海上瑯環：域外案例研修”系列讲座

行政法案例分析(一)

主讲人：弗朗兹·约瑟夫·派纳（Franz-Joseph Peine）

主持人：郑春燕教授

现场翻译：黄卉教授

时间：2017年11月18日上午

地点：之江校区曾楼102

记录人：唐俊麒

德国法学教育中的案例分析

德国的法学教育，就是培养法官的。德国人很认真，培养法官的决定，一旦定下来，那么培养出来的最后就是法官。他们设计了一个模块，学生先到大学里学习，然后是两年的国家实习叫预备法官的见习，然后再进行一次国家考试。在大学学习期间还有一次考试，只需要通过这个考试就无需继续在大学学习，转而可以准备见习了。见习中也需要考试，这个考试就是前面所述的国家考试。通过这次考试，就有做法官、做律师的资格。这个过程可能需要六到七年，学习能力差一点的学生可能要十年。一般六七年就可以完成这一个过程，之后就可以做法官了。

那么这种能力是从哪里来的？我们的博士毕业后是不能审判案件的。但德国可以通过这种所谓的鉴定式案例分析训练来培养毕业后就可以直接判案的法官。德国的裁判包括三个部分，第一就是查明案件事实，就等于说学生要训练写一份查明案件事实的报告，即学会写案件事实；第二就是写法律适用的过程；第三就是在具备了小前提和大前题之后写一份判决书。就是这三大部分。

但是德国的训练是从第二轮开始的，也就是从法律适用开始的，在大学里面只学习法律适用。所以他们的案例分析是给定的事实，为什么会是给定的事实，而不像英美国家先讲案件，然后一点点抽出判案所需依据的事实？因为大陆法系是非常系统的立法，是高度抽象化、概念化的立法。而且概念和概念之间，条款与条款之间，是互相交织在一起的网状结构。所以你要首先通过某种方法熟悉这个网状结构，也就是熟悉大前提。所以用简单的案件，或者用事实恒定的案件来进行训练。如果案件事实在改变，你的学习就会有很大的问题。这是一种学习的方法。

首先，要学会在案件不改变的情况下了解梳理案件情况。虽然案件事实不变动，其实是可以提前选择和设计的。可以依照从简单到复杂的程度，把案件设计得很复杂。但是当案件给定后，就不可以再变动案件事实了。

第二，如果你不了解大前提，那么你很难找到找准小前提。因为采取的是构成要件式的思维，需要了解原告的诉求，并找到对应的法条来支持你的主张。之后再分解这些构成要件，把案件事实一一归入。如果你不知道构成要件和相应的法条，就去找案件事实，很容易就迷失在丰富的案件事实里面。没有经验的法官，就非常容易被模棱两可的当事人和代理人误导。中国的一些年轻法官，可能因为还没有完全掌握庭审技术，或者是没掌握构成要件，因此不知道案件事实的哪个环节最重要。最后发现自己关注的问题和案件无关，这是非常累人的事情。当你想知道这个大前提时，就要明白构成要件是什么，然后再根据构成要件去找事实。无论你是用庭审或者庭外审的方式，还是书面审的方式，在把各种要件全部弄清楚之后，就可以胸有成竹地写判决书了。这个过程就是按照这种思路进行的。所以德国是先学习大前提。

关于第一步和第三步，在成为预备法官的时候，需要先到法院体验真实的案件，也就是见习。见习过程中，一般是先在民庭里见习六个月或两年。或者是在一般法院的刑事审判庭见习六个月，行政审判庭见习六个月，还有六个月就可以自由选择地方。可以自由选择到事务所、政府部门、国际组织、国际机构去见习。这次我专门请教了德国的预备见习法官是如何审理案件的问题。他们回答说：需要把见习法官分到各个庭。一般审理案件的合议庭是三个人，由其中一名主审法官（也叫报告法官）负责写基础的鉴定书，也就是鉴定意见书。这个意见书包括一份事实报告和对应的法律适用，也就是今天要讲的案件书；还包括一份判决的草案，即草拟一份判决。之后由主审法官向另外两名法官报告，其他两名法官就不用再撰写，但可以进行内容的补充。因为其他两名法官可能在审理其他的案件，这些案件可能就由他们自己主导。

采用这种方式，在保证把问题讲清楚的情况下，只需要在有争议的地方讨论表决就可以了。这个工作一般就由见习法官负责。每个星期都有资深法官带着见习法官审理一个案子，六个月的民事审判当中一共要审理24个案件。因为一个庭不可能只有一个见习生，所以如果要进行六个月的见习，就要做十个报告。就相当于让见习法官取代报告的法官，来做十份这样的报告。到最后见习法官就会很清楚审理的流程和内容。六个月下来以后，到每个庭见习一下，见习结束后就能做法官。这是一个流程，如果在六个月见习中，你已经完全可以替代主审法官做报告，那你就具备了法官的胜任能力。这种能力是靠案例训练出来的。

英美是案例法系，但其实大陆法系的法学教育才叫真正的案例训练。因为除了案例就没有其他的材料进行训练。但是德国的大学教育当中最大的问题是缺少授课。虽然在德国的案例中有大量真实案例也需要进行价值判断，可以训练社科的思维，但是这和学术训练还是不一样的。

而中国正好相反，中国大学进行大量的课程讲授，学会如何确定法律，但寻找的法律不够精确，因此在裁判技术方面，就相对比较弱。德国培养出来的法官具有很强的裁判技术，所以我们要学会取长补短。中国要在大学里培养法官或者要通过法官培训来培养年轻的法官，德国的这种案例分析培训模式就是非常好的借鉴。德国有一套非常丰富的程序，对法官进行训练。经过几十个案例的训练，你就会形成知道怎样去处理真实案件的能力。但中国不可能像德国这样来结构我们的法学教育，这不是个体能够决定的。但是我们还是可以在这个固定的空间里面做一点点改变。

德国的法律体系教育

如果要概括地说德国的法律人怎么工作，那可以简述为他们总是按照成文立法来工作，也就是依法裁判。因为德国是成文立法国家。我们信奉这个信条大概有一百零五年了。如果国家对公民的自由和财产有所侵害，那么也只能以民主立法为依据，只能通过民主方式制定的法律来行使国家权力。所以在德国，每一个领域都有一部法律。民法就是买卖、婚姻、家庭等，然后是刑法。

最大的领域是行政法。在行政法领域当中有两个层面，一个是宪法，一个是行政法。我带了一本法律汇编，包括了宪法和行政法，但也只是这个领域当中很小的一部分法律。为了让大家知道到底有多少法律，德国的司法部专门制作了一个网站，所有在德国境内的行政法领域的立法都可以在网站中找到，最重要的法律都有英文版和法文版。因为有这么多的立法，所以法院的第一步工作就是要从如此繁杂的立法体系里面找到合适的法条。尤其是现在，这项工作就更为复杂，因为德国目前的法律已经扩大到欧盟的法律。如果法院有一项未结程序，法院就需要考虑德国的宪法、行政法，包括联邦的法律和除了联邦的法令以外的十六个州的州法，以及还有一些城市的法律。然后在这整个体系当中还要加上一些自制的法人机构，比如公法自己的法人机构，如大学。他们其实是有权力制定章程的。所以如果法科生进入大学学习法律，第一个任务就是识别如此庞大的法律体系。大学的教学无法涵盖到所有领域的法律内容，而只是挑选了一些具有示范性领域的法律教授给大家。概括起来有三大领域是需要学生认真学习的：一是建筑和规划、计划法，二是警察和秩序法，或者是安全法，最后是旷工的，也就是所谓的地方法。地方法就是有点像地方自治的法律。这三块法律的内容是学生需要掌握的。

在德国学习，学生为了掌握如此庞大的法律体系，会分成两部分来学习：一部分是偏向于纯粹的理论性的学习，第二部分是通过一些案例的练习来掌握一些抽象的理论。这种学习方法其实是德国，或者准确的说应该是德语地区的法学教育的特产。就是在德国、奥地利和瑞士的德语地区，都是采用的这种学习方法。但如果是在法国或者意大利学习法律，就只是学习纯理论的部分。在第二部分当中，训练的是如何能够根据一个给定的案件事实来适用法律。这一套技术就是今天要讲的内容。也就是所谓的鉴定式案例分析法（黄卉老师对专有词汇的翻译，也存在其他不同的翻译）。在整个学习过程当中，德国的法科生一直是分析这样的案例：即特定的案件事实，而且这个事实是需要当做已经被证实的法律事实。

德国国家考试

学生在见习结束之后都需要参加一次国家考试，而不是大学考试。这个考试要求写两个民法的案件分析、两个刑法的案例分析，还有两个公法的案例分析，还有一个是自选的领域，譬如经济法。还需要在考试之外写一个课下的书面作业，准备作业有六个星期的时间。然后还需要参加一场大概五个小时的口试。而案例分析考试的笔试也要五个小时。考试中完全是匿名写作，评分也是匿名进行。评考卷的人不知道考卷的答题人。这也是为了考试的公平公正，以确保有个客观的标准，保证评考卷的人不会偏袒和刁难特定的人。

考试中的第一步，是首先提供一个不存在争议的案件事实。第二步，学生根据这个事实需要把所有可能考虑的相关因素在一个特定的格式或者程式里面一一呈现出来。无论是在公法、民法、刑法，都是用这样的方式来训练，但格式是不一样的。但是都有一个大框架，需要你把这个案件所有可能的因素在某种特定的步骤里面复述出来。这样的案件最后会给你留下一个问题，这个问题的最通常问法就是：原告有没有胜算的希望？法院要不要支持原告的诉求？类似这样的问题。公法领域一般都问：原告能不能胜诉？学生就需要身临其境，想象自己是原告，面对法官，如何能够让自己的诉求获得法院的支持。

在德国，如果你要进行国家考试，通常就必须要完成一项很大的任务。这项任务的完成时间在每个州规定不一样。有些州规定六个星期，有些州规定八个星期，只有唯一的一个州就是柏林废除了这项任务。这项任务其实就是就是关系分析法。学生完成这项任务的时候，会准备一个文件夹。在这个文件夹里，学生需要写出三份内容。第一份是事实报告，即案件的来龙去脉，当事人的诉求以及当事人具有的证据。第二部分是可诉性或者说可证性，即前面的分析都是一种可能性，到最后才做出结论。第三部分是完成判决书的写作，最后要完成案件的整个报告，并且得出相关的结论：被告人是否要受到刑事处罚；被诉的国家机关是否是违法，其行政行为是否违法；原告有没有给付请求权等。写判决书的过程与第二部分不同，写判决书总是把结论放到最前面，然后再开始分析。即前面是一个结论，然后是事实，然后是说理，最后的一部分就是诉讼费的承担。

在德国，每一步都需要花钱，所以当事人必须考虑好到底要做什么，自己到底能不承担费用。在德国还是有很多人，他们即便是有权利，但实际上没有经济负担的能力，这种情况也有一个补救方式，就是他们可以申请诉讼补助。这种做的背后的理念体现在基本法的19条，该条文规定：“每一个人都可以针对国家的公权力行为进行起诉”。那么就不能够让这些有权利的人因为没有钱而不能实现权利。

我们今天学的内容，是整个工作当中的一个部分，这部分是在大学里面学习的。德国的法学教育也分成两部分，一部分是在大学里面，你学完这一部分即法律适用之后就做第一次国家考试。通过以后你就进入了法官预备间隙的阶段，然后你在法院在检察院在律师事务所学习另外的实践技能。比如怎么写时事报告，怎么写判决书、裁判文书。然后再做一次国家考试，两次国家考试如果你都通过了，那么在德国境内的所有的律师职业你都可以从事。如果你在欧洲的其他罗马法系的国家学法律，情况是不一样的。一般他们在大学只学理论，然后你要决定是不是做律师、做法官做检察官。你会长时间的在一个部门里实习，也就是说关于实践的能力，你总是一部分领域的专家。不像在德国，毕业出来在各个领域，都是具备职业能力的。我第二个儿子就是在德国学完了全能法律，通过了两次国家考试。但是关于法国的法学教育，最后可以做律师，于是他就取得律师执业资格。现在他在法国工作，他可以到法国的最高法院代理德国的顾客。

说到最后，其实要学习的就是关系分析法，这个关系分析法的三个技能都学会了，基本上学的差不多了。在德国，能够顺利通过两次国家考试的通过率大概是10%。所以说在德国，法学可能是最难的一个学科，没有什么成功的保障。

诉讼工作的框架

在德国，赢得诉讼是非常重要的。因为一旦赢了，就不需要支付任何费用，由败诉方承担所有的费用。从这样的一个“赢不赢，要不要付钱”的视角发展出了所谓的格式或者程式。首先需要明白像这样的格式不是任意的，而是从某一个法律的基础关系产生，是从具体法条慢慢发展出来的。虽然这是德国特产，但是这种按照程式来分析案件的方式可以追溯到罗马。有两千多年历史的罗马民法，就是通过这种方式慢慢发展出来的。两千年前的罗马已经有非常辉煌的法律文化，而彼时德国的法律文化尚未诞生。德国大概只有一千年的历史，而中国大概有五千年的历史。

诉讼中需要进行的第一步是理清案件事实，相当于制作一份案件事实报告。而这个报告在大学训练的时候就给定了。后来到法院工作或者在行政部门工作，才需要从档案里面或者从这个案件的文档里面，慢慢找出这个事实报告。如果案件材料非常多，那么整理案件事实就是一个非常复杂的工作。因为理论上做事实报告的工作人员不能够忽略任何必须兼顾到的材料。

德国有三大法律支柱：民事审判，或者说民事法院，也叫一般普通法院。刑事的案件也在这个法院中审理。另外一个是公法审判，也就是行政审判，这个也可以分为三个大块：第一个是所谓的一般的、普通的行政法、行政法庭，第二个是社会法庭、法院，第三个是财税法庭，或者财政法。由于历史原因，形成了如此复杂的法院结构。民事审判和刑事审判在德国传统上是一直存在的。一般的行政法庭只有一百年的历史。而社会法院和财政法院是在1950年开始成立，即在联邦德国成立之后才成立。所以学生拿到案件后第一步，就需要明确需要前往哪个法院起诉，这是德国的诉讼程序法当中明确规定的。民事诉讼法、刑事诉讼法以及行政法院法，虽然名称不同，但其实都是指诉讼法。

德国的刑诉法有五百条。行政诉讼法或者说行政法院法大概有两百条，确切说是195条（但里面有许多分节等可能还不止195条）。但德国的学生并非学习全部的法条，而是体系性地学习这些复杂的内容。德国的诉讼体系中有两个原则：一个是当事人主义，是指法官根据当事人的陈述来判案。所以法官首先需要在进行事实认定时，判断哪些问题在当事人之间有争议，哪些没有争议。然后针对那些有争议的部分，就发展出了证明责任，证明规则等等。经历这些程序，法官在案子结束后对于其他人的疑问也可以明确提出自己的观点，表明自己是根据事实来断案的。德国称其为争议程序。刑事诉讼和行政诉讼是由另外一个原则来统领的。

在民事诉讼当中，原告向被告主张，也可以表述为原告是否具有其所主张的请求权，那么就需要提供所有可能支持他诉请的材料。在刑诉当中的问题一般是关于被告人是否要受到刑事处罚，也就是被告人是否偷了东西、伤了人、杀了人等问题。在我们行政诉讼当中，任何案件思考的第一步都相同：即国家是否合法的从事了某项活动。我们的宪法，我们的联邦基本法规定：法官要受到议会立法或者说法律制定法和其他法的拘束。所以所有案件当中都需要判断行为的合法性，并且一切行为都是由议会制定的法律来决定是否合法。德国的议会不分白天黑夜都在工作，因此产生了德国庞大的法律体系。

找到与裁判相关的法条，接下来工作就是三段论，也就是涵摄和推论。这也是作为法律人，每天都需要加以训练才能掌握的最困难、最辛苦的事情。第一个问题是相关的法律是什么，立法技术用“如果……那么……”的结构来表述规范。“如果……”之下就是案件事实，是法律事实构成，是非常抽象的。它不是面向一个案件，而是要面向无数的案件，案件的范围就取决于“如果……”所概括出来的事实构成。为了能够适应如此多的情况，立法者采用了了这种立法技术。所以立法者用此技术时只能用专业术语，而其使用的专业术语与该词在日常生活当中的意思是不一样的。所以寻找大前提时，不是简单的阅读，而是理解，专业术语叫做解释。就像理解一首诗一样。因为法条需要解释，而解释可能有多样性，所以在体系当中又需要不同的审级。每一个审级把这些解释最终确定为有一定的“拘束力”。最高法院来承担这项工作，来统一解释，因此出现了法律评注。有必要的法律评注和法律释义乍看很像，即都是对法条的逐条解释。一般来说，从逐条解释当中就能知道关于这个法条，法院和学术界是怎么理解的。

之后在正式的解释当中，学生需要去熟悉一些法学专业性用语，才能够把分析一个案件的程式连接起来。这些需要学生自己去学习。举例来说，有些法律当中有这样一些词，如“晚上”（“夜晚”），而夏天的夜晚就长，冬天的夜晚就短。问题是从哪个具体时间点开始就算夜晚了？夏天冬天是一样的对待，还是取平均数？20世纪50年代的联邦宪法法院在一个判决当中做出了规定：在德国，“晚上”就是指晚上10点到早上6点。像这样的解释，对“夜晚”一词的含义便不能再由个人自行理解，而需要去学习，才能掌握。现实中有大量的需要解释的法律。在德国，需要你去学习这些已有定论的解释。

在这个过程当中，第一步是找法条，第二步是对法条里面的语词或者构成要进行解释。第三步是做法律和事实的比较。第四步是对所谓的“如果……那么……”来回答“那么”中确定的结果，也就是三段论给出的回答是肯定的，还是否定的。这四步是所有的法律人都需要非常干净利索地来加以解答和运用的步骤，并且还需要语言表达非常流畅。有时候，我们会觉得一个人的论述听来有点道理，但是仍然让人觉得别扭，又不能将之评价为完全错误。而法律人需要非常流畅、肯定、简洁地表达个人的想法，不能在其中掺杂似是而非的内容，所以德国培养法官过程中很注重这种对案例分析的要求。要保证法官写完判决书以后，阅读者能完全理解法官的思路。因为法律是标准，是对人的行为的规则，如果行为规则不清楚，便不能依法行事。

按照刚才所讲到的这四步，通过这种大的框架，来继续深入解剖案件，是最复杂的工作。这种过程，你可能要经历十次、百次甚至更多次，才能更加顺手。

公法案例的分析

讲到案例，需要在公法里面分成两部分：第一部分叫做可诉性。第二部分是实体法上是不是符合要求。

可诉性

可诉性的第一个问题，向哪个法院起诉，即诉讼权利救济途径的开发启动。也就是你需要选择把案件提交到哪个法院，案件能否提交到行政法院的问题。在此，我们需要确认德国的《行政法院法》的第40条：标题就是可诉性。一共有三个标准：首先是公法上的争议，而非宪法性争议，又不属于其他的法院所管辖的案件。是否属于公法上的争议是需要通过法院的裁决来决定的，是有相关的定义的，基本上就等于非宪法管辖。即公法上的宪法性争议和非宪法上的争议基本上是等同的。然后你需要知道哪些事项是不属于联邦法律规定属于其他法院管辖的。

案件起诉到法院一共有四个步骤，就是之前所说的四个步骤。在认定是否能把案子送进行政法院的时候，需要做三次这样的四个步骤。首先说方法定义，根据宪法性质，把这三个要件做三次的三段论推演。之后需要非常干净利索地把这三个要件都确认一遍，最后再判定到底能否适用行政诉讼途径，即行政法院是否要受理，行政审判庭是否可以审理此案。最后由法院来作出决定。40条的第一款一般叫做概括性条款，或者一般性条款。然后再往下读，就可以读到一些其他的规定。（因为立法技术使用的规定行使总是“一般”、“例外”）。

关于“诉”和“合法”的问题，第一步需要做三部分的推演，这是非常重要的一点。如果你作为律师，你带着当事人进错了法院，把诉状递到错误的法院。结果法院因为不属于本院管辖而驳回，就会导致当事人支付更多的费用。在德国有个谚语叫：半知半觉就等于无知。这非常适用于法律性的工作。

可诉性要点

可诉性大约要审查十个点，其中有三个点特别重要。其他的在德国不是特别困难，比如说诉讼期限。第一点是行政诉讼救济途径的开放，这是个难点。第二个难点是诉讼种类，第三个难点也是非常难的知识点，即诉讼权利（原告资格）。但是一些纯技术的问题并不难。比如像“一个月之内要提起诉讼”这样纯技术的条款就不难。前置程序如要求在诉讼前首先进行复议也不难。关于明确起诉对象的问题也非常简单。如何委托一位合适的律师也不是难点。按照德国法、德国的实践，这些在实践当中是不会出问题的。而关于权利保护的必要性的问题。其实是指除了向法院起诉的方式外，是否还存在其他更为简便的方式。如在国际法中除了诉讼，还可以选择仲裁等。所以需要审查诉的合法性。

接下来我将介绍第二个难点——诉讼的种类，也是起诉时必须定位的诉讼种类。一共有三大基本的诉讼类型：给付之诉、形成之诉、确认之诉。我将针对每类诉讼各举一例。这三大类不仅是针对行政诉讼，整个诉讼范围都可以大致归为这三类。如民事诉讼中要求当事人有请求权，要求当事人有给付之物，比如买卖的价金。而形成之诉，其实是当事人之间的法律关系的重新规制。最传统的就是离婚。确认之诉，比如亲子鉴定就是典型的确认之诉。这三大类型也可以完全用到德国的行政诉讼当中，比如某个人是否享有德国国籍，这就是典型的确认之诉。比如说一个大学生考试没有通过，没拿到证书，但是他认为考试不及格的评断是错误的，所以起诉要求发放证书。这就是行政法当中的一个给付之诉。撤销之诉，也是公法当中的形成之诉。比如说某个建筑机构发放了一个建筑许可，但是邻居认为建筑挡住了自己的采光，所以要求撤销这个行政行为，这就是公法当中的形成之诉。在德国实践当中，像邻居提起的这种撤销之诉是数量最多的一种诉，也就是所谓的第三人撤销之诉。这三种基本诉讼类型适用于任何领域中的诉讼。但是我认为全世界范围中的任何诉讼都是可以归到这三类当中，不会有太大的例外。也许名字可能有些区别，但是内容应该是大同小异的。

如果你选对了诉讼类型，那就进入第三个难点，也就是诉讼权利（原告资格）。在这部法当中，这部分非常重要，也是非常基本的法制决策。在国家作出了侵害行为之后，任何人都可以起诉。这是法律做出的一个很开放的条款，也是从历史当中总结出来的一个规则。在过去的德国，有一些少数派、少数民族没有起诉权，没有针对国家的起诉资格。在德国，国家其实是一个法院。但是它有一个前缀的界定，就是只有当他自己的权利受到侵害的时候才能够去起诉。在德国，我可以主张我的权利，但是我不能够越俎代庖替我的太太来主张她的权利。在法国不一样，法国是任何人都可以因任何的权力受侵害，比如因其他公民的权利受侵害就可以去法院起诉。这是从罗马法继承而来的，我们把它叫做“人人诉讼”。在德国，我们不适用“人人诉讼”（行政法上讲的公益诉讼或者是客观诉讼），而是权利受侵害者才能起诉。所以法院就要审查原告是在为自己的权利起诉，还是为他人的权利起诉。如果原告是在为他人主持公道，案件就会被驳回。

在考试的时候，所谓的诉合法或者可诉性审查一般是要求学生对这三点进行非常详细的论述，其他的点可以简单论述。因为原则上其他的点不会有什么问题。然后在这一部分的最后要写一个小结，就是临时性的小结。内容是：这个起诉是可诉的，还是不可诉的，或者说是允许的，还是不允许的。如果决定是不可诉，那就意味着法院要驳回。而所有的费用都由起诉者承担。

提问环节

Q1: 这里的可诉性的适用是否合适？

A1：因为在民诉法当中它有另外一个词，翻译成为可诉性也是很适宜。但是在公法中却有很大的变化和不同，是因为在公法里，需要整体性考虑合法性问题和审查合法性问题。所以在程序法中是否可以由法院来判断“诉合法”是非常容易与实体上合法性的判断相混淆。因为语言具有模糊性。为此，我还特地问教授，有时翻译过来的两个德语单词在民法中争议非常大，但对他们来讲，两个词在公法里面却是一样的意思。如果是撤回合法的行政行为，就用这个词，撤回违法的行政行为就用另外一个词，仅此区别而已。但是在中文里面理解起来就会很别扭。

Q2：教授刚才提到关于国籍的案例。这个案例中是谁在确认这个国籍？是他自己还是他人？教授能不能举一个其他的例子来进行确认，或者直接提起一个确认之诉。还是说这个案件本身就是一个单独的确认之诉？如果我要求行政机关授予国籍，这是否就变为给付之诉？

A2：德国的确认之诉是很少见的，因为在德国的制度当中很多的诉讼都包含有确认之诉，但它只是作为诉的一部分。所以关于国籍的案例就是一个单独的确认之诉，诉求仅是当事人要求确认他的国籍问题。因为在德国是可能发生国籍不清晰的问题。即某人认为自己是德国人，但是德国政府可能不会这么认为。而根据德国的国籍法，这会产生争议。所以他想在“他是德国人不清不楚的时候”，就要求法院确认“我是德国人”。实际中，就是某人认为自己应当享有德国国籍，然而行政机关在某些场合当中却不认可其德国国籍。而享有德国国籍可能就意味着享有很多权利，所以他要求法院确认一下“我具有德国国籍”。德国是个移民国家，有很多外国来的正常移民，也有一些移民是难民。根据某部法律有可能是应该给予德国国籍，但行政机关予以拒绝授予，所以这个决定过程中可能存在错误。此时，就会有人向法院提起诉讼，要求给予德国国籍。

如果是起诉到法院要求给我一个德国护照，因为我是德国人，这就是给付之诉。但他也可以不提护照的事情，只是要求确认自己的国籍，国籍确认之后办理护照就非常简单。所以他也可以选择的只提起确认之诉。有时候不是直接要一个护照，因为当事人可能具有双重国籍，再去要一个护照就不一定能够得到。在美国，可能就不存在这个问题。因为如果你在美国出生，那就直接取得美国国籍，但在德国并非如此。德国采取血缘主义，即通过血统主义来确认国籍。中国也是采用血缘主义标准。

Q3：我想了解一下，在中国的行政诉讼上，确认判决主要是适用于类似于土地的所有权的争议，在德国可能不是。如果当事人对土地使用权的确认有争议，这种争议在德国如何进行诉讼？

A3：其实所有的诉讼都包含了某种确认。如果是许可的申请，比如建筑许可的申请。如果法院判决给予此项行政许可，其实这已经包含了确认他有这项权利的内容。如果是单纯要求确认违法，那也是针对一件具体的事。在中国如果确认违法，我们经常会提起确认违法之诉。在德国，如果是起诉行政行为违法，即便当事人要求法院确认违法，诉讼本身还是叫做撤销之诉。（此时确认违法的情形，其实是日本法上的情况判决。也就是说它本来是应该撤销，类似于中国的确认违法判决。）

因为在德国仅仅起诉公权力违法，这是不被允许的。前面讲到诉权，我已经讨论过这个问题。因为德国人认为官员也是人，行政机构也是人，都会犯错误。如果错误没有侵害你的权利，就无伤大雅。只有侵犯权利的错误才是需要校对的，这就是其立法原理。在德国法律的第43条当中，有确认之诉无效的情形。因为行为违法不一定无效，如果要确认行为无效，诉讼类型就是确认之诉。德国按照这种方式来区分诉的种类，是依赖于德国立法中采用的语词来构造的。中国也完全可以按照中国的逻辑、中国的立法现状来构造诉讼类型。其实问题本源并非是诉到底要分成几种，而是法官如何才能够依法裁判。如何根据现行法律的规定，有效的来构造诉讼体系。

Q4：这是一个关于合法性的问题。德国行政法上的行政确认诉讼应该指的是确认行政法律关系是否存在。我想请教授举一个关于确认行政法律关系是否存在的案例。第二个问题是根据德国行政法院法第43条，关于确认无效的诉讼途径。如果确认无效合同不受起诉期限的限制，那现在是否可以对20世纪60年代的行为提起诉讼。这样会不会导致滥诉？如果中国还有纯粹要求确认违法的请求，应当如何？

A4：法律规定：如果一个行政行为有非常严重的错误，就可以被起诉无效。什么叫做严重的错误？比如说行政机关对自己的职权有一个错误的认识。举例说明，有一个建筑机构借助某次机会给出一个社会补助。其实这样的事情在德国几乎不会出现，在德国是不能找出一个起诉无效的案例的。在20世纪50年代之后大学才开始开设行政法课程，在此之前是没有行政法的。没有行政法，也没有行政诉讼。某些大学也有一些教授教行政法，但这不是普遍现象。但20世纪50年之后就变成了普遍需要教授的学科。但那个时候还有很多的老律师、老法官，因为以前可能没接受过培训，所以对诉种还不清楚，这个时候就非常需要无效的判决。而现在已经没有了错误，所以确认之诉基本上可以从立法当中消除。在行政法当中，在行政诉讼当中，确认之诉是没有必要存在的。比如之前讲到的国籍，完全可以并入给付之诉中。所以确认之诉是不再被实际所需要的一种诉。

中国还可以继续保留确认之诉的分类。而在德国，纯粹的请求确认违法是不被允许的，确认请求总是涵盖在撤销之诉的请求里。所以德国不需要确认之诉。比如第113条的条标，其实就是判决内容。如果行政行为违法，并且侵害了原告的权利，那么法院就要撤销这个行政行为。法律明确规定，不允许单独确认违法。传统当中行政法院也叫做撤销法院，就等于废止某些行为。所以不请求撤销行为而仅仅请求确认违法，是不被允许的。但也存在某些行为不允许被撤销的情形。理论上“违法要撤销”是一个基本原则，除非可以补正。这是德国的立法逻辑。这在德国是有意义的。因为德国没有单独确认违法性的起诉，所以如果纯粹是国籍的话，20世纪60年代的问题还是用这种诉讼。

尽管没有起诉的事项，但其实还是有后置程序的。法律规定，只有当原告对这个急速的确认有正当利益时才可以起诉。否则也是不能起诉的。虽然没有起诉期限，起诉期限本身也需要解释，而且时间太长，关于需要迅速确认的正当利益就基本上在现实中不存在了。所以确认之诉在德国的实践当中已经不重要了。

Q4-1：如果法院已经受理案件，现在的工作就是确认是否需要驳回？

A4-1：在进入实体程序之前，法院需要审查是否存在正当程序。比如说有个与经济相关的诉求，那就认定为永远存在合适的利益。但如果是十年以前的利益，那基本上就认为没有正当利益，没有需要迅速确认的利益。如果法院已经受理这个经济纠纷，而且到现在还没有做出判决，那就认定还具有确认的正当利益。但如果是十年前的案件，在这个条款之下就认定为已经没有正当的、需要迅速确认的利益。这个问题很复杂。比如说联邦宪法法院，有时候针对某个案件很快就能作出裁决。但有时候也可能很慢，比如有十年、二十年的案件到现在都还尚未裁决。如果十年、二十年以后联邦宪法法院作出了判决，而判决出来以后，所有的法律人都认为这个案件跟自己的案件相类似。所以他们都要去起诉，都认为自己的案件也需要这么判。这时候这个条款就发挥作用了。在起诉到联邦宪法法院以后，联邦宪法法院一共有两个合议庭，每年就要收到7000个起诉的案件。随着更多的案件出现，对合议庭来说，法律的统一适用成为了难题。因为案件越多，法律的统一适用就越来越困难。如果联邦宪法法院的法官可以工作到68岁，而68岁时的工作体力远远比不上40岁时的体力。所以对他们的工作效率不能要求太高。德国没有类似于中国的这种考核制，中国通过考核的法官去审理案件可能就更顺手。

Q5：如果中国有机会重新构造法律，也要把法条弄得如此复杂吗？那德国的143条对我们有什么启示？

A5：如果有人问我，在德国的法律文化当中有什么东西是可以学习的。那我希望你们自己首先要思考德国法律文化里面有没有什么简单的、清晰的方式是适合自己的。中国有五千年的历史，也有自己的传统和自己的法律意识，和欧洲、中欧是完全不一样的情况。理论上来说中国设计出来的制度应该比德国更强。德国的很多条款在一定时期内是非常必要的，但是随着时间的变化，有可能会失去现实意义。按道理说应该是随着时间的推移，删除这些没有实际意义的条款。

在公法当中，如果中国要结构，就两个：一个撤销之诉，另一个不是形成之诉或者给付之诉，而应该是课予义务之诉，或者说履行之诉。有时候我们的争论，其实不是关于事物本质的争论，而只是一个语言性质的争论。在德国，有很多东西我都觉得是可以简化的，比如说三个行政法院，就三个系统，一般行政法院、社会行政法院、财税法院。这完全没必要，一个就够了。（黄卉老师：但中国这里是一个都没有，这是中国的问题。）因为各个国家文化不一样，比如欧洲的很多国家也没有独立的行政法院。如英国，既没有成文法，也没有宪法法院。宪法法院在成立之后，德国才成为欧洲其他国家成立宪法法院的榜样。比如奥地利的皇帝每天花两个小时来裁判案件，这样老百姓就可以向皇帝起诉。其实中国这里的信访也可以，你就不用再到法院解决争议。

Q6：因为教授刚刚讲到德国新的法律系统包括社会法律和财税法律。分成不同的行政法院以后，当事人如何知道去哪个法院起诉？是到普通型的法院起诉？还是到社会法院起诉？还是到财税法院起诉？这个标准是由谁来区分？是原告自己区分，还是由专门的机构来区分？起诉到社会法院后接下来怎么做？

A6：行政机关作出一份行政决定，一般行政决定的最后一句话会写明：针对这个行政决定，你可以寻求哪种诉讼救济、权利救济。但这是自愿的，不是一个真正的法律义务，只是做一个释明。在柏林，这样的释明经常还配套有一个法律条文。但巴伐利亚州的情况却不一样。如果在巴伐利亚，原告想去法院起诉，需要去找律师。否则就有诉讼风险，即诉讼可能会被驳回，这就给原告产生费用。德国是三级行政诉讼，在一审的时候需要得到指导。而中级的和高级的法院必须要求有律师或者法律教授作为代理人才可以起诉。《行政法院法》的第67条是具有明确规定。

现实中原告一般都会找律师，给付稿酬，要求律师明确起诉的法院。都是需要寻求律师帮助来完成诉讼行为。德国的行政诉讼费用非常高，不像中国只需要五十块，所以德国一般不会滥诉。高昂的诉讼费用也对滥诉起到很大的抑制作用。律师一般不会出错。如果律师出错，那他就必须承担责任。当事人可以去找另外一个律师来起诉出错的律师。

Q7：刚刚教授提到德国行政法有很多成文法式的法律。在教学当中，非常重视判例分析。所以我想问，在编写教科书的时候，他是以案例为中心来阐述问题，还是以法条为中心来阐述问题？比如美国行政法相关的教科书，是以案例为中心。即选择一个案例，然后再进行阐述。所以说老师授课是教casebook。而德国行政法是以成文法为主，教授也讲到判例非常重要，判例分析更重要，需要花很多时间。那在编写教科书时到底是以什么为中心？ 教材能否翻译成英文或者中文？

A7：教材有两类，一类是纯粹理论性的，是指出现一个问题以后，理论如何解决，法律是如何规定的。内容主要是关于法律应该怎么规定，法律现实上是怎么规定的，也包括作者认为的法律规定的最佳状态等等。这是具有哲学倾向的一种教材。这种教材学生是没法使用的，因为对学生来讲这个要求太高了。我写了很多的教材，但是我的工作起点是考虑读者怎样才能理解书中的内容。读者就是指学生，教材针对的是学生，需要学生能够读得懂书中的内容。我在编写的时候，我会使用插图或者其他方法，使得书的内容形象化。我需要进行各种各样的考量，让我的读者能够理解这些内容。我从来不会说“这是正确的”，而我总是说“为什么是正确的”。否则的话，别人很难理解。我的例子是自己发明的，也有些是从杂志里借鉴的。

因为出版社要求非常高的翻译费用，所以非常困难。现在就只有俄语版的，但有很多论文被翻译成各种各样的语言。少量的书才会被整本的翻译。因为德国的法律是特别特殊的。

Q8：在作出实体审查期间，需要理清楚是什么性质的问题，才可以在确定之后进行审理。这是一个实体问题，是判决的前提。类似于中国的基础条件，律师在起诉的时候，就要明确诉讼类型。如果开始时原告没有讲清楚，律师弄错了诉讼类型，会怎么样？法官是不是也要驳回原告？

A8：对，在德国是这样。律师必须要明确诉讼类型。如果律师搞错了诉讼类型，法院就会驳回，这些所产生的费用都由其当事人承担。如果出错原告可以去起诉出错的律师。因为这个问题很简单，律师因为没弄清楚诉讼类型而导致被驳回，原告就去起诉律师，律师需要赔钱。可以减轻当事人因律师的错误而承担的后果。这是德国的法律规定。因为律师跟原告之间有服务合同，律师会在如此简单的问题上出错，原告就可以以此起诉律师要求赔偿。在这个问题上，律师基本都能搞清楚，而当事人是可能搞不清楚的。

Q8-1：虽然这是个低级错误，但这也应该有专门的法律予以规定，一般性法律条款应当是不适用的，如果没有按照有关规定进行，当然会被驳回。规定这个内容的法律的名称是什么？该法是否有规定分别在什么情况下起诉到行政法院、财税法院或者社会法院。

A8-1：每一种法院都有独立的一部诉讼法。每部法都会规定哪种类型的案件应当由哪种法院受理。比如如果是公法案件，但是又不能由宪法法院受理，也不能由另外两个法院受理，就只能由行政法院受理。

Q9：我想了解一下德国认为很重要的第三步即诉讼权利，这个诉讼权利是怎样界定的就是主观权利的权利范围？诉讼权利是只能由法律明确规定？还是说可以通过法律解释做一些扩张性解释？还是指当事人觉得值得保护的权利？即怎样审查所谓的起诉权利或者资格的问题，什么情况下原告没有获得这样的资格。

A9：这需要解释。就是要通过解释来理解这个权利的范围。然后需要分析这个立法，有些法律有规定某些权利，但是有一些立法没有规定。比如某部法律规定某个地方百分之五十的地都要有植被，有的法律要求百分之三十三，像这样的规定就属于没有规定。公民就没有实质权利要求其居住环境应该有百分之多少的植被，因为这不是法律赋予当事人的诉讼权利。

举个例子，在德国，有很多人想要拿博士学位。当然必须符合一些条件，才能拿到学位。现在也有可能到外国去买一个学位。比如美国有些教会、教堂是对外开放的大学，你可以付费购买一个博士学位。这些人回德国之后要求，在他的护照里面写上“博士”称号。我的护照上写的就是“Doctor Peine”。但是这是德国正规大学的学位，不是在美国买来的的学位。如果有人拿着美国教会大学给的文凭来起诉，并要求在自己的护照上写上“博士”学位。在这个诉讼中，德国的法律不会认可教堂给的博士学位，所以一开始法院就可以驳回。但如果是一个正规的大学，可能还需要审查一下才能确定是否驳回。如果是教会给的博士学位，一开始在诉讼层面的起诉阶段就会被驳回。如果你是在哈佛、耶鲁这些大学拿到的博士学位，再去要求德国的政府在护照上写上博士学位，这是没有问题的。因为德国政府是认可的这些学校颁发的博士学位的。

如果在浙大获得了名誉教授的称号，这只是符合中国的规定。如果也符合德国的法律规定，就可以要求政府在自己的护照上写上“名誉博士”的称号。