

“十三五”国家重点图书出版规划项目



法学精义  
*Essentials of Legal Theory*

# 宪法

(第六版)

[日] 芦部信喜 著

[日] 高桥和之 补订

林来梵 凌维慈 龙绚丽 译

清华大学出版社

“十三五”国家重点图书出版规划项目



法学精义

*Essentials of Legal Theory*

# 宪法

(第六版)

[日] 芦部信喜 著

[日] 高桥和之 补订

林来梵 凌维慈 龙绚丽 译

清华大学出版社

北京

北京市版权局著作权合同登记号 图字：01-2014-6034

KENPO, 6TH EDITION

by Nobuyoshi Ashibe, revised by Kazuyuki Takahashi

© 2015 by Ritsu Ashibe and Kazuyuki Takahashi

Originally published in Japanese by Iwanami Shoten, Publishers, Tokyo, 2015.

This simplified Chinese edition published 2018

by Tsinghua University Press, Beijing

by arrangement with the proprietor c/o Iwanami Shoten, Publishers, Tokyo

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

宪法(第六版)/[日]芦部信喜著；[日]高桥和之补订；林来梵，凌维慈，龙绚丽译。—北京：清华大学出版社，2018

(法学精义)

ISBN 978-7-302-49414-0

I. ①宪… II. ①芦… ②高… ③林… ④凌… ⑤龙… III. ①宪法—研究—日 IV. ①D9313.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 012174 号

责任编辑：朱玉霞

封面设计：傅瑞学

责任校对：宋玉莲

责任印制：杨 艳

出版发行：清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机：010-62770175

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座

邮 编：100084

邮 购：010-62786544

印 装 者：三河市铭诚印务有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm

印 张：24

字 数：405 千字

版 次：2018 年 4 月第 1 版

印 次：2018 年 4 月第 1 次印刷

印 数：1~3000

定 价：79.00 元

---

产品编号：059880-01

## 作者

芦部信喜(Nobuyoshi Ashibe) 1923年生于日本长野县,1949年东京大学法学院毕业,1963年任东京大学法学教授。之后,历任学习院大学法学院教授、放送大学客座教授。1999年去世。

著作有:《宪法诉讼的理论》(有斐阁)、《现代人权论》(有斐阁)、《宪法诉讼的现代之展开》(有斐阁)、《宪法与议会政治》(东京大学出版会)、《宪法制定权力》(东京大学出版会)、《人权与宪法诉讼》(有斐阁)、《人权与议会政治》(有斐阁)、《宪法判例读解》(岩波书店)、《演习宪法(新版)》(有斐阁)、《宪法学》I·II·III(有斐阁)、《宗教·人权·宪法学》(有斐阁)等。

## 补订者

高桥和之(Kazhiyouki Takahashi)1943年生于日本岐阜县,1967年东京大学法学院毕业,1984年任东京大学法学院教授。之后,任明治大学法学院教授,现任东京大学法学院荣誉教授。

著作有:《现代宪法理论的源流》(有斐阁)、《国民内阁制的理念与运用》(有斐阁)、《宪法判断的方法》(有斐阁)、《现代立宪主义的制度构想》(有斐阁)、《立宪主义与日本国宪法》(有斐阁)等。

## 译者

林来梵 法学博士(日本),清华大学法学院教授、博士生导师。

代表性著作有《中国的主权、代表与选举》(日文版·晃洋书店)、《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》(商务印书馆)、《宪法学讲义》(法律出版社)等。

凌维慈 华东师范大学法学院副教授,兼任纽约大学法学院上海项目兼职副教授,在《法学研究》《法学》《华东政法大学学报》等发表学术论文二十余篇。

龙绚丽 中国地质大学(武汉)外国语学院副教授。

## 第六版译者序

芦部信喜先生的《宪法》一书,作为这位日本当代宪法学泰斗在其晚年所著的、毕生所撰写的唯一的一部宪法学教材,具有极大的影响力,据闻迄今在彼国已售出百万册之巨,堪称法学超级畅销书。尤其值得注意的是,此书即使在著者1999年谢世之后,仍由其弟子、当今日本著名宪法学家高桥和之教授继续补订出版,其间不断吸纳日本最新颁行或废改的相关法律法规以及重要判例等资料进行必要的补充或修订,目前已延至第六版,足见其生命力之强盛。

此书也受到了跨国界的瞩目,除第一版的中译版曾在我国台湾地区刊行之外,其第三版亦曾由笔者受北京大学出版社有关方面的委托,与凌维慈、龙绚丽二君合译为中文,于2006年在中国大陆刊行,旋即受到了众多中国学者和学生的喜爱,乃至被奉为法学经典。

但该版中文版的问世距今已有十余年之久,由于版次的更迭,本书在内容上也已有较大的补充与变化。如所周知,近十多年来,日本政治发生了所谓的“右倾化”现象,力主修改现行和平宪法的政治力量有所增强,由此也引发了法政领域和学术上的各种分歧与争议;但另一方面,饶有趣味的是,一向被指在行使违宪审查权过程中耽于消极主义立场的日本最高法院,晚近以来却出人意料地在一定程度上呈现出了一种活泼化的倾向,在违宪审查实务上做出了一些引人瞩目的业绩。凡此种种的新动向,在本书第六版中均有所反映。正是鉴于本书内容上的变动,此度清华大学出版社决定引进此书最新版的第六版,委托我等三人再度翻译,重新在中国出版。

关于芦部宪法学以及本书的介绍,笔者曾有一篇专文,并作为此书第三版中译版的译者序而忝录于书中。为了方便新的读者理解本书,现仍收录此序,为此于此不再赘述。唯值得一提的是,虽然芦部信喜先生已去世多年,其宪法学说亦难免在学术上受到一些挑战,但其基本立场、主要方法、总体框架以及许多具体学说,仍在当今日本宪法学界维持着通说的地位。

芦部宪法学作为一种理论形态,在现今的日本社会也具有深远的影响。有一个意味深长的政治趣闻正好说明了这一点。2013年的某一日,在日本参议院的一个委员会上,力主推动修宪的安倍晋三首相接受质询,其间,一位民主党议

员向他问起了宪法的一个基本原理,安倍无法作答。这位民主党议员便问道:“安倍首相,您知道一位叫芦部信喜的宪法学者吗?”安倍答曰:“不知道。”议员又问:“那您知道高桥和之或者佐藤幸治吗?”安倍又回答不知道,但辩称:“我既不是宪法学的权威,也不再是学生了,所以不知道。”安倍在这次问答中的表现,被日本各界许多人引为笑谈,甚至被其政治上的反对者引向一个结论:不懂得宪法的人正力图修改宪法。据媒体报道,不久后他就收到了一份由一个日本青年律师协会寄去的特别“礼物”,那便是一本芦部先生最新版的《宪法》。

林来梵

2018年1月17日

## 芦部宪法学是这样的体系（第三版译者序）

### 一、本书的学术高度

本书几乎可以说是日本原东京大学教授芦部信喜先生(1923—1999)一生中留下的唯一的一部完整的宪法学体系书,<sup>[1]</sup>集中地凝结了作者对日本现行宪法的体系性思考,可列为法教义学意义上的宪法学的现代经典。

原书第一版完成于1992年,甫一出版,即在日本备受瞩目,甚为畅销。该版在台湾地区亦曾有译本(1995年),且在大陆学界的部分学人之间流布。此后每当重印之际,作者还加诸了若干必要的修订,尤其是1997年曾在幅度较大的修订的基础上推出了第二版(新版),直至1999年作者不幸谢世为止。目前的这个版本为其第三版,乃是按照其数代师承的传统,由作者生前最为重视的嫡系高足(似可视为其学说的“第一顺位继承人”),即东京大学法学院的高桥和之教授代为修订而成的,内中追加了若干有关重要的新判例和新法令的内容。此版于2002年付梓,恰好与1992年第一版的问世相隔10年,在内容和完成度上自然已更为足观。

本书在日本亦被许多高校采用为宪法学课程的标准教科书。就此而言,有可能在以下诸点优长的兼备统一之上,值得我们中国(尤其是大陆)同行表示敬意。

第一,它是一部由一个学者单独撰写的体系书,自洽地、没有矛盾地反映和处理了全书之中的所有观点。此第三版虽由他人代为修订而成,但毕竟出自作者的嫡传弟子之手,而且有意识地“把芦部宪法学在其到达点上的原型全然加以保留”(高桥在第三版前言中语),凡修订之处也均作出了标记。

---

[1] 作者晚年从东京大学退休之后,亦曾开始致力于以庞大的卷帙,阐述其宪法学的学说体系,并于1992年(即本书第一版推出的同年)出版了《宪法学Ⅰ(宪法总论)》,继而先后在1994年和1998年出版了《宪法学Ⅱ(人权总论)》《宪法学Ⅲ(人权各论Ⅰ)》(均由最负盛名的、素被认为产生法学通说的老牌法律出版社——有斐阁出版),但遗憾的是在1999年不幸病逝,其此生前的这一学术大业,就此中断。

第二,它的作者原为东京大学教授,曾任东京大学法学院院长、日本公法学会理事长、日本学士院会员,<sup>〔2〕</sup>并获得作为日本学者的一项极高的荣誉——文化功劳者称号,在本国学界的该领域中极负权威和声望,在其生前的一段时期之内,包括在其执笔和修订该书期间,被视为该学科的执牛耳者。

第三,与许多日本学者一样,作者长期从事该领域的各个专题研究,在议会政治、制宪权、宪法诉讼等理论上形成了丰厚的、引领学界的成果,在此积淀之下厚积薄发,并且是在其学术生涯中思想最为成熟的时期,即类似于“密纳发的猫头鹰起飞”的时期,开始撰写和修订此书的。

第四,作者对该书的写作极为真诚和认真,在整个撰写和修订过程中,几乎字斟句酌,力求精益求精,作为一个对日本现行宪法进行了“体系性思考”的体系,无论其学理还是文字,均达到了炉火纯青的地步,其中又在以下三个方面上可堪赞叹:

一曰纯正。本书作为法教义学的体系,其理论的完成度和成熟度极高,而且几乎没有片只无谓的虚言或赘语,更无政治意识形态上粗鄙的废话和空论。

一曰广博。作者虽属留美出身,但对英、德、法等其他成熟的宪政国家的理论与实践亦甚为谙熟,并将其引接、落实于本国的规范和现实的研讨之中,形成相互交融、圆通的学说,彼此并无泾渭之别、隔膜之感。

一曰平实。它在有限的篇幅之内,以颇为平易明快的母国语言,高度凝练地揭示了相当丰富的、有关日本宪法学体系中的主要内容。文风中和平实,纯熟老到,有中国古时桐城派讲求“义法”,追求雅洁、简明达意之风,同时又颇有微言大义的春秋笔法。本书的译本之所以尽量在平易化(有别于台湾译版的半文言化)上作出了努力,同时又不惜在许多之处采用了以长句进行直译的方式,即是为了应和原著的风格,保留其中的韵味。

## 二、双重可追溯的延承脉络

沿着本书的理论源流追溯上去,其实可以看到相当深厚的学术传统及其颇

---

〔2〕日本学士院是专门依据《日本学士院法》设立的一种荣誉机构,旨在优待学术上取得卓著功绩的学者,促进学术的发达,由150名院士(会员)组成,均为各大学、科研机构、专业学会推荐出来的、在学术上作出了卓越贡献的研究者。



为悠久的传承脉络。在日本的明治宪法时代,最早在宪法学中居于支配地位的是以穗积八束(东京大学教授)为鼻祖的神权学派。穗积八束乃穗积陈重的胞弟,留德出身,曾师承德国国法学大师拉班德(Paul Laband),但仅仅吸收了拉氏的保守方面,回国后创立了“国体”论的宪法学。后来经过美浓部达吉(东京大学教授)与穗积的弟子——上杉慎吉(东京大学教授)之间就“天皇机关说”的一场著名交锋,神权学派宪法学逐渐失去了统治地位,立宪学派开始沛然兴起,而后者有两位齐名并称的代表人物,一为美浓部本人,另一为佐佐木惣一(原京都大学教授,后立命馆大学教授、校长),二者皆受到德国耶利内克(Georg Jellinek)法律实证主义国法学的影响,确立了宪法解释学的理论体系。

而单就所谓的“东大学派”这一脉而言,该派在战前即产生了“方法论的觉醒”,其标志是美浓部的弟子宫泽俊义接受了德国拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)相对主义理论的影响,形成了新康德主义式的将实存与当为、事实与价值截然分开的问题意识,<sup>[3]</sup>用宫泽的弟子,即本书的作者芦部的话来说,“宫泽宪法学的最为基本的特征”,就在于“严格区别科学与实践、认识与价值,并与此关联,认为法虽然是政治的孩子,但法学(法的科学)则应该独立于政治,这一将对象的政治性与方法的政治性加以招别的学问方法论”这一点上。<sup>[4]</sup>有趣的是,宫泽虽然也曾受到了耶利内克的后人——凯尔森之方法的影响,<sup>[5]</sup>但他一人同时承担了法的认识与法的实践(解释)这两者的研究,并将前者作为“法的科学”而加以自觉的追求,这倒有点像耶利内克在“方法二元论”国法学体系中的理论构成,其主要的倾向均是规范论意义上的研究与事实论意义上的研究只是泾渭分明地分断在同一学者的学说体系之中。

更有意思的是,众所周知,耶利内克的“方法二元论”体系曾在其身后分裂为截然对立的两个分支——凯尔森(Hans Kelsen)的纯粹法学(规范论)与施米特(Carl Schmitt)的政治宪法学(事实论);无独有偶,宫泽宪法学的方法后来也在其继承人的研究方向中出现了类似的分裂,其中一支的继承人是小林直树,而另一支的代表人则是芦部信喜。小林直树原为法哲学专攻出身,曾师承凯尔森的异国高足——日本著名的法哲学家尾高朝雄(东京大学),但有意思的是选择过

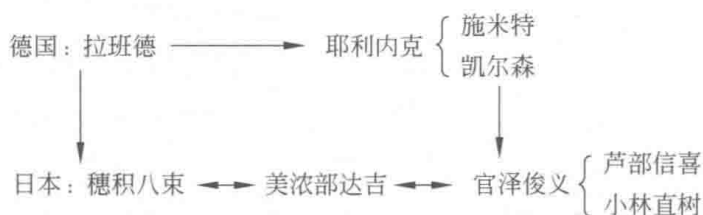
[3] 参见芦部信喜:《宫泽俊义:彻底的自由主义者》,载日本《法学研讨》,1980年第3期《纪念特刊——日本的法学家:人与学问》栏目。

[4] 同上。

[5] 主要是凯尔森的意识形态批判的方法,当然,同时还受到了当时法国实证主义宪法学的影响。

“宪法的法哲学与法社会学”的研究课题,此后坚持这方面的方向,晚近更从宪法学追溯到法哲学背后的人类学的研究;而作为宫泽的受业弟子,芦部则主要专事法教义学上的研究,二人相互配合,彼此互补,共同支撑起宫泽之后东大法学院宪法学的课程。

从这样的追溯我们可以看出,芦部宪法的出现,乃是已有数代传承的学说史发展脉络的自然延伸,而且这一脉络与德国国法学—宪法学的发展脉络又具有一种大致的对应沿承的结构类似性,可图示如下:



在此顺便值得一提的是,日本公法学界曾有一个逸闻,说的是宫泽、小林、芦部这两代三人,恰好均出生于日本长野县(旧属信州藩)。而在芦部去世后不久小林所发表的一篇特别的追忆文章——《给同僚友人——芦部君的最终一信:兼回望轨迹的交叉点》中,亦曾具体透露了这样一段旧事:在小林和芦部两位先生当年被决定共同继承宫泽教席之后首次一道上门拜访宫泽先生时,三人在谈话中知道了都是长野县老乡,于是老先生就半开玩笑地说:“哈哈,这将来保不定有哪个大大咧咧的人出来说‘那时期的东大宪法学都被信州派系占据了去的’哟,呵呵。”〔6〕然而,颇勘吟味的是,小林和芦部虽然私交甚好,但两人之间在方法与学说上的张力关系,则恰好回应了日本宪法学在继宫泽俊义之后法学方法论仍暂时无法明确地解决事实与价值之二元对立这一时代所被要求的完整的内在结构。我们可以推断,这样微妙的教职人事安排,可能就出自于当年东大方面的刻意或精心的考虑,而这又需要有效的大学自治制度以及学术发展决策机关对相关学科体系的深刻洞见。

〔6〕 小林直树:《给同僚友人——芦部君的最终一信:兼回望轨迹的交叉点》,载日本《法学家》杂志,1999年第12期特辑“芦部宪法的轨迹与课题”之中。

### 三、理论构成上的五个要点

相形之下,或许可以说小林直树思想深邃,文采斐然(这一点倒是与芦部的业师宫泽一样),而芦部则细密严谨、持论平稳。小林的学术成就在当代日本也居于极为重要的地位,然而,芦部的学说则大多居于通说地位。就芦部而言,他自然不会不理解宫泽在方法论上的二元结构,然而还是大胆地打破了乃师在事实与规范之间研究比重的一种基本平衡,而直取宪法教义学之一端,精研磨砺,灿然大备,自成一家,其学说在当今日本亦有“芦部宪法学”之专称,甚至被誉为当代“日本宪法学的金字塔顶”。〔7〕可以说,芦部宪法学的体系,正是在一定意义上颠覆了传统东大学派的主流,而又接续成为当代日本宪法学之主流的。

芦部宪法学的体系在理论构成上,具有相当丰富而又相对自足的内容。以下结合其他著述,从五个方面对其有代表性的理论要点,略作一番梳理。

#### (一) 有关宪法的本质观

芦部在东大最初承担的讲义,本是自东大法学院创立以来就开设的传统课程——国法学,这自然已是深受以耶利内克为代表的德国传统法律实证主义国法学之影响的学科,但在教授过程中,他明确地意识到,必须克服德国法律实证主义国法学的传统,而这种克服并不能在魏玛宪法末期出现的、以施米特为代表的政治宪法学的方向中进行,而是应该在努力探究内在于宪法的普遍理念的方向中展开。〔8〕在自50年代后期到60年代所写的一系列有关宪法制定权力、宪法修正界限理论等论文中,〔9〕芦部逐步展现了这一毕生的思考进路,这种进路自然接近于某种自然法的思想,而其间两年留学哈佛大学的旅美研究生涯(1959—1961),亦可能进一步推动了他的思考走上这个进路。

在这个思考进路上,他首先遭遇到了传统实证主义宪法学的有关宪法的本质观,即一种撇开了宪法的价值原理而在所谓高度形式性的“固有含义的宪

〔7〕语出日本有斐阁推出芦部信喜《宪法学Ⅲ(人权各论Ⅰ)》时在该书封面环带上所采用的评语,全句为“引领学界的日本宪法学的金字塔顶”。

〔8〕参见高桥和之:《芦部宪法学之理论上的诸前提》,载日本《法学家》杂志,1999年第12期特辑“芦部宪法学的轨迹与课题”之中。以下部分的要点梳理,亦可参见该文。

〔9〕后结集为《宪法制定权力》一书,由东京大学出版会1983年出版。

法”概念上理解实质性含义的宪法的观点。与此相对,他认识到宪法学的重构,必须将宪法的本来价值作为核心加以把握,即应该从将宪法的本质理解为立宪意义上的宪法这一点上出发。而构成宪法之本质的价值究竟为何呢?在他看来,那就是个人尊严(个人主义)的原理,宪法中的人权与主权这两大基本原理均由此推演所出。他借用了凯尔森“根本规范”(Grundnormen od. Fundamentalnormen)的概念,认为作为宪法之本质性价值的个人尊严的原理以及由此推导出来的人权与国民主权(制宪权),就相当于宪法的“根本规范”,<sup>[10]</sup>反言之,所谓“宪法”,正是将这种“根本规范”加以具体化的一种“价值秩序”。<sup>[11]</sup>

## (二) 有关制宪权的理论

与上述的宪法本质观具有密切联系的是制宪权理论。芦部全面追溯了制宪权思想的历史发展过程,认为对制宪权思想的产生起到了决定性作用的乃是近代自然法学派的根本法(lex fundamentalis)观念以及主权在民的思想。为此他一方面反对象法律实证主义那样“将制宪权完全作为一种社会性的权力要素而从法学的对象范围中加以放逐出去”,另一方面也不认同像施米特那样“将制宪权理解为可以不受任何的规范上的拘束而自由地形成决断的绝对性的事实力量”,<sup>[12]</sup>认为否则最终就可能导致使宪法随从于各个时期当下的政治权力的意志,甚至容认破坏宪法本身的暴力,为此不仅有必要将制宪权纳入法学的对象,而且还有必要将其定位为接受某种“规范上的拘束”的存在,而前述的宪法的“根本规范”,则正构成了这种规范上的拘束,质言之,“……根本规范乃是制宪权为主张自己之存在的基本前提,是拘束制宪权之活动的内在制约原理”。<sup>[13]</sup>而由于芦部认为“根本规范”中已包含了由个人尊严原理所演绎出来的主权在民原理,为此,其制宪权的主体就不是施米特那样在事实论的意义上所构想的那种具有事实力量的政治意志主体,而是规范意义上的国民。在这一点上,我们其实也可以看到芦部宪法学作为法教义学的理想和倾向,至于制宪权和修宪权的关系,他更认为修宪权是“制度化了的制宪权”,是制宪权被纳入法秩序的一种发现形

[10] 参见芦部信喜:《宪法学I(宪法总论)》,有斐阁1992年版,第46页以下。

[11] 参见同上,第29页。以上内容亦可参见本书第一章。

[12] 前引,芦部信喜:《宪法制定权力》,第39页。

[13] 同上,第42页。

态,为防止原始性的制宪权对法秩序的破坏作用而担负起“卫兵”的角色。<sup>[14]</sup> 而由于制宪权受到根本规范的拘束,为此由制宪权转化的修宪权自然也同样受到根本规范的拘束。

### (三) 国民主权论

与上述制宪权理论直接相关的则是芦部的国民主权论。芦部认识到,在近现代的立宪主义宪法之下,由于受到法治主义或合理主义思想的影响,作为通例,制宪权往往多被纳入宪法典之中,作为国民主权的原理而得到宣明。为此,“制宪权就是被宪法内化了的国民主权的原理”,或者说,国民主权的原理,正是对“国民的制宪权”这一观念在实定宪法上的表达。<sup>[15]</sup> 而所谓国民主权中的“主权”,则指的是“最终决定国家政治之形态的力量或权威”。在这一点上,芦部批评了另一个当代日本宪法学界巨擘樋(编辑请注意:此字左边为“木”字旁,右边为一个“通”,在中文全拼中可打出。以下还出现)口阳一仅把国民主权限定理解为一种正当性原理的观点,而认为其中既含有正当性的契机,也含有权力的契机,前者指的是将国家权力之行使加以正当化的终极性权威,而后者则指的是主权者所拥有的终局决定国家政治之实际形态的权力。

芦部将正当性和权力这两种契机结合起来以理解国民主权,其问题意识在于避免将主权原理单纯作为正当性的根据而加以宣明,而不考虑将这种原理加以现实化所要求的一定的制度,但对于杉原泰雄教授立足于法国的理论框架而将“国民主权”与“人民主权”加以区别,并分别对应“纯粹代表制”和“半代表制”或“社会学意义上的代表制”的著名理论,则基本上持不认同的态度。<sup>[16]</sup>

### (四) 有关宪法变迁的理论

与日本现行宪法第九条绝对和平主义条款的问题相关联,宪法变迁论的讨

[14] 同上,第45页。

[15] 前引,芦部信喜:《宪法学I(宪法总论)》,第242页以下。亦可参见本书第一章之四、第三章之二。

[16] 有关这一点,具体可详见前引,高桥和之:《芦部宪法学之理论上的诸前提》。但值得指出的是,对于代表制本身,芦部本人也倾向于采“社会学意义上的代表”之学说。参见芦氏:《宪法与议会政治》,东京大学出版会1971年版,第410页。

论在日本宪法学界一向颇有活跃。而在这一点上,芦部的主要看法是:宪法是不断变迁的社会动态下的“活法”,为此其规范内涵的变化乃是自然的现象,在此没有必要将其法的性质特别作为问题加以思考的必要,而真正的问题则在于,那种直接违反了宪法规范的解释(即清宫四郎曾经所说的“假解释”)这一意义上的宪法变迁是否可得以认同。对此,他认为:“某种违宪的宪法状态,至少在满足了它已经长期反复继存,拥有不变的相同含义,本身已然明确而不容种种解释,并存在国民对其作为规范的价值已予以认同的合意,等这些严格的条件之限度上,根据类似于所谓事实的规范性之理论的观点,也可理解为有可能带有规范的性质”。〔17〕在此值得注意的是,根据芦部的宪法本质观,这个观点实际上乃是表明:即使是那些合法的有权解释,一旦违背了宪法的“根本规范”,仍不能获得规范的效力;相反,即使是上述的变迁,只要不违反“根本规范”而又能满足以上的那些严格条件,则可予以认可。〔18〕

### (五) 宪法诉讼论

芦部宪法的最大贡献,被公认为乃在于建立了相当精致的宪法诉讼理论。这是芦部 1961 年秋留美归国之后开始长期从事研究所积累的成果,主要体现在《宪法诉讼的理论》《现代人权论》和《宪法诉讼的现代之展开》这著名的三部曲中,其中不仅包括了对司法审查的正当化依据以及适当的作用范围等问题的深入探讨,而且主要包括了有关违宪审查的个别性的技术论和程序论,其中的核心部分,是从庞杂的、本身也有点摇摆不定、前后不一的美国判例体系中,以“双重基准”(double standard)的理论为主轴(或一个中心主题),所整理出来的一套因应不同的基本人权限制而区别适用的,拥有具体性、整序性和稳定性的立法违宪审查基准体系。这是一个相当细密、精致的体系,根据芦部本人曾经所提供的图表,〔19〕该体系的最为核心部分可图示如下:

〔17〕 前引,《宪法制定权力》,第 146 页。亦可参见本书第十八章之三(四)。

〔18〕 高桥和之即做这样的说明。参见前引,氏:《芦部宪法学之理论上的诸前提》一文。

〔19〕 芦部信喜:《宪法判例解读》,岩波书店 1987 年版,第 103 页。

精神自由		
A领域： 事前抑制、过度 广泛规制		
B领域： 表达内容的规制		经济自由
C领域： 表达的时间、地 点、方法的规制		D领域： 消极目的规制
		E领域： 积极目的规制

其中,在 A 领域通常可根据法条的文面,直接判断是否违宪;在 B 领域则应主要适用“明显且即刻的危险”(clear and present danger)基准,或采用附定义衡量;在 C 领域应采用像“限制性程度更小之手段”(less restrictive alternatives)这样的基准,即所谓 LRA 基准;而在 D 和 E 的领域则一般可采用“合理性”的基准,其中 D 领域采用“严格的合理性”基准,而在 E 领域则采用较为宽松的“明显原则”。显然,A、B、C 以及 D、E 的严格度依序递减,但其中 C 与 D 的严格度相当。

#### 四、从宪法解释学到一种“规范性宪法学”

从芦部宪法学的上述基本内容中,足以看出其作为法教义学宪法学的基本品格。而就其方法上的特质而言,樋口阳一在芦部歿后不久与奥平康弘、盐野宏等其他四位公法专家所举行的题为“芦部信喜先生的人与学问”的专题追念座谈会中,曾经总结为如下三点:第一,对作为宪法学的对象的宪法本身的存在结构的历史性进行敏锐的把握;第二,与这种历史性、即某种意义的政治性正好相反,所确保的则是“宪法学方法的规范性”;第三,在此过程中,切实把握内在于宪法之中,或寄寓于宪法之后的普遍理念。<sup>[20]</sup>

对于芦部宪法学之方法论的认识而言,樋口上述所说的第二点尤为重要。如前所述,宫泽宪法学已经在方法论上将“对象的政治性与方法的政治性加以峻

[20] 参见奥平康弘、盐野宏、园部逸夫、户波江二、樋口阳一座谈会记录:《芦部信喜先生的人与学问》,载日本《法学家》杂志,1999 年第 12 期第 4—5 页,特辑《芦部宪法学的轨迹与课题》部分。

别”，而芦部则在继承了这一点的基础之上，将乃师的这种方法发扬光大，进一步落实到以“方法的规范性”应对“对象的政治性”这一有效的要点之上，即在法教义学的框架里直接找到了替代“方法的政治性”的方法——“方法的规范性”进路，而非像乃师那样停留在将法的认识与法的实践加以无奈的区分那一新康德主义的方法论架构之中。基于这一点，我们也可以将芦部宪法学恰当地定位为一种“规范性的宪法学”。

这种规范性的宪法学尽管与笔者有意识地立足于中国宪政的问题状况所倡导的“规范宪法学”不尽相同，<sup>[21]</sup>但在笔者看来，它同样也不再是那种单纯的宪法解释学(或注释宪法学)，换言之，它已然超越了传统宪法解释学的范围，为法教义学意义上的宪法学充实了新的现代内容，把握到了广泛存在于各种规范解释命题与解释命题之间的某种新型的“规范”，那即芦部本人在宪法诉讼论中所探究的各种违宪审查的基准或原则(test; standard; principal)。而这种基准或原则之所以说是一种新型的宪法“规范”，是因为它们并非是传统宪法解释学所关注的、同样可能存在于判例之中的那些有关宪法规范的直接的解释命题，而是审查立法是否符合有关宪法规范的准据，但同样也具有规范的类似特征和效力。从本书中即会看到，对这种准据、这种新型的宪法规范的探讨，正构成了芦部宪法学的重要部分，而且是分量相当可观的部分，从而使芦部宪法学与其前人的法教义学体系(包括其恩师宫泽的宪法注释体系)具有了明显的不同。由此可以说，从明治时代所开创的日本的法教义学意义上的宪法学，由芦部宪法学开始，已从传统的宪法解释学发展为内容更为丰富的、具有现代内容的规范性宪法学。

芦部宪法学之所以取得了辉煌的成就，其本人也在实际上相当强大的方法论对手(如小林直树)面前取得了旧东大学派在当代的“第一顺位继续人”的地位，<sup>[22]</sup>原因自然是多样复杂的，但个中一个重要的缘由，也就在于它因应了时代

[21] 有关笔者的“规范宪法学”(theory of normative constitution)在内涵上的双重复合结构，主要可参见拙著：《从宪法规范到规范宪法：规范宪法学的一种前言》(法律出版社2001年版)前言部分。

[22] 对于芦部宪法学，日本学界也存在有力的批判，如小林直树对其将制宪权的主体仅限于国民(或人民)这一点的批判(参见小林直树：《宪法秩序的理论》，东京大学出版会1986年版，第86页以下)、菅野喜八郎对其在宪法本质观以及制宪权理论上的自然法倾向的批判(参见菅野喜八郎：《国权的界限问题》，木铎社1978年版，第59页以下)、杉原泰雄对其主权论的批判(参见杉原泰雄：《国民主权的研究》，岩波书店1971年版，第346页；同《宪法I：宪法总论》，有斐阁1987年版，第187页)等等，均为如此。但总体上并没有动摇其这种地位。



的宪政课题,明确地立足于法教义学的领域,而且孕育了一整套有关违宪审查的细密的、精致的基准体系。这套体系虽然没有被日本的宪法实践所全盘接受,但实际上对违宪审查的实务产生了极为重要的影响,尤其是其细密化、精致化的努力和梦想,更是令有心之人、有识之士怦然心动、心向往之。这套有关违宪审查的技术论和程序论,从当下我国的理论现况看来,有点像宪法学上的“天方夜谭”,或不得不有隔岸观花、望梅止渴之感,甚至说不定还可能被视为人权保护技术上的“奇技淫巧”,但在宪法保障已经得到了制度化的宪政框架下,却已经构成了现代法教义学意义上的宪法学的必备之内容。

而这种宪法教义学在日本之所以有效,而且像芦部宪法学这样的法教义学体系之所以在宫泽方法论所分裂出来的两支之中成功地胜出为现代日本主流的宪法学,究其原因,则主要又是由于现代日本的宪法已经成为“规范宪法”(normative constitution),尽管其个别的理念(如和平主义)正处于“山雨欲来风满楼”的状态之中。申言之,这种法教义学本身恰恰能够满足当代日本社会所存在的生生不息的宪法规范活性化、宪政理念安定化的需要。反观当下中国,法教义学意义上的宪法学正处于艰难的哺乳期之中,并且备受作壁上观者的鄙薄,原因自然也是多样的,但就我们法学人的志业而言,在某种意义上也正是由于缺失了像芦部宪法学这样的学说体系。而至于那种鄙薄,则恰恰无异于是将那种没有深厚的法治传统、同时又远离宪法规范活性化现实,在盲目等待“宪政时刻”(constitutional moment)的过程中继续加以正当化的态度。

如将目光流转于本书,我们还可以深切感悟到:透过某一国家的宪法规范,总是可以或多或少地洞察这一国家人民的生活实态。但唯有那些无须太多地依赖事实论意义上的研究而可以直接透过规范窥见其人民生活之实态情形的宪法,或许才可称得上“规范宪法”。现代日本正是在曾经给他人人民造成重大不幸之后而又不得不承受来自他国强大力量之作用的这一不幸之中,有幸地得到并且有效地演绎了一部这种性质的宪法。人类的历史往往就是这样无情地受到了其自身悖论的戏谑。而芦部宪法学,则是以一种庄严的学术态度认真对待了这种戏谑的皇皇正论。