



Beihang Law Journal

---

# 北航法学

---

2016年第1卷

田飞龙/主编





Beihang Law Journal

---

# 北航法学

---

2016年第1卷

田飞龙/主编



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

北航法学. 2016年. 第1卷/田飞龙主编. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5620-6855-6

I. ①北… II. ①田… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第146690号

---

- |     |                                                                                  |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------|
| 书 名 | 北航法学（2016年第1卷）<br>Beihang Faxue 2016 Nian Di 1 Juan                              |
| 出版者 | 中国政法大学出版社                                                                        |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路25号                                                                    |
| 邮 箱 | fadapress@163.com                                                                |
| 网 址 | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> （网络实名：中国政法大学出版社） |
| 电 话 | 010-58908435（第一编辑部） 58908334（邮购部）                                                |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司                                                                       |
| 开 本 | 650mm×960mm 1/16                                                                 |
| 印 张 | 17.75                                                                            |
| 字 数 | 300千字                                                                            |
| 版 次 | 2016年6月第1版                                                                       |
| 印 次 | 2016年6月第1次印刷                                                                     |
| 定 价 | 39.00元                                                                           |

# 前言

FOREWORD



在“核心期刊主权”时代，由青年法律学者主编法学专业辑刊是一种怎样的体验？这既是一种学术创新，也是一种生存挑战。《北航法学》即是在这样的学术体制氛围下创刊运行的。前两卷由北航法学院的翟志勇副教授、泮伟江副教授担任主编，我深知他们曾经的殚精竭虑与勉力承担，既是对我的鼓舞，也是对我的压力。受命担任第三卷的主编，我终于全程体会了这一惊险但往往别有收获的学术“众筹”过程。约稿之初，有些“世故”一些的学界同仁往往回复“积极支持”，然后便不再积极，而涉世未深的青年学者或博士生则关切是否为核心期刊或辑刊。如此往还，心中常常惴惴不安。约稿过程也将刺激你充分挖掘自身“学术社会关系”的大数据，如果你的链接和传导回应性太弱，基本就抓瞎了。

功夫不负有心人。本卷从正式约稿到编辑定稿历时三个月，其成效超出了我最初的预期。本卷根据内容共分为两个板块：主题研讨和专题论文。

第一，主题研讨4篇，聚焦日本和平宪法之演变，属于外国宪法与比较宪法的范畴，但对宪法价值原理、东亚地缘法律秩序及中国国家安全与发展利益至关重要。本期主题之源起有两个由头：其一，日本于2015年9月正式通过“安保法案”，解禁集体自卫权，1946“和平宪法”面临生死考验，二战后奠定的东亚国际法秩序出现重大变迁，日本宪法与东亚和平何去何从成为中国人特别关切的公共议题，在法学上有必要加以回应；其二，北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院（以下简称“北航高研院”）于2015年12

月初举行了“日本和平宪法之演变”的内部学术研讨会,形成了较有学术分量和研讨深度的相应成果,需要以适当形式贡献于学界。在高全喜教授支持下,我即着手本专题的定向组稿工作。入选的4篇论文中,有3位作者是日本知名法学院毕业的公法学博士,还有1位青年作者是北航法学院博士生,对日本宪法学说史有一定研究。姜光文博士是我的旧相识,是在2009年韩国成均馆大学学术会议上认识的,当时他还是在读博士,如今已是韩国首尔大学法学院副教授,他从立宪主义角度对日本和平宪法原理的剖析很有启发性。张允起博士同样毕业于日本,现执教于北京大学政府管理学院,曾作为分卷主编负责《日本明治前期法政史料选编》(清华大学出版社2015年版),对日本政治思想史和立宪史了如指掌,其论文聚焦和平宪法的理念与源流,同时提出国际立宪主义的理论构想,视野宏远而深邃。王广涛博士是青年留日学者,现已在日本执教,其论文探讨“安保法案”的思想基础及在日本国内与国际上的争议状况,有助于学界把握这一议题的最新争议点和相关思路。张绍欣博士的论文简短有力,以“解释”“修改”“变迁”“革命”为理论关键词解析日本宪法学传统的内在张力,点明日本和平宪法走向崩解的内在理论因素。日本和平宪法是二战政治成果之一,是二战后东亚国际法秩序的内在构成,甚至一度被学术界诠释为宪法价值原理的重要突破,即“和平”本身作为宪法之根本法凌驾于一般宪法条款及修宪权之上,就如同“人的尊严”在德国基本法上的至尊地位。但是,和平宪法的和平主义理想与传统国际法的战争权预设、日本右翼保守主义传统及其国家意志之间本身就存在难以消解的规范性张力。和平宪法作为宪法价值原理的创新性和突破意义并不巩固,且一直承受着日本“国家正常化”的集体意志的巨大压力。如今,日本内阁推动的“安保法案”将日本自卫队的“专守防卫权”在法律上转型为“集体自卫权”,从而使得日本之国家交战权主要通过美日军事同盟及美国的全球性军事存在而得以实质性恢复。当然,我们也要看到日本和平宪法70年来在日本民主政治与公民社会的双重层面产生的启蒙与规训意义,看到日本多数宪法学者与和平民众对和平宪法的坚持和对“安保法案”的戒备,看到和平宪法之理性精神的实际存在,这本身亦昭示着和平宪法的“虽死犹生”,构成日本在宪法上右翼化的有力制约因素。这一组论文当然不可能穷尽和平宪

法问题的方方面面，而且“安保法案”的具体实施、合宪性争议乃至进一步的修宪议题必然会成为日本宪法变迁的重大争议点，无论是基于宪法学理还是区域和平之关切，我们都有理由继续关注和深化该领域的法学研究水平与层次。

第二，专题论文9篇，篇散、神不散，聚焦司法审查原理、公法概念史学、学派争议与法治话语、比较宪制、法律理性与法律认同等，具有较强的学术思辨性和制度分析水准。陈弘毅教授与马杜罗教授合著的《司法违宪审查》一文具有与“政治违宪审查”对话的意图，但重点不在于批判他者，而在于从司法违宪审查之原型与扩展型的内部考察这一宪法实施模式的思想史与制度史根据，同时兼及对相关宪法解释方法的讨论。王进文博士的《多元民主、代议制议会与宪法法院》一文则以凯尔森的民主理论与规范理论为聚焦点，具体分析了“司法违宪审查”之欧陆模式的内在思想与制度原理，呈现了凯尔森理论的多元主义和新康德主义底蕴。苏宇博士的《尊重历史的过程：行政权与司法权关系之反思》属于对公法概念史的考察，在习以为常的分权理论逻辑之外寻求揭示公法基础概念的发生学（历史）面向，提醒人们注重历史至少与注重理论（文本）之价值等同，而行政法治对历史范畴之实践理性的依赖需要理论家们“同情地理解”。这种分析方法带有剑桥学派“语境主义史学”的方法论倾向，对中国公法学的方法自觉和多元化有一定启发意义。蒋清华博士与翟哈博士的论文涉及了当下宪法学核心话语和范式的竞争与更新的命题。蒋清华博士善于进行宏大语词的语义变迁分析，其以“宪治”作为一种共识性宪法元概念的主张和论证，尤其在当下宪法学研究情势下具有一定的合理性，可以相对避免意识形态过强干扰和对抗带来的学术讨论的“非学术化”问题。有时，机敏地拯救一个语词，恢复其实质性指涉功能，是政治与学术互动的一种智慧。翟哈博士出身法大，现在荷兰蒂尔堡大学深造，其对于“政治宪法学”与“规范宪法学”之学派争议的文献与思路的梳理较为细致，评价相对公允，“我们处于什么样的时代”式的提问本身就超越了既往对话中隐在的“立场背书与方法独白”的实质无语状态，展示了青年一代宪法学人的修养和智慧。“中国一定要有自己的宪法理论”，中国宪法学要完成对中国宪法自身的整体阅读和存在性理

解, 这是我们的默契与共识。胡玉桃的研究论文沿袭了张千帆教授“全球性比较宪制”的雄心和路径, 对澳洲的宪制发展作出了文本考察和制度分析, 对增进学界的宪法学经验知识有一定的价值和意义。张薇薇博士和丁轶博士的论文则属于法律哲学范畴的思想个案研究, 分别聚焦阿奎那和德沃金。张薇薇博士还是法学界难得一见的女诗人, 其诗歌集《心之悦: 镜春园诗歌小札》读来满含哲思又不失轻盈, 倒映出我这同样出身未名湖畔的已“消失”的校园诗人之几许悲凉。其论文涉及阿奎那的理性观与审美超越, 亦有翻译吴经熊《正义之源泉: 自然法研究》的基础, 其诗性与理性共融于超越性的自然灵性, 倒也别致。丁轶博士雄心勃勃, 有开辟“转型法理学”或“政治法理学”的抱负, 其论文有关德沃金团体性义务理论, 揭开的是如何统合法律与政治的法理学源头性命题。杨艾文的“香港终审法院与宪法权利保护”属于一种司法教义学的分析, 对香港终审法院的宪法权利案件进行统计分析, 展示了高度自治权之司法权在保障香港居民权利与自由方面的制度性作用。

这就是我关于《北航法学》第三卷的答卷与说明。《北航法学》在中国法学丛林中是一株新苗, 需要呵护, 更需要批评、激励和生长。不留恋脚印, 在乎前方, 北航法学没有传统, 但有未来, 而且正在创造传统。但愿本卷是一次有益的贡献和助推, 使得北航法学与北航法律人在这“乍暖还寒”的法学与法治春天里能够做到: 不负春光, 野蛮生长。最后, 请允许我真诚地感谢北航法学院领导与师友鼓励、信任和支持, 感谢所有“有约不来”的学界同仁, 我相信未来一定会等到你们的优秀稿件, 但最重要的还是要特别感谢本卷的诸位作者和译者, 你们此刻的支持并非是一篇论文的分量, 而是雪中之炭。同时, 北航高研院已毕业的高文阳同学和北航法学院宪法与行政法专业硕士生王瑞柯同学对本卷稿件的编校提供了大力支持, 在此特别致谢。任何不足或建议, 可来信商榷: [tianfl2008@163.com](mailto:tianfl2008@163.com)。

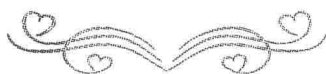
田飞龙

2016 年 3 月 14 日

于北航高研院办公室

# 目 录

## CONTENTS



### 主题研讨：日本和平宪法之演变

- 立宪主义与和平宪法问题 ..... (姜光文) / 3
- 日本和平宪法的理念、源流及其启示 ..... (张允起) / 19
- 立宪主义、民主主义与和平主义 ..... (王广涛) / 34
- 宪法解释、宪法修改、宪法变迁与宪法革命 ..... (张绍欣) / 54

### 专题论文

#### 司法违宪审查：从历史、比较及理论中

- 反思 ..... (陈弘毅/米格尔·马杜罗) / 67
- 多元民主、代议制议会与宪法法院 ..... (王进文) / 81
- 尊重历史的过程：行政权与司法权关系之反思 ..... (苏宇) / 109
- 宪治：法治中国的话语更新 ..... (蒋清华) / 131
- 宪法学派之争的启示与出路 ..... (翟晗) / 158
- 威斯敏斯特宪制与澳洲经验比较 ..... (胡玉桃) / 177
- 阿奎那自然法学说的理性观与审美超越 ..... (张薇薇) / 195
- 成员身份、社会实践与原则共同体 ..... (丁轶) / 219
- 香港终审法院与宪法权利保护 ..... (杨艾文著 朱含/黎曦译) / 239



# 主题研究



日本和平宪法之演变



# 立宪主义与和平宪法问题

——以《日本国宪法》第9条的成立、解释为线索



姜光文\*

## 一、序言

1946年制定（形式上采取的是修宪程序）的《日本国宪法》（以下简称日本《宪法》）因其和平条款备受瞩目。基于对第二次世界大战和日本军国主义的反省，日本《宪法》在前言和第9条明确规定，日本在今后放弃战争、禁止国家持有武力并否认自身的交战权，而将日本的安全和生存托付于爱好和平的各国人民的公正与信义之上。宪法制定后，如何解释这一极富理想主义色彩的宪法规定，在日本一直是宪法解释和宪法学争论的焦点。

对于宪法中的和平条款，日本政府一开始也采取了严格解释主义，认为日本宪法要求放弃一切战争，日本今后不应当持有包括自卫力在内的任何武力。这种观点一般被称为“非武装和平主义”或“绝对和平主义”。这也是战后日本主流宪法学界对《宪法》第9条的解释。但随着1950年朝鲜战争的爆发、东西冷战的开始以及美国对日政策的变化，日本政府一改当初的态度，提出《宪法》第9条放弃的只是非自卫战争，国家为自身防卫而持有的战斗力量并不包括在第9条所禁止的武力中。在美国的默许下，日本政府开始着手重新武装，刚开始以“警察预备队”命名，后改名为“保安队”，于1954年正式建立自卫队。之后日本与美国签署安保条约，日本自卫队的规模和活动范围也逐渐扩大。如此，日本政府采取了在不修宪的前提下，通过解释宪法来为自卫队提

---

\* 作者系韩国首尔大学法学院副教授，日本法学博士。

供合法性基础的战略。这一做法虽有违宪之嫌,受到主流宪法学界的批判,但基于现实考虑日本多数民众不得不认可自卫队的存在。对于日本宪法中的和平条款,也从“绝对和平主义”理解变化为“稳健和平主义”或“相对和平主义”的解释。随着日本社会的保守化倾向和安倍政权的上台,日本政府采取了进一步架空《宪法》第 9 条的措施,于 2014 年宣布日本有权行使集体自卫权,即在日本本身安全没有受到直接威胁的情况下,只要其同盟国受到攻击也可行使武力。安倍和自民党的最终目标是通过修改《宪法》,放弃第 9 条,成为所谓的“普通国家”。在修宪还仍困难的情况下,日本政府只好通过变更宪法解释的办法,暂时实现了预期目标。安倍吹嘘自己的对外政策为“积极的和平主义”,实际上是“废弃和平主义”或和平主义的名存实亡。可以说,日本政府对《宪法》第 9 条的解释经历了从“绝对和平主义”(第一阶段)到“相对和平主义”(第二阶段)的变化,现正走向“废弃和平主义”的第三阶段。<sup>[1]</sup>

对于《宪法》第 9 条的解释和自卫队合宪性等问题日本宪法学界内部也有不同的观点。显然,日本宪法所规定的和平主义,不仅仅是如何理解相关宪法条款字句的问题。它还涉及近代以后和平主义理论的发展,日本宪法尤其是《宪法》第 9 条的立法史,宪法同和平、武力以及国防的关系,宪法的基本原则和成文宪法修改限度等问题,甚至日本的战争责任清算和天皇制也同第 9 条的解释发生关联。围绕这些论点,日本学界的研究可谓面面俱到、硕果累累。<sup>[2]</sup>作为宪法史的研究者,作者一直对近代立宪主义的概念、变化过程感兴趣。日本宪法无疑也是近代成文宪法发展的产物,至少其当初的理想是为体现“人类普遍的原理”(日本《宪法》前言),是对这些宪法原理的确认和具体化。因此,对于日本宪法所规定的和平主义,有必要从立宪主义的立场定位、梳理。同时,对于日本《宪法》第 9 条的未来,也可基于立宪主义进行展望。

本文以下主要围绕立宪主义与和平的关系问题展开。在介绍近代立宪主义的定义和发展历史后,将讨论近代宪法如何规定和平,日本宪法所规定的和平条款的特殊性,立宪主义与日本《宪法》第 9 条的关系

---

[1] 有关日本政府对《宪法》第 9 条的解释极其变化过程,参见[日]大石真:“宪法 9 条の政府解釈”,载《法学教室》2003 年 10 月号。

[2] 部分研究见本文最后列举的参考文献一栏。

等问题。

## 二、近代立宪主义及其变化

### (一) 近代立宪主义的概念和主要内容

立宪主义 (Constitutionalism), 顾名思义, 是指制定宪法、依据宪法进行统治、保证宪法为最高规范的原则。立宪主义作为政治制度首次实现于近代西方, 但其思想根源可追溯到中世纪乃至古罗马和古希腊时期。在中央集权国家体制尚未形成的中世纪欧洲, 包括君侯在内的各级权力都被认为处于“法”之下、应依“法”行使。当然, 这里所谓的“法”并非君主或国家制定的成文法, 更多的是指一种自然法或古之传来的习惯法, 代表正义和理性。权力是实现目的法秩序的手段, 构成法秩序的一部分, 而不是相反 (比如权力创造法, 法应为权力服务等)。<sup>[1]</sup>

近代国家权力的集中、主权概念的出现, 要求重新定义权力与法的关系, 在赋予权力正当性的同时保证个人自由不受侵害。为前者, 人们建构出社会契约论和人民主权理论; 为后者, 人们提出了天赋权利说 (自然权理论) 以及权力分立学说。一切权力应来自人民, 只有人民提供权力的正当性 (民主主义)。同时, 为防止权力的滥用, 权力应当被分开、相互牵制和制约 (权力分立)。法国人卢梭是前者的代表, 洛克和孟德斯鸠被认为是后者之权力分立理论的鼓吹者。结合这两种理论, 炮制出近代立宪主义理论, 为法国大革命和法国的第一部成文宪法提供理论基础的是西哀耶士 (Sieyès, 1748 ~ 1836), 即人民通过制定宪法来行使主权、赋予国家权力正当性并监督和控制国家权力; 同时, 国家的各项权力源自宪法, 应在宪法所规定范围之内、依照宪法规定的程序来行使。权力根源上仍属于人民, 但一经宪法制定, 各项具体权力便处于作为最高规范的宪法之下。中世纪的“法”的支配, 在这里表现为“宪法”的支配。另一方面, 人民的权力在通过制宪行为得到实现的同时被宪法所“冻结”。可以说“人民主权”变成了“宪法主权”。当然,

[1] 有关立宪主义的历史、形成过程等参见 [日] 高桥和之:《立憲主義と日本国憲法》, 有斐閣 2005 年版, 第 17 ~ 35 页; [日] 佐藤幸治:《立憲主義について 成立過程と現代》, 左右社 2015 年版, 第 2 ~ 11 页。

人民仍保留通过修改宪法行使主权的可能性<sup>[1]</sup>。

进入 19 世纪后,立宪主义思潮风靡欧洲并扩大到欧洲以外的地区,各国也纷纷制定成文宪法。对于上述近代立宪主义的内容或基本原理,学者们有不同的理解,提出了多种理论。“凡权利保障未确保、权力分立未确立的社会,就没有宪法。”这是人们在定义立宪主义时经常引用的 1791 年法国《宪法》(1789 年的《人权宣言》部分)第 16 条之规定。也就是说,在个人权利和自由得不到保障和权力分立没有实现的体制下,不应该说有宪法,或者有近代立宪主义意义的宪法,即“权利或自由的保障”和“权力的分立”首先构成立宪主义的基本内容。此外,“国民主权原理(人民主权原理)”<sup>[2]</sup>和“法的支配”一般也被认为是立宪主义的内容。

### 1. 个人自由的保障

近代市民革命的主要目标在于打破各种身份特权,实现人民的普遍平等和自由。其背后是基于自然法理论的所谓“天赋人权说”。天赋人权也好,自然法也好,在现实政治体制下,自由和权利的实现离不开国家权力。根据个人在国家的地位或个人和国家的关系,自由可分为三大类:对抗(或摆脱)国家(权力)的自由(=个人的消极地位),参与国家(权力)的自由(=个人的积极地位),通过国家(权力)实现的自由(=个人的能动地位)。从各国宪法所保障的权利来看,人身自由权、思想和言论自由权、信仰和宗教自由权等权利属于对抗国家之自由的范畴,选举权等参政权是典型的参与国家的自由,而生活保障权、生存权等权利被认为是需要通过国家实现的权利。

### 2. 权力的分立

为防止权力滥用和腐败构思出的分权理论在各国的具体表现形式并不完全相同。比如,实行总统制的美国采取的是相对形式化的三权分立制度,行政权、立法权和司法权相互独立、相互制约。而在议会制国家中,行政权一般依赖于立法机构并向立法机构负责。在不同的历史时期,权力分立的着眼点也不尽相同。在近代立宪主义的初期,权力分立的主要目标是将司法权从国王手中剥离出来实现司法权独立,限制或剥

---

[1] 参见[日]シュテルン(Klaus Stern):《ドイツ憲法 I》,赤坂正浩など訳、信山社 2009 年版,第 426~427 页。

[2] 严格意义上,在宪法学中,所谓“人民主权”和“国民主权”的概念并不完全一致。对此,本文不再详述。

夺国王的立法权，让人民的代表行使立法权。

### 3. 国民主权原理（人民主权原理）

近代立宪主义下的国民主权原理与民主主义紧密相连却不完全一致。人民通过制宪权，制定宪法，赋予各种权力以正当性，但不直接行使权力。权力的行使委托给宪法所创设的各种国家机构。尤其作为人民代表机构的国民议会实际上成为宪法下的最高国家权力机构，而人民的权力被宪法所“冻结”。这样，国民主权原理与议会制相结合，实行的是“间接民主制”而非“直接民主制”。卢梭指出的英国人只有在选举的一瞬间自由而在其他时间处于奴隶状态的诊断，暴露了近代国民主权原理病理的一面。

### 4. 法的支配

法的支配原理在立宪主义初期主要体现于实现“依法裁判”和后来的“依法行政”。首先是通过法律来驯服司法权和法官的裁判行为，以实现法律适用的统一性、稳定性和可预期性。之后，要求行政也要依法，法律优先于行政，即所谓的“法律保留原则”。再发展到设立行政诉讼法院，对因违法行政行为所受的侵害提供司法救济。不论“依法裁判”还是“依法行政”，其中的“法”是代表人民的国家机关所制定的一般规范，法律被认为代表了社会的共同利益、体现共同体的一般理性。

## （二）立宪主义的变化：从近代立宪主义到现代立宪主义<sup>〔1〕</sup>

### 1. 个人自由原理的变化

立宪主义中所谓的“个人自由原理”在进入20世纪后尤其是第二次世界大战以后发生了一些变化。简单概括起来，可包括以下几点：

（1）从强调自由权到强调社会权。

（2）从着重通过法律（议会）保障自由和人权到强调通过宪法（对抗议会）保障自由和人权（=宪法裁判所、违宪诉讼）。

（3）人权保障的国际化（联合国公约、国际人权法院等）。

（4）新的自由、人权概念的出现和多样化（如幸福追求权、环境权等）。

〔1〕 有关近代立宪主义的特征及其在现代的变迁，可参见〔日〕樋口陽一：《近代立憲主義と現代国》，勁草書店1973年版，第148～180页；〔日〕佐藤幸治：《日本国憲法論》，成文堂2011年版，第8～19页。

## 2. 权力分立原理的变化

近代权力分立原理的变化主要表现在现代国家,且更多呈现为:

(1) 行政国家。即在现代国家中,行政权急剧膨胀,出现议会(人民)难以驾驭行政权的危险性,从消极国家向积极国家发展。

(2) 司法国家。即宪法裁判所作为第四权力机构出现(如德国、韩国)或司法部门似乎成为最终和最高的权力机关(如美国)。

(3) 政党国家。即政党成为新的权力集结点,政党制度左右着一国政治制度的实际运行。<sup>[1]</sup>

## 3. 国民主权原理的变化

国民主权原理的变化包括:

(1) 现代立宪主义更强调直接民主制的各种因素,提供了各种人民直接行使权力的渠道,如国民投票制度等。

(2) 从“纯粹代表制”向所谓的“半代表制”发展,议会代表应尽量反映自己选民选区的意见,而非仅作为独立的国家机关行使权力。

## 4. 法的支配原理的变化

法的支配原理的变化表现为:

(1) 从“依法裁判”“依法行政”到“依(宪)法立法”。

(2) 从通过法律保障裁判和行政的合法性(近代)到通过宪法保障法律的合法性(现代)。

(3) 法律不再至高,法律也有侵犯权利和自由的可能性,即法律也可能违宪(设立宪法裁判所的必要性)。

## (三) 小结

不能否认,立宪主义首先是特定时间(近代)、特定空间(西方)的产物。同时,立宪主义在不同国家和不同政治环境下形成了不同的制度,其内容也随着时间发生变化。如果将立宪主义仅仅理解为“依照宪法而治”或“人民制定宪法”,那么有宪法的国家都可以说在实行立宪主义。不管宪法具体规定什么样的内容、体现何种价值,只要人民通过制定宪法、创设各种国家权力,即成为立宪主义国家。极端情况下,人们可通过修改宪法否认个人权利自由或否认权力分立的体制。这是一种在相对形式意义上理解的立宪主义。

[1] 参见[日]佐藤幸治:《日本国宪法论》,成文堂2011年版,第8~19页。



而按照通说，立宪主义虽然表现多样、不断变化，其核心仍应体现特定价值、包括特定的内容，如个人自由和人权的保障、国民主权原则等。如果宪法否认上述特定价值，该宪法就不应再被称为立宪主义之宪法。形式上的“宪法修改”实际上将成为“宪法的自杀”或“宪法革命”。可以说，这是一种实质意义上理解的立宪主义。当然，在对于立宪主义宪法具体应体现什么样的特定价值、应包含什么样的具体内容的问题上，仍意见不一。

因此，立宪主义（实质意义上理解的立宪主义）与民主主义不仅有互相融合的一面，同时也具有互相冲突的可能性。人民行使制宪权和修宪权是否具有限度？按照民主主义的要求，人民能否制定或修改任何宪法条款？从上述实质意义上理解的立宪主义出发，可以说答案应该是否定的。宪法本身不能规定违反立宪主义原理（至少违反立宪主义核心原理）的内容。

### 三、立宪主义与和平问题

#### （一）宪法对战争和武力的规制<sup>〔1〕</sup>

控制、监督权力是立宪主义的基本出发点，这里的权力也包括行使武力、发动战争等权力。防止战争轻易发生、将国家的军事力量置于人民控制范围之内是近代宪法必须解决的问题之一。1791年《法国宪法》不仅详细规定了军队的构成、编制和指挥权等事项（第四篇），还特别规定：“法国决不从事以征服为目的的战争，也决不将其兵力用于反对其他任何民族的自由。”（第六篇）就是说，放弃以侵略为目的的战争，暗示战争和武力将成为对自由最大的威胁。

此后，1848年《法国宪法》和1891年的《巴西宪法》也明确规定放弃以侵略为目的的战争。第一次世界大战后，各国签署《巴黎非战公约》，宣布废弃以战争作为推行国家政策的工具。1931年《西班牙宪法》规定，放弃作为“国家政策工具的战争”。第二次世界大战后，在宪法中提倡和平主义，规定放弃侵略战争或作为国家政策工具的战争成为普遍现象。比如，1949年的《德国基本法》规定，“扰乱国际和平共

〔1〕 有关各国宪法对战争和武力的规定可参见〔日〕樋口陽一：《憲法（改訂版）》，創文社1998年版，第131～135页；〔日〕山室信一：《憲法9条の思想的水脈》，朝日新聞出版2007年版，第60～63页。