

20世纪日本法学

何勤华 著



商 务 印 书 馆

20 世纪日本法学

何勤华 著

商 务 印 书 馆

2003 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

20 世纪日本法学/何勤华著. —北京:商务印书馆,
2003

ISBN 7-100-03656-9

I. 20… II. 何… III. 法学史-日本-20 世纪
IV. D909.313

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 096617 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

ÈR SHÍ SHÌ JÌ RÌ BÉN Fǎ XUE

20 世纪日本法学

何勤华著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京第二新华印刷厂印刷

ISBN 7-100-03656-9/D·311

2003 年 3 月第 1 版

开本 850 × 1168 1/32

2003 年 3 月北京第 1 次印刷

印张 20 1/4

定价: 30.00 元

序

当代日本的法学,通过继承日本封建法学遗产(主要以中华法系为基础),采用大陆法系之基本原则和框架(明治维新以后),吸收英美法系的许多学说、观点(主要是第二次世界大战以后),从而兼容并蓄,日渐发达。虽然,日本法学界在学习封建中国和近代欧陆法律时一直存在“拿来主义”之倾向,至现代又深受英美实用主义法学思潮的影响,故在法学研究方面比较务实,致力于注释的、应用法学的领域,其关于法学体系的理论也不十分细密。但该体系融合了东西方法学之精华,符合日本国情,颇具特色。因此,以此体系为基础,对 20 世纪日本法学的发展演变作整体研究,是比较合理的。

按照日本法学界比较一致的观点,“法学,就广义而言,是关于法以及法的现象的学问的总称”。^①根据这个定义,日本学者将法学体系分为如下几个层次:

一、实用法学(广义的实定法学^②)

按照其与司法实践联系的紧密程度,又分为法解释学和立法

① 参见伊藤正己主编:《国民法律百科大辞典》第 7 卷,第 137 页。1985 年日文版。

② 指以实定法(Positive Law,也称实在法)为研究对象的学问。

2 20 世纪日本法学

学、法政策学两大类。实定法学这个概念,一般用于以法解释学为说明对象的场合,但如果不仅从解释既存的实定法^①之法解释学角度,还从包含着与新的实定法制定相关的立法学、法政策学的意义上认识的话,它就被理解为广义上的实定法学,即实用法学。

(一)法解释学(狭义的实定法学)。是从事解释实定法的学问。但是,这里的“解释”,比古汉语或英文中的“解释”的含义要广,即不但包括了文法和语句上所作的说明,也包含了就法律作出定义和类推等解释。日本学者认为,这样的解释学对法的适用是不可缺少的。比如,在日本现行民法关于“私权应服从公共福利”、“私权的享有,从出生开始”^②等条文中,什么是“私权”?其范围包括哪些?等等,必须有相应之解释,才能使其准确地、有效地得以实施。

法解释学从古代罗马以来(中世纪意大利的前后期注释法学是其辉煌时期)即处在西方法学的中心地位,直至法学开始发达的19世纪为止,一说起法学,通常就是指法解释学,日本也深受其影响。现代日本的法解释学,其范围主要包括实定法的各个领域:即公法学(包括宪法学、行政法学等)、民法学(包括民法学、商法学、民事诉讼法学等)、刑事法学(刑法学、刑事诉讼法学等)、社会法学(劳动法学、社会保障法学等)、经济法学、国际私法学、国际(公)法学等等。

(二)立法学、法政策学。是指根据新的立法和法的修改,对实

① 按照日本学者的解释,实定法是现实存在的习惯法、(法院)判例法和由立法机关制定的法律、法规。

② 参见岩波书店出版《六法全书》,第979页,1983年日文版。

现一定政策有效的法规进行研究为主要任务的学问。正如美国曾制定了《禁酒法》,^①企望根绝饮酒的弊害,结果反而事与愿违,不仅禁不了酒,反而出现了大量秘密制造、贩卖酒的黑市。这一著名事例说明,没有远见和预测,违反社会发展客观规律的立法措施,并不是实现政策的有效手段。

因此,日本学术界认为,在规定作为法律调整对象的人们的行为时,除考虑统治阶级的意志外,还必须考虑人们的习惯、道德、经济以及其他各种各样的要素。为了实现一定的政策,作为上述种种要素的经验总结和知识成果的立法学(法政策学)就是社会所需要的。这样的立法学(法政策学),随着法的总的目标(社会综合治理)的展开,也逐步成为法学研究的重要课题。

二、基础法学,也称理论法学

日本学者认为,基础法学如同与“临床医学”相对立之“基础医学”一样,是以哲学的考察为目的,从整体上对法以及法的现象进行研究的学问,从而与作为应用科学之“实用法学”相对应。基础法学又可分为:

(一)法事实学。包括“法史学”、“比较法学”、“法律社会学”等,它分别从历史、地理、社会等角度,将法和法的现象作为一种事实来观察、研究,以获得各种知识。

(1)法史学(法制史学)。对法的历史比较早作出系统研究的是以萨维尼(Savigny, 1779—1861)为首的德国历史法学派和英国

^① 《禁酒法》(The Prohibition Law)。详细内容参阅李昌道:《简介美国有关禁酒的宪法修正案》。载《外国法制史汇刊》(第一集)第189—192页。武汉大学出版社1984年版。

4 20 世纪日本法学

的法律史学家梅因(Maine, 1822—1888)。在日本,奠定法史学之科学基础的是著名法学家穗积陈重(1855—1926),他在其名著《法律进化论》中,对世界各国法律制度的发展演变作了精辟的论述。第二次世界大战以后,日本的法史学研究进一步获得发展,从法史学中分化出了日本法制史、东洋法制史、西洋法制史三个分支。

(2)比较法学,又称比较法、比较法研究。通常有狭义和广义之分。从狭义上解释,就是泛指对不同时期、不同国家的部门法的特点进行比较研究,如比较宪法、比较民法、比较刑法等。从广义上解释,比较法学不仅指一个个具体的法律部门,还包括对世界各个法系、法的理论与实践、法的边缘和相邻学科,法的背景以及法的研究与改革动向的比较研究等。目前,日本在大量翻译西方比较法著作的基础上对世界各国法律的介绍、研究也十分活跃,比较法学成为研究和教育的重要学科。

(3)法律社会学。是运用社会学的原理和方法,研究法律现象的一门学问。法律社会学自1913年由奥地利法学家埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922)在《法律社会学基本原理》一书中首次加以系统论述以后,随即便风行欧美、影响世界其他国家。日本在第二次世界大战以前就受到欧美法律社会学的影响,二战后,该学科继续获得发展,并开始渗入法学各个领域,出现了许多分支学科,如宪法社会学、教育法社会学、经济法社会学、犯罪社会学等等。

(二)法律哲学。因具有哲学的理论性和抽象性而与法事实学相区别。在西方,法律哲学作为法学的一门学科和课程,一般是指以哲学的观点和方法,从理论思辨的高度对法的基本问题进行研究、作出解释的学问。在历史上,法律哲学是以探讨“正义是什

么?”的法律价值论为中心而发达起来的。目前,受欧美法律哲学思潮之影响,社会学法学、分析实证主义法学、新康德主义法学和新黑格尔主义法学、新自然法学以及“马克思主义法学”^①等流派,在日本学术界都很活跃。

考虑到上述日本法学界对法学体系的理解,以及我国学者对法学体系的习惯分类,本书在上述法学体系理论的基础上,将现代日本法学体系分为五个部分:即基础法学,包括法律哲学、法社会学、法史学和比较法学;公法学,包括宪法学、行政法学和刑事法学(含刑事诉讼法学和犯罪学);私法学,包括民法学、商法学和民事诉讼法学;社会法学,包括经济法学、劳动法学和社会保障法学;国际法学,包括国际公法学、国际私法学和国际经济法学。以此为分析基点,本书对20世纪日本法学发展演变的全过程以及其内涵、特点和某些发展规律作了较为系统的阐述。

本书的介绍和论述,只是初步的,它只能起一个抛砖引玉的作用。对现代日本法学的精深研究,还期望学术界的进一步努力。对本书中的错误和不足,也欢迎广大读者的批评指正。

何勤华

2003年元旦于上海 华东政法学院

^① 第二次世界大战后,日本有一部分学者开始致力于运用马克思主义的观点和方法来研究法律现象,并出版了一批作品。这在日本被称为马克思主义法学思潮。

目 录

第一章 基础法学·····	1
第一节 20 世纪日本基础法学的发展与特征 ·····	1
一、概述 ·····	1
二、法律哲学 ·····	4
三、法社会学·····	13
四、法史学·····	25
五、比较法学·····	41
第二节 人与作品 ·····	53
一、穗积陈重与《法律进化论》·····	53
二、碧海纯一与《法律哲学概论》·····	62
三、川岛武宜与《日本人的法律意识》·····	74
四、石井紫郎与《日本人的国家生活 ——日本国制史研究 II》·····	87
五、渡边洋三与《法社会学与马克思主义法学》·····	101
六、六本佳平与《法社会学》·····	113
七、大木雅夫与《日本人的法律观念 ——与西洋人的比较》·····	126
八、仁井田陞与《中国法制史研究》·····	141

2 20世纪日本法学

九、滋贺秀三与《中国家族法的原理》	148
十、铃木敬夫与《现代中国的法思想》	162
十一、冈野诚与《论敦煌发现唐水部式的书式》	169
第二章 公法学	176
第一节 20世纪日本公法学的发展与特征	176
一、概述	176
二、宪法学	177
三、行政法学	190
四、刑事法学	203
第二节 人与作品	253
一、美浓部达吉与《宪法讲话》	253
二、佐藤功与《日本国宪法概说》	258
三、小林直树与《宪法秩序的理论》	269
四、和田英夫与《大陆型违宪审查制》	277
五、樋口阳一与《比较宪法》	287
六、织田万与《清国行政法》	301
七、盐野宏与《行政作用法论》	309
八、牧野英一与《刑法上重点的变迁》	319
九、西原春夫与《刑法总论》	327
十、大塚仁与《刑法概说(各论)》	336
十一、平野龙一与《刑事诉讼法》	345
十二、菊田幸一与《犯罪学》	356
十三、神山敏雄与《日本的经济犯罪》	369
十四、官泽浩一与《被害者学的基础理论》	374

第三章 私法学	383
第一节 20 世纪日本私法学的发展与特征	383
一、概述	383
二、民法学	384
三、商法学	397
四、民事诉讼法学	408
第二节 人与作品	414
一、梅谦次郎与《民法讲义》	414
二、我妻荣与《债权在近代法中的优越地位》	423
三、星野英一与《民法概论 1(序论、总则)》	427
四、加藤一郎与《侵权行为》	435
五、米仓明与《让渡担保》	443
六、北川善太郎与《日本法学的历史与理论》	452
七、平井宜雄与《损害赔偿法的理论》	458
八、大隅健一郎与《商法总则》	464
九、新堂幸司与《民事诉讼法》	476
十、石川明与《破产法》	483
第四章 社会法学	494
第一节 20 世纪日本社会法学的发展与特征	494
一、概述	494
二、经济法学	496
三、劳动法学	503
四、社会保障法学	509
第二节 人与作品	512

4 20 世纪日本法学

一、金泽良雄与《经济法》	512
二、今村成和与《禁止垄断法》	523
三、松下满雄与《经济法概说》	535
四、片冈升与《劳动法》	544
五、小西国友与《社会保障法》	551

第五章 国际法学..... 562

第一节 20 世纪日本国际法学的发展与特征 562

一、概述	562
二、国际公法学	563
三、国际私法学	572
四、国际经济法学	583

第二节 人与作品..... 594

一、高野雄一与《新版国际法概论》	594
二、池原季雄与《国际私法总论》	602
三、樱井雅夫与《国际经济法的基本问题》	614

后记..... 628

第一章 基础法学

第一节 20 世纪日本基础法学的发展与特征

一、概述

在日本,按照学者比较一致的观点,基础法学是指与实用法学相对应的研究法律理论、法律思想、法律历史、各国法律制度以及法律的社会功能等基本课题的理论科学。它一般分为四个领域,即法律哲学(又称法理学)、法社会学、法史学、比较法学,后三者又称为法事实学。^①

在第二次世界大战之前,日本的基础法学及其各个分科已有一定发展,出版了织田万的《法学通论》(1917 年)、牧野英一的《法律的矛盾与调和》(1919 年)和《法律的进化与进步》(1924 年)、穗积陈重的《法律进化论》(全 3 卷,1924—1927 年)、高柳贤三的《法律哲学》(1927 年)、小野清一郎的《法律思想史概说》(1929 年)、田

^① 伊藤正己主编:《国民法律百科大辞典》第 7 卷,第 138 页,行政出版社 1985 年版。

2 20 世纪日本法学

中耕太郎的《世界法的理论》(全3卷,1932—1934年)、尾高朝雄的《改订法哲学》(1937年)、广浜嘉雄的《法理学》(1940年)以及中田薰、石井良助、仁井田陞与久保正幡的法制史著作等。

第二次世界大战以后,日本的基础法学发展进入了一个黄金时代,与二战前相比,战后50多年日本基础法学的发展,呈现出引人注目的新的发展特点:

第一,民主主义法学思想占有特殊地位。第二次世界大战结束后,随着日本法西斯势力的垮台,以和平民主、发展经济为宗旨的新宪法的制定颁布,以实行主权在民、三权分立为基本原则的资产阶级民主共和国的建立,日本走上了和平、民主、法治的发展道路,民主主义力量占据了主导地位。与此相适应,以1946年民主主义科学者协会的成立为契机,民主主义法学也开始登上日本的历史舞台。尤其在基础法学领域,涌现了一批具有民主主义思想的法学家,如平野野太郎、野村平尔、川岛武宜、渡边洋三、长谷川正安等,他们的作品及其活动,促进了战后日本基础法学的发展。

第二,理论与实践的结合日益紧密。无论是法律哲学,还是法社会学、法史学、比较法学,都以战后日本社会的一系列重大课题为研究对象,如法的概念,法与权力(历史、类型),法与道德,法与审判,法与强制,法与正义,法与言语,法与公害,多数决原理,权利与法律纷争,农村、山林、家族、婚姻,日本古代的封建与郡县,古代的所有权制度与占有制度等,既使基础法学获得了强大的生命力,也更好地发挥了基础法学的理论指导作用。

第三,基础法学教育和研究取得了长足的发展。随着战后日本经济的恢复和发展,政治民主的日益扩大,学术气氛、环境的逐

步宽松,日本的法学教育和研究得到迅速发展。在东京、京都、庆应、明治等诸大学形成了以法律哲学、法社会学、日本法制史、东洋法制史、西洋法制史、法学史、比较法等重点课程为中心的基础法学教学体系。在一些综合大学还新办了一批法学部,开设基础法学课程,招收、培养法科学生;除创办《法律广场》(1948年)、《法的科学》(1973年)、《日法法学》(1961年)、《日德法学》(1977年)、《法制史研究》(1951年)、《比较法研究》(1950年)等一批基础法学综合杂志外,还出版了《神户法学杂志》(1951年)、《上智法学论集》(1957年)、《国学院法学》(1963年)、《国士馆法学》(1968年)、《成城法学》(1978年)等数十种各大学法学部学报;推出了一批有分量的法律哲学、法社会学、法史学、比较法学专著,加上自然法学、社会法学、分析实证主义法学、新康德主义法学与新黑格尔主义法学以及马克思主义法学等各种思潮的彼此交融,使战后日本的基础法学呈现出一派繁荣的景象。

第四,与世界各国的法学交流获得了很大发展。日美法学协会、日法法学协会、日德法学协会的相继建立,架起了一座座日本与海外基础法学交流的桥梁。参与国际性法律哲学、法社会学、法史学、比较法学的各种学术机构、组织、会议的活动,扩大了日本学术界的眼界,并使日本法学冲出亚洲,走向世界,成为当代世界法学最发达的先进国家之一。尤其是由于日本在继承发扬日本古代法学和中国封建法学的基础上,能广泛吸收世界两大主要法系——大陆法系与英美法系的精华,因而使战后日本的基础法学成了世界基础法学的集大成者,有些学科如法社会学、法史学等,已走在世界最前列。

二、法律哲学

(一)

法律哲学(Legal philosophy)这一术语,原本是西方法律文化传统的产物,在古代东方社会并无踪迹可循。但用哲学思维和方法来观察、研究法的现象,在古代东方就已经很发达。韩非等法家对法的起源、功能等的深刻阐述,儒家关于法(刑)与道德的论述,都是古代东方社会早期法律哲学思想。在日本,法律哲学领域,接受的也是中国古代儒家的法律思想。

明治维新前后,随着荷兰等西方文化的传入,日本学术界开始了解西方的法律哲学。最早将这种法律哲学(主要是自然法思想)传入日本的是西周和津田真道。他们将荷兰学者西蒙·威瑟林(Simon Vissering)的著作译成日文,取名《性法略》(1871年)。性法,西语原文为 Natural Law,现译为“自然法”。因为它研究的是人的本性,世界的本性,故日本人借用中国宋代儒家的术语,取名“性法”。随后,应邀出任日本政府立法顾问的法国巴黎大学教授保阿索那特(Boissonade, 1825—1910)的著作《性法讲义》也正式出版(1877年)。这样,连同 1865 年从中国引入的日文版《万国公法》^①中宣传的格老秀斯(Grotius, 1583—1655)的自然法思想一起,在日本,以自然法为核心的法律哲学就开始获得传播。

① 本书原著者为美国学者惠顿(H. Wheaton),原书名为 *Elements of International Law* (《国际法原理》),1864 年由美国传教士丁韪良(William M. Martin, 1827—1916)译成中文出版。

在自然法思想传播的同时,西方的法律进化论思想也开始传入日本,并由于日本特定的文化氛围(日本要摆脱落后、贫弱的小国地位,挤入世界列强之行列),法律进化论思想迅速占领了日本法律哲学界。这方面的代表人物有加藤弘之、穗积陈重。前者在《邻草》(1868年)、《国法泛论》(译序,1872年)、《国体新论》(1874年)、《强者之权利的竞争》(1893年)、《自叙传》(1915年)等作品中,阐述了法律进化论的思想。后者在《婚姻法论》(1881年)、《法律六主义》(1882年)、《万法归一论》(1885年)、《法律学的革命》(1889年)以及3卷本巨著《法律进化论》(1924—1927年)中,对法律进化的思想作了全面的阐述,其影响不仅及于20世纪上半叶的法律哲学界,也渗透到了各个部门法领域。

(二)

20世纪20年代之后,西方新康德主义和新黑格尔主义法律哲学思想传入日本。新康德主义法哲学代表人物施塔姆勒(R. Stammler, 1856—1938)的作品更是受到了日本学术界的欢迎。在宣传新康德主义法律哲学思想方面影响比较大的学者是恒藤恭。他在《批判的法律哲学研究》(1921年)、《价值与文化现象》(1927年)、《法的本质以及其把握方法》(1932年)等论著中,比较系统地阐述了新康德主义法律哲学观。而以现象学作为研究方法,接受黑格尔的价值观的学者是尾高朝雄。他在《法哲学》(1937年)一书中,对新康德主义所具有的形式主义之不足进行了批判,强调了法的事实性和社会性。

与此同时,另一著名法律哲学家广浜嘉雄在《法理学》(1940