

日美司法审查

比较研究

以司法消极主义为视角
陈道英 著

A comparative Study
on Judicial Review
of American and Japan



人民出版社

A comparative Study
on Judicial Review
of American and Japan

比较研究

日美司法审查

以司法消极主义为视角

陈道英 著



人
民
出
版
社

总 编 纂:周佑勇
策划编辑:王青林
责任编辑:李椒元
装帧设计:曹 春
责任校对:王 惠

图书在版编目 CIP 数据

日美司法审查比较研究——以司法消极主义为视角/陈道英 著.
—北京:人民出版社,2008.4

ISBN 978-7-01-006933-3

I. 日… II. 陈… III. 司法监督-对比研究-日本、美国
IV. D931.36;D971.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 029188 号

日美司法审查比较研究

RIMEI SIFA SHENCHA BIJIAO YANJIU

——以司法消极主义为视角

陈道英 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字数:183 千字 印张:7.875

ISBN 978-7-01-006933-3 定价:16.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

总序

“大学之道，在明明德，在亲民，在止於至善”——“止於至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，百年名校东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，东南大学正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越成效，而朝着以工为特色，多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学正式重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文社会科学，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止於至善”校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年正式成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法学家谢冠生教授。昔日的中大法学院人文荟萃，名流云集，为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克鏞、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等，或曾任职于或曾就学于中央大学法学院，缔造了东南大学法学数十年的辉煌。

感念先贤中大法学精神，激励当下东大法学学人。当今中国，政治昌明，民生安定；经济腾飞，法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火，对当下中国法治及经济建设中的重

大法律课题作出创造性回应,乃今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国,法学出版物急剧增多,各法学院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只代表今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法学领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关爱和帮助!

本套文库的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士毕业论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保该文库的高品位、高质量。凡纳入本文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会

就专著内容、学术规范等方面意见综合确定。我们希望,本文库能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学文库》编委会

2007年6月26日

目 录

总 序	(1)
引 言	(1)
(一) 司法消极主义: 正名	(1)
(二) 为什么是司法消极主义?	(9)
(三) 司法审查: 风车巨人?	(15)
一、美国的司法消极主义理论	
(一) 司法消极主义概述	(20)
(二) 司法消极主义各学说	(25)
1. 权力的进路	(25)
2. 民主的进路	(32)
3. 能力的进路	(42)
(三) 总结与评析	(44)
二、美国司法消极主义的具体表现	
(一) 概述	(54)
(二) 启动要件(Threshold Requirements)	(58)
1. 案件性要件	(60)

2. 当事人适格	(64)
3. 诉由消失与成熟性要件	(71)
(三) 政治问题原则(Political Problem Doctrine)	(74)
(四) 宪法判断审慎原则(The Doctrine of Prudential Considerations)	(81)
(五) 拒发调卷令(Denials of Certiorari)	(87)

三、日本的司法消极主义理论

(一) 日本违宪审查制度概述	(93)
1. 日本违宪审查制度的建立	(93)
2. 现行违宪审查制度的法律渊源	(99)
(二) 公共福利论	(102)
1. 背景介绍	(102)
2. 公共福利论的内容及影响	(103)
3. 公共福利论的问题点	(108)
(三) 香城敏磨的分类学说	(109)
1. 背景介绍	(109)
2. 香城敏磨学说的内容及影响	(110)
3. 香城敏磨学说的问题点	(112)
(四) 立法裁量论	(113)
1. 背景介绍	(113)
2. 立法裁量论的内容及影响	(114)
3. 立法裁量论的问题点	(119)

四、日本司法消极主义的具体表现

(一) 概述	(123)
--------------	-------

(二)启动要件上的表现	(125)
1. 日本违宪审查的启动要件	(125)
2. 日本司法消极主义在启动要件上的表现	(130)
(三)宪法判断回避原则上的表现	(134)
1. 宪法判断回避原则	(134)
2. 日本司法消极主义在宪法判断回避	
原则上的表现	(137)
(四)统治行为论上的表现	(142)
1. 统治行为论	(142)
2. 日本司法消极主义在统治行为论上的表现	(146)
(五)审查基准上的表现	(149)
1. 二重基准论	(149)
2. 日本司法实践与二重基准论的背离	(158)
(六)违宪判决上的表现	(164)
1. 违宪判决的种类	(164)
2. 违宪判决的实践	(168)

五、日美司法消极主义比较

(一)再论最小主义	(177)
(二)日美司法消极主义理论比较	(183)
(三)日美司法消极主义实践比较	(190)
1. 发展脉络考察	(190)
2. 具体手段考察	(195)
3. 地方法院考察	(199)
(四)日美司法消极主义差异原因探寻	(202)
1. “官僚型法官”	(203)

2. 最高法院之双重角色	(211)
3. 文化因素	(214)
4. 司法权之地位	(216)
5. 民主制度有欠成熟	(219)
(五) 总结与评析	(221)
1. 理想的司法消极主义	(221)
2. 吊诡的司法消极主义	(225)
结语	(229)
参考文献	(234)
附录一 日本最高法院之司法审查 (一)	
1. 日本最高法院之司法审查	1
2. 日本最高法院之司法审查	2
3. 日本最高法院之司法审查	3
4. 日本最高法院之司法审查	4
5. 日本最高法院之司法审查	5
附录二 美国最高法院之司法审查 (二)	
1. 美国最高法院之司法审查	1
2. 美国最高法院之司法审查	2
3. 美国最高法院之司法审查	3
4. 美国最高法院之司法审查	4
5. 美国最高法院之司法审查	5
附录三 日本最高法院之司法审查 (三)	
1. 日本最高法院之司法审查	1
2. 日本最高法院之司法审查	2
3. 日本最高法院之司法审查	3
4. 日本最高法院之司法审查	4
5. 日本最高法院之司法审查	5
附录四 美国最高法院之司法审查 (四)	
1. 美国最高法院之司法审查	1

的对司法审查权的抑制,其根据并非仅仅在于法院出于自觉的一种自我抑制,它同时也在于宪法所明文规定的对于司法审查权的限制(如美国宪法第3条,以及宪法中对于其他平行机关的明文授权等)。如果认为 judicial passivism 仅仅是法院的一种自我抑制,那么司法审查权受到限制与否就完全取决于法院的自我裁量,而不受任何外界的限制与监督了,这与 judicial passivism 的各种理论显然并非是一致的。

那么,既然如上所述,对于 judicial passivism 的几种翻译除了“司法自制”之外并无较大差异,笔者何以弃其他而独选“司法消极主义”呢?这主要是由本书的考察对象所致。作为本书的主要考察对象之一,日本宪法学在谈到 judicial passivism 时采用得最为普遍的范畴即“司法消极主义”,^①相比之下,“司法谦抑”、“司法抑制”之类的表述则较为少见。当然,我们不能因为日本宪法学界使用“司法消极主义”来指代 judicial passivism,就认为这是一个更为恰当的翻译。只是为了避免在引用日文资料时由于采用对 judicial passivism 的不同翻译而可能带来的混乱,笔者才决定采用“司法消极主义”

理論」有斐閣1973年,第1部のI;戸松秀典「司法審査と民主制」法律時報68卷6号。故在此有此用法。又,关于司法审查有所谓集中型司法审查与分散型司法审查之分,见[意]莫诺·卡佩莱蒂著,徐昕、王奕译:《比较法视野中的司法程序》,清华大学出版社2005年版,若未特殊说明,本文所谓之司法审查均指分散型司法审查。

① 例如芦部信喜「憲法判例を読む」岩波書店1987年、渡辺洋三「法と社会の昭和史」岩波書店1988年、野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利「憲法II」(第四版)有斐閣2006年、奥平康弘「憲法裁判の可能性」岩波書店1995年、長谷部恭男「憲法学のアロンティア」岩波書店1999年以及最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会「『憲法保障(特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割)』に関する基礎的資料」、衆憲資第44号。

这一范畴。另外,为了强调日本司法消极主义的特殊性,笔者将在文中某些地方以“极端的司法消极主义”来指代日本的司法消极主义。采用这一术语的原因将在正文中进行交代。

此外,有意见认为将 judicial passivism 翻译为“××主义”有欠妥当,因为中文中的“主义”一词往往指代的是一种关于人生观、世界观的系统化的理论,而 judicial passivism 最多指代的只是一套指导司法审查实践的理论。然而,笔者认为,在对 judicial passivism 的翻译上使用“主义”一词并非为过。根据《现代汉语辞海》对于“主义”一词的理解,其第一层含义即“对客观世界、社会生活以及学术问题等所持有的系统的理论和主张”,且举“理想主义”、“自然主义”、“独身主义”等为例。^①由此可见,对于 judicial passivism 称之为“主义”也并非不妥,因为它同样也是一种对“学术问题”的“系统的理论和主张”。当然,就经验层面上的 judicial passivism 而言,^②难以称之为理论,但亦不妨视之为理论层面上的 judicial passivism 在实践层面上的反映。

在明确了采取“司法消极主义”这一范畴的原因之后,在进行正式的讨论之前,笔者想首先在这里对司法消极主义的几点误解进行澄清,或者说对司法消极主义有关的几个问题做出先行说明,以利于以下讨论的展开。在此,为司法消极主义所进行的“正名”将围绕以下三个问题展开:(1)对司法消极主义的讨论仅适用于司法审查领域;(2)司法消极主义并非对司法审查

① 倪文杰等主编:《现代汉语辞海:注音、释义、词性、构词、连语》,人民出版社1994年版,第1619页。

② 关于司法消极主义在经验层面和理论层面上的区分,请参见许志雄:《司法消极主义与司法积极主义》,载《月旦法学杂志》1995年6月,第40—41页。本文第一章中也将谈到。

的否定；(3) 司法消极主义普遍存在于具有司法审查制度的国家。

1. 对司法消极主义的讨论仅适用于司法审查领域

所谓司法消极主义是仅存在于宪法诉讼领域中,还是在行政诉讼等法律审查领域中也同样存在?这是我们在谈到司法消极主义时经常会遇到的困惑。就笔者私下所接触到的意见来看,有不少意见认为不仅仅在司法审查领域,在行政诉讼等法律审查领域中也可能存在司法消极主义;且若要在我国讨论司法消极主义,对于后一领域的考察则更为重要。笔者并不否认在我国当下的资源和条件下,考察行政诉讼,尤其是行政诉讼的实态,对于违宪审查的研究来说具有特别的意义。但是,虽然笔者并未进行过精确的统计,也并未(也不可能)穷尽相关资料,^①但从笔者已经掌握的资料(包括美国、日本及我国台湾)来看,对司法消极主义的讨论均仅限于在“司法违宪审查”(黄昭元语)的领域中展开,未见有认为司法消极主义存在于其他领域的纪录。因此,笔者大胆得出结论,司法消极主义的相关讨论仅适用于司法审查领域,在没有司法审查的地方,无所谓司法消极主义或司法能动主义。

^① 实际上,笔者在接触到这个问题之后,也曾尝试对此做一统计。然则有关司法消极主义的文献浩如烟海,无论如何搜索也难免挂一漏万。只是从笔者所接触到的较为重要的美国宪法学教科书,如 Lawrence Tribe, *American Constitutional Law, Volume One*, Foundation Press, 2000; Louis Fisher, *American Constitutional Law (14th edition)*, Carolina Academic Press, 2001 等,以及从 westlaw, lexisnexis 上搜索的结果来看,均限于在司法审查领域中讨论司法消极主义。事实上,考虑到司法消极主义产生的原因正在于司法审查权正当性之疑问,得出文中的结论也就不为奇怪了。

2. 司法消极主义并非对司法审查的否定

从表面上来看,由于司法消极主义主张法院在进行司法审查时尽量抑制对政治部门的干涉,其结果也是导致司法审查权运用的缩减(日本即为一个极端典型的实例),因此观者很容易得出结论,认为司法消极主义是对司法审查的否定,或者倾向于否定司法审查。如果对司法消极主义的历史做一考察,^①则似乎将进一步佐证这一结论。因为,司法消极主义正是诞生于对司法审查正当性的质疑之中。众所周知,自马歇尔在 *Marbury v. Madison* 案^②中宣布法院有权进行违宪审查起,有关司法审查正当性的争议在美国就从未停息过。^③表面看来,之所以对司法审查的正当性存在质疑乃是由于宪法并未对其做出明文规定,这一制度因而缺少了宪法(文本)依据;但深究之下,且不说如威克斯勒所主张的,宪法文本实际上已经为司法审查提供了依据,^④就是从制宪者的思想(《联邦党人文集》)、历史及法律传统等亦可清晰寻到司法审查制度的渊源,因此这种对司法审查正当性的长久质疑实际上是由司法审查本身存在的不足(deficits)所引发的。这种对于司法审查正当性的争议不仅催生了司法消

① 众所周知,司法消极主义诞生于美国,因此有关其历史的考察仅限于美国范围内的考察。

② 1 Cranch 137 (U. S. 1803).

③ See Jessy H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process* 4 (1980); See generally Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road of Judicial Supremacy*, 73 N. Y. U. L. Rev. 333 (1998), 转引自黄昭元:《抗多数困境与司法审查正当性》,载李鸿禧等著:《台湾宪法之纵剖横切》,元照出版有限公司 2002 年版,第 305 页以下。

④ [美]赫伯特·威克斯勒著,张千帆译:《走向宪法的中立原则》,载张千帆组织编译:《哈佛法律评论宪法学精粹》,法律出版社 2005 年版,第 35—72 页。

极主义,司法消极主义者还进一步“丰富”了司法审查所存在的种种不足。在司法消极主义者的眼中,这种不足有由于(司法)权力边界造成的,有由于法院民主性的缺乏造成的,还有由于某种认识上的(epistemic)能力的欠缺造成的。另外,从司法审查的实践来看,其历史上所经历的每一次危机,如斯科特案件,^①如罗斯福填充计划,^②所引领的都是一次司法消极主义的高潮。从以上几点出发,似乎不难得出结论:司法消极主义乃是对司法审查的否定,或者倾向于否定司法审查。

然而,事实并非如此。上述对于司法审查正当性的争议以及对司法审查不足的认识也许存在如图施耐特这样的少数例外,这里导致的是否定司法审查的结果,^③但在司法消极主义者那里产生的却绝对不是否定司法审查的结果,恰恰相反,他们提出各种司法消极主义理论的目的正在于巩固司法审查的正当性,巩固最高法院在宪政秩序中的地位,强化司法审查的作用。的确,司法消极主义者对司法审查设定了诸多边界,但那只是因为在他们看来,如果法院踏出这一边界,如果法院在其范围外行使权力,将有损于法院的权威,有损于法院“正当的”职能(在这些边界内对其他国家机关行为的合宪性进行审查)的发挥。在这些边界内,最高法院仍应毫不犹豫的行使违

① Dred Scott v. Sanford, 19 How. 393 (1857).

② 新政初期,美国最高法院执行极端保守的路线,对于新政法案一律以违宪为由判决无效,从而阻碍了新政的实施。为改变这一局面,罗斯福总统试图通过法案来增加法官人数、改变法官结构。此即所谓“罗斯福填充计划”。后文对此还有详细论述。

③ 图施耐特主张消灭司法审查制度, see Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, pp. 129-153. 有关中文介绍,请参见强世功:《图施耐特与“大众宪法”》,载《读书》2004年第11期,第122—131页。

宪审查权。的确,司法消极主义者指出了司法审查的种种不足,但那并非为了否定司法审查,而只是为了正视司法审查本身存在的种种问题,为了回应现实中已然产生的对于司法审查的种种质疑。是以比克尔主张,即使是在长远价值与民意之间存在着矛盾,一旦时机成熟,法官仍然应该坚持对宪法原则的宣示及对长远价值的保障。^①我们不能忽视的是,大多数司法消极主义者均认为司法审查尽管具有种种不足,但它仍然具有某种独立的价值,正是这种价值的存在,使得司法审查尽管面临种种困境也仍然有必要在宪政体系中存在下去。这也正是笔者认为司法消极主义的目的不在于否定司法审查,而在于巩固司法审查的正当性的原因之所在。

3. 司法消极主义普遍存在于实行司法审查制度的国家

如上所述,司法消极主义乃是产生于对司法审查正当性的争议之中,产生于对司法审查不足的认识。由于这种不足是由司法审查的性质本身所决定的,因此可以说举凡存在司法审查的地方,就必然存在司法审查的正当性争议,^②从而也就难免存在司法消极主义。美国如此,日本如此,凡实行分散型司法审查的国家均是如此。实际上,不仅是在实行分散型司法审查的国家,即使是在实行集中型司法审查(宪法法院)的国家,也是存在司法消极主义的。以德国宪法法院为例。如考玛斯(D. P. Kommers)教授所指出的,许多支配美国最高法院的司法抑制原则,例如合宪限定解释、成熟性要件、必要性原

① 黄昭元:《抗多数困境与司法审查正当性》,载李鸿禧等著:《台湾宪法之纵剖横切》,元照出版有限公司2002年版,第315—319页。

② 黄昭元:《司法违宪审查中的正当性争议》,载《台大法学论丛》第32卷第6期,第104—145页。