

“违宪审查基准专题研究”笔谈(三)

编者按:随着我国立宪程序实践的日益发展以及公民权利意识的觉醒,如何有效地实现宪法“限制权力、保障权利”的功能日渐成为时下学界以及普通公民关心的热门话题。然而,由于社会转型出现的一系列问题,使得宪法的某些方面出现了一种“庸俗化”的倾向。应当注意的是即使在实行司法审查制度的国家,对于基本权利的保障也不是毫无条件的:因为违宪审查不仅攸关公民权利的保障,其亦涉及立法、司法、行政三者之间的分权制衡,乃至中央与地方、政府与成员之间的关系问题,故需十分慎重。为此,在法治发达国家,经过长久的经验积累发展出来一些审查的程序上或者实体上的基准,以判断论争问题或者法案的合宪性。对其进行研究不仅有助于促进我国司法实践的发展,也将在很大程度上促进我国宪法学理论的发展。正是为此,本刊特向韩大元教授、郑贤君教授、莫纪宏研究员、屠振宇博士、杜强强博士、王贵松博士研究生、柳建龙博士研究生等约稿,就违宪审查基准展开探讨,以期对中国立宪实践和宪法学理论的发展有所贡献。

中图分类号: D91

文献标识码: A

文章编号: 1671- 6132(2007) 11- 0001- 13

论“违宪审查的基准”及其学术价值

莫纪宏

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100732)

一、违宪审查基准概念的由来及其存在的学理价值

违宪审查的基准 作为宪法学的一个基本概念来加以使用,主要始于日本宪法学。在日本,包括伊藤正己法官、芦部信喜教授等在内的著名宪法学者在构建日本宪法诉讼理论时,都采用了违宪审查的基准这个概念。浦部法穗教授还专门出版了《违宪审查的基准》一书,全面地阐述了违宪审查的基准概念的内涵,存在的意义以及世界各国包括日本法院在内对违宪审查基准的运用情形。可以说,对违宪审查的基准作了比较系统的理论归纳和总结。依据樋口阳一教授在《宪法与审判》一书中的说法,所谓的违宪审查的基准,实际上是从美国最高法院的违宪审查活动中产生的,由于美国式的附带型违宪审查模式涉及违宪审查机构与被审查的机构之间的权力制约和平衡关系,故违宪审查机构在对其他国

家机关的行为进行违宪审查时,哪些行为能审查、哪些行为不能审查、被审查的行为能被审查到什么程度、被审查的行为应当如何被判定为违宪等,这些问题由于涉及被审查机构本身也有保障宪法实施的职责,所以,违宪审查机构必须对此保持高度的谨慎姿态,把握应有的尺度。而在欧洲大陆以奥地利宪法法院为模式建立起来的专门型违宪审查机制下,由于违宪审查机构本身对违宪审查对象具有广泛的审查权力,并且可以作出具有最终效力的决定,所以,作为专门的宪法法院对于违宪审查对象的实施主体就不太受事前的司法抑制主义态度的影响,违宪审查的力度和深度要比附带型的违宪审查更深更广。

所以,从违宪审查的基准概念设置的目的来看,主要是为了解决违宪审查机构与被审查机构之间的权力

收稿日期: 2007- 08- 05

作者简介: 莫纪宏(1965—),男,江苏靖江人,中国社会科学院法学所研究员,法学博士,博士生导师,中国法学会宪法学研究会副会长。

“基准”一词并不是传统法学中的一个确定性术语,因此,学者们在使用该词时具有很大的随意性。有在“标准”、“规则”意义上使用的,也有“方法”、“原则”意义上使用的。例如,朱新力先生就著有《司法审查的基准》一书,但是,该著作对“基准”的使用是非常广义的,涉及客观证明责任的分配基准、行政依据的司法审查基准、违法行政行为的判断基准等。参见朱新力著《司法审查的基准》,法律出版社2005年9月第1版。参见胡锦涛光主编《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社2006年5月第1版,第108- 119页。参见[日]浦部法穗著《违宪审查的基准》,劲草书房1985年7月5日初版。参见[日]樋口阳一、栗城寿夫主编《宪法与审判》,法律文化社1988年10月30日初版,第212- 216页。

关系,由于违宪审查机构与被审查机构在宪法上都存在相互尊重、权力相互制约和平衡的关系,所以,当违宪审查机构在行使违宪审查权,对被审查对象作出是否违宪的宪法判断时,就必须关注宪法适用的可能性。故从法理上来看,违宪审查的基准又可以用宪法在司法审判中的适用可能性来代替,它与违宪审查的原则、标准、方法等表述的是完全不同的制度内涵和问题领域,它立足于妥善处理违宪审查机构与被审查机构之间的宪法关系。

宪法适用的一个重要领域就是宪法审判机构或者是司法审判机关在处理具体的案件时,涉及审理案件的具体法律依据是否与宪法规定相一致时,如何来运用宪法规则对存有争议的司法审判的法律依据进行评价,作出是否合宪的宪法判断。从宪法适用的法律效力来看,宪法应当普遍地适用于国家生活和社会生活的一切领域,这是由宪法的根本法特征所决定的。但问题是,当一个依据宪法规定有权适用宪法的国家机关适用宪法产生了相应的法律行为之后,作为有违宪审查权的违宪审查机构再此依据宪法的规定来对受审查的机构已经依据宪法所实施的法律行为是否符合宪法的规定进行独立的法律判断,这种法律判断如果与受审查的机构的法律判断不一致或者是相互矛盾,在法律上应当肯定哪一种适用宪法的结果是正确的或者是应当选择哪一种结果,这就涉及宪法适用本身的权威性和法律效力问题。如果在法理上简单地否定受审查的机构适用宪法的法律效力,那么,就无法保证受审查的机构正确地依据宪法来实施自己的行为,宪法适用可能就会从司法审判或者违宪审查领域之外消失;如果一味地承认或肯定受审查的机构适用宪法的拘束力,那么,通过违宪审查的程序再次适用宪法的制度就显得多余。所以,在违宪审查中,由违宪审查机构再次适用宪法来审查已经依据适用宪法所产生的法律行为的合宪性,实际上反映了违宪审查机构与受审查的机构在实施宪法方面的相互监督和制约关系,是合宪性价值的一种实现机制。

二、违宪审查基准的类型及在有关国家的适用情况

(一)违宪审查基准的表现形式

目前在宪法学上探讨的“违宪审查的基准”问题,最早是从美国联邦最高法院在1938年审理“合众国诉凯瑟琳”一案中所确立的“二重审查基准”不断发展而来的,并且在日本、韩国等国家违宪审查实践中得到了一定的发展。

“合众国诉凯瑟琳”一案的案情是被告凯瑟琳公司将一种名为“Milnut”的椰子油掺入脱脂牛奶制成奶制品,通过州际通商加以贩卖。联邦政府指控被告的行为

违反了联邦国会于1923年制定的《禁止脱脂牛奶法》。该法规定:用奶油以外的脂肪或油类掺混于已经脱脂的牛奶中,所制成的类似牛奶的“脱脂牛奶”为损害公众健康的不纯食品,贩卖该食品属于对公众的欺诈行为,禁止通过州际通商来贩卖该类食品。被告凯瑟琳公司对该法的合宪性提出质疑,认为:(1)该法的规定逾越了联邦国会限制通商的权限,侵害了联邦宪法修正案第10条为州所保留的权限;(2)剥夺了其受法律平等保护的权利;(3)违反了联邦宪法第5条修正案,未经正当法律程序就剥夺了其财产。联邦最高法院斯通大法官在代表联邦最高法院宣布的判词中,附加了一个著名的脚注四。该脚注四分为三点,主要内容包括:(1)如果立法看起来明显处于宪法所禁止的范围,那么,对其进行合宪性的推定的范围就比较窄,例如,立法在宪法前10条修正案下就受到比较严格的限制;(2)禁止被告产品在州际通商中销售并不违反第14条修正案,因为证据证明使用牛奶替代品会损害公众健康;(3)本案也不涉及保护少数人的权利问题,尚未出现需要以保护少数的政治程序来要求一种更加严格的审查。总结美国联邦最高法院上述判词的要点,实际上是主张联邦最高法院在对待政治类的权利的审查与对待经济类的权利的审查方面立场可以不一样,对待涉及财产权利的法律的审查可以采取更加宽泛的标准,以保证立法机关一定的立法目的的实现。以“合众国诉凯瑟琳”一案为起点,“二重基准说”在美国联邦最高法院的违宪审查实践中逐渐得到了确认。例如,在涉及财产权的“Williamson v. Optical Co.”一案中,联邦持不干涉政策;在关系言论自由的“Martin v. City of Struthers”一案中,联邦最高法院以优越地位理论进行了严格审查;在涉及平等保护的“Brown v. Board of Education”一案中,联邦最高法院废除了“平等但隔离”的先例,以完全平等的价值理念对相关立法进行了严格的审查;在涉及宗教自由的“Sherbert v. Verner”一案中,联邦最高法院倾向于持积极地态度对相关立法进行严格的审查。

关于“二重审查基准”,实际上将对有关公民的基本权利的立法人为地划分为两个领域,一是受严格审查的“自由权”领域,一是受宽泛审查的“经济、社会权”领域。美国的联邦最高法院在违宪审查的实践中,又对“二重审查基准”进一步予以细化,确立了“合理性基准”、“严格的合理性基准”、“严格的审查基准”和“LRA基准”(最小的必要限制基准)等各项具体标准。另外,“二重审查基准”的审查原则在美国、日本等国的违宪审查中,还得到了“合宪性推定原则”、“立法自由裁量原则”、“明白性原则”等重要原则的支持。这些原则实际上也涉及违宪审查机构与被审查机构之间的权力关

参见刘志刚著《立宪主义视野下的公法问题》,上海三联书店2006年11月第1版,第171-176页。

系,所以,从违宪审查的基准角度来看,是可以将这些原则纳入统一的违宪审查基准中的。即便是在德国宪法法院以及仿照德国宪法法院模式的韩国宪法法院审判中,对“合宪性推定原则”等也表示了高度重视。

(二)对受审查的机构进行违宪审查的基本司法态度

由于违宪审查涉及违宪审查机构与受审查机构之间的权力关系,所以,违宪审查机构在对有关的违宪审查对象进行违宪审查时,必须首先要明确对受审查机构的司法态度。

以日本各级法院为例,在依据《日本国宪法》进行违宪审查的时候,特别是在将宪法的具体条款适用到具体的法令或国家机关的行为时,首先要考虑到受审查对象的实施机关的性质,全面考虑在《日本国宪法》所确立的三权分立体制下法院与国会及内阁之间的权力平衡与制约关系。国会、内阁和法院都承担着依据宪法的规定使宪法具体化和现实化的使命,所以,在法院对国会、内阁做出的法令进行违宪审查之前,应当充分尊重国会、内阁依据宪法履行自身宪法职权的行为。法院应当以假设受审查的法令的合宪性为前提,而不能首先假定国会、内阁的行为违宪。这充分表明了法院作为司法审查机关对作为立法机关的国会和作为行政机关的内阁的权威的尊重。所以,合宪性推定原则是法院进行宪法适用和实施违宪审查的首要前提,违宪审查中的其他基准,包括“二重审查基准”在内,在法理上都是由这一基准的原则延伸和演化而来的。

1.合宪性推定原则。

对立法机关的判断给予合宪性推定的原则,是来源于立法机关的国会与作为司法机关的法院各自都是依据宪法履行一定的宪法职能的国家机关的性质,立法机关与司法机关都有依据宪法保障宪法实施的共同的职责。因此,相对于作为司法机关的法院来说,作为立法机关的国会首先有义务来履行宪法规定的职责。法院对于立法机关的国家行为应当表示尊重。由此产生了立法机关的判断合宪性的推定标准。也就是说,法院在审查立法机关的任何性质的判断和行为时,应当首先假设立法机关的行为合宪。除非在违宪审查过程中发现了明白无误、证据确凿的违宪理由,否则不得否定立法机关的行为的合宪效力。

合宪性推定原则最早来源于美国的违宪审查制度。所谓合宪性推定,并不是对立法机关所做出的判断推定为合宪,而是对立法机关做出判断所基于的事实以及合理性推定为合宪。法院作为司法机关,其基本的职能是对法律行为产生的事实依据的存在与否以及合

理与否进行司法认定,如果不存在足以产生某种法律行为的事实,那么,相应的法律行为也就是无效的。在对立法事实是否合理进行判断时,一般把事实是否清楚明白、属于社会常识的范围作为审查标准。法院在进行违宪审查时,对于不符合这种社会常设标准的立法事实就可以排除合宪性推定。在日本的违宪审查判例中,由于对合宪性推定原则的意义、内容的误解,以至于对立法事实的审查没有充分地进行,对立法事实的存在和它的合理性具有很强的予以轻易肯定的倾向。例如,日本《公众浴场法》第2条第2款,把公众浴场设置场所(配置的适当)作为许可的条件,在据此而制定的条例中,规定了一定的距离限制,在对它的合宪性予以认可的判决中,最高法院认定浴场的自由竞争对国民保健及环境卫生会产生不令人满意的结果,确认了健全的社会常识的这个立法事实。在东京都公安条例事件判决中,最高法院对于集团的暴徒化明显是基于社会公众的心理认同的立法事实予以了认定。但是,在关于药局开设距离限制规定的昭和50年4月30日(1975年4月30日)的最高法院大法庭判决中,最高法院认为,在立法限制缺少必要性和合理性的前提下,最高法院基于对立法事实的调查做出了违宪判断是完全有必要的。

在德国,合宪性推定原则对宪法法院的判断产生了非常重要的影响,在实践中确立了下列规则:任何一种法律如存在着与宪法相一致的解空间时不应宣布为违宪。一个规范中存在两种以上内容时应优先选择更符合宪法价值判断的内容。德国宪法法院的合宪性推定原则的特点是:通过合宪性推定原则的确立防止因违宪判断而引起的宪法秩序的混乱;违宪审查起着把宪法规范的内容具体化的功能,而立法者发挥的功能更为重要;对民主正当性的信任与期待是合宪性判断的基础;即使采取合宪性推定原则,但在具体的判断过程中,合宪性推定原则也有自身的界限。

在韩国,宪法法院在审判实践中通过实践确立了下列“法律合宪性推定原则”:(1)宪法法院应运用各种方法和技术规避法律出现宪法性问题;(2)在对法律存有两种以上解释时,其中一种是法律合宪有效,另一种是法律违宪无效,则宪法法院采取法律合宪的解释;(3)除法律明显违宪且理由充分外,宪法法院不能宣布法律违宪。

2.立法机关自由裁量权原则。

从现代立宪主义的角度来看,凡是制定成文宪法的国家,往往通过宪法授权具体的国家机关来完成一定的国家职能,并且宪法对国家机关在完成宪法职能时所

日本最高法院1955年1月26日大法庭判决,刑集9卷1号89页。日本最高法院1960年7月20日大法庭判决,刑集14卷9号1243页。日本最高法院1975年4月30日大法庭判决,民集29卷4号572页。参见韩大元著《试论合宪性推定原则》,韩大元主编《现代宪法解释基本理论》,中国民主法制出版社2006年5月第1版,第186页。参见王祯军著《韩国违宪审查制度的历史发展及特征》,莫纪宏主编《违宪审查的理论与实践》,法律出版社2006年12月第1版,第329页。

具有的一定的裁量权是予以认可的。但是,由此带来的问题就是国家机关依据宪法所享有的自由裁量权的范围。从立法机关的宪法地位来看,被赋予广泛的自由裁量权在宪政理论上是能够被接受的。从立法机关与法院的关系来说,出于对立法机关的尊重,法院一般也不对立法机关制定法律进行审查。但是,如果将法院对立法机关制定的法律的违宪审查的门槛确定得很高,那么,对法律的违宪审查就是非常困难的。因此,限制立法机关的自由裁量权是法院对法律行使违宪审查的基础。在日本的违宪审查判例中,特别是在最高法院的判例中,对广泛意义上的立法机关的裁量予以认可,可以说是长时间地采取等同于放弃违宪审查权的态度。例如:在被视为对立法机关的裁量予以广泛认可的具有代表性的判例和歌山县教组事件最高法院判决中发表了如下的看法:宪法28条规定的劳动者权利被限制的程度应当是在对尊重劳动者的团结权等的必要性和确保公共福利的必要性进行比较权衡之后,在这两种价值之间保持适当的均衡后才能做出决定。在这个目的下,决定具体的限制程度的应当是立法机关的自由裁量权。如果立法机关的决定明显地打破了这种均衡,明显地出现不合理,但是,只要不认为超出了立法机关自由裁量权的范围,那么,仍然可以解释为合宪的。在朝日诉讼事件最高法院判决中,最高法院非常强调宪法25条的程序性,就具体权利的发生完全授权给了国家的立法政策,采取了对立法机关的自由裁量予以非常广泛认可的立场。但是一进入昭和50年(1975年以后),在最高法院的判决中对立法机关的自由裁量采取了更加严厉的态度。昭和50年(1975年)的药事法判决和昭和51年(1976年)的众议院议员定额分配规定的判决就是具有代表性的例子。昭和50年的药事法判决,就限制经济活动自由的立法整体而言并没有认可立法机关的广泛的自由裁量权,因为立法机关的判断超越了合理的自由裁量的范围,因此,距离限制规定被判定为违宪。而在昭和51年(1976年)的判决中,在众议院议员的选举中就选举区分配和议员定额分配的决定,采取了对立法机关的自由裁量予以广泛认可的立场。

当然,立法机关的自由裁量权也很容易导致立法机关的不作为,对此,一些国家的宪法法院给予了高度关注。例如,韩国宪法法院对“基本权的保护义务”作出了明确的分类,规定了立法机关不作为分为三类,一类是单纯的不作为,对此,宪法上没有规定立法机关的立法义务;二类是真正不作为,即宪法明确规定立法机关制定某个法律来保护宪法中的基本权利的

实现,但立法机关拒绝制定此类法律;三类是不真正不作为,即虽然立法机关制定了某项法律来保障基本权利的实现,但是这种法律本身不完善,导致了对基本权利保护的不力。韩国宪法法院通常会对后两类不作为进行违宪审查,但事实上,只有对第三类不作为才有可能提起有针对性的违宪审查,来确认立法机关作为上的瑕疵。

3.明白性原则。

合宪性推定的原则的前提是将立法机关的自由裁量权限制在一定的幅度内加以考虑的。在这种思考方式下,如果立法机关仅仅是一般性犯错误是不构成违宪的。只有在立法机关明确地犯错误,并且是明白无误的不合理的时候,法院才进行相关的法律或法令的违宪审查。

“明白性原则”被视为日本法院进行法令审查的一项根本原则。明白性原则是与合宪性推定的原则结成一体的,因此支撑立法事实状态的存在与它的合理性及它的推定是结成一体的,立法目的及立法目的和限制手段的关联是以每个合理的一般的事实为基础的,不应排除进行审查的法院的义务。在零销市场开设规则最高法院判决中,最高法院从保护中小企业经营的社会政策或经济政策的观点出发,在对经济自由予以积极限制的违宪审查活动中适用了明白性原则。从宪法理论上来看,日本最高法院在该案中的做法可以说是比较妥当的。但是,在药事法最高法院判决中,对经济活动的限制,被分为两个方面。根据福利国家理念,一方面对积极的限制措施适用明白性原则,另一方面对消极的警察的限制又不适用明白性原则。日本最高法院认为:许可制是对经济自由活动实行的一般性限制,目的是为了更好地实现社会公共利益。因此,一般实行较为宽松的审查原则;而对于基于警察目的限制经济自由的法令必须实行更加严格的审查标准。另外,即使是实行合理性审查标准的领域,也不能使违宪审查堕落为对立法机关的立法的简单追认。因此,对于合理性标准适用的领域也要加以必要的限制。即使在合理性标准被适用的领域中,按照限制对象的权利的种类、限制的目的等,实行更加严格的审查也是必要的。另外,日本最高法院在砂川案件的判决中也对条约的违宪审查明确提出了“明白性原则”,最高法院认为,“对《日美安保条约》是否作出违宪的法律上的判断,在法院的司法审查中,原则上不涉及该问题。仅限于非常明显地存在违宪无效の場合中,才能作出这种判断,一般应当在法院的司法审查范围之外”。

日本最高法院1965年7月14日大法庭判决,民集19卷5号1198页。日本最高法院1967年5月24日大法庭判决,民集21卷5号1043页。日本最高法院1975年4月30日大法庭判决,民集30卷3号223页。日本最高法院1976年4月14日大法庭判决,民集30卷3号223页。参见韩国岭南大学教授李富夏提交“第二届东亚公法学现状与发展趋势国际学术研讨会”论文《宪法领域中的基本权保护义务》一文。日本最高法院1959年12月16日大法庭判决,刑集13卷13号3225页。

(三)违宪审查中的“二重审查基准”的具体表现形式

在出于对立法机关立法权的尊重的前提下,为了保证违宪审查的“实效性”,维护宪法的权威,违宪审查机构必须依据一些特殊的“基准”来谨慎地对立法机关的立法行为进行是否违宪的审查。这种审查基准大都是以美国联邦最高法院的“二重审查基准”理论为核心的,并在具体的违宪审查实践中进一步细化,主要有“合理性基准”、“严格的合理性基准”、“严格的审查基准”和“LRA基准”。

1. “合理性基准”的内涵。

所谓的“合理性基准”,又称“对立法的最小限度的审查基准”,是对人权进行限制的立法,其立法的“目的”以及实现该立法目的“手段”必须具有合理性。“合理性基准”起于美国联邦最高法院在1938年对“合众国诉凯瑟琳”案件的审理,但是,该基准在美国的违宪审查实践中通常适用于经济自由的规制领域,而在日本的违宪审查实践中,该基准还延伸到精神自由等领域。

在围绕着与《国家公务员法》第110条第1款第19项关于禁止国家公务员参与政治活动的规定是否违宪的猿拂案件的审查中,日本最高法院依据“合理性基准”作出了该规定没有违反宪法的判决。最高法院在判决中声称:“禁止具有损害公务员政治中立性嫌疑的政治行为,正是适应了宪法的要求,为维护包括公务员在内的全体国民的共同利益而采取的措施,该立法目的应当具有正当性。”在对大阪市户外广告物限制条例是否违宪的判决中,日本最高法院认为,“在以提高国民文化生活为目标宪法下,如为了维护都市的美观风致是保证公共福利所需要的,可以认为该程度的规制是为了社会福利,对表达自由的必要的合理的限制是允许的”。很显然,日本最高法院在此案中放弃了对表达自由限制的“严格的审查基准”而采用了“合理性基准”。

2. “严格的合理性基准”。

“严格的合理性基准”是介于“合理性基准”与“严格的审查基准”之间的过渡性基准,其约束是在限制经济自由的立法中,如果涉及平等保护问题,那么,违宪审查机构就必须对此类限制经济自由的立法进行比较严格的审查。“严格的合理性基准”是“二重审查基准”的新发展。

“严格的合理性基准”是美国联邦最高法院在20世纪70年代之后,在合理性基准下开始采取严格的司法审查而引起的。与传统的“合理性基准”相比,“严格的合理性基准”具有以下几个方面的特点:(1)传统的“合

理性基准”,主要关注立法目的的合理性以及实现立法目的的手段合理性,而“严格的合理性基准”则要求基于事实能够证明立法目的与实施手段之间存在着“事实上的关联性”(substantial relationship in facts);(2)与“严格的审查基准”要求实现立法目的的手段是“促进立法目的必不可少的”相比,“严格的合理性基准”属于一种缓和的审查手段,它要求证明实施立法目的的手段符合国家的正当利益。“严格的合理性基准”主要是针对限制经济自由的立法领域,如果涉及平等保护问题,那么,涉及人种、血统、国籍以及投票权和刑事程序等基本权利的问题就应当纳入可疑的“分类”中。在1970年美国联邦最高法院判决的“Dandridge v. William”一案,因涉及马里兰州有关不论儿童数量多少,一律享有州政府给予一定量的儿童福利费的规定是否合宪,联邦最高法院认为,该州的上述规定有关补助额的数量,涉及经济自由的范畴,所以,应当适用合理性基准。而且该规定所确定的补助额度,对于少数人来说,也还没有关系到生死攸关的利益。因此,该规定是合宪的。但在1973年美国农业部诉莫莱诺(United States Department of Agriculture v. Moreno)一案中,联邦最高法院对给贫困地区一定粮食补助的1964年法作出了否定其立法目的合理性、违反了平等保护条款的判决。另外,联邦最高法院在“Weinberger v. Wiesenfeld”一案中,对于1975年规定与儿童抚养费相关的女方和男方承担责任不同的社会保障法,在确认其积极的实施手段与立法目的之间存在关联性的基础上,认定其产生的结果属于违宪。

日本最高法院在采用“合理性基准”的过程中,也肯定了在对限制经济自由的立法方面同样实行“双重标准”的做法,确认了“严格的合理性基准”的违宪审查原则。例如,在1975年药事法判决中,最高法院明确指出:“(关于职业许可制)为了肯定它的合宪性,作为原则,为了重要的社会公共利益,所采取的措施必须是必要的、合理的,并且该措施不是为了实施社会政策、经济政策这一积极性目的而采取的。为防止自由的职业活动对社会公共利益带来危害,采取消极的、警察性的措施时,与许可制相比较,对于职业自由,采用更加宽松的限制措施,通过对某种职业活动的内容和状况加以规制,来充分地达到目的是不可能的。”

3. “严格的审查基准”。

“严格的审查基准”是“二重审查基准”的一个重要方面,它主要是审查立法目的与达到立法目的的手段之

参见高野敏树著“合理性的基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第175页。日本最高法院1972年11月22日大法庭判决,刑集26卷9号586页。参见高野敏树著“合理性的基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第179页。参见高野敏树著“合理性的基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第180页。397 U.S.471(1970)。413 U.S.528(1973)。420 U.S.636(1975)。参见高野敏树著“严格的合理性基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第187页。

间是否存在着紧密的联系。主要包括三个方面的要求:(1)立法目的是否具有正当性;(2)达成立法目的的立法手段是否属于促进立法目的的实现必不可少的立法手段;(3)在对人权进行限制时要求列举限制的正当理由。

“严格的审查基准”来自于美国联邦最高法院对“合众国诉凯瑟琳”一案的判决。在该案判决中,斯通法官主张,有关人权的案件应当严格地区分“财产权”与“自由权”两类案件。对于财产权的限制,应当尊重立法机关的意愿,而对个人自由的限制,例如,对宪法修改案第1条至第10条所规定的自由权的限制,为了保障宪法所规定的自由,法院应当对立法机关对自由权的限制立法作“狭义上”的合宪性推定,实行严格的审查。斯通法官所指出的“自由”实际上被赋予了宪法上的基本权利的地位,例如,表现自由、投票权、信仰自由、旅行自由、与刑事审判相关的自由等广泛的自由权领域。特别是表现自由,一般来说,对表现自由的内容加以限制的立法,在违宪审查中应当排除合宪性推定原则的适用性。在1965年“格里斯伍尔德诉康涅狄克”(Griswold v. Connecticut)一案中,美国联邦最高法院又以保障人权为宗旨,肯定了隐私权的基本权利特性。在1973年“罗伊诉怀德”(Roe v. Wade)一案中,美国联邦最高法院在确认终止妊娠属于个人隐私权的范围的基础上,还采取了严格的审查基准,对禁止终止妊娠的州法规定宣布了违宪无效。

“严格的审查基准”在日本最高法院的违宪审查实践中并没有得到非常严格的适用,最高法院在户别访问禁止规定合宪判决以及大阪市户外广告条例规定合宪判决中,虽然涉及政治性的表达自由的内容,但是,仍然是按照“严格的合理性基准”来审查上述两个案件的。与美国联邦最高法院不同的是,日本最高法院对平等保护案件往往适用“严格的合理性基准”来进行审查。

4. “LRA基准”。

“LRA基准”(Less Restrictive Alternative Test),又称为“必要的最小限度基准”。是指限制基本人权法律,其确定的限制程度、范围、手段必须是为了达到目的所必要的最小限度,超越必要最小限度就构成违宪的原理。必要最小限度标准本来是作为限制表达自由法律的合宪性判定标准而成立的,美国最高法院在“希尔顿诉图克”(Shelton v. Tucker)一案中非常明确地表达了该基准的内容。

日本宪法学界在探讨这个标准的时候,也提出,即使是关于限制其他人权的立法,根据宪法13条以必要最小限度的标准作为原则也是妥当的。另外,在实际中也是作为判断标准而予以适用的。对于必要最小限度的基准或不是更强限制的其他的可以选择的手段原理,日本最高法院判例的态度是依据权利自由的种类不同而有所不同的。在违反全面一律的禁止公务员政治行为的国家公务员法、人事院规则的猿舩事件中,一审判决以必要最小限度的基准作为标准在明确了对这些法令进行审查的态度之后,主张“非管理职的现任公务员的职务内容是停留在提供机械的劳务上,在勤务时间以外没有利用国家的设施和利用职务或者不具有妨害公正意图下”实施人事院规则第6款第13项的行为,这是在国会法110条第1款第19项所预设的适用范围之内,对这样的行为进行制裁,不得不断定是超越了合理的必要最小限度的领域。对于邮政省的非管理职的现任公务员所进行的选举运动适用国会法110条第1款第19项,在这个限度内是违反宪法21条以及31条的。二审判决对于一审判决的围绕言论自由、政治活动自由的司法审查没有采用合理性的标准,而是依照“能够达成相同目的,不是更强限制的其他的可以选择的手段”的标准予以了认可。但是,与一审的判决相反,最高法院判决虽提及必要最小限度的基准,但认为必要最小限度的基准是被委托给立法机关的自由裁量,依据维持公务员的政治中立性,来确保行政的中立的运营及对此产生国民的信赖,从这一立法目的来看,公务员的管理职、非管理职的区别,现任、非现任的区别,自由裁量权范围的广狭等,勤务时间的内外,国家设施利用的有无,职务利用的有无等,都是具有重要意义的。另外,对于违反禁止规定的公务员,作为制裁是否有必要科以刑罚,这是维护国民全体共同利益的立法政策的问题。从目前日本国内所倡导的法治原则的精神来看,对于违反规定的公务员是否要设定刑罚处罚的方式,如果立法机关显著地超出了它的自由裁量的范围,那么是不予认可的。

为了对一般职的国家公务员的政治行为予以合宪的限制,故必须服从必要最小限度的基准,合宪的予以禁止的一般职国家公务员的政治行为包括以下几个事项:从行为主体来看,只限于参与策划法律或政策的制定方案、或具有行政裁量权担负政策或法律施行的

参见高野敏树著“严格的审查基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第191页。
381 U.S.479(1965)。 410 U.S.113(1973)。 参见高野敏树著“严格的审查基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第192-193页。 参见高野敏树著“严格的审查基准”,中谷实编著《宪法诉讼的基本问题》,法曹同人1989年11月25日初版,第193-194页。 《日本国宪法》第13条规定:“一切国民都作为个人受到尊重。对于国民谋求生存、自由以及幸福的权利,只要不违反公共福祉,在立法及其他国政上都必须予以最大尊重。” 旭川地方法院判决1968年3月25日,下级刑集10卷3号293页。 札幌高等法院判决1969年6月24日,判例时报560号30页。 日本最高法院1974年11月6日大法庭判决,刑集28卷9号393页。

拥有职务权限的公务员的行为;如果从行为的状况来看,只限于公务员利用他的地位或与他的职务执行行为相关联的而进行的政治行为。以郵便外务作为职务的一般职的国家公务员在“五一节”的集团示威游行时,高举写有“打倒支持美国侵略越南的佐藤内阁”的横幅,不能说这种行为是在宪法上被允许的政治行为。第二审判决就这些规定认为是完全没有加以合理的限制解释的余地,对该案所涉及的行为予以适用的这些规定是违反宪法21条的。与此相反,最高法院判决认为,以违反国会法第102条第1款,人事院规则14-75款4项,6款13项的规定作为理由予以惩戒处分,没有违反宪法21条。另外,在限制劳动基本权法令的领域,最高法院判例对于必要最小限度的基准在一个时期显示了善意的态度,即在与对公务员的争议行为予以全面一律禁止的国家公务员法、地方公务员法、公共企业体等劳动关系法等的规定有关的全国邮电工会东京邮电局案件的最高法院判决中认为,对劳动基本权的制约被授予以合宪判断的应符合以下几个条件:劳动基本权的限制必须是在被认可的合理性的必要最小限度内。只限于为了回避国民生活整体的利益被损害,对国民生活带来重大的障碍的必要的不得已的情形,对劳动基本权的行使予以限制。对劳动基本权的限制违反者,使之负担的利益没有超过必要的限度,特别是刑事制裁只有在必要、不得已的情形下,才得予以判定。对劳动基本权的限制应谋求相称的代偿措施。此外,有关刑事制裁,作为超越正当的争议行为的界限,不能免除刑事制裁的情形,有以下三种:为了政治目的而予以进行的情形,伴随暴力的情形,按照社会一般的想法,像不当的、长期的并给国民生活带来重大障碍的情形,原则上来说,日本法院在审理此类案件时是以必要最小限度的基准作为基础,限定了合宪的能科以刑事制裁的范围。另外,在限制经济自由权法令的领域中,昭和50年4月30日(1975年4月30日)的药事法事件的最高法院判决,采用了以必要最小限度的基准作为判断标准,这个判决认为在对限制经济自由(这个情形是职业选择的自由)的法令进行审查之际,依据限制的目的,站在应使审查的标准不同的立场上,为了防止自由职业活动给公共社会所带来的弊害而采取的消极的警察的措施的情形,与为了社会政策或经济政策上的积极的目的而采取措施的情形相比是有必要进行更加严格的审查。最高法院在把限制权利、自由的法令判决予以合宪的情形,往往使用“合理的必要的最小限度的限制”这个原理。为了能把必要最小限度的基准作为审查判断的标准而

予以使用,对法令所规定的限制手段的必要性、合理性,根据社会的政治的事实进行审查在法理上也是必要的。此外,按照具体的限制目的、对象、方法、性质、内容等,设立不同的类别,对每一个类别,就限制的必要性、合理性是有必要进行审查的。

三、小结

总之,“违宪审查的基准”可以视为宪法学上的一个特定的“范畴”,它所产生的制度功能主要是要求违宪审查机构在对违宪审查对象进行审查时,必须谨慎地对待作出具体的被审查行为的机构自身的法律地位、被审查机构依照宪法行使自身职权的确定力、拘束力以及违宪审查机构与被审查机构之间的全面的宪法关系,是附带型违宪审查模式下特有的违宪审查制度,基本上属于在附带型的违宪审查中如何适用宪法进行违宪审查的“专门技术标准”。从宪法学理论上来看,“违宪审查的基准”不能简单地代替“违宪审查的依据”、“违宪审查的原则”等实质性审查标准。即便是在“二重审查基准”的框架内,违宪审查的直接依据仍然应当来源于成文宪法或者是具有成文宪法效力的法律文件;至于像作出违宪判断这样的行为,除了借助于“违宪审查的基准”来区别不同的情形,使得违宪审查能够具有更强的针对性之外,对受审查的对象是否在实体上违背了“人民主权原则”、“有限政府原则”、“人权保障原则”、“法治行政原则”、“宪法至上原则”等,仍旧是违宪审查机构作出违宪判断的主要标准,这一点在实行抽象的违宪审查制度下表现得更为明显。例如,《德意志联邦共和国基本法》第18条规定:“凡是滥用发表意见的自由,特别是新闻出版自由、教学自由、集会自由、结社自由、通讯秘密、财产权和庇护权,以攻击自由民主的宪法秩序的人,将丧失这些基本权利。丧失权利及其程度,由联邦宪法法院宣告。”很显然,虽然《德意志联邦共和国基本法》的上述规定是针对公民个人的,但至少说明一点,在德国的违宪审查制度下,即便是公民个人,如果实质性地违反了宪法的规定,那么,也会因违宪行为被宣告剥夺基本权利。由此可见,在抽象型违宪审查模式下,受审查的对象、被审查的主体范围极其广泛,并没有附带型违宪审查模式下所受到的种种束缚,故违宪审查机构在违宪审查中更容易采用实质性的标准来作出是否违宪的判断。当然,作为“二重审查基准”的前提“合宪性推定原则”则具有普遍的借鉴意义。不论是附带型违宪审查模式,还是抽象型违宪审查模式,在违宪审查机构审查立法机构的立法行为是否违宪的过程中,“合宪性推定原则”更容易有利于维护法治原则和立法的权威性。

东京高等法院判决1973年9月19日,判例时报715号3页。日本最高法院第三小法庭判决1980年12月23日,民集34卷5号959页。日本最高法院1966年10月26日大法庭判决,刑集20卷8号901页。日本最高法院1975年4月30日大法庭判决,民集29卷4号572页。