

上海三联法学文库

贺卫方 主编



现代民法 基本问题

[日] 星野英一 著
李诚子 岳林 译

上海三联书店

上海三联法学文库

贺卫方 主编



现代民法 基本问题

[日] 星野英一 著
段匡 杨永庄 译

 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

现代民法基本问题 / (日) 星野英一著; 段匡, 杨永庄译. —2版 —上海: 上海三联书店, 2015.1

ISBN 978-7-5426-4914-0

I. ①现… II. ①星… ②段… ③杨… III. ①民法—日本—文集 IV. ①D931.33-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2014) 第167035号

现代民法基本问题

著 者 / (日) 星野英一

译 者 / 段 匡 杨永庄

责任编辑 / 王笑红 beautxiao@gmail.com

特约编辑 / 殷亚平

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟 张向玲

出版发行 / 上海三联书店

(201199) 中国上海市闵行区都市路4855号2座10楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-24175971

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2015年1月第2版

印 次 / 2015年1月第1次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 410 千字

印 张 / 29

书 号 / ISBN 978-7-5426-4914-0 / D · 264

定 价 / 75.00元

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一個高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至,对于那些试图打探门径、有所取舍的行外学者来说,读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建

设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分离,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西文的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好的社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教向的作品,追求丛书的独特性;另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也

率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

中译本序言

这次,我的论文被译成中文出版,让我感到非常荣幸、高兴。在此,谨向决定翻译并为此付出辛劳的渠涛先生和段匡先生表示衷心的感谢。

对于民法的详细解释,我主要是通过判例研究或者是在教科书上展开,而论文,则是围绕比较大的论题从理论上进行探讨。其结果是,我的论文相当长、注解也很多,对于翻译者来说真是劳其筋骨伤其精神了。

我认为,学者的固有工作就是对事物进行“深邃、广泛、远距离”的眺望、探讨。正是基于这样的想法,而形成了我自己的选择、追求论文主体的方法。

在论文的选择上可谓煞费苦心了,最后是决定了 23 篇。从大的分类来说,分为民法总论、民法总则、物权、契约法、家族法以及 1945 年以后的日本民法、民法学概观六个部分。考虑到汇总为 1 卷本未免太厚而决定分为两卷,而鉴于内容上的归类,两卷页数难免有所不均衡。

本卷,是由除了民法总则和契约法以外的(民法总论、物权、家族法以及 1945 年以后的日本民法、民法学概观)部分组成。

开始的 3 篇,围绕了“民法是什么”这么一个主题。在“有关‘法’和‘法律’这两个词的用法”中,把应该尽可能区别使用这两个词语作为前提问题,以其在欧洲的历史、区别使用的实际意义为根据进行了论述。这是个在日本没有论述过的主题,除了明确表示赞成的少数学者之外,目前尚未有对此做出回答的学者。但是,我认为,这是一个在日本应该更多地从

正面进行议论的问题。“民法的意义——从民法典出发”和“民法是什么——研究的一、二”，对于民法学者来说，恐怕是最初也是最后的问题。前者，正如副标题所示，从民法典出发，探讨了其所包含的内容、论述了其中含有在理论上适合称之为“民法”规定以外的内容。由此，在后者中提出了，如果有理论上应该称之为民法的，那么是些什么内容？主要是从产生这一观念的欧洲特别是成为法国大革命之后编撰的近代民法典典范的法国民法典的历史进行了探讨。

接下来的2篇，探讨了民法的原理、思想。“私法中的人——以民法财产法为中心”，论述了在近代民法中是如何看待人的。这篇论文被收集于专业不同的六个人编辑的“岩波讲座·基本法学”的第1册“人”之中。该讲座是由人、财产、契约、责任、权利、企业、纠纷共计7册组成，是由各个领域的学者对重要的社会制度和社会现象进行研究论考的集大成，是日本最初的尝试。作为编辑者的我，还执笔了“契约”。“意思自治的原则、私的自治的原则”，是为了探寻成为民法基本原则的这两个原则的更为严格的意义，而探讨了法国和德国的学说，显示了两者的异同。登载了该论文的“民法讲座”，是由我主编的，这是涉及民法整个领域的最初的讲座，是按照民法典的顺序由6卷和其他2卷组成。对于民法的重要论点，在纵横鸟瞰学说现状的同时，给这些学说在学说史上进行了定位。在发行之后25年的今天，由年轻学者进行的研究有了显著的发展，虽说在“现状”的这一点上已经是过时了，不过，因为显示了现在的学说的历史起源，在今天仍然是具有充分意义的讲座。

接着，是民法典的历史。在此，只是提到了“法国民法对日本民法典的影响——总论、总则（人、物）”。日本的民法学，从民法典施行之后15年左右的时间开始，受到了德国法学压倒式的影响，且不说其中有什么关系，一般都认为民法典是以德国民法典为典范的。对此，从民法第1条开始探讨到第89条，加上旁证，论述了至少有一半是受到了法国民法典的影响。据说引起了民法学者和法律家的震惊。

然后是方法论。在方法论中,有民法解释的方法论和民法学的方法论,关于民法解释的方法论的论文,已经有其他的中文译本,所以这儿只是选择了1篇关于民法学方法论的论文——“有关民法学方法的备忘录——‘关于实定法学’”。该论文论述了“实定法学”,除了有传统的解释论或立法论的部分之外,应该还包含有涉及制度或规定的历史、比较法上的定位、社会学的意义等科学的部分,以及探求成为其基本的原理、思想等哲学的部分。实际上,是如何在解释论或立法论中纳入科学、哲学要素的问题吧。这是经过40年研究生活总算汇集而成的我的民法学的方法。

关于物权,选择了“法国的不动产物权公示制度沿革的概观”。虽然有探讨同样问题的小论稿,够得上研究论文的该数此篇了。与成为中国、日本典范的德国不动产登记法不同的法国的制度,具有反映出中国、日本的制度内容及其社会背景的意义。

关于家族法,选择了“明治以来的日本的家族法”。虽说是短篇,不过加上了以往不太论及的观点。是日韩两国研讨会上所作报告的原稿。

最后的3篇,是1960年和1985年概观当时的民法及民法学状况的杂志论文,考虑到揭示了那个时代以及更为广泛的战后日本民法和民法学的状况,从而做出了选择。正如本书收录的最初的论文所示的那样,战后,学会的活动非常盛行、讲座的编撰非常盛行、法律杂志层出不穷、各种纪念论文集不胜枚举。

本书对于中国的诸位读者哪怕能有稍许的益处。都将使我感到无上的荣耀。

星野英一
2011年4月

目 录

中译本序言	1
有关“法”和“法律”这两个词的用法——区别的提议	1
民法的意义——从民法典出发	22
民法是什么？——研究的一二	46
私法中的人——以民法财产法为中心	65
意思自治的原则、私的自治的原则	105
法国民法对日本民法典的影响——总论、总则(人·物)	147
民法解释论序说	214
有关民法学方法的备忘录——“关于实定法学”	248
法国的不动产物权公示制度沿革的概观	306
明治以来的日本的家族法	385
民法、财产法——20 世纪 60 年代法的将来的课题	396
现代社会和民法、民法学——回顾和展望	412
日本民法学的现代的课题	435
附录:星野英一先生的简历	448
译后记	452

有关“法”和“法律”这两个词的用法 ——区别的提议

- 一、序 日本在“法”和“法律”的用词方面不统一
- 二、这两个词的用法应该加以区别的根据
- 三、日本之所以对这两个词不作区别而加以使用的理由
- 四、结束语

一、序 日本在“法”和“法律”的用词方面不统一

在日本的法律学,严格地说在法律书里,“法”和“法律”这两个词通常是不作区别地被加以使用的。

当然,要这么说,就有必要对“法”和“法律”这两个词作出一定程度的严格定义。在此,权且大致作一下区分,所谓的“法律”,就是由有权限的立法机关制定的成文法,在今天来说,就是严格意义上的法律(宪法第41条),或者是按照其意义的(宪法第73条3号、6号,第77条,第94条),以及具有和法律同等效力的(法例第2条,商法第1条等等)。而所谓“法”,无论是从其广度、深度来说,还是观其纵横,则意味更广且深。即是存在于社会各个方面的社会规范、是区别于道德习俗的“法的”规范,与上述“法律”的关系,从横向面来说是判例¹,从纵向面来说是“活的法律”或自然法。

按照以上的定义来看,在日本法学上,一方面,在应该使用“法律”这个词的场合,至少是在适当的时候,有使用“法”这个词的;而另一方面,在

应该使用“法”这个词的场合,至少是在适当的时候,有使用“法律”这个词的。对于这一点,有必要作更为详细的探讨,在此,略举例一二。

首先是著作的标题。以享有盛誉的名著法(法律)的概论书为例。我妻荣的《法学概论》(有斐阁 1974 年),其内容,正如作者自己在著作的第一行中所述,是明治维新以后“日本的法律制度的变迁”,虽然内容是制定法的概观,却冠以“法”学概论的标题。又如,田中耕太郎的《法律学概论》(学生社 1953 年。初版、现代法学全集,日本评论社 1930—1931 年),在序中,作者写道,“希望能够作为《法学入门》或《法哲学入门》”,达到在“自然法立场的实定法学和法哲学之间起到桥梁作用”的“目标”,其内容还包含“作为社会现象的法的考察”、“法思想史概观”、“法学”等很广泛,却冠之“法律”学概论的标题。

就连日本私法学史上堪称泰斗的这两位大师都如此用词,足可见用词上是何等混乱²。

居然,以后的法(法律)概论、入门书的标题中没有再出现这样的情况³。

不过,观其内容,总会发现“法”和“法律”的用法并不很清楚。

例如,团藤博士,对“法”的用法极为谨慎,把“可以伴随公的强制性的公权力而强制实行的社会规范”称为“法”,由此,一方面将其区别于社会道德和习俗,另一方面指出“在不单纯地局限于国家法的程度上开阔视野”,结果,团藤博士所指的“重要部分”就是国家法,特别是在没有事先说明的时候“仅仅说‘法’,就是指国家法”的场合很多⁴。当然,说到“国家法”并非仅仅指“法律”,也包括属于“法源”的习惯法、判例法和条理⁵,虽然提及把“活着的法”和“国家法”一样都包含于“法”的理由⁶,但并不清楚⁷。

同样,对“法(法律)”用词上的区别、两者之间的关系感觉很敏锐的三月章博士,在《法学入门》(弘文堂 1982 年)中⁸,一方面认为“如果无视‘活着的法’的存在,就有可能看不到社会上的法的现状”,从而强调对其进行探讨的重要性⁹,同时又指出,“即使现在,也没有认为只有国家法才是法”,“包含在国家内的一部分社会,具有不同于国家法的另外的强制性的规范体系,即,有法的这一事实并非看不到”,对国家法以外的法是否只

限于“自主法”作了说明¹⁰。对于如果把“活着的法”“吸收到法概念中的话,就是对法概念的明显扩展,反而稀释了法的特质”这一概念,和团藤博士一样,三ヶ月章博士持批判的态度^{11,12}。

笔者以前就指出,在日本,使用“法”和“法律”这两个词时,没有加以区别。笔者提倡应该将两者加以区分¹³。很荣幸,此提议不仅得到了若干的赞同¹⁴,恰恰在同一时期,也出现了——虽然探讨方向不同——论述几乎相同宗旨的论稿¹⁵。其后甚至还出现了引用这些观点的论稿¹⁶。不过,鉴于这些包括笔者在内的论稿都仅仅停留于部分的论述,在此,对以上的主张再作进一步的探讨。

不过,因为会触及从法哲学到法社会学的许多根本问题,笔者并不想鲁莽地尝试涉足很深。笔者并非有过研究,也不具备其能力。只不过最近几年,因为担任法学入门的讲课,在拜读了若干有关“法学入门”的著作之后,进行探讨的愿望愈发强烈,由此为契机而提起了笔。

就这样,尽管既没有充分研究的证据,引用的文献也只不过是偶尔看到、很不完备,可以说本稿,仅仅是研究中的记录,但还是决定,列举尽可能有区别地使用“法”和“法律”这两个词是适当的,至少也是所期望的理由(见以下第二部分),以及指出笔者注意到日本之所以对这两个词不作区别加以使用的理由(见以下第三部分)。

二、这两个词的用法应该加以区别的根据

(一) 首先想要说的是,在日本所继受的罗马法系即大陆法系的国家,“法”和“法律”的用词明显不同。即在罗马法中,是 *ius* 和 *lex*; 在法国,是 *droit* 和 *loi*; 在德国,是 *Recht* 和 *Gesetz*; 在意大利,是 *diritto* 和 *legge*, 使用不同的词汇,在今天已经是常识¹⁷。

对于各个词的严密的意义和两者之间的关系,在此不能作详细的探讨。不过,至少可以说, *lex*、*loi*、*Gesetz*, 是社会的权威者制定的、由社会的权力进行制裁的规范,即,是由具有思维的存在(人或者是神)制定出来的;而 *ius*、*droit*、*Recht* 则表示广义的社会规范的总体或是社会秩序,既意味着正统又意味着是可以向他人要求的(权利)¹⁸(注2)。总而言之,经过探讨得出的结论是,把西欧大陆的法国所使用的不同的词汇,在日本不

作区分地加以混用的做法只要是不妥当的话,可以说明明显地让人感到有很大的疑问。

即使是在英国,(the)law 和 a law、laws 也是有区别的。Geldart 指出,两者虽然没有很确切地区别使用,但是表示两个不同的观点,后者是指个别的准则(rules),前者是其总体上的、规范人们行动的统一体、体系,在区别作为体系的法和制定出来的法的时候,使用不同词汇的国家有明确的区分,像法语的 droit、loi 和德语的 Recht、Gesetz¹⁹。

(二)在西欧,表示“法”和“法律”的词汇不仅仅是不一样,根据最近的研究,其所示意的对象较之词典、教科书上的说明更有明显的不同。渐渐将“法”和“法律”作为同义词使用的是近代以后²⁰。在经过了视为同义词的时期之后,到了现在,不能忽视对两者视为同义词所产生的强烈批判²¹。下面,以若干文献为基础,窥视一下西欧的 droit、Recht 和 loi、Gesetz 的关系的沿革。这也是提倡应该尽可能区别使用“法”和“法律”的理由之一。

在近代之前的西欧,“法”被认为是超人类能力的形而上学,是来源于神或是神制定的,因此,对于法感到特别的崇高、尊严。即使是国王也要服从法。于是乎,法是生来具有的、传下来的,是存在于坚固的传统之中的。比如古代的霍梅罗斯(Homerus,古希腊传说中的诗人——译者注)或者是阿里斯特泰雷斯(Aristoteles 古希腊的哲学家、科学家——译者注)。因此,“法”不是由人类创造的,而是应该由人类发现的。到了中世纪,对于法的理解变得特别显著。在日耳曼古法中,认为法是传统的、存在于记忆之外而自古不变延续下来的,作为以宗教、伦理为基础的世界秩序的一部分²²,其妥当的根据在于内在的正统性(“古老的好法”)。即,另一个特征是,无论是古代还是中世纪,认为法就是正义²³。

与此相对,“法律”多少被认为是由首领用来维持大的共同体的。犹太基督教认为,神的法律(“十戒”)是中心,而神因为不想自己对一切作出规定,从而授权给政治共同体的首长作出更详细的规定²⁴。日耳曼法认为,法律是由判决而发现(Weistum)、由朋友之间的协定而制定(Satzung),然后由支配者命令这三个形式组成、并存的,按照上述顺序转移重点²⁵。

在西欧,新的法概念的产生是在 16—17 世纪²⁶,而法国大革命使其得到了完成²⁷。其特点是,法“是被制定出来的”想法替代了以往的法是“被发现的”想法。从根据协约进行立法转变为由拥有一定权限的机构进行立法,并且是表现了主权的立法。把立法作为主权的重要权能之一、确立了法律是主权者命令这一思想的是伯丹(Jean Bodin,法国的经济学家、法学家——译者注),把立法权的观念确立为三权之一的是孟德斯鸠(Montesquieu,法国的哲学家、政治思想家——译者注),这些学说,对于法是由主权者制定的这一近代观念的形成产生了极大的影响。就这样,产生了法的“法律化”现象,以至“法=法律”成了有意识地进行社会改革的手段。法的“实定性、工具性、功能性”,其“能够自由地被制定的性质”,因为时代而产生的“制约性”、“可变性”和“合乎目的性”,是近代的“法”观念的特色²⁸。但是,在绝对主义时代,法律的目的是为了“公众的福利”,基于传统的“法=正义”的观念还保留着制约观,按照卢梭的 *volonté générale* 论,作为主权者的所有的市民都参与立法(法国人权宣言第 6 条),根据人的意思,为了形成适应各种场合的政治、社会秩序,作为手段的法的自由制定的可能性的观念得到了完成。不过,另一方面,因为存在人的自由和权利的平等原则(人权宣言第 1 条),法律起到了规定自由的界限的作用(人权宣言第 4 条)^{29、30}。

就这样,西欧也完成了将“法”和“法律”一视同仁的观念。因为在 *volonté générale* (普遍意志) 中的表现,法律有了价值,以至“法律 fetishism”(杰尼)、“法律教(*la religion de la loi*)”(威廉)支配了法国³¹。出现在现实中的,是根据立法者的意思只把注释法典作为工作的法国注释学派³²。在德国也从维亚克尔(Franz Wieacker,《近代私法史》的作者——译者注)的“学问的实证主义”转变为由法典编撰的“法律实证主义”占了支配地位³³。

“法”和“法律”的一视同仁,一方面的确是大致上反映了围绕现在的法的状态,另一方面,如上述表明的那样,不能忽视其历史的相对性和观念形态的特殊性。因此,在 19 世纪已经成为遥远的过去、20 世纪亦近尾声的今天,也为了回到原点,重新考虑“法”和“法律”的关系,希望慎重地区别两者的用法³⁴。

(三) 如上所述,在西欧的语言词汇中,“法”比“法律”表示了更广泛的意思。因此,在日本,对这两个词作出定义时,无论是承认“法”比“法律”的范围广,还是采取“法”的性质不同于“法律”的立场,当然都有应该将两者区别使用的场合。比如,从法社会学立场上认为的“法”的概念³⁵,用“法律”来表现就不妥当。同样,在使用“法律”这个词时,从社会学概念来说是意味着“法”的话³⁶,那也是不妥当的。也就是说,如果站在承认“活着的法”的立场,那就有区别使用“法”和“法律”的必要。

进一步说,如果并不认为“法律”都是正确的,而是承认批判“法律”的标准并不过分(即自然法论)的话,因为“法”超越了“法律”,两者应该有区别地加以使用³⁷。

(四) 在说明、叙述一些现象时,区别两者也是有用的。

第一,以前也曾经提及³⁸,人们常说“日本人讨厌法”。关于其真假自有议论,且有探讨的余地,暂且搁置一边,但是从其表现上来说则是不妥的。正确的说法应该是“日本人讨厌法律”吧。为什么这么说?是因为,日本既非警察国家,在经济发达国家中治安也是好得名列前茅,如果不存在严格的社会规范是难以想象的³⁹。问题是,是否应该将社会规范视为不同于“法”的“道德”、“习俗”,这儿也有“法”意味着什么的问题。不过,至少是在处理牵涉利害关系的事项时,我们总还是认为有一个规矩的。那么,还是应该称之为“法”,这样的话,就不能说日本人讨厌“法”了。除了把社会规范反论为“道德”、“习俗”以外,在西欧,“法”包括一些“权利”的观念,如果说日本人的权利意识淡薄是事实的话⁴⁰,那么也许可以说日本人是讨厌“法”的。不过,如果让笔者进行选择的话,笔者考虑,在“法”的用法当中,是不是可以留下包含“正确的”观念的部分,剔除包含权利观念的部分⁴¹。这是应该进一步充分讨论的事项,不过,即使是在西欧流传的用法中,“客观意义上的法”里连带有“正确的”观念,而“权利”作为“主观意义上的法”少许有所不同⁴²,这也是笔者如此考虑的理由之一。

第二,在围绕所谓“法和道德”的关系展开的错综复杂的议论中,特别是在把公权力进行的强制作为“法”时是否应该要求基准而展开的议论中,有区别地使用“法”和“法律”,多少也可以在一定范围内得到一些整理。

从有名的例子开始探讨吧。拉德布鲁赫(Radbruch, 德意志的法哲学家——译者注)说,“把法义务归到道德王国中去”,用更通俗的话来说,就是“具有双重价值性的同一素材的包装”⁴³,田中耕太郎博士也引用了此话⁴⁴。其意思虽然不一定能够确切地把握,但还是能够明白。笔者认为,是否可以作如下解释。即,作为规范的内容或是领域,“法”和道德是同一性质的、是接壤的——也可以把法作为道德的一部分,而“法”一旦被制定为“法律”、成为“法律”的一部分,那就被公权力赋予了强制性。说起来似乎是理所当然的,只不过是分别使用“法”和“法律”这两个词就能够简单地进行表达。以往,因为把“法”和“法律”包括在一起考虑其和道德的区别,所以不得不进行苦苦的思索⁴⁵。

简单地说,把“法”和“法律”这两个词分开使用,可以进行更准确的叙述和思索。在说或是写“法”这个字的时候,经常反省其言明的不仅仅局限于“法律”,这对法学者乃至法律工作者来说都具有极其重要的意思。

(五) 上述各点说到区分“法”和“法律”用法,其意义不只是停留在学问上,也包含在实践中。对学生进行法学教育时加以区分的重要性就是其中之一。

在日本,法律系毕业生最易带有的缺陷,就是法律万能主义。即,认为世上所有的一切都是由法律来进行规范的,墨守成规地照搬法律,更有甚者,玩弄法律技术蛊惑外行,从心眼里蔑视不懂法律的门外汉,等等。其实,日本法律的大部分都是从西欧引进的,其中的词汇有很多是日常词汇中没有的,是被创造出来的,对一般的日本人来说难以接受。其内容,有与一般日本人的规范意识不一致的地方。总而言之,在日本法律中,有不少背离了日本社会,没有扎下根。特别是权利、契约这些基础的法律制度。在日本社会中,存在着与西欧法的基本概念不同的基本的社会规范,由此形成了安定的秩序。在这样的情况下,教授法律时有必要考虑到,日本法律和是社会规范(至少与日本相比其背离的程度明显要小)的欧美各国⁴⁶有不同的地方⁴⁷。应该事先向学习法律的学生敲木鱼,让他们注意以下两点:其一,日本的国家法基本上是引进过来的;其二,至少设想一下日本社会的“活着的法”、“法意识”是另外存在着的,还没有得到充分的研究。在此之际,区别使用“法”、“法律”这两个词,可以使人容易理解。何