

日本违宪审查制度的演变和发展

莫纪宏*

一、日本违宪审查制度的演变

(一) 违宪判断的轨迹

日本在实行违宪审查制度以来已经过了五十多年的时间，其间日本最高法院在审理普通案件上诉审的过程中作出了不少宪法解释及宪法审判。根据1995年日本最高法院公布的宪法判例集记载，这五十多年间，刑事案件的宪法判例约有700件、民事案件的宪法判例大约有150件（包括行政案件）。其中，最高法院作出有关立法机关制定的法律本身或者是个别条款违宪的判决只有5件，其中3件涉及刑事案件，2件属于民事案件。

第一件是1973年4月的杀害尊亲属重罚违宪判决。该判决是日本在实行违宪审查制度26年后，最高法院首次作出的法律有关条款违反宪法的判决。这是一位长期受到亲生父亲的奸淫并被迫以夫妻名义生活在一起的女性被告在杀害父亲以后自首，不服二审判决上诉到最高法院的刑事案件。当时的日本刑法第200条规定，与普通犯罪行为比，对尊亲属的犯罪应予加重处罚，根据该规定，被判刑的被告提出，刑法第200条的该项规定违反宪法的平等权条款。按日本宪法第14条的规定，平等权的内容是：一切国民在法律面前处于平等地位，不得因人种、信仰、性别、社会身份或门第在政治、经济以及社会关系方面受到歧视。据此，最高法院以刑法有关条款违宪为由撤销了二审法院的判决，主要理由是：（1）宪法第14条的平等条款可以解释为，如果一种区别对待在相应具体案件中缺乏合理根据，这种区别对待应该禁止。（2）刑法第

* 莫纪宏，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，法学博士。

Jihong Mo, Researcher of Social Science Academy of China, Academic Supervisor for LL.D. Candidate, LL. D.

200 条的立法目的在于,对于受到一般社会强烈的道义谴责的配偶之间或尊亲属之间的犯罪行为予以严惩以防止该类案件的发生。对于尊亲属间的犯罪行为区别对待、加重处罚的刑法的相关规定并非缺乏合理的根据。(3)但是加重的程度过于严厉,作为达到上述立法的目的手段有失均衡,因此,其区别具有明显的不合理性,该刑法条款违反宪法。由此,最高法院在解释宪法的平等条款时,用对立法目的与达到该目的采取的手段进行比较的手法,进行了违宪判断。

第二件是 1975 年 4 月的药局开设距离限制违宪判决。日本的药事法律规定,药店的设立如果没有适当的距离间隔,行政当局有权拒绝当事人设立药店许可的要求。本案的原告主张,该法律的内容违反了规定职业选择自由的宪法第 22 条的规定。最高法院的判决理由为:(1)对于职业选择自由的限制,法律应该根据其具体的限制目的、限制必要性、限制内容,以及受到限制之职业的性质、受限制的程度,进行比较考虑后慎重决定。(2)药店开设的距离限制属于为防止国民生命及健康而采取的消极性的规定措施。(3)在本案中行政机关主张的,药店的乱设引起部分药店经营的不稳定,导致助长不良医药品的供应或医药品乱用危险的理由不足以满足上述必要性及合理性要求,因此,该法律有关条款违反宪法第 22 条的规定,应属无效。

第三、第四件分别是 1976 年 4 月、1985 年 7 月的两起议员名额不均违宪案。第三起案件的原告基于选举人的地位对于选举法有关议员名额的规定违反宪法的平等权内容,要求判决相应的选举无效。由于各地区的人口密度不同,日本各地每一众议院议员选区的人口存在较大差异。按照日本选举法规定的选区划分图,各地选区人口的差异最大可达到 1 比 5 的比例。最高法院认为上述选举法规定具有违反宪法的瑕疵,同时认定其选举仍有效。判决理由为:(1)宪法规定的选举权的平等包括选举权内容的平等,即各选举人投票价值的平等,就是说各选举人在选举行为对于投票结果的影响力上应该是平等的。(2)本案中选举法的规定可导致各地区选举人人数的差异达到 1 比 5 的比例,而且不存在使达到如此程度的投票价值不平等合理化的特殊理由。因此,该规定具有违宪的瑕疵。(3)同时,考虑到认定选举无效引起的后果,基于该法律进行的选举仍将有效。另外一起议员名额违宪判决发生在 1985 年 7 月,判决理由与前一件相似。

第五件是 1987 年 4 月的森林法共有案件。日本的森林法第 186 条对于森林共同所有者一方的分割请求权进行了限制,其立法目的在于防

止森林的零碎化。案件的原告认为森林法这一条违反了宪法的财产权条款。对此，最高法院认为：（1）财产权的行使除受财产权自身内在的制约以外，还应服从于立法机关为促进社会全体利益而采取的限制，限制财产权的社会理由或目的将多种多样。（2）审查限制财产权的法律条款，应该考虑该项限制财产权的立法目的是否符合公共福利，或即使立法目的符合公共福利，还得考虑其限制手段是否缺乏必要性或合理性。（3）森林法第 186 条的立法目的在于，防止森林的零碎化、维持森林经营的稳定、增进森林的持续保养和森林生产力，该目的并不违反公共福利的要求。（4）森林法第 186 条所限制的现物分割并不立即导致森林的零碎化，该规定对于本身的立法目的缺乏合理性和必要性，所以，违反了宪法第 29 条的内容。

根据日本最高法院对一些典型案件所作出的宪法判断的形成时间，可以将日本五十多年来的违宪审查制度的发展分为以下几个阶段：

第一阶段，从 1947 年起到 1966 年全国邮电工会东京中邮案件判决止。这一时期，就与政治问题相关的砂川案件和苦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，多采用公共福利论来作出合宪判决。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，但倒不如说给第二次世界大战后产生的宪法案件抹上合宪的色彩是判例的主要任务。

第二阶段，迨至 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国邮电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 年鹰派实施反攻之后，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，有批判公共福利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利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因素。

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，对猿払案件的政治表现予以限制的宽松的审查方法在其他案件中也

被广泛采用，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，其结果是产生了诸多的、通过低密度审查而产生的廉价的合宪判决。再者，甚至还出现了像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，也属于对事实加以歪曲后作出合宪判决的例子。尽管如此，仍有北方日报案件与法庭记录诉讼案件，此外还有关于森林法共有林分割限制的违宪判决等，出现了在逻辑上经得住推敲的尊重人权的判决。不过，在最高法院所持有的司法消极主义大的背景下，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标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所持立场，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，最高法院对是否要将案件交由大法庭来处理犹豫不决，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。

总之，第二次世界大战后五十几年来，日本最高法院在违宪审查方面的立场和态度有较大的变化。刚刚建立违宪审查制度的时候，由于社会各界都对该制度的政治和法律功能寄予了很大希望，最高法院也急于在建立违宪审查制度中来树立自己的权威，因此，最高法院在违宪审查方面的态度是比较积极的。随着日本国内的政治形势的发展，最高法院对违宪审查问题开始持谨慎的态度。这种态度不仅影响到最高法院不愿意作出违宪判决，还体现在最高法院对提起违宪审查的案件总是尽量不作出宪法判断，通过回避宪法问题的方式来维护最高法院在刑事普通司法权方面的传统地位，避免与立法机关和行政机关发生直接的冲突，具有息事宁人的司法消极主义倾向。

（二）违宪审查的理论演变

基于《日本国宪法》产生的违宪审查制度，在产生和发展的过程中，也受到了宪法理论界对违宪审查制度有关的理论探讨的学术影响，所以，考察日本违宪审查的历史，不得不同时考察违宪审查理论在日本的演变和发展。在日本围绕着违宪审查权的行使方法，在现实生活中有两种截然不同的争议，一是司法积极主义，另一种是司法消极主义。司法积极主义和司法消极主义产生于 19 世纪 60 年代的美国最高法院，当

时的美国最高法院也围绕着行使违宪审查权的问题产生过如此的争议。司法积极主义是指法院不必拘泥于国会（立法机关）作出的决定或制定的法律，完全站在独立的立场（第三者），对于国会制定的法律、法令进行合宪审查；司法消极主义是指法院在尊重立法机关判断的基础上进行违宪审查（法院对于立法机关制定的法律认为明显不合法的情况下才可以进行违宪审查）。但是，日本最高法院绝大多数的判决都是以合宪判断为前提的，最高法院在行使违宪审查权时大都采取司法消极主义的立场，因而遭到了日本国民的强烈批判。

1. 司法积极主义萌芽的违宪审查。违宪审查实施之时，日本最高法院对于违宪审查一直遵循三段论法的“公共的福利论”原则（大前提——基本的人权也是由公共的福利来限制的，小前提——限制基本人权的法律是作为实现所谓的某一项公共福利的目标，结论——有问题的法律不违反宪法），根据这一理论，法院只是简单地对于限制基本人权的法律进行合宪审查。从20世纪60年代开始，有种种迹象表明日本最高法院逐渐脱离了“公共的福利论”。最为典型的是公务员和公共企事业单位所谓的国家公务员的劳动基本权的限制问题。劳动基本权主要是指劳动者的团结权、团体交涉权、争议权等。

在日本，国家公务员罢业、罢工等劳动的基本权利是被大幅度禁止的，特别是国家公务员为了保障自己的劳动权利而提出劳动争议的，即使不影响国民生活，也是被禁止的。但是在日本的法学领域，关于劳动争议行为的禁止是否违宪一直争论不休。反对的人士认为：争议行为既然不影响国民生活，便是劳动者自己应该享有的一种宪法权利，法律对其进行全面禁止没有必要性，也不十分合理。关于这一争议，最高法院也有自己的认识和做法。其最初认为公务员都是为国家 and 为公共事业服务的人（《日本国宪法》第15条第2款），为了公共的福利进行一定必要的限制是可以理解的。但是，在作出全递东京中邮案件判决以后，最高法院对于劳动争议行为的认识起了一定的变化，认为：国家公务员的基本劳动权利从保障国民生活全体的利益的立场来看，是不应该受到太多的内在限制的。即使要进行一定的限制，国家公务员的劳动基本权的限制也应该是限制在必要的最小的限度内，广泛地予以限制是不允许的。虽然《国家公务员法》和《地方公务员法》都明确规定，对于那些唆使或组织公务员为了解决争议而进行罢业、罢工行为的人，对于他们的这一行为可以予以处罚（《国家公务员法》第98条第2款、第110条第1款第17项，《地方公务员法》第37条第1款、第61条第4款），

但是，最高法院却认为：遵照《日本国宪法》第 28 条的精神，如果是经常发生的争议行为的唆使者或组织者是不应受到处罚的。这一解释只限于法律上的规定，也称之为合法限定解释（东京都教组案件判决）。

2. “偏向审判”后的违宪审查。20 世纪 60 年代以来，日本的法院在违宪审查中采取司法积极主义。最高法院从基本的人权限制必须是最小限度的这一立场出发，对人权限制的必要性进行具体的反思、细致入微地分析，来论证这一观点是否符合宪法。最高法院作为司法机关独立地按这一认识进行审判。第二次世界大战后，日本国家公务员对当时的劳动条件、劳动报酬等不满，多次要求政府予以解决，政府因种种原因未彻底解决。公务员在当时的工会的组织领导下，开展了各种各样的罢工、游行等运动。政府派遣了大批警察予以镇压，并逮捕了许多的公务员。最高法院从基本的人权限制考虑，认为公务员罢工、游行等运动是基于国家与公务员之间的争议行为，被逮捕的公务员不应遭致刑事处罚。对于最高法院的这一审判动向，在 1955 年后的日本社会体制下，具有十分重大的政治意义。但是，来自右翼、财界以及自民党方面的“偏向审判”的批评却此起彼伏，险些遭致了“司法的危机”。迫于各方面的压力，最高法院的法官们只好妥协。作为妥协的结果，最高法院的法官于 1973 年作出了全农林警职法案件的判决。在这件案件中，最高法院认为：公务员的争议行为应予禁止，唆使、组织罢工的行为应受处罚是全面符合宪法的，一切又回复到了 20 世纪 60 年代以前的做法。但是，此时的最高法院对于法律本身与宪法相违反的情况，还是作出了一些违宪的判决，在日本，则称之为法令违宪判决。在全农林警职法案件判决之前，下达了旧刑法中对残酷杀害直系亲属应予以重罪处罚的规定是违宪的判决，认为旧刑法的这一规定违背了宪法规定的“国民在法律面前一律平等的原则”，并作出了法令违宪的判决。尽管最高法院进行了一些法令违宪判决，但是运作也不十分顺利，到目前为止只对 4 部法律 5 起具体的案件作出了法令违宪的判决。

1973 年以后，最高法院关于国家公务员的劳动基本权利的限制尽管回复到了全面合宪论的立场，但是，还是没有回复到过去认为的“全体国家和国民的服务者”论以及“公共的福利”论的原点，而是采用了“公务员的工作条件必须根据法律的规定”的工作条件法定主义论，并且还认为公务员与雇佣公务员的政府及其机关产生的劳动争议行为是应排除在外的，因为争议行为侵害了国会的决议权，是与议会制民主主义背道而驰的（议会制民主主义论），像这样严密的议会制民主主义论的

理论被广泛地运用于各类具体案件的审理中。

二、违宪审查的发展趋势

日本最高法院基于《日本国宪法》的规定所进行的违宪审查步履维艰。日本最高法院过去是依据公共福利的理论进行违宪审查，最近以来根据立法裁量论进行违宪审查。立法裁量论主要是在尊重国会的判断以及制定的法律的基础上进行违宪审查，这一做法应该是极端的司法消极主义立场。然而，最高法院自己不是十分乐意以消极的姿态进行违宪审查，有时也还能看到其积极进行合宪审查的一面。但是，总的来说，日本最高法院尽管是作为宪法的执行者和守卫者，但并没有真正地发挥其监督国家机关行为的作用。在司法实践中，却成了国家机关行政行为合宪性的一个求证者。

从最近几年的情况来看，最高法院违宪审查的方式略呈改变的前兆。1995年对于在日本取得永久居留权的外国人在地方公共团体是否享有宪法上赋予的同本国国民同等的选举权，最高法院作出判决予以认定：对于定住日本的外国人在地方公共团体享有宪法上赋予的同本国国民同等的选举权。

1996年最高法院作出对于有宗教信仰的少数人的人权和宗教团体内的少数人的思想和良心自由应予尊重的判决。1996年最高法院认为：日本公立高等专科学校因为宗教上的理由对于信奉上帝的学生拒绝参加武士道的课程没有采取相应替代的课程是违法的，并作出了相应的判决。同年，日本税理士会为了给税理士政治联盟赠款，对于税理士强制征收特别会费，税理士们认为税理士会的这一强制征收特别会费的行为是对会员的思想和良心自由的严重侵害，提起上诉，最后，最高法院作出了对强制征收特别会费不予许可的判决。1997年，对于地方公共团体从团体的公益资金中支出费用向靖国神社和护国神社赠送玉串料，最高法院认为地方公共团体的行为违反了政教分离规定，作出了返还支出公益资金的判决。

尽管最近几年，日本最高法院在违宪审查方面的确有了一些变化，但是，客观地说，日本最高法院的违宪审查权没有充分地得以行使，作为宪法执行者和守卫者的作用没有得到彻底地发挥，造成上述局面到底是什么原因呢？

围绕着这一问题，最近几年，最高法院努力在民事、刑事、行政上诉案件的审理中寻找原因，人们渐渐把目光移向或者接近于采用宪法法院型的违宪审查制方式上，越来越多的学者强烈主张导入“宪法法院型”违宪审查制，以便更好地处理违宪案件。最高法院有丰富经验的法官们也认为：“最高法院每年要处理4 000余件上诉案件，对于每一件案件着重考虑宪法问题的多余时间几乎没有”。同时，指责“最高法院的法官作为最终审的法官意识十分强烈，对于每一件案件涉及的宪法问题，他们认为是多余的、不同的问题。最高法院对于自己担当的通过行使违宪审查权来保障宪法的重要作用的意识十分薄弱”。受到指责后的最高法院强烈要求设置专门进行宪法判断的宪法法院，让宪法法院集中精力行使违宪审查权，主张不再对违宪审查灵活运用。考虑到设置宪法法院必须要修改现行宪法，而修改宪法又不是最高法院能决定的事情，因此，最高法院的法官建议在最高法院内部设立一个宪法审判庭，专门负责违宪案件的审查和处理。

不过，即便像上述这样的提议，在最高法院内设立一个专门审理宪法案件的宪法审判庭，由司法法院的法官以司法法院型的违宪审查制方式来进行违宪审查，作为宪法保障的机构还存在着一定的局限。在美国，基于其自身的特殊情况，司法法院型的违宪审查权能够积极地进行行使，作为宪法保障机构能够发挥很大的作用。不过，日本的司法法院型的违宪审查制度并没有发挥很好的机能，也许可能是处理违宪案件过于性急的缘故。在美国，司法法院型的违宪审查制发挥了较好的机能是有其深刻背景的。在德国，联邦宪法法院能够恰当地行使宪法审判权，受到了极高的评价，其中也有非常深刻的背景。不是说制度变化了，违宪审查制就能发挥较好的作用。日本在分析总结其司法法院型违宪审查制作为宪法保障的机构没有较好地发挥机能的原因时指出，主要是上诉制度（旧《民事诉讼法》中对于上诉至最高法院的案件没有任何限制性的规定，致使上诉的案件特别多）和诉讼制度规定的方法方面存在问题，以及政治制度的原因（从1955年以来，一直由自民党长期掌握政权）。另外，最高法院的法官候补者的选任方法、司法官僚制的确立、司法系统内部审判的官僚化及法文化等，都是导致最高法院没有充分地发挥违宪审查权的因素。

最近几年，日本正是在这一思想的指导下进行了一系列的改革。最引人注目的是：日本律师联合会（简称日辩联）改善了向最高法院推荐法官候补者的程序（全国的律师协会向日本律师联合会的推荐咨询委员

会推荐最高法院法官候补者，由推荐咨询委员会从律师协会的推荐者中决定人选，推荐咨询委员会应将推荐的人选的推荐过程以及推荐理由在日本律师协会的内外予以公布；1996年修改的新《民事诉讼法》对于向最高法院上诉的案件规定了上诉限制条件（新《民事诉讼法》规定向最高法院上诉的案件的上诉理由只限于违反宪法和绝对上诉的理由，同时还新设了受理上诉案件的申请制度）。上述这些制度上的改革措施，都从某种程度上有利于最高法院行使违宪审查权，充分发挥作为司法法院型的违宪审查权的监督和保障宪法实施的功能。

三、违宪审查的理论分析

第二次世界大战后四十多年来，日本最高法院在违宪审查方面一直被认为采取了过度的“司法消极主义”立场。最高法院判决违宪判例不仅非常少，而且正如日本宪法学者户松秀典教授指出的那样，几乎没有一件是具有划时代意义的，或者是在保障人权方面具有重要意义的判决。事实上，在整个80年代，日本最高法院没有一个判决违宪的判例（见下表）。造成日本违宪审查制度没有充分发挥其应有的制度功能的原因是非常复杂的，主要包括以下几个方面的因素：

最高法院关于宪法判断的判决

年度	审结件数	违宪	合宪
1980	2 168	0	25
1981	2 114	0	22
1982	1 962	0	15
1983	1 822	0	27
1984	1 717	0	27
1985	1 644	0	19
1986	1 603	0	15
1987	1 511	0	11
1988	1 519	0	13
1989	1 415	0	11

（一）政治上的原因

为什么日本的违宪审查会发生司法消极主义这种情况呢？从总体上来看，原因是比较复杂的。首先，不能排除政治上的原因。第二次世界大战后日本司法的民主化改革并不很彻底，旧制度下的法官不仅没有一个被开除公职，而且还有像石田和外这样的旧法官出身者也能担任最高法院的首席法官。与此同时，日本不像其他发达资本主义国家那样经常发生执政党的更换交替，自1955年以后日本一直是由保守的自民党一党执政，在没有国会监督的情况下，由自民党一家内阁长期掌握着的对最高法院法官的任命权，自然也只会加固最高法院法官的保守化倾向。虽然近年来自民党一党执政的格局被打破，但是，在日本社会长期形成的官僚主义文化和保守的执政方式并没有得到彻底改变，官僚阶层的保守性以及守旧意识很难得到有效的根治，其结果必然会影响到司法制度的改革，在妥协和和谐的风气熏陶下，违宪审查中的消极主义倾向就在所难免。

与最高法院在违宪审查方面所持有的司法消极主义倾向不同的是，日本的下级法院却经常地使用违宪审查权，在违宪审查方面表现出某种积极活泼的倾向。但是，由于最高法院的司法消极主义态度，决定了在日本常常出现下级法院作出判决违宪但又被最高法院否认的情形。例如，“砂川案”就是一例。这是一个因当地居民反对建立美国空军基地，其中一部分人进入基地内而以违反《刑事特别法》被起诉的案件。1959年3月，东京地方法院伊达法官曾作出了驻日美军违反宪法第9条，进入砂川基地的7名被告无罪的轰动一时的判决。但同年12月，日本最高法院在该案的越级上诉审中，又判决驻日美军不属于日本宪法第9条所规定的“战争力量”，因而不违反宪法。又如，由于学生游行示威而以违反《东京都公安条例》被起诉的“东京都公安条例案”中，东京地方法院在一审中判决《东京都公安条例》违宪。但1960年在该案的越级上诉的审理中，最高法院又判定《东京都公安条例》不违反宪法中关于表达自由的原则。

此外，因日本最高法院法官的人事变动而引起有关宪法判例发生变化的情形，也能反映出违宪审查与政治之间的联系。例如，1966年最高法院在“东京中央邮局案”中，曾以公共企业的职员、国家或地方公务员应与私营企业职员同样享受宪法所规定的劳动者基本权利为理由，撤销了断定被告组织邮局职工在工作时间参加工会大会行为有罪的第二审判决。但是，后来由于最高法院的7名法官因相继退休而换人，并且

正好是在石田和外担任首席法官的1973年，最高法院在“全农林警职法案”的判决中，又认为在公务员工作时间的抗议行动违法有罪，而且还断定日本的《国家公务员法》中有关禁止公务员争议的规定符合宪法。所以，总体上来看，日本最高法院在违宪审查方面的态度，很明显受到最高法院法官本身政治立场和政治态度的影响。作为在整个三权分立体制中平衡国家权力的一个重要环节，最高法院在行使违宪审查权的过程中，不可能不带有一定的政治倾向。这也是现代违宪审查制度在其公正性方面存在的最大的价值弊端。

（二）其他理论上的理由

除了政治上的理由会影响最高法院进行违宪审查和明确地作出宪法判断之外，日本最高法院在避免作出违宪判断时，还要提出一些理论上的其他理由作为根据。主要有以下几个方面：

1. 附带性审查理论。所谓附带性违宪审查，是指违宪诉讼必须以具体的法律上的争讼为前提。例如，在1952年“警察预备队违宪诉讼案”中，日本社会党委员长铃木茂三郎作为原告，直接向最高法院提起诉讼，要求确认日本政府建立和维持警察预备队的一切行为都是违宪和无效的。警察预备队作为现在日本自卫队的前身，是在1950年朝鲜战争爆发后成立的。同年8月10日，日本政府根据麦克阿瑟的指令成立了75 000人的警察预备队。1952年10月8日，日本最高法院根据日本法院没有抽象的违宪审查权，只有在提起具体的和法律上争讼的条件下才能行使违宪审查权等理由，判决驳回原告的起诉。这一判决对日本后来逐渐扩充军备起了很大的作用。因为日本法院对制定“防卫”的法令和整备实施“防卫力”不能行使司法审查权，因此，扩充军备便可在不受司法制裁的情形下进行。

2. 统治行为理论。日本最高法院常以“统治行为理论”作为理由来说明在对立法、行政机关某些行为进行判断或审查时应自我抑制。例如，最高法院在1959年“砂川案”判决中就指出，《日美安全保障条约》对于日本国的存在基础具有重大关系并具有高度政治性，因此，关于该条约内容是否违反宪法的判断不适于由法院来进行审查。又如，最高法院1960年在涉及关于众议院解散的争议问题“苦米地案”中，认为内阁对众议院的解散是具有高度政治性的国家统治行为，根据三权分立的原理，法院应该自行制约，因而拒绝行使违宪审查权。另外，1962年在关于国会的议事程序“修改警察法无效案”中，最高法院指出法院

应该尊重国会两院的自主性，不应对国会制定《警察法》的议事程序进行审查和作出无效判断。

3. 诉讼利益等理论。此外，日本的违宪审查制度还受到了美国判例法的影响，在涉及宪法诉讼中一般也要满足以下三个条件：即具有诉讼的利益、当事人合格以及成熟性的条件等。这样也使得某些对违宪审查的请求因没有满足上述几个条件而不能成立。例如，1982年最高法院在“长沼导弹基地案”的上告审中，就以已经具有了完备的其他代替设施为理由，否定了原告的诉讼利益，驳回上告。

（本讲座于2005年3月6日在中国人民大学贤进楼501学术报告厅举行，中国人民大学法学院硕士龚胜华整理）