



比较法文丛

何勤华 主编

17

现代日本人的法律生活

从宪法诉讼看日本法律意识变迁

魏晓阳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA





上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目



比较法文丛

何勤华 主编

17

现代日本人的法律生活

从宪法诉讼看日本法律意识变迁

魏晓阳 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

现代日本人的法律生活:从宪法诉讼看日本法律意识变迁 / 魏晓阳著. —北京:法律出版社,2012.9
(比较法文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3817 - 9

I. ①现… II. ①魏… III. ①宪法—法制史—研究—日本 IV. ①D931.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 174963 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米 × 960 毫米 1/16
版本/2012 年 8 月第 1 版

印张/12.5 字数/213 千
印次/2012 年 8 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3817 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨将此书献于导师何勤华先生

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

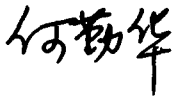
众所周知,21 世纪的中国已步入法治建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开开发

达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居
2010年9月19日

第一章 引言	1
一、基本概念	2
(一)“生活”是什么	2
(二)法、法治与法律生活	3
(三)宪法诉讼与日本法律生活	5
二、主要研究路径	6
(一)文化基因理论	7
(二)“法律文化基因”	8
(三)制度与文化的交互作用模型	9
(四)“宪法鸿沟”及其研究方法	10
三、主旨及结构	11
第二章 近代日本人的法律生活	13
一、古代日本人的法律生活	14
(一)“民事领域的习惯法调整传统”	14
(二)法律的儒家化	15
(三)近代式权利意识的缺位	16
二、近代法律生活的突破与变革	19
(一)独立司法制度体系的建立	20

(二) 国民选举权利意识的萌芽与发展	22
(三) 劳动权意识的萌芽与发展	26
三、制度突破的局限与传统文化的连接	28
(一) 主权者恩赐的权利意识	30
(二) 选举权意识的扭曲	33
(三) 劳动权意识的变相	35
(四) 司法审查的空白	38
四、结语——明治宪政缘何失败	40
第三章 和平宪法的制定	42
一、自主立宪——日本人对宪法制定的参与	43
二、两部宪法制定的比较	46
(一) 公民参与的不同图景	46
(二) 制宪权与传统文化	47
三、制度突破与文化变迁	48
第四章 司法审查制度的移植、发展与局限	51
一、司法审查制度的建立	52
(一) 新生宪政文化的释放	52
(二) 政府保守层的警惕与恐惧	54
二、司法审查制的实施	56
(一) 司法审查制的消沉及原因	56
(二) 传统文化的转变	59
三、首相参拜的个案分析	61
(一) 政府保守层的反击	62
(二) 大众宪政意识的提高	63
(三) 法官意识的分流	65
四、“首相参拜案”的启示	66

第五章 和平生存权意识	68
一、和平制度突破与宪法意识变迁	69
(一)《日本国宪法》第9条的制定	69
(二)战后国民宪法意识的扎根	72
(三)法律学者的贡献	77
二、宪法第9条面临的挑战与危机	79
(一)宪法意识的分流	79
(二)日本政府的再军备扩张轨迹	81
(三)政府解释的变迁	83
三、宪法诉讼与法官及公民宪法意识	86
(一)宪法诉讼	86
(二)法官宪法意识的统一与对立	93
四、结论——和平宪法的未来	97
(一)制度变革与宪法意识的发展	97
(二)宪法和平条款的危机与前景	99
第六章 选举权意识	101
一、和平宪法下的选举权意识	102
(一)制定时的文化冲突	102
(二)宪政文化的释放——选举制度的再突破	103
(三)传统文化的裂变	105
二、和平宪法下的选举诉讼	106
(一)投票权平等与参众议员定额数不均衡	106
(二)选举权的保障机制	113
三、法庭之外的斗争	119
(一)宪法诉讼的制度与文化根源	119
(二)选举权意识的分歧	122
(三)制度突破带来的选举意识变迁	123
(四)法学界的批判意识	128
(五)政府保守层观念的变化	130

第七章 劳动权意识	134
一、和平宪法制定时的文化冲突	135
(一) 国民权利意识的高涨	135
(二) 劳动制度的建构	138
(三) 保守意识的反抗	140
二、公务员劳动基本权诉讼	145
(一) 诉讼起源	145
(二) 下级法院与最高法院的对抗	147
(三) 战后判例史的高峰	148
(四) 最高法院的逆流	150
三、法庭之外的较量	152
(一) 劳动权意识的革命性突破	152
(二) 权利意识变迁的局限性	153
(三) 民主势力与保守势力的对决	155
(四) 公务员劳动基本权的斗争	158
第八章 日本宪政的回顾与展望	162
一、日本宪政转型中的路径依赖	163
(一) “法治”还是“法制”	163
(二) 最高法院的保守性	166
(三) 相对弱化的法律意识	167
二、传统法律文化基因的断裂	169
(一) 天皇家长制度的崩溃	172
(二) 家制度崩溃对权利意识转变的影响	173
(三) 司法审查制度对国民宪政意识的改变	176
三、亚洲宪政的未来——日本经验对中国的启示	180
参考文献	183

第一章 引言

在《制度突破与文化变迁——透视日本宪政的百年历程》一书中，^①笔者探讨了日本传统文化对宪政制度发展的制约作用。制度学派认为，制度变迁受制于一系列社会因素，其中包括政治文化与意识形态。^②日本百年宪政的历史证明，一个民族的意识形态和文化传统对于制度的深化与巩固发挥着关键作用；没有大众文化作为支持，政治精英启动的制度变革是不可能持久的，新制度的巩固必然建立在与之相适应的文化变革基础上。然而，文化与制度之间的关系并非简单的决定与被决定关系；制度变革虽然确实对既有文化结构具有严重的路径依赖，但其本身就是推动文化转型的重要动力。一次成功的社会变革实际上是制度与文化相互交替、相互推动、相互制约的双重变革：精英政治产生的制度突破推动文化变迁，经历变革的大众意识形态反过来为新制度提供文化基础，进而推动进一步制度变革。

本书的主要目的是探讨制度与文化相互作用的另一个层面，即制度变革对文化变迁的促进作用，尤其是对现代日本法律意识的生长和成熟的促进。本书的基本思路是以文化与制度的互动原理为基础，以日本人的宪法与法律生活为材料，在制度的建立与运行过程中揭示文化

^① 魏晓阳：《制度突破与文化变迁——透视日本宪政的百年历程》，北京大学出版社2006年版。

^② [美]道格拉斯·诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁、罗华平等译，上海三联书店1991年版，第5页。

价值的内在多样性及其受制度变革的深刻影响。为此,本书系统呈现了日本不同阶层的法律意识变迁,包括统治层、国会议员、法官在内的日本国民如何参与宪法的制定及运作的图景。日本曾在历史上经历两次宪政转型并面临不同的宪政制度抉择,^①日本人的宪法生活也因而呈现出不同的样态。通过探讨日本不同社会群体及个人的宪法行为与宪法意识,本书不仅重点再现了当代日本人的宪法生活,并运用历史学和社会学等方法追溯和分析了近代日本宪法意识变迁的历史背景、过程及内在的制约因素。

在系统探讨日本人的法律生活之前,本章首先说明本书所用的基本概念、方法与研究路径。本章首先厘清“生活”、“法律生活”等基本概念,然后说明本书的主旨、方法与研究路径,最后概括相关研究的成果并指出本书的主要创新点。

一、基本概念

(一)“生活”是什么

“生活”一词最早见于《孟子·尽心上》。孟子曾说过:“民非水火不生活。”^②直到今天,“生活”早已是一个使用最频繁的日常用语,几乎什么都可以和“生活”发生联系——家庭生活、社会生活、物质生活、文化生活、政治生活等,不一而足。但究其实质,所谓“生”,就是成长的意思,日语中也有草木生长之意。甲骨文的“生”字像地面上长出来的一株幼苗,其本义是指植物的生长、长出,后引申为一切事物的产生和成长。^③所谓“活”,《说文》中为“流声也”,^④凡从“活”取义的字都与流动之义有关。人作为活生生的动物,必然表现出独特的生长和活动方式,“生活”即为代表此种生长与活动方式的几乎无所不包的总称。

现代意义上的“生活”一般包含几层意思:第一,是有关生活或生活中的各种功能过程的某一特定方面,如一个人的物质生活和感情生活。第二,是个人存在的进程;它构成了个人生存的一系列肉体上和心灵上的经验,是个人经验的行动及事件的总体,如被生活中的一些特殊事件所激起的感受。^⑤第三,生活还可以指一个社会的生存和发展过程。在这个意义上,生活是社会上人与人之间相互影响和相互矛盾的关系之总和。

① Theodore McNelly, *The Origins of Japan's Democratic Constitution*, Maryland, University Press of America, 2000.

② 刘俊田、林松、禹克坤译注:《四书全译》,贵州人民出版社1990年版,第615页。

③ 谢光辉主编:《汉语字源字典》,北京大学出版社2000年版,第446页。

④ (汉)许慎撰、(清)段玉裁注:《说文解字注·水部》,上海古籍出版社1988年版,第547页。

⑤ 王同亿主编:《语言大典》(下册),三环出版社1990年版,第3049页。

根据活动的性质,人的社会生活可以分为不同的重要方面。在人学词典上,可以查到有关经济生活、文化生活和政治生活等概念的词条解释。例如,经济生活是人最基本的实践活动,是系统地生产人的物质生活资料的活动,即以连续的方式向社会和个人提供衣、食、住、行及其他各种物质文化需要的物品和服务活动。因此,经济生活被认为是由人所特有的社会需要和利益推动的、由人和人群共同体所组成的社会有机体的首要功能。^① 相比之下,文化生活则是人类为了生存和发展而进行的精神文化的生产活动和享受活动。人的需要和生活可分为最基本的两大类型:物质和精神。事实上,正是文化生活使人同自然界和动物界区别开来。

最后,在更高的层次上,人类还普遍从事着政治生活:为了更好地生存和发展,人类不仅要从事劳动生产改造自然物,获得衣、食、住、行等表的物质生活资料,以解决人和自然的关系,而且还必须作为社会的人从事政治活动和其他社会活动。作为社会生活的一个重要方面,“政治生活”不仅是指政客的职业活动,而且还包括控制、影响、取得与维持一个政府的人与人之间的关系,以及在任何社会集团(如政府集团、教会、俱乐部、工会等)中领导者与非领导者之间的关系。^②

(二) 法、法治与法律生活

“法”在古代中国和日本都是同一个字:“灋”。既然是从中国引进的,日语的“法”也包含必须遵守的标准、规则和公平原则的意思。根据日语词典的解释,“灋”字由三部分组成:左面的水表示标准、水平;右面上部是(けふ),是古代用来审判的神兽;下部的“去”(きよ)是指涌出的意思,表示借助神兽的审判退除恶事。事实上,“法”的读音“のり”就是指公平。^③ 由此可见,日本的法律概念基本上沿袭了中国的传统理解。^④ 穗积陈重在《日本新民法》中指出:“日本法律属于中国法族者盖一千六百年矣。虽自大化改革以后经历极多巨大之变化,而日本法制之基础仍属于中国之道德哲学与崇拜祖宗之习惯及封建制度。”^⑤

虽然“法”是一个重要概念,“法律生活”本来并不是一个专业术语。事实上,

① 黄楠森、夏甄陶、陈尚志编:《人学词典》,中国国际广播出版社1990年版,第214页。

② 同上,第4395页。

③ [日]小川环树、西田太一郎等编:《角川新字源》,角川书店1985年版。

④ 中国法学家杨鸿烈持不同观点。他认为,日本“法律”一词之意义与中国并无关系。“のり”第一意义为“大声宣告”,“宣告者即为现在有统治权之人”,因而“のり”是指“天皇之命令”。因此,他认为与中国以“公平”为法律之意义是全异其趣。参见杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1997年版,第173页。

⑤ 转引自杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1997年版,第173页。

上述《人学词典》定义了经济、文化和政治生活,但并没有专门定义法律生活,中文和日语文献中也没有以此为标题的专著。如果在中国学术期刊网上以“法律生活”为篇名进行检索,可以查阅个别以此为题的文章,如有关古代教化与民间乡村的“法律生活”。^①许章润教授曾以“法律之为一种人世生活方式”为标题,认为“法是服务人生而慰贴人心的生活样法”,^②法律作为一种构成人间秩序的人世生活规则,是在因应特定社会生活状态意义上对于生活事实之记录。这里的“法律”显然不只是纸上的法律规定,而是法律规则在实际生活中的运用,是人类通过法来进行社会治理的实践活动。在这个意义上,法律生活是和社会的法治状况紧密相连的概念。

尽管直接涉及“法律生活”的著述不多,但是和经济生活、文化生活与政治生活类似,法律生活必然是人类社会生活的重要组成部分。可以不夸张地说,现代文明的过程就是一个逐步走向法治的过程。霍布斯(Thomas Hobbes)认为,人类在进入文明社会状态之前是处于所谓的自然状态之中,也就是“人对人像狼一样”的战争状态,但人类又有超出自然状态的可能,因为人的本性一部分是情感,另一部分是理性,而理性所昭示的自然法是人类希望的曙光。自然法“乃是理性所发现的一种箴言或普遍的规则。这些自然法是用禁止人去做伤害他自己生命的事情,或禁止人放弃保全生命的手段,并且命令他去做他认为最可以保全生命的事情。”^③自然法的最根本法则就是寻求和平,为此目的人们订立契约并建立主权政府。通过这种契约关系,人由自然状态进入社会状态,从无法无天的战争状态逐步进入到文明的法治状态。洛克进一步认为,法律在本质上是为了保障公民的自然权利。

当然,走向法治是一个曲折和漫长的过程;在此过程中,人类普遍经历过人治和家长式统治。英国法学家梅因在论述关于法律和立法的一般发展方向时提出了具有重要意义的“现象序列理论”。^④他认为,人类法治进程经历过四个阶段。在最早时期,法律是根据家长式的统治者的个人的命令制定的,而居民则认为这在按神灵启示行事。后来,西方社会逐渐进入了习惯法和法典化阶段,最后是衡平与体系化阶段。在法治的生成之前,我们可以看到一种文化不断积淀的进程。

① “论古代法律生活中的‘情理场’——从《名公书判清明集》出发”,载《法制与社会发展》2004年第5期。

② 许章润:《说法、活法、立法——关于法律之为一种人世生活方式及其意义》,清华大学出版社2004年版,第8页。

③ 黄楠森、夏甄陶、陈尚志编:《人学词典》,中国国际广播出版社1990年版,第739~740页。

④ [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1999年版,第42~64页。

从亚里士多德开始,格劳秀斯、斯宾诺沙、洛克、孟德斯鸠、卢梭、斯宾塞、奥斯丁、边沁……一代代大师为西方法治文化传送着一脉相承的理念,在法治生成中担当了不可或缺的角色。在资本主义社会,法治作为其文化的一部分,作为其伦理秩序的特殊体现,正是这种传承的自然生成。相比之下,中国和日本则长期定格在第一(家长制)和第二(习惯法)阶段,整个社会习惯于用伦理道德而非法律来处理民间纠纷。

无论处于哪个阶段,一个社会都有其独特的法律生活。事实上,法律生活就是一个社会走向法治的全过程。既然任何社会都离不开法律的统治,不论是中国人还是日本人都和西方人一样有着自己的法律生活。作为一个法律概念,“法律生活”最早出现在日本法制史学家石井紫郎的专著中。据他介绍,“法律生活”一词在德国使用较多,它不仅是一个日常生活用语,也是社会科学工作者广泛使用的一个法律词语。由于法律与人们的日常生活有着密切的联系,日常生活也离不开法律的调整,“法律生活”显然是一个值得深入研究的概念。^①事实上,石井紫郎教授进一步将日本人的法律生活分为公和私两个方面。“公”是指正式的法律生活,也就是国家以公权力为后盾,通过审判机关和审判程序处理各种社会纠纷,维护社会的正常秩序;“私”则是指私人依据自己的资源和实力,通过私人或公共等各种途径处理民间纠纷。

根据本书作者的理解,法律生活是法律在人们实际生活中运行的一种图景,是人们参与法律运作过程的全部活动的描述。它不仅包括法律本身的生成和制定过程,也包括法律实施过程中的具体表现;既包括不同利益群体在法律制定和实施过程中的公开斗争,也包括决定其行为的法律思维和意识。总之,法治是按照某种法律原理组成的一套社会秩序,而法律生活则是与此相关的一切法律活动。

(三) 宪法诉讼与日本法律生活

由于日本人的法律生活是一个极为丰富和庞大的体系,本书在有限的篇幅内当然不可能面面俱到,而是选择以宪法诉讼为视角。虽然宪法诉讼显然是从“公”的角度去理解法律生活的含义,但笔者认为它最能体现日本法律生活的含义。无论是在古代、近代(明治宪法时期)还是当代(和平宪法时期),日本人的法律生活都与其独特的天皇文化息息相关,而这一特征是私法无法全面体现的。更重要的是,宪法是国家的最高法律,宪政是法治的最高阶段,而宪法诉讼不仅是宪

^① 何勤华:《20世纪日本法学》,商务印书馆2003年版,第89页。

政的制度性前提,也是公民参与国家法律生活的最高体现。^①因此,本书主要探讨日本不同社会群体的宪法行为和意识。通过宪法诉讼,本书寻求再现现代日本的普通民众和国家官员的宪法生活。通过比较不同阶段的宪法生活,本书显示了一个直白的道理:一个国家的法律生活在很大程度上取决于宪法制度的设计,当代日本人的法律生活也同样得益于和平宪法的制度和权利保障结构。

二、主要研究路径

在分析实证主义法学家眼中,法是以国家强制力为后盾的、严密的规则体系。但在法社会学眼中,法是社会团体、社会生活演变的一个组成部分,是社会性团体中通行的规范的一种。例如,法社会学家埃利希将法分为三个内容:审判规范、活法和法命题。在此基础上,埃利希认为法社会学的第一也是最重要的任务,就是将管理、控制、规定社会的法的构成部分与仅仅是单纯的审判规范分离出来,并阐明其有组织的权力构成。^②因此,如果试图探讨纸面上的法与行动中的法所形成的鸿沟,那么将法限定在实定法上的实证主义方法是不够的。将实定的法规范作为法源,以此来演绎式形式主义的法实证主义方法,即概念法学的方法是不够的。^③

为了理解日本现实世界中的宪法状况,本书首先尝试以宪法诉讼为经验视角,在探讨宪法与“审判规范”和“法律命题”层面内涵的基础上,揭示存在于日本国民宪法生活中的实际宪法规范,进而剖析日本宪法文本与宪法实践之间的差距。

为了深入描述日本人的宪法意识与法律生活,并揭示宪法意识的内在分歧和多元化的原因,本书以“文化基因论”作为理论基础,强调法律文化也存在“基因”传承的特点,并在很大程度上决定了人类社会的不同法律结构与法律生活的样态。当然,法律文化基因是在制度框架下的法律实践逐步形成的,并可能随着制度突变而产生变异。法律文化是法律制度在人的认识、感觉和评价的内部化,而法律生活则是这种内部化的一种呈现。在这种内部化过程中,法律制度的形成与发展不仅影响着法律文化的定型与塑造,也直接决定了法律生活呈现出多样的

^① 张千帆:《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社2004年版,第14~15页。

^② “审判规范”指审判机关通过审判程序,将活法的有关内容提升为有约束力的强制性规范。“活法”指在日常生活中通常为各种团体认可并支配社会一般成员行动的规则,它存在于民间契约和团体章程中,是支配社会生活的法律。“法命题”是指作为普通的妥当的规范,是制定法和法律文书以权威的方式明明的法规定。何勤华:“埃利希和现代法社会学的诞生”,载《现代法学》1996年第3期。

^③ [日]上野裕久:《宪法社会学》,劲草书房1981年版,第15页。

图景。

本书采用的主要分析模型是“制度—文化互动模式”。该模式认为,制度与文化之间并不是谁决定谁的简单关系,而存在相互依存、相互促进、相互制约的复杂关系,没有文化的支持,制度无法建立;而没有制度的实践,也不可能完成文化的转变及变迁。在《透视日本宪政的百年历程》一书中,作者尝试揭示文化对宪政制度形成与发展所产生的影响,而本书力图探讨文化发生变迁与分歧的制度性原因。导致文化变迁的原因可能是多方面的,其中,制度实践在此过程中发挥着不可忽视的决定作用。日本的宪政过程表明,制度实践可以深刻影响甚至左右文化的塑造及变迁。虽然在宪政制度的创新及转型过程中存在巨大的路径依赖惯性,但是制度的实践依然有可能使文化基因的传承发生断裂。

(一) 文化基因理论

进化人类学家认为,人类进化有两个平行的系统:基因和文化。^① 与文化及社会行为的进化相比,人类基因和生理进化是缓慢得多的过程。社会生物学家认为,和自然进化类似,文化的进化过程也存在基本单元,也就是所谓的“文化基因”(cultorgen)。^② 文化是所有共享文化基因的认知和行为过程之结果。根据认知主义(cognitive)理论,文化是知识、符号和信息储存系统,发挥着类似于基因的功能。^③ 在规范意义上,文化包含着社会共同分享的价值、规则、制度、程序和生活方式,以及对违规行为的制裁。^④ 与人类通过生殖繁衍延续后代不同,文化的传承通过在日常生活中的教育、引导、惩戒、灌输等多种控制方式,而得以从一代人不经置疑地完整传递到下一代。

作为人在后天获得的内在化的行为规范机制,文化履行着重要的社会职能。普通的动物根据基因的先天遗传而获得生存本领,但人如果只是依靠基因是远远不够的。在社会人类学意义上,人是一种在基因上“不完全”(incomplete)或“未成就”(unfinished)的动物,其后天成熟和行为的协调还依赖于基因外(extragenetic)的外在控制机制。因此,“我们是……一种不完全或未成就的动物,

① Robert Boyd and Peter J. Richerson, *Culture and the Evolutionary Process*, University of Chicago Press, p. 33.

② Charles J. Lumsden and Edward O. Wilson, *Genes, Mind, and Culture: The Coevolutionary Process*, Harvard University Press, 1981, p. 2.

③ Richard A. Shweder and Robert A. LeVine (ed.), *Culture Theory: Essays on Mind, Self, and Emotions*, Cambridge University Press, 1984, p. 72.

④ A. L. Kroeber and Clyde Kluckhohn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, Vintage Books, 1952, pp. 100 - 101.