

路径依赖与基因断裂

——日本百年宪政转型透视

魏晓阳

内容提要:日本历史上曾面临两次不同宪政制度的抉择,也经历了两次不同宪政制度的转型。从制度与文化的意义来说,现代日本人的法律生活是一个相互影响、相互促进、相互制约的复杂互动过程。在转型过程当中,日本制度与文化的转型不可避免地带有鲜明的“路径依赖”特性,“作为意识形态的宪法”和“作为制度的宪法”之间的偏差使得日本人的法律生活呈现出巨大的断裂与鸿沟。然而,另一方面,新宪法并没有完全被“路径依赖”所决定,日本传统文化基因的传承也曾出现部分断裂,宪政文化趋于成熟,并最终演化为新宪法实施的生命力。上述两种不同的文化特性为新制度的实施提供了不同方向的力量,并在不同利益集团的作用下构成了新制度的合力,最终共同决定了日本百年宪政转型的样态,同时左右着现代乃至未来日本人宪法生活的状况。

关键词:路径依赖 法律文化基因 日本宪政转型

魏晓阳,中国传媒大学政治与法律学院教授。

一 前言

日本历史上曾面临两次不同宪政制度的抉择,也经历了两次不同宪政制度的转型,这使得日本人的宪法生活呈现出不同的样态。从制度与文化的意义来说,现代日本人的法律生活是一个相互影响、相互促进、相互制约的复杂互动过程。制度和文化是一对平衡体:纸面上的制度只有获得社会不同利益集团的普遍支持和承认才能获得有效实施,而是否能获得支持和承认取决于制度是否和文化相适应。在日本,“作为意识形态的宪法”和“作为制度的宪法”之间的偏差使得日本人的法律生活呈现出巨大的断裂与鸿沟。其重要原因之一在于:美国占领军“帮助”制定的和平宪法制度与日本传统的法律文化基因有很多的不适应。日本历史上虽然经历了几次法律模式的转型,但法律意识薄弱、权利意识淡薄却依然成为烙在日本民族精神上的一个“法律文化基因”。在明治宪法体制中,政府对传统家族制度的强

化及重构再次加深了这一文化基因的传承。和平宪法的制定和实施虽然宣告了明治宪法的历史终结,并对传统政治文化构成了巨大的冲击,但是制度与文化的转型仍不可避免地带有鲜明的“路径依赖”特性。另一方面,我们也应注意到,“作为制度的宪法”并没有完全沦为形式上的条文,甚至迄今没有被修改过只字片言,这充分说明新宪法并没有完全被“路径依赖”所决定,它依然有实施的内在生命力。在和平宪法体制下,社会与经济的发展使人们从传统的社会中解放出来,生活安定带来了教育的普及,这促使人们自觉意识到新宪法所规定的各种权利,人们开始学会使用法律的武器来维护自己的合法权利。在此过程中,对战后民主化持肯定态度的人群逐渐增加。因此,日本传统文化基因的传承开始出现部分断裂,宪政文化趋于成熟,并最终演化为新宪法实施的生命力。

上述两种不同的文化特性为新制度的实施提供了不同方向的力量。传统文化中与民主价值格格不入的特性为新制度的实施带来了巨大的阻力,并迫使新制度偏离文本规定的方向;而发生变革的宪政文化又为新制度的实施提供了文化支持,也在同时试图将新制度拉回文本所规定的轨道。这两种力量在不同利益集团的作用下共同构成了新制度的合力,左右着现代乃至未来日本人宪法生活的状况。

二 日本宪政转型中的路径依赖

(一)“法治”还是“法制”?

制度经济学派认为,制度变迁中存在着报酬递增和自我强化的机制。这种机制使制度变迁一旦走上了某一路径,它的既定方向会在以后的发展中得到自我强化。事实上,由于制度经济学派的制度包含了作为非正式规则的文化规则,“路径依赖”的特性也同样存在于文化变迁的过程当中。在日本的宪政制度转型过程中,当代日本人的法律意识当中仍然残存着历史的投影。

川岛武宜指出:日本虽然在历史上受到法国、美国的很多影响,但仍可以在日本人的思维方式中发现明显的非西方式因素。这种“传统”的思维方式不仅渗透到了法律的制定和法官的判决中,而且渗透到了整个法律实务中。其中,日本人对法律思考仍以德国的法律思维方式占主导地位。^[1]日本在制定明治宪法时,主要参照了普鲁士宪法,明治宪法体制因而深深带上了德国式的法律思维模式。日本学者指出:明治宪法与和平宪法所包含的根本宪政价值是不同的:明治宪法以“法制”(ruled by law)或“法制国家”(rechtsstaat)为原则,而和平宪法以“法治”(rule of law)或“法治国家”(state based on law)为理念。这两种原则是截然不同的:“法制国家”起源于19世纪的德国,它只意味着行政行为应当基于法律的基础。此外,它还假设行政权力是优越于个人的,同时通过对行政权力的立法规定来控制这种优越性。与此相对,“法治”是美国和英国宪法中的基本原则,其核心含义是:为保护个人的自由与权利,政府的权力要被法律严格限制。二者的另一个重要区别是,“法制国家”理论认为政府可以分配权利与权力给它的市民,因此,它并不认为任何个人的权利是基本的,法律应当保护个人的权利与自由,但也是保护个人权利与自由的原则。与此相对,“法治”理

[1] Takeyoshi Kawashima, “Japanese Way of Legal Thinking”, 7 *International Journal of Law Liberties* (1979), pp. 127-31, Merryl Dean: *Japanese Legal System: Text and Materials*, (London: Cavendish Publishing Limited, 1997), p. 163.

论则认为个人应当分配权利与权力的界限,它认为个人权利是不可剥夺的,政府行使权力侵犯到个人的权利时应受到限制。^[2]

尽管和平宪法已经取代明治宪法实施了半个多世纪,明治宪法中的上述理念仍然根深蒂固地残存于日本保守势力的意识当中,其中尤以最高法院的法官为典型。在和平宪法实施的前期,最高法院法官的审判思维模式与明治宪法保持着高度的继承性。曾任最高法院审判长的田中耕太郎主张:“法治”的意义是,作为整体的人应当服从法律,既包括私人也包括私人团体,它是“强力之治”的对立面,因此,最重要的是排除私人违法的暴力。另一位最高法院前任法官横田喜三郎的表达更为直接。他认为,今天的“法治”意味着法律对人们的支配,人们应当服从法律。“法治”的最重要目的不是限制政府权力而是要求人们服从法律。^[3]由此可见,有些日本法官和学者并不严格区分“法治”和“法制”概念,且仍然按照传统的“法制”来理解“法治”。事实上,这种趋向从川岛武宜对德文“法制国家”(“rechtsstaat”)的理解就可看出。至少在战后《基本法》的宪政背景下,这个概念应该被理解为“法治国”,而不少日本学者却仍将其和“法制”相提并论。

法官的思维模式直接决定了审判的保守性。有日本学者评价:“1960 年代中期最高法院对案例的审判中仍保留着旧宪法的要素,此段时期的宪法判例不是作为法学而是从属于神学。在判断有关限制人权的立法是否合宪时,最高法院并不注意作为限制对象的人权的复杂性,而一概采用“公共福利论”这一暧昧含糊的标准。”^[4]“公共福利”标准早在和平宪法制定时就被采纳,它之所以被引进日本宪法,美国学者认为可能有两个原因:第一个原因是因为民主理论暗含了这一原则。虽然美国的起草者们意识到了日本有可能使用它对个人自由进行限制,但仍然采纳了它;第二个原因是日本的传统与历史中缺乏对个人角色的强调,日本的起草者很容易接受它来作为平衡国家社会利益与个人权利、自由的原则。和平宪法实施之后,该原则很快受到日本传统的浸染,演化成为“法律范围内的”、一般的宪法限制,并发展为个人权利与自由保障的潜在威胁。^[5]虽然 1960 年后期,在一些具体的和特定的领域中,该标准已经被描述得更为具体和精确,最高法院也试图对其有所创新,^[6]但总体上来说,“最高法院建立起的公共福利论缺乏实体分析,形式论的色彩非常浓厚,”^[7]并且它已成为对付那些被断定为违宪法律的“灵丹妙药”。^[8]

日本学者指出:“对基本人权的法律保护理念已经极大改变了日本人的思维方式,但部分因为对法律力量的传统狭隘理解,也部分因为最高法院的官僚主义,宪法判例的发展比较

[2] Noriho Urabe, “Rule of law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan”, Percy R. Luney, Jr., and Kazuyuki Takahashi (eds), *Japanese Constitutional Law*, (Tokyo: University of Tokyo Press, 1993), pp. 174 - 176.

[3] Noriho Urabe, “Rule of law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan”, Percy R. Luney, Jr., and Kazuyuki Takahashi (eds), *Japanese Constitutional Law*, p. 181.

[4] 小林武:《违宪审查论的意义与界限》,收录于平野武、泽野义一、井端正幸编:《日本社会と憲法の現在》,晃洋书房 1995 年版,第 267 页。

[5] John M. Maki, “The Constitution of Japan: Pacifism, Popular Sovereignty, and Fundamental Human Rights”, in Percy R. Luney, Jr. & Kazuyuki Takahashi (eds), *Japanese Constitutional Law*, p. 51.

[6] Lawrence W. Beer, “Japan’s Constitutional System and Its Judicial Interpretation”, John O. Haley ed., *Law and Society in Contemporary Japan, American Perspectives*, (Dubuque: Kendall/Hunt Publishing Company, 1988), p. 16.

[7] 奥平康弘:“日本国憲法の軌跡と総合評価”,《ジュリスト》2001 年第 1192 号。

[8] Masami Ito, “The Rule of the Law: Constitutional Development”, in Von Mehren ed., *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1963), p. 229.

缓慢,且受到限制。”^[9]这最终导致“宪法案例不能稳定地发挥宪法理解的功能。”^[10]小林直树认为:“最高法院缺乏保护人权不受权力干涉的积极姿态,他们对宪法的忠诚心已日渐淡薄。”^[11]还有学者评价最高法院“并没有站在争取实现市民自由和权利斗争的最前线。最高法院对于保障和平宪法第3章规定的实施仅留于表面,而没有采取大的举措以保障其得到有效实施。”^[12]

在保守势力的控制之下,从和平宪法制定到2012年的50多年间,最高法院仅判决8个违宪案例,同时这几个违宪的案例对日本的政治和社会也鲜有具备划时代重要意义和影响的。最高法院几乎不认为政府的行为应当严格受宪法的限制。可以说,在当代日本,和平宪法所标榜的“法治”理念只不过是使统治合法化的意识形态,它并没有在日本社会中扮演重要的角色,也没有成为保护人们权利与自由的基本法治法则。^[13]

(二)最高法院的保守性

在和平宪法体制下,最高法院法官为什么不能在维护人权方面做出更大贡献呢?其重要原因之一在于最高法院与政府保守层的沆瀣一气。日本学者指出:“最高法院带有很强的保守性,持有浓厚的偏向政府的权力思考倾向。这更加剧了最高法院对权力层的密切联系,并继续使得宪法秩序失去弹性。”^[14]还有日本学者评价:“最高法院对法令及法规多做出合宪的判决,因而在使政治部门的行为正当化方面扮演着积极的角色。这些判决的推理粗糙,理论水平低,且都回避从正面涉及宪法问题,可以说,最高法院并不致力于从根本上解决诉讼问题。”^[15]

最高法院之所以不致力于从根本上解决诉讼问题,原因之一在于它已在某种程度上成为政府保守层的联盟,而这种联盟是有着深层体制根源的。《日本国宪法》第79条规定,最高法院大法官以外的法官由内阁任命。《日本国宪法》第6条第2款还规定,最高法院审判长的任命权属于天皇,但其实质性的任命权属于内阁,这种最高法院与政府保守层的体制连带为执政了半个多世纪的自民党控制法官审判提供了便利。一些认同人权的下级法院法官在一些重要的宪法判例中,抵抗各种阻力做出了保护人权的判决,但这些判决都遭到了以自民党为代表的统治层的反抗。自民党于1969年4月成立了审判制度特别调查委员会,试图通过立法影响法官的民主判决。在“平贺书简事件”中,最高法院的软弱更体现了政府保守层对其的控制。最高法院虽然发表“最高法院事务总长谈话”,表示了对自民党干涉司法独立的抗议,但抗议仅停留在表面上。最高法院很快对该事件的主角福田重雄法官以警告处分,并于4月8日发表正式见解,认为法官不适宜加入任何带有政治色彩的团体,这无疑意味着最高法院在实际行动上附和了统治层的观点。

[9] Yosuiro Okudaira, “The Constitution and Its Various Influences”, in Percy R. Luney, Jr. & Kazuyuki Takahashi (eds), *Japanese Constitutional Law*, p. 31.

[10] Masami Ito, “The Rule of the Law: Constitutional Development”, in Von Mehren ed., *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*, p. 237.

[11] 小林直树:“最高法院の思想と論理——三菱樹脂事件判決を中心として”,奥平康弘编:《自由権——文献選集日本国憲法6》,三省堂1977年版,第88页。

[12] Yosuiro Okudaira, “The Constitution and Its Various Influences”, p. 31.

[13] Noriho Urabe, “Rule of law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan”, p. 181.

[14] 小林直树:“最高法院の思想と論理——三菱樹脂事件判決を中心として”,第100页。

[15] 小林武:“违憲審査論の意義と限界”,第272页。

(三) 相对薄弱的法律意识

日本宪政文化变迁中的“路径依赖”特性还体现在法律意识的淡薄。日本学者指出：“普遍存在于日本人中的一个感觉是，如果一个人被迫卷入诉讼，他应当尽可能快速通过妥协的方式解决问题。这种观念程度或重或轻地普遍存在于日本诉讼的当事人中。……另外，在妥协中，也有可能在没有清楚界定双方权利或义务的情况下，就通过快速处理的方式将争端解决了。”^[16]此外，很多美国学者也同样注意到了日本当代争端的解决方式仍难以与传统完全割裂，诸如非正式的调节、调停与和解等——仍与德川时代的调停方式之间有着不可否认的连续性。^[17]美国学者汉德森(Henderson)指出：日本对外国法律的吸收在相当程度上受到外部因素刺激，同时这些外国法律的有效性虽渐渐被理解，但仅限于大众的少部分。1900年之后的几十年中，大众对法律的理解仍然非常缓慢，参照新法律的行为更加缓慢。……虽然自1945年法律条文体系与社会的联系开始紧密，但即使在今天，基于法律条文的诉讼仍然只是社会控制或争端解决的相对较小的一部分。^[18]

日本人为什么仍然回避使用法律的解决模式呢？玛里·迪恩教授(Meryll Dean)认为，日本立法系统的失败导致人们对法律持有一种文化上的憎恶。日本人不愿去法院是因为它费用多、效率不高、结果也不令人满意。^[19]美国学者海雷(John O. Haley)教授对此持类似观点，认为法律在日本社会扮演相当有限的角色。日本人在立法规定之外享受着惊人的自由，而日本人享有这种自由，在很大程度上是因为法律实施的薄弱。在民主国家很少有法律系统如此失败，以致它不能对违法行为进行有效的制裁或救济。海雷进一步指出，在日本，各种各样的制度性的和文化性的要素加强了社会制裁的持久有效性，而这种社会制裁是超越法律之外的。^[20]人类学家史密斯(Robert J. Smith)也认为，日本法律实施的薄弱不仅体现在司法领域中，也存在于行政行为。^[21]此外，玛里·迪恩教授还进一步剖析了更深层次的文化原因，认为日本被视为一个敌视法律的社会，任何法律和正式法律系统中法律制度的使用都被看作是对社会和谐和秩序的威胁。例如，诉讼之所以被视为对社会秩序的威胁，是因为争论的公开化会使和解变得困难。同时因为正式的法律代表正面的冲突，它和传统的社会构造是矛盾的，因而日本人避免选择法院。因此，对于一个体面的日本人来说，对法律要尽量避而远之。它不但不受欢迎甚至是可恶的。永远不用法律或不被卷入到法律中是一个体面的日本人的通常愿望。如果为保护个人利益去法院，或即使在公共事务中被法院传唤也都是件羞耻的事情。而羞耻是理解日本文明的关键词。总之，日本人不喜欢法律。^[22]日本学者福武(Fukutake)则认为，日本人法律意识薄弱的的一个重要原因在于集团主义：“在一个集团为主要参考单位的社会中，个人利益并不期望被法律制度保护，因而法律保护并不视作

[16] Ohta, T and Hozumi, T, "Compromise in the Course of Litigation", 6 *Law in Japan* (1973), 99-102, Meryll Dean: *Japanese Legal System: Text and Materials*, p. 478.

[17] Henderson, DF, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, Vol 2, (Washington: University of Washington Press, 1965), pp. 183-92. Meryll Dean: *Japanese Legal System: Text and Materials*, p. 448.

[18] Henderson, DF, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, pp. 183-92. Meryll Dean ed., *Japanese Legal System: Text and Materials*, p. 451.

[19] Takeyoshi Kawashima, "Dispute Resolution in Contemporary Japan", in Meryll Dean: *Japanese Legal System: Text and Materials*, p. 8.

[20] John O. Haley, "Introduction: Legal vs. Social Controls", *John O. Haley, Law and Society in Contemporary Japan*, pp. 1-2.

[21] Smith, *Lawyers, Litigiousness, and the Law in Japan*, 11 CORNELL FORUM (No. 2) 5354 (1984), pp. 2-5.

[22] Meryll Dean: Introduction, Meryll Dean: *Japanese Legal System: Text and Materials*, p. 159.

个人利益的核心。”^[23]

三 传统法律文化基因的断裂

日本宪法私案的提出者松本曾经警告,从英国移植到日本的玫瑰失去了香味,因而从美国移植到日本的制度也会变质,^[24]但是宪法在半个多世纪以来一直没有受到修正的事实,可以表明它在相当程度上已经为日本社会所接受,新制度也已经在日本扎根。虽然和平宪法在实施过程中不可避免地带有“路径依赖”的特性,日本因而继续传承了部分法律文化基因,但这种传承并不是完整的,甚至可以说在部分环节上出现了断裂。其典型表现之一就是:与明治宪法相比,当代日本人的权利意识已经逐步强化。

从日本人与宪法的关系来看,和平宪法中有关权利的规定是对明治宪法的颠覆。《明治宪法》第二章对臣民的权利和义务做了规定,其中明确规定保障以下权利:居住及移居自由(第22条)、所有权的经济自由权(第27条)、身体及住所(第25条)、通信秘密(第26条)、信教(第28条)、表达自由(第29条)的精神自由权、接受审判的权利(第24条)和请愿权(第30条)的国务要求权。然而,明治宪法上述关于权利的规定并没有得到切实保障。美国学者比尔指出:“《明治宪法》对权利的列举是相当详细的,但问题是这些权利只是列举而已。他们没有获得保障。除了财产权之外,所有的权利都受到法律的限制,且必须在法律允许的范围内行使,从而使普通法律超越宪法、并限制甚至剥夺了宪法权利。这一特征为以后的威权主义发展打下基础。”^[25]日本学者小林直树也尖锐地指出:《明治宪法》是一部外见性的人权宣言,它具有以下两个特点:“第一,不具备将人权视为自然权的思想基础;第二,人权的保障在原则上法律保障的前提,同时,广泛承认戒严和非常大权等诸多例外。”^[26]与此形成鲜明对比,和平宪法彻底克服了明治宪法的局限性,重新对人权加以规定和保障。正如小林直树指出的:和平宪法在以下几个方面完全改变了明治宪法:“第一,其根本基础在于人权是自然权的思想;第二,大量增加了对人权规定的条文,并全部去除了以法律为前提的限制及诸多例外的规定;第三,除传统的人权外,增加了社会权;第四,赋予法院以违宪审查权,从制度上强化了人权保障。”^[27]

如果说制度可以在短时间内发生变化,文化的变迁则是一个漫长的过程,但是这并不意味着文化不会发生变化。事实上,在受到外来文化的冲击或影响下,一个发达并被认为“行之有效”的本土文化常常难以保持稳定。和平宪法不仅彻底颠覆了明治宪法中的人权规定,而且使得日本人的权利意识发生了不可忽视的变化,尽管它不可能使日本人彻底告别过去,也不可能立即带来宪政文化的革命,但使其成为了现代日本法律生活中的一个亮点。在近代日本人的法律生活中,权利是一个全新的陌生词汇。美国学者比尔指出:“(明治时期)

[23] Fukutake, T, *The Japanese Social Structure. Its Evolution in the Modern Century*, 转引自 Meryll Dean: Introduction, Meryll Dean: *Japanese Legal System: Text and Mateirals*, p. 6.

[24] Ray A. Moore and Donald L. Robinson (eds.), *The Constitution of Japan: A Documentary History of Its Framing and Adoption, 1945 - 1947*, Princeton University Press, 1998. pp. 335 - 338.

[25] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, Boulder: University Press of Colorado, 2002. p. 24.

[26] 阿部照哉、池田政章:《宪法(2)——基本人权 I》,有斐阁双书1986年版,第26页。

[27] 阿部照哉、池田政章:《宪法(2)——基本人权 I》,第29页。

个人权利对日本来说是全新的外来概念,个人义务的概念却是日本封建传统所固有的。因此,两者的结合可以说是现代化的典型命题:西方形式与日本精神。”^[28]可以说,在明治宪法体制中,日本人的权利意识是“西方形式”与“日本精神”的混合物。从本质上来,国民仍是被动接受权利的客体。正如日本学者奥平康弘指出的:“明治宪法是一部规定各国家机关权限的法律,是天皇支配国民的工具,国民仅作为支配的客体被动接受宪法。”^[29]

与明治宪法相比,当代宪政制度下的日本人对权利的意识已经发生了本质转变。奥平康弘指出:明治宪法下,“人权”一词仅包含身体上的权利或自由,在战后,它的外延扩展到思想自由等各种生存权。人们的权利意识普遍增强,“侵犯人权”已经成为一个现代日常生活用语。^[30]奥平康弘还通过讲述自己的亲身经历,讲述了“基本人权”在普通人们心目中的分量。^[31]此外,政府做的一些舆论调查也可说明上述变化。一项调查显示,国民对宪法最关心的内容为基本人权,32%的调查者认为宪法施行 50 年来维持和平给日本社会带来了最大影响,27%的调查者认为宪法相对于义务更强调权利给日本社会带来了最大影响,24%的调查者认为民主主义与人权意识的扎根给日本社会带来了最大影响。^[32]美国学者比尔曾高度评价:在过去半个世纪里,无论在为政府提供合法性,还是在促进人权等方面,日本宪法都是世界上最成功的宪法。^[33]另外一项调查也显示,日本有当今世界上最稳定的民主。^[34]有些人把日本民主的稳定性归功于其经济繁荣,但也可以反过来认为,即日本的持续增长部分归功于宪政和法治的社会基础,其中包括定期民主选举、对众多党派和私人组织所代表的广泛意见之宽容以及对人权的充分关注。^[35]当代日本政坛的保守和进步两大势力在具体利益和立场上抗争激烈,2009 年执政半个多世纪的自民党被民主党通过选举的力量赶下了执政台,而民主党仅仅执政 3 年又重回归在野党,这种政治势力的较量都是在“和平宪法”所规定的基本原则和框架内进行的。除了极左或极右的政党为了吸引少部分日本选民信奉法西斯或极权主义之外,其它政党的政纲都符合宪法所倡导的民主主义原则。法国法学家查特伯(Bernard Chantebout)在 1997 年的《宪法学》(第 14 版)一书中认为,要把宪政移植到本土并使之适应本国的文化土壤,确实是困难的。尽管宪政在非洲失败了,并在伊斯兰国家被拒之门外,日本却有机合成了地方传统和外来的法律观念。^[36]

“有机合成”的评价表明在尖锐而激烈的价值冲突中,民主的宪政价值仍具备相当的竞争实力。和平宪法之所以长达半个世纪只字未改,并不是因为执政党不想修宪,而是主要因

[28] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, p. 24.

[29] 奥平康弘:《日本人的宪法感觉》,筑摩书房 1985 年版,第 26 - 27 页。

[30] 奥平康弘:《日本人的宪法感觉》,第 31 - 32 页。

[31] 在一次讲座中,作者发表观点:认为选举权和被选举权与其说是基本人权,更准确地说应当是宪法上的权利。此语一出,遭到了一位女性的严辞攻击:“不是的,先生!选举权是基本人权!”在这位女性的眼中,“基本人权”一词是如此不可替代和亵渎,她进一步通过愤慨和轻蔑来表达对该词的捍卫,让作者亲身感受到了“基本人权”在一般人心目中的分量。奥平康弘:《日本人的宪法感觉》,第 31 - 32 页。

[32] 该项调查显示:对宪法中基本人权规定最为关心的人所占的比例最高,为 21%,其次为对宪法第 9 条的关注,所占比例为 20%。内阁府大臣官房政府广报室编:《世論調査年鑑——全国世論調査の現状》(2002 年),财政省印刷局 2003 年版,第 463 页。

[33] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, pp. 95 - 96.

[34] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, p. 123.

[35] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, p. 123.

[36] Yoichi Higuchi, *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, (Tokyo: University of Tokyo Press, 2001), p. 7.

为在野党的激烈反对,以至自民党长期以来得不到修宪所要求的超多数。即便最近几年来,虽然修宪势力已经达到宪法所要求的众议院多数,但迫于国民舆论的压力,保守党仍然未能达到修宪的目的。因此,尽管日本政治体制带有鲜明的保守色彩,但这些并不足以否定自由民主在日本的生命力。^[37] 这种生命力与和平宪法对旧制度的突破有着不可割断的渊源。哈耶克指出:“值得我们注意的是,正如道德观点会创生相应的制度一样,制度也会催生相应的道德观点。”^[38] 可以说,与明治宪法截然不同的和平宪法制度催生了新的权利意识,并使得日本传统法律文化基因发生了不可避免的断裂,其中,天皇家长制度与司法审查制度所带来的权利意识变化尤其引人注目。

(一)天皇家长制度的崩溃

“家”统治理念曾是维系日本上千年政治体制中的重要精神支柱。在明治宪法体制时期,这一理念被重新构建和强化为以天皇为首的绝对君主专制。明治维新通过一君万民的理念,排除了介于国民与国家政治秩序之间的障碍。可以说,它是一场打开民族主义发展轨道的划时代的变革。民族主义是在近世封建体制的胎内形成的,其形成过程或多或少越出了封建的观念形态,而从广义上讲,一切反对乃至超越封建的思维形态自身之中就包含有近代民族主义的因素。^[39] 民族主义在日本产生了新的国家概念,在日本,“爱国”是一个从法国革命借来的新概念。在江户之前,日本只有儒家式的“忠君”伦理,即忠诚自己所侍奉的大名和藩主。这种思想不仅存在于诸藩,也存在于商界。为了让当时的日本人了解并接受“爱国”观念,日本知识分子提出了“忠君爱国”这个新旧伦理结合的概念。相应地,明治宪法将“国民”称为“臣民”,而在法律上它是和“国民”相同的概念。^[40]

通过“忠君爱国”理论,天皇和国家不可分割地联系在一起,并在国家政治中发挥至关重要的作用。天皇与每一个成员的单线联系将天皇与其中任何一个成员一起,实现对另一个成员的联合制衡。每一个成员均有机会借助天皇的权力来使原本与它处于平等地位的力量处于劣势地位。因此,明治宪法体制的结构特点和制衡机制使它产生了自我调节的极大伸缩性,它可根据形势发展的需要,采取从最民主到最专制的各种统治形式,且并不伴随外界多大的震动,只需内部根据现有的原则重新排列组合即可实现。^[41] 因此,明治宪法是立宪外壳与专制内核的巧妙嫁接:它可以是国民团结和民主公议的象征,但同时也可以是集权势力的代表。不论如何,天皇作为神的化身具有至高无上的权力,而这种权力的实质化是极为危险的。这是明治宪政的一颗“定时炸弹”。到第二次世界大战前夕,这颗炸弹终于被军国主义点燃爆炸了。

可以理解的是,美国占领军认为明治宪法的根本缺陷在于天皇制度为军国主义势力所利用,因而《和平宪法》第1章就规定了天皇制度。^[42] 《和平宪法》第1条规定:“天皇是日

[37] Ray A. Moore and Donald L. Robinson, *Partners for Democracy: Crafting the New Japanese State under MacArthur*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 3-4.

[38] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第2、3卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第522页。

[39] 丸山真男:《日本的思想》,岩波新书1961年版,第280页。

[40] 事实上,以自由和人权夸耀于当时的英国宪法也称“国民”为“臣民”。司马辽太郎:《明治という国家》,日本放送出版协会1989年版,第300页。

[41] 武寅:《近代日本政治体制研究》,中国社会科学出版社1997年版,第101页。

[42] Ray A. Moore and Donald L. Robinson, *Partners for Democracy: Crafting the New Japanese State under MacArthur*, pp. 11-12.

本国的象征,是日本国民整体的象征”,但“其地位以主权所在的全体日本国民的意志为依据。”《和平宪法》第 3 条和第 4 条规定:“天皇有关国事的一切行为,必须有内阁的建议和承认,由内阁负其责任。”“天皇只能行使本宪法所规定的有关国事行为,并无关于国政的职能。”这样,和平宪法将日本国体翻了个“底朝天”:明治宪法是以天皇为本位,和平宪法则是以“全体日本国民”为本位;在明治宪法秩序下,所有人为天皇效劳;在和平宪法秩序下,天皇行为必须向国民选举产生的官员负责。国家的命运从此不再取决于个人的任意意志,也不再如此容易为少数集团所操纵。

(二) 家制度崩溃对权利意识转变的影响

新宪法对天皇制度的改革深刻改变了日本人对天皇的看法。经过半个多世纪的历史,日本人对天皇的意识已经发生了本质转变。日本学者高柳先男认为:从二战后到 1980 年代的 40 年间,日本政治文化发生了很大变化,这种变化对日本人的政治行动和对政治的考虑及对政治的价值观产生了不可估量的影响,其表现之一就是“对天皇的感情由“尊敬”到“没感情”的急剧转变。”^[43] 朝日新闻于 1993 年做的调查反映了这点:对皇室抱有亲近感的人在 1959 年为 60%,到 1982 年时降至最低点 41%。而没有亲近感的人在 1959 年时为 26%,到 1982 年升至最高为 46%。^[44] 另一方面,象征天皇制得到了一般国民的支持。1946 年 5 月《每日新闻》做的民意调查显示,85% 的人支持以有限的象征形式保留天皇制度,13% 的人反对以任何形式保留天皇。^[45] 迄今为止,这种倾向并没有发生太大变化,2012 年众议院宪法审查会事务局做的一项调查显示:高达 80% 的人认为天皇只保持现在的象征天皇制就可以。^[46]

天皇制度的改革不仅深刻改变了日本人的天皇意识,它所导致的家制度的崩溃更为日本国民权利意识的转变造成了深远的影响。首先,以等级制为核心的家制度是与权利意识格格不入的,因此,和平宪法改革所引发的家制度的崩溃为近代权利意识的萌芽铺平了道路。日本学者小林直树指出:在明治宪法体制下,国民对明治宪法和其统治者是“永远遵守和服从义务”的忠良臣民,并非自觉意识到人类平等尊严和按照自由意志生活的独立客体。而和平宪法的制定致力于将人们从旧的体制和臣民的意识中解放出来。在和平宪法体制下,支持和平、民主的人们越来越多,它们已经在相当程度上扎根于国民当中。^[47] 渡边洋三指出:在法规中,没有权利就没有义务,没有义务就没有权利。同时,权利与义务关系成立的前提是二者处于平等的地位。在明治宪法的思维方式中,国家与国民并不是平等的,国家被视为“老爷”,它与国民之间是上下关系,同时,它对国民提出的要求被认为是理所应当的权利,因而明治宪法下的日本虽然有“法律”,但并没有权利与义务关系上的“法”,只有在现行的宪法中才首次出现“法”。^[48] 其典型表现是:在明治宪法下,国家对国民的要求是理所当然的,而国民对国家提出要求则是无理和邪恶的。而和平宪法体制则试图彻底改变这一观点。《和平宪法》第 16 条规定:“无论任何人,都有权就损害救济、公务员罢免、法律、命令

[43] 高柳先男、古城利明:《世界システムと政治文化》,有信堂 1986 年版,第 247 页。

[44] 樋口阳一、大须贺明编:《日本国憲法資料集》(第 4 版),三省堂 2000 年版,第 22 页。

[45] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889 - 2002*, p. 82.

[46] 众议院宪法审查会事务局:《憲法に関する主な論点(第一章天皇)に関する参考資料》(2012 年 5 月),众宪资第 76 号,第 1 - 3 页,资料来源于日本众议院:<http://www.shugiin.go.jp>,访问时间:2012 年 12 月 30 日。

[47] 小林直树:《憲法と日本人》,东京大学出版会 1987 年版,第 213 - 214 页。

[48] 渡边洋三:《日本国憲法の精神》,新日本新书 1993 年版,第 31 页。

和规则的制定、废除或修改等其它事宜进行和平请愿。无论何人,在行使该请愿权时不受任何有差别的待遇。”与宪法同时颁布的《请愿法》赋予所有国家权力机关诚实受理国民请愿的义务,并对请愿的方式等做出了明确规定,国会法也专门在第4条设置了与请愿处理的条款,此外,众议院规则第171条以下的10条规定了委员会处理请愿和上交议院的程序,参议院规则中也对此做了相应规定。^[49]

和平宪法实施半个多世纪以来,请愿权保障制度的逐步设立与具体化虽然没有彻底改变政府保守层的传统观念,^[50]但它所造成的社会影响却不可忽视。1959年发生的“安保运动”便是明证。^[51]安保运动虽然最终没有阻止条约的修改,但是大众的政治运动为议会政治势力的格局变动产生了影响,无党派组织和市民主义开始成为政治势力,并形成了多边政治势力格局。同时,政党的现代化运动开始兴起,现代化的大众政党呼之欲出。此后,自民党为了收拾残局,一改以往的政治姿态进行了大规模的政策转换,转向高速增长路线,从而带来了日本社会划时代的构造变动。另外,美国总统暂停访日与岸信介辞职,也是该运动产生政治影响的表现。^[52]最重要的是,当它们造成深远社会影响的同时,也在潜意识地改变着人们对权利的认识。日本学者认为:1960年代大规模的安保运动中,请愿权还仅被视为“补充性的参政权”,到了1970年代高速发展阶段时,市民围绕各项生活权利的请愿运动被法学家们赋予“立法参加权”的特征。1980年代,请愿权已经成为涉及国家意志形成过程的“复合性权利”。^[53]意识的改变进一步促成了和平宪法体制下各种争取权利的活动。从和平宪法实施直到今天,由民主政党、市民、学界、经济界等为中心推动的各种保护人权与劳动基本权的运动从来都没有停止过。^[54]

和平宪法的实施标志着曾经作为一国之父的最高精神权威在转眼之间轰然倒塌,这不能不让已经习惯了臣民角色的国民感到精神信仰上的虚脱。人们突然裸露在战争与战后改革带来精神信仰的空白之中,似乎没有什么能担当起保护他们的角色。在这种情况下,

[49] 《国会法》第81条规定:采纳的请愿在必要时交付内阁处理,内阁有义务在年度报告中报告处理的经过,该法第82条还保障了各议院可以独立处理请愿事宜。吉田荣司:“请愿权保障的现状”,《ジュリスト》2000.5.1-15,第1177号。

[50] 有日本学者认为,在和平宪法下,请愿权仍在一定程度上被视为恩典的权利。其表现之一是,在国会中只有大约10%的请愿被采纳。另外,各议员只在会期结束时进行集中处理请愿已成为惯例,有时甚至出现委员会根本不审议请愿的情况。在众议院中,压倒多数的请愿以“审查未了”而被搁置,参议院也几乎往往以不采纳而结束。吉田荣司:“请愿权保障的现状”,《ジュリスト》2000.5.1-15,第1177号。此外,家族主义的国家观仍顽固地扎根于很多政府官员的意识之中,他们仍试图恢复明治时代的家统治方式。事实上,家族制度的复活、主张必要的道德教育一直是同修改宪法并立而行的。曾任宪法调查会会长的岸信介会见在日美国学者时曾强调:“我认为,适合日本传统习惯和国情的‘家’的方式非常必要。基于‘家’的精神形成应为国际做出贡献。”《妇人公论》1954年6月号,转引自磯野诚一、磯野富士子:《家族制度——淳风美俗を中心として》,岩波新书1982年版,第68-69页。

[51] 1959年3月28日,东京车站134个团体的620人组成的大会结成了阻止安保条约修改的国民大会,标志着安保运动的开始。

[52] 平田哲男:《现代日本の形成》,校仓书房1983年版,第268-269页。

[53] 吉田荣司:“请愿权保障的现状”,《ジュリスト》2000.5.1-15,第1177号。

[54] 和平宪法实施早期的大型运动有:各文化团体、知识分子、劳动者组织的反对破防法的运动(1952年),反对警职法修改(1959年)、政防法的成立的运动(1961),以日教组为中心的拥护民主教育的一系列运动,反对教育二法(1954年)、反对新教委法、反对勤务评定运动(1958年)。此外,以总评400万成员为中心的劳动者为保卫劳动基本权与和平宪法的激烈斗争也成为宪法运动的一个典型。直至最近,争取人权的运动仍没有停息。1990年代曾形成了大规模“法改革浪潮”,它是以市民、学界、经济界等为中心推动的。该运动的目标是对明治以来形成的以官僚为中心的中央集权体制进行重建。运动收到了明显成效,议员立法形式出现实质性的突破,政策不再为官僚所独占,市民对官僚的政策形成过程开始发挥影响,并促使了议员立案的比例和法案成立的比例。五十嵐敬喜:“市民与国会”,《ジュリスト》2000.5.1-15,第1177号。

劳动工会应运而生,并为日本普通大众争取权利发挥了重要作用。日本学者指出:“如果说家族制度这一经济性与心理性的缓冲装置发挥功能迟钝了的话,那么通过工会组织的阶级斗争则为争取权利发挥了更有力的功能。在战后十年间,劳动工会代替恩惠式的家族庇护,一直要求权利的社会保障。虽然它也带有民主主义的启蒙性质,但它让劳动大众自觉意识到:在没有家族制度这样一种安全装置的环境下,工会是一种生活上的必要。”^[55]直到今天,这样一种自觉认识到工会是生活上必要的认识并没有随着劳动工会斗争呈现复杂的情况而有所变化。^[56]

(三)司法审查制度对国民宪政意识的改变

司法审查作为合理与有效的法律保障机制受到现代民主国家的推崇。第二次世界大战后,随着美国占领军的民主改革,这一制度也被强行输入日本政治体制中。在此之前,日本虽然颁布实施了明治宪法,但“明治宪法下没有制度意义的宪法判例”。^[57]日本学者长谷川正安指出:宪法并没有赋予法院违宪审查的权力,对一切法律上的争讼,作为通常法院终审的大审院无权做出统一和最终的判断。虽然从判例的内容来看,大审院和行政法院做出过实质的宪法性判断,但并没有发挥真正的违宪审查作用。^[58]由于缺乏制度的保障,国民不可能通过一种有效的机制与宪法相通。这种情况到了和平宪法时有了根本改变。

和平宪法实施的50年中,由于传统文化的背景不同,日本很快融合了美国和欧洲大陆型的特色:即分权化的违宪审查到1975年就名存实亡,最高法院实际上一直在发挥宪法法院的作用,但却并没有采取抽象性审查的方式,而是通过具体诉讼案件的判决进行部分问题的审查。同时,最高法院在整体上倾向于司法消极主义。^[59]尽管如此,日本的司法审查制度仍在不断改进完善,“战后日本法治发展的基本轨迹是违宪审查制度功能从不成熟逐步走向成熟,成为象征法治水平的重要标志”;“日本社会生活的重大问题或社会成员的不同价值评判问题一般都通过最高法院的违宪审查活动来进行。”^[60]因此,和平宪法所规定的司法审查制度授予日本国民以挑战现存法律体系痼疾的制度性武器,使人们有可能以各种方式影响法官做出的审判。可以毫不夸张地说,它从整体上改变了日本国民与宪法的关系,使得宪法不再仅是一部规范国家机构、与国民相距遥远的法律,而是一部关系到国民切身权益的神圣法典。

由于学者和律师的努力,司法审查制度的实施在日本引发了众多宪法诉讼。其数量之多、涉及范围之广,足以说明违宪审查在日本潜在的发展和公民宪法意识的增强。^[61]另一方面,当代日本人在法律意识淡薄方面虽然表现出与传统连续的一面,但是违宪审查制度的实行使得这种连续性表现出了微妙的变化。日本学者指出:日本在战前到战后相当长一段时间内,回避审判的社会意识仍然残存,人们不把审判作为实现和增进自己利益的正当渠道,因而对参加诉讼支援集团容易持更加消极的态度。它们在双重意义上构成了诉讼支援

[55] 加藤周一:“近代日本的文明史位置”,《加藤周一セクレション》1999年,第84-86页,转引自高桥真:《日本式的法意识论再考——阅读时代与法的背景》,ミネルプア书房2002年版,第45页。

[56] 高桥真:《日本の法意識論再考——時代と法の背景を読む》,ミネルプア书房2002年版,第46页。

[57] 长谷川正安:《憲法判例の体系》,劲草书房1974年版,第56页。

[58] 长谷川正安:《憲法判例の体系》,第56页。

[59] 季卫东:《合宪性审查与司法权的强化》,《中国社会科学》2002年第2期。

[60] 韩大元:《东亚法治的历史与理念》,法律出版社2000年版,第111页。

[61] 详见魏晓阳:《制度突破与文化变迁——透视日本百年宪政历程》,北京大学出版社2006年版。

集团形成的障碍。在这种社会里,主张自我权利的做法尚未在人们的一般意识中获得巩固的正当地位,人们于是不得不积极探寻和采用法律以外的正当性原理。人们往往试图否定自己进行诉讼的目的在于实现个人的利益,而选择那些公共性的或情绪性的理由来使自己的诉讼正当化。这最终导致将实现一般价值为目的的利害集团与之结合,并形成了日本诉讼支援活动的特殊之处。^[62]由上可看出,日本人法律意识的微妙变化体现在:他们未必会因伸张其个人权益而直接诉诸法庭,却可能以更加隐蔽和委婉的方式间接参与到广义的法律生活中,并在法庭之外从事着各种各样的法律活动。“从日本律师联合会、自由人权协会、青年法律家联盟等法律工作者的团体,到政党、工会、经营团体、大众团体等多多少少具有持续性、严密性的组织形态,都各自作为政治性的利害关系集团围绕司法政策及最高法院法官的人事任免等问题对政府和最高法院施加影响。”^[63]它们都在各种程度上拉近了日本国民与法律的距离,甚至影响了法官的审判。

在数量众多的宪法诉讼中,法官的判决表现出巨大的分歧和摇摆不定的特点。导致判决出现上述特点的主要原因在于法官宪法意识的巨大差异。日本一位律师曾根据其法庭的实务经验,将法官分为三类:第一类是继承明治天皇制的传统,具有官僚主义和职业人倾向,他们并不关心政治或有意识地回避政治问题;第二类是有意识地从日本国宪法中的和平和民主立场出发,贯彻保护基本人权的意识;第三类是有意识地积极追随美国,作为日本垄断的服务者,采取反共、反人民和反民主主义的立场。^[64]事实上,法官宪法意识的分歧只是日本社会宪法意识发生差异的缩影。渡边洋三指出:“判决的差异直接体现出了法官宪法意识的不同。因为当今日本社会中存在宪法意识的明显分裂,因此判决的混乱也就不足为奇了。”^[65]法官并非生活在社会生活的真空当中,其意识在不同程度上受到各种政治势力和大众舆论的影响。芦部信喜指出:“宪法审判不可能将所有的自由裁量权交给法官,它也受到一般审判的约束。但与其他领域不同,法官在处理宪法事件时,价值选择的范围相当的广泛,与此对应,对价值选择影响的可能性也是非常多元的。它们不仅涉及到宪法条文的解释,也涉及到宪法构造的推论,更涉及到以宪法制定或解释为背景而形成的国民与国家的关系。它不是科学,而是艺术。”^[66]在日本,一方面是政府保守层对法院人事和审判的控制,另一方面是各种民主势力以自己特有的方式在法庭内外影响着法官。而大众民主势力之所以有可能影响法官,不仅与司法审查制度降低了普通民众提起诉讼的门槛有关,更重要的一个原因是:司法制度为普通大众寻找“公共性的或情绪性理由使自己的诉讼正当化”提供了一个通道。

在日本,每当发生了重要人权领域的宪法诉讼,都会伴随不同程度和不同范围的国民诉讼声援运动,其中不乏历时久远、波及全国的运动。这些运动影响之深远以致于在日语中甚至产生了“审判运动”和“宪法审判运动”的专门用语。日本的社会科学字典对“审判运动”进行了如下解释:“‘审判运动’是指一系列要求参加司法、要求司法民主化的斗争。它包括排除对法官的官僚统制、法官公选制、陪审和参审等活动。它通过国民的审判批判及具体审

[62] [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第183页、185页。

[63] [日]棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,第162页。

[64] 转引自长谷川正安:《宪法判例の体系》,劲草书房1974年版,第84页。

[65] 渡边洋三:《1980年代と憲法》,东京大学出版会1981年版,第210页。

[66] 芦部信喜编:《講座 憲法訴訟》(第1卷),有斐阁1987年版,第31页。

判中国民的大众审判运动,谋求国民权利得到认可,并获得斗争的胜利。在日本,这种审判斗争通过公害审判等各种形式展开。”^[67]还有很多学者对该词进行了准确定义,例如,小林武认为,“审判运动是‘与审判相关的、规模或大或小的大众社会运动,它特别追求审判过程和结果的公正——从运动者角度的公正。它是以诉讼当事人与律师为中心的利害关系人,与产生广泛共鸣的国民在法庭内外的持续性的努力。”^[68]此外还有学者对“宪法审判运动”做了如下界定:“‘宪法审判运动’是指支持与宪法审判相关的运动,是运动者自觉推动审判的运动。它希望对某一宪法审判发生某种现实的作用,同时也希望影响该审判之外的审判或居民意识以对其发挥某种形式的作用。”^[69]

“审判运动”和“宪法审判运动”等专门词语的出现从一个侧面反映了日本国民对法律生活的影响力。早在和平宪法刚刚实施的占领期,日本几乎不存在宪法审判运动。到了1952年至1960年的旧安保体制时期,一系列要求美军返还基地的诉讼开始展开,其中不仅包括“砂川事件”、“自卫队百里基地”诉讼等与第9条有关的诉讼,而且包括“全邮中邮”审判、“都教组”审判等与公务员劳动基本权审判有关的宪法审判运动。1960年至1974年间,宪法审判运动迎来了全盛时期。在该段时期中,运动的目标以美军或自卫队违宪为直接目标,且承担者主要由诉讼当事人、律师、支援者三位一体的关系形成,同时也包括由革新政党和劳动工会结成的统一战线。1974年至1980年间,宪法审判运动受工会运动右倾化和自治体革新运动分裂的影响,分散化倾向更为严重。但是,宪法审判运动中以个人诉讼的形式开始增加,同时斗争的目标改为以美军和自卫队带来的噪音公害为形式的诉讼。^[70]

日本宪法审判运动的出现与兴盛反映了日本国民以自己特殊的形式参与法律生活的高涨热情。在一个以法律谋求个人权益的方式被视为异端的社会里,对与自己有着共同权益的相关诉讼进行共鸣的声援活动也许是最恰当的表现方式。然而,这种热情的出现并不是偶然的,如果没有司法审查制度的实施,那些受到不公正法律审判的普通国民不仅可能永远无法与宪法结缘,更不可能通过诉讼声援的共鸣挑战现存的法律秩序。

日本国民的特殊法律参与形式对法官的审判发生了深远影响。日本学者指出:“如果没有以大众支持为背景的广泛运动和斗争,法院根本不可能接受大众对他们的要求。广泛的大众斗争的存在——换言之,被统治阶级的组织、自发的政治性力量的存在——是保证法院做出人权保障和在审判中坚持非政治性原则的力量。”^[71]在日本,往往是不直接参与诉讼的学者发挥了非常重要的影响。美国学者比尔指出:和美国相比,日本的宪法学者似乎对公共意见的形成更有影响。他们经常出现在电视的圆桌会议(zadankai),被邀请在报刊杂志上发表文章,并应邀参加各类公共或私人顾问委员会。可以说,日本宪法学者增进了社会对基本宪法原则、价值和制度的理解,并对社会建立宪政共识发挥了不可缺少的作用。^[72]因此,在包括学者在内的国民独特的法律参与努力下,日本市民运动对审判发生了很多重要影

[67] 社会科学词典编辑委员会编:《社会科学综合词典》,新日本出版社1992年版,第223页,转引自小林武:《宪法判例論》,三省堂2002年版,第251页。

[68] 小林武:《宪法判例論》,第251-252页。

[69] 森正:《听写宪法审判》,东研出版社1989年版,转引自小林武:《宪法判例論》,第256-257页。

[70] 小林武:《宪法判例論》,第257页。

[71] 小林武:“违宪审查論の意義と限界”,平野武、泽野义一、井端正幸编著:《日本社会と憲法の現在》,晃洋书房1995年版,第277页。

[72] Lawrence W. Beer and John M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy: Japan's Two Constitutions, 1889-2002*, p. 110.

响。一个典型表现是,在保护人权方面,不受政府保守层直接控制的下级法院表现得比最高法院更为积极。^[73] 无论从选举权、政教分离,劳动权还是言论自由方面都表现出类似的倾向。例如,政府曾通过了《公务员法》,禁止公务员参与政治活动,违者将受到起诉。公务员宣称这项规定侵犯了其言论自由。在1968年的案例中,地方法院运用更为宽松的标准,肯定了邮递员运送并展示支持政党的标语之权利。^[74]

然而,在1974年的“猿佛案”中,最高法院拒绝适用这项标准,而是运用诸如平衡标准、合理关系标准或合理性标准。^[75] 最高法院指出,判决禁止公务员参与政治活动的立法合宪性要求考虑3个因素:禁止的目的、法律目的和所禁止的政治活动之关系、禁止所产生和损害的利益之平衡。法院的结论是所获得的利益超过了损失的利益。尽管法院意见在一开始强调了言论自由对民主的重要性,它仍然拒绝对立法进行严格审查。这项决定阻碍了自由言论的司法保护之发展。此外,值得一提的是,作为保守势力堡垒的最高法院虽然一直没有改变偏向于统治层的倾向,但受到市民民主运动的影响,也曾做出过纠正统治层脱离市民宪法意识越轨行为的判决,尤其是政治稳定时的判决更贴近于市民与学者的宪法意识。^[76] 因此,有日本学者指出:在日语中常出现“连法院也……”、“连最高法院也”如何如何的词语,表明日本人对法院中立性的信任远远超过国会和保守政党,人们相信法官在人权意识方面要比行政官僚和政治家更为优秀。总的来说,人们认为法官对法律是忠实的。^[77]

四 亚洲宪政的未来——日本经验的启示

本文通过日本的战后经验表明,亚洲宪政的前景是光明的。当然,日本的战后经验有一定的特殊性,但总的来说,特性是次要的,共性是主要的。虽然如本文所示,日本宪政的实施还存在着这样或那样不尽如人意的地方,尤其是2012年的众议院选举中,主张修改宪法的政党议席已经超过众议院议席的2/3,2013年6月的参议院选举中修宪与护宪势力的较量还胜负未卜,但是无论未来的日本宪法是否可能修改,适合日本特色的宪政规则毕竟已稳定地运行起来,宪政文化已经深入人心。日本有过两部宪法,它们代表着两种完全不同的发展历程。制度上的根本缺陷足以导致整个国家走向独裁专制,最后给国内和世界和平带来威胁,同时也葬送了经济发展所取得的成就。明治宪政的失败表明,单方面的经济发展是国家富强的必要条件,但未必能保障社会的长治久安;事实上,如果在制度上不及时进行必要的改革,经济成功反而可能为专制和战争增添资本。和平宪法将日本的经济与政治发展稳妥地放在民主、人权与和平的基础之上,从根本上保证了日本社会的长治久安。

[73] Hidenori Tomatsu, *Judicial Review in Japan: An Overview of Efforts to Introduce the U. S. Theories*, in Yoichi Higuchi (ed.), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, p. 263.

[74] 10 Kakuy Keishv 293, Asahikawa DC, 25 March 1968; 560 Hanji 30, Sapporo HC, 24 June 1969.

[75] 28 Keishv 393, SCGB, 6 Nov. 1974.

[76] 最近的一个最高法院司法审查案例是关于日本民法第900条第4款。该法规定:“非婚生子女的继承份额是婚生子女的一半”。这条规定源于明治时代,战后依然残留至今。最高法院在1995年7月曾做出判决,认为“民法出于保护法律婚姻的立场而做出该项规定,并非不合理的歧视”。随着国民意识的多样化,上个世纪末开始,该规定被质疑违反了宪法的“法律面前人人平等”原则。受此影响,一些地方法院和高等法院相继做出了违宪判断,最高法院有可能根据形势的变化重新对该款规定是否违宪进行判断。《读卖新闻》2013年2月28日,第14版,“「婚外子は相続半分」見直しか——最高裁憲法判断へ”。

[77] 池田稻次郎:“裁判と権利斗争”,利谷信义、小田中听树编:《裁判と国民権利》,三省堂1978年版,第278页。

[**Abstract**] Historically Japan confronted twice basic constitutional choices and experienced two constitutional transformations of different nature. From the cultural and institutional perspective, the modern Japanese legal life is a complex interactive process, in which the constitutional culture and institution mutually reinforce and set limits to each other. The Japanese institutional and cultural transformation appears to be path dependant, with a prominent gap between the “constitution as an ideology” and the “constitution as an institution” in the Japanese legal life. The new Constitution promulgated in 1946 is not deadlocked by its path dependency. The genetic inheritance of the Japanese cultural tradition has been interrupted to the benefit of the maturation of a constitutional culture, which was developed into a strong buttress for the implementation of this constitution. These two different kinds of the cultural features have influenced the constitutional implementation in different directions, and formed a new institutional force under the influence of various interest groups, which has given rise to the complex pattern of the Japanese constitutional transformation in the past century and influenced the contemporary and future Japanese constitutional lives at the same time.

(责任编辑:支振锋)

刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚。

——[清]纪昀:《四库全书·政法类·法令之属按语》