臺大歷史學報第30期
2002年12月，頁289~305
2002.7.30收稿，2002.9.20通過刊登

BIBLID1012-8514(2002)30p.289-305

§研究討論§

日本古代法文化的形成發展及其對近現代法的影響

何勤華、曲陽*

提要

今天的日本法是在移植西方法的基礎上形成的，但是它又不同於西方法具有自己的特色。究其根源則在於：日本傳統的法文化在日本近現代法的形成發展過程及今天的法律生活中仍然發揮作用。因此，要瞭解今天日本法的獨特性，必須追溯日本古代法文化形成發展的歷史。

關鍵詞：日本　古代法文化　特徵　影響

* 何勤華為華東政法學院教授，曲陽為華東政法學院博士生。

臺灣大學學術期刊資料庫

一、日本古代法文化的發端——固有法
二、日本古代法文化的形成——律令法
（一）律令格式
（二）律令學
三、日本古代法文化的發展——中世法、近世法
（一）中世法——鐮倉和室町幕府時期的法律（1192~1603）
（二）近世法——德川幕府時期的法律（1603~1867）
四、日本古代法文化的特徵
（一）中世時期的國家和法律
（二）近世法文化的特徵
五、日本古代法文化對近現代法的影響

日本的法文化發展史，按照日本學者的普通看法，大致可劃分為以下幾個發展階段：

第一個階段——古代法，其中又可分為三個時期：1、以繼受中國律令為界線，之前是沒有接受外來法影響的所謂固有法時期。2、繼受律令（七世紀至十世紀）的律令時代。3、平安時代末期律令發生變化及其他形式法源出現的時期。

第二個階段——中世法，包括鐮倉時代、室町時代和戰國時代的法。繼律令法之後，出現了「公家法」、「武家法」、「本所法」（莊園法），其中武家法逐漸成為中心內容。

第三個階段——近世法，即江戶時代的法。與中世相比，近世的國家結構和法律制度發生很大變化。近世法是日本近代法的直接歷史前提。

第四個階段——近代法，即明治維新後全面繼受西方法以來的法。本文所謂的日本古代法文化，是指近代法以前的日本法文化。

臺灣大學學術期刊全文庫

一、日本古代法文化的發端——固有法

日本法文化發端於彌生式文化時代。[1]西元前二世紀前後中國的青銅器傳入日本，在大陸文化的強烈影響下，出現了彌生式陶器，進入金石並用時代，即彌生式文化時代。這一時期已經產生了水稻農業，並出現氏族制度的萌芽。[2]據《漢書・地理志》記載，西元前一世紀左右，「夫樂浪海中有倭人，分為百餘國。」[3]描述了日本氏族社會前期的情況。西元一世紀左右北九州及畿內分別出現了氏族聯盟。西元三世紀後半期，百餘國變成了三十多個小國，並且這些小國幾乎都服從畿內的邪馬台國女王卑彌呼的統治。這意味著日本以天皇氏為中心的氏族聯合國家業已形成。當時的社會是以宗教威力統治的祭政一致的社會。

繼邪馬台國之後出現的大和國於西元四世紀前半期已經完成國家統一，西元五世紀末建立起健全的國家組織。當時的朝廷是以最大的氏族——天皇氏為中心，由統合起來的各大豪族組成。

日本這一時期法文化的特徵是法與宗教並未分離，法律主要是受古代宗教規範強烈影響的不成文命令和習慣為表現形式的氏族法。此時由於沒有受到外來法的影響，也不存在成文法，因此稱為不成文固有法時期。[4]

---

1 石井良助，《日本法制史概要》（東京：創文社，1952），7。

2 日本最原生的固有文化產生於「繩文的世界」，在以水稻、青銅器為象徵的彌生式文化產生以後的農耕文明中，其作為「農耕禮儀」不斷演化發展，直到今天，還以各種形式構成日本文化的底蘊，影響現代日本文化生活的方方面面。日本現代法文化之所以保持自己的獨特性，即來自於初始的法文化起源。戒能通厚，〈アジアの現代と法：現代日本法分析の視點〉，《法律時報》68 卷 8 號（1996，東京）。

3 《漢書》（北京：中華書局點校本，1962），卷 28 下，1658。這是中國史籍對日本社會最早的文獻記載。

4 石井良助，《日本法制史概要》，4。

臺灣大學學術期刊資料庫

二、日本古代法文化的形成——律令法

西元五九二年推古天皇即位，立聖德太子（574~622）為攝政。面對中國的隋朝統一全國、朝鮮的新羅仿效中國的中央集權體制迅速強大起來的國際形勢，為了抑止豪族勢力，建立以天皇為中心的中央集權國家，主管朝政的聖德太子實行了重大的政治改革：西元六〇三年制定了「冠位十二階」；次年，又頒佈〈憲法十七條〉。這反映了當時日本由豪族聯合政權向統一國家過渡的情況，同時表明豪族已逐漸具有國家官吏的性質。〈憲法十七條〉是日本法制史上第一部成文法典，[5]規定了官吏與貴族必須遵守的十七條政治道德準則，並不是現代法律意義上的憲法。

西元六二二年聖德太子去世後，在朝廷佔據要職的豪族蘇我氏的勢力日漸強大，威脅到天皇的存在。西元六四五年大和朝廷發生宮廷政變，推翻了蘇我氏，改革派在從中國歸來的留學生的支援下，建年號為「大化」，頒佈革新詔書，仿效中國隋唐制度進行政治經濟改革，史稱「大化革新」。革新詔書的主要內容如下：1、廢除皇室、豪族對土地和人民的私有。2、設立國、郡、里三級地方行政區劃。3、制定班田收授法。4、確立租庸調的稅制。5、建立戶籍和簿。[6]大化革新確立了繼受隋唐的律令制，發展以天皇為中心的中央集權制國家的發展道路。

（一）律令格式

大化革新以後，日本便開始了以中國的隋唐法律制度為模式的法典編纂工作。仿效隋唐律令格式的表現形式，日本建立了本國的成文法體系。律令是當時國家的基本法，其基礎是儒教的德治主義，體現了統治者高高在上，對民眾以仁愛施教令而治的政治理念。關於律令格式四者的關係，《弘仁格式．序》總結為：「律以懲肅為宗，令以勸誡為本，格則量時立制，式則補缺拾遺，四者相須足以垂範」。具體體現為：律

5 高柳真三，《日本法制史》（東京：有斐閣，1949），第1冊，19。

6 杉山晴康，《日本法史概論》（東京：成文堂，1980），54。

臺灣大學學術期刊資料庫

是刑罰法規，令是非刑罰法規，格是臨時的單行法令，式則相當於施行細則。[7]關於律，日本幾乎全部照搬了唐律條文，只是律的刑法各則所規定的刑罰一般都比母法唐律要輕，據說是受到佛教慈悲思想的影響。在西元八一〇年以後大約三百年中，朝廷從未裁判執行過死刑。但是對唐令的條文，按照日本社會的實際情況作了很大的修改、刪除，從而形成許多日本特有的條文。

比如，《大寶律令》於大寶元年（701）制定，共有「律」六卷、「令」十一卷。其內容體系有：戶田篇、繼承篇、雜篇、官職篇、行政篇、軍事防務篇、刑法和刑罰篇等。它以中國唐朝的《永徽律》為藍本，是以刑法為主、諸法合體的法典，條文完備，結構嚴謹，法理清晰，目的是以法律形式確定以天皇為中心的中央集權制度。養老二年（718），頒佈《養老律令》，有「律」十卷共十二篇、「令」十卷共三十篇，主要內容與唐律大體相同，只不過是在《大寶律令》基礎上，為適合日本國情而作部分的修改和補充而已。在《養老律令》之後，沒有再進行新的律令的編纂。但西元八三三年天皇政府編撰了關於令的注釋書，即《令義解》（共十卷），於八三四年施行，它具有與「令」同等的法律效力。

前述律、令制定後一百年左右，格、式在法律淵源中逐漸居於主要地位，其中比較著名的有《弘仁格式》（820）、《貞觀格式》（868）、《延喜格式》（907）。在律、令、格、式的成文法體系之外，這一時期實際上還存在若干習慣法，以彌補成文法的不足，大多是關於官廳執行公務程式方面的內容。由於這一時期日本主要是從中國繼受律令制度，所以稱為律令時代。

律令在形式上存續至明治時期，但實質上十世紀中葉就開始受到修改。隨著日本社會發生變化，律令不能適應社會實際的需要，因此，京都的公家政權（朝廷）對律令進行了修改：（1）發佈了稱為「新制」的新的法律；（2）承認了當時民間的一些習慣法；（3）由「明法家」（朝廷的法學家）對律令的條文作了新的解釋。通過這些手段創設了不同於律令的新的法律，雖在形式上仍然尊重律令法，但在內容上實際已

7 大竹秀男、牧英正，《日本法制史》（東京：青林書院新社，1975），21。

臺灣大學學術期刊資料庫

經發生了變化。這樣形成的法叫做「公家法」。

同一時期在地方上出現了稱為「當國之例」、「諸國之法」的「國衙」（地方政府）的習慣法。這些習慣法因地而異。而且莊園領主（「本所」）在莊園內也創立了「本所法」。在武士中間，以自然形成的武士規則為核心內容並吸取以上各法而形成了「武家法」。「武家法」逐漸發達成為中世法的中心內容。

（二）律令學

當初日本全面模仿中國的律令制建立日本法制時，也模仿採用了唐朝的律疏形式，律的條文附有註疏並具有法律效力。可是令沒有註疏。日本在繼受令的時候雖然根據本國國情進行了很大變動，但與過去的習俗還是存在一定的距離，讓人難以理解。因此，在制定《大寶令》時就讓學者對令予以講解。這樣就產生了研究律令的專家，神龜五年（728）在大學寮設置了律學博士（不久改稱明法博士），其後學者輩出。從奈良時代中期至平安初期迎來了律令學最繁榮的時期。

由於律令學學者紛紛闡發各自的學說，圍繞條文的解釋就產生了混亂。天長三年（826）明法博士額田今足上奏建議令的條文也應附加注解，右大臣清原夏野等遵照敕令於天長十年（833）推出《令義解》十卷，並於翌年施行。以後明法博士惟宗直本於貞觀年間（859~877）集明法家的意見及對義解的注解之大成，撰述了《令集解》四十卷。到了江戶時代後期日本仍有許多漢學者研究中國的制度和法律，這方面代表性的著作有：荻生徂徠的《明律國字解》，高瀨學山的《大明律例詳解》和《大明律例譯義》，榊原篁洲的《明律諺解》等。另外還有蘆野德林的《無刑錄》，這是一部研究中國法律思想史的著作。日本不僅繼受了隋唐的律令制，而且也接受了中國法的基本體系——律令格式的學說，這種把法典分為律、令、格、式四部分的獨特體系，是日本明治時代之前把握法律的唯一的理論方法。[8]總之，日本古代的律令學系統採用了

8 高柳真三，《日本法制史》，第1冊，38~39。

臺灣大學學術期刊資料庫

中國的法注釋學的方法，並受到中國儒學的巨大影響。[9]

三、日本古代法文化的發展——中世法、近世法

（一）中世法——鎌倉和室町幕府時期的法律（1192~1603）

一一九二年，源賴朝被任命為征夷大將軍，天皇大權旁落，日本進入了以幕府為中心的「武家政治」時期，被稱為中世。武家政治的特點是，以將軍為首的幕府成為實際上掌握國家最高權力的機關。但京都的朝廷在名義上還保有權威，並且在畿內、西國地區實際掌握權力。幕府當權者在幕府下設立行政、軍事、司法等機構，其重要官職均由「御家人」充任，還派遣「御家人」到基層任「守護」和「地頭」，在將軍與御家人之間形成了主從關係，建立了政治、經濟、軍事、法律的封建網路，從而出現東幕府、西朝廷的二元統治的格局。

鎌倉幕府（1192~1336）初期，朝廷頒布的公家法和調整各莊園內部事務的本所法仍起一定的作用，自鎌倉幕府中期開始，公家法、莊園法逐漸頹廢，武家法則顯著得到發展。一二三二年頒佈的《御成敗式目》是鎌倉幕府時期著名的武家法典，它是依據司法實踐，並參考《養老律令》而製成的。「成敗」乃審理、裁判之意，「式目」則指成文法規，因其制定於貞永元年（1232），故又稱為《貞永式目》。初為五十一條，後通過追加，使條文不斷補充增加，其內容涉及身分、許可權、領地、行政、民事、刑事和訴訟等方面。制定該法的主要目的是明確並加強幕府和御家人之間的關係，在當時並未向全民正式公布，而僅作司法機關審理案件時內部掌握的法律依據。由於該法在繼承《養老律令》法律原則的基礎上，又較多地吸收了武家的社會生活習慣，並且由於當時日本皇權的頹廢，因此使得它在當時的適用範圍極廣，並被普遍認為是武家所有法律的基礎。

9 何勤華，〈試論儒學對日本古代法文化的影響〉，《齊魯學刊》第3期（1996，曲阜）。

臺灣大學學術期刊資料庫

室町幕府（1336~1603）時期，又陸續頒佈過武家法典，如一三三六年《建武式目》等。其後，隨著地方武家割據勢力的加強，各地方的武家法律也不斷出現，如《相良氏法度》（1493）、《伊達氏塵芥集》（1536）、《六角氏式目》（1567）等。但這些武家法典大體上都是在《御成敗式目》的基礎上制定的，在內容上沒有多少創新，而只不過是根據當時的社會情況進行零星的補充而已。

（二）近世法——德川幕府時期的法律（1603~1867）

一六〇三年德川家康（1542~1616）被任命為征夷大將軍，他在江戶創立了「德川幕府」，形成了以江戶為中心的幕藩體制，日本社會進入近世。與鎌倉、室町幕府相比，德川幕府的中央集權統制力極為強大，從一六九三年開始實行鎖國政策，與此相伴，在日本國內出現了持續二百六十餘年的和平局面。在安定的社會狀態下，幕藩體制下的法律日顯重要。其主要法律形式是幕府法和藩法。

就幕府法而言，其成文法初期被稱為「法度」，中期以後多被稱為「御定書」。法度分為四種：武家法度，是幕府為加強對大名（藩主）的統治而制定，最早的是元和元年（1615）的法度，它又被稱為《元和令》，各武家法度後者繼承前者，一脈相承；諸士法度，是幕府為加強對將軍家族的直屬武士的統制而制定，但由於它本質上與武家法度相同，故一六六三年後就不再制定；公家法度，主要是規定天皇和朝臣的權利義務，較著名的是《禁中方御條目》（1615），它形式上規定了天皇享有任命將軍以下的官職和制定、公佈年號之權；寺社法度，即關於管理佛寺、神社的法令，目的是規範寺院的許可權及其內部的活動秩序，防止宗教的勢力危及封建幕府的統治。御定書中最主要的是《公事方御定書》（1742），它在繼承傳統習慣法的同時，又仿照中國的明律，分上、下兩卷，上卷共八十一條，是各種法令和判例的彙編，下卷共一〇三條，通常被稱為《御定書百條》，主要是關於刑法和刑事訴訟的規定，它是幕府刑事法的基礎。該御定書的大部分內容一直沿用到德川幕府末年。

就藩法而言，德川幕府時期，大名在自己的藩內擁有一定的自治權

臺灣大學學術期刊資料庫

力，因此各藩在接受幕府法約束的前提下，可以制定法令，有些藩法實際上就是幕府法在本藩的實施細則，如一八〇九年的《盛岡藩文化律》就是根據《公事方御定書》制定的。其他的藩法還有《仙台藩法禁》、《熊本藩御刑法草書》等。這些藩法大都受到中國明代法律的影響。

四、日本古代法文化的特徵

日本古代法文化大致經歷了上述三個發展階段，應該說在每一個發展階段，它們都具有各自不同的特點。那麼，是哪一個階段的古代法文化對形成日本近現代法文化產生了重要影響，並促使其獨具特色呢？從這個角度來看，近世江戶時代的法文化更具有特殊意義。日本學者一般都把近世法作為分析日本古代法文化特徵的物件，視其為「日本法觀念」的歷史基礎。[10]在分析近世法之前，首先介紹一下中世法的情況，因為正是在從中世至近世的國家體制大幅度轉化過程中，形成了影響日本近現代法文化的傳統法律意識。

（一）中世時期的國家和法律

日本中世的國家是一個縱向分權的國家。鎌倉幕府的第一位將軍源賴朝是依靠獨立性很強的地方領主的支援和幫助才建立了武家政權，地方領主作為幕府的「御家人」構成幕府權力的直接基礎。地方領主大部分以祖傳的領地為基礎建立了自己的軍事力量，他們對自己所領的土地擁有不受幕府控制的支配權，日本學者一般稱之為「家權力」或「家支配權」，在當時，這種家權力是一種正當的國家權力的組成部分。

在這種武士集團分享國家權力的中世時期，在武士階級中逐漸形成的共識、規則，同時也是當時社會上的一般衡平和正義的觀點，被總結為「道理」，而這些道理可以超越幕府權力制定的法律。這是中世法的最重要的特點。鎌倉幕府在審判上就充分表現出這種特點。[11]

---

10 日本法社會學會編，《法意識の研究》（東京：有斐閣，1983），34。

11 植田信廣，〈日本傳統法文化及其歷史背景〉，《中外法學》第4期（1996，北京）。

臺灣大學學術期刊資料庫

1、「悔返勝於安堵」的法理。「悔返」是關於中世時期財產處分的用語，是指已把自己的財產轉讓給別人以後取消該轉讓行為。「安堵」是由幕府等具有公權的機關正式確認某人的財產所有權。在中世時期，父親把他的所領土地轉讓給兒子，兒子就向幕府附上父親給他的轉讓狀申請安堵，然後收到幕府發給的「安堵狀」。經過這些手續才完成土地轉讓。但是，一切手續完成以後，要是父親後悔（悔返）其轉讓，又把該土地轉讓給別人的話，幕府發下的安堵狀就無效作廢了。這就是悔返勝於安堵。這是幕府法的原則之一，而鎌倉幕府的基本法典《御成敗式目》第二十六條上也有明文規定。父親對孩子的支配完全屬於家集團內部的問題，連幕府權力也不能干涉。

2、承認「越訴」。關於幕府司法制度還有一點是不能忽視的，就是在原則上幾乎無限制地允許提出「越訴」。這裏所講的越訴是指不滿意判決的敗訴人提出上訴的行為。和現在的上訴有些不一樣，敗訴一次的當事人即使沒有新的證據也可以反復地申請上訴。只要敗訴人覺得其判決是違反道理，就可以表示反對而要求多次的上訴直到獲得勝訴。這樣，只要當事人沒有自發地接受判決，幕府就無法解決糾紛。這一情況也證明了幕府不得不尊重武士社會的道理，尊重審判的當事人，即地方領主的獨立性。

3、中世的調解。鎌倉幕府的審理中也常見調解，就是「和與」的解決辦法。當時所寫的關於鎌倉幕府司法制度的解說書《沙汰未練書》就有這樣的句子：聰明的人不打官司，而選擇調解；君子之交，和為貴。但是這和近世時期的「內濟」（私下和解）還不一樣，在中世時期，是選擇調解還是選擇法律審理完全由當事人決定。幕府只是根據當事人所選擇的方式來審理。實際上訴訟案件也比較多。而且國家權力不得不面向雙方當事人作為公正的第三者，按照客觀的規範做出判決。

（二）近世法文化的特徵

豐臣秀吉和德川家康實現了全國統一，建立了近世國家體制。這種體制就是由幕府和藩組成的幕藩體制，其特點是：1、幾乎完全解除了中世以來地方領主形成的家權力，除了幕府之外社會上幾乎不存在獨立

臺灣大學學術期刊資料庫

的政治支配權。大名表面上擁有包括立法和徵稅等獨立於幕府的支配權，但實際上卻沒有很大的獨立性，可以說大名只是幕府的地方行政長官。這種關係表現在幕府可以隨意對大名的領土地實行變更（「國替」）和沒收（「改易」）。這種上層權力對下屬擁有絕對優勢的主從關係與中世的情況不同，而且與歐洲中世紀的封建制也有本質區別。2、地方領主的獨立權力被解除了，但是家這個集團形態本身被保留下來，實際上變成了服務於幕府的下層團體。至此，近世國家體制發生了重大變化，武士集團的家權力的獨立性被剝奪了。與中世相比，其中央集權的色彩非常濃厚，當然與近代相比其地方分權的程度要高得多。這種國家體制的變化，成為日本獨特的傳統法律意識產生的背景。下面就介紹一下日本近世法的特徵。

第一，日本著名法制史學家石井紫郎先生認為，在近世幕藩體制下的「法」，僅限於行政、警察關係的內容。[12]這些內容在西歐的君主專制之下，被稱為警察事項（Polizeisache），由總稱為警察規則（Polizeiordnungen）或國家規則（Landesordnungen）的王權條令來規定。但是，與警察事項（Polizeisache）相並列，在西歐同時還存在司法事項（Justizsache），這是關於國家構成成員的權利（Rechte）的事項，屬於法院管轄的範疇，不受國王敕令的規制。亦即，西歐當時被稱為法（Recht）的規範，限於在法院適用的習慣法，警察規則（Polizeiordnungen）不能進入這種法的領域，因此，警察事項（Polizeisache）不是法（Recht）的物件。按照西歐中世紀的法觀念，君主也是國家構成成員之一，他的權利義務與其他（家臣、臣民）成員並沒有什麼質的不同，所以，圍繞君主和臣民的權利產生的糾紛也通過司法事項（Justizsache）來解決，由法院根據習慣法予以調整。[13]然而，在日本幕藩體制下大體相當於警

12 這裏所總結的近世法的特徵，是石井紫郎先生將日本近世的國制和法律與西歐中世紀的國制和法律相對比，而得出的一個具有代表性的見解。參見石井紫郎，《日本人の國家生活》（東京：東京大學出版會，1986），236~241。

13 當時在西歐，佔據法院職位的是歷來享有特權的貴族階層，上述justizsache=Recht與Polizeisache=Polizeiordnugen的對立、並存，就是起源於中世紀的國制，這說明為身份制國家所繼承的國家二元性結構（國王—貴族），即使發展到君主專制時期也未消除。

臺灣大學專利研究中心

察規則（Polizeiordnungen）的規範就是法，而且只有它才是法，根本就不存在權利義務即Rechte的框架內調整身份上的上下之間關係的觀念。在對待平等者的關係上，也沒有西歐那種法觀念，幕藩領主的法院對私人之間的糾紛，不承擔審判的義務，原則上只對自己關心的事項行使審判權。[14]

第二，在法律淵源中，「法度」、「觸書」等體現領主權力的制定法令佔有壓倒性的優越地位，習慣法僅僅在與制定法令不相牴觸的限度內才有存在的空間。這一點同西歐絕對主義王權之下習慣法作為司法事項（Justizrecht）與國王敕令相對峙並抑制其發展的情況形成了鮮明的對照。日本近世的法律格言「非理法權天」就反映了上述情況。「非」指無理的事；「理」指道理；「法」指法度；「權」指權威；「天」指天道。非要服從理，理要服從法，法要服從權，權要服從天。在此表明：社會上的一般觀念即習慣法上的「理」要服從法度，其「法度」又為權力任意創造、修改、廢止。

第三，幕藩領主在不同層次上積極利用習慣法及慣例。這一點看來似乎與上述情況相矛盾，其實，過去的習慣法原封不動地被利用是極其少見的，幕藩領主往往對其進行符合自身利益的改造，使之脫胎換骨適應自己統治的需要。例如復仇作為武士的自力救濟行為，在中世是得到社會承認的，但在近世則取消了自力救濟的成分，被納入公權力的刑罰

當然，絕對主義王權並不滿足這種狀態，國王的敕令事實上逐漸侵入私法領域，法與條令之間的界線也變得不清晰了。但即使如此，國王制定規範之外的領域才是法的範疇，存在這樣的觀念是至關重要的。

14 例如，幕府的裁判有「吟味筋」和「出入筋」兩種審理程式。大體上說「吟味筋」相對於刑事裁判，「出入筋」相當於民事裁判。「吟味筋」是以關係到幕府權力的存在和社會秩序的犯罪案件為物件的，所以受到幕府的重視。與此相反，「出入筋」的對象是與幕府權力沒有直接利害關係的私人之間的紛爭，所以被認為是幕府受到特別的請求而施以恩惠，解決本應是當事人自己解決的事項。可見「出入筋」處於次要的位置。幕府對私人之間的紛爭，即使有起訴也沒有義務一定要裁判。私人沒有請求幕府裁判的當然權利。可以說，幕府只對自己關心的和認為有必要解決的事項進行裁判。如果私人向幕府請求裁判，就會被認為是麻煩長官的無理要求。當時的訴狀也大多有這樣的句子，「雖然很不應該，但還是請求您的裁判。」

臺灣大學學術期刊資料庫

體系之中。幕府只允許符合下列條件的復仇行為：（1）必須是為父母兄長等親屬和主君復仇；（2）獲得主君許可，並由主君告之幕府記錄在案。另一方面，實行復仇又被看成是武士的義務。復仇受到幕府和主君的鼓勵，如果退縮，不僅成為個人的恥辱也玷污了主君的名譽。甚至有人因不為父親復仇而受到處罰。說明當父母或主君被殺，有義務按照幕府規定的程式進行復仇。在此復仇帶有公權力的刑罰權代行者的性質。另外，領主權力不直接過問民間糾紛，鼓勵老百姓私下和解處理紛爭，而在私下和解的過程中無疑要依靠民間的習慣法。

第四，在解決糾紛時，首先考慮的是個別案件的具體妥當性，至於不同案件的處理相互之間是否存在矛盾，在整體上是否具有一致性，則考慮甚少。這一點主要表現在民間糾紛的處理上，奉行個別主義而不是普遍主義。幕藩領主對關係到其統治命脈的事項是依普遍主義加以處理的，如有關刑法的領域，江戶時代中期對過去的判例進行整理，編纂了《公事方御定書》（《御定書百條》），即是例證。但是，在民事裁判准據方面則採取「約法三章」主義，對民事規範不做詳細規定，鼓勵人們通過私下和解處理糾紛，利用習慣法尋求個別案件的具體妥當性，體現了民事裁判的個別主義傾向。在日本，家喻戶曉的大岡越前守的故事就是個別主義審判方式的典型。在《大岡政談》裏記載了這樣一個故事：江戶的一個小孩誤殺了護城河裏的鴨子，幕府的刑法規定殺死鴨子要處以嚴刑，但是大岡拿起死鴨子說：「這個鴨子還有一口氣，把它放生吧。」這樣就救了這個孩子。在特別的情況下用「假話」來做出合情合理的判決，體現了很強的個別主義，也說明了當時老百姓嚮往的理想法官的形象和對審判的這樣一種看法，即只要能得到正當的判決，手段和程式都無所謂。

第五，上層集團的法與下層集團的法之間幾乎不存在緊張、對立的關係。例如，各藩的法或多或少都是幕府法的小型翻版，而且，這並不是出於幕府對各大名的強制，而是各藩自發地效法幕府的結果。村法也被納入領主法的框架內，這一點與西歐農村的習慣法中包含著農民對領主的權利成份，存在著明顯的差別。下層集團的法在這種意義上來看並不是自我約束的法，它只是單純發揮上層集團的法的調控功能。因此，下層集團的法僅處於為上位集團的秩序提供服務手段的位置。這種現象

臺灣大學學術期刊資訊網

與上述制定法令的優位、習慣法的利用，獎勵私下和解並不矛盾，而是彼此呼應的。同時，個別主義的糾紛解決方式，未必就意味著否定普遍主義的法觀念。

第六，社會上各集團的規範相互之間並不存在絕對性的分歧。這一點是幕藩體制社會統一化的結果。在這種社會中，人們並不認為他們的思想、信條因人而異。大家都抱有相同的考慮問題的方法。在這樣一種前提的支配下，人們認為，人類社會本來就沒有對立和糾紛，之所以出現對立與糾紛，是由於某人的不道德所造成的，把產生糾紛本身看成是異常事態。因此，應作出努力尋求對立與糾紛的合理解決方法。在西歐，解決對立與糾紛時重視訴訟程式、尊重程式正義。之所以如此，是因為他們將個人的思想、信條的異質性作為前提，這樣一來，在解決糾紛時難以實質上確立正義標準，只能以程式上的公正來尋求問題的解決。而日本恰恰相反，獎勵私下和解，在民間人們厭惡訴訟，這一點與上述人們對糾紛的理解有很密切的關係。

五、日本古代法文化對近現代法的影響

日本明治維新以後「脫亞入歐」，移植西歐法律走上了法制近代化道路。日本近代法無論在內容還是在形式上都全盤西化，但是，剝去西方法的外衣，呈現出來的卻是日本獨自的法律觀念，導致其在運用上、功能上具有不同於西方法的性質。從中可以看到日本古代法文化對近代法的深刻影響。

其實，日本古代法文化傳統在近代法形成過程中，即對其產生影響。一八七一年日本政府在翻譯《法國民法典》的基礎上，制定出《民法決議》。這是日本模仿西方法律制定的第一部法律草案。由於《民法決議》引入了法國的身份證書制度——承認個人在社會生活中的獨立地位，因此與繼承傳統家族秩序的戶籍制度發生衝突。由此，二者之間的對抗關係，貫穿日本民法典制定史的始終，如何妥善處理日本固有的家族關係的戶籍制度與民法的關係問題，實際上成為日本民法制定的中心

臺灣大學學術期刊資訊網

議題。最終，反映「古來的淳風美俗」的家族制度，被規定在明治民法中，在近代法框架中，重建了固有制度。這種體現江戶時代武士階級家督繼承的家族制度，直到二戰後才得以修改。[15]

日本由法國法學家保阿索那特制定的第一部民法典（舊民法）夭折，其中，傳統法文化與西方法文化的衝突也是重要因素。圍繞舊民法施行問題，延期派提出「新法典敗壞倫常」，堅決阻止以宣揚個人主義、自由主義的法國民法為模式編纂的舊民法如期施行，出現了日本近代法律史上著名的法典爭論。甚至延期派在法典爭論中呼籲：「民法出，忠孝亡」。舊民法延期施行直至廢止是對日本固有法文化與近代西方法文化衝突加以調和的結果。

正如日本法文化學者千葉正士先生所指出的那樣：明治法體制在基本的國家形式與法形式以及法體系的一半內容上，從西歐移植了近代的自由主義原理，其內容的另外一半是對固有法的重建與強化。最為突出的是，作為公法基礎的天皇制有別於西歐帝制，基於傳統創制了適應當時國際環境的特殊權力體制。[16]另一方面，作為私法基石的家制度，仿效以武家為中心的士族傳統創制了特殊的家族制度。明治法體制以固有

---

15 何勤華、曲陽，〈傳統與近代性之間：日本民法典編纂過程與問題研究〉，《清華法治論衡》，第2輯（2001，北京）。

16 在律令國家的權力結構中，並沒有設置約束天皇意志和行為的規定，所以容易造成古代天皇制是一君萬民的專制統治的誤解。但實際上在律令體制中天皇的權力受到豪族的多方制約，在制度上不可能恣意地行使權力。在律令法之中也並沒有把權力集中在天皇的一人手中。例如：（一）在律令國家中，為了使公佈的法令有效，原則上需要發佈公文書，公文書的製造不能由天皇獨立進行，還必須經過政府首腦，也就是中央貴族的同意；（二）律令官員的選用、罷免、升職等都以傳統的家族秩序為前提而世襲的，可按照律令的有關規定自然進行。這樣就幾乎沒有天皇隨意干涉的餘地；（三）皇室對貴族的權力，無論是軍事力量還是經濟基礎都相當薄弱，而且皇室的權力幾乎要全部通過政府來行使，而且政府機構是由全體中央貴族來運營的。參見植田信廣，〈前近代的日本法〉，《中外法學》第3期（1991，北京），72。

明治憲法所確立的天皇制是明治國家為了使自己的權力正當化，而發明、利用以至惡用古代天皇制而產生的結果。其害處是與昭和以來的軍國主義密切相關，形成引發二戰的反民主的權威體制的禍根。參見碧海純一，《現代日本法の特質》（東京：放送大學教育振興會，1991），22。

臺灣大學學術期刊資料庫

法上的這兩個制度為基礎，足以復活其他各種固有制度。這樣，通過移植法的形式，在公法上採用了貴族制度、位階勳章制度和有限選舉制度等等，在私法上採用了地主制度、保證人制度及其他制度。總之，明治法體制，由移植法所觸發，由或明或暗的固有法的力量所推進，締造了特有的法秩序。[17]

日本古代法文化傳統在當今日本社會依然存在，特別是傳統的法律意識仍牢固地潛藏在國民中間，造成日本近現代法出現「紙面上的法律」和「行動上的法律」的分歧。這種現象引起了日本法學者的極大關注，並就此現象紛紛發表見解，其中具有代表性的是川島武宜先生在《日本人的法律意識》這部著作中提出的觀點。[18]川島先生認為，日本人在傳統上欠缺「權利」觀念，日本傳統的規範意識是在義務本位的觀念中，而不是在權利本位的觀念培養起來的。在這種傳統的法律意識背景下，模仿西方審判制度建立起來的日本近代審判制度就難以發揮原有的作用，出現迴避訴訟，用非正式手段解決糾紛，使調解方式制度化等等。

另外，大木雅夫先生在其著作《日本人的法律觀念：與西方法觀念比較》中，[19]認為日本人的權利意識與西方人並沒有根本差別，缺乏權利意識只是一個表面現象。主張日本歷史上一直不存在完善的司法機構，是導致出現上述現象的原因。

總之，要探究日本近現代法律制度運行中的問題，必須回到日本傳統的法文化背景中去才能得出合理的解釋。

*本文初稿曾在「東亞文化圈的形成與發展」國際學術研討會宣讀，2002年6月26~28日，臺灣大學歷史系。

（責任編輯：黃裕元　校對：胡川安　汪正晟）

17 千葉正士，《アジア法の多元的構造》（東京：成文堂，1998），95~96。

18 川島武宜，《日本人の法意識》（東京：岩波書店，1967）。

19 大木雅夫，《日本人の法觀念／西洋的法觀念との比較》（東京：東京大學出版會，1983）。

臺灣大學學術期刊資料庫

The Formation and Development of Japan's Ancient Legal Culture and Its Influence on the Modern Legal System

He, Qin-hua & Qu, Yang

Abstract

Japan's existing legal system was developed on the basis of the legal transplant from the western countries, however, it's different from the western ones, and has its own characteristics. Japan's traditional legal culture still function in the formation and development of it's modern legal system and in the present legal life. Therefore, we should review the history of the formation and development of Japan's ancient legal culture for the purpose of understanding the speciality of its existing legal system.

Keywords: Japan, ancient legal culture, characteristic, influence.

臺灣大學學術期刊資料庫