

## 在公开讨论中的公民，行政和司法

Heinrich Scholler 教授

### 一. 在舆论自由条件下公民和行政管理的关系

在舆论自由条件下，探讨公民和行政管理的关系，是在国家行政管理机构现代化革新基础上，对二者关系的讨论。如果仅从公民与管理机构对立的角度出发，是不可能由这二者本身对行政管理进行现代化的革新的。这种变革还需要另外一个机构，即国家的司法权，而且是独立的司法权，即有独立判案的权力。以上提到的公民和行政管理的关系有意识地强调了两个概念：公民和行政单位；而并非以前运用的陈旧的概念：“臣民与国家”。直到 1917 年，即第一次世界大战结束之前，“臣民”与“国家”的概念还泛用于德国的行政机构。在这样的前提下，只能允许现代行政法在一定条件下进行发展。1919 年时，一部权威性的教科书仍会把行政行为定义为一种将公民视为决策对立面的国家行为，贯彻这样的国家措施即是由国家告诉它的臣民，什么是合乎法律的行为。

第一次世界大战后，更确切地说是在第二次世界大战后，在对法制国家的重新演绎中，臣民的概念和在臣民之上的国家的概念消失了。取而代之的是公民和国家行政机构的概念。作为国家民众的组成形式，人即公民是立法执行机关的出发点，享有政治和公民的自由权和平等权，与他相对的不再是以前不可接近的国家。对国家这个概念存在着不可渗透之说，即指国家是不可侵犯的，因此它不可能被诉之于法庭。但公民享有权

利，审查国家司法机关的法院记录，并且还要审定法院判案是否执行了国家法律(即在法律职权内)，是否符合法治国家的司法程序，是否限制了或侵犯到公民的自由权。一般来说，发展成民主的法治国家就是指向立宪国家的发展。在立宪国家里，公民是国家权力的一部分，倘若国家行政机构因为某项管理行为触犯到公民的法律权益，公民可借助法院来审查管理部门的此项行为。这里，公民与行政机构的关系转变还应从另一个角度来看，即行政管理机构的现代化。在 19 世纪时，法院的审判权，普通民事法院其中特别是行政法院的审判权就已规定，行政行为的法律基础由立法机关即议会通过法律来调节和限定。然而，这些法律规定大多由德意志帝国的邦州来制定并且执行。所以，在帝国或者以后成立的联邦这一层一直还没有相应的行政程序法来管辖。

在 19 世纪，公民与行政机关的关系不仅充斥着对民主选举权的斗争，同时更有为争取新闻出版自由，免除政府对出版物的审查而进行的激烈的抗争。出版自由意味着，当由公民组建的出版机构，尤其在报道或批评国家和行政机构的不良行为时，不需要事先经过政府的许可。公民要求对公众生活的任何过程和事件，尤其是对行政和司法机关的工作过程有评论的权利。在报刊媒体这方面，19 世纪就已产生维护公民社会的倾向，这即是很长时间以后才真正得到承认的“公民拥护说”。即使在取消政府审查之后，德意志帝国的刑法法典仍

对新闻自由权作出限定。只有当记者或报业公司本身“直接涉及”<sup>1</sup>了与国家机关的矛盾时，他们才可对该行政机构进行公开的报道或评论。但另一方面，律师一直拥有对行政决定和法院判决进行批评的权利。值得一提的是，他们把政府的诉讼权视为“司法构成的部分”。但在公民看来，行政部门和法院三者进行进一步的深层对话时，公开的讨论和公众法学不应只局限在律师界。新闻出版界因此很快提出履行拥护民权的责任的要求。在公开的讨论或争辩中，他们主要列举了新闻出版界维护民权合法性的三条理由。很快，这三条理由被帝国司法机关所采纳。

第一条，在法学体系中，新闻媒体接受公众的委托或代表公众的意愿，承担起社会检察官的责任。第二条，社会学中的权力发展学本身就可作为理由，表明社会需要一个特殊担保人的形象。最后一条，新闻界与其他任何一个国家公民一样，即使某一社会问题并不直接涉及到其利益，他也有权对社会性的问题提出自己的看法。

德意志帝国法院依此进行了理论上重要的准备工作，使大众媒体实现它合乎时代要求的职能。适时的准备工作首先要在整体上放弃狭义的紧急状态原则，而承认财物权衡原则。这种观念转变的结果是，在一项帝国法院判案中(RGSt 62, 92)，财物权衡原则作为一般性的法律补充原则让法官注意到社会承认的价值和文化观念。近一步的发展体现在帝国法院另一项决定中(RGSt 63, 93)。在这项决定中，获取信息这一义务原则得到发展，它使轻率的利益代表不再能排斥侵犯行为的事实构成。但德意志帝国法院最终未能达到对客观利益的客观代表，还缺乏直接进入案件的力度，但财物权衡原则和信息获取原则被应用于客观和主观事实构成范围

内，这为进一步的转型奠定了基础<sup>2</sup>。

还有一个例子可以看到，争取完全的新闻自由权的政治斗争获得成功的原因，即存在一个“出版物系列”。这个系列类似于在法庭上常见的情形，原告与被告为得出一个合法的判决，通过原告对被告辩护的答辩和被告对原告的二次答辩而不断申诉和辩论。对帝国法院判决的公布，在法学专业期刊上刊登律师和法学教师对判决的评论以及由此展开的种种讨论，都属于这个出版系列，系列中的出版物其实是沟通过程的各个阶段，整个沟通过程被称为公众法学。

第二次世界大战之后，联邦宪法和各州宪法在很大程度上用 1919 年魏玛宪法的条款保障言论和新闻自由的权利以及作出对这项权利的限制。从那时起，民事法院和联邦宪法法院很快就显示出倾向，直接地承认新闻媒体的社会责任和它们作为公众言论领导者的地位<sup>3</sup>。1951 年，联邦宪法法院成立。在成立后的第一个十年里，联邦宪法法院在执行其司法权时，就意识到新闻出版界不断扩大的公众任务并获得承认的三点原因：

首先，言论自由在民主的国家体系和法律体系中，其对立宪的因影响越来越得到注意。这是指，言论自由作为基本法，除被主要强调的在国家层面上的公民防御权外，还有非国家调节的第三效用功能（联邦宪法法院 5, 85 和 7, 198）。

其次，在近一步的发展阶段里，承认言论自由是形成社会舆论的因素，并保障和扩大言论自由这一基本权益。公民的舆论自由是社会环境中形成国家政治氛围的前提条件（联邦宪法法院 8, 42 (44)）。

最后，在第三个发展阶段中，承认新闻自由的公共机构性质的担保

作用。在民主制度下的法律体系中，由新闻自由权产生的舆论作用，产生出这一自由权促进立法的作用。新闻出版界作为“公众言论的负载者和转播者”，起着公共机构性的担保作用，包括从信息的产生到新闻传播整个过程（联邦宪法法院 12, 118）<sup>4</sup>

在美国，存在同样的发展情况。一个明显的例子就是对第一修正案即言论自由的斗争和分歧。首先必须注意到，民主国家法制的每一步发展，公民，行政部门和司法机关都以类似的方式参与到公众法学的公开讨论中。

在美国，对新闻出版自由的诠释首先是对独立战争和独立宣言的肯定，它是针对行政部门直接，间接或提前设置的措施而享有的自由（这里人们采用著名的 Blackstone 对新闻出版自由的解释，即“不设事先的约束”）。

Thomas Cooley 则指出，“不设事先约束”的理论不符合宪法规定中的自由发表言论这一基本权益的法律本质内容。

并非出版物审查是唯一违反言论自由的行为。因为只有当行政机关每一个阻碍对公共事物广泛和自由的讨论的行为被视为违反宪法的行为时，言论自由这一基本权利才在本质上得到保证<sup>5</sup>。这种广泛而自由的讨论是公民履行公民权利的重要的前提。只有这样，才会为实现新闻出版自由扫清障碍，才会取消由无形的审查概念引入的有形的审查制度的限制。这一有力论据在美国最高法院得到了重视。在司法判案中，最高法院尝试用客观标准代替形式标准，言论自由这一基本权利由此得以实现，发挥它在社会中的任务，公民与国家一起探讨 20 世纪的现实问题<sup>6</sup>。公民提出了新闻出版自由的要求，事后惩罚的限制制约了这一要求。对使用新闻

出版自由权利的惩罚和限制必须遵守公民基本权利的精神，要与“建立自身行为”这一公民基本权利的作用取得一致。

正如 Holmes 所说，因为人们在开放的意见交流中让思维能力处于相互竞争，由此得到的事实是经过最全面的检测的，所以通过开放的思想交流才能实现最佳的理想状态。只有开放交流后得出的真理才为人们更清楚地看到自己的愿望而奠定基础<sup>7</sup>。

美国最高法院一共确立了六种重要观念，以通过确定有形的出版后的内容审查来保障言论和新闻自由：

“不良趋势”学说，“明确而且现时存在的危险”学说，“对危险的合理担心”学说，“首选位置”学说，“合理调控”学说，“非法行为鼓吹”学说。

“不良趋势”学说是指，一份公开出版物可以因它的不道德倾向而受到惩处；“明确而且现时存在的危险”学说是指，在出版后，引起明确而且现时存在的危险；“对危险的合理担心”学说是指在理智状态下确实可以意识到的危险；“首选位置”学说是指，新闻出版界享有优先地位，每一项刑事诉讼方面的追究都被排除或至少很难实现；“合理调控”学说是指，新闻媒体只有面对能理性地约束这项自由权的法律规定时，才接受约束；“非法行为鼓吹”学说则是指当新闻媒体有触犯法律的行为时，它才承担法律责任。

自 1950 年起，美国最高法院不再统一实行“明确而且现时存在的危险”这一论点。在其后一段时间内“首选位置”学说起到代表作用，该学说将言论与出版自由置于其它自由权之上。在“首选位置”学说被取消使用后，最高法院转向实践“合

理调控”学说。根据这条学说，如果一项重要的公共利益要求限制言论与出版自由，并且这种限制对当事人影响很小，那么他的言论与出版自由权限将得到一定的限制。虽然这项限制削弱了言论与出版自由的权限，但它同时表明，这项基本权进行了功能性的转变，它从免除事前审查的自由转成民主社会构成的重要模式，在最高法院的司法执行中得到承认和维护<sup>8</sup>。

在最高法院的判决过程中，可以清楚地看到，法院判决公开化不仅符合公民详细了解公共事物的社会需求，而且通过法学界的参与，公众法学的进程也得以开展。这个公众法学的进程由最初的出版审查的限制到禁止出版前的审查，现又跃到了一个新的形式，即对公共事物展开公开讨论。参与到这个公开讨论中有法学家和资深法律研究者，例如 Cooley 和 Holmes。

## 二. 政机关及它的程序和它的监控

### 1. 行政程序和行政审判权概论

随着民主社会的进程，当行政部门作为管辖机关被排除在公众舆论形成之外，并且形式上的和实际存在的审查被排除后，行政部门自身就要适应法治国家和合法程序的要求。只有经过法治国家的法律程序得到的行政决定才具有合法性，人们后来对此相应地称之为经过程序认定的合法行为。行政管理的过程仍然在不公开的状态下进行的，但是这个过程受制于公开的法院监控。早在普鲁士高等行政法院之时，行政法院的决定就已得到公开，这时就已为公众法学的形成奠定了基础。

第二次世界大战之后，当 1961 年州一级行政司法权被联邦行政司法权取代，即通过行政法院章程来实施行政司法权时，不仅来自于政治上的要求，而且大规模的各式判决都显示出通过联邦立法来管理行政行为的必要性。这项联邦立法就是《行政程序法》的出台。该法即适用于联邦，又通过不同的微小改动而适用于各个州。在我本人作为一位年轻的行政法院的法官刚刚开始工作时，正好经历了法院采用这项法案，将它用于司法判案中。

我们在这里要讲的事实是，不仅是议会的政治上的愿望，而且出于行政法院裁决所引起的影响，更促使产生一个现代化的法治国家的行政程序。这部行政程序法及行政法院章程得到了很大重视，其影响涉及到德国之外。这里，我想补充的是，在行政法院章程公布时，即被译成意大利文，更远的国家例如台湾也吸收了该章程，使其适用于本国的情形。由此可以看到，大范围的行政现代化很多时候不仅出于立法者的意愿，而且同时客观需要一个司法机构，履行现代化行政法的执行原则。

### 2. 国行政程序法中公民的位置

#### 1) 公民作为行政程序的参与者和法庭上行政诉讼的起讼人

当公民作为起诉人与起诉的对象国家同斥于法庭时，行政程序法将公民作为参与者置于政府之先。当然国家或者政府也同样是参与者。国家(或政府)和公民不是分担着原告和被告的角色，而是参与者的角色。通过传与本案有关的第三者出庭这一环节，将有更多的受案件影响的人得到传唤，他们的出庭也将影响本案的判决。在大的事件中，例如批准飞机场

或核电场的建造，自然会涉及到大量的公民，他们将通过第三者出庭的身份参与到行政诉讼中来。当然审理上千人参与出庭的案件，也是不可能的。在这样的案件中，《行政程序法》拟定，从这些人中选取一代表人，只有在这个代表人的参与下，整个案件才能得以进行。

### 2) 政程序的种类

按《行政程序法》，分为非形式化的执行程序 and 形式化的执行程序两大类，以保障行政管理的灵活性。原则上所有的行政程序都是非形式化的，也就是不需要形式化的执行步骤和形式化的管理。但是在一些特别的和困难的情况下，执行行政法要求遵守形式化的特别规定。计划确定程序是形式化行政程序的重要表现，它的适用对象是批准机场和公路建设等公用计划。

### 3) 政机关的决定：行政行为

行政程序最后要以行政行为来体现。由司法权产生的行政程序法在其第三十五条和以下的条款中更加详细地对行政行为进行了规定。当涉及到一项使公民受惠或增加公民负担的行政行为时，在行政程序法中对这项行为的法律规定有利还是有弊于管理行为关系到是否保障公民在法治国家中的权利安全，同时也关系到是否维护行政管理的效能。在法律基础上，行政行为是指将对象具体性的具体处理。

行政程序法进一步规定了在何种前提下行政行为被认为无效或是不完整的。如果这种行政行为即政府措施的执行缺陷只是带来轻微的伤害，

那么在一个月的反驳期后按规定恢复法律的确效力并且不可以再对此提出异议。不可持异议是指，对于这项有缺陷的政府行为不再进行法庭审理。如果与以上情况相反，那么行政部门不可以再执行这项行为。除此以外在《联邦行政法院法》第 80 条和第 80 条第一款中规定对立即执行权的许可。在某种紧急情况下，行政行为不需要等待一个月的反驳期，而立即得到执行。

### 4) 公法合同

《联邦行政程序法》从现在起，在第 54 条中承认公法合同作为国家行为的方式。当依照行政程序法，允许建立合同关系时，或者行政方式要通过裁量才能进行时，公民和行政部门就可以利用合同这一方式。由此双方在同等的法律地位上进行协商，更灵活地调节彼此的行为。

### 5) 裁量，裁量自由和限制性裁量

行政程序法还涉及到在什么条件下，行政管理依照法律的程序可以自由决定(决定裁量)，或者采取甲措施还是乙措施(行为裁量)。例如面对一非法建筑物，即一幢未经国家许可的建筑，在其较轻违反法规情况下，行政机关决定对其不加干涉(决定裁量)，或者行政机关令其在建筑上有所改变或添加或彻底清除(行为裁量)。在行为裁量上，行政行为可以存在两个或多个法律允许的不同的可能性。违反法律的行政行为，即滥用裁量是指，行政裁量权被滥用(例如会损害到个人的敌对者的权利)，或者超出裁量权范围(这种情况发生在裁量权被运用在当法律对行政行为有严格控制时)。

### 6) 信任保护

这里还出现一个重要领域，即从司法权发展出来的信任保护。信任保护是指，公民应该相信行政措施，即使这些措施有欠缺的地方。当然这些缺陷不应该构成行政行为无效。面对这种不完善的行政行为，公民的利益必须要受到保护，公民对至少过去一段时间的行政业绩应该报有信任感。行政机关有责任对自己的不完善行为进行修改，或者在今后收回该行政行为的通告。

### 三. 国家行政和公民社会的合作领域中对于行政管理的新观念

行政管理在涉及到公民时，特别是在基层领域有了新的含义，这也赋予公民与公共机构之间一种全新的关系。即使这种国家与公民的新的合作关系主要存在于非正式方面，这种新的关系也同样在基层行政事物中发挥作用。由此基层行政管理在观念和目的上有了重要的改变，这种变化通过以下的研究可以看到。

最新的研究结果把这种国家和公民新的关系的成果定义为“伙伴关系式的管理”。

这种伙伴关系式的管理的目的在于，吸纳公民并且积极促进公民共同参与处理公共事物。现在，公民作为国家的管理伙伴，参与公民项目，这些项目的成果与行政机关的措施联系在一起。因此，公民和行政管理共同对整个社会的发展作出努力。在汉斯-赛德尔基金会的一本出版物中，针对这个主题，Susanne Luther作了以下论述：“积极的公民社会是为追求这样一个社会，其社会生活尽可能自发地建立。社会中的各个团体的自我主动性和自我管理性是在长期存

在的‘国家父亲’概念之上。按照自我负责的原则，每一个人都必须具备在这个社会中自我生活的能力。同时不应抛弃一些基本的原则，例如帮助弱者的义务……在一个等级森严的社会制度里，以上这种积极的公民社会的体系，即建立在各个团体和各个机构共同参与的基础上的公民社会，是不可能运作的<sup>9</sup>。

关于公民参与行政管理的可操作性除按法律规定的形式外，还可以在运用乡镇法规和行政程序法的实际案例中找到参考范例。这样的情况有时借助于乡镇政府代表的参与，有时则没有。至于更为具体的形式还有，进行义务工作的自助团体，积极与邻近乡镇建立合作与交流组织，举办未来规划研讨会，公民参与时事讨论，召开各方会集的圆桌会议，建立未来策划基层组织，公民出具审核意见，此外还包括改善环境及预防犯罪的安全监察。

总而言之，可以说这些公民参与行政管理的形式常为社会型的自助团体，或者是在环保和规划方面的积极行动。

### 四. 结束语

在公开讨论中，公民，行政和司法关系显示出一种本质的变化，不仅通过民主的公开性原则，而且更通过公开讨论，即公众法学的促进。自普鲁士最高行政法院建立起，最高一级的行政法院的判决一直都公布在官方的文献集和私营的专业期刊上，并在期刊中进行讨论。通过不同意见的加入，通过刊登与联邦宪法法院法官判案结论相背的批评，均加深了这种公开讨论的力度。《联邦行政程序法》的条款的各个部分都是公众法学

的结果，这种公众法学由最高法院判决的公开出版和法学人士对判决的评论发展而来。因此，例如信任保护和公法合同等利于公民公开交流的举措已成为行政程序法的中心环节。特别要强调的是，在行政法院案件审理中的口头辩论原则和公开原则的重要性。我有幸参加新版的法律教学大纲的编撰工作。一直以来，我都强调在

教学活动中与学生讨论最高法院法官的判案结果。在法学院学习初期，就要训练学生会读并会分析最高法院法官判案结果，为以后有能力加入到公众法学的讨论进程中打好基础。

---

注释：

<sup>1</sup> Heinrich Scholler 《个人与社会》，1967，慕尼黑。第 269 页

<sup>2</sup> Scholler (见注释 1)，第 260 页

<sup>3</sup> Scholler (见注释 1)，第 262 页

<sup>4</sup> Scholler (见注释 1)，第 268 页以下

<sup>5</sup> 十分重要的是，政府不能阻止人民对公共事物进行自由和广泛地讨论，这是人民运用自身公民权利的行为方式。

<sup>6</sup> “对政府处理 20 世纪的问题时作出具体的限制”

<sup>7</sup> “渴望获得良好行为的最佳途径是通过自由贸易的精神达到 – 对于真理的最好检验是把它放到市场的竞争中，由此得到的真理才为人们奠定了唯一的基础，使人们最清楚地看到自己的愿望。”

<sup>8</sup> Scholler (见注释 1)，第 237 页以下

<sup>9</sup> Susanne Luther 《在积极的公民社会中的基层政策》，载《职责的建立》，由汉斯-赛德尔基金会 2001 年出版，第 67 页以下

相关论题可参见：Hermann Hill 《伙伴关系和联络体系 – 在公民社会中国家的行为》，Bay VBI 2002 年版，第 321 页以下

(张叶鸿 译)