

英国行政法上合法预期的起源与发展*

余凌云

内容提要:合法预期在英国发展的总体脉络是由程序性保护发端,向实体性保护走去,赔偿性保护却简约不占主流。它经由一个个判例逐步发展而来。从某种意义上讲,其发展的基础是实用主义而非理论原则。但是,经过法院的持续努力,理论上已蔚为大观,面相也逐渐清晰起来,并形成自洽的体系。英国的合法预期远播海外,然而澳大利亚、新西兰、加拿大等国家在继受中也因本土观念的影响而发生了流变。英国的合法预期与德国的信赖保护、美国的禁止反言有着近似的功效,也有着实质差别。

关键词:英国 行政法 合法预期 起源 发展

余凌云,清华大学法学院教授。

一 引言:概念的起源

我们可以相当肯定地说,德国早就有一个叫做“政府信赖保护”的概念、原则与理论,并漂洋过海,传至日本和我国台湾地区,现在也为我国学者所乐道。但是,从亲缘关系看,澳大利亚、新西兰、北爱尔兰等英联邦国家的合法预期却完全与欧陆无关,它的源头在英国。美国却始终坚守着普通法上古老的“禁止反言概念”来处理类似问题。

(一) 一桩公案

在英联邦国家中,人们普遍认为合法预期是英国声名显赫的法官丹宁勋爵(Lord Denning)所创。当然也夹杂着质疑,认为它源自德国公法,在上世纪70、80年代间为英国继受。^[1]或者说,它是“德国制造”,被英国有所保留地引进。^[2]丹宁勋爵在1969年的施密特诉内务大臣案(Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs)首次引入这个术语时,没有吐

* 本文是作者主持的国家社科基金项目(一般项目,批准号07BFX023)“行政法上的合法预期制度”的阶段性成果。陈海萍、张兴祥、洪延青和刘飞提供了不少资料,在此致谢。

[1] Cf. Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Portland Oregon, 2000, introduction.

[2] Cf. Georg Nolte, “General Principles of German and European Administrative Law — A Comparison in Historical Perspective”, 57 *Modern Law Review* 191(1994).

露权威性来源——是司法认可的抑或其他；也没有谈及理论出处——是对德国法的借用还是其他。起源问题似乎成了一个公案。

翻阅文献，凡是能够找到的证据，尽管零星琐碎，都让笔者愈发笃信通说。

第一，丹宁勋爵在 1987 年 1 月 19 日写给福塞斯 (C. Forsyth) 教授的一封信中说：“(它)是从我自己的脑袋瓜里蹦出来的，不是源自欧洲大陆或者其他什么地方。”^[3] 2002 年，笔者游学剑桥，曾向福塞斯教授求证。他只是说，当时英国人已风闻欧陆制度，丹宁勋爵是否真对信赖保护一无所知，无从考证。之后的案件也没谈到另一起源。所以，这个术语或许就是来自丹宁勋爵那赫赫有名的富有正义与创造力的聪颖脑海之中吧。^[4]

第二，梭仁 (Soren J. Schonberg) 考察了当初的情境，认为没有理由怀疑丹宁勋爵的说法。一是英国当时还不是欧共体成员国；二是欧洲的合法预期不关心程序性保护，且直到 20 世纪 70 年代初，欧洲法院才有关于预期案件的重要判决；三是欧洲煤钢联营 (European Coal and Steel Community) 判例法中对合法预期虽有零星涉及，但到 1968 年才为法国引用，丹宁勋爵很难知悉。^[5]

第三，在 1977 年英国众议院的一次辩论中，另一位具有崇高声望的法官迪普洛克勋爵 (Lord Diplock) 相当满意地谈到了满足相对人合理 (合法) 预期的权利，并认为这是英国行政法与欧洲大陆最具有意义的不同点之一。^[6] 凭其渊博的学识，迪普洛克勋爵的力挺足可一扫疑云。

第四，达尔文·奥利弗 (Dawn Oliver) 虽对丹宁勋爵的说法心有疑惑，却也承认，“(在施密特案审理之时) 看不出它有欧洲法渊源。其实，英国和英联邦判例法的发展，极少有取道欧洲的显著迹象。可以说，该原则潜藏或隐含在英国的普通法之中，与欧洲的法理无关。”^[7] 乔治·洛尔特 (Georg Nolte) 虽不敢肯定合法预期初见于施密特案，但也相当肯定地指出了与欧陆不同的起源。他说：“在欧共体法中，合法预期保护原则是从与行政决定撤销有关的案件中发展而来的。在英国法中，该术语有着不同的来源：它与‘自然正义’的程序保障有关，或者用一个更现代一点的术语说，是公正行事的义务。”^[8]

第五，在福赛斯、克莱格 (Paul Craig)、埃利洛特 (Elliot) 等撰写的极有分量的相关作品中，无论在正文还是注释里，笔者都没有发现与德国法的瓜葛。倘若果真源自德国法，在这些严谨学者的文字中却竟然没有只言片语的提及，也不见一丝比较分析，这实在反常，让人难以想象。

(二) 新的智识

在笔者看来，合法预期只是英伦大地上涌出的一汪清澈泉流。迄今法官们没有给出一个清晰的定义，但通过阅读琐碎的文献与判例，我们还是能够体会到它是什么，具有怎样的

[3] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 241 (1988).

[4] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 241 (1988).

[5] Cf. Soren J. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 38, especially footnote 60.

[6] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 245 (1988).

[7] Cf. Dawn Oliver, "A Negative Aspect to Legitimate Expectations", *Public Law* 558 (1998).

[8] Cf. Georg Nolte, "General Principles of German and European Administrative Law — A Comparison in Historical Perspective", 57 *Modern Law Review* 195 (1994).

面相。^[9] 它是一个制度与知识的新的增长点。

首先,它建立了一个新的司法保护维度。正如达尔文·奥利弗所敏锐发现的,合法预期在英国普通法上的发展,创设了另外一些为相对人以往不曾享有的公法利益。^[10] 也就是对信赖的保护。在克莱格看来,合法预期保护不以“受损害之信赖”为必要前提。当事人只需证明存在着信赖,即便没有遭受任何损失,也不影响合法预期的保护。英国上诉法院2001年在比比诉伦敦纽汉区议会案(*Bibi v Newham London Borough Council*)中采纳了这个观点。^[11]

其次,它指向行政机关的义务要求,让法院的审视始终盘桓在行政活动之上,让行政理性大为提升。从英格兰和威尔士的判例看,即便当事人不知悉有关政策,行政机关决定不适用这些政策时,也依然应保护当事人的合法预期。^[12]

最后,它本身就是一个新的审查标准,对程序违法和滥用职权做了新的阐释,注入了新的内涵,延展了正当程序的范围,加大了法院审查的力度,让传统的司法审查制度发生了质的飞跃。

如果我们把它放到比较的视野里,更能透彻地体会它的知识增量。与德国法的信赖保护相比,第一,它没有使用、且早就突破了德国法的行政行为范畴,也不像后者受行政决定是否为授益或给付性质之限定,相反,它用行政机关的意思表示、政策和实践将所关涉诚信的领域一览无余。这种对预期保护范围之大、之广、之细致入微,德国法上的信赖保护不及项背。第二,德国法的信赖保护主要隐身于行政行为,尤其是授益或给付行政行为的撤销之中,除了让判决说理更加充分之外,价值十分有限。^[13] 而英国合法预期的萌发,绝不是阐释意义上的需要,其价值也绝非限于增加判决的说理性。

美国行政法上的禁止反言,拾英国传统之牙慧,欲打通私法与公法之关节,区分彼此,已然不易。^[14] 这点不如英国直接创建公法原则来得高明。这是其一。其二,从判例看,禁止反言是否需要区分政府性与财产性职能,仅适用于后者而非前者,还不很清楚。但至少从现象上看,有关判例多出现在政府债券、土地购买、政府合同、特许等与私法有交叉的领域。所

[9] 从英文文献看,合法预期有着广、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(只要不违法,就能一直营业下去)。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。参见余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》2003年第3期。

[10] Cf. Dawn Oliver, "A Negative Aspect to Legitimate Expectations", *Public Law* 562(1998).

[11] Cf. Ashley Underwood QC, "Legitimate Expectation: Current Issues", *Judicial Review* 295(2006). Cf. Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, p. 183.

[12] Cf. Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, p. 184.

[13] 参见余凌云:《政府信赖保护、正当期望和合法预期》,载《厦门大学法律评论》2006年下卷(总第十二辑)(厦门大学出版社2007年版)。

[14] 在美国,有些州的法院不承认针对政府的禁止反言,有些州的法院承认,但是附加了一些条件。在密苏里州,法院对在涉及政府为一方当事人的案件中援用禁止反言,似乎也有些抵触。在很多巡回区,极少这类案件。参见 Kenneth D. Dean, "Equitable Estoppel against the Government — the Missouri Experience: Time to Rethink the Concept", *37 Saint Louis University Law Journal* 64(1992-1993)。

以,可以肯定的是,它的适用范围远不及英国的合法预期。其三,当它援用到行政法领域时,又受到极大限缩。除了要满足私法上禁止反言的条件之外,还需要满足两个前提和两个条件。它们呈现为一种递进关系,不断地将禁止反言挤压到一个较为狭窄的领域。所有这些都让我们很难奢望它在行政法上有质的飞跃。

(三) 论文结构

用历史的眼光看,合法预期的总体脉络是由程序性保护发端,向实体性保护走去。它是经由一个个判例逐步发展而来。从某种意义讲,其发展的基础是实用主义而非理论原则。但是,经过法院的持续努力,理论上已蔚为大观,面相也逐渐清晰起来,并与传统的公正行事义务、禁止反言、平等保护、不拘束裁量权理论等发生勾连,淬炼提纯,形成自洽的体系。虽然迄今为止,它还在不断发展之中,其走向尚难完全预测,但是,系统性梳理的时机早已成熟。倘若我们打算引入合法预期,就实在有必要梳理一下它的来龙去脉。

在本文中,笔者将着力勾勒出合法预期在英国的起源、发展,并尽可能多地引介一些经典的判例,尤其是关注细微曲折之处。一则,这可以加深我们对该制度的理解与把握,尤其是实际操作中就有了参照与对比。二则,如此行文能够很自然地形成与本人以前的一篇论文不同的视角与内容,^[15]让读者觉得有新意,不厌烦。

当然,历史的梳理依然狭隘。笔者还想引入比较的视野。一是因为英国的合法预期已远播海外,并在澳大利亚、新西兰、加拿大等国家和地区发生了些许流变,探寻缘由,可起反衬折射之功效。二是因为和德国法上的信赖保护、和美国法上的禁止反言都有近似效用,比较曲直,能将彼此短长悉数收入眼底。我国学者在2000年前后就已通晓德国法上的信赖保护,但对美国行政法上的禁止反言却着力不多,对英国的合法预期也了解不够。所以,笔者想以合法预期为主线,以信赖保护、禁止反言为辅线,目光在两线之间往返跳跃,希望能让合法预期在比较之中轮廓分明。

二 从程序性保护起步

(一) 几个经典判例

1. 施密特案

历史的起点是1969年的施密特案。在此案中,合法预期作为一个术语首次走进了英国法院,走入了英国行政法。事先没有酝酿,没有铺垫,也没有任何征兆。

根据1953年的《外国人令》(Aliens Order, 1953),英国内政部有一项政策,在认可的教育机构学习的外国人,允许其在英国逗留居住。原告获准在哈巴特科学论派学院(the Hubbard College of Scientology)学习。后来,内政大臣宣布该学院不再是认可的教育机构了。所以,当原告逗留期限届满,申请延期时被拒绝。原告认为,在作出决定前没有给他们一个听证的机会,违反了自然正义。

丹宁勋爵是在附带评论中给英国行政法引入了合法预期。尽管他没有给出一个清晰的概念范畴,但至少从他非常肯定的例举中,我们知道,在许可期限届满之前撤销许可,应当保护当事人的合法预期。^[16]

[15] 余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》2003年第3期。

[16] Cf. David Wright, "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectation in the Canadian Administrative Law", 35 Osgoode Hall Law Journal 147 (1997).

这个案例之所以经典,除了其自然正义的情境下创造了“合法预期”这个术语,它还开启了程序性保护的先河,要求行政机关认真对待当事人的合法预期,必须给当事人一个听证的机会。

这样的开启,没有引起太多的争议。因为第一,这只是对古老的自然正义、公正行事义务的重述,并做进一步的扩张。而后者早已渗透到英国人的骨髓里,成为英国人的一种行事风格。第二,从程序维度切入,对于法官来说,也是最安全的。法院只是关注决定的做出过程,不会干预其实质结果。这不会引发有关法院是否超出其宪法能力、是否干预过当等争议,也不会拨动英国人比较敏感的宪政神经。

2. 吴云兆案

另一个不能不提的经典,就是 1983 年的香港律政司诉吴云兆案(*A. -G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*)。这是任何一个研究合法预期的文献都不会轻易放过的判例,因为它确认的程序性预期是最纯粹、最具价值的样式。

香港政府曾一度实行“触底”政策,即偷渡来的非法移民,如果到城区的途中没被抓住,就不再遣送。随着非法移民蜂拥而至,香港政府不得不改变政策,开始遣送非法移民。一群从澳门来的非法移民前往请愿。一位移民官员在政府大楼外向他们宣布,处理澳门非法移民的程序,将等同于大陆以外地区的非法移民,按照适当的程序面谈,不保证其最终不被遣送,要视具体案件而定。原告在第一次造访移民局时,并不知道行政机关的上述承诺。后来,他从电视上得知,又再次造访移民局。但在面谈时,他只被允许回答提出的问题,不得陈述他觉得应呆下来的人道主义理由,从而引发不满。

案件上诉到英国枢密院之后,法官弗雷泽勋爵(Lord Fraser)在判决中虽然没有对“合法预期”做出完整的解释,但他认为,合法预期是一种超越了可合法执行的权利的权益。在本案中,“要视具体案件而定”构成了一个公正程序的承诺,让原告产生合法预期,他有权陈述他应该呆下去的理由。^[17]“行政机关作出有关遵守某种程序的承诺,只要不与其职责抵触,行政机关就应当恪守诺言。这个原则也同样适用于香港政府对上诉人的承诺。”^[18]于是裁决被撤销。

对于该案,埃利尔斯(Elias)有一个非常准确的评价,他说:“合法预期只能是基于政府作出的保证而产生,并使得法院能够代表非法移民进行干预,后者的非法地位本身不能使其具有要求听证的权利。”^[19]克莱格进一步解释道,一旦做出这样的承诺,便成为公正必不可少的一部分,并能够影响实质结果。^[20]

笔者也有两点评价。首先,这种程序性保护不来自情境,不来自行政决定作出之前的正当程序保障,而来自言辞承诺。这是该案的核心价值和意义之所在。其次,让香港政府践行对非法移民的承诺,似乎有一点实体性保护的韵味,但践行的内容却又是程序性的,产生的保护效果仍然还是程序性的。这决定了该案是、也只能是程序性预期保护的一个重要坐标。

[17] Cf. David Wright, “Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectation in the Canadian Administrative Law”, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 151 – 152 (1997).

[18] Cf. C. F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, 47 *Cambridge Law Journal* 254 – 255 (1988).

[19] Cf. Elias, “Legitimate Expectation and Judicial Review”, in *New Directions in Judicial Review* (ed. Jowell and Oliver, 1988), p. 41.

[20] Cf. P. P. Craig, “Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis”, 108 (JAN) *Law Quarterly Review* 86 (1992).

3. 通信总部案

通信总部案是另一个经典,案名实际上是文官工会理事会诉文官部长案(*Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*)。它尽管没有合法预期的实际行动,却让程序性预期和保护的面相清晰起来,让有关理论得以定型。

政府通信总部(Government Communications Headquarters)负责政府通信与情报工作,对国家安全至关重要。通信总部的雇员上千人加入了各种全国性工会。当时,按照工会安排,通信总部的雇员也在单位参加了几次旨在反对撒切尔政府的行动,包括罢工一天、怠工运动、反对加班等。考虑到该机构对国家安全的重要性,撒切尔未事先征求工会意见,就宣布该机构的雇员不得隶属工会,只能加入一个经批准的雇员协会。而按照以往惯例,对公务员雇佣条件的任何改变,都得事先征求工会意见。所以,工会认为,其有权要求听证。

但是,上议院法官考虑到该案涉及国家安全,如果就限制工会罢工权问题而事先征求意见,恐怕会刺激更多的罢工,影响该机构的正常运行。所以,法官们没有支持工会要求撤销该决定的请求。但是,法官们也承认,假如没有这一层顾虑,那么,基于以往的惯例,工会是有要求听证的合法预期的。

在该案的判决中,尽管法官们还是没有给合法预期下一个清晰的定义,但是,迪普洛克有一段非常著名的阐述,他说:“当政府部门剥夺当事人的某种利益或好处时,在以下情形中会产生合法预期:(1)该利益或好处早已经过行政机关许可而享有,并可以合法地期望一直持有,那么,除非事先告知其撤回上述利益或好处的合理理由,并给其发表意见的机会,否则不得撤回;(2)行政机关曾向其保证,若未听取其反对撤回的理由,不得撤回。”^[21]在迪普洛克的观念里,合法预期的意义仍然是、仅仅是程序性的,无非是听证而已。但他对程序性预期做了最完整的概括。

(二) 理论沉淀

或许是根深蒂固的自然正义和公正行事的义务等观念的强烈惯性,合法预期自诞生之日起就被赋予了鲜明的程序意义,并激发出更理性的权力运作、更积极的维权效果。它为传统的自然正义增添了新的内容,成为自然正义在现代法中的一个有意义的内涵。^[22]在这一点上,英国人走到德国人、美国人前面去了。

克莱格把会产生程序性保护的情境总结为两种,实际上是对迪普洛克勋爵观点的另一种表述:(1)因当事人预期的是一种权利、既得利益或可期待利益,不能未经公正的程序,就剥夺之;(2)当事人危如累卵之利益本身不必然产生程序保障的问题,但因行政机关的行为,根据公正行事务,行政机关也必须为当事人提供公正的程序保护。^[23]典型的案件如吴云兆案。这代表着目前英国学界的通说。

在有些英国学者看来,前者是英国传统自然正义早已覆盖的领域。个案的情境足以激发出正当程序的保护。合法预期在这个领域并没有衍生出有价值的东西。后者只有在合法预期出现之后才可能产生。在此前,根本无法奢求。但在我看来,这仅涉及价值的大小。在前者,引入合法预期并非完全没有价值,至少能增加说理的分量。

[21] Cf. David Wright, "Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectation in the Canadian Administrative Law", 35 *Osgoode Hall Law Journal* 154(1997).

[22] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 240(1988).

[23] Cf. P. P. Craig, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", 108 (JAN) *Law Quarterly Review* 81-82(1992).

(三) 比较的视野

1. 英联邦国家

程序性保护的理念广泛流传至其他一些英联邦国家,如澳大利亚、新西兰、南非等,甚至在那些国家发展到了极致,绝对地认为合法预期的保护就是、也只能是程序性的。比如,澳大利亚法院一般认为,对行政权行使的预期,只会产生程序上的权利。除此之外,法律不对行政机关做更多的限制要求。^[24] 同样,在 1987 年南非的一个案件,即博萨克诉内政部长 (*Boesak v. Minister of Home Affairs* 案[1987]) 中,法官弗里德曼 (Friedman J.) 也说了近似的话。在他看来,“合法预期”这个术语不构成适用听取另一方意见原则 (*audi alteram partem*) 的额外理由,但是,他还是坦承,如果说这个概念是南非法的一个部分,它的作用是在自然正义领域。^[25]

之所以传播上没有障碍,恐怕除了有着同根同源的正义、公正义务观念之外,还因为这种保护在宪政结构下的低风险。它与正当程序之间的关系,也同样引发争议。比如,在南非,理论上褒贬不一。一种是认为,合法预期原则仅是一种程序工具,对权利观念没有多少贡献。另一种认为,它让自然正义从“可执行的法律权利”延伸到各种各样的“预期”。为自然正义规则跨入新的领域,建起了一座重要的桥梁。^[26]

加拿大却是在本土不断拓展公正义务的过程中与英国的合法预期不期而遇了,也就很自然地呈现出两条不同的路径,两种抉择:要么移植英国法并加以改造,要么沿着本土的公正义务发展路径继续推进。两个方案一明一暗,一强一弱,让学者、法官时有争论。

在加拿大,一般认为,合法预期最初出现在上个世纪 80 年代后期和 90 年代的一些案件中,当事人在诉讼中提及英国的合法预期,要求参照,该观点也被最高法院有保留地接受。学者亦强烈呼吁引入合法预期,拓展加拿大的公正观念。^[27]

但出于加拿大本土传统、理论与制度的考虑,也显现出与英国的差异。比如,在加拿大,一般公正义务只适用于具有“行政性且特定的”决定,而不适用于具有“立法性且一般意义上的”政策决定。在他们看来,后者具有“立法性”而非“行政性”,如有不满,宜通过选举等民主机制解决。所以,他们不像英国法院那样热衷于审查政策决定中的合法预期问题。

如此一来,程序性预期的产生领域,在加拿大被硬生生地切去了一块,远比英国的要窄、要消极。大卫·穆兰 (David Mullan) 进一步分析了造成这种差异的缘由。与加拿大相比,英国的规制机构和裁判所的任务相对较少,法院也就更习惯于审查部长做出的决定,这也造就了基于合理性理由而推翻政策决定的广泛管辖权。^[28]

另一个微弱的声音来自加拿大本土,潜藏在早期的判例之中,认为引入合法预期实属多余。早期的一个案件,即韦伯 & 安大略房产公司案 (*Re Webb and Ontario Housing Corpora-*

[24] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 497 (2008).

[25] Cf. C. F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, 47 *Cambridge Law Journal* 252–253, footnote 85 (1988).

[26] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 473 (2008).

[27] Cf. David Wright, “Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectation in the Canadian Administrative Law”, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 140 (1997).

[28] Cf. David Wright, “Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectation in the Canadian Administrative Law”, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 145 (1997).

tion)中,一个房客面临着被赶出公产房,她提出,既然房屋公司的董事会行使着一种行政职能,就本案的情况而言,也应有着公正行事的义务,她也有着被公正对待的合法预期,却没有得到满足。主审法官麦金农(MacKinnon)认可了这种公正义务。但有意思的是,他没有援用合法预期,而是从当时一般公正义务的新发展出发,考虑原告利益的性质之后得出结论。其效果与合法预期一致,却构成了另外一条进路,代表着加拿大人的别样思绪,冲淡了引入合法预期的必要。所以,后来,大卫·莱特(David Wright)拾起了这个线索,作为反对合法预期的实践素材。

2. 德国

相较于英国的合法预期,德国法上的信赖保护之中,明显欠缺程序性保护的内容,此为不争之事实。也是笔者时常批评它的地方。刘飞博士却辩解道,在德国,“对于行政决定作出之前应如何为相对人提供程序性保障的问题,通常是在相关程序设置的层面上作出探讨,而不会出现在信赖保护原则的语境中。因此,所谓德国法上的信赖保护原则不重视程序性保护的看法,不过是出于对该原则适用范围之误读而作出的判断。”^[29]

但在笔者看来,这个论断没有捕捉到合法预期的核心价值。英国有关“情境说”的争论已然澄清一个认识,行政决定的情境所必然衍生出的正当程序保护,也不能完全替代或荫掩合法预期的意义,让它可有可无。合法预期所衍生出的程序保护,是源自行政机关的意思表示。吴云兆案就因先前的意思表示而有践行程序保护之必要。这是两个标准,两种进路,有交叉,却不重叠。所以,合法预期的引入,不应该只是重述我们对自然正义的已有认识。相反,它的出现延伸了传统观念,拓展了正当程序,甚至出现了某种实体性保护的表象。正当程序因它而精彩,并升华到一个新的境界。信赖保护原本也应该迸发出这样的效用,但却没有。

三 走向实体性保护

合法预期自开初显现的面相,仅是变革传统的自然正义的一种工具,这种观念在英国根深蒂固,也禁锢了人们的视野。所以,自施密特案之后,不少原本可以与实体性保护结缘的案件,在强烈的传统思维惯性下,遗憾地擦肩而过。

(一) 曙光初现

1. 凯恩案

引出实体性保护话题的一个经典案件,是1984年的凯恩案(*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kahn*)。原告与其妻子定居英国,想收养远在巴基斯坦的亲戚孩子。英国移民法没有明文规定。但内政部发布的手册中却有一些用来处理这类情况的标准。大致内容是,此类孩子原则上无权因被收养而进入英国。但在例外情况下,如果符合某些条件,内政大臣可以作出有利于孩子的裁量决定。当然,这绝对不是根据成文法的裁量,而是基于普通法上的特权。这些条件包括:收养动机是真实的,不是移民英国的一种手段;养父母至少一方在英国定居;孩子在英国的福利能够得到保障;英国法院可能发给收养令

[29] 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,载《法学研究》2010年第6期。

状。内政部的文件中,还规定了确认程序。上述夫妻向内政部咨询后,自觉符合,也期望国务卿会作出他们想要的裁量决定。

然而,国务卿却根据另外一些当事人所不知的条件,拒绝了他们的申请。这些额外条件给当事人附加了更多的义务,比如,要求生父母的确因无力照顾孩子而转移监护权,该家庭是严谨的,且急需需要收养孩子,或者其他不得不考虑的条件。此外,国务卿也没有遵守其所说的程序。^[30]

这显然辜负了当事人的信赖与预期。因为当事人肯定会基于手册而产生一种合法预期,就是手册中规定了什么标准,就应该适用什么标准。如果要适用另外的标准,应该事先给他一个听证,让他有机会提出反对意见。当然,就当事人而言,他们要的肯定不仅仅是程序上的保护,他们关心的也不只是自然正义,他们所期望的显然是,既然符合条件,那么就on应该得到所预期的对其有利的裁量决定。他们要和所预期的是一个实体上的决定。

派克法官(Parker L. J.)指出:“内政部的信件让申请人产生一种合理的预期,就是其所规定的程序将会被遵守,如果遵守程序的结果是满足了内政大臣所提到的四项内容,那么,就会让孩子暂时进入英国,这个孩子能否被收养的最终命运将由法院来决定。”这似乎已触模到了实体性保护。但他话锋一转,接着说道:“当然,内政大臣可以改变政策,但在在我看来,尤其是当事人接到过像这样的信函之后,就应当充分、谨慎地考虑到是否有着压倒一切的公共利益,使得其有正当理由不遵守信函中已告知的程序,然后才可以实施新的政策。”^[31]

很显然,派克祭起的,仍然是传统的威斯布雷(Wednesbury)不合理审查,把当事人的预期和“公共利益”都当作应当考虑的因素,只要国务卿考虑了,结果就是可以接受的。因为威斯布雷不合理审查不太会触碰相关因素的权重问题。但是,这种审查策略,在“可以改变政策”的国务卿跟前是苍白无力的。他很容易就可以跳过这个栅栏。在“可以改变政策”的前提下,只给当事人一个听证的机会,也变得十分矫情做作,不能容忍。传统的程序性保护受到了强烈质疑与挑战。所以,一些讨论实体性保护的文献都愿意以该案为思考的起点。

2. 通信总部案和拉多克案

在1985年的通信总部案^[32]中,尽管迪普洛克勋爵和罗斯齐尔勋爵还坚守着传统,不越出程序之雷池,但弗莱泽勋爵却摆脱羁绊,视野开阔,他说道:“当事人所要求的某种利益或特权,是他无法定权利要求的,然而在私法上,对于类似情况,他却有获得利益或特权的合法预期,倘若如此,在公法上,法院就要通过司法审查保护其预期。”^[33]这是少数派发出的声音,十分微弱,却没有被彻底湮没。泰勒法官(Taylor J.)在两年之后审理的拉多克案^[34](*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock*)中,捕捉到了这个声音。

发生在1987年的这起案件,涉及的是对当事人实施电话窃听的决定。原告是裁减核武器运动的一位著名成员,因不满其电话被窃听,遂起纷争。窃听电话的权力,尽管在成文法

[30] Cf. C. F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, 47 *Cambridge Law Journal* 247 - 248 (1988).

[31] Cf. C. F. Forsyth, p. 248, 256.

[32] [1985] A. C. 374 (H. L.).

[33] Cf. C. F. Forsyth, “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations”, 47 *Cambridge Law Journal* 249 - 250 (1988).

[34] [1987] 2 All E. R. 518.

中没有规定,但议会还是确认了一些行使条件。简单地说,就是,首先,有合理的理由认为当事人已实施了颠覆活动,并可能损害国家利益。其次,常规的调查手段无法或不能奏效。最后,窃听必须严格限定在国家安全所界定的职能范围,不得用于政党政治目的,或者社会某一特定群体。在诉讼中,原告宣称,上述标准应得到不折不扣的遵守,她对此持有合法预期。

那么,当事人能否有这样的合法预期呢?内政大臣的法律顾问辩解道:“合法预期原则只适用以下情形,即申请人可以期待,在作出对其不利的决定时应当征求其意见,或者给予辩解的机会。但是,在签发窃听决定之前,不存在征求意见或给予辩解机会的问题,所以,合法预期原则在该领域不适用。”^[35]但是,法官没有接受这种辩解。主审法官泰勒认可了原告的主张,认为她可以合法地预期,警察会遵守已公布的有关窃听规定,除非基于国家安全考虑,才有不遵守的可能。^[36]同时泰勒也承认,部长的权力不得受到不适当拘束;已公布的政策,不意味着不能改变,也不意味着不能基于国家安全的考虑而不适用之。但是,被告却无法拿出这些方面的证据。^[37]

在本案中,事先的听证是不可行的,事实上,也的确不可能。那么,把合法预期概念仅限于程序维度,显然不妥。法院必须回应当事人的期望,将合法预期概念进一步拓展到实体维度上。这就有点实体性保护的味道了,尽管它不是积极地要求行政机关去兑现某种承诺、利益或者特权,而只是消极地制止了继续窃听。

3. 普雷斯顿案

这起发生在1985年的案件,看似简单平淡,但在法官的思考路径上,已经耙剔出了实体性保护的两块重要理论基石。由公正、禁止反言到滥用职权的逻辑思考,法院开始找到了实体性保护的突破口。

在该案中,普雷斯顿宣称,其与税务机关曾达成协议,如果他缴纳一笔税款,并撤回过分的请求,税务机关将停止对其调查。但是,在诉讼中,普雷斯顿案因无法证实协议或承诺的存在而败诉。

法院在审理中明确表示,假如能够证实上述协议或承诺存在,那么,按照公法的公正要求和私法的禁止反言,税务机关就有义务依法公正行事。在该案的判决与法院的推理中,有三点值得玩味:^[38]

首先,法院不仅限于自然正义的要求,而是认为公正是与自然正义很不一样的东西,从而迈向了实质公正。

其次,法院把这个意义上的公正与私法上的禁止反言联系起来,认为,要求行政机关践行的公正,应是在与禁止反言差不多的情境下产生的。

最后,法院注意到了实质不公正与滥用职权之间的关系,初步勾勒出了实体性保护的轮廓。法院认为,这种新型的公正,并不是要求行政机关践行越权的协议或承诺,也不是要求行政机关一定要践行合法的协议或承诺。如果出现新的证据或者情境发生显著变化,税务

[35] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 248 - 250 (1988).

[36] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, "Substantive Legitimate Expectations after Coughlan", *Public Law* 686, (2000).

[37] Cf. P. P. Craig, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", 108 (JAN) *Law Quarterly Review* 96 (1992).

[38] Cf. Matthew Groves, "Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law", *Melbourne University Law Review* 475 (2008).

机关可以不遵守其先前的承诺或意思表示。除此之外,如果不践行,则属于滥用职权。

(二)考夫兰案

在学术史上,1999年的考夫兰案(*R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan*)是一个极其重要的判例。首先,它是“英国法院在正当期待的司法审查问题上的一次系统梳理,如果说,之前法院对介入公民的实质信赖利益还处于战战兢兢、半遮半掩状态的话,那么,考夫兰案则是正式开启了法院审查实质正当期待的大门”。^[39]其次,它捡起了先前判例蕴含的实体性保护思想,彻底突破了传统的威斯布雷不合理审查,明确提出实质不公正也是一种滥用职权的形态,引入了新的审查标准或审查方式,标志着其与程序性合法预期原则的有意义之分离。^[40]

考夫兰(Coughlan)在1971年的一次车祸中严重受伤。此后,直到1993年,她住在纽考特医院,这是一家为慢性病和残疾人开办的医院。后来,卫生部门认为这所医院不适合现代化治疗,决定将病人转至一个更适合的场所。1993年3月,考夫兰和其他病人搬到了马尔敦公寓,这是国家卫生服务局(National Health Service)设立的专门收治长期、严重残疾人士的下属机构。卫生部门在劝说考夫兰等转院时表示,马尔敦公寓最适合她们的需要,并保证“在那里,她们愿意住多长,就可以住多长”。但是,1998年10月,卫生部门却决定关闭马尔敦公寓。

其间有个小插曲。此前8月曾有一份咨询报告供卫生机构决策参考,其中提到了1993年保证的效力,并提出应在新的决定中一并考虑对她们未来的服务安排。摆在卫生部门面前的,也有若干选择,比如,可以继续维持马尔敦公寓,尽管不甚可行;或者违反先前承诺,协助病人迁至他处;或者将别处的国家卫生服务并入马尔敦公寓,改善其财政状况与诊疗水平。在10月份的会议上,卫生部门还是选择了关闭方案。但是,考虑到先前的承诺,卫生部门仍然愿意承担考夫兰的护理费用。当事人认为该决定违反了其合法预期,遂提起诉讼。^[41]

在诉讼中,主审法官海登(Hidden J.)的审查可简要地概括为三步:

首先,他小心鉴别了“什么是当事人的预期”,并发现了当事人与卫生机构在理解上的分歧。后者从一开始就在这个问题上犯了错。在卫生机构看来,其承诺的仅是提供照顾,但是,当事人从卫生机构的表态中却获得“马尔敦公寓将是她们永久的家”的预期,也就是说,这种照顾应该是在马尔敦公寓而非别处提供的。

其次,在他看来,即便让卫生部门践行承诺,也不致于让其违反其他法定或公法义务。

最后,他也承认,行政机关可以基于公共利益的需要而合理地背弃先前的承诺。但是,在本案中,被告却没有提供足够的证据,证明存在着迫切的、与重大公共利益有关的情形。^[42]被告辩解道,让原告搬迁,是为了提高康复服务的水平。马尔敦公寓无法既提供长期居住,又提供康复服务。这种现状对上述服务的使用者而言,也有害无益。所有这些辩解,在法院看来,都不是让原告合法预期落空的充分的公共利益理由。因为被告没有考虑其

[39] 参见骆梅英:《英国法上实体正当期待的司法审查——立足于考夫兰案的考察》,载《环球法律评论》2007年第2期。

[40] Cf. Matthew Groves, "Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law", *Melbourne University Law Review* 477-478(2008).

[41] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, "Substantive Legitimate Expectations after Coughlan", *Public Law* 687-688(2000).

[42] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, "Substantive Legitimate Expectations after Coughlan", *Public Law* 688(2000).

也负有为上述人等提供“家”的法定职责,也没有为原告提供可替代践行其承诺的同等设施。^[43]

因此,审理的结论是,卫生部门不践行许诺相当于违约,是不公正的,等同于滥用职权。

法院之所以采取了上述审查策略,是因为法院感到,单从传统的合理性标准看,不太容易从考夫兰案上“挑出刺”,但袖手旁观又有悖公平。所以,法院在传统的威斯布雷不合理审查标准之上,又勇敢地迈出一步,采取了滥用职权的审查标准,并添加了新的内涵,即“没有足够的公共利益理由,却背弃信誓旦旦的承诺,就是不公平的,也因此是滥用职权”,^[44]从而为实体性保护的审查标准奠定了基本格调。

毫无疑问,这是迈出了伟大的一步。当然,法院在创新中也是小心翼翼,严谨求证与推演。

第一,法院承认司法干预不得违背分权原则、基本的政治理论和政府职能分配观念。关于政治和社会选择的决定应当由立法机关或者由其授权的人来决定。法院无权说三道四、指手画脚。所以,就本案而言,对于经费应当以这种还是那种方式分配,法院不应干预、重新评价和决定。这是广为人知的法院不得干预行政决定之优劣。但是,对于行政机关违背当事人预期,这样的政策适用是否属于正确行使权力,法院有权过问。

第二,威斯布雷标准是传统上有效界定司法干预边际的方法,被视为合法的司法干预的试金石。但是,正如库克勋爵(Lord Cooke)所指出的,即便没有威斯布雷标准,也不见得分权原则不能得到很好地尊重。在涉及基本权利的案件中,法院完全可以在威斯布雷标准的基础上加强审查力度,而又不实质违背分权要求。^[45]

第三,在判断公共利益需要是否足以干预基本权利的问题上,无疑最初要由行政机关来做决定。但是,对于行政机关做出上述决定所基于的理由,法院可以审查。如果法院发现行政机关给出的理由不合逻辑或者不符合公认的道德标准,法院当然可以干预。法院的基本审查方法就是要求行政机关应合理地对待所有关乎决定的材料。行政机关越是对权利进行实质性干预,法院越要求其必须充分说明其正当性。^[46]理由不充分,就是滥用职权。

因此,从表面意义上看,法院只是借用了传统已有的滥用权力标准,这仍属于不合理标准诸多内涵之一种,在审查标准上不稀奇,没有突破传统,但其重大意义却是蕴含在该标准的适用方式上。在法院看来,对于合法的预期,只有存在充分的利益或理由时,行政机关才可背离。这是判断结果是否公正所必须考虑的元素。^[47]表面上,法院审查的只是理由说明与相关考虑,没有走出威斯布雷不合理审查的藩篱,但实质上,却迈入了利益考量,用它来判断理由是否成立、考虑是否恰当,产生了与比例原则同构化的审查效果。

至此,实体性保护最终形成了一个最经典的表述,一个最基本的判断标准,那就是“只有重大的公共利益要求,才可以背弃先前的政策或意思表示”。这也让考夫兰案成为了永恒的经典。

[43] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, “Substantive Legitimate Expectations after Coughlan”, *Public Law* 692–693 (2000).

[44] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, “Substantive Legitimate Expectations after Coughlan”, *Public Law* 698 (2000).

[45] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, “Substantive Legitimate Expectations after Coughlan”, *Public Law* 694–695 (2000).

[46] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, “Substantive Legitimate Expectations after Coughlan”, *Public Law* 694–695 (2000).

[47] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 479 (2008).

当然,具有标杆性的考夫兰案之判决,也难免不招致批判。批判的要点有二:一是法院对于等同于滥用权力的实质不公正没有给出可辨识的法律原则。也就是说,在该案判决中,法院仅是简单地指出,违背当事人的预期是否是如同滥用权力那样的不公正,这必须由法院来判断,这是法院的角色之所在,但法院却没有进一步说明,权力行使是怎么、是何时变成为滥用的。二是法院的推理也被批评为“是篡夺或者侵犯了行政机关的权力,让法院过多地关注了行政决定的优劣”。^[48] 上述两点是前因后果。

那么,实体性保护会让司法“越位”吗?福赛斯非常乐观,认为反驳轻而易举。法院其实并不关心引起合法预期的裁量行使是否是明智之举,它只关注在特定情境下对于怀有合法预期的相对人是否应当满足其预期。^[49] 对实体性合法预期的保护,可以向传统的威斯布雷不合理之审查技术借力。对于公共利益是否能压倒个人的合法预期,应由行政机关决定。法院只在查明行政决定是不合理或不正当时才介入干预。^[50] 克莱格在引述一些经典案例之后,认为,实体性保护其实只涉及两个步骤,一是确定相对人是否具有实体性质的合法预期,二是判断是否有重大公共利益足以让行政机关背弃先前的承诺、政策或者决定。对于行政机关而言,实体性保护的介入,并没有改变其保有改变或者不执行政策、决定或承诺的自由,只不过是要求更加合理与理性。^[51] “法院的任务不是去阻止行政机关行为,而是去调和两方面的关系,一是行政机关不断回应变化的持续需要,二是相对人对现行政策或承诺的信赖而产生的预期或合法利益。”^[52] 就拿经典的考夫兰案来说,克莱格和施恩博格(Søren Schønberg)都认为,法院也没有对经费应该这样或那样分配指手画脚,所以,也不存在与“经典的分权原则”不一致的地方。^[53]

争议依存,却已为更强劲的社会诉求与实践所荫掩。其实,促使英国接受利益考量与实体性保护的另一个重要因素,是欧共体及其他成员国的类似实践,以及1998年《人权法》(*the Human Rights Act 1998*)。两者具有内在关联。起决定性作用的恐怕还是融入欧共体的现实需要。一方面,《欧洲人权公约》的判例法已经表明,“对合法性的考虑并不总是优于对当事人合法预期的保护”,在实体性保护上也没有流露出丝毫迟疑。由于涉及基本权利的案件可以上诉至欧洲人权法院,后者判决在英国具有直接效力,这促使英国宪政结构产生了根本变化,影响了行政与司法相互关系的走向。另一方面,几乎在同一时期,就是否要引入欧陆比例原则,英国爆发了激烈之争。利益考量的宪法边际已在这场风暴中得到透彻分析,并为英国人所接受,这也为实体性合法预期保护扫除了传统思想禁锢。

(三)之后的发展

考夫兰案为以后案件的判决提供了有关概念的基准性解释。对于考夫兰案的推理,之后的案件鲜有实质突破,多是完善而非质疑实体性合法预期的理论基础。比如,像拉希德(Rashid)案提出的灵活救济方法。当然,也有一些案件欲用更宽泛的统治观念来替代考夫

[48] Cf. Matthew Groves, "Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law", *Melbourne University Law Review* 479-480(2008).

[49] Cf. C. F. Forsyth, "The Provenance and Protection of Legitimate Expectations", 47 *Cambridge Law Journal* 241(1988).

[50] Cf. Christopher Forsyth, "Wednesbury Protection of Substantive Legitimate Expectations", *Public Law* 383(1997).

[51] Cf. P. P. Craig, "Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis", 108 (JAN) *Law Quarterly Review* 92-97(1992).

[52] Cf. Soren Schonberg & Paul Craig, "Substantive Legitimate Expectations after Coughlan", *Public Law* 690(2000).

[53] Cf. Matthew Groves, "Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law", *Melbourne University Law Review* 491(2008).

兰案中的公正之基础。^[54] 像贝格比(Begbie)案中提出的“良好行政”。

1. 贝格比案

第一个重要的完善发生在考夫兰案之后的一个月。在贝格比案(*R v Secretary of State for Education and Employment; Ex parte Begbie*)中, 劳斯法官(Laws LJ)为实体性合法预期提供了更加清晰的基础。

该案大致情况是, 贝格比夫人要求对一个影响其残废女儿教育辅助金的决定进行司法审查, 她的理由是反对党以前有过承诺, 但它执政之后却改变了这个承诺, 违反了她的合法预期。当然, 这个诉求极易驳回, 因为, 因反对党之承诺所产生的预期, 不是公共机构产生的, 不属于合法预期范畴。或者说, 因政府更迭而导致的复杂的立法变化, 也不宜保护贝格比夫人的这种诉求。倒是劳斯法官发表的一些重要观点, 颇引人注目。^[55]

第一, 劳斯认为, “滥用职权已经成为, 或者正在迅速成为我们公法一般原则的规范与条件之根本性概念”。据此看法, 考夫兰案的争议点就不再是应否接受实体性合法预期的问题, 而应该是如何在宽泛的滥用职权名目之中阐释该概念的问题。

第二, 劳斯认为, 考夫兰案归纳的三种审查情形,^[56] 不是一览无遗、绝对封闭的。其中第一种诉诸“不合理”之审查, 和第三种“等同于滥用职权的不公正”, 在劳斯看来, 它们之间存在着重合的品质。他说: “公正与合理(以及它们的反义词)都是客观概念, 否则, 将无公法可言, 或者倘若如此, 将是棕榈树之正义。但是, 它们每个都有一个幅度, 而非仅为一点, 它们彼此荫掩。”这种重合的品质使得审查不是基于不同的标准, 而只是审查力度的不同。

第三, 劳斯还认为, 被挑战的决定越是处于所谓的宏观政策领域, 法院监督的干预就越弱。而且, 在这个领域, 很难真正发现滥用职权, 因为在政策的变化之中, 伴有宽泛的公共利益之概念, 相对于那些因对早先政策预期而产生的群体利益, 更具有优先性。

劳斯在后来的一些场合又表示, 尊重承诺的法律义务虽是基于公正, 但却有更深刻的理论根源, 那就是良好行政的要求。他指出: “良好行政要求行政机关应当遵守承诺。对于不践约或者拒绝践约, 必须客观地说明其正当性, 证明这是在当时情境下符合比例的措施。如果法律不坚持这一点, 那么, 将有损于良好行政。”

对于劳斯上述阐释学上的努力, 马修(Matthew Groves)评价道, 考夫兰案受到的批判, 主

[54] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 482(2008).

[55] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 483-486(2008).

[56] 英国法院经过了较长时间的思考探索, 直到考夫兰案才叩开实体性保护大门。通过判例发展法律, 点滴渐进而成, 让审查标准有着一个流变。在考夫兰案中, 法院把审查标准分为三种情形:

第一种是法院仅要求行政机关在作出新的决定时, 应考虑先前做出的意思表示或者政策, 给予适当的权重。也就是, 仅将先前的政策、承诺或者行为作为行政决定的相关考虑。法院仅做威斯布雷合理性审查。只有符合格林勋爵(Lord Greene)、迪普洛克勋爵对威斯布雷不合理的经典描述时, 法院才进行干预。比如, 芬德雷案(Findlay)、哈格里夫斯案(Hargreaves)等均是如此。这种审查仍然没有逃逸出传统的合理性审查。

第二种是法院如果发现有的合法的预期, 那么, 法院会要求行政机关在改变承诺之前应和当事人协商, 除非有充分的理由, 不得背弃先前的承诺。法院也将自己判断改变政策的理由是否充分, 是否符合公众的要求。也就是说, 在这种情境下, 法院采取的是全面审查, 由法院自己来判断和决定行政机关背弃先前的承诺是否公正。比如, 吴云兆案。

第三种是法院如果发现合法的承诺导致了一个实体性预期, 具有某种利益, 法院将在公正的要求与改变政策所期许的利益之间进行权衡, 进而判断背弃承诺是否不公正, 是否属于滥用职权。大部分案件均属此类, 像布雷斯顿案、联合利华案(Unilever)、考夫兰案均是。参见 Soren Schonberg & Paul Craig, “Substantive Legitimate Expectations after Coughlan”, *Public Law* 689(2000)。

要是其没有对权力的行使在何时、因何而成为滥用职权给出解释。而“良好行政”或“良好政府”规则的祈求与构建,可以初步回应对考夫兰案有关实体性合法预期的批判。管理是好是坏,相对容易解释,尤其是结合合法预期案件中的事实来看,容易解释清楚。如果再引入比例的标准,就可以为法院在何时、因何而介入干预给出某些判断的标准和尺度。

但是,在马修看来,劳斯的上述观点也并非完美无缺,因为在劳斯观念中的良好行政,包含着一些不成文的法律标准,这让人不免担忧,这是否会成为法官反复无常、过于主观的标准,是否会变成法官将个人意愿、个人观点强加给行政的一个便利籍口,一个烟幕呢?^[57]

2. 拉希德案

在拉希德案[*Secretary of State for the Home Department v The Queen (Rashid)*]中,拉希德是伊拉克库尔德人,他申请庇护,行政机关因不熟悉有关库尔德人的政策而拒绝了他的申请。但其寻求司法救济时,政策已发生改变,他原先申请的签证类型已不复存在。在该案的审理中,法院引入了“显著不公正”的标准,^[58]来解释“让合法预期落空,何以并怎样便成为了滥用职权”。

首先,法院在审查该案时发现,行政机关在此类签证的审批上存在着长期的、不可容忍的不胜任,却又不能给出合理的解释。皮尔法官(Pill LJ)指出,这种不胜任意意味着,拉希德诉求的不是一个典型的合法预期,而是某种等同于滥用职权的不公正,合法预期仅为其中的一个诉求理由。之所以视之为滥用职权,是基于这样的预期,即处理庇护申请的一般政策应当得到适用,且应当始终如一地适用之。^[59]

其次,在救济方式上,法院也非常务实,敢于直面当时的困境,即政策已然改变,已无法要求行政机关给予拉希德难民身份。但是,法院认为,因丧失机会而导致的不公正,仍然必须得到救济,那就是要求内政大臣应行使其他权力,允许拉希德永久居住在英国。这种救济虽与给予难民身份不完全一样,但却具有近似的效果,因此,也算是一种适当的救济。

拉希德案在考夫兰案之上又试探地迈出的一步,就是用“显著不公正”来解释法院干预的正当性。正如柯林斯法官(Collins J.)所说:“法院得去判断,不公正是否超出了只应由申诉权来救济的程度。我也承认,不可能界定出一个精确的界限。个案的情景将不可避免地成为判断因素。法院只有在确信不公正达到了一定程度,可以非常妥帖地装入滥用职权这一类之中时,法院才能做出有利于原告的判决。”^[60]但是,正像很多学者关注到的那样,“显著不公正”只是在表述不公正的程度,只能给人一种“印象上的指导”。

(四) 比较的视野

1. 英国

实体性保护在英国行进中步履踉跄,在其它普通法国家和地区也一样不顺畅。除我国香港地区外,在澳大利亚、新西兰、加拿大似乎都不被看好,这与后者的传统宪政思想、司法

[57] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 487(2008).

[58] 从表面上看,“显著不公正”标准似乎是对考夫兰案的回应,但其实,该标准早在考夫兰案发生的几年前就已出现,它最初出现在一起税收案件中,该案的判决就指出,违反合法预期的行为,如果行政机关存在“显著不公正”,就是滥用权力。参见 Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 487(2008)。

[59] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 487(2008).

[60] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 488(2008).

审查理论、对法院角色的认同等息息相关。

在加拿大,据大卫·莱特观察,没有出现保护实体性合法预期的显著动向。当然,也出现了个别案例,合法预期被赋予实体性效果,^[61]但这些判决被视为异常。或许,加拿大法官是顺着本土的公正义务思维去追索,并接纳了英国的合法预期,而公正义务在加拿大仅具有程序意义,所以,他们很自然地对实体性预期不加思索,甚至也不承认实体性预期会导致程序上的保护。

同样,在新西兰,合法预期仅与程序有关,不会作为某种实体内容而产生。对它的保护,能够接受的底线就是提供程序性保护,或者把当事人的实体性预期当做相关考虑,进行合理性审查。这是因为,合法预期不能用来挑战行政决定的内容或优劣,否则将打开通往权力行使之优劣的禁区之门,让法院“漂流在庸俗的实用主义海洋中”。^[62]

在澳大利亚,也有一些判决提到了考夫兰案,但是,澳大利亚法官还是无法接受这种观念。对于类似现象,他们能够接受的审查标准只是未考虑相关因素或者不合理。也就是说,法院只要求行政机关做出新的决定时,应该将当事人的实体性预期作为相关因素予以考虑。究其原因,大致有三:

第一,英国的实体性合法预期之保护,发源于私法上的禁止反言。但在澳大利亚行政法中,根本不承认禁止反言,而是崇尚不受拘束原则。他们认为,行政机关事先对未来权力行使的意思表示,属于越权,而越权当然就排除了其效力,也谈不上对先前意思表示的遵守问题。这与美国法院早期判决的观点一致。

第二,在英国实体性合法预期理论中,有一个核心思想与技术,就是要对公共利益与个人利益进行司法衡量。这在澳大利亚学者和法官看来是绝对不可接受的,这不符合他们所认同的分权观念。正如布伦南法官(Brennan J.)所言,“司法的权威不是来自对社会利益和个人利益平衡的超能力”,“法院不具备条件去评估那些与行政决定有关的适当的政策考量,抗辩制度也不适于实现行政正义,后者通常要考虑未被充分代表的利益”。^[63]因此,在他们看来,在司法审查中对彼此冲突的利益进行衡量或权衡,是一种优劣审查,至少是游走在优劣问题的边缘,是他们不敢去触碰的底线。

第三,从更深层次的原因看,上述分权观念其实来自澳大利亚对宪法的严格(或“狭隘”)理解。正如安东尼·梅森(Sir Anthony Mason)所言,“澳大利亚宪法更多扮演着划分政府权力的角色,而不是公民权利的宪章”。^[64]宪法仅对制度投以关怀,为欧文·迪克森爵士(Sir Owen Dixon)所倡导的“严格而彻底的法条主义”提供了肥沃的土壤,而后者反过来又给上述安东尼的观点提供了强有力的支持。顺理成章,他们对司法功能也做十分严格的理解,设定了诸多参数,采取了与英国人不很一样的分权观念。假如要他们接受英国人的实体性合法预期,必然要对上述宪法观念做根本性改造,并将引起在其他方面的连锁反应。解决了此问题的同时,恐怕又会产生一连串的彼问题。所以,这种变化是很难想象的,也很难发生。这便成为阻碍他们接受实体性合法预期的一个重要的宪法障碍。

[61] 比如, *Quebec (Sous-Ministre du Revenu) v. Transport Lessard* (1976), *Limitee, Gingras v. Canada* [1990] 2 F. C. 68 (T. D.), 以及 *Bloomfield v. Saskatchewan (Minister of Health)* [1986] S. J. No. 675 (QL) (Q. B.)。

[62] Cf. G. D. S. Taylor, *Judicial Review: A New Zealand Perspective*, Butterworths, 1991, p. 256, 260, 261.

[63] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 513-514 (2008).

[64] Cf. Matthew Groves, “Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law”, *Melbourne University Law Review* 516 (2008).

当然,实体性保护在澳大利亚、新西兰、加拿大得不到认同,这只是面相。这并不意味着,因为法院的谦让,类似问题在这些国家得不到很好的解决。首先,通过程序性保护以及相关考虑的审查,也可能产生近似实质性保护的反射效果,只不过较为间接、微弱而已。其次,不保护实体性预期,这只是表明法院不愿“蹚这趟浑水”,而更乐意交给行政机关自己去处理。在民主机制和多维控权的情境下,行政机关多半也会积极回应法院的判决,让当事人多少有所斩获。

2. 德国

德国法上对信赖的保护,散发出来的救济效果其实也是实体性保护,但它与合法预期的趣味却有着很大不同,甚至是原则性差异。

首先,在英国,实体性保护始终是徘徊在合法性范畴之内,通过抑制滥用职权,让行政机关适当行使裁量权,来获得恰当的救济效果。德国的实践却超越了这种认识,让信赖保护原则迸发出英国人不敢想象的效果。对于提供一次性的或持续性的金钱、可分的实物或者其他类似给付的行政决定,虽然违法,却产生了当事人的信赖,如果“对公权力机关而言基本上仅意味着经济负担而非职责范围内应予履行的任务”,^[65]基于利益考量,尤其是对生存权的关注,德国法院有时还会维系违法行政行为的存续力,比如寡妇案就是一例。^[66]

所以,英国的合法预期观念更在意合法性,必须在符合法定职责要求的前提下,才通过对裁量权的控制与约束来保护相对人的信赖。德国的信赖保护将相对人的信赖利益放到更加重要的地位,经过审慎考量,只要信赖利益值得保护,就可以完全不顾忌引发信赖的行政行为是合法还是违法。^[67]

其次,在英国,这种救济指向明确,又更加灵活、多样,既可以像考夫兰案那样,要求行政机关践行承诺,也可以像拉希德案那样,在执行先前政策不可能时,要求行政机关行使裁量权,让当事人获得差不多的预期结果。这似乎在德国法中找不到。

3. 美国

美国法上的禁止反言,从效果上看,实际上解决的也是实体性保护问题,不涉及程序性保护。法院要平衡的仍然是依法行政原则和法的安定性原则之间发生的冲突,以及公共利益和个人利益之间的冲突。从历史上看,法院的态度有着一个转变过程,从基本否定到有条件的肯定、从刻板的保守到有节制的宽容。

最初,美国法院之所以抵制禁止反言在行政法上的援用,主要是考虑到政府的特殊性,不能与私人适用同样的规则,公共权力往往要重于个人权利。这种让依法行政原则胜出的立场颇似英国法院,但完全无视救济的观念实不足取。后来逐渐打开了一个口子,方法与英国的合法预期既有近似,也有不同。

一方面,美国法院在判词中尽管没有出现英国法院偏好的“压倒一切的公共利益”之术语,却采用了近似的利益权衡方法。这无疑是一个突破。美国法院逐渐认识到,禁止反言应当是对各方权利(力)进行权重的结果。私人要想胜出,其权利应重于公共的权利。^[68]因

[65] 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》。

[66] 欧洲人权法院在 *Stretch v. UK* 案中也指出,对于一个因违法决定而产生的预期,法治与合法性原则不必然优于个人权利,是否优于,必须放到个案中去回答,并应符合比例原则。参见 Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, p. 189.

[67] 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》。

[68] Cf. Kenneth D. Dean, “Equitable Estoppel against the Government — the Missouri Experience: Time to Rethink the Concept”, 37 *Saint Louis University Law Journal* 92(1992 - 1993).

此,只有在充分证据证明如果行政机关不履约、不践行会产生“明显不公正”时,才有禁止反言的适用。

另一方面,美国法院是在违法概念中引入了一个新的概念——“不规范”,为禁止反言寻求一个基本底线。这是英国法里没有的。在美国法院看来,行政机关有权限,且出于善意,却没有遵守法律规定的某些要求,这种行使权力属于“不规范”,可以产生禁止反言。也就是说,这种行为尽管有缺陷,却有拘束力,行政机关不得反悔、撤销。但是,如果是缺少权限,就属于越权和无效的,不产生禁止反言问题。^[69]

一个理论的难点,也是困惑至今的问题就是,“缺少权限”和“仅仅是行使权限不规范”之间如何区分?美国法院在判断时,一般会综合考虑是否“明显不公”,对当事人造成的损害到底多大,并会分析违反的有关要求是强制性的还是指导性的。^[70]

从有关判例看,不乏彼此冲突、前后矛盾之处,但在操作上显然比英国法院宽松,甚至在某种程度上显现出近似德国法上信赖保护的趣味。比如,在洛特嘉克博案(*Rottjakob v. Leachman*)中,购买者对郡税收官出具的不欠税的纳税记录信以为真,购买之后,税收官却发现有误,通知该购买者要补交前一年度的税款。上诉法院认为,本案不适用禁止反言,因为“公共福利将受到严重威胁,或者郡之公共职能,亦即税收恐有被削弱之危险”。但是,密苏里州最高法院却认为本案应当适用禁止反言。在后者看来,纳税记录必须提供确定性之尺度,否则会影响不动产交易,无法增进公共利益。^[71] 这样的例子也不常见,因为“任何人都不能翻悔到与法律相对的立场”。^[72]

四 结束语

在笔者看来,英国在程序性保护、尤其是事前保护方面远比德国、欧共同体卓越;在实体性保护上虽不如后者坚决,却注重合法性,救济灵活多样,表现得审慎有度;在赔偿性保护上,保守有余、灵活不足,缺少法国人的“对价交换”观念,也异于德国法上的趣味。英国直接在公法上构建原则的方法,远比美国从私法禁止反言借力来得高明。

从有关合法预期的文献看,英国人一般不专门讨论赔偿或者补偿性保护,但也并非绝口不谈。这种实践却因简约而不占主流且观念更趋保守,逊于德国和法国,是我们在引进合法预期时必须详加鉴别和扬弃的。具体介绍如下。

首先,在英国,对于行政机关越权作出的意思表示,出于立法至上的正统观念,必因“越权无效”,可随时撤销,不顾忌当事人的预期。因为在他们看来,假定维持了越权决定,则是默许了行政机关可以自设权力,这是对英国宪政的反动。当然,如果无辜当事人产生了预期,法院无法完全置之不理,法院会建议行政机关“仁慈地”行使权力,对其遭受的损失予以赔偿,或者允许当事人提起过失虚假陈述之诉,寻求救济。^[73]

[69] Cf. Kenneth D. Dean, “Equitable Estoppel against the Government—the Missouri Experience: Time to Rethink the Concept”, 37 *Saint Louis University Law Journal* 80-81 (1992-1993).

[70] Cf. Kenneth D. Dean, “Equitable Estoppel against the Government—the Missouri Experience: Time to Rethink the Concept”, 37 *Saint Louis University Law Journal* 83 (1992-1993).

[71] Cf. Kenneth D. Dean, “Equitable Estoppel against the Government—the Missouri Experience: Time to Rethink the Concept”, 37 *Saint Louis University Law Journal* 99 (1992-1993).

[72] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第127页。

[73] Cf. Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, p. 189.

如果用比较的视野看,对“越权无效”的尊崇程度,以及处理依法行政与法的安定(持续)性之间的紧张关系上,从合法预期、禁止反言到信赖保护,呈现出逐渐宽松并向法的安全性倾斜的趋势。当然,如果行政决定因违法而被撤销,无论依据哪种理论,都会给予善意当事人赔偿。

其次,在英国,对于行政机关有权限却是由其无权限的官员作出的意思表示,法院处理起来稍稍有点复杂。历史上,法院曾经援用禁止反言来处理。但后来又觉得,禁止反言的私法根源使其无法很好地处理涉及公共利益的争议。因此,法院转向运用合法预期原理。假如当事人能够证明其当时的确认为该官员有权限,让法院感到其有着合法预期,那么,法院将全盘考虑整个案件情况,通过利益考量进行处理。^[74]

英国只在这一领域与德国、欧共体上述实践似曾相识,但却有着一个重要差别。它更加顾及依法行政原则。因为对于下属的无权限官员做出的意思表示,如果符合行政机关的职责与意愿,完全有可能由行政机关行使裁量权,通过事后追认获得合法性。

第三,在英国,对于一个已生效的合法行政行为能否撤销,依据的唯一标准就是,法律是否明确授予了行政机关有撤销的权力。有则可,无则否。伊恩·斯蒂尔(Iain Steele)指出,影响权利或者形成权利的正式决定不能被撤销,甚至给予裁量利益的正式决定,如果没有明确的撤销授权,也不能撤销。^[75]

这显然有别于德国法和法国法。通晓德国法的学者都知道,在德国,政府信赖保护存身于对行政行为撤销之中。对于一个合法的行政行为,原则上应依据依法行政原理继续其存续力;如果事实或法律状态发生变更,允许撤销,但应依据依法行政原则和信赖保护原则,给予赔偿性保护。^[76] 在英国,似乎不存在基于公共利益需要,以赔偿(补偿)为对价,允许行政机关裁量撤销已生效的合法决定。

[Abstract] The general trend of development of legitimate expectation in UK started with the procedural protection, and develops recently towards the substantive protection, while compensatory protection exists but is by no means the mainstream. Actually, legitimate expectation grows up gradually by individual cases. Pragmatism, instead of theoretical principles, serves as the very basis of its development. With constant efforts made by the court, the theory of legitimate expectation has been constructed and taken a form of independent system. As the theory of legitimate expectation in UK spreading overseas, it has evolved in the process of continuation and development in Australia, New Zealand and Canada to satisfy their respective traditions and native legal doctrines. If we compare legitimate expectation in UK with protection of trust in German law and estoppel in US law, we will find that on one hand, they have similar functions; on the other hand, they are distinct from each other substantially.

(责任编辑:瑞 石)

[74] Cf. Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, pp. 189 - 190.

[75] Cf. Iain Steele, "Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance", 121 *Law Quarterly Review* 301(2005).

[76] 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》。