方色彩。

然而，从公元 16 世纪起，西方列强利用航海技术发展的成果，以圣经加洋枪以及非等价交换贸易为手段，纷纷来到东方施行掠夺扩张政策。日本当时的实际统治者德川幕府为了维护其统治，实行锁国政策，切断日本人与外国人的一切接触。德川幕府这一政策与国际潮流背道而驰，使日本经济几乎与世隔绝，严重阻碍了资本主义生产关系的生长，使日本成为一个封闭的封建专制国家。直至德川幕府末期，日本的封建统治日趋腐朽没落，整个社会动荡不止。

就在德川幕府的危机日益加深的时候，欧美列强又一次来到日本，并用武力迫使日本开国，与其签订了一系列不平等条约，企图使日本成为《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。依赖锁国政策勉强维持时日的日本封建社会随着开国，在政治上和经济上都迅速瓦解，“正如小心保存在密闭棺木里的木

乃伊一接触新鲜空气必然要解体一样”。〔10〕

是克服民族危机，迅速缩小与西方发达国家的差距，还是坚持腐朽没落的封建制度，逐步陷入殖民地、半殖民地的境地？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，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近代历史舞台的前沿，实行在日本历史上具有划时代意义的明治维新。

明治维新政权同样面临西方列强的威胁，但其领导者们在西方坚船利炮面前没有象德川幕府那样一味退缩，而是清楚地认识到洋枪洋炮背后西方文化的巨大威力。他们得到一个既简单又深刻的结论，军事上、科学上和经济上的强大源自于文化上的先进。因此，明治政府决定首先摄取欧美各国的“宝物”，即，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、荷等国公使宣布立志开国进取，革除旧习，广求知识于世界。从此，日本走上“脱亚入欧”，全面吸收西方文明，建设近代化国家的道路。引进、继受西洋法，使日本法实现近代化就是在这一历史和文化背景下，明治政府领导人所采取的吸收西方文化的重要措施之一。而且，他们将建立近代法律体系视为促进社会近代化的主要手段，视为立国之本及欧化的象征。

明治政府在明治初期各项政局处于混乱状态时，即迫不及待地着手进行日本近代法律体系的建立。日本法的近代化，从一开始就是以抛弃过去的法律传统，全面继受西洋法和西洋法律文化

〔10〕《马克思恩格斯全集》（第二卷），人民出版社，第 3 页。