

/// 西方法律思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

当代日本法学 思潮与流派

*The Thought and
School of Modern Japanese Law*



陈根发 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

当代日本法学 思潮与流派

陈根发 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代日本法学思潮与流派/陈根发著. —北京:
法律出版社, 2004. 9

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 7-5036-5090-7

I. 当… II. 陈… III. 法学流派—研究—日本—
现代 IV. D909.313

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 087508 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张旭辉 赵 佳 陈 慧		装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社		编辑统筹/法学学术出版社
总发行/中国法律图书有限公司		经销/新华书店
印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司		责任印制/陶 松
开本/850×1168 1/32	印张/7.875	字数/172 千
版本/2005 年 10 月第 1 版	印次/2005 年 11 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	苏州公司/0512-65193110	
书号:ISBN 7-5036-5090-7/D·4808		定价:17.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力襄助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



绪论	1
一、日本法在世界史中的地位	1
二、近代以来我国对日本法的借鉴	5
三、为什么应该了解当代日本法学思潮 与流派	9
第一章 日本法制的特点	13
第一节 近代日本法制的特点	13
一、近代日本法制的形成	13
二、日本的“六法”	15
三、近代日本法制的特点	16
第二节 现代日本法制的特点	18
一、现代日本法制的含义	18
二、现代日本法制的特点	19
第三节 日本宪法的自然法思想	22
一、明治宪法的复合性格	22
二、现行宪法的自然法思想	25

第四节 日本民法的法律思想	27
一、“法典争论”	28
二、现行民法典的法律思想	29
 第二章 当代日本理论法学的特色	 31

第一节 当代日本法律体系的分类	32
一、公法和私法	32
二、社会法	34
第二节 当代日本法学体系的分类	35
一、基础法学、实定法学与应用法学	35
二、公法学、私法学与社会法学	36
三、实体法学与程序法学	36
四、民事法学与刑事法学	36
五、国内法学与国际法学	37
第三节 理论法学在整个日本法学中的地位	37
第四节 当代日本理论法学各学科的特色	41
一、基础法学之基础的法哲学和法理学	41
二、“世界上最发达”的法史学	45
三、领导日本战后法学的法社会学	47
四、历史悠久的比较法学	49
 第三章 日本新康德主义法学	 53

第一节 日本新康德主义法学的理论渊源	54
一、日本法学中的新康德主义	54
二、日本新康德主义法学的形成	55

三、施塔姆勒法律思想的影响	58
四、凯尔森纯粹法学思想的影响	61
五、拉德布鲁赫法哲学思想的影响	65
第二节 日本新康德主义法学的基本主张	68
一、“当为”和“存在”的辩证统一	68
二、债权在近代法中的优越地位	69
三、社会法的理论	70
四、相对主义是民主主义法律理念的基础	71
五、国际法优越于国内法	72
六、对意识形态的批判	72
第三节 日本新康德主义法学的代表人物 及其法律思想	73
一、日本法哲学鼻祖恒藤恭的法律思想	73
二、日本宪法学泰斗宫泽俊义的法律思想	79
第四节 日本新康德主义法学的发展趋势	86
一、新康德主义法哲学在现代日本法学 中的影响	86
二、日本新康德主义法学的发展趋势	87
第四章 日本马克思主义法学	94

第一节 日本马克思主义法学的形成和发展	96
第二节 日本马克思主义法学的基本主张	100
一、法的阶级性	100
二、法的批判性	104
三、法的国际性	109
第三节 日本马克思主义法学的代表人物	

及其法律思想	114
一、“日本的马克思”平野义太郎的法律思想	114
二、日本马克思主义法哲学“第一人”加古佑二郎的法哲学	120
三、日本马克思主义法社会学大师渡边洋三的法社会学	126
第四节 日本马克思主义法学的发展趋势	134
第五章 日本法社会学	136
第一节 日本法社会学的理论渊源	137
一、法律进化论的影响	137
二、日本马克思主义法学的诞生对法社会学的影响	139
三、“活法”对法社会学的影响	142
四、法社会学争论	143
五、经验法学的影响	145
第二节 日本法社会学的基本主张	146
一、法社会学方法的多样性	146
二、对法的概念和法的精神的扩充	147
三、马克思主义与经验主义方法的结合	148
四、日本马克思主义法社会学的主张	150
第三节 日本法社会学的代表人物及其法律思想	151
一、日本法社会学“始祖”末弘严太郎的法律思想	151

二、民主主义斗士戒能通孝的“行动的法社会学”	156
三、日本“法学之王”川岛武宜的法社会学	163
第四节 日本法社会学的发展趋势	172
第六章 日本自然法学	176

第一节 日本自然法学的历史沿革	176
一、西方近代自然法思想在明治日本的遭遇	176
二、“不死鸟”的自然法	177
三、日本自然法学的思想基础	182
第二节 日本自然法学的基本主张	183
一、“法的自然法”或“法学上的自然法”	183
二、多元文化主义的自然法	184
三、儒学和理学的自然法	187
四、西方正义论批判	189
第三节 日本自然法学的代表人物及其法律思想	194
一、大法官田中耕太郎的自然法思想	194
二、儒学者长尾龙一的东方自然法思想	199
第四节 日本自然法学的发展趋势	204
一、日本的自然法论与中国的“新仁学”	204
二、新自然法学对当代日本法学的影响	207
三、日本新自然法学的未来课题	208

结语	210
----	-----

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	217
----------------	-----

主要名词术语与代表人物索引	221
---------------	-----

参考文献	225
------	-----

后记	234
----	-----

绪 论



一、日本法在世界史中的地位

日本 1868 年的明治维新和资本主义的迅速发展曾对古老的中国产生了最直接的冲击。在 1894 年的中日甲午战争期间,恩格斯曾辩证地指出:“中日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,有一点是必不可免的: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和“变法”的必要性。他们认为,“取法泰西、获效最著者莫如日本”。因此提出变法和法制建设

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第 39 卷,人民出版社 1974 年版,第 285、288 页。

〔2〕梁启超:“戊戌政变记”(卷一),载《戊戌变法》(一),神州国光出版社 1953 年版,第 249 页。

主要是要学习日本等国的成功经验。关于这一点,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20世纪初期中国人学习外国的情形。”鲁迅先生于1902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”的想法。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1902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”,东渡日本。^{〔3〕}



日本的富士山

日本明治维新过后30年,中国清政府的改良派仿效明治维新实行了戊戌变法,其目的不仅包括建立近代法律

〔3〕〔日〕升味准之辅:《日本政治史》(第2册),董果良译,商务印书馆1997年版,第420页。

体制,并且计划改革封建政治体制,但结果是成了短命的“百日维新”。中国着手近代法律体制的建设,实际上始于辛亥革命后的国民党政权,当时的民国政府虽然编撰了六法,但是其脱离中国社会现实的情况,远远超过了日本明治维新时期立法的情况。并且由于迅速崛起的日本对我国的侵略,中国有识之士的政法主张也开始朝着疏远日本、接近前苏联的道路调整。正如孙中山于1924年指出的那样:“日本维新是中国革命的第一步;中国革命是日本维新的第二步。中国革命同日本维新,实在是一个意义。可惜日本维新之后,得到了强盛,反忘却了中国革命之失败,所以中日感情,日趋疏远。近来俄国革命成功,还不忘中国革命之失败,所以中国国民同俄国国民,因革命之奋斗,日加亲善。”〔4〕

可以说,像日本那样,通过吸收西方文化,在经济和法制上都取得巨大成功的例子,不仅在亚洲是空前的,而且在世界史上也具有重大意义。美国蒙大拿大学的路易斯·海斯教授指出:“从历史的观点看,日本的经验确实具有戏剧性。在如此短时间内却在世界事务中发挥主要影响的日本的成就,由于它的总体成文历史非常简短这一事实,而变得更加引人注目。这一点,当我们与古老中国的巨大文化成就相比较时,就显得更加突出。因为直到19世纪末,日本的整个文明水平程度还停留在欠发达的阶段。”〔5〕

我国有的学者也指出,日本的崛起对欧洲中心主义思

〔4〕《孙中山选集》(下卷),人民出版社1956年版,第898页。

〔5〕Louis D. Hayes, *Introduction to Japanese Politics*, M. E. Sharpe Inc. New York, 2001, p. 6.

想提出了有力的质疑和挑战,为东方重新评估欧洲中心主义提供了必要的证据。这固然存在着普遍被承认的日本民族具有极强的适应时势的能力这一民族性格的因素,但笔者认为最直接的原因是日本的法学,特别是理论法学经常能够对吸收先进的外国法律文化起到指导和推动作用。(参见表1)因为,经济的增长依靠奖励,而奖励又部分地依靠法律。说得更准确一点,经济增长往往“发生在人们面对的调整社会和个人行动回报率的法律和其他机构性的奖励达到高效率水平时”。〔6〕正如道格拉斯·诺斯和保罗·托马斯在他们的西方危险史研究中所指出的那样,经济增长依赖“机构性协议和财产权的确立,它能够创造出一种这样的奖励,在那里它能够把个人的经济成就传送到让私人回报率接近社会回报率的活动”。〔7〕在日本,法律、社会及其相互作用与西方模式相比较虽然存在许多差异,但是在关键的方式上日本人和美国人一样,遵循“同样固有的逻辑性”。〔8〕可以说,“青出于蓝,冰寒于水”是日本法制现代化进程中的主要方面。日本在明治维新以后建立起来的激励资本主义迅猛发展的近代法制和第二次世界大战以后建立起来的促进经济和社会高速成长的现代法制,无疑是值得我们研究和借鉴的。

〔6〕 J. Mark Ramseyer, *Minoru Nakazato, Japanese Law*, The University of Chicago Press, 1999, p. 2.

〔7〕 Douglass North, Robert Paul Thomas, *The Risk of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, 1973, p. 1.

〔8〕 Eric A. Feldman, *The Ritual of Rights in Japan*, Cambridge University Press, 2000, p. 162.

表1 日本法典与其所模仿的外国法

公布年	法典	外国法
8世纪	大宝律令 养老律令	中国法
1870	新律纲领(刑法)	中国法
1880	刑法	法国法
1880	治罪法(刑事诉讼法)	法国法
1889	大日本帝国宪法	德国法
1890	民法	法国法
1890	商法	德国法
1890	裁判所构成法	德国法
1890	民事诉讼法	德国法
1890	刑事诉讼法	法国法
1896	{民法总则、物权、 {债权编	{德国法 {法国法
1899	商法	德国法
1905	担保社债法	英国法
1908	刑法	德国法
1922	刑事诉讼法	德国法
1922	破产法	德国法
1923	信托法	英国法
1946	劳动关系调整法	美国法
1946	日本国宪法	美国法
1947	垄断禁止法	美国法
1948	刑事诉讼法	美国法
1948	证券交易法	美国法
1950	商法中的公司法	美国法
1952	会社更生法	美国法

二、近代以来我国对日本法的借鉴

中日两国都地处东亚,由于地理、气候、人种上的相近或相似,两国自古以来就保持着密切交往,中国文化特别是法律文化对日本产生过深刻的影响。19世纪中叶以来,两国又都面临了几乎相同的国际环境,但是由于两国在对

待和接受西方政治和法律制度上的差异,导致了两国在近代化道路上的分道扬镳。20 世纪初,有的美国学者在比较了日本和中国对待西方文明和法制的做法后,提出中国要占据较好的国际地位,“必须抛弃偏见和模仿日本”。〔9〕20 世纪 30 年代初,留日先辈鲁迅先生针对排斥日本文化的倾向,指出:“在这排日声中,我敢坚决地向中国的青年进一个忠告,就是:日本人是很有值得我们效法之处的。”并号召:“我们当然要研究日本,但也要研究别国,免得西藏失掉了再来研究英吉利,云南危急了再来研究法兰西。也可以注意些现在好像和我们毫无关系的德、奥、匈、比……尤其是应该研究自己;我们的政治怎样,经济怎样,文化怎样,社会怎样,经历了连年的内战和‘正法’,究竟可还有四万万人了?”〔10〕

事实上,近代以来的日本文化对中国现代文化特别是法律文化的形成所起到的作用是不容忽视的。中日两国不仅具有相同的法律文化渊源,而且在明治维新之前的日本国情也与当时的中国有相似之处。日本明治维新的成功,给中国以很大的启发。当时的国人普遍认为“我国与日本相距甚近,同洲同文,取资尤易为力”。〔11〕日本明治维新之后的法律体系是仿效欧洲大陆法系建立的,因此我国晚清的“修律”也以日本为中介,选择大陆法系,并直接聘请日本法学家参加民事法律的起草工作。中国的近代法律教育则完全是在日本专家的帮助下依照日本模式建

〔9〕 Theodore S. Woolsey, *China and Japan*, Yale Law Journal, No. X, 1900—1901, p. 51.

〔10〕 马蹄疾、陈漱渝等编:《鲁迅杂文集》(3),春风文艺出版社 1997 年版,第 229 页。

〔11〕 《光绪东华续录》(卷一九六)。