

PERSPECTIVE OF JAPANESE JUDICIAL SYSTEM

现代日本司法

透视



龚刃韧 著

PERSPECTIVE OF JAPANESE JUDICIAL SYSTEM

现代日本司法透视

PERSPECTIVE OF JAPANESE JUDICIAL SYSTEM

龚刃韧 著

世界知识出版社

(京)新登字 021 号

责任编辑:吴力超

封面设计:孙 敏

现代日本司法透视

龚刃韧 著

世界知识出版社出版发行

(北京东单外交部街甲 31 号 邮政编码:100005)

北京东远电子技术公司排版 中国科学院印刷厂 新华书店经销

850×1168 毫米 32 开本 印张:9 字数:223000

1993 年 3 月第 1 版 1993 年 3 月第 1 次印刷 印数:1-8000

ISBN 7-5012-0534-5/D·99 定价:5.50 元

序

本来，我在日本留学期间主要是研究国际法的，而且当时所选的课题涉及欧美国家的学说及判例比较多，不仅与日本法没有直接关系，甚至有关的日文文献资料也很少。然而，几乎从一开始，我就对日本的宪法及其他日本法也产生了浓厚的兴趣。

1988年回国以后，我本打算先写一些有关日本宪法的東西，但因忙于国际法方面的教学和研究工作，一直也没能抽出时间动笔。大约是在前年秋季，北京大学法律系主任赵震江教授随同我国最高法院代表团访日后，带回一些新的资料，并建议我就日本司法的全面情况搞一本著作。这一建议便成了写作本书的起因。好在留学期间，我已通过研究宪法对日本的司法制度有所考察，当时不仅阅读和收集了许多有关的资料，而且还直接到日本的法院、检察厅、律师事务所等处调查和了解情况。这种经历为我从事这一课题的研究提供了重要的基础。

这本书的着眼点并不是对日本司法制度做个一般性的介绍，而是侧重对日本司法的实际运用状况作历史的和社会的分析，并研究其特点和存在问题。实际上，在任何国家里，法律制度及其原则与实际的运用状况都会有不同程度的差异。所以，仅仅了解一个国家在纸上所规定的法律制度，往往并不能真正了解这个国家的实际情况。如果读者能够通过本书对日本司法的现状有一个比较客观和真实的了解，并由此对日本的社会制度也有一个更深刻的认识，那么本书的目的就算是达到了。同时，我也希望书中的内容对推进我国的民主与法制建设能有些借鉴作用。

在本书的写作过程中，我始终得到了许多日本友人的热诚帮

助。特别是曾经担任过 30 年法官、现任北海道大学法学部刑法及刑法教授的渡部保夫先生，还有日本律师村冈启一先生，都多次地给我寄来了有关日本司法的大量资料。恰好，这两位都是目前促进日本司法改革的著名人士。我的导师、北海道大学国际法教授杉原高岭先生自始至终也对我从事多学科的研究给予了充分理解和热情的支持。我的宪法老师、著名的和平主义者深濑忠一教授以及中村睦男教授不仅在我留学期间给予多方面的帮助，自我回国以后还不断地寄来他们的新著。另外，北海道大学法学部高见胜利教授、日本友人谷久子女士以及东京大学法学部山口厚助教授也都分别寄来了一些有关日本司法、行政法、司法考试制度以及法学教育等方面的资料。在付梓之际，对这些日本的良师与益友们的热心帮助谨表深深的谢意。

还应提一下，日本著名的刑法及刑法学者，东京大学法学部名誉教授平野龙一先生、松尾浩也先生以及同法学部刑事学助教授山口厚先生于 1990 年曾来北京大学访问。这使我获得机会进一步了解到一些有关日本刑事司法的近况。特别是平野龙一教授深刻分析日本司法中存在问题的论著以及他的讲演，都给我留下了很深的印象。

其实，这本书的初稿于去年就完成了，但因遇上出版困难，稿子在书柜里搁置了将近一年。不过，很多事情既有坏的一面，也有好的一面。这一年来，不仅日本司法制度出现了一些新的改革动向，而且在日本还出版了许多有重要参考价值的论著和新资料。这样，又使得我有条件进一步修订书稿，使其能够反映出日本司法的最新动态。

去年年底，正在北京讲学的日本北海道大学法学部政治学教授松泽弘阳先生，偶尔听说我遇到了出书的困难，便主动提出愿为我向日本方面联系和申请出版资助。由于松泽教授的热心联系和帮助，在北京大学赵震江教授和罗豪才教授的支持和推荐下，本书得到了日本国际交流基金的出版资助，同时也得到世界知识出

版社的大力支持。对此，也一并表示衷心的感谢。

最后，在交付书稿以前，还请我的妻子阎勤阅读了几遍。我主要有两个用意：一个是文字方面的校对，另一个是为了让不搞法律专业的人也能容易地读懂本书。因此，这本书也包含着我们俩的共同劳动。

龚刃韧

1992年8月于北京大学

目 录

序.....	5
--------	---

第一章 日本司法的基本构造

第一节 日本法的“西洋化”	1
一、近代日本法的“欧洲化”	2
二、现代日本法的部分“美国化”	7
第二节 日本司法今昔	12
一、近代司法制度的确立	12
二、法西斯、军国主义时期的司法	16
三、美国占领与司法改革	18
四、占领政策的转变与日本司法	21
五、战后的“司法危机”	23
六、最近的司法改革动向	26
第三节 现代日本司法的基本特征	27
一、外部独立与内部统制	28
二、既无陪审又无参审的国民参加制	37
三、法律家资格一元制与法官任用二元制	43
四、“精密司法”与“检察官司法”	48

第二章 审判机关

第一节 日本法院概观	53
一、“五种四级三审制”的结构	53
二、普通法院统一行使司法权	56

三、法庭的情景	57
第二节 日本司法的支柱——最高法院	62
一、概况	62
二、最高法院的组成	64
三、司法行政的最高官府	68
四、最高法院的审判状况	72
五、消极的“宪法法院”	76
第三节 日本司法的根基——下级法院	80
一、高等法院	80
二、地方法院	82
三、家庭法院	84
四、简易法院	85
第四节 “行政官僚化”的法官	86
一、概说	86
二、“孤高”的地位	89
三、法官的职业生涯	93
四、法官的身份保障	97

第三章 审判程序

第一节 诉讼中的时间与金钱	100
一、诉讼时间	100
二、诉讼费用	102
三、律师费用	103
第二节 刑事诉讼	106
一、侦查阶段中的实情	106
二、诉讼程序及其特色	116
三、误判问题与刑事司法改革	128
四、刑罚的执行状况	132
第三节 民事诉讼	141

一、概说·····	141
二、民事诉讼的审判程序·····	145
三、存在问题和最近动向·····	147
第四节 行政诉讼·····	154
一、概说·····	154
二、行政诉讼的形式·····	158
三、法官与“国家代理人”的奇妙关系·····	163
 第四章 检察制度	
第一节 概说·····	168
第二节 浑然一体的检察组织·····	169
一、检察机关的设置概况·····	169
二、检察官同一体原则·····	173
三、法务大臣的指挥权·····	178
第三节 拥有广泛权限的检察官·····	182
一、检察官的法律地位·····	182
二、检察官的仕途·····	186
三、检察官拥有的侦查权·····	188
四、政治家贪污受贿案与检察官·····	192
五、检察官独占的公诉权·····	200
第四节 公安检察的内幕·····	213
一、战后日本的治安立法·····	213
二、公安检事·····	216
三、公安调查活动·····	218
 第五章 律师制度	
第一节 日本律师的昨与今·····	223
一、历史沿革·····	223
二、律师自治·····	225

三、人数与人员分布状况·····	227
第二节 “在野法律家”——律师·····	231
一、律师的法律地位·····	231
二、律师的业务活动特点·····	236
三、律师事务所的现状·····	242
第三节 自成体系的律师组织·····	245
一、律师组织概况·····	245
二、具有“在野”色彩的活动·····	249
第四节 律师与法律援助制度·····	253
一、法律扶助·····	253
二、国选辩护·····	256
第五节 外国律师在日本的开业问题·····	257
一、允许外国律师开业的起因·····	257
二、关于外国律师开业的现行制度·····	258

第六章 法学教育和司法考试制度

第一节 法学教育·····	261
一、大学及其法学部概况·····	261
二、培养“通才”的本科教育·····	265
三、培养“秀才”的研究生教育·····	267
第二节 “现代科举”司法考试·····	268
一、司法考试制度概况·····	268
二、存在问题与改革动态·····	271
三、取得资格的终点站——司法研修所·····	274

第一章 日本司法的基本构造

第一节 日本法的“西洋化”

历史上，日本曾长期受到中国文化的重要影响。例如，日本很早就从中国引进了汉字、儒教思想以及佛教经典。同样，日本早期的法典，如公元8世纪的《大宝律令》和《养老律令》也是以中国法典为范例而制定的。然而，由于中日两国的封建制度有很多重要的差异，这几个法律在日本只施行了很短的一段时期，作用也很有限。^①所以，日本受中国法的历史影响比其他文化领域要小一些。近代以前的日本法主要是通过幕府和诸侯的法令，以及以农村习惯法的形式而逐渐发展起来的。

自1868年的明治维新以后，日本开始崇拜西方文化。日本法也开始了“西洋化”的进程。最初日本主要受欧洲大陆法、特别是德国法的影响，第二次世界大战以后，由于美国对日本单独军事占领的关系，日本法又部分地被“美国化”了。

^① 据日本学者的分析，这种差异首先表现在中国的历史主线是以皇帝为顶点的中央官僚集权统治，而日本则为封建诸侯的地方分权统治；其次，中国的所有土地都被认为归皇帝所有，而日本早已形成封建领主的土地所有和农民土地保有的双重所有制；再次，在中国农村支配农民生活的是基于血缘的宗族关系，而在日本农村地缘关系一直比血缘关系更重要。参见稻子恒夫，《日本法入门》，法律文化社1981年版，第123页。

一、近代日本法的“欧洲化”

(一) 美国炮舰与日本开国

日本法的“西洋化”是明治维新以后才出现的现象。但在此之前，美国炮舰用武力逼迫日本开国的事件也为后来日本法的“西洋化”埋下了伏笔。

1853年6月，美国东印度舰队司令佩里（M. C. Perry）率领四艘特遣舰开进日本江户湾的浦贺海面，企图用武力逼迫日本政府开国。半年后的1854年初，佩里又率领七艘军舰开进日本神奈川河口，并以武力相威迫，于同年3月和日本的幕府缔结了《日美和亲条约》（亦称日美神奈川条约）。这一条约规定了日本开放下田和箱馆二港、在开放港口圈定外国人“居留地”以及片面最惠国待遇等条款。至此，日本长达200多年的闭关自守的局面终于被打破。

1858年6月，美国又强迫日本政府签订了《日美修好通商条约》（亦称安政条约）。根据这个条约，日本除下田和箱馆外，再开放神奈川、长崎、新泻和兵庫四港。同时，日本承认了美国商人在大阪和江户的居留权及其外国领事裁判权。此外，该条约还否认了日本的关税自主权。因此，这是一个典型的不平等条约。同年，荷兰、俄国、英国和法国等国也相继和日本签订了类似的通商条约。

美国用炮舰打开日本国门这一事件，一方面在客观上促使日本增进了对西方国家社会、经济和文化的了解及接触，但另一方面却又使日本被迫在不平等条约的基础上与西方国家打交道。明治维新以后，修改这些不平等条约，成了促使日本政府仿照西方开始近代国家立法事业的一个主要动机。

（二）明治维新与日本法的“欧洲化”

明治维新是近代日本从封建社会向资本主义社会过渡的一个转折点。1868年3月以明治天皇名义宣布的“五条誓文”和同年4月由明治政府公布的“政体书”，构成了明治政府初期的改革纲领。这两个文件的基本宗旨是建立以天皇为中心的统一的中央集权制国家。在“五条誓文”中提出了政治上“广兴会议，万事决于公论”，经济上振兴工商业，外交上“破旧来之陋习”。此外还提出了废除社会等级制和吸收西方文化知识。“政体书”作为当时政府的政治组织文件，标榜三权分立，并规定了官职和官员的等级。在实践中，明治政府不仅通过“奉还版籍”（即各藩主交出领地和人民）、“废藩置县”而确立了中央集权制统治，还通过扩大民族工业市场、奖励发展商业贸易、统一货币、废除封建领主土地所有制等措施为发展资本主义开辟了道路。

与此同时，明治政府为了尽快修改和欧美列强之间的不平等条约，顺应资本主义体制的发展和“富国强兵”，又提出了所谓“泰西主义”即欧洲化的立法方针。这一方针构成了近代日本所谓“入欧脱亚”的一个重要步骤。从此，日本的法律制度开始仿照欧洲国家的法律，走上了“欧洲化”的道路。

（三）“走出去”和“请进来”

在日本法的“欧洲化”过程中，明治政府采取了“走出去”和“请进来”等不同做法。从1871年11月至1873年9月，明治政府派遣以外务卿岩仓具视为右大臣和特命全权大使，组成了约50人的遣外使节团，还带上一些日本留学生，先后到美、英、法、比、荷、德、俄、丹麦、瑞典、意、奥和瑞士等12国进行了为期1年10个月的考察访问。

岩仓使节团当时出访的目的主要有两个：一个是为修改不平等条约进行外交交涉，另一个是考察欧美国家的制度。在前一个方面，使节团没有获得成功；但在后一个方面，使节团却有不少

收获。这主要表现在岩仓使节团的成员一致认识道：(1) 工商乃富国强兵之本；(2) 要想富国强兵，必须建立法制，在日本实行专制的集权统治；(3) 重视普及教育和奖励科学技术，不尚空谈；(4) 为从小国走向大国，应确立“内治优先”的方针；(5) 日本应学习德国的军事制度和军事经验。^①

作为近代日本国家根本大法的《大日本帝国宪法》(亦称“明治宪法”)，也可以说是“走出去”和“请进来”的混合产物。1882年3月，明治政府派遣参议伊藤博文等高官组成“宪法考察团”到欧洲国家考察研究。曾经作为岩仓使节团副使的伊藤博文早就对德国专制型的立宪政治制度顶礼膜拜，所以他直赴柏林和维也纳，先后向柏林大学的宪法和行政法教授格奈斯特(R. Genist)及其弟子默塞(A. Mosse)、还有维也纳大学行政学和法哲学教授施泰因(L. Stein)求教，学习德国宪法，并详细调查了德国普鲁士的情况。伊藤试图将德国皇帝威廉一世时期的君主立宪制引入到日本，建立以天皇为顶点的专制立宪体制。在考察了将近1年半之后，伊藤博文为首的“宪法考察团”于1883年8月回到日本，并开始着手秘密起草宪法草案。在起草过程中，日本政府还始终征求从1878年就被“请进来”、先后担任日本外务省和太政官顾问的德国人罗塞尔(R. K. F. Roseler)的意见，终于在1889年制定出日本近代史上的第一部宪法《明治宪法》。^②

《明治宪法》是日本仿照1850年德国普鲁士宪法而制定的一部钦定宪法，它确立了近代日本的基本国家制度，即专制基础上的君主立宪制。按照这一宪法体制，日本天皇总揽国家所有的统治权，帝国议会仅具有对天皇在立法方面的“协赞”权，内阁只对天皇行使行政权起“辅弼”作用，军部则脱离内阁直接隶属于

① 伊文成、马家俊主编，《明治维新史》，辽宁教育出版社1987年版，第390—399页。

② 家永三郎，《历史中的宪法》上卷，东京大学出版会1977年版，第52—60页。

天皇并独立行使军权。最后一点，也为日本后来走上军国主义道路奠定了法律基础。

事实上，近代日本的许多基本法典都是靠“请进来”的外国学者帮助日本起草的。例如，日本早在1873年就聘请法国巴黎大学教授布瓦索纳特（G. Boissonade）来到日本。他根据法国的法典先后为日本起草了最初的《民法》（旧民法）、《治罪法》（即刑事诉讼法）和《刑法》（旧刑法）。而1890年日本颁布的几个法律几乎都是由德国人起草的。例如，《法院组织法》由德国人鲁道夫（O. Rudolff）起草、《民事诉讼法》由德国人特肖（H. Techow）起草、商法（旧商法）由德国人罗塞勒（R. K. F. Roseler）起草。此外，《行政审判法》也是由德国人罗塞勒和默塞（A. Mosse）先后起草的。^①

此外，日本学者早期对欧洲法典的翻译工作也对日本法的“西洋化”起了一定的作用。这里，特别值得一提的是当时日本的“洋学家”和法学家箕作麟祥（1846—1897）。1869年，他从法国留学回到日本后，就开始从事翻译法国法典的工作，并且和法国教授布瓦索纳特合作起草了旧民法和旧商法。尤其是1873年箕作麟祥译出的《法兰西六法全书》，对日本影响很大。另外，他还翻译了美国学者伍尔锡（T. D. Woolsey）的国际法著作。当时由于在汉字中缺乏与欧美法律概念相对应的词汇，箕作麟祥便自己创立了一些新的法律用语。例如，他将原来汉字中长期使用的“国宪”翻译为近代含义的“宪法”，将从中国传过去的“万国公法”这一英译词也改译成“国际法”。这些新创立的词汇，后来不仅在日本，而且在中国也都成为标准的法律用语。

（四）德国法的继受

本来，19世纪末至20世纪初与日本在经济政治上关系最密

^① 大竹秀男、牧英正编，《日本法制史》，青林书院1975年版，第280—328页。

切的欧洲国家是英国，但是，当时英国法却没有对日本法产生过什么影响。这主要是因为英国是判例法国家，以判例作为主要的法律渊源。而这种法律体系对日本人来说是难以理解的。所以，除了1923年日本根据英国法制定的《信托法》外，日本其他早期立法几乎没有受到英国法的什么影响。

在日本法“欧洲化”过程中的初期，法国的影响似乎更大一些。例如，日本最初制定的民法、商法、刑法和刑事诉讼法（即“治罪法”）等都是以法国的有关法典为蓝本，其中不少简直都可以说是法国法典的日文翻版。但由于这些法律的内容过于法国化了，并不完全适合日本的国情，所以制定后不久就又酝酿修改或延期实施。

与此同时，日本也在寻找新的样板。1870年在欧洲爆发的为争夺欧洲霸权的“普法战争”对日本的近代立法方向产生了特殊的影响。在这场战争中，曾被认为是欧洲最强的国家法国却败在普鲁士手下。这一事件对当时的日本明治政府无疑带来了很大的震动，并导致了日本包括立法在内的近代化进程开始朝着向普鲁士倾斜的方向转换。在这样的背景下，日本首先仿照德国普鲁士宪法制定出《明治宪法》，然后，又相继按照德国法的模式制定出《法院组织法》、《民事诉讼法》以及《民法》，等等。事实上，至今在日本仍在使用的法律用语，大多数都是当时对德国法律的翻译。

在法学上，根据法律的渊源关系可以将法律分为“固有法”和“继受法”。前者指按照本国固有的文化和法的历史传统而制定的法律，后者则指模仿外国法制定的法律。“固有法”和“继受法”的关系也可用“母法”和“子法”的概念来表示。由于日本近代司法制度和法律制度主要采用的是德国法，所以日本法学界一般都称这一历史现象为“德国法的继受”。^①

^① 渡部保夫、宫泽节生、木佐茂男、吉野正三郎、佐藤铁男，《现代司法》，日本评论社1992年版，第52—53页。

二、现代日本法的部分“美国化”

(一) 美国人起草的日本国宪法

如前所述，近代日本的司法制度和法律制度基本上是继受了欧洲大陆法并主要是德国法。但第二次世界大战以后，日本的法开始部分地受到美国法的影响。

战后日本法的部分“美国化”最突出地体现在宪法方面。1945年10月，盟国驻日占领军（实际上是美国占领军）总司令麦克阿瑟指令当时的日本政府拟订新宪法。为此，日本政府成立了以国务大臣松本蒸治为主任的宪法调查会。1945年12月，松本在帝国议会上提出了修改宪法的四项原则（“松本四原则”），即第一，对天皇总揽统治权的大原则不作任何变更；第二，扩充议会的议事权限；第三，内阁对议会负责；第四，强化对国民自由和权利的保护。次年2月，宪法委员会根据“松本四原则”匆匆忙忙地制定出一个《宪法修改纲要》（又称“松本草案”）并提交给占领军总司令部。^①这个宪法修改草案，除了个别文字上的更动外，基本上维持了《明治宪法》的主要内容，因而是一个相当保守的宪法草案，自然也遭到了占领军总司令部的完全否定。

在这种情况下，美国政府指示驻日占领军总司令部单独起草日本宪法草案。1946年2月3日，麦克阿瑟提示了制定新宪法的三项原则：第一，天皇位居国家元首，皇位世袭，天皇基于宪法行使义务和权限，对人民基本意志负责；第二，放弃作为国家主权的战争或作为解决纷争手段的战争及作为保护自己安全手段的战争；第三，废除日本封建制度。^②

^① 筒井若水、佐藤幸治等编，《日本宪法史》，东京大学出版会1976年版，第363—370页。

^② 同上，第383页。