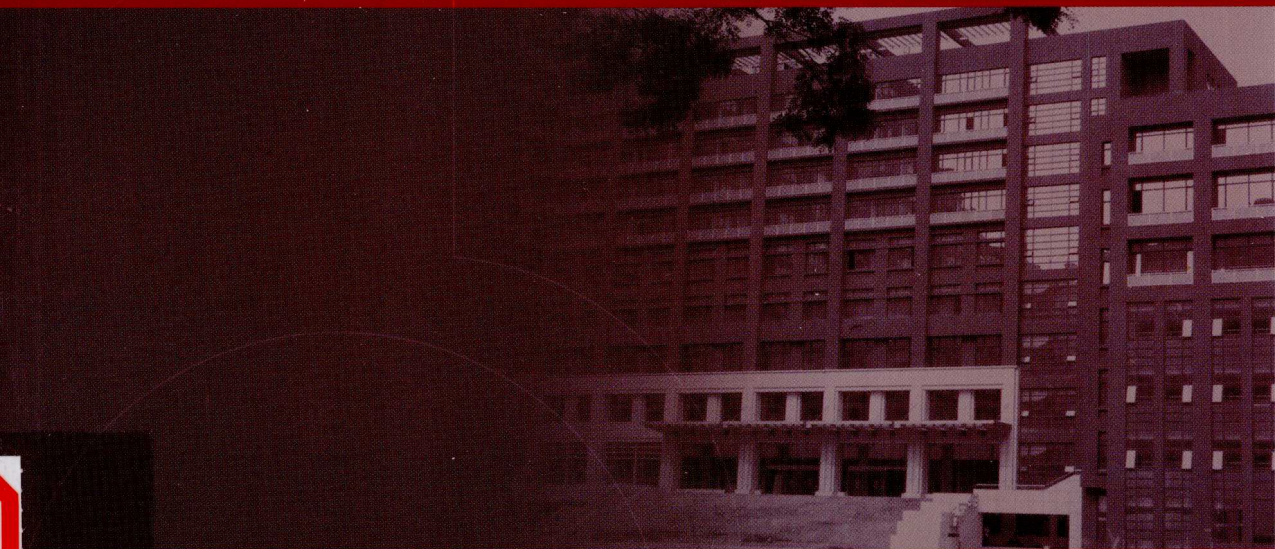




# 亚太法律评论 (第一辑)

## 西洋法在东亚的继受和创造

▲ 韩大元 杨 东 主编



 中国人民大学出版社



# 亚太法律评论 (第一辑)

## 西洋法在东亚的继受和创造

韩大元 杨 东 主 编

福建师范大学  
图书馆  
藏书印记

1042501



T1042501

中国人民大学出版社

• 北京 •

D93-53  
HD22  
V1

图书在版编目 (CIP) 数据

亚太法律评论. 第一辑/韩大元, 杨东主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 11  
ISBN 978-7-300-15572-2

I. ①亚… II. ①韩… ②杨… III. ①法律-亚太地区-文集 IV. ①D93-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 255030 号

亚太法律评论 (第一辑)  
西洋法在东亚的继受和创造

韩大元 杨东 主编

Yatai Falü Pinglun

Xiyangfa zai Dongya de Jishou he Chuangzao



出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

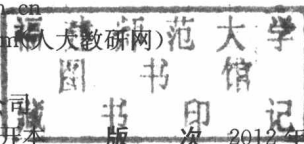
经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×250 mm 16 开本

印 张 21.75 插页 2

字 数 430 000



版 次 2012 年 11 月第 1 版

印 次 2012 年 11 月第 1 次印刷

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

1042501



T1042501

## 序言

2008年11月22日至23日，中国人民大学法学院与日本一桥大学法学院、韩国釜山大学校法科大学、艾克斯马赛第三大学欧亚研究所联合主办了“第二届东亚法治论坛：西洋法在东亚的继受和创造”国际研讨会。与会学者有来自法国、韩国、日本的贵宾及来自中国人民大学、北京大学、清华大学和中国社会科学院等高等法律院校和科研机构的近百位专家学者。会上，与会学者就法国宪法对东亚宪政的影响、西洋法与东亚宪政、西洋法与东亚行政法、经济的全球化和东亚法的一体化等问题进行了深入的讨论，发表了很多有见地、有价值的观点。会上，我们还收到了29篇高质量的学术论文，这些论文分别就上述问题进行了详尽、具体和深层次的分析，并在此基础上提出了许多既具理论性，又具可操作性的意见和建议。会后，与会学者对所提交的论文进行了补充和修改。为了使会议的这些成果发挥更实际的作用，进一步推进东亚法学共同体建设，我们将这次研讨会的论文予以整理，将其中的精华编辑成文集出版，供广大读者阅读。

我们正处于经济全球化时代，包括金融领域在内的区域合作、国际合作也将越来越彰显其重要性。而以欧盟（EU）经济圈和北美经济圈为代表的经济区域化、区域一体化也在蓬勃发展。目前东亚地区也出现了同样的迹象。在这样的背景下，“东亚共通法”的形成也成为人们关注的课题。中国人民大学法学院、日本一桥大学法学院和韩国釜山大学校法科大学合作申请了日本政府的国家级课题，即从2007年开始为期5年的题为“东亚的法继受与创造——面向东亚共通法的基础形成”的亚洲研究教育基地项目。本次论坛也是该合作科研课题的重要活动之一。

到目前为止，东亚法治论坛已经举办了4届。2007年11月17日至18日，在日本一桥大学召开了“第一届东亚法治论坛：东亚法研究的现状与未来”国际研讨会。2008年11月22日至23日，在中国人民大学举办了“第二届东亚法治论坛：西洋法在东亚的继受和创造”国际研讨会。2009年11月7日至8日，在东京联合举办了“第三届东亚法治论坛：市民的刑事司法参与——面向东亚共通法的基础形成”国际研讨会。2010年10月30日至31日，在韩国釜山大学召开了“第四届东亚法治论坛：东亚三国民法的现代化暨形成共通法的基础”国际研

讨会。而第五届东亚法治论坛即将于2011年12月3日至4日在日本东京举行,主题为“中日韩三国企业并购法制一体化”。

在为期五年的亚洲研究教育基地项目中,中国人民大学法学院积极参与,不断探索。在项目实施过程中,中国人民大学法学院积极筹建“中国人民大学亚太法学研究院”,致力于推动东亚法制一体化和法制协调。2011年8月,亚太法学研究院的成立已经获得中国人民大学的批准。这是在“东亚法制一体化”进程不断推动的大背景下的有关法律交流和法律人才培养的有益改革和尝试。

我们愿意本着“平等协商、能动建构、和谐为本、区域共通”的原则,加强合作,增进友谊,为东亚共通法和法律人共同体的建立创造一个良好的氛围,从而为本地区乃至世界的政治、法治与经济持续繁荣作出贡献。

亚太法学研究院的工作内容和发展目标可以概括为:加强东亚共通法研究与学术交流,推动亚太法教育和人才培养,为政府提供决策咨询等。针对以上内容,可以具体分为以下几点:

1. 推动亚太法学教育与人才培养事业,努力探索高素质、国际化法律人才培养的新模式

亚太法学研究院成立后,我们将开展形式多样的人才培养项目,具体包括:

(1) 开设亚太法相关课程,如开设有关介绍韩国法、日本法以及其他亚太国家法律制度的相关课程。

(2) 举办系列讲座,设立“亚太法律讲堂”。我们将积极邀请对亚太法律有深入研究的知名学者、司法专家、法律实务专家以及行政人员举办相关内容的讲座,以开阔学生国际视野,深化学生专业研究。

(3) 推动人才培养的国际化。目前,中国人民大学法学院已经与亚太地区的四十几所国外以及港澳台地区的大学订立友好交流协议。亚太法学研究院成立之后,我们将与这些国外以及港澳台地区的院校开展更为深入的交流合作,推动以学生为主体的交流、交换以及学生联合培养等活动的开展。

(4) 培养国际化、复合型的高水平法律人才。这是一种全新的人才培养模式,区别于单纯的国际化人才培养模式或者复合型人才培养模式。其将二者有机结合,既要求学生具备跨国语言的沟通和研究能力,又要求学生在某一领域有专业背景知识,尤其是培养具有经济、金融、商学、管理等知识背景和法律相结合的复合型人才。通过这种模式培养出来的法律人才,既具备视野、思维、眼光和语言的国际化,又具备知识结构、法律思维、专业背景的复合性,从而能够更好地适应亚太法律研究以及法律实务的需要,成为多专多能的国际化高素质的法律人才。学院成立后,我们将提倡知识背景的多元化,发挥亚太法学研究院在外语培训和法律研究中的特长,将学生培养成为具备多学科知识、多语言能力的国际化法律人才。

(5) 建立亚太法学研究院人才培养基地。我们将积极与各国政府、司法机关

以及跨国公司等共同建立实习和培养基地,让更多的学生有机会切实感受并掌握国际化背景下法律人所应具备的素质。尤其是聘请校外经济界、金融界、法律实务界、政府等的知名专家担任校外导师,共同培养精通亚太法律、经济、金融等全面复合型国际化人才。

## 2. 加强东亚共通法研究与学术交流

亚太地区的经济合作以及东亚一体化,离不开统一和谐的法律架构以及融通互信的法律认知。亚太法学研究院就是这样一个为亚太地区法律制度的统一和谐而努力奋斗的教学研究单位。我们将通过不同形式的学术交流活动,介绍国外法律制度,同时也对外宣传中国的法律制度,在交流中实现彼此间的法律认知和认同。

## 3. 将“亚洲知名法学院院长论坛”予以常规化

“亚洲知名法学院院长论坛”是由中国人民大学法学院主办的,旨在推动亚太法学教育和研究的,具有常规性和开放性的国际会议。该会议目前已经成功举办了两届,这两次会议有力地推动了亚洲法学教育和研究的合作交流,成果显著,成就斐然。2011年12月,第三届“亚洲知名法学院院长论坛”将在中国人民大学召开,届时将有来自亚洲十几个国家和地区的数十所知名大学法学院院长莅临会议,共商亚洲法学教育的未来发展。在亚太法学研究院成立之后,我们将一如既往地支持本论坛的举办,积极为亚太法学的教育和研究贡献自己的力量。以此为基础,我们将在条件成熟后成立“亚太法学教育协会”或者举办“亚洲法学院院长联席会议”。

## 4. 为政府以及社会机构提供决策咨询

亚太法学研究院作为中国人民大学以及人大法学院的高端品牌,将积极为政府和社会机构的决策提供理论研究支撑。通过对亚太各国法律以及社会相关制度的研究,为本地区政府间的以及企业等社会机构间的合作交流、纠纷解决、决策决定等提供准确的理论和法律咨询。

是为序。

韩大元

二〇一一年九月二十日

# 目 录

## | CONTENTS |

### || 欧洲宪政编 ||

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 第五共和国的权力分立与平衡 安德烈·鲁 .....        | 3  |
| 法国合宪性审查的五十年 皮埃尔·若克斯 .....        | 5  |
| 法国宪政演变中的理性主义与经验主义 苗连营 周威 .....   | 15 |
| 地方公共团体在第五共和国宪法中的发展 赛维尔·菲利普 ..... | 29 |
| 浅谈税收法定原则在法国的运用 金邦贵 程 俐 .....     | 32 |
| 法国第五共和宪法的诞生及其宪政体制的创造性 李晓兵 .....  | 45 |

### || 东亚宪政编 ||

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| 日本的西洋法继受——以宪法史为中心 南野森 .....                        | 75 |
| 战后日本宪法学与“战斗民主制”——日本围绕西洋法继受的一种选择<br>坂口正二郎 .....     | 82 |
| 日本接纳和改变西洋法的三个局面——从《法兰西法律书》的出版到<br>法制度改革 青木人志 ..... | 88 |
| 韩国宪法的发展与西方法律 金昇大 .....                             | 93 |
| 论日本明治宪法对《钦定宪法大纲》的影响——为《钦定宪法大纲》颁布                   |    |

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 100 周年而作 韩大元 .....                           | 103 |
| 法国宪政文化对民初中国立宪的影响 夏新华 .....                   | 128 |
| 反立宪党人主张什么? ——清末仿行政日立宪之政治争议的文本考察<br>周刚志 ..... | 137 |

## II 东亚行政法治编 II

### 普鲁士型行政裁判制度的继承? ——明治时期日本的继承与衍变

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 山田洋 .....                     | 151 |
| 韩国行政法中的西方法及韩国行政法的发展 金南哲 ..... | 156 |
| 如何研究外国行政法 田思源 .....           | 164 |
| 行政处理——行政法上的法律行为? 李洪雷 .....    | 171 |
| 中国行政法学的外国法渊源 何海波 .....        | 199 |

## II 东亚经济一体化与法制协调 II

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 美浓部达吉与中国的公法学 王贵松 .....         | 223 |
| 全球化背景下东亚共通法治的建构 冯玉军 .....      | 237 |
| 论东亚经济一体化与我国的东亚法制协调战略 杨 东 ..... | 255 |

## II 其他 II

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 职业化的反思——中国法律工作者职业化的数据分析 朱景文 ..... | 285 |
| 论正式制度与非正式制度的融合 李光宇 .....          | 310 |
| 第二届东亚法治论坛研讨实录与综述 王建学 整理 .....     | 319 |
| 附录:第二届东亚法治论坛与会者名录 .....           | 338 |

## 欧洲宪政编

- 安德烈·鲁 第五共和国的权力分立与平衡
- 皮埃尔·若克斯 法国合宪性审查的五十年
- 苗连营 周威 法国宪政演变中的理性主义与经验主义
- 赛维尔·菲利普 地方公共团体在第五共和国宪法中的发展
- 金邦贵 程俐 浅谈税收法定原则在法国的运用
- 李晓兵 法国第五共和宪法的诞生及其宪政体制的创造性



## 第五共和国的权力分立与平衡

安德烈·鲁\*

### 引言

1789年《人权与公民权宣言》第16条规定：“凡权利无保障或分权未确立的社会无宪法。”

第五共和国的缔造者们的目标在于：打破第三共和国和第四共和国的“议会主权主义”的议会体制；侧重于保障行政权，从而在权力之间恢复一个新的平衡；对司法机关（而不是“司法权”）的认可。

宪法实践：倾向政治体制的总统化，自1962年开始由于“多数决定”事实而倾向于增强议会（对行政）的从属性，以及最近（即2008年7月23日的宪法修改）倾向通过恢复议会地位来实现权力的重新平衡。

#### 一、第五共和国在合理议会型政体下采纳了经典的权力分立

##### 1. 以议会制为基础的灵活分权

每种权力的自主性（共和国总统自1962年以来改为公民直选；议会与内阁成员的职责的分立……）。

政府对国民议会的政治责任。议会对政府行为的监督权（质询、委员会……）。国家元首不负政治责任（只负刑事责任）。

赋予共和国总统解散国民议会的权力（共五次宣布解散：1962年和1968年危机解散两次，1981年和1988年的政权更迭解散两次，以及1997年的便利性解散）。

##### 2. 共和国总统的裁决作用

根据宪法第5条的规定，通过其裁断，总统保证公权力之正常运作及国家之

---

\* 安德烈·鲁，法国艾克斯马赛第三大学法学院教授。译者为王建学。

延续,确保国家的独立、领土的完整以及国家条约的遵守。总统享有多种特权(宪法第16条赋予的紧急措施权、解散国民议会的权力、提请宪法委员会进行合宪性审查的权力……)。

总统还是司法机关的独立性的保证人(宪法第64条)。2008年的宪法修改为了更好地保证权力的分立,刚刚去除了他的最高司法会议——一个管理法官的机构——的主席职务。

## 二、由制度实践导致的权力之间的失衡难以得到纠正

### 1. 多数决定现象使行政权增强,从而使权力分立因偏向行政权而失衡

1958年宪法的制定者意图合理化议会的职能,使议会的职能受到政府的有限的监督:对议会委员会的数量和权力的限制,政府对议会议程的掌控,确认政府的自主条例权的存在,等等。

对议会监督权的过于严格的限制(宪法第49条)。

以多数决定现象加强行政权的优越性,易言之,多数党总统与国民议会多数派的协调合作。通过有凝聚力和纪律性的议会多数派,行政权在原则上能够得到支持。

在左右共治期间(1986—1988,1993—1995,1997—2002),由于共和国总统并不掌握议会多数党,所以,在这种情况下,行政权相对于议会的优越性并没有真正地成为一个问题。左右共治导致了权力之间的一个新的平衡,它仍然以行政权为中心,混合了共和国总统的谦让与对总理的地位的确认,根据议会对宪法的解读。

### 2. 权力重新平衡的困难

权力的重新平衡通过若干次改革而表现出一些特征:

尽可能保障司法的独立性(1993年和2008年的改革)。

议会权力的增加:表决社会保障的财政法律的权限(1996年),加强财政监督权和对公共政治的评价(2001年),立法程序的自主性的增强和监督权的加强(2008年)……

同时,由于尼古拉·萨科奇总统的政治实践,总理降格为一个简单的协作者,从而加强了政治体制的总统化。

最后的问题是,传统的分权原则是否仍然恰当地存在着。在第五共和国中,权力向行政机关手中集中的过程,得到了议会多数派的支持,这使人们认为,真正的权力分立实际上发生在多数派(行政机关和议会多数党)作为一方与少数派即议会反对派作为一方之间。这就设定了某些行动方法(例如,向宪法委员会提请合宪性审查),2008年的宪法修改已经赋予了议会一些权力。

## 法国合宪性审查的五十年

皮埃尔·若克斯\*

### 一、宪法委员会的设立

1. 这可以是一个哲学思考的主题：在法国大革命之后必须等待一个半世纪，法律的合宪性审查才于 1958 年在宪法典里作出规定。

但是还要等到 20 世纪 70 年代该审查才获得快速发展。自此，它再也没有停住发展的步伐。

为什么在我们的宪法中会有一个半世纪这样（长）的延迟呢？为什么此后它的（真正）运作又延迟了十多年呢？而法兰西是否要求在它的遗产中恢复那著名的 1789 年《人权与公民权宣言》？该《宣言》在第 16 条这样宣告：

“凡权利无保障和分权未确立的社会无宪法。”

的确，如果没有一个机构来使这些权利得到尊重和使这种分权获得遵守，赋予宪法这些目的——权利保障和权力分立——又有何用呢？

我们或许可以从该《宣言》本身寻找原因，因为它还包含有另外一个条款，该宣言第 6 条指出：

“法律是公意的表达。”

该原则处于让-雅克·卢梭哲学思想的核心，它很好地阐释了 1789 年的革命家们对任何形式的法律合宪性审查的敌视。的确，如果法律是公意的表达，如何能够设想对它的正当性提出质疑呢？由谁提出？怎么提出？

在法律之上，不可能存在一个裁判者，不可能存在一种司法权，有资格对立法权进行审查和监督。法官是法律的仆人，他是法律的“嘴巴”。在法兰西的传统中，法官不可能是法律的审查者。

---

\* 皮埃尔·若克斯，法国宪法委员会宪法法官（2001—2010），著名法律和政治专家，曾先后担任欧洲议会议员（1977—1979 年）、法国工业部部长（1981 年）、国民议会社会党团主席（1981—1984 年，1986—1988 年）、内政与地方分权部部长（1984—1986 年）、内政部部长（1988—1991 年）、国防部部长（1991—1993 年）以及审计法院院长（1993—2001 年）。译者赖荣发，厦门大学法学院宪法与行政法专业博士研究生，校者王建学。本文已发表于《厦门大学法律评论》（第 18 辑），厦门，厦门大学出版社，2011。

然而,在19和20世纪,我们国家曾进行了一些表面的、一些难得的合宪性审查的尝试。这些尝试最终遭遇了失败,因为它们将审查权托付给那些政治机构:它们要么缺乏独立性(例如,在拿破仑一世的独裁政体下于共和8年设立的护法元老院以及他的侄子拿破仑三世于1852年设立的元老院);要么没有实权(第四共和国的宪法理事会:由共和国总统、两院议长和十名议员选举产生的代表组成)。

这三个机构从来都没有发挥作用。然而,法国也不可能在第二次世界大战之后,长时间且无限期地忽视在大多数西方民主国家进行的旨在约束包括行政机关和立法机关在内的国家机关使其尊重个人权利和自由的宪法法院的普及化运动。

2. 1958年宪法的起草者们想要设立一个专门的机构。他们并没有像奥地利、德国或意大利一样将其命名为“宪法法院”,而是称其为“宪法委员会”(Conseil Constitutionnel)。这种术语上的选择表明了在那个时代,他们并无意建立一个以保障法律对宪法和基本权利的尊重为使命的“法院”,即使这种保障是必要的。他们主要是想限制议会来保障政府的权力,尤其是保护其行政立法权(规章条例领域),以期实现所谓的议会制的“合理化”——事实上,首先还是要加强行政权。他们想设立的其实是“权力边界的守护者”,而不是“权利的保障者”。它是“权力分立”的守护者,尤其是用来防止议会侵犯政府的权力。

他们给宪法委员会设置了九名成员,九名任期为九年且不可连任的成员。好像数字“九”在日语里是个令人畏惧的数字,因为它的发音与“痛苦”(Kyū)这个词的发音相同。相反地,在中国文化里,它却被认为是个吉祥的数字,因为它的发音与“久”(拼音 jiǔ)这个字一样。我不再继续这个话题,我只想说,数字“九”是个实用的数字,它使得国家最高的三个权力机构能够任命这九名成员:共和国总统、参议院议长和国民议会议长各任命三名成员。这三个权力机构同时确保其成员的更新——每三年更换三分之一。宪法委员会主席由共和国总统在委员会成员中选任,在赞成票与否定票同数的情况下,他拥有决定性的一票。

成为宪法委员会的成员没有任何能力和特殊的法律身份方面的要求,但在实践中,任命机关大多选择那些被认可的法学家、法官或大学教授。现在,宪法委员会由六名司法、行政或财政领域的法官,两名前政府高官和一名大学教授组成。2008年7月23日的宪法修改规定,从今以后他们的任命必须征求主管的议会委员会的意见。<sup>①</sup>

这就是制宪者专门创设的用以实施合宪性审查的机构。但是,为了使宪法法官能够真正发挥作用,他必须能够接受审查申请,他的权限必须是确实的,且他

① 根据宪法新的第13条和第56条:每个议院议长所进行的任命要征求相关议院主管的常设委员会的意见;由共和国总统进行的任命必须提交给议会两院的主管委员会(审查);如果两个委员会有五分之三的多数投票给出一个否定的意见,那么这些任命就不能被公布。

的判决具有强制力。

## 二、提请审查主体的扩大

1. 向宪法委员会提起审查的请求权：起源，1974 年和 2008 年权限的扩大。

根据 1958 年制宪者们的设计，宪法委员会作为“权力边界的守护者”，在某些情况下审查的提起是强制性的。的确，监督议会，就是要使其无法以间接的方式改变新的国家机构间的平衡，由此对于那些旨在明确宪法的适用条件的组织法，或确定议会程序细节的议会规章，在它们由议会通过后，需要由宪法委员会进行强制性审查。

相反地，同样是那些制宪者，却只规定了宪法委员会作为“权利保障者”时，审查的提起是非强制性和受限制的。必须要等到 1974 年和 2008 年的两次宪法修改，审查的提起资格的扩大才使得合宪性审查获得了深远的发展。

2. 起初，的确只有四个机构有权向宪法委员会提出审查请求：共和国总统、总理、国民议会议长和参议院议长。

共和国总统负责在法律由议会通过后的 15 天内颁布法律。然而他可以（在该期限内）向宪法委员会提起审查请求<sup>①</sup>，由后者对法律的合宪性作出裁决。但是，从 1959 年至今，共和国总统从来没有向宪法委员会提出审查任何法律的请求。<sup>②</sup>

在 1974 年以前，国民议会议长也从来没有向宪法委员会提出审查请求。此后，他一共提起了 3 次：1976 年和 1979 年针对一些财政法，1994 年针对有关生物伦理的法律。<sup>③</sup>

参议院议长在 1974 年以前提出了三次审查请求，其中两次获得了成功，因为他得到了两部法律的违宪宣告：一部涉及税收的法律违背了法律面前的平等，另外一部涉及结社自由，结社自由的判例我稍后论及。他也因此获得了“权利捍卫者”的美誉。

至于总理，我们可以将 1974 年前的六次审查请求归到其名下（六次法律被宣告违宪），但是这些请求都是为了捍卫行政特权而不是保障权利和自由。

总之，1974 年前，也就是在一段为期 15 年的时间里，只有九次针对普通法律的审查请求的提起（三次由参议院议长提出，六次由总理提出），也就是说一年连一次都不到，该审查在事实上是非常有限的。

① 根据宪法第 10 条的规定，他同样也可以要求议会重读法案。迄今为止，总统一共使用过两次该特权。

② 相反地，大多数要求宪法委员会裁决某一个国际条约是否包含有违反宪法的条款的审查请求都来自共和国总统（占了十二次中的十次）。

③ 1976 年 12 月 28 日第 76-74DC 号判决；1979 年 12 月 24 日第 79-110DC 号判决；1994 年 7 月 27 日第 94-343/344DC 号判决。

3. 但是在 1974 年, 由新总统瓦莱里·吉斯卡尔·德斯坦发起的一次宪法修改扩大了向宪法委员会提起审查的请求权, 使得 60 名国民议会议员或 60 名参议院议员也能够决定是否提起审查请求。该宪法修改使得议员的审查请求权成为了反对派手中的一种工具。它从此构成了“反对派身份”的前提。

我清楚地记得: 在那个年代, 我曾经是社会党的国民议会议员, 因此是反对派的一员。

赋予议员向宪法委员会提起审查的请求权的重要性很快就通过数量层面体现了出来, 因为从 1975 年至今, 宪法委员会作出了 368 个针对普通法律的判决, 也就是说平均每年有 11 个这样的判决。

这种对法律的事前审查具有一定的功效, 因为它在法律实施前就介入了。但是, 如果 60 名议员没有启动该审查, 那些违背宪法所确认的权利和自由的法律条款却可以制定出来并存续下来, 而宪法法官却无法审查它们。

而且, 它会制造一定的法的不安定性: 因为任何一个法官都能够基于这个或那个国际条约在某一特定的诉讼中排除这些条款的适用, 而在另外一个相同问题引起的诉讼中可能又不是这种情况。

4. 此外, 事前的合宪性审查原则上使得法官和公民成为了观众而不是参与者。当然, 有时会出现这样的情形: 在作为某一行政行为 and 宪法之间的屏障的法律缺位的情况下, 行政法官审查该行政行为的合宪性。<sup>①</sup> 但是这种情况是非常罕见的。同样, 2008 年的宪法改革就是要纠正这种处境。

在将来, 任何一个人认为某一法律条款侵害其受宪法保障的权利和自由时, 可以要求排除这个条款对其适用, 甚至可以要求废除这一条款。不管怎样, 并没有设立一个公民在宪法委员会面前的直接的诉愿渠道, 尽管国外有接受这样一种诉愿的例子。因此, 只有在司法诉讼过程中, 才有可能提起某一部现行法律的违宪性审查。

在这种情况下, 被提起审查请求的法官必须将这个问题提交给他的最高法院: 最高行政法院 (le Conseil d'État) ——如果他是名行政法官的话, ——或者民刑事最高法院 (la Cour de Cassation) ——如果他是位司法法官的话。最高行政法院 (或者民刑事最高法院) 如果认为受争议的这个条款引发了一个新的问题或者显现出严重的困难的话, 会再将该合宪性问题转交给宪法委员会。两个最高法院和宪法委员会被赋予了 3 个月的期限, 以使得主要诉讼的完结不会受到太多的延迟。

① 这里涉及法国法的“法律——屏障”(loi-écran) 原则。根据这一源于法国行政法院判例的原则, 行政法官拒绝审查某一可能违反宪法但却符合法律的行政行为的合宪性, 从而, 法律在行政行为和宪法之间竖起了屏障, 阻碍了宪法对行政行为在司法领域的直接作用。故该原则被形象地称为“法律——屏障”原则。但是, 反过来, 如果在宪法和行政行为之间没有相应的法律作出规定, 行政法官则可以直接审查该行政行为是否符合宪法。——译者注

这次向宪法委员会提起审查的请求权扩大的改革明确地要求通过一部组织法（对其进行具体规定）……它将提交给宪法委员会（审查），大概将在 2009 年的上半年获得通过。

### 三、宪法委员会职权的扩大

#### 1. 宪法委员会的职权：最初的文本和半个世纪以来的判例。

为了使宪法法官能真正发挥作用，他的职权必须是确实的。

在第四共和国下（1946—1958），合宪性审查在理论上可以审查法律的形式合宪性，但是却不能审查其与权利和自由的相符性。宪法委员会也应该这样吗？对于一些人来说，答案是显然的：宪法序言并不是宪法，因此，由宪法序言和著名的 1789 年《人权与公民权宣言》所宣告的那些权利和自由应该被排除在宪法委员会的职权以外。

在 12 年的过程中，情况确实如此，因为在 1971 年之前，宪法委员会——如我们所看到的——很少被提起审查并且将它的审查局限于（法律）形式上的争议或者权限的分配。

但在 1971 年，宪法委员会在反戴高乐派的参议院议长的审查请求下第一次对一部法律的深层次内容进行了审查。它最终宣告后者违反了结社自由。结社自由并没有出现在宪法典正文的 92 个条款中，但宪法委员会将其定性为是共和国法律所确认的基本原则。然而，为了赋予这样一个原则以宪法效力，宪法委员会必须扩展我们所说的“宪法性规范体系”（le bloc de constitutionnalité）：除了宪法条款本身，它还把 1958 年宪法的序言纳入了“宪法性规范体系”。同时通过 1958 年宪法序言的反致，1789 年《人权与公民权宣言》和 1946 年宪法序言也被包含其中。而 1946 年宪法序言就宣告了“共和国法律所确认的基本原则”。

上述判决极大地扩张了宪法委员会判决的权威。它使得宪法委员会不仅是公共权力正常运作的保障者，就像 1958 年宪法文本所规定的那样，同时还是 1958 年宪法序言反致的那些文本所宣告的基本权利和原则的捍卫者。

2. 随着时间流逝，宪法委员会发展了对“宪法性规范体系”的扩大化解释。它同样承认了一些未包含在宪法性文本中但却是《欧洲人权公约》所保障的权利。我们可以列举下面例子：

a 私生活受到尊重的权利，被认为是 1789 年《人权与公民权宣言》第 2 条所保障的个人自由的组成部分<sup>①</sup>；

b 婚姻自由，同样是个人自由的组成部分<sup>②</sup>；

① 1999 年 7 月 23 日第 99-416DC 号关于建立普遍疾病保障的法律的判决，第 45 个“鉴于”。（宪法委员会在判决写作中都是以“鉴于”来开启每一个判决理由的——译者注）

② 2003 年 11 月 20 日第 2003-484DC 号关于移民控制、外国人在法国的居留和国籍问题的法律的判决，第 94 个“鉴于”。