

司法权与违宪审查制论的 50 年

户波江二*

莫纪宏译 于 敏校

一 前 言

日本国宪法引入违宪审查制度,赋予法院违宪审查权就要经过 50 年了。此间,提起了许多宪法案件,法院也作出了各种各样的宪法判断。学说上对法院行使违宪审查权的应有状态也从各种各样的角度进行了探讨。分析日本实施违宪审查制度的论稿,皆异口同声地指出法院行使违宪审查权过于消极,没有发挥有效的机能。以回顾日本司法权,尤其是违宪审查制度的 50 年为宗旨的本文,在其基本主张这一点上是与那些研究同出一轨的,大量地接受了那些研究成果。

二 日本违宪审查制度的特征与问题点

1. 宪法判断的轨迹

首先以最高法院判决为中心简单地确认一下日本宪法判断的轨迹。

第一阶段,从 1947 年起到 1966 年全国邮工会东京中邮案件判决止。这一时代,就与政治问题相关的砂川案件和苫米地案件中的统治行为论来看,最高法院所作的宪法判断是消极的。而且,在人权判决中,用公共福祉论来作出合宪判决。其间,虽然也有关于强制调停被判为违宪的决定和没收第三者所有物被判为违宪的判决等,但倒不如说给战后产生的宪法案件抹上合宪的色彩是判例的主要任务。

* 本文作者系日本筑波大学法学部教授,本文原载于《宪法理论 50 年》(日本评论社 1996 年 5 月出版),本文是该书的第 7 章。宪法 40 年特集以来的主要著作或者最新特集有:《特集:最高法院 40 年》,《法律时报》第 59 卷第 9 号(1987 年);《今日最高法院》,《法学讨论会增刊》(1988 年); 殿口阳一、栗成寿夫:《宪法与审判》,法律文化社 1988 年出版;佐藤幸治:《现代国家与司法权》,有斐阁 1988 年出版;户松秀典:《司法审查制》,劲草书房 1989 年出版;松井茂记:《司法审查与民主主义》,有斐阁 1991 年出版;藤井俊夫:《事件性与司法权的界限》,敬文堂 1993 年出版;宪法理论研究会编:《违宪审查制的研究》,敬文堂 1993 年出版;《特集:违宪审查制的现在》,《法学家》第 1037 号(1994 年);殿口阳一、山内敏弘、颯村:《宪法判例解读》,日本评论社 1994 年出版;奥平康弘:《宪法审判的可能性》,岩波书店 1995 年出版;殿口阳一:《讲座·宪法学 6·权力的分立 2》,日本评论社 1995 年出版;芦部信喜《人权与宪法诉讼》,有斐阁 1995 年出版;高桥和之:《宪法判断的方法》,有斐阁 1995 年出版;野中俊彦,《宪法诉讼的原理与技术》,有斐阁 1995 年出版;佐佐木雅寿:《现代违宪审查权的性格》,有斐阁 1995 年出版;《特集:战后 50 年与宪法审判》,《法学家》第 1076 号(1995 年)等等。依据判例分析违宪审查制度或者是宪法诉讼的开展过程的论稿呈日渐增大的趋势。目前主要有:芦部信喜:《宪法判例理论的变迁与问题点》,《公法研究》第 48 号(1986 年)第 16 页;奥平康弘:《司法审查的日本特殊性》,东大社研编:《现代日本社会的构造》第 407 页,东京大学出版会 1991 年出版;竹下:《座谈会·国民与最高法院》,《法学教室》第 154 号(1993 年)第 10 页;户松秀典:《作为法解释论的宪法诉讼的现实成果与课题》,《法律时报》第 65 卷第 11 号(1993 年)第 44 页;小林武:《最高法院的判决与议会的关系》,《法学家》第 1037 号(1994 年)第 90 页;博行《违宪立法审查制》,《法学家》第 1073 号(1995 年)第 33 页;园部逸夫:《违宪审查的法理》,《法曹时报》第 47 卷第 11 号(1995 年)第 2787 页。伊藤正己:《法官和学者之间》(1993 年)第 112 页。小林武:《最高法院的判决与议会的关系》,《法学家》第 1037 号(1994 年)第 90 页;《宪法判例与立法权》,《公法研究》第 48 号(1986 年)第 83 页。鉴于篇幅的关系,省略了判决的年月、判例集。

第二阶段, 迄止 1973 年的全农林警职法案件。以对尊重公务员劳动基本权作出明确判断的全日本邮工会东京中邮案件判决为契机, 最高法院产生了详细的作出宪法判断的论理, 强化了保护人权的姿态。以这样的姿态作出的判决, 除了与公务员的劳动基本权相关的都教组案件之外, 还有高田案件、博多站电视电影提出命令案件、京都府学联案件、和歌山晚报时事案件等等。这种倾向, 在 1973 年鹰派的反攻之后, 仍然由尊属杀违宪判决、药事法距离限制违宪判决、1976 年议员定数不均衡违宪判决等判决继承下来。在第二阶段, 最高法院判例积极化的背景, 有批判公共福祉论并为违宪审查的缜密化提供诉讼理论的宪法学说的努力, 也有判例方面对公共福祉理论的粗陋性所作的反省, 特别是还有以田中二郎法官为中心的鸽派法官共同对进步判决给予的支持等。

第三阶段, 是由 1973 年全农林警职法案件判决变更判例以来的时期, 最高法院转向保守的立场。其后, 也基本上保持了这种立场。而且, 对猿 案件的的政治表现予以限制的宽松的审查方法在其他案件中也被采用, 还有, 堀木诉讼等判决中出现的立法裁量权论在各种各样的判决中得到运用, 其结果是产生了极多的通过低密度审查的、廉价的合宪判决。再者, 甚至还出现了象殉职自卫队官员合祀案件那样的, 对依据宪法政教分离的原则无论如何也不能允许的将殉职的自卫队官员合祀于靖国神社的案件, 也将事实加以歪曲作出合宪判决的例子。尽管如此, 仍有北方日报案件与法庭纪录诉讼, 还有, 关于森林法共有林分割限制的违宪判决等, 而且出现了逻辑上经得住推敲的尊重人权的判决。然而这些当属例外。

作为第四阶段, 自进入 1980 年以后, 回避论述宪法问题的倾向增强, 可以说开创了新的时期。此间, 再加上宽松的违宪审查基准的适用与立法裁量论的任意发挥的倾向, 出现了不少未经过充分论证就简单地确认原审判断驳回上诉的判决。例如, 麦町中内申书案件与森川案件等等。还有, 自 1988 年大阪机场诉讼案件以来, 一般来说, 最高法院踌躇于将案件交由大法庭来处理, 特别是最近这种倾向更为增强, 连教科书检定诉讼与忠魂碑案件等都仅由小法庭进行审理。

2. 宪法判例的问题点

虽然是简单的素描, 但从中仍可发现宪法判例的一些问题点。主要的问题包括以下几个方面。

第一, 宪法判决的数量是相当少的。迄今为止最高法院判决法令违宪的, 只有尊属杀违宪判决、药事法距离限制违宪判决、森林法分割限制违宪判决以及一系列议员定数不均衡违宪判决。其他的虽然也有像没收第三者所有物判决与高田案件判决, 以及法庭纪录诉讼违宪判决那样的基于尊重人权的立场的判决, 但从整体上来看, 所贯穿的违宪判断消极主义的态度是不容否定的。这一点, 如果与适当地行使违宪审查权, 为保障人权和维护宪法秩序充分发挥有效机能的美国、德国、法国相比是非常明显的。

当然, 并不是说由于违宪判决少, 就可以单纯地低估违宪审查制的机能。尤其是, 依据最高法院的判例所作出的法令或者是国家行为合宪的判决, 发挥着使国家的行为正当化的机能, 从这个意义

与外国相比较, 参照目前法学研讨会增刊《今日的最高法院》所收的早川武夫、阿部照哉、中村睦男论文, 《法学家》第 1037 号所收的矢口俊昭、户波论文。

上来说决不可忽视其所发挥的法形成机能。但是,由于违宪审查制存在的本意是出于对违宪的国家行为予以控制和进行人权保障,故仅以使国家行为正当化的机能为理由就显得不充足了。

第二,欠缺对权力进行批判的姿态,毋宁说表现出的是要对权力的措施予以追认的态度。例如,追认为了维持拘留所秩序而涂抹新闻报道的定号劫持报道抹消案件的判决,就是国家方面优先,而极其缺乏对受到限制的个人的权利的考虑。不过,与构成权力的措施问题的场合相比,可以说在权力不直接干预的私人之间的争议方面,最高法院反倒成了很好的仲裁者。在调整私人之间的言论自由与名誉所产生的问题的北方日报案件中,结论是否妥当姑且不论,可以说最高法院是从职业法官的立场出发进行了实质性的审查。这一理论,就是用于对兄弟之间因共有森林的各自拥有份额而产生的争议作出的森林法违宪判决也是妥当的。

第三,相当多的最高法院的合宪判决在逻辑上是混乱的。总的来说,宪法判例的理论水平较低。在对限制精神自由的审查采用了合理的关联性的猿 案件、依照“社会通念”将目的效果基准的要件相对化的忠魂碑案件判决等判决中,可以看到宽缓适用违宪审查基准的例子。还有,在以“立法裁量论”作为合宪性根据的酒类贩卖免許制合宪判决中,尽管不存在案件的关联性,也援用了大岛工薪者税金诉讼中的立法裁量论。在判例中的立法裁量论的内容虽然是空虚的,但轻易地利用它让国家方面胜诉这一点上,绝对存在着重大的问题。

第四,存在缺乏从正面角度处理宪法问题态度的倾向。在先前列举的麦町中内申书案件与森川案件中省略了对宪法问题的议论,在教科书检定判决回避交由大法庭审理,就是这种态度的表现。还有,尤其成问题的是,尽管政治潮流已经发生变化,但法院仍以保守的态度处理宪法问题。关于就外国人的权利、对外国人的社会保障,尽管在实在法上几乎全面地取消了国籍要件,但最高法院在盐见诉讼判决中,仍然依据立法裁量论判定旧国民年金法的国籍条款合宪。再有,对强制在日外国人押捺指纹,判例一贯推行的是合宪论,这种违宪状态是通过法务省的废止措施才得到解除的。如果从判例的立场出发,对外国人的这种处理就会被当成立法政策的问题,这不能不说判例的态度没有看到时代的潮流,缺乏对权利保障的敏感反映。

3. 违宪审查制未发挥机能的理由

关于日本的违宪审查制未能有效发挥机能的司法消极主义的理由,伊藤正己教授指出如下诸点:(1)在日本存在着与其意见对立,不如重视“和”的精神风俗,有对政治部门礼让的意识;(2)从重视法律稳定的立场出发,推翻长期延续的事实状态是困难的;(3)从司法制度上来看,最高法院的法官的宪法法院意识是较低的,轻视违宪主张等,有一种草率地看待宪法解释论的倾向;(4)为了回避交由大法庭审理,常下合宪判断;(5)少数派意见很难产生。基于此,伊藤教授主张为了增加宪法审

就指出最高法院判例正当化的机能而言,参照穀口阳一:《司法的积极性和消极性》第20页,劲草书房1978年出版;高田昭正:《对刑事诉讼的违宪审查的意义》,《法学家》第1037号(1994年)第78页;小林前注 第92页。作为对森林违宪判决的评价,有尊重财产权的思想的见解(小林武前注 第93页)。上述见解并不是没有道理,不过,作为从事实务的民法法官来说,从调整私的利益的观点出发,仅限于排除不合理的立法,结论对政治或者是行政无甚影响,或者说,因为事先就指出违宪性,就对行政实务不产生实质性影响而言,作出违宪的判决是妥当的。户松秀典:《立法裁量论》,有斐阁1993年出版;户波《违宪审查权与立法裁量论》(《违宪审查制的研究》(前注)第137页;栋居快行:《立法裁量》,《法学家》第1037号(前注)第201页。就与对外国人政府政策变迁的关系而言,指出法院的保守性的有江桥崇的《日本的法院与人权条约》,《国际人权》(1991年)第2号第20页。

判的活力,有必要采用大陆型宪法法院制度。¹⁰ 此种见解可以说是击中要害。

日本违宪审查制度的问题点,有人的方面与制度方面两方面的因素,以及它们的相互关联。首先,在人的方面,最高法院的法官熟悉民刑事案件的实务,对宪法解释不能说就是非常清楚的,而且可以推测具有将宪法案件当作政治问题的倾向。最高法院法官,处在职业体制下的法院制度的顶点,认为对多数的民刑事案件的审理是主要任务,审理宪法案件则被视为“包袱”,甚至被视为烦杂的负担。尤其是对包含了政治上复杂问题、理论层次高的宪法判例,实务型法官能否作出恰当的宪法判断是值得怀疑的。¹¹

另外,助长回避宪法问题这一最高法院法官意识的是最高法院在法院体制中的地位,还有附随型审查这一违宪审查制度。最高法院虽说拥有违宪审查权,但现实中是以一般案件的上诉审法院来进行活动的,行使违宪审查权成为次要的机能。关于这一点,当然与作为宪法法院对宪法案件集中审理判断的德国联邦宪法法院不同,而且与基于裁量上诉选择审理的案件,在事实上履行宪法法院功能的美国的联邦法院也不同。只要是将对民刑事案件的上诉审作为中心任务,最高法院的法官的构成也就必然是以法官出身者为主的实务中心配置,这就进一步助长了违宪审查权行使上的消极性。

再有,在最高法院事务总局的参预下由内阁基于裁量权而实施的最高法院法官的任命、形成统一的等级制度的法院制度、无法对抗处于司法制度的顶点的行使司法行政权的最高法院的下级审法官、法官协议会或会同对法律问题的研究且助长法官倾向于作出有利于国家方面的判断的法官检察官交流制度等,¹² 均起着阻碍违宪审查制发挥活力的作用。

这样看来,今后,维持现状由最高法院来有效地发挥违宪审查制的机能的可能性几乎是不存在的。为了增加违宪审查制的活力,进行某些制度上的改革是不可缺少的。

三 与违宪审查制相关的学说的问题点

1. 芦部信喜教授的宪法诉讼论

回顾与违宪审查制相关的宪法学说时,首先必须举出开拓宪法诉讼理论,在违宪审查的客观化上付出过巨大努力的芦部信喜教授的业绩。关于议会与法院的关系,芦部教授从“稳健的司法积极主义”立场出发,在意图使法院的合宪性审查的审查基准体系化的同时,提倡通过立法事实的手段进行审查等,构筑了基于违宪审查制理念的宪法诉讼论。¹³ 并且,这种理论,对药事法距离限制违宪判决、议员定数不均衡诉讼、关于限制公务员政治行为的判例产生了巨大的影响。

10 伊藤(前注)第116页以下。

11 关于职业法官不适合从事违宪审查参见,谷口佐藤译:《现代宪法审判论》(1974年)第85页。

12 论及最高法院的司法政策上的问题点,参照《每日新闻》社会部:《検証・最高法院》,每日新闻社1991年版第195页以下;《朝日新闻》,《孤立的王国》取材班:《孤立的王国:法院》,朝日新闻社1991年版第119页以下;荒井诚一郎:《日本司法的现状与展望》,《违宪审查制的研究》,前注11页以下等。

13 在此并未引用以芦部信喜的《宪法诉讼的理论》(有斐阁,1973年)为起点的多数论稿,就芦部信喜的宪法诉讼论而言,指出其基础是从民主的过程论出发,偏向于基于人权价值的原理的,长谷部恭男的《芦部信喜教授的宪法诉讼论》(《法律时报》第59卷第9号(1987年)第33页)。

但是,并不仅限于芦部教授的理论,一般而言,宪法诉讼论不可否认地陷入了狭路状态。这是因为即使学说上缜密地探讨宪法诉讼论,提出了认为有效的违宪审查基准,判例也不考虑学说上的宪法诉讼论,而独立地作出判断。只要学说上的宪法诉讼论不被审判实务所采用,学说对宪法诉讼论理论解析的意图就不能不被淡化,¹⁴以违宪审查基准论为起点的宪法诉讼论就不会有成果地得到发展。

当然,宪法诉讼论方面也并非没有应该反省的地方。例如,在与违宪审查基准论的关系上,违宪审查基准的类型化、案件的分类复杂且多样化,无法简明地适用于具体的案件。这也起因于过去宪法诉讼论参照的美国的宪法判例在法官成员变换的同时趋于保守化,先例的严格的基准被新的违宪审查基准松动,其类型变得复杂化起来。¹⁵但是,无疑的,作为判定合宪、违宪的尺度的违宪审查的基准基本上应是确定的,这对于违宪审查制的客观化和具有活力是不可或缺的。并且,如果违宪审查基准论真的是与个别的人权价值相结合的实体性基准的话,¹⁶那么迫使法院采用违宪审查基准论,也就是让法院承认人权价值的意义。反过来说,把违宪审查基准论看成可有可无的判例的态度,可以看作是对人权价值和宪法价值的轻视。

2. 佐藤幸治教授的宪法诉讼论

在违宪审查制的理论研究中,佐藤幸治教授对宪法诉讼论的发展所作的巨大贡献也应指出。佐藤教授,在对宪法诉讼诸问题从多种角度进行研究的同时,还在理论上探求了司法权的意义。他认为,司法权的本质表现在当对立的争议当事人各自主张自己权利的时候,由公平的法院适用法律作出法理上的决定。佐藤教授还深化了对事件性的要件、客观诉讼、抽象性违宪审查制的可能性、违宪判决的效力、宪法判例的变更、人权救济等诸问题的研究。¹⁷佐藤教授的宪法诉讼论的严密的理论分析,从新的视角对违宪审查制的方向提出了许多问题,但是,正如已经指出的那样,¹⁸对于佐藤教授的宪法诉讼理论,的确存在着过分拘泥于美国型的司法观念和事件性的要件疑问。并且,这与将违宪审查制原封不动地与司法审查相重合是否妥当的疑问相关联。尤其是如果将佐藤教授的宪法诉讼论在客观诉讼的可能性、关于违宪判决效力论的一般效力说的积极评价等方面,提出了超出对过去的附随型审查制的理解的见解结合起来考虑的话,可以认为关于司法权也是与脱离在事件性之下的私人间纷争解决的着眼点的理解相连的。

3. 最近围绕着司法审查与民主主义的关系的议论

围绕违宪审查制的议论,在与日本的违宪审查制的关系的问题上虽然带有停滞的倾向,但围绕着美国违宪审查制原理的议论,尤其是对“原意主义”及“解释——非解释主义”的论争的研究还是

14 宪法学说与宪法判断之间可能的横沟,在宪法诉讼论中已经陷入困境(野中俊彦:《自由的保障与审判过程》,《法学家》第978号(1991年)60页)。

15 例如,既有裸体舞基于修正案第1条属于受保护的表現权,也有不得要求强制利益,对义务检查的规制作出合宪的判决(冈田信弘:《对裸体舞州的规制与第1条修正案》,《法学家》第1012号(1992年)101页)。

16 芦部信喜:《宪法诉讼论的课题》,芦部编:《讲座:宪法诉讼1》第16页,有斐阁1987年出版;藤井俊夫:《作出宪法判断的审查基准的义务》,《法学家》第1037号(前注)第38页。

17 代表性的有佐藤幸治的《宪法诉讼与司法权》(日本评论社,1984年),相同的有《现代国家与司法权》(前注);还有对佐藤教授对宪法诉讼进行批判分析的市川正人的《佐藤幸治教授的宪法诉讼论》(《法律时报》第59卷第9号第39页)也是有价值的。

18 浦部法穗:《宪法诉讼论》,《法律时报》第58卷第6号第61页(1986年);芦部信喜:前注第29页;野坂泰司:《论司法权的本质》,《法律时报》第61卷第12页第84页(1989年)等等。

有应该一看的成果的。在那些研究中,违宪审查制正当化的根据问题被追溯到与宪法解释的方向和宪法价值的关系上¹⁹来加以检讨。议论的一个对立的观点就是存在着违宪审查制是实体性价值的实现还是程序性机能的权限分配的问题。这种论点虽然也与为二重基准论寻找根据的议论相关联,²⁰但基本上说,抽掉了人权的实体价值的问题就无法实施违宪审查。

但是,这样的司法审查论原理的方向的议论,是以美国的布朗判决和劳判决那样的,超出宪法条文和当时的社会意识的,法院的积极判决的评价为前提的。与此相对照,在日本,恐怕看不到由判例来创造宪法理论这样一种对违宪审查权的积极行使,在这个意义上说,还没有前进到违宪审查制与民主主义的紧张关系的水平。非常遗憾的是,美国现在的议论在与日本违宪审查的现实的关系到过于高尚。

4. 违宪审查研究今后的课题

学说上对违宪审查制的研究,对搞活日本违宪审查制是必须的。学说必须为法院提供有效的高质量宪法诉讼理论。要做到这样,作为今后的课题有两点需注意。

第一,简明地阐述宪法诉讼论。构筑有说服力的细密的宪法诉讼论虽然很重要,但如果成了太技术性的琐细议论,法院就会对接受它产生拒绝反应。在行使违宪审查权时,只要与具体的案件相关联的个别判断是不可避免的,宪法诉讼论就应该努力系统地提示出原则上的框架和可供依据的基准。

第二,不仅美国的违宪审查制论,与欧洲的违宪审查制的比较也是必要的。迄今为止的宪法诉讼论,以附随型审查制的共通性为媒介,着力研究的是美国的违宪审查制。但是,一方面,美国的司法审查理论,是由其多元化的社会和民主主义的传统以及对宪法的解释中推导出的,违宪审查权及其运用具有独自的司法审查的历史发展,带有特殊的美国色彩;另一方面,大陆型的违宪审查制也通过人权救济与宪法解释等产生出通用于违宪审查的一般理论。在美国之外寻找违宪审查制的比较对象,将会使讨论更加深入。²¹

四 违宪审查制的现实机能

1. 违宪审查制的“政治”性与“人权保障”性

对违宪审查制在现实社会中具有何种意义的问题也有必要加以探讨。首先,考察一下与违宪审查制的民主正当性相关联的违宪审查制的“政治”性。

19 野坂泰司:《司法审查与民主制》(《国家学会杂志》第95卷第7、8号第1页,第96卷第9、10号第68页,第9、10号第70页(1982—1984年);松井茂记:《司法审查与民主主义》(前注)。

20 就二重基准论的意义,奥平康弘的《为什么有“表现自由”》,东京大学出版社,1988年版第3页;内野正幸的《论“二重基准”的位置》法律时报61卷5号(1989年)105页;长谷部恭男的《电视的宪法理论》(1991年)第8页;佐藤幸治《所谓立宪主义的“二重基准论”》;芦部信喜的《宪法学Ⅱ人权总论》(有斐阁)1994年版第218页,等等,都是侧重于将重点放在表现自由的实体价值上来理解。

对此,松井茂记教授主张“二重基准论”实施程序的妥当性(松井:《二重基准论》,有斐阁1993年出版)。但是,松井教授的理论中,程序的理解并不是普遍意义上的,作为日本的违宪审查制论是否妥当是有很多问题的。

21 就德国的违宪审查制研究尤其重要。可参见德国宪法判例研究会编的《德国宪法判例研究连载》,《自治研究》第69卷第1号(1993年)第126页。

一般认为在行使违宪审查时,法院对于政治问题应该自己抑制违宪审查权。²²不具有民主基础的法院,在行使违宪审查时,考虑政治性的决定是有充分理由的。但是,必须充分注意到作为违宪审查对象的宪法问题并不都是政治问题。

的确,可以说自卫队的合宪性就是政治性很高的问题。劳动基本权审判、教科书审判、政教分离审判等,在其为更正政府的意识形态施策诉讼这一点上,也并非不具有政治性。但是,在宪法案件中,除这样的具有意识形态对立要素的案件之外,应该作为人权问题加以把握的案件是很多的。依据校规对学生人权的限制、在监者的人权限制、名誉与私生活秘密、在企业中存在的对女性的歧视、对报道与取材自由的限制等,与其作为政治问题,毋宁说是更应该作为人权问题来把握的事件。社会福利立法和噪音、环境问题虽然也是与政府的政策性判断有关系的问题,但并不是意识形态对立意义上的政治问题。还有,上述劳动基本权审判等,虽然也带有政治色彩,但同时毋庸置疑仍然是人权问题。

在审查这些案件时,涉及不到所谓尊重议会的政治判断的议论。从人权救济的观点来看,原则上,应该谋求基于对规制的合宪性进行严格审查的积极的人权保障。事实上,从本来的意义上来说,违宪审查要解决的问题占压倒多数的应该是人权救济。²³

2. “逻辑清楚”的宪法诉讼

与宪法案件的“政治”性相关联,为了搞活宪法诉讼,产生了“逻辑清楚”的宪法诉讼是必要的见解。²⁴也就是认为,在日本宪法审判的环境下,表现出政治意识形态显著对立的诉讼,由于最高法院的消极态度不能说其逻辑是清楚的。这种指摘基本上是妥当的,但也有些问题。

首先,在宪法诉讼中,包含有政治意识形态对立的案件是不是可以说其逻辑上不清楚。自卫队审判和教科书审判等包含政治上尖锐对立的案件,一般是将在政治过程中无法得到解决的政治主张作为宪法诉讼进行争议的,大多引起社会各界的普遍关注。这样的案件,形成强有力的辩护团和学说上的违宪理论,高质量的宪法理论在审判中交战,法院被迫对此作出宪法判断。还有,这种诉讼,即使主张违宪的一方胜诉的可能性很小,但对政府的行为能起到抑制的效果。所以,这种伴随着政治对立的诉讼,即使“逻辑混乱”,也真正是重要的诉讼,只要采用违宪审查制,它就是不可回避的诉讼。同时,从宪法理论上来看,也发挥着重要的作用。而且,此种判决的内容也影响到“逻辑清楚”的诉讼能否增加。

另一方面,增加“逻辑清楚”的诉讼,在日本的现状下是极其困难的。所谓理由充足的诉讼,在认为是对侵害人权实行救济的政治色彩少的诉讼的场合,很难想象能够有提起为数众多的那种事态发生。也就是说,恐怕在诉讼未被利用的日本社会,期待个人向法院提起诉讼是困难的,并且将以侵害人权为理由的宪法诉讼的实施完全交给一个单个的人实际上是极其困难的。²⁵再有审判制度难

22 就德国而言,可参见牧野忠则:《西德联邦宪法法院自我抑制的态度》,《北大法学论集》第29卷第2号(1978年)第263页;阿部昭哉:《关于德国宪法审判的司法的自我抑制》,《法学论丛》第110卷第4、5、6号(1982年)第60页。

23 例如,在德国,扶助政党的合宪性等政治问题存在着抽象规范的统制诉讼还是机关诉讼之争。另外,请求侵害基本权救济的个人所提出的宪法异议,在诉讼的数量上后者是压倒多数的。这一点,可参见户波:《德国联邦宪法法院的现状与未来》,《法学家》第1037号(前注)第54页。

24 户松:前注 第47页。

25 野中俊彦、江桥崇、浦部法穗、户波江二:《课堂讨论宪法审判》,日本评论社1986年版第298页(江桥执笔)。

以利用, 诉讼中需要花费金钱和时间, 并且从现在法院的态度来看, 如果确认违宪主张的可能性极其少的话, 对提起逻辑清楚的诉讼只能使人感到绝望。陷入了法院行使违宪审查权的消极性使得提起宪法诉讼的数量很少, 反之, 由于理由充足的诉讼数量很少又使得行使违宪审查权处于无法积极化的恶性循环之中。

因此, 怎样增加“逻辑清楚”的诉讼是个问题。例如, 诉讼扶助制度的充实、律师和学者的介绍等公的诉讼援助制度的创设的考虑是很有必要的。而且, 对于法院积极实施违宪审查也是不可欠缺的前提条件。

3. 作为社会运动的宪法诉讼

宪法诉讼的意义之一, 是通过向法院提起宪法诉讼, 向社会提出问题, 引起社会的关注, 同时也在实践上也要求并获得政府政策的变更。²⁶ 例如, 通过朝日诉讼促进了重新认识社会保障政策就是一例。另外, 学说上还有见解倡导把宪法审判作为宪法运动的一环来把握, 促使理论与实践的结合。²⁷

作为社会运动, 通过提起宪法诉讼带来政策的变更的情况, 反过来说, 也就意味着只依靠通常的政策制定、实施过程, 无法顺利地推动政策的进展。虽然希望政策过程有效地发挥机能, 但在出现不少机能不全的现状下, 可以说社会呼吁就成为违宪审查制的一个效能。再者, 对于这种问题, 难道法院不是不应该只重视实施政策的行政权的裁量, 而应该去考虑作出消除政策停滞的积极的判决(姑且不是违宪判决)的方法更好吗?

五 结束语

1. 违宪审查制的展望

对日本违宪审查制所期待的, 最重要的是要提高宪法判例的质量, 在充实议论的同时, 作出有利于保障人权的判决。为此, 应扩大宪法诉讼的入口, 必须研究扩大对宪法案件提起诉讼的可能性。²⁸ 再有更重要的是作出宪法案件审查实质化的、人权救济的成果。有内容的违宪审查如果不进行实质性审查的话, 无论怎样扩大入口, 也是没有效果的。

但是, 即使学说提出了宪法诉讼论, 怎样打开判例独自行事的状况仍是个问题。关于这一点, 首先, 最高法院作为基本的任务, 不是将着眼点只放在对民刑事案件的上诉审上, 而是必须自觉地认识到最高法院是拥有违宪审查权的终审法院。与最高法院法官意识不同, 国民的大多数难道不是期待最高法院承担其宪法卫士的任务吗?

即便如此, 如果最高法院仍然懈怠违宪审查权的行使的话, 我认为就必须考虑象前面伊藤正己

26 江桥: 前注25第301页, 奥平: 前注第436页。

27 参见本书第12章, 森英树:《宪法运动的50年》; 小林武:《违宪审查制的意义与界限》; 上田还历纪念:《日本社会与宪法的现在》晃洋书房1995年版第265页; 小林武:《战后宪法审判运动和宪法·宪法学》; 戴口阳一:《讲座·宪法学别卷》1995年版第241页。

28 对宪法上的不许可诉讼、预防诉讼的检讨是有必要的。尤其应注意一下涉及提起基本权诉讼的可能性的栋居快行所著《人权论的新构成》(1992年)第285页以下部分。

教授所指出的那样,改革现行的制度,建立专门审理宪法问题的宪法法院。将专门审理宪法案件的部门设在最高法院内不失为一种方法。²⁹

2. 围绕着导入抽象的违宪审查制的议论

在考虑宪法法院和导入抽象的违宪审查制度时,尚有不少应该加以考虑的论点,在此,想特别指出两点。

第一,关于宪法第76条规定的“司法”的意义,要深化理论上、宪法解释论上的研究。关于司法的观念、通说和判例,均采将事件性作为司法权本质要素的理解,学说与实务的议论都是基于以解决权利义务之间的争议为前提行使违宪审查权的附随型违宪审查制发展过来的。但是,从理论上来看,宪法第76条的“司法”是否与关于权利义务的纠纷在逻辑上必然地结合在一起,法律规定与权利义务无关的诉讼类型在与宪法第76条的关系上是否能够容许,再有,“司法”的意义能否从理论上加以确定,这些问题,虽然过去从多方面进行过论述,³⁰但到现在仍未形成共同的理解。还有,在与宪法第81条的关系上,对于宪法第81条规定了附随型违宪审查制的理解,仍有加以议论的余地,从对抽象的违宪审查制抱有好感的评价的学说,对问题也作出了非常有力的分析。³¹还有,虽然应该进一步搞活一向有力的与美国违宪审查制相关的比较研究,但在进行研究时也有必要以批判的视点来对待研究。³²

第二,关于导入抽象违宪审查制的妥否,应立足于关于日本司法的法意识与精神风貌,实践性地加以研究。尤其是,对为了打破现行的困境而主张导入抽象的违宪审查制的见解,根据日本现状对导入抽象的违宪审查制的批判性议论也是很有力的。还有,在与读卖新闻社用“宪法修正案”创设宪法法院的提议的关系上,也引来了许多批评,特别是指出了如果由宪法法院来实施违宪审查制的话,将会强化通过积极的合宪判决支持现有体制的倾向。

关于导入抽象的违宪审查制是否妥当的议论,今后将会朝着有意义的争论方向发展。但是,应读卖新闻社的“宪法修正案”分开,进行理论上的议论。在进行研究时,应该留意的问题列举如下:(1)应该以日本的违宪审查制的机能麻痹的现状为前提;(2)抽象的违宪审查制即使多种多样,明确究竟哪一种是可行的;(3)即使下级审行使违宪审查权对于宪法与人权保障是很有效的,在法律和事实上发挥绝对力量的最高法院的判例应是决定性的,要把对最高法院行使违宪审查权的现状加以改革作为目标;(4)现行的制度与抽象的违宪审查制的制度特征比较应该立足于多种角度进行充分地探讨。

搞活违宪审查制的前提是“人”。精通宪法理念、燃烧着实现宪法价值热情的法学家参与宪法审

²⁹ 户波(前注23第57页)。

³⁰ 佐藤幸治:《宪法诉讼与司法权》(前注);野中俊彦:《宪法诉讼的原理与技术》(前注)(尤其是《抽象的违宪审查的观念》第3页以下)。高桥和之:《司法的观念》,《讲座宪法学6》(前注)第13页以下,就司法权的观念,提出不以事件性作为要件来理解的观点是引人注目的(不过,抽象的违宪审查在宪法上是予以否定的)。

³¹ 德国型抽象违宪审查制的导入的可能性参见 尻刚:《宪法审判研究序说》(尚学社,1988年),最近的有中村睦男的《宪法审判的现状与课题》,《法曹时报》第47卷第2号(1995年)第327页;河启后:《违宪审查制的性格》,《违宪审查制的研究》(前注)第81页。还有佐佐木雅寿的《现代违宪审查权的性格》(前注)在综合有关违宪审查制的各种议论后,肯定了基于宪法保障而导入的诉讼。

³² 就美国宪法诉讼论的研究方向而言,特别参见右崎正博:《战后日本宪法学与美国宪法诉讼论研究》,戴口编:《讲座·宪法诉讼论别卷》日本评论社1995年版第26页,本书第14章;市川正人:《美国宪法研究50年》。

判是不可欠缺的条件。而且,为了那样的“人”进入法院、最高法院(或者是宪法法院),继而,为了那样的法官在主客观上很容易处理宪法问题,对选任、构成、案件、审理、判决等制度的完善尤为重要。如果日本最高法院的现状在“人”的方面、“制度”方面均未能体现违宪审查制的理念和机能的话,那么,为了打破僵滞的现状就应该考虑变更违宪审查制度。

www.cnki.net