

摇图书在版编目(CIP)数据

摇论日本法的精神 陈根发著 北京: 北京大学出版社, 2004.10
摇(法理文丛)

摇陈根发著 北京: 北京大学出版社, 2004.10

摇 I 援论...摇 II 援陈...摇 III 援法学 原研究 原日本摇 IV 援 D971.6

摇中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 15555 号

摇书 名: 论日本法的精神

摇著作责任者: 陈根发著

摇责任编辑: 李燕芬

摇标准书号: 陈根发著 北京: 北京大学出版社, 2004.10

摇出版发行: 北京大学出版社

摇地 址: 北京市海淀区成府路 252 号摇 518 信箱

摇网 址: <http://www.pku.edu.cn>

摇电 话: 邮购部 010-62750174 摇发行部 010-62750175 摇编辑部 010-62750176

摇电子信箱: zhaoyan@pku.edu.cn

摇排 版 者: 北京高新特打字服务社摇 010-62750176

摇印 刷 者:

摇经 销 者: 新华书店

245 毫米 185 毫米 摇 16 开本 摇 16 印张 摇 300 千字

2004 年 10 月第 1 版 摇 2004 年 10 月第 1 次印刷

摇定 价: 25.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

作者简介

陈根发摇男 1959年 源月出生于浙江省嘉兴市。1982年 苑月毕业于南京大学经济系 获经济学学士学位 1987年 苑月毕业于中国政法大学法律系双学士班 获法学学士学位 1990年 猿月毕业于日本北海道大学研究生院 获民法硕士学位 1994年 苑月毕业于中国人民大学研究生院 获法学理论博士学位。

1982年 苑月到原核工业部干部司参加工作 1983年初开始从事专职律师工作。1985年至 1990年主要在日本留学和从事律师工作 其中 1988年以全国律师赴日研修考试第一名的成绩被司法部派往东京森综合律师事务所研修工作一年 1990年应邀在美国哈佛大学访学半年。曾任(司法部)华联律师事务所国际部主任、脱钩改制召集人 北京市东元律师事务所创始合伙人、副主任。1994年 10月调入中国社会科学院法学研究所工作。现任公法研究中心秘书长 法理学研究室副教授。全国西方法律思想史研究会理事。在国内和日本发表法学论文五十余篇。

序摇摇一

日本在近现代法制和经济上所取得的成就,在世界史上具有一定的影响和意义。近代以来,我国对日本法制和日本法学的借鉴是全方位的,并且这也是我国法学研究的开端。但是,由于日本帝国主义的侵华战争,这一法学交流的传统也因此中断。第二次世界大战后,日本在法制建设中基本剔除了法西斯主义和封建主义因素,实现了法制现代化。由于我国与日本同处东亚,面对西洋法律文化,两国的现代法律文化在某种意义上仍然是“东亚法系”中两个毗邻的“开发区”。因此,了解日本法和日本法的精神,对于我国的法治建设和社会主义市场经济建设都具有一定的现实意义。但是,近些年来,我国学者在外国法和比较法的研究中,存在着或多或少忽视或轻视日本法的倾向,在对日本法的研究中也存在着重应用法学、部门法学而轻理论法学的现状,因此在中日法学的交流中,与日本学者对我国理论法学的全方位研究相比,出现了不对称的局面。

由于历史的原因,日本法制的近代性与欧美相比有较大的差异,它较多地维持了封建习惯,缺乏市民自由的特征。日本“现代法”是日本近代资本主义法的变化形态,它与近代法具有共同的经济基础,两者的差异是由资本主义经济的发展阶段所决定的。现代日本法律被划分为公法、私法和社会法三大体系,其中社会法体系在资本主义国家中具有领先地位,它为日本资本主义的迅速发展提供了独特的法制系统。另一方面,在整个日本法学中,理论法学始终处于基础性和指导性地位。其中,法哲学被认为是基础法学的基础,由于日本法学对新康德主义法哲学的推崇,因此在“法哲学”与“法理学”的名称使用和学科体系上,一直偏重于发展大陆法系的法哲学,这一传统对我国早期的法哲学也有影响。

本书的焦点之一是对日本四大理论法学思潮的研究。作者在国内外第一次将现代日本理论法学思潮相对划分为日本新康德主义法学、日本马克思主义法学、日本法社会学和日本自然法学等思潮,对各大法学思潮的产生、发展、地位及其相互关系做了深入探索,描绘出现代日本理论法学各流派和平共生、百家争鸣的历史和现实图景,并进而揭示了各大理论法学思潮

的本质、特征和精神面貌。

日本新康德主义法学的形成主要是受到施塔姆勒(Stammeler)、凯尔森(Kelsen)、拉德布鲁赫(Radbruch)等新康德主义法学家及其法律思想的影响。它主张当为与实存的辩证统一、债权在近代法中的优越地位、社会法的理论、相对主义是民主主义法律理念的基础、国际法优于国内法、对意识形态的批判等。这些基本主张在现代日本法学和社会生活中具有极大的权威和正统性。为了阐明日本新康德主义法学在日本法学中的地位,作者选取了它的三个代表人物:日本法哲学鼻祖恒藤恭(Hehthong)、日本宪法学泰斗宫泽俊义(Miyazawa)和法哲学大师尾高朝雄(Ogata),对他们的法律思想做了分析和比较,揭示了他们在当代日本法学中的指导性地位和影响。

日本马克思主义法学诞生于20世纪40年代,从诞生起就受到了天皇统治的彻底弹压,但是在一些杰出法学家的研究和倡导下,表现出了顽强的生命力。第二次世界大战后,日本马克思主义法学所受到的来自国内和国际的各种考验也是罕见的,但它还是找到了发展的空间。日本马克思主义法学具有自己浓厚的特色,极力主张法的阶级性、批判性和国际性等。作者在研究中选取了它的三个代表人物:“日本的马克思”平野义太郎(Hirano)、日本马克思主义法哲学“第一人”加古佑二郎(Kaku)和日本马克思主义法社会学大师渡边洋三(Watanabe),对他们的法律思想做了分析和比较,揭示了他们在日本法学中的特殊地位。

日本法社会学是“社会学法学”在日本的表现形态,它的产生受到了法律进化论、日本马克思主义法学、“活法”(Lebensrecht)和经验法学等思想的影响。其中日本马克思主义法学对战前日本法社会学的影响具有划时代的意义,战前的日本法社会学与马克思主义法学存在许多共同点。战后不久的“法社会学争论”和“法律解释争论”造成了日本法社会学在研究方法上的分化,形成了马克思主义法社会学和经验主义法社会学两大倾向。但从总体上看,日本法社会学主张法社会学方法的多样性、对法的概念和法的精神作扩张性解释、提倡马克思主义与经验主义方法的结合等。作者选取了它的三个代表人物:日本法社会学“始祖”末弘严太郎(Suehiro)、民主主义斗士戒能通孝(Kaenoh)和日本“法学之王”川岛武宜(Kawashima),对他们的法律思想做了分

析和比较,揭示了他们在日本法社会学乃至整个日本法学中的巨大影响。

日本自然法学也有着自己独特的遭遇和辉煌。最初传入日本的西方法律思想是法国的自然法学思想,但是由于法律实证主义的迅速崛起,自然法思想没有在明治立法中占据明显的优势。战后,“不死鸟”(素戔嗚尊)的自然法思想在自然法色彩浓厚的日本新宪法下获得了彻底解放,日本自然法学也走上了复兴的道路。日本自然法学具有自己浓厚的特色,主张“法的自然法”或“法学上的自然法”、多元文化主义的自然法、儒学和理学的自然法及对西方正义论的调整等。作者选取了它的三个代表人物:大法官田中耕太郎(耕太郎田中)、儒学者长尾龙一(龙一长尾)和天主教神甫永帕鲁图(帕鲁图永)对他们的法律思想做了分析和比较,揭示了他们在日本法学中的地位和影响。

本书的另一个焦点是对“日本固有法的精神”的研究。通过对古代日本的习惯法、武士社会的法及其法律意识的研究,作者认为在日本的固有法中存在着三大“精神”,即现实主义精神、公家和团体主义精神和和谐主义精神。不仅如此,作者还进一步探索了决定现代日本法精神的深层原因,认为日本固有法的精神具有内在、深刻的两面性,与西洋法和日本现代法存在着既相适应又相矛盾的局面。最后,作者对“日本理论法学精髓”提出了自己的见解,认为日本理论法学中存在着价值相对主义的法学观、法律意识形态的批判观和历史唯物主义的革命观等积极因素。

根发同志以日本理论法学的多样性和法制现代化为镜,对我国的法制现代化和理论法学研究提出的建设性意见也具有一定的现实意义。长期以来,我国在对外国法律思想和法律文化的借鉴上较多的是倾向于美英法德等国,对于临近的日本反而有疏远和轻视的倾向,但事实上日本的法律思想和法律文化中有一些值得我们借鉴和适于在我国发展的因素。如作者在结论中写到,即使在社会主义条件下,任何事物的发展也只有在存在内部多样性的情况下才是可能的,法学和法制现代化也不例外,它们需要多种“和而不同”或“价值相对主义”法学理论相辅相成的交流、合作和指导。

有学者在评论作者的这一研究时指出:陈根发博士能够占有大量的材料,比较详细地介绍日本学者在理论法学方面的研究和成果。一般而言,我们都熟悉日本学者对于中国法制史和民商法的研究,我国对日本民商法和刑法等部门法的研究也比较多且深入。但是,由于资料的缺乏,我们不知道日本理论法学的历史和现状,因此,这一研究有填补国内法学研究空白的作

用。^① 根发同志长期从事律师工作,曾留学日本,访学美国,具有丰富的律师执业经验。他在攻读博士学位期间所表现出的求实、严谨和锐意进取的精神超出了我对他的期望。他的理论素养、功底和独特的研究风格具备了从事国际性高水平研究的条件。相信他的这部专著能够对读者全面、客观和准确地理解日本法的精神起到参考作用。

吕世伦
于中国人民大学寓所
二〇〇九年 远月 远日

① 吴玉章:《法学博士学位论文:学术与策略之间》,载《清华法治论衡》二〇〇九年第 缘辑。

序摇摇二

我是在 1985 年的春天认识陈根发君的。那时 ,他是我国北海道大学研究生院法学研究科博士课程前期的留学生 ,我通过他的指导老师铃木贤教授和正好与他同班的小女铃木光的介绍认识了当时已经在中国北京有数年律师执业经历的陈君。认识陈君前后 ,我一直从事有关中国法的研究、编译工作 ,经常需要中国留学生的协助 ,因此我也请陈君参与了我的一些编译、校对和与中国学者方面的联络工作。在近距离的接触中 ,我发觉陈君不仅是一个有独特风格的法律工作者 ,而且也是一个对学习和研究非常认真、勤奋并具有强烈正义感的青年。在后来至今的岁月中 ,陈君一直是我们铃木家最欢迎的中国朋友之一。

陈君于 1985 年获得北海道大学的民法硕士学位后 ,复又从事律师工作 ,经常活跃在中日交流的法律服务领域。1988 年 ,他受中国司法部的派遣来到我国最大的律师事务所东京森综合律师事务所研修工作 ,我们的交流又多了起来。记得当时我们经常在北京北干住一带的居酒屋讨论学问上一些有趣的问题 ,陈君多次表示以后将改变职业 ,转向教学和研究 ,这正是我与他的许多朋友所期待的事情。后来的事实证明 ,陈君当时在调整职业方向上的考虑和选择是有充分准备和计划的。在日本工作期间 ,陈君活动的重点之一是与学者的交流、研究资料的收集和参加有关法学研讨会。为了把有关日本理论法学的研究放到更加广阔的和国际比较的层面 ,1990 年他还特意到美国的哈佛大学等处访学、研修 ,收集了许多外国学者对日本理论法学的研究文献。

陈君在中国人民大学攻读博士学位期间 ,发表多篇学术论文 ,在法哲学上表现出特殊的造诣。他把《现代日本理论法学思潮研究》作为博士论文题目并征求我的意见时 ,我认为这是一个非常具有现实意义的研究。日本自己并没有开展这样的对现代理论法学思潮进行分类、比较和预测的研究工作 ,但是正如陈君在博士论文中已经揭示的那样 ,日本法学中并不总是“右翼”势力占据统治地位 ,新康德主义法学、马克思主义法学、法社会学和自然法学思潮中曾出现了许多包括其他国家的人民都能感到有参考价值的人与

思想。然而,也正如陈君在博士论文通过答辩后的追加研究中所阐明的那样,“日本固有法的精神”确实存在着一些特殊的性格,具有一定程度的两面性,这也是导致战后日本政府未能妥善解决历次对外侵略战争以来所遗留的重大历史问题的主要原因之一。

陈君的《论日本法的精神》这一研究是独特并富有建树的,在中日两国理论法学交流存在诸多障碍和误解的现在,相信陈君的这一著作将成为中日法学交流史上的一个里程碑。

铃木敬夫

日本札幌学院大学法学院院长

西曆 年 月 日

目 录

第一章 导论	员
第一节 日本法在世界史中的地位	员
第二节 近代以来我国对日本法的借鉴	缘
第三节 为什么应该了解现代日本 理论法学	愿
第四节 今天我们如何对待现代日本 理论法学	怨
一、我国学者在研究日本法学中存在的问题	怨
二、本书的研究方法	员

第二章 现代日本理论法学的特色	员原
第一节 日本法制的特色	员原
一、日本近代法体制的形成	员原
二、现代日本法制的特点	员远
第二节 现代日本法学体系的特点	员怨
一、日本法体系的分类	员怨
二、现代日本法学体系的分类	圆远
三、现代日本理论法学在整个日本法学中 的地位	圆愿
第三节 现代日本法哲学和法理学	猿园
一、基础法学之基础的法哲学和法理学	猿园
二、法理学与法哲学的历史渊源	猿员
三、日本法学对新康德主义法哲学的推崇	猿原

目录

第三节 日本新康德主义法学的代表人物及其法律思想	远原
一、日本法哲学鼻祖恒藤恭的法律思想	远原
二、宪法学泰斗宫泽俊义的法律思想	远原
三、一代宗师尾高朝雄的法哲学	远原
第四节 日本新康德主义法学的发展趋势	远原
一、新康德主义法哲学在现代日本法学中的影响	远原
二、日本新康德主义法学的发展趋势	远原
<hr/>	
第四章 日本马克思主义法学的进取性	远原
第一节 日本马克思主义法学的形成和发展	远原
第二节 日本马克思主义法学的特色	远原
一、法的阶级性	远原
二、法的批判性	远原
三、法的国际性	远原
第三节 日本马克思主义法学的代表人物及其法律思想	远原
一、“日本的马克思”平野义太郎的法律思想	远原
二、日本马克思主义法哲学“第一人”加古佑二郎的法哲学	远原
三、日本马克思主义法社会学大师渡边洋三的法社会学	远原

目录

第四节 日本马克思主义法学的进取性	152
一、日本马克思主义法学是现代日本法学的重要思想基础	152
二、日本马克思主义法学是不断创新和发展的马克思主义法学	152
第五节 日本马克思主义法学的发展趋势	152
第六节 正确对待日本马克思主义法学	152
<hr/>	
第五章 日本法社会学的科学因素	152
第一节 日本法社会学的理论渊源	152
一、法律进化论的影响	152
二、日本马克思主义法学的诞生对法社会学的影响	152
三、“活法”对法社会学的影响	152
四、法社会学争论	152
五、经验法学对法社会学的影响	152
第二节 日本法社会学的基本主张	152
一、法社会学方法的多样性	152
二、对法的概念和法的精神的扩充	152
三、马克思主义与经验主义方法的结合	152
四、日本马克思主义法社会学的主张	152
第三节 日本法社会学的代表人物及其法律思想	152
一、日本法社会学“始祖”末弘严太郎的法律思想	152

目 录

二、民主主义斗士戒能通孝的 “行动的法社会学”	155
三、日本“法学之王”川岛武宜的法社会学	156
四、日本法社会学的发展趋势	158
<hr/>	
第六章 日本自然法学的复兴及其特色	159
第一节 日本自然法学的历史沿革	159
一、西方近代自然法思想在明治时代的遭遇	159
二、“不死鸟”的自然法	160
三、日本自然法学的思想基础	162
第二节 日本自然法学的基本主张	163
一、“法的自然法”或“法学上的自然法”	163
二、多元文化主义的自然法	165
三、儒学和理学的自然法	166
四、西方正义论批判	168
第三节 日本自然法学的代表人物 及其法律思想	169
一、大法官田中耕太郎的自然法思想	169
二、儒学者长尾龙一的东方自然法思想	170
三、天主教神甫永帕鲁图的自然法思想	172
第四节 日本自然法学的发展趋势	173
一、日本自然法学与中国的“新仁学”	173
二、日本自然法学对当代日本法学的影响	175
三、日本自然法学的未来课题	176

目录

摆摆第五节摆认真对待自然法学	摆摆摆
<hr/>	
第七章摆日本固有法的精神	摆摆摆
摆摆第一节摆日本固有法的范围	摆摆摆
摆摆第二节摆日本固有法的精神	摆摆摆
摆摆摆一、现实主义的法学精神	摆摆摆
摆摆摆二、公家和团体主义精神	摆摆摆
摆摆摆三、和谐主义精神	摆摆摆
摆摆第三节摆日本固有法精神的两面性	摆摆摆
摆摆摆一、日本固有法精神与西洋法的矛盾	摆摆摆
摆摆摆二、日本固有法精神与日本现代法的矛盾	摆摆摆
<hr/>	
第八章摆当代日本理论法学精髓	摆摆摆
摆摆第一节摆当代日本理论法学精髓	摆摆摆
摆摆摆一、价值相对主义法学观	摆摆摆
摆摆摆二、法律意识形态批判观	摆摆摆
摆摆摆三、历史唯物主义的法学革命观	摆摆摆
摆摆第二节摆比较视野下的中国理论法学	摆摆摆
摆摆摆一、理论法学思潮与法制现代化	摆摆摆
摆摆摆二、“法理学”批判	摆摆摆
摆摆摆三、理论法学、部门法学与审判制度的 合理关系	摆摆摆
摆摆摆四、价值相对主义与我国理论法学思潮	摆摆摆

新刑法, 1875年颁布了“商业法庭改组法”, 1876年颁布了海事法, 1878年到1882年间陆续颁布并完善了民法。但是, 这些法典、法律并没有打破封建的、宗教教权的穆斯林社会传统, 没有在政治、经济和文化上带来显著的发展。鸦片战争后的中国, 遭受到西方列强的直接侵略而沦为半殖民地的命运给日本的民族独立和发展提供了生死存亡的教训。日本 1868年的明治维新及其资本主义的迅速发展则对古老的中国产生了最直接的冲击。正如恩格斯于 1895年指出的那样: “中日(甲午)战争是把日本作为工具的俄国政府挑拨起来的。但是不管这次战争的直接后果如何, 有一点是不可避免的: 古老中国整个传统的制度将完全崩溃。”这是因为“中日战争意味着古老中国的终结, 意味着它的整个经济基础全盘的但却是逐渐的革命化, 意味着大工业和铁路等等使发展农业和农村工业的旧有联系瓦解”。^① 梁启超也曾指出: “吾国四千余年大梦之唤醒, 实自甲午战败割台湾, 偿二百兆以后始也。”^② 面对日本的崛起与中国的衰落, 中国的有识之士痛感积极学习西洋文化、特别是借鉴西方法制以改造中国的必要性。他们认为, “取法泰西、获效最著者莫如日本”。^③ 毛泽东在《论人民民主专政》一文中也曾辩证地指出: “1840年鸦片战争失败那时起, 先进的中国人, 经过千辛万苦, 向西方国家寻找真理”, 因此“向日本、英国、美国、法国、德国派遣留学生之多, 达到了惊人的程度……日本人向西方学习有成效, 中国人也想向日本人学。在那时的中国人看来, 俄国是落后的, 很少人想学俄国。这就是 19世纪 40年代至 19世纪初期中国人学习外国的情形。”鲁迅先生于 1896年东渡日本后, 接受了进化论思想, 产生了救国的“惟一的救济方法是革命”和社会主义的想法。^④ 早期的中国人民大学校长吴玉章在手记《辛亥革命》中说, 他在 1896年参加科举落第后, “为了挽救祖国的危亡, 为了争取自己的前途……我们一行九人, 好像唐僧取经一样, 怀着圣洁而严肃的心情, 静悄悄地离开故乡”, 奔赴日本。^⑤ 在去日本的途中, 吴玉章先生以“东游述志”为题, 写下

① 《马克思恩格斯全集》第 3 卷, 人民出版社 1955 年版, 第 103 页。

② 梁启超:《戊戌政变记》, 载《戊戌变法》(一), 神州国光出版社 1958 年版, 第 103 页。

③ 天津图书馆、天津社科院历史研究所编:《袁世凯奏议》(中), 廖一中、罗真容整理, 天津古籍出版社 1985 年版, 第 25 页。

④ 邵德门:《中国近代政治思想史》, 法律出版社 1984 年版, 第 100 页。日本的鲁迅研究者、中国研究中心理事长横松宗教授认为:鲁迅在日本确实学到了夏目漱石的创作手法, 包括这一点, 当然还受到了有岛武郎、厨川白村和社会主义作家的影响。当然, 他的革命思想也与在东京和章太炎的邂逅有关。参见〔日〕横松宗:《鲁迅的思想——民族的怨念》, 河出书房新社 1985 年版, 第 100 页。

⑤ 〔日〕升味准之辅:《日本政治史》(第 4 册), 董果良译, 商务印书馆 1987 年版, 第 100 页。