

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 60 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。”^①

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

^① 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 214 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：（1）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。（2）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。19世纪80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。（3）从日本继受外国法的过程来看，是不同法律制度、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。”^①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。

^① 三月章著：《法学入门》，（日）弘文堂，1992年2月版，第18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

1. 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^①。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

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》1966年第42期。

藩主行使，1868年2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的模式，刑事案件和民事案件分别由不同的机构审理。书籍奉还后，1869年7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。1871年新政府设置了刑法事务科，同年2月又代之以刑法事务局，同年闰4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，1868年12月，由会计官租税司负责民事裁判，1869年又设立了会计官诉讼所，同年4月又在民部官内设置听司司执掌“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”^①，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；另一方向表现为在制度上实

牧英正、藤原明久编：《日本法制史》，青林书院1993年初版，第314页。

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。

2. 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”^①，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^②。江藤新平 1834 年出生于肥前国佐贺郡，其父江藤胤光为佐贺藩士。1856 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。1868 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。1869 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。1869 年秋，江藤被明治政府急速召回，并被任命为太政官的中弁，江藤在这一位置

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》1970 年版，第 172 页。

^② 信夫清三郎著：《日本政治史》第二卷，上海译文出版社 1988 年版，第 4 页。

上“显示了其对整备官僚机制的卓越见识”^①。江藤新平于 1870 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“国会会议”的实际负责人，该会议以荷兰宪法为参照，制定了“国法箇条之目录”，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 1872 年 4 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”^②。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。1871 年，由司法省派出官员到东京府听讼、断狱，其后又于同年 12 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。1872 年 3 月，司法省又制定了《各区裁判所章程》，在东京 6 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所迈出的

日本近代法制史研究会编：《日本近代法 120 讲》，法律文化社 1992 年版。

② 《司法省沿革略志》第 15 页。

第一步，因此，在日本裁判制度史上具有重要意义。

但是，司法省接收其他地方司法权却极其困难。根据 1871 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^②。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。1872 年 4 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备^③。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”^④。

江藤首先制定了“司法省誓约” 5 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）。明确宣布了司法省以

鹤饲信成，福島正夫，川島武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 6 卷，东京劲草书房 1959 年版，第 56 页。

鹤饲信成，福島正夫，川島武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 6 卷，东京劲草书房 1959 年版，第 56 页。

③ 鹤饲信成，福島正夫，川島武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 6 卷，东京劲草书房 1959 年版，第 60 页。

鹤饲信成，福島正夫，川島武宜，辻清明編集：《日本近代法发达史》第 6 卷，东京劲草书房 1959 年版，第 61 页。

保护人民的权利为最大职责。江藤就任司法卿 3 个月后，就制定了《司法职务定制》。《司法职务定制》共 22 章 108 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 4 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。

（1）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 44 条）

（2）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（47 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（48、49 条）。

（3）（派出）出張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（54 条）

（4）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（58 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（60 条）

（5）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（69、70 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（司

法书士)制度,形成了日本法律服务业的基本框架。从《司法职务定制》的规定来看,司法卿和检事的职权相当广泛,体现了“司法行政权对裁判官优位”的特征。

《司法职务定制》是参照法国、荷兰以及日本的旧制度制定的,这一法规在日本法制近代史上最大的意义在于首次提出了建立独立的司法体制和相应的职业法律家制度,以实现司法制度的近代化。其后,江藤又对司法审判程序进行了改革,例如审判要邀请新闻记者参加,以加强其公开性。对于行政权力,江藤又下发了司法省达(令),明确规定:在因地方官骄横和怠慢而侵害人民权利的情况下,人民可以到裁判所提起诉讼,以得到救济,从而开辟了司法限制行政权力行使和救济人民的途径。

(二) 日本法院体系的建立

日本近代法院制度实际上发端于江藤就任司法卿时期制定的《司法职务定制》。《司法职务定制》规定了法院体系的组织结构、基本原则、上下组成体系等内容。但是,《司法职务定制》具有典型的启蒙主义色彩,由于统治权还处于分散状态,很多规定并没有落实。但是,随着日本逐渐将统治权收归中央,《司法职务定制》规定的法院体系逐步开始建立起来。

1. 大审院的设置与裁判所体系的改革

最初,日本进行法典编纂模仿的是法国法典,并且是在以法国人领导下进行的法典编纂和司法制度改革。因此,日本早期的司法制度改革也具有明显的法国法的特征 1875年4月,随着立宪政体诏书的发布,为了改革“审判之权”,日本模仿法国的破毁院制度设置大审院,并发布了《大审院诸裁判所职制章程》、《司法省检事职制章程》、

① 鹤饲信成,福岛正夫,川岛武宜,辻清明編集:《日本近代法发达史》第6卷,东京劲草书房1959年版,第65页。

《控诉上诉程序》、《裁判事务心得》等一系列的法令。对裁判机构设置进行了改革，这一时期的主要裁判所设置包括：

(1) 大审院设在东京，主要是接受上诉审，“接受民事、刑事的上告，对上级裁判所以下各级裁判所的不法审判作出破毁驳回，以维护全国法宪的统一”，大审院对于破毁的判决可以自己审理并作出判决。大审院还是国事犯、重大涉外刑事案件的一审和终审裁判所。

(2) 上级裁判所主要设置在东京、大阪、长崎、福岛四处，其权限为“对管内府县裁判所的裁判不服提出的控诉进行复审”，同时，经过大审院的同意，对死刑案件拥有一审审判权。上级裁判所每年还要派出判事进行巡回审判。

(3) 府县裁判所主要设置在地方府县，规定“各府县设置一所裁判所，审理一切民事和徒刑以下的刑事案件。”府县裁判所中设置判事长、判事、判事补等数人，并且规定在“没有设置裁判所的县由地方官兼任判事。”由于当时有相当多的县由县令、参事兼任判事，因此，一些地方官由于行政繁忙，而要求设置独立的裁判所。为此，明治政府于 1876 年发布《府县职制》和《诸裁判所职制章程》，废除了府县裁判所，将两个或者三个县的裁判所合并成立一所裁判所，并消除了地方官兼任判事的规定，从而彻底地摆脱了司法制度与地方行政体制的联系，日本近代裁判制度开始在体制上从地方行政中独立出来。

虽然，日本通过建立裁判所体系实现了裁判制度的体系化和地方司法权的独立，但是，中央司法权并没有因此而获得完全独立。相反，作为司法行政机关的司法省拥有对裁判的最高权力。大审院只不过被看作司法省的一个部门，司法省对裁判所和裁判官拥有指挥权，对法律有解释权，司法卿拥有对裁判官的任免权、对检事的监督权，司法行政权仍然保留了对裁判权的优位

1870年，由于在欧洲发生了法国与普鲁士之间的“普法战争”。作为当时欧洲大国的法国却败在了当时的欧洲小国普鲁士的脚下，这给以法国为典范学习、引进欧洲大陆法的日本以极大的冲击。19世纪80年代，日本派出了以伊藤博文等为团员的访欧代表团，对普鲁士的实际情况进行了详细考察，尝试学习普鲁士的皇帝威廉一世为国家权力顶点的立宪君主制的制度，力图在日本建立以天皇为国家最高权力的政治体制。因此，日本法的继受方向开始由法国法向德国法倾斜。随后相继制定的《裁判所构成法》、《民事诉讼法》、《民法》的国家基本法律、基本法典都是仿照德国法制定出来的。

2. 立宪君主制与《裁判所构成法》

1889年2月1日颁布的《大日本帝国宪法》（明治宪法）正式确立了近代司法制度。但是，这一宪法规定：“司法权以天皇的名义，依据法律规定，由裁判所行使。”虽然明确规定了三权分立的原则，但是，却受到天皇名义的限制，体现了宪政绝对主义的特征。1890年11月开始实施的《裁判所构成法》（法院组织法），又规定：“裁判官的人事管理、以及其他的司法行政权，法院无权行使，而是由司法大臣负责管理，而且检事局也属于裁判所的一部分，裁判官与检事都属于司法官”。可见，这种三权分立的国家权力结构中，司法权的独立并不十分充分，而是一种以天皇权力为核心的绝对主义权威之下的独立。因此，学者是这样评价明治宪法下的司法独立，“应该作为司法生命线的裁判官独立是在十分脆弱的基础上建立起来的”^①。《裁判所构成法》由四编144条组成，将裁判所划分为大审院、控诉院、地方裁判所、区裁判所四级。大审院是最高裁判所，拥有对上告、再抗告案件的审判权，是对皇室犯罪和内乱罪的第一审和终审裁判所。控

^① 网络46编：《不成为裁判官的理由——司法研修与拒绝任官》，载汤川二郎《司法研修制度与司法》，青木书店1995年版，第141页。

诉院在全国设置七所，是二审裁判所。地方裁判所在全国设置四八所，是第一审的和议裁判所。区裁判所是最下级审的单独裁判所。《裁判所构成法》73条还规定了司法官身份保障的条款，在第74、75条中规定了没有担任过一定年限的判事、检事、律师，不得补任控诉院判事、大审院判事，这就杜绝了行政官充任司法系统的上级官员、从而干预司法的途径。判事、检事的资格都由法律规定，并进一步规定司法大臣的司法行政监督权不得干预执行裁判职务的判事的裁判权并规定了限制司法行政监督权的条款。

《裁判所构成法》的颁布标志着日本近代裁判所体系的形成。实际上《裁判所构成法》主要内容与先前的立法并没有太大的区别。但是，通过这一法律将日本司法体制的有关规定统一在一部法律中，从而实现了司法体制的稳定化。“近代国家中，规制商品交换过程的国家权力的性质，一方面体现于作为规制尺度的法律的安定性、统一性；同时，也必须在直接发挥规制作用的权力——裁判权的行使方法中表现出来统一性、安定性。在这个意义上，近代国家中的裁判权行使方法根据法律而被体系化”^①。

但是，裁判所构成法是为适应天皇绝对主义前提下行使国家裁判权的需要而制定的法律，因此，司法的绝对独立是不可能的，日本的司法也受到绝对主义权力的种种限制和干预。具体体现在对司法权行使范围的限制、对司法权独立性的限制、和司法大臣对裁判权的指挥监督权——即行政权对司法权的优位。日本宪法57条一方面规定了“司法权根据法律以天皇的名义由裁判所施行”，另一方面又承认了行政裁判所等特别裁判所拥有一定的司法权。“其结果，通常裁判所的

^① 鹤饲信成、福岛正夫、川岛武宜、辻清明編集：《日本近代法发达史》第6卷，东京劲草书房1959年版，第64页。

行使裁判权的范围受到了根据特别法设立的特别裁判所的限制”^①。特别是根据《皇室典范》第 49 条、50 条、52 条规定，设置了审理皇族犯罪的特别裁判所、行政裁判所、违警罪特别裁判所等，仍然体现出裁判的不平等性，因为身份差异而可能受到不同裁判机关按照不同的程序审判。尽管裁判所构成法第 4 条规定了“裁判所的设立、废止、管辖区域及其变革由法律规定”，但是地方裁判所支部设置权限归属于司法大臣，这实际上破坏了司法权体系的统一性。此外，《裁判所构成法》第 50 条第 2 项、第 38 条还规定了东京控诉院以及大审院的特别权力：前者拥有对皇族的民事审判的一审、二审的特别权限；后者拥有对国事犯、皇族的重罪的一审、二审的特别权限。裁判所构成法的另一个重要特点是司法大臣具有强大的监督权限。司法大臣有权设置地方裁判所支部（31 条），有权任命地方裁判所的预审判事（21 条），制定划分区裁判所、地方裁判所、控诉院的事务分配规则的权力（第 11 条，22 条，36 条），制定关于判事、检事考试资格相关规则的权力（第 58 条），制定有关裁判所相关规则的权力（第 59 条）。这些规定虽然是国家司法权行使的细微之处，但绝对主义国家通过对司法权的事务管理和司法权的监督两个方面来加强对司法权的控制，从而保证了司法权服从于天皇的主权。这一方面是由于行政权与司法权相互依存、司法权从属于行政权的历史传统所决定，另一方面也反映了绝对主义体制下司法权独立的相对性。“虽然原则上确立了司法权独立，但是在国家内部权力关系上，司法权依然处于行政权的下位，受到行政权的指挥。特别是司法大臣对各地裁判所的司法

^① 鹤饲信成、福岛正夫、川岛武宜、辻清明編集：《日本近代法发达史》第 6 卷，东京劲草书房 1959 年版，第 165 页。

行政监督权更是司法权处于行政权下位的体现。”^①

（三）诉讼法体系的建立

1. 明治初期的司法程序与治罪法的实施

明治初年的诉讼基本上仍然按照旧幕藩法的出入筋、吟味筋程序。刑事诉讼程序主要根据 1870 年刑部省制定的《狱厅规则》，民事诉讼程序主要根据 1870 年制定的《府藩县交涉诉讼准判规程》的规定。1872 年的《司法职务定制》规定了民事、刑事听讼的程序。诉讼程序采取了书面中心主义，允许聘请代言人。以后，又规定败诉一方承担诉讼费用。《司法职务定制》还规定了民事诉讼的上告（上诉）、复审以及申告程序。此外在民事诉讼中，还继承了旧幕府时代的传统，规定了奖励、说服当事人和解的“劝解制度”。

明治初期的刑事诉讼还承认拷问嫌疑人的合法性。在审判中还有明显的身份等级制特征，根据被告人的身份决定不同的席位。1872 年《司法职务定制》规定断狱程序为初席、未决中、口书听读、落著等阶段。随后，又在同一年颁布了《罪案书式》、《罪案凡例》，1873 年又颁布了《断狱则例》，这些法规成为《治罪法》颁布前刑事审判程序的基本框架。《治罪法》实施前，刑事审判法庭由判事、解部、检事各一名组成，判事主管推问罪囚、解部主管记录、检事出席审判厅以监督裁判。允许新闻发行人（发兑人）和户长旁听审判。对于刑事案件的起诉，1875 年的《检事职制章程》中明确规定了检事执掌“弹告求判之职”，1878 年，司法省规定所有的犯罪都要经“由检事公诉处断”，产生了国家追诉制度的雏形。1875 年由于日本的御雇外国人伯阿索那目睹了日本刑事审判过程中刑讯逼供的场面，招致了崇尚自由、平等精神的伯阿索那的强烈抗议。于是，伯阿索那提出了

① 鹤饲信成、福岛正夫、川岛武宣、辻清明编集：《日本近代法发达史》，第 2 卷，东京劲草书房 1958 年版，第 167 页。

《拷问废止意见书》，以此为契机，废除了明治初期的一切有罪判决必须要有自供的原则。1879年，太正官布告规定在刑事案件裁判过程中废除拷问。

在通过制定法规来对近代司法体制进行修改的同时，日本还适应收回不平等条约的需要，进行诉讼法的编纂。最初的法典编纂继受了法国刑事法和刑事诉讼法体系。1878年，委托法国人伯阿索那拟订刑事诉讼法草案，任命岸良兼养、横田国臣、清浦奎吾为《治罪法》的调查官，进行法律的编纂。《治罪法》的内容以1808年法国治罪法为基础，参照德国、奥地利刑事诉讼法的规定，制作了诉讼法草案。1880年7月，《治罪法》经过元老院的审议，最终以太正官布告的形式公布，1882年1月1日与刑法一道开始实施。这是日本继受法国法的第一个成果。《治罪法》的继受对象是法国法体系，共有六章480条，原则规定了刑事案件由检察官提起公诉的国家追诉主义，刑事裁判所的组成和权限，办理刑事案件的搜查、起诉、预审等程序，公审、公判的裁判原则等制度。

2. 明治《民事诉讼法》的编纂与修改

1876年，日本开始提出制定民事诉讼法典。在继受法国法的大环境下，日本根据1806年法国民事诉讼法制定了法典草案。但是，由于明治政府转变了法典的继受方针，继受对象转向当时最新的德国民事诉讼法。1885年，德国顾问泰浩根据德国民事诉讼法典制定了日本民事诉讼法草案。日本政府以这一草案为基础制定了《日本现行诉讼手续》，作为处理民事诉讼的临时措施。在对该草案加以修改的基础上，经过法律调查委员会的审议，元老院的议定以及枢密院咨询，最终于1890年公布了《民事诉讼法》，并于1891年1月1日开始施行。

1890年《民事诉讼法》由总则、第一审诉讼程序、上诉、再审、

证书诉讼与兑换诉讼、强制执行、公示催告程序、仲裁程序八编 805 条组成。虽然这一法典在整体上继受了德国法，但为了适应当时日本法律教育不发达和律师数量极少的实际情况，民事诉讼法典没有采纳德国法的强制辩护主义，法典承认本人诉讼。但是，在委托诉讼代理人的时候，则必须委托辩护士（律师）。在地方裁判所提起诉讼时，采取诉状起诉主义，区裁判所则承认口头起诉。案件的审理采取口头辩论主义，证据调查需由当事人申请。由于法典吸纳了近代法律诉讼原则，实行口头主义、处分权主义、辩论主义、当事人主义，大大克服了日本民事诉讼中的传统因素。但是民事诉讼法实施后，由于程序烦琐和使用不便，很快就显现出日本社会对法典的排斥性，和法典对现实生活的不适应性。同时，民事诉讼法与民商法、裁判所构成法等法典一样，都是继受德国法的产物，随着法典论争的展开，法典编纂的自国化倾向日渐明显。为了与实体法的修改相对应，从 1895 年开始，“司法省法典调查会”开始着手修改民事诉讼法典。虽然在 1903 年公布了修改草案，但结果只是在 1898 年和 1911 年作了两次小的改动，而没有对法典的整体作出修改。从 1911 年开始，“法典调查委员会”以 1903 年的修改草案为基础，参照 1895 年奥地利民事诉讼法的规定，1919 年又成立了“司法省民事诉讼法修改调查委员会”对民事诉讼法进行调查和修改，1925 年终于拟就了修改法律案。经过帝国议会通过，1926 年公布了《关于修改民事诉讼的法律》，1929 年 10 月开始实施。新的民事诉讼法修改案为适应法律诉讼日渐增多的形势，改变了旧法律过分强调当事人处分权行使的规定，开始实行职权中心主义。

日本民事诉讼法的编纂是在诉讼程序法领域对外国法的继受。日本这样一个传统上不重视个人权利、轻视民事诉讼的国家在很短的时间内通过继受外国法建立了近代民事诉讼制度。但是，在继受法和法