

日本违宪审查制度

——兼对中国的启示

裘 索 著

商 務 中 書 館

2008 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

日本违宪审查制度:兼对中国的启示/裘索著.—北京:商务印书馆,2008

ISBN 978-7-100-05919-0

I.日… II.裘… 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 104784 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

RĪBÉN WÉIXIÀN SHĒNCHÁ ZHÌDÙ

日本违宪审查制度

——兼对中国的启示

裘 索 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商 务 印 书 馆 发 行

印 刷 厂 印 刷

ISBN 978-7-100-05919-0

2008 年 月 第 版 开本 880×1230 1/32

2008 年 月北京第 次印刷 印张

定价: 元

序

裘索女士所著《日本违宪审查制度——兼对中国的启示》一书，是她以博士论文为基础，在过去两三年中利用业余时间对之加以修改完善的结果。裘索作为一个律师，能出版这么一本有相当学术水平的专著，可喜可贺。

到华东政法大学在职攻读博士学位之前，裘索就可以算资深律师了。这一点从她的受教育背景和职业经历中可以看出。裘索上世纪80年代中期毕业于复旦大学法律系，获法学学士学位，后到日本留学，获早稻田大学硕士学位，先后在中国和日本都取得律师资格，并一直在东京布莱克摩尔律师事务所和上海锦天城律师事务所执业。除律师职业之外，裘索对学术研究也表现出很大的兴趣，她发表的一些关于日本法律制度和中国法律问题的文章对法律界、法学界人士了解有关领域的知识有相当的助益。

裘索原本报考的是华东政法大学的法制史的博士，当年何勤华校长面试和录取了她，后由于专业平衡的考虑，何校长商请我作为她的指导教师。考虑到我所主持的一个关于中国宪法实施保障的国家社科基金课题，正好缺少人研究值得我们参考借鉴的日本违宪审查那一块。正是这两个方面的巧合，成就了我们的师生缘分。裘索在其在职学习和做博士论文的五年期间，尽管律师业务十分繁忙，但还是圆满地完成了课业。在家人、朋友和同学的鼓励、支持下，她的博士学位论文也终于在2006年获得通过。这个

过程对于她来说应该算是不易的。

非常值得肯定的是,本书作者是针对中国宪法有些条款没能很好实施的现实问题、基于它山之石可以攻玉的认知,为了解决好中国宪法实施保障问题而研究日本的违宪审查制度的体制与方法这个课题的。从著作本身可以看出,作者在讲述和评价日本的司法审查制度的同时,心里始终在寻求足以回答以下问题的答案:为什么我国违宪审查制度功能不能有效运作?除具体制度安排有某些缺陷外,我国违宪审查制度功能不彰是否还有更深层次的发展障碍?怎样才能让我国的违宪审查制度行之有效?在我国现行宪法架构下,日本违宪审查制度中哪些东西能够为我们所用,哪些东西不可能为我们所用?等等。

作者在力图使中国读者了解日本现行违宪审查制度方面下了很大的功夫。本书首先概括性地介绍了日本宪法的发展历程和日本违宪审查制度的政治基础,并以保障公民基本权利为重心对现代日本违宪审查制度的产生,基本内容和主要功能做了概括性的论述。在此基础上,作者对日本违宪审查的受案范围、审查对象、基本理论、判断方法、裁判程序、判决效力等方面做了详尽的评析。另外,作者用了比较多笔墨讨论日本违宪审查制度仍然存在的缺憾,司法能动程度的适当定位,以及日本正在进行或酝酿着的改革。为了帮助读者更好地理解日本的宪政制度,作者在附录中附上了审判年表、判例介绍等一些很直观的材料。

本书的最后的约 1/3 左右篇幅,是作者重点和落脚点。在这一部分,作者阐述了自己对于中国宪法和中国违宪审查制度的理解,并提出了在我国现行宪法框架下借鉴日本的某些经验去完善或改革我国的违宪审查制度,使之有效维护我国宪法秩序的一些想法。在这方面,作者指出:人民代表大会制度是我国违宪审查制

的基础,民主集中制是我国违宪审查制度建设必须遵循的主要原则之一;按宪法,我国实行的是国家权力机关审查制,司法机关没有违宪审查权;日本违宪审查制中不少具体做法都可以供我国参考借鉴,但这种参考借鉴只能在维护和完善我国宪法架构的前提下进行。作者本着以我为主、为我所用的精神看待日本违宪审查制度,这一点非常值得肯定。

我还想说明,我个人是主张导师尽可能尊重学生对自己研究课题中相关问题的理解和处理的。所以,我对学生论文中的观点和提法,只要大体能够言之成理,都不加以否定,至于遣词造句,学生更是有保持自身偏好的充分自由。所以,裘索的博士论文虽然是我指导完成的,但论点、见解和风格都是她自己的。老实说,我对日本司法制度和违宪审查制度的了解是非常有限的,比不上裘索。我指导她的论文的过程,也是一个我自己加深对日本违宪审查制度的理解的过程。

我希望裘索这本书在我国的宪政进程中能够产生它应有的社会影响。

童之伟

2008年3月30日于

上海新华路寓所

目 录

前言	1
第一章 日本违宪审查制度的确立	6
第一节 日本违宪审查制度的产生	6
一、明治宪法与违宪审查制度	6
二、战后日本违宪审查制度的导入	10
第二节 日本违宪审查制度的依据和功能	27
一、理论依据	27
二、制度依据	29
三、日本违宪审查制度的功能	32
小结	34
第二章 日本违宪审查的性质	36
第一节 附随型违宪审查制的确立	36
一、最高法院对违宪审查制度属性的判例解释	36
二、违宪判决的效力	40
第二节 附随审查下“司法权”的判例解释	43
一、司法权的内涵	44
二、司法权的范围	46
三、司法权的对象	49
小结	59

第三章 日本违宪审查的对象	60
第一节 违宪审查的一般对象	60
一、《日本国宪法》的规定	60
二、判例确立的其他审查对象	61
第二节 判例排除的审查对象	66
一、统治行为和政治问题	66
二、判例排除的其他审查对象	73
小结	75
第四章 日本违宪审查理论和违宪判断方法	76
第一节 日本违宪审查理论	76
一、宪法判断回避的原则	76
二、具体审查方法	82
第二节 日本法院违宪判断方法	96
一、国家抽象行为违宪判断方法	97
二、国家具体行为违宪判断方法	101
第三节 日本违宪审查的基准	103
一、二重基准的法理	103
二、最小合理性审查基准	105
三、中间合理性审查基准	106
四、严格的审查基准	107
小结	109
第五章 日本违宪审查的具体程序	110
第一节 提起违宪审查请求的要件	111
一、事件性	112
二、当事人资格	114
三、诉的利益	117

第二节 具体审查程序·····	120
一、当事人提起宪法争议·····	120
二、上诉·····	121
三、诉讼终结·····	125
小结·····	125
第六章 日本违宪审查运作存在的问题及改革思路·····	127
第一节 日本违宪审查运作存在的主要问题及原因·····	127
一、日本违宪审查运作的主要问题·····	127
二、极端司法消极主义的原因·····	133
第二节 对极端司法消极主义的改革的思路·····	143
一、设立独立的宪法法院·····	143
二、在现行体制内改革·····	144
小结·····	149
第七章 我国现行违宪审查制度及相关问题·····	150
第一节 我国违宪审查制度含义及依据·····	152
一、我国违宪审查制度的含义·····	152
二、理论依据·····	155
三、制度依据·····	158
第二节 我国违宪审查制度面临的问题·····	173
一、解决法律之下规范性文件的合宪性、合法性问题·····	173
二、现有制度具体程序的瑕疵·····	174
第三节 我国违宪审查制度运作存在的问题及原因·····	178
一、我国违宪审查制度运作存在的问题·····	178
二、我国违宪审查制度尚未有效运作的原因·····	179
第四节 完善我国违宪审查制度的基本思路·····	181
一、完善我国违宪审查制度的多种争议·····	181

二、在现有的体制内完善我国违宪审查制度	187
小结	193
第八章 日本违宪审查对我国的启示	195
第一节 制度运作的启示	197
一、审查程序的公开、公正是结果正当化的重要基础	197
二、有效审查需要精通宪法理念的人员	199
第二节 违宪审查原则对我国的启示	200
一、统治行为论对我国违宪审查制度的启示	201
二、合宪限定解释论对我国违宪审查制度的启示	202
第三节 具体宪法判断方法对我国的启示	204
一、以《宪法》条文精神作为实质审查标准	204
二、违宪行为和违法行为的区分	207
三、区分抽象违宪和具体违宪	210
第四节 日本违宪审查学术研究对我国的启示	212
一、日本违宪审查学术研究	212
二、日本学者的研究对我国的启示	214
小结	215
附录一 日本宪法审判年表	217
附录二 日本有关违宪审查的部分判例介绍	230
日本最高法院宪法判例十二则	230
地方法院宪法判例九则	259
附录三 日本法院审判体系简表	285
参考文献	286
后记	294

前 言

最初关注中国的违宪审查制度,起因是 2003 年的刘志刚事件。第一次看到实践中公民依据《立法法》的规定向全国人大常委会提请违宪审查^①,作为一名律师,自然而然地对于结果以及相关的事项极为关注。此后又出现了“杭州百人上书全国人大对拆迁条例提起违宪审查”^②、“我国男女退休年龄规定被提请违宪审查”^③等等事件,使我对中国的违宪审查制度产生了浓厚的兴趣,进而做了相关的学习和研究。

为了保障公民基本权利,维护国家法制统一,保障宪法实施,我国 1982 年《宪法》确立了我国社会主义特色的违宪审查制度,即

① 崔丽:《三位中国公民依法上书全国人大常委会建议对〈收容遣送办法〉进行违宪审查》,载于《中国青年报》,2003 年 5 月 16 日。提起建议的三位法学博士认为,《收容遣送办法》作为国务院制定的行政法规,其中有关限制人身自由的内容与我国现行《宪法》以及有关法律相抵触,属于《立法法》中规定的“超越权限的”和“下位法违反上位法的”行政法规,应该予以改变或撤销。

② 盛学友:《杭州百人上书全国人大对拆迁条例提起违宪审查》,载于《法律服务时报》,2003 年 8 月 1 日。2003 年 7 月 14 日,浙江省杭州机械工业学校退休教师刘进成发起、金奎喜律师等 116 人联名请求全国人大常委会对国务院和杭州市的“拆迁条例”进行违宪审查的建议的挂号信寄往首都。7 月 20 日,刘进成收到邮局回执:全国人大常委会于 7 月 17 日收到建议书。

③ 北京大学法学院妇女法律研究与服务中心:《北大法学院妇女法律研究与服务中心就男女退休不同龄规定向全国人大常委会提起违宪审查建议书》, <http://www.woman-legalaid.org.cn/read.php?kind=zxkx&file=20060308161734> 北大法学院妇女法律研究与服务中心就国发(1978)104 号文件关于女职工退休年龄的规定,向全国人大常委会提起违宪审查建议。

由全国人大及其常委会监督宪法实施,行使违宪审查权,但具体的运作程序却迟迟没有建立起来。2000年3月15日第九届全国人大第三次会议通过《立法法》,进一步完善了我国的违宪审查程序,主要体现在:第一,规定了提起对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行违宪审查的主体,特别是规定了公民可以向全国人大常委会提起违宪审查的建议,这对保障公民基本权利有重要意义;第二,规定了全国人大常委会对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行违宪审查的基本程序。

在《立法法》的基础上,2000年10月16日九届全国人大常委会第三十四次委员长会议通过《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》,并于2003年8月15日十届全国人大常委会第六次委员长会议和2005年12月16日十届全国人大常委会第十次委员长会议两次做出修订,2005年12月16日十届全国人大常委会第十次委员长会议还同时通过了《司法解释备案审查工作程序》,这些文件都进一步完善了全国人大常委会的违宪审查程序。

但是,前文中的案例都涉及公民基本权利保障和国家法制统一的问题,但这些公民的建议并没有使得全国人大常委会正式启动违宪审查程序,也没有对争议的规范性文件做出是否合宪的审查结论。可以说,迄今为止,全国人大还没有进行过一次事后的违宪审查工作^①,全国人大常委会也没有依据《立法法》的规定进行过一次违宪审查工作,因此,总体而言,我国违宪审查制度的运作

^① 笔者认为全国人大曾有过的两起事前审查的先例,即在《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》生效之前,曾经做出《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》和《关于〈中华人民共和国澳门特别行政区基本法〉的决定》,这两个《决定》属于事前审查的范畴,对此后文详细论述。

是缓行的,保障公民基本权利和维护国家法制统一的功能并没有得到有效的发挥。

为什么我国违宪审查制度功能没有有效运作?是否仅仅是具体制度的某些缺陷?我国违宪审查制度功能发挥有赖于哪些因素?如何逐步消除制约我国违宪审查制度功能发挥的不利因素?为了进一步完善我国违宪审查制度,保障公民基本权利和维护国家法制统一,进一步研究上述问题是有必要的。而且,如果以中国的问题意识为视角,从比较法的角度研究我国违宪审查制度的问题,对于解决问题有重大参考意义。笔者选取了日本违宪审查制度作为研究我国违宪审查问题的参考对象,以期研究结果对解决我国问题有所借鉴。

现代日本宪法诞生于1946年,由于出身的特殊性(在美国的占领下制定的宪法),一直受到各种各样的褒贬不一的评价。在日本的法学界,对于日本宪法的定性也一直是争论不休。对于违宪审查制度,学术界与实务界更是存在着极大的分歧。但是不可否认,在第二次世界大战后的废墟上,短时间内发展到今天这样一个世界经济大国,现代日本宪法作为国家的根本大法,其所发挥的安定国家的作用无法使世人忽视。宪法秩序的安定,保证了国家的安定。而在维护宪法秩序的稳定方面,违宪审查制度无疑起到重大作用。所以,应当说战后日本在美国占领当局的主导下,导入的普通法院审查型的违宪审查制度,具有很多成功之处。日本的违宪审查制度虽然与我国在违宪审查方面实行的“权力机关审查制”在很多方面有重大差别,但在制度运作的过程中,都会涉及制度功能的有效发挥以及具体审查的标准等技术性问题,日本在这些方面的经验和教训值得我国借鉴。

正是出于这一考虑,从事中国法律业务多年,并且在日本学

习、生活以及在日本的律师事务所工作多年,对于两国的法律制度有些熟悉的笔者,决定做一些自己力所能及的工作。本文以日本宪法和违宪审查制度的形成、发展为主线,通过对日本违宪审查制度的功能定位、本土化过程中的经验、违宪审查制度功能发挥的条件等的分析和研究,找出中国违宪审查制度完善和移植中可以借鉴的东西。同时,为了更好地理解日本的宪政制度,在附录中增加了审判年表、案例介绍等一些实用性的东西。

本书的第一章,是对日本宪法的发展历程的一个概括性的介绍,其内容是日本违宪审查制度的基础性的说明,包括东北亚第一部君主立宪的宪法——明治宪法的内容和特点以及被称为和平宪法的日本新宪法的内容和特点。通过这样的介绍,力求使读者对于日本宪法的产生、发展有一个基本的了解,便于理解现代日本违宪审查制度的特点。本章与其说是对法律问题的研究,不如说是对日本法制史的介绍。

第二章,直接切入正题,从正面对现代日本违宪审查制度的产生,基本制度和功能进行概括性的介绍。保障公民基本权利是世界上所有民主国家的违宪审查制度的基本功能,日本当然不能例外。但是,日本又保持着自己的特点,这一特点在本章中可以通过日本违宪审查制度的理论以及制度依据中的介绍可以首先了解一些。对于日本违宪审查制度的特点的进一步剖析,将在后文中进行。

第三章,是伴随着日本违宪审查制度产生到发展到今天,一直存在着争论的问题。在日本新宪法中,只是笼统规定了最高法院具有违宪审查权,对于具体的审查方式并未做出规定。虽然最高法院以案例形式确定了日本的违宪审查制度是附随审查制度,但是在学界的争论却一直没有停止过。通过对违宪审查的内涵、范围、对象的分析,力求使日本附随违宪审查制度浮现一个初步的轮廓。

在看到日本违宪审查制度的轮廓之后,第四、五、六章是对其进行的深入解剖。第四章的日本违宪审查的对象,如同违宪审查制度的门户,它解决的是违宪审查制度的入门问题,即,什么可以进来,什么不可以进来。而第五章的理论和判断方法、第六章的程序,则解决的是对于进了门的对象如何料理的问题。通过这三章的了解,我们已经可以基本掌握日本违宪审查制度是怎样的一个制度。

第七章,应该说是本书的一个核心,即日本违宪审查制度存在着什么问题,在进行着什么样的改革,而这些内容都是对我国的违宪审查制度具有借鉴意义的。日本国内舆论对于司法消极主义的批评,反映了违宪审查制度对于国家安定有着何等重要的意义,值得我们去认真研究。

从第八章开始,进入到了我国的违宪审查制度。包括制度的介绍以及存在的问题。通过几种解决方案的对比和介绍,借鉴日本的经验,提出了自己的解决方案。即,在现有制度的框架下,去完善和改革我国的违宪审查制度,使之具有实用性,真正起到维护我国宪法秩序的作用。

第九章,是本书的另一个重点,即日本违宪审查制度给我们什么样的启发,我们应当如何去应对未来的发展。这一章也是对本书的一个总结,同时对我国违宪审查制度的建设和发展提出了建设性的建议。

上述是对本书写作背景和主要章节内容的一个简要概括,若本书的出版对于中国司法改革的进程有所裨益,若对想了解日本违宪审查制度的读者有所帮助的话,这将是笔者的一大幸事。

第一章 日本违宪审查制度的确立

“日本国民真诚地企望以正义和秩序为基调的国际和平，永远放弃为国家主权而发动战争，放弃武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为达此目的，日本不保持陆海空军和其他战争力量，不承认国家交战权”。相信每一个了解日本历史的人都会对这一段文字有很深的印象。因这一段文字表述，日本新《宪法》被世人称之为和平宪法。但是，和平宪法并不是日本的第一部宪法，日本的第一部宪法是确立了君主立宪制的《大日本帝国宪法》，世称明治宪法。

由于日本的这两部宪法的性质迥异，因此，谈及日本的违宪审查制度，不得不从战前的《明治宪法》谈起。

第一节 日本违宪审查制度的产生

一、明治宪法与违宪审查制度

（一）明治宪法的特点

1868年日本的明治维新，恢复了天皇亲政。由于国内民主运动的活跃，开设国会、实行政党政治和议会内阁制、颁布钦定宪法的主张被提上了日程。1881年，确立了以岩仓具视（1825—1883，日本政治家，对日本皇室有很大的影响力，也影响明治维新

的发展)、伊藤博文(1841—1909,日本近代政治家,内阁总理大臣,明治维新元老)、井上毅(1839—1895,日本明治时期政治家、教育家。1886年在伊藤博文领导下起草日本宪法)为主的中枢机关,开始了宪法制定的工作。由于这三人均主张以德国帝国宪法为蓝本,所以明治宪法从最初开始便打上了德国的烙印。从新政府建立伊始,为了寻求近代国家的模型,派出许多代表团前往欧美。据资料记载,代表团先后去了美、英、法、比、荷、德、俄、丹麦、瑞典、意大利、奥地利、瑞士等国家,而从1882年3月开始为期18个月的伊藤博文对欧洲的宪法调查,则对于明治宪法有着特别重要的意义。通过这次调查,日本政府的主导部门进一步坚定了效仿德意志帝国宪法的决心。

1886年由伊藤博文、井上毅、金子坚太郎、伊东已代治组成的宪法起草班子正式开始起草宪法。主导者在法律思想上的倾向决定了聘请的顾问是德国人莱斯勒和毛塞,并经过与德国顾问的反复探讨和修改后,于1888年4月向天皇提交了最终草案。经过了1888年6月到1889年1月的枢密院的三次审议,明治宪法于1889年2月被正式公布。

1889年2月11日,当时的明治政府颁布了仿效普鲁士宪法制定的《大日本帝国宪法》(明治宪法),并于1890年11月召开帝国会议,宣告宪法正式生效,开始步入议会政治。这部宪法是日本乃至东亚国家的首部宪法,因为其性质是神权主义君主制的宪法^①,所以主要内容是规定君主立宪制政府结构,以及作为天皇的恩惠而给予臣民的有限的民主权利。注意,这里用的是“臣民”,而不是西方宪法中的“公民”,这一用词明确表示了明治宪法的性质。

^① 芦部信喜、高桥和之:《宪法》(第三版),岩波书店2004年版,第18页。

明治宪法的具体内容包括,第一条“大日本帝国由万世一系的天皇统治之”表明明治宪法是基于天皇主权的原理,由天皇总揽立法、司法、行政之统治权。此外,行政各部的官制、陆海军的统帅、宣战的公布、条约的缔结等,都属于天皇的大权。帝国议会采取众议院与贵族院的两院制,众议院由公选议员组成,贵族院由皇族、华族(皇族以下,士族以上的阶层)、敕任议员(相当于御任,即国家派任议员)组成。两院虽然权限相等,但众议院往往受制于贵族院。帝国议会于休会中,可以以天皇之名,发布取代法律的紧急敕令。

从明治宪法的性质以及具体内容可以看出明治宪法具有以下特点:

君权神授而且天皇总揽国家立法、司法、行政大权的基本原理,具有反民主的特点。虽然明治宪法参照了西方国家的宪法,并采用了宪法的体例结构和宪法的各个制度,但是,“天皇神圣不可侵犯”(第3条),“天皇为国家元首,总揽统治权”(第4条)等规定表明了明治宪法实行的是天皇主权原则,政府、议会和法院对天皇而言均处于从属地位。虽然第55条规定:“国务大臣,辅弼天皇,负其责任。并有在法律、敕令和其它与国务相关的诏敕之上附属的义务”,但是仅仅是建议的权利,是无法真正监督天皇的。此外,军事统帅权从一般国务中独立出来,由参谋总长、军令部长辅弼天皇,国务大臣无权建议,因此第55条没有任何的实际意义。而由参谋总长、军令部长辅弼天皇不受政府及议会的约束的机构设置,直接导致了日后日本军部独裁的产生。^① 这样的国家结构,形式上的法治,与宪法产生的目的和价值,即“有限政府”(limited gov-

^① 芦部信喜、高桥和之:《宪法》(第三版),岩波书店2004年版,第19页。