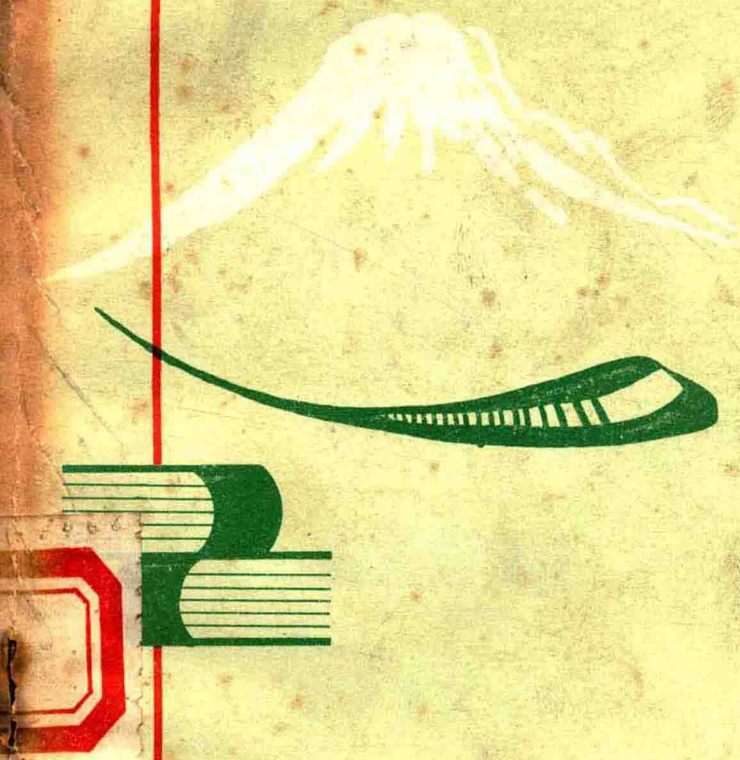


现代日本法常识

[日] 渡边洋三编

赵新华译 张光博校



吉林省法学会编辑部

现代日本法常识

赵新华 译 张光博 校

吉林省法学会编辑部

1985·长春

目 录

说明	(1)
一、法与社会	(1)
(一) 法与民主主义	(1)
民主主义 (1) 民主主义与政治 (2) 民主主义与法 (3) 民主主义与审判 (4)	
(二) 法与权利	(5)
作为权利规范的法律规范 (5) 权利与社会 (6) 日本社会与权利 (7)	
(三) 法与历史	(9)
各国的法 (9) 什么是法的历史 (10) 资本主义社会与法 (11) 阶级对立与法 (13) 资本主义的发展与法的变化 (14) 社会主义社会与法 (14) 社会主义法的问题 (15)	
二、家庭生活与法	(17)
(一) 家庭生活与法	(17)
现代社会与家庭 (17) 家庭法的特点 (19)	
(二) 日本家庭法的形成与基本原理	(21)
战前的家庭法 (21) “家族”制度的废止与新家庭法 (22) 家庭法院 (23)	
(三) 夫妻	(24)
婚姻的成立 (25) 婚姻的效果 (26) 离婚 (27)	

(四) 父母子女	(30)
亲生子女 (31) 养子女 (32) 亲权 (33)	
(五) 继承	(34)
继承的意义 (34) 继承人与继承份额 (35) 继承的效力与程序 (37)	
三、民生活与法	(39)
(一) 买卖	(39)
市民法 (39) 权利能力与行为能力 (40)	
法律行为 (40) 法律行为的典型—买卖契约 (42)	
买卖契约的成立与履行 (43) 所有权转移的对抗要件 (43) 买卖纠纷的解决 (44)	
(二) 金钱借贷与担保	(46)
借款契约 (46) 利息及其限制 (46) 借款的返还与担保 (47) 物的担保与人的担保 (48)	
(三) 损害赔偿	(49)
两种损害赔偿责任 (49) 过失责任主义及其修正 (50)	
损害赔偿的计算 (51) 特殊不法行为责任 (52)	
四、城市问题与法	(53)
(一) 开发问题与法	(53)
城市与农村 (53) 区域开发与法 (53)	
国土利用计划法 (55) 城市规划法 (55)	
土地征用法 (57)	
(二) 住宅问题与法	(58)
住宅问题的现状 (58) 高级公寓与法 (60) 房	

房屋租赁关系的法 (61) 住宅问题与法 (62) 土地租赁关系的法 (63)

(三) 生活环境与法..... (65)

从公害到环境问题 (65) 公害与环境立法 (66)
防止公害条例 (67) 公害诉讼 (69) 交通问题与法 (70)

五、劳动问题与法..... (72)

(一) 劳动法的发展..... (72)

雇佣契约的构造(72) 雇佣关系的不平等不自由(72)
劳动法的诞生 (73) 日本劳动法的形成 (75)
所谓公共利益观点 (75) 企业工会 (76)

(二) 劳动保护法..... (77)

劳动保护法与工会运动 (77) 劳动标准法 (78)
其他劳动保护法 (79)

(三) 妇女与儿童的保护..... (79)

妇女儿童劳动力消耗与儿童保护 (76) 女工的保护 (81)

(四) 结成团体权、集体交涉权、罢工斗争权..... (82)

劳动三权 (82) 结成团体的权利 (82) 结成团体权的保护 (83) 集体交涉权(84) 劳动协 (85)
议集体行动权 (86) 正当的罢工斗争 (87)

(五) 公务员劳动关系与国际劳工组织..... (88)

全社会的服务者 (88) 国际劳工组织问题 (89)

六、农业问题与法..... (91)

(一) 农业与法..... (91)

农业问题 (91) 农地法前史(92) 农地改革与农地法(92) 农业基本法(94农)地法的彻底修改 (95)

(二) 山林与法..... (96)

七、经济问题与法..... (100)

(一) 企业的法..... (100)

民商法与经济法 (100) 企业与商法 (100)

(二) 企业与消费者..... (100)

消费者与交易 (102) 市场控制与法 (104)

(三) 经济政策与法..... (107)

现代国家与经济(107) 管制的法与资金的法 (108)

(四) 群众运动与反垄断..... (110)

经济生活利益与群众运动(110) 反垄断问题 (110)
外国资本的问题 (111)

(五) 近年来的经济立法..... (112)

八、会社保障与法..... (115)

(一) 生存权与社会保障..... (115)

生活保障的法律体系 (115) 生存权与社会保障的
权利 (116)

(二) 公家的扶助与私人的扶养..... (118)

生活保护与社会福利 (118) 私人的扶养 (119)

(三) 社会保险..... (120)

·社会保险的意义与特点 (120) 现行社会保险制度

概要 (121)

九、自由与人权 (128)

(一) 前言 (123)

(二) 表现自由 (125)

表现自由的含义 (125) 限制自由的理论 (125)

现代的表现自由的诸问题 (127)

(三) 学术、教育的自由 (128)

学术自由的意义 (128) 大学自治 (129) 受教育的权利与教育的自由 (129)

(四) 信教的自由及其他 (131)

信教自由的意义与问题 (131) 移居国外的自由 (132)

(五) 人身的自由 (132)

人身自由的意义 (132) 法定程序、逮捕证主义、
嫌疑人的权利 (133) 禁止刑讯及保障制度 (134)
无罪推定原则 (135)

(六) 围绕自由与人权的新动向 (135)

十、犯罪与刑罚 (138)

(一) 刑法 (138)

(二) 罪刑法定主义 (139)

(三) 犯罪 (141)

(四) 刑罚 (143)

(五) 现代犯罪与刑罚 (144)

(六) 刑法“修改”问题 (146)

十一、国家机构与法……………(148)

(一) 近代国家与现代国家…………… (148)

前言 (148) 近代国家的原理 (148) 近代统治机构—权力分立的原则 (149) 国民代表机关的地位 (150) 近代国家的作用 (150) 现代国家的出现 (151) 现代国家的作用 (152) 统治结构上的变化 (153)

(二) 议会主义与参政权、选举制度…………… (154)

议会主义的意义及其表现 (154) 两院制的问题 (156) 选举制的问题 (157) 选举制度的问题 (157) 议会制的危机 (158) 议会主义今后的课题 (160)

(三) 行政权与现代国家…………… (160)

行政权作用的增大 (160) 行政权对经济过程的全
面干预 (161) 财政作用的内容 (162) 政府事业的扩大
(164) 社会保障行政 (165) 利害调整机能 (166)
营业自由在现代的问题 (166)

(四) 地方自治与法…………… (165)

地方自治的原理 (165) 日本的特点 (168) 地区
开发与地方自治 (168) 地方自治当今的课题 (169)

十二、国际社会与和法…………… (171)

(一) 国际社会与国际法…………… (171)

国际法的特殊性 (171) 和平共处与国际法 (172)
国际法的结构 (173)

(二) 战争与集体安全保障…………… (175)

战争法的历史 (175) 一般性和平机构的诞生 (177)

(三) 宪法与国际和力主义…………… (181)

放弃战争 (181) 日美安全体制 (183) 安全体制
保障的作用 (185) 宪法与条约 (186)

十三、审判与法的解释……………(189)

(一) 审判制度…………… (189)

审判与执行 (189) 民事案件 (190) 法的渊源
(190) 行政案件(192) 刑事案件 (194) 现代法
与审判 (194)

(二) 审判过程与法的解释…………… (195)

审判过程 (195) 事实认定 (196) 判决与正义
(197) 法的解释 (198)

十四、结束语……………(201)

(一) 法与人…………… (201)

(二) 法与道德…………… (101)

(三) 宪法修改问题…………… (202)

集体安全保障 (178) 自卫权 (180)

一、法 与 社 会

(一) 法与民主主义

(1) 民主主义

民主主义一词，可以用于各种意义。在这里，我们是把那种以主张生活于社会中的人们，要用自己的双手、并通过体现自己的意志和履行自己的责任来建设社会、评价生活的积极生活方式为基础的思想，称为民主主义。这种意义上的民主主义传统，在战前的日本社会与宪法（大日本帝国宪法——明治宪法）之中，从理论上说是不存在的。那里所具有的思想，并不是积极地以自己的双手去“创建”，而是消极地听任他人、以自己去适应他人自己提供现成的东西这样一种“一切拜托”的思想。“一切拜托”也可以理解为不负责任。因为并非亲手所做，所以也就可以概不负责。战后制定的现行宪法，否定了这种“一切拜托”和不负责任的传统，首次把日本社会置于民主主义的基础之上。

例如，就人们最为切身的家庭生活来说，在战前的家庭制度下，就没有夫妻协手共建新家庭这样一种思想。在那里，无论是丈夫还是妻子，都必须适应早已为祖先所创建的、预先确定的“家”的秩序或传统去生活。在一些特别的情况下，甚至连结婚也要“一切拜托”双亲，由他们来决定。战后的新宪法，废除了这种家族制度，为家庭生活的民主主义奠定了法的基础。亦即现行宪法要求，夫妻及父母子女都应分别对家庭负有

任，都要以自己的双手为创建更理想的家庭而努力，以保障家庭的民主主义。

（2）民主主义与政治

同样，在国家的政治问题上，在明治宪法之下，也没有国民要以自己的双手建设日本这个国家、从事政治这一思想。即使在战前也有议会，国民多少也可以参与一些政治，但是，从本上说来，既然天皇握有主权，在理论上也就必然否定政治民主主义。政治归根结底也只能是“神”的政治，只能“一拜托”于“神”。因此，国民想要承担责任也是做不到的。如，进行那样一场战争，经历了悲惨的磨难，而结局以失败告终，这并不是国民的责任，而是“神”的责任。与此相反，据现行宪法所确立的国民主权原则，国民能以自己的意志和责任感从事政治活动，用自己的双手来努力建设更好的国家，就反映了政治的民主主义基础。与此同时，也就要求国民对政治负起责任。

与过去大不相同的今天，假如政府采取错误的政策而把国再次拖入战争之中，恐怕也难以网罗到一兵一卒。通过国会来择政府，正是我们国民的责任。因此，作为主权者的国民，须不断地监督政府，参与政治，使政府不致于把国民引向错的方向。如果认为政府的选择有问题，则必须重新选择。这国民参与政治的思想，是在政治上实行民主主义的基础，也使宪法扎根于社会所不可缺少的前提。如果没有这种思想，么倡导国民主权的宪法也就有名无实了。如果说，个人要以自己的双手来建设家庭这一宪法思想，在二十年后的今天已经具备了相当普遍的根基的话，与此相比，国民要以自己的双手来立政治这一宪法思想，则还有相当的差距。

（3）民主主义与法

在法以至法律方面，在明治宪法之下，也不存在国民以自己的手来制定法律这样一种民主主义的法律思想。本来，近代宪法就是在欧美通过同封建势力的斗争，作为市民革命的产物，而由市民自己的手所创造的。时至二十世纪的今天，尽管它已经大为减色，经历了重大的变化；但在最初的时候，以宪法为顶点的近代法，毕竟有着作为市民所取得的权力这样一个历史性的经验。对此，我国则没有这样的经验。在从明治维新以后到明治宪法制定这段过渡时期，正如所见的自由民权运动一样，也不能没有一个由人民用自己的手来创制法律、将其意志反映在法中这样一种民主主义法律思想大普及的时期。然而，明治宪法正是建立在自由民权运动的失败与民主主义法律思想的破灭这一基础之上的。

在确立天皇主权的明治宪法之下，法抽象地说是天皇的命令；而具体地说，则是由“神”来确定人民可以行动的范围，并将人民的行动限制在其范围之内的手段。人民必须满足于在“神”所赋予的法的范围内行动，而对于越出这一框子的人，则将以法治的名义予以严惩（天皇制法治主义）。这正与主张由国民用自己的手创制法律、并作为权力而加以保卫的民主主义的法律思想针锋相对。如果是国民自身作为主体参加制定的法律，则会对其具有责任感并产生出保卫它的意愿；而对于与自身的意志无关的“神”所造出的、从上面强加给自己的东西，就不会倾心顺从。国民对于法漠不关心、毫无责任感，以及守法思想淡薄，则是理所当然的。

现行宪法改变了这种天皇制法律思想，注入了民主主义的法律思想。由于国民主权的确立，法是国民自身创制的、必须反

映国民意志的东西这一观点，在原则上也得到了承认。但有，现实距离这一民主主义的宪法思想差得还很远。具有讽刺意味的是，从真实意义上说，这部宪法并不是日本国民胜利的成果，而是在领土被占领这一特殊条件下制定出来的，因而宪法自身就受到了上述情况的制约。很遗憾，时至今日，包括这部宪法在内，日本国民还没有过用自己的手来创制法律的经历。因此也就形成了一种倾向，认为只要能够消极地接受议员以及官员等伟人们给制定的法律就行了，而不必要再去积极地参加法的形成过程。当然，在战后为数众多的民主化运动中，国民以开展反对恶劣法律的斗争等多种形式而参与立法过程的事，是战前所无可比拟的。然而，觉悟到不能听任议员自行其是，至少要在重要的法律上直接反映国民自身的意志的人，应该说为数还很少。

（4）民主主义与审判

同样，在明治宪法之下，审判也是以在天皇陛下的裁判所接受“神”的审判这样一种思想意识而存在的，没有市民参加审判、亲自对邻人的案件进行审理这种民主主义的审判思想传统。这种民主主义的审判思想，在其他资本主义国家尽管有着种种批评意见，但仍然以陪审制或参审制的形式维持着；而在社会主义国家，则以同志审判会或群众路线等更加彻底的形式正在实现着。但在日本却没有这种思想传统，从大正到昭和，也曾短时采取过陪审制，然而没有巩固下来。

现行宪法也吸收了国民参加审判这一民主主义的审判思想，但在程序上并未为国民直接参加审判开辟道路，而仅限于设立了最高法院法官由国民审查的制度。这一制度不仅在程序上是不完备的，而且，国民参加审判的思想或者由国民之手来管

理审判的思想极为薄弱。在“一切拜托”这一思想支配下的日本社会，依然是一切听凭法官作主，这一制度也就难于发挥作用。在松川事件的审判时所发生的对于法院审判的批判运动，对于民主主义的审判思想的发展来说，是有着重要意义的。

（二）法与权利

法的中心思想是权利的观念。而在日本，权利的观念从传统上说相当薄弱，这是社会生活远离法律的一大要因。

（1）作为权利规范的法律规范

在社会中，除了法律之外，尚有道德、宗教、习俗等种种社会规范。与这些社会规范不同的法律规范，其特点何在？与此相关的，法又是什么？对这些问题，自古以来就众说纷纭。在此并不想对这些问题参加议论。但应该指出的一点是，现在所说的法律规范，除了具有由国家权力来强制实施的规范这一特点之外，还具有是权利规范这一特点。只有懂法才懂得权利这一观念。例如，在宗教和道德中，存在着宗教义务、道德义务的观念，然而却不存在与此相对应的宗教权利、道德权利的观念。“爱你的邻人吧”，这是宗教的或者是道德的义务规范，相反，却不存在请求邻人爱我的权利。再如，“受人之赠，还人以礼”，这是习俗上的义务规范，但却不存在与此相对应的请求对方回赠的权利。

与此相反，依法律规范而形成的社会关系或人与人之间的关系，通常是作为权利义务关系而存在的。即如夫妻间的法律关系，就是夫妻间的权利义务关系。夫对于妻的权利，从妻这方面来看就是妻对于夫的义务。一方的义务就是他方的权利，一方

的权利则是他方的义务，就是说，在这里的权利和义务，不过是对同一社会关系从不同侧面观察所产生的差别而已，其社会关系的内容则是相同的。法特别是近代法，是以这种关系中的权利为中心构成的，因而，法的体系也就是权利体系。所谓法律规范就是权利规范，正是从这一意义上来说的，把近代宪法作为权利宪章，是理所当然的。

（2）权利与社会

那么，权利又是在何种社会关系中形成的呢？首先，其前提条件，是在当事者之间存在着某种对立关系。例如，夫妻在一般的家庭生活中如果有着亲密的合作关系的话，那么，相互之间存在着什么权利义务关系是无关紧要的。之所以要把它作为一个问题，是由于设想在夫妻之间或者在与第三者的关系上，有时出现某种利害的对立。在契约当事人之间，或者国民与国家之间，情形也是如此。在不存在对立关系的时候，也就没有必要强调权利的意义。之所以要把言论自由作为权利而必须加以保障，只是因为这种言论与政府权力相对立、且因此而有为政府权力所压迫之虞。

日本社会权利观念薄弱、并导致社会生活对法律关系颇难熟悉，其首要原因就在于，不善于把社会关系亦即人们之间的关系，作为利害主体之间的对立关系来看待。主张权利就把对立关系公开化，因而也就成了不光彩的事，没意思的事，不能做的事。社会中明明现实存在着对立，却硬要假装认为并没有这种丑恶的对立，还有着世代流传的种种说教和传统观念，来使人们对这种虚假的认识确信不疑。不仅如此，明治以来的历代政府，还有意识地把那些东西作为国家政策而大加利用。天皇制、家族制度、种种团体主义观念、和为贵，等等，就都是其

表现。在强调神与人民的关系就是无限慈爱的天皇陛下与其子民的关系、劳资关系就是企业大家庭中劳资一体的关系、契约当事人间的关系就是相互信赖的协调关系的社会里，对立关系被有意无意地掩盖起来。提起权利问题这件事本身，就会被当作在本来没有对立关系的地方挑起对立关系的异端行为而大加责难。

其次，为了形成权利，必须具有把对立的当事人之间的关系作为平等的主体之间的关系这一观念。如果依靠实力关系直接处理利益的对立，那么法也好权利也好都可以不要。如同战争一样，强者得胜。把利益的对立用实力关系去解决，只能把人类社会拖入无休止的实力斗争与弱肉强食的世界中去。想要避免这种情形，只有不管事实上力量的强弱优劣，而在观念上承认对立的当事人具有平等的地位，并以此为前提来调整相互对立的利益。这就产生了平等的主体这一法律观念。在平等的主体之间，利益的实现采取的是相互要求的形式。而在不平等、不对等的关系中，则要靠对方发慈悲，对此可以去哀告祈求，但不能去要求。而且，只有单方面的要求还不能称之为权利，只有其要求的正当性获得对方或者广泛的社会性承认时，权利方告成立。

（3）日本社会与权利

在我国，之所以权利难以成立，与作为平等的当事人的观念薄弱是不无关系的。明治以来，虽然也进入了资本主义社会，但广泛存在的诸如家长制、等级身份制、首领部下关系以及其他各种形式的上下级支配服从关系，妨碍着平等的市民关系的形成。在那些认为在下者向在上者提出要求即为大逆不道的地方，当然缺乏权利成立的基础。不对等关系的典型，是“神”

与人民的关系，在这里，甚至连法律制度都公开确认单方享有权利，而人民则处于无权状态。

为了权利能得以成立，还必须有为处理对等的当事人之间的对立和纷争而使用的共通的规则，以及负责处理该项事务的处于第三者地位的机构。既然当事人是对等的因而其地位也无优劣之分，那么任何一方的主张都不可能强使对方承认。能够决定哪一方的主张可以承认的人，必须是相对于任何一方来说都是独立的第三者。而且，第三者在做出判断的时候，还必须依据当事人共同承认的客观标准。第三者与客观标准二者缺一，则权利关系不能成立。之所以说审判机关是保障权利的核心，就是因为它是上述二要素兼备的最合理的机构。而且，也正是在这一点上，才具有“法的统治”的核心意义。

然而，恰恰也就在这一点上，日本社会传统的解决纷争的办法，与经审判解决的办法大相径庭。发生了纠纷，尽可能在内部解决算了，不要去委托第三者来处理；即使是委托了第三者，也并不遵循客观标准，而靠人情、面子以及形形色色的私人关系来处理；采取息事宁人主义、既往不究主义、半斤八两主义等不分青红皂白、各打五十大板的调解办法，等等，占有着绝对优势。

上述诸多问题，都是在日本社会特别是战前的日本社会，阻碍着权利观念即法的观念在社会生活中牢固树立起来的重要原因。加之，惧怕在国民中树立起权利观念的天皇制国家，为此而有意识地采取某些政策，也是其原因之一。战后的新宪法，要求变革这种旧的日本社会，将其改造成为与作为权利保障体系的近代宪法相适应的社会。不仅宪法，诸多的法律制度都被改革。与战前相比的话，日本国民的权利保障在今天已颇