

日本公法译丛



制 宪 权

[日] 芦部信喜 著
王贵松 译



中国政法大学出版社

日本公法译丛



制 宪 权

[日] 芦部信喜 著
王贵松 译



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

制宪权/ (日) 芦部信喜著; 王贵松译. --北京: 中国政法大学出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5620-4250-1

I. ①制… II. ①芦…②王… III. ①宪法-研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第055328号

书 名 制宪权 ZHIXIANQUAN

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 shenxiaojian@gmail.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908292 (编辑部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880mm × 1230mm 32 开本 12.375 印张 290 千字

版 本 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4250-1/D · 4210

印 数 0001~3000

定 价 29.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

Kenpo Seitei Kenryoku

Copyright© 1983 Nobuyoshi Ashibe

Chinese translation rights in simplified characters arranged with
University of Tokyo Press through Japan UNI Agency, Inc. ,
Tokyo and BARDON – Chinese Media Agency, Taipei

本书由东京大学出版会授权

中国政法大学出版社出版

版权登记号

图字 01 - 2011 - 6502 号



序 言

1971年3月，我出版了全面考察议会政治问题的论文集 i
《宪法与议会政治》，至今已十年有余。我在该论文集序言中说，在就任副教授三年后担当的国法学教学中，我将重点置于“对传统法实证主义国法学方法论以及据此而构成的宪法学基本概念进行批判性研究”，具体而言，系以如下三个观点为基础：“第一，宪法自身是根据一定历史和环境而制定的具有复杂构造的法，宪法的基本概念也是在与政治、社会的现实关联中具体形成的，因而，要阐明宪法的存在构造，就不仅仅要进行规范性考察，还有必要进行历史、政治学、社会学的考察”；“第二，不要混淆对象的政治性与方法的政治性，不要像魏玛末期的政治法学那样，以主观的政治观歪曲宪法的规范性；第三，必须认识宪法内在的或者寓于宪法背后的普遍的法理念和政治理念。”我还同时写道，“从当时最为重视的第三个观点出发，探究了国家权力、宪法的概念和本质、宪法的制定和修改、宪法的保障等问题”。而且，我在这一问题意识下发表了关于制宪权、宪法修改国民投票、宪法修改权的界限和违宪立法审查权等论文，其中也提及“正准备在其他论文集中加以总结”。

日本国宪法有其时代背景，例如其成立过程具有特殊性，



修宪问题在日美和平条约签订后迅速成为政治问题。虽然当时我对拉德布鲁赫 (Gustav Radbruch) 的法哲学理解并不透彻，
ii 但也产生很大共鸣。正是战后拉德布鲁赫的法哲学思想，对 *Gesetz ist Gesetz* (恶法〔法律〕亦法) 这种法实证主义的根本思想提出严厉批判，主张必须有勇气给违反“正义”的法律打上“不法”的烙印。我认为必须将这一思想作为日本宪法论的新基础。其中，作为国法学的方法论，也将重点置于这一思想上。我曾试着从前述“第三个观点”出发写过几篇文章，但在对其进行总结之际，觉得有必要附加上相应的补充论述，为此也颇为留意相关文献资料的收集。

然而，此后因其他工作耽误了时间，本书的结集屡屡搁置下来，迄今仍不能专心对待，甚感遗憾。这当然是我能力不足所致。不过，之所以如此拖延，很大程度上还是缘于一种沉重的心理负担。我这些有关制宪权和修宪权界限的研究成为此后诸多关于国民主权、制宪权的优秀研究成果的一个机缘，因而既然要写些补充论述，就要关注国外新的研究动向，并吸收、研究这些研究成果的教导，同时如有对拙论的批评，尽可能地予以回应，这也是研究者的责任所在。然而，借用“少年易老学难成”的说法，今年我就要从东京大学退休离任了，恰好迎来了在职期间刊行的最后时期。其中，“补论”以简要评论至今的学说动向和文献介绍为中心，附加在本书的末尾。除了整理、修改年轻时不成熟的作品以便形式统一之外，大致按照原样收集刊行。有人劝我说，这些文章时至今日仍有一定意义，于是我便兑现当初刊行的约定。

本书分为两个部分，第一部分主要研究了制宪权和修宪权
iii 的理论问题，第二部分收录了有关早期日本国宪法修改论的经



过、特色、内容的资料性和时评性的论文。第二部分数量颇多，但鉴于近来持续重提修宪问题的状况，考虑到有必要冷静地再度研究早期的修宪议论，因而这部分资料虽不完备，但也希望能给读者提供参考。

《官泽宪法学的特质》一文与制宪权论当然没有直接关系，但念及其主权论、宪法变迁论的论述对本书所收旧作具有补充意义，因而满含对恩师官泽俊义先生的缅怀之情，将其以附录的形式予以收录。先生对确立严格区分法律科学与法律解释的宪法科学作出了重大贡献。每每思及先生学恩，只感慨自己的才疏学浅在拙著的第一部分中暴露无遗。要在这一时期整理为单行本刊行，我踌躇万分。1982年9月4日适逢先生歿后七周年祭，我愿在这一时间将本书捧至先生灵前。先生七周年祭二周后，老夫人溘然长逝，更祈愿其安息长眠。

田中二郎先生推动筹划了官泽先生还历^[1]纪念文集《日本国宪法体系》，该书第一卷收录了拙文《宪法制定权力》。田中二郎先生对此给予了过高的评价，并且对于我的相关论文、我留学时申请博士论文，均不辞辛劳，我对其怀有深深的感激之情。先生对我的宪法诉讼论也颇为关心，几度鞭策。1982年1月16日，先生身患绝症，与世长辞。当时给我的冲击和悲痛至今仍形同昨日。当时我在编辑本论文集，现在也愿将本书捧至先生灵前，衷心祈祷冥福。

本书所收录的论文获得多位前辈和同仁的诸多指教，对他们多年来的学恩，衷心地表示感谢。本书的刊行，得到了东京 iv

[1] 还历，即60岁。古时纪年，以天干地支为序，每60年重复一次。人到60，即逢“还历”。——译者注



大学出版社多田方先生的热心支持，菅野胜先生从原稿整理到校对多有帮助，在此一并致以深深的谢意。我还要感谢为我尽心尽力制作事项索引的同事日比野勤副教授，以及允许我将各篇论文收录于本书的出版社的各位。

芦部信喜

1983年10月

目 录

序言	1
----------	---

第一部分

第一章 宪法制定权力	3
------------------	---

引言 /3

一、制宪权思想的渊源 /4

二、制宪权理论的确立——法国革命宪法与制宪权 /14

三、制宪权理论的嬗变——国家法人说与

卡尔·施密特的制宪权 /26

四、制宪权的本质 /35

第二章 宪法修改国民投票制	58
---------------------	----

引言 /58

一、宪法修改国民投票制的思想背景 /59

二、日本国宪法国民投票制的有关讨论 /71

结语 /80

第三章 宪法修改的界限	82
-------------------	----

引言 /82

一、法实证主义的无界限说及其批判 /83



二、主权全能论的无界限说及其批判 /95

结语——“修宪界限”的法意义 /105

第四章 宪法修改条款的修改 109

一、宪法修改的提案与动议 /109

二、强制性国民投票制的存废 /112

结语 /116

第五章 宪法的废弃与修改 118

引言 /118

一、宪法废止的各种类型——因全面修改

而废止与因革命而废止 /119

二、通过修改修宪程序的全面修改与废止 /125

结语 /130

第六章 宪法的修改与变迁 133

一、问题 /133

二、宪法变迁的意义 /135

三、宪法变迁的法的性质 /136

第七章 现行宪法的正当性 140

——从制宪过程看宪法与国际法

引言 /140

一、波茨坦公告的法律性质 /142

二、内政自己决定的原则 /144

三、现行宪法的正当性 /152

第八章 宫泽宪法的特质 158

一、引言——年轻的问题意识 /158

二、科学的宪法学——基本特质之一 /162

三、民主主义的宪法学——基本特质之二 /174



四、宪法的基本问题 /181

结语 /200

第二部分

第九章 宪法修改问题概览 205

引言 /205

一、修宪论的发端 /206

二、修宪论的进展 /209

三、全面修宪论的抬头 /216

四、全面修宪论的进展 /224

结语——对全面修宪论的几点考察 /229

第十章 宪法修改的论争 238

一、宪法修改论的发展过程 /238

二、宪法修改的论据 /240

三、宪法修正方案的内容 /245

四、宪法修改程序的问题 /249

结语 /251

第十一章 日本国宪法修改的问题 254

引言 /254

一、天皇 /255

二、战争的放弃 /259

三、国民的权利与义务 /264

四、国会 /269

五、内阁 /275

六、司法 /281

七、财政 /289



八、地方自治	/291
九、宪法修改程序(附:最高法)	/293
第十二章 修宪问题的走向	303
 补 论	
一、宪法制定权力	/321
二、宪法的修改与变迁	/335
三、宪法的正当性	/343
四、日本国宪法修改问题	/348
事项索引	350
作者简介	380
译后记	382

第一部分





第一章

宪法制定权力

引 言

宪法制定权力 (constituent power, verfassunggebende Gewalt, 3
pouvoir constituant), 即制定宪法之力 (也称为制宪权), 是创造
法秩序的权力。换言之, 它是确定法秩序的各个原则、确立各
种制度的权力——从而也立于政治与法的交汇之处。^[1] 在这一
意义上可以说, 宪法制定权力是“关于国家政治存在样式和形
态的具体的总决断的政治意志”。^[2]

不过, 虽说宪法制定权力是政治意志, 但并非就直接承认
其为赤裸裸的纯粹实力。宪法制定权力既然是创造法秩序和国
家权力 (宪法所创设的力) 的权力, 当然就不能服从一般的实
定法规范。但也不能如卡尔·施密特 (Carl Schmitt) 所言, 视
其为“始终处于自然状态”^[3] 的实力, 不受任何规范的拘束,
自由左右宪法秩序的命运。

然而, 对于这一概念究竟是完全社会性的事实力量, 抑或
真实的法的权限问题, 在德国和法国存在着不少学说。这是近代

[1] G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. III, 1950, p. 171.

[2] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, S. 75 ~ 76; 参见本章三、2。

[3] Schmitt, a. a. O., S. 79.



- 4 宪法中诸多基本问题（例如，修宪权的本质及其界限问题）存在不少逻辑混乱的一大原因。但正如伦普夫（Rumpf）所言，宪法制定权力是一个意识形态的概念，而不关乎制宪的历史事实和法律意义上的权限问题。^{〔1〕}

以下便以这些议题为中心，追寻制宪权理论的发展轨迹，勾勒主要国家对这一思想的具体发现。

一、制宪权思想的渊源

1. 宪法制定权力（以下称制宪权）是一种特殊权力，不同于一般的国家权力，这一思想是近代所谓权力世俗化后的产物，经由各种法律思想、政治思想的孕育而产生。其中，具有决定性作用的可能是根本法（*lex fundamentalis*）思想和国民主权说。

- （1）制宪权概念要想成立，首先必须承认宪法具有最高法性质，能制约以立法权为首的一切国家权力。也正是最高法观念，通过近代自然法学派形成了根本法思想的核心，而根本法思想则是作为近代宪法的本质原理而发展起来的。为明晰其意义，有必要追溯中世纪法律优位的思想。
- 5

在中世纪，君主无责任，因而也是绝对的，但这并不意味着君主的权力是专断的。借用麦基尔韦恩（McIlwain）的说法，因为君主是“独裁者（autocrat）而非暴君（despot）”。^{〔2〕}所以说君主“言出法随”，也仅限于其意志是为了一定目的而以特别的方法表达出来的时候。也就是说，君主受神法、自然法的拘束。还根据麦基尔韦恩的研究，这意味着存在“某物”决定着

〔1〕 H. Rumpf, *Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes*, 1958, S. 18. 但它是意识形态的概念，不一定就与该概念具有法的性质相矛盾。

〔2〕 McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, pp. 364 ~ 365.



君主权行使的正当性。^[1]“某物”来源于传统习惯（ancient custom），它是处于与共同体中每个成员主观权利（这被特别理解为财产〔property〕的观念）未分离状态的客观法（法秩序）。^[2]君主受这种意义上的客观法——也就是自然法——拘束，有义务正当维持和执行这种客观法。这一观念具体意味着什么呢？^[3]第一，因为君主的支配权也是构成客观法的重要部分，若君主侵犯这种法，便是在破坏自己的支配权，从而丧失支配权。第二，君主要干涉前述的主观权利，应当获得所有当事人（至少是其代表）自由的同意。未经同意即行干涉（即君主的命令侵害传统习惯），不服从便是合法的。这是支配着中世纪的“忠诚的撤回”和“合法反抗”观念的思想。从这种思想中也能推导出一种观念来，即如果君主与有势力的贵族之间缔结了各种协定、契约，君主未经贵族会议同意不得变更。^[4]

〔1〕 Ibid, p. 367. 井上茂：《最高法的思想——走向成文化的过程（最高法規の思想——成文化への過程）》，载《法哲学年報》，（1957年），第247页。

〔2〕 一切主观权利均与客观法相统一、不可分离，这是中世纪立宪思想的决定性要素。F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1919, S. 68.（英译 S. B. Chrimes, *Kingship and Law in the Middle Ages*, 1948, p. 182.）因而，客观法无非是国民一切主观权利的总括或者结合。

〔3〕 以下论述主要参考了 Kern, a. a. O., S. 67 ff.（Chrimes, op. cit., p. 181 ff.）和 Mellwain, op. cit., pp. 365 ~ 367. 另参见尾形典男：《近代国家与政治自由（近代国家と政治的自由）》，载《近代国家论（近代国家論）》第三部“自由”，1952年，第7页以下。

〔4〕 从而，“主权”的说法本来也决不意味着权力的绝对性。例如，博丹（Jean Bodin, 1530 ~ 1596）虽认为，主权是“独立于一切法律的最高权力”，但这里的独立于法律（*legibus absoluta*）的原则并不是绝对的。他明确承认主权受神法和自然法的拘束。因为博丹曾说，主权者必须受与臣民所缔结契约的拘束，尊重臣民的自由和财产。如果主权者破坏这一义务，则“一切臣民均具有拒绝服从的权利和义务”。“侵害神定之法〔是法（*Recht*, *ius*），而非法律（*Gesetz*, *lex*）者，将失去王侯的名分和价值。”参见 R. Barzel, *Souveränität und Freiheit*, 1950, S. 14 ~ 15, 37; J. Maritan, *Man and the State*, 1954, p. 27. 另参见 G. Dahm, *Deutsches Recht*, 1951, S. 288.