

## 日本宪法学的现状与课题\*

高桥和之\*\*

今天能够在这里与大家进行交流,感到非常荣幸。希望以此为契机,中日宪法学界的交流能够得到更进一步的推进。

在中国宪法学会希望就“日本宪法学的现状与发展趋势”做一概括性介绍的邀请之下,此次讲演主要围绕日本宪法学是经过怎样的发展历程走到今天,以及今后所面临的课题进行介绍。由于时间有限,所以只能进行大体的介绍。同时事先声明,这只是我本人对日本宪法学的现状与课题的理解与见解。

关于日本宪法学的现状与课题,以下分为三个部分进行论述:首先作为总论,介绍一下日本国《宪法》的根本思想以及日本宪法学对该根本思想的理解;其次是关于人权部分;最后是统治机构部分。按此顺序对日本宪法学的现状与课题进行简单的梳理。

### 一 日本国宪法的根本思想

#### (一)日本宪法及宪法学的历史

这里所说的宪法学是指关于宪法的学问研究,而作为此种角度的宪法主要是指立宪意义上的宪法。关于宪法的内涵,有固有意义上的宪法和立宪意义上的宪法之区分。固有意义上的宪法,是指关于与国家权力的组织与运用相关的基本规定;而立宪意义上的宪法,被理解为是固有意义上的宪法中的特定内容,而这一特定内容是指保障国民权利以及为此而确立的权力分立的原理。

立宪意义上的宪法是基于1889年的明治宪法(大日本帝国宪法)而传入日本的。日本在经历了德川幕府250多年的锁国后,在美国的佩利(Perry)到来及之后在西欧列强的外压下接受了不平等条约而开放门户,并经过以此为契机的幕府势力与以萨摩藩和长州藩为中心的反幕府势力的抗争,于1868年反幕府势力取胜建立了明治政府。明治政府成立之后所面临的重大课题是确保日本的独立与在门户开放之际所被迫签订的不平等条约的修订。为此,就有必要在增强日本的经济及军事等国力的同时,制定并整備能够经受得住列强的评价的法律制度。因此,对西欧的法律制度开始广泛研究,宪法研究也作为其中的一部分得以进

\* 此文是高桥和之教授2008年9月12日下午在中国人民大学法学院“名人讲坛”上所做的讲演稿。由日本九州大学外国人特别研究员、法学研究院特聘副教授洪英博士翻译。此次在《环球法律评论》为首发。

\*\* 日本公法学会会长,明治大学法科大学院教授。

行。当时,英国、美国、法国、德国等国的各种宪法思想被介绍到日本,并在对这些外国宪法的理解以及在与传统的日本思想之间的关系上发生了论争。经过这种论争与斗争而发展到明治宪法的制定,对其过程在这里不做深入介绍。明治政府早期就把宪法的制定提到政治日程上。事实上,于1875年在设立元老院和大审院的同时,发布了渐次确立立宪政体之宗旨的诏书,并于1876年命令元老院起草宪法。在经过各种曲折之后,最终仿效德国的普鲁士宪法制定了明治宪法。

值得注意的是,该宪法的制定中导入了立宪主义。因立宪主义是外来的思想,过去在日本没有存在过,因此对宪法草案中规定的“臣民的权利”也有反对意见,认为臣民只对天皇负有责任而无权利,故主张应改为“臣民的身份”。但是主导宪法制定的伊藤博文坚持主张“创制宪法之宗旨,其一在于对君权的限制,其二在于对臣民权利的保护。若在宪法中不规定臣民的权利而只规定责任的话,则无制定宪法之必要”,最终通过了原案。

宪法生效后,宪法学则以宪法解释为其主要任务。因明治宪法本身是妥协的产物,故其解释学也因其重视的是妥协的那一要素而产生分歧。妥协,首先第一是日本的“传统文化”与外来文化的妥协。强调传统文化的学派,着重于明治宪法中的“天皇亲政”一面,即主张只有天皇统治才是日本应有的传统政治。而实际上,天皇的统治至少在12世纪镰仓幕府成立以后就已名存实亡。因此,将明治国家所确立的天皇统治体制称为日本的传统是牵强的。但是,虽说天皇失去了政治权力,但将这种政治权力予以正当化的精神权威还被勉强维系着。因此,也许在此意义上可以说象征了日本的传统。即,明治国家的天皇被作为与外来文化相对抗的象征。

其次,是绝对君主制与立宪君主制的妥协。法律思维属于外来文化。因此,既然以此种思维为基础制定宪法,则对宪法所设立的政治体制结构的理解掌握,应借助于在西欧形成的体系框架来讨论。从此观点出发,明治宪法可以说是绝对君主政与立宪君主政相妥协的产物。明治宪法既然采用了立宪主义,则其君主政本应是立宪君主政,但是君主的权限之强导致其立宪性质的削弱。例如,关于权利的保障,其权利并不是自然权意义上的权利而是基于君主授予的“臣民的权利”,而且被授予的这种权利也几乎都成为“法律保留”的对象。即权利只在法律的范围内得到保障,并服从于法律的限制。那么,与天皇一起制定此种法律的议会又是什么状况呢?当时是由贵族院和众议院构成的两院制,代表国民的众议院至1925年开始的男性普通选举为止一直是限制选举制。在这种状态下,是无法期待保障国民权利的法律的制定的。而且,宪法还规定在紧急状态下甚至可以不基于法律而是根据敕令而对权利予以限制。另一方面,权力分立又是何种状况呢?在天皇“总揽统治权”原则下,立法权在议会的“协助赞成”下得以行使,司法权则以天皇的名义行使。因此,若强调统治权的总揽的话则倾向于绝对君主政治。但是,虽说是“协助赞成”,但实际上却被理解为“同意”而被运用,而且司法权也在法官身份保障的基础上其独立性得以确保。因此,从某种程度上来说,可以说立宪主义得以实施运用。即使如此,因宪法规定上的暧昧化的表现,而导致20世纪30年代日本朝着军国主义发展时,明治宪法下基于天皇名义的独裁政治得以实现。

明治宪法的解释学说也反映了宪法的这种性格,分为强调天皇权限的君权学派和强调议会权限的民权学派。在构筑解释学体系时参照的理论,因宪法本身受到的是德国立宪君主政宪法的影响,因此借鉴了当时德国的国法学。其中影响特别大的是耶利内克的国家法人论。民权学派的代表人美浓部达吉以此国家法人论为基础构筑了明治宪法的解释体系,

并确立了通说性的地位。其要点是,将主权归属于国家而不是天皇,并将天皇与议会共同作为国家机关以此相对提高议会的地位。此种主张被称为天皇机关说,后来被超国家主义者攻击为“关于国体的异说”而遭排斥。这被称为天皇机关说事件,是日本朝着军国主义化发展途中所发生的事件。

关于战前的学说,还有一点需要说明的是宪法学与民法学相关联的问题,即关于“家”的制度。在组织构筑政治社会(国家)时,其内部的小社会(团体、结社)将被定位于何种地位,是决定政治社会的性质的重要问题。特别是家(家族)是最为基础性的小社会,政治社会与家族一般遵从同一基本原理。这在明治国家与家庭制度上也有所体现。明治政府在编纂民法典时,当初参照了法国民法典。因此,体现个人主义特征的草案得以制定。从其内容上看,不像后来的民法典那样给予户主以很强的权限以及给予长子独占继承的权限。这是1890年公布的旧民法。但是,该法公布后立刻引起了强烈的反对运动,赞成派与反对派之间进行了反复的“民法典论争”。其结果,旧民法的实施被延期,最终一次也没有得到实施就予以告终。该反对运动的中心人物为初期的君权学派代表人——宪法学者穗积八束。他作为标语标榜的“民法出后忠孝皆无”一语揭示了问题的本质。即从旧民法所依据的思想中,嗅出了有悖儒教忠孝思想的因素。

取替旧民法而代之以公布施行的1898年民法典,规定了以户主权与家督继承为基础的“家”制度。其中,规定了每个人都将属于某个“家”,并应服从于户主(家长)。户主权中包括指定家族住所的权限、许诺家族的婚姻及过继养子的权限等等。另一方面,户主负有抚养家族的义务。通过这些规定,以户主的统率权为主的家族一体性得以确立。原则上,这种户主的地位,与家庭的财产及祖先祭祀权一起作为家督由长子来继承。“家”制度之下,比个人的幸福更为重要的是家族的繁荣,在此基础上集体主义思想得以培养,并将此投射延续到国家,以天皇帝为家长的家族国家观被援用于明治国家的正当化。在此,儒教的忠孝思想教育被广为活用是不言的事实。

## (二)日本国宪法与“个人的尊严”

现行日本国宪法是按照明治宪法的修改程序制定的,但是其所依据的原理发生了革命性的转换。因此,从法律角度来说不是宪法的修改而是一个革命。因其发生于1945年8月,故被称之为“8月革命”。从主权论的角度来看,日本国宪法明确规定了国民主权原则,因此,与明治宪法所依据的主权论(天皇主权或者国家主权)是明显不同的。若从宪法的制定权力属于主权者这一角度分析的话,明治宪法是由天皇来制定(钦定)的,而与此相对应,日本国宪法在其前文中规定:“日本国民是……在此声明主权属于国民,特此制定宪法。”但更为根本的是主权原理所依据的社会理念发生了变革。即日本国宪法作为社会的构成原理采用了个人主义。我认为从集体主义到个人主义的转变是最为根本的变化。

这里所言之个人主义是被作为关于社会与其构成成员之间的关系的一种状态来使用的。因人类是社会性的存在,因此一般都是形成社会而生活的。正因如此,对于社会与作为其构成成员的每个人之间的关系如何定位一直是重要的问题。既然每个人不能离开社会而生存,反之社会也不能离开个人而存在,那么对于个人与社会哪一方为更为根本的存在的追究是无意义的。但是,作为社会的构成原理,是更为重视社会还是更为重视其构成成员的每个人则是一个值得研究的问题。若对该问题是以社会与其构成成员个人中的哪一方作为目的哪一方作为手段来考虑而定论的时候,个人主义的回答是以每个人作为目的,社

会是每个人追求幸福的手段。个人主义这一用语,在各种意义上被使用,根据不同的论者有时甚至也被等同于利己主义。但是,在这里所言之个人主义仅基于上述的意义而使用,希望不要引起误解。

日本国《宪法》第13条规定:“所有国民作为个人而被尊重”,宣告个人主义原则的适用。为何要“作为个人而被尊重”呢?那是因为承认“个人的尊严”。个人的尊严这一表述方式,出现于《宪法》第24条的规定中。第24条是关于家族制度的规定,该条规定要求家族制度应立足于个人尊严的尊重之基础上。这是对于明治宪法下的“家”制度的否定的重要规定。明治宪法下的“家”制度不是基于个人主义的制度,而且维持这种“家”制度的原理被作为社会的构成原理。相对于此,日本国宪法在关于家族的规定上,在否定了“家”制度的同时,作为政治社会的构成原理采用了个人主义的原则。

日本国宪法宣布的国民主权原理,也是从“个人的尊严”原理所导出的当然之归结。将国民“作为个人予以尊重”之意,在于社会尊重每一个个人自己选择自己的生活方式并将其付诸实践。每个人要在社会中生存生活的话,对于应该遵守的规则订立及执行,每个人都应有平等的发言权,否则不能说作为个人得到了尊重。所谓国民主权,是指每个国民至少在其成年之后具有成熟的判断能力时,对于政治的现状应具有平等的发言权的原理。所以说这是将个人的尊严作为社会构成的基本价值而予以承认接受的当然的归宿。

但是,并不是说只要在宪法中宣扬个人的尊严就能即刻改变人们的意识与行动。比个人更为优先考虑社会的共同体思维,是从明治国家以前就在日本存在并生根的思维。而且在战前这种“美德”被锤炼强化且得到彻底的渗透,并被政治所利用也是确凿的事实。但是,它并不是在那个时代所凸显的意识与思维形态。究其根源则更为深刻,从某种程度上来说,它是日本的传统思维方式及传统文化所依据的基础。战后日本的社会科学将这种意识作为前近代的封建意识残余来看待,并为克服这种封建意识残余进行了不懈的努力。宪法学也顺应此潮流,认为个人的尊严与人权意识的确立以及将其深入到国民的精神中是宪法学最为重要的课题。于是,开始着手构建以“个人的尊严”为基础的新宪法体系。但是,当时遇到了以下两方面的阻碍。

一个阻碍是,致力于该课题研究的宪法学者的大多数都是在战前学习宪法学并从事研究的。战前的宪法学中,若排除与西欧的立宪主义背道而驰而坚持日本传统的宪法的理论的话,大多数接受的都是以德国立宪君主政为背景的德国国法学与法律实证主义的影响。在这种状况下,作为研究者都有意无意的被德国的理论框架所束缚,因此,对于与此具有完全不同背景的日本国宪法按照德国式的体系进行了解释。这就导致了日本宪法学的局限性与极限。这一问题的克服则成为下一代研究者即战后从事宪法学学习与研究者的课题。

另一个阻碍是,政治形势的发展没有给宪法研究以足够充足的时间。1952年《旧金山对日讲和条约》生效、日本独立后,掌握政权的保守政党之间马上就开始酝酿宪法的修改。日本国宪法是在占领军的占领下制定的,是否是在占领军的强迫下制定的另当别论,但可以肯定的是,没有来自占领军的“压力”则不会有日本国宪法的成立。因此,对于部分保守派来说,该宪法因其内容过于西欧化而认为不符合日本的传统。那么,什么内容被认为是最为非日本化的呢?那就是个人主义思想。个人主义重视的是个性,而日本文化传统则尊崇的是“和”。也即最为优先的是整体的和谐。若过于强调此因素则就会走向战前的“灭私奉公”的境界。即使不达到此境界,也会形成个人首先对自己所属的社会负有责任和义务,只

有在完成和履行自己的责任与义务的基础上才能对社会提出自己的权利的观念。但是,日本国宪法只强调权利,而对社会的责任与义务规定得太少。所以,保守派们就认为,日本的年轻人会忘记对社会所应做出的贡献,而成为只主张权利的利己主义者。因此主张应将宪法修改为强调植根于日本传统文化的和精神的内容。并主张应赋予象征日本传统文化的天皇以更为积极的职责。因日本国宪法全面否定了天皇的政治权限,而只限定其具有象征性的作用,其结果就连天皇是否具有“元首”地位也并不明确。故而主张修宪,认为至少应该明确规定其元首地位。

这种改宪思想,可以说植根于日本传统保守派的DNA中,作为改宪运动的暗流而存在。而这种改宪动向的现实化的契机则为《宪法》第9条的问题。日本国《宪法》在前文中宣告了和平主义,其具体化的规定是第9条放弃战争与不保持军事力量的规定。可是,讲和的同时,日本为了本国的防卫,一方面缔结日美安保条约,另一方面选择了保持“自卫力”的政策。这种“自卫力”,最初是以警察预备队的形式出现的,后来改为保安队,进而改组为自卫队,发展成为名副其实的“军队”。但由于当初违宪的主张也很强烈,所以不得不使政府认真地思考改宪问题。该问题虽然与日本的传统思想并没有直接的关系,但是在不能进行自我防卫的国家不能称之为真正的国家的主张下,成为保守派改宪的一个重要项目。后来因在两院没有获得改宪所必需的2/3多数的同意,致使政府放弃了改宪,而选择了所谓“解释改宪”的方式。即解释为:自卫队不具有第9条所禁止的“军事力量”,而只是“自卫力”,因此不构成违宪。

这种政治性的展开方式,给宪法学带来了宪法逐渐趋于空洞化的危机感。因此,很多宪法学者为了构筑证明安保条约及自卫队违宪的宪法理论而付出了莫大的努力。同时,反对政府的这种做法的国民集会及示威游行呈现出白热化状态而遭到了严格的规制,因此,宪法学为了解决这种问题而致力于从表现自由的角度保障国民运动的宪法理论的构筑。此外,积极参与该运动的公务员,其政治活动的权利及劳动基本权受到了广泛的限制与规制,故而对于此种规制的批判也成为宪法学的重要课题。在构筑关于这些方面的宪法理论时,当然大量参考了国外的宪法理论。在此意义上,比较宪法研究得以大量进行,但因其比较时的立足点在于对日本政府政策的批判进而寻求宪法解释论的形成,故而,也存在着只要能达到此目的,则从外国的宪法学中不分青红皂白盲目加以引用的弊端。如果不考虑某一理论在其本国宪法理论体系中所占据的地位而在日本予以借鉴的话,就会出现即使该理论在其本国宪法理论体系中与其他理论间能够保持良好的平衡,但在日本也可能会出现失衡的现象。总之,可以说战后初期的宪法学,处于忙于对抗政府的“宪法攻击”的状态。故而,宪法学将权力视为“敌人”,呈现出较强的从对抗权力的视点而被建构的宪法学的这一特征。因此,我称此为“抵抗型宪法学”。这种“抵抗型宪法学”,尽管采用的是国民主权原则,但是缺乏从权力是属于国民自己的这一视点的认识与分析。对于不正当权力的抵抗固然重要,但对于为了防止权力的不正当化而对权力的行使方式等进行制度设计也是非常重要的。在此意义上,我认为应该从设计何种制度并如何设计的视点进行研究将是今后的课题。我将此称为“制度设计型宪法学”。

通过以上说明也许会造成战后初期的宪法学是失败的印象,但是并不能说都是失败的。日本保守派政府的持续这一事实,说明还是得到了国民的支持。但是,并不能据此而判断国民的意识依旧,日本国宪法理念的方向没有变化。虽然个人主义的意识并不是处于理想状

态,但是已得到确立,已经不会回归到战前的意识状态。从社会党及共产党的支持率的低迷现象也可反映出日本人的意识的保守化倾向。但是,并不是说返回到了传统文化的保守。在保守派中也分为传统文化的保守与近代化的保守,本人认为后者接受了日本国宪法的理念,且成为保守派的大多数。因此,假设就算是修改宪法,也不会是对“个人的尊严”予以否定的修改。以我的预测,关于宪法理念的对立,今后将是将以个人的尊严为前提的,有如欧美出现的自由主义与共同体主义的对立。

## 二 人权论的现状与课题

在这里主要就与人权论中的基本思考相关联的两个问题为主进行论述。一是通过宪法解释能否产生对应时代变化的“新型人权”的问题;还有一个则是在私人之间如何保障“人权”的问题。

### (一)人权规定的整体构造与“新型人权”的裁判上的创设

日本国《宪法》第13条规定将国民“作为个人”予以尊重,作为其归结,规定对于“国民的生命、自由及幸福追求的权利”(简称“幸福追求权”)予以最大限度的尊重。然后,在第14条以下部分中逐次规定了国家应该尊重的个别具体的权利。因日本国《宪法》第81条赋予了法院判断国家的行为是否符合宪法的权限,因此第14条以下规定的权利将成为裁判规范。也就是说,当这些权利被国家侵害时,可以向法院请求救济。

那么,在宪法没有规定但应该得到保障的国民的权利受到侵害时又将如何呢?例如,设想一下隐私权受到侵害的情况。在宪法制定当初,还没有考虑到隐私权是需要宪法保障的权利。因此,宪法当中没有明文的保障规定。但是,到了今天,宣传媒介以及照相机等器械的发展导致隐私权的侵害成为重大的问题。一般情况下,本应制定保护隐私权的法律,并以此为根据寻求法院的救济。但是,在没有这种法律的情况下,或者法律侵害隐私权的情况下应如何处理呢?答案之一就是试图通过政治运动或选举等民主化的政治程序来制定或修改法律。但是,对于在政治过程中难以成为多数派的人们来说,这并不能成为答案。于是,就会出现如下的议论:虽然宪法没有明文规定,但是到了今天隐私权已成为宪法上应该保护的權利,应该承认此权利。这时作为根据的是《宪法》第13条“幸福追求权”的规定。即主张幸福追求权是包括第14条以下部分中规定的所有具体权利的权利,但是也并不局限于这些列举的权利,幸福追求权应成为产生新型权利的根据。即解释为:《宪法》第13条应成为所有具体权利的母体,是作为可以从产生的新型人权的权利而在宪法中予以规定的。也就是说主张隐私权作为现代所必要的新型的权利,是从幸福追求权中派生出来的权利。若采用此种解释的话,则没有必要由立法府进行法律的制定及宪法的修改,而由法院来创设宪法上的权利将成为可能。也就等于是承认法院具有如此重要的权限。如此大胆的宪法解释,日本的最高法院却采取了此种解释。例如,在警察在示威游行现场拍摄了负责人的照片而成为争论焦点的事件中,作为《宪法》第13条的解释,进行了如下论述:“无论任何人,都拥有在没有本人承诺的情况下其容貌、形象不被随意拍摄的自由。”另外,在外国人按手印制度成为问题的事件中,也基于《宪法》第13条进行了如下判断:“作为个人私生活上的自由之一,任何人都拥有不被他人强制按手印的自由。”此外,还有在关于居民基本台账(相当于中国的户口簿)网络的争论事件中,做了如下阐述:“《宪法》第13条是对国民的私生活上的

自由相对于公权力的行使时也应得到保护的規定,可解释为作为个人私生活的自由之一,任何人都拥有与其个人相关的情报不被第三者随意公开或公布的自由。”这些是对于学说上所主张的,作为所谓的肖像权、人格权、隐私权(或个人情报控制权)而应得到第 13 条保障的“新型权利”的判断。如上所述可知,最高法院也表明了宪法上没有明示规定的权利可以根据第 13 条予以承认的见解。不过,对此也有如下的批判:若从现实事件的解决角度来看,即使有权利,但如果其权利的限制是在基于公共福祉的限制所允许的范围内,可做出合宪判断。因此基于第 13 条导出的新型权利也有可能得以承认的判断只不过是单纯的装饰及点缀而已。为了能够断言新型的权利真正得以承认,则需要有对其权利得到侵害的判断,但是目前为止还没有这种判决存在。倒是也有对于某市在律师的要求下将某人的前科予以公开之事件被法院认定为构成权利侵害的最高法院判决,但是对于其中构成问题的关于权利的判决部分中的表述是“法律上应当保护的利益”,并没有认定其为宪法上的权利。

可是,承认新型的人权依据第 13 条有可能得以承认的逻辑,对学说来说是一个“希望”。因为,以此逻辑为前提,今后有可能通过判例形成具体的新型人权,所以,可以展望到通过参考国外的人权论来构筑今天我们所需要的新型人权理论并促进由法院来接受承认的这一课题。实际上,基于此种观点,也有宪法学者主张自决权及环境权等各种权利。但是,并不是说什么都可以主张为“宪法上的权利”。由宪法所保障的权利意味着以此为根据而承认法院的介入,那么就需要准确判断何为适应于应由民主的政治过程来解决,何为适应于承认法院的介入这一问题。可以认为,这种角度的议论是宪法学今后的重要课题。

## (二) 私人间“人权”的保障

宪法所保障的人权是以国家为对象的。即,命令国家对人权予以尊重。因此,即使一个私人侵害了其他私人的“人权”也不会构成违宪问题。也就是说,宪法不适用于私人之间。但是,现在社会中形成了很多种集团(团体)。如果此种集团是加入与脱离都是自由的任意性的团体的话,作为结社的自由只要排除国家的干涉就可以。但在实际上开始出现不少虽然对于每个人来说,原则上不加入或者脱离是自由的,但在实际上却是困难的,只能服从于该团体的纪律的现象。企业及工会等就是一个典型的例子。我们很多人为了生存受雇于企业,或为了作为劳动者的立场得以保护而加入工会。但是,公司与工会有时也会提出侵害“人权”的要求。这种情况下,如果宪法不能得以适用的话,“人权”侵害就会得不到救济而被放置。本来,这种问题应通过制定法律来解决。但是,议会有时会对这种社会问题也不能及时地采取对策予以解决,而且,有时也会因为议会内部所反映出的社会上的各种力量关系而无法基于法律对社会上的少数弱者的权利予以充分保障。这种情况下,法院能否给予救济呢?若法院被授予违宪审查权的话则具有宪法的解释适用权。即使如此,宪法只能适用于国家为当事人的法律关系。即私人间的关系上不能直接适用宪法上的权利。但是,在作为规定私人间法律关系的一般法的民法中,有违反公序良俗的法律行为(例如契约)为无效的规定(日本《民法》第 90 条),以及关于侵权行为的损害赔偿责任的规定(同第 709 条)。这些规定是一般性的规定,具有允许进行灵活解释的性质。因此,出现了可以通过把这些规定解释为例如在“人权”得到不适当的限制时其法律行为因违反了公序良俗而无效,或者解释为侵害“人权”的事实行为为侵权行为等解释方式而对私人间的“人权”予以保障的主张。这种主张实际上起源于德国,日本的学说将此予以借鉴引入。但是,日本的学说理解为是将

“宪法上的人权”(德国称为“基本权”)读入到民法的一般规定中,将其说明为人权的间接适用。也就是说,虽然直接适用于私人之间的是民法,但是以其一般规定为媒介而将宪法予以间接适用。这种学说成为了日本的通说。

但是,为了将以国家为对象的“宪法上的人权”(基本权)“读入”到以规定私人间关系的民法的一般规定中,作为其前提,是否应将其基本权的性质转换为私人间也可适用的规范呢?在德国是以以下方式进行处理的。即,基本权具有主观性权利的一面与作为客观法的性质的一面。前者的性质表现为对国家的“防御权”,后者的性质表现为在整个法秩序中的妥当的客观价值原理。后者的性质充填了民法的一般规定而对私人间的关系予以规制。这种德国的解释中引人注目的是,基本权作为客观的价值原理而在私人间也具有效力的主张。也就是说,宪法作为其客观法的一面,其对象不仅局限于国家,而且也包括私人。那么,这里就存在立宪主义的宪法观的变化问题。即宪法从客观法的角度来说也约束私人。但是,日本的通说对于此种宪法观的变更还没有予以接受。但问题是,如不接受此种宪法观的变更的话,私人间效力论中的间接适用说怎么能成立呢?

作为将人权“读入”到民法规定的另一个说明方法是,将这里的人权不是作为“宪法上的人权”(基本权),而是作为自然权性质的,即超宪法的或者是前宪法的价值规范予以理解。也就是说,理解为包括宪法在内的所有实定法秩序都是以人权这一价值原理、个人的尊严之价值原理为基础而成立的。实定法秩序是作为为了实现及保障这一价值原理的手段而形成的,故无论是宪法还是民法,所有的实定法都应该从与这一价值原理的整合性上来予以解释。这种情况下,没有必要改变立宪主义的宪法观。但是,作为法律思考方法所采用的不是法律实证主义的方法论而采用的是自然法论的思考方法。采用哪一种方法是今后日本宪法学界面临的重要课题。

人权的私人间效力这一问题,在现代宪法中,是无论哪个国家都会遇到的普遍问题,尤其对于日本来说是特别重要的问题。这是因为,日本人所特有的人权意识的基础上人权侵害在私人间频繁发生,而且,也有认为私人间的人权侵害是更为重大的问题的意识倾向。

至今进行的意识调查结果表明,日本人的人权意识具有如下特征:若对人权分类的话,可分为自由权、参政权、社会权等方面,但是日本人对人权这一用语大多理解为是社会权。宪法学者最为重视的一般是自由权,其次为参政权,但是大多数国民重视的却是社会权。对日本人来说,在其观念上认为国家权力的介入就如同自然灾害一样,只能忍受而别无选择。因此,让国民树立排除国家对自己的自由的妨害的权利这一观念不是容易的事情。而且,一般认为权力通常都是作为身外之物处于自己的外部,而很难将此作为自己的所属物而参加到其中并作为权利来看待。结果,将人权作为对国家的权利来考虑时,最初能够联想到的便是作为国家为国民所能提供的社会权。也就是说,战后日本国宪法强调国民的权利之意义对于广大国民来说,被理解为国家做出了保障社会权的约定。换言之,国家作为提供社会权的存在而被期待,却并没有被作为具有侵害自由权的危险性的存在而被警戒。因此,虽然说人权意识逐渐得以确立,但其理解的内容还很不充分,要求宪法学方面的进一步的努力。

基于意识调查而显示出来的另一个特征,表现在多数日本人将什么视为是最为重要的人权问题来考虑的这一问题意识上。即日本人认为其人权受到侵害的,大多是在工作单位或学校所受到的干涉及差别、或者是来自于邻里的干涉与差别。也就是说,在自己的生活圈子里,其他的私人对自己的自由所施加的压制被认为是最为典型的人权侵害。即对自由权



及平等权的侵害不是来自于国家,而是来自于私人。而且,如果自己主动要求参加到为了解决基于私人的人权侵害而制定规则的过程中的话还好,但是并非如此,而只是期待着国家以何种方式给予解决。在这里,国家被认为是对私人间的人权侵害进行救济的存在。同样在这里,国家并没有被认为是应该警戒的存在,而被认为是可靠的予以依赖的存在。当然,基于社会契约论的话,国家是为了保障人权而形成的,因此在保障人权方面发挥其作用是没有问题的。但是,不能因为对于国家的过于期待而忘记了国家才是对人权最为危险的存在这一事实。在此意义上,为了让国民正确理解人权的真正含义以及立宪主义的意义,宪法学需要付出更多的努力。

以上论述了日本的人权论的一般问题状况及今后的课题。其他的问题,诸如外国人的 人权保障问题、政教分离问题、教育权等个别人权领域相关的问题等等,还有很多需要介绍的内容,但因时间上的关系进入下一个部分。

### 三 统治机构的现状及课题

在这一部分中,主要介绍议院内阁制与司法审查制。立宪主义是法的统治的近代形态,在现代也被继承了下来,其内容是“依法治国”的要求,即将政治权力的行使控制在法律的约束之下的要求。日本国宪法规定的主要政治制度是议院内阁制,即通过议院内阁制的体制来展开政治过程。因此,如何理解和运用该制度将决定日本的民主政治的性质。同时,为了保障这种政治过程基于宪法而展开,采用了由法院进行的司法审查制。而如何运用这种司法审查制又将决定法的统治的性质。

#### (一) 议院内阁制

明治宪法是立宪君主政,即限制君主政阶段的宪法。若以英国统治机构的历史性展开过程作为参照来分析的话,可以说是处于还没有形成议院内阁制的状态。实际上,明治宪法中没有关于内阁的规定,而是规定了大臣辅佐天皇这一以立宪君主政为前提的大臣助言制。但是,正确地说并不是没有存在内阁,其由内阁官制敕令规定,由天皇任命的大臣以首相为中心构成了内阁。而在其运用上被称为最为民主化的大正民主时期,形成了在众议院由多数形成的政党构成内阁的惯例,即实行了所谓的“二元型议院内阁制”。

日本国《宪法》在完全否定天皇政治权限的同时,在宪法上规定了由国会指定首相、首相任命大臣而构成内阁的制度。因此被理解为是“一元型议院内阁制”。虽说战前多多少少经历了二元型议院内阁制的运用,但是在宪法规定上是从限制君主制一跃而成为一元型议院内阁制。问题是,对此将如何予以运用,以及能否实现民主化的运用的问题。

日本国《宪法》宣布了国民主权原则(前文以及第1条),规定政治由代表者来推行,故采取的是代表民主政治。因此,战后初期的宪法学将以代表者构成的议会(日本国宪法称为“国会”)作为政治的中心机构,认为议会的强化才是宪法学所应研究的课题。战前的政治是以天皇为中心,实际上在天皇的名义下由官僚进行实质上的权力的行使,构成内阁的首相与大臣,除了大正民主时期的较短时期外,也都是没有经由国民选举的官僚出身者,是一种不对议会负责的“官僚内阁”。因此认为排除此种非民主化的政治,构成对议会负责的“政党内阁”,并通过此种途径来控制官僚才是议会制民主主义的目标与方向。战后因占领军的统治采取了令日本政府执行盟军总司令部的指令这一间接统治的方法,故占据日本政

府的核心地位的官僚制,除最上层的战争责任者的追究外,几乎原样保留了下来。因此,统治方式在官僚机构中残存下来。与此相比,新成为议员的代表者们的统治能力的低下是不得不承认的事实。因此,即使形式上国会作为“国家权力的最高机关”(第41条)行使立法权与预算的议决权,但是,实际上真正操纵这些的是官僚层,而且这一局势得以持续。在此意义上,宪法学说所认为的强化议会,让议会挽回实质性的决定权才是日本民主政治的最大课题的主张在某种程度上是有根据的。但问题是,对现代国家所要求的政治的作用,若想通过将议会设定为政治的中心来实现,已成为越来越困难的事情。

在国际化的进展过程中,为了实现国家经济的稳定发展、保障国民的生活,对于社会上所发生的日常性的各种问题需要一种通过领导决策能力的发挥来迅速有效地采取对策予以解决的能力。但是,作为基于多数人的讨论慎重地分析问题和决定政策的机关而被设立的议会,从其组织原理上来说,并不充分具备这种能力。所以,倒不如说应该是寄希望于内阁的作用。但是,日本的议会制民主主义论着眼于内阁受官僚的操纵这一问题上,认为应改变此种局面,应该让内阁成为议会的左右手。但是,若是在政治的功能作用被限定、政治的公民提案、创制权没有被要求的近代,议会制民主主义论也许会有其效果,可是,在现代政治中以此则无法对应。在现代国家,需要一个根据社会的要求而制定政策方案,并在获得国民的支持下有力地推动其实行的主体。而能够完成此种使命的,在议院内阁制中只有内阁。因此,有必要考虑以内阁为政治中心的运用。这就意味着与议会相比更需要强化内阁。可是,从国民的代表这一角度来考虑的话,由国民直接选举产生的议会在制度上比内阁更具有较强的民主的性质,因此,如果比议会更为强调内阁为中心的政治的运用,有可能会产生此种构想是否是非民主的这一疑问。所以,若要对此进行制度上的解决,就涉及采取内阁由国民直接选举的制度的提案。例如,首相公选论就是一个例子。

另外,还有一个办法就是也可以考虑不改变制度,而探索出在实际运用过程中视内阁如同由国民直接选举一样使其产生同样效果。在现实中,英国就是一个很好的例子。那么在日本是否也可以行得通呢?在这里为了使其行得通可能需要几个条件。其中,政党制的问题尤其重要。在日本,为实现现代民主政治而需要复数政党制这一点上没有异议,但是,在关于什么样的复数政党制为好这一问题上有所分歧。这与如何设计议院内阁制的运用问题密切相关。将政党制进行大体分类的话,可分为二党制与多党制。二党制是指有两个可以单独掌握政权的政党的体制。在二党制中,一元型议院内阁制可以较好地发挥其功能。通过选举成为多数派的政党的中坚力量构成内阁,以政党纪律为基础以其强有力的主导权展开政治活动,而议会的少数党(在野党)则为了防止执政党的独裁而起到抑制作用。这是以英国为典型模式的政治体制。与此相对应,多党制是指没有一个能够单独掌握政权的政党存在的复数政党制的体制。此一般以政党的数量为基准分为“稳健型多党制”与“极端型多党制”。若政党数为3到5或6的程度的话为稳健型,超过此数量的则为极端型。在极端型的情况下,在议会中难以形成多数,故而难以形成安定的内阁,所以原则上认为与议院内阁制不相符合。稳健型的情况下,政党的数量也没有那么多,比较容易形成多数,一般认为较适合议院内阁制。因此,日本若要采取此种方式解决问题的话,应该以二党制或稳健型多党制为其目标。过去,虽然是复数政党制,但是具有执政能力的政党只有自民党,因此既不是二党制也不是稳健型多党制。但是,20世纪90年代以后,因自民党失去力量,此种体制开始崩溃,可以说现在正处于政党制的再编组过程。于是,应以二党制还是稳健型多党制作为

目标的问题上存有争议。选择确立哪一个目标,将对议院内阁制的运用方式产生很大影响及变化,因此该问题也与何种民主政治的形态对现在的日本最为适合这一民主政治的构想方式紧密相关。过去,具有执政能力的只有自由民主党,而现在,民主党的力量得以扩大并极力主张自身的执政能力。若在近期举行的众议院选举中民主党获胜的话,日本的政党制将向二党制的方向发生较大变化,但若败北的话,政党制将如何变化只能再考察一段时间才能下结论,估计将会持续一段时间的混乱状态。

## (二) 司法审查制度

政治必须依法进行。为了保障政治的依法进行,政治行为需要以法的行为形态得以展开。宪法所预定的法律形式中,包括宪法修改、法律、命令(政令、省令等)、规则(议院规则、最高法院规则等)、条例、条约等等,这些法律形式以其效力的高低优劣形成上下关系。作为决定其上下关系的要素,首先第一是制定机关与国民的距离,第二是制定程序的重要性、严格度。制定机关离国民越近,或者制定程序越是严格,该机关依据此种程序所定立的法律形式越是居于上位。例如,法律是由国民直接选出的议会来制定的,它在形式上就比行政机关订立的命令具有更强的效力,但是它与由议会两院的 2/3 多数的提案并由国民直接投票进行的宪法修改相比,就要居于下位。宪法及与其“构成一体”的宪法修改(第 96 条)是“最高法规”,其他所有实定法若违反宪法则无效(第 98 条)。在此意义上,宪法将限定其下位规范的妥当范围。

违反宪法的下位的法律形式无效这一理论,从授权关系上也可以予以说明。法律及命令等规范的制定权限是基于宪法授予的。宪法是规定各种法律形式的制定机关、制定程序、管辖事项并授予其权限的“授权规范”。被授权而订立的规范,是不能违反作为自己的正当性根据的授权规范的。因此,所有基于宪法授权的法律形式都必须服从宪法。

如此这般,实定法秩序以宪法为顶点形成了上下关系,构筑了如凯尔森所言之法律位阶结构,下位规范不得违反上位规范。在这里问题是,是否违反应由谁来判断。日本国宪法将此权限赋予了行使司法权的普通法院。法院负有解释适用法律来解决事件的职责,而作为其前提,法院被赋予判断其所解释适用的法律是否违反上位规范的权限。处于法院的最高地位的是最高法院,所以,最终是由最高法院做出合宪性决定。这是司法审查制度的核心。也就是说,以最高法院作为顶点的一般法院负有维护法律位阶结构的任务。基于此,“法的统治”得以确保。即,政治领域里的各种决定都要通过宪法所规定的一定的法律形式来体现,因此,所有的政治决定,都会定位于法律领域中法律位阶结构中的某一位阶,其与上位规范的适合性将受到审查。从这一角度而言,行政的法律适合性审查(合法性审查)与法律的宪法适合性审查(合宪性审查)很重要。

行政机关做出的决定,以行政行为或者命令的法律形式做出,其是否符合作为上位规范的法律或者宪法由法院来进行审查。在明治宪法下,具有此种权限的是与一般法院处于不同系统的行政法院,在这一点上可以说是采用了欧洲大陆型的行政法院制度。但是,日本国宪法采用的是英美型的司法制度,由普通法院来行使此权限。但是,战前引入的是德国的行政法理论,在日本国宪法下此种理论也基本上得以存续。因此,虽然普通法院也进行行政审判,但是,其中所被适用的法律理论不是英美型的行政法理论而是大陆型的行政法理论。由此而引发了各种问题,但因为这是属于行政法学的领域,故不予深入分析。

对于宪法学来说最为重要的是,给予普通法院以法律的违宪审查权的问题。法律的违

宪审查也分为赋予普通法院以违宪审查权的美国型与由宪法法院独占违宪审查权的德国型。在战后初期,日本的宪法学对于宪法规定的违宪审查制度是属于哪一类型的问题进行了论争。通说认为日本国宪法是在美国的影响下制定的,故应解释为是美国型。但是反对派认为,普通法院具有美国式的权限是当然的,但是日本国宪法也赋予了最高法院以宪法法院的性质。可是,最高法院认为在现行制度之下它并没有这种权限。虽然最高法院判例没有明确做出是否允许在法律上赋予这种权限的判断,但是至少在没有这种法律存在的现行制度之下,是不能作为宪法法院来行使权限的。也就是说,法院对于法律的合宪性判断,仅限于为解决具体案件所必要的限度内,而不允许在没有具体的事件性(诉的利益)时抽象地对法律的合宪性进行审查。这就意味着,大幅度的限制法院对法律争议的裁定机会。而实际上,日本最高法院在很多宪法诉讼中以缺乏具体的事件性为由而拒绝行使违宪审查权。其典型的例子是关于《宪法》第9条的争论。《宪法》第9条虽然禁止日本保持军事力量,但是却存在着谁看了都会认为是军队的自卫队。虽然历届政府都说明这是自卫力量而不是军事力量,但是学说大多主张自卫队等同于军事力量而主张违宪。而最高法院对于此问题的判断一贯采取回避态度,其理由之一为缺乏具体的事件性。此外,虽然不是法律的违宪审查问题,但是在关于政教分离问题的争论上,最高法院也经常以缺乏具体的事件性为由而回避对其判断。例如,对于首相参拜靖国神社问题的争论就是一个例子。最高法院认为,关于政教分离的规定并不是赋予国民以权利的规定,首相的靖国神社参拜即使违反了政教分离的规定,但在没有因此而使特定的个人权利受到侵害的情况下,是缺乏具体的事件性的。

将普通法院的权限限定在具体事件的解决上,这在原则上虽然是正确的,但是日本最高法院在此原则的运用上,即使与美国的最高法院判例相比较也有些过于限定的嫌疑。这就是将美国式的制度以欧洲大陆式的法律思考方式加以运用而导致的问题的具体体现。在欧洲大陆,将各种法院予以制度化,其权限的扩大也通过立法明确地予以规定,但是日本将法院限定为美国式的普通法院。而在美国,普通法院继承了历史上所形成的普通法院与衡平法院的权限,特别是在救济法领域内,法院通过判例而创制法的权限得以承认,并通过此种途径,逐渐扩大法院的权限。但是,在战前引入大陆法型的审判制度并予以运用的日本并没有像美国那样的传统,但另一方面,因日本战后在制度上引进了美国型的审判制度,故也没能像欧洲大陆各国那样通过立法改革审判制度。这种状况是导致法院的违宪审查权的消极化及压抑化的一个原因。

对于违宪审查权运用的这种状况,宪法学认为,首先有必要对美国的宪法诉讼理论有正确的理解。为此,在此方面的研究上,美国的理论的影响很大。但是,因最高法院对其引入一再拖延,导致对美国的理论感到其极限性的学者,转为或者主张参照德国的理论或者主张应借鉴法国的理论。特别是德国的理论的影响一直延续到战后,主张日本也应修改宪法而引入宪法法院制度的呼声越来越大。该问题也将成为今后继续研究争议的对象。

最高法院在违宪审查权的行使中所表现出来的消极态度,不仅反映在通过具体事件性的理解而带来的权限的限定上,同时,也反映在即使在行使权限的情况下也尽可能朝着合宪的方向来处理事件的态度上。实际上,日本国宪法制定后到现在为止,最高法院判断法律违宪的只有8次。当然,并不是说违宪判决少就有问题。政治部门若真正遵守宪法的话,那就再好不过了。可是,多数宪法学者认为,最高法院在本应判断为违宪的情况下,在不能列举充足的理由时也判断为合宪,或者较多的情况下牵强地使用“合宪解释”手段来回避违宪判

断。因此,对最高法院并没有履行其在宪法中所预定的职能及作用的批判较多。

通说的理解是,在考虑法院的职能时,应该引入由美国最高法院形成的所谓“二重基准”论。基于此种理论,法院最为重要的职能在于保障民主化的政治过程的实现。议会是由国民直接选举的代表构成的,应该是最为忠实地反映国民意思的机关。因此,只要是在国民的自由讨论后、通过选举方式反映到议会的这一民主化的政治程序正常发挥作用(因议会的决定最为忠实地反映国民的意思),并不是国民的直接代表者的法官便不应该轻易做出违宪判断。但是,作为审查对象的法律若不是通过民主化的政治程序来制定的话,或者具有将民主化的政治过程流于形式化的危险性存在的情况下,法院应该严格审查该法律的合宪性。于是,有人主张以能够反映法院的应有职能与作用的形式将审查基准理论化,基于此进行审查。但是,日本最高法院对此意义上的审查基准论并不持积极态度和好感,而是在多数情况下,使用没有审查基准的利益衡量的手段进行判断。因对二重基准论本身采取暧昧态度,所以,对于作为民主化政治程序的基础的表现自由的规制的审查,至今没有表明应进行严格审查的态度,也没有适用严格的审查基准的例子。在多数情况下,基于根据各种情况及各种利益而进行“综合判断”这一利益衡量论进行判断。这种做法,虽然也有法院从事件的特性考虑而解决的有利之处,但是,因为是没有基准的综合判断,因此,很容易造成法官的主观判断,其预测可能性及法律安定性将受到很大程度的危害。从法的统治的观点来看,这将构成严重的问题。而对此问题的解决以及对法院作为法的统治的承担者而实现宪法上规定的职能作用的理论构成将是今后宪法学的重要课题。

以上是对日本宪法学的现状与课题的简单介绍。谢谢大家。

(责任编辑:支振锋)