

诉讼权能与审查密度*

——德国行政诉讼制度的整体关联性

赵 宏

内容提要:诉讼权能与审查密度同属行政诉讼的关键制度,但我国学理却惯于对两者分别观察,有关这两个领域的制度实践同样分头进行,并无关联。与此相对,德国法中严格的诉讼权能与高密度的司法审查,却体现出行政诉讼制度间的相互配合与密切衔接。两国的差异一方面源于在制度建构中,行政诉讼是否首先被作为由诸多环节共同构成、紧密关联、配合作用的整体来对待;另一方面则源于作为制度建构基础的行政诉讼学理是否强调对逻辑一致的周密考虑和整体完整的反复锤炼。而本文的写作正是从诉讼制度的整体构成与系统作用角度出发,通过对照德国与中国在诉讼权能与审查密度两方面的不同处理,以及分析它们之间的内在关联,一方面尝试跳出以往对行政诉讼制度予以片断认识和分隔理解的视野窠臼,从整体上观察和把握不同国家行政诉讼的概观风貌;另一方面则希望在我国行政诉讼的学理讨论和制度实践中,同样导入对逻辑一致和整体完整的思考与追求。

关键词:诉讼权能 审查密度 行政诉讼制度 法释义学

赵宏,中国政法大学比较法研究院中德法学所副教授。

一 引 言

诉讼权能与审查密度同属行政诉讼的关键制度,但人们却惯于对二者分别观察。诉讼权能,常被简称为“诉权”,是有关行政诉讼原告资格的要件规定。行政相对人惟有具备法定诉权时,始能成为“适格原告”,否则,就会因资格欠缺而被挡在诉讼之外。审查密度则涉及行政诉讼中司法对于行政的监督强度,强度大小与密度高下攸关司法与行政在行政诉讼中的权力划分,亦攸关行政在司法审查中仍能保留的裁量空间与判断余地。在线状的行政诉讼链条上,诉讼权能常被作为是否具备起诉条件、是否符合诉讼允许性^[1]的前阶问题,而

* 本文是中国政法大学青年学术创新团队项目成果。

[1] 诉讼允许性是德国行政诉讼审查步骤的初始阶段,主要涉及当事人是否具备诉权、是否符合起诉期限、诉讼类型是否适当、是否有法律保护的必要等问题,其内容大致相当于我国对起诉条件的审查;与之相对的另一步骤则是诉的理由具备性,内容则涉及对当事人起诉是否具备理由的实体审查。具体内容可参阅[德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第133-140页。

审查密度则是法院在受理案件后,并展开实体审查时所面临的后续步骤。两者表面看起来似乎除了前后接续外,在针对要点上并无紧密关联。但如果我们将行政诉讼视为由诸多环节共同组成、紧密衔接、配合作用的机制整体,那么,诉讼权能与审查密度之间,就远非仅在顺序安排上前后接续那么简单。为使行政诉讼能够有效运作,各个组成部分之间必须相互协调、彼此契合,由此才能达到机制整体的逻辑周延与方向统一。在此思路下,既然同为行政诉讼的关键环节,诉讼权能与审查密度同样面临为建立诉讼系统的一致性而相互整合、彼此协调的需要,二者间的互动配合也恰恰表现出行政诉讼制度的整体关联。本文的写作正是从诉讼制度的整体构成与系统作用角度出发,通过对照德国与中国在诉讼权能与审查密度两方面的不同处理,来揭示行政诉讼制度间的内在关联。而这种关联性分析也旨在跳出以往对行政诉讼制度予以片断认识和分隔理解的窠臼,尝试从整体上观察、展示和把握不同国家行政诉讼的风貌。

二 德国:严格的诉讼权能与高密度的司法审查

(一)严格的诉讼权能——主观权利与保护规范理论的应用

相较其他国家日渐放宽行政诉讼权能或原告资格的趋势,德国自1960年颁布《行政法院法》以来,就一直秉持严格诉讼权能的立场。根据该法第42条第2款以及第47条第2款的规定,不论起诉人是提起撤销之诉和义务之诉,还是确认之诉和给付之诉,都必须证明是自身“权利”(Recht)受损,始能享有诉权^[2]。由此,公权力机关是否侵害了相对人的权利,就成为行政救济至关重要的前提要件。

1. 主观权利的导出

但当事人是否有“权利”受损,在德国法中的推导与论证却相当繁琐复杂。其原因首先可追溯至德文中“Recht”一词的双义。在德文中,“Recht”首先是主观意义上的,此时其作为个人的主观权利,“Recht”在此情境下亦应被译为“权利”;其次,“Recht”还在客观意义上被使用,此时则作为国家的客观秩序或规则,这种意义上的“Recht”等同于中文的法,或者是法规则^[3]。德国法认为,所有的法当然都是客观规则,但并非都赋予公民主观权利。只有当公民藉由这一规则,获得某种法律上的权能,可以为自己的利益,要求他人为一定行为、不为一定行为,或承担一定的容忍义务时,才可以确认该项客观规则同时构成了公民的主观权利^[4]。因此,德国法在“权利”之前冠以“主观”作为修饰语,并非表明权利有主观与客观之分,除标示出“Recht”此时应作为“权利”来理解,还旨在强调所有权利都具有的“主观性”(或主体性),即该项规则承认公民的主体资格,他可在义务人未履行义务时主动向其发难。又因德国恪守公私法二元区分,相对人基于公法规范所享有的,要求公权力机关履行一特定

[2] 德国的行政诉讼有类型化区分:撤销之诉、义务之诉、确认之诉与给付之诉是其中最重要的类型。撤销之诉与义务之诉都针对行政行为,前者是当事人要求撤销行政机关已经做出的行政行为,后者则是当事人诉请行政机关做出某个特定的行政行为;给付之诉是当事人要求行政机关作出某类事实行为;确认之诉主要针对存有争议的法律关系,当事人既可以在确认之诉中请求确认某种法律关系的存在或不存在,也可要求确认行政行为的无效。参阅:〔德〕弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第203-209页。

[3] Hartmut Maurer, *Staatsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 237.

[4] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 152.

务的权利,也就被学理归纳为“主观公权利”〔5〕。在德国法中,主观权利的实践意义具体就表现为司法救济〔6〕,当公民的主观权利遭受侵害时,均可以向法院诉请保护,所谓“有权利,必有救济”。反过来,公民也只有权利遭受侵害时,才有机会向法院诉请保护,所谓“有权利,斯有救济”〔7〕。因此,在德国学理中,主观公权利既有赖行政救济制度予以落实,同时又构成提起行政救济的门槛要件。

德国现代公法对于公民公权利的讨论,最早可追溯至耶利内克(Georg Jellinek)。他从国家的“自我约束性”与“自课义务”出发,对公民相对于国家所享有的基本权利进行了基本的类型划分。这一分类因其着眼点在于公民相对于国家的地位,因此又被称为地位理论〔8〕。在此分类下的第一对对应范畴是公民相对于国家居于消极/积极地位。公民居于消极地位所享有的,是应获得国家承认与尊重,且不受公权力干预的“自由”,这种自由的目标主要是使国家保持消极克制,因此正是基本权利中最经典最传统的“主观防御权”;与此相对的是公民居于积极地位,此时公民享有向国家请求为积极给付的权利,这种权利就是基本权利后来在主观权面向上发展出的“给付请求权”。与“消极/积极”并列的另一范畴是公民相对于国家居于“主动/被动地位”。如公民居于“被动地位”,即应服从国家统治权力的地位,此时产生的就是人民对国家的义务,又或者是“对国家的给付”;与此相反,如公民相对于国家居于“主动地位”,由此衍生出的则是公民有资格参与国家意志形成的权利,主要包括公民的参政权,例如选举权、立法提案权、全民公决权等。上述关于基本权利的分类和归纳因覆盖面广泛且向度多维,被德国学理沿用至今,而耶里内克所提出的“公权利理论”,也成为后世德国学者在研究这一理论时无法绕过甚至难以逾越的典范。尽管影响重大,但耶里内克的“地位理论”只是肯定了公民在公法中作为“权利主体”的地位,并未提出如何从客观法规范中,推导出公民的主观公权利的具体操作步骤。而这一法技术工作则由下文所述的另一德国公法学者奥特玛·布勒(Ottmar Buehler)的保护规范理论所完成。

2. 保护规范理论

既然“Recht”的词义有主观权利与客观规则之分,而主观权利与客观规则又不存在一一对应的关系,那么如何从客观规则中推导出主观权利,就成为法律操作中的难题。原则上,主观权利的获得首先以存在客观法规则,以及该规则中规定了他人作为或不作为的相关义务为标志。客观规则与客观义务由此成为所有主观权利的构成基础。但并非法规则中包含了客观义务,就可以当然地推导出主观权利,这一点在公法与私法中尤为不同。一般而言,因私法的功能是对公民间的利益进行衡平和限定,所以在私法规范中,一个公民的法律义务通常都会对应另一公民的法律权利。〔9〕但这一推导过程却无法直接运用于公法。公法以维护公共利益为导向,所以都会规定公权力机关的普遍守法义务。此时,要辩明公法规则是否同时赋予公民主观权利,就显得颇为棘手。为克服这一难题,德国学理发展出所谓“保护规范理论”〔10〕。根据这一理论,客观规则仅是确认主观权利存在的一项前提,它仍需另一要

〔5〕 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 153.

〔6〕 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 153.

〔7〕 李建良:《保护规范理论之思维与应用——行政法院裁判若干问题举隅》,载《2010行政管制与行政争诉(学术研讨会系列之二)》,第3页。

〔8〕 Bodo Pieroth & Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, C. F. Mueller Verlag Heidelberg, 2003, S. 17 - 19.

〔9〕 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 155.

〔10〕 Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag, C. H. Beck, 1999, S. 91.

件进行补充——这些法规则的利益指向除保护公共利益外,必须同时指向某些特定的相对人,也就是说,它们在保护公共利益的同时,也保护特定人的特定利益,此时才可确认,这些客观规则赋予了相对人主观权利,否则,相对人获得的优势或好处,就只能被归类为反射利益^[11]。据此,客观规则和个别的利益保护就成为检验公法规范是否赋予公民主观权利的两项重要标尺。^[12]

保护规范理论最初由德国学者布勒(O. Buehler)于1914年创建,其发端原因正在于克服因行政的公益特质与取向所导致的公法权利的隐晦难辩^[13]。这一理论对于主观权利的推导基本包含两道步骤:首先确认是否有客观规则存在,再进一步探求该规则的保护取向是否同时保护个人利益。运用这一思维框架观察,所有的客观公法规则中,只有一部分属于公民的主观权利,而其余的法规则,即便国家违反或不予遵守,公民也不能向法院提起诉讼,典型的例如行政机构组成及运作的规定,因为这些规范在保护公共利益的同时,并没有赋予任何人主观权利。

二战后,德国学者奥托·巴霍夫(Otto Bachof)承继并发展了布勒的观点,德国学界也以二战作为分野,将保护规范理论区分为“旧保护规范理论”与“新保护规范理论”。尽管巴霍夫的新保护规范理论并未脱逸出布勒的基本思路,但仍旧呈现出一些差异。首先,布勒的旧保护规范理论主张对公权利的探究应首先从法律入手,强调法律优先。而新保护规范理论则认为,公权利的主要法规范基础就是宪法中的基本权规定,尤其是自由权与财产权的规范。^[14]这种基本权利比重的转移主要源于随时代变迁而导致的基本权保障状况的变化。其次,旧保护规范理论在探究法律规范是否具有保护私人利益的意旨时,认为应以立法者的主观意旨为主;而新保护规范理论则认为,对法规范意旨的探求,不应仅限于立法者的主观意旨,还包括客观的意旨,即法规范保护的私人利益范围的确定以作为公权力依据的客观规范为基础,对于该规范,要运用构成要件、体系结构、立法意旨等各种解释方法,并斟酌基本权与其所形成的各种价值秩序,以及法治国、权力分立、比例原则等各项宪法或行政法上的基本原则而得出。^[15]概言之,新保护规范理论呈现对法规范的客观解释趋向,而这也相当程度上扩张了公民的公权利范围。但尽管存在上述差异,新旧保护规范理论都将对公法权利的存在与否的探求,回溯到各项客观规则的立法意图是否旨在保护个人利益这一问题之上;而且,推导步骤也几乎没有逸出布勒的框架。

在德国法上,保护规范理论不仅提供给人们探寻主观权利的思考框架,在行政救济中也非常关键。德国行政诉讼正是运用保护规范理论来探求公法权利是否存在,并进而判断诉讼权能的有无。但主观公权利与保护规范理论的应用亦使德国行政诉讼权能呈现相对严苛化的趋向。究其原因,主要在于这一理论带有强烈的德国法释义学色彩,必须依赖于细腻成熟的法律解释与推导技术,而法官又常常会拘泥于这一过度精致的解释框架,而无法做出突破性评判。事实上,保护规范理论对于主观公权利的探寻,是将公法权利的存在与否,回溯

[11] 例如市政府重新编排门牌号码,某公民的号码由原来的68号变更为14号,此时该公民不能诉请司法保护,因其之前号码编排上获得的“好处”仅仅是一种反射利益,并非主观权利。

[12] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 155.

[13] Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag, C. H. Beck, 1999, S. 91.

[14] Hartmut Bauer, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, in: AoeR 113(1988), S. 591 - 592.

[15] Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1982, S. 313 ff.

到各项客观规则的立法意图是否旨在保护个人利益的问题,其本质仍属于法律解释的范畴。但法官在诠释法规目的时,一方面为避免侵害立法者的形成自由,破坏宪法的分权体制,较易选择从规范体系及整体架构中探求立法意图,从而谨慎地防止脱逸立法者的规范意旨^[16];另一方面,这一理论也使法官的着眼点主要集中于当事人法律上权利的有无,至于其事实上是否受到影响,并非考量的关键要素。据此,很多在其他国家或是欧盟法院都享有诉讼权能的案件,在德国法中却只被认定为“反射利益”受损。^[17]

3. 严格的诉讼权能与行政诉讼的整体定位

德国法之所以采取严格的诉讼权能限定,与其行政诉讼的功能定位同样不无关联。与法国等国家认为行政诉讼的目的在于“依法行政的控制”不同,德国法将行政诉讼定位于对“人民权利的保护”^[18]。从制度逻辑来看,如果行政诉讼的目的在于“依法行政的控制”,则理论上应允许“任何人”均可对无效的行政行为提起确认之诉、对违法的行政行为提起撤销之诉、或对行政机关违法不作为提起课以义务之诉,因此,立法也不应有严格的诉讼权能规定。但如果行政诉讼的目的在于“人民权利的保护”,则法律只有在人民权利遭受行政机关侵害时,才能允许“受侵害人”享有诉权,立法也当然会规定相应的诉权资格要件^[19]。从历史背景来看,在德国《联邦行政法院法》制定时,的确存在将行政诉讼理解为客观合法性审查的北德体例与主张行政诉讼是个人主观权利保护的南德方案之争,南德方案最终胜出,德国的行政诉讼也因此被明确定位为对个人权利的保护^[20]。“公民权利保护”的整体定位同样可在德国《基本法》第 19 条第 4 款中找到宪法依据,“任何人权利受到公权力侵害,都可诉诸司法救济”。这一条款不仅构成德国公民一项独立的基本权利——司法救济权,还因其使《基本法》中所列举的所有基本权利都获得了司法实现的可能,而被德国学者普遍赞誉为“法治国的拱心石”^[21]。但除此之外,在本条中同样包含了司法审查或是法律保护的基本前提——“有人权利受到侵害”。换言之,只有存在权利侵害的可能,才符合司法审查和法律保护的适法性前提,德国法并不允许客观的合法性审查,即仅仅是为了继续客观的合法秩序而进行的司法控制。^[22]

德国法限定行政诉讼权能的一项突出结果就是对民众诉讼^[23]的拒绝。这些诉讼的当事人并非为维护自己的利益,而是为与自身权益无关的其它利益(公益)提起诉讼,所以根据保护规范理论,并不具备诉讼必需的权能要件。既然德国法排斥人民仅为维护依法行政的要求(客观法秩序的维护)而提起行政诉讼,那些以维护公益为目的的民众诉讼也就总是因为“诉讼权能”的制肘而难获肯定。尽管后来的德国《环境法》允许经许可的组织可为维护公益而对行政机关违反环保法规的行为提起行政诉讼^[24],但这一规定始终被认为是“主观权利保护”的例外,并不具备典型意义。德国学理也仍旧普遍认为,在行政机关单纯违反

[16] Ottmar Buehler, *Die subjektiven oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914, S. 114.

[17] 林明锵:《欧盟行政法》,台湾地区新学林出版社 2009 年版,第 67 页。

[18] 有关行政诉讼的目的,可参照翁岳生:《行政法与现代法治国家》,元照出版社 1981 年版,第 420 页。

[19] Vgl. Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., 1987, § 33 II S. 201.

[20] [德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 241 页。

[21] Hartmut Maurer, *Staatsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 117.

[22] [德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 11 页。

[23] 此处的“民众诉讼”专指为维护公共利益(客观法秩序的遵守,亦即合法性的控制)所进行的诉讼,又常被称为“公益诉讼”,而不包含维护团体内部成员或是团体本身的利益的团体诉讼,后者并非严格意义上的“民众诉讼”。

[24] § 29II BnatSchG.

法规或不执行法规,但未侵害特定人民权利的情况下,没有人有权向行政法院提起诉讼,请求法院判令行政机关改正其违法行为或采取特定作为。^[25]

(二)高密度的司法审查:裁量、不确定法律概念的二分与合义务性裁量

如果说诉讼权能是在法律上的受害者与事实上的受影响者、或者是受害者与公益捍卫者之间划清界限的话,那么审查密度就是在司法监督空间与行政判断余地之间划线。通常情况下,为尊重行政机关的专业判断以及维护分权体制,各国都会对司法审查的密度做适当限定,以避免法院借行政诉讼逾距。而法院对行政案件的审查又大都止步于立法赋予行政机关裁量权时。对于现代行政而言,裁量不仅无法避免而且相当必要。尽管详尽立法会构成对行政恣意的有效约束,但囿于社会生活的复杂与立法认识的有限,法律规则总会或多或少地赋予行政机关基于自身的技术专长与实践经验斟酌裁量的权限。同时,裁量权亦可使行政机关根据具体个案做出最符合个案正义的决定。综上,既然立法允诺行政一定的裁量空间,司法就应予以尊重,即便认识不一,也应保持克制,而不能擅用自己所认为的更优决定取代行政决定。

1. 裁量与不确定法律概念的二分

德国法同样存在裁量制度,同样认可行政诉讼中司法对于行政裁量的尊重,但对裁量的范围,却进行了前所未有的限缩和挤压。大多数国家概括地认为,只要立法规范模糊,需要行政在执法中进一步明晰时,行政机关就拥有了裁量权。与之不同,德国法首先将法律规范区分为事实构成要件与法律后果两部分,进而将裁量仅局限于法律后果部分,也就是说,只有行政机关在法律规定的构成要件成立时,可以选择不同的处理方式,才可确认其拥有了裁量权^[26]。但事实上,行政机关对法律的适用并不仅仅是对法律后果的选择,尚包括对事实构成要件的确定,以及对所发生的案件事实是否与法律规定的事实要件相符的函摄,但这些在德国法中都不属于裁量范畴。若法律规定的事实构成要件模糊不清、难以把握,需要具体明确与判断时,德国法就称之为“不确定法律概念”^[27]。如果说在裁量领域,行政机关拥有了司法豁免的最终决定权,那么,对于不确定法律概念,行政机关的判断则不再能对司法产生拘束,反而要受到司法毫无限制的审查与检验。其理由在于,德国法认为,无论是对不确定法律概念的明晰,或是对事实与法律的函摄,都是对概念意义内涵的探求,都属于法律解释问题^[28],因此,当然也就都属于司法权的传统“势力范围”。通过“裁量”与“不确定法律概念”的二元区分,以及将对事实构成要件的判断从法律规范的整体中剥离,德国法成功地将裁量的范畴限缩到了“法律后果”的狭小范围。

裁量与不确定法律概念的区分肇始于奥地利学者特茨纳(Tezner),他主张将“公益”、“合目的性”、“必要性”、“公共安宁与秩序”等视为法律概念并从行政裁量中分解,交由法院审查,由此确立两者二元区分的雏形。^[29]这一理论框架之后经德国学者巴霍夫(Bachof)和沃尔夫(Wolff)系统建构,^[30]通过这些建构,德国法不仅创造出最复杂缜密的裁量理论,

[25] Vgl. Battis/Dünnebacke, JuS 1990, S. 189.

[26] Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck 2003, S. 622.

[27] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 132.

[28] Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck 2003, S. 623.

[29] 翁岳生:《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》,《行政法与现代法治国家》,台湾地区祥新印刷有限公司1990年版,第245页。

[30] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 131.

还通过对裁量的极度挤压,使司法审查的触角获得很大延伸。

这种关于裁量和不确定法律概念的界分在德国也并非没有争议。很多学者就认为,不确定法律概念和裁量的区分,使“裁量已蜕变为处于法的拘束尽头的、法律上不重要的那些问题。裁量的基础以及边界,只有在解释规则和规范的金字塔所构成的妥当性链条走到尽头时才得以发生。”^[31]而且,密不透风的司法审查使行政权很难再发挥其技术专长,行政裁量存在的意义也因此相当程度上被抽离。鉴于此,学界又提出“判断余地”理论,作为对司法无限度审查不确定法律概念的限定。判断余地基于对行政机关专业评估与预测能力的尊重,允许行政机关在解释某些涉及专业事项的法律概念时,享有不受司法干扰的独立的“判断领域”。^[32]这一理论的提出无疑是对法院可对不确定法律概念进行无限度审查的质疑。在主张行政应拥有判断余地的学者看来,立法机关通过不确定法律概念赋予了行政机关自己负责,且只受有限司法审查的决定权,这一领域也因此是行政机关独立于司法的自主领域^[33]。除非行政机关的判断明显有悖于经验法则或其判断使用明显不正确的工具或方法,法院就应当予以尊重,而无权替代行政机关作出最佳的选择。典型的行政机关在适用不确定法律概念时,享有判断余地的情形包括:其一、关于考试成绩的评定,考试成绩的评定,大多涉及学术与知识能力的评价,法院应尊重专家在命题和评分方面的专业评价;其二、高度属人性事实的判断,即判断者据以作出判断的基础,具有相当的专属性,并无法由他人替代,例如行政长官对于下属成绩、品行和操守等事项的评价;其三、由社会多元利益的代表所组成的委员会所共同做出的决定,因这种决定的主体代表多元利益,且其决定又需经过多方协调和妥协的程序,因为法院原则上应予以尊重;其四、专家所为的“专家判断”,由于专家具备特殊领域的专业知识,因此法院如果没有特别的理由,自无审查的余地;其五、行政机关在特定领域,例如环境生态、科技或经济、自然科学等领域所作的预测性或评估性的决定,这些决定因涉及“风险评估”,因此属于行政保留的范畴,法院在司法审查时应保持适度克制;其六、具有高度政策或计划性的决定等。^[34]

但鉴于对判断余地可能引发的行政权滥用和膨胀的审慎,联邦行政法院自始都将判断余地作为不确定法律概念的例外,经司法所确认的判断余地也仅限于考试决定、公务员考核、特定领域的预测性决定和风险评估等有限事项^[35],而这也因此并未改变德国高密度裁量审查与控制的整体趋向。

2. 合义务性裁量

德国法对于裁量的防御,不仅表现于对裁量范畴极端狭义的解释,还表现于对裁量本身的定位。在德国法的认识中,裁量永远都不是“自由的”,也就是说,即便是在裁量范畴内,行政机关也并非毫无羁绊,而须时时恪守“合义务裁量”的基准^[36]。所谓“合义务裁量”,德国《联邦行政程序法》规定为“应当符合裁量授权的目的,并遵守裁量的界限”^[37],但联邦宪法法院和行政法院却扩张了行政机关在裁量时应遵守的义务范围。除传统的行政机关所选择

[31] Ulla Held-Daab, *Das Freie Ermessen*, Berlin: Duncker und Humblot, 1996.

[32] Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck 2003, S. 649.

[33] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 135.

[34] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 142.

[35] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 136.

[36] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2003, S. 128.

[37] 参阅德国《联邦行政程序法》第40条。

的法律后果不在裁量范围内(裁量逾越)外,行政机关不使用裁量(裁量懈怠),或是进行裁量时违反基本权利与行政法的一般原则,都被认为是不合义务的“裁量瑕疵”,而会招致被撤销的后果。^[38] 据此,“合义务裁量”的要求使行政原本就范围狭窄的裁量空间更所剩无几。

综上,不确定法律概念从裁量中的分离以及合义务裁量的要求,使行政免受司法审查的裁量领域受到前所未有的限缩,行政几乎在所有方面都被悉数纳于司法控制之下,而德国行政诉讼的审查密度也因此相较其他国家被显著拔高。德国法之所以奉行如此高密度的审查,还要追溯至二战后学界基于战时行政权急剧膨胀、恣意妄为所引发的灾难,而要求强化司法控制的整体思潮。这段特殊历史使德国法对于行政裁量尤其保持高度警惕和审慎严苛的态度,不仅将其视如“洪水猛兽”一般严防死守,还在方方面面都为其束上法律捆绑,而高密度的司法审查无疑对于裁量控制发挥了核心效用。

(三) 两者的内在关联:高标准与窄口径的结构平衡

尽管严格的诉讼权能主要基于德国行政诉讼保护主观权利的整体定位,高密度审查又源自二战后德国严格控制行政裁量的基本趋向,但二者作为行政诉讼中的关键制度,同样互为因果,紧密关联。

如上所述,德国法奉行强度极高的司法审查,裁量与不确定法律概念的区分,以及合义务裁量的理念,使行政的所有方面几乎都被纳入司法的控制之下,司法也因此要对行政的各个环节都进行毫无差别的细致检视,这种做法虽然极大强化了司法对于行政的监督,但也使司法从此背负沉重的诉累。为与司法对行政的强势监督相匹配,德国《联邦行政法院法》又规定了法院在诉讼中的职权调查原则^[39],即法院应依职权探知案件事实关系及调查证据,而不受当事人的诉讼主张以及证据声明的拘束。而这反过来也意味着,如果法院忽略了对结果有显著影响的事实调查,或是有失公允地仅信赖某一方的事实说明,亦会构成程序瑕疵^[40]。此外,德国行政诉讼还奉行严格的“职权主导”原则^[41],尽管法院也在一定程度上受当事人请求的限制,但对于行政程序的整体流程,是法院自己,而非当事人占据主导地位,这也使法院要对期限设定、事实调查、判决送达等各个环节承担全面责任。这些规定的立意虽都在于查明案件的“实质真实”^[42],最大可能地维护公共利益,但也同样导致法院需耗费大量精力,不仅行政在第一次法律适用中的所有步骤,法院都要重来一次,双方还会在“裁量与不确定法律概念”的具体甄别上大扯拉锯,而最终结果便是诉讼耗时良久。我国《行政诉讼法》规定的一审时间基本为三个月,二审原则上也仅需两个月,但德国《行政法院法》中却没有严格的审理期限规定,实践中,行政法院审理一审行政案件往往需要16个月至18个月才能完成。我们因此不难理解,在德国,为何加速行政诉讼流程的呼声始终甚嚣尘上^[43]。

[38] Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck 2003, S. 644 – 647.

[39] 德国《联邦行政法院法》第86条第1款:“法院依职权调查案件事实;诉讼参与者因此有义务提供相关证据。法院对案件事实的调查不受诉讼参与者提供证据的限制。”

[40] BVerwG, NVwZ 1987, 47.

[41] [德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第545页。

[42] 与民事诉讼的立足点不同,行政诉讼因涉及公共利益,行政法院因此必须进行全面客观的事实调查。行政法院也认为:存在一个预先存在的客观事实,必要时行政法院可以不依赖双方当事人而进行全面查证。Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2000, S. 979.

[43] 林明锵:《欧盟行政法》,台湾地区新学林出版社2009年版,第225页。

要继续如此高密度的审查,原本就有限的司法资源更显得捉襟见肘。为防止宝贵的司法资源被无端浪费,对于攸关诉讼“口径宽窄”、“闸口疏密”的诉权资格问题,德国法当然理智地选择“窄口径”。而承担严格把关职能的,正是德国法中由繁琐复杂的“主观公权利”与“保护规范”所共同构成的诉权资格限定理论。通过对这些理论的运筹帷幄,法院成功地将那些他们认为毫无司法保护必要的案件挡在诉讼之外,尤其是成功地避免了卷入积聚最多公众关注、最易为公众意见所左右,因此也最费心神的公益诉讼。试想,如果德国法一方面放低诉权资格,对各类诉求都广开门户,另一方面又要极力维持对行政事无巨细、严苛无比的审查,无疑会对行政法院的负载力构成巨大挑战。在这种“彼长此消”关系下,德国法不仅坚守“有主观权利受损”的诉讼限定要件,又将探求主观权利的保护规范理论在各类行政诉讼中进一步细化:在最典型的撤销之诉中,“相对人说”是判断原告有无诉权的最基本要件,不利行政行为的相对人总是有诉权的,^[44]这一点不仅与保护规范理论相符,也免去了法院再诉诸这一理论进行审查的负担,行政法院只有在第三人对抗行政行为诉请撤销时,才运用保护规范理论确定其有无诉权^[45];在原告主张其权利因行政机关拒绝或怠于作为而受损,并要求行政机关做出某项行政行为的义务之诉中,“相对人说”便不再有用武之地,法院必须审查在这些“依法申请”的案件中,法律是否有明确的保护特定范围的个人利益的规范意旨,以及原告是否属于法律保护的特定范围;在要求行政机关做为特定事实行为的一般给付诉讼中,保护规范理论的运用同样重要,法院首先要判断原告请求的给付是否有法律依据,其次要解释上述依据的规范目的,在保护公益之外,是否兼及个人利益,最后则确认原告是否属于上述法律所保护的主体。^[46]

事实上,除了严格地限定诉权资格外,为防止司法资源被恶意挤占,德国法还将“有无法律保护的必要”作为诉讼允许性的一般性限制要件。对于有无法律保护必要的衡量,司法主要斟酌如下要素:原告是否可以通过相比诉讼更简便的途径达到目标;原告的主张是否即便胜诉也毫无意义;原告是否根本无意实现自身权利,而是在滥用诉权等。^[47]当然,法律保护必要与诉权着重点并不相同,前者主要探究与原告权利相关的争诉请求有无法律救济的必要,而后者则涉及“自己利益与他人利益”、“个人利益与公共利益”的区辩界分,但如果从功能效用角度而言,二者发生的原因,却都是在窄口径与高标准间进行平衡。

三 中国:逐步放宽的原告资格与亟待提升的审查密度

(一) 逐步放宽却仍界限不明的原告资格

在我国行政诉讼中,有关诉讼权能的问题经常被置于“原告资格”的概念下予以讨论,通过解决“何人有资格提起诉讼”,以及“就提出的具体诉讼而言,原告是否适格”的问题,“原告资格”规则与德国法中的诉讼权能制度一样,发挥着检验起诉人资格要件的重要功能。

[44] [德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 241 页。

[45] [德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 243 页。

[46] 李建良:《保护规范理论之思维与应用——行政法院裁判若干问题举隅》,《2010 行政管制与行政争诉(学术研讨会系列之二)》,第 5-17 页。

[47] 参阅[德]弗里德赫尔德·胡芬著,莫光华译:《行政诉讼法》,法律出版社 2003 年版,第 386-390 页。

1. 逐步放宽的原告资格:从相对人到法律上利害关系人

相较德国自1960年就已制定《行政法院法》以及更早的行政诉讼传统,我国的行政诉讼制度直至1989年《行政诉讼法》颁布时始建立。但仅有75条的立法只是使行政诉讼制度初具雏形。单薄粗陋的法条,过度原则化的规定,都使这部法律在之后凸现规范力的不足。在累积了十年的实践经验后,最高人民法院于1999年出台《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》。这部解释包含了很多可称作是制度迈进的内容,其中一项就是原告资格。最初的《行政诉讼法》并不包含细致的原告资格要件,只有第2条概括地规定:“公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院起诉。”由于规定笼统,学理上又没有形成获得普遍确信的、何为“合法权益”的诠释与分析框架,司法便对此拥有了广泛的裁量空间。出于法律适用便宜的考虑,将原告资格限定为行政决定所直接针对的对象,便成为很多法院用以判断诉讼资格有无的首选基准。^[48]但这种狭隘的“相对人资格论”,无疑使行政诉讼的功能发挥受到极大限制。

为纠正实务中出现的上述偏狭,并迎合日渐蓬勃的行政诉讼,最高人民法院遂在司法解释中规定,“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的”,可以依法提起诉讼。此规定一出即受到学界的很多赞誉。有学者称,这一拓展使行政诉讼的原告资格从“相对人资格论”转变为“法律上利害关系人资格论”,有权提起行政诉讼的不再只是行政决定的相对人,那些与决定有法律上利害关系的相关人的诉权资格同样获得承认。^[49]但人们很快发现,尽管在整体趋向上值得肯定,但从法律操作上,何谓“法律上的利害关系”仍旧语焉不详。最高人民法院为此又做出释义:“‘法律上利害关系’是被诉行为对自然人和组织的权利义务已经或将会产生实际影响,这种利害关系,包括不利的关系和有利的关系,但必须是一种已经或者必将形成的关系。”^[50]从“利害关系”到“实际影响”,最高人民法院似乎借鉴了美国关于司法审查“条件成熟”的规定^[51],以及民事法律中有关权益影响应具有“实际和相当可能性”的标准^[52],司法也因此介入行政的时间点上有了-定的可把握性。但对于何种权益受到影响始能起诉,司法解释并无多大助益,这一问题仍旧只能留待司法在具体个案中判断斟酌。

2. 无法探知的“合法权益”与界限不明的原告资格

最高人民法院的持续努力同样引发学界对于这一问题的广泛讨论。这种热度完全可从2000年之后聚焦这一专题的论文数量窥见一斑。^[53]许多学者都期望在既有的制度框架下,

[48] 参阅沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

[49] 沈福俊:《论对我国行政诉讼原告资格制度的认识及其发展》,《华东政法学院学报》2000年第5期。

[50] 最高人民法院行政审判庭编:《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,中国城市出版社2000年版,第26-27页。

[51] 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第642页。

[52] 沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

[53] 相关论文可参阅沈福俊:《论对我国行政诉讼原告资格制度的认识及其发展》,《华东政法学院学报》2000年第5期;胡锦涛、王丛虎:《论行政诉讼原告资格》,陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第4卷),法律出版社2000年版,第596-597页;夏锦文、高清华:《我国行政诉讼原告资格的演进》,《法商研究》2001年第1期;杨寅:《行政诉讼原告资格新说》,《法学》2002年第5期;李杰、王颖:《行政诉讼原告主体资格》,《人民司法》2002年9期;沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期;李晨清:《行政诉讼原告资格的利害关系要件分析》,《行政法学研究》2004年第1期。

通过对相关条文开放能动地解释演绎,来降低法律适用难度,同时巩固和强化行政诉讼原告资格扩大的趋势。在众多关于原告资格要件的归纳总结中,沈岷教授的“四要件说”似乎最为完整,也享有较高的引证率。他将涉及行政诉讼原告资格的整体规则概括为四个方面:第一、原告是自然人和组织;第二、存在合法权益;第三、合法权益属于原告;第四、合法权益已经受到或是将会受到被诉行为的影响。^[54]这一概括在法律解释的基础上,提供出类似德国法释义学的分析框架。但如果说第一、第三项不会引发过多分歧,而第四项又已由最高人民法院在部分程度上厘清外,那么存有争议的仍旧是第三项——何为“合法权益”。既然实定法用“权益”取代“权利”,相当部分的学者因此认为,权益的范畴当然远远超过了权利,其既包含权利又包含利益。^[55]在这种由来已久的认识之下,学界又存在关于权益是否必须由法律明确规定^[56],还是无需以法律规定为前提的观点^[57]之争。尽管为法律明确性与稳定性之故,很多学者还是坚持“合法权益”要以法律规定为依托,但由于缺乏更进一步的推导模式,在法律规定中又如何再发现“权益”,仍旧成为划定诉讼保护范围时的难解之题。沈岷教授主张对“合法权益”的探究要从整个法律文本进行,具体方法则可借鉴诸多国外司法经验,例如:法律直接规定了权利形式;从法律的义务性规定中对应推演出相关权利;从法律规定行政机关必须考虑的因素中推演出相关权利;从立法所欲保护或调整的利益范围中推演出相关权利。^[58]但这些方法之间是并列还是包含关系,相互之间如何契合,如运用不同方法会导出不同结论又该如何处理,这些问题显然都不是仅提供一些大致的思考方向就能够解决的。沈岷教授也承认,这种“试图超越立法的字面表述,借助对法律内蕴意图、精神的钻探,并以法律解释的方式去划定合法权益边界”的办法,必然会“形成一个灰色的、令人踌躇的地带”。^[59]因此,对于攸关原告资格的“合法权益”问题,我国行政法学界至今仍未形成获得普遍确信的框架和相对一致的推导步骤。

3. 行政诉讼整体定位与原告资格的关联缺失

德国法的经验告诉我们,诉权与行政诉讼的整体定位有关,但我国学界对于原告资格与行政诉讼定位之间的关联,相互间应保持的制度契合,同样鲜有涉及。事实上,即使回溯到制度定位,我国在行政诉讼立法中所表现出的模棱两可,也无法为这一问题的厘清提供原则性帮助。《行政诉讼法》第1条规定行政诉讼的立法目的为:“保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权。”据此,对人民权利的保护与对行政依法活动的监督被并置为我国行政诉讼的目的,两者并无偏颇,但这也使得我们很难再区分,我国行政诉讼的定位到底是属于以法国法为代表的客观法秩序的维护,还是以德国法为代表的主观权利的保障。定位的模糊使学界在讨论原告资格的范围、以及公益诉讼的允许性问题时,干脆放弃了将它们放置在统一的诉讼制度框架下的思考方法,而更多地选择参酌各种现实影响要素。在放宽原告资格、降低起诉门槛的整体趋向下,学界对于不断涌现的公益诉讼往往持肯定和鼓励态度,即便也会基于理性考

[54] 参阅沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

[55] 罗豪才主编:《行政审判问题研究》,北京大学出版社1990年版,第70页;应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版,第115页。

[56] 例如丁丽红:《关于扩大行政诉讼对合法权益保护范围的思考》,《行政法学研究》1999年第1期。

[57] 例如夏锦文、高清华:《我国行政诉讼原告资格的演进》,《法商研究》2001年第1期。

[58] 参阅沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

[59] 沈岷:《行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度》,《中外法学》2004年第2期。

虑而担忧因此引发的司法资源浪费等问题,但对民意的回应和公益的关注似乎更居上风。这也导致行政诉讼从整体上缺乏制度间的契合与相互协调。

(二)亟待提升的审查密度

与德国相比,我国的行政诉讼在审查密度问题上不仅表现出与原告资格问题一样的不确定性,而且还较之德国相当受限。审查受限一方面源自学界对于裁量的笼统概括和不加析分,另一方面也基于我国行政诉讼对行政行为合法性与合理性的截然区隔,以及武断地将所有的裁量瑕疵都划归合理性问题的作法。

1. 笼统概括的裁量授权

如上文所述,德国法存在裁量与不确定法律概念的严格界分,所谓“行政裁量”被压缩至法律后果选择的狭小空间内,而高密度的司法审查也只有在面对这部分的行政决定时,才会受到限制。但在我国,规范的构成要件和法律后果的区分并未影响到行政机关整体的选择空间与判断余地,学界惯于将所有立法规定不详、有待行政在执法时具体甄别的部分,都笼统地划归为行政的裁量范畴。因此,相比德国的裁量与不确定法律概念的二元,我国的裁量理论显然是未加区分、无所不包的“一元论”^[60]。既然行政裁量覆盖包括事实构成要件和法律后果的所有方面,那么与之保持“非进即退”关系的司法审查的界域,也就自然回退到这一范畴之外。因此,无论是对行政机关针对法律后果的选择,还是对规范事实构成要件的解释,只要立法规定模糊,司法都必须保持相当的克制,而不能进行无限度的审查。事实上,德国裁量制度的发展已经向我们展示,行政在法律适用过程中的判断是多步骤的,其中至少包括对规范构成要件的解释、对所发生的案件事实是否与法律规定的事实要件相符的函摄,以及对法律后果的选择等三个阶段,而将立法的规定不详一律视作对行政裁量的概括授权,无疑使司法丧失了对行政适用法律的整体过程的严格控制。

2. 合法性与合理性的截然二分以及“自由裁量”

除裁量范围过于宽泛外,我国司法审查密度受限的原因,还在于学界对裁量本质的认识同样与德国存在严重差异。与德国法处处强调“合义务裁量”,并将违反裁量义务所导致的裁量瑕疵一律列为“违法”不同,在我国学理中,裁量一般只涉及合理性问题,并不涉及合法性问题,行政机关所为的裁量,只要并未逾越法律的授权范围,即便存在瑕疵纰漏,也仅属于不合理,而非不合法。又根据《行政诉讼法》的核心基准——具体行政行为合法性审查原则,司法原则上只能对具体行政行为是否合法进行审查,只有行政处罚显失公正的,司法才能例外地对决定予以变更。立法排除司法对于行政合理性问题审查的理由主要基于,法院只是法律的专家,对于行政决定是否合理的判断,司法并不具备技术和经验优势,若允许其再对行政指手划脚,并不具有制度正当性。既然裁量一般只涉及是否合理,而这又并非司法审查的固有权限,那么司法对于裁量的态度基本上就只能“作壁上观,放任自流”。

将合法性与合理性截然二分,认为裁量原则上仅涉及合理性问题,并以此为由排除司法严格审查的做法,无疑使司法对行政的控制大打折扣。首先、合法性与合理性的截然区分,会使所有的行政行为都被“僵化”地划为两类:羁束的和裁量的。前者必须接受法律的严格规制,而后者则完全从法律规制中豁免,也正因如此,我国很多学者在提到裁量时都惯于在其之前加上“自由”作为定语,以预示行政机关在裁量范畴内享有相当程度的自由,已经逸

[60] 王天华:《从裁量二元论到裁量一元论》,《行政法学研究》2006年第1期。

出司法的控制之外^[61]。事实上,绝对的羁束行为和绝对的裁量行为都只存在于学者的想象当中,两者都更近于一种认识上的“理想类型”,而现实中,几乎所有的行政决定都同时交织着这两种因素,并不能被简单地归类为羁束或是裁量。将这些学理认识上的理想类型不加思索地植入司法实务,其结果只能是司法覆盖面的萎缩与回退。其次,认为裁量仅涉及合理性问题,并以此为由阻却司法控制的介入的做法,同样偏狭恣意。正如现实中并不存在绝对的羁束行为和绝对的裁量行为,所谓合法与合理也并非永远泾渭分明,而且,伴随现代法治由“形式法治”向“实质法治”的迈进,对行政合法的要求也已不再仅限于符合法律的形式规定,不逾越法律的界限,还包含了保障信赖利益、符合比例原则、维护公民基本权利等实质内容,此时再过度地强调合法与合理的区分,无疑会使依法行政原则原本丰富的内涵被“行政合理性”所侵蚀和掏空,^[62]司法也会时时因为合理性审查限制的阻挡,而难以在行政裁量领域获得有效推进。

综上,无论是笼统地将所有立法不详都视作行政裁量的范畴,还是概括地将所有裁量瑕疵都归类为“合理性”问题,并一律排除司法审查在此范围内的作用,都使我国司法审查的密度和强度,相较德国被大大减弱和降低。

(三)原告资格与审查密度:无从谈起的制度关联

相比德国行政诉讼法从总体上对诉讼权能与审查密度进行协调,并在两者间建立起结构性平衡,原告资格与审查密度在我国行政诉讼中,似乎从未被作为相互关联的问题予以对待。学者们惯于对二者分别讨论,有关这两个领域的制度也是各自进行,难有交集。而且,相对于原告资格逐步放宽的整体态势,行政诉讼的审查密度在实践中始终难有迈进,对于“具体行政行为合法性审查”原则的诠释和扩充,司法并未表现出如对原告资格一样的积极能动,学理上也依旧坚持裁量与羁束的截然二分。审查密度在制度发展上的相对滞缓,甚至无法让我们得出二者呈现齐头并进之势的结论。而这些又都为我们全面考察我国原告资格与审查密度的内在关联带来困难。

即使回溯到行政诉讼法的制定历史,我们也无法找到思考这一问题的有益资料。在1989年关于《行政诉讼法(草案)》的立法说明中^[63],虽有关于“具体行政行为合法性审查”原则的解释,却未见有原告资格的说明。对于将行政诉讼限定为“合法性审查”的原因,该说明提供的理由是:“人民法院审理行政案件,是对具体行政行为是否合法进行审查。至于行政机关在法律、法规规定范围内作出的具体行政行为是否适当,原则上应由行政复议处理,人民法院不能代替行政机关作出决定。”据此,合法性审查原则主要用来界分复议与诉讼,避免司法越俎代庖,但其他制度是否要与这一原则相协调,说明中并未涉及。

我们再将视线投向司法实务。1999年司法解释颁布后,据最高人民法院2000年的工作报告,这一年全国法院共受理一审行政案件98759件,比去年上升0.38%。^[64]但这个略

[61] 令人遗憾的是,“自由裁量”这种带有误导性的学理概念甚至已进入我国的司法解释,并如“抽象行政行为/具体行政行为”一样成为法律概念。在最高人民法院2007年12月出台的《关于行政复议若干问题的解释》中,对于可适用复议和解与复议调解的案件,该司法解释即适用了“自由裁量权的案件”的用语。

[62] 李琦:《论行政裁量的性质及其构成》,中国政法大学2002届法学院硕士学位论文,第3-4页,现收藏于中国政法大学图书馆。

[63] 王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的立法说明》,http://www.wanyuan.gov.cn/wywj/zwjk/xgkInfo.jsp?ID=15978,最后访问时间:2011年5月9日。

[64] 《最高人民法院2000年工作报告》,http://www.people.com.cn/rmrb/200003/20/newfiles/wzb_20000320001010_2.html,最后访问时间:2011年5月9日。

微上涨的数字很难表明只是因为司法解释扩宽原告资格的结果。如果进行跨度更长的纵向比较,至2010年,全国法院一年受理行政案件的数量为135679件,较2000年已上升37.38%^[65]。这个数字或许可以多少归因为原告资格放宽的持续效果。但这些比较都只局限于受理阶段,对于衡量原告资格与审查密度之间的关联,并无法提供任何指引。在法院提供的各项工作参数中,与两者关联最直接的恐怕就只有审结率。审结率反映了一定时期法院受理案件和审结案的比例,审结案率越高,意味着法院的司法效率就越高,司法能力就越强,事实上,这一数据也在一定程度上反映了法院应对持续上升的行政案件数量的能力,以及我国行政诉讼制度在整体上是否均衡的问题。但我国行政诉讼的审结率一直都较为稳定,从1990年至2010年,我国在近二十年的行政诉讼实践中基本保持了平均99.7%的案件审结率^[66],无论是《行政诉讼法》的颁布,还是1999年司法解释的施行,立法者担心的行政案件激增、法院忙于应付的局面似乎从未出现过。但这是否就预示着,尽管在《行政诉讼法》的制定之初,立法者并未考虑原告资格和审查密度的相互协调及彼此匹配问题,司法实践却证明,虽未经过周密考虑、反复推敲的制度设定,反而成就了两者的完美契合?事实上,如果追溯这些数据背后的成因,就会发现:在《行政诉讼法》最初颁布的几年,法院审结率高是因为大部分的行政庭几乎无案可审,为避免行政诉讼沦为“摆设”,各地法院还要纷纷“广辟案源,上立案数”。^[67]有些法院为保证案源,只要当事人起诉,便“先收进来再说”。这些广辟案源的措施终使行政案件数量在几年内激增。但这种并不考虑制度关联和结构均衡的做法,却很快导致很多法院面临“收进来容易、判出去难”的僵局。为消化那些无法下判的案件,动员原告撤诉便成为很多法院的权宜之计,而这种方式的大量使用也使法院成功地保持了既往的案件审结率。至1995年左右,我国行政案件中以撤诉方式结案的甚至占到了审结案件总量的50%。^[68]但这种带有“中国特色”的行政诉讼结案方式实难反映司法对于行政的真实监督效果,因此,从这些数据结果中,也很难真正把握原告资格与审查密度间,在我国到底存在何种关联,又到底是否相互匹配。

综上,如果说,德国法的诉权权能和审查密度呈现出“此消彼长”的清晰互动脉络,那么在我国,这两种制度之间如何进退互让,似乎根本无从谈起。

四 以诉讼权能与审查密度为例看行政诉讼制度的整体关联

(一) 中德制度关联性的明显差异

撇开行政诉讼制度实施的真实效果不谈,单纯考察制度设计间的相互配合,从上述中德对比中,我们似乎可以看到有关行政诉讼的两幅不同图景。在德国,诉讼权能与审查密度虽然各有针对,两者却明显互相牵扯。作为行政诉讼的重要构成,它们共同受制于行政诉讼的整体定位,服务于行政诉讼的整体目标。“维护主观权利,而非客观法秩序”的总体定位,使

[65] 《最高人民法院2011年工作报告》,http://news.cntv.cn/china/20110311/105608_1.shtml,最后访问时间:2011年5月9日。

[66] http://www.yfzs.gov.cn/gb/info/QXFZ/zhxx/2009-04/03/1530436947.html,最后访问时间:2011年5月9日。

[67] 何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第74页。

[68] 最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判研讨:全国法院行政审判工作会议材料汇编》,人民法院出版社2000年版。

德国审慎地将诉讼权能限定为原告需“主观权利受损”，虽然这一限定使诉权资格呈现为窄口径，但这种缺陷却通过德国高密度的司法审查得以填补，司法对于行政的全面和严格审查，使行政诉讼有效地实现了其应有之义；反过来，正因为严格全面的审查，司法成本过高的问题就会凸显，在维护公益和防止滥诉的价值冲突间，德国法理智地选择坚持以维护个人权利为原则，仅有限度地开放团体诉讼和公益诉讼，由此保障了行政诉讼的整体均衡。

但在我国，这种制度间的配合与协调却无法如德国法一样清晰可辩。原告资格和审查密度，无论在学者的视野中，还是立法与司法的制度迈进上，似乎从来都是各自进行，单打独斗，人们已经习惯通过单项制度的分别改良，来实现行政诉讼的整体推进。在这种思维定势下，原告资格的扩张更多地是源于对不断高涨的民意的回应，它既与行政诉讼的整体定位无关，也无需有要与其他制度保持一致的说理。而对于审查密度，司法倒是保持了一以贯之的谨慎小心，这也导致制度实践在这一环节上始终难以保持和原告资格、受案范围等方面同样的递进。但这些分而治之的做法使我们看到的却已不再是作为整体的行政诉讼制度，而是断裂分隔的片断和章节。即便在已逾二十年的诉讼实践中，很多单项制度都有了大幅调整和改革，但由于缺乏整体统筹，行政诉讼在很多环节都呈现失衡之势，人们也很难从总体上对单项制度的改良进行公允评价。

（二）关联性差异的背后原因

经由上文的分析，导致德中两国在诉讼权能与审查密度在制度关联性上所表现出巨大差异的原因，首先在于在制度建构中，行政诉讼是否首先被作为由诸多环节共同构成、紧密关联、合作作用的整体来对待。而德国在法制度设计方面所表现出的系统观，也为我们对行政诉讼的制度整体进行系统检视和反思提供了有益借鉴。

1. 作为整体的行政诉讼制度与对制度整体的检视反思

事实上，无论是在学理讨论、制度设计和司法实务中，行政诉讼都应首先被作为一个整体来对待。为使这一整体保持全面均衡和有效作用，系统整体首先应保有对各个组成部分的有效控制与整合，如果整体丧失了对组成部分的控制力，组成部分也就无法回溯到整体寻求方向导引，并在系统整体的整合下，与系统整体保持方向一致；其次、各个组成部分间不仅应与系统整体保持方向一致，还需相互协调、彼此配合，如果人们对每个部分都只是分隔观察，个别对待，系统的整体均衡和逻辑闭合同样难以达成。

运用这种整体观和系统论来考察我国的行政诉讼：对比当初制度初建时的简单粗陋，历经二十余年的发展，我们的确取得了相当丰硕的成果。但这些成果的取得，多半是源自典型案件的促进，公众的呼吁、舆论的鼓动、以及司法在“顺应民意”之下所进行的积极作为。正因如此，这些制度改良并不是在周密细致的整体设计之下，而更多是从现实经验出发，具体地、个别地，“试错”地进行的。这种路径的选择当然有其重要的现实原因。作为法治发展的后进国家，我们既无法依赖已经成就的完美宏图 and 整体框架，省心省力地解决所有问题；更无法奢望通过全面复制国外既定规则，免去独自踟躅和亲身探索。本土资源的匮乏和外国经验的有限，都只能让我们先将目光积聚于个别问题、单项制度，通过零敲碎打、逐个突破的方式渐次地推进制度整体。这种方法在行政诉讼法发展的前二十年无可厚非，相反还体现了一种审慎务实的态度。但在累积了二十年的经验后，却是时候要对这些逐项进行、分别展开的制度进行整体检视和系统反思。

对于在相当程度上是由移植外国经验、利用本土资源以及实践修补推进所“拼凑”成的

中国制度,这种检视和反思绝对是必要的,它可以从宏观向度上考察制度的运行状况是否良好,相互间的衔接配合是否紧密,整体逻辑是否闭合,而单项的制度改革也只有被放置在整体系统下,接受这种多维检验,才能得到更公允的评价和更稳妥的改进。从这个意义上说,所谓“试错”除了不断尝试的努力,更需定期纠错的步骤,而纠错既应包含制度内部的革新,也需囊括制度整体的调试,由此,行政诉讼制度才会取得值得肯定的整体发展和均衡递进。当然,这种整体检视并非一次就可以完成,它是持续进行的,永不停歇的。即便是已具备相当完善的行政诉讼制度的国家,也会时时面临来自系统外部和内部的双重挑战,需要不间断地进行制度调整。

从这个意义上说,德国行政诉讼的制度设计无疑为我们提供了一种“作为整体的行政制度”的参考样本。经由行政法释义学的长期积累,立法机关的不懈努力,以及司法审判的支援与突破,行政诉讼在德国已被型塑为一种建立在经验与逻辑,传统与现实基础上的完整体系。这一体系不仅因为高成熟度而为诸多法律继受国所推崇和青睐,更是一种“体系化平衡发展的行政法”的范本。而体系化均衡与学科的系统化建构始终是德国行政法中的一项重要主题,更被持续地纳入制度建构的思考范畴。行政法中任何一项制度都必须在一个大的体系背景下加以理解,而另一方面,也只有一个体系化平衡发展的行政法才可以完成学理建构、实践拓展和法律改进等诸项任务。与德国行政法所表现出的“体系化均衡”相比,经过几十年的发展,我国行政法学的确有了相当积累,但与体系化、系统化仍旧有相当距离。基于不同的价值取向、不同的研究重点,学者对行政法问题常常进行条块分割,自说自话;而在制度实践中,我们也已习惯通过分别改良,来渐次稳妥地实现整体推进,这也直接导致行政法学研究往往缺乏整体视野和通盘考虑,学理的体系完整和逻辑严密也因此始终难以达成,而受其影响制度安排同样因无法兼顾全面统筹和相互协调,在很多环节呈现失衡之势。从这个意义上说,德国学理无疑为我们提供了一项具体制度如何从本国法秩序的整体逻辑中顺理成章地被导出和被嵌入,不仅自身发展成为精致严密的理论整体,还与其他制度相互配合衔接,共同构筑统一一致、逻辑闭合的法秩序整体的良好示例。

2. 制度逻辑的整体周延与法释义学的支持

起步晚、历程短只是我国行政诉讼制度在整体上欠缺协调性和关联性的原因之一,学理研究的交错繁杂和没有章据,同样是导致制度设计在逻辑未能周延闭合的重要因素。这一点我们只要对比德国范例,印象就会格外突出。

作为现代公法的范本,德国行政法始终以其缜密的逻辑构造、精致的理论建构以及细腻的制度设计著称,而这些成果又都有赖于自奥托·迈耶时代即开始的行政法释义学的累积。在研究德国法时,法释义学方法或是实证主义方法是不容绕过的基本方法。它的权威地位在迈耶建立德国行政法体系时就已奠定,历经百年更成为德国行政法的标志。尽管不时遭遇“形式主义”以及“僵化偏狭”的讥讽与诟病,但其丰厚的积淀却始终能够为我们提供丰富而深刻的启发。事实上,我国学界对德国行政法的关注由来已久,但深入阐释其背后的法释义学方法的却少之又少。而如果抽去或忽视这种方法,德国行政法便会涣散为一堆复杂繁荣的概念和理论,这也恰恰成为很多学者简单地批评德国行政法过于形式主义,并非生活中的“活法”的真实原因。

在逾期百年的发展历程中,德国行政法释义学构建了由概念、形式、结构等诸多要素组成的完整系统,其内容既包含对实定法的解释描述、对实定法的概念性和体系化的演绎,又

包含解决实际问题的框架性建议,在整体上亦呈现出经验与描述、逻辑与分析、以及规范与实践的多重向度。^[69]而这些行政法释义学成果在嗣后都成为德国行政立法的巨大仓储^[70],无论是德国《联邦行政法院法》,或是《联邦行政程序法》都将其中的重要内容编纂入内。对于现存的法释义学,立法者在立法时也会选择自我融入,因为相比那些凭空臆造出的法律,这些源自法释义学的立法会更加稳定、更加科学、也更富有持久的生命力。此外,法释义学还具有使法律秩序保持稳定,法秩序内部保持逻辑统一,减轻对具体问题不断重复讨论的负累,以及对法律未来的发展提供启发等诸项功能。而上文的分析也已显示,无论是作为判断诉讼权能基础的保护规范理论,又或是支撑司法高密度审查的裁量与不确定法律概念的二分,德国法的制度设计与实践都在相当程度上依赖于法释义学的支持。

作为能够获得普遍确信的认识框架,体系的一致和逻辑的严密对于法释义学而言至关重要。因此,在法释义学的建构过程中,为追求体系一致而进行的体系检验几乎时时都在进行,微观面的检验主要针对制度内部是否逻辑一致,而宏观面的检验则涉及不同的制度是否具有普遍的逻辑一致性。对于新出现的理论和制度创新,法释义学更会自动将其放置在整体框架下,进行更高层次的逻辑析分。由此,一项具体制度即便分隔来看是恰当的,也会因无法纳入整体系统而被修正甚至是彻底放弃。这些系统检验不仅为德国法带来获得普遍确信的行政法理论,同样成为法规范秩序能够统合一致的重要根基。而德国法之所以在制度整体上表现出如此高的成熟度,也正因为它在法释义学的建构过程中通过对内部逻辑的不断锤炼所达到的法释义学本身的体系一致性,以及因此而带来的法规范秩序的体系一致性。

相比德国法释义学成果和行政立法之间的紧密依存,以及经由法释义学的体系一致而带来的法秩序的逻辑周延,我国的行政学理显然欠缺对逻辑一致的周密考虑和整体完整的反复锤炼。不同的价值取向、不同的研究重点,都可能导致学者对问题进行条块分割,自说自话,这些研究既缺乏整体视野和通盘考虑,又不愿在兼顾全局和权衡其他的基础上,进行适时修正和理性反省。尤其是学者在遭遇问题时,惯常从外国经验中寻求帮助,但对外国制度的截取又往往是片断式的,而不是将其作为整体逻辑中的一环,这也导致很多原本在本国法律体系中运转良好的制度,在植入我国后,都变得如南橘北移一样水土不服。大部分人将其归因为“不符合中国国情”,却未考虑是因多头移植和断章取义所导致的体系不一致与逻辑不周延。如果说,行政诉讼制度在实践了二十年后,需要进行整体检视,那么相关的学理研究同样要进行系统反思。德国法的经验已经证明,唯有引入对体系一致和逻辑周延的考量,相关的学理才会为法秩序的统合提供强力支持。

五 结 语

综上,德中两国在诉讼权能与审查密度在制度关联性上所表现出的巨大差异一方面源于在制度建构中,行政诉讼是否首先被作为由诸多环节共同构成、紧密关联、配合作用的整体来对待;另一方面则源于作为制度建构基础的行政诉讼学理,是否强调对逻辑一致的周密考虑和整体完整的反复锤炼。而本文的写作正是从诉讼制度的整体构成与系统作用角度出

[69] Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1989, S. 307 ff.

[70] Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1989, S. 330 ff.

发,通过对照德国与中国在诉讼权能与审查密度两方面的不同处理,以及分析它们之间的内在关联,一方面尝试跳出以往对行政诉讼制度予以片断认识和分隔理解的视野窠臼,从整体上观察和把握不同国家行政诉讼的风貌;另一方面则希望在我国行政诉讼的学理讨论和制度实践中,同样导入对逻辑一致和整体完整的思考与追求。

[**Abstract**] Power suit and density of judicial review both are the key institutions of the administrative proceedings, but theoretical research in China used to observe them separately. The judicial practices of the both institutions are also carried out separately. On the contrary, in German law, the strict power suit and the high-density of the judicial review reflect the interaction and coordination between the administrative litigation system. The difference lies on the one hand in the system construction, if the administrative proceedings are firstly to be constituted as a whole system which is composed with many closely associated institutions. On the other hand, in the theoretical research as basis for the administrative proceedings, whether they put the emphasis on the logical consistency and the overall integrity. While starting from the point of view of the overall structure and functionary system, through the comparison of Germany and China in the procedural rights and the density of judicial review, as well as the analysis of the relationship between them, this article tries to avoid the visional limitation of the separate handling, aiming to recognize and understand the whole style and features of the different administrative processes of the other countries though the overall observation; meanwhile this article tries also to call the attention on the logically consistent and system integrity in academic discussion and institutional practice.

(责任编辑:田 夫)