

УДК 340.5

DOI 10.36511/2078-5356-2020-4-19-29

**Романовская Вера Борисовна**  
**Vera B. Romanovskaya**

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского (603950, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23)

doctor of sciences (law), professor, head of the department of theory and history of state and law  
National Research Lobachevsky Nizhny Novgorod State University (23 Gagarin av., Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603950)

E-mail: vera\_borisovna@mail.ru

**Пужаев Владимир Владимирович**  
**Vladimir V. Puzhaev**

преподаватель кафедры трудового и экологического права

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского (603950, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23)

lecturer at the department of labor and environmental law  
National Research Lobachevsky Nizhny Novgorod State University (23 Gagarin av., Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603950)

E-mail: notionn@mail.ru

## **Обычай и разум как источники японского права в эпоху Мэйдзи**

### **Custom and reason as sources of Japanese law in the Meiji era**

В статье исследуется вопрос о роли и значении обычая и разума (*jōri*) в системе источников японского права эпохи Мэйдзи. Определяются контекст и особенности введения западных понятий «обычай» и «обычное право» в японский юридический оборот. Основное внимание уделяется изучению положений декрета Дадзёкана от 8 июня 1875 года № 103, ставшего ключевой вехой в регулировании источников японского права в Новое время. Декрет № 103 закрепил новые правила отправления правосудия японскими судебными учреждениями при рассмотрении гражданских и уголовных дел. В контексте исследования содержания документа приводится обзор основных комментариев японских ученых относительно идейных истоков и предпосылок появления статьи 3 данного декрета. Статья 3 примечательна тем, что она впервые на официальном уровне закрепила иерархию источников японского частного права, определив обычай и разум (*jōri*) в качестве факультативных источников, используемых судом в отсутствие подходящей для разрешения спора нормы закона (т. е. в случае пробела в позитивном праве). В этом отношении статья 3 явилась исторической

предшественницей знаменитой статьи 1 Швейцарского гражданского уложения 1907 года. На основе изучения зарубежной литературы было установлено, что идейным вдохновителем статьи 3 декрета № 103 (по одной из распространенных версий) принято считать выдающегося правоведа-компаративиста Гюстава Буассонада де Фонтараби, который прибыл в Японию в 1873 году по приглашению правительства Мэйдзи для оказания помощи японцам в модернизации их национальной правовой системы. Пользуясь безусловным уважением в стране пребывания, профессор Буассонад на долгие годы стал активным проводником идей и принципов французского права на территории японского архипелага. Несмотря на тот факт, что проект Гражданского кодекса Японской империи, подготовленный Буассонадом, так и не вступил в юридическую силу, на практике он активно применялся японскими судами в качестве *ratio scripta* (писаного разума и справедливости), о которых гласила статья 3 декрета № 103. С принятием в 1898 году нового Гражданского кодекса Японии влияние проекта Буассонада в качестве факультативного источника права фактически прекратилось. Вместе с

© Романовская В.Б., Пужаев В.В., 2020

тем, многие положения и идеи кодекса Буассонада нашли себе место в структуре нового Гражданского кодекса, так что отныне японские суды могли использовать их в качестве норм действующего позитивного права.

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00034 «Правовые воззрения Гюстава Буассонада де Фонтараби и рецепция французского права в Японии».

**Ключевые слова:** сравнительное право, Буассонад, источник права, обычай, разум, Мэйдзи, японское право, пробел в праве, естественное право.

The article explores the role and meaning of custom and reason (*jōri*) in the system of sources of Japanese law in the Meiji Era. It defines the characteristics of the introduction of Western concepts of custom and customary law into Japanese legal circulation. The focus is on studying the provisions of the Dajōkan Decree no. 103 dated 8 June 1875, which was a key milestone in the regulation of sources of Japanese law in the modern age. The Decree no. 103 established new rules for the administration of justice in civil and criminal cases before Japanese courts. In the context of studying the decree, the article provides an overview of the main comments made by Japanese academics on the preconditions for the emergence of Article 3 of this legal document. Article 3 of the Dajōkan Decree is noteworthy in that it formalised the hierarchy of sources of Japanese private

law for the first time, defining custom and reason (*jōri*) as optional sources of law used by the court in the case of a gap in positive law. From this point of view, Article 3 of the decree was the historical predecessor of the famous Article 1 of the 1907 Swiss Civil Code. In the article, it was also found that the inspiration for Article 3 of the Decree no. 103 was the outstanding French comparator Gustave Boissonade de Fontarabie, who came to Japan in 1873 at the invitation of the Meiji government to help the Japanese modernise their national legal system. With unconditional respect in his host country, Professor Boissonade became an active promoter of the ideas and principles of French law in the Japanese archipelago. Despite the fact that the draft Civil Code prepared by Boissonade has never entered into force, it has been actively used in practice by Japanese courts as “written reason and justice”. With the adoption of the new Japanese Civil Code in 1898, the influence of the Boissonade draft as an optional source of law effectively ceased. However, many of the provisions of the Boissonade Code found their way into the structure of the new Civil Code, so that Japanese courts could now use them as norms of positive law in force.

**Acknowledgments:** The reported study was funded by RFBR, project number 20-011-00034 “Legal views of Gustave Boissonade de Fontarabie and the reception of French law in Japan”.

**Keywords:** comparative law, Boissonade, source of law, custom, reason, Meiji, Japanese law, gap in law, natural law.

На правовой карте мира Япония занимает весьма примечательное и самобытное место, связанное с особенностями исторического развития ее правовой системы. Феномен современного «японского права» восходит своими корнями к событиям второй половины XIX века, когда в результате падения феодального режима сегуната Токугава и восстановления политической власти императора Япония вступила в новую фазу цивилизационного развития. Являясь отражением успешной юридической трансплантации, сегодня японское право считается образцовым примером согласования заимствованных у Запада моделей правового регулирования с традиционными положениями конфуцианской этики, которая проникла на японские острова из соседнего Китая задолго до революции Мэйдзи.

Начиная с 1868 года японская правовая культура формировалась под определяющим влиянием западной правовой культуры, а Франция оказалась первой европейской страной, к которой империя Микадо обратилась за помощью в вопросах масштабной модернизации

своего национального права. Уязвимое международное положение Японии, обусловленное военным давлением западных держав и навязанными в период *бакумацу* неравноправными договорами (*Ансэй дзэяку*), а также трудности формирования в стране системы капиталистических отношений потребовали от правительства Мэйдзи решительных действий по созданию нового прогрессивного правопорядка.

За сравнительно небольшой период времени Япония из отсталой феодальной страны превратилась в одно из самых могущественных и передовых государств мира. Прогресс затронул практически все важнейшие стороны общественной жизни, включая сферу правового регулирования. Для компаративистов опыт Японии примечателен тем, что стремительное приобщение страны к новым формам правовой регламентации было осуществлено «без радикальной ломки устоявшихся традиций, без болезненного отказа от привычного образа жизни, но на основе гармоничного усвоения и логической трансформации принципов и ценностей прошлого, благотворного синтеза своего и чужо-

го, старого и нового. В этом отношении Япония оказалась уникальным феноменом Востока, и эту уникальность она продолжает демонстрировать в наши дни» [1, с. 217].

Революция Мэйдзи открыла новую главу в японской юридической истории: именно в этот период был заложен фундамент современного японского права и определена иерархия его источников, которая с некоторыми изменениями продолжает существовать в Стране восходящего солнца и поныне.

До осуществления масштабной вестернизации система японского права не отличалась исчерпывающей полнотой, японские законы зачастую были несовершенны и содержали множество пробелов. Часто при рассмотрении спора японские судьи сталкивались с ситуацией отсутствия подходящей нормы закона в действующем позитивном праве. Обычаи, которые ранее доминировали в повседневной жизни японцев, постепенно выходили из употребления, а сфера их применения становилась все более ограниченной [2, р. 222; 3, р. 196].

В этих условиях на восьмом году эпохи Мэйдзи, а именно 8 июня 1875 года, был обнародован известный декрет Большого государственного совета (Дадзёкана) № 103 под названием «Сайбан дзиму кокороз», которым устанавливались новые правила отправления правосудия при рассмотрении уголовных и гражданских дел. С учетом того, что на момент издания акта в Японии отсутствовала четкая система разделения властей, этот декрет был вполне сопоставим с законом, так что даже в юридической литературе он нередко именовался подобным образом. На русский язык вид данного акта также иногда переводится с использованием термина «указ». Необходимо отметить, что в иностранных источниках чаще всего встречаются обозначения в виде «*decree*» (англ.) и «*décret*» (фр.), которые могут иметь следующие значения: декрет, указ, постановление, решение, приказ.

В статье 1 декрета устанавливался общий запрет на отказ в правосудии. Любой суд должен был без промедления судить в соответствии с законом как по гражданским, так и по уголовным делам. Приостановление производства по делу с целью направления запроса в вышестоящие инстанции о возможных трудностях разрешения спора не допускалось, за исключением случаев, когда речь шла о вынесении смертного приговора или применении наказания в виде пожизненной каторги.

Статья 2 имела чисто процессуальный характер, наделяя судью правом не давать объ-

яснений осужденному, который выражал свое недовольство вынесенным приговором, и одновременно возлагая на суд обязанность разъяснения осужденному его права на подачу апелляционной или кассационной жалобы на решение суда в установленные законом сроки.

Статьи 4 и 5 были посвящены вопросам ограничения круга источников японского права. Закреплялось, что ни судебные решения (ст. 4), ни административные инструкции, данные административными органами по конкретным делам (ст. 5) источниками права не признаются.

Знаковый характер имела статья 3 декрета, которая в сравнении с иными перечисленными статьями оказалась настоящим прорывом в японской юридической истории. Данная статья определила общий перечень источников японского частного права, установила иерархию между ними и критерий отправления правосудия по гражданским делам. Из текста статьи следовало, что судьи, рассматривающие гражданские дела, в отсутствие писаного закона (т. е. при наличии пробела в праве) могли выносить решения, руководствуясь нормами обычного права, а в случае отсутствия последних — на основе обращения к *дзёри* (встречаются различные транслитерации термина на латинице — *jōri*, *jory*, *jōri* или *jyori*).

Обычай как источник права представляет собой правило поведения, сложившееся в результате постоянного и единообразного повторения членами определенной социальной общности, сочетаемого с наличием у них убеждения в правовой необходимости такого повторения. Принято считать, что обычаи имеют внесударственное происхождение, так как они не устанавливаются никаким государственным органом, а являются своего рода проявлением закона социальной инерции, следствием воспроизводства и усвоения тех или иных моделей поведения людей. На протяжении тысячелетий обычай выступал неотъемлемой частью социальной жизни различных народов. Хотя распространение обычаев в качестве источника правового регулирования в современных правовых системах неуклонно снижается, он по-прежнему играет незаменимую роль в отдельных сегментах права, институтах и отраслях.

Сами термины «обычай» и «обычное право» (в их современном юридическом значении) появились в Японии в результате введения в Стране восходящего солнца западных юридических понятий во времена модернизации правовой системы, предпринятой после реставрации императорской власти. В домэйдзийскую эру

японцы не воспринимали обычай как правовой источник, вырастающий из потаенных глубин народной жизни. Характерное для немецкой исторической школы понимание права как органического самораскрытия народного духа было чужеродной идеей для правовых систем Дальнего Востока [4, р. 65]. Задавшись целью спешно кодифицировать японское право по канонам западного мира, японские юристы и политики столкнулись с необходимостью адекватной передачи на национальном языке чужеземных юридических выражений. Создание релевантного терминологического глоссария для передачи смысла идеологием, концепций и категорий западного права стало одной из первоочередных задач, с которой пришлось столкнуться ученому сообществу Японии. В отсутствие специализированных юридических словарей японские интеллектуалы эпохи Мэйдзи выступили настоящими первопроходцами в деле согласования «латинского» языкового богатства с особенностями иероглифической письменности Японии. В этой нелегкой работе сполна проявились трудолюбие, усердие и упорство, которые традиционно считаются отличительными метками японского национального менталитета.

Создание языковых эквивалентов для терминов «обычай» и «обычное право» можно рассматривать как лексическое изобретение японских юристов. С одной стороны, правоведы эпохи Мэйдзи были известны тем, что использовали для обозначения обычая несколько различных понятий, не проводя между ними каких-либо серьезных разграничений, иногда используя их как взаимозаменяемые. Речь идет о таких понятиях, как «обычай» (*kanshū*), «привычки» (*shūkan*), «практика» (*kankō*), «древние традиции» (*kyūkan*) [4, р. 74]. Вместе с тем, при более скрупулезном анализе становится ясно, что понятие *shūkan* использовалось японцами для общего обозначения обычая, для перевода таких слов, как *us* и *coutume*. Те же символы, но имеющие иной порядок, образовывали термин *kanshū*, который был более предпочтителен для употребления, когда речь шла об обычае в специально-юридическом смысле. С этой точки зрения, выражение «обычное право» (*kanshū-hō*) появилось путем соединения элементов лексических единиц «обычай» (*kanshū*) и «закон» (*hōritsu*) [5, р. 127—128].

В зарубежной науке имеются и иные точки зрения по вопросу о роли обычая в правовой системе Японии времен Мэйдзи. Специалист по японскому и корейскому праву М. Сонг-Хак Ким в ходе изучения источников японского гражд-

данского права отметила, что до эпохи Мэйдзи не существовало народных обычаев, признаваемых официальным источником судебных решений. Старые законы Токугава не рассматривали народные практики в качестве права. Правовой централизм, то есть идея, согласно которой государство сообщает силу праву, была характерной чертой восточноазиатской правовой традиции. По мнению Сонг-Хак Ким, составители декрета № 103 понимали под обычаем традиционный правовой порядок и решения правительства Токугава, а не народные обычаи, не обычаи и нравы, соблюдаемые частными лицами. В первоначальном проекте декрета использовался термин *shūkan-hō*, который позже был заменен термином *shūkan*. Разница между ними состояла в том, что под первым понимались письменные государственные законы, а под вторым неписанные правительственные правила [4, р. 66—74]. В любом случае в первые годы Мэйдзи наблюдалась значительная путаница и неясности, связанные с тем обстоятельством, что на третьем месяце правления императора Муцухито им была официально провозглашена так называемая Клятва пяти пунктов (*гокадзэ:но госсэймон*), которая определяла государственно-политические ориентиры Японии на грядущие годы. В положении 4 Клятвы закреплялся отказ от старых, отживших обычаев страны и декларировалось стремление нации к тому, чтобы отныне следовать по великому Пути Неба и Земли (т. е. в соответствии с вечными принципами справедливости). Подавление злых обычаев прошлого стало одним из основных направлений правовой реформы в эпоху Мэйдзи. Однако цель преодоления феодального прошлого сочеталась с движением за возврат к традициям древней Японии.

Западная концепция обычая вызвала интерес политической элиты Мэйдзи именно поэтому. Лидеры Мэйдзи стремились построить в стране новый правовой порядок, но также нуждались в правовых инструментах, могущих послужить символом преемственности традиционно японских ценностей. Получившие образование в ведущих странах Европы, японские юристы были увлечены идеей обычая. Они адаптировали теории обычая, которым их научили западные профессора, под нужды национального развития своей страны.

С принятием декрета Дадзэкана № 103 японцы всерьез озаботились сбором и исследованием местных обычаев страны. Еще 7 января 1875 года министр юстиции Оки Такато дал поручение, обязывающее все суды, подведом-

ственные министерству, направить в регионы должностных лиц для изучения местных обычаев и законов Японии и представить отчет о полученных результатах в Токио к марту 1875 года. В следующем году в Департаменте гражданского права при Министерстве юстиции было создано специализированное подразделение — Бюро по изучению местных обычаев. По итогам кропотливой работы ведомства было подготовлено и выпущено два тематических сборника обычного права в 1877 и 1880 годах соответственно. Однако стоит отметить, что японские правоведы, занимавшиеся вопросами кодификации, рассматривали данные коллекции обычаев скорее как компиляцию пережитков феодальной системы, чем как сумму народных традиций, имевших действительную юридическую силу [4, р. 77]. Пренебрежение к опубликованным сборникам достигло наивысшей точки во взглядах известного японского юриста, одного из основных составителей гражданского кодекса Исобэ Сирё (1851—1923), который не только заявил об опасности данных компиляций для «архитектуры» новых японских кодексов, но и поставил под сомнение правдивость содержащихся в сборниках положений. О том, что названные сборники обычаев токугавской эпохи не воспринимались всерьез, свидетельствуют воспоминания американского юриста Джона Генри Вигмора, находившегося в те годы в Японии с целью преподавания курса по общему праву (*common law*) японским студентам. Когда в 1890-х годах Вигмор вознамерился изучить содержание названных сборников, то японские коллеги всячески пытались отговорить его от этой «нелепой и абсурдной затеи» [5, р. 130]. Труд Вигмора увидел свет в 1892 году, став таким образом первым шагом на пути признания значимости изучения обычаев домэйдзийской Японии. Потребовались годы, прежде чем японские юристы вновь заинтересовались историей обычного права своей страны.

На исходе XIX столетия юридическая сила обычая была повторно подтверждена законом Хорэй (*Hōrei*), более известном западной публике под названием Закона № 10 от 1898 года «Об общих правилах применения закона». В соответствии со статьей 2 документа устанавливалось, что «обычаи, которые не противоречат публичному порядку или добрым нравам, имеют силу закона в той мере, в которой они разрешены законом или подзаконными актами, или когда они затрагивают вопросы, не предусмотренные законом или подзаконным актом». В 2006 году данный нормативный правовой акт

был пересмотрен, в связи с чем статья 2 стала иметь третий порядковый номер, однако в вопросах содержания она осталась неизменной.

Наконец, принятый в 1898 году Гражданский кодекс Японии (так называемый новый Гражданский кодекс), в отличие от декрета Дадзёкана, не содержал положений относительно иерархии источников частного права. Следуя французской модели, японский законодатель не признавал дерогаторной силы обычая по отношению к закону. Обычаи, касающиеся вопросов, которые были урегулированы действующим Гражданским кодексом, подлежали отмене и не должны были применяться судом. Учтенный разработчиками японского кодекса опыт Германии и Голландии несколько скорректировал общий запрет на использование обычаев в судебной практике путем введения исключения из основного правила: если обычай признан в соответствующих статьях Гражданского кодекса, то препятствия к его применению отсутствуют. Обращение к содержанию статьи 2 Кодекса 1898 года позволяет заключить о положительном восприятии кодексом обычая в качестве дополнительного источника права. В частности, Гражданский кодекс содержал целый ряд статей, в которых говорилось о применении местного обычного права, за которым признавалась сила закона (см. ст. 217, 219, 228, 236, 263, 268, 269, 277 и некоторые другие). Следует отметить, что на практике сфера применения норм обычного права после принятия Кодекса была значительно расширена благодаря системному толкованию статьи 2 и статьи 92 Кодекса [6, р. 73—74]. В статье 92 уточнялась категория обычаев, не противоречащих публичному порядку и, соответственно, подлежащих применению судами в соответствии со статьей 2. Текст статьи 92 гласил: «Если имеется обычай, отличный от всякого закона или подзаконного акта, не относящихся к вопросам общественного блага, то такой обычай должен соблюдаться, если предполагается, что стороны намеревались руководствоваться таким обычаем» [7, р. 25]. Представленная формулировка позволяла расширить случаи применения обычая в сфере частного права.

Рассмотрим теперь второй факультативный источник права — *дзёри*. Согласно процитированной выше статье 3 декрета № 103 в отсутствие норм закона, а также обычая, применимых к обстоятельствам рассматриваемого судом дела, судья должен разрешить спор путем обращения к разуму, то есть к *дзёри*. В зарубежной литературе мнения ученых от-

носителем существа и места *дзэри* в системе источников японского права расходятся. Для европейского юриста *дзэри* и вовсе может показаться довольно расплывчатым понятием, прямо не корреспондирующим каким-либо конкретным правовым нормам и правилам. Известный японский компаративист Нода Ёсиюки полагал, что японским термином *дзэри* в сущности обозначаются те правовые явления, которые хорошо известны континентальным юристам под звучными именами «естественное право» или «писанный разум». В дополнение к этому Нода подчеркивал, что используемый японцами термин *дзэри* примерно соответствует тому, что французы называют «общими принципами права» (*les principes généraux du droit*) [2, p. 222].

Иную точку зрения высказал профессор университета Хоккайдо Кояма Нобору, рассмотревший роль *дзэри* в контексте частного вопроса о примирении сторон в судебном процессе. По словам Коямы, *дзэри* представляет собой своеобразный критерий или ориентир, который позволяет судье понять, верен ли путь, по которому движется его мысль в поиске справедливого разрешения спора. Строго говоря, *дзэри* не является ни правовой теорией, ни элементом доктрины. Также не следует смешивать *дзэри* с общими принципами права, как это делают некоторые юристы, поскольку оно всегда выходит за пределы права, в то время как общие принципы, насколько бы общими и абстрактными они не были, всегда концентрируются в определенных юридических рамках. В буквальном истолковании *дзэри* можно понимать как разумный путь, по которому надлежит двигаться правоприменителю (судье) в вопросах обнаружения верного решения дела [8, p. 80; 3, p. 195].

Несмотря на имеющиеся трудности перевода, в публикациях на европейских языках этот японский термин обычно доводится до читателя с использованием таких лексических эквивалентов, как: «разум» (фр. *raison*, англ. *reason*) или разумное отыскание «природы вещей» (фр. *nature des choses*, англ. *nature of things*). В более редких случаях смысловое значение термина *дзэри* передается с использованием словосочетания «обстоятельства судебного процесса», что означает, по всей видимости, лишь то, что судья должен вынести итоговое решение, исходя из имеющихся обстоятельств рассматриваемого дела на основе их всесторонней разумной оценки.

Различные мнения ученых присутствуют и по вопросу об идейных истоках и предпосылках появления статьи 3 декрета № 103. На этой почве

японские юристы разделились на два противоположных лагеря: одни — считали статью 3 результатом закономерного развития и эволюции японского автохтонного законодательства и отмечали уникальность изданной Дадзёканом нормы; другие — связывали появление статьи 3 с набиравшей обороты рецепцией западного права, которая, по их мнению, предопределила законодательные решения Палаты большого государственного совета. Прославленный юрист Японии, профессор Токийского университета Ходзumi Нобусигэ (1855—1926) писал, что закрепление в декрете Дадзёкана правила, по которому обычай и разум признавались в качестве факультативных источников японского права, не могло быть предметом западного юридического влияния. Будучи основанным на традиционных японских законах, это правило было не чем иным, как продолжением правовой традиции предшествующего периода Токугава. Ссылаясь на положения «*Синрицу корё*», одного из первых общенациональных мэйдзийских кодексов, составленного на базе китайского права и права бакуфу, Ходзumi отметил, что статья 3 декрета Дадзёкана являлась настоящим шедевром среди всех современных законодательств XIX века, и в этом качестве она выступила исторической предшественницей статьи 1 Швейцарского гражданского уложения [9, p. 59]. В своем сочинении под названием «Теория эволюции права» (1924 г.) Ходзumi оценил статью 3 декрета как высшее достижение в эволюции законодательства.

Чтобы подтвердить родство статьи 3 декрета с правовыми традициями эпохи Токугава, продолжением которой та якобы являлась, японские ученые обратились к терминологическим сопоставлениям. Они указали на лексическую связь между понятиями *jōri* и *shūkan* (обычай). Термин *jōri* был взят как синоним слова *dōri*, которое использовалось для обозначения дополнительного источника права в старых кодексах и законах древней Японии (*рицурё кякусики*), применяемого в качестве средства заполнения пробелов в праве. Разумное судебное решение было неотъемлемой частью восточноазиатской правовой традиции. Вместе с тем, *dōri*, означающий общую этику или моральные принципы, преобладающие среди правящего класса воинов, отличался от понятия естественного права, рассматриваемого европейскими юристами в качестве высшего источника прав и обязанностей индивидов. Представление о естественном праве как независимом источнике права отсутствовало в домэйдзийской Японии [4, p. 74—

75]. Выдающийся японский правовед XX века Сугияма Наодзиро (1878—1966) предположил в этой связи, что статья 3 декрета 1875 года в основном является следствием автономного и спонтанного законотворчества Дадзёкана. Власть судьи обратиться к свободному поиску разума и справедливости за неимением формальных источников права относится к древней японской традиции. По утверждению Сугиямы, это традиционное правило было распространено в Японии в сфере уголовного процесса задолго до реставрации Мэйдзи. Правило, предоставляющее судье возможность обратиться к разуму и справедливости при рассмотрении уголовных дел, было формализовано в уголовных кодексах Китая начиная с династии Тан и завершая династией Цин, откуда оно вероятнее всего перекочевало в японский свод законов «*Ёро рицу*» 718 года. Аналогичное правило было закреплено в текстах уголовных кодексов раннемэйдзийского периода «*Синрицу корё*» (1870 г.) и «*Кайтэй рицурэй*» (1873 г.), в которых ощущалось сильное влияние цинских «*люй*», сочетаемых во втором случае с положениями западноевропейского уголовного права. Поскольку «*Ёро рицурё*» принято считать всегнановского скорректированной версией не сохранившегося донныне правового памятника «*Тайхо рицурё*» (701 г.), то в исторической литературе распространилось предположение о том, что он также допускал использование *дзёри* в области уголовно-процессуального права. Несмотря на общую привязку статьи 3 декрета Дадзёкана к традициям старого японского права, профессор Сугияма не мог не отметить вспомогательного, по его словам, влияния французского права (ст. 4 и 5 Французского гражданского кодекса), главным проповедником которого в Японии был профессор Гюстав Буассонад [10, р. 447].

Согласно мнению ученика Сугиямы — талантливый компаративиста Нода Ёсиюки, — истинным вдохновителем, а, возможно, и автором статьи 3 декрета Дадзёкана являлся вполне конкретный человек — французский правовед, бывший профессор Парижского университета Гюстав-Эмиль Буассонад де Фонтараби [2]. В 1873 году по приглашению правительства Мэйдзи Буассонад прибыл в Японию с особой миссией, которая должна была включать в себя преподавание французского права в юридической школе *Мэйхорё*, организованной годом ранее при Министерстве юстиции, а также оказание консультационных услуг японским правительственным учреждениям в качестве советника по правовым вопросам. В первое время

Буассонад был принят на работу по линии Министерства юстиции, но уже вскоре, благодаря своему таланту, он начинает консультировать и другие правительственные учреждения, такие как Гэнроин (или Палата старейшин — высший законодательный орган Японии в 1875—1890 гг.), военное и дипломатическое ведомство. Первый рабочий контракт Буассонада был рассчитан всего на три года, но впоследствии он неоднократно продлевался по инициативе японской стороны, которая на протяжении многих лет была удовлетворена результатами юридической деятельности Буассонада. В общей сложности Буассонад провел в Японии почти двадцать два года (с 1873 по 1895 г.). В этот период Буассонад подготовил проекты трех отраслевых кодексов (Уголовный кодекс, Кодекс уголовного следствия, Гражданский кодекс) для Японской империи, принесших ему мировую известность в качестве одного из первых компаративистов-практиков. Он начал свою законодательную работу с разработки на французском языке Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса, последовательно реализованную в 1876 и 1877 годах. Эти проекты после перевода на японский язык затем обсуждались и изменялись законодательными органами. Оба были приняты и обнародованы в 1880 году и вступили в силу 1 января 1882 года. Это были первые современные кодексы, которые вводились в действие на территории Японии. Далее последовала работа Буассонада над проектом Гражданского кодекса, который вследствие протеста консервативно настроенных кругов японской политической элиты против его принятия так и не был введен в действие (хотя и оказал заметное влияние на последующее развитие права в Японии).

Версия о том, что Буассонад мог иметь непосредственное отношение к содержательным моментам декрета № 103, выглядит довольно правдоподобно, если учесть известные факты его биографии. Практически сразу после прибытия в Японию в 1873 году Буассонад приступил к преподаванию основ западного права японским студентам. Уже в 1874 году в правовой школе Эдо он прочитал первую публичную лекцию, посвященную вопросам естественного права. За годы преподавательской работы Буассонад смог стать истинным наставником, учителем и вдохновителем для многих представителей первого поколения японских юристов. Его ученики после завершения юридической подготовки занимали высокие посты в правительственной иерархии, становились известными

судьями, адвокатами, политиками. Приступив к исполнению своих обязанностей, они, как правило, продолжали считать Буассонада своим наставником и старались хранить верность его учению и политико-правовым взглядам. Кроме обучения молодых японских студентов, Буассонад также читал лекции по западному праву для высокопоставленных сановников правительства, чиновников высших государственных учреждений и институтов. Помимо прочтения лекций и дачи юридических консультаций, Буассонад отвечал на множество правовых вопросов, которые адресовались ему в ходе частных бесед различными лидерами мэйдзийской Японии. Все эти материалы тщательно собирались японскими учеными и впоследствии были опубликованы. Некоторое время Буассонад являлся одним из самых авторитетных *ятои гайкокудзин* (иностранцев-специалистов), чье мнение влияло на непосредственный ход государственной правовой политики Японии.

В декрете № 103 ощущается определенное влияние французского права. По крайней мере, между статьями 1 и 3 декрета и статьями 4 и 5 Французского гражданского кодекса 1804 года усматривается большое сходство в установлении исходных координат отправления правосудия. Согласно статье 4 Кодекса Наполеона, «судья, который откажется судить под предлогом молчания, неясности или недостаточности закона, мог подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии». В следующей статье устанавливался запрет судьям «выносить решения по подлежащим их рассмотрению делам в виде общего распоряжения» [11, с. 18]. Как видно из приведенных фрагментов, японский «закон» Дадзёкана в явной форме сохранил аналогичные положения. Влияние иных европейских кодексов, которые были приняты до издания декрета № 103, кажется менее вероятным. Речь идет об Австрийском гражданском кодексе 1811 года и Гражданском кодексе Нидерландов 1838 года, в которых допускалась возможность восполнения пробелов в позитивном праве за счет обращения к естественному праву.

Независимо от того, каким будет ответ на вопрос об истоках статьи 3 декрета № 103, мы можем констатировать особую историческую значимость данного правового акта в хронологии эволюции японского законодательства. Новшеством декрета № 103 стало распространение правила о факультативном применении обычая и разума в качестве источников японского права на сферу гражданского судопроизводства.

С этой точки зрения, декрет 1875 года стал первым юридическим актом в истории Японии, где были строго определены источники частного права и установлена иерархия между ними.

Попытаемся оценить реальные последствия принятия декрета. В отсутствие необходимой нормы писаного закона, подходящего под конкретный правовой случай, «обычай» и «разум» расширяли горизонты судебной дискреции. Как дополнительные (факультативные) источники права они открывали дверь активному судебному толкованию, предоставляя судьям значительные прерогативы в реализации свободы собственного усмотрения. Во имя разума и справедливости японские судьи применяли на практике положения переведенных на японский язык французских кодексов, а после того как появился проект Гражданского кодекса Японской империи, подготовленный Буассонадом, они стали использовать его как более подходящий к национальным условиям. Следовательно, в ранние годы Мэйдзи японская судебная практика фактически выросла на положениях французского законодательства, ставшего для японской юриспруденции своеобразным *ratio scripta* (писаным разумом) [12], как когда-то для Европы римское право стало основой для воздвигнутого здания континентального права.

Адаптация французского права под нужды японской судебной практики была обусловлена прагматическими соображениями. Большинство судей в ранние годы Мэйдзи имели традиционное образование, унаследованное от эпохи Токугава, и следовали выработанной привычке действовать только на основе конкретно сформулированных юридических норм. В отсутствие четких законодательных правил их умы, не привыкшие к современным правовым, метафизическим рассуждениям о рациональности, двигались практически в полной темноте. В условиях правового пробела ссылка на *дзёри* позволяла японским судьям избежать нарушения запрета на отказ в правосудии. Материалы наполеоновских кодексов, как только они стали доступны на национальном языке благодаря переводам Мицукури Ринсё, оказались значительным подспорьем и «временным спасением» в вопросах правовой базы для отправления правосудия. Влияние французского права было настолько велико, что один из магистратов Верховного суда Японии Соуити Иноуэ даже сравнил опубликованные переводы Мицукури с «лучом солнца во тьме» [13].

Таким образом, можем констатировать, что *дзёри*, как факультативный источник японского

права, «играл роль проводника для применения западных законов в судебных процессах, которые в то время задумывались как воплощение цивилизованного правосудия с соответствующим толкованием и адаптацией к японской реальности и контексту» [14, р. 73]. В судебных решениях тех лет часто воспроизводились следующие формулировки: «В силу природы вещей...», «Сообразно общим принципам права является очевидным, что...», «Справедливость требует, чтобы...». Как образно заметил Ходзуми Нобусигэ, «западная юриспруденция вошла в Японию не только косвенно, через университет и другие юридические колледжи, но также напрямую через судебную коллегия» [4, р. 78, 81].

Отметим также, что содержание статьи 3 удивительным образом напоминало положения концепции «свободного научного поиска права» судьями, которая была разработана во французской доктрине стараниями выдающегося дижонского правоведа Франсуа Жени. В знаменитой работе «Метод интерпретации и источники позитивного частного права» (1899) Жени представил иерархию источников формального права следующим образом: закон (*loi*) → обычай (*coutume*) → свободный научный поиск (*libre recherche scientifique*) [15, с. 186—187]. Как видно из представленной схемы, концепция Жени предполагала обращение (в отсутствие подходящих норм закона и обычая) к свободному «правонахождению» со стороны судьи. Жени призывал юридический мир открыто признать, что практика судебного толкования законов носит гораздо более творческий характер, чем принято думать. Такая практика не сводима к логико-дедуктивным пируэтам «послушного правоприменения», но является формой *sui generis* судебного правотворчества. Согласно учению Жени, «свободный поиск»/«свободное исследование» права должно было исключать всякую возможность субъективизма и неоправданного своеволия судебных функционеров, которые могли бы навредить делу правосудия и вылиться в откровенный произвол. Для предотвращения этого работа судьи в области «молчания закона» должна была строиться на основе уразумения действительной «природы вещей», слагаемой из конститутивных данностей социальной жизни (данность окружающей среды, историческая данность, рациональная данность, идеальная данность). Следовательно, судебный «поиск права» не должен был ограничиваться эмпирической констатацией социальных фактов, но включать элементы так называемого «неустрашимого естественного права»

как комплекса универсальных факторов, обеспечивающих движение правового процесса.

После того как рецепция западного права состоялась и правовая система Японии обзавелась собственными отраслевыми кодексами, роль *dзэри* в сфере осуществления правосудия значительно ослабла, поскольку большинство правовых проблем стали регулироваться нормами законов, которые мало-помалу обрастали практикой их обширного толкования [3, р. 196]. Вместе с тем, такая интерпретационная деятельность предполагалась японскими юристами никак не связанной с реализацией судьями прерогатив «свободного поиска права» сообразно «разуму» или «природе вещей». Кодификация японского права открыла путь расширению доктринального влияния на архипелаге идей школы экзегезы, и в этом отношении Япония повторила опыт Франции XIX века, где после промульгации наполеоновских кодексов почти на столетие в доктрине утвердилась власть юридического позитивизма. Радикальная позиция школы экзегезы состояла в том, что требованиям действующего законодательства придавался практически абсолютный характер. Считалось, что право лишено пробелов, что в установленном правовом массиве законодательства сокрыто содержание всего права: юрист просто должен извлечь его оттуда, следуя за волей исторического законодателя, изъявленной в формулировках закона. Какие-либо внезаконные элементы позитивного права экзегетами ревностно отвергались. В системе координат, которую отстаивала школа экзегезы, судье отводилась роль простого правоприменительного аппарата, который занимается не более чем механическим приложением предписаний действующего законодательства к фактическим обстоятельствам рассматриваемого дела. Поскольку статья 3 декрета № 103 в сущности противоречила духу экзегетического метода, то японские юристы, увлеченные модой на «кодексовый позитивизм», избрали тактику полного игнорирования существования декрета 1875 года. Вполне возможно, что иногда подобная «забывчивость» объяснялась не столько вопросами профессиональной веры, сколько пренебрежением к истории собственного законодательства, которое сообразно токугавской правовой традиции воспринималось как инструмент уголовной репрессии. В 1934 году профессор Сугияма с сожалением отметил, что даже те японские юристы, которые восхищаются идеями Франсуа Жени о судебном правотворчестве и статьей 1 Швейцарского гражданского уложения, почти единодушно за-

бывают о декрете 1875 года, когда дело доходит до указания национальных японских законов, касающихся источников права [10, р. 449]. Возвращение к практике свободного исследования в целях поиска права происходило по мере нарастания темпов промышленного развития в Японии. В условиях быстрого изменения экономических, политических и социальных реалий возникла острая потребность в устранении противоречий между принятыми ранее кодексами Мэйдзи и изменившимися фактами социальной жизни. С формальной точки зрения положения декрета Дадзёкана 1875 года не были отменены официально, несмотря на состоявшуюся в последующем кодификацию японского права. Нормы декрета остаются элементом современного японского законодательства.

Подводя итог проведенному исследованию, можем отметить следующие моменты. Модернизация правовой системы Японии после реставрации Мэйдзи происходила под знаком масштабной рецепции западного права. Признание обычаев и разума дополнительными источниками права стало способом, с помощью которого западное право распространялось и укоренялось в Японии как воплощение цивилизованной справедливости. Несмотря на глубокие преобразования, обусловленные комплексом внутренних и внешних факторов, японское право сохранило прочную связь с правом прошлых эпох. Обычай и *дзёри* стали теми инструментами, которые позволили смягчить разрыв между традиционным юридическим наследием и формирующимся новым правопорядком. Решающую роль в подготовке страны к предстоящей кодификации сыграла судебная практика. По словам многих зарубежных юристов, ранние годы Мэйдзи (1868—1888) оказались периодом «свободного судебного толкования», ставшего плацдармом для развертывания практики судебного правотворчества. Декрет Дадзёкана № 103 является яркой иллюстрацией описанной нами тенденции в эволюции японского права и юриспруденции.

#### Комментарии

Договоры годов Ансэй (*Ансэй дзёяку*) — обобщающее название, применяемое для обозначения пяти неравноправных договоров «о дружбе и торговле», поочередно заключенных сёгунатом Токугава с пятью западными державами: США, Голландией, Россией, Великобританией и Францией. Вступление договоров в силу состоялось в 1865 году после процедуры Императорской ратификации. Ансэйские дого-

воры стали для японцев печальным символом периода *бакумацу* и впоследствии активно использовались антисёгунатскими силами в их борьбе по свержению режима Токугава.

Дадзёкан (Дайдзёкан или Большой государственный совет) — высший государственный орган Японской империи в начальный период эпохи Мэйдзи, в том числе обладавший правотворческими полномочиями.

Наряду с «*Ёро рё*» десять томов «*Ёро рицу*» являются частью обширного свода законов «*Ёро рицурё*» — самого древнего из сохранившихся до настоящего времени сборников японских законов.

Ходзуми Нобусигэ был одним из первых японцев, получивших степень доктора права. В 1878 году, находясь на обучении в Англии, он подготовил сочинение под названием «Обычай и право». В 1893 году вместе с Уме Кендзиро и Томи Масакира вошел в число главных разработчиков Гражданского кодекса Японии, который вступил в силу в 1898 году (так называемого нового гражданского кодекса).

#### Примечания

1. Васильев Л.С. История Востока: в 2-х т. Т. 2. М.: Высшая школа, 1994. 495 с.
2. Noda Y. Introduction to Japanese Law / transl. and ed. by A. Angelo. Tokyo: University of Tokyo Press, 1976. XIV, 253 p.
3. Wang T.C.D. Les sources du droit japonais. Genève: Librairie Droz, 1978. 307 p.
4. Seong-Hak Kim M. Law and Custom in Korea: Comparative Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. XIV, 349 p.
5. Bourgon J. Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine // Extrême-Orient, Extrême-Occident. 2001. No. 23. Pp. 125—143.
6. Van Den Berg P.A.J. Politics of Codification in Meiji Japan (1868—1912): Comparative Perspective of Position of Customary Law in Japanese Civil Code // Osaka University Law Review. 2018. No. 65. Pp. 69—88.
7. The Civil Code of Japan / transl. by Ludwig Lönholm. Tokyo: Maruya&Co. 321 p.
8. Koyama N. Introduction à la conciliation dans le droit japonais // Revue internationale de droit comparé. 1971. Vol. 23. No.1. Pp. 77—88.
9. Seong-Hak Kim M. La coutume et la raison comme sources le droit dans la première moitié de l'ère Meiji // Droit japonais, droit français. Quel dialogue? Zurich: Schulthess éditions romandes, 2014. Pp. 57—77.
10. Sugiyama N. La loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé // Recueil d'études sur les sources du droit en

l'honneur de François Géný. Paris: Recueil Sirey, 1934. P. 446—458.

11. Французский гражданский кодекс 1804 года: с позднейшими изменениями до 1939 г. / пер. И.С. Петерского. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. 471 с.

12. Boissonade G. *Projet de Code civil de l'Empire du Japon*. Tokyo, 1882—1889.

13. Matsukawa T. *Le voyage de Monsieur Boissonade // La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*. Paris, 1989. Pp. 253—266.

14. Sato Y. *Commercial Dispute Processing and Japan*. Hague, London, New-York: Kluwer Law International, 2001. 435 p.

15. Пужаев В.В. Критика догматического формализма и правовое учение Франсуа Жени // Вестник Костромского государственного университета. 2016. Т. 22. № 1. С. 184—188.

### References

1. Vasiliev L.S. *History of the East*. In 2 vols. Vol. 2. Moscow: Higher school Publ., 1994. 495 p. (In Russ.)

2. Noda Y. *Introduction to Japanese Law* / transl. and ed. by A. Angelo. Tokyo: University of Tokyo Press, 1976. XIV, 253 p.

3. Wang T.C.D. *The sources of Japanese law*. Geneva: Librairie Droz, 1978. 307 p. (In French.)

4. Seong-Hak Kim M. *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. XIV, 349 p.

5. Bourgon J. Customary law as a phenomenon of bureaucratic acculturation in Japan and China. *Far East, Far West*, 2001, no. 23, pp. 125—143. (In French.)

6. Van Den Berg P.A.J. Politics of Codification in Meiji Japan (1868—1912): Comparative Perspective of Position of Customary Law in Japanese Civil Code. *Osaka University Law Review*, 2018, no. 65, pp. 69—88.

7. *The Civil Code of Japan* / transl. by Ludwig Lönnholm. Tokyo: Maruya&Co. 321 p.

8. Koyama N. Introduction to conciliation in Japanese law. *International Journal of Comparative Law*, 1971, vol. 23, no. 1, pp. 77—88. (In French.)

9. Seong-Hak Kim M. Custom and reason as sources of law in the first half of the Meiji era. *Japanese law, French law. What dialogue?* Zurich: Schulthess éditions romandes, 2014. Pp. 57—77. (In French.)

10. Sugiyama N. The law of June 8, 1875 on the administration of justice and the sources of private law. *Collection of studies on the sources of law in honor of François Géný*. Paris: Recueil Sirey, 1934. Pp. 446—458. (In French.)

11. *French Civil Code of 1804: with later amendments until 1939* / transl. I.S. Peretersky. Moscow: Jurid. publishing house of the NKYu USSR, 1941. 471 p. (In Russ.)

12. Boissonade G. *Draft Civil Code of the Empire of Japan*. Tokyo, 1882—1889. (In French.)

13. Matsukawa T. *The voyage of Monsieur Boissonade. The revolution of justice. From the king's laws to modern law*. Paris, 1989. Pp. 253—266. (In French.)

14. Sato Y. *Commercial Dispute Processing and Japan*. Hague, London, New-York: Kluwer Law International, 2001. 435 p.

15. Puzhaev V.V. Criticism of dogmatic formalism and the legal doctrine of Francois Geny. *Bulletin of the Kostroma State University*, 2016, vol. 22, no. 1, pp. 184—188. (In Russ.)