



中国与法国的 合宪性审查



主编 [法] 费迪南德·梅兰-苏克拉马尼昂
韩大元



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中国与法国的 合宪性审查



主编 [法] 费迪南德·梅兰-苏克拉马尼昂
韩大元



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

中国与法国的合宪性审查 / (法) 费迪南德·梅兰 - 苏克拉马尼昂, 韩大元主编. —北京: 知识产权出版社, 2018. 6

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5262 - 7

I. ①中… II. ①费… ②韩… III. ①宪法—研究—中国②宪法—研究—法国 IV. ①D921.04②D956.51

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 276359 号

责任编辑: 雷春丽

责任校对: 谷 洋

封面设计: SUN 工作室 韩建文

责任印制: 刘译文

中国与法国的合宪性审查

[法] 费迪南德·梅兰 - 苏克拉马尼昂 韩大元 主编

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8004

责编邮箱: leichunli@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 14.75

版 次: 2018 年 6 月第 1 版

印 次: 2018 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 200 千字

定 价: 59.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5262 - 7

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

《中国与法国的合宪性审查》

编委会

主 编：费迪南德·梅兰 - 苏克拉马尼昂
韩大元

副主编：金邦贵

撰稿人：（以论文排列先后为序）

法布里斯·乌尔克比

胡锦涛

苗连营、王建学

让·迪布瓦·德·戈迪颂

弗雷德里克·吕埃达

林来梵

安德烈·鲁

李树忠、姚国建

王磊

费迪南德·梅兰 - 苏克拉马尼昂

金邦贵

朱大旗、胡明

周威

前 言

中法两国围绕宪法而展开的学术交流具有较为悠久的历史。早在公元1681年，即中国清朝康熙二十年和法国波旁王朝路易十四三十八年，法王路易十四即向中国派出了科学传教团，其成员都是在精挑细选的基础上确定的，包括洪若翰（Jean de Fontaney）、白晋（Joachim Bouvet）、张诚（Jean-François Gerbillon）和刘应（Claude de Visdelou）等人。他们在抵达中国之后受到了热烈欢迎，对中国的强烈好奇心使他们大多决定长期定居中国，为康熙皇帝和中国政府服务。此后，类似的访华活动一直持续到乾隆年间。一方面，传教士们获得了直接观察中国政制的机会，并将其评价反馈回国，使康熙皇帝和乾隆皇帝被称赞为世界上最伟大的君主，他们人格高尚、见识卓越、胸襟宽广、雄才大略，他们的政府和政府体制也被评价为善于主持正义、倡导道德、勤政爱民、服从真理和令人景仰。^①另一方面，法国传教士们也带来了关于法国及其他西方国家的政情介绍，并引起中国皇帝的浓厚兴趣，乾隆皇帝甚至决定派遣外交使团赴法回访法王路易十六，可惜因法国1789年（即乾隆五十四年）爆发大革命而最终未能成行。

法国大革命不仅直接决定了近代法国的宪法走向，也间接影响了中国政治发展的进程。“路易十六身死国亡的悲剧下场，在乾隆皇帝内心所激起的恐怕绝不仅仅是兔死狐悲的哀伤，更多的是对于民众反抗怒火的

^① [法] 白晋、张诚、洪若翰、杜德美：《康熙大帝（外国人眼中的中国人）》，黄慧婷、卢浩译，东方出版社2013年版。



恐惧和警惕。当时大清朝已如落日余晖，暗流涌动。所谓的康乾盛世已进入绝唱的尾声。社会矛盾和危机越积越深……乾隆皇帝却没有从正面吸取路易十六的悲剧教训，而是从反面得到一个最大的启迪：用更加强硬的铁腕手段，加强对民众的控制，把任何胆敢反抗的隐患消灭在萌芽状态。”^① 由此，中国自秦汉以来的专制官僚体制继续遵循着它的惯性，并且日甚一日，终致腐朽的大清王朝被革命的洪流所吞没，并给近现代中国带来长期的动荡。

1789年大革命之后，法国逐渐发展出以民主、人权和法治为基调的宪法，而中国的宪法事业迟至百年之后即清末立宪改革才得以开启。这种时间先后的差别决定了，中法之间在这一时期的宪法交流只能是单向的，即以中方向法方学习和法方向中方输出为形式。1905年，五大臣出洋考察宪政拉开了中国人参考和借鉴法国宪法的序幕，辛亥革命使中国政体由帝制改为共和，进一步激发了中国人学习法国宪法的热情。大量的中国留学生赴法学习宪法，他们多立足于中国问题，而借鉴法国的经验与方法，如钱泰以《中国之立法权》于1914年在巴黎大学取得法学博士学位，郑毓秀以《中国的宪政运动：比较法的研究》于1925年在巴黎大学取得法学博士学位。其中，郑毓秀可能是第一位在法国取得法学博士的中国女性。民国时期，关于法国宪法实践与学说的论著在中国大量传播，诸如狄骥（Léon Duguit）、奥里乌（Maurice Hauriou）等都曾闻名于中国宪法学界，其学说亦盛极一时。

近年以来，随着中国宪法事业的不断发展，以及宪法研究水平的不断提高，中国宪法的实践发展和学说演变越来越引起法国同行的关注，中法之间的宪法学交流逐渐从中方的单向输入转变为中法之间真正双向和对等的交流，甚至有法国教授开始学习中文。作为这一趋势的脚注，中国宪法学研究会与法国宪法学研究会近几年合作开展了多次学术研

^① 王龙：“法国大革命与清王朝覆灭”，载《时代人物》2015年第5期，第109页。



讨会。本次研讨会，即“中国与法国的合宪性审查”国际学术研讨会 (Colloque International de Contrôle de Constitutionnalité en France et en Chine)，也是在这种学术合作的背景下展开的。

本次研讨会各个方面都进行了较为精心的学术准备。首先，中法双方基于之前的若干次学术交流，均在一定程度上了解对方的宪法实践，具备了相当分量的关于对方学术话语和知识体系的知识储量，这使本次学术交流更为充分和深入。其次，本次研讨会在最初规划时即确定了六个明确的子课题，中法双方各自邀请对相关问题素有研究的本国学者进行专门性论文准备和主题报告，以便使会议的研讨活动更为集中和有效。最后，本次研讨会在召开之前，会务组进行了充分的文献翻译工作，将法方论文提前翻译成中文并发给中方与会者，同时将中方论文提前翻译或者至少摘译为法文并提供给法方与会者，充分的文献准备进一步提高了会议研讨的学术质量。

由于以上几个方面的充分准备，当研讨会于2013年11月5日至6日在中国人民大学明德法学楼601会议室如期召开时，与会的中法双方学者都对会议的学术成果予以了较为充分的肯定，并且双方共同商定在会后各自出版会议论文集的中文版和法文版。在中法建交50周年之际即2014年年底，法文版已经在法国著名的法学出版机构——达鲁兹出版社付梓。^①如法文版封底所言，“当今中国正处在其宪法发展的关键时刻”，她不能忽略任何对其宪法发展具有参考价值的元素。照此说来，中法学术交流的成果更应该得到中国学术界的关注，而中文版付梓则会更好地提供这样的机会。

因此，我们怀着对中国宪法事业的温情与敬意，怀着对中法宪法学术交流之未来的美好憧憬，同时也是完成中方对法方的承诺，在中法关

^① “Le Contrôle de Constitutionnalité en France et en Chine”， sous la direction de Han Dayuan et Ferdinand Mélin-Soucramanien, Paris: Dalloz, 2014.



系迈入另一个 50 年的开端，将论文集中文版付梓出版。在内容编排上，12 篇主题报告论文以议程中的发言先后排列，以便读者对会议结构一目了然，最终附以会议的研讨实录。在研讨会的联络和组织、会议材料的中法文翻译等方面，王蔚博士、王建学博士、周威博士、王芳蕾博士等作出了巨大贡献，王建学博士还进一步襄助论文集出版、编辑与校对等事宜，特此感谢他们高效的工作。当然，再精心准备的学术会议和论文集都不可能没有瑕疵，因此，我们期待着读者的批评、指正和建议，以便在未来更好地继续进行中法宪法学交流。

费迪南德·梅兰-苏克拉马尼昂 韩大元
2017 年 5 月

C 目 录

Contents

- 1 法律合宪性审查的产生与司法权的虚弱性
法布里斯·乌尔克比 著
王建学 译
- 13 中国宪法的司法适用性与司法权能
胡锦涛 著
- 30 行政行为的合宪性审查：中国的现状与展望
苗连营 王建学 著
- 47 法律合宪性审查的起源：行政行为的宪法争诉
让·迪布瓦·德·戈迪颂 著
肖琼露 译
- 54 1958年宪法中最初的法律合宪性审查
弗雷德里克·吕埃达 著
王蔚 译
- 67 中国式的“违宪审查”制度：中国式的“鸡肋”
林来梵 著
- 85 法律的合宪性审查与共和国单一性的维持
安德烈·鲁 著
王建学 译
- 99 论香港特别行政区法院的“违基审查权”
李树忠 姚国建 著



137 人权保障与合宪性审查

王 磊 著

147 法律的合宪性审查与基本权利的保护

费迪南德·梅兰-苏克拉马尼昂 著

胡 婧 译

156 合宪性审查与税收平等原则

金邦贵 著

程 俐 译

171 正当程序理念下税收征管法的修改

朱大旗 胡 明 著

192 2013 “中国与法国的合宪性审查”国际学术研讨会实录

周 威 整理

Sommaire

- 1 La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois et la faiblesse du pouvoir juridictionnel en France
Fabrice HOURQUEBIE
- 13 La Constitution et son application par les tribunaux en Chine
Jinguang HU
- 30 Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : état et prospective en Chine
Lianying MIAO et Jianxue WANG
- 47 Aux origines du contrôle de constitutionnalité des lois : le contentieux constitutionnel des actes administratifs
Jean du BOIS de GAUDUSSON
- 54 Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la Constitution originelle de 1958
Frédérique RUEDA
- 67 Le contrôle de constitutionnalité en Chine : des “ côtes de poulet ” à la chinoise
Laifan LIN
- 85 Le contrôle de constitutionnalité et la préservation du caractère unitaire de la République française
André ROUX



- 99 Le pouvoir de contrôle de conformité des tribunaux de la région administrative spéciale de HongKong
Shuzhong LI et Guojian YAO
- 137 Le contrôle de constitutionnalité et la garantie des droits de l'homme en Chine
Lei WANG
- 147 Le contrôle de constitutionnalité des lois et la protection des droits fondamentaux en France
Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN
- 156 Le contrôle de constitutionnalité des lois et la recherche de l'égalité fiscale en France
Banggui JIN
- 171 Une révision de la loi chinoise sur l'administration du recouvrement fiscal selon le concept de procédure légale régulière (due process of law)
Daqi ZHU et Ming HU
- 192 Les comptes rendus des rapports, débats et discussions
Wei ZHOU

法律合宪性审查的产生与 司法权的虚弱性

◎法布里斯·乌尔克比* 著

王建学 译

法国宪法不断地拒绝将审判权（pouvoir de juger）^① 提高到真正的政治权力机关的序列，由此表明它对自由司法（justice libre）的怀疑和不信任。政治史和宪法史都可以证明审判权力对政治权力，特别是对立法者的从属性。正是在此意义上，1791年宪法规定，“法庭不得干涉立法权的行使或停止法律的执行，不得侵犯行政职务，不得因行政官职务上的原因而将行政官传唤到庭”（第三编第五章第3条）。

事实上，导致这种司法边缘化状态的原因是“法国式的分权观念”，也正是这一原因导致了合宪性审查的引入一再推迟，而合宪性审查的推迟本身也是司法边缘化的表现之一。

法国宪法的建基性原则是对国民（la Nation）的高度信赖和对法官的不信任甚至怀疑，^② 因此它从来也没有创建三个相互独立的权力中心，即

* 作者法布里斯·乌尔克比（Fabrice Hourquebie），法国孟德斯鸠-波尔多第四大学公法教授，法语高等教育发展机构主任。译者王建学，厦门大学法学院副教授，中法联合培养法学博士。原文以“如何在司法权虚弱的条件下确立合宪性审查？”为题发表于《现代法治研究》2017年第4期。

① 作者在文中使用了三个相近的概念，pouvoir de juger, pouvoir judiciaire, pouvoir juridictionnel, 译者将其依次译为审判权、司法权和裁判权，以示区分。——译者注

② Fabrice Hourquebie, Le pouvoir juridictionnel en France, LGDJ, 2010.



立法权、行政权和司法权，更没有美国式分权理论之下的三权分立与制衡。

这种观念导致的结果是，防范专制的保障性措施之所以可能和可行，并不是由于杰弗逊所设想的那种权力之间的隔离，而是由于将分权理论再解释为国家职能的分工以及履行这些职能的机构的独立性。

正是在这种“法国式”的分权框架内，法律合宪性审查——构成对国民和国家意志的挑战——的引入，其命运和前途是与裁判权（*pouvoir juridictionnel*）的建构联系在一起，而裁判权本身因为潜在侵害政治权威而在传统上一直受到削弱。这第三种权力的地位上升将逐渐但却惊人地引入法律合宪性审查，继而促进合宪性审查的充分发展。

一、裁判权的不存在和合宪性审查的不可能

在法国宪法中存在两项非常重要的传统，一个是法律是公意之表达的神话，另一个是排斥和否定任何裁判权的传统倾向，这两者紧密交错，共同解释了将法律合宪性审查引入法国所面对的困难。

（一）法律主权的障碍

历史，是宪法司法在当代法国之发展的线索之一。然而，这一历史在最开始却是一种拒绝的历史：由于法律中心主义和议会主权占据着宪法上的一切考量，任何合宪性审查都遭到拒绝。因此，关于合宪性审查的争论，首先带来的问题是对代表制的限制，易言之，可以对议会所施加的这种审查本身，到底应具有何种性质。

由于合宪性审查会导致议会受到一个外在机关的审查，因而在 1789 年革命者的早期辩论中，议会主权就构成了审查的一个真正障碍，并最终导致审查的观念没有得到采纳。即使革命者承认，法律可能成为压迫的来源（人权和公民权宣言第 5 条、第 6 条、第 8 条和第 16 条），法律仍然首先是“公意的表达”（第 6 条），并因此是国民的全部神圣性和正



当性的化身。法国大革命创造了法律绝对主义的神话（Carré de Malberg^①语），也就是创造了法律的绝对权威。由此带来了两个制度上的后果：（1）所有宪法机关均服从法律的权威（以及我们将从这一角度看到法官只能是“法律之嘴 [la bouche de la loi]”，此外什么都不是）；（2）法律是不可取代的、不受挑战的，总而言之是不可审查的。法律主权因此成为阻止法律合宪性审查形成的最极端的堡垒。

只有在恐怖时期暴露了代表制的弱点之后，对代表者的审查这一问题才会真正地存在讨论的空间；两个立法院之间的分权，以及甚至督政府^②的原则，这都是一种权力的划分，而权力划分产生了仲裁和仲裁者。西耶斯（Sieyès）因此提议设立一个具有特殊形式的宪法审查会（jury constitutionnaire），^③但却最终未能实行，法律中心主义的幽灵以一切方式笼罩着当时的政治体制。

法律的神圣化必然带来法官的边缘化，而对旧制度下的法院（Parlement）的抵抗态度又使这种边缘化加倍了。

（二）裁判权否定之原理（Jean Foyer^④语）

对司法的不信任，也变成了对法官的不信任。追本溯源，对司法的不信任来自旧制度时期的法院与国王的反复对峙。法院的定位曾经是极为模糊的：法院的地位之所以得到明确，是得益于谏议权利（droit de remontrance）的行使，法院据此成为国王的顾问。然而，法院通过越来越频繁地拒绝为国王法令进行注册的行为，而将谏议权转化成了真正的否

① 玛尔贝格（Carré de Malberg，1861～1935年），法国现代实证主义宪法学派的奠基人，代表作有《国家的一般理论》（1920～1922年）和《法律：公意的表达》（1931年）。

② 指法国自1795年至1799年存在的督政府。——译者注

③ 关于西耶斯宪法审查会主张的来龙去脉，参见王建学：“制宪权与人权关系探源——以西耶斯的宪法人生为线”，载《法学家》2014年第1期。——译者注

④ 富瓦耶（Jean Foyer，1921～2008年），法国法学家和政治家，曾在巴黎大学担任法学教授，参与现行1958年宪法之起草，并担任戴高乐总统的司法部部长。



定权，这与法院的任何权威在本源上存在矛盾和悖论。^①与王权的冲突会导致法院诉诸“再次谏议（*itératives remontrances*）”，这种再次谏议等于是二次否决，从而最终会导致由著名的“御临法院（*lit de justice*）”^②作出最终决定，这同时也在提醒着法院其并无最终决定权，相反，法院只是一种委托权力的行使者，最后的批准权只能属于国王。法院通过作出平衡判决来应对其与国王发生的冲突，这导致了国王对法院丧失信任，后来又培养了革命者对司法权（*pouvoir judiciaire*）的不信任，以及在更大程度上培养了后续制宪者对司法权的不信任。

这种历史原则又与孟德斯鸠的政治理论主张交叉在了一起。在《论法的精神》中，孟氏写道：“在三权当中，审判权什么也不是。”^③因为“人们会害怕”，审判权与其他两种权力合并将损害自由：如果它“与立法权合并，法官就会成为立法者，关于公民的生命和自由的权力将因此沦为专断权力。如果它与行政权合并，法官将具有压迫的力量。”革命者就因此认为，分权应当成为一个不可逾越的障碍，防止将司法树立为真正的权力。然而，孟氏本人在承认“国民的法官只是宣布法律之话语的一张嘴”的时候，提供了一个关键的解释。如果说司法权什么也不是，那完全是因为法官按照三段论的逻辑并没有以反对其他两种权力的方式增加法律的内容。因此，法律绝对主义的神话，以及革命者的法律为公意之表达的信条，才是司法职能“什么也不是”的原因。但我们在法国宪法史中经常过度忽视这一点，即孟氏曾在“权力”这个术语前加上司法这一定语。

^① M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 279.

^② 御临法院是指由国王亲自参加的巴黎高等法院会议，该术语直译为“正义之床（座）”，其中“床或座（*lit*）”在此处特指国王主持高等法院会议时的座位。国王常通过这一会议强制高等法院通过对国王法案的注册。——译者注

^③ Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Livre XI chapitre VI, Folio, Essais, Gallimard, 1995, Tome 1, p. 333.



在1958年10月4日宪法的起草过程中，这种拒绝司法权的态度在制宪辩论阶段曾表现得非常具体。在提交宪法审议委员会的宪法草案中，第八章的拟议标题是“司法（De la Justice）”。后来，在德勃雷（Michel Debré）的倡议下，第八章成为“法官独立（De l'indépendance de la magistrature）”。然后是根据拉图内里（Roger Latournerie）主席的提议而又进行了修改。他解释说，“司法机关（l'autorité judiciaire）”的标题将更适当，因为法官是完全司法性的并且是一种公共机关。这种方案后来得到9月3日部长委员会批准，出现在9月4日宪法草案的文本末尾。最终在1958年9月28日的全民公决中获得批准。自此开始，制宪者再也没有重新考虑或改变这一标题。

（三）受排斥的合宪性审查

直到1958年以前，议会的正当权力一直是无限制的，法律为公意之表达和议会优位主义这些法国式观念导致了合宪性审查的主张受到完全的排斥。在“共和三年”以及在1852年设立的某种审查（更准确地说，是设立参议院进行的议会式合宪性审查）并不是波拿巴主义者的打算，在第三共和国和第四共和国设立的宪法委员会（Comité constitutionnel）——在本质上颠覆了历史过程——就更不是了。

在第三共和国（1875年）之时，当时的辩论已经涉及法律的合宪性审查了。但人们将审查议员选举或议员职务的权限授予议会议院，而不打算将它赋予一个可能的宪法法官，不断孕育并在20世纪首次露面的欧洲式宪法司法（即凯尔森所设想的模式）在法国也并没有真正地成形。1903年曾出现两个关于设立某种合宪性审查形式（由一个专门的裁判性法院或由最高司法法院的法庭进行审查）的提议，但这些提议从未进入议会的审议程序。它们未能进入审议程序的主要原因总是相同的，用玛尔贝格的话说就是，立法权具有“不受约束或无条件（inconditionné）”的性质。如果创立合宪性审查，无论其形式如何，都必然会导致议会固