



张千帆 | 著

西方宪政体系

法国与德国宪政

The French and German Constitutionalism



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法国与德国宪政

The French and German Constitutionalism

张千帆 | 著

图书在版编目(CIP)数据

法国与德国宪政/张千帆著. —北京:法律出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2623 - 7

I. ①法… II. ①张… III. ①宪法—研究—法国②宪法—研究—德国 IV. ①D956. 51②D951. 61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207613 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张立明

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2011 年 10 月第 1 版

印张/29.75 字数/595 千
印次/2011 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2623 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

译注及符号说明

本书中案例或条文的译文力求符合两项原则:首先,或许和文学翻译不同,法律文献的翻译最注重原文的意义与精神;为此本书以直译为主,并尽量避免以文屈意。其次,只是在尊重原意的基础上,才追求章句的通顺与流畅。凡因语言结构或其他缘由而未能直译的文字,均标有[]号。当然,在不影响原意的基础上,其中亦可能包括为文字通顺而省略或添加之成分。

除了个别特例外(如“马伯里诉麦迪逊”),译案一般被给予4至6字的名称,以表征并提醒读者其所涉及的事实(如“美国银行案”、“人口调查第一案”等)。如果在具备法律效力的多数意见外还存在赞同或反对意见,那么多数、赞同及反对意见将分别获得注明,且各项意见的结尾以□号表示;整个案例的结尾则以■号表示。

每个案例都被其所在国汇编并装订成册,且具有其特定编号。一般而言,在案例汇编的名称缩写前后,皆各有一个数码:其前者表示卷号,后者则代表页码。例如在“5U. S. 137”或“1BVerfGE14”的案例标号中,“5”和“1”都是案例汇编的卷号,“137”和“14”则分别代表有关案例在该卷中的起始页号。

德国案例几乎全部来自联邦宪法法院的意见,德文“Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”(简写为“BVerfGE”),英译为“Decisions of the Federal Constitutional Court”。其他规则和美国案例相同。

法国的案例比较复杂,因为它们主要来自3个不同的审查机构。首先,宪政院的案例就不止一个案码系统:“declarations deconformite”(简写为“DC”)包括了宪政院对议会法律的审查;如果议会认为有关议题处于立法范围内而对先前立法进行增删,对其申请的审查则包括于“textes enforme legislative”(简写作“L”)。其次,国政院的案例通常以“CE”为标志,其争议组的联席意见(Assemblée du contentieux of the Conseil d'Etat),则表示为“CEAss.”。最后,最高法院的意见通常以“Cass.”为标志,其刑事组意见标以“Cass. Crim.”,其全院联席意见(Assemblée pleniére of the Cour de cassation),则表示为“Cass. Ass. plen.”。案例后一般标有法院下达决定的日期。

2 法国与德国宪政

由于篇幅限制,即使最重要与最精彩的案例也不得不有所删节。对绝大多数案例而言,这类删减是大量的,因此被翻译的部分仅是译者所认为的核心部分。所有在一个句子内删掉的字,皆以“…”表示;删掉的整个句子或段落以“……”表示;为保持语句结构完整或行文流畅而有所删加的部分,则以“[]”表示。

最后,所有注解均包含于()内。这代表两类情形:直接注解(经常是注明所对应的原文)或章末注解的顺序标号。一般而言,两者以注文的长短而加以区分。

致 谢

在1993年前后,笔者曾在马里兰大学研习法学,并分别得益于雷诺兹(William Reynolds)、戈登·扬(Gordon Young)、昆特(Peter Quint)和托姆林森(Edward Tomlinson)教授所作的宪法与公法学讲授,受益匪浅。2010年8月,德国联邦宪政法院前任大法官格迪泰(Dieter Grimm)教授不仅专程参与第二届世界宪政暑期讲习班并传授德国《基本法》,而且还提供了德国宪政法院网站的英文网页,为本书更新提供了大量一手判例资料,在此表示由衷的感谢。

由于笔者不熟悉德、法文,因而在编译德法两国的宪法内容时,主要参照了现有的英文资料,包括考玛斯(Donald Kommers)教授所著《联邦德国的宪政法理学》、贝尔(John Bell)教授的《法国宪法》、冯·梅伦(Arthur von Mehren)与高德列(James Gordley)教授的《大陆法体系》、墨菲(Walter Murphy)与谭能豪斯(Joseph Tanenhaus)教授所著的《比较宪法》和罗格夫(Martin A. Rogoff)教授的《法国宪法——案例与材料》。这些学者允许我选译其书中所编译的德文与法文案例,从而给本书的写作带来了极大的便利,在此深表感谢。对这些国家的案例之选择,亦主要参考了以上书籍。

本书实际上是《西方宪政体系(欧洲宪法)》的第三版,但是为了深化具体国别的比较宪法研究,删除了原书涉及欧洲联盟和欧洲人权法院方面的章节,留待今后单独成书。在出版过程中,法律出版社教育分社丁小宣社长一如既往地给予大力支持,责任编辑张立明耐心校读了全书,在此谨表深切的谢意。

目 录

第一章 法国宪法:从《人权宣言》到第五共和	(1)
第一节 法国历史上的宪法和分权	(3)
一、第五共和以前的法院和宪政审查	(4)
(一)普通法院的司法审查	(4)
(二)宪政审查机构	(6)
公务员自动退休案	(7)
二、第五共和以前的立法与执法分权	(11)
第二节 第五共和宪法	(13)
一、第五共和宪法的诞生	(14)
二、执法机构	(17)
(一)共和国总统	(17)
特殊军事法庭案	(19)
(二)总理与内阁	(21)
三、立法机构	(25)
(一)议会两院 (Parliament)	(25)
(二)立法程序	(26)
四、宪政院与法院	(30)
(一)宪政院的组成	(30)
(二)宪政院职能	(31)
(三)宪政院的程序	(36)
(四)宪政院的审判方法	(38)
(五)宪政院与司法独立	(39)
第三节 第五共和下的分权体制	(41)
一、议会立法权	(43)

2 法国与德国宪政

二、内阁调控权	(46)
公共合同通告案	(47)
三、第 38 条特殊委托	(49)
四、中央与地方权力关系	(53)
第四节 第五共和宪法的发展	(56)
问题·评论文献	(67)
第二章 法国宪政院与人权的宪法保护	(78)
第一节 实体宪政审查的起源	(80)
一、1958 年宪法与实体审查	(81)
海外建筑业调控案	(82)
二、1971 年的宪政院决定与结社自由	(83)
结社法决定	(85)
三、基本权利的源泉与“法律普遍原则”	(86)
四、对 1971 年决定的政治与司法反应	(89)
(一) 政治反应	(89)
(二) 司法反应	(90)
(三) 国际条约的效力与“堕胎法决定”	(93)
第二节 基本自由	(95)
一、第五共和基本权利概述	(96)
二、人身自由	(98)
(一) 隐私与搜查	(99)
(二) 反恐法与宪法保护的范围	(101)
三、通讯交流自由	(102)
(一) 新闻自由	(103)
新闻法决定	(104)
(二) 广播自由	(104)
通讯自由决定	(105)
视听通讯管理局决定	(107)
四、宗教信仰与教学自由	(108)
(一) 宗教信仰自由	(108)

(二)教育机构的自由	(109)
(三)教员的良知和学术自由	(110)
五、财产权利	(112)
(一)财产权的范围	(112)
国有化决定	(113)
私有化决定	(116)
(二)财产的征用与事前补偿	(117)
六、经济活动自由	(119)
(一)企业与贸易自由	(119)
(二)工会活动权利	(120)
宪政院与宪法价值	(124)
第三节 平等原则	(125)
一、具体宪法价值	(126)
(一)公共负担平等	(126)
(二)刑事程序与处罚平等	(128)
(三)选举权平等	(129)
选举开支决定	(131)
二、平等的普遍原则	(131)
第四节 权利保障与宪法审查——法国经验	(134)
法国宪政的连续性	(135)
问题·评论文献	(136)
第三章 联邦德国的《基本法》与宪政法院	(146)
第一节 德国宪政简史	(147)
一、自由宪法的失败与专制宪法的起源	(147)
二、魏玛宪法	(148)
三、《基本法》的形成	(149)
第二节 《基本法》概述	(150)
一、基本权利	(150)
(一)人格尊严	(151)
(二)自由权与平等权	(151)

4 法国与德国宪政

(三)表达与信仰自由	(152)
(四)经济权利	(152)
(五)司法救济及其他权利	(153)
二、基本国体	(153)
三、联邦主义	(156)
四、联邦政府的三权分立	(157)
(一)议会两院	(157)
(二)二元政府首脑	(159)
(三)立法程序	(161)
五、《基本法》的新发展	(162)
第三节 联邦宪法法院	(163)
一、司法系统	(164)
二、宪政法院的组织结构	(165)
三、宪政法院的管辖范围	(167)
四、宪政法院与民主政治	(169)
第四节 《基本法》的司法解释	(170)
问题·评论文献	(172)
第四章 德国的联邦国体	(180)
第一节 德国的联邦模式	(180)
一、德国联邦主义的基本特征	(181)
二、联邦宪政的开端：“西南重组案”	(182)
西南重组案	(182)
三、西南重组案的遗产	(185)
第二节 纵向分权：联邦权限	(186)
一、联邦权限	(186)
电视台第一案	(187)
二、各州权力	(190)
三、联邦与各州的分工合作	(191)
四、联邦主义与三权分立：参议院的作用	(193)
第三节 地方自治	(195)

一、德国地方自治的特征	(195)
二、地方自治的宪法保障	(196)
三、地方自治的司法保障	(197)
地名变换案	(197)
第四节 “联邦和睦”与“合作联邦主义”	(199)
一、联邦和睦	(199)
电视台第一案(续)	(200)
二、合作联邦主义	(201)
财政补贴案	(202)
第五节 德国联邦主义的发展趋势	(204)
一、统一的困惑	(205)
二、欧洲一体化与马约决定	(206)
问题·评论文献	(209)
第五章 法治国体下的三权分立和议会政府	(213)
第一节 议会主权与三权分立	(214)
一、三权分立的议会政府	(214)
(一)德国分权模式——与英美比较	(215)
(二)议会信任与内阁权力	(218)
议会解散案	(219)
(三)立法与执法的分权合作	(221)
二、议会少数派对执法机构的控制	(222)
议会调查案	(222)
第二节 执法权力与立法委托	(224)
一、执法机构	(224)
二、立法委托	(226)
(一)立法委托的司法控制	(226)
价格紧急控制案	(227)
(二)动态保护理论	(228)
喀尔卡核电站第一案	(228)
三、军事与行政权力	(232)

6 法国与德国宪政

第三节 司法权力与法院制法	(236)
一、司法权力	(236)
通讯监视案	(237)
二、法院制法 (Judicial Law-making)	(242)
(一) 在法律和正义之间:立法空隙与法院制法	(242)
伊朗王妃案	(242)
(二) 法院制法的限制	(245)
问题·评论文献	(247)
第六章 政党国体和自卫民主	(249)
第一节 议会政府的民主选举	(249)
一、“平等”	(251)
(一) “5% 规则”	(251)
巴伐利亚州党案	(251)
(二) 平等选举权	(254)
选区划分第二案	(254)
(三) 平等议事权	(256)
二、“直接”	(257)
三、“秘密”	(258)
四、“自由”(Free)	(259)
官方宣传案	(259)
五、议会民主的发展	(262)
第二节 政党国体	(264)
一、政党财政资助	(265)
(一) 政党资助的平等原则	(265)
政党捐款免税案	(265)
(二) 政府赞助之限制	(267)
政党公共资助案	(267)
(三) 有关政党资助的立法与违规行为	(270)
二、政党与大众媒介	(272)
(一) 免费大众宣传及其时间配备	(272)

西德媒介案	(273)
(二)大众媒介与极端党派	(275)
极左党派案	(275)
第三节 自卫型民主	(277)
一、取缔违宪政党	(277)
(一)查禁右翼政党	(277)
社会帝国党查禁案	(278)
(二)查禁左翼政党	(280)
二、公务员的忠诚责任	(282)
公务员忠诚案	(283)
三、统一的困惑:东德公务员的去留	(285)
问题·评论文献	(287)
第七章 社会国体下的经济自由	(290)
第一节 《基本法》与经济体制	(291)
一、《基本法》和私有财产	(293)
投资援助案	(294)
二、《基本法》与社会化倾向	(295)
大众汽车私有化案	(296)
第二节 财产权及其社会责任	(297)
一、财产权的宪法意义	(298)
二、财产征用的“公共福利”要求	(300)
汉堡洪水控制案	(301)
三、财产征用的公正补偿及版权的宪法保护	(302)
音乐教学书籍案	(302)
四、财产征用与立法定义财产内涵的分界	(304)
(一)财产权的私法或公法定义	(305)
(二)财产征用与立法调控	(307)
地下水所有权案	(307)
第三节 职业活动自由	(309)
一、共同决策	(310)

二、结社权利	(312)
三、职业选择自由	(313)
(一)“职业”、“选择”与“实务”	(313)
药剂师执照案	(314)
(二)商业广告:从择业自由到言论自由	(317)
四、教育选择权利	(318)
大学限额第一案	(319)
五、最近的发展:经济权利的平等保护	(321)
(一)平等权	(321)
(二)纠偏行动与共同体法律限制	(325)
(三)统一的困惑:东德失业者的权利	(326)
问题·评论文献	(328)
第八章 德国《基本法》的人格与权利保障	(332)
第一节 人格尊严	(334)
一、人格的主观属性:个人与政府	(335)
人口调查第一案	(336)
终身监禁案	(337)
二、人格的客观属性及其“第三者效应”:宪法对私法解释的影响	(339)
魔菲斯特案	(340)
第二节 个性自由发展	(345)
一、个性自由与道德规范	(345)
二、个人行动自由	(349)
旅行护照案	(349)
三、信息自决权利	(351)
人口调查第二案	(352)
第三节 隐私权、生命权与人身安全	(353)
一、隐私权与人身安全	(353)
离婚记录案	(353)
脊髓抽查案	(355)
二、隐私权与通讯监听	(356)

三、堕胎与生命权	(358)
(一)1975 年的堕胎案决定	(359)
西德堕胎免罚案	(359)
(二)统一后的堕胎法改革	(364)
四、《基本法》与积极权利	(366)
五、统一的困惑:刑法条款的追溯力	(367)
六、当代的挑战——反恐与人权	(368)
问题·评论文献	(371)
第九章 联邦德国的言论自由及其限制	(374)
第一节 言论自由	(375)
一、“联合抵制电影案”及其含义	(376)
联合抵制电影案	(376)
二、“联合抵制电影案”之后的发展	(381)
联合抵制周报案	(382)
三、政治言论的“见解”与“事实”之分	(386)
竞选毁谤案	(387)
四、关于战争的言论	(389)
(一)为纳粹罪行辩护的言论	(389)
“否认纳粹屠杀案”	(389)
(二)反战言论	(391)
(三)政府与私人——多元化的互补	(392)
(四)政府规制的限度	(393)
第二节 新闻自由	(394)
一、报刊杂志	(395)
镜报泄密案	(395)
二、电视广播	(398)
(一)国家干预	(398)
电视台第一案	(398)
(二)私人干预	(401)
电视台第三案	(401)

第三节 科学与艺术自由	(402)
一、艺术自由	(403)
(一) 政治宣传中的艺术自由	(403)
(二) 国旗与国歌	(405)
二、科学与研究自由	(405)
大学共同决策案	(406)
第四节 人格尊严与社会道德: 艺术、言论与新闻自由的限制	(408)
一、宪法对私法的“间接效应”	(409)
德国宪法理论中的私法与自由言论	(410)
二、人格尊严与新闻自由	(412)
三、个性与新闻自由	(413)
刑满出狱报道案	(414)
四、个性与言论自由	(417)
五、新闻与言论自由	(419)
六、社会道德之限制	(420)
问题·评论文献	(422)
附录: 欧洲宪法选译	(431)
法国《人和公民权利宣言》(1789 年 8 月 26 日)	(431)
法国《第四共和宪法》(1946 年)	(433)
法国《第五共和宪法》(1958 年 10 月 4 日)	(435)
法国《结社契约法》(1901 年)	(444)
联邦德国《基本法》(1949 年)	(445)

第一章 法国宪法：从《人权宣言》到第五共和

就在美国联邦制宪的次年，大西洋彼岸发生了一场声势更为浩大的革命。1789年，法国平民一举推翻了封建旧体制（Ancient Regime），并制定了举世闻名的《人类和公民权利宣言》。^{〔1〕}其前言宣布：

组成国民议会的法国人民代表相信：对人权的无知、健忘和蔑视，乃是公共灾难和政府腐败的惟一根源。他们决心庄严宣告人的自然、神圣与不可剥夺的权利，以使本宣言不断呈现于社会每个成员之前，使之牢记其权利和责任；使立法和执法权力的行为能时刻与每个政治机构的目的相对照，并因此而获得更大尊重；使公民申诉基于简单和不可争辩的原则，并能永远环绕宪法的维护和所有人的幸福。有鉴于此，国民议会在上帝（Supreme Being）的保佑下，承认并宣布下列人类和公民的权利。

历史表明，1789年宣言所规定的权利并未在其母国获得立即实施。在革命后期，内部纷争迭起，政权交替频繁，且权力不断落到更为偏激的派系之手。最后，激进的雅各宾派（Jacobins）掌握政权，一时造成了红色恐怖；个人权利与自由在断头台的铡刀下固难生存。在此后长达一个多世纪内，《人权宣言》一直仅被认为表达了法国的政治与社会理念——而非可被法院实施的文件，因而它所宣布的权利仅停留于字面条文。这种状况和法国的特殊历史与政体相联系。法国革命的不变宗旨具有两个层面。首先，大革命起因于新兴资产阶级及平民和掌握司法权力的地方贵族之间的利益冲突和仇恨，因而它的直接目标是扫除地方权贵及其所控制的法院系统。不难想象，为了维护革命成果，1789年以后的历届政体必然致力限制司法权力，并使法院管辖权严格受制于立法规定。与此相关，法国革命表达了新兴资产阶级对社会平等和政治民主的向往，因而法国政体最显著的特征是议会主权和立法至上。在法国人的心目中，法治代表着正义的立法（loi）——而非宪法——的统治。《人权宣言》第6条宣布了卢梭的社会契约观念：“法律表达普遍意志”。它在法国的推论是：议会制定的法律不能被法院对宪法的解释所约束，否则便又回到了大革命以前的封建时代。

因此，“三权分立”一词在大西洋两岸具有显著不同的含义。在美国，虽然各州亦在19世纪不同时期提倡过议会主权的理论，但联邦宪法和最高法院的建立本身构

〔1〕 Declaration of Rights of Man and of Citizen；简称《人权宣言》。