



中国法学学术丛书

中日法律文化 交流比较研究

以唐与清末中日文化的 输出与输入为视点

Comparative Studies of
Sino-Japan Legal Culture Exchange

Taking the viewpoint on Import and Export of
Legal Cultures between China and Japan during
Tang and the Late Qing Dynasties

张中秋 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部新世纪优秀人才基金资助项目



中国法学学术丛书

中日法律文化 交流比较研究

以唐与清末中日文化的
输出与输入为视点



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中日法律文化交流比较研究:以唐与清末中日文化的
输出与输入为视点 / 张中秋著. —北京:法律出版社,
2009.6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9647 - 3

I. 中… II. 张… III. 中日关系—法律—文化交流—对
比研究—唐代~清后期 IV. D929.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 088396 号

中日法律文化交流比较研究:以唐与清
末中日文化的输出与输入为视点

张中秋 著

责任编辑 卫蓓蓓
装帧设计 李 楠

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 7 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 保定市中国画美凯印刷有限公司

印张 10 字数 211 千

印次 2009 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9647 - 3

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

引子：我与本书

这本书虽然不厚,但它牵连到我近三十年的时光。早在 1981 年,我正在上海读大学一年级。有一天晚上,我习惯性地转到了阅览室。那是个简陋的阅览室,由食堂改造而来,白天做上大课的教室,晚上供阅览,但那儿有很多杂志,这吸引了我。我像往常一样随便翻阅着各种杂志(这令我怀念,现在已没有足够的时间和闲情来翻阅与专业不相干的杂志了),其中有一本台湾的刊物上刊登了一篇题为“中日法律文化交流小史”的文章吸引了我。这是一篇述史的文章,篇幅不大,但我仔细地把它读完。让我意想不到的,发达的日本居然还有接受中国法律文化千年的历史,而中国法制近代化又居然是从引进日本法开始的。这使我惊讶不已,其印象之深迄今不忘。遗憾的是这篇文章没有分析,亦缺乏比较。当然,这是我后来的认识,但这样的认识随时光流逝,愈发凸出,心里一直想着做一件弥补缺憾的事。可是想归想,做起来却不容易,十多年中几乎都是想想而已。这主要是因为我有个习惯,总想等到以为资料收集得差不多的时候再动手,后来我才逐渐明白资料是收集不完的。直到上世纪 80 年代末,法学界开展起法律移植的大讨论,从那时起我参加了几次这方面的会议,亦正好借机重新思考

这个问题。到了2003年,我总算把初稿完成了,但还是不敢把它拿出来,我打算亲自去日本看一看,了解一下他们对这个问题的研究。我前后去了两次,发现日本学者对中国法,特别是对唐律的研究有很多很好的成果,但大多关注的是日本对唐律的继受和比较,而着意把古代日本对唐代中国法律文化的输入和近代日本法律文化对中国的输出进行比较研究的作品未能见到。虽然概括地比较两国文化交流的著作亦有,但涉及法律的部分都很简略。^{〔1〕}当代中日学者联手编纂的“中日文化交流大系”^{〔2〕}之二的《法制卷》,是目前唯一所见到的有关中日法律文化交流的专题著作,但仍然过于偏重历史过程。上世纪40年代我国著名的法学家杨鸿烈先生推出的《中国法律在东亚之影响》是一部研究近代以前中国法律在东亚传播的力作,其材料之宏富、对比之精细,堪称经典。^{〔3〕}然而,美中不足的是,理论概括和比较法文化的透视较为逊色,因此,中日法律文化交流的双向性和典型性未能得到充分的体现,其所蕴含的有关法律文化交流的一般原理和特殊意义,亦未予以应有的关注和揭示。当然,这是我们从今天的立场出发所得出的看

〔1〕 如由日本学者尾藤正英等人合著的《日中文化比较论》(浙江人民出版社1992年版。以下所引此书为同一版本);中国学者周一良撰著的《中日文化关系史论》(江西教育出版社1990年版。以下所引此书为同一版本)等。

〔2〕 “中日文化交流史大系”共10卷,分别是历史卷、法制卷、思想卷、宗教卷、民俗卷、文学卷、艺术卷、科技卷、典籍卷、人物卷,由中国学者周一良和日本学者中西进任总主编,其中第二卷《法制卷》由中国学者刘俊文和日本学者池田温共同主编。该“大系”中文版由中国浙江人民出版社1996年出版,日文版由日本大修馆书店出版。

〔3〕 杨鸿烈先生(1903—1977年)是研究中国法律文化和法律史的大家,《中国法律在东亚诸国之影响》是他在极其困难的条件下,经年积累、精心撰述的一部力作。该书在中华法系的研究中具有里程碑的性质,传布较广,影响较大。笔者在撰述本书时多有受益,因此,我对杨先生和他的著作心存感激和敬意。该书1937年由上海商务印书馆初版,1971年台湾商务印书馆再版,1999年由中国政法出版社作为“二十世纪中华法學文丛”之一重新点校出版。

法。但正如有论者所谓,一时代有一时代之问题,一时代亦有一时代之方法和学问。杨先生用他那个时代的方法做出了那样的学问,这无疑是出色的。^{〔1〕}但时至今日,就中日法律文化的双向交流进行比较透视,写出有学理意义的比较法律文化作品,以及通过这个个案提炼出一些哪怕是不成熟的法律文化交流中的一般和特殊原理,应该说是时代赋予新一代学人的任务。所以,在很长一段时间内,这个题目对我来说,既是诱惑又是压力。现在我终于草成了,就算是对自己的一个交代吧!

〔1〕 刘广安:“杨鸿烈与中华法系研究”,载杨鸿烈:《中国法律在东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1999年版(以下所引此书为同一版本);“法史学评论的范式问题”,载中国政法大学法律史学研究中心编:《法律史学研究》(第一辑),中国法制出版社2004年版(以下所引此书为同一版本)。

目 录

引子:我与本书

绪言 中日法律文化交流简况	1
第一章 中日法律文化交流的动因比较	7
第一节 古代日本输入唐代法律文化的动因	7
第二节 晚清中国输入日本法律文化的动因	15
第二章 中日法律文化交流的选择比较	26
第一节 古代日本输入唐代法律文化的选择	26
一、古代日本输入域外法律文化对象国的选择	26
二、古代日本输入唐代法律文化途径和方式的选择	29
第二节 晚清中国输入日本法律文化的选择	34
一、晚清中国输入域外法律文化对象国的选择	34
二、晚清中国输入日本法律文化途径和方式的选择	46

第三章 中日法律文化交流中的继受与变通比较	54
第一节 古代日本对唐代法律文化的继受与变通	54
一、古代日本对唐代法律思想、体系和篇目的继受与变通	54
二、古代日本对唐代法律制度和相关内容的继受与变通	61
第二节 晚清中国对日本法律文化的继受与变通	80
一、晚清中国对日本法律思想、体系和篇目的继受与变通	80
二、晚清中国对日本法律制度和相关内容的继受与变通	90
 第四章 中日法律文化交流的效果与影响比较	 101
第一节 古代日本输入唐代法律文化的效果与影响	101
一、古代日本输入唐代法律文化与天皇制的确立和经济社会的发展	102
二、古代日本输入唐代法律文化与法制社会的形成	109
三、古代日本输入唐代法律文化中的形式主义失误及其本土化趋势	117
第二节 晚清中国输入日本法律文化的效果与影响	128
一、晚清中国输入日本法律文化的效果与影响之一：外患与官制改革和预备立宪	128
二、晚清中国输入日本法律文化的效果与影响之二：领事裁判权与内乱问题	133
三、晚清中国输入日本法律文化的效果与影响之三：皇位不固及其他意义	145

第五章 中日法律文化交流成败得失的原因比较	150
第一节 中日法律文化交流成败得失的时空观	150
第二节 中日法律文化交流成败得失的背景观	160
第三节 中日法律文化交流成败得失的人物观	176
 第六章 原理与意义:对中日法律文化交流的透视	 185
第一节 中日法律文化交流的一般原理	185
一、法律文化发展的不平衡和人的作用,决定了法律文化交流在理论上的必然性和现实上的可能性	185
二、调适域外先进文化与本土固有传统,决定了法律文化交流的成败得失	190
三、法律文化的类型及其相关要素,构成了并影响着法律文化交流中的难与易	197
第二节 中日法律文化交流的特殊意义	202
一、保持世界意识,追求民族尊严	203
二、坚持积极的历史观和有理想的现实主义	207
三、保证足够的投入,还有理性、时间和耐心	218
 附录 I 隋唐及清末中日法律与文化及相关事项年表	 225
附录 II 参考文献	292

Contents

Preface: Me and this Book	1
Introduction: Profile of Sino-Japan Legal Culture Exchange	1
 Chapter I Comparison of Motivation of Sino-Japan Legal Culture Exchange	 7
Section One Motivation of Ancient Japan to Import Legal Culture of the Tang Dynasty	7
Section Two Motivation of the Late Qing Dynasty to Import Japanese Legal Culture	15
 Chapter II Comparison of Choice of Sino-Japan Legal Culture Exchange	 26
Section One Choice of Ancient Japan to Import Legal Culture of the Tang Dynasty	26

1. Choosing of target country for ancient Janan to import extraterritorial legal culture	26
2. Choosing of ways and means for ancient Janan to import legal culture of the Tang Dynasty	29
Section Two Choice of the Late Qing Dynasty to Import Japanese Legal Culture	34
1. Choosing of target country for the Late Qing Dynasty to import extraterritorial legal culture	34
2. Choosing of ways and means for the Late Qing Dynasty to import Japanese legal culture	46
Chapter III Comparison of following by and modification in Sino-Japan Legal Culture Exchange	54
Section One Following by and Modification of Ancient Japan to Legal Culture of the Tang Dynasty	54
1. Following by and modification of ancient Japan to legal thought, legal regime and law table of the Tang Dynasty	54
2. Following by and modification of ancient Japan to legal system and related law of the Tang Dynasty	61
Section Two Following by and Modification of the Late Qing Dynasty to Japanese Legal Culture	80
1. Following by and modification of the Late Qing Dynasty to legal thought, legal regime and law table of Japan	80
2. Following by and modification of the Late Qing Dynasty to legal system and related law of Japan	90

Chapter IV	Comparison of Effects and Impact of Sino-Japan Legal Culture Exchange	101
Section One	Effects and Impact for Ancient Japan to Import Legal Culture of the Tang Dynasty	101
1. Ancient Japan's importing of legal culture of the Tang Dynasty and establishing of the emperor system and the social-economic development		102
2. Ancient Japan's importing of legal culture of the Tang Dynasty and formation of legal society		109
3. Formalism errors and localization trend in Ancient Japan's importing of legal culture of the Tang Dynasty		117
Section Two	Effects and Impact for the Late Qing Dynasty to Import Japanese Legal Culture	128
1. Effects and Impact I: Foreign aggression & Bureaucracy reformation and preparatory constitutionalism		128
2. Effects and Impact II: Consular jurisdiction and civil strife problems		133
3. Effects and Impact III: Unstable throne and other meanings		145
Chapter V	Comparison of Reasons for Success and Failure of Sino-Japan Legal Culture Exchange	150
Section One	View of Time and Space on Success and Failure of Sino-Japan Legal Culture Exchange	150
Section Two	View of Background on Success and Failure of Sino-Japan Legal Culture Exchange	160
Section Three	View of Figures on Success and Failure of Sino-	

Japan Legal Culture Exchange	176
Chapter VI Principle and Meaning: Perspective of Sino-Japan Legal Culture Exchange	185
Section One General Principle of Sino-Japan Legal Culture Exchange	185
1. The disparate development of legal cultures and function of human determine theoretic inevitability and realistic possibility of legal culture exchange	185
2. That adapting extraterritory advanced cultures and domestic tradition determines success and failure of legal culture exchange	190
3. The type of legal cultures and related elements constitute difficulties and easy aspects in legal culture exchange	197
Section Two Special Meaning of Sino-Japan Legal Culture Exchange	202
1. To maintain awareness of the world and to pursue national dignity	203
2. To insist a positive view of history and and ideal realism	207
3. To ensure sufficient input, besides rationality, time and patience	218
Appendix I Chronology of related matters on Sino-Japan Legal Culture Exchange of Sui, Tang and the Late Qing Dynasties	225
Appendix II Bibliography	292

绪 言

中日法律文化交流简况

中日文化交流源远流长,依文献记载,至少有两千年的历史,从《三国志·倭人传》到《清史稿·日本传》的16部中国正史均有记录。清末以来,中日文化交流又经历了百年。^{〔1〕}在这两千多年的历史洪流中,中日之间一直流淌着法律文化的泉流。^{〔2〕}其间形成两个高峰,一是古代日本大规模地输入唐代中国的法律文化,开

〔1〕 参见王晓秋、〔日〕大庭修主编:《中日文化交流史大系·历史卷》,浙江人民出版社1999年版(以下所引此书为同一版本);〔日〕木宫泰彦:《日中文化交流史》,胡锡年译,商务印书馆1980年版(以下所引此书为同一版本)。

〔2〕 参见刘俊文、〔日〕池田温主编:《中日文化交流史大系·法制卷》,浙江人民出版社1999年版(以下所引此书为同一版本)。

创出它著名的“律令时代”;^[1]一是晚清中国急速地输入近代日本的法律文化,开启我国的法制近代化进程。^[2]因此,站在中国人的立场上,比较中日之间法律文化的交流,唐与清末这两个时段自然是关节点。事实上,本书的构架正是按照这样的意图来设计的。

仔细观察日本的文明史,有一个特点引人注目,即它总是不失时机地通过输入大陆文明来实现自己文明的跃进。在这方面,法文化史是它的成功史。就近代和现代而言,日本通过明治维新和第二次世界大战以后的改革,先后输入了欧洲大陆和北美大陆的法律文化,实现了法制的近代化和现代化。^[3]在古代,它依靠输入东亚大陆唐代中国的法律文化,实现了从原始宗教性的习惯法向发达的人文道德理性法体系的升华。这一举措与“大化改新”相

[1] 公元645年,即日本皇极天皇四年,皇室力量成功地消灭了代表旧势力的苏我氏一族,重新确认了宣称天皇权威绝对性的宪法十七条所宣扬的理念。这一年始建立年号,名为大化元年,由此推行的革新称为大化改新。大化改新前,日本还处于部民社会状态,其经济、文化都落后于大陆中国的唐朝和朝鲜半岛,没有系统的成文法,只有一些习惯法。大化改新的目标是模仿和追赶唐朝,建设文化国家和法制社会,所以,唐代文化和法律成为日本学习的对象。日本大化改新后的数十年间,经过反复的斗争,以唐为范本,逐渐引进并制定了律、令、格、式成文法和礼,构成先进的国家制度。日本的多数历史学家,通常把当时这种以律令为轴心所形成的国家统治体制,称为“律令制”。在公元12世纪幕府政治以前,特别是大化改新后的头两三个世纪,即律令制推行较好的时期,谓之“律令时代”。律令制的特点是仿效唐代中国,国家掌握土地和人民,在此基础上建立以天皇为核心的中央集权官僚体制。律令时代是日本政治统一、法制完备、经济文化走向繁荣的新时代。这一时代的开创在制度上得力于对唐代法律文化的输入。

[2] 中国早在明代就与西方(人士)多有接触,到19世纪40年代中西发生正面冲突前,联系也未曾中断,但对传统法律制度的改革直到1900年清廷谕旨新政,1905年五大臣出洋政治考察后才开始“变法修律”。变法修律的参照模式经历了从英、美到法、德,最后选定日本的过程,大规模引进源于西方的近代日本法律文化开启了中国法制近代化的历史进程。

[3] 参见林格年主编:《外国法制史新编》,群众出版社1994年版(以下所引此书为同一版本),第413—433页;华夏、赵立新、[日]真田芳宪:《日本的法律继受与法律文化变迁》,中国政法大学出版社2005年版(以下所引此书为同一版本),第20—36页。

联系,可以说大化改新为日本输入唐代中国的法律文化提供了历史契机和政治保障。

公元646年,大化改新的领袖和功臣之一中臣镰足模仿隋唐制度,制订成文法典,撰律20卷,是为“近江令”。到公元701年,即日本史上有名的文武天皇大宝元年,由忍壁亲王和藤原氏等组织编纂律6卷、令11卷,通称《大宝律令》。及至公元718年,即日本元正天皇养老二年,复由藤原氏组织将《大宝律令》进行修订,形成律和令各10卷,称为《养老律令》。《大宝律令》和《养老律令》都是仿效唐朝《永徽律令》制定的。^{〔1〕}《大宝律令》在日本拥有《唐律疏议》在中国法律史上那样的地位,被视为古代日本法的代表。因为“《大宝律令》是把大化改新的纲领、其后五十多年实施新政的经验和中国历代编纂律令的经验、教训,融会在一起,经过仔细推敲而制定的一部完整的国家基本法。它是一部综合性的法律体系,兼具高度的文化性和伦理性。圣德太子的文化国家理念和大化改新的法治国家观念都凝聚其中,是古代国家政治、思想、文化的最高统一表现。而且以此为准绳的政治方式,规定了其持续长四百余年的古代社会的本质,其效力形式上一直持续到明治年代初期。”^{〔2〕}

〔1〕 这是基本的历史事实,但曾有日本学者持相反的意见。如仁井田陞、牧野巽居然说:“《故唐律疏议》与《养老律》不像历来认为的那样是母子关系,而应该是兄弟关系;《养老律》即使不是正嫡,也应该是兄长,《故唐律疏议》则是弟。”〔日〕冈野诚主编:《中国法制史考证》,丙编第二卷,中国社会科学出版社2003年版,第2页)现在学界已回到史实本身,大体取得共识。进一步的讨论可参见杨一帆主编:《中国法制史考证》,甲编第四卷,中国社会科学出版社2003年版(以下所引此书为同一版本),第445—454页;杨廷福:《唐律初探》,天津人民出版社1982年版(以下所引此书为同一版本),第1—30页;〔日〕仁井田陞、牧野巽:“《故唐律疏议》制作年代考”(上、下),载杨一帆总主编、〔日〕冈野诚主编:《中国法制史考证》,丙编第二卷,中国社会科学出版社2003年版(以下所引此书为同一版本)。

〔2〕 〔日〕坂本太郎:《日本史概说》,汪向荣等译,商务印书馆1992年版(以下所引此书为同一版本),第73页。

随着律令的推行,日本原始性的习惯法迈上了古代东方人文和成文的法律化的台阶,整个社会模仿唐朝进入了由律令支配的封建时代,前后延续三四百年之久,历经“奈良”(公元710—794年)和“平安”(公元795—1192年)两个时期。^[1]直到公元1192年镰仓幕府的建立,日本转入武家政治时期,律令的影响因武家法的崛起才趋式微,但名义上律令制仍维持到公元1868年的“明治维新”。此时由于日本引进西式法制,律令制才告正式结束。^[2]据此推算,从大化改新开始,从唐代继受来的法律文化——律令制——在日本的实质影响有五百年之久(公元645—1192年),形式上长达千年之上(公元645—1868年),这在东亚甚至人类法律文化的交流史上都是一个奇迹。

律令在本土中国的命运有别于日本,王朝的更迭并没有中断法律自身的延续性,唐律不仅是《宋刑统》的蓝本,亦是明、清律的依据。^[3]但到晚清,一个有趣的悖论现象是,直接中断并瓦解这一法律传统和体系的恰是曾经大规模从中国输入法律文化的日本。^[4]虽然晚清以来中国一直在引进域外先进的法律文化,但毫

[1] 日本古代的纪年说法不一,每个时代的起讫年限略有差异,本书选用通说。以下相同情况,不另作注。

[2] 如“《大宝令》的官制,一直沿用到明治维新。明治初年的二官八省,到现在中央各部称省,还是承袭《大宝令》”(梁容若:《中日文化交流史论》,商务印书馆1985年版,第7页。以下所引此书为同一版本);另,参见[日]坂本太郎:《日本史概说》,第380—382页;林榕年主编:《外国法制史新编》,第409—416页。

[3] 清代官方纂修的《四库全书总目·唐律疏议提要》略云:“论者谓唐律一准乎礼,以为得古今之平,故宋世多采用之。元时断狱,亦每引为据。明洪武初,命儒臣同刑官进讲唐律。后命刘惟谦等详定明律,其篇目一准于唐;……本朝(按:指清朝)折衷往制,垂宪万年,钦定《大清律例》,明简公平,实永为协中弼教之盛轨。”

[4] 参见展恒举:《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版(以下所引此书为同一版本),第4—5章;罗志渊编著:《近代中国法制演变研究》,台北正中书局1976年版(以下所引此书为同一版本),第3—4章。