

外国经济法 论文选编

第一集(日本)

司法部外事司 编

法律出版社

外国经济法论文选编

第 一 集

司法部外事司交流处编

法 律 出 版 社

外国经济法论文选编

第一集

司法部外事司交流处编

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 7.5印张 158,000字

1987年5月第一版 1987年5月第一次印刷

印数0,001—4,000

书号6004·996 定价1.30元

编者的话

一九八五年以来，司法部、中国法学会分别和一些外国的法律界人士，共同举办了经济法讨论会。会上国外的经济法学家和律师们，发表了介绍各自国家的经济法论文。为增进我们对国外经济法的了解，促进我国经济法律的对外交流，现选编部分论文，按不同国家分集，陆续翻译出版。

《外国经济法论文选编》第一集，是日本的经济法论文。供广大涉外经济、贸易、法律工作者和有关院校的师生们阅读参考。

一九八六年五月

目 录

- 一、日本明治初期建立近代法制的过程……团藤重光(1)
- 二、日中经济交易中法律上的基本问题……川岛武宜(9)
- 三、为了促进对中国的经济贸易……森田尧丸(19)
- 四、日本的合同法、抵押法概要……岩本信行(30)
- 五、关于日本的经济法……田中信行(41)
- 六、西方各国企业间的合办合同……松枝 迪夫(50)
- 七、关于日本公司法制的概要……梶谷玄(65)
- 八、日本的破产法制……古曳正夫(80)
- 九、关于涉外交易的日本国际私法……山下 清兵卫(88)
- 十、日本律师制度的历史与企业法律顾问的状况
……村上直(110)
- 十一、从日本企业方面谈促进日中合资经营企业发
展的诸问题……佐佐木静子(114)
- 十二、日本律师在企业中的作用……梶谷玄(127)
- 十三、日本律师担任企业法律顾问提供有关人事、
劳务方面的法律服务……元原 利文(133)
- 十四、日本企业的法务部和律师……柏木薰(144)
- 十五、中日两国专利法与今后国际专利业务的问题
……牛田利治(157)

- 十六、公害问题.....山田弘之助(175)
- 十七、中日两国之间的经济往来税法上的诸问题
.....高桥正毅(179)
- 十八、合营企业法应用的实际情况与问题
.....原後山治(206)
- 十九、关于日本的行政诉讼.....中嶋彻(211)
- 二十、海上保险和汽车损害保险.....村上直(216)

日本明治初期建立近代法制的过程

团藤重光*

今天，我有机会在这里向各位做一次报告感到十分荣幸。中国曾经全面地哺育了日本文化，它是日本文化的伟大尊师，脱离中国文化的恩惠，无日本文化可言，就法律而言，公元八世纪时，日本对中国法——唐律——的继承达到高潮，大宝律令、养老律令的制定，就是例证。尔后，这些律令虽然瓦解了，但在十七世纪至十九世纪的德川幕府时期，对明律的研究工作仍然颇为盛行，产生了深远的影响。到明治初期，明治政府为废除德川幕府时期的封建制、建立中央集权的近代化国家时，首先实行了王政复古，再次恢复了中国的传统律令法制，其中重要的一点，主要是参照明律，制订了刑法（新律纲领、修改律例），从而统一了全国的刑法，奠定了明治政府做为中央政府的法律权力基础。当然，由于这项法律并不是一项现代法律，不久即被西方法系的刑法（一八八〇年的旧刑法、一九〇七年的刑法）所取代，第一次世界大战后又经部分修改，但至今，在日本现行

* 团藤重光先生是日本著名法学家，现任日本学士院会员，东京大学名誉教授，皇太子法律顾问。此文是他应司法部邹瑜部长的邀请在华东和西北政法学院所作的学术报告，译出以资读者。

刑法中，仍然保留着中国传统的重要规定（如第三十八条等规定）。这是我在这次报告之前，必须首先指出的重要事实。

今天，我想阐述一下日本明治初期建立近代法制的过程。所谓明治时期是指一八六八年（明治元年）至一九一三年（明治四十五年）。我要着重谈的明治初期是指一八六八年至一八九〇年这段时期。

促使日本在这个阶段不得不迅速健全法制的，有其国内需要和对外需要两大因素。

国内需要方面，第一，是摆脱封建制、建立中央集权政府所需。继一八六七年德川将军向天皇“奉还大政”、一八六九年“奉还版籍”后，一八七一年实行了“废藩置县”。鉴于“奉还大政”初期明治政府实权较弱，建立以天皇为中心的强有力的中央集权政府，成为当时着手近代化的第一项步骤。第二，要实现近代化，必不可缺的是保障人权。在确立中央集权政府的过程中，以萨摩、长州为中心的武士阶级起了重要的促进作用；在保障人权方面，则是自由民权论者起了重要的推动作用。第三，以近代法律体系取代封建法律体系的需要。这项工作内容极其复杂，存在不少困难，容我放在后半部分叙述。

对外需要指的是修改条约问题。德川幕府一百年期间，日本一直坚持了锁国政策，直至幕府末期才与列强签署了通商条约。在列强的帝国主义活动极其猖獗的这一时期，实力弱小的日本在签订通商条约中被迫接受了不利的条款。治外法权，即领事裁判权为其一。不承认日本的关税自主权，进出口税率日本无权规定，为其二。这些条约的规定，不仅使

日本丧失了独立国家的尊严，而且严重束缚了日本资本主义经济的发展。

日本明治初期的近代法制——实质为西方法制——的建立，是以上两大因素促进的。尤其是对外需要，即修改条约问题，是摆在日本政府面前的，不能不解决的迫切问题。为此，日本政府曾在初期，甚至不惜提出屈辱性的妥协方案，以谋求达到修改条约的目的。比如，外务卿井上馨以及其后的内阁首相大隈重信曾经考虑在大审院启用外国法官；遭到反对后，又考虑给外国法官以日本国籍。幸而，这些方案后来均未付诸实施。

此外，曾任过制度调查局长官，后任司法卿的江藤新平因急于制订民法，被传说曾向箕作麟祥指示“火速译出，误译无妨”，要把法国民法翻译过来原封不动地做为日本民法。

不久以后，日本政府于一八七三年邀请法国巴黎大学教授博瓦索纳德到日本，委托他代拟民法、刑法、治罪法。博瓦索纳德不论对民事、刑事都有渊博的知识。由他起草的刑法与治罪法草案，经日本元老院议决，于一八八〇年公布，一八八二年付诸实施。该刑法第二条规定：“法无明文规定，不得处罪”，确立了罪行法定主义，废除了新律纲领中的比付援引和不应为的制度。

由于民事立法与国民生活有着密切的关系，民法立法工作远比刑事立法复杂而曲折得多。

一八七五年太政官第一百零三号布告中公布的“裁判原则”中规定，“凡民事裁判中无成文法可循者应依习惯裁判，无习惯可循者应按常理推考裁判”。这种援用常理的规定采纳了自然法（理性法）思想，很可能反映的是博瓦索纳

德的思想。

然而，仅凭这一条规定，难以说服列强修改条约。明治政府加速进行了民法编纂工作，并于一八八〇年责成了以博瓦索纳德为首的民法编纂局开始工作。这项工作初期由司法省进行，因与修改条约有关，一度曾移交外务省。由博瓦索纳德等人起草的这项草案，经法律调查委员会、元老院、内阁、枢密院等讨论修改，增加了浓厚的保守色彩，于一八九〇年公布，通称“旧民法”。这项法案原定三年后付诸施行，但在该法公布的头一年即一八八九年日本发生了“法典战争”，主张“坚决付诸实行”的一派与主张“延期施行”的一派之间展开了激烈的争论。

这两派的对立，实际上是法国法派与英国法派，或者说是自然法派与历史法学派之间的对立。博瓦索纳德是自然主义者，他力图使日本继承自然法思想，并以此为基础建立近代文明社会的法律体系。然而，这种思想并不太符合日本的传统与习惯。一八九一年，穗积八束博士在其著名论文中疾呼道：“民法出，忠孝亡”，颇能说明这一点。在这种情况下，一八九二年帝国议会第三次会议决定推迟实施该项民法，直到最后，这项旧民法始终未能被付诸实施。

此后，法典调查会成立，由穗积陈重、富井政章、梅兼次郎三博士任起草委员，重新拟订了民法草案，经议会通过，于一八九二年起付诸实施。这项新民法虽然保留了不少法国法的影响，但并不难看出德国法的影响。

商法部分，由担任日本政府法律顾问的罗埃斯勒起草，曾于一八九〇年公布，原定翌年起施行，因也被卷入上述的法典之争的漩涡中，不得不由法制局和政府略加修改急需实

行的公司法、票据法和破产法等三项法案，交付议会议决使之成法，于一八九三年付诸实行。其余部分，至一八九九年始获议会通过、付诸实施。实际上早在明治初期起各种公司已相继成立，政府为适应其需要，也曾拟订了公司条例、商社法草案，并着手制订破产法，但均未获准实施。票据法的施行，因实际需要迫切，又与传统的国民感情牵连不大，得以使汇票、本票条例在一八八二年公布、施行。

民法是经过“法典争论”后才制订的。但由于对习惯调查不充分，留下不少问题。有关土地的权利问题就是一个突出的例子。这一问题实际上早在制订民法以前、即修改地税时就已存在。

在幕府时期，幕府及各藩主要是根据农田的收成情况征收实物贡赋来维持其财源。为了适应现代化的要求，明治政府统一了全国的税收制度，并把实物贡赋改为货币税制，把按收成征收贡赋改为按地价课税，以确保稳定财源。这是由封建国家进入现代化国家所必须的物质基础，一八六八年即已着手这项事业，一八七三年公布了地税修改法。但在实施过程中遇到许多困难。首先，在区分官有地、民有地，以及民有地地价调查上摩擦迭起，甚至发生暴动。在区分官有地和民有地时，有不少土地曾以民有地证据不充分为被划归为官有，也有不少村庄共有地曾为领取土地证以个人名义申报，后被化为己有。

关于一部分地区居民对特定山林、原野、池沼的一些集体使用权问题，民法规定：属于集体所有性质的山林、原林、池沼的集体使用权，除继续适用当地习惯外，还应适用有关集体所有的规定；对不具有集体所有性质的山林、原野、池

沼的集体使用权问题，除适用当地习惯外，应适用地役权的规定。由于没能充分掌握实际情况，这些规定遗留了一些问题。

土地佃耕权上也产生了一些问题。幕府时期的土地永久性租佃有着多种不同的内容，开荒者尤其享有十分有利的“地上权”。而民法把它规定为“永佃权”。此外，政府在修改地税时，对当事者间未达成协议的，一律把土地证交机关，大审院为司法最高机关。一八七六年天皇命元老院编纂宪法，由伊藤博文承担制订宪法工作，并于一八八二年被派往欧洲考察。伊藤选择了普鲁士做为宪法考察地。因为他认为要建立以天皇为中心的立宪君主制，到普鲁士考察最为适宜。到了柏林，伊藤亲自听了柏林大学教授、曾任过法官和帝国议会职员的格奈斯特讲学。翌年一八八三年伊藤回国即废除了一八六八年新政府成立初期实行的继承律令传统的太政官制，引进了西方的内阁制。

伊藤等人在筹备草拟宪法的过程中，得到了罗埃斯勒与格奈斯特的门生毛瑟的协助。正当他们撰拟的宪法草案提交给枢密院讨论时，全国掀起了一场要求修改条约、减轻地税、要求言论集会自由的反政府运动。为了采取强硬手段进行镇压，政府于一八八七年底颁布了保安条例，把民间志士驱逐出帝国首都。就在这种形势下，枢密院进行了宪法审议，于一八八九年二月十一日的纪元节（建国纪念日）颁布了宪法。这一旧宪法，被称为钦定宪法——君主制定的宪法——是给征收租贡者，使得征收租贡者成为土地所有者；还规定永佃者的权利为“用益权”——即在他人所有的土地上的物权，从而使原是无限期的权利，变为有限期。这些悲剧

是急于把封建的土地关系改变为近代土地所有权制度的产物。（附带说明一下：民法施行以前既有的永佃权原订于一九四八年失效，届满时正值战后日本实行农地改革，根据一九四九年进行的经过部份修改的创设自耕农特别措施法，对原地主保留的限额内的永佃地一律重新处理给佃户，这一问题遂告彻底解决。）

宪法的制订，是明治政府最大的一项事业，一八六七年“王政复古”的大号令发布后，于翌年一八六八年继“五条御誓文”后又发布了“政体书”，把太政官的权力分为立法、行法（行政）、司法三权，但尚未达到西欧式三权分立的程度。一八七五年，当时的著名实力人物大久保利通、木户孝允、伊藤博文等人举行了大阪会议，向三权分立推进了一步。当年发布了建立立宪政体的诏书，设元老院为立法由主权者天皇动议、由天皇制订的，实质上是以前述的普鲁士宪法为蓝本。因为这样一种虽设有民选议会、但其权限受到限制的、明保政府具有强大权力的德国模式的立宪君主制，最符合力图在天皇制度下强化中央集权、以巩固近代化国家的政治组织的当时的政府的意图。

如上所述，明治初期是以继承欧洲大陆法系——在明治宪法的制订达到了高潮——的形式，完成了日本近代化的立法工作。它的完成，瓦解了封建制度的政治组织和法制，确立了近代政治组织和法制。这固然是一种近代化，但我个人认为它仅局限于政治的近代化，远未完成社会的近代化。明治维新主要是依靠武士阶级——下级武士阶级——，而不是由市民和农民来完成的，就说明了这一点。而明治初期的现代化要求，本来也只侧重于政治方面，因而明治初期建立的

法制反映出上述性质，是势在必然。概而言之，或许可以说，它在政治上导致了国家权力的强化，经济上导致了确保廉价劳力的来源，甚至于成为导致日本走上极其错误的道路的因素之一。

我这次讲演就讲到此为止。不知这次讲演对大家会有何帮助。谨供朋友们明察判断。谢谢各位。

（吕招治 译）

日中经济交易中法律上的基本问题

——资本主义经济中民法的作用

日本东京大学名誉教授 川岛武宜

第一，日中两国法律体制的不同性质

日中间经济交易及经济合作中碰到的法律上的难题，其渊源之一在于两国的法律体制之间存在着本质上的不同。

日本的法律体制是以私有财产制为基础的，而中国的法律体制里则不存在私有财产制度。这点在日中间经济交易及合作上引起的法律上的难题，是不必多说的。

这里所指的“私有财产制度”，不是指抽象的及广义上的“私有财产”。也就是说，现在的日本及欧洲、美洲各国的法律体制，就是在还没有开化的社会中，或在中世纪，就存在着对财物在某种意义上的独自占用、包括性的、排他性的控制——换言之，存在着“私人的控制”。但是，我所指的“私有财产制度”，是指近代资本主义社会中的财产制度，这里的“私有财产”有如下之内容：

首先，它承认，原则上对所有财物的完全排他性的、包括性的统制之权利。这一点从经济观点上讲，也就是说，在私有财产制度下，所有财物都具有现实或潜在的作为商品的性质。

但是，这点只是财物和人的关系中私有财产制度的侧面。它只是指权利之客体与作为主体的人之间的关系。但是，“私有财产制度”承认象这样的高度的私人支配权在社会中普遍存在，也就是说象这样的高度的私人支配原则作为每个人的权利而存在。人与人之间的这种关系，可认为是二重意义上的“自由”，即，第一，在私有财产所有者相互的关系中，这种私人的支配是完全包括性的，完全排他性的。此外第二，私有财产的排他性、包括性在对政治权力的关系上也得到承认，它和以政治权力的支配和干涉不相容。可以认为在这二种意义上私有财产权是“自由”的。

这种私人的支配权之主体或其地位，称作“法的人格”。因为每个人都是对财物高度的“私人的”支配权的主体，所以，变更私人财产权之内容，变更其主体，也就是权利的自由变更。所以当事人双方之自由意志之一致是有必要的。这点从经济的观点来看，也就是“等价交换”。正是在这种意义上，私有财产制度下的财物全都具有明显的或潜在的“商品”之性格。

这种和私有权有关的“自由意志之一致”，即“同意”，就是契约。所以契约就是私有财产制度最基础的因素，即私有财产权之动态的侧面。

根据以上所说，私有财产制度必须有一种与私有权、法的人格、契约这三个基础侧面有关的、适用于社会上每个人的“普遍的”社会规范。因为这种社会规范是有关权利的规范，所以它就是“法规范”。但是这种法规范或多或少是通过社会的习惯而自然而然地产生的。私有财产制度的上述内容本来是非常抽象、论理性的，所以和上述三要素有关的法

规范，在很多情况下，是通过观念和论理上整理的形式表现出来的，它就是存在于欧洲大陆各国的制定法。根据中世纪法律学所产生的结果，到了近代，制定了详细规定私有财产制度的上述三个侧面的综合的法典（它的意思就是“市民的法典”，每个国家都有各自的译语）。日本从1898年以后施行了仿照这一综合体系的法典而制定的法典（也就是民法）。

第二，日本“民法”之基本构造

日本法律体制的基础是“民法”，对照现代中国法律体制，我认为日本“民法”的内容中重要的有如下几点：

1. 法的人格

在私有财产制度下，明确法的人格是法律之重要的要求。这是因为，在和私有财产权的“自由”相对应的法律上的人格“自由”的原则下，全部权利、义务都专属于特定的法律上的人格，所以，全部契约必须由特定的人来进行，否则无效。而且从原则上来讲，契约之效力不涉及契约当事人的法律人格。所以民法典最初部分（第一编第一章）就有关于法律上人格的规定。不用说，有生命的人全部可以拥有“法律上的人格”。

在关于法律人格的规定中，对经济交易及契约来讲，特别重要的是有关“法人”的规定，所谓的法人是一种法律上的技术，这种法律上的技术使一个有生命的个人以外的社会存在作为权利义务的主体。也就是说，它是一种法技术上构成的权利主体（法的人格）之名称。在复数主体之共同事业（特别是企业）或特定目的财产（它区别于为个人家庭生活的财产，它是为营业用的财产，为公益事业或宗教用的财