

赵立新
著

日本违宪审查制度

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

河北师范大学学术出版基金资助

赵立新 著

日本违宪审查制度

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

日本违宪审查制度/赵立新编著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0583 - 6

I. 日… II. 赵… III. 宪法 - 司法监督 - 研究 - 日本
IV. D931. 31

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 081122 号

日本违宪审查制度

RIBEN WEIXIAN SHENCHA ZHIDU

著者/赵立新

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2008 年 6 月第 1 版

印张/10. 625 字数/245 千

2008 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0583 - 6

定价: 26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010402

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

序

日本是与中国一衣带水的邻邦，早在汉唐盛世，中国先进的文化与完备的社会制度即对日本有深刻影响，从国王贵族到黎民百姓，都以模仿中国的文物制度为荣。在法律制度方面，日本著名法学家穗积陈重曾指出：日本法律属于中华法系已有 1600 年，虽自大化革新后历经变化，然日本法制的基础仍属于中国道德哲学与崇拜祖先的习惯及封建制度。19 世纪中叶以后，日本以西方法律为模式，走上法制西化的道路，并迅速建立符合本国国情的法律体系，完成了日本法律近代化的变革，进而影响了与日本有着紧密联系和共同传统的东亚各国。近代以后的日本法借鉴欧陆国家和英美的法律。其中战前主要以法国法、德国法为蓝本，战后则加强了对英国法、美国法，特别是美国法的吸收，从而使日本法具有混合法的特征。但日本法对外国法的吸收并非完全照搬，即使是“原汁原味”引进的法律在适用中也与其母国有很大不同，违宪审查制度即是一例。日本法在世界法律文化中占有重要地位，因在其发展的过程中对外来法律文化采取兼容并蓄的态度，最终建立起高度发达的现代法律制度，在世界范围内被看作法律移植的成功范例。

关于中日文化交流的逆转，一般认为是在 19 世纪后期。此前，中国文化对日本是输出，此后逐渐转向输入。在法制方面，影响晚清法律改革的重要因素之一是西方法律和法学的输入。在清末修律期间，日本大审院判事法学士松岗义正、法学博士冈田朝太郎等被清政府聘请为修律顾问，他们除协助清政府起草法典

外，还在中国从事法律学堂的教学。许多研习法律的学生也选择到日本留学。现今中国正着力建设法治国家，吸收和借鉴人类社会创造的法制文明成果，研究和学习世界各国法制建设的经验有重要意义。由于种种原因，国内学界对外国法律制度的研究更多地侧重于欧美国家，对日本法制的研究相对薄弱。虽然日本古代受中国传统文化的影响，“贱讼”意识与行政权优越思想长期存在，在战后效仿美国建立的违宪审查制度与美国的违宪审查制度的作用和影响也不能相提并论，但是，如果将日本违宪审查制度的研究放到世界法律演化的大背景之下，借鉴日本法在吸收外来发达法律制度中的方法和经验还是有特殊的意义。我想这也正是本书的价值所在。

《日本违宪审查制度》的作者赵立新长期从事法律史的教学与研究，并且有着在日本研修日本法的经历。本著作是他在中国政法大学攻读博士学位论文的基础上完成的，是目前国内法律史学界第一部专门论述日本违宪审查制度的著作。这部著作从法史学的视角对日本违宪审查制度进行了系统梳理，涉及日本违宪审查制度的性质、主体、对象、违宪审查制度行使的条件与界限以及违宪审查的效力等基本问题，所用资料多来自日文有关问题的原版著作，国内鲜有学者引用，其中的许多内容令人感到耳目一新。日本的违宪审查制度是美国法影响日本法的典型表现，但由于日本与美国国情的巨大差别，日本的违宪审查制度有其独特表现。对此，著作结合日本学界的观点及法院判决的分析作出评价，试图通过日本的经验探讨具有东方文化传统的国家，在大陆法系的基础上接受美国法律制度的利弊得失。著作末所附“日本法院结构”、“日本最高法院历任院长一览”，对于读者全面了解日本违宪审查制也大有裨益。

赵立新，中国政法大学教授，博士生导师。1982年毕业于中国人民大学法律系，获法学学士学位。1985年毕业于中国人民大学法律系，获法学硕士学位。1988年毕业于中国人民大学法律系，获法学博士学位。1989年赴日本留学，在东京大学法学部攻读法学博士学位。1992年回国，任中国人民大学法律系教授、博士生导师。1995年任中国人民大学法学院院长。1998年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2000年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2003年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2006年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2009年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2012年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2015年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2018年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2021年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。2024年任中国人民大学法学院教授、博士生导师。

最高法院为有权决定一切法律、命令、规则及处分是否符合宪法的终审法院。

——《日本国宪法》第八十一条

最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation or official act.

绪论	(1)
第一章 日本违宪审查制的确立	(12)
第一节 违宪审查制确立的背景	(12)
第二节 违宪审查制确立的过程	(22)
小结	(25)
第二章 日本违宪审查制的基本问题	(27)
第一节 违宪审查的性质	(27)
第二节 违宪审查的主体	(38)
第三节 违宪审查的对象	(45)
第四节 违宪审查权的行使	(75)
第五节 违宪判决的效力	(121)
小结	(131)
第三章 日本违宪审查制的分类考察(上)	(133)
第一节 人权的发展及其制约	(133)
第二节 特别人权	(138)
第三节 新的人权	(155)
第四节 平等保护问题	(161)

第四章 日本违宪审查制的分类考察(下)	(174)
第一节 自由权	(174)
第二节 社会权	(215)
第三节 政治体制问题	(232)
小结	(257)
第五章 日本违宪审查制的回顾与展望	(259)
第一节 日本违宪审查制的回顾	(259)
第二节 日本违宪审查制的展望与启示	(267)
小结	(275)
结语	(278)
附录:	
附录一:日本法院结构	(282)
附录二:日本最高法院历任院长一览 (1947. 8. 4 ~ 2007. 3. 31)	(284)
附录三:日本国宪法	(285)
附录四:日本国宪法	(299)
附录五:主要参考文献	(317)
后记	(329)

绪论

违宪审查制度是国家司法机关或专门机关，根据一定的原则和程序，审查和裁决立法和行政是否违宪的一种基本宪法制度。^①违宪审查的思想最早可以追溯到古代西方的自然法观念，^②从古希腊亚里士多德的法律观到中世纪阿奎那的神学，再到霍布斯开创的近代自然法学派，西方主流思想一直坚持法律必须符合某种更高的理性。古罗马法学家西塞罗根据当时罗马的政制甚至勾勒出了最早的违宪审查制度轮廓，^③但对违宪审查思想首次进行清晰阐述的则是中世纪后期英国著名的大法官科克（Edward

① 关于违宪审查，学界存在多种定义，虽然表述不一，但对其本质的认识基本相同。如：“违宪审查制度就是对违反宪法的法律、法规等规范性文件和违宪事件做出裁决并加以纠正的一项宪法制度。”见俞子清主编：《宪法学》，中国政法大学出版社，1999年版，第46页；“违宪审查制度是指根据宪法的规定或宪法惯例，由特定机关依法定程序进行合宪性审查并做出是否违宪的裁决制度。”见朱福惠主编：《宪法学新编》，法律出版社，1999年版，第113页；“违宪审查制度也就是国家确立的宪法监督机关，按照一定的原则和程序对违宪行为进行审查和处理的制度。”见杨泉明著：《宪法保障论》，四川大学出版社，1990年版，第26页等。

② 在古希腊的传说中，安提戈涅因不服克瑞翁的敕令，而诉诸“诸神固定不变的、不成文的习惯”。亚里士多德在其《修辞学》中更主张：“依照国家的法律无法胜诉时”，应当“诉诸自然法”。见〔美〕爱德华·S·考文著：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店，1996年版，第1页。

③ 西塞罗曾借助罗马人在成文法规中规定保留条款的惯例，援引法（jus）来反对某个制定法。有时他又认为，占卜官和元老院有权废止那些没有依据法（jure）制定的法律。在元老院的一次演讲中，西塞罗直接诉诸“正义的学说”（recta ratio）来反对“成文法规”（lex scripta）。见〔美〕爱德华·S·考文著：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店，1996年版，第7~8页。

Coke), 他在“博纳姆医生案”中写道:“在许多情况下, 普通法会审查议会的法令, 有时会裁定这些法令无效, 因为当一项议会的法令有悖于共同权利和理性、或自相矛盾、或不能实施时, 普通法将对其予以审查并裁定该法令无效。”^④ 英国资产阶级革命后, 由于“议会至上”原则的确立, 并没有实施违宪审查制度。^⑤ 这一制度最终是由美国的马歇尔大法官在 19 世纪初通过联邦最高法院的一项判决确立起来的。^⑥

作为世界上第一个制定成文宪法的国家, 美国贡献给现代世界政治的不仅是一部成文宪法典, 更有与该宪法相伴随的一项伟大的制度创新——违宪审查。这一创新制度因其所表现出的特质而具有了强大生命力。随着美国联邦最高法院 200 多年的宪政实践, 违宪审查制度也成为美国宪法中最具有特色和代表性的制度之一。尽管在长期的实践中, 这项制度受到了各种质疑,^⑦ 但通过联邦最高法院众多法官的不懈努力, 这一制度最终得到了美国及世界其它国家的理解与承认。

④ [美] 爱德华·S·考文著:《美国宪法的“高级法”背景》, 强世功译, 三联书店, 1996 年版, 第 43 页; 又见张千帆著:《宪法学导论》, 法律出版社, 2004 年版, 第 150~151 页。

⑤ 埃尔曼教授认为: 英国法院行使着一种“间接的司法审查权”, 与美国法院所使用的宣布立法无效的技术相比, 英国法官为了制止他们所不喜欢的过分行为, 对制定法的意思进行扩大或缩小解释这种技术的使用则更为经常。见 [美] H. W. 埃尔曼著:《比较法律文化》, 贺卫方、高鸿钧译, 清华大学出版社, 2002 年版, 第 228 页。

⑥ 有观点认为: 1799 年法国宪法确立的“护法元老院”拥有撤销违宪法律和命令的权力, 因此, 它是西方国家最早的一个司法审查机构。但由于这个机构无论对本国还是外国影响都不大, 所以常为人们所忽略。因此, 一般认为美国 1804 年的马伯里诉麦迪逊案标志着违宪审查制度的正式确立。见龚祥瑞著:《比较宪法与行政法》, 法律出版社, 2003 年版, 第 111 页。

⑦ 该类著作很多, 如 [美] 克里斯托弗·沃尔夫著:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》, 黄金荣译, 中国政法大学出版社, 2004 年版; [美] 西尔维斯·斯诺维斯著:《司法审查与宪法》, 湛洪果译, 北京大学出版社, 2005 年版; [日] 松井茂记:《司法审查と民主主義》, 有斐阁, 1991 年版。

在 20 世纪,特别是第二次世界大战以来,违宪审查制度逐渐传播到世界 100 多个国家和地区。目前,在各国确立的违宪审查制度主要有两种模式:一是美国模式,即由普通法院通过具体的事件解决宪法性纠纷;一是欧陆模式,由独立的宪法法院或宪法委员会解决有关宪法的司法问题。日本在第二次世界大战后,由于处在以美国为主的“盟军”占领之下,《日本国宪法》也是在“盟军”草案的基础上制定的,因此,日本的违宪审查制也采纳了美国模式,可以说,日本违宪审查制度的建立是美国法影响日本法的典型表现。

日本确立美国式的违宪审查制度,虽然有美国的“强制性”因素,但实际也是基于二战时期法西斯专政的经历。战后日本的这种状况与德国有某种相似性,在德国,由于纳粹政权以“法律的形式”破坏“法治的实质”,导致二战后对严格法律实证主义以及立法权优越原则的反思,在这个反思和讨论的过程中,以宪法正义为准绳,以宪法审查为操作手段的制度安排被认为是现实可行的最佳选择。^⑧战后日本违宪审查制度的建立实际也是基于对近代以来军国主义在合法形式下恶性发展的反思,有其必然性,这也正是这一制度能够在日本长期存在并得到发展的理由。

违宪审查制在日本的确立与适用,使战后制定的《日本国宪法》成为“活的”宪法,成为真正的人民权利保障书。更为重要的是,在权力分立与权力制衡的架构下,违宪审查制成为司法机构限制其它两权的保障。尽管由于日本缺乏西方宪政文化中长期形成的对权力的不信任和对权利与自由的强烈要求,影响了违宪审查制度功能的发挥,但在这一制度近 60 年的发展中,对人权保障的作用还是显而易见的。

我国在长期的历史发展中,由于专制主义与人治观念的影

^⑧ 参见季卫东著:《宪政新论:全球化时代的法与宪法》,北京大学出版社,2002 年版,第 33~34 页。

响,法治理念和法制建设存在明显不足。在漫长的封建社会,政府的权力是无限的、不受任何约束的,“普天之下,莫非王土”。人们对政府的行为无能为力,没有任何法律上的方法可以对政府行为提出质疑或挑战,当自己的权利受到侵害时,人们无法寻求法律上的救济。1949年中华人民共和国成立后,在约束政府、建立法制方面做出了一些努力,特别是1982年宪法的制定,不仅规定了一切权力属于人民,规定了一切违反宪法和法律的行为必须予以追究,任何组织或个人都不得有超越宪法和法律的特权,而且明确规定公民对于任何国家机关和国家工作人员有提出批评和建议的权利,对于他们的违法失职行为,公民有向国家机关申诉、控告和检举的权利等,这些规定为违宪审查制度的建立提供了宪法依据。但由于各种原因,长期以来,中国并没有建立起一套切实可行的宪法和法律实施的保障机制,使得公民在权利受到侵害时能及时获得救济。进入21世纪以后,随着我国经济的发展和法制建设的深入,健全宪法保障制度的必要性更加明显,而违宪审查制度已被事实证明是一种行之有效的宪法保障制度。由于这一制度在世界上存在多种模式,同一模式在各国的实践中既有成功的经验,也有失败的教训,因此,对国外违宪审查制度的研究就变得非常必要。

日本在近代以前长期受中国的影响,其文化与法律制度与中国有着许多相似性,如重视“家族”、“团体”的观念,以“调解”解决纠纷的制度、“濫讼”意识的存在等。近代以后,在迈向法制近代化的过程中,日本走在了中国的前面。1867年建立的明治新政府在“脱亚入欧”政策指引下,大力推进法制建设。到19世纪末,日本模仿欧洲大陆国家,基本建立了比较完善的近代化法律体系。二战以后,在以美国为主的“盟军”占领下,废除了战前法西斯主义和军国主义的法律,以《日本国宪法》的制定为契机,先后制定了一系列民主化与保障人权的法律,从而使日本成为一个现代化的法治国家。由于战后美国占领的特殊状况,

使日本深受美国文化与法律的影响,特别是违宪审查制度的建立,是美国法影响日本法的典型表现。由于日本与美国文化背景不同,这一制度在日本的运行表现了其独有的特点,而日本与中国文化背景的相似性,则使我国在借鉴这一起源于欧美文化的制度时,对日本违宪审查制度的研究更具有非同寻常的意义。

目前我国关于国外违宪审查的研究还非常不足,这些研究又大部分集中在欧美国家的制度,^⑨对于同中国有着相似文化背景的日本制度的研究却很少。据笔者所知,目前中国大陆还没有关于日本违宪审查制度研究的专门著作,比较全面介绍日本违宪审查制度的论文也比较少,^⑩在这些少量的研究中,有些还存在错

⑨ 关于欧美国家违宪审查的研究文章很多,在此不再一一列举。著作方面虽然缺少全面完整的介绍著作,但许多关于宪法的著作都用相当的篇幅对此作了详细的论述,或者虽是对美国宪法条款的研究,但实际是关于违宪审查的研究。前者如张千帆:《西方宪政体系》(上册:美国宪法)、(下册:欧洲宪法)。后者如丘小平著:《表达自由——美国宪法第一修正案研究》,北京大学出版社,2005年版;丘小平著:《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》,北京大学出版社,2005年版等。另有大量的翻译著作,如:[美]爱德华·S·考文著:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店,1996年版。[美]克里斯托弗·沃尔夫著:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》,黄金荣译,中国政法大学出版社,2004年版。[美]西尔维斯·斯诺维斯著:《司法审查与宪法》,谌洪果译,北京大学出版社,2005年版等。

⑩ 据笔者见到的材料:主要的研究论文有华夏:《日本宪法诉讼的特点》,载《比较法研究》,1987年第1期;季卫东:《违宪审查制度的不同制度设计在日本》,载《法律思想网》,2004年7月29日上传;张文政:《现代法治主义理念的再认识——日本司法违宪审查制度论析》,载《学习与探索》,2004年第2期;童之伟、蒋光文:《日本违宪审查学说面面观》,载《法律科学》,2005年第6期;童之伟、蒋光文:《日本的违宪审查制及其启示》,载《法律评论》,2005年第4期。另有少量简单的介绍文章:如陈欣新:《日本违宪审查制度》,载《人民法院报》,2002年3月18日;李丰:《日本违宪审查制度》,载《党政论坛》,2004年第7期等,在此不再一一列举。我国台湾地区的研究著作主要有陈秀峰著:《司法审查制度——日本继受美国制度之轨迹》,文笙书局股份有限公司,1995年版。另有些比较研究的著作作用专章对日本违宪审查进行了介绍,如胡锦光主编:《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社,2006年版。

误,^⑩ 因此,探讨日本近60年违宪审查制度发展的经验教训,对于中国目前的理论与实践来说是非常必要的,这也正是本文研究的目的所在。

当然,要更好的研究这一问题,首先必须厘清与之相关的一些概念。

一是“违宪审查”与“司法审查”。违宪审查又被称为合宪审查或宪法审查,源于英文的 Constitutional Review,其本意是宪法性审查。有些国家由于是普通司法机关履行这一职责,因此又称作司法审查(Judicial Review)。中国正式的叫法为宪法监督或宪法实施的保障,一般称作违宪审查。^⑪ 日本战后由于继受了美国的司法审查制度,由普通司法机关对违宪法令进行审查,因此,严格说来,日本采取的是司法审查的模式。由于日本的学术

⑩ 如李丰在《日本违宪审查制度》(载《党政论坛》,2004年7月)中认为:到2004年,日本法院共做出确定的违宪判决8件,即:①没收第三者所有物事件判决(1962);②杀害尊属重罚规定违宪判决(1973);③限制开设药店距离事件判决(1975);④众议院议员选举名额分配不均衡事件判决(1976);⑤请求分割共有林诉讼事件判决(1987);⑥法庭记录诉讼违宪判决(1989);⑦歧视非婚生子女继承份额违宪判决(1994);⑧爱媛县支付靖国神社玉串金违宪判决(1997)。这里有三点错误:第一,作者对日本的违宪判决了解不全。因为,作者没有提及同一时期最高法院做出的“众议院议员选举名额分配不均衡违宪判决”(1985);“邮政法免除责任、限制规定违宪判决”(2002)两项法律违宪判决;第二,混淆了法令违宪和行为违宪。第⑥、⑧是典型的行为违宪判决。而关于法院做出的行为违宪的确定判决远不止这两件。第三,对下级法院做出的违宪确定判决缺乏分析。如第⑦,关于“歧视非婚生子女继承份额违宪判决”,东京高等法院曾两次就同类事件在1993年和1994年做出违宪判决,虽然因被告婚生子没有上告使该两项判决成为确定判决,但在另一起同类案件中,同样是东京高等法院在1991年做出了合宪判决,原告非婚生子女不服,向最高法院提起特别抗告,最高法院在1995年做出了合宪判决,实际是否定了东京高等法院1993年和1994年的违宪判决。因此,对于法令违宪的判决,一般以最高法院的判决为标准。

⑪ 参见王振民著:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社,2004年版,第19页。

界也习惯将这一制度称作违宪审查,^⑬因此,本文采用违宪审查这一较为广泛使用的术语。

第二是“违宪审查”与“宪法诉讼”。由于违宪审查制度是通过美国的“马伯里诉麦迪逊案”这一诉讼方式确立起来的,因此,长时期内,违宪审查与宪法诉讼是作为同义语来使用的。虽然有著作认为宪法诉讼只是违宪审查制度的一部分,不可以将二者加以等同。^⑭但在日本学者的著作中,一般将二者在同一意义上使用。如户波江二教授在对日本50年宪法诉讼进行回顾后写道:“迄今为止的宪法诉讼论,以附带式审查制的共同性为媒介,着力研究的是美国的违宪审查制。”^⑮“对日本违宪审查制所期待的,最重要的是要提高宪法判例的质量,在充实议论的同时,做出有利于保障人权的判决。为此应扩大宪法诉讼的

⑬ 据笔者见到的日文材料,绝大部分都使用了“违宪审查”这一概念,而使用“司法审查”概念的非常少,以至于松井茂记教授在其1999年出版的《日本国宪法》中,对自己使用司法审查这一概念在注释中特别加以辨明。他写道:“这一权限常常被称作‘违宪审查制’或‘法令审查权’,……但在日本,由于法院只是在行使司法权时附带地行使这一审查权,因此,司法审查权(Judicial Review)的用法是最恰当的。”见〔日〕松井茂记:《日本国宪法》,有斐阁,1999年版,第81页。而中国有学者在考察国外的宪法制度时也指出:在当今已完全确立了违宪审查制度的日本,其违宪审查制度很显然受到美国的很大影响,属于美国的由普通法院行使违宪审查制的体制,因而在名称上应称之为“judicial review of constitutionality”(司法审查制),但实际上,“司法审查”的说法并不常用,人们经常使用的是“违宪立法审查”、“违宪审查”、“法规审查”、“宪法保障”、“违宪审查制度”等概念,其中尤以“宪法保障”和“违宪审查制度”这两个概念的使用最广泛。见王广辉主编:《通向宪政之路:宪法监督的理论和实践研究》,法律出版社,2002年版,第17页。

⑭ 刘志刚著:《宪法诉讼的民主价值》,中国人民公安大学出版社,2004年版,第2~3页。另,佐藤幸治教授认为,严格的宪法诉讼只存在于司法法院型的情况,但现在一般通用。见〔日〕佐藤幸治著:《宪法》青林书院新社,1981年版,第235页。

⑮ 〔日〕户波江二:《司法権・違憲審査制論の50年》。载〔日〕樋口陽一《憲法理論の50年》,日本評論社,1996年版,第118页。该译文载于《外国法译评》,1997年第1期,本文引用原文时参考了该译文,以下同,不再一一注明。

入口,必须研究扩大对宪法案件提起诉讼的可能性。”^{①6}此外,许多学者在关于违宪审查的著作和文章中都将二者加以混同使用。^{①7}因此,本文也沿用了这一方式,在具体的概念使用上没有做严格的区分。

此外,为了问题的研究便于叙述,对写作内容还需要做进一步的说明和界定。

首先,本文主要研究日本的违宪审查制度,但在涉及的具体问题上兼及相关国家,特别是美国的制度。由于日本违宪审查制度建立的特殊性,战后美国的宪法理论对日本产生了重大影响。无论是法院关于宪法诉讼的判决,还是学者的著作,都打上了美国违宪审查理论的烙印。如“事件性与争讼性”理论、“双重审查标准”、“政治问题回避的原则”等。因此,在具体的概念、原则或理论等方面进行溯源和比较是必然的。

其次,本文使用的判例主要以最高法院的判例为中心,兼及有代表性的下级法院的判例。因日本属于大陆法系国家,没有确立英美法系的“遵循先例”原则,最高法院的判决原则上只具有参考价值,但由于最高法院握有下级法院法官的任命权,加之上诉审制度的存在等因素,使最高法院的判决具有了一定的“指导”意义,下级法院一般也愿意遵守最高法院的判决。因此,选择最高法院的判决往往具有典型的代表意义。但有时,因各种原因,某些案件不能到达最高法院,或最高法院对某一问题态度比较消极,下级法院的判决反而具有一定的灵活性,也更具有独特的观点,受到学术界的高度重视,如东京地方法院关于“家永教科书”的判决(又称“杉本判决”)、福冈地方法院关于“小泉参拜靖国神社违宪”判决等。因此,类似判决在文章中也广泛采用。

^{①6} 同前注,第122~123页。

^{①7} 本文后面引用的日文著作基本都是如此,在此不再一一列举。

第三,对某一问题或原则的观点,综合考虑了法院判决意见和学术界的理论。一般来说,法院判决与学术界的意见是一种互相促进的关系,但对于违宪审查制度的发展来说,法院的判决起着重要作用,由于日本特殊的情况,法官与学界沟通比较少,在判决时常常不顾及学界的意见,因此,要了解违宪审查制度在日本的发展全貌,必须把二者结合起来。

由于日本的判例大多不为国人所熟悉,或者了解不全面,故对于重要的判例尽量予以比较详细的介绍,尽管有时不免累赘的嫌疑,但对于全面了解这一制度也许是必要的。对于不太重要的判例,一般只取判决大意。

在研究方法上,本文主要运用了历史研究法和判例分析法。

历史研究法是实证科学的重要研究方法,法学的研究同样离不开历史科学。“正像许多大法学家曾提醒过的那样,一页历史往往抵得上一卷逻辑。如果我们不去看一条法规在历史上的来龙去脉,那我们也许就完全把握不住这条法规的意义。”^⑧日本的违宪审查制度是在美国的影响下确立起来的,而日本又有着完全不同于英美的制度和他文化环境,因此,要研究这一制度在日本的发展状况,必须进行历史的解读。否则就会陷入断章取义的结果,难以真正了解这一制度在日本的发展现状。因此,本文一方面从历史的视角对日本违宪审查制度做纵向的梳理和描述,另一方面,又从横向的角度分别对违宪审查的基本问题及涉及的领域进行历史的分析和评价。

本文另一研究方法是判例分析来解释日本违宪审查制度的理论及其演变轨迹,因为,违宪审查制度本身在其母国就是在法院适用和解释下,通过判例建立的原则和体系,虽然日本的违宪

⑧ [澳] 维拉曼特著:《法律导引》,张智人、周伟文译,上海人民出版社,2003年版,第120页。