

私立東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：蕭淑芬 博士



日本違憲審查基準之研究

A Study of the Standards of Judicial Review of Japan

研究生：黃柏喬 撰

中華民國 100 年 6 月



碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 黃柏喬 君所提之論文：

日本違憲審查基準之研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

王通宇

毛欽江

蔡淑芬

100 年 6 月 24 日

## 致謝

能完成這本論文，首先要感謝我的指導教授蕭淑芬老師，無論是擬定論文題目、問題意識的形成、章節的結構安排以及寫作方向，恩師的提點均讓我能夠得到啟發，突破寫作上的瓶頸，於論文的寫作過程中，恩師於公務繁忙之際，仍費心指導且不時給予學生最大的鼓勵，此外，恩師不吝借予我與論文相關之日文書籍，對於不擅蒐集日文資料的我，提供了莫大的幫助，在此要向恩師致上由衷的感謝，謝謝老師。也謝謝口試委員王迺宇老師和王欽彥老師，口試當天諸多問題的提問，讓我理解到自身知識的不足，以及論文有待改進的地方，使學生獲益良多，謝謝老師。

回想當初考取研究所的時候，剛剛辭掉法官助理的工作，沒有了工作收入，只能依賴雙親，所幸父母支持我辭掉工作專心準備國家考試的決定，也因為如此，我才能在就讀研究所期間無生活上的顧慮，一心一意衝刺國考，歷經3年的努力，總算獲得好成績，陸續考取律師、高考法制及三等書記官考試，因此，感謝我的父母，沒有雙親無私的付出，也不會有現在的我，謝謝你們。

在準備國家考試的過程中，很慶幸能夠和研究所同學祐偉、建閔、玲瑩、新益、柏劭、智凱一起組成讀書會，透過每星期一次聚在系圖或系辦公室旁邊的期刊室，練習考古題並分享閱讀期刊文章的心得，扎實地累積了考試實力，而且，經由讀書會成員間的閒聊也化解了不少考試壓力，後來，成員們陸續考取國考，讓這段期間的努力沒有白費，回顧準備國家考試的歷程，日復一日且一成不變，其中的酸甜苦辣只有考生能體會，感謝你們這段期間的相伴，期待大家在未來工作崗位上皆能一帆風順，扶搖直上。

最後，還要感謝柏華、莞菱、豐懋和怡君，有了妳們的細心校對，挑出語意不順暢的地方，我的論文才能擺脫日式中文的毛病，論文中需要翻譯日文之處，更是仰賴柏華的協助，常常在你加班後還麻煩你口譯日文書的內容，非法律系的妳總是耐著疲憊幫我翻譯艱澀的文章，備極辛勞，這已經不是請一頓飯可以表達感謝的恩情，還有豐懋和怡君，謝謝你們解答我有關論文格式上的疑問，讓我得以順利完成論文，謝謝妳們。

100年8月2日 台中

## 中文摘要

日本國憲法第 76 條第 1 項規定司法權屬於日本最高法院及依法律規定所設置之下級審法院。第 81 條規定日本最高法院係有權決定一切法律、命令、規則或處分是否合憲之終審法院。日本法院法第 3 條第 1 項規定法院除憲法特別規定之情形外，有權裁判一切法律上之爭訟，並擁有其他法律所特別規定之權限，該法第 3 條將憲法第 76 條司法權的抽象規定具體化，將違憲審查權之行使範圍限定於「法律上之爭訟」，因此，日本違憲審查權之行使係以解決具體爭訟為前提的「附隨違憲審查制度」，亦即，各級法院必須針對具體之訴訟案件，在行使司法權之範圍內，附帶行使違憲審查權。

自日本舊刑法第 200 條殺害尊親屬重罰規定受日本最高法院首次作成法令違憲判斷開始，日本最高法院所作成法令違憲判決有 8 件，這 8 件法令違憲判決所採取之違憲審查基準為本論文觀察之重點。整體而言，日本最高法院之憲法裁判仍呈現以司法消極主義為主流的傾向，其主因係政治部門包含內閣及國會作成政策決定時，其正當化根據為議會制民主主義所反映之國民意識，相對地，日本最高法院對於內閣之行政行為或國會制定之法律作成違憲判斷時，並無相同或類似的民意基礎，此為日本最高法院憲法訴訟歷史中鮮少作成法令違憲判決之原因。

我國自 1999 年 7 月全國司法改革會議與其後釋字第 530 號解釋確立了「司法院審判機關化」的方向，其後，司法院於民國 97 年 11 月 5 日將現行「司法院大法官審理案件法」修正草案送請立法院審議，本次修正緣由亦在貫徹憲法第 77 條所定司法院為國家最高司法機關之意旨，司法院應予審判機關化，司法院大法官審理案件之方式亦有全面司法化、法庭化之必要，有鑑於司法權的本質以「審判」為核心，採取「附隨違憲審查制度」之日本憲法訴訟體系、提起憲法訴訟之要件及日本最高法院所採違憲審查基準等，皆值得我國改革釋憲制度時加以借鏡。

關鍵字：日本憲法訴訟、違憲審查基準、附隨違憲審查制度、法令違憲判決

# 論文目次

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與研究目的	1
第二節 研究範圍與研究方法	2
第一項 研究範圍之界定	2
第二項 研究方法之說明	2
第三節 論文架構	3
第二章 憲法訴訟論與日本憲法訴訟的程序論	5
第一節 憲法訴訟的意義	5
第二節 憲法訴訟論	6
第三節 違憲審查制	8
第一項 違憲審查制的意義	8
第二項 日本違憲審查制的確立	9
第三項 違憲審查的範圍與界限	10
第四節 日本憲法訴訟的程序要件	11
第一項 提起憲法訴訟的要件	11
第一款 司法判斷適合性	12
第二款 事件性	12
第三款 當事人適格	13
第四款 訴之利益	14
第五款 成熟性	15
第二項 憲法訴訟類型	16
第一款 概說	16
第二款 撤銷訴訟	16

第三款 民眾訴訟	17
第四款 損害賠償請求訴訟	18
第五款 立法不作為訴訟	18
第六款 其他訴訟的可能性	19
第七款 暫時救濟請求訴訟	20

### 第三章 日本憲法訴訟的實體論

第一節 二重審查基準	21
第一項 二重審查基準之意義	21
第二項 二重審查基準之根據	22
第三項 二重審查基準與違憲審查基準之關係	23
第二節 憲法判斷的方法	24
第一項 概說	24
第二項 憲法判斷的迴避	25
第三項 合憲限定解釋	27
第四項 立法事實論	28
第五項 立法裁量論	29
第六項 比較衡量法	35
第三節 違憲審查基準	38
第一項 違憲審查基準的意義	38
第二項 緩和審查基準	39
第三項 嚴格的合理性基準	41
第四項 嚴格的審查基準	44

### 第四章 違憲審查基準於日本實務上的實踐

第一節 日本最高法院法令違憲判決所採違憲審查基準之探討	52
第一項 殺害尊親屬重罰規定違憲判決	53
第二項 藥事法距離限制規定違憲判決	57
第三項 眾議院議員定數不均衡事件違憲判決	62
第四項 森林法共有林分割限制規定違憲判決	66

第五項 郵便法違憲事件判決·····	72
第六項 在外日本國民選舉權事件判決·····	77
第七項 國籍法事件判決·····	83
第二節 法令違憲判決之比較·····	90
<b>第五章 結論·····</b>	<b>97</b>







# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與研究目的

我國憲法第 77 條規定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，然實際上司法院僅掌理公務員之懲戒與就司法行政上的事務加以管理監督，蓋憲法第 7 章雖未對司法行政之監督定有明文，惟法院組織法第 11 章自第 110 條各級法院行政之監督、第 111 條各級法院檢察署行政之監督至第 114 條為止，對司法行政之監督定有明文，其中第 110 條第 1 款規定司法院院長監督各級法院及分院，即司法院就司法行政事務加以管理監督的依據，至於民事、刑事與行政訴訟之審判係由其下級機關——亦即最高法院、高等法院與地方法院——負責，為了避免造成司法行政權凌駕於於審判權之印象，有損人民對審判獨立之信賴，以期符合憲法第 77 條規定司法院掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，1999 年 7 月全國司法改革會議與其後釋字第 530 號解釋確立了「司法院審判機關化」的方向，並提出「近程目標」與「遠程目標」的改革方向，蓋司法權的本質以「審判」為核心，且在前述司法改革「遠程目標」中，係採取「一元單軌制」，司法院設大法官 12 至 15 人，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判、公務員之懲戒與憲法訴訟之審理，取代現行最高法院而成為各該訴訟之終審法院。

其後，司法院於民國 97 年 11 月 5 日將現行「司法院大法官審理案件法」修正草案送請立法院審議，本次修正緣由亦在貫徹憲法第 77 條所定司法院為國家最高司法機關之意旨，司法院應予審判機關化，司法院大法官審理案件之方式亦有全面司法化、法庭化之必要，因此，修正重點在於：司法院大法官行使憲法所賦予之各項職權，均改以「憲法法庭」審判方式為之，本次修正，亦將原有「司法院大法官審理案件法」，修正名稱為「憲法訴訟法」，以符實際。從上述司法改革的目標與過程觀察，因司法權的本質以「審判」為核心，法院審判具體個案時附帶地行使違憲審查權，亦即以解決具體法律爭訟為前提的「附隨違憲審查制度」，勢必較現行「集中違憲審查制度」更貼近司法院為最高審判機關的司法改革目標。

次按日本國憲法第 76 條第 1 項規定司法權屬於日本最高法院及依法律規定所設置之下級審法院，第 81 條規定日本最高法院係有權決定一切法律、命令、規則或處分是否合憲之終審法院，日本法院法第 3 條第 1 項規定法院除憲法特別規定之情形外，有權裁判一切法律上之爭訟，並擁有其他法律所特別規定之權限，該第 3 條將憲法第 76 條司法權的抽象規定具體化，將違憲審查權之行使範圍限定於「法律上之爭訟」，因此，日本法院行使違憲審查權係採解決具體爭訟為前提的「附隨違憲審查制度」，亦即各級法院必須針對具體之訴訟案件，在行使司法權之範圍內，附帶行使違憲審查權。其次，日本違憲審查制度實施以來，日本最高法院作成法令違憲判決計有 8 件，行使違憲審查權時呈現尊重政治部門之立場，不輕易對於法令作出違憲判決，本論文觀察之重點在於這 8 件法令違憲判決所採取之違憲審查基準，期望藉由整理分析，進一步了解日本最高法院所採行之違憲審查基準。

綜上所述，採行「附隨違憲審查制度」較「集中違憲審查制度」更能體現「司法院為最高審判機關」與「司法權以審判為核心的本質」，以與我國鄰近之日本所實施附隨違憲審查制度的經驗作為借鏡，相信對於我國釋憲制度的改革有所裨益，此為本文研究日本違憲審查基準與憲法訴訟制度之動機與目的。

## 第二節 研究範圍與研究方法

### 第一項 界定研究範圍

本文研究範圍：首先，就憲法訴訟、憲法訴訟論與違憲審查制度之意義加以論述，且說明採行「附隨違憲審查制度」較符合「司法權本質係具體個案審判的權力」之理由。其次，闡述提起憲法訴訟之程序要件，分析說明憲法訴訟的訴訟類型選擇。再者，以日本法院實務裁判為例，針對憲法判斷的方法與違憲審查基準，分析日本現行實務上所採「二重審查基準」。最後，說明憲法判斷的效果，並探討我國釋憲制度將來之改革方向。

### 第二項 研究方法之說明

## 一、比較研究法

法律之比較研究，可分為總體比較與個體比較。本文使用總體比較法，係以日本憲法訴訟之法系作為研究對象，其目的在於發現日本憲法訴訟相關法律之基本精神、特色及風格，並論述其法系理論，以作為我國釋憲制度改革之參考。

## 二、文獻整理法

蒐集並整理日本學界相關之著作、期刊、學術論文與實務相關判決、政府出版品及新聞網頁等資料，介紹日本憲法訴訟之體系與違憲審查基準。

## 三、判決評釋法

針對日本最高法院相關憲法判決，分析歸納其使用之違憲審查基準，並與日本高等法院、地方法院之違憲審查基準作比較，以判決評釋的方式提出個人淺見。

# 第三節 論文架構

本文共分為五個章節。除了第一章緒論及第五章結論外，第二章至第四章分別介紹日本憲法訴訟論、程序論與實體論，日本學界對於司法權、法院或違憲審查制之論述，於介紹司法權的概念（意義）、範圍及界限後，大致區別程序及實體等 2 部分，程序論部分包含當事人適格、事件性要件、成熟性等要件，實體論包括憲法判斷之要件（如憲法判斷迴避之原則、立法事實論、公共福祉論及合憲限定解釋等）、違憲審查基準、違憲判決之效力等部分<sup>1</sup>，因此，本論文遂以上開架構依序介紹日本憲法訴訟制度、違憲審查基準及日本實務法令違憲判決。

## 第一章 緒論

本章在說明本論文之研究動機與目的、研究方法及範圍與全文架構。

## 第二章 憲法訴訟論與日本憲法訴訟的程序論

---

<sup>1</sup> 參照長谷部恭男，憲法（第 2 版），新世社，2002 年 12 月；佐藤幸治，憲法訴訟と司法權，日本評論社，1987 年 4 月；長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀編著，ケースブック憲法，弘文堂，2004 年 4 月；辻村みよ子，憲法（第 2 版），日本評論社，2004 年 5 月；涉谷秀樹，憲法訴訟要件論，信山社，1995 年 9 月；中古實編著，憲法訴訟の基本問題－基礎用語の解説，法曹同人，1989 年 11 月。

## 第一章 緒論

本章首先說明憲法訴訟與憲法訴訟論的意義，與違憲審查制的意義、民主主義與司法審查（抗多數決的原理）及違憲審查權行使之範圍與界限加以說明。

其次，介紹提起憲法訴訟所應具備之程序要件，共分為 2 部分：首先，說明提起憲法訴訟之要件，諸如司法判斷的合適性、事件性（事件性與爭訟性）、當事人適格、主觀訴之利益與成熟性。其次，介紹憲法訴訟之訴訟類型，包括取消訴訟、民眾訴訟、損害賠償請求訴訟、立法不作為訴訟、其他訴訟類型選擇之可能性與暫時救濟請求訴訟。

## 第三章 日本憲法訴訟的實體論

本章首先闡述憲法判斷之方法：立法事實論、立法衡量論、比較衡量法與公共福祉論。其次，介紹日本學說對於違憲審查基準之研究。再者，透過介紹判決歸納整理日本實務所採取之違憲審查基準。

## 第四章 違憲審查基準於日本實務上的實踐

本章以戶松秀典教授將日本憲法訴訟 60 餘年歷史區分為萌芽期、成長期與成熟期等三個階段為開端，並介紹各階段之特徵，次以分析案例事實、判決分析及違憲審查基準等 3 部分探討日本最高法院法令違憲判決。

## 第五章 結論

回顧前文，總結本論文之相關討論及問題之分析與檢討，作成簡短之結論。

## 第二章 憲法訴訟論與日本憲法訴訟的程序論

### 第一節 憲法訴訟的意義

憲法訴訟，係指伴隨憲法爭點所提起的訴訟。依日本的訴訟制度，憲法訴訟是附屬於法院提出的民事、刑事或行政訴訟中，以附加之憲法爭點為訴訟中心，暫時擱置其他爭點的訴訟制度。日本現行法並無憲法爭議問題之特別程序規定，目前任何憲法爭議都是由當事人於民事、刑事或行政訴訟時提出；受理訴訟之法院，則以該等訴訟之法定審判程序進行審判。換句話說，「所謂『憲法訴訟』並不是一種特別之訴訟類型，而是只要任何民事、刑事或行政訴訟之當事人於訴訟中提出憲法爭議之主張，該等訴訟即可稱之為憲法訴訟<sup>1</sup>。」

提起憲法訴訟的目的在於實現憲法的價值，在不同的場合，憲法價值的實現有不同的意義<sup>2</sup>。在刑事事件或行政訴訟，公權力的行為違反憲法規範被當事人主張違憲，當事人的主張為法院所容認，此時憲法上價值即積極地被實現；相反的，法院否認當事人違憲的主張，亦即肯認公權力的行為符合憲法規範，就消極意義而言，代表公權力的行為彰顯了憲法上的價值。在民事訴訟，基本上當事人與公權力間並無任何關係，屬於私人間的訴訟，似乎與憲法無直接關係，但實際上，私人間訴訟提起憲法爭議之情形所在多有，透過法院行使違憲審查權，憲法價值即有被實現的可能。

憲法訴訟，原本係人民為保護自己的權利，向法院提起救濟的請求，如果從傳統訴訟的目的與性格來看，憲法訴訟確實可稱為私權保障型的訴訟類型；換言之，「日本憲法訴訟的目的，乃依憲法的本質對國家機關的權力加以限制，以司法機關來保障人權的價值體系，藉由司法審查方式完成保障人權的使命」<sup>3</sup>。但是，時至今日，憲法訴訟除了上述保護私權的目的之外，更具有透過裁判行使司法權以維持憲法秩序的功能，此類憲法訴訟可稱為憲法保障型的憲法訴訟。

<sup>1</sup> 蕭淑芬，日本憲法訴訟論，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照，2005年，183頁。

<sup>2</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，1-2頁。

<sup>3</sup> 蘆部信喜，憲法訴訟論の課題，講座憲法訴訟（第一卷），有斐閣，1987年，6頁；轉引自章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論（上）介紹日本司法為保障人權做寧靜革命經過，軍法專刊，2000年，15頁。

由於日本現行法並無提起憲法爭議之特別程序規定，因此憲法保障型之憲法訴訟仍必須依照傳統私權保障型的訴訟程序加以提起，不過當中即包含與傳統訴訟相異的要素在內，以下舉例說明之：有關日本國憲法第 9 條的關係訴訟，例如砂川事件、百里基地訴訟、惠庭事件，均圍繞著日美安全保障條約與自衛隊存在的議題，訴求的對象為日本政府的國防政策，訴訟當事人企圖藉由法院的判決，確立憲法第 9 條應有的意義，但是這些嘗試在現階段尚未成功；為保障日本國憲法第 25 條規定的生存權而提起之生存權訴訟，以朝日訴訟和堀木訴訟為代表，該訴訟提起者組成裁判支援組織，展開法庭外的訴求運動；環境權訴訟，係以救濟因公害所致權利侵害所提出的訴訟，包含有保全將來的環境與防止公害的主張，此時裁判所必須脫離傳統裁判法理，以嶄新的法理來處理環境保護的請求<sup>4</sup>。綜上所述，憲法訴訟，除了傳統上以救濟個人權利為目的的主觀訴訟之外，尚包括以維持合憲秩序為目的的客觀訴訟在內，如何能建構完整相對應的訴訟法理，乃下述之憲法訴訟論所要追求的目標。

## 第二節 憲法訴訟論

### 一、日本憲法訴訟論

憲法訴訟論建構受到關注的原因在於：期待以憲法訴訟的方式將憲法解釋論中有關憲法實體價值的討論呈現於裁判結果<sup>5</sup>。然而，日本最高法院之憲法裁判屢次迴避憲法解釋論有關憲法實體價值的討論，譬如：對於砂川事件中關於日美安全保障條約的合憲性爭議，日本最高法院以此爭議具有高度政治性為理由，拒絕正面審查日美安全保障條約的合憲性；此外，對於朝日訴訟中關於受日本國憲法第 25 條保障的生存權之訴求，日本最高法院以上訴人已死亡，訴訟因而終結，迴避了生存權應受保障此一具體憲法秩序；另有惠庭事件，關於自衛隊合憲性的爭議，日本地方法院第一審判決後即確定，未上訴至最高法院，然而地方法院並未加以判斷有關憲法第 9 條的爭議，僅以法律解釋的方式加以處理；除此之外，尚有許多關係人權保障的訴訟無法得到法院的實體判斷，大多數的訴訟仍受到消極冷淡的回應。

<sup>4</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，3-4 頁。

<sup>5</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，5-6 頁。

為了解決此種困境，就提起憲法訴訟的方法、法院對於憲法爭議的實務判斷標準—即違憲審查基準，乃至於訴訟技術面的探討遂應孕而生，此等學術研究可被稱為憲法訴訟論。

戶松秀典教授指出以下四點憲法訴訟論的課題：第1點，憲法訴訟論的首要課題，在於積極具體地實現憲法價值，前已述及，提起憲法訴訟的目的在於實現憲法價值，但觀察現今日本實務，法院消極不行使違憲審查權仍是普遍的現象。第2點，批判者認為憲法訴訟論乃單純技術性的討論，抑或是對憲法價值的把握與認識不足所致。第3點，繼受外國憲法訴訟論的問題。自日本國憲法制定以來，考察比較憲法一直相當興盛，尤其受到美國憲法訴訟理論的影響很深，依照日本憲法的固有性格建構獨立的法理，為接下來所應面對的課題。第4點，憲法價值的實現與司法權功能間的課題。司法權，乃國家統治權力之一，與立法、行政的關係不能切離，司法權欲形成憲政秩序，其權力的行使如何能不侵犯立法、行政固有權限，乃憲法訴訟論所要面對的課題<sup>6</sup>。

## 二、憲法訴訟論與違憲審查制度

有關違憲審查制度之分類，我國國內通說<sup>7</sup>認為在採行違憲審查制度的各國之中，以審查「機關」作為分類標準共兩種類型，由單一、特別法院（通常稱為「憲法法院」）來審查，在學理上稱為「集中型」，或由所有法院都有審查權的「分散型」。分散型的違憲審查制度，是指各級法院的法官在審理具體個案時，都有權力及義務去審查所應適用的法律是否合憲，當事人也可以在訴訟中主張系爭法律違憲並要求法院裁判，美國是「分散型」制度的代表國家，二次世界大戰後，日本也採取「分散型」制度，由於是在個案訴訟中行使違憲審查權，係「附帶地」審查所適用的法律是否合憲，因此，又被稱為「附帶審查」，蓋法院審判目的仍然是個案判決（民、刑事或行政訴訟等），而非以法律之違憲審查為其審理的本案問題。

一般而言，分散型審查通常對應「具體審查」，因為既然承認各級法院都有違憲審查權，法院裁判的對象即為個案，因此會形成附帶於個案訴訟的「具體審查」。集中型的違憲審查制度，係指各級法院的法官並無司法違憲審查權，而是

<sup>6</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，7-8頁。

<sup>7</sup> 參照林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞著，憲法-權力分立，學林文化事業有限公司，2010年9月，33-38頁。



由特別設置的司法機構，在大多數的國家為憲法法院，專司該項權力。目前採行此種制度的國家有德國及大部分的歐陸國家，我國司法院大法官也屬於這種類型。在集中型的違憲審查制度中，因一般法院的法官對於法律並無違憲審查權，所以違憲審查權的行使，並不是由法官在審理具體案件時「附帶地」行使，而是由專責的司法機關以特別的程序直接「以法律是否違憲」為本案問題加以審查。

採取集中型審查的國家通常搭配無具體個案的「抽象審查」，因為抽象審查的結果會宣告法律一般性的失效，其效果與廢止法律無異，此種權力交由專責機構來行使，得以維持憲法規範的最高性，且無衝擊法秩序安定的問題，進一步言，如果要讓單一的憲法法院對任何具體個案，都可行使違憲審查權，則恐怕憲法法院會無法承受如此龐大的案件量。

歐陸各國對於司法違憲審查制度的目的設定，與採行分散、具體型違憲審查制的美國有所不同。

附隨的審查制，乃是依據傳統的司法觀念而來，以保護個人權利為第一目的（又稱為私權保護型）。相對地，抽象審查制的目的，在排除違憲的法秩序，確保以憲法為頂點之法體系（又稱為憲法保障型）。這兩種制度本質上是不同的制度，其所發揮的功能也大不相同，在制度設計上，歐陸各國所採之集中、抽象型審查制更重視「法的安定性」，也就是法規範體系的位階與一致性，而較忽略基本人權的保障。不過，如同德國憲法訴訟的創設，使得原本抽象審查制兼含有私權保障機能；在附隨審查制，透過保障個人的人權，來保障憲法秩序的意義也相當地強。職此之故，在思考日本的違憲審查制度時，雖以傳統的私權保障型，亦即附隨審查制為基本，但也應充分考慮，違憲審查制必須具有保障憲法的功能<sup>8</sup>。

### 第三節 違憲審查制

#### 第一項 違憲審查制的意義

所謂違憲審查<sup>9</sup>，在附隨違憲審查制度下，係指法院對於已繫屬的訴訟，判

<sup>8</sup> 參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照出版有限公司，2001年4月，336-337頁。

<sup>9</sup> 除違憲審查外，尚有所謂司法審查的概念。司法審查，包含對於命令是否合法及法令是否違憲

斷與訴訟有密切相關的合憲性爭點是否違憲，日本最高法院早期的判決便已指出：最高法院的違憲審查權係源自於日本國憲法第 81 條規定，然而即便沒有本條規定，自第 98 條第 1 項規定憲法為國家最高法規的規定，第 76 條關於司法權的規定與第 99 條法官之憲法遵守義務的規定，均可明確導出違憲審查權屬於司法權，因此，憲法賦予司法權確定憲法意義的權限，並得就其他統治機關的行為進行違憲審查，可謂違憲審查制度<sup>10</sup>。

## 第二項 日本違憲審查制的確立

日本國憲法第 81 條一般被理解為採「附隨違憲審查制度」，因司法權的核心在於審判，亦即對於具體法律爭訟加以審理，故日本學界通說認為法院應於具體的憲法訴訟，始得附帶地行使違憲審查權<sup>11</sup>。

日本實務警察預備隊違憲判決明確地判示：我國法院現行制度上具有行使司法權的權限，而司法權的發動有待具體爭訟事件提起，我國法院在具體訴訟事件未經提起之前，不得抽象判斷關於憲法及其他法律命令等解釋之疑義或爭議，蓋最高法院關於法律命令等具有違憲審查權，但此等權限乃應在司法權範圍內行使，關於此點，最高法院與其下級法院並無異致。<sup>12</sup>除此之外，更進一步指出，如最高法院具有原告所主張，對法律命令等予以抽象無效宣告之權限，則任何人均得向最高法院提起憲法訴訟，以爭執法律命令等之效力，最高法院成為立於所有國權之上的機關，恐與三權獨立、保持其間均衡、相互不侵犯之民主政治根本原理有所不符。總之，在日本現行制度下，特定具體法律關係存有紛爭的場合，始能向法院請求司法審查。認為日本法院得離開具體事件，抽象判斷法律命令是否合憲之見解，於日本國憲法或法令上並無根據<sup>13</sup>。

---

的審查，因此，司法審查與違憲審查在概念上有廣狹之別；其次，審查主體上亦有不同，在法國，違憲審查的審查主體為「憲法委員會」，其性質上是否為司法機關，素有爭議。

<sup>10</sup> 日本最高法院 1948 年 7 月 8 日大法庭判決刑集 2 卷 8 號 801 頁。

<sup>11</sup> 佐藤幸治，現代國家と司法權，有斐閣，1988 年，209-210 頁；轉引自章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論（上）介紹日本司法為保障人權做寧靜革命經過，軍法專刊，2000 年，17 頁。

<sup>12</sup> 日本最高法院 1952 年 10 月 8 日大法庭判決民集 6 卷 9 號 783 頁。

<sup>13</sup> 參照章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論（上）介紹日本司法為保障人權做寧靜革命經過，軍法專刊，2000 年，17-18 頁。

### 第三項 違憲審查的範圍與界限

違憲審查的範圍，亦即違憲審查的界限，在附隨違憲審查制度下，係以「法律上之爭訟」為界限，換言之，違憲審查權必須在提起具體訴訟的情況下始得行使，日本法院法第3條「法律上之爭訟」已有明文。其次，法院之權限除審判一切「法律上之爭訟」外，尚包括「其他法律所特別規定之權限」，關於此點，日本傳統上將固有之「法律上之爭訟」稱為「主觀訴訟」，並將基於「其他法律所特別規定之權限」所產生之訴訟類型，稱為「客觀訴訟」。松井茂記教授認為，「其他法律所特別規定之權限」應限縮解釋為「其他法律所特別規定且適合由法院執行之權限」，也就是司法權應僅限於審理具體權利義務事項之法律爭訟，蓋憲法賦於司法機關之司法權理論上應有一定之憲法內容與界限，而該內容與界限應求諸於憲法本身而非交由國會劃定<sup>14</sup>。

其次，基於權力分立原則，司法權、立法權及行政權各自有其不可侵犯的核心領域，法院於解決具體紛爭過程之中，面對有違憲疑義之法律行使違憲審查權，尤其是涉及需藉由立法機關形塑制度加以保障的社會權，往往可能會侵犯到立法權的核心，是以，展開司法積極主義與司法消極主義兩種論述。

所謂司法積極主義與司法消極主義係美利堅合眾國聯邦最高法院，在1960年代積極行使違憲審查權，引發爭論所產生的用語。司法積極主義本來的意思是指法院不需尊重立法機關之判斷，以自己的立場判斷法律的合憲性；而所謂司法消極主義則是指法院以尊重立法機關判斷為前提，進行違憲審查，只有在立法機關之判斷顯然不合理的情況下，始作成違憲判斷之謂。日本最高法院過去以公共福祉論，最近則是以立法裁量論，不斷展現其尊重國會判斷之立場，因此確實可說是採用極端司法消極主義。

然而，由於憲法訴訟本身即有各種不同的界限，甚至亦存有原理性的問題，例如訴訟當事人因訴訟之繫屬而可能遭遇訴訟程序上的限制、法院對於專門性技術性或政策性的問題有其判斷能力上的限制。再者，不具民主正當性之司法審判機關，推翻具有民主正當性之立法機關的判斷，可能造成違反民主主義基本精神等屬於原則性的問題（「司法審查」與「民主主義」的問題），因此，司法審判

<sup>14</sup> 參照蕭淑芬，日本憲法訴訟論，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照，2005年，189-190頁。

機關若採用極端的司法消極主義，似乎也並不妥當。總之，為使司法審判機關能適當地行使違憲審查權，必須視不同的訴訟情況而分別使用司法積極主義與司法消極主義，至於應如何分別使用的理論架構，日本學說普遍支持「二重基準理論」。所謂二重基準理論是指「法院對於限制精神自由的法令以司法積極主義之立場處理，而對於限制經濟自由的法令則以司法消極主義的立場處理之理論」<sup>15</sup>。

不過，上述司法積極主義與司法消極主義之分類，僅為對於司法審判機關行使違憲審查權之態度所為的描述，實務上，司法審判機關為合理地解決具體法律爭訟，經常會因應不同案件性質併用多種憲法判斷方法，例如在眾議院議員定數分配不均衡事件，日本最高法院考量議員定數分配規定涉及行政區域規畫等政策因素，宜尊重國會之判斷，採取緩合的審查基準，不過在結論上，仍以國會未於合理期間內修正相關議員定數分配規定，導致最高的選舉區與最低的選舉區之最大差距比 1 比 4.4 的狀態，違反平等選舉權而違憲。

## 第四節 日本憲法訴訟的程序要件

如前所述，由於日本並無就憲法訴訟制定如民事訴訟法、刑事訴訟法或行政事件訴訟法之程序法，訴訟當事人欲提起憲法訴訟必須依據民事訴訟法、刑事訴訟法或行政事件訴訟法提起訴訟後，再於各該訴訟程序中附帶地提出憲法爭議，因此，日本憲法訴訟的程序要件包括一般民事、刑事及行政訴訟的訴訟要件，不過，在本節所要討論者，係憲法訴訟特有的程序要件，以下分作提起憲法訴訟的要件及憲法訴訟類型說明。

### 第一項 提起憲法訴訟的要件

憲法爭議既然必須附帶於一般訴訟提起，因此憲法訴訟程序必須符合司法權行使之要件。此一要件若無法具備，則訴訟將遭法院駁回<sup>16</sup>。所謂行使司法權之要件，係指當事人提起之訴訟適合由法院做成司法判斷，且具備事件性、當事

<sup>15</sup> 參照蕭淑芬，日本違憲審查制度之軌跡與特徵，基本權基礎理論之繼受與展望－台日比較，元照，2005年，153頁。

<sup>16</sup> 參照蕭淑芬，日本憲法訴訟論，基本權基礎理論之繼受與展望－台日比較，元照，2005年，193頁。

人適格、訴之利益與成熟性等要件，以下分述之。

## 第一款 司法判斷適合性

司法判斷適合性，並非傳統日本訴訟法學中的用語，係由美國憲法學所導入，為多義的概念。依戶松秀典教授之分類<sup>17</sup>，廣義的司法判斷適合性包括事件性、當事者適格、訴之利益與成熟性等子概念，這些子概念彼此間有相互密接的關聯性。狹義的司法判斷適合性，即「特定訴訟之爭點是否適合由法院作成判決」的概念。

所謂司法判斷適合性（justiciability）係指訴訟當事人所提起的訴訟是否適合由法院作成司法判斷—亦即判決—的概念，不具司法判斷適合性的訴訟，缺乏司法判斷標準加以解決爭點。換句話說，「某一與憲法有關的爭議，必須交付與司法機關審判或作違憲審查時，也很難說只是純粹法律問題，但司法權的本質係就『法律爭議問題』予以審理解決，故爭議問題必須具有『可司法性』，所謂『可司法性的問題』，必須是『具有爭議成熟度，可經由邏輯判斷的法律問題』，因此，『有爭議，但爭議不夠成熟』，或『非法律爭議』，或爭議雖成熟，但『無法經由邏輯判斷』，皆不具有『可司法性』<sup>18</sup>」，這就是司法判斷適合性。

總之，在司法判斷適合性的概念下，在於法院對於系爭訴訟否定其為日本法院法第3條之法律爭議，或其訴訟爭點並非司法審查的對象之情形，法院得拒絕下實體判斷。

## 第二款 事件性

事件性，亦被稱為「事件與爭訴性」、「具體事件與爭訴性」、「具體爭訟」，意思是指，當事人間之爭議，性質上必須屬「具體」之「法律上之爭訟」<sup>19</sup>，換言之，係指訴訟之際，須有具體的權利義務或法律關係存續與否的紛爭事

<sup>17</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，71-72頁。

<sup>18</sup> 李惠宗，憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性—大法官釋字第632號解釋評析，月旦法學雜誌，2007年12月，158頁。

<sup>19</sup> 參照蕭淑芬，日本憲法訴訟論，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照，2005年，187-188頁。

實，蓋日本國憲法第 81 條係採附隨的違憲審查制，司法審查必須解決具體訴訟（事件），不包括一般抽象法律疑義的解釋。

欠缺事件性要件的憲法訴訟，其違憲主張不能受到法院實體判斷，「如基於憲法保障人民基本權利之本意，為確保人民向司法機關提起憲法訴訟請求法院為實體判決的訴訟權利，原則上，事件性構成要件的緩和是有必要的，同時此項緩和亦為司法改革的主流」<sup>20</sup>，2004 年日本行政事件訴訟法之修正，擴大禁止訴訟（差止訴訟）及課與義務訴訟之原告適格的範圍，此項修正即使於憲法訴訟沒有被意識到，於今後事件性要件緩和化的運用過程中，還是有類推適用的可能<sup>21</sup>。

### 第三款 當事人適格

當事人適格之意義，係能夠適當合法提起訴訟的資格，在憲法訴訟中，當事人適格即指當事者提出憲法爭議的適格性要件。以下從憲法訴訟特有的當事人適格問題提出說明：

#### 一、主張違憲爭點之適格性問題

憲法訴訟中主張違憲爭點之適格性係指狹義的當事人適格。若訴訟事件已具備廣義的當事人適格要件—即為發動民事、刑事與行政事件訴訟不可欠缺的訴訟要件—時，理論上法院會受理該訴訟事件並進行實體判斷。若該當事件經法院進一步審查未符合狹義的當事人適格要件時，法院雖然仍會審理該訴訟事件並為一般實體之判決，惟對於其中的憲法爭議部分，則會遭到法院拒絕實施違憲審查。

#### 二、主張第三人憲法上權利之適格性問題

主張第三人憲法上權利之適格性問題係指憲法訴訟一方當事人對於他方當事人主張第三人憲法上權利遭到侵害而請求法院違憲審查時，所發生之當事人適格問題。按對於第三人所有物處以沒收刑事處分之訴訟事件<sup>22</sup>，日本最高法院係持反對意見，認為本案訴訟中之請求容易干涉他人之權利，不符請求司法救濟之本質。惟事隔 2 年，日本最高法院對第三人所有物之沒收判決<sup>23</sup>一改以往的態度，認為該當訴訟事件應就 1、違憲訴求者之利益程度，2、援用憲法規定（即權益

<sup>20</sup> 參照歐廣南，日本憲法訴訟的提起要件，立法院院聞第 30 卷第 11 期，2002 年 11 月，74 頁。

<sup>21</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，87 頁。

<sup>22</sup> 日本最高法院 1960 年 10 月 19 日大法庭判決刑集 14 卷 12 號 1574 頁。

<sup>23</sup> 日本最高法院 1962 年 11 月 28 日大法庭判決刑集 16 卷 11 號 1593 頁。

保障)之性質,3、違憲訴求者(當事人)與第三人之間的關係,4、第三人在其他訴訟中對自己權利之侵害,提出違憲訴求之可能性等要素,進行考量。若前述之違憲訴求對於當事人係屬適切,或確實對於第三人權利有實際之侵害時,法院即可同意其違憲訴求具有適格性。

### 三、與「過度廣泛性法理」間之關係

嚴格的審查基準中的過度廣泛性法理,係指當事人不得主張適用第三人於其他訴訟案件所為之違憲訴求,蓋若輕易允許當事人此種主張,將形成憲法訴訟當事人適格範圍過度廣泛,反而容易頻繁引發不必要的憲法爭訟事件,日本最高法院福岡縣青少年保護條例合憲解釋判決<sup>24</sup>,即為嚴格適用當事人適格要件的代表判例<sup>25</sup>。

## 第四款 訴之利益

依法所提出的訴訟事件,有關本訴訟事件違憲爭點的適格性,即屬違憲訴訟的利益。前段所謂:「依法提出的訴訟事件」,乃指「必須符合一般訴訟的程序要件」,簡言之,必須有事件爭訟性的存在。後段所稱「違憲爭點的適格性」,才是「憲法訴訟的訴之利益」。

若憲法爭議事件依法提起訴訟之後,在法院審理中因情事生變而喪失訴之利益時,憲法爭議事件已欠缺訴訟提起的構成要件,該當訴訟事件有關憲法爭議部分,將會被法院以不具憲法訴訟利益為由,拒絕實施或迴避憲法判斷。換言之,憲法訴訟的構成要件,並非僅於訴訟提起的階段具備即可,訴訟提起之後,迄至實體判斷為止的所有階段,均須具備構成要件之充足性,否則法院將會駁回原告之請求。例如禁止使用皇居前廣場事件<sup>26</sup>,日本最高法院以申請使用之特定期間已過,原告向法院請求判決的法律上利益已喪失為由,認定本件不具有憲法判斷的意義;此外,朝日訴訟事件<sup>27</sup>,日本最高法院判決認定本件訴訟乃因上訴人的死亡,同時終止判決。

<sup>24</sup> 日本最高法院 1985 年 10 月 23 日大法庭判決刑集 39 卷 6 號 413 頁。

<sup>25</sup> 參照戶松秀典,憲法訴訟(第二版),有斐閣,2008 年 3 月,92-94 頁。並參照歐廣南,日本憲法訴訟的提起要件,立法院院聞第 30 卷第 11 期,2002 年 11 月,77-78 頁。

<sup>26</sup> 日本最高法院 1953 年 12 月 23 日大法庭判決民集 7 卷 13 號 1561 頁。

<sup>27</sup> 日本最高法院 1967 年 5 月 24 日大法庭判決民集 21 卷 5 號 1043 頁。

在所有憲法訴訟事件中，原告提起違憲訴求的目的，即對法院強烈要求作出實體判決，以恢復合憲秩序或救濟受侵害的權利。有鑑於此，不論是以解決私人紛爭為主的私權保障型的憲法訴訟或具體實現憲法秩序之憲法保障型的憲法訴訟，均不能因為在法院繫屬過程中喪失訴訟利益，法院即裁定本件請求具體實現憲法價值或形成憲法秩序亦同時隨之消滅、終了。基於基本人權之保障觀點與基本人權之訴訟理論，實體基本權的保障，唯有透過「程序基本權」之實踐方能落實，日本國憲法第 32 條保障人民向法院提起訴訟之權利，即為斯旨。因此，訴訟權既然具有憲法上程序保障的性質，緩和或放寬憲法訴訟的提起要件及訴之利益的適用範圍，將有益於具體保障人民權利及維護憲法秩序<sup>28</sup>。

## 第五款 成熟性

成熟性之要件，係指當事人提起訴訟時，該事件是否已達適合司法判斷的程度，換句話說，當事人就系爭事件或違憲爭議問題向法院提起訴訟或請求法院為司法判斷，不宜過早或遲延。

簡言之，當事人必須證明「現在」既存侵害個人權利之事實。以行政機關的行政處分為例，原則上必須有違法的行政處分，方能構成請求司法救濟之要件，若行政機關之處分行為不存在，或不具有處分行為性質之行政行為，例如行政機關的內部行為、行政計畫、行政指導，均不具備成熟性要件，蓋行政機關的處分行為生效之前，或者是其他原則上不對外發生效力的行政行為，對於人民不發生侵害權利之法律效果，此時並無司法救濟之必要。

憲法訴訟特別值得關切與提出檢討的成熟性問題，是環境權的訴訟與違反政教分離原則之訴訟。當人民生活周遭的環境遭到大量破壞之後，已達十分難以回復的狀態時，事後的救濟已無濟於事；以及宗教儀式完成後，事後的司法救濟已無任何意義，諸如此類訴訟皆涉及成熟性的要件。若考量上開訴訟事實的嚴重性與權利侵害的不可回復性，應適度放寬成熟性要件之適用範圍，允許一定條件下司法提前救濟之可能性，導入警告判決或事前假處分判決之憲法裁判方式，對於

---

<sup>28</sup> 參照歐廣南，日本憲法訴訟的提起要件，立法院院聞第 30 卷第 11 期，2002 年 11 月，80-81 頁。



確保憲法訴訟之目的、形成憲法秩序與具體實現憲法價值，甚具意義<sup>29</sup>。

## 第二項 憲法訴訟類型

### 第一款 概說

依據前述，憲法爭議必須附帶於一般訴訟程序提起，除刑事訴訟係由檢察官提起外，人民欲透過一般訴訟程序請求法院解決憲法爭議僅得依據民事訴訟法及行政事件訴訟法規定為之。其中，以行政訴訟提起之比例較高，蓋國家行政權若有違憲、違法侵害人民權利情事，人民請求救濟之管道即為行政訴訟，撤銷訴訟、民眾訴訟、課予義務訴訟與禁止訴訟均屬之；其次，民事訴訟提出的憲法爭議以損害賠償訴訟為主要類型，此乃因違憲法令亦可能導致私人間糾紛。職是之故，有關憲法訴訟類型之介紹，係以行政訴訟與民事訴訟為分類基準，選擇其中之撤銷訴訟、民眾訴訟、損害賠償訴訟、立法不作為訴訟等訴訟進一步說明。

### 第二款 撤銷訴訟

所謂「撤銷訴訟」係指人民對於行政機關之處分或裁決主張有違法侵害其權利之情事，請求法院加以撤銷的訴訟類型(日本行政事件訴訟法第3條第2項、第3項)，法院若認可當事人之主張便會撤銷行政機關之處分或裁決，使其法律上效力溯及消滅。

撤銷訴訟中，當事人主張行政處分違法之內容若涉及憲法爭議，即有憲法訴訟產生，此種情形往往發生在行政機關之處分侵害人民憲法上保障之權利與自由。以精神自由遭到侵害為例，原告對於皇居外苑提出使用之申請遭到駁回，以駁回處分誤解國民公園管理規則之本旨，違反日本國憲法第21條與第28條，提起撤銷訴訟<sup>30</sup>。以經濟自由被侵害為例，朝日訴訟<sup>31</sup>係當事人對於行政機關變更生

<sup>29</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，104-106頁。並參照歐廣南，日本憲法訴訟的提起要件，立法院院聞第30卷第11期，2002年11月，82-83頁。

<sup>30</sup> 日本最高法院1953年12月23日大法庭判決民集7卷13號1561頁。

活保護法所提供之生活扶助與醫療扶助的內容，認為違反日本國憲法第 25 條，請求法院撤銷該變更內容處分之撤銷訴訟。

由於行政機關作成處分往往以公益為優先考量，因此撤銷訴訟之違憲主張並不容易獲得法院採納。以藥事法距離限制違憲判決為例，第一審法院沒有為實體憲法判斷，僅下了撤銷判決；到了第二審法院，廢棄當事人的違憲主張，判斷藥事法合憲；直到日本最高法院，才以藥事法之距離限制規定欠缺合理性為由，認定系爭規定違憲無效，此例也顯示出附隨違憲審查制中，當事人的違憲主張會隨著訴訟案件進行，由各級法院分別為憲法判斷之特徵。

### 第三款 民眾訴訟

民眾訴訟之意義，日本行政事件訴訟法第 5 條規定，人民就無關自己法律上利益之事項，對於國家機關違法之行為訴請法院改正之訴訟。民眾訴訟不以救濟原告權利為直接目的，而係在維持行政活動客觀的適法性，亦即，民眾訴訟的目的與特徵在維護憲法秩序。既然民眾訴訟不以救濟原告權利為直接目的，行政事件訴訟法所規定的訴訟提起要件諸如當事者適格、訴之利益等，即不適用（行政事件訴訟法第 43 條）。

不過，為了避免民眾訴訟被濫用造成司法資源浪費，提起民眾訴訟必須符合法律特別規定的資格。目前法律有特別規定的民眾訴訟，一為公職選舉法所規定的選舉無效訴訟，其次為地方自治法所規定的住民訴訟。以公職選舉法第 203 條、第 204 條規定的選舉無效訴訟為例，有關選舉效力之爭議，選舉人得以候選人及選舉管理委員會為被告向法院提起訴訟。眾議院議員定數不均衡訴訟中<sup>32</sup>，日本最高法院基於保障國民之平等選舉權，審查眾議員定數分配規定的合憲性，認定系爭規定違反日本國憲法第 14 條規定違憲。

人民欲以民眾訴訟之訴訟方式提出憲法爭議，因民眾訴訟之特性與界限，將會有如下問題<sup>33</sup>：民眾訴訟限於法律有明文規定者始得提起，若負擔納稅義務之人民認為課徵稅捐規定違反平等原則違憲，依據行政事件訴訟法第 5 條提起民眾

<sup>31</sup> 日本最高法院 1967 年 5 月 24 日大法庭判決民集 21 卷 5 號 1043 頁。

<sup>32</sup> 日本最高法院 1976 年 4 月 14 日大法庭判決民集 30 卷 3 號 223 頁。

<sup>33</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，143 頁。

訴訟，由於並非法律有特別規定的情形，法院形式上便會駁回當事人之起訴，而不為實體上審理。補救之道除了當事人另以損害賠償訴訟方式救濟外，立法機關必須增訂特別法明文，蓋此為立法機關的權限，法院不得以擴張解釋的方式允許法律未明文之民眾訴訟。

#### 第四款 損害賠償請求訴訟

損害賠償訴訟，係指對國家或私人的違法行為所造成的損害請求損害賠償的訴訟。提起之方式有二，首先，依據日本國憲法第 17 條具體化之國家賠償法，規定人民得對於國家或地方公共團體請求國家賠償。其次，若要追究私人民事上侵權行為或債務不履行之賠償責任，則是依據日本民法第 709 條、第 415 條規定提起民事損害賠償訴訟。再者，前述民眾訴訟中，人民依照地方自治法提起住民訴訟請求地方自治體機關或首長損害賠償，亦涉及損害賠償請求。

以損害賠償訴訟之方式所展開的憲法訴訟，即訴訟之提起者以救濟自己權利為主要目的，主張國家或私人之行為不僅違法甚至違憲，請求法院為憲法判斷的私權保障型的憲法訴訟。除了保障私權之目的外，若能透過法院審理過程喚起社會對於憲法秩序形成的關心，由法院之裁判樹立憲法具體價值，亦可達成憲法保障型憲法訴訟的訴訟目的。以在外日本人選舉權限制規定違憲判決<sup>34</sup>為例，原告以公職選舉法限制海外居住之日本人的選舉權，違反憲法保障人民普通選舉權之規定違憲，提起違憲確認訴訟，並以精神受到損害為由請求賠償，日本最高法院最後認定公職選舉法系爭規定違憲，並判決賠償每人 5000 元（日幣）慰謝金，此亦為日本最高法院於戰後首次以立法不作為為由判決國家賠償之案例，對日後的憲法訴訟與選舉制度均有重大影響。

#### 第五款 立法不作為訴訟

立法不作為訴訟，係指對於立法機關怠於立法所造成之違憲狀態請求法院確認之訴訟。按附隨的違憲審查制係以人權保障為第一目的，向來係以立法、行

<sup>34</sup> 日本最高法院 2005 年 9 月 14 日大法庭判決民集 59 卷 7 號 2087 頁。

政部門之積極的國家行為所造成人權侵害為違憲審查對象，但時至今日，人權之侵害並不以積極的國家行為為限，消極的不作為亦有可能引起人權侵害，此時僅排除侵害人權之積極國家行為並不足夠，必須藉由新的立法措施滿足人權保障的目的，因此遂有提起立法不作為訴訟之必要。

因消極的國家行為造成人權侵害，主要存在於社會權、國務請求權或參政權等須以立法措施加以實現的權利，以保障選舉權為例，必須經由立法建構具體的選舉制度始能達成；又例如生存權之維護，亦須透過社會救濟的法制化才能完成。以廢止公職選舉法中病人、身障者在宅投票制度爭議為例，札幌高等法院判決<sup>35</sup>認為 1952 年（昭和 27 年）之廢止行為不能認係違憲，惟對於廢止後經過一定期間之立法不作為作出違憲判斷，蓋國會對保障國民平等投票機會負有立法義務，違反此義務的消極不作為自屬違反憲法保障選舉權之行為<sup>36</sup>。不過，日本實務上亦認為該當情形是否有立法不作為實有疑問，蓋國會議員的立法行為，本質上具有政治性，其妥當性須經由國民的政治判斷，即國會議員的行為，原則上對全體國民的權利負政治責任，而非對個別國民的權利負擔法律責任<sup>37</sup>。惟學說上反對見解<sup>38</sup>則認為：日本最高法院強調立法行為的政治性，而忽略國家賠償制度係救濟被害者的權利，因國會的立法行為導致國民權利受到損害本應受到法院的審查，法院應以更積極的態度面對立法不作為的權利救濟。

## 第六款 其他訴訟的可能性

憲法訴訟提起的方式，不僅限於上開訴訟類型，2004 年日本行政事件訴訟法修正增訂了義務課予訴訟與禁止訴訟（差止訴訟），增加了憲法訴訟類型。此外，法律未明文之宣言判決請求訴訟—又稱為違憲無效確認訴訟—以傳統訴訟形式來區分，本質上為確認訴訟，人民得以於法令執行前確認行政處分所依據之法令違憲無效並加以預防損害發生。確認違憲無效訴訟通常會與禁止訴訟一併提

<sup>35</sup> 札幌高等法院 1978 年 5 月 24 日高民集 31 卷 2 號 231 頁。

<sup>36</sup> 參照野中俊彥，立法義務と違憲審査權—選舉權訴訟素材に，憲法訴訟と人權の理論，1994 年 6 月，有斐閣，185-199 頁。

<sup>37</sup> 日本最高法院 1985 年 11 月 21 日大法庭判決民集 39 卷 7 號 1512 頁。

<sup>38</sup> 參照戶波江二，立法不作為違憲確認，講座憲法訴訟法第一卷，蘆部信喜編，有斐閣，376 頁。轉引自章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論（上）介紹日本司法為保障人權做寧靜革命經過，軍法專刊，2000 年，22 頁。

起，該當於行政法學上的預防訴訟，蓋有違憲疑慮的法令制定後，若於執行前能賦予人民確認其有無違憲的機會，可解除適用法律不安定之狀態，尤其法律效果為刑事處罰的情況，更不能讓人民以個人犧牲來換取安定的法律秩序。惟此種預防型的訴訟，因不具備事件性與訴之利益等提起憲法訴訟應具備之要件，日本實務並不肯認。以警察預備隊違憲訴訟判決<sup>39</sup>為例，原告對於設置警察預備隊所依據之法律及行為請求確認違憲無效，最高法院以不存在「特定具體法律關係之紛爭」為理由，駁回原告之請求；相對地，戶松秀典教授<sup>40</sup>基於保障人權，認為有緩和附隨審查制下憲法訴訟提起要件之必要，並提出增加如同課予義務訴訟之明白性、緊急性與補充性等 3 要件之意見，以防止人民濫訴。

## 第七款 暫時救濟請求訴訟

暫時救濟請求訴訟，係指民事、行政訴訟之起訴者基於達成訴訟之目的，請求法院以簡易迅速的審理方式，先作成暫時救濟之判決，蓋起訴之後至終局判決前，處於法不安定的狀態，為避免原告權利發生難以回復的情形，有暫時權利救濟制度存在之必要。現行的暫時權利救濟制度，有民事訴訟上的假處分制度，及行政訴訟上的停止執行制度。

民事假處分制度，聲請假處分必須具備被保全權利之存在與保全之必要性等 2 要件（民事保全法第 13 條第 2 項）。所謂保全之必要性，係指若未予保全將造成難以行使權利，為了避免顯著的損害及急迫的危險，有給予暫時權利救濟之必要。有關憲法問題之假處分請求訴訟，包括禁止出版、宗教團體之內部紛爭及對學生之懲戒處分提起假處分請求等各式各樣的類型。以學校對於學生之懲戒處分為例，例如停學、退學處分嚴重影響受處分學生之受教權，為了保全學生受教權而對懲戒處分提出假處分請求的情形並不少見，對此，日本法院一般肯認學校的裁量權，亦即基於學校的自律性，普遍不承認此類案件具有保全必要性，日本最高法院對昭和女子大學事件之判決<sup>41</sup>即為代表性的判決。

暫時救濟請求訴訟由於著重簡易迅速地處理紛爭，自然不可能對於系爭憲法

<sup>39</sup> 日本最高法院 1952 年 10 月 8 日大法庭判決民集 6 卷 9 號 783 頁。

<sup>40</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，167-168 頁。

<sup>41</sup> 日本最高法院 1974 年 7 月 19 日第三小法庭判決民集 28 卷 5 號 790 頁。

爭議有充足的議論與考察，進而影響憲法訴訟與具體實現憲法制序之機能，此為運用暫時救濟制度提出憲法爭議所面臨的問題。





## 第三章 日本憲法訴訟的實體論

憲法訴訟，理論上前述訴訟程序上的要件滿足之後，法院應對系爭憲法爭點作實體判斷，以具體實現憲法價值與形成憲法秩序，但實務上日本最高法院往往會用各種方式加以迴避，而不正面作憲法判斷，憲法訴訟實體論便是分析法院實體判斷的種種方式，考察這些方式對具體實現憲法價值與形成憲法秩序之影響。

### 第一節 二重審查基準

#### 第一項 二重審查基準之意義

日本最高法院於人權保障之裁判過程中形成所謂「二重審查基準」，區別精神自由與經濟自由，針對限制精神自由的立法採取較嚴格的司法審查，針對限制經濟自由的立法，則基於尊重國會之立法權以較緩和的標準作合憲性審查<sup>1</sup>。二重審查基準源自於美國聯邦最高法院判例，考量人權的種類、性質來對應不同之違憲審查基準，被日本學界與實務所採納。日本最高法院的判例中，首先於惡德之榮事件判決<sup>2</sup>提及二重審查基準。該判決中田中二郎法官指出：日本國憲法第 21 條保障之言論、出版與其他一切之表現自由，憲法第 23 條保障之學問自由，與其他眾多憲法所保障的基本人權不同，這二條所述及之自由若無民主主義的基礎便無法建構，是極其重要的人權，僅僅以口頭形式的保護是不足的，保障表現自由與學問自由的實質內容才是民主主義奠基的基石。在訴求公共福祉的目的之下，考量民主主義的立法政策係在賦予人民得以充分表達意見的環境，便不能以法律加以限制表現自由與學問自由，因此可稱為絕對的自由，與同樣基於訴求公共福祉之職業選擇自由與居住遷徙自由性質上並不同。上述關於二重審查基準的

<sup>1</sup> 蘆部信喜，憲法判例を讀む，岩波書店，1987 年，98 頁。

<sup>2</sup> 日本最高法院 1969 年 10 月 15 日大法庭判決刑集 23 卷 10 號 1239 頁；本判決之案例事實，係被告翻譯馬奎斯·德·薩德《惡德之榮》，因為該書有十數處有關於性交與性器之露骨描寫，因此被告被依販賣及持有猥褻文書罪起訴。



見解日後為日本最高法院多數意見所採用，成為保障人權的基本法理。例如北海道猿払村事件（猿払事件）日本最高法院大法庭判決<sup>3</sup>，提出憲法第 21 條保障之表現自由，係民主主義國家的政治根基，為國民基本人權中最重要者，即使法律亦不得加以限制。

## 第二項 二重審查基準之根據

二重審查基準理論之根據，乃是強調以表現自由作為核心的精神自由與民主政治過程間具有特別的關係。二重審查基準認為若經濟自由的限制有誤，尚得藉由民主政治過程加以更正，但若精神自由被立法、行政加以侵害，將使民主政治過程本身即陷於機能不全，已無法期待錯誤的更正，故在此情況，法院應以較嚴格的審查，藉以回復民主政治過程的健全機能。相對地，經濟自由所受到的司法保護較精神自由薄弱之根據，藥事法距離限制違憲判決提及：職業係個人於社會上所從事之活動，限制職業選擇自由受到職業種類、性質、內容或其對於社會的意義的不同而有各式各樣的影響，對於職業選擇自由之第一次限制，憲法交由國會為之，屬於立法者的職權，而法院僅於限制目的違背公共福祉，限制手段的具體內容欠缺必要性與合理性時，始得行使違憲審查權，換句話說，只要在合理裁量範圍之內，法院應尊重國會限制經濟自由之立法。簡言之，關於經濟自由，日本最高法院採取尊重國會之立法政策的態度。

不過，值得注意的是，若亦要求嚴格審查如藝術表現自由這種被認為與民主政治過程較無直接關係的非政治性精神自由，將構成討論，對此，若主張由於藝術表現自由係為個人展現自我的途徑，是民主政治過程的基礎，故要求嚴格審查相關立法，此種觀點可能維持民主政治過程基礎，然而亦有受批判的餘地。蓋經濟自由中，有與藝術表現自由具同樣意義者，若認為藝術表現自由係因具獨特價值故被要求嚴格審查，其結果乃是放棄了民主政治過程的論據，為了說明包含藝術表現自由這種非政治性的精神自由，亦比經濟自由更值得法院加以保護，除了實現民主政治過程的理由外，必須另外提出精神自由在價值上較經濟自由優越的論據<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 日本最高法院 1974 年 11 月 6 日大法庭判決刑集 28 卷 9 號 393 頁。

<sup>4</sup> 參照松井茂記，二重の基準論，有斐閣，1994 年，275 頁。

學說方面，蘆部信喜教授肯認二重審查基準<sup>5</sup>之基礎有下述二點：1、精神自由的重要性：精神自由乃民主政治過程中所不可或缺。只要民主政治過程維持正常運作，限制經濟自由的立法則可依此運作除去或修改不當規制，因此法院採取不干涉立法機關行使裁量權之政策。相反地，限制精神自由之立法，將傷害到民主政治過程本身，不可能期待藉由民主政治過程之適切地改正，因此，倘若法院未能積極地介入以回復民主政治之正常運作，則將無法落實人權保障。2、違憲審查在經濟限制領域中的界限：經濟自由之限制，大多與社會、經濟政策等問題有密不可分的關係，因此，在判定此等限制之合憲性時，必須調整諸複雜利益及判斷相關政策，然而法院本身欠缺此種判斷能力，並非適當的認定機關，是故，只要該限制不是明顯地違憲，法院即應尊重立法機關之判斷<sup>6</sup>。綜觀上述蘆部教授之論點，我們可認為：法院對於保障精神自由可直接發揮積極的功能，惟受限於憲法上三權分立原則之功能限制，僅能消極保障經濟自由。

### 第三項 二重審查基準與違憲審查基準之關係

二重審查基準，對限制精神自由與經濟自由的法律，依限制的態樣及人權的性質適用不同之違憲審查基準。例如在限制精神自由的立法方面，對限制表現內容的法律適用「明顯且立即的危險」之基準；對限制表現的時間、地點、樣貌的法律，則適用所謂的 LRA 基準（譯註：less restrictive alternative 基準，選擇其他較不具限制性的手段之基準）。

在限制經濟自由的立法方面，若限制立法係基於社會經濟政策觀點的積極目的，則適用「明白性原則」，但若係基於防止造成國民生命、健康危險的消極目的，則應適用「嚴格的合理性基準」<sup>7</sup>。前已述及，精神自由中的表現自由乃係實現民主政治過程的基盤，同時也是獲得真理、形成個人人格不可欠缺的要素，因此學說認為對於限制精神自由之法律應採取嚴格的審查基準，惟日本最高法院並無以二重審查基準作成相關違憲判決，反而是採取比較衡量法與緩和的審查基準作出合憲之結論；日本最高法院並未否認表現自由適用嚴格的審查基準。Repeta

<sup>5</sup> 參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照出版有限公司，2001年4月，116、185-186頁。

<sup>6</sup> 蘆部信喜，憲法訴訟の現代的展開，有斐閣，1985年，86頁。

<sup>7</sup> 參照蘆部信喜著，高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2007年，100-101、119、177-178、206等頁。

法庭筆記事件訴訟判決認為：對於限制表現自由的法律，原則上適用嚴格的審查基準，但於同判決中，關於限制在法庭中筆記行為自由之爭點，最高法院認為筆記行為一般係指就生活周遭事物作摘要之行為，屬於一般人生活活動之一部分，可能發生在各種場合，由於其行為的範圍過於廣泛，因此並非所有的筆記行為均為日本國憲法第 21 條第 1 項所直接保障之表現自由，不能適用嚴格的審查基準。

日本最高法院關於限制經濟自由的法令，其違憲審查傾向於尊重國會的立法權，往往以嚴格的合理性基準，抑或是緩和的審查基準來審查，審查結果自然以合憲為原則，難有違憲判斷。再加上前述對於精神自由之認定較嚴格，因此，遂有批判日本憲法訴訟之違憲審查功能不彰的聲音。不過，可以肯定的是，二重審查基準以精神自由與經濟自由作為區別標準，適用寬嚴不同的違憲審查基準，係考量行政、立法與司法三權分立原則所為之適切決定，有助於保障人權。

## 第二節 憲法判斷的方法

### 第一項 概說

日本法院對當事人所主張法令或行政行為違憲之聲明，除了對於違憲主張予以正面判斷之外，尚有迴避憲法爭點而不為憲法判斷，以及限縮違憲議論等等方式來對應當事人違憲的主張。諸如合憲解釋與違憲解釋、嚴格的審查與緩和的審查或目的審查與手段審查等等，本節要討論這些法院用來處理憲法爭點之方法。

戶松秀典教授<sup>8</sup>指出與憲法判斷之結論相關聯的類型包括有迴避憲法判斷、合憲限定解釋、立法事實論、立法裁量論、比較衡量論與公共福祉論，這些方法一般係以合憲性推定原則為基礎，經由法院之判決發展而成，因此我們可以透過分析判例更清楚了解判斷憲法的準則。

其中，公共福祉論係早期日本實務依據日本國憲法第 13 條後段「…國民之生命、自由及幸福追求的權利，在不違反公共福祉的限度內，立法及其他國家政

<sup>8</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，217 頁。

治之運作上，必須予以最大之尊重。」來限制國民之生命、自由及幸福追求權利之理論，本理論因係以日本國憲法第 13 條為根據，對於日本憲法有相當的重要性。公共福祉論之特徵在於為了維持公共福祉而對於人權加以限制，則系爭限制得以正當化，惟公共福祉之概念過於廣泛而不易具體化，有過度侵害人權之虞，因此在違憲審查上，為了強化人權保障，法院與其檢討公共福祉之概念內容，倒不如針對立法目的與目的達成之手段間是否具備合理性作審查，朝審查方式精緻化之目標發展，始能克服公共福祉概念難以明確認定之問題。

憲法事件中分析論證立法事實，與合憲性推定原則有重要的關係。合憲性推定原則，即對法律作違憲審查時，不經調查「立法事實」（包括立法之必要性、立法目的與限制手段之關聯、及限制人權之必要最小限度等）即推定立法機關之判斷為合憲。如公共浴場法所定公共浴場開設距離限制規定合憲判決<sup>9</sup>及東京都公安條例合憲判決<sup>10</sup>等即為此例<sup>11</sup>，本原則屬於「司法自我限制」中重要的部分。

其次，蘆部信喜教授<sup>12</sup>指出合憲性推定原則係以日本國憲法第 41 條作為根據，本條規定法律係由具有民主正當性的國會所制定，是以，其他國家機關應予以尊重並誠實地執行，法院也不例外；惟法院基於日本國憲法第 81 條規定享有司法審查權，因此合憲性推定原則也有例外，換言之，若法院對於立法的合理性有強烈疑慮時，即可推翻合憲性推定原則，此時法院適用嚴格的審查基準，針對系爭法律作違憲判斷之可能性便增強。

## 第二項 憲法判斷的迴避

憲法判斷的迴避，係指法院於憲法訴訟行使司法審查權之際，不判斷憲法爭點而終結訴訟的方式，在附隨型違憲審查制下，此為法院行使審查權時必須遵守的準則之一，此一準則係以「必要性原則」為基礎，所謂「必要性原則」係指除非為解決案件有必要之情形外，不作成憲法判斷之原則。首見於 1936 年美國聯邦最高法院在阿胥潘達（Ashwander）一案（Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288）判

<sup>9</sup> 日本最高法院 1955 年 1 月 26 日大法庭判決刑集 9 卷 1 號 89 頁。

<sup>10</sup> 日本最高法院 1960 年 7 月 20 日大法庭判決刑集 14 卷 9 號 1243 頁。

<sup>11</sup> 參照劉宗德，日本違憲審查制度之研究，當代公法理論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993 年 5 月，月旦出版社有限公司，147 頁。

<sup>12</sup> 參照蘆部信喜，憲法訴訟の理論，有斐閣，1999 年 10 月，131-133 頁。

決中布朗岱大法官（L.D.Brandeise）的補充意見，在這原則中，最重要的乃是，「即使訴訟記錄上已被適切提起憲法問題，惟法院若能處理該當案件時，則不對憲法問題作成判斷」的原則，以及「在議會制定之法律其效力發生問題時，縱令在訟爭中提出質疑該法律合憲性，法院最先仍必須確定，有無可能作成其他的法律解釋來迴避憲法問題」的原則<sup>13</sup>。

依照戶松秀典教授的分類<sup>14</sup>，廣義的憲法判斷之迴避，包括：1、政治問題或者是稱為統治行為論，2、狹義的憲法判斷之迴避。日本最高法院之所以迴避作憲法判斷與其以司法消極主義為主要性格有關，法院對於政治部門的政策決定採取尊重的態度，自我抑制司法權的行使，造成最高法院法官保守的性格。

政治問題之法理，係指法院就憲法爭點以具有高度政治性為理由，迴避司法違憲審查之方式，此一理論首先為法國及美國所承認。美國聯邦最高法院因政治問題而拒絕行使司法權之事例包括3類：第一、憲法將系爭紛爭的裁判權交由法院以外的政治部門，第二、法院對於系爭紛爭並不存在行使司法權的必要的法之基準，第三、該當紛爭屬於極為高度的政治性紛爭，不適宜由法院加以介入者等三類，其中以第一及第二類為多數。

砂川事件中有關美日安保條約是否違反日本國憲法第9條的爭議，日本最高法院認為安保條約因與日本主權存立之基礎有重大關係，因判定此一爭議具有高度政治性，認為安保條約的內容應由締結條約的內閣與承認條約的國會加以決定，除有一望可知明顯違憲無效的情形外，法院對此高度政治性的爭議不宜行使司法審查權。由本判決的內容可知，本判決就政治問題之法理，附加法院行使司法審查權以系爭問題一望可知明顯違憲無效的前提，之後對於自衛隊合憲性爭執之下級審判決，亦以上述之前提駁斥自衛隊違憲之主張，百里基地訴訟之第一審判決即為適例<sup>15</sup>。

狹義的迴避憲法判斷，其代表例為惠庭事件判決<sup>16</sup>。於北海道千歲郡惠庭經營牧場的兄弟，為了抗議附近的自衛隊練習場未事先通知便開始砲擊，遂自行切斷了砲擊地點用來連絡的電話通信線，兩人被以違反自衛隊法第121條加以起

<sup>13</sup> 參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照出版有限公司，2001年4月，337頁。

<sup>14</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，224頁。

<sup>15</sup> 參照初宿正典、大石真、松井茂記等著，政治問題的法理（統治行為論），憲法 Cases and Materials 憲法訴訟，有斐閣，2007年5月，302-303頁。

<sup>16</sup> 札幌地方法院1967年3月29日下刑集9卷3號359頁。

訴，被起訴之兄弟則以自衛隊違反日本國憲法第 9 條為根據主張無罪。對此，法院嚴格解釋自衛隊法第 121 條，認為電話通信線不該當該條「其他供防衛用之物」作無罪之判決，是以，惠庭事件判決係以限縮解釋法律之方法而迴避憲法判斷的事例。

基本上，法院對於憲法問題為或不為憲法判斷，牽涉到系爭問題是否具有高度政治性、違憲狀態之重大性等因素，法院考量這些因素的時候，理應謹慎為之，輕易放棄行使司法審查權的機會，將造成保障基本人權與形成憲法秩序之目標無法達成的後果。

### 第三項 合憲限定解釋

合憲限定解釋，係指對於法令作廣義解釋有違憲疑慮時，針對法令之意義加以限縮解釋以除去系爭違憲疑慮，亦即宣告法令合憲的解釋方法。合憲限定解釋導源於前述的合憲推定原則，其解釋結果係駁回當事人對於法令違憲之主張，與廣義的迴避憲法判斷相似，屬於「司法自我限制」之部分內容，也是司法消極主義的手法之一。但是，合憲限定解釋宣告法令文面上合憲，此係與迴避憲法判斷不同之所在。關於合憲限定解釋適用之標準，由於欠缺明確的基準或法則，因此必須從最高法院判例中加以歸納整理<sup>17</sup>。

日本最高法院運用合憲限定解釋之代表例，首先以都教組事件判決<sup>18</sup>為例，地方公務員法第 37 條第 1 項前段禁止地方公共團體職員的爭議行為，同法第 61 條第 4 款設有處罰「共謀、唆使、煽動此違法行為之遂行，或企圖為此行為者」的規定，日本最高法院認為若將前揭規定解釋為完全禁止所有地方公務員的一切爭議行為，一概處罰爭議行為，則這些規定難免有違憲的可疑，故乃做成將處罰對象限定在兼具爭議行為與煽動行為等兩方面的解釋（所謂的「雙重管制」），亦即，係將地方公務員法第 61 條第 4 款的意旨，解釋為「爭議行為本身必須具有強烈的違法性，以此為前提，而且此種違法爭議行為等，始承認具有以刑法加以判罰的違法性」，並判示「通常伴隨爭議行為所為的行為」，不該當前述的「煽動行為等」，本判決透過合憲解釋使此限制止於必要的最小限度，故被評價為有

<sup>17</sup> 參照向井久了，中古實編著，憲法訴訟の基本問題－基礎用語の解説，法曹同人，1989 年 11 月，224-225 頁。

<sup>18</sup> 日本最高法院 1969 年 4 月 2 日大法庭判決刑集 23 卷 5 號 305 頁。

救濟人權的實質<sup>19</sup>。

其次，以福岡縣青少年保護育成條例事件為例，被認為有違憲之虞的福岡縣青少年保護育成條例第 10 條第 1 項規定：任何人均不得對青少年為淫行或猥褻之行為。「淫行」此一不明確法律概念，造成處罰範圍過於廣泛，對此，日本最高法院依據本規定文義之合理解釋範圍作出合憲限定解釋，所謂合理解釋範圍係指一般人通常判斷能力所能理解的範圍。法院透過合憲限定解釋，在一般人理解的範圍內將法規文義作出明確的定義，乃是其特色<sup>20</sup>。不過，合憲限定解釋並非沒有問題，首先，特別於刑罰法規要求構成要件明確性，不明確的限定解釋將造成法律喪失預見可能性之危險；其次，福岡縣青少年保護育成條例事件，法院以合憲限定解釋對「淫行」加以定義時，若超越法文文義合理解釋之範圍，等同法院行使立法權，有違權力分立原則；因此，如何合理行使合憲限定解釋，透過限定解釋將法規意義加以明確化，發揮人權保障之促進機能，係法院實務操作上不可逃避之課題。

#### 第四項 立法事實論

所謂立法事實，係指法律制定之依據，支持立法合理性之社會的、經濟的、文化的一定社會事實，與司法事實（亦稱為判決事實）不同之處在於：司法事實係指該當訴訟之特定事實，包括人、事、時、地、物及動機意圖等，立法事實則係立法機關蒐集立法資料所認定之事實。

立法事實論強調分析與評價立法事實在法令的違憲審查上所具有的意義，「一般說來，立法者於立法時應以該立法有其必要之一定社會事實的認識為前提。立法事實論主張法院於為法令的違憲審查時，應審查立法者對立法事實的認識有無錯誤，以及該立法事實在裁判時是否與立法時同樣存在，並且應在立法者所設定的立法目的與為達此目的所選擇的手段兩方面，就被認定的立法事實判斷其妥當性。<sup>21</sup>」職是，於憲法訴訟中發生立法事實的爭點時，法院對於立法事實

<sup>19</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（上）—總論篇、統治機構篇，元照，2001 年 3 月，378-379 頁。

<sup>20</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，239 頁。

<sup>21</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（上）—總論篇、統治機構篇，元照，2001 年 3 月，370 頁。

原則上應積極行使司法審查權，若認定制定法律之依據欠缺合理性時應為違憲判斷，反之，若認為立法事實具備合理性時則應為合憲判斷；惟法院若消極審查立法事實，本於尊重立法權行使之態度，法院往往會依照前述之合憲推定原則為合憲判斷。此外，立法事實論與審查基準之適用亦有關連，法院對於立法事實積極行使司法審查權，通常適用嚴格審查基準。

以藥事法距離限制規定違憲判決為例，藥事法設有距離限制的立法目的在於：若不設有距離限制，將會造成藥局胡亂開設，結果將導致過度競爭、經營不安定，進而產生設備欠缺及不良藥品供給的問題，對國民之生命健康造成損害，本判決詳細檢討藥事法之立法事實後，認定系爭距離限制規定欠缺必要性及合理性為違憲<sup>22</sup>。

立法事實論與二重基準法理間之關係，戶松秀典教授<sup>23</sup>認為在於針對限制精神自由之立法，由於精神自由具有較高的價值，故採取較嚴格的審查標準，此時必然會對於系爭法律之立法事實加以審查；法院為了詳盡地審查立法事實，必須要求社會科學學者等專家提供關於立法事實之專業意見，並讓該當憲法訴訟之利害關係人參加訴訟，透過如此程序不僅可促進裁判之公正性，亦得審查系爭立法事實是否具備合理性，排除違憲立法之存在。

## 第五項 立法裁量論

立法裁量論，係指法院於進行法律之合憲性審查時，尊重立法機關的政策判斷而自我抑制其司法審查之裁判法理，日本國憲法第 41 條規定憲法將統治權限（即立法、行政、司法）分割予國會、內閣與法院，其中國會所行使之統治權限即為立法權，亦即，國會在憲法所容許之範圍內享有立法的自由，或稱為立法裁量的權限，在立法裁量權限內，法院行使違憲審查權時必須受限制。

日本最高法院原先廣泛承認立法機關之裁量，實際上幾乎等於放棄其違憲審查權，如對於零售市場之許可制度，日本最高法院於為合憲判決時謂：「對於個人經濟活動之法律的限制措施，不外委諸立法機關之政策的、技術的裁量，法院原則上尊重立法機關之裁量判斷；僅於立法機關逸脫其裁量權，致該法律限制措

<sup>22</sup> 參照向井久了，中古實編著，憲法訴訟の基本問題－基礎用語の解説，法曹同人，1989年11月，172-173頁。

<sup>23</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，253頁。



施顯著不合理之情形已告明白時，方得宣告其為違憲、無效。」但西元 1975 年以後，日本最高法院逐漸對立法裁量採取嚴格審查態度，如藥事法距離限制規定違憲判決及眾議院議員定數分配規定違憲判決，均以立法機關之判斷踰越合理裁量之範圍而為違憲之判斷<sup>24</sup>。於藥事法距離限制規定違憲判決中，日本最高法院對於立法裁量論的意義有如下闡釋：以法律限制憲法第 22 條第 1 項保障之職業選擇自由，其立法目的必須符合公共福祉的要求，限制的必要性、程度與內容必須與該職業自由的性質、內容作慎重的比較衡量，此第一次的比較衡量係憲法賦予立法機關的權限與義務，法院於立法目的符合公共福祉之情形下，必須尊重立法機關於合理立法裁量範圍內所為的立法政策判斷。

立法裁量論在違憲審查之理論體系中之地位，參照國內學術論文之研究<sup>25</sup>，在日本的學界中，大致可分為兩種不同見解：第一種見解認為立法裁量論，並非審查基準，而是位於審查基準外緣的概念。例如在人權保障規定之立法中，使用不確定概念，基於權力分立國會獨佔一定領域，在該領域內立法者的判斷是最終的，司法者應該尊重立法者，不應介入審查違憲與否。換言之，立法裁量係違憲審查之實體的界限。除非裁量有出現明顯之濫用與逸脫的情形，否則應認係屬立法者獨佔的決定領域。此種見解，稱為實體界限說<sup>26</sup>。

第二種見解，認為立法裁量不過是違憲審查基準的別名，用裁量稱呼，只是隱含著司法消極主義論者的主觀意涵，因此，此見解認定立法裁量論並不是一個獨立之違憲審查理論，而是解釋時所採取的一個方向。在這樣的解釋下，立法裁量是否逸脫濫用，即應相當於是否採取緩和之審查基準，作為違憲與否之指標。以下，依不同學者所採取之主張取向，做一整理：

一、實體界限說：採納本學說之學者包括覺道豐治、內野正幸、藤井俊夫、長尾一紘等學者。覺道豐治類型化標準認為「依據憲法規定之方法」的觀點來看立法裁量之類型，在此一觀點下，立法裁量係存在於憲法未規定之情況，「憲法本身所規定應依據法律專權規定之事項，也就是委任與保留以法律規定之情況」時，有立法裁量之存在。因此，立法裁量是憲法實體規定之界限規定。

<sup>24</sup> 參照劉宗德，日本違憲審查制度之研究，當代公法理論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993 年 5 月，月旦出版社有限公司，147-148 頁。

<sup>25</sup> 參照黃國益，立法裁量與違憲審查—以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999 年 6 月，123-125 頁。

<sup>26</sup> 棟居快行，立法裁量，ジュリスト 1037，1994 年 1 月，204 頁。

二、審查基準說：採取此說者，以戶松秀典、野中俊彥與戶波江二為代表。戶松秀典教授認為立法裁量論是司法權對於國會之政策判斷所採取的敬意，為了達成法律目的所採取之立法手段，是法院對立法手段之合憲性控制的一種獨立的判斷。在憲法判例中分析立法裁量論，這樣的意義在於觀察法院對於合憲性審查所採取之一種手法。立法裁量論係基於憲法規範本身所表現之原理，立法權基於分權原理制訂法律，而在不同法益對立的情形下所採取之序列化的方法。廣泛的立法裁量論配合單純合理性之基準，狹隘的立法裁量論配合嚴格的合理性基準，更進一步地，在裁量論不適用之場合則採取嚴格的審查基準，因此，立法裁量論與違憲審查之審查基準係一體之兩面<sup>27</sup>。

立法裁量論之定位，在日本學界有如上述之不同見解，正因如此，個別學者所發展出之類型化理論的特性，即各有其特色：

一、覺道豐治<sup>28</sup>：因係採實體界限說，為達到類型化之目的，還是要回到憲法規範本身以及立法者所訂定之法律本身加以觀察。換言之，覺道豐治提出兩個面向：其一係將立法裁量之類型按照憲法規定內容之具體化程度區分為三種類型，其二，回到制訂法之性質，從制訂法本身做觀察。

（一）立法者之立法行為因其所依據的憲法規定之規範內容屬於具體或抽象，認為立法者有不同的裁量空間。這三種類型包括：

1、憲法規範採取具有明確內涵之概念者：憲法大部分都只是一般性、抽象性之規定，但亦有使用諸如「拷問」、「自白」、「逮捕」、「檢閱」、「秘密投票」等等狹義且為較為明確概念之規定，此時立法裁量應認為非常狹隘。

2、憲法規範採取不確定概念者：從憲法的用語來看，使用「公共福祉」、「地方自治本旨」、「尊重個人」、「正當補償」等具有多義的不確定概念者，應賦予立法者相當幅度之裁量權。

3、憲法明文就某事項僅規定「以法律定之者」：例如在日本國憲法第 10 條關於國民之要件，第 17 條關於國家或公共團體之賠償責任，第 24 條關於兩性平等

<sup>27</sup> 戶松秀典，立法裁量論，現代憲法學研究彙編，現代國家と憲法の原理，1983 年，188 頁，190 頁，192 頁，196 頁，209 頁。又其後，在氏著專論「立法裁量論：憲法訴訟研究二」，有更詳盡的論述，有斐閣出版，1993 年。

<sup>28</sup> 覺道豐治，憲法における自由裁量の概念，阪大法學四十、四十一號，第九八頁；覺道豐治，立法裁量と行政裁量，公法研究四十一號一七七頁；轉引自黃國益，立法裁量與違憲審查—以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999 年 6 月，126-127 頁。

之規定，憲法明文係屬法律保留，應以法律明文規定的事項。在憲法採取這樣規定的情況，即認為國會有廣泛的裁量空間，但即使如此，從憲法之基本原理來看，亦非肯認在此一情形立法者即有毫無限制的立法裁量權，其裁量之範圍仍須在憲法的基本原則範圍內，始得以認係在授權之範圍內。

4、憲法完全沒有規定之事項：如日本國憲法第 41 條有關國會之規定，從法律保留原則與重要性理論之觀點來看，當然仍應以法律定之。例如關於各種基本權之憲法規範，從日本國憲法第 11 條關於基本人權的享有者、第 13 條關於基本人權的本質來看，由於基本人權屬自然權，本來應不受限制，特別是沒有規定限制的方法，故原則上是沒有限制的，但當這些規定的效力擴及於私人間相互權利的調整（例如男女雇傭均等法）及因制定規範生存權之法律所為之具體的保障，而為之立法時，則應認為國會有廣泛的裁量權。此外，有關國家組織之規定，其具體化之方法（立法者在立法時），則應認為國會有廣泛的裁量權，當然，如前所述，也並非係毫無限制的裁量。

（二）依照制訂法之性質：覺道豐治教授認為，欲探求立法裁量之範圍及類型，還是應該就各種情形對有關條文加以解釋，就個別基本權做不同之釐清，從分散在各個條文的解釋之中加以考察。

二、戶松秀典<sup>29</sup>：依照戶松秀典教授之看法，立法裁量是法院於行使憲法解釋過程中所產生的解釋方法，旨在就憲法規範本身所宣示的原理有對立時，將之序列化，此時，法律所揭示之原理、法律之目的及達成該目的之手段均需加以特定，所以這樣的序列化，通常著眼於此目的與手段的兩面，如此，立法裁量論的運用，即不得受法律所揭示之原理的個別特色所左右。因此，立法裁量與法律的個別特色有密切的關聯，故離開法律之個別特色即無以劃定立法裁量之範圍。必須從已經做成的裁判實例中建構其立法裁量論的體系，才可能達成賦予人權保障具體預見的可能性與實質效果，也就是說，立法者在立法時才得以比較清楚的瞭解立法的界線何在。

戶松秀典教授就立法裁量加以類型化，以提供法院尊重立法機關的標準，區分為廣泛的立法裁量、狹小的立法裁量與立法裁量不適用三種情形，再將立法裁量之類型與違憲審查基準理論中之二重基準論結合來看的話，係將廣泛的立法裁

<sup>29</sup> 參照黃國益，立法裁量與違憲審查－以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999 年 6 月，130 頁。

量與單純合理性基準、狹小裁量論與嚴格的合理性基準、裁量不適用與嚴格的審查基準結合在一起加以理解，換言之，立法裁量不僅是立法者之立法界線的明確化，從司法者的角度而言，也成為違憲審查基準的一種表現結果。

戶松秀典教授進一步從其觀點配合日本實務所發展出之案件，歸納出其理論體系：

（一）廣泛的立法裁量論：

廣泛的立法裁量論，法院對於立法機關的政策決定給予全面尊重，採取明白性原則，亦即，除非立法機關有顯著的權限逸脫或濫用的情形之外，原則上尊重立法機關的裁量權限，在審查基準上，採取緩合審查基準。

對於以社會權中之保障生存權為訴求的憲法訴訟，如堀木訴訟，日本最高法院採取廣泛的立法裁量論，認為日本國憲法第 25 條「健康文化的最低限度的生活」，具體的實現此一抽象相對的概念涉及國家財政等多方面複雜多樣且高度專門性技術之政策判斷，因此，關於生存權的具體實現，法院宜尊重立法機關之裁量權限，法院並不宜過度介入福祉立法的領域行使違憲審查權；此外，在保障經濟自由的領域，日本最高法院亦同保障生存權之情形採取廣泛的立法裁量論，不過此僅止於實施經濟自由的積極規制，若是消極規制，則必須採取狹小的立法裁量論來判斷。所謂經濟自由的積極規制，係指為了實現福祉國家的理想，以保護經濟弱勢者為目的所實施之社會經濟政策，例如營業規制立法；經濟自由的消極規制，係以除去、緩合經濟活動所伴隨的弊害為目的之法律規制。

（二）狹小的<sup>30</sup>立法裁量論：

狹小的立法裁量論，在承認立法機關裁量權限之前提下，法院就被規制的權利自由之特色與訴訟事實等關係進行某程度違憲審查，在審查基準上，採取嚴格的合理性基準。

藥事法距離限制違憲判決，日本最高法院認為：在藥事法上藥局的規制是對公共危險—國民生命、健康之危險—有所防止之消極警察目的的規制，而非保護中小企業之類的社會經濟政策與目的的積極規制。故在消極的、警察的規制情況，立法裁量應較積極社會政策的規制更受限制。因而，戶松秀典教授認為，在

<sup>30</sup> 參照黃國益，立法裁量與違憲審查—以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999年6月，133頁，原文為「狹小的」立法裁量，宜改為「限縮的」立法裁量論。

此案中，日本最高法院採取限制職業自由之立法應以「必要最小限度基準」，作為審查消極性警察目的的限制。戶松秀典教授將此例認係屬狹義之立法裁量適用的個案，雖然肯認立法裁量存在，但因屬於狹小的立法裁量領域，司法權仍得審查，在本件宣告藥事法之規定違憲無效<sup>31</sup>。

(三) 不適用立法裁量：

不適用立法裁量論，係排除立法機關判斷，法院適用嚴格的審查基準進行違憲審查。

戶松秀典教授<sup>32</sup>指出以保障平等原則為訴求的憲法訴訟，日本最高法院曾三度做出違憲判斷，亦即殺害尊親屬重罰規定違憲判決及二則眾議院議員定數違憲判決，有必要加以探討判決內容與立法裁量論之關聯。首先，殺害尊親屬重罰規定違憲判決中日本最高法院認為舊刑法第 200 條之立法目的雖未違憲，但對於達成目的之手段，即量刑判定違憲，就此觀察，可認為不適用立法裁量論，但是，由於並未對系爭立法目的做出違憲判斷，也未正面地排除立法機關之政策判斷。

其次，關於二則眾議院議員定數違憲判決，則以選舉區分割與議員定數之分配涉及複雜微妙的政策與技術考慮因素，無法嚴密地定出一定客觀基準，因此必須承認立法機關於合理裁量範圍內可為具體的決定，但若立法機關所為之具體決定欠缺一般合理性的程度，則會被推定國會逾越合理裁量界限而違憲。自上述判決觀點觀察，於實現平等選舉權，日本最高法院係採狹小的立法裁量論，但僅止於眾議院議員之定數不均衡問題。日本最高法院關於參議院議員定數是否均衡之問題則適用廣義的立法裁量論，亦即若無法判定國會之權限行使明顯地有逸脫合理裁量範圍，宜尊重專屬立法政策之判斷。

關於保障精神自由，日本最高法院肯認「二重之基準」法理，區別精神自由與經濟自由，對其規制法律有不同程度之違憲審查基準，精神自由特別是表現自由乃係民主主義的政治基盤，同時也是真理的獲得、個人人格之形成不可欠缺的要素，因此認為對於限制精神自由之法律應採取嚴格的審查基準，與立法裁量之關係係採不適用立法裁量論為原則，日本最高法院於戶別訪問禁止訴訟判決，認為一律禁止戶別訪問係為了確保選舉之自由與公正，此乃立法政策之問題，司法

<sup>31</sup> 參照黃國益，立法裁量與違憲審查－以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999年6月，134-135頁。

<sup>32</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，258-259頁。

審查必須尊重國會合理裁量範圍內之決定。此判決並進一步論述，關於限制意見表現手段的立法，於司法審查上仍適用立法裁量論，相反地，關於限制意見表現內容之立法之司法審查，則不適用立法裁量論，採取嚴格的審查基準。

關於保障國家賠償請求權，日本最高法院於郵便法違憲訴訟判決有正面判斷，判決認為不應承認賦與立法機關無限制裁量權之法律，而為違憲之判斷。但是一律排除立法裁量論之適用是不適切的，仍應以立法機關是否有逸脫合理裁量範圍為基礎加以考察。

從上述裁判例中，戶松秀典教授<sup>33</sup>認為可以分析出立法裁量論之要素，包括 1、立法措施中含有各種多樣的要素，2、涉及國家財政事務之判斷，3、判隨著專門技術性之事件，4、複雜微妙的政策判斷，抑或是複雜高度政策的考慮與判斷，當事件中包含上述因素時，由於立法機關較法院適合為政策判斷，因此法院宜尊重立法機關的具體決定而不進行司法審查；不過，若採取上述廣泛的立法裁量論，將會產生形同放棄行使司法審查權之結果，與法院積極保障人權的任務不相符，是以，廣泛的立法裁量論其適用應以例外的情況為限。

## 第六項 比較衡量法

比較衡量法，一般係指將對立的法益置於天平的兩端，比較何者較為重要的考察方法，此種判斷方法不僅適用於憲法，且被廣泛地適用在各種法領域，「比較考量」、「利益較量」、「利益考量」等用語有相同意義。

日本國憲法第 21 條第 2 項禁止檢閱之規定與第 36 條禁止拷問之規定，均屬絕對禁止規定，且對於言論自由與人身自由給予絕對的保障，表現出憲法制定者比較衡量的結果，換言之，國家不得以維持社會秩序為由對人民言論實施事前檢閱制度，此係人民之言論自由與社會秩序之公益經比較衡量後的結果；其次，憲法第 22 條與第 29 條中「以不違反公共福祉為限」或「符合公共福祉」之要求，係指於考察職業選擇自由或保障財產權時，必須考量系爭基本權與公共福祉之均衡，關於憲法第 13 條保障幸福追求權，亦明定「以不違反公共福祉為限」，以上均屬比較衡量法之適例。

於立法階段，立法者對於保障人權與限制人權所得之利益經過比較衡量之過

<sup>33</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，260-262 頁。

程，不過在此要討論的是比較衡量法於憲法訴訟中被運用為裁判法理之情形。首先，天秤之一方係受法令限制之基本權利，另一方則是限制基本權利所能得到之社會的、國家的利益，法院判斷哪一方較重要時原則上不會自行探索，而係透過當事人之主張加以審酌。其次，比較衡量法之類型可分為三類，即單純的比較衡量法、定義型比較衡量法與嚴格的比較衡量法，以下簡單介紹之：

1、單純的比較衡量法：係法院就訴訟中對立的利益單純地加以比較衡量，並無針對訴訟之不同特色對應不同法則，僅使用於個別事件，因此又稱為個別的比較衡量法。

2、定義型比較衡量法：對於天秤一方之權利、自由給予定義，而排斥單純考量他方之利益，明確解釋作為比較衡量對象之利益，有助於釐清系爭自由權利之保障範圍。

3、嚴格的比較衡量法：嚴格審查限制自由權利所得之利益的正當性，亦會考量他方之自由權利，有時候會導出違憲結論，也會成為之後嚴格審查基準的考察內容。

日本最高法院針對各式各樣之憲法訴訟均適用比較衡量法，以下即以前述三種類型比較衡量法作觀察。

1、單純的比較衡量法：憲法判斷方法中所謂「公共福祉論」認為以法律限制人權若符合公共福祉之要求，且具有合理的根據者為合憲，此一判斷方法基本上即具有比較衡量法之特性，舉例而言，古物營業法中許可限制之規定，對於無許可營業者之處罰如屬為了維持公共福祉所必要，此一限制規定便無違反憲法第22條保障職業選擇自由<sup>34</sup>。此外在道路運送法中禁止自家用汽車提供有償運送使用之規定，由於係為了確保公共福祉所為之限制，因此日本最高法院認為並無違反憲法第22條規定<sup>35</sup>。以上為對於限制營業自由所為的司法審查，日本最高法院即針對系爭營業自由與限制營業自由所確保公共福祉之利益進行比較衡量，且衡量人權之價值時並無參酌特別要素，因此我們可謂此為單純的或個別的比較衡量法。

2、定義型比較衡量法：單純的比較衡量論由於利益間具有複雜多樣性，往往隨著事件不同而有差異，因此較不具有預見可能性，無法達到保障人權之目標，

<sup>34</sup> 日本最高法院 1953 年 3 月 18 日大法庭判決刑集 7 卷 3 號 577 頁。

<sup>35</sup> 日本最高法院 1963 年 12 月 4 日大法庭判決刑集 17 卷 12 號 2434 頁。

欲克服此難題之比較衡量法因應而生，其對應憲法訴訟「二重基準法理」，將基本人權區分為精神自由與經濟自由為不同程度之保障。實際上日本最高法院一系列判例明示表現自由具有較高之人權價值，此種透過定義的方式賦與表現自由較高價值而為之比較衡量，即為定義型比較衡量法。

3、嚴格的比較衡量法：藥事法距離限制違憲判決，日本最高法院於判決中認為：檢討具體規制措施之目的、必要性、內容與被限制的職業自由之性質、內容及限制的程度時，必須以比較衡量之方式作慎重的決定，此為實務上以比較衡量法作成違憲判斷的例子。但是，從判決理由來分析，本判決並非單純以比較衡量方式作出違憲的結論，而係搭配立法事實論等其他憲法判斷方法而作成；除了藥事法距離限制違憲判決之外，不許可使用泉佐野市民會館事件判決<sup>36</sup>中日本最高法院採用了以往未曾見聞的嶄新比較衡量法，認為當使用市民會館發生競合時，受限於侵害其他基本人權與損害公共福祉之危險，市民會館管理者得拒絕申請使用，判決進一步說明此限制基本上必須就集會自由的重要性與因召開該集會因而遭到侵害的其他基本人權之內容、侵害發生之危險性程度加以比較衡量。集會自由屬於基本人權中之精神自由，其違憲審查標準必須在緩和審查標準之上，嚴格審查標準之下，而前述之危險性程度不單指危險事態發生的蓋然性，必須以具體預見明白且急迫之危險為必要，判決中導入了明白急迫危險之法則，綜上所述，本判決所採用的判斷方法與單純的比較衡量法有明顯的差異，可以說在嚴格基準下進行比較衡量。不過，尚須今後更多判例採用才能確立此判決是否為嚴格的比較衡量法。

從上述日本最高法院主要的判例來觀察比較衡量法的適用，可以歸納出以下的問題與課題<sup>37</sup>，首先，在保護人權上，從上述主要的判例可得知比較衡量法適用於緩和審查基準乃至於嚴格審查基準，惟無發現其與保障人權間的關聯，尤其在單純的比較衡量法中，因此，在比較衡量時導入特別的要素加以保障遭到限制之利益，例如使表現自由具有較優越的地位，藉此強化保障人權的可能性。其次，比較衡量法的特徵在被限制的人權與因限制人權所得保全之社會的、國家的利益作比較衡量，惟從上述判例中我們可以發現系爭被限制人權之利益往往處於劣勢

<sup>36</sup> 日本最高法院 1995 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 號 687 頁。並參照初宿正典、大石真、松井茂記等著，裁判所による違憲審査の民主主義的正統性，憲法 Cases and Materials 憲法訴訟，有斐閣，2007 年 5 月，46-47 頁。

<sup>37</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，272-273 頁。



的地位，例如博多車站事件判決或TBS事件判決，其衡量對象除了關於雙方利益的各種要素外，最後法院加入了「其他諸般情事」判斷要素，如此一來將有法院恣意判斷之虞，導致判決欠缺公信力，法院的判斷將無法獲得人民的信賴。再者，比較衡量法作為憲法判斷之方法，自目前日本最高法院判例無法歸納出其與違憲審查基準間之關係有何準則性，蓋法院作違憲審查時常併用比較衡量法與其他憲法判斷之方法，僅能從判斷過程中尋找其間的關聯，以上三個比較衡量法適用問題，可作為觀察最高法院判例時之重點。

### 第三節 違憲審查基準

#### 第一項 違憲審查基準的意義

違憲審查基準（下稱審查基準）係指法院行使違憲審查權之際，作出合憲或違憲結論所依據之判斷基準，且係法院於判決理由中所明示並經由判例所確認，依據其審查之嚴格程度主要可分為嚴格的審查基準、嚴格的合理性基準與緩和的審查基準。

緩和的審查基準係指法院審查系爭法令之立法目的與目的達成手段之間是否具有合理的關聯，除非立法者有明顯逸脫、濫用權限之情形，否則法院通常會依據立法者所示之根據作成合憲結論，是以，緩和的審查基準乃是最寬鬆的審查基準。

從單純地判斷立法目的與手段間是否具備合理的關聯，逐漸增加審查的嚴格度後，最嚴格的判斷基準乃嚴格審查基準，係對於限制基本人權之法律嚴格審查其正當化的根據，系爭立法目的必須具備高度重要且不可欠缺的利益，且舉證責任係由國家所承擔。前述之目的效果基準、明白且現在的危險基準與明確性基準均屬之，當法院採用嚴格審查基準時，得到違憲結論的可能性較大。

中間的審查基準，其審查的嚴格度介於嚴格的審查基準與緩和的審查基準之間，由於其嚴格度基準較緩和的審查基準中為高，因此又被稱為嚴格的合理性基準，法院採用嚴格的合理性基準時可能得到合憲或違憲結論。

以上三種類型違憲審查基準係受到美國憲法裁判影響所繼受，時至今日，已

為日本最高法院所確認。舉例而言，在零售市場判決（小売市場判決），日本最高法院判示為了達成福祉國家的理想，憲法課予國家積極地實施社會經濟政策的義務，以實施社會經濟政策為手段，容許對個人經濟活動自由作合理的規制，因此，「個人經濟活動自由」的規制與「個人精神自由等」的規制，其合憲性審查並不相同，應適用不同的違憲審查基準<sup>38</sup>。由此可見，日本最高法院在本判決中以二重基準論區別經濟自由之規制及精神自由之規制的違憲審查基準，對於職業選擇自由之規制採取合理的審查基準，作出系爭規制合憲之結論。

## 第二項 緩和審查基準

緩和審查基準，屬於審查基準中審查最為寬鬆之基準，基於二重基準之法理，法院原則上針對限制經濟自由之立法進行違憲審查時採用之，因違憲審查之切入重點不同，又可分為單純的合理性基準、合理的關連性基準等子類型，以下分述之。

### 一、單純的合理性基準

單純的合理性基準，係指法院進行法令之合憲性審查時，就立法目的與達成目的之手段是否具合理性審查之，審查結果幾乎為合憲之結論，蓋此際法院所適用諸如明白性原則、廣義立法裁量論、比較衡量法或公共福祉論等裁判法理，僅判斷立法目的及達成目的之手段是否具單純的合理性，具有強烈的合憲性推定原則。堀木訴訟判決<sup>39</sup>係採用廣義立法裁量論之代表例，最高法院認為實現憲法 25 條<sup>40</sup>旨趣之法律，除非有明顯欠缺合理性並有逸脫、濫用裁量之情事，法院應謹慎行使司法審查權，由此可看出最高法院係以單純的合理性基準進行違憲審查。一般而言，對租稅法規、社會福祉或限制經濟活動之立法進行合憲性審查時，法院係採單純的合理性基準為審查基準，不過，個別案例中有特別情事時亦有增加審查嚴格度的可能。

由於單純的合理性基準具有強烈的合憲性推定原則，原則上司法權與政治部門並不會產生嚴重的對立，因而得以安定憲法秩序，但相對地因司法權對於政治

<sup>38</sup> 日本最高法院 1972 年 11 月 22 日大法庭判決刑集 26 卷 9 號 586 頁。

<sup>39</sup> 日本最高法院 1982 年 7 月 7 日大法庭判決民集 36 卷 7 號 1235 頁。

<sup>40</sup> 日本國憲法第 25 條規定，全體國民有經營健康且文化之最低限度生活的權利（第 1 項）。國家有提升與增進社會福祉、社會保障及公共衛生的義務（第 2 項）。

部門之合憲性控制較弱的關係，於形成憲法秩序的過程中將產生問題；此外，基於二重基準之法理，區別精神自由與經濟自由，對其規制法律有不同程度之違憲審查基準，租稅法規、營業自由、財產權或其他限制經濟活動之立法因性質上屬於經濟自由，原則上適用單純的合理性基準，由此便產生違憲審查基準與人權價值序列間的關係，亦即對限制經濟自由之立法適用緩和的審查基準，對於限制精神自由等高價值人權之法律適用嚴格審查基準，惟並非沒有例外，對於表現自由等高價值人權不是沒有適用緩和的審查基準之餘地，對於經濟自由之規制立法亦非一概採用單純的合理性基準，要之，必須精緻化規制立法之內容，對於不同的限制人權之法律對應不同審查基準。

## 二、合理的關聯性基準

合理的關聯性基準，係審查立法目的與達成目的的手段間之關聯，確認其是否具備合理性之審查方式。自法院實際運用之例子觀之，合理的關聯性基準與單純的合理性基準實質上並無不同，亦即不懷疑系爭法令之立法目的的合憲性，反而係以合憲認定為前提。不過，與單純的合理性基準不同之處在於：合理的關聯性基準僅針對立法目的與達成目的的手段間之關聯是否具備合理性審查，而非就立法目的或達成目的之手段進行審查。

合理的關聯性基準適用之代表例為北海道猿払事件的日本最高法院大法庭判決<sup>41</sup>，最高法院對於國家公務員法第 102 條第 1 項和人事院規則第 14 之 7 規定的合憲性作判斷，認為必須就下列三點檢討：第一、禁止之目的，第二、此目的與被禁止之政治行為間的關聯性，第三、禁止系爭政治行為所能得到之利益與因此所喪失之利益是否均衡，此判決以合理的關聯性基準與比較衡量法作為審查基準及方法。首先，關於第一審查對象即禁止目的，法院認為為了防止公務員政治行為所伴隨之弊害、維持行政中立與確保國民信賴，禁止損及公務員政治中立性的政治行為，此一禁止目的符合憲法之要求，且有助於維護全體國民利益，屬於正當目的，由此觀之，法院審查時沒有從保障公務員政治行為自由的觀點切入，係以系爭立法目的合憲的前提下，進而確認禁止目的與達成目的的手段間是否具合理的關聯性，且此禁止與公務員之職種、職務權限、是否為勤務期間或有無利用國家設施無關，亦不限於對行政中立有直接具體的損害行為。此外，對於公職選

<sup>41</sup> 日本最高法院 1974 年 11 月 6 日大法庭判決刑集 28 卷 9 號 393 頁。

舉法第 138 條戶別訪問禁止規定為合憲判斷之日本最高法院判決，引用上述猿狝事件判決採取合理的關聯性基準，從中亦可看出適用緩和審查基準的特色。

合理的關聯性基準基於二重基準之法理，原則上不適用於限制表現自由的法律，但並非毫無例外，由上述猿狝事件判決可知對於限制公務員表現自由的立法，最高法院進行合憲性審查時已提出適用合理的關聯性基準的正當化理由，但是在戶別訪問禁止規定合憲判決，最高法院對於選舉活動之規制適用此一審查基準，其理由則缺乏正當性，蓋選舉活動的自由乃政治意見表明的自由，為表現自由之核心，適用最寬鬆的審查基準將導致人民表達政治意見的自由遭到嚴重侵害，亦會對表現自由之價值優先順序產生基本的疑問。

除了上述之單純的合理性基準與合理的關聯性基準之外，針對特別的領域，最高法院所提出之專門審查基準亦有可歸類於緩和審查基準，例如合理的期間基準。合理的期間基準限定適用於議員定數不均衡訴訟，議員定數不均衡的狀態未達到憲法保障平等選舉權要求的程度因而產生違憲狀態，法院對此並不直接宣告違憲，而判斷議會能否於合理的期間改正此一違憲狀態，惟從最高法院判例的累積中可發現，仍然無法歸納出眾議員之議員定數不均衡究以多久為合理的改正期，此為合理的期間基準適用上的難題<sup>42</sup>。

### 第三項 嚴格的合理性基準

法院以嚴格度較緩和的審查基準為強但弱於嚴格審查基準之審查基準進行違憲審查時，此際所採用之審查基準被稱為嚴格的合理性基準或中間審查基準。蓋其嚴格度較單純的合理性基準為強，換句話說，並不問立法目的與達成目的之手段是否具備單純的合理性，而係以下列二者作為判斷要素：第一、系爭法令之立法目的是否為重要公益，第二、立法目的與達成目的之手段間是否具實質關連性。首先，對於「重要的」立法目的之審查係介於合理性基準及嚴格審查基準之間的強度，容許國會擁有一定程度之裁量權。舉例而言，促進傳統家族的構成誠屬重要的政府利益，但是，與此相對的保障非婚生子女利益可能會受到影響，這是認定立法目的是否重要時應注意之問題。其次，就「目的與手段間之實質關連性」而言，法院係從目的與手段間之關係究屬密切關連或關連性不足加以判斷，

<sup>42</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，287-296頁。

審查重點在於法律所設之分類標準與該分類對象間之關連性強弱<sup>43</sup>。

嚴格的合理性基準其代表例之一，乃東京高等法院對於非婚生子女應繼分之民法第 900 條規定違反憲法第 14 條所為之判決，判決認為以個人意願與努力難以改變的社會身分作為差別待遇之理由，與個人尊嚴及人格價值平等之原理等憲法上精神有無扞格，為系爭規定有無合理性所應審查之重點。換言之，審查系爭規定是否合理，應考量：第一、系爭規定之立法目的（差別待遇之目的）是否為重要公益，第二、立法目的與規制手段間應具備實質的關聯性。結論上，日本最高法院認為系爭規定之立法目的係屬重要公益，但目的與手段間欠缺實質的關聯性。

嚴格的合理性基準，其特徵在於適用上所得之結論可能為合憲，亦可能為違憲，與緩和審查基準、嚴格審查基準不同，後二者可謂係合憲與違憲二分型之審查基準，而嚴格的合理性基準的特徵可避免適用上過於僵化的傾向，相反地，其缺點為欠缺預測可能性。蓋審查的嚴格度介於中間，隨著系爭法令之立法目的與規制手段的不同，合憲或違憲結論的判斷上實有多種變化的可能<sup>44</sup>。其次，嚴格的合理性基準適用上面臨之問題係應該於何種情形下適用本基準，換言之，何種爭點不適宜適用緩和的審查基準與嚴格審查基準。對此，一般認為應以憲法價值之優先順序作判斷，舉例而言，非婚生子女之利益與促進傳統家族構成所得之公益相較，不能輕易地認為非婚生子女之利益屬於較不重要的利益，因此在審查系爭限制規定合憲性時應慎重地考慮非婚生子女之利益，以較嚴格之審查基準進行違憲審查，但尚不至於適用嚴格的審查基準，某種程度上有適於委由立法機關裁量之可能。綜上，透過實務上判例之累積及學說之批判，可以逐漸形成應適用嚴格的合理性基準之問題領域，以下舉例說明之。

對於表現自由之限制，基於二重審查基準，原則上係以採嚴格度較強之審查基準，亦即對於表現內容之限制及事前檢閱規定應適用嚴格的審查基準，相對地，表現內容中立之限制係指與表現內容無關，僅對於表現之時間、地點或方式加以限制，則沒有必要進行嚴格的審查，適用中間審查基準即為已足。

關於表現自由的限制，目前係以表現內容之限制與表現內容中立之限制二分

<sup>43</sup> 參照戶松秀典，嚴格な合理性の基準，憲法訴訟と人權の理論，有斐閣，1994年6月，252-253頁。

<sup>44</sup> 參照戶松秀典，嚴格な合理性の基準，憲法訴訟と人權の理論，有斐閣，1994年6月，256頁。

法為基礎來構築違憲審查基準，但最高法院實際上的憲法裁判尚未出現對於表現自由之限制立法作出違憲判例之實例，在合憲判決之中亦未表現出精緻化之審查基準，是以，表現內容中立之規制適用中間審查基準之見解目前僅止於學說上主張的階段，惟實務上並無明白否認此一分類的判例。

其次，關於經濟自由規制之立法的審查基準，可分為積極的規制與消極的規制二類而相異其審查基準之嚴格度，前者適用緩和的審查基準中之單純的合理性基準，後者適用嚴格的合理性基準，如此分類被稱為二段之審查基準。

所謂積極的規制係指為了實現福祉國家的理想與保護經濟上的劣勢者所施規制營業內容之立法，最高法院於零售市場判決（小売市場判決）<sup>45</sup>中即判示：基於福祉國家的理想與社會經濟的均衡發展，憲法本身即預設實施積極的社會政策而限制個人經濟自由，與限制個人精神自由之情形不同，對於個人經濟自由予以一定合理的規制措施是原本憲法所預定容許之手段。相對地，所謂消極的規制係指以除去、緩和經濟活動所伴隨的弊害為目的之法律規制。以藥事法距離限制違憲判決為例，對於個人經濟活動之法律限制係指基於維持社會公共的安全與秩序，消極地除去、緩和因個人經濟活動所生之諸多弊害所實施的合理規制，為憲法所肯認。日本最高法院針對消極的規制之司法審查基準判示：對於職業自由所實施的許可制，由於強烈限制職業自由，若要肯定其合憲性必須建立在為了重要的公益而予以的必要合理措施，此並非為了社會政策乃至於經濟政策之積極目的所為的措施，而是為了防止職業活動對社會公共秩序造成弊害而必須實施的消極的、警察的措施的情況。職業自由之緩和與限制與許可制相較不能認為得以達成上述目的，日本最高法院於此係採取狹義的立法裁量論，適用較嚴格的審查基準。接下來，對於系爭距離限制規定作成違憲判斷之理由部分，最高法院對於該當立法目的與達成目的之手段間是否具備合理性進行審查，認定立法者對於該當規定之假想只屬於觀念上之假設，而非基於確實根據所為之合理的判斷，審查方法上係採取立法事實之審查。

再者，平等原則與中間審查基準之關係。首先，日本國憲法第 14 條所規定的平等原則之適用於全體人權，其適用情況具有多種多樣的特性，內容亦非單純實現具體的價值，其特色是隨著時間經過變動，因此，法院在認定是否違反平等

<sup>45</sup> 日本最高法院 1972 年 11 月 22 日大法庭判決刑集 26 卷 9 號 586 頁。

原則所採用的審查基準，原則上三種類型均有適用，惟系爭限制規定若以性別、國籍、婚生或非婚生、經濟能力（貧困與否）或年齡作為差別事由者，由於受差別待遇者不能憑藉個人之意願及能力加以克服，基於憲法第 13 條尊重個人之理念，不適宜採用緩合的審查基準，是故，上述疑似差別待遇應適用嚴格度較強之審查基準。以性別平等為例，日產汽事件判決<sup>46</sup>否定過去基於男女生理差異所為之差別待遇係合理的判斷，認定就業規則中女子退休年齡較男性為低之規定，係專門針對女性且以性別為分類標準之不合理規定，判定違反民法第 90 條規定而無效。由此可知，法院針對性別差別待遇之不合理規定從早期緩合的審查基準演變為較嚴格之中間審查基準，但本判決事實為私人間之民事紛爭，其審查基準之形成仍有待後續實務判例之發展始能實現。綜上所述，透過多數訴訟之提起，藉由法院之判決確認平等原則適用中間審查基準的領域為當前所面臨之問題與課題。

#### 第四項 嚴格的審查基準

所謂嚴格的審查基準，係指對於立法或行政行為排除合憲推定原則，由法院進行審查，為最嚴格審查程度之審查基準，適用之結論原則上幾乎係違憲判斷。針對不同之領域，嚴格的審查基準可區別為必要最小限度基準、明顯且立即的危險基準、具有其他較不具限制性手段之基準、目的效果基準與明確性基準（過度廣泛性之法理、漠然性之法理）等種類，以下分述之。

##### 一、必要最小限度基準

必要最小限度基準，係指對於憲法保障之自由權利所加限制必須是必要的且為最小限度的限制，此基準的審查主要為：第一，立法目的為必要不可或缺的公益，此公共利益必須能夠正當化系爭限制手段，第二，為了能夠達成此公益，其所選擇之手段必須有絕對的必要及不可替代性，而且政府必須負擔重大的舉證責任<sup>47</sup>。日本最高法院首次適用嚴格的審查基準係在在外日本人選舉權限制規定違憲判決，於判決理由中，日本最高法院判示：考量憲法保障選舉權之規定意旨，限制國民選舉權必須是基於必要且不得不為之理由，非限制不足以確保選舉公

<sup>46</sup> 日本最高法院第三小法庭 1981 年 3 月 24 日判決民集 35 卷 2 號 300 頁。

<sup>47</sup> 參照李建龍，法之下平等的研究-以日本國憲法為中心-，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，103 頁。

正，且其限制並不會使選舉權陷於事實上不能行使或難以行使的狀態，若欠缺上述必要且不得不為之理由所為之限制係違反憲法第 15 條第 1 項、第 3 項、第 43 條第 1 項及第 44 條而違憲，蓋表現自由特別是政治意見表明的自由乃憲法上高價值人權，必須嚴格審查該限制之正當化事由，適用審查程度最嚴格之必要最小限度之基準。然而，違憲審查基準不應僅僅考量權利自由之特色機械地加以適用，尤須衡酌訴訟事實，選擇妥適的解決之道。

例如最高法院對於監獄法及監獄法施行規則中限制在監者的表現自由—監獄內被拘禁者的新聞、圖書等之閱讀自由—之規定<sup>48</sup>，係採緩合的審查基準<sup>49</sup>，此種限制係對表現自由的事前規制或事前檢查，特別是對知的權利之限制。日本最高法院對此判示：祇要是為維持監獄規律與秩序之目的所真正必要的限度內，即合於憲法，並提出判斷合憲的基準，即「必須是若予許可（上開自由），將有相當蓋然性會產生監獄規律與秩序的維持上無法置之不理的障礙，再者，限制的程度，應止於為防止前揭障礙發生所必要且合理的範圍內」，此判斷基準，係重視監獄的特殊性，承認監獄管理人有廣泛的裁量餘地，降低了表現自由的高度價值<sup>50</sup>。

## 二、明顯且立即的危險基準

所謂明顯且立即的危險基準，係指公權力禁止、限制權利自由必須限於為了避免明顯的且即將發生的危險，此基準是 1910 至 1920 年代，由美國聯邦最高法院 Holmes 與 Brandeis 兩位法官最先提出，適用於判斷限制集會與言論並科以刑罰的法律之合憲性上，此基準的基礎，係認為表現自由應受強烈尊重，不得輕易予以限制，唯有在表現行為會發生政府無法置之不理的危險，構成明顯且立即的危險時，始得以刑罰處罰之。在 1930 年代末至 1940 年代，此基準係與表現自由優越地位觀點結合，為美國最高法院多數法官所採用，並有效發揮作用，然而，至 1940 年代，被認為縱使缺乏危險發生的蓋然性祇要是表現內容所導致的危害屬於重大即可適用此基準，對言論的制約仍得正當化，如此「明顯且立即的危險」基準，已失其保護表現自由的作用，其有效性受到質疑。

在日本最高法院大法庭判決中，最初適用本基準係新潟縣公安條例事件判決

<sup>48</sup> 監獄法第 31 條第 2 項、第 46 條、第 47 條，具體內容由監獄法施行規則等定之。

<sup>49</sup> 日本最高法院 1983 年 6 月 22 日大法庭判決民集 37 卷 5 號 793 頁。

<sup>50</sup> 阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001 年 3 月，154 頁。



<sup>51</sup>，本判決由於提出如下對團體行動的制約基準，而受注目，第一、條例對於團體行動如採取許可制，採取事前抑制違反憲法旨趣，不應被許可，第二、條例即便規定對特定的場所或方式，在合理且明確的基準下，事先須經許可或報備，且並得禁止之，亦不能說是不當限制憲法所保障的自由，第三、對於團體行動，即便規定若能預見其對公共安全會產生明顯急迫的危險時，得不予許可或禁止之，並非不當限制憲法保障的自由。由於此等基準若嚴格適用，確能保護團體行動的自由，故獲得學說的高度評價，但最高法院於適用此等基準後，卻導出合憲的結論，而受到強烈的質疑。

此外，關於限制受刑人閱讀報紙圖書等知的權利之監獄法及監獄法施行規則規定，其下級審判決雖有適用明顯且立即的危險基準之例子<sup>52</sup>，但日本最高法院對此基準的採用持消極態度，並無依此基準導出違憲的例子<sup>53</sup>。

明顯且立即的危險基準適用領域一般認為以表現自由的領域為主，蓋此基準具有限縮行政權之特性，屬於審查強度較為嚴格之審查基準，基於二重基準之法理，對於限制表現自由尤其是限制政治意見表達的自由必須以較嚴格的標準來審查其合憲性，不過，日本最高法院對此基準的採用持消極的態度，導致其無法發揮保障表現自由之功能，此為首要之問題。

其次，對於表現自由之規制立法應不分類型一律適用明顯且立即的危險基準之主張，應屬不適切之看法，以前述監獄法及監獄法施行規則限制受刑人閱讀報紙圖書等權利之規定為例，最高法院考量監獄之特殊性，採用緩合的審查基準判定系爭規定合憲，應屬妥當，理由在於：為保障表現自由，提出種種裁判法理、審查基準、基準，此等法理、基準適用於限制表現的立法及行政行為等時，不能是機械的解決問題，裁判法理等，應重視視為解決各個與保障表現自由有關的問題而產生之脈絡<sup>54</sup>。再者，此基準應於司法審查中的適用階段問題，此基準並非作為判斷法規本身的合憲性之基準（文面審查），而是作為判斷法規適用上的合憲性之基準（適用審查），蓋在文面審查階段中適用本基準，有僅審查立法目的

<sup>51</sup> 日本最高法院 1954 年 11 月 24 日大法庭判決刑集 8 卷 11 號 1866 頁。

<sup>52</sup> 大阪地方法院 1958 年 8 月 20 日刑集 9 卷 8 號 1662 頁，廣島地方法院 1967 年 3 月 15 日判時第 478 號 53 頁。

<sup>53</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001 年 3 月，159-162 頁。

<sup>54</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001 年 3 月，133 頁。

之審查不周全問題，不過，於適用審查階段，特別是事前抑制部分，採用明顯且立即的危險基準亦有基準內容不明確的問題<sup>55</sup>。

### 三、具有其他較不具限制性手段之基準

具有其他較不具限制性手段之基準，係指法院對於法令進行合憲性審查時，即使立法目的係屬正當，在同樣可達成立法目的之手段上尚有其他較不具限制性的方法得以採用時，用以判定系爭規定違憲之審查基準。在二重基準法理之下，對於限制經濟自由的立法，法令內容的實質審查是比較抑制的，因此，本基準較常適用於個人精神自由，例如表現自由或信教自由遭到公權力限制的情形。綜上，本基準係法院於手段審查上採取嚴格標準，以比較衡量的方法所為之司法審查方法，類似於德國行政法學上的比例原則<sup>56</sup>。

猿払事件之第一審判決，可謂本基準之代表例，將禁止揭示、散發帶有支持特定政黨政治目的的文書，當作是表現自由的問題，判示必須以必要且最小限度制裁違反禁令者；若存在著比法定制裁方法更輕微的制裁方法，且能達成法目的時，則系爭法律所定廣泛的制裁方法即是逾越必要最小限度，構成違憲<sup>57</sup>。但在猿払事件的上訴審中，最高法院認為因禁止所獲得之利益（公務員維持政治中立性的這種全體國民重要的共同利益），較因禁止所失之利益（表達意見的自由）更為重要，故判示不違反憲法第 21 條<sup>58</sup>。

具有其他較不具限制性手段之基準，其適用上之課題與問題如下：第一，法院指摘尚有其他可選擇的手段，有侵害立法機關權限之虞，不過，若法院指示提及有其他手段存在的可能，而沒有具體的指摘，則不會有上述問題，法院的違憲判斷對於立法機關之政策決定本即帶有批判性，本基準之適用同樣具有此特性。第二，明明存在有其他可選擇的手段，然立法機關卻未規定，該法律即有文面上違憲之虞，但實務上法院常以合憲限定解釋作出適用上合憲之結論，對於自由權利的保障並不充足。第三，本基準的適用應以被侵害者主張人權高價值權利被侵害為前提，基於二重基準之法理，確立表現自由之優越地位，於公務員政治意見表現自由被限制的情況，適用此基準確實能發揮有效保障人權的機能。不過，前

<sup>55</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，317-321頁。

<sup>56</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，321-322頁。

<sup>57</sup> 旭川地判昭和 43 年（1968 年）3 月 25 日下刑集 10 卷 3 號 293 頁，第二審札幌高等法院亦採用此理論。

<sup>58</sup> 日本最高法院 1974 年 11 月 6 日大法庭判決刑集 28 卷 9 號 393 頁。

已述及，並非所有限制表現自由的立法均適合採用本基準，例如公職選舉法第 138 條戶別訪問禁止規定之合憲性審查，其爭點在於禁止透過戶別訪問限制選舉運動自由的規定是否正當，而非是否有其他可選擇之手段<sup>59</sup>。

#### 四、目的效果基準

目的效果基準，係為了審查公權力行為是否違反政教分離原則所採用的審查基準，其內容如下：第一，成為爭議性的國家行為有無世俗目的；第二，該國家行為的主要效果是否為振興宗教或壓迫宗教的行為；第三，該國家行為是否促成國家與宗教產生過度的牽連。其中至少有一要件被肯定的話，該當行為即屬違反政教分離原則。本基準又被稱為「雷蒙基準（Lemon Test）」，蓋本基準係源自於美國最高法院 1971 年的雷蒙案件的判決（Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602），在此判決中，羅德島州所訂定之法律規定，私立學校（大部分為基督教學校）若對每個學生的支出額低於公立學校時，則州政府將對教授普通科目之教師補助其薪水的百分之 15，而賓夕法尼亞州與其類似，該州法律規定，州政府得以補助在私立學校教授普通科目的教師部分薪水與購買教材的部分費用，對此美國最高法院作出違憲判決，並依據下列三項基準判斷：第一，法律必須是以世俗之立法目的為之者；第二，該法律之主要效果不能助長宗教或者抑制宗教；第三，法律不應過度與宗教有所牽連。該判決中雖認為該二州的法律乃為了促進、振興非宗教性之普通科目教育此一世俗目的，然而對於該項計畫是否以助長宗教為主要效果則並無明確說明，不過，判決認為對教師薪水的補助將導致國家過度與宗教有所牽連，因此違反政教分離原則<sup>60</sup>。

日本最高法院適用目的效果基準之先例，乃津地鎮祭訴訟判決<sup>61</sup>，判決認為憲法第 20 條第 3 項「宗教活動」並非指所有與宗教有牽連的所有行為，而應指如前述之超過一定限度者，亦即該當行為之目的具有宗教意義，其效果對宗教有援助、助長、促進或壓迫等行為者，始為憲法所禁止，而本案地鎮祭是由穿著既定服裝之專門的宗教神職人員遵循神社固有的儀式，設置一定的祭場、使用一定的祭具來進行，並且主持儀式的神職人員亦基於其自身的宗教信仰來執行，不能否認其與宗教之牽連性，但是，時至今日該儀式幾乎已轉化為不具宗教意義之建

<sup>59</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，324 頁。

<sup>60</sup> 洪聖銘，日本政教分離原則之研究-以違憲審查基準為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2005 年，76-77 頁。

<sup>61</sup> 日本最高法院 1972 年 7 月 13 日大法庭判決民集 31 卷 4 號 533 頁。

築開工儀式，即便該儀式仍然採用既存宗教所規定的方式來進行，只要其未逾越長年累月為大眾所廣泛運用之方式與範圍，則就一般人所意識者觀之，該開工儀式並不具有宗教意義，而僅於建築開工之際所慣用的社會禮儀，因此可認定其為世俗性之行為，並不具有援助、助長、促進神道，或者壓迫、干涉其他宗教之效果，因此並不屬憲法第 20 條第 3 項所禁止之宗教活動。對此判決，有學者認為目的效果基準是相當嚴格的基準，必須衡量總總要素，並將國家與宗教之關聯止於最小限度之有效基準，據此批判最高法院所適用的目的效果基準比起美國的雷蒙基準而言過於和緩，應以美國之嚴格適用方式為妥<sup>62</sup>。但另有學者認為，最高法院所使用的目的效果基準並未把雷蒙基準中的「過度牽連要件」作為審查基準之一，因此批判「此乃將美國之審查基準予以和緩適用者<sup>63</sup>」。

日本最高法院依據本基準首次作成違反政教分離原則之結論者為愛媛玉串費訴訟判決<sup>64</sup>，本案件中的最高法院判決異於津地鎮祭案，將目的效果基準嚴格適用，判示玉串費與獻燈費皆為各神社中具有宗教意義者，因此縣府與特定宗教團體所舉行的重要宗教祭典產生關聯乃顯而易見的事實，在神社本身於其境內所舉辦的重要祭典上奉納前述玉串費等費用，不同於地鎮祭，並非因時代推移，而成為宗教意義淡薄之習俗化社會禮儀，一般人難以將本案中玉串費等奉納認定為社會禮儀之一，據此，判決中依據目的效果基準作出下列結論：綜觀上述情事予以判斷，則本案公款支出之目的難免具有宗教目的，且可認定其效果為援助、助長、並促進特定宗教者，據此觀諸我國社會、文化之各項條件，該縣與靖國神社等宗教團體間的關聯已逾越相當之限度，符合憲法第 20 條第 3 項所禁止的宗教活動，靖國神社與護國神社明顯為憲法第 89 條所言之宗教組織或團體，因此本案支出符合該條款所禁止的公款支出，乃違法之行為<sup>65</sup>。綜觀上述，目的效果基準之適用會因法院審查態度之不同導致審查嚴格度有差異，尤其是三個判斷標準中之「過度牽連要件」，法院若予以嚴格審查，易朝向違憲之結論，反之，若法

<sup>62</sup> 蘆部信喜，憲法學Ⅲ 人權個論(1)，有斐閣，2002 年，182 頁；轉引自洪聖銘，日本政教分離原則之研究-以違憲審查基準為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2005 年，91 頁。

<sup>63</sup> 橫田耕一，日本國憲法における「政教分離原則」，社會科學論集，第 32 集，1992 年，20 頁；轉引自洪聖銘，日本政教分離原則之研究-以違憲審查基準為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2005 年，92 頁。

<sup>64</sup> 日本最高法院 1997 年 4 月 2 日大法庭判決民集 51 卷 4 號 1673 頁。

<sup>65</sup> 參照洪聖銘，日本政教分離原則之研究-以違憲審查基準為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2005 年，97-98 頁。

院採取寬鬆的審查態度，則易形成合憲判斷。

### 五、明確性基準

明確性基準（過度廣泛性之法理、漠然性之法理），係法院針對立法的内容進行嚴格司法審查的標準，亦即本於適法手續之原則<sup>66</sup>，要求法令適用過程中必須具備明確性，以確保表現自由的優越地位。若法令規定不明確，於適用過程中超越本來之規制目的，將導致人民恐懼該法令之適用甚至不敢為正當行為，產生萎縮效果，系爭規定即屬文面上違憲而無效<sup>67</sup>。

在刑事法的領域中，基於罪刑法定主義之要求，對於表現自由以一定之目的課予刑事罰時，必須以法令規定明確為前提，蓋對於國民而言，法令規定越明確，越可達到事先警告之目的，同時得以達到公平處罰之要求。雖然本基準具有法令合憲性之制約機能，惟法院有時為了避免宣告法令無效，而採取合憲限定解釋，此時本基準之適用即屬例外。例如在德島市公安條例事件判決<sup>68</sup>中，日本最高法院雖然承認規制集會、團體行動的立法，有可能因為法令規定不明確而無效，但本案中有通常判斷能力之一般人，於團體行進等時，並非不可能理解與遵守交通秩序有關的基準，其作為犯罪構成要件的内容，不能說法規欠缺明確性並違反憲法第 31 條，此例最終採行合憲限定解釋，駁回條例不明確之主張。若依照本判例日本最高法院的傾向，將很難在明確性基準的理論下導出違憲結論之情形<sup>69</sup>。此外，關稅定率法第 21 條所定的禁止輸入品，包含「危害公共安全或風俗之書籍、圖書、雕刻物及其他物品」（第 1 項第 3 款），對於本條規定有認為違反憲法第 21 條的主張，日本最高法院判示<sup>70</sup>由於得限制「危害風俗的書籍、圖書」等的輸入，合憲限定解釋為旨在規制猥褻性表現物，故關稅定率法第 21 條第 1 項第 3 款並未欠缺明確性，合於憲法。

學說對於日本最高法院所表示與明確性理論有關的合憲限定解釋，有強烈的質疑<sup>71</sup>。

<sup>66</sup> 日本國憲法第 31 條規定，不經法律規定之手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或課以其他刑罰。

<sup>67</sup> 參照松井茂記著，蕭淑芬譯，媒體法，元照出版有限公司，2004 年 11 月，46 頁。

<sup>68</sup> 日本最高法院 1975 年 9 月 10 日大法庭判決刑集 29 卷 8 號 489 頁。

<sup>69</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001 年 3 月，160-163 頁。

<sup>70</sup> 日本最高法院 1984 年 12 月 12 日大法庭判決民集 38 卷 12 號 1308 頁。

<sup>71</sup> 參照阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001 年 3 月，151-152 頁。

戶松秀典教授<sup>72</sup>認為有關明確或不明確之判斷基準，由於法規常使用冷僻艱深的用語，一般人難以從字面上推測其義，因此，關於法令文義的判定不得不委由法官進行裁量，於此情形下，有必要透過判例之累積針對明確性基準加以客觀化。其次，若因違反明確性基準導致法令違憲無效，司法權與立法權將產生正面衝突，此時有必要兼採合憲限定解釋予以緩和，不過，是否採合憲限定解釋的判斷標準難有一定之法則，例如同樣為取締猥褻文書之規定，基於青少年保護的目的與非基於同等目的之情況，即須考量不同的觀點，法院應斟酌種種要素作慎重嚴格的解釋。在日本以刑法為首的種種處罰規定，由於以廣泛且概括的構成要件為特徵，故構成要件明確化有委由實務加以解釋的必要，惟日本最高法院向來被認為有司法消極主義的傾向，此亦為明確性基準適用上應檢討之課題。



<sup>72</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月，330-331頁。



## 第四章 違憲審查基準於日本實務上的實踐

日本憲法訴訟約 60 年的歷史，依據學者戶松秀典教授的觀察<sup>1</sup>，可將日本憲法訴訟史區分為萌芽期、成長期與成熟期等三個階段，此三階段的區分可比喻為樹木生育的過程，憲法訴訟的種子自從日本國憲法制定時開始萌芽，逐漸成長茁壯，直至今日，雖尚未達到成熟階段，但是其成長過程值得加以分析探討。

### 一、萌芽期

此時期自 1947 年日本國憲法開始實施起，無論是憲法訴訟的提起者或是審理訴訟的法院均處於起步摸索的狀態，逐漸建構訴訟實務方法，至 1965 年左右。此時期，關於訴訟提起之方法、違憲主張之方法，以及法院對於上述主張回應之方法均成為往後發展的基礎。以日本國憲法第 81 條違憲審查的意義為例，學說上有抽象審查制以及附隨審查制的對立見解，但日本最高法院在警察預備隊違憲訴訟中，對此問題採取了附隨審查制的見解，明確地認定司法權的發動要件必須提起具體的訴訟案件，在未有具體的訟爭案件提出前，法院沒有行使抽象判斷的權限。值得注意的是，此一時期出現了二件日本最高法院違憲判決，可將其視為即將跳脫此時期的徵兆。第一個判決是判定下級法院對具有爭訟性質的訴訟案件以調解代替裁判，違反日本憲法第 32、82 條；第二件判決係沒收第三人所有物違反憲法第 29、31 條的判決，不過，這些裁判並沒有認定系爭事件所適用之法令違憲，換言之，並無發揮違憲審查原來應有之機能。

### 二、成長期

自 1965 年以後，日本的憲法訴訟自萌芽期進入另一個新的階段，首先以全遞東京中郵事件判決<sup>2</sup>為開端，在日本最高法院一連串的判決中，雖然沒有作出違憲判斷，不過卻以合憲限定解釋的方法，作出保護公務員的勞動基本權之判決，導致了日本憲法訴訟歷史上第一次日本最高法院與政治部門產生緊張關係。直至全農林事件判決<sup>3</sup>以後，司法權才暫時終止對政治部門的合憲性管制。尤其自猿弘事件判決以來，日本最高法院對於嚴格限制公務員政治行為的法令，採取了尊重政治部門決定的消極立場，此一消極立場逐漸地從公務員的人權領域擴及其他人權保障的領域。

<sup>1</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，384-389 頁。

<sup>2</sup> 日本最高法院 1966 年 10 月 26 日大法庭判決刑集 20 卷 8 號 901 頁。

<sup>3</sup> 日本最高法院 1973 年 4 月 25 日大法庭判決刑集 27 卷 4 號 547 頁。



例外的只有殺害尊親屬重罰規定違憲判決、藥事法距離限制規定違憲判決、眾議院議員定數不均衡違憲判決以及森林法共有林分割限制規定違憲判決等 5 件違憲判決，在這 5 件判決中，日本最高法院都認定系爭之法律規定違反了憲法保障人權之規定，正面地發揮了司法權的機能。

可是，對照其他多數合憲判決，此時期日本最高法院所作的憲法裁判仍呈現出尊重政治部門的消極立場。

### 三、成熟期

從日本憲法訴訟的發展過程加以觀察，本階段有以下特徵值得注意。首先，日本最高法院之憲法判例已呈現了較為積極的態度，以愛媛玉串費訴訟違憲判決為例，本判決係日本最高法院首次作出有關精神自由的違憲判決。此外，郵便法違憲訴訟判決、在外日本人選舉權限制規定違憲判決及國籍法事件判決等 3 件違憲裁判亦使得憲法理論有了新的焦點。換言之，從以上訴訟可觀察到日本最高法院似從消極尊重立法機關的政策判斷，逐漸轉變為對抗政治部門而積極作出憲法判斷。

可是，與日本最高法院所作合憲判決的數量相較，違憲判決的數量仍然偏低，在日本最高法院普遍尊重政治部門情形下，能否因應政治過程及社會現狀作出保障人權及樹立憲政秩序的裁判，值得關注。

## 第一節 日本最高法院法令違憲判決所採違憲審查基準之探討

就日本憲法訴訟 60 年的司法實務當中，日本最高法院迄今作出 8 件將國會制定之法律宣告違憲之判決，分別為：殺害尊親屬重罰規定違憲判決、藥事法藥局距離限制規定違憲判決、眾議院議員定數不均衡事件違憲判決、森林法共有林分割限制規定違憲判決、郵便法違憲事件判決、在外日本國民選舉權事件判決、國籍法事件判決。

以下，即針對日本最高法院上述法令違憲判決，區分為：案件事實、判決分析、違憲審查基準之分析等 3 部分加以探討。

## 第一項 殺害尊親屬重罰規定違憲判決

### 一、案件事實

日本最高法院在 1973 年認定日本刑法第 200 條抵觸憲法第 14 條第 1 項法之下平等，而宣告該法條違憲無效。由於日本國憲法施行以來，日本最高法院從未對法律內容本身做出違憲判決，因此本件成為眾所矚目的焦點。此案件的相關經過如下：

被告 Y 於 14 歲時，為其父親所姦淫，此後十餘年間，被迫過著如同夫妻般的生活，並產下數子。爾後被告在職場結識一男欲與其結婚，父親知悉後脅迫虐待被告十餘日。被告為了脫離困境，遂勒父親頸部，使其窒息死亡，其後自首。

一審認定刑法第 200 條違憲，而適用普通殺人罪，但以防衛過當為理由免除其刑。二審判決則改判適用刑法第 200 條宣判 3 年 6 個月的徒刑，被告再提起上訴<sup>4</sup>。日本最高法院審理時以十四比一的壓倒性票數，作出刑法第 200 條殺害尊親屬罪違憲無效的判決。另外，日本最高法院將該案適用於刑法第 199 條普通殺人罪，以心神耗弱為由對於被告酌量減刑，判處 2 年 6 個月徒刑並得緩刑 3 年<sup>5</sup>。之後，日本國會於 1995 年修正刑法時，廢止尊親屬犯罪之重罰規定。

### 二、判決分析

本案有 14 位法官贊成違憲，1 位法官反對。判決首先由 14 位當中的 8 名法官的多數意見說明理由並做出結論，接著闡述贊成其結論但不贊成其理由之 6 名法官的意見。而唯一持反對立場的下田法官雖認同多數意見的分析，卻對結論的內容持反對意見，於是形成最後 14 比 1 的違憲判決。

關於違憲理由，14 位法官分成兩種不同的意見<sup>6</sup>：

#### （一）手段違憲說

本說係本判決 8 位法官的多數意見，認為就刑法第 200 條之立法目的，出自對尊親屬的尊重報恩應是基本社會倫常，值得以刑法保護，來維持這種自然的情感以及普遍的倫理，因此殺害尊親屬者應比普通殺人罪者接受更嚴厲的道德批

<sup>4</sup> 參照糠塚康江，法の下の平等と尊屬殺の重罰「尊屬殺重罰規定違憲判決」，新判例マニュアル憲法 I 「統治機構、人權 1」，三省堂，2000 年 9 月，191 頁。

<sup>5</sup> 參照劉宗德，日本違憲審查制度之研究，當代公法理論-翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993 年 5 月，月旦出版社有限公司，154 頁。

<sup>6</sup> 參照葉峰成，日本國最高裁判所之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，87 年 7 月，234-235 頁。

判。由於該項論理並無不合理處，所以不能斷定在法律上設置加重處罰要件之規定造成差別待遇，違反憲法第 14 條第 1 項之規定。

但若從刑法第 200 條的刑罰來看，無論如何衡量其犯罪狀況，也僅能選擇死刑或無期徒刑，其加重的程度過於極端，相較之下，而刑法第 199 條普通殺人罪的法定刑則多了 3 年以上的有期徒刑，顯得刑法第 200 條其刑罰種類的選擇在法律執行上沒有半點斟酌的餘地。由於這種刑罰的訂定方式過於嚴苛，如以本條法律的立法目的，乃基於對尊親屬的敬愛與報恩，希望透過立法來維持與尊重倫常價值，實在令人無法理解，且無法將其視為合理性差別待遇，因此認定在達成立法目的的手段方面，「遠遠超越其必要的限度」而屬違憲。

參照國內學術論文之研究<sup>7</sup>，根據上述意見提出三個重要看法，茲分述如下：

1、誠如前述，將刑法第 200 條殺害尊親屬重罰規定的下限定為無期徒刑之極端重刑，屬違憲之作法，但若考慮立法政策，將該法定刑罰的下限比照普通殺人罪的 3 年以上有期徒刑再外加 2 年，成為「5 年以上的有期徒刑」，並給予尊親屬殺害者緩刑的機會，則不會超出「達成立法目的所須限度」的「合理性差別待遇」之範圍，是日本國憲法第 14 條第 1 項所能容許的合理差別，因此不構成違憲而無效。而傷害尊親屬致死之相關刑法第 205 條第 2 項，遺棄尊親屬之相關刑法第 218 條第 2 項，逮捕監禁尊親屬之相關刑法第 220 條第 2 項等各項法律規定也不會因而構成違憲而無效。

2、在本判決中多數意見並未與 1950 年的尊親屬殺害合憲判決的真野、穗積兩法官的反對意見相呼應，反而強調對尊親屬的尊重報恩與相應之處罰，這一點可謂承襲了當年多數意見的邏輯推理與思考體系，因為當年的合憲判決中亦認為：「刑法對於殺害尊親屬或將傷害尊親屬致死的情形，一般科以較重的處分，這是因為法律重視子女對父母的道德義務，基於道德上的衡量而以法律具體規定之。」本判決的多數意見亦是採取這項思維。

3、如此一來，「透過刑罰反映對尊親屬的尊重報恩，並於一定合理的限度內，加重殺害尊親屬者的刑罰」的論旨，與下田法官反對意見的論旨前段產生了共通點。此一共通點說明了在法理上，多數意見對於殺害尊親屬作出潛在的合憲解釋，即所謂由實務型思考模式形成的「限定違憲說」。

<sup>7</sup> 參照葉峰成，日本國最高裁判所之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，87 年 7 月，235-236 頁。

## （二）目的違憲說

相對於多數意見，另外 6 位法官則針對立法目的提出疑義，即採取目的違憲說。本說的特色，基本上承襲了 1950 年真野、穗積兩位法官的少數意見。雖然對於本案同樣認定違憲無效，然而理由不同，目的違憲說認為設置殺害尊親屬的特別規定—即使將其下限比照普通殺人罪再提高為 5 年以上—仍是違反憲法「法律之前一律平等」的差別性待遇。以下就針對本說的意見，進行具體研究。

首先，田中法官的意見提到立法政策論、違憲審查權等範疇。其認為將殺害尊親屬的刑罰規定與普通殺人罪作區別，與認可殺害尊親屬應受差別待遇的作法，同樣違反憲法第 14 條法律之前一律平等的精神。因此除了殺害尊親屬的刑法第 200 條規定之外，其他如傷害尊親屬致死的刑法第 205 條第二項，遺棄尊親屬之刑法第 218 條第 2 項，以及逮捕拘禁尊親屬之刑法第 220 條第 2 項等各項規定，對於被害者為直系尊親屬時所特別設置的刑罰加重規定與承認差別待遇的作法，都應解釋為違憲無效。刑法對於殺害尊親屬設有加重處罰之規定，應是基於身分制的道德立場以及舊家族制度的倫理觀，與重視個人尊嚴、以人格價值平等為立足點的民主主義理念有強烈相牴觸的嫌疑。而且田中法官亦認為對於尊親屬尊重報恩是個人應該自發性遵守的道德，並不應用法律強制。

另外，田中法官針對多數意見，一方面承認其立法目的，而另一方面卻否定立法目的達成手段的觀點，指出「不只欠缺理論的一貫性，而且關於法定刑適當與否乃屬立法政策正當與否的問題，應該從是否符合憲法第 36 條所規定的殘虐刑的觀點，來加以判斷合憲或違憲」。

田中法官對於多數意見之看法為，殺害尊親屬的特殊規定乃是立足於「舊家庭制度的倫理觀」，與日本國憲法第 14 條之旨趣即尊重個人之尊嚴與人格以及民主主義的理念有異。殺害尊親屬之相關規定，「不只是立法政策上的不當，也是與憲法中之民主主義的根本精神相牴觸，且為直接違反憲法第 14 條第 1 項之規定。」

此外他對下田法官的反對意見則表示「不當擴大了立法機關的裁量判斷範圍，而且似乎一經立法機關判斷合憲，裁判所就不得插手介入。」田中法官的這項意見中有 3 點值得注意：第一，強烈反駁多數意見的重罰限定違憲說（對尊親屬殺害的一般潛在合憲）之理論，而從憲法上對立法政策大踩煞車。第二，其想法承襲了過去真野之少數意見，例如在制訂日本國憲法時，有關刑法的修正問

題，如修正以“忠孝”之德目作為基礎的規定時，僅留下與“孝”相關之規定，而刪除與“忠”相關的規定，這種作法便是對憲法的根本精神以及憲法第 14 條第 1 項的理解不夠正確。第三，針對下田法官之反對意見，表示僅強調司法謙抑的原則，而否定法院的違憲審查權之行使。這種態度表示其誤解日本現行憲法之下三權分立的真正意義，而自動放棄執行法院最重要之權限－違憲審查權。說明了違憲審查權存在的意義。

(三) 小結：

以上兩派意見（手段違憲的多數意見和目的違憲的少數意見）的差異，在於判斷加重處罰傷害尊親屬致死罪的規定（刑法第 205 條第 2 項）是否違憲時，如果採用多數意見的話則合憲，少數意見則構成違憲的不同結果。

例如 1974 年日本最高法院判決<sup>8</sup>站在多數意見的立場，對於加重處罰傷害尊親屬致死罪規定認為：「加重程度並不像殺害尊親屬罪（法定刑為死刑或無期徒刑）和普通殺人罪（法定刑為死刑或無期徒刑或 3 年以上有期徒刑）般如此地顯著」，因此並無超越為達成立法目的（「對尊親屬的敬愛報恩」以「維持普遍倫理」）的必要限度，而判定合憲。而對於在第 205 條第 2 項傷害尊親屬致死罪的規定也適用於配偶在世的直系尊親屬這點而言，由於日本最高法院認為站在健全倫理感情的道德秩序上，對於配偶的直系血親的關係也應該和自己有血緣的直系尊親屬之關係均同樣地由發自內心的敬愛與親情所建立的<sup>9</sup>，因此並不構成違憲的要件<sup>10</sup>。

三、違憲審查基準之分析：

殺害尊親屬重罰規定違憲判決，本判決的特點在於將立法目的的審查與達成該立法目的手段的審查，區分為二個階段的方式逐一加以檢驗。

首先，立法目的之審查上，少數意見（目的違憲說）認為：就立法目的而言，刑法第 200 條加重處罰殺害尊親屬罪之特別規定，應該是站在一種身分制的道德立場，由於是建立在前述舊家族制度的倫理觀上，因此與個人尊嚴和人格價值平等之民主主義理念有強烈相牴觸的嫌疑的意見。再者，「對於尊親屬的尊重報恩」是個人應該自發性遵守的道德，並不應該用法律強制，基於以上二點進而認定刑

<sup>8</sup> 日本最高法院 1974 年 9 月 26 日大法庭判決刑集 28 卷 6 號 329 頁。

<sup>9</sup> 日本最高法院 1976 年 2 月 6 日大法庭判決刑集 30 卷 1 號 1 頁。

<sup>10</sup> 參照李建龍，法之平等的研究－以日本國憲法為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，112-113 頁。

法第 200 條殺害尊親屬罪其立法目的並不具合理性，故違憲。相反地，多數意見（手段違憲說）則主張就立法目的而言，對尊親屬的尊重報恩應是社會生活的基本道義，值得以法律保護，就刑法之差別待遇（加重處罰殺害尊親屬罪）而言，乃屬合理性之立法目的。

在達成該立法目的手段的審查上，多數意見認定就刑法第 200 條殺害尊親屬罪而言，其法定刑僅規定死刑或無期徒刑，因此法官無論如何衡量其犯罪狀況，也僅能選擇死刑或無期徒刑，由於刑法第 199 條普通殺人罪的法定刑多了三年以上的有期徒刑，相較之下，刑法第 200 條刑罰種類的選擇範圍僅限於極端的重刑，使得該刑罰在法律的執行上沒有半點斟酌的餘地，基於此項理由而認定在達成立法目的的手段方面，「遠遠超越其必要的限度」並不合理而違憲。

## 第二項 藥事法距離限制規定違憲判決

### 一、案件事實

依據藥事法第 6 條規定，設置藥局之許可標準之一為地域的限制，關於此標準之設定委由都道府縣條例規定之。原告 A 為以販賣化妝品與經營超級市場等廣泛營業活動為目的之公司，向 B 縣知事（相當於我國之縣長）提出醫藥品的一般販賣業之許可申請。但 B 縣知事以違反 B 縣條例規定作出不許可處分，於是，原告 A 遂以藥事法第 6 條第 2 項規定違反憲法第 22 條為理由，對於不許可處分提出爭議。第一審法院判決原告勝訴，到了上訴審法院則廢棄原告之請求，故原告上訴至日本最高法院<sup>11</sup>。

### 二、判決分析

本判決要旨認定，職業與個人之人格價值有不可分的關連，憲法第 22 條第 1 項不僅保障狹義的職業選擇自由，也保障營業自由，但是，職業自由與精神自由權相較，在性質上與社會的關聯性較強，應受到較強的公權力限制。由於職業的種類、性質、內容、社會意義及影響各有不同，因此其限制目的包含消極目的及積極目的，其重要性亦各自不同。是以，對於職業自由的限制措施是否違反憲法第 22 條第 1 項之「公共福祉」，並無法一概而論，必須對於具體的限制措施

<sup>11</sup> 參照山元一，職業の自由に対する合理的規制措置の限界「藥事法事件」，新判例マニュアル憲法Ⅱ「人權 2」，三省堂，2000 年 9 月，167 頁。

檢討其限制目的、必要性、內容及被限制的職業自由之性質、內容，還有限制的程度，綜合考量後始能決定之。原則上其判斷屬於國會的權限與義務，委由國會作第一次的檢討，法院僅在立法裁量之範圍內認定限制目的是否符合公共福祉，以及限制的具體內容是否具備必要性及合理性，除此之外皆認屬立法政策上之問題，而尊重國會的判斷。

職業之許可制係對於職業選擇的自由課予的強烈限制，若要肯定其合憲性，必須具備重要的公共利益且屬必要合理的措置，此外，於消極目的限制的情形，必須以許可制為達成目的之必要手段為要件，換言之，限制程度較許可制輕微的限制手段尚不足以達成該當目的時，始得認定許可制的合憲性。

藥事法對於醫藥品等有關事項加以限制，諸如藥局開設（第 5 條）和醫藥品之一般販賣業（第 6 條）的許可制，立法目的在於保障國民的健康與安全，避免不良醫藥品之供給造成損害，此一立法目的切合公共福祉，且為必要及合理的措置。

有關藥局開設等之許可條件所制定的配套規定（適正配置規制），1964 年藥事法修正時列出下列提案理由：(1)由於一些地區藥局的胡亂設置，導致過分競爭，造成部分業者經營不安定，其結果為該當藥局因財務困難無法充實設施，且有提供不良醫藥品的危險；為防止藥局集中於一定地區以及為了間接地促進無藥局地區之藥局開設，(2)使醫藥品的供給正軌化，綜上，配套規定（適正配置規制）係以防止國民之生命健康遭受危險為目的之消極目的限制。

惟上述以藥局過於集中、競爭過於激化、造成一些藥局經營不安定、致生供給不良醫藥品而危害人民健康等藥事法修正理由，作為對藥局設置場所加以地域限制之理論根據，並不能成為肯定其必要性及合理性之理由；此外，藥局的距離限制亦無法解決無藥局地區之問題，因此，必須考慮其他可行的手段。因此，日本最高法院判定藥事法第 6 條第 2、4 項違反憲法第 22 條第 1 項規定而無效。

#### （一）職業選擇自由之意義和營業自由

憲法第 22 條第 1 項保障人民得選擇決定所欲從事之職業的自由（選擇職業自由），以及從事人民選擇之職業的自由（營業自由）零售市場距離限制事件判決。而營業自由也包含財產權行使之自由，與憲法第 29 條亦有關係。

零售市場距離限制事件判決要旨認為，所謂職業，「係人民為了維持自己生計所作的持續活動，……，透過職業有助於社會存續與發展，具有社會機能分擔

的性格，亦可作為個人發揮自己個性的場合，與個人之人格價值具有不可分之關聯性。」選擇並從事職業之自由，其價值不必然劣後於精神的自由權。

一般而言，經濟自由權之侵害與精神自由權之侵害不同處在於：經濟自由權遭受侵害具有透過民主政治的過程予以回復的可能，此外，對於經濟自由權的限制多屬於政策層面，由於法院並不比政治部門具有較高的審查能力，在違憲審查基準上與精神自由權之限制相較，適用較緩和的審查基準（二重基準論）。但是，從職業選擇自由到經濟自由權等都與個人之人格價值具有不可分之關聯，如果認為經濟自由權較精神自由權不值得保護，是不妥當的。

### （二）職業選擇自由的限制手段

在日本，限制職業選擇自由的手段包括：開設藥局與販賣醫藥品、經營飲食店、風俗業及古物業等之許可制，醫師、藥師等資格之免許制，經營有毒物品販售之登錄制，理容所、美容所等之申報制，電力、瓦斯、鐵路、公車等公益事業之特許制。

許可制，係從事一定職業需要行政機關的許可；免許制，乃限於一定資格者始得從事特定職業之制度；除此之外，還有需要記載於公簿的登錄制，以及需要提出申請的申報制，是屬於限制程度較低的限制手段；特許制，因為特定職業之性質無法避免其獨占狀態，是以，對於有經營能力者特別允許從事該職業（與許可制不同，並不是認可私人可以選擇該職業與從事之自由）。

本件判決爭點之一，為開設藥局採許可制之合憲性。1963年藥事法修正前，開設藥局原採登錄制，修正後改採許可制（藥事法第4條）。本判決認為開設藥局之限制採取許可制這種限制程度較強之方式，如有其他限制較輕微的手段同樣能達成相同立法目的，則應被認為違憲，惟基於防止不良醫藥品之供給，以及守護國民健康安全之消極警察目的，可認為許可制係必要且為合理的限制而合憲。

### （三）選擇職業自由與配套規定（適正配置基準）

行政機關為許可營業之際，應考量妥適配置經營事業者之目的，以法令、條例等制定一定之配套規定（適正配置基準），以既存業者所在地一定之距離作為營業許可之條件（距離限制規定）。

1963年修正後之藥事法第6條第2項，舉出配置不適當的情況屬於藥局開設不許可事由之一，同條第四項則規定適正配置基準應由都道府縣之條例加以規定。被告認為，(1)如果不採取限制距離之手段，藥局過於集中，相互間的競爭更



加激化，將導致部分藥局經營的不安定，以及供給不良醫藥品之危險，而助長醫藥品亂用的危險；(2)限制距離亦可間接消除部分地區缺少藥局之問題。但是，日本最高法院認為，(1)對於上述第一點，無法肯定其手段之必要性及合理性，(2)關於第二點，則認為欠缺實效性，因此，目的及手段間失去均衡，系爭限制規定違反憲法第 22 條第 1 項，判示其無效。

有關配套規定（適正配置基準）尚有一例，即限制公共浴場（澡堂）距離之規定。日本最高法院認為，於 1945 年代後半，由於家用衛浴並不普及，公共浴場是多數人民日常生活裡必要且不可或缺之公共民生設施，因此，為了防止過於集中產生不必要的競爭，使得部分浴場經營陷於不安定，衛生設備品質下滑，對國民保健與環境衛生造成影響，為了此一消極目的限制，因而判定合憲（公眾浴場距離限制事件<sup>12</sup>）。

關於積極目的限制，日本最高法院除了前述的零售市場距離限制事件判決之外，對於限制香煙製造零售業之距離（因為顧慮眾多零售經營者與身障者之開業<sup>13</sup>），以及生絲的一元輸入措施（即採單一輸入管道方式，目的是為了保護國內生絲生產業者<sup>14</sup>），都採用明白性原則，判示合憲。

### 三、違憲審查基準之分析

#### （一）限制目的二分論

職業選擇自由等經濟自由權，除了自由權之一般界限（為了維護公共安全與秩序之內在限制）以外，還假定了實現福祉國家理念此一政策目的，換言之，對於經濟自由權之限制，可分為二種類：第一、為維持公共秩序與公共安全，防止國民的生命及健康遭受危險，所課之限制（消極目的限制、警察目的限制）；第二、為確保社會全體的均衡與調合，保護弱勢族群所課之限制（積極目的限制、政策目的限制）。前者，為維持社會最低限度秩序之必要措置，是近代消極國家認可之限制，後者係在近代積極國家廣泛要求之限制。

有關消極目的限制之違憲審查，法院係以立法事實為基礎，判斷限制之必要

<sup>12</sup> 日本最高法院 1955 年 1 月 26 日大法庭判決刑集 9 卷 1 號 98 頁；轉引自川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，86-87 頁。

<sup>13</sup> 日本最高法院 1993 年 6 月 25 日判例時報 1475 號 59 頁；轉引自川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，87 頁。

<sup>14</sup> 日本最高法院 1990 年 2 月 6 日訟務月報 36 卷 12 號 2242 頁；轉引自川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，87 頁。

性及合理性，以及是否有同樣能達成目的且較為緩和的其他手段（嚴格的合理性基準）；另外，對於積極目的限制，法院只有在可以明顯看出限制不合理的情況下，才能判定其違憲（明白性原則）；日本最高法院在零售市場距離限制事件判決及藥事法距離限制判決中，因應不同限制目的應適用不同之違憲審查基準，而採取限制目的二分論，獲得學說上多數意見的支持。

有關積極目的限制之違憲審查，日本最高法院採取明白性原則之理由在於：關於政策的乃至於專門技術的判斷，第一次審查權應歸屬於政治部門，蓋考量國民福利，且政治部門在情報收集能力及判斷能力上均較法院為強<sup>15</sup>；相對地，由於消極目的限制與國民生命及健康有直接關係，由法院判斷實害發生之危險性係屬可能，因此，係以較嚴格的基準進行違憲審查。

### （二）立法事實論與違憲審查制度

所謂立法事實，為制訂法令、條例等場合之基礎，以及在這些情況之間支持其必要性與合理性的社會上、經濟上及科學上的一般事實。立法時有問題的立法事實，與憲法訴訟產生問題的立法事實，不盡相同。憲法訴訟的問題在於：在裁判當時支持立法之事實是否具有合理性。

如果基於二重基準論或者是限制目的二分論，一般而言，對於經濟自由權所課以積極目的限制，其合憲性之判斷，以立法機關合理的裁量為前提，原則上可為合憲之推定，此時，即沒有必要進行立法事實的審查；相反地，消極目的限制則以排除合憲性推定為原則，必須針對立法事實作審查，此外，對於精神自由權加以限制時，甚至以推定違憲為原則，更有必要就立法事實為精確的審查。

本件藥事法距離限制事件判決中，開設藥局採許可制係消極目的限制，法院對於距離限制規定進行立法事實的審查後，認定不具有可正當化其限制之必要性及合理性的立法事實，且有其他限制程度較為輕微的手段同樣能達成上開立法目的，故作出違憲之判示。

### （三）限制目的二分論之動搖

對於所有經濟自由權之限制，欲以積極目的與消極目的加以明確區分有實際上之困難。當同一限制中同時含有積極與消極兩方面之目的時，限制目的二分論即無法作為違憲審查之基準。

<sup>15</sup> 此一背景在於法院關於民主政治過程中，遇到矯治可能的政策判斷時，必須尊重民主正統性較高的政治部門之意思，即是所謂司法消極主義的哲學。

例如限制公共浴場距離規定，日本最高法院認為係屬消極目的之限制，隨著住宅衛浴設備的普及，此一立法事實與限制目的之妥當性即有疑義。於是，平成元年之判決作出與昭和 30 年判決相異之限制目的的認定，而且，圍繞著同一公共浴場之刑事事件與行政事件，亦被認為屬相異之限制目的。例如高津溫泉事件此一刑事事件（公共浴場法第 8 條第 1 項之無許可營業罪）中，法院判示其公共浴場距離限制規定，係為了防止公共浴場經營困難的積極目的限制<sup>16</sup>。至於行政事件（公共浴場法第 2 條第 2 項對於不許可處分之撤銷訴訟），法院則認為同時具有消極目的與積極目的<sup>17</sup>。前者判決，說明了立法事實與限制目的會伴隨著社會狀況的變遷而產生變化；後者，則提示了限制目的可能同時包含積極與消極目的。

近來，對於判斷經濟自由權之限制是否合憲，出現了沒有嚴格地採用限制目的二分論的法院判例，例如，森林法共有林分割限制事件判決<sup>18</sup>，以及酒類販賣業免許制事件判決<sup>19</sup>，此二判決中，雖然屬於限制經濟自由權之立法合憲性的判斷，但並無使用限制目的二分論。

再者，與積極目的限制相較，防止國民生命健康遭受危險之消極目的限制，實行的必要性更高，但是，因採用了嚴格的合理性基準，容易被認定違憲無效，與其如此，倒不如實施積極的經濟政策，反而容易達成保護國民生命健康之目的；另外，對於限制目的二分論有學者提出批判，如積極目的之範圍不明確，或是違憲審查時應加入立法目的並考慮限制之強度。總而言之，限制目的二分論以限制目的之不同為前提，適用不同的違憲審查基準，其妥當性逐漸遭受質疑<sup>20</sup>。

### 第三項 眾議院議員定數不均衡事件違憲判決

一般而言，在制約國會立法權的憲法條項中，表現自由（日本國憲法第 21 條）是最常於選舉時主張法律規定違憲而進行訴訟，被援引作為判斷是否合憲之

<sup>16</sup> 日本最高法院 1989 年 1 月 20 日刑集 43 卷 1 號 1 頁；轉引自川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，88 頁。

<sup>17</sup> 日本最高法院 1989 年 3 月 7 日判例時報 1308 號 111 頁；轉引自川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，88 頁。

<sup>18</sup> 日本最高法院 1987 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 號 408 頁。

<sup>19</sup> 日本最高法院 1992 年 12 月 15 日民集 46 卷 9 號 2829 頁。

<sup>20</sup> 參照川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，89 頁。

基準<sup>21</sup>，其原因在於：普通選舉制與表現自由，皆為支撐近代立憲主義的選舉制度之根本基礎。不過，若是從議員代表全國國民（憲法第 43 條第 1 項）的概念觀之，在選舉時主張選舉本身違憲而進行訴訟，平等原則（憲法第 14 條）才是憲法適合性判斷之基準。在日本，選舉乃至於選舉權與平等原則產生關聯性而成為問題的是議員定數不均衡。

所謂議員定數不均衡，指各個選區依人口比例選出不同數額的議員。而議員定數產生不均衡的原因，在於隨著大都市的發達及產業結構的改變，加速人口向都市集中以及農村人口的減少，但各區議員數額並無合理反映人口比例之消長，使得國民所能享有的選舉權逐漸形成所謂「投票之價值」乃至於「一票之力量」的差距。事實上，在非以全國為一大選區的情況之下，選區制即會出現各選區之議員定數分配的問題，此時，議員定數分配是否符合憲法的平等原則，乃成為關注焦點。原本，比普通選舉權更為一般化的平等選舉權，要求只要達到成年的國民皆為一人一票，然而，即使在形式上奉行一人一票的原則，若一票之價值非在實質上平等，那麼依然產生了不平等，亦即，平等選舉權涉及投票價值是否平等的問題。

議員定數不均衡的問題，具體而言，乃是公職選舉法之附表上議員定數分配規定之合憲性問題。其因在於：在設有複數選區的情形下，各個選區所選出之議員數與有投票權之公民數的比例，亦即每一位議員所需之選舉人數額如果相異，代表本來應該維持平等狀態的選舉人之投票價值，由於選區之不同而產生不均衡的情形。關於國民的投票價值是否平等的問題，自從日本最高法院在 1976 年首次對於 1972 年的眾議院議員選舉作出違憲判決以後，日本最高法院承認「投票價值之平等」為憲法上的要求，並於其後再作成若干件值得注意的判決<sup>22</sup>，以下介紹之。

### 一、案件事實

X 係 1972 年 12 月 10 日舉行眾議院議員選舉中千葉縣第一區之選舉人，以當時選舉區平均一位議員的人口數，最高的選舉區與最低的選舉區之比例（最大差距比）已經高達 1 比 4.99，因此，認為違反憲法第 14 條規定，並依據公職人員

<sup>21</sup> 蘆部信喜，憲法學Ⅲ—人權個論(1)，有斐閣，1998 年 3 月，63 頁；轉引自吳煜宗，日本議員定數不均衡訴訟，台灣本土法學雜誌 123 期，2009 年 3 月，49 頁。

<sup>22</sup> 吳煜宗，日本議員定數不均衡訴訟，台灣本土法學雜誌 123 期，2009 年 3 月，49-50 頁。

選舉法第 204 條提出選舉無效的訴訟。第一審法院廢棄其請求，X 遂提起上訴。

## 二、判決分析

日本最高法院於判決<sup>23</sup>中，除了對於最大差距比 1 比 4.99 的情況，判定已到達無法認定其具有合理性的程度，違反日本國憲法所保障的平等選舉權，因而認定其違憲之外，亦對於千葉一區的選舉結果作出違憲無效之判決，但對於整個選舉本身則作出有效判決。值得注意的是，此案乃是日本最高法院第一次對於議員定數不均衡作出違憲的判決。

## 三、違憲審查基準之分析

從 19 世紀到 20 世紀前半，選舉權平等的意義主要是禁止複數投票（投票數的平等，意即「計算價值」的平等），這也是一人一票原則的由來。但是隨著開始強調及重視選舉權的意義及權利性，選舉權平等的意義究竟是否包含「個別投票對於選舉結果影響力的平等（投票的結果價值平等）」？另外，議員席次必須依照各選舉區的人口數比例來分配，此種觀點是否有憲法上的根據？亦是值得探討的重點。

關於這方面的問題，日本最高法院於 1964 年（昭和 39 年）的判決中，所採取的立場並不明確。其意見僅止於：無論是憲法第 14 條、第 44 條及其他任何條項，均無規定強制議員席次必須依照各選舉區的人口比例來分配，因此依照人口數的比例來分配議員席次僅是憲法中「平等原則」所期盼的<sup>24</sup>，對於投票價值的平等，日本最高法院原則上判定其屬於國會的立法裁量權限的範圍。

但是，日本最高法院在本判決中明白指出「選舉權平等，其意義不僅止於要求廢除選舉人資格的限制，亦包含選舉權內容的平等，換言之，各選舉人投票的價值，亦即個別投票對於選舉結果的影響力，也屬於平等選舉權所保障的範圍。另外，就選舉權平等的性質而言，例如賦予特定範疇中的選舉人複數投票的權利，則是一種投票價值不平等的選舉制度。只要是選舉制度，使得個別選舉人的投票價值產生實質上的差異，皆與平等選舉權的問題相關。」換言之，1976 年的判決將選舉權視為構成民主主義核心的基本權利，其平等也包含投票價值的平等，亦即包含「個別投票對於選舉結果影響力的平等」之要求，而且也清楚地站

<sup>23</sup> 日本最高法院 1976 年 4 月 14 日大法庭判決民集 30 卷 3 號 223 頁；轉引自李建龍，法之平等的研究－以日本國憲法為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，120 頁。

<sup>24</sup> 日本最高法院 1964 年 2 月 5 日大法庭判決民集 18 卷 2 號 270 頁；轉引自李建龍，法之平等的研究－以日本國憲法為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，124 頁。

在「憲法所要求」的立場。其中，並舉出憲法第 14 條第 1 項、第 15 條第 1 項與第 3 項以及第 44 條但書作為根據加以判決。

本判決由於認為投票價值的平等是憲法的要求，因此和主張定數分配屬於立法政策問題的 1964 年判決並不相同。值得注意的是，該判決將選舉區內的人口數和議員名額間比率的平等視為「最重要且基本的基準」。針對此點，日本最高法院提出具體判斷違憲與否的基準，亦即以：第一，「國會在判斷投票價值的平等與否時，通常考慮且斟酌各種因素，來判斷是否符合一般合理性的程度」；第二，「在考量人口之變動狀態下，是否於合理的期限內修正憲法中不符合投票價值平等之規定」。此兩種準則來判斷是否違憲。第二項的準則是，即使以第一項的準則判斷出投票價值的差距達到違反平等選舉權所要求的程度，只要在合理期間內進行修正便不夠成違憲之機制，因此在判斷違憲與否時必須同時以這二種準則進行判斷。

以該項判決為例，就 1972 年（昭和 47 年）12 月所實施的眾議員選舉中，平均一位議員的人口數最高的選舉區與最低的選舉區之比（最大差距比）為 1 比 4.99 的情況，日本最高法院判定「已到達無法認定其具有合理性的程度」，然而從 1964 年（昭和 39 年）判決之公職人員選舉法修正意見中，也對此種情形建議應改成 1 比 2.19 的狀態，但至 1972 年（昭和 47 年）為止的 8 年間並無進行任何修正，顯然已逾合理的期限，因此認定公職人員選舉法之定數「全體違憲」，但是並非判定選舉無效，判決僅止於作出違憲的宣言。

但是前述第 1 項準則中之「無法認定其具有合理性的程度」，以及第 2 項準則中之「合理的期限」，其個別具體的程度究竟為何？由於並無具體的準則，因此當初便有「恐怕未來會造成定額分配不均衡訴訟判決的混亂」的疑慮<sup>25</sup>。由日本最高法院歷年判例來觀察，最大差距比在 1 比 3 的程度內大致上合憲，但是超過這種程度時（例如 1 比 3.18），便有被判定違憲的可能，因此 1976 年判決所產生的基準中之第一項可歸納成最大差距比大約為 1 比 3 之具體計算基準，而且這種解釋也對其後許多判決產生了絕對性的影響。另外，第二項基準中所謂「合理期間」的長度，由於判例皆以「綜合考量各項因素」作出個別不同的判決，是

<sup>25</sup> 蘆部信喜，憲法訴訟の現代的展開，有斐閣，1981 年，328 頁；轉引自李建龍，法之平等的研究—以日本國憲法為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，126 頁。

以，學界安念潤司教授指摘合理期間的時間長度依然停留在不明確之狀態<sup>26</sup>。

此外，大石真教授指出應注意的是<sup>27</sup>：一、雖然，日本最高法院以人口之最小區與最大區之比率作為最大差距的基準，但是此舉並非妥當，與其如此，不如從全國平均值來處理最大差距比率過當的問題。二、在此成為憲法問題者，並非對於特定選舉人之人格歧視的問題，而是在議員席次分配制度中，選舉人之數量性投票價值的差距問題。然而，本來席次分配的問題不僅是公職選舉法乃至於選舉區制的問題，亦與行政區劃主義之間有著密切的關係。因此，選舉制度投票價值的平等性，絕非如同排除一切歧視的人格價值平等，屬於絕對性原理，而應將其定位為相對性要求（相對平等）。三、所謂的人口比例主義，雖然在部分國家的憲法上，有將其作為聯邦制對於各邦之議席分配基礎或單一國家之選區分配基準的明文規定，不過日本現行憲法上並無任何明文規定，卻有將其作為「政治平等」的歸結，而以之為絕對性價值的傾向。然而，若是從憲法設立兩院制的意旨觀之，在兩議院議員的選舉謀求其共通的裁判原理是否妥當，其實是非常值得懷疑的。

不論如何，日本的議員定數不均衡訴訟已為近代立憲主義上之選舉原理的內涵，作出了許多實證性的判斷，即使由於日本是採用兩院制國會的國家，以致最高法院在判斷兩議院議員定數不均衡的現象上，採取了不相同的審查基準，不過其對於糾正國會乃至於法律造成國民行使選舉權發生不平等的現象，則是值得我國在思考相同問題時，藉以引為借鏡<sup>28</sup>。

## 第四項 森林法共有林分割限制規定違憲判決

### 一、案件事實

本案件之事實為被告Y及原告X兄弟二人從父親生前獲得贈與，成為本件山林之共有人。原告X以兄Y為被告請求分割該山林。但森林法第 186 條規定，「森林之共有人與民法第 256 條規定無關，不得請求共有林之分割。但各共有人持分

<sup>26</sup> 安念潤司，定數不均衡と改正の合理的期間，憲法判例百選Ⅱ，324 頁；轉引自李建龍，法之平等的研究—以日本國憲法為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2002 年，129 頁。

<sup>27</sup> 大石真，憲法講義Ⅰ，有斐閣，2004 年 10 月，77 頁以下；轉引自吳煜宗，日本議員定數不均衡訴訟，台灣本土法學雜誌 123 期，2009 年 3 月，70 頁。

<sup>28</sup> 參照川崎政司、小山剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，70 頁。

之價額過半數者，不妨害其請求分割。」對共有林之分割加以限制。持分 2 分之 1 之本案原告因分割請求被限制，對此規定認為違反憲法第 29 條無效而提起訴訟<sup>29</sup>。

第一審以及上訴審均判決原告敗訴。對此，X 提起上訴至最高法院，最高法院宣示對共有林之分割請求加以限制的舊森林法第 186 條規定違反憲法第 29 條而無效，自判決後約 1 個月，國會通過森林法的修正案，將受到違憲宣告之系爭規定刪除。

日本最高法院對於經濟自由權中的營業自由，於「小賣商業調整特別措置法合憲判決」與「藥事法違憲判決」兩個判決中，確立了違憲審查之方式及基準。兩判決之意旨在於：對於營業自由之手段審查基準，在積極規制方面係適用明白性原則，至於消極規制則採必要最小限度之基準，由規制目的之類型決定（所謂限制目的二分論）。惟參照陳春生教授的分析<sup>30</sup>，日本學界一般認為本判決並不採取向來上述二分法，而為第三種類型，理由在於本案之特殊性；或因財產權之內容及限制之多樣性，不適合二分論，或認為對於營業自由限制，向來之二分論受到批判，故此乃對限制目的二分論之修正等。

## 二、判決分析

日本國憲法第 29 條規定保障私有財產制度，即保障社會經濟活動的基礎，也就是國民個別財產權此一基本人權，同時，考量社會全體之利益而對財產權有加以限制的必要者，國會得在符合公共福祉之前提下，對於財產權予以限制。

財產權之內在限制，也就是國會基於社會全體利益所加之限制，因財產權之種類、性質等因素而有多種多樣變化，同時，對於財產權限制除了有促進社會公共便利、保護經濟上弱者等社會政策及經濟政策上的積極目的之外，尚有保障社會生活安全與維持秩序等消極目的<sup>31</sup>，綜上，因應不同限制目的而有多樣化之財產權限制手段。

法院對於立法之限制目的不具前述積極或消極目的，且不符合公共福祉要求

<sup>29</sup> 參照石川健治、杉原泰雄、野中俊彥編著，財產權と共有林分割規制「森林法事件」，新判例マニュアル憲法Ⅱ「人權 2」，三省堂，2000 年 9 月，172 頁。

<sup>30</sup> 參照陳春生，日本最高法院違憲審查裁判的拘束力，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007 年 3 月，460-462 頁。

<sup>31</sup> 參照陳春生，日本最高法院違憲審查裁判的拘束力，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007 年 3 月，460 頁。



者，或者限制手段對於立法目的之達成不具備必要性與合理性者，應認定系爭限制超過國會合理裁量的範圍，違反日本國憲法第 29 條第 2 項規定。

森林所有權之所以會形成共有的原因，不全然是共有人為了經營森林目的而形成共有，因此，共有人之間也不必然因此對於森林經營產生相互協力之權利義務，換言之，森林之共有與森林之共同經營不具有直接關連。對於森林之共有人之間的權利義務之限制，在森林法第 186 條係以森林經營之安定為其立法目的，綜上，可謂欠缺合理的關聯性。共有森林分割一律限制以現物分割為方式，亦非為達成同條立法目的之合理性手段，逾越限制之必要限度。

本件判決係關於財產權侵害事件，日本最高法院首度作出違憲判斷之判決。對於財產權之限制，日本法院以往之判例法理一般以極為抽象的、曖昧的方式表示，但是，本件判決對於個別財產權的限制問題加以判示，在判斷財產權限制的合憲性之際係為重要的參考指標。

首先，就本件爭點加以整理，針對其中憲法上論點予以觀察<sup>32</sup>。憲法第 29 條對於財產權之保障，不僅及於共有之所有形態，對於分割行為此一財產權之行使亦為其保障範圍。具體而論，日本民法第 256 條第 1 項規定以自由分割共有物為原則，然而森林法第 186 條對於自由分割原則加以限制，形成是否侵害財產權之行使的問題。

財產權之行使態樣多種多樣，財產權的具體內容必須藉由法律來形成。是以，法律在形成財產權同時，就財產權行使方法加以限制，即形成對於財產權之限制。因此，憲法對於財產權之保障，一方面以法律之存在為前提，另一方面，又要避免因法律產生過度之限制，必須作出平衡的調整。對於財產權之問題，首先要判斷憲法所保障的財產權內容為何，其次，何種程度的限制為必要的、合理的限制。

再者，財產權之保障不僅關於財產權之內容、行使，亦包括禁止國家恣意的剝奪，換言之，只有在合乎公共福祉且已為正當補償的情況時，始能承認之（憲法第 29 條第 3 項）。在上述承認國家徵收權力之情形，何種程度之補償具備必要性，屬於具體的土地徵收等行政法上的問題。

#### （一）財產權保障的意義

<sup>32</sup> 參照大林啓吾，川崎政司、小山剛編著，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，92-94 頁。

日本憲法第 29 條為財產權保障之規定；同條第 1 項規定財產權不可侵犯，第 2 項規定財產權之內容應合於公共福祉，由法律規定之，兩者間之關係，從條文文義上來看可謂係矛盾的。

關於上述矛盾，一般認為須同時考慮財產權保障之方法，以及須衡量兩者間互相銜接之可能性。財產權，係自由地利用、處分自己財產之權利，為了保障此財產權之內容，必須承認個人私有財產制度此一制度性保障。這樣一來，私有財產制度又可依據日本國憲法第 29 條第 1 項及第 2 項規定，得基於公共福祉而以法律加以限制。

不過，就算將日本國憲法第 29 條第 1 項及第 2 項調整論的主軸當作私有財產制的保障依據，但此僅為骨架（大綱），在具體情形應如何對應尚無法得知，目前日本最高法院在事件當中，陳述對於財產權的保障採取了私有財產制，惟同時受到公共福祉之限制，以此為開端，日後不斷地重申此一論點，結果上，財產權保障規定能否提供個別人權保障之機能尚處於混沌未明的狀態。此一問題到了本件訴訟，日本最高法院不只明確指出財產權保障之內涵為私有財產制，進一步地，也保障了作為社會經濟活動基礎之個別財產權，比起過往更明白揭示了財產權之內容。

因為有上述判決的產生，提供了在個別具體場合考量財產權問題的方向性，換言之，關於程度上尚未侵害私有財產制本質之問題，例如何種內容的財產權應以何種程度的法律予以限制，將是被關注、質疑的地方。

### （二）限制財產權之內容

限制財產權，包括限制其自體內在（內在的限制），以及基於社會經濟政策所為之政策限制兩種。學者對於相關的條文解釋有認為憲法第 29 條第 2 項為政策限制之根據，而內在的限制則以憲法第 12 條、第 13 條為根據，亦有認為第 29 條第 2 項包含兩種限制，在限制程度上同樣要求限於必要最小限度之手段，亦即兩者並無實質的差異。對於此點，日本最高法院於本件判決中所為判示不得不加以注意，其認為內在限制與政策限制之區別在於：政策限制所包含之立法目的較為廣泛，不僅止於積極目的，更包含消極目的，並沒有採取學說上所認為「內在的限制＝消極目的」、「政策的限制＝積極目的」的看法。而且，如此的判示迫使限制財產權與限制目的二分論之關係產生重大的修正。

### （三）與限制目的二分論的關係

一般而言，對於經濟自由權的限制，分為以維持安全與秩序觀點所為之消極目的限制，以及站在社會經濟的立場所為之積極目的限制。關於違憲審查基準之採酌，前者適用嚴格的合理性基準，後者則採取明白性原則。以上為限制目的二分論的見解。多數認為，財產權的問題大體上被歸類在經濟自由權的限制中，適用限制目的二分論之違憲審查基準。

但是，本件判決並沒有明確採取限制目的二分論，就此點來說，又可理解為：1、本件判決是否的確沒有採用限制目的二分論，2、沒有採取的理由為何，以及3、本件財產權之問題是否歸類為職業選擇自由之限制體系中等等之問題。

首先，本件判決多數意見引用藥事法距離限制事件判決之處並非限制目的二分論，而是限制樣態屬於多種多樣，以及限制的目的、必要性與內容等因素比較衡量之見解，可以歸結出本件判決並無採取限制目的二分論。

本件判決為何沒有採取限制目的二分論之理由，可能在於本案事實之特殊性，以及日本最高法院嘗試修正限制目的二分論之界限。後者，實乃由於限制態樣的多樣性，導致限制目的二分論無法對應所產生之修正意見，以及由限制目的二分論所導出之違憲審查基準是有問題的。

但是，本件判決一方面提及限制態樣的多樣性，另一方面以比較衡量的方式判斷森林法之立法目的，並未區別究屬消極或積極之性質，由此觀之，本件屬於財產權之事例，不應與職業選擇之自由相混淆。

### 三、違憲審查基準之分析

本件判決脫離限制目的二分論，另以獨立之基準，融合比較衡量論與比例原則，就限制手段之有效性指摘之。根據上述見解，單純的比較衡量論往往以公益為優先考量，而本件所示之比較衡量論，係以目的須正當且手段須具備必要性及合理性，一方面維持因限制所得之利益，一方面以尊重最大限度人權為目標。

學者大林啓吾<sup>33</sup>認為：本件判示森林法第 186 條之立法目的為森林經營之安定，且合乎日本國憲法第 29 條第 2 項公共福祉之要求，但是，認定限制手段在合理性、必要性上欠缺妥當性。根據日本最高法院之見解，森林經營之安定與分割限制並無直接關連，因為共有人之間因限制分割產生的意見對立將導致森林之荒廢，換言之，限制分割手段與森林法第 186 條立法目的間並無合理的關聯性，

<sup>33</sup> 參照大林啓吾，川崎政司、小山剛編著，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，94-95 頁。

因此，針對於持分 2 分之 1 以下之共有人的限制分割規定與其他限制手段相較，看不出能有效穩定森林經營；一律否定持分價值 2 分之 1 以下共有人的分割請求權已超越了限制的必要限度。綜上，本判決之判斷基準，係考量下列三個因素：第一，限制所得之利益與所失之利益間的均衡；第二，正當的立法目的與限制手段間之合理關連性；第三，為了達成立法目的之必要手段。與比例原則相類似，屬於通用於一般人權的違憲審查基準。

對此，戶松秀典教授<sup>34</sup>認為本件判決係採單純的合理性基準，理由如下：最高法院判示「森林法第 186 條之立法目的，……不能認為明顯地不符合公共福祉之要求」，「森林法第 186 條規定否定了共有森林持分 2 分之 1 以下共有者之民法第 256 條第 1 項分割請求權，此一限制手段與其立法目的間無法肯認其合理性及必要性，關於此點立法府的判斷，實已超過合理的裁量範圍。」以上判決是基於合理性基準所作之違憲判斷，更進一步地，由於結論為違憲，不能不認為其審查基準較單純的合理性基準嚴格，可是，從本件審查基準來觀察，認定立法目的合憲之後，在手段審查上無法肯認其合理性及必要性，因而認定國會的判斷超越合理的裁量範圍，無法就此點判定本件採取嚴格的合理性基準。

#### （一）共有權人之權利與審查基準

本件所判示之合理性及必要性基準與比例原則相類似，但是，卻沒有明確說明之所以採取如此基準的理由，多數意見認為係由於本件屬於特殊事例之故。關於此點，有學者進一步地從權利的特性加以觀察，以下說明之。

日本最高法院認為：共有物分割請求權，由於物權、財產權之歸屬日趨複雜，各共有人欲取得單獨所有權，……基於公益的目的所發展的權利，共有權利的本質與持分權的處分自由皆為民法所承認。」日本民法第 256 條所定之分割請求權實屬共有人的基本權利。以此見解來回顧本件判決，森林法第 186 條之分割限制規定係對於共有人的基本權利所加之限制，因此，對於此限制規定必須進行嚴格地審查。

#### （二）本件判決以後之判例法理的展開

根據學者大林啓吾<sup>35</sup>分析，在本件判決之後，日本實務雖然遵從了本件判決

<sup>34</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，305 頁。

<sup>35</sup> 參照大林啓吾，川崎政司、小山剛編著，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，90-97 頁。

的見解，但是，卻有不引用本件判決而下判斷之傾向。在有關證券取引法第 164 條第 1 項之證取法短期買賣利益返還請求事件<sup>36</sup>中，不僅提及限制態樣的多樣性，對於財產權限制之公共福祉適合性上，亦使用了比較衡量法加以判斷，在這點上承繼了本件的判斷方法。此外，先判斷限制目的的正當性，再判斷限制內容之必要性與合理性的過程，亦與本件相同。不過，與本件不同的是，對於必要性及合理性並沒有展開詳細的檢討即作出合憲判斷。之後的判例則沒有引用本件見解，而是傾向引用上述證取法短期買賣利益返還請求事件，作出合憲判決。其中，農地法許可制事件<sup>37</sup>為其代表例，極為簡單地認定目的的正當性與手段的合理性，沒有對於立法事實加以審查，即作出合憲判斷；證取法利益提供行為禁止事件<sup>38</sup>亦引用證取法短期買賣利益返還請求事件，依照同樣判斷流程作出合憲結論。

綜上所述，本件以後之判例並沒有採取本件所示之合理性及必要性基準，只能說適用合理性基準。其間不同之處，原因可能在於本件因為涉及共有人基本權利之限制，所以適用合理性及必要性基準，惟之後的判例事實因與共有人基本權利之限制無關，故在違憲審查基準之適用上沒有採取同樣的基準。

## 第五項 郵便法違憲事件判決

### 一、案件事實

原告為了對 A 請求償還債權，對 A 在 B 銀行所有存款之返還請求權，以及 A 在 C 公司之薪資支付請求權，提出債權扣押命令的申請，法院許可該命令。此一命令之正本以特別掛號方式投寄，在 1998 年（平成 10 年）4 月 14 日送達 C 公司，15 日送達 B 銀行，但是，A 在 14 日於 B 銀行分行提出存款。原告因為聽到郵局將寄給 B 銀行的特別掛號郵件放入郵局的信箱，因此郵件晚一日寄達，而 A 因為從先行收受的 C 公司那裏聽到債權扣押命令的事情，立即從 B 銀行提出存款，導致原告權益遭受損害，因此原告基於國家賠償法第 1 條第 1 項規定以郵局職員有過失為理由，提出國家賠償請求<sup>39</sup>。然日本郵便法第 68 條將郵政事業廳應負損害賠償責任之範圍，限定在：第一、掛號郵件全部或一部遺失時；第二、交付代收

<sup>36</sup> 日本最高法院 2002 年 2 月 13 日大法庭判決民集 56 卷 2 號 331 頁。

<sup>37</sup> 日本最高法院 2002 年 4 月 5 日大法庭判決刑集 56 卷 4 號 95 頁。

<sup>38</sup> 日本最高法院 2003 年 4 月 18 日大法庭判決民集 57 卷 4 號 366 頁。

<sup>39</sup> 參照大石真、大沢秀介，判例憲法 Constitutional Law：Selected Cases，有斐閣，2009 年 4 月，238 頁。

現金郵件時，卻導致郵件遺失或毀損；第三、包裹全部或部分遺失、或毀損時。其次，該法第 73 條將得請求損害賠償者，限定在該郵件之寄出人或取得承諾之受領人。第一審及第二審法院基於上述郵便法規定並未違反憲法第 17 條規定，認定於特定情形免除國家賠償責任，因而判決原告敗訴。不過，原告上訴至日本最高法院後，最高法院廢棄原判決，發回高等法院。

## 二、判決分析

郵便法第 68 條、第 73 條規定郵件發生事故時，得在上述範圍內大幅免除、限制國家賠償責任，而在本件判決中，日本最高法院<sup>40</sup>以系爭規定免責、責任限制之範圍過於廣泛，違反規範國家賠償責任之憲法第 17 條規定，作出重要的判決。

本判決針對現行法令作出違憲之判示，屬於「法令違憲」判決，以下針對國家賠償制度中免責規定之定位、意義為軸心，加以檢討。

郵便法第 68 條第 1 項規定：郵政事業廳長官，基於本法及依據本法授權制訂之總務省令規定，處理郵件時，以該當下列情形為限，負損害賠償之責任：第一，掛號郵件全部或一部遺失時；第二、交付代收現金郵件時，卻導致郵件遺失或毀損；第三、包裹全部或部分遺失、或毀損時。其次，同法第 73 條規定「得請求損害賠償者，為該郵件之寄出人或取得承諾之受領人。」依照上開規定之文義解釋，寄出郵件發生事故時，得提出損害賠償請求之情形如下：第一、限於掛號及包裹郵件；第二、該當郵件遺失或毀損時；第三、上述情形，係由於郵件送達職員之故意或重大過失所致；第四、損害賠償請求權之主體，限於該郵件之寄出人或取得承諾之受領人。

公務員不法行為造成國民損害時，因國家賠償法的制定，國民得依照該法規定獲得一般的救濟。但是，國家賠償法第 4 條規定，關於損害賠償的問題「除了前三條規定之外，尚須適用民法之規定。」同法第 5 條規定「民法以外之其他法律若有特別規定者，適用該特別之規定。」因此，有關郵件事務之郵便法第 68 條、第 73 條之適用，造成損害賠償請求之可能性受到極其限縮，換言之，國家損害賠償責任大幅度地被免除乃至於限制。對於上述規定，即有違反憲法第 17 條國家賠償責任規定之議論。

<sup>40</sup> 日本最高法院 2002 年 9 月 11 日大法庭判決民集 56 卷 7 號 1 頁。

日本最高法院於本判決中，作出如下之判示<sup>41</sup>：

1、將憲法第 17 條具體化作為法律合憲性審查之基準

「憲法第 17 條……公務員何種行為構成國家賠償要件，國家必須負擔損害賠償責任，係委由國會之政策判斷。不過，並非賦予國會無限制之裁量權形同法律空白委任。……公務員不法行為所導致的國家賠償責任及公共團體損害賠償責任之免除，以及其限制之法律規定，是否適用於憲法第 17 條，必須因應該當行為之態樣，以及受到侵害法益的種類與侵害之程度，免責及責任限制之範圍、程度等條件，綜合判斷該當規定立法目的之正當性及手段之合理性與必要性。」

2、郵便法第 68 條、第 73 條立法目的之正當性

「郵便法第 1 條規定『郵件遞送工作之目的，在於以便宜的費用，普遍地、公平地提供社會大眾加以利用，以增進公共福祉。』本條規定為郵便法之立法目的，同法第 68 條、第 73 條之免責及責任限制規定可謂係本於此立法目的所有的規定，亦即，郵政官署被要求在有限人員、經費的條件下，無論送達距離長短、交通手段之地域差異，都要將每日大量經手之郵件，以迅速以及盡量便宜的價錢，普遍公平地處理。……因此，……同法第 68 條、第 73 條對於損害賠償之對象及範圍加以限定的目的，可謂正當。」

3、關於本案件郵便法第 68 條、第 73 條之合憲性

(1)以掛號郵件為例

「掛號，……必須將該當郵件收取至送達的過程加以記錄（郵便法第 58 條第 1 項），關於一定之郵件，對於其收受至送達過程加以記錄（同法條第 4 項），讓此郵件以適當的手續確實地送達。……為了達成同法第 1 條之立法目的，對於郵件業務從事者輕過失之不法行為所生損害，同法第 68 條、第 73 條免除及限制國家的損害賠償責任，即有不得不為的理由，不能說有違反憲法第 17 條之情形。但是，如果掛號郵件因郵件業務從事者之故意或重大過失導致損害發生時，會損及社會大眾對於掛號制度的信賴。從而，免除及限制上開情形之國家賠償責任，有違郵便法第 1 條之立法目的，且難以認定其合理性。……同法第 68 條、第 73 條規定中，關於掛號郵件，如因郵件業務從事者故意或重大過失之不法行為造成損害時，其免除且限制國家損害賠償責任部分，逾越憲法第 17 條賦予國會裁量

<sup>41</sup> 參照尾島明，時の判例，ジュリスト（No. 1245），2003 年 6 月 1 日，188-191 頁。

權之範圍，違反憲法第 17 條規定而無效。」

(2)以特別掛號（特別送達）郵件為例

「……特別掛號郵件，只是掛號郵件整體中之小部分，所以，有必要在掛號手續費外，增加收取特別手續費；其次，其特殊性在於：正確且確實送達有直接利害關係之訴訟當事人等，且沒有其他親自送達手段。……關於特別掛號郵件，本件肯定郵件業務從事者輕過失所導致不法行為之損害，國家應負賠償責任，且國家損害賠償責任不妨礙郵便法立法目的之達成……因此，同法第 68 條、第 73 條規定中，關於特別掛號郵件，如因郵件業務從事者輕過失之不法行為造成損害時，其免除且限制國家損害賠償責任部分，違反憲法第 17 條規定而無效。」

關於本判決之檢討如下：

### 1、憲法第 17 條之法的性格

憲法第 17 條，係公務員不法行為導致損害，國家及公共團體應負損害賠償責任的規定。本條規定，否定了明治憲法下「國家無責」之說法<sup>42</sup>，為現行憲法中人權尊重主義的規定之一環。條文中「依據法律之規定」，雖然有綱領規定說<sup>43</sup>（理解為方針條款）與抽象權利說<sup>44</sup>之爭議，但是，無論採取何種見解，在現今並無重大的問題。理由在於：國家賠償請求之具體要件應以法律加以規定（目前制定了國家賠償法），本條要求「國家賠償制度之創設」為立法者的義務，因此，多數論者認為若有法律規定違反本條意旨是不被允許的。

不過，採取綱領規定說可能會導出容認國會有極廣泛的裁量權之結果，應該要極力地加以避免。明治憲法下之郵政制度有強烈的「官業」色彩，蓋在舊郵便法的許多規定皆是以國家特權來遂行。今日，此種論點當然不可能被支持，不過，當前郵便法之規定有繼承舊法的部分，在本次判決當中，有問題的法條必須在此脈絡下加以考量。

### 2、免責、責任限制規定之合理性

<sup>42</sup> 在明治憲法下的日本，並沒有類似國家賠償法之法律，而且，行政裁判法（明治 23 年法律第 48 號）第 16 條規定「行政法院受理損害賠償之訴訟」，因此，行政行為導致損害發生時，只能適用於民法上損害賠償之規定。

<sup>43</sup> 關於憲法第 25 條之法的性格，強調其屬於綱領規定之見解，包括有朝日訴訟最高法院判決（最大判昭 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 號 1043 頁，判例時報 481 號 9 頁），以及堀木訴訟最高法院判決（最大判昭 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 號 1235 頁，判例時報 1051 號 29 頁）等等判決。

<sup>44</sup> 採取抽象權利說之見解有：小林孝輔、芹澤清編『別冊法學セミナー基本法コンメンタール憲法〔第四版〕』（日本評論社，平成 9 年）97 頁以下，以及野中俊彥他共著『憲法 I〔第三版〕』（有斐閣，平成十三年）505 頁等參照。



依據前述，郵便法第 68 條、第 73 條與一般國家賠償法之損害賠償責任相比較，其賠償責任之範圍屬於極其狹隘之規定。其次，由於郵便業務必須在有限的經費、便宜的價格下完成郵件之遞送，因此，限制其國家賠償責任的範圍可以肯定其必要性及合理性。但是，系爭「限制」的具體內容妥當與否有必要另外加以考察。

其他公共事業亦基於同樣的理由，多數皆有於事故發生時事業主體（國家等）之免責、責任限制規定，例如因事業擔當（執行）者之故意或重大過失導致損害發生的情況，即有不少免責或限制責任之規定。即便當前許多見解認為郵便法第 68 條、第 73 條存在不少憲法上的疑義，先前日本最高法院判例仍維持一貫的合憲立場，無論是重大過失或是故意的場合，均明示其免責、責任限制規定合憲。

另一方面，違憲論者並非主張郵件事故所造成之損害，國家均應負起損害賠償責任，而是認為在掛號及包裹郵件等有遞送紀錄之郵件，因郵局員工之故意或重大過失發生「遺失或毀損事故以外之損害」，以及收件人與受領人以外之人蒙受之損害時，予以免責之規定係違反憲法第 17 條而違憲。違憲論之主要論據<sup>45</sup>在於：第一、由於掛號郵件之遞送必須支付比通常郵資更多之郵資，因此，應特別期待其能正確、確實地送達；第二、掛號郵件只佔了全部郵件中之一小部分，即便為了掛號郵件事故而負起損害賠償責任，亦不會損及郵便法第 1 條立法目的之達成；第三、私法上約款，若對於故意或重大過失予以免責，難道沒有違反公序良俗的問題嗎？基於以上種種觀點，違憲論之一方較具有說服力。

### 三、違憲審查之範圍

依據學者長尾英彥之分析<sup>46</sup>，本件事例屬於掛號郵件中少數的特別掛號郵件，具有一定的特殊性，本件判決判示：①關於一般掛號郵件，因郵局職員之故意或重大過失所致損害予以免責之規定違憲；②若為特別掛號郵件，因郵局職員之輕過失所致損害予以免責之規定違憲。

多數意見係自一般掛號郵件開始檢討，以特別掛號郵件屬於掛號郵件之一種為前提。日本法院，特別是最高法院通常採取「司法消極主義」，不過在本件判決中，日本最高法院作出郵便法違憲之結論，一反司法消極主義之先例。

<sup>45</sup> 參照千葉惠美子，規制改革と契約法—郵便法免責規定違憲判決を契機として，名古屋大學法政論集 201 期，2004 年 3 月，401 頁。

<sup>46</sup> 長尾英彥，郵便法免責規定の違憲性，中京法學 38 卷 1 號，2003 年，13-16 頁。

雖然本件判決掛號郵件因郵局職員之故意或重大過失所致損害，不能給予免責，亦即郵便法上開免責規定違憲，但亦可從「合憲限定解釋」的角度探討「適用違憲」之可能性，不過，如此一來，將會超越郵便法第 68 條文理解釋的範圍。若以「限於該當事案，如予以免責則會違憲，故不給予免責」之「適用違憲」方式處理，得預想的是：郵件事故之態樣極其多種多樣，而適用違憲有「若不判決，則無法得知其結論」之缺點，是以，亦不適宜採取此一方式。再者，自從 2003 年（平成 15 年）4 月 1 日開始，郵政事業廳變更組織為郵政公社，且逐漸地允許民間業者參與書信之送達事業，以此為背景若允許以附合契約之方式免除損害賠償責任，會給人民以特權遂行業務之印象，此亦可能為本件判決的考量之一。

本件判決並沒有直接提及掛號以外郵件之損害賠償範圍的問題，雖然郵便法中另有規定，但小型包裹與一般掛號郵件同樣必須由郵局職員記錄該郵件之收受、送達，因此，多數意見以此為依據作出小型包裹與一般掛號郵件相同之解釋，因本件違憲判決必須修改相關違憲之規定，並明定相關賠償責任。

若是普通郵件發生事故，由於一般信件、明信片等很難證明寄送的事實，不得不免除其賠償責任，可是，就像以往的某些案例，郵差因厭惡送信而將信件故意棄置或藏匿，如為故意或重大過失的情況，只要能證明寄出的事實，也應有某種程度的救濟。關於此點，尤其若是「故意」，可理解為非以郵局職員身分而係以「個人」身分行動，必須依照民法規定負擔不法行為責任。

本件判決是日本最高法院難得一見之法令違憲判決，且郵政制度與市民日常生活極其密切，因此受到注目。在判決確定之後，國會隨即依據違憲判決之意旨進行郵便法相關法條之修正作業，於 2002 年（平成 14 年）12 月 3 日公布實施新修正之法律。

## 第六項 在外日本國民選舉權事件判決

### 一、案件事實

本件訴訟是 1996 年（平成 8 年）10 月 20 日所實施之眾議員總選舉（以下簡稱本件選舉）時，不能投票之在外國民（即居住國外，在日本國內之市町村區域內，無住所之日本國民），以國家為被告，主張公職選舉法限制在外國民於國政選舉時無投票權乃違憲、違法以及請求支付慰問金之訴訟。但是，本件訴訟繫屬

中，1998年（平成10年）因法律48號修改，公職選舉法（以下稱本件修正）創設在外國民於國政選舉得投票之制度，惟只針對眾議院及參議院比例代表選舉議員之選舉（本件修正後公職選舉法附則第8項），其間眾議院選舉區選出眾議員之選舉及參議院選舉區選出議員之選舉時，在外國民不能行使投票。

本件中，在外國民之原告X等對於被告之國家，請求以下之點：第一、主要請求為確認本件修正前及本件修正後之公職選舉法均違反憲法第14條第1項、第15條、第43條、第44條及市民政治相關之國際規約第25條，預備請求為X等21名國民於眾議院小選舉區議員之選舉及參議院選舉區議員之選舉，確認有行使選舉之權利。第二、國會怠於修正公職選舉法之行為，使X等於本件選舉時無法投票而蒙受損害。因此請求法院判令國家支付X等每人3萬元之慰問金及法定遲延利息。第一、二審對以上各項確認、支付之請求均以不合法而駁回，又本件國家賠償請求，也均被實體駁回。本件判決對於原審之判斷認為明顯地違反法令，而且判示不承認在外國民選舉權之全部或一部之本件修正前與修正後相關公職選舉法規定均違憲，此外，並確認X等持續居住國外之11名國民於下一次眾議員選舉得於在外選舉人名簿登錄且投票之地位，同時對於X等之國家賠償請求，判令國家應賠償每人日幣5000元慰問金<sup>47</sup>。

## 二、判決分析

對於國民之選舉權或其行使加以限制原則上不被允許，國家一方面必須確保選舉之公正，另一方面，為了選舉權行使的可能性，國家有責任為必要之措施，惟若國家對於確保選舉之公正有事實上不能之顯著困難，不在此限。

但是，1998年（平成10年）修正前之公職選舉法，存在著海外國民無法行使投票權之障礙，欲解決此一問題，內閣於1984年（昭和59年）創設海外選舉制度而提出公職選舉法的修正草案，不過，國會自此後的10年期間均未通過創設海外選舉制度之修正案，就公正選舉之確保即沒有事實上不能之顯著困難，換言之，國家對於保障選舉權之行使必須採取必要措施。

至於修正後公職選舉法所形成之地方選舉區不能進行海外投票的情形，由於通信手段的發達等因素使得天崖若比鄰，海外國民亦得獲取候選人的正確情報，此外，要求名簿登錄者自行書寫姓氏的規定，自從2000年（平成12年）以後的

<sup>47</sup> 參照陳春生，論立法不作為之違憲審查，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007年3月，289-290頁。

參議院議員選舉採用非拘束式比例代表制之海外投票後，可以推論得知在地方選舉區議員選舉進行海外投票，並非不可能達成之事，因此，海外選舉制度並無難以創設之顯著困難。

關於原告所提確認今後行使選舉權地位之訴訟，由於選舉權具有受到侵害之後無法回復之性質，鑑於其重要性，以屬於有效適切的手段為限，亦即肯定有確認利益時始得提起。本件選舉權限制規定違反憲法之事件，上訴人即原告請求確認於次回之眾議院議員總選舉及參議院議員通常選舉中，得在地方選舉區之海外選舉人名簿上登錄而行使投票權的地位。

立法的内容或立法不作為明顯對於國民憲法上權利有所侵害的情況，若確保國民上述權利行使之機會所必要的立法措施有所欠缺，國會沒有正當理由而長期怠於注意時，國會議員之立法行為或立法不作為即有國家賠償法的適用，必須受到違法的評價。

以下針對本件判決中憲法上論點，諸如選舉權之重要性，以及選舉權在何種程度得加以限制作討論，其中，公職選舉法中對於海外投票制度之不完備是否逾越立法裁量之範圍而有違憲之虞，為應特別注意的地方。

#### （一）選舉權之保障

選舉係國民作為主權者參與國政之重要方式，對此，憲法第 15 條第 3 項規定「關於公務員的選舉，由成年人普通選舉保障之。」保障了國民之選舉權。關於選舉權的性質，可以從權利的性格方面觀察，亦可以從公務的性格方面加以觀察。前者從權利性加以觀察（權利一元說），後者包含公務的性格在內同時加以重視（權利、公務二元說），目前以二元說為通說。不管採用哪一說見解，選舉權係國民主權，同時亦為國民參與政治非常重要的管道。

關於選舉權的具體化，憲法規定兩議院議員之「選舉人的資格，由法律規定之。（第 44 條）」，「選舉區、投票方法以及其他選舉兩議院議員的事項，由法律規定之。（第 47 條）」因此，這是選舉制度之具體設計委由立法者加以考量的依據。另一方面，憲法規定採取普通選舉原則，對於選舉權之限制以必要最小限度之不得已事由為限。現行之公職選舉法對於成年國民承認基本選舉資格，無關於性別與財產。但是，成年被監護人（成年被後見人：日本民法第 7 條規定，因精神上障礙欠缺事理判斷能力者，家庭裁判所得基於本人、配偶、四親等內之親族等聲請人或檢察官之聲請，開始後見之審判。）、受刑人、選舉犯罪者等則

不承認其選舉資格，蓋此類人行使選舉權是否有助於民主制度之形成尚有疑問，故限制其行使選舉權具有不得已之必要事由。

與選舉權有關之憲法上重要原則，其中之一為平等選舉原則，基於憲法第 14 條法之下的平等一般規定，特別於憲法第 44 條規定有關議員之選舉人資格禁止因人種、信仰、性別、社會身分、門第、教育、財產或收入之不同而為差別待遇。此原則包含投票機會之平等以及投票價值之平等，選舉除了一人一票原則之外，亦要求「每一票之價值（重量）」必須同等。在各個選舉區間的議員應選名額之人口比例差異問題，導致投票價值平等與否的疑問產生。

## （二）海外國民選舉權之保障

海外國民之在外投票制度，正因為這些國民不在日本國內，而必須建構此一選舉制度，惟在舊法時代因被認為是繁瑣的重大問題而不被認可，在這種情況下，海外國民之選舉權有遭到漠視之虞。日本實務向來之判決認為選舉權為非常重要之憲法上權利，同時關於相關制度之建構，也廣泛承認立法裁量權限，對於選舉權之行使原則上不得加以限制，除非有「必要之事由」始得為之<sup>48</sup>。本件判決中，日本最高法院對此可概略分為二個意見。

首先，認為系爭限制違憲之意見<sup>49</sup>：憲法對於國民投票之機會應於以平等地保障，又對於國民選舉權之行使原則上不得加以限制，倘欲加以限制必須限於不得已之例外情形，於改制前，國會有長達 10 年以上的期間擱置海外國民投票制度，由於此時並無不得已之事由，因此不得對海外國民選舉權加以限制，換言之，國會有創設海外國民投票制度之義務卻不履行，此一立法不作為應屬違憲。

另一方面，另二位法官之反對意見<sup>50</sup>認為海外國民之選舉制度必須「委託國會之裁量判斷。」並且「海外國民行使選舉權…的同時，與國內國民行使選舉權的情形相較，存在著種種社會的、技術的問題，海外國民投票制度其用意在於確保選舉之公正與公平，所以為了避免選舉制度的混亂，國會必須適切地行使裁量權。」強調國內選舉之實施與海外選舉的情形不能一概而論。反對意見之見解認

<sup>48</sup> 參照陳春生，論立法不作為之違憲審查，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007 年 3 月，293 頁。

<sup>49</sup> 參照野中俊彥，在外選舉制一部違憲判決の意義と問題点，ジュリスト (No. 1303)，2005 年 12 月 15 日，20 頁。

<sup>50</sup> 參照新井誠，川崎政司、小山剛編，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，82-89 頁，125-126 頁。

為，海外選舉若採用與國內選舉相同條件來進行，將會產生問題，特別是海外投票制度之實施，有關候選人情報之傳達以及投票場所、方法或時間之公平性保持均可能發生問題。因此，反對意見認為建構選舉制度應大幅度地賦予國會裁量權，此一見解為向來日本最高法院所採用之理論。

以上為多數意見及反對意見兩方面的理由，各自有一定的說服力。依少數意見之理由，建構海外選舉制度的確必須尊重國會裁量權，惟國會無不得已事由不得長期怠於行使裁量權。此外，對於海外國民投票制度之執行負有責任之內閣，整理海外投票制度的問題點後，於1984年（昭和59年）提出海外投票法案於國會（昭和60年遭到廢案）。而且，1998年（平成10年）公職選舉法修正以後，新增比例代表選舉之海外投票制度，2000年（平成12年）參議院之比例代表選舉實施結果，海外投票並無困難的情形。由此可反證得知海外投票具有可行性，以海外投票不具可行性為理由（二位反對意見之法官所提倡之理由）限制選舉權並不正當。關於此點，福田博法官之補充意見認為「以居住國外為理由，形成一般性國民選舉權之限制事由，並不妥當」<sup>51</sup>，此一見解受到注目，認同法院實務見解之學說意見亦屬多數。

可預見的是，今後有關選舉權實質保障的政策實行，除了既存的郵遞投票，並將導入網路投票制，有必要採取充足的因應措施。除了前述政策之外，海外國民投票的選舉區之設置，是否以海外國民之前於日本國內之居住地和戶籍地為決定方式，亦有檢討餘地。

### 三、違憲審查基準之分析

#### （一）立法行為（不作為）之國家賠償

立法行為（不作為）之國家賠償，係因立法者一定之行為（沒有採行必要之努力實施一定的政策）的結果，導致國民的權利利益發生損害，受損害之國民得對國家請求損害賠償。

日本最高法院於在宅投票制度廢止訴訟判決<sup>52</sup>中，作出下列立法行為（不作為）國家賠償基準，其內容有以下三點：第一、關於國家賠償之違法判斷，採取所謂職務行為基準說。第二、須區別國家賠償之違法與違憲之不同。第三、有關

<sup>51</sup> 參照新井誠，川崎政司、小山剛編，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007年6月，82-89頁，126頁。

<sup>52</sup> 日本最高法院1985年11月21日小法庭判決民集39卷7號1512頁。

立法不作為之國賠違法的成立，須非常嚴格地限制適用。換言之，國會議員之立法行為或立法不作為，儘管立法內容或立法不作為違反憲法意旨，但該當立法內容被實行之際，除非有難以預料的例外情況，於國家賠償法第 1 條第 1 項規定之適用上，不會因此受到違法之評價<sup>53</sup>。因為日本最高法院曾在 1985 年（昭和 60 年）作出如此判示，使得此一基準成為立法行為（不作為）之國家賠償基準，但是，這樣的基準再三地受到批判，蓋會使得立法不作為之國家賠償的認定過於狹隘，實際上幾乎所有的國家賠償請求都不被認可。因此，在近年下級審法院判決中可見到與最高法院若干不同之觀點。

例如，漢生病預防法違憲國賠訴訟之熊本地方法院判決<sup>54</sup>，將至今為止之先例亦即在宅投票制度廢止訴訟判決與漢生病患隔離之限制自由的問題加以分離，承認了後者的立法不作為係屬違法，其手法被認為與先例之在宅投票制度廢止訴訟判決的基準不同。

再者，有關 A L S<sup>55</sup> 患者其選舉權行使之東京地方法院判決<sup>56</sup>認為，雖然政府並未充分保障患者行使投票權的機會此點違反憲法，但堅持立法不作為之違憲性與國家賠償法上之違法性有所不同，因而廢棄了以立法不作為違憲為理由之國家賠償請求。在上述判決中，東京地方法院指出「立法內容違反憲法文義」的情況，僅僅只是例示，然後重新提出如下的理論架構：「若系爭立法違反憲法已經成為國會議員的共識，在此前提下，國會沒有合理理由卻未採取相關立法措置，係違反其職務上立法的義務」。此一見解，可認為係對於在宅投票制度廢止訴訟判決的重新解讀。

## （二）日本最高法院關於立法不作為之國家賠償相關判決之比較

參照學者新井誠之分析<sup>57</sup>，海外國民選舉權事件判決係日本最高法院首次對於立法行為（不作為）承認國家賠償的案例，乍看之下可認為本判決承襲了日本

<sup>53</sup> 參照陳春生，論立法不作為之違憲審查，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007 年 3 月，295 頁。

<sup>54</sup> 熊本地方法院 2001 年 5 月 11 日判例時報 1748 號 30 頁。

<sup>55</sup> 運動神經元疾病（Motor Neuron Disease）簡稱 M.N.D.，以病變位置又稱肌萎縮性脊髓側索硬化症（Amyotrophic Lateral Sclerosis）簡稱 A.L.S.；又名為葛雷克氏症(Lou Gehrig's disease)，也就是俗稱的漸凍人症。相關說明請參閱：

[http://www.24drs.com/Special\\_Report/ALS/prelude\\_1.asp](http://www.24drs.com/Special_Report/ALS/prelude_1.asp)。（最後瀏覽日：2011 年 7 月 17 日）

<sup>56</sup> 東京地方法院 2002 年 11 月 28 日判例 TIMES1114 號 93 頁。

<sup>57</sup> 參照新井誠，川崎政司、小山剛編，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007 年 6 月，82-89 頁，127-128 頁。

最高法院向來的違憲審查基準。本判決將國會議員之立法行為（不作為）在國賠法上的違法性與該當立法內容（立法不作為）之違憲性問題加以區別，對於立法行為違法性之評價呈現出與在宅投票制度廢止訴訟判決相同之意旨。

但是，其判斷手法與在宅投票制度廢止訴訟判決存有相當大的差異。其理由第一點，假如從憲法論觀點來看，在宅投票制度廢止訴訟判決認為包含投票方法等有關選舉之事項其決定屬於國會之裁量權限，對於沒有設置在宅投票制度一事並無進行憲法判斷。另一方面，本判決認為：「海外國民參與國政選舉應賦予其投票之機會，並應給予憲法上之保障」，為了確保其投票之機會，相關立法措置即屬必要且不可欠缺，國會有義務加以完備。因此，國會對於此項義務長時間怠於履行，且並無不得已之理由，可認定其立法不作為違反憲法。本判決對於海外選舉之問題，並非從選舉制度之創設屬於立法裁量權限的角度觀察，而係自選舉權此一憲法上權利遭受限制的角度加以判斷。

第二點理由，在宅投票制度廢止訴訟判決認為國會議員之立法行為，儘管立法內容違反憲法意旨，但該當立法內容被實行之際，除非有難以預料的例外情況，於國家賠償法第1條第1項規定之適用上，不會受到違法之評價。相對地，本判決對於「例外情況」提示一定的基準，認為國會若有長期立法不作為的情形時，即有過失。此際，本判決使用了「長期懈怠」此一在宅投票制度廢止訴訟判決所無之要素，來作為過失認定之用。基此，可認為本判決緩和了國家賠償法上之違法性要件。基於以上二點理由，多數意見認為本判決對於在宅投票制度廢止訴訟判決進行事實上之判例變更。

本判決之後，有關精神障礙致使投票困難者其行使選舉權，由於立法不作為而提起之國家賠償請求訴訟<sup>58</sup>，日本最高法院認為：「對於精神障礙致使投票困難者，建立相關投票制度的問題，至今並沒有在國會成為立法議題；為了確保上述之人行使選舉權的機會，國會必須充分檢討採取相對應的立法措施，但國會卻長期怠於注意。」

## 第七項 國籍法事件判決

### 一、案件事實

<sup>58</sup> 日本最高法院 2006 年 7 月 13 日裁判所時報 1415 號 8 頁。



日本國籍法第 3 條第 1 款規定，日本籍父親與外國籍母親所生的非婚生子女，父親必須在子女出生後認領以及雙親結婚才可取得日本國籍。本案 10 名原告是住在日本的 8 至 14 歲小孩，均獲得其父親的認領，但這些原告在 2003 年至 2005 年向日本法務局申請國籍未被接受後，向法院提起請求確認國籍訴訟，請求確認具有日本國籍。東京地方法院<sup>59</sup>針對這兩件訴訟案，在初審判決認為：國籍法第 3 條第 1 項關於可否取得國籍，區別準正子與基於父母內緣關係<sup>60</sup>之非婚生子女，欠缺合理的差別待遇理由，違反憲法第 14 條第 1 項，因此，國籍法第 3 條第 1 項規定應理解為父母之婚姻（包括內緣關係）以及因其認領取得婚生子與非婚生子身分，在一定之要件下，認可其取得國籍。本案因原告父母間具有內緣關係，故承認原告之日本國籍。

但是，東京高等法院<sup>61</sup>則認為：假設國籍法第 3 條第 1 項規定因違反憲法第 14 條第 1 項無效，但並無單因父母認領而使非婚生子女取得日本國籍之制度，東京高等法院以只由父親單方認領而取得國籍違反國籍法第 3 條第 1 項文義解釋且為類推解釋，已侵害日本國會的立法權，不允許如此創設國籍法所無規定之取得國籍要件，是以，對原告主張認為與具體的解決紛爭無關，欠缺事件性要件，未作出憲法判斷，判決原告等敗訴。國籍法第 3 條規定的出生後被認領的非婚生子女，由於雙親未結婚而無法取得日本國籍，是否違反日本憲法第 14 條第 1 項的平等原則，成為本項訴訟的最大爭議點。

日本最高法院則認為：國籍法第 3 條第 1 項在國籍取得上產生不合理之差別待遇係屬違憲，原告在同項所定之國籍取得要件中，除了因父母婚姻關係取得婚生子之要件（產生違憲區別）外，其餘要件皆已達成，根據同項規定，認可原告之國籍確認請求<sup>62</sup>。

## 二、判決分析

國籍法第 2 條第 1 項規定，子女出生時父母均為日本國民者，取得日本國籍，本條係採父母兩系血統主義之規定。換言之，子女出生時，與日本國民之父母間

<sup>59</sup> 東京地方法院 2005 年 4 月 13 日判例時報 1890 號 27 頁。

<sup>60</sup> 所謂「內緣關係」，係指非正式的婚姻關係；詳參嘉義市西區戶政事務所全球資訊網：[http://www.cywest.gov.tw/content\\_type/index.asp?m=15&m1=5&m2=36](http://www.cywest.gov.tw/content_type/index.asp?m=15&m1=5&m2=36)。（最後瀏覽日：2011 年 7 月 17 日）

<sup>61</sup> 東京高等法院 2006 年 2 月 28 日家庭裁判月報 58 卷 6 號 47 頁。

<sup>62</sup> 森英明，國籍法違憲判決最高裁大法庭判決の解説と全文，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，92 頁。

具有法律上親子關係者，取得日本國籍（生來取得）。

國籍法第 3 條第 1 項規定未滿 20 歲的非婚生子女（以往係日本國民者除外）經具有婚姻關係之父母認領，且認領之父親或母親在子女出生時為日本國民之情形下，父親或母親目前為日本國民，或死亡時為日本國民，可向法務大臣提出申請即可取得日本國籍。同條第 2 項規定根據前項規定提出申請者，在其申請之時，取得日本國籍。國籍法第 3 條第 1 項係關於父母認領之規定，日本國民母親所生之非婚生子女，因出生即與母親產生法律上親子關係；且受日本國民的父親認領之胎兒，出生時即與父親產生法律上親子關係，上述二種情形，各自依據同法第 2 條第 1 項生來取得日本國籍。綜上所述，同法第 3 條第 1 項規定，應限於適用在：實際上係不具有法律上婚姻關係之父與不具有日本國籍之母間，且在胎兒時期未受到父親認領之子女。

### 三、違憲審查基準之分析

首先，日本最高法院多數意見認為：由於國籍取得要件以立法裁量存在為前提，因而本件之違憲審查基準採用緩和的審查基準。但是，日本最高法院大法庭同時認為日本國籍在我國具有保障基本人權，賦予公民的資格，接受社會福利等意義上之重要法律地位，另一方面，以父母婚姻作為取得婚生子身分之要件，由於父母之婚姻為父母之身分行為，並非子女自身意願或努力可以達成，以此作為取得日本國籍之要件之國籍法因此產生此區別是否具有合理性的爭議，「必須慎重加以檢討」。本件係差別待遇是否合理的問題，亦即，國籍要件雖屬於國會裁量之範圍，但是，「由於系爭法律要件產生差別待遇時，若無合理的區別理由，將會產生違反憲法第 14 條第 1 項的問題。」且「該當差別待遇之立法目的若欠缺合理的根據，又具體的區別手段與上開立法目的之間不被認為具有合理的關聯性時，系爭差別待遇即屬無合理理由，應解為違反憲法第 14 條第 1 項。」因此，本件判決之審查基準可以從下列三點思考之<sup>63</sup>：第一、關於本案，國籍之取得屬非常重要之法律地位；第二、準正子的情況，準正子具有非自身意願或努力得以完成或改變的特性，必須仰賴父母之身分行為始得完成；第三、本案是否具備合理的差別理由，亦必須慎重加以檢討。

上述判決多數意見之審查基準，與憲法學對於差別待遇之合理性進行判斷時

<sup>63</sup> 參照長谷部恭男，國籍法違憲判決の思考様式，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，77-78 頁。

所適用的審查基準相近。憲法學對於差別待遇之合理性進行分析時，若區別指標為該當憲法第 14 條列舉之事由（人種、信仰、性別、社會身分、門第）時，必須為嚴格的審查，同時，若對於非常重要的權利或利益為差別待遇時，例如差別待遇的對象為基本權利時，亦應適用嚴格的審查，以上是今日憲法學的通說。而本件判決雖未使用上述通說的用語，但認定國籍之取得屬「重要之法律地位」，可與學說上非常重要的權利之概念相對應；判決中所謂非本人之意願或努力得以完成或改變之特性，亦屬憲法第 14 條列舉事項之特性；最後，對於上述情形慎重加以檢討，可理解為進行嚴格的審查。綜上，本件判決的判斷模式與審查基準，考量的重點與學界通說並無不同。

對於多數意見，泉德治法官加以補充認為：本案國籍法第 3 條第 1 項係對於原告非婚生子女之「社會身分」以及認領者只限於親父為日本國民此一親的「性別」作差別待遇，由於涉及憲法第 14 條第 1 項列舉事由，必須嚴格審查其限制之合憲性，亦即，其限制目的與手段間應具備事實上的實質關聯性。

憲法第 14 條第 1 項列舉之人種、信仰、性別、社會身分、門第，除了信仰有議論之餘地外，其餘事由基本上皆具有無法依賴本人之意願或努力予以達成的特性，因此，對於「社會身分」可理解為無法藉由自身之意願或努力得到之社會身分或地位。婚生子女，其身分無法自行決定，得解釋為憲法第 14 條第 1 項之「社會身分」，故以是否具有婚生子女之身分作差別待遇，必須嚴格審查其合憲性。

本判決以適用憲法第 14 條為當然前提，故無異論，惟有一論點須提及：日本國憲法保障的人權主體原則上限於國民，本條規定之適用主體是否包括日本國民以外之外國人。對此，通說認為在權利性質許可的範圍內，其保障範圍應及於外國人，不過，依據世界人權宣言第 7 條（自由權規約第 26 條）規定平等權之適用主體並不限於國民，係「所有人」在法律之前皆為平等，最高法院 1964 年判示「鑑於世界人權宣言第 7 條，憲法第 14 條之旨趣……類推適用於外國人的情況係屬相當<sup>64</sup>。」此為參照國際人權法之憲法解釋，亦為間接適用國際人權法之重要先例<sup>65</sup>。

<sup>64</sup> 日本最高法院 1964 年 11 月 18 日大法庭判決刑集 18 卷 579 頁。

<sup>65</sup> 高橋和之、岩澤雄司、早川真一郎「鼎談」國籍法違憲判決をめぐる、ジュリスト(No. 1366)，2008 年 11 月 1 日，54-57 頁。

### （一）立法目的之合理關聯性

多數意見雖未明示，不過仍採取憲法第 14 條亦適用於外國人之前提，將問題點設定在國籍法差別待遇之合理性上。首先，要探討區別目的的合理性之前，要先確定該當區別目的之意義為何。多數意見認為國籍法第 3 條第 1 項課以準正要件（父母結婚）之立法目的，不僅要求血統關連，亦要求與日本社會有緊密連結，亦即，立法目的以與日本有緊密連結作為國籍取得要件，其本身可認為合理。但是，以準正也就是父母結婚作為與日本緊密連結的手段是有疑問的，換言之，多數意見認為目的與手段間欠缺合理的關聯性。

以與日本國家社會有緊密連結作為國籍法第 3 條第 1 項的立法旨趣，在認領胎兒的情況是沒有意義的，蓋此種情形，胎兒在出生瞬間即基於血統取得日本國籍，親子關係即確定。但是，生後認領的情況，由於出生的瞬間並未產生親子關係，因此無法取得日本國籍，此種情況多為生來取得日本國籍以外之他國國籍，基於日本父親之認領授與日本國籍的情況，並非單單基於血統，而係以與日本社會有緊密連結關係作為要件，從最高法院判文來觀察，其認定此一立法目的係屬合理。

對於日本最高法院之判決，有認為應區分為出生時與出生後不同情形而論，出生時的情況，基於血統即取得法律上親子關係；但是，出生後的情況除了血統之外，尚必須加上與日本社會緊密連結之要件。不過，亦有認為無法比較此二種相異類型，蓋胎兒認領於出生時即基於血統取得日本國籍，而與出生時生來取得他國國籍後，日後要取得日本國籍之問題，並不相同，因而不會構成差別之問題。但是，亦有批評認為出生前與出生後此種人為的區別不會構成差別，此種說法不能令人十分信服。

本案事實，原告皆為日本出生且在日本成長的子女，假設原告係出生於菲律賓且生長於菲律賓，而由日本男性日後認領的情形，以與日本社會有緊密連結作為取得日本國籍之要件，此點係本件日本最高法院所考慮的重要問題，換言之，本件多數意見認為：出生後傳來取得國籍以與日本社會有緊密連結作為要件，基於上述理由，此一立法目的可謂合理；可是，由於本件原告皆為日本出生且在日本成長的子女，國籍法第 3 條第 1 項仍要求此種情形必須以準正（父母結婚）為取得日本國籍之要件，其手段與立法目的間即失其合理性。立法當時以準正作為取得日本國籍之要件，可謂合理，但是，因立法事實、社會情勢等之變化，例如

非婚生子逐漸增加，且各國情勢亦有不同，故於 2003 年（平成 15 年）的時候，國籍法第 3 條第 1 項之立法目的與區別手段間喪失其合理性的關聯性。不過，如同橫尾和子、津野修及古田佑紀三位法官之反對意見所述之疑問，為何當初合憲的規定到了今日成為違憲，必須更慎重的理解相關立法事實、社會情勢及人民意識是否產生變化的重大疑問<sup>66</sup>。

## （二）差別待遇的審查方法與限制人權的審查方法

一般而言，法律規定可分為要件及效果二部分，因一定要件充足而產生一定的法律效果，此時，要件該當與要件不該當即會產生區別，因此，理論上全部的法律規定皆會產生差別問題。以限制人權規定為例，當限制要件充足時，即產生限制人權的法律效果，反之，則不然。通常此種情形並不會被意識為差別問題，僅被當作限制人權問題加以討論，此時審查模式可分為目的審查及手段審查，考量立法目的是否適當，手段是否適合於目的之達成。在上述情況中，所考慮者為限制人權之目的為何，並不會就區別之目的設定問題。相反地，差別待遇的情況，主要問題係區別之目的為何，以及目的與區別間的適當關係。不過，由於兩者間均涉及目的與手段的關連，因此，遂有認為限制人權問題與差別待遇構造上相類似，以及兩者並非全然相異甚至混同議論。

多數意見認為本件屬於差別待遇問題，且於區別手段與立法目的之間合理的關聯性中，將區別指標自身之合理性、客觀性，以及手段與目的間之比例性納入考慮要素。對此，亦有學者批評認為本件並非差別待遇的問題，最高法院在構成理論上有不明確的地方，其認為：實體權利受到限制的情況，必須進行目的、手段之審查，而差別待遇的情形，在審查差別待遇合理性時，所考量者為區別之目的為何，以及區別手段與目的間之對應，限制權利與差別待遇兩方所謂目的與手段的構造雖屬類似，但有疑問審查模式是否相同。對此，批評者認為本案真正的問題不在於婚生或非婚生之區別，抑或是準正或非準正之差別，而係本應以較廣泛的範圍加以立法，卻以狹隘的範圍予以規定，因此，與其說是差別合理性與否的問題，倒不如說是手段適合性與否的問題，多數意見與反對意見之間對於國籍法第 3 條是否有立法不作為之問題，亦呈現出意見對立的情況<sup>67</sup>。

<sup>66</sup> 參照長谷部恭男，國籍法違憲判決の思考様式，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，57-59 頁。

<sup>67</sup> 參照長谷部恭男，國籍法違憲判決の思考様式，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，

### （三）反對意見

關於本案判決中之反對意見可分為兩類，其中橫尾等 3 名法官之反對意見認為本案並無差別待遇之問題，另外，甲斐中辰夫、堀籠幸男 2 位法官對於救濟方法有反對意見。

首先，關於橫尾、津野、古田 3 位法官之反對意見，必須先從多數意見的審查模式來探討，多數意見認為傳來國籍之情況，須與日本社會有緊密連結作為取得日本國籍之要件，其立法目的具有合理性，但是，考量判決時的國內外情勢後，已經不能再認定其為合理的狀況。反對意見則表示取得國籍之要件與手續，必須由國會考慮各式各樣的要素後加以決定，現行國籍法規定申請取得國籍必須與日本社會有緊密連結之要件，考量到另有生後認領的方法可以取得日本國籍，是以，國籍法課以準正之要件與其立法目的間之關係應屬合理。其次，國籍法對於取得國籍設有準正之要件，卻沒有相對應的救濟措施，是否有立法不作為之問題，亦值得探討。

### （四）補充意見

首先，多數意見表示準正之要件因立法事實、社會情勢等之變化而喪失與立法目的間之合理關聯性，但是就是否有其他手段可作為與日本社會緊密連結之要件，多數意見並未明言。對此，泉德治法官之補充意見認為單單認領即可作為與日本社會緊密連結之要件，泉德治法官補充意見形式上依循多數意見的審查模式，認為生後認領子女之國籍取得必須以與日本社會有緊密連結為前提，但是認領只需憑藉血統即可與日本社會有緊密連結關係，實際上密接關係此一要件形同虛設。

其次，今井功裁判官之補充意見則係從救濟之點切入，國籍之有無，影響教育及社會保障等重要權利，因此必須嚴格審查。田原裁判官之補充意見自差別或區別待遇之點切入，認為生後認領子女與胎兒認領子女之區別屬於憲法第 14 條上之重要問題。本案原告之子中第一胎為生後認領子女，第二胎為胎兒認領子女，分別適用國籍法第 3 條及第 2 條之結果，第二胎出生時即取得日本國籍，惟第一胎尚須完備準正要件並提出申請後始得取得日本國籍，呈現生後認領子女與胎兒認領子女之間的差別問題。對於此一差別問題，本判決宣示國籍法第 3 條關

於準正要件部分違憲後，日本國會於 2008 年 12 月 12 日通過國籍法修改案（2009 年 1 月 1 日實施）。依修改後之日本國籍法，在出生後得到具有日本籍父母任何一方之認領，該父母親即使沒有婚姻關係，經申請亦可取得日本國籍<sup>68</sup>。但是，國籍法第 2 條與第 3 條仍有申請要件之區別，若要達到胎兒認領子女與生後認領子女同等對待之目標，理應一併廢除申請要件，對此，多數意見及田原法官認為國籍取得之方法有三，包括當然取得、申請取得與簡易歸化，其中簡易歸化必須經由法務大臣裁量，相較之下，申請取得雖比當然取得增加了申請之要件，尚屬高度權利性之取得國籍方式；此外，自認領之溯及效觀之，田原法官認為若生後認領之情況不加以申請要件之規定，本已取得他國國籍之子，可能會產生二重國籍之問題<sup>69</sup>，因此，國籍法設有申請之要件仍屬立法合理裁量範圍內，並不產生違反憲法第 14 條的問題<sup>70</sup>。

## 第二節 法令違憲判決之比較

法令違憲之判決，係對於法令之規定加以審查其合憲性，法院所下之違憲判斷將一併否認法令規定之效力，因此，司法審查制可謂典型的合憲性控制制度<sup>71</sup>。不過，在日本憲法訴訟 60 餘年的歷史中，僅僅作出 8 件宣告國會制定之法令違憲的判決，相較於日本最高法院傳統判例呈現出的司法消極主義態度，值得加以研究宣告此 8 件判決法令違憲之違憲審查基準。以下即依照時間順序分析比較之。

<sup>68</sup> 參照高橋和之、岩澤雄司、早川真一郎，「鼎談」國籍法違憲判決をめぐる，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，64-66 頁。

<sup>69</sup> 日本實施單一國籍法，不允許日本國民同時擁有外國國籍。已歸化取得日本國籍之我國僑胞，不宜主動向日本政府表示同時持有我國國籍，亦不宜持我國護照出入日本國境。參考資料：外交部領事事務局網站

<http://www.boca.gov.tw/ct.asp?BaseDSD=13&CuItem=4&CtUnit=17&mp=1>。（最後瀏覽日：2011 年 7 月 17 日）

<sup>70</sup> 參照長谷部恭男，國籍法違憲判決の思考様式，ジュリスト（No. 1366），2008 年 11 月 1 日，64-66 頁。

<sup>71</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，342 頁。

判決名稱	違憲審查 基準	憲法判斷之方法 <sup>72</sup>						
		合憲 推定 原則	憲法 判斷 之迴 避	合憲 限定 解釋	立法 事實 論	立法 裁量 論	比較 衡量 法	公共 福祉 論
殺害尊親屬 重罰規定違 憲判決	嚴格審查 基準。				V		V	
藥事法距離 限制規定違 憲判決	嚴格的合 理性基 準。				V	V	V	V
眾議院議員 定數不均衡 事件違憲判 決	緩和的審 查基準。 <sup>73</sup>				V	V	V	
森林法共有 林分割限制 規定違憲判 決	緩和的審 查基準。				V	V	V	V
郵便法違憲 事件判決	緩和的審 查基準。					V	V	
在外日本國 民選舉權事 件判決	嚴格審查 基準。				V	V		

<sup>72</sup> 因本表所彙整者係法令違憲判決，其結論均為系爭法令違憲，故日本最高法院並未使用於其他憲法判決常出現之合憲推定原則、憲法判斷之迴避及合憲限定解釋等憲法判斷方法。

<sup>73</sup> 惟在 1988 年大阪高裁判決（昭和 62 年 10 月 12 日行集 38 卷 10 號 1199 頁）中，採取中間的審查基準乃至於嚴格的合理性基準，認為有不平等疑慮之定數分配規定，其立法目的若具備重要公益上的必要性，且成立該法律之手段、方法或措置對於立法目的之達成具有實質的關連性，可判定該規定合憲，反之，則違憲；參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，298-299 頁。



判決名稱	違憲審查 基準	憲法判斷之方法 <sup>72</sup>						
		合憲 推定 原則	憲法 判斷 之迴 避	合憲 限定 解釋	立法 事實 論	立法 裁量 論	比較 衡量 法	公共 福祉 論
國籍法事件 判決	嚴格審查 基準。				V	V		

首先，日本最高法院於殺害尊親屬重罰規定違憲判決所採取的是嚴格審查基準，蓋「對尊親屬的尊重報恩應是社會生活的基本道義，……所以在法律上設置加重處罰要件之規定，不能因此斷定這項規定有差別待遇欠缺合理的根據，而違反憲法第 14 條第 1 項之規定。」日本最高法院在確認立法目的為高度重要的社會利益之外，並認定系爭限制手段過於嚴苛，並非達成該立法目的唯一不可欠缺的手段，「刑法第 200 條其刑罰種類的選擇範圍僅限於極端的重刑，使得該刑罰在法律的執行上沒有半點斟酌的餘地。由於這種法定刑罰的訂定方式太過嚴苛，如以上述的立法目的，……實在令人無法理解，且無法將其視為合理性差別待遇，因此認定在達成立法目的的手段方面遠超越其必要的限度，並不合理。」

其次，藥事法距離限制規定違憲判決其違憲審查基準係採嚴格的合理性基準，「對於職業自由所實施的許可制，由於強烈限制職業自由，其合憲性必須是為了重要的公益而施加的必要合理措施，此並非為了社會政策乃至經濟政策上之積極目的所為的措施，而是為了防止職業活動的自由對於社會公共安全秩序造成弊害而必須實施消極的、警察的措施的情況，相較之下，職業自由之緩和限制並不能達成上述目的。」本案審查嚴格度介於緩和的審查基準與嚴格的審查基準之間，日本最高法院區別職業選擇自由等經濟自由權的限制目的，採取限制目的二分論，為了維持公共的安全及秩序，防止國民的生命及健康遭受危險，所課予消極目的限制，法院係以立法事實為違憲審查基準的基礎，判斷限制之必要性及合理性，判斷是否有同樣能達成目的且較為緩和的其他手段存在。

眾議院議員定數不均衡事件違憲判決採用者緩和的審查基準及合理期限基準，日本最高法院對於前者認定「國會判斷投票價值的平等與否時，通常考慮且斟酌各種因素來判斷是否符合一般合理性的程度」；後者為「在考量人口變動狀

態下，是否於合理的期限內修正憲法中不符合投票價值平等之規定。」

森林法共有林分割限制規定違憲判決亦係採緩合的審查基準，「森林法第 186 條之立法目的，……明顯地不符合公共福祉之要求」，「森林法第 186 條規定否定了共有森林持分 2 分之 1 以下共有者適用之民法第 256 條第 1 項分割請求權，無法肯認此一限制手段與其立法目的間的合理性及必要性，關於此點國會的判斷實已超過合理的裁量範圍。」

郵便法違憲事件判決，「憲法第 17 條……公務員的行為構成國家賠償要件，國家必須負擔損害賠償責任，係委由國會之政策判斷。不過，此並非賦予國會無限制之裁量權，形同法律之空白委任。……免除公務員不法行為所導致的國家賠償責任及公共團體之損害賠償責任，以及限制之法律規定，是否適用同條規定，必須因應該當行為之態樣，以及受到侵害法益的種類與侵害之程度，免責及責任限制之範圍、程度等，綜合判斷該當規定之立法目的之正當性及目的達成手段之合理性與必要性。」從上開判決內容可知，本判決亦採緩合的審查基準。

眾議院議員定數不均衡事件違憲判決、森林法共有林分割限制規定違憲判決、郵便法違憲事件判決等 3 件判決，日本最高法院用語上雖採取緩合的審查基準，結論卻導向違憲，其原因可能是這 3 件判決所涉及之基本權利係選舉權、財產權及國家賠償請求權，考量國會對於相關基本權利之建構享有立法裁量空間，故放寬審查之嚴格度，不過，最終仍認定立法者有明顯逸脫、濫用權限之情形，判示違憲。

海外日本國民選舉權事件判決所採取的違憲審查基準係嚴格的審查基準，「考量憲法保障選舉權之規定意旨……，對於限制國民選舉權之行使必須是基於必要且不得不為之事由，非限制不足以確保選舉之公正，且限制並不會使行使選舉權陷於事實上不能或難以行使的顯著狀態，若欠缺上述必要且不得不為之事由所為之限制係違反憲法第 15 條第 1 項、第 3 項、第 43 條第 1 項及第 44 條而為違憲。」

國籍法事件判決，由於國籍取得要件必須尊重立法裁量，必須考量立法目的之合理性，以及立法目的與立法手段間之合理關聯性，因而採用緩合的審查基準。但是，日本最高法院大法庭同時認為日本國籍「在我國具有保障基本人權，賦予公民的資格，接受社會福利給付等意義上之重要的法律地位」，另一方面，「以父母婚姻作為取得婚生子身分之要件，由於父母之婚姻為父母之身分行為，

並非子女自身意願或努力可以達成」，以此作為取得日本國籍要件的國籍法，因此產生區別是否具有合理的理由，「必須慎重加以檢討」。亦即，日本最高法院認定國籍取得要件雖然必須尊重國會之裁量權限，但考慮國籍的重要性及非子女自身意願或努力可以達成之特性，最終採用了嚴格的審查基準來審酌限制國籍取得之法律是否合憲。

綜觀上述法令違憲判決，皆使用了目的審查、手段審查之手法作為違憲與否的判斷標準，蓋涉及憲法問題之法令，通常規定有立法目的與達成立法目的之手段。以下即就目的審查及手段審查之意義分析之<sup>74</sup>。所謂目的審查，係指對於系爭法令之立法目的進行合憲性審查，立法目的有時會被明文規定，欠缺明文規定時則須透過解釋加以推論之，通常立法目的係以立法者的政策決定或價值判斷所形成，在議會制民主主義之下，法院原則上必須尊重國民代表基於合憲原則所制定之立法目的，如法院欲對立法目的加以審查，並作出違憲判斷，必須有特別且具十足說服力之理由，始得為之。而手段審查，係對達成立法目的之手段進行合憲性審查，與目的審查相異的是，由於並非對於立法者之政策判斷加以非難，所以不會造成司法權與政治部門的對立，因此，日本最高法院所使用之審查方法，在違憲判決時多以手段審查居多。

殺害尊親屬重罰規定違憲判決乃是日本最高法院首次作成法令違憲之判斷，多數意見認為舊刑法第 200 條的立法目的合憲，但達成目的之手段即同條所定之法定刑責「太過嚴格，……無法視為合理性差別待遇」，因而作出違反憲法第 14 條第 1 項之結論，日本最高法院在本事件中，運用了目的審查及手段審查兩種審查手法，於手段審查上作出違憲之判斷。接著是藥事法距離限制規定違憲判決，同樣是在手段審查時導出違憲的結論：系爭距離限制規定對於防止不良醫藥品供給等立法目的並非合理的限制手段，違反憲法第 22 條第 1 項規定而無效。海外日本人選舉權事件違憲判決，日本最高法院認為：公職選舉法附則第 8 項規定限制海外日本人僅得就兩議院比例代表選舉議員，此一限制違反憲法第 15 條第 1 項及第 3 項、第 43 條及第 44 條，而為無效之判示。在國籍法事件判決中，取得國籍要件係國會依據憲法第 10 條所制定，在此前提下，應可認為國會享有立法裁量之空間，傳統最高法院對此情形所採之違憲審查基準，首先要確認的是

<sup>74</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，223 頁。

系爭法令是否悖離憲法賦與國會之立法裁量界限，若為肯定，再審查其悖離之合理性、必要性。在森林法共有林分割限制規定違憲判決中，單獨所有被認為是「近代市民社會所有權的基本形態」，而森林法第 186 條否定共有人之共有物分割請求權，此一否定形同限制憲法對財產權的保障，故日本最高法院於判決中對於限制之目的及態樣是否合乎公共福祉加以審查。另於郵便法違憲判決中，一般運送經營者之故意或重大過失所致損害賠償責任原則上不能免除，然郵便法第 68 條、第 73 條規定卻與此基本原則相悖離，因此必須審查其悖離之合理性。

相對於此，一連串的議員定數不均衡訴訟中，亦以選舉制度理論的形態並非一定不變為由，必須考量複雜微妙的政策及技術因素，而採取廣泛地承認立法裁量空間的態度<sup>75</sup>，直到 1976 年，日本最高法院才以下列二項標準判定當時眾議員定數規定違憲：第一，「國會在判斷投票價值的平等與否時，通常考慮且斟酌各種因素，來判斷是否符合一般合理性的程度」；第二，「在考量人口變動狀態下，是否於合理的期限內修正不符合憲法中平等投票價值之規定」。

將目的審查與手段審查之手法相結合，並區分審查嚴格與否程度，即成為學說上所稱違憲審查基準，主要可分為嚴格的審查基準、嚴格的合理性基準與緩和的審查基準。三種類型違憲審查基準係繼受美國聯邦最高法院之憲法裁判，時至今日，已為日本最高法院所確認。

不過，日本最高法院在判決用語上並不若學界一般，往往僅能自其審查態度觀察得知所適用之違憲審查基準，例如在眾議院議員定數分配不均衡事件，「國會在判斷投票價值的平等與否時，通常考慮且斟酌各種因素，來判斷是否符合一般合理性的程度」，乍看之下，日本最高法院似採緩和的審查基準，不過在結論上，仍以國會未於合理期間內修正相關眾議員定數規定，導致最高的選舉區與最低的選舉區之最大差距比 1 比 4.4 的狀態違反平等選舉權而違憲。

其次，在森林法共有林分割限制規定違憲判決，「森林法第 186 條規定否定了共有森林持分 2 分之 1 以下共有人適用之民法第 256 條第 1 項分割請求權，無法肯認此一限制手段與其立法目的間的合理性及必要性，關於此點國會的判斷，實已超過合理的裁量範圍」，在手段審查上作出違憲之結論，可是用語上與緩和的審查基準相同。

<sup>75</sup> 參照戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008 年 3 月，259 頁。

在國籍法事件中亦然，日本最高法院認為：由於國籍取得要件以立法裁量存在為前提，必須考量立法目的之合理性，以及立法目的與立法手段間之合理關聯性，因而採用緩合的審查基準。但是，同時認為日本國籍「在我國具有保障基本人權，賦予公民的資格，接受社會福利給付等重要法律地位」，另一方面，「以父母婚姻作為取得婚生子身分之要件，由於父母之婚姻為父母之身分行為，並非子女自身意願或努力可以達成」，以此作為取得日本國籍要件的國籍法，因此產生之區別待遇是否合理，「必須慎重加以檢討」。所謂「必須慎重加以檢討」，可認為日本最高法院在選擇違憲審查基準上，已將嚴格度提升至嚴格審查基準，惟用語上並無使用學界相關用語。



## 第五章 結論

日本國憲法第 76 條第 1 項規定司法權屬於最高法院及依法律規定所設置之下級審法院。第 81 條規定最高法院係有權決定一切法律、命令、規則或處分是否合憲之終審法院。日本法院法第 3 條第 1 項規定法院除憲法特別規定之情形外，有權裁判一切法律上之爭訟，並擁有其他法律所特別規定之權限，該法第 3 條將憲法第 76 條司法權的抽象規定具體化，將違憲審查權之行使範圍限定於「法律上之爭訟」，因此，一般認為日本法院行使違憲審查權係採解決具體爭訟為前提的「附隨違憲審查制度」，亦即，各級法院必須針對具體之訴訟案件，在行使司法權之範圍內，附帶行使違憲審查權。我國自 1999 年 7 月全國司法改革會議與其後釋字第 530 號解釋確立了「司法院審判機關化」的方向，有鑑於司法權的本質以「審判」為核心，有關日本憲法訴訟的體系、提起憲法訴訟之要件及日本最高法院所採違憲審查基準等，皆值得我國改革釋憲制度時加以借鏡。

所謂司法審查，在附隨違憲審查制度下，係指法院對已繫屬的訴訟，就與進行訴訟有密切相關的合憲性爭點作違憲與否的判斷，一般認為日本最高法院的違憲審查權係源自於日本國憲法第 81 條規定，然而即便沒有本條規定，自第 98 條第 1 項規定憲法為國家最高法規的規定，第 76 條一切司法權屬於最高法院及由法律規定設置的下級法院與第 99 條法官之憲法遵守義務等規定，均可導出違憲審查權屬於司法權，因此，憲法賦予司法權維持憲法秩序的權限，並得就其他統治機關的行為進行違憲審查，此謂司法審查制度。

由於日本司法審查制度實施以來，日本最高法院所作成法令違憲判決有 8 件，這 8 件法令違憲判決所採取之違憲審查基準即為本論文觀察之重點，因此，以下除簡述日本法院進行違憲審查應具備之程序要件與所適用之違憲審查基準外，並提出對於日本最高法院法令違憲判決之觀察與整理。

### 一、日本憲法訴訟之程序要件

司法審查的範圍，亦即司法審查的界限，在附隨違憲審查制度下，係以「法律上之爭訟」為界限，換言之，司法審查權必須在具體訴訟提起的情況下始得行使，日本法院法第 3 條已有明文「法律上之爭訟」。因之，憲法訴訟提起之要件首先要求的即是：司法判斷的適合性與事件性，訴訟之際須有具體的權利義務或

法律關係存續與否的紛爭事實，一般抽象法律疑義的解釋並不包括在附隨制違憲審查的功能之內。

其次，提起憲法訴訟尚須具備當事者適格、主觀訴訟利益與成熟性等要件，其中較具特色者為成熟性要件。成熟性要件，係指當事人所提起之訴訟是否適合司法判斷的程度，或者，當事人就系爭事件或違憲爭議問題，向法院提起訴訟或請求法院為司法判斷的時間，不宜過早或遲延，簡言之，當事人必須證明「現在」「既存」侵害個人權利之事實。以行政機關的行政處分為例，原則上必須有違法的行政處分，方能構成請求司法救濟之要件，若行政機關之處分行為不存在，或不具有處分行為性質之行政行為，則不具備成熟性要件，蓋行政機關的處分行為生效之前，或者是其他原則上不對外發生效力的行政行為，對於人民不發生侵害權利之法律效果，並無司法救濟之必要。

## 二、日本憲法訴訟之實體審查基準

憲法訴訟，於滿足前述訴訟程序上的要件之後，法院應對系爭憲法爭點作實體判斷，以促成具體實現憲法價值與形成憲法秩序。日本最高法院於保障人權之裁判過程中，關於一定之權利與自由予以特別的保護，形成所謂「二重審查基準」之法理，區別精神自由與經濟自由，針對限制精神自由的立法為較嚴格的司法審查，針對限制經濟自由的立法則以較緩和的標準進行司法審查。依照日本最高法院判例，二重基準論認為精神的自由特別是表現自由乃係民主主義的政治基盤，同時也是獲得真理、形成個人人格不可欠缺的要素，因而表現自由受到憲法較高保障。相對地，經濟自由所受到的司法保護較薄弱。亦即，只要在合理裁量範圍之內，法院應尊重國會所為限制經濟自由之立法。簡言之，關於實現經濟自由，日本最高法院採取尊重國會立法政策的態度。

法院對於法令或行政處分等進行合憲性判斷時所採用的審查基準，依據其審查之嚴格程度主要可分為緩和的審查基準、嚴格的審查基準與嚴格的合理性基準，其審查手法係結合目的審查與手段審查。首先，緩和的審查基準係指法院審查系爭法令之立法目的與目的達成手段間是否具有合理的關聯，除非立法者有明顯逸脫、濫用權限之情形，否則法院通常會依據立法者所示之根據作成合憲結論。嚴格審查基準，係嚴格審查限制憲法所保障自由權利之法律的正當化根據，系爭立法目的必須具備高度重要且不可欠缺的國家福祉利益，且舉證責任係由限制人民權利之國家一方所負擔，當法院採用嚴格審查基準時，得到違憲結論的可

能性較大。嚴格的合理性基準，其審查的嚴格度介於嚴格的審查基準與緩和的審查基準之間，法院採用嚴格的合理性基準時可能得到合憲或違憲結論。

### 三、日本最高法院法令違憲判決之觀察

自日本舊刑法第 200 條殺害尊親屬重罰規定受日本最高法院首次作成法令違憲判斷開始，只有 8 件宣告國會制定之法令違憲的判決，相較於傳統判例，呈現司法消極主義的態度，宣告此 8 件法令違憲之審查基準皆結合目的審查與手段審查之手法，不過，基於議會制民主主義，法院原則上必須尊重國民代表基於合憲原則所制訂之立法目的，如果法院欲對立法目的加以審查，並作出違憲判斷，必須有特別且十足說服力之理由，始得為之，因此，日本最高法院多以手段審查作成違憲判決。其次，日本最高法院採酌之審查基準，用語上並未如學界通說，僅能自其審查態度觀察得知所適用之違憲審查基準。

以國籍法事件判決為例，日本最高法院認為：由於國籍取得要件以立法裁量為前提，必須考量立法目的之合理性，以及立法目的與立法手段間之合理關聯性，因而採用緩和的審查基準。但是，日本最高法院同時認為日本國籍「在我國具有保障基本人權，賦予公民的資格，接受社會福利給付等意義上之重要法律地位」，另一方面，「以父母婚姻作為取得婚生子身分之要件，由於父母之婚姻為父母之身分行為，並非子女自身意願或努力可以達成」，以此作為取得日本國籍之要件之國籍法因此產生此區別待遇是否合理，「必須慎重加以檢討」。所謂「必須慎重加以檢討」，可認為日本最高法院在選擇審查基準，已經提升嚴格度至嚴格審查基準，惟用語上並無使用學界相關用語。

整體而言，日本最高法院之憲法裁判仍呈現以司法消極主義為主流的傾向，其主因係政治部門包含內閣及國會作成政策決定時，其正當化根據為議會制民主主義所反映之國民意識，相對地，日本最高法院在對抗政治部門之政策決定時，亦即對於內閣之行政行為或國會制定之法律作成違憲判斷時，並無相同或類似的民意基礎，此為日本最高法院憲法訴訟歷史中鮮少作成法令違憲判決之原因。此外，從日本最高法院法令違憲判決觀察，雖已明示採取二重基準論，以藥事法距離限制規定違憲判決為例，其認定職業與個人之人格價值有不可分的關連，憲法第 22 條第 1 項不僅保障狹義的職業選擇自由，也保障營業自由，但是，職業自由與精神自由權相較，在性質上與社會的相互關聯性較強，應受到較強的公權力限制，因此，法院在審查限制職業自由措施是否合憲時應採較寬鬆的審查基準；



## 第五章 結論

相反地，審查限制精神自由措施之合憲性時應採較嚴格的審查基準。然而截至目前，日本最高法院對於限制表現自由之法律並無作成法令違憲之判決，這亦為探討日本最高法院適用之違憲審查基準應予以注意的現象。

### 四、總結

日本憲法訴訟自日本國憲法制定以來，日本學界及法院從早期繼受美國聯邦憲法法院憲法判決理論，逐漸建構符合日本國憲法特性的憲法訴訟制度，本論文期望藉由整理日本憲法訴訟此一階段之學說及實務，進而了解附隨型違憲審查制度，以期提供我國釋憲制度改革之參考。時至今日，日本學界漸有導入歐陸釋憲制度之理論，透過不同制度之交流，刺激出新的憲法訴訟理論，有關日本憲法訴訟此階段之發展，也是未來值得關注的重點。



## 參考書目

### 一、中文部分（以姓氏筆畫順序）

#### （一）專論書籍

- 1、林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞著，憲法-權力分立，學林文化事業有限公司，2010年9月。
- 2、阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（上）—總論篇、統治機構篇，元照，2001年3月。
- 3、阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著，許志雄教授審訂，周宗憲譯，憲法（下）—基本人權篇，元照，2001年3月。
- 4、松井茂記著，蕭淑芬譯，媒體法，元照出版有限公司，2004年11月。
- 5、蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，元照出版社，2001年4月。

#### （二）期刊

- 1、李惠宗，憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性—大法官釋字第632號解釋評析，月旦法學雜誌，2007年12月。
- 2、吳煜宗，日本議員定數不均衡訴訟，台灣本土法學雜誌 123 期，2009年3月。
- 3、陳秀峯，司法審查制度—日本憲法訴訟之司法判斷合適性，全國律師，2003年2月。
- 4、章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論—介紹日本司法為保障人權做寧靜革命經過—上—，軍法專刊，2000年10月。
- 5、章瑞卿，日本憲法訴訟之基本理論—下—，軍法專刊，2000年11月。
- 6、陳春生，日本最高法院違憲審查裁判的拘束力，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007年3月。
- 7、陳春生，論立法不作為之違憲審查，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林出版股份有限公司，2007年3月。
- 8、劉宗德，日本違憲審查制度之研究，當代公法理論—翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，元照出版社，1993年。

## 參考書目

- 9、蕭淑芬，日本違憲審查制度之軌跡與特徵，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照，2005年。
- 10、蕭淑芬，日本憲法訴訟論，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照，2005年。
- 11、歐廣南，日本憲法訴訟的提起要件，立法院院聞，2002年11月。

### (三) 學術論文

- 1、李建龍，法之下平等的研究-以日本國憲法為中心-，淡江大學日本研究所碩士論文，2002年。
- 2、洪聖銘，日本政教分離原則之研究-以違憲審查基準為中心，淡江大學日本研究所碩士論文，2005年。
- 3、葉峰成，日本國最高裁判所之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，87年7月。
- 4、黃國益，立法裁量與違憲審查—以日本法與我國法之立法裁量論為主，國立政治大學法律研究所碩士論文，1999年6月。

## 二、日文部分（以姓氏筆畫順序）

### (一) 專論書籍

- 1、川崎政司、小山 剛，判例から學ぶ憲法・行政法，法學書院，2007年6月。
- 2、大石真，憲法講義 I，有斐閣，2004年10月。
- 3、中古實編著，憲法訴訟の基本問題—基礎用語の解説，法曹同人，1989年11月。
- 4、戶松秀典，憲法訴訟（第二版），有斐閣，2008年3月。
- 5、戶松秀典，司法審査制，勁草書房，1989年。
- 6、向井久了，中古 實編著，憲法訴訟の基本問題—基礎用語の解説，法曹同人，1989年11月。
- 7、辻村みよ子，憲法（第2版），日本評論社，2004年5月。
- 8、佐藤幸治，憲法，青林書院，1981年。
- 9、佐藤幸治，現代國家と司法權，有斐閣，1988年。

- 10、杉原泰雄、野中俊彦編著，新判例マニュアル憲法Ⅰ「統治機構、人權1」，三省堂，2000年9月。
- 11、杉原泰雄、野中俊彦編著，新判例マニュアル憲法Ⅱ「人權2」，三省堂，2000年9月。
- 12、初宿正典、大石 真、松井茂記等著，憲法 Cases and Materials 憲法訴訟，有斐閣，2007年5月。
- 13、佐藤幸治，憲法訴訟と司法權，日本評論社，1987年4月。
- 14、松井茂記，二重の基準論，有斐閣，1994年。
- 15、松井茂記，日本国憲法，有斐閣，2002年。
- 16、松井茂記，司法審査と民主主義，有斐閣，1991年。
- 17、長谷部恭男，憲法（第2版），新世社，2002年12月。
- 18、長谷部恭男、中島徹、赤坂正浩、阪口正二郎、本秀紀編著，ケースブック憲法，弘文堂，2004年4月。
- 19、高橋和之，憲法判断の方法，有斐閣，1995年。
- 20、涉谷秀樹，憲法訴訟要件論，信山社，1995年9月。
- 21、蘆部信喜，憲法訴訟の理論，有斐閣，1999年。
- 22、蘆部信喜，人權と憲法訴訟，有斐閣，1994年。
- 23、蘆部信喜，講座憲法訴訟（第一卷），有斐閣，1987年。
- 24、蘆部信喜，憲法判例を読む，岩波書店，1987年。
- 25、蘆部信喜，憲法訴訟の現代的展開，有斐閣，1985年。
- 26、蘆部信喜著，高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2007年。
- 27、蘆部信喜，憲法學Ⅲ 人權個論(1)，有斐閣，2002年。

## （二）期刊

- 1、千葉惠美子，規制改革と契約法－郵便法免責規定違憲判決を契機として，名古屋大學法政論集 201 期，2004年3月。
- 2、戸松秀典，憲法訴訟の方法，法曹時報，1994年。
- 3、戸松秀典，立法裁量論，現代憲法學研究彙編，現代國家と憲法の原理，1983年。
- 4、戸松秀典，厳格な合理性の基準，憲法訴訟と人權の理論，有斐閣，

参考書目

- 1994年6月。
- 5、戸波江二，立法不作為違憲確認，講座憲法訴訟法第1巻，蘆部信喜編，有斐閣。
  - 6、安念潤司，定數不均衡と改正の合理的期間，憲法判例百選Ⅱ。
  - 7、尾島明，時の判例，ジュリスト（No.1245），2003年6月1日。
  - 8、長尾英彦，郵便法免責規定の違憲性，中京法學38巻1號，2003年。
  - 9、長谷部恭男，国籍法違憲判決の思考様式，ジュリスト（No.1366），2008年11月1日。
  - 10、紙野雅人，違憲立法審査制度，法學セミナー，2002年12月。
  - 11、高橋和之、岩澤雄司、早川真一郎，〔鼎談〕国籍法違憲判決をめぐって，ジュリスト（No.1366），2008年11月1日。
  - 12、野中俊彦，在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点，ジュリスト（No.1303），2005年12月15日。
  - 13、野中俊彦，立法義務と違憲審査権—選挙権訴訟を素材に，憲法訴訟と人権の理論，有斐閣，1994年6月。
  - 14、森 英明，国籍法違憲判決最高裁大法庭判決の解説と全文，ジュリスト（No.1366），2008年11月1日。
  - 15、棟居快行，立法裁量，ジュリスト1037，1994年1月。
  - 16、横田耕一，日本国憲法における「政教分離原則」，社会科学論集，第32集，1992年。
  - 17、覺道豊治，憲法における自由裁量の概念，阪大法學40、41號。
  - 18、覺道豊治，立法裁量と行政裁量，公法研究41號。

# 日本國憲法<sup>1</sup>

公布日期：昭和 21 年 11 月 3 日

施行日期：昭和 22 年 5 月 3 日

日本國民決心，通過正式選出的國會中的代表而行動，為了我們和我們的子孫，確保與各國人民合作而取得的成果和自由帶給我們全國的恩惠，消除因政府的行為而再次發生的戰禍，茲宣佈主權屬於國民，並制定本憲法。國政源于國民的嚴肅信託，其權威來自國民，其權力由國民的代表行使，其福利由國民享受。這是人類普遍的原理，本憲法即以此原理為根據。凡與此相反的一切憲法、法律、命令和詔敕，我們均將排除之。

日本國民期望持久的和平，深知支配人類相互關係的崇高理想，信賴愛好和平的各國人民的公正與信義，決心保持我們的安全與生存。我們希望在努力維護和平，從地球上永遠消滅專制與隸屬、壓迫與偏見的國際社會中，佔有光榮的地位。我們確認，全世界人民都同等具有免于恐怖和貧困並在和平中生存的權利。

我們相信，任何國家都不得只顧本國而不顧他國，政治道德的法則是普遍的法則，遵守這一法則是欲維持本國主權並同他國建立對等關係的各國的責任。

日本國民誓以國家的名譽，竭盡全力以達到這一崇高的理想和目的。

## 第一章 天皇

### 第 1 條 【天皇的地位，國民主權】

天皇是日本國的象徵，是日本國民統一的象徵，其地位以主權所在的全體日本國民的意志為依據。

---

<sup>1</sup> 參考資料：[http://www.cn.emb-japan.go.jp/fpolicy/kenpo\\_j.htm](http://www.cn.emb-japan.go.jp/fpolicy/kenpo_j.htm)（最後瀏覽日：2011 年 7 月 21 日）。

## 第 2 條 【皇位的繼承】

皇位世襲，根據國會議決的皇室典範的規定繼承之。

## 第 3 條 【天皇的國事行為和內閣的責任】

天皇有關國事的一切行為，必須有內閣的建議和承認，由內閣負其責任。

## 第 4 條 【天皇的許可權、天皇國事行為的委任】

1. 天皇只能行使本憲法所規定的有關國事行為，並無關於國政的權能。
2. 天皇可根據法律規定，對其國事行為進行委任。

## 第 5 條 【攝政】

根據皇室典範的規定設置攝政時，攝政以天皇的名義行使有關國事的行為，在此場合准用前條第一項之規定。

## 第 6 條 【天皇的任命權】

1. 天皇根據國會的提名任命內閣總理大臣。
2. 天皇根據內閣的提名任命擔任最高法院院長的法官。

## 第 7 條 【天皇的國事行為】

天皇根據內閣的建議與承認，為國民行使下列有關國事的行為：

- 一、公佈憲法修訂、法律、政令及條約。

- 二、召集國會。
- 三、解散眾議院。
- 四、公告舉行國會議員的選舉。
- 五、認證國務大臣和法律規定的其他官吏的任免、全權證書以及大使、公使的國書。
- 六、認證大赦、特赦、減刑、免除執行刑罰以及恢復權利。
- 七、授予榮譽稱號。
- 八、認證批准書以及法律規定的其他外交文書。
- 九、接受外國大使及公使。
- 十、舉行儀式。

第 8 條 【皇室財產授受的限制】

授予皇室財產，皇室承受或賜予財產，均須根據國會的決議。

第二章 放棄戰爭

第 9 條 【放棄戰爭，否認軍備及交戰權】

- 1· 日本國民衷心謀求基於正義與秩序的國際和平，永遠放棄以國權發動的戰爭、武力威脅或武力行使作為解決國際爭端的手段。
- 2· 為達到前專案的，不保持陸海空軍及其他戰爭力量。不承認國家的交戰權。

第三章 國民的權利與義務

第 10 條 【日本國民必備的條件】

日本國民應具備的條件由法律規定之。



### 第 11 條 【基本人權的享有】

國民享有的一切基本人權不能受到妨礙。本憲法所保障的國民的基本人權，作為不可侵犯的永久權利，現在及將來均賦予國民。

### 第 12 條 【保持自由、權利的義務，禁止其濫用】

本憲法所保障的國民的自由與權利，國民必須以不斷的努力保持之。又，國民不得濫用此種自由與權利，而應負起不斷地用以增進公共福利的責任。

### 第 13 條 【尊重個人，追求幸福的權利，公共福利】

全體國民都作為個人而受到尊重。對於謀求生存、自由以及幸福的國民權利，只要不違反公共福利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重。

### 第 14 條 【法律平等，否認貴族制度，榮譽稱號】

1. 全體國民在法律面前一律平等。在政治、經濟以及社會的關係中，都不得以人種、信仰、性別、社會身份以及門第的不同而有所差別。
2. 華族以及其他貴族制度，一概不予承認。
3. 榮譽、勳章以及其他榮譽稱號的授予，概不附帶任何特權。授予的榮譽稱號，其效力只限于現有者和將接受者一代。

### 第 15 條 【公務員的選定罷免權，公務員的性質，普選和秘密投票的保障】

1. 選舉和罷免公務員是國民固有的權利。
2. 一切公務員都是為全體服務，而不是為一部分服務。
3. 關於公務員的選舉，保障由成年人普選。

- 4· 在一切選舉中，不得侵犯投票的秘密，對於選舉人所作的選擇，不論在公的或私的方面，都不得追究責任。

#### 第 16 條 【請願權】

任何人對損害的救濟，公務員的罷免，法律、命令以及規章的制訂、廢止和修訂以及其他有關事項，都有和平請願的權利，任何人都不得因進行此種請願而受到歧視。

#### 第 17 條 【國家及公共團體的賠償責任】

任何人在由於公務員的不法行為而受到損害時，均可根據法律的規定，向國家或公共團體提出賠償的要求。

#### 第 18 條 【擺脫奴隸性拘束及苦役的自由】

任何人都不得受任何奴隸性的拘束。又，除因犯罪而受處罰外，對任何人都不得違反本人意志而使其服苦役。

#### 第 19 條 【思想及意志的自由】

思想及意志的自由，不受侵犯。

#### 第 20 條 【信教自由】

- 1· 對任何人的信教自由都給予保障。任何宗教團體都不得從國家接受特權或行使政治上的權利。
- 2· 對任何人都不得強制其參加宗教上的行為、慶祝典禮、儀式或活動。
- 3· 國家及其機關都不得進行宗教教育以及其他任何宗教活動。

第 21 條 【集會、結社及表現的自由，通信的秘密】

1. 保障集會、結社、言論、出版及其他一切表現的自由。
2. 不得進行檢查，並不得侵犯通信的秘密。

第 22 條 【居住、遷移及選擇職業的自由，移住外國和脫離國籍的自由】

1. 在不違反公共福利的範圍內，任何人都有居住、遷移以及選擇職業的自由。
2. 不得侵犯任何人移往國外或脫離國籍的自由。

第 23 條 【學術自由】

保障學術自由。

第 24 條 【家庭生活中的個人尊嚴和兩性平等】

1. 婚姻僅以兩性的自願結合為基礎而成立，以夫婦平等權力為根本，必須在相互協力之下予以維持。
2. 關於選擇配偶、財產權、繼承、選擇居所、離婚以及有關婚姻和家庭的其他事項，必須以個人尊嚴與兩性平等為基礎制訂之。

第 25 條 【生存權，國家保障生存權的義務】

1. 全體國民都享有健康和文化的最低限度的生活的權利。
2. 國家必須在生活的一切方面為提高和增進社會福利、社會保障以及公共衛生而努力。

第 26 條 【受教育的權利，教育的義務】

1. 全體國民，按照法律規定，都有依其能力所及接受同等教育的權利。
2. 全體國民，按照法律規定，都有使其所保護的子女接受普通教育的義務。義務教育免費。

第 27 條 【勞動的權利和義務，勞動條件的基本標準，禁止殘酷使用兒童】

1. 全體國民都有勞動的權利與義務。
2. 有關工資、勞動時間、休息以及其他勞動條件的基本標準，由法律規定之。
3. 不得殘酷使用兒童。

第 28 條 【勞動者的團結權、集體交涉權和其他集體行動權】

保障勞動者的團結、集體交涉以及其他集體行動的權利。

第 29 條 【財產權的保障】

1. 不得侵犯財產權。
2. 財產權的內容應適合於公共福利，由法律規定之。
3. 私有財產在正當的補償下可收歸公用。

第 30 條 【納稅的義務】

國民有按照法律規定納稅的義務。

第 31 條 【法定手續的保障】

## 參考書目

不經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或課以其他刑罰。

### 第 32 條 【受裁判權】

不得剝奪任何人在法院接受裁判的權利。

### 第 33 條 【逮捕的必要條件】

除作為現行犯逮捕者外，如無主管的司法機關簽發並明確指出犯罪理由的拘捕證，對任何人都不得加以逮捕。

### 第 34 條 【拘留、拘禁的必要條件，對免于不法拘禁的保障】

對任何人都不得加以拘留或拘禁，除非直接講明理由並立即給予委託辯護人的權利。又，如無正當理由，對任何人不得加以拘禁，如本人提出要求，必須立刻將此項理由在有本人及其辯護人出席的公開法庭上予以宣告。

### 第 35 條 【對居所不受侵入的保障】

1. 對任何人的住所、檔以及持有物不得侵入、搜查或扣留。此項權利，除第三十三條的規定外，如無依據正當的理由簽發並明示搜查場所及扣留物品的命令書，一概不得侵犯。
2. 搜查與扣留，應依據主管司法官署單獨簽發的命令書施行之。

### 第 36 條 【禁止拷問及實施酷刑】

絕對禁止公務員施行拷問及酷刑。

### 第 37 條 【刑事被告人的主權利】

1. 在一切刑事案中，被告人享有接受法院公正迅速的公開審判的權利。
2. 刑事被告人享有詢問所有證人的充分機會，並有使用公費通過強制的手續為自己尋求證人的權利。
3. 刑事被告人在任何場合都可委託有資格的辯護人。被告本人不能自行委託時，由國家提供之。

第 38 條 【禁止強迫做不利於自己的公述，自供的證據力度】

1. 對任何人都不得強制其做不利於本人的供述。
2. 以強迫、拷問或威脅所得的口供，或經過非法的長期拘留或拘禁後的口供，均不得作為證據。
3. 任何人如果對自己不利的唯一證據是本人口供時，不得被判罪或課以刑罰。

第 39 條 【刑罰法規的不追究，禁止雙重處罰】

任何人在其實行的當時為合法的行為或已經被判無罪的行為，均不得追究刑事上的責任。又，對同一種犯罪不得重複追究刑事上的責任。

第 40 條 【刑事補償】

任何人在拘留或拘禁後被判無罪時，可依法律規定向國家請求賠償。

## 第四章 國會

第 41 條 【國會的地位、立法權】

國會是國家的最高權力機關，是國家唯一的立法機關。

參考書目

#### 第 42 條 【兩院制】

國會由眾議院及參議院兩議院構成之。

#### 第 43 條 【兩院的組成】

1. 兩議院由選舉產生的代表全體國民的議員組成之。
2. 兩議院的議員定額由法律規定之。

#### 第 44 條 【議員及選舉人的資格】

兩議院的議員及其選舉人的資格，由法律規定之。但不得因人種、信仰、性別、社會身份、門第、教育、財產或收入的不同而有所差別。

#### 第 45 條 【眾議院議員的任期】

眾議院議員的任期為四年。但在眾議院解散時，其任期在期滿前告終。

#### 第 46 條 【參議院議員的任期】

參議院議員的任期為六年，每隔三年改選議員之半數。

#### 第 47 條 【選舉相關事項的法規】

有關選舉區、投票方法以及其他選舉兩議院議員的有關事項，由法律規定之。

#### 第 48 條 【禁止兼任兩院議員】

任何人都不得同時擔任兩議院的議員。

**第 49 條 【議員的年薪】**

兩議院議員按法律規定自國庫接受相當數額的年薪。

**第 50 條 【議員不受逮捕的特權】**

除法律規定外，兩議院議員在國會開會期間不受逮捕。開會期前被逮捕的議員，如其所屬議院提出要求，必須在開會期間予以釋放。

**第 51 條 【不追究議員發言、表決的責任】**

兩議院議員在議院中所作之演說、討論或表決，在院外不得追究其責任。

**第 52 條 【常會】**

國會常會每年召開一次。

**第 53 條 【臨時會議】**

內閣可以決定召集國會的臨時會議。如經任一個議院全體議員的四分之一以上的要求，內閣必須決定召集臨時會議。

**第 54 條 【眾議院的解散及特別會議，參議院的緊急會議】**

1. 眾議院被解散時，必須在自解散之日起四十日以內舉行眾議院議員總選舉，並須在自選舉之日起三十日以內召開國會。
2. 眾議院被解散時，參議院同時閉會。但內閣在國家有緊急需要時，可要求參議院舉行緊急會議。



## 參考書目

3. 在前項但書的緊急會議中所採取的措施，是臨時性的，如在下屆國會開會後十日以內不能得到眾議院的同意，該項措施即失效。

### 第 55 條 【議員的資格爭議】

對有關議員資格的爭議，由兩院自行裁決。但撤銷議員資格，必須有出席議員三分之二以上多數的決議。

### 第 56 條 【法定人數，表決】

1. 兩議院如無全體議員三分之一以上出席，不得召開會議和作出決議。
2. 兩議院進行議事時，除本憲法有特別規定者外，由出席議員的過半數表決之，可否票數相等時，由議長決定之。

### 第 57 條 【公開會議，會議記錄，表決的記載】

1. 兩議院的會議均為公開會議。但經出席議員三分之二以上的多數決議時，可舉行秘密會議。
2. 兩議院分別保存各自的會議記錄，除秘密會議記錄中認為應特別保密者外，均得予以公開發表，並公佈于眾。
3. 如有出席議員五分之一以上的要求，各議員的表決必須載入會議記錄。

### 第 58 條 【議長的選任，議院規則，懲罰】

1. 兩議院各自選任本院的議長及其他工作人員。
2. 兩議院各自製定有關會議、其他手續、內部紀律的規章制度，並對破壞院內秩序的議員進行懲罰。但開除議員必須有出席議員三分之二以上的多數決議。

第 59 條 【法律案的議決，眾議院的優先權】

1. 凡法律案，除本憲法有特別規定者外，經兩議院通過後即成為法律。
2. 眾議院已經通過而參議院作出不同決議的法律案，如經眾議院出席議員三分之二以上的多數再次通過時，即成為法律。
3. 前項規定並不妨礙眾議院根據法律規定提出舉行兩議院協定會的要求。
4. 參議院接到已由眾議院通過的法律案後，除國會休會期間不計外，如在六十日內不作出決議，眾議院可以認為此項法律案已被參議院否決。

第 60 條 【眾議院的預算先議和優先權】

1. 預算案必須先在眾議院提出。
2. 對預算案，如參議院作出與眾議院不同的決議，根據法律的規定，舉行兩院協定會而仍不能取得一致意見時，又在參議院接到眾議院已經通過的預算案後，除國會休會期間外，在三十日內仍不作出決議時，即以眾議院的決議作為國會決議。

第 61 條 【眾議院關於承認條約的優先權】

關於締結條約所必要的國會的承認，准用前條第二項之規定。

第 62 條 【議員的國政調查權】

兩議院可各自進行有關國政的調查，並可為此要求證人出席作證及提出記錄。

第 63 條 【國務大臣出席議院的權利及義務】

內閣總理大臣及其他國務大臣，不論其是否在兩議院之一保有議席，為就議案發言均可隨時出席議院，另外在被要求出席答辯或作說明時，必須出席。

第 64 條 【彈劾法院】

- 1· 國會為審判受到罷免控訴的法官，由兩議院之議員設立彈劾法院。
- 2· 有關彈劾的事項，由法律規定之。

第五章 內閣

第 65 條 【行政權與內閣】

行政權屬於內閣。

第 66 條 【內閣的組成】

- 1· 內閣按照法律規定由其首長內閣總理大臣及其他國務大臣組成之。
- 2· 內閣總理大臣及其他國務大臣必須是文職人員。
- 3· 內閣行使行政權，對國會共同負責。

第 67 條 【內閣總理大臣的提名，眾議院的優先權】

- 1· 內閣總理大臣經國會決議在國會議員中提名。此項提名較其他一切案件優先進行。
- 2· 眾議院與參議院對提名作出不同決議時，根據法律規定舉行兩院協定會亦不能得出一致意見時，又在眾議院作出提名的決議後，除國會休會期間不計外，在十日以內參議院仍不作出提名決議時，即以眾議院的決議作為國會決議。

第 68 條 【國務大臣的任免】

- 1· 內閣總理大臣任命國務大臣。但其中半數以上人員必須由國會議員中選任。

2·內閣總理大臣可任意罷免國務大臣。

**第 69 條 【內閣不信任決議的效果】**

內閣在眾議院通過不信任案或信任案遭到否決時，如十日內不解散眾議院必須全體辭職。

**第 70 條 【內閣總理大臣的缺位，召集新國會及內閣的全體辭職】**

內閣總理大臣缺位，或眾議院議員總選舉後第一次召集國會時，內閣必須全體辭職。

**第 71 條 【全體辭職後的內閣】**

發生前兩條情況時，在新的內閣總理大臣被任命之前，內閣繼續執行職務。

**第 72 條 【內閣總理大臣的職務】**

內閣總理大臣代表內閣向國會提出議案，就一般國務及外交關係向國會提出報告，並指揮監督各行政部門。

**第 73 條 【內閣的事務】**

內閣除執行一般行政事務外，執行下列各項事務：

- 一、誠實執行法律，總理國務。
- 二、處理外交關係。
- 三、締結條約，但必須在事前，或根據情況在事後獲得國會的承認。
- 四、按照法律規定的準則，掌管有關官吏的事務。

參考書目

五、編造並向國會提出預算。

六、為實施本憲法及法律的規定而制定政令。但在此種政令中，除法律特別授權者外，不得制定罰則。

七、決定大赦、特赦、減刑、免除刑罰執行及恢復權利。

#### 第 74 條 【法律、政令的簽署】

法律及政令均由主管的國務大臣簽署，並必須有內閣總理大臣的簽署。

#### 第 75 條 【國務大臣的特權】

在職國務大臣，如無內閣總理大臣的同意，不受公訴。但此項規定並不妨礙公訴的權利。

### 第六章 司法

#### 第 76 條 【司法權，法院，禁止設置特別法院，法官的獨立】

- 1· 一切司法權屬於最高法院及由法律規定設置的下級法院。
- 2· 不得設置特別法院。行政機關不得施行作為終審的判決。
- 3· 所有法官依良心獨立行使職權，只受本憲法及法律的拘束。

#### 第 77 條 【法院的規則制定權】

- 1· 最高法院有權就有關訴訟手續、律師、法院內部紀律以及司法交易處理等事項制定規則。
- 2· 檢察官必須遵守最高法院制定的規則。
- 3· 最高法院可將制定有關下級法院規則的許可權委託給下級法院。

第 78 條 【保障法官的身份】

法官除因身心故障經法院決定為不適用於執行職務者外，非經正式彈劾不得罷免。法官的懲戒處分不得由行政機關行使之。

第 79 條 【最高法院的法官，國民審查，退休年齡，報酬】

- 1· 最高法院由任該法院院長的法官及按法律規定名額的其他法官構成之。除任該院院長的法官外，其餘法官由內閣任命之。
- 2· 最高法院法官之任命，在其任命後第一次舉行眾議院議員總選舉時交付國民審查，自此經過十年之後第一次舉行眾議院議員總選舉時再次交付審查，以後准此。
- 3· 在前項審查中，投票者以多數通過決議罷免某法官時，此法官即被罷免。
- 4· 有關審查事項，以法律規定之。
- 5· 最高法院法官到達法律規定年齡時退職。
- 6· 最高法院法官均定期接受相當數額之報酬。此報酬在任期中不得減額。

第 80 條 【下級法院法官，任期，退休年齡，報酬】

- 1· 下級法院法官，由內閣按最高法院提出的名單任命之。此種法官的任期為十年，可連任。但到達法律規定的年齡時退職。
- 2· 下級法院法官均定期接受相當數額之報酬。此項報酬在任期中不得減額。

第 81 條 【審查法令權和最高法院】

最高法院為有權決定一切法律、命令、規則以及處分是否符合憲法的終審法院。

第 82 條 【公開審訊】

1. 法院的審訊及判決應在公開法庭進行。
2. 如經全體法官一致決定認為會有礙于公共秩序或有背于善良風俗時，法院的審訊可以不公開進行。但對政治犯罪、有關出版犯罪或本憲法第三章所保障的國民權利成為問題的案件，一般應公開審訊。

第七章 財政

第 83 條 【財政處理的基本原則】

處理國家財政的許可權，必須根據國會的決議行使之。

第 84 條 【課稅】

新課租稅，或變更現行租稅，必須有法律或法律規定之條件作依據。

第 85 條 【國費支出及國家的債務負擔】

國家費用的支出，或國家負擔債務，必須根據國會決議。

第 86 條 【預算】

內閣編造每一會計年度的預算必須向國會提出，經其審議通過。

第 87 條 【預備費】

1. 為補充難以預見之預算不足，可根據國會決議設置預備費，由內閣負責其支出。
2. 所有預備費之支出，內閣必須于事後取得國會的承認。

**第 88 條 【皇室財產及皇室費用】**

皇室的一切財產屬於國家。皇室的一切費用必須列入預算，經國會決議通過。

**第 89 條 【國家財產支出、利用的限制】**

公款以及其他國家財產，不得為宗教組織或團體使用、提供方便和維持活動之用，也不得供不屬於公家的慈善、教育或博愛事業支出或利用。

**第 90 條 【決算審查，會計檢查院】**

1. 國家的收支決算，每年均須由會計檢查院審查，內閣必須于下一年度將決算和此項審查報告一併向國會提出。
2. 會計檢查院之組織及許可權，由法律規定之。

**第 91 條 【財政狀況的報告】**

內閣必須定期，至少每年一次，將國家財政狀況向國會及國民提出報告。

**第八章 地方自治**

**第 92 條 【地方自治的基本準則】**

關於地方公共團體的組織及運營事項，根據地方自治的宗旨由法律規定之。

**第 93 條 【地方公共團體的機構，其直接選舉】**

1. 地方公共團體根據法律規定設置議會為其議事機關。



參考書目

2. 地方公共團體的長官、議會議員以及法律規定的其他官吏，由該地方公共團體的居民直接選舉之。

#### 第 94 條 【地方公共團體的權能】

地方公共團體有管理財產、處理事務以及執行行政的權能，可在法律範圍內制定條例。

#### 第 95 條 【特別法的居民投票】

僅適用於某一地方公共團體的特別法，根據法律規定，非經該地方公共團體居民投票半數以上同意，國會不得制定。

### 第九章 修訂

#### 第 96 條 【憲法修訂的程式，其公佈】

1. 本憲法的修訂，必須經各議院全體議員三分之二以上的贊成，由國會創議，向國民提出，並得其承認。此種承認，必須在特別國民投票或國會規定的選舉時進行的投票中，獲得半數以上的贊成。
2. 憲法的修訂在經過前項承認後，天皇立即以國民的名義，作為本憲法的一個組成部分公佈之。

## 第十章 最高法規

#### 第 97 條 【基本人權的本質】

本憲法對日本國民所保障的基本人權，是人類為爭取自由經過多年努力的成果，這種權利已于過去幾經考驗，被確信為現在及將來國民之不可侵犯之永久權利。

第 98 條 【憲法的最高法規性，遵守條約及國際法規】

1. 本憲法為國家的最高法規，與本憲法條款相違反的法律、命令、詔敕以及有關國務的其他行為的全部或一部，一律無效。
2. 日本國締結的條約及已確立的國際法規，必須誠實遵守之。

第 99 條 【尊重擁護憲法的義務】

天皇或攝政以及國務大臣、國會議員、法官以及其他公務員均負有尊重和擁護本憲法的義務。

第十一章 補則

第 100 條 【施行日期】

1. 本憲法自公佈之日起，經六個月開始施行。
2. 施行本憲法所必要的法律的制定，參議院議員的選舉、召集國會手續以及為施行本憲法而必要的準備手續，可於上項日期之前進行之。

第 101 條 【涉及國會的相關規定】

本憲法施行之際，如參議院尚未成立時，在其成立以前由眾議院行使國會的權力。

第 102 條 【第一期參議院議員的任期】

根據本憲法而產生的第一屆參議院議員，其中半數的任期為三年。此等議員，按法律規定決定之。

第 103 條 【關於公務員的特別規定】

## 參考書目

本憲法施行時現任在職的國務大臣、眾議院議員、法官以及其他公務員，其地位與本憲法承認的地位相應者，除法律有特別規定外，不因本憲法之施行而當然失去其地位。但根據本憲法而選出或任命其後任者時，即當然失去其地位。

