

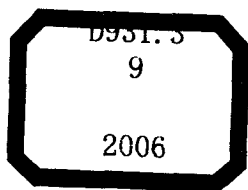
法律文化研究文丛

日本法与日本社会

LAW AND SOCIETY IN JAPAN

六本佳平 著
刘银良 译

中国政法大学出版社



法律文化研究文丛

日本法与日本社会

Law and Society in Japan

六本佳平 著

刘 银 良 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

日本法与日本社会/(日)六本佳平著;刘银良译.—北京:中国政法大学出版社, 2006.6

(法律文化研究文丛)

ISBN 7-5620-2924-5

I.日... II.①六...②刘... III.法学-研究-日本 IV.D931.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 064666 号

-
- 书 名 日本法与日本社会
项目编辑 彭 江
封面设计 沈 飏
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12
字 数 300 千字
版 本 2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2924-5/D·2884
印 数 0 001-3 000
定 价 29.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

- 声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

主编者言

《法律文化研究文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作 10 余种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

前 言

本书从法社会学角度，结合实际论述了日本的法与社会的相互作用关系，从内容上讲，不是就法论法，而是从社会角度观察法在社会中的作用和法对社会的影响。这里所谓“法”，并非指制定法学中的宪法、民法、刑法等法规范体系，而是指“法体系”，即在整体社会中，为了维持法秩序而运营相应部门的一种结构。法体系是立法、司法、法律家和法学教育等各种制度的复合体，对应于政治体系和经济体系。因此，本书的目的并不在于对法规、法制度内容和法解释的论述。

尽管如此，也难免涉及规范论。本书以日本法秩序原理作为法体系的观察对象，其焦点并不集中在法规范、法制度本身，而集中在法规范、法制度在社会中的实际作用。目标在于阐明西方近代型法秩序原理对日本社会的功能性意义和法文化在日本社会中的杂交培育。阐述了实际性法作用的社会学见解以及必要时以此为基础的政策选择原理。

本书是在放送大学教养学部教材《日本法体系》（2000年出版）基础上，应有斐阁编辑部的建议修订而成的，删除了部分章节，其余的保留了原有部分。5年来，日本的司法制度改革进展迅速，新形势下的新情况层出不穷。为了适应社会内容的变化，本书不仅在论述上作过相应调整，书名也修改为《日本法与日本社会》。

2 前 言

法与政治、经济等并列为主要社会现象，它们之间的相互作用决定着法在整体社会中的地位。因此，在社会脉络中阐明法现象的意义既有利于法学教育，也有利于明确法学教育的意义。使用体系论术语也是为了说明法的社会关联性。体系论的理论框架未必一成不变，但法的实际作用和作用方式却有利于将法社会学的研究成果整合到一个框架内。这一工作也担负着将法社会学的基本术语进行体系性整理的任务。

本书既可以作为大学一般性教育课程及专业课程的教科书，也可以作为对法律感兴趣的一般大众的教育读物。

最后，对本书所引用的图表和资料的原作者以及出版社的大力支持，深表谢意。对为本书的出版给予周密计划的有斐阁编辑部的酒井久雄先生和热忱帮助的重松由希子女士表示衷心感谢。

六本佳平

2004 年 11 月

目 录

第1章 法体系与法过程/1

1.1 如何理解法/1

1.1.1 本书的课题/1

1.1.2 作为规范群的法/1

1.1.3 法的运行/2

1.1.4 法规范的实现/3

1.2 法体系/4

1.2.1 着眼于法实现过程/4

1.2.2 法体系的定义/4

1.3 法过程/5

1.3.1 法的作用(1)/5

1.3.2 法体系和法过程/6

1.4 法的功能/8

1.4.1 法的作用(2)/8

1.4.2 法的规范性功能和经验性功能/8

1.4.3 利害对立和法规范/8

1.4.4 最终解决/9

1.5 西方近代型法体系/10

1.5.1 法体系的历史形成/10

1.5.2 西方近代型法的特征/11

1.5.3 西方近代型法的规范性机能/11

2 目 录

1.5.4	法体系的弊端及其界限/12
1.5.5	法的秩序原理/12
1.6	本书的整体结构/13
第2章	法文化/17
2.1	日本法文化论的脉络/17
2.1.1	法体系的要件/17
2.1.2	日本的法文化论/17
2.1.3	川岛的法意识论/18
2.1.4	对川岛命题的批判/18
2.2	“法文化”的语义/19
2.2.1	文化/19
2.2.2	法文化/20
2.2.3	法意识和法观念/21
2.2.4	作为法与件的法意识/22
2.3	日本的法文化/23
2.3.1	法文化的类型论/23
2.3.2	日本法的制度性特征/24
2.3.3	日本的法过程的特征/25
2.4	日本的法观念/28
2.4.1	义理秩序原理/28
2.4.2	与西方近代型法秩序原理的不同/29
2.4.3	法观念的国际比较/30
2.4.4	法文化与其他与件因素的竞合/33
2.5	法文化的历史性/34
2.5.1	传统法观念的历史背景/35
2.5.2	近代日本法文化的形成/36
2.5.3	日本法文化的未来/36

第3章 纠 纷/38

3.1 法律案件处理/38

3.1.1 法过程与法律案件处理/38

3.1.2 法律案件与国民/39

3.2 法律问题/39

3.2.1 法律问题的概念/39

3.2.2 法律问题的种类/40

3.2.3 法律问题的意义/41

3.2.4 法律问题的性质/41

3.2.5 法律需求的弹性/42

3.3 纠 纷/43

3.3.1 纠纷的社会学理论/43

3.3.2 纠纷的构成要素/43

3.4 纠纷的过程/46

3.4.1 纠纷的基础过程/46

3.4.2 纠纷的现实过程/48

第4章 法使用/54

4.1 法使用的概念/54

4.1.1 法律问题和法使用/54

4.1.2 法使用的概念/55

4.1.3 法使用的形态/56

4.2 法使用的频率/57

4.2.1 法使用的参数/57

4.2.2 法使用率的测定/58

4.3 法使用的决定因素/69

4.3.1 决定法使用的个别条件和一般条件/69

4.3.2 法使用的局面与因素群/71

4.3.3 人格因素/72

4 目 录

- 4.3.4 资源因素/73
- 4.3.5 环境因素/75
- 4.3.6 法制度因素/76
- 4.3.7 构造性背景因素/77

第5章 纠纷处理/79

5.1 纠纷处理的方式/79

- 5.1.1 法体系的纠纷处理机构/79
- 5.1.2 纠纷处理的基本原理/79
- 5.1.3 最终约束力的授予/80

5.2 作为纠纷处理程序的审判/81

- 5.2.1 审判的固有功能/81
- 5.2.2 审判类型论/82
- 5.2.3 审判类型的特征/83
- 5.2.4 形式的合理的审判的功能性特征/84
- 5.2.5 实质性审判原理的意义/85
- 5.2.6 形式的合理的审判的局限性/85

5.3 纠纷处理程序体系/87

- 5.3.1 代替性纠纷处理程序/87
- 5.3.2 依合意进行纠纷处理的特征/89
- 5.3.3 合意性纠纷处理的构造原理/90
- 5.3.4 非正式纠纷处理的环境条件/93

第6章 法律家/96

6.1 作为专门职业的法律家/96

- 6.1.1 法体系的运营者/96
- 6.1.2 专门职业/96
- 6.1.3 法律家/99
- 6.1.4 法律家的固有能力/100

6.2	日本的法律家制度/102
6.2.1	法曹/102
6.2.2	历史背景/102
6.2.3	法曹资格/104
6.2.4	法曹二元性/104
6.2.5	准法律家/105
6.2.6	外国法事务律师/106
6.3	法律家的补充和培养/106
6.3.1	补充过程的意义/106
6.3.2	日本的法律家补充制度/107
6.3.3	司法考试制度存在的问题/108
6.4	法曹人口问题/110
6.4.1	法曹增员的必要性/110
6.4.2	律师增员问题的论点/114
6.4.3	司法考试制度改革/119
6.4.4	司法制度改革/121
第7章	法律服务 I /125
7.1	法律服务和律师/125
7.1.1	法律服务/125
7.1.2	律师/126
7.2	律 师/128
7.2.1	律师的社会地位/128
7.2.2	律师的社会背景与资料/129
7.2.3	律师的职业生活/130
7.3	律师界的实际状态/136
7.3.1	事务所的经营形式/136
7.3.2	事务所共同化的意义/139
7.3.3	事务所辅助人员/141

6 目 录

- 7.4 律师受理的业务/141
- 第8章 法律服务Ⅱ/146**
 - 8.1 法律服务的费用/146
 - 8.1.1 律师的报酬/146
 - 8.1.2 日本律师的报酬制度/147
 - 8.2 促进利用法律事务的制度/150
 - 8.2.1 法律途径的条件问题/150
 - 8.2.2 律师的报酬和权利的实现/151
 - 8.2.3 有关其他结构/153
 - 8.3 民事法律援助/155
 - 8.3.1 法律援助的意义/155
 - 8.3.2 日本的民事法律援助/156
 - 8.3.3 民事诉讼援助现状/157
 - 8.3.4 法律援助制度的改革/160
 - 8.4 与律师邻接的法律职业/160
 - 8.4.1 相关职业的范围/160
 - 8.4.2 准法律家/161
 - 8.4.3 准法律家与律师的关系/162
 - 8.4.4 公证人/164
 - 8.5 企业法务员/164
 - 8.5.1 企业法务部与法务员/164
 - 8.5.2 企业法律事务及其人员/165
 - 8.5.3 企业法务部与企业的法使用/170
- 第9章 审判制度/173**
 - 9.1 近代审判制度的引入/173
 - 9.1.1 明治维新后的审判制度/173
 - 9.1.2 明治宪法下的审判制度/175

- 9.2 日本宪法下的法院与法官/177
 - 9.2.1 司法权的独立及其优势地位/177
 - 9.2.2 法院和审判制度/179
 - 9.2.3 法官/180
- 9.3 法曹一元论/184
 - 9.3.1 战后的改革和资历制度/184
 - 9.3.2 临时司法制度调查会/185
- 9.4 司法行政和法官的独立/189
 - 9.4.1 集权的司法行政/189
 - 9.4.2 司法的危机/193
 - 9.4.3 新的司法改革/194
- 第10章 民事审判/196**
 - 10.1 民事审判案件/196
 - 10.1.1 法院处理的民事案件种类/196
 - 10.1.2 各种民事审判的利用频率/197
 - 10.1.3 民事审判的利用频率/201
 - 10.2 在审判中当事人的作用/206
 - 10.2.1 审判和交涉过程/206
 - 10.2.2 起诉的主要原因及起诉人/208
 - 10.3 民事审判案件的处理/216
 - 10.3.1 统计观察/216
 - 10.3.2 和解与判决/219
 - 10.3.3 和解处理存在的问题/222
 - 10.4 由法官作出的法律决定/223
 - 10.4.1 法律判断的性质/223
 - 10.4.2 最高法院法官的判决态度/225
 - 10.4.3 对机动车事故的处理/228
 - 10.5 现代型诉讼/236

第 11 章 刑事司法和规制/242

11.1 犯罪及其发生/242

11.1.1 犯罪现象/242

11.1.2 日本的犯罪状况/244

11.2 刑事司法程序/250

11.2.1 宪法与刑事司法程序/251

11.2.2 刑事司法的程序流程/252

11.3 刑事司法程序的作用/255

11.3.1 刑事司法政策/255

11.3.2 警察与搜查过程/259

11.3.3 起诉裁量/262

11.3.4 刑事审判/270

11.3.5 刑事司法与法文化/272

11.4 规制/276

11.4.1 规制与法律的实效性/276

11.4.2 规制的社会过程/278

11.4.3 河流水质规定的例子/279

第 12 章 法与社会变动 I /286

12.1 法与社会/286

12.1.1 法过程与社会/286

12.1.2 法规范的内容/287

12.1.3 社会变化与法的变更/288

12.1.4 实定法导致的社会变革/290

12.2 离婚与法/292

12.2.1 社会变化中的离婚法/293

12.2.2 离婚法的社会过程/297

12.2.3 离婚申请不受理申述制度/299

12.2.4 围绕协议离婚法的争论/300

12.3 农户继承/303

12.3.1 农地均分继承制的矛盾/303

12.3.2 农户继承实况调查/306

12.3.3 社会变化与农业政策的转变/311

第13章 法与社会变动Ⅱ/313

13.1 土地、房屋租赁与法/313

13.1.1 明治民法中的不动产租赁/313

13.1.2 民法规定和租赁关系/315

13.1.3 租地、租房(土地租用、房屋租用)
法的修正/318

13.1.4 佃耕争议与佃耕立法的挫折/320

13.1.5 围绕租地、租房的现代法与社会
变动 /323

13.2 雇佣上的男女平等/326

13.2.1 法理念与差别行为/326

13.2.2 判决解决/328

13.2.3 雇佣机会均等法的制定/330

文献一览/334

索 引/349

第1章 法体系与法过程

1.1 如何理解法

1

1.1.1 本书的课题

本书意在回答两个基本问题，即在日本社会中法的实际作用和作用模式，换言之，对作用模式的影响因素是什么。由此，首先必须明确问题的含义。第一个问题中，其主题是“法”。本章首先明确对此概念的理解；第二个是因果关系问题，将在下一章涉及。

1.1.2 作为规范群的法

“法”指什么？〔1〕在日常生活中使用“法”这个词，多指法 2
规范，通常使人想到宪法第9条等条文和民法等法典。学术上经常使用的“法体系”这个词，多指宪法、法律、命令、条例、规则等体系性规范构成群。

郑重其事地尝试“法”的定义，也是指“由国家权力担保实

〔1〕它可以通过“法是什么”来表述。但必须注意这种表述是多意的。它至少具有如下三种不同的意义。即①“法”的指示对象是什么？表达者、接受者用“法”指向什么？②“法”所指示之对象的性质是什么？③“法”这一对象的应然状态是什么？本文是指①。②是以后涉及的、与法的作用相关。③一直是法哲学问题，法社会学也从经验视角涉及之。

- 效性的强制规范”，多数情况下认为上述法规范的总体就是“法”。〔2〕可是，这并不是“法”这个词惟一正确的使用方法。其略显广义的使用法最近在基础法学领域极为普遍。无论如何，从法社会学观点回答上述问题时，将“法”理解为法规范群是不够圆满的，因为在回答“法是如何发挥作用的”这一问题时，必须将使法规范在社会中实际发挥作用的各架构纳入视野。

1.1.3 法的运行

试举一例，《民法》第709条规定：因故意或过失侵害他人权利时，承担因此而产生的损害赔偿赔偿责任。这是侵权行为的一般规定。据此规定，遭遇相邻工厂的噪音而被严重妨害（或感觉）生活的人理应责成工厂承担作为法规范结果的违法性，承担损害赔偿。

但是，虽说存在这个法规范，但法规范并不能自然地作用于对方，要求其承担责任、支付赔偿金，而必须由被害人向对方倾诉苦情，在交涉的基础上使其承认违法性。而且必须诉诸警察和政府等公共机关使其停止噪音，也许还必须与其他苦于噪音的人齐心协力共同诉诸于社会。如果对方仍然一意孤行，被害人最终必须向法院（裁判所）* 提起诉讼（或者必须明示其难辞诉讼）。为此，很多情况下，需要有公认专家资格的律师（辩护士）** 帮助。

而且，第709条的规定非常抽象，工厂的行为是否构成本条所

〔2〕 在过去的文献中，碧海1967:17将“法”定义为“由政治意义上的社会统治机构制定并承认且强制执行的规范总体”（下线六本）。（碧海1967:17是指“碧海纯一1967:「法と社会——新しい法学入門——」中公新书”的简称。详见书后“文献一览”。下同。——译者注）

* 在日本称“法院”为“裁判所”，下文为便于比较一律统称为“法院”。——译者注

** 在日本称“律师”为“辩护士”，下文为便于比较一律统称为“律师”。——译者注