

法德英美四国行政诉讼性质比较考察

孔繁华

内容提要:在不同国家、不同的历史时期,因社会条件的制约使行政诉讼的表现形式不同,但从政治基础、思想渊源、历史发展和原告资格的扩张四个方面来看,两大法系法德英美四个国家的行政诉讼(司法审查)性质具有共性,行政诉讼或司法审查发展之初的着眼点是公共利益和权力制衡,监督行政权依法行使是其历史使命;现在则越来越重视个人权益的保护,行政诉讼更多地反映出解决纠纷与救济权利的性质。

关键词:行政诉讼 司法审查 解决纠纷 监督行政 救济权利

孔繁华,华南师范大学法学院副教授。

行政诉讼的性质是指行政诉讼作为一种法律制度的根本属性,它既表明行政诉讼作为一种法律制度的一般性,又表明行政诉讼区别于其他法律制度的特殊性。在谈到我国行政诉讼制度时,一方面,我们通常与法国、德国的“行政诉讼”相比较,另一方面,又与英国、美国的“司法审查”^[1]相比较。这两个概念名称截然不同,为什么具有可比性?因为其本质上具有共性。“历史不能提供理论,但它却能提供给我们一些看待问题的观点。”^[2]对域外行政诉讼制度的历史考察和制度解读有助于我们更深刻地理解行政诉讼的性质,为制度的横向比较和借鉴提供依据。无论是从诉讼的起源和发展历史来看,还是从近代权力分立学说的理论与实践来看,司法或者诉讼的基本含义和功能就是解决纠纷或者说解决社会冲突。行政诉讼首先是一种解决行政争议的诉讼程序制度。通过行政诉讼或司法审查,使处于争议状态的法律关系趋于稳定,在法律上达到定分止争的作用。在现代福利国家,行政诉讼所具有的维护统治的政治任务已不存在,转而主要作为救济权利的制度发挥作用,但其监督行政的性质始终存在。这种监督与早期司法监督行政有一定的差异。早期监督的目的是为了平衡三种国家权力,而进入福利国家阶段后,为了给人民提供更多的福利和服务,公众对行政权的扩张抱有一种默认的态度,而行政权的扩张必然引起权力滥用几率扩大,于是司法审查对行政权的控制的最终目的,发展为保障公民权利。毕竟,权力不能脱离权利而独立存

[1] “司法审查”一词是在两种意义上使用的,一是指法院审查国会(议会)制定的法律是否符合宪法,二是指法院审查行政机关的行为是否符合宪法和法律。本文是在第二种意义上使用司法审查的概念。

[2] Barry Friedman, William Howard Taft Lecture, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, Summer, 2004.

在。诉讼、监督与救济三个方面都是行政诉讼的性质,只要建立了行政诉讼(或司法审查)制度,就具有这三方面的性质,只是在不同的国家、不同的历史时期,本质的不同方面表现的侧重点不同而已。

一 政治基础:分权与制衡

法国与美国建国的理论基础都是“三权分立”理论,但是“三权分立”一词在大西洋两岸具有显著不同的含义。“在美国,分权并非意味着三权绝对独立,同时还要求权力之间的相互制衡,否则任何权力都可能因缺乏控制而被滥用。但在孟德斯鸠的家乡,由于革命对法院的敌视传统,‘三权分立’在法国获得了对法院最为不利的解释,这就是司法机构不得通过司法审查的途径干涉立法与执法机构行使其自身职能。”^[3]因此,分权原则应用于法国,则是行政机关和司法机关相互独立,普通法院不能干涉行政权力,不能审理由于行政事项而发生的诉讼。为了保障革命的胜利果实,法国1789年《人权宣言》第16条规定,凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法,并据此建立了独立的行政法院系统。法国人对于分权学说绝对化的理解,主要是当时的历史背景所决定的。法国大革命前,代表新兴资产阶级的行政权与代表封建势力的普通法院之间存在严重的对立情绪。“由于法官利用手中的司法权力阻碍中央法令及其行政官员的改革努力的事实存在,因而受到资产阶级和普通平民的憎恨。这种先入为主的‘偏见’很明显地表现为革命者一度对司法机关的不信任……”^[4]革命胜利后,掌握政权的资产阶级不忘法院在革命中的所作所为,“因此,剥夺普通法官审查行政行为是否合法的权力以及控制政府官员行政行为的权力,就必然成为革命时期司法改革的目标之一。”^[5]不过,资产阶级革命在行政法院形成中的作用也不能绝对化地理解,托克维尔指出:“行政法院正是旧制度的体制。”“当大革命爆发之际,法国这座古老的政府大厦几乎完好无损,可以说,人们用它在原基础上建起了另一座大厦。在大革命中,当人民摧毁贵族政治时,他们自然而然地奔向中央集权制。”^[6]时至今日,革命时期的政治情况已不存在,但法国独具特色的行政法院体制却保留下来了。

在封建专制时代,德国由分散、林立的众多邦国所组成,各邦长期处于割据状态,这种“诸侯争霸”的局面限制了德国的发展。18世纪末的德国,在经济上和政治上都远远落后于英、法两国。它不仅是一个农奴制的、而且是一个四分五裂的、封建割据的国家。“对于德意志或意大利这样的国家而言,直到19世纪,也不过是由相互独立的各邦形成无政府状态的集合体而已,因此,民族统一的需求掩盖了对个人自由的渴求,统一的对内主权比独立自主的个体更受思想家的关注。”^[7]这种民族统一的需求及其历史背景影响了当时的立法。小国林立的局面也造成行政诉讼体制的多样性,“南德方案”与“北德方案”的争论是其体现。由于二战后为盟军占领,德国随后的发展或多或少地受英美国家影响。行政诉讼最终

[3] 史彤彪:《法国大革命时期的宪政理论与实践研究(1789-1814)》,中国人民大学出版社2004年版,第253-254页。

[4] 史彤彪:《法国大革命时期的宪政理论与实践研究(1789-1814)》,第233页。

[5] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,李浩校,法律出版社2004年版,第92页。

[6] [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆1992年版,第100页。

[7] 董炯:《国家、公民与行政法:一个国家——社会的角度》,北京大学出版社2001年版,第52页。

侧重以救济权利为主的面目出现,但却不否认和排除纯粹是监督行政(维护客观法律秩序)的诉讼类型。可见,行政诉讼“是监督客观合法性还是旨在保护个人的(主观)权利?就其今天的形式来说,行政法院乃是一种历史的妥协结果。众所周知,这种妥协广泛地回答了它一方面有利于通过一个自己的机构对公权力进行独立的司法监督;另一方面也在原则上有利于可能存在的主观权利的侵害。”^[8]

英国宪制建立在分权基础之上,不过,英国的分权并不是任何理论学说的结果,而是革命的产物。英国都铎王朝期间,对地方行政的司法监督由国王设立的枢密院负责。枢密院是当时最高的行政机关,它对地方行政的监督具体由星法院实施。星法院常常刑讯逼供,并对那些反对国王、不服从治安法官统治的人施以极刑,因而臭名昭著。星法院的声名狼藉、对大陆法系法律建制的误解和对普通法混合司法制度的盲目理想化,使英国伟大的宪法学家戴雪把行政法简单地看作是法国专制体制的象征,毕生都反对行政法对于政府特权的维护,甚至一直主张在英国不存在行政法。受其影响,英国人在很长一段时期内都无法接受法国式的行政法院。虽然无论是英国还是法国,法院在资产阶级革命中都起着反动作用,但在法国是普通法院阻碍了革命,因而革命胜利后建立了独特的行政法院;而英国是特殊的星法院阻碍了革命,因而在革命胜利后将司法审查权赋予了普通法院。“有所不同的是,法国行政审判是为了限制代表封建势力的法院的权力,而英国的行政审判制度是为了限制代表封建势力的国王的权力。法国的行政法是在政府进步、法院落后的背景下产生的。为了促进政府的功效,限制法院而设立行政法院。政府与法院的矛盾激化才促成行政法院的建立。英国的行政法是在法院进步、政府落后的情况下产生的。为了反对封建专制,限制国王特权而建立普通法院受理行政案件制度。两种最早的行政法律制度以不同的历史条件为背景,以不同的方式产生,然而却殊途同归。”^[9]

孟德斯鸠的三权分立学说深深地影响了法国和美国资产阶级革命,但却产生了迥异的结果。法国建立了独立的行政法院系统,而美国则统一由普通法院行使司法审查权,殖民地时期形成的多元利益集团促成了分权与制衡原则的诞生。“至独立战争胜利,美国宪法产生时,美国社会已形成了多层次、多角度的纵横交错的、呈典型的网状互控与制衡状态的多元利益集团。”“麦迪逊将这种多元利益集团或政治权力间的互控称为‘党争’”,“在设计联邦制的时候,人们又担心创造一个压倒多数的政治权力而产生集权和专制,因而在联邦政体中设计了立体的分权与制衡制度,对联邦的政治权力进行了理性的分割。”^[10]制宪会议的代表们“既想建立一个有足够权威的中央政府,又要竭力保护各州已经拥有的重要权力;他们既希望联邦政府的权威得到有效的施展,但又要防止不同利益集团对政府权力的垄断;他们既反对贵族或寡头政治,又害怕监督无序的‘暴民政治’。正因为有这些忧虑,1787年的宪法格外注重权力的分割与制约。”^[11]多元的利益格局成就了既分权又制衡的政治体制。“美国是以反对远方帝制的最高权力的革命开始的。1787年的宪法特别关心制衡概念,政府方案是联邦制。各州保留很大权力。18世纪末的政治思想家害怕权力集中。商人、土地所有者、大臣和律师都同意。这[种]基本态度似乎至今还存在。宪法是这种态度的后果,

[8] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,刘飞校,法律出版社2003年版,第21页。

[9] 孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社1999年版,第77-78页。

[10] 钱福臣:《美国宪政生成的深层背景》,法律出版社2005年版,第154、96页。

[11] 王希:《原则与妥协:美国宪法的精神与实践》,北京大学出版社2000年版,第113页。

不是原因,然而宪法可能有助于使它保留至今。然而,我们必须记住,其他国家同样坚持要制衡,但是在纸上,实践中却不理睬这些话。”^[12]美国宪法是分权思想贯彻最为彻底的法律文件。

“三权分立”的出发点和立足点都是国家权力和公共利益,在这一点上四国具有共性。基于上述理论和政治制度所产生的行政诉讼制度,反映的是权力斗争的过程,展示的是权力监督的结果,其性质更多地体现为一种国家权力对另一种国家权力的监督。“尽管行政诉讼制度在不同的或相同的社会制度下,或同一社会制度在不同的历史时期,其受理行政案件的机关、具体内容和程序不尽相同,但行政诉讼制度的产生和发展都与一定的民主政治相联系甚至密不可分,其目的在于限制行政权力的滥用,监督行政机关依法行政,保护公民的合法权益,为统治阶级的利益服务。”^[13]

二 思想渊源:集体主义与自由主义

法国是典型的大陆法系国家,其重要特点之一是区分公法和私法两种不同的法律体系,并适用不同的规则。“在公法范围内,完全否认私权自治的思想,政府的作用决不限于保护私权,相反,公法所特别关注的是国家行为在实现公共利益上的作用……公法关系中,国家作为公共利益的代表者,他是一方当事人,但具有高于其他任何个人的权威。”^[14]欧洲大陆国家的公法制度,特别是独立的行政法院设置浸透了维护公共利益的理念。这与其强调国家利益的思想根源分不开。大陆法系国家长期占主导地位的思想是集体主义,尤以狄冀提出的“社会连带理论”为代表。在狄冀看来,“客观法建立在社会相互关联性的基础上,由此直接且合乎逻辑地推理出主观权利,事实上,客观法要求每个人遵从社会相互关联性。”^[15]“依循这一路径,我们可以看到,狄冀认为公民在一般情况下必需服从国家。服从国家的基本义务的限度来自于国家的基本目的。”^[16]集体主义理论强调对公共利益的尊重和维护,契合了法国资产阶级维护行政权的要求,行政管理服务于公共利益、向公众负责的原则以及行政系统内部制衡的原则成为法国的宪政特色。

19世纪早期,在德国占统治地位的思想是黑格尔的国家主义理论。黑格尔之后,历史主义从本质上秉承了国家主义的思想,继续提倡国家主义鼓吹的国家有机学说,认为国家是一个整体,个人只是整体的一个组成部分,因而集体利益应高于个人利益,个人离开国家而存在,是不可思议的。历史法学派的主要代表人物萨维尼公开宣扬国家至上的思想:“人民离不开国家,人民除非组织为国家,并在这个国家中生活,否则是不能享受政治权利,不能取得人格和主权的。”^[17]由于这种理论的影响,虽然自19世纪中期开始,法治国的概念开始在德国盛行,但是个人相对于国家的主体地位一直未能确立。“‘法治国’中的个人并不拥有相对于国家的主体地位,其逻辑基础是‘国家——个人’二元统一,而非‘国家——个人’之间的二元对立。尽

[12] [美]劳伦斯·M·弗里德曼:《法律制度:从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第245-246页。

[13] 柴发邦主编:《当代行政诉讼基本问题》,中国人民公安大学出版社1990年版,第34页。

[14] [美]约翰·梅利曼:《大陆法系》,第107页。

[15] [法]莱昂·狄冀:《宪法学教程》,王文利等译,郑戈校,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第10页。

[16] [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第153-154页。

[17] 程琥:《历史法学》,法律出版社2005年版,第102页。

管‘法治国’承认并且以保障公民的基本人权为己任,这些基本权利甚至还出现在帝国和各州的宪法中,然而,由于个体并不具有相对于国家而言的主体性,因而德国公法上并不承认个人的主体地位。”^[18]“尽管为了达成法治国依法行政的目的,19世纪德国公法学上创造了‘公法上的主观权利’概念,希望人民在国家没有依法行政的情形下,能够以投诉或是诉讼的方式,提醒国家已经违反其应遵守客观法律的义务及责任。但因为当时的国家理论无法容许国家被其臣属控告的情况发生,所以虽说是‘公法上的主观权利’,但其性质上却被认为是臣民应尽的义务。换言之,臣民有义务提醒而不是有权请求国家依法行政。”^[19]历史主义在经历了两次世界大战后,逐渐受到政治和宪政理论界的严厉批评,深受国家主义熏陶的绝对主权至上的理论家也试图将前者与自由、民主的价值观念协调起来。他们从关注整个国家的利益转向关注公民权利的维护,以及维护公民权益的具体制度。

个人权利诉求是英、美一脉相承的历史传统,其理论基础是自由主义。自由主义者以个体的人作为出发基点,主张以人的自然权利为本,承认个人独立,鼓吹个人利益至上,认为人的自然权利先于一切社会组织和政治组织的基础而存在,国家的出现不过是社会中个体联合的结果,基于所有个体同意而产生的社会契约奠定了国家合法化的基础,国家的功能与目的在于将个人的自然权利纳入它的秩序,并为个人提供一个安定的社会秩序,最低限度地保障和维持个体的生存,以此来促进个体的自由发展。在英国人看来,普通法院是公民的自由和权利最可靠的保障,是防止行政专政和暴力、捍卫自然正义的最有力的工具。

18世纪个人自由和私有财产神圣不可侵犯的观念成为美国法律制度的基础。“就思想渊源来说,领导美国独立战争的领袖们直接从欧洲,特别是从法国启蒙思想家和英国的洛克等自由主义思想家那里汲取灵感和力量。……今天家喻户晓的宪政主义更是美国人对自由主义的一大贡献。”^[20]“美国宪法和宪政赖以产生和生成的原始动机和社会动力是以财产权为核心的个人权利保护的社会需要和社会主体强烈的个人权利诉求。美国社会当时的个人权利诉求和个人权利宪法保护的需要的形成,有其深厚的历史渊源、环境条件和时代背景。从历史渊源上看,北美殖民地人民继承了英国人的个人权利诉求的传统;从环境条件上看,北美殖民地的独立的地理环境有利于个人权利的发展;从时代背景上看,资本主义市场经济的发展为个人权利需要和诉求奠定了经济基础。”^[21]自由主义思想反映在政治上就是公民不信任政府,害怕政府剥夺个人的权利和自由,而司法审查就是保障个人权利和自由的一种有效手段。

集体主义、国家主义强调公共利益,个人主义和自由主义关注私人利益。建立在两种不同思想背景基础上的制度,其性质也有一定差异。法国行政诉讼制度是社会连带主义理论的杰出体现,行政诉讼围绕权力之间的监督关系展开。国家主义虽然在德国一度占据统治地位,但其分裂割据的政治局面打破了国家主义一统天下的地位,自由主义、民主理念的不断发展使德国最终建立起以保护私人利益为目的、体现救济权利性质的行政诉讼制度。自由主义以保护公民个人的权利和自由为最终的价值追求,如果个人认为政府的行为违法侵权,同样可以向法院提起诉讼,请求救济。普通法传统的英美两国,基于对权力的监督和制衡的目的,司法审查

[18] 应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府》,法律出版社2001年版,第117页。

[19] 劳东燕:《自由的危机:德国“法治国”的内在机理与运作逻辑》,载《北大法律评论》第6卷第2辑(总第11辑),北京大学出版社2005年版,第549、550-551页。

[20] 顾肃:《自由主义基本理念》,中央编译出版社2005年版,第202页。

[21] 钱福臣:《美国宪政生成的深层背景》,第144页。

不仅负有监督行政的历史使命,而且更是发挥了救济公民个人权利的作用。

三 历史发展:行政法院与司法法院

法国行政诉讼制度的建立过程,其实就是最高行政法院的形成过程,而行政诉讼制度的发展过程,就是最高行政法院通过判例不断确立法律规则的过程。法国行政审判的发展过程,经历了行政法官时期(1790-1799年)、保留审判权时期(1799-1872年)、委托审判权时期(1872年以后)以及取消部长法官制时期(1889年以后)四个阶段。^[22]分权原则运用的结果是在法国建立了独立的行政法院系统,行政法院在性质上是行政机关,处理行政机关与当事人之间的争议。但行政裁判权与行政管理权的分离依然是必不可少的,因为“从司法的角度,不允许同一个人既是审判官又是当事人”。^[23]这种思想体现在最高行政法院上,就是其机构设置。“最高行政法院的组织,根据最高行政法院的任务而决定。最高行政法院的任务分为两大类:一为向行政机关提供咨询意见的行政任务;二为裁判行政诉讼的审判任务。所以最高行政法院的组织也分为两个主要部门,即行政组和诉讼组。”不过,这种行政内部的“分权”是不彻底的,“为了防止最高行政法院成员,或者专门从事咨询工作,或者专门从事审判工作,缺乏全盘观点,导致最高行政法院的判决脱离实际行政需要起见,1963年的改革规定最高行政法院的助理办案员和查案官,必须同时分配在诉讼组和一个行政组中。”^[24]

在封建君主专制时代,德国的行政诉讼已经出现萌芽。早期的帝国法院和帝国枢密院^[25]可以为市民提供一定的保护,但却不是真正的司法保护,因为在“开明的专制主义”统治下,“国王不能为非”的观念占统治地位。因此,也就不允许法官们充当公共利益的守护者,并且凌驾于行政之上。德国近现代意义上的行政诉讼是在法国大革命影响之下建立的。综观德国自19世纪中期以后至20世纪初逐步建立的行政诉讼制度,大体具有两种类型:“第一种,普鲁士模式的行政诉讼。行政诉讼的目的在于行政内部对其行为的一种自行监督,其本质上是行政行为,主张在行政系统内部另设行政法院。另外一种则是南部德国模式的行政诉讼制度。行政诉讼的目的就在于保护公民个人的公民权利,行政案件由不属于行政系统的独立的行政法院审理。”^[26]这两种模式的主张反映了对行政诉讼性质的不同理解:行政诉讼究竟是一种监督行政的制度还是对主观权利侵害给予救济的制度。前一种模式被称为“北德方案”,后一种模式被称为“南德方案”。争论的结果是南德模式占据了主导地位。魏玛共和国时期,魏玛宪法虽然规定了设立行政法院,但“结果是:当时既没有建立帝国行政法院,也没有把行政法院向下扩展到第一审法院这一级去……”“行政法院在整个魏玛时期的发展,也仍然是花样繁多、各行其道,并且很有局限。”纳粹统治时期虽然建立了帝国行政法院,但由于缺乏民主与法治的基础,“充其量不过是桩笑料而已”。“当今意义上完备的

[22] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第553-555页。

[23] [法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(下册),龚冕等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第1186页。

[24] 王名扬:《法国行政法》,第610、612页。

[25] 也有学者翻译为宫廷法院。

[26] 应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府》,第103-104页。

行政法院之形成史的历史转折,是在1945年之后才开始的。”“随着基本法的生效,由来已久围绕行政法院之独立性及行政自我监督的争议,终于有了结论:如同在其他法院一样,在行政法院,也应由独立法官(《联邦基本法》第97条及第99条)作出裁判;在受到公权力的侵害时(《联邦基本法》第19条第4款),公民享有受到法律保护的基本权利。这就最终排除了任何一种行政内部监督和列举原则的限制。”^[27]

英国由于其普通法传统和受戴雪影响,由普通法院对行政行为的合法性进行监督,但司法审查的手段却是从行政性质的令状演变而来的。令状从其起源来看,称之为“特权令状”更合适。特权令状制度在封建君主专制时代就已产生。起初只是一种行政手段,是国王、教皇或其他统治者便利处理日常事务的一种文书工具。“令状制度的成长是一个历史发展的结果,并带有很大的偶然性,它起初肯定不是作为取代地方法庭及地方习惯而有计划地设计的一套普通法及其法庭的新制度,尽管最后的确发生了这样的事实。”^[28]后来令状制度则由行政性质演变为司法性质,“自亨利二世起,这些令状不再直接命令相对人如何做,而是要求他们到王室法官面前解决争讼,由法官而不是国王决定双方的权利义务的分配。从此,令状由直接分配权利义务的‘命令书’演变成了启动诉讼的司法文书。”^[29]资产阶级取得胜利后,不断对特权令状加以改造,成为今天英国司法审查的主要手段。可见,特权令状诞生的原因是为了维护公共利益,保障国王的政令畅通无阻,虽然在今天特权令状已失去了它的本意。令状发展的结果成为保护私人权利的一种有效手段,甚至演变成“有令状才有救济,有救济才有权利推出有令状才有权利”^[30]

美国法院审查行政行为是否合法的历史渊源,既来自英国普通法的传统,也是思想家们对三权分立学说的完美实践。美国的制宪先贤们,尤其是以麦迪逊和汉密尔顿为首的联邦党人继承了洛克和孟德斯鸠分权与制衡理论的精髓,而且进一步发展了这一理论,并使之付诸实践,体现在成文宪法之中。在汉密尔顿、杰伊、麦迪逊等人看来,如果把三种权力“置于同一人之手,不论是一个人、少数人或许多人,不论是世袭的、自己任命的或选举的,均可公正地断定是虐政”。^[31]因此,“依靠人民是对政府的主要控制;但是经验教导我们,必须有辅助性的预防措施。”^[32]《美国宪法》第1条规定立法权属于国会,第2条规定行政权属于总统,第3条规定司法权属于法院。在分权制衡的原则下,法院对行政、立法均有司法审查权,为司法审查制度的建立提供了依据。

四 原告资格:个人利益与公共利益

(一) 法国:以越权之诉为例

越权之诉即行政法院撤销违法的行政行为的诉讼,是法国行政法上最重要的制度。越权之诉在性质上属于客观诉讼。诉讼的主要目的在于制裁违法的行政行为,保障良好的行

[27] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,第27-29页。

[28] [英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法出版社2003年版,第42页。

[29] [英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,译者序第7页。

[30] [英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,译者序第9页。

[31] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,商务印书馆2004年版,第246页。

[32] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,第264页。

政秩序,不在于保护申诉人的主观权利,这是一个没有当事人、对事不对人的诉讼。“在这种诉讼中,个人不必援引自己的任何个人权利。公民在国家制度和法律之下生活,如果政府违反了法律,他就有权要求司法上的审查。权力的滥用当然必须得到禁止。法院在决定是否受理这种诉讼的时候会要求起诉者表明他在其中具有特殊的利益。但是,这种利益可以是非常间接的,比如一位纳税人在看到他所在地方的市政委员会没有按照法律来订立合同时感到自己的利益受到了损害;它也可以是道义上的利益,比如,一位具备担任某一官职资格的公民可以阻止任命那些不具备相应资格的人。”^[33]此外,越权之诉的判决发生对事的效果,不以当事人为限,也是其客观性的表现。但是对越权之诉的客观性质,不能过分强调。学术界认为当代的越权之诉,越来越具有主观因素。某些诉讼事项,根据其本身性质或法律规定,不一定属于哪类诉讼,当事人可以选择提起越权之诉或完全管辖权之诉。这个选择根据最高行政法院1912年3月8日在拉法格(Lafage)案件的判决和斯黑拉玛(Schlemmer)案件的判决而产生。最高行政法院的判例表现出扩大这种选择的趋势。^[34]

(二)德国:以诉权范围为观测点

《德国行政法院法》第42条第2款规定:“除非法律另有规定,原告人只有在认为其自身权利被一个行政行为、拒绝行政行为或不作为侵害时,方可以提起诉讼。”^[35]“权威观点认为,该法第42条第2款排除了民众诉讼,同时并且主要作了如下明确规定:起诉不必以国家经济、政治、道德及其他利益的损害为条件,只须以受法律保护、因此属于主观权利的利益受到损害为条件。这同样适用于其他诉讼(财政法院法、社会法院法等)。”^[36]这一条实际上是关于诉权的规定,“据此,原告只能对一个由法律赋予他的或者——基于一项基本权利——他本人直接拥有的权利提出主张,而不可以主张他人或者其他团体的权利。市民不应借助一个行政诉讼,把自己变成公共利益的‘卫士’,并由此把行政法院卷入对公共利益的不同阐释的冲突中。同时,诉权还有利于清晰地区分纯政治和经济上的利益与本来意义上的权利。”“诉权之所以获得现实意义,是因为,一方面要防止向行政法院法提起民众诉讼;另一方面,必须在法律上的可能受害者与纯事实上的利害关系人和被干扰者之间划清界限。”^[37]不过,“目前在欧洲法的影响下,一种以客观法律监督为导向的行政法院的某些因素,又开始重新渗入德国行政诉讼法中。”^[38]

(三)英国:以司法审查范围为视角

英国古典的司法审查模式对原告资格控制严格,被形象地比喻为“排水管”,“狭窄、不容改变长度的管道由僵硬的安装环连接而成,‘安装环’将司法审查分割为三个不同阶段,将诸如许可、期间和起诉资格等受理要求与实体问题区分开来,并最终与独立的救济问题加以区别。排水管模式中的司法审查功能主要是保护私人利益。”^[39]然而,现代司法审查摒弃

[33] [法]莱昂·狄冀:《公法的变迁》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第155页。

[34] 越权之诉的相关内容,参见前引注[22]书,第668-671页。

[35] [德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第267-268页。

[36] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第154页。

[37] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,第241页。

[38] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,第21、26页。

[39] [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(下),杨伟东、李凌波、石红心、晏坤译,商务印书馆2004年版,第1061-1064页。

了对原告资格进行严格限制的“排水管”理论,代之以“红绿灯”理论。^[40]“红灯理论是法律指令行政‘刹车’,即控制行政自由裁量权,而绿灯理论是让行政踩‘加速器’,一路放行,即法律授予并尊重行政自由裁量权。”^[41]“红绿灯”理论的提出,体现了司法审查的扩张趋势。这种扩张首先体现在对原告的宽泛解释上。根据1977《最高法院规则》的规定,“申请司法审查必须根据法院的规则得到高等法院的同意。高等法院不能同意,除非该法院认为申请人对于申诉事项具有足够的利益。”“‘当事人具有足够的利益’,这一起诉资格具有很大的灵活性,法院可以采取宽大的解释减少限制,也可以采取严格的解释扩大限制。……英国行政法关于救济手段的发展趋势是向统一的和宽大的起诉资格方向前进的。”^[42]司法审查的扩展还体现在法院承认纳税人和代表人的起诉资格方面。^[43]然而“红绿灯”理论似乎走得太远,于是“黄灯理论”^[44]和“新功能主义”^[45]又被提出来。这两种理论融合了这两个极端的理念,体现了一种平衡思想,力求在公共利益与个人利益之间寻找最佳的结合点。

(四)美国:以原告资格标准为例

美国司法审查的发展体现为逐步扩大司法审查的范围、逐步放宽对原告资格的限制的历程。就主张自己利益的起诉资格来看,经历了“合法利益”标准、“受害人”标准、“两步骤”标准和“单一的事实损害”标准四个发展阶段。^[46]目前,联邦最高法院在单一的起诉资格标准和两层结构标准之间,徘徊不定,判例表现不一。“当代立法的趋势是放宽起诉资格的限制,使更多的人能对行政机关的行为提起申诉,扩大公民对行政活动的监督和对本身利益的维护。这是当代行政民主、公民参与行政活动的一种表现。”^[47]最高法院原则上不承认主张他人利益的起诉资格,但在例外情况下允许有起诉资格的原告具有主张其他私人利益的资格:第三人利益和原告利益密切联系;第三者自己不能主张权利。^[48]原告主张公共利益的起诉资格,则适用私人检察总长理论。^[49]最高法院承认团体可以代表其成员享有起诉

[40] 英国学者卡罗尔·哈洛(Carol Harlow)和理查德·罗林斯(Richard Rawlings)提出了著名的“红灯理论”与“绿灯理论”。参见前引注[39]书,第92页。马丁·洛克林(Martin Loughlin)教授提出了“规范主义模式”和“功能主义模式”的划分。参见前引注[16]书,第345、346页。

[41] Cecil Carr. *Concerning English Administrative Law*, Oxford: OUP, 1941, pp. 10 - 11. 转引自钱福臣:《美国宪政生成的深层背景》,第28页。

[42] 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第200-203页。

[43] 参见“国内税务委员会诉自营和小企业全国同盟”案、“救助贫穷儿童行动小组”(CPAG)案、“英王诉外交大臣,申请人:世界发展运动组织”案。前引注[39]书,第994-996、1000-1001、1084-1087页。

[44] “黄灯理论”是“借用红灯理论和绿灯理论,向加强行政法的‘防火’和‘救火’功能发展,在法院内外都找到了解决方案的理论”,行政法既重视传统司法审查的作用,也加强行政程序、行政公开制度的建设。参见前引注[39]书,第255页。

[45] 马丁·洛克林教授在对规范主义和功能主义进行系统分析的基础上,提出应复兴功能主义。参见前引注[16]书,第345、346页。

[46] 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第620-626、636-638页。

[47] 王名扬:《美国行政法》(下),第618页。

[48] 王名扬:《美国行政法》(下),第628-629页。

[49] 法院认为,诉讼的前提是有一个实际争端存在。在出现官吏的违法行为时,为了制止这种违法行为,国会可以授权一个公共官吏,例如检察总长,主张公共利益提起诉讼,这时就产生了一个实际的争端。国会也可以不授权一个官吏提起诉讼,而制定法律授权私人或私人团体提起诉讼,制止官吏的违法行为。这时,象检察总长的情况一样,也有一个实际的争端存在。宪法不禁止国会授权任何人,不论是官吏或非官吏提起这类争端的诉讼,即使这个诉讼的唯一目的是主张公共利益也可以。得到这样授权的人可以说是一个私人检察总长。参见前引注[46]书,第627-628页。

资格,但是受到如下限制:第一,当成员的利益严重分歧、有明显冲突时,团体不能作为成员的代表进行诉讼;第二,团体所提出的要求必须由成员决定时,团体也没有资格代表成员进行诉讼。后者例如是否允许妇女堕胎问题,在妇女之间有不同的看法。这个问题的最后决定只能由妇女本人作出,团体不能代表。^[50]

由于各国行政诉讼(司法审查)建立的历史背景不同,其性质的体现也不同。但随着历史原因的消融,各国行政诉讼(司法审查)的发展不断趋向融合:法国的越权之诉是典型的客观诉讼,现如今也开始强调当事人的主观利益;德国行政法院法明确规定原告起诉的主体利益资格,但在欧盟的影响下,行政诉讼已逐步渗入客观监督因素;英美两国的司法审查以保护原告的私人利益为主要宗旨,自然要求原告对诉讼具有利害关系,但法院通过扩张解释“利害关系”而认可公益诉讼,使司法审查在维持救济私人利益的传统的同时,也发挥了重要的监督行政功能。

五 诉讼性质:监督、救济与解纷

(一) 法德行政诉讼:监督与救济的平衡

从历史发展来看,法国行政法院是资产阶级革命的胜利成果之一,成立行政法院的目的就是为了避免司法权干涉行政权,以维护行政权的有效行使。“对分权的极端的理解,被广泛用来保护行政当局免受法院的干预”,^[51]“这就对国家的权力起了加强而不是限制的作用”。^[52]从行政法院的构成来看,虽然包括行政组和诉讼组两个部分,但行政裁判权与行政管理权已逐步分离,行政法院除了在形式上属于“行政机关”外,其行使的权力实质上已完全属于司法权。从诉讼类型上看,越权之诉是法国行政诉讼的核心内容,“这种诉讼方式使公民得以更加广泛而又直接地参与到保障公共权力的良性运作的事业中来,而不必通过选举议员来制定一般性规则这种迂回曲折的方式。任何利害关系人,哪怕是同这种行为之间有一种道德性的、间接的关系,都可以向行政法院提出起诉。”^[53]然而,随着行政法的发展,越权之诉中越来越重视当事人的主观诉讼因素。从法律传统上看,虽然存在传统的公民法划分,但这种区分从提出那一天起就没有停止过争论,公私法的融合更是成为当今世界不可阻挡的潮流。“公法私法化”的世界趋势使法国人已不能完全固守公法领域的阵地,公法日益重视维护个人利益。随着统治秩序的稳定,资产阶级与封建势力之间的矛盾已不再尖锐,而行政机关与公民之间的矛盾上升为主要矛盾,同时受人权保障和英美法系个人主义的影响,行政诉讼逐渐强调对个人利益的尊重,逐渐增加救济因素。

德国行政法学的鼻祖奥托·迈耶反对将行政诉讼作为一种对当事人的主观权利予以保护的制度,^[54]但是当代的学者已经摒弃了他的这种观点,以致德国《联邦基本法》第19条第4款规定“对于任何一个其权利受到公权力侵害的人而言,法律途径都是敞开的。”“‘如有

[50] 王名扬:《美国行政法》(下),第629页。

[51] 马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2003年版,第109页。

[52] [英]弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克:《自由宪章》,杨玉生、冯兴元、陈茅等译,中国社会科学出版社1999年版,第302页。

[53] [法]莱昂·狄冀:《公法的变迁》,第151页。

[54] 参见[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第135、136、141页。

人其权利受到侵害’这句话本身就已表明,基本法此处所指的,并非客观的合法性审查,而是司法意义上的个人法律保护。”^[55]不过,历史的影响在当今德国行政诉讼中并没有完全消失,在承认行政诉讼是一种行政救济制度的同时,也不否认其法律监督的作用。“德国《联邦基本法》第19条第4款之规定,并不禁止立法者透过法律扩充行政法院维护客观法秩序之功能。因此纳入以维护客观法秩序为目的设计出来之诉讼型态,例如团体诉讼、规范审查程序等,亦为德国行政诉讼发展的特色。此外,由德国行政诉讼发展的过程以观,在纯正的个人权利保障模式及客观法秩序维护模式之间,仍有不少中间型态发展的空间。”^[56]

(二)英美司法审查:控权与维权的和谐

总体上看,英国司法审查是控制政府权力、保障个人自由的一种工具。“在英国,如果某种权利缺乏适当的救济方法,那么这种权利就不存在,也就自然无法得到法律的保障。因此,英国法有一句格言‘救济先于权利’。这表明了诉讼程序所占有的重要地位。”^[57]英国司法审查诞生之初的主要目的是控制行政权在议会立法授权范围内行使,因此司法机关只是立法机关的“耳目”,通过司法审查监视行政权是否僭越立法为其设定的藩篱,监督被审查的行为或者命令是否依法成立。司法审查是保障公共当局在其正当的权限范围内行事,进而保障法治原则的根本性的机制。但如果说英国的司法审查没有保护个人权益的作用,仅仅是一种控制行政权的手段也是不适当的。“韦德爵士认为,行政法最基本的功用之一,就是要使政府的权力在法定的范围内行使;行政法最基本的两个功用之二,是保护公民免受僭越的权力的侵害。”^[58]司法审查在诞生初期通过平衡三种国家权力来保障公民权利,如今则通过扩大司法审查的范围、对行政给予广泛的监督来保障公民权利。随着行政权的逐渐膨胀,司法审查的范围也不断扩大,甚至出现纯粹为了公益而申请司法审查的案件。法院作为监督行政的有力武器,保障了议会主权原则畅通无阻。然而控制权力是手段,保障权利是目的,通过控制政府的权力来保障公民的权利和自由,这体现出监督行政与救济权利的辩证统一。

在美国,“司法审查是法院监督行政机关遵守法律的有力工具,没有司法审查行政法治等于一句空话,个人的自由和权利就缺乏保障。”^[59]以致有学者认为:“我们生活在司法审查的世界中。”^[60]司法对行政审查的直接目的是为了控制行政权的滥用,最终目的则是为了保障人民的权利和自由,其背后隐藏的思想是国家一个人的二元对立。“从分权与制衡的必要性上看,是基于对人性的一种悲观的估价,即认为人是自私自利的,权力如不经有效制约必然导致滥用,以损害人民的权利和自由,只有通过分权和制衡才能控制人性的弱点,并且甚至使人性中的追逐私利和互相嫉妒等弱点变成彼此控制的有效机制,以保持权力的正当行使,从而使人性的弱点成为维护公共利益和人民权利的优势。”^[61]与大陆法系行政诉讼从一开始维护公益发展到强调个人权益保护的巨大变化不同,英美的司法审查建立之初就考

[55] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,第10、11页。

[56] 翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,台湾五南图书出版公司2002年版,第28页。

[57] 杨心宇:《法理学研究:基础与前沿》,复旦大学出版社2002年版,第94页。

[58] 张越:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第177页。

[59] 王名扬:《美国行政法》(下),第566页。

[60] Barry Friedman, William Howard Taft Lecture: *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 引文。

[61] 钱福臣:《美国宪政生成的深层背景》,第48页。

虑了个人的因素。司法审查的出发点是三权分立和制衡,目的是通过司法权制约行政权。但控制行政权是表面任务,个人权益保护是最终目的。然而,在随后的发展中,在维护个人权益的基本功能之外,又通过扩大对原告资格的解释,加强公众对行政权力的监督,使司法审查的救济权利与监督行政的性质融为一体。

结 语

无论是法德的行政诉讼还是英美的司法审查,其出发点和终结点都是三权分立,是在国家权力框架内的分工与制约,对个人权利的保护只是附带的作用。然而,随着社会的发展和政治体制的稳定,国家机器的运转逐步迈入正轨,权力与权力之间的矛盾已不是主要的矛盾,而行政权的膨胀使行政机关与公民之间的矛盾日益突出,行政诉讼与司法审查为适应这种变化更加注重对个人权益的保护,救济权利的性质越来越突出。从纵向上看,两大法系行政诉讼体现出不同的价值追求,经历了不同的历史发展轨迹;从横向上看,随着各国政治、经济和文化的发展,法治的统一与健全成为必然的要求,因而现代各国的行政诉讼在保持各自特色的同时,开始在本质上趋向融合。任何一个国家的行政诉讼制度都不是单纯的救济权利或监督行政,虽然制度建立之初基于各种客观条件的限制,有的偏向救济公民权利,有的侧重维护客观的法律秩序,但发展至今,两种不同目的的追求都是立法者不能舍弃的。可以说,“维护公共利益是当今的现实需要,但行政法保障公民的权利与自由则是其永恒的主题。”^[62]救济权利与监督行政是两大法系行政诉讼制度共有的本质,同时又都通过诉讼解决了行政机关和相对人之间的争议。

[Abstract] In different countries, in different historical periods, and being limited by social conditions, administrative litigation has different manifestations. However, taking into account the political foundation, ideological origin, historical development and the expansion of qualification of the plaintiff, the nature of administrative litigation (or judicial review) in two major systems of law, represented respectively by France and Germany on one hand and Britain and the United States on the other, is of a general character. The focus of attention at the initial stage of development of administrative litigation or judicial review was given to public interests and check and balance of power, with supervising the exercise of administrative power according to law as its historic mission. Today, the focus of attention is placed on the protection of individual rights and interests, with administrative litigation playing a more and more active role in settling disputes and remedying rights.

(责任编辑:冉井富)

[62] 罗豪才主编:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版,第157页。