

比较民事诉讼法

比 较 民 事 诉 讼 法

2004年~2005年卷

陈刚 主编

比较民事诉讼法

2004 年~2005 年卷

陈刚 主编

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民事诉讼法, 2004 年~2005 年卷 / 陈刚主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2006

ISBN 7-300-07112-0

I. 比…

II. 陈…

III. 民事诉讼法-比较法学-世界-文集

IV. D915.204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 015748 号

比较民事诉讼法

2004 年~2005 年卷

陈刚 主编

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)

010-62511239 (出版部)

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 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32

版 次 2006 年 3 月第 1 版

印 张 10.375

印 次 2006 年 3 月第 1 次印刷

字 数 293 000

定 价 19.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

卷首语

《比较民事诉讼法》年卷首发于1999年，不知不觉中已迎来了第五卷。尽管人到中年，琐事缠身，但主编《比较民事诉讼法》却已成了年中一件乐此不疲的惯行。

记得张玉敏老师（西南政法大学教授）曾谆谆教诲后进，“活着得有点精神”。个人以为，主编《比较民事诉讼法》年卷该当我“活”在民事诉讼法学界这个行当中的“有点精神”之体现吧。这些年来，我国民事诉讼法学着实有了长足发展，不过与姊妹学科民法学的发展状况相比，无论在质上或量上，都还显得有些稍逊一筹。忙于“解构”、“重构”而顾及不了基本建设，想必是比较法学在民事诉讼法学领域欠发达的一大诱因吧。

原以为2004年卷可以最迟在2005年上半年推出，然而因2004年忙于出国“充电”，穿梭在东瀛、韩国之间，以致所有的事情都变得复杂起来。目下，只好采用2004年和2005年合卷的形式推出本卷。

对于本卷的推出，首先要感谢湘潭大学法学院的大力支持，本卷的推出虽有些迟延，但并不妨碍其作为湘潭大学法学院的一项学术成果。

对于本卷的推出，还要感谢中国人民大学出版社的大力协助。尽管可能因诸多原因，《比较民事诉讼法》年卷的出版单位要作调整。但对他们这些年来对《比较民事诉讼法》年卷的扶持仍应当表示真诚的感谢。

在2006年卷《比较民事诉讼法》定稿工作已告结束之时撰写本卷的“卷首语”，的确是一件无奈却非常有趣的事情。“迟到的

爱”有着特别的品位，但愿本卷也是如此。

无志者常立志，有志者立常志。真心祈祷《比较民事诉讼法》
年卷在同行们的关注、关心、关爱下，明天会更美好！

湘潭大学诉讼法学博士学位授权点学科负责人

湘潭大学博士生导师

陈 刚

2006 年 1 月 8 日

目 录

[司法理论研究]

司法审查的“大

问题”……[意]莫诺·卡佩莱蒂 翻译:徐昕 王奕(1)

民事审判权作用范围及其界限的域外考

察——以美日为分析中心……………廖永安(32)

美国法官的角色——以美日为

分析中心……………[美]威尔弗雷德·费因伯格

翻译:张晓薇 郝梦暄(59)

[提问与回答]

当事人主义和职权主义之区别……………[日]渥美东洋(83)

对渥美教授提问的回答……………[美]威尔弗雷德·费因伯格(86)

[专题研究]

论民事诉讼制度的

目的……………[日]中村英郎 翻译:陈刚(88)

民事诉讼契约初论……………孟涛(107)

[民事检察]

检察机关民事公诉权的法理分析……………何文燕(127)

法国民事检察制度研究……………施鹏鹏(147)

韩国民事证据中的证人及书证制度……………陶建国(159)

[司法改革]

革新事业下的越南司法制度

改革全景图……………《亚洲司法制度改革》课题组(173)

[法典精译]

《法国法院组织法典》译序……………施鹏鹏(199)

法国法院组织法典……………金邦贵 校 施鹏鹏 译(202)

韩国民事诉讼法典……………陶建国 朴明姬 译

陈刚 [韩]孙汉琦 校(244)

司法审查的“大问题”

[意] 莫诺·卡佩莱蒂*

翻译：徐昕 王奕**

欧洲的观察家们不无惊奇地发现：对立法的司法审查，尽管在美国已存在将近两个世纪之久，但在那里仍引起了持续激烈的争论。诚然，首席大法官马歇尔在马伯里诉麦迪逊（*Marbury v. Madison*）一案中的原则，其逻辑——如果宪法是“高级法”，则法官就有义务越过与之相抵触的普通法，而适用宪法——虽然简单，却有说服力。当阿列克西·德·托克维尔写到仅仅“基于国家利益的理由”（*raison d'état*）而非“普通理由”（*raison ordinaire*）已经导致法国拒绝采纳同样的原则时，他也承认了马伯里一案逻辑的力量。^① 然而，特别是当该案原则扩展到诸如宪法中权利法案部分所

* 莫诺·卡佩莱蒂（Mauro Cappelletti），法学博士，曾任国际法律科学协会（International Association of Legal Science）主席、国际诉讼法协会（International Association of Procedural Law）主席。卡佩莱蒂在诉讼法和比较法学领域作出了杰出成就，系 Access to Justice（接近司法）运动的主要发起人和项目负责人。

本文译自 *The judicial process in comparative perspective*（Oxford; New York: Clarendon Press, 1989）第四章。

** 徐昕，法学博士，西南政法大学教授，博士生导师，中国社会科学院世界经济与政治研究所/中国（海南）改革发展研究院经济学博士后。

王奕，清华大学法学院硕士研究生。

① A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 179~180 (1840).

内含的那些不可避免的模糊价值判断时,它的适用就会产生极端严重的问题。最终,这些问题会提出相对不负责任的个人(法官)和群体(司法机构)的角色和民主合法性的“大问题”,他们可能会把自身的价值或“个人偏好”^①的等级体系灌输到诸如自由、平等、合理、公平和正当程序等模糊概念的相对空洞的盒子里去。

我从不认为对这一问题存在一种干净利落的解决方案,这一问题尽管在美国重新出现,但数个世纪以来在欧洲已为抵制司法审查提供了正当性根据;而且赋予法官如此巨大的权力本身并不“坏”或者“好”。进而,我非常怀疑划出一条抽象界线以确定司法审查能正当地走多远的可能性。对这一“大问题”以及与司法审查现象相关的诸多问题、疑惑和挑战的解决,只能是一种相对的解决,并取决于一系列偶然的变量,诸如一个特定社会的历史和传统、该社会的特殊需求和渴望、其政治结构和程序以及它所产生的法官类型。

这是否就意味着通过对其他社会的问题、解决方法、发展和趋势的比较研究分析,对启发我们理解自己社会的问题就毫无作用呢?

应当承认,我对这一问题的回答必定有所偏倚,因为比较分析在我的整个职业生涯中一直是我的主要兴趣。但我想,没有人会难于接受诺瓦力斯(Novalis)的主张^②:比较归根结底是任何理解之基础。而且,似乎毫无疑问,在众多且往往深刻的差异的背后和之外,西方社会存在一种基本上是共同的文化遗产,分享着共同的个人和社会基本价值,在接近基本价值途径的演进上也具有普遍深度的类似。美国人不可能对欧洲解决(或试图解决)这一大问题的方式无动于衷——反之亦然。比较分析的最终结果甚至可能是,意识到一种巨大的趋同趋势在西方社会显而易见,正如实际上我相信在这一领域它就是这样。欧洲人曾经一度坚决反对法官对立法的监控,但现在正勇敢地——许多人甚至认为过于勇敢地——远离那种

^① See *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438, 472 (1972) (Burger, CJ, dissenting).

^② Novalis, *Schriften* 45 (Minor ed. Jena 1907) (fragment 229).

传统，然而，他们的美国同仁如今正停歇下来，“舔舐”许多人看来过度地通过法院制定政策所造成的“创伤”^①。

一、法国的情形

在旧制度中，法国的 Parlements 即高等法院宣称其拥有监控立法与不成文的基本法（lois fondamentales）一致性的权力。然而，那些法院的法官们如此深深地浸透着反平等主义的价值观，并如此稳定地植根于大革命前法国的封建结构之中，以至于他们以极端滥用和不得人心的方式行使审查权。此种权力被视为这个国家最残暴蛮横的保守特征之一。以模糊的不成文“原则”的名义，那些法官妨碍和破坏国王及其法院愿意作出让步的、甚至非常温和的改革措施，而这些改革也许本来可能防止“资产阶级”革命的激烈爆发。

针对这种情况，大革命后的法国便始终如一地表现出一种严厉的反司法审查的进路。在孟德斯鸠将法官描述为“一些呆板的人物”，其惟一职责就应该是不加思考、机械自动和无创造性地贯彻民众立法机构的最高意志中，这种态度得以概念化。尽管“分权”（separation of powers）的法国版本与盛行于美国的“分权制衡”（checks and balances）版本相去甚远——已经转换成《拿破仑法典》第5条的立法语言。这一观念从此就代表了法国以及（通过法国影响）欧洲大陆其他国家政治和宪法哲学的基本原则，直至20世纪。

然而，在最近数十年间，欧洲大陆其他大多数国家已经有力且公然地摒弃了反司法审查的进路。至于法国——作为反抗滥用的司法能动主义的历史领袖，它对反司法审查进路的离弃非常谨慎和渐进，应该不会令人惊讶了。

三个事件应当能传达法国在附和这一发展——该发展在近30年间很大程度上可作为欧洲宪法经验的特征——时正面临着极度困

^① 参见罗杰·克莱姆顿院长纪念肯尼思·C·戴维斯（Kenneth Culp Davis）的演讲，Dean Roger Cramton, Judicial Lawmaking in the Leviathan State, 重印于 L. Alumni J. 12~16 (1976)。

难的一种感觉。与此同时,这些事件发人深思,因为它们表明了我们时代对司法审查的迫切需求。诚然,在针对强大传统、根深蒂固的偏见,所有反对法官之治理(gouvernement des juges)的结构、程序和原则(因为司法审查仍然被法国人轻蔑地对待)^①的抗争过程中,法国也正在采纳一种司法审查制度,尽管以一种零碎且往往自相矛盾的方式。显然,如果这一现象——我在其他地方已将之描述为“第二次世界大战”后时代司法审查的“爆炸”^②——已能渗透到甚至传统上对该制度持有深深敌意的、傲慢的法国,那么,司法审查必定反映了一种当代西方社会所深深感触到的需要。

(一) 最高行政法院(Conseil d'état)

第一个事件^③以法国最高行政法院(Conseil d'état)1959年一项里程碑式的裁决为代表。当时《戴高乐宪法》刚刚被通过。其基本特征之一——意在反对因1946年《宪法》而产生的行政部门软弱以及党派纷争、分崩离析的议会政体之缺陷——是限制了议会制定法律的权力。因此,第五共和国《宪法》摒弃了仍盛行于其他西方国家的传统规则^④;依传统规则,议会立法权限的范围潜在地不

① 关于这种法国人的态度的经典作品是: E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états-Unis* (1921). 亦见 R. Berger, *Government by Judiciary* (1977)。

② See Cappelletti, *The Significance of Judicial Review of Legislation in the Contemporary World*, in *Ius Privatum Gentium; Festschrift für Max Rheinstein*, 147, 150~153 (1969)。

③ 关于本文简要讨论的这一发展,详见 M. Cappelletti and W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, 29~45 (1979)。

④ 如见 Cappelletti, *Loi et règlement en droit comparé; Partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *le Domaine de la loi et du règlement; L'Application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958*, pp. 247~248 (1978)。议会“立法垄断”的原则——可以授权其他部门立法,但不能原初性地与其他部门分享立法权——可以追溯至英国17世纪和法国18世纪的自由主义革命。参见 W. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, 262~263 (2nd edn. 1930); F. Mailland, *The Constitutional History of England*, p. 302 (1908)。

受限制。第五共和国《宪法》第34条通过规定一系列属于它的事项而限制了这种权限。所有其他事项皆归属于行政立法权 (*pouvoir réglementaire*)，即行政机构的自治性立法权 (第37条)。在此仅举一例加以说明，根据这一重大的宪法修改，在20世纪70年代初期，行政部门得以通过法令颁布一部新《民事诉讼法典》，并由此取代了超过一个半世纪之久的传统所崇尚的拿破仑法典化的五大支柱之一。

通过法令 (*decree*) 立法，已成为在《宪法》第34条未包括的领域内一种行政机构完全自治的、非授权的权力；第34条的法律 (“议会立法”) 和第37条的行政法规 (“行政立法”) 在其各自的领域内效力 and 地位平等。以任何实质性标准来衡量，法令都不是行政行为，而是立法行为。因此，法国对立法的司法审查和法官治理根深蒂固的排斥应该适用于法令。事实上，这是在1959年“顾问工程师总工会案” (*Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils*)^① 裁决之前盛行的理论，而在该案中，最高行政法院确定行政立法应接受司法审查。

此种审查的标准是什么？当然不是行政机构的行政法规与议会立法相一致，因为两个立法机构在其各自权限范围内皆至高无上。事实上，最高行政法院赋予自身以审查行政立法是否符合一种没有界定或至多只是模糊界定的“高级法”——其普遍规则 (*principes généraux*) 包含或源于1789年《人权宣言》 (*Déclaration des droits de l'homme*)、1946年和1958年《宪法》序言 (即《权利法案》) 以及“共和主义之传统”——之权力。这样一项判决要求法国行政法院的法官应采取强烈的司法能动性，评论这项判决完全是不必要的。在“顾问工程师总工会案”的裁决之后，最高行政法院被描述为真正的“宪法法院”，并非没有正当理由。^② 对行政立法合宪性的司法审查是该裁决的结果——这一结果此后为大胆的法国高等法院的许多进一步

① 参见最高行政法院1959年6月26日判决，[1959] D. Jur.

② See F. Batailler, *Le Conseil d'état, juge constitutionnel* (1966).

的判决确认和巩固。

(二) 宪法委员会 (Conseil Constitutionnel)

第二个事件^①涉及议会立法,其重要性可与第一个事件相比。

法国神圣的传统——法官只是法律解释者,从来不被认为会挑战议会最高意愿的有效性——并没有为“顾问工程师总工会案”所破坏,至少没有受到直接的破坏。然而,1958 年《宪法》包括了一项进一步的革新。它设立了一个被称为宪法委员会的新机构,其主要权力曾经是且仍然是监控议会已通过,但尚未由共和国总统颁布的立法法案的合宪性。但这一监控形式在诸多方面受到限制,因而并未对上述传统构成一种真正的威胁。第一,它仅仅是事前审查,限于议会批准一部法案与其颁行之间非常短的阶段;一旦颁布,一部议会法律 (loi) 在任何法院包括宪法委员会皆 (依其声称,现在仍然) 绝对不容置疑。第二,攻击一部尚未颁布的法案的资格受到严格限制:只有四个政治机构——共和国总统、总理、议会上院和下院的议长——才有权诉诸宪法委员会。第三,而且也许甚至更重要的是,伴随宪法委员会设立的整个哲学理念,范围非常有限。宪法委员会并未被看做以确保宪法对于普通 (议会) 立法的优先地位为己任的宪法法院,而被视为仅仅是行政部门新设的立法特权防止议会潜在侵害的监控器。宪法委员会宣称的存在理由 (raison d'être), 是确保议会不会超越《宪法》第 34 条规定的事项,从而侵害行政机构的立法权限或行政立法权进行立法。换言之,新宪法委员会主要旨在防止议会的立法权限不受限制的历史惯例的再次出现。^②

然而,这些限制中第二和第三个注定短命。1971 年,在一项著名的有关结社自由的判决中,宪法委员会第一次不再仅作为行

^① See Beardsley, Constitutional Review in France, 1975 Sup. Ct. Rev. 189, 225~237.

^② 从一般观点来看,注意到以下现象是十分有趣的:立法权的划分,就像联邦主义一样,几乎必然会导致司法审查;并正如我们所看到的那样,一旦这一制度立足,它就有扩张的趋势。

政部门立法特权的监控器；相反，它宣称自己有权力和职责来确保未颁布的法案不仅与第 34 条和第 37 条相一致，而且与一般意义的宪法——包括具有宪法高度，可追溯至法国宪法史上的《大宪章》和“共和主义传统”那些“一般原则”——相一致。^①自 1971 年以来，这一令人激动的转变（revirement）许多次地得以确认；今天，宪法委员会确保议会立法与成文和不成文的基本人权（droits fondamentaux de l'homme）保持一致的“事前审查”，已成为法国法律制度一种稳固的特征。尽管应当承认，由于“事前审查”限于法案颁布前的期间而范围相当有限，因此，它可以与 1959 年以来最高行政法院对行政立法的审查相提并论。

1971 年的发展并非一个孤立的转变。三年后，法国通过了一项宪法修正案，缓和了有关诉讼资格（standing）的责难（第 61 条）。自 1974 年以来，除上述四个机构之外，议会各院 60 位议员中的议会少数派也有资格要求进行司法审查。显而易见，在近 20 年间，法国正在变得越来越不能免受几乎世界性热衷于司法审查潮流的影响。

（三）最高法院

到目前为止所提及的事件业已确立了两个专门法院——最高行政法院（或者最一般说来，行政法院）和宪法委员会——的司法审查权。然而，法国的传统主义者仍可能宣称（且事实上的确在宣称），基本理念的核心依旧未受挑战：普通的法官——法国所有“真正的”的法官和法院，即“司法机构”（l'ordre judiciaire）——对这一大变革依然置身事外。法官之治理，除了那两项例外，仍然被严格地排斥在法国的土地之外！

然而，在此必须考虑第三个事件，这一更深入的发展——其所有可能的含义至今仍未像其他两个事件那样坚决地加以巩固——将

^① 参见宪法委员会 1971 年 7 月 16 日的判决，[1971] Journal officiel de la République française [JO]；Cappelletti & Cohen；Duverger，in Le Monde（1971 年 8 月 7 日）（倡导法国无保留地接受马伯里诉麦迪逊案的原则）。

证明已指向那一基本理念之核心，发动了最致命的攻击。

1975 年，法国最高的普通法院即最高法院（the Cour de Cassation）以一个最庄严而庞大的合议庭即混合庭（the Chambre Mixte）坐堂审案，在“海关署诉雅克·瓦布尔咖啡公司案”（Administration des Douanes v. Société Cafés Jacques Vabre）^①中裁决一项全新而关键的问题：一部正式颁布的法国法律，若颁布于欧洲经济共同体的法律之后并与之相抵触，法国法官应否拒绝适用这一法律。

法国《宪法》第 55 条规定，“依法批准或者认可的条约或者协定，自公布后即具有高于各种法律的权威，但就每一个协定或者条约而言，以对方〔缔约国〕予以适用为限”。在“雅克·瓦布尔咖啡公司案”中向最高法院提出的一个理论是：司法机构因法国立法与国际条约（尤其是设立欧洲共同体的条约）相抵触而不予适用，相当于对立法合宪性的司法审查。它事实上——正如这种观点所主张——涉及对《宪法》第 55 条一种可能的议会侵犯行为之监控。

但是，司法审查和法官之治理的幽灵被该法院转移了。最高法院在雅克·瓦布尔咖啡公司案中裁决：法官——所有法国的法官——实际上皆没有义务适用法国立法，倘若它与一般的国际条约法，尤其是共同体法相抵触的话。然而，通过检察总长（Procureur Général），最高法院仍谨慎地宣称，这一做法并不是对立法合宪性进行司法审查的一种形式；它仅仅是解释，而这是法官的典型职能。正如这种观点继续主张的那样，适用一部具有“更高权威”的法律，而不适用与之冲突的下位法，这正是法官的自然角色；而欧洲共同体法——或者更一般说来，国际条约法——属于高级法，即便不是宪法。

它足以阐明这样一种主张：人们可以从上述做法中发现十分类似于“马伯里案”规则的东西，尽管最高法院煞费苦心地加以否

^① 最高法院 1975 年 5 月 24 日的判决，Cass. ch. mixte, [1975] Recueil Dalloz [D. S. Jur.] 497。

认。马歇尔大法官，也与法国最高法院一样，通过把司法审查降格为只是解释，而竭力弱化——即便并非掩饰——其地位。^①然而，历史早已表明：这种降格——或许在抽象理论上成立——根本不能消除司法审查的“大问题”（mighty problem）。司法审查不是“仅仅”解释^②，很简单的一个原因就是，“高级法”地位越高，它就倾向于越模糊——因此对它的“解释”而言，就需要越来越高的司法能动主义或创造性。

法国普通最高法院 1975 年裁决的意义极其深远。诚然，该裁决（holding）涉及国际条约法。但这一规则（term），根据检察总长（Procureur Général）权威意见，当然可扩展到一般的共同体法。这意味着，该法院的裁决不限于“初级”共同体法（即条约，包括非常广泛的《欧洲经济共同体条约》），而且适用于庞大且迅猛扩张的“次级”共同体法，即共同体各组织颁布的法律，以及根据《欧洲经济共同体条约》第 189 条和其他条约规定在所有成员

① “阐明法律是什么，正是司法部门的领域和职责。将规则适用于具体案件的那些人当然必须说明和解释规则。如果两部法律相互冲突，法院必须决定每一部法律的效力……这正是法官职责的本质。” *Marbury v. Madison*, 5 US 368, 389, 1 Cranch 137, 177~178 (1803)，这一理念早已为亚利山大·汉密尔顿所强调：“对法律的解释是法院正当且特有的领域。一部宪法，事实上被且必须被法官视为基本法。因此，由他们来确定其含义，以及出自立法机构的任何特定法律之含义。倘若它们之间碰巧存在一种不可调和的分歧，则具有较高义务和效力的法律应被选择……” *The Federalist* no. 78（强调系后加）。

② 针对基于《权利法案》和美国《宪法》第 14 修正案的规定之裁判，勒尼德·汉德（Learned Hand）法官评论道：“在此，历史仅仅只是一盏昏黄的灯，因为这些题目（rubrics）意味着要回答没有想到的且不可想像的未来的问题。按最大程度的自由度可称作解释的东西，没有什么能描述它们必须被适用的过程……它们是针对派系放纵和专制开始逼近而提出的警戒性的预兆。要回答它们所提出的问题，就需要评估和平衡没有衡量尺度的人类价值。” Hand, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization*, in *The Spirit of Liberty*, 160~161 (1954)，诚然，汉德法官基于上述观察所得出的结论，就司法能动主义而言，与反映目前工作之哲学的观点完全不同。参见 Hand, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization*, in *The Spirit of Liberty*, 169 (1954)。

国具有直接效力的法律。^①另外,更重要的是,国际条约法广泛的概念必定包括《欧洲人权公约》——该公约是一部真正的、相当综合性的跨国性权利法案,已获西欧22国几乎所有国家的批准,法国包括在内,它于1974年被批准。因此,对雅克·瓦布尔咖啡公司案裁决的一贯解释将导致一个结论:自相矛盾并不那么重要。基于传统上对(议会)立法合宪性进行司法审查的禁止,法国法一旦颁布,便不受制于法院监控;它们不容置疑至高无上,不论是否违反法国的宪法文本,尤其是否违反法国有关人权的神圣文本和传统。但是,自雅克·瓦布尔咖啡公司案之后,当法国立法不与法国的文本和传统相抵触,而与跨国性权利法案即《欧洲人权公约》相冲突时,这一基本的禁止就再也不能束缚法国的法官了。^②

在一个对国家的历史、自治和形象如此自豪的国度中,要预测这自相矛盾的结论是否能站得住脚并非易事。然而,一个简单的事

① 为了准确起见,应该指出,对那些施加了明晰、准确和无条件义务的共同体规定,直接效力自然是十分有限的。参见 Van Duyn v. Home Office, [1974] E. Comm. Ct. J. Rep. 1337, 1354, 15 Comm. Mkt. L. R. 1, 9 (submissions of Advocate-General Mayras)。

② 参见 65 Revue critique de droit international privé 351~361 (1976) (对雅克·瓦布尔咖啡公司案判决效力的评论); Drzemczewski, The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions, in 1 Legal Issues of European Integration 1~85 at 33, 35 (1977); Ress, Der Rang völkerrechtlicher Verträge nach französischem Verfassungsrecht, 35 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 445, 477~478, 494~496, 500~501 (1975)。

1978年12月5日,最高法院基于《欧洲人权公约》第6条和第13条,裁决撤销了一个下级上诉法院的判决,从而承认该公约在法国的直接适用。参见,1978年12月5日的判决,Baroum Ch-érif, Cour de Cassation, Cass. crim., [1979] D. S. Jur. 50。对这样一个“创新性”裁决的短评中,一位法国法学家写道:“一种新的因素已经进入了我们的立法……即《欧洲人权公约》的批准……它自……1974年在法国具有法律效力,并基于1958年10月4日的《宪法》第55条,拥有优于国内立法的效力。”(Kehrig, “Note” [1979] D. S. Jur. 50, 51)然而,法国行政法院仍似乎认为,在该公约之后的法国法优于该公约中与之相冲突的规范。另一方面,最高法院1975年的裁决所内含的原则,在1976年为国家安全法院(the Cour de Sécurité de l'état)明确确认,而且它明确引用了《欧洲人权公约》。参见,1976年5月6日的判决, Cour de Sécurité de l'état. [1977] Rev. gen. de droit int. public 897, 898. 亦见 Mann, Britain's Bill of Rights, 94 Law Q. Rev. 512, 532, and nn. 84, 85 (1978)。

实是,从今天起,法国的法官看来实际上远远没有孟德斯鸠“无生命的存在”(êtres inanimés)的观念。正如一位杰出的法国权威人士强有力地指出的那样,到如今“议会的意志为一个无需承担责任的集团的意志所取代,它们将自己的选择塞入宪法规则的弹性框架之中,这种做法〔已不再〕是一个神话,而〔已成为〕一种可能”^①。对议会立法的司法审查,虽为国家《宪法》的大门所排斥,但事实上已穿过了跨国权利法案的大窗。因而,司法审查不仅未被驱逐,还在某种意义上被放大,因为它已成为跨国性的司法审查。^②司法审查的“大问题”变得益发大了:法国的法官如今不仅必须面对任何类型的司法创造性所内含的挑战,而且要面对有关解释非国家法律文件的创造性所带来的不寻常的全新挑战,以及协调他们自身的创造性与其他(跨国)裁判机构——诸如欧洲理事会委员会(Council of Europe's Commission)和设于斯特拉斯堡的欧洲人权法院——创造性的进一步挑战。

二、奥地利、德国和意大利的情形

法国对“法官之治”的抵抗如此强烈,以至在欧洲其他国家已经并仍然有此表现。然而,越来越多的国家最近已屈服于这种“局外人”(stranger)的机构之魅力。

1920年,奥地利最先成立了一个新的宪法法院,赋予了它监控立法合宪性的权力。该法院在1930年为独裁政体所废除,因为至今没有任何极权主义政府容忍过一种有效的司法审查制度。不过,1920年设立的机构又于1945年被迅速重建。^③联邦德国和意大利在第二次世界大战后也建立了同样的机构。^④这些国家公开表

① Rivero, "Note", [1975] Actualité juridique du droit administratif [AJDA] 134.

② See Cappelletti, Giustizia costituzionale sopranazionale, 33 Riv. dir. proc. 1 (1978).

③ See M. Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, 46~47 及以下 (1971).

④ See M. Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, 50.