

论“特别法理优于一般法理”

以日本修宪作为切入点的分析

喻 中*

摘 要 以法律效力理论中的“特别法优于一般法”规则及国际私法中的“最密切联系原则”作为原型,可以在多样化的法理学说中提炼出一个普遍性的法理适用规则:“特别法理优于一般法理”。日本修宪问题可以作为检验这个法理适用规则的典型事例。按照“特别法理优于一般法理”的规则,日本国内护宪派所秉持的“永久和平论”是“特别法理”,应当优先适用;从世界范围来看,质疑日本修宪所依据的“跨国契约论”是“特别法理”,更应当优先适用。至于日本修宪派所依据的“自主修宪论”,无论在日本国内,还是从世界范围来看,都只能作为“一般法理”而不能被适用。

关键词 法理适用规则 特别法理优于一般法理 日本修宪 跨国契约论 永久和平论

一、问题的提出

据媒体报道,日本首相安倍晋三 2013 年 5 月 1 日声称,日本修改和平宪法不需要向邻国解释,其他国家的反应也不会影响日本的修宪进程。安倍晋三说:“这是我们国家的宪法,所以这是一个不需要解释的问题。”安倍晋三还说,任何来自邻国的反应都不会影响日本讨论修宪问题的进程。^{〔1〕} 安倍晋三及其所代表的日本国内的修宪派(以下简称“修宪派”)的基本观点可以归纳为:日本有权独立自主地修改本国的宪法,日本的修宪活

* 首都经济贸易大学法学院教授。感谢匿名审稿人针对本文提出的修改意见,当然,文责自负。

〔1〕 “安倍称日修宪不需向邻国解释”,载《京华日报》2013 年 5 月 3 日,第 21 版。

动与其他国家无关。^{〔2〕}修宪派的这个观点在理论上能够成立吗？如果可以成立，为什么会遭到日本国内与国际社会的普遍反对？如果不成立，那么，修宪派的观点为什么不能得到理论上的支持？

修宪派赖以立论的法理依据是：一个国家在修宪问题上享有自主权。对于这种法理依据，我们可以概括为“自主修宪论”。一般说来，“自主修宪论”是一种可以依赖、可以接受的法律理论。因为在通常情况下，修宪是一个国家的内部事务，是一种常见的宪法现象。譬如，“迄今有效的第一部成文宪法——1787年制定的美利坚合众国宪法，就规定了修宪机关和修宪程序（第5条）。当时，制宪会议的代表已意识到宪法是必须修改的，而且一定会有所修正。到了1791年就提出10条修正案（即‘权利法案’）。这是合乎规律的，因为宪法总是矛盾斗争的产物，是各党派妥协休战的果实，所以它不是绝对的、不可更改的。”^{〔3〕}因而，“宪法无论在形式上，或在实际上，都不含有不可变性。”^{〔4〕}从这个角度上说，一个国家通过法定程序修改本国宪法，是一种自主性的选择，确实不受其他国家的干涉，甚至也不需要向其他国家做出解释。但是，日本修宪派的观点及其法理依据并不能得到其他国家的认同，甚至不能得到日本国内护宪派的认同。

譬如，日本公明党1999年7月通过的“基本政策”就认为，应当坚持作为和平宪法象征的第9条。时至今日，公明党仍属于护宪派，仍反对修改现行的和平宪法。日本社民党2000年2月召开例行的党代会，其党首土井多贺子指出：“宪法目前处于危机，要把护宪作为当前最重要的斗争焦点。”此次党代会上通过的“斗争方针”又强调：“宪法改恶是战后政治的最大反动，要向国民宣传和平宪法的重要性。”^{〔5〕}最近，社民党参议院议员山内德信在回答参议院预算委员会的问题时，仍然坚持这样的立场，他说：“现在宪法修正的动向让我想到过去的希特勒。”^{〔6〕}民主党的代表海江田亦不赞同针对宪法第96条的修正案，他在接受采访时说：“因为赞成修改第96条的国会议员人数不够，所以就将表决时间延迟，这根本就是本末倒置。”^{〔7〕}在法律界，日本律师联合会2013年3月14日公开发表的“反对意见书”认为，针对日本宪法第96条提出的修正案，会动摇国家之本，违反立宪主义和尊重基本人权的立场，具有极为严重的

〔2〕 在日本，要求修改1946年颁布的和平宪法（尤其是其中的第9条）的观点，并不是安倍晋三的个人观点，而是一个延续了半个多世纪的观点。自20世纪50年代以来，鸠山一郎首相、岸信介首相、中曾根康弘首相、小泉纯一郎首相、小泽一郎议员、北冈伸一教授一直到现在的安倍晋三等首相、议员、学者，都是不同时期修宪派的主要代表。

〔3〕 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社2003年版，页107。

〔4〕 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，页329。

〔5〕 《朝日新闻》2000年2月26日。

〔6〕 《朝日新闻》电子版，访问地址：<http://www.asahi.com/politics/update/0509/TKY201305080912.html>，最后访问日期：2013年5月9日。

〔7〕 《读卖新闻》2013年5月3日。

问题,是无法令人容许的。〔8〕在日本法学界,宪法学者杉原泰雄希望发挥宪法第9条蕴含的和平价值,他说:“日本国宪法规定的‘战争与和平不能两立’,以及将第9条(第二章放弃战争)列在‘第三章国民的权利与义务’的前面等都是独具慧眼之选择。”杉原泰雄还认为,早已“到了日本国宪法第9条应该正式发挥作用的时候了。”〔9〕日本国内的这些反对修宪的观点所秉持的法理依据是:维护和平,反对战争,反对军国主义。对于这样的法理依据,可以概括为“永久和平论”。

由此我们发现,即使是在日本国内,在关于是否应当修宪的争论中,也存在着两种不同的法理依据:“自主修宪论”与“永久和平论”。这两种并存的法理依据表明,“迄今为止的日本宪政治一贯以‘护宪与改宪’的对立为轴心”。〔10〕抽象地看,或者单从理论上说,这两种对立的法理都可以成立。“自主修宪论”是主权理论的题中应有之义,在世界范围内,都是一种被广泛接受、得到了普遍实践的法理。至于“永久和平论”,早已在康德的《永久和平论》一文中得到了经典性、权威性的阐述。在这篇长文中,康德提出的“国与国之间永久和平的先决条款”就包括“常备军应该逐渐地全部加以废除”。〔11〕由此可以从逻辑上得出“宪法都应当是和平宪法”的结论。据学者考证,“永久和平论”作为康德政治哲学的核心,其思想渊源可以追溯至皮埃尔神甫的《欧洲永久和平方案》(1713年),以及卢梭的《皮埃尔神甫的永久和平方案摘要》,甚至还可以继续追溯至但丁的《帝制论》中所提出的世界性永久和平方案。〔12〕可见,在思想史上经过反复锤炼的“永久和平论”,其理论逻辑之坚实自不待言。

那么,在日本能否修宪的问题上,在“自主修宪论”与“永久和平论”这两种不同的法理发生冲突的情况下,哪种法理应当优先适用?或者,推而广之,在针对一个具体问题时,应当如何寻找、确立适用于该具体问题的法理依据?如果存在多种备选的法理依据,应当以什么样的理论架构来解决不同法理依据之间的冲突?简而言之,是否有必要建立一种“法理适用规则”?这就是我们从日本修宪问题中提炼出来的一个理论问题,它具有普遍意义,有必要予以专门的探讨。

二、“特别法理”与“一般法理”的二元划分

我们可以从法律理论中已有的关于“特别法”与“一般法”的二元划分中得到启示。在法律效力理论中,“特别法优于一般法”是一个基本的规则。据学者考证,这项规则起源于罗马法时

〔8〕日本弁護士連合会:“憲法第96条の発議要件緩和に反対する意見書”,访问地址:http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/rcport/data/2013/opinion_130314_2.pdf,最后访问日期:2013年5月10日。

〔9〕(日)杉原泰雄:《宪法的历史:比较宪法学新论》,吕昶、渠涛译,社会科学文献出版社2000年版,页177-178。

〔10〕同上注,页7。

〔11〕(德)康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1997年版,页99。

〔12〕张旭:“论康德的政治哲学”,《世界哲学》2005年第1期。

期,由古罗马法学家伯比尼安率先阐述。^[13] 这项规则的基本含义是:当一般法的规定与特别法的规定不一致时,优先适用特别法的规定。在当代,“特别法优于一般法”不仅是一项普遍性的法律学说,同时也在法律实践中得到了广泛的运用。对此,《中华人民共和国立法法》第83条已经做出了明确的规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定。”这是我国现行法律对“特别法优于一般法”的表达与运用。

为什么要把“同一机关制定的法律”划分为特别法和一般法,并要求在两者的规定不一致时,优先适用特别法?原因就在于:同一机关制定的两种或多种法律,由于制定的时间、条件、意图不同,确实可能对同样的问题做出不同的规定。在这种情况下,如果不在两种或多种法律之间做出特别法与一般法的划分,并规定特别法优先适用,将会导致法律适用的困境。譬如,《民法通则》与《合同法》都是全国人大制定的,两种法律都对合同做出了规定,在处理合同案件时,如果不根据“特别法优于一般法”的规则优先适用《合同法》,就会导致法律适用上的混乱或无所适从。可见,“特别法优于一般法”的规则尽管在实践过程中会遇到诸多的技术性难题,但它仍然得到了普遍性的承认,因为它是一项不可缺少的法律适用规则。

既然可以把“同一机关制定的法律”分为特别法和一般法,那么,针对制定法或实在法之上的“高级法”,能否做出同样的二元划分呢?回答是肯定的。这里的“高级法”一词,借用了美国学者考文的《美国宪法的“高级法”背景》一书的说法。^[14] 考文所说的“高级法”,实为美国宪法赖以成立的法理依据。换个角度,“高级法”其实就是制定法之上的自然法,与传统中国“王法”之上的“天理”,也有较大的相似性。不过,从表现形式来看,一种“高级法”在相当程度上就是一种法理学说,一种制定法赖以成立的法理依据。

某些法理具有“高级法”的价值与功能,是因为它可以为制定法提供依据或指引。但是,按照通行的法律渊源理论,某些“法理”与“制定法”、“习惯法”、“国际条约”一样,又都是法的表现形式之一,这是“法理”与“制定法”的共性。既然在不同的制定法之间都可以做出特别法与一般法的二元划分,那么,按照同样的道理,在不同的法理之间,也可以做出“特别法理”与“一般法理”的二元划分。做出这种二元划分的理由和依据包括以下四个方面。

第一,从必要性方面来看,针对同样的法律问题,事实上存在着不同的法理解说,而不同的法理解说实际上提供了不同的理论逻辑或理论解释系统。

譬如,当前安倍晋三为代表的修宪派为修宪活动提供的法理依据是“自主修宪论”——这个理论可以在“主权论”、“自决论”等法律理论中得到有效的论证。日本国内的护宪派为维护和平宪法提供的法理依据是“永久和平论”——这个理论在康德的法哲学、甚至在传统中国的

[13] 顾建亚:“‘特别法优于一般法’规则适用难题探析”,《学术论坛》2007年第12期。

[14] (美)考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版。

“大同论”中亦可以得到充分的论证。^{〔15〕}就这两种法理学说或解释系统本身而论,都可以成立,都是具有指引功能的法理。但是,它们在日本能否修宪的问题上却提供了截然不同的解说。多种法理的不同指向,虽然体现了学术、思想、理论的多元化,有助于学术、思想、理论本身的繁荣,但是,在实践层面上,指向不同的法理就像是针对同一个案件而存在的相互冲突的法律一样,会导致解释系统、推理系统、逻辑系统、观念世界的混乱,并进一步导致行为世界的混乱,从而为更大、更剧烈的现实冲突埋下隐患。因此,为了解决不同法理之间的冲突,为了解释理论解释系统的混乱,有必要模仿法律理论与法律实践中已经成熟的“特别法”与“一般法”的二元划分。在法理层面上,建立起“特别法理”与“一般法理”之间的二元划分机制。

第二,从可能性方面来看,针对同一个具体问题,在不同的法理解说之间,确实有“特别法理”与“一般法理”之分。

这就是说,在针对同一问题而存在的多种法理解说中,某种法理具有更强的针对性;相比之下,其他的法理在针对性方面会显得弱一些。在这种情况下,我们把针对性较强的法理称为“特别法理”,把针对性较弱的法理称为“一般法理”。这个原理与“特别法”、“一般法”的划分机制是一样的。譬如,在处理一个具体的合同案件中,《合同法》显然比《民法通则》具有更强的针对性,因而应当适用《合同法》。这个原理还可见于国际私法中通行的“最密切联系原则”:准据法的选择,应当以与特定案件具有最密切联系的那个地方的法律作为准据法。^{〔16〕}同样,在两种或多种法理之间,也可以借用这种“针对性最强”、“联系最密切”的判断标准。因为,在两种或多种法理之间,总有一种法理跟某个特定问题具有“针对性最强”、“联系最密切”的关系。具有这种关系的法理,就是本文所说的“特别法理”。至于跟某个特定问题“联系不密切”、“针对性不强”的法理,则是本文所说的“一般法理”。可见,划分“特别法理”与“一般法理”,在方法和技术上是可以解决的。

第三,从全球化的要求来看,“特别法理”与“一般法理”之间的二元划分,是全球化时代的产物,能够满足全球治理的现实需要。

纵观历史,针对同一个问题,却存在着多种不一致的、指向各异的法理学说,这种现象的出现由来已久,但是,于今愈烈,而且导致的问题也越来越多。^{〔17〕}原因在于,多种法理之间的差异,实质上是多种解释系统之间的并存及冲突。在传统中国,在儒家义理长期居于支配地位的大背景下,解释系统基本上处于单一状态。譬如天理,就构成了数千年不变的“高级法”,只要

〔15〕 关于“大同”理想的早期表达,集中体现在《礼记·礼运》篇:“大道之行也,天下为公,选贤与能,讲信修睦。故人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,矜寡孤独废疾者皆有所养。男有分,女有归,货恶其弃于地也,不必藏于己。力恶其不出于身也,不必为己。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭,是谓大同。”关于“大同”理想的晚近表达,代表性论著有康有为:《大同书》,上海古籍出版社2005年版。

〔16〕 参见于飞:“最密切联系原则的发展与适用”,《法律科学》1995年第5期。

〔17〕 所谓“文明的冲突”,除了背后的现实利益之外,从言辞来看,表现为不同法理之间的冲突、不同解释系统之间的冲突。

符合天理,就算找到了终极性的法理依据。^[18]但是,自近现代社会以来,在全球化的背景下,各种异质的解释系统交错在一起,导致了“诸神之争”。譬如,从文化传统来划分,有儒家的解释系统,也有基督教的解释系统;从意识形态来划分,有资本主义的解释系统,也有社会主义的解释系统。在资本主义的解释系统之内,有自由主义的解释系统,也有社群主义的解释系统。即使是在自由主义的解释系统之内,既有消极自由的解释系统,同时还有积极自由的解释系统。诸如此类,不一而足。在各种不同的解释系统之间,由于文化背景、历史传统、政治制度等方面的原因,很难彼此涵摄。在全球范围内,任何一种解释系统都很难居于至尊地位。在这种情况下,因为解释系统的分歧与冲突而导致的失序就会更加突出。因此,在全球范围内各种解释系统相互激荡、相互冲突的背景下,在各种相互冲突的解释系统中确立“解释系统适用规则”,是全球范围内实现有效治理的前提条件。在本文的语境中,从法学的立场上看,“解释系统适用规则”也就是“法理适用规则”,也就是在多种法理之间找到某种特定的法理,并在这种特定的法理与需要处理的特定问题之间建立起一一对应的关系,建立起“一把钥匙开一把锁”的关系——这种特定的法理,相对于某个特定的问题而言,就是“特别法理”。至于其他的法理,虽然也与该特定问题有一些关系,却只能归属于“一般法理”。经过这样的区分或分类处理,其实就是在为众多的法理学说确立一定的秩序关系,其实就是在为思想、观念的世界建立某种秩序。因此,从实践指向来看,在多元化的法理丛林中建立某种规则、形成某种秩序,实为实现全球治理的第一个环节,亦是新千年所面临的“在国际层面或在全球层面上建设法治”^[19]的第一个环节。

第四,需要特别强调的是,无论是“一般法理”还是“特别法理”,在本文中,它们作为“法理”,主要是指法律渊源意义上的“法理”。在国际法的视野中,它亦被称为“公法学说”,构成了国际法的渊源。

譬如,“《国际法院规约》列举‘各国权威最高之公法学说’为国际法的一个补助渊源”,^[20]就是对“法理”作为国际法渊源的直接确认。这样的国际法渊源“固然需要强调谨慎,但是公法学家的意见却得到广泛的使用”。^[21]这种法律渊源意义上的“法理”,不同于作为理论形态或“法学二级学科”之一的“法理”或“法学理论”。后者是一种理论形态或知识形态,甚至是一个“二级学科”,它作为学术分工、学术专业化的产物,是与民法学、刑法学、政治理论并列的理论形态。与之不同的是,本文讨论的作为法律渊源之一的“法理”(包括“一般法理”与“特别法理”)是法的表现形式之一,与之并列的有制定法、习惯法、国际条约等。按照学者的解释,作为法律渊源之一的“法理主要是指法学家对法的各种理性说明、解释和理论阐发,这种学理性解

[18] 详见俞荣根:“天理、国法、人情的冲突与整合——儒家之法的内在精神及现代法治的传统资源”,《中华文化论坛》1998年第4期。

[19] (美)塔玛纳哈:《论法治:历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,页161。

[20] (英)詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,页25。

[21] (英)伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良等译,法律出版社2002年版,页17。

释(法理)能否成为具有法律效力的法的渊源,取决于各个时代和各个国家的法律规定和法律传统。在法律发展早期,如古希腊、古罗马时代,法学家的著作中所阐发的法理成为具有法的效力的法的渊源之一。在现代,各个国家一般不承认法理是具有直接法的效力的渊源,但却是具有法律推理意义上的法的渊源。^[22]在大陆法系国家,作为法律渊源之一的“法理通常是指有关法律的学说、原理或精神”,它在法律发展中起到了重要的作用;相对而言,在普通法系国家,法理“属于次要法律渊源”。^[23]在法律实践过程中,这种作为法律渊源意义上的“法理”,一方面具有填补法律漏洞的功能,在制定法、习惯法、国际条约暂付阙如的情况下,可以为纠纷或争端的解决提供基本的依据,这就是“有法律依法律,无法律依法理”的意涵。^[24]另一方面,“法理”作为法律渊源之一,还可以为法律推理提供依据。不过,无论是在实体性的争端解决中,还是在程序性的法律推理中,所依据的“法理”都不是单一的而是多元的,这就为“法理”的分类处理提供了契机,也为本文区分“一般法理”与“特别法理”提供了理论动力。

以上四个方面的分析表明,以“特别法”与“一般法”的二元划分作为原型,在法理的层面上做出“特别法理”与“一般法理”的二元划分,是必要的,是可能的,是符合时代要求的。

三、“特别法理优于一般法理”的理论要点

如果说,在为某个特定问题寻求法理依据的层面上,为了解决“法理适用”的难题,既有必要也有可能众多的法理中区分“特别法理”与“一般法理”,那么,两者的关系是什么?回答是:“特别法理优于一般法理”。

“特别法理”为什么优于“一般法理”?“特别法理优于一般法理”的依据是什么?依据就是上文提到的“联系最密切”、“针对性最强”。既然“特别法理”与特定问题具有“联系最密切”、“针对性最强”的关系,那它当然应该优先适用。因此,针对某个特定的问题,如果存在着两种或多种法理依据,就应当适用“特别法理优于一般法理”的规则。全面地理解这个法理适用规则,需要注意以下几个方面的要点。

第一,“特别法理优于一般法理”的基本性质。

“特别法理优于一般法理”并不是在各种法理学说之间进行一般性的、等级化的处理。某种法理如果被优先适用,并不是因为这种法理的“位阶”比另一种法理的“位阶”更高,并不是因为这种法理是“高级法理”或“优质法理”,而是因为这种法理与特定问题之间具有“最密切联

[22] 张文显主编:《法理学》,法律出版社2007年版,页132。

[23] 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,页145、262。

[24] 法国比较法学家达维德在论及英国的法理学说时指出:“格兰维尔、布雷克顿、利特尔顿、科克的各著作曾经具有这样的威信,以致在法院中被看作是对他们时代的法的陈述,被赋予的权威可与我们这里法律所具有的权威相比。”(法)达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,页368。在达维德的这本著作中,无论是罗马日耳曼法系、社会主义各国法,还是英国法,在论述其“法的渊源”时,都包括了“学说”这种法的渊源。达维德所说的“学说”,就是我们今天所说的作为法律渊源之一的“法理”。

系”，对该问题的“针对性最强”，足以充任针对该特定问题的“特别法理”，因而应当优先适用。而且，某种法理在这个特定问题中，堪称优于“一般法理”的“特别法理”，但它在另一个问题中，很可能就只能作为“一般法理”而不能被适用。反之亦然。换言之，“特别法理”在多种法理学说中享有的优先适用地位，是由它与特定问题之间的特殊关系所决定的。

由此，我们可以看到“特别法理优于一般法理”规则与“特别法优于一般法”规则之间的差异：无论是特别法还是一般法，都是相对固定的。譬如，相对于《民法通则》来说，《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》都是特别法，都应当优先适用，这样的优先适用具有普遍性。只要是合同案件或民事侵权案件，《合同法》或《侵权责任法》相对于《民法通则》来说，都要优先适用。但是，在“特别法理”与“一般法理”之间，并没有这样的相对固定的关系。通常情况下，我们无法指认，某种法理一定是优先适用的“特别法理”，另一种法理则是不能适用的“一般法理”。此外，按照我国《立法法》第83条的规定，只有两种法律法规是由同一机关制定的，才能在两者之间做出特别法与一般法的划分。但是，“特别法理”与“一般法理”却不可能是“同一机关制定”的。无论是哪种法理，都找不出特定的制定机关。因为法理并非国家机关的产物，而是出于法学理论中的创造与积淀，常常体现为权威性的学说。

比较而言，“特别法理优于一般法理”与国际私法中的“最密切联系原则”具有更多的相似性。所谓“最密切联系原则”，是指在国际私法领域的法律适用或法律选择中，在为某个案件确立准据法时，应当研究与该案件有关的因素，确定哪个地方与案件当事人、案件事实有最密切的联系，就选择该地方的法律作为准据法。这就是说，按照“最密切联系原则”，是否由某个国家或地区的法律来充当适用于特定案件的准据法，取决于特定案件与某国或某地法律之间是否具有“联系最密切”的关系。因此，作为准据法的某国、某地法律，并非在“位阶”上高于其他国家、其他地区的法律，而是由于它与特定案件的人与事具有“联系最密切”的关系。哪个国家或地区的法律与特定案件具有“联系最密切”的关系，它就应当作为适用于该案件的准据法。

试比较这三种规则或原则：“特别法优于一般法”、“最密切联系原则”、“特别法理优于一般法理”，可以发现，“特别法优于一般法”适用于国内法的选择；“最密切联系原则”适用于国际私法的选择；“特别法理优于一般法理”适用于法理依据的选择。

第二，“特别法理优于一般法理”的适用方法。

“特别法理优于一般法理”的适用，主要是在多种法理中找到“特别法理”，以确立解决特定问题的理论前提、法理依据。不过，“特别法理”的寻找与确立，又是以深刻把握特定问题本身作为条件的，是特定问题本身的性质、特征，决定了应当适用于它的“特别法理”。

打个比方，要从甲地到乙地，该选择什么样的交通工具呢？张三说，应当乘火车，火车更准时；李四说，应当乘汽车，汽车更省钱；王五说，应当乘飞机，飞机更快捷。无论是准时、省钱、快捷，都是选择赖以做出的依据；或者说，都是他们各自做出选择的“法理依据”。在三种不一致的方案及其“法理依据”面前，首要的问题就是要确定：从甲地到乙地的这段旅程是一段什么样的旅程，它与什么样的交通具有“最密切联系”。如果只想欣赏沿途的风景，那么，乘坐汽车、火车或轮船就更恰当一些；如果只是想抵达目的地，那么飞机就是更好的选择；但是，如果从甲

地到乙地只有100公里,两地之间又有高速公路相连,那么,汽车比飞机就应当“优先适用”。可见,交通方案及其背后的“法理依据”的选择,应当以准确把握旅程的性质、特征为前提。这就是说,准确而深刻地把握特定问题,从特定问题本身出发,才能找到适用于该特定问题的“特别法理”。找到了优先适用的“特别法理”,就为特定问题的解决找到了最恰当、最可靠的法理依据。这样的法理依据虽然不能为特定问题的解决提供具体的方案,甚至也不能保证问题能够得到圆满的解决,但它可以为问题的有效解决提供可靠的逻辑起点、理论框架。

可见,“特别法理优于一般法理”作为一个规则的适用,一个关键的环节是“特别法理”的发现。“特别法理”筛选出来了,其他相关的法理都可以归属于“一般法理”。为了更好地解决“特别法理”的发现问题,法律方法论中的“法律发现”理论,可以为“特别法理”的发现提供某些借鉴与参照。

按照学者的论述,在司法过程中,“法官和律师在处理个案时,并没有与个案完全吻合的现成法律,成文法中不可能直接规定解决案件纠纷的详细法律”。因此,为了发现与个案相吻合的法律,就需要法律发现这个环节。具体地说,“面对个案,法官发现法律有三种情况:这就是明确的法律、模糊的法律和法律的空缺结构。我认为,面对明确的法律,法官可以直接将其作为法律推理的大前提,径直向判决转换;对模糊不清的法律则需要进行法律解释;对存在空缺结构的法律则进行漏洞补充。”^[25]

同样,“特别法理”的发现也在于发现针对特定问题的法理依据。在“特别法理”的发现中,可能出现两种不同的情况:第一种情况是,有明确的“特别法理”。针对某个特定的问题,“特别法理”显而易见,其他法理都是不能适用的“一般法理”。譬如,二战结束后对日本战犯的审判与惩罚,显而易见的法理依据是“和平论”与“人道论”。因此,破坏和平、反人类、反人道的战争罪犯应当受到惩罚。^[26]换言之,“和平论”、“人道论”是处理日本战犯问题的“特别法理”。至于其他的法理,相比之下,都是与该案件联系不够紧密的“一般法理”。第二种情况是,没有明确的“特别法理”。针对某个特定的问题,“特别法理”并不明显。这种情况下,就需要在多种法理依据中,通过创造性的法理解释,创造性地解释出适用于特定问题的“特别法理”。这种情形,相当于法律解释理论中的“漏洞补充”。日本当前的修宪与护宪之争,就属于这种情况:无论是修宪派的“自主修宪论”还是护宪派的“永久和平论”,其作为“特别法理”的地位似乎都还没有得到有效的论证。这就导致了“特别法理不明”的情形,需要通过创造性的解释,找到适用于日本修宪问题的“特别法理”。对此,本文下一节将进行专门的论述。

第三,“特别法理优于一般法理”的适用主体。

“特别法理优于一般法理”作为一条法理适用规则,虽然蕴含着较强的实践价值,但它发挥作用的具体环节主要还在于推理与论证。它的价值与意义主要在于:为特定问题的解决确立一个可靠的理论框架,找到一个方向正确的火车头,从而把解决问题的基本思路、具体方案挂

[25] 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,页207—209。

[26] 参见黄肇炯、唐雪莲:“纽伦堡、东京审判与国际刑法”,《法学家》1996年第5期。

靠在这个火车头上。因此,“特别法理优于一般法理”的适用主体,主要是具有反思能力的法学家(及政治理论家),当然也包括处理疑难案件的实践者。

在通常情况下,法官、检察官、律师代表了运用法律处理案件的实践者。特别是法官群体,他们发现案件事实、发现适用于特定案件的法律规范,然后通过推理得出司法判决。在这种常规性的法律实践中,通常不会涉及法理依据的选择问题。事实上,如果在法律实践的过程中也会涉及法理依据的话,那么,在我国现行的法律体系中,在大多数法律文件的第一条,都已经明确地规定了处理案件的法理依据。譬如,处理刑事案件的法理依据见于《刑法》第一条:“惩罚犯罪,保护人民”;处理合同案件的法理依据见于《合同法》第一条:“保护合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设”。因此,在常规性的法律适用过程中,一般不会涉及法理依据的选择问题,因为法理依据的选择问题已经在立法环节解决了。当然也有例外。在一些特别复杂的司法案件中,也可能面临两种或多种法理依据的冲突。譬如泸州的“二奶继承案”,就涉及法律规定与公序良俗之间的冲突,这就出现了法理依据的选择问题。^[27]不过,从总体上看,在法律实践中,需要在法理依据上做出艰难选择的案件,毕竟还是属于例外情形。在常规案件的处理过程中,一般不会出现法理依据的选择问题。

相对而言,法学家(及政治理论家)由于需要对法律问题或公共生活中的其他问题进行刨根问底式的探究,在他们的探究过程中,就会不可避免地面临着各种法理学说之间的分歧与冲突。正是在解决法理学说彼此冲突的困境中,出现了对于法理适用规则的需要。本文提出的“特别法理优于一般法理”,就是为了满足法学家(及政治理论家)对于法理适用规则的需要。

当然,法理学说并不是专职的法学家所能够垄断的。对法理学说做出贡献的群体,除了专业化的法学家,还包括哲学家、政治学家、思想史家等相关领域的探索者。^[28]这些领域的探索者虽然不是专业的法学家,但对法理而言,他们做出了绝不逊于专业法学家的贡献。这些探索者也面临着各种法理之间的冲突。这样的冲突或许可以概括为“诸神之争”,亦即解释系统之争、逻辑起点之争。要解决这样的争论,要为这样的争论寻找一个出口,“特别法理优于一般法理”作为一种法理适用规则,就是一个可以考虑的“元规则”。

概而言之,就适用主体来看,“特别法理优于一般法理”的适用者主要是法学家或相关思想领域的探索者。法律实践者作为高级技术专家,如果能够运用这条规则来解决少数重大的、复杂的、疑难的案件,就可以说是做出了额外的贡献了。

[27] 关于此案的学术评论,详见何海波:“何以合法?对‘二奶继承案’的追问”,《中外法学》2009年第3期。

[28] 在本文的语境下,这些探索者也许可以统称为法哲学家,与之相对应的法律实践者也许可以称为法律领域内的高级技术专家。进一步的论述可见(波兰)兹纳涅茨基:《知识人的社会角色》,郑斌祥译,译林出版社2000年版。

四、从“特别法理优于一般法理”看日本修宪

以上我们对“特别法理优于一般法理”进行了初步的论证。为了检验这条法理适用规则,不妨以日本修宪问题中的争论为例,展示这条规则的解释能力和实践意义。

前文已经提到,在日本国内,针对是否可以、是否应当修宪的问题,早已出现了两种不同的观点及其实践指向:以安倍晋三为代表的修宪派认为可以修宪,因为修宪是一种自主性的国家行为。为此,修宪派已经展开了多方面的行动,以推动日本宪法的修改,尤其是针对宪法第96条、第9条的修改。但是,在护宪派人士看来,和平宪法不能修改,因为修改可能损害和平,可能纵容日本军国主义的复兴,从而为日本人民和世界人民带来灾难。修宪派以“自主修宪论”作为法理依据,护宪派以“永久和平论”作为法理依据。那么,这两种代表性的法理依据,哪一种法理应当优先适用呢?

从理论层面上说,在这两种法理之间,并无高低之分,它们之间并没有从属关系。“自主修宪论”很重要,“永久和平论”也很重要。抽象地看,我们既不能说“自主修宪论”高于“永久和平论”,因而应当优先适用“自主修宪论”;也不能说“永久和平论”高于“自主修宪论”,因而应当优先适用“永久和平论”。这样的法理适用上的困局,就是因为没有建立起法理的划分机制,没有建立起“特别法理”与“一般法理”之间的二元划分,没有形成“特别法理优于一般法理”的法理适用规则。

反之,如果我们建立起“特别法理”与“一般法理”之间的划分,并确立“特别法理优于一般法理”的法理适用规则,那么,已有的“自主修宪论”与“永久和平论”之间的争论,就获得了一个规则化的解决办法。按照前文述及的理论,在两种或多种法理中,与日本修宪这个特定问题“联系最密切”、“针对性最强”的法理,就是应当优先适用的“特别法理”。那么,在“自主修宪论”与“永久和平论”之间,与日本修宪问题联系最密切、针对性最强的法理是什么呢?回答是:“永久和平论”。因而,“永久和平论”才是适用于日本修宪问题的“特别法理”,应当优先适用。相比之下,“自主修宪论”只能归属于“一般法理”。

做出这种判断与选择的理由是:“自主修宪论”可以说是“主权论”这个庞大的法理学说体系中的一个组成部分。自从16世纪法国思想家博丹的《主权论》问世以来,^[29]主权学说已经成为一个普适性、一般性的法理学说。^[30]“依照传统的说法,主权有两大特性:一是主权的无限制性,二是主权的不可分割性。这两种特性,因19世纪以来许多新发生或新被注意的现象及事实,久成为学者间争论的焦点。或则从联邦制的存在以攻击不可分之说;或则从国际法的

[29] 详见(法)博丹:《主权论》,李卫海等译,北京大学出版社2008年版。

[30] 关于西方主权学说的文献梳理,可参阅(美)戈登:《控制国家:西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社2001年版,第一章:“主权学说”。

发展,以攻击无限制之说;或则更从非政治团体所享的实力,以攻击国家有无上权力的议论。”^[31]尽管早期主权的“无限制性”已经被动摇,“主权已经失去了其被幻想出来的至高性和独立性”,^[32]主权的限制已经成为一种普遍的政治法律现实,但主权的存在依据是无庸质疑的,且在通常情况下,对所有国家都是适用的。这就意味着,附属于主权论的“自主修宪论”乃是一个标准的“一般法理”。相对说来,“永久和平论”则是一个专门针对日本宪法的法理学说。因为,世界各国的宪法虽然各具特色,但是,被称为“和平宪法”的成文宪法,在当今世界,除了日本现行宪法之外,还找不出第二个。这就是说,“和平”是日本宪法的本质特征与核心价值,正如日本现行宪法第9条所规定的:“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国际和平,永远放弃以国权发动的战争、武力威胁或武力行使作为解决国际争端的手段。为达到这项目的,不保持陆海空军及其他战争力量,不承认国家的交战权。”正是这个著名的“永远放弃战争”条款,为日本现行宪法赋予了独一无二的和平宪法的特征。这就意味着,“永久和平论”是与日本修宪问题“联系最密切”、“针对性最强”的法理学说,它构成了解决日本宪法问题的专有的、专属的法理依据。由于这个缘故,“永久和平论”是应当优先适用的“特别法理”。至于“自主修宪论”,则不具有这样的优先适用的资格。

当前,在日本国内,虽然秉持“自主修宪论”的修宪派处于执政地位,虽然秉持“永久和平论”的护宪派人士较多地处于在野地位,较多地体现了民间的和平主义人士的愿望与呼声。但是,按照“特别法理优于一般法理”的规则,护宪派赖以立言、赖以行动的法理依据显然拥有更坚实的法理基础,是可以成立的。至于修宪派的修宪主张,由于不能得到特别法理的支持,因而是没有坚实的法理依据的。这就是我们根据本文阐述的法理适用规则来分析日本修宪问题而得出的第一个结论。

既然说是“第一个结论”,那就意味着我们的分析还没有结束。确实,以上的分析还仅仅是围绕着日本国内关于修宪问题的两种主流观点而展开的。如果我们不限于日本国内的两种观点,如果我们从更加宽阔的视野中来看,还可以看到一个基本的事实:修宪派的修宪意图及其行动,已经引起了东亚地区乃至世界范围内的广泛关注。即使遭到了国际社会的普遍反对,修宪派依然在修宪的道路上大胆往前走。正如本文开篇就提到的,安倍为修宪提供的理由是:日本修宪不需要向邻国解释。言外之意是,更毋须征得邻国的同意了。如上所述,修宪派赖以立言、赖以行动的法理依据是“自主修宪论”。

从宪法学的角度来看,修宪确实是一种常见的政治法律现象,并不稀罕,也不令人意外。修宪甚至还是宪法发展、政治进步的一个重要载体,“是保持宪法与社会生活的协调,解决违宪的基本形式之一”,^[33]因而具有积极意义与正面意义。历史上,美国1787年宪法自从通过以后至1992年,已先后增补了27条宪法修正案。中国现行的1982年宪法也经历了四次正式的

[31] 王世杰等,见前注[4],页29。

[32] (日)篠田英朗:《重新审视主权:从古典理论到全球时代》,戚渊译,商务印书馆2004年版,页182。

[33] 胡锦涛、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年版,页133。

修改。无论是中国、美国的修宪还是其他国家的修宪,都被国际社会视为当然。但是,日本国内修宪派的修宪活动却引起了国际社会的强烈反对,这就意味着:日本修宪派所秉持的法理依据与国际社会所秉持的法理依据形成了对立。在国际社会看来,修宪派如果要修改和平宪法,就应当向邻国、向国际社会做出解释——在这种观点的背后,是一种什么样的法理依据呢?我们的回答是:“跨国契约论”。

“跨国契约论”是“社会契约论”的延伸性理论,是附属于“社会契约论”的。在思想史上,作为一种法理学说的“社会契约论”,可谓源远流长。格劳秀斯、霍布斯、斯宾诺莎、洛克、孟德斯鸠、卢梭、康德、费希特以及当代的罗尔斯,都堪称社会契约理论的主要阐释者。按照卢梭的经典解释,社会契约论的基本旨趣可以概括为:“既然任何人对于自己的同类都没有任何天然的权威,既然强力并不产生任何权利,于是便只剩下约定才可以成为人间一切合法权威的基础。”^[34]

从社会契约论的观点来看,宪法是社会契约的载体,宪法源于社会契约,宪法的合法性也源于社会契约,宪法的修改当然也应当符合社会契约论。譬如,美国1787年宪法的序言开篇就是“我们人民”这几个字,是对宪法源于社会契约的生动表达。^[35]也就是说,社会契约论是解释宪法现象的一种基本理论。不过,日本现行宪法虽然也是社会契约的产物,却不能像美国现行宪法的序言那样,直接用“我们人民”来宣告,亦不能直接用社会契约论来解释。因为,日本现行宪法的产生具有特殊性。正是日本宪法的特殊性,使得普通的“社会契约论”仍不足以解释日本的修宪问题;只有渊源于、脱胎于社会契约论的“跨国契约论”,才能恰切地解释当今日本的修宪问题。

所谓日本宪法的特殊性,所谓“跨国契约论”,主要是指:日本现行的和平宪法既是二战结束后日本人民的政治选择,其实更是世界人民或全世界的和平力量共同做出的政治选择。换言之,日本现行的和平宪法既反映了二战以后日本国内和平力量的意志,更反映了全世界和平力量的意志,本质上是二战后日本国内的和平力量与国际的和平力量达成的一个跨国性的政治协议、一个跨国性的社会契约。正如有学者所指出的,1946年11月3日公布的日本新宪法“以最高法规的形式记载了对日作战的盟国和日本人民反对侵略战争、反对军国主义和天皇专制,要求和平与民主的长期不懈的斗争所取得的成果”。^[36]因此,按照社会契约理论,日本现行的和平宪法是爱好和平的日本人民与爱好和平的世界人民达成的一个“跨国社会契约”。

这样的“跨国社会契约”使日本现行的和平宪法具有双重性质:它既是国内法,同时也具有国际法(或国际协议)的性质。“本来,宪法作为一国的根本法,与国际法有严格的界线。两次

[34] (法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1997年版,页14。

[35] “我们人民”(we the people)是美国1787年宪法序言的第一个词组,其法理意蕴是,这部宪法是“我们人民”制定的。当代美国学者正是以这个颇具象征性的表达方式为题,写成了一部宪法学著作,详见(美)阿克曼:《我们人民:宪法变革的原动力》,孙文恺译,法律出版社2003年版。

[36] 鲁义:“日本修宪动向的由来与发展——以宪法第9条为中心”,《日本学刊》2000年第3期。

世界大战以后,国内法与国际法的关系密切了,这也是20世纪宪法的发展趋势之一”。这就是说,“宪法有走向国际法和国际化的趋势”。〔37〕这种趋势涉及国内法与国际法的关系,在这个关系问题上,“持一元论的法学家数量众多”,“在英国,赫希·劳特派特一直是一元论的有力支持者”,他“明确认为,个人是国际法的主体。这种主张是与主权国家存在的一些法律论点相对立的,而使国内法仅成为国际法的寄生者”。〔38〕按照这样的“一元论”,“各国国内法律体系是从国际法律体系中派生出来的”,“国际法可以被视为在本质上与国内法同为一个法律秩序的一部分,而且是高于国内法的”。〔39〕

对于这种国际法高于国内法的观点,凯尔森在二战以后还做出了更细致的论述,他说:“在国内法与国际法之间并无绝对的界线。一些规范就其创造来说,因为是由国际条约所建立的,因而具有国际法性质;而就其内容来说,可能是有国内法的性质,因为它们建立了一个相对集权的组织。”〔40〕用凯尔森的这句话来描述日本现行宪法及其所建立的国家组织,可谓恰到好处,因为日本现行宪法放弃传统的交战权,放弃战争,不设国防军,正是宪法走向国际法和国际化的产物。凯尔森还说:“国内法律秩序,即构成一个国家的一种秩序,就可以被界说为一个相对集权的强制秩序,它的属地、属人和属时的效力范围是由国际法决定的,而它的属事效力范围则只受国际法的限制。”〔41〕“正是国际法,作为高于各国的法律秩序,才可能创造出对两个或两个以上国家的范围均有效力的规范,即国际法规范。正是一般国际法,特别是根据它的约定必须遵守的规则,才建立了这样的规范,它使各国承担尊重条约的义务,像由它们缔结的条约所规定的那样行为。”〔42〕因而,“国际法律秩序的基础规范是各国法律秩序的效力的最终理由。”〔43〕

凯尔森既强调国际法优先于国内法,同时也贬抑国家主权。他说,他的“纯粹法理论之最大成就便是颠覆了主权信条,后者正是帝国主义意识形态用以反对国际法之主要武器”。他的“纯粹法理论一劳永逸地拆穿了以主权之名为政治张目之伎俩:将政治上左右支绌之主张伪装成逻辑上颠扑不破之论证”。〔44〕这样的纯粹法理论,恰好可以为本文所说的“跨国社会契约”及其理论解释力提供实证性的论证。因为,日本现行宪法虽然可以纳入日本国内法的范围,但它更具本质性的特征是“跨国社会契约”,这就使它具有了国际法的性质。进而言之,日本现行宪法所具有的作为“跨国社会契约”的性质,作为“国际法”性质,都要优于它作为国内法的性质。

〔37〕 龚祥瑞,见前注〔3〕,页126—127。

〔38〕 布朗利,见前注〔21〕,页38—39。

〔39〕 詹宁斯等,见前注〔20〕,页32。

〔40〕 (奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,页357。

〔41〕 同上注,页385。

〔42〕 同上注,页388。

〔43〕 同上注,页402。

〔44〕 (奥)凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,页135。

对于这种具有“跨国契约”性质、国际法性质的和平宪法,日本修宪派有单方面修改的权利吗?没有。修宪派能单方面提出修改、甚至废除和平宪法的动议吗?不能。按照宪法学理论,譬如,按照日本宪法学者芦部信喜的理论,“修宪权是制度化了的制宪权,是制宪权的卫兵”。“在这个意义上的修宪权,就是制宪权法定化后的样态,因此它必须维护制宪权及其成果的性质。”^[45]这就意味着,修宪绝不能淡化日本宪法作为“和平宪法”的色彩,因为这是制宪权所产生的最主要的成果。对此,我国宪法学者亦认为,“由制宪权中派生的修宪权低于制宪权”,“行使修宪权过程应受制宪权的约束,不得违背制宪权的基本精神与原则”。^[46]既然修宪权应当受制于制宪权,那么,日本修宪派的修宪活动就应当受到“跨国立约人”意志的约束,因为后者是制宪权的拥有者。

因此,如果要追问:修宪派的修宪意图为什么会受到日本国内外和平力量的普遍反对?全世界的和平力量为什么可以对修宪派的修宪意图说不?原因就在于:全世界的和平力量享有“跨国契约”的“立约人”资格,如果要修改这份以和平为核心的“跨国契约”,就必须征得“跨国立约人”(日本及全世界的和平力量)的同意,修宪权必须服从于制宪权——这样的“跨国契约论”与日本国内修宪派所依赖的“自主修宪论”,就形成了相互竞争的关系。那么,在“跨国契约论”与“自主修宪论”之间,应当如何取舍?哪种法理应当优先适用?

按照本文论证的“特别法理优于一般法理”的法理适用规则,“跨国契约论”是“特别法理”,应当优先适用。因为,如前所述,“自主修宪论”可以适用于所有国家的修宪,是一个普适性的“一般法理”。但是,日本现行的和平宪法,因为特殊的历史机缘,体现为日本人民与世界人民共同协商的结果,是日本人民与世界人民达成的一个跨国性的、具有国际法性质的跨国社会契约——这种现象,在世界宪法史上具有独特性。正是这样的独特性,使“跨国契约论”成为与日本修宪问题“联系最密切”、“针对性最强”的法理学说,堪称专门解决日本修宪问题的“特别法理”,因而应当在日本修宪问题上优先适用。至于“自主修宪论”,较之于“跨国契约论”,就只能作为“一般法理”了。

从国际法的角度来看,按照“跨国契约论”的解释路径,日本的修宪活动就不仅仅是一国之事,不仅仅是日本的国内事务,不仅仅是国内法事务,而是一个跨国性事务、国际法事务。回顾历史即可发现,日本现行宪法的制定与实施,本身就不是一个纯粹的国内事务,它是二战的产物,更是二战前、二战中日本军国主义势力对外政策结出来的一枚畸形果实。既然日本现行宪法从一开始就与国际社会相关联,那么,日本现行宪法的修改也就与国际社会、国际法相关联。因此,在前文述及的宪法日益走向国际法的大趋势、大背景之下,日本的修宪活动亦应当从国际法的视野中来考察。按照国际法理论,“国际法的首要的和基本的价值是维护国际和平与安全”。^[47]事实上,日本现行的和平宪法就是按照这样的国际法理念而制定出来的。而且,“随

[45] 林来梵:《宪法学讲义》,法律出版社2011年版,页83。

[46] 韩大元:“试论宪法修改权的性质与界限”,《法学家》2003年第5期。

[47] 王秀梅:《国家对国际社会整体的义务》,法律出版社2009年版,页195。

着国际社会日益社会化和组织化,原生的国家间体制不断被修正,尽管以主权为支柱的秩序价值的基础地位没有动摇,但以人权为代表的正义价值在国际社会中的地位日益突出。对国际社会整体的义务概念的出现对国家主权形成挑战和冲击”。〔48〕本文提出的“跨国契约论”,亦可以看作是对这种“国家对国际社会整体的义务”的一个论证。因而,倘若超越日本国内的视界,倘若从国际社会、国际法的层面来看,较之于日本国内护宪派所秉持的“永久和平论”,思想基础深厚的“跨国契约论”能够为日本修宪问题提供更优越、更坚实的法理依据。

五、结 论

本文以由来已久、至今愈演愈烈的日本修宪问题作为切入点,以法律效力理论中的“特别法优于一般法”规则、国际私法中的“最密切联系原则”作为原型,在法理适用规则的层面上,论证了一个新的命题:“特别法理优于一般法理”。这个命题的价值与意义在于:为各种各样的法理解释系统之间的冲突提供了一个可供遵循的规则,为众说纷纭的法理学说做出了某种有序化的处理。

日本修宪问题正好可以作为检验“特别法理优于一般法理”这一法理适用规则有效性的典型事例。在针对是否应当、是否可以修改和平宪法的问题上,日本国内有两种主要观点:要求修宪的修宪派,以及反对修宪的护宪派。前者的法理依据是“自主修宪论”,后者的法理依据是“永久和平论”。然而,根据“特别法理”与“一般法理”的二元划分,以及“特别法理”的发现、确立机制,在“自主修宪论”与“永久和平论”之间,“永久和平论”具有“特别法理”的特征,应当优先适用。因而,就日本国内的两种观点来看,“永久和平论”及其支撑的护宪派的观点与实践,具有更坚实的法理基础。

然而,如果超越日本国内的两种观点,以安倍晋三的“不需要向邻国解释”的立场来看,尤其是以国际社会反对修改和平宪法的观点来看,与修宪派的“自主修宪论”形成竞争的法理学说可以归纳为“跨国契约论”。按照“跨国契约论”的解释框架,日本现行宪法并不仅仅是日本国家意志的体现,它本质上是日本国内的和平力量与世界的和平力量达成的一个“跨国社会契约”。因而,日本现行的和平宪法具有“跨国社会契约”的性质,同时还具有国际法的性质。由于“跨国契约论”与日本现行宪法之间具有“联系最密切”、“针对性最强”的关系,因此,“跨国契约论”应当作为解释日本修宪问题的优先适用的“特别法理”。与之相对应的“自主修宪论”,则只能作为不能适用的“一般法理”。换言之,就世界范围来看,“跨国契约论”能够更好地解释日本当前的修宪问题。

(责任编辑:徐爱国)

〔48〕 同上注,页 193。