

# 日本宪法保障制度设计的不同思路

季卫东\*

---

## 目次

- 一、宪法审判成为战后法制改革的原动力
  - (一) 欧陆成文法体系下的宪法保障机制
  - (二) 在“大津事件”与“大逆事件”之间摇摆的日本司法权
  - (三) 通过美国式违宪审查加强司法权的独立和威严
- 二、建立奥地利式宪法法院的佐佐木提案
  - (一) 战后宪法革命与司法体制改革
  - (二) 佐佐木改宪草案 78 条的模式
  - (三) 松本改宪草案显露出日本官方对违宪审查的消极态度
- 三、麦克阿瑟草案关于有限司法审查的奇特设计
  - (一) 美国占领当局的基本立场：必须确保新宪法的刚性
  - (二) 有限司法审查制的设计方案
  - (三) 司法审查与议会监督相结合的普遍性意义
- 四、全盘接受非集中型宪法审判的美国模式
  - (一) 司法审查的“民主集中制”
  - (二) 关于“统治行为”与“立法不作为”
  - (三) 从能动司法到司法消极主义
- 五、世纪之交向集中型宪法审判模式回归的倾向
  - (一) 宪法法院之议的复活
  - (二) 导入德国模式或者混合模式，还是改良现行司法审查制度？
  - (三) 政治博弈将决定混合模式的前景和组合方式

**摘要** 本文以日本战后法制改革的历史经验为线索，考察和分析了对宪法实施监督的不同观点以及各种制度设计方案。从集中型违宪审查的奥地利模式和德国模式，到非集中型违宪审查的美国模式，还有结合法院和议会两种监督机制的混合模式，都曾经成为日本法律界斟酌和比较的选项。因为政治体制、文化传统以及制度配套条件等因素的影响，美国式分散违宪审查制度在日本实施的效果没有达到预期目标，导致司法消极主义伸张，所以近年来日本开始重新考虑设立宪法法院之议。

**关键词** 非集中型违宪审查 司法消极主义 宪法法院 宪法审判的混合模式

---

\* 上海交通大学凯原法学院教授、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。】

## 一、宪法审判成为战后法制改革的原动力

现代法治秩序的基础是立宪政治。因此,怎样维护宪法的尊严和最高效力就成为一个至关重要的问题。为了维护宪法的权威、保障基本人权不受侵犯,必须实施宪法监督、防止任何形式的违宪现象——对这样的命题,法学界当然不会有异议。然而,在由什么机构来承担保障合宪性的职责、怎样纠正法律和政令的偏颇乖离之类的问题上,意见却莫衷一是。立法机关的自律和对违宪的政治性监控、宪法法院的抽象审查、附随于普通诉讼的司法审查等不同的制度设计各有利弊,给争论的持续和花样翻新提供了前提条件以及层出不穷的契机。

### (一) 欧陆成文法体系下的宪法保障机制

概而论之,在欧洲大陆法系,宪法保障机制主要包括以下三个方面:(1)对宪法的修改必须满足特别多数的要件(例如议员总数三分之二以上的加重多数),甚至必须通过特别程序(例如设置特别的议决机关、采取两次审议投票制或者全民公投制),因而比一般法律的修改更困难。(2)对国家的紧急事态备有各种限制权力滥用的制度(例如明确采用紧急措施的场合、生效的范围以及坚持合宪性原则的事项)以防止宪法体制遭到破坏。(3)设立宪法审判机构,并赋予比通常维权功能更强的违宪审查功能。这第三种宪法保障机制主要是在第二次世界大战之后才发展起来的。

在19世纪的欧洲大陆,人民主权学说导致国会至上的观念,社会的基本共识是审判机构必须严格遵循法律规定,因此严格的法律实证主义支配着宪法保障的制度安排。但是,德国纳粹法制的教训却使这样的普遍观念发生了剧烈动摇。随之而来的是,通过法院让所有立法都从属于宪法的思路逐步得到多数人的支持。其结果是宪法的可诉化以及宪法审判成为各国经济社会乃至法律制度重构的驱动装置。这种司法性宪法保障或者宪法正义(constitutional justice)的本质在于法院不仅可以对条文进行解释,而且还能对立法的有效性进行判断,从而可以加快制度变迁的进程。战后日本的宪法保障也经历了同样的转折,并出现了不同选项以及围绕取舍抉择的争论。

### (二) 在“大津事件”与“大逆事件”之间摇摆的日本司法权

日本明治宪法(1889年制定)的宗旨虽有限制君权、保护民权的理念,但因为囿于国体,神圣不可侵犯的君权还是被当作政治机轴,臣民的基本权利只在法律承认的范围内有所保障。<sup>〔1〕</sup>在相当程度上可以说,明治时代的日本主权其实在君而不在民。根据明治宪法第5条,制定法律是天皇统治权的一项内容,议会只起协赞作用,对立法权的行使也缺乏必要的制约。不过该宪法第58条规定保障法官的独立性,另外,以著名的“大津事件”(1891年)<sup>〔2〕</sup>为标志,职业法官通过行为抵

〔1〕 详见牧英正·藤原明久编『日本法制史』(东京:青林书院、1993年)345—351页、稻田正次编『明治国家形成过程的研究』(东京:御茶の水书房、1966年)、稻田正次『明治宪法成立史的研究』(东京:有斐阁、1979年)、安田浩·源川真希编『明治宪法体制』(东京:东京堂、2002年)。

〔2〕 1891年5月11日,沙俄帝国皇太子尼古拉·亚力克山德洛维奇在访问日本滋贺县大津市时,遭遇担任卫戍工作的警察津田三藏行刺,头部负重伤。日本政府出于外交考虑,拟根据刑法关于针对皇室犯罪的第116条严惩,判处被告死刑。但是,在事件发生三日之前刚就任的大审院长儿岛惟谦认为刑法中的皇室概念仅限日本国内,因此对国外皇室的犯罪只能按普通的谋杀罪论罚。政府坚持既定方针,命令大津地方法院中止预审,并向大审院的法官施加压力,而儿岛院长以维护“司法权的威信”为由,坚决不让步。最后,审判庭根据刑法第292条而不是116条断定被告犯谋杀罪,应判处无期徒刑。参阅古川纯『大津事件 児島惟謙と『司法権の独立』』『法学教室』第121号(1991年)28—29页。

制来自政府的干预，逐步巩固了审判独立原则。

但是，当时的日本一直没有确立审判机关相对于立法权的独立性，更谈不上确立司法权在国家体制中的优势。因此，当案件涉及攻击天皇制和政治运动时，迫使审判机关以言论治罪的实例也曾经发生，最典型的是“大逆事件”（1910年）〔3〕。“大津事件”与“大逆事件”并立对峙的图式，充分显示了明治宪法体制下司法权的地位摇摆不稳，难以阻止军国主义势力的跋扈以及议会多数派的专制。

### （三）通过美国式违宪审查加强司法权的独立和威严

在第二次世界大战结束后，美军占领当局吸取历史的上述教训，在日本法制改革方面采取的一个基本方针就是要充分加强法院的地位和作用；特别是为了保障1946年制定的新宪法的持久效力、防止日本今后通过制定或修改法律的方式挖宪法的墙角，建议把对立法是否符合宪法的审查权付与审判机关。正如著名宪法学家小林直树教授所形容的那样，把违宪审查权赋予普通法院是新宪法体制下在司法制度方面的最大变革；司法审查制是把宝刀，如何使用关乎新宪法的命运。〔4〕但是，在要不要导入司法性质的违宪审查制以及采取什么制度模式方面，日本法律界的有关方面一直存在不同意见。

首先，宪法审判制度顺利运作的前提条件是权力机构以及各界必须对法官抱有充分的尊敬和信任，如何克服司法不信任感在日本就是一个重要课题。其次，对立法权是否违宪进行司法审查意味着法官要进行政治性判断，这与传统的职业法官形象大异其趣。再者，司法审查的逻辑与民主政治的逻辑之间存在着张力，如何进行整合也是不得不认真考虑的问题。在这些方面的分歧反映到改宪过程中，就导致不同草案提出的有关条款在内容上差异极大的事态。考察当时引进违宪法规审查制的曲折过程、比较各种设计方案的区别，对于中国加强宪法保障以及导入违宪审查制度显然还是颇有助益的。

## 二、建立奥地利式宪法法院的佐佐木提案

### （一）战后宪法革命与司法体制改革

以美、英、中三国名义发布的波茨坦宣言，在停止战争之际，作为受降条件要求日本振兴民主主义并扫除有关障碍、确立思想和信仰的自由以及尊重基本人权、自主地建设倾向于和平路线的负责任的政府。为了履行这样的国际法义务，必须对明治宪法进行彻底修改。日本当代宪法学界的泰斗宫泽俊义教授认为，正是波茨坦宣言诱发了一场导致国体变化的宪法革命，并以由此产生的从天皇主权体制向国民主权体制的社会转型作为新宪法秩序的正当性根据。〔5〕但也有些学者对日本宪法的“八月革命”一说持有异议，坚持认为国际法上的行为不能在国内法中引起主权原理

〔3〕 1910年5月24日，长野县某厂保安听到有职工制造炸弹破坏稳定的消息立即报告警察署，并通过长野地方法院检察厅拘留了嫌疑人。经过审讯，嫌疑人供认有暗杀明治天皇的计划，于是大审院检察厅扩大侦查范围，确定被告26人，经过秘密审理，尽管证据不足、大多数被告只有批判性言论而已，仍在1911年1月18日判处24人死刑（其中12人近期内执行，12人以特赦改判无期徒刑）、2人有期徒刑（分别为8年和11年）。担任大审院检察官的著名法律人平沼麒一郎后来在回忆录中认为对参加谋议的三个嫌疑人的定罪是可以质疑的。许多人甚至认为这是一起冤假错案或者“原心定罪”。参阅多田辰也「大逆事件——司法による思想統制」『法学教室』第121号（1991年）32—33頁。

〔4〕 小林直樹『閱讀憲法』（小開本叢書，東京：巖波書店、1966年）187頁。

〔5〕 宮澤俊義「日本國憲法誕生の法理」『憲法の原理』（東京：巖波書店、1967年）375頁。

的变更,明治宪法体制与新宪法体制之间当会存在继承关系。还有些人则认为现行宪法是美国占领军当局强加给日本的,并没有反映民意。甚至有人认为即便战后的日本宪法,其实也还是留有天皇主权论的痕迹。孰是孰非,在日本有关方面迄今仍然没有定论。

回顾历史可以发现,日本政府在宣告战败后,内阁法制局就立即着手自主地起草改宪方案,并从1945年9月中旬起组织了有关讨论。<sup>〔6〕</sup>但在有关资料中,完全没有涉及违宪审查的内容,更不必说引进美国模式的司法审查制。1945年10月9日,因皇族主导的东久迩宫内阁总辞职而由币原喜重郎出任总理,两天后麦克阿瑟将军指示币原内阁推行五大改革——妇女解放、鼓励组织工会、学校教育民主化、废除秘密审判的司法制度、经济结构的民主化,于是司法改革成为日本新宪法草案的不可或缺的主要事项之一,怎样加强司法权的独立性和威信于是乎成为改宪的重大课题。<sup>〔7〕</sup>司法省司法制度改正审议会也把“应赋予大审院以法令审查权”作为司法改革的一项内容列入议程。<sup>〔8〕</sup>可见新宪法的基本内容(尤其是大力强化司法权的举措)的确是美国方面施压的结果。

## (二) 佐佐木改宪草案 78 条的模式

在这样的背景下,至10月中旬,由内大臣御用专员近卫文麿主导,相关机构开始对曾担任京都大学宪法和行政法教授的佐佐木惣一提出的改宪方案进行研究。<sup>〔9〕</sup>近卫之所以倚重佐佐木,理由在于他战前曾因维护学术的独立和尊严而辞职,被公认为不畏军国主义势力的强权的有气节的进步知识分子,在专业研究方面又一直提倡设立宪法法院,<sup>〔10〕</sup>与美国占领军当局要强化司法权的思路不谋而合,似乎很合时宜。<sup>〔11〕</sup>在佐佐木的改宪草案(后来又被称为近卫草案)中,第78条作了如下规定:

[1] 对于有关帝国宪法条规的疑义,由法律规定的宪法法院依法审判。[2] 对基于皇室典范的各种规则以及法律、命令是否违反帝国宪法,宪法法院应宫内大臣政府以及帝国议会提出的请求而进行审判。但对正在宪法法院受理之中的案件的判决,有必要就判决本文中援引的各种法律涉及的宪法上的疑义进行决定时,宪法法院依职权进行审判。[3] 对前款规定之外的事项政府或者帝国议会的有关行动是否违反帝国宪法,宪法法院应帝国议会或者政府提出的请求而进行审判。当众议院或者特议院有请求时,政府必须为之提出请求。[4] 对正在最高的司法法院或者最高的行政法院受理之中的案件的判决,法院认为有必要就宪法上的疑义进行决定并提出请求时以及诉讼当事人提出同样申请时,宪法法院进行宪法审判。[5] 对第二款、第三款以及前款规定之外的事项,在法律规定属于宪法审判的范围时,宪法法院进行宪法审判。[6] 第72条(引者注:关于法官身份保障的规定)以及第73条(引者注:关于对审判不公开的决定进行再议的规定)准用于宪法法官以及宪法审判。<sup>〔12〕</sup>

显而易见,佐佐木惣一教授试图以明治宪法的框架为前提,采取奥地利1920年10月1日通过

〔6〕 据田中英夫『憲法制定過程覚え書』(東京:有斐閣、1979年)3頁。

〔7〕 参见前注〔6〕,田中英夫书,第4~5頁。

〔8〕 据戶松秀典『司法審査制』(東京:勁草書房、1989年)23頁。

〔9〕 参见前注〔6〕,田中英夫书,第9~14頁。

〔10〕 关于佐佐木教授提倡设置宪法法院的学说内容以及佐佐木宪法草案的来龙去脉,佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年)227頁、231—232頁进行了精当的概括和分析。

〔11〕 详见奥平康弘『憲法裁判の可能性』(東京:岩波書店、1995年)100頁以下。

〔12〕 同上,第101~102頁转引。

的宪法所规定的宪法法院模式。这一制度设计的最基本的特征是建立专门进行违宪审查的司法性机构,根据享有提诉权的主体的申请对法律政令是否合乎宪法进行审查。违宪审查不必以具体的诉讼案件为前提,可以针对抽象性问题,但也不同于法国式的事先审查制。宪法法院做出的违宪判断具有普遍效力,不溯及既往而拘束未来的一切低阶规范性决定。

按照奥地利的宪法法院模式,司法性质的违宪审查是具有政治性的,因此宪法法院的组成人员必须能够反映主要政治势力的分布状况。包括最高法院在内的普通法院都按照专业划分为不同部门,处理的案件数量也较多,因而缺乏充分的政治价值判断力和政策决定力,宪法审判必须有适当的人选来专司其职。宪法诉讼只能由公共机关通过特别程序提出,并且可以与普通案件分离开来提出。另外,由于大陆法系不存在遵循先例的原则,因此违宪审查只能采取集中化的方式,否则就无法避免法官与法官之间的不同判断给法律秩序带来的不稳定性。然而,宪法法院是不考虑事实问题的(事实问题的处理是普通法院的职责),只专注于法律的解释和判断,这就势必导致审理与判断的分离,结果是没有一个司法机关可以对一个案件的所有争点进行审理判断。但在拥护奥地利模式的人们看来,普通法院既然要在事实审理的基础上考虑是否把案件交付宪法法院审理,那么也就会在这样的处理过程中发扬宪法精神、陶冶参与意识。无论如何,这样的设计思路显然与美国模式是大异其趣的。

### (三) 松本改宪草案显露出日本官方对违宪审查的消极态度

但是,币原内阁任命的以国务大臣松本蒸治为首的宪法问题调查委员会却始终对设立宪法法院持否定态度,也对引进美国式司法审查制以及其他法院改革举措缺乏兴趣。事实上,后来泄露或公布的松本改宪方案的两个稿本均没有任何规定违宪审查的条款。<sup>[13]</sup>日本宪法学界这些权威人士的思维仍然停留在过去那个“法制官僚的时代”(山室信一教授的表述),也力图避免以新宪法的文本来严格限制议会和内阁的那种事态的出现,自觉或不自觉地要维持一种仅凭代议机构的过半数赞成票就可以决定或改变大政方针和规范体系、以立法权来吸纳宪法解释权的机动性。

## 三、麦克阿瑟草案关于有限司法审查的奇特设计

### (一) 美国占领当局的基本立场：必须确保新宪法的刚性

由于《每日新闻》在1946年2月1日透露松本草案事有蹊跷、而日方自主构思的改宪内容又过于保守,引起驻日美军总司令部的警觉,麦克阿瑟将军当即决定由占领当局自行起草与波茨坦宣言内容相吻合的新宪法方案交日方审议通过。总司令部民政局在2月3日接到指示后马上成立起草作业运营委员会以及不同领域的小委员会夜以继日地工作,2月10日基本上告竣,经过审议修改后于2月13日交给本来按照预定来与美军占领当局磋商松本草案的日方政府代表。<sup>[14]</sup>

美方另起炉灶的做法完全出乎日方意外。据当时报道,吉田茂、松本蒸治等接到麦克阿瑟草案时的表情有如遭到晴天霹雳的轰击。日本政府虽然事后为改变占领当局的意图做过不少努力,

[13] 详见奥平康弘『憲法裁判の可能性』(东京:岩波書店、1995年),第103~104页。

[14] 参见前注[6],田中英夫书,第39页以下。

但终究不得不在2月22日正式决定按照麦克阿瑟草案重新拟定改宪方案。<sup>[15]</sup>这就是日本改宪派后来不断否定现行宪法的民意基础的事实根据。以此为背景,终于出现了凭借各级普通法院作为宪法精神的屏障、引进非集中型的、司法性质的违宪审查制来制约立法权的提案。其目的是使得战后日本宪法能够刚性化。

### (二) 有限司法审查制的设计方案

不过,美军占领当局在改宪建议中也没有完全照搬美国的做法,起先仅仅构思了一种特殊的“有限司法审查制”。麦克阿瑟草案第73条原文是这样的:

最高法院为终审法院。当法律、命令、规则或者政府行为是否符合宪法的问题需要决定时,在基于或涉及宪法第三章的所有场合都以最高法院的判决为终审判决;在其他的所有场合,国会得对最高法院的判决进行再审。付与再审的最高法院的判决只有在获得国会议员三分之二多数赞成时才得以撤销。国会应该制定关于最高法院判决再审的程序规则。<sup>[16]</sup>

这意味着只有在涉及宪法第三章所规定的人权和公民基本权利义务时,最高法院才享有对违宪法规的最终审查权,而在其他场合则维护国会主权原则,把对最高法院关于违宪的判决本身的再审权限——也就是合宪性审查的最终决定权——赋予国会,只是对撤销决定的表决采取绝大多数通过的加重方式。对宪法诉讼造诣颇深的学者奥平康弘把这样的设计比喻为在比较法上没有先例的“珍稀物种”<sup>[17]</sup>。由此亦可见,麦克阿瑟草案起初并没有强令日本全面引进美式司法审查制的意图,有关规定在原理上存在明显的自相矛盾之处,使得解释规则很难明确化。

### (三) 司法审查与议会监督相结合的普遍性意义

实际上,正如已故的英美法研究大家田中英夫指出的那样,即便美军驻日总司令部民政局的成员内部对导入美式司法审查制的看法也是存在分歧的。担任司法部分起草作业的委员哈西(Alfred R. Hussey, Jr.)、罗威尔(Milo E. Rowell)以及斯彤(Margaret Stone)等主张通过审判机关对违宪性法规的审查来加强司法权,而运营委员会的委员卡迪斯(Charles L. Kades)等人对罗斯福新政期间美国联邦最高法院的保守派借助司法审查制干扰改革的史实记忆犹新,唯恐出现司法寡头制的偏颇。美方草案第73条的糅杂之处也反映了起草者内部不同意见的对立和妥协。<sup>[18]</sup>

司法审查权在一定条件下与议会最终决定权相结合的制度设计,其宗旨是兼顾两种不同法律体系的逻辑,形成相反相成的互补结构。类似的安排后来在东欧社会的违宪审查制革命过程中也一度出现,例如波兰在1982年通过的宪法修正案关于设立宪法法院的条款,就在承认司法性违宪审查的同时,规定违宪判决必须通过议会审查才能生效。这样的设计削弱了体制改革的阻力,成为集权的苏维埃体制向分权制衡的司法国家转变的过渡阶段的主要桥梁,并为1989年以后的剧烈的制度变迁提供了必要的操作杠杆。可以说,波兰1982年改宪方案的双重结构设计

[15] 前注[6],田中英夫书,第22页。根据上述史实,有学者把日本国宪法的成立过程分为前后两个时期——前期是1945年8月—1946年1月,由日本独自进行制宪的准备;后期是1946年2月—10月,以制定麦克阿瑟草案为转折点,美国占领军当局的意图起主导作用。见大石真『憲法史と憲法解釋』(东京:信山社、2000年)103頁。

[16] 摘自前注[11],奥平康弘书,第107页。

[17] 同上,第108页。

[18] 详见前注[6],田中英夫书,第159~163页。

1946年麦克阿瑟改宪方案的混合制设计有异曲同工之妙，对中国的渐进式违宪审查革命很有参考意义。

## 四、全盘接受非集中型宪法审判的美国模式

### （一）司法审查的“民主集中制”

但是，这样的制度设计在日本最终并没有成为法律现实。在后来日美双方围绕改宪的磋商过程中，所谓有限司法审查制中的“有限”被剔除了，剩下的只是地地道道的美式司法审查制。具体内容如现行日本国宪法第81条规定的那样：

“最高法院为有权决定所有法律、命令、规则或者处分是否符合宪法的终审法院。”

显而易见，这一条款体现了以下三点本质性特征。第一，日本宪法不否认下级法院拥有关于合宪性问题的审查权，<sup>[19]</sup>但是下级法院的违宪判断可以被享有终审权的法院推翻或修改；第二，一般认为，日本采取的是附随性违宪审查制，法院不能脱离具体案件抽象地对法律和命令等是否符合宪法进行审查，因此违宪判决的效力只限于对本案的法律适用，不能导致成文规范的一般性失效；第三，对于违宪法律、命令等的最终判断权在最高法院，实际上最高法院兼有宪法法院的职责或职权，在最高法院下达成文规范违宪的判决之后，议会通过立法程序删除违宪规定。

### （二）关于“统治行为”与“立法不作为”

至于违宪审查的对象是否包括“立法不作为”（议会在履行立法义务方面的怠慢引起法律争执）以及“统治行为”（高度政治性的国家行为引起法律争执），没有明文规定，在解释上还存在不同主张。从最高法院的判例可以看出，司法机关对立法不作为是否违宪的问题不积极进行判断。例如对我国台湾地区的原日本军人的伤残损失赔偿没有与日本人一视同仁制定相应的赔偿法律的提诉，最高法院以该问题属于立法政策为理由驳回上告。<sup>[20]</sup>另外，因在家投票制度的废止而无法行使投票权的一些公民，以此举以及后来的立法不作为违反宪法关于选举权保障、选民平等的条款为理由，曾经提起国家赔偿诉讼。最高法院在对这一案件的判决中表明：议员对立法只负有政治责任而没有对公民个人的义务，立法不作为并不构成违宪。<sup>[21]</sup>最高法院也一直坚持解散众议院、缔结日美安全保障条约等统治行为不属于司法审查范围的立场，拒绝就这类案件做出违宪判断。<sup>[22]</sup>

### （三）从能动司法到司法消极主义

值得注意的是，日本社会的政治和经济在20世纪60年代曾经发生结构性变迁，在这个过程中

---

[19] 这一理解不仅是法学界的通说，也为最高法院的判决所确认。在1950年做出的关于违反粮食管理法案件的终审判决中，最高法院明确指出：法官在使用法律和法令审理具体诉讼案件之际对该法律、法令是否符合宪法进行判断，是宪法赋予所有法官的职责和职权。见最大判昭和25.2.1刑事案件判例集第4卷2号73页。上述立场的宪法根据是第98条，即“本宪法是国家最高规范，违反宪法条文规定的法律、命令、诏敕以及关于国务的其他行为的全部或部分均不具有效力”。由此可以推论各级法院的法官均享有违宪审查权。

[20] 见最大判平4.4.28「判例时报」第1429号91页。

[21] 见最大判昭和60.11.21民事案件判例集第39卷7号1517页。

[22] 例如最大判昭和34.12.16刑事案件判例集第13卷13号3225页关于驻扎美军是否违宪的砂川案件的判决、最大判昭和35.6.8民事案件判例集第14卷7号1206页关于解散众议院的阁议决定是否违宪的苦米地案件的判决。

公民和社会团体提出了大量的宪法诉讼,基层法院非常积极地受理并进行司法判断,为此还开发出“个案实质性比较权衡”“合理的限定解释”等宪法审判的技法,应用于言论自由和劳动权保障等领域。但是,从70年代开始出现司法反动,最高法院通过人事操作等方式阻止60年代中期以后的宪法审判趋势,并着手纠正那些已经成立的宪法判例中阐述的法理,其典型表现就是最高法院在猿拂案件中提出的“规制类型论”,强调对立法权的礼让以及司法消极主义。<sup>[23]</sup>

从体制性根源的角度来考察,这里不得不指出的是,日本宪法第41条仍然规定“国会为国权的最高机关”,与完全的三权分立体制有所区别。曾在美军总司令部担任法制司法科长的欧普勒(Alfred C. Oppler)博士后来指出,或许正是因为第41条把国会置于法院之上,所以最高法院对违宪法令的审查一直倾向于采取自制的消极态度。<sup>[24]</sup>这就导致司法消极主义的蔓延、违宪审查案件的处理长期延宕等问题。迄今为止,日本法院对成文规范做出违宪判决的实例只有6件,涉及5种类型的法理抵触。<sup>[25]</sup>

## 五、世纪之交向集中型宪法 审判模式回归的倾向

### (一) 宪法法院之议的复活

出任日本最高法院法官大约有十年之久的著名法学家伊藤正己,在1993年刊行的个人回忆录中分析了造成司法消极主义的各种原因,认为要改变这种局面最好是放弃美式司法审查制,采取欧洲大陆的宪法法院模式。<sup>[26]</sup>

这个看法在日本宪法学界以及公众传媒中激起了很大的反响,但对于在以东洋法律文化为背景的社会进行合宪性审查,究竟是美国模式合宜还是欧陆模式合宜、究竟是制度本身导致司法消极主义还是制度之外的因素影响更大等问题,依然存在截然不同的观点。反对引进宪法法院的意见所持的主要理由是与现行宪法的精神不吻合、很可能导致审判活动的政治化以及政治活动的审判化。

在主张设置宪法法院的人们当中,围绕如何划定职能范围等问题,也还存在一些分歧。有些学者建议全面参考德国模式,赋予宪法法院以对法律进行抽象审查、具体审查、处理宪法申诉以及审理国家机关之间围绕权限关系而产生的争讼的各项权力。另外一些学者则认为宪法法院应该只限于进行具体的规范统制,如果违宪判决具有普遍性效力就会引起司法权侵入立法权领域的问题。<sup>[27]</sup>

### (二) 导入德国模式或者混合模式,还是改良现行司法审查制度?

这里顺带说明一下德国模式的基本特征以及可能产生的制度连锁反应。根据现行制度的规定,德国联邦宪法法院由两个独立的法庭构成,第一法庭对抽象审查享有管辖权。某一法律

[23] 参阅大久保史郎「憲法裁判と憲法訴訟論(上)」『法律時報』第70卷第1期(1998年)45—46頁。

[24] A. C. 欧普勒『日本佔領と法制改革』(内藤濂博等譯,日本評論社,1990年)75—76頁。

[25] 即:(1)关于杀害尊亲属加重处罚的刑法条款违宪的判决(最大判昭和48.4.4)、(2)关于药物法限制配置距离条款违宪的判决(最大判昭和50.4.30)、(3)关于众议院议员定数不均衡违宪的判决之一(最大判昭和51.4.14)、(4)关于众议院议员定数不均衡违宪的判决之二(最大判昭和60.7.17)、(5)关于森林法的共有林分割限制规定违宪的判决(最大判昭和62.4.22)、(6)关于邮政法的赔偿责任限制规定违宪的判决(最大判平成14.9.11)。

[26] 参阅伊藤正己『裁判官と学者の間』(东京:有斐閣,1993年)。

[27] 有关学说的内容,参阅野中俊彦等『憲法II(第三版)』(东京:有斐閣,2001年)256頁。



规范是否违宪的审查申请，由联邦政府、州政府以及联邦议会议员三分之一以上附议的方式提出，公民个人无权提诉。第一法庭六名以上法官出席即可开庭，获得过半数的同意即可做出判决。具体审查是指普通法院在审理具体案件时如果确信法律违宪可以中止诉讼程序，请求联邦宪法法院做出判断，第一法庭和第二法庭均可受理。宪法申诉是赋予公民针对公权力的具体侵害而寻求救济的特别手段，也是两个法庭均可受理。从实践的情形来看，宪法申诉案件数占联邦宪法法院业务量的90%以上，但实际获得承认的申诉并不太多。如果采取德国模式，还需要对选举制度进行改革，使宪法法院的法官能够在兼顾多数派与少数派之间关系的前提下通过适当的民主程序产生。

另一方面，主张维持现行司法审查制度的人们也提出了一些改善方案，例如(1) 参照瑞士的宪法审判制度，在最高法院中设置“宪法审判庭”只进行具体的违宪审查；(2) 在高级法院层面设置专门处理上告案件和宪法问题、发挥过滤案件功能的两所“特别高级法院”以减轻最高法院的业务负担并使最高法院实际上主要承担宪法法院的角色，等等。

特别值得一提的是，从20世纪90年代后期开始欧洲不少国家采取了混合式违宪审查制度的设计方案，即让普通法院进行司法审查、让宪法法院进行宪法审判，使得非集中型和集中型能够根据国情进行适当的组合。这种趋势也反映到日本宪法学界的有关讨论之中。<sup>[28]</sup>

### (三) 政治博弈将决定混合模式的前景和组合方式

在日本围绕改宪与护宪的讨论中，违宪审查制的制度设计如何兼顾现行制度和实践、适当处理普通法院与宪法法院之间的关系也成为一个焦点议题。在2004年11月发表的自民党宪法调查会的改宪大纲初稿拟定在关于主要统治机构的第5章里对司法审查制进行如下修改：

“司法法院在认为存在违宪问题时请求宪法法院进行审判。”

后来发表的众议院宪法调查会最终报告虽然指出对设置宪法法院仍存在不同意见，但强调多数人持赞同态度。<sup>[29]</sup>由此可见，日本宪法秩序今后的变迁似乎基本上倾向于采取混合模式：另行设置宪法法院对违宪法律、命令等进行审查和纠正，而普通的司法法院仅有权移送或提起宪法诉讼，而不能直接进行判断。

但是，在这里仍然存在许多变数会影响最终决策。例如自民党新宪法起草委员会的要纲就一反过去的方针，明言“不设宪法法院”；而参议院宪法调查会最终报告也仍然停留在指出关于违宪审查制存在意见分歧的中立姿态上。

(责任编辑：蒋红珍)

---

[28] 例如永田秀树「歐洲の憲法裁判所と日本の憲法裁判所構想」『法律時報』第70卷第1期(1998年)36—41頁。

[29] 見『朝日新聞』2005年5月1日第10版第8頁。