

日本文化与现代化丛书

日本人的法意识

〔日〕川岛武宜 著



日本文化与现代化丛书

主编 加藤周一

叶渭渠

唐月梅

责任编辑 张雅莲

封面设计 尹怀远



日本人的法意识

〔日〕川岛武宜 著
毓 胡 文 译
黄 凤 英

吉林人民出版社

新华书店
PDG

日本人的法意识

〔日〕川岛武宜 著

胡毓文 黄风英 译

※

吉林人民出版社出版 吉林人民出版社发行
长春市第四印刷厂印装

※

787×1092毫米32开本 4.25印张 插页4 100,000字

1991年8月第1版 1991年8月第1次印刷

印数: 1-1,000册

ISBN 7-206-01177-2
C·53 定价: 2.50元

《日本文化与现代化丛书》总序

日本明治维新以后，从封建社会向资本主义社会发展，实现了现代化，其成功的主要经验是最终避免了“全盘西化”和“全盘国粹化”，使其文化传统的创造主体，在现代化中起着动力机制的作用，在实践中确立了自己的现代化模式，即“民主主义原则、技术文明和日本文化传统相结合的形式。”（加藤周一语）也就是说，以民主主义为基础，以高度技术文明为手段，以日本文化传统作为根本。简言之，就是大文化起着主导的作用。

“他山之石，可以攻玉。”中日两国社会制度不同，实现现代化的目标各异，但日本在现代化进程中坚持本国文化传统，建立与西方文化“对立·融合文化模式”，并发挥着创造的主体作用，也许还有值得借鉴的地方。因此，我们特邀日本著名学者、评论家加藤周一先生和中国社会科学院研究员叶渭渠先生、副研究员唐月梅先生合作主编《日本文化与现代化丛书》，以供读者思考、研究日本之经验，努力探索我国现代化的模式，使我国早日实现现代化。

本丛书的出版，承蒙加藤周一先生各方面的大力支持，以及叶渭渠、唐月梅两先生的通力合作，在此一并鸣谢。

编者

前 言

本书是1965年10月11日在东京以《日本人的法意识》为题，举行了岩波市民讲座会后，将其内容全面改写而成的。且不说讲演受到时间的限制，就当众讲演来说，是很难涉及详细的资料，也是很难精确地表达出来的。这次有机会用这种出书的形式，对讲演内容不够完善的地方作了补充，得以把自己的想法整理出来，我感到非常荣幸。

本书关心的对象是法意识，而且是我国广泛存在的“前近代的”法意识。为什么把重点放在这方面进行论述呢？我想作以下几点说明。

本书只把意识这个所谓“上层建筑”作为问题，而不把产生并维持着意识的经济的、社会的以及政治的各种条件作为问题，并非因为轻视或忽视这些条件。关于这一点，本书另外作了详细的论述，请予参照。

我之所以把重点放在“前近代的”法意识上，并不是因为考虑到这种意识在我国社会中普遍存在，或是这种意识一成不变地停滞存在，才把这些毫无价值的问题作为前提的。也许今天来谈这些问题已经无济于事。

再说，我提出这一问题，决不是发怀古之幽情。至今前近代的法意识仍然根深蒂固地存在于我们的社会生活之中，“有关社会行动的维度之法”和“既定之法”两者之间，产生了深刻而重大的分歧。这一点，最近屡见不鲜，报纸常报道在有关国会大选中的“自由投票”的问题。

诚然，今天这种意识在日益减弱，也在不断变化。我在书中已多次涉及这一点。对我们来说，这是极其重要的。但

在讲演时间有限，本书版面有限和执笔时间有限等情况下，我不可能把一切都讲到。我认为为了促使我们的家族生活、村落生活、交易生活和作为公民的生活向前发展，在目前提出前近代的法意识，与指出目前正出现代法意识，是具有同等的重要性，或者说更为重要。

本书的内容，原是给市民主办讲座的内容，现改写成岩波新丛书之一。因此，这就不是为专家写的学术论文，而是为非专家的一般读者写的小评论。为此我在语言表达上也曾做过很大的努力，对专家一看就懂的地方也作了解释，用意也在于此。然而，我担心有些地方仍使不是专家的一般读者很难看懂。特别是第2章第1节《权利》的意识，有许多专业性的说明，有的地方可能不易理解。因此，第一次接触这个问题的读者，不妨把这一部分先跳过去，即从第1章跳到第2章第2节，等把全书看完之后，再回头来看第2章第1节，这样不仅易于理解，还能概括全书。另外，书中还有许多注释，对这个问题没有特别兴趣的读者，也不妨把它跳过去。还有，我在本书中作论述的某些问题，不用说在外国，就是在我国也是几乎从未论述和研究过的（其中若干部分有过片断的论述），我期望专家们对这些问题能抱有某种兴趣。

再者，我原稿中的第6章，写了关于刑事法和刑事诉讼法，由于版面关系，已被删去。这完全是由于我考虑不周，特向岩波书店及读者表示歉意。

撰写本书的时候，得到了岩波书店的大野欣一君、都筑令子女士、伊东满里子女士、佐藤寿荣先生的格外关照。特别是我经常生病，撰稿迟缓时，大野君和都筑女士给予了鼓励和宽容。深感内疚，特此致以衷心的感谢。

川岛武宜 1967年3月1日

目 录

前言.....	(1)
第一章 问题.....	(1)
第二章 关于权利和法律的意识.....	(10)
一、“权利”的意识.....	(10)
二、有关“法律”的意识.....	(25)
三、宪法和权利意识.....	(32)
第三章 关于所有权的意识.....	(40)
一、问题.....	(40)
二、近代法律所制定的“私有权”的特点.....	(41)
三、我国所有权的法意识.....	(47)
第四章 关于契约的法意识.....	(57)
一、问题.....	(57)
二、我国契约的法意识.....	(58)
第五章 民事诉讼的法意识.....	(81)
一、审判.....	(81)
二、调停.....	(95)
第六章 结语.....	(123)

第一章 问 题

为了使问题易于理解,决定先从具体的现象入手。明治政府主要是模仿德国和法国的法典,制定了六种基本法律。即,首先在明治22年(1889年)颁布了明治宪法,接着在明治23年(1890年)到31年期间,根据这个宪法,制定了一个个法典。在宪法和其他五大法典(民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法)中,除了宪法与刑法外,其他法典的基本内容都一直延用至今。起草法典的人,完全排除了历来的传统,向外国(主要是法国和德国)学习,制定了那么精密而周到的法典。用我们现今的眼光来看,他们确实是具有优秀的头脑和知识的伟大的法律家。这些法典的内容,简单地说,宪法规定了国家统治组织的有关基本原则事项;民法规定了以私有财产制度为基础的有关国民个人财产的权利和义务,以及有关家属的权利和义务;商法规定了有关公司、票据、其他商品交易和企业的事项;刑法规定了对犯何种罪行应给予何种惩罚;民事诉讼法规定了法院对有关民法、商法等争议(纠纷、民事纠纷)和下定判决的手续;刑事诉讼法规定了对作为罪犯被起诉的人,是否应该处以刑罚的裁判手续。这些法律都分别定了许多条文,例如明治宪法由76条、民法由104条、商法由689条、刑法由264条、民事诉讼法由805条、刑事诉讼法由334条组成。(后来几经修改,现在的条文数有所不同)这些大法典的庞大体系,只用了不到10年的时间就

制定出来了，这确实是值得大书特书的历史性大事。这一事实，和我下面即将提到的问题，正好有着很深的渊源。

编纂明治宪法所属的各种法典，首先无疑是一种政治上的手段，目的在于第一次让列强承认日本废除了安政^①开国条约中列强所拥有的辱国性的治外法权。根据安政条约，法国和英国获得在日本驻扎军队的权利；日本法院无权审理外国人；日本无权决定制约日本国内产业死活的进口关税税率。总之，日本受到的是一种殖民地劣等国的待遇。这种状况，对当时的日本国民是极大的“耻辱”，它激起了广大国民的反感和义愤，凡学过日本历史的人，都知道废除“治外法权”是从幕府末期开始，经过明治维新、以至整个明治时期才完成的一个重大的政治问题。为了恢复日本的自主审判权，首先要制定日本的审判制度和审判准则的法律，但列强却要求这种法律必须以得到列强的承认作为前提条件。政府学习法国和德国的法典，适时地对这些法典进行了忠实的翻译，并在很短的时间内完成了五大法典的大部分提纲，这主要是出于上述的政治背景。明治27年，英国首先同意废除治外法权，接着其他列强也学习英国。最后，大概是在明治末年，即明治44年（1911年）全面废除治外法权，这是众所周知的。

在这种历史背景下制定的各种法典，其基本用语、观点、逻辑和思想，绝大部分都是西方式的（当然，民法的“家族制度”条文中规定了封建的家族制度，这是西欧近代的各种法典所没有的）。如果再稍讲具体一些，就是这些法典之所以成了西方式的东西，并不是因为当时日本国民的大部分生活中普遍存在着使日本法律成为西方式法律的现实或思

① 日本孝明天皇的年号，时为19世纪中叶。

想的根基，而是为了达到废除不平等条约的政治目的，有必要用这些法典来装饰日本。这一点是不能否认的。当时日本的生活非常落后，几乎与“近代的”因素无缘。尽管这种现象广泛地存在，但一读这些法典，就会感到日本在当时好象与高度发达的资本主义国家没有两样。可以说，在这个意义上，也仅仅是在这一点上，明治时代的庞大法典体系象鹿鸣馆^①一样，成为日本“文明开化”的装饰品，也是后进国日本的装饰品。当然，起草法典的人考虑到长远方面，日本的生活是将会发生变化的。也许这些法典是会与实际情况相符的。但是，根据当时农村、山村和渔村广泛残存的旧的生活方式（作为政府，不得不采取保留这种生活方式的政策）这一实际情况，制定这些法律的初时，在多大程度上考虑到这些法律在实际生活中对国民生活的限制，应该说这是大有探讨的余地的。

诚然，民法规定了作为私有财产制度的根本的个人所有权制度和契约。但是，私有财产制度和契约并不是根据民法才被承认为国家法的，而是这以前在明治维新的各项改革过程中就已被承认了的。明治政府期望在私有财产制度和契约的基础上，发展资本主义的生产方式，这是不言而喻的。但是当时日本处在资本主义生产方式极不发达和不成熟的阶段，国民的大部分生活（特别在农村、山村、渔村）和这种民法规定的预定生活秩序有着性质的不同，不能否认民法起草者和有关立法者是知道这一点的。今天，谁都知道明治政

① 鹿鸣馆是明治16年（1883年）前后外务大臣井上馨负责修改条约谈判时，力图使生活风俗欧化，而特地设在东京毗谷，以作为处宾和上流社会进行社交活动的场所。

府一方面努力促进资本主义生产方式，另一方面又广泛保留德川时代以来落后的生产方式，并利用这种生产方式作为牺牲品来发展资本主义。

因此，在这里，我要讲的是：学习西方先进资本主义国家乃至近代国家的法律所制定出来的明治近代法典的庞大体系，与国民的现实生活存在着很大的距离。具体地说，这个距离，又是什么呢？这个距离，后来又是如何通过日本的现代化乃至资本主义的发展而变形的呢？现在，这个距离，与第二次大战后完全崭新的政治体制（现在的“日本国宪法”中得以体现），以及与此相关的经济和社会体制又是如何不断地变化、不断地后退和不断地消失的呢？这些问题，不仅关系到国家法律在我们自身的社会里发挥了怎样的职能？国家法律以外的各种因素对社会生活秩序发挥了怎样的职能？国家法律在多大程度上满足了现代社会生活的多少需求等等，而且上述问题还与正在经历着冠以“资本主义化”、“工业化”名词的经济和社会变化的现代社会（特别是亚洲和非洲的各个社会）、现在或不久的将来将要经历的问题，有着很多共同的因素。因此，立足于对此类问题进行分析的同时，先把问题局限在我国，去探讨“从外国（特别是先进的资本主义社会）接受的法律，与传统的社会秩序有着不同的性质，在这种情况下，这些法律的社会统制职能是什么？这些法律与其社会之间产生什么相互作用？这些法律与其社会之间经过了什么样的相互调整过程？”在即将经历明治维新100年的今天，这些将不失为一个有趣的问题。

诚然，这是一个很大的问题。必须从各个侧面去进行研究。在这里，我想把问题的焦点放在历来较少研究的侧面来探讨。大致上说，这个问题的侧面，就是国民的大多数

对于“法”是以怎样的“意识”来进行社会生活的。对于这方面的研究，有必要稍许深入地加以解释。

我的这种研究乃至问题的焦点，一般都称之为法意识。关于这一点，我必须说明两个问题。一是关于“法意识”这个名词的内涵，另一是关于把焦点放在“法意识”上来论述法的问题，特别是法的职能，其在理论上和在实践中的意义。

一、首先法意识这个名词的涵意是什么？这就是我在这里要谈到的，所谓法的社会统治^①过程中与之相关的行动心理前提条件是什么？它又是如何决定人们的社会行动的？因此，在法意识这个名词下，我要给予的具体含意，不只是关于法（“关于法”这个词的涵意，将在后面论述）的意识（狭意思），而且也包括关于法的无意识（下意识）心理状态。之所以这样说，是因为唯有后者才能在与前者相同、甚至比前者更高的程度上，决定有关法的行动。因此，严格地说，用“法意识”这个词来表明这两个方面，那是用词不当。但为了用词上的方便，决定在这里限定这一用词含有以上两个方面的意思，来进行以下的论述。

就是说，在这个意义上的“意识”，包括着各种内容。举例来说，问题不仅在于知道或不知道某法律上的制度（如保障言论自由），而且在于是不是知道把它和什么样的判断结构（也可将这系统称为形象）联系在一起。我把这点称之为

① 所谓法的统治至少与现代文明社会所关心的问题相关，政治权力对人民施加强制力，必须根据事先决定的一定限制，这是政治、社会所要求的，特别在限定的意义上，为了保障以上的要求，作为社会的手段，对人民行使强制力，只有根据具备一定限度条件的人来作出决定（审判），才为社会所允许，即被“视为正当”。（原注）

为广义的“法的认识”。再说，问题不仅在于对保障言论自由具有怎样的价值判断（何种程度的支持或不支持），而且作为这种价值判断的基础，又具有怎样的价值判断结构（价值判断基准），以及是否已经作出了与之相关的价值判断？我把这些称为广义的“法的价值”和“法的价值判断”。另外，在有关法律规定的知识和价值判断的另一面，在法的统制上，对政府和法院的所作所为是抱有超越理论的反感、憎恶和敌意？还是抱有好感？这种感情上的态度，也是法决定行动的重要因素。我把这些称之为广义的“法的感觉”或“法的感情”。

关于我在这里要谈到的法意识的意义，还有第二点希望予以注意。那就是我称以上意识为“关于法”时，“意识”（以上谈到的那种涵义）一词，不仅仅是关于狭义的“法律”（政府、立法机关或法院向国民颁布的命令），也包涵着狭义上与法律的现实职能相关的社会行动的决定因素。比如，历来许多人即使发生了离婚问题或契约纠纷，但一开始并没有想到法律问题（显然不具备有关这方面的民法规定的知识），甚至可以说，他们不关心法律。于是，为了解决这些纠纷，经常委托仲裁人或头人等，或者受当事人之间事实上的权势的支配，社会上的弱者只好忍气吞声。如果把狭义的“法”的意识作为问题，对有过这种经历的人的“意识”来说，进入研究视野之中的，只不过是“法律”上的无知和不关心而已。但是，正是与这种无知和不关心紧密相联，并支撑着这种关系的有关纠纷意识（形象、价值观等），才使这些纠纷没有浮现到以法统制的社会表面上来（使当事人那样去做），我认为这种决定因素是不容忽视或轻视的。在这个意义上说，从广义上去考察“关于法”（即作为与法的现实职能相关的社会行

动的决定因素)的意识(前段论述过的意思)的各个侧面,是不可或缺的,正如本书最初论述的那样。

二、在分析称之为“法”的社会统制现象时,我把焦点突出地放在法意识上,也许有人会对这一问题的理论和实践意义抱有怀疑。在这里,我简单地申述一下我的想法。

我的这种安排焦点的方法,是考虑到对现实的法现象起决定作用的,最终还是社会的各种物质条件(生产力和生产关系)。如果不把焦点放在这上面,而放在意识上,也许又会有人批判说,这是忽视或轻视社会现象中最重要的决定因素。当然,我在这里并不是说,唯有人的意识才是社会现象的最根本的决定因素。我所关心的问题如下:

法或法律(与为了行使政治权力的制裁必要的前提条件有关的社会要求、限制,特别是它的语言表达乃至颁布)是与行使政治权力有关的一定思想或者意识形态的反映。其目的首先在于限制行使政治权力,而且通过这一做法使其预见成为现实。乍看就能看出法律实际上支配着我们的社会生活。也就是说,我们是依据法律进行生活的。但完全用法律限制和维持人们的社会行动和社会秩序,那种社会是不可想象的。以法来统制社会,其程度将因时代和国度而不相同。例如在现代的美国,运用法律进行社会生活的程度,可以说是非常之高;而在日本,其程度历来就非常之低。这一点经常引起非法律专家的误解,法律上的外行人总是认为:只要制定了法律,社会上任何事物都会发生变化(譬如最近几年,有人极力主张只要在民法中写上“孝敬父母”的规定,整个日本都会人人孝顺父母)。然而,即使制定了法律,如果在现实社会中连执行的根基也没有的话,法律这玩艺儿实际上只能是有时执行,有时根本就“没有执行”,即不能发挥限

制社会生活的职能。而且即使可以执行法律，但究竟怎样执行，又与其社会根基有关。

然而，所谓以法进行社会统制的社会根基，可以从各侧面来看，与上述以法进行社会统制的问题相关连，在社会上的人们考虑采取什么样的行动决定对法现象的诸要素进行图解化时，对有关法的行动决定也就处在最为接近的位置上了。用浅显易懂的话来说，在决定人的行动的各种要素中，最接近决定行动时产生的现象，就形成了赋予行动以动机的“意识”（在上述的意义上）。说得具体一点，就是在现实的社会统制过程中，法是怎么发挥作用的？这一点，只要看看人们（作为法的统制客体的人民，通过政治权力委托实行法的统治，特别是进行审理的人们）是怎样围绕法在现实生活中行动的，也就明白了。当把焦点放在这种行动上，放在决定这种行动的过程时，去追究作为其决定要素之一、即上述意义的法意识，这不仅在最接近这些行动的程度对观察和说明问题起作用，而且对预见这些问题也能起作用。

因此在这个意思上，我不是说研究法意识和法行动，是法社会统制的“最终”的决定要素。这一点无需赘言。从上述的意义上来说，法意识和法行动是与法的社会统制最为“接近”的决定要素。与此相反，人们谈到决定要素的“最终性”时，是指从焦点所在的某一现象的决定要素中，追溯到接近决定要素的其他决定要素，甚至追溯到后者的其他更远的决定要素，而不能追溯到最后到达的、甚至超越其上的要素（在这个意义上，什么是“最终的”要素，不过是一种教义学的态度罢了）。因此，我在这里提出的问题，我安排的焦点，对法的社会统制决不是“最终的”的决定要素。这是不言而喻的。

尽管这样，我之所以对这一点抱有兴趣，是出于以下的理由。第一，我认为法意识是最接近决定法社会统制行动的社会现象，为了弄清各个社会的法社会统制本身，首先应该弄清这些现象。换言之，这当然不是研究法社会统制的“最终”作业，而只是开头必须做的。等弄清了这一问题之后，才能具体弄清决定这一要素的其他诸要素，甚至会使决定后者的其他各要素也明确起来。因此，如果从相反的方向作理论上的探讨，那么，在远的决定要素和法行动、法意识之间，就会掺杂着种种要素，在这些中间要素里，各种要素相互纠缠干扰，致使更远的诸要素在这些中间要素里，不得不产生种种折射（最明显的一例是：以我国的情况而言，资本主义制度的生产方式就是通过涉及法行动的决定势力，以及与之并存的其他生产方式产生的决定势力，还有来自种种传统的生活方式与意识形态的决定势力折射出来的。这一点将在后面论述）。如果生产力和生产关系的“最终性”主张，忽视或轻视这种决定要素的折射事实，或作为“最终”要素的生产力和生产关系对法现象产生如同直接反射似的错觉，并带有这种主张的话，我对此是不能同意的。因此，我认为只是强调指出“最终的”要素的重要性而无需（或者有害）明确法的社会统制的现实手段究竟具体是什么（那是首先必须明确的法行为、法意识），这种想法无论在理论上，还是在实践中，对于那些对法的社会统制表示关心和兴趣的人来说，第一次作业就是十分草率的。因此，对法的社会统制没有实践或理论兴趣的人们，比如把批判社会现代的政治经济体制作为诉说的目的，只是在必要时对此作出论述的人，当然不会对我在这里论述的问题和焦点感兴趣。但如果同时因此而对我在这里所论述的问题和焦点进行指责，那就偏离了目标。