

日本的法制史研究之課題

松田惠美子*

緒言

法制史的價值在哪裡？現在我們需要重新研討此問題。因為最近學者認為有關法制史之研究發生很多問題，譬如選修法制史課程的法學部學生人數不多，大學改革過程中重視實定法輕視基礎法課程的趨勢越來越嚴重，特別是廢除法制史課程的可能性很大等等。之所以有上述之現象產生，其根本的問題是大部分人以為學習法制史的價值極少。從我個人的看法來說，如果法制史研究只不過是實證研究以解釋過去的法制度的話，大部分的學生及法制史以外的法學者可能對法制史之研究沒有興趣，但如果法制史研究對於思考現代社會中法制度之問題有啟發作用的話，很多人可能對法制史研究產生興趣。為了法制史研究有益於思考現代社會的法制度問題，法制史學者應該選擇什麼研究方法？關於這個問題，我從以下兩個角度來說明我的看法。

第一、從在日本東洋法制史的研究成果來看法制史的研究課題

第二、從在日本法學研究的新趨勢來看法制史的研究課題

* 日本，京都大學大學院法學研究科博士課程結業，現任名城大學法學部副教授，東洋法制史學會會員。

一、關於第一個角度

現代社會的問題之一是人們主張各式各樣的「權利」，我們看到每個人之間「權利」的衝突越來越嚴重。在此情況下，我們不得不懷疑如果人們用「權利」主張所有的自我要求的話，我們能不能維持人與人之間圓滿的關係。譬如在日本有這樣的案件，甲夫妻與乙夫妻係鄰居關係，甲夫妻的兒子丙與乙夫妻的兒子丁都是幼稚園兒，平常總是在一起玩耍。有一天甲夫妻去買東西，本來想帶他們的兒子丙一起去，但是丙想跟丁一起玩，所以甲夫妻拜託乙夫妻幫忙照顧他們的兒子，而外出購物。不料乙夫妻因為沒有一直注意兩個孩子，造成他們兩到水邊玩，在一瞬間丙也就是甲夫妻的兒子出意外淹死了。事後甲夫妻控告乙夫妻，地方法院的判決承認甲夫妻對乙夫妻賠償之部分請求。當媒體報導這個案件時，不少聽到報導的人對甲夫妻有譴責之言，批判甲夫妻的人認為乙夫妻本來出於好意而同意其外出購物時幫忙照顧小孩，沒想到小孩出意外淹死。乙夫妻並沒有惡意，甲夫妻不但忽視乙夫妻原來的好意而且提出訴訟控告乙夫妻，甲夫妻這樣的行為不近情理。

從這個例子來看，我認為判決承認甲夫妻對乙夫妻的賠償請求權在理論上是正確的，但是從一般人們的感覺上來看會有不同意的地方。換言之，一般而言鄰居關係就是在平常人際關係中，他們會互相照顧小孩，然而一發生意外就忽視至今的人際關係而要求賠償，從這樣的看法來看甲夫妻，很多人均難接受甲夫妻的做法。從這個例子來看，我認為「權利」主張與人際關係的破壞之間有密切的關係。不過如果過度重視人際關係強迫人們放棄當然原有權利的話，這也會產生問題。因為在為了避免破壞人際關係之情況禁止其主張權利時，弱勢族群可能受到不利益。畢竟一方面重視人際關係一方面主張當然擁有的權利，這是應該追求的目標。但是應該如何追求這個目標呢？

為了得到解決這個問題的線索，我想注目在日本東洋法制史之研究成果。

日本近年來有關東洋法制史之研究有很大的收穫是以詳細地分析清朝時代資料的方法，整理出清朝時代審判的特色，這也可以說是追求傳統的中國社會的審

判特色。這些研究係以滋賀秀三教授為代表之學者們的研究所得來之成果¹。

在此簡單地說明一下滋賀教授的研究內容。

清朝時代沒有現代意義上的民事審判和刑事審判之區別。可是在處於重罰的案子和處於輕罰的案子之間有審判上的處理方法的區別。

相當於處於重罰的案子就是處於徒刑以上的刑罰的案子。關於處於徒刑以上的刑罰的案子，審判官應該按照清朝的成文法典（「大清律例」）決定刑罰。

相當於處於輕罰的案子就是州縣自理之案。從現代的角度來看，我們看作民事案件的屬於州縣自理之案。但是清朝時代沒有民事和刑事的概念區別，所以如果我們說州縣自理案件就是民事案件是不貼切的。關於州縣自理之案審判官不是按照大清律例決定刑罰，而是置重於當事人雙方最能接受的糾紛解決方法。每個案件最好的解決方法不一樣，所以審判官不受以前案例的約束，著重對於眼前的案件提出最合適的解決方法。擔任案件的審判官常常說按照「情理」這樣處理最合適。「情理」本身不是概念化的詞，可是中國人不管是誰一聽「情理」這個詞就生起來可以接受提出的解決方法的一種平衡感，這就是「情理」。按照「情理」處理州縣自理之案時，即使當事人雙方接受了審判官提出的解決方法，後來關於同一案件當事人再打官司這也沒問題。

根據以上清朝時代的審判特色，滋賀教授指出皇帝統治時代的中國社會上的「法」的特色。就是說在皇帝統治下的中國社會徒刑以上的刑罰嚴格地按照成文法決定，從這一事也得知在皇帝統治下成文法是治世的工具。而關於現代人認為相當於民事案件的案件，按照「情理」提出當事人雙方接受的解決方法來解決糾紛，最終沒有產生按照一定的規則判決的觀念，從這個特色來看，我們就知道在傳統中國社會上一直不存在「法」是決定糾紛之中的兩個主體之間的權利和義務的規則的觀念，與以這樣的「法」實定化為了解決人們生活上的糾紛，就是說傳統中國社會不存在形成實定私法體系的觀念。

¹ 在這篇文章我介紹的是日本的東洋法制史研究一部分，在日本關於東洋法制史研究每年法律雜誌《法律時報》（日本評論社）12月號上，我們介紹這一年的東洋法制史研究成果。此外每年法制史學會的年報《法制史研究》上，我們發表有關東洋法制史文獻的書評。看這些資料就知道日本的東洋法制史研究的情況。

以上是滋賀教授的研究之簡單的介紹。

從這個特色來看，我認為關於滋賀教授的研究特別值得注目的是根據綿密的資料研究證明「法是為了保護個人的權利的」，或者「審判是按照一定的規定確定當事人的權利，結果一個當事人勝訴另一個當事人敗訴」這樣的前提，就是現在我們聽「法」或者「審判」這樣的詞就想起來的前提不合適的社會存在的。

換言之，從個人權利的觀點來看，關於傳統中國社會與此社會的法的特色說，我認為可以這樣說，亦即，在皇帝統治的中國社會上，沒有個人對國家主張權利或者因個人的權利主張引起個人之間的權利主張的衝突之觀念，所以在傳統中國社會沒有為了維護個人權利的成文法。

以上是從法制史研究角度來分析的傳統中國社會的特色。除了這個分析以外，我們看另一個政治哲學方面來分析傳統中國社會特色的研究。這是溝口雄三教授的研究。溝口教授分析中國的知識份子階級的治世觀念裡的「公和私」概念。

根據溝口教授的分析，中國知識份子階級的治世觀念中的「公和私」概念雖然有時代變遷，但是可以說「私」或者「個」即使有一程度的欲望，「私」或者「個」也只不過是「公」的和諧之中存在的。連有西歐近代法思想的影響的清末也沒有想定對國家要求保護自己權利的獨立主體之個人，「民權」是人們全體原有的。這意味著知識份子承認「個」根據自己的物質欲、所有欲做經濟上的交易，但是沒有承認「個」主張自己原有的權利和要求保護自己的權利。就是說根據溝口教授分析在中國「私」或者「個」這樣的概念只有「和諧之中」才能存在，在中國從來沒有主張權利的獨立主體之個人。

溝口教授主張的傳統中國社會的特色巧合地印證了前述從成文法的觀點研究得到的中國社會的特色。因為沒有主張權利的獨立主體的個人，這樣的社會沒有造成為了維護個人權利成文法之發達是合理的。

據以上的研究，在傳統中國社會沒有承認主張權利而且要求法律上維護權利的個人。反過來說，在傳統中國社會沒有「個」的對立或者「權利」的對立，表面上來看沒有「權利」的衝突，人們活在人和人的和諧之中。當然為了避免發生