

论日本法的发展特征及趋势 ——以当代日本混合法的演进为视角

张 小 虎

(湘潭大学 法学院, 湖南 湘潭 411105)

[摘 要] 日本作为混合法系中具有典型代表性的国家,其法律制度的变迁先后经历了学习中国、学习法国、学习德国、学习美国等几个阶段。正是在这几个不同时期的法律继受和移植过程中,日本逐步由奴隶制过渡到封建制、再到资本主义制度并通过吸收和创新最终成为了资本主义世界第二大经济体。特别是二战战败后在以美国为首的盟军占领和改造下,全面继受了一些以美国法为代表的英美法原则和理念,而 1946 年宪法的制定将美国法中的三权分立、权力制衡等原则体现得淋漓尽致。文章试从该角度入手考察二战后日本在英美法系影响下的法制现代化进程,进而总结近现代日本法所呈现出的混合化发展的特点及趋势。

[关键词] 英美法系; 日本国宪法; 法治现代化; 混合法

[中图分类号] D931 [文献标识码] A [文章编号] 1673-0755(2010)05-0081-04

历史上,日本的法律制度经历了三次重大变迁,第一次是公元 646 年“大化改新”后,通过模仿中国隋唐法律制度以及律、令、格、式的法律形式,日本在其后的七至八世纪里建立起类似于中国的封建官僚等级体系,并从属于庞大的中华法系。作为曾经中华法系的一员,日本流传至今的最古老的法令也像中国唐朝的立法^{[1] 54};第二次是 1868 年“明治维新”后,面对列强入侵和殖民打压日本开始了市场经济体制建立的探索和变革,在制度变革上“脱亚入欧、全面西化”,深入学习西方特别是德国的法律制度,“以至人们可以在日本法里看到德国法学的忠实印象”^[2];第三次是二战后,在以美国为首的盟军占领统治下进行的一系列政治法律制度改革,日本法展现出由单纯的大陆法系法律制度转向兼具英美法系与罗马日耳曼法系的特点^[3],特别是 1946 年“和平宪法”的制定完全体现了美国法的民主、分权的精神。19 世纪以来,日本法先后在大陆法系和英美法系的交替影响下融合共生,两种法系的精神和内涵深刻触动了法学家、政治家的内心,最终使日本法律的变革走向了成功。

一 英美法系影响下的日本法制现代化

1945 年 8 月 15 日,日本政府宣布无条件投降。根据《波茨坦公约》等国际协议,由美国以盟军总部的名义进驻日本,开始了为期近 7 年的占领时期。在占领时期日本通过指导废除了包括“旧宪法”即 1889 年《大日本帝国宪法》在内的原有军事法西斯法律制度,修订了民法、刑法等法典。到 1952 年《旧金山和约》生效,日本结束了被占领的历史,获

得独立,法制建设也进入了一个新的阶段,该时期不仅进一步修改了法典,而且为恢复和发展经济,日本依据英美法的原则制定了大量单行法,尤其是经济立法。

(一) 仿效美国式的民主政治——旧宪法的废除与新宪法的颁布

二战结束后,在世界反法西斯浪潮和美国盟军占领改造的共同推动下,“旧宪法”得以废除。与此同时,“新宪法”于 1946 年 1 月 3 日正式公布。1947 年 5 月 3 日开始实施的《日本国宪法》除去前言,共 11 章 103 条。作为当今日本的现行宪法,该法典广泛的吸收了当时欧美资本主义国家宪法的通行原则,特别是美国宪法中的分权制衡原则。与之前被废除的《大日本帝国宪法》相比,现行宪法体现着英美法系的精神理念,呈现出了新的特点。

1. 天皇——象征性的国家元首

根据美国占领当局的指示,1946 年《日本国宪法》废除了旧宪法中确立的天皇总揽国家一切统治权的规定,但鉴于日本的国家历史以及天皇制度在日本社会中根深蒂固的影响,允许某种程度上保留天皇制,但天皇仅仅是“日本国的象征,是日本国民的整体象征,其地位以主权所在的全体日本国民的意志为依据”^[4],“天皇有关国事的一切行为,必须有内阁的建议和许可,由内阁负责任。”^[5]由此,当今日本的天皇被去除了神话的外衣,他的活动范围仅限于礼仪上、形式上的活动即“天皇的国事行为”。

2. 国家机构的设置及原则

在废除天皇统揽统治权规定的同时,《日本国宪法》采

[收稿日期] 2010-05-28

[作者简介] 张小虎(1986-),男,湖南衡阳人,湘潭大学法学院硕士研究生。

取了美国式的“三权分立原则”,并且依据“国民主权原则”实行英国式的责任内阁制,依据宪法和三权分立的精神,立法权、行政权、司法权分别由国会、内阁和法院行使,三者相互制衡、互相牵制。

综上,现行宪法提高了内阁和国会的地位,内阁成为了独自掌控行政权的机关,不再是仅对天皇起辅助作用的行政办事机关。新宪法规定“国会是国权的最高机关,是国家唯一的立法机关”^[6],行使立法权、财政权、监督权和国政调查权,军部被整肃解散,再也不对内阁和国会起作用。另外,《日本国宪法》第77条第1款还规定:“最高法院有权制定有关诉讼的程序,律师,法院的内部规范以及有关司法事务处理的事项。”这种规范制定权(the rule-making power)完全是英美法特有的制度,以往的大陆法以及日本法中是没有的^[7]。至此,新宪法使日本放弃了二战前以天皇为核心的君主制法西斯国家,而变成了立法、司法、行政三权分立的议会立宪君主制国家。

3. 国民基本权利与自由

《日本国宪法》第13条规定“全体国民都作为个人而受到尊重。国民有生命、自由和追求幸福的权利,只要不违反公共福利,都必须在立法及其他国政上受到最大限度的尊重”。可见,日本战后新宪法与战前明治宪法的最主要的区别是他的民主性,新宪法扩大了国民的基本权利与自由,其中第3章用多达31条详细列举了国民的基本人权、财产权、平等权、生存权和要求赔偿权等,几乎占了宪法总条文的三分之一,而且范围较为广泛,所加的限制也较少。相比旧宪法这无疑是一个巨大的进步,《日本国宪法》如此详细的规定国民权力和自由,这在当今宪法国家中是十分少见的。

4. 放弃战争,保留自卫

在现行宪法的制定过程中,盟军最高统帅麦克阿瑟曾指出:“日本国宪法毅然采用了到今天为止任何国家宪法上都没有过的写法,那就是,第一,放弃任何战争……第二是废除军备。”^[8]基于“修宪三原则”的影响力,我们可以看见当今日本宪法中最具特色也是饱受争议的《日本国宪法》第9条:“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平,永远放弃以国家主权发动的战争、武力威胁或使用武力,不以此作为解决国家争端的手段。为达到前项目的,不保持陆海空军及其他战争力量,不承认国家的交战权”。这种以宪法形式规定放弃战争、不保留武装力量的原则在两大法系的宪法史上是前所未有的,反映了日本人民坚决维护本国及世界和平的勇气和决心。但是基于国家安全的需要,在宪法解释第9条时指出:“放弃战争并不等于剥夺日本的国家自卫权,因此日本可设有‘自卫队’,可实行‘专守防卫’的方针”。

另外,战后日本宪法的发展还表现在,为实现宪政要求而制定和修改法律,例如制定了皇室典范,国会颁布众议院议员选举法,参议院议员选举法等等^[9]。

综上,我们不难发现战后《日本国宪法》在英美法系特别是美国法的影响下重新确立了宪法和法律的基本原则,即国民主权原则,尊重基本人权原则,和平国家原则以及三权分立原则。

(二) 借鉴英美法系的日本司法诉讼制度变革

1. 行政诉讼制度。1946年《日本国宪法》撤销了明治时代设置的行政法院,将行政诉讼交给普通法院管辖,日本的行政诉讼制度已经由大陆法模式转变为美国模式^{[10]378}。1962年颁布的《行政案件诉讼法》,将行政诉讼分为抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼和机关诉讼,如此全面的规定是日本行政诉讼法史上未曾出现过的。而围绕行政权的诉讼由以最高法院为顶点的普通法院来审理,这一“司法国家的原理”,成为了受美国法影响最大的司法原理。

2. 刑事诉讼制度。二战后,日本刑事诉讼法律制度深受美国法的影响发生了根本性变化,并于1948年根据宪法规定的原则精神,重新订立了《日本刑事诉讼法典》,共7编,506条。较之先前,该法典尤其强调保障基本人权以及实行当事人主义,如第1条规定“为了保障和保全社会福利和个人基本人权,对于刑事案件尽快究明事实真相,以实现正确且迅速地适用刑罚法令的目的”^[11]。另外,还在庭审中引入英美法系特有的对抗制诉讼模式,注重通过辩论弄清事实,并加以以职权主义为补充。而在证据制度上也采用“证据裁判主义”和“自由心证主义”相结合的模式,因此在刑事诉讼制度领域出现了大陆法系和英美法系相互融合的特征,同时形成独具日本特色的刑事诉讼制度。

3. 民事诉讼制度。二战后曾一度沿用1891《日本民事诉讼法典》,虽经历了多次修改但直至20世纪70年代才最终修改成型。修改后的民事诉讼法将原法典的第6编强制执行独立出来,另行制定了《民事执行法》,并且赋予法院在必要时刻搜集调查取证的权力,完善了反诉和诉讼费用问题。然而,由于和平地调停和仲裁等传统形式仍然占据主导地位,“在日本解决纠纷的最好方式是通过协商达成和解,因为即使和解可能没有反映出法律上的是非,但至少他没有破坏相互关系的和谐,并使当事人用不着为了赢得全面胜利或遭到全面失败而耗费心神”^{[11]514}。基于此日本于1951年颁布了《民事调停法》,以法律为依据来保留其“厌讼”、“息讼”、“和为贵”的传统。

4. 法院系统。战后日本的法院组织系统也发生了不小的变化,一方面于1947年颁行《裁判所法》和《检察厅法》,根据此法实行单一的法院组织系统,同时将法院分为:高级法院、高等法院、地方法院、简易法院四个审级,并实行三审终审制,还根据英美法系的宪政原则赋予最高法院享有违宪审查权,规定“最高法院为有权决定一切法律、命令、规则或处分是否符合宪法的终审法院。”^[12]这种有关法律或命令等合宪性的法院审查权是美国法最突出的特色,而日本在立法时将其接受;另一方面在法律从业人员的不管理上,日本于1948年颁布了《律师法》,设立了地方的律师会和全国的律师联合会,而且对法律从业者实行严格的选拔考核制度以及相关管理规定,故“法曹三者”即律师、检察官、法官的工作压力巨大、业务能力极强、社会地位也颇高,成为了“法制建设上的三根支柱”。

综上,正是战后数年间日本法律制度的变革、完善使得日本法律制度走向现代化,并且为经济的高速发展提供了可

靠保障,没有这些英美法系原则对原有大陆法系内容的修改和补充就没有今天日本法律制度的发展和完善,也不会有今天日本市场经济、民主制度的繁荣。

二 日本混合法的发展历程及特点

日本的文明从诞生伊始,就是通过域外文化因素的嫁接实现其融合与更新的。日本法律的发展史,也是一部引进、消化和融合各种外来法律的历史^[13]。从产生发展的本质上来看,日本法是符合混合法之概念及特征的。首先,从公元3世纪邪马台国沿袭《汉律》、《魏律》的“其法,轻者没其子,重者没其门户”^[14];到明治维新后仿效德国而成的《大日本帝国宪法》以及《日本民法典》,再到二战后制定的《日本国宪法》和一系列经济立法。从法律的发展历程来看,日本法几乎完全符合广义上和狭义上的混合法系概念,即两个或两个以上法律传统或法系的成分所构成的法律体系以及由民法法系和普通法法系混合构成的法律体系^[15]。再者,日本混合法的现状与特征也符合法系混合后“泾渭分明”和“势均力敌”这两大评判标准^[15]。所以,当代日本法良好的融合了近代时期的大陆法系理念和现代时期的英美法系原则,再夹杂以传统中华法系的精神,因此形成了具有鲜明特色的混合化发展的特征,成为了混合法国家的典型代表。

1.日本推古天皇(6世纪末 7世纪初),“执政的圣德太子深慕中国之灿烂文化,遂有遣唐使之举,隋炀帝亦遣使来日,于是中、日交通因之大盛。盖不仅中国之经书、史籍、诸子、美术及佛教等乘时东渡,即中国法制亦于其时传入日本……”^[16]。公元701年日本颁布了第一部成文法典——《大宝律令》,它以唐代《永徽律》为蓝本,形成了诸法合体、刑法为主的封建法律体系;在其后的公元718年又在《大宝律令》的基础上根据国情对该法典进行部分修改和补充制定了《养老律令》后来又仿照明朝的法律,先后颁布了《於成败式目》(也称《贞永式目》)和《公事方御定书》。当然在移植的过程中日本懂得继受中变通,如为了保留日本传统文化中的神祇思想,在参照唐令制定《养老律》时,日本模仿和变通唐令中的“僧尼令”,在《养老令》的首篇规定“神祇令”,使神祇传统和习惯法律化^[17]。

2.“明治维新”以后,近代日本法律体系仿效德国而建立,到1907年,日本已经仿效德国制定了宪法、民法、商法等法典,具备了大陆国家的“六法”体系。在法律渊源上以法典化的成文法为主,不承认判例的法律效力,而且法律条文高度抽象概况、逻辑性强;在法律结构上严格划分公法与私法;在司法诉讼制度上,日本也是广泛采用欧洲大陆法的结构,将行政法院独立于普通法院之外,法院审理案件以纠问式诉讼为主;而在法院制度的设计上,日本往往被称为叫做“裁判所”,这套制度,甚至直接影响了中国清末民初的司法诉讼制度改革。

3.一战后,日本试验性的引入了英美国家的信托制和陪审制并分别与1922年和1923年先后制定了单行的《信托法》和《陪审法》法规,而且还确立了对少年犯的特殊保护原则,这是日本吸收英美法的开端。特别是二战后,日本在美国的占领下更多的引入英美法律制度,1946年宪法不仅建

立了英国式的君主立宪政体和责任内阁制,而且按照美国模式确立了三权分立的基本原则,扩大了公民的权利和自由,废除了行政法院制度,引进了美国公司法有关所有与经营相分离、授权资本制度、股东代表诉讼以及董事的忠诚义务等,修改股份公司的基本组织^[17]。除此之外,在行政法、民商法、诉讼法等各个领域都有英美法的明显影响,至此两大法系相互混合共通。

4.现代的日本也没有完全的抛弃传统法律文化,相反,在各个发展阶段都不同程度的保留了某些符合日本社会需要的传统法律因素。这些传统法律中的精华被挖掘并且发扬光大,例如,战后日本颁布了一系列的调停法(1924年《租佃调停法》、1926年《商业调停法》、1932年《金钱债务调停法》),各种调停法使传统的调解制度规范化,民事调解制度的广泛运用说明,日本社会仍然推崇“和为贵”的传统思想。此外,虽然在各个领域都完备的法典法规,但在社会生活中,渊源于礼、被西方人称为“日本自然法”的“义理”仍然被当作重要的行为准则,例如,日本人自从“大化改新”后便一直追求着中华法系精神之一的——孝道,“在日本一个几乎只包括父亲和祖父和他们的兄弟以及后裔的团体里,一个人要根据辈分、性别和年龄,找到自己合适的位置。”^[18] 36然而传统文化糟粕之一的——等级制也深深的影响着大和民族的今天,以至于“在关于人与人之间的关系、人与国家之间的关系的整个观念中,日本人对等级制的信赖是一种基本的信赖”^[18] 30。这一切说明传统法律文化中的某些因素已经演变为习惯法扎根于日本民众的生活中了。

5.当代日本法更接近于大陆法,仍然保留着大陆法的许多特色,比如核心是“六法”、判例地位、制定法主导、公私划分、保留传统概念和术语、诉讼中保留了传统职权主义^[19] 389。

三 法系在日本的融合及发展趋势

中国与日本是一对近邻,两国间交往密切源远流长。历史上曾经相互借鉴、相互影响,在封建时代中华法系之精神的唐律曾深远地影响着日本幕府时期的社会与政治;而到了近代,晚清政府的变法立宪则是通过日本进而学习西方,“近法日本,远法德国”。日本对西方法律制度的继受和移植是十分成功的,这也为我国法制进程提供了学习借鉴的榜样,故对日本法的研究意义重大。而对于如何给日本法定位则成为学界一直以来所探讨的热门话题,勒内·达维德在1964年著的《当代主要法律体系》中论述道:“从法结构性出发,认为日本法属于罗马日尔曼法系。”日本学者真田芳宪在《日本近代法的诞生与欧洲》一文中强调:“日本法不能定位欧洲法族。”^[19] 另有日本学者木下毅在《东西方法制文化及法律全球化—日本的比较法研究》中将日本法确定为“东北亚法文化圈”中的东亚法系的日本法族,并进一步指出,现行日本法处于属于“西方法文化圈”大陆法系和英美法系的混合法制度,与属于“东北亚法文化圈”东亚法系的法文化的紧张关系之中^[20]。笔者认为,明治维新前,日本法属中华法系影响下的东亚法系;明治后,转为法、德影响下的大陆法系;二战后,转为美国法为主导的英美法系;迄今,若从法文

化与法机能角度观察,日本兼具三法系的共同特征,因此,属于混合法系。

明治维新以来日本法律的变迁将大陆法系与英美法系的冲突与融合体现得淋漓尽致。虽然体现着德国法精神的《明治宪法》最终被废除,而包含着三权分立、权力制衡、国民权力等美国法精髓的现行宪法得以确立。但不可忽视的是,在传统法律领域,如刑法、民法等部门法中,大陆法系的法律原则和制度仍然占着主导地位;然而新兴的法律部门如,经济法、商法、教育法等方面却又深受英美法系的影响;甚至在某些家庭关系、亲属继承法律上还继续受原有传统中华儒家法律精神的调整。需要指出的是,二战后日本法律制度对英美法系的吸收与明治维新时期对大陆法系的吸收相比,前者并非全面地移植英美法系的法律制度,而是吸收了其中可以对日本法律制度中的不足或欠缺部分予以弥补的内容,同时保留了日本固有的法律传统特色^[21]。所以两大法系在当代日本融合最突出体现在,一方面利用大陆法的法典化趋势弥补着普通法系统庞杂、不便领会的缺陷,另一方面借助普通法系中注重案例以及对判例的应用与解读使得大陆法不再僵化、生硬,从而易于理解和运用。

通过分析近现代日本法律的变迁即日本混合法系的发展历程,我们可以总结出现代日本法律发展的特点和趋势:日本法既包括混合法体系,又囊括习惯法在实际生活中的延续,还可反映西方移植法的政治目的与经济合理性以及战后日本高速发展的特征,出现了英美法、大陆法和传统法相互融合并重,呈现出以大陆法为核心的混合化发展新道路。

[参考文献]

- [1] [德]K·茨威格特, H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 米健, 高鸿钧, 贺卫方译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [2] Kitagawa Daş. Methodenproblem in der Dogmatik des japanischen bürgerlichen Rechts Acp 166, 1966: 330
- [3] 刘峰. 日本历史的三次变迁[J]. 世纪回眸, 2003(2): 43-44.
- [4] 《旧本国宪法》第1章第1条[Z].
- [5] 《旧本国宪法》第1章第3条[Z].
- [6] 《旧本国宪法》第4章第41条[Z].
- [7] 林灿铃. 二战后美国法对日本法的影响[J]. 比较法研究, 2002(3): 123-128.
- [8] [日]宫泽俊义. 日本国宪法精解[M]. 北京: 中国民主法治出版社, 2003: 132.
- [9] 李放. 日本法浅论[J]. 东北亚论坛, 1994(4): 76-81.
- [10] 林荣年, 叶秋华. 外国法制史[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [11] 《日本刑事诉讼法典》第1编第1条[Z].
- [12] 《日本国宪法》第81条[Z].
- [13] 孟静. 论日本国的法律移植[J]. 广东财经职业学院报, 2002(2): 67-70.
- [14] 三国志·魏志[M].
- [15] 夏新华. 混合法系发展的前缘——兼论中国法学家的理论贡献[J]. 湘潭大学社会科学学报, 2008(3): 24-30.
- [16] 杨鸿烈. 中国法律在东南亚诸国之影响[M]. 上海: 商务印书馆, 1971: 201.
- [17] 张中秋. 继受与变通: 中日法律文化交流考察[J]. 法制与社会发展, 2003(2): 7-24.
- [18] [美]露丝·本尼迪克特. 菊与刀——日本文化面面观[M]. 上海: 上海三联书店, 2007: 36.
- [19] [日]真田芳宪. 日本近代法的诞生与欧洲[J]. 崔延花译. 比较法研究, 2003(3): 123-127.
- [20] [日]木下毅. 东西方法制文化及法律全球化——日本的比较法教育[J]. 政法论坛, 1994(4): 81-83.
- [21] 韩君玲. 论日本法的移植与创新[J]. 法学杂志, 2005(4): 118-120.

Research on the Features and Tendencies of Japanese Law

—— from the perspective of contemporary mixed law evolution of Japan

ZHANG Xiao-hu

(Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract As a typical representative of the mixed law countries, Japanese has changed its legal system with several stages that including studying from China, French, German and the United States etc. In the process of legal succession and legal transplantation, Japan had transited from slavery to feudalism and then to capitalism step by step. According to a series absorptions and innovations, Japan has become the second largest economy in the capitalist world. Especially after defeated by the U. S. in World War II, Japan was under the allied army occupation and then reconstructed. It accepted some legal principles and ideas of Anglo-American law system with the American law as the representative. The Constitution of Japan in 1946 reflected the “separation of powers”, “restriction of powers” incisively and vividly. This paper studies from the point of Japanese legal modernization course under the influence of Anglo-American law system after World War II and summarizes the features and trends of modern Japanese law in mixing process.

Key words Anglo-American law system; The Constitution of Japan; legal modernization; mixed law