

ABHANDLUNGEN / ARTICLES

Dōri – Jōri – Jōshiki

Außerrechtliche Rechtsquellen in der Edo-Zeit und danach

*Guntram Rahn**

- I. Einleitung
- II. *Dōri*
- III. *Jōri*
- IV. *Jōshiki*
- V. *Jōri*: Kriterium für die Auslegung und Anwendung des Rechts
- VI. Schluss

I. EINLEITUNG

Dōri, jōri, jōshiki – ich freue mich, dass ich Sie mit diesem Vortragstitel nicht abgeschreckt habe. Es handelt sich nämlich bei *dōri, jōri* und *jōshiki* um kennzeichnende Begriffe der japanischen Rechtskultur.

Rechtskultur definiert *Franz Wieacker* als das Weltverständnis, die Begrifflichkeit und die Grundwertungen, die einer geschichtlichen Rechtsordnung zugrunde liegen.¹ Als Rechtsordnung bezeichnet man die Gesamtheit der Rechtsvorschriften, die das Verhältnis einer Gruppe von Menschen zueinander regeln. Diese von den Menschen geschaffenen Regeln – das sog. positive Recht im Gegensatz zum sog. Naturrecht – findet man in den Rechtsquellen.² Die beiden allgemein anerkannten Rechtsquellen sind das

* Dr. jur., Rechtsanwalt, München.
Vortrag auf dem Symposium „Japan in der Edo-Zeit (1603–1868) – Staatsaufbau und Gesellschaftsordnung“ veranstaltet von dem Landgericht München I, der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e. V., und der Deutsch-Japanischen Gesellschaft e. V., am 8. Februar 2019 im Justizpalast München. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 F. WIEACKER, Voraussetzungen europäischer Rechtskultur (Göttingen 1985) 7.

2 Vgl. K.F. RÖHL/H. CHR. RÖHL, Allgemeine Rechtslehre (3. Aufl., Köln 2008) 291. Nach *Alf Ross* versteht man unter Rechtsquelle den „Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht“, s. A. ROSS, Theorie der Rechtsquellen – Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen (Leipzig 1929) 292.

gesetzte Recht und das ungeschriebene Gewohnheitsrecht, das sich durch langjährige Übung und Akzeptanz der Beteiligten herausgebildet hat.³

Die kontinental-europäischen Rechtsordnungen kennen *auch* allgemeine Rechtsgrundsätze, auf die in *Ausnahmefällen* zurückgegriffen werden kann, um eine Entscheidung zu treffen, die den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht werden soll. Dazu zählen im deutschen Recht die Generalklauseln, wie z. B. der Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB). Die Generalklauseln sind aber gesetzlich geregelt und ihr Anwendungsbereich von Rechtsprechung und Lehre durch Fallgruppen präzisiert worden.⁴

Nicht gesetzlich geregelt bzw. rechtstheoretisch präzisiert sind *dōri* – *jōri* – *jōshiki*. Deshalb der Titel: „Außerrechtliche Rechtsquellen in der Edo-Zeit und danach“.

II. *DŌRI*

Zunächst zu *dōri*. Der Begriff entstammt der klassischen chinesischen Philosophie und wurde von Japan im 8. Jahrhundert übernommen.

„*Dō*“ bedeutet „der Weg“, dessen Erkenntnis zu einer Erhöhung des Geistes führt;⁵ *dō*: wie in *Jūdō* – der geschmeidige Weg, oder *Kendō* – der Weg des Schwertes. „*Ri*“, chinesisch „*li*“, bedeutet ursprünglich „Jade polieren, bis ihr innerstes Wesen zum Vorschein kommt“⁶, im übertragenen Sinn: das innere Wesen einer Sache, ihre Struktur, ihr Prinzip, die Vernunft, die ihrer Natur zu eigen ist. Seit der Kamakura-Zeit im 12. Jhd. war *dōri* ein geläufiger Begriff zur Bezeichnung der von Buddhismus, Konfuzianismus und Shintō geprägten Vorstellung der natürlichen Vernunft des Weges – im Sein, in der Gesellschaft und ihrer Ordnung.

Das Gesetzeswerk *Go-seibai shikimoku* vom Jahr 1232, eine vom Kamakura Shōgunat erlassene Kodifikation von Präjudizien, sei, so erklärte der Regent *Yasutoki Hōjō*, nicht auf dem starren *Ritsuryō*-Kodex der Vergangenheit gegründet, sondern auf *dōri*.⁷ Die Präjudizien sollten für den Richter folglich nur verbindlich sein, wenn sie der natürlichen Vernunft des Weges nicht widersprachen.⁸

3 F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Wien 1982) 214.

4 F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (Tübingen 1956).

5 Y. FUNG und D. BODDE (Hrsg.), *A Short History of Chinese Philosophy* (New York 1948) 78.

6 In diesem Sinne das chinesische Zeichenlexikon *Shuwen Jiezi* aus dem 2. Jh., vgl. en.wiktionary.org/wiki/理; vgl. auch W. BAUER, *China und die Hoffnung auf Glück – Paradiese, Utopien, Idealvorstellungen in der Geistesgeschichte Chinas* (München 1974).

7 R. ISHII, *Japanese Legislation in the Meiji Era* (Tōkyō 1958) 53.

8 W. RÖHL, *Rechtsgeschichtliches zu Jōri*, in: Menkhaus (Hrsg.), *Das Japanische im japanischen Recht* (München 1994) 39, 44.

Dōri wurde nicht als zeitlos und unveränderlich verstanden, sondern stets als die natürliche Vernunft in den konkreten Umständen. *Hideo Tanaka* schreibt in “The Japanese Legal System”:

„[...] the word *dōri* was not an expression connoting theological or philosophical doctrines of natural law as in the West. Rather, it meant the common sense of the plain man.“⁹

In der Kamakura-Zeit war dies „der gesunde Menschenverstand (also: *common sense*) der Kriegermoral“ (*jōshikiteki na bushi dōtoku*), wie es ein anderer japanischer Autor formuliert.¹⁰ Der *common sense* änderte sich aber im Wandel der Zeiten und somit auch das Verständnis, was *dōri* sei.

Das *Go-seibai shikimoku* wurde über die Jahre mehrfach ergänzt. Auch in der Zeit des Muromachi-Shōgunats von 1336 bis 1573 war es als grundlegendes Gesetz anerkannt und wurde erst in der Edo-Zeit weitgehend aufgehoben.

Zu Beginn der Edo-Zeit (1603–1868), am Ende eines Jahrhunderts kriegerischer Auseinandersetzungen der Territorialfürstentümer, verfügte der Shōgun, vermutlich aus einem gesteigerten Sicherheitsbedürfnis wenige Jahre nach Unterwerfung seiner Gegner, im Kommentar zum dritten Artikel des *Buke sho-hatto*, den „Gesetzesvorschriften für die Kriegerfamilien“ von 1615: Mit dem Gesetz bricht man *dōri*, mit *dōri* bricht man nicht das Gesetz („以法破理、以理不破法“).¹¹ Aber schon in der Fassung des *Buke sho-hatto* von 1635 fehlte dieser Artikel, und seitdem wurde der Vorrang von *dōri*, der natürlichen Vernunft des Weges, immer wieder hervorgehoben.¹²

Das geistige Fundament der Gesellschaftsordnung der Edo-Zeit bildete der *Shushi*-Konfuzianismus, die japanische Interpretation der neokonfuzianischen Lehren des chinesischen Philosophen *Zhu Xi* (1139–1200).¹³ Der *Shushi*-Konfuzianismus verbindet die Phänomene der Natur mit konkreten sozialetischen Verhaltensregeln. Dass sich der Himmel über die Erde erhebt, ist Ausdruck des „*ri*“, der natürlichen Vernunft. Diese vertikale Ordnung gilt entsprechend für die fünf zwischenmenschlichen Kardinalbeziehungen (*gorin*) Herrscher-Untertan, Vater-Sohn, Ehemann-Ehefrau, älterer Bruder-jüngerer Bruder, Freund-Freund.¹⁴

Obwohl in der Edo-Zeit Gesetze und Präjudizien Anwendung finden konnten, beruhte die Rechtsprechung im Wesentlichen auf Gewohnheits-

9 H. TANAKA, *The Japanese Legal System* (Tōkyō 1976) 176.

10 T. SAGARA, *Seijitsu to Nihon-jin* [Aufrichtigkeit und die Japaner] (1990) 43 f.

11 D. F. HENDERSON, *Conciliation and Japanese Law – Tokugawa and Modern*, Bd. 12 (Seattle 1965) 58.

12 *Ibid.*, m. w. N.

13 Der *Shushi*-Konfuzianismus unterscheidet sich von seinem chinesischen Vorbild vor allem durch größere Strenge und die Betonung der Autorität des Herrschers.

14 Vgl. G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (München 1990) 61 f. Dieser Vortrag enthält hier und da Anleihen aus meinem Buch.

recht. Die Berücksichtigung von Präjudizien wurde zeitweilig sogar verboten, weil nicht vom Einzelfall abstrahiert werden sollte. Vorrang vor dem Gesetz und Gewohnheitsrecht hatte *dōri*. Und *dōri* war die im *Shushi*-Konfuzianismus und der Politik des Shōgunats begründete Auffassung des Rechtsprechenden.

Ein Beispiel:¹⁵

Im Jahr 1711, in der Provinz Musashi in Kawagoe, ermordete der Bauer Jingobee, gemeinsam mit seinem Sohn Shirobee, den Schwiegersohn Ihei, der sich auf der Rückkehr von einer Handelsreise befand. Die Tochter Ume, die während der Abwesenheit ihres Ehemanns ins Elternhaus zurückgekehrt war, fand die Leiche am Flussufer und benachrichtigte den Dorfobersten.

Die Tat war schnell aufgeklärt, Vater und Bruder der verdienten Todesstrafe zugeführt.

Aber was sollte mit Ume geschehen? Sie hatte – wissentlich oder unwissentlich – ihren Vater angezeigt. Das war nach dem konfuzianisch geprägten Recht ebenfalls ein Vergehen.

Der schwierige Fall wurde dem Shōgunat vorgelegt; es ließ drei Gutachten einholen.

1. *Gutachten*: Der Rat des Regenten *Hojō-shū* wollte gemäß einem *Präjudiz* entscheiden: Im Jahr 1687 hatte eine Frau ihren Mann und ihre Stiefmutter wegen Ehebruchs angezeigt. Die Beiden wurden enthauptet, die Frau wegen des Vergehens der Anzeige von Ehemann und Mutter zu einem Jahr Gefängnis und anschließender Versetzung in den Sklavenstand (*yakko*) verurteilt.

2. *Gutachten*: Der Leiter der neokonfuzianischen Akademie *Hayashi Daigaku no Kami* zog die Gespräche des Konfuzius heran, ein chinesisches Strafgesetzbuch sowie das japanische Strafgesetzbuch *Yōrō ritsuryō* von 757. Er kam zu dem Ergebnis, dass der Vater in den fünf Kardinalbeziehungen höher stehe als der Ehemann. *Daigaku no Kami* unterschied:

- a) Hatte Ume Kenntnis oder auch nur eine Ahnung von der Täterschaft ihres Vaters, so müsse sie mit dem Tode bestraft werden.
- b) Hatte Ume keine Kenntnis oder Ahnung, so sei ihr Eigentum einzuziehen und sie in Knechtschaft (*nuhi*) zu geben.

3. *Das dritte Gutachten* erstellte der Berater des Shōgun, der neokonfuzianische Gelehrte *Arai Hakuseki* (1657–1725). Er verwies auf *dōri*, die natürliche Vernunft des Weges, und entschied wie folgt:

15 Siehe J. KUWABARA, *Kuwabara Jitsuzō zenshū* [Jitsuzō Kuwabara Sämtliche Werke] (Tōkyō 1968) Bd. 3, 55 ff.; 88 ff.; „*Edo jidai no shōtoku no gigoku jiken*“ *Sono 1* [„Skandalfälle in der Shōtoku-Periode der Edo-Zeit“ 1], https://blog.goo.ne.jp/leloi1428_april/e/4fb7300ec11bfc7a67d68adb2c60f087.

„Der Weg der Frau ist die dreifache Unterordnung. Sie hat keinen Weg für sich allein. Vor der Eheschließung ist sie dem Vater untergeordnet, nach der Eheschließung ist sie dem Ehemann untergeordnet, stirbt der Ehemann, ist sie dem Kinde untergeordnet. Der Vater ist der Himmel des Kindes, der Ehemann ist der Himmel der Ehefrau. Aber wie die Frau nicht zwei Trauerkleider für Vater und Ehemann tragen kann, so gibt es auch nicht zwei Himmel. Die Frau kann nicht zwei Himmel anbeten.“

Deshalb habe das *dōri* Vorrang, dass eine Ehefrau ihrem Mann zu folgen habe und nicht ihrem Vater. Dass die Tochter für ihren Ehemann gehandelt habe, als sie den Vater anzeigte, sei somit unumgänglich und keine Straftat, umso mehr als sie von der Täterschaft ihres Vaters zunächst nichts wusste.

Das Shōgunat folgte dem Gutachten von Hakuseki. Ume wurde nicht bestraft. Sie erhielt die Tonsur, um in einem Nonnenkloster in Kamakura für den Rest ihres Lebens über das nächste Dasein von Vater und Ehemann trauern zu können.

Dan Fenno Henderson resümiert seine Studien des Rechts der Edo-Zeit mit folgenden Worten:

„But perhaps an even more important difference [im Vergleich zu westlichen Rechtsordnungen] is seen in the policy of the Shogunate to judge cases on their merits, to consider the ‘whole man’. This policy worked against legalism and sharply defined rights; it is as if all of Tokugawa jurisprudence were ‘equity’.“¹⁶

III. JŌRI

Nach dem Ende der Edo-Zeit und der Verkündung der Wiederherstellung der kaiserlichen Regierung (*ōsei fukkō*) am 3. Januar 1868, erklärte am 17. Januar ein Reskript des Kaisers *Meiji*, dass die „gerechten Verfahrensweisen und guten Gesetze“ des Shōgunats zunächst, bis zum Inkrafttreten neuer Gesetze, beibehalten würden.¹⁷ Die ersten Gesetzgebungsarbeiten begannen schon 1869 auf dem Gebiet des Strafrechts und 1870 im Zivilrecht.

Im Jahr 1875 wurde der Große Gerichtshof *Daishin-in* errichtet, zwei Monate später wurden „Anweisungen für die gerichtliche Arbeit“ – *Saiban jimu kokoro’e* – erlassen. Deren Artikel 3 lautet:

„In Zivilverfahren ist in Ermangelung gesetzten Rechts nach der Gewohnheit, in Ermangelung von Gewohnheit durch Folgerungen des *jōri* zu entscheiden.“¹⁸

16 HENDERSON (Fn. 11) 125; vgl. auch die Abhandlung von T. BÖLICHE, Die Bedeutung des Begriffes *jōri* für die japanische Rechtsquellenlehre, ZJapanR/J.Japan.L. 1 (1996) 7, 9 f.

17 ISHII (Fn. 7) 49.

18 R. ISHII, *Hōsei-shi* [Rechtsgeschichte] (Tōkyō 1975) 288.

Dieser Erlass der Großen Regierungsbehörde *Dajō-kan* wurde zwischenzeitlich nicht aufgehoben; er ist nach herrschender Auffassung heute – 144 Jahre später – immer noch gültig.

Jōri wird hier mit den zwei Schriftzeichen „*jō*“ und „*ri*“ geschrieben: „*jō*“ entspricht dem Lateinischen „*item*“, Englisch „*item*“: Gegenstand, Sache, und ist das Zählwort für Artikel, also z.B. „1-*jō*, 2-*jō*, 3-*jō*“ = Art. 1, 2, 3. „*Ri*“ ist die den Dingen innewohnende konfuzianische Vernunft.

Jōri“ gilt als *Synonym* zu *dōri*; das enzyklopädische Wörterbuch *Kōji-jin* definiert *jōri* als: „das *dōri* der Dinge“. Man kann also wiederum übersetzen: die natürliche Vernunft.

Die Richter der frühen Meiji-Zeit, die eine konfuzianische Moralerziehung erhalten hatten, werden den Begriff *jōri* mit Gerechtigkeitsvorstellungen ausgefüllt haben, die ihrem Weltbild entsprachen. So erklärte ein Erlass des Finanzministeriums aus jener Zeit unter Berufung auf *jōri*, die verächtliche Bezeichnung von Neuhinzugezogenen in einem Dorf als *mizunomi byakushō* (wassertrinkende Bauern) sei rechtswidrig, da ein Verstoß gegen das Prinzip der harmonischen Beziehungen.¹⁹

Soweit die japanischen Juristen im westlichen Recht ausgebildet waren, werden sie bestrebt gewesen sein, das neu Erlernte als Ausdruck der natürlichen Vernunft zu begreifen. So wurde *jōri* in den folgenden Jahrzehnten immer wieder zur Legitimation der eigenen Rechtsauffassung herangezogen.

Hideo Hatoyama, der führende Vertreter der deutschen Rechtsschule, machte 1924 das Prinzip von Treu und Glauben in Japan bekannt und behauptete, es folge aus *jōri*.²⁰

Yoshitarō Hirano, ein Anhänger *Otto von Gierkes*, wandte sich unter Berufung auf *jōri* gegen „das individualistische, abstrakte und formalistische Zivilgesetzbuch“. Er forderte die Hinwendung zur sozialen Wirklichkeit in Japan. Die japanischen Volksgewohnheiten und *jōri*, so erklärte er, ließen sich nicht durch Gesetze austreiben.²¹

Die Abkehr von dem auf die Gesetze fixierten formalistischen Rechtsdenken forderte in den zwanziger Jahren auch der namhafte Zivilrechtslehrer *Ei'ichi Makino*. Die rechtliche Lösung müsse in Bezug auf jeden Sachverhalt konkret angemessen gestaltet sein.²²

19 ISHII (Fn. 18) 52.

20 H. HATOYAMA, *Saiken-hō ni okeru shingi seijitsu no gensoku* [Der Grundsatz von Treu und Glauben im Schuldrecht] (Nachdruck 1955) 251 ff.

21 Y. HIRANO, *Minpō ni okeru Rōma shisō to Geruman shisō* [Römisches und germanisches Gedankengut im Zivilrecht] (Tōkyō 1924, Neuauflage 1970) 5.

22 E. MAKINO, *Gutaiteki datō-sei – Hōritsu no shakai-ka to iu shisō no tekiyō toshite*, [Konkrete Angemessenheit – Als Anwendung des Gedankens der Sozialisierung des Rechts] in: ders. (Hrsg.), *Hōritsu ni okeru gutaiteki datō-sei* [Konkrete Angemessenheit im Recht] (Tōkyō 1925) 1 ff.

Die „konkrete Angemessenheit“, japanisch „*gutaiteki datō-sei*“, gilt seitdem in der japanischen Rechtspraxis für viele als das erstrebenswerte Ziel der Fallentscheidung und als Gegenbegriff zur abstrakten Rechtssicherheit „*hōteki anteisei*“. Es ist die Bevorzugung der Sachgerechtigkeit vor der Gleichberechtigung, und *jōri* ermöglicht eine Entscheidung ohne Bindung an das von den Umständen des Sachverhalts abstrahierende Gesetz.

Nach dem Krieg bot das Schlichtungsgesetz *Minji chōtei-hō* von 1951 als Alternative zum kontradiktorischen Gerichtsprozess für diese Denkweise ein eigenes Verfahren.

Art. 1 lautet:

„Dieses Gesetz bezweckt bei Streitigkeiten in Zivilsachen Lösungen, die durch gegenseitige Zugeständnisse der Parteien dem *jōri* entsprechen und mit den tatsächlichen Umständen übereinstimmen.“

Unter Verweis auf die „Anweisungen für die gerichtliche Arbeit“ von 1875 gilt *jōri* heute als Rechtsquelle, hinter dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht.²³ Diese Auffassung ist allerdings umstritten. Denn anders als das positive Recht schreibt *jōri* keine Rechtsfolge vor. Es erfordert vielmehr, dass der Richter bestimmt, was im konkreten Fall die angemessene Entscheidung ist. *Jōri* sei deshalb nicht Rechtsquelle, sondern Rechtserkenntnisquelle, und der Wortlaut der *Saiban jimu kokoro'e* bestätige dies, wenn es heißt, in Ermangelung von positivem Recht sei „durch *Folgerungen des jōri*“ (*jōri o suikō shite*) zu entscheiden.²⁴

In Fällen des internationalen Zivilverfahrensrechts, in denen gesetzliche Regelungen fehlen, stützten sich die japanischen Gerichte ausdrücklich oder implizit wiederholt auf *jōri*, um ihre Entscheidungen zu begründen.²⁵

Ein Beispiel ist das Urteil des Großen Senats des Obersten Gerichtshofs vom 5. April 1961:²⁶

Eine gebürtige Japanerin hatte 1935 einen Koreaner geheiratet. Koreaner galten seit der Annektierung Koreas durch Japan im Jahr 1910 als japanische Staatsangehörige. Sie waren aber in einem gesonderten koreanischen Familienregister eingetragen. Die gebürtige Japanerin war mit der Heirat aus dem japanischen Familienregister aus- und ebenfalls in das koreanische Familienregister ihres Ehemanns eingetragen worden. Die Ehe zerbrach bald aufgrund der Untreue des Ehemanns.

23 A. TAKEUCHI et al. (Hrsg.), *Shin-hōritsu-gaku jiten* [Neues Wörterbuch der Rechtswissenschaft] (3. Aufl., Tōkyō 1989).

24 Vgl. BÖHLICKE (Fn. 16) 16 f.

25 Als Beispiel wird häufig der *Malaysia Airlines*-Fall, OGH, 16.10.1981, Minshū 35, 1224, angeführt. In den Entscheidungsgründen nimmt der Oberste Gerichtshof ausdrücklich auf *jōri* als lückenfüllende Norm Bezug.

26 OGH, 5.4.1961, Minshū 15, 657.

Nach Kriegsende verzichtete Japan auf die Hoheitsrechte über Korea. Das wurde im Friedensvertrag von San Francisco von 1952 bestätigt. Damit verloren alle im koreanischen Familienregister Eingetragenen die japanische Staatsangehörigkeit, darunter die gebürtige Japanerin. Sie klagte auf Wiederherstellung ihrer japanischen Staatsangehörigkeit.

Gemäß Artikel 10 der japanischen Verfassung²⁷ werden die Voraussetzungen der japanischen Staatsangehörigkeit durch Gesetz bestimmt. Für den vorliegenden Fall enthält aber das Staatsangehörigkeitsgesetz keine Regelung. Hier greift *jōri*. Der Oberste Gerichtshof verwies auf Artikel 2 des Friedensvertrags von San Francisco, in dem Japan den Verzicht auf alle Souveränitätsrechte über Korea bestätigt hatte. Folglich hätten alle im koreanischen Familienregister eingetragenen Personen die japanische Staatsangehörigkeit verloren, auch die Klägerin, so das Urteil des OGH.

Die Entscheidung wird jedoch durch eine Mindermeinung ergänzt, die dieses Ergebnis ablehnt: Richter *Shimoiizaka* kritisiert, dass der Lebensweg der Klägerin und die Umstände des Einzelfalls ungenügend berücksichtigt worden seien. Der Ehemann habe seine Frau in Korea betrogen und verlassen, zum Kriegsende sei sie als Japanerin dort in ein Lager interniert und später repatriert worden. Die Ehe wurde 1952 in Tōkyō formell geschieden. Weil alle diese persönlichen Umstände nicht berücksichtigt worden seien, mangle es der Mehrheitsentscheidung an der gebotenen konkreten Angemessenheit.

Richter Shimoiizaka hebt damit den zweiten Aspekt von *jōri* hervor. Ihn hatte die Mehrheitsentscheidung missachtet: *Jōri* ist nicht nur Rechtsquelle zur Schließung einer Gesetzeslücke. Es ist außerdem wertende Auslegungsregel und Auslegungsmaßstab. Diese Funktion von *jōri* ist heute in Rechtsprechung und Lehre unumstritten: Rechtsnormen müssen der natürlichen Vernunft entsprechen und sind demgemäß auszulegen.²⁸

Aber was ist gegenwärtig die natürliche Vernunft? In Lehrbüchern des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzbuchs ist zu lesen, *jōri* sei „das grundlegende Wertesystem, die Sozialnormen im wirklichen Leben, die objektiv in der (japanischen) Gesellschaft existieren und empirisch erforscht werden können.“²⁹ Oder: *Jōri* umfasse die grundlegenden Prinzipien, an denen sich das gesamte gesellschaftliche Leben (in Japan) ausrichte.³⁰

27 *Nihon-koku kenpō*, Japanische Verfassung vom 3. November 1946.

28 H. ENDO, in: Kodansha Encyclopedia of Japan, Bd. 4 (1989) 75.

29 T. KAWASHIMA, *Minpō I sōron, bukken* [Zivilrecht I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht] (Tōkyō 1960) 24 f.

30 K. SHINOMIYA, *Minpō sōsoku* [Zivilrecht: Allgemeine Bestimmungen] (4. Aufl., Tōkyō 1986) 7 ff., zitiert nach BÖHLICKE (Fn. 16) 13.

Man kann also sagen: Im *Go-seibai Shikimoku* von 1232 bezeichnete *dōri* „the common sense of the plain man“.³¹ Heute bezeichnet *jōri* den *common sense* der japanischen Gesellschaft.

IV. JŌSHIKI

Einen „gewaltigen Einfluss“³² auf Rechtswissenschaft und Praxis in Japan übte in den 70er Jahren die Interessenabwägungslehre (*rieki kōryō-ron*) des Zivilrechtlers *Ichirō Katō* aus. Als Rektor der Universität Tōkyō zur Zeit der Studentenunruhen und Berater der japanischen Regierung war Katō auch in der Öffentlichkeit eine bekannte und einflussreiche Persönlichkeit.

Nach Katō muss der primäre Zweck der Rechtsanwendung die konkrete Angemessenheit im Einzelfall sein, nicht eine nur abstrakte Rechtssicherheit. Ein Rechtsfall sei zunächst zu lösen, indem man die Gesetze bewusst außerachtlässt. Dabei soll es in der Bewertung des Sachverhalts durch Juristen oder Laien keinen Unterschied geben. Das rechtliche Urteil dürfe *jōshiki*, dem gesunden Menschenverstand oder *common sense*, nicht widersprechen.

Der anschließende zweite Schritt, die juristische Konstruktion des Ergebnisses anhand des Gesetzes, diene nicht der Entscheidungsfindung, sondern der Entscheidungsbegründung, aber auch zur Überprüfung der Angemessenheit des Ergebnisses, das gegebenenfalls noch abgeändert oder sogar fallengelassen werden könne.³³

Diese von Katō propagierte Rechtsmethodik, so lautete die Bewertung in der japanischen Rechtswissenschaft, habe in Japan eine „ungemein große Überzeugungskraft“, sie sei „sehr japanisch“.³⁴ Im entscheidenden Punkt wurde Katō aber auch von seinen Kritikern beigepflichtet. Der angesehene Zivilrechtslehrer *Ei'ichi Hoshino* meinte:

„In der Wirklichkeit kann das Gericht nicht anders, als in seiner Beurteilung an den gesunden Menschenverstand in der Gesellschaft oder, wenn das schlecht formuliert ist, an die Wertvorstellungen der Mehrheit gebunden zu sein, und es soll auch daran gebunden sein“.³⁵

31 TANAKA (Fn. 9).

32 H. MIZUMOTO, *Minpō-gaku ni okeru riei kōryō no seiritsu to sono seika* [Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Zivilrechtswissenschaft] *Minshōhō Zasshi* 63 Nr. 4 (1971) 18, Fn. 153.

33 I. KATŌ, *Hō-kaishaku-gaku ni okeru riron to riei kōryō* [Theorie und Interessenabwägung in der Rechtsauslegungswissenschaft] in: Aomi (Hrsg.), *Gendai hōgaku no hōhō* [Die Methode der gegenwärtigen Rechtswissenschaft] (Tōkyō 1966) 25 ff.

34 *Jurisuto zōkan: Hō no kaishaku* [Jurisuto Sonderausgabe: Die Auslegung des Rechts] (erschienen am 20.7.1972) 44 ff.

35 *Ibid.*, 257.

Jōshiki – der gesunde Menschenverstand, oder – wenn das schlecht formuliert sein sollte – die mehrheitlichen Wertvorstellungen in der japanischen Gesellschaft nach Überzeugung des Richters, konkretisieren die außerrechtliche Rechtsquelle – oder Rechtserkenntnisquelle –, die *jōri* heute bezeichnet.

V. *JŌRI*: KRITERIUM FÜR DIE AUSLEGUNG UND ANWENDUNG DES RECHTS

Wenn *jōri* anerkanntermaßen Rechtsauslegungsregel und -maßstab ist, so ist es letztlich sogar ein Kriterium für die *Gültigkeit* von Gesetzen und Gewohnheitsrecht. Denn vernunftwidriges Recht kann keinen Bestand haben.

Ich habe Anfang der 90er Jahre als Rechtsanwalt einen österreichischen Hersteller von Gerinnungsfaktor-VIII-Blutprodukten für Hämophile beraten. Sein japanischer Importeur war vor den Landgerichten Tōkyō und Ōsaka von HIV-infizierten Hämophilie-Patienten auf Schadensersatz verklagt worden.

HIV-kontaminierte Blutprodukte hatten zunächst in den USA und dann in Deutschland, Japan und anderen Ländern unter Hämophilen zu HIV-Infektionen, AIDS-Erkrankungen und Todesfällen geführt. Der Nachweis des HI-Virus im Blut war erst 1985 gelungen. Nicht feststellbar war jedoch der Zeitpunkt der Infizierung der Patienten.

In Japan wurde das Gesundheitsministerium verklagt, das die Produkte zugelassen hatte, sowie vier inländische und ausländische Hersteller und Importeure.

In Deutschland hatte es *auch* Klagen gegen die Hersteller gegeben, und zwar aufgrund von § 84 Arzneimittelgesetz³⁶. Diese Vorschrift sieht eine Gefährdungshaftung vor; auf ein Verschulden des pharmazeutischen Unternehmers, der das Arzneimittel in Verkehr gebracht hat, kommt es nicht an. Voraussetzung ist die Verletzung der Gesundheit eines Menschen „infolge der Anwendung“ des Arzneimittels. Keine der Klagen hatte jedoch Erfolg. Denn jeder Hämophilie-Patient hatte Faktor-VIII-Produkte verschiedener Hersteller erhalten. Keiner konnte deshalb beweisen, dass er „infolge der Anwendung“ eines bestimmten Produkts infiziert worden war. Der Beweis der haftungsbegründenden Kausalität war in jedem einzelnen Fall nicht möglich.

Die Gerichte erklärten, sie seien an das geltende Recht gebunden und wiesen die Klagen ab. In Deutschland wurde deshalb unter Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit die Stiftung „Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen“ gegründet. Sie erbrachte dann monatliche Leistungen an die HIV-infizierten und AIDS-erkrankten Hämophilen.

³⁶ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln, BGBl. I, S. 3394.

In Japan beruhten die Klagen auf dem Tatbestand der unerlaubten Handlung, der Kausalität und Verschulden verlangt (Art. 709 *Minpō*, Zivilgesetz; nachfolgend: ZG)³⁷. Das Gesundheitsministerium erklärte, es könne Leistungen aus Steuergeldern nur erbringen, wenn sein Verschulden festgestellt werde. Die anderen Beklagten wähten sich angesichts der deutschen Rechtsprechung in Sicherheit. Den in der japanischen Öffentlichkeit erhobenen Verschuldensvorwurf wiesen die Pharmaunternehmen entrüstet zurück; er dürfe keinesfalls gerichtliche Anerkennung finden. Nachdem aber schon die haftungsbegründende Kausalität auch in Japan nicht nachweisbar war, konnte den Beklagten nichts passieren.

Vor diesem Hintergrund fand meine damalige Darstellung der deutschen Rechtslage und Lösung durch eine humanitäre Stiftung in der japanischen Fachzeitschrift *Jurisuto* weder beim Gesundheitsministerium noch bei den Unternehmen Anklang.³⁸

Der japanische Schadenersatzprozess gliedert sich in zwei Teile: im ersten wird festgestellt, ob eine Rechtsverletzung vorliegt (*shingai-ron*), im zweiten, wie die Schadenshöhe zu bemessen sei (*songai-ron*).

Nachdem im Prozess in Tōkyō die Argumente für und wider das Vorliegen einer unerlaubten Handlung vorgetragen waren, rief der vorsitzende Richter die siegesgewissen Beklagtenvertreter zu sich ins Richterzimmer. Und er erklärte zu ihrer Überraschung: Er sei sich bewusst, dass weder die Kausalität noch ein Verschulden festgestellt worden seien. Doch wenn die Beklagten nicht einem *Vergleich* zustimmten, werde das Gericht ein Urteil fällen, das sowohl die Kausalität als auch das Verschulden der Beklagten bejahen werde. Denn: „*kanja-san wa amari ni mo kawaiō dakara*“ – die Patienten seien allzu bemitleidenswert.

Der deutsche Richter sagte, er sei an das Recht gebunden, der japanische, die Patienten seien allzu bemitleidenswert.

Auf diese Weise kam in Japan zwischen den Klägern, dem Gesundheitsministerium und den Blutprodukteherstellern und -importeuren ein Vergleich zustande, der im Ergebnis *höhere* Geldleistungen vorsah, als die HIV-infizierten Hämophilen in den USA und Deutschland erhielten.

Yutaka Yoshida, Professor an der Tōkyō-Gakugei-Universität, schrieb 1986 in einem Aufsatz in deutscher Sprache im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Recht und Moral im Westen:

37 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896.

38 K. SCHIMPF/J. ETZLER/G. RAHN, *Yōroppa ni okeru HIV kansen ketsuyū-byō kanja no kyūsai to sono hōteki mondai* [Die Hilfe für HIV-infizierte Hämophiliepatienten in Europa und ihre rechtlichen Probleme] *Jurisuto* 1060 (1.2.1995) 94 ff., 1061 (15.2.1995) 152 ff.

„In Japan hält man dagegen von alters her bis heute die Verknüpfung beider (von Recht und Moral) für normal. Der Japaner zögert nicht, aus Moral zwingendes Recht zu machen, ja er sagt, dass ein Gesetz ohne moralische Bestätigung unwirksam sei.“³⁹

Um die konkrete Angemessenheit von Rechtsentscheidungen zu gewährleisten und zu begründen, ist seit einiger Zeit in der japanischen Rechtsprechung und Lehre neben *jōri* der Begriff „*shakai tsūnen*“ gebräuchlich. Wörtlich bedeutet *shakai tsūnen*: „die allgemeine Auffassung der Gesellschaft“.

Definiert wird der Begriff in einem gebräuchlichen Rechtswörterbuch als „der in der Gesellschaft weithin akzeptierte gesunde Menschenverstand (*jōshiki*)“.⁴⁰ Der Eintrag verweist bei *shakai tsūnen* auf das Stichwort *jōri*. Beide Begriffe umschreiben, worauf die Gerichte zurückgreifen können, wenn dem Ergebnis nach positivem Recht die konkrete Angemessenheit fehlt, oder was Parteien und Gerichte anführen können, wenn die konkrete Angemessenheit einer Entscheidung bekräftigt oder verneint werden soll.

So heißt es z.B. in der Begründung einer revisionsabweisenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von 2014:

„Es kann nicht anerkannt werden, dass die Entscheidung der Vorinstanz nach den Erfahrungsregeln der allgemeinen Auffassung der Gesellschaft *shakai tsūnen* bzw. der natürlichen Vernunft *jōri* widerspricht. [...] Das von der Vorinstanz beurteilte Verhalten von A ist objektiv gesehen aufgrund von *jōri* zu billigen, und die Entscheidung der Vorinstanz, es fehle die Rechtswidrigkeit, ist richtig.“⁴¹

Diese Formulierungen des Obersten Gerichtshofs zeigen: *shakai tsūnen* ist heute ein gebräuchliches Synonym für *jōri*. Die allgemeine Auffassung der japanischen Gesellschaft: das ist die natürliche Vernunft.

Im Jahr 2017 wurde ein Reformgesetz des Schuldrechts des Zivilgesetzbuches verkündet. Es soll am 1. April 2020 in Kraft treten. Durch diese Reform wird der Begriff *shakai tsūnen* als zusätzliches Tatbestandsmerkmal in neun wichtige Gesetzesvorschriften eingefügt.⁴² Dann wird die natürliche Vernunft *jōri* nicht mehr nur im Schlichtungsverfahren gelten, sondern als allgemeine Auffassung der japanischen Gesellschaft im positiven Recht zu berücksichtigen sein.

39 Y. YOSHIDA, Die Rezeption des japanischen BGB und der sogenannte „Kodifikationsstreit“, *Recht in Japan* 6 (1986) 27.

40 TAKEUCHI et al. (Fn. 23) 651.

41 OGH, 11.7.14, abrufbar unter <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/9AB164496F8A23A949256A85003161EF.pdf>.

42 S. KAGAYAMA, *Minpō kaisei-an ni okeru „shakai tsūnen“ gainen no fuyō-sei* [Keine Notwendigkeit für den Begriff „allgemeine Auffassung der Gesellschaft“ im Entwurf der Reform des Zivilgesetzes], [http://cyberlawschool.jp/kagayama/PublishedPapers/CriticismIdeaCommonlyAcceptedBySocietyInDraft.pdf](http://cyberlawschool.jp/kagayama/PublishedPapers/http://cyberlawschool.jp/kagayama/PublishedPapers/CriticismIdeaCommonlyAcceptedBySocietyInDraft.pdf).

VI. SCHLUSS

Wieacker nennt als die drei bestimmenden Konstanten der *europäischen* Rechtskultur: den Vorrang des Individuums, den Legalismus und das Erfassen der rechtlichen Erscheinungen in einem widerspruchsfreien wissenschaftlich-begrifflichen System.⁴³

Legalismus sei

„die Unterwerfung der Entscheidung über soziale Konflikte unter eine allgemeine Rechtsregel, deren Geltung und Anerkennung *unabhängig* sein soll von einem außerhalb dieser artikulierten Regel liegenden (moralischen, sozialen oder politischen) Zweck“.⁴⁴

In einem legalistischen Rechtssystem würden die Antinomien Regelgerechtigkeit ↔ Fallgerechtigkeit, Rechtssicherheit ↔ materielle Gerechtigkeit jeweils zugunsten der zuerst genannten *rationalen* Werte entschieden. Als Korrektur dienen im modernen Gesetzespositivismus die Generalklauseln und die richterliche Interessenwertung.

In der *japanischen* Rechtskultur erscheint seit den Anfängen und bis heute die Gewichtung anders: die Sachgerechtigkeit ist der Gleichgerechtigkeit, die konkrete Angemessenheit der abstrakten Rechtssicherheit, die natürliche Vernunft im Sinne der allgemeinen Auffassung der japanischen Gesellschaft dem Legalismus vorzuziehen.

Manche westlich geschulten japanischen Juristen befürchten, dass durch eine vergrößernde Darstellung dieses Unterschieds die japanische Rechtsstaatlichkeit in Frage gestellt werden könnte.⁴⁵ Es handelt sich jedoch um einen *feinen* kulturellen Unterschied, den die Begriffe *dōri*, *jōri*, *jōshiki* erhellen.

In der Eingangshalle des japanischen Obersten Gerichtshofs steht eine Statue der Justitia. Sie kennen alle das Sinnbild der Göttin der Gerechtigkeit, die mit einer Waage in der einen Hand, einem Schwert in der anderen, und verbundenen Augen, das Recht ohne Ansehen der Person erwägt. Auch die *japanische* Justitia hält Waage und Schwert in den Händen. Aber ihre Augen sind *nicht* verbunden. Ein Mitarbeiter des Obersten Gerichtshofs erklärt das so: „Unsere Göttin trägt keine Augenbinde, weil wir wollen, dass die Richter ihre Augen öffnen und *die beste Lösung für jede Prozesspartei* finden.“⁴⁶

43 WIEACKER (Fn. 1) 20.

44 *Ibid.*

45 Vgl. beispielsweise S. ISHII, Bemerkungen zu Jōri bzw. Dōri, in: Menkhaus (Hrsg.), *Das Japanische im japanischen Recht* (München 1994) 51 f.

46 Nach K. ISHIDA, Goddess of justice without a blindfold: How do Japanese judges treat pro se litigants?, in: Haley/Tanaka (Hrsg.), *Legal Innovations in Asia* (Cheltenham 2014) 212 ff.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit drei kennzeichnenden Begriffen der japanischen Rechtskultur: „dōri“, „jōri“ und jōshiki“. Im Anschluss an eine Annäherung an ihr Verständnis als „natürliche Vernunft“ und „gesunder Menschenverstand“ sowie eine Skizzierung ihrer Ursprünge, diskutiert der Verfasser die Frage, ob diese Begriffe Rechtsquellen des japanischen Rechts darstellen. Zwischen den ersten beiden Konzepten besteht eine Verbindung. Das aus dem 8. Jahrhundert stammende, in der Edo-Zeit gebräuchliche Kriterium für die Angemessenheit von Rechtsentscheidungen „dōri“ bildet die Grundlage für „jōri“, welches seit der Meiji-Zeit Verwendung findet. Die in der jüngeren Rechtslehre verwandte Figur des „jōshiki“ bestätigt wortwörtlich die bereits in der Kamakura-Zeit für „dōri“ geltende Interpretation als gesunder Menschenverstand. Obgleich derzeit keines der Konzepte gesetzlich festgeschrieben ist, werden „jōri“ und „jōshiki“, bzw. neuerdings „shakai tsūnen“ (allgemeine Auffassung der Gesellschaft) als Synonym für „jōri“, in Rechtsprechung und Lehre zur Begründung der Angemessenheit und folglich Rechtmäßigkeit von Entscheidungen verwendet. In der aktuellen Schuldrechtsreform ist der Begriff „shakai tsūnen“ sogar als zusätzliches Tatbestandsmerkmal in neun wichtige Vorschriften des Zivilgesetzbuchs aufgenommen worden. Dies hat zur Folge, dass die natürliche Vernunft „jōri“ künftig als „allgemeine Auffassung der japanischen Gesellschaft“ im positiven Recht zu berücksichtigen sein wird. Seit jeher dürfte in Japan in der Rechtsanwendung der Sachgerechtigkeit eine wichtigere Rolle als der Gleichgerechtigkeit und der konkreten Angemessenheit mehr Bedeutung als der abstrakten Rechtssicherheit beigemessen worden sein. Mit anderen Worten, Legalismus war in der Vergangenheit und ist auch in der Gegenwart kein bestimmendes Merkmal der japanischen Rechtskultur.

SUMMARY

The contribution considers three concepts of Japanese legal culture: “dōri”, “jōri”, and “jōshiki”. After defining these notions as “reason of the path”, “natural reason”, and “common sense” respectively, their origin is traced and the question discussed whether these concepts are sources of Japanese law. A connection exists between the first two notions: “Dōri”, originating in the eighth century and a common equity criterion in the Edo era, has formed the basis of “jōri”, which became prominent during the Meiji era. The term “jōshiki”, which has been used in legal doctrine more recently, literally confirms the meaning of common sense already attributed to “dōri” during the Kamakura era. While none of these notions had been codified in the past, “jōri” and “jōshiki”, and recently “shakai tsūnen” (the common opinion in society), as a synonym of “jōri”, have been used to justify the reasoning in case decisions,

and also by legal academics. Furthermore, under the recent reform of the law of obligations, “shakai tsūnen” has been introduced into nine main provisions of the Japanese Civil Code. Consequently, the natural reason of “jōri” in the form of “the common opinion in Japanese society” will have to be considered in Japanese positive law in the future. Then and now, in the application of Japanese law, equitable justice seems to be preferred to equal justice, and the “concrete appropriateness” of a decision to be considered more important than “abstract legal certainty”. In other words, legalism was not in the past, and is not at present a determining feature of Japanese legal culture.