

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1322

行政法上合法预期之保护

余凌云

如何在贯彻行政裁量不受拘束原则和保护行政相对人权益之间寻求均衡,是现代法治国应有之意,也是中国加入世界贸易组织之后建立诚信政府的一个重要工作。流行于英美法系和大陆法系行政法理论与实践的合法预期之保护制度,为我们提供了一个重要的思路。合法预期的概念具有广、狭之分。本文着重讨论后者。狭义上的合法预期概念保护的既不是权利,也不是可保护利益,而是相对人因为行政机关的行为而产生的对预期的信赖。对合法预期的保护源自现代社会具有“信赖保护”、“法治”、“良好行政”以及“经济效率”等几个基本诉求。通过司法审查确认相对人的合法预期受到损害的,国家应当对其提供程序性、实体性或者赔偿性的救济。鉴于我国行政法理论与实践的滞后,以及解决相关问题的迫切性,引入合法预期这一概念具有重要的现实意义。

关键词 合法预期 信赖保护 行政诉讼 救济

一、引言

近年来,在责任制实践、市场经济理念和公共选择理论的影响下,以向社会公开承诺为基本特征的行政改革正如火如荼地展开[1]。随着现代民主政治的发展和人权观念的深入人心,行政机关也越来越多地运用像劝导、诱导、咨询、建议这样的更加柔和的行政指导手段,让相对人能够更加自主地、有目的地并更有成效地安排自己未来的经济活动与生活。所有这些革新,对于重塑国家和公民之间的关系,对于提高公共服务质量和推进民主政治无疑起到了巨大的、推波助澜的作用。但与此同时,与之相伴随的责任机制问题却又始终困扰着公民、实践者和法院。

《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第(二)项和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干问题的解释》)第3条规定:“行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件”,也就是“具有普遍约束力的决定、命令”,不属于行政诉讼范围。而且,行政法理论也公认,行政法规范、尤其是低层次的行政规范性文件具有较大的不稳定性,这是行政法的基本特点之一。其结果是,公民根本不能指望法院(律)来保护你对政府政策的信赖预期,哪怕政府朝令夕改,反复无常,公民也只能自认倒霉,奈何不得!

《若干问题的解释》第1条第2款第(四)、(六)项进一步解释道,“不具有强制力的行政指导行为”、“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”,不属于人民法院受案范围。这意味着,即使是在行政机关积极诱导、劝导、给予保证或许诺下投资办厂、开山修路,假如行政机关出尔反尔,收回成命,言而无信,那么,行政相对人即使遭受损失,也不具有合法的诉权去要求行政机关承担法律责任。

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

长此以往，法的稳定性、特别是对政府的信赖将在上述不可预测的规范（行为）变动之中遭到致命的打击。更为重要的是，我国已经加入WTO，很难想象，上述变化无常的政府行为方式能够说是一种WTO规则所要求的“统一、公正、合理”的执行方式？这也很难解释，为什么在上述非理性的变动之中对相对人造成的不利影响尽管已明显地落入了WTO司法审查规则要求保护的“不利影响”范畴，但却不能得到有效的司法救济？假设上述状况不能得到根本的改观，那么，WTO规则想要建立的可预测的、自由和公正的经济贸易和法律秩序只能是一个永远无法实现的美好梦想。

上述问题决不是简单地扩大行政诉讼受案范围就能够解决的。这还涉及到原告资格问题。因为政策只是连接法律的纽带，是将以往经验凝固、升华到行政裁量运行结构之中，在宽泛的裁量权和具体个案之间建立相对固定、较为理性的行为反应机制。它本身不会创制相对人的权利。同样，行政机关针对社会（区）的许诺，不会像契约那样生成相对人的权利，只是作为内部规则对行政机关本身产生约束效力而已。因此，当政策改变或者行政机关出尔反尔的时候，受影响的相对人不具有《行政诉讼法》第2条规定的“合法权益”。相对人受到损害的只是对行政机关未来行为的一种预期和信赖，是一种事实上的利害关系，还谈不上法律上的利害关系，所以，即便《若干问题解释》第12条已经将原告资格适当延展到“法律利害关系”，也无济于事。

或许，按照WTO规则中要求的“不利影响”来重构原告资格理论能解决这个问题。但是，如果我们仅仅只是停留在这么一个单纯的概念术语层面上，是与事无补的。因为，比如政策的改变当然会对一部分人产生或多或少的不利影响，但是，它们却未必见得都需要司法的保护。因此，我们还必须进一步去回答，“不利影响”的具体结构是什么？司法判断的标准有哪些？在我看来，原先的“合法权益说”或者延展之后的“法律利害关系说”是在一整套理论和判例基础上构建起来的，具有司法上的可操作性、客观判断性和一定的合理性，没有必要完全抛弃，可以作为“不利影响”理论结构之下的亚结构予以保留。然后，我们再去针对上述救济的不周延、不充分，去寻找其他行之有效的标准，去构筑另外一个与“法律利害关系说”相平行的亚结构，进而共同支撑起一个完整的“不利影响”理论架构。

当我们将目光投向同样是WTO成员国的英国、德国、澳大利亚等国家，探寻它们是怎么解决这些问题的时候，一种叫做合法预期（legitimate expectation）的制度强烈地吸引着我们，为我们彻底解决上述问题露出了希望的曙光。合法预期的价值还不仅只是解决诉讼上的问题，透过它，我们还可以解读出对现代行政的诚实信用、不含任何偏见以及连贯性的基本要求，这对于促进诚信政府与法治政府的形成、对于督促行政机关理性行事，也具有不容忽视的深远意义。

从概念术语的起源看，合法预期是分别在英国和大陆法国家生成的。从英国、甚至所有普通法国家来讲，合法预期的概念最早是丹宁法官（Lord Denning）在Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs（1969）案中使用的[2]。在与英国仅一海之隔的欧洲大陆国家，特别是德国、荷兰、瑞士行政法中也有一个叫做合法预期的概念。随着合法预期制度被欧共体法院以及欧共体法所引用，它被确认为欧共体基本原则之一，成为“保护公民的欧共体法律秩序的诸多上位法之一”[3]。

尽管近年来彼此之间有着相互借鉴的趋势，不同国家对这个概念的关注和研究视角仍然有着一定的差异，有着各自的特色。在德国行政法上，合法预期观念是与行政行为的效力理论紧密相联的，在有关授益或赋负担行政行为的撤回、撤销、废止理论之中，细致入微地体现出对合法预期的关怀与保护。澳大利亚和新西兰行政法主要是从自然正义和程序公正意义上去研究和保护合法预期。英国法则是从更加宏观的视野上研究合法预期问题，合法预期跨越了可保护利益，深入到行政机关咨询职能与制定政策的领域，而后者是德国和法国法的合法预期理论很少涉足的。英国法对合法预期的保护主要侧重在程序方面，实体性保护只是近些年的事，并且举步维艰。欧共体法因为有着德国法和法国法比例原则的底子[4]，在接受实体性保护上丝毫没有障碍。法国在判例上正式承认合法预期保护尽管较晚[5]，但是，类似的问题却一直受到了较为妥善的赔偿性保护，在这一点上却是英国法所不及[6]。

从西方国家的有关文献看，合法预期实际上有着广、狭之分。狭义上的合法预期是指相对人因行政机关的先前行为（如曾制定过政策，发过通知，作出过指导或承诺等），尽管没有获得某种权利或者可保护利益，但却合理地产生了对行政机关将来活动的某种预期（如行政机关将会履行某种程序或者给予某种实质性利益），并且可以要求行政机关将来满足其上述预期。行政机关除非有充分的公共利益理由，原则上

不得拒绝。所以，狭义上的合法预期是在司法审查传统上所保护的权利（right）和利益之外建立起来的第三维度。它要保护的并不是权利，也不是利益，仅仅只是相对人因行政机关的行为而产生的对预期的信赖。广义的合法预期是个包括可保护利益（protectable interest）、甚至权利在内的、并与之纠缠不清的综合维度。除了包含狭义的意思之外，还指行政机关的行政行为，如果生成了相对人的权利或可保护利益（如颁发了执照，允许营业），也会形成继续保持已然状态的合法预期。如果发生非理性的改变（如任意撤销执照），使相对人已经享有的权利或利益终止或者被实质性改变，也会出现合法预期之保护问题。

我不否认，撤销或废止行政行为，也可能会违背当事人对其权益继续持有的预期。但是，此类问题在行政行为的效力理论和行政诉讼上已经得到较为妥善之解决，那么，还有必要放到合法预期制度之中吗？所以，从制度和谐，尤其是解决上述我国面临的问题之需要看，我倾向于引进狭义上的合法预期概念。本文将首先分析之所以要保护合法预期的各种理论根据，然后，再探讨司法上据以判断预期是否合法成立的具体标准，深入比较分析法院能够用来保护合法预期的三种救济方式，并阐述对我国相应制度的理论构想。

二、合法预期保护之必要性及司法判断的标准

原则上讲，行政机关对于立法授予的裁量权，可以根据时势的发展与行政的需要灵活地运用，不受成例、过去的决定以及实践模式的约束。这就是行政法上所说的行政裁量不受拘束原则（the principle of non-fetter）。如果行政机关现在说过的话、作出的决定都将限制其将来的一举一动，那么，实际上就变成了行政机关自己来规定自己的权限范围，这显然与“行政权的范围由立法决定”之宪政思想不符，也与行政裁量的授权目的不符。单纯地从这一点上看，就构成了一个绝好的反对合法预期的理由。

但是，问题绝对没有这么简单。行政法的任务本来就是同时推进与实现一系列价值，其中甚至是很多可能会彼此发生冲突的价值，并且追求双赢的效果。比如，合法预期与禁止束缚裁量权就是一对相互矛盾、但又需要同时保护的关系。那么，为什么要保护合法预期呢？对此问题的解答，能够为合法预期概念得以最终成立打下坚实的理论基础。这方面的理论根据主要有如下几个方面。

1. 信赖保护

信赖保护观念无论在公法还是私法上都极其重要，是维护社会秩序的重要基础。在现代社会中，人们要想有效地进行经济交易、安排生活，就必须对行政机关要有起码的信赖感，行政机关也应该给他们这样的信赖感。如果行政机关已经对相对人发布政策或作出意思表示，并且使后者对此产生了信赖，就显然有义务兑现上述承诺，不能因为辜负这个信赖而使相对人蒙受不必要的损失[7]。

理论家们之所以要在司法保护的意义上造出合法预期概念，主要目的之一就是要减轻由此带来的不公平[8]，要求行政机关是值得信赖的。所以，英国和德国行政法中都存在着信赖保护观念，以及与此密切相关的合法预期保护原则，尽管适用的范围和内涵不完全一样，但都是为了限制行政机关任意撤销、撤回、废止其已经生效、并且已经公之于众的承诺、决定或政策。

但这绝对不是说行政机关不可以改变自己的承诺或政策，而是说，除非有充分的公共利益理由，行政机关一般应继续执行原先的承诺或政策。

2. 法治

引用法治来论证合法预期保护的必要性，主要从两个角度进行，一是法的确定性和可预测性，另一个是平等对待。首先，法治要求政府权力必须以一种可知的、可预测的方式行使。只有这样，才能给相对人行为提供规范和指导，相对人也才有可能对自己将来的行为进行筹划、安排和控制，整个社会才能有条不紊地维系在良好的秩序当中。这就要求行政机关原则上要遵守自己发布的政策、信守自己的诺言[9]。换句话说，就是由于预期是个人生活自治和安排的核心，因而需要得到法律的妥善保护。

这一点在行政裁量问题上尤其显得重要。由于自由裁量的授权条款在语言上是不确定的，还有那些相对人通常不清楚的、非正式的操作规则以及其他限制因素影响裁量权的实际行使，所以相对人很难预知裁量权将会怎样行使[10]。在这种情况下，要想使得上述法治的理念能够最大程度地实现，增加行政裁量行使的可预测性，要求行政机关遵守诺言、执行已告知相对人的政策，保护相对人的合法预期，就显得更加必要，而且意义重大了。

其次，就是从形式平等、平等对待的角度上讲，也有着上述必要。政策观念本身能够在行政裁量领域保护平等对待原则，政策存在的本身就是一个强有力的平衡砝码，保证行政机关不滥用裁量权，不对相同的案件采取不正当的歧视。所以，我们要求行政机关原则上要受到自己颁布的政策约束[11]。

3. 良好行政 (good administration)

正如佛拉瑟法官 (Lord Fraser) 指出的，基于良好行政的考虑，行政机关也要尊重其行为所产生的合法预期[12]。为什么呢[13]？

第一，如果行政机关随便地出尔反尔，那么就不值得信赖，其代价就是会增加行政的成本。但是，如果合法预期得到了很好的保护，那么就能够“取信于民”，增加相对人对行政机关的信任和信心，反过来，又会促进相对人积极参与行政、协助行政、服从行政，形成良好的互动关系。

第二，承认合法预期，会促使行政机关更加谨慎从事，提供高质量的信息。如果相对人能够不断得到高质量、可信赖的信息，那么也将有助于其接受和遵守行政政策。因为人们之所以抵触某些行政政策或措施，实际上与行政机关不能向公众提供这方面的充分信息、进而取得公众的理解有一定关系。

第三，保护合法预期要求行政政策不能朝令夕改，即便是在必须改变的时候，也要周全地、妥善地考虑和对待相对人已经产生的预期，要履行正当的程序，如事先通知相对人，听证或者采取过渡性措施。这样可以让相对人逐渐熟悉和适应新的政策，取得他们的合作与遵守。

第四，最为关键的是，从下面的论述中我们也会进一步看到，保护合法预期并不会实质性妨碍我们获得良好的行政，不会实质性地约束行政裁量权的行使。因此，从根本上讲不会影响到行政效率，相反，会因为上述的种种情形促进行政效率。

4. 经济效率

从经济的角度看，正如韦伯 (M. Weber) 指出的，法的稳定性是资本主义经济的理性交易的前提。经济行为只有在在行为人可以依赖什么东西的时候才能得以实施。而在这个变幻不拘的世界之中，法律是人们应该能够、而且是最大程度上能够依赖的东西[14]。假如法律能够保护合法预期，那么将会对交易的成本与效益产生有益的影响。这是因为经济人能够安全地依赖行政机关的意思表示，并且知道由此产生的预期是会受到法律保护的，那么，就能够降低收集信息的成本，更加有效地分配资源[15]。

对合法预期的保护实质上是为了保护对行政的信赖，所以，合法预期只能是基于行政机关的行为而产生

生,而不能是相对人自己主观的臆想、猜测或希望。上述对合法预期狭义上的界定,意味着只有也只能在以下三种行政机关的行为当中才会出现合法预期问题:其一,行政机关曾通过公布有关通知、通告、办事规则(程)等,或者作出过承诺,向某(类)人明确表示过将执行某项政策,但是,后来却没有按照这么办。比如,公安机关曾在某办事规则中向社会承诺,对于个人购车,将在三日内办完上照手续,但实际上没能做到。其二,行政机关曾在个别指导、答复询问中向某(类)人提供过意见,或者做出过保证,但是后来,行政机关却没有按照其所提供的意见或保证办理。比如,行政机关曾向投资者明确保证,将积极鼓励在新技术开发区投资建设高新技术产业,政府将给予税收、能源、交通等方面的便利或优惠。某企业投资建厂后,政府却没有完全兑现上述许诺。其三,行政机关长期以来在处理某类问题或案件时形成了相对固定的实践,但到了处理某(类)人的案件时,却没有按照这样的惯例办。

那么,司法上凭什么来断定预期是合法成立的呢?对这个问题的回答,直接关系到司法保护的范围。一般来讲,要想产生合法预期,并获得法律上的保护,必须符合以下标准:

第一,行政机关在上述意见或政策中所表达出的意思必须是清晰的、不会产生歧义且没有有关限定的条件[16]。通过这些明明白白的意思表示,能够使相对人有理由相信,最重要的是能够让法院也认为,将来行政机关一定会按照它所承诺的那样去做。如果行政机关在相当长的时间内对同样的问题总是这么处理,这种相对固定的实践或行为,即便没有清晰的意思表示,也能够产生相对人的预期,因为他相信“到我这儿,(行政机关)也会这么处理”[17]。

在审判中,判断究竟是不是合理地产生预期,要结合意思表示作出的具体方式、内容和情境,以及凭当事人的知识与经历会不会产生误解等因素来综合分析。

第二,上述行政机关的意思表示应该是由行政机关中实际上或者表面上有这方面职权的人做出。司法上判断这一点十分简洁,只要某人具有一定的行政职位、与公众接触、并被认为可能有权做出上述意思表示,就已经足够了。但是,如果行政机关已经明确规定了只有某工作人员有权做出上述意思表示,而且原告也知道或者应当知道,那么,就不产生合法预期问题[18]。

第三,相对人的预期利益或潜在利益应该是明明白白地存在着,因为行政机关的改变行为,相对人上述利益受到了损害,或者遇到了困难。比如,相对人是因为行政机关的许诺、保证或建议而对自己的行为做出了安排和筹划,并期望获得某种利益,但现在却因为行政机关改变初衷,原先的计划落空了,先期的投资收不到应有的效益,财产上蒙受损失,等等。如果行政机关的改变行为根本就不会对相对人产生什么影响的话,那么也就不存在什么合法预期问题。

但是,如果存在以下情形,那么,将不会产生合法预期:(1)如果相对人能够预见到行政机关的上述意思表示在将来是很可能会改变的。比如,行政机关制定政策时就已经说清楚这是临时性的,或者媒体已经披露政府正在讨论修改某项政策,那么,相对人的预期就有可能不是合理的、合法的。至于个案中的预期是否合理、合法,就需要考虑政策实施的时间长短、政策赖以存在的环境条件是否发生变化、相对人是否也已得知政策即将改变等因素来综合地判断。强调这一点很重要,它可以制约预期无限制地扩大、膨胀。(2)相对人预期的内容必须是合法的,违法的预期是不可能得到司法保护的。(3)如果相对人明知或应当知道行政机关的行为是越权的,或者行政机关行为是在相对人贿赂、提供不齐全的资料或伪造、隐瞒等情况下做出的,那么也不会产生预期保护问题。

三、对合法预期的保护

从英美法系和大陆法系的法院实践看,对行政相对人合法预期的保护一直存在着多种做法:程序性、实体性和赔偿性的保护。各种保护体现了不同的理念,并有着各自的优劣。下文分别对这三种救济方式进

（一）程序性保护

对合法预期的程序性保护，就是法院要求行政机关在改变先前的承诺或政策的时候，至少应当给已经产生合法预期的相对人提供最起码的程序保障，比如，事前的通知或者听证。这种程序性救济是最基本、最没有争议的保护方式。

从历史分析的角度看，合法预期一开始就是在自然正义理念下发展起来的，通过它，能够产生符合自然正义和公正行义务（the duty to act fairly）的程序要求。比如，在CCSU案中，迪普洛克法官（Lord Diplock）就认为合法预期是一种听证或其它什么样的东西。罗斯齐尔法官（Lord Roskill）也说：“合法预期和听证权密切相关” [19]。

这样一种观念，在新西兰和澳大利亚得到了进一步的发扬光大，甚至变得绝对化、惟一化。新西兰和澳大利亚法院对合法预期的保护，基本体现在程序方面。澳大利亚甚至根本就不接受实体性保护的学说 [20]。其最基本的理由，简明扼要地讲，就是合法预期不应“打开锁闭法院审查（行政决定）优劣的大门”，法院不能非法侵入行政自治的禁区。然而，英国近些年的理论和实践兴趣却恰好是转向了实体性保护。

但不管后来的发展路径在不同的国家中有着怎样的分歧，不可否认的是，合法预期作为发展自然正义的程序性理念的一个工具，大大地延展了自然正义和公正行义务之程序保障的射程范围，使那些原本并没有这方面程序要求的行政机关行为也被赋予了程序保障的意义，以此来减轻行政机关行为对相对人可能产生的不利影响程度 [21]。

合法预期的保护之所以首先也最主要表现在程序方面，而且在普通法国家都普遍得到认同，在我看来，很可能是因为这比较符合普通法上对法官作用与角色的归属，即把法官的主要职责定位在判断行政决定是否公正之上。行政机关尽管有权改变政策，但是，在这过程中有没有给可能受到影响的相对人一个听证的机会？有没有对具有合法预期的相对人予以特别的考虑？如果没有达到最起码的公正程序的要求，法院当然有权干预。另一方面是因为对相对人提供程序性保护，并不会约束行政机关裁量权的行使。即使法院判决要求行政机关重新作出决定，行政机关也有可能在履行了所要求的程序之后，仍然作出与引起争议的决定相同的决定。因此，不会产生司法权不当干预行政权的问题。

那么，什么时候会产生程序性保护？正像克莱格（P. P. Craig）指出的，并不是原告的（预期）利益本身能够产生程序性保护，而是行政机关通过其意思表示所表现出的行为造就了程序性保护的基础 [22]。所以，从行政机关的行为所表达出来的意思看，可能会产生对合法预期的程序性保护的情形大概有两种：

一种情形是行政机关明确向相对人表示它将遵循某种程序，相对人因此也就产生行政机关肯定会遵守上述程序的预期，从而产生法律上的保护问题。

目前，欧共体、英国和我国香港地区都认为，既然行政机关自愿主动提出将实施某种程序，因此，即便该程序不是法律所要求的，行政机关也得履行，否则就违反了合法预期保护原则和平等对待原则 [23]。比如，在A. G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu案中，香港移民局一位高级官员曾公开对当事人（非法移民）表示，将挨个面谈，根据具体情况，决定其去留。因此，尽管当事人原本无权要求听证，但因为上述表示，而使得政府必须要给他们一个表达意见的机会。

另一种情形是行政机关作出过实质性表示，比如，公布将把某地区开发成以IT为主的高新技术产业区，并向国内外客商热情招商引资，但现在却改变了主意。

之所以在这种情况下也会产生程序性保护问题，并不是因为对实质内容的预期本身，而是因为行政机关的意思表示或决定的范围与语境[24]。既然先前存在着行政机关的承诺，就应该信守诺言。但是，另一方面，行政机关又必须按照其认为最妥当的方式行使权力。因此，就出现了公平对待的原则（the principle of fair treatment）和公法原则（the principle of public law）之间的冲突。要走出这样的冲突，其间就要有某种妥协。也就是要求行政机关在放弃原先的承诺的时候，要给相对人一个听证的机会，要事先通知相对人，要说明理由，要允许相对人对此种改变提起诉讼[25]。只有这样，才算公平，才符合自然正义的要求。也只有这样，才有助于增进对行政的信赖，形成相对人与行政机关之间良好互动合作关系。

那么，在个案中究竟要不要提供程序性保护？提供什么样的程序保护，是听证，还是说明理由呢？最初的判断权当然是在行政机关手中。但是，如果当事人不服，诉诸法院，法院有权做二次判断。从这个意义上说，法院是“创造者和惟一的裁判者”。

但是，法院也不是随随便便就做出决定的，而是要权衡一系列因素，包括辜负相对人预期会不会给其造成有意义的负面影响？影响的大小？提供程序性保护的成本如何？情况是否紧急？是否涉及机密和国家安全？是否与行政职责相抵触等等，以决定是否值得保护，提供什么样的保护[26]。一般而言，只有在行政机关的行为会对相对人产生有意义的不良影响，而且要求行政机关遵守某些程序并不会对公共利益带来很大的损害，不会妨碍行政机关职责时，法院才会要求行政机关遵守这些程序，对相对人的预期进行保护。但是，如果就是要求行政机关遵守这些程序对相对人也不会有什么实质性意义或用处，法院也不会提供这样的程序保护。

一旦法院认为应该对相对人的预期提供一定的程序保护，如果行政机关当时没有履行这些程序，比如，不能够说出充分的理由为什么要改变原来的决定，或者没有给当事人一个听证的机会，将会导致其后来做出的改变决定被法院撤销。

此时此刻，行政机关不能用法律上没有规定上述程序为由进行辩护，因为它自己的许诺、自己的行为表示本身已经足以产生上述程序的要求，并被认为是一种对现有法律规定框架的补充，除非法律有明确的相反规定，比如有禁止实施上述程序的规定[27]。

目前在我国行政审判实践上已经得到确认的只是，当法律或行政机关的内部规则有相关行政程序的规定、但行政机关却没有遵守时，法院可以要求行政机关遵守上述程序规定。但是，如果没有这方面的程序规定，在像上述我们讨论的那些情况下，光凭行政机关的许诺，或者依据自然正义，法院能不能直接要求行政机关必须为相对人提供程序性保护，比如，必须给当事人听证或陈述意见的机会？实践情况表明这似乎不太可能，因为信赖保护迄今在我国还没有成为一项法律原则，又因为目前的宪政制度下法官仍然不具有像英美国家法官那样的“造法”能力。

但是，如果我们细细地体察我国司法制度的运作与功能，就会发现也不是完全没有可能。因为从近些年来最高人民法院先后两次发布的关于执行行政诉讼法的司法解释情况看[28]，司法解释实际上具有某种创制法律的作用，某种类似于西方法官“造法”的功能。比如，《若干问题解释》中规定的驳回诉讼请求以及确认判决，都是《行政诉讼法》里所没有的。既然如此，我认为可以尝试直接在司法解释中完成对合法预期的程序性保护要求。

（二）实体性保护

法院能够提供的另一种救济是实体性保护，也就是直接支持原告获得其预期利益，要求行政机关不得改变，必须继续执行原先的承诺或政策。

之所以要考虑实体性保护，一方面是由于程序性保护有时会因为成本高昂和耗时而变得不可行。因为要听证，要拿出必须保护预期的充分理由，就需要信息、专家、时间和金钱，然而，我们又不可能保证能够充分地获得这些资源。而且，程序本身并不能够百分之百地保证结果的正当性[29]。另一方面，更为关键的是，如果相对人的合法预期是某种优惠（boon）或利益（benefit）的话，单单从程序上提供保护是否就是充分的呢？恐怕未必见得。比如说，像在*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kahn*案中给原告一个听证实际上没有什么价值，原告要的是行政机关履行其在通知中做出的承诺[30]。

然而，这种救济却招致了激烈的反对，批判的要点有二：其一，如果承认实体性保护，将会不适当地束缚行政机关，让其无法根据公共利益的要求以及自己的职责改变政策。其二，将使法官不得不去判断个案中公共利益是否足以否定个人预期，这实际上是让法官去审查行政机关的行为优劣问题，是非法干预行政决定[31]。

但支持这种救济的人对上述批判的回应是：首先，上述反对者的第一个理由实际上只考虑了合法性原则的要求，即如果行政机关自我约束了将来裁量权的行使，就违反了合法性要求。但是，这样单视角地考虑问题是有缺陷的，因为它忘了另外一个同样重要的法的原则，即法的确定性原则。如果从两方面都进行考虑的话，得出的结论应该是，不适当地约束行政机关改变政策的权力是不对的。但是，与此同时，也应该承认存在着法的确定性价值。对于那些因行政机关的政策而产生合法预期的相对人，当政策发生改变时，应当给他们一定的保护。因而，两方面权衡的结果，就应该有实体性保护的考虑余地[32]。其次，法官只是在行政机关的改变决定极其不合理，或者改变决定并不是公共利益所必需时才去干预，因而司法的干预是适度的。再次，在这种情况下，虽然也可以考虑用赔偿或补偿的方法，来换取改变政策的自由，但是，由于赔偿资源是十分稀缺的，而且金钱性赔偿也不总是行之有效的解决办法，所以，也应该考虑实体性保护[33]。

从实证和判例的角度看，合法预期的实体性保护实际上已经得到了英国和欧共体法院的确认。比如，英国上诉法院对*R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan*案的判决[34]，欧共体法院对*Mulder v. Council and Commission*案的判决[35]。

相比较而言，欧共体法院的保护力度明显比英国法院来得大。这主要是因为，欧共体法院把法律用作是推进欧共体政策目标及其对个人影响理性化的手段。法院所关心的是，怎样才能在公共目的事实上有可能获得实现的情况下尽可能地满足个人的预期，所以，也就没有必要去区分这样的保护是程序的还是实体的。而且，因为法院已经很注意保护行政机关目标获得实现，也就不存在实质性审查会干预行政决定优劣的危险。相形之下，英国法院因为传统上主要关注行政决定的过程，因为害怕干预行政政策的内容，所以在实质性审查上就显得不那么自信，显得有些畏手畏脚，始终无法彻底突破由*Wednesbury*案确立起来的极其不合理标准之思想禁锢。

但是，欧共体法院的上述审判观点恐怕迟早会对英国产生实质性影响。英国已经有学者按照比例原则的路数提出这样的见解，法院虽然不能用自己对政策目标的看法代替行政机关的看法，但是，法院能够审查让相对人的预期落空是不是取得政策目标所必需的。如果行政机关可以采取其他的手段，同样能够实现上述目标，并且还能够满足相对人的预期的话，那么，法院将确认上述预期是合法的[36]。换句话说，就是法院并不想、也不能够约束行政权的行使，但是法院可以通过合法预期来限定行政权行使的条件[37]。

实体性保护在我国可能面临的重大问题，不在于法院会不会受到宪政体制的约束，而在于上述争议能不能进入到行政诉讼上来。如果像行政指导、行政规范性文件这样的行为一旦能够被法院受理，那么，在人民代表大会制下法院对行政机关的制约和监督关系应该能够容纳像实体性保护这样的司法措施。因为在现有的行政诉讼制度中早已允许法院对行政权的实质内容进行适度的干预，比如，对显失公正的行政处罚，法院有权直接变更；对行政机关不履行法定职责，法院有权判决责令限期履行，而不仅仅是确认违法。同样，如果需要对合法预期进行实体性保护的话，只要通过撤销行政机关后来的改变行为，就可以达到目的。

但是，另一方面，对实体性保护把握的深浅的确对宪政体制下的分权关系十分敏感，必须在不会实质性改变分权关系的基础上去划定其适用的条件。在我看来，这方面的条件至少应包括以下几点：第一，行政机关曾对特定的相对人许诺过将给予其某种实质性利益或优惠，或者相对人基于行政机关的政策或承诺而合理地产生获得某种利益或优惠的预期，但是后来因为行政机关改变了上述意思表示而使上述预期落空。第二，上述行政机关的意思表示是合法的。如果是违法的，那么因为其对行政机关不产生拘束力，不可能要求行政机关继续受其约束，只会产生对善意相对人的赔偿保护问题。第三，对上述预期，仅提供程序性保护仍然不够。而且，赔（补）偿性保护也不足以弥补相对人的损失，或者因为相对人根本没有财产上的损失，所以，也谈不上赔（补）偿问题。但是，预期的实现对于他仍然非常有意义。第四，行政机关改变原先承诺或政策不具有充分的公共利益理由。这是实体性保护的最基本、最重要的前提。因为没有充分的公共利益理由，也就意味着没有什么必要去改变原来的意思表示，而且，意味着这样的改变对相对人造成的损害远远超过了公共利益的受益，法院也就有可能要求行政机关继续执行原先的意思表示。

（三）赔偿（补偿）性保护

如果行政机关先前作出的承诺或政策是违法的，或者虽然是合法的，但是实际上没有执行，对于那些因合理信赖上述意思表示、并且已经作出和实施自己行为计划的无辜相对人来说，很可能造成已投入的财产没有效益，不能得到预期的财产利益。对于上述损害，法院就应该考虑要求行政机关承担相应的赔偿（补偿）责任，也就是提供赔偿（补偿）性保护。

1. 撤销违法意思表示造成损害的赔偿

行政机关对政策或承诺的撤销很可能是因为这个政策或承诺本身是违法的。它包括三种可能：一是行政机关是在其权限范围之外作出上述意思表示；二是虽然是在行政机关的权限之内，但却是由没有这方面权限的公务员作出的；三是意思表示是违反法律规定的。

对于上述违法的意思表示，由于行政权及其法律规定的复杂性，当事人当时无法得知它们是违法的，而且对于相对人来讲，行政机关无疑是行政上的专家，容易获得信赖。在这种情况下，相对人对自己的行为作出了安排。现在行政机关如果又以违法为由不按照上述意思表示办事，那么就很可能对当事人造成损失。

在这种情况下，赔偿应该不失为一种可以考虑的有效救济手段。理由是，首先，如果我们选择了允许行政机关改变自己先前的意思表示，那么实际上是优先考虑公共利益的实现，这肯定是无可厚非的。但是，从公共负担平等的角度讲，在其他绝大多数社会成员享受因改变意思表示带来的好处的同时，却让特定人单独承担非正常的损失（abnormal loss），或者说特别的牺牲，显然是不适宜的，因此应当考虑赔偿。其次，对于行政机关先前的违法行为造成的损害，以赔偿的方式来承担责任，也比较符合国家赔偿的基本原理。再次，从某种意义上我们可以这么认为，是充分地利用赔偿的功效来换取行政机关改变意思表示的可能性，从而达到双赢的效果。最后，由于权限之外的违法意思表示本身就越权无效，对行政机关不产生约束力，所以不可能采取实体性保护，也无所谓程序性保护。

这方面的实践尤其以法国为典型。在法国，只要是行政官员对事实、法律或意愿作出不正确的意思表示，相对人照此行事却遭受了损失，并且没有可归咎于相对人的过错，那么行政机关就要对这种公务过错承担责任。当然，承担责任的前提是要有直接的因果关系、特定的损害和可归咎的过错[38]。

然而，在我国，对于政策失误造成的损害，因为缺少抽象行政行为的赔偿规定，索赔无据。对于政府咨询、指导错误，因为该意见“仅供参考”，是当事人自愿实施的，所以很难获赔。这种把因为行政机关的过失而造成的损失完全加在相对人身上的做法，显然有失公平，而且不利于加强行政机关工作人员的工作责任心。

当然，在赔偿问题上我们要特别慎重。这是因为行政机关向相对人提供各种咨询意见和指导是行政机

关很大一部分日常工作，再加上现代行政的复杂性，要想做到每个意见或者指导都准确无误，恐怕不太可能，其间错误在所难免。如果对所有的错误意见都可以要求赔偿的话，一方面会妨碍行政机关履行上述职能，另一方面，会造成大量的索赔案件，造成国库和法院资源的紧张。特别是在当前各地行政机关都在搞“错案追究”、“一票否决”，基层工作人员的总体素质又不非常高的情况下，在这个问题上更要慎重。

因此，在有关制度的构建上，必须严格限定赔偿的条件。具体地讲，就是：第一，行政机关必须个别地、清楚地向相对人作出上述意思表示，使相对人能够合理地产生预期。第二，上述行政机关的意思表示是违法的。第三，相对人是无辜的，不知道上述行政机关的意思表示是违法的。第四，改变上述意思表示会给相对人造成损失。这种损失最主要地表现为先期的投入资本，以及肯定能够获得的预期利润。第五，违法意思表示与相对人的损失有着直接的、内在的、必然的因果关系。在因果关系上要求比较严格，也是出于上述行政复杂性的考虑，而且也是法国和欧共体采取的基本策略[39]。

2. 撤销合法意思表示造成损害的补偿

如果行政机关先前制定的政策或者提供的意见没有问题，是正确的，但后来在执行时却背离了上述意思表示，给相对人造成了实际的损害，那么，行政机关是否承担补偿责任呢？在英国法上，行政机关原则上不需补偿，除非存在着裁量过失（*negligence in discretionary decision-making*）。但是，要想证明后一点实际上是很困难的，因为条件很苛刻[40]。其结果是英国法在这方面的赔偿门槛很高，当事人很难跳过去，所以，迄今为止都没出现成功的索赔案件。法国行政法院认为，如果行政机关已经（正确地）宣布了要采取某项政策或者某种行为，但后来却没有这么做，那么就要承担违反非契约承诺之过错责任。

目前，我国行政法的关注点主要集中在行政行为上。行政行为的效力理论就是用来解决诸如合法的行政行为能不能撤销等问题。但是，对于行政机关改变原先合法作出的政策或者指导、咨询意见等行为，因为不是直接对特定相对人发生法律效力的行为，所以不在上述行政行为效力理论的射程之内。另一方面，又因为行政补偿理论的不发达，特别是法定补偿的立法不完善，更是加剧了解决上述问题的迫切性。因此，实在有必要在行政补偿理论上补足这方面的内容。

同样，为了保证不实质性限制行政裁量权的行使，不会造成补偿的泛化，过分加重国库的负担，也要严格补偿的条件：第一，行政机关对特定的相对人作出过个别的、清晰的、不附带任何条件的、肯定无疑的意思表示，使后者产生合理的预期。第二，上述行政机关的意思表示是合法的。第三，造成了相对人的财产损失。第四，因预期落空造成的损害与行政机关的意思表示有着直接的、内在的、必然的因果关系。第五，在改变上述意思表示之前，没有采取足够的保护性措施，比如，没有事先通知受影响的当事人，给后者留有一段适应的时间，或者没有采取某些过渡性政策。第六，上述情况下的改变不属于国家行为。如果改变行为是一种国家行为，比如，外交政策的变化导致原先的意思表示不能执行，在目前的行政法理论上，这只能算是相对人在社会生活中应当承担的忍受义务，不能要求补偿。第七，具有充分的公共利益理由[41]。

四、简短的结束语

合法预期的确是一个非常精妙的工具，通过它，我们不仅可以解决在落实WTO规则要求和行政诉讼制度改革上遇到的很多棘手问题，而且，可以促使我们对行政指导、行政政策和行政赔（补）偿等行政法上诸多制度和理论进行深刻的反思和重构。从更加深远的意义上说，引进这样的概念，对于促进诚信政府和法治政府的建设，对于塑造国家与公民之间的互动合作关系，对于形成良好有序的宪政秩序，都能够起到积极有益的、推波助澜的作用。

从西方国家行政法理论上，通过法院的不懈努力，以及学者的不断反思、批判和总结，合法预期理论已经变得越来越精致，越来越具有司法上的可操作性。因此，单纯从理论的成熟角度说，把它介绍和引进我国，已经是时候了。

[1] 关于以责任书形式出现的承诺的讨论，参见余凌云：《行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象》，《法学研究》2001年第5期；余凌云：《行政契约论》（中国人民大学出版社，2000年）第二编“具体形态之研究”中的“治安承诺责任协议”。本文更加关注的是以通知、通告、办事规则（程）形式出现的对社区（会）的承诺问题。

[2] Cf. Patrick Elias, "Legitimate Expectation and Judicial Review", Collected in J. L. Jowell (ed.), *New Directions in Judicial Review: Current Legal Problems*, London: Stevens & Son, 1988, p. 37.

[3] Cf. Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Community & Sweet and Maxwell, 1992, p. 872.

[4] 余凌云：《论行政法上的比例原则》，《法学家》2002年第2期。

[5] 在法国，合法预期保护是在1994年的ENTREPRISE TRANSPORTS FREYMUTH案中正式得到承认的。Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press, 1998, p. 235.

[6] 这是因为法国法院宁愿给予受害人赔偿，也不愿过多地干预行政过程。Cf. Soren J. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 42~48, 64~104, p. 233, 237.

[7] Cf. Soren J. Schonberg, *op. Cit.*, pp. 9~11.

[8] Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, *Judicial Review of Administrative Action*, LBC Information Services, 1996, pp. 414~415.

[9] Cf. Yoav Dotan, "Why Administrators Should be Bound by their Policies" (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 28.

[10] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p.13.

[11] Cf. Yoav Dotan, " Why Administrator Should be Bound by their Policies" (1997) 17 Oxford Journal of Legal Studies 28.

[12] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p.25.

[13] 更加详细的分析, Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.25~26. Cf. Christopher Forsyth & Rebecca Williams, " Closing Chapter in the Immigrant Children Saga: Substantive Legitimate Expectations and Administrative Justice in Hong Kong" 。当我告诉Forsyth我正在研究合法预期时, 他慷慨地将他和Williams刚刚合作完成的、即将发表的这篇论文提供给我参考, 在此致谢。

[14] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.12~13.

[15] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.28~29.

[16] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p.51.

[17] Cf. P. P. Craig, Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1999, pp.618~619.

[18] Cf. Rabinder Singh, " Making Legitimate Use of Legitimate Expectation" (1994) New Law Journal 1216.

[19] Cited from C. F. Forsyth, " The Provenance and Protection of Legitimate Expectations" (1988) Cambridge Law Journal 246.

[20] Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, op. Cit., pp.426~428.

[21] Cf. Simon France, " Legitimate Expectations in New Zealand" (1990) 14 New Zealand Universities Law Review 142. Cf. Mark Aronson & Bruce Dyer, op. Cit., p.413.

[22] Cf. P. P. Craig, op. Cit., p.414.

[23] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p.60. Cf. de Smith, Woolf & Jowell, Judicial Review of Administrative Action, Sweet & Maxwell, 1995, p.428.

[24] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.37~38.

[25] Cf. D. J. Galligan, Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures, Clarendon Press, 1996, p.321.

[26] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.50~53.

[27] Cf. de Smith, Woolf & Jowell, op. Cit., p.410.

[28] 一个是《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（已废止），另一个就是《若干问题的解释》。

[29] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.62~63.

[30] 该案中原告和他的妻子都定居在英国，想收养一个巴基斯坦的孩子。他去有关部门咨询时，对方给了他一个内政部通知，里面很清楚地规定：对于将被收养、但又无权进入英国的孩子，在例外情况下，如果满足某些条件，内政大臣也可以行使裁量权，作出有利于该孩子的决定。原告就按照上述条件办了，满以为内政大臣会像所预期的那样作出决定，但后者却以别的理由拒绝批准该儿童入境。

[31] Cf. Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, 2000, p.59. Cf. P. P. Craig, "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law" (1996) *Cambridge Law Journal* 292.

[32] Cf. P. P. Craig, "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law" (1996) *Cambridge Law Journal* 299.

[33] Cf. Paul Craig and Soren Schonberg, "Substantive Legitimate Expectations after Coughlan" (2000) *Public Law* 696.

[34] 原告Coughlan在1971年一次交通事故中受了重伤，长期住在Newcourt医院。1993年卫生部门将她和其他几位病人转送到新建的Mardon House，并向她们保证这儿将是她们终身的家。但是，到了1998年卫生部门却作出决定，关闭Mardon House。法院认为，卫生部门的关闭理由不充分，判决撤销关闭决定。

[35] 原告Mulder是个农民，当时行政机关为控制牛奶产量鼓励牛奶生产者暂停生产牛奶，原告同意停止生产五年，并受得奖励。五年后他想恢复生产时，却遭到拒绝。因为这时欧盟规定，只有在上年度生产牛奶的生产者才能获得牛奶配额。原告主张有继续生产的合法预期。欧共体法院认为，在修订的牛奶配额规定中所体现的公共利益，不足以否定原告继续生产的合法预期。判决下达之后，欧盟理事会又通过了一个新的规定，允许像Mulder同样情况的农民生产，但生产配额只能是其停止生产那年的产量的60%。原告不服，又起诉。法院判决60%的配额太低，该规定违法。所以，后来又通过了一个更高配额的规定。

[36] Cf. Robert Thomas, op. Cit., p.60.

[37] Cf. Rabiinder Singh, "Making Legitimate Use of Legitimate Expectation" (1994) *New Law Journal* 1215.

[38] Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., pp.220~232.

[39] 在法国，这样的因果关系严格到什么程度呢？比如，在法国Caladou案中，因为行政机关告诉原告的期限是错误的，致使原告错过了要求战争损害赔偿的机会，原告因此要求赔偿。但法国行政法院却认为，上述错误的指导与原告的损失没有事实上的因果关系，行政机关不承担责任。因为有关期限的获悉途径是很多的，比如，可以询问周围同样情况的其他人，新闻媒体的报道等。

[40] 这些条件包括：首先，对于信赖行政机关意思表示的相对人，行政机关负有注意义务；其次，使预期落空的决定存在着Wednesbury不合理；再次，行政机关的意思表示必须非常清晰、不附加条件，能够产生合法预期；最后，行政机关在预期与政策之间的权衡上存在严重的不均衡。Cf. Soren J. Schonberg, *op. Cit.*, p. 223.

[41] 但是，在欧共体法和法国法中却认为，如果行政机关让相对人预期落空的决定具有充分的理由，那么就不存在责任问题，或者损害赔偿也会明显地减少。Cf. Soren J. Schonberg, *op. Cit.*, p. 225。对此我不太赞同。我认为，正是因为具有充分的公共利益理由，我们才允许行政机关改变原先的承诺或政策，也才产生对预期落空造成相对人的损失的补偿问题。如果行政机关没有充分的公共利益理由，那么就可能会选择前面的实体性保护方式。

文章来源：《中国社会科学》2003年第3期

作者余凌云，1966年生，法学博士，中国人民公安大学副教授（北京100038）。

相关文章：

[违反行政程序的可撤销理论](#)
[亟待法治建构的警察裁量权](#)
[论行政法上的比例原则](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

