



世界法学译丛

东西方的 法观念比较

原著：〔日〕大木雅夫

译者：华夏 战宪斌

法律

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

东西方的法观念比较

原著：〔日〕大木雅夫

译者：华 夏 战宪斌

北 京 大 学 出 版 社

北 京 • 2004 年

著作权合同登记图字：01-2003-4522

图书在版编目(CIP)数据

东西方的法观念比较/(日)大木雅夫著;华夏等译.—北京:北京大学出版社,2004.7

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-07520-0

I. 东… II. ①大… ②华… III. 比较法学-东方国家、西方国家 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 056491 号

书 名：东西方的法观念比较

著作责任者：〔日〕大木雅夫 著 华 夏 战宪斌 译

责任编辑：贺维彤

标准书号：ISBN 7-301-07520-0/D·0906

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址：<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱：zpup@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者：北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者：三河新世纪印刷厂

经 销 者：新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 11.75 印张 170 千字

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

定 价：24.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

献给末延三次先生(故)

江川英文先生(故)

团藤重光先生

前 言

本书是在题为《西洋与远东的法观念》论文的基础上经过大幅修改而成。该论文自1981年2月至9月分8次连载于《法律时报》53卷2号至10号上。

接受东京大学出版会编辑部的建议,借此书出版之际将书名定为《日本人的法观念——与西洋法观念之比较》。虽然本书内容进行了大幅度的调整,但是论点并没有本质的改变,所以本人不敢肯定《日本人的法观念——与西洋法观念之比较》这一新书名能否贴切地反映本书内容。实际上,在正文和后记中也反复提到,本书的新书名和内容究竟能否刻画出“东西方的法观念比较”,笔者对此并没有十分的把握。本书关于法观念的研究也涉及中国的法律思想和司法审判制度等内容。

尽管如此,本人对此研究所抱的最终目的是,对围绕一直以来支配着海内外法学者,特别是比较法学者的日本人法观念的讨论做进一步的研究,尽可能地尝试为日本法在法系论中的重新定位做一些基础性工作。因此,只要我本身抱有超越对“西洋与远东的法观念”客观性比较的愿望,即便索性将书名改为《日本人的法观念》也未尝不可。这就好比父母给孩子起名时,祈祷神给以深厚的福泽,愿孩子在这混沌的人间社会以义立身、顽强生存下来一样。

之所以把书名改为《日本人的法观念》,那是因为本人从一开始就对“远东”这一用语是否妥当感到困惑。从欧洲的角度来看,

2 东西方的法观念比较

远东是指位于地球最东端的地域。如果这样从地理位置来界定“远东”，那势必将“远东”地区诸法一概而论，其科学性很令人置疑。不过，对长期研究西洋的东洋学者来说，不通过西洋的镜头而根据东洋人自己的立场来观察世界绝非易事。因此，笔者以为暂且按照西洋学的方法利用“远东”这一西洋概念，不但不会使我丧失自身的立场，而且还会据此来重新认识日本法。

当然，这也成为本人一个艰辛异常的课题，因为西洋的治学方法在于其批判精神，在于其崇尚独创的风气，而不在于一味地墨守成规。西洋的这种批判性治学方法促使我走上批判通说的道路，而传统的通说却一直滋养着我的学者生涯。这就好像为了诞生新生命，母鸡要先在自己体内育卵，随后要以自己的体温来孵化一样；然而，如果鸡雏不在硬壳内尽力挣扎、啄击来打破坚硬的卵壳，就不会诞生一个新的生命。

总之，如今的时代异常繁忙，人们都想尽早知道是否有某种新的学术观点产生。这种愿望完全可以理解，读者在阅读本书时也许也会有类似心态。所以，如果读者想尽早知道本人新的学术观点是什么，那最好还是先读一下本书的最后一章“概括性考察”，然后再回过头来从头开始阅读。不过，对于那些能够正确理解将比较法称为“愚者之学”的茨威格特教授这句话的读者来说，本人建议最好还是沿着笔者探索的路径，静下心来从头读到尾。

大木雅夫

中译本前言

西洋与东洋的法观念之差异主要表现在法治主义与德治主义的对立上。即,西洋的法观念是以礼赞法律、崇信法律工作者、依据法律解决纠纷和为权利而斗争为内容的;而东洋的法观念则是以轻视法律、不信任法律工作者、靠调停解决纠纷和靠互让求得和解为内容的。这是日本法学者与西方法学者所达成的共识,亦是坚如磐石的通说。在日本,这一通说由川岛武宜教授的名著——《日本人的法意识》一书所确立;而后又由野田良之教授通过《国际比较法百科事典》(International Encyclopedia of Comparative Law)第2卷及《日本法入门》(Introduction au Droit Japonais, 1966)一书将此通说由日本推广至海外。

我本人当初亦深信不疑地研读过上述通说。但,当时我更知“学而不思则罔”这一孔子的教导。因此,研读伊始便对所谓通说以反思而思之。因当时我以为该通说哲学上的思维模式简直如同“站在北极点,则一切均为南”的图表式说法一样。再者,又因在我当时的思考的根底中还明显含有本人对国民性及日本人特殊独特论的思索成分。但不管怎样,我的这些思考在经济高速成长期的日本很受欢迎,被认为是具有独到见地的思考。日本人有一种“和”的精神,日本的国民性在于厌讼,但也不排除好讼的存在。圣德太子的《十七条宪法》的第一句话就是“以和为贵”,当然这句话亦是从《论语》和《礼记》中学来的。我在长期思索及研究的基础之

上,便写成这本对上述海内外定说式的通说进行批判的《日本人的法观念》(中文版《东西方的法观念比较》),并付梓问世。

我既然决心批判通说,则需加大力度去改变研究问题的视点。在文稿中收集了大量以往所没顾及到的日本法史中的那些为权利而斗争的历史事实,并尝试对之加以彻底梳理与批判。而我这种整理与批判并不只限于日本法制史上的诸现象与事实,而是在横跨大洋东西并对之进行批判性的考察之后,才写成了这本小著。下面我坦率地对这本小著的不足之处进行说明。

本人自学生时代就开始了西洋法的研修,并一直从事于以欧洲诸国法及社会主义法为主要内容的比较法研究。但因我不谙中文,因此亦无法直接知晓中国的现代法。尽管我本人仅在少年时代学过古汉语,并从少年时代始就对中国文化怀有无限憧憬或无上向往之感情,但很遗憾我仍是中国法及中国法文化的门外汉。倘若在写这本书时能同中国法学者互相交流,我会更有信心写好这本书。我怀着未能实行“思而不学则殆”之悔恨及反省之感,并正是由于这一悔恨及反省之感使我油然而产生了“安得中国法学者能助我一臂之力,弥补这本小著的不足之处,直到大功告成,那将甚幸至哉,不亦悦乎!”但,长期以来这只是南柯一梦,未得实现。

少壮者有理想,而老叟者亦怀抱负。还是一年前(2001年),我欣然接到来自清华大学教授战宪斌先生以其地道的日语写成的来信,读后方知我的《日本人的法观念》将在中国出版,多年的夙愿即将如愿以偿。老叟“不亦悦乎”!同时,我亦在回忆共译者——华夏教授。记得我于1992年3月在华东政法学院讲学之后,有生以来初次访问北京。我在北京站刚下列车,便看见潘汉典教授等在月台上。受潘汉典教授之邀,我欣然为中国法学者的诸位先生作了即席讲演。当时为讲演作翻译的正是昔日年轻的华夏先生。听说华夏先生的日语之所以如此流畅与准确,是师从于战宪斌教授的结果。

我的这本小书得到如此两位高水平译者的翻译,并且由北京

大学出版社慨允出版,得以横渡东海抵达西岸——中国,今天能看到由东海之东岸的我与东海之西岸的战宪斌教授、华夏教授架起来的这座日中法学交流之跨海大桥,我感到由衷的高兴,并向二位深表谢意。老叟深切地认识到:我们同为亚洲人,我们应该知晓我们自身的法律。我的最大抱负是:以日中法学之交流为基础去筑起日中两国间的永久和平之大桥。有抱负则会梦想成真!在此谨向中国的读者致以一位日本人由衷的敬意。

大木雅夫

目 录

前言	1
中译本前言	3
第一章 法观念比较的预备性考察	1
一、作为法系分类标准的法观念	1
二、西洋与远东法观念的差异	6
(一) 西洋比较法学者的见解	6
(二) 日本的通说	11
第二章 西洋与远东的概念	19
一、作为文化共同体的“西洋”	19
二、远东的概念	24
第三章 西洋法中的“法治”与“为权利而斗争”	31
一、西洋法的概念	31
二、神圣的法	35
三、英格兰的王权与法	39
(一) 绝对王政与法	39
(二) 英格兰革命与法	43
四、法国的法律至上	49
(一) 法国的绝对王政	49
(二) 卢梭与法律至上	51
五、德国的法治国思想	57
(一) 皮鞭的统治与法治	57
(二) 康德与黑格尔的“法治主义”	60
六、法治的展开和为权利而斗争	65
(一) “注释法学派”及其之后	65

2 东西方的法观念比较

(二) 特殊的德国的法治主义和为权利而斗争	71
第四章 远东的德治和法治	76
一、远东法以及天和皇帝	76
二、中国的法律传统	79
(一) 儒教意识形态与蔑视法的思想	79
(二) 道家的不争之德与万物齐同	81
(三) 法家之法	83
(四) 儒、道、法思想的展开	86
(五) 中国的审判	91
三、日本人法律意识的形成	99
(一) 宪法十七条与律令的思想基础	99
(二) 武士法、道理、法的精神	104
(三) 法还是非法——“和与”与“折中”之法	108
(四) 德政令与弃捐令	112
(五) 喧哗两成败法(纠纷双方同罪法)	117
(六) 债务相对清偿令(金钱债务相对偿还令)	124
(七) 内济(当事者内部自行解决)与江户时代的审判	133
第五章 日本法观念的再探讨	143
一、概括性考察	143
二、补遗性考察	146
(一) 西洋反法治主义的传统	146
(二) 日本人的法律意识与司法组织	155
后记	165
译后记	170

第一章

法观念比较的预备性考察

一、作为法系分类标准的法观念

“有社会就有法”(Ubi Societas, ibi jus),这是法学家自古以来就喜好的法律格言,但由于这一格言的出处不明,所以其原意究竟如何尚不可知。然而,我并不能赞同像由一个神来统治整个世界那样,主张用一种法来支配诸社会的自然法理论的解释。古今东西,世界上存在无数的法。而且,最近出版的英国比较法学者劳森(F. H. Lawson)的论文集的第一卷就加上了“Many Laws”的标题^[1]。恐怕没有什么会像这一单纯标题那样一语道破比较法的基本问题了。

正因世界上存在众多的法,所以“法圈论”成为比较法的基本课题之一,一般也称为“法系论”。早在3世纪之前,比较法学的鼻祖莱布尼兹就提出收集整理古今各国的法,描绘法律全景图(theatrum legale)^[2],可见“法系论”是赋予比较法学者的古老课题。在

[1] Lawson, *selected Essays I*, Many Laws. 1997; 其第2卷题为“Comparison”。

[2] 莱布尼兹提出“我期待他日能够依靠上帝的冥助,收集古今各国的法律,将其法规对照分类之后,描绘出法律全景图(Theatrum legale)”。Leibnitz, *Methodus nova docendae discendaeque jurisprudentiae*, 1667, 4th opera ed. Dutens. p. 191. 日文译文见穗积陈重:《法窗夜话》,岩波书店,1980年版,第248页。

2 东西方的法观念比较

个别法律制度的比较研究中,或者在构建作为独立学科的比较法学时,分类整理多如牛毛的法,从而把这多如牛毛的法拿到“法律剧场”去演出,正是比较法的基础性工作。

但正如我在其他场合所详细阐述过的那样^[3],法系分类的结论并不完全一致。其最重要的原因首先是分类标准因学者的观点不同而有差异。

例如茨威格特、克茨(Zweigert/Kötz)以历史传统、法源、法律解释的方法、独特的法律制度或意识形态等为标准^[4],而康斯坦丁内斯库(Constantinesco)的标准则注重法与国家的观念和作用、经济结构以及市民的基本权等。^[5]

尽管分类标准未必一致,但在逻辑上并不会必然得出对法律秩序和法系这种极其复杂的构筑物进行分类时的某种绝对标准,所以我們必須在某种程度上尊重“以往研究的一致点”这一经验性的基础。^[6]

然而,当世权威的比较法学者们在不是根据例如人种一类的一元性标准,而是依据上面所列举的多元性标准来尝试法系分类这一点上是一致的。这不仅是由于法律秩序或法系是复杂的构筑物,而且还因为每一个特殊的样式通常都是通过复数的样式形成

[3] 大木雅夫:《关于法系论的批判性考察》,载《上智法学论集》,1980年版,23(2),第1—51页。

[4] Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. 1, 1971, S. 73f. 大木雅夫译:《比较法概论(原论上)》,1974年版,第116页以后。

[5] 大木雅夫:《关于法系论的批判性考察》,载《上智法学论集》,1980年版,23(2),第31页。

[6] 大木雅夫:《关于法系论的批判性考察》,载《上智法学论集》,1980年版,23(2),第29、51页。另外,边沁(J. Beatham)认为“只有经验才是我们全部知识的根据、推论的概括、行为的惟一指针、安全的惟一基础”,“丢掉幻想、丢掉被强加的虚伪的结论、丢掉先天的原理、惟经验是所求。它是人类可以信赖的可靠指南。”见 *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, p. 241. 土屋惠一郎:《法的修辞学(rhetoric)或作为手段(media)的法——边沁元学说》,载《思想》第682号(1981年)237页以下。这一见解特别适合于法系论,本文作为法系论的一部分,将遵循这一精神。

要素的竞合作用而形成的。因此,必须慎重避免只是极度夸张法观念的不同,或只是重视经济体制,或仅瞩目于法源的种类及其解释方法等技术性要素,从而贻误大局上的判断,我们必须主张原则上应该总体性地适用多元性的标准。

尽管如此,作用于形成某一法样式的复数的要素并不一定经常具有同等的价值。换言之,认定某一法样式时,需要留意各种样式形成要素乃至分类标准的识别力的轻重差别。实际上,在康斯坦丁内斯库看来,只有“法的观念及法的作用”(Auffassung Vom Recht, Rolle des Rechts)才是第一位的、最重要的标准。即,一般来说,根据对法的认识不同,法在该社会的功能和作用会发生显著变化,而且只有法观念才能规定其他一切标准的性质和作用。^{〔7〕}只要存在这种法样式形成要素的价值乃至分类标准的轻重差别,那么,即使存在整体适用的原则,(正如茨威格特、克茨所言)仍然可以也应该根据比较法目的的不同进行选择适用。^{〔8〕}另外,如果从区分西洋法与远东法,并弄清各种法样式的区别这一本文的目的来看,正如许多比较法学者所赞同的那样,只有两者法观念的不同才是最重要的标准,而且只有阐明法观念的不同才是我们比较法学者最基本的课题。

正如在劳森的“Many Laws”中所见到的那样,实际上法观念的不同正作为不容质疑的事实呈现在我们的面前。康斯坦丁内斯库曾经通过对比苏维埃法系与大陆法系和英美法系得出应该重视法观念差异的结论。当然也可以通过其他事实证明这一结论。例如,对比苏维埃法和伊斯兰法时,可知前者受马克思列宁主义的本质性影响甚巨,而后者则以古兰经的教诲为基础。由于两者的意

〔7〕 康斯坦丁内斯库就根据法律秩序形态学特征的要素提出以下见解:“我认为最重要的规定性要素是被研究的法律秩序框架内的法观念和法作用,它才是直接或间接规定促使该法律秩序生存的所有要素的要素。”(Constantinesco, aaO, S. 266)

〔8〕 Zweigert/Kötz, aaO. S. 79. 大木雅夫译:《比较法概论(原论上)》,1974年版,第125页。

4 东西方的法观念比较

识形态基础完全不同,所以两者法观念的不同也理所当然。再来比较一下英格兰法和德国法。在英格兰,当人们要列举伟大的法学家时,通常都从在法庭从事实务的法官中选出,而且,英格兰法是由法官们根据当事人之诉,着眼于活生生的纠纷事实,在法庭的判决经验中形成的。与此相反,在德国寻找伟大的法学家时,则要从视理论为生命的大学教授中找出。而且,德国法的核心正是以他们关在象牙塔里通过对罗马法的解释而发展起来的潘德克顿为基础的法典,所以双方对法的认识不可能一致。

因此,只要法观念在各种社会呈现出显著的差异,说明这种差异则自然成为现代比较法学者最大的课题。勒内·达维(René David)认为,“比较法向我们展示各种各样的对法的观点(conceptions)。这使无视我们法观念的诸社会与我们对峙,并把将法视为‘强制’的同义词甚至将法视为‘恶’的符号的诸社会,或反之,将法与宗教密切联系,视为具有宗教神圣性质的其他诸社会展现在我们面前”〔9〕,从而视研究法观念的不同为比较法的重要课题。

在此,把西洋与远东的法观念这一本书的主题稍加具体化。因为尽管研究法观念的不同是现代比较法学的重要课题,但法观念之不同在现实中以其具体的不同表现方式呈现在我们面前。为了考察这一点,先以达维的下列三种观点为例:

第一,法本身是一种理想还是弥补性手段(The Law——an ideal or a makeshift)?即,是赞美法的功能,将法治视为理想呢,还是认为只有社会的和谐才是理想,为了实现这一理想,和睦地调停要比依法审判更为妥当,从而使法居后或蔑视法呢?〔10〕

第二,法是规范的体系还是救济手段的总和(The Law——a body of rules or a set of remedies)?即,是把法视为理想的规范体

〔9〕 René David, *les grands systèmes de droit contemporains*, 7^e éd., 1978. p. 7.

〔10〕 David, Introduction to the “Different Conceptions of the Law”, in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (以下简称为“*Encyclopedia*”), 1975, Vol. 2 chap. 1, p. 4 et seq.

系、人们行为时所应遵从的准则、应该发挥正确的理想社会建设蓝图作用呢,还是将法视为单纯处理纠纷的救济手段的总和,和为达到此救济目的的强制手段的总和呢^[11]?

第三,法是各种规范的集合体还是解决纠纷的方法(The Law—collection of rules or method of resolving conflicts)?即,是主要把法视为解决纠纷的实体规范,视为从最初给与法官和当事人有关如何解决纠纷的预测手段呢,还是将法主要视为解决纠纷的单纯的程序规范,视为为实现准确判决而给予法官和当事人的活动指针,决定证据的容许性和是否采纳的规范^[12]?

达维虽提出了上述三个研究法观念的视点,但是正如其本人也指出的那样,重要的是各种特定的法观念在各种法律秩序中并非占有排他性的支配地位,表面上居支配地位的法观念之外的各种观念都或多或少地同时且公开地发挥着作用。^[13]因此,即使可以确认某一社会的法观念乃至法所被赋予的作用对其法样式的形成起着重大作用,但也不得不承认明确把握究竟什么是该社会的法观念依然是一个极为棘手的课题。当然,如果从本书目的,即探求西洋与远东法观念的差别(至少是再次探讨与此相关的观点)出发,应该把问题的焦点放在达维所提出的第一个观点上,即放在“法本身是理想,还是弥补性手段”这一问题上。而且,只要是论述西洋法和远东法,不管是达维还是茨威格特、克茨确实都注重法观念的不同,并且把研究焦点放在第一点上,这也是各种研究结果的一致之处。

笔者在本书中当然也要遵循上述研究者的研究方法。但同时认为,如果要从远东比较法研究者的角度来研究这一问题,还需要更加自由,并尽量站在更为广阔的视野上推进这项研究。

[11] David, *Encyclopedia*, p.8 et seq.

[12] David, *Encyclopedia*, p.10 et seq.

[13] David, *Encyclopedia*, p.4.

二、西洋与远东法观念的差异

(一) 西洋比较法学者的见解

第二次世界大战结束不久,1950年在法国出版了两本比较法概论,一本是由阿尔曼仲、诺尔德、沃尔夫(Arminjon, Nolde, Wolf)这三名比较法学者撰写的三卷近2000页的大作《比较法论》(*Traité de droit comparé*),另一本则是勒内·达维的名著《比较法原论》(*Traité élémentaire de droit civil comparé*)。然而,前者有关日本法的记述只有包括提及“远东的德国法”在内的短短几页,而后者则根本没有关于日本法的独立章节,只是将其放在“中国法体系”(第6章)中处理。可见在这一时期,日本法并未被放在比较法的视野之内,或者说几乎被忽视了。其后,从1963年通过以冯·梅林(Von Mehren)为代表的日美法学家的共同努力,公开出版《日本法》(*Law in Japan*)^[14]时起,学术界终于开始关心起日本法。但这也仅仅是最近十几年的事情,而且对日本法的认识也绝没有达到我们所期待的高度。^[15]

在这种情况下,长期以来中国法和日本法没有得到明确的区分,并且只是把它们作为“远东诸法”(Droits de l'Extrême-Orient)或“远东法圈”(fernöstlicher Rechtskreis)来加以论述,也就不足为奇了。当然,这里也另有原因,即可以依据的资料有限,而且这些有限的资料也经常是在被特别强调,或在被误解或歪曲之后才得以传播。异国的事情毕竟是难于理解并容易被误解的。例如礼记

[14] 本书的原题是: *Law in Japan, The Legal Order in a Changing Society, edited and with Commentary by Arthur Taylor von Mehren*. 1962; 后来这本书由日美法学会译成日文,以《日本法》(上、中)(1965年)为名出版发行。

[15] 关于这一点请参见田中英夫:《日本的美国法研究、美国的日本法研究》,《比较法研究》,1980年,42号,第58页以下。