



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 591

## 日本对外国法的继受与法律用语的选择 ——以公法为中心

大石真著 吴博译

目次

开篇: 对日本的总体评价

一 近代日本对外国法的继受与法律制度的形成

1. 明治时期法典的编纂以及德国法学的支配地位

2. 二战后宪法的制定以及英美法学要素的引入

二 日本法律用语与法令文体的传统和变革

1 明治时期法令文体与用语

2 现行宪法制定后的法令文体与用语

三 近期法律修订的口语化与浅显化

1 90年代主要的法律修定

2 法律用语浅显化的限度

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

结尾：总括与课题

开篇：对日本的总体评价

(1) 日本在明治初期就重视法律条文的浅显化问题，近来又再次强调“让法律贴近普通百姓”正好与召开本次国际学术大会的目的相同。

(2) 在开始我的报告前，先解释一下本次的主题“外国法的继受与法律用语”的含义。这里所指的“法律用语”不是单纯法条上的术语（technical term）而应该理解为法令的用字，用语以及文体的整体，以下将详细论述其理由。

近代日本对外国法的继受及法律用语的选择，基本上是在德国、英国、法国等立宪主义国家间进行模范围准据理论的选择[1]，明治中期以后受到以德国法学为代表的大陆法系的巨大影响。不过，二战战败后，日本实行以美国为中心的占领管理体制，不可否认也受到了英美法的影响。因此，大陆法系与英美法系同时存在。外国法的继受与法律用语的选择可以体现出日本的特点，比如，在法条的文体与用语方面，存在着文语体与口语体，汉字、片假名相交错以及汉字、平假名相交错的现象，这可以说是极具日本特色的。

(3) 以下，首先论述日本对外国法的继受与近代法制度形成之间的关系，然后是法律用语选择与法律文体的传统与变革问题，最后论述最近法律修订后的口语化及浅显化问题。

## 一 近代日本对外国法的继受与法律制度的形成

### 1. 明治时期法典的编纂与德国法学的支配地位

#### (1) 明治初期立宪主义的引入与立宪政体的建立

近代日本对外国法的继受以泰西主义（Western Principle）的形式进行。其目的是为了修改幕府末期到明治初期与西方列强签订的，使日本沦为半独立状态的不平等条约。

因此，日本通过介绍和输入欧洲各立宪主义国家的法律思想、法律制度继受外国法。那末，应该采用何种法律制度，又从哪里寻找立宪政体构想的模范围准据理论呢？具体说来，就是采用法国型还是德意志型的问题。

这场争论因明治14年（1881年10月）的政变而结束。因主张采用英议院内阁制的笔头参议、大隈重信的过失，从而肯定了岩仓具视提出的宪法意见书，确立了德意志政体构想。此时，为了遏制自由民权运动的高涨，1890年发表了设立国会的宣言，这意味着宪法的制定已迫在眉睫。

在这之前设立了“独逸学（德学）协会”。作为半官半民的团体，拥有平田东助、中根重一、山脇玄等一大批优秀的德国派学者，积极翻译和介绍德国书籍。尤其是瑞士法学家（J. C. Bluntschli）的《一般国法学》——其中一部分已作为《国法凡论》出版发行——等一系列德国著作相继翻译出版，前面提到的宪法意见书的起草者岩仓以及之后明治宪法的起草者井上毅都主张奖励德学。[2]

## (2) 明治宪法的制定与法典编纂的时代

如前所述，因1881年发布设立国会的召令，制定宪法已成为首要任务。日本政府在1882年到1883年派遣以参议、伊藤博文为代表的调查团到欧洲各立宪君主国考察宪法。[3]其间，K. Lathgen、C. Rudolph、H. Techow等相当多的德系外国法律顾问受雇来到日本。他们身后当然少不了被称为德学先驱者的东京大学总长加藤弘之以及东京大学法学部长穗积陈重的大力支持。[4]

伊藤回国后，日本政府设立制度调查局（1884年春）、内阁制度、法制局（1885年末）、制定公文格式、各省官制通则（1886年）等，做好了建立立宪政体的各项准备。1887年春，在伊藤的指挥下，井上毅、伊东已代治、金子坚太郎组成的宪法起草小组，以德意志宪法为蓝本起草的宪法草案，经天皇咨询机关枢密院审议通过，成为1889年2月的《大日本帝国宪法》。与此同时，除《皇室典范》之外，还制定了宪法附属法中的《议院法》、《贵族院令》、《选举法》及《会计法》。制定过程中，两名德国法律顾问H. Roesler、A. Mosse发挥了重大的作用。[5]

1890年末，宪法附属法中的《会计检查院法》、《裁判所构成法》、《行政裁判法》以及《民法财产编》、《民事诉讼法》、《商法》、《民法人事编》、《刑事诉讼法》也相继制定。不过，民法典和商法典因法典纷争延期实施，之后又制定了德系新法典。（民法典是1896—1898年，商法典是1899年）

## (3) 公法学界、法制官僚及德意志法学的支配地位

基于前述状况，德系公法权威文献的相继出版也就理所应当了。最具代表性的是《独逸国法论》（1901年，乾正彦、吾孙子胜、松本烝治、菊地驹次合译），《独逸行政法》全四卷（1903年，美浓部达吉译），尤其是后者被行政法名家称为划时代的文献。因此，日本法学家对德国行政法基本概念的把握，如同在空气和水中生活一样的熟悉。[6]

与此相反，几乎没有受英美法系的影响，以英美法为专攻的法学者也很少。虽然制定了1922年的《信托法》、《信托业法》以及1923年的《陪审法》，但其陪审制度也不是英美制度，而是经由法国、德国被大陆法化的制度。[7]

另外，有关法学界、学说与法制官僚、实务的关系。“在日本，学说与实务的关系曾经与大陆法系相同。也就是有学识的法学家与法律实务家共同协作，或是由学者创制、解释法，由法律实务家负责法律的具体适用”。[8]由此可以说，法学中的基本概念大致适用于实务中的法律用语。

## 2. 二战后宪法的制定与英美法要素的引入

### (1) 占领管理体制以及日本宪法的制定

1945年8月战败的日本，到1952年4月一直被以美国为主的联合国军队占领，称为“占领管制”。为实现对日本的国家改造，实行新的方式，日本宪法体制、政治体制的改革由联合国最高司令官总司令部的民政局（Government Section）担当，实际为美军政府所控制。

其结果是改变以德意志、大陆法系法律制度为基本的日本法律制度和法律体系。1946年11月公布的现行日本国宪法，来源于民政局采用美国法律用语制定的《麦克阿瑟草案》（1946年2月13日）。作为日方代表，亲身体会宪法制定过程的法制局长次伊藤达夫，阅读宪法时说“无法想象的内容，完全是异国样式的条款，受到很大的震惊。”[9]

这里所说的“异国样式”除象征天皇制，放弃战争、一院制内容，还有“生命、自由权”，“追求幸福”等传统法条中不可能见到的人权条款。

### (2) 对英美法系的继受及英美法思考的引入

如宪法制定过程中所表现的，美国法律及英美法系的影响必然侵入到日本的实定制度中。实际上，与日本国宪法同时实行的《皇室典范》、《内阁法》、《财政法》、《裁判所法》、《地方自治法》、《国会法》等宪法的附属法，也是英美法知识牢固的总司令部与毫无基础知识的日方交涉的产物。尤其是1948年制定的新《刑事诉讼法》，与明治宪法体系下由刑法专家基于欧洲大陆法系职权主义制定的《刑事诉讼法》不同，而是大量采用英美法系的当事人主义原则。[10]

此过程虽然可以看作是大陆法特有的“学说主导型”与习惯法上的“实务主导型”的结合，[11]但至少在公法领域，对英美法的理论、思考的引入以及法律制度的运用，还都是采用传统的学说主导型。原因很简单，与法律制度运用密切相关的，第一线上的裁判官及法制官僚都是受过德意志或大陆法法律用语训练的，不像今天，是通过法实学家研究外国法制和经由实务界继受外国法的。[12]实际上，直到1950年英美法学者的研究成果才相继发表（高柳贤三的《司法审查制度研究》以及末延三次的《隐私研究》）。总体看来，50年代掀起了一股美国法热潮。[13]

### (3) 对英美法系关注的高涨

随着对英美法相关知识的深入了解，日本国宪法采取美国型违宪立法审查制度，即司法审查制度。另外因《日美安全保障条约》，致日美关系日益密切，具体表现在以下具体方面：

首先继1952年高柳贤三、末延三次编写的《英美法辞典》发行之后，在1964年创立“日美法学会”，以英美法学者为中心，包括实定法学家，实务家。现在，日美法学会已超过900人，是继日本公法学会，比较法学会之后规模最大的学会。1991年，出版了最能体现英美法研究成果的由田中英夫编写的《英美法辞典》（东京大学出版社）。至此，英美法的相关知识概念在明治宪法时期直至现行宪法实施不久，无论是在学界还是实务界，都可以说已经渗透到日本的法律制度和国民生活之中。

## 二 日本法律用语与法令文体的传统与变革

### 1 明治时期法令的文体与用语

#### (1) 以汉学要素为基础的德意志用语与片假名、汉文调的文体

在早于明治2个世纪之久的江户时代，基本上用通用文书写，明治之后使用汉文体。因为“明治维新后，政府中的有权者多出身于汉学，文体由以前的通用文转为汉文，...用语也转为汉文...另外，...用字也由平假名转为片假名...” [14]

如前所述，因德学的振兴与影响，德意志式的法律用语相继翻译，末弘严太郎、田中耕太郎编写的《法律学辞典》全四卷（岩波书店，1935—1936年）可称为德国法律用语的总概括。

另外，汉文独特之处也因法律学科而不同。分为以中古之律为基础的纯汉文调的刑法系，以庄重峻严为本的宪法系和追求通俗浅显的民法系三类，这不仅仅是文体的差异，假名的标注方法以及助词的用法亦各不相同。[15]

刑法学家小野清一表示，片假名、汉文调的法条“是传统律令与德国概念法学的交融，应力求刚美。” [16]

## (2) 法令用语浅显化的努力

虽然在明治初期1875年2月4日的太政官17号通令，强调“为辨明事理，应注意尽量使用浅显的文字”，不过之后法令的形式基本没有太大的改动。穗积陈重在明治宪法制定后于1890年出版的《法典论》中，指出“法典的文章用语应浅显简明，让大多数人能得到统一的认识”，[17]另外在1924年出版的《法律进化论》中，也指出“随着社会的进步法律的文章用语由难到易”，“简单易懂的法律是民权的保障”。[18]

半个世纪后的1926年，再次发布了有关改善法令形式的内阁训令，强调“法令用字、用语以及文体，应尽量简明易懂，一读便可了解其中的内容”，“今后的法条不能力求简约，而应详尽论述所涉及的内容，使其明了易懂”并且“法条的记述，应以实用、恳切为宗旨整理排列其内容”，“总之，法令在国民的遵行及利用中，为做到便于理解，应力求浅显明、恳切周到，不要仅流于形式之美”。

当然，此次努力改正的只不过是片假名的使用而已，但即使说今天的立法正是遵照此次内阁训令的内容而制定的也过不过分。

## 2 现行宪法制定后的法令文体与用语[19]

### (1) 表现社会变革的英美法律用语

如前所述，日本国宪法的制定可以说是日本社会变革中的一个重要环节。其间，“日本法的新变革，...尤其是新宪法是受到英美法系很大的影响”。[20]因此，在使用传统的法律用语时，使用英美法术语也就是大势所趋了。

在占领管理体制下，对总司令部用英语起草的现行宪法草案以及各种法令案内容的理解，虽有翻译，但英美法的基本知识也是必不可少的。在宪法的制定过程中，日方对《麦克阿瑟草案》中的“生命、自由的权利”，“幸福的追求”存在的疑惑前面已有所论述，而围绕着宪法第77条的解释的争议，即是否承认最高裁判所规则制定权，体现出与大陆法传统的对立。

采用美国型的违宪立法审查制度（付随的违宪审查制）及对英美法知识关心的高涨的同时，尤其是在宪法学、公法学领域，法的支配，适当手续以及自然正义这些英美法上的基本法律用语自不必说，像宪法判断回避准则、政治问题、司法判断的适合性、立法事实等来自美国型宪法诉讼论的概念，今天已被广泛运用，也是代表性宪法教科书中必有的概念。[21]

### (2) 片假名、口语体的标记法的采用

法条采用平假名、口语体标记法的契机就是1946年4月7日现行宪法草案的公布，由平假名、口语体组成。翌日，以内阁书记官名义发布的“有关各官厅文书文体”通牒中强调“今后各官厅所用文书及新制定（包括全文改正）的法令文体，用语、用字、标点符号等，一律依照此次发表的宪法修正草案，尽量达到力求浅显化。[22]

因此，不仅仅是前面提到的《皇室典范》、《内阁制》、《财政法》、《裁判所法》、《地方自治法》、《国会法》等宪法附属法，全面修改后的刑事诉讼法，也全部采用平假名、口语体的标注。不过，也应注意出现了有特殊标记的法典，即宪法第24条“以个人尊严及两性的实质平等”为基础的婚姻，家庭生活方面的法律。全面修改民法典中基于所谓家族制度，限制妻子的行为能力的亲族编及继承编时采用了新的标记法。明治时期制定的财产法诸规定（第1—124条）全部使用片假名、文语体。1947年制定的新亲族编、继承编的条文（第725条—1044条）全部使用平假名、口语体，出现了新旧标记法混存的现象。（资料参考，有关修定情况在后面将有所论述）

与此同时，宪法附属法之一的《裁判所法》（1047年）中的标注条文（索引）受到注目。在今日，条文检索一般化，有助于理解法律，而《裁判所法》应是一个最初的典范。

### （3） 内阁法制局的作用

在此陈述一下与法律用语、法令用字、文体相关的内阁法制局的作用。内阁法制局是内阁的辅助机关，负责审查内阁向国会提出的法律草案及内阁制定的政令案，在整个过程中起到使法令用语浅显化、统一化的重要作用。

内阁法制局历史悠久，其前身是1885年创设内阁制度时设立的法制局，并且可以追溯到1882年秋设立的参事院。当时的工作人员极少，现在总共74人中，除内阁法制局长官1人，同法制次长1人之外，负责法令案审查的参事官（从各省厅抽调）仅仅24人，[23]都是极有权威、各省厅的立案负责人，需要接受严格的训练。

其职权范围由《内阁法制局设置法》第3条规定，包括审查事务即“负责审查内阁议定的法律案、政令案及条约案，并提出意见，添加必要的修正，上交内阁”（1号）以及意见事务即“向内閣及内阁总理大臣以及各省大臣陈述有关法律问题”。[24]其中，审查事务基本由各厅分别担当，意见事务由第一部掌管。（《内阁法制局设置法》实施令第1条）

内阁法制局出于尽量将晦涩难懂的法令用语浅显化的目的，首先在1954年制定了《改善法令用语的实施要项》（1976年1月改正）。比如，将“临检”替换为“立入检查”等向各省展示。另外，1976年10月为了统一行政机关的公用文，事务次长会商议“有关公用文的汉字使用”，以内阁法制次长通知的形式作出“有关法令的汉字使用等”的决议。并在1985年12月，审查法律案，政令案时定立了《法令浅显化方案》。[25]

## 三 近期法律修订的口语化与浅显化

### 1 90年代主要法律的修订

#### （1） 民事法律法规

如前所述，与转换宪法体制密切相关的公法，很早就推进平假名和口语体化。与此相对，从明治宪法制定初始就一直使用片假名和文语体，很早就呼吁应及时改善的民事法规，虽与国民生活密切相关但因牵扯着内容修正的问题，现代化迟迟未能进行，但最近10年有了很大的变化。

首先，民事关系中的借地借家法（1991年）的三部法律，即1909年制定的《建筑物保护法》，1921年制定的《借地法》和《借家法》本来用片假名、文语体书写，但现在用平假名、口语体而受到注目。5年之后的1996年，全面修改诉讼制度根本的《民事诉讼法典》（1996年法律109号）将1890年制定的用平假名、文语体书写的旧法典口语化的同时，修改了限制上告理由的内容，也有很大影响。

如前所述，推进有独特标记法的《民法典》以及1899年制定时用片假名、文语体书写的《商法典》（全851条）（有关附则在1948年修改时已采用平假名、口语体标记）的现代语化，也提到了议事日程上来。

## （2）刑事关系法规

刑事方面，用片假名、文语体书写的1907年旧法典已全部口语体化，新《刑法典》于1995年公布。新旧法典在内容上虽无太大变更，但从下面的具体例子中，就可以看出现在采用的是非常易懂的标志方法。比如有关内乱罪，旧法典第77条规定“以颠覆政府，破坏邦土，紊乱朝政为目的的暴动分子”，而新刑法第77条规定“以破坏国家的统治机构，并在其地方排除国家权力为目的，以及宪法规定的其他破坏统治秩序的暴动分子”。再比如，第21章的“诬告”罪，现行新刑法规定为“以使他人受刑事或者惩罚处分为目的，作虚假的告诉、告发或者其他申告的。”事实上因1961年公布的《修定刑法准备草案》中已采用口语体，所以在现代语化这一点上，可以说《刑法典》已取得了实际的成绩。

## 2 法律用语浅显化的限度

### （1）现代生活与规律内容的复杂化

因前述的修定工作，基本六法，也就是宪法、民法、刑法、商法、民事诉讼法及刑事诉讼法最终将全面实现现代语化。日本正具体而逐步的实现司法制度改革构想。与制度改革同步，对平民百姓来说，法律已成为日常生活中重要的部分。[26]

为了“让法律贴近国民”，推进法令文体的平假名、口语体及浅显化。而另一方面，现代法中的规范内容日益复杂化，法律用语的浅显化也是存在着一定的困难。

实际上，如前所述很早就倡导法典文章用语的浅显简明。穗积陈重主张“简

明法条是法治主义的基本”，同时也指出“尽量不使用晦涩的文辞，但法律上的

惯用术语，因其意义恒久确定，应将其取代通俗用语。”[27]

### （2）特殊部门的法律用语问题

另外，规制法律想避开其部门的特殊性是不可能的，也就是说对此种法的规制必然要采用其部门的特殊用语。在这种情况下，如一般国民缺乏与之相关的基础知识，那么对法条的理解肯定很吃力。从这点来说，法律用语的浅显化也是有一定限度的。

举个例子来说，今年兴起的有关生命工程的立法，也就是《克隆技术规制法》（2000年法律146条）——正确的表示为“有关规制克隆人技术的法律”——规定，“任何人都不能将克隆人胚胎、人与动物交杂胚、人畜融合胚或者人畜集合胚移植于人或动物的胎内”，诸如此类即使参照各种定义的规定，一般国民也很难理解其含义吧。

(1) 明治时期在日本对外国法的继受以及法律用语的选择中，德意志法制度作为模范国、模范理论处于支配地位。二战后，占领管理体制下的社会变革中，日本对英美法继受或对英美法律用语选择，其结果形成了大陆法系与英美法系同在的状态，但是法律制度的运用方面并没有引起太大的混乱。

(2) 我认为很有必要明确区分法条的平假名，口语体化和法律用语的浅显化要求。今天，法条从片假名、文语体向平假名、口语体的转变已很明确，但法律用语的浅显化无论是说还是实施都是很有难度的。

因此，在国民主权的理论下，国政担当者不要单纯的“让法贴近国民”还要积极的“让国民走近法律”，这更为重要。但这种走近法律的公民意识要通过各种机会（主要是学校教育）来培养。从这一意义上来说，保证国民国语能力是最基本的问题。

---

[1] 山室信一：《法制官僚时代》，木铎社1988年，参照第一章。

[2] 具体请参阅大石 真：《日本宪法史》，有斐阁1995年，第65页。

[3] 当时，伊藤倾听德国公法学家R·Gneist和奥地利国家学者L·Stein的讲议，尤其很赞同L·Stein的观点。参照龙井一博：《德意志国家学与明治国制》，1999年，第133页。

[4] 坚田 刚：《逸学会协会与明治法制》，木铎社1999年，第37页。

[5] 回答日本政府要人的众多疑难问题。参照国学院日本文化所编：《近代日本法制资料集》第1卷—第7卷第10卷，东京大学出版会，1979年—1984年、1988年。

[6] 贝修一，园部逸夫：《日本行政法》，1999年，47页。

[7] 田中和夫：《英美法概说》再订版，有斐阁1981年，第5页。陪审制度在1943年战争中被停止。

[8] 园部逸夫：《公法领域中的外国法继受》同《最高裁判所十年》有斐阁2001年，第310页。

[9] 佐藤达夫、佐藤功：《日本国宪法成立史·第3卷》有斐阁，1994年，第16页。

[10] 团藤重光：《法学入门》，筑学书房，1973年，第54页。

[11] 碧海纯一、伊藤正巳、村上淳一：《法学史》，东京大学出版会，1976年，第19页。

[12] 前掲・园部：《公法领域对外国法的继受》同《最高裁判所十年》，参照第312页

[13] 田中英夫：《英美法总论》（下）东京大学出版会，1980年，第654页。

[14] 内阁制度百年史编辑委员会：《内阁制度百年史》（上卷）大藏省印刷局，1985年，第629页。

[15] 同前，《内阁制度百年史》（上卷），第629页。

[16] 参照松尾浩也、盐野宏编写：《立法的浅显化》，信山社，1997年，第29页。

[17] 穗积陈重：《法典论》，第183页。

[18] 穗积沉重：《法律进化论》（第2册），第300页。

[19] 同前，《内阁制度百年史》（上卷），第631页。

[20] 同前，团藤：《法学入门》，第54页。

[21] 芦部信喜：《宪法诉讼理论》，有斐阁（1973年）

[22] 同前，《内阁制度百年史》（上卷），第628页。

[23] 总人数，1885年是53人，1890年是55人，1948年是69人；参事官，1885年是20人，1952年是17人。

[24] 法治局直接提起的草案很少（2号）。最近，用文书回答各省厅有关法令的解释显著减少，而用电话口头回复的居多。

[25] 以上参照宫岐理壹，《从立法实务制度看法令浅显化》，松尾浩也、盐野宏编写：《立法的浅显化》，第51页。

[26] 松尾浩也，盐野宏：《立法的浅显化》，参考第106—107页

[27] 穗积陈重《法典论》，1890年，第185—186页。

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)