

法律与民族性

日本法律近代化何以可能

李丽辉 著

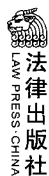


 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律与民族性

日本法律近代化何以可能

李丽辉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律与民族性:日本法律近代化何以可能/李丽辉著.
—北京:法律出版社,2012.4
ISBN 978-7-5118-3334-1

I. ①法… II. ①李… III. ①法律—近代化—研究—日本 IV. ①D931.39

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第050243号

法律与民族性:日本法律近代化何以可能

李丽辉 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2012年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17.25 字数 233千

印次 2012年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3334-1

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

是什么让我们如此牵挂学问

丽辉是我在云大教书时,能留给老师印象深刻、和老师至今仍保持联系、且有志于学问的少数杰出学生之一。她出版第一部专著,看到她的成果和进步,感到欣喜和鼓舞,愿意为她言说一二。

在我执教高校时,丽辉勤学好问,有读书人的气象和做学问的潜质。本科阶段,她曾获得过省校级三好学生、奖学金等诸种奖励,写作和英文水平都进展神速。尤为令人高兴的是,与其他女生不同,因继承家传古风,其书法、绘画皆能上手;且大多时间能安静地徜徉于图书馆、资料室场合,研读《李泽厚十年集》之类的哲学书籍。我看她有走上研学究理的志向,暗中既为她叫好,也深深为她祝福。

果然,大学毕业后,她不负众望,在众多竞争中,顺利考取西南政法大学就读研究生,实现了求学政法名校的愿望,走上了一条我过去曾经走过的并引以为傲的学术之路。研究生期间,受西政浓厚的学术氛围和法理学滋养,她成绩斐然,学业精进,多次获优秀毕业生、优秀学生干部等诸种奖项,成为安心做学问的榜样和云南法律人中的佼佼者。

为奖掖后学,我曾经在赠书扉页题词:“忠实于自己的目标前进”和“学问人生”。从放弃待遇优厚的工作单位全心投入硕士的学习,到攻读博士学位期间克服身体疾病、照顾家庭,丽辉也的确是铭记教诲,执著坚韧。当面对这部无论是文笔还是思路皆进步不小的书稿,并获悉丽辉为此研究已经开始日文的学习,我由衷地感到青出于蓝而胜于蓝的慰藉和

历史发展进步的真理。韦伯说,唯有那发自内心对学问的献身,才能把学者提升到他所献身的志业的高贵与尊严。我为有这样的学生,为云南能有这样献身于学问的研究者感到鼓舞。

以前的时代,知识拥有、学问研究属于特权、精英阶层。进入互联网时代,知识以网络的形式存在于我们每人周围,知识自由使用的广度与浓度前所未有的,不仅打破了所谓的师道尊严的幻象,也破坏了以封锁、管理知识为特权的愚民策略,话语权和表达权回到了普通人手中,只要会使用google、百度,我们能很快找到自己想要的东西。当知识无所不在,又唾手可得地存在于我们的四周,我很想听听丽辉及更多的年轻一代学者们的心声,为什么还要写作?到底写作的意义何在?

进行这种追问是很有意义的。在一个竞争激烈、快餐文化盛行的信息时代,写作日益边缘化,靠创作来赢得名和利的可能性越来越小。面对“柴米油盐醋”的现实生活,当为激烈的生存竞争绞尽脑汁时,当陷身杂务琐事难以清闲时,写作似乎已成了“乌托邦”式的梦想。可是,为什么还一如既往,深情地执著于研究呢?到底是什么力量让我们如此牵挂于学问?贡献学术呢?

常有学生这样告诉我,我感染了一些学生对学术的热情和追求。每每听到这样的话,感到无比温暖。他们相随走上这条道路,令学术不再孤单和无助。更为重要的是,他们的不懈努力和付出,他们的成果和成熟,已经远远超越于我辈达到的高度,沉甸甸交出的成果,改写了人们对云南人做学问的偏见与不在乎。

博登海默曾说,“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦,在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一房间、凹角和拐角是极为困难的,尤其是当技术知识和经验受到局限的情况下,照明系统不适当或至少不完备时,情形就更是如此了”。这下明白了,每一种理论,每一种思想,只是代表着某一局部的或有限的真理,谁也无法穷究和垄断。我们所写之书,本意是想把问题弄清,但一旦沾上了问题,问题只会越来越多。今日,丽辉说著之书,只是法律大厅中看到的一个小片段、小局面,她所带给我们的只是新的照亮角度,到底知识有无增量,思想有无独到和创新,值得

我们钻进去看看。

一部成功的法学作品离不开鲜活的社会生活的滋养。丽辉这部作品并非仅仅源于文本阅读、资料查阅,而是有着深刻问题意识和现实关注。在历史车轮驶入近代之际,同样历经了法制的变革,为何清朝政府的法制转型成为纸上谈兵、明治政府却最终完成了法律的近代化?日本考察、借鉴了欧美国家的社会法制,为何却形成了完全不同的法制模式?这些问题的回答已不是政治、经济、国际环境等因素可以完美解决的。丽辉将民族性因素作为切入的路径,进行了有效的尝试。言其“有效”,如学者本尼迪克特的《菊与刀》一书,决定了“二战”后美国的对日政策;言其“尝试”,百花齐放、百家争鸣乃是学术繁盛、社会昌明的最佳展现。若就解决纠纷、化解矛盾、降低成本的角度而言,民间一切有用的传统资源都应在法律的关注之列。法治秩序不应排斥自发秩序的存在与合理性,而应寻求国家、社会之间的妥协与合作。唯有在国家、社会两种合力的共同推进之下,和谐状态的最终形成才不会遥远。这种尝试,正如韦伯所说“从未想要以任何精神论的史观,来取代唯物论的史观”。

透彻把握某一民族性,需要了解以其载体形式表现出来的社会体制。这样,作为历史和传统承载者、宪政民主制推动者的等级制自然便浮出水面。在近代由于走向民族国家的需要,等级制焕发了新的生命力:它既保留了日本民族对于风俗习惯的尊崇,取得了法权的地位;又经历了转型的洗礼,获得了宗教观念和家族制度的巩固与提升。等级制架构中的三个因素天皇、政府和民众所具备的不同特点,为日本走向近代宪政民主制度做好了铺垫。近代的等级制在制度上得到强化,形成以天皇为核心的政治权威;在观念上得到推动,演化为日本人根深蒂固的民族特性。这样,日本人独特的名誉观这一民族特性既经历了等级制的演变形成,又转而以等级制作为制度载体、成为日本法律近代化的精神动力。本书另辟蹊径的探讨所折射出来的就是法律与民族性之间的关系问题。

大和民族是一个复杂的民族。一方面,日本人以他们爱美的天性把

日本列岛治理得山青水碧，寸寸锦绣，让每个旅游者都心旷神怡，赞叹不已；另一方面，我们无论如何忘不了抗日战争期间日本人所表现出的野蛮残忍。一方面，我们不能不佩服这个屡屡创造现代神话的民族的团结、勤奋、敬业；可另一方面，他们的小气、自大和自私让我们实在不敢恭维。如刀与菊，两者都是一幅绘画的组成部分，世界著名民族学家、美国人本迪尼克特是这样描述日本人，既好斗又和善，既尚武又爱美，既蛮横又文雅，既刻板又富有适应性，既顺从又不甘任人摆布，既忠诚不二又背信弃义，既勇敢又胆怯，既保守又善于接受新事物，在自我矛盾的表皮下，日本民族渗透的是一份“极端”和“偏激”。

时至今日，日本的社会环境依旧无法摆脱矛盾的困扰，意识和认识层面上的差异使中国国民眼中的日本始终包围在致密的帷幔之中，鄙视、尊敬、熟悉、陌生、钦佩、厌恶、羡慕、嫉妒等交织交杂。透过帷幔，透过这个矛盾笼罩下的日本社会，我们究竟应该以怎样的态度去面对？如果我们的意识为民族情感所捆绑，而失去了认识日本的冲动，那么我们还将失去更多；如果我们依然保持着对日本的无知，无知者固然无畏，但最终只会导致更大的无知。

固然历史的伤痛难以抚平，但社会的车轮却总是滚滚向前，在这样的环境中，学者的价值和力量在于克制情绪去解剖真实。也许这种解剖会加剧已有的情绪，但它真正的价值却在于洞察事实、求得真实，这正是学术的魅力所在。学术的进步在于新问题、新方法或新资料的提出。在此意义上，丽辉的努力是一个很好的尝试。这一尝试并非只为学术而学术，更重要的对于我们真实地理解日本民族、日本法制大有裨益。

做学问，首推修心，其次劝善，再次治国。在资讯日益发达的今天，学术、文化的资源发达，不会因地理空间的阻隔而导致学术研究的边缘化，不会因某种虚构的神话谋求外界注视和侧目，更不要以一个落后边疆人的心态在盲目自信中呈现出自卑的底色，我们需要的是不断的热情和坚持，需要的是不断的深邃和独到。热情和坚持并不能必然保证学术成果的丰硕，但缺少了这份热情，永远没有从事学术的召唤，更不会有灵感的

光顾;而没有独到和深邃,一切研究只会原地踏步,毫无价值。祝愿丽辉在学术上的热情、灵感与成果携手而至,也期待着她的外文素养能够早日绽放光彩。

是为序。

云南省高级人民法院副院长、
法学教授、法学博士

田成有

2012 年春

前 言

经历了清末变革的中国与经过了明治维新的日本,在近代却迎来了不同的历史结局:清朝政府难逃覆亡的命运,法律在近代的转型成为纸上谈兵;明治政府开启了进入资本主义的大门,完成了法律近代化。在政治、经济和国际环境等诸多推动日本完成法律近代化的动力因素中,本书关注的是以等级制为代表的民族性因素。

形而上者谓之道,形而下者谓之器。任何形而下的背后都有形而上的存在。本书力求以等级制的角度作为切入点,阐明通过等级制显现出来的以名誉观为核心的伦理道德等民族性因素是日本法律近代化转型成功的重要动力。民族性因素在法律变化中的作用近年日益得到客观的看待,但什么是民族性以及民族性对法律的影响在当前学界的认知状况是怎样的(部分引论和第一章);作为民族性典型体现者的等级制,如何从制度和观念的层面完成了神话正统化的历史嬗变(第二章);近代的等级制怎样重塑了天皇的核心地位、从而加速了民族性的演变和法律的转型(第三章);追溯等级制的精神渊源,以名誉观为核心的伦理道德如何对日本的法律在近代的转型产生了根本性的影响(第四章);最后,透过对等级制的考察,法律与民族性之间究竟在日本近代的历史进程中产生了怎样的纠结(第五章)。本书将——解答。具体而言,全书的安排如下:

引论,国人对于日本人的民族性及其与法律的关系从感性到理性的认知。在经历了不同历史时期自豪、仇恨与愤怒等情绪的演变之后,中国

人对于日本民族性格的了解似乎仍然停留于较为表面的认识。日本人则早已把中国这个题目“放在解剖台上解剖了几千次,装在试验管里实验了千百次”。国内外在日本民族性方面的研究不仅善本不多,而且较多浅显和感性的描述,较少将日本与亚洲其他国家进行比较、从社会历史角度进行分析。至于能够将法律与民族性勾连起来,探寻二者之间关联的研究则付之阙如。

第一章,民族性在日本法律近代化中的重要作用。明治维新时期的日本,变法图强成为国家在内外交困下的首选。在推动日本法律近代化的经济、政治、国际环境等诸多因素中,民族性因素相较而言更能推动法律的变革、社会的发展进入良性循环之中。在中国批判和改造国民性的语境中,民族性带有贬义和否定性。虽然晚清时便从日本引入“民族性”一词,但该词至今尚无权威的定义。这些都不能改变的事实是,民族性因素所具备的特点对于日本法律近代化的完成产生了深刻影响。

第二章,等级制在日本历史上神话正统化的嬗变。作为民族性的典型承载者,等级制从制度和观念两个层面发生了演变。作为制度的等级制,它历经了律令和幕藩两种政治体制,经过了天皇制的建立与其核心地位的确立、天皇制的衰落与双重政权两个不同的发展阶段,形成了万世一系、二元格局和各安其分、各得其所的特点。作为观念的等级制,它历经了神权天皇和象征天皇两种思想阶段,贯穿于日本人社会生活的各个领域,体现在他们对世界秩序的构筑中。对于等级制嬗变的分析无疑可以从社会变迁的角度考察日本民族法律制度及其法律观念的形成。

第三章,近代时期的等级制重塑了天皇的核心地位。近代的等级制对于天皇至上的地位不但得到了以《明治宪法》为代表的制度强化,而且受到神道国教化等观念的灌输。经历了三个发展阶段的武士伦理道德全民化,进而巩固了天皇在等级制中的至高地位,强化了等级制的思想和观念。在追求国家富强这一目标实现的近代,涵盖天皇、政府和民众三个因素的等级制对日本法律转型的完成产生了推波助澜的作用。国家神道和

家族制度为等级制奠定了牢固的社会基础。作为一种宗教,神道在使得国家观念宗教化的同时,也使得天皇制成为宗教的微妙替代品。具有开放性质的家族制度则哺育了日本人家族国家观的形成,后者成为促进其国民对等级制认同的媒介和手段。

第四章,以名誉观为核心的伦理道德是日本法律近代化的精神渊源。独特的名誉观是日本人伦理价值体系的核心。其中,恩的特性和报恩义务不仅在日本人的生活中具有颇高的认同地位,而且成为日本法律近代化的精神动力。作为名誉观的衍生物,日本人的现世主义情结滥觞于以名誉观为核心的伦理价值体系,并在与西方实用主义的结合中找到了理论根基和哲学意义。维新前的开国考虑和维新后的效法先进无不笼罩在日本民族现世主义的人生态度之下。名誉观的另一个衍生物是重视教育。《教育敕语》在社会生活中具有第二宪法的地位,同时,教育培养了人们实现名誉目标所需要的人文素质。日本的近代法律在名誉观这两种衍生力量的影响下,获得了转型的原初动力。

第五章,日本法律近代化中法律与民族性的关系。当实现名誉成为矢志不渝的人生目标时,达到目标的方式却可以因地制宜地选择。这种方式的多样性并不影响对目标的价值评判,更不是道德方面存在问题。等级制与名誉观之间呈现出相辅相成而又相生相克的态势,这也正是日本近代法律与民族性之间的关系。西方关于民族性形成的思想为总结日本民族性的形成做好了铺垫,U字型育儿法既导致了日本民族性格的产生,也产生了外国人眼中日本人行为的矛盾性。为了摆脱由矛盾性而陷入的道德困境,他们寄希望于自我修养。后者的施行意外地强化了日本人固有的民族性,最终使得其民族性格的形成与巩固进入往复的循环之中。

在法律变革的过程中,倘若将民族性格更多地纳入考虑范围,法律的革故鼎新会裨益良多。法律应该成为人类生活幸福、社会和谐的通衢。此外,需要说明的问题在于,本书之所以选取等级制作为考察日本近代法律与民族性关系的载体,是因为等级制及其核心天皇制对日本历史和社会的巨大作用和影响。作为民族性的典型承载者,等级制的法律意义也

是显而易见的。而选择民族性的视角观察日本法律的近代化,也仅仅是一种研究的尝试,并非否认经济、政治、国际环境等因素在社会变迁中的作用。这些因素实际上是“像齿轮一样相互啮合在一起”,共同对社会的发展发挥着各自的作用。尽管自己对于日本的厌恶挥之不去,但学术的探讨却又必须秉持客观的态度,也许这样才能更好地知己知彼、把握主动。

目 录

是什么让我们如此牵挂学问	001
前 言	001
引 论	001
一、历史的声音	001
二、从感性情绪到理性认知	002
第一章 日本法律近代化中的民族性	015
第一节 明治维新与法律近代化	016
一、封建危机	016
二、革新措施	018
三、维新与法律	021
第二节 民族性的作用	024
一、中日法律近代化差异原因概述	024
二、民族性因素与其他原因之比较	029
第三节 民族性问题	034
一、日本近代的法律继受	034
二、民族性的源起和含义	038
三、民族性的特点	041
四、观念的力量	043

第二章 等级制:神话正统化的嬗变	049
第一节 制度上的神话正统化	049
一、律令体制:天皇的核心地位	049
二、幕藩体制:双重政权的出现	063
三、等级制体制的特点	074
第二节 观念上的神话正统化	086
一、律令时代:神权天皇	086
二、幕府时代:象征天皇	091
三、等级制观念的影响	112
第三章 等级制:重塑天皇核心地位	119
第一节 近代时期的等级制	119
一、天皇至上:制度的强化	119
二、武士道演变与民族特性	136
三、天皇至上:观念的灌输	147
四、等级制加速法律近代化	153
第二节 等级制的社会基础	161
一、国家神道:国家观念宗教化	162
二、家族制度:国民教化的基础	164
三、解剖实例:法律与社会的互动	168
第四章 名誉观:等级制的精神渊源	172
第一节 名誉观:法律近代化的精神动力	173
一、名誉观的含义	173
二、独特的伦理价值体系	178
三、日本法律近代化的精神动力	183
第二节 名誉观衍生物:现世主义与教育	192
一、现世主义与日本法律近代化	193
二、重视教育与日本法律近代化	201

第五章 等级制与民族性	216
第一节 评价日本人的名誉观	216
一、实现名誉方式的多样性	216
二、实现名誉方式的优劣面	220
三、名誉观与等级制	225
第二节 法律与民族性的关系	227
一、西方关于民族性形成的思想	227
二、日本人民族性的形成	229
三、法律与日本人的民族性	234
结 论	239
参考文献	242
后 记	259

引 论

一、历史的声音

9月18日上午,家中书房。沉浸在写作状态中的笔者突然被一种深沉而嘹亮的声音所惊动,一瞬间仿佛置身于影视作品中描绘的空袭警报的场景。这声音经久不息,回荡在城市的上空。今天,是“九·一八”事变的纪念日。

在历时八年的抗日战争期间,无论是在小型战斗还是在规模较大的战役中,无论是对待平民还是战俘的态度中,无论是处理内部士兵关系还是外部敌方关系的过程中,日本人的残忍行为随处可见,这种残忍有时甚至达到令人发指的程度。然而,正是这些行为被贴上“残忍”标签的日本人,在战争结束之后的几十年里,却一直没有中断到遥远的中国战场遗址拜祭;^{〔1〕}随后,在“二战”的废墟上,他们于20世纪60年代跨入世界先进国家的行列,70年代成为世界第二经济强国——这似乎是一个充满了矛盾性的民族。

在古代,由于日本人对中华文明的仰慕和吸纳,中华民族充盈着自豪的感情;在近代,由于战争,仇恨的感情占据了上风;在现代,由于杀戮,愤怒的感情弥漫开来。在当代,由于历史进程的延续,仇恨与愤怒的感情也在继续;由于日本技术的领先,亲睐有加的情绪并不缺乏市场。这一切,

〔1〕 譬如松山战役是抗战中最为惨烈的战役之一。其遗址位于云南省保山市龙陵县腊勐乡,是第二次世界大战中保存最为完整的战场遗址之一,至今仍然有日本人前来拜祭。

究竟是自己民族的感情在发生着变化,还是客观事实也即对方民族的本质属性在发生着改变?无论是哪一方面的变化,以对事物客观、全面的了解作为前提而得到的认知或评价都应该会更为切中肯綮一些。接踵而至的问题是:这究竟是个什么样的民族?

二、从感性情绪到理性认知

(一)知己知彼

回顾国人对日本民族的了解,除了历史上的“遣唐使”、“倭寇”,似乎就是“小日本”、“鬼子”、“侵略者”,还有今天的动漫、相扑和汽车。在古代的历史进程中,事实上作为文化中心的中国形成了万方来朝的天国心态,认为“礼闻来学,不闻往教”。^{〔2〕} 在中国的历史记载和历史记忆中,除了“唐僧取经”到天竺学习佛学的故事,到外国学习的并不多见,倒是多少有些外来的学习者。虽然在中国古代的历史文献中,不乏关于日本的记载,^{〔3〕}但专门关注和研究日本或者日本民族的资料则尚付阙如。随着近代的西力东渐,国人的认知开始走向“师夷长技”。虽然留学国外以赴日本者居多,国内效法日本事物者众多,也有“倭学”^{〔4〕}一词的出现,然而研究日本的学者却寥寥无几。其中,黄遵宪(1848—1905)^{〔5〕}的《日本国志》是中国近代第一部系统而深入地研究日本的百科全书式著作,康有为(1858—1927)^{〔6〕}的《日本变政考》是世界上较早研究明治维新的专著。至现代,迫于战事,也出自情感,戴季陶(1891—1949)^{〔7〕}的《日本论》、蒋百里(1882—1938)^{〔8〕}的《日本人》和王芸生(1901—1980)^{〔9〕}的《六十年

〔2〕《礼记·曲礼》。

〔3〕《汉书》、《后汉书》与《三国志》中均有关于日本的记述,至今仍然是世界研究日本的珍贵史料。

〔4〕日俄战争前后,该词已经出现在名满天下的湖南举人王闿运和几乎无人知晓的山西举人刘大鹏口中。

〔5〕中国近代诗人、外交家、政治家。

〔6〕中国近代政治家、思想家、社会改革家。

〔7〕中国近代国民党的理论家。

〔8〕中国近代军事理论家。

〔9〕新闻工作者、无党派爱国民主人士。