



汕头大学比较法学丛书

法下的人权与国权

铃木敬夫教授古稀纪念文集



法律出版社

杜钢建 白巴根 编

法下的人权与国权

铃木敬夫教授古稀纪念文集

杜钢建 白巴根 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法下的人权与国权:铃木敬夫教授古稀纪念文集 /
杜钢建主编. —北京:法律出版社,2009. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0262 - 0

I. ①法… II. ①杜… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 243738 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/16 字数/393 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0262 - 0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

铃木敬夫教授古稀纪念文集序

翻开《铃木敬夫教授古稀纪念文集》目录,立即被诸多熟悉的作者大名所吸引。他们或者是法届巨硕,功勋卓著,名震遐迩;或者是学科泰斗,著作等身,业绩彪炳;或者是一方旗手,统率团队,锐意进取;或者是学术精英,社会贤达,直土新秀。无论是何方神圣,都与铃木敬夫教授有着千丝万缕的联系,都是受到铃木敬夫教授帮助和支援的至交朋友或后辈学生。他们当中,有的著作文章被铃木敬夫教授译介传播到东瀛;有的受铃木敬夫教授设法邀请出国讲学参会;有的由铃木敬夫教授安排留学访问;有的持续得到铃木敬夫教授的教诲和鞭策。

其实,铃木敬夫教授在中国法学界的直接影响还远不限于本书的作者群体。铃木敬夫教授宅心仁厚,圣德温润,几十年来受到他的各种帮助和恩惠的中国学者和学生已经数不胜数。他在日本的大学中是首开亚洲法的著名教授。如今亚洲法的课程已经成为众多日本大学法科的共同科目,并且形成以铃木敬夫教授为代表的亚洲法研究会,出版了亚洲法系列丛书。值得注意的是,铃木敬夫教授倡导的亚洲法研究,实际上是以中国法为核心内容的。在他的亚洲法讲义中,先后介绍和论及过上百位中国大陆、台湾和香港的法学者。仅就手头的资料看,他把中国学者的文章翻译成日文在日本的正式刊物上发表的就有几十篇。其中涉及的大陆、台湾和香港的学者按译文发表的时间顺序有吴经熊、马汉宝、谢瑞智、林文雄、杨日然、洪逊欣、张宏生、张友渔、陈守一、廖光生、苏俊雄、孙国华、王叔文、沈宗灵、高铭暄、陈学

明、刘智、欧阳振、乔伟、朱华泽、刘昇平、李光璨、刘兆兴、张鑫、刘澣、周振想、杨殿升、陈广君、成良文、杜钢建、力康泰、赵秉志、张弘、童志红、梁华仁、隆仕明、张文显、王作富、郭道晖、徐显明、夏勇、莫纪宏、徐高、李步云、郑成良、信春鹰、何秉松、申虎根、张文、崔庆森、刘根菊、史立梅、陈兴良、陈光中、陈泽宪、彭圣斐、王泰升、李震山、邱兴隆、许成磊、叶云兰等。其中有的作者有多篇文章被铃木敬夫教授译成日文发表。几十年来他就是这样日以继夜孜孜不倦地为沟通中日法学界的交流默默地耕耘。

此外，他还翻译了几十篇韩国学者的文章在日本学术刊物上发表。正是铃木敬夫教授搭起了亚洲法学交流的桥梁。

铃木敬夫教授还帮助过中国一些法学院的图书资料建设。就我所知，20世纪80年代和90年代，中国人民大学和东北的一些大学都受惠于铃木敬夫教授的介绍而得到日本图书出版界㈸成文堂阿部耕一社长的赠书以及他本人的赠书。

铃木敬夫教授先后在中国大陆、台湾和香港的上百所大学演讲，受众数不胜数，弟子遍及大江南北。他还帮助众多法学院建立与日本的大学合作交流的关系。汕头大学法学院就是在铃木敬夫教授的帮助下建立了与日本关西大学的友好交流关系。每年互派教师访问讲学，联合在对方学校召开共同感兴趣的学术研讨会。

在铃木敬夫教授以及许多其他诸多师友的推动下，如今中日法学界的学术交流活动已经普遍展开，两国法学者的交往十分密切。以下拙赋即可反映其中一景。

日本大阪赋

——为2008年关西大学法学研究所学术会议撰

太空俯瞰白云腾蔚兮，下届仙境孰与窥测；穿雾降翔雄岭叠翠兮，

大阪湾波清亮闪烁。秀吉拒明置城绝地兮，危楼百尺高入云，飞檐峭壁黑白分，府厅街多达贵人；西周万国隆正公法兮，秩序重构国开放，怀柔万邦待臣服，华夷世界归总王。寺岛宏论和平宪法兮，世界政府，人类有望，跨国信赖，民间合作，网络成形；君岛力行非暴维和兮，市民防卫，介入乱地，欧亚联合，共促大业，奖主提名。角田哲学导引修法兮，竹下言教，孝忠论策，安田亚洲价值无限；关西学府交流桥梁兮，中日法界，崇文教育，无绝终古源远流长。枝叶峻茂兮，明治森幽音羽庄；风飒木萧兮，吹田枫红伴杏黄。雷雨摧落，众芳芜秽，思徒离忧，萎绝何伤。早饮坠露兮，天保山越朝潮声，平林烟织南港浪；夕餐落英兮，长兴庙外樱塚堆，摄津水都神社殇。筭瑟浩歌兮，主人邀饮三通酒，水周堂下，冷热穿肠；太息掩涕兮，春日野道旧居地，神户王子六甲怅。回车复路兮，梅田天满月宫女，福岛海老江上郎；回顾游目兮，松原平野花田绿，金冈河内闻浅香。安流无波兮，刀根山西怀潜鱼，麻田路东驰环线；荒忽远望兮，千里山下吹田阔，三国丰中萤池满。冻雨洒尘兮，淀川激流入港湾，四桥地铁住江园；折芳遗思兮，此花绽放樱岛秀，汐见桥通南海滂。缤纷繁饰兮，天下茶屋论古今，岸里玉出现北星；若木拂日兮，帝塚雨下秋叶黄，大和川上冬舟闲。荣华未落兮，堺泉寺古三国丘，石津鸟越百舌原；浮游逍遥兮，白鹭一行冲天去，碧树几处映海光。何所无芳兮，堺东驿站夜如昼，河南町郡人似仙；年岁未晏兮，摄津茨木宇野边，大日守口门真南。云霓掩蔼兮，尼崎杭潮千船涌，伊丹稻野猪名显；奏歌舞韶兮，芦屋苦乐园幽梦，浪速难波涛无眠。何怀故都兮，西官名盐逆濑川，东滩青木御影淡。桥本徹知事乡愁浓郁兮，旧朽府馆何时关洲世贸高厦迁。大阪府民百亿负担兮，千年旧业哪堪文化遗址难再现。児岛书序权利竞争兮，至今人权终倡国际，吉田继踵，启后承前；巴根致力日本法业兮，然后东亚文明驱齐，学徒日进，甘累人先。路险后来兮，众友探索，幸则思不得闲；刚强不凌兮，龙泽论学，浦东莫悔成言。教学大化兮，全球法律人，国际公务员；古

城焕新兮,步马兰皋处,日暮崦嵫绚。其面温泉新雨滑,潮汕儒家老怀欢。*

为了感谢铃木敬夫教授为中日法学交流作出的卓越贡献,特遵照学界师友的嘱托编辑出版《铃木敬夫教授古稀纪念文集》,以志鸣谢。

汕头大学法学院院长 杜钢建

2009年6月

-
- * 1. 西周:《万国公法》,启蒙日本法学界。
2. 大国隆正:《新真公法》,反对华夷区别,主张世界新秩序。
3. 寺岛俊穗:关西大学法学部教授,著《市民不服从》与《和平宪法论》。
4. 角田猛之:关西大学法学部教授,法社会学家。
5. 竹下贤:关西大学法学部教授,法哲学家。
6. 孝忠延夫:关西大学政策创造学部部长、关西大学少数群体研究中心主任。
7. 安田信之:关西大学法学部教授,法理学家。
8. 児岛惟谦:关西大学创始人,现代日本教育家。
9. 白巴根:汕头大学法学院教授,汕头大学法学院日本法方向创始人。
10. 尹龙泽:创价大学教授,韩国法律教育与人权研究专家。
11. 桥本徹:大阪府知事,主张迁移府厅。
12. 吉田荣司:关西大学法学部长,教授,宪法学家。
13. 君岛东彦:立命馆大学国际关系学部教授,国际非暴力和平队领导。
14. 宇田川幸则:名古屋大学准教授,法政国际教育协力研究中心副主任。
15. 浦东久男:关西大学法学部教授。

目 录

铃木敬夫教授古稀纪念文集序	1
第一部 宪法下的人权与国权	1
第一章 人权的体系与分类	3
第二章 论日本明治宪法对《钦定宪法大纲》的影响 ——为《钦定宪法大纲》颁布 100 周年而作	23
第三章 “一国两制”下国家统一观念的新变化	64
第四章 以社会最小代价获取民主化最大成果 ——探讨中国政治改革“软着陆”的制度设计	89
第二部 人权与国权的法理	105
第五章 论法律形式合理性的十个问题	107
第六章 现代法的精神论纲	136
第七章 古斯塔夫·拉德布鲁赫思想述评	146
第八章 法律宽容是什么	170
第三部 从刑法视角看人权与国权	191
第九章 从刑事责任理论到责任主义 ——一个学术史的考察	193

第十章 当代中国死刑的批判与未来走向	231
第十一章 从“皮诺切特案”看国际刑法和国际人权法的发展	250
第十二章 死刑司法控制的美国模式之研究与借鉴	281
第十三章 不同罪刑阶段之罪与刑设定模式研究	298
第十四章 监狱纪律与秩序的法理	321
第四部 转型期社会的人权与国权	333
第十五章 公民、公民社会与全球公民社会	335
第十六章 东亚法治秩序的局限与超越维度	368
第十七章 中日票据法上之“对价”研究	393
第十八章 由“绿党”立法思想看中国古代“环境法”的超前性	409
第十九章 美国反补贴法能否适用于“非市场经济国家”——以美国对华反补贴调查为素材	429
第五部 铃木敬夫先生的人和思想	465
第二十章 我和铃木敬夫先生二三事	467
第二十一章 亚洲仁学法理论的构造——纪念亚洲法精神的大儒铃木敬夫教授 退职与任职	473
编后记	490
作者简介	492
出典一览	494
铃木敬夫教授简历与业绩目录(日文)	496

目次

序文	1
第一部 憲法における人権と国権	1
第一章 人権の体系と分類	3
第二章 日本明治憲法が『欽定憲法大綱』に与えた影響	23
第三章 「一国両制」下の国家統一観念の新たな変化	64
第四章 最低限の社会代価による民主化最大成果の獲得	89
第二部 人権と国権の法理	105
第五章 法律形式の合理性に関する十大問題	107
第六章 現代法精神の論考	136
第七章 G. ラートブルッフ思想の評論	146
第八章 法律的寛容とは何か	170
第三部 刑法の側面からみた人権と国権	191
第九章 刑事責任論から責任主義へ	193
第十章 現代中国の死刑に対する批判とその未来	231
第十一章 Pinochet 事件から国際刑法と国際人権法の発展を考える	250

第十二章	米国司法による死刑抑制様式の研究と吸収	281
第十三章	異なる罪刑の段階における罪と罰の研究	298
第十四章	監獄における規律と秩序の法理	321
第四部	転換期社会における人権と国権	333
第十五章	公民、公民社会、グローバル公民社会	335
第十六章	東亜における法治秩序の局限性と超越性	368
第十七章	中日手形法における「対価」の研究	393
第十八章	「緑党」の立法思想からみる古代中国「環境法」の先見性	409
第十九章	米国の相殺関税法は「非市場経済国家」に適用可能か	429
第五部	鈴木先生の人とその思想	465
第二十章	わたしと鈴木先生との出会い	467
第二十一章	アジア仁学法理論の構造	473
編集後記		490
著者紹介		492
出典一覧		494
鈴木敬夫教授の紹介と業績目次		496

第一部

宪法下的人权与国权

第一章

人权的体系与分类

徐显明

人权的分类,指的是人权体系在内容上的逻辑构成。研究人权分类的理论意义,在于明确主体在多大范围内可以享有和主张人权。由于分类的问题直接关涉到人权的立法和制度,所以分类实际上依据权利要素。从人权的理论产生至今,对人权的分类大致有理论形态的划分与人权宣言形态的划分两类。理论上的分类,起自于自然法理论的产生,现今以法哲学对其研究为盛。宣言形态的分类,是立法上的分类,不同的人权立法就有不同的分类方式。

从世界范围内观察人权立法史,耦合而成的四个“89年”分别对应了四个人权体系。第一个是1689年,该年产生了真正意义的英国式的人权体系,即英国“光荣革命”后标志封建制度寿终正寝的《权利法案》,该法共13条,每一条都能体现出胜利者的自豪。用法律宣告王权彻底失败,这在人类历史上还是第一次。由此,昔

日在王权束缚下的人们逐步地、一点一滴地获得自由,先是人身的,再是政治的,最后是全面的,这就成了英国设定人权体系的传统。第二个是1789年,该年在血与火的洗礼中诞生了被后世视为样板而不断被模仿、膜拜的法国《人权宣言》,该宣言开创了整个自由时期所有大陆国家共用的人权体系,它以全面性、准确性、概括性和体系化而获得了极高的荣誉。英国人虽然更骄傲地说1215年的自由大宪章首开人权先河,但真正产生世界影响的人权体系还是奠基于法国的《人权宣言》。第三个是1889年,该年产生的“明治宪法”固定了日本明治维新的成果,其中有“臣民的权利和义务”条款,在世界人权史上,这被认为是西方的人权思想在东方开花结果。但值得引起人权史学家深思的是,东方的第一部宪法,人权的主体用“臣民”表达,人权的内容全部被置于“法律范围内”,由此在东方就形成了一种独特的人权观:人权和自由都是在法律范围之内的,法律之外再无人权。这是一种反映东方专制特点的让人权服从君权和法律的“有限人权体系”。在这部带浓重帝国特色的亚洲第一部人权法中,甚至通篇都未敢使用“人权”的概念。第四个是1989年,该年世界范围内的改宪蔚成风潮。亚洲国家首先是韩国,后来有菲律宾、印度尼西亚、新加坡等至该年均大致完成了这种改革。欧洲国家也在借纪念《人权宣言》诞生200周年之机修改人权体系,特别是社会权的保障体系。东欧国家则纷纷改弦易张,废旧宪而制新宪。这一年可称为人权体系在世界范围内的调整年。

三个世纪过去了,人权的有关理念和思想在世界各国逐步得到比较一致的理解。特别是1948年《世界人权宣言》的产生和联合国人权A公约与B公约的相继开放,加之联合国采取的“人权10年”行动,人权的普遍性原则已为世界各国所公认。在当代的国际关系对话中,人权已成为共同性话题。实行宪法典的国家,其

人权内容大致远则本于法国人权宣言,近则摹于世界人权宣言,各国体系有趋同或趋近的倾向,除了文化上的原因所引起的差别外,由宪法宣告的人权内容也越来越表现出一致性。

二

自然法理论是最早对人权进行分类的理论,自然法对人权所做的先于国家的人权与基于国家的人权的二分法直接影响了法国人权宣言。所谓先于国家的人权,指的是不依赖国家而成立的人权,这些权利就是卢梭论证的人人生而平等的那些人权。这些人权在进入文字表达和法典中的时候,因其对国家的无关性,而可直接称为使人成其为人的人权。那些基于国家而产生并因国家的存在而成立的凡行使时必与国家发生联系的人权,则因其对应着国家政治(这时候的人已具有“政治动物”的属性,因而对其称谓为公民,即表明他是政治国家内的人),其权利不称人权而称公民权。法国的人权宣言,全称是“人和公民的权利宣言”,所以很清楚,这个宣言所接受的人权划分是自然法思想指导下的划分。

自然法思想在处理人与国家关系时所论证的重要法理,是人的价值在国家之上。这种判断较君权至上的中世纪是巨大的历史进步。这一理论为未取得国家独立的人民也仍享有人权提供了依据。二次世界大战后纷纷独立的国家,其人民所具有的人权绝不是从新国家那儿获得的,而是在新国家出现之前已具有的。本世纪最后获得独立的非洲国家纳米比亚和本年以全民公决而获得国家主权的亚洲国家东帝汶^{〔1〕}其人民在组成自己的新国家前也都

〔1〕 在世界宪政史上,以公决形式建成的国家被称为“投票箱中产生的共和国”,如1981年开此先例的帕劳共和国。参见吉田丰等编:《世界的宪法——人权思想的脚步》,一桥出版社1989年版,第68页。

是人权主体,所不同的只是,他们在自己的国家未建成时,难以行使公民权利,而作为自然人的人权则无论在哪个国家,其行使都不受影响。虽然现代各种新法学观点大量涌现,但自然法理论在人权分类方面的作用仍是其他理论所无法替代的。

理论上的另一分类方式是中国法哲学研究中对人权进行的划分^{〔2〕}。这种划分的依据是从道德到法律到事实的三种形态,由此人权可分为应有的人权、法律上的人权和现实中的人权三类。应有的人权指道德意义上的人权,它的范围和内容为最为广泛的。应有的人权往往是法律上的人权的道德根据和理性说明。法律上的人权是指法律规范所肯定和保护的人权,它的内容和范围比应有的人权要小些,这是因为道德上普遍要求的人权在立法时要受到客观条件的限制,其中尤以政治制度、经济制度限制为多,故而道德所要求的人权并非能够全部转化为法律上的人权。现实中的人权是指能够被人意识到并享有和行使的人权,它的范围比法律上的人权又要小些。这是因为客观权利向主观权利转化有三个环节需要联接。主观上认识到这种权利是首要环节,实现人权所必需的全部社会条件是基础环节,人权主体具备行为能力是必要环节。三个环节只要有一个中断,法律上的人权便难以变为现实中的人权。

人权的形态划分标准是人权的实践标准,三种人权范围的差别说明的是一国人权的实际状况,它们的差别越小,说明一国的人权状况越好。理想的人权追求是把应有的人权——凡在道德上能得到支持的——都肯定在立法上,使之转化为法定人权,然后再以完善的制度使法定人权均变为现实,现实的人权才是一个国家真正的人权状况。当三种人权在形态上相等时,该人权制度就是最

〔2〕 见李步云:“论人权的三种存在形态”,载《法学研究》1991年第4期。