



中国法治论坛
CHINA FORUM ON THE RULE OF LAW

B 跨越国境的法律认识

**Beyond National
Boundries: An Analysis
of Current Legal Issues
in China and Japan**

——中日法治前沿
问题研究

主 编/李 林
副主编/吕艳滨



中国法治论坛

China Forum on the Rule of Law

跨越国境的法律认识

Beyond National Boundries

——中日法治前沿问题研究

An Analysis of Current Legal Issues in China and Japan

主 编 李 林

副主编 吕艳滨



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

· 中国法治论坛 ·

跨越国境的法律认识

——中日法治前沿问题研究

主 编 / 李 林

副 主 编 / 吕艳滨

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 编辑中心 (010) 65232637

电子信箱 / bianjibu@ssap.cn

项目经理 / 宋月华

责任编辑 / 张晓莉 刘骁军

责任校对 / 段 青

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16

印 张 / 18

字 数 / 309 千字

版 次 / 2008 年 8 月第 1 版

印 次 / 2008 年 8 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 0288 - 8/D · 0120

定 价 / 45.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

序

中日两国的友好交往源远流长，历史悠久。两国的法律制度和法学理论交流也不例外。盛唐时期乃是中日交流的重要时期。日本的“大化改新”不但效仿中国唐朝的均田制和租庸调制，实行班田收授法和租庸调制，而且参考中国唐朝的中央集权制、三省六部制和郡县制，确立了日本的天皇制，设立了各种地方行政制度。此时期更多的是日本借鉴中国古代的政治和法律制度。近代以降，面对西方列强，同样长期实行闭关锁国政策的中日两国，选择了不同的现代化路径。日本较早地放弃了锁国政策，推行明治维新，洞开国门，吸纳西方先进的科技、文化乃至政治法律制度，使自己不断强盛起来。从西方尤其是从德国引进的法律制度助推了日本的富国强兵，成功地保障了日本的现代化。日本的法律制度成为近代中国了解西方社会及其政治体制、引进西方法律制度的重要窗口。中国法律制度在走向现代化的过程中，从法律观念、法律体系、司法制度到法律用语，在许多方面都受到了日本的影响。

新中国改革开放以来，尽管中国的法律制度乃至法律理论开始更多地受到欧美国家的影响，但是，日本仍旧是中国对外法律交流的重要对象。究其原因，一是因为中日两国同处东亚地区，一衣带水，有着相似的历史、文化传统乃至社会背景，一个国家在法律现代化中遇到的问题有可能是另一国家已经遇到或者将要遇到的；二是因为在相当时期内，中日两国都以欧美法制为仿效借鉴的对象，都面临着如何依据本国国情移植欧美法律制度与思想的历史任务。当然，与近代不同的是，这种交流已经不再限于单方面的仿效或者理论与制度的直接引入，而是逐渐发展为具有双向性、互动性、共赢性特征的交流，彼此可从对方那里学习借鉴的内容（要素）与日俱增。

正是在这样的时代背景下，中国社会科学院法学研究所与日本法学界的交流合作不断发展，并取得了一定的成果。作为中国国家级的法学研究机构，法学研究所肩负着开展对外法律交流，为中国法治建设提供理论支持的重要使命。改革开放以来，法学研究所学者走出国门，首个代表团就是派往日本的。法学研究所在迄今为止 30 多年的对外法学交流中，与日本学术界和实务界的交流占据了重要位置。为了加强与日本等亚洲国家之间的法律交流，法学研究所还设立了亚洲法研究中心，以其作为对日交流的重要窗口。30 年来，法学研究所与日本的众多法学院校、研究机构以及相关实务部门建立了稳固的交流合作关系，并通过互派学者、开展共同研究、召开国际学术研讨会等方式，就各种理论与实务上的前沿问题开展了深入的交流。

在与日本的法学交流中，法学研究所与日本早稻田大学的正式交流与合作持续时间最长、成果最为丰富。早稻田大学是日本乃至世界知名的学术机构，在各个领域聚集了众多知名的专家学者。在法学领域，早稻田大学的许多专家不但学术精湛、著述等身，更是谏言献策、广泛深入参与日本的法治建设。20 世纪 90 年代初以来，法学研究所通过早稻田大学比较法研究所，与该校法学部、大学院法学研究科等建立了稳固的交流关系。法学研究所一大批中青年学者被派往该所进修，回国后在中国法学理论研究、法律制度建设、对外法律交流等方面发挥了重要作用。特别是，双方还定期选定在两国均受到较多关注的法学理论和法治实践问题，在北京或者东京召开学术研讨会，互相交流最新的法学研究动态和法治发展信息。会后，双方均通过不同形式刊载研讨会的学术成果，与本国学界分享信息。为了更全面地将学术交流成果贡献给国内法学界，法学研究所决定将 2006 年后与比较法研究所的交流成果编辑成册，以中文集中出版。这便是这本文集缘起。

2006 年 9 月、10 月，法学研究所与早稻田大学比较法研究所分别在北京召开了学术研讨会。前者主题为“中日公司法律制度”学术研讨会（主要文章收录于本书第三部分），适逢两国均先后就公司法、证券法、破产法进行了法律制定或者修改工作，双方学者就相关制度的最新动态进行了深入交流。后者主题为“中日反垄断法”学术研讨会（由法学研究所亚洲法研究中心承办，主要文章收录于本书第四部分），适逢日本刚刚修改了《反垄断法》，而中国正在紧锣密鼓地进行《反垄断法》立法工作，双方就反垄断法、行政垄断等开展了讨论。

除了早稻田大学比较法研究所外，法学研究所近年来还进一步拓展了与日本其他学术机构的交流。与日本一桥大学的交流便是其中之一。该校系日

本著名的大学，其法学部、大学院法学研究科在日本学界同样有着重要的影响。2006年、2007年，双方在北京分别召开了研讨会，前者主题为“欧洲法在东亚的继受与变革”学术研讨会（由法学研究所亚洲法研究中心承办，会议主要文章收录于本书第一部分），以继受欧洲法为主，对移植外国法的问题进行了研讨。后者主题为“中日信息化法制”学术研讨会（由法学研究所亚洲法研究中心承办，会议主要文章收录于本书第五部分），就电子政务、个人信息保护、计算机犯罪等问题进行了讨论。

2006年是中日关系极其微妙的一年，历史问题成为左右中日关系健康发展的重要方面，靖国神社问题也成为影响中日两国关系的重要事件。如何从法律视角审视历史问题，如何以法律眼光看待日本首相参拜靖国神社问题，这些都是需要中日两国法律人认真加以关注和思考的。为此，法学研究所还于2006年9月邀请中日两国学者召开了“反对日本政府将参拜靖国神社正当化”的学术研讨会（主要文章收录于本书第二部分）。

这本文集汇集了上述研讨会的绝大部分论文。它从一个侧面反映了中日法学交流的近况，我们希望它的编辑出版能够有助于学界从一个侧面了解中日两国法学交流以及法治发展的有关信息。同时，它也是法学研究所开展中日法学交流的一份记录。我们期待着以本文集的出版作为对2008年法学研究所建所50周年的一份献礼。

在此，我们要感谢日本有关学术机构及有关专家学者长期以来对法学研究所与日本进行学术交流合作的支持，感谢中日两国专家学者积极参与相关的研讨会，并配合我们，以极高的热忱，拨冗对提交研讨会的论文作了进一步修改、完善、翻译、审校，这有助于我们可以为读者提供更为完善的成果。

2007年以来，中日关系通过两国领导人的“破冰”、“融冰”和“迎春”之旅，已经回到了正常的发展轨道。2008年日本樱花盛开的季节，国家主席胡锦涛还成功访问了日本。中日双边关系的这一大好形势有利于进一步促进中日法学界的合作与交流。中国社会科学院法学研究所将继续加强同日本有关机构的交流与合作，不断开展富有实效的学术交流活动，及时了解其法治发展动态，推动我国法治建设和法学理论创新，及时将中日法学学者的最新研究成果推介给国内学界，为中日友好交流以及中国法学繁荣发展作出应有的贡献。

是为序！

李 林

2008年6月

总 序

故宫北侧，景山东麓，一座静谧的院落。蕴藉当年新文化运动的历史辉煌与典雅的土地上，流淌着中国法律理论的潺潺清泉，燃烧着法治思想的不息火焰。多年来，尤其是1978年中国改革开放以来，一代代法律学者在这里辛勤劳作，各领风骚，用他们的心血和智慧，谱写了许多可以载入史册的不朽篇章。

为了记载和激扬法治学问，推动法治，继往开来，中国社会科学院法学研究所设立“中国法治论坛”系列丛书。一方面，重新出版最近20余年来有重要文献价值的论文集，如始于20世纪70年代末的关于人治与法治、法律面前人人平等、起草新宪法以及法律阶级性等问题的专项讨论，90年代初以来关于人权、市场经济法律体系、依法治国、司法改革、WTO与中国法、环境保护、反酷刑、死刑存废等问题的专项讨论；另一方面，陆续编辑出版今后有足够学术含量和价值、比较成熟的国际国内相关研究项目和会议的论文集。

法律乃人类秩序规则。法治乃当世共通理念。“中国法治论坛”不限于讨论中国的法律问题，也并非由中国社会科学院的学

者独自担当。我们期望，这个论坛能够成为海内外学者、专家和广大读者、听众共同拥有的一个阐释法意、砥砺学问的场所，一片芳草茵茵、百花盛开的园地。

夏 勇

2003 年 6 月 6 日

Preface to China Forum on the Rule of Law

To the north of the Forbidden City and east of Jingshan Hill lays a peaceful courtyard. It is the seat of the Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences, the most prestigious national institute in China devoted to legal research and legal education. On this small piece of land, rich in historical splendor and elegance of the New Culture Movement of 1919, flows an inexhaustible spring of Chinese legal theory and rages an inextinguishable flame of the ideal of the rule of law. Since several decades ago, especially since the “reform and opening up” in 1978, generations of Chinese legal scholars have been working diligently on this small piece of land and, with their wisdom and painstaking efforts, composed many immortal masterpieces of law that will go down in history.

China Forum on the Rule of Law is a series of books published by the Institute of Law with a view to carrying on the past and opening a new way for the future in the research of the rule of law and promoting the development of the rule of law in China. In this series, we will, on the one hand, republish papers published in China in the past 20 years

which are of great historical significance, such as those relating to the discussions since late 1970s on the rule of man and the rule of law, the equality of everyone before the law, the drafting of the new Constitution, and the class nature of the law and those relating to debates since early 1990s on human rights, the legal system under the market economy, ruling the country in accordance with the law, judicial reform, WTO and China, environmental protection, eradication of torture, and abolition of the death penalty. On the other hand, we will edit and publish papers from future research projects and academic seminars, both in China and abroad, which are relatively mature and of sufficiently high academic value.

The law is the norms of order for all mankind and the rule of law a universal ideal of all peoples in the contemporary world. China Forum on the Rule of Law is not limited to the discussion of the legal issues in China, nor will it be monopolized by scholars of the Institute of Law. We sincerely hope that it will be able to provide an opportunity for scholars, experts, as well as readers to freely express their ideas and exchange their views on legal issues, a forum for a hundred schools of thoughts to contend, and a garden for a hundred flowers to bloom.

Xia Yong

6 June 2003

编者简介

李 林 1955年生,中国社会科学院法学研究所所长、研究员、法学博士、博士生导师,中国社会科学院研究生院法学系主任。主要研究领域:法理学、立法学、法治与人权理论、宪政与人权理论、宪政民主理论。

吕艳滨 1976年生,现为中国社会科学院法学研究所宪法与行政法研究室副研究员,法学研究所亚洲法研究中心秘书长,法学博士。主要研究领域:行政法、信息法。

目 录

序	/ 1
---------	-----

第一部分 欧洲法在东亚的继受与变革

日本继受西洋法及其变革的三个方面	青木人志 / 3
当代中国借鉴外国法律的原则和局限	吴玉章 / 15
日本民法学继受西方法及其变革的一个断面	松本恒雄 / 20
中国近现代继受西方民法的效果评述	孙宪忠 / 25
近代日本对国际法的接受与 20 世纪国际法思想的变化	山内进 / 32

第二部分 参拜靖国神社的法律问题

天皇制与靖国神社问题	针生诚吉 / 43
简论日本各级法院围绕参拜靖国神社问题的相关诉讼	通山昭治 / 49
日本的“修宪”问题与“日本型的法西斯”	金子胜 / 58
从国际法视角评日本首相参拜靖国神社	王可菊 / 69
参拜靖国神社与违宪判断的依据	莫纪宏 / 91
日本在靖国神社问题上的国家责任	赵建文 / 101
从首相参拜案看司法审查制度在日本的命运	魏晓阳 / 117
评日本最高法院关于中国受害劳工“西松建设”索赔案的 最终判决	柳华文 / 132

第三部分 中日两国的企业法制

日本破产法制的现状与课题	加藤哲夫 / 141
浅议日本 2005 年新《公司法》	尾崎安央 / 147
日本金融商品交易法（投资服务法）的制定	黑沼悦郎 / 160
中国《证券法》修订述评	陈 甦 / 175
论行政监管与交易所自律的协调	陈 洁 / 191
中国破产法的改革	邹海林 / 197

第四部分 中日两国的反垄断法

行政垄断的管制	土田和博 / 207
关于中国反垄断法“经营者集中”的评析	王晓晔 / 214
对我国反垄断立法有关问题的探讨	杨 洁 / 232

第五部分 中日两国的信息化法制

信息化所带来的行政法上的各种问题	高桥滋 / 245
中国的电子政务法	周汉华 / 252
日本的个人信息保护法及其影响	松本恒雄 / 258
中国的计算机犯罪及其立法	刘仁文 / 266

第一部分

欧洲法在东亚的 继受与变革

日本继受西洋法及其变革的三个方面

——从《法兰西法律书》的出版到司法制度改革

青木人志*

一 对西洋法继承的开端和政治原因

1867 年的明治维新在英文中被表述为“王政复古”(Restoration)。但是从法文化的角度来看,明治维新似乎更接近于一场“革命”(Revolution)。明治维新时期的法律的变化过程,可以说是一个自发“继承”西洋法的过程。

当时,日本社会充满了危机感,自己的国家和法律如果保持现状的话,将会落后于世界文明,为西方列强所蚕食。所以,当时的日本人对本国法律的认识和看法也同这种对政治以及外交十分不安的心理状态有着密切的关系。同时,促使日本继受西洋法来完善本国法律制度的原动力乃是,国家强烈希望早日实现“修改不平等条约”的政治目标。

二 西洋法对日本法的影响

下面具体讨论一下西洋诸国的法律对日本法的影响。从明治初年至今,日本法不断地在接受各种各样的西洋法的影响。如果将其历史予以简单化,我们可以按照时间顺序,将西洋法对日本法的影响划分为以下四个主要方面:①法国法的影响,②英国法的影响,③德国法的影响和④美国法的影响。

* 日本一桥大学大学院法学研究科教授。本文系作者于 2006 年 3 月 26 日在中国社会科学院法学研究所召开的“欧洲法在东亚的继受与变革”学术研讨会上的发言稿。

明治政府最初关注的近代西洋法是法国法。19 世纪初期，拿破仑完成了他伟大的立法事业。明治政府非常关注此事，于 1869 年（即明治二年）命箕作麟祥翻译拿破仑所编纂的诸多法典。关于这一历史，还有一段轶事至今为日本人所津津乐道。据说第一任司法长官江藤新平曾鼓励过箕作麟祥，他说，“请您尽快翻译，哪怕译错了也没关系”。

虽说箕作麟祥是位语学奇才，但明治初年日本人对西洋近代法基本上一无所知，所以，法国法典的翻译工作有时难免会停滞不前。但通过箕作麟祥的努力工作，该法典终于在同一年翻译完成，并以《法兰西法律书》为名出版发行。箕作麟祥在晚年曾经这样回想那段艰苦岁月：

明治 2 年，明治政府令我翻译法国的刑法典。虽然被下达了如此的命令，但我确实对法国刑法一无所知。后来因为无论如何都想将此翻译完成，于是就开始了尝试。当时，因为无注解，无字典，无教师，我如堕五里雾中。翻译工作简直就是在一片朦胧之中进行的。翻译完成后，文部省将此书木板印刷发行。于是，这样一本漏洞百出的书就问世了。

一筹莫展的箕作麟祥曾经向政府要求到法国留学，但政府的意见却是“倒不如直接从法国邀请法律顾问”。于是，日本政府就从巴黎大学聘请了博瓦索纳德（Gustave E. Boissonade）博士。明治政府在博瓦索纳德博士起草和指导的基础上，模仿法国法，于 1880 年（即明治十三年）公布并实施了《刑法》和《治罪法》（日本最初的《刑事诉讼法》）。此后又因为急于达到“修改不平等条约”的目的，又匆忙地开始了制定《民法》与《商法》的工作。1890 年（即明治二十三年），日本先后公布了《民法》、《商法》、《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》，由此，基本形成了法治国家的体制。

明治政府在起用博瓦索纳德博士如火如荼地起草法典的同时，对法学界创始期的英才教育也投入了巨大的力量。“司法省法学校”成为了通过博瓦索纳德博士摄取法国法相关知识的窗口。直到帝国大学（现在的东京大学）兼并“司法省法学校”为止，“司法省法学校”一直起着明治法学教育的核心作用。

在当时，包括法律的各项基本原则和法学教育，就连审判制度也都深受法国法的影响。所以，可以说法国法在所有领域对日本法的影响都是最为深刻的。