

原著 川岛武宜

翻译 申政武

李旺

渠涛

王志安

当代法学名著译丛



现代化 与法

中国政法大学出版社

当代法学名著译丛

原著 川岛武宜

翻译 申政武 渠涛

李旺 王志安



现代化 与法

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代化与法/(日)川岛武宜著;王志安等译. —北京:中国政法大学出版社,2002. 11
ISBN 7-5620-1328-4

I. 现... II. ①川...②王... III. 社会法学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 089101 号

* * * * *

书 名 现代化与法
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 10.75
字 数 280 千字
版 本 2004 年 1 月修订版 2004 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-1328-4/D·1280
印 数 0 001-5 000
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知

II 总序

识界崇尚法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到 1839 年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于 1864 年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针政策。从 1877 年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到 20 世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制

的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：（1）有代表性的理论流派的主要著述，（2）有典型性的政法制度的精辟评介，以及（3）有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

IV 总 序

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

季卫东 张志铭 贺卫方 谨识

法律秩序的传统与创新（代译序）

季卫东

法学家川岛武宜（1909—1992）与政治学家丸山真男、经济学家大冢久雄一起，常常被人们称为当代日本现代化理论的三座并列的高峰。他在晚年十分关心中国的法制建设，积极支持日中经济法律中心的活动；在国务院法制局代表团第一次访问日本时，他以 89 岁的高龄也到会捧场，令人感动不已。在一个新绿宜人的季节，他终于翩然而去，没有来得及留下一声道别。然而，他给法社会学和民法学界却早已留下了一笔十分丰富的遗产。

川岛师承末弘严太郎的自由主义市民法学的精神，而开创了日本战后法律科学的一代新风。他对西方法理论的涉猎极其广泛，颇有兼容并包的胸襟。例如他的所有权制度论就是以韦伯（Max Weber）的专有（appropriation）学说为基础、以马克思（Karl Marx）的商品交换学说为核心而构筑的。但对川岛的思想影响最大的则是耶林（Rudolf von Jhering）的权利论和埃利希（Eugen Ehrlich）的“活法”论，以及美国的经验法学。川岛武宜的法社会学体系包括启蒙和反思这两大方面，即具有现代主义和后现代主义的双重性。其中启蒙性这一方面主要由六本佳平教授继承，反思性这一方面则主要由棚濑孝雄教授继承，二者相辅相成、共同左右着法社会学领域的学术主流。而由于社会结构的转

II 法律秩序的传统与创新（代译序）

型必然要呼唤批判精神，于是川岛学说中对于现代法本身以及移植现代法的实践进行反思的内容近来尤其得到新一代研究者的热切关注，并涌现了一些有突破性的成果。

这里所收的论文是委托棚濑教授从《川岛武宜著作集》（共计十一卷，岩波书店 1982～1983 年版）中精选出来的，典型地反映了作者批判传统法律意识、确立现代的权利观念、对法教义学进行反思、提出由圣人凡的法律科学构想、进而发展一种市民自主利用的实用法学的思想轨迹。这一轨迹与日本法制的改革和建设的历程是完全相呼应、相吻合的。当然，仅仅根据这些论文并不能描绘出川岛学说的全貌，因而这里还有必要介绍一下其他代表作。川岛对日本传统社会秩序进行了深入的调查研究，其中被认为是日本法社会学奠基之作的有《日本社会的家族性构成》（日本评论社 1948 年初版）和《日本人的法意识》（岩波书店 1985 年新版）；他分析现代法律结构的经典著作是《所有权法的理论》（岩波书店 1987 年新版）和《民法解释学的诸问题》（弘文堂 1956 年第 4 版）；而在方法论方面，《法社会学中法的存在构造》（日本评论社 1950 年初版）和《“作为科学的法律学”及其发展》（岩波书店 1987 年）影响甚广。

一、法意识及其制度性条件

川岛武宜把法意识作为自变量用以说明法的行为方式的思路形成于 1950 年代，在 1967 年初版的小册子《日本人的法意识》中得到全面的展开。其主要内容可以概括如下：传统日本社会中的“厌讼”（避免采用诉讼方式来处理民事纠纷）的倾向是由日本人的法意识决定的，而这种法意识的特点在于缺乏权利的觉

悟，或者说是缺乏对于权利与义务的关系的正确理解。现代法中普遍存在的权利义务关系是一种当事人平等的社会关系，意味着依照一定的客观性标准来明确界定每个人的公认利益的范围，并使之得到强制性的实施。因此，权利意识与诉讼行为之间势必存在着正比例的相关关系；诉讼率可以作为法和权利的意识发达程度的衡量指标。但是，日本社会的集体主义和纵向关系导致了“和为贵”的行为准则。人们尽量避免纠纷；即使发生了纠纷，也要抑制个人的权利主张，力争通过友好协商来圆满处理之。这种传统的社会秩序原理与现代的国家法律制度的乖离，是造成回避诉讼的最根本的原因。当然，法意识并不限于权利意识和诉讼利用方面，契约的性质和用法也是其中的重要问题；但是，日本人的法意识特征基本上一直是从诉讼行为上得以说明的。川岛认为，随着社会现代化的进展，相应的现代法意识也会不断形成和发展。他说：“人们将会更加强烈地意识和主张权利，因而将会把诉讼或者说审判制度作为实现权利的手段而更加频繁地加以利用”。这一命题对于日本国内外都产生了极大的影响，长期以来成为法文化论的主流观点之一。

然而，历史与川岛开了一个不小的玩笑。他的上述预言与后来日本的法和社会发展的事实并不一致。比较这一百年来日本民事诉讼第一审案件数的时间序列的变化可以看到，起伏跌宕的波浪线并没有表现出一定的型式；二次大战后的诉讼率也没有显著增加，甚至相反地呈下降趋势。与此适成对照，调解等法院外的纠纷处理方式却得到广泛的运用，起诉案件中的和解结案率也一直居高不下。显然，日本社会的现代化和权利意识的增强并没有相应地带来积极利用诉讼的结果。怎样理解川岛命题与客观事实之间的这种矛盾呢？

美国学者海利(Jhon O. Haley)对川岛的该学说进行了尖锐的

批判,称之为一种“厌讼的神话”。他认为,不能对诉讼态度泛泛而论,因为在不少场合日本人也表现了积极利用审判制度的姿态(在这里比较一下中国人中同样存在着“厌讼”与“健讼”的价值背反的事实将是饶有趣味的);与美国和西欧相比日本社会的诉讼率之所以不高,与其说是由于“厌讼”情感,毋宁说是由于制度条件的缺陷,即司法模式效能上的问题。例如,日本的法官和律师人数的不充分导致了诉讼迟延,并会反过来妨碍起诉动机的形成。那么,为什么日本政府不致力于加强法律执行的效果呢?在海利看来,这与行政指导体制有着密切的关系;而把日本人回避审判的倾向的原因归结为传统的文化和意识,其实等于在为那些于有意无意之间造成的制度上障碍物的存在作辩护。棚濑教授把这种主张命名为“精英阴谋说”;他承认川岛的学说存在破绽,但同时指出制度的维持离不开国民意识的呼应,因此必须兼顾文化和结构这两个方面。六本教授和宫泽节生教授则对海利的川岛批判进行了针锋相对的反驳,认为其立论显得对于日本的传统乃至一般意义上的作为社会基本因素的文化都缺乏充分的理解。无论如何,把川岛的法意识论斥为“神话”未免太轻率;至于日本法意识的内容实质及其与诉讼行为的关系究竟如何,则应该根据川岛提示的线索和各种经验性资料进行缜密地探讨,不宜固执一己之见。

川岛武宜并没有忽视法意识与制度条件的关系,他把从西方导入的现代市民社会的法律制度和规范视为一种“意识形态”,并认为这种意识形态与现实生活是相游离、甚至相矛盾的,但同时它又发挥着掩饰客观事态的作用。注意,作为法制现代化论旗手的川岛的立场与后现代主义的批判法学的立场居然如此接近,真让人拍案称奇。由此亦可见,在巴西指导法制现代化实践的昂格尔(Roberto M. Unger)居然在美国触发了现代法批判的“核反应”,事出并非偶然。以下言归正传。另一方面,社会现实中

的秩序原理则是与传统的文化意识相协调的。因此在川岛那里，文化和结构、意识和制度之间存在着某种互相依存的关系。例如，封建性契约就十分典型地反映了主观的意思和客观的结构这两个方面，其统合的基础在于某种利益的交换。如果以基于利益交换的当事人双方意思表示的符合作为契约的概念内容，那么可以说封建契约和现代契约在逻辑抽象的层次上是一致的。但是，与封建契约不同，现代契约有三个显著的制度性特点：1. 意思表示的主体独立于现实的力量对比关系；2. 交换的对象是物质关系而不是人身关系——即当事者在身份上是平等的；3. 交换关系的等价性是意思自由的基础。从意识方面来看，日本封建契约在“和为贵”的精神支配下表现为“归一”性的关系，而在现代契约的价值观中，意思的对立、权利的抗争占有重要的位置。

川岛认为，封建契约关系的解体与规范意识的变化是一种互为因果、互相促进的关系的展开过程。新意识的存在前提是权力的行使必须以法院作为媒介，而不是采取赤裸裸的、直接的物理性强制的方式。由于现代法的抽象性可以允许封建权力关系的继续存在，因而起初的审判制度变革颇有些装点门面的虚伪性。但是随着现代法律适用的假戏真作，审判制度的功能障碍不断减少，封建的权力关系也就会逐步解体。由此可见，川岛武宜并没有忽视制度的问题，更不是要矫饰权威主义统治。他只不过立足于现实，强调法意识、法运用与制度改进之间的动态关系，主张从打官司这一可操作性的部位入手来渐次改造国家的权力结构和精神结构而已。

二、现代法的意识形态性

作为现代的启蒙者，川岛武宜特别强调法治、守法精神以及法与道德的一致性。在他的理论背后存在着一种默示的前提，这就是对于法律秩序的普遍性正义的信仰。川岛指出，如果没有这样一种信仰，法律规范就不能内在化、进而落实到自发的行为之中，主体的自由和社会的强制这一现代法的矛盾就会显现出来并造成精神上的不安。在这种情形之下，法的效力只有仰仗强制命令才能维持，从而导致现代法治的基本原则名存实亡。为了避免上述事态的出现和蔓延，川岛认为不仅要改变法制的硬件，而且要改变其软件；换言之，不仅要输入先进的法典，而且要继受与之有关的伦理价值和思想观念，通过改造国民性使现代法律意识渗透到日常的社会生活之中。因此，他反对严格区分法与伦理的法律实证主义，而强调在现代化过程中法与伦理的关联。但是饶有兴味的是他避免对这两者的关系进行直截了当的价值判断，而主张仅仅从社会事实的角度来考察。通过这一巧妙的障眼法，他实际上就把一个意识形态的问题转换成了一个科学真理的问题，把一个法律权威性的问题转换成了一个科学权威性的问题。因而在这一意义上可以说，川岛实际上要在法学领域中提倡一种作为意识形态的科学主义。关于这个问题拟留待后面详加讨论。

川岛承认，现代商品经济具有一种内在非伦理性；一般而言现代法是在冷静的利害计算的基础上调节各种经济关系，而伦理具有不可计算的特性，不排除它就不能实现法的计算和预测的技术性功能。但是如果利己主义的泛滥使这种非伦理性变质成为反伦理性，那么法就会违悖民众的感情，受到抵制和攻击。在社会

政治文化条件不成熟的情况下建立商品经济，法的非伦理性一方面现实的需要，另一方面却不得不面临尖锐的非难，这样的两难处境在发展中国家比比皆是。解决问题的关键在于必须认识到现代商品经济社会恰好在非伦理性的地方存在着其特有的伦理。经济竞争的确要靠个人的利己心来驱动，但同时商品交换是以等价有偿为原则的；正是等价交换构成了工商社会中的伦理的基础，并通过对无偿的占用和剥夺的一般性禁止、遵守游戏规则、诚实信用等具体的道义规范，形成一定的经济秩序。这样的经济伦理先于法律而存在，并非由国家强加于市民社会。但是，国家如果不为这种伦理秩序提供法律制度上的保障，那么经济就很难实现稳定的发展，旧的情理义气就会乘虚而入、歪曲现代商品交换的实质性涵义。总之，怎样通过法把市民社会与国家组织、效益与伦理适当地结合起来，这是经济建设和法制建设的核心问题。

通过社会变革而导入的现代法体系，怎样才能排除传统的习惯和道德观的干扰、得到有效的实施呢？川岛武宜认为，贯彻现代法的最大保障是“守法精神”——现代社会固有的特殊的法意识形态。然而，正如昂格尔所指出的那样，这种法意识形态是与西欧的自然法理论以及超越性宗教的文化传统一脉相承的；而东洋社会并不具备诸如此类的精神条件。那么，怎样才能民众中树立起新的守法观念，从而克服法制建设流于形式的问题呢？川岛说，现代法意识中的最根本的因素是主体性意识，包括对本人权利的主张（自由）和对他人权利的尊重（平等）这两个互相关联（团结）的方面。由于每个人的权利的确定都是以其他人的权利的共存为前提，因此，“为权利而斗争”与排他的利己主义截然不同，不仅不会破坏安定团结，反而会升华为“为法制而斗争”、强化合法秩序。现代法意识的另一项重要内容是基于价值合理化的正统性的自发的

守法动机。值得注意的是川岛在这里不动声色地用自然法则取代了自然法,用目的合理性取代了超越性宗教,用自律的道德取代了绝对的命令,并在此基础上强调通过后天的灌输和教化改变人们的法意识的可能性。只有具备了内在的、自发的法意识,人们才会绝对地、无条件地遵守法律。总之,川岛主张建立现代法治秩序不是制定一套完备的典章制度就万事大吉的,更重要的是要致力于改变意识形态、获得文化霸权(hegemony)。诚哉斯言!

然而,在强调培养公民自觉的、无条件的守法精神时不能不考虑这样的问题:如果某一法律规范是“恶法”也必须尊重且服从吗?“恶法”与“良法”的区分标准何在?在现代化过程中,法制本身也需要随着时势的变化进行改革,强调绝对的守法会不会妨碍必要的变法呢?如果谈守法是以已经建立了完备的现代法体系为前提,有什么根据能证明这些新法没有走样和变质吗?在现代法还未能得到民众的理解和支持时,是否应该断然采取强制措施?假如回答是肯定的话,那么怎样才能保证强制不被滥用,怎样才能使这种强制与现代法的自由、民主等原则相协调?川岛当然拒绝了恶法作为法也必须无条件遵循的论断。为了解决守法精神与对于恶法的态度的矛盾,他提示了以下两条思路:第一,通过统治者的良心和理性来发现恶法并及时进行修改;第二,法的实行不得仰仗“外加的强制”而要争取发自内心的服从。也就是说,真正健全的法治只有以国家方面的“认知性”和人民方面的“合意性”为两轮方能够畅行无阻。可以说,在现代化社会中,唯有科学才具备超越不同文化价值的权威性,因此法律的科学化蕴藏着把认知与合意统一起来的力量。可以说,通过法律科学来认识和排除法的恣意或者恶法,从而奠定守法精神的世俗的、合理性的基础,这就是川岛法学方法论的基本宗旨。

三、在意识形态与科学真理之间

如果说“劳动法的特殊性与劳动法学的课题”一文反映了合意和实质正义的一面,那么可以说“作为科学的法律学”等论述则特别强调了认知和工具理性的一面。在川岛的思想中,这两个方面是统一的。众所周知,西方传统法律学的实质是教义而不是科学。然而,在现代科学革命之后,理性主义风靡世界,也席卷了几乎所有的人文学科。由于康德(Immanuel Kant)正是从理性的普遍适用上来定义“启蒙”这一概念,因此,推进启蒙运动的人们以科学为旗帜是顺理成章的;作为法和权利启蒙的逻辑归结,在现代化过程中法律学的科学化也是箭在弦上、一触即发。不过,法律学的领域有个很特别的地方,这就是基于正统性的守法精神与基于理性的启蒙运动的批判精神极难调和。倘若不对现代法深层结构中的教义学本质也适用批判理性,那么启蒙就是不彻底的;但是在实际上对于现代法(法化)的理性的批判(非法化)与情绪的抵抗(反法化)有时很难加以区别,弄不好会造成法的空转或失效。因而在法制建设方面,彻底的启蒙运动会导致批判法学,而不彻底的启蒙运动则会招致法学批判。这就是“启蒙的异化”和“法化的价值背反”。正是由于这种原因,川岛的学说中表现出了现代法观念的摇摆,或者说一种在理性和信仰之间的彷徨。

川岛武宜主张,法律科学(特别是法社会学)研究的是事实认知而不是价值判断,是法的“实然”问题而不是“应然”问题;它要从法的活生生的现实出发而不仅仅拘泥于观念的形式。科学的法律学与教义的法律学的区别在于,前者试图通过对法的内容、关系、结构、功能、安定、变迁等进行理性的分析和综

合，为正确的立法、司法以及行政提供有实用性的科学根据或基础；后者则主要表现为关于法和审判的正当性的诠释和说服的技术。当然，川岛的观点并非一成不变，随着时间的推移，他的法律科学化的具体论述也时有微妙的变奏。在“作为科学的法律学”中，法被理解为社会控制的技术，包括价值体系的结构的形式、价值判断的相互关系的调整以及价值实现的语言沟通活动的技巧等方面，法律科学的目标是实现法律解释的价值中立性。而在“市民的实用法学及其科学性”中，法被理解为主要是法庭中当事人、证人与法官之间的社会的和心理的相互作用，因而法律科学的任务是以审判的先例为素材预测法律决定的结果，或者说是对诉讼现象的经验科学的研究。这两种倾向结合在一起，就导致了对于社会控制和纠纷处理的法律过程的重视。在当事人自主交涉的过程中，理性与非理性往往交织错综，基于科学真理而进行的精心设计未必总是能如愿以偿；所以，作为科学的法律学在转入过程分析之后，要想不改初衷确实很难。这样说并不意味着否定过程分析的科学性，而只是试图强调在动态的条件下维持过度的理性信仰或体系理性何其勉强。

在川岛的学说之中，科学与技术没有得到严格的区分。他基本上是在控制技术、语言技术、预测技术和解纷技术的含义上使用法律科学这一概念的，这些技术与法解释学的说服技术的不同仅表现为是否要求价值中立性。因此，以技术性为媒介，法律科学很容易转化为法律政策论或者反过来与法律解释学重温旧梦。川岛后来把日本民法解释学中的利益衡量作为法社会学的重要一环、并为教义学翻案平反的事实就足以为证（尽管川岛晚年的开业律师生涯对此也不无影响）。不过我们在这里无须纠缠于应用科学的界定问题，更重要的是怎样确切地领会法制现代化过程中科学技术主义的社会功能。正如川岛自己所明言的那样，他是针