

Tradition und Innovation im Recht

Herausgegeben von
ALEXANDER BRUNS

*Freiburger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen
19*

Mohr Siebeck

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 19



Tradition und Innovation im Recht

Herausgegeben von
Alexander Bruns

Mohr Siebeck

Alexander Bruns, geboren 1966; 1987–1992 Studium der Rechtswissenschaften, Universität Konstanz; 1992 Erste juristische Staatsprüfung; 1992–1995 Juristischer Vorbereitungsdienst; 1995 Zweite juristische Staatsprüfung; 1996 Promotion (Universität Freiburg); 1998 Master of Laws (LL.M.), Duke University; 2002 Habilitation (Universität Freiburg); 2002–2008 Professor an der Georg-August-Universität Göttingen; seit 2008 Direktor des Instituts für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. II, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2012–2014 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-155740-8 / eISBN 978-3-16-160452-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Der Band enthält die Beiträge eines Symposiums über das Thema „Tradition und Innovation im Recht“, das entsprechend einer langen Tradition freundschaftlicher Verbundenheit der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka vom 6.–8. April 2016 in Freiburg stattgefunden hat. Technische Innovationen und moderne gesellschaftliche Entwicklungen prägen naturgemäß auch Recht und Gesetzgebung. Reformnovellen, gesetzliche Neuregelungen und sich wandelnde Rechtsüberzeugungen treffen auf überkommene Normenkomplexe und tradierte Rechtsgrundsätze. Das darin angelegte Spannungsverhältnis wirft die Frage auf, ob und inwieweit die Rechtsordnung traditionelle Regelungsmodelle auch künftig pflegen soll und wo unter Umständen innovative gesetzgeberische oder interpretatorische Ansätze angezeigt oder gar geboten sind. Der vorliegende Sammelband mit japanischen und deutschen Beiträgen geht dieser Fragestellung aus westlicher und östlicher Perspektive nach. Die Lektüre der Beiträge zeigt, dass das Recht keineswegs in Tradition erstarrt, sondern sich immer wieder auch der Innovation öffnet, ohne dadurch automatisch die traditionellen Gerechtigkeitsvorstellungen der Innovation ganz preis zu geben.

Ein besonderer Dank gilt dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, Professor Dr. Boris Paal, M.Jur. (Oxford) für die finanzielle Unterstützung und der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Freiburg, im August 2017

Der Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Kapitel 1 Grundlagen des Rechts

<i>Kenichi Moriya</i> Innovation aus Tradition. Zur Aufdeckung der spezifisch juristischen Dimension bei Saburo Kurusu (Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (II))	3
--	---

<i>Frank L. Schäfer</i> Tradition und Innovation. Juristische Germanistik als Rechtsgeschichte von 1968 bis zur Jahrtausendwende	19
--	----

Kapitel 2 Arbeit und Soziales

<i>Shogo Noda</i> Von Bedingung der Demokratie zur Human Condition. Die Entwicklung der Politikwissenschaft des Subjekts im Nachkriegs-Japan und ihre gegenwärtige Bedeutung	59
---	----

<i>Sebastian Krebber</i> Tradition und Innovation durch Arbeitsrecht. Techniken, Inhalte sowie Antworten auf neue Formen der Arbeitsorganisation	93
--	----

<i>Katharina von Koppenfels-Spies</i> Grundlagen bzw. Strukturprinzipien der Sozialversicherung zwischen Tradition und Innovation	107
---	-----

Kapitel 3
Zivil- und Wirtschaftsrecht

<i>Kô Sakaguchi</i>	
Eine Skizze der Entwicklung der Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit in Japan	125
 <i>Boris P. Paal</i>	
Inanspruchnahme von Internet-Intermediären – zwischen Tradition und Innovation	147
 <i>Eiji Takabashi</i>	
Tradition und Innovation im japanischen Gesellschaftsrecht. Die Entwicklung der Lehre der Mitgliedschaft	171
 <i>Hanno Merkt</i>	
Verbandsmitgliedschaft und Verbandsvielfalt	185

Kapitel 4
Verwaltungsrecht

<i>Tatsuya Shigemoto</i>	
Zur „Dysfunktion“ der Ersatzvornahme im japanischen Verwaltungsrecht	201
 <i>Osamu Nishigami</i>	
Zur Klagebefugnis beim Verwaltungsprozess in Japan	213
 <i>Friedrich Schoch</i>	
Informationsfreiheit als Kernelement moderner Demokratien	223
 <i>Jens-Peter Schneider</i>	
Innovative Kodifikationsbestrebungen im EU-Verwaltungsrecht	239

Kapitel 5
Strafrecht

Mari Kanazawa

Entwicklung der Versuchslehre in Japan. Tradition und Innovation
im Strafrecht 253

Wolfgang Frisch

Tradition und Innovation im Strafprozess.
Von Beweisregeln über die freie zur strukturierten Beweiswürdigung . . . 267

Kapitel 6
Zivilprozessrecht

Masahiro Takada

Einführung der Verbandsklage und traditionelles Zivilprozessrecht
in Japan. Eine Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung
der zivilprozessualen Parteilehre 287

Shigeru Tsuruta

Tradition und Innovation im japanischen Zivilprozessrecht. Zur
Notwendigkeit der Streitgenossenschaft bei Klagen von Miteigentümern 307

Alexander Bruns

Beweisregeln im modernen Zivilprozess? 321

Autorenverzeichnis 335

Kapitel 1

Grundlagen des Rechts

Innovation aus Tradition

Zur Aufdeckung der spezifisch
juristischen Dimension bei Saburo Kurusu
(Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (II))

Kenichi Moriya

Dieser Beitrag versucht, das rechtstheoretische Potential der methodischen Überlegungen des bedeutenden japanischen Zivilrechtlers, Saburo Kurusu (1912–1998), vor einem wissenschaftshistorischen Hintergrund zu beleuchten. Zu diesem Zweck wird zuerst die moderne Rechtsgeschichte Japans grob skizziert (1. Kapitel). Dann wird ein kurzer Blick auf den europäischen Gang der Rechtsgeschichte seit der sog. Rezeption des römischen Rechts geworfen, um ein Vergleichsmaterial zu gewinnen (2. Kapitel). Im dritten Schritt wird die Bedeutung einer dogmatischen Untersuchung Kurusus während der Kriegszeit geklärt (3. Kapitel), was eine unverzichtbare Grundlage für seine methodischen Überlegungen der Nachkriegszeit ausmacht. Schließlich wird im vierten Schritt das bisher verborgen gebliebene rechtstheoretische Potenzial der methodischen Überlegungen Kurusus aufgedeckt (4. Kapitel). Darauf folgt eine kurze Schlußbemerkung (Epilog).

I. Voraussetzung: Traditionslose Innovationen in Japan

Die moderne Rechtsgeschichte Japans ist von den jeweiligen Machtverhältnissen, die man gelegentlich etwas unpräzise ‚Politik‘ nennt¹, ständig und zutiefst geprägt gewesen, weil die Modernisierung des Rechts seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein prominent staatliches Projekt war. Am Anfang der modernen japanischen Rechtsgeschichte steht eine Reihe von völkerrechtlichen

¹ „Politik“ ist ein zutiefst europäisch geprägter Begriff. Art. Politik, in: Hist.Wb.Philos.7 (1989), 1038–1072 (Chr. Meier für Antike (1038–1047); P.-L. Weinacht für Mittelalter, Renaissance, Neuzeit (1047–1056); E. Vollrath fürs 19. und 20 Jh. (1056–1072)); Sellin, V., Art. Politik, in: GG 4 (1978), 789–874. Auch Machiavellis Versuch, den Begriff der Politik empirisch aufzufassen und mit der listigen Herrschaft zu verbinden, stellt, historisch gesehen, ein konkretes Gegenargument gegen die normativ beladene, theologisch verhaftete, abstrakte Vorstellung der Gesellschaftsordnung dar, *Machiavelli, N.*, *Il Principe*, 1532; vgl. auch *Flasch, K.*, *Das philosophische Denken im Mittelalter. Von Augustin zu Machiavelli*, 2. Aufl. (2000).

Verträgen mit den westlichen Großmächten, die die Rahmenbedingungen des weiteren japanischen Rechtslebens entscheidend geprägt hat². Es war das imperiale Zeitalter³. Japan mußte sich möglichst schnell den westlichen Großmächten gegenüber als eine vergleichbare, einheitlich geschlossene und ‚zivilisierte‘ Größe zeigen, die die Form eines modernen ‚Staates‘ im europäischen Sinne tragen sollte. Der Begriff der Zivilisation war damals noch ausschließlich dem Westen vorbehalten, und Japan gehörte zunächst einmal nicht dazu.

Das Recht, das der moderne japanische Staat durch Gründung der Rechtsschule⁴, durch Entsendung der jungen Eliten zur Studienreise nach Europa, vor allem nach Deutschland⁵, und durch Einladung der europäischen Intellektuellen⁶ eifrig zu lernen hat, ist dasjenige, was in Europa über einen langen und durchaus komplexen historischen Gang entwickelt worden ist. Man hat häufig von der „Rezeption“ des westlichen Rechts in Japan gesprochen. Nun ist der Begriff der Rezeption in der Rechtsgeschichte traditionell im Sinne der Rezeption des römischen Rechts im europäischen Spätmittelalter verwendet worden⁷. Dabei ist dieser aus der positiven Rechtsquellenlehre entstammende Begriff⁸ wegen seiner Implikation der nationalen Einheit sowohl des ‚rezipierenden‘ Volks als auch des Volkes, dessen Recht ‚rezipiert‘ wird, verschiedentlich unter Kritik gezogen worden.⁹ Diese Kritik ist für den historischen Vorgang des eu-

² Hierzu grundlegend *Fujiwara, A.*, *Nihon Jōyaku Kaiseishi no Kenkyū* (Untersuchungen über die Geschichte der Revision der Verträge Japans mit den Großmächten), 2004.

³ *Hobsbawm, E.*, *The Age of Empire*, 1987.

⁴ *Shihōshō Meihōryō* (1871 gegründet. Rechtsschule des Justizministeriums), seit 1884 als *Tōkyō Hōgakkō* umbenannt und unter die Kompetenz des Bildungsministeriums verlagert; *Kaisei Gakkō* (1872, Fachhochschule Kaisei für Jura, Chemie und Polytechnikum). Die letztere Schule wurde zusammen mit einigen anderen Schulen 1877 zur Universität Tokyo verschmelzt, woraus eine juristische Fakultät gegründet wurde. Zu dieser Fakultät wurde dann jene Schule 1885 integriert. Daneben noch die sog. 5 private Rechtsschulen: *Senshū Gakkō* (1880, *Senshu* Schule); *Meiji Hōritsu Gakkō* (1881, *Meiji* Rechtsschule); *Tōkyō Hōgakkō* (1881, *Tokyo* Rechtsschule); *Tōkyō Hōritsu Senmon Gakkō* (1882, *Tokyo* juristische Fachhochschule); *Igirisu Hōgakkō* (1885, *Englische* Rechtsschule, später die juristische Fakultät der Privatuni. *Meiji*).

⁵ Hierzu nützlich folgende Nachschlagewerke, *Morikawa, J.*, *Meiji-ki no Doitsu-Ryūgakusei* (Diejenigen, die in der Meiji-Zeit Forschungsaufenthalte in Deutschland unternommen hatten), 2008; *Umi zo koeta Nihonjinmei Jiten* (Lexikon der Japaner, die im Ausland Forschungsaufenthalt genommen haben), revidierte und ergänzte Aufl. (2005), hg. von *H. Tomita*.

⁶ Vgl. *Shiryō Oyatoi Gaikokujin* (Quellen zu den Auftrag nehmenden Ausländern), hg. von *Yunesuko Higashiasia Bunka Kenkyū Sentā* (The Centre for East Asian Cultural Studies), 1975; *Umetani, N.*, *Oyatoi Gaikokujin* (Die Auftrag nehmenden Ausländer), 2007.

⁷ *Kunkel, W.*, *Das Wesen der Rezeption des römischen Rechts*, in: *Heidelberger Jahrbücher*, 1. Bd. (1957), 1–12; *Wieacker, F.*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), 124–133.

⁸ *Coing, H.*, *Römisches Recht in Deutschland*, 1964, 11. Zu dem Wortgebrauch „usu receptum“, der auf *Conring, H.*, *De origine iuris Germanici*, 1643, bes. cap. 33, zurückreicht, siehe *Coing, H.*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, bes. 92–95.

⁹ Zum Begriff „Rezeption“ sowie „Rechtstransfer“ überhaupt kritisch, *Fögen, M.*, und *Teubner, G.*, *Rechtstransfer*, in: *Rechtsgeschichte* 7 (2005), 38–45; bilanzziehend und mit An-

ropäischen Durchdringens des römischen Rechts durchaus berechtigt.¹⁰ Dagegen ist es wohl unstrittig, daß die japanische ‚Rezeption‘ des westlichen Rechts vor allem durch die 1868 restaurierte Regierung des Staates geführt worden war.

Denn die westlichen Großmächte verhielten sich damals schon nach der Logik des Staates, agierten nach dem europäischen Völkerrecht¹¹. Die Existenz des modernen Staates als Einheit in den internationalen Verhältnissen war als selbstverständlich vorausgesetzt und wurde zugrunde gelegt. Darum war es auch nicht verwunderlich, daß am Anfang der Rechtsmodernisierung in Japan die Etablierung und Verstärkung des machtzentrierten Staates im Vordergrund stand, und es war der Staat, der die Modernisierung des japanischen Rechts vor allem mit dem Erlassen einer Reihe der Gesetzbücher vorantrieb¹².

Dementsprechend war die Rolle des Gerichtes relativ eng gefaßt worden. Das Mindestmaß der Selbständigkeit der Justizgewalt wurde zwar in der Meiji-Verfassung auch geregelt (§. 57 und 58). Aber der grundsätzliche Vorrang der vollziehenden Gewalt gegenüber der Justizgewalt wurde dabei vorausgesetzt.¹³ Die Rechtsmodernisierung war keine rein juristische Aufgabe, sondern eine promi-

gabe der einschlägigen Literatur *Stolleis, M.*, Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten, in: *Rechtsgeschichte*, 20 (2012), 72–84, bes. 72–76.

¹⁰ Zu dieser Problematik kommen wir gleich im zweiten Abschnitt.

¹¹ *Schmitt, C.*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, 1950, bes. 155–162. Zu diesem Werk noch vgl. *Stolleis, M.*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 4. Bd. 2012, bes. 203 f.; *Steiger, H.*, Art. Völkerrecht, in: *Geschichtliche Grundbegriffe (GG)*, Bd. 7 (1992), 97–140, bes. 123–135.

¹² Hier einige wichtigere Kodifikationen:

1882 das alte Strafgesetzbuch (fr), die alte Strafprozessordnung (fr)

1889 Meiji-Verfassung

1890 Gerichtsverfassungsrecht, die Reform der Strafprozessordnung (fr.), das alte Zivilgesetzbuch (fr. nicht in Kraft getreten)

1891 Zivilprozessordnung (deutsch)

1898 Zivilgesetzbuch (fr., deutsch, bunt)

1899 Handelsgesetzbuch (deutsch)

1908 das neue Strafgesetzbuch (deutsch)

1924 die große Reform der Strafprozessordnung (verdeutsch).

¹³ *Itô, H.*, Kenpô Gige (Kommentar zur Verfassung), 1889, Kommentar zu §. 57: „Die Lehre jener dreien Gewaltenteilung in die Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung, die im vorigen Jahrhundert in Europa praktiziert wurde, ist nun sowohl theoretisch wie praktisch außer Gebrauch gesetzt [!]. Also steht die Justizgewalt, als ein Glied der vollziehenden Gewalt, unter der königlichen Kontrolle. Gegenüber der gesetzgebenden Gewalt behält die vollziehende Gewalt eine allgemeine Selbständigkeit, während die Justizgewalt nur einen Teil der Verwaltung ausmacht. Innerhalb der vollziehenden Gewalt werden Ämter zwischen Justiz und Verwaltung verteilt. Diese Auffassung ist in letzter Zeit unter den Staatsrechtlern im allgemeinen geteilt und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Nur entscheidet der König nicht selber, obwohl er die Richter ernennt und das Gericht im Namen des Königs das Urteil spricht. Der König läßt das selbständige Gericht außerhalb der autoritären vollziehenden Gewalt gemäß gesetzlichen Bestimmungen das Urteil fällen. Das macht die Selbständigkeit der Justiz aus, läßt sich nicht aus der Lehre der Gewaltenteilung herleiten und bleibt doch als ein unverletzliches Prinzip“. Itô war damals der erst Vorsitzende des Geheimrates, das die Fertigstellung der Verfassung wesentlich initiierte.

ment ‚politische‘, die mit der Idee der Autonomie des Rechts nicht reibungslos koinzidiert werden konnte.¹⁴

Dann kam eine weitere äußere Herausforderung für Japan. Die Anerkennung Japans als Großmacht um 1900 markierte ironischerweise ein Ende vom *Ius Publicum Europaeum*.¹⁵ Die weltpolitische Präsenz Europas verblaßte für Japan seit dem Ende des ersten Weltkrieges. Dafür traten die Vereinigten Staaten auf die Bühne.¹⁶ Sie zeigten nun zunehmend Interesse für die Politik im pazifischen, als „Fernost“ verstandenen Raum. Mit ihnen latent rivalisierend versuchte Japan in den 1920er Jahren, seine „ostasiatische“ Politik¹⁷ in Einverständnis mit der amerikanischen Finanzaristokratie zu treiben.¹⁸ Der Begriff des Völkerrechts wurde von Europa allmählich abgekoppelt, verallgemeinert und neutralisiert.¹⁹ Die internationale Politik wurde von der Idee des zivilisierten, i. e. mehr oder weniger moralisch verhafteten „Staates“ befreit. Die über den einzel-

¹⁴ Diese Feststellung mag banal klingen. Die Gesetzgebungstätigkeit gehört zentral zur staatlichen Aufgabe seit der europäischen Neuzeit, *Gagnér, S.*, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960; *Stolleis, M.*, *Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit*, in: ders., *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, 1990, 167–196; *ders.*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. 1. Bd 1600–1800, 1988, passim; *Simon, Th.*, „Gute Policey“ Ordnungsbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, 2004. Wichtig ist nur, daß im modernen juristischen Diskurs Japans die Einsicht in die wesentliche Spannung zwischen der politisch vorangetriebenen Gesetzgebung und der Jurisprudenz kaum notiert worden ist.

¹⁵ *Schmitt*, *Der Nomos der Erde* (wie Anm. 11), 163; vgl. auch *Steiger*, Art. Völkerrecht (wie Anm. 11), 125.

¹⁶ *Mitani, T.*, *Taishô Demokurashî-Ron* (The Age of Taishô Democracy. Japan's Response to American Influence in the Post-World-War I Period), 1995; *ders.*, *Wôru Sutorito to Kyokutô* (Wall Street and the Far East), 2009.

¹⁷ Mit der Bezeichnung „Ostasien“ war eine japanische Distanznahme gegenüber der amerikanischen Politik im „Far East“ angedeutet. Die Bezeichnung „Far East“ sei demnach westzentristisch. Diese Parole findet man auch heute gelegentlich, bsw. *Igarashi, K.*, Gibt es einen ostasiatischen Rechtskreis?, in: „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“ Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, hg. von M. Ascheri, F. Ebel, M. Heckel, A. Padoa-Schioppa, W. Pöggeler, F. Ranieri und W. Rütten, 2003, 419–430. Es sei jedoch daran erinnert, daß das Wort „Asien“ selbst gar nicht asiatisch ist, sondern vom Assyrischen stammt und erst im Zeitalter der Entdeckung begann, vor allem im Globus und im Weltatlas annähernd im heutigen Sinne gebraucht zu werden, *Mitani, H.*, ‚Asia‘ Gainen no Juyô to Henyô (Aufnahme und Metamorphose des Begriffs „Asien“), in: *Kankoku, Nihon, „Seiyô“* (Korea, Japan, „Okzident“), hg. von H. Watanabe und C. Park, 2005, 189–237. Gegenüber „Far East“ wurde der Begriff „Asien“ polemisch erst seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts vor allem durch Japaner verwendet, zunächst allerdings eher tastend, aber offenbar verbunden mit dem weltwirtschaftspolitischen Interesse, das mit demjenigen der Anglo-Amerikaner für das „Far East“ in einem zunächst latenten, aber immer deutlicher werdenden Rivalitätsverhältnis stand, vgl. *Mitani*, *Wall Street* (wie Anm. 16), 274–277, aber auch 52–56, 66; *ders.*, *Kindai Nihon no Sensô to Seiji* (Krieg und Politik des modernen Japan), 2010, 94 f.

¹⁸ Zum japanisch-amerikanischen Verhältnis grundlegend *Irie, A.*, *Across the Pacific. An Inner History of American-East Asian Relations*, 1967. Zum politischen Milieu Japans vor allem *Mitani*, *Wall Street and the Far East* (wie Anm. 16).

¹⁹ *Steiger*, Art. Völkerrecht (wie Anm. 11), 133.

nen Staat hinausgehenden, raumbezogenen Begriffe wie „Regionalismus“ (Hintze)²⁰, „Großraum“ (C. Schmitt)²¹, „Paneuropa“ (Coudenhove-Kalergi), „Ostasiatische Monroe-Doktrin“ (Coudenhove-Kalergi)²² sind sowohl in Deutschland als auch in Japan in den 1930er Jahren zur Mode geworden²³.

Der hier verzeichnete historische Überblick, den Carl Schmitt etwa in seiner Abhandlung über „Die Auflösung der europäischen Ordnung im „International Law“ (1890–1939)“²⁴ vertritt, mag alles andere als neutral sein. Interessant bleibt es für unseren Zusammenhang immerhin darauf hinzuweisen, daß, während für Schmitt diese Entwicklung als Lamento für den Untergang des *Ius Publicum Europaeum* diente, sie für Japan, diesen nichteuropäischen Staat, nur als eine neuere Tendenz der Geschichte erschien. Die japanische Politik orientierte sich nunmehr an dieser Tendenz, um dann, besonders nach dem Verlust des Vertrauens der amerikanischen Wirtschaftselite (Wall Street) auf die zunehmend militärisch akzentuierte japanische Außenpolitik in der Mandschurei,²⁵ mit einer katastrophalen Niederlage im Pazifischen Krieg zu enden.²⁶

Auch nach dem Ende des Krieges war Japan, insofern vergleichbar mit Deutschland²⁷, politisch unruhig geblieben. Die neue Verfassung wurde wesentlich von den General Headquarters (GHQ) konzipiert und trat am 3. Mai 1947 in Kraft²⁸. Dadurch waren vor allem der Respekt vor dem Menschenrecht, die Volkssouveränität und der Pazifismus als neue Werte eingeführt worden. Der in Artikel 9 ausgedrückte Pazifismus, wonach auf das Recht der Kriegsführung und auf den Unterhalt der militärischen Macht verzichtet wird, geriet aber bereits mit dem Koreakrieg (1950–1953) ins Wanken. Der Richtlinie von GHQ folgend führte Japan, nunmehr als Front der liberalen Lager, 1950 eine ‚polizeiliche‘ Macht ein, die einem Militär ähnlich war. Diese Macht wurde dann 1954 in „Verteidigungstruppe“ umbenannt, ohne dass der Wortlaut des Artikels 9 geändert worden wäre.

²⁰ Hintze, H., Art. Regionalism, in: *Encyclopaedia of the Social Sciences*, XIII (1934), 208–218.

²¹ Schmitt, C., *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* (1941), in: ders., *Staat, Großraum, Nomos*. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, 1995, 269–320.

²² Coudenhove-Kalergi, R.N., *Japans Monroe-Doktrin*, in: *Pan-Europa*, Bd. 7 (1931), 256–263, bes. 257.

²³ Mitani, *Krieg und Politik* (wie Anm. 17), bes. 96–102.

²⁴ Schmitt, C., *Die Auflösung der europäischen Ordnung im „International Law“ (1890–1939)* (zuerst 1940), in: ders., *Staat, Großraum, Nomos* (wie Anm. 21), 372–383.

²⁵ Die Shanghai-Affäre (1932) war dafür ausschlaggebend.

²⁶ Hierzu Mitani, *Wall Street* (wie Anm. 16), 171–262; ders., *Krieg und Politik* (wie Anm. 17); ders., *Gakumon ha Genjitsu ni Ikani kakawaruka* (*Scholars in Modern Japanese Politics*), 2013, 97–132 und 133–182.

²⁷ Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4. Bd. (2012).

²⁸ Oishi, M., *Nihon Kenpō-shi* (*Japanische Verfassungsgeschichte*), 2. Aufl. (2005), bes. 319–388.

In dieser politisch ununterbrochen bewegten Geschichte seit der Meiji-Restauration ist kaum Anlaß gegeben, über die Selbständigkeit der Justizgewalt gegenüber der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt über den positivrechtlichen Rahmen hinaus nachzudenken. Übersehen worden ist vor allem der gravierende, aber fast trivial anmutende historische Unterschied zwischen Japan und Europa. Es ist nämlich bekannt, daß die Geschichte der Justizgewalt in Europa der des Staates vorausgeht, während in der juristischen Moderne Japans die Justizgewalt stets im Rahmen der Staatlichkeit gestanden ist.

II. Ein kurzer Blick auf die europäische Rechtsgeschichte seit der Rezeption des römischen Rechts

Also ist ein kurzer Blick auf die europäische Rechtsgeschichte seit der Rezeption des römischen Rechts nützlich. Hier geht zunächst die Entstehung der gelehrten Rechtspraxis der der Politikwissenschaft deutlich voran und bereitet diese in der Weise vor, in der jene diese provozierte²⁹. Der Vorgang der Rezeption des römischen Rechts breitete sich nämlich im 15. und 16. Jahrhundert gesamteuropäisch aus und war Kunkel zufolge zu verstehen als „Übergang von der theologisch gebundenen Geisteskultur zu einer eigenständigen weltlichen Bildung“³⁰. Der

²⁹ *Stolleis, M.*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. 1. Bd., 1988, bes. 58–79; *ders.*, Staat und Staatsräson (wie Anm. 14); *Simon, Th.*, „Gute Policy“. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, 2004, bes. 341–380: „In der machttheoretisch orientierten Staatsräson-Literatur jedenfalls hat sich der Akzent von der Bindung zur Freistellung der politischen Aktion verschoben, um die Handlungsfähigkeit des Herrschers in der Notsituation sicherzustellen, wobei man sich auch hier – je nach individuellem Standort des einzelnen Autors zwischen Machiavellismus und älterer Politik – um Sicherungen und Kautelen bemühen konnte, die den erweiterten Handlungsspielraum des Fürsten wiederum begrenzen sollten. Dies konnte etwa dadurch geschehen, daß man bestimmte Ausnahmefälle formulierte, in denen dann zwar ein „bewußter Verstoß gegen die geltende Rechtsordnung“ zulässig sein sollte, die aber zugleich insofern begrenzend wirkten, als sie die Möglichkeit politisch motivierter Rechtsdurchbrechungen ausdrücklich auf diese Fälle beschränkten. ... Das neuartige Bewußtsein für das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher Bindung des politischen Handelns und seiner notwendigen Freistellung war jedenfalls ... fester Bestandteil des politischen und rechtswissenschaftlichen Diskurses im 17. Jahrhundert“ (343). Doch wie kann etwa die dogmatische Ausarbeitung der „Necessitas“ oder der Unterscheidung zwischen Justiz- und Policeysachen ohne juristische Vorkenntnisse möglich sein? Zur Unterscheidung zwischen Justiz- und Policeysachen sei auf die am Anfang dieser Fußnote angegebenen Stellen verwiesen. Zur „necessitas“ vgl. *Stolleis, M.*, Pecunia nervus rerum. Zur Staatsfinanzierung der frühen Neuzeit, 1983, 82 f.; *ders.*, Staat und Staatsräson (wie Anm. 14), 69. Als eine historisch informierte theoretische Reflexion hierüber *Lubmann, N.*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, bes. 9. Kapitel über „Politik und Recht“.

³⁰ *Kunkel, W.*, Das Wesen der Rezeption des römischen Rechts, in: Heidelbergger Jahrbücher, 1 (1957), 1–12, 11 (Diese kleine Schrift ist immer noch lesenswert, wenn auch nicht ganz frei von der sog. Europa-Ideologie, die am Ende der Schrift vorkommt. Dazu hier vgl. nur *Schäfer, F.*, Visionen und Wissenschaftsmanagement, in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 17 (2009), 517–535.); vgl. weiter auch *Coing, H.*, Römisches Recht in Deutschland,

Prozeß zu dieser Verwissenschaftlichung des Rechts³¹ ermöglicht es, das Recht als einen nicht mehr metaphysischen, sondern technisch handhabbaren Begriff aufzufassen, der in der Schule gelehrt werden kann. Nachdem dann mit Machiavelli der festen Bindung zwischen Regierungskunst und Moral Boden entzogen wurde, hat man den kunstgerechten Begriff des souveränen Staates unter anderem als gesetzgebende Macht herausgebildet, wobei das Recht also als etwas veränderliches, i.e. positives verstanden wurde³². Der souveräne Staat darf über den rechtlichen Rahmen unter Umständen hinausgehen, um Frieden herstellen und Gesetze geben zu können: rex legibus solutus. Aber zugleich kann der Staat immer noch und erst recht vor Gericht angeklagt werden³³.

Entscheidend scheint mir zu sein, daß die sowohl politische wie juristische Kultur in Europa durch eine humanistische, i.e. kritische Begegnung mit der nichtchristlichen griechisch-römischen Antike entstanden ist. Mit Blick auf die Rezeption des römischen Rechts hat Wolfgang Kunkel einst von einem „radikalen Bruch mit dem bisherigen Rechtsleben“ gesprochen.³⁴ „Die Rechtswelt des Mittelalters mit all ihrer Anschaulichkeit und Volkstümlichkeit verschwand, es begann die Herrschaft des Fachjuristen, der abstrakten Begriffe, der lateinischen Sprache, der römischen Normen und der communis opinio italienischer Doktoren“³⁵. Genauso wichtig erscheint es mir aber auch, daß dieser Vorgang nicht einfach der Legitimation der hoheitlichen Herrschaft diene³⁶, sondern vielmehr als eine „starke Bewegung von unten, von den prozeßführenden Parteien her“ zu verstehen ist: usu sensim receptum.³⁷ Deshalb charakterisiert Kunkel diesen Vorgang nicht zufällig als „radikal“.

1964. Selbstverständlich bedarf das im Text gegebene Gesamtbild einer Relativierung mit Blick auf den heutigen Forschungsstand, was hier nicht mehr möglich ist. Als eines von den neueren Forschungsergebnissen sei hier beispielsweise eine monographische Leistung herangezogen, Pfeifer, G. Chr., *Ius Regale Montanorum*. Ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Rezeptionsgeschichte des römischen Rechts in Mitteleuropa, 2002.

³¹ Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), bes. 131–133; dazu umsichtig kritisch Kunkel, *Das Wesen* (wie Anm. 30), 11 f.

³² Vgl. Bodin, J., *Les six livres de la republique*, 1593.

³³ Simon, *Gute Policy* (wie Anm. 29), 355–368.

³⁴ Kunkel, W., *Römische Rechtsgeschichte*, 11. Aufl. (1985), 166; vgl. auch *ders.*, *Das Wesen* (wie Anm. 30), 12; vgl. auch Savigny, F. C., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, bes. 38 f.

³⁵ Kunkel, *Das Wesen* (wie Anm. 30), 12.

³⁶ Dazu Krause, H., *Kaiserrecht und Rezeption*, 1951.

³⁷ Kunkel, *Das Wesen* (wie Anm. 30), 8. Auszugehen ist natürlich von der Einsicht Conrings, Conring, H., *De origine iuris germanici*, 1643, Caput XXXIII (Conring, H., *Der Ursprung des deutschen Rechts*. Übersetzt von I. Hoffmann-Meckenstock, hg. von M. Stolleis, 1994).

III. Kurusu Entdeckung der juristischen Eigenlogik in der justiziellen Praxis

Die Meiji-Restauration in Japan stellt eine ziemliche Umwälzung der gesellschaftlichen Struktur dar, die aber nicht als „radikal“ in dem soeben genannten Sinne zu bezeichnen wäre.³⁸ Gerade die hohe Bereitschaft der japanischen Politik, sich den internationalen Herausforderungen möglichst elastisch anzupassen, hat den Kurswert der Autonomie des Rechts notwendig oft erniedrigt. Auch dann kann die Rechtspraxis im Alltag vonstatten gehen und es ist ja auch tatsächlich so gegangen. Diese Tatsache ist aber wegen ihrer scheinbaren Selbstverständlichkeit bislang kaum zum Gegenstand ernsthafter Reflexion gemacht worden.

Angesichts dieses historischen Hintergrundes erscheint es signifikant, daß Saburô Kurusu (1912–1998)³⁹, der bedeutende Zivilist, versucht hat, eine autonom juristische Dimension des Denkens in der praktischen Tradition zu suchen. Dieser Versuch begann bereits während der politischen Turbulenzen seit den späten 1930er Jahren einschließlich des Pazifischen Krieges und wurde bemerkenswerterweise nicht durch irgendeine theoretische Überlegung etwa Kelsenscher Prägung, sondern auf dem Weg der prima facie soziologisch anmutenden sachlichen Beobachtung unternommen. Vor allem anhand seines bedeutenden großen Aufsatzes über das *Standesregisterrecht und Familien- und Erbrecht* nahm er sich vor, die gerichtliche Praxis intensiv zu beobachten.⁴⁰ Zugrunde lag eigentlich ein scheinbar trivialer Befund, daß die Gerichte auch inmitten der ideologischen Turbulenzen Urteile gesprochen hätten, die von den teilweise

³⁸ Die mentale Kontinuität beim Übergang von der Tokugawa-Regime zur Meiji-Zeit ist immer wieder hervorgehoben worden, *Maruyama, M.*, Kaikoku (zuerst 1959 Eröffnung des Staates); *ders.*, Kindai Nihon Shisôshi ni okeru Kokkarisei no Mondai (zuerst 1949 Problematik der Staatsräson in der Ideengeschichte Japans), beide in: *ders.* Chûsei to Hangyaku, 1998, 191–237 und 239–277; *Ishii, S.*, Nihonjin no Kokka Seikatsu (Staatsleben der Japaner), 1986, bes. 323–342; *ders.*, Nihonjin no Hô Seikatsu (Rechtsleben der Japaner), 2012, bes. 1–66; Watanabe unterstreicht die besonders elastische Natur des japanischen Konfuzianismus im Vergleich zu dem chinesischen und koreanischen, die den Gang zur Verwestlichung nicht verhinderte, sondern in gewisser Weise förderte, *Watanabe, H.*, Higashi Asia no Oken to Shisô (Dynastie und das politische Denken in Ostasien), 1997, bes. 192–268. Dieser Ansicht Watanabes im wesentlichen folgend nun monographisch *Kôno, Y.*, Meiroku Zasshi no Seiji-Shisô. Sakatani Shiroshi to „Dôri“ no Chôsen (Die politische Einstellung der intellektuell führenden Zeitschrift am Anfang der Meiji-Zeit „Meiroku-Zasshi“. Shiroshi Sakatani und Versuch eines Denkens ausgehend von „Dôri“ (i.e. in etwa der Lehre der fundierten Argumentation)), 2011.

³⁹ Vgl. *Moriya, K.*, Zivilrecht im Zeitalter der Ideologie. Eine Studie über Kurusu Saburos zivilistische Werke (I), in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip. Ein japanisch-deutsches Symposium, hg. von R. Stürner und A. Bruns, 2014, 85–111.

⁴⁰ *Kurusu, S.*, Koseki-hô to Shinzoku-Souzoku-hô (Standesregisterrecht und Familien- und Erbrecht), (1) – (3), in: Hôgaku Kyôkai Zasshi 58 (1940), S. 473–487; S. 1149–1166; S. 1477–1506, bes. 474.