

法学史研究 I

当代日本法学

——人与作品

何勤华 著

上海社会科学院出版社

法学史研究 I

当代日本法学

——人与作品

何勤华 著

上海社会科学院出版社

(沪)新登字 302 号

责任编辑 周 河

封面设计 俞 峰 邹越非

法学史研究 I

当代日本法学——人与作品

何勤华 著

上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

邮编 200020

新华书店上海发行所发行 上海社会科学院印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 13.75 字数 340000

1991 年 12 月第 1 版 1991 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—10000

ISBN 7—80515—906—5/D·100

定价: 4.40

序

1988年4月至1989年4月，笔者作为国家教委公派进修生，有幸赴日本东京大学法学部，在石井紫郎教授的指导下从事日本法制史、法学史研究。其成果，就是现在奉献给读者的这本《法学史研究 I · 当代日本法学——人与作品》。

法学史是一门以法学的历史发展线索及其演变规律为研究对象的科学，是我国社会科学的重要组成部分。但是，遗憾的是，该学科的发展尚未引起学术界的足够重视。笔者自研究生时代起即对法学史抱有浓厚兴趣，注意收集、积累有关资料；经过近10年时间的消化、整理，现想在“法学史研究”的总题目下，逐步发表自己的研究成果，以期引起我国学术界对这门学科的重视。

将当代日本法学作为法学史研究的第一项成果提出，除了笔者曾赴日本进修这一原因之外，根本想法在于：当代日本法学是在总结日本古代法学成果，吸收西方大陆法学和英美法学之精华，结合当代日本社会现状的基础上形成、发展起来的；日本古代法学包含了中国封建法学的精华，大陆法学和英美法学又分别是古代西方罗马法学、日耳曼法学、教会法学和西欧封建法学的总结与发展，当代日本社会又是一个典型的资产阶级法治社会，因此，当代日本法学具有集古今东西方法学之大成的特征；从当代日本法学入手，逐步发掘、总结世界法学发展的历史遗产，无论在历史联系还是在逻辑发展上都有其合理性。由于法学发展是以法学家的研究活动与作品来表现的，因此，本书以“人与作品”为副标题；在内容上，在概括论述战后日本法律哲学、法社会学等15个

法学分支学科的发展与特征的同时，重点对代表这各学科发展水平的35名法学家的生平与主要著作作了介绍、评述。

本书的撰写受到了日本著名法学家川岛武宜、滋贺秀三、石井紫郎、石川明、平野龙一、星野英一、渡边洋三、和田英夫、新堂幸司、樋口阳一、大木雅夫、铃木敬夫、冈野诚、宫崎良夫的指导与帮助；得到了上海社会科学院法学研究所所长齐乃宽研究员，华东政法学院院长史焕章、副院长张国全，以及苏惠渔、徐轶民、王召棠、陈鹏生等教授的关心与鼓励；尤其是东京大学法学部部长、我的指导教官石井紫郎以及齐乃宽先生，对本书提纲的拟定、结构的安排等提出了宝贵的意见，并亲自审阅了部分章节。对此，笔者表示诚挚的谢意。本书的出版，也得到了上海社会科学院出版社编辑周河、叶庆俊两位老师的热情支持。对此，笔者也表示由衷的感谢。

限于笔者的学识水平和理论功底，本书在介绍、评述上述各位日本法学家的生平与著作时可能有许多疏漏与错误之处，还望诸位先生原谅、指正。

本书的出版，得到了日本国际交流基金的资助，在此，致以深深的谢意。

何勤华

1991年5月于华东政法学院

目 录

第一章 基础法学	(1)
第一节 战后基础法学的发展与特征	(1)
一、概说	(1)
二、法律哲学	(3)
三、法社会学	(9)
四、法史学	(15)
五、比较法学	(27)
第二节 人与作品	(36)
一、碧海纯一与《法律哲学概论》	(36)
二、川岛武宜与《日本人的法律意识》	(46)
三、石井紫郎与《日本人的国家生活——日本国制史 研究Ⅱ》	(57)
四、滋贺秀三与《中国家族法的原理》	(69)
五、渡边洋三与《法社会学与马克思主义法学》	(81)
六、六本佳平与《法社会学》	(90)
七、大木雅夫与《日本人的法律观念——与西洋人 的比较》	(101)
八、铃木敬夫与《现代中国的法思想》	(113)
九、冈野诚与《论敦煌发现唐水部式的书式》	(119)
第二章 公法学	(124)
第一节 战后公法学的发展与特征	(124)
一、概说	(124)

二、宪法学	(124)
三、行政法学	(133)
四、刑事法学	(139)
第二节 人与作品	(171)
一、佐藤功与《日本国宪法概说》	(171)
二、小林直树与《宪法秩序的理论》	(180)
三、和田英夫与《大陆型违宪审查制》	(186)
四、樋口阳一与《比较宪法》	(195)
五、盐野宏与《行政作用法论》	(206)
六、宫崎良夫与《行政诉讼的法理论》	(213)
七、西原春夫与《刑法总论》	(220)
八、大塚仁与《刑法概说(各论)》	(227)
九、平野龙一与《刑事诉讼法》	(234)
十、菊田幸一与《犯罪学》	(243)
十一、宫泽浩一与《被害者学的基础理论》	(254)
第三章 私法学	(261)
第一节 战后私法学的发展与特征	(261)
一、概说	(261)
二、民法学	(262)
三、商法学	(269)
四、民事诉讼法学	(278)
第二节 人与作品	(282)
一、星野英一与《民法概论 I (序论、总则)》	(282)
二、加藤一郎与《侵权行为》	(288)
三、米仓明与《让渡担保》	(294)
四、北川善太郎与《日本法学的历史与理论》	(302)
五、平井宜雄与《损害赔偿法的理论》	(306)
六、大隅健一郎与《商法总则》	(311)

七、新堂幸司与《民事诉讼法》	(321)
八、石川明与《破产法》	(327)
第四章 社会法学	(336)
第一节 战后社会法学的发展与特征	(336)
一、概说	(336)
二、经济法学	(337)
三、劳动法学	(344)
第二节 人与作品	(349)
一、金泽良雄与《经济法》	(349)
二、今村成和与《禁止垄断法》	(358)
三、松下满雄与《经济法概说》	(368)
四、片冈升与《劳动法》	(375)
第五章 国际法学	(383)
第一节 战后国际法学的发展与特征	(383)
一、概说	(383)
二、国际公法学	(383)
三、国际私法学	(391)
四、国际经济法学	(399)
第二节 人与作品	(407)
一、高野雄一与《新版国际法概论》	(407)
二、池原季雄与《国际私法(总论)》	(414)
三、樱井雅夫与《国际经济法的基本问题》	(423)

第一章 基础法学

第一节 战后基础法学的发展与特征

一、概 说

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

虽然在第二次世界大战前,日本的基础法学及其各个分科已有一定发展,出版了穗积陈重的《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,但日本基础法学发展的黄金时代,则是在第二次大战结束以后才开始的。与战前相比,战后40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订颁布,以实行主权在民、三权分立为基本原则的资产

^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。

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等为契机，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，如平野义太郎、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 and 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；推出了一批有份量的法律哲学、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

日本法律哲学的发展，可以追溯到明治(1868~1912)、大正(1912~1926)时代加藤弘之、穗积陈重、穗积八束、上杉慎吉等人的进化论法律学理论以及昭和时代(1926~1989)初期尾高朝雄、广浜嘉雄、田中耕太郎等人的法律哲学研究业绩，但其得到全面发展，则是第二次世界大战以后的事情。1948年，日本法律哲学学会的创立及其机关刊物《法律哲学季报》的创刊(1953年以后改名为《法律哲学年报》)，1956至1961年《法律哲学讲座》(全8卷，尾高朝雄、峰村光郎、加藤新平主编，有斐阁版)的出版，1961至1967年，拉特布尔哈(G·Radbruch, 1878~1947)①《著作集》(全11卷，东京大学出版会版)的翻译出版，等等，都显

① 德国法律哲学家，新康德主义代表之一。曾任基尔大学、海德堡大学教授，下议院议员，司法部长。主要著作有《法律哲学纲要》(1914年初版)、《法律哲学》(1932年)等。

示了日本学术界对法律哲学的浓厚兴趣，标志着战后日本法律哲学的全面发展。

战后日本法律哲学的发展，首先应重视的是自然法的复兴。虽然在战前，西欧的古典自然法以及新托马斯主义的自然法思想已影响日本，但第二次世界大战的悲剧则为战后日本自然法的复兴提供了契机。正如田中耕太郎所说：“军国主义与极端国家主义的谬误，存在于实证主义之中。如果不清算实证主义，不回到自然法的立场上来，怎么可能挖掉军国主义与极端国家主义的毒根呢。”^①复兴自然法，首先必须克服自然法中保守的、消极的因素，发扬光大其合理、科学、先进的一面。据此，田中耕太郎在倡导民主主义的自然法理论的同时，将其与日本的社会实践结合，逐步充实历史的、社会的内容，从而在日本形成了民主主义的自然法学说，使古希腊以来的传统的自然法理论发生了巨大变化。在这方面，对历史的线索与现代的课题作出明确论述的还有矢崎光圀的《自然法》（日本评论社 1953 年）与井上茂的《自然法的功能——思想史的考察》（劲草书房 1961 年）。复兴自然法还应探索解决如何认识传统自然法的概念与理论构成问题。很显然，在变化了的社会环境下，再固守传统理论是没有出路的，必须进行反思与改革。在这方面，有强调自然法在今天之意义的野田良之的《现代自然法》（《法律哲学讲座》第 5 卷〈下〉所收，有斐阁 1958 年），以及研究法律哲学在现代之变化的阿南成一的《现代的法律哲学——法律形而上学序说》（有斐阁 1960 年），等等。然而，将自然法与现代社会溶合起来并非易事。正如日本著名法律哲学家阿南成一在《年报·自然法的研究》（1967 年）的《创刊词》中所说：“……战后自然法虽然得以再生，但要解决当前面临的各种问题，还必

① 田中耕太郎：《新政治理念与自然法》，载《世界》1946 年 2 月号。

须研讨众多的理论问题。”^①

战后日本法律哲学的发展，其次应注意的是两场法律哲学论争。一场是围绕尾高朝雄的“习惯主权论”展开的论争。战后初期，尾高朝雄在《论习惯的主权》（1948年）中说，在法律功能中存在的不是政治的力量，而是“政治的矩”或者“习惯”，最终决定政治方向的主权实际上存在于习惯之中。天皇的统治也好，国民的主权也好，在习惯中都有理念的连续性。宫泽俊义在《关于国民主权与天皇制的觉书》（1948年）中对尾高朝雄的观点作了批判。指出，“习惯主权论”抹杀了君主主权与国民主权的原则区别，造成了为天皇制辩护的后果。这次论争的结果，以尾高朝雄实际上承认宫泽俊义批判的基本论点而宣告结束；其意义是帮助人们加深了对价值相对主义与民主主义法律哲学理论的认识。另一场争论是法律解释论争。它紧接前场争论之后。1953年，在日本私法学会秋季大会上，以来栖三郎的报告《法律的解释与法律家》为契机，对法律解释论争的热情逐步高涨起来。^②在论争中，学者们提出了许多论点，其中最重要的是关于价值判断的客观性问题。因为在日本，法律解释与法律适用紧密相关，而解释、适用法律必须依靠法律家的判断，而这判断以什么为标准，如何才能正确作出判断，就离不开客观性问题。这场争论，虽然目前处在胶着状态，未能完全消除学者的分歧，但在某些问题上，如对概念法学的批判态度、法律解释是包含价值判断在内的实践活动、价值判断必须依据科学性原则、客观性是法律价值判断的主要标准等方面获得了比较一致的看法，从而推动了日本法律解释学与法律科学的发展。^③

① 转引自上原行雄：《学说百年史·法律哲学（战后）》，载《法律家》第400号，1968年。

② 参阅渡边洋三：《社会科学与法律的解释》（《法律哲学年报》1967年号）和碧海纯一：《战后日本的法律解释论讨论》（《恒藤恭先生古稀祝贺纪念——法律解释的理论》所收，有斐阁1960年版）。

③ 田中成明：《现代法理论》，第249～252页，有斐阁1984年版。

战后日本法律哲学发展第三个应重视的是，作为法学方法论的法律哲学，尤其是立足于现代经验主义(实验主义)法律哲学的流行。这方面的研究成果，有以分析哲学为中心对现代经验主义法学作出研究的鹤饲信成的《实在论法学的主要问题》(载《法律时报》第18卷10号，1946年)、川岛武宜的《作为科学的法律学》(弘文堂1955年)等，有将法学以及社会科学的一般方法论作为体系展开的碧海纯一的《法律哲学概论》(弘文堂1959年)。^①而运用分析法学派的方法对法律规范自身进行分析研究的则有井上茂的《法律规范的分析》(有斐阁1967年)等。

战后日本法律哲学的发展，第四个应重视的是关于法律的正义问题的讨论。法律与正义，是法律哲学的一个古老的课题。从古希腊的亚里士多德(Aristotle, 前384~前322)的“穷尽了的德”的正义观，到西欧中世纪的托马斯·阿奎那(Thomas·Aquinas, 1225~1274)的“共通的善”的正义观，以及近现代西方凯尔逊(H·Kelsen, 1881~1973)、罗尔斯(J·B·Rawls, 1921~)的正义理论，法律与正义一直受到法律哲学家的高度重视。战后日本对法律与正义理论的讨论，重点在于阐明在现代社会法的正义应具有的含义以及现代正义观念与战后民主主义法律的内在联系。比较系统地论述这一课题的代表作有稻垣良典的《法的正义的理论》(成文堂1972年)和田中成明的《现代法理论》(有斐阁1984年)。前者将法的正义分为“法之下的正义”(合乎法律的正义)、“法的内在的正义”(以人类的共通善、人类的共同福利为前提而制定的法律为正义)与“超越法的正义”(以人类的共同善为固有对象的人类道德为正义)三个层次，认为“超越法的正义”是法的正义中的最高层次，是人类应追求的最高目标。《现代法理论》第三编“法律与正义”则在稻垣良典分析的基础上，进一步将法的正

① 本章第二节“一”对该书将作详细介绍和论述。

义分为“适法的正义”(合乎法律规定的正义)、“形式的正义”(未包含在法的内部的为人们所承认的一定的行为准则)与“实质的正义”(依据制定法的一定内容所作出的、判断人们行为正当性的实质性的价值标准)三种,并以衡平与审判程序的正义为中心予以论述,强调研究法的正义的目的就在于通过确定法的正义(通过依据制定法的决定、程序直接得以表现的正义)的特点与界限来保证其获得实现。^①

战后 40 多年日本法律哲学的发展,呈现出不少特色,主要有:

第一,战后日本法律哲学的发展是以法律解释论争为主线展开的。这一论争,如前所述,不仅延续时间长(从 50 年代初一直持续到目前),涉及问题多(如关于法律教义学“概念法学”、法律解释的实践性与正确性、法律价值判断的主观性与客观性、法律解释的逻辑学标准与方法论标准、法律解释的具体程序与方法等),而且吸引了众多的法学理论工作者,内中不仅有碧海纯一、田中成明等法律哲学家,还有川岛武宜、来栖三郎、渡边洋三等法社会学家,家永三郎等宪法思想史学家以及加藤一郎、星野英一、平井宜雄等民法学家。^②可以说,这样的论争,在法律哲学发展史上还是不多见的。

第二,法律哲学的研究课题十分广泛。仅从 1953 年至 1988 年的各期法律哲学年报来看,涉及的课题就有法律与国家权力、法律的解释、现代国家的功能、法律与道德、法律与审判、抵抗权、多数决原理、法律实证主义的再检讨、法律的概念、法律上的人、法源理论、现代法律哲学的各种倾向、正义在现代的意义、法律的解释与运用、法律哲学与刑法理论、法律哲学思想的各种

① 田中成明:《现代法理论》第159页,有斐阁1984年版。

② 前掲田中成明:《现代法理论》第249~263页。

形态、现代自然法的理论与课题、法律哲学的课题与方法、法律哲学与实定法学、法律规范的各种问题、法律与语言、法与法学以及意识形态、法律与强制、社会契约论、权利论、法律哲学与社会哲学、东西方法律文化等等。可以说，凡是与法律有关系的社会科学问题，都受到了日本法律哲学家们的重视。

第三，受西方法律哲学思想影响较深。如稻垣良典的正义理论，在某种程度上是凯尔逊·富勒（L·L·Fuller，1902～1978）的正义理论的继承与发展；田中成明的正义理论，又深受美国罗尔斯的正义论的深刻影响；井上茂与八木铁男的分析法学理论，也与英国奥斯汀（J·Austin，1790～1859）等人的学说有着密切的联系。总的说来，现代西方的法律哲学思潮，如狄骥（L·Duguit，1859～1928）的社会连带主义法学、庞德（R·Pound，1870～1964）的社会学法学、弗兰克（J·N·Frank，1889～1957）的现实主义法学、哈特（H·L·A·Hart，1907～）的新分析主义法学、马里旦（J·Maritain，1882～1973）的新托马斯主义法学等，对战后日本法律哲学的发展都有广泛的影响。

第四，法律哲学史研究十分活跃，发表了不少成果。如尾高朝雄、峰村光郎、加藤新平主编的《法律哲学讲座——法律思想的历史的展开》（有斐阁 1956 年）、长尾龙一的《法律哲学（战前）》、上原行雄的《法律哲学（战后）》（均载《法律家》第 400 号，1968 年）、千叶正士的《战前我国法律哲学思想史的再检讨》（上、下，载《法学新报》第 72 卷，1965 年）、八木铁男的《法律哲学史——要说与年表》（世界思想社 1968 年）、长尾龙一主编的《现代的法律哲学者们》（日本评论社 1987 年）等。这些论著，对自古希腊时代起的东方法律哲学的历史作了系统、完整的叙述。就目前许多国家的情况而言，法律哲学史一般都放在法律思想通史中一起研究的，而日本能单就法律哲学史作出比较深入、系统的研究，这不能不说是战后日本法律哲学发展中的又一个显著特点。

三、法社会学^①

战后日本法社会学的发展，大体经历了三个发展时期。

(一) 复兴时期(1945~1952)

1947年，在尾高朝雄、末川博、中川善之助、平野义太郎、舟桥淳一等人的倡导下，成立了日本法社会学会，目的是在实践上适应从旧宪法向新宪法转变引起的社会变革，在理论上为从传统的天皇官僚法学向民主主义法学的转变服务。当时，法学家们虽然在批判旧的政治体制、法律模式上立场是一致的，但在创立一个什么样的新社会，建设一种什么样的法律体系上，观点尚有分歧。除了对农村问题、家族问题等展开研究、争论外，1948至1950年还出现了从马克思主义法学的立场出发对法社会学进行的批判以及马克思主义法学内部之间展开的争论与批判。^② 这种争论与批判虽然比较抽象，而且缺少冷静、科学，但它在推动该时期法社会学发展中仍起了重要作用，尤其是促使人们对如下问题进行了思索。即法社会学在何种意义上才能算是一门科学？法社会学与马克思主义法学间存有什么关系？法社会学上法的概念是什么？行为规范与审判规范即所谓自然法与国家制定法是一种什么关系？法社会学的研究对象是什么？等等。从而使这场争论与批判成为“战后日本理论法学的出发点”。^③

① 按照日本著名法社会学家潮见俊隆的观点，日本法社会学的萌芽可追溯到明治时代穗积陈重与冈松参太郎的研究业绩，但其形成与发展则是第一次世界大战以后在末弘严太郎的倡导与努力下实现的。见潮见俊隆《法社会学》（福武直监修《社会学讲座9》），东京大学出版社1974年版。

② 关于这次法社会学争论与批判，藤田勇、江守五夫在他们所编《文献研究·日本的法社会学——法社会学论争》（1969年）中作了总结。参阅同上潮见俊隆编《法社会学》，第258页。

③ 见渡边洋三：《战后法社会学的回顾与展望（一）》，《法律时报》第37卷第5号（1965年）。