

行動する知性。
中央大学

日本法丛书

21世纪日本法的展望

[日] 中西又三 华夏 / 主编

江利红
译



中国政法大学出版社

行囊する海国。
 中央大学 日本法丛书

21世纪日本法的展望

〔日〕中西又三 华 夏 / 主编

日本中央大学日本比较法研究所
中国政法大学比较法研究院 / 主办
江西财经大学比较法研究所

江利红 / 译

 中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

21世纪日本法的展望 / (日) 中西又三, 华夏主编; 江利红译. —北京:
中国政法大学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-5620-4237-2

I. ① 2… II. ① 中… ② 华… ③ 江… III. ① 法制-研究-日本-21世纪
IV. ① D931. 39

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第049355号

- 书 名 21世纪日本法的展望 ERSHIYI SHIJI RIBENFA DE ZHANWANG
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 10.5 印张 245 千字
版 本 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4237-2/D·4197
定 价 29.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

前 言

不仅仅是人类，任何客观存在，其诞生都源自于生命的连锁反应，都是过去、现在、未来的不断重复变化的历史的积蓄。本书的出版也不例外。

中央大学日本比较法研究所与中国法学界，特别是与中国政法大学的学术交流的历史久远，可以追溯到《中日和平友好条约》生效的第四年即 1982 年。当时，中国虽然坚持社会主义，但已经开始进行了经济体制改革，宣扬从“人治到法治”的转变，重构既存的法律制度，为了应对社会的大变动而着手进行法律制度的改革，因而对日本法非常关注。在这种时代背景之下，中国政法大学的张晋藩教授作为中央大学的客座教授来日本访问。我们利用这次珍贵的机会与张教授探讨了中国法的过去、现在、未来与日本法的作用以及两所大学之间的法学教育与学术交流的方式等。但是，从我们的谈话来看，当时两国之间的政治、经济、文化、学术等环境对于两国的研究、教育机构之间的学术交流的发展来说，条件并不成熟。虽然如此，我和张教授之间的联系还是通过翻译张教授的学术巨作《中国法制史》，以涓涓细流的方式得以维持。1992 年 9 月，我应中国社会科学院法学研究所的邀请访问中国。当时，与担任中国政法大学副校长的张晋藩教授再次相会，商谈了有关签订两校之间的交流协议的事情。我回国后，1992 年 12 月，中国政法大学

比较法研究所的华夏研究员受张晋藩副校长以及中国政法大学比较法研究所廉希圣副所长的委托，来日本比较法研究所访问，就中国政法大学比较法研究所与日本比较法研究所之间的学术交流交换了意见。在此基础上，两研究所就学术交流的方式进行反复商讨，于1993年3月签订了两研究所学术交流的协议。同时，以此为契机，也形成了将交流合作提升到中央大学与中国政法大学的校际规模的意见。其后，终于签订了中央大学与中国政法大学之间全面学术交流的协议，于1996年2月生效。

其后，两校的学术交流进入了正常轨道，开展了互换教授的法学教育交流以及通过举办国际研讨会开展中国法与日本法的比较研究。当然，虽说两校的学术交流进入正轨，但路途并不是一帆风顺。所幸的是得到了以就任中国政法大学比较法研究所所长的廉希圣教授以及华夏副教授为代表的历届所长和所员的充满友情的理解和帮助，使得两校的交流得以跨越各种困难，得到发展。

在这种与中国研究者的学术交流过程中，产生了编撰从法制史、比较法学特别是注释法学俯瞰现行日本法律体系的现代日本法的概要书的必要。当然，在中国，也已经将现代日本法的各领域的专著翻译成中文出版了。但是，其数量仍然不多，而且这些翻译书是以在资本主义社会生活的日本人为对象的，纯粹地将日语著作翻译为中文。因此，在社会主义社会生活的中国人通过这些翻译书能够在多大的程度上理解日本法的实际状况，这存在着一定的疑问，事实上已经有中国的研究者提出了该问题。

日本比较法研究所与中国政法大学比较法研究所为了扩大、加深两研究所的学术交流，充实两研究所的研究者共同研究的成果，作为“日本比较法研究所日本法介绍事业”，在2000年

10月制定了编写现代日本法概要书《日本法大全》在中国以中文出版的项目计划，以期成为今后国际共同研究的一个动力。根据该项目计划，现已出版发行了以下两本著作：一是由中国政法大学出版社于2005年出版的华夏、赵立新、真田芳宪著的《日本的法律继受与法律文化变迁》；二是由中国政法大学出版社于2005年出版的崔延花翻译的《日本公司法典》（本书中收录了永井和之所著的《日本公司法制的现代化》，作为2005年日本公司法修改的最新信息而提供）。

但是，其后由于日本实施了司法制度改革，在改革的变革浪潮中，研究者的执笔活动明显停滞了。然而，日本的各种法典的翻译、日本研究者著作的中文翻译以及中国人所著的有关日本法的著作不断地公开出版发行。因此，以当初预想的形态出版有关日本法介绍的概要书未必能够适合中国法学界现在的需要。

随着这种情况的变化，本项目也需要进行大幅度的变更，这被认为对于实现本项目的目的是更为适当、更为合理的。根据对本项目计划再次讨论的结果，决定将该项目修改为以现今在日本法学界成为议论的焦点，而且中国的研究者也高度关注的问题作为主题，其中，在提供有关日本法的基本信息的基础上，以对日本法学界最新的争论状况以及今后的展望等的介绍为内容。

经过上述过程，本丛书《日本法丛书》就这样诞生了。本丛书可以说是以中日两国的法学者为父母，以两者的相互理解和宽容的精神、知识的联系为纽带而呱呱落地的。2012年是中日邦交正常化40周年，在这个意义上，作为中日法学交流项目成果的本丛书的出版具有极其重要的历史意义。

今年将迎来中日邦交正常化40周年。但是，过去的历史阴

影并没有完全消去。其典型的代表性事件之一就是所谓的“靖国神社”问题。针对这一妨碍中日两国正常交往的问题，比较法学应当如何应对呢？该问题在日本是有关政教分离的宪法上的问题。但是，对于该问题，仅仅提供外国法的立法事例或法律解释或者所谓的“功能性的比较法论”或“法社会学的比较法论”，虽然不能断言不可能解决，但不得不说这是个极其困难的课题。正如日本比较法研究所的创设者、比较法学的世界性泰斗杉山直治郎博士所提倡的，比较法学是以促进人类普遍正义与和平的法律的发展，追求法的特殊性与普遍性的融合，有利于增进各民族的共同福祉为目的，以和平为志向的学问，因此该问题对于中日两国的法学者来说是不能回避的问题。

比较法学是“人类连带的和平之学”，我们必须以“比较法文化论的比较法学”为志向。例如，刚才提到的“靖国神社”问题，应当如何解决该问题、如何相互理解对方的观点呢？

首先，应当从思想与文化的源泉来看。一个是中国人的历史感觉。据说中国人以千年来计算自己家族的历史的并不少见。在恢复中日外交关系时，周恩来总理曾指出“二千年的友好，五十年的对立”。周总理的用语可以说是中国式的时间感的典型事例。以中国的时间感来计算的话，一百年就如一日，1937 年的中日战争不是过去，而是现在。

其次，中国人的思想源泉是作为其人生规范的儒学。“文化大革命”中的一段时期，儒学在以“批孔”的名义下曾经被批判过，传统的儒学伦理遭到了破坏，但儒学思想至今仍然作为人们的社会规范而指导着他们的思想和行动。根据儒学的伦理，《礼记·曲礼》中记有复仇三原则，即“父之仇弗与共戴天，兄弟之仇不反兵，交游之仇不同国”。同样，春秋经典《春秋公羊传》中记有复仇的第四原则，即“父不受诛，子复仇可也”。对

于中国人来说，杀父是“不共戴天”之仇，是深入骨髓之恨，是作为子孙决不能忘记的为“孝”之道。

因此，日本在1937年对中国的侵略并非已经过去了，而是还在现在。侵略不仅给当时的中国人带来了巨大的损害，而且对于战后出生的中国人来说仍怀有决不能消失的怨恨。“靖国神社”问题只能激起中国人积蓄已久的历史怨恨，对于将杀害父辈的战争罪犯供奉在“靖国神社”的事，中国人是无论如何也不能容忍的。

然而，必须考虑到中国人在论及“靖国神社”问题时，在何种程度上理解日本人对于死者的灵位供养的宗教观念以及将战争阵亡者作为英灵而进行镇魂、礼赞的思想与日本政治体系的关联性。如果将中国人的精神文化的基础归结为儒学或道教的话，日本人就是神道教或佛教。在佛教中有“怨亲平等”的思想，佛以大慈悲为怀，对于怨敌与近亲、伤害自己的人与爱自己的人一视同仁、平等爱怜，是一种超越恩仇、平等地极乐往生的灵魂救赎的思想。

这种怨亲平等的灵位供奉在日本古代的8世纪就可以看到。现在，为在战场等死去的敌方供奉灵位的“怨亲平等碑”在日本的各地存在。在以来自于中国宋朝的无学祖元为鼻祖的镰仓圆觉寺就有为了供奉1282年袭击、侵略日本的蒙古军与日本军敌对方的战死者而建立的灵位。这并不仅仅局限于国内战争的敌对方的灵位，而且也包括超越民族或国家对立的灵位供奉。在近代，1637年在九州岛原发生了针对德川幕府镇压基督教的暴乱，被称为“岛原之乱”。暴乱之后，对敌方（基督教徒）和我方（镇压基督教会的幕府军）的死者的灵位进行了平等的供奉。该灵位供奉意味着超越宗教的差异。

这种对敌我双方的死者的灵位进行超越善与恶、正义与非

正义的祭祀体现了怨亲平等的思想，在现今的神社则按照神道教的仪式，在佛教寺院则按照佛教的仪式进行怨亲平等的灵位供奉。从作为具体实践的镇魂的宗教性仪式中可以看出日本法的灵魂观，这种灵位供奉并不以善恶的价值判断作为前提。根据肯定甲级战犯在靖国神社祭祀的论者的观点，该问题可以从怨亲平等的灵位供奉的思想中去把握，如果不理解而进行批判的话，就会引起“干涉内政”的情绪性反抗。

当然，甲级战犯在靖国神社祭祀的问题在日本国内具有非常复杂的政治性。昭和天皇在战后至1975年11月的数年间曾前后8次参拜靖国神社，但1978年将甲级战犯在靖国神社合祀后，昭和天皇没有去参拜，现在的天皇也没有去参拜过。其理由根据昭和天皇的亲信的证言，是因为“甲级战犯的合祀并非御意”，天皇对于合祀存在着明确且直接的不快感。

即使如此，一部分政治家参拜靖国神社，所谓的“失言”事件不断发生。其政治背景非常复杂，将评论简单化、单纯化是极其危险的。在对此加以理解的基础上来说，其根本的原因之一是日本的民主政治与选举制度的方式。政治家为了成为议员必须在各自的选区由国民选举而选出。而由战争死亡将士的遗族构成的“日本遗族会”对于政治家来说是一个不能忽略的压力团体，他们持有大量的票源。选民对于靖国神社问题的政治意识还不成熟，在“民意优先”的美名之下进行私益、自己所属团体等的利益优先的选举，政治呈现情绪化，带来了政治不安定的问题，出现了政治本身的功能不全的“症状”。民主政治依据国民的民意而成立，但是，民主政治如果极端地被民意所左右的话，政治本身就不能发挥作用了。对于这一现实，我们必须直接面对。

横跨在中日两国之间的困难问题的解决在各种层次上存在着各种解决方法。但时，最基本的可以归结为通过“交流——

对话——“协调”的螺旋形的发展而深入相互理解的方法来解决。这种螺旋形的发展中，相互的理解是解决问题不可欠缺的要素。此处，“理解”是一种什么样的精神作用呢？理解就如英语单词“understand”所示，对方的“under”（下方）、“stand”（站立），即“站立在下方”，站在作为想要理解的对象的人、物、文化的立场上进行思考的精神方式。日本人站在中国人的立场上，中国人站立日本人的立场上考虑问题，在相互对话中找到解决问题的关键。

法学的比较并非单纯的法律知识或法律技术的信息交换，而且也不是通过这些法律信息的交换使本国法与外国法合为一体。本国法与外国法的差异正是知晓本国法的最有益、最强有力的机会。不能恐惧、忌讳、回避差异。差异正是理解对方、理解自己的最具有决定性、最本质性的契机。正是因为存在着差异，所以有必要进行对话，通过对话理解对方、尊敬对方，强化相互必要、共同生存的连带性。

本丛书是中日两国的法学者相互敞开心扉，积极地加深相互理解，以宽容之心进行对话，互相强化知识的、精神的纽带的中日友好的证明。在此，对支持和帮助本项目的中日两国的各相关大学与研究所以及各相关机构、参与本项目的两国的所有的友人表示衷心的感谢。衷心祝愿在此已经点燃的中日友好之灯火在今后继续焕发光芒。

日本中央大学法学部教授 真田芳宪

序 言

本书《21 世纪日本法的展望》是日本比较法研究所自 2000 年实施的日本法介绍项目的成果。该项目在中国政法大学比较法研究所的协助下，以向中国法学界、中国的学生们提供有关日本法的目的，同时也以成为国际性共同研究的基础为目标。最初，本项目计划出版系统地介绍日本法所有领域的概要书，但是，正如本书最后所载的《日本法研究的中文资料》那样，近年来中国有关日本法的研究进展迅速，目前已有数目众多的有关日本法的著作、译著出版。因此，该项目也及时地变更计划，决定选取现今在日本法学界成为争论焦点的、而且中国的研究者也较为关心的问题，在提供与日本法相关的基础性信息的基础上，介绍有关这些问题的争论状况以及今后的展望。就其具体内容而言，日本中央大学日本比较法研究所以及法学部与中国政法大学、山东大学等中国的法学者一起，于 2008 年（北京、中国政法大学）、2009 年（济南、山东大学）、2010 年（东京、中央大学）连续三年实施了中日法学交流活动。本书的出版就使用了这些交流活动的成果。

在本书中，编者和各执笔者所期望的是在法学领域中日法学研究者相互之间确实可以进行交流、日本法能够成为共同的研究。中国与日本在法学领域的交流可以溯及古代日本对中国律令制度的继受。在近代，中国的法学者们又通过日本了解欧

美的法律制度和法律思想。虽然两国间存在着长期的交流，但总体而言是单方性的。而在东亚已经构建了具有密切关联的经济圈并在各种意义上追求超越国境的合作的今日，只有法学被限制于国家的框架之内是不可能的。中国与日本两国的法学研究者必须面对共同的问题，进行有意义的探讨，取得学术性成果。

基于对上述情况的考虑，在编写本书时，编者选取了中国的研究者比较关心的问题，其中也得到了中国政法大学民商法学院、中国政法大学比较法学院、山东大学法学院等学者的诸多良好的提议。有关各问题的叙述，本书充分注意到了对于日本研究者来说是常识但对于中国读者来说是未知的事项，因此先进行基本制度的说明，在此基础上论及有关各问题的前沿性探讨，同时注重简洁明了，便于读者的理解。期待着本书的内容能够引起中国的学生对日本法的兴趣。此外，本书的结尾添附了有关日本法律调查的方法以及近年来中国有关日本法的文献目录，希望能够成为对日本法感兴趣的学生们今后进入日本法研究世界的指南。

最后，本书的出版是中国和日本各方面人员合作的成果。由于给予帮助的人员诸多，在此不一一列名致谢。作为编者，在此一并感谢为本书的出版提供帮助的各方人士。

日本中央大学法学部 中西又三教授
中国政法大学比较法学院 华夏副教授

目 录 Contents

前 言	真田芳宪 (1)
序 言	(8)
第一章 日本法的形成与中国法	(1)
第一节 日本的法律继受	真田芳宪 (1)
第二节 儒家思想与中国律令对日本 的影响	森田成满 (25)
第三节 罗马法概念的汉译	森光 (43)
第四节 探析日本国宪法的制定过程与其 实效性	金永完 (51)
第五节 日本行政法学的形成过程	江利红 (70)
第二章 法人人格否定的理论	(91)
第一节 法人制度概说	高田淳 (91)
第二节 日本法人格否认法理的展开	久保大作 (99)

第三章 环境问题与法 (108)

第一节 行政法与环境问题 中西又三 江利红 (108)

第二节 刑法与环境问题——刑罚的正当性根据、
重刑化倾向与环境问题对策 曲田统 (128)

第三节 民事诉讼与环境问题 木川裕一郎 (137)

第四节 产业废弃物问题 阿部钢 (148)

第四章 刑事司法的现状与改革 (160)

第一节 刑罚的意义——论近来的
重刑化倾向 曲田统 (160)

第二节 企业犯罪的制止与法律遵守
系统 阿部钢 (166)

第三节 儿童虐待的法律介入 铃木博人 (171)

第四节 日本家庭暴力的现状与对策 宫园久荣 (179)

第五章 地方自治制度 (196)

第一节 日本的地方自治 中西又三 (196)

第二节 地方的民间型 ADR 木川裕一郎 (214)

第三节 日本地方自治中的住民诉讼 江利红 (228)

第四节 港澳特别行政区基本法的立法
依据 金永完 (247)

第六章 户籍制度、住民登录制度 (256)

第一节 日本的户籍制度 铃木博人 森光 (256)

第二节 日本住民的住所确认制度 的发展	中西又三 (264)
第三节 有关日本农业从业者的法 制史概略	森光 (267)
附 录	(277)
附录一 日本法研究的中文资料	(277)
附录二 日文法律类文献的检索	(314)

第一章 日本法的形成与中国法

第一节 日本的法律继受

日本中央大学法学部教授 真田芳宪

日本文化是在吸收外国文化的基础上形成的。同样，从历史来看，日本法也是经过摄取、继受外国的先进法律文化并对其进行改造，从而与日本固有的传统文化调和在一起而形成的。

纵观日本对外国法的继受，大致可以分为以下三个时期：

第一个时期是以圣德太子的《十七条宪法》（公元 604 年）为开端、以大化革新为始点的律令时代。这个时代的法，为方便起见，可以称其为日本古代法。当时，在隋唐律令法的影响下，日本的法制彻底改头换面。可以说这个时代是“中国法继受时代”。

第二个时期是日本改变多年的锁国政策（公元 1854 年），通过明治维新这一政治大改革，继受西方各国，尤其是法国和德国等欧洲各国的法律制度，以“脱亚入欧”为座右铭迈向近代国家的时代。这一时代可以称其为“欧洲大陆法继受时代”。

第三个时期是随着 1945 年 8 月接受波茨坦公告，日本被置于联合国军占领之下的时代。因为联合国的占领政策可以说就是美国政府的占领政策，所以，以日本国宪法为首的日本国家

法中美国法的影响变得极其明显。在这个意义上，可以将这个时期称之为“美国法继受时代”。

本文主要通过对这三个时代的概观，简要论述日本继受外国法的轨迹。当然，这里所关注的问题是，在各个时代的法律继受中所能够见到的作为母法的外国法与作为子法的日本法的紧张关系，通过对日本一个时期概括性继受的经验分析，构建外国法继受的理论。

一、圣德太子与古代的法律继受

（一）圣德太子与《十七条宪法》

1. 《十七条宪法》的制定背景

在日本早期的“大和”国家的形成过程中，没有采取消灭既存小国的方法，而是使其和平归顺，把那些小国作为“大和”国家的一部分编入，进而确立了新的统一国家的基础。

隶属于“大和”朝廷的小国首领，有的在朝廷担任了“臣”、“连”等要职，有的在地方担任了“国造”、“县主”等地方长官。他们虽然负有贡租和军役等义务，但没有被迫作出除此之外更大的牺牲，这在世界史上也许是罕见的。此后，“大和”朝廷通过在加罗设置“日本府”，以及摄取通过朝鲜半岛传入的技术，提高了其经济、文化地位。另外，曾经为小国首领的大豪族和其他新兴豪族，受氏姓制度的保护，不断强化政治上的力量。在这一过程中，朝廷与大豪族以及大豪族之间围绕土地与住民而产生的政治、军事纠纷日益激化。为克服这些困难，日本古代国家面临着引进朝鲜和中国先进文化，从根本上改革氏族社会的国家体制，建设统一的新日本国家的政治课题。

另外，东亚局势的变化也对日本产生了很大影响。公元589年，在中国，隋统一了胡族的北朝和汉族的南朝建立了大帝国。