

日本法学前沿

# 日本司法考试与 法律职业制度比较研究

丁相顺摇著

中国方正出版社



# 序

2002年，我国成功实施了首次国家司法考试，全国 100 多万名考生参考，在国内外引起了巨大的反响，获得了极高的评价。同时，司法考试在法学教育与法律职业之间架起了一座桥梁，成为法学教育界、法律实务界广泛关注的一个重要问题。司法考试与法学教育、法律职业关系问题，是一个关乎我国法学教育健康发展，关系到法律职业共同体养成的一个实践性问题。比较世界各国法学教育发展和法律职业选任模式，从我国法学教育发展的实际情况出发，我国的司法考试与法学教育、法律职业之间应是一种良性互动关系，应相互适应、相互补充。法学教育是人才培养的源头和根本，是司法考试的基础和前提，司法考试应是对法学教育成果进行检测的一种手段，其制度价值是将法学教育的成果选任到法律职业队伍中。在新形势下，法学教育要不断改革发展，司法考试制度、法律职业制度也要进行制度创新。

进行制度创新，离不开对外国法的比较研究，我很高兴看到丁相顺博士的专著《日本司法考试与法律职业制度比较研究》一书在这方面所作的尝试和探讨。相顺博士是我指导过的博士研究生，专事法律文化比较研究方向。在攻读博士学位期间，他就开始从事日本法律职业制度研究，并曾经获得日本安田亚洲青少年交流基金的资助，在

## 2 日本司法考试与法律职业制度比较研究♀

早稻田大学法学部小口彦太教授的指导下对日本的相关制度进行专题研究。留学归国后，恰逢我国建立统一司法考试制度，他作为“《司法考试实施办法》起草小组”最年轻的成员，对日本以及国外的相关制度作了比较充分的研究和介绍，为建立和完善我国统一司法考试制度作出了自己的努力。其后，在中国人民大学名誉教授畑中和夫先生的关心和帮助下，相顺博士又有机会到日本立命馆大学法学部进修，在立命馆大学常务理事久冈康成教授的指导下，对日本相应的司法机构从事了一段时间的专题调研。本书是他在过去研究成果和调研内容的基础上，结合我国的具体情况完成的研究成果。随着我国加入世界贸易组织，对法律人才的要求越来越高，这就要求我们不断完善司法考试的选任制度，完善法律职业制度。当前我国正在积极推进司法制度改革，大力倡导法律职业化，我相信，本书的内容和比较研究方法将会对读者有所裨益。

古人云：徒法不足以自行。随着我国社会主义法律体系日渐完善，执法、司法人员的素质和水平将直接影响到我国法治水平的提高，作为一名长期从事法律人才培养的教育工作者，我希望有越来越多的人关注法律职业与法律人才培养的研究与实践。

## 推薦文

中国法は、改革開放政策のもと、立法面では着々と整備がはかられてきている。民法典も近い将来制定されるだろう。しかし、法はそれが実際に遵守されない限り、単なる紙きれに過ぎない。そして、法は最終的には裁判を通じて遵守が強制されることになっている。したがって、裁判を通じて法が最終的に実現されるメカニズムとしての司法制度の整備こそ、法治の要をなす。中国法が現在直面している最大の問題は、この司法制度がまだ十分整備されていないということである。そして、この司法制度を実際に担うのが裁判官、検察官、弁護士三者である。法律に習熟した廉潔なこの法曹三者の育成が司法制度の整備の不可欠な前提をなす。丁相順先生は日本に留学され、特に司法制度の近代化について研究された。本書は、そうした留学の成果の一つであり、中国が直面する司法制度の改革に大きな貢献なすものと確信する。

在改革开放的政策下，中国法在立法方面已经比较完备了。在不久的将来，民法典也会制定出来。但是，法律如果得不到实际的遵守，也只不过是纸面的东西而已。而且，法律最终是通过裁判得到强

制遵守的。因此，通过裁判法律最终得以遵守的机制 原原司法制度的完备才是法治的根本所在。司法制度的承担者是是裁判官、检察官、律师法曹三者。培养精通法律、清廉的法曹三者是司法制度不可或缺的前提。丁相顺先生曾经留学日本，特别是对日本司法制度现代化进行了深入研究，本书就是其研究成果之一，我相信该书必将会对中国面临的司法制度改革作出巨大的贡献。

（早稻田大学理事、法学部教授）

# 目摇摇录

第一章摇日本司法制度与法律职业的形成 .....	( 员)
摇一、二战前日本司法制度的形成与嬗变 .....	( 源)
摇二、法律职业制度的形成 .....	( 圆)
摇三、二战前日本法律职业选任制度的变迁 .....	( 猿)
摇四、二战后司法制度改革 .....	( 源)
摇五、日本现行司法考试制度的建立和发展 .....	( 源)
第二章摇日本当代法律职业制度 .....	( 远)
摇一、日本的裁判官及其辅助性法律职业制度 .....	( 远)
摇二、法务省及其检察体系 .....	( 愿)
摇三、法曹结构与“法曹一元化”的展开 .....	( 员)
摇四、邻接法律职业制度 .....	( 员)
第三章摇当代日本司法考试与实务研修制度 .....	( 员)
摇一、日本司法考试制度的基本情况 .....	( 员)
摇二、战后日本司法考试制度的结构性问题 .....	( 员)
摇三、八十年代末以来司法考试制度的改革 .....	( 员)
摇四、司法研修与法律职业选任制度 .....	( 员)
第四章摇法学教育与日本法律职业家的养成 .....	( 员)
摇一、二战前日本近代法学教育的形成与嬗变 .....	( 员)

## 2 日本司法考试与法律职业制度比较研究

摇二、二战后日本法学教育的改革与法律职业的养成 .....	( 猿猿)
第五章摇法科大学院构想与司法考试制度改革 .....	( 猿猿)
摇一、司法改革与法科大学院构想的提出 .....	( 猿猿)
摇二、法科大学院构想的基本内容 .....	( 猿猿)
摇三、《日本司法制度改革审议会意见书》中的法科大学院 构想 .....	( 猿猿)
摇四、法科大学院构想的实施和推进 .....	( 猿猿)
摇五、法科大学院构想与日本司法考试制度改革 .....	( 猿猿)
第六章摇大陆法系国家司法考试制度比较与借鉴 .....	( 猿猿)
摇一、大陆法系国家法律职业结构与主要国家的司法 考试制度概况 .....	( 猿猿)
摇二、大陆法系国家司法考试制度比较分析 .....	( 猿猿)
摇三、大陆法系国家司法考试制度模式分析与借鉴 .....	( 猿猿)
日本法律职业相关法律、法规 .....	( 猿猿)
摇裁判所法 .....	( 猿猿)
摇检察厅法 .....	( 猿猿)
摇辩护士法 .....	( 猿猿)
摇司法考试法 .....	( 猿猿)
摇有关司法考试管理委员会会议的规则 .....	( 猿猿)
摇关于确定司法考试第二次考试考试科目范围的规则 .....	( 猿猿)
摇关于决定司法考试第二次考试论文式考试合格者方法的规则 摇摇 .....	( 猿猿)
摇司法考试第二次考试论文式考试中合格者的决定方法 .....	( 猿猿)
摇司法考试考试手续费令 .....	( 猿猿)
后摇记 .....	( 猿猿)

# 第一章 日本司法制度与法律职业的形成

如果将法律现代化作为一个过程来看的话，日本法制现代化开始于 19 世纪 70 年代的明治维新时期，从明治维新到第二次世界大战结束为第一个阶段，二战以后到现在为第二个阶段。日本法制现代化表现为明显的东方后发型特点，政府在推进法制现代化的过程中发挥了主导性的作用。这正如学者所指出的那样，“在东方社会，在从传统型法律秩序向现代型法律秩序转变的历史过程中，国家及政府的功用则更为明显，比之西方则是有过之而无不及。对此，许多研究发展与现代化问题的学者几乎一致地认为，诸如像东方社会这样的外发型现代化进程的一个重要特征，就是国家与政府空前广泛地介入现代化的变革过程之中。”<sup>①</sup>

日本法制现代化过程是在外来侵略的高压下，最初是为了通过外交途径废除不平等条约，由政府主导，自上而下进行法制改革。二战以后，日本的法制变革是在以美国为首的盟军的逼迫下被迫进行的。二战以前日本法制现代化是通过建立天皇绝对主义专制，整合各种社

---

<sup>①</sup> 公丕祥著：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 105 页。

会条件，继受西欧法体系，建立近代法秩序的过程。二战以后，盟军占领时期，日本法制现代化过程是在美国占领军的指示下进行，通过日本政府进行的。日本法制现代化过程表现出如下诸特征：（员）政治动机优位。明治政府决心移植西欧法的背景是以废除不平等条约为最大目的，所以，从西欧法移植的过程来看，其进展的快慢、移植的对象都取决于移植的政治动机，也就是废除不平等条约的外交需要。二战以后，日本被以美国为首的盟军所占领，盟军在改造日本政治结构的同时，也在日本法体系中打上了深深的烙印。（圆）对外国法制度的继受过程。日本在继受外国法过程中经历了从法国法优位到德国法优位，再到受美国法影响的过程。员世纪愿年代，日本为了适应开设国会、制定宪法的要求，为了对立宪事业进行准备，明治政府的政治家对西欧进行了实地考察，经过考察和比较，发现更为崭新的德国法更适应日本的实际情况。因此，日本对外国法的继受方向开始转向德国法。在二战以后，在经历了盟军民主化改造的过程中，日本也发生了一系列自下而上的民权运动，许多法学者也对二战前天皇制下的权力结构、法律秩序构建进行了反省，以美国法为模型对法律体系进行民主化改造是二战后日本法律继受的主要特点。（猿）从日本继受外国法的过程来看，是不同法制度、法体系错综叠加的整合过程。在继受过程中，虽然明治政府确定了继受和移植的方针，但由于最初的移植方向是移植法国法典，后来改为继受德国法典，二战以后，日本法又受到了美国法的影响。因此，日本继受法的基础是法国法、德国法、美国法，可以说日本的继受法是以德国法为主、包括法国法、美国法的继受法体系，是对社会各项条件进行整合的结果。

日本法制现代化过程是法律继受与整合互相作用的结果。在日本继受外国法的过程中，决不仅仅是白纸继受。明治时期，通过绝对主义国家权力打破旧的封建束缚，建立适应资本主义发展的社会关系，

使继受的法得以通过整合而成为社会的活法。这才是日本法制现代化的关键。对继受法的整合，不仅体现为通过自上而下对资本主义生产关系的扶植、培育，而且表现为在继受过程中对法典的选择、借鉴、摄取，在确立法体系后对继受法规范体系通过解释法学进一步整合也是日本法制现代化的重要内容。要使继受法在一个法律传统不同的社会发挥作用，最为关键的是要增加对新法律的社会理解，形成社会共鸣。从日本法制现代化的实践来看，日本通过发展法学教育和培养法律人才对传统法文化、法意识进行了较为彻底的改造。教育和法学教育法律整合中起到了最关键的作用。

在对日本法制现代化的历史进行考察和分析的时候，既包括建立规范和体系的考察，也包括对运作法律主体的考察，“作为法的不可或缺的属性，除了规范以外，还必须注意到存在着推动规范起作用的主体和程序。事实上，毫无疑问的是，法律的历史一方面是法律规范成熟和精细化的历史，另一方面还包括着使规范发挥作用的程序的发展历史，进而也是使程序发挥作用的人的集团（法律职业）的历史。在回顾法律的历史时，可以非常清楚地看到规范、主体、程序的三位一体的密切联系。对法律主体不断充实的历史必定产生于法的程序精细化和法律规范的精细化中；根据社会的需要，法律规范不断精细化也必然会对运用法律的主体和法律的运用程序产生影响。从这一角度来讲，为了把握法律的本来应有的样态，不应该单纯地停留在规范层面的分析，应该从运用规范的人的方面，或者说是从保障法律运用的程序方面来观察法律。”<sup>①</sup> 因此，分析和考察日本法律职业以及法律职业的养成制度，不可避免地将在法制现代化的历史进程中展开，必然与司法制度的现代化密切相联。

<sup>①</sup> 三月章著：《法学入门》，（日）弘文堂，1998年4月版，第58页。

## 一、二战前日本司法制度的形成与嬗变

### (一) 日本司法制度的传统与变革

#### 厘日本传统司法的特点与明治初期的改革

日本称明治维新以前的法体制时期为前近代时期或近世期。近世期的中国和日本在司法体制的本质特征上无太大的差异。日本近世期的司法制度的特点主要表现为司法权和行政权不分，裁判被作为政事的一个方面，裁判机关也附属于行政官厅之内，地方行政官兼理司法、独揽司法权。在日本德川幕府统治之下，将军是最高的行政机关，因此也是最高司法机关<sup>①</sup>。在诉讼中，身份制成为决定诉讼管辖、审级和诉讼时适用法律的基准，身份高低不同往往审理机关也不一样。在诉讼过程中，调解和和解成为解决纠纷的重要手段。尽管当时已经区分了刑事案件和民事案件，将民事案件称为“出入筋”，刑事案件称为“吟味筋”，但是，对于刑事案件、即吟味筋案件的解决，法律规定较为完备，而对于民事案件，即出入筋的解决则往往由当事人自行和解，这在日本称为内济（日文“内济”）。当时的日本裁判机关只是审理那些经过内济程序而没有达成和解的案件，即当事人自行和解是提起审判的一个必要前提。审理过程本身一般是不公开的，并且一审和二审的结果往往是相互贯通的。诉讼方法根据《公事方御定书》的规定，但进行审理所依据的实体法大部分是非公开的、并且主要还是依照旧习惯来审理。主导裁判的官吏具有相当大的自由裁量权。

明治政府成立到废藩置县这一段期间，裁判权依旧由过去的地方

---

<sup>①</sup> 中村英郎著：《近代的司法制度的成立与外国法的影响》，载《早稻田法学》1952年第1期。

藩主行使，元治元年 圆月制定的《裁判所职制规定》规定裁判权由相当于地方行政机关的“裁判所”施行。中央对于裁判事务的分工和管辖仍然按照前近代模式，刑事案件和民事案件分别由不同的机构审理。书籍奉还后，元治元年 苑月，新政府制定了《职员令》，规定刑部省执掌刑事裁判事务，民部省执掌民事裁判事务，弹正台执掌行政监察和官吏纠弹事务。元治元年新政府设置了刑法事务科，同年 圆月又代之以刑法事务局，同年 闰 源月《政体书》发布以后，刑法事务局又被废止，设立了刑法官，执掌断狱（刑事裁判事务）。听讼（民事裁判）事务由民政机关负责，元治元年 圆月，由会计官租税司负责民事裁判，元治元年 又设立了会计官诉讼所，同年 源月又在民部官内设置听讼司执掌“裁断府县里的有关土地、人民的争议，裁断疑难诉讼”。但是，“这一时期，实际执掌司法审判权的仍然是各个地方府县，中央所能行使裁判权的范围仅限于死罪、流罪以及府县管辖争议的案件，并且死罪案件要经过天皇的裁可”<sup>①</sup>，中央机关的裁判权是相当有限的。由于地方领主封建割据，司法权也是分散、不统一的。裁判的不公开、刑罚的残酷性等前近代司法的垢弊，一方面在日本国内引起了一致的批评，同时，也成为外国攫取领事裁判权的借口。在日本废除领事裁判权的外交谈判中，西方列强要求明治政府不仅仅要按照西方法律原则制定法典，而且要改良司法制度，甚至要求建立由外国人担任裁判官的混合裁判所。因此，明治维新政府一方面受到国内民权派的压力，同时也受到西方列强的压力，不得不首先着手建立和整备司法制度。综观日本近代司法制度的形成和发展过程，传统司法体制在向近代司法转化的过程中，表现为两个方向：一是建立中央集权统一的司法制度，即实现司法权的集中；另一方向表现为

<sup>①</sup> 牧英正、藤原明久编：《日本法制史》，青林书院 元治元年初版，第 源页。

在制度上实现司法权与行政权的分离，即实现司法权的独立。前者的实现，与日本实现政治统一密切相关。政府通过废藩置县，版籍奉还等政治措施，在完成政治权力统一的前提下实现了司法权的全国统一。后者的实现则与日本政府内部的开明的官僚的积极努力和展开收回不平等条约外交努力有关。

### 江藤新平与日本早期司法体制的改革

明治政府建立以后，以“版籍奉还”的名义，消除了地方各藩强大的地方势力，废藩置县更是在制度上实现了明治政府对地方的直接统治。但是，在权力整备之初，对于裁判制度的近代化方向并没有明确的目标，实际上各个藩主依然像过去那样行使裁判权，中央依然按照民事和刑事案件的区分进行裁判。但是，这一体制自设立司法省和明治启蒙绝对主义的代表人物江藤新平就任司法卿后，开始发生了根本性的转变。

当代日本法学家评价江藤新平时，称其为“似流星般在明治史上出现并放出灿烂的光芒，又很快消失于人生的彼岸”，他是“变革期的产物又是体现变革的天才”<sup>①</sup>，日本政治史学者认为江藤新平是日本启蒙绝对主义时期的代表人物<sup>②</sup>。江藤新平 1833年出生于肥前国佐贺郡，其父江藤胤光为佐贺藩士。1853年，江藤在其所著的《图海策》中主张实行积极的开国论，并因此而受到关注。1857年，江藤参加了新生的天皇政府，并作为东征大总督府军监指挥了攻夺江户（现东京）的战斗，并提出了迁都东京的建议。1862年江藤回归故里，以“权大参事”的身份指导地方进行藩政改革。1863年秋，江藤被明治政府急速召回，并被任命为太政官的中弁，江藤在这一位

① 福岛正夫著：《明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学》，载《日本法とアジア仁井田升博士追悼论文集》1974年版，第140页。

② 信夫清三郎著：《日本政治史》第二卷，上海译文出版社1985年版，第100页。

置上“显示了其对整备官僚机制的卓越见识”<sup>①</sup>。江藤新平于 1876 年在太政官制度局设立了民法会议，命令其作麟祥翻译法国民法典、进行民法典的编纂。江藤不仅热衷于编纂民法典，而且对于编纂宪法也投入了极大的热情。江藤实际上也是与“民法会议”并列的“国法会议”的实际负责人，该会议以荷兰宪法为参照，制定了“国法简条之目录”，这是第一部明治日本宪法典草案。但是，江藤新平对日本法制现代化最大的贡献还在于 1876 年 1 月转任司法省司法卿后为建立近代司法体系所作的努力。

江藤新平的司法改革主要内容是建立统一执掌司法的司法省，将分散于地方的裁判权集中于司法省，由司法卿执掌“总判执法申律折狱断讼捕亡”<sup>②</sup>。但是，如何对分散于地方的听讼、断狱等司法权进行统辖和接管，是当时司法省所面临的最重要的难题。在接收地方司法权过程中，司法省采取了循序渐进的方式。司法省首先接收了东京的裁判权。1876 年，由司法省派出官员到东京府听讼、断狱，其后又于同年 1 月在司法省设置第一局，称为东京裁判所，专门执掌东京的裁判业务。同时，又将捕亡、监禁等事务全部移交给地方官府，司法省专门执掌裁判业务。1876 年 1 月，司法省又制定了《各区裁判所章程》，在东京 远大区设置了区裁判所，这些区裁判所的管辖范围为刑事诉讼“笞杖以下（诉讼），（无处）徒以上专断之权”，民事诉讼“元不过金额百两”的诉讼案件；此外的案件的裁判权归属于东京裁判所，并且，东京裁判所还有权审理对一审判决的上诉审。从东京的审级构造来看，当时的审判等级构造还很粗糙，但是，这一构造是日本模仿欧美审判制度进行裁判权统一和建立审级等级制

① 日本近代法制史研究会编：《日本近代法 1876 年讲》，法律文化社 1876 年版。

② 《司法省沿革略志》第 1 页。

所迈出的第一步，因此，在日本裁判制度史上具有重要意义<sup>①</sup>。

但是，司法省接收其他地方司法权却极其困难。根据 1876 年太政官达发布的《县制条例》的规定：各县设置听讼课执掌听讼事务。府县职权受到中央大藏省的领导，大藏省在日本中央政府中是掌握民政和财政巨大权力的中央机关。掌握在地方官手中的裁判权很容易地恣意行使，那些对于地方政事和大藏省心怀不满的人，特别担心受到地方官以司法权方式进行报复<sup>②</sup>。所以，对建立统一的司法权为目标的司法省来讲，如果没有强有力的权威领导，是很难从当时行政权优位的大藏省手中接管裁判权的。这种局面在江藤新平接任司法卿以后发生了很大的转机。1878 年 1 月江藤新平开始了以真正着手进行“模仿欧洲各国之政体”为目标的裁判制度整備<sup>③</sup>。江藤新平具有开明的思想，参加了讨藩运动，在当时的明治政府中担任要职，这些条件使江藤成为建立司法权统一和独立的合适人选。为了解决行政权对司法权的优位的问题，江藤首先强化司法卿的绝对职权，然后再强化司法省的权力，“江藤新平的改革内容换句话来讲具有启蒙的专制主义的本质”<sup>④</sup>。

江藤首先制定了“司法省誓约”缘条：“奉职方正廉洁，以司民直；遵守律法，保护人民权利；堪能听讼断狱事务，竭尽其情实，应革除稽滞冤枉之弊；办理事务敏捷聪查，以绝滞讼、冤枉；裁判定要究民之词讼，以防未然，收治安之效”（译文）。明确宣布了司法省

① 鹈饲信成，福岛正夫，川岛武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 2 卷，东京劲草书房 1989 年版，第 27 页。

② 鹈饲信成，福岛正夫，川岛武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 2 卷，东京劲草书房 1989 年版，第 27 页。

③ 鹈饲信成，福岛正夫，川岛武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 2 卷，东京劲草书房 1989 年版，第 27 页。

④ 鹈饲信成，福岛正夫，川岛武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 2 卷，东京劲草书房 1989 年版，第 27 页。

以保护人民的权利为最大职责。江藤就任司法卿 猿个月后，就制定了《司法职务定制》。《司法职务定制》共 圆章 员愿条，该法不仅规定了裁判所的构成方式，而且规定了关于裁判的全部事项。该法特别强调了司法省的权限为“司全国之法宪，统括各裁判所”（第二条），明确规定了全国的司法权归属于司法省，并且司法省统辖裁判所、检事局、以及明法寮（第三条）。规定裁判所的体系为：司法省临时裁判所、司法省裁判所、派出裁判所、府县裁判所、各区裁判所五种（第 源条），并且具体规定了各级裁判所的管辖和审判权独立的原则。

（员）司法省临时裁判所审理有关国家大事以及裁判官犯罪的案件（第 源条）。

（圆）司法省裁判所划分为听讼和断狱两课，上诉裁判所的职能是对府县裁判所所作判决进行再审（源条）；对各府县的疑难诉讼进行断决，并且对敕奏官和华族犯罪拥有鞠问职权（源 愿条）。

（猿（派出）出张裁判所在审级上与司法省裁判所相同，因为东京近邻的府县可以直接由司法省裁判所直接管辖，但是对于远离东京的府县则按照地域设置若干府县，以作为一审的上诉审和疑难案件的一审裁判所（缘条）。

（源）府县裁判所是一审裁判机构，设置在各府县，以各个府县名称冠名，审理刑事诉讼流以下的案件（缘条），对于府县裁判所所作判决不服的情况下，可以经过府县裁判所的检事，向司法省提起上诉（源条）。

（缘）各区裁判所根据区县裁判所的情况而设置，对于刑事诉讼案件可以审理笞杖刑以下的案件，民事诉讼可以审理元金百两以下的民事案件（源 苑条）。

此外，《司法职务定制》还创设了检事制度，以监视、监督裁判和保护人权；规定了代言人（律师）、证书人（公证人）、代书人