“海上瑯環：域外案例研修”系列讲座

行政法案例分析（三）

主讲人：弗朗兹·约瑟夫·派纳教授（Prof.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19日上午

地点：之江校区曾楼102

记录人：邢通

今天我们另外两个小案件，第一个案件关于学术造假的问题，当事人是造假的女政治家，和我们的指导案例38、39号关于学位不予授予或者撤销的情况等等也有关系。第二个问题关于联邦政府信息公开的问题。我们这次就不讲形式审了，形式审大同小异，我们就讲实质审

案例1：造假的女政治家

案件的主角是沙万,前教育部长，有六年部长经历。她失去了她的博士学位，必须辞职。她后来去了德国梵蒂冈大学。默克尔总理执政期间，她不会让他的同僚有任何潦倒的经历，尤其是女性。沙万女士的哲学博士论文被认定为抄袭，所以失去了她的博士学位。沙万在失去她的哲学博士学位后，又在一个大学的医学专业拿到了名誉博士学位。这所大学因为与沙万关系密切，免于被关闭，因此该校授予了沙万荣誉博士学位。这在德国掀起了轩然大波，毫无疑问这是权力的滥用。

审查结构

德国在联邦层面有一个框架性的立法。教育是州的事情，但联邦的框架立法方便统一。从这个框架性结构可以看到具体立法权属于每个州。在此案中，布兰登堡州有立法权。具体规定见《布兰登堡州高校法》三十一条，大学有博士招生以及决定具体学位怎样授予等权力。与我们案件相关的是第三款，涉及博士学位的授予。每个大学都有这样的一个博士学位授予的条例。所有关于博士学位的问题都要有一个详细的规定。这个条例中就涉及作弊抄袭等行为，使学位被撤销的情况。这个条例不仅规定了学位的撤销的情况，也包括学位的授予的情况。比较重要的部分是抄袭。抄袭行为可以视为一种精神剽窃。这类事件时有发生，但是并不是每件事都会被发现。现在德国把重要的学术作品电子化，对博士论文进行查重。重复部分会被标出，如果未标记引文则有抄袭嫌疑。这就是沙万女士事件的由来。三年来，一直有传言说她的论文有问题，但也没有人去真正地检查。后来大学出具了鉴定书，确认了她的论文存在抄袭行为。

根据三十一条，案件事实符合构成要件，所以她失去了博士学位。重点是第三十一条第三款：在下述情况下学位可以被撤销，不涉及行政程序法48条地适用。在查重结果出来后，发现了60多处抄袭，因此她的学位遭到撤销。

沙万女士选择提起诉讼，经历了三轮诉讼，分别在杜斯多福行政法院、北威州行政法院，最后是北威州最高法院。德国的法院所在城市与行政部门所在城市不同。联邦行政法院与在莱比锡，在1871年为帝国法院设立的建筑中。该法院有德国最大的公法图书馆。

这个案件在此框架下相对简单。可诉性：无，那么主要看《行政法院法》113条。

昨天我们说过如果一个行政行为已经存在，我们希望废止该行政行为的话，我们可以选择提起撤销之诉。沙万女士对母校提起了撤销之诉。法院就审查大学作出的专家意见书是否符合法律，然后写成一个法院系统的鉴定式案例分析的格式，写入案件中。《博士条例》31条第三款转引了《行政程序法》第48条，这个构成要件就此成立。

按照格式来走，我们要寻找撤销行为的法律基础。需要找到一个条款，使得该行为可以被撤销。第48条的核心词是如果这个行政行为是违法的。关于学位的特别法就是所在学校的博士学位管理条例三十一条。

基础条款是行政程序法第48条并《博士学位条例》第三十一条。在此基础上，可以开始形式审查。本案的形式瑕疵未见，进入实质审核阶段。如果我们找到了一个规定可以作出该行政行为的条款，接下来我们就要审一下这个条款本身的正当性。如果在学校里面用这个案例教学，那么学生必须在这一点上详细写明如何审查博士学位条例。条例完全是合宪的，因为在现实当中过去60年左右全部的大学条例都差不多的，所以这个条例肯定是合宪的，否则的话它一定早被视为违宪了。所以我们可以稍微的省略点。但是大学里的教学的时候学生是要拿这样的案件，一步步论证出来。但现实中我们不需要这么做，因为它已经存在了60余年。如果是新事项的规定，尤其是如果还没有任何的一个案件对这一个条例产生过质疑，你如果第一次碰到这个案件，要用这个条款的话，你要想一下它是不是违反上位法，要警惕其违反上位法的可能性。如果法官发现授权基础，即作出行政处罚的基础有问题的话，那么就应该中止审理，将案件提交到联邦宪法法院。因为这个案件的基础不光是章程，而且还有行政程序法第48条，所以案件要提交到联邦宪法法院去，不能自己来作出判断。此案的基础是行政程序法和条例绑在一起，因此需要到联邦最高法院审查。如果只是章程，不涉及程序法的条款作为基础，那么只需要到州高级法院决定。

一般基层法院会给出疑点，然后当事人到州法院去，所以作出决定的一般都是州法院，就相当于在二审的时候法院会审查这个自治条款与章程是否违宪，这样就是规范审查，这样的审查需要由当事人提起。这样的案件是很常见的，特别是涉及地方自治的法律，要判断是否违反上位法。如果法官要进行规范审查的话，放在第一个阶段，相当于法官先找到作为授权基础的行政行为的基础，然后再看看这个基础是否是符合上位法的要求。如果行政行为的作出有这个基础，又不是不符合上位法，那么这个案子就已经解决掉了。如果不是规范本身有问题，那么我们会放到第一步。如果案件基础没有问题，那么我们会放到形式审，然后进行实质审查。到了实质审的时候，法官其实就是审查授权基础是否符合宪法或者符合上位法的要求。我们的案件事实就相当于分解规范中的构成要件，那这里的核心的词汇就在于是否是抄袭，这样的一个事实行为是否符合这个法律规定，抄袭问题计算机已经作出了证明。然后我们可以得出行政程序法第48条并学位条例第三十一条具有正当性，学校可以撤销学位。因此学校的行为是正当性的，沙万女士要承担相应后果。

昨天我们说到在中国，行政诉讼不论败诉胜诉其成本是很低的。在德国，有些案件的标的很难计算的，那行政法院就按5000欧元的标的计算律师费和诉讼费，诉讼费大概400欧元，德国行政诉讼的律师费是法律规定的，两次律师费大概是700一次，算上增值税，大概有2000欧元，这是初审费用。二审是4000欧元，在最高法可能要25000欧元。这是按法律规定计算的，律师也可以按时间计费，那么这样费用会更高。在大的律师事务所，按时间收费可能有1000欧元一小时，更贵的有2000元一小时，总费用可能会不低于100万欧元。

案件是一个简单的流程，这个案件其实可以呈现就是德国法律的一面，一个是它的三级立法的体系，第二个这个案件涉及到抄袭，它可能需要一个学术机构对此作出专门的判断，而不是任何一个人随便的判断。需要比较典型的一个工作方式，类似的撤销学位需要专业的人士评估。

提问环节：

Q1：规范本身的合法问题为什么不先放入上位法审查，而是直接进入合宪性审查？

A1：德国的立法体制是这样的，宪法—联邦法—州法律—章程，如果一个章程违反了宪法，那么剩下的审查就没有必要了。德国没有违反了上位法而符合宪法的这种现象的出现。从上向下的审查所需要的步骤和工序较少，如果自下而上审查，可能审到宪法层面才发现问题，这样不经济。这个审查是一种审查方式，而不是审查层级，从最低级法院到宪法法院都是先从宪法开始审查。

Q2：齐玉苓案在教育法层面或者民法层面就可以解决的问题，最高法却上升到宪法层面？尽管在表面是一个民事案件，但是其实质是教育权的问题，那么怎么看？

A2：在德国这不会是一个宪法案件，这可能是一个刑事案件，因为涉及盗窃姓名的问题。当然也有可能在民事程序中得以解决，因为这也涉及侵犯姓名权的问题。这个案件是平等民事主体之间的，只是权利侵害问题，涉及的权利非常清楚，所以就不会往宪法层面走。

Q3：德国大学的自治权如何行使？制定的规章是否需要审核？

A3：在宪法框架下，所有公法人都享有自治权，而不仅限于高校。高校可以制定自己的章程，但章程的制定需要行政机关审查是否合宪。高校从形式上有自治权，确切的讲应该是在法律的框架下行使自治权。比如博士条例规定，每个博士只要过了8个学期就可以拿到博士学位，但是我们没有这么规定。至于名誉博士，也有相关的条例约束，并不是随意颁发的。

Q4：第四十五条为何要把重大瑕疵限制在最后一级事实审？这在实践中如何操作？一审的瑕疵尚未补救，如何实现对二审的补救？是否会使得行政机关怠于履行义务？

A4：联邦最高法院一级只是法律审，在州高级法院是最后一级事实审。比如文档一审时原告是可以看的，但行政机关未公开，在二审决定之前公开算作补救。如果一审已判决，在这种情况二审会选择重新审查。在可以得知真相的情况下，应该尽量追究真相。根据新的事实判断行政行为的违法性，如果与一审判断一致那么就不用再改判，如果不一致那么就需要二审法院重新审理。德国的设计与中国不同，德国所有的官员都必须真实诚信，行政诉讼中法官去调取证据，行政机关必须如实提交。如果隐瞒证据，公务员的责任会被追究，甚至影响政治生涯。这是道德义务的分散配置，不是给法院施压。在德国，法官的权威是非常大的，行政诉讼提起后，行政法院的法官就会到相应地方调取资料，行政机关也要如实提交，没有法律规定不能隐瞒，但隐瞒的后果是非常严重的，所以行政机关隐瞒证据的情况是非常少见的。

Q5：为何教育部长的抄袭行为三年后才被起诉？

A5：因为工作量太大，尽管有传言但是没有人真的去审查。抄袭情况在没有计算机之前大多是图书管理员们自己审查，主要审查有名人士的论文。

案例2：信息公开案：好奇的新闻记者

联邦德国在1980年代发生多起恐怖袭击。只查明了部分袭击事件。X博士是柏林一分著名日报的编辑，他认为，联邦宪法保护局这一情报机关——联邦总理府是该机构监察机关——工作不力。因为《信息自由法》第3条第8项没有赋予针对新闻处（Nachrichtendienste）的信息权，所以X博士想要位于柏林联邦总理府的所有相关文档的复印件加以研究、寻找错误。他向由莫克总理代理的总理府申请查阅文档。默克尔总理拒绝了申请。复议未果。X博士向柏林行政法院提起诉讼，要求查阅文档。

问题：该诉求有胜诉希望吗?

审查结构

德国信息公开的制度受到了美国的影响。德国在联邦层面和州层面都有信息公开的立法。现在我们就来检查这个案件。这是一个给付之诉，因为记者x向政府要求查阅相关信息。法律基础是联邦信息自由法第一条第一款：任何人都可以依据本法向联邦机构要求公开公务信息。

授权基础我们不需要再审，现在审查方式只需要看针对给付请求，审查政府在形式上是否合法，在此案中即是否以正确的方式表示可以或不可以。比如听取意见这样的权利就不会被侵害到，撤销之诉的相关程序在此案中就没有了。

第一条第一款的问题：谁有请求权？--任何自然人/法人。向谁请求：联邦行政机关，在此案中是联邦政府。对象：公务信息—公务信息是在任何一个文档里所记载的信息。

最近默克尔总理邀请客人共进晚餐，但客人信息保密，记者想要知道客人信息，目的在于了解默克尔总理在影响谁或受谁影响。记者要求公开公务信息，因为默克尔总理吃的是公务餐，因而这是符合第一条第一款的内容。然后这是一个立法的技术，给出基本原则与例外。第一条给出原则，第三条给出了例外。在第八项，信息公开指向的机构是保密局或履行《安全审查法》第10条第3项规定的任务的行政机关或其他联邦公共机构。例外里包括两个机构：保密机构和监管保密机构的机构。联邦总理并非保密机构，那么联邦总理是一个监管安全机构的机构吗？

从表面上看，不是的。通常来讲，语词含义的最外延范围就是文意解释的边界。行政法院认为不应死守文义解释，或主观解释，而应该以功能解释的视角加以扩展。从功能性角度来解释这是否一个安全监管机构。条款目的在于保护保密局的工作，法院做了一个目的解释的扩张解释。但是这样的一个解释受到了学界的反对。在方法论上，它已经完全脱离了语词，如果我们加上了功能扩张解释的维度，那么每个行政机关的工作都可能是秘密的，需要保护的。法官的判决不一定在行政法学界内被认为是正确的。但是判决已经存在，我们只能再找一个相似的案例，到达最高法院，让法院作出修正。当下讲的这个信息公开案不能诉至联邦宪法法院。虽然记者可以主张信息自由受到侵犯，但这并不是宪法基本权利的侵犯。联邦宪法法院受理的案件必须是宪法基本权利受到侵犯的案件。基本权利是宪法已经列举出的权利，兜底条款是人格发展的权利不受侵害，是指起诉的权利而非胜诉的权利。所以记者不能因败诉而上诉到联邦宪法法院。基本权利的保护是有范围的。只有在基本权利真正受到侵犯才可起诉到联邦宪法法院。宪法案件中，起诉权并不是问题，问题在于能不能胜诉。每年7000个联邦宪法法院审查的案件中，可能有20个案件会胜诉。因为只有极少的案件可以上诉到联邦宪法法院，所以才只有这20个胜诉的案件。这就是德国的诉讼审制度，如果没有一个筛选机制，那么这个数字可能会上升到100个甚至更多。这是70年来德国的法学教育的成果，如果所有受到法学教育的法律工作者都是认真负责的，那么一般不会有问题。德国现在的腐败程度也比较轻微。联邦宪法法院的存在本身就杜绝了很多事情的发生。联邦宪法法院在社会的稳定、法秩序的安定中起到了非常大的作用，这在第三世界中也作出了榜样。

提问环节:

Q1：行政合同案件中的诉讼费用按什么标准计算？行政合同中止是按照合同违约还是按照行政行为违法审？

A1：行政合同看标的额计算诉讼费用。法律有计算规定，但规定有上限，大约400万欧元。过去没有上限设置。一部分案件中，因为涉及的标的过高，有些行政法院会把案件标的设置为定额比如10万欧元，但律师费按小时计算。《行政诉讼法》59条规定了行政合同无效，特殊案件中的解除适用60条，如情势变更。在德国涉及行政合同的案件是行政诉讼，只能去行政法院，诉讼费用也按行政案件收费。私法公法元素混合的合同，德国规定只要有行政元素即是行政诉讼，诉讼费用同样的案件是一样的。只有两个例外：社会法院一审没有诉讼费，联邦宪法法院不收诉讼费。

Q2：保密信息是否要呈堂判断？

A2：保密问题进入特殊保密程序处理。法官就要去行政机关的保密间查看资料，法官同样具有保密义务。腐败问题非常少见。判决书中会写出我在怎样的程序里看到了档案，原告无权获得信息。法官作出判断后不需要再论证。德国的权力机构处处都有监管，只有法官是自我监管，如果法官的自我监管失效，那么整个体制都失效了。

Q3：形式审审授权基础，上位法和下位法行政法院不确定是否符合时是否需要先到宪法法院再回到行政法院？

A3：如果法官在审查中发现法律有问题，就要上报联邦宪法法院，等联邦宪法法院决定以后再继续审理。宪法无效的宣判是要到联邦宪法法院里去，不能由一个法官直接宣布行政立法无效。在魏玛时期，由于没有统一机构来处理宪法诉讼，造成了非常大的混乱。宪法问题是在诉讼过程中发现的，所有的法官在庭审中发现法律有可能违宪时都需要审查，如果确实有可能违宪，那么需要上报宪法法院。如果只是章程则不需要这么做。

Q4：第三条第三点：如果影响行政机关的咨询，那么信息不公开，咨询怎么理解？

A4：行政机关向律师、其他专家咨询，得到的咨询帮助这些也会记录在档案中，但这些信息是不公开的。

Q5：比例原则的适用条件

A5：在德国，行政机关的任何活动、每一个决定都要考虑比例原则。

Q6：信息公开—功能性解释超过了文义的边界。判断超越文义边界是否有争议？功能解释是否必须在文义解释的范围之内？

A6：现实当中本身超越文义的解释就很少，这样的解释非常容易出现问题，因而出现的争议也很少。以类推适用为例，造成公民权利损害的，在行政诉讼和刑事诉讼中是不可以的。如果是有利于当事人权利实现的，是可以的。过去曾经讨论过是否适用优惠条件给公民，但这样的时代已经过去了。现在要么是法律允许的，要么就是法律不允许的。

这与立法也有关系。但法官不是一个立法者，如果立法者作出了明确规定，那么法官便不能逾越规定范围。如果不这样，会造成法官的恣意，造成新的不平等。现在，法官是在法律的框架下像一个国王。