

中国政法大学法律史学研究院学术系列之

“海外中国法研究译丛”

丛书总主编：朱 勇 张中秋 朱 腾

亚洲法的多元性构造

AZIAHOUNOTAGENTEKIKOUZOU



「日」千叶正士◎著

Masuzi Chiba

赵 晶 杨怡悦 魏 敏◎译



中国政法大学出版社

AZIAHOUNOTAGENTEKIKOUZOU

亚洲法的多元性构造

中国政法大學法律史學研究院學術系列之

『海外中國法研究譯叢』

叢書總主編 朱 勇 張中秋 朱 騰



〔日〕千叶正士◎著

Masazi Chiba

趙 晶 楊怡悅 魏 敏◎譯



中國政法大學出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

亚洲法的多元性构造/(日)千叶正士著:赵晶,杨怡悦,魏敏译. —北京:
中国政法大学出版社, 2017. 3
ISBN 978-7-5620-7251-5

I. ①亚… II. ①千… ②赵… ③杨… ④魏… III. ①法律—研究—亚洲
IV. ①D93

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第050276号

书 名	亚洲法的多元性构造 YAZHOUFA DE DUOYUANXING GOUZAO
出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.75
字 数	300 千字
版 次	2017 年 3 月第 1 版
印 次	2017 年 3 月第 1 次印刷
定 价	34.00 元

“海外中国法研究译丛”序

21 世纪的当今世界正以日新月异的速度结合为“地球村”。世界性的文化交流与学术研究的互动展现出前所未有的局面，凝聚人类智慧的学术成果不断面世。

中华传统法制文明有着悠久而从未间断的发展历程，其法文化的底蕴极为深厚，遗留下的典籍资料的确使人有汗牛充栋之感。正是由于中华传统法制文明所具有的独特价值，因而吸引了众多热衷于此的中外学者去研究它、开发它、展示它。

中华传统法制文明虽为中华民族所缔造，但它是人类社会的共同瑰宝。它的文化价值不仅限于中国，而且也确实曾佳惠于东方世界。中华传统法制文明虽然经过数千年中外学者的研究，但迄今为止尚有未开发和亟待开发的领域。这首先需要中国学者肩负历史使命去深入发掘，给中华民族的伟大复兴以法文化的支持；当然也需要外国学者倾注心力，共同开发。

远自汉唐以来，外国学者便认真研究中华传统法制文明，为中华法系矗立于世界做出了自己的贡献。根据“它山之石，可以攻玉”的理念，并本着“取人之长，补己之短”的理性认识，中国政法大学法律史学研究院出版了“海外中国法研究译丛”。在这个过程中，一些年轻学人千里奔忙，四处搜寻域外研究中国法律的佳作，觅得版权，又译介回中国，其心志深为嘉奖。余于此丛书即将出版之际，欣然援笔为序。

张晋藩

己丑年夏序于京中万柳颐园

序 言

从形式上说，本书是这 10 年间所写的论文的集结，而实际上，这一初心之梦足足经历了半个世纪以上，这是逐渐勾勒出来的草稿。1943 年 10 月，我在东北大学研究生院选择的研究主题，是当时有最新信息传入的从东亚到南方海域的固有法。然而，为了获得确实的资料，我首先着手对日本的神社习惯进行实态调查，停战以后，又将调查扩展到学区制度上；另一方面，为了寻求方法，我学习了新兴的法社会学，而且为了在全世界范围内进行比较，又涉足了法人类学。当研究生涯度过大半之后，回归初心而集中起来的研究成果，就是这 13 编。

再版之际，增加了补注与新的文献，调整了内容，对文章也进行了部分修订。本来就是论文集而已，所以叙述难免有过头和不足之处，距离体系化也相当遥远，这些都是未惬人意之处，而且此书完成得如此缓慢也令人悔恨。然而，对于这个崭新的大课题，我自己需要准备的时间，而且一下子也无法做到充分的地步。多亏进度缓慢，我能有幸遇到志同道合的年轻友人，进行实际的合作与共同研究，并继续探讨我自己的问题。我已竭尽所能，不过因为能够由后继者进行补正，所以现在非常放心。

相应地，我也回想起为我引路至此的国内外众多友人的恩惠。其中，想要特别记录的是，能够把汤浅道男和安田信之两位教授的大名集中于一处的日韩比较法文化研究会（代表是今井弘道教授），加上在此期间继续出版我的相关书籍的成文堂，再次对所有人表示感谢！

千叶正士
1998 年 2 月

致 谢

在本书編集之际，承蒙初版论文的編集发行者惠允转载，以下逐一明记，以示感谢（出版信息则记载于参考文献一览中，第262~266页）。

序章、第四章、第五章，《北大法学论集》編集委员会；

第一章、第六章，《行为科学研究》的东海大学社会科学研究所以；

第二章，《法的理论》編集者 José Llompарт 教授；

第三章、第九章，《东海法学》的东海大学法学部；

第七章、第八章，出版所载之书的成文堂；

第十章，《比较法研究》的中央大学比较法研究所；

第十一章，所刊之书〔指《宗教法学の課題と展望》——译者注〕的主編汤浅道男教授；

终章，《法社会学》的日本法社会学会。

千叶正士

译者说明

一、体例

本书原名为《アジア法の多元的構造》，被列为“アジア法叢書”第23种，由日本成文堂于1998年7月出版，著者是日本著名的法学家千叶正士教授。本稿据此版全文译出，以下先行交代中译体例：

1. 由于千叶教授对我国西藏自治区、台湾地区的认识与我国政府的一贯立场有所差异，所以在涉及这些内容时，本稿有所删节、调整。若是部分字句段落，删除后标以省略号；如第六章全文删除，仅在目录中保留章标题。此外，根据出版要求，原文为“穆斯林国家”等表述，现被替换为“伊斯兰国家”等。

2. 原书附有人名索引与事项索引，只是其音序排列以汉字的日文发音为准，无法为中国读者起到“索引”之效，所以本稿予以舍弃。

3. 为便于读者查找参考文献、进行拓展阅读，对于原书所附参考文献，本稿一仍其旧，并未译为中文。

4. 在原书行文中大量存在用日语片假名表达英文等外来语的现象，本稿先将它们译为中文并以（ ）的方式标注英文等原文。其中，所涉人名、地名，尽量根据商务印书馆出版的各种“译名手册”进行中译。

5. 原书采用行文夹注的方式提示观点出处，其人名、书名等亦存在采用片假名的情况。鉴于第3条体例（参考文献不译为中文），若将行文夹注中的片假名全部改为英文等原文，读者便无法回查参考文献，故而本稿在行文夹注中采用英文等原文与片假名并存的方式。如原书为（マーラシンハ1994），本稿则采用（マーラシンハ [Marasinghe] 1994）。

6. 在行文夹注与参考文献中，原书以“稻子恒夫 = 鮎京正訓”

的方式表示“稻子恒夫、鮎京正訓”之意，本稿一仍其旧；部分行文夹注出现日文汉字，如“（千葉 1992b: 23 ~ 4）”，根据参考文献，它表示“千葉正士”所著“1992b. 「時間の法文化的意義：法と時間 1」，『東海法学』（8），第 23 ~ 24 页”，本稿保留这一夹注形式以及日文汉字（不将它们改为中文汉字），但依照第 7 条体例更改数字表示。

7. 原书行文或夹注中以“1876 ~ 8”“178 ~ 82”等方式表示“1876 ~ 1878”“178 ~ 182”等，为避免读者有所困惑，本稿一律改为后者。此外，本书自引所标页码，一律改为中译本的页码，以便读者翻找。

8. 原书在每章文末附以说明性的尾注，分“注”（纯以数字为标识）与“补注”（以括号加数字的方式标记）两种。为便于读者对照阅读，本稿采用页下脚注的形式，统一改为〔1〕〔2〕等序号，且采用每页重新编号的方式。唯每章原有的“补注”，在〔1〕〔2〕之后加“补注：”，以为起首。

9. 原书行文中涉及大量专业术语，为便于读者理解，本稿在行文中间或采用“译者注”的形式予以解释。

二、分工与致谢

4 年前，张中秋教授将此书的翻译任务交给赵晶与杨怡悦，并允许译者依据他个人所藏的日文原书制作复印件。此后，考虑到翻译进展问题，赵晶又邀请魏敏加入译者行列。三位译者的分工如下：

赵 晶：序言、致谢、序章、第一部

魏 敏：第二部

杨怡悦：第三部、第四部、终章

此外，对于“参考文献”，杨怡悦录入了原书第 331 ~ 342 页部分，赵晶指导的两名硕士研究生晁群、聂雯则代为录入了第 319 ~ 330 页部分。

由于此书所论视野宏大、范围广阔，非译者本身的知识储备所

6 亚洲法的多元性构造

能应付，所以没有一位译者有能力对全书进行统稿，三位译者最终决定采用“文责自负”的方式，仅在体例厘定与基本术语的翻译上进行磋商与统一。在赵晶负责的部分，张连凯博士、广濑薰雄教授、赖骏楠博士、郭永秉教授等同仁先后给予了不同程度的帮助；魏敏负责的部分，则得到了周娜博士与张晓明博士的协助。

本书最终得以出版，还有赖于中国政法大学法律史学研究院提供经费资助、高见泽磨教授居中联络版权、日本成文堂的慷慨授权以及朱腾教授持续且适时的催促。

对于以上种种，译者谨致谢忱。

全体译者
(执笔人：赵晶)

目 录

“海外中国法研究译丛”序	(1)
序 言	(2)
致 谢	(3)
译者说明	(4)

序 章 从汉字文化圈的法到亚洲法、非西欧法	(1)
一、确立非西欧法学的请求	(1)
二、非西欧法学的基本课题	(5)

第一部 亚洲法学的方法

第一章 亚洲法研究的现状与研究方法	(17)
一、亚洲法的意义	(18)
二、亚洲法研究的现状	(23)
三、亚洲法研究的课题	(29)
第二章 法的主体性意义	(35)
一、问题	(35)
二、法理论的无主体性	(38)
三、宗教法的主体性意义	(41)
四、多元性法体制下人的法主体权利	(46)
第三章 法文化的操作性概念	(53)
一、问题	(53)
二、探求法文化概念的前提要件	(55)

2 亚洲法的多元性构造

三、法文化概念的定义	(61)
四、结论	(70)

第二部 汉字文化圈中的固有法与移植法

第四章 同一性法原理和中日韩三国的法律文化	(77)
一、同一性法原理：法律文化比较的基准	(77)
二、日本的同一性法原理	(80)
三、韩国的同一性法原理	(90)
四、比较探讨	(99)
五、结论：同一性法原理的日韩比较	(105)
第五章 中日韩三国法近代化的鲜明特征	(107)
一、绪言	(107)
二、作为考察对象的文化圈与近代化	(109)
三、汉字文化圈法近代化的环境	(112)
四、结论：汉字文化圈中的中日韩比较	(119)
第六章 西藏的佛教法文化（删）	(123)

第三部 亚洲多元性法体制的样态

第七章 斯里兰卡的多元性法体制	(127)
一、序论1：研究斯里兰卡法的意义	(127)
二、序论2：非西欧法研究的方法	(131)
三、结论1：各分担报告的概要	(136)
四、结论2：概念框架的验证与修正	(139)
第八章 伊斯兰法在亚洲的移植	(145)
一、移植亚洲伊斯兰法的问题之所在	(145)
二、伊斯兰法以及亚洲法研究的现状	(148)
三、移植亚洲伊斯兰法研究的意义	(153)
四、原书的成果与课题	(156)
第九章 亚洲文化六国的固有法与移植法	(164)
一、亚洲法研究的课题与方法	(164)

二、各国法的展开：国别报告的主旨	(170)
三、成果的总结	(179)

第四部 世界中的亚洲法

第十章 亚洲法的内与外	(185)
一、亚洲法研究的问题	(185)
二、亚洲法学的实际情况与意义	(187)
三、亚洲法学的方法	(193)
四、亚洲法的现状与课题	(196)
五、试论区域法文化圈	(203)
第十一章 宪法上政教分离原则的法文化意义	(221)
一、问题	(221)
二、基督教国家	(223)
三、伊斯兰教国家	(234)
四、其他宗教国	(243)
五、结论	(248)
终 章 呼吁促进非西欧法学	(253)
参考文献一览	(260)

序 章 从汉字文化圈的法到亚洲法、非西欧法^[1]

正如鲁道夫·冯·耶林（Rudolph von Jhering）曾经道破的那样，世界法学界为源自西欧文明的近代法学所支配。其由来与现状，现在已无需赘言而自明了。在近代法学压倒性的完善度与正统性面前，非西欧各国的法与法学可以说是毫无声音，处于隐遁状态。只不过，到了20世纪末，现代法学主动进行自我批判，期盼后现代法学的到来。作为期待的一环，如何在学术上吸收世界上非西欧的法与法学，在日本又如何发展亚洲法学，就成了现代法学的重要课题。因此，本书的主张是：日本的法学在终极期待上是要为全世界人民建设普遍性的法学，与此同时，作为当前的任务，则要强化它肩负着经由亚洲法学推进非西欧法学的国际性使命。

一、确立非西欧法学的请求

1. 非西欧的法与法学的命运

现在，无论哪个非西欧国家，都与西欧各国一样，各自发展自己的法（亦即由一定的法理念所指导的国家法）以及肩负着这一国家法正当化与教育任务的法学，而在此之外，没有法学相伴的非国家法也在社会上多元地存在着。对于像这样的非西欧各国，西欧法学一般将它们评价为非正统或异类，这不得不说是一种明显的贬低。

当然，在战后（指“第二次世界大战以后”，本书出现的“战前”“战中”等简称，亦同此——译者注）的前半期，国际比较法学会留心于社会主义法、伊斯兰法、非洲法、印度教法、远东法等主要的非西欧法，而且这一法系论甚至注意到了所谓的非西欧小国；而在战后的后半期，法社会学者与法人类学者对亚洲、非洲以及其他非西欧各个社会的法进行了调查研究。在上述事实或业绩之中，在需以对象国

[1] 补注：本章初版为1993c，是1992年10月在首尔的日韩比较法文化研究会第一次会议（暨国际法哲学会韩国支部研究会）上的演讲记录。作为本书的序章再刊时，对全文进行了重写。

的人民的感情与立场去理解该国之法这一点上，持敬意者有之。（例如，关于日本的研究，曾经有 Wigmore 1967 ~ 1986；关于西藏的研究，最近则有 French 1995，参照本书第六章。）然而，西欧学者所进行的大部分非西欧法研究只是受一种好奇心的吸引，去发现与他们自身拥有的常识完全不同的东西，并将这种常识作为方法去处理这一发现物。当然，这么做也是有意义的，其中包含了很多相应的非西欧人应当学习的东西。但是，从生活在这一法之下的当地人的立场来看，这些研究存在着很多与其说是理解上的不足之处，还不如说是误解与偏见。即使如此，它们非但通用于因循如故的学界，而且屡屡被盛赞为非常辉煌的业绩。（例如 Hooker 1975，参照千葉 1991：第六章。）另一方面，对于隐含在这些研究中的误解与偏见，非西欧一方也基本没有以充足的理由去加以批判、反驳，（作为仅有的例子，如 Sack & Alec 1992：Pt. IV；Chiba 1997a）更不必指望，在非西欧的学者中，会有人在世界学界中对照西欧法，从理论上考察自己固有法的真义了。（de Lemos Capeller & Kitamura 1998 称对此有所期待。）要言之，在近代法学的正统体系之中，即便非西欧法的存在获得承认，但将它作为非西欧法学进行综合性、体系性的研究则相当少见，且没有人有意愿去验证这一可能性。

之所以会这样，是因为存在充分的正当理由。其一，依据人权与国家这两个基础概念而成立的近代法的制度与理论，是西欧的智慧创造出来的未见于此前人类法史的新制，因此，为近代的先进诸国所共有。其二，19 世纪以降，这一新制或被西欧各国强制推行于世界各个殖民地，或为日本、中国、泰国、伊朗、土耳其、埃塞俄比亚等坚持独立的国家所继受，其结果便是它移植到了世界上所有的国家。其三，基于这些事实，这一西欧法的制度与理论被确信具有普世性，且近代法学对此加以正当化。其四，因此之故，作为法理论、法哲学，国家法一元论和西欧法普遍论就成了法学方法的前提。其五，若从理应普遍存在的西欧法来看，非西欧法的存在只不过是例外或者末梢；而作为一种价值，它是理应被普遍法所吸收的不成熟的制度。其六，社会、国家的近代化与移植国家法的运用在实际上确有必要，这些哲学与法理论在非西欧各国的学界也被原封不动地继受下来，非西欧法学通常被置之不理，即便获得承认，也不得不带上边缘的特征。依据上述理

由，非西欧的法与法学遭受贬低，乃属当然的逻辑。

2. 非西欧法的反弹

然而，这些逻辑中存在着错误。只不过，在创造出这般辉煌的法与法学的西欧，学者自身意识到这一错误，是无法引起关涉其存在意义的剧烈反弹的，不必对此抱有期待。在事实上占有压倒性优势的文明、经济、政治、军事力量的背景下，对这一错误的反弹或者关注，没有理由出现在19世纪中。但进入20世纪之后，事态开始发生变化。

最初的重大反弹，是第一次世界大战以后社会主义法与社会主义法学在苏联诞生，这是对近代法的资本主义性与近代国家的阶级性的正面否定。近代法在理论上强调社会主义的反人性并加以反驳，在实践上则动员资本主义国家对苏联实施封锁。因此，在表面上，社会主义法、法学被封闭在苏联圈内，实质上则对资本主义圈进行了缓慢而确实的渗透。

首先，从第二次世界大战之后一直到70年代，很多殖民地完成社会主义革命的事实证明，由于此前有效的地下活动，社会主义法得到了渗透。这种地下活动尽管受到国家权力的压制，但还是向很多资本主义国家渗透。如二战前期日本的镇压事件、战后东欧各国迅速倒向苏联的互助性应对或者西欧各国出现的社会主义政党等，都是不言自明的例子。不仅如此，现代西欧的法、法学纳入劳动法、福利法等社会法，由此，原本的资本主义、自由主义法便习得了社会主义法的因素。苏联解体以后，现代世界的国家法还是从社会主义法中学到了一些内容，去应对自身的缺陷，也就是说，这种国家法虽然只有一部分被异文化之法所同化，但也已经不是古典的近代法了。因此，以此为对象的近代法学也从古典的近代法学转变出来。以上是西欧近代法学对其自身的反弹所作的内部应对。

其次，使这种法与法学被迫作出外部应对的决定性反弹，是第二次世界大战以后的殖民地独立。在独立之初，各国尤其是距欧洲的宗主国最近的非洲各国的国家目标只能是以西欧各国法为模板，用移植来的国家法对未成熟的固有法进行一元性的统一（unification of law），虽然拔除固有法的努力十分强劲，但这个梦想不久就破灭了，因此不得不承认移植法与固有法共存，亦即法的二元制。在殖民时代始终保持独立的日本以及其他国家，基本上被认为也存在这一事实，这给毫

不怀疑国家法一元论和西欧法普遍论的西欧法学界带来了冲击。其结果是,比较法学不仅广泛地对非西欧各国的法律制度加以把握,而且把非西欧居民的法意识也纳入到视野之中;法哲学着眼于非西欧法文化中存在的不同之处;法社会学所关心的与其说是西欧社会,还不如说是在其中扮演主要角色的审判外纠纷处理制度,进而依据批判法学对西欧的法与社会的自我中心主义(ethnocentrism)甚至法的帝国主义(legal imperialism)加以自省;法人类学则认识到民俗与多元性法体制是法学的新课题。

临近20世纪之末,世界上的法学国际组织将这些动向予以具体化。国际法人类学会(IUAES Commission on Folk Law and Legal Pluralism)既将西欧各国的例子纳入视野,也将非西欧法中的多元性法体制作为主要对象(参照Allott & Woodman 1985);又,非西欧被赋予的宿命是新国家要凭借法律制度获得发展,而第三世界法学会(International Third World Legal Studies Association)便以解决这一法律问题为目标。以上两个学会都成立于1981年。国际法社会学会(ISA Research Committee on Sociology of Law)通过1989年常设的奥尼亚蒂法社会学国际研究所(Oñati International Institute for the Sociology of Law),更加积极地研究非西欧法(参照本书的终章);国际法哲学会更加认真地思考近代性法律制度、法理论在20世纪末所发生的明显转变与对西欧法的认识(参照ARSP, ARSP Beifheft的各卷)。在出版界,也出现了关心“法文化”,并把它与“学派”和“法领域”并列为现代法学三大领域的例子,而“法文化”把非西欧法纳入其视野(ILELLT,但不能说正确地理解了非西欧法,参照千葉1995a: 22~23)。当前,国家法一元论和西欧法普遍论的神话已经明显地破灭了(参照Fitzpatrick 1992),为了寻找接下来应当到来的新法学,学界便开始提倡后现代法学。

于是在90年代以后,非西欧法、法学就成了世界法学界的重大课题。非西欧法为何?其法学与西欧法学有何差别?这应当是最初步的疑问。学界对于这个问题,且不用说认真的解答、提议与讨论,即便是明确的问题意识,也不存在。若是如此,也绝对不能说非西欧法、法学是非现实的虚幻之物,因为不能否认固有法在非西欧社会中的存在、作用,以及以它为基础而产生的国家法的变型。问题在于,如何

把作为现实存在的非西欧法恰如其分地替换为学术上的概念体系。如果科学的使命在于追求现实存在的话，那么追求非西欧法无疑便是法的科学的使命。这一事业也是由西欧法学率先着手，与上述相关的各个领域的学界正在产出他们的成果。要在现代世界中实现人类之法的整体的正确认识与健全发展，非西欧法学的发展就应当成为其前提。

值得庆贺的是，这一发展趋势正如我们所希望的那样得到推进。然而，如果现在生活在非西欧法之下的我们把这一研究的进行委诸西欧的学者并坐视不理，那么这就是把非西欧法的命运交给了他们的常识以及基于这种常识而产生的方法论，由此产生一种危险：重新回到以前贬低非西欧法的老路上。希望非西欧法学者能够为自己的同一性（identity）而拼搏，把自己周围的法的现实作为与西欧法并列的现实存在，展现在世界面前，当然这并非是自以为是地主张贬低西欧法。

二、非西欧法学的基本课题

若是现代世界中非西欧法研究的意义以及非西欧法学者的任务如以上所概述的那样，那么将它作为科学加以推行时，还有许多仍待解决的课题。自近代以来，西欧法学对罗马法学与教会法学两个历史性传统进行反复摸索、予以重新建构，由此成就了以人权和国家为基础的法理论以及将它正当化的近代法学。与之相比，现在所探究的非西欧法学，与其说是对近代法学坚固的理论与方法所作的简单修正，还不如说是除非推翻相应的部分，否则无法进行建设的大事业。若非今后许多学者付出多年努力，这一事业恐怕难以实现，所以目前无法对其全貌进行预测。然而，正因如此，对于最终实现这一事业而言，试着预测一下它将去向何方，应当是有用且必要的。作为其中的一种尝试，我将以下三点作为一个阶段加以提倡，有劳有志之士进行检讨。

1. 对非西欧法的现实加以观察、认识的课题

无论哪个非西欧国家都会有法学。但是，坦白说，这个法学并不是流传下来的与某个国家之法相关的所有事实。即使是日本，现行法学之正统也是关于日本国家法的解释论、历史论，以及与欧美各国法的比较论。幸运的是，法社会学与法人类学出现并报告了固有法的情况，因此最近亚洲法学获得迅速发展（参照本书第一章），比较法学与法哲学也受到国际性动向的刺激，从而对非国家法多多少少表示出关心。在这个范围内，可以说，非西欧法研究正在成为一股势力。然