元照出版提供　請勿公開散布。

未竟的法理自覺
——小野清一郎的「東亞法」思想*

江　存　孝**

要　目

壹、序　言
貳、小野清一郎的其人、其事
　一、少年小野
　二、青年小野
　三、學者小野（至終戰為止）
參、新舊中華民國刑法中的光與影
　一、作為方法的「東亞法」
　二、「新」的舊刑法與「舊」的新刑法
肆、滿州國法的奇幻之旅
　一、成為獨立國家的先決問題
　二、民族文化架構下的矛盾
伍、「一個東洋」存在與否的辯證
　一、脫東洋而入西洋的津田東洋否定論
　二、因西洋而東洋的小野東洋肯定論
　㈠超民族的文化是否可能存在

DOI：10.53106/102398202025090182001

* 本文係以原發表於政大法學院基礎法學中心、政大法律科際整合研究所主辦「歷史、思想、法律研討會」（2018年12月6日）之「未竟的法理自覺——試論小野清一郎法思想中的『東亞』」爲基礎，大幅加筆而成。如果沒有當日與會者的提點，以及兩位審查人的諸多寶貴意見，本文便無法以此樣貌呈現，對此謹致謝忱。如本文有任何謬誤闕漏之處，文責由筆者自負。

** 東吳大學法律學系助理教授，日本金澤大學法學博士。

投稿日期：一一三年七月三十一日；接受刊登日期：一一四年四月十八日
責任校對：張碧霞

元照出版提供　請勿公開散布

㈡獨自性與孤立性的辯證
㈢對西洋文化絕對主義的反抗
陸、大東亞法的新秩序之建立及其未完
一、「東亞」及「東亞法」的理念
二、大東亞法秩序下的日本法理構想
柒、結　語

元照出版提供　請勿公開散布。

摘　要

在第二次世界大戰之前，日本的法律學者們已經展開東亞法的研究，而小野清一郎（1891-1986）即為代表人物之一。在1930年到1940年代左右，小野曾參與「中華民國法制研究會」，對1928年及1935年的中華民國刑法典進行註釋，其後也研究滿州國刑法典，藉此反省東亞諸國自19世紀中期以來繼受西方法的現象。此外，小野透過與歷史學者津田左右吉（1873-1961）的論戰，嘗試重構「東洋」或「東亞」的意義，並探討一個「東洋」的存在可能。其後小野參加「日本法理研究會」，提出大東亞法秩序的新理念。戰後，小野因為其於戰時的東亞法思想被認為是侵略式的帝國主義，而遭到公職追放的處分。本文擬以小野在此時期的著作為考察對象，探討其主張的東亞法思想，進而反思東亞法研究的意義。

關鍵詞：小野清一郎、東亞法、東亞法律史、中華民國法制研究會、中華民國刑法典、滿州國刑法、津田左右吉、日本法理研究會

元照出版提供　請勿公開散布。

壹、序　言

近年來，臺灣法學界陸續出現以「東亞法」為名的研究[1]，在許多部門法領域中，東亞逐漸成為一個能整合區域法律體系的概念工具，至於究竟哪些國家應被放入東亞的範疇，似乎缺少一槌定音的明確定義。而在日本，則有越來越多法學者主張，至少在日本、韓國、中國、臺灣間，應該存在一個可被稱為「東亞法系」的獨立法系[2]。

看待「東亞法」的方式本屬多元，僅以臺灣的地理位置為中心，選擇某些鄰近的國家放入東亞框架內的方法固無不可，一旦更深入考掘，便可能撞進「東亞法」本身的歷史與文化問題，要解決這些問題其實並不容易。如有論者便指出，在探討「亞洲意味著什麼」的問題時，光是連亞洲是否存在本身都是棘手的問題[3]。這種存在於亞洲論述中的困難，為「東亞法」的討論帶來重要的啟示，尤其當我們嘗試以「東亞法」為論述工具時，究竟對誰？在什麼時

1　如陳起行等編，後繼受時代的東亞法文化：第八屆東亞法哲學研討會論文集，2012年12月；葉俊榮編，轉型中的東亞法院：基本形貌、紛爭解決與行政治理，2014年10月；葉俊榮編，變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能，2016年10月。

2　參照五十嵐清『比較法ハンドブック（第二版）』勁草書房245頁（2015年1月）。其他如：鈴木賢「試論・東アジア法系の成立可能性」北大法学論集53巻3號308-319頁（2002年9月）；安田信之「東アジア法圏の生成と発展」石部雅亮等編『法の国際化への道——日独シンポジウム』信山社406頁以下（1994年3月）。

3　孫歌，亞洲意味著什麼，載：亞洲意味著什麼——文化間的「日本」，頁25，2001年10月。孫歌犀利地點出：「亞洲問題的棘手之處在於，它不是一個具有確定內涵因而可以歷史地演變的思想課題」，又指出：「而同時，亞洲問題又的確具有某種方向的連續性，如果完全無視它的歷史脈絡，我們同樣不能認識它的存在樣態。」

元照出版提供　請勿公開散布。

代？產生什麼意義？便成為必須面對的問題。

在日本，東亞法研究早在第二次世界大戰前便已經展開，更成為當時法學研究的重要支流，如醉心於東亞法論述的小野清一郎（1891-1986）即為代表人物之一。小野的人生橫跨明治、大正、昭和三代，學思範圍廣涉刑法、刑事訴訟法、法哲學、法思想、犯罪學、刑事政策、社會政策及外國法等領域，在日本刑法研究系譜中，被歸於舊派（古典學派）[4]。小野刑法學不僅被認為具有濃厚的日本精神，二戰期間，他加入日本極右派法律人團體「日本法理研究會[5]」，高倡日本法理自覺，這些經歷及其於戰時所發表的著作，使他在戰後被追究思想責任，受到「公職追放」的處分[6]。

---

4 關於小野在刑事法方面研究的討論甚多，較具代表性的研究如：宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫等編『刑法理論史の総合的研究』日本評論社475-517頁（1994年3月）；庭山英雄「小野清一郎の刑事訴訟法理論」吉川経夫等編『刑法理論史の総合的研究』日本評論社520-536頁（1994年3月）；中山研一「小野博士の刑法思想」氏著『刑法の基本思想（增補版）』成文堂52-79頁（2004年10月）。另外，關於小野的生平事蹟，本文主要參照資料如下：仲地哲哉・田口守一「小野清一郎教授略歷並びに著作年譜」愛知学院大学論叢法学研究21卷4號153-219頁（1978年3月）；團藤重光「小野清一郎先生の人と学問」氏著『わが心の旅路』有斐閣319-341頁（1986年12月）。

5 關於日本法理研究會的研究，可參考白羽佑三『「日本法理研究会」の分析——法と道徳の一体化——』中央大学出版部（1998年2月）。

6 此處所謂的「公職追放」，係指強制擔任公職者即刻退職，並排除其未來擔任公職之機會。簡單來說，「公職追放」係美軍於戰後占領日本期間，爲達成日本「去軍事化」及「民主化」之目的，將日本人分成「積極協助推波戰爭的軍國主義者、超國家主義者、全體主義者」及「批判及抵抗戰爭的民主主義者、自由主義者、和平主義者」，以此爲前提，駐日盟軍總司令（GHQ）於1946年1月4日頒布「公職追放令」，將：戰爭犯罪者、陸海空軍職業軍人、超國家主義者與愛國主義者、大政翼贊會等組織的指導者、海外金融機關與開發機關的幹部、占領地的行政長官、其他軍國主義者與超國家

元照出版提供　請勿公開散布。

筆者認為，若想推敲小野的「東亞法」論述，必須把這個問題放到日本的近代史中加以檢驗。簡要來說，日本從明治維新開始，先其他亞洲諸國踏入近代國家之林，一躍成為東亞強國，逐漸翻轉過去位居傳統中國邊陲的國際地位。在法律近代化方面，更扮演領頭羊的角色，開啟東亞繼受西方法的知識連鎖[7]。要說「東亞法」論述是在這段歷史脈絡下的「頑固低音」[8]也不為過，如果去掉這塊歷史拼圖，在梳理「東亞法」問題時便可能有所遺漏。

再者，在探討「東亞法」時，或應先討論何謂「東亞」，然而「東亞」一詞的多重意涵卻成為探討此問題時的難關。如子安宣邦所指：「在1930年代後的帝國日本歷史階段，『東亞』概念帶有強

主義者等類型之人，納入該當範疇，予以即刻退職之處置。相關研究可參考增田弘『公職追放論』岩波書店頁1-16（1998年5月）。

7 如鈴木賢以東亞民法的近代化爲例，舉出「繼受法國法、德國法的日本民法（1896）→受日本繼受德國學說影響的中華民國民法（1929）→事實上，相當於由日本人第二次制定民法的滿州國民法（1937）→戰後概括繼受滿州國民法的韓國民法（1958）」圖式，將日本放在東亞地區法律繼受的連結點位置，參照鈴木賢，同註2，313頁。另外，關於亞洲各國間思想史式的連鎖，最著名的專論要屬山室信一『思想課題としてのアジア——基軸、連鎖、投企』岩波書店1-28頁（2001年12月）。

8 「頑固低音」（Basso Ostinato）原爲音樂術語，指在音樂中反覆出現的固定低音，亦譯爲「固定低音」。本文所謂的「頑固低音」，係借用日本思想史學者丸山真男（1914-1996）所提出的「執拗低音」，其以「執拗な持続低音（basso ostinato）」〔筆者註：執拗的持續低音〕的概念，探討歷史意識的「古層」，即探討存在於思想基底，且不容易發生變化的部分。可參考丸山真男「歴史意識の『古層』」氏著『忠誠と反逆——転形期日本の精神史的位相——』筑摩書房298頁（1992年6月）。另外，王汎森亦曾用「執拗低音」來「重訪」被擠到邊緣的歷史及文化論述，可參考王汎森，執拗的低音——一些歷史思考方式的反思，載：執拗的低音——一些歷史思考方式的反思，頁15-16，2014年3月。

元照出版提供　請勿公開散布。

烈的政治意涵[9]」，其中包括岡倉天心（1863-1913）文明論下的「東洋」，及充滿政治味的「東亞」或「大東亞」，而在日本遂行戰爭並擴大帝國主義戰略的過程中，更產生「東亞新秩序」及「東亞協同體」等意識形態[10]。這股東亞狂飆不僅席捲日本，也挾著戰爭外溢到其他亞洲諸國，日本法學界也難自外其中。

近來日本學界不乏重探小野戰時言說的研究[11]，本文無欲探討其在刑法上的成就，而是想從東亞法的思想切入，討論小野的「東亞法」研究。筆者以為，追溯小野的「東亞法」論述，可以提供我們在嘗試建構「東亞法」研究模型時一個來自法律思想史的視角。以下，本文主要以小野在1930-1940年代的論著為素材，一探其「東亞法」論述。

貳、小野清一郎的其人、其事

在大野達司等人合著的《近代日本法思想史入門》中，如此描述小野清一郎：「小野雖亦被評價為屬於舊派的刑法學者，但其學說相當獨特。粗略而言，其特徵在於從大正末期開始，受到東洋思

9 子安宣邦「昭和日本と『東亞』の概念」氏著『「アジア」はどう語られてきたか——近代日本のオリエンタリズム——』藤原書店81-108頁（2003年4月）。

10 同前註，92-93頁。

11 如中山研一「小野博士『日本法理の自覚的展開』の再検討」氏著『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』成文堂113-212頁（2011年7月）；出口雄一「統制・道義・違法性：小野清一郎の『日本法理』をめぐって」桐蔭法学20巻2号139-169頁（2014年5月）；出口雄一「小野清一郎——『学派の争い』と『日本法理』」小野博司等編『戦時体制と法学者1931-1952』国際書院305-315頁（2016年3月）；出口雄一「『日本法理』における固有と普遍——小野清一郎の言説を中心として——」岩谷十郎編『再帰する法文化』国際書院143-174頁（2016年12月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

想、佛教思想與新康德學派或新黑格爾主義等德國哲學強烈的影響，以『文化主義的正義觀』為基礎而展開議論此點。並且，在昭和戰時期，強調刑法的『國家道義性』，論述『日本法理』[12]。」這段文字勾勒出小野思想的整體格局，尤其呈現了他在刑法學外，寬廣且深邃的多重源頭。這些源頭究竟從何而來？或可從他早年的經歷略窺一二。

一、少年小野

1891年1月10日，小野出生於日本東北地方的岩手縣盛岡市。此時的日本正處於即將邁入近代化強國的前夕，距離最後一次的大規模內戰西南戰爭（1877）已過十四年，大日本帝國憲法也在兩年前（1889年）頒布。該年7月，清國政府派遣北洋艦隊到日本，進行一場名為敦睦，實為武力展示的軍事外交行動。當時應該沒有多少人能預料，日本將在幾年後的日清戰爭中，擊敗清國而成為東亞之雄。

小野的父親小野房次郎，原本小有資產，因經商失敗而破產，於小野三歲時病逝[13]。小野的弟子團藤重光（1913-2012）指出：「先生之母為南部藩藩士之女，是一名非常傑出的女性。由於先生的父親早逝，先生由母親一手帶大。先生的母親相當有骨氣，先生的骨氣之強，應是承襲其母。」[14]小野自己也在《犯罪構成要件の理論》〔筆者譯：《犯罪構成要件的理論》〕的後記中寫道：「雖屬個人私事，在此我必須再次感謝母親與妻。母親含辛茹苦，將三

12　大野達司、森元拓、吉永圭著，謝煜偉等譯，近代日本法思想史入門，頁188，2019年9月。

13　宮澤浩一，同註4，481-482頁。

14　團藤重光，同註4，71頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

歲喪父的我養育成人。妻在三十五年間費心照顧體弱的我，使我能潛心研究[15]。」由母親養育成人的小野，在年少時雖困頓多病，日後活到九十餘歲，比同時代的一些法學者還長壽[16]。

二、青年小野

1908年，小野自盛岡中學畢業，進入第一高等學校就讀。他曾回憶自己的學問志趣：「進入一高時，其實我對人文科學〔筆者註：原文為「文化科學」〕甚感興趣，但考慮到生計問題，所以選擇法科就讀[17]。」這段期間裡，影響青年小野最深的是德國法學者Josef Kohler（1849-1919）[18]的思想。小野在一高時期閱讀了Josef Kohler的《法學概論》，日後不僅翻譯其著作《法の一般的な歴史》〔筆者註：《法的一般的歷史》〕，亦表示自己所著《法律思想史概說》，也是以Josef Kohler的民族學式的比較法學為基礎寫成[19]。

1911年，小野就讀東京帝國大學法律學科，跟隨泉二新熊

---

15 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』有斐閣487-488頁（1953年6月）。

16 民法學者末弘嚴太郎（1888-1951），年長小野三歲，於戰爭結束後不久旋即辭世，與小野同年的刑法學者瀧川幸辰（1891-1962）活得較久，但過世時也才七十出頭。

17 野村二郎「小野清一郎氏に聞く“刑法改正”のことなど（上）」法学セミナー20頁（1977年4月）。

18 關於小野與Josef Kohler的學思，吳豪人在討論增田福太郎的論文中指出：「就理論的原創性而言，筧克彥或者算得上一號人物，然而增田福太郎卻微不足道。例如小野清一郎的法理論，祖述黑格爾與Josef Kohler，其深沈之遠非增田可比」，參照吳豪人，敗者的精神史：「凡庸之善」姉歯松平與「凡庸之惡」增田福太郎，載：殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，註95，2017年4月。

19 小野清一郎「わが道、刑法学」氏著『刑法と法哲学』有斐閣463-464頁（1971年5月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

（1876-1924）與牧野英一（1878-1970）學習刑法與刑事訴訟。據小野回憶，泉二的刑法論屬Franz Eduard von Liszt（1851-1919）的刑法教科書系統，牧野的刑法論則屬法國法學系統中的犯罪要素分析論，小野認為牧野的系統雖不及德國刑法學體系理論，但牧野在「刑事學的新思朝」與「現代的文化與法律」等方面的研究中所展現出的，超越刑法形式解釋論且根據社會思想所展開的法律觀，使小野感受到「新法學的黎明來臨」[20]。雖然在日本刑法系譜上，小野與牧野被分屬於不同派系，但在法律文化研究方面，反而受到牧野更多的啟發。

在學期間，小野曾因罹患肺結核而休學兩年，直到1917年才完成大學學業，原本有志跟隨牧野進行研究，也已取得助手工作的內定，但疑似因肺結核之故，最終未在教授會議上獲得通過，遂轉往司法實務界服務。他先成為司法官試補[21]，同年9月就任東京區裁

20　小野清一郎，同前註，464頁。尤其在「現代的文化與法律」的議題上，小野深受牧野影響，此點從小野清一郎「緒論」氏著『法理学と「文化」の概念』有斐閣3-9頁（1928年3月）中可見。

21　在戰前的日本，要成爲法官，必須先通過高等考試，取得「司法官試補」身分，再進行爲期一年半的研修，研修完畢時尚須通過測驗，始能成爲法官或檢察官。可參考木佐茂男・宮澤節生・佐藤鉄男・川嶋四郎・水谷規男・上石圭一『テキストブック現代司法』日本評論社186-187頁（2015年6月）。又，根據蕪山嚴的研究，日本的「司法官試補」制度是現在日本「司法研修制度」的前身，最早可能起源於1887年7月25日敕令第37號「文官試驗試補見習規則」中的「司法官ノ試補」一詞，其後歷經「裁判所構成法」（1890年法律第6號）及「判事檢事試用規則」（1891年5月15日司法省令第三號）之沿革，就司法官的任用，確立必須通過司法官試補採用考試、實務研修及第二次考試的制度，以此形成司法官的專屬考試及實務研修的制度化。詳細考察可參照蕪山嚴「司法官試補制度沿革」氏著『司法官試補沿革──続　明治前期の司法について』慈学社106頁（2007年12月）。附帶一提，無論戰前或當代的日本司法官養成制度，皆與當代臺灣的司法官養成制度不完全相同，但如以上述內容來看，「司法官試補」或可理解爲臺灣司法官養成過程中，

元照出版提供　請勿公開散布。

判所檢事代理，次年11月就任東京地裁檢事局檢事。小野在成為司法官試補時，雖曾下定決心要畢生從事檢事，但仍無法忘懷成為學者的志向，在牧野的鼓勵下，利用公務之餘寫成〈犯罪の時及び所〉〔筆者譯：〈犯罪的時間及場所〉〕，終於正式踏上學者之路[22]。

三、學者小野（至終戰為止）

小野於1919年1月就任東京帝國大學助教授，同年11月赴歐洲留學。當時歐陸正處於第一次世界大戰結束（1914-1918）後的時期，局勢尚未完全穩定，小野的旅程受到影響，於是先前往法國巴黎，等到1920年才轉往德國柏林大學。關於留學的行程，另有一段插曲，日本刑法學者宮澤浩一（1930-2010）於1958年留學西德海德堡大學時，與小野的次子小野慶二（1922-2000）相識，曾向小野慶二詢問其父當年的留學行程安排。小野慶二表示，其父並未從一開始即前往德國的最大理由，是考慮到當時德國因戰敗的混亂局勢[23]。事實上，當時受到戰事而改變行程的人，並非只有小野[24]。

宮澤浩一指出，雖然Franz Eduard von Liszt、Josef Kohler、

通過司法官考試後，進入司法官學院學習的階段。

22 宮澤浩一，同註4，482頁。另外，在野村二郎對小野的訪談中，小野提到自己在大學三年級時因罹患肺結核而休學。休學期間，以記者身分撰寫見聞隨筆與專欄文章，刊載於故鄉岩手縣的地方報紙《岩手公論》。休養生息後，原本受到老師牧野英一的推薦，準備回東大擔任助手，可惜未獲教授會議通過。小野認爲：「或因過去有老師死於肺結核，恐有不能持續研究生活之虞。」以上參照野村二郎，同註17，21頁；此外，在小野清一郎，同註19，464-465頁，亦提到相關回憶。

23 宮澤浩一，同註4，483頁。

24 有研究指出，末弘嚴太郎也因戰爭影響無法前往德國留學，而轉往美國、法國、瑞士等地學習。參照高谷知佳・小石川裕介編『日本法史から何がみえるか——法と秩序の歴史を学ぶ』有斐閣244頁（2018年3月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

Karl von Birkmeyer（1847-1920）及Karl Lorenz Binding（1841-1920）等大師級學者，在1920年前後相繼辭世，但柏林大學尚有Eduard Kohlrausch（1974-1948）、James Goldschmidt（1874-1940）、Eberhard Schmidt（1891-1977）等人坐鎮，仍是德國刑法學界的重鎮。宮澤亦指出，小野留學的最大收穫有二：一是Ernst Ludwig von Beling（1866-1935）提倡的「構成要件論」；二是以「構成要件論」為中心的新犯罪論體系。宮澤認為，犯罪論的主要議題幾乎都是德國刑法學界在1905年到1920年所提出[25]，換言之，小野正好趕上德國刑法犯罪論體系的成熟期。

留學結束後，回到東大的小野擔任刑事訴訟法講座。牧野英一在1938年退休，小野接任東大刑法講座，陸續發表刑法、刑事訴訟法、犯罪學等方面的研究。小野曾表示，自己身為刑法學者的根本思想，可追溯到昭和初年（1930年前後），彼時關注「刑罰的本質」、「犯罪的本質」、「作為倫理學的刑法學」、「道義責任」等問題[26]。此外，他在〈刑法學小史〉中自述：「小野的基本立場，是在刑法中的政策，即目的合理性上，承認作為道義價值合理性的應報理念，中心理念為國家共同體中對文化秩序的強力保障，而其也嘗試以此思考刑法的理論開展。在其解釋理論的構成中，有許多地方學自德國的Beling與Max Ernst Mayer[27]。」對照小野留學德國的經驗，應能看出來自於德國刑法學的影響。

筆者認為，從上述追溯小野學思形成的過程中，有三點值得注意。第一，Josef Kohler及牧野英一的學思，開啟小野在法文化研究

25　宮澤浩一，同註4，483頁。

26　小野清一郎『刑罰の本質について・その他』有斐閣1頁（1955年1月）。

27　小野清一郎「刑法學小史」氏著『刑罰の本質について・その他』有斐閣421頁（1955年1月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

上的視野；第二，留學期間接觸德國刑法學，奠定小野刑法學的基本架構；第三，在小野的學術關懷中，浮現出「道義責任」的觀點。

關於「道義責任」的意義，簡要來說，小野的構成要件理論中提出「構成要件係指，將行為的違法性及行為者的道義責任類型化，就違反且有責的行為中可罰的部分，規定為法律」，並指出違法性與道義責任是「存在於實定法概念規定背後的倫理的、法理的理念。」在小野的思考裡，構成要件、違法性及道義責任三者間的關係「不應是邏輯上的並列，而是疊合關係」，亦即「構成要件顯現在前，違法性與道義責任則處於其後，且具有實體意義」，並認為「違法性與道義責任，皆為倫理的、規範的判斷」。此處所謂的倫理是指「人倫生活的事理、道理或道義，以及社會生活中的條理，甚至可稱為文化規範或社會規範。」小野進一步指出「社會規範」的意義「不只是基於社會科學所認識的文化的、社會的事實」，應是「作為人倫生活事理的倫理、道義」，並且為「歷史、文化開展的道義文化軌跡」[28]。

有鑑於小野對「東亞法」的主張，並非只是針對個別國家的刑法典進行法解釋學式的探討，而是以法規範為載體，嘗試抽出被掩蓋在西方法律下，屬於東亞諸民族或地域本有的法文化，並以此建構東亞法律的應然樣貌，因此「道義責任」作為判準，成為他在追尋東亞各國「獨自」的法文化成立與否，乃至於各國「法理」是否自覺時，不可忽視的伏線。以下，筆者嘗試先以小野對中華民國刑法及滿州國刑法的研究為例加以討論。

---

28 參照小野清一郎「犯罪構成要件の理論」氏著『犯罪構成要件の理論』有斐閣19-20頁（1953年6月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

參、新舊中華民國刑法中的光與影

從傳統中國到中華民國的法律近代化過程中，可以看到日本法學者參與其中的身影，早在晚清變法修律時，如岡田朝太郎（1868-1936）等日本法學者，便以顧問身分協助立法事業[29]。到了民國初期，日本法學界仍持續關注民國的法律發展，更隨著南京國民政府的法典編纂事業而進入另一波高峰[30]。如以東京帝國大學法學者為主幹組成的「中華民國法制研究會」，持續追蹤南京國民政府在1930年代的新頒法典，並對各類法典進行譯註與研究[31]。小野擔任該會的刑事法部與刑事訴訟法部主任，發表多項研究成

29 關於日本法學者參與晚清民初法律近代化事業，可參照黃源盛，晚清法制近代化的動因及其開展，載：法律繼受與近代中國法，頁79-85，2007年3月。

30 關於日本大正期（1912-1926）的中華民國法制研究概況，可參照西英昭「大正期における中華民国法学の展開」氏著『近代中華民国法制の構築——習慣調査・法典編纂と中国法学——』九州大学出版会197-221頁（2018年2月）。

31 滋賀秀三「清朝の法制」坂野正高・田中正俊・衛藤瀋吉編『近代中国研究入門』東京大学出版会273頁（1974年4月）。滋賀在文中提及研究會的存在及其學術意義，惟未進一步研究。近年來，有賴日本學者西英昭的考察，使中華民國法制研究會的基礎知識得以逐漸明朗，對此可參照西英昭「中華民国法制研究会について」氏著『近代中華民国法制の構築——習慣調査・法典編纂と中国法学——』九州大学出版会223-248頁（2018年2月）。根據書中序文，此文係在舊作「中華民国法制研究会について——基礎情報の成立と紹介」『中国——社会と文化』第21號221-234頁（2006年6月）；同文的中文翻譯「中華民國法制研究會」經緯——資料的整理與介紹，法制史研究，11期，頁323-342，2007年6月；「村上貞吉とその周辺——人物情報紹介——」東洋法制史研究会通信第19號10-14頁（2011年8月），等三文之基礎上修改而成，參照同書，4頁。另外，利用研究會的相關史料所進行的研究，近來亦有高見澤磨「我妻榮の中華民国民法典註解と満州国民法への言及——『新発見』資料の紹介を中心に」名古屋大学法政論集255号183-198頁（2014年3月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

果[32]。耐人尋味的是，小野的研究路術與此研究會究竟有何契合之處？又展現出什麼樣的思想樣貌？

一、作為方法的「東亞法」

對研究會而言，小野的學思究竟有什麼魅力？研究會的核心人物松本烝治（1877-1954）表示：

> 小野教授為新進刑法學者，乃我學界篤學之士，如今已無須多言介紹。然在此必須一提，教授平素在思想上尊重東洋固有文化，從而在專攻的刑事法研究中，常以支那古來刑律為檢討目標之一，造詣極深。晚近泰西法學風靡我邦，如支那刑律研究，在我學界被視為全無用之物，無人一顧，實乃我學界風潮之一大缺點[33]。

明治維新初期，日本曾短暫師法清律，制定國家法典，但隨著西風東漸，原本仿自傳統中國法的「新律綱領」及「改定律例」等法典走入歷史，從此日本法學界全面轉向西方法的繼受，如此一來，傳統中國法的研究，自然也成為食之無味，棄之亦毫不可惜的雞肋。在此背景下，小野對東洋文化投以同理關懷的思想，雖與當時日本法學界的西化思潮有所扞格，相反地，卻與以研究中華民國法為目標的研究會一拍即合。

---

32 小野清一郎在該會的研究成果包括：『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會（1933年4月）、『中華民國刑法　分則（上）』中華民國法制研究會（1934年9月）、『中華民國刑法　分則（下）』中華民國法制研究會（1935年6月），及與團藤重光共著『中華民國刑事訴訟法（上）』中華民國法制研究會（1938年10月）、『中華民國刑事訴訟法（下）』中華民國法制研究會（1940年7月）及『中華民國法院組織法』有斐閣（1945年4月）。

33 松本烝治「序文」小野清一郎著『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會1-2頁（1933年4月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

具體來說，小野對中華民國新刑法典所進行的研究，是要「透過歷史及比較法學觀點進行觀察，致力闡明其與我日本刑法的關係，並一定程度地展開對其內容的解釋論」[34]。雖然小野的作業主要在註解中華民國刑法，但他將傳統中國法、近代西方法與當代日本法一併納入範疇，採取歷史學、比較法學及法解釋學的方法加以比較研究，工程綿密且龐大。

在晚清民國法制近代化的系譜中，姑且不論脫胎自「大清新刑律」的「民國暫行新刑律」（1912），1928年頒布的中華民國刑法〔筆者註：以下略稱「舊刑法」），實為民國時期所完成的第一部，在體例及內容上皆仿效西方的刑法典[35]，因此舊刑法也成為小野的研究起點。關於舊刑法的思想淵源，小野指出：

> 如本文所述，本法遺留支那古來刑律思想，亦採西洋近世刑法編制，且直接根據已繼受西洋近世刑法編制，尤其受最近刑事政策思想影響而成立的日本刑法甚多，同時也受到其後出現的歐洲大陸各國草案影響。從而，如不將最近的草案例及立法例納入觀察，即無法理解本法[36]。

筆者認為，小野提供的論述模型，對當代臺灣的法學研究亦有其意義，具體來說，在追溯刑法近代化的軌跡時，應對舊刑法在知

---

34 小野清一郎「凡例」氏著『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會7頁（1933年4月）。

35 關於中華民國舊刑法的來龍去脈，可參考黃源盛，國民政府的首部刑典——民國十七年的舊刑法與司法實踐，載：晚清民國刑法春秋，頁253-289，2018年3月。

36 小野清一郎，同註34，8頁。惟須說明，小野在文章中混用「中國」、「中華民國」或「支那」等語，當時日本知識人間亦多用「支那」一語，但究係中性或具有貶意，則因人而異。惟「支那」一語的使用語徑，並非本文著墨的重點，故本文遇原文寫作「支那」之處，皆依原文。

元照出版提供　請勿公開散布。

識上的疊合有所認知，亦即在體例上，雖可稱其師法近代西方，但在精神上，則兼具延續自傳統中國刑律及引進自西方法及日本法的多層元素。這個論述模型在微觀上是否允當，仍須就個別法律規定加以檢驗，但在巨觀上或能反映亞洲在19世紀後半的知識連鎖。

比起舊刑法究竟繼受多少西方法，小野更在意其中保留多少傳統中國法的成分。相較於以西方法為量尺，判斷東亞的近代化（或西方化）是否完成，小野選擇以新頒法典與該地區自生法律傳統的關係的密切與否，作為評價該法的基準，如他在《中華民國刑法分則》「序言」寫道：

> 從這部法典中，我讀到嶄新的支那對自身獨特文化的努力，我始終堅信，東洋民族的文化命運，決不該以單純將西洋文明進行翻譯式的移入為終點，此想法由此得到更進一步實證，不禁心感愉悅[37]。

上述論點中有兩點值得關注：㈠肯定中華民國刑法典保持自身文化；㈡浮現東洋與西洋對抗的思想構圖。筆者認為，小野在談論舊刑法時，談的不只是中華民國法律近代化，同時也是日本在法律繼受背景下面臨的困境。以刑法為例，制定於1880年的日本舊刑法在當時已經問世五十年，應可重新思考其定位及日本法與西歐法的關係等問題。若把小野對中華民國舊刑法的研究當成對日本法的反照，則「單純將西洋文明進行翻譯式的移入」並非小野所認為的法律繼受終點。那麼，新的道路究竟在哪裡？小野認為：

> 近代支那與日本相同，動輒陷入被西洋文明的光彩所迷惑，而忘卻自己固有文化的狀態。然而，這冒瀆了祖先長年以

37 小野清一郎「自序」氏著『中華民國刑法　分則（上）』中華民國法制研究會1頁（1934年9月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

來的努力。我等雖須攝取西洋文明以豐富我等之生活及文化內容，然而不可只像奴隸一般追隨其後。我等必須基於自己的精神原理，建設新東洋文化。更進一步言，這正是能貢獻世界文化之所在[38]。

對小野而言，因繼受西方法所生的糾葛，是日本與當時的中華民國的共同課題。雖然小野刑法學受到德國刑法影響甚多，但他反對單純翻譯法典的拿來主義。為了對抗東亞諸國全面繼受西方法的現狀，小野選擇反求自國文化的獨特性，並展現出探求東洋法文化的企圖心。

有趣的是，小野對中華民國舊刑法的高度讚賞，並非著眼於舊刑法的西方法化，而在於其堅守傳統中國固有法思想。因此，與其說舊刑法是東亞國家師法近代西方刑法典的新里程碑，毋寧更是一個以傳統思潮抵抗近代西洋法文化，並從中獲得平衡的成功案例。對小野來說，重新正視自國文化並將其落實於法典編纂，可能是一條使日本法從西洋法的桎梏中獨立的活路。

二、「新」的舊刑法與「舊」的新刑法

如果說「追求自身獨特文化」是小野用來評價民國新頒刑法典的重要判準，要進一步追問的是，此種判準被用作分析刑法總則與分則時，產生的歷史理解及文化評價是否相同？為了解答這個疑問，必須回到小野在刑法總則與分則的機能的討論上來看。小野如此說道：

總則是刑法的一般部分，相對的，分則是其特殊部分。若以此徵之於沿革，分則較總則更早發展，特別在支那古來的

38 同前註，2頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

律中，除名例律外，皆由分則構成。再者，若從現實上的機能觀之，依刑法以規制社會的作用，若無刑罰法規即無法存在，在刑事裁判中無論如何舉措，必須以分則予以適用。在此意義上，我認為分則較總則更有實際上的重要性。而且，各國刑法在分則中展現出該國的具體社會需求，即使近世立法有其共通型態，但亦有各自的特殊性。此點對以社會史、文化史的角度觀察法律的人而言，絕對是特別有興趣之處[39]。

刑法分為總則、分則，各司其職又相輔相成，對歐陸式法律已浸透至血液中的當代法律家，應早已對此種刑法典的結構習以為常，但也容易忽略此種體例對百年前的人們而言，實為千古未有之巨變。中國法律近代化過程中，模仿近代西歐法典之濫觴可上溯晚清「大清新刑律」，甚至更早的「刑法草案」。「大清新刑律」採西方式的總則、分則並列體例[40]，打破傳統中國法上自唐律以來慣行的，以「基本法典」與「副法典」組合而成的法典型態[41、42]。

---

39 小野清一郎『中華民國刑法　分則（上）』，同註32，1-2頁。

40 黃源盛，導言　刑法基本原則的古今絕續，載：晚清民國刑法春秋，頁16-18，2018年3月。黃源盛指出「大清新刑律」在立法技術上有四點顯著變化，即：⑴總則與分則並列；⑵類目由簡繁而簡；⑶罪先刑後的編纂體例、⑷事增文省。

41 雖然本文使用「傳統中國」爲統稱，但傳統中國各朝法典的形式、體例不盡相同，本文在此所舉「基本法典」與「副法典」的分類，係參照滋賀秀三對傳統中國法典通時性的概觀。滋賀提出傳統中國法典大略可分成三類：⑴基本法典（作爲該朝代法制中心，具有體系性，且不易變動的法典）；⑵單行法（各時代爲因應時代需求所制定的單行法）；⑶副法典（對單行法規加以整編並予以條文化的法典）。以上可詳參滋賀秀三「法典編纂の歷史」氏著『中国法制史論集（法典と刑罰）』創文社16-19頁（2003年2月）。

42 若以最後一部傳統中國式的法典「大清律例」爲例，其形式上是以「律」（基本上不變）與「條例」（以補充、修正律的內容爲機能之附加條文）的組合所構成的法典，在篇目上則分名例、吏、戶、禮、兵、刑、工等七篇。

元照出版提供　請勿公開散布。

若以此為前提回顧小野的觀點，應注意其中的三個論述層次：㈠刑法總則與分則在功能上的差異、㈡刑法分則反映各該國家、社會的需求及特殊性、㈢支那古來的刑事法中即存在「分則」式規定。雖然一般認為傳統中國法典中的「名例」篇具有當代刑法總則的部分機能，但並不代表即能與當代刑法總則的機能劃上等號。而刑法分則恰好相反，縱使過去並不存在稱為分則的篇章，但歷經漫長歷史所發展出的各種犯罪規定，卻與當代分則所具備之機能無太大差異。小野將刑法總則與分則分開討論的優點在於，既能把刑法分則與傳統中國法的歷史連結起來，又可以據此評論民國刑法在法律繼受過程中的得失。

當中華民國刑法於1935年頒布施行後〔筆者註：以下略稱「新刑法」〕，小野亦以此觀點考察其中以舊刑法為基礎所進行修正，並於1936年發表〈中華民國の新刑法〉〔筆者註：《中華民國的新刑法》〕[43]。相較於對舊刑法的高度評價，小野表現出其對新刑法拋棄固有法傳統的遺憾。舉例而言，新刑法刪除舊刑法第245條「四親等內之宗親相和姦者，處1年以上，7年以下有期徒刑」的規定，小野對此頗不以為然，認為處罰近親相姦並非只是支那舊律傳統，西洋亦自古皆然，且新刑法立法當時，也不乏有德國、義大利等立法例存在，他嚴詞批判：「舊刑法不效法日本，而毅然決然守

對此滋賀秀三認爲，「大清律例」整體上是一部刑法典，以名例爲總則，以其他六篇爲分則。參見滋賀秀三，同註31，278-279頁。

43 小野清一郎「中華民國の新刑法」氏著『法學評論（上）』弘文堂75-84頁（1938年6月），該文原載於『法學協會雜誌』第54卷第6號（1936年）。文中列舉數點，包括總則部分新設「保安處分」章節、新增不作爲犯的規定（第15條）、修正違法性、有責性部分的相關規定（第16、21、30條）及新增刑之加減的相關規定（第61條）；在分則部分有內亂罪（第100條）、瀆職罪（第120條以下）的修正、妨害風化罪的刪除、通姦罪的修正（第239條）、刪除殺人罪中絕對死刑的犯罪態樣（第271條）。

元照出版提供　請勿公開散布。

護舊律的傳統，如今棄之」[44]。小野對新刑法捨棄傳統法的傾向感到憂心：

> 我雖然明白以刑法干涉風化並不適當，但我認為關心風化的公共道德是重要的。當然，廢除近親相姦之可罰性，並不代表承認其行為的道義性，但此即可當作是證明今日的現代支那，正急速朝向個人主義、自由主義前進的一個表徵，對此，我不禁感到憂慮[45]。

小野並不反對個人主義及自由主義，而是傾向將個人主義、自由主義與民族（或國家）傳統文化置於天秤上兩相權衡。從小野認為新刑法分則的修正「顯著具有逐漸脫離支那固有傳統」的評價來看[46]，其心證立判。

小野對新刑法的批判並非無的放矢，而是著眼於當時的世界立法趨勢。小野指出，新刑法的修正係受到第一次世界大戰後歐陸刑法改正運動的影響，尤其模仿日本在1927年「刑法預備草案」及1931年「刑法改正假案」。他也認為，居於刑法改正運動中心地位的德國，如今已揚棄1925年乃至於1930年的草案，而日本也正處於重新檢討1927年的預備草案及1931年的改正假案之時。對小野而言，當世界正處於「各國正逢必須力主國民立場、民族精神及文化之際」[47]，中華民國一昧追求以他國法律為師，輕忽自身的社會文

---

44 同前註，81頁。

45 同前註，81頁。

46 同前註，83頁。

47 同前註，83頁。附帶說明，日本刑法在1907年當代刑法（明治40年刑法）制定後，於1921年開始全面修正。當時適逢日俄戰爭爆發，以及第一次世界大戰後的世界局勢改變，在資本主義急速發展、勞動運動及農民運動盛行的社會背景下，明治時代的刑法，也面臨必須修正的局面。因此，日本政府於1921年向「臨時法制審議會」（設置於1919年）提出刑法修正諮詢，該會於

元照出版提供　請勿公開散布。

化，反而落後於時代潮流。

筆者認為，小野的觀察是在法律繼受過程中，法律繼受國可能遇到的困境。縱使有外國最新立法例可參照，但外國法亦是他國社會歷經一段時間後所生的產物，即便繼受國在立法上完美地複製被繼受國的法律，往往也難以複製存在於他國社會中的醞釀過程。再說，等到繼受國費盡千辛萬苦導入他國法典時，該法典是否還能稱為「最新」？實屬未定。當時的中華民國也面臨此種困境，亦即當立法者好不容易以外國立法例為藍本訂定新法時，世界潮流反而轉回探尋自身文化的趨勢。

我們不能忽略法律繼受的「時間差」，在繼受西方法的道路上，日本畢竟早於民國，作為東亞諸國中繼受西方法的前輩，日本或已累積相當的經驗可以反省日本法與西方法的關係，但尚處於發展中的民國是否能基於相同立場思考，不無疑問。在小野認知裡，擁有悠久刑法傳統的中國（在他的評價中，這樣的傳統有其正面的意義），的確也有正視自身歷史的空間，因此他批判道：

> 然而，民國的立法者極易捨棄傳統且不再回頭。對此，我頗覺不可思議，並感到遺憾。標榜三民主義的支那政治家與高喊抗日的支那國民，應該不曾忘記民族的衿持，但新刑法卻

1926年向內閣提出「刑法改正ノ綱領」〔筆者註：「刑法改正之綱領」〕。1927年，由司法次官林賴三郎（1878-1958）擔任委員長，設置「刑法原案起草委員會」，以「刑法改正之綱領」爲基礎，提出「刑法預備草案」。其後，「刑法並監獄法改正調查委員會」以「刑法預備草案」爲基礎提出草案，該案總則與分則雖分別於1931年及1941年審議完畢，但有若干事項仍處保留，故僅以未定稿的形式發表，又因戰爭緣故而中止修正作業，此草案即爲「改正刑法假案」。關於明治40年刑法及修正過程，可參考淺古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫『日本法制史』青林書院359-366頁（2010年9月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 幾乎只是模仿日本刑法草案與德國刑法草案，這又該怎麼說呢？我懇切希望支那的立法家們能夠有所反省[48]。

從小野之言可見，中華民國新刑法固然有模仿歐陸及日本刑法之處，但亦應重新檢討新刑法是否符合自國國情，並反省亦步亦趨跟隨西方及日本的立法方式是否得宜？筆者認為，這些批判展現出小野對傳統價值的態度，尤其在東亞社會已倒向西方的當下，他反而執拗地把某種已逐漸消逝在歷史洪流中的價值，當作東亞社會應該前進的方向。

總的來說，小野將總則與分則分層討論的作法，提供一個可以分析東亞諸國法律繼受問題的視角，而不輕易陷入以法典的「西化／非西化」這種全有或全無的論理結構，因為如果以法典為對象進行法律繼受成效的評價，便容易忽略有些規定已經存在於東亞自身歷史中的事實。由此視角，可看見在中國法律近代化過程中，作為「光」形諸於外的西方法，與作為「影」潛藏於內的傳統法，始終纏繞糾結，小野的論述存在解開此一窘境的契機，畢竟要解決法律繼受的問題，只靠二元對抗格局恐怕無法完全解決其中的複雜性。

諷刺的是，小野自己也沒有跳脫二元對抗的格局，因為他對東亞民族精神的追求是建立在對抗西洋的目的上，只是他並不認為所

48 小野清一郎，同註43，84頁。必須注意的是，收錄在『法學評論（上）』之本文，原載於『法學協會雜誌第54卷第6號』（1936年）。從後見之明來看，在該文發表的時間點上，中日間尚未爆發全面衝突〔如從中華民國史的角度出發的「對日抗戰」（1937-1945）〕，就筆者而言，小野呼籲「支那的立法家們」應反省過於跟從德、日法律的立法，與其自身返求東亞諸國法文化的理念尚屬一貫。值得玩味的是，即便「對日抗戰」尚未開打，當時兩國存在相當程度的緊張關係，亦為小野所不爭之事實。因此，在小野呼籲中國立法者返求自身歷史文化的同時，是否也會導出中、日間實應保持距離的論理歸結，其中不無疑問。但如此一來，小野的真意為何，便成為難題。然而，此問題恐已超出本文能處理的範圍，僅能留待日後深思。

元照出版提供　請勿公開散布。

有的東洋民族都有能力「抗西保東」，而是認為「當今東洋各民族為數眾多，但能肩負全東洋民族命運者，惟日本與支那無他」[49]。對小野而言，如果東洋最終必須走上自我覺醒之路，並掙脫西洋超過半世紀以來的桎梏，日本與中國攜手，恐怕才是最佳的戰略藍圖。

肆、滿州國法的奇幻之旅

上述晚清到民國初年法律近代化過程中的糾葛，是當時東亞地區多少都面臨到的深刻議題，不論是首開繼受西方法先河的明治日本，或對傳統文化有超高固著性的中國，都必須在西方法的浪潮中不斷重新定錨。不僅如此，如彗星一般在東亞稍縱即逝的滿州國，亦不免在這波巨浪中載浮載沈。小野於1936夏天渡海至滿州國，與滿州國司法當局交換意見[50]，其後陸續發表研究成果[51]。本文無意挑戰圍繞著滿州國及滿州國法的巨大課題，僅以小野對滿州國法的

---

49 小野清一郎，同註37，4頁。

50 小野清一郎「満州国の司法制度」氏著『法學評論（上）』弘文堂357頁（1938年6月）。此文原載於『法學協會雜誌』第55卷第3號（1937年）。

51 如庭山英雄指出：「小野戰前的研究業績，大致上可分成兩種。第一，日本的司法制度改革；第二，滿州國的司法制度改革。」庭山英雄，同註4，524頁。在小野清一郎『法學評論（上）』中，收錄他關於滿州國法的數篇研究如下：「満州国の法院組織法」，372-378頁，原載於『法學協會雜誌』第54卷第3號（1936年）；「満州国の司法制度」，357-371頁，原載於『日本評論』（1936年11月號）；「刑事法の統一理解——満州国の法曹に与ふ」，3-12頁，原載於『法曹雜誌』第4卷第6號（1937年）；「満州国の刑法」，43-74頁，原載於『法學協會雜誌』第55卷第3號（1937年）。小野清一郎『法學評論（下）』弘文堂（1938年4月），收有「満州国の刑事訴訟法と其の司法政策的意義」，420-436頁，原載於『法學協會雜誌』第56卷第2號（1938年）。

元照出版提供　請勿公開散布。

研究為例，嘗試考察相關研究在其法思想中的意義。

一、成為獨立國家的先決問題

滿州國、日本及中華民國間，有著纏繞不清的歷史因緣。滿州國於1932年時在日本關東軍的扶植下建國，1945年因大戰結束而崩潰，國祚僅十三年。山室信一以希臘神話中的怪物「奇美拉（Chimera）」形容滿州國：「奇美拉是隻獅頭、羊身、蛇尾的勘合體怪物，獅子象徵關東軍，羊象徵天皇制國家，蛇則象徵中國皇帝或近代中國。」[52]山室的譬喻傳神地描繪出滿州國的根本性矛盾，也突顯其在建國過程中極為「人工」一面。

在過去，中華民國史觀經常將滿州國定位成傀儡政權或偽政權，但對部分日本人而言，滿州國卻是一個由日本人親手打造的「理想國」[53]。如山室指出，滿州國是「首重日本人（尤其是關東軍）的主導，依此在形式上一貫追求以中國東北地方人為主體，使其自中華民國獨立並成立新的國家[54]」，正因為滿州國在原本屬於中華民國的領土上橫空出世，因此如何切斷其與中華民國間的牽扯，便成為建立獨立國家時的首要問題[55]。

---

52 山室信一著，林琪禎等譯，滿州國的實相與幻象，頁19-20，2016年5月。

53 關於從日本角度出發的看法，山室指出：「另一方面，在1945年之後，也一直存在著認爲滿州國絕不只是個單純的傀儡國家或殖民地國家的看法。此派論述大多認爲滿州國是爲了排除歐美的帝國主義支配、在亞洲打造一個理想國家的運動，也就是一種烏托邦理想的實現。」參照同前註，頁13。

54 山室信一「『満州国』の法と政治一序説」人文学報68号131頁（1991年3月）。

55 關於滿州國初期法制與中華民國法的關係，詳見同前註，129-152頁。此外，吳欣哲，日本殖民主義下的滿洲國法制，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年，亦有相當的參考價值。又，在小野清一郎譯註的『中華民國刑法總則』的版權頁上，有記載該書的販賣場所，除有位於東京的中央大學及

元照出版提供　請勿公開散布。

關於滿州國初期的司法制度，小野在〈滿州国の司法制度〉〔筆者註：〈滿州國的司法制度〉〕中指出，滿州國建國之初所施行法律的重要部分，仍為中華民國時代的法律，原因除了滿州國在建國前屬於中華民國的一部分外，在大同元年（1932）教令第三號中尚指示，暫時援用從前法令，但中華民國在1935年頒布的刑法典，則不在援用範圍之列[56]。然而，為使滿州國成為獨立國家，必須在法律層面上切斷其與中華民國的連結，對此小野認為：「已從中華民國獨立的滿州國，欲有自己的法典，應屬當然[57]。」

若從立法技術的層次上來看，滿州國要「建立自己的法制」的真正困難之處在於，應如何定義何謂「自己的法制」？因此，「什麼是滿州民族」便成為先決問題。小野指出，滿州國當時尚未制定國籍法，雖然在滿州國「人權保障法」（大同元年教令第二號）中有「滿州國人民」的文字出現，但並不存在定義性的規定。為了解決這個問題，小野提出的論點相當耐人尋味，他把已經漢化的原滿州人跟漢人組合成其所謂的「支那民族」，並主張：「在這塊土地上，一般被稱為『滿人』又或『滿州國人』者，所指並非自古以來的滿州人，實際上是指支那民族。」[58]

姑且不論小野的「支那民族」說，有先射箭（設定滿州國為一

有斐閣、嚴松堂等書店，也在上海的內山書店、大連的春明書莊、大阪屋號書店（滿州國分店、旅順、奉天、新京）等地販賣。由此可推測，滿州國法學界及實務界，亦可能成爲前述中華民國法制研究會的讀者群。

56 小野清一郎，同註50，357頁。

57 小野清一郎，同註50，358頁。

58 小野清一郎，同註50，364頁。關於滿州國的民族組成，小野指出：「自古以來的滿州人與漢人同化，失去固有語言與風俗，時至今日幾與漢人無異，在民族上成爲一個支那民族。蒙古人雖未失去民族特徵，但數量不到總人口數一成。滿州國的人口，實際上漢人占百分之八十，且在文化上形成將滿州人合併的支那民族。其全體占總人口百分之九十。」

元照出版提供　請勿公開散布。

獨立國家）再畫靶（以此獨立國家的存在為前提，回推居住於其上的民族即為滿州民族）之嫌，他巧妙地把居住在滿州國土地上的三千萬人，定位為大部分以漢民族為主所構成的「支那民族」，並以滿州國是由支那民族所建立的國家為前提，一方面主張「在文化基礎上，甚難想像在思考其司法制度時能脫離支那文化」，另一方面則以此新的司法制度應結合民族文化作為「滿州國司法制度特殊性」的表徵[59]。於是，在小野的思想藍圖上，便呈現出以滿州國在國家地位上與中華民國脫勾之事實為前提，進而在民族層次上建構出「支那民族」，並以此為基點思考「滿洲國法」的內涵應該如何呼應「支那民族」的文化的問題。

然而，在思考此問題時，小野無可避免地必須面對日本政府介入滿州國謀求獨立建國的痕跡。舉例而言，小野認為在思考司法制度建設時，亦須考慮日本人的地位[60]，如在〈満州国の刑法〉〔筆者註：〈滿州國的刑法〉〕中提出的分工結構：

> 滿州國有獨自的立法、司法、行政體系，其內容與中華民國不同，與同時代的日本也決不相同。對此應理解為，構成滿州國社會的主要民族為支那民族，——雖稱「滿人」，但並非本來的滿州人，而大部分是自支那本土搬遷而來的住民，並與滿州人同化後的結果。——且滿州國為日本及日本人的政治、產業、文化指導下的特殊產物[61]。

如此一來，滿州國的新法典不僅具有內國法的機能，同時也兼具揮別中華民國法而走上獨立國家之途的象徵意義。滿州國在康德

59 小野清一郎，同註50，359頁。
60 小野清一郎，同註50，359頁。
61 小野清一郎「満州国の刑法」，同註51，44頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

4年（1937）頒定刑法，對此小野認為：「滿州國因此立法而有獨自的刑法」，並認為此刑法典「雖亦有延續過往中華民國刑法的脈絡，但大致上係模仿日本刑法而來，並受到改正草案影響」，同時也指出「在當今遠東地區，日本、中華民國與滿州國雖甚為接近，但實際上各依其獨自立法而治」[62]，更以「堂堂正正的近代法典」，「不論體系或規定內容，皆有不少比日本現行刑法更進一步的地方」，「毫無疑問，藉此法典的實施，滿州國的刑事司法將日益近代化，且能提升國民道德生活」等讚美的詞彙評斷滿州國的新頒刑法典[63]。

二、民族文化架構下的矛盾

小野對滿州國刑事立法方向頗有好評，但對立法結果則未必，關鍵在於「道義」問題。「道義」是小野刑法思想中極為獨特，且占有重要地位的元素，如前文所述，小野的「道義責任」會歸結到「作為歷史、文化之開展的道義文化軌跡」，根據出口雄一指出，小野在1925年的論文中已提到「道義責任」問題，但關於道義責任的內容，也從初期所主張的「文化的正義觀」，逐漸轉向強調「國家的道義性」的立場[64]，這種傾向也展現在小野對滿州國法律的研究中。如小野在〈刑事法の統一理解——満州国の法曹に与ふ〉〔筆者註，〈刑事法的統一理解——給滿州國的法曹〉〕指出：

> 刑法的目的不僅是國家治安與社會防衛，以社會防衛為刑法唯一目的的思維，是最淺薄的實證主義見解。刑法的目的

62 小野清一郎，「満州国の刑法」，同註51，43-44頁。

63 小野清一郎，「満州国の刑法」，同註51，50頁。

64 參照出口雄一「統制・道義・違法性：小野清一郎の『日本法理』をめぐって」，同註11，141-142頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 必須置於更高層次，即證實國家、國民全體社會的道義觀念，及維持倫理秩序，正確的刑法必須以此為終極目的。具體呈現此精神者，正是刑事裁判中行為價值判斷與量刑的任務[65]。

從上述的內容中可以看到，小野揭示了刑法應有證實國家、國民全體社會道義觀念及維持倫理秩序的功能，從他的一貫理念來看，不論是道義或者是倫理秩序，都應該源自於該國或該民族獨自的文化。然而，滿州國本身是否有獨自的文化，固然猶有討論的餘地，但滿州國刑法在立法上原本就借鑒日本刑法、「刑法預備草案」、「刑法改正假案」及中華民國舊刑法等，因此若想藉刑法分則展現其民族的獨特性，本屬至難之業。

結果，滿州國的刑法分則並未達到小野期待的「應如實反映該國倫理、政治的要求」，他遺憾地表示：「我雖然抱著莫大的期望閱讀刑法分則，但其中並無我所預想的特色。」[66]在小野的理想中，「立法理想必須以統合為一的人生觀、社會觀、世界觀為根本，並逐漸與倫理及政治理想合體，進而指導國家與國民的全體生活」，但他終究也只能承認，滿州國刑法最大的弱點在於「欠缺統一的法律、倫理及政治理想」[67]。

筆者認為，小野的期待裡隱藏著他對亞洲諸國急速轉向西歐式法律的憂心。如其曾批評中華民國的立法過程中有「專以西歐人為顧問進行立法，及部分支那統治階級對西歐化毫無反省」的弊病[68]。如果小野對民國立法的批判確有其理，便意味著滿州國模仿

---

65 小野清一郎，「刑事法の統一理解——満州国の法曹に与ふ」，同註51，5頁。

66 小野清一郎，「満州国の刑法」，同註51，64頁。

67 小野清一郎，同註50，368頁。

68 小野清一郎，同註50，367頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

的對象已經轉向西方法，如此一來，如奇美拉般的滿州國，要如何避免在立法上人生觀、社會觀、世界觀既不統一，而結果又不民族的困境呢？

再者，滿州國有「王道樂土」、「五族共和」、「順天安民」等充滿理想的建國目標，從歷史結果來看，作為口號有餘，卻難以落實，最大的阻礙可能是「滿人（支那民族）」與日本人間的「民族立場差異」[69]。小野指出：

> 從民族、文化的角度來看，基本傳統雖是支那三千年文化，但此傳統在清末到中華民國的交替之際，受西洋近代思想洗禮，一方面保持最古老的東洋家族與宗族觀，另一方面，就近代個人主義，也比日本人更多且更徹底。恐怕這是因為，支那人原本即是現實主義者，一旦支那民族學會近代產業的技術與組織，即可能發展成超越日本的資本主義，也可能成為次於俄羅斯的共產主義國家。不論如何，在受容西洋文明的方法上，日本人與支那人間的差異，實不可等閒視之[70]。

筆者認為，小野之所以要不斷強調民族間的差異，目的不在切離兩者，而是想超越差異尋找存在於其上的東亞文化共同性，某種意義上，滿州國可能是得以兼容兩者的舞台。因此，小野才認為在滿州國的土地上建立東洋民族的新國家是「王道樂土」的真意，具體來說，即是「以東洋民族的道德政治為基礎，並以近代產業、技術文明開發資源，建設可以享受東洋民族生生不息的發展的新天地。」[71]就筆者而言，小野對民族的詮釋實有過於樂天之處，如果

---

69 小野清一郎，同註50，369頁。

70 小野清一郎，「満州国の刑法」，同註51，45-46頁。

71 小野清一郎，同註50，370頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

連影響滿州國甚鉅的中、日本兩大勢力，在「民族性」上都存在巨大的鴻溝，滿州國的五族共和理想，是否真能生出建立在民族論上的道義責任，本身即為容易產生矛盾的命題。小野的民族論或許尚待檢驗，但對東亞社會一面倒地跟隨西歐式法律的焦慮，從中溢於言表。

我們也必須注意，在小野思考滿州國能否跳脫西歐法（嚴格來說，是跳脫模仿西歐的日本法或中華民國法）而回歸民族道義時，並未否定近代西方法律技術存在的必要，毋寧更希望將日本置於指導者地位，在肯認日本已然脫離西歐法的箝制而獨立的前提上，貢獻經驗以引導東亞諸國建立屬於自己的法律。在此延長線上所浮現出的，是以日本為領導中心的東亞法新秩序，在日本勢力掌握下的滿州國，便成為小野東亞法理論的絕佳實驗場。小野對滿州國法制的研究，及其對滿州國刑法應具有證實國家、國民全體社會的道義觀念之機能的期待，正是被包含在這樣的熱情中所生的產物，即便最終可能事與願違。

另外，綜合小野對中華民國刑法典及滿洲國刑法典的研究，對於兩者是否保有民族的獨自性一點來看，「道義」成為小野用以評價的基準。事實上，小野也使用同樣的基準來批評日本的「改正刑法假案」。對此，出口雄一即指出，小野高倡「欲透過對於行為及行為者的道義價值判斷，以促進國家道義的自覺與形成」、「作為道義共同體的國家的自覺，如今應成為刑法的中心概念」及「我們的刑法必須基於日本國的自覺，以證實日本國民的道義」，而在此基準之上，小野認為「改正假案」的部分內容有害於「本邦之淳風美俗」之嫌[72]。如果從這個角度來看，日本是否已經脫離西歐法的

72 參照出口雄一「統制・道義・違法性：小野清一郎の『日本法理』をめぐって」，同註11，141-142頁。又，出口文中提到小野對於「改正刑法假案」之

元照出版提供　請勿公開散布。

箝制，固然成為尚待商榷的問題，另一方面，如果要賦予刑法具有證實日本國民的道義之義務，則小野日後的言說會走上與民族主義乃至於國家主義相結合的道路，似乎也非難以想像的事。

伍、「一個東洋」存在與否的辯證

讓我們把焦點拉回小野在「東亞法」問題上的討論，從上述關於中華民國刑法及滿州國刑法的討論，可以看到小野致力於在東亞地區的諸國中找到有別於西方法的存在。令筆者好奇的是，在小野的思想中，「東亞」如何成為一個可以被論述的整體？這個問題在他於1939年發表的〈東洋は存在しないか〉[73]〔筆者註：〈東洋不存在嗎？〉〕提升到更進一步的層次，其中最核心的問題為「是否存在一個叫做東洋的整體」。事實上，東洋存否的問題也是當時日本知識界的熱門課題，極具代表性的例子，要屬歷史學者津田左右吉（1873-1961）在1938年出版的《シナ思想と日本》〔筆者註：《支那思想與日本》〕，由於小野的東洋存否論是在與津田的論戰中所生，因此要瞭解小野的觀點，應先從津田的想法談起。

一、脫東洋而入西洋的津田東洋否定論

一言以蔽之，津田認為「單一的東洋文化並不存在」。若從一般以為的津田支那學的特徵，如中國歷史停滯論及其徹底區分中國

批判，出於小野清一郎「刑法における道義と政策——改正刑法仮案に対する概括的批判——」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣203-253頁（1943年6月）。

73 小野清一郎「東洋は存在しないか」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣255-278頁（1943年6月）。原文發表於『中央公論』627號（1939年）。關於此文在小野思想中的意義，亦可參考中山研一，同註11，125-127頁的討論。

元照出版提供　請勿公開散布。

與日本的方法論[74]來看，不難理解津田論點的生成背景。如津田在《シナ思想と日本》的前言中提道：

> 日本與支那有不同的歷史與文化，分屬不同世界，就文化而言，並不成立包含二者的一個東洋世界，意即單一東洋文化並不存在[75]。

津田否定東洋文化的共同性，也否定有可能存在單一的東洋文化。我們可以從「擺脫東洋」與「轉進西洋」這兩個角度來理解津田的東洋否定論。為了「擺脫東洋」，津田重新梳理源自江戶時代的「東洋」定義。他認為近代日本的「東洋」，實為相對於「西洋」的產物，並推測在日本社會為了尋找相對於西洋的概念，才在日本既有的「東洋」一詞上附加新的意義，以此泛指「以支那為中心並接受其文化的地方」[76]。

江戶時代的日本知識人深受儒學浸染，認為儒家思想是支那文

---

74 如日本中國學專家溝口雄三（1932-2010）曾指出：「戰後的中國研究者對津田（左右吉）支那學大致是這樣評價的——以西方文化＝『世界』文化為尺度，一方面把支那文化視為停滯不前的文化，另一方面通過與支那文化的異別化來發現『世界』性的日本文化的獨特性，這樣的支那異別化，實質上就是為蔑視服務的支那學」，然而必須要注意的是，津田本身並不贊同此類的見解，毋寧認為「實際上津田支那學的特徵就在於他的關心一直深入到文化和思想的根底」，並認為「津田的異別化並未停留在表層的比較，只把事物和現象羅列一番，而是深入到了原理的抽象這一層面。」關於溝口對津田支那學的討論，可參照溝口雄三著，孫軍悅譯，津田支那學和今後的中國學，載：作為方法的中國，頁134-148，2011年7月。

75 津田左右吉，「前言」氏著『シナ思想と日本』岩波書店頁ii（1938年11月）。此處所稱「兩文」指收於該書的〈日本はシナ思想を如何に受け入れたか〉〔筆者註：〈日本如何受容支那思想〉〕與〈東洋文化とは何か〉〔筆者註：〈什麼是東洋文化〉〕。

76 津田左右吉「東洋文化とは何か」氏著『シナ思想と日本』岩波書店頁109-110頁（1938年11月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

化的思想根底，進而以儒家思想為東洋世界的共同特徵，日本近代的大思想家佐久間象山（1811-1864）詩句：「東洋道德西洋藝，匡廓相依完圈模，大地一周一萬里，還須缺得半隅無」即為一例。津田批評如佐久間的想法是一種「權威主義」〔筆者註：原文為「事大主義」〕，直指「此為幕末的日本思想家欲求以日本對抗西洋而不得，只好把他們崇敬的支那文物，尤其是儒學當作友方，可說是從依賴的意圖中所生的產物。」[77]

津田的糾結，或許也是明治時代知識人的糾結，知識人們拼命學習西方新知，同時又想擺脫西歐文化的箝制，然而，津田反對以儒學或佛教為媒介將日本歸入東洋的範疇，希望日本能擺脫以支那文化為核心的東洋。對此，他從歷史與文化的角度切入，嘗試論證文化不可能結合：

> 歷史是生活的開展，一種生活有一種歷史，無共同生活又相距甚遠的兩個民族，不會有共同歷史。如此，無共同歷史，即無共同文化。此係文化為基於歷史所形成的歷史發展之物的緣故[78]。

津田主張「無共同歷史，即無共同文化」的論點，並指出：「雖有支那文化與印度文化，但並不存在將兩者包含於其中的一個東洋文化，若此說無誤，則更不存在印度、支那再加上日本，這種意義上的東洋文化[79]。」津田從「日本人與支那人在所有生活面向上皆不相同」、「舉凡家族制度、社會組織、政治型態、風俗、習慣等，日本人與支那人間幾無共同點」、「道德、興趣、及生活氛

77 同前註，110-111頁。
78 同前註，147頁。
79 同前註，152頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

圍等亦完全不同」等主張，推導出「兩者具有截然不同的歷史」[80]的觀點。津田在追求日本主體性的過程中否定一個東洋文化的存在，但有趣的是，在面對日本與西洋的關係時，卻不像他在面對東洋時那樣嚴厲，如其道：

> 昔日的日本人，只是透過書本上的知識與少數的工藝學習到支那文物，日本人的生活並未因此而支那化，有別與此，今日的生活，與作為生活基礎的經濟社會組織機構都已現代化。雖然昔日的日本人從支那得到文物並學習之，但並沒有進到支那文化裡面，今日的我們，卻是生活在源自於西洋的現代世界文化中[81]。

面對中國，津田以過去日中交流僅止於技術等皮相為由，否定日本與中國可以成為一個文化體的命題，但面對西洋，則以科學文化或現代文化等要素，作為定位日本在世界秩序中的新座標，他高倡：

> 在今日，現代文化、世界文化即西洋文化，並非日本文化的對立，日本文化被包括於其中，應無疑問。在此意義下，日本與西洋文化形成一個世界，日本人的文化活動也是世界文化活動中的活動[82]。

津田以「現代文化」為基準，把日本與西洋文化放在同一個世界底下，藉此徹底與中國割席，並強烈批判以東洋對抗西洋的理念，認為：「究竟有何必要打造區區東洋這樣的狹小藩籬，蝸居其

---

80 同前註，152-153頁。
81 同前註，179頁。
82 同前註，179-180頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

中而強與西洋對抗[83]。」

江戶時代以來，日本的知識人為了尋找對抗西洋的施力點，遂以「東洋」為工具，一層一層地在其上覆蓋新的意涵。然而，津田認為「東洋」在過去不曾存在，未來亦不可能出現，更非日本應追求的目標。他徹底否定日本在文化層面上與中國或者亞洲其他國家結合的可能性，甚至認為早已進入世界文化之列的日本，既然已經處在比亞洲各國更接近西方的位置，如此一來，在日本要建構東洋非但不是對抗西洋的戰略手段，反而形成日本邁向西洋的藩籬，是應該要被徹底捨棄掉的東西。

二、因西洋而東洋的小野東洋肯定論

面對津田的論點，小野提出尖銳的詰問：

> 這當然是文化史的問題，但文化史，必須建立在某種文化觀的預設上才能成立，文化觀的問題終究是世界觀的問題。我認為在此意義上，針對津田博士的論點，不宜單從文化史、特別是從文獻學的立場出發，而也應該要從文化觀、世界觀的問題加以檢討。更何況津田在書中，不僅對當今一般思想，甚至對當前事變的處理，也明顯有欲產生實際效果的意圖。津田指出：「當日本的論者提到『東洋文化』時，支那人會將其解為日本不具獨自文化，不過是模仿支那文化而已，而對日本產生輕侮之心。日本人自己也對日本文化的獨自性沒有堅定信心，將其稱為『東洋文化』並主張從屬於支那文化，正是迎合支那人的中華意識」，即為其例。且根據津田博士之主張，因把今日「現代文化、世界文化即西洋文化」當作我國之物，則

83 同前註，198頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 必須捨棄「東洋文化」等觀念，而採「具有世界性的現代日本文化」。至此，這些主張已經遠超過文獻學的範疇，已無議論之餘地。從而必須從更廣泛的問題上，以種種立場檢討其當否[84]。

小野對津田的批判有兩個重要的面向：㈠東洋存否的問題必須從文化觀、世界觀的角度；㈡津田的東洋否定論在面對東洋與西洋時採取了雙重標準。就前者而言，小野認為東洋的存在與否的問題，無法單純從文獻學的角度加以理解；就後者而言，津田嘗試反駁東洋文化論中的支那從屬傾向，並建立「現代文化＝世界文化＝西洋文化」的格局，已經遠超過文獻學[85]的範疇。筆者認為可以從以下的三個角度瞭解小野的立場。

㈠超民族的文化是否可能存在

小野與津田都認為不同的民族有各自的民族性，但兩人不同之處在於，小野認為超民族的文化可能實現。對小野而言，現實上的文化為民族之物，在風俗習慣、語言、家族型態、社會組織、政治

---

84 小野清一郎，同註73，257-258頁。

85 關於此處所說的「文獻學」，在日本思想史的脈絡上實有其重要性，尤其津田的治學基礎之一，即爲吸收了西方19世紀以降的文獻學（philology）。有研究指出：「一般所謂的『文獻學』係指，重視透過文本校訂與不同版本的整理，闡明文本成立過程並進行文獻批判的作業，並以此爲基礎的研究方法。而19世紀的德國，雖然文獻學已經發展成近代的學問方法，但其中也有涉及民族主義（nationalism），亦即透過解讀古典文獻以解明民族精神的面向」，津田師從白鳥庫吉（1865-1942）學習嚴密的史料方法，白鳥的學風可祖述蘭克（Leopold von Ranke, 1795-1886）的文獻實證主義。上述內容可參考佐藤弘夫・平山洋編『概說日本思想史（增補版）』ミネルヴァ書房251頁（2020年12月）。筆者認爲，正因爲津田向來的學風係以嚴謹對待史料著稱，因此小野才要從「文獻學」的角度切入，試圖挑戰津田僅以「文獻學」爲基礎之研究的侷限性。

元照出版提供　請勿公開散布。

的基本型態等元素上接近民族生活，而科學、藝術、法律或更高次元的宗教、思想、道德等，雖出自不同文化或民族，仍具有超民族的意義，透過傳播這些元素，可能形成超民族的文化世界，如「西洋文化」即為一個建立在多民族文化上的文化世界[86]。因此，在小野的觀點裡，單一民族具有單一文化世界，但單一民族也可能被包含在一個東洋或一個西洋，甚至被包含在包括東洋與西洋在內的整體世界中[87]。

如此便產生一個問題：要如何說明一個文化既可以同時作為單一文化的整體，又可以被包含於更大的文化整體中，且不會產生論理上的矛盾？小野從「事物的普遍與特殊關係」論證此問題：

> 在思考事物的普遍與特殊的關係之場合，把重點置於個體特殊性時，傾向把普遍性當作抽象法則加以把握，當把重點置於全體的普遍性時，動輒忘記特殊的各自法則性。然而正確的世界觀必須貫徹特殊的現實性，也同時認識到所有事物都相互關聯的普遍「世界」的現實性[88]。

針對上述論點，小野更進一步指出此即為「佛教的緣起觀」，其中最為極致的便是《華嚴經》「事事無礙」的法界觀[89]。小野是

---

86 小野清一郎，同註73，260-261頁。

87 小野清一郎，同註73，262頁。

88 小野清一郎，同註73，261-262頁。

89 小野清一郎，同註73，262頁。另外，關於「普遍」與「特殊」的辯證問題，容易使人想起黑格爾在「國家」問題上的辯證，如黑格爾的《法哲學原理》270節中提及，「國家的目的就是普遍的利益本身，而這種普遍利益又包含著特殊的利益」。又，在該節的「補充」中亦提及，「國家是現實的，它的現實在於，整體的利益是在特殊目的中成爲實在的。現實性終是普遍性與特殊性的統一，其中普遍性支分爲特殊性，雖然這些特殊性看來是獨立的，其它們都包含在整體中，並且只有在整體中才得到維持。以上參照黑格爾著，范

元照出版提供　請勿公開散布。

虔誠的佛教徒，認為萬事萬物雖各有其象，但亦可互融，因此各文化雖各自獨立存在，但在文化層次上卻能融通無礙。如果從小野獨特的世界觀來看，津田的東洋否定論在普遍性與特殊性的論證上便產生矛盾，因此他批評道：

> 然而，津田博士的文化世界觀極為跛行，就東洋文化而言，基於各民族特殊性而漏看普遍的「世界」，另一方面，對西洋文化卻又不假思索地將其整體當作一個「現代文化」加以認識，不問其內部的民族特殊性。固然把東洋文化與西洋文化作為普遍世界時，其關聯性或有疏密的程度差別，但如欲把其中一個只看作是完全特殊的現實，而把另一個只當作是全體的普遍性，以此作為人文科學的認識方法，不得不說，其態度完全錯誤[90]。

小野認為津田有兩個錯誤：*1.*將文化窄化為僅存在於特定民族的特殊事物，以此否定超民族的東洋文化有可能存在；*2.*以*1.*為前提，卻僅否定東洋可能作為一個整體，而無條件地把西洋作為普遍性的存在當作論證的前提。從這個角度來看，在*1.*與*2.*之間產生論理上的矛盾，也是津田理論「跛行」的原因。相對於津田，小野在使用「東洋」或者「アジア」〔筆者註：亞細亞、亞洲〕等概念時，相信透過民族、歷史與文化等概念可以找到文化的普遍性：

> 依我個人的想法，東洋終究還是具有歷史的、文化的關聯的一個世界。其中存有具個別性的民族精神與文化，便已充

揚、張企泰譯，法哲學原理，頁428、437，2020年9月。筆者認為，就上引《法哲學原理》的內容來看，雖然小野與黑格爾處理的問題不完全相同，但在手法上卻異曲同工。然而，小野在文中僅提及《華嚴經》而未提及黑格爾，因此是否與黑格爾的思想確有關聯，仍待考證。

90 小野清一郎，同註73，262-263頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 分承認此一事實，但這些民族精神與文化並非孤立存在，終究仍有歷史的、文化的關聯，且在其文化根底中，有與西洋相異的某種普遍精神[91]。

小野與津田是兩條無法相交的平行線，津田以跳脫東洋的方式嘗試切斷日本與支那的連結，小野則毫不避諱日本與支那過往在歷史上的交流，並嘗試以此歷史經驗建立超文化的連結。然而，如果我們以為小野謳歌日本與中國的文化連結，恐怕也是誤會一場。小野力倡東洋文化的原因，並非主張日本文化只是支那文化的附庸，而是認為「正因為古代以支那為中心的文化東傳，培植了日本文化，並有助日本文化成長，日本文化在當今才能成為代表東洋的文化。」[92]因此，小野的「東洋」並非「想像的共同體」而是「實質上的存在」，這種實際的存在是透過各民族間的交流而產生，並進而形成超民族的文化。小野認為津田忽視的，正是東洋世界具體存在的歷史。

㈡獨自性與孤立性的辯證

小野對津田的另一個批判來自「獨自性」與「孤立性」的辯證，其核心問題在於論證一個文化的獨自性，是否需要排除曾受其他文化影響的歷史事實？以日本為例，如果日本文化在形成過程中曾受他國影響，則「獨自的日本文化」，是否就因而不存在？小野認為：「文化的獨自性，並不意味其不受任何其他文化的影響，也不代表完全孤立而生[93]」，他肯定日本文化的獨自性是經由受容各種異文化所形成：

---

91 小野清一郎，同註73，266頁。

92 小野清一郎，同註73，266-267頁。

93 小野清一郎，同註73，268-269頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 日本文化的獨自性，並不存在於其孤立性之中，而是在往時受容印度及支那文化，又在近時攝取西洋文化，且以獨自的日本民族精神持續創造並形成新的日本文化[94]。

小野指出，津田極力否定日本受印度、支那文化的影響，或認為兩者的影響對日本文化形成幾無意義，甚至認為支那思想對日本的影響僅是皮相[95]。對此，小野將「文化」細分成「民族的生活型態」與高階的「文化」兩種層次，前者為「為民族固有，且不易發生變化的保守之物」，包含風俗習慣、語言、家族型態、社會組織等；後者則為「超越民族的發展之物」，包括思想、學問、藝術、宗教等[96]。基於此分類，小野認為津田的觀察欠缺對文化的全面理解[97]。

筆者認為，兩人糾結的核心在於中國在日本文化形成中究竟起了什麼作用。為了解答這個問題，小野從日本古代的「律令制度」為例切入。小野指出津田強調日本從攝關政治〔筆者註：日本於平安時代（794-1185）之後發展出，以攝政與關白為中心的公家官職型態〕到幕府政治的傳統，並認為攝關政治是日本顛覆了以支那為模範的令之精神後所獨自製造出的政治型態，且承接攝關政治的，也是日本獨特的幕府政治[98]。小野則認為，如果無視隋唐的政治、法律思想，即無法理解律令制度形成的過程，並把律令制度的形成定位為「欲維持我國古來之神話、祭祀傳統，同時學習隋唐的政治、法律組織以確立新國家體制」的過程，但小野終究認為如憲法

---

94 小野清一郎，同註73，269頁。
95 小野清一郎，同註73，269頁。
96 小野清一郎，同註73，270頁。
97 小野清一郎，同註73，271頁。
98 小野清一郎，同註73，272頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

十七條〔筆者註：據說是由聖德太子（572-621）於604年制定頒布的17條訓誡官吏的成文法〕或大化革新的法理思想中，依然是以日本的民族精神為根基，只是加入以儒家、法家思想為背景的道德式及法律式的國家統治思想[99]。

在解釋日本文化的「獨自性」的觀點上，小野與津田有天壤之別。津田嘗試將中國的影響與日本的法文化分離，以此論證日本法文化的「獨自性」，小野則認為與其將文化割裂處理，不如承認以日本為主體吸納中國文化吸納的歷史，以此建立日本的「獨自性」。在小野的眼中，津田把攝關政治或幕府政治的創設完全當作日本獨創的產物，「不只混同了獨自性與孤立性，更不得不說其使日本正確的國家理念蒙上陰影，且從根本上顛覆了政治的評價」[100]。

㈢對西洋文化絕對主義的反抗

筆者認為，「東洋肯定論」及「東洋否定論」的爭論帶給我們一個啟示，亦即：若想在近代日本脈絡下討論東亞問題，東亞經常成為一種定位文化傳統乃至於自我認同（identity）的工具，在此種意義下，作為知識基底的傳統中國是一座無法輕易繞過的大山，不論要選擇迎上前去或轉身訣別，都牽動著明治以來日本知識人的自我證成。當然，隨著研究者的價值觀不同，展現出的評價或論證的結果也可能截然不同，小野跟津田的論戰便是一個鮮明的例子。對津田而言，東洋是一座需要被推倒的藩籬，對小野而言，東洋則是未來應該形成的共同戰線。只是，小野要戰鬥的對象究竟是什麼呢？

99　小野清一郎，同註73，271-272頁。

100　小野清一郎，同註73，271-272頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

在前述超民族文化是否可能的討論中，我們可以看到小野批判津田在東洋與西洋的普遍性問題上採取的雙重標準，此批判也延續到何謂西方文化的認知上。小野認為津田的論點帶有明治時代以來的歐化主義意識形態，並批評津田所持的「現在文化、世界文化即西方文化」的價值觀，與「西洋文化即唯一的世界文化，在其面前無東洋文化」的主張，根本是「西洋文化絕對主義的古老觀念」[101]。津田的推論固然有檢討的必要，但筆者認為，小野真正的戰鬥對象是津田身後的「歐化主義」及「西洋文化絕對主義」，這條戰線也延伸到殖民與帝國主義的討論，如小野所言：

> 如果否認一個文化上的東洋世界存在，即否認東洋各民族的精神連結，從而也使東洋各民族不可能相互理解與親和。因為如果沒有歷史、文化、精神的連結，則真正的理解與親和便無由成立。若此，日本人將以領略了「現在文化、世界文化即西方文化」的姿態，取代西洋人繼續進行過去西洋人曾在東洋所為的帝國主義式的侵略與殖民地化、半殖民地化的事業。然而，此絕非日本民族所願[102]。

小野在研究中華民國法及滿州國法時，提出的理念僅及於追尋中華民國或滿州國的固有文化，但1939年時，小野轉向「東洋親和」的立場，試圖畫出以日本為首的「東洋vs.西洋」對抗圖式，並把這個論述帶到反帝國殖民的戰場上。小野以各民族間的文化連結為工具，開始建構名為「東洋」的普遍主義及「東洋」為實際存在的論理模式。有論者認為這篇文章是小野倒向「日本法理」的契

101 小野清一郎，同註73，274頁。
102 小野清一郎，同註73，276-277頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

機[103]，但我們也不能忽視，小野仍嘗試提出警訊：日本把自己當成西洋的結果，可能導向了日本在亞洲取代西洋，而成為新的帝國主義霸權。有趣的是，小野認為要迴避日本成為新霸權的方法，必須建立在承認「東洋」的存在之上。如今回過頭去看，恐怕已經很難辨別，小野的警告到底是一個高貴的理想，抑或是昧於事實的天真。

最後，雖然文化史及文明論是「東亞」論述的核心，但如果注意到這個狂飆時代幾乎與「十五年戰爭[104]」的時間重疊，便很難無視此間逐漸升溫的軍事行動，而僅把「東亞」看作是單純的學術論辯。諷刺的是，在日本國內民族主義高漲的氛圍下，比起對主張轉進西方的津田，小野的東洋關懷毋寧更切合時代需求[105]。小野提出東洋肯定論的目的，固然是想以東洋為名的「寬鬆」作法結合東洋各國，對抗西洋諸國的文化殖民，但恐怕連小野本人也無法預

---

103 中山研一，同註11，125頁。

104 從中華民國的立場來看，比較熟悉的戰爭名稱是「對日抗戰」（1937-1945），而從日本的角度而言，重視的是以美、英爲主要對手的「太平洋戰爭」（1941-1945）。鶴見俊輔（1922-2015）認爲，應該要從「十五年戰爭」的角度來瞭解戰爭的全貌：「對於1931年到45年間進行的戰爭，我提議取名爲『十五年戰爭』，原因是要把這場戰爭置於1931年滿州事變以來，看似不連續卻又連續不斷的戰鬥狀態脈絡中。另外一個與其說是心理的，毋寧說是反心理的理由，就是對我們這一代在戰爭時期度過小學生涯的人來說，由於政府一再提出聲明，才沒有察覺到戰爭其實已經持續很久，諸如『滿州事變』、『上海事變』或『日支事變』之類的個別名稱，反讓人們誤以爲是個別的戰爭狀態。我認爲，這是我們日本人抱持的主觀事實，若不打破這個侷限，我就無法瞭解這場戰爭的全貌。因此，這是一場可以視爲持續了十五年的連續性戰爭。」鶴見俊輔著，邱振瑞譯，戰爭時期日本精神史，頁78，2008年1月。

105 如中山研一指出，小野所謂「近在眼前的事變」，反應了1928年前後日本思想史的狀況，並與「民族主義」的主張有關，參照中山研一，同註11，127-128頁，註15。

元照出版提供　請勿公開散布。

測，當文化理念與民族主義相結合後究竟會有什麼結果。從歷史的結果回頭看，不由得認為在民族主義的推波助瀾下，小野的東洋肯定論，某種意義上已經搭上了潘朵拉盒的盒蓋。

陸、大東亞法的新秩序之建立及其未完

從以上討論可以發現，1930年代後半，小野的論述在「東洋vs.西洋」圖式上逐漸升溫，當視點轉回法學，其論述與國家權力相連結也成為無可迴避的情況。自1940年代初期至戰爭結束為止，小野致力於東亞法的新秩序的研究，主要的目的在於將日本法乃至於東亞法從西洋法的脈絡下解放。然而，東亞法的新秩序，雖然是小野在戰爭後期最鮮明的色彩，但終究不免被貼上帝國主義的標籤，這也成為他在戰後被撤去教職的原因。以下，本文擬探討小野在此時期所嘗試建構的東亞法論述。

一、「東亞」及「東亞法」的理念

1941年4月，中華民國新民學院的法科生到日本司法研究所研修[106]，小野應邀前往演講[107]。新民學院的學院綱領之一為「倡導

---

106 1937年「蘆溝橋事變」發生後，日本北支那方面軍司令部爲解決華北經營問題，採取建立地方政權的方針，扶植以王克敏（1876-1945）爲首的勢力建立「中華民國臨時政府」。爲培養爲政府所用的官僚及中堅知識份子，臨時政府於1938年成立「新民學院」，直屬臨時政府行政委員會（相當於臨時政府的最高中央機關）。新民學院從創立到經營，皆由日本勢力直接主導，教員陣容兼採日華，如法制史學者瀧川政次郎即爲日籍教員中的重要人物。學生於在學期間亦有機會參加短期考察團，被派往日本或滿州考察或實習。關於新民學院的基礎資訊，參照島善高「国立新民学院初探」早稲田大学人文自然科学研究52号1-58頁（1997年10月）。

107 此次演說的內容爲小野清一郎「東亞の新たな法律理念」氏著『日本法学の

元照出版提供　請勿公開散布。

東亞之協同[108]」，小野在演講中大談東亞新法律文化基礎，正切合新民學院的成立宗旨。他對來自中國的聽眾們闡述新的「東亞」概念：

> 西洋民族的勢力進到東洋，或宜稱為東亞，我們雖然都以東洋稱之，但東洋與東亞的意義幾乎相同。在你們的語言中，東洋意謂著從支那看日本，但我們則是以東洋稱呼亞洲〔筆者註：原文為アジア〕全體[109]。

小野闡述了「東洋」或「東亞」的雙重意義：㈠東洋即日本，是以中國為中心望向東邊海上的蕞爾小國；㈡東洋即亞洲，包含中國、日本與其他亞洲國家，而小野提倡的定義是第二種。筆者認為小野對「東亞」的重新定義，意味著日本已經與中國並駕齊驅（甚至超越），並非只是傳統中國「普天之下莫非王土，率土之濱莫非王臣」朝貢體系下的從屬國。從另一個角度來看，小野認為當前的日本乃至於亞洲各國，皆要面對尋求獨立生存及文化發展的問題，因此他對新民學院的學生高呼：「今日貴國與日本正處於不幸事變下的苦境，我們應將其稱為聖戰，此係其中有解放東洋各民族的理想之故。」[110]

為了打贏這場解放「聖戰」，小野提出兩個思考方向，其一是要完全駕馭西洋的科學文化，其二則要讓東洋文化傳統產生新的活

樹立』日本法理研究會45-76頁（1942年11月）。

108 「院規五綱領」揭示了新民學院的教育方針，其內容為：「一、明德新民以期成中國之建設；二、親仁善鄰以倡導東亞之協同；三、中正不黨以奮發奉公之志節；四、至誠一貫以躬行先哲之宏訓；五、鍛鍊身心以養成剛毅之風度。」參照島善高，同註106，9-10頁。

109 小野清一郎，同註107，48-49頁。

110 小野清一郎，同註107，53頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

化[111]。尤其後者，小野從「立法、制度、法律學[112]」三方面檢討建構東洋法理的可能性。然而，近代西方法體制是一個強而有力的法律系統，無論立法、司法、乃至於探討「法是什麼」的法學思考，可說幾乎已建立起極難撼動的思想體系，縱然有論者欲主張與其分道揚鑣，恐怕也難以斬斷其中千絲萬縷。

面對這場思想戰爭，小野以日本法為例，區分與西洋法相近的法律制度，與在實際機能上具有日本特色的判例與法律學[113]，並把法律繼受分成法律形式與法律文化兩個層面，前者是表面的形式，後者則必須以國民道德為根柢[114]。此種論理架構的優點在於，讓形式歸於形式，讓文化歸於文化，既然在形式層面上已然無法也無須否定西方法的影響，至少在實質的文化層面上，仍應保留東洋傳統法思想存在的餘地。

為了使東洋傳統有更具體的憑依對象，小野使用他一貫的「證實國體」的手法。如其主張在解釋大日本帝國憲法時，與其以德國式法律學加以解釋，或追溯英國、法國的民主主義精神的解釋方法，毋寧更須闡明具有數千年歷史的日本國體，即日本國家的基本原理，避免產生以西洋的民主主義、自由主義之精神與形式上的法律學歪曲日本國家本來的特色的風險[115]。對小野而言，西洋的民主主義與自由主義精神，就像一襲借來的外衣，縱然華美，但總覺得哪裡不合身。

然而，要如何才能發掘出日本本來的特色？小野主張必須進行日本固有法的研究，尤其要探討日本法律文化的歷史發展與其理論

111 小野清一郎，同註107，55頁。
112 小野清一郎，同註107，58頁。
113 小野清一郎，同註107，60頁。
114 小野清一郎，同註107，61頁。
115 小野清一郎，同註107，63-64頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

體系。有趣的是，小野認為若要研究日本固有法，必須先充分肯定繼受西洋法律文化對日本的意義，並在此基礎上重構日本的法律文化，才有辦法探索新的日本法律理念[116]，他也說道：

> 若要進行日本法理研究，我認為必須先建設新的日本法理學。亦即，至今為止的法理學終究與民法學、刑法學等各種法律學的部門相同，皆學自西洋的法理學，然而今後我們必須對我們國民的歷史傳統及其文化精神，進行獨自的哲學思考，並據此探索真正的日本法理與日本法律的理念。我認為，如果真能做到，不僅只是理論的問題，就此理論的認識更可以在實際上對現行法進行全面批判，也必須對現行法進行全面檢討[117]。

小野的第一步是闡明日本的固有法理，第二步是全面檢討根植於西洋法文化底下的日本現行法，最終則要確認「普遍的東亞法理」之存在並建構「東亞的新法律理念」。對小野而言，日本法理或東洋法理皆非抽象的法律理念，而是實際存在於歷史、社會、民族及國民的生活現實之中。因此，小野主張日本（或東洋）的法理，不應仿效西洋法律上將法律與道德截然分開的作法，而須以現實生活中的情理與道義為本[118]。筆者以為，這種從他的「道義」責任所發展而來的一貫論點，已經為他日後提出的大東亞新法秩序，埋下思想上的伏筆。

又，小野認為西方有別於東洋之處，在於以基督教的道德教義為本所衍生出的個人主義，而個人主義將會從具體的人倫關係，如

116 小野清一郎，同註107，65頁。
117 小野清一郎，同註107，66頁。
118 小野清一郎，同註107，68-69頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

君臣、父子，甚至國家或家的概念中徹底分離出去。對小野來說，道義精神是具體的人倫關係，家或國則是具體實存的事物，而世界則是包含各民族、各國家的具體成立[119]，既然如此，個人主義在小野的論理系統中，便成為具有威脅的存在。因此小野在結尾時強調：

> 東亞新秩序必須基於東洋道義精神。東洋道義精神為對應具體人倫關係的生活情理。東亞新秩序必須是民族與民族間之家族法、親屬法的關係。要說此為一種國際法亦無妨，但此非西洋式的國際法，而必須是東洋的、東亞的國際法、基於新東亞法律理念的國際法。雖說是新的，但不是我們以人工的方式就可以製造出來。而是要以東亞歷史傳統及其文化精神為理念，將其應用到東亞各民族的關係上[120]。

小野苦思如何從繼受西方法律的事實中找到東亞法的活路，其目標不僅要使日本在法文化層面上自我解放，更要追求整體東洋民族從西方法律殖民下獲得解放。從結果來看，如果小野在這個階段就停下腳步，或許他的「東亞法的新理念」只是東亞諸國反省自國法與繼受西方法的一種論理模型，並在追尋東亞各國獨自的文化上，具有啟發性的意義而已。然而，其東亞新秩序的論述，在不知不覺間卻與戰時的日本帝國主義逐漸疊合，不論是否為小野的本願，但至此他的「東洋親和」初衷，距離帶有戰爭意識形態的「大東亞」概念，似乎只有一步之近了。

---

119 小野清一郎，同註107，72-73頁。
120 小野清一郎，同註107，75-76頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

二、大東亞法秩序下的日本法理構想

太平洋戰爭爆發後，學術研究活動也不免因為戰爭而狂亂起來，其中也不乏具有濃厚「政治」色彩的知識人團體存在，如小野也參與其中的「日本法理研究會」即為一例[121]。根據吳豪人的研究，該會為極右翼的法律人團體，顧名思義是要排除西方對日本的影響，論者亦指出該會自認：「太平洋戰爭為聖戰，其目的只是在解放大東亞免於西歐侵略而已」，並主張「東亞新秩序將出現在日本，但日本的法秩序目前既然仍在西歐思想的籠罩下，又如何能自我解放以及解放他人呢？因此，如何擺脫西歐法律思想，首需回歸『日本法理』。」[122]

這個階段的小野，開始宣揚東亞須仰賴日本領導方能擺脫西洋霸權的理念，最核心的議題在於，日本能否率先產生法理的自覺，並以此作為指導、統合東亞法的指針，相關的論述在小野發表於1942年2月的〈日本法理の自覚的展開〉[123]〔筆者註：〈日本法理的自覺展開〉〕中達到高峰。惟該文篇幅極長，亦有前學已對該文有仔細的介紹與評估[124]，本文不再加以贅述，僅探討小野在該文最後提出的「大東亞法秩序下的日本法理之構想」。首先，小野在

---

121 參照出口雄一「『日本法理』における固有と普遍——小野清一郎の言説を中心として——」，同註11，149頁。日本法理研究會成立於1940年，以曾任司法大臣的鹽野季彥（1880-1949）爲中心，結合司法官及東京帝國大學法學部相關人士組成。研究會因戰爭崛起，也隨日本戰敗消逝，壽命僅5年，小野爲「刑事法理研究部會」的代表人物。又，關於「日本法理研究會」的研究，可參考白羽佑三，同註5。

122 吳豪人，同註18，頁196。

123 小野清一郎「日本法理の自覚的展開」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣21-159頁（1943年6月）。

124 中山研一，同註11，113-202頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

該段開宗明義提出：

> 日本法理是日本國家的法理，也是日本民族的道義。是為無法脫離日本國家、日本民族等具體存在的道理。當前，其必須被當作日本國法的道理來加以考量。然而，若只把日本法理侷限於日本國家、日本國法，即無任何意義。日本法理應該成為東洋的法理及大東亞的法理。我相信其後也會成為指導世界法形成的法理。日本法理是日本的道義，而日本的道義即代表東洋的道義。此既為歷史的成果，同時也是現在的政治現實。大東亞的新秩序，即是必須基於東洋的道義，也就是日本道義、日本法理而形成大東亞諸國、諸民族的法的新秩序。此一秩序係基於日本道義，亦即東洋道義所形成的，既古老又嶄新的東洋文化秩序。而其最終應會達到指導世界的法秩序與文化秩序的結果[125]。

筆者認為，這篇文章是他對新民學院演講內容的深化，因此要瞭解小野的大東亞法的新秩序，仍須從他對西洋法的認知出發。小野沿襲他在演講時提及的西洋法與基督教教義的關係，認為當今的「國際法」秩序係以西洋近世諸國的法及基督教諸國的法為本，並可上溯到希臘時代[126]。既然西洋法是從以西歐諸國的民族、歷史、文化、宗教為基礎所發展出來的產物，則西洋法的法理與日本或東洋的法理為不同事物，即為當然之理。如果小野的論述只到這裡為止，可能只會導出日本或東洋法理具有獨特性的結論，然而小野卻進一步提出相當神妙的論點：

> 日本法理雖然為民族的產物，但並不只是民族的產物。

125 小野清一郎，同註123，139頁。
126 小野清一郎，同註123，139-140頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

> 毫無疑問地，日本法理，具有世界性的、普遍性的一面。日本道義並非只是民族自我本位的道義，其應被認為是天地的公道，自然的大法[127]。

小野在「日本法理」中融入了日本古來的世界觀、佛教的普遍觀及儒家的自然觀，並把結合這些元素的思想稱為日本式的、東洋式的自然法思想，並認為而此種自然法思想與西洋的自然法思想有根本上的差別[128]。更具體地說，兩者的差異即在於「個人主義」與「人倫秩序」之別。關於「人倫秩序」，小野回到了「君臣、父子、夫婦、兄弟、朋友」的傳統儒家的差序格局上，並認為東洋的法理應該以「家族的、氏族的、種族的連綿生命之意識為法的基調」[129]。

筆者認為，小野的大東亞法的新秩序的根本性問題，不在於其悖離西方式的個人主義轉回傳統的東方家族主義的立場，而在於他試圖論證此立場的世界性及普遍性，並將其上升到先驗及絕對的立場。如同「日本法理研究會」的本旨在解放「大東亞免於西歐的侵略」，為此日本必須先自我解放，而解放的關鍵就在於日本法理的自覺，而自覺後的法理也理所當然地應該成為整個東亞的法理。諷刺的是，在這個理所當然的滑坡論證過程中，小野居然也陷入了他曾批評津田左右吉的論理矛盾。

小野曾嚴厲批評津田誤把孤立性當成獨自性，從而否定東亞各民族可以在保有獨自性的前提下，藉由交流形成超民族的文化，並批評津田的論述發生了認為西洋具有普遍性，但否認東洋有普遍性的矛盾。此時小野卻也踏上相同的矛盾之路，如其反覆地主張：

---

127 小野清一郎，同註123，141頁。
128 小野清一郎，同註123，141-142頁。
129 小野清一郎，同註123，143頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

要取代過去西洋法及世界法的理論，就必須發展日本法理式的世界法論、國際法論。日本法理是基於日本文化的法理，而日本文化即為東洋文化的大成，因此日本法理就是東洋法理[130]。

又，小野主張的大東亞法的新秩序，並非「想對國家與國家的對立關係予以羅馬法的、私法的、財產法的規定」，而是「將整個大東亞當作一個具體且普遍的世界，並將其全體組織起來的日本法理的、公法的秩序」，在其內部存在的並非「各國家、各民族間的財產法式的規定」，而是「身分法式的、而且是東洋親屬法式的規定」[131]，他主張：

大東亞法秩序是把日本的、東洋的自然法作為基礎理念的一種具體的全體普遍秩序。此秩序，是以大東亞在地理上的統一及東亞各民族的血緣、文化的近親性為現實的基礎，各國家、各民族乃至於各種族，在日本的指導下自我發覺本來的一體性，並以經濟上、文化上共存共容為目的的公法組成[132]。

又如：

日本有對存在於大東亞全區的所有民族有指導權，為一歷史的必然，同時也是東亞諸民族的生命的、文化的道理。此係為了把東亞各民族從西洋各民族的壓抑中解放，並確保各民族經濟、文化上的發展所必須要的要求。此係從支那事變、第二次歐洲大戰、大東亞戰爭等大動亂中所生成的秩序，且此為天命、法爾自然、惟神的世界秩序發展。此並非西洋的帝國主

130 小野清一郎，同註123，144頁。
131 小野清一郎，同註123，145頁。
132 小野清一郎，同註123，146頁。

元照出版提供　請勿公開散布。

義式的侵略，也非壓榨的機構。是基於惟神之道所形成的大東亞家族[133]。

至此，小野的主張不僅進入到一個艱澀難解的境界，立場上也與曾經極力批評的津田殊途同歸，兩人的差別僅在於小野是以東亞替代西洋，形成「新的法理念、東洋的法理念、日本的法理念」三位一體的普遍主義。雖然小野主張大東亞法律新秩序並非西洋的帝國主義式的侵略，然而其為了對抗西方霸權所不斷重申的「一體性的覺醒」及「日本的指導權」等概念，反而排斥了小野向來所主張的東亞各國的獨自性。而且，在小野的思想裡，日本具有東亞指導權一事，是「法爾自然」，不證自明的道理。若是如此，則小野的思想至此可能已無任何能加以辯證的空間了。

戰後，小野戰時的言論被認為是「侵略式的」國家主義者，而被剝奪東大的教職，對此小野頗為不滿道：

我從未主張「侵略」。即便是國家主義者——在國族主義的意義上——，也是強調日本民族的生存與文化的「文化式」的國家主義者。只要讀我寫的《法理学と「文化」の概念》（昭和3年）就應該可以瞭解這件事。且在行文中應該也可以看到，我對明治時代的「文明開化」投以疑問，亦即抱持著反對資本主義式的帝國主義及軍國主義的意圖而寫。即使是戰爭中寫的《日本法理の自覚的展開》（昭和17年），雖然我也對在戰爭的環境下，稍微過頭的國族主義有所反省，但基本上我自始自終都嘗試貫徹我的思考方向[134]。

---

133 小野清一郎，同註123，149-150頁。

134 小野清一郎「三十年前の八月十五日の私」日本評論社法律編輯部編『法学者・法律家たちの八月十五日』日本評論社15頁（2021年7月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

關於小野在戰時的言論，過往已有學者提出批判。如吾妻光俊（1903-1973）對於小野拋棄過往受到德國西南學派的影響，而以佛教者的立場透過「悟（道）」探求日本法理的獨自性之主張提出一連串的探問：包括佛教的直觀是否可以客觀論證日本法理自覺的態度，又或者佛教的直觀是否僅在掌握日本法理的問題上有效，而無法透過其掌握西洋法理的普遍性，甚至日本法理為以道義構成法的結論上，法與倫理在哲學的闡明上是否充分等問題[135]。筆者認為，吾妻的提問直指了小野在「道義」及「日本法理自覺」等論點的內在缺陷，吾妻在回顧戰時法哲學的問題時，更直指日本法理的探究是「性急地將法律學奉獻給政治目的」，認為此種結果對學術研究沒有任何積極的意義[136]。

鈴木敬夫更是對小野提出強烈的批判，除了指出「道義刑法論，不僅是要揚棄個人主義以提升至國家主義，從而刑法的解釋，也自然會基於全體的道義判斷，亦即日本的道義觀念，以其價值合理性為最終的基準」，並認為「此種立場最終將會與納粹的意思刑法觀相連結」。此外，鈴木除了批判小野在大東亞秩序中提正「正確的戰爭」的思想外，更引用千葉正士（1919-2009）的批判，認為小野「宗教信念的演繹」的結果是「只會導出肯定權力的論理開展」，「頂多只有讓人逃避現實或締觀的功能而已」[137]。

筆者認為，相比某些不論時代如何變化，卻總是能站在政治正確的一方的法學者而言，貫徹立場到底而被公職追放的小野，反而

---

135 吾妻光俊「日本法理の研究：戦時法理論の回顧」一橋論叢16巻3、4号142-143頁（1946年10月）。

136 同前註，153頁。

137 鈴木敬夫「戦争を犯した法学について——千葉正士教授の『戦時期における小野清一郎・尾高朝雄の法哲学』批判——」角田猛之等編『法文化論の展開——法主体のダイナミクス——』信山社33-38頁（2015年5月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

顯得有些愚直[138]。縱使小野在戰後極力澄清，自己在戰時的言論並沒有支持侵略的用意，但也不得不說，如前述吾妻、千葉及鈴木等學者與戰後對小野的批判，實屬正確。畢竟長期以來始終高舉正視各國法的歷史文化觀點的小野，在1941年日本進入太平洋戰爭時期後，因為極力追求「普遍主義」與「東洋式的法思想」，反而讓自己的見解脫離了可客觀辯證的學術範疇，同時把解釋「道義」的工作讓渡給國家主義，乃至於最終與「皇國思想」掛勾，使自身一併滑入了當時日本因戰爭而處於集體瘋狂的洪流之中。

柒、結　語

以上，是本文對日本法學者小野清一郎的「東亞法[139]」思想所進行的考察。本文在序言中曾提到採用「東亞法」的視角究竟對誰，在什麼時代，產生何種意義的問題，筆者想起中國學者孫歌，在〈東亞視角的認識論意義〉提出三個極具啟發性的東亞視角，第一是傳統儒學的視角，第二是從日本而來的「近代化」視角，第三

138 必須說明的是，筆者所稱小野「貫徹立場」，係指其始終「堅信」其對自身於戰前所提出的見解具有正當性，並致力於開展其理論之點上，至於理論本身的優劣與否，則是另一個問題。對此鈴木敬夫有不同見解，如其指出小野在1961年所著『法律思想史概說』一書中主張「我從佛教的立場認為新憲法第9條為正確的法律，因此我相信我們應該為了維護該條文而努力」，鈴木認為此與小野在戰爭時期主張「聖戰」的立場，根本是「豹變」。參照鈴木敬夫，同前註，35-36頁。

139 在此要補充說明，小野在戰前對「東亞法」的論述，基本上可說是圍繞在日本、中國乃至於滿洲國的問題上所開展。但回到本文在序文提出「東亞」究竟為何的問題，縱使以「地區」作為界定基準，能納入「東亞」範疇者也不僅止於此。如小野在1961年出版的『法律思想史概說』中，亦有談及印度法思想的部分。參照小野清一郎『法律思想史概說』一粒社62-68頁（1961年9月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

是關於戰爭的創傷記憶視角[140]，從這三個視角衍生出的問題，依然牽動著今日的東亞。而在小野身上，便呈現出上述東亞視角的複雜性，尤其當涉及到當時日本及整個東亞的情勢變更時，要如何理解小野在1930-1940年的精神軌跡，並不是一件容易的事。然而，就小野在這段期間發表的研究，仍能在法律繼受的軸線上梳理出幾個脈絡。

第一，在小野對中華民國刑法及滿州國刑法的研究中，呈現出他對東亞各國尋找自身文化的關心。縱使各國的傳統不盡相同，但尋找自身文化即意味著對於繼受西方法的反省。而在他將刑法總則與分則分開評價的方法論上，可作為繼受西方法與彰顯傳統法的調和機制。雖然筆者認為，在這一系列的研究中，小野最終要處理的仍是日本在法律近代化過程中的自我認同問題。

第二，在小野與津田左右吉關於東洋存否的辯證中，雙方都嘗試重新定義東洋的意義。無論是東洋肯定論或東洋否定論，都代表各自對於日本與西洋關係的重新釐定。原本在日本近代化的過程中，脫亞入歐與否始終讓日本知識份子左右為難，小野與津田的論戰也只是為這場論戰添柴加火。筆者認為，如果從小野對東亞傳統的研究手法來看，提出東亞肯定論也是理所當然。只是小野佛學式的「融通無礙」，是否確能解釋東亞諸國間的超民族文化形成，只能見仁見智。

第三，從小野的東洋肯定論所衍生出的，是他提倡的大東亞法的新秩序。在此時期，以東洋肯定論所形成的理念上的一個東亞，成為小野心中對抗西洋的灘頭堡。縱使小野在戰後否認自己的理論是侵略式的帝國主義，然而其於戰時的言論在追尋以日本法理為中

140 孫歌，東亞視角的認識論意義，載：把握進入歷史的瞬間，頁5-13，2010年12月。

元照出版提供　請勿公開散布。

心的東亞法理的「普遍性」，反而排斥了各國追尋獨自文化的空間。繞了一大圈，小野的理論變成了他原本批判對象的模樣。

筆者認為，藏在以上三個脈絡中的潛在元素，應屬小野法思想中獨特的「道義」觀。小野試圖以「道義」作為論理工具，建構以日本法理為中心的獨特的「東亞法」概念。從結果來看，小野的「東亞法」一如本文標題所示，最終以「未竟」告結。之所以未能完成的原因，不僅在於日本在戰爭上的敗北，同時也存在於以「道義」本身在論理上的不完備性。「道義」如同小野所言，固然可以是歷史上或文化上開展的產物，然而一如筆者在文中提到吾妻光俊或鈴木敬夫等人的批判，「道義」一旦與民族主義或國家主義結合，不也會產生僅作為先驗存在的危險性嗎？

對筆者而言，要如何解釋小野在戰時的轉向（或者其實並非轉向，而是自然發展的結果），礙於篇幅筆力，恐怕不是本文能完全梳理的問題，畢竟要分辨小野的「大東亞法秩序」與軍國主義的「大東亞共榮」之間究竟有何不同，確實極為困難。如同宮澤浩一在評論小野的學思時，放棄對〈日本法理の自覚的開展〉及1944年發表的〈大東亞法秩序の基本構造〉進行討論，畢竟那是一個舉國充滿瘋狂的時代[141]。然而，這或許也是日本學者近來「戰時法[142]」研究風潮再起的原因之一，畢竟從大正民主以後，原本日本具備足以反省繼受西方法的空間，卻在進入昭和時代，舉國一路滾向戰爭，期間卻沒有任何法學者可以為這股潮流踩下煞車。藉由小野的例子，我們可以看到日本在明治、大正時期所培養出的引以為傲的法學者，在法治崩壞過程中顯現出的狂信及蒼白。

---

141 宮澤浩一，同註4，502-503頁。

142 參考小野博司・出口雄一・松本尚子編『戦時法体制と法学者　1931～1952』国際書院（2016年3月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

最後，如同開頭所言，單純以地理來劃分「東亞法」的範疇固無不可，但只要「東亞法」還是一個涉及歷史或文化的議題，筆者以為，本文關於「東亞法」的法思想史考察，對於今日的我們而言，應該仍具有一些意義。

元照出版提供　請勿公開散布。

參考文獻

一、中　文

1. 大野達司、森元拓、吉永圭著，謝煜偉等譯，近代日本法思想史入門，2019年9月。
2. 山室信一著，林琪禎等譯，滿州國的實相與幻象，2016年5月。
3. 王汎森，執拗的低音——一些歷史思考方式的反思，載：執拗的低音——一些歷史思考方式的反思，頁15-71，2014年3月。
4. 吳欣哲，日本殖民主義下的滿洲國法制，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年。
5. 吳豪人，敗者的精神史：「凡庸之善」姉歯松平與「凡庸之惡」增田福太郎，載：殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，頁163-208，2017年4月。
6. 孫歌，亞洲意味著什麼，載：亞洲意味著什麼——文化間的「日本」，頁23-98，2001年10月。
7. 孫歌，東亞視角的認識論意義，載：把握進入歷史的瞬間，頁3-47，2010年12月。
8. 陳起行等編，後繼受時代的東亞法文化：第八屆東亞法哲學研討會論文集，2012年12月。
9. 黃源盛，晚清法制近代化的動因及其開展，載：法律繼受與近代中國法，頁79-85，2007年3月。
10. 黃源盛，導言　刑法基本原則的古今絕續，載：晚清民國刑法春秋，頁1-45，2018年3月。
11. 黃源盛，國民政府的首部刑典——民國十七年的舊刑法與司法實踐，載：晚清民國刑法春秋，頁253-290，2018年3月。
12. 黑格爾著，范揚、張企泰譯，法哲學原理，2020年9月。
13. 溝口雄三著，孫軍悅譯，津田支那學和今後的中國學，載：作為方法的中國，頁134-148，2011年7月。

元照出版提供　請勿公開散布。

14.葉俊榮編，轉型中的東亞法院：基本形貌、紛爭解決與行政治理，2014年10月。
15.葉俊榮編，變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能，2016年10月。
16.鶴見俊輔著，邱振瑞譯，戰爭時期日本精神史，2008年1月。

二、日　文

1.丸山真男「歴史意識の『古層』」氏著『忠誠と反逆――転形期日本の精神史的位相――』筑摩書房（1992年6月）。
2.子安宣邦「昭和日本と『東亞』の概念」氏著『「アジア」はどう語られてきたか――近代日本のオリエンタリズム――』藤原書店（2003年4月）。
3.小野清一郎「緒論」氏著『法理学と「文化」の概念』有斐閣（1928年3月）。
4.小野清一郎「凡例」氏著『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會（1933年4月）。
5.小野清一郎『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會（1933年4月）。
6.小野清一郎「自序」氏著『中華民國刑法　分則（上）』中華民國法制研究會（1934年9月）。
7.小野清一郎『中華民國刑法　分則（上）』中華民國法制研究會（1934年9月）。
8.小野清一郎『中華民國刑法　分則（下）』中華民國法制研究會（1935年6月）。
9.小野清一郎「満州国の刑事訴訟法と其の司法政策的意義」氏著『法學評論（下）』弘文堂（1938年4月）。
10.小野清一郎「中華民國の新刑法」氏著『法學評論（上）』弘文堂（1938年6月）。
11.小野清一郎「満州国の司法制度」氏著『法學評論（上）』弘文堂（1938年6月）。
12.小野清一郎「満州国の法院組織法」氏著『法學評論（上）』弘文堂（1938

元照出版提供　請勿公開散布。

年6月）。
13.小野清一郎「刑事法の統一理解――満州国の法曹に与ふ」氏著『法學評論（上）』弘文堂（1938年6月）。
14.小野清一郎「満州国の刑法」氏著『法學評論（上）』弘文堂（1938年6月）。
15.小野清一郎「東亜の新たな法律理念」氏著『日本法学の樹立』日本法理研究會（1942年11月）。
16.小野清一郎「刑法における道義と政策――改正刑法仮案に対する概括的批判――」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣（1943年6月）。
17.小野清一郎「日本法理の自覚的展開」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣（1943年6月）。
18.小野清一郎「東洋は存在しないか」氏著『日本法理の自覚的展開（第四版）』有斐閣（1943年6月）。
19.小野清一郎「犯罪構成要件の理論」氏著『犯罪構成要件の理論』有斐閣（1953年6月）。
20.小野清一郎『犯罪構成要件の理論』有斐閣（1953年6月）。
21.小野清一郎「刑法學小史」氏著『刑罰の本質について・その他』有斐閣（1955年1月）。
22.小野清一郎『刑罰の本質について・その他』有斐閣（1955年1月）。
23.小野清一郎『法律思想史概説』一粒社（1961年9月）。
24.小野清一郎「わが道、刑法学」氏著『刑法と法哲学』有斐閣（1971年5月）。
25.小野清一郎「三十年前の八月十五日の私」日本評論社法律編輯部編『法学者・法律家たちの八月十五日』日本評論社（2021年7月）。
26.小野清一郎・團藤重光『中華民國刑事訴訟法（上）』中華民國法制研究會（1938年10月）。
27.小野清一郎・團藤重光『中華民國刑事訴訟法（下）』中華民國法制研究會（1940年7月）。
28.小野清一郎・團藤重光『中華民國法院組織法』有斐閣（1945年4月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

29.小野博司・出口雄一・松本尚子編『戦時法体制と法学者　1931～1952』国際書院（2016年3月）。
30.山室信一「『満州国』の法と政治一序説」人文学報68号（1991年3月）。
31.山室信一『思想課題としてのアジア――基軸、連鎖、投企』岩波書店（2001年12月）。
32.中山研一「小野博士の刑法思想」氏著『刑法の基本思想（増補版）』成文堂（2004年10月）。
33.中山研一「小野博士『日本法理の自覚的展開』の再検討」氏著『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』成文堂（2011年7月）。
34.五十嵐清『比較法ハンドブック（第二版）』勁草書房（2015年1月）。
35.木佐茂男・宮澤節生・佐藤鉄男・川嶋四郎・水谷規男・上石圭一『テキストブック現代司法』日本評論社（2015年6月）。
36.出口雄一「統制・道義・違法性：小野清一郎の『日本法理』をめぐって」桐蔭法学20巻2号（2014年5月）。
37.出口雄一「小野清一郎――『学派の争い』と『日本法理』」小野博司等編『戦時体制と法学者1931-1952』国際書院（2016年3月）。
38.出口雄一「『日本法理』における固有と普遍――小野清一郎の言説を中心として――」岩谷十郎編『再帰する法文化』国際書院（2016年12月）。
39.白羽佑三『「日本法理研究会」の分析――法と道徳の一体化――』中央大学出版部（1998年2月）。
40.仲地哲哉・田口守一「小野清一郎教授略歴並びに著作年譜」愛知学院大学論叢法学研究21巻4號（1978年3月）。
41.安田信之「東アジア法圏の生成と発展」石部雅亮等編『法の国際化への道――日独シンポジウム』信山社（1994年3月）。
42.西英昭「大正期における中華民国法学の展開」氏著『近代中華民国法制の構築――習慣調査・法典編纂と中国法学――』九州大学出版会（2018年2月）。
43.西英昭「中華民国法制研究会について」氏著『近代中華民国法制の構築――習慣調査・法典編纂と中国法学――』九州大学出版会（2018年2月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

44.佐藤弘夫・平山洋編『概説日本思想史（増補版）』ミネルヴァ書房（2020年12月）。
45.吾妻光俊「日本法理の研究：戦時法理論の回顧」一橋論叢16巻3、4号（1946年10月）。
46.松本烝治「序文」小野清一郎著『中華民國刑法　總則』中華民國法制研究會（1933年4月）。
47.津田左右吉，「前言」氏著『シナ思想と日本』岩波書店（1938年11月）。
48.津田左右吉「東洋文化とは何か」氏著『シナ思想と日本』岩波書店（1938年11月）。
49.宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」吉川経夫等編『刑法理論史の総合的研究』日本評論社（1994年3月）。
50.島善高「国立新民学院初探」早稲田大学人文自然科学研究52号（1997年10月）。
51.庭山英雄「小野清一郎の刑事訴訟法理論」吉川経夫等編『刑法理論史の総合的研究』日本評論社（1994年3月）。
52.高見澤磨「我妻榮の中華民国民法典註解と満州国民法への言及――『新発見』資料の紹介を中心に」名古屋大学法政論集255号（2014年3月）。
53.高谷知佳、小石川裕介編『日本法史から何がみえるか――法と秩序の歴史を学ぶ』有斐閣（2018年3月）。
54.淺古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫『日本法制史』青林書院（2010年9月）。
55.野村二郎「小野清一郎氏に聞く“刑法改正”のことなど（上）」法学セミナー（1977年4月）。
56.滋賀秀三「清朝の法制」坂野正高・田中正俊・衛藤瀋吉編『近代中国研究入門』東京大学出版会（1974年4月）。
57.滋賀秀三「法典編纂の歴史」氏著『中国法制史論集（法典と刑罰）』創文社（2003年2月）。
58.鈴木敬夫「戦争を犯した法学について――千葉正士教授の『戦時期における小野清一郎・尾高朝雄の法哲学』批判――」角田猛之等編『法文化論の展開――法主体のダイナミクス――』信山社（2015年5月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

59.鈴木賢「試論・東アジア法系の成立可能性」北大法学論集53巻3號（2002年9月）。
60.團藤重光「小野清一郎先生の人と学問」氏著『わが心の旅路』有斐閣（1986年12月）。
61.増田弘『公職追放論』岩波書店（1998年5月）。
62.蕪山嚴「司法官試補制度沿革」氏著『司法官試補沿革——続　明治前期の司法について』慈学社（2007年12月）。

元照出版提供　請勿公開散布。

The Unfinished Jurisprudential Self-Awareness: The Thought of Seiichiro Ono about "East Asian Law"

Chun-Hsiao Chiang*

Abstract

Before World War II, Japanese legal scholars began studying "East Asian Law," with Seiichiro Ono as one of the leading figures in this field. From the 1930s to the 1940s, Ono participated in research groups known as the "Workshop for Studying the Legislation of the Republic of China (中華民國法制研究會)." He then researched the criminal codes of the Republic of China and Manchukuo and attempted to reexamine questions of legal transplantation in East Asian nations from the mid-19th century. In addition, through his debate with the historian Sokichi Tsuda, Ono sought to redefine "Toyo (東洋)" and "East Asia (東亞)" and to explore the possibility of reconstructing an ideal type of a unified "Toyo." Ono also joined the "Workshop for Studying the Jurisprudence of Japan (日本法理研究會)" and advocated a new concept of the East Asian Legal Order. After the War, however, Ono was removed from public office as his ideas about "East Asian

* Assistant Professor, Soochow University School of Law; Doctor of Philosophy in Law, Kanazawa University.

Received: July 31, 2024; accepted: April 18, 2025

元照出版提供　請勿公開散布。

Law" during the war were regarded as aggressive imperialism.

This article, therefore, examines Ono's writings to clarify his concept of "East Asian Law" and to reconsider the meaning of "East Asian Law" studies.

Keywords: Seiichiro Ono, East Asian Law, the Legal History in East Asia, the Workshop for Studying the Legislation of the Republic of China, the Criminal Code of the Republic of China, the Criminal Code of Manchukuo, Sokichi Tsuda, the Workshop for Studying the Jurisprudence of Japan