

两大法系中的行政法治与司法的作用

[瑞士]托马斯·弗莱纳* 著 冯军** 译

引言

国家及其官僚机构已大大地扩张了它们的权力,尤其是在 20 世纪。私人对国家公务员的依赖性越来越大,因为他们能够就涉及个人现在和将来的重大事务作出决定。为了限制行政机关的权力,防止行政机关基于公务员的臆断和狂想对私人的命运作出决定,奉行法治原则的国家的立法机关确已找到了一些保护私人免受行政机关滥用权力之害的工具。

如果一个人想要知道行政法治的内容,他就应当思考以下问题:

1. 法律和司法的基础是什么?
2. 什么样的法院才能保护私人免受行政机关非法及专横行为之害?
3. 私人可以通过哪些方式和途径将行政机关的所作所为告到法院?
4. 法院在保护私人反对行政机关滥用权力方面的权限范围有多大?法院就行政问题作出裁决的指导性原则是什么?
5. 在行政诉讼中,有关各方当事人享有怎样的权利和负有怎样的义务?

一 法律和司法的基础是什么?

(一) 普通法

普通法建立在“人当受法而非人的统治”的原则或“意识形态”之上。这里不能将法仅仅理解为制定法,否则,法的价值将会减损到仅指代议机关通过之成文法案和法规的地步。(在普通法系中)法更应当被视为包含了法院据以判案的各种原则、规范的一整套司法制度,它以法院所作出全部判例为基础。

此外,我们还应当看到:对所谓的公法和私法,普通法并未作出明确划分,这与大陆法系国家不同。

(二) 大陆法

大陆法国家深受法国大革命的影响。法国有关“公民大会”的学说认为,法律来源于公民的制宪权,以及代表“公意”的立法机关。法国革命导致一切法律只能来源于单一的立法机关,法仅指立法机关通过的法律。因此,在大陆法系国家,司法须以立法机关通过的法律为依据。法官必须适用立法机关通过的法律,并从成文法案和法规的抽象规则中推导出结论。在这一点上,我们甚至可以认为,在谈到大陆法系国家的法治时,实际上谈的是“立法机关制定的法律之治”,而非一般意义上的法治。法国大革命从根本上改变了人们的法律观和国家观。

人们认为国家是将封建社会转变为自由社会的工具。正因为如此,拿破仑想要建立强有力的、起执行作用的公共行政机关,并且不愿将这一机关置于保守的传统法官的控制之下。为此,他引入了一套新的法律规则,并将它们称之为“公法”。根据这套新的法律规则,国家与其国民之间的一切关系皆由公法

* Prof. Thomas Fleiner, Institute of Federalism, University of Fribourg. 瑞士弗里堡大学联邦主义研究所所长,教授。

** 中国社会科学院法学研究所科研处处长,副研究员,法学博士。

规则调整,而与私法规则无关。

结果,国家行政只能由公法调整,负责裁决私法案件的传统法院对公共行政机关与国民之间的纠纷没有管辖权,公共行政机关对私法及适用私法的传统法院享有“豁免权”。因而,自法国大革命至今,人们始终在为争取使公民在免受行政权力滥用之害方面获得更好的保护而不断努力。与普通法体系引入有效的救济手段使公民得以受到传统法院保护不同,实行公法制度的大陆法系国家首先创设了独立的行政法院,然后提供种种救济手段使公民得以向行政法院起诉各种行政措施。

二 什么法院在保护公民免受行政机关非法行为之害?

(一) 英国高等法院

在普通法国家大多数行政案件由王座法庭或高等法院裁决。也可能另有一些法庭负责裁决诸如税收、拨款、许可证等专门事务。在普通法国家,同一法院既可管辖私法案件也可以管辖公法案件。因而私人与私人之间的案件以及私人与国家行政机关之间的案件没有本质的不同。这两种类型的案件由同一法院裁决,而法院遵守同样的法律规则与先例。

(二) 法国国家参事院^{〔1〕}

在大陆法系国家,对国家行政机关享有管辖权的专门行政法院的发展起始于拿破仑所建立的国家参事院。当时的国家参事院是一个顾问机构,它的决定是咨询性的,没有强制力。参事院就如何处理公民申诉和不满向政府及其公共行政机构提出建议,而具体案件的裁决权则仍然保留在由政府所控制的行政部门手中。即便在今天,在某些大陆法系国家,政府仍然有权对某些行政纠纷作出终局裁决。在这方面,法国就有所谓“部长法官”(部长作为法官行使其职权)的制度。

在拿破仑帝国以后的几十年里,国家参事院演变为一个具有强制力的机构(即法国最高行政法院)。在19世纪以及20世纪初,法国国家参事院确立了一套行政法的规则体系,其主体是法官创设的判例法规则而非立法机关通过的制定法。判例法同时也是其他大陆法系国家行政法的核心。法国行政法因而成为其他大陆法系国家行政法理论的基础。

(三) 德国行政法院

法国国家参事院设在政府系统之内,它不仅仅裁决案件,而且也向政府提供法律咨询,参事院主席由政府总理兼任。与法国在行政机关系统内设立行政法院不同,德国的统治者在上个世纪设立了一些独立于行政机关的专门法院。这些法院被赋予对辖区内行政事务的有限的管辖权。与法国的国家参事院相比,它们在政治上更加独立于政府机关。

然而,第二次世界大战以后,德国行政法院对行政事务取得了普遍的管辖权。德国基本法第19条第4款规定:“任何人的权利如被公共机关侵犯,均有权诉诸法院”,因而向独立的法院起诉的权利现在得到德国宪法的保障。

三 个人向法院起诉行政行为可获何种救济?

如果要了解普通法系国家法院的保护范围,就必须了解对私人适用的救济方法。而在大陆法系国家就需要了解法院的管辖权。

(一) 普通法历史上的行政法令状

在普通法制度下,对滥用行政权力的行为寻求法律保护的每一种救济手段都有其独特的发展历史,对此本文不予赘述。英国的公务员过去是现在在一定程度上仍然是国王的仆人。法官同样也是国王的仆人。司法权过去被认为现在仍然在某种程度上继续被认为是来源于国王。那句“国王不能为非”的名

〔1〕即法国最高行政法院。——译者注

言被解释为任何法院都不能对国王享有管辖权。国王不能被置于任何诉讼案件之中,任何人不能向英国的任何一个法院起诉国王。由于公务员是国王的仆人,因而原则上他们也不能被告到任何一个传统的法院。然而,早在中世纪初期,国王就可以通过特权令状起诉公务员,后来这类特权令状可授予私人,使之得以以国王的名义起诉公务员。负责将此种令状授予私人的机关是英国的大法官。

大法官作为国王级别最高的大臣有权在特定案件中向私人发布令状,使得私人能够以国王的名义向法院起诉行政机关。其中最重要的令状是人身保护令。这是唯一一个后来不依赖于大法官自由裁量权的令状。该令状授予那些被拘捕的公民。他们可以利用人身保护令状去挑战针对他们的拘捕行为的合法性。根据人身保护令,法院有权命令监狱的官员将被告送到法院,在法院,他或她可对拘捕行为提出申辩。如果法院命令释放被拘捕者,法院可依据其认定藐视法庭罪的权力强制政府公务员执行其决定。由于藐视法庭罪的存在,公务员必须服从法院的决定,如果他们拒绝服从,他们将被投入监狱。

人身保护令保护的是最重要的个人自由,它可被视为英国法治保障的基本要素。值得一提的是,与大陆法系国家相比,普通法系国家诸如人身保护令一类的程序保障远比实体规则——如保护人身自由的实体规则——重要的多。在抗辩式的诉讼制度下,纠纷的每一方当事人都有权向法官提出他的主张,法官必须在听完所有各方当事人的证词后方能作出裁决。法官必须富有经验和常识,对正义和公正理解深刻,他或她必须考虑相关的先例,以与先例一致的方式解决手头的纠纷。人们的基本信念是:公正的程序保障公平的结果,法院判决应根据法律,而非人的主观意志来决定。^[2]

除了人身保护令以外,大法官还引入了其他一些重要的令状。如果行政当局根据法律有义务实施某些重要的原则,法院可向行政机关发出训令,责令行政机关采取积极的行政措施。法官还有权在公民起诉行政机关、请求禁止行政机关实施没有法律依据的的行为的案件中,向行政机关发出禁止令。通过调卷令,法院有权审查行政决定,并撤销被判定为“越权”的决定。

(二) 大陆法系国家的行政行为

大陆法系国家对行政法院的管辖权有完全不同的思路。早在法国国家参事院成立之初,它就必须回答一个问题,即在何种情形下可以允许个人就行政机关的行为向其提出申诉?为此,法国国家参事院提出了行政行为理论。所谓行政行为是指行政机关在具体情形下赋予个人权利或义务的决定(在法国该决定既可以是一般性的,也可以是具体的;在德国,它只能是将具体权利义务赋予特定个人的决定)。行政行为尽管由行政机关发出,但它具有与法院判决相同的法律性质。因此,行政行为是可以被诉到国家参事院(法国)或行政法院(德国)的唯一对象。如果行政行为违法,个人有权要求国家参事院审查或行政机关复议乃至撤销该行为。对可诉行政行为范围的限制使得可诉行政行为仅限于那些具有行政行为性质的行政决定。因此,个人只能向行政法院起诉那些已经发生的、可被撤销的行政决定。他们无权要求法院判令行政机关采取行动去执行某个法令,也不能要求法院禁止行政机关作出一定的行政行为。

因而,在大陆法系国家的行政法中,行政行为就成了最重要的工具。它可以通过追究“藐视行政机关”的责任而得到强制执行。它对行政机关也有强制力,只有在为保护重要的公共利益而必要时,行政行为才能被行政机关所撤回。一般而言,行政机关无权撤回已发出的行政行为(在大陆法系国家基于“公信”原则,在英美法系国家基于“禁止出尔反尔”原则^[3])。人民对于行政行为如无合法理由不得被撤回的信赖,受到法院的保护。在法治之下,公众的安全感及其对当局的信赖常常比形式上的合法性更为重要。一项起初也许违法的行政行为,如未被及时诉于法院或行政机关,那么,该行为仍然具有强制力。如违法的行政行为没有在一定期限内被起诉到法院,则该行为最初的违法性将被“治愈”。如果行政行为被起诉到法院,但其违法性得不到确证,存有疑问,则行政行为总是可以从这种疑问中获益(the benefit of the doubt),即被推定为“无辜”。对行政行为起诉的公民在行政诉讼中的地位不象是原告,而

[2] Michel Rosenfeld, Rule of law · Rechtsstaat, in: Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt, PIFF Fribourg 2000, p. 60.

[3] 即 estoppel, 也译为“禁止翻供”。——译者注

更象是被告！

就救济方式而言,在法国,最重要的救济方式是“越权之诉”,德国是“撤销之诉”。根据这类救济方式,当事人只能要求法院撤销行政行为。在大陆法系国家,执行令、禁止令、人身保护令等救济方式是不存在的,只有在德国,在极少数情况下公民可以请求法院命令行政机关作出一定的行政行为,但实际上这种救济方式很少采用。由于法院没有手段去强制执行其裁决(无藐视法庭一说),如果行政机关拒绝服从法院的裁决,该裁决得到执行的可能性很小。

(三) 损害赔偿

1. 普通法系

我们必须看到,普通法系国家和大陆法系国家损害赔偿诉讼的历史发展是很不相同的。在英国,公民一开始不能对王室(政府)提起损害赔偿之诉。仅当1947年《王权诉讼法》通过以后,才有可能对王室臣仆(政府公务员)引起的损害,提起国家赔偿之诉。

2. 大陆法系

在法国,国家损害赔偿制度主要是通过法院尤其是国家参事院的裁决发展起来的,因而,早在20世纪初,行政机关就必须对公务员引起的违法损害向受害人承担赔偿责任。

有趣的是,在欧盟一级,欧洲法院开始认为,成员国如根据欧盟指令有义务制定,但因疏忽而未制定某一国内法,受害人可以得到损害赔偿。例如,一欧盟成员国如未按欧盟标准制定其国内的社会保障立法,则应受该国社会保障制度保护的公民有权要求损害赔偿。

三 法院保护个人免受行政机关滥用职权之害 的权限范围有多大? 行政法院作出裁决的指导原则是什么?

公共行政机关的主要任务是贯彻实施国会通过的法律。只要行政机关在法律赋予的职权范围内行动,行政机关的决定或措施就不能被任何法院所撤销。然而,主要问题在于行政机关特别是公务员的自由裁量权。一般而言,法律将范围广泛的自由裁量权赋予了公务员,因而,法院只有在行政机关滥用了自由裁量权的情形下才能干预。在普通法系国家,法院审查行政机关的行为是否越权,法国针对行政行为的主要救济方式也是“越权之诉”,在瑞士,当被告能够证明其合法权益受到侵犯时,法院对案件进行审查。而在德国,当原告证明他或她的主观权利(财产权^[4])处于危险之中时,法院受理该案件。

(一) 程序

建立程序规则的主要目的是为了保障公正地查明事实。人类几乎不能客观地再现具体情形下的事实真相,这是人所共知的常识,因此需要制定程序规则。人们记忆中的事实总是会将某些事实真相“过滤”掉。因而诉讼程序必须考虑到人类的这一天性。程序规则必须确定在什么条件下,程序能产生最大可能的事实真相,以及在事实无法查明的情况下,哪一方当事人应当承担诉讼后果。

在谈及行政法案件中程序规则的内容及其重要性时,我们发现在普通法系与大陆法系国家之间存在着基本差异。具有大陆法传统的国家深受行政等级制文化观念的强烈影响,而这一文化观念的形成与中世纪天主教教义有关。在这种文化观念下,人们认为上级行政机关比下级行政机关更接近事实真相。公务员为公共利益代表国家进行活动,因而他们在行政及查明事实时不可能有结构性的偏见。正是基于这一理由,行政机关有义务、责任,当然也有一切必要的权力去决定有关事实的真相究竟是什么?这就是所谓追问式的调查事实。追问式的调查程序将查明相关事实一切权力和责任置于行政机关身上。

在公众为获取法治原则的更好保护而进行的不懈努力下,行政机关被迫在其调查事实的程序中引

[4] 原文如此。——译者注

入了一些有关公正、正当程序、自然正义,尤其是所谓听证权的规则。尽管如此,行政机关调查事实的程序与民事诉讼仍然不同,民事诉讼实行抗辩式的调查事实程序,而在行政程序中,行政机关仍然负有最后查明事实真相的责任,但它有义务尊重某些罗马法原则。当事人有权向行政机关提供证据,但得由行政机关决定什么证据才是必需的。

在这方面,《欧洲人权公约》第6条最为重要。依照本条,侵犯公民权利的行政措施必需能够为一个独立、中立的法院所审查,该法院有权调查所有事实问题。正是这一条款导致了瑞士行政法和行政程序的重大变化。它大大地扩展了行政法院的管辖范围,同时大大缩小了以往“部长法官”的管辖范围。在瑞士行政法实施该条之前,行政法院的管辖范围及权力是有限的,而这是不符合法治原则的,因为行政机关垄断了有关事实问题的决定权。

在普通法系国家,法院根据抗辩制原则作出裁决,这意味着法官必须保持中立,给予双方当事人就事实举证的平等机会。传统普通法的基本价值是自然正义,该原则在美国已为宪法所保障的、程序性的正当法律程序原则所超越。

(二) 合法性

在审查侵权问题时,大陆法系国家的法院审查行政措施是否合法,也即它是否与成文法律相一致,以及它是否与其所保护公共利益相称。相称性(比例性)审查标准也许是行政法院最重要的审查标准之一。按照这一审查标准,法院应考虑行政机关所追求的公共利益与其所侵犯的权利,以及为实现法律目的所使用的手段之间的平衡。

英国法院从合理性的角度审理案件,英国没有成文宪法,欧洲人权公约自2000年10月1日起约束英国法院。美国法院根据实体性正当程序原则对行政行为进行审查。以色列的情况最为有趣。以色列没有宪法法院,但它于1992年制定了一部关于人格尊严的基本法,该法被巴拉克领导的事实上的最高法院当作宪法性权利法案加以适用。

我们可以从上述两大法系有关制度的不同发展中得出下列结论:

1. 如果法院被赋予某种保护人权及保护公民免受行政机关滥用职权之害的权力,它们就能够通过判例法发展出更好的保障人权的手段和工具。判例法的抽象原则经常为以后的成文立法所采纳,并被制定为由法院适用的程序规则。
2. 贯彻实施法治原则的重要性越来越大,这与公务员自由裁量权越来越大,以及国家行政事务越来越复杂和缺乏透明度密切相关。
3. 为更好地保护人权,每个国家应根据其自身的法律制度、传统、文化和历史,创造具有其自身特色的人权保护工具。

四 当事人在诉讼程序中的地位如何?

在讨论当事人的诉讼地位时,我们必须思考下列问题:当事人可以得到什么样的救济?他们何时取得诉讼身份?他们对案件事实提供证据的权利和义务是什么?最后,法院在诉讼中的地位和权力是怎样的?在实行抗辩制的法律文化传统下,当事人需要具有一定的救济手段和身份才能提起针对行政机关的诉讼,但他们在独立的法庭上发表各自的意见时,可以利用一切程序上的可能性为其案件辩护。该制度的优点是当事人的自治程度很高,以及当事人能够影响诉讼进程和案件结果。缺点是只有那些有钱请得起高水平律师的当事人才能赢得较为复杂的行政诉讼。

另一方面,我们可从哥伦比亚实行的监护制一类的制度中发现另外一种极端的情形。根据该监护制度,^[5]每一个公民均可声称其人权受到侵犯,然后由法院裁决原告的诉讼请求是否在法律上站得住脚,被告不必进行答辩。法院具有主动性。在匈牙利,法院甚至可以主动受理案件。在瑞士,大多数争

[5] Manuel Jose Cepeda, La Cort Constitucional, et ano de la consolidacion Observatorio de Justicia Constitutucional Bogota 1998 p. 232 ss.

议涉及身份权利以及对自然和环境有影响的行政行为,这些行为由法律授权的组织实施,它们根据其章程,为环境保护或自然保护等重要的社会公共利益辩护。

所有这些问题归结到一点就是:法院在保障法治方面的功能究竟应当是什么?法院究竟是应当保护公民的主观权利,或者也应当为保护和促进像环境保护一类的公共利益而对公民个人的权利加以干预?在法院的功能被严格限定为保护公民主观权利的国家,诉讼结果在很大程度上取决于当事人自己。而在法院同时也被要求促进公共利益的情形下,法院的权力更为重要。就权力分立而言,与公共利益相关的法院通常对政治权力的独立性小于被严格要求保护公民主观利益的法院。

最后,我们还必须提及督察专员有趣而重要的作用。督察专员制度^[6] 1809年由瑞典首创,紧接着,芬兰于1912年建立了该制度。丹麦于1955年建立督察专员制度,此后,该制度被推广到欧洲和世界各地。尽管督察专员完全不是一个法院,其职能是监督行政机关的各种活动,保护和促进法治与人权。各国督察专员的权力差别很大,其中最重要的是公众是否有权直接向专员申诉,专员是否有权主动行使职权,并在公务员违法的情形下最终有权起诉公务员。另一方面,我们也要看到,督察专员绝对不能作出具有强制力的决定。任何具有约束力的裁决权都属于法院。

结 论

比较不同国家的历史发展,我们可以发现,在保护公民免受行政机关滥用权力之害方面,主要的制度性进展均发生于20世纪,特别是在20世纪的下半叶。这与国家权力与职能的扩张有关。

不同的发展历程根植于不同的法律传统。这些传统正在慢慢地融合。然而,由于不同法律制度的差异,一些重大的差别将会永远存在下去。

在行政法案件中保障人权的最重要工具在于查明事实的程序和权能。在这一点上,所有的制度都必须考虑这样一种常识,即我们不能根据单个人的陈述发现事实真相,因为他所陈述的事实总是为其个人偏见所左右。因此,法治要求能够保障在最大限度内查明事实真相,并且给予各方当事人充分机会为其利益辩护的公正程序。

[Abstract] State and Bureaucracy have enormously expanded their power in particular in the 20th century. Individuals depend more and more on civil servants who can decide on major issues with regard to existence and future of any individual. In order to limit the power of the administration to decide at the whim of the civil servants on the fate of individuals, the legislatures of states committed to the rule of law principles did introduce several tools to protect their citizens against the abuse of power of the administration.

If one needs to know the content of the rule of law with regard to this power of the administration, one has to give an answer to the following questions:

1. What are the roots of law and justice?
 2. What courts do to protect citizens against illegal or arbitrary actions of the executive and its administration?
 3. What are the remedies of individuals to challenge administrative activities before the court?
 4. What jurisdiction do courts have with regard to the protection of persons against the misuse of power by administrative authorities and what are the principle guidelines for administrative court decisions?
 5. What are the rights and duties of the parties with regard to the court procedure?
-

[6] Linda Reif, ed. *The Ombudsman Concept* Alberta 1995.