

第三章 国民主权的原理

一、日本国《宪法》的基本原理

日本国《宪法》是以国民主权、基本人权之尊重以及和平主义这三者为基本原理的。特别将这些原理明确加以宣明的,是宪法的前言。

(一) 前言的内容

前言是附在法律条文之前、阐述该法律目的和精神的文句。就宪法前言而言,表明宪法的由来、目的和宪法制定者的决心或意志等的,其例颇多,但其内容依不同国家之宪法而不同。日本国《宪法》的前言,宣示国民是宪法制定权力的拥有者,并确认近代宪法内在的价值和原理,具有极其重要的意义。

前言由四部分组成。第一段的前段规定:“主权属于国民”,以及由日本国民“确定本宪法”,即表明了国民主权的原理和由国民制定宪法的意思(民定宪法性)。接着,与此相关联,还规定要确保“自由所带来的惠泽”和从“战争的惨祸”中获得解放,讴歌了人权与和平的两大原理,显示了日本国宪法制定的目的。承接这些规定,第一段的后段言明“国家政治源自国民严肃的信托,其权威来自于国民,其权力由国民的代表者行使,其福利由国民享受之。”在此宣示了国民主权以及以此为基础的代表民主制原理。最后,阐明以上各个原理乃是“人类的普遍性原理”,“我们排除一切违反这些原理的宪法、法令以及诏敕”,明示了这些原理即使通过宪法修正的方式也不能否定的旨趣。

第二段规定“日本国民祈愿永久之和平”,阐述了日本对和平主义的冀求,而作为对此所采取的态度,宣示“决意信赖爱好和平之诸国民的公正和信义,以维护我等的安全与生存。”第三段将国家之独善性的否认作为“政治道德之法则”加

以确认,而第四段则宣誓约定了日本国宪法的“崇高理想与目的,应予达成”。

(二) 基本原理相互间的关系

前言中所纳入的国民主权主义、人权尊重主义、和平主义之原理,有如下互不可分的关联。

1. 人权和主权

第一,基本人权的保障,与国民主权原理是结合在一起的。专制政治下,基本人权当然没有完全保障,民主主义政治下,人权保障始能确立。前述宪法前言第一项显然宣明了:国民主权以及以此为基础的代表民主制原理(狭义的民主主义)乃以基本人权的尊重与确立为目的,并作为达成此目的的手段,在此存有不可分的关系。

37

自由(人权)若无“人的尊严”之原理,即不被承认。而国民主权,即国民拥有决定国家政治体制的最终和最高之权威的原理,也只有所有国民均能平等地作为人而得到尊重之时始能成立。如此,国民主权(民主的原理)和基本人权(自由的原理),均源自于“人的尊严”这一最基本的原理,两者一起构成了广义的民主主义,从而被视为是“人类普遍的原理”(参照第十八章三之(三)图表)。

2. 国内的民主和国际的和平

第二,在没有和平就不能确保人类的自由和生存这一意义上而论,和平主义原理也与人权、国民主权的原理密切结合。国内的民主主义和国际和平的不可分,可谓是推进近代宪法之进化的原则。

(三) 前言之法意义上的性质

将以上基本原理加以确定的日本国《宪法》的前言,构成了宪法的一部分,可理解为与宪法正文有着相同的法意义上的性质。为此,例如前文第一款中“排除违反人类普遍原理……的一切宪法、法令以及诏敕”的规定,就可认为是划定了宪法修正的法律界限,乃是在法的意义上拘束宪法修正权的规范(关于宪法修正权的界限,参照第十八章三之(三))。

不过,这并不意味着连宪法前言作为裁判规范的性质也可承认。所谓裁判规范,在广义上是指法院审理具体的争诉时,作为判断基准而使用的法规范,而在狭义上,则指该规定是可以作为直接根据而向法院寻求救济的法规范,即依据法院的判决而可以执行的法规范。一般而言,宪法前言的规定被理解为仅仅止

38

于对抽象之原理的宣示,至少并未具有狭义上的裁判规范之性质,尚不能要求法院执行前言的规定。关于这一点,前言第二款规定“我们……全世界的国民,平等地拥有免于恐怖和匮乏,在和平中生存的权利”这一文句中所显示的“和平生存权”,*就是一个问题。在学说上,也有人认为:可认定该规定的(狭义意义上的)裁判规范性,承认和平生存权乃是新型人权之一种,这种见解颇为有力。但一般认为,和平生存权的主体、内容、性质等各方面都尚未明确,虽然可谓之为是在人权的基础上支撑着人权的一种理念意义上的权利,但难以认定其在裁判中可以争诉的、具体的法意义上的权利性。

* **和平意义上的生存权** 和平意义上的生存权之构想,是在自卫队违宪诉讼中自 20 世纪 60 年代开始被主张的。所谓和平生存权,指的是“享受和平的权利”,其之提出的意图,是基于在与宪法第九条战争放弃原则的关联性上,把和平解释为一种人权。在具体意义上,是为了给军事基地附近的居民向法院提起诉讼请求撤除军事基地情形下的“诉的利益”提供基础而提出的主张。然而在判例上,长沼事件(参照第四章三之(三)1*)的一审判决虽然确认了和平生存权作为诉的利益的一项根据,但二审判决对此加以了否定,最高法院在实质意义上对宪法前言第二段的裁判规范性也未予认定。

二、国民主权

国民主权的原理,是在对抗绝对主义时代的君主专制统治,主张国民作为政治主角的场合下,而被作为理论性支柱的观念,在近代市民革命成立之后,作为国家统治根本原理,在近代立宪主义宪法中得到了广泛的采用。不过,如何来具体理解该原理的内容,则仁者见仁,智者见智,各种活跃的讨论至今仍然还在展开。

(一) 主权的含义

主权虽然是一个多义的概念,但一般在以下三种意义上使用:①主权就是国家权力本身(国家的统治权);②主权就是作为国家权力属性的最高独立性(对内最高,对外独立);③主权就是有关国家政事的最高决定权。这些均基于历史性的理由。也就是说,主权这一概念,是在绝对主义君主建立中央集权国家的过程中,作为为君主之权力相对于封建领主具有最高性、相对于罗马教皇及神

圣罗马皇帝具有独立性而提供基础政治理论中所被主张的概念。然而,到了“朕即国家”的思想支配一切的专制君主国家,这三种主权的概念便被统一地理解为“君主的权力”的形态。其后,随着君主制度的立宪主义化,国家的概念也随之变化,君主的权力与国家的权力,开始被区别看待,主权的概念也分解为三者。

1. 统治权

40

上述①所言的国家权力本身意义上的主权,乃是概括地表示国家所具有的支配权之用语。这与统称立法权、行政权、司法权的统治权(Herrschaftsrechte, governmental powers)基本同义。日本国《宪法》(第四十一条)所称的“国权”,即有此意。这种统治权含义上的主权之使用范例,可见诸《波茨坦公告》第八款中“日本的主权,应限于本州、北海道、九州与四国以及吾等所决定的诸小島”之规定。

2. 最高独立性

上述②的国家权力最高独立性(也称国家权力的主权性)意义上的主权,若从主权概念的生成过程而言,是最初意义上的主权概念。宪法前言第三款规定的“维护本国的主权”就是这种例子。在此侧重的是国家的独立性。

3. 最高决定权

上述③的国家政治最高决定权意义上的主权,指最终决定国家政治力量的力量或权威。该力量或权威在属于君主的场合时就是君主主权,属于国民的场合时就称为国民主权。宪法前言第一款“于此宣誓主权属于国民”之规定中的主权以及宪法第一条所说的“主权所属的日本国民之公意”中的主权,即相当于此种含义。

(二) 国民主权的含义

就“国民主权”有何含义或内容的问题,存有各种各样的讨论,此处姑且注意以下两点。

1. 有关主体方面

第一,国民主权的观念,本来就是在与君主主权之对抗关系中生成并主张的观念。属于君主主权者并非国民主权,而属于国民主权者也不是君主主权,两者处于相反对立的关系之中。因此,类似于主权既不属于君主也不属于国民,而属于国家,或主权属于包括天皇在内的全体国民之类的说法,虽然在战后常被主张,但均是基于政治上考虑的想法,在理论上很难说是正当的。

41

如前所述(参照第二章一之(二)*),战前在德国居于主流地位的国家法人说认为,国家从法的角度来看是法人,即权利(统治权)的主体,而君主则是其最高机关,并主张,属于君主主权还是国民主权,其中分别无非在于是君主还是国民居于决定国家意思的最高机关之地位。这样,“主权”的概念,则仅仅被作为本来的概念,用以表示国家权力的最高独立性,而回避了近代宪法所直面的君主主权还是国民主权的本质问题。这与19世纪不推崇激进民主化的德国君主立宪制正好相称。

此一国家法人说,在《明治宪法》下被具体化为天皇机关说,也曾起到了缓和宪法之神权主义性质的作用,但在确立了国民主权的日本国《宪法》之下,则已失去了其理论上的有用性。

2. 权力性与正当性的两种契机

需要注意的第二点是,国民主权的原理之中包含了两种要素:一种是最终决定国家政治问题的权力乃由国民自己来行使,这一意义上的权力性契机;另一种则是国家行使权力正当性的最终权威乃在于国民,这一意义上的正当性契机。

国民主权的原理,本来就来源于国民的宪法制定权力(制宪权)思想(参照第一章四之(二))。国民的制宪权的本质性特征,在于国民直接行使权力(具体而言,即制定宪法、决定国家的统治问题)这一点。然而,这种制宪权在制定近代立宪主义宪法时,遵从合法性原则,在宪法典中将自身予以制度化,向①以国家权力正当性的最终根据在于国民这一前提或理念为性质的国民主权原理,以及②在法的拘束下改变宪法(国家的统治之方针)的宪法修正权转化(为此宪法修正权也被称为“被制度化的制宪权”。有关此点,另外参照第十八章三之(三))。

在上述国民主权原理所包含的两个要素中,在主权的权力性方面,由于重视国民自己最后决定国家统治方针的要素,所以作为主权的主体“国民”,指的是实际上能够进行政治上意思表示的选举权人(也称为“选举人团”)。而这就与直接民主制度,即国民直接表明政治意思的制度具有了密切的联系。不过,即使说国民主权的概念中包含了权力性的契机,也并不意味着,在没有宪法明文根据的情况下,可直接认可,将国家重要的方针政策的决定付诸国民投票的法律(在宪法上所被认可的,只是限于并非那种国民投票之结果在法意义上拘束国会的、咨询性的、建议性的东西)。而主权的权力性,具体来说,则是决定宪法修正(这才真正是最终决定国家的政治问题)的权能。

与此不同,在主权的正当性方面,由于将国家权力加以正当化并赋予其权威

的根据在终极意义上属于国民,这一要素得到重视,所以,此处作为主权之持有者的“国民”,就未必仅限于选举权人,而应该是全体国民。并且,这样的国民主权原理,就会与代表民主制度,特别是议会制度联结在一起。

在日本宪法的国民主权观念中,就有这两个方面并存。^{*}从而,作为国家权力正当性渊源的国民乃是“全体国民”,所有“国家权力发动来自国民”。但是同时,也不应忽视权力性的方面,即国民(选举权人)最终决定国家政治的方针政策。倘若如此考虑,那么,《宪法》第九十六条中规定最终决定宪法修正问题制度的国民投票制度(参照第十八章三之(二)2),应理解为与国民主权原理是密不可分的。 43

^{*} **国民主权和人民主权** 在法国,作为在市民革命时期否定君主主权而制定的新立宪主义宪法的主权原理,曾有过采用国民(nation)主权还是采用人民(people)主权的争议,两者之间的对立一直持续到第二次世界大战之后的宪法。在日本,使用该类概念来阐明“国民主权”的学说也不少。但是,如果将“国民”的含义理解为“作为国籍拥有者之总体的国民(全体国民)”,而将“人民”的含义理解为“作为社会契约参加者(普通选举之选举权人)之总体的国民(人民)”,那么,这两种主权原理,就恰好对应了本书所谓的作为主权之主体的“全体国民”和“选举人团”之间的区分。但应该注意的是:“国民”一般被理解为有别于具体实在之国民的、另一种作为观念上和抽象意义上团体人格的国民,而将“人民”理解为是“在当下没有性别、年龄之差异的、名副其实的‘所有的人’”这种学说也颇为有力。而且,即使在同样主张“人民”主权的场合,就“主权”的含义,既有认为是“统治权”的,也有认为是权力正当性之最终根据的各种学说,见解之间存在着很大的差异。

三、天 皇 制

44

(一) 国民主权和天皇制

如上所述,日本《宪法》采用了国民主权主义,但是,由于盟军总司令部也有意向(参照第二章二之(二)3引用的麦克阿瑟备忘录),天皇制本身就象征天皇制的形态被保存了下来。不过,《明治宪法》的天皇制与日本国《宪法》的天皇制之间,在原理上大相迥异。

1. 天皇之地位的根据不同

在《明治宪法》中,天皇的地位是根据天照大神的意思,即神敕(参照第二章一之(一)1)而来的。相反,在日本国《宪法》中,天皇的地位则是“基于主权所属的日本国民之公意”(《宪法》第一条)。为此,天皇制就再也不是绝对的、不可变更的制度,而成为基于国民之公意可以变更的制度。

2. 性质的不同

在《明治宪法》中,天皇是神圣不可侵犯的存在,侵犯天皇尊严的行为依据不敬罪(昭和二十二年第一百二十四号法令修正前的旧《刑法》第七十四条)严重处罚。但在战后,依据天皇的“人的宣言”*(1946年元旦),天皇的神格性被否定,同时不敬罪也被废止,在日本国《宪法》中也不再采取将天皇特别地视其为神之子孙的态度。

* 人的宣言 这本是长篇的天皇诏书,而其中以下这节文字被称为“人的宣言”：“朕与尔等国民同在,常欲与尔等同其利害,分其休戚。朕与尔等国民之间之所以能纽带相系,乃是始终以相互信赖与敬爱而相联结,既非单凭神话与传说而生,亦非以天皇为现世活神,或且基于以日本国民为优越于其他民族之民族,故有必统治世界之宏运等空幻观念。”

3. 权能的不同

在《明治宪法》下,天皇是统治权的总揽者,具有总揽所有国家作用的权能。而在日本国宪法下,则如后文所述,天皇只从事有关形式性的、礼仪性的“国事行为,不具有干预国政的权能”(《宪法》第四条)。

(二) 象征天皇

日本《宪法》就天皇之地位规定“天皇为日本国家的象征,亦为日本国民统合的象征”(《宪法》第一条)。

1. 象征的含义

所谓象征,意指使抽象的、无形的、非感觉性的事物,借具体的、有形的、可感觉的事物加以具体化的作用或其媒介物。例如,白色的百合花被用以象征纯洁,鸽子被用以象征和平。象征一词,原本虽是文学上的、心理学上的名词,但并非不能用在法律规定之中。例如,英国《威斯敏斯特法》(1931年)的前言就规定“王位(Crown)为英联邦之各成员国家自由结合的象征,此等成员国基于对国王

的共通之忠诚而被统合之”。只是在日本国宪法中,以人的天皇作为国家之象征这一点比较特殊。不过,近来,同样的例子在1978年西班牙《宪法》第五十六条(规定“国王是国家的元首,国家统一以及永续性的象征”)等场合中也可以看到。

2. 天皇象征的含义

但凡在君主制国家中,君主本来就被赋予国家象征的地位和角色。在《明治宪法》下,也可以说天皇是国家的象征。只是《明治宪法》中的天皇,因其统治权总揽者的地位优先存在,从而使作为象征的地位隐藏于背后。在日本国《宪法》下,天皇总揽统治权的地位被否定,也完全不掌握有关国政的权能,其结果是使天皇的象征地位优先存在。因此,《宪法》第一条之象征天皇制的规定,与其说是着眼于强调天皇具有象征国家的作用,毋宁应该认为在于强调天皇除了象征国家的作用之外并无其他作用。

在原本上,须注意,同样都谓之象征,结合总揽统治权者的地位的象征性,与结合不具有一切“有关国政之权能”原则的象征性,在本质上是不同的。

3. 皇位继承

有关天皇地位的继承,《宪法》第二条规定“皇位,世袭之”。本来,世袭制是违反民主主义的理念与平等原则的,但日本国《宪法》却认为其为保存天皇制所必需,为此规定了世袭制。该世袭制既然为宪法所认可,否定女性继任天皇而采用男系男性主义(《皇室典范》第一条),也就作为《宪法》第十四条男女平等原则的例外而被承认。此外,皇位得继承等有关皇室的事项,由《皇室典范》加以规范。《皇室典范》在《明治宪法》下曾属于议会不能干涉的、与宪法具有同等地位的独立法规范,但在日本国《宪法》下,则已成为依“国会之议决”而制定的法律的一种形式,其性质大为改变。

(三) 天皇的权能

日本国《宪法》大幅度限制了天皇的权能。

1. 权能的范围

《宪法》规定“天皇仅行使本宪法所定有关国事之行为,不拥有有关国政之权能”(第四条),具体的行为乃由第六条、第七条加以列举。

2. 权能的性质

这里所谓“有关国事之行为”和“有关国政之权能”的区别,在语言上未必明确。不过,若仔细吟味《宪法》所列举的国事行为的内容,斟酌象征天皇制的意

旨,国事行为可以理解为是指与政治(统治)无关的形式性的、礼仪性的行为。在这一点上,天皇是否可言之为君主,以及是否日本国家的元首,则存有争议。*

* 天皇是君主还是元首 君主的主要要件被认为有:①其地位来自世袭并伴有传统上的权威;②拥有统治权,至少拥有部分的行政权等。认为随着君主制的民主化以及君主权能的名义化,要件②已无必要这一见解,已成有力的学说。依此看法,亦可将天皇称为君主。

成为元首的最重要之要件,虽然是对外代表国家的权能(像缔结条约的权能,授受大使、公使国书的权能),但是天皇在外交关系上,《宪法》只在第七条第五款、第八款、第九款承认天皇的“认证”(正式证明一定行为依正规的手续而成立的行为)与“接受”(接见之事实上的行为)等形式性的、礼仪性的行为。因此,若依据传统的概念,日本的元首,应当是内阁或内阁总理大臣(多数说)。当然,也有学说认为:将实施上述形式性的、礼仪性的机关,不妨也可称为元首。同时,在事实上,前来日本的外国大使、公使所呈递的国书以天皇为接受人,由天皇接受已成惯例。虽然一旦结合考虑各国元首权能的渐趋名义化的倾向,如果可以将天皇称之为君主,那么,同时也就可以理解为可称为元首,然而,在吾国,对
48 元首这个概念本身,向来一般都认为必然拥有某种实质性的权限,为此,问题在于,若将天皇理解为元首,认证或接受国书的含义就有实质化、扩大化之虞。

基于这种考虑,较之于天皇是否君主、是否元首这种名义上的问题,明确各种的概念如何被构成,在宪法上天皇如何被定位,何种权能的行使被认可这样的实质性问题,就反而更为重要。

3. 行使权能的要件(内阁的建言与承认)

天皇之权能的范围限定于国事行为的同时,天皇的国事行为必须置于严格的规制之下,此则也是其重要的特征。《宪法》第三条就天皇行使权能的要件,规定“诸凡有关天皇之国事行为,均有必要经内阁之建议与承认,内阁负其责任”。由于天皇的一切国事行为,均须经内阁的“建言与承认”(这是一个行为,虽只需召开一次内阁会议即可,但由天皇提议内阁应允形式下的内阁会议则不被认可),所以就天皇国事行为的结果,定为内阁自行负责,而天皇不受问责。

在围绕内阁的建议和承认的问题中,争论最多的是关于“建言和承认”与行为的实质性决定权之间的关系。之所以如此,是因为:天皇所为之国事行为,像“认证”“接受”或“仪式”之类,大致可分为:本身就是形式性的、礼仪性的行为,