

法治主义在日本的继受与展开

王贵松*

目次

一、日本对法治国家的早期理解

- (一) 法治国家的相关译介
- (二) 法治国家的早期论争
- (三) 法治国家观的变异

二、二战后初期的法治主义与法的支配论争

- (一) 辻·柳濑论争
- (二) 辻·柳濑论争之后

三、当代改革时期的法的支配论争

- (一) 佐藤·高桥论争
- (二) 佐藤·高桥论争的周边

四、结语

摘要 日本在二战前继受了德国式法治国家观,法治主义这一日本式的概念也确立起来。围绕明治宪法下立法权对行政权的控制范围和程度也曾展开一定程度的论争。二战后,对于日本国宪法究竟有没有采纳英美型法治、英美型法治与二战前的法治主义之间是什么关系展开了论争,其代表者就是“辻·柳濑论争”。此后就两者的共性达成广泛共识,实质性法治主义也得以形成。在当代行政改革、司法改革时期,又出现了以“佐藤·高桥论争”为代表的大论争,其实质是在法合乎正义的前提下如何实现法治、如何把握日本国家权力构造的应有状态,其间的分歧仍难以消弭。

关键词 法治国家 法治主义 法的支配 日本国宪法

日本二战前继受的是德国式的法治国家观,二战后却受到美国法的强烈影响。战前法治国家观继受过程中的歧见、战后两大法系法治观的碰撞与协调,又如何反馈于概念、制度以至整个体制

* 中国人民大学法学院副教授、法学博士。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

的认知和探索,把握其间学说的演变和论争,将是一件饶有意味的工作。

一、日本对法治国家的早期理解

日本在明治时期(1868—1912)取法欧美,学习西方的政治和宪法,并将德国逐步确立为主要的学习对象,建立了君主立宪政体。德国的法治国家观也正在这时传入日本。

(一) 法治国家的相关译介

明治之前,日本即已存在“法治”一词,但对应的却是从中国传入的传统法治思想。但“法治国”则是新词,日本最早何时使用此词难以断定,但作为德语 Rechtsstaat 的翻译出现于明治时期,则并无异议。1876年在翻译布伦奇利(Bluntschli)的国家学时,是用表音文字片假名(レヒツスタート)表示 Rechtsstaat 的,也就是说未予翻译。1882年,法治国作为译语出现,但当时几乎不为人所知。1882—1883年伊藤博文一行赴德国、奥地利调查宪法,在听取莫塞(A. Mosse)等人的讲义时仍以片假名表示。但1885年勒斯勒尔(H. Roesler)、莫塞等人作为法律顾问参与明治宪法制定,在其答疑记录中已屡屡出现法治国一词。1889年明治宪法成立时,至少在学术上法治国一词已经成立。当时的德国,法治国与立宪国同义,至少密不可分。因而在日本的德国型立宪国家化的过程中,自然继受了法治国一词。但此时法治国尚未被作为概念来使用。^[1]

有趣的是,Rechtsstaat 并未被直译为“法(Rechts)国(Staat)”,而是“法治国”。在明治时期,对于“法治国”一词有两种读法,相应地对“法治国”也存在两种理解:其一是“法-治国”,也就是法与治国的结合。例如,江木衷在1885年翻译勒斯勒尔的《社会行政法论》时,将 Rechtsstaat 翻译成法治国,将 Polizeistaat 则翻译成“警察治国”。^[2]显然,这是在治国的意义上来把握“法治国”的。其二是“法治-国”,也就是实行法治的国家。木下周一在1882年翻译《国权论》时采用的就是这一理解。^[3]在理解法治国上,“法-治国”更为实质,“法治-国”更为形式。在传统上,从儒教上理解治国的倾向强烈,治国又与安民等联系在一起。这两种不同的理解对应着两种不同的来源,即源自中国儒家传统和源自西欧、特别是德国法治国的传统。进入20世纪后,“治国”一词逐渐退出,而将法治国理解为“法治-国”。^[4]西欧立宪主义的法治观念得以确立。这时的法治意味着依据法进行统治,因而法治国是指依据法进行统治的国家。

1889年,曾留学德国六年的穗积八束^[5]提出了一个并无对应德语的概念,即“法治主义”。所谓“法治主义”,即法治国的原理,它显然是以“法治”一词为逻辑前提,而非源于“法-治国”的观念。穗积八束认为,法治国是指这样一个国体,它将法律作为最高权力,限制君主及政府的行为,臣民只有义务去服从依据法律的主权者。^[6]至于为什么需要“法治主义”这种日本式的造词,有学者认为可能有三点理由:第一,日本存在着天皇主权的表面性立宪主义,其实是天皇治国而非法治国;

[1] 高田敏『法治国家観の展開——法治主義の普遍化的近代化と現代化』〔有斐閣・2013年〕352-353頁参照。到昭和时期(1926-1989)，“法治-国家”开始出现,法治国=法治国家。参见前掲书,第360页。

[2] [德]K. F. Hermann Roesler (江木衷訳)『社会行政法論』〔警視庁・1885年〕97、142頁等参照。

[3] [德]Schulze-Gävernitz (木下周一訳)『国権論』(第2号)〔独逸学協会・1882年3月〕12-14頁。

[4] 高田敏『法治国家観の展開』〔有斐閣・2013年〕374頁参照。

[5] 穗积八束(1860—1912),宪法学者,原东京大学教授。

[6] 穂積八束「法治主義ヲ難ス」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』〔有斐閣・1913年〕186-192頁(初出『國家學會雜誌』3卷33号、1889年11月)参照。

第二,以其为前提,法治主义的提法是德国帝制下理论的增幅性反映;第三,将法治的后缀由“国”改作“主义”,也就将法治国概念从宪法原则降为行政法原理。^{〔7〕}

(二) 法治国家的早期论争

法治国渐渐从译语变成了实际使用的概念,学说上的法治国也是德国通说中的法治国概念。在大正时期(1912—1926),法治主义的概念也确立起来。与德国一样,日本的法治国家也是意味着采用法治行政的国家,亦即:法治国家原理=法治主义=法治行政原理。如果采用了法治行政及其担保制度(行政裁判、国家赔偿),就视为具备了法治国家的要件。^{〔8〕}奥托·迈耶的法律的支配(法律的法规创造力、法律优位和法律保留)是法治行政的核心原理,也经由美浓部达吉 1903 年的翻译介绍已渐渐广为人知。

在实定法上,明治宪法第二章“臣民权利义务”规定,国家限制臣民的权利自由,必须根据法律进行。对此,存在两种理解,其一是以穗积八束、上杉慎吉^{〔9〕}为代表的国权学派认为,宪法中明确要求“根据法律规定”“在法律范围内”等的条款应当制定法律,亦即将宪法的规定理解为立法事项的列举;其二是以美浓部达吉^{〔10〕}、佐佐木惣一^{〔11〕}为代表的民权学派认为,没有法律根据就不得侵害臣民的权利自由,凡侵害者须由法律规定,而限于宪法已明确列举者,亦即将明治宪法第二章理解为侵害保留的确立。明治宪法采用了法律与敕令的二元立法构造,规定了独立于法律的紧急敕令(第 8 条)和独立命令(第 9 条)。没有法律,也可以根据紧急敕令、独立命令行使行政权。而宪法第 5 条也规定,“天皇依帝国议会之协赞,行使立法权”。但这里的“法”究竟是形式意义上的“法律”,还是实质意义上的法(包括命令)存在争议。如果这些命令也属于立法事项,也要经议会协赞而制定,那也能在形式上贯彻法治主义和民主主义。明治前期的通说是国权学派的主张,即需要议会协赞的只是形式意义的法律,而明治后期的通说是民权学派的主张,即认为应包括实质意义的法。^{〔12〕}这一论争的实质在于议会对行政权的控制范围和程度有多大。

二战后,渡边洋三^{〔13〕}将明治宪法下的法治主义称为“日本型形式性法治主义”。他认为,在天皇主权与臣民无权两大支柱上,日本型形式性法治主义以权力的自我约束形式展开。限制人民权利要以法律为根据的逻辑就必然转为有法律就能无限制地剥夺人民权利的逻辑。这种逻辑的转换已为现实的历史过程显示出来。在明治宪法下的日本,英美型法的支配自不待言,连德国型法治主义的理念也缺乏接纳的历史基础。^{〔14〕}

(三) 法治国家观的变异

日本进入昭和时期后,在准战时体制、战时体制下,国民的守法得到强调。在学术之外,法治

〔7〕 元山健「法治主義と法の支配」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅰ』〔勁草書房・1983年〕246頁参照。

〔8〕 高田敏「法治国家観の展開」〔有斐閣・2013年〕358-359頁参照。

〔9〕 上杉慎吉(1878—1929),宪法学者,原东京大学教授,穗积八束的弟子。曾与美浓部达吉之间就天皇机关说展开激烈的“美浓部·上杉论争”。

〔10〕 美浓部达吉(1873—1948),宪法学者、行政法学者,原东京大学教授,战前东京学派的代表,日本近代宪法学和行政法学的开创者。

〔11〕 佐佐木惣一(1878—1965),宪法学者、行政法学者,原京都大学教授,战前京都学派的代表。

〔12〕 参见胡娟:《德国“法治国”思想在近代日本——以 20 世纪初民权学派与官僚学派的论争为中心》,载《中国政法大学学报》2008 年第 1 期,第 18~26 页。鍋澤幸雄「行政法学から見た日本の近代化——法律による行政の原理の変遷」比較法学 1 卷 1 号〔1964 年 11 月〕97-112 頁参照。

〔13〕 渡边洋三(1921—2006),法社会学、宪法学者,原东京大学教授。

〔14〕 渡边洋三『現代国家と行政権』〔東京大学出版会・1972年〕50-51頁参照。

国—国民的守法。有学者称之为“俗说”。这种俗说与学说的紧张关系一直存续到二战之后。^[15] 1939年,织田万提出严厉批评,守法义务应是对政府的要求,政府反过来对人民提出,本末倒置。在源自德国的法治国家思想中,国家无论是作为财产主体还是权力主体,均应受法规的拘束。国家和人民处于法律上的关系中,两者共同在法规的拘束下互为权利义务主体,这是法治国家的本义,而丝毫不存在国家纯以法规凌驾于人民之上的意味。他还指出,法治国家的思想与汉学中的刑名法术思想绝非等同,在原本的性质上实为冰炭不相容。法治国家应视为立宪国的异名同质之物。在传入法治国家思想时,有人认为国家仅仅是法治国家还不够,尚需成为德治国家,甚至还撰有德治国论的著作。国家之上诚然有道德、经济、文化的种种规范,但法的规范应被当作一种特殊的存在。法治国家的思想不应被轻易地抹杀。发现这种贵重的法规范是法学的任务,学者不应忘却自身的正当任务。^[16]

二、二战后初期的法治主义与法的支配论争

二战后,日本在美国的直接干预下制定了新宪法,即《日本国宪法》。与此同时,战前的《行政裁判法》及行政法院也于1946年底被废止,战前法治行政的担保机制似乎轰然倒塌。但1948年《行政案件诉讼特例法》生效,1962年《行政案件诉讼法》成立。《日本国宪法》是否采用了英美的“法的支配”(Rule of Law)^[17]模式?法的支配与战前的法治主义是什么关系?由此就产生了法治主义与法的支配论争,其代表者即为“辻·柳濑论争”。

(一) 辻·柳濑论争

战前的日本型形式性法治主义经美浓部达吉、佐佐木惣一等民权派学者阐释后也包含了一定的自由主义因素,虽然经历战后重大宪法转折,也没有多大变化,社会上甚至没有感受到刚刚颁布的新宪法的划时代意义。^[18]例如,美浓部达吉在战后的著作中这样说道:“所谓法治主义(Rule of Law, Rechtsstaat),是指依据国家的统治权,规范人民的意志,规定其权利义务者仅立法权可得为之,行政权及司法权应仅根据法律的规定行使。”^[19]美浓部达吉将 Rule of Law 和 Rechtsstaat 均视为法治主义,依然以法律为中心理解法治主义。当然,他也深刻指出:“旧宪法中的国民权利保障完全是基于法治政治的思想,规定国民享有无法律依据其自由不受侵犯的权利,进而排斥行政权专断的政治,但有了法律则应可设定任何限制……新宪法排斥这种法律万能主义的思想。”^[20]

[15] 高田敏『法治国家観の展開』〔有斐閣・2013年〕378-379頁参照。

[16] 織田萬『法治國の思想』『法と人』〔春秋社・1943年〕47頁以下(初出『丁酉倫理會倫理講演集』442輯、1939年)参照。

[17] 对于英美的 Rule of Law,我国一般译为“法治”,但在本文中沿用日本“法的支配”的一般译法。理由有三:第一,译为“法治”无法与日本战前的“法治主义”相区分;第二,日本学者在谈“法的支配”时也不限于英美式的 Rule of Law,还有法国式的 Rule of Law;第三,“法治”与“法的支配”能以相对简洁的概念大致区分思想的来源。

[18] 家永三郎写道,这或许是因为我过早地接触美浓部达吉博士学说的缘故。美浓部博士对于明治宪法进行了尽可能的立宪主义解释,并从中最大限度地发掘出民主主义的因素。而且在宪法颁布之前,战前的治安立法已被全面废除,人们已事实上开始享有自由。没有认识到宪法中保障基本人权的划时代意义的人远不止我一人。参见[日]家永三郎:《家永三郎自传》,石晓军、刘燕、田园译,新星出版社2005年版,第108~109页。

[19] 美濃部達吉『日本国憲法原論』〔有斐閣・1948年〕59頁。

[20] 美濃部達吉『日本国憲法原論』〔有斐閣・1948年〕162-163頁。

英美法上的 Rule of Law 在日本一般被称为“法的支配”，其理论在战后初期已被介绍到日本。^[21] 其中，戴雪的近代“法的支配”理论最具代表性。其法的支配包括三个方面的内容：第一是法的优越，即人受法的支配，而不受其他专断权力的支配；第二是法的同一，即任何人均受同一之法的支配，服从同一法院的管辖；第三，法是具体的裁判的结果，而非抽象的法规范的结果。^[22] 这一理论也是“辻·柳濑论争”的重要支撑点之一。

1952年，辻清明^[23]发表论文《法治行政与法的支配》，^[24]对行政法学仍然在坚持使用的法治行政论提出批评。他在文章中首先引用了柳濑良干在教科书中的说法，“法治主义原则的内容……要言之，行政对国民的权利义务要做出某种行为，必须限于法律已有规定的情形，而且按照法律的规定实施。要用其他的说法来说法治主义，那就是法律的支配，依法律行政，其理由即在于此”。辻清明认为，“法治主义”与“法的支配”在否定恣意的行政、保障公民权上均要求一切国家权力的行使必须依据一定的法规范。但从历史的角度来看，两者有重大差异。两者虽然共有“法”，但“法”的内容与效力各异。法治行政中的“法”是抽象的国家规范，而法的支配中的“法”则是具体的社会规范的反映。日本国宪法符合的是后者。如果看不到其间的差异，就会“不顾新宪法毋庸赘言以法的支配原理为支柱之一，而去极力倡导日本以前的法治行政原理。如果现在简单地从表面上的类似性即将两者同质化，则没有把握这一转换的真正意义，因而只能使当下行政民主化的实际任务停滞下来”。辻清明认为，如果法治行政原理是明治宪法的象征，那么法的支配原理就是新宪法的代表。而德国的奥托·迈耶则是法治行政原理的代表，英国的戴雪就是法的支配原理的代表。所谓法的支配，不仅表示权利不受行政权的侵犯，国家规范还必须与社会意志相一致。

柳濑良干^[25]在受到批评后迅速撰文予以辩解。^[26]他认为自己遭受了不白之冤，法治行政与法的支配是两个不同的原理，至少他没有将两者等同视之。他讲的是“法律的支配”(Herrschaft des Gesetzes)，而非“法的支配”(Rule of Law)。法治行政与法律的支配相同，大致与戴雪式法的支配论第一项内容相同，即排斥行政的专断恣意。它纯粹是形式上的原理，而与法律自身的内容和性质无涉。他认为，法的支配的大部分内容与其说是行政法的，毋宁说是宪法或立法政策论领域的原理，因而在其行政法教科书中并未说及两者的异同。他认为，虽然行政法院已被废止，私法与行政法两个系统仍然存在，日本虽然或许多少继承了英美判例法的内容，但并没有继承判例法的形式。因此，至少戴雪意义上的法的支配绝没有在日本现今宪法上得到采用。戴雪式的法的支配原理既然不是客观的事实，那么就超出了以客观认识事实为己任的法律学的范畴，而进入了从一定价值立场出发的主观性实践性的立法政策论的领域。柳濑良干从纯粹法学的角度出发，将

[21] 其代表者是伊藤正己『法の支配』〔有斐閣・1954年〕。顺便指出，在日本，英国法除明治初期有过较大影响外，直到二战结束均影响甚微。碧海純一、伊藤正己、村上淳一編『法学史』〔東京大学出版会・1976年〕239-240頁参照。

[22] 伊藤正己『法の支配』〔有斐閣・1954年〕3頁以下(初出『英米法における「法の支配」』〔日本評論社・1950年〕)参照。

[23] 辻清明(1913—1991)，行政法学者、政治学者，原东京大学教授。

[24] 辻清明「法治行政と法の支配」思想337号〔1952年7月〕626頁以下参照。

[25] 柳濑良干(1905—1985)，行政法学者，美浓部达吉的弟子，原东北大学教授。

[26] 柳瀬良幹「法治行政と法の支配—辻教授の所説について」『憲法と地方自治』〔有信堂・1954年〕141頁以下(初出『法律時報』24卷9号、1952年)参照。

自己的论述限定于“法律的支配”层面，他在之后的著作中仍然坚持原先的说法。^{〔27〕}

辻·柳濑论争本身在一个回合之后便告结束。但这一论争将日本行政法的基本原理雕刻出法的支配与法治主义的对立见解，在学界激起了很大的波浪。^{〔28〕}明治宪法囿于天皇主权而在继受近代西欧立宪主义上存在内容的缺漏，这一场论争无疑是促进了这一意识的明确化。田中二郎^{〔29〕}指出：“过去的行政法在形式上大致立于法治主义原理之上，但实质的状态是，依法律行政原理被诸多例外所破坏，基本人权没有获得保障，没有救济之术。现行宪法及行政法的一个目标是实现完整意义上的法治主义。在日本，可谓毋宁要将重点置于尊重和保障十八、十九世纪的公民自由上。”^{〔30〕}

（二）辻·柳濑论争之后

在辻·柳濑论争之后，日本学界针对“法的支配”的内涵、日本国宪法究竟有没有采用法的支配等展开了研究。1958年日本公法学会第22回以“法的支配”为主题，对法的支配、法的支配与行政法、法的支配与法治国家的关系等展开探讨。^{〔31〕}但此后的法的支配研究逐渐减少，而进入了对法国、德国公法的真正研究时期，日本再次兴起了对德国行政法学的研究。^{〔32〕}法的支配与法治主义论争大致以1952—1960年为中心。这一阶段与日美媾和走向1960年安保体制的政治过程是重叠的，而且是经济高度发展、现代性行政权优越的真正开始时期。自20世纪60年代围绕福利国家而展开的论争登场之后，法的支配与法治主义论争便不再表面化。^{〔33〕}而德国在战后就自由法治国与社会法治国之间关系的论争，在日本虽有上演，但不甚激烈，囿于精力和能力，本文不再论及。^{〔34〕}

无独有偶，昭和初期关于法治国家的俗说在二战之后再次发生在法的支配身上。1952年创立的日本法律家协会在其《法的支配与国民的自律精神》方针宣言中宣称，法律由国民亲自制定，国民受其拘束。国民基于这样的自觉而服从法律，就是“法的支配”，具备这种体制的国家就是“法治国”。不论公共机关还是个人，全体国民遵守法律就是“法的支配”。《法的支配》在1958年也成为该协会的机关刊物。与此相似，日本最高法院院长横田喜三郎也认为，“现在的法的支配的任务不在于排除政府方面恣意的权力，而在于排除人民方面不守法、特别是部分集体性恣意行使的实力和暴力”。这些说法被称为“守法的支配论”，受到了学界的诸多批判。^{〔35〕}杉村敏正也严厉指出，日

〔27〕 柳瀬良幹「法治国家」『行政法講座 第一卷行政法序論』〔有斐閣・1964年〕191頁以下；『行政法教科書』〔有斐閣・1969年再訂初版〕21頁以下参照。

〔28〕 今村成和「法律による行政」と「法の支配」『人権論考』〔有斐閣・1994年〕36頁（初出『行政法の争点（新版）』1990年）参照。

〔29〕 田中二郎（1906—1982），行政法学者，美浓部达吉的弟子，原东京大学教授，二战后日本行政法学的奠基人。

〔30〕 田中二郎『行政法総論』〔有斐閣・1957年〕190頁。

〔31〕 具体包括鶴飼信成「法の支配」、杉村敏正「法の支配と行政法」、高田敏「近代における「法の支配」理論と「法治国」理論」等，刊登于《公法研究》第20号（1959年）。

〔32〕 山田幸男「イギリスにおける「法の支配」と行政法」覚道豊治ほか編『磯崎辰五郎先生喜寿記念 現代における「法の支配」』〔法律文化社・1979年〕15頁参照。

〔33〕 元山健「法治主義と法の支配」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅰ』〔勁草書房・1983年〕247頁参照。

〔34〕 其代表性著作有高田敏「社会的法治国の構成」〔信山社・1993年〕等。

〔35〕 高田敏「法治国観の展開」〔有斐閣・2013年〕637頁参照。元山健「法治主義と法の支配」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅰ』〔勁草書房・1983年〕251-252頁参照。

本法律家协会“对法的支配的定义,包含着对近代国家中‘法的支配’理念和本质的误解,是‘法的支配’的简称。曲解‘法的支配’,将抵抗国家权力不当行使、尊重国民自由权利的‘法的支配’思想重心变位至此,这样的论说我闻所未闻”。^[36]

三、当代改革时期的法的支配论争

在当代日本宪法学上,多数人像德国那样将法治主义理解为实质意义上的法治主义,并将法治主义与法的支配统一起来理解。^[37]换言之,在“法律”受正义之法拘束上,日本公法学界对“法治主义”与“法的支配”的共性已形成共识。但在“法治主义”与“法的支配”的理论相对性之外,也有学者在历史和传统等方面对两者做出区分,^[38]甚至要从法的支配中寻找日本国宪法的价值所在。由此,又展开了一场关于法的支配的内涵、意义的论争,其实质是在法合乎正义的前提下如何实现法治的论争。其代表者就是“佐藤·高桥论争”。其问题意识更多地源于日本近些年来行政、司法改革动向。这次论争的主战场转到了宪法学界。

(一) 佐藤·高桥论争

为了推进规制缓和、提高司法救济的实效性,“日本在 20 世纪 90 年代后半期开展了大规模的行政改革和司法改革。当时,其改革的文件中完全没有出现法治主义一词,易言之,并没有对法治主义展开批判,而是以无视法治主义概念的形式,强调了法的支配”。^[39]而这场司法改革的理论主导者就是佐藤幸治。^[40]他 1995 年在有斐阁法学讲演会上发表了《“法的支配”意义的重新思考》的演讲,1998 年在此基础上形成了《自由的法秩序》长文,全面阐发其对法的支配的理解。他认为,“在日本国宪法成立当初象征着自由法秩序、大放光彩的‘法的支配’一词渐渐地、进入 20 世纪 50 年代更是急速地失去了光辉,而此间,战前常用的‘法治国家’一词得以复权。即使使用‘法的支配’一词,也是在与‘法治国家’一词互换使用”。^[41]“要承认在历史过程中发生的‘法治国家’与‘法的支配’一并是立宪主义的形态,具有共通之处,特别是所谓‘实质性法治国家’或‘社会法治国’与现代的‘法的支配’有明显的接近倾向,但同时也要强调两者之间在法秩序形成观上存在不可无视的差别,不应通过概念的抽象化将两者轻易地融合在一起。”^[42]

[36] 杉村敏正「法の支配」の現代的意義『法の支配と行政法』〔有斐閣・1970年〕94頁。

[37] 代表者如芦部信喜认为,战前的德国的法治主义或法治国家与法的支配至少在与民法立法过程的关系、法的意义上存在明显差别。但战后的德国,基于纳粹的痛苦教训和反省,要求法律内容的正当性,采用了违宪审查制,按照宪法将内容不当的法律排除出去。在这一意义上,现在的德国,从战前的形式法治国家转向实质法治国家,法治主义与英美法上所说的法的支配具有大致相同的意味。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』〔岩波書店・2011年第五版〕13-14頁参照。

[38] 例如,藤田宙靖则认为,德国由形式法治国发展为实质法治国,可以看作是德国过去法治国家原理而来的内在延长线上的现象,但这并不意味着德国基本法采用了历史和传统均不相同的英美法原理法的支配原则。这应可谓战后德国公法学界的最大公约数见解。藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法——「法治行政」と「法の支配」に関する備忘メモ」『行政法の基礎理論』〔有斐閣・2005年〕139-140頁参照。

[39] 塩野宏「法治主義と行政法」『行政法概念の諸相』〔有斐閣・2011年〕141頁。中文版可参见〔日〕盐野宏:《法治主义与行政法》,闫尔宝译,载《中山大学法律评论》第9卷第1辑,第115页。

[40] 佐藤幸治(1937—),宪法学者,京都大学荣休教授。

[41] 佐藤幸治「自由の法秩序」『日本国憲法と「法の支配」』〔有斐閣・2002年〕43頁(初出佐藤幸治・初宿正典・大石真編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』〔有斐閣・1998年〕)。

[42] 佐藤幸治「自由の法秩序」『日本国憲法と「法の支配」』〔有斐閣・2002年〕61頁。

土井真一^[43]将法治国家和法的支配的法秩序形成模式进行对比,分别称为“行政型秩序形成”和“司法型秩序形成”。法治国家原理的特质在于,要求法的一般性和统合性,形成法典主义。其中法的一般性在理念上意味着法的规范抽象性、普遍性,法的一般性与法的预见可能性、形式平等的观念相结合,进而与自由主义国家观密切相关。通过国民参与立法程序,法的一般性获得民主主义的正统性。它在认识论上与构成主义的法秩序观具有很强的亲和性。潘得克吞(Pandekten)体系是法典的体系,也是统治组织的体系。这种“垂直下降型秩序形成”中的整体性、组织性、能动性,与司法型秩序形成相比,与行政型秩序形成更为亲和。之所以在说明依法律行政原理之际使用法治国家原理,就是因为法治国家原理是希望依法控制行政的原理,同时也内含着行政型秩序形成的逻辑。法治国家原理与行政型秩序形成的问题在于,法的一般性、抽象性是通过舍弃具体的差异来保障的,会产生过剩或过小涵摄的危险;重视公益的观念和秩序构成主体的优势地位;国家在积极实现国家目的、防止自由体系的失败的同时又产生了管理国家的危险。而法的支配的特质就在于通过判例形成法。通过判例形成法,原则上围绕当事人的具体权利义务关系进行,当事人通过辩论证明直接参与法的形成获得保障。它以英美的经验主义思考为背景,尊重基于现实中产生的具体事实而做出的判断。这种重视具体事实的构想,与事后处理型的法体系具有亲和性。与事前抑制有压制自由的危险相比,事后处理型的法体系,将禁止控制型法形成的机会抑制到必要的最小限度,同时使其适用过程透明化,较有维持自由活动领域的倾向。法的支配模式也有界限,它首先是以契约自由和私人自治为基础的自由主义秩序形成的界限;对于各种扩大化的科技和经济危险,尚需依存于事前抑制型的法体系;通过判例形成法也未必适合于积极形成广泛社会同意的体系。^[44] 佐藤幸治对此归纳表示首肯,并认为,选择以何种秩序形成观为基轴,将决定着该国的法体系、法秩序的基本骨骼和特质。在日本国宪法下,佐藤幸治认为,司法型秩序形成具有优先性。^[45]

佐藤幸治及土井真一所称的“行政型秩序形成”观的代表之一就是高桥和之。^[46] 高桥和之认为,“‘法的支配’是‘人的支配’的相对概念,旨在排除人随意的恣意支配,基于事前制定的法确保自由。要实现通过法的支配确保自由,第一,有必要制定保障自由的法(正法),第二,该法要得到忠实的适用和执行”。要实现法的忠实执行的要求,就要实行权力分立的原则;而要实现制定正法的要求,一个办法是在法律的制定上引入制衡的机制,另一个办法是在法律的制定上获得国民的同意,制定限制国民权利的法律时至少要获得代表国民的议会的同意,这是与国民主权原理互为表里关系的问题。^[47] 在国民主权的模式下,法的位阶构造作为法的支配制度化的逻辑得以形成,亦即法在与其制定机关的关联上分化成几种法的形式,在不同的法形式之间设定效力上的上下关系,下位法必须以上位法为根据,不得违反上位法。在日本国宪法上,基本上形成了“宪法→法律→命令(政令→府令省令,规则)”的位阶构造。重要的是,各种法形式对应不同的立法机关,将下位法作为上位法的“执行”来把握,法的制定机关与法的执行机关相分离。如此,由中立的法院来审

[43] 土井真一(1966—),宪法学者,佐藤幸治的弟子,京都大学教授。

[44] 土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治・初宿正典・大石真編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』[有斐閣・1998年]102頁以下参照。

[45] 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』[有斐閣・2002年]261、60頁。

[46] 高桥和之(1943—),宪法学者,东京大学荣休教授。

[47] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』[有斐閣・2013年第3版]24頁。

查下位法是否违反上位法,可期待法的支配的实现。^[48] 在高桥和之之前,多是将法治国家与法的支配作为一对概念进行比较,而高桥和之则基于法的支配的多义性,从国民主权模式出发,^[49]对法的支配做出上述新的解释。

高桥和之认为,佐藤幸治在与形成法秩序的关联上把握法的支配问题,但他自身则将法的支配理解为与维持法秩序相关联的问题。佐藤将司法型秩序形成与行政型秩序形成进行对比,但却将立法型秩序形成置于一旁。佐藤或许认为立法型和行政型都是垂直下降型,与司法型相对立,可将该对比归结于制定法主义与判例法主义的对比。但制定法主义却未必是垂直下降型的。如果佐藤的意图是以立法型为前提,在其框架内,再对比司法型与行政型,并以立宪君主政体模式来把握其中的行政型,则是极易理解的讨论。它归结于在立法的具体化上是以司法为中心还是以行政为中心的问题。过去的日本以行政为中心形成秩序,广泛容许事前规制和行政指导;而最近缓和规制,同时强化司法的功能。但高桥的框架则包摄了立法型、司法型和行政型的所有秩序形成模式。至于应重视哪一种类型,基本上是立法政策的问题。^[50] 问题在于为何司法型秩序形成模式要比国民主权型法秩序形成(立法型法秩序形成模式)更好。其实,两种法秩序形成模式既没有孰优孰劣的问题,也没有二者择一的问题。在法秩序的形成方法上,一方面存在以国民为出发点、国民在司法中形成法秩序的路线,另一方面也有国民通过国会形成法秩序的路线,亦即既有通过判例的,也有通过制定法的。不是一方而是两方,两者如何进行适当的权衡才是问题所在。^[51]

毛利透^[52]在土井真一的概念定型化研究的刺激下,考察了德国二战后宪法诉讼制度的现实影响,对日本决别一般性法律的可能性提出质疑。一方面,如果违宪审查积极化,则可能引发法的不安定化。另一方面,要实现法的支配,尚需整顿司法制度。没有受害人不断提起诉讼,就无法在具体的各个判例中形成法的秩序。但其成本高,引发的法的不安定性也难以承受。而且如果下级法院继续广泛适用最高法院判决的抽象论,轻视案件的区别,也无法形成逐案妥当解决的积累。^[53] 这种基于日本现实的考虑实际上表达了对司法型法秩序形成模式在日本取得优势地位的忧虑。

面对来自高桥等学界的批评,土井真一也回应指出,可以将日本国宪法理解为构筑了动态对话体系的统治机构,让不同的法形成体系并立,期待其在各自适合的领域发挥功能,同时其紧张关系让两者的弊端最小化,通过其冲突,国民创生出能动而贤明地行动的机会和条件。^[54] 土井的这一回应也是其与佐藤幸治的一大差别所在。

至此,佐藤·高桥论争在总体上获得了共生的一定共识,^[55]但在行政与法律的关系、司法权的

[48] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔有斐閣・2013年第3版〕387-388頁参照。

[49] 高橋和之「法の支配の分析視座——比較憲法学のための枠組設定」法哲学年報(2005)101-104頁参照。

[50] 高橋和之「司法制度の憲法的枠組:法の支配と司法権」公法研究 63号(2001年)14-15頁参照。

[51] 高橋和之「法秩序形成における国会と裁判所の役割——松下理論の理解を中心に」北大法学論集 52卷3号(2001年)933、943-944頁参照。

[52] 毛利透(1967—),宪法学者,京都大学教授。

[53] 毛利透「法治国家から法の支配へ——ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮説」法学論叢 156卷5・6号(2005年)351-352頁参照。

[54] 土井真一「立憲主義・法の支配・法治国家」法哲学年報(2005)38-40頁参照。

[55] 藤田宙靖也认为,法治国家也好,法的支配也好,一般来看,各有其存在意义,如果得到理想地实现,就无法说哪一个具有优越的价值。问题就归结于,在各种社会状况下,哪一个能更为有效地发挥功能。藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法」『行政法の基礎理論』〔有斐閣・2005年〕161頁参照。

要件、附随性司法审查制等具体问题上仍然存在着尖锐的分歧。佐藤·高桥论争实质是一场关于统治机构构造的论争,带有根本性,也引发了诸多相关思考和具体论争。

(二) 佐藤·高桥论争的周边

在二战后研究法治国家、法治主义、法治行政的学者中,高田敏^[56]不容忽视。他将此作为其一生的研究课题,对德国法治国家的脉络、日本输入和展开的过程、社会法治国、法治国家与法的支配关系等诸多领域均有系统研究。他提倡和构筑的是“普遍化的法治主义”。他认为,法治主义比法治国家更适合普遍化。普遍化的法治主义而非普遍的法治主义,具有实践哲学上的志向。发展了的法治主义,人权不仅拘束行政和司法,还拘束立法,还以实效性人权保障制度等为构成要素,换言之,实质的法治主义=普遍化的法治主义。如果需要在法治国家和法的支配之上找一个上位概念,那么,“法治主义”或某种应然状态的“普遍化的法治主义”是适合的。^[57]

四、结 语

日本就是这样一个既非大陆又非海洋的岛国,其法治主义在与中国传统的法治思想诀别的同时,却又时不时出现回归传统的论调;其法治主义虽然意在继受德国的法治国家观,却在明治时期缺乏全面继受的土壤。这才出现了法治国的不同译法,才出现了民权学派与国权学派的论争,才出现了学说对俗说的批判,才会在二战后着力回填自由民权的宪法根基。二战后,无论是传统的法治主义者还是新的法的支配论者,均承认两者在指向排除人治或国家权力的恣意行使方面具有共性。经过辻·柳濑论争后,对法治主义中“法”的良法属性形成新的共识,法治主义与法的支配的相对性获得多数认可。面对着优势行政权的确立和司法救济的萎靡不振,行政改革和司法改革着力推进。佐藤·高桥论争的双方基于各自对法的支配的理解(一者源于英国,一者源于法国),希望从法的支配中找到决定日本国宪法价值的因素,探索国家权力构造的应有状态。这是一个在共识基础上不断寻找新的共识的过程。这不是一个简单的概念之争,而是一次次在价值立场、实现路径上的具体较量。

(责任编辑:蒋红珍)

[56] 高田敏(1930—),行政法学者,大阪大学荣休教授。

[57] 高田敏『法治国家観の展開』〔有斐閣・2013年〕738頁以下参照。