



HAL
open science

通过”重申-自由”程序保护基本自由 奥利维耶-勒博特
Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

Olivier Le Bot. 通过”重申-自由”程序保护基本自由 奥利维耶-勒博特. Law. Aix Marseille University, 2006. Chinese. ⟨NNT:⟩. ⟨tel-04245350⟩

HAL Id: tel-04245350

<https://hal.science/tel-04245350v1>

Submitted on 17 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

通过"重申--自由"程序保护基本自由

奥利维耶-勒博特

博士论文

艾克斯-马赛大学

警告：此版本是对 2006 年在艾克斯-
马赛大学答辩的博士论文的自动翻译

。

缩略语表

EIPA	欧洲公共行政年鉴
AJFP	法律新闻 - 公务员
AIJC	国际宪法司法年鉴
Ass.	会议
AJDA	法律新闻 - 行政法
官方发展援助	法律哲学档案
BJCL	地方当局法律公告
BJDCP	公共合同法律公告
BJDU	城市法法律公报
公牛	最高法院裁决公告
CAA	行政上诉法院
Ccass	最高法院
CC	宪法委员会
CE	国务委员会
纪事	大事记
民事诉讼	最高上诉法院民事庭
欧洲法院	欧共体法院
Coll.	地方当局 - 社区间
我也是。	最高上诉法院商事庭
结束。	结论
缺点	考虑
Constr.	建筑与城市规划
欧洲人权法院	欧洲人权法院
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (仅有法文本)
Com. electr.	com. 通信和电子商务
CRDF	基本权利研究论文
D.P.	达洛兹作品集
Dr. adm.	行政法

DH	达洛兹周刊
DP	达洛兹期刊
Soc.	就业法
EDCE	国务委员会的研究报告和文件
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 ^{ème} ed, Dalloz, 2001 (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS)
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12 ^{ème} ed., Dalloz, 2003 (L. FAVOREU, L. PHILIP)
GP	皇宫公报
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), 普通版
联合方案 A	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), 行政和地方当局版
Jcl.	律师
JO	官方期刊
Lebon T.	《勒庞年鉴》年表
LPA	小海报
命令	订购
RA	行政审查
回顾。	宪法委员会决定汇编
RDI	房地产法评论
RDSS	卫生与社会法评论
RDP	公法和政治学杂志
REDP	欧洲公法杂志
RFAP	法国公共行政杂志
RFDA	法国行政法评论
射频数据中心	法国宪法杂志
RGCT	领土集体总评论
RGDM	医疗法总论
RIDC	国际比较法杂志
RJDA	商业法判例法回顾
RJE	环境法评论
RRJ	法律研究回顾 - 未来法律
RTDCiv	民法季刊

RTDE	欧洲法律季刊
RTDH	人权季度 审查
RUDH	普遍人权 审查
S.	Sirey
SC	评论摘要
部门	部门
Soc.	最高上诉法院社会庭
电讯	行政法庭
TC	冲突法庭
TGI	高等法院

导言

"在
行政部门与公民之间形成的复杂关系中
，存在着冲突的空间。

在这方面，法治就是不把冲突留给
最强大或最有办法的人去解决。

正是国家制定了旨在结束这些冲突的程序，这些程序不仅符合合法性的要求，而且还具有简单、
快速和有效的优点"¹。

1. "在行政法院保护基本权利的领域，历史也许会划分出两个时代：旧时代和新时代，即行政简易程序改革之前和之后（.....）"²。范德梅伦庭长提到的历史分界线的概念源自2000年6月30日的法律第6条³，该条在《行政司法法典》中引入了如下规定⁴：

"第 L 521-2 条。临时救济法官在收到以事态紧急为由提出的请求后，可下令采取任何必要措施，以保障受公法管辖的法人或受委托管理公共服务的受私法管辖的机构在行使权力时严重和明显非法侵犯的基本自由。临时救济法官应在四十八小时内做出裁决"。

通过这一规定，立法者引入了一种独创的、全新的程序来保护基本自由不受公共当局行为和行动

1 F. DELPEREE, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections", *AEAP* 1983/VI, p. 255.

2 R. VANDERMEEREN, "La réforme du référé administratif", in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON dir.), L'Harmattan, 2002, p. 143.

3 2000年6月30日关于行政法院简易程序的第2000-597号法律，*OJ* 1^{er} July 2000, p.9948。2000年11月22日的第2000-1115号执行法令对该法进行了补充，*OJ* 2000年11月23日，第18611

页。关于这项改革的大量评论证明了它的极端重要性。关于该法律草案，见 M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3 August 1999, no. 153, pp.DUGRIP, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : la réforme des procédures d'urgence", *JCP G* 1999, Act, pp.DEYGAS, "La loi sur les référés administratifs. Une réforme attue et redoutée", *Procédures* 1999, chron. n° 8 ; F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21 avril 1999, n° 79, pp.DEYGAS, "De nouveaux pouvoirs pour le juge des référés administratifs", *Procédures* 2000, comm. No.ID, "Publication du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron.关于法律本身，见 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, pp.PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, pp.No.DEYGAS, "Publications du décret d'application sur les référés administratifs", *Procédures* 2001, chron. n° 1; J.-R. ETCHEGARAY, "La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?", *Constr.* MONTEILLET, "La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence", *GP* 2000, 1, pp.MORLOT-DEHAN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *LPA* 4 September 2000, no. 176, pp.BRAUD, "Commentaire partiel de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RJE* 2000, pp.MARCHAND, "Le nouveau référé administratif : un danger pour l'intérêt général", *RGCT* 2000, pp.6-11; P. BOULISSET, "Commentaire de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *Annales des loyers* 2000, pp.

4

行政司法法典》取代了在其通过之前管理行政诉讼程序的零散文本，以清晰有序的整体形式汇集了根据普通法适用于行政法院的一般程序规则。立法部分由2000年5月4日第2000-387号命令颁布，规范部分由同日第

2000-388号和第389号法令颁布。2003年7月2日第2003-591号法律第31

条批准了该命令，授权政府简化法律（2003年7月3日《联合交战公报》，第11192

页）。关于新法典的介绍，参见 R. CHAPUS, "Lecture du code de justice administrative", *RFDA* 2000, 第929-939

页，以及 J. ARRIGHI DE CASANOVA, "Le code de justice administrative", *AJDA* 2000, 第639-643页。

的侵犯。⁵“这一法律补救措施，我们称之为“基本权利” (*référé-liberté*) 或“基本自由” (*référé-liberté fondamentale*)”⁵，自 2001 年 1 月 1 日（即《行政司法法典》条款和 2000 年 6 月 30 日法律条款同时生效之日）起生效⁶。在概述了其产生的原因和所涉及的阶段之后，我们有必要考虑一下《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的程序的贡献、作用和特点。

I. 通过的理由

2. 为什么在 20^e 世纪末，我们有了保护自由的快速程序？为什么要制定这一程序，而且恰恰是在这个时候？
3. 首先，应当指出的是，设立“自由裁量权”程序并不是立法机构的义务。事实上，没有任何上位法标准要求法国当局引入专门用于保障自由的紧急程序。正如 Andriantsimbazovina 先生所指出的，“国内法的任何条文或原则都没有要求制定保护国际法和欧洲法所保障的基本权利的具体手段。同样，在国际法和欧洲法中，保护机构的文本和判例法都没有提出这样的要求”⁷。虽然宪法委员会将获得有效司法救济的权利确立为宪法价值标准⁸，但并没有强制要求在自由受到侵犯时引入特定的救济。此外，根据宪法判例法的构想，在法院行使有效救济的可能性并不仅限于宪法权利和自由，而是涉及所有法律规范，不因其性质或法律价值而有所区别。在这一点上，国际和欧洲文书的情况有所不同，因为在这些文书所保护的权利和自由受到侵犯时，获得补救的权利是有明确规定的。以《世界人权宣言》第 8 条⁹和《公民权利和政治权利国际公约》第 2.3.a 条¹⁰为蓝本，《欧洲人权公约》第 13 条规定：“凡本公约所规定的权利和自由受到侵犯的人，均应在国家当局得到有效的补救，尽管这种侵犯是以官方身份行使职权的人所为”。国际公约和《欧洲公约》的保护机构承认，缔约国在如何履行这方面的义务方面享有一定程度的酌处权¹¹。欧洲人权法院特别指出，《欧洲公约》第 13 条“并不要求（……）特定形式的补救”¹²。欧洲

⁵ 见下文第 34 节。

⁶ 根据最初的计划，关于行政法院简易程序的法律将与实施法令一起生效，“最迟在其公布后六个月内生效（第 269 号法案第 21 条）。尚未考虑该法典如何与目前正在起草的法典相衔接。在 2000 年 5 月 4 日公布《行政司法法典条例》之后，出现了两个文本之间的协调问题。联合委员会于 2000 年 6 月 7 日召开会议，决定将该法案的条款纳入新的法典。因此，联合委员会编纂了有关简易程序的条款，并对《行政司法法典》重新编号。这一选择顺理成章地导致了两个文本在适用日期上的重合，使其不可分割。因此，2000 年 6 月 30 日的法律第 30 条规定，它将“与 2000 年 5 月 4 日关于《行政司法法典》立法部分的第 2000-387 号命令同日生效”，即 2001 年 1 月 1 日。⁵

⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, "L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité", RFD A 2002, p. 133. Vers un contrôle de "fondamentalité", RFD A 2002, p. 133.

⁸ 见下文第 18 节。

⁹ “人人有权就侵犯宪法或法律赋予他的基本权利的行为，向国家主管法庭寻求有效补救”。

¹⁰ “本公约缔约各国承担……保证任何一个被侵犯了本公约所承认的权利或自由的人得到有效的补救，即使这种侵犯是以官方资格行事的人所为”。

¹¹ 见 P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, 161 p.

¹² 欧洲人权法院，1999 年 9 月 27 日，*Smith 和 Grady 诉联合王国*，ECR 1999-6, §135。另见

委员会的机构在这方面既没有补充也没有主张。1989年9月13日，欧洲委员会部长理事会通过了一项关于针对行政行为的临时司法保护的决议。该决议案文无论如何都不具有约束力，它没有像《美洲人权公约》第25条那样，要求建立一个专门保护自由的程序¹⁴。最后，在欧共体法律方面，无论是条约还是次级立法都没有要求成员国制定专门的紧急程序来保护被法院列为基本权利的权利和自由。

欧共体和欧洲法律也没有施加任何压力，要求设立这样一个程序¹⁵。由于欧洲人权法院在分析时限的合理性时并不考虑紧急程序的存在¹⁶，因此在此基础上作出的定罪¹⁷并不要求以任何方式改进这些程序。此外，由于简易程序和中止程序的传统机制符合《欧洲公约》的最低标准¹⁸，欧洲法院在这一点上没有要求任何改进。事实上，正如 Sermet 教授所指出的，“当行政诉讼提供了更优越的程

A.DRZEMCZEWSKI and C.GIAKOPOPOULOS, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (L. PETTITI dir.), 2^{ème} ed, Economica, 1999, p. 467.

13 《美洲人权公约》第25.1条规定，“人人有权在主管法院和法庭获得简单而迅速的补救，或任何其他有效的补救，以保护他不受任何侵犯《宪法》、法律或本公约承认的基本权利的行为之害，即使这些侵权行为是以官方身份行事的人所为”。

14 1989年9月13日第R(89)8号决议。该决议全文可在欧洲委员会网站(www.coe.int)上查阅。M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2^{ème} ed, Bruylant, 2000, pp.

15

尽管它们对九十年代行政诉讼程序的发展有着决定性的影响。就欧洲法律而言，主要的程序创新与《公约》第6条第1款的适用有关，其次与第13条的适用有关（特别参见S. GUINCHARD, "Les métamorphoses de la procédure à l'aube du tout de tout", pp. GUINCHARD, "Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire", in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp.) 欧共体法律也鼓励行政诉讼的现代化，尤其是在紧急程序方面。补救

"指令要求成员国为那些认为自己被非法排除在公共采购程序之外的投标人提供"有效而迅速的"补救措施（1989年12月21日第89/665/EEC号指令，关于协调与公共供应和公共工程合同授予审查程序有关的法律、法规和行政规定，3^{ème} recital, OJEC L 395 of 30 December 1989, p.

33)。33)，对法国法律中合同前提交程序的创立负有直接责任。另一方面，欧共体法院对行政法官紧急权力

的发展做出了贡献，它确认国内法不能阻止内部法官中止被推定为不符合欧共体法律的国家行为（欧共体法院，1990年6月19日，*Factortame*, aff.C-213/89, ECR I-1990, p.2494），并允许内部法官暂停执行根据有效性受到质疑的共同体法律作出的国家行为（欧洲法院，1991年2月21日，*Zuckerfabrik*, aff.C 143/88 和 C-92/89, ECR I-1991, p.415)。参见J. Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruylant, 1995, 527 p. ; J. Schwarze (ed.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe. Une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 1996, in particular the French report by J.-F. FLAUSS, pp. *Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, pp. ^{ère}DEBOUY, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *JCP G* 1992, I, 3616; J.-F. FLAUSS, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français", *LPA* 9 January 1995, No. 4, pp. LE BAUT-FERRARESE, "Le droit communautaire à la recherche d'un juge administratif français de l'urgence", in *Référé et droit communautaire*, Les cahiers du CRDE no. 1, April 1999, Université Jean Moulin Lyon III, pp.

16 根据第6条第1款的规定，尽管准予预审（欧洲人权法院，2002年3月19日，*Goubert et Labbe 诉法国*，第49622/99号）或暂缓执行（欧洲人权法院，2002年4月16日，*Ouendeno 诉法国*，第49622/99号），但在审理案情实质时出现的拖延将受到惩罚。

17 行政司法系统的缓慢导致法国多次因超过案件审理的合理时限而受到欧洲法院的谴责。第一次是1989年10月24日的判决，*H. 诉法国*，A系列，第162号。见J.-M. Lemoyne de Forges, "La lenteur de la justice administrative et les droits de l'homme", *Administration* 1990, no.46, pp.120-122。

18 这些机制甚至超越了《公约》规定的最低标准。Cf. S. PERDU, *Le déroulement du procès administratif à l'épreuve des droits européen, constitutionnel et judiciaire*, thèse Pau, 2002, pp.

序保障时，《公约》不可能产生任何影响（.....）"¹⁹。最后，欧共体法律无论是通过其文本还是判例法，都没有鼓励建立 référé-liberté 程序。

因此，立法机关是在没有任何严格的法律约束的情况下决定设立这一程序的。此外，简易程序改革筹备工作组的报告完全没有提及某些上层立法机构可能产生的影响。它们在简易程序的设立过程中并没有发挥直接作用²⁰。导致引入这一程序的原因并不完全是法律上的，甚至主要不是法律上的。

4. 如果说最高行政法院和立法机构希望进行这一改革，其目的首先是为了满足诉讼当事人在公共当局严重侵犯自由的情况下对司法保护的需求。这种需求已经存在了很长时间，但一直没有找到解决办法。该程序之所以在 2000 年而不是在此之前出台，是因为当时还不具备出台该程序的条件。二十世纪八十年代和九十年代的发展使建立一个保障自由的紧急程序成为可能，也更加迫切。这种法律补救措施的建立满足了人们的需要。在二十世纪末，^e，其出现的条件已经具备。

A. 未满足的司法保护需求

5. 人们常说，建立自由裁量权制度的目的是为了杜绝法院将与自由有关的行政诉讼转为他用。实际上，这只是 2000 年 6 月 30 日改革的作者们的一个次要目标。事实上，引入这一程序的主要目的是满足诉讼当事人对紧急保护自由的需求。人们对这一程序的期望很高，因为提交给法院的攻击和殴打案件数量异常之高就是明证。通过弥补行政诉讼程序在这一点上的缺陷，“自由裁量权”（référé-liberté）的目的当然是针对这一现象采取行动，并有助于结束这一现象。然而，这只是改革的效果，而不是改革的*目的*。

一个多世纪以来，行政诉讼在紧急保护自由方面的不足导致诉讼当事人在事实攻击的扭曲基础上求助于法院。这是行政法院无法处理的诉讼领域，也是需要弥补的一大缺陷。

1. 行政司法的无能为力

6. 涉及公民自由的诉讼对时间的流逝特别敏感。很多时候，公共当局的行为或行动会在很短的时间内耗尽其效力，或对原告的处境产生持久的、不可逆转的影响。因此，这类诉讼需要立即得到司法回应，而无论法官多么努力和愿意，都显然无法提供这种回应。向行政法院提出的上诉不具有中止效力²¹，而且有关索赔调查和裁决的程序规则也使法院无法在不到一年的时间内就案

¹⁹ L. SERMET, L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, thèse Aix-en-Provence 1994, p. 477.

²⁰ 然而，它们在促进法治思想的传播、司法制裁的有效性以及自由的具体和有效保障方面发挥了*间接*作用。见下文第 18 节。

²¹

正如里韦罗教授向他著名的休伦人指出的那样，“立法者的智慧并不想赋予上诉以中止效力；因此，法官不能在行政部门执行时阻止它的手臂；他可怕的谴责是在事实发生后介入”（J.里韦罗，“Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, D.1962 年，编年史，第 37 页）。事实上，为了给行政部门提供其行动所必需的法律确定性，法官承认一项基本特

情实质作出裁决²²。尽管国务委员会历来努力确保行政部门遵守法律²³，并决心谴责非法侵犯自由的决定²⁴，但初审法院在这一领域的干预几乎总是很晚，因此没有效果²⁵。在这些情况下，行政司法系统本身的迟缓并不是罪魁祸首，行政司法系统本身的迟缓已被多次分析和批判²⁶。事实上，即使裁决下达得更快，在涉及严重侵犯自由的案件中，仍然需要立即进行司法干

权：初步裁决的特权，即假定其决定的合法性。除某些特殊情况外，提交法院审理并不中止有争议的裁决的效力。尽管提出了上诉，但裁决仍对选民的情况产生影响。在某些情况下，这一规则可能会“对公民造成巨大影响”（R.-G. Schwartzberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, 1969年，第91页），并“剥夺他们的基本权利，如果有争议的决定在被宣布无效之前已经产生了所有影响”（O. Dugrip, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, *Les grandes thèses du droit français*, 1991年，第14页）。

22 不过，在一些特殊情况下，当自由受到威胁时，行政法院也会迅速采取行动。例如，在1993年立法选举的竞选活动中，最高行政法院在两天内就审查了音像最高行政法院禁止一个政党播放电视讲话的决定的合法性（CE, Sect., 1993年3月26日, *Parti des travailleurs, Lebon*, 第87页；另见48小时内介入选举诉讼：CE, 1979年5月28日, *Ministre de l'Intérieur c/ R.U.C., Lebon*, 第243页）。在 *Galdéano* 案的判决中，行政法院于1984年9月26日对一名西班牙国民针对1984年8月23日准予将其引渡给西班牙当局的法令提出的请求进行了裁决（行政法院, Ass., 1984年9月26日, *Galdéano* 案, *Lebon* 第308页）。热纳瓦总统在评论 *Galdéano* 案的裁决时说：“这是一个很好的例子，说明在公共自由问题上可以采用什么‘重申-自由’程序”（B. Genevois, *Intervention au débat*, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque des 21 et 22 janvier 1988*, LGDJ Montchrestien, 1988, p.451）。

23 正如普罗斯珀-魏尔所指出的，“行政法官利用其与民法有关的行动自由，不是为了限制个人而有利于行政行动，而是为了限制和控制行政行动，以保护公民不受当局的侵害”（P. WEIL, “Les techniques de protection des libertés publiques en droit français”, in *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies S.A., 1968, p.622）。通过有计划的大胆行动和有分寸的进步，最高行政法院成功地确保了行政部门服从法律，并在尊重自由的前提下反对法律。

24 在其历史上，有许多重大裁决，行政法官在这些裁决中规定了保护自由的原则，并废除了违反这些原则的行政行为。著名的本杰明案（*Benjamin*

decision）无疑是这一判例最典型的例证之一。在该判决中，行政法院规定，相对于维护公共秩序的目标而言，对自由的侵犯必须尽可能轻微。该案涉及内韦尔市市长禁止 René Benjamin 在该市举行会议的决定。该演讲者有争议的政治观点促使当地行政部门因担心会发生示威活动而禁止该活动。这一决定被推翻，因为它过度侵犯了集会自由。委员会认为，内韦尔市长所说的骚乱的可能性“并没有严重到他不能在不禁止会议的情况下，通过采取他必须采取的警察措施来维持秩序的地步”（行政法院，1933年5月19日, *Benjamin, Lebon* 第541页, *GAJA* 第49号）。

25 在上文提到的 *Benjamin* 案中，申请人确实获得了撤销内韦尔市市长非法禁止他在本市召开会议的决定。然而，他直到1933年5月19日才获得这一有利的决定，而计划的会议本应在1930年3月11日，即三年前举行。除了这位被阻止的发言人在道义上和纯粹柏拉图式的满足感之外，他只得到了1936年4月3日行政法院裁决给予他的经济补偿（CE, Sect., 1936年4月3日, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin, Lebon*, 第453页）。侵犯集会自由的行为受到了制裁，损失也得到了赔偿，但自由并未得到行使。

26 这种现象由来已久，几乎与行政司法的历史融为一体。上世纪初，加斯东-耶兹（Gaston Jèze）就谴责了这种难以忍受的“运动性共济失调”（G. JEZE, 1911年6月2日 CE 下的注释, *De Pressensé, RDP* 1911, 第695页）。由于行政诉讼程序缓慢，“对任意性的争议性制裁来得太晚，难以奏效”（C.

预。即使法官能够在合理的时限内作出裁决,在这种情况下,时限仍然太长。干预的必要性是以天来衡量的,而不是以年甚至以月来衡量的。当自由受到严重侵犯时,"行政司法必须能够像紧急服务部门一样进行干预(.....)"²⁷。在这种情况下,法院必须制定紧急程序,使其能够迅速援助诉讼当事人。

7. 在这一点上,有争议的行政程序的情况尤其不能令人满意,因为行政法院既没有适应快速干预的程序,也没有对侵权行为做出积极反应的权力。在行政法院没有紧急保护自由的具体机制的情况下,只能通过延缓执行和简易程序的传统机制来保护自由。这两种程序是"行政诉讼的致命弱点"²⁸,不可能为自由受到侵犯的公民带来满意的结果。

首先,法院有权在审理主要诉讼的法院对上诉做出裁决之前,暂停执行已就案情实质提出上诉的裁决。按照立法机构的设想和法院的适用,这一程序有三个限制。首先,中止申请只能针对可执行的行政决定,这就将针对否定性决定²⁹和行政部门的实质性行为³⁰的申请排除在其适用范围之外。其次,法官对批准中止的两个条件作了限制性解释,将使用这一程序的可能性降到了极端。用Gazier院长的话说,暂缓执行只不过是一种"赦免"³¹。性质严重的抗辩"的概念被同化为"有充分理由的抗辩"的概念,这就意味着只有在确定无效的情况下,并在对申请进行深入审查后,才能批准中止。难以弥补的损害的概念被同化为在实践中难以扭转且无法用金钱补偿的后果的概念。正如Lochak女士所指出的,"在最高行政法院看来,无论是解雇一名没有任何生活来源的公职人员,还是禁止召开一次几年后取消也不会再有任何意义的会议,其性质都不属于'造成难以弥补的后果',因此没有理由暂缓执行"³²。第三,与普通法程序相比,程序规则缺乏具体性。只有在书面听证和在普通条件下举行听证之后,才能由法官小组批准暂缓执行,这意味着诉讼程序的平均时间为6个月。"如果真的有紧急情况,损害早就造成了。如果在此期间,裁决已经产生了所有的效果,就没有理由再签发中止令了,这显然是对行政部门实行既成事实政策的强烈刺激,即迅速继续执行已被上诉的裁决",³³。鉴于这三重缺陷,中止令无法有效保护自由不受当局侵犯。正如Joliot女士所指出的,"无论是由于其使用的罕见性还是其执行的低效性,暂缓执行都完全不适合真正保护公民权利和自由"³⁴。

GABOLDE, "Les nouveaux pouvoirs d'urgence du juge administratif et le sursis à exécution", *D.* 1953, 编年史, 第189页)。“上诉成了最后一搏,废除成了原则的制裁,法官的工作成了无能为力的承认”(O. VALLET, "La fin du droit public?", *R4* 1992, no. 265, p.6)。作家们不断谴责这种缓慢的做法。尤其见 G.133-136; J. RIVERO, "Sur la réforme du contentieux administratif", *D.* 1951, chron., pp. 163-168, special p. 163; H. OBERDORFF, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, thesis Paris II, 1981, pp. 135-155; M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thesis Paris II, 1975, pp.152-165; G. BRAIBANT, "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *EDCE* 1961, pp.LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* no. 46, 1988, p. 53.

27 D. Chabanol, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 74-75.

28 P. Delvolve, *Le droit administratif*, 3^{ème} ed, Dalloz, Connaissance du droit series, 2002, p. 127.

29 CE, Ass., 23 January 1970, *Ministre d'Etat chargé des affaires sociales c/ Amoros*, *Lebon* p. 51, *RDP* 1970, pp.

30 例如,见宣布一项中止执行建筑工程的申请不可受理: CE, 1^{er} mars 1972, *Sieur Lorenzi c/ SCI Saint-François*, *Lebon* T. p. 1192.

31 引自 O. DUGRIP, "Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme", *RFDA* 2002, 第246页。

32 D.LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 1998, p. 107.

33 D.LOCHAK, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs* no. 46, 1988, p. 53.

34 M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thesis Paris II, 1975, p.

151.值得注意的是,最高行政法院拒绝将暂缓执行视为《宪法》第34条所指的

至于简易程序，它使一名法官能够在简易程序结束时下令采取保护和临时措施³⁵。行政法庭和行政上诉法院法典》第 R. 130 条授权法庭庭长或其代表在紧急情况下采取 "一切有用的措施"，但他既不能 "损害主要问题"，也不能 "妨碍任何行政决定的执行"。这两项限制性条件限制了临时救济法官签发禁令的权力范围，其仅在传达行政决定或驱逐非法占用公共财产者方面有显著的应用。其微薄的权力不允许其中止行政决定的执行，也不允许其 "在其行为严重侵犯公民基本自由的特殊情况下发布禁令"³⁶。

8. 因此，行政法院无法对政府当局严重侵犯自由的公然违规行为做出迅速反应。暂缓执行和简易程序的缺陷无可挽回地损害了这些程序的实际效力，并导致行政法院在严重侵犯自由的案件中无能为力。为了弥补行政法院在紧急诉讼方面的长期不足，从 1976 年起，立法机构引入了大量单独、临时和并列的诉讼程序，这些程序减损了关于暂缓执行的普通法，以方便和加快宣判。其中有两项程序本可以成为迅速有效地保护自由的工具：首先是 "自由权"，这是³⁷ 程序的根本目的；其次是临时中止程序，它虽然不能单独实现这一目标，但有可能有助于实现³⁸。这些规定

"行使公共自由的保障"。它裁定，有关暂缓执行的规定

"既不影响有关赋予公民行使公共自由的基本保障的规则，也不影响根据《宪法》第 34

条属于法律范围的任何基本规则和原则"（行政法院，1971 年 10 月 8 日，*SA Librairie François Maspero, Lebon*, 第 589 页）。政府专员 Vught

在其对这一裁决的反对意见中指出，"在赋予公民行使公共自由的这些保障方面，可能没有比赋予法官下令暂缓执行提交给他的裁决的权力更好的例子了。无论对滥用权力的上诉作出的撤销判决的效果如何，也无论你们的判例法的预防性或规范性优点在实践中多么重要，在这一点上以及在日常行使公共自由方面，没有任何东西可以取代暂缓执行。(…)。在某些情况下，要使这些自由具有实际内容，仅仅获得可能的撤销是不够的。法官还必须能够在符合法律规定的条件时立即使行政行为瘫痪"（未发表的结论，引自 chron.D.LABETOUILLE and P. CABANES *AJDA* 1971, I, p. 647）。最高行政法院对这一论点不以为然，拒绝将中止视为保护自由的手段。

35 见 P.-L. FRIER, "Un inconnu : le vrai référé administratif", *AJDA* 1980, pp.

36 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737.

37 1982 年 3 月 2 日法令第 3 条规定，省长可以申请暂缓执行 "可能损害公共或个人自由" 的地方当局行为，行政法院院长或其代表必须在 48 小时内做出裁决。这一程序通常被称为 "快速程序"、"快速程序" 或 "四小时程序"，强调程序的性质和法官介入的速度（关于不同的名称，见 R. ETIEN, "四小时程序", *RDP* 1988, 第 743-761 页，特别第 747 页）。由于 2000 年 6 月 30 日的法律废除了暂缓执行制度，打破了迄今为止将其与简易程序分隔开来的分界线，这些表述不能再使用，因为它们指的是该程序不再具有的性质。因此，应代之以 "d'été-liberté" 一词，它强调了补救措施的持有者和程序的目的。这一表述在 2000 年 6 月 30

日法律通过后的议会程序中被使用。特别参见 S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865; D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque du 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 24; J.-M. MAILLOT, note sous TA Montpellier, ord. 25 avril 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, *LPA* 5 avril 2004, n° 68, pp.

38 1995 年 2 月 8 日的法律规定了这一程序，根据 M. 戈欣的说法，其目的是 "保护公民免受公共当局利用其特

权的诱惑：司法审查的非强制性效力，因此特别是针对基本自由的行政决定的可执行性"（O.

戈欣, 《行政诉讼法》，3^{ème} 版, Litec, coll. Manuels, 2002 年, 第 311 页）。行政法院和行政上诉法院法》第 L.10 条规定的 "暂停执行前" 程序允许行政法院院长在行政决

定被要求暂停执行时，发布命令暂时中止该决定的执行。法律规定，申请必须包含一个严肃的论点，并且执行该决定可能会产生

是行政法院进行快速干预的基础³⁹。尽管如此，这些规定也有其特点，大大限制了利用它们来确保自由得到令人满意的保护的的可能性。不仅如此，**暂缓执行**的两个缺点--禁止发布禁令和不可能对行政部门的**单纯行为**提出**质疑**--也被转移到了这些程序中。此外，*déféré-liberté* 程序不对个人开放，只能由省长对地方当局的行为行使，而不包括国家机构作出的决定⁴⁰。

9. 在反对公共当局**严重侵犯自由的行为和行动**方面，行政法院的**管辖权**有限，无法为诉讼当事人提供他们所期望的**迅速而有效的保护**。马蒂奥教授说，在这种情况下，“我们几乎只能希望行政当局**实施了这些严重侵犯财产或公共自由的行为**（……）”，从而根据“**事实依据**”（*voie de fait*）赋予法院**管辖权**⁴¹。事实上的干预“破坏了禁止法院干预涉及公共当局的争端的行政和司法当局分离的原则，在例外情况下允许民事法院**审理涉及行政行为的案件并**发布禁令，以防止或制止对基本自由或财产权的**侵犯**”⁴²。正如Benoit先生所指出的，“在这种情况下，**诉诸法院无疑比诉诸行政法院对个人更有利**”⁴³。因此，**诉讼当事人并没有等到他们实际遭受了这种损害**，才以**事实侵害为由诉诸民事法庭**。面对行政法院无法迅速有效地**保护其自由的情况**，越来越多的**公权力滥用的受害者以滥用权力为由向民事法院寻求临时救济**⁴⁴。行政诉讼流向法院似乎是行政法院无能为力**的结果**，也是行政法院在这一领域程序不完善的表现。

2. 对简易程序的上诉

10. 对于寻求快速高效司法的诉讼当事人而言，**简易民事诉讼程序**无疑具有吸引力。长期以来，广泛的**特权和考虑到紧迫性而组织的程序**使法院能够有效干预，以**保护原告**的利益。用拉卡巴拉茨

“不可逆转的后果”。**暂缓执行令**在法院就**暂缓执行**作出裁决之前或最迟在三个月后生效。关于这一程序，见 N. NGUYEN, "L'NGUYEN, "L'article L. 10 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : redondance ou nouveauté par rapport au sursis à exécution ?", *Procédures 1996*, chron. n° 3 ; J.-P. MARTIN, "La suspension provisoire : premières réflexions sur un presque rien", *Dr. adm.* 1996, chron. n° 8 ; J. GOURDOU, "La nouvelle procédure de suspension provisoire des actes susceptibles de sursis à exécution. Premières applications de l'article L. 10 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel", *RFDA* 1996, pp.

39 *déféré-liberté* 程序可以很快做出决定，在省长将此类申请提交行政法院的极少数情况下，它被**证明是有效的**（*见下文第 270 和 535 节*）。至于“**预审**”程序，由于法官介入的速度很快，因此也出现了一些**值得注意的情况**。例如，在**马赛奥林匹克队与里尔奥林匹克体育俱乐部之间**的一场足球比赛中，**马赛行政法庭庭长中止了**原定于星期六当天下午 11 时举行的比赛（TA Marseille, ord.1997 年 1 月 18 日，*RFDA* 1998, 第 759-766 页，J.-P. NEGRIN 的注释；*LPA* 1997 年 8 月 13 日，第 97 期，J.-P. BARALLE 的注释：**暂时中止法国杯中央委员会确定比赛日期和地点的决定**）。另一方面，它并没有在自由领域产生任何重要的应用。

40 事实上，“自由裁量权”程序很少使用，所有行政法院平均每年只有 10 份申请（*见 R. ETIEN, 同前, 第 760 页*）。

41 A.MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet, S.* 1951, 3, p. 6.

42 *见下文第 324-325 节*。

43 F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 432.

44 冲突法官很早就认识到，司法当局有权通过**简易判决阻止事实上的攻击**（TC, 1899 年 1 月 28 日，*佩里格市长, M. HAURIUO 引述, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Larose, 1901 年, 第 253 页*）。

(M. Lacabarats) 的话说, 民事简易程序体现了 "对当事人和法官而言, 快速、高效的司法理想, 摒弃了形式主义及其机制的复杂性" ⁴⁵。特别是在殴打案件中, 法官在行政管理方面拥有最广泛的权力。在这种情况下, 民事简易程序法官的有效性与行政法官在这方面的无能为力形成了鲜明对比⁴⁶。行政诉讼程序与司法私法之间的扭曲对诉讼当事人的行为不可能没有影响。在自由受到行政侵犯的情况下, "民事临时救济法官能够迅速做出反应, 这有时会导致诉讼人试图滥用程序 (.....)" ⁴⁷。受民事临时救济法官权力之大和介入速度之快的诱惑, 追求效率的诉讼当事人以 "既成事实" 理论为挡箭牌, 试图将行政争议交由司法法院审理。诉讼当事人无视管辖权命令分离的规则, 因此养成了 "在法律没有规定的地方提起诉讼" 的习惯⁴⁸。诉讼人的唯一目的是使他们的诉求迅速得到裁决, 他们以事实行为为依据起诉公共机构, 即使所需的条件显然没有得到满足⁴⁹。由于这种 "连带效应、事实行为的轻微化, 尤其是立即制止最严重违规行为的愿望, 简易管辖权法官急于对最多样化的部门进行干预"。⁵⁰

11. 在简易程序中, 民事法官毫不犹豫地对这些责难表示同情, 并宣布自己有能力满足这些责难, 即使这意味着要超越通常为殴打所设定的框架。它受理明显不属于其管辖范围的案件, 将与冲突法院和最高上诉法院本身给出的定义相去甚远的行为称为 "攻击和殴打" ⁵¹。在此基础上, 司法行政事实上大胆地谴责了行政部门在行使权力时采取的措施, 如在未征求纪律委员会意见的情况下解雇一名市政随员⁵², 对一名违反后备役义务的警务督察下令调职以利于服务⁵³、在森林防火法律框架内砍伐树木的决定⁵⁴, 驱逐外国公民的决定⁵⁵, 或暂停未支付账单的公司的电话

45 A.LACABARATS, "Le référé", in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 214. 新《民事诉讼法》第 485 条第 1 款规定, 原告必须 "在简易程序的通常日期和时间

"传唤对方出庭。如果诉讼请求非常紧急, 不能等到下一次简易程序听证会, 则第 2 款规定了被称为 "逐时" 程序的简易程序加速程序, 即法官可以允许在规定的时间内, 甚至在公共节假日, 在听证会上或在其敞开大门的家中传唤其对手。

46 见 F. HAMON 和 H. MAISL, "L'urgence et la protection des libertés contre l'administration", *D.* 1982, chron. no. VII, pp.49-54; J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, pp.734-738, special p.737。

47 H.LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 344.

48 J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, special issue Puissance publique ou impuissance publique? p. 58.

49

正如亚伯拉罕先生所指出的, 诉讼当事人不适当地援引事实上的补救办法有一个简单的原因: "申请人宁愿 (而且是错误地) 向民事临时救济法官提出申请, 并不是对行政法官有任何特别的不信任: 他是在寻找紧急法官, 而且只能在司法系统中找到他" (R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braubant*, Dalloz, 1996, p. 12)。

50 J. NORMAND, "Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers", *RTD Civ* 1996, p. 238.

51 在这方面, Chapus 教授谴责了 "司法不公"、"无序的过度行为" 以及 "许多司法行政官轻易地滥用司法权, 而冲突法庭经常被要求对他们进行制裁, 但却很难将他们拉回正轨" (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, n° 1087)。

52 CA Aix-en-Provence, 1^{er} December 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, p. 550.

53 TC, 4 July 1991, *Gaudino*, *Lebon* p. 468, *AJDA* 1991, p. 697, chron.C.C. Maugüe and R. Schwartz.

54 TC, 25 January 1993, *SCI Oasis*, *Lebon* p. 389; *D.* 1994, SC. p. 109, obs.D. Maillard desgrees du lou.

55 TC, 20 June 1994, *Madaci et Youbi*, *Lebon* p. 603, *D.* 1995, p. 193, note P. DIDIER; *LPA* 20 May 1996, n° 61, pp.

服务⁵⁶。在基本自由没有受到侵犯的情况下，法院也接受管辖权，例如，法院同意审理以下案件：雷岛大桥继续施工⁵⁷、足球俱乐部降级到低级别联赛⁵⁸或拒绝将狩猎执照归还给持有者⁵⁹。这种过于宽泛的事实救济概念导致民事法庭“逐渐接管了行政法庭的所有事务”⁶⁰。民事法庭最终同意审理任何非法侵犯公民权利和自由的行为，但代价是对事实救济范围的解释过于灵活和扩大。

12. 然而，初审法院宣称自己有管辖权是错误的，这一点从大量成功提出积极归属冲突的案件中可以看出。事实上，当案件提交法院审理时，省当局会寻求冲突法庭的仲裁，几乎在所有案件中，冲突令都得到了分配法官的确认，这表明民事法庭扭曲了他们对事实通行权的理解。从一开始，“事实通行权”的概念就被视为需要严格解释的例外情况。冲突法院一直确保司法官员不能逃避在这一领域对其施加的限制⁶¹。然而，尽管有一条坚定的判例路线（严格符合这一概念的经典定义），冲突法院却从未真正制止过诉讼当事人滥用事实行为，也从未制止过司法当局不合时宜地侵入行政领域。对司法保护的需求过于强烈，这些强烈的提醒不足以在不弥补行政诉讼程序缺陷的情况下改变行为。这种现象由来已久，从未真正停止过。

3. 老问题

13. 20 世纪初，^e，个人已经在行政纠纷中向民事法庭提出上诉，以制止第三共和国^e机构在打击宗教团体时的滥用职权行为。在 1902 年冲突法庭对 *Saint-Just 不动产公司* 的裁决中，行政当局在下令疏散一栋私人建筑后将其封闭。拥有该建筑的公司向民事法官申请临时救济，以天灾为由命令拆除封条。争议发生后，法院放弃了管辖权，将案件移交给了行政法院。由于行政部门“在其职权范围内”行事，法院无法有效审理该案⁶²。申请公司不得不求助于行政法院来结束对财产权的侵犯，它看到了迅速结束这种状况的所有希望都随着这一裁决而消失了。政府专员 Romieu 在其结论中对行政法官的权力不足和程序不当表示遗憾。这位杰出的最高行政长官宣称，“行政法院不具备有效保护因滥用公共权力的行政行为而受到公然侵犯的私人权利的条件；在这方面，它没

56 TC, 15 April 1991, Préfet de la région Lorraine, *Lebon* p. 463.

57 TC, 25 January 1988, *Préfet de la Charente-Maritime*, *RFDA* 1990, p. 191, note by M. LAROQUE.

58 TC, 13 January 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, *Lebon* p. 473.

59 TC, 1992 年 2 月 24 日, *Préfet de la Gironde*, *Lebon* 第 477 页。

60 J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 March 1989, 1, p. 105.

61

在法律上，在没有法律规范支持的情况下，法院的非正统做法不能得到认真的辩护，因为它无视有立法依据和宪法基础的分立原则（见下文第 538

节）。法院的态度是扰乱管辖权划分的根源，尤其不能以民事临时救济法院的介入为诉讼当事人提供了便利为理由。纯粹的权宜之计不能凌驾于法律规范之上，不能仅以此为由而不适用法律规范。关于两级法院之间管辖权划分的原则为冲突法庭坚持认可法院的越权行为提供了理由。

62 TC, 2 December 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU; *GAJA* no. 11; *D.* 1903, 3, p. 41, concl. ROMIEU; *S.* 1904, 3, p. 17, concl. ROMIEU, note M. HAURIOU, published in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits* vol. 1, published by *La Mémoire du Droit*, 2000, pp.1, published by *La Mémoire du Droit*, 2000, pp.

有当地的初审法官；它没有简易程序，而且其干预的缓慢性往往会使其效力变得虚幻"⁶³。行政法官没有权力进行快速有效的干预以保护个人权利⁶⁴。Hauriou 在评论同一判决时说：“不幸的不是有一个行政法院，也不是它对这些问题有管辖权；不幸的是这个法院（……）装备不足，特别是在这种情况下没有简易程序”⁶⁵。基于行政部门在打击神职人员，特别是在驱逐公理会成员方面的滥用职权，图卢兹主教早在 1903 年就主张“建立一种简易程序”⁶⁶：“我们需要一个简易程序法官，他可以在 48 小时内，或至少在 8 天内，发布命令”⁶⁷。简易程序的使用仅限于“暂时剥夺财产和侵犯住宅的案件”。⁶⁸

14. 在 20 世纪中期，^e，这个问题也是以完全相同的方式提出的。在战后不久，问题涉及解放当局在严重违规的情况下实施的征用。由于行政司法系统仍然无法帮助任意剥夺财产的受害者，诉讼人再次求助于法院。正如 M. Liet-Veaux 指出的，“由于被剥夺了行政简易程序，公民不得不以实际行动的名义向法院提出上诉”⁶⁹。在此基础上提交法院，“使服务提供者能够通过简易程序采取行动，遗憾的是，行政法中几乎没有简易程序，而简易程序能够迅速、切实地保护个人的基本权利”⁷⁰。换句话说，“如果个人愿意求助于法院，那是因为法院拥有满足其需求的超快速手段”⁷¹。同样，同样的弊端也导致了同样的补救建议。作者建议，行政法院应获得与法院在攻击案件中可获得的速度和效力相当的资源。在公民自由受到侵犯的情况下，行政法院“必须能够实施与法院诉讼当事人所能使用的那种快速通道程序”，正如维德尔院长在⁷²上所说的那样。
15. 面对行政司法在这一领域长期存在的缺陷，诉讼当事人从 1980 年代中期开始再次求助于民事法庭。事实补救措施的滥用，特别是在涉及外国公民的案件中，再次凸显了在严重侵犯自由的案件中建立快速有效程序的必要性。仿照民事简易程序建立一种机制再次成为理想的解决办法。亚伯拉罕先生指出，“行政法院今天所需要的（……）（因为这对受其管辖的人来说是必要的）是一个在新的基础上经过彻底重组的简易程序”⁷³。“行政法院天生就不能处理紧急情况吗？我们确信恰恰相反。难道行政法院对基本自由的保护不如司法机关？事实证明并非如此。现在要做的是，在时间紧迫的情况下，赋予他们有效干预的手段”⁷⁴。这项改革已经呼吁了几十年。到了 20 世纪

63 ROMIEU, 同前, D. 1903, 第 41 页。

64 从实在法的角度来看, Hauriou 所说的个人权利是指“个人相对于国家和相对于其他人而言, 其自由行使受到保障的基本能力”(M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} ed., Larose, 1897, p.163)。

65 M. HAURIOU, 前注, 第 108 页。

66 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed, Larose, 1903, p.

XIX. 雅克林对这一建议持保留意见, 指出行政法院缺乏独立性和公正性 (R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative" (2^{nde} partie), RDP 1903, t. XX, p. 17)。

67 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed, Larose, 1903, p. XX.

68 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^{ème} ed. 1903, Larose, p. XXI.

69 G.LIET-VEAUX, RA 1954, 第 613 页。

70 A.MESTRE, CE 下的注释, 1947 年 2 月 17 日, *Cons.Perrin, S.* 1948, 3, p. 2。

71 C.GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", D. 1949, chron. no. XLI, p. 174.

72 G. VEDEL, "De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)", JCP G 1948, I, 682, §17. 另见 F. GAZIER, "L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisitions", EDCE 1948, pp.MATHIOT, supra note.

73 R. Abraham, 上文引用的文章, 第 12 页。

74 R. Abraham, 上文引用的文章, 第 13 页。

80年代，改革成为可能，甚至变得更加紧迫。

B. 创造适当的条件

16. 行政法院能否对公共当局严重侵犯自由的案件进行快速有效的干预是一个长期存在的问题。补救的方法众所周知。然而，却没有任何措施到位。如果说这个问题由来已久，而 *référé-liberté* 程序在 2000 年才开始实施，那必然是因为其他因素对这一程序的引入起了作用。除了诉讼当事人对这一程序表达了强烈的期望之外，20 世纪 80 年代和 90 年代还出现了一系列因素，在不同程度上证明、鼓励或促成了这一程序的产生。

1. 有利的环境

17. 行政法院面临着变革的巨大压力。行政法院越来越跟不上社会的期望和法律的发展，受到越来越多的挑战，因此有必要引入快速程序来保护自由。
18. 正如施蒂尔恩院长所指出的，"在宪法判例法、国际法以及更广泛意义上的我们这个时代的关切的作用下，对基本权利保障的要求越来越高，这些关切都是针对有争议的辩论和对个人的保护"⁷⁵。这种对法律和程序有效的要求越来越高，⁷⁶，主要是社会期望值提高的结果。在所有领域，尤其是在自由领域，"社会对法官判决的实际和快速效力的要求日益增长"⁷⁷。正如梅勒雷教授所指出的，"21 世纪的本雅明不再接受六年后因无法进行被内韦尔市长非法禁止的演讲而获得赔偿的说法^e。他希望紧急法官允许他表达自己的观点 (.....)"⁷⁸。其次，个人主义--或者说"个人的崇高"⁷⁹--导致了法律对这一主题的重新关注，并为公共当局与私人之间的关系赋予了新的内涵⁸⁰。20 世纪末对行政法和有争议的行政程序的所有重大改革^e 都是这一运动的一部分，即法律的个人化和重新平衡行政机关与公民之间的关系⁸¹。重点是保护个人的合法权益。第三，在规范的最高层次，法官权的确立意味着诉讼当事人有权获得有效的司法裁决。这种承认意味着法

⁷⁵ B.STIRN, "Le Conseil d'Etat et les libertés", in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum in honour of Jacques Georget*, Apogée, 1998, p. 222.

⁷⁶ 后者的有效性取决于前者的有效性。见 *Procédure(s) et effectivité des droits* (D. D'AMBRA, F. BENOIT-ROHMER and C. GREWE eds.), Bruylant Nemesis, coll. Droit et justice, no. 49, 2003, in particular M.-A. FRISON-ROCHE, "La procédure et l'effectivité des droits substantiels", pp. 另见 W.BARANES and M.-A. FRISON-ROCHE, "Le souci de l'effectivité du droit", *D.* 1996, chron. pp.

⁷⁷ M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française", *RFDA* 2000, p. 926.

⁷⁸ F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloquium of 11 and 12 December 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp.

⁷⁹ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Domat Montchrestien, 1945, p. 15.

⁸⁰ See Y.MADIOT, "De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain", in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. RAUX, *La construction du sujet de droit : recherches sur la nature et les formes de l'individualisme juridique*, thesis Université de Bourgogne, 2004, 447 p.

⁸¹ 见 C. DEBOUY, "Le droit administratif: tendances récentes", *LPA* 5 December 1997, no. 146, pp.

官可以及时介入，并拥有保障法治和保护个人所需的权力⁸²。

这些发展反映了法治概念的丰富⁸³。在形式意义上，法治指的是法律秩序的某种结构化，涉及公共权力机关对规范等级的尊重⁸⁴。相比之下，法治的实质含义则强调其内容。它“不再只是简单地唤起一种等级法律秩序的存在，而且还唤起一系列权利和自由；以某种法律状态为前提，它趋向于获得一种实质性特征，这使它更接近英国的法治保护”⁸⁵。因此，在所有法律体系中，审判的职能都在发生变化。尤其是，这一发展体现在“程序的发展，使得有可能在社会中建立一个论坛，根据该群

82 见 S. Guinchard et al, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3rd edn, Dalloz, coll. Précis, 2005, pp.F. RENUCCI, "Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme", pp.131-140, T.-S. RENOUX, "La constitutionnalisation du droit au juge en France", pp.109-118 and F. CHEVALLIER, "Le droit au juge devant les juridictions administratives", pp.181-190; G. COHEN-JONATHAN, "Le droit au juge", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, 2002, pp. 471-504; P. TERNEYRE, "Le droit constitutionnel au juge et ses limites", *LP A* 4 December 1991, no. 145, pp. *Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruylant, 1992, pp. 307-324; *ID.*, "Le droit au recours juridictionnel", *JCP G* 1993, I, 3675; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, pp.

83 关于法治问题，在大量文献中，可参阅.....：E.-W. BOCKENFORDE, "Naissance et développement de la notion d'Etat de droit", in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, pp. VIALA, "La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi à la science juridique", *REDP* printemps 2000, vol. 13, n° 1, pp. 13, n° 1, pp. PFERSMANN, "Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit", in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN ed.), PUS, 2001, pp. *Problématiques et problèmes*, *Cahiers de philosophie politique et juridique* 1993, no. 24, L'Etat de droit (M. TROPER ed.), pp.

84

它必须服从法律，按照预先确定的规则行事。就原则而言，行政部门服从法律的基础不是法律之外的考虑因素（这些考虑因素本身不能对公共当局强制执行），而是实在法本身，即自我限制理论。卡雷-德-马尔堡（Carré de Malberg）提出的这一理论之所以有效，是因为它与国家的法律人格是一致的。作者

在其《对国家总体理论的贡献》一书

中指出，“现代国家理论渗透着这样一种思想，即国家统治权作为一种法律性质的权力，由于这一事实本身就是一种受法律制约的权力，因此也必然是一种有限的权力”（R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, t. 1, Bibliothèque Dalloz, 2003 年再版，第 229

页）。诚然，“这一学说的基本思想是，国家只能根据自己的意愿承担义务、受到约束或受到限制”（同上，第 231

页）。但是，一旦国家有了宪法和法律人格，它就变成了制度性的，因为它的所有机关都要服从国家的宪法组织。机关和规范的等级完成了这一限制，并将行政权封闭在法律体系中：行政机关没有可能削弱其服从实在法的自主权（前引书，第 232-233

页）。因此，主权国家的形式是一种受制于法律并屈从于法律的权力，以至于可以谈论行政法的

“奇迹”。事实上，魏尔（M.

Weil）说过：“行政法诞生于一个奇迹，它的生存靠的是每天都在更新的奇迹。不仅没有任何力量可以在实质上迫使政府服从法治和法官的判决，而且至少在理论上，国家可以随时结束它所同意的自我限制”（P. WEIL 和 D. POUYAUD, 《行政法》，20^{ème} éd., PUF, QSJ, 2003, p.5）。

85 J. CHEVALLIER, 上述著作，第 71 页。这一发展在德国尤为明显，1949 年 5 月 23

日的《基本法》（第 28 条）在明确载入“法治

”概念的同时，也拓宽了视野。“从今以后，这一概念既是形式上的，也是实质上的：形式上的是，法治国家的机关拥有明确界定的权力；实质上的，这些权力的行使必须符合更高的标准。事实上，当权者要想不蔑视法律，仅适用有关权力组织的规则是不够的；他们的决定不得违背自由民主国家的基本规则。在这些规则中，最重要的无疑是基本权利（Grundrechte）”（M. FROMONT, "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, p. 49; see also, by the same author, "République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit", *RDP* 1984, pp. 1203-1226).

体认为构成民主生活的价值观，有效监督公共或私人当局的行为⁸⁶。这就要求赋予法官权力和程序，使其不仅能够反对非法的行政行为，而且能够有效地捍卫自由，反对当权者的专横行为。从这一角度看，“法官似乎是实现法治的基石和条件：只有得到法院的认可，规范的等级制度才会有效；只有有法官确保基本权利得到保护，基本权利才会真正得到保障”⁸⁷。Zoller 女士还指出，“一个法治国家（……）需要一个强大而独立的司法机构，能够在尊重人权和基本自由的前提下对抗其他权力并反对其滥用权力”⁸⁸。这一发展导致行政法官的角色被重新定义。后者不再仅仅是行政部门的控制者和客观法律的守护者，还必须成为个人的保护者和主观法律状况的捍卫者。这是欧洲的普遍现象。正如 Fromont 先生所指出的，“欧洲主要国家越来越多地认为，行政司法应主要是保护公民免受行政当局行为侵害的工具”⁸⁹。

19. 行政法官的地位似乎越来越与这些要求脱节，以至于其合法性受到强烈质疑：“法国行政法因其独特的历史和最高行政法院在法学方面的巨大成就而得到加强，并不蔑视外界对其的温和印象，但由于其紧急程序不可能有效支持公民与滥用权力进行持续斗争而声名狼藉”⁹⁰。行政司法在保护自由的领域被边缘化；在其自身领域，简易程序的民事法官在效率方面给它上了一课，这使它的作用受到质疑。正如 Gaudemet 教授所说，“民事临时救济法院在许多案件中的这种攻势有助于使人们相信，行政诉讼是人为的，甚至是毫无意义的；行政法院受到了不言而喻的谴责，因为它被剥夺了由司法法院行使的法官的属性”⁹¹。行政法院迫切需要一种快速程序来保障自由。宪法委员会承认两级法院在有效保障诉讼当事人的权利方面具有同等能力，这就更加鼓舞了。⁹²

为了使行政法院能够在自由受到侵犯时作出有效反应，它仍然必须“通过授权它在这一领域做它在其他领域不做的事情，向它提供有效补救的手段”⁹³。从 20 世纪 80 年代后半期开始，关于引入专门保护自由的紧急程序的建议成倍增加。人们设想了两种办法。第一种方案是在现有的基础上，即

86 J. LENOBLE, "Crise du juge et transformation nécessaire du droit", in *La crise du juge* (J. LENOBLE dir.), LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 145.

87 J. Chevallier, 同前, 第 134 页。

88 E. ZOLLER, "La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et française", *RIDC* 2001/3, p. 560.

89 M. FROMONT, "La justice administrative en Europe : Convergences", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 207.

90 F. Moderne, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif?", *D.* 2001, p. 3283. 关于行政法院合法性削弱的原因和表现, 见 D. Lochak, "Quelle légitimité pour le juge administratif?", in *Droit et politique* (CURAPP dir.), PUF, 1993, pp.

91 Y. Gaudemet, "Crise du juge et contentieux administratif en droit français", in *La crise du juge* (J. Lenoble ed.), LGDJ, coll. La pensée juridique, 1990, p. 100. 另见 P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, coll. BDP, t. 150, 1987, p. 324.

92 见 CC, 第 89-261 DC 号, 1989 年 7 月 28 日, *Rec.* 第 81 页。为了向没有居留证的外国人提供有效的法律保障, 立法机构希望在法庭上引入一种特殊的紧急程序。根据设想, 接到递解出境令的人可以在 24 小时内将问题提交给大审法庭庭长, 后者必须在 48 小时内以适用于简易程序的形式做出裁决。宪法委员会宣布, 将与撤销行政当局在行使其公共权力特权时所作决定有关的争端移交法院的做法违反了《宪法》。为了证明减损共和国法律承认的基本原则是合理的, 政府辩称, 适当的司法要求“行使适当的补救措施确保当事人的权利得到有效保障”。宪法委员会驳回了这一论点, 指出这一要求“司法和行政法院均可满足”(第 29 段)。

93 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFD.A* 1990, p. 737.

在 *déféré-liberté* 程序的基础上, 进行必要的改进, 扩大申请人的范围和可上诉的行为的范围。Sylvie Hubac 和 Yves Robineau 指出, "保护公民自由的法官必须 (.....) 能够通过临时措施在最多几天内作出裁决"⁹⁴。他们指出, 1982 年 3 月 2 日的法律 "引入了在四十八小时内暂缓执行死刑的程序, 该程序使人完全满意", 他们建议 "在公共自由受到威胁时, 将这一法律补救措施扩大到省长以外的申请人和涉及权力下放当局以外的案件"⁹⁵。第二种选择是引入一种全新的保护公民自由的程序。为此, Lachaume 先生建议 "设立一个简易程序, 使行政法院在面对影响基本权利实施的非法行政决定时, 能够作为紧急事项, 并在可能的情况下'在确定的日期'中止该决定或阻止其实施"⁹⁶。科斯塔先生接着指出, "应在所有被要求作出裁决的法院 (.....) 中引入'自由裁量权'"⁹⁷。

2. 可能的创作

20. 这两个系列的创新为 "驳回--自由裁量权" 程序的出现铺平了道路, 并使其成为可能。如果没有在行政诉讼法中引入这些极具创新性的程序, 第 L.521-2 条所规定的程序就不可能以现在的形式出现, 也不可能以现在的方式被设计出来。
21. 第一批创新涉及 1990 年代初引入的两个全新的单一法官紧急程序: 首先是根据 1990 年 1 月 10 日法⁹⁸ 对驱逐令提出质疑的程序, 其次是根据 1992 年 1 月 4 日法⁹⁹ 对合同进行简易诉讼的程序。就递解出境令而言, 审理案件的法官必须在申请登记后 48 小时内做出裁决。在这一涉及行政法院所有成员的大型案件中, "法官单独裁决显然是可行的; 引入口头听证也是可行的; 通过口头听证引入对抗式诉讼也是可行的; 法官可以在很短的期限内处理棘手的问题"¹⁰⁰。由于法官介入的速度快, 尤其是其权力的范围广, "预审合同" 程序对行政诉讼程序也产生了深远的影响。根据法律规定, 法官可以 "命令"、"中止"、"废止" 或 "取消"¹⁰¹。这些特权相当大, 有时甚至超过了我国法律赋予法官在主要诉讼程序中的特权。正如 Roland Drago 所说, "永远无法想象有一天

94 S. Hubac 和 Y.ROBINEAU, "Droit administratif: vues de l'intérieur", *Pouvoirs* no. 46, 1988, p. 124.

95同上。见 J.-Y. PLOUVIN, "Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)", *GP* 4 March 1989, 1, p. 106; B.DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, p. 804; M. CAZO, *Le juge des référés dans le contentieux administratif*, thèse Rennes I, 1998, p. 324.

96 J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, special issue, p. 104.

97 J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* no. 84, 1998, p. 86.

98 这一程序现已编入《行政司法法典》第 L.776-1 条, 该条转载了 1945 年 11 月 2 日关于外国公民在法国入境和居留的法令第 22 条之二。

99 《行政司法法典》第 L. 551-1 条规定的程序。

100 D.LABETOULLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *同前*, 第 16 页。M. Denizet 认为, "Les reconduites à la frontière ont bouleversé la culture traditionnelle du juge administratif tout en démontrant que celui-ci, pourvu qu'on le dote de moyens suffisants, savait s'adapter au changement" (J.- P. DENIZET, "Les reconduites à la frontière", *LPA* no. P. DENIZET, "Les reconduites à la frontière", *LPA* no. 52, special issue L'urgence, mode d'emploi, colloque de la Conférence nationale des présidents de juridictions administratives, Poitiers, 15 September 2000, p. 14).

101

法院可命令违约方履行其义务。法院可暂停授予合同或执行相关决定。法院还可以废除这些决定。最后, 法律授权法院直接修改合同, "删除合同中的条款或规定"。示例见 C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", *Jcl. Justice administrative, fasc. 55 (11)*, 55 (11, 2001), n° 66-74; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd, Montchrestien, 2006, n° 1664.

行政法官会被赋予这样的权力"¹⁰²。提交人接着说, "在欧盟其他国家, 有关合同属于法院的管辖范围, 就法院而言, 在执行指令时被赋予的权力并没有什么不寻常之处。在法国, 这些合同属于行政法院的管辖范围, 这就是为什么改革的理论范围如此重要, 并会带来意想不到的后果"¹⁰³。这两个程序以各自的方式促进了行政法院紧急文化的形成, 并证明了其在极短的时间内行使有时非常重要的权力的能力。这样一来, 这两个程序就消除了两个障碍, 使独立的极端紧急程序能够赋予一名法官广泛的权力。

22. 导致第 L.521-2 条产生的第二项重大创新是 1995 年 2 月 8 日的法律, 该法律赋予了行政法院强制执行其裁决的权力。有了这一史无前例的命令权, 行政法院就有可能恢复作为非法行为受害者的原告的权利。法官有史以来第一次可以直接向行政当局下达命令, 规定其必须从有争议的撤销判决中承担的后果。在拉贝图勒总统看来, 这一 "根本性创新" 直接启发了 "自由裁量权" 制度 (104)。他补充说, 如果没有这个文本, "简易禁令无疑是不可能实现的"¹⁰⁵。有了这一重要创新, 建立自由裁量权的最后一个障碍被扫除了。
23. 然而, 无论是与行政诉讼逃往法院有关的警报, 还是建立这一程序的有利环境, 都没有促使政府当局对现行制度进行反思。所缺乏的是一种电击, 使人们真正愿意采用一种快速程序来保护自由。一个涉及偷渡者的案件使围绕实施这一程序的紧张局势具体化, 成为触发事件。

II. 通过的阶段

A. 触发事件：1997 年 5 月 12 日的判决

24. 1996 年 8 月 8 日至 9 日晚, "费利克斯" 号货轮停靠在诺曼底的翁弗勒尔港。船长通知警方说, 船上有两名摩洛哥籍偷渡者 Ben Salem 先生和 Taznaret 先生, 他们没有进入法国所需的证件。8 月 9 日上午, 移民管制部门根据 1945 年 11 月 2 日关于外国人进入法国和在法国居留条件的命令的规定, 决定拒绝这两人入境。该法令第 35c 条规定, 通过铁路、海运或空运抵达法国的外国人, 如未获准进入法国领土, 则应在其离境所需的时间内, 由省长在车站、港口或机场范围内指定的等候区予以扣留。显然是出于实际考虑, 当局选择将两名偷渡者拘留在 *Félix*¹⁰⁶ 号船上, 这显然是不符合规定的。在定于 8 月 10 日傍晚离港之前, 在码头上设置了监视装置, 以防止任何下船的企图。随后, 船主与 Ben Salem 先生和 Taznaret 先生一起, 通过逐小时传票的方式, 将此事提交

¹⁰² R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 460.

¹⁰³ 同上。

¹⁰⁴ D.LABETOUILLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, special issue Puissance publique ou impuissance publique? p. 80.

¹⁰⁵ 同上。

¹⁰⁶

这种措施是非法的, 因为它剥夺了外国公民被置于等待区时所获得的保障。在执行拒绝通过航空、铁路或海路抵达的外国公民入境的决定时, 当局有义务将此入置于等待区, 而排除所有其他方法。

给巴黎高等法院的临时救济法官，要求他命令当局停止扣留船上的人员，并将他们安置在等待区。警察局长对管辖权提出异议。临时救济法官在同一天做出裁决，承认存在滥用职权的情况。他的判决依据是《刑事诉讼法》第 136 条，该条赋予法院 "在所有涉及侵犯个人自由的案件中"107 的专属管辖权。因此，法官驳回了省长对其管辖权的质疑，并在冲突法庭做出裁决之前中止了诉讼程序。九个月后，冲突法庭解决了管辖权问题，行政法院胜诉。108

为了声称只有行政法院才能审理此案，争议法庭先后驳回了司法管辖权的两个理由。首先，争议法庭指出，《刑事诉讼法》第 136 条的规定 "不能解释为授权法院阻挠执行行政部门作出的决定，但攻击案件除外"109。其次，他指出，本案中受到质疑的措施不属于这种性质；这些措施 "与立法机构赋予行政部门执行拒绝入境决定的权力不无关系"。事实上，正如分案法官所指出的，"1945 年 11 月 2 日法令第 5 条的规定清楚表明，立法机关原则上赋予当局执行驱逐或拒绝入境决定的权力，而这些决定是根据《外国人警察法》的规定作出的"。在这种情况下，"即使假定这些措施是非法的，但在本案中 Ben Salem 先生和 Taznaret 先生采取的措施显然与行政部门的权力有关"。冲突法庭采取的解决办法本身并无新意：它符合法庭自 1994 年以来的判例法¹¹⁰，将行政部门显然在没有任何法律授权的情况下采取行动作为定性攻击行为的条件¹¹¹。

107 TGI Paris, 1996 年 8 月 9 日命令, GP 1997, 2, pp.395-396。法官指出, 由于拒绝遵守第 35 条之四的要求, 对从海路抵达的外国国民实施特定的管制程序, "行政当局 (.....) 实施了一项不能与行使属于它的权力相联系的行为"。在 1992 年 7 月 6 日法令规定设立等候区之前和之后, 巴黎大区的临时救济法官曾多次作出同样的裁决。参见 TGI Paris, 1992 年 3 月 25 日, *Levelt* (D. 1993 年, 第 47 页, M. DESGREES DU LOU 的注释; GP 1992 年, 第 1 期, 第 438 页, P. BERTIN 的注释), TGI Créteil, ord.1992 年 3 月 31 日 (GP 1992, 1, p.441), 以及在新的法律状态下保持这一解决方案, TGI 巴黎, 1994 年 6 月 29 日, *Mwinyi* (GP 1994, 2, p.587, S.PETIT 注), TGI 巴黎, 1995 年 2 月 15 日, *Osas* 和 O.O. (GP 1994, 2, p.587, S.PETIT 注)。1995 年 2 月 15 日, *Osas* 和 *Ojo* (GP 1995, 2, p. 489)。

108 TC, 12 May 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris, affaire Ben Salem et Taznaret, dite "des Marocains d'Honfleur"*, *Lebon* p. 528。该裁决引起了大量评论。见 *AJDA* 1997, 第 575-584 页, 编年史。D. CHAUVAUX 和 T. GIRARDOT; *RFDA* 1997, pp. 512-524, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA; GP 1997, 2, pp.S.PETIT; *JCP G* 1997, II, 22861, report by P. SARGOS; D. 1997, pp.LEGRAND; *JCP G* 1997, I, 4066, esp.499-500, chron.B.MATHIEU and M. VERPEAUX; *JCP G* 1997, I, 4072, chron.J. PETIT; *LPA* 24 December 1997, n° 154, pp.MAMONTOFF; *LPA* 19 January 1998, no. 8, pp.PETIT.另见 J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, pp.9-11; J. NORMAND, "Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle", *RTD Civ* 1998, pp.181-191; S. GUERARD, "L'article 136 du code de procédure pénale: réflexions à partir deux décisions récentes du Tribunal des conflits", *RRJ* 1999/1, pp.219-235。

109 法院认为, "针对行政部门发布禁令的权力使剥夺其决定的可执行性成为可能(.....), 其性质与废除或修改行政部门在行使其作为公共当局的特权时所作决定的权力相同"。然而, 根据宪法原则, 这项权力 "属于行政法院的专属管辖范围, 但在性质上保留给司法当局的事项除外"。因此, 属于《刑事诉讼法》第 136 条范围内的决定--即侵犯人身自由的决定--如果是由行使公共特权的行政当局作出的, 则属于行政法院的管辖范围。该条款并未授权法院向行政部门发出禁令, 从而阻碍其决定的执行, 但攻击案件除外。

110 TC, 1994 年 6 月 20 日, *Madaci* 和 *Youbi*, 同上。

111

传统上, 这一要求只适用于缺乏法律的暴力行为, 而不适用于缺乏程序的暴力行为。然而, 冲突法庭很快恢复了其先前的判例法, 将行政部门必须在行使其权力之外实施侵权行为的要求限制在因缺乏程序而实施的行为上 (见下文, 第 325 节)。

25. 然而，这一决定并没有引起人们的注意。在司法部长的主持下做出这一决定后，冲突法庭的一名成员辞职，并引发了行政管辖权的合法性危机。

此案之所以受到不同寻常的关注，包括主流媒体¹¹²，首先是因为司法部长亲自出面才打破了僵局。在1997年1月13日冲突法庭会议上首次提交了管辖权问题，"结果出现了票数相同的情况，需要司法部长主持"¹¹³。虽然法律规定在出现票数相同的情况下可以进行这种干预，但这毕竟是例外情况。¹¹⁴

随后，法庭的一名成员，即最高上诉法院的一名法官顾问兼报告员 Sargos 辞职，这是史无前例的。在他的报告中，他认为法庭拥有管辖权，并打算辞职，因为分摊规则被认为过分有利于行政法庭的管辖权，甚至有利于行政部门的利益。

最后但并非最不重要的是，该判决"震惊了法律界，表面上怀疑行政法院是否有能力妥善处理涉及个人基本权利的紧急诉讼"¹¹⁵。原则上，管辖权问题的解决不应影响对诉讼当事人权利的保障。但在本案中，承认行政法院的管辖权等于承认原告可利用的诉讼途径完全无效，其权利和自由得不到司法保护。在没有事先裁决的情况下，原告无权直接向行政法院提起诉讼。为了提出上诉，他们首先要获得行政部门的决定，必要时还要等待四个月后的默示驳回决定¹¹⁶。此外，只有以越权为由对驳回决定提出上诉才是有效的。根据 *Amoros* 案的判例法，暂缓执行或临时中止的申请将被宣布为不可受理。至于简易程序，虽然它赋予了行政法官发布禁令的权力，但不能用来阻止行政决定的执行。因此，对该决定的唯一补救办法是以越权为由提出上诉。然而，尊重抗辩程序所涉及的时间限制以及作为合议机构作出裁决的义务排除了法院在"近期内废除该措施的可能性。在没有适当程序的情况下，"因此，行政部门可以肆无忌惮地逃避要求将被禁止进入法国领土的外国人拘留在等候区的法律。关于紧急程序的现有法律真空随之显现，并威胁到行政司法在自由这一敏感领域的公信力"¹¹⁷。

26. 由于行政法庭无法有效捍卫自由，该决定引发了行政法庭合法性的危机。由于对其有效性的批

112 见1997年5月14日、16日和24日的《世界报》。

113 P. Sargos, 上述报告, GP 1997, 第737页。

114 只有十来起案件使后者行使了分配法官的职能。1997年5月12日的决定还附带提出了政治当局担任冲突法庭庭长的问题。冲突法庭是一个真正具有司法性质的机构，因此必须包括与这一地位相关的所有保障。正如 M. Braconnier 所说，"很难想象，对个人权利有直接影响的决定仍然可以通过作为政府成员的掌玺人的强势声音作出" (S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997年, 第192页)。在 "*Bulut 诉奥地利*" 案的判决中，欧洲法院提出了"客观盟友"的概念，这一概念可能违反权利平等的原则，而司法部长在主持冲突法庭时就具有这一特点 (欧洲人权法院, 1996年2月22日, "*Bulut 诉奥地利*" 案, RTDH 1996年, 第627页, MARTENS 注释, S. BRACONNIER 引用, 同前, 第192页)。

115 F. Moderne, "Le référé-liberté devant le juge administratif", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, above colloquium, p. 133.

116 在事实发生时，法律规定作出默示拒绝决定的期限为4个月 (1900年7月17日法律第3条的规定, 1956年6月7日法律和1965年1月11日法令对其进行了重申和概括)。2000年4月12日的法律将这一期限缩短为两个月 (见《行政司法法典》第R.421-2条)。

117 P. WACHSMANN, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, above colloquium, p. 97.

评，也就是对其对诉讼当事人有用性的批评，行政司法的存在本身受到了攻击。在冲突法庭做出裁决后不久，司法机构的法官们就呼吁让行政法庭彻底消失¹¹⁸。119 皇宫意识到，1997 年 5 月 12 日的决定所引发的危机¹²⁰，对行政司法造成了“不稳定的危险”。为了避免危机升级并威胁到行政司法的存在，迫切需要解决行政法院无法迅速制止严重侵犯自由的行政行为的问题。只有通过立法干预，赋予行政法官特权，使其能够有力地保障受到公共权力威胁的个人的自由，才能遏制危机。

在冲突法庭做出裁决后的几天里，有人提出了这方面的建议。针对司法行政官的攻击，索隆--一个伪装成国家行政官身份的化名--开始重新界定辩论的范围。对后者而言，问题涉及行政司法的存在本身，而索隆则断言，“真正的问题是行政法官是否配备了与司法法官同样强大的工具，来紧急拯救受到行政部门非法威胁的自由”。他指出，“近年来在这方面已经做了很多工作”，但“我们需要更进一步”¹²¹。Arrighi de Casanova 先生在其关于 1997 年 5 月 12 日裁决的结论中向立法机构发出呼吁，指出“如果主管法院根据关于双重管辖权的基本原则适用的程序不够便利，则应由公共当局考虑加以调整”¹²²。一些法官同意最高行政法院成员的分析，即有必要在这一领域引入快速有效的程序。¹²³

在政府当局没有做出任何反应的情况下，最高行政法院提出了改革倡议，并将对改革进行监督，直至改革完成。在理事会副主席的倡议下，理事会内部成立了一个工作小组，负责审议可能的改进措施¹²⁴。

118 治安法官专业协会呼吁考虑

“两个管辖权命令的消失，这是欧洲司法界的一个奇观”（《世界报》，1997 年 5 月 16 日）。

119 P. Wachsmann, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration", *op.*

120 争议发生时，人种学家布鲁诺-拉图尔（Bruno Latour）获准对国务委员会进行人种学研究。几个月来，他破例获得了通行证，可以在该机构内自由行动。这次观察和分析的成果是一本名为《*La fabrique du droit*》的书，由 La Découverte 出版社出版。在书中，布鲁诺-拉图尔讲述了 1997 年 5 月发生的事件，详细描述了冲突法庭的决定所引发的危机是如何从内部经历的，以及最高行政法院为遏制危机而采取的策略（见 B. LATOUR, *La fabrique du droit*, La Découverte, 1997）。LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2002, pp.)

121 SOLON, "Un émoi à côté de la plaque", 《世界报》，1997 年 5 月 24 日，第 19 页。

122 J. ARRIGHI DE CASANOVA, *concl. cited above*, *RFDA* 1997, p. 523.

123 从这个意义上讲，参见 S. PETIT, *op.佩蒂特*，同前，*GP* 1997, 1, 第 745 页：“我们希望，行政法院法官经常表示的在其管辖范

国内捍卫个人自由的愿望能够得到与所表达的要求相称的法律、技术和程序手段的配合。这关系到宪法对公民基本权利的保障”。

124 虽然 5 月 12

日的危机主要涉及行政法院未能紧急保护自由，但最高行政法院决定进行更深远的改革，以弥补其紧急程序的所有缺陷。最高行政法院副院长在 1997 年 10 月 31 日的一封信中（见《2000 年法国行政诉讼法》，第 954 页），要求一个工作组

“查明在现行法律和判例法中，行政法院无法令人满意地满足当事人需求的案件”。工作组的任务是提出改革措施，使法律更简单、更有效。该工作组是根据 1997 年 11 月 7 日的命令成立的（见《2000 年法国行政诉讼法》，第 954-955 页），由八名行政法院成员、四名下级法院法官和两名大学教授（René Chapus 和 Bernard Pacteau）组成。在工作结束时，工作组起草了一份报告，并拟定了反映其建议和所审查的备选案文的草案初

B. 工作组的建议：中间禁令两种变体之间的替代方案

27. 简易程序以及 2000 年 6 月 30 日的改革首先是最高行政法院及其工作组的工作。诚然，简易程序属于 125 法律的范畴，而且是通过正式的立法文本，经过讨论、议会修正和两院通过后才被引入实在法。然而，与之前的行政诉讼程序改革一样，简易程序法也是以一种“涂鸦”的形式回归法律 126。正如 Pacteau 先生所言，“2000 年 6 月 30 日的法律是行政诉讼重大改革的雏形，最高行政法院在这一改革中既有想法，也有倡议，它为这一改革做了准备，并引导议会成功通过了这一改革（……）”¹²⁷。虽然最高行政法院并未声称自己是法律的创始者¹²⁸，但毫无疑问，它“既是灵

稿（见《法国国际法杂志》，2000 年，第 941-958 页）。

125 评论家提出了两个依据来证明议会的管辖权。第一个依据是《宪法》第 34 条，该条规定立法机构有责任确定行使公共自由的基本保障。虽然基本自由的概念与公共自由的概念并不完全一致，但在许多领域这两个概念是一致的。因此，“自由原则”至少部分涉及对公共自由的保障。Chapus 教授补充了立法管辖权的第二个依据：尊重共和国法律承认的基本原则所产生的辩护权（R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 1536）。

126 正如 M. Gaudemet 所指出的，“近年来改变行政诉讼的大多数主要文本都源于行政法院的意愿和倡议”（Y. Gaudemet, "Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drué*, Dalloz, 2000, p.

338）。值得注意的是，“事实上，总是最高行政法院根据其在诉讼方面的实践和知识，并由于其构建了诉讼法，成为新解决方案的源头，并至少在很大程度上成为起草者”（*同上*，第 339

页）。他在公共权力机构中的地位、他的诉讼经验以及他现在享有的权威，使他在形式上广泛掌握了这一领域的所有标准制定工作。正如 M. MELLERAY

先生所总结的，“总是由最高行政法院做出决定，而在正式的法律条文背后，一般都会看到皇家宫廷的手”（F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloquium of 11 and 12 December 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p.294）。另见 B.PACTEAU, "Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après?", *RFDA* 1996, pp.

127 B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 262.

128 拉贝图勒总统敏锐地指出了国务委员会与在其内部运作的工作组之间的机构分离：“与有时所说或所写的相反，国务委员会本身并没有进行任何有机的干预。工作组在国务委员会内部运作，有外部人士参与。工作组的工作直接从工作组交到吉古夫人的办公桌上。国务委员会没有进行审议，也没有采取任何立场。因此，国务委员会只是在政府以协商身份向其提交法案时才了解到案文”（D. Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, above colloquium, p.

17）。这种分离当然不是人为的。然而，鉴于工作组主要由最高行政法院成员组成，我们必须正确看待这一点

。

感的激发者，也是设计者"¹²⁹。利用《行政司法法典》第 L. 112-3 条赋予它的提案职能¹³⁰，最高行政法院作为其工作组的一部分，起草了一份“法律草案初稿”¹³¹，并将其提交立法机构通过。

28. 在工作组内部，“自由裁量权”正是从强制令的角度提出的。没有这种权力被认为是一种缺陷；承认这种权力有利于紧急法官则是一种解决办法。因此，临时救济程序正是从强制令的理念中诞生的。

工作组的出发点是认为，对临时救济法官签发强制令权力的限制是行政法院向其管辖范围内的人提供保护方面的一个严重缺陷。“在重大行为、不正常的行政行为、不作为甚至纯粹是消极决定的情况下--所有这些都是中止执行机制被证明不适合的情况--缺乏足够的强制令权力剥夺了诉讼当事人作为紧急事项由行政法院进行有用和有效干预的权利”¹³²。为了弥补这些缺陷，似乎有必要“在延长暂缓执行的同时，增加行政法官在紧急案件中的强制令权力”¹³³。这样做的目的是使行政法官“能够有效地干预那些不容易识别的行政决定，即仅仅中止行政决定的执行还不足以保障法律主体权利的情况”。这种“临时禁令”将使行政法院能够命令包括行政当局在内的所有相关方采取一切必要的预防措施”¹³⁴。由于这些特权的范围之广，“似乎有必要对这种强制令的权力加以限制，并将其局限于严重和明显违法的行政行为的情况：法官在简易程序中，即在紧急情况下单独作出裁决，通过使用超越普通法的权力进行干预时，所犯的违法行为必须具有严重性和明显性的特点”¹³⁵。

29. 工作组对这一程序的范围问题进行了大量辩论。根据工作组成立时确定的方法，即不是作出决定，而是明确选择和提出备选方案，对简易程序的两种变式进行了审议：一方面是保护基本自由，另一方面是“非常紧急”。基于对法律范围的广泛构想，法案初稿在第3条中设想了一种可供

129 I.I. LEGRAND 和 L. JANICOT, *CE* 下的说明, 2001年2月28日, *Casanovas*, *AJDA* 2001, 第 973 页。正如范德梅伦总统所指出的, “根据近年来涉及所有修改行政诉讼法的法规或立法文本的习惯, 紧急程序的改革是由国务委员会发起的, 它在政府通过和议会表决之前就已提出并准备好了” (R. VANDERMEEREN, “La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif”, *AJDA* 2000, 第 708 页)。

130 “最高行政法院可主动提请公共当局注意它认为符合普遍利益的立法、规章或行政改革” (1945年7月31日第45-1708号法令原第24条)。

131 工作组本身也使用了这一说法 (特别见报告附录 8, *RFDA* 2000, 第 958 页)。后来又被再次使用 (参见 L. TOUVET, *concl. on CE*, Sect. 18 January 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p.383)。亨利先生 (M. Henry) 将这一法案初稿称为法律形式的“预草案” (O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, Montpellier I thesis, 2000, p.249)。正如作者所指出的, “原则上, 最高行政法院不亲自逐条起草法案, 以免被认为过分干涉议会的任务。然而, 有时也会出现这种介入立法程序的情况, 即在研究结束时, 负责执行研究的工作组认为有必要提出一个原始文本 (将所有建议汇集在一个法案草案初稿中, 该草案初稿可以---并打算---按原样进行审议)” (同上; 见第 249-251 页引用的例子)。

132 报告, 第 944 页。

133 报告, 第 947 页。

134 同上。

135 同上。

选择的制度：136：

备选措词 1：“在某项基本自由受到行政部门严重和明显非法侵犯的情况下，临时救济法官在收到以问题的紧迫性为由提出的大意如此的请求后，可下令采取一切必要的保障措施”。

备选案文 2：“在不违反上一条[关于临时中止程序的]规定的情况下，临时救济法官可在紧急情况下，根据即使在没有事先行政决定的情况下也可受理的简单申请，下令采取任何措施，这些措施不得受到严重质疑，而且必须以保护因行政当局的行为或举动而受到质疑的权利或自由的行使为理由。在任何相关方的要求下，该措施可随时终止”。

拉贝图勒庭长认为，可供选择的方案如下：“要么范围非常宽泛，但临时救济法官的权力自然不那么明显，要么相反，范围较窄，权力较强”¹³⁷。第一种方案仅限于保护基本自由，允许法院下令采取任何保障措施。第二种方案涉及所有权利和自由，只授权法官在没有严重质疑的情况下下令采取某项措施。工作组大多数成员明确表示倾向于第一种解决方案。在作出这一选择时，有四项考虑起了决定性作用：¹³⁸。首先，基本自由受到侵犯的可能性似乎与拥有广泛权力的临时救济法官最有理由进行紧急干预的情况相吻合。然后，在大多数情况下，临时救济法官的干预将与行政决定引起的情况相对应，在这些情况下，临时中止，可能再加上执行 1995 年 2 月 8 日法律规定的强制令权力，将足以恢复诉讼 当事人的权利。此外，扩大这一程序的适用范围有可能将大多数行政诉讼纳入简易程序的轨道，从而有损于合议庭在书面审理后根据案情实质作出的判决所提供的质量保证。最后，工作组担心，过于广泛地扩大临时救济法官的权力会导致移交案件数量过多，使行政法院的处理能力不堪重负。

1998 年 5 月，工作组向司法部长提交了报告。报告介绍了两种形式的简易禁令。

C. 政府的决定：临时救济的选择 (*référé-liberté*)

30. 政府首先征求了法官和律师专业组织的意见。然后，政府组织了部际会议，以协调所有中央行政部门的观点。在工作组提出的临时禁令的两种方案中，政府选择了严格的方案：即“潜力扩大但范围受限”的临时禁令¹³⁹。法案第 4 条采用了工作组提出的方案，但在编辑上作了一处修改。政府还增加了第二款，承认省长有权根据该程序采取行动：

“当一项基本自由受到行政部门严重和明显的非法侵犯时，临时救济法官在收到以事态紧急为由提

136 工作组报告附录 4, *RFDA* 2000, 第 955 页。

137 D.Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op.*

138 参见上述工作组的报告, *RFDA* 2000, 第 948 页。

139 B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} ed, PUF, Droit fondamental collection, 2005, no. 278. 见 V. Tardy, "Le projet de réforme de la procédure de référé", *LPA* 1998 年 12 月 11 日, 第 148 期, 第 7-13 页。

出的申请后，可下令采取任何必要措施来保障这项自由。

如果上段所述侵权行为是由地方当局或地方公共机构造成的，则国家代表可提出这一要求”。

部长会议于1999年3月17日通过了关于行政法院简易程序的第269号法案，并于同日将其提交参议院。

D. 议会的改进

31. 总体而言，立法阶段的特点是议会达成了超越政治分歧的广泛共识。虽然在联合委员会会议之后通过了草案文本，但参议院和国民议会之间的分歧一般较小，因此政府法案的结构保持不变。就整个草案而言，“只有新的权利与自由制度引起了真正的困难”¹⁴⁰。这些问题涉及补救措施、省长的行动资格以及法院对事实干预问题的管辖权。

最后，议会在15个月内通过了该文本。¹⁴¹“对于一个原则上已达成共识、内容乍看起来基本上是技术性的文本来讲，如此漫长的起草过程似乎是无休止的。然而，这“是一个合理的时间框架，尤其是如果我们还记得（除了议会两院的拥挤）在过去二十年中通过其他几项重大行政法律改革的困难，尤其是涉及诉讼的改革（……）”。¹⁴²

参议院于2000年6月21日¹⁴³，国民议会于2000年6月22日¹⁴⁴，两院均以绝大多数票通过了最终文本。该法由共和国总统于2000年6月30日颁布，没有提交给宪法委员会：“很难想象是由谁、以何种理由或以何种胜算提出的”¹⁴⁵。很少有作者考虑过这个问题。但Rouault女士表示了一些保留意见。该作者对自由裁量权的合宪性表示怀疑，理由是“《宪法》规定法院是个人自由和财产权的监护人，因此在这些自由受到侵犯时，法院有理由行使管辖权。虽然宪法委员会承认立法机构有能力设立管辖权区块，但将这一特定管辖权移交给行政法院是否符合宪法原则值得商榷”¹⁴⁶。但实际上，违宪的说法是没有根据的。一方面，行政法院享有宪法保留的管辖权，可以审查行政当局在行使其作为公共当局的特权时所采取的行为。虽然这一原则必须与将个人自由和私有财产置于司法当局保护之下的原则相协调，但宪法委员会认为，这是司法法院的特权管辖权，绝非专属管辖权¹⁴⁷。其次，该法律绝不是将诉讼从法院“转移”到行政法院。其唯一目的是在不改变两级法院权力划分的

140 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 708 (underlined). 在二读时，参议院法律委员会提出的修正案中有一半，即10项修正案中有5项仅涉及简易程序（R. GARREC, 参议院报告第210号，第12-13

页）。在联合委员会中，仍在讨论的两个问题专门涉及这一程序（Rapport AN n° 2460 和 Sénat n° 396）。

141 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 964.

142 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, p. 959 (underlined). 143 *JO déb. Sénat*, CR séance 21 juin 2000, p. 4226.

144 *JO déb. AN*, 公约与建议委员会2000年6月22日会议，第5808页。

145 B. PACTEAU, "Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire", *RFDA* 2000, p. 959.

146 M.-C. ROUAULT, "Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives : un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence", *LPA* 3 August 1999, no. 153, p. 15.

147 见下文第119节。

情况下，加强行政法院的紧急权力。无论如何，初步法案的起草者已经防范了任何风险，避免在提交议会的文本中明确提及个人自由和所有权。

III. 研究方向

32. 这一程序受到了学术界和诉讼当事人的好评，其一般特点将首先通过其名称问题加以概述。需要考虑的是这一法律补救措施贡献、地位和特点。

A. 所选公式和程序名称

33. 正如 Pacteau 教授所指出的，临时救济被纳入《行政司法法典》第 L.521-2 条，"其措辞既有力又有引导性"："每个词都有分量，其目的是引导和精确确定"临时救济法官的管辖权¹⁴⁸。从形式上看，L.521-2 条将法官的权力和授予权力的条件统一在一个公式中。为了使这一法律补救措施具有极大的灵活性，所使用的术语故意宽泛，在某些方面甚至是不确定的。该条款综合了此前行政诉讼法和私法中的若干程序¹⁴⁹。

34. 与通常情况一样，立法者没有为这一程序命名。在没有正式名称的情况下，法律作家提出了几种说法。其中至少有五种说法：自由权、基本自由权、强制权、保护权以及基本自由权。虽然所有这些术语的共同点都是将程序的性质--即临时禁令--放在首位，但每个术语都强调了程序的不同方面。前两个词强调程序的**主题**：（基本）自由。第三个词强调的是在自由受到侵犯时**赋予法官的权力**，或者说**是法官的一项权力--最具象征意义的权力**：强制令。最后两个词强调了这一程序的**目的**：保护和保障自由。虽然第一个词没有讨论的余地，因为它在所有拟议方案中的使用都表明了这一点，但第二个词必须加以讨论，特别是考虑到在这个问题上存在的分歧。

鉴于其性质，《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的程序构成**临时禁令**。"一般而言，临时救济申请是向法院提出的要求立即作出临时裁决的申请"¹⁵⁰。在司法私法和行政诉讼中，这些程序都能满

¹⁴⁸ B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

¹⁴⁹ 第 L.521-2

条借鉴了这些程序的一些表述。其开头语（"查获了这方面的请求"）是对《行政法庭和行政上诉法院法》第 L.10 条的逐字复制。对基本自由的严重和明显非法侵犯的要求让人想起关于事实攻击的判例法。关于"受公法管辖的法人或受委托管理公共服务的受私法管辖的机构"的提法直接借用了 1995 年 2 月 8 日的法律。至于法官的权力--"命令采取一切必要措施"--我们只能强调这一措辞与新《民事诉讼法》第 484 条措辞的相似性，后者赋予民事临时救济法官"立即命令采取必要措施的权力"。

¹⁵⁰ R. JACQUELIN, "L'évolution de la procédure administrative", *RDP* 1903, 2^{nde} part p.14. 在法国，第一个可与真正的简易程序相提并论的机构是 1865 年 1 月 22

日颁布的一项敕令，该敕令规定了夏特莱程序。受巴黎城堡民事法庭庭长做法的启发，该程序结合了简易程序的两个基本特征：简化程序，在紧急情况下执行。该程序随后被编入 1806 年《民事诉讼法》第 806 至 811 条。由于塞纳河省议会的实践，简易程序被移植到行政诉讼中。随后，1889 年 7 月 22 日的法律规定了该程序，但仅适用于省议会。直到 1945 年 7 月 31 日法令第 34 条才赋予最高行政法院同样的特权；在此之前，最高行政法院仅有权根据 1806 年 7 月 22 日法令第 3

足快速处理问题的需要,而在正常司法程序下,这些问题处理需要很长时间。对诉讼当事人而言,简易程序非常实用,"具有节省时间的优势"¹⁵¹;它们"可对危机情况立即作出反应"¹⁵²。因此,速度是简易程序的精髓¹⁵³。考虑到行政法院根据该条款进行干预的条件,第 L. 521-2 条规定的程序毫无疑问属于简易程序的范畴。更具体地说,这是一个紧急简易程序¹⁵⁴,用 2000 年 6 月 30 日法令的标题来说,是一个"行政法院"简易程序¹⁵⁵。

除其性质外,第 L.521-2 条规定的程序的最大特点是什么?是其目的还是宗旨?是赋予行政法官的禁令权吗?

关于程序目的的提法并不常见。最初由 Chapus 教授提出的"référé-sauvegarde"一词(156)很少被使用。这可以解释为该词的唤起性不足。它并没有说明保护的是什么。然而,正如 Gohin 教授所指出的,"似乎最好明确指出保障的是什么,特别是当它是问题的实质时"¹⁵⁷。此外,司法私法专家有时也使用这一表述来指代新《民事诉讼法》第 809 条第 1 款规定的简易程序,根据该程序,攻击行为的受害者可通过简易程序向民事法官起诉行政部门¹⁵⁸。Pacteau 教授也根据该程序的目的,提出了"保障基本自由的简易程序"这一更为全面的提法¹⁵⁹。这一表述的优点是既表明了程序的目

条中止执行。关于司法和行政法院简易程序的历史渊源,分别见 Y. STRICKLER, Le j. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Strasbourg thesis, 1993, pp. GABOLDE, "Pour un véritable référé administratif", D. 1949, chron. p. 172, and J. GOURDOU, "Juge des référés. Organisation. Dispositions générales", *Jcl. Justice administrative*, fasc. 50 (5, 2002), p. 2. See also O. GERARD, *Des origines des référés et des principes de compétence en cas d'urgence en droit français*, thesis, Paris, 1886, 232 p.

151 F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p. 11.

152 A. LACABARATS, "Le référé", in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p. 213.

153 总理埃斯图普指出,经典理论"有充分的理由将程序的速度视为简易程序的显著特征"(P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 28)。尽管由于现代诉讼法中存在许多同样以速度为特征的程序,这一标准已逐渐淡化,但它仍然是简易程序本质的一部分,因为它为简易程序的创立提供了正当理由并规定了其组织方式"(同上)。

154 第 L.521-2 条的适用以紧急状况为条件。与取代暂缓执行程序的第 L.521-1 条规定的临时禁令和《行政法庭和行政上诉法院法》第 130 条规定的前临时禁令之后的第 L.521-3 条规定的临时禁令一样,一项措施的宣布取决于司法干预的紧迫性。

155 乍一看,这一表述似乎比通常接受的"行政简易程序"更可取。事实上,正如 Drago 教授在 1953 年所指出的,有一些纯粹的行政简易程序,其目的是让行政当局在紧急情况下采取临时措施(R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", RDP 1953, 第 297-316 页,特别第 304-305 页)。如今,法国法律中仍有此类程序,特别是 1994 年 7 月 15 日法律修订的《矿业法》第 79 条,该条赋予行政当局规定任何必要措施以确保环境保护的权力,甚至在工程期间。这些程序显然有别于"行政法院"适用的简易程序,后者在 2000 年 6 月 30 日改革之前和之后都是真正的司法程序。因此,Drago 教授认为,用"行政"简易程序来指代行政法院和省议会的现行程序"非常值得商榷"(同上,第 305 页)。但如今,行政机关组织的简易程序与行政法院组织的简易程序之间已不再有任何混淆的可能。今天,说到行政简易程序,没有人会想到在公共机构实施的纯粹行政程序。由于这一表述在法理中被普遍使用,不会产生丝毫歧义,我们必须承认其在行政法院组织的简易程序中的使用是有效的。

156 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} ed, Montchrestien, 2001, n° 1534-1535; ID, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1087.

157 O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 3^{ème} ed, Litec, 2002, p. 311, note no.

158 例如见 A. CROZIO, "Décisions récentes en matière de mesures conservatoires et voies d'exécution", LPA 13 April 1988, no. CROZIO, "Décisions récentes en matière de mesures conservatoires et voies d'exécution", LPA 13 April 1988, no. 40, p. 5.

159 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

的，也表明了程序的宗旨。然而，由于它不够简洁，因此未能普及。

临时禁令 一词强调的是该程序赋予法官的一项权力。这一表述在准备工作期间很普遍，在行政法院的实践中也很常用。在改革的筹备阶段，选择这种表述方式是完全可以想象的。当工作组就这一程序的范围设想两种方案时，其主要特点是赋予法官强制执行的权力。现在，政府以及随后的议会都选择了具有严格适用范围的方案，使用这一方案已不再合理，必须放弃。L. 521-2 条中提到的法官不仅不是唯一有权发布禁令的临时救济法官¹⁶⁰，而且还可以发布禁令以外的措施¹⁶¹。L. 521-2 条所指的法官不仅是禁令法官，也不是唯一的禁令法官。在赋予法院的禁令权与 L.521-2 条规定的程序之间缺乏严格的排他性关联的情况下，“禁令”一词必须被排除在外¹⁶²。

毫无疑问，描述这一程序的最令人满意的用语是那些突出其目的，即基本自由的用语。因此，最好将第 L.521-2 条规定的程序称为“基本自由”（*référé-liberté(s) fondamentale(s)*），或法律草案解释性备忘录中使用的更简洁的“基本自由”（*référé-liberté(s)*）¹⁶³。这两种表述已在国务委员会¹⁶⁴和学术界得到广泛接受¹⁶⁵。“*référé liberté*”一词已被写入有关法律援助组织的文本¹⁶⁶以及行政判例法本身。

160 例如，根据 L. 521-3 条，简易程序法官可以命令公共机构公开行政文件。根据第 L. 521-1 条，临时中止法官可在中止措施的同时下达执行令（见下文第 480 节）。根据《行政司法法典》第 L. 551-1 条，审理初步合同禁令的法官可以命令公共实体履行其义务（见下文第 487 节）。同样，行政审判庭庭长也可以在视听简易程序中发布禁令（见下文第 529 节）。

161 在某些情况下，它可能不签发禁令，而是签发中止令（见下文第 479-480 节）。

162 还应指出的是，在法院的语言中，这一术语已被普遍用于描述新《民事诉讼法》第 809 条第 2 款规定的程序。

163 与 René Chapus (R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, no.1534) 一样，可能有人反对“*référé-liberté*”一词在刑事理论中已经用于中止审前拘留的程序（《刑事诉讼法》第 187-1 条）。然而，虽然行政司法程序可能会与民事诉讼程序相混淆，但在审前拘留程序中却没有这种风险，因为根据定义，审前拘留程序不涉及法人，因此也不涉及公共机构。

164 见 B.STIRN, "Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat: concurrence ou complémentarité?", in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, p. 377; G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, pp.153, pp. 1054-1059; R. DENOIX DE SAINT MARC, "allocation d'ouverture" du colloque *Le juge administratif et les libertés publiques*, *RFDA* 2003, p. 1048; D. CHAUVAUX, concl sur CE, Sect., ".....", *RFDA* 2002, pp. 28 February 2001, *Philippart et Lesage*, *RFDA* 2001, pp.LAMY, concl. on CE, Sect. 25 April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *RFDA* 2001, pp.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, pp.

165 例如见 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, pp.FAURE, "Juge administratif statuant en urgence.Référé-liberté", *Jal* 51 (11, 2002); J. TREMEAU, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, pp.JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?", *AJDA* 2003, pp.BOURREL and J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 p.; M.- C. ROUAULT, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, 112 p.C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, pp.DUGRIP, "Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme", *RFDA* 2002, pp. 5^{ème}DEBOUY, "La suspension des décisions en matière d'urbanisme par la procédure du référé administratif", *CJEG* n° 584, 2002, pp. pp. 1-2 ; L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, 347 p. ; G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etude n° 11, pp.MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 121; L. GAY, "Propriété et logement.^{ère} Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté", *RFDL* 2003, pp.Chapus 先生起初拒绝接受这一提法（见上文），但后来指出，L.521-2 条“应得到‘référé-liberté’（.....）这一惯用名称”（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006, no. 1534）。

166 参见 2004 年 9 月 29 日第 2004-1025 号法令第 1 条^{er}, IV, 2°, 该法令修改了 1991 年 12 月 19

B. 受欢迎的程序

35. 许多议员、行政法官和学者都强调了简易程序的创新性，甚至是革命性，168。学术作家也强调了169程序的独创性，将其视为“2000年6月30日法案的主要贡献（同时也是最具创新性和最有前途的）”170，“行政简易程序改革的主要内容之一”171，“2000年6月30日法案所引入的最重要也是最著名的创新”172。一位司法部长将其称为2000年6月30日法引入的程序中“最具代表性的”173。référé-liberté被誉为“此次改革的真正‘明星’”174。它是“一种超级程序，对有关的基本自由给予超级保护”175。人们用了所有的褒义词来形容它。“如果我们认为立法者是根据受保护权利的紧急程度和质量来确定管辖权力的等级，那么简易程序申请临时措施就体现了对申请人权

日第91-1266号法令，实施了1991年7月10日关于法律援助的第91-647号法律（2004年9月30日公报，第16809页）。

167 见 CE, ord.2006年10月18日, *Djabrailova, Lebon* 第431页, *AJDA* 2006, 第2352-2356页, M. GAUTIER 注释。行政法院的临时救济法官根据《行政司法法典》第L.521-2条做出裁决, 被称为“临时救济行政法官”。

168 Jean-Jacques Hyst 在参议院宣称：“创新之处在于‘référé-liberté’”（*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3742），而法案报告员则将这一程序视为改革的“重大创新”（R. GARREC, 参议院第380号报告，第22、29和49页）。在参议院法律委员会的听证会上，拉贝图勒议长称这是该法案中“最具创新性的条款”（“Audition de M. Daniel Labetoulle par la Commission des Lois du Sénat”, 1999年5月26日，第2页, www.senat.fr）。学术理论界的成员也认为 référé-liberté 是“绝对的创新”（J. GOURDOU, “Juge des référés. 组织。Dispositions générales”, *J.d.50* (5, 2002), p. 3), “a spectacular innovation”（G. COHEN-JONATHAN, “Le droit au juge”, in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Valine*, Dalloz, 2002年，第490页）或“绝对的创新”（R. CHAPUS, 同前，第1534页）。这一程序被视为2000年6月30日法律的“伟大革新”（J. VUITTON 和 X.VUITTON, *Les référés*, Litec, Pratique professionnelle, 2003, p. 312），“其最显著的创新”（B. FAURE, op. 第55页），紧急临时救济领域的“重大创新”（J.-L. PISSALOUX, “Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif”, *Dr. adm.*2001, chron.no.18, 1^{ère} part, 第7页）。有些人甚至谈到了“La révolution du référé liberté”（M. FOULETIER, “La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives”, *RFDA* 2000, 第971页）。

169 范德梅伦庭长说：“毫无疑问，2000年6月30日的法律（.....）是最有独创性的”（R. VANDERMEEREN, “La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif”, *AJDA* 2000, 第712页）。Debbasch 和 Ricci 先生认为，在所有简易程序中，第L.521-2条的程序无疑是“最具独创性的”（C. DEBBASCH 和 J.-C. RICCI, 《行政诉讼法》，8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001年，第556期）。

170 B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

171 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC *contentieux administratif*, p. 2227.

172 J.-C. Ricci, “Chronique du contentieux administratif”, *RGCT* 2001, p. 965.

173 D. Perben, 《行政法官与公共自由座谈会闭幕词》，*RFDA* 2003, 第1123页。

174 J.-R. ETCHEGARAY, “La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?”, *Contr-urb* 2001, chron.

175 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 30.

利保护的最高境界"¹⁷⁶。它获得了最高荣誉，最终被 Chapus 教授加冕为 "简易程序之王"¹⁷⁷。

然而，对这一程序最大的赞誉来自申请人本身。正如范德梅伦庭长所宣布的，诉讼当事人已将临时救济程序 "提升到诉讼'明星'的地位，注定要占据一个特殊的位置 "¹⁷⁸。的确，临时救济是一种特别有吸引力的程序。它的优势首先在于可以灵活地启动，因为它不受行政决定或案情上诉的限制。该程序的吸引力还在于，法官只需在 48 小时内作出裁决，而且他的权力范围很广，可以下令采取 "一切 "必要措施。最后，它的吸引力来自于相关的领域，即 "基本自由"，援引这一表述本身就足以使诉讼范围扩大。申请人对在此基础上作出的判决的道德性质很敏感，"可能会被文字的魔力所诱惑"¹⁷⁹，可能会寻求在他看来是对行政行为的某种庄严或惩戒性的制裁。因此，"自由裁量权 "的吸引力是真实存在的。诉讼当事人反过来也屈服于这一程序的魅力，并敦促法官在最不同的情况下进行干预。他们经常向临时救济法官提出上诉，并多次¹⁸⁰。

C. 基本临时禁令背后的理念

36. 从法理和诉讼角度看，对简易程序的热衷是否完全合理？首先，根据第 L.521-2 条提出的申请几乎总是被驳回。平均而言，每十份临时救济申请中只有一份能够胜诉。十个案件中有九个不符合法官干预的条件，这反映出这一程序经常在其设计的案件之外被使用。其次，现在赋予 "驳回-解除 "程序的荣誉让人联想到另一个时代赋予 "越权申诉 "程序的荣誉，从它为诉讼当事人提供实际保护的角度来看，这些荣誉是毫无道理的。1929 年，加斯东-耶兹 (Gaston Jèze) 曾毫不犹豫地将其 "权利过失追诉权 "描述为 "法学家们最奇妙的创造，是世界上捍卫自由的最有效、最实用、最经济的武器 "¹⁸¹。同样，皮埃尔-亨利-特根 (Pierre-Henri Teitgen) 在 1958 年强调，"全世界的法学家和政治家一致认为，没有比以越权为由诉诸法国行政法院更好的保障个人自由的制度了 "¹⁸²。然而，当时越权申诉的严重缺陷和不足是众所周知的，尤其是因为法官的迟钝和无权发布

176 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 971.

177 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1514.

178 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712.

179 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第 268 页。

180

一般来说，吸引力是所有旨在保护自由的程序的一个特点。例如，在德国，"最初的想法是，宪法上诉应该是一种特殊的法律补救措施，只能作为保护基本权利的最后手段来使用。 (...)从 1951 年到 1999

年：登记在册的上诉案件达 127 171 起 (.....) " (A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", *CCC* 第 10 期, 2001 年, 第 77 页) 。正如 M. Dittmann

所说，"这一工具并非仅用于严重侵犯基本权利的案件，而是需要宪法法院作为最后手段提供补救

(.....) " (同上, 第 77-78 页) 。在哥伦比亚，每年都有几千起 *监护权诉讼*，仅 1998 年就有近 4 000 起 (A.-C. SEPULVEDA, "Protection of Human Rights in Colombia") 。SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", V^e Congrès de l'AFDC, Toulouse, 6, 7 and 8 June 2002, Workshop No.)

181 G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public", *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 162.

182 P.-H. Teitgen, "Intervention au débat", in *Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, La documentation française*, 1960, p. 77. *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, La documentation française*, 1960, p. 77.

禁令。在自由方面，法官的干预往往很迟，而且从实际角度看，对申请人完全没有用。183

鉴于这些因素，我们如何理解“自由裁量权”程序的真正贡献？除了引入该程序的象征意义之外184，该程序在保护诉讼当事人方面到底提供了什么？

37. 最高行政法院根据第 L.521-2 条平均每年做出 150 项裁决，因此有关临时救济的判例法相当多，为研究这一程序提供了可观的工作基础。对判例法的分析将基于最高行政法院在 2001 年 1 月 1^{er} 日至 2007 年 7 月 31 日期间做出的所有裁决：作为合议庭法官或独任法官，作为初审法官或终审法官，在上诉或向最高法院上诉时做出的裁决。行政法院做出的裁决原则上不在研究范围之内，因为这些裁决并不反映判例的状况，而且总是有可能被行政法院驳回。

此外，为了对所取得的成果进行透视，研究方法将转向外国法律制度。应勒内-卡辛（René Cassin）主席的邀请，185，研究将吸收来自境外的比较元素，使其更加丰富186。Jürgen Schwarze 认为，“比较法可以被描述为对不同法律体系的比较，这一过程既可能涉及到完整的法律体系的精神和风格（‘宏观比较’），也可能涉及到所考虑的法律体系提出的某些解决方案（‘微观比较’）”187。关于《行政司法法典》L.521-2 条的研究，将仅限于微观比较，主要侧重于基本自由的概念和专门旨在保护这些自由的紧急程序。

从严格的实证主义角度来看，本研究将以实在法为主要和最终的研究对象。我们将对理论主张进行系统的批判性分析，尤其是与实在法的现实相对抗。这一预防措施似乎更有必要，因为在这一领域经常发生，而且似乎比其他法律学科更为严重的是，作者们对适用的规则提出了歪曲的看法，对法律的现实提出了歪曲的看法，不是按照法律的实际情况，而是按照他们希望的那样来描述法律

183 尤其见 J. Rivero, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962 年, 编年史, 第 37-40 页, 特别是第 38-39 页; *ID.*, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", 载于 *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963 年, t. II, 第 813-836 页。

184 正如 FOMBEUR 女士所指出的，最高行政法院希望通过这一程序“表明司法法官并不能垄断对自由的迅速而有效的保护”（P. FOMBEUR, concl. on CE, Sect., 28 February 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, p.403）。

185 "（R. Cassin, "Droits de l'homme et méthode comparative", *RIDC* 1968/3, 第 492 页）。

186 比较法在法律研究领域的优势已无需赘言。R. von Iehring 将其称为“未来法律科学的方法”（引自 P. MOUZOURAKI, *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, coll. BDP, t. 205, 1999, p. 1）。M. Muir Watt 认为，比较是“质疑、反思和开放的源泉”（H. MUIR-WATT, "La fonction subversive du droit comparé", *RIDC* 2000/3, p.503）。它提供了“更好地了解国内法的优势，这要归功于外国法律中的现行规则所引起的反思：镜子的作用使人有可能瞥见一个对象的某些特定方面，而直接观察是不会发现这些方面的”（R. CASSIN, 同前, 第 543 页）。就像一种反射效应一样，与比较法对自身的回报有关，对外国法律的了解有助于更好地理解国内法的解决方案。在这方面，“比较法是（.....）描述国内法最有力的工具”（O. PFERSMANN, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", in *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, p. 133）。关于比较法的优势和技巧，另见 A.-J. VAN DER HELM 和 V.-M. MEYER, *Comparer en droit*, CERDIC, 1991, 213 p.; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, 175 p.; P. HASSENTEUFEL, "Deux ou trois choses que je sais d'elle. Remarque à propos d'expériences de comparaisons européennes", in *Les méthodes au concret. Démarches, formes de l'expérience et terrains d'investigation en science politique* (CURAPP dir.), PUF, 2000, pp. SZABO, "Le droit comparé et les droits de l'homme", in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, t. 2, LGDJ, 1972, pp. *Amicorum discipulorumque liber*, t. 4 *Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1972, pp.

187 J. Schwarze, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 90.

188。

38. 最高行政法院认为，在个人可对公共当局的行为和行动提起的诉讼结构中，第 L.521-2 条规定的程序的地位不应孤立地加以界定，而应结合《行政司法法典》第 L.521-1 条的规定加以考虑。最高行政法院的意图是强调“权利剥夺”程序相对于“权利中止”程序的特殊性。它体现了这样一种思想，即两种简易程序的目的是以不同的方式应对不同的情况¹⁸⁹。第 L.521-2 条规定的程序赋予法院广泛的权力，以迅速纠正不可接受的情况；第 L.521-1 条规定的程序赋予法院权力，以中止执行合法性存疑且可能造成损害的决定。因此，在紧急临时救济程序中，L.521-1 条的“普通法”程序¹⁹⁰和 L.521-2 条的“例外”程序¹⁹¹或“特别”程序¹⁹²之间有着明显的区别。

简易程序申请临时措施之所以被称为例外或特殊的法律救济，是因为其适用情况的严重性及其程序机制的独创性。一方面，临时救济是为可被称为严重的情况而设计的。不仅必须涉及基本自由--这就排除了使用这一程序来制裁单纯的违法行为的可能性。此外，法律还要求侵权行为是严重的、明

188 见 F. SUDRE, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme", in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, LGDJ Bruylant, 1995, pp.

189 它非常明确地指出，“通过区分第 L.521-1 条和第 L.521-2 条规定的两种程序，立法机构意在应对不同的情况；适用这些条款的条件不尽相同，临时救济法官的权力也不尽相同”（CE, ord.2003 年 2 月 28 日, *Commune de Pertuis, Lebon* 第 68 页；2003 年 6 月 16 日, CE, *Hug-Kalinkova et autres, Lebon T.* 第 931 页；2003 年 10 月 29 日, CE, ord.2004 年 2 月 4 日, *Commune d'Yvrac, Lebon T.* p.828；2004 年 2 月 6 日, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, 编号：264169；2004 年 8 月 9 日, CE, ord.p.827；CE, ord. 9 March 2007, *Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 302182, mentionnée au recueil *Lebon*；CE, ord. 6 April 2007, *Commune de Saint Gaudens*, n° 304361, mentionnée au recueil *Lebon*）。

190 R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 22 页。Isabelle de Silva 也使用了这一说法（I. DE SILVA, concl. on CE, Sect., 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD A 2002, p.325）。

191 CE, ord.2002 年 3 月 15 日, *Delaplace, Lebon* 第 105 页；2002 年 3 月 29 日, CE, ord, *Bonny, Lebon* 第 119 页。

192 临时救济法官提到了“《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的特殊司法保护”（CE, 2001 年 3 月 23 日, *Lidl 公司, Lebon*, 第 154 页；CE, 2001 年 3 月 27 日, *内政部长 c/ Djalout, Lebon*, 第 158 页；CE, 2003 年 7 月 23 日, Ducastel 等人, 第 258678 号法令；CE, 2004 年 4 月 29 日, 瓦尔省, 第 266902 号法令）；“《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的特殊司法保护”。158；CE, 2003 年 7 月 23 日法令, *Ducastel et autres*, 第 258678 号；CE, 2004 年 4 月 29 日法令, *Département du Var*, 第 266902 号）；“《行政司法法典》第 L.521-2 条的特定程序”（CE, Sect., 2001 年 10 月 30 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p.523；CE, ord.2003 年 2 月 10 日, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, 第 254029 号；2003 年 3 月 21 日, CE, ord, *Société le grand café Thomas*, 第 255248 号）；“《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的特别保护程序”（2001 年 8 月 9 日, CE, ord, *Medrinal, Lebon T.* p.1127；2003 年 1 月 27 日, CE, ord, *Amraoui*, 第 253601 号；2005 年 7 月 13 日, CE, ord.13 July 2005, *Société Combé Chavat 2*, no. 282220）；“the special protection procedure instituted by Article L. 521-2”（CE, 21 November 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125）；“the special protection procedure instituted by Article L. 521-2 of the Code of Administrative Justice”（CE, ord. 20 January 2005, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022；CE, ord.1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon*）；“la procédure particulière de l'article L. 521-2”（CE, ord.2001 年 11 月 19 日, *Commune de Escueillens et Saint-Just de Bellengard*, 第 240174 号）；“la procédure particulière organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative”（CE, ord.2002 年 1 月 10 日, *Massal*, 第 241746 号）；“la procédure particulière de référé organisée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative”（CE, ord.2002 年 4 月 25 日, *Société Saria Industries, Lebon* p.155）；“la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité”（CE, ord. 4 December 2002, *Lagbouri*, no. 252164）；“cette procédure particulière de référé”（CE, ord. 13 May 2002, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, no. 246551）；“la protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative”（CE, ord. 9 August 2001, *Aïï-Taleb, Lebon T.* p. 1128；CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市, Lebon* 第 551 页）；“基本自由特别保护程序”（CE, 2004 年 10 月 29 日, *Ben Habbab*, 第 273612 号法令）；“行政司法法典第 L.521-2 条规定的特别简易程序”（CE, 2003 年 2 月 21 日, *Maillot, Lebon T.* 第 914 页）。

显非法的，而且申请人能够证明在很短的时间内获得保障措施的紧迫性。其次，“驳回--放弃”程序的特殊性在于其程序机制的独特性。为了给这一程序的使用者提供快速有效的司法保护，立法机关在很大程度上偏离了行政诉讼的常规规则。自由裁量权程序特殊性的这两个方面是紧密联系在一起：情况的严重性决定了向个人提供保护的度，因此也决定了对传统规则的背离；反过来说，这一程序的特殊性决定了它必须严格局限于明显需要它的特殊情况。¹⁹³

这两个方面结合在一起，构成了这一法律补救措施的目的，即迅速结束最严重的情况。只处理最特殊情况的考虑解释并证明了其使用条件的严厉性。迅速惩罚此类违法行为的愿望是程序规则特殊性的基础。因此，程序规则的特点是高度灵活，而实体规则的特点是高度严格。正是在提起诉讼的条件严格性与程序的自由性之间的微妙平衡中，总结出了“自由原则”的哲学。《行政司法法典》第L.521-2条引入的法律补救措施旨在适用于特殊情况。通过一个特殊的程序机制，它保证了侵权行为的受害者的基本自由能够得到快速有效的司法保护。

第 I 部分：为特殊情况设计的程序

第二部分：快速有效的法律保护

¹⁹³ Guyomar 先生和 Collin

先生认为，“与这一程序所赋予的保护程度相对应的，是获取信息的条件的严格性”（M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, *chron. sous CE, Sect.*, 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba, AJDA* 2001, p. 1056）。

第一部分
为
特殊情况
设计的程序

39. 用范德梅伦庭长的话说, 实施 "自由裁量权" 程序的条件 "是一种特殊情况"¹⁹⁴。根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定, 该程序适用于行政部门在行使权力时严重和明显非法侵犯基本自由的紧急情况。法律条款规定临时救济程序的要求很高, 旨在应对 "极端情况"¹⁹⁵。临时救济法官可以干预的案件受到该条款的严格限制。第 L. 521-2 条规定的简易程序 "适用于因行政措施或行政行为而导致基本自由的行使受到严重且明显不合法的质疑的偶然特殊情况"¹⁹⁶。

在向议会成员介绍这些措施时, 司法部长指出了紧急程序的传统缺陷, 因为临时救济法官只能在 "行政部门的行为严重侵犯公民基本自由的特殊情况下" 向行政部门发出禁令¹⁹⁷。用 Colcombet 先生的话说, 这一程序只能在 "需要特别迅速反应的严重行为" 的情况下使用¹⁹⁸。因此, 正如 Guyomar 和 Collin 在移民法领域所指出的那样--尽管这一点更具普遍性--"最不可接受的情况" 应保留使用 *référé-liberté* 程序。¹⁹⁹

40. 这一程序只适用于特殊情况, 这一点从其严格的使用条件中可以看出。事实上, 临时救济程序的要求很高, 有些申请人可能难以理解, 但这是第 L.521-2 条的措辞本身所决定的。与基本自由的存在、对这种自由的严重和明显非法侵犯以及紧迫性有关的条件要求很高, 不容轻视。因此, 该条款的特殊性源于其案文本身; 它与最高行政法院在适用该条款时所表现出的严谨态度毫无关系。

第 L.521-2 条的适用受到一系列累积条件的限制, "每一个条件都旨在使临时救济程序成为一种辅助程序 (.....), 因为它比临时中止程序更难适用"²⁰⁰。临时救济的基本简易申请实际上是一种辅助程序, 这并不是指要求事先用尽申请人可以利用的其他法律救济, 而是指只有在罕见的特殊情况下才能有效地启动这一程序。临时救济法官在闲暇时强调, 与临时中止程序相比, 临时救济程序的要求更高, 他将每种程序的实施条件都考虑在内。在 2001 年 10 月 30 日对 *Tliba* 案的裁决中, 最高行政法院在援引了《行政司法法典》第 L. 521-1 条和第 L. 521-2 条的规定后, 郑重确认: "与根据该法典第 L. 521-1 条提出的中止申请不同, 该条规定: '.....'。521-2 条的特别程序提出的申请, 不仅要有紧急性的证据, 而且还要有所援引的基本自由受到严重侵犯以及这种侵犯明显不合法的证据, 才能获得批准"²⁰¹。临时救济法官在随后的裁决中经常强调临时救济程序与中止程序相比更为严格, 具体做法是依次引用这两条的案文²⁰², 或重复最高行政法院在 2001 年 10 月 30 日对 *Tliba* 案的裁决中使用的公

194 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712.

195 F. THIRIEZ, "Le projet de loi relatif aux procédures d'urgence devant le juge administratif des référés", *LPA* 21 April 1999, no. 79, p. 4.

196 D. CHAUVAUX, concl. on CE, Sect. 28 February 2001, *Philippart et Lesage*, p. 391.

197 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3737. 强调是后加的。

198 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 42 页。

199 M. Guyomar 和 P. Collin, 同前, 第 1058 页。

200 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2003, p. 110.

201 CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, Lebon p. 523.

202 CE, ord. 2002 年 3 月 15 日, *Delaplace*, Lebon 第 105 页; CE, 2003 年 6 月 16 日, *Hug-Kalinkova et autres*, Lebon T. 第 931 页; CE, ord. 2004 年 2 月 4 日, *Commune d'Yrac*, Lebon T. p. 828; 2004 年 2 月 6 日, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, 编号: 264169; 2004 年 8 月 9 日, *Yilmaz*, 编号: 270860; 2004 年 1 月 23 日, *Koffi*, Lebon T. p. 827.

式203。对这两个程序进行分析有一个特定的目的：说明只有 *référé-liberté* 程序需要满足严重侵犯基本自由204的要求，而且对合法性205和紧迫性206的评估更为严格。与第L.521-1条相对应的第L.521-2条的条件不仅具有限制性，而且该程序还必须满足临时中止程序所不要求的条件--存在基本自由、该自由受到严重侵犯。因此，如果申请人不符合《行政司法法典》第L.521-1条规定的条件，在没有证据证明严重侵犯基本自由207、极端紧急208或明显违法209的情况下，明确邀请申请人根据《行政司法法典》第L.521-1条提出上诉。

203 见行政法院2002年3月5日命令，*Fikry, Lebon T.* 第872页；行政法院2003年1月27日命令，*Kartboub*, 第253603页；行政法院2002年4月25日命令，*Labhini*, 第245547页；行政法院2003年6月6日命令，*Benmessaoud*, 第257429页。在上述*拉比尼*令中，最高行政法院临时救济法官在重申*Tliba*判决的措辞后指出，“*拉比尼*先生根据《行政司法法典》第L.521-1条向行政法院单独提起诉讼，其上诉应根据这些原则进行评估”。

204 CE, ord.2002年3月15日，*Delaplace, Lebon* 第105页；2003年1月27日，CE, ord, *Kartboub*, n°253603；2003年6月6日，CE, ord, *Benmessaoud*, n°257429；2004年6月28日，CE, ord, *Bernat*, n°269141。在这一点上，*Kartboub*案和*Bernat*案的判决措辞特别明确。在第一项命令中，临时救济法官指出，“如果驳回家庭团聚申请的决定并不直接妨碍家庭成员继续共同生活，临时救济法官可以根据《行政法》第L.521-1条规定的条件，特别是紧急情况，申请中止该决定。行政司法法典》第L.521-1条所规定的条件，尤其是与紧迫性有关的条件，可以成为临时救济法官申请暂停执行的对象，但这并不构成行政当局对《行政司法法典》第L.521-2条所指的与家人一起生活的自由的严重侵犯”。在*Bernat*案的判决中，法官指出“临时救济法官行使第L.521-2条的例外程序（不同于第L.521-1条的例外程序）所规定的权力的可能性，特别是以明显非法侵犯基本自由为条件”。

205 CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523; CE, ord. 25 April 2002, *Labhini*, no.

206 CE, ord. 28 February 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68.

207 在上述*Fikry*案中，临时救济法官认为对基本自由的侵犯并不严重，因此请申请人根据L.521-1条提出申请。在上述*Fikry*命令中，临时救济法官在认为对基本自由的侵犯并不严重后，请申请人根据第L.521-1条提出申请，该条并无此要求：申请人“如果认为自己有理由这样做，可向权限法官申请撤销拒绝向其签发申请收据或暗示拒绝向其签发该居留证的行为；（……）《行政法》第L.521-1条规定的临时救济程序。（……）《行政司法法典》L.521-1条规定的临时救济程序，在满足条件的情况下，可以暂停执行这些决定，并命令行政当局采取适当的临时措施”。另见，在没有证据证明侵犯基本自由的情况下，请申请人启动即决中止程序：CE, Sect. 18 January 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18；CE, ord.2002年3月15日，*Delaplace, Lebon* 第105页；2002年6月27日，*Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* 第228页；2003年6月6日，*Benmessaoud*, 第257429页；2004年6月28日，*Bernat*, 第269141页。在最后一项裁决中，法官明确指出，由于涉及到基本自由，“根据《行政司法法典》第L.521-2条提出的结论被驳回，“如果[申请人]认为自己有理由，[并不妨碍]他向行政法院提出新的临时救济申请，这次是根据《行政司法法典》第L.521-1条的规定”。

208 见下文第294节和引用的裁决。

209 行政法院，2004年10月29日的命令，*Ben Habbab*, 第273612号。在该裁决中，法官认为没有必要进行裁决，因为在诉讼过程中，行政部门已经向申请人签发了他所要求的签证。然而，法官向申请人指出，他的诉讼并不是根据他的情况提出的。在没有明显违法的情况下，申请人本应以即决中止的方式对拒发签证提出质疑。如果行政部门在法院做出裁决之前没有给他满意的答复，那么他根据L.521-2条提出的申请就会被驳回。

41. 由此可见，个人只有在特殊情况下才能使用这一程序。一方面，只有在申请人与公共当局之间的争端涉及到基本自由时，才能有效援引 L.521-2 条。其次，除紧迫性外，法律还要求行政机关在行使权力时严重且明显地非法侵犯了基本自由。后述条件是严格的，行政法官在简易程序中会严格执行。

第一篇

"基本自由 的挑战

对
"

42. 《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的程序的唯一目的是保障 "基本自由"。因此, 这些自由的存在是法官进行干预的基本前提。如果以这种方式提出质疑的决定 "不涉及任何基本自由, 因此不属于《行政司法法典》第 L. 521-2 条的范畴", 则申请必须被驳回²¹⁰。正如在筹备工作中所强调的, 基本自由的概念是临时救济的 "核心"²¹¹。作为第 L.521-2 条的核心概念, 它限定了适用范围, 因此构成了公共政策的一种手段。²¹²
43. 在 2000 年 6 月 30 日的法律通过时, 对基本自由概念的选择引起了轩然大波。如果我们将其与法国其他保护自由的程序中所使用的概念相对冷漠的情况相比²¹³, 人们对这一概念的热情可能会

²¹⁰同样的要求自然也适用于事实攻击的程序: 法院的干预取决于基本自由的存在, 而基本自由必须在裁决中明确提及 (TC, 1988 年 1 月 25 日, *Fondation Cousteau, Lebon*, 第 484 页; TC, 1991 年 4 月 15 日, *Préfet de la région Moselle, AJDA 1991, 第 463 页; Civ 1, 1991 年* 2 月 5 日, Bull. civ. I, 第 230112 号. 484; TC, 15 April 1991, *Préfet de la région Moselle, AJDA 1991, p. 463; Civ 1^{ère}, 5 February 1991, Bull. civ. I, no. 56; Civ 1^{ère}, 22 October 1991, Bull. civ. I, no. 281)。*

²¹¹ S.SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 865.

²¹²

因此, 一方面, 基本自由的存在问题可以在诉讼的任何阶段进行讨论, 包括在上诉法院首次讨论。因此, 在 *Tliba*

案中, 地方政府显然没有在一审程序中质疑尊重家庭生活权的基本自由性质。在上诉法官面前, 部长对这一权利是否符合第 L.521-2 条规定的程序提出了保留意见 (见 I. DE SILVA, *concl. DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA 2002, p.*

326)。由于这一抗辩涉及法律的适用范围, 因此行政法官在简易程序中也有义务在适当情况下主

动提出是否存在基本自由的问题。因此, 在 2005 年 9 月 8

日的 *布内尔* 命令中, 申请人认为仅健康权就受到了侵犯。临时救济法官拒绝将其视为 L.521-2

条意义上的基本自由, 但指出 "然而, 病人对其所接受的医疗服务的自由和知情同意, 以及每个人

的个人自由受到尊重的权利 (.....) 都属于该条规定的范围" (行政法院, 2005 年 9 月 8

日的命令, *司法部长诉布内尔案, Lebon* 第 388

页)。由于原告在诉讼的任何阶段都没有援引这些自由, 法官主动提出了这些自由的存在。

²¹³ 关于攻击行为中的基本自由概念, 或 *déféré-liberté*

中的公共自由或个人自由概念, 还没有进行大规模的研究。作者们充其量只是列出了一份相关自由的指示性清单。这对于 "剥夺自由

"这一相对保密的程序来说是可以理解的, 因为它的使用仅限于每年的几项裁决。而攻击行为的情况则更令人不安, 因为对其范围的界定使用了与第 L.521-2

条完全相同的表述。为什么一个概念在一种情况下会引起人们的好奇、思考和热情, 而在另一种情况下却完全

令人吃惊。

44. 在其他国家，保护自由的程序范围一般由有关规定明确界定。在实践中，有三种情况。首先，对某些宪法权利和自由的保护是明文规定的²¹⁴。在某些法律体系中，程序涵盖宪法承认的所有权利和自由²¹⁵。在第三种情况下，保护范围超出了宪法保障的权利和自由。²¹⁶

无动于衷？我们如何解释简易程序意义上的基本自由概念与攻击意义上的基本自由概念在处理上的差异？对于这个问题，我们很难给出一个明确的答案，甚至很难给出一个非常肯定的答案。不过，似乎有两个因素可以解释这种差异。

第一个原因似乎在于基本自由的概念在这两起诉讼中分别出现时所受到的重视。在攻击和殴打案中首次使用时，基本自由的概念尚未被广泛使用。因此，无法真正界定其含义，也无法结合其他提法对其进行讨论。另一方面，到2000年立法机关采用这一概念时，它已在法律界甚至在法律界之外得到广泛传播，以至于有理由对大学的自由法教学进行改革。从1999-2000学年开始，自1962年以来一直是法学专业三年级必修课程的公共自由课程，根据部长令（1993年2月13日的命令，其生效被推迟，但1997年4月30日的命令予以确认，公布在1997年5月4日的官方公报上，第6766页）正式成为“基本自由法”课程。这一名称也被用于地区律师职业培训中心入学考试中的陈述-讨论测试，其大纲由司法部1998年1月29日的命令确定（1998年1月21日第JO号公报，第1553页）。

第二种解释是“自由裁量权”程序所特有的。这是因为法国法律对这一程序的出现寄予了很高的期望：诉讼当事人希望在侵犯自由的案件中能有一个真正有效的紧急行政法官；行政法院希望在这样一个敏感的领域寻求合法性；最后是热衷于简易程序的理论界的期望，他们认为简易程序有可能使他们对其主要主题有更深入的了解。所有这些期望都有助于将观察者的注意力集中到第L.521-2条所规定的程序上。既然该程序如此引人关注，自然会引起人们对实施该程序的条件，特别是对决定其范围的基本自由概念的质疑。

214 在西班牙，《宪法》第53-2条规定，宪法权利保护令（保护申诉）只确保《宪法》第14至30条规定的权利和自由得到保护。在德国，《基本法》第93(1)(4)(a)条规定，“宪法救济”（*Verfassungsbeschwerde*）可用于保护第一篇^{er}中规定的基本权利（*Grundrechte*），以及保护该文本中其他六条规定的权利。在智利，《宪法》第20条规定，只能就有限的宪法权利和自由提起保护诉讼。在哥伦比亚，根据《宪法》第86条，监护诉讼旨在保护第一章（第11至41条）中规定的“基本宪法权利”。

215 在委内瑞拉，《宪法》第49条规定的宪法权利保护令是绝对保护《宪法》规定的所有权利和保障的工具。该条款载于第一章，其中包含第三篇的“总则”，即“义务、权利和制度保障”。此外，《宪法权利保护组织法》第1^{er}条明确开辟了保护宪法权利和“保障”的法律途径（见 R.A. BREWER CARIAS, “La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire”, 载于 *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001年, 第1074-1075页）。在其他国家，所有宪法权利和保障都可以通过若干程序得到保护。因此，在哥斯达黎加、阿根廷、乌拉圭、秘鲁和危地马拉，宪法权利保护令确保所有宪法权利和保障得到保护，但人身自由除外，因为人身自由受到特定人身保护令程序的保护（见 R.A. BREWER CARIAS, *前引书*, 第1075-1079页）。在巴西，对所有宪法权利和保障的保护特别分散，因为它通过四种具体程序实现的（见 R.A. BREWER CARIAS, *前引书*, 第1079页）。

216 在委内瑞拉，宪法权利保护令也适用于《宪法》中未提及的基本权利，因为根据《宪法》第50条，“《宪法》所载权利和保障的阐述不得被视为对其他权利的否定，这些权利虽然是人所固有的，但并未在《

45. 另一方面，法国法律并不包含一个有序的权利和自由 "目录" ²¹⁷。在第五^e 共和国时期，曾多次试图 "以法典或宪法的形式" 界定自由，但都无果而终 ²¹⁸。法国实在法也没有对《行政司法法典》第 L.521-2 条中提到的基本自由的概念作出界定。由于该程序的范围没有事先界定，因此由法院来确定其轮廓。临时救济法官选择了广泛的保护范围，对基本自由的概念进行了广义的解释，并在确定所承认的每项自由的内容时制定了丰富的方法。

宪法》中明确提及"。1988 年《组织法》第 1^{er} 条规定，宪法权利保护令涉及

"享有和行使宪法权利和保障，甚至是宪法中未提及

的基本人权"。在其他拉丁美洲国家，除宪法权利外，宪法权利保护还包括国际条约中规定的权利（阿根廷、哥斯达黎加、厄瓜多尔）和法律承认的权利，如在阿根廷和厄瓜多尔（见 A. C. SEPULVEDA, "La

protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, 图卢兹, 2002 年 6 月 6 日、7 日和 8 日, 第 6 期讲习班, 第 5

页)。在瑞士，公法救济涉及广泛的权利、原则和自由：《联邦宪法》和各州宪法保障的权利；四项非成文宪法权利（个人自由、意见自由、集会自由和语言自由）；《欧洲人权公约》规定的权利和自由；联邦法院从平等保障中引申出的一系列保障（发表意见权、法律援助权、善意对待权等），以及旨在保护基本权利的某些宪法原则。此外，还有一些与国家组织有关但被认为具有个人保护性质的宪法原则，如分权原则和市镇自治原则（见 P. SALADIN, "Rapport suisse", *AJJC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, colloquium Aix-en-Provence, 1991 年 7 月 12-13 日, 第 150 页）。

217 基本权利或自由 "目录"

"一词源于德国联邦宪法法院。这一表述的本意是指具有共同特征的、列举式的、有条理的对象清单。该词已在法国法律文献中流传开来，尤其是在 *référé-liberté* 的语境中使用。例如，Chapus

教授在谈到基本自由时指出，"可能永远不会有一个权威的目录"（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 1596）。同样，de Silva 女士在其关于 *Tliba*

案判决的结论中指出，改革实施的头几个月使得 "对适用简易程序的自由进行了初步分类 (.....)"（I. DE SILVA, concl. on CE, Sect., 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p.325）。

218 A.HEYMANN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7^{ème} ed, LGDJ, coll. Systèmes, 2002, p. 102.1974 年 11 月 8 日颁布的第 74-937 号法令成立了一个委员会，其任务是提出个人基本自由法典（*JO* 1974 年 11 月 13 日, 第 11404

页）；该委员会没有提出任何草案。在随后的几年中，议会多数派和反对派提出了几项旨在编纂和补充宪法权利和自由的宪法法案（尤其是 1975 年 12 月 20 日 "关于自由宣言" 的第 2128 号宪法法案，以及同日登记的

"旨在用'基本权利和自由宪章'补充 1958 年 10 月 4 日宪法序言" 的第 2131

号法案)。由于缺乏真正的政治意愿，这些倡议均未获得通过。见 J. Morange, "Vers une codification des libertés en France", *RDP* 1977, pp.259-281。

第1章

没有先验

定义的

应用领域：

基本自由概念的

开放性和可塑性

46. 受保护权利和自由的详尽清单或其内容的概念性定义并没有先验地限制自由权的适用范围。恰恰相反，第 L.521-2 条的文本通过提及 "基本自由" 这一通用概念来界定其范围。这样，立法机构在没有对其进行定义的情况下，采用了一个内容相对不确定的概念。正如 Chapus 教授所指出的，"给基本自由的概念下一个一般定义并不容易，甚至编制一份基本自由清单也不容易，因为可能永远也不会有一份权威的目录。除了 "硬核" (89 年《宣言》) 之外，果实是软的，每个人都可以根据自己的信念和主观能动性随心所欲地塑造它"²¹⁹。由于基本自由的概念具有开放性和可塑性，因此应由法院来界定其轮廓。

第1节：不确定的法律概念

47. 国务委员会工作组采用了基本自由的概念，其唯一目的是将法官的干预限于涉及特别重要的权利和自由的情况。工作组对这一概念的含义没有任何先验的概念或先入为主的想法，作出这一选择的唯一目的是强调这一程序的特殊性，其使用和实施的使命只是为了确保保护有限的权利和自由--这些权利和自由在我们的法律制度中是最重要的²²⁰。根据法案初稿起草者的想法，其目的是将法官的干预限制在其重要性值得特别关注的自由上。为此，工作组也可以采用基本自由、重要自由或公共自由的概念--这些表述在讨论中得到了考虑。
48. 显然，工作组并非没有意识到这一概念受到高度不确定性的影响。基本上，法律中使用的任何概念都 "具有一定程度的不确定性"²²¹，但这一特点在某些概念中更为明显，特别是基本自由的概念。然而，在法律草案初稿的起草者看来，其相对不精确的性质并不构成障碍。相反，这种不确定性似乎是简易程序的一个优势，因为它在确定简易程序的范围时引入了一定程度的灵活性。通过采用一个不确定的法律概念，最高行政法院在确定这一程序的范围时就能够给自己留出相当

²¹⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1597.

²²⁰ 在引入 "自由权" (déféré-liberté) 概念时，对公共自由或个人自由概念的选择也是出于同样的考虑。正如国民议会的法案报告员所指出的，"如果我们要引入中止执行的例外程序，那么它只应适用于这些特别严重的情况，即在旧判例法中可与攻击相提并论的情况，即公共自由受到侵犯的情况" (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p.396)。

²²¹ T.T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 152, 1987, p. 314.

大的自由空间，而不会受到议会的阻挠。

49. 正如凯尔森所强调的，一个法律概念的模糊性--以及与此相关的对其内容的司法定义的选择--可能是规范性文本的作者有意为之的结果。维也纳大师将这一假设称为故意的不确定性："不确定性可能是完全故意的，也就是说，不确定性是制定适用规范的机构的意图" 222。另一方面，"有时仅仅是为了方便起见，它心甘情愿地将界定有关术语或表述的任务移交给另一权威机构" 223。关于基本自由的概念，2000年6月30日的法律不同寻常，因为它结合了这两种方法：国务委员会工作组有意选择了一个模糊的概念，而议会则保留了这一概念，但为了方便起见，没有对其进行定义。

I. 高不确定系数

50. 基本自由的概念相对来说并不明确。如果我们从实在法入手--正如我们必须做的那样 224 --采用词

222 H. KELSEN, 《纯粹法学理论》(1960年), 2nd版, 译注。C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 336. 另见 M. DELMAS-MARTY 和 J.-F. COSTE, "L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit", in *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER and E. MACKAAY eds.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 117: 作者指出, "不精确"可能是指"在法律概念或类别本质上不精确的情况下出现的(.....)"。最高行政法院在起草行政法和诉讼法文本时通常采用这种起草方法。例如, 沙巴诺尔总统指出, "作为负责起草文本的工作组成员, 他有时会听到行政法院成员对过于精确的措辞表示敌意, 认为并非所有事情都可以预见, 法官会在文本中对任何不精确之处做出规定" (D. CHABANOL, *Le juge administratif*, LGDJ, coll. Systèmes, 1993, p. 106)。这种术语上的灵活性是为了给法官提供可观的自由空间。关于这一点, 见 D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, pp. *Genèse et mutation du droit administratif français*, Publisud, 1985, pp.

223 A. BALDOUS 和 J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, p. 1049.

224

法律研究的目的是改变, 而是知识。法律科学的目的是描述和观察, 而不是行动或创造。律师的任务是描述和分析

"一个存在于他之外、强加于他的既定现实, 对他而言, 这个现实就像自然界对物理学家一样。这种现实, 即法律科学的对象, 就是实在法" (C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, republished by Economica PUAM, coll. DPP, 1986, p. 86)。实证主义认为

"严格服从法律现实是法律科学的最高准则" (同上, 第 90

页)。"特别是, 它肯定了价值判断与现实判断、评估与观察之间的根本区别, 因此, 法学家的批评永远不会影响到他没有做出因而也无法撤销的现实。法律实证主义不是一种狭隘的排他主义态度, 而是一种逻辑和理智的清晰态度; 它绝不谴责这种或那种思想形式--它理解并接受所有这些思想形式--

而只是谴责它们的混淆或混合, 这将对任何方法的否定" (同上, 第 91

页)。由于他不是立法者, 他的唯一责任是尽可能忠实地说明实在法的现实。

典学的方法，把重点放在法律描述为“基本自由”的规范上²²⁵²²⁶，我们不禁会对这一概念在很

225

特别是，在研究基本自由的概念时，这种方法要求我们放弃先入为主或预先建立的观念，这些观念绝不是基于对实在法的研究。特别是，有必要摒弃那些只会模糊概念的学说主张，在现阶段只专注于对法律的研究。在这方面，艾森曼告诫我们不要犯许多作者都会犯的“方法论上的大罪”：用

“他们认为在逻辑上和实用上最好的答案，或两者之一

“来代替实在法给出的答案。或者至少将两种答案的要素混合在一起”。这种做法导致

“对实在法、对其直接数据的一种毁损，其结果是模糊研究和永恒的争论”（C. EISENMANN, M. DEBARY 的论文序言，《行政法中的事实之路》，LGDJ, 1960年，第II

页）。关于基本自由的概念，这一要求并不总是得到满足。许多作者提出的基本自由概念脱离了实证法；这一概念并非源于对文本和法理规范的分析，而是源于对他们认为应获得这一资格的事物的个人感受。他们不是在描述法律对象，而是从一开始就将自己的论述置于一个额外的或元法律的层面--而且并不总是意识到这一点--

优先考虑其构建的美学性和连贯性，而不是对法律现实的描述。这种方法很普遍，这也解释了为什么有时不同作者对同一法律概念的理解会有很大差异。作者并不是按照概念的本来面目，而是按照自己的构想来表述概念。

然而，“一个在法律上有用的定义决不能符合制定者的个人愿望，而首先要符合实在法的状况”（G.

LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001,

p.15)。法学家不能随心所欲地赋予这一概念以他们所希望的含义，也不能权威地宣称其含义是明确的、一成不

变的。诚然，这种方法对于定义严格意义上不存在的概念，即作者用来解释或描述法律的理论概念，如主观权利概念，是可以想象的。当概念具有或获得法律性质时，情况就不再是这样了。从法律规定的那一刻起，法学家首先必须描述实在法中存在的概念，而不是提出个人的定义，这样才能发挥作用。

如果基本自由的概念纯粹是理论性的，那么对这一概念所持的态度是完全合理的。然而，事实并非如此。正如在筹备工作期间所强调的那样，基本自由的概念是“一个法律概念”（J.-J. HYEST, *JO déb. Sénat*,

CR séance 8 juin 1999, p. 3743)。不能像某些作者那样说它“仅仅是一个理论概念”（C. DEBBASCH 和 J.-C.

RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} ed, Dalloz, coll.

Précis, 2001, no.556)。为了界定公共服务委托、租赁或行政合同的概念，律师求助于实在法。没有理由对基本自由的概念进行不同的研究。必须采用同样的方法来观察、分析和描述法律。事实上，德国就是这样界定基本权利的，作者们提出的是实在法中存在的“*Grundrecht*

”概念，而不是他们个人所理解的概念。在法国，这一概念具有严格的法律性质，因此没有理由有所不同。严谨

的方法论排除了从预先确定或预设的基本自由概念定义出发，先验地将基本权利和基本自由相提并论，将自己局限于规范等级体系的某一层级，或权威地将未被司法机构或法律文本限定为基本自由的规范指定为基本自由。

相反，为了最准确地描述法律中存在的“基本自由

”概念，我们需要借鉴法国和外国制度中存在的这一法律概念的要素。这样做的目的是在不涉及价值判断或个人

观点的情况下对实在法和判例法进行说明。这并不是要谴责将理论定义作为一个原则问题，而只是要申明，为了定义一个法律概念，律师的第一反应必须是转向他的分析对象，并确定实在法赋予它的含义。

226 从逻辑上讲，所采用的分析视角意味着对“基本自由”这一概念采取词典学的方法。这涉及确定

“基本自由

”这一表述的含义或多重含义，不是为了就这一概念的唯一有效含义得出权威性结论，而是为了检验实在法中赋予这一概念的不同含义。这样做的目的是以援引这一概念的实例为基础，审查每次赋予这一概念的确切含义。

斯卡佩利教授指出了界定法律概念的三种方法（U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, C. CLAVREUL 译自意大利文, Bruylant LGDJ, 1996, pp.) 词义定义是

“个人或群体的实际语言用法中的含义的简单再现”；它是与用法相对应的定义（同上，第5

页）。规定性定义具有

“未来语言使用者之间协议的性质：从现在起（.....），特定的表达（.....）将以特定的含义使用”（同上，第5

页）。推定定义以约定俗成的体系为基础；“它们与先前存在的用法之间的关系并不重要”（同上，第6

大程度上未加界定的性质感到震惊。与一种相当普遍的观点相反，基本自由的概念在法律上并没有一个明确、单一和精确的含义，它来源于外国制度、法律传统或实在法本身²²⁷。

基本自由的概念虽然并不模糊，但“仍然笼罩在某种模糊之中”²²⁸。这是一个“充满歧义”的法律范畴²²⁹。同样，作者们也强调了“这一概念的不精确性”²³⁰或“它包含很大程度的不确定性”²³¹。事实上，它是一个“本质上无法定义且起伏不定的概念”²³²，“难以定义”²³³。Théodore Fortsakis 在攻击法学理论中已经注意到基本自由概念的不确定性、不精确性和弹性²³⁴。同样的观点也适用于原则上类似的基本权利概念。在1981年2月19、20和21日举行的“宪法法院与基本法”学术讨论会结束时，让-里韦罗将基本权利的概念列为学术讨论会尚未解决的问题之一。他补充说，“在我们大多数国家和整个法律思想中，这一公式并没有一个绝对精确的轮廓。这个概念仍然模糊不清”²³⁵。最终，他

页)。解释性定义介于词性定义和规定性定义之间。“与词性定义一样，解释性定义力求与用法相对应，但与词性定义不同的是，它并不试图囊括用法的所有种类和变化。相反，它只取其所需，最终调整和重新阐释最重要的节点，即最有实用价值的节点，从而形成一个精确有效的语义工具，能够启迪和指导使用它的学科”（同上）。这些方法本身都不能受到谴责。原则上，没有任何一种定义模式可以优于另一种定义模式。只是一个概念的预期用途决定了在不同情况下采用词汇性、规定性或解释性定义。特别是，在发展基本自由理论时，似乎有必要采用规定性定义。在这个意义上，请参阅 Pfersmann 教授所采取--并为之辩护--的立场，他为了构建“基本权利”（简称“FR”）的理论，为其理论的目的采用了对这一概念的规定性定义，并因此摒弃了词汇学的方法：“罗列‘基本’和‘基本权利’的用法并不能构建一种FR理论，而只能构建一种关于这些表述在多种语境中的多种含义/用法的理论。事实上，有必要将构建一个确定的对象<DF>与分析对象<“基本权利”这一表述在多种语境中的含义/用法>

区分开来。在第一种情况下，一种用法被约定俗成地固定下来，而在第二种情况下，多种用法的多
种规律性被确定下来”（L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 81.

强调是后加的)。强调是后加的)。保留“基本权利

”一词的理论定义对某些比较法研究至关重要，因为该词的含义在不同

的法律体系中各不相同。将一个法律体系中的基本权利与另一个法律体系中的基本权利进行比较，就等于研究两个不同的法律客体。为了克服一个术语在不同法律体系中，甚至在同一法律体系中的多重含义，可能有必要给出一个规定性的定义。见 D.RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Aix-en-Provence thesis, 2005, special issue p. 37 and p. 47 et seq.

227

文献中也没有任何参考标准。后者分为几种非常不同的流派，作者们既没有就基本自由的单一一定义达成一致，也没有就这一概念的单一立场达成一致。正如 Israël

先生所指出的那样，“公共自由和基本自由这两个概念没有确切的文本定义。作者们自己也没有就单一的名称或定义达成一致意见”（J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p.5）。见下文第91-97节。

228 R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, p. 1113.

229 J.-M. FEVRIER, "Un projet de loi sur les procédures d'urgence", *Dr. adm.* 1999, comm. no. 203, p. 25.

230 N.JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, p. 665.

231 P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, no.

232 P. CASSIA and A.BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, p. 985.

233 I.L. LEGRAND and L. JANICOT, Note under CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas*, *AJDA* 2001, p. 977.

234 T.T. FORTSAKIS, 同前, 第318-319页。M. Sandevor 也指出了这一术语的

“模糊性和不精确性”（P. Sandevor, *Civ. 1^{ère}* 下的注释, 1965年2月1日, *Echternier c/ Ville de Thonon-les-Bains*, *JCP G* 1965, II, 14252）。

235 J. RIVERO, "Rapport de synthèse", in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 February 1981, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1982, republished 1987, p. 521.

说, "一种模糊性笼罩着基本权利的概念, 即关键概念"²³⁶。

51. 显然, 这一概念的模糊性或不明确性并不是我们所追求的。它只是实在法中无序使用这一概念的结果。基本自由的概念自诞生以来, 一直被不同的法律行为者在最不同的背景下使用, 并被用来指称不同的法律客体²³⁷。这种缺乏协调的情况是自然而然的, 它不可避免地导致了这一概念的不协调发展。法国法律和外国法律都没有对基本自由做出准确的定义。立法机构或法院所描述的基本自由的标准、原则或要求来自不同的规范来源。基本自由所处的规范地位没有也从未统一过。在纯粹的法律中, 不能以体现基本自由的文本的法律价值为唯一标准来确定基本自由的特征。在所有使用这一概念的情况下, 唯一的共同点在于, 这样定性的准则被认为是特别重要的, 而且它们往往有宪法依据。

A. 在法国法律体系中

52. 法国实在法²³⁸ 中没有关于基本自由的正式定义或目录。基本自由的概念没有明确和抽象的含义, 也没有任何形式上的统一。当这一限定条件附带有法律后果时, 法院有时会使用这一概念。有时, 使用这一概念的唯一目的是强调被限定的自由的重要性, 从而为法官或规范当局的选择提供依据。

1. 概念的使用存在争议

53. 在某些情况下, 使用基本自由的概念会产生非常具体的法律后果。
54. 首先, 它是对有关行政侵略行为的争端进行司法干预的条件。在 1961 年的 *Dame Klein* 判决中, 首次使用了 "基本自由" 这一表述²³⁹。为了确定这种自由是否存在, 法官并不关注有关规则的法律价值--这可能是多种多样的--而是关注其行使所附带的保障程度。"基本或必要的自由指的是身体

236 J. RIVERO, 同前, 第 522 页。参阅 J. FAVARD, "Le labyrinthe des droits fondamentaux", *Dr. soc.* 1999, pp.

237 见 D. Dreyer, "La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique", *D.* 2006, pp. 它在法律语言中引入了主观性, 以强调某些权利的重要性。资料来源的激增无疑是造成这一现象的原因: 相互竞争的资料来源都宣称各自权利的重要性, 以证明彼此存在的合理性"。

238 因此, 我们对 Moderne 教授关于有一个 "基本自由的正式目录 (因为它们得到宪法或国际条约法的承认和保护)" (F. Moderne, "Vers une culture de l'urgence dans le contentieux administratif?", *D.* 2001, 第 3285 页) 的说法持保留意见。作者提到的 "目录" 没有得到法律的承认。由于它纯粹是一种理论建构, 因此不能要求任何官方地位。

239 CE, 8 April 1961, *Dame Klein*, *Lebon* p. 216; *D.* 1961, p. 587, concl. HENRY; *S.* 1961, note LASSALE. 在这一判决之前, 法院已经将攻击的使用限制在有限的权利和自由范围内, 但没有选择通用的表达方式。冲突法庭曾一度使用 "基本自由" 一词 (TC, 1956 年 12 月 10 日, *Randon c/ Brunel*, *Préfet de l'Yonne*, *Lebon*, 第 592 页, concl. GUIONIN; *AJDA* 1957, 第 94 页, chron. J. FOURNIER and G. BRAIBANT; *RDP* 1957, p. 94, chron. BRAIBANT; *RDP* 1957, note by M. WALINE; *Rev. Adm.* 1958, p. 29, note by LIET-VEAUX), 但在 *Dame Klein* 案的判决之后, 基本自由的限定还是占了上风。特别见第二年对该词的使用: 里尔 TA, 1961 年 11 月 3 日, *Consorts Vassal*, *AJDA* 1962, II, pp. 298-301, concl. QUANDALLE。

自由及其必然结果，即住宅的不可侵犯性（.....），或者是一种受益于专门组织的保障的自由"240。这样，处理攻击和殴打案件的法官就将基本自由的地位赋予了那些立法机构特别有意保护的自由。M. Goyard 指出，"我们所说的基本权利，是指判例法认为已被立法机关明确承认为受明显保护的权利的那些权利"241。虽然法院会考虑立法机构提供的保护程度，但识别方法仍然非常灵活242。在"既成事实"的意义范围内，基本自由的定义没有确切的标准。

55. 在引渡案件中，基本自由的概念用于评估请求国司法系统提供的保障。最高行政法院在 1984 年 9 月 26 日的三项判决中确立了一般法律原则，即请求国的司法系统必须尊重"人的基本权利和自由"243。然而，在最高行政法院的判决中，并没有对这些"人的基本权利和自由"作出定义。根据上述决定中政府专员的结论所提供的信息，这一概念主要限于请求国刑事司法制度所提供的保障，特别是在获得法官审理的权利、无罪推定和尊重辩护权方面。
56. 需要指出的是，在审查警察行政措施的合法性时，政府专员有时会使用基本或必要自由的概念。当警察当局对这种自由提出质疑时，行政部门的权力就会受到更多限制，法官的控制也会更加严格。政府专员使用"基本自由"一词来描述享有高度法律保护的自由。M. Letourneur 在对新印染公司案的裁决作出结论时指出："由于行政权和司法权都受到了限制，法官的控制更加严格。Letourneur 先生在其关于新印染社裁决的结论中指出，"由于事关受法律严格管制的基本自由，警察当局的权力受到特别限制，即根据一般规则，不仅只能在公共秩序受到威胁的情况下才能行使这些权力，这就排除了无时限的绝对管制，而且在这种情况下还必须严格界定公共秩序，并评估公共秩序受到威胁的情况（.....）"244。同样，政府专员加尔莫特指出，"对于集会或信仰自由等基本自由或受特别保护的自由，你们要特别严格"245。
57. 在上述情况下，基本自由的概念具有法律后果。监管和司法当局以象征性的方式使用这一概念的情况也时有发生，即使用这一概念不会产生任何法律后果。

2. 概念的象征性使用

58. 自由概念的使用往往纯粹是为了论证。对于使用这一术语的当局来说，使用这一术语就成了证明所采取的解决方案合理性的一种修辞手段。
59. 这种做法解释了为什么某些法律文本会提及基本自由或基本权利的概念。使用这一概念可以强调

240 R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, p. 543.

241 C. GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Montchrestien, 1962, p. 444.

242 See S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p. 102 et seq.

243 CE, Ass. 26 September 1984, *Lujambio Galdeano, Garcia Ramirez, Martinez Beiztegui* (3 species), *Lebon* p. 308; *JCP G* 1985, II, 20346, concl. B. GENEVOIS; *AJDA* 1984, pp. J.-E. SCHOETTL and S. HUBAC; *AJDA* 1985, pp. HUBAC; *AJDA* 1985, pp. 另见使用该公式的 CE, 1987 年 12 月 14 日, *M. Urizar Murgoitio*, *RFDA* 1989 年, 第 54-56 页, O.

SCHRAMECK 的结论; CE, 1989 年 10 月 27 日, *Picabea-Burunza*, *Lebon* 第 218 页。

244 LETOURNEUR 关于 CE, 1951 年 11 月 23 日, *Société Nouvelle Imprimerie*, *RDP* 1951, 第 1098 页。

245 GALMOT 论 CE, 1966 年 1 月 21 日, *Legastelois*, *JCP G* 1966, II, 15303, p. 435. 见 P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 42, 1962, pp. 另见 1933 年 5 月 19 日 *Benjamin* 案判决书 (*GAJA* 第 49 号) 中大审判决作者的意见。

法律所追求的目标，从而证明法律的通过是合理的。一些权利、原则或自由在法律中被如此描述，最常见的是在第1条中^{er}，包括保护健康²⁴⁶、安全²⁴⁷、住房权²⁴⁸和居住权²⁴⁹。对立法过程或法律的适用不产生任何法律后果。通过使用这一概念，立法机构只是为了强调其所要促进的权利或自由的重要性，甚至是必须性。

60. 为此，普通法院有时也使用基本自由或基本权利的概念。

就法院而言，上诉法院已将“共同所有人基本权利”的概念载入²⁵⁰，并将结婚权描述为“个人基本权利”²⁵¹。最高上诉法院将辩护权称为“具有宪法性质的基本权利”²⁵²，将财产权称为“具有宪法价值的基本权利”²⁵³。法院以这种方式指定的准则在性质和价值上是不同的。此外，这些限定完全是多余的。由于它们不产生任何法律后果，因此除了用来强调所描述的权利或自由的重要性外，别无其他用途。

在一些判决中，行政法官也会使用基本自由这一表述，但这在法律上是不必要的，甚至是无用的。例如，“权力过剩”法官（*juge de l'excès de pouvoir*）确认，授权将医务人员和教育工作者的意见纳入学生档案的法令“绝不影响根据1970年7月17日法律的《民法典》第9条的规定，尊重私人生活和亲密关系所构成的基本自由”²⁵⁴。在一项关于法属波利尼西亚领土议会制定“对居住在法属波利尼西亚的旅行者征收出境税”的审议的裁决中，同样大量使用了这一表述。最高行政法院裁定，“通过对离开法属波利尼西亚领土的旅行者征税，这些规定具有侵犯来往自由的效果，而来往自由是一项基本自由；因此，这些规定因滥用权力而无效”²⁵⁵。在这两项裁决中，“基本自由”一词没有任何法律意义。行政法官过度使用了这一表述²⁵⁶。此外，这两种自由的法律渊源具有不同的价值。《民法典》第9条所规定的尊重私生活具有立法价值，或者说是次立法价值，因为它是作为法律的一般原则

246 2002年3月4日第2002-303号法律第3条，2002年3月5日公报，编入《公共卫生法》第L.1110-1条。

247 1995年1月21日第95-73号法律第1条^{er}，1995年1月24日公报。

248 第1条^{er}，1982年6月22日第88-156号法律，1982年6月23日公报。

249 1989年7月6日第89-462号法律第1条^{er}，1989年7月8日公报。

250 CA Aix-en-Provence, 4^{ème} ch., 15 February 1996, *Faguet, Coppolani, Tertian c/ Syndicat des copropriétaires du 33 rue de l'Épée*. 关于此判决，参见 C. ATIAS, "L'autorisation d'installer un ascenseur aux frais des copropriétaires demandeurs", RRJ 1996, 第1027页。

251 CA 巴黎, 1963年4月30日, *Epoux Barbier c/ Compagnie Air France*, D. 1963, 第428-430页, 注释 A. ROUAST.

252 Cass. plenary session, 30 June 1995, *X v Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Bull. civ. A.P., no. 4, JCP G 1995, II, 22478, concl. M. JEOL, note A. PERDRIAU. PERDRIAU.

253 Civ. 1^{ère}, 4 January 1995, *Mme X c/ M. Y et autres*, Bull. civ. I, n° 4.

254 CE, 6 February 1980, Confédération syndicale des familles et Fédération nationale Ecole et familles, *Lebon T. p. 727*.

255 CE, 9 November 1992, Président du Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, concl. S. LASVIGNES, RFDA 1993, pp.

256 这就解释了为什么在后来的案例中，它一般不被用来指代行动自由（例如，见 CE, Ass., 1995年2月17日, *Hardouin, Lebon* 第82页, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* 第107号）或《民法典》第9条规定的对私生活的尊重（例如，见 CE, Ass., 1981年7月10日, *Conseil national du patronat français, Lebon* 第305页）。

在此适用的。而来去自由则有宪法依据。因此，这两项准则之间并不存在形式上的统一性，而这两项准则被“权利过失法官”称为基本自由。

61. 宪法委员会也从这一角度考虑基本自由的概念。与有时的说法相反，宪法委员会并没有基本自由的“概念”，即这一概念在其判例法中具有特定的含义。对宪法委员会来说，这一概念只是一个词，它被用来证明选择的合理性和仲裁的合法性。

在宪法判例法²⁵⁷中，基本自由或基本权利的概念²⁵⁸既不是指所有的宪法权利和自由²⁵⁹，甚至也不是指其中因某些共同特征而有别于其他权利和自由的某些权利²⁶⁰。基本“并不是某些规范所具有的品质或属性，也不是不被称为“基本”的规范所缺乏的品质或属性。该词是法官手中的一个论据。宪法委员会在某些判决中使用该词来强调有关自由的重要性，而不是与之相对的标准或要求，

257 宪法》文本中只有一次提到“基本自由”，而且是在涉及庇护权的具体情况下。根据第53-1条的规定，“共和国可与在庇护和保护人权及基本自由方面与共和国有

相同承诺的欧洲国家签订协议，确定它们各自审查向其提交的庇护申请的权力”。

258 一些表述被认为是同义词：“基本权利和自由”、“宪法性质的基本权利和自由”、“宪法性质的基本权利”、“基本性质

”的权利、“基本自由”。只有十三项宪法权利、自由和原则被宪法委员会称为基本权利：平等原则、个人自由、安全、过正常家庭生活的权利、避难权、就业权、工会自由、参与权、来往自由、婚姻自由、辩护权、创业自由以及思想和意见的自由交流。“因此可以说，宪法委员会对基本权利概念的使用是微不足道的”（T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, t. 112, 2003, p. 13）。关于对上述十三项权利、自由和原则使用这些表述的判决的详尽介绍，见 T. MEINDL, *同前*, 第13-62页。

259

在任何情况下，都不能从理事会做出的决定中推断出它认为这两个概念是同义词。理事会不仅从未断言或暗示基本权利或基本自由的表述涵盖所有宪法权利和自由，而且对应的论点既不能解释为什么某项宪法权利或自由仅在某些情况下被定性为基本权利，也不能解释为什么被定性为基本权利的宪法权利和自由的数量仍然特别少，而且没有扩展到所有这些权利和自由。

260

被称为基本权利或自由的宪法标准并不是宪法权利和自由的子类或子集。一些作者提出了这样的观点，即在宪法判例法中，基本权利和自由是指那些受益于保护性法律制度的宪法权利和自由。路易-法沃雷（Louis Favoreu）教授和洛伊克-菲利普（Loïc Philip）教授认为，在宪法委员会的判例法中，基本权利和自由有三个累积性标准，这三个标准共同构成了基本权利和自由“一般理论的第一要素”：首先，禁止事先授权；其次，所谓的“棘轮”法理（禁止质疑为行使这些权利和自由而建立的保障）；第三，要求在全境统一适用（见GDCC第36号，第9-12节）。这种表述与宪法判例法不符（这一点从一位权威评论员的反驳中可以看出：见G. VEDEL, “Propos d'ouverture”, in *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 June 1996, Economica PUAM, coll. DPP, 1998, pp.) 一方面，宪法法院放弃了这一理论所依据的三个标准之一。在新闻自由和庇护权方面使用的公式是，法律只能进行干预，使其更有效地行使。理事会只要求法律不剥夺任何具有宪法价值的要求或原则的法律保障，即不取消对有效行使权利至关重要的保障（见J.-E. SCHOETTL, CC下的说明，第2003-485 DC号，2003年12月4日，LPA 2004年2月4-5日，第12页）。另一方面，从这一保护制度中受益的宪法权利类别与理事会称之为基本权利的权利之间没有对应关系。因此，基本权利和自由并不以服从共同法律制度为特征。

从而证明其优先性。

安理会象征性地使用这一表述，以证明其在特定案件中解决规则冲突的方式是合理的。这一概念的使用在很大程度上是修辞性的。它的作用是强调在某一决定中对某一特定权利的考虑。正如 Champeil-Desplats 女士所指出的，这一表述是为了证明使用261 的裁决是合理的。分类取决于仲裁的条件，尤其是仲裁的结果。只有当委员会认为有必要通过元论证来证明其决定的合理性时，它才会将有关准则定性为基本准则。否则，它不会将其称为基本准则，即使它在以前的决定中曾这样做 262。因此，严格来说，宪法委员会的判例法并没有列出基本权利和自由的清单。分类是不固定的，取决于每个案件的具体情况。正如 Wachsmann 先生所指出的，"我们在这里看到的是修辞上的强调，其目的只是为了强调有关自由的重要性，而没有附加任何明确界定的后果" 263。

62. 综上所述，基本自由的概念在法国法律中并没有确切的含义。在我们的法律体系之外，情况似乎各不相同，也不尽相同。

B. 法国法律体系之外

63. 正如 Gautron 先生所指出的，"在比较法中，将基本权利指定为所有受宪法保护的权利和自由无

261 V.V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français", *D.* 1995, pp."当两个规范具有相同的法律价值时，必须调和它们或优先适用其中一个规范的当局有义务说明其选择的理由。在属于不同类别的宪法权利和原则的规范之间没有正式或实质性的等级制度的情况下，如法国的情况，有必要诉诸论据，以确定在有关案件中的优先权"（前引，第 327 页，强调是后加的）。作者接着说："在冲突情况下，参与者被迫使用越来越笼统的表述，或者更准确地说，使用更高阶的公式或标签。因此，如何找到更具说服力的逻辑元论据，同时又不脱离法律体系中其他参与者可接受的论证领域，就成了一项挑战"（同上）。行政法院证明一项权利重要性的最佳方式是找到一种象征性的有力表达方式，就像它在 1982 年反对国有化时对所有权的基本性质所做的那样（见 CC，第 81-132 DC 号，1982 年 1 月 16 日，*Rec.* 第 18 页，*GDCC* 第 31 号）。同样，在 "*Maîtrise de l'immigration*" 决定中，为了保障公共秩序的需要，外国人有权留在法国领土上，直到对其难民地位申请作出行政决定。因此，这些权利必须与公共政策相协调，而不是简单地从属于公共政策（见 CC，第 93-325 DC 号，1993 年 8 月 12-13 日，*Rec.* 第 224 页，*GDCC* 第 46 号）。同样参见 J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 151; J. FAVRE et B. TARDIVEL, "Recherche du Conseil constitutionnel. TARDIVEL, "Recherches sur la catégorie jurisprudentielle des "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle", *RDJ* 2000, pp.

262 第 325 DC 号决定中的 "基本权利和自由" 包括个人自由和迁徙自由，这可以作为一个特别重要的例证。1995 年，为了质疑《安全指导和计划法》的合宪性，请愿人援引了侵犯个人自由和迁徙自由的行为，根据第 325 DC 号决定，他们将这两项自由定性为 "基本权利和自由"。然而，理事会在本案中驳回了这一定性，并将这些自由重新归类为 "宪法保障的公共自由"（CC，94-352 DC，1995 年 1 月 18 日，*cons.* 2, *ECR* p.140）。在第 97-389 DC 号决定（CC，1997 年 4 月 22 日，*Rec.* p.45）中，行政法院再次指出，来往自由是一项 "基本权利"（*rec.* 10）。这种断断续续的限定可以解释为，理事会是根据案件的具体情况使用这一表述的。在 1993 年和 1997 年的决定中，准则冲突的产生方式和理事会解决冲突的方式证明了元论据的使用是合理的。由于在 1995 年 1 月 18 日的决定中没有必要这样做，宪法法院驳回了这一限定。

263 P. WACHSMANN, "L'importation en France de la notion de 'droits fondamentaux'", *RUDH* 2004, p. 46.

疑并不完全令人满意"²⁶⁴。虽然在某些法律体系中，合宪性与基本权利之间存在着严格的对应关系，但这种排他性关系并不适用于所有国家的制度。

1. 合宪性与基本性之间的对应关系

64. 在某些法律体系中，基本权利或基本自由的概念指的是处于法律秩序顶端的权利和自由。因此，基本性仅限于合法性。
65. 在德国，基本权利的概念仅限于宪法等级的权利²⁶⁵。这些权利集中在1949年《基本法》第一章“基本权利”中，共19条。除此之外，还必须加上“相关的基本权利”或“与基本权利相似的权利”(*grundrechtsgleiche Rechte*)。这些权利虽然不属于《基本法》第一章^{er}，但在向联邦宪法法院提出个人宪法上诉时可以援引²⁶⁶。制宪会议制定了一份精确的基本权利清单，这就解释了为什么基本权利的定义问题“很少由德国法律作家直接处理”²⁶⁷。在西班牙，1978年12月27日《宪法》的起草者也制定了一份受保护权利和自由的明确清单²⁶⁸。在专门论述这些权利的章节中，不仅提到了基本权利，而且还使用了“公共自由”的表述，但在这一节中并没有区分基本权利和公共自由。《宪法》第1篇^{er}（“基本权利和义务”）第1章^{er}（“权利和自由”）第一节（“基本权利和公共自由”）将这些权利归为一类。最后，应当指出的是，在欧共体的法律秩序中，被称为“基本自由

²⁶⁴ J.-C. Gautron, "Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", in *Le patrimoine constitutionnel européen*, colloquium Montpellier, 22-23 November 1996, Council of Europe Publishing, 1997, p. 148.

²⁶⁵ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, special p. 57. 另见 H. GOERLICH, "Les droits constitutionnels fondamentaux: essence, signification et doctrines générales", in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp.

²⁶⁶《基本法》第93条第1款^{er}(4a^o)规定，任何人如认为自己的某项基本权利或第20条第4款(反抗压迫的权利)、第33条(平等担任公职和保护传统地位和公职)、第38条(联邦议院直接普选和选举权)、第101条(禁止担任公职)所保障的某项权利受到侵犯，可向宪法法院提出宪法上诉，宪法法院应对此作出裁决。《宪法》第20条第4款(反抗压迫的权利)、第33条(平等担任公职和保护传统地位和公职)、第38条(联邦议院直接普选和选举权)、第101条(禁止设立特别法庭)、第103条(被起诉者的权利)和第104条(被剥夺自由时的保障)所保障的权利。《基本法》第20条第4款、第33条、第38条、第101条、第103条和第104条规定的权利是受保障的基本权利，因此与基本权利“相关”。关于这一类宪法权利，见 D. CAPITANT, 前引论文，第2-3页和第102页；T. MEINDL, 上引论文，第125-146页。

²⁶⁷ D. CAPITANT, 上述论文，第2页。

²⁶⁸ 见 P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, pp. 35-69; P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica PUAM, coll. DPP, 1984, 284 p.

"269 或 "基本权利"270 的规则具有欧共体主要法律的地位，因此被置于规则等级的顶端271。

66. 在美国，基本权利和自由是成文和不成文的宪法权利和自由，享有更大程度的控制272。这一概念一方面与《宪法》前八条修正案中规定的成文宪法权利相对应，另一方面与最高法院从正当程序条款中衍生出的不成文宪法权利相对应。与其他宪法权利和自由相比，这些成文和不成文的宪法权利享有更有利的司法审查。

通过规定《宪法》列举的宪法权利和自由清单的非穷尽性，第九^e修正案默示授权法官为公民的利益发现新的保障273。由于其重要性，这种新权利的发现是通过《美国联邦宪法》第五^e和第十四^e修正案中的正当法律程序条款274实现的。这两项条款分别禁止国会和各州在没有"正当法律程序"的情

269 "欧盟建立在自由、民主、尊重人权和基本自由的原则之上"（《欧盟条约》第 6.1 条）。

270 "欧盟应尊重 1950 年 11 月 4

日在罗马签署的《欧洲保护人权与基本自由公约》所保障的基本权利，以及成员国共同的宪法传统所产生的基本权利，将其作为共同体法律的一般原则"（《欧洲联盟条约》第 6.2 条）。2001 年 12 月 7 日，欧洲议会、欧洲理事会和欧洲委员会主席在尼斯欧洲理事会上庄严宣布了《欧洲联盟基本权利宪章》。该宪章随后被纳入《欧洲宪法条约》，成为其第 II 部分。

271 见大量文献：L. MARCOUX, "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC* 1983, pp. 691-733; *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres* (J. BOULOUIS ed.), Economica, 1995, 187 p.; *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (F. SUDRE and H. LABAYLE ed.), study day of 4 and 5 November 1999, Bruylant, coll. Droit et justice n° 27, 2000, 534 p.

272 参见 R.-M. KONVITZ, *Fundamental rights. History of a constitutional doctrine*, Transaction publishers/Rutgers University, 2001, 182 p.; H.J. ABRAHAM and B.A. PERRY, *Freedom and the Court. 美国的公民权利和自由*，7^{ème} éd., 牛津大学出版社，1998 年，第 28 页起和第 92 页起；G. MARTIN, *Le due process of law aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 1997, 565 p. ; P. JUILLARD, "Les orientations de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême : établissement du marché unique et renforcement des libertés publiques", *Pouvoirs* n° 59, 1991, pp.

273^e

第九修正案规定，"宪法中列举的某些权利不得解释为否认或削弱人民保留的其他权利"。正如戈德堡大法官在 1965 年 6 月 7 日关于 *格里斯沃尔德诉康涅狄格州案* (381 US 479 (1965), opinion reproduced in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, 2000, pp.684-689), "The very text and history of the IX^e Amendment reveal that the Founding Fathers of the Constitution believed in the existence of other fundamental rights, protected from government interference and related to the fundamental liberties expressly enshrined in the first eight amendments of the Constitution" (*op. cit.* p. 686)、p.

686) 戈德堡大法官认为，"开国元勋们并不希望将前八条修正案解释为《宪法》保障人民享有的重要基本权利的限制性清单"（同上，第687页）。

274 见上文引述的戈德堡法官的意见，第 689 页："研究过法院判决的人都知道，法院经常一致认为，第 V^e 和第 XIV^e 修正案保护某些基本的个人自由，使其不受联邦政府或各州施加的任何限制。例如，见 *Bolling 诉 Sharpe*, 347 U.S.497 ; *Aptheker 诉国务卿*, 378 U.S.500 ; *Kent 诉 Dulles*, 357 U.S.500。Dulles, 357 U.S. 116; *Cantwell 诉康涅狄格州*, 310 U.S.296 ; *NAACP 诉阿拉巴马州*, 357 U.S.449 ; *Gideon 诉 Wainwright*, 372 U.S.335 ; *纽约时报公司诉沙利文*, 376 U.S.254。XIV^e

修正案只是表明，《宪法》制定者的目的是防止其他基本个人自由仅仅因为没有明确列入《宪法》前八项修正案而得不到同样的保护或受到任何削弱"。第五^e修正案于 1787 年通过后立即纳入《宪法》文本。第十四^e修正案是在 1868 年加入的。正当程序条款实际上可以追溯到英国法律。1354 年，英国议会的一项法案重新确认了 1215 年《大宪章》的第 29

条，其措辞如下："任何人不得被剥夺土地或使用权，也不得被逮捕、监禁、剥夺继承权或处死，除非按照正当法律程序对其作出回答"（见 E. ZOLLER, "正当法律程序与法律的一般原则"，载于 *Mélanges en l'honneur de Benoît*

况下剥夺任何人的生命、自由或财产，也就是说，如果我们更注重一般概念而不是字面翻译，“在没有受益于法律应有的保障或保护的情况下”。正当程序条款最初被认为只意味着程序上的正当程序²⁷⁵，现在则意味着实质上的正当程序²⁷⁶。在这些条款的基础上，最高法院承认存在不成文的权利和自由²⁷⁷，采用的方法让人想起法国行政法官用来发现法律一般原则的技术²⁷⁸。根据正当法律程序条款，一些不成文的权利和自由得到承认并被描述为基本权利，包括结婚的权利²⁷⁹、生育子女的权利²⁸⁰、拥有私人婚姻生活的权利²⁸¹、使用避孕药具的权利²⁸²、保持身体完整的权利²⁸³、堕胎

Jeanneau. *Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp.)

275 从形式和程序意义上讲，正当程序为政府权力的行使提出了一种理想。正如 Zoller 女士所指出的，“它意味着决定 1/ 不是任意的，而是符合社会公认的价值观念的；2/ 不是专制的，而是与受其影响的人共同作出的；3/ 不是压制性的，而是尊重受其影响的人的利益和价值观念的”（E. ZOLLER, "Due process of law", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALL.) ZOLLER, "Due process of law", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND et S. RIALS dir.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 556-557).

276 见最高法院在 *宾夕法尼亚州东南部计划生育组织诉 Casey*, 505 US 833 (1992) 一案中的判决和意见，转载于 E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, 第 1123 页：“虽然对该条款的初读可能表明，它只对国家可能剥夺个人自由的程序具有权威，但从 *Mugler 诉堪萨斯州*, 123 U.S.660-661(1887) 一案开始，至少一百零五年来一直认为，它也具有实体法范围，因为它禁止某些政府行为，而不论用来剥夺个人自由的程序是否合法’。*堪萨斯州*, 123 U.S.660-661 (1887 年)，认为它也有实体法的范围，因为它禁止某些政府行为，而不论实施这些行为的程序是否合法’ (*Daniels 诉 Williams*, 474 U.S.327, 331 (1986 年))。另见戈德堡大法官的意见，同上，第 685 页：“许多年前，法院规定，正当程序条款保护那些植根于我国人民的传统和良知，因而被认为是基本的’的自由，*斯奈德诉马萨诸塞州案*, 291 U.S. 97, 105。

277 第十四^c 条修正案还使得《联邦宪法》前八条修正案中所包含的书面权利有可能对各州实施，而这些权利最初只能对联邦政府实施。例如，最高法院曾指出，“言论自由和新闻自由--它们受到第 I^c 修正案的^c保护，不受国会施加的任何限制--属于第 XIV^c 修正案的正当程序条款所保护的^c个人基本权利和自由，不受各州的任何侵犯” (*Gitlow 诉纽约*, 268 US 652 (1925))。

278 见 E. ZOLLER, "正当法律程序和一般法律原则", 上引文章, 第 243 页：“最高法院关于正当法律程序条款的宪法判例法和行政法院的行政判例法并不相同。ZOLLER, "Due process of law and general principles of law", article cited above, p. 243: "The constitutional case law of the Supreme Court on the due process of law clause and the administrative case law of the Conseil d'Etat on the general principles of law are very similar. In both cases, they involve judges who 'observe' or 'discover' (some would say 'create') in their respective legal systems fundamental guarantees for citizens.在这两种情况下，它们都涉及法官在各自的法律制度中‘观察’或‘发现’（有些人会说是‘创造’）对公民的基本保障，比方说，以他们认为足够重要的原则的形式对他们应得的保护，以迫使立法机构遵守这些原则”。

279 *Loving 诉弗吉尼亚州案*, 388 US 1 (1967)。

280 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 US 535 (1942)。

281 *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965)。

282 *格里斯沃尔德诉 Connecticut*, 381 US 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972). *Baird*, 405 US 438 (1972)。

283 *Rochin 诉加利福尼亚州*, 342 US 165 (1952)。

的权利²⁸⁴ 或拒绝不需要的维持生命的医疗的权利²⁸⁵。一项权利或自由的基本性质的标准主要在于它的历史不变性和公民对它的依恋²⁸⁶。

正如马克·贾尼斯 (Mark Janis) 所言, 基本权利和自由 "受到更大的司法保护, 免受立法或行政侵犯"²⁸⁷。如果政府有合法合理的依据, 则不被视为基本权利的权利也可能受到限制。最高法院对此类权利进行 "普通审查"²⁸⁸。另一方面, 对于基本权利或自由, 最高法院则实行 "严格审查"²⁸⁹。法官不是简单地要求政府有干涉权利的合法依据, 而是要求政府证明它所追求的目的要求它施加这种限制。此外, 政府不仅要证明干预是实现其目的的合理手段, 还必须证明干预是实现该目的的必要手段。因此, 关于国家立法, 第十四^e 修正案 "绝对禁止政府干涉(.....)'基本'自由, 无论采用何种程序, 除非干涉与迫切的国家需要密切相关"²⁹⁰。

67. 在这些国家, 合宪性与基本性之间存在严格的对应关系, 但并非所有法律制度都是如此。

284 宾夕法尼亚州东南部计划生育组织诉 Casey, 505 US 833 (1992)。

285 *Cruzan*, 497 US 278-279 (1990)。

286 见法院在 *华盛顿诉 Glucksberg*, 521 US 702 (1997) 一案中的意见, 转载于 E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, 第 1262

页: "我们分析基本权利的惯常方法有两个基本特征: 第一, 我们曾多次指出, 正当程序条款对那些客观上深深扎根于我们国家的基本权利和自由给予特别保护。1262: "我们分析基本权利的惯用方法有两个基本特征: 第一, 我们曾多次指出, 正当程序条款对那些客观上深深植根于我们国家的传统和历史的基本权利和自由给予特别保护 (法院在 *Moore* 案中的意见, 431 US 503); *Snyder 诉 Massachussets* 案, 291 US 702 (1997 年)。 *Massachussets* 案, 291 US 97 (1934) ("深深植根于我国人民的传统和精神之中, 具有基本权利的资格"), 并且 "隐含于由法律组织的自由概念之中", 因此 "如果牺牲了它们, 自由和正义都将不复存在" (*Palko 诉康涅狄格州案*, 302 US 319, 325, 326 (1937))。其次, 在提交给我们的基本权利和自由案件中, 我们要求 "仔细解释

"所称自由的基本性质 (.....)。因此, 我们国家的历史、法律传统和习俗提供了 '允许深思熟虑的选择的路标', *Colins 诉 Harker Heights*, 503 US

125, 并指导和限制了我们正当程序条款的处理"。最高法院确定基本权利和自由的技术使其排除了对双方同意的成年男子之间鸡奸行为 (*Bowers 诉 Hardwick*, 478 US 186 (1986)) 或医疗协助自杀权利 (*华盛顿诉 Glucksberg*, 上文引述) 的这一限定。在审查了相关立法之后, 法院指出: "在这个国家, 协助自杀立法的历史一直是, 并且将继续是, 所有授权自杀的努力都被持续不断地否决。在此基础上, 我们的裁决迫使我们得出结论, 第三方主张协助自杀的 '权利' 并不是受正当程序条款保护的基本自由" (法院意见, 同前, 第 1267 页)。

287 M. JANIS, "La notion de droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique", *AJDA* 1998, special issue, p. 54.

288 例如, 自 1937

年以来, 最高法院允许联邦和各州当局对工作时间和条件做出规定, 即使这些规定侵犯了工人和雇主通过合同自行决定就业条款和条件的自由 (*West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937))。 *Parrish*, 300 US 379 (1937))。

289 加强审查首次出现在最高法院的判例法中, 是在 *United-States v. Carolene Products Company*, 304 US 144 (1938) 一案中著名的脚注 4 中。正如 Zoller 女士所指出的, *Carolene 产品案* 开创了 "优先自由理论, 根据该理论, 当立法机构侵犯被认为比其他权利具有更高的道德价值的权利时, 法官必须进行更严格的控制" (E. ZOLLER, *Grands arrêts précités*, 第 500 页)。

290 *Reno 诉 Flores* 案, 507 US 302 (1993)。否则, 法律就是违宪的。一个著名的应用案例见 *Roe 诉 Wade* 案, 410 US 113 (1973 年): 法院裁定将堕胎定为犯罪的刑事法律不适当地侵犯了隐私权。

2. 合宪性与基本性之间缺乏对应关系

68. 首先，一些法律体系并没有将其宪法权利描述为基本权利。虽然一些国家的制宪权在第二次世界大战后有意将某些权利置于制宪权之外²⁹¹，但远非所有这些权利都被描述为基本权利或基本自由²⁹²。一些国家的宪法忽略了这一术语，而倾向于将有宪法依据的权利和自由称为“权利”²⁹³、“公共自由和社会权利”²⁹⁴或“公民的权利和义务”²⁹⁵。

69. 其次，宪法和国际规范性文本明确规定了宪法以下基本权利和自由的存在。

许多国际或地区性文书都使用了基本自由或基本权利的表述²⁹⁶。一些文本在涉及司法补救权问题时，附带说明了规范的来源。例如，《美洲人权公约》第 25.1 条规定，每个人都有权获得简单而迅速的补救，以保护他“免受任何侵犯宪法、法律或本公约所承认的基本权利的行为”。同样，《世界人权宣言》第 8 条规定，“当宪法或法律赋予公民的基本权利遭受侵犯时”，人人有权得到国家主管法庭的有效补救。因此，这两个文本不仅承认《宪法》规定的基本权利的存在，而且承认公约和立法²⁹⁷。

同样，宪法明文规定了宪法以下基本权利的存在，这些宪法载有基本权利“开放清单”原则²⁹⁸。

291 见 L. Favoreu, "La protection constitutionnelle des droits fondamentaux", in *Vers une nouvelle Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles Etudes européennes, 1992, pp.

292 见 F. MODERNE, "La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne", 载于 *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, 同前, 第 35-84 页, 特别第 58 页。

293 比利时王国宪法》第 2 编题为“比利时人及其权利”(第 8 至 32 条)。

294 2^{ème} 1975 年 6 月 9 日《希腊宪法》的一部分(第 4 至 25 条)。

295 1^{ère} 1947 年 12 月 27 日《意大利宪法》的一部分(第 13 至 54 条)。基本权利“一词”只在第 32 条中使用过一次，该条规定：“共和国确保将保护健康作为个人的一项基本权利和一项集体利益”。

296 《联合国宪章》第一条^{er}

提到尊重人权和基本自由。序言、关于大会权力的第十三条、关于国际经济和社会合作的第五十五条、关于经济及社会理事会的第六十二条和关于托管的第七十六条也采用了同样的表述方式。1969 年 5 月 23 日《维也纳条约法公约》在其序言中提到了《宪章》中所包含的国际法原则，特别是“普遍尊重和遵守所有人权和基本自由”。基本自由的概念也出现在 1950 年 11 月 4 日《罗马公约》的标题中：《欧洲保护人权与基本自由公约》(Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)。

297 就《世界人权宣言》而言，提及源自立法的自由是有道理的，因为有些国家--首先是联合王国--没有严格的宪法。关于这一规定的起源和筹备工作，见 D. WEISSBRODT, *The right to a fair trial under the Universal Declaration of Human Rights and the international covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff 出版社，2001 年，第 30-31 页；P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973 年，第 18-25 页。另一方面，美洲国家都有一部严格的宪法，但都接受纯粹立法性基本权利的存在，而不像《世界人权宣言》那样将其与缔约国的特殊性质联系起来。

298 H. MOTA, "Le principe de la 'liste ouverte' en matière de droits fondamentaux", in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica PUAM, 1989, pp.

根据假设, 采用 "开放式清单" 原则对于制宪者来说, 等于承认宪法文本之外存在基本权利和自由。以葡萄牙为例, 1976年4月2日《宪法》第一部分题为 "基本权利和义务" (第12至79条), 第16.1条规定, "《宪法》规定的基本权利不排除源于法律和适用的国际法规则的任何其他权利"。因此, 《宪法》规定的权利并不是详尽无遗的。相反, 正如相反, 正如时任宪法法院院长的卡多索-达科斯塔先生所言, 开放式清单原则 "不仅表示'基本权利'类别的概念比宪法权利类别 (即正式载入宪法文本的权利) 更为宽泛, 而且还意味着这第一类权利的'实质性'特征--它似乎只能停留在集体法律良知赋予某些具体权利的'基本'特征上, 作为人的尊严本身的要求"²⁹⁹。一些拉丁美洲国家对这一概念也有相同的理解。³⁰⁰

70. 无论是在法国还是在比较法中, 基本自由都没有一个明确、单一和毫不含糊的定义。为了界定自由权的适用范围, 最高行政法院工作组选择了一个内容相对不确定的概念, 但没有对其进行定义。政府将把这一概念原封不动地纳入提交议会讨论的文本中。在审议法案的过程中, 议员们会发现这一概念有些令人费解。由于无法控制, 甚至无法尝试控制, 他们选择将其定义留给法院。

II. 立法者没有定义的概念

71. 立法机构没有对基本自由的概念进行定义, 也没有对其内容做出任何实际说明。一些作者对立法机关未对这一概念下定义表示遗憾, 认为这是《行政司法法典》第 L. 521-2 条³⁰¹ 中的一个漏洞或 "缺陷"。然而, 应当指出的是, 缺乏立法定义绝不代表简易程序的弱点。事实上, 由于没有先验地限制其范围, 它有助于提高该文本起草者希望该程序具有的灵活性。然而, 令人质疑的是, 议员们完全没有对这一概念作出承诺。事实上, 如果说各国代表不对基本自由下定义, 也不对这一概念作任何说明, 这并不是出于战略选择, 而是出于方便。很简单, 正是因为这个概念让议员们感到为难, 甚至不知所措, 只能产生怀疑和慎重的态度, 他们才决定将其留给法官。令人啼笑皆非的是, 在法案通过之后, 人们对 "基本自由" 一词含义的思考比在法案讨论期间还多³⁰²。

²⁹⁹ J.-M. CARDOSO DA COSTA, "葡萄牙报告", *AJJC* 1990/VI, *欧洲宪法法院第八次会议*, 安卡拉, 1990年5月7-10日, 第180页。

³⁰⁰ 见上文第44节。

³⁰¹ 见 M. CLEMENT, note sous CE, ord. 8 septembre 2005, *Ministre de la justice c/ Bunel*, *LPA* 16 novembre 2005, n° 228, p. 8. Marjolaine FOULETIER 指出, "鉴于法官的权力, 对基本自由的概念缺乏准确性"令人遗憾 (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFD* 2000, p.971)。

³⁰²

议会辩论的缺席在一定程度上说明了围绕这一概念产生的理论争议的重要性。由于立法机构没有讨论这一问题, 辩论只能在议会之外进行。议员们不参加辩论, 对这一概念也不作丝毫表示, 这就开辟了一个争议的领域, 而作者们也不甘落后。这种现象比较常见。正如查伊姆-佩雷尔曼 (Chaim Perelman) 所指出的, "在大多数情况下, 引起法律争论的问题并没有在议会中进行辩论, 或只是达成妥协, 使最微妙的问题得不到解决" (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1979), republished in *Bibliothèque Dalloz*, 1999, p. 54)。

A. 缺席的议员

72. 议员们对基本自由概念的态度倍受批评。
73. 首先，议员们对这一概念没有表现出真正的兴趣。尽管基本自由的概念决定了新程序的范围，但奇怪的是，这一概念并未在议会中引起任何辩论³⁰³。议员们只是注意到这一概念存在于攻击性³⁰⁴，而且“基本”这一形容词出现在《宪法》中³⁰⁵。他们还~~对~~这一概念提出了质疑³⁰⁶。然而，立法机构并没有寻求能够回答这些问题的信息。在该法的准备工作中，“不仅没有考虑到已出版的有关该主题的资料，也没有考虑到1990年在议会中进行的辩论，当时有人试图在‘基本权利’受到侵犯的情况下，将合宪性的初步问题由普通法院提交给宪法委员会”³⁰⁷。
74. 同样令人不安的是，议会对行使与这一概念有关的立法职能的看法。尽管议员们完全有机会修改、澄清或取代工作组提出的概念，但他们似乎从一开始就认为自己无权这样做。在工作过程中，他们指出，这一概念并不准确，在立法程序之前也没有界定。Garrec 先生指出：“基本自由”的概念决定了简易禁令的适用范围。然而，无论是在法案的颁布条款中，还是在解释性备忘录中，抑或是在影响研究中，都没有对法官可以援引的基本自由作出任何定义，以证明向行政部门发出禁止令是合理的”³⁰⁸。报告人指出，国务委员会工作组在即决禁令的两个方案之间犹豫不决：是保护基本自由，还是保护所有权利和自由。他指出，“工作组在没有澄清‘基本自由’的含义的情况下选择了第一种解决方案”³⁰⁹。一些国会议员对此表示遗憾，并指出他们不欣赏这一概念，正是因为其模糊性³¹⁰。然而，他们并没有更进一步。议会的作用类似于录音室，它满足于观察和批评，但拒绝采取行动或做出决定。虽然法案初稿和法律草案只是辩论的起点，但议员

303 这种退缩态度只体现在基本自由的概念上，因为该法案的其他条款在议会中引起了激烈的辩论。

304 Sutour 先生指出：“这一概念在我国法律中并不陌生，因为侵犯基本自由是构成攻击的要素之一”（*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p.865）。国民议会的法案报告员提出了同样的意见：“应当指出，基本自由的概念多次出现在最高行政法院和冲突法庭关于构成攻击行为的判例法中”（F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 41 页）。

305 加雷克先生“注意到‘根本’一词在法国公法中很少使用，尽管它出现在宪法中”（Commission des Lois du Sénat, “Examen du rapport de M. René Garrec sur le projet de loi n° 269 relatif au référé devant les juridictions administratives”, 1999 年 5 月 12 日, www.senat.fr, 第 2 页）。

306 Jean-Jacques Hyst 在会议上指出，“这种说法在我心中提出了一个真正的问题”（*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3742）。同样，Simon Sutour 认为“人们可能会对基本自由的概念产生怀疑”（*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3749）。弗朗索瓦-科尔孔贝则指出，“使用‘基本自由’的概念不免会引起一些问题”（F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, p.41）。

307 L. Favoreu, “La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés”, *D.* 2001, p. 1739. 关于这一改革项目，见 J. ROBERT, “La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes”, *RDP* 1989, pp.1255-1285；dossier de la *Revue française de droit constitutionnel* no.4, 1990, “L’exception d’inconstitutionnalité”, pp.579-671。

308 R. GARREC, 参议院第 380 号报告，第 54 页。

309 R. GARREC, 参议院第 380 号报告，第 53 页。强调是后加的。

310 Hyst 先生说“我个人不太喜欢‘基本自由’这一新的法律概念，它不够精确”（*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, 第 3743 页）。

们似乎将工作组的报告和政府的倡议视为既不能澄清也不能修改的确定无形文本--至少在这一一点上是如此。他们对这一概念不满意，但没有人想过要对文本进行澄清，用更适合他们的概念来取代基本自由的概念，³¹¹，或者为法院提供实施基本自由的指导方针，哪怕只是讨论一下原则。

B. 零碎信息

75. 在准备工作期间，从未考虑过在法律中引入基本自由的定义³¹²。诚然，这一程序并非法国立法者的惯例³¹³。不可否认，这对法律的明确性和可预见性有好处³¹⁴，但另一方面，法律定义往往会冻结概念的含义，如果被滥用，就会成为真正的束缚，阻碍法律的发展。就基本自由的概念而言，提供一个概念性的定义或试图建立一个详尽无遗的术语表将是一项微妙的工作，有可能使这一概念失去其特有的灵活性和可塑性³¹⁵。

76. 立法者不对这一概念下定义，也就拒绝指导法官执行这一概念³¹⁶。国会议员在此问题上没有提供确切的说明³¹⁷。在准备工作文件中，有的问题没有得到回答，有的只是泛泛而谈，有时甚至

311 不可否认，国民议会的法案报告员在一读时确实提出了这个问题：“为什么不使用与极端紧急中止相同的术语，使国家代表能够请求中止执行地方当局可能‘损害个人或公共自由的行使’的行为”（F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 41 页）。然而，这个问题没有得到回答。也没有提出用“公共或个人自由”的概念来取代基本自由的概念。

312 最多只能说 Hyst 先生“几乎就这一概念提出了一项修正案”（*JO déb. Sénat*, CR séance du 8 juin 1999, p.3742）。由于缺乏有关人士提供的信息，无法确定他的意图是澄清这一概念还是取代这一概念。

313 一般来说，人们注意到，“与使用的众多概念和术语相比，法国文本中的定义很少”（J.-L. Bergel, "Importance, opportunité et rôle des définitions législatives dans les textes législatifs et réglementaires", *RRJ* 1987/4, 第 1134 页）。在刑事领域之外，没有任何宪法条款要求立法机构对其使用的概念进行定义。原则上，“定义的适当性和范围由立法机构自由裁量，立法机构有完全的自由”（S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, thesis Paris II, 1986, p.14）。虽然议会并不反对在私法中使用这一权力（见 G. CORNU, "Les définitions dans la loi", *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp.77-92），但在公法中却很少这样做，而且往往是针对次要概念（见 A. BALDOUS 和 J.-P. NEGRIN, "L'étendue du recours aux définitions dans les textes de droit administratif", *RRJ* 1987/4, pp.1045-1050, esp. pp.1047-1048）。

314 “就主权立法者而言，这是一种澄清的选择”（G. CORNU, *前引书*, 第 78 页）。它使“为法律术语提供简单明了的执行标准成为可能；正是在这一条件下，法律的适用才得到了保证：法律定义消除了模糊性”（S. BALIAN, *前引书*, 第 201 页）。

315 正如 M. Bergel 所指出的，“一个由法律界定的概念比一个未界定的概念可塑性要小”（J.-L. Bergel, *同前*, 第 1125 页）。

316 与这种情况形成鲜明对比的是，议员们对该法案的其他条款表现出极为精确的关切，甚至直接向执法机构发难。例如，蒙特堡先生指出，“不得损害--我这样说是为了我们工作的读者和本文本的使用者的利益--攻击的概念”（*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p.10941）。

317 然而，在 1990 年，宪法立法者明确指出了“宪法承认每个人的基本权利”这一概念所涵盖的内容，并起草了一份属于这一类别的权利的指示性清单（见 M. SAPIN, 关于以例外方式进行宪法审查的宪法法律草案的第 1288 号报告，第 61-63 页；另见司法部长 Pierre Arpaillange 的讲话：*JO déb. AN*, CR session 24 April 1990, p.595）。*AN*, CR session 24 April 1990, p. 595）。

是自相矛盾。特别是关于《宪法》第 34 条意义上的公共自由和自由权意义上的公共自由和个人自由与自由权意义上的基本自由之间是否存在区别的问题，提出了截然相反的论断。虽然司法部长为这两个概念的同性或同化进行了辩护³¹⁸，但相反，一些议员显然希望对这两个概念加以区分³¹⁹。

在这次会议上，基本自由的概念没有得到真正的澄清。在为数不多的关于这一概念的发言中，有两点值得一提。一方面，苏图尔先生似乎提到了《宪法》，他乐观地指出，“我们的公法包含了根据我们共和国的基础对其进行定义所需的所有要素”³²⁰。另一方面，罗伯特-布雷特呼吁对“自由裁定”的适用范围进行广义界定，他指出，“如果法官对基本自由的概念进行广义解释，这一程序将更加有效”³²¹。

77. 然而，在大多数情况下，必须从法案报告员往往犹豫不决的文字中寻找议会程序中给出的少数几个迹象。

在参议院的报告中，Garrec 先生首先对基本自由下了一个否定的定义，或者更准确地说，举了两个不属于基本自由的权利和自由的例子。他指出，“临时禁令将仅限于涉及侵犯基本自由的情况，不包括与各种公民权利有关的纠纷（例如，在符合条件的情况下，获得公共房屋执照的权利或参加考试的权利）”³²²。这意味着次要权利不属于该程序的范围。随后，加雷克先生回顾了合宪性区块的形成阶段及其内容。他提到了“基本权利和自由的合宪化运动”——这一表述表明，基本权利和自由在这一运动开始之前就已存在，而且必然处于宪法之下的层面。这一运动的结果是，“有一份并非详尽无遗的清单，列出了理事会赋予宪法价值的自由”³²³。他说，这份清单“表明自由的概念与权利的概念不可分割。基本权利和自由”这一既定表述似乎不能分为基本自由和基本权利。那么，当经济和社会权利受到侵犯时，法院会采取什么立场呢？³²⁴宪法委员会承认经济和社会权利具有宪法价值，这是

318 司法部长在向参议员们介绍该法案时指出，“基本自由的概念是指（……）《宪法》第 34 条，该条赋予立法机关制定有关‘公民行使公共自由的基本保障’的规则的任务”（E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3738）。此外，在谈到公共自由或个人自由时，吉古女士指出，自由权与自由权保护“同样的自由”（同前，第 3739 页）。向国民议会作了同样的陈述（*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p. 10931）。

319 Hyst 先生希望强调基本自由概念与公共自由概念之间的区别：“部长，您提到了《宪法》第 34 条：该条涉及公共自由的基本保障。基本保障和基本自由不是一回事”（*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3742）。同样，Sutour 先生指出了基本自由与公共或个人自由之间的区别，他说基本自由的概念“显然不同于公共自由或个人自由的概念”（*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, *JO déb.*

Sénat, CR, p.865）。同样，Colcombet 先生说：“这是两个非常相似的领域，但并不完全重合，即公共自由和基本自由”（*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, p.3161）。

320 S.SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3749.

321 R. BRET, *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3751.

322 R. GARREC, 参议院第 380 号报告，第 53 页。

323 勒内-加雷克（René Garrec）认为，“《宪法》规定的典型自由有：……：结社自由、生命权和处置自己身体的自由、个人自由、保护隐私、教育自由、良心自由、来往自由（个人自由的必然结果）、庇护权、非刑事案件中的辩护权、采取法律行动的权利、言论自由、财产权、通信自由、新闻自由、选举权和被选举权、规定制裁（甚至非刑事制裁）的法律不溯及既往的原则”（参议院第 380 号报告，第 54 页）。54).

324 R. GARREC, 参议院第 380 号报告，第 54 页。

否就是先验地将其视为基本自由的理由？报告员没有回答这个问题，只是想知道法官在这种情况下会采取什么态度。在这方面，我们不禁要问，立法机构的作用是否真的在于提出问题而不提供任何答案，在于猜测法律执行机构将采取的解决方案而不指导它们执行法律。作为一个审议机构，议会也是一个决策机构。

弗朗索瓦-科尔孔贝的报告也得出了同样的结论。在问及“基本自由”的概念“确切”包括哪些内容时，报告员首先列出了一份宪法自由清单：“基本自由的概念似乎包括个人自由，但也包括公共自由，根据宪法委员会自1971年7月16日关于结社自由的里程碑式决定以来制定的判例法，其中许多自由具有宪法价值”。随后他指出，“个人自由、对人的尊重、来去自由、良心和意见自由、教育自由、视听传播自由、新闻自由、结社自由、政党和团体自由、工会自由和创业自由都得到了宪法的承认”³²⁵。在分析的最后，他对行政法院将采取的态度提出了疑问：“不难想象，行政法官将认为所有这些宪法自由都是‘基本’的。同样，它也可能会考虑到它通过关于法律一般原则的判例法而形成的自由概念”³²⁶。科尔孔贝特先生以一种纯粹前瞻性的方式，努力确定未来判例法的特点。他并没有指导法官执行法律，只是问他们将如何处理基本自由的概念。

立法机构是否从一开始就应该考虑到基本自由的概念不属于它，这一点很值得商榷。议会并没有将这一概念委托给法官，而是立即将其放弃。在此应该再次指出，结果--即这一概念被提交给法院并由判例法确定其内容--是不容置疑的。值得商榷的只是立法者实现这一结果的方式。奇怪的是，议员们认为这一概念已经掌握在最高行政法院的手中，他们最多只能猜测这一概念在行政判例法中会变成什么。这一解决方案是出于不满而非战略选择，反映出对这一概念缺乏兴趣。

78. 最终，议会没有对这一表述的含义做出任何说明。正如 Eric Sales 所指出的，“立法机构不屑于在这一领域做出任何澄清”³²⁷。面对一个自己无法掌握、也不愿采用的概念，国家立法机构束手无策，只能由法院来确定其轮廓。因此，法官参与起草法律，并负责确定基本自由概念的内容。

C. 委托给法官的概念

79. 由于议会成员没有提供关于基本自由概念的详细资料，参议院法律委员会主席指出，判例法必须对其进行定义，就像它必须对公共秩序、家庭的好父亲或有辨别能力的未成年人进行定义一样³²⁸。然而，对法官的提及往往是隐含的：对概念没有任何说明就隐含地但必然地要求法院对其内容作出定义³²⁹。将尴尬的概念交由法院处理并不罕见。议会甚至经常使用一个由政府行政部

325 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 41 页。

326 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 41 页。

327 E.SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", RDP 2004, p.

220. 最不确定的因素如下。首先，基本自由不是一个简单的标准--它不包括先验的非基本权利，如获得公共房屋执照的权利或参加考试的权利--

它必须根据我们共和国的基础来定义。其次，基本自由与《宪法》之间有着非常密切的联系，但《宪法》似乎并不是自由的唯一来源。此外，“权利”可以等同于“自由”。最后，法院应从广义上解释这一概念。

328 J. LARCHE, "Compte-rendu de l'examen du rapport", 1999 年 5 月 26 日, www.senat.fr, 第 7 页。

329

门或专家小组起草的文本中所包含的非常不精确和不确定性的概念，并明确要求法院澄清其含义³³⁰。1982年，当立法机构引入"déféré-liberté"程序时，将"公共或个人自由"概念的定义留给了法院。在缺乏对这一概念的定義的情况下，"法官的作用就变得十分重要"³³¹。

80. 通过在《行政司法法典》第 L.521-2 条的框架内做出这一选择，立法机构明确放弃了法院的基本自由概念。自 1837 年 4 月 1^{er} 日的法律废除了立法简易程序以来，"法律的制定者就像遗嘱人：一旦法律生效，他就什么也不能说了：他就像死了一样"³³²。由于立法机构没有用定义来限制这一概念--这一点值得欢迎--法院有责任赋予文本以意义，并使基本自由的概念保持一致。一般来说，"当立法机构没有对法律术语，特别是法律假设中出现的术语进行定义时，应由法院来定义"³³³。至于临时救济，"由于立法机构一直谨慎地不对概念下定义，因此任务完全落在了行政法官的肩上，他必须根据不同的案件编织'基本自由'之网"³³⁴。

第 2 节 法官手中的法律概念

81. 由于立法机构没有对基本自由的概念进行定义，因此必须由法院对其进行定义。对于《行政司法法典》第 L.521-2 条的适用而言，这是至关重要的一步。为了能够实施简易程序，首先必须解释基本自由的概念，即确定这一表述的含义或意义。正如凯尔森所说，解释"是一个智力过程，必然伴随着适用法律的过程"³³⁵。它是适用任何法律概念不可或缺的先决条件，无论其含义是晦涩难懂还是所谓的"清晰"³³⁶。解释"在法律经验中，是对立法机关所表述的法律规范的内在把握--

在确定哪个法院有权审理对临时救济令提出的上诉时，也顺便提出了这个问题。众议员们为向行政上诉法院提出上诉的原则进行了辩护，而参议员们则希望这一补救办法属于国务委员会的职权范围。苏图尔先生特别为后一种立场进行了辩护，他强调了解决办法在立即统一判例法方面的优势："我实际上认为，最好是将临时救济的上诉（其原则现已得到接受）提交给行政法院诉讼庭庭长，因为这样做至少在初期可以统一这方面的判例法。在这方面，应当指出的是，人们对基本自由的概念提出了疑问，这一概念显然不同于公共自由或个人自由的概念。这一概念在我国法律中当然并不陌生，因为侵犯基本自由是侵犯行为的特征之一。然而，将这一概念交由最高行政法院以和谐的方式加以界定似乎更为妥当，因为这一概念现在是新程序的核心"（S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p.865）。

330 见 D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139.

331 P.-J. BARALLE, *Les sursis à exécution devant les juridictions administratives*, thèse Lille 2, 1993, p. 70.

332 P. MALAURIE, "L'effet pervers des lois", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 310.

333 F. RIGAUX, *La loi des juges*, Odile Jacob 1997, p. 52. 另见 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 109 : "Quand les textes ne comportent pas de définitions ou ne donnent que des définitions insuffisantes, c'est au juge qu'il appartient, au nom de son pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition".

334 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 19.

335 H. KELSEN, 《纯粹法学理论》（1960年），2nd版，译注。C. EISENMANN, LGDJ Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 335. 立法声明本身不过是一个"部分空洞的口头信封"（C. Eisenmann, "Juridiction et logique (selon les données du droit français)", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 501）。为了使其蓬勃发展和成形，它需要法官的干预。文本必须"绣上判例解释"（A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, 1^{ère} ed., LGDJ, 1953, p. 29）。

理解--及其实践、使用的必要前提"³³⁷。换言之，"立法机构提供的文本处于潜伏状态；在适用之前必须对其进行解释。因此，法律不能独立存在；它总是需要法官的干预"³³⁸。

82. 为了适用第 L.521-2 条，首先必须解释基本自由的概念。最高行政法院在确定这一概念的含义时有多大的回旋余地？是否有一个从实在法或法律科学中产生并对其具有法律或逻辑约束力的概念？相反，它是否可以完全自由地确定这一概念的含义？

83. 这个问题与关于解释行为的性质和制约因素的更广泛辩论有关³³⁹。关于口译行为的性质，主要有两派观点。有些人认为，阐释是一种知识行为；另一些人则认为，阐释是一种意志行为。米歇

根据一种普遍的观点，只有在文本晦涩难懂或模棱两可时才有必要进行解释。换言之，应由法官来区分可立即理解的语句和其含义无法立即感知的语句。只有后者应予以解释，而前者只需适用即可。*Interpretatio cessat in claris* ("解释在澄清中停止")，在一个仅在措辞上而不是在起源上是拉丁文的公式中被断言，似乎是为了使这一断言更有力量（见 Y. PACLOT, Recherche et al. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thesis Paris, 1988, p. 373）。该理论以明确行为理论的名义确立了这一立场。最高上诉法院本身曾指出，对明确和精确的文本不得进行解释，而应纯粹和简单地适用（Civ. 22 November 1932, *D.H.* 1933, 2, cited by D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 236, 1994, p. 29）。

明确行为理论的虚假性已受到谴责。正如米歇尔-

特罗佩所指出的，"文本总是需要解释的，而不仅仅是当它晦涩难懂时"（M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001,

p.75）。事实上，"如果我们不承认我们知道文本的含义，因此我们已经对其进行了解释，我们就无法确认文本是清晰的。因此，即使被认为是清晰的文本也已经被解释过了"（同上）。同样，Michel van de Kerchove 指出，"不存在意义'本身'显而易见或一目了然的清晰文本"，因为这一论点

"表明存在'本身'清晰的文本，或由于其用语本身而清晰的文本。根据当代语言和解释理论，这种说法可能显得幼稚和虚幻"（M. VAN DE KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE ed.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p.

19)。这种理论以清晰行为和模糊行为的二分法为基础，"忽视了清晰和模糊'本身'并不存

在，而是相对概念，要根据特定的语境来评估"（Y. PACLOT, *同前*，第 373

页）。因此，任何试图将基本自由的概念表述为一个"明确"的概念，因而不需要任何解释

的企图都是不可取的。即使不顾一切地将基本自由的概念视为一个明确的概念，它也不能纯粹和简单地适用，而必须首先加以解释。正如 Pacteau

教授所指出的，"没有任何文本，即使它看起来是最简单和最精确的，也不需要负责适用它的法官进行解释，因此，判例法的形成不是为了确定其含义"（B. PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif", *R.A.* 1999, 特刊 6, 第 71-72 页）。

337 P. AMSELEK, "L'interprétation à tort et à travers", *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 12.

338 D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle...*, 同前, 第 33 页。

339 有关解释的问题是当代法律理论作家思考的核心。正如 M. Amselek

所指出的，"近几十年来出现了所谓的'解释性转向'，法律解释"已成为法律理论研究和思考的中心（.....）"（P. AMSELEK, "La teneur indéfinie du droit", *RDP* 1991, 第 1201

页）。专门论述这一问题的著作的数量、重要性和丰富性证明了这一现象的严重性。参见最丰富的文献：P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, pp. 29-45; *Interprétation et droit* (P. AMSELEK ed.), Bruylant, 1995, 245 p.; *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE dir.), Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 558 p.; *APD* t. 17, *L'interprétation dans le droit*; L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, 3 pp. Joannides, 1962, 380 p.; Association Henri Capitant, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Economica, 1980; *Lire le droit. Langue, texte, cognition* (D. BOURCIER and E. MACKAAY dir.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, 486 p.; *L'interprétation constitutionnelle* (F. MELIN-SOUCRAMANIEN dir.), Table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel, Bordeaux, 15-16 octobre 2004, Dalloz, 2005, 248 p.

尔·特罗珀 (Michel Troper) 对这一争论作了如下总结: "解释要么是表明事物的含义, 要么是确定事物的含义"³⁴⁰。在第一种情况下, 解释是揭示或澄清命题的内在含义³⁴¹, 而在第二种情况下, 解释是赋予或赋予缺乏含义的命题以含义³⁴²。"第一种定义的前提是可以认识意义, 解释是知识的功能, 第二种定义的前提是解释是意志的功能"³⁴³。

长期以来, 在注释学派³⁴⁴ 的影响下, 人们认为解释是一种纯粹的知识行为, 是一种描述规范的活动。根据这种观点, 每个词都有其客观或内在的含义。应由法院来发现这一含义, 同时避免发挥任何创造性作用³⁴⁵。这种方法因其表面上的客观严谨而颇具吸引力, 但它并不准确。没有真正的含义 (在逻辑学中)³⁴⁶, 也没有解释规则 (在法律中)³⁴⁷。因此, 解释不能等同于严格的知识行

340 M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", *同前*, 第 69 页。强调是后加的。

341 de Béchillon 先生指出, "在其最经典、也是最没有争议的意义上, 解释行为是指在命题中 发现意义的事实" (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 122)。下划线)。

342 M. Guastini 认为, "解释不是描述, 而是决定规范性文本的含义" (R. GUASTINI, "Interprétation et description de normes", in *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995, p. 101)。

343 M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", *op.*

344 见 H. RABAULT, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, 371 p.

345 用孟德斯鸠的话说, "国家的法官不过是说出法律文字的嘴" (《论法律的精神》, 1748 年, 第十一卷第六章)。解释者的活动纯粹是描述性的。它包括通过运用解释方法来确定语句的含义。命题的意义先于解释而存在; 它是客观的, 内在于文本, 外在于读者, 读者只是观察它。因此, 可以对解释的价值做出法律判断。如果解释规则对法官有约束力, 那么他的决定就可以根据客观标准来衡量。这样, 就可以从有效性的角度来评估一种解释: 它是 "真" 还是 "假"。

346 不存在客观意义; "解释性语句不是描述性语言的语句: 它们既非真也非假" (R. GUASTINI, *同前*, 第 98 页)。断言有且仅有一个意义 (包含在文本本身中) 是 "一种错误的信念, 在语言学、语言哲学、科学哲学等领域的专家中, 甚至在普通公众中, 都完全不被认可。事实上, 在律师中间也是如此。意义 (符号) 并不是融入词语中的东西。每种语言表达的意义都是一个变量, 恰恰取决于用法和解释。没有其他方法可以解释词义的变化或解释者之间的争议。这就是说, 没有一种, 也只有一种, 可以简单地用经验来验证的含义" (R. GUASTINI, *前引书*, 第 97

页)。法律概念没有预先确定的内容, 也没有可以简单找到的含义。正如 Michel Troper 所说, 将真实的解释描述为 "虚假" 或不精确是荒谬的, 因为 "没有 '真' 的解释可以与之比较。这种断言只是表达了作者将自己的解释作为参照标准的主张, 显然与自然法意识形态有关, 因为自然法意识形态的目的是创造法律之外的规范, 以确立或否认法律规范的有效性" (M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975 年, 第 135 页)。关于第 L.521-2 条意义上的基本自由的概念, 这种误区并不少见, 有的作者仅仅因为行政法官的立场不符合他们自己对基本自由的理论定义, 就取消其立场或对其进行批评。

347 严格地说, 没有真正的解释 "规则"。帕克洛特先生对解释方法是 "纯粹基于理性的建议" 还是 "法律认可的处方

"这一问题的回答最终结束了辩论。在对所有法律渊源进行详尽分析之后, 他指出, 在刑事领域之外, "法官的解释活动不受任何强制性规则的约束" (Y. PACLOT, *前引论文*, 第 170 页)。

在严格的法律中, 没有要求对特定文本进行单一或首选解释的标准。充其量

为。尽管如此，解释并不是一种任意的行为。事实上，“总是存在创造和制约；如果我们将解释视为纯粹的创造（‘法官政府’的幻想），或将其简化为制约网络（‘法官作为法律的喉舌’的相反幻想，但最终与前者相关），我们对解释就一无所知”，348。

正如凯尔森所指出的，“在法律机构适用法律的过程中，通过知识操作对所适用法律的解释与意志行为相结合，适用法律的机构通过意志行为在基于知识的解释所揭示的各种可能性之间做出选择”³⁴⁹。解释行为既涉及知识（这使得有可能确定解释者必须做出选择的框架），也涉及意志（这使得有可能在要解释的声明所提供的不同选项之间做出选择）。法官的选择是在基于知识的解释所勾勒的框架内做出的。意志行为是在知识行为之后进行的，知识行为根据适用的法律和逻辑限制，汇集并强调了给定文本的不同可能含义³⁵⁰。第一个制约因素在于立法者所使用的术语本身：“被解释的文本对其解释者施加了限制”³⁵¹。法律概念可能有大量含义，但不是无限的。法官不能赋予一个概念与所用术语无关的含义。从系统的角度来看，法官也会对他所介入的法律体系的一致性保持敏感³⁵²。通过这种方式，法官收集并更新各种可能的含义。就此而言，解释行为是一种知识行为。它

只有解释性准则，即一系列旨在影响解释活动的规定、意见和建议。这些准则具有说服力而非约束力（见 F. OST 和 M. VAN DE KERCHOVE, "Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit", 载于 *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995 年, 第 135-153 页）。这些准则“在法律方面起着指南针对标杆的作用”（P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ, 1926, 引用自 C. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, thèse Toulouse I, 2003, p.163），为法官指明方向，但并不强制他这样做。

348 F. OST 和 M. VAN DE KERCHOVE, 同前, 第 136 页。

349 H. KELSEN, 前引书, 第 340 页：“如果‘解释’是指通过知识确定被解释对象的含义，那么法律解释的结果只能是确定被解释的法律所代表的框架，从而承认这一框架内存在的几种可能性。对法律的解释不一定会导致一个被认为是唯一正确的决定；它可能会导致几个都具有同等价值的决定--只要我们只把要适用的法律作为价值标准--

尽管其中只有一个通过适用法律的机构，特别是法院的行为成为实在法”（H. KELSEN, 前引书, 第 338 页）。

350 P.-A. COTE, "L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes", in *Lire le droit. Langue, texte cognition* (D. BOURCIER and E. MACKAAY eds.), LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 133 f; G. KALINOWSKI, "L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques", *APD* t. 30 La jurisprudence, 1985, pp. 逻辑规则是

"执行话语智力任务的规则，特别是法律解释者的工作所要求的划分、定义和推断任务”（G. KALINOWSKI, 同前, 第 171 页）。

351 U.ECO, *Les limites de l'interprétation*, Le livre de poche, coll. Biblio/Essais, 1992, p. 17, quoted by P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, p. 45.

352 正如 Michel van de Kerchove 所指出的，“解释仍受声明所属‘工作’的意义或方向的限制，即构建一个连贯的法律体系”（M. VAN DE KERCHOVE, "La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique", in *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (P. AMSELEK ed.), PUF, 1986, p. 246)。在这方面，“当局在选择一项决定，特别是解释性决定时，如果其推理符合其本身已使用或他人已使用的一套概念，就会考虑到该系统其他机关可能作出的决定”（M. TROPER, 同前, 第 84 页）。拉图内里总统用这些术语提出了“法律推理的黄金法则”，但并没有将他的思考范围仅限于解释问题。这位杰出的作者认为：“在象征性的天平仍在脑海中摇摆的最后时刻，通常有一条黄金法则会起到决定性的作用。根据这条规则，无论所考虑的方案中的某一个方案有什么内在优点，有什么内在吸引力，原则上，只有当它满足一个条件时，才能决定选择。首先，它必须在逻辑上与构成公法的一般原则和理论相联系。其次，它必须尽可能密切和广泛地适应所有其他数据”（R. Latournerie, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952 年, 第 239 页）。

"也是一种意志行为。口译员考虑到的多种因素导致他或她做出选择或混合搭配。在这方面，他有或多或少的判断余地"³⁵³。因此，在基于知识的解释所产生的不同可能性之间进行选择是一个法律政策问题。在凯尔森看来，"适用法律的框架所给出的可能性中哪一种'正确'的问题，根据假设，绝对不是一个关于实在法的知识问题；它不是一个法律理论问题，而是一个法律政策问题"³⁵⁴。一旦制定了框架，法官就重新获得了不可剥夺的自由。他可以根据自己的判断，在法律上可以想象的不同含义之间做出选择。从这个意义上说，解释是"在几种可能的含义之间进行选择的结果"。³⁵⁵

84. 从上述情况可以看出，《行政司法法典》第 L.521-2 条的措辞本身并不能表达基本自由概念的"真正含义"，这一点必须强调。立法机关没有解释基本自由概念的含义。在对这一概念没有任何预先确定的情况下，法律研究的作用是根据法律和逻辑上的制约因素，提出这一概念在法律上可以接受的各种含义，这些制约因素确定了法官做出选择的框架。法律学者的作用不是权威性地得出结论，认为对基本自由³⁵⁶有一种唯一的、据说是唯一有效的解释。鉴于各种法律和逻辑限制为行政法官解释这一概念留出了相当大的余地，这似乎更有道理。

I. 法律条款

85. 从文本的精神来看，《行政司法法典》第 L.521-2 条是作为例外程序设计的。其目的是使行政法院能够对具体情况做出迅速有效的反应，从而结束滥用事实上的攻击。

这一程序的特殊性有两个后果。首先，临时禁令的目的只是惩罚侵犯某些自由的行为，而不是惩罚侵犯我国法律制度中所有现行规则的行为。在工作组最初设想的两种临时禁令中，只有适用范围严格的程序被保留了下来。因此，第 L.521-2 条的目的并不是保护我国法律体系中的所有规则，而只是保护那些具有根本性和构成自由的规则。其次，只有在特殊情况下才应慎用"权利保护"程序。如果将基本自由的概念定义得过于宽泛，那么该程序的精神就会被漠视，该程序就会被用来审理那些本不属于它的申诉。正如主要案例的作者所指出的那样，"过于宽泛的解释有可能扭曲新程序，甚至堵塞新程序"³⁵⁷。

³⁵³ B.GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi", *RFDA* 2002, p. 885.

³⁵⁴ H. KELSEN, *同前*, 第 339-340

页。因此，解释是一种选择性的操作，从来不是强加给作者的；解释是在有关概念的几种可能含义之间进行选择的结果。正如凯尔森所指出的，"从仅考虑实在法的角度来看，没有任何标准可据以在所适用的法律的框架内给出的可能性中选择一个而不是其他。纯粹没有一种可称为实在法的方法，可以在规范的几种语言含义之间区分出一个单一的含义，即真正的含义(.....)"(*同前*, 第 338 页)。不同的解释方法"只会导致一种可能的结果，而绝不会导致唯一正确的结果"(同上, 第 339 页)。

³⁵⁵ R. Guastini, *同前*, 第 98 页。

³⁵⁶ 我们不要忘记凯尔森的学说。这位维也纳大师申明，科学解释"包括通过纯粹的智力活动确定法律规范的含义。与法律机关的解释不同，它不是创造法律"(H. KELSEN, *前引书*, 第 341 页)。它"只能确定法律规范的可能含义。作为其主题事项的知识，它不能在它所揭示的各种可能性之间作出选择和决定；它必须将选择和决定留给法律机构，而根据法律秩序，法律机构有权适用法律"(*前引书*, 第 342 页)。最重要的是，"法律解释必须小心谨慎，避免法律规范永远不允许有一种以上的解释，即'确切'或'真正的'解释"(*同上*)。

³⁵⁷对这一概念过于宽泛的解释有可能造成扭曲。如果一切都被视为基本权利，那么就没有任何东西具有这

此外,要杜绝滥用事实上的补救措施,将有关自由的行政诉讼重新纳入行政法院的管辖范围,这意味着行政法院应采用至少与司法秩序法院一样宽泛的基本自由概念。根据法律语言学的经验,这是可能的³⁵⁸。如果行政法院要实现立法机关为这一程序设定的目标,这也是可取的。考虑到临时救济程序的目的,很难想象行政法院会以其处理的是事实权利意义上的基本自由而不是《行政司法法典》第 L. 521-2 条意义上的基本自由为由拒绝行使管辖权。因此,从广义上界定这一概念符合行政法官的利益。严格的解释"会因此限制诉讼当事人使用这一程序,他们自然会像往常一样,通过援引既成事实之诉(voie de fait)求助于司法法官"³⁵⁹。

简而言之,对这一概念的解释过于宽泛可能会扭曲简易程序的程序,并导致基本自由概念的淡化;解释过于严格则无法实现立法机构所追求的目标。因此,简易程序中的行政法官必须在这两种要求之间寻求公正的平衡。行政法官还必须充分解释立法机关使用的术语。

86. 在《行政司法法典》第 L.521-2 条的措辞中,"基本自由"一词前有一个不定冠词"a"。该条表示一般性,相当于"任何",意味着基本自由被视为一个通用类别。这一表述不是将单一的、排他性的客体汇集在一起,而是将多个客体汇集在一起,这些客体具有法律用来识别它们的术语所产生的共同特征,即它们作为自由的性质及其基本特征。

A. 自由"这一限定词

87. 任何定义"自由"一词的尝试都会遇到双重障碍。第一个困难在于缺乏对该术语的法律定义。正如韦尔波教授所指出的,法国公法360中没有"自由的法律定义"。从《人和公民的权利宣言》第4条和第5条来看,"自由的内容并没有确切的定义。充其量,这些文本提供了一个法律制度,尽管是一个非常简要的制度,包括确认自由必须被视为规则,而限制被视为例外"³⁶¹。第二个困难

种地位了。正如 Ponthoreau 女士所指出的,"赋予所有权利以基本权利的地位就有可能贬低基本权利的整体价值"(M.-C. PONTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1994, p. 217)。同样, M. Picard 也指出,"并非所有东西都是基本的,否则就没有东西是基本的;基本的东西只是相对于其他非基本的或不那么基本的参照物而言才是基本的"(E. Picard, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, 特刊, 第 32 页)。

358

法律语言的基础是用词经济原则。由于符号的数量有限,法律语言不得不多次使用同一术语来命名和指代不同的事物、思想和概念。法律单义,即一个术语在一个法律体系中只有一种含义,在法律中是一种相对罕见的现象,因为三分之二的法律术语都是多义的(参见下文第 105

节)。因此,基本自由的概念在临时救济和事实上的禁令中具有不同的含义是完全可以想象

的,甚至是合乎逻辑的。在这两种程序中共同提及基本自由,"并不排除在每种情况下对这些自由作出具体解释"(B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence.Référé-liberté", *Jcl.Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), no.)

359 S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p. 130.

360 M. Verpeaux, "La liberté", *AJDA* 1998 年特刊, 第 145 页。

361 M. VERPEAUX, *前引书*, 第 146

页。作者还指出,"该词经常在不确切的意义上使用,并经常被用作法律一词的同义词"(*前引书*, 第 144 页)。

来自这一表述的多重含义。孟德斯鸠认为, "没有一个词比自由获得更多的不同含义"³⁶²。Le *Littre*》中有不少于 24 个词条专门论述自由。关于自由的大量辩论、思考和著作可以解释该词的多重不同含义。正如莫兰热先生所指出的, "很少有概念能像自由这样引起如此多的思考。神学家、哲学家和科学家都曾试图界定自由并勾勒其轮廓"³⁶³。自相矛盾的是, 对自由概念进行的大量研究却有助于模糊其轮廓。正如罗伯特-阿列克西 (Robert Alexy) 所指出的, "自由的概念既是最基本的实践概念之一, 又是最晦涩难懂的概念之一"³⁶⁴。通过严格区分自由与自由, 似乎可以克服在这一点上遇到的困难。自由一词有两种截然不同的含义, 这取决于它是单数还是复数³⁶⁵。然而, 这两个层面之间存在着密切的关系, 因为正是在法律自由中, 哲学自由才有了具体的形式。

88. 从词源上讲, 自由一词来自拉丁语 *libertas*, 源于 *liber*, 即自由。自由有两个层面: "做事的自由和想要的自由"³⁶⁶。

从主体的角度来看, 自由 (意志或自由意志) 是一种能力, 它不是以一种单一的、科学上可以预测的方式对某种情况做出反应, 而是在两种或两种以上的反应方式中主动做出选择。从这个意义上说, 自由就是按照自己的自由意志选择自己行为的能力。

其次, 从主体间或社会关系的角度来看, 自由 (做事) 对应于没有外部约束, 即做自己想做的事而不被阻止的权力。在这个意义上, 自由的定义是负面的, 它是一个人不受制约的品质。在个人与国家的关系中, 自由被定义为 "在国家意志之外决定" 的行为³⁶⁷。然而, 行为自由只有在产生法律后果时才有效。正如 M. Verpeaux 所指出的, "要使自由不仅仅是一种理念, 它必须被赋予具体的形式,

362 MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chapitre II.

363 J. Morange, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland and S. RIALS eds.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 945.

364 R. ALEXY, 《宪法权利理论》(J. RIVERS 译自德文), 牛津大学出版社, 2003 年, 第 138 页。黑格尔曾指出: "没有任何思想比自由思想更被普遍认为是 不确定的、模棱两可的、容易引起--事实上也确实引起了--最严重的误解 (.....)" (HEGEL, *Encyclopédie*, reproduced in *Écrits sur la liberté*, Seghers, coll. "écrits", 巴黎, 1963 年, 第 96-97 页。下划线)。

365 见《亨利-卡皮坦特协会法学词汇》(G. CORNU 编, 7^{ème} ed. PUF, 2005 年, "自由", 第 513 页), 其中对自由作了区分, 自由是 "法律所保障的一种状况, 在这种状况下, 每个人都是自己的主人, 并按自己的意愿行使一切能力"、PUF, 2005 年, "自由", 第 513 页), 其中对自由和自由作了区分, 前者是 "受法律保障的一种状况, 在这种状况下, 人人都是自己的主人, 并按自己的意愿行使自己的一切能力" (如 1958 年宪法的序言和第 2 条), 后者是 "受法律保障的不受阻碍地行使某种能力或从事某种活动" (如新闻自由、结社自由或公约自由)。

366 R.-M. MOSSE-BASTIDE, *La liberté*, 4^{ème} éd, PUF, coll. Le philosophe, 1983, p. 133 (underlined). 自由的这两个维度是不可分割的, 在最常见的定义中也是一并表述的。例如, 根据拉朗德的《哲学的技术与批判词汇》, 一般意义上的自由是指 "不受约束、按照自己的意志和本性行事的存在状态" (5^{ème} ed., 1947, vol. 1, Quadrige/PUF, 1999, v° "Liberté")。自由正是从它们的结合中形成的。参见 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public, DES de droit public 1956-1957*, Les cours de droit, p.

32: "什么是自由的存在? 它是指其行动或行为不是由外部决定或制约, 而是从自身内部汲取决定因素的存在。存在者的自由就是存在者的自我决定。

367 P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 166.

并与人类或社会活动相联系"³⁶⁸。这是从单数到复数的过渡：自由在自由中得到体现和形成。³⁶⁹

89. 从哲学自由到法律自由的过渡是指我们的法律和政治历史上一个相对精确的时期，与进入现代性相对应。自由"一词本已以复数形式存在，但在特定意义上，这一变化赋予了它新的含义。在此之前，它是"特权"的同义词，指的是当局赋予各行各业、社会团体和城市居民的法人权利³⁷⁰。对行会、社会阶层和城市资产阶级特权的承认带来了限制政治权力的决定性因素。然而，直到后来过渡到现代，"自由"的使用范围才扩大到个人权利"³⁷¹。自由不再被视为给予少数人的特权，而是成为所有人都能从中受益的个人权利。

这一发展是随着现代性的到来而出现的，并受到现代性带来的重大变化的影响³⁷²。当时的社会变革产生了一种新的政治共识，重新定义了权力的来源、理由、行使和目的。契约主义是这一共识的产物，它体现了宪法和人权作为社会契约和权力限制的客体的思想³⁷³。这场运动使人们有可能起

³⁶⁸ M. Verpeaux, "La liberté", 同前, 第 146 页。

³⁶⁹ 这与 1789

年的人们所采取的方法是一致的。他们将单数的自由称为人的自然和不可侵犯的权利之一。然后，《宣言》的起草者们在这一总体自由概念的基础上，将重点放在被认为特别重要或受到特别威胁的人类活动的某些方面，以解释自由的一般原则在这些方面的应用。这样，"自由在自由清单中被赋予了具体形式"(J. RIVERO, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, p. 76. 下划线)。下划线)。

³⁷⁰ 自由"的概念可见于 1212 年约翰-拉克兰德的

《大宪章》(针对所有自由人、伦敦和其他所有城市、城镇和港口的男子)、1628 年的《权利请愿书》，甚至见于 XVII^e 世纪一些题为《自由之体》的文本，如 1641 年马萨诸塞湾的文本(见 G. PECES-BARBA MARTINEZ, 《基本权利的理论基础》(西班牙文, I.A. PELE 译), LGDJ, Série.PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux* (translated from Spanish by I.A. PELE), LGDJ, Série Droit, 2004, pp.)

³⁷¹ G. PECES-BARBA MARTINEZ, 同前, 第 28 页。然后，我们"从" (.....) 赋予某个地方或某个人行善和施恩的特权"(智者阿方索十世) 转向具有一般对象的基本权利，即"homo iuridicus"，以及对每个人都有效的抽象内容"(前引书, 第 106 页)。

³⁷² 首先是经济和社会变革，出现了新的经济体系，一个影响力越来越大的社会阶层—资产阶级—逐渐崛起。然后是思想和科学的变革，世俗化进程以及个人主义、理性主义和人文主义的进步。最后是政治变革，现代国家作为一个主权国家出现了，它不承认任何优于自己的东西，并声称垄断了合法武力的使用。见 G. PECES-BARBA MARTINEZ, 同前, 第 106 页及其后。

³⁷³

根据社会契约理论，在自然状态下，即在任何公民社会之前，个人享有绝对的独立。通过社会联合，人们放弃了这种绝对的自由，以便通过一致的契约建立国家和公共主权。人们放弃的仅仅是与国家概念绝对不相容的那部分固有的独立；他们做出的仅仅是那些绝对不可或缺的牺牲。另一方面，他们所保留的，即他们本土自由的剩余部分，构成了优于国家权利的个人权利，因为他们先于国家并要求得到国家的尊重。诚然，卢梭在这一论点的基础上增加了一个限制条件，这很可能会从根本上损害这一论点。在宣称"每个人通过社会契约让渡的权力、财产和自由，只是对社会具有重要意义的那一部分"之后，他又补充道："但必须同意，只有君主才能判断这种重要性"(J.-J. ROUSSEAU, 《社会契约论》，1762 年，第二卷第四章)。社会契约的其他理论并不包含这一保留，而它们的重要性是决定性的。正如 Adhémar Esmein 指出的，社会契约理论"富有成果，因为它提出了个人权利的原则"(A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*

草第一批权利宣言，这些宣言的文本强烈浸透了古典自由主义的反国家主义思想³⁷⁴。根据时代和法律制度的不同，这些自由被赋予了各种不同的名称。但是，无论它们被称为个人权利、个人自由、公共自由、人权、基本权利、基本自由、人权、道德权利或其他术语，也无论它们之间可能存在的差异，这些概念都具有相同的目的，即承认个人限制国家权力的权利，从而使他们有可能“以法律为基础反对权力”³⁷⁵。

这些概念在二十世纪得到了丰富^e，尤其是在社会主义思想家的影响下。人们越来越清楚地认识到，国家行为并不总是行使自由的障碍，也可以促进自由，特别是通过组织自由。十九世纪的自由主义理论^e，认为自由的唯一目的是保护自治领域不受公共权力的干涉，但人们逐渐认为，国家不能不参与实现自由的机制。公共权力不再仅仅被视为对个人的威胁；相反，它被要求参与实现这些自由，并确保满足行使自由的条件。这种做法使人们对公共权力机构的作用有了一个更加积极主动的概念，并丰富了自由的概念。

尽管如此，第 L.521-2 条规定的程序并非旨在保护所有自由，而只是保护“基本”自由。

B. 形容词“根本”

90. 从词源学上讲，“fundamental”一词源于拉丁语 *fundamentalis*，来自 *fundamentum*，即基础。根据 Littré 的解释，*fundamental* 的本义是“作为基础的东西”。在这个意义上，它与“基础”或“构成”同义。在第一层含义之外，又发展出第二层含义，将具有“本质和决定性特征”的东西称为基本的³⁷⁶。因此，“根本”对应于“基础”和/或“基本特征”。在确定什么是根本方面不存在法律上的困难。法律秩序的基础在于其宪法和基本法。正如德拉戈教授所指出的，“基本权利的概念是指法律秩序的基础。因此，律师自然要从宪法中找出什么是基本权利”³⁷⁷。尽管如此，立法机构并不打算将基本权利限制在一个特定的规范等级上。如果议会希望将《行政司法法典》L.521-2 条的适用范围仅限于宪法规定的自由，那么它可以用基本自由的概念取代宪法保障的权利和自由的概念³⁷⁸。基本“这一形容词的第二层含义比较复杂。在没有确切标准的情况下，确定什么是基本自

français et comparé, 6^{ème} ed., 1914 年，由 Panthéon-Assas 出版社再版，Les introuvables 系列，2001 年，第 542 页)。

³⁷⁴

国家是有别于社会的实体，而社会则是通常生活在国家控制之外的个人群体。自由是由国家的放弃和权力的限制所界定的。从这个意义上说，现代人的自由不同于古人的自由。本杰明-

康斯坦特对这两种形式的自由进行了对比。对古人来说，自由意味着参与权力。而对现代人来说，自由意味着限制权力，禁止国家侵犯个人的特权。“因此，有必要确定一个不受政治权力限制的领域：个人自由” (P.

Wachsmann, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed., Dalloz, coll. Cours, 2002, p.22)。本杰明-

康斯坦特认为，“现代人的目标是私人享受的安全；他们把制度给予这种享受的保障称为自由” (B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparé à celle des Modernes*, 1819, in *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Garnier-Flamarion, 1986, p.276)。

³⁷⁵ C.LEFORT, "Droits de l'homme et politique", *Libre*, no. 7, 1980, p. 25.

³⁷⁶ Le grand Robert de la langue française.

³⁷⁷ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen", *Dr. adm.* 2004, Etudes no. 11, p. 7.

³⁷⁸ 宪法判例法中使用了这一表述 (CC, no.71；第 93-333 DC 号，1994 年 1 月 21 日，Cons.19, ECR 第 32 页；第 96-378 DC 号，1997 年 3 月 20 日，Cons.15, ECR 第 99 页；第 97-388 DC 号，1997 年 3 月 20

由是比较微妙的，因为这需要对某项自由的 "质量" 进行评估。

91. "根本" 这一形容词的含义可以在对理论争议进行分析的基础上加以澄清和完善。作为一个理论概念，基本自由和基本权利这两个概念具有完全不同的含义。这两种含义的划分完全基于形容词 "根本" 的含义和 "根本性" 的内涵问题。正如379 所述，确定这一概念有两种方法：一种是形式方法，另一种是实质方法。形式上的方法将任何受超立法层面准则保护的自由定为基本自由。实质方法则根据自由的重要程度来衡量其基本性。

1. 无法获得的自由

92. 正式的或严格的方法是参照有关准则的最高立法法律价值来界定基本性。根据这种观点，"基本权利和自由仅指受宪法或（以及）欧洲和国际准则保护的权利和自由。不多也不少。因此，所有受宪法或（和）国际（或欧洲）保护的权利和自由都是基本权利，无论其 "基本性" 的程度如何。并非所有未得到宪法或国际（或欧洲）承认的权利和自由都是基本权利"³⁸⁰。从这个意义上说，基本权利和自由的特点是不存在。"形容词 "基本权利" 意味着（.....）每个国家的制宪权力机构或欧洲层面的国际社会已决定将某些价值和保障置于其所支持的大多数群体和行政机构所无法企及的范围之外"³⁸¹。这些都是构成权力无法企及的自由。对基本权利和自由概念的这一理解明确地以德国的 *Grundrecht* 概念为基础³⁸²。这一正式定义是对德国法律中存在的这一概念的引进或移植。这一概念被视为唯一可能的概念，因为其支持者声称，"比较法，特别是德国法，就是这样理解这一表述的"³⁸³。

这一方法已被学术文献广泛采用。许多作者毫无保留地赞同基本权利和自由的这一定义³⁸⁴。其他作者虽然受这一定义启发，但也作了一些必要的调整，以限制基本性，或者只适用于具有宪法

日，Cons.48, ECR 第31页；第97-389 DC号，1997年4月22日，Cons.30, ECR 第45页；第2000-430 DC号，2000年7月27日，Cons.50, ECR 第95页）。理事会还使用了"宪法保障的自由"这一表述（CC, 第2000-441 DC号，2000年12月28日，Cons.42, ECR p.201）。此外，在2003年3月28日宪法修正案之后，"宪法保障的权利"这一表述被引入1958年10月4日《宪法》第72条第4款。

379 Vedel 院长证明，"法律概念的任何定义都可以从实质角度或从形式角度作出"（G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", EDCE 1954年，第27页。强调是后加的）。

380 L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, 9^{ème} ed, Dalloz, Précis series, 2006, no.

381 L. Favoreu 等人, *Droit constitutionnel*, 同前, 第1224页。

382 米歇尔-佛罗芒 (Michel Fromont) 是最早通过其文章 "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne" (发表于 *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éditions Cujas, 1975, pp.

383 L. Favoreu 等人, *Droit constitutionnel*, 同前, 第1218页。

384 特别见：N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 287, 1997, p. 8；P. AUVRET and J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes *juridictionnels* de protection des libertés publiques", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002年，第403页；V.TCHEN, "Protection des droits fondamentaux", *Jcl. administratif*, fasc. 1440 (11, 2002), no.DORD, "La notion de libertés publiques.296 Les libertés publiques, 2000, p. 12; M. BRANDAC, "L'action en justice, droit fondamental", in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 3; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs, 1999, pp.

价值的规范³⁸⁵，或者适用于符合其他标准的超立法规范³⁸⁶。

93. 这种基本性概念有三个主要优点。首先，它与公法的某些传统相一致，公法更倾向于形式定义而非实质定义³⁸⁷。其次，这种方法具有可预见性和法律确定性的优势。形式标准简单明了，易于应用。最后，它保证了所承认的基本自由的法律效力。如果基本自由仅限于上位法准则，那么作为承认基本自由依据的文本在实践中就不会受到质疑，因此也就不会被宣布无效。如果宪法、国际法、欧洲法或共同体法发生变化，可能会导致法律条款失效，但如果是上位法条款，则不存在这种风险。

然而，严格的形式方法有两个局限性。首先，与有时的说法相反，它并不是一种必然。在比较法中，基本权利的概念是由其在准则等级中的地位来界定的，而且所有国家都是这种情况³⁸⁸，这种说法似乎并不准确。此外，完全根据形式标准来确定自由的基本性质，“忽视了自由的‘本质’”³⁸⁹。事实上，这种方法没有考虑到权利和自由的重要性。无论在公民眼中自由是多么重要，如果在任何宪法

385 参见 X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14; A. AUER, "Les droits fondamentaux et leur protection", *Pouvoirs* no. AUER, "Les droits fondamentaux et leur protection", *Pouvoirs* no. Dean Favoreu 最初提出了这一定义 (L. Favoreu, "Rapport général introductif" du colloque *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, colloque Aix-en-Provence, 19-21 février 1981, Economica PUAM, coll. DPP, 1982, republished 1987, p. 41)。

386 Lachaume 教授认为，价值标准是必要的，但不是充分的；要确定基本权利，还必须考虑其他标准。宪法和国际权利与自由只有在满足其他条件的情况下才能具有基本权利的地位。M. Lachaume "根据法律支持、对象和法律制度这三个要素的组合"确定基本权利 (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998 年特刊, 第 93 页)。这些是宪法权利或国际权利，针对自然人或法人，"受益于特定的法律制度：禁止将这些权利置于事先授权制度之下；立法机构拥有对这些权利进行规范的专属权限，以便更有效地行使这些权利，或使这些权利与其他规则或原则或具有宪法价值的目标相协调 (.....)；在共和国全境统一适用这些权利" (同上, 第 94 页)。

387 正如 Vedel 院长所言，“我们公法的定义是有机的和形式的，而不是实质性的” (G. Vedel, TC 下的注释, 1952 年 11 月 27 日, Préfet de la Guyane 和 CE, Ass. 1953 年 4 月 17 日, Falco et Vidaillac, *JCP G* 1953, II, 7598)。同样，杜佩鲁先生也强调，形式和有机的观点“必须始终是我们公法的基本观点” (O. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz Sirey, p. 365, note 55)。从这个意义上讲，见公法大师们对法律概念的分析，显示了形式标准的首要地位 (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat (1920-1922)*, Bibliothèque Dalloz, republished 2003, t. 1, pp. 第 28 页, 指出“我国公法的概念和标准主要是形式上的；实质概念和标准是次要的”)。还应指出的是，莫里斯-豪里乌主张“根据程序”而不是“根据行为的性质”来定义行政不法行为，他补充说，“此外，一般来说，形式理论比实质理论更可靠” (M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} ed., Larose, 1901, p. 253. 强调是后加的)。

388 基本上只有德国才这样定义这一概念。Favoreu 院长本人在 1981 年承认，“基本权利”一词“只有在联邦德国才真正这样使用，在那里它具有宪法规定的确切含义” (L. FAVOREU, 上述文章, 第 41 页)。比较法中对这一概念没有统一的理解 (见上文第 68-70 段)。此外，这一概念是“引进法国的说法也不成立。不仅法国作者在 20 世纪初使用过这一表述 (尤其见 M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{ère} ed., Sirey, 1923, p. 93)，而且德国作者也断言，德国的 *Grundrecht* 概念的出现受到了法国的影响 (见 T. MEINDL, 上引论文, 第 97-101 页)。

389 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1541.

或国际文书中都不存在，那么它就不具有基本准则的地位。因此，这一标准具有一定的刚性，与第二种方法不同，第二种方法认为任何基本自由都是基本的。

2. 基本自由

94. 物质方法的支持者将基本自由定义为杰出的、基本的或首要的自由，即那些以其重要性为首要特征的自由。与形式主义方法的代表不同，物质概念的支持者属于截然不同甚至对立的思想流派。因此，我们可以将本质主义分为两种形式：自然本质主义（*jusnaturalist essentialism*）和实证本质主义（*juspositivist essentialism*）。

95. 艾蒂安-皮卡尔（Etienne Picard）是从法自然主义角度提出基本权利和自由总体概念的主要作者³⁹⁰。他的方法可以概括为两个命题：一方面，基本性是一种与法律价值标准无关的属性；另一方面，这种属性要求并证明由此限定的规范的普遍性。为了描述这一概念，人们有时会说，皮卡尔教授将所有具有本质属性的权利和自由都称为基本权利。虽然这种说法并不完全错误，但它高度还原了皮卡尔教授的理论，没有抓住皮卡尔教授理论的精髓，因此也没有抓住皮卡尔教授理论中最有争议的方面。

首先，在皮卡尔教授看来，一项权利的根本性质不在于支配它的法律规范，而在于它的内在内容，更具体地说，在于它与作为法律秩序基础的价值体系的对应关系。艾蒂安-皮卡尔（Etienne Picard）认为，实在法的规则并不能表达法律的全部现实。它们本身无法解释法律现象的意义和动态³⁹¹。为了全面理解法律，有必要将价值观纳入法律分析：“价值观不能被排除在法律之外，因为它们赋予了法律一般的意义”³⁹²。在作者看来，基本性就是与法律秩序所体现的更高价值相对应的东

³⁹⁰ 他在两份书面材料中阐述了自己的立场：“L'émergence des droits fondamentaux en France”，*AJDA* 1998 年特刊，第 6-42 页；“Les rapports entre le Droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'Etat”，*RA* 1999 年特刊 *Evolutions et révolutions du contentieux administratif*，第 15-46 页。关于对基本权利概念的自然法学方法，另见 W. SABETE GHOBRIAL。SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, Bordeaux I thesis, 1994, 537 pp. 作者提出了制宪过程并非自由的观点，主张存在一项法律义务，要求原始制宪权力机构在起草新宪法时将特定权利和自由纳入其中。这一观点显然值得批评，因为它没有任何法律依据。虽然在起草宪法文本时，无疑会有非常大的政治压力要求将权利和自由写入宪法，但从逻辑上讲，不可能由此推断存在任何法律义务。义务的两个来源（政治和法律）不在同一层面上。确定政治动机的存在是一回事，但推断其法律性质则是另一回事。

³⁹¹ 他认为，法律不能简化为规范。因此，我们“不应将正式的法律现实视为法律现实的最终表现形式”（E. Picard, “L'émergence des droits fondamentaux en France”, *AJDA* 1998, 特刊，第 8 页）。从这个角度看，似乎“与其说是正式的法律产生了基本权利，不如说是基本权利把握了法律并赋予了法律的一般结构：法律的各种技术和正式类别都倾向于确保这种普遍性，但没有一个类别成功地穷尽了这些基本权利的一般和共同基础”（同上，第 8 页）。

³⁹² E. PICARD, *op. cit.* 作者拒绝将法律和公理视为两个独立的对立世界。他提出了一个法律秩序的概念，即法律秩序向价值开放，甚至受制于价值。这一立场打破了凯尔森对法律秩序的表述。

西。从这个意义上说，基本性是外在于规范的属性。一项权利或自由的基本性必须通过诉诸规范外的考虑来确定，即通过与价值的比较来确定³⁹³。其次，基本性的特点是其效果，即优先于任何其他可能反对它的考虑或主张。在这方面，基本性不是一个恒定的属性，而是根据每个案例的具体情况而变化。艾蒂安-皮卡尔 (Etienne Picard) 认为，"立法或特别是法院援引这些权利的许多事例表明，这些不同的权利有一个共同点：它们都具有因这一限定而产生的普遍效力。这种效果实际上是恒定的；它可能与权利所依据的正式规范来源无关"³⁹⁴。因此，注重权利内容和重要性的实质性逻辑将优于注重法律秩序形式结构的形式主义逻辑。自由本身就是基本的；实在法只是赋予自由最重要的地位，或至少是足以确保其普遍性的地位。³⁹⁵

在某些方面，这种基本性方法值得商榷。首先，它所依据的预设是有问题的，即司法不能严格地、完全地与实在法³⁹⁶相提并论。这样一来，它就打破了我们法律体系的指导原则，即假定存在由特定时间内法律体系中所有有效的法律规则组成的实在法。法律作为一个整体与这些由人类意志制定的规范相一致；没有必要超越这些规范去深入法律现象。另一方面，这种概念在确定基本性方面留下了完全任意的空间。对基本性的评估完全从属于法院的价值判断。此外，由于基本性是一种取决于具体情况的属性，因此它成为一种波动的属性，因为在特定情况下，一项权利可能被定性为基本性，而在不同的事实配置中，它又可能失去这种属性。

96. 其他一些作者也对基本权利和自由提出了实质性的概念，但这次是从实证主义的角度出发的。这一立场汇集了实证主义理论的代表人物，他们认为超立法或宪法是基本自由的主要来源，但不是唯一来源。对这些作者来说，基本性主要--但不完全是（这也是他们与形式主义方法拥护者的区别所在）--与规定基本自由的准则的法律价值相关联。这些作者拒绝将基本性局限于宪法（或上位法），而是在宪法权利（或宪法和国际权利）之外增加了一些权利和自由，这些权利和自由虽

³⁹³

因此，"基本性实际上并不存在于产生有关权利的正式准则中。因此，如果基本性不存在于准则中，那么它肯定存在于权利本身的价值中，存在于权利所涉及的具体冲突的条件中（.....）"（E. Picard, *同前*, 第 15 页）。在这方面，作者区分了规范内基本性（包含在规范中）和规范外基本性（外在于规范）。"当唯一适用的规范在形式上只包括一个相同的等级，没有在冲突中的权利或要求之间建立等级制度，而法官仍将某项权利限定为基本权利时，基本性就以规范内的方式运作。如果法官在正式规范之外发现一项权利，但却将其适用于另一项基于同一规范的正当要求，并将这种普遍性归因于后者，则属于规范外权利。因此，诉诸规范外意味着它将超越规范--否则，法官去寻找文本中没有正式规定的权利是毫无意义的"（*同上*, 第 15 页）。

³⁹⁴ E. PICARD, *同前*, 第 9 页。

³⁹⁵ 在这方面，"基本权利的特点在于其作用，而作用本身又基于对这些权利的重视：基本权利是所有那些对立法机构而言足够重要的权利，它们有可能在任何其他可能反对这些权利的要求面前占上风。这些诉求可能是权力、权限，甚至是其他权利、其他法律原则或各种要求，如可能源于一般利益或公共政策的要求（但在本案中，这些要求并没有被限定为一般利益或公共政策）。然而，在每一种情况下，这些考虑因素都必须让位于基本权利，即使它们可以援引这样一个事实来为自己辩护，即它们也建立在基本权利所依据的相同的正式规范基础之上。更有甚者，当它们所依据的规范只是在较低的层次上确立时，情况也

是如此。但值得注意的是，情况也可以反过来：可以援引一项权利的基本性质来抵制可能具有更优越的形式基础的主张"（E. Picard, *同前*, 第 9 页）。

³⁹⁶ 关于对自然法学说的批判，见 H. Kelsen, "Positivisme juridique et doctrine du droit naturel", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Bruylant Sirey, 1963, pp.

然处于较低的规范层次，但仍然是必不可少的。例如，诺伯特-富尔基耶（Norbert Foulquier）指出，宪法和国际法是“基本权利的主要来源”³⁹⁷，从而承认存在级别较低的次要来源。同样，多米尼克-特平（Dominique Turpin）也指出，“尽管基本权利可以在简单的法律中（……）和由‘普通法官（……）’规定，但基本权利首先是那些在宪法或国际法文本基础上（由法官）针对立法权本身受到保护的权利”³⁹⁸。莫兰吉先生认为，基本自由这一表述“突出了其与基本、宪法、国际和欧洲文本的多重联系，同时也没有忽视立法和判例法的其他来源，而这些来源本身也是多种多样的”³⁹⁹。同样，马尔库指出，基本自由“得到宪法、国际公约和法律的承认”⁴⁰⁰。

这种方法的优点是在确定基本权利和自由方面具有极大的灵活性。它还可以将宪法文本或国际文书中没有的、但却至关重要的权利和自由视为⁴⁰¹。尽管如此，这种方法依赖于一种物质标准--尽管是辅助标准--来评估较低级别的准则的必要性。然而，这种方法的使用也不免带有主观性。

97. 因此，行政法官在处理基本性问题上有两种方法可供选择。他们可以在“基本”这一形容词的形式概念和实质概念之间自由选择，法学政策的考虑必须引导他们选择这两种立场中的一种。虽然行政法官被鼓励采用超立法标准，但他们并没有义务局限于这些标准，正如形式方法的倡导者通过其最著名的代表⁴⁰²所承认的那样。

II.对法律和理论资格的漠视

98. 除了法律使用的术语外，还必须考虑第二系列的限制因素，以确定解释者的自由空间：即指定某项权利或自由为“基本”的规范性文本和司法机构的决定。在确定基本自由的过程中，这些指定是否对行政法院具有约束力？最高行政法院是否有义务对基本自由的概念进行法律甚至理论上的限定？它是否必须将获得这种限定的标准视为基本自由？

397 N.FOULQUIER, Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 7. 强调是后加的。

398 D. TURPIN, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 8. 下划线

399 J. Morange, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland and S. RIALS eds.), PUF, Quadrige, Lamy, 2003, p. 950.

400 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 May 2001, no. 95, pp.

401 有人说，“在德国法律或其他法律体系中，自由的‘基本’性质从来都不是承认‘基本自由’存在的标准”(L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, 同前, 第 1219

页)。然而，根据外国的例子，特别是美国和葡萄牙的例子，这一论断似乎值得商榷，在这些例子中，基本性可能源于一项权利的重要性（参见上文，第 44 节和第 69 节）。

402 虽然法沃鲁院长认为从实际角度看这种假设不太可能，但他原则上接受在《行政司法法典》第 L. 521-2 条的范围内承认立法上的基本自由的可能性。见 L.FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.*2001, 第 1741

页：“可以设想，可以援引未列入受宪法和欧洲保护的自由清单的基本自由受到侵犯；鉴于此类自由的数量，似乎不太可能发生这种情况。然而，我们有理由相信，最高行政法院已经在宪法和欧洲自由清单上忙得不可开交，它将通过坚持上述清单来限制临时措施（référés-

libertés）申请的数量；这将是它驳回一定数量的临时措施申请的一种便捷方式”。Favoreu

院长承认在临时救济的情况下立法等级的基本自由是可能的，但他认为行政法官出于实际原因不愿意这样做。

99. 首先，由国内法或国际公约产生的文本限定的范围是什么？将某项自由描述为“基本”的立法声明并不具有规范性，因此行政法院不能以其为依据。这些规定属于所谓的“海报法、软法律、模糊法、气态法”⁴⁰³。从仅考虑法律的角度来看，行政法官在简易程序中没有义务将法律404所规定的权利和自由视为符合第 L.521-2 条的程序。对于标题中包含“基本自由”表述的国际公约，法院也没有义务采纳这些限定条件。由于文本标题和规范性文本的细分标题不具有法律价值，因此，单凭这一点，带有该标题的文本中规定的权利和自由就不属于《行政司法法典》第 L. 521-2 条管辖的自由。它们可以作为法官确定基本自由的指标或线索，但对法官没有任何约束力。至于提及这些权利和自由的规范性来源的国际文书，应当指出的是，它们只使用了“基本权利”的表述，在法国法律中没有法律价值或直接效力⁴⁰⁵。
100. 普通法院在各种纠纷（包括行政攻击纠纷）中使用基本自由的概念对临时救济法官有何意义？在此还是应当指出，从法律角度看，没有任何原则规定审理临时措施申请的法官必须采用普通法院使用的术语。一方面，有关争议和程序是相互独立的。其次，普通法院的判例法不能合法地强加给临时救济法官，因为临时救济法官本身就是一名普通法官。宪法法院、共同体法院和欧洲法院的裁决具有既判力的权威，甚至具有经解释的既判力的权威，尤其是与普通法院⁴⁰⁶有关的既判力的权威，是否应为这些法院设想不同的命运？答案是否定的，因为这两种权威都不适用在判决中将某项自由定性为“基本”的理由。在这种情况下，这些法院之一将某一准则定性为基本自由的事实并不要求行政法官在适用临时措施简易程序时采纳这一定性⁴⁰⁷。宪法委员会、欧洲共同体法院和欧洲人权法院对这一概念的使用对临时救济法官没有约束力。⁴⁰⁸
101. 最后，必须评估理论和外国资格的范围。毫无疑问，法律学说和比较法为阐明和理解基本自由的

⁴⁰³ "De la sécurité juridique", *EDCE* 1991 年, 第 43 期, 第 32 页。该报告指出, "1991 年, 与往年一样, 行政法院通过了大量法律, 其第 1^{er} 条没有任何规范性内容" (同上, 第 33 页)。表明某项权利或自由具有根本性质的表述无疑属于这一类。这些表述在法律草案或拟议法律的解释性备忘录中占有一席之地。然而, 它们在议会最终通过的文本中没有地位。在这方面应注意的是, 宪法委员会不将此类条款视为法律规范。因此, 如果介绍性条款 (CC, 第 2000-435 DC 号, 2000 年 12 月 7 日, Cons.11, *ECR* 第 164 页) 或公告文本 (CC, 第 2001-455 DC 号, 2002 年 1 月 12 日, Cons.55, *ECR* 第 49 页) 不具有法律效力, 就不能认为它们违宪。

⁴⁰⁴ 这只有一种情况是不同的: 法律将某项标准描述为"《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由"。只有在这种情况下, 以这种方式指定的自由才会自动成为临时救济的对象。

⁴⁰⁵ 根据假设, 《美洲人权公约》与法国当局无关。至于《世界人权宣言》, 它只是联合国大会的一项决议, 在国内法中没有效力 (尤其见 CE, 1984 年 11 月 23 日, *Roujansky, Lebon* 第 383 页)。

⁴⁰⁶ 见下文第 190 节。

⁴⁰⁷ 还应指出的是, 斯特拉斯堡法院和卢森堡法院无权解释国内法的规定。因此, 无论这两个法院对基本自由的概念采取何种态度, 它们都无权要求法国法院如何理解《行政司法法典》第 L. 521-2 条中的这一表述。

⁴⁰⁸ 因此, 不可能像有些作者那样提出这些限定条件, 甚至过分地提出这些限定条件来解释临时救济法官所采取的解决办法。

概念提供了特别有趣的视角⁴⁰⁹。然而，这些理论分析和外国经验无论如何丰富，都不能强加给自由法院的法官，要求他们采用特定的基本自由概念。虽然最高行政法院并非对理论建构无动于衷⁴¹⁰，但它绝不受这些理论分析的约束。此外，一个概念在另一法律体系中的含义如此这般，对法国法院也没有任何约束力，尤其是当这一概念因有关法律体系的不同而受到不同的评价时。

因此，在严格的法律中，法律行为者在法国法律和外国法律中对基本自由概念的各种使用对临时救济法官没有任何约束力。为确定解释者的自由裁量权，必须强调第三项要求。这包括法官有义务从概念上理解基本自由的概念。

III. 概念一致性的必要性

102. 立法机关将基本自由视为一个法律概念范畴。这就意味着，在确定哪些规则符合第 L.521-2 条的规定时，必须满足某些要求，特别是连贯性和一致性方面的要求。

103. 有时，作者将基本权利或基本自由的概念作为标准提出。例如，Champeil-Desplats 认为，在宪法判例法中，“基本权利的概念由于没有法律定义，而且涉及道德和法律基础的双重登记册，因此扮演着（……）法律‘标准’的角色，即一个具有不确定内容的灵活概念，作为作出决定的理由”⁴¹¹。然而，无论是在宪法判例法中还是在其他任何地方，基本自由或基本权利的概念都不能被视为一种标准。

标准--又称框架概念、模糊概念、灵活概念或内容可变的概念，视作者而定--是法律概念，其应用需要“评估，而不是解释”⁴¹²。这些概念有意保持模糊，“具有天然的不确定性，因此总是可确定和可重新确定的”，这要根据具体情况和时间而定⁴¹³。法官逐案核实案件事实是否符合指令性标准的框架。在适用这些标准时，“法官的评估必然会有波动，因为其适用标准不能脱离社会背景和对事实的主观认识”⁴¹⁴。因此，“当法院被要求对这些模糊概念进行定义时，它会借鉴法律以外的考虑因素：它会考虑到用法、习俗、社会或经济数据、环境等”⁴¹⁵。这些概念的含义“是流动的，特别是作

409

学说分析提供了概念和理论工具，而比较法对于更好地理解一个概念在多个法律体系中的含义极为有用。正如 Jürgen Schwarze 所指出的，“即使在国内法、国际法和超国家法的法律发展和法院对法规的解释实践中，当需要消除术语或概念上的不确定性时，最好还是求助于比较法研究（……）”（J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, t. 1, Bruylant, 1994, p. 93）。

410 见“Le Conseil d'Etat et la doctrine.Célébration du 2^{ème} centenaire du Conseil d'Etat”, *Journée d'étude du 25 novembre 1996*, R.A n° 300, pp.

411 V.V. CHAMPEIL-DESPLATS, “La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français”, *D.* 1995, p. 328.

412 G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 91.

413 G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 9^{ème} ed., 1999, no. Introduction, les personnes, les biens, Montchrestien, 9^{ème} ed., 1999, no.

188. 标准的例子包括公共政策、良好道德、儿童的利益、一般利益、家庭的好父亲、过错、疏忽以及情况的正常、特殊或特定性质。由于其结构，“法律标准是一个纯粹的工具，用于衡量正常情况下的行为和情况”（S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 61）。

414 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 118.

415 V.V. FORTIER, “La fonction normative des notions floues”, *RRJ* 1991/3, p. 759. 强调是后加的。

为时空因素的函数而演变”。416

基本自由的概念绝不符合这一定义⁴¹⁷。确定基本自由的智力活动不是逐案评估或法律定性⁴¹⁸，而是严格的解释活动。虽然基本自由概念的含义不是预先确定的，而是相对开放的，但这并不意味着它有可能根据提交给法院的案件而变化。这一概念的含义并不取决于每个案件的具体情况。在确定争议中是否存在基本自由时，事实信息不起任何作用。这一概念不可能在每个案件中都重新评估。

104. 基本自由这一表述对应于一个抽象的法律概念，更确切地说，对应于一个概念性的概念⁴¹⁹。它是一个法律范畴，是而且只能是概念性的⁴²⁰。根据 Dean Vedel 的定义，概念概念“可以根据通常的逻辑标准完全定义，其内容一劳永逸地抽象确定。毫无疑问，它们并不是一成不变的，但它们可能经历的增减归因于它们所应用的数据的演变，而不是它们本身的性质”⁴²¹。与功能概念不同⁴²²，“这些概念的使用取决于其内容，而内容并不取决于使用”⁴²³。因此，概念概念“能够先验地获得抽象定义，与它们所涵盖的具体情境无关”。⁴²⁴

对于行政法官来说，这种性质意味着在确定基本自由时要受到一定数量的限制。被指定为基本自由的标准必须具有相同的属性，并在概念上具有真正的一致性。法官不能将不同的事物归入一个概念类别。它们的特征必须是恒定的；不能因基本自由的不同而不同，从而取决于涉及任意性和主观性因素的法学政策。虽然有些东西可以感觉到，但法律必须被理解。让-达宾 (Jean Dabin) 认为，“由于定义的不确定性--尤其是在定性价值领域--过于依赖于法律适用机构的自由裁量权的规则并非没

416 V.V. FORTIER, 同前, 第 756 页。

417 如果说《行政司法法典》L.521-2 条的措辞有标准的话，那也不是在基本自由的概念中，而是在“紧急”、“严重”和“明显”的表述中。

418 资格认定必然以事实情况为前提。见 D. Labetoulle, "La qualification et le juge administratif : quelques remarques", *Droits* 1993/18, 第 31

页：“对行政法官而言，法律定性可被定义为（……）将事实（简单或复杂）与预先存在的法律概念进行比较的过程，调查该事实在多大程度上属于该概念的范围，并得出这一识别的初步结果”（着重部分由作者标明）。

419 某些所谓的“初级”或“庸俗”概念，如动物、出生或死亡，是法律外现实的表征。其他被称为“反身性”或“建构性”的概念，如国家、责任或合同，则是适当的法律概念，通常被更具体地描述为“概念”（见 C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale du droit et à la philosophie du droit*, 6^{ème} ed., Delachaux & Niestlé, 1979, no. 183）。基本自由的概念属于第二类，即概念性概念。

420 正如马塞尔-瓦利内所说，“法律范畴本身只能是概念。一个纯粹功能性的法律范畴是无法成立的。如果它没有任何定义，它不过是一个词（……）”（M. WALINE, "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin vol. 1*, Bruylant Sirey, 1963, p. 367）。1, Bruylant Sirey, 1963, p. 367）。

421 G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, §4.

422 功能概念的特征在于它们所执行的功能，只有功能才能赋予它们真正的统一性（参见 G. VEDEL, 同前, 第 4 节）。

423 G. VEDEL, 同前, 第 4 节。

424 D. LOCHAK, *La justice administrative*, 3^{ème} éd, Montchrestien, coll. Clefs politique, 1998, p. 132. 另见 M.-T. CALAIS-AULOY, "Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles)", *LPA* 9 August 1999, no. 157, pp.

有危险：受类别指导甚至（如果你愿意的话）受类别约束的智慧比或多或少带有主观性的判断更不容易误入歧途（.....）⁴²⁵。法律的连贯性和可预测性取决于此。因此，基本自由必须具有有别于大量其他规范的具体特征⁴²⁶。这些特征必须是恒定的，必须存在于基本自由范畴内的所有规范中，必须在被排除的规范中全部或部分地缺乏这些特征。

IV.相似概念的不同含义

105. 必须强调第四个也是最后一个制约因素。它涉及基本自由的概念必须如何融入其所属的邻里共同体。

正如 Cornu 教授所指出的，法律语言是根据词语经济原则运作的。语言符号的数量是有限的，而要命名的现象、事物或观念却是无限的，并且是不断发展的⁴²⁷。因此，法律语言从不使用两种表达方式来指定一个对象⁴²⁸。法律词汇不会浪费现有的词汇；它从不使用两个符号来表示同一个事物。由此我们可以推断，基本自由的概念与类似的概念有着不同的含义⁴²⁹。议员们在辩论中强调了这一点，表明各种表述之间存在细微差别⁴³⁰。

106. 尽管概念不可能具有完全相同的含义，但它们可以具有相似的含义。因此，我们可以将这些相似的概念归纳到一个邻居共同体中，以突出它们之间的差异，并强调每个概念所对应的特定现实。这里所说的“邻居共同体”对应的是我们的法律和政治历史遗留给我们的自由理念，即实在法承认个人拥有基本特权，这些特权可对公共当局强制执行，并且必须受到保护，以免权力受到侵犯。在这一邻里共同体中，有几个概念并存，尽管每个概念各自的含义并不总是很明确⁴³¹。这些不同的概念通常指的是相同的标准，但并非从同一角度出发。它们通常涵盖相同的权利和自

425 J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 280.

426 如果没有任何东西将基本自由与其他规范区分开来，它们就不会形成一个法律类别。Cf. J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, vol. III, Instituto de estudios de Administracion local, pp. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, vol. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969,

pp. 作者拒绝将人权视为一个法律范畴，理由是没有任何东西可以将这样描述的权利与“法律承认和组织的所有权利群”区分开来（*同前*，第 27 页）。

427 正如 M. Cornu 所指出的，“在法律语言中，如同在日常语言中一样，被符号的数量比符号的数量要多得多，甚至可能更多。法律概念的数量远远多于描述这些概念的词汇。语言支持的总和远远小于法律类别的总和”（G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p.103）。

428 “法律词汇中出现两个同义词是例外情况”（*同上*，第 137 页）。相反，“多义词在法律词汇中的重要性至关重要”（*同上*，第 93 页）。据作者估计，多义词占有所有法律词汇的三分之二以上。法律语言多次使用同一个词来命名不同的事物。同理，参见.....：J.-L. SOURIOUX and P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975, special p. 96.

429 根据上文所述，这些标准被理解为赋予个人基本权利的标准，作为自由的具体表现，可以针对公共当局强制执行。

430 见上文第 76 节。

431 正如马丁先生所指出的，基本自由的概念“由于与基本权利、基本原则和受宪法保护的权力相近而受到影响。这些相关概念有一部分是并列的，法律科学尚未对它们进行严格区分”（R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, p.1113）。

由，但从不同的角度来看待。在法国，有四个概念接近于基本自由的概念⁴³²。最常用的两个概念是公共自由和人权。属于这一类的两个概念--基本自由和个人权利与自由--较少使用。人权和个人权利与自由的概念侧重于准则的受益者；公共自由的概念强调其纵向维度；基本自由的概念侧重于其重要性。

A. 人权与个人权利和自由

107. 第一类表述将人权、个人自由和个人权利的概念归为一类，侧重于相关权利或自由的受益人。

108. 许多学者以人权的法外起源来描述人权。对于自然法学家来说，人权的外在积极性是司法性的载体。根据这些作者的观点，这些权利的存在超越了文本对它们的承认；人权是通过并归功于自然法而获得实在法⁴³³。实在法学者也认为人权是实在法之外的⁴³⁴。与前一种趋势不同的是，他们认为这种情况是这些主张获得法律效力的障碍。在这些作者看来，人权沦为纯粹的道德原则，没有任何法律范围。⁴³⁵

然而，不清楚为什么被称为“人权”的准则应被剥夺法治地位。实证主义作者为否认这些权利的法律性质而提出的两个论点经不起分析。首先，有人断言，在政治和哲学论述中，“人权”一词被用来

432 基本权利通常被理解为基本自由的同义词，因为它们都有一个形容词“基本”。

433 因此，布兰迪娜-巴雷特-克里格尔认为，人权“不是起源于主观唯心主义和法律自愿主义（.....），而是起源于坚持以自然法为参照的现代法律著作（.....）”（B. BARRET-KRIEDEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, p.98）。同样，伊夫-马迪奥（Yves Madiot）认为，人权是“主观权利，它将支撑人的尊严的自然正义原则转化为法律秩序”（Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2^{ème} ed., Masson, 1991, p.26；作者在 *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, p.10）。在自然主义作家中，我们应该注意到米歇尔-维利（Michel Villey）的特殊立场，他驳斥了人权的存在，理由是法定性为人权的权利缺乏法律一致性，因此不符合罗马人留给我们的“权利”一词的含义。从这个意义上说，“人权”一词是毫无根据的（M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Questions, 1990, 169 p.）。

434 皮埃尔-

波恩认为，“人权是个人在其抽象的普遍本质中所享有的权利；人权被视为先于和优于实在法，以便成为实在法有效性的标尺和国家合法权力的界限”（皮埃尔-波恩，“人权”，载于 *Dictionnaire constitutionnel*（Y. MENY et O. DUHAMEL dir.），PUF，1992

年）。里韦罗和穆图赫认为，“‘人权’概念（.....）是自然法概念的一部分。根据这一概念，因为人是人，所以他拥有一套与生俱来的权利，如果不侵犯这些权利，就不能无视这些权利”（J. RIVERO 和 H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} éd., PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, no. 10）。人权被视为

“政治和道德要求，或多或少受到政治自由主义及其延伸的启发，在任何严格的法律背景之外被考虑”（L.

FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, no. 87）。这些权利

“事实上与其说是法律问题，不如说是意识形态或话语问题（.....）”（F. BRENET, “La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA”, *RDP* 2003, 第 1564 页）。

435 正如 M. Ollero-Tassara 所指出的，“否认人权的法律性质，只赋予其‘道德范围’是很常见的”（A. OLLERO-TASSARA, *Droit 'positif' et droits de l'homme*, Editions Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1997, p. 75）。强调是后加的。

指代一种道德主张或要求赋予一种权利。这无疑是正确的。然而，很难理解在严格的法律领域之外使用一个法律表述如何会导致其法律地位被剥夺。一个概念不会仅仅因为被非法律行为者使用而失去其法律性质。基本自由或公共自由的表述经常以这种方式被使用，但仅凭这一点，没有人会想到要对其积极性提出质疑。其次，这一概念指的是自然法，排除了任何积极的规范。诚然，这一概念最初是以超越的视角使用的。援引更高的原则是为了限制权力的专制主义，将源自道德原则的内在权利置于国家之上。从法哲学的角度来看，这样的表述可能曾经是有意义的，因为它可以从道德的角度，进而从普遍理性的角度来批判政治专制主义。然而，今天，人权已被写入文本，其合法性不容争辩；因此，人权本身就是法律准则。这首先体现在《欧洲人权公约》等完全不提及自然法的文本中。人和公民的权利宣言》也是如此，尽管它非常明确地提到了自然法理论⁴³⁶。正如扬-阿吉拉（Yann Aguila）所指出的，该文本具有“实际决定的性质，因此是实在法而非自然法的问题”⁴³⁷。1789年的人们指定为“自然”权利的权利和自由现在已成为实在法的标准。正如瓦克斯曼教授所言，“所谓的自然法被吸收到实在法中，在构成性阐述中赋予其唯一的法律现实”⁴³⁸。规范性文本将一项权利或自由描述为“自然”这一事实丝毫不影响其法律价值。1958年，《宪法》在序言中庄严重申了对人权的重视，从而确认了人权的法律性质。1971年，宪法委员会通过赋予1789年《宣言》充分的法律价值⁴³⁹，得出了这一结论。在确定人权的实在性时，最重要的是这些权利是由一个规范性权威机构提出的，并载于一个真正具有法律性质的文本中。因此，1789年《宣言》和《欧洲公约》中规定的人权构成实在法规则。因此，必须摒弃以缺乏法律价值或所谓的自然法本质来描述人权的标准。

实际上，人权的主要和首要特征在于权利的主体，即人⁴⁴⁰。人权的主要特征是，人权属于所有人，但又只属于人。一方面，这些权利被赋予在本国领土上的每一个人，即具有普遍本质的人，不分本国人 and 外国人，也不分合法外国人和非法外国人。另一方面，这些权利附着于人；它们只归属于自然人，根据假设，法人不能援引这些权利。法人享有的权利不是人权。如果某些权利，如所有

436

宣言》在序言中明确提到了自然法：“法国人民的代表（……）决心在庄严的宣言中阐明人的自然的、不可剥夺的和神圣的权利（……）”。宣言》的某些条款也提到了自然法，第2条提到“人的自然的和不可剥夺的权利”，第4条提到“每个人行使自然权利”。

437 Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1993, p. 39. 强调是后加的。

438 P. WACHSMANN, "Déclaration ou constitution des droits?", in *1789 et l'invention de la Constitution* (M. TROPER and L. JAUME eds.), colloquium of 2, 3 and 4 March 1989, LGDJ Bruylant, 1994, p. 50. 毫无疑问，《宣言》第2条最清楚地表明，作为自然权利提出的权利具有明显的法律性质，同时也具有限制性。该条款对自然法的敬意“掩盖了它完全退出实在法的事实。该条两句之间的断裂是无法弥补的，它宣告了自然法的终结：“每一个政治团体的目标都是保护人的自然的、不可侵犯的权利。这些权利是：自由、财产、安全和反抗压迫。”“这些权利是”：列举结束了，自然法的动力被打破了，自然法使每个人，或者说每个开明的头脑，为了自身的利益和普遍的利益，发现了源于人性的原则和权利。被置于实在法秩序顶点的文本的残酷性表明了这一新秩序的局限性：所谓的自然权利就是《宣言》中规定的那些权利--

也仅仅是那些权利。法律秩序是决定其所包含的权力的唯一主宰”（同上，第48页，强调是后加的）。

439 CC, no. 71-44 DC, 16 July 1971, *Rec.* p. 29, *GDCC* no.

440 M. Peces-Barba Martinez

认为，“主体及其保护既是理解问题的核心，也是最终的统一要素，它涉及到作为人权同义词的所有术语”（G. PECES-BARBA MARTINEZ, 同前，第22页）。

权，后来扩展到法人，这并不是因为它们是人权。

109. 立法者和法院有时使用的个人自由和个人权利的概念也采用同样的标准。

在非自愿入院的情况下，《公共卫生法》L.3211-3 条规定：“精神失常者在未经本人同意的情况下入院时，对其行使个人自由的限制必须仅限于其健康状况和实施治疗所需的限制”。1982年3月2日的法律还将个人自由的概念与公共自由的概念并用，以确定 *déféré-liberté*⁴⁴¹ 的适用范围。

在实践中，最经常使用这些概念的是法院，一般是在以下两方面发生冲突的情况下：一方面个人被承认的权利和自由，另一方面是为证明对这些权利和自由的限制是合理的而提出的普遍利益、集体利益或更广泛的任何其他利益的理由。因此，斯特拉斯堡法院认为，“《公约》制度的固有特点是在捍卫民主社会和保障个人权利这两项当务之急之间进行某种形式的调和”⁴⁴²。同样，宪法委员会也指出，组织立法者将个别行为排除在地方全民投票的范围之外，“既考虑到这些行为的特殊制度，也考虑到全民投票通过这些行为可能带来的侵犯个人权利的风险，并没有无视宪法赋予的权力限制”⁴⁴³。在1950年的一项裁决中，最高行政法院就会计师协会禁止其成员通过新闻媒体介入任何与专业问题有关的投诉或诉讼的决定的合法性作出裁决，宣布专业协会的权力“受到属于协会成员的个人自由的限制，如同属于公众的个人自由一样”。该法院废除了有争议的措施，理由是这些措施超出了骑士团最高理事会可合法施加的限制范围⁴⁴⁴。在1948年 *Sieur Verlbac* 案的判决中，最高行政法院必须对一项市政法令做出裁决，该法令旨在通过各种管理措施促进无家可归者的住房问题。行政法官指出，“根据一般原则，负责这项政策的当局有责任协调良好秩序与尊重个人自由之间的关系”⁴⁴⁵。同样，司法官员在谴责雇主过度限制雇员个人权利和自由的决定时也使用了这一表述。例如，一家上诉法院将结婚权描述为一项“个人权利”，并谴责了雇用合同中禁止空姐结婚的条款⁴⁴⁶。在雇主与雇员的关系中，行政法官也认可了公司保留随时开放员工更衣室的权利的措施⁴⁴⁷。由此看来，使用个人权利或个人自由的表述方式最经常表达的是个人被承认的权利和自由与限制行使这些权利和自由的理由之间的冲突和调和。这些权利和自由涉及个人及其隐私，是根据其受益人来定义的。公共自由的概念突出了自由的纵向维度。

441 该法提及

“可能损害行使公共或个人自由的行为”。行政法官在适用该法时没有区分公共自由和个人自由。

442 欧洲人权法院，1976年9月6日，*Klass 诉德意志联邦共和国*，§ 59，A28。

443 CC, n° 2003-482 DC, 30 July 2003, cons. 7, *Rec. p.* 414。另见，提及“个人自由”概念以指定来去自由、个人自由和住宅不可侵犯性：CC, 第 94-352 DC 号，1995年1月18日，cons.3, *ECR p.*140。

444 CE, Ass., 29 July 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat, Lebon p.* 492, *GAJA n°* 69。

445 CE, 1948年2月6日，*Sieur Verlbac, Lebon* 第 63 页。

446 CA 巴黎，1963年4月30日，*Eoux Barbier c/ Compagnie Air France*, *D.* 1963, 第 428-430 页，注释 A。ROUAST。

447 CE, 1987年6月12日，*Société Gantois, Lebon* 第 208 页。一家公司的内部条例规定，管理层保留随时打开为每位雇员提供的更衣室或个人储物柜的权利。最高行政法院裁定，这一规定“超出了雇主为确保公司健康和而对个人权利和自由依法施加的限制范围”。

B. 公共自由

110. 一些外国宪法中使用了公共自由的概念，特别是西班牙和希腊的宪法⁴⁴⁸。然而，"毫无疑问，在法国，这一概念在概念和法律上不仅占据了突出的地位，而且长期以来独占鳌头"⁴⁴⁹。在革命和革命后时期的某些宪法文本中，这一表述首次以单数出现⁴⁵⁰。1852年1月14日《宪法》第25条规定，参议院是"基本条约和公共自由的捍卫者"。1946年《宪法》第72条规定，"在海外领地，议会拥有刑事立法、公共自由制度以及政治和行政组织方面的立法权"。为了适用这一规定，政府要求最高行政法院澄清"公共自由"一词的内容。最高行政法院在1947年8月13日的意见中指出，"'公共自由'一词包括个人自由之外的主要自由，这些自由不仅限于个人，还体现在外部，涉及共同参与者的行动或对公众的呼吁：因此，下列自由尤其属于公共自由的范畴：集会自由、结社自由及其工会自由、新闻自由和一般的思想传播自由、信仰和礼拜自由以及教育自由"⁴⁵¹。在实践中，第四共和国^e使公共自由领域成为"一种摆脱监管权力帝国的共和堡垒，并保留给主权立法权的唯一管辖范围"⁴⁵²。虽然国务委员会1953年2月6日的意见在这方面并不明确⁴⁵³，但在各个领域授予行政权力的各种法律往往包含这样的但书，即"法律保留的事项（.....）以及对公共财产和自由的保护不得受到侵犯"⁴⁵⁴。在第五共和国^e1958年10月4日《宪法》第34条中找到了将公共自由领域保留给议会的解决方案。2003年3月28日修宪后，⁴⁵⁵。1979年7月

448 见上文第65节和第68节。

449 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, Précis series, 2005, no. 57.

450 1793年6月24日《宪法》第9条规定，"法律必须保护公众和个人自由不受统治者的压迫"。1814年6月4日的《宪章》在其解释性声明中宣称："当暴力从政府的软弱中榨取让步时，公共自由所面临的危险不亚于王位本身"。在1815年4月22日《帝国宪法附加法令》的序言中，公共自由一词也是单数。

451 行政长官，意见，1947年8月13日，EDCE 1956，第64页。阅读这一意见可以得出两点看法。首先，"公共"这一形容词从消极方面来说意味着这些自由不仅限于个人，从积极方面来说意味着这些自由是外显的，涉及到共同参与者的行动或对公众的呼吁。另一方面，最高行政法院制定的指示性清单包括《人权和公民权利宣言》中规定的自由（如信仰自由）、1946年《宪法》序言中规定的自由（如工会自由）以及法律规定的自由（如集会自由和结社自由）。

452 C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, 7^{ème} ed, Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 21.

453 当被要求就法律可服从的授权范围作出裁决时，最高行政法院确认"某些事项保留给法律，这或者是由于《宪法》的规定，或者是由于共和宪政传统，特别是由于《宪法》序言和1789年《人权宣言》，其原则在序言中得到重申....."；que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire" (CE, avis, 6 février 1953, RDP 1953, p. 170-171). 另见 Y. GAUDEMET, B. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} éd, Dalloz, 2002, avis n° 2, pp.)

454 见 C.-A. Colliard, *同前*，第21页。

455 根据第72(4)条的规定，"当行使公共自由或宪法保障的权力的基本条件受到威胁时"，领土当局被授权暂时减损有关其行使权力的立法和监管规定的可能性被排除在外。第73条第(4)款规定，在海外省和海外地区，特别是在涉及"公共自由的保障"时，不得修改议会通过的法律。第6款规定，"当行使公共自由或宪法保障的权力的基本条件受到威胁时"，不得使用第2款和第3

11 日的法律（以及 2000 年 4 月 12 日的法律）也使用了这一概念，该法律要求对限制“行使公共自由”的个人决定说明理由。这些规定的实施要求法院确定与公共自由概念相对应的标准。就 1979 年 7 月 11 日的法律而言，下列自由被视为公共自由：贸易和工业自由⁴⁵⁶，所有者处置其财产的权利⁴⁵⁷，以及在义务教育期间接受教育的权利⁴⁵⁸。就《宪法》第 34 条而言，下列自由被归类为公共自由：通信自由⁴⁵⁹，采取法律行动的权利⁴⁶⁰，或最近的查阅行政文件的权利⁴⁶¹，以及公民自由从事不受任何法律限制的职业活动。⁴⁶²

所有这些自由有什么共同点呢？首先，必须排除两个标准。第一个标准涉及公民自由的受益人。有时有人认为，只有自然人才能成为公共自由的受益人，而不包括法人。这一标准与实在法无关，因为私法和公法都承认法人是公共自由的受益人⁴⁶³。第二个可能的标准是这些自由所占的规范地位。这是学说中最混乱的一点，因为几乎所有的假设都得到了支持。根据不同作者的观点，公共自由可能处于宪法层面⁴⁶⁴、超立法层面⁴⁶⁵、最高立法层面⁴⁶⁶、最低立法层面⁴⁶⁷或所有规范层面

款规定的权力。最后，第 74

条规定，海外集体可在国家的控制下参与行使国家保留的权力，“同时尊重在整个国家领土上对行使公共自由给予的保障”。

456 CE, 1985 年 6 月 17 日, *Dauberville, Lebon* 第 184 页。

457 CE, 23 October 1996, *Le Pelletier de Rosambo, Lebon T. p. 681*。

458 CE, Sect. 25 March 1983, *Ministre de l'Éducation c/ Epoux Mousset, Lebon p. 135, AJDA 1983, pp. B.LASSERRE 和 J.-M.*

DELARUE。专栏作家指出，“根据草案，该决定承认接受学校教育的权利（……）可被视为一种公共自由”（*同上*，第 297 页）。

459 CC, no. 84-173 DC, 26 July 1984, *Rec. p. 63*。

460 CC, no. 80-119 L, 2 December 1980, *Rec. p. 74*。

461 CE, 2002 年 4 月 29 日, *Ulmam, Lebon* 第 157 页。

462 CE, Ass., 7 July 2004, *Ministre de l'Intérieur c/ M. X, Lebon p. 297*。

463 因此，地方当局可以在行政法院援引所有权（见 P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968 年，第 205-206 页）。法官废除侵犯私人贸易和工业自由的决定（见 P. BRAUD, *同上*，第 209-211 页）。作者还指出，1884 年 3 月 21 日的法律和 1901 年 7 月 1^{er} 日的法律明确提到工会和协会是工会自由和结社自由的受益人。

464 Philippe Braud 提到了“宪法规范作为公共自由来源的专有作用”（P. BRAUD, *前引书*，第 332 页）。M. Colliard 指出，这些自由“一般由制宪立法机构宣布，也可能由普通立法机构组织”（C.-A. Colliard, *前引书*，第 141 页）。

465 Rivéro 和 Moutouh 认为，公共自由是“在国内法中上升到宪法层面，在欧洲法中上升到最高立法层面”的权利（J. Rivéro 和 H. Moutouh, *同上*，第 21 页）。M. Leclercq 认为，“公共自由是自由的一个限定方面，由宪法和/或国际文本转化为法律，并受到这些文本和其他后续文本规定的法律保护制度的约束，这些文本和后续文本的目的是通过适当的程序，维护由此界定的自由”（C. LECLERCQ, *Libertés publiques*, 5^{ème} éd., Litec, 2003, p.5）。同样，M. Turpin 说：“在 V^e 共和国时期，我们从法律保护公共自由转向了法律保护公共自由”（D. TURPIN, “Les libertés publiques sous la V^e République”, *RDP* 1998, p.1833）。

466 对他们的保护是以“法律和一般法律原则”为基础的（L. Favoreu et al, *Droit constitutionnel, 同上*，第 1222 页）。

467 吉勒-勒布雷顿认为，公共自由是“至少具有立法价值的规范所承认的”权力（G. LEBRETON, *Libertés*

468。实在法的现实是什么？首先可以肯定的是，存在宪法规定的公共自由⁴⁶⁹。而且，如果我们仔细观察，就会发现在实践中，绝大多数被法院归类为实在法的规则都是具有宪法价值的规则⁴⁷⁰。此外，这种情况也符合《宪法》第34条的规定。该条款规定，法律应制定有关“公民行使公共自由的基本保障”的规则。由此可见，法律规定的是对公共自由的保障，而不是公共自由本身。根据这一规定，“法律应给予的不是自由，而是行使自由所必需的保障”⁴⁷¹。然而，根据假定，法律保障的是高于法律的东西，即宪法（国际公约不使用公共自由这一表述）。公共自由的存在无需立法机构的干预，只需宪法承认即可。

在排除了这两个标准之后，公民自由的定义实际上必须通过确定“公共”这一形容词在这一表述中的含义来加以澄清。确定公民自由的关键就在于这个形容词。首先，“公共”这个形容词可以指有关自由是由公共权力机构颁布的⁴⁷²。然而，这一定义过于宽泛。如果把国家制定的所有规则都说成是公共自由，那么所有的法律规则当然就成了公共自由，没有任何东西可以把它们与大量的其他规则区分开来。实际上，“公共”这一形容词应被理解为指与公共当局的关系。这些自由是针对公众承认

publiques et droits de l'homme, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, p.15)。

468 Cf. P. AUVRET and J. AUVRET-FINCK, "La complémentarité des systèmes *juridictionnels* de protection des libertés publiques", in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 404: "Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra* législatives. *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 404: "Les libertés publiques sont tout à la fois législatives, *infra* législatives et *supra* législatives".

469

宪法法院或行政法院在上述规定中称为公共自由的标准是宪法层面的标准。此外，宪法委员会本身也提到了“宪法保障的公共自由”（CC, 第94-352 DC号, 1995年1月18日, cons.3, *Rec.p.*140; 第96-377 DC号, 1996年7月16日, *Rec.p.*87; 第97-389 DC号, 1997年4月22日, *Rec.p.*45; 第99-411 DC号, 1999年6月16日, *Rec.p.*75)。

470 这种情况在过去已经存在，但由于《人权宣言》和1946年《宪法》序言没有直接适用，公众自由是通过法律的一般原则以及适当的普通法得到保护的。在援引这些自由之前，必须等待议会的干预或法院的调解。宪法是公共自由的物质来源，其形式来源则是赋予公共自由具体形式的低级规范。一旦1789年《宣言》和1946年《序言》成为具有法律约束力的文本，就可以在普通法院直接援引宪法规定的公民自由，因此，基于立法价值的公民自由定义不再有效。

471 F.LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p.

109.准备工作文件还表明，制宪者显然打算区分自由的定义和自由保障的定义，只将后者保留给立法机构。政府对现行第34条（当时为第31

条）的初步草案提出了我们今天所知的方案。在宪法咨询委员会会议之前，皮埃尔-亨利-泰特根（Pierre-Henri Teitgen）曾希望将立法机构的权限扩大到公共自由的定义本身，而不仅仅是公共自由的保障，用他的修正案的话来说，就是“公共自由的定义以及公民行使公共自由的保障”（*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La documentation française de la Constitution du 4 octobre 1958, pp.2, La documentation française, 1988, pp.）宪法咨询委员会对此深信不疑，并考虑到 Teitgen

的修正案，起草了如下案文：“与以下方面有关的问题：（……）公共、公民和工会自由的定义，以及公民行使这些自由的保障，应由法律规定”。政府通过的最后文本否定了这一措辞，恢复了草案初稿中的提法。因此，只有对行使公共自由的保障，而不是公共自由本身的定义，才属于法律范围。

472 在这个意义上，这个形容词引入了“社会约束起源的精确性”，并指“一个特定的框架：

国家的框架，基本法律规则的作者（或多或少直接地，在国际法规则的情况下，共同作者）”（P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, no.

1)。根据这一理解，“使自由成为‘公共’的，无论其对象如何，是当局为承认和发展它而进行的干预”（J. RIVERO 和 H. MOUTOUH, *同前*, 第8页）。

的自由，只能针对公共当局执行。这个形容词“首先反映了公共自由的纵向维度”⁴⁷³。因此，公共自由的概念在司法判例法中基本不存在。工会自由是一种公共自由，因为它可以针对国家强制执行，但在法庭上却不会被定性为公共自由。

C. 基本自由

111. 最后，必须提及基本自由的概念，这一概念强调了由此限定的自由的重要性。这一表述在法国法律中很少使用。在国外也不常用。然而，1976年4月2日葡萄牙宪法序言第三段指出，1974年革命“恢复了葡萄牙人民的基本权利和基本自由”。

在法国，1958年6月3日的宪法包括了第四项原则，其措辞如下“司法当局必须保持独立，以确保尊重1946年《宪法》序言及其提及的《人权宣言》所规定的基本自由”。1958年10月4日《宪法》序言重申了对“人权”的重视，并将其作为该原则的译文⁴⁷⁴，这再次证明了构成邻国共同体的不同概念之间存在的接近性。在基本自由的概念明确确立之前，⁴⁷⁵，这一概念被用于攻击和殴打的场合。法院有时也会在不产生任何法律后果的情况下使用这一表述。在一起涉及耶和华见证会信徒治疗选择的案件中，最高法院驳回了对上诉法院裁决的上诉，上诉法院的裁决是“受害者基于宗教原因拒绝输血，行使了基本自由的选择权”⁴⁷⁶。

在邻里关系中，这一表述突出了自由的重要性。自由的本质并不在于其法律价值--在所举的两个例子中，有关自由都是立法层面的。自由之所以重要，是因为它的重要性。这一表述突出了自由的重要性。从这个意义上说，它与“基本”一词的实质含义相似，但与后者不同，它没有具体的奠基作用。

473 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, coll. Précis, 2005, no. 59. Duguit 指出，“关于公共自由的法律是那些具有双重目的的法律，即确定国家的义务和为履行这些义务建立保障” (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V Les libertés publiques, E. de Boccard, 1925, p. 2)。同样，博纳尔指出：“当个人的自由可对国家强制执行时，通常被称为‘公共自由’” (R. BONNARD, “Les droits publics subjectifs des administrés”, *RDP* 1932, 第 710 页, 注 1)。除了一些细微差别，乔治·莫兰热 (*Contribution à la théorie générale des libertés publiques*, Nancy thesis, 1940, p.15) 和雅克·穆尔金 (Jacques Mourgeon, *Les libertés publiques*, *Thémis*, 1979, p.21) 也接受了同样的概念。

474 On the preamble to the Constitution of 4 October 1958, see R. PELLOUX, “Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958”, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, 1960, pp. 389-401; J. GEORGEL, “Aspects du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958”, *RDP* 1960, pp. 85-101; B. GENEVOIS, “Le préambule et droits fondamentaux”, in *L'écriture de la Constitution française de 1958, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence* (L. FAVOREU, D. GENEVOIS), pp. 85-101. GENEVOIS, “Le préambule et les droits fondamentaux”, in *L'écriture de la Constitution de 1958, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence* (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), *Economica*, 1992, pp.

475 见 TC, 1956年12月10日, *Sieurs Randon et autres*, *Lebon* 第 592 页, concl. GUIONIN。冲突法庭确认“Brunel 和 Cornevaux 先生被指控的行为构成对《刑法》第 187 条所保障的基本自由--邮政通信安全的侵犯，因此构成攻击罪 (.....)”。基本自由的概念确立后，这一概念并未完全消失。法院继续将其作为基本自由概念的同义词使用 (例如，见 Civ. 1^{ère}, 1975年5月27日, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ.* I, n° 178)。

476 Crim. 1987年6月30日, *Tetiarabi*, 第 86-91.014 号。

第 1 章结论

112. 基本自由的概念决定了第 L.521-2 条的适用范围，这一概念是开放的、可变的。它是一个“从一开始就不确定的法律范畴，因此没有详尽的定义”⁴⁷⁷。立法者没有以任何方式限制法官的自由。立法者没有限制法官的自由，也没有限制这一概念或制定任何标准。议会阶段没有解决其定义问题。因此，第 L.521-2 条所规定的保护范围只能由法院作为最后手段来确定。
113. 对法院施加的法律和逻辑限制提供了一个灵活和受欢迎的框架。在确定什么是基本自由时，法院有很大的自由裁量权，使其对⁴⁷⁸这一概念有绝对的控制权。L.521-2 条的文本赋予法院很大的自由裁量权，法院当然也利用了这一自由裁量权。法院拒绝受约束，以灵活和非形式主义的方式确定了基本自由的清单以及每项自由的内容和限制。最重要的是，为了充分实施第 L.521-2 条规定的程序，最高行政法院选择了对基本自由的广泛定义。

⁴⁷⁷ N.JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté: un cas à part?", *AJDA* 2003, p. 658.

⁴⁷⁸ 许多作者都强调了法官在这一点上享有的自由。在 Eric Sales 看来，《行政司法法典》第 L.521-2 条“为行政法官留出了很大的自由空间，不仅可以确定在有关事项中可能使用的参考文本，还可以确定哪些现有权利和自由属于基本自由的范畴”（E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales", *RDP* 2004, 第 212 页）。同样，在 M. Glénard 看来，“行政法官拥有几乎无限的判断余地”（G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative", *AJDA* 2003, p. 2009）。Catherine Botoko-Claysen 指出，这一概念“仍由简易程序法官自由裁量”（C. Botoko-Claysen, "Le référé-liberté vu par les juges du fond", *AJDA* 2002, p. 1050）。同样，另见 G. DRAGO, "Les droits de l'homme", *AJDA* 2002, p. 1050。DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Study no. 11, pp. 一般来说，艾森曼曾指出，“如果表达概念的词没有定义，即如果立法机构本身没有确定该概念，或者如果该词的含义不确定（.....），则必然要求负责个别决定的当局确定概念本身，并自由地这样做”（C. EISENMANN, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique", *APD* 1966, t. XI, pp. 25-43, reproduced in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2002, p. 291）。值得注意的是，在 20 世纪 60 年代，法律作家们强调，在最高行政法院在 *Dame Klein* 案的判决中规定了基本自由的概念后，法院享有广泛的自由裁量权。由于在这一点上缺乏精确性，Auby 先生宣称，“高等法院的判例法为事实上的通行权概念开辟了新的前景，目前尚无法确定其界限”（TC 下的注释，1963 年 11 月 25 日，*Saint-Just Chaleysin 公社, époux Pelé (两种)*，*JCP G* 1964, II, 13492）。

第2章 基本自由概念的 广义定义

114. 界定基本自由概念的方法既宽泛、自主，又注重案例。这就提出了行政法官使用的识别标准问题。

广泛、自主和基于案例的方法

115. 在没有立法预先确定的情况下，应由法官决定《行政司法法典》第 L. 521-2 条的适用范围。最高行政法院在这样做时有很大的自由度，而且显然选择了对基本自由采取宽泛的处理方式⁴⁷⁹。

这种全方位的含义首先是为了充分发挥简易程序的作用，使行政法院能够真正利用简易程序来确保对当事人的保护。这关系到行政法院的形象和合法性。行政法院终于有了一个能够迅速有效地进行干预的工具，它不希望在保护自由方面显得落后。政府专员伊莎贝尔-德席尔瓦 (Isabelle de Silva) 指出，"那些受法院管辖的人表达了一种强烈的期望：当基本权利或自由受到威胁时，希望法官拥有广泛的权力"，并回顾了自由法院成立之前紧急司法法官的不及时介入，随后她表示，"在捍卫基本权利时，最好不要显得袖手旁观，而应让法官在其职责需要时进行干预"⁴⁸⁰。Venelles 市镇案的判决是行政法官采取宽泛方法的象征。正如 Collin 和 Guyomar 所指出的，最高行政法院将地方当局的自由行政原则确立为一项基本自由，这无疑是大胆的，"但这关系到行政法院的形象，如果行政审判庭从一开始就给人一种印象，即它想限制使用本应反映其现代化的工具，那将是非常不幸的"⁴⁸¹。1997年5月12日冲突法庭裁决的阴影和滥用事实上的通行权的记忆仍然非常深刻。行政法院担心，对基本自由概念的限制性解释将使简易程序失去效用，并使其无法满足对个人进行司法保护的需要，而在此之前，只有法院才能提供这种保护。

这种宽泛的做法的理由是，存在着防止这一程序被滥用和轻视的保障机制。即使申请人属于《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的范围--即涉及基本自由--要获得保障措施，他或她仍必须证明有关自由受到了严重侵犯，这种侵犯显然是非法的，而且需要临时救济法官立即干预。这些条件要求很高，临时救济法官可以完全放心地对基本自由作出宽泛的定义。扩大适用范围并不意味着他的司法管辖权被堵塞，也不意味着他将面临大量的上诉，使他无法在 48 小时的裁决期限内进行干预。顺便提一下，虽然基本自由的概念很宽泛，但并没有过分的扩展性。无论如何，它可以简化为数量有限

479 拉贝图勒庭长甚至在改革生效之前就已经宣布了这一点。在 2000 年 12 月 6 日举行的一次座谈会上，行政审判庭现任庭长指出，对于 référé-liberté 程序，选择"适用范围相对有限（相对有限，因为基本自由的概念相当广泛）"（D. LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", 同前，第 20 页）。

480 I.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD A 2002, p. 332. 强调是后加的。

481 M. Guyomar 和 P. Collin, CE 编年史, 2001 年 1 月 18 日, *Commune de Venelles*, AJDA 2001, 第 155 页。

的权利和自由。正如最高行政法院副院长所指出的，"并非文本或一般原则中规定的每一项权利都是基本自由"⁴⁸²。因此，保留了与简易中止程序的区别，并尊重了临时措施简易申请的特殊性。基本自由概念包罗万象的含义决不会导致属于第 L.521-1 条程序范围内的争议被提交给临时救济法院。

116. 在确定基本自由时，行政法官拒绝依赖预先确定的理论，或参照其他程序中赋予该概念的含义来界定该概念。其方法独立于任何理论建构和任何文本或判例限定。在这方面，由于临时救济法官自己对基本自由下了⁴⁸³定义，因此他的方法是自主的。在他的裁决中，他明确指出，所寻求分类的标准是或不是《行政司法法典》第 L. 521-2 条"所指的"基本自由⁴⁸⁴。通过使用这个短语，临时救济法官一方面要表明他不是"这里或那里对这种或那种权利的分类或定义的囚徒"⁴⁸⁵，另一方面要表明分类并不声称具有一般范围⁴⁸⁶。法官逐步形成并发展了一个专门针对临时救济的基本自由概念。面对"2000年6月30日法令中出现的最微妙的概念之一"⁴⁸⁷，最高行政法院拒绝将自己局限于一个预先确定的分析框架。

482 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

483 从词源上讲, *autonomous* 来自希腊语 *auto*, 意为"自己", *nomos* 意为"法律"。因此, 自治意味着"自我管理"。

484 临时救济法官提到了"《行政司法法典》第 L.521-2 条规定意义上的基本自由"的概念 (CE, Sect., 2001 年 10 月 30 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon*, 第 523 页; CE, ord., 2002 年 4 月 25 日, *Société Saria Industries, Lebon*, 第 155 页; CE, ord., 2002 年 3 月 1 日, *Bonfils, Lebon*, 第 69 页; CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon*, 第 117 页) 或"第 L.521-2 条意义上的基本自由"的概念。1^{er} March 2002, *Bonfils, Lebon* p.69; CE, 29 March 2002, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* p.117) 或"L. 521-2 条所指的" (CE, ord.2005 年 5 月 3 日, *法国基督教工人联合会, Lebon T.* 第 1034 页)。此外还提到了"立法机构在通过 2000 年 6 月 30 日关于行政法院简易程序的第 2000-597 号法律时所理解的'基本自由'概念" (行政长官, 2001 年 1 月 12 日命令, *Hyacinthe 诉法国*, 第 1034 页)。2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe, Lebon* 第 12 页; 2002 年 3 月 4 日, *Tinor*, no.2002 年 3 月 4 日, *Tinor*, 第 243653 号; 类似的表述是"立法者在通过法律时所理解的基本自由.....", 见 CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p.1126; CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* p.45)。就其提及的立法机构的意愿而言, 最后这一表述可能会让人感到意外, 并且值得商榷。对准备工作文件的分析表明, 立法机构没有基本自由的概念。由于未能确定这一概念的轮廓, 因此完全由法院来界定。虽然在某些情况下寻求立法机构的意愿是合理的 (见 L. PATRAS, *L'interprétation en droit public interne*, T. et A. Joannides, 1962, special edition, pp.Joannides, 1962, special pp. 226-229, citing judgments of the Conseil d'Etat explicitly referring to the will of the legislature to determine a meaning of a text), it is inappropriate in this case.

485 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第 263 页。同样, M. Chapus 强调, 这一公式"表明了简易程序中确保基本自由概念自主性的关切。同时, 它的优点是允许法院扩大 (或可能拒绝) 第 L.521-2 条的保护程序, 而不必在原则方面自问其选择的理由 (可以说是理论上的)" (R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2006 年, 第 1597 号)。

486 正如 M. Ricci 所指出的, "'基本自由'一词必须在 référé-liberté 的含义和唯一目的范围内加以解释" (J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3095)。在行政判例法中, 通常使用以"并不声称具有普遍性"为前缀的公式或解决方案 (Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, p. 105)。关于这一短语的范围, 另见 R.LATOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952 年, 第 199 页; C.VIGOUROUX, "L'expression 'au sens de' ou le juge linguiste sans être encyclopédiste", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp.

487 L. TOUVEÏT, concl. on CE, Sect. 18 January 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 386.

117. 相反，它选择了灵活而不教条地对待这一概念。如果最高行政法官采取不同的做法，那将是非常令人吃惊的。最高行政法院成功地在第 L.521-2 条的核心内容中纳入了一个具有可塑性的概念，并对其适用范围进行了完全的控制，因此，最高行政法院不会束缚自己的手脚，给这个概念下一个精确和固定的定义，使其失去灵活性，因为这样会使今后的发展失去任何可能性⁴⁸⁸。因此，临时救济法官选择了对这一概念采取个案研究的方法。他拒绝将自己限制在一个僵化的、预先确定的框架内，而是在其判决过程中确定他打算根据第 L.521-2 条保护的基本自由。"高级大会似乎决定在没有任何预先确定的学说的情况下摸索前进，让事件的自然发展和相继作出的决定逐步完善这一概念的轮廓"⁴⁸⁹。这种方法并不新鲜，而且受到最高行政法院的青睐。例如，Latournerie 院长写道："由于对任何轻率的想法或行动都抱有不可战胜的不信任，因此，即使不能在未来剥夺其行动自由，至少也会以最轻微的方式阻碍其行动自由、行政判例在这方面从来没有约束过自己，如果不背离迄今为止确保其取得很大一部分成功的实践，它就无法做到这一点"⁴⁹⁰。法院在裁决过程中承认或否认基本自由的存在，这取决于申请人的分类请求。因此，L.521-2 条中的可诉标准清单与诉讼的无常性和转介的随机性密切相关。只有在出现某项标准的资格问题时，法院才会做出裁决。

然而，行政法官的做法并不等同于纯粹的经验主义或即兴发挥。所采用的方法是连贯的，具有真正的概念严谨性。正如 Hauriou 在另一个场合所说的，"最高行政法院不仅有一项法学政策，它还有一个法理学，即一种只使用某些材料并只根据某个计划对其进行调整的法律构建"⁴⁹¹。这一计划确实无法立即掌握。在许多观察家看来，临时救济法官的做法似乎令人不安⁴⁹²。法官没有具体说明他在这里保留基本自由的资格或在那里拒绝这一资格的标准或方法。法官只是断言，并没有说明所采用的方法。"的确，最高行政法院与最高上诉法院不同，不习惯在其裁决中列出其裁决所依据的所有法律推论"⁴⁹³。正如 Ponthoreau 女士所言，"最高行政法院希望保持对法律发展的控制，因此不会透露所有的评估条件和选择"⁴⁹⁴。当某些作者要求最高行政法院给出基本自由的一般定义⁴⁹⁵时，最高

488

政府专员充分意识到他们希望保持这一概念最初的灵活性。他们在提出界定基本自由概念的标准时，小心翼翼地避免给出过于精确的定义。例如，德席尔瓦女士指出，她在结论中提出的确定标准"足够灵活"，使最高行政法院有"相当大的回旋余地"(I. DE SILVA, concl. supra, p.331)。

489 G. GLENARD, "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative", *AJDA* 2003, p. 2009.

490 R. Latournerie, 同前, 第 264 页。

491 M. HAURIOU, *S.* 1904, III, 第 4 页 注释。

492 特别参见《行政法》杂志编辑部对 2005 年 9 月 8 日命令的评论, *Bunel (Dr. adm. 2005, comm. No. 159*, 指出"不容易理解行政法院承认或不承认《民事司法法》第 L. 521-2 条所指的基本自由的逻辑")。

493 E.LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX.

494 M.-C. PONTTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDP* 1997, p. 752.

495 参见 Y. Claisse 和 J.-A. Cano, "Une loi peut faire le printemps ! (对 2000 年 6 月 30 日关于行政法院简易程序的法律适用情况的首次评估)", *LPA*, 2001 年 4 月 9 日, 第 70 期, 第 11 页:"让我们希望, 最高行政法院今后将充分发挥其监管法院的作用, 冒险确定'基本自由'的含义。对于诉讼当事

行政法院没有冒险在原则声明中采取立场⁴⁹⁶。鉴于“最高行政法院很少冒险下定义”⁴⁹⁷，这种谨慎并不奇怪。因此，不容易理解临时救济法官确定基本自由的方法。正如一些作者所提议的那样，基本自由与“临时救济法官所承认的”⁴⁹⁸或“希望承认的”⁴⁹⁹相对应，但这一概念如果不是法官在其判决过程中确定为基本自由的标准清单的话，那么这一概念究竟与什么相对应的问题就没有得到解决。相反，根据这一清单，但不局限于此--因为它必然会根据转介的机会而演变--我们必须努力强调是什么将这些规范汇集在一起，以突出它们的共同特征⁵⁰⁰。

系统化尝试

118. 在简易程序中被确认为可由法院审理的所有准则的共同特点是什么？基本自由与构成法律秩序的其他规范在哪些方面存在差异，依据的标准是什么？最后，根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条，有资格获得承认的标准具有哪些特征？

要确定基本自由概念的标准和构成要素，方法就是从要分析的对象入手，突出其具体特点。要衡量这一法律范畴的一致性，首先必须确定它包括哪些内容，排除哪些内容。确定了不构成基本自由的准则，就可以具体说明有关准则必须符合哪些标准才能被纳入这一类别，而被排除在外的准则恰

人来说，无论其信息多么灵通，建议多么周全，都不应该仅仅是一个先例、策略、直觉或习惯的问题”。

496 它还拒绝说明，L.521-2 条所指的基本自由的概念是否如某些申请人所要求的那样，“包括宪法保障的所有权利和自由”（CE, ord.2001 年 4 月 10 日，*Merzouk, Lebon T. p.1135*；2001 年 7 月 9 日，CE, ord.）

497 R. Latournerie, *同前*, 第 221 页。拉图尔内里总统明确指出，“他只有在经过充分的检验，将这种声明所固有的风险降低到实际上可以消除的程度时，才会这样做--

而且是在极其谨慎的情况下，相当含蓄地这样做（.....）”（同上）。对基本自由概念的检验尚未结束，也许永远不会结束，因为这一概念的潜力似乎是无限的。即使有了大量稳定而统一的判例法，明确而坚实地界定了这一概念的轮廓，对其进行定义仍将是一项冒险的行动，这可能会谴责法官的行动自由。因此，我们有理由认为最高行政法院绝不会走这条路。此外，需要指出的是，无论是处理攻击行为的法官，还是处理自由权的法官，都从未对基本自由、公共自由或个人自由的概念进行过定义。面对一个不精确的文本，行政法官“不愿意让自己被一个一劳永逸的定义所禁锢，也不愿意让自己的自由在未来被剥夺”（D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 107, 1972, p. 139）。

498 G. Bachelier, *同前*, 第 263 页。

499 E.SALES, *同前*, 第 220 页。马塞尔-瓦利内（Marcel Waline）用这一表述来描述战后有关公共服务概念的判例法。由于对公共服务的定性因判决而异，没有明显的一致性，也不可能将这些定性置于一个整体方法之中，Waline 将最高行政法院的理论简化为一个一直著名的公式：公共服务是有资格的司法管辖区“同意将其定性为公共服务”的活动（M. WALINE, “Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?”, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin vol. 1*, Bruylant Sirey, “Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?”）。1, Bruylant Sirey, 1963, p. 368).

500

在这方面，应当记住，拉费里埃尔希望法律系统化，“这不仅是因为它可以普及理论，还因为它有助于确保理论的固定性，而这是对诉讼当事人的保障之一”（E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. VIII）。

恰不符合这些标准。正是在这两份清单的基础上，我们才有可能分析所有基本自由的共同特征，两份清单的比较揭示了这一概念的独特性及其本质。从这两份清单的角度看问题，就有可能突出所有符合第 L.521-2 条规定的程序的规则的共同特点，而不论它们之间可能存在的差异。

为了准确而详尽地编制这份清单，首先必须确定法官据以毫无疑问地承认或否认某项基本自由存在的公式，而忽略模棱两可的公式或表示行政法官拒绝采取立场的公式⁵⁰¹。

为确认基本自由的存在，法院使用各种明确的公式⁵⁰²，所有这些公式的含义和范围都严格相同⁵⁰³。在作出接纳决定时，也可以确定基本自由的存在。法院会批准申请人的请求，但不会明确指出

501

为了绝对准确地确定这两份清单，只有明确承认或被排除在清单之外的基本自由才会被考虑。在确定《行政司法法典》第 L. 521-2

条所指的基本自由的认定标准时，临时救济法官未明确裁定的标准不予考虑。这种谨慎似乎有些过分。然而，我们认为这是合理的。一方面，隐含的公式不具有精确和严格的系统化所要求的确定性。另一方面，行政判例法最权威的评论者有时会对这些公式作出不同的评价。仅举一例，卡西亚教授认为 2001 年 7 月 20 日曼德勒-拉纳普尔市镇令 (*Lebon* 第 388 页) 将安全权作为一项基本自由 (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p.114)，而沙巴诺尔主席则认为同一决定将这一权利排除在基本自由之外 (D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} éd. Litec Jurisclasseur, 2003, p.114)、Litec Jurisclasseur, 2002, no. 249)。这个例子表明，在研究这一概念时必须小心谨慎，必须将调查限制在已消除任何疑问的标准上。此外，应当注意的是，当简易程序法官有意规定一项基本自由或相反地否认其存在时，他会明确地这样做。因此，在 2001 年 11 月 12 日蒙特勒伊-贝莱市镇案 (*Lebon*, 第 551 页) 中，临时救济法官明确规定了“承担义务的基本自由”，但并没有对合同自由作出这一限定。因此，本判决只承认前者。

502 这些裁决表明，所援引的标准“具有基本自由的性质”(CE, ord.2001 年 5 月 31 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon*, 第 253 页; 行政法院, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon*, 第 117 页; 行政法院, 2004 年 4 月 9 日, *Vast*, *Lebon*, 第 173 页; 行政法院, ord.3 April 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, *Lebon T.* p. 871), “présente le caractère d'une liberté fondamentale” (CE, 9 December 2003, *Aguillon et autres*, *Lebon* p. 497; CE, ord.2004 年 2 月 16 日, *Benaïssa*, *Lebon T.*, 第 826 页), “revêt le caractère d'une liberté fondamentale” (行政长官, 2001 年 7 月 16 日, *Feuillatey*, *Lebon*, 第 309 页); “constitue une liberté fondamentale” (行政长官, 2002 年 11 月 27 日, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.*, 第 874 页; 行政长官, 2005 年 8 月 11 日, *Maingueneau*, *Lebon T.*, 第 309 页)。2005 年 8 月 11 日, *Maingueneau*, 第 283462 号); “是一项基本自由”(CE, ord.2002 年 8 月 19 日, *国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*, *Lebon* 第 311 页; 2005 年 5 月 3 日, *Confédération française des travailleurs chrétiens*, *Lebon T.* p. 1034); “figure” au nombre des libertés fondamentales (CE, 15 February 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45); “est” au nombre des libertés fondamentales” (CE, ord. 15 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* p. 466)。也可以指“.....的基本自由”。(特别见上述 2001 年 11 月 12 日蒙特勒伊-贝莱市镇令) 或“基本自由的概念 (.....) 包括.....” (CE, ord. 12 janvier 2001, *Ministre de l'Intérieur c/Hamani*, *Lebon* p.466)。(CE, ord. 12 January 2001, *Hyacinthe*, *Lebon* p.

12)。某些公式也可以确定基本自由的存在。例如，法官指出，被指责的行为

“没有违反自由表达选举权或任何其他基本自由的原则”(行政法院, 2001 年 2 月 7

日命令, *皮特尔角市镇*, *Lebon T.*第 1129

页)。这必然意味着自由表达选举权的原则是一项基本自由。同样，当法官在提到无法行动和无法从事职业活动之后，指出行政部门侵犯了赋予合法居住的外国国民的自由 (行政法院, 2002 年 6 月 11 日命令, *Aït Oubba*, *Lebon T.*第 869 页)。这样，就必然将上述两项自由作为基本自由。

503 法官认为所有这些表述都是同义词。有些作者认为，基本自由的“具有.....特征”或“具有.....特征”这两个表述与其他表述的含义不同。它们反映了法官在将一项规范确定为基本自由时的犹豫不决，而这项规范的特征并非不言而喻。在上文引述的 *Feuillatey* 案中，临时救济法官指出，医疗同意权

行政部门侵犯了申请人的哪项基本自由。由于法官只有在满足《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的所有条件的情况下才能批准申请人的请求⁵⁰⁴，因此可以从这样的决定中推断出基本自由的存在。最后，如果有关自由在⁵⁰⁵的决定中被明确提及，则可以通过适用 *Casanovas* 案的判例推断出基本自由的存在。因此，在 *Casanovas* 案的裁决中，最高行政法院根据政府专员的结论，确认有争议的决定 "不是因为当事人可能在工作之外表达的意见，而是因为其专业能力不足；在这种情况下，该决定并不侵犯任何基本自由"⁵⁰⁶。因此，它将意见自由作为一项基本自由。

没有任何其他假设可以肯定地确定基本自由的存在。特别是，不能从法院审查侵权条件或侵权的严重性是否得到满足这一事实中推断出基本自由的存在⁵⁰⁷。同样，提及 "申请人所援引的基本自由"⁵⁰⁸，也不能理解为法院对申请人定性的认可，而应理解为对其申请条件的简单重述，这绝不妨碍其符合 L.521-2 条规定的程序。

明确的排除性公式与最高行政法院明确承认存在基本自由的公式相反⁵⁰⁹。应当指出的是，当然

"具有基本自由的性质"。Clément

先生认为，"这无疑不同于基本自由。如果高等法院想把医疗权明确性为一项基本自由，它就会这样做"。他认为，高等法院没有这样做的原因是，这项权利不像财产权那样

"包含在主要文本中"。作者指出，"最高行政法院的用词可以（.....）被解释为它的犹豫不决。另一些人则认为这只是笔拙"（C. CLEMENT, *LPA* 2003 年 3 月 26 日，第 61 期，第 6 页）。Thomas Pez

也提出了类似的解释。他指出，对行政法官来说，"所有权具有基本自由的性质，仅仅是性质。它本身并不是基本自由，否则最高行政法院就会这样说。换句话说，基本自由这一表述涵盖了所有权，但所有权与基本自由并不混淆。财产权与基本自由同义"（T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, 第 371-372

页。强调是后加的)。在此，该公式再次表达了法官的某种犹豫不决。但实际上，这些解释与判例法的实际情况并不相符。这些差异不应被视为犹豫不决或笔误，而只是意义和范围严格相同的公式之间的句法差异。法官并不重视这些措辞上的差异，而是交替使用。例如，他说财产权 "具有"（上文引述的 *Hyères-les-Palmiers* 公社案和 *Stéphaur* 案的判决）或 "构成"（上文引述的 *S.C.I. Résidence du théâtre* 案的命令）一项基本自由。

⁵⁰⁴ 见下文第 221 节。

⁵⁰⁵ 见 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108。见下文第 240-241 节。

⁵⁰⁶ 另一方面，当法官没有提及有关自由时，就不能得出结论。当法院指出有争议的措施 "本身并不构成对基本自由的侵犯"（CE, ord. 27 June 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p.228）或有争议的行为 "本身不能被视为对基本自由的侵犯"（CE, ord.2002 年 9 月 16 日, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon* T. p.314），而没有首先提及任何确定的权利或自由。

⁵⁰⁷

在这种情况下，法院只核实申请人援引的标准是否受到侵犯，而不对该标准是否构成基本自由表态。换句话说，法院不一定要将某项标准归类为基本自由才能对侵权情况做出裁决。例如，法院在 2001 年的一项裁决（行政法院，2001 年 7 月 27 日，*Haddad* 案，第 231889 号）

中审查了平等原则是否受到侵犯，并在 2003 年明确将其排除在基本自由的范围之外（行政法院，2003 年 6 月 26 日命令，*默尔特摩泽尔省家长委员会案*，第 257938 号）。相反，在 2002 年的一项判决中，法官审查了是否违反无罪推定的问题，指出没有必要调查这一权利是否属于"《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的范围"（行政法院，2002 年 2 月 20 日命令，*Ploquin*，第 243234 号）；这一权利在 2003 年得到承认（行政法院，2005 年 3 月 14 日命令，*Gollnisch, Lebon* 第 103 页）。

⁵⁰⁸ 例如，见 CE, ord.2003 年 2 月 4 日，*希拉里奥*，第 253742 号。

⁵⁰⁹ 因此，法官确认所援引的准则："不构成第 L.521-2 条意义上的基本自由"（行政法院，2001 年 1 月 24

不能仅仅从驳回临时措施申请⁵¹⁰ 或从法院明确拒绝就所援引的规范是否构成基本自由的问题作出裁决的公式中推断不存在基本自由⁵¹¹。另一方面，驳回上诉可能会导致对基本自由的分类，因为上诉人以存在一项基本自由为由提出单一上诉理由，而一审法院错误地拒绝承认该基本自由。在这种情况下，根据案情驳回上诉必然意味着最高上诉法院排除对基本自由的分类⁵¹²。

在这些公式的基础上，有可能制定出一份包含在基本自由类别中的规则清单和一份不包含在基本自由类别中的规则清单⁵¹³。除了这份双重清单外，在确定基本自由的认定标准时还将考虑另外两个因素：一方面是裁决本身在其理由和引文中的说明，另一方面是政府专员在极少数情况下提供的细节和说明，即由自由法院法官作为合议庭进行裁决。

119. 根据所有这些信息，有哪些因素使基本自由有别于构成法律秩序的大量其他规范？哪些因素使基本自由具有特殊性，并使其有别于其他法律规则？为了使拟议的标准具有可操作性，必须满足以下两个要求：第一，被归类为基本自由的规则必须无一例外地符合所有标准；第二，被排除在基本自由类别之外的规则至少不符合其中的一项标准。这些标准必须足够精确，以反映当今存在的实在法；但是，如果要使这些标准具有持久性，它们就必须与法官的方法以及法官希望赋予其判例法的灵活性相一致。判例法是灵活的，标准也必须灵活。

首先，需要指出的是，一项权利或自由受到司法当局的特别保护并不妨碍其被归类为基本自由。例如，财产权和人身自由已被确认为第 L.521-2 条意义上的基本自由，尽管司法当局历来被视为其天然监护人⁵¹⁴。

日命令，巴黎第八大学万森圣丹尼斯分校，*Lebon* 第 37 页），不具有“基本自由的性质”（行政法院，2002 年 5 月 3 日命令，利穆赞等地社会安置协会，*Lebon* 第 168 页），该原则“不同于基本自由”（上述 *Gollnisch* 命令）。2002 年 5 月 3 日，利穆赞等地社会安置协会，*Lebon* 第 168 页），该原则“有别于基本自由”（上述 *Gollnisch* 命令），等等。

510

由于批准申请的条件是累积性的，因此，除了与存在基本自由有关的条件外，只要有任何一个条件未满足，就足以驳回申请。如果其中一个条件未满足，中间法官无需就其他条件是否满足作出裁决（见下文第 221 节）。

511 例如，见 CE, 2002 年 10 月 18 日，*Caumes-Rey*, 第 249678 号，申明“即使假设任何学士学位持有者根据《教育法典》第 L.612-2 和 L.612-3 条的规定选择其希望攻读本科的高等教育机构的权利构成《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由，这种自由也不会受到陪审团推迟学士学位候选人的决定的直接影响”。

512 见 CE, 2001 年 5 月 28 日，*Raut*, *Lebon T.* 第 1126 页。

513 见附录 1。

514 冲突法庭认为，“保障个人自由和保护私有财产基本上属于司法当局的职权范围”（TC, 1947 年 12 月 18 日，*Hilaire*, *Lebon*, 第 516 页）。在个人自由方面，根据《宪法》第 66 条；在财产权方面，根据共和国法律承认的基本原则（CC, 第 89-256 DC 号，1989 年 7 月 25 日，*Rec.* 第 53 页），这一特权现在有了宪法依据。在宪法判例法中，法院在涉及这些权利时拥有特别管辖权，而非专属管辖权。在第 256 DC 号决定中，理事会提到了在保护不动产方面赋予司法当局的权力的“重要性”，这意味着司法当局并不享有垄断权，随后的决定也证实了这一点（见 J. Tremeau, “Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété”, *AJDA* 2003, 第 653 页）。关于个人自由，《宪法法典》的作者指出，宪法委员会对《宪法》第 66 条意义上的个人自由和《人和公民的权利宣言》第 2

基本自由的定义必须基于两个主要标准，每个标准都与立法机构使用的术语之一相对应。首先，有关规则是一种自由。行政法院对此进行了尽可能广泛的分析，因为它超出了防御性权利的范畴。必须将其分析为具有特定结构的主观公共权利。其次，有关标准必须具有根本性。法官从实质意义上理解这一形容词，将其作为杰出或基本的同义词。根本性主要体现在合宪性上，但并不限于此。需要注意的是，这两个标准--主观公法和根本性--是累积性的。特别是，一项准则仅仅具有根本性还不足以成为一项基本自由。因此，像许多作者那样只关注准则的根本性而不考虑其结构和目的是错误的。

第1节.自由：一种主观的公共权利

120. 初看起来，试图根据一个同样模糊甚至更加模糊的理论概念来定义一个模糊的法律概念似乎是值得商榷的⁵¹⁵。尽管主观权利的问题已经成为众多研究的主题⁵¹⁶，但它仍然是永恒的争议主题。主观权利的定义本身就不确定，因为对这一概念的解释有相当多的方式⁵¹⁷。尽管如此，从技术意义上考虑，主观公权利的概念可能会被证明是一个非常有用的工具，可以用来解释审理临时申请的行政法官所设想的“基本自由”的对象。如果可以使用这一概念，前提是必须准确地说明其技术含义。⁵¹⁸

121. 在德国，公共主观权利一词的使用更为普遍，这一概念具有法律性质⁵¹⁹，因此作者对其进行了

条意义上的个人自由进行了区分。在第一种情况下，法院的管辖权是排他性的；在第二种情况下，法院的管辖权可由两级法院共享（见 T. S. RENOUX 和 M. DE VILLIERS, 《宪法法典》，3^{ème} ed., Litec, 2005 年，第 1245 期）。

515 见 R. MASTPETIOL, "Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie", *APD* 1964, t. IX, pp.

516 特别参看 *APD* 1964, t. IX, *Le droit subjectif en question* ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 313 p. (and its critique by C. EISENMANN, "Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin", *RD* 1954, pp. 753-774); P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), republished in Bibliothèque Dalloz, 2005, 451 p.; J.-J. SUEUR, *Recherches sur le concept de droit subjectif. Essai de méthodologie juridique*, Nice thesis 1980, 603

pp. 参见更具体的主观公法概念：N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, 805 p.; I.

CHOU MENKOVITCH. CHOU MENKOVITCH, *Les droits subjectifs publics des particuliers*, thesis Paris, 1912, 206 p.; J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1899, 204 p.; R. BONNARD, "Les droits publics subjectifs des administrés", *RD* 1932, pp.

517 在这方面，见 C. ATIAS 对“主观法理论”的惊人--尽管并不详尽--图解，*Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1987, p. 70.

518 Charles Eisenmann 指出，“实在法没有提供权利或主观权利的列举，就像它没有提供主观权利的定义一样；这是一个它忽略的概念；它不知道这个术语。这个词是法学或‘学说’的创造（……）”（C.

EISENMANN, *前引书*, 第 773

页）。因此，“学说必须根据它打算赋予它的内容来确定其定义”（同上）。作者并不总是具备这种严谨的方法

论。他们在使用这一概念时，往往没有明确说明他们是在何种意义上使用这一概念。正如 Bonnard 在 1935

年所言，“大多数[作者]认为主观法是一个不言自明的概念；因此，当他们被要求赋予主观法一个确切的含义时，他们会感到非常惊讶甚至震惊”（R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935 年，第 VI 页）。

519 在德国诉讼中，主观公共权利的存在为向行政法院提起诉讼提供了条件。参见 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 41 et seq.

精确的定义。520根据 Bühler 于 1914 年给出的定义, "公共主观权利是法律主体相对于国家的法律地位, 在这一地位上, 他可以根据一项协议或为保护其个人利益而制定的具有约束力的法律规定向国家提出要求或做出反对国家的行为, 并且他可以援引该协议或法律规定来反对行政部门"521。根据这种 "保护性规范理论"(Schutznormlehre), 有两个要素可以确定主观公共权利的存在: 一方面是对行政部门施加义务的客观规范, 另一方面是该规范旨在保护某些公民的个人利益这一事实522。正如 M. Autexier 所说, "主观公权力的前提是存在一项强制性规则, 该规则确定了承认权利的必要条件, 确定了权利人, 并指定了承担义务的公共当局"523。

122. 在法国, 这一概念纯粹是理论性的。Foulquier 教授给出了一个非常完整的定义, 包含了德国通行定义的主要内容。Foulquier 教授认为, "当一个选民符合以下条件时, 他就是主观权利的持有者, 即他能够被视为权力的受益人: 为社会合法的个人目的, 要求公众的某种行为--构成其义务的客体--以获得法律秩序明示或默示认为合法的某种精神或物质利益--得到一般规则或个别规则的承认, 而不必使用这种权力"524。

123. 在这些要素的基础上, 可以为本研究的目的, 将主观公法的理论概念定义为行政部门义不容辞的法律义务, 旨在保护特定利益, 并涉及抽象确定的受益人。

I. 行政部门的法律义务

124. 首先, 基本自由是一项要求行政部门采取特定行动的法律规则。它是一项可对公共当局强制执行的具有直接效力的规则。

A. 法律标准

125. 这里从主观法的角度来理解基本自由, 它没有自己或自主的存在。这一概念只有通过客观法律才能存在, 并且要感谢客观法律525。让-达宾 (Jean Dabin) 指出, "在当今法律技术人员和法律理

520 参见 D. CAPITANT 引用的作者, 上述论文, 第 43 页, 注释 81。

521 O.BÜHLER, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungssprechung, 1914, p. 224, 引自 D. CAPITANT, 同前, 第 43 页。

522 在德国行政法中发展起来的这一保护性规范理论已被联邦宪法法院的判例法所接受 (BVerfGE 27, 297, 1969 年 12 月 17 日, 第 307 页, D. CAPITANT 引述, 同前, 第 53 页)。

523 C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, no. Cf. also H. MAURER, *Droit administratif allemand. Allgemeines Verwaltungsrecht* (translated from the German by M. FROMONT), LGDJ, coll. Manuels, 1992, p. 156: "By this is meant the legal power granted to a subject of law by a rule of law to require, with a view to the satisfaction of his own interests, that a third party perform, tolerate or refrain from performing a given act. Subjective rights may be based on either a person or a person of a person. 主观权利可以基于私法或公法。我们在此关注的是后者。因此, 从公民的角度看, 主观公权是公法赋予个人的法律权力, 个人可以要求国家以某种方式行事, 以满足自己的利益" (着重部分由作者标明)。

524 N. FOULQUIER, Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 405.

525 M. Maurer

写道: "必须严格区分客观法和主观法。客观法是法律规则的总和; 它是法律义务的基础, 在适用的情况下, 也

论家普遍接受的语言中, '主观权利' (.....) 这一表述是指客观法律为个人 (或群体) 的利益而确立或承认的某种特权"⁵²⁶。它是属于客观法所承认的特权之属的一个种类。它只是归属于法人的客观法律要素⁵²⁷。这一含义与基本自由的含义完全一致, 基本自由不是独立于权利而存在的。

126. 只有法律标准才具有《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由的性质。原因很简单。基本自由由法院裁决的法律依据决定⁵²⁸。然而, 根据假定, 这些法律依据只能来自法律制度本身: "判决的法律依据必须始终且只能是来自法律条款、法典和其他正式确立的法律来源的立法规则"⁵²⁹。司法判决的规范性依据只能是立法规则, 或者最好是 "立法规则, 即预先确定的、在法院采取任何干预和行动之前就已存在的规则"⁵³⁰。司法解决方案必须以最广义的法律为基础; 它 "只能由其规则决定, 仅从其规定中推导出, 排除所有其他可能的类别, 尤其是排除法官自己创建的规则, 甚至是'非官方'的规则; 他必须仅在'法律'中寻求--他也会在'法律'中找到--其判决的规范基础"⁵³¹。因此, 临时救济法官不能在法律来源之外发现基本自由。标准必须先于他的干预而存在。因此, 不能在实在法之外寻求基本自由。基本自由是而且只能是法律规范。"除非通过法律, 否则就没有法律意义上的权利"⁵³²。根据我国法律制度中关于标准产生方式的原则, 一项

是与法律义务相对应的主观权利的基础" (H. MAURER, *前引书*, 第 157 页, 着重号后加)。

526 J. DABIN, *Le droit subjectif*, op cit, p. 2.

527 雷格拉德认为, "主观权利的概念不是一个独立于法律规范或客观权利概念的自主概念"; 它是 "法律规范, 即客观权利的一个方面, 或者可以说是法律规范的一个发生" (M. REGLADE, *Valeurs sociales et concepts juridiques (norme et technique)*, Sirey, 1950 年, 第 85 页)。同样, 在凯尔森看来, 主观法只是法律义务的 "反射", 即从物理学意义上理解的反思的产物。反射法只是义务的反映, 因此其本身并不存在: "我们称之为个人的'权利'或'主观权利'或'主张'的事实, 不过是他人的义务" (H. KELSEN, *《纯粹理论》*, *前引书*, 第 134 页)。因此, "没有相应的法律义务, 反射权利就不可能存在。只有当一个人在法律上有义务对另一个人采取某种行为时, 后者才有对前者采取这种行为的'权利'。必须进一步指出: 一个人的'反射权利'完全由另一个人的义务构成" (*同上*, 第 135-136 页)。

528 正如 Charles Eisenmann

所指出的, 司法判决中的法律依据是那些" (以这样或那样的方式) 提到法律秩序 "的依据 (C. Eisenmann, "Jurisdiction et logique (selon les données du droit français) ", in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.480)。这些法律依据除具体要素外, 还包括一般和抽象要素, 即 "所有与法治含义有关的、有助于确定其本质的要素" (*同上*)。

529 C.艾森曼, *同前*, 第 484 页。

530 C.艾森曼, *同前*, 第 485 页。

531 C.艾森曼, *同前*, 第 485 页。

532 S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, coll. Thémis philosophie, 1992, p. 282. 强调是后加的。对于接近基本权利、公共自由和人权的表述, 所有作者都接受这一原则。布劳德先生认为, "除了那些被法律'命名'的自由, 即被规范明确规定的自由之外, 没有其他公共自由" (P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, t. 76, 1968, p. 271)。同样, M. Colliard 认为, "Les libertés publiques n'existent qu'en droit positif et que par le droit positif (...)" (C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 1989, p. 16)。Lochak 女士认为, "人权除非被实在法所考虑, 否则就没有真正的存在" (D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 615)。在 M. Mourgeon 先生看来, "对权利的承认是其有效性和可执行性的初始条件, 因为没有承认, 权利就无法援引或使用" (J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, coll. QSJ, 2003, p.67)。这同样适用于 "基本权利" 的理论概念 (尤其见 S. DEFIX, *Le concept de droits fondamentaux. Contribution*

标准的法律性质是由其在国家法律秩序中的纳入情况、其与国家法律体系中的成员资格来界定的：“只有被国家接受并颁布的规则才构成所谓的法律规则”⁵³³。只有国家才能决定承认个人的权利和自由⁵³⁴。由于实在法仅限于国家法律，基本自由不能在法律制度之外产生。因此，没有得到法律承认的个人或集体愿望不能被定性为基本自由。正如 Carré de Malberg 所说，“个人的能力，即使是自然能力，只要没有得到国家法律的承认、宣布和认可，就没有价值”⁵³⁵。无论是庇护权或集会自由的文本标准，还是个人自由的司法标准，都必须有实在法标准。如果没有这样的法律义务，基本自由就无从谈起。例如，如果不能将接受研究生教育视为一项基本自由⁵³⁶，这是因为，正如政府专员所指出的，这种机会“没有得到任何文本的保障”⁵³⁷。由于没有任何法律依据规定这种权利的存在，行政法官不能将其视为一项基本自由。

此外，由于规范必须先于法官的干预而存在，因此法官不能从自由的一般概念中推断出基本自由的存在。基本自由不是一般自由。当一项活动尚未被确定为法律自由时，它是合法的、被容忍的，但并不享有具体的承认。俗话说，这是一种“无名”自由，是自由的众多面貌之一。无名自由“在任何文本中都没有规定，（……）只是《人权和公民权利宣言》第4条所载的一般自由原则的结果”⁵³⁸。无名“自由是相对于”有名“自由而言的：即由法律规范明确承认其存在的自由。正如 M. Teitgen 所指出的，“未被实在法命名的自由（……）除了《人权宣言》对一般个人自由的原则保障外，没有任何其他保障”⁵³⁹。根据自由原则，法律未禁止的一切行为都不能阻止，因此，这些自由可以行使。但它们不能被视为基本自由。这一解决方案在攻击和殴打案件中早已确立。法院拒绝承认未命名的自由

à la détermination d'un droit constitutionnel européen des droits fondamentaux, Clermont-Ferrand I thesis, 1999, pp. MOREL, "Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques", in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF-UREF, 1994, p.

318). 自然法作者自己也承认，“尊重基本权利的必要性意味着在法律文书中承认这些权利。这是允许个人在法庭上援引其权利的唯一条件”（W. SABETE GHOBRIAL, *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, Bordeaux I thesis, 1994, p. 139）。皮卡尔先生承认，不存在“主张普通法院应有权突然发明从未在任何地方载入的新的基本权利（……）”的问题（E. Picard, "L'émergence des droits fondamentaux en France", *AJDA* 1998, 特刊, 第 41 页）。

533 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), Bibliothèque Dalloz, republished 2003, t. 1, p. 240: "In our modern societies, 'positive' law is that is endorsed as such by the public authorities in accordance with the criteria which they themselves establish for this purpose" (D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit?*, Odile Jacob, 1997, p.

163) 这样，“一个规范之所以是法律秩序的一部分，只是因为它是根据该秩序的另一个规范的规定制定的”（H. KELSEN, 《纯粹理论》，前引书，第 235

页）。因此，“一个规范的产生如果不受更高级规范的制约，就不能被视为是在法律秩序的框架内制定的，因此也就不能构成该秩序的一部分”（前引书，第 236 页）。

534 国家“对承认和编纂权利的过程拥有控制权：它最终可以自由地决定它承认的在其领土上生活的人的权利的性质和范围”（D. LOCHAK, "L'étranger et les droits de l'homme", 同前，第 615-616 页）。

535 R. CARRE DE MALBERG, 《贡献……》，前引书，第 240 页。只要价值、利益或要求“没有被纳入实在法，它们就不是真正的基本权利；它们是没有力量的精神的表达”（G. PECES-BARBA MARTINEZ, 前引书，第 40 页）。

536 CE, 2002 年 10 月 18 日, *Cannes-Rey*, 第 249678 号。

537 R. Schwartz 关于 CE 的未发表意见, 2002 年 10 月 18 日, *Cannes-Rey*, 第 249678 号。

538 J.-M. Auby and R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^{ème} ed, LGDJ, 1984, p. 687.

539 P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p. 132. 强调是后加的。

为基本自由，如每个公民参观历史古迹的权利⁵⁴⁰。只有有名有姓的自由才具有法律实质，从而构成真正的法律规则。基本自由的存在不能从没有命令或禁令中推断出来，而是需要直接保护受益人。因此，试图根据《人权和公民权利宣言》第2条和第4条宣布的一般自由来确定基本自由的存在是值得商榷的。虽然宪法委员会能够通过建设性的解释，从这些条款中得出宪法文本⁵⁴¹中没有的权利和自由，但鉴于临时救济法官的职务，他不能以同样的方式行事。没有什么可以阻止他将宪法委员会从这些条款中提取的权利或自由归类为基本自由，因为这些权利或自由是在他干预之前就存在的准则。另一方面，临时救济法官在48小时内作出裁决，如果宪法委员会或最高行政法院在对争议作出裁决之前从未承认这些权利和自由，因此，临时救济法官在干预之前并不存在这些权利和自由，那么，临时救济法官承认他本人有权根据这些条款创造这些权利和自由的做法是值得商榷的。

127. 但问题是，临时救济法官是否能像有时用来发现法律一般原则的技术一样，从一系列趋同的条款中提取出基本自由⁵⁴²。在准备工作期间，国民议会法案报告员非常含糊地提到了与基本自由有关的一般法律原则技术⁵⁴³。在这种情况下，尽管可以设想与一般法律原则理论进行比较，但这只能是局部的，因为从出现的方式来看，发现一般法律原则与承认基本自由之间存在着非常大的差异。

法律的一般原则是相对自由地制定的，据以制定这些原则的文本不一定适用于行政部门。另一方面，如前所述，只有在临时救济法官干预之前存在法律标准并可对行政部门强制执行的情况下，基本自由才能得到承认。在这方面，一般法律原则的确立有时需要行政法院做大量创造性的工作，因为它使法院介入⁵⁴⁴之前无法对行政部门强制执行的义务成为可能。原则的确立为行政部门创造了新

540 参见GAZIER关于CE的结论，1949年11月18日，*Carlier*, RDP 1950, 第172页。

541 例如，1789年《宣言》第4条是承认企业自由的基础（CC, no. 81-132 DC, cons. 16, *Rec. p.18* ; CC, no. 98-401 DC, 1998年6月10日, cons. 3, *Rec.*

p.258)。有人认为，在宪法判例法中，这一条款注定要发挥与《德国基本法》第2.1

条中的一般行为自由相类似的作用，即

Auffanggrundrecht（净基本权利），允许保护宪法文本中未包括但可能与一般自由观念相联系的某些权利和自由（在这个意义上，见T. MEINDL, *La notion of freedom*（《德国基本法》第2.1

条中的一般行为自由）。MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. BSCP, vol. 112, 2003, pp.)

542 这种综合承认的过程是承认法律一般原则的四种方式之一。关于法律一般原则产生的不同方式，见J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 383 et seq. *Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 383 et seq.

543 见上文第77节。

544 诚然，有人断言“不成文的原则总是或多或少地源于成文的规范”（J.-M. BELORGEY, "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français", RA 1999, 第4期特刊）。M. BELORGEY, "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'Etat français", RA 1999, special issue 4, p. 79), that "the general principle of law is deduced by the judge from existing law" (B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, no. 36) or that these principles are discovered "by crystallisation of latent elements in existing law" (S. HUBAC and J.-E. SCHOETTL, chron. under CE, Ass.E.SCHOETTL, chron.under CE, *Ass.* 11 July 1984, *Surbini*, AJDA

1984, p.543)。不过，可以肯定的是，这些原则在被法官认可之前，本身并不具有法律效力。一般法律原则的正式来源只能是行政法院本身（R. CHAPUS, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", D. 1966, chron. n° XX, 第99-106页，特别第104

页）。正如莫德纳教授所指出的，“这些原则在被有资格的权威机构确定并正式宣布之前，在法律制度中处于某

的法律义务。以图卢兹市 1982 年 4 月 23 日的裁决 (545) 为例, 在被确定为一般法律原则之前, 享有至少与行业间最低增长工资相等 的工资的权利只是《劳动法》的一项规定, 因此不能对行政部门强制执行。由于这项决定, 当局承担了一项新的法律义务, 而这在以前是不存在的。

另一方面, 当法院承认一项基本自由时, 它并没有创造一个新的法律标准或义务; 它在法院干预之前就已经存在, 并且根据文本或判例法已经可以对行政部门强制执行。法官只是对其进行了限定。他不是受立法条款精神的启发, 而是受条款本身的启发。对他而言, 该义务是可强制执行的; 只是通过基本自由的范畴, 该义务仍可强制执行。虽然行政法院是法律的渊源这一点已无可争议 546, 但它不能在不把自己设定为基本自由的真正渊源的情况下, 承认那些从未被宣布为可对行政当局强制执行的'权利'、'自由'或'保障'的这种地位。此外, 虽然可以想象最高行政法院可以在就案情提出上诉的情况下适用法律, 但设想由法官在 48 小时内单独作出裁决, 并掌握如此广泛的创造性权力, 则是不可想象的。法官不能针对行政部门制定立法者未对其适用的标准, 例如, 行政法官将要求行政部 门首次遵守的《劳动法》条款, 即事先未通过一般法律原则对其适用的条款。因此, 法院在这方面的创造力是有限的。如果法院可以通过将趋同的规定具体化来确定一项基本自由, 这只能以法院干预之前明确适用于行政部门的规定为基础。

在与《行政司法法典》第 L.521-2 条有关的判例法中, 有两处应用了这一点。首先, 法官使用了这一承认-合成技术来界定构成基本自由的要素。法官提到了 "受益于符合保障的庇护申请审查程序的权利" 547。庇护权的这一内容不是从某一具体条款中推导出来的, 而是从在这方面给予当事人的所有保障中推导出来的, 这些保障要求当事人有可能在审查其申请时在场, 以便能够提 供所需的理由

种潜伏状态, 这一点绝不肯定" (F. MODERNE, "Légitimité des principes généraux du droit", *RFD* 1999, 第 728 页)。相反, 这些原则代表了法官的规范性创造: "在由法官阐述之前, 法律的一般原则并不存在" (P. WACHSMANN, "La volonté de l'interprète", *Droits* 1999/28, 第 36 页)。正如让诺 (M. Jeanneau) 所说, 法官使 "所使用的原始数据经历真正的转变, 从而使其获得法律 生命" (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954, p.123)。

545 CE, Sect. 23 April 1982, *Ville de Toulouse c/ Aragnou, Lebon* p. 151, concl. D. LABETOUILLE.

546 长期以来, 学术界一直不愿承认判例法的规范力 (见 M. Waline, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, pp. DUPEYROUX, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges offerts à Jacques Mauzy*, t. II, Dalloz Sirey, 1960, pp.) 最高行政法院将其创造性作用相对化, 诉诸于老套的策略, 即传统的诡辩, 根据这种诡辩, 判例法是由 "法官正式确定但先于其干预的原则"组成的 (H. Savoie, concl. on CE, Ass., 6 February 1998, *Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, *RJDA* 5/98, no. 669, p. 387)。最高行政法院并不自称是一般法律原则的制定者。它自称是外部强加给它的一套不成文规则的服务者, "仅限于遵守" (M. LETOURNEUR, "Les principes généraux dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *EDCE* 1949, 注释第 31 页)。如今, 这种表述方式已经发生了变化。正如 M. Morvan 所指出的, "原则 (尤其是自 1945 年以来由最高行政法院确立的'一般法律原则') 预先存在的神话不再滥用任何观察员, 并受到明确的批评" (P. Morvan, "En droit, la jurisprudence est une source de droit", *RRJ* 2001/1, 第 83 页, 注释 27)。法院本身也确认判例法与法律一样是法律渊源。例如, 在上文提到的 *Tête* 案的判决中, 最高行政法院接受了一项与共同体法律有关的不合法抗辩, 该抗辩的依据不是成文法, 而是其自身的判例法, 并指出 "在有争议的决定作出之日 (.....) 适用的国家规则与 1989 年 7 月 18 日指令的目标不符; 因此, 它们不能为有争议的决定提供法律依据"。关于这个问题, 参见 Morvan 教授的上述研究报告, 第 77-110 页。

547 CE, ord. 25 November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon* T. p. 927.

并回答负责该案的当局的问题。其次，临时救济法官似乎在确保保护基本自由的共同条款基础上承认了基本自由的存在。在2003年7月29日的 *Pegini* 命令中，临时救济法官指出，“这种无视引渡规则的行为构成对基本自由的严重侵犯”⁵⁴⁸。这一提法有两种解释。要么按照引渡规则被引渡的权利是一项基本自由。在这方面，应当指出，申请人声称他的“出入自由、安全和按照正当程序被引渡的权利”受到了侵犯。要么是行政部门侵犯了临时救济法官没有明确提及的基本自由，可能是迁徙自由或个人自由——这在裁决中有所提及，但只是为了限定紧急性⁵⁴⁹。如果采用第一种解释，则意味着法官是在综合适用于该事项的各种文本和判例法原则的基础上确定这一自由的，这些文本和原则共同构成了法官提到的“引渡规则”。

然而，仅有法律标准还不足以构成《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的自由。在主观公共权利的情况下，该标准还必须对公共权力机构具有约束力，即它所包含的法律义务可以直接对行政权力机构强制执行。

B. 可对行政部门直接执行的法律标准

128. 第 L.521-2 条所指的基本自由源于可对公共当局强制执行的标准。这意味着行政部门必须对相关权利或自由承担责任，同时个人也必须能够在普通法院⁵⁵⁰。

548 CE, ord. 29 July 2003, *Pegini, Lebon* p. 345。

549 法官指出，“鉴于围绕引渡程序的保障措施对个人自由的重要性，符合紧急条件（……）”。

550 应当指出的是，规范的可诉性这一要求在外国法律体系中也有体现。例如，

在德国，“基本权利的基本特征是可诉性”（C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997 年，第 109 期）。“法官无法执行的声明总是让德国法学家感到困惑，他们不会将其视为一项基本权利，充其量将其视为国家行动的目标”（同上）。在西班牙，《宪法》区分了三个系列的条款。基本权利和公共自由”（《宪法》第 1 篇第 2 章第 1 条）^{erref}可在普通法院援引，并受到宪法权利保护令的保护。公民的权利和义务”（第 1 编第 1 章第 2 节^{erref}）也可在普通法庭上援引，但不受宪法权利保护令的保障。最后，《宪法》提到了“社会和经济政策的指导原则”（第 1 编第 3 章^{erref}），其中包括公共当局确保保护家庭的义务（第 39 条）、公共当局促进经济和社会发展的行动（第 40 条）、“保护健康的权利”（第 43 条）和享受文化的“权利”（第 44 条）。宪法》第 53-3 条规定，社会和经济政策的指导原则“只需在普通法庭上按照制定这些原则的法律规定的条件加以援引”。因此，“这些不是公民可以直接向公共当局主张的严格意义上的真正主观权利”，而是“其直接对象首先是立法机构的宪法授权”（M. RODRIGUEZ-PINERO Y. BRAVO FERRER 和 M. RODRIGUEZ-PINERO Y. BRAVO FERRER）。在哥伦比亚，“监护权”诉讼是一种“公民可以直接向公共当局主张的权利”，但“宪法授权的直接对象首先是立法机关”（M. RODRIGUEZ-PINERO Y. BRAVO FERRER 和 J. LEGUINA VILLA, 《西班牙报告》，*AJJC* 1990/VI, 第 123 页）。在哥伦比亚，《宪法》第 86 条规定的监护行动仅限于根据第 85 条“立即适用”的“基本权利”。其他宪法权利不享受这种特殊保护（见 R.A. BREWER CARIAS, “La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire”, 载于 *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001 年，第 1082 页）。在葡萄牙，“只有与‘权利、自由和保障’（以及类似性质的基本权利）有关的宪法戒律才直接适用。这基本上意味着（……）另一方面，‘社会’权利的确切配置和范围继续取决于随后的立法干预，立法干预赋予了这些权利具体的形式和形态，只有到那时，这些权利才能获得充分的效力和可执行性”（J.-J., 第 1082 页）。-M.

1. 直接影响的要求

129. 政府专员和最高行政法院临时救济法官明确提出了直接效力的要求。

帕斯卡尔-丰布尔 (Pascale Fombeur) 在其关于 *卡萨诺瓦斯案* 判决的意见中首次提到了这一点。Fombeur 女士指出, "就业权显然不是一项可以直接向普通法院主张其利益的权利; 更不用说, 你不会将其视为适用 L.521-2 条的基本自由"⁵⁵¹。因此, 在法规的直接效力与《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的程序资格之间明确建立了关联。就 1946 年《宪法》序言第 5^{ème} 段中规定的就业权而言, 不能在普通法庭上援引该条款的事实是将其视为基本自由的障碍。这一推理的目的是将基本自由的范围限制在申请人可在普通法院直接主张的权利和自由范围内。因此, 它排除了只对立法机构有约束力的宪法准则。伊莎贝尔-德席尔瓦在其关于 *Tliba* 案判决的意见中也肯定了这一完整性要求。在 de Silva 女士看来, 如果 "权利的表述非常笼统, 或意味着国家方面的义务, 其轮廓难以确定, 或类似于意图声明--我们想到的是'就业权'或'在国家灾害造成的负担面前人人平等的原则'(.....)"⁵⁵², 则必须排除将其归类为基本自由。这一要求不仅限于宪法规范。在国际法规则领域也是如此, 对于 "强加给国家的义务, 或其措辞过于笼统" 的义务, 它必须导致排除对基本自由的承认, 使最高行政法院无法承认这些义务对个人利益具有直接影响⁵⁵³。"反之, 对个人利益产生直接影响的规定在某些情况下可能掩盖基本权利或自由(.....)。"⁵⁵⁴

随后, 最高行政法院临时救济法官在 2002 年 5 月 3 日的一项命令中明确肯定了基本自由标准的直接影响要求, *利穆赞社会安置协会和其他*⁵⁵⁵。申请协会要求行政法官承认住房 "权" 是一项基本自由, 他们认为住房 "权" 已写入宪法和 公约。申请者首先以宪法规定的目标为依据: 人人都有可能拥有体面的住房⁵⁵⁶; 其次以 "法国批准的某些国际公约中关于个人获得住房的规定" 为依据⁵⁵⁷。临时救济法官拒绝在这些条款中承认个人可向普通法院主张的住房权。这些条款并没有规定可直接对公共当局强制执行的法律义务, 因此也没有赋予个人从行政部门 获得住房的权利。在这方面, 法令的

CARDOSO DA COSTA, "葡萄牙的报告", *AJJC* 1990/VI, 第八届 宪法法院会议, 安卡拉, 1990 年 5 月 7-10 日, 第 181 页。下划线)。根据这两类规范的划分, 《欧洲联盟基本权利宪章》对 "权利" 和 "原则" 作了区分, 前者必须得到尊重, 后者必须得到促进。

⁵⁵¹ P. Fombeur, concl. on CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, p. 402.

⁵⁵² I.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329.

⁵⁵³ I.DE SILVA, 同前, 第 330 页。

⁵⁵⁴ 同上。

⁵⁵⁵ CE, ord.3 May 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, Lebon* p. 168, *AJDA* 2002, pp.DESCHAMPS.

⁵⁵⁶ 宪法委员会在 *Diversité de l'habitat* 决定中予以承认 (CC, 第 94-359 DC 号, 1995 年 1 月 19 日, *Rec.p.176*), 并随后予以确认 (见 CC, 第 98-403 号, 1998 年 7 月 29 日, *Rec.p.276*)。

⁵⁵⁷ 该决定没有提供有关公约的任何信息。不过, Deschamps 女士 (见上文) 指出, 一审法院援引了 1951 年 7 月 28 日《日内瓦难民地位公约》第 21 条。该条规定如下: "关于住房问题, 缔约国应在法律和规章所规定的范围内, 或在公共当局的监督下, 给予在其领土上合法居住的难民尽可能优惠的待遇; 此种待遇在任何情况下均不得低于在同样情况下给予一般外国人的待遇"。

措辞特别明确。关于国际渊源，法官指出，所援引的规定“只在这些公约的缔约国之间产生义务，对个人不产生直接影响”。就宪法渊源而言，每个人都有可能拥有体面的住房是立法机构的一项目标，但绝不是可以在普通法庭上援引的主观权利。临时救济法官指出，宪法委员会通过规定一项目标，“并没有规定住房权的存在具有宪法原则的地位”⁵⁵⁸。在这两种情况下，规则缺乏直接效力都是承认其为基本自由的障碍。临时救济法官只对赋予受益人真正权利的标准给予这种地位。

130. 换言之，基本自由是自动执行的准则。它必须是自足的，具有赋予个人可在法庭上直接援引的权利所需的品质。根据这一标准，法律规范⁵⁵⁹ 不属于基本自由的范畴，因为这些法律规范的目的不是为个人创造权利，也不能在普通法院直接适用⁵⁶⁰。根据 Tigrudja 女士给出的定义，“不完

⁵⁵⁸ 正如 M. Zitouni 所说，“尽管公共当局必须努力实现这一目标，但并不受制于结果义务”，个人不能“主张获得住房的主观权利”（F. ZITOUNI, "L'enrichissement du droit au logement", in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUIH dir.) Dalloz, 2001, p.173)。获得体面住房的可能性适用于立法者，而不是行政部门。“这是宪法赋予立法机构的一个目标，目的是更好地满足人的尊严这一基本权利。因此，不存在获得体面住房的基本权利，因为《宪法》中没有任何地方规定这种权利”（J. Treméau, CC 下的注释，第 98-403 DC 号，1998 年 7 月 29 日，*RFDC* 1998 年，第 767 页）。在外国宪法诉讼中，对这一准则的范围也有相同的解释。《西班牙宪法》第 47 条规定：“所有西班牙人都有权获得体面和适当的住房。公共当局应帮助创造必要的条件，并应制定适当的规则，使这一权利切实有效，根据普遍利益规范土地的使用，以防止投机行为”。同样，《葡萄牙宪法》第 65 条规定，“每个人都有权为自己和家人拥有一处面积合适、符合卫生和舒适标准并维护个人和家庭隐私的住所”。正如劳伦斯-盖伊所指出的那样，“无论是法国的目标，还是国外关于‘住房权’的成文原则或赞美诗原则，都没有被解释为直接赋予获得住房的可能性”（L. GAY, "Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté" (2nd partie), *RFDC* 2003, p. 544)。巴黎上诉法院认为，所有人都有可能拥有体面的住房必须由立法者来实现，这并不能作为侵犯占用私人建筑而产生的所有权的理由（CA Paris, 26 November 1997, *D.* 1998, IR.6, quoted by A. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 699)。虽然普通法院不能适用这一目标，但它可以自由地从中汲取灵感，或将其作为一个丰富的论据加以考虑。参见 CAA Nancy, 2003 年 12 月 4 日，*凡尔登公社*, *AJDA* 2004, 第 82-83 页：法院根据这一目标适用了 1990 年 5 月 31 日法（即“贝松法”）的规定，认定违反了体面住房的要求，并据此要求凡尔登公社承担责任。法院断言，“旅行者在凡尔登市镇境内停留时，由于有关土地上没有合适的设施，而这些设施又是他们的大篷车必不可少的附件，因此他们没有享受到像样的住房”。

⁵⁵⁹ 必须区分规范性（产生法律效力的能力）和适用性（规范的直接效力或可援引性）。没有直接效力的标准仍然是法律标准。正如 Doyen Vedel 所指出的，“规定的不精确性并不消除其规范性”（G. VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", 载于《人权和公民权宣言与法理学》，PUF, coll. Recherches politiques, 1989 年，第 55 页）。本质上不完整的标准构成法律规则，但对个人而言，它们对行政部门没有约束力。这些标准是针对国家（如果是只在国家之间产生义务的国际承诺）或立法机构（如果是具有宪法价值的目标、计划法和其他多年期承诺）的，但它们仍构成法律义务，可由法院予以制裁。关于以无视具有宪法价值的目标为由宣布违宪的情况，见 CC, 第 86-210 DC 号，1986 年 7 月 29 日，cons. 23, *ECR* p. 110。

⁵⁶⁰ 如果权利的规定“足以产生个人可以实际反对公共当局的主观权利”，那么这些权利就可以直接适用（E. WILLEMART, "La valorisation formelle des droits fondamentaux : une tradition européenne

整或无法执行的法律标准是（.....）由于其性质（不精确和笼统）和/或目的（例如，规范权利的行使），需要公共当局，特别是通常由立法机构进行后续干预的法律标准⁵⁶¹。然而，这一标准并不自动将没有直接效力的任何宪法或条约标准排除在基本自由的范围之外。立法机构仍可采取措施实施这些标准，在这种情况下，立法机构将充分实施不具有这种效力的宪法和国际规定。在这种情况下，权利和自由可以在普通法庭上执行，但只能在议会通过的法律范围内执行。只有通过法律，才能在普通法院援引没有直接效力的条款中宣布的权利和自由。综上所述，只有在某项规定本身具有直接效力，或者在没有直接效力的情况下，通过实施措施使其直接适用的情况下，该规定才能被视为一项基本自由。因此，可能出现三种情况。

2. 三种情况

131. 必须根据有争议的条款是否具有直接效力、是否缺乏直接效力或是否缺乏直接效力但已由立法机构执行来加以区分。

a. 直接影响

132. 第一种情况是本身具有直接效力的法律规范。这类规则具有全面性，赋予其受益人可在法庭上直接援引的特权。

133. 支持性规范首先可能是一项法律规定。例如，集会自由就属于这种情况。其来源是 1881 年 6 月 30 日法律第 1^{er} 条，该条在第 1^{er} 条中庄严宣告：“集会是自由的”。该条款直接适用。同样，《公共卫生法》第 L.3211-3 条规定，非自愿入院者“在任何情况下”都有权“与第 3222-4 条所述当局沟通”，从而直接赋予了患者与行政和司法当局沟通的权利。在医疗同意权方面，必须指出一个特殊性，该权利是在两个不同的立法来源基础上确立的，其中只有一个正式适用于行政部门：一方面是《公共卫生法》第 L. 1111-4 条，另一方面是《民法典》第 16-3 条⁵⁶²。然而，我们有理由认为，第二项规定在此仅起辅助作用，主要是为了证明这项权利的基本性质。此外，在随后的判决中将不再提及该条款，法官仅依据《公共卫生法》的规定。⁵⁶³

commune?”，*Annales de droit de Louvain*, 1997 年，第 394 页）。

561 H. TIGROUDJA, "Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", *AJD* 2003, p. 156. 一般而言，国际主义者所熟知的这一标准并不局限于国际承诺。事实上，这是诉讼当事人打算在普通法院援引的任何规范都必须满足的要求。规范的完整性是任何法律规范可适用性的标准。“将规范的完备性标准作为后者直接生效的条件是错误的，因为后者是国际承诺法所特有的。事实上，虽然行政法院确实使用这一标准来排除被认为过于含糊或笼统而不具约束力的

国际规定的直接适用性，但它在面对具有这种性质的国内规则时也是如此”（同上）。规范完整性标准在分权原则中找到了理论依据。通过区分规则的制定者和负责适用法律的机构，该原则赋予法官适用法律而非制定法律的任务。法院--尤其是临时救济法院--

在不超越其管辖权的情况下，不能根据立法机构无意规定可对行政机关强制执行的规则支持索赔要求。

562 CE, ord. 2001 年 7 月 16 日, *Feuillatey, Lebon* 第 309 页。

563 见 CE, ord. 2005 年 9 月 8 日, *Ministre de la Justice c/ Buel, Lebon* 第 388 页。

134. 基本自由的准则也可以在宪法的书面条款中找到其来源，只要该条款具有直接效力。例如，1946年《宪法》序言第7^e段规定了罢工权，长期以来一直被认为是具有直接效力的条款⁵⁶⁴。同样，自由管理地方当局的原则也是以宪法第72条为基础的，行政法院承认该条具有直接效力。⁵⁶⁵
135. 自由也可以来源于不成文的原则。例如，1988年确立为宪法价值原则的个人自由就属于这种情况⁵⁶⁶。同样，过正常家庭生活的权利作为一般法律原则⁵⁶⁷和宪法原则⁵⁶⁸具有直接效力。

b. 无直接影响

136. 对于类似于单纯目标的立法、宪法或国际标准，或者更广泛地说，在性质上并不全面的标准，基本自由的地位被排除在外。
137. 有些立法标准只是规定了目标。因此，它们不能享受《行政司法法典》第L.521-2条的保护。在2005年1月19日的一项命令中，临时救济法官拒绝将《刑事诉讼法》中规定的一项目标归类为基本自由。申请人援引了对“被监禁者重新融入社会的权利”的侵犯，他在各种文本中，特别是在《刑事诉讼法》第727和728条中看到了这一点。法官认为，这些条款“不允许将刑事政策目标，即在教养或刑事案件中执行监禁判决不仅是为了惩罚罪犯，也是为了促进其改造并为其可能的重返社会做准备”纳入基本自由⁵⁶⁹。
138. 没有直接效力的国际标准也被排除在基本自由的范围之外。行政法院必须区分自动执行的标准和不完整的标准。造成这一困难的原因是，国际法并没有明确区分产生法律约束效力的标准和不产生法律约束效力的标准，而是由许多规定组成，这些规定有时属于软性法律，有时属于强制性法律，有时属于典型的国际条约法。原则上，已经正式批准并公布的国际公约被视为在国内法中产生直接效力，使其能够被援引来支持有争议的上诉⁵⁷⁰。然而，如果“规定的目的无疑是为了保

⁵⁶⁴ 即使从其措辞中看不出这一解决办法。见CE下的*Grands arrêts* 作者的*意见*，Ass. 7 July 1950, *Debaene*, *GAJA* n° 68。另见P.TERNEYRE, "alinéa 7", in *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse, commentaires* (G. CONAC, X. PRETOT, G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp.

⁵⁶⁵ 在没有法律干预的情况下，可在法院援引这一规定。见CE, 28 December 1992, *Ville de Romainville et autres*, *Lebon T. p.* 1010; CE, 6 May 1996, *Commune de Villeurbanne et autres*, *Lebon T. p.* 1119 (which expressly mentions the "principle of free administration of local authorities laid down in article 72 of the Constitution"); CE, 14 June 1999, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Lebon T. p.* 936; CE, 23 February 2000, *Commune d'Heyrieux*, *Lebon T. p.* 1190; CE, Ass., 2003年12月12日, *Département des Landes*, *Lebon* 第502页。

⁵⁶⁶ 见下文第203节。

⁵⁶⁷ CE, Ass. 1978年12月8日, *GISTI*, *Lebon* 第493页, *GAJA* 第96号。

⁵⁶⁸ CC, no. 93-325 DC, 12-13 August 1993, *Rec. p.* 224, *GDCC* no.

⁵⁶⁹ CE, ord. 2005年1月19日, *M. Laurent X.*, *Lebon* 第23页。

⁵⁷⁰ 自*Dame Kirkwood*案判决以来，条约规范“不仅是所有公共当局必须遵守的法律规则之一(.....)，而且是任何公民可以依赖并酌情在国内法院要求受益的法律规则之一”(M. WALINE, CE下的注释, 1952年5月30日, *Dame Kirkwood*, *RDP* 1952, 第781页)。根据1946年《宪法》第26条和1958年《宪法》第55条，我国法律制度坚持一元论原则，因此，通过批准国际条约并在官方公报上公布而将其纳入国内法律秩序的国际条约，“一般被

障个人的权利，但其措辞过于笼统，本身并不充分，且无法立即适用于特定案件。在这种情况下，妨碍直接生效的并不是准则的目的，而是其不够精确或其有条件的性质（.....）。国际标准的目的是保护个人，保障他们的权利，但它必然以国家实施法律的干预为前提，没有国家实施法律，它就无力产生具体的效果”⁵⁷¹。在这一点上，国际文书的情况各不相同。虽然《欧洲人权公约》和《公民权利和政治权利国际公约》的自动执行性质毋庸置疑⁵⁷²，但《欧洲社会宪章》（573）、《经济、社会、文化权利国际公约》（574）和1990年1月26日《纽约儿童权利公约》（575）的规定不够精确且过于笼统。这些条款规定了如此之多的目标，在其中不可能发现一项权利的神圣化，或者在适用的情况下--如果符合其他标准--《行政司法法典》第L.521-2条所指的基本自由。

139. 在宪法的成文和不成文规定中也可以找到这些标准。有些标准源于文本，主要出现在1946年《宪法》序言和《环境宪章》中；有些标准源于判例，由宪法委员会确定，通常以宪法的成文规定为基础⁵⁷⁶。无论是源自文本还是判例法，这些标准都具有“宪法性目标”的性质⁵⁷⁷。它们为立法机构指定了一个目标，而立法机构的行动受其约束，但它们不能对行政机构强制执行⁵⁷⁸。

推定为在国内法中产生直接效力，即产生个人在国内法院可以依据的主观权利”（R. ABRAHAM, *concl on CE, Sect, 1997年4月23日, GISTI, RFDA 1997, 第589页*）。

571 R. Abraham, 同上, 第590页。强调是后加的。

572 见 E. Decaux, "Les droits fondamentaux en droit international", *AJDA* 1998年特刊, 第71页。

573 CE, 20 April 1984, *Ministre du budget c/ Valton et Crépeaux, Lebon p. 148.*

574 CE, Ass. 5 March 1999, *Rouquette, Lebon p. 37, RFDA 1999, pp.*

575 最高行政法院根据具体情况评估该文本条款的直接适用性。它接受了第3.1条的直接效力，该条规定在所有涉及儿童的决定中“首先考虑”儿童的最大利益”（行政法院，1997年9月22日，*Cinar, Lebon 第379页*；*卢旺达民主与裁军论坛*，1998年，第562页及随后各页，*concl. R. ABRAHAM*），但不接受各国承认儿童权利的其他条款、R.ABRAHAM），但不包括各国承认儿童健康权、社会保障权或适足生活水准权的其他条款（行政长官会议，1997年4月23日，*GISTI, Lebon, 第142页*；RFDA，1997年，第585-596页，包括R.ABRAHAM）。

576 学术著作通常只将“宪法价值目标”一词用于源自判例法的目标（见 B. FAURE, "Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique? FAURE, "Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique?", *RFDC* 1995, pp. LEVADE, "L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable", in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", *RFDC* 2005, pp. S. RENOUX and M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} ed, Litec, 2005, no.

419) 然而，这种还原论似乎并不合理，因为一方面，宪法委员会确定的目标在其决定中并不全是这样描述的，另一方面，宪法委员会有时也将文本目标描述为这样。此外，这些目标都具有相同的性质，受制于相同的法律制度。Pierre de Montalivet

正确地将所有这些目标，无论是文本目标还是判例目标，都归入宪法价值目标这一总称之下（P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thesis Paris II, 2004, 695 p.）。

577 参见在1946年《宪法》序言第10和第11段中使用的这一表述：CC, no.97-393 DC, 18 December 1997, cons. 30, *Rec. p. 320.*

578 只有议会必须遵守这些目标。目标是指导或引导立法行动朝特定方向发展的工具。作为立法机构的“指令”或“路线图”，它规定了立法机构追求某些目标的义务，但并不赋予个人可直接援引的主观权利。这些目标的性质和功能类似于德国的“国家目标”（*Staatsziel* 或 *Staatszielbestimmungen*）或西班牙宪法中规定的

它们作为目标的性质并非源于宪法委员会所使用的限定条件⁵⁷⁹，而首先源于其措辞的不精确性⁵⁸⁰或纲领性⁵⁸¹，这表明规范当局无意承认可直接援引的权利。就其本身而言，这些权利没有直接效力，也不能用来支持向行政法院提起的司法救济⁵⁸²。

因此，“目标”被剥夺了基本自由的地位。例如，1946年《宪法》序言第11段在保障个人“保护健康”的同时，并未赋予相关人员可对公共当局强制执行的主观权利。这一标准没有直接效力，类似于

“社会和经济政策指导原则”（第一篇第3章⁶⁴

）。这一目标首先是作为一种社会目的出现的，为不同类型的公共干预提供理由，并为规定实施宪法权利和自由的法律对宪法权利和自由（特别是财产权或企业自由）的限制提供法律依据。而行政当局则不受这些准则的约束。充其量，政府在其权力范围内与议会共同负责落实这些目标（CC，第89-269 DC号，1990年1月22日，Cons.25-26，*Rec.p.*33；第97-393 DC号，1997年12月18日，Cons.29，*Rec.p.*320；第94-359 DC号，1995年1月19日，*Rec.p.*176；第93-325 DC号，Cons.125，*Rec.p.*224；第93-330 DC号，1993年12月29日，Cons.13，*Rec.p.*572）。

579 宪法委员会经常将宪法目标称为“原则”或“权利”。例如，宪法委员会将保护健康称为“原则”（CC，第74-54 DC号，1975年1月15日，Cons.10，*ECR*第19页；第80-117 DC号，1980年7月22日，Cons.4，*ECR*第42页）。它还提到“健康权”（CC，第77-92 DC号，1978年1月18日，Cons.2，*ECR*第21页）或将就业“权”归入“基本权利和自由”（CC，98-401 DC，Cons.3，*ECR*第258页）。尽管有这些分类，但一个共同点是，就业“权利”和保护健康仅构成理事会的“目标”（见使用保护健康的表述：CC，no 89-269 DC，22 January 1990，cons. 26，*ECR p.*33）。因此，虽然被理事会归类为目标的准则必然没有直接效力，但被理事会归类为权利或原则的准则不能仅因此而被视为可直接适用的准则。因此，需要考虑的因素不是宪法委员会赋予它的名称，而只是它是否可以执行。在评估其本身产生直接效力的能力时，只有法规的主题和完整程度才是相关的。

580 里亚尔斯先生认为，如果1946年《宪法》序言中规定的原则不适用，那是因为它们“确定性不强”（S. RIALS，"Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République"，*RDP*，1984年，第592页）。为了直接适用，它们缺乏足够的精确性（见G. BRAIBANT和B. STIRN，*Le droit administratif*，1974年，第2页）。STIRN，*Le droit administratif français*，6^{ème} ed，Presses de sciences po et Dalloz，2002，p. 236）。关于1946年宪法的序言，见M. CLAPIE，*De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Etude de droit public*，Montpellier thesis，1992，p. 75 et seq.

581 用意大利宪法法中的一个概念来说，这些是“编程”规范，即“通过规定或多或少普遍确定的目标来控制立法机关未来活动的规范”（V. CRISAFULLI，*Lezioni di Diritto Costituzionale*，2^{ème} ed.，CEDAM，Padone，1974，t. II，p. 179，由M. CLAPIE引用，*同前*，第158页）。这些规范并不赋予法律主体任何特权：“与传统权利不同，宪法目标不能采取主观权利的形式，这种主观权利可以针对公共当局或在私法关系中援引”（B. MATHIEU，"La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998"，*CCC* n° 6，1999，p. 65）。

582 它们并不代表选民可以在法庭上援引的宪法规则。Favoreu院长强调，“很难在其中看到真正的权利”（L. Favoreu，"Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982"，*RDP* 1983，第389页）。“宪法目标的概念并不直接指宪法权利或自由，而是指必须指导立法机关的指导原则，并被法院用作评估所通过的规定是否符合宪法的参考标准”（B. MATHIEU和M. VERPEAUX，*LPA* 1999年9月21日，第188期，第13页）。因此，在向普通法院提起诉讼时，不能援引违反宪法目标的抗辩。“与基本权利不同，具有宪法价值的目标不可由法院审理（.....）。这意味着不能在普通法院援引它们来支持有争议的上诉”（J. Tremeau，CC，第98-403 DC号下的注释，1998年7月29日，*RFDC* 1998，第767页）。

简单的客观⁵⁸³，因此不能作为承认基本自由的依据⁵⁸⁴。同样的分析也适用于1946年《宪法》序言第5^{ème}段宣布的“就业权”。该条款不能被视为在无活动的情况下赋予工作权；它“没有规定可直接援引以要求就业的规则”⁵⁸⁵。它不承认任何个人可以在普通法院直接主张的特权⁵⁸⁶。《环境宪章》第1条^{er}所规定的环境“权”似乎也将面临同样的命运：“人人有权在尊重健康的平衡环境中生活”。鉴于其措辞非常笼统，该条款极不可能成为承认主观权利⁵⁸⁷，进而承认基本自由⁵⁸⁸的基础。

一般来说，宣布这些原则“就制宪者而言，是为立法机关的行动指定一个目标，而不是赋予人一种能够有效执行的权力”⁵⁸⁹。这些条款所包含的原则“其实施需要法律的干预，赋予其具体形式”⁵⁹⁰。一旦立法机构采取了行动，这些原则就被赋予了充分的效力，使其可以在法庭上直接援引。

c. 无直接影响，立法实施

140. 由于立法机关采取了执行措施，一些没有直接效力的宪法准则被承认为《行政司法法典》第 L. 521-2 条意义上的基本自由。法律的中介作用使相关的宪法原则在实施这些原则的法律条文范围

583 见 S. Juan, "L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé: droit individuel ou collectif?", RDP 2006, pp. 应当指出的是，提及这一原则的国际文书也没有直接效力（见 L. CASSAUX-LABRUNEE, "Le droit à la santé", in *Libertés et droits fondamentaux* (R. CABRILLAC, A.-M. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 11^{ème} ed., Dalloz, 2005, p. 755)。

584 CE, ord. 8 September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

585 G. BRAIBANT 和 B. STIRN, 同前, 第 236 页。STIRN, 同前, 第 236 页。

586 所提出的原则只是类似于强加给立法机构的目标，立法机构“有责任制定最适合于确保每个人获得工作的权利的规则，以便使尽可能多的人能够行使这一权利”（CC, 第 83-156 DC 号, 1983 年 5 月 28 日, 第 4 段, ECR 第 41 页）。

587 作者将这一原则分析为没有直接效力的目标。因此, M. Mathieu 指出, 它属于宪法目标的范畴, 无意成为个人要求得到尊重的主观权利 (B. MATHIEU, "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", CCC 第 15 号, 第 145 页)。另见 N. CHAHID-NOURAI, "La portée de la Charte pour le juge ordinaire", AJDA 2005, pp. See *contra*, defending the idea of a direct effect of the right to the environment, despite the wording chosen by the constituent: A. PERI, "La Charte de l'environnement: reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental?", LPA 24 February 2005, no. 39, pp. 同样, Doyen Prieur 认为, "《行政司法法典》第 L. 521-2

条规定的临时禁令 (.....) 在法官承认环境权已成为一项基本自由的情况下是有效的, 因为宪法性意味着基本性。迄今为止, 还没有任何宪法承认的权利被排除在临时禁令的范围之外" (M. Prieur, "Du bon usage de la charte constitutionnelle de l'environnement, *Environnement* 2005, study no.) 的确, 合宪性自动包含基本性, 但仅有这一要求还不足以构成基本自由。除了基本性这一标准之外, 还特别要求有关准则具有直接影响, 而这一点对于环境“权利”来说似乎是值得怀疑的。

588 一审法院的相反判决将这一权利定性为《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由, 见 TA Châlons-en-Champagne, 2005 年 4 月 29 日法令, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres: AJDA* 2005, 第 1357-1360 页, 注释 H. GROUD and S. PUGEAULT; JJDA 2005, pp. PUGEAULT; JCP A 2005, 1216, note P. BILLET; *Environnement* 2005, comm. n° 61, note C. NOUZHA. NOUZHA.

589 J. RIVERO, "Les droits de l'homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, vol. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, p. 32. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, vol. III, Instituto de estudios de Administración local, 1969, p. 32.*

590 R. BADINTER and B. GENEVOIS, "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *Report presented to the VIIIth Conference of European Constitutional Courts*, Ankara, 7-10 May 1990, RFD A 1990, p. 333.

内得到充分实施。

141. 例如，庇护权的依据是 1946 年《宪法》序言第 4^{ème} 段（经 1958 年 10 月 4 日《宪法》第 53-1 条补充）。该条款本身没有直接效力，因此不能直接援引来支持法律诉讼⁵⁹¹。不过，这项权利主要通过 1952 年 7 月 25 日的法律和《关于难民地位的日内瓦公约》得到落实。这些文本使宪法规定的庇护权在实在法中得到充分体现。在符合庇护条件的情况下，外国公民享有真正的权利，可以向公共当局要求行使这一权利，并从中受益。如果同时满足其他标准，庇护权可作为一项基本自由在普通法院援引。

2001 年 2 月 24 日 *提贝里令* (592) 中被确认为基本自由的“思想和观点多元化表达原则”也可被认为属于这一类。根据一种解释，在临时救济法官承认该原则时，该原则本身就是具有直接效力的宪法准则。一方面，宪法委员会将维护社会文化趋势的多元化⁵⁹³、政治和一般新闻日刊的多元化⁵⁹⁴以及媒体的多元化⁵⁹⁵作为“目标”，另一方面，它又将思想和观点潮流的多元化作为“原则”⁵⁹⁶。正如 M. de Montalivet 所指出的，“理事会从未提及思想和观点多元化的‘客观’性质，这与它对社会文化表达多元化所做的不同”⁵⁹⁷。因此，人们可能认为，作为一项原则，思想和观点多元化是一项具有直

591 CE, 27 September 1985, *Association France Terre d'Asile et autres*, *Lebon* p. 263. 最高行政法院认为，1946 年《宪法》序言第 4^{ème} 段规定的原则“在缺乏足够准确性的情况下，仅在法律规定或纳入法国法律的国际公约规定的条件和范围内对管理当局具有约束力；因此，申请协会不能脱离上述规定单独援引该原则来批评有争议的法令第 9 条的合法性”。

592 CE, ord. 2001 年 2 月 24 日, *Tibéri*, *Lebon* 第 85 页。

593 CC, no. 82-141 DC, 27 July 1982, cons. 5, *Rec.* p. 48; 86-217 DC, 18 September 1986, cons. 8, *Rec.* p. 141.

594 CC, n° 84-181 DC, 10-11 October 1984, cons. 38, *Rec.* p. 78.

595 CC, no.86-210 DC, 29 July 1986, cons. 23, *ECR* p. 110; no.86-217 DC, 18 September 1986, cons. 35, *ECR* p. 141.

596 宪法委员会作为选举法官 (CC, 2000 年 8 月 23 日, *Larroutourou*, Cons.6, *ECR* 第 137

页) 和法律合宪性法官 (CC, 第 2003-468 DC 号, Cons.11, *ECR* 第 325 页; 第 2004-490 DC 号, 2004 年 2 月 12 日, Cons.84, *ECR* 第 41 页; 第 2004-507 DC 号, 2004 年 12 月 9 日, Cons.24, *ECR* 第 219 页), 都将思想和观点多元化视为一项“原则”。

597 P. DE MONTALIVET, 上述论文, 第 245 页。然而, 尽管宪法法院从未赋予多元化以“目标”的定性, 但将多元化的这一层面降格为单纯的“目标”的学说, 却将 *蒂贝里案* 的裁决视为一项大胆的决定。最高行政法院的一些成员认为, 临时救济法官将多元化作为一个目标 (见 I. DE SILVA, *concl.* DE SILVA, *concl.* on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329; the *Tibéri* order enshrines pluralism, "which is an objective of constitutional value, not a freedom"; see in the same sense *chron.* M. Guyomar and P. Collin under CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1055)。学术界也进行了同样的分析。M. SALES 认为, “最高行政法院在将其之前仅被定性为目标的东西转化为原则时表现出了极大的自由裁量权” (E. SALES, "Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?", *RDP* 2004, p.224)。M. Pez 说: “最高行政法院拒绝为体面住房权做它为多元化所接受的事情” (T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, p.382)。同样, Dean Favoreu 指出, *Tibéri* 法令“将宪法委员会认为旨在加强视听传播自由的‘宪法价值目标’之一与财务透明目标一起限定为基本自由: 因此, 最高行政法院扩大了基本自由的概念, 因为旨在加强视听传播自由这一基本自由的宪法价值目标反过来也成为一种基本自由” (L. FAVOREU, "La notification of fundamental freedom", 《视听传播自由的宪法价值目标》, *RFDA*, 2003 年, 第 382 页)。FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1741)。在 Deschamps 女士看来, 临时救济法官“在

接效力的准则，可以在普通法院援引。但实际上，如上文所述，宪法委员会给出的限定条件并不能使这样指定的准则在普通法院中具有可诉性。被称为"原则"的准则实际上可能与单纯的目标相似。此外，由于宪法委员会对该术语的使用并不一致，因此不应过分重视其判例法598 中出现的名称变化。从其结构的角度来看，除了其资格的变化之外，思想和观点的多元化似乎一直被视为宪法法学的一个目标。

事实上，在普通法院援引这一原则似乎是通过立法。这种解释有两个原因。首先，临时救济法官所使用的精确措辞在宪法判例法中没有对应。它不是重复宪法委员会的公式，而是直接借用 1986 年 9 月 30 日法律的条款。临时救济法官指出，"1986 年 9 月 30 日法第 1^{er} 条委托音像高级理事会负责确保遵守第 1^{er} 和第 3 条规定的原则，其中包括平等待遇以及思想和观点流派多元化的表达"。虽然宪法条文提到了思想和观点流派的多元化，但法律--以及临时救济法官--则提到了思想和观点流派的多元化。在法官看来，多元主义是作为一种立法规范而不是宪法规范而具有直接效力的599。其次，这一立场与宪法委员会的立场一致，宪法委员会认为多元主义因立法者的干预而具有直接效力。宪法委员会在 1994 年 1 月 21 日的第 93-333 DC 号决定中指出，"在行使权力时，视听高级理事会将与任何行政机构一样，受到政府和任何与之有利害关系的人的合法性控制；行政法院有责任特别确保多元化的目标得到尊重"600。这一解释保留赋予了行政法院在监督多元化目标遵守情况方面的重要作用。对"任何人"的提及表明，任何个人都可以在普通法院援引该目标。M. Cassia 认为，这一保留赋予了"这一目标在普通法官面前的可执行性，因为它针对的是个人而不仅仅是公共当局"601。正是通过法律，并在法律规定的框架和条件下，该原则才被承认为可以援引。"因此，行政法院似乎承认多元化目标有一定的适用性，但诉讼当事人只能援引该目标，因为它是通过 1986 年 9 月 30 日的法律实施的，而 CSA 的行为是以该法律为基础的。从这个意义上说，如果没有法律作为中介，就不能在普通法院直接援引该目标"602。因此，是法律使这一原则完全生效。

142. 这一判例法提出了一个问题：当宪法权利603 已通过立法得到落实时，这些权利是否能够充分发

Tibéri 令中敢于将一个具有宪法价值的简单目标定性为基本自由，这是一种创新" (E. DESCHAMPS, CE 下的注释, ord.2002 年 5 月 3 日, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, AJDA 2002, p.820)。

598 在宪法诉讼中，宪法委员会最初提到"思想和意见潮流多元化的要求"(CC, 第 89-271 DC 号, 1990 年 1 月 11 日, 议员大赦, cons.12, ECR p.21; 第 2000-428 DC 号, cons.21, ECR p.70)。在上述 *Larroutourou* 案的裁决中将这一标准描述为"原则"之后，几个月后，还是在选举案件中，行政法院提到了"宪法对思想和观点多元化的要求" (CC, 2000 年 9 月 6 日, *Pasqua* 案, cons.6, ECR p.144)。同样，虽然在宪法诉讼中似乎有必要将其限定为一项原则，但理事会在 2004 年 7 月 1^{er} 日的一项决定中宣布，"思想和观点多元化本身就是一项具有宪法价值的目标" (CC, 第 2004-497 DC 号, 2004 年 7 月 1^{er}, cons.23, ECR 第 107 页)。

599

临时救济法官的命令中没有一处提到《宪法》。无论是在理由中还是在引文中都没有提到宪法原则。宪法标准很可能只是在将这一原则作为一项基本自由时才作为一项基本标准发挥作用。因此，临时救济法官使用了多种标准来承认这一自由：宪法赋予其基本性，法律赋予其直接效力。关于这个问题，见 H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, coll. BDP, t. 161, 1991, 377 pp.

600 CC, no. 93-333, 21 January 1994, cons. 14.

601 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Systèmes Droit series, 2003, p. 111.

602 P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, thesis Paris II, 2004, p. 523.

603 索偿权被理解为以个人受益为主要目的的权利。这些权利主要涉及分配财产的义务 (见 L. Favoreu et al,

挥作用。这里涉及的一方面是受教育权，另一方面是社会援助权。这两项原则的情况与迄今审查过的其他权利要求不同，因为它们是立法机构实施措施的主题，这些措施赋予了它们可对公共当局强制执行并可在法庭上援引的特权的性质。已经确定的是，在没有立法扩展的情况下，宪法或传统权利要求不能赋予个人任何特权。要使这种权利具有可执行性，必须有一个可以行使这种权利的法律框架。只有由法律组织和实施的可执行权利才能被分析为一项主观权利，并在适用的情况下被分析为一项基本自由。个人只有在执行措施使其直接适用的情况下，才能援引债务索偿权的利益。萨索 (M. Sasso) 认为，"只有当立法机关在实施这些原则时表现出赋予个人这种权利的意愿时，主观权利才会存在"⁶⁰⁴。一旦实施，就没有什么可以阻止主张权利的可援引性。尽管许多学者对其是否符合"权利剥夺" (référé-liberté) 程序的条件表示怀疑⁶⁰⁵，但应该指出的是，迄今为止，最高行政法院只对不包括实施立法措施的权利诉求进行过裁决。在没有直接影响的情况下，将其排除在基本自由的范围之外是理所当然的。另一方面，受教育权和获得社会援助权的情况则不同，因为这两项权利都是实施措施的对象，这些措施赋予了它们可对行政当局直接执行的特权。

1946年《宪法》(606)序言第13^{ème}段宣布的受教育权一直是立法和监管措施的实施对象。对这一规定进行补充和澄清的次级宪法文本使其具有可直接对公共当局行使的特权地位。因此，行政法官认为，在义务教育期间，受教育权是一种公共自由⁶⁰⁷。当被要求对这一权利是否符合第L.521-2条规定的程序进行裁决时，下级法院毫不犹豫地将其归类为基本自由⁶⁰⁸。这一问题从未直接提交给

Droit des libertés fondamentales, 3^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 129 et seq.) 考虑到占主导地位的义务模式，就有可能从主张权 ("droits-à") 的概念中排除自由权 ("droits-de")，因为自由权可能在辅助基础上涉及公共当局的财政干预，例如，为确保集会自由的有效性而部署警察服务的义务。关于请求权问题，见 L. GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, Aix-en-Provence 2001, 562 页。在 1946 年《宪法》序言中宣布这些权利是为了使个人成为"国家的债权人" (见 G. VEDEL 和 J. RIVERO, "Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule", *Dr. soc.* 1947, pp.) 对这些原则的承认是"能够通过积极的惠益为创造人人享有的'物质安全'做出贡献的福利国家"模式的一部分 (L. FERRY and A. RENAULT, *Des droits de l'homme et de l'éducation de l'éducation de l'éducation*)。RENAULT, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Philosophie politique, 1992, p. 31. 下划线)。

604 L. SASSO, "Les fonctions des droits fondamentaux en Europe", in *Questions sur le droit européen*, colloque Caen, 23 February 1996 (C. GREWE ed.), Presses universitaires de Caen, 1996, p. 177.

605 因此，范德梅伦总统认为，最高行政法院不可能将"构成对国家'索赔'的权利(就业权、健康保护权、休闲权等)"视为基本自由 (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p.2229)。Bourrel 和 Gourdou 先生认为 Bourrel 和 Gourdou 先生认为，应享权利"在内容上往往相当模糊，有时更多的是原则请愿，如著名的'工作权'。很明显，要将这些经济和社会权利纳入临时救济法官的审查范围是多么困难，除非将临时救济法官转变为名副其实的管理者，责成公共当局弥补在有效执行其宪法'要求'方面的任何缺陷" (A. BOURREL 和 J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, pp.) 同样，见 M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, chron. under CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056。

606 "国家保障儿童和成人平等接受教育、职业培训和文化。组织各级公立和世俗教育是国家的义务"。

607 见上文第 110 节。

608 TA Paris, ord.2001 年 1 月 30 日, *Ben Ayed*, *Dr. adm.*2001, no.102 ; TA Melun, ord. 23 March 2006, *Pineda*, no.06-1796/5, *AJDA* 2006, obs. C. de MONTECLER ; TA Versailles, ord.C. de MONTECLER; TA Versailles, ord.2006 年 3 月 18 日, X, *v/ 巴黎第十大学*, 第0602618号。

最高行政法院。尽管如此，对这一问题做出裁决的政府委员们都明确表示支持将这一权利视为义务教育阶段的基本自由。Rémy Schwartz 认为，"1946 年序言第 13 条所保障的公共教育权无疑（.....）是一项基本自由，至少在义务教育年龄段内肯定是如此"。他认为，"我们认为，拒绝提供公共教育服务（.....）将构成对 16 岁以下儿童的基本自由的侵犯，或者更广泛地说，对可能进入中学的儿童的基本自由的侵犯"⁶⁰⁹。Collin 先生进行了类似的分析。在回顾了 1946 年《宪法》序言第 13^{ème} 段的规定后，他指出："从中不难推断出，6 至 16 岁儿童接受义务教育以及国家组织国民教育是受教育权的保障"。与 Rémy Schwartz 一样，他将这一基本自由的范围限制在义务教育阶段："超过义务教育年龄的人接受公共中等教育服务的权利不构成《民法典》第 L.521-2 条意义上的基本自由"⁶¹⁰。

在最高行政法院的临时救济法官面前从未出现过社会救济权的问题，在初审中也未出现过任何值得注意的申请⁶¹¹。不过，应该指出的是，这项权利是有宪法依据的⁶¹²，在立法机构规定的条件下完全有效。不过，目前这一问题仍未解决。

II. 预先定位的个人利益

143. 基本自由标准的目的是保护一种抽象确定的利益。其目标可能与主体的一项活动、一种品质或一种地位有关；也可能与他或她的利益归属有关。从实现方式的角度看，基本自由可能要求公共当局采取行动或不采取行动。

A. 抽象确定的利益

144. 为了被归类为基本自由，有争议的标准必须旨在保护个人利益⁶¹³。必须能够确定受法律保护的

⁶⁰⁹ R. Schwartz 对 CE 的评论，2002 年 10 月 18 日，*Caunes-Rey*，第 249678

号。根据相关的法律条文，政府专员显然打算将这一基本自由的范围限制在义务教育阶段：

"我们认为，根据共和国的传统，在义务教育阶段，接受公共教育服务是一项基本自由，但在义务教育结束后，情况就不是这样了。因此，上大学是中学毕业文凭持有者的一项权利，而不是一项基本自由"。

⁶¹⁰ P. Collin 关于 CE 的未发表结论，2002 年 11 月 29 日，*Arakino, Lebon* 第 422 页。

⁶¹¹ 然而，马赛行政法院临时救济法官 2002 年 10 月 4 日的一项裁决 (*Pshenychnyak*，第 024716/0 号)

值得注意。基于体面生活的权利，临时救济法官命令一个省恢复被取消的社会援助，包括为一名难民父亲及其子女提供住宿。该命令指出，"体面生活的权利是一项基本自由，儿童福利和家庭帮助是其表现形式，属于第 L.521-2 条的范畴"。

⁶¹² 1946 年《宪法》序言第 11^{ème} 段规定，国家

"保障每个人，特别是儿童、母亲和老年劳动者的健康、物质保障、休息和闲暇。凡因年龄、身体或精神状况或经济情况而不能工作的人，有权从社会获得足够的生活资料"。

⁶¹³ 在耶林的名言中，主观权利被定义为"受法律保护的利益"（见 J. Hummel, "La volonté dans la pensée juridique de Jhering", *Droits* 1999, pp.71-81）。Foulquier 教授使用了类似的表述，将主观权利定义为

"法律规定的利益"，从而消除了任何歧义。他之所以对 Jhering 的提法作此改动，是为了消除主观权利只有在受到法院保护时才存在的观点，而 Kelsen（《纯粹理论》，前引书，第 141 页）和 Bonnard（上述文章，第 707

利益和领域。临时救济法官放弃了传统的方案和分类，在理解基本自由准则所保护的利益方面表现出一定的灵活性。

1. 个人利益的存在

145. 基本自由准则是一种旨在确保保护特定个人利益的准则。它倾向于确保主体自由处置和实现的能力。它要求公共当局采取特定性质的行动。必须能够抽象地确定规范所保护的领域。利益涉及一种行动、一种情况或一种品质，其内容必须是可以通过抽象确定的，而无需考虑每个案件的具体情况。例如，保护意见、财产或地方当局自由管理的规则就属于这种情况。这些规范的受益人有维护其目标的利益。他们有权利和利益维护自己的观点、自由处置自己的财产和自由管理自己的可能性。
146. 如果不能抽象地确定标准所保护的利益，就不能将其视为基本自由。这一要求解释了为什么《行政司法法典》第 L.521-2 条将公共服务的连续性原则排除在外。尽管该原则在性质上是基本的⁶¹⁴，但它不是基本自由，因为它不是专门为了保护主体的利益⁶¹⁵。同样的原因也解释了为什么平等这一客观法原则没有被视为《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由。一些作者对拒绝将平等原则纳入基本自由范畴的做法提出了质疑，他们认为平等原则是我国法律制度的根本⁶¹⁶。不可否认，平等是一项基本原则⁶¹⁷。然而，基本性并不足以使一项准则成为基本自

页) 尤其捍卫这种观点。正如作者所指出的，"根据皇宫和大多数法学著作家的观点，法律行为并不是主观权利存在的条件。它只是促进其完善" (N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 281)。

⁶¹⁴ 公共服务的连续性原则因其宪法价值而具有根本意义。行政法院也将其称为"基本原则" (行政法院, 1980年6月13日, *Bonjean, Lebon*, 第274页)。

⁶¹⁵ M. Lachaume 认为, "严格地说, 这里直接涉及的不是基本权利" (J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998年特刊, 第93页)。

⁶¹⁶ Brenet 先生因此断言, 最高行政法院的解决方案 "就其本质而言是不合理的", 并怀疑 "最高行政法院是否超越了合理性的界限", 因为 "没有人质疑平等原则在国家和超国家一级享有显著的法律保护, 而且它所传达的价值的高度本质'是无可争议的'" (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, 第1576页)。BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1576)。同样, 卡西亚教授指出, 排除平等原则 "不能以任何法律理由为依据, 因为所有宪法文本和国际人权保护文本都规定了这一原则" (P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence, op.cit.*, 第112页)。Verpeaux 先生对其是否符合第 L.521-2 条规定的程序没有提出丝毫疑问, 他说: "如果可以这样说的话, 平等原则是 référé-liberté 程序显然有责任保护的最重要的基本自由之一" (VERPEAUX 先生, CE 节下的说明, 2001年1月18日, *Commune de Venelles, RFDA* 2001, 第685页)。

⁶¹⁷ 其根本性质不容讨论。根据 理事会'对'根本'这一形容词的定义 (见下文, 第169节及其后各节), 毫无疑问, 平等原则是一项根本准则, 从《宪法》开始, 平等原则已载入许多文献。尤其见 G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996, 143 p.; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, coll. DPP, 1997, 397 p.; N. BELLOUBET-FRIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Coll. BELLOUBET-FRIER, "Le principe d'égalité", *AJDA* 1998, numéro spécial, pp. 152-164; G. BRAIBANT, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, coll. Recherches politiques, 1989, pp.

由。如果说平等原则不是一项基本自由，那只是因为它并不构成一项主观权利，更确切地说（就它是一项可对行政部门强制执行并被赋予直接效力的规范而言，从而满足了主观权利的第一项标准）是因为它并不保护个人利益。该原则之所以不能被分析为一项基本自由，是因为它没有赋予主体平等的主观权利。很难将平等原则理解为真正的个人特权。例如，伊莎贝尔-德席尔瓦 (Isabelle de Silva) 指出，"挑战它并不一定侵犯'权利' (.....)"⁶¹⁸。同样，Fromont 教授指出，"将平等原则等同于自由是非常人为的"⁶¹⁹。应该指出的是，德国的法律理论并不认为平等是一种主观权利⁶²⁰。正如 M. Jouanjan 所指出的，平等原则可被分析为非歧视原则，它具有作为"模式"权利的特殊性。这意味着它要求公共当局采取一种特定形式的行动，而不是具有特定内容的行动。这一原则"并不禁止国家以某些方式行事，而只是以某些方式行事"⁶²¹。平等"并不保护(.....)人类活动或品质，也不保护依法设立的机构"⁶²²。M. Jouanjan 断言，"因此，就法律面前人人平等这一唯一准则而言，个人不受保护，公共当局也没有义务采取具有特定内容的行动，而只能采取具有特定方式的行动"⁶²³。此外，与最高行政法院列入基本自由类别的标准不同，平等在每个案件中的要求取决于每个案件的实际情况。平等的适用总是基于对现实的判断("x 与 y 相似"或"x 与 y 不相似")。只有在对现实作出判断的基础上，我们才能确定是否有可能或有必要以相同或不同的方式对待两种给定的情况。因此，平等所涉及的利益只是派生的。它在每种情况下的实际内容并不是预先确定的；它只有通过与其他相关利益的比较才能被发现。由于它总是通过与其他主观情境的比较而被发现，因此，所涉利益是主体间的，而非纯主观的；"受平等保护的领域不能先验地从实质上确定"⁶²⁴。其具体内容只能根据具体案件本身来确定。

因此，法官要求存在某种利益才能证明基本自由的存在。法官还对受保护的利益做出了宽泛的定义。

2. 超越传统

147. 利益是指受保护的目標和实现目标的方式。临时救济法官对基本自由标准所保护的利益的理解尽可能广泛。他拒绝将自己局限于任何特定的方案，无意将基本自由局限于某一类具体的利益。行政法官提出的基本自由概念的自主性在这一层面再次显现出来。它超越了传统的类别和表述。它

618 I. DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD 2002, p.

329. 关于平等原则与"基本权利"之间的关系，见 F. BENOIT-RHOMER, "L'égalité dans la typologie des droits", in *Classer les droits de l'homme* (E. BRIBOSIA and L. HENNEBEL eds.), Bruylant, coll. Penser le droit, 2004, pp.

619 M. FROMONT, "Le principe de proportionnalité", *AJDA* 1995 年特刊, 第 165 页。

620 因此，耶利内克排除了将法律面前人人平等的原则视为主观权利的可能性（见 O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica PUAM, coll. DPP, 1992, p.176）。同样，Luhmann 教授也指出，平等的观念存在于客观法中（见 O. Jouanjan, *同前*, 第 177 页）。

621 O. JOUANJAN, *同前*, 第 178 页。

622 G. Müller, 引自 O. Jouanjan, *同前*, 第 178 页。

623 O. JOUANJAN, *同前*, 第 178-179 页。

624 O. JOUANJAN, *同前*, 第 179 页。

并不局限于防御性权利，并不完全意味着公共权力机构有义务保持克制，也不只是保护行为的机会。如果我们按照耶利内克根据法律主体与公共权力之间所保持的法律关系类型而提出的地位 625，基本自由就不仅限于消极地位，还可能具有积极地位⁶²⁶，如庇护权，或积极地位⁶²⁷，如自由表达选举权。同样，L.521-2 条所指的基本自由也不限于自决权，即人对自己行使的权力 628。临时救济法官的概念摆脱了传统的表述方式。因此，他的自由概念不能通过传统模式的棱镜来解读或解释，因为这将对他的判例法产生片面甚至扭曲的看法。

148. 临时救济法官既不注重文本给出的限定条件，也不注重关于“权利”和“自由”之间可能存在差异的理论争议。在这一点上，为了确定或否认“权利”与“自由”之间的区别，人们进行了巧妙的解释。一些作者根据有关准则的目的将其分为两类。权利“允许要求公共当局以主张的形式采取行动；”自由“允许要求公共当局放弃⁶²⁹。其他作者注意到实在法中这两种表达方式之间没有明确

625 参见 G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2^{ème} ed., Mohr, 1905, p. 85 et

seq. 有关介绍，尤其见：W. PAULY, "Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Jellinek", in *Figures de l'Etat de droit* (O. JOUANJAN ed.), PUS, 2001, pp. RAMBAUD, "Actualité de la pensée constitutionnelle de Goerg Jellinek (1851-1911)", *RDJ* 2005, pp.

626 积极地位与一般需要国家采取积极行动的权利相对应。

627 积极身份赋予参与制定标准的权利，特别是通过投票权和资格权：积极身份确保参与国家，参与“国家意志的形成”（G. JELLINEK, *前引书*，第 136 页）。

628 勒布雷顿先生认为，自由

"总是自决的权力，即人们对自己行使的权力。例如，来去的自由可以分析为对自己行使的四处走动的权力。因此，从本质上讲，自由是独立行使的，无需他人干预。从理论上讲，自由的实现只需要他人采取不妨碍、不阻挠的态度，而决不是一种积极的行为，一种行动的义务"（G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 5^{ème} ed., Armand Collin, 2001, p.11）。几乎一致的学说同样认为，“自由

"赋予自决权，只要求公共当局采取回避的态度。见 P. MBONGO, "Constitution française et libertés. Dits, non-dits, clairs-obscur et idées reçues", *RA* 2002, p. 602 ("la notion de 'liberté' renvoie nécessairement (...) à une faculté de choix, à un pouvoir d'autodétermination de l'individu"); J. RIVERO et H. MOUÏTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed. PUF droit, coll. PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 6 (作者认为自由是一种“自决的权力”，即

"人对自己行使的权力"；自由的后果

"纯粹是消极的：它们被归结为通过克制来尊重他人自由的义务")；F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 77 ("la liberté reste toujours un droit à l'abstention d'autrui", emphasis added); J. MORANGE, "Liberté", in *Dictionnaire de la culture juridique*,

op. (只有当国家承认个人有权在不受外部压力的情况下进行特定活动时，才有法律自由。同样，在 Philippe Braud 看来，公共自由是“不做的义务”（P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. BDP, vol. 76, 1968, p. 85）、“消极义务”（*前引*，第 85 页）、弃权义务（*前引*，第 88 页）。

629 权利是“债权人和债务人之间关系的一部分”，而自由

"是自治的领域，是王子或立法机构承认的准法律无主之地，其受益人可以在其中决定采取他们认为合适的行动"（A. SERIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARIAL, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p.10）。同样，Mathieu 和 Verpeaux

指出，“权利与自由之间的区别主要在于确认有关个人自主或传统自由的原则与主张权利，即国家在社会事务中应承担的义务之间的区别”（B. MATHIEU 和 M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits*

fondamentaux, LGDJ, 2002 年，第 16 页）。根据这一严格的解释，M. Verpeaux

将那些赋予个人或社区选择或拒绝约束的可能性的“权利”视为“自由”。因此，1946

年《宪法》序言中特别承认的受教育权与教育自由不同，它不是一种自由，因为它承认对学校和教育内容的选择”（M. VERPEAUX, "La liberté", *AJDA* 1998 年特刊，第 144 页）。Lebreton

的区别，因此对 "权利" 和 "自由" 这两个词的词性变化的范围有更细微的区分。因此，他们对权利和自由之间的这种绝对区分持相对化或否定的态度，因为在现实中，权利和自由是 "难以区分的"⁶³⁰。追随这些作者的脚步，行政法官对有关 "权利" 和 "自由" 可能对立的理论争议采取了谨慎的态度。它不会停留在所使用的名称上，而只对有关标准的主题感兴趣。被描述为 "自由" (行动、集会、企业)、"权利" (财产、庇护、过正常的家庭生活、同意接受治疗)、"原则" (表达意见和思想潮流的多元化、地方当局的自由管理、无罪推定) 或 "可能性" (在法官面前行使辩护权) 的标准都有资格受到第 L.521-2 条的保护。临时救济法官并没有停留在文本所使用的词汇上，而是将重点完全放在了赋予受益人的特权的性质上，或者更准确地说，放在了规则的目的上。

B. 受保护对象

149. 受基本自由标准保护的客体可以是主体的一项活动、一种品质或一种地位。也可以想象，法官将把与利益分配有关的标准纳入自由领域。

1. 一项活动 (做)

150. 临时救济法官所承认的基本自由大多涉及保护做 (或不做) 某事的可能性。这些是严格意义上的自由。它们保护具体的活动或行动：从事、旅行、会面。在消极方面，它们也可以体现为不做某事的自由，例如不被迫从事强迫劳动。由于这些准则符合 "自由" 一词的传统含义，原则上对它们的承认不会造成任何困难。在这第一类准则中，只有财产权和地方当局自由管理的原则引起了争论。

先生认为，自由是自决的权力，是人对自己行使的权力 (见前注)，而严格意义上的权利是 "人不是对自己行使的权力，而是对他人行使的权力"；它们与自由的不同之处在于 "它们涉及要求他人采取积极行为的权力，而不仅仅是弃权" (G. LEBRETON, 同前, 第 11-12 页)。同样，Rivero 先生和 Moutouh 先生认为 "自由与其他大多数权利在性质上是不同的，前者是决定自己的权力，只对他人产生消极影响，而后者是对他人或社会施加积极行为的权力" (J. RIVERO 和 H. MOUTOUH, 前引书, 第 6 页)。Collin 先生和 Guyomar 先生还指出："简单地说，保障自由要求禁止公共权力机构的过度干预，而行使权利则以公共权力机构的行动为前提，以使其有效" (M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, chron. sous CE, Sect., 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, AJDA 2001, p. 1055)。

630 F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5^{ème} ed, Dalloz, 2000, no. 256. 正如 Xavier Bioy 正确指出的那样，虽然权利和自由之间的区别可能具有理论意义，但 "关于该主题的实在法并未显示任何区别" (X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public (Recherches sur le sujet des droits fondamentaux)*, Dalloz, NBT, 2003, pp.) 同样，见：P. Pactet, "Quelques réflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droits sous la V^e République", in *Etudes offertes à C.-A. Colliard. Droits et libertés à la fin du XX^e siècle : influence des données économiques et technologiques*, Pedone, 1984, pp.

151. 所有权所保护的利益是其受益人（无论是所有权人还是承租人）能够在不受第三方干涉或阻碍的情况下，从最广义的角度对其行使权利的财产进行处置。从这个意义上说，这是一种严格意义上的自由，一种真正的行为可能性。法律制度排除了所有人或承租人以外的任何人对财产的使用。临时救济法官强调了所有权的排他性，指出它“一般意味着第三方未经所有者授权不得使用财产”⁶³¹。正如 René Capitant 所说，“所有权是一种自由，因为它是持有者使用、享有和处置该物的权利，这些行为是自由裁量的自由行为，既不受义务约束，也不受禁止约束”。他还说，这种自由“受到禁止第三方干涉其行使的保护”⁶³²。罗伯特和达法尔采纳了这一观点。在这些作者看来，“所有权无可争议地是一种自由”，因为它“预设了一种普遍义务，强加给所有非物的所有者，即接受物的所有者充分行使其对物的权利，并避免采取任何可能干扰物的行为”⁶³³。事实上，1789年的制宪者就是这样理解所有权的，他们认为所有权是使用和处置自己财产的自由，而不受任何人的阻碍或阻止。⁶³⁴

然而，巴黎行政法院的一名简易程序法官认为，所有权是一种物权，他提出了这样一种观点，即不能将这一权利作为一种自由来分析⁶³⁵。根据第 L.521-2 条，该法官对自由的概念进行了严格的解释，将其理解为“拥有自决权”的权利，并补充道，“没有理由认为立法者在上述条款中有意使自由一词具有与法国公法中传统使用的自由一词不同的含义”。命令指出，“尽管所有权有时被认为是行使某些自由的条件，但其本身从未被视为公共自由之一”。最后，该判决指出，“虽然所有权的属性具有赋予其持有人‘自由’使用、享有和处置所拥有之物的效力，但这些属性本身并不能使这一实际权利成为上述意义上的自由”⁶³⁶。该法官采取的立场受到了最高法院⁶³⁷的指责和最高行政法院⁶³⁸的强烈谴责。另一方面，这一持异议的判例法却意外地得到了一位学术界代表的支持。Pez 先生完全赞同巴黎行政法院临时救济法官的观点，他认为自由“与其说属于物权，不如说属于人身权。由于所有权是最重要的物权，我们可以理解行政法院法官不愿意将其与自由混为一谈”⁶³⁹。基于所有权作为物权的

631 CE, ord. 20 July 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* p. 388.

632 R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public*, DES de droit public 1956-1957, *Les cours de droit*, p. 38.

633 J. Robert and J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Domat Montchrestien, 7^{ème} ed., 1999, p. 20. See also J. Tremeau, "Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété", *AJDA* 2003, pp.

634 见 J.-L. MESTRE, "La propriété, liberté fondamentale pour les Constituants de 1789", *RFDA* 2004, 第 1-5 页。

635

应当指出的是，这一不同意见的判例法不应被视为整个法院对最高行政法院给出的解决方案的反叛，而应被视为临时救济法官的意见，其立场在其法院内显然是孤立的。关于同一法院的一名临时救济法官对最高行政法院判例法的正统应用--将财产权定性为一项基本自由--参见 TA Paris, ord.2002 年 12 月 12 日, *凯瑞公司案*, 第 0216294/9-1 号, T. PEZ 引述, TA Paris, ord.2003 年 2 月 3 日, *SCI OBK*, *RFDA* 2003, 第 577 页, 注释 7。

636 巴黎上诉法院, 2002 年 11 月 9 日命令, *布林克法国公司*, 第 0215084/9-1 号, *D.* 2002 年, 第 3151 页。参见, 重复这一公式并否认财产权是一项基本自由: TA Paris, ord.3 February 2003, *SCI OBK*, *RFDA* 2003, pp. PEZ; 2003 年 2 月 20 日法令, *Société Outremer Finance Limited*; 2003 年 7 月 30 日法令, *Société Outremer Finance Limited*, 2003 年 7 月 30 日, *Resimmo 公司*。

637 提交最高法院的命令均以法律错误为由被撤销。见 CE, 2 July 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon* p. 306, *AJDA* 2003, pp. 1780-1785, concl. G. BACHELIER; *JCP A* 2003, 1384, note J.M.; CE, 29 October 2003, *Société Resimmo*, *Lebon* p. 911.

638 特别参见上述政府专员 Gilles Bachelier 的结论。

639 T. PEZ, 前注, 第 576 页。见同一作者以同样的思路撰写的 "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, 第 370-385 页。

性质而提出的这一论点并不令人信服。事实上，如上所述，所有权在成为对物的权利之前，首先是对人的权利。因此，正如凯尔森所指出的，对物权和人身权的区分可以被视为“谬误的区分”⁶⁴⁰。在这些条件下，将所有权同化为基本自由原则上并不构成任何困难。从其结构和目标来看，该权利具有主观权利的所有特征，无可否认地属于基本自由的第一类，即行为自由。

152. 地方当局的自由管理原则也属于这一类。这一原则源于《宪法》第 72 条，与行动自由相对应。

尽管乍一看，这并不是一个显而易见的解决方案，但这一特性使其有理由被奉为一项基本自由。

乍一看，自由行政可以被分析为一个简单的国家组织原则。维尔波（Verpeaux）在为自由行政这一“制度”概念辩护时声称，自由行政与（横向）三权分立一样，是一项组织原则。在作者看来，这两项原则只是对行使权利或自由的保障，其本身并不代表自由。“这两项原则并不构成权利，但可被视为宪法认为必要的条件，就前者而言，宪法第 72 条认为必要，就后者而言，《权利宣言》第 16 条认为必要，以确认不再是组织性的但涉及实质性权利的其他条款所承认的自由”⁶⁴¹。在德国，行政自由不是一项权利，而是一种制度保障⁶⁴²。联邦宪法法院认为，“第 28(2)条保护的并不是地方当局个人，而是作为一个机构”⁶⁴³。如果地方当局可以援引这一原则来支持宪法上诉，那也只是因为它保护了地方当局的存在，而不是因为它承认了地方当局的行为能力。如果将其理解为一项制度原则，则不能将其归类为基本权利。

在这种情况下，我们可以超越这种制度方法，将自由管理视为一种有利于地方当局的主观权利，并赋予后者“行事”的真正可能性。这里的问题是地方当局自我管理的可能性，即自我管理或自由行使其特权的可能性。因此，从有关主题的角度来看，承认这一原则为基本自由与其他自由所采取的解决办法是完全一致的。此外，这种承认并不违背判例法和有关这一问题的学术著作的方向。一方面，地方当局的自由管理原则被上诉法院在事实上的攻击案中确定为一项基本自由⁶⁴⁴。另一方面，一些作者接受将这一原则纳入“基本权利”的理论概念⁶⁴⁵。最后，1946 年和 1958 年的制宪宪法将自

640 H. Kelsen, *Pure Theory of Law*,

op.正如凯尔森所解释的，为了保持物权与人身权之间的这种区别，前者被定义为个人以某种方式处分某物的权利：“人们就会忘记，这种权利完全在于其他个人在法律上有义务容忍这种处分，即不得以任何方式阻止或妨碍这种处分；因此，物权至少也是人身权。在物权法中，人与人之间的关系也是最重要的；这种关系包括以某种方式对待特定个人的义务。与事物的关系只是次要的：它只是为了使主要关系更加明确；它是一个人与某一事物的关系，是所有其他人在与第一个人的关系中必须容忍的行为”（*同前*，第 136-137 页）。强调是后加的。

641 M. VERPEAUX, CE, Sect. 下的注释，2001 年 1 月 18 日，*Commune de Venelles*, RFD 2001, 第 684 页。应当指出，在这里对这两种分权形式进行比较有明显的局限性。事实上，横向分权涉及具有法人资格的实体（国家法人、领土当局），而纵向分权涉及“权力”（行政权、立法权），它们本身并不具有组织存在。

642 制度保障的概念最早由卡尔-施米特提出（参见 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), PUF, coll. Léviathan, 1993, pp.

643 BVerfG, 18 September 1995, NJW 1995, p. 3378, cited by L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, thesis Caen, 1999, p. 118.

644 CA Papeete, ch. civ, 26 February 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, JCP G 1992, II, 21926, note A. MOYRAND.

645 尤其见 D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 300; X. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14; J.-F. PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Economica, 1998, p. 14; J.-F. LACHAUME, "Droits fondamentaux et droit administratif", *AJDA* 1998, special issue, p. 94. 自由行政原则也被称为“公共自由”（M. BOURJOL, "宪法", *Jel. Collectivités locales*, fasc. 20 (2000), no. 24, no. 25, no. 28, no. 30）。

由管理原则视为一种自由⁶⁴⁶。因此，既然有关利益--自治权--已经明确确定，就没有什么可以阻止将其视为《行政司法法典》第 L. 521-2 条意义上的基本自由。与仅仅是行政组织原则的权力下放不同，行政自由是地方当局可以主张的主观权利⁶⁴⁷。

2. 主体 (存在) 的品质或地位

153. 基本自由并不限于做事的机会，即严格意义上的自由。并不是所有的自由都可以简化为采取行动或采取某种行为的许可。范德梅伦总统强调，《行政司法法典》第 L.521-2 条涵盖了某些权利，如庇护权，尽管这些权利 "严格说来不能作为 '自由' 来分析"⁶⁴⁸。
154. 诚然，法院曾多次似乎陷入了对 "自由" 一词的严格解读，人为地提出了一些从表面上看不属于这种性质的权利的 *可能性*。然后，法官试图通过 "自由" 一词或其派生词、形容词 "自由" 和副词 "自由" 来指定被限定为 "权利" 的规范。在 *Hyacinthe* 案中，根据 Collin 先生和 Guyomar 先生的观点，"自由" 一词是 "权利"。Collin 先生和 Guyomar 先生认为，在 *Hyacinthe* 案中，⁶⁴⁹，为了证明将庇护 "权" 纳入基本自由范围是合理的，临时救济法官指出，这项权利 "其必然结果是申请难民地位的权利，给予难民地位对有关人员行使一般给予外国国民的 *自由* 具有决定性意义"⁶⁵⁰。同样，在最高行政法院看来，过正常家庭生活的权利被描述为一项基本自由，"因为其目的是保护每个人与家人生活在一起的自由不受公共当局的过度干涉"⁶⁵¹。同样，财产权也被从 "自由" 处置财产或 "自由" 使用公共道路的角度加以考虑，这表明该权利本身并不是一项基本自由，其地位应保留给它的每一个组成部分。然而，正如卡西亚教授所指出的，这种试图将 "权利" 附加于 "

646 由于 1946 年制宪委员会的辩论，制宪会议希望规定真正的地方自由，而不仅仅是行政组织原则（见 C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica PUAM, coll. DPP, 1993, special pp.96-97）。在 1958 年宪法的起草过程中，"自由行政"、"地方当局自由"、"社区自由" 和 "地方自由" 被作为同义词使用（同上，第 98 页）。

647

关于这项权利的受益人，应当指出，自由管理传统上是与人类群体相联系的。巴科扬尼斯先生强调，自治权不是赋予 "领土当局" 这一法人，而是赋予因隶属于某

一领土而确定的自然群体，该群体在国家对其进行更新之前就已存在。领土社区

"一词最初是指由依附于某一领土的所有人类群体组成的群体（C. BACOYANNIS, *同前*，第 100

页）。同样，M.Marcou 指出，所使用的术语 "指的是以定居为基础的地方社区的原始特征，即人类

群体"（G.MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA*, 2001 年 5 月 14 日，第 95 期，第 47

页）。行政法院打破了这一做法，扩大了视野，认为自由管理不是人类群体的特权，而是法人的特权。重要的是，有关团体具有法人资格，是受《宪法》第 72

条通用公式保护的法人之一。如果行政法官采用了传统的方法，这就意味着将这种自由的好处保留给乡镇--唯一符合上述标准的实体--而拒绝给予其他领土实体--省、地区、实体集团--这些代表着人为创造的实体。

648 R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, SC contentieux administratif, p. 2228.

649 M. Guyomar and P. Collin, chron. under CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, pp .

650 CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe, Lebon* 第 12 页。

651 CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

自由"的做法有时是"人为的"⁶⁵²。这就解释了为什么这种承认方法没有得到广泛应用。实际上,很少有"权利"被人为地重新归类为"自由"。例如,罢工权或同意接受医疗的权利就没有使用过这种公式。最后,作为这些修正案主题的权利所使用的公式后来并没有得到系统的使用。特别是,法院曾多次直接规定所有权的"权利",而不提及所有者对财产的自由处分⁶⁵³。至于庇护权,"一般给予外国国民的自由"的提法并不一定指明一种自由。这是宪法委员会在"移民管理"决定中使用的公式的重复⁶⁵⁴。归根结底,这些表述的唯一目的似乎是为了掩盖"自由"一词的严格含义已被超越的事实。然而,根据《行政司法法典》第 L.521-2 条制定的判例法,基本自由显然不限于行动的机会,即保护具体的行动或活动。

155. 对行政法官而言,自由也可能旨在保护主体的品质、特征或地位。例如,个人自由、无罪推定或庇护权就属于这种情况。这些原则决不是保护做某事的可能性,而主要是保护不遭受非法奴役的权利,特别是不遭受酷刑和不人道或有辱人格的待遇的权利,在刑事诉讼结果出来之前不被当作过错或罪行的实施者的权利,以及因支持自由的行动而受到迫害的人获得共和国当局保护的权力⁶⁵⁵。意见自由似乎也可以包括在内,它保护的不是一种行为--表达意见--而是主体的立场--不因其意见而受到惩罚、制裁或歧视。这种自由的真正含义并不是允许每个人持有他们希望持有的观点,而是保证他们的任何权利不受侵犯,保证他们不会因为使用这种自由而受到歧视⁶⁵⁶。此外,还可以加上过正常家庭生活的权利,这首先是保护一种情况:作为一个家庭存在和生活的可能性。

3. 一项福利 (信贷)

156. 最后,可以设想基本自由的客体与利益有关,即获得物品或受益于服务。事实上,最高行政法院原则上拒绝将索赔权排除在"权利保护"程序的范围之外,而且完全有理由相信,与政府专员和初审法官一样,最高行政法院也会同意将作为立法措施实施对象的权利归为索赔权。德席尔瓦女士非常明确地保留了将请求权与基本自由相提并论的可能性:"因此,我们向您建议的方法并不是基于'权利'与'自由'的对立,也不是基于原则上排除被称为'请求权'的权利"⁶⁵⁷。

652 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 115.

653 例如,见 CE, ord.22 October 2001, *Gonidec et Brocas*, no.239165; CE, ord.2005年1月10日, *SIMBB* 等公司,第276137号。

654 在这一决定中,理事会将庇护权称为"一项基本权利,对这一权利的承认决定了有关人员能否行使《宪法》普遍赋予在其境内居住的外国人的自由和权利(.....)"(CC, no.93-325 DC, 1993年8月13日, cons.81, *Rec.p.224*)。

655 关于这些不同权利的内容,见下文, § 196 et seq.

656 宣布见解自由的文本中使用的措辞完美地表达了这一思想。有关条款不仅规定"人人有权享有思想自由",而且还申明"任何人不得因其见解,即使是宗教性质的见解,而受到骚扰....."。

(1789年《宣言》第10条)、"任何人不得因其见解而受骚扰"(《公民权利和政治权利国际公约》第19条),甚至"任何人不得因其出身、见解或信仰而在工作或就业中受到损害"(1946年《宪法》序言第5^{ème}段)。

657 I.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFD A 2002, p. 330.

157. 根据 Collin 和 Guyomar 先生的意见, "除了庇护权和申请难民地位的权利所构成的'例外情况'之外, '难民的权利'似乎"几乎没有争议"。然而, 根据 Collin 和 Guyomar 先生的观点, 似乎"几乎没有争议"的是, 除了他们认为由庇护权和申请难民地位的权利构成的"例外"之外, "《宪法》所载的'权利', 就该术语的通常意义而言, 尤其是解放后出现的所有主张权利, 都无意受益于简易程序的特定保护"。作者接着说: "我们可以特别考虑 1946 年《宪法》序言中宣布的'就业权', 它本身并不能被贴上'基本自由'的标签。最高行政法院将过正常家庭生活的权利纳入'权利自由'程序的范围, 只是试图将其与宪法保障的自由联系起来, 而宪法保障的自由本身就是个人的一级自由。在我们看来, 这更像是一种迹象, 表明最高行政法院打算标志着这一程序范围扩大的极限, 而不是将这一程序向所有经济和社会权利开放的第一阶段"658。这些说法似乎值得商榷, 也不符合实在法的实际情况。

首先, Collin 先生和 Guyomar 先生似乎将经济和社会权利与要求权合并为一个法律类别, 而前者的范围比后者更广。特别是, 经济和社会权利不仅限于应享权利, 还包括一些自由权利, 尤其是结社自由和罢工权, 这些权利已被确认为《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由。同样, 过正常家庭生活的权利并不构成一项索偿权, 而是一项自由权, 因为它并不要求从公共当局获得利益的权利。其次, 如果就业权--提交人提到的唯一真正的权利--必须被排除, 那也只是在它没有直接影响的情况下, 正如 Fombeur 女士在其关于 *Casanovas* 判决的结论中非常明确地指出的那样659。在这种情况下, 没有理由认为最高行政法院的意图是原则上将债务债权排除在自由权的适用范围之外。如果说某些请求权被明确排除在基本自由之外, 那只是因为它们没有直接效力660。这些权利需要立法实施才能适用。正如 Dean Favoreu 所说, "通常所说的'要求权'有其特殊的结构, 但它们确实是基本自由。正如政府专员所说, 这些权利只对当权者产生影响, 因此, 可能无法利用'权利要求'程序来保护它们。然而, 我们不能排除请愿权对个人产生直接影响的可能性"661。

158. 从其实现方式来看, 自由所保护的主体可能涉及公共当局的被动或主动态度。由于自由是一种主观权利, 因此它采取了法律权利的形式, 使其受益人能够要求公共当局履行其应尽的不作为或作为的义务。

C. 如何实现自由

159. "对某一主体拥有主观权利意味着能够向该主体要求某种行为"662。就《行政司法法典》第 L.521-2 条而言, "自由"不能被定义为只要求公共当局放弃。它们不能被简化为行政部门必须履行的严格的消极义务。一些基本自由, 如财产或多元化, 既要求采取行动, 也要求不采取行动;

658 M. Guyomar 和 P. Collin, 同前, 第 1056 页。

659 见上文第 129 节。

660 见上文第 129-139 节。

661 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1742.

662 R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RDJ* 1991, p. 1080.

另一些自由，如 庇护，只要求采取行动⁶⁶³。许多自由涉及这两方面的某种分配。因此，这些自由具有双重性，既可以是不采取行动的弃权，也可以是不采取行动的弃权。

160. 从消极方面考虑⁶⁶⁴，自由的目的是反对政府当局的行为。禁止干预或干涉受自由保护的领域。其实施形式为不干涉义务，并以公共当局的不干涉为前提。它使受益人能够抵制国家的干扰和要求。在这方面，自由很容易得到保护。法院所要做的就是强制遵守保障行政不干涉的规定，使任何违反这一保障的行为或行动无效。

161. 在积极方面，基本自由以政府当局的行为为前提。国家不得因拒绝、不作为或弃权而影响受自由保护的领域。国家有义务促进或保障自由，为实现自由做出积极贡献。从这个意义上说，自由要求公共当局采取行动或采取措施来保障自由。例如，多元化可能要求视听高级理事会采取积极行动，确保多元化得到尊重。如果警察在执行法院驱逐非法占用者的命令时遭到拒绝，尊重财产权就需要行政当局采取行动。这种积极的方面并不是 *reféré-liberté* 程序所特有的。早在 20 世纪初⁶⁶⁵，“权利过失”法官 (*juges de l'excès de pouvoir*) 就承认，尊重信仰自由可能意味着行政当局的积极干预⁶⁶⁵。积极义务原则在宪法诉讼⁶⁶⁶ 和欧洲人权法院判例法⁶⁶⁷ 中得到广泛应用。受保护的个

663 正如 Guyomar 先生和 Collin 先生所指出的，行使庇护权

"显然需要公共当局采取行动，而不是弃权" (见上文，第 1055 页)。

664 在德国，防御功能被视为基本权利最重要的功能。联邦宪法法院 在 *Lüth* 案

判决中的一段著名论述中指出，“毫无疑问，基本权利首先是为了保护个人的自由领域不受公共当局的干涉；它们是公民对抗国家的防御性权利” (BVerfGE 7, 198, *Lüth*, 1958 年 1 月 15 日，第 204 页，转引自 D.CAPITANT, 论文，第 105

页)。从理论角度看待基本权利概念的作者也指出，在欧洲宪法权利中，基本权利的功能是

"保护个人在其自由领域不受公共当局的干涉" (C. GREWE 和 H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995 年，第 131 期)。个人被赋予一个不受国家干预的领域 (用耶利内克的话说是 "国家自由": 见 O. BEAUD, "La théorie allemande des droits fondamentaux", 同前, 第 45 页)。

665 见 N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. NBT, 2003, p. 548.

666 见 L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux*, Caen thesis, 1999 年，384

页。这一理论已在卡尔斯鲁厄法院的判例法中得到应用。例如，法院认为，德国国家不仅不得阻止任何个人创办学校或报纸，而且还必须采取必要措施，确保教育或新闻界的某种多元化 (参见 M. FROMONT 和 H. SIEDENTOPF, "行政管理", 第 2 页)。SIEDENTOPF, "Administration et Constitution en République fédérale d'Allemagne", *AEAP* 1993/XVI, pp.177-

178)。联邦行政法院大胆地从《宪法》中推断出了贫困者获得公共援助的权利，而在组织此类援助的条例中并未对此做出规定 (参见 D.-H. SCHEUING, "La protection des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne", in *Perspectives del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, vol. III, Instituto de estudios de Administracion local, 1969, p. 327, references note 55)。关于这个问题，参见 D.CAPITANT, above thesis, p. 173 et

seq. 在法国，由于管制的预防性质，很难发现和规定积极义务。然而，宪法委员会的某些决定被解释为包含这种义务。因此，第 181 DC 号决定被解释为要求立法机构提供必要的机构来维护言论自由和多元化 (CC, 第 84-181 DC 号，1984 年 10 月 10-11 日，*Rec.p.78*)。

667 欧洲法院曾多次指出，国家根据《公约》承担的义务不仅限于不违反《公约》的规定，还能产生采取行动的义务。在 1985 年 3 月 25 日 "X.和 Y.诉荷兰" 案 (A 系列第 91 号) 的

判决中，法院认为荷兰的立法不足以满足《公约》第 8 条的要求，该案涉及对一名 16

利益必须被承认属于某一法律主体或某一确定的法律主体类别。

III. 确定的受益人

162. 确定主观公共权利的第三个标准是存在一个确定的受益人。由于第 L.521-2 条的文本并没有规定受益于基本自由标准的任何特定条件，临时救济法官采取了尽可能宽泛的方法。它承认任何人都可以从基本自由中受益，无论其国籍或法律形式如何⁶⁶⁸。

A. 个人

163. 原则上，任何个人都可以享受《行政司法法典》第 L.521-2 条承认的基本自由。在此基础上形成的判例法体现了普遍享有基本自由的原则。首先，这些自由不仅适用于本国公民，也适用于外国公民，无论他们是否在法国境内。这一解决办法非常经典，符合与事实行为有关的判例法⁶⁶⁹，也符合欧洲宪法⁶⁷⁰。个人在特殊情况下的基本自由也得到承认。因此，尽管公务员的身份给他们带来了限制，用莫里斯-豪里乌（Maurice Hauriou）的话说，使他们成为“特殊公民”，但他们仍

岁以上智障未成年人的性虐待。为了确保“具体而有效地保护

“该条所保障的权利，荷兰法律本应规定更具保护性的刑事立法。1988年6月21日 *Plattform Ärzte für das Leben* 诉奥地利案的判决（A系列，第139

号）也体现了这一判例法。该案涉及在恶劣条件下举行的示威游行，由于警方对反示威游行的控制不力。法院指出：“在民主社会中，反示威权不能使示威权的行使陷于瘫痪。因此，真正有效的和平集会自由不能与国家方面不干涉的义务相调和；纯粹消极的做法不符合第11条的目标和宗旨。与第8条一样，它有时也要求采取积极措施，必要时甚至在个人之间的关系中”（第32节）。

⁶⁶⁸ 1990年，在有关引入合宪性初步问题的宪法修订草案中也普遍采用了一种宽泛的方法。国民议会草案报告员指出，基本权利

“既包括法国公民的权利，也包括外国人的权利，既包括自然人的权利，也包括法人的权利”（米歇尔-萨潘关于以例外方式进行合宪性审查的宪法草案的报告，第1288号报告，1990年4月19日，第33页）。

⁶⁶⁹ 恒定的判例法承认外国公民可以进入行政诉讼程序，并因此享有其中承认的基本自由。特别参见 Jean-Yves Plouvin 在其研究报告“*Au secours, le juge civil des référés arrive ! (ou de la réduction du juge administratif par le juge judiciaire des référés)*”，GP 4 March 1989, 1, pp.

⁶⁷⁰ 在德国，“具有人权内容的基本权利”“对德国人和外国人都有效”（A. DITTMANN, “Rapport allemand”, *AJJC* 1991/VII, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, colloque Aix-en-Provence, 12 and 13 July 1991, p. 177 et seq.）在葡萄牙，1976年《宪法》明确规定了普遍享有基本权利的原则，其中第15.1条规

定，“在葡萄牙逗留或居住的外国人和无国籍人应享有与葡萄牙公民相同的权利并承担相同的义务”。在西班牙，《宪法》第13.1

条规定，“外国人在西班牙应根据条约和法律规定的条件享有本《宪法》所保障的公共自由”。比利时宪法第128

条规定，“在比利时领土上的任何外国人应享有对人身和财产的保护，但法律规定的例外情况除外”。在法国，宪法委员会原则上承认外国人享有宪法规定的权利和自由，但在公共秩序和合法居留方面有某些限制（特别见 CC, 第93-325 DC号，1993年8月13日，*Rec.p.224*；第97-389 DC号，1997年4月22

日，*Rec.p.45*）。应当补充的是，根据《欧洲人权公约》第1^{er}条，缔约国必须承认“在其管辖范围内的每个人”享有《公约》规定的权利和自由。

充分享有基本自由⁶⁷¹672。囚犯也享有基本自由。在临时救济法官看来, "被拘留在监狱中的人并没有仅仅因为这一事实而被剥夺行使基本自由的权利, 他们有可能受益于《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的特别程序"⁶⁷³。这同样适用于在精神病院住院的人⁶⁷⁴ 或无行为能力的人。例如, 与父母分离的未成年儿童可直接援引过家庭生活的权利。⁶⁷⁵

164. 尽管如此, 普遍享有基本自由的原则并不是绝对的。在享有某些自由方面, 人与人之间可能会出现二级歧视。这些差别和区别不是任意的, 而只是有关自由的性质或特点所决定的。此外, 它们只涉及特定类别的受益人。例如, 某些基本自由只有国民和合法居留的外国人才能享有, 因此, 非法居留的外国人不能要求享有⁶⁷⁶。同样, 选举权的自由表达作为公民身份的一项特权, 只保留给具有选民身份的人, 即具有法国公民身份或共同体公民身份的人--需要说明的是, 对后者而言, 这项权利在逻辑上只适用于市政选举和欧洲选举⁶⁷⁷。至于庇护权, 其承认必然仅限于外国人。顾名思义, 只有非国民才能行使这一权利。由于这一权利的特殊性, 只有外国公民才能要求这一权利。因此, 普遍性原则只适用于因有关权利的特殊性质而证明合理的例外情况, 享有这些权利必然预示着援引这些权利的人的特殊地位。这种方法也很宽泛, 因为法院也承认法人享有基本自由。

B. 法律实体

165. 所有法律实体, 无论是私法实体还是公法实体, 都有权享有基本自由。

166. 原则上, 承认这些自由有利于受私法管辖的法人并没有引起任何困难。诚然, 基本自由的主要目的是保护自然人, 但没有任何东西可以阻止将其惠及法人。与自然人一样, 法人可以通过其决策和代表机构表达意愿, 因此, 法律对法人的待遇与对自然人的待遇相同⁶⁷⁸。法人享有所谓的 "方面" 保护⁶⁷⁹。这意味着他们可以享有基本自由, 但前提是这些自由的行使与其类型或性质相符。某些自由, 如过正常家庭生活的权利或避难权, 是与自然人相联系的, 只能通过个人来理

671 尤其见 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108。

672 M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} ed, Sirey, 1933, p. 744。

673 CE, ord. 27 May 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon* p.

232.然而, 这些自由的行使必须处理与监禁有关的限制, 因此 "从属于拘留所固有的限制"。见 CE, ord. 8 September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388 : "s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention"。

674 例如: 见 CE, 2002 年 5 月 15 日, *Baudoin*, 第 239487 号。

675 CE, ord. 29 September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584。

676 见 CE, ord. 2001 年 3 月 5 日, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon* T. p. 1130。

677 关于这一点, 应当指出, 葡萄牙宪法(第 15.2 条)和西班牙宪法(第 13.2 条)明确规定了选举权普遍性原则的例外情况。其他国家的情况也是如此 (见 *AJJC* 1991/VII, 同前, 第 211 页及其后各页)。

678 关于法人与自然人的同化, 见 Y. GUYON, "Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé", *AJDA* 1998, 特刊, 第 136-142 页。GUYON, "Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé", *AJDA* 1998, special issue, pp.

679 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, *Précis* series, 2005, no. 111。

解。将这些自由排除在法人之外，只是因为事物的性质，因为有血有肉的人与非物质的人之间存在着不可缩小的差异。另一方面，法人可以充分享受基本自由，因为这些自由绝不是以人的固有或自然特征为前提的，而是与人的本性相一致的。因此，临时救济法官毫无困难地承认受私法管辖的法人享有某些基本自由，特别是所有权⁶⁸⁰或集会自由⁶⁸¹。这里的解决方案也是非常经典的。它符合行政执行⁶⁸²和欧洲宪法权利⁶⁸³的判例法。

167. 赋予受公法管辖的法人以基本自由的原则遇到了更多的困难。阻力不是来自最高法院本身，而是来自学者，或者说是部分学者。当地方当局的自由管理原则被作为一项基本自由载入《威内利公社案》(*Commune de Venelles*)的判决中时，就引发了争论⁶⁸⁴。政府专员洛朗-图韦(Laurent Touvet)在其结论中为基本自由受益人的范围辩护。他的论据是第 L.521-2 条的措辞，该条丝毫没有限制受益人的范围。Touvet 先生还指出，"尽管该条所指的侵权行为的受害者往往是个人，但不能排除公共机构可能侵犯另一公共机构的基本自由"⁶⁸⁵。

根据公法将基本自由赋予法人的做法受到了某些学者的批评。例如，Marcou 先生认为，基本自由只能赋予"私人，无论是自然人(这是概念的起源)还是法人"⁶⁸⁶。关于"基本权利"的理论概念，理论界似乎存在分歧。皮卡尔先生表示不赞成承认公共机构的这种权利⁶⁸⁷，而德拉戈先生则表示赞成⁶⁸⁸。一般说来，反对赋予公共机构基本自由的理由如下：由于基本自由的性质是保护个人，国家不能既是自由的接受者又是受益者。如果基本自由是针对国家的，那么本身就属于国家的实体(即公共实体国家、地方当局和公共机构)就不能享有这些自由，否则就是针对国家本身的。正如

680 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

681 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

682 处理攻击和殴打案件的法官早已接受法人可以享受基本自由的可能性。例如参见：TC, 1935 年 4 月 8 日, *法国诉讼*, *Lebon* 第 1226 页, concl. JOSSE, *GAJA* 第 51 号；Civ. 1^{ère}, 1983 年 5 月 3 日, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France*, *Bull. civ. I*, 第 138 号。

683 在法国，宪法委员会很早就指出，宪法权利和自由的所有权不是自然人的特权(特别见 CC, 第 79-109 DC, 1980 年 1 月 9 日, *Rec.p.*29；第 81-132 DC, 1982 年 1 月 16 日, *Rec.p.*18；第 82-137 和 138 DC, 1982 年 2 月 25 日, *Rec.p.*38；第 86-207 DC, 1986 年 6 月 25-26 日, *Rec.p.*61；第 98-401 DC, 1998 年 6 月 10 日, *Rec.p.*258)。在葡萄牙，《宪法》第 12.2

条规定，"所有法人享有与其性质相符的权利，并承担与其性质相符的义务"。在德国，《基本法》第 19 III 条规定了某种限制，规定基本权利"在其性质允许的情况下适用于国家法人"。正如 Dittmann 先生所指出的，"将法人纳入基本权利的保护范围只适用于本国法人，即在德意志联邦共和国境内实际设有机构的法人。因此，与自然人的不同，外国法人从根本上无法享受基本权利的保护"。他们只享有程序性权利(A. DITTMANN, 上述报告, 第 183-187 页)。在西班牙，"就私法下的法人而言，可以说法人的情况与德国的情况相同"(P. CRUZ VILLALON, "西班牙报告", *AJJC* 1991/VII, 第 229 页)。

684 其他自由也随之而来，尤其是财产权(行政长官, 2002 年 11 月 21 日法令, 《法兰西报》, *Lebon* 第 408 页；行政长官, 2001 年 11 月 19 日, *埃斯库昂斯和圣贾斯特-德-贝伦加尔公社*)。

685 L. Touvet, concl. on CE, Sect. 18 January 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 386.

686 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA*, 2001 年 5 月 14 日, 第 95 期, 第 47 页。

687 E. PICARD, "La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?", *AJDA* 1998, pp.

688 R. Drago, "Droits fondamentaux et personnes publiques", *AJDA* 1998, special issue, pp.

Pfersmann 先生所指出的, 这种推理是基于混淆了国家的理论概念和法律概念。作为一个理论概念, 国家指的是一种法律秩序。作为实在法的概念, 它对应于法律秩序赋予这一名称的一组这样或那样的机构, 即包括整个领土的领土集体。基本自由在理论意义上是国家的子集, 因为它们是将主观权利赋予确定的受益人的规范。在我们的法律体系中, 没有任何东西可以阻止以这种方式描述的规范强加于公共权力机构—国家作为一个法律概念⁶⁸⁹。

在攻击案件中, 公共机构援引基本自由的问题很少出现。然而, 冲突法庭至少有两次同意承认因行政机关侵犯另一行政机关的权力而导致的攻击行为的存在⁶⁹⁰。在宪法方面, 将宪法权利和自由归属于公共机构的情况不一。然而, 宪法法院的立场主要是承认这种所有权⁶⁹¹。通过承认公共机构享有基本自由, 临时救济法官对受益人的范围有了最广泛的理解。

168. 行政司法法典》第 L.521-2 条所指的自由被分析为一种主观的公共权利。承认自由的前提是临时救济法官对以下三个问题做出肯定回答。首先, 有关原则是否是法律标准? 其次, 该规则是否具有直接效力, 使其可以对行政部门强制执行? 最后, 其目的是否是保护受益人的个人利益, 无论是自然人还是法人, 更具体地说, 是保护主体的一项活动、一种品质或一种地位, 甚至是获得一项服务? 如果上述每个问题都能得到肯定的回答, 那么法官所处理的就是一项主观的公共权利。然而, 基本自由并不是一种普通的主观权利。与德国的基本权利一样, 它们代表了 "最重要的主观公共权利"⁶⁹²。

689 见 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, Précis series, 2005, no. 112.

690 见 TC, 1951 年 3 月 15 日, *Comptoir limier, Lebon*, 第 630 页; TC, 1952 年 2 月 28 日, *de Kernier, Lebon*, 第 620 页, M.-C. ROUAULT 引述, *JCP G* 1992, II, 21804, 第 14 页。关于在公共人之间的关系中为地方当局的利益而适用事实上的攻击, 见最近: Civ. 1, 28 November 2006, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés, Bull. civ. I*, no. 529, *JCP A* 2007, 2118, note O. RENARD-PAYEN.

691

宪法委员会规定, 受公法管辖的法人可以是宪法权利和自由的受益人或持有人。特别是, 宪法委员会曾多次指出, 宪法对财产的保护 "不仅涉及个人的私有财产, 而且还平等地涉及国家和其他公共机构的财产" (CC, 第 86-207 DC 号, 1986 年 6 月 25-26 日, cons.58, *ECR* 第 61 页; 第 86-217 DC 号, 1986 年 9 月 18 日, cons.47, *ECR* 第 141 页; 第 94-346 DC 号, 1994 年 7 月 21 日, cons.3, *ECR* 第 96 页)。在西班牙, 宪法法院最初对公共机构可以依赖基本权利的观点持敌视态度。随着判例法的演变, 它裁定公共当局可以是这些权利的持有者 (参见 P. CRUZ VILLALON, "西班牙报告", *AJJC* 1991/VII, 第 231-235 页)。在德国, 宪法法院认为, 第 19 III 条通常不能惠及受公法管辖的法人, 理由是公共当局不能既是基本权利的债权人又是债务人 (BVerfGE 21, 362 [369], 由 C. AUTEXIER 引述, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, no.113)。对于诉讼性质的权利, 只能采取其他方式 (BVerfGE 13, 132 [140], 由 C. AUTEXIER 引述, *同前*, n.113)。

692 R. ARNOLD, "Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne", *AJDA* 1999, p. 659.

第2节 基础性标准

169. 要符合第 L.521-2 条规定的程序，自由必须是“基本的”。对行政法院而言，基础性是一种无法归结为具体来源的属性。在确定基础性时，法院将宪法规范与次宪法规范进行对比，前者所有规范都是基本性的，而后者只有部分规范可能是基本性的。

I. 基础性与来源无关

170. 在德国，基础性被简化为一个精确的规范层面：宪法层面。正如 M. Capitant 指出，在 "droit fondamental" 这一表述中，“宪法性质由 'fondamental' 一词表述，仅此而已”⁶⁹³。在法国的法律学说中，形式方法的支持者也将基础性与一个特定的规范层次联系起来：超立法层次。另一方面，对于法官来说，基础性与特定的来源无关。这意味着，一方面，它与单一来源无关，另一方面，借用的来源只代表物质来源。

A. 来源的多样性

171. 确定基本自由的来源有四个标准。除了这些假设之外，从逻辑上讲不可能将一项基本自由与一项确切的准则联系起来。因此，不可能确定或知道法院作出规定上述自由的决定所依据的来源。

首先，可在裁决理由中明确提及消息来源。在所有被承认的自由中，这种情况相对较少。首先是自由管理地方当局的原则，《宪法》第 72 条明确提到了这一原则⁶⁹⁴。然后是“宪法”规定的避难权⁶⁹⁵。诚然，使用“宪法”一词首先是为了明确有关权利的范围，即区别于 1951 年 7 月 28 日《关于难民地位的日内瓦公约》所保护的**传统庇护**。不过，它也顺便指明了**来源**，因为宪法规定的**庇护权**顾名思义是建立在宪法之上的（更确切地说，是建立在 1946 年宪法序言第 4 段之上，并由 1958 年宪法第 53-1 条加以补充）。还应提及两项源于立法的自由：第一，住院病人的通信自由，这是一项“《公共卫生法》第 3211-3 条（……）承认的自由”⁶⁹⁶；第二，同意接受治疗，这是一项“受《民法》第 16-3 条和《公共卫生法》第 L. 1111-4 条规定保护的自由”⁶⁹⁷。

⁶⁹³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. BSCP, t. 87, 2001, p. 3, note 4.

⁶⁹⁴ CE, Sect. 18 January 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

⁶⁹⁵ CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe*, *Lebon* 第 12 页；2001 年 5 月 2 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* 第 227 页；2001 年 11 月 12 日, CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *内政部长 c/ Farhoud*, *Lebon* T. 第 1126 页；行政长官, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda*, *Lebon* 第 45 页；行政长官, 2003 年 3 月 25 日, *内政、国内安全和地方自由部长 c/ Sulaimanov*, *Lebon* 第 146 页。

⁶⁹⁶ CE, 15 May 2002, *Baudoin*, no.《公共卫生法》第 L.3211-3 条规定, 非自愿住院者“有权：（……）1° 与第 L.3222-4 条所述当局联系；（……）4° 收发信件”。

⁶⁹⁷ CE, ord.2001 年 7 月 16 日, *Fenillatey*, *Lebon* 第 309 页。然而，所使用的措辞并不明确。因为“保护”一项自由既可以是将其写入法律，也可以是其付诸实施。然而，对引文的分析表明，第一种解决方案更可取。

其次，在合议机构做出裁决的情况下，政府专员几乎总是会指出自由所依据的来源。因此，雅克-亨利-施塔尔（Jacques-Henri Stahl）在其 2003 年 12 月 9 日对阿吉永案裁决的结论中指出，只要罢工权“受到 1946 年 10 月 27 日宪法序言条款的宪法保障”，最高行政法院就可以“毫无困难地”将罢工权作为一项基本自由⁶⁹⁸。因此，罢工权与一个单一来源明确相关：1946 年《宪法》序言，更具体地说，是其第 7^{ème} 段。

第三，可以从判决的引文中确定基本自由的来源。行政司法法典》第 R. 741-2 条要求法院在判决理由中提及及其适用的文本。适用“一词从广义上理解为使用⁶⁹⁹的同义词。困难在于，一个文本--程序性文本除外--既可用于确定基本自由的存在，也可用于评估显然违法的条件；甚至可同时用于这两种条件。如果所提及的文本中不止一个是自由的来源，那么就很难确定其中哪一个文本--不能排除合并依据的可能性--实际上是用来确立自由的⁷⁰⁰。尽管如此，限于某些情况，对引文的分析突出了所使用依据的多样性。临时救济法官援引《宪法》“特别是第 4 条”，结合 1881 年 6 月 30 日关于公共集会的法律，规定合法组建的政党有权举行集会⁷⁰¹。他提到了《宪法》，“特别是”其序言，其中规定了

：《宪法》未被提及，《欧洲人权公约》仅在涉及明显非法的条件时被提及。然而，这并不足以消除任何不确定性，因为《宪法》可以作为体现某项基本自由的基础，而

法院却没有提及（见下文关于确定基本自由来源的第四个假设，特别是 Marcel 和 Kurtarici 案的裁决）。

⁶⁹⁸ J.-H. STAHL, concl. on CE, 9 December 2003, *Aguillon et autres, Dr. soc.* 2004, p. 173.

⁶⁹⁹

文本不一定要正式应用才能出现在理由中。只要法官在作出判决时使用或依据了某一文本，他就会提及该文本（见 Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 108, 1972, pp.)

⁷⁰⁰ 在某些裁决中，比较容易区分用于确定自由的文本和用于评估非法性的文本。例如，在 Kurtarici 案的裁决中，理由中提到的《欧洲公约》被用于评估侵犯申请人尊重家庭生活权的相称性。因此，可以认为在评估有争议措施的合法性时考虑到了该文本（行政长官，2002 年 4 月 3 日命令，内政部长，2002 年 4 月 3 日命令，内政部长，2002 年 4 月 3 日命令）。2002 年 4 月 3 日，内政部长诉 Kurtarici, *Lebon T.* 第 871 页）。有时这种划分更难实现，如 2005 年 5 月 3 日的命令，法国基督教工人联合会, *Lebon T.* 第 1034 页。该决定将雇员不被强迫从事强迫劳动的自由视为一项基本自由，在其引文中包括四个“实质性”文本：《宪法》，特别是其序言、《欧洲人权公约》、《劳动法》以及 2004 年 6 月 30 日第 2004-626

号法律，该法律修订了《劳动法》，规定了“团结日”，即雇员可多做一天无偿工作。在这四部法律中，有三部在裁决理由中被提及。为了提出所谓的“团结日”，提到了《劳动法》和 2004 年 6 月 30 日的法律。欧洲人权公约--更具体地说是其中的第 4 条--

在要求有争议的措施明显不合法时被提及。另一方面，理由中没有提到《宪法》。因此，理由中出现《宪法》只能解释为它构成了这一基本自由的基础。否则，就没有理由在理由中提及《宪法》。然而，有一个因素确实令人生疑：《欧洲人权公约》明确规定禁止强迫劳动，但宪法文本或宪法判例法都没有承认这一点。然而，法官在同一条陈述中提到了工作自由，暗示但必然地从这一原则中引申出禁止强迫劳动的规定，从而证明了与宪法的联系是合理的。虽然《欧洲人权公约》在这一规定中发挥了作用，但判决书的措辞表明，它完全是辅助性的。

⁷⁰¹ CE, ord. 2002 年 8 月 19 日，国家阵线和地方教育研究所（IFOREL），*Lebon*，第 311 页。

所有者自由处置财产702、企业自由703、宗教自由704 和个人自由。705

第四，也是最后一点，可以通过逐字逐句地重复文本或既定判例法中的公式来确定来源。2001 年 10 月 30 日的 *Tliba* 案判决就是这种识别方法的例证706。在该判决中，最高行政法院掌握了两个公式，使其能够承认保护家庭是一项基本自由：一方面是宪法公式，提及“过正常家庭生活的权利”707，另一方面是常规表述，规定“尊重家庭生活的权利”（《欧洲人权公约》第 8 条）。虽然下级法院法官指出“*Tliba* 女士的家庭生活受尊重的权利”受到侵犯，从而表达了与传统来源的联系，但最高行政法院更倾向于谈及当事人“过正常家庭生活的权利”。权威观察家指出，用词的选择“绝非偶然”708。通过使用这一措辞，理事会将这一基本自由与宪法渊源含蓄但必然地联系起来。同样，在上文引述的 *Kurtarici* 命令中，所使用的措辞不是借用欧洲法律，而是借用宪法判例法。在这种情况下，尽管法官在其裁决中没有提及《宪法》，但《宪法》无疑是这一基本自由的实质来源。同样的推理也可适用于个人自由的规定709，这是一个源于宪法的概念。同样，尽管法官在其判决理由或引文中没有提及基本法，但其来源是确定的。

172. 综上所述，基本自由不是由法院从特定的规范层次中提取出来的。基本性不能归结为规范等级中的某一层级。公认的基本自由或源于宪法，或源于普通法710。被归类为基本自由的法律义务源自不同层次的规则。它们也是物质来源。

B. 材料来源

173. 作为确立基本自由的依据或支持的条款只是该自由的物质来源。此外，只要临时救济法官不直接--即正式--适用载有基本自由标准的案文，就不可能有其他情况。基本自由的概念与一般法律原则的概念一样，是一个法律范畴，允许对构成其基础的文本或法理规范进行调解适用。在这两种情况下，承认都需要一个标准（一般法律原则的文本标准，基本自由的文本或判例法标准）。但是，一旦基本自由或原则得到承认，它就独立于支持性规范而存在，并从支持性规范中独立出来。根据判例法，法律的一般原则“即使没有文本”也适用711。这对一般法律原则理论产生了两个后果。一方面，这种中介性适用允许法官自由选择文本，并从文本陈述的狭隘框架中解脱出来。

702 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

703 CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市, Lebon* 第 551 页。

704 CE, ord. 2004 年 2 月 16 日, *贝奈萨, Lebon T.* 第 826 页。

705 CE, ord. 27 March 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158.

706 CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

707 见上文第 135 节。

708 M. Guyomar 和 P. Collin, 同前, 第 1055 页。

709 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

710 另一方面，根据已作出的所有裁决，似乎可以断言，国际文书，特别是《欧洲人权公约》，迄今为止从未作为承认基本自由的依据。在实践中，临时救济法官只有在评估其所审理的情况的合法性时才会提及基本自由。

711 见 J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, special p. 380. *Continuité et modernité*, Dalloz, coll. NBT, 2003, special p. 380.

另一方面，原则比原始文本具有更大的稳定性，即使后者具有宪法地位。正如热纳维斯院长所指出的，"不与宪法文本挂钩可确保'法律的一般原则'更加持久"⁷¹²。这种方法的"优点是不将所确定的原则与正式文本挂钩，并确保其在用于法律保护的宪法中得以存续（.....）"。⁷¹³

174. 有几个因素表明，在《行政司法法典》第 L.521-2 条的背景下，法院打算大量使用这一技巧。首先，基本自由的措辞经常会根据来源标准的措辞（即用于确立该自由的文本或判例法）而发生变化。例如，过家庭生活的权利被重新表述为"与家人生活的自由"⁷¹⁴，"每个人与家人生活的权利"⁷¹⁵，"正常家庭生活的权利"⁷¹⁶，"家庭生活的权利"⁷¹⁷或"尊重家庭生活的权利"⁷¹⁸。同样，虽然《公共卫生法》第 L.1111-4 条提到"个人自由和知情同意"接受医疗，但法官根据这一规定，将"成年病人在有能力表达时同意接受医疗的权利"⁷¹⁹。在随后的一项判决中，这一权利变成了"病人对其所接受的医疗服务的自由和知情同意"⁷²⁰。同样，《公共卫生法》第 L. 3211-3 条规定的"交流权"也变成了"交流自由"⁷²¹。因此，在所有情况下，原始规范在其表述层面都发生了变化。其次，法官并不总是说明基本自由的规范来源，这可能表明基本自由并不一定产生于某一具体文本。第三，行政法院成员的某些言论证实了这一印象。因此，拉辛庭长认为，"基本自由的概念（.....）是宪法、条约法和一般法律原则巧妙结合的产物"⁷²²。同样，Collin 和 Guyomar 指出，"将由法院来界定基本自由（.....）与宪法所承认的单纯权利之间的界限，而这一界限的性质必然会随着社会及其价值等级的演变而发生变化"⁷²³。这一表述可能会让人感到惊讶，因为它将宪法--我们法律秩序的奠基文本--降格为"简单"、普通、平凡的标准，而宪法位于法律体系的顶端，不承认任何高于宪法的存在。但实际上，这一提法表达了一种愿望，即把一般法律原则的理念移植到基本自由上，特别是赋予基本自由一种抵御变化的能力，这种能力大于有助于产生基本自由的文本的能力。宪法规定的自由从本质上讲是与规定这些自由的文本相联系的，可能会在修宪或更换宪法时消失。而基本自由则脱离任何文本，因此对可能影响基本法本身的规范性变化不敏感。因此，基本自由一旦被写入宪法，相对于写入宪法的法律数据而言，就会变得独立自主。被承认为基本自由并纳入第 L.521-2 条后，该规范开始以其自身的权利存在，获得了独立于产生它的规范的新生命。它脱离了原来的支持，经历了更替。从第 L.521-2 条的角度看，它不再是一

712 B.GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2000, no.

713 M. MIGNON, "La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence", *D.* 1951, p. 130, cited by F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 587, note

15.参见：K.BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Aix-en-Provence thesis, 2000, pp.

714 CE, ord. 5 March 2002, *Fikry*, *Lebon T.* p. 872.

715 CE, ord.2002年7月10日, *Boulema*, 第248422号。

716 CE, ord. 29 September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

717 CE, ord.2005年1月19日, *M. Laurent X.*, *Lebon* 第23页。

718 CE, ord. 25 November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*, *Lebon T.* p. 927.

719 CE, ord.2002年7月16日, *Feuillatey*, *Lebon* 第309页。

720 CE, ord. 8 September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Lebon* p. 388.

721 行政长官, 2002年5月15日, *Bandoïn*, 第239487号。

722 P.-F. RACINE, "Les grands principes spécifiques au procès administratif", *Droit des libertés fondamentales* (R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET dir.), 9^{ème} ed, Dalloz, 2003, p. 545.

723 M. Guyomar 和 P. Collin, CE 编年史, 2001年1月18日, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, 第156页。强调是后加的。

种宪法或立法自由，而是一种基本自由。它变得独立于其原始来源。

因此，基本性没有确切的正式来源。如果基本性不能归结为一个来源，那必然是因为它是规范的一种属性或品质。

II. 基本性是一种属性

175. 基本性的本质与体现自由的准则的法律价值无关。后者当然并非无关紧要（至少在符合宪法的情况下），但它只是法官的一个指示。它是基本性的指标。仅此而已。在确定基本性时，准则的等级本身并不发挥作用。这一特性的特征在于规范的重要性或基本性。正如 Gilles Bachelier 所说，“重要的是有关自由或权利的突出性质”⁷²⁴。使一项自由具有根本性的是它的本质属性。临时救济法官非常明确地选择了一种实质性的基本性方法。

176. 为了评估自由的基本性质，行政法官必须衡量公民对自由的依恋程度。在执行这项任务时，行政法官会得到一些标准或指数的帮助，这些标准或指数有助于限制这项工作中固有的主观性。主要且几乎是唯一的标准是最高法律价值。根据假设，具有宪法价值的规则在形式上和实质上都是根本性的。相反，次宪法规则不构成法律秩序的基础，即它们在形式上是基本的⁷²⁵。如果其中某些规则可能被证明是基本的，那也只是因为它们的重要性，即完全从物质或实质的角度来看。因此，判例法表明，“可用的”规范（立法或次立法）与“不可用的”规范（超立法）之间存在对立，但宪法规范（全部且必然是基本的）与所有其他规范（只有部分是基本的）之间存在对立⁷²⁶。在发现基本自由方面，宪法渊源优先于所有其他渊源⁷²⁷。其他来源只起辅助和补充作用。

宪法在确定基本性方面的优先作用可以用一个简单的考虑来解释：公民对某项权利或自由的依附直接在基本法中正式确定。尽管如此，公民也可以表达他们对某项权利或自由的依恋，而无需将其写入宪法。尽管只是在宪法下的规范中规定，但它可能是必不可少的，即具有实质性的根本性质。因此，尽管宪法是基本自由的主要渊源，但它并不是基本自由的唯一渊源。宪法渊源必然蕴含着基本性，而宪法之外的渊源只有在特殊情况下才可能显示出基本性。宪法的这一特权地位解释了为什么法院有时倾向于“内化”条约规范，并将其附加到宪法规范中，使其成为该规范的构成要素⁷²⁸。

724 G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第 263 页。强调是后加的。

725 恰恰相反，只有《基本法》本身才存在并可以援引这些规定。

726 de Silva 女士完美地表达了在宪法标准和所有其他标准之间建立的这一裂痕，她说：“首先是宪法中规定的权利或自由，甚至国际公约、法规或一般法律原则中规定的权利或自由，可以被称为 L.521-2 条意义上的‘基本权利’”（I. DE SILVA, concl. on CE, Sect., 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tibba*, *RFDA* 2002, p.329）。强调是后加的。

727 当宪法和国际公约

以类似的措辞承认一项自由时，行政法官将系统地选择宪法的表述。关于过正常家庭生活的权利，Collin 先生和 Guyomar 先生指出：“虽然现在援引这一权利似乎与《欧洲人权公约》第 8 条的规定所提供的保护密不可分，但应该牢记的是，这一权利首先具有宪法地位”（M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, 前引书，第 1055 页）。

728 因此，《欧洲人权公约》第 3 条所规定的禁止酷刑、不人道和有辱人格的待遇，在《法国宪法》中并无对应规定。因此，宪法文本不能作为

A. 宪法规范必然具有根本性 (形式根本性和实质根本性)

177. 合宪性不是基本性的条件，但它不仅仅是一种表示。就非宪法性准则可能被承认为基本准则而言，合宪性并非必要条件。然而，它又不仅仅是一种表示，因为它本身就足以将准则定性为基本准则。它是一个标准，实际上是迄今为止最重要的标准，因为只有它才足以说明准则的根本性质。它是基本性的卓越标准。宪法规范被假定为基本的⁷²⁹。它们符合“根本”一词的两种含义。一方面，它们在性质上是**必不可少的**，这使它们有理由被载入一个不受议会多数决制约的文本中。另一方面，它们是我们法律和政治秩序的**基础**。因此，合宪性就其本质而言是基本性的标志。

178. 宪法规范是正式的基本规范；事实上，它们是**唯一正式的基本规范**。正如罗伯特-阿列克西所指出的，“宪法法律规范是正式的基本规范，因为它们在法律体系中处于最高级别（……）”⁷³⁰。宪法是“法律秩序的基础”⁷³¹，是“规范社会生活的法律准则不可或缺的基础”⁷³²。法律秩序的统一性和一致性是围绕基本法形成的。由于其特殊的稳定性，它是法律秩序的基础⁷³³；它奠定了法律秩序的基础。它是所有其他规范有效性的基础⁷³⁴。由于法律秩序被视为由等级规范组成的

承认这一禁令为基本自由的依据。如果法院希望保护该条款规定的原则，就必须依据《欧洲人权公约》的文本。然而，中间禁令法官并没有将这一禁令本身作为一项基本自由，而是**选择**将《公约》第3条规定的原则作为宪法法律承认的自由的一个**组成部分**，有时是个人自由，有时是个人自由（见下文第203节）。

729

唯一的问题是，这是一个简单的推定还是一个不可反驳的推定。从目前的判例法来看，法院从未拒绝将某项宪法自由归类为基本自由。如果某些宪法规范被剥夺了基本自由的地位，那只是因为它们不具有自由的性质（即不符合主观公法的标准），而不是因为它们不具有基本性质。行政法官拒绝将宪法规范性为基本规范的可能性似乎很小。

730 R. ALEXY, 《宪法权利理论》(J. RIVERS 译自德文), 牛津大学出版社, 2003年, 第349页。

731 G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* 1954, p. 21.

732 B.B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, STH, 1988, p. 189.

733

规范等级越高，通过和修改规范性法案的程序就越繁琐，换言之，手续的约束力就越强，获得同意就越困难：因此，规则的稳定性与其所处的等级成正比。在规范等级的顶层，宪法规则和原则具有显著的稳定性。与普通成文法中的法律规则相比，“合宪性

“板块中所包含的法律规则更确定是永久性或持久性的。因此，当法律具有宪法地位时，其安全系数比具有普通立法地位时要大得多（……）”（L. FAVOREU, "Droit et loi. Brèves réflexions d'un Constitutionnaliste", in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique. Droit et loi*, colloque des 22 et 23 mai 1985, PUAM, 1987, p. 13).

734 H. KELSEN, 《纯粹理论……》，前引书，第199

页：“如果要问属于特定法律秩序的法律规范的有效性基础，答案只能是将其与该法律秩序的基本规范联系起来，换句话说：答案在于断言该规范是根据基本规范制定的”。

金字塔⁷³⁵，宪法以下的规范必须尊重宪法的规定。在法律条文和判例法规定的条件下，可以向宪法法院或普通法院⁷³⁶ 质疑公约、立法或行政规定的有效性。如果与《基本法》相抵触，将根据具体情况废除或剥夺宪法次级规范的效力。只要宪法权利和自由属于具有宪法价值的规范，换句话说，它们构成了法律制度的基础，它们就是当然的基本权利。德国的情况也是如此，《基本法》第一部分规定的自由“往往构成所有德国法律的基础”⁷³⁷。同样，Starck 先生指出，“基本权利是任何法律制度的基本准则”⁷³⁸。

179. 宪法准则也具有实质性的根本意义。作为共识的标准⁷³⁹，宪法是基本价值和自由的所在地⁷⁴⁰。因此，我们应该在宪法中找到最重要的自由。宪法中规定的权利被认为是最基本或最重要的权利，是议会多数所无法企及的⁷⁴¹。宪法中规定的权利被认为是“非常重要的权利，不能由议会的简单多数来决定是否接受”⁷⁴²。事实上，宪法与自由之间长期存在着密切联系⁷⁴³。在法

735 见 H. Kelsen, *同前*, 第 224 页及以下。

736 对法律和国际承诺的合宪性审查确保了宪法对所有其他法律规范的有效至上性 (参见 H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDP* 1928, pp. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse Paris 1928, republished 1986, *Economica PUAM*, coll. DPP, 383 p.). 行政法院确保行政当局遵守宪法标准。

737 M. FROMONT and A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome I Les fondements, Cujas, 1977, p. 153.

738 C. STARCK, *La Constitution cadre et mesure du droit*, *Economica*, 1994, p. 104.

739 正如 M. Zagrebelsky 所指出的那样，“宪法时刻

“顾名思义就是普遍合作的时刻：在制宪时刻，政治主体的政治意志为了一个共同的目的走到一

起：确立支配每个人特殊利益的原则，以便使每个人都能共同生活” (G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur* (由 M.

LEROY 译自意大利文), *PUAM*, 2000 年, 第 111

页)。在这方面，“宪法是一个民族对其生活方式的基本共识” (U. KARPEN, "L'Etat de droit", in *La Constitution de la République fédérale d'Allemagne. Essai sur les droits fondamentaux et les principes de la Loi fondamentale avec une traduction de la Loi fondamentale* (U. KARPEN ed.), *Nomos Verlagsgesellschaft*, 1996, p. 174)。正如 Yann Aguila

所说：“宪法比法律更能构成真正的基础，在短暂的议会多数之外，民族的连续性植根于此” (Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, *Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II*, 1993, p. 11)。

740 其根本目的是“确定人类群体共同的价值体系” (B. MATHIEU 和 M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *LGDJ*, 2002 年, 第 19 页)。正如 M. de Béchillon

先生所指出的，“一项规则的宪法表述，无论其性质如何，都因其声称符合宪法这一事实而表达了整个社会的**基本价值**” (D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, *Economica PUAM*, coll. DPP, 1996, p.

241)。强调是后加的)。在所有国家，“基本准则的主要作用是建立和形成普遍的政治共识，特别是在基本权利和公共自由方面” (P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, éditions du CNRS, 1991, p. 40)。它是“国家组织和基本价值观的**宪章**” (U.

KARPEN, *同前*, 第 175 页)。马索-

朗总统指出：“《宪法》被置于规范等级的顶端，体现了我们社会秩序的基本原则，其内容涉及政治或道德价值” (M. LONG, 为 Y. AGUILA 的上述著作作序)。换言之，它“保障基本权利和原则” (O.

SCHRAMMECK, "Droit administratif et droit constitutionnel", *AJDA* 1995, *Le droit administratif* 特刊, 第 34 页)。

741 “它们是普通立法者（相对于制宪立法者）无限制、修改或废除的权利” (R. GUASTINI, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *RDP* 1991, 第 1080 页)。

742 R. ALEXY, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, p. 32.

743 黑格尔已经指出，“宪法意味着一般自由以及这些自由的组织和实现” (G.W.F.

国，早在大革命时期就确立了以宪法界定权利和自由的原则⁷⁴⁴。自1791年以来的宪法原则上都包括权利和自由清单。即使是最专制的宪法也至少明确保障了一项主要自由（安八世宪法第七章；1852年宪法第1^{er}至26条）。然而，1875年的《宪法法案》结束了这一传统。从1870年到1946年，即超过65年的时间里，宪法规定权利和自由的原则不再适用。“这一漫长的中断说明了为什么当1946年制宪者试图恢复宪法保障自由的传统时，他们失去了原有的机制（……）”⁷⁴⁵。它没有在宪法文本中规定自由，而是重申了对《人权和公民权利宣言》的重视，并在宪法序言中增加了一些经济和社会权利。同样，但出于不同的原因，1958年10月4日《宪法》的起草者也没有制定一个有序的权利和自由目录，而只是在其序言中提到了1789年《宣言》和1946年《宪法》的序言⁷⁴⁶。由于宪法中没有关于权利和自由的宣言，人们对其法律价值产生了疑问。1971年，宪法委员会确认了《宪法》序言的全部法律价值，同样也确认了《1789年宣言》和《1946年宪法》序言的全部法律价值，《宪法》序言提到了。⁷⁴⁷

180. 合宪性自动包含根本性。宪法规范都是根本性的，因为就它们而言，根本性一词的两个含义是结合在一起的。任何东西都不能影响一项权利的根本性质。特别是，对行使宪法权利的立法限制决

HEGEL, 《哲学百科全书》, 第540节, 转引自 A.SERIAUX、L.SERMET、D.VIRIOT-BARIAL, 《基本权利与自由》, Ellipses, 1998年, 第7页)。正如 M. Ardant 所说：“近代第一批具有宪法价值的文本，即十三^e至十八^e世纪的英国文本：1215年的《大宪章》、1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护法》、1689年的《权利法案》，与其说它们关注的是制度，不如说它们关注的是各种形式的自由以及旨在保护自由的程序。当18世纪末，美国人和法国人决定将一套有关权力组织和运作的规则写成文字时，他们很自然地将《权利宣言》置于这些宪法之首，从而将整个文本置于自由的标志之下”（P. ARDANT, "Les Constitutions et les libertés", *Pouvoirs* n° 84, 1998年, 第61页）。

744 见 L. Hamon, "La définition constitutionnelle des droits et libertés en France", 载于 *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica PUAM, coll. DPP, 1987年, 第41-62页。

745 J. Rivero and H. Moutouh, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed, PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, p. 144.

746

这种缺失首先是由于新宪法起草者的合法性不足。事实上，负责起草新宪法的是戴高乐将军领导的政府，而不是普选产生的议会。1958年6月12

日的工作组会议记录指出，“由政府起草权利宣言不符合法国的政治和法律传统”（*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 2, La documentation française, pp.2, La documentation française, 1988, p.243*）。政府专员 Janot 先生在宪法咨询委员会上也做了同样的解释（*同上*, 第95

页）。其次，起草者时间紧迫：他们必须快速行动。6月12

日的会议记录指出，“最合适的解决办法似乎是起草一个条款，维持1789年宣言和1946年增编的效力”（*同前*, 第243

页）。选择一个参考性序言节省了大量时间，并鼓励达成共识。阿尔及利亚冲突的持续也是未能起草权利和自由目录的一个因素，特别是由于某些镇压性法律的存在，其合宪性可能会引起激烈的争论。关于这个问题，见 V. TCHEN, "Questions sur un silence : les droits fondamentaux dans l'élaboration de la cinquième République", *Revue juridique d'Auvergne, vol. 97-98/3, special symposium issue, pp.GENEVOIS, "Le préambule et les droits fondamentaux", in L'écriture de la Constitution de 1958, colloque des 8-11 septembre 1988, Aix-en-Provence (L. FAVOREU, D. MAUS et J.-L. PARODI dir.), Economica, 1992, pp.*

747 见 CC, 第71-44 DC号, 1971年7月16日, *Rec.第29页, GDCC第19号*。

不会消除其基本性⁷⁴⁸。尽管如此，行政法官认为，从严格的实质角度来看，一项标准也可能是基本的。虽然《宪法》穷尽了形式上的基本性，但绝非穷尽了实质上的基本性。例如，权利可能属于临时救济程序的范围，“即使它们只是实质上的‘基本’”⁷⁴⁹。《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本性并不局限于合宪性。

B. 违宪自由可以是基本自由（完全是实质性或实质性的基本自由）

181. 法官无意将任何规范层面排除在临时救济的范围之外。因此，它同意在次宪法标准的基础上承认基本自由的存在⁷⁵⁰。这种公开性的愿望在程序实施的第一年就得到了明确表达。de Silva 女士在对 *Tliba* 案的判决做出结论时对该部门说：“我们不认为你们严格局限于宪法领域：国际公约中出现的某些原则--例如《儿童权利国际公约》--在特定时期可能是‘基本’的。还有一种情况是，无论对宪法基础作何种延伸，法律保护的程度都可能随着社会状况的变化而变化，面对新的侵权行为--例如涉及隐私权或与生物伦理有关的侵权行为--从补充来源产生的某些规则可能被认为涉及基本权利”⁷⁵¹。考虑到补充性渊源--国际公约、成文法和一般法律原则--应能使判例法具有灵活性，从而鼓励根据社会的期望和发展发现基本自由。正如 Glénard 先生所解释的，最高行政法院打算“对基本自由的概念采取尽可能非形式化的概念”，为自己留下“从法规或一般法律原则中推导出基本自由的可能性，如果其主题因其重要性而突出的话”⁷⁵²。

如果我们考虑到这一法律类别的价值，提及法律一般原则⁷⁵³ 可能会令人吃惊。然而，如果我们考虑到这样定性的⁷⁵⁴ 标准的重要性及其显著的稳定性，我们的看法就会发生根本的变化。尽管如此

748 在这一点上，Pez 先生对财产权的基本性质提出了质疑，指出立法机关对财产权的长期限制（T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFDA* 2003, 第 372 页）。诚然，宪法判例法规定了当今的财产权，即一项经过多重“以普遍利益的名义所要求的限制”（CC, 第 81-132 DC 号, cons. 16, *Rec. p.*

18) 的权利。然而，这种情况并没有削弱这一权利的合宪性，因此也没有削弱其基本性质。

749 B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

750

就目前而言，从宪法以下准则衍生出来的基本自由都是立法准则。似乎没有一项基本自由是在国际条约或一般法律原则的基础上得到承认的（应当指出的是，命令的措辞并不总是能够准确地确定自由的来源）。我们有理由认为，这种情况绝不反映法院希望将这些来源排除在基本性范围之外。

751 I. DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 329.

752 G. GLENARD, *同前*, 第 2016 页。

753 de Silva 女士的结论中明确提及（见上文结论，第 329 页）。

754

热纳瓦总统认为，“一般法律原则的概念必须保留给那些具有一定持久性、在法律行为的层次结构中处于较高位置并符合我们的法律制度中被认为是基本的价值观念的规范”（B.

GENEVOIS）。具体而言，虽然原则的普遍性标准在确定一般法律原则方面并不具有绝对的范围，但质量标准仍然是不可或缺的”（B. GENEVOIS, "Principes généraux du droit", *Répertoire Dalloz de contentieux*

，并非所有的一般法律原则都注定要成为基本自由。为了证明这种分类的合理性，它们必须具有自由的性质和根本性。这些要求不容忽视。在这方面，Brenet 先生指出，"很难看出有什么能阻止[行政法院]停止适用《民事司法法》第 L. 521-2 条。Brenet 先生指出，"很难看到有什么能阻止[行政法院]停止适用《民事司法法》第 L.521-2 条，停止违反禁止行政部门解雇怀孕雇员的原则，或禁止行政部门在雇员因身体不适而无法继续工作的情况下对其重新定级甚至解雇，或在另一个方面，停止侵犯病人选择医生的自由和处方的自由"⁷⁵⁵。解雇公务员的义务是否可被视为一种自由，存在很大疑问。至于作者引用的最后两个例子，其本质是值得商榷的。可以认为，违反这些准则的行为属于临时救济法官的管辖范围更为合适。

至于在法律规定的基础上确立基本自由，鉴于当今法律的不稳定性和从属性，这并非没有风险。法律不仅随时可能因违宪或不符合常规而失效，而且随时可能被议会废除。然而，必须正确看待这一风险的重要性。虽然法律⁷⁵⁶ 的一名法官确实有可能事后宣布一项法律无效或剥夺其效力，但就临时救济法官归类为基本自由的立法标准而言，这种可能性极小。首先，很难看出有什么宪法、条约或共同体规则会与集会自由或同意接受医疗等相抵触。此外，虽然今天的法律文本具有真正的不稳定性⁷⁵⁷，但这一现象实际上并不影响规定自由或有助于落实自由的规则。虽然这些规则可能会被修改、限制或扩大，但从来没有被废除的问题。此外，从行政法院提出的基本自由的概念来看，一项基本自由并非不可能在产生它的文本消失后仍然存在。

182. 就其识别而言，宪法以下规则的根本性质是根据纯粹的物质标准来评估的。在这一点上，宪法规范与宪法以下规范之间的主要区别显现出来。仅以最高法律价值为标准就足以确认特定规范的基本性，而宪法以下级别的规定只有在具有显著或基本特征时才具有基本性。顾名思义，纯粹物质性的基本性并不在文本中正式确定，也不位于特定的规范层面。

在这一阶段，没有使用任何法律标准来区分基本标准和非基本标准。法院不会优先考虑最高规范

administratif, 2000 年, 第 103 期)。M. Genevois

认为，"适用于特定领域的规范的重要性在于它的持久性及其与基本价值的联系，它最能使一般法律原则从判例法规范力的其他表现形式中被识别出来"（*同前*，第 105 页）。

755 F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", *RDP* 2003, p. 1557.

756 宪法委员会可根据有关新喀里多尼亚紧急状态的判例法（见 *GDCC* 第 37 号）宣布法律无效。斯特拉斯堡或卢森堡法院的裁决也可抵消法律规定的效力。最后，违宪声明可能来自普通法院本身，尽管很难想象最高行政法院会宣布一项其本身已宣布为基本自由的法律规定违宪。

757 在这方面，有人指出，"法律的持久性、抽象性和普遍性已让位于法律的扩散性和偶然性，以及法律内容的详细性"（N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, PUF, 1992, p.129）。法律失去了其传统特质，尤其是其不变性（见 F. TERRE, "La crise de la loi", *APD* t. 25, *La loi*, 1980 年, 第 17-28 页）。事实上，"一旦它变得精确和详细，它就有可能更快地被推翻"（J. CHEVALLIER, "La dimension symbolique du principe de légalité", *RDP* 1990, 第 1666 页。强调是后加的）。为了适应不断变化和发展的情况，法律越来越具有"过渡性"，合法性变得"流动"（C. MORAND, "Le droit et l'Etat-providence", *Revue de droit suisse* 1988, p.542）。在副总统看来，"法律应该是庄严的、简短的和永久的"；相反，"今天的法律是空谈的、不稳定的和琐碎的"（R. DENOIX DE SAINT MARC, "Trop de lois tue la loi!", *Journal du dimanche*, 2001 年 1 月 21 日, 第 7 页）。最高行政法院对立法程序的这些抨击并不新鲜，在 1991 年的公共报告中就已系统化，该报告谴责了立法中的"频繁变化"（"De la sécurité juridique", *EDCE* 1991 年, 第 43 期, 第 23-24 页）。

水平。在寻求实质性基本标准时，法院不会优先考虑条约而不是法律。在这方面，宪法以下的规范一律平等。从实质角度看，条约渊源并不比立法渊源更重要。它并不享有更高的基本性。2002年8月19日 *FNIFOREL* 的命令提供了一个重要的例子，临时救济法官在该命令中将集会自由规定为一项基本自由⁷⁵⁸。宪法文本中没有这项自由，宪法委员会也未予以承认。但在宪法以下的两个层面上，这一自由得到了两项条款的认可：1881年6月30日关于公共集会的法律第1^{er}条和《欧洲人权公约》第11条。因此，为了维护《行政司法法典》第L.521-2条规定的集会自由，临时救济法官可以在这两个来源之间做出选择；他也可以选择综合基础。从判决书的引文中可以清楚地看出，法官将这一基本自由完全归于法律渊源，而没有提及《欧洲公约》。这一选择表明，在这一阶段没有考虑到规范的等级。法律价值较低的立法渊源⁷⁵⁹比公约渊源更受青睐。

衡量一项规范的实质基本性是一项相对微妙的工作，需要法官有一定的鉴别力。当他面对宪法规范时，事情就简单多了：他所要做的就是确定其最高法律价值，并由此理所当然地确定其基本性质。宪法规范本身就是强加给他的，因此他不必对其进行衡量。在评估非宪法性规则的基本性质时，他的评估更为重要，因此，他要从大量的规则⁷⁶⁰中挑选出因其显著性或基本性而脱颖而出的规则。为此，法官不会涉足价值领域，也不会根据个人判断来评估基本性⁷⁶¹。他努力衡量有关自由的重要性。在2001年10月22日关于 *卡亚特等人案* 的命令中，临时救济法官指出，“尽管1984年7月16日的法律承认体育运动，特别是发展高水平体育运动具有普遍利益的性质，但从事体育活动的权利和参加体育比赛的权利都不构成《行政司法法典》第L.521-2条意义上的基本自由”⁷⁶²。临时救济法官的这一措辞意味着他已经估量了有关权利的重要性。通过明确指出法律承认体育活动具有“普遍意义”，他承认有关权利的主题当然不是没有重要性，但这种重要性不足以使这些权利被视为基本权利。

183. 在实践中，似乎可以强调四项标准，用以评估公约或立法规范或一般法律原则的基本性。

第一条标准是对自由的保护程度。保护程度体现在行使自由的难易程度、行使自由的保障措施以及该原则不存在例外或限制。因此，2002年3月4日的法律毫无保留或限制地规定了同意接受医疗护理的权利。《公共卫生法》L.1111-4条为行使这一权利提供了一系列明确而详细的保障。临时救济法官认为，这些保障证明同意权属于基本自由。⁷⁶³

第二个标准是一项权利的历史恒久性或永久性。它在我们的法律体系中根深蒂固，这表明了它的

758 CE, ord. 2002年8月19日，国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL)，*Lebon*，第311页。

759 见 CE, Ass. 20 October 1989, *Nicolo*, *Lebon* p. 190, concl. P. FRYDMAN, *GAJA* n° 102。

760 参见 P. TRONQUOY 所引用的数字（见 *Le droit dans la société française*, La documentation française, 1998年，104页），特别是关于在法国适用的国际法和条约的数量。

761 其方法在某些方面可能会让人联想到最高法院为确定正当法律程序条款下的基本性而制定的方法（见上文，第66节）。

762 CE, ord. 22 October 2001, *Caillat et autres*, *Lebon* p. 479。

763 参见 P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed. 2002, Dalloz, coll. Cours, 2002, no.222：“还应该承认，自由可以被称为基本自由，因为它们受到立法保障的重

视：可以认为，通过规定成年病人同意接受治疗的权利，最高行政法院已经走上了这条路”。需要补充的是，《民法》第16-3

条进一步扩大了这一权利。尽管这一规定并不正式适用于行政管理，但它有助于加强其基本性质。

重要性。一个多世纪以来，集会自由在国内法中的地位就是如此。同样，政府专员索菲-布瓦萨德（Sophie Boissard）在论证通信秘密的基本性质时首先指出，“1789年12月5日的一项法令明文规定，自1791年9月25日的《刑法典》颁布以来，违反通信秘密一直是要受到惩罚的罪行”⁷⁶⁴。这种长期存在并非偶然。对政府专员来说，它揭示了这一权利的重要性或基本性质。Boissard女士本可以指出，这一原则载于现行《刑法典》，即仅限于实在法。提及该原则的持久性以及立法机构对其的不断重申，往往表明其根本重要性。

第三条标准是有关自由与受宪法保护的权利和自由之间的联系。政府专员有时会提到这一标准。例如，关于申请领土庇护的权利，政府专员索菲-布瓦萨德（Sophie Boissard）为了证明将其归类为一项基本自由是合理的，她认为“尽管领土庇护权本身并没有得到宪法的承认，但事实是，它旨在保障反过来具有宪法价值的权利和自由，特别是生命权和保障人的尊严”⁷⁶⁵。但在本案中，最高行政法院并没有遵循政府专员的推理。它倾向于使用推论法将其与宪法规定的庇护权联系起来，使领土庇护成为宪法规定的庇护权的一个组成要素。一般来说，由于《宪法》条款的措辞非常宽泛，任何次宪法规范都可能被视为与《宪法》有密切或间接的联系，因此这一识别标准相对来说并不精确。尽管如此，法官还是会注意宪法准则与构成其延伸或有助于其实施的立法准则之间可能存在的直接联系。例如，住院病人的通信自由可被视为宪法规定的一般通信自由在医疗方面的延伸。同样，宪法委员会在第97-389 DC号决定中提到了“与数据处理、数据文件和个人自由有关的立法中包含的保护个人自由的条款”⁷⁶⁶。在此过程中，宪法委员会将1978年1月6日颁布的《数据处理、数据文件和个人自由法》视为《宪法》所载个人自由的延伸。

最后，人们可能会认为，在趋同的标准中得到体现也是基本性的一种表现。目前，在最高行政法院的决定中还没有发现这一标准的应用⁷⁶⁷。必要时，当一项准则被载入几部共同的次级宪法时，这一标准就会发挥作用。

第2章结论

184. 对于行政法官而言，基本自由被分析为一项基本的主观公共权利，其基本性主要但不完全是根据合宪性来衡量的⁷⁶⁸。被归类为基本自由的标准无一例外地符合所有标准；被排除在L.521-2保护

⁷⁶⁴ S.S. BOISSARD, concl. on CE, 9 April 2004, *Vast, RFD.A* 2004, p. 779.

⁷⁶⁵ S.S. BOISSARD, 关于CE的未发表的结论, 2002年2月15日, *Hadda, Lebon* 第45页。然而, 应当指出的是, 虽然保障人的尊严的原则是具有宪法价值的准则, 但生命权绝非如此。

⁷⁶⁶ CC, no. 97-389 DC, 22 April 1997, cons. 5, *ECR* p. 45.

⁷⁶⁷ 这一标准只是由政府专员制定的, 而且每次都涉及宪法准则, 因此只是大量制定。de Silva女士指出, 《欧洲人权公约第4^{ème}号议定书》第2-2条和第2-3条承认来去自由(同上, 第332页)。Fombour女士强调, 1983年7月13日关于公务员一般地位的法律第6条明确提到了公务员的意见自由, 第8条提到了他们组织工会的自由(上述结论, 第403页)。然而, 应当记住, 这些提法完全是多余的, 因为将一项准则载入宪法本身就足以确定其基本性质。

⁷⁶⁸ 这种优先地位为法律的宪法化现象注入了新的活力, 宪法化被定义为“宪法和宪法委员会判例法所产生的标准在所有法律部门的逐步传播, 揭示了宪法法律不再仅仅是公共权力组织的规则, 而是一种实质性的、有效的和得到认可的权利”(G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. Thémis droit public, 1998年, 第65页)。关于宪法化现象, 见L. Favoreu, “L'apport du Conseil constitutionnel au

范围之外的标准至少有一项不符合标准。这种标准组合在未来不太可能改变，部分原因是其广泛性，部分原因是行政判例法的稳定性⁷⁶⁹。一旦临时救济法官承认了基本自由的存在，他就必须确定其含义、内容和限制。在这里，我们发现了与发现基本自由相同的方法，即对临时救济的适用范围作广义解释。

droit public", *Pouvoirs* 第 13 期, 1980 年, 第 17-26 页; ID, "La constitutionnalisation du droit", 载于 *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 25-42; ID, "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", in *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, pp. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Dijon, 14-16 juin 1996, Economica PUAM, coll. DPP, 1998, 204 p. 关于行政法的宪法化, 见 P. BON, "Constitution de 1958 et droit administratif", *LPA* 1^{er} December 1993, no. 144, pp.

⁷⁶⁹ 见 H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, LGDJ, coll. BDP, t. 207, 1999, spe. p. 626 et seq.

第3章

确定各种基本自由的内容： 丰富的方法

185. 为执行《行政司法法典》第 L.521-2 条，临时救济法官必须确定每一项公认的基本自由的内容和范围。为了确定某项自由所允许或涵盖的具体内容，定义操作是必要的，但也受到一定的限制。一般来说，法院倾向于对每项自由的内容进行具体而广泛的定义。唯一的例外是医疗同意权。

第1节. 定义操作：必要性和制约因素

186. 第 L.521-2 条规定的权利和自由的内容通常不是很具体。这种不明确是由于行政法官承认基本自由地位的规则的措辞通常比较模糊和笼统⁷⁷⁰。首先，源于《宪法》的自由就是如此⁷⁷¹。源于立法的基本自由也是如此，但不那么明显和系统，因为它们更容易修改。例如，集会自由就属于这种情况。另一方面，医疗同意权在内容上有非常明确的规定。

187. 由于这种不确定性，往往很难先验地知道每一项基本自由所涵盖的确切保护范围。特别是在涉及

770 这一观点同样适用于基本权利或基本自由的理论概念。德尔马斯-马蒂女士指出，"无论考虑的来源如何"，"基本权利和自由都具有同样的特点，即由规定这些权利和自由的文本微弱地决定（微弱的预先确定）"（M. DELMAS-MARTY, in *Libertés et droits fondamentaux* (M. DELMAS-MARTY and C. LUCAS DE LEYSSAC eds.), Seuil, 1996, p.28)。

771 在这个意义上，M. Bockenforde 指出，"《德国基本法》中有关基本权利的条款，与其他建立宪政国家的宪法中的条款一样，从文字和语言形式上看，都是一些简单的公式和原则性条款，其本身在很大程度上缺乏精确的内容"（E.-W. BOCKENFORDE, "Théorie et interprétation des droits fondamentaux", in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant Lémocratique, 1977）。BOCKENFORDE, "Théorie et interprétation des droits fondamentaux", in *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, p. 253)。这种措辞上的不精确是起草者的意图，目的是确保所保障的原则的优先地位，而不是对各种权利和自由的内容进行过于严格的定义。这些原则的开放性使其更容易适应社会、技术、文化或其他方面可能发生的变化。在法国，这种不确定性也可以用历史因素来解释，特别是《人权和公民权宣言》的条款。事实上，这些条款的起草者们并不关心权利和自由的内容问题，他们认为这些条款不是法律规则，而是他们政治哲学的总结，是一种信条，而不是法律标准的制定（见 S. RIALS, *La Déclaration de 1789*, Hachette, 1988, 771 p.）。就《欧洲人权公约》所承认的权利和自由而言，这些规定的不稳定性也得到了强调。正如 Melchior 先生所指出的，该公约"充斥着模糊的概念和不确定或不精确的概念。受保障的权利往往只是被简单地引用或列举，其构成要素并没有得到界定。即使在权利的内容比较精确、开始或试图定义的情况下--如《公约》第6条所保障的适当司法的权利--事实仍然是，在这种情况下所使用的术语可以有多种解释，从最低限度的解释到最高限度的解释"（M. MELCHIOR, "权利的概念"）。MELCHIOR, "Notions 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des Droits de l'homme", in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2^{ème} ed, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 411)。

行动自由时，很难准确地看出哪些行动是允许的，哪些行动是不允许的。由于不能仅从基本自由的陈述措辞中确定其保护的领域，因此应由临时救济法官在其判例法的过程中确定其一致性和限制⁷⁷²。法官必须不断明确基本自由的内容，并在其遇到的具体法律情况下确定其实际后果。因此，对于这一程序的实施而言，定义工作具有重大的现实意义，因为正是根据自由的实质内容来评估是否存在可能的侵权行为。为了确定一项基本自由是否受到侵犯或漠视，首先必须了解其一致性和范围。

188. 这再次成为临时救济法官的解释问题。同样，根据所采用的解释，法官选择对《行政司法法典》L.521-2 条的范围进行或多或少的界定。然而，在对基本自由概念本身进行解释时，问题就不同了。实际上，该标准在他干预之前就已存在。因此，它已经被解释、应用、实施或澄清。每项基本自由都有一个参考定义--或来自文本，或来自判例法的解释--据此可以确定每项自由的一致性和轮廓。从时间顺序来看，临时救济法官是在其他机关或机构在各自的职权范围内颁布、调整或解释了有关规则之后介入的。他是第二个审理此案的法官，这很可能影响他确定基本自由的内容。

189. 法官对规定自由的文本的自由度取决于文本的精确程度。在措辞不精确的情况下（这是最常见的情况），法官在文本表述方面有相当大的自由度。另一方面，在极少数情况下，权利的内容和限制已由普通立法机构或宪法立法机构清楚准确地规定，临时救济法官必须适用文本准确界定的标准。他不必设定或修改限制，因为制定标准的规范机构本身就打算确定其范围。当一项基本自由的内容由文本精确界定时，后者对法院具有约束力：“立法机构或制宪会议（视情况而定）在立法或宪法文本（……）中规定一项基本权利时，就能够强加该权利的精确含义”⁷⁷³。应当指出的是，对自由的内容作出详细定义的假设实际上只限于源于立法的基本自由，甚至更准确地说，只限于其中的某些自由。至于宪法规定的自由，其内容并没有在宪法文本中得到准确的界定。因此，问题在于简易程序中的行政法官在多大程度上受宪法法院所做解释的约束⁷⁷⁴。

772 一般来说，当权利和自由不确定时，应由法院来确定其内容。正如德尔马斯-

马蒂女士所指出的，这些权利的弱确定性

"导致法院，不管它是谁，通过创造性的解释（'强共同确定'），参与确定准则含义的工作"（德尔马斯-

马蒂女士，*同前*，第 28

页）。有关法院以各种方式作出这一决定，有时借鉴理论考虑，有时坚持实用方法，有时将两者结合起来。在解释《欧洲公约》的规定时，斯特拉斯堡法院表现出一定的实用主义，即在不超过某些“限度

"的情况下充分实施所规定的原则。正如梅尔基奥尔先生所指出的，"似乎不可能通过适用法律原则来合理地确定这些限度。它们只能从对措施含义的理解，从一种实用主义的应用中产生。这种实用主义包括（……）评估各国可以接受的东西，也许不是没有困难，但无论如何，没有明显的不可能。审慎和渐进：这两种美德是这种实用主义的特征。换句话说，重要的是法院和委员会要计算和估计它们在采取立场时应走多远，以免越过界线，越过界线各国就不再服从公约的机制，不再服从公约对它们提出的要求"（M. MELCHIOR, *前引书*，第 412

页）。关于宪法权利的解释，德国有不少于五种基本权利解释理论：自由理论、制度理论、公

理理论、民主和功能理论以及社会理论（见 E.-W. BOCKENFORDE, *前引书*，第 256-273

页）。一项权利的实质内容可能因所采用的理论取向不同而有很大差异。

773 G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Study no. 11, p. 9.

190. 在明确宪法规定的每项基本自由的内容、轮廓和界限时，审理临时申请的行政法官是否受宪法委员会所定义的约束？几年前，布拉康尼耶先生曾指出，宪法委员会的出现将“从根本上质疑迄今为止行政法院和司法法院在确定保护基本权利的主要原则方面的垄断地位”⁷⁷⁵。在某种程度上，国务委员会和宪法委员会被要求“在同一领土上打猎”⁷⁷⁶。因此可以说，在法律的宪法化和欧洲化的双重运动下，行政法院在确定自由的内容方面将失去所有的主动权。“只要法国宪法委员会和欧洲人权法院控制了几乎整个基本人权的解释过程，那么从长远来看，行政判例法注定只能是在行政管辖秩序之外确立的原则的表达。在某些方面，这种想法可能显得过分，甚至不切实际。然而，我们认为这与宪法和欧洲法律作为人权保护者的平行发展和日益协调的发展是一致的”⁷⁷⁷。从严格的法律角度看情况如何？在严格的法律中，是否有一个标准要求临时救济法官根据宪法法院对权利和自由的解释来确定其内容⁷⁷⁸？

在法律上，对行政法官而言，宪法委员会判例法的权威性纯粹具有说服力。首先，宪法委员会在其决定中采用的判例法并不具有既判力的权威，这种权威只适用于决定的执行部分。只有当决定的理由是执行部分的必要支持时，这一权威才延伸到决定的理由⁷⁷⁹。正如 M. Aguila 所指出的，“在纯粹的法律中，没有任何规定责成行政法院或法院遵循宪法委员会通过的解释”⁷⁸⁰。普通法院受宪法

由于超立法层面的自由都是宪法层面的自由，因此在实践中解释权的问题只涉及宪法委员会。在承认常规自由的情况下，这个问题也可能在斯特拉斯堡法院的判例法中出现。如果存在上诉，在国家法院介入之后，欧洲法院也可以介入，那么问题就会以完全相同的方式出现。另一方面，解释的权威问题与法院无关。作为一个普通法院，它与行政法院一样，在国家机构的等级中与后者处于同一级别。在法律上，它的解释对临时救济法官没有任何约束力。M. Drago 认为，行政管辖令与司法管辖令之间存在

“基本权利定义的自主性”：“行政法官不受司法法官对基本权利所定义的约束，反之，司法法官也不必考虑行政法官所下的定义”（G. DRAGO, *前引书*, 第 9

页）。此外，很难想象行政法院会在简易程序中决定违背根据案情采取的立场。最后，由于目前没有任何一项基本自由是源于共同体的主要或次要法律标准，因此不提及卢森堡法院的判例法。

775 S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 434.

776 D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, 2^{ème} ed, PUF, *Droit fondamental* 系列, 1994 年, 第 169 页。正如 Dean Favoreu 所说, 问题在于

“要知道高等行政法院将如何同意适用宪法委员会确立的宪法原则所产生的权利, 而不再是其自身的判例法”（L. FAVOREU, “L'apport du Conseil constitutionnel au droit public”, *Pouvoirs* 第 13 期, 1980 年, 第 25 页）。

777 S.S. BRACONNIER, *同前*, 第 440-441 页。

778 问题在于宪法委员会判例法的权威性。关于这个问题, 特别见 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, coll. BDP, t. 192, 1998, 663 p.; L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, 799 p.; V. BACQUET-BREHANT, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*. BACQUET-BREHANT, *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude d'une norme dépourvue de sanction*, LGDJ, coll. BSCP, t. 220, 2005, 462 p.; J. RODEVILLE-HERMANN, “L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes”, *RDP* 1989, pp. *Essai d'analyse stratégique*, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1994, special pp. A.-S. OULD-BOUBOUTI, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica PUAM, 1987, *spep*.

779 参见热纳瓦总统在《宪法法院判例》中引用的宪法、行政和司法判例。Principes directeurs, STH, 1988, p. 58 et seq.

780 Y. AGUILA, “Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle”, *RFDC* 1995, p. 21.

委员会决定的约束,但不受其判例法的约束。其次,“解释权”的概念不具有法律性质,至少在效力上存在问题。这一概念的本意是法律性的,作者提出这一概念是为了在宪法、共同体和欧洲层面上确立判例法(而不仅仅是判决)的约束力⁷⁸¹。Andriantsimbazovina 教授认为,构成法律秩序的规范的监护人职能是既判力权威法律性质的基础。每个法律体系都建立在构成性规范(1958年10月4日《宪法》对国家法律体系而言)的基础之上;每个法律体系都有一个法院来守护这一构成性规范(宪法委员会对国内法律体系而言)。构成性规范的监护人被赋予确保法律秩序内部一致性和该法律秩序构成性规范解释统一性的职能。M. Andriantsimbazovina 认为,“一个法律秩序的每一个构成性规范都有一个权威的解释者;为了实现对该构成性规范解释的统一性,显然,负责解释该构成性规范的法院对该构成性规范的解释必须优先于构成相关法律秩序的所有其他法院”⁷⁸²。但这一表述有待讨论。首先,宪法法院作为宪法专属监护人的职能可能会受到质疑,尤其是当宪法法院不审查行政机关的行为,或更广泛地说,不审查行政当局的行为时。其次,假设既判力理论是有根据的,那么它无论如何都会遇到效力问题。由于缺乏使宪法法院能够将其裁决强加于普通法院的程序机制,遵守其判例法最终将取决于普通法院的善意。正如莫德纳教授所指出的,“作为一个法院,宪法委员会不是国务委员会的上级。它几乎没有办法将自己的解决方案强加给两个阶层的最高法院,因为它们与宪法委员会一样,都是主权国家,不受宪法委员会的控制”⁷⁸³。即使在今天,关于已解释内容的权威性的辩论仍然“引人入胜,但基本上是理论性的”⁷⁸⁴。

宪法委员会判例法的权威性并不具有法律约束力,而是纯粹的说服力⁷⁸⁵。只有当行政法院确信

781 就欧洲共同体法院的判例法发起(尤其见 J. BOULOUIS, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes", in *Le juge et le droit public. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*), in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. I, LGDJ, 1974, p. 149), 这一概念已延伸到欧洲人权法院的判例法中(尤其见 G. COHEN-JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", *Economica PUAM*, 1989年,第255页)和宪法委员会的判例法(尤其见 L. FAVOREU, "Les effets des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge administratif français", *RIDC* 1987年,第463页)。Andriantsimbazovina 教授对这一问题进行了出色的理论阐述(见上述论文,第365页及以下各页)。

782 J. Andriantsimbazovina, *同前*, 第438页。

783 F. MODERNE, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'Etat ?", in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloquium 21 and 22 January 1988, LGDJ Montchrestien, 1988, p.

318. 另一方面,在有初步裁决或直接上诉机制的情况下,宪法法院可以将其解释强加于普通法院。在法国,“在没有上述任何一种机制的情况下,国务委员会仍然是一个在组织上独立于宪法委员会的主权法院”(T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermère, 1994, p.83)。正如 M. Drago 所总结的那样,“行政法院和司法法院,尤其是后者在有关事实攻击的判例法中,在界定其所使用的基本权利时合法地表现出自主性,因为它们不受任何程序性义务的约束,不必适用宪法委员会的决定或欧洲人权法院的裁决。不可否认,法国的两个司法令既承认宪法和欧洲判例法的重要性,也承认不得偏离判例法的必要性,但任何程序都不能强迫它们完全适用这些判例法”(G. DRAGO, *前引书*,第9页)。

784 R. Abraham, "Le juge administratif et la Cour de Strasbourg", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme* (P. Tavernier ed.), Bruylant, 1996, p. 243.

785 参见 L. FAVOREU 和 T.-S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll.S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll.Droit public, 1992, no. 348: "与宪法委员会决定所具有的既判力不同,既判力适用于文本的适用、对其合宪性问题的解决、对上述文本的解释以及对宪法条款的解释,而宪法文本的有效性正是根据这些条款来评估的、宪法委员会判例法的权威性,与宪法法院所审查文本的应用无关,也与审查该文本时所参照的

所采取的解决方案是正确和适当的，判例法才具有约束力。在这种情况下，尽管我们强烈鼓励行政法院在确定基本自由的内容时考虑宪法委员会的判例法，但在法律上它并没有义务这样做。"行政法院可自由发现受第 L.521-2 条保护的基本自由，也可自由界定这些自由。它可以赋予这些自由具体的实质性内容，或多或少地与宪法委员会适用相同自由的判例法保持一致"⁷⁸⁶。

191. 所强调的制约因素表明，临时救济法官在确定基本自由的内容方面有相当大的回旋余地。每项自由的轮廓和组成部分都会在裁决过程中得到揭示和澄清。当然，对每项自由内容的界定取决于案件移交的机会。由于法院只对被要求作出裁决的事项作出裁决，因此，赋予某项自由的内容很可能会随着诉讼的变化而变化 and 丰富。因此，这里并不是要研究所有基本自由的内容，而是要重点研究法院已明确表态的某些重要例子。在这些例子的基础上，我们可以确定判例法的主要趋势，并突出其特点的关键要素。在这方面，界定基本自由内容的一般原则是根据适用文本赋予其广泛、具体和深入的内容。然而，有一次，法院根据渊源法缩减了基本自由的内容。

第2节：广义定义广义定义

192. 法院根据规范基本自由的法律条文确定基本自由的内容。根据这些条款的所有含义，法院对这些自由做出了广泛而深刻的定义。

I. 符合适用法律的定义

193. 要确定一项权利或自由的内容，法院首先要确定标准及其制定者的总体意图。无论标准的表述如何模糊，其含义本身可能非常笼统。法院尊重这一规定，将其作为界定有关自由内容的出发点。法院不会赋予其明显违背文本文字和作者意愿的含义。对权利内容的界定取决于有关立法。他不会以解释为幌子歪曲其内容或质疑其本质。正如临时救济法官不能凭一己之力"创造"一项基本自由一样，他也不能"发明"一项法律未予承认的自由构成要素。有几个例子可以说明这种逻辑方法。

194. 首先是地方当局的自由管理原则。在 *Venelles 市案* 中，初审法官误解了这一原则的含义，认为自由管理可适用于地方当局各机关之间的关系，在本案中是指市长与其市议会之间的关系⁷⁸⁷。这显然不是该原则的含义。在法国和外国宪法中，行政自由是指地方当局自由管理其职权范围内的事务的权利，换句话说，是指地方当局在不受其他公共当局干涉的情况下行使自己的权力的权

宪法条款无关，它最多具有说服力"（下划线）。

⁷⁸⁶ B.FAURE, "Juge administratif statuant en urgence.Référé-liberté", *Jcl.Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), n° 34.

⁷⁸⁷ 参见对该原则的相同解释：CA Papeete, ch. civ, 26 February 1992, *Vernaudon c/ Juventin*, *JCP G* 1992, II, 21926, 以及 A. MOYRAND 的评论性说明。MOYRAND

的批判性说明。上诉法院指出，"必须保护这一原则，使其不受国家的影响，但也要保护其不受这些地方当局的某些派生机构和这些地方当局本身的影响"，领土议会议长被视为地方当局的"派生机构"。

利788。这意味着公共机构，无论是国家、其他地方当局还是市际合作机构，都不得干涉其自由运作。只有在地方当局与第三方公共实体之间的关系中，该原则才能发挥作用。这就是自由行政原则的含义，正如最高法院在指出 Venelles 市长拒绝召开市议会会议的要求“仅涉及市政府内部关系，因此不能被视为违反这一原则”⁷⁸⁹时所回顾的那样。虽然可以在组织该原则的文本的框架内并在此基础上丰富该原则的内涵，例如，它意味着有足够的资源、职能自主权或人事管理自由，但另一方面，试图将该原则适用于地方当局的内部关系是不自然的。自由行政并不适用于一个地方当局的内部关系，而适用于一个地方当局与另一个公共当局之间的关系。最高法院拒绝从这个角度规定自由行政，并没有表现出任何限制或简化。恰恰相反，它“将地方当局的自由行政完全奉为圭臬；仅仅因为这一自由的持有者是法人，就只有该法人的机关可以援引这一自由”⁷⁹⁰。该原则保护地方当局本身免受其他公共机构的侵害，而不是保护一个机构免受另一个机构的侵害。

195. 法官认为，《选举法》第 L.28 条和第 R.10 条的规定“旨在促进”自由表达选票的原则。根据这些规定，选民、候选人和政党有权获得行政委员会每年公布的选民名单和更正名单。因此，正如法律所规定的那样，自由表达投票的原则使有关各方有权获得选民名册的整体通知，而不是按投票站进行通知。因此，当市长拒绝接受为每个投票站分别提供这份名单的请求⁷⁹¹时，这一原则不会受到质疑。因此，一般而言，法院根据组织和实施自由的立法来界定自由的内容。因此，工会自由“其必然结果是按照法律规定的程序自由建立工会”；另一方面，在没有法律规定的情况下，“这并不意味着工会可以不经这些场所所属当局的同意而在行政场所建立其总部”⁷⁹²。

196. 与庇护权有关的判例法也特别令人感兴趣，因为它一方面表明临时救济法官不能将法律不承认的“权利”纳入基本自由，另一方面表明一旦一项权利从立法中消失，临时救济法官就不能维持该权利。

首先，行政法官不能违背立法者的意愿，给予选民任何规范当局都不会承认的权利。例如，《宪法》第 53-1 条承认，当外国公民的申请属于另一个国家的管辖范围时，法国当局可以给予庇护⁷⁹³。然而，该条款并不承认国家有权行使这一特权，而只是规定了一种可能性。因此，除非三权分立的原则被忽视，否则法院不能承认国家利用这一选择的“权利”是庇护权的一个构成要素，而这一权利

788 根据宪法判例法，“自由管理可被视为地方当局管理自身事务的自由”（L. Favoreu 和 A.

Roux, “地方当局的自由管理是一项基本自由吗？ROUX, “La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale”, CCC no. 12, 2002, p.

92)。例如，奥地利法律中也有相同的解决办法：“只有当公共当局作出决定，剥夺市镇管理其领域内某些事务的权利时，自治权才受到侵犯”（O. PFERSMANN, “奥地利报告”, *AIJC* 1991/VII, 第 208 页）。

789 CE, Sect. 18 January 2001, Morbelli, maire de la Commune de Venelles, *Lebon* p. 18.

790 L. FAVOREU, “La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés”, *D.* 2001, p. 1742.

791 CE, ord. 7 February 2001, *Commune de Pointe-à-Pître*, *Lebon* T. p.

1129.最高法院临时救济法官撤销了第一法官责令市长签发选民名册副本和为每个投票站绘制的更正表的命令。

792 CE, ord. 2006 年 3 月 28 日, *Commune de Saint- Chély d'Apcher*, n° 291399, *Recueil Lebon* 中提到。

793 如果根据 1990 年 6 月 15 日的《都柏林公约》（由 2003 年 2 月 18 日欧盟理事会第 343/2003 号条例取代），庇护申请由另一个欧盟成员国负责审查，则第 53-1 条明确承认法兰西共和国当局有权“向任何因争取自由的行动而受到迫害或因其他原因寻求法国保护的外国国民提供庇护”。

并不存在。利用这种可能性是国家的特权，而不是寻求庇护者的权利⁷⁹⁴。在行政部门没有义务的情况下，这不能成为申请人的主观权利。同样，法官从法律条文中得出结论，宪法规定的庇护权并不意味着在第一次申请因逾期而被拒后，应签发新的居留证。法律并不承认这种权利⁷⁹⁵。同样，在没有任何相关规定的情况下，庇护权"并不要求或暗示无国籍身份申请人在审查无国籍身份申请所需的时间内暂时获准居住在法国"⁷⁹⁶。

反之，如果立法发生变化，被承认为构成自由的权利也可能消失。一项权利被立法机构废除后，法院不能再将其作为自由的组成部分。例如，1998年5月11日法令承认的领土庇护被认为是宪法规定的庇护权的一个受保护要素⁷⁹⁷。2003年12月10日的法律废除了这一权利，取而代之的是一种被称为"辅助保护"的机制⁷⁹⁸，因此临时救济法官不能违反法律维持一项已不存在的权利。因此，基本自由的内容可能会随着立法的发展而变化。无论这些变化是丰富了还是削弱了权利的内容，它都必须随之变化。

197. 另一方面，一旦某种自由的一般内容得到尊重，临时救济法官就会给它下一个广泛的定义，并得出它可能产生的所有后果。因此，他可以根据现行法律探讨各种后果并推断出所有影响。

II. 宽泛、具体和广泛的定义

198. 首先，法院维护其承认的全部基本自由。在对某项权利的内容进行最低限度的解释和最高限度的解释之间，临时救济法官往往倾向于采用最广泛的方法⁷⁹⁹。因此，通信保密并不局限于纯私人性质的交流；它更广泛地涵盖了所有个人通信。正如政府专员索菲-布瓦萨德 (Sophie Boissard) 所指出的，"它保护所有用密封信封寄给指定人员的邮件，即使是寄往其个人家庭住址以外的地

794 见 CE, ord. 2 May 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dzirji, Lebon* p. 227. 另见 CE, ord. 2003年9月4日, *Thanattikul, Lebon* T. p.928 ; 2005年2月21日, CE, ord.

795 见 CE, ord. 16 December 2005, *Kabengera et association Forum réfugiés*, no. 287905; CE, ord. 5 October 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Abalo, Lebon* T. p. 1036, *AJDA* 2006, pp. RIBES. 法官强调，应由相关外国国民根据现行法律法规规定的条件提出申请。这些条件包括在临时居留证签发后 21

天内向法国难民和无国籍人保护局提交完整的申请。该命令明确指出，"规定这一强制性时限是为了确保庇护申请得到迅速审查"。因此，如果在这一期限到期后提交的庇护申请被驳回，"当事人无权获得临时居留证，而且无论《外国人入境和居留及庇护权法》第 L.741-4 条列出何种情况，都可能被拒绝"。

796 CE, ord. 2 May 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mentioned in the *Recueil Lebon*.

797 见下文第 201

节。内政部长在与外交部长协商后，可向在其本国生命或自由受到威胁的外国国民提供领土庇护。领土庇护的范围比难民地位所涵盖的范围更广：任何形式的威胁，无论是否来自原籍国的公共当局，都有可能寻求内政部长的保护。

798

对于无法申请难民身份，但受到国家当局、控制一国部分领土的组织或非国家行为者（尤其是民兵或武装团体）严重威胁的人，可提供为期一年的保护，并可延期。

799 在斯特拉斯堡法院也可以看到同样的愿望。它"对受保障的权利的内容和范围 (.....) 作了宽泛和广泛的解释" (M. MELCHIOR, *同前*, 第 411 页)。

址, 如其工作地点⁸⁰⁰。集会自由的范围也有广泛定义。尤其是, 集会的概念延伸至各政党在假期结束时在旅游城镇或度假胜地组织的暑期大学⁸⁰¹。来往自由也体现在各个方面。它包括在本国领土内的行动自由⁸⁰²、在法国领土外旅行的自由⁸⁰³以及返回法国领土的自由。⁸⁰⁴

同样, 过正常家庭生活的权利, 传统上仅限于涉及外国国民的诉讼, 现在被更广泛地理解为任何人都有成为和生活在家庭中的权利。这种广义理解的重要结果是, 这项权利不再是行政警察的事。在涉及外国国民的诉讼中, 这一权利传统上包括家庭团聚的权利⁸⁰⁵, 而且 "当公共当局的决定将一个已经在法国土地上组成并合法建立的家庭分离时" 也会受到影响⁸⁰⁶。然而, 对临时救济法官而言, 这一权利的范围更广, 因为它可能会受到质疑, 例如, 在省当局下令将某人送入精神病院的决定中, 尤其是当精神病院在地理位置上距离家庭成员的居住地太远时, ⁸⁰⁷。

199. 无罪推定原则也得到了广泛的理解。在 2005 年 3 月 14 日的 *Gollnisch* 命令中, 临时救济法官认为这一原则超出了刑事诉讼的范围⁸⁰⁸。对这一原则的尊重 "意味着在刑事诉讼中, 在作出不可撤销的定罪之前, 不得公开表示被起诉者的罪行已被确定"。对临时救济法官而言, "不仅在负责调查和随后判决案件的机构面前, 而且在其他公共当局面前, 都必须遵守这一要求"。因此, 这些当局必须履行法官明确规定的某些义务。诚然, 遵守这一原则不应 "妨碍负责起诉或调查的当局收集其认为可能支持有罪判决的所有证据"。此外, "无罪推定必须与根据法律法规的规定向公众通报正在进行的刑事诉讼的进展情况相协调"。然而, 如果一名教师-研究人员被指控严重违反其道德义务, 学术院长的权力就会受到尊重无罪推定义务的限制。在这种情况下, 如果学校校长没有采取任何行动, 院长可以在收集必要的证据后启动纪律处分程序。在法律上, 他可以向公众通报程序的进展情况。但是, 如果他们决定就此事进行沟通, "他们必须避免预断诉讼结果, 除非这会破坏无罪推定"。

法官就如何协调告知公众的需要与无罪推定之间的关系提供了非常精确的指导, 在纪律程序中对

⁸⁰⁰ S.S. BOISSARD, concl. on CE, 9 April 2004, Vast, *RFDA* 2004, p.

779. 最高上诉法院的观点也很宽泛。劳资争议法庭认为, 雇主不得在未经雇员同意的情况下接收或发送雇员的个人信息 (Soc., 2001 年 10 月 2 日, *Société Nikon France SA et M. Onof*, *Bull. civ.* V, n° 291; *Dr. soc.* 2001, 第 915 页, J.-E. RAY 注释)。

⁸⁰¹ CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

⁸⁰² CE, ord. 2001 年 11 月 8 日, *Kaigiziz*, *Lebon* 第 545 页。

⁸⁰³ CE 2001 年 1 月 9 日法令, *Depertbes*, *Lebon* 第 1 页; CE 2001 年 10 月 11 日法令, *Tabibou*, *Lebon T.* 第 1133 页。2001 年 10 月 11 日, *Tabibou*, *Lebon T.* 第 1133 页。

⁸⁰⁴ CE, ord. 2002 年 6 月 11 日, *Aït Oubba*, *Lebon T.* 第 869 页

⁸⁰⁵ CE, ord. 2006 年 1 月 13 日, *Rasamoelina*, 第 288434

号。这项权利允许在法国合法稳定居住的外国公民将其未成年子女和配偶带入法国 (CE, Ass., 8 December 1978, *GI STL*, *Lebon* p. 793, *GAJA* no.96; CC, no.93-325 DC, 12-13 August 1993, cons. 70, *Rec. p.* 224, *GDCC no.46*)。

⁸⁰⁶ I.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 331.

⁸⁰⁷ CE, ord. 2004 年 10 月 14 日, *Arre*, 第 273047 号。

⁸⁰⁸ CE, ord. 2005 年 3 月 14 日, *Gollnisch*, *Lebon* 第 103

页。欧洲人权法院也申明, 公共当局必须尊重无罪推定原则, 而不仅仅是在刑事诉讼中 (见欧洲人权法院, 1995 年 2 月 10 日, *Allenet de Ribemont 诉法国*, A 系列, 第 308 号; 欧洲人权法院的重大裁决 (F. SUDRE 等), 3^{ème} éd., PUF, coll. *Thémis droit*, 2005 年, 第 29 号判决)。

这一原则给出了具体的定义。在实践中，他确定了无罪推定在特定事实情况下的限度和一致性。这种做法是临时救济法官行使审查的具体性质所决定的。提出权利内容问题的角度与宪法诉讼不同。与进行抽象审查的法官不同，临时救济法官可以尽可能贴近现实地界定基本自由的内容。因此，他可以从总体上确定在特定的实际情况下某项自由的范围。

200. 然而，这种方法不仅广泛而具体，而且具有广泛性。如果一项基本自由所包含的要素构成了其必要的延伸，那么这些要素就可能被法院确定或揭示出来。临时救济法官从基本自由的标准中提取其包含的所有潜能。他的出发点是构成有关自由的核心，即构成其本质的东西。由此出发，在尊重其基本实质的同时，他允许自己从这一基本标准中推导出它可能包含的所有要素，并探索它可能产生的所有影响。有时，这一构成要素会被明确地附加到规定它的准则中。例如，“自由处置进行宗教礼拜所必需的财产”源于1905年12月9日的法律，该法律的若干条款赋予宗教团体和信徒自由处置分配给宗教礼拜的财产的权利⁸⁰⁹。在另一些情况下，这一构成要素是从宣布基本自由的文本中推导出来的，并与在特定领域落实基本自由的文本相结合。例如，法官指出，出入境自由“其必然结果是，任何已确定法国国籍和身份的人，在保护公共秩序和遵守司法当局发布的禁止令的前提下，可应其要求获得护照”⁸¹⁰。在这种情况下，出入境自由的内容是从《宪法》和有关护照签发和延期条件的条文中推导出来的。这些“产生的”自由有时被称为迁徙自由的“必然结果”或“附属”。从这些自由中衍生出来的自由构成了迁徙自由的一个方面或组成部分⁸¹¹。

为了体现必然的自由，并效仿在公共领域问题上使用的从属标准，临时救济法官会考虑它对关键自由的有用性或与后者的联系。这种承认新的权利和自由的方法并不是临时救济法官所独有的。在

⁸⁰⁹ CE, ord. 25 August 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386. 法官指出，1905年12月9日关于教会与国家分离的法律所规定的信仰自由

“不限于任何个人在尊重公共秩序的情况下表达其所选择的宗教信仰的权利”。在该法律框架内，“它还包括自由处置信奉宗教所必需的财产”。

⁸¹⁰ CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon* T. p. 1034; CE, ord. 2005年8月10日, *Diabira*, 第283444号。

⁸¹¹ 例如，临时救济法官将严格意义上的自由处置财产--即 *abusus*-- 描述为所有权的“必然结果”（CE, ord. 2002年11月21日, *Gaz. de France, Lebon* 第408

页）。滥用是所有权的属性而非必然结果，这是一个共识。自由处分权并非来自所有权，也不是所有权的结果，而是所有权的构成要素之一。它是“所有权内容”的一部分（P. Delvolve, *Droit public de l'économie*, Dalloz, précis, 1998, no.107）。它是“所有权的资本属性”（J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 19^{ème} ed., PUF, 2000, no.

25）；它构成“所有权的基本属性”（CC, no. 96-373 DC, 9 April 1996, cons. 22, *Rec. p.* 43; no. 98-403 DC, 29 July 1988, cons. 40, *Rec. p.* 276）。因此，临时救济法官使用的“必然结果”概念必须理解为与“组成部分

”同义。例如，申请领土庇护的权利被描述为宪法规定的庇护权的必然结果，而实际上它是宪法规定的庇护权的组成要素之一。

宪法诉讼中，特别是在法国⁸¹²和葡萄牙⁸¹³，在西班牙最高法院的判例法⁸¹⁴以及欧洲人权法院的裁决中⁸¹⁵，都有应用。在《行政司法法典》第 L.521-2 条的背景下，这种方法在庇护权方面的应用值得一提，在财产权方面的应用则更多。

201. 对临时救济法官而言，庇护权首先包括申请难民地位的权利⁸¹⁶。然后，它还包括在法国难民和无国籍人保护局以及难民上诉委员会（如适用）处理申请期间在法国领土上居留的权利⁸¹⁷。临时居留权在法律规定的条件和范围内行使⁸¹⁸。由于上述保障都是法律规定的，临时救济法官承认这些保障是非常自然的。另一方面，法官采取了更大的举措，承认申请难民身份的基本自由包括受益于审查庇护申请的程序的权利，该程序必须符合⁸¹⁹。对这一权利的承认是综合了适用于

812 宪法委员会指出，刑事立法不溯及既往原则的必然结果是禁止立法机关“恢复在这一领域依法取得的时效”（CC，第 88-250 DC 号，1988 年 12 月 29 日，Cons.6, ECR p.267）。对抗式诉讼原则被明确描述为辩护权原则的必然结果（CC，第 89-268 DC 号，1989 年 12 月 29 日，Cons. 58, ECR 第 110 页）。见 B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de droits fondamentaux", D. 1995, pp.

813 在葡萄牙宪法法院看来，刑事诉讼中的二审权是被告辩护保障原则的必然结果；知晓和承认父子关系的权利是“个人身份”权和人的“道德完整性”权的必然结果；一个人基于良心反对使用自己尸体的权利是道德完整性权的必然结果（参见 J.- M. CARDOSO DA COSTA, “葡萄牙报告”，AIJC 1990/VI, VIII 欧洲宪法法院会议，安卡拉，1990 年 5 月 7-10 日，第 185-186 页）。M. CARDOSO DA COSTA, “葡萄牙报告”，AIJC 1990/VI, 第八次欧洲宪法法院会议，安卡拉，1990 年 5 月 7-10 日，第 185-186 页）。

814 最高法院裁定，父母选择子女教育机构的权利是免费教育权的必然结果（西班牙最高法院 2000 年 7 月 21 日的裁决，转载于《2003 年高级行政法院裁决汇编》第 3 期，法国文献出版社，2004 年，第 200-208 页）。

815 正如 Potvin-Solis 女士所指出的，“法院不断演变的解释使得有可能通过‘反弹保护’理论来保护最初未包括在内的某些权利”（L. POTVIN-SOLIS, 前引书，第 245 页；尤其见第 662 页及其后援引的例子）。

816 CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe, Lebon* 第 12 页；2003 年 3 月 25 日，内政、国内安全和地方自由部部长 *c/ Sulaimanov, Lebon* 第 146 页。在 2003 年 12 月 10 日的法律废除之前，申请人还有权向内政部长申请领土庇护（CE, ord.2001 年 11 月 12 日，*Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. p.1126*；CE, 2002 年 2 月 15 日，*Hadda, Lebon p.45*）。

817 宪法规定的庇护权是难民地位权的必然结果，“这意味着申请承认难民地位的外国人原则上应获准留在该国，直至对其申请作出决定”（行政长官，2003 年 3 月 25 日法令，内政、国内安全和地方自由部，*c/ Sulaimanov, Lebon*，第 146 页；行政长官，2003 年 9 月 4 日法令，*Thanattikul, Lebon T.*，第 928 页）。2003 年 9 月 4 日，*Thanattikul, Lebon T.* 第 928 页）。在领土庇护的情况下，临时居住权在内政部审查申请时也是有效的（CE, ord.2001 年 11 月 12 日，*Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. p. 1126*）。宪法委员会在上述第 93-325 DC 号决定中规定了这一权利。宪法委员会认为，“尊重庇护权这一具有宪法价值的原则通常意味着，在对其申请作出决定之前，应允许要求庇护权的外国国民暂时留在法国”（Cons. 84）。

818 因此，如果外国公民的申请逾期提交，他们就无法行使这项权利（见上文第 196 节）。如果申请明显毫无根据，行政当局也可能会拒绝这项权利。见 CE, ord.2006 年 3 月 17 日，*Saidov* 案，第 291214 号：申请难民地位的权利“意味着申请承认难民地位的外国国民原则上获准在该国逗留，直至对其申请作出决定；（……）只有在申请明显没有根据的情况下，内政部长才可在与法国难民和无国籍人保护局（OFPRA）协商后拒绝其入境”。

819 CE, ord. 25 November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Nikoghosyan*,

这一领域的若干规定的结果。820

202. 然而，正是在所有权方面，推论技术得到了最显著的应用。临时救济法官以一种相对经典的方式首先认为，这种权利包括 *abusus*，即严格意义上的处置自己财产的权利⁸²¹ 以及 *usus* 和 *fructus*，即所有者使用其财产并从中获益的权利⁸²²。法院还承认，所有权的必然结果是当地居民自由使用公共道路的权利⁸²³。它还包括《税收程序法》第 L. 277 条规定的延期付款权⁸²⁴。临时救济法官更大胆地指出，所有权包括承租人“处置”租赁财产的权利⁸²⁵。因此，无论财产在谁的手中，无论是所有权人还是承租人（当所有权人通过合同将财产的使用权在一定期限内转让给第三方时），财产的自由使用权都会受到保护。在这种情况下，承租人受益于用益物权，可以在临时救济法官面前援引用益物权⁸²⁶。在这里，“处分”一词也必须理解为“使用”的同义词，因为在任何情况下，承租人都只能从用益物权和用益物权中获益，而不能从滥用权力中获益。临时救济法官在其判决中将承租人的财产权视为所有权的“必然结果”。一些作者批评了这种关联性，理由是承租人的权利不能从所有权中衍生出来⁸²⁷。他们的批评基于这样一种观点，即房东的权利（一种物权）不能成为房客的权利（一种人身权）的基础⁸²⁸。然而，这种方法过于简单化。有必要从法

Lebon T. p. 927.

820 见上文第 127 段。在 *Nikoghosyan*

案的裁决中，临时救济法官指出，如果对第三国国民在欧洲共同体某一成员国提交的庇护申请的审查是在申请人不在场的情况下进行的，那么申请难民地位的基本自由就会受到损害，因为申请人是唯一能够提供所需证据并回答负责审查案件的当局的问题的人。

821 例如，见 CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin*, *Lebon T. p.* 1126 (出售牛群的可能性)

822 例如，参见前述《法兰西报》命令，其中提到的“自由处置财产”指的是所有者从财产中获得其预期收入的能力。有关财产既可以是动产，也可以是不动产（行政长官，2005 年 11 月 8 日法令，*Moissinac Massenat*, *Lebon*, 第 491 页）。应该指出的是，临时救济法官在这里提到的是财产的“自由处置”，但这次是在普通意义上，作为自由使用的同义词，而不是严格意义上或民法意义上的“自由处置”。它指的是最广义的使用资产的可能性，而不仅仅是转让资产的可能性。

823 CE, ord. 2001 年 5 月 31 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* 第 253 页。

824 CE, ord. 2007 年 6 月 13 日, *Soppelsa*, 第 306252 号, 发表于《勒庞文集》。

825 CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* 第 117 页：“所有权与其必然结果，即承租人自由处置租赁财产的权利一样，具有上述《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由的性质”。

826

另一方面，处理攻击和殴打案件的法官始终拒绝将所有权的利益延伸至租户。对财产使用的干涉必须与所有者有关，而且只能由所有者援引。因此，建筑物的承租人不能以存在对他的殴打为理由（Civ. 1^{ère}, 1974 年 6 月 18 日, *Bull. civ. I.*, 第 197 号）。

827 一些人认为，临时救济法官的推理类似于“花招”（Y. Lequette, CE 下的注释，2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur* 和 CE, ord. 2002 年 11 月 27 日, *SCI Résidence du théâtre*, *RFDA* 2003 年, 第 386 页），或者认为扣除是基于“某种人为的联系”（E. Sales, “Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales?”, *RDP* 2004 年, 第 239 页）。

828 Pez

先生指出，“所有权的客体是一种物，一种财产（建筑物），而租赁权的客体是一种义务，一种服务（自由享用建筑物）。所有权是人与物之间的关系（*jus in re*：对物的权利），租赁权是两个人之间的关系（*jus ad personam*：对人的权利）”（T. PEZ, “Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté”, *RFDA*

律标准和义务的角度进行推理，而不是基于对物权和人身权的“谬误区分”⁸²⁹。通过这种演绎联系，行政法官只是从一个标准推导出另一个标准，只要两者都涉及到一个相同的对象：租赁财产。行政机关有法律义务尊重协议赋予承租人的特权。虽然承租人的主要权利是从出租人处获得租赁物的享用权，但这种权利仍可对所有强制执行，包括协议的第三方，其中包括受公法管辖的法人⁸³⁰。

203. 最后，有些基本自由的内容是不确定的，以至于审理临时救济申请的法官在决定其涵盖的内容时几乎有无限的回旋余地。在第 244 DC831 号判决中出现在宪法判例法中的“人身自由”概念无疑是此类概念的典范。事实上，这一概念的内容具有很大的不确定性。关于在宪法判例中可以依据的判例法的稀有内容，M. Renoux 曾指出，“尊重个人权利是宪法的一项基本原则”。勒努断言，“对个人自由的尊重排除了对任何自然人，当然也排除了对任何法人采取强制、挑剔或纠缠的措施，这些措施在不影响其个人自由，特别是来往自由的情况下，不必要地确定了一种逐步减少其行动自由，特别是其自主意志的方法”⁸³²。正如 Lichère 先生所指出的，L.521-2 条对个人自由的规定“尽管含糊不清，也许正是因为含糊不清，但就有关自由的潜力而言是令人感兴趣的”。他指出，对行政法官而言，个人自由的赞美诗概念“可能成为（.....）一个功能性概念，使他能够纳入文本中没有明确规定的自由”⁸³³。

权利法官做出的一系列判决部分揭开了这一概念的面纱。首先，在涉及撤销法国籍家庭成员身份证件的案件⁸³⁴和无理拒绝向申请人子女签发护照的案件⁸³⁵中，这种自由被视为受到侵犯。同样，法官还裁定，个人自由“对于法国国籍的人来说，意味着在行政部门确信申请人出具的文件具有确定其身份和国籍的性质后，可以向其发放国民身份证”⁸³⁶。法官还明确指出，“这一自由尤其意味着，

2003, 第 376

页)。物权的必然结果可能是另一种物权，而不是属人权利。（...）租户对房东的权利不是来自房东的权利，而是来自租约，不是来自财产，而是来自义务”（同上，第 377

页)。“租户当然享有权利，但不是直接对其占有的财产享有权利：他的权利是对房东行使的，他有权从房东处获得对其财产的享用权”（同上）。

829 H. Kelsen, 《纯粹法学理论》，同前，第 136 页。见上文第 151 节。

830 值得注意的是，德国联邦宪法法院在 1993 年 5 月 26 日的一项判决中，通过发挥所有权的客观性，得出了相同的结果。Fromont 教授指出，在该判决中，宪法法院将所有权的宪法保障扩展到了承租人对其所住的权利，“更具体地说，是其占有权，因为在德国民法中，对占有权的客观保护导致承租人被视为占有人”(M. Fromont, "République fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993", RDP 1995, p. 340)。关于该判决，另见 T. MEINDL, op. MEINDL, 同前，第 145 页。

831 CC, no. 88-244 DC, 20 July 1988, *Rea.* p. 119.

832 T.T. . S. RENOUX and M. DE VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^{ème} ed, Litec, 2005, n° 1245.

833 F.LICHERE, Note sous CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, JCP G 2002, II, 10003, p.

40. 关于这一概念，见 A. PARIENTE, "La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, pp. 267-282; P. PEREON, *La protection constitutionnelle de la liberté personnelle*, thesis Toulon, 2001, 529 p.; *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté?* (H. ROUSSILON and X. BIOY dir.), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 156 p..

834 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

835 CE, ord. 2002 年 12 月 4 日, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon* T. 第 875 页。

836 CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon*

如果有充分和经证实的理由认为，遣送令所针对的外国国民将因该国当局的行为而面临真正的人身风险，则不得将其遣返该国、或不受公共当局控制的个人或团体，而在后一种情况下，目的地国当局无法通过提供适当保护来防止这种危险⁸³⁷。然而，正是布内尔案的裁决为这一自由提供了最有价值的指导，其中提到“每个人的个人自由都有权得到尊重，这尤其意味着他或她受到的限制不得超过为保护公共秩序或尊重他人权利而施加的限制”⁸³⁸。因此，个人自由的目的是限制对个人的约束程度。因此，个人自由的目的是限制对个人的约束程度，使个人免于受到超出其所处状况通常所暗示的约束、屈从和牺牲。

最后，应当指出，人身自由的内容在某些方面可能与个人自由的内容重叠。在涉及被判处递解出境的外国国民的案件中，有人认为，禁止酷刑及不人道和有辱人格的待遇是个人自由和个人自由的构成要素⁸³⁹。临时救济法官将不遭受酷刑、不人道或有辱人格待遇的权利与个人自由和人身自由相联系，意在将人身安全权纳入这些自由之中。

204. 在确定这些自由的内容时，临时救济法官还必须确定其限度。例如，他指出，对受益人而言，行动自由“是指在遵守现行法律法规和法律规定的要求的情况下开展经济活动的自由”⁸⁴⁰。在现实中，这一限制似乎是所有行动自由的共性，其行使受到严格管制。例如，临时救济法官将其适用范围移植到所有权这一基本自由上，“作为其必然结果，所有人有按照法律法规处置其财产的自由”⁸⁴¹。同样，地方民选代表自由行使职权也不是绝对的；它可能会受到限制，但“只有基于旨在确保共和国地方当局的审议机构或其执行机构正常运作的法律规定或一般原则，才可能受到限制或制约”⁸⁴²。法院还裁定，在病人有死亡危险的情况下，同意接受治疗的权利可以受到限制。由于这一限制没有出现在任何条款中，因此同意治疗的自由的定义方式削弱了其相对于来源标准

T. p. 1034.

837 CE, ord. 2005年1月14日, *Bondo, Lebon T.* 第915页。

838 CE, ord. 8 September 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel, Lebon* p. 388.

839在这方面，哈马尼

命令的措辞特别重要，因为它使用了这两种表达方式。为了对将阿尔及利亚定为驱逐目的地国的省令提出质疑，申请人援引了《欧洲人权公约》第3

条的规定。临时救济法官指出，“因此他指的是个人自由，而个人自由是《行政司法法典》第L.521-2

条所适用的基本自由之一”。在审查了申请人为证实其所称威胁的真实性而提出的论据后，法官裁定，将阿尔及利亚作为目的地国的决定不能被视为“明显非法干涉个人自由”（CE, 2001年10月15日法令, *Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* 第466页）。在此之前，临时救济法官在 *Djalout*

案的命令中指出，“确定返回国可能会严重影响外国国民的个人自由，因为他或她会因此而面临《欧洲保护人权与基本自由公约》第3条所述的风险”（行政法院，2001年3月27日命令, *内政部诉Djalout案, Lebon* 第158页），但并未明确承认个人自由是一项基本自由。在哈马尼命令之后做出的 *Chikb*

判决中，他只提到了个人自由。本案的事实与 *Hamani*

案完全相同。被驱逐到阿尔及利亚的申请人援引了《欧洲公约》第3

条，以质疑将阿尔及利亚定为目的地国的命令。法官指出，“他是指他的个人自由，这是《行政司法法典》第L.521-2条适用的基本自由之一”（行政法院，2001年12月20日的命令, *Chikb*, 第241154号）。

840 CE, ord. 25 April 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155.

841 CE, ord. 2005年7月13日, *Société Combé Chavat 2*, 第282220号。

842 CE, ord. 2006年4月11日, *Tefaarere, Lebon* 第197

页。根据同一决定，地方民选代表自由行使职权包括民选代表辞职的权利。

的内涵。这是唯一的一项基本自由，其内容被解释为小于实在法中的文字表述。

第3节. 同意接受医疗服务的反例

205. 医疗同意原则意味着病人可以自由选择他们所接受的治疗⁸⁴³。特别是，它允许病人反对不需要的治疗。问题是医学界应在多大程度上遵从病人的意愿，特别是当病人拒绝接受对其生存至关重要的治疗时。⁸⁴⁴ "关键问题是，病人的个人决定是否应该得到尊重，因为他是如此重视这一决定，以至于不惜冒生命危险也要坚持这一决定"。医学界是否可以为了救治病人而违背病人的意愿？当病人并不寻求死亡，但却认为死亡是其选择的可能后果时，当接受治疗似乎是如此难以忍受以至于他宁愿放弃生命时，他断然拒绝的治疗是否可以违背他的意愿强行强加给他呢？对于病人的意愿是否应得到系统尊重的问题，立法者给出了肯定的答案：法律已将尊重病人的意愿确立为一项绝对原则。相反，行政法官却给出了否定的回答，认为当病人的生命受到威胁时，其意愿就不再被考虑。临时救济法官对法律宣布的原则进行了调整，使其仅成为一项相对原则。

I. 立法者的绝对原则

206. 传统的法规并没有在医生提供医疗服务的义务与尊重病人同意之间建立起等级关系。为了回应最高行政法院的明确要求，立法机关将医疗同意权确立为一项绝对原则。

A. 传统监管的不确定性

207. 传统法规没有明确界定同意权的范围。根据1995年9月6日的法令颁布的《医疗道德守则》第36条没有保留危及生命的紧急情况这一具体情况，但也没有提及这一情况。法律条款也没有在医生的医疗义务和病人的同意之间划分等级。1994年4月29日颁布的《民法》（即《生物伦理法》）第16-3条规定，在采取任何医疗行为之前必须征得患者的同意，该条规定："只有在对患者有治疗必要的情况下，才可以侵犯人体的完整性。必须事先征得当事人的同意，除非因当事人的病情需要进行治疗干预，而当事人又无法表示同意"。这一规定不包括紧急情况，其适用范围有限：它适用于无法表达自己意愿的病人，而不适用于能够表达自己意愿的成年病人。此外，《公共卫生法》L.1111-2条授权"病人（.....）反对任何调查或治疗"，但该条的适用范围存在相当大的不确定性。该文本最初源自1999年6月9日的法律，其第一篇^{er}专门论述"病人的权利"，但该法律的标题本身旨在"保障获得姑息治疗的权利"。因此，该文本"建议将反对护理的权利视为反

843 关于行政、司法和欧洲判例法的概述，见 GP 5 January 1999, special issue *Le consentement aux actes médicaux*, pp.1-50 ; J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", GP 19-20 June 2002 special issue *Droit de la santé*, pp.997-1003 ; A. GARAY, "Le consentement à l'acte médical au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", LPA 18 June 1997, n° 73, pp.GARAY, "Le consentement à l'acte médical au regard de la Convention européenne des droits de l'homme", LPA 18 June 1997, n° 73, pp.

844 A.DORSNER-DOLIVET, "Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte", RFD 2003, p. 529.

对延长治疗和选择姑息治疗方法的权利"⁸⁴⁵。

208. *Senanayake* 案就是在这种不确定的法律背景下产生的。一家医院不顾病人的反对进行了输血，法官必须确定违背病人意愿实施医疗行为是否构成可能导致行政部门承担责任的过失⁸⁴⁶。

巴黎行政上诉法院认为，当病人的生死攸关时，医生提供护理的义务必须绝对优先于病人的同意。该判决提出了一条一般规则：“医生有义务始终尊重能够表达其意愿的病人的意愿（……），但医生有义务根据其活动的根本目的保护病人的健康，即最终保护病人的生命，这一点受到限制（……）”。在这种情况下，医生实施对病人生存至关重要的行为“不能”被定性为不法行为，即使这种行为违反了尊重病人意愿的义务⁸⁴⁷。这种推理隐含的意思是，在任何情况下，拯救生命的义务都优先于尊重个人意愿的义务，但它也系统地排除了过错的实施。就法律问题向最高行政法院提出了上诉。政府专员迪埃-肖沃（Didier Chauvaux）提出了与上诉法院截然相反的解决方案。他主张毫无保留地遵从病人的意愿，即使病人的生命因其反对某项医疗程序而立即受到威胁：“我们认为（……），如果病人在其生命受到威胁时是清醒的，完全拥有自己的精神能力，并且明确而坚定地坚持拒绝接受某项程序，那么医生的责任就是放弃”⁸⁴⁸。

行政上诉法院采用的解决方案与政府专员提出的解决方案之间存在差异，原因在于适用法规的不确定性。对最高行政法院来说，正是因为法律规定不明确，才拒绝在医生提供护理的义务与尊重病人的同意之间建立任何等级关系⁸⁴⁹。行政法院排除了上诉法院提出的提供护理义务的一般优先原则，也排除了政府专员提出的同意原则。它不支持这两种解决方案。最高上诉法院法官批评法院“有意将医生拯救生命的义务置于尊重病人意愿的义务之上”。然而，在提到该案时，他承认，尽管有义务尊重病人的意愿，但医生在病人所处的极端情况下选择实施对病人的生存至关重要且与其病情相称的行为并不构成过错⁸⁵⁰。即使病人拒绝接受维持生命的治疗，最终还是由医疗小组决定。在本案中，虽然病人明确表示反对治疗，但如果医生无视病人的拒绝，医院并不承担责任。

845 A.DORSNER-DOLIVET, *同前*, 第 532 页。

846 病人拒绝输血是因为他是耶和华见证人。关于拒绝输血的问题，见《*Consentement éclairé et transfusion sanguine. Aspects juridiques et éthiques* (A. GARAY and S. GROMB eds.), ENSP, 1996, 254 p.

847 CAA Paris, 9 June 1998, *Donyob et Senanayake* (2 espèces), *RFD A* 1998, pp. 这一解决方案是政府专员 Heers 女士讨论的结果，与立法的不确定性有关。

848 Concl. D. CHAUVAUZ on CE, Ass. 26 October 2001, *Senanayake*, *RFD A* 2002, p. 151。政府专员说：“在我们看来，将一个人接受治疗的权利转化为接受治疗的义务是根本不可能的”（*同上*，第 150 页）：“拒绝接受医疗程序的病人只是选择不行使其接受治疗的权力，这是他的自由，他的意愿必须得到尊重”（*同上*，第 151 页）。

849 CE, Ass. 26 October 2001, *Senanayake*, *Lebon* p. 514; *RFD A* 2002, pp. DE BECHILLON; *Dr. adm. comm.* n° 40, note E. AUBIN; D. 2001, IR, p. 3253. AUBIN; D. 2001, IR, p. 3253, obs. X.; *AJDA* 2002, pp. CLEMENT; *RDSS* 2002, no. 38(1), pp. GUETTIER, *chron. LPA* 19 August 2002, n° 165, pp. 另见 A. MEERSCH, "Le refus de soins devant le Conseil d'Etat", *Dr. adm.* 2002, *chron.* n° 13; J. MOREAU, *JCP G* 2002, II, 10025.

850 理由的表述非常精确：“考虑到 *Senanayake* 先生所处的极端情况，为他治疗的医生选择了唯一的救治目标，即实施对他的生存至关重要且与他的状况相称的行为；在这种情况下，无论他们有多大的义务尊重他基于宗教信仰的意愿，他们都没有犯下过错，因而不需要巴黎公共医院援助署承担责任”。

209. 这样，最高行政法院就得出了与上诉法院相同的解决方案，所使用的法律手段并无本质区别，但却谨慎地避免了对医生的义务与病人的同意之间的等级问题作出裁决。德贝希永先生说，"很明显"，"这一判决的目的是把行政法院完全不想玩的球扔回给立法机构"⁸⁵¹。事实上，正如作者所言，"如果最高行政法院推翻了行政上诉法院的判决，那根本不是因为它不赞成判决结果，甚至从根本上说，也不是因为它不赞成判决的推理，而是因为它想追求另一个目标，可以说是政治目标：在法国，是否允许病人要求死亡的决定"⁸⁵²。说白了，"法官通过一个简单的选择：允许病人决定自己的命运，甚至死亡，或者要求医生不顾病人的死活救活他，让立法机构承担起自己的责任"⁸⁵³。

B.2002 年确立绝对原则

210. 立法者被要求承担起责任，通过 2002 年 3 月 4 日的法律澄清了法律的现状。该法明确规定同意权是一项绝对原则。根据欧洲法律和许多其他国家的现行解决方案，该法确认同意权优先于提供护理的义务。

211. 在欧洲一级，有两个文本可以作为参考。1994 年 3 月 28 日至 30 日在阿姆斯特丹签署的《促进欧洲病人权利宣言》第 3 节专门讨论了同意问题。在重申未经病人事先知情同意不得实施医疗行为之后，该段承认病人有权拒绝或中断医疗行为，并要求医生明确解释这种拒绝或解释的影响。然而，在任何情况下，这一声明都不允许医生以生命攸关为由推翻病人的拒绝。同样，欧洲委员会于 1997 年 4 月 4 日签署了《人权与生物医学公约》⁸⁵⁴。该文本构成了一个框架公约：它是一个最低限度的公约，并为每个签署国日后更详细地处理具体问题保留了可能性（第 27 条）。第 5 条规定，只有在个人自由和知情同意的情况下，才能在健康领域进行干预；它承认个人有权在任何时候自由撤回同意。这一最低标准并不排除有重大必要的情况。在国内法中对其进行的任何补充只能是为了提供更多的保护，而不可能引入这种限制。在这两份文书中，同意权都是作为一项绝对原则提出的。在阅读这些文本时，"很明显，重大的必要性不允许医生凌驾于病人对治疗的反对之上"⁸⁵⁵。

欧洲人权法院裁定，"如果患者是成年人且心智健全，在未征得患者同意的情况下实施医疗，将构成对当事人身体完整性的侵犯，可能会使公约第 8 条第 1 款（隐私）所保护的权利受到质疑"⁸⁵⁶。斯

851 D. DE BECHILLON, 同前, 第 161 页。

852 D. DE BECHILLON, 同前, 第 162 页。

853 A.PARIENTE, "Le refus de soins : réflexions sur un droit en construction", RDP 2003, p. 1432.

854 欧洲委员会, ETS No.

855 A.DORSNER-DOLIVET, 同前, 第 531 页。关于这些文本, 见 Dorsner-Dolivet, 第 530-531 页。

856 欧洲人权法院, 2002 年 4 月 29 日, Pretty 诉联合王国, 第 63 节, AJDA 2003, 第 1383-1338 页, 注 B. LE BAUT-FERRARESE, "La Cour européenne des droits de l'homme et les droits du malade: la consécration par l'arrêt Pretty du droit du refus de soins". 斯特拉斯堡法院在这一判决中附带解决了同意治疗的问题。核心问题不是拒绝治疗, 而是是否存在可能的死亡

特拉斯堡法院在之前的一项裁决中已经认为, "在胁迫下进行的医疗干预, 即使是微不足道的, 也必须被视为对该权利的侵犯"⁸⁵⁷。

在比较法中也可以看到类似的做法。在美国, 法院无条件地优先考虑病人的意愿。因此, 在新泽西州高等法院看来, "一个完全有能力的耶和華见证人或类似观点的人有充分的自由拒绝全部或部分医疗, 即使他的决定导致牺牲自己的生命"⁸⁵⁸。英国上诉法院确立的原则是, 每个成年人通常都有权决定是否接受治疗, 即使拒绝治疗可能导致其健康永久受损或死亡, 即使拒绝治疗的理由不合理⁸⁵⁹。同样, 1990年在加拿大, 安大略省上诉法院命令一名为一名携带拒绝输血卡的昏迷者输血的医生赔偿2万加元⁸⁶⁰。在日本, 一名耶和華见证会信徒在违背本人意愿的情况下被输血, 最高法院判决其继承人赔偿5000美元⁸⁶¹。

212. 2002年3月4日颁布的法律⁸⁶²就是这种旨在促进病人自主权和愿望的方法的一部分。它"按照北美的逻辑, 赋予病人拒绝任何医疗行为的权利"⁸⁶³。该文本的措辞很有新意: 通过在《公共卫生法》中引入关于同意问题的第L. 1111-4条, 承认了拒绝治疗的权利。立法者选择将"同意"作为一项绝对权利, 其承认和行使不受任何保留或限制。

第一段重申了同意原则。以前的文本规定病人是医生提出的治疗方案的接受者, 与此不同的是, 本条款通过让病人真正参与医疗决定, 规定了两个主角之间的真正协商。⁸⁶⁴

第2和第3段涉及拒绝护理。第2段^{ème}重申"医生在告知当事人其选择的后果之后, 必须尊重当事人的意愿"。该段接着考虑了"当事人拒绝或中断治疗的意愿危及其生命"的情况, 以责成"医生尽一切努力说服当事人接受必要的护理"。因此, 这一规定"赋予了有表达能力并已被适当告知的病人以生命为代价反对治疗的权利"⁸⁶⁵。尊重"病人的自主意愿, 如果病人拒绝接受治疗, 医生有义务尊重这一选择"⁸⁶⁶。^{ème}第3段申明, 即使在危及生命的紧急情况下, 也必须征得已达法定年龄并能自

"权利"。法院裁定, 《公约》并未赋予个人协助自杀的权利。《公约》宣布的生命权不能成为对称的死亡权的基础。

857 1978年12月4日 X. 诉荷兰 案和 1979年12月13日 X. 诉奥地利案, B. LE BAUT-FERRARESE 引述, 同前, 第1385页。

858 新泽西州高等法院上诉庭的裁决, *In re Hughes*, 611 A.2d, 1148 (N.J. 1992), 由 A. PARIENTE 引用, 同前, 第1425页。

859 英国上诉法院, *Re T* [1992] 4 All ER 649, 引自 D. CHAUVAUX, 同前, 第154-155页。

860 安大略省上诉法院, 1990年3月3日, *Malette 诉 Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, 由 D. CHAUVAUX 引用, 前引书第154页。 *Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, 由 D. CHAUVAUX 引用, 同前, 第154页。

861 日本最高法院, 2000年2月29日, *Takeda c/ Etat*, 由 D. CHAUVAUX 引用, 同前, 第154页。

862 2002年3月4日关于病人权利和医疗保健系统质量的法律, 2002年3月5日公报, 第4118页。

863 A.PARIENTE, 同前, 第1423页。

864 B.MATHIEU, "Les droits des personnes malades", *LP4* 19 June 2002, no. 122, special issue "La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système français" (A. LAUDE ed.), p. 16.

865 A.DORSNER-DOLIVET, 同前, 第531页。

866 P. MISTRETTA, "La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation", *JCP G* 2002, I, 141, p. 1079. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation", *JCP G* 2002, I, 141, p. 1079.

由表达其知情意愿的病人的同意：“未经当事人自由表示的知情同意，不得实施任何医疗行为或治疗，而且可以随时撤回这种同意”。正如 Mathieu 先生所说，“即使在危及生命的紧急情况下，医生也不再有权推翻病人的意愿”⁸⁶⁷。2002 年 3 月 4 日的法律“明确承认病人有权反对干预，即使是在危及生命的情况下”⁸⁶⁸。该文本并没有将同意的优先权限制在病人生命不受威胁的情况下。它没有设想任何可以推翻同意的情况。正如 M. Pariente 所指出的，“无论如何，意识清醒的病人拒绝接受治疗直至死亡的可能性在理论上是可能的，法律也对此做出了规定和授权”⁸⁶⁹。法律终止了 *Senanayake* 案中出现的对生命危险的限制。病人的选择是至高无上的，必须得到尊重。

《公共卫生法》第 L.1111-4 条的最后两款涉及无法表达意愿者（4^{ème} 段）或无行为能力者（5^{ème} 段）同意的特殊性。⁸⁷⁰

213. de Béchillon 先生在对 *Senanayake* 案判决的评注中指出，如果法律规定医生有义务在病人明确表示拒绝治疗时放弃治疗，则医生“不仅有权利而且有义务不为病人输血”⁸⁷¹。最高行政法院提出的保留意见被立法机关搁置后，整个学说得出结论认为，2002 年 3 月 4 日法律通过后，*Senanayake* 案的判例法已失效⁸⁷²。准备工作也证实了这一解释。国民议会法案报告员指出，“病人同意原则赋予病人拒绝拟议治疗的权利”，因此，“不能强加治疗或诊断检查”⁸⁷³。当一名议员问及医生是否应该“让拒绝输血的耶和华见证会信徒死去”时，卫生部长表示，“无论出于何种原因拒绝输血的人都不能输血”。只有不反对输血的人才能输血。输血“只有在患者的生命处于危险之中，而他

867 B.MATHIEU, 同前, 第 16 页。

868 A.DORSNER-DOLIVET, 同前, 第 532 页。

869 A.PARIENTE, 同前, 第 1433 页。

870^{ème} 第 4 款规定，除非在紧急情况下或无法进行干预或调查的情况下，否则不得在未咨询可信赖的支助人员或家人或近亲的情况下进行干预或调查。由于该文本明确保留了在紧急情况下采取行动的权利，我们有理由认为，如果立法机构真的希望这样做的话，它也会把有能力表达自己意愿的成年人的这种情况排除在外。但立法机构并没有这样做。对于未成年人或受监护的成年人，也可以提出同样的看法。

871 D. DE BECHILLON, 同前, 第 159 页。

872 马蒂厄先生断言，我们可以“认为法律剥夺了行政法院默示留给医生的选择权，并要求医生将尊重病人意愿的义务置于挽救病人生命的义务之上”（B. MATHIEU, 同前, 第 16 页）。该文本通过后，“使违背耶和华见证人的明确意愿进行输血合法化的判例法（C.E., 2001 年 10 月 26 日）将不再适用”（Y. LAMBERT-FAIVRE, “Les droits des malades, usagers du système de santé”, *D.* 2002, 第 1296 页）。同上：P. MISTRETTA, 前引书；F. BELLIVER 和 J. ROCHFELD, *RTD*_{civ} 2002, 第 574 页；J.-P. GRIDEL, 前引书。几个月后，出现了考验这一基本自由限度的案件，作者们重申了这一立场。在 Mersch 女士看来，“同意的普遍性阻碍了执业医师推翻病人接受医疗行为的权利，即使这一决定不利于病人的生存”（A. MERSCH, “Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence *Senanayake*”, *JCP A* 2002, 1022, p.27）。同样，M. Garay 认为 2002 年 3 月 4 日的法律结束了 *Senanayake* 案的判例法（A. GARAY, “Volontés et libertés dans la relation médecin-malade : la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique”, *RGDM* 2003/10, p. 161）。病人“可以反对任何行为。因此，如果耶和华见证人有必要的智力来理解拒绝输血的后果，医生似乎不可能推翻耶和华见证人对输血的异议”（A. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA, “Droits des patients et refus de soins”, *JCP G* 2003, II, 10098, p. 1112）。

873 AN 报告第 3263 号，2001 年 9 月 26 日，第 60 页。

或她既不能拒绝也不能同意的情况下才可以进行, 比如在昏迷的情况下⁸⁷⁴。另一方面, 如果患者在失去意识前已明确拒绝输血, 则必须尊重其意愿。

文本是精确的, 立法者的意图是明确的。尽管如此, 关于同意绝对优先的立法要求已被“判例法摒弃”⁸⁷⁵。

II. 法官的相对原则

214. 对临时救济法官来说, 选择医疗的权利, 特别是反对不想要的治疗的权利, 是一种相对的权利。

这一基本自由的范围并不包括病人生存所必需的医疗行为。病人的意愿只有在一定程度上才会得到尊重。当病人的选择有可能导致其死亡时, 医疗专业人员重新获得了推翻病人同意的可能性。

215. 2002年夏, 临时救济法官被要求就拒绝接受危及生命的治疗作出裁决。该案涉及耶和华见证人运动 (Jehovah's Witnesses movement⁸⁷⁶) 的一名成员表示反对输血。该案于2002年8月5日开庭。

Valérie Feuillatey 被送往圣埃蒂安医院, 尽管她口头和书面表示拒绝, 但还是接受了输血, 医生认为输血对她的生存至关重要。病人曾表示, 在任何情况下她都会拒绝输血。2002年8月7日, 她和她的姐姐 (《法国公共卫生法》第 L. 1111-6 条所指的“可信任的支持者”)⁸⁷⁷, 向里昂行政法院临时救济法官提出申请。法官在2002年8月9日的命令中命令医生不得再为病人输血, 并明确指出, 如果病人“发现自己处于极度危及生命的状况”, 该禁令将不再适用。申请人对这一命令提出上诉, 要求最高行政法院的临时救济法官废除有关生命危险的保留意见。然而, 上诉法官批准了初审法官的保留意见。他只是修改了命令, 明确规定: 首先, 治疗必须是病人生存所必需的, 并与其病情相称; 其次, 医生必须尽其所能说服病人接受治疗。

尽一切可能说服病人接受治疗的要求表明, 新的法律状况已经得到考虑, 因为《公共卫生法》第 L.1111-4 条规定在采取任何医疗行为之前必须采取这种做法。然而, 2002年3月4日的法律所带来的创新似乎并没有得到充分考虑, 因为法院保留了 *Senanayake* 案判决中关于对病人生存至关重要的护理

874 B.B. KOUCHNER, *JO déb. AN* 2001, CR session 3 October 2001, p. 5448.

875 A. PARIENTE, *同前*, 第 1433 页。提交人认为法官“拒绝适用法律”(同上)。

876 CE, ord. 16 July 2002, *Feuillatey, Lebon* p. 309, *Droit, déontologie et soin* septembre 2002, vol. 2, n° 3, pp. 2, n° 3, pp. CLEMENT; *JCP G* 2002, II, 10184, note P. MISTRETTA; *GP* 2002, 2, p. 1345, note F.-J.

PANSIER. 里尔行政法院临时救济法官在下周审理了一起类似案件: TA Lille, ord. 25 August 2002, *M. et Mme G. c/ CHR de Valenciennes*, *JCP G* 2003, II, 10098, note A. FLASQUIER, L., *JCP G* 2003, 2, p. 1345, note F.-J.

PANSIER. FLASQUIER, L. LAMBERT-GARREL, B. PITCHO, F. VIALLA; *GP* 2003, 2,

pp. GARAY. 这两项决定也是共同研究和评论的主题: Y. LACHAUD, "Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002: premières décisions de la juridiction administrative" *GP* 2002, 1, pp. MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner et confirment la jurisprudence Sénanayaké", *JCP A* 2002, 1022; S. PORCHY-SIMON, "La loi du 4 mars 2002: premières décisions de la jurisprudence administrative", *GP* 2002, 1, pp. PORCHY-SIMON, "Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 (à propos de deux ordonnances des juridictions administratives des 16-25 août 2002)", *Resp. civ. et ass.* 2002, chron. n° 21; E. AUBIN, "Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002", *Dr. adm.* 2002, comm. n° 188; B. MATHIEU, "De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie. Réflexions sur la jurisprudence administrative relative à la transfusion sanguine des témoins de Jéhovah", *RGDM* 2003/9, pp. GARAY, "Volontés et libertés dans la relation médecin-malade: la mise à l'épreuve des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique", *RGDM* 2003/10, pp.

877 这是由病人指定的人, 在病人无法做出决定时代表他们做出决定。

的保留意见⁸⁷⁸。虽然立法者有意使这一保留意见消失，但临时救济法官认为，法律无意排除在出现重大风险时推翻病人意愿的可能性。在对 2002 年 3 月 4 日法律的违反法律解释⁸⁷⁹中，行政法官“因此认为反对治疗的权利远非绝对，而是可以在特殊情况下被推翻的”⁸⁸⁰。

216. 正如 Porchy-Simon 女士所指出的，“只有在实在法中确定了一项规则，授权医生将其提供护理的义务置于当事人的意愿之上，而且该规则必须得到立法或超立法文本的承认，这种推理的相关性才能被接受”⁸⁸¹。然而，必须指出的是，“这两个命题（……）在实在法的现状中似乎都无法验证。即使是在最高行政法院提到的非常具体的条件下，寻求一项明确授权医生违背病人意愿进行治疗的规则似乎也注定要失败”。⁸⁸²

显然，这种解决办法不能以 2002 年 3 月 4 日的法律为基础，因为该法律承认病人有拒绝接受治疗的权利，但对拒绝接受治疗给病人健康带来的后果没有任何限制。根据法律规定，只要病人表示的同意是“自由和知情的”⁸⁸³，就必须得到绝对的尊重。法律并不限制对病人同意的尊重。《公共卫生法》L.1111-4 条规定，在病人决定停止治疗可能危及生命的情况下，医生有义务劝说病人接受必要的治疗，但不允许医生以专制的方式实施治疗。“这种拒绝治疗的权利只要求医生履行一项义务，即说服病人接受客观上最适合其病情的治疗。如果不能说服病人，无论如何必须尊重他的拒绝”⁸⁸⁴。除了文本的实际措辞，2002 年 3 月 4 日法律的总体理念似乎是反对以专制方式实施护理，因为这部涉及患者权利的法律“似乎是对医疗关系自主保护的承担者，与行政法院采取的解决方案完全相反”⁸⁸⁵。

刑法》的规定也没有限制病人的同意。刑法》第 233-6 条第二款将不协助处于危险中的人的行为定为刑事犯罪，有时被援引作为强制护理的理由。根据这一推理，医生有可能因未能协助处于危险中的人而被起诉，特别是当拒绝护理会给病人带来重大风险时，这就为他不顾病人反对而进行干预提供了相反的理由。因此，问题在于，如果一名医生为了顺从病人的拒绝而不提供本可防止其死亡

878 正如 M. Pariente 指出的那样，“Senanayake 案中提出的

法理标准，即对生存至关重要并与病人的情况相称的治疗的相关性，也清楚地表明，规定同意优先的法律条款已被搁置”（A. PARIENTE, 前引书, 第 1434 页）。

879 A.PARIENTE, 同前, 第 1434 页。

880 A.DORSNER-DOLIVET, 同前, 第 529 页。

881 S.S. PORCHY-SIMON, 同前, 第 5 页。事实上，由于遵守拒绝的规定是由一个具有立法价值的文本--《公共卫生法》第 L. 1111-4 条--所规定的，因此减损只能由一个至少具有同等价值的文本所产生。

882 同上。

883

需要指出的是，不能因为考虑到拒绝治疗的原因而剥夺病人的意愿和自由。与此相反的解决方案将使医生成为病人意愿的真正仲裁者。这种做法不符合 L.1111-4 条的规定，即“任何人在咨询医疗专业人员并考虑其提供的信息和建议的情况下，做出有关其健康的决定”，而不承认医生有权控制病人的动机。“即使耶和華见证人拒绝输血的理由在理性人看来是不合理的，但医生也不能援引这种信仰本身作为无视病人意愿的理由”（S. PORCHY-SIMON, 同前, 第 7 页）。

884 A.MERSCH, "Quand les juges font fi de la loi Kouchner...", *op. cit.*, p. 27.

885 S.PORCHY-SIMON, 同前, 第 5 页。

的护理，那么他是否应被视为没有协助处于危险中的人。最高法院从未承认过这种解决方案。相反，判例法规定，如果处于危险中的人拒绝接受所提供的援助，就不可能以此为由起诉医生⁸⁸⁶。

一些作者认为《民法》第 16-3 条是对《公共卫生法》第 L.1111-4 条所规定原则的限制。Ouatah 女士提出了这一假设，她认为：“显然，最高行政法院拒绝对第 L.1111-4 条进行全面审查，因为无论 2002 年 3 月 4 日的法律多么雄心勃勃，都必须在一个更广泛的框架内，即《民法典》第 16-3 条（……）进行评估”（887）。然而，应该指出的是，这两个文本的适用范围截然不同。法国民法典第 16-3 条适用于无法表达自己意愿的病人，而不是 L.1111-4 条所规定的有能力表达自己意愿的成年病人。因此，在提交给临时救济法官的案件中，《民法典》第 16-3 条不存在问题，因为病人在有能力表达意愿时，已经以书面和口头形式表达了自己的意愿。

那么这个限制是否来自医生的谨慎责任呢？答案似乎又是否定的。正如 Pariente 先生所指出的，“医生义务的重要性常常被评论家们夸大，尽管它们受制于一个精确的法律框架，而这个框架在任何情况下都不排除限制”⁸⁸⁸。M. Penneau 认为，主张提供护理的义务优先于同意原则是一个真正的“推理缺陷”。作者解释说，“事实上，医生保护个人健康和生命的义务只有通过当事人的意愿才存在；换句话说，在拒绝护理的情况下，医生保护个人生命和健康的义务的提法就失去了意义，这正是因为个人拒绝这种保护”⁸⁸⁹。尽管医生受各种法律规定的约束必须提供护理，但这一义务的存在条件是病人同意。然而，病人在同意治疗关系的同时，也可以反对对其实施某些类型的行为。虽然医生有义务治疗提出要求的病人，但这并不意味着医生可以强加病人反对的程序。

最后，病人的同意是否会受到以“客观生命权”⁸⁹⁰，规范医生行为或人体地位的隐含公共秩序的限制？一些作者认为，法律的一般原则揭示了一种虚拟的公共秩序，可能会导致医生将提供护理的义务置于尊重病人意愿之上⁸⁹¹。为支持这一论点，援引了人的尊严原则和人体不可或缺原则。但实际上，在病人拒绝接受重要护理的情况下援引这些原则是非常值得商榷的。在病人拒绝接受治疗不损害第三方权利或普遍利益的情况下，不能援引人体不可用原则来强迫病人违背自己的意愿接受治疗。虽然这一原则禁止病人强迫医生实施违反公共政策的行为，但它确实允许病人反对在其身体上实施不想要的行为。关于人的尊严原则，“扔侏儒”案⁸⁹²表明，不能以纯主观的方式来理解这一概念，相反，它可以导致对个人的客观保护，使其免受后者对自身尊严可能有的观念的影响⁸⁹³。尽管如此，这一原则绝不可能阻止病人行使其主观权利。在病人干脆拒绝接受治疗的情况下，第三方的权利绝不是问题：这样的决定只涉及病人自己的利益。更根本的是，这种论点“在其原则本身以及它可

886 见 Crim, 3 January 1973, n° Juris-Data 1973-095002, D. 1973, Jur, p. 220。

887 L. OUATAH, 同前, 第 417 页。参见 C.CLEMENT, 前引书, 第 8 页：“毫无疑问，如果按字面理解该条款，即使病人的生命受到威胁，医生也必须绝对尊重病人的意愿。行政法官并不这样认为，他宁愿承认，根据《民法》第 16-3 条，同意权只是相对的”。

888 A.PARIENTE, 同前, 第 1423 页。

889 J. PENNEAU, Urgence, information et consentement, ENSP, 2001, p. 29.

890 参见 HEERS 女士的上述结论，第 1236 页，其中也提到了“公共保护秩序”（同上，第 1238 页）。

891 见 J.-P. GRIDEL, "Le refus de soins au risque de la mort", 上引研究报告。

892 CE, Ass. 27 October 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Lebon p. 372, concl. FRYDMAN; GAJA n° 108.

893 见 O. CAYLA, "Le coup d'Etat de droit", Le débat, 1998, n° 100, pp.

能隐含的漂移风险方面引起了某种不安"⁸⁹⁴。它指的是"一种动物性的生命观，即应不择手段地保存生命，即使这种手段对当事人来说是无法忍受的，而医生与其他人一样，无权判断这些原因，无论这些原因的性质如何"⁸⁹⁵。

217. 因此，在目前的法律状况下，没有任何文本或原则承认医生有权违背病人的意愿对其实施医疗程序。没有任何实在法规则可以支持临时救济行政法官所采取的解决方案。法官"保留了病人有生命危险的情况，对法律进行了补充；他设定了法律没有提及的条件"⁸⁹⁶。法官摆脱了法律条文的束缚，增加了一个法律没有规定的条件；他设定了一个立法者明确要排除的限制。Porchy-Simon 女士在总结学术界几乎一致的观点时指出，法院采取的解决方案"因此在实在法的现状下似乎是不合理的"⁸⁹⁷。

以《行政司法法典》第 L.521-2 条为基础发展起来的判例符合经典的医学概念，即个人不是自己身体的主人⁸⁹⁸。盎格鲁-撒克逊思想以病人自主权为基础，认为人是自己身体的主人，而在法国模式中，人只是"属于国家的身体的用益人"⁸⁹⁹。当一个人有意识的、清醒的、知情的选择有可能导致其死亡时，他们的决策权就会被剥夺，转而由社会来决定。一旦病人同意治疗关系，他或她就必须遵守特定的法律框架，并由此产生一系列的权利和义务。在此，临时救济法官打算反对引入"点菜式"医疗。如果病人要求在公立医院接受治疗，只能在医疗小组规定的框架和条件下进行。然而，将这一权利作为一项相对原则，不仅忽视了《公共卫生法》第 L. 1111-4 条的规定，而且还存在滥用的风险。正如 Dorsner-Dolivet 女士所指出的，"允许输血意味着违反了事先征得病人同意的原则，因为病人已达法定年龄，有行为能力且意识清醒，而且在危及生命的情况下，最终可能导致赋予医生代替病人做出决定的权力"⁹⁰⁰。

结束第 I 篇

894 S.PORCHY-SIMON, 同前, 第 6 页。

895 J. PENNEAU, 同前, 第 29 页。

896 J. PENNEAU, "Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical", *D.* 2002, p. 2879.

897 S.PORCHY-SIMON, 同前, 第 8 页。

898 在这方面，Denoix de Saint Marc 先生在"临终关怀信息任务"的听证会上指出，"尊重病人的意愿，至少在某些非常特殊的情况下，必须让位于保护生命"（第 1708 号报告，"尊重生命，接受死亡"，2004 年 7 月，XII^e législature, t. 1, p. 247, 由 Y.- M. DOUBLET 引述，"La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, LPA n° 124, 23 juin 2005, p. 8）。M. DOUBLET, "La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, LPA n° 124, 23 juin 2005, p.

8) 从欧洲人权法院的几项判决中也可以看出这种做法，这些判决表明法院准备以公共卫生为由免除国家的责任。在这方面，施虐受虐案件尤为重要（欧洲人权法院，1997 年 2 月 19 日，*Laksey, Jaggard 和 Brown*, Rec.1997-I, 第 131 页）。该裁决是根据《公约》第

8(2)条作出的，涉及对这些行为的实施者施加刑事处罚的立法。法院认为，国家对私人生活的干涉是实现保护健康目标所必需的。在此过程中，法院"通过将人的不可侵犯性置于所有其他考虑之上，明确地选择了对个人的保护，即使是在违背个人意愿的情况下"（J.-M. LARALDE 注释，*D.* 1998 年, Jur., 第 97 页）。

899 S. RAMEIX, "Du paternalisme à l'autonomie des patients. L'exemple du consentement aux soins en réanimation", *Médecine & Droit* no. 12, 1995, p. 1.

900 A.DORSNER-DOLIVET, 同前, 第 534 页。

218. 最高行政法院在确定基本自由的清单和内容方面有相当大的自由度，并选择了对“重申自由”程序的适用范围进行宽泛的定义。行政法官制定了一个相对广泛的基本自由目录。它对每项自由的内容和一致性进行了广泛的界定。按照严格的实证主义分析，临时救济法官所采取的立场不能不受到法律以外因素的批评。严格说来，在第 L.521-2 条基础上形成的基本自由概念是无可非议的。在确定这一概念的含义时，似乎尊重了对他施加的法律和逻辑限制。
219. 另一方面，值得怀疑的是，最高行政法院在界定 *référé-liberté* 程序的适用范围时所采取的宽宏大量的做法是否使人对该程序的特殊性产生怀疑。临时救济法官是否将第 L.521-2 条的适用范围扩大得过宽？换句话说，对基本自由概念作广义解释的愿望是否导致了对这一程序的轻视？鉴于第 L.521-2 条的措辞和实践，这种情况不会发生，原因有二。首先，即使对基本自由作了宽泛的定义，该程序的适用范围仍然仅限于极少数的权利和自由。尽管设想的范围很广，但“权利自由”程序的适用范围仍然受到基本自由概念的严格限制。尽管它完全在行政法院的控制范围之内，但最终只涉及构成我们法律制度的权利、自由和原则的一小部分。其次，L.521-2 条规定的给予特权的条件是苛刻的，将使用这一程序的范围限制在相对特殊的情况下。

苛刻的奖励条件

220. 行政司法法典》第 L.521-2 条规定的采取保障措施的条件是非常苛刻的，将适用该程序的情况限制到了极致。除了“简易程序固有的紧迫性条件”⁹⁰¹ 之外，法律还规定，宣布保障措施的条件是行政部门在行使权力时严重且明显地非法侵犯了基本自由。正如最高行政法院副院长所指出的，“这些条款都经过了仔细的考虑。最高行政法院将确保这些条款得到遵守”⁹⁰²。由于立法者使用了这些措辞，判例法的修改或任何放宽都是不可想象的，甚至是不可能的。此外，通过对法律规定的条件进行滥用性的灵活解释来削弱这些条件的严格性，对申请人没有任何好处。事实上，“临时救济程序的成功取决于为此目的任命的法官能否在 48 小时内继续作出裁决。让他们面临大量申请涌入的风险不符合该程序当事人的利益”⁹⁰³。如果对批准条件的评估过于仁慈或宽松，就会损害申请人及其上诉权，因为行政法院将不能再在 48 小时内对据此向其提出的申请作出回应。为了使该程序令人满意地发挥作用，临时救济法官必须能够对侵权行为迅速作出反应。他的行动必须集中在符合特殊情况的唯一--通常也是罕见的--申请上，而不应受到属于临时中止法官职权范围内的“普通”申请的干扰。

221. 第 L.521-2 条规定的条件彼此不同，因此要“分别评估”⁹⁰⁴。此外，从第 L.521-2 条的措辞来看，这些条件具有累积性⁹⁰⁵，这两个后果。一方面，如果其中一个条件未满足，法院可以驳回申

901 CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市*, *Lebon* 第 551 页。

902 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

903 M. Guyomar and P. Collin, chron. under CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

904 CE, 2001 年 8 月 21 日命令, *Manigold*, n° 237385。

905 CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe*, *Lebon* 第 12 页; 2001 年 1 月 15 日, CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe*, *Lebon* 第 12 页; 2001 年 1 月 15 日, *Charlery-Adele*, *Lebon* 第 14 页; 2001 年 2 月 8 日, *Guillou*, *Lebon T.* 第 1129 页; 2001 年 3 月 27 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* 第 158 页; 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl*, *Lebon* 第 154 页; 2001 年 3 月 1 日, CE, ord.1^{er} March 2001, *Paturel*, *Lebon T. p.* 1134; CE, ord.1135; CE, ord.2001 年 4 月 3 日, *Soriano* 等人, *Lebon T.* 第 1128 页; 2001 年 6 月 1 日, CE, ord.1^{er} June 2001, *Ploquin*, *Lebon T. p.* 1126; CE, ord. 21 August 2001, *Manigold*, n° 237385; CE, ord.2001 年 8 月 10 日, *Association "La Mosquée" et autres*, *Lebon T. p.* 1133; CE, ord.2001 年 8 月 10 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, 第 236969 号; CE, ord.2001 年 10 月 11 日, *Hauchemaille*, *Lebon* 第 460 页; CE, ord.2001 年 10 月 18 日, *蒙彼利埃 cimade 地方团体协会*, 第 239071 号; 2001 年 10 月 22 日, *Gonidec et Brocas*, 行政长官令, 第 239165 号; 2001 年 11 月 12 日, *Commune de la Rérier c/ Saddouki*, 行政长官令, 第 236969 号。2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市*, *Lebon* 第 551 页; 2002 年 1 月 7 日, CE, ord, n° 241588; 2002 年 2 月 20 日, CE, ord, *Ploquin*, n° 243234; 2002 年 9 月 6 日, CE, ord, *Tetaahi*, n° 250120; 2004 年 12 月 21 日, CE, ord, *Luzolo Kondé*, n° 275361; 2005 年 1 月 20 日, CE, ord, *Saint-Cyprien 市*, *Lebon T.* 第 1022 页; 2005 年 7 月 13 日, CE, ord.2005 年 7 月 13 日, *Société Combé Chavat 2*, 第 282220 号。

请, 而无需 "裁定 (.....) 上述法典第 L. 521-2 条的其他适用条件是否满足"⁹⁰⁶。另一方面, 法官只有在满足所有条件的情况下才能下令采取保障措施⁹⁰⁷, 在适用的情况下, 法官必须自行确保满足这些条件⁹⁰⁸。与攻击案件一样, ⁹⁰⁹, 批准保障措施的条件要根据正常情况进行评估。因此, 在特殊情况下, 不能认为这些条件已得到满足, 因为特殊情况的发生绝不可归咎于行政部门⁹¹⁰。应当指出的是, 在审查条件的顺序方面没有预先确定的规则。特别是, 与 2000 年 6 月 30 日改革生效前的想法相反, ⁹¹¹, 紧急条件不一定首先审查。由于审查一项条件并不优先于另一项

906 CE, ord. 2001 年 1 月 26 日, *Gunes, Lebon* 第 38 页。

907 例如, 见 CE, ord. 2005 年 11 月 21 日, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039。临时救济法官 "在未确定对基本自由的严重和明显的非法侵犯之前", 不得使用 L.521-2 条赋予他的权力。在本案中, 由于第一位法官在向行政部门签发禁令之前没有证实这种侵权行为, 因此他 "没有为其命令提供充分的理由, 无视《行政司法法典》第 L. 521-2 条赋予临时救济法官的职责"。

908 CE, ord. 22 March 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134。在此案中, 一审法院以缺乏紧迫性为由驳回了市政府的请求, 尽管省政府在辩护时并未提出这一论点。在上诉法院, 市政府批评下级法院提出了《行政司法法典》第 R. 522 条和 R. 611-7 条所指的 "依职权" "抗辩, 即应事先告知各方的抗辩。最高行政法院临时救济法官驳回了这一论点。他指出, 当一个案件根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提交给他时, 临时救济法官 "必须审查该条规定的条件是否得到满足"。法官有责任确保该条款中规定的所有条件都得到满足, 而不必要求各方就每项条件发表意见, 因为这些条件在任何情况下都不属于公共政策问题 (但与基本自由的存在有关的条件除外, 该条件涉及法律的适用范围)。因此, 在 2003 年 2 月 28 日的 *Pertuis 市镇令 (Lebon, 第 68 页)* 中, 最高行政法院的临时救济法官能够以不存在紧迫性为依据, 尽管从裁决的引文中看不出申请市镇对第一位法官在这一点上所做的评估提出异议。

909 如果行政行为发生的条件不正常或不寻常, 恒常判例法排除了行政攻击的定性。见 CE, Ass. 7 November 1947, *Alexis et Wolff, Lebon* p. 416, *JCP G* 1947, II, 4006, concl. CELIER, note A. MESTRE ; D. 1948 年, 第 472 页, 注 C. EISENMANN; Civ. 14 April 1970, *Département de la Corrèze c/ Orliac, Bull. civ. I, n° 116*; Civ. 23 March 1971, *Plénel, D.* 1971, Somm. p. 159; Civ. p. 159 ; Civ. 1^{er} June 1976, *Société de la clinique de l'Hermitage, Bull. civ. I, n° 202* ; TC, 13 February 1961, *Nanjod, Lebon T.* p. 981 ; TC, 17 December 1962, *Société civile Saint Domat c/ Etat français, Lebon* p. 828 ; CE, Sect., 24 May 1968, *Mencièrre, Lebon* p. 329 ; CE, 23 October 1987, *Nachfolger Navigation Company Limited, RDP* 1988, p. 836, note J.-M. AUBY.

910 见 CE, 2001 年 4 月 6 日法令, *内政部 c/ SARL Le Vivier, Lebon* 第 186 页。在一个住宅区的建设过程中, 发现了一个可以追溯到第一次世界大战的大型弹药库。省长撤销了之前批准的分区分, 并采取一切必要措施组织排雷行动, 从现场清除炮弹。最高行政法院的临时救济法官指出, "虽然维护公共安全的需要推迟了计划分配的建筑项目的完工时间, 但在本案的情况下, 这种推迟无论如何不能被视为构成对基本自由的严重和明显的非法侵犯, 这不能归咎于行政管理部, 相反, 行政管理部在最短的时间内采取了与清除行动的难度、复杂性和固有风险相适应的适当措施, 使开发商和地块购买者的权利得以正常行使"。相比之下, 见 CE, 1968 年 3 月 20 日, *Entreprise de publicité générale A. Lioté, Lebon pp. Lioté, Lebon* 第 195 页 (道路使用者受到行政部门制止的危险的威胁)。

911 参见 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 712, 指出, 由于这是一个以紧迫性为条件的简易程序, 这一要求 "必须由审理简易程序的法官作为优先事项加以审查"。

条件，因此评估条件的顺序很可能因每项决定而异⁹¹²。

222. 在文本起草者的心目中，赋予该权利的每一项条件都有一个非常具体的目标。首先，关于对基本自由的严重和明显非法侵犯的要求是参照取证程序设想的，而临时救济的简易申请意在与行政诉讼的取证程序相对应⁹¹³。其次，紧迫性条件的目的是将诉诸临时救济限制在需要行政法院迅速干预的案件上。最后，规定行政机关必须是“在行使其权力时”实施了侵权行为，是为了保障法院对事实干预事项的管辖权。正如我们将看到的那样，最后一项要求被最高行政法院抽空了。另一方面，其他条件的适用则完全符合其措辞所规定的严格程度。

M. Chapus 指出，在评估给予第 L.521-2 条的条件时，“从属于每个案件的情况是如此狭隘，以至于人们无法从判例法的状况中吸取许多教训”⁹¹⁴。有鉴于此，系统化的工作似乎是危险的。尽管如此，我们还是值得冒这个险，依次研究这三套要求。

⁹¹² 不过，在根据《行政司法法典》第 L.521-2

条发布的命令和裁决方面，可以发现两个主要趋势。首先，可以看出，在所有条件都满足的情况下，临时救济法官会首先确定存在严重且明显非法侵犯的基本自由，其次才会审查紧急性条件。此外，当至少有一个条件不具备时，法院通常会随意指定不具备的条件，而不审查其他条件。在极少数情况下，法院会向申请人说明，除此以外，还需具备其它条件之一 (CE, ord. 24 January 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p.37 ; CE, ord. 9 February 2001, *Philippart et Lesage*, no.230112 ; CE, ord.2005 年 1 月 10 日, *Société SIMBB et autres*, 第 276137 号) 或几个 (CE, ord.2001 年 1 月 30 日, *Tauraatua* 案, 第 229418 号 ; 2005 年 1 月 24 日, *Commune de Wissous* 案, 第 276493 号) 也缺少其他条件。

⁹¹³ 因此，M. Guyomar 和 P. Collin 指出，“L.521-2 条根据其本身的规定，使‘référé-liberté’程序成为‘voie de fait’程序的对应程序 (.....)” (M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, *chron. sous CE*, Sect., 2001 年 1 月 18 日, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, 第 153 页)。同样，范德梅伦庭长指出，L.521-2 条的条件“显然让人联想到事实上攻击的‘理论’” (R. VANDERMEEREN, *D.* 2002, *SC contentieux administratif*, p. 2228)。Chapus 教授强调，严重侵犯基本自由和明显违法的双重要求“唤起了虐待行为的条件” (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 1602)。最后，*Grands arrêts* 案的作者指出，“侵权行为的严重性和明显非法性让人联想到 (.....) 某些殴打案件的公式 (.....)” (*GAJA* 第 118 号, 第 11 节)。

⁹¹⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no.

第1章

严重和明显非法干涉基本自由

223. 首先, 申请人必须声称基本自由受到侵犯、侵犯的严重程度及其明显的非法性质⁹¹⁵。这些条件是不同的⁹¹⁶和累积性的。然而, 根据第 L.521-2 条的措辞, 这些条件是紧密联系在一起。法律并不要求一方面是对基本自由的严重侵犯, 另一方面是明显的非法性。这两项要求通过连词 "和" 联系在一起, 这意味着侵权行为的非法性和严重性之间必须有关系⁹¹⁷。行政机关一方面采取了明显违法的行为, 另一方面又侵犯了基本自由, 这还不够。侵权必须是违法行为的后果⁹¹⁸。如

915

尽管使用了条件过去式 ("本来会导致"), 但临时救济法官要求申请人证明侵权行为是严重和明显非法的。这一点必须得到证明并确定无疑, 而不仅仅是可能或有可能。当法官认为签发临时禁令的条件已得到满足时, 这意味着这些条件已得到肯定的满足; 侵权行为、严重性和非法性已得到确定和证明, 不存在任何可能的疑问。案文起草者无意允许临时救济法官介入仅仅是可能侵权或非法的案件。法案草案提到了 "(.....) 基本自由受到严重和明显非法侵犯的案件"。在实践中, 《行政司法法典》第 L.521-2 条引入了 "在行使其权力时" (见下文第 321-322 段), 从而改变了过去的条件, 但对 "将" 的确切用语未作任何评论。这种纯粹的措辞上的改动决不是为了使临时救济程序仅适用于假设的侵权和违法行为。尽管临时救济法官有时会说他是 "根据调查情况" 作出裁决的 (例如, 见 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, *国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*, *Lebon*, 第 311 页; 2002 年 11 月 21 日, 《法兰西报》, *Lebon*, 第 408 页), 但这绝不意味着他对性质不确定的 "严重和明显不合法的侵权行为" 感到满意。此外, 应当指出的是, 行政法官在审理案情时也使用这一公式 (例如, 见 CE, Ass., 1957 年 5 月 31 日, *Rosan Girard*, *Lebon* 第 355 页, *concl. GAZIER, GAJA* 第 82 号)。

916 因此, 一项措施可能侵犯基本自由, 但并不明显违法 (行政长官 2001 年 10 月 30 日命令, *内政部诉 Tliba* 案, *Lebon* 第 523 页; 行政长官 2004 年 9 月 29 日命令, *内政、国内安全和地方自由部诉 Anbame* 案, 第 272584 号; 行政长官 2004 年 12 月 9 日命令, *贝济耶市镇案*, 第 274852 号; 行政长官 2001 年 4 月 9 日命令, *Belrose 等人案*, *Lebon T.* 第 1126 页)。反之, 它也可能因不合法而不构成对基本自由的严重侵犯 (行政长官, 2001 年 11 月 12 日命令, *蒙特勒伊-贝莱市*, *Lebon* 第 551 页)。诚然, 法院在驳回临时救济申请时, 有时会一并否认 "对基本自由的严重和明显的非法侵犯" (尤其见 CE, ord. 2001 年 5 月 23 日, *Jacques VII* 案, 第 233941 号; CE, ord. 2002 年 2 月 20 日, *Ploquin* 案, 第 243234 号; CE, ord. 2001 年 7 月 19 日, *Société française* 案, 第 233941 号; CE, ord. 2002 年 2 月 20 日, *Ploquin* 案, 第 243234 号)。2001 年 7 月 19 日, *Société générale bâtiment et habitation (SGBH)*, 第 248742 号; CE, ord.2002 年 10 月 4 日, *Rousselle*, 第 250744 号)。不过, 这个公式似乎更多的是用来表示不满足批准条件。否则, 法官将指定根据案件情况恰恰缺乏的条件。

917 见 CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市*, *Lebon*, 第 551 页: "从第 L.521-2 条的规定和该条所规定的程序的目的来看, 对行政当局的违法行为的认定与该违法行为对行使有关基本自由的影响的严重性之间必须有直接的关系"。

918 临时救济法官使用的公式清楚地表明了这种联系的必要性。在 *Djalout* 案的命令中, 法官在指出行政当局在指定当事人应被遣返的国家时所遵循的程序不符合规定后, 指出 "这种不符合规定的情况并没有严重侵犯基本自由" (CE, 2001 年 3 月 27 日命令, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* 第 158 页)。因此, 对基本自由的侵犯必须以不规范为基础。它甚至更明确地指出, 在对决定提出上诉的情况下, 临

果发现了明显的违法行为并侵犯了基本自由，只有当侵权行为是所发现的违法行为的直接结果时，才能满足第 L.521-2 条的条件⁹¹⁹。因此，纯粹形式上的违法行为，例如与某个机构的磋商或某项决定的推理有关的违法行为，并不符合这一要求。⁹²⁰

尽管如此，这一公式中包含的三个条件--侵权、严重侵权和明显非法侵权--应分别描述，以突出每个条件的具体特点。

第1部分：违约

224. 应由申请人证明所指控的侵权行为⁹²¹。虽然这种情况非常罕见，但也有可能发生，即法院认定侵犯了“某项”基本自由，但并没有明确指出侵犯的是哪项自由。在某些情况下，从案件的事实中就可以看出这一点。例如，关于使用私有财产的争议，在案件的具体情况下，必然只涉及所有权⁹²²。在其他情况下，则更难确定⁹²³。

一种情况要被视为对基本自由的侵犯，必须具备某些特征。关于侵权行为的起源，临时救济法官认为，侵权行为可能源于行政行为或决定的目的，也可能源于行政行为或决定的理由。

I. 损害的特点

时救济法官不得下令中止该决定，

"除非他首先发现该措施因明显不合法而无效，导致对基本自由的严重侵犯"（行政法院，2004年10月14日命令，*Arre*，第273047号）。类似的措辞见 CE, ord.2004年12月17日，*Faure*，第275219号："考虑到执行《行政司法法典》第 L.521-2 条赋予临时救济法官的权力的前提是，行政当局采取的措施因明显违法而无效，导致严重侵犯基本自由"。

919 这同样适用于 *déféré-liberté* 程序。证明行为无效的“严重抗辩”（现为“严重怀疑”）是侵犯公共或个人自由的非法性。因此，“只有当所提到的决定具有非法损害公共或个人自由的性质时”，“才能被视为属于该程序的范围，这种侵犯的非法性构成了严重的抗辩，在调查状态下，这种抗辩的性质足以证明撤销有争议的行为是正当的”（行政长官，1982年12月15日命令，加尔各答市镇，1982年12月15日命令，加尔各答市镇，1982年12月15日命令，加尔各答市镇，1982年12月15日命令）。1982年12月15日，*Commune de Garcbes*，RDP 1983，pp.211-215，注释 R.DRAGO）。

920 见下文第 262 节。

921

举证责任在申请人。如果申请人没有提供足够的证据，法官将不会对侵权行为进行分类。例如，见关于侵犯个人自由的指控，但未附有证明其存在所需的理由和要素：CE, ord.2001年10月15日，*Ministre de l'Intérieur c/ Hamani, Lebon* 第 466 页。

922 CE, ord.2003年9月10日，*Hyères-les-Palmiers 市*，第 260015 号。另见行政法院，2004年12月9日命令，*贝济耶市镇*，第 274852 号：禁止申请人

"居住在他们是业主的楼房内，但这影响了《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由的行使”。

923 关于引渡措施，见 CE, 2003年7月29日法令，*Peqini, Lebon* 第 345 页。关于这一决定，见上文，§ 127。

225. 对基本自由的侵犯是对该自由的 "侵犯" 924。它可以被定义为对基本自由受益人实际承认的领域的当前干预。因此, "侵犯" 以三个要素的存在为前提。首先, 受质疑的措施干预了受基本自由保护的领域。其次, 申请人是相关基本自由的受益人。最后, 它必须是存在的和确定的。

A. 质疑受基本自由保护的客体 (属事理由)

226. 从实质角度看, 侵权行为被分析为对基本自由所保护领域的干涉。临时救济法官认为, 某些措施本身并不构成对自由的实质性侵犯。

1. 干涉受基本自由保护的领域

227. 侵权并不总是 *限制行使* 基本自由的同义词。虽然这种限定一般适用于行为自由, 但对于严格意义上没有行使的自由而言, 这种限定是无效的。因此, 最好是使用对基本自由所保护的领域进行干预这一更为普遍的提法。这意味着, 行政措施必须在所援引的基本自由所实际保护的领域内进行干预。它必须涉及其构成要素或组成部分之一 925。许多例子说明了这一要求。

228. 然而, 如果有争议的措施不干涉受基本自由保护的要素之一, 则不构成侵权。例如, 由于自由表达投票的原则赋予了在全球范围内通报选举名单的权利, 因此, 在拒绝为每个投票站分别通报选举名单的情况下 (926), 这一权利并不存在争议。当病人的选择有可能导致其死亡时, 医疗同意权受到限制, 但当病人打算反对的医疗行为对其生存至关重要时, 医疗同意权并不构成实质性问题 927。诉讼当事人无法亲自参加行政上诉法院组织的听证会并不影响其有效辩护的可能性。该法院的诉讼程序不仅是书面的, 而且申请人还可以由律师代表 928。结社自由和罢工权分别保护组织和运作工会的自由以及停止工作的自由。教育当局督学发出通知, 指示各学校校长对小学教师因罢工而缺勤的情况进行普查 929, 并没有对这些基本自由提出质疑。这项普查的目的是从

924 参见使用 "CE" 的表述, ord.2003 年 12 月 30 日, *SARL People*, 第 263135 号。

925

这种方法在攻击方面是相同的, 有关结社自由的判例法尤其说明了这一点。结社自由指的是组织和经营社团的自由。在市政当局将其一处房屋出租给某协会的合同终止的情况下, 这种自由不存在问题 (Civ. 1^{ère}, 1995 年 12 月 19 日, *塞纳河畔埃皮奈市*, *D. adm.* 1996 年, 第 10 号; *D.* 1996 年, IR, 第 39 页)。另一方面, 在以协会形式经营的养老院大门上安装挂锁也违反了这一规定 (Civ. 1^{ère}, 1977 年 10 月 24 日, *Bull. civ.* I, no. 386)。

926 CE, ord. 7 February 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T. p.* 1129.

927 CE, ord. 2002 年 7 月 16 日, *Feuillatey, Lebon* 第 309 页。

928 CE, ord. 2002 年 4 月 3 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T. p.* 871.

929 CE, ord. 25 July 2003, *Ministre de la Jeunesse, de l'Éducation et de la Recherche c/ Syndicat unifié des directeurs, instituteurs et professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO)*, n° 258677, AJDA 2004,

罢工教师的工资中扣款，决不妨碍停工自由，也决不妨碍工会的自由运作。

229. 反之，如果有争议的措施干预了受某项自由实质保护的领域，则可对侵权行为加以限制。例如，法律承认非自愿入院程序中的病人有与行政和司法当局沟通的自由，但这一自由受到禁止向这些当局发送通信的规定的限制，而这一规定是向当事人口头说明的⁹³⁰。过正常家庭生活的权利意味着与家人在一起的权利。因此，“鉴于未成年儿童因被安置在等候区而与其父母中的任何一方暂时分离，其正常家庭生活权的行使将受到影响”⁹³¹。同样，由于企业自由包括从事经济活动的可能性，因此，责令关闭商业机构⁹³²或餐馆-迪斯科舞厅⁹³³的决定也对企业自由提出了质疑。

230. 从地方当局的自由管理、个人自由和财产权等正反两方面的例子中，我们可以更好地理解法院是如何区分干预基本自由所保护领域的措施和超出基本自由所界定范围的措施的。

自由行政原则保护地方当局的自治权不受第三方公共机构的干涉；它不涉及该当局内部的关系⁹³⁴。因此，在拒绝召开市议会⁹³⁵或一个地区不能退出的混合辛迪加违规运作⁹³⁶的情况下，该原则不存在问题。另一方面，当一个市政当局未经其同意被纳入一个市政当局间合作的公共机构⁹³⁷时，或者当这样一个机构过早行使仍属于成员市政当局职权范围的权力时⁹³⁸，该原则就会直接产生问题。

个人自由，特别是禁止酷刑、不人道和有辱人格的待遇，可能适用于外国国民返回其国籍国的情况。在这种情况下，如果案卷中的证据表明当事人的人身将面临真正的危险，则侵犯人身自由的行为成立⁹³⁹。另一方面，如果当事人不能证明存在这种风险，则不能认为侵犯了人身自由。⁹⁴⁰

所有权包括当地居民自由出入公共道路的权利。例如，当当局进行的工程导致土地被圈起来，剥夺了有关居民进入其地块的任何可能时，这项权利就会受到影响⁹⁴¹。另一方面，在私人道路的上游

pp.GRIMALDI.

930 行政长官，2002年5月15日，*Bandoïn*，第239487号。

931 CE, ord. 29 September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

932 CE, ord. 2003年3月14日，*Commune d'Evry, Lebon T.* 第931页。

933 CE, ord. 2004年8月16日，*Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, no. 271148.

934 见 V. HAÏM, "Référé-liberté et administration des collectivités territoriales", *AJDA* 2005, pp.

935 CE, Sect. 18 January 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18.

936 CE, 8 March 2002, *Région Languedoc-Roussillon*, no.

937 见 CE, ord. 24 January 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon T.* p. 873, *LPA* 14 March 2002, no. 53, pp.1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon* (inclusion dans une communauté de communes).

938 CE, 2002年6月12日，*Commune de Fanillet et autres, Lebon* 第215页。市镇间合作的公共机构提前剥夺了市镇的部分权力。

939 CE, ord. 2005年1月14日，*Bondo, Lebon T.* 第915页。

940 CE, 2001年12月20日法令，*Chikb*，第241154号。

941 CE, ord. 2001年5月31日，*Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* 第253

页。在道路和人行道维修工程中，市政当局拆除了用作车库或仓库的四个房舍与道路的连接，并安装了护柱以防止车辆进入。法官判定，“市政当局阻止车辆从公共道路自由进入有关房舍，使其无法用于原定用途”，这是对财产权的侵犯。

安装障碍物也不会影响这一权利，只要该障碍物的安装不会妨碍道路所有者的使用，因此也不会剥夺他们进入其地块的权利⁹⁴²。在第一种情况下，所有者被剥夺了使用其财产的可能性；在第二种情况下，所有者保留了自由使用其财产的权利。从广义上讲，所有权还包括自由处置财产。在以下案件中，所有权的这一维度成为争议焦点：将属于申请人的一块土地并入高尔夫球场⁹⁴³，砍伐位于私人财产上的树木的决定⁹⁴⁴，固定运输车辆的措施⁹⁴⁵，屠宰农民的牛群⁹⁴⁶、拒绝使用公共武力驱逐私人财产的非法占用者⁹⁴⁷，或拆除私人道路共有人放置在入口处的缠绕链，并颁布法令允许所有车辆自由进出和停放在道路上⁹⁴⁸。另一方面，有关占用停泊地的决定并不影响财产的自由处置。这一决定不影响申请人援引的“自由使用 Tuku Hentu 号船所构成的财产”的自由⁹⁴⁹。它既不剥夺也不妨碍有关当事方自由处置该财产。

231. 就其本质而言，某些决定干涉了受基本自由保护的要素。例如，拒绝警方协助疏散私人建筑中的非法居住者就属于这种情况。这种决定本身就侵犯了财产权⁹⁵⁰。同样，拒绝向法国公民签发或更新护照本身也侵犯了来往自由⁹⁵¹。由于其目的和特点，这些措施总是侵犯前者的财产权和后者的迁徙自由。它们自动干涉了受自由保护的领域。与此相反，还有一些决定就其本质而言不太可能侵犯基本自由。

2. 不得侵犯基本自由的措施

232. 法官笼统地认为，某些类别的措施“本身”并不构成对“一项”或“任何”基本自由的侵犯。Chapus 先生指出，这一推理“有点短”，“不是最有启发性的”⁹⁵²。由于法官指的是“一项”基本自由，而不是申请人具体援引的基本自由，因此所用措辞似乎排除了一般意义上的侵权可能。换言之，“一项”是“所有”的同义词；所使用的措辞似乎意味着，无论如何，任何基本自由都不会受到有争议措施的影响。应当指出的是，不存在侵权行为仅对相关措施有效，而且因为该措施具有特定和恒定的特征。法院将其解决方案的范围严格限制在某一特定类型的措施上；法院有意避免使用适

942 CE, ord. 20 July 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* p. 388.

943 CE, ord. 22 October 2001, *Gonidec and Brocas*, no.

944 CE, ord. 2005 年 11 月 8 日, *Moissinac Massenat*, *Lebon* 第 491 页。

945 CE, ord. 9 April 2001, *Belrose et autres*, *Lebon* T. p. 1126.

946 CE, ord. 1^{er} June 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. p. 1126. 这种措施

“剥夺了所有人对其部分财产的自由处置权，从而影响了《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定意义上的‘基本自由’的行使”。

947 见下文 引用的决定，第 273 节。

948 CE, ord. 2003 年 9 月 10 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, 第 260015 号。

949 CE, ord. 8 March 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, no.

950 见 CE, ord. 2002 年 11 月 21 日, *Gaz de France*, *Lebon* 第 408 页；CE, ord. 2003 年 1 月 3 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry*, *Lebon* T. p. 928, p. 931；CE, ord. 15 October 2004, *Société Sud-Est réalisations*, no.

951 CE, ord. 2001 年 10 月 11 日, *Tabibou*, *Lebon* T. p. 1133；2004 年 7 月 20 日, *Mzimba*, n°270044. 另见拒绝签发国民身份证：CE, ord. 2003 年 3 月 11 日, *Samagassi*, *Lebon* p. 119；2003 年 8 月 22 日, *Coben*, n°259583。

952 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1598.

用于相关措施之外的一般公式。因此，似乎很难将有意限制在特定措施范围内的判例法解决方案一概而论。

这种按措施类型划分的方法绝不是绝对的。事实上，在两种情况下，也有可能将本身不可能侵犯基本自由的措施定性为侵犯基本自由。首先，有关行为的理由表明侵犯了基本自由。其次，措施是在具有“特殊情况”特征的条件或背景下采取的，这种情况使措施失去了其传统特征，因此有理由放弃就其确立的不侵权推定。

233. 这些措施首先包括颁发规划许可证。这种许可“其目的是确保拟议的建筑符合适用的法规”，而且“是在第三方权利的限制下颁发的”，“本身不可能侵犯所有权”⁹⁵³。考虑到该命令所采用的推理，我们可以大胆地说，这一解决方案意在适用于在第三方权利的限制下授予的任何授权问题。法院曾多次认为，拒绝授予某项授权本身并不侵犯基本自由。例如，“根据申请人的要求，拒绝在公共领域分配一块场地用于举办特龙节，这不能被视为侵犯基本自由，尽管其结果是剥夺了申请人开展商业活动的可能性”⁹⁵⁴。同样，“拒绝批准一家商业机构占用市政公共区域以设置露台，即使会对后者的商业吸引力产生影响，其本身也不能被视为侵犯基本自由”⁹⁵⁵。当持有者不再符合享受许可的法律条件时，撤销许可也是如此。⁹⁵⁶

同样，“行政当局根据法律和为实施法律而颁布的管理规定所规定的条件和理由，采取与从事受管制的专业活动有关的措施时，并不侵犯基本自由”⁹⁵⁷。例如，在2002年9月18日的 *Hoffer* 案判决中

953 CE, ord. 在此案中，只要考虑到第三方的权利，就不能认为有争议的规划许可的颁发本身涉及对邻近土地的侵犯，也不能因此认为侵犯了基本自由。与此类似，但没有使用“本身”一词，自由法官认为，给予规划许可的市政命令不属于“第3条所指的可能侵犯公共或个人自由的行为”（CE, ord. 1984年12月11日，*Commissaire de la République du département de la Charente-Maritime*, 第64-388号，摘录引自 S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, 1990年，第228-229页。）关于授权建造池塘，参见 CE, ord. 1985年1月10日，*多雷特*, *AJDA* 1985, 第366页，注释 H. 佩里内特-马尔凯。

954 CE, ord. 这一解决方案应与最高法院的一贯判例法结合起来理解，后者排除了援引贸易和工业自由原则来从事须事先获得行政许可的活动的可能性（参见 CE, Ass., 21 November 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, *Lebon* p. 578）。

955 CE, ord. 2002年9月16日，*Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon* T. p. 314。关于牙科医生协会拒绝允许执业医师转让其诊所注册办公室的决定，见 CE, ord. 9 February 2001, *Philippart et Lesage*, no. 同样，权利过失法官认为，一项规定为私人占用公共领域签发许可证的法令“本身并不违反贸易和工业自由原则”（CE, 1998年2月11日，*巴黎市*, *Lebon* 第146页，*AJDA* 1998年，第527页，G. BACHELIER 结论）。

956 因此，“负责运输的部长在行使《民用航空法》赋予他的有关航空承运人受管制活动的权力时，以不再符合颁发航空承运人经营许可证的条件为由终止该许可证的决定，不能被视为侵犯《行政司法法》第 L.521-2 条所指的基本自由”（行政法院，2003年2月10日的命令，*AOM-Air-liberté* 开发公司，第254029号）。行政司法法典第521-2条所指的基本自由”（行政法院，2003年2月10日命令，*AOM-Air-liberté* 开发公司，第254029号）。

957 CE, 2003年2月24日法令，*Vincendeau*, 第254362号。在本案中，省长根据《环境法》和《农村法》的综合规定，将授予申请人的捕鱼执照暂停一年的决定不能被视为侵犯基本自由。

，法属波利尼西亚议会规定，出租车公司的经营必须持有资格证书。临时救济法官裁定，根据该决定规定的规则，在颁发资格证书之前组织考试不能被视为侵犯基本自由⁹⁵⁸。应当指出的是，在这种情况下，将侵权行为归类的障碍来自于措施的性质，而不是侵权行为是由法律规定的这一事实。与有时的说法相反，侵权行为，即使是法律规定的侵权行为，也属于《行政司法法典》第 L. 521-2 条意义上的侵权行为⁹⁵⁹。

另一类似乎是行政部门在索赔人犯错后采取的制裁措施。索赔人的行为违反了法律和规章的规定。他的违法行为使他受到了法律文本⁹⁶⁰中规定的处罚。他将自己置于非法的境地，应承担法律规定的后果。因此，临时救济法官认为“以纪律为由将学生排除在中学之外的措施不能被视为侵犯基本自由”⁹⁶¹。他还指出，“根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条的上述规定，以纪律为由将公职人员开除的决定，即使是非法的，其本身也不构成对基本自由的侵犯”⁹⁶²。在 2002 年 3 月 15 日的一项命令中，法官宣布“虽然行政部门拒绝归还 Delaplace 先生的驾驶执照影响了他从事送货司机职业的条件（……），但这种拒绝本身并不侵犯基本自由”。⁹⁶³

其他个案中的决定也属于这一类，如为了服务利益而调动公务员⁹⁶⁴，在征用程序中发布的可转让令⁹⁶⁵，受公法管辖的法人在企业转让的情况下适用有关就业合同继续的规则的条件、这“本身不

⁹⁵⁸ CE, ord. 2002 年 9 月 18 日, *Hoffer*, 第 250331 号。

⁹⁵⁹ Cf. CE, ord. 24 January 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer, Lebon* T. p. 873: "Considering that the fact that a decree creating a conurbation community includes a commune without its consent affects the free administration of territorial authorities, which constitutes a fundamental freedom within the meaning of article L. 521-2 du code de justice administrative; qu'il en va ainsi, alors même que cette éventualité est expressément prévue par les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative; qu'il en va ainsi, alors même que cette éventualité est expressément prévue par les dispositions de l'article L. 5211-5 du code général des collectivités territoriales". 另见 CE, ord. 2004 年 12 月 9 日, *Commune de Béziers*, 第 274852

号：“即使如上诉市镇所称，禁止居住是市长可根据上述《领地法典》条款采取的治安警察措施之一，禁止 Rousset 先生和夫人居住也是市长可根据上述《领地法典》条款采取的措施”。因此，“禁止 Rousset 夫妇居住在他们所拥有的楼房中并不影响行使《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由”。

⁹⁶⁰ 关于公路运输许可证，“当省长根据法律规定的条件和理由行使权力，收回以前发放的许可证时，不能认为他侵犯了基本自由”（行政长官，2002 年 3 月 26 日法令，*公路物流运输公司, Lebon* 第 114 页）。1982 年 12 月 30 日关于国内运输的法律第 37 条规定，如果违反有关运输、工作条件和安全的规定，可暂时或永久吊销公路运输许可证。Route Logistique Transports 公司犯下了属于第 37 条范围内的各种罪行。省长收回之前发放的许可证不能被视为侵犯了基本自由。同样，“当省长根据法律规定的条件和理由行使权力，撤销或不再延长之前授予驾校的许可时，不能认为他侵犯了基本自由”（CE, ord. 1^{er} mars 2002, *Bonfils, Lebon* p. 69）。Bonfils 先生曾因在未持有个人教学执照的情况下教授驾驶陆地机动车辆而被定罪。根据《公路法》第 L.213-1、L.213-3 和 R.212-4 条的综合规定，不得向因无证教授驾驶而被定罪的人颁发教学执照。省长仅仅适用这些规定，不能被视为侵犯了基本自由。同样，当行政当局根据法律规定的条件和理由，行使权力下令永久关闭一家为老年人提供住宿的私营机构时，如果理由是该机构没有按规定申请延期许可，也不能被视为侵犯了基本自由（行政长官，2004 年 4 月 29 日法令，*瓦尔省, 第 266902 号*）。

⁹⁶¹ CE, 2002 年 11 月 29 日, *Arakino, Lebon* 第 422 页。

⁹⁶² CE, ord. 27 June 2002, *Centre hospitalier général de Troyes, Lebon* p. 228.

⁹⁶³ CE, ord. 2002 年 3 月 15 日, *Delaplace, Lebon* 第 105 页。

⁹⁶⁴ 行政法院，2003 年 1 月 28 日的命令，*Renard*, 第 253617 号：“为军队利益调动士兵的决定本身并不构成对基本自由的侵犯”。

⁹⁶⁵ 这些裁决“本身不可能对申请人的所有权造成严重和明显的非法干涉”，因为它们并不导致所有权

能被视为影响基本自由的行使⁹⁶⁶，或在刑事法院作出放逐出法国领土的判决后，行政当局下令驱逐出境⁹⁶⁷。

234. 在最初的裁决中没有对特殊情况作出保留，但后来似乎缓和了似乎在原则上和在所有情况下都排除侵权可能性的提法的范围⁹⁶⁸。确定对庇护申请负责的国家的国家的问题说明，在特殊情况下，不侵权的推定可以被搁置。原则上，庇护权不能“仅因1952年7月25日法第10(1)条的规定(……)适用于提出庇护申请的外国国民，而该申请的审查属于另一国的管辖范围(……)而受到侵犯”⁹⁶⁹。在

的转移 (TA Orléans, 2001年2月19日命令, Galteau, AJDA 2001, 第780-783页, R. HOSTIOU的注释; AJDI 2002, 第20-21页, obs.2001年2月19日, Galteau, AJDA 2001, pp.S. GILBERT和E. SIMONET)。SIMONET)。这些法令对申请人的财产权没有直接影响。只有征用令才有可能对相关方的权利产生影响，而征用令是法院的事务。

⁹⁶⁶ CE, ord.2002年3月13日, *Mori et autres*, *Lebon* 第101页。

⁹⁶⁷

当外国公民被刑事法院判处递解出境时，将其递解出境的地方命令本身并不侵犯其行动自由或尊重家庭生活的权利。原则上，递解出境令是刑事法庭下达的不予受理令的必然结果。根据1945年11月2日法令第27条，递解出境令

“自动导致将被定罪者递解出境”。这意味着省长有义务下令采取这一措施；实际上，违法行为源于刑事法院下达驱逐令的决定。由于

行政部门在执行驱逐令时没有任何主动权，也无需对其进行任何评估，因此不能认为行政部门本身侵犯了基本自由（行政法院，2001年3月27日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页）。2001年10月15日，*Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* 第466页，第239022号；2001年12月21日，*Mahmoudi*, 第241188号；2002年12月17日，*Batoudouni*, CE, ord.2002年12月17日，*Batoudounou Ntoumi*, 第252479号；2002年7月12日，*Oulai Doué*, 第245141号)。在递解出境法官面前，这样的请求以可受理为由得到批准（行政长官，1991年12月2日命令，*Beya*, *Lebon T*第944页）。需要指出的是，确定遣返国的决定如果使当事人面临《欧洲人权公约》第3条所述的风险，则可被视为侵犯其个人自由或自由（行政法院，2001年3月27日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页；行政法院，2001年10月15日命令，*内政部 c/ Djalout*, *Lebon* 第158页）。2001年10月15日，*Ministre de l'Intérieur c/ Hamani*, *Lebon* 第466页，第239022号；2001年12月20日，CE, ord, *Chikb*, 第241154号)。这一解决方案符合以1945年11月2日法令第22条之二为基础发展起来的判例法。在禁止从法国领土驱逐出境的情况下，负责驱逐出境的法官认为，确定驱逐国的决定是一项可以上诉的行政措施（行政法院，1995年5月26日的意见，*Stein*, *Lebon T*第716页）。在做出这一决定时，行政部门拥有自由裁量权；所采取的措施不再是刑事法院定罪的必然结果。

⁹⁶⁸ 例如，见行政法院，2004年3月23日命令，*Chapron*, 第265735号：“根据《刑事诉讼法》第D.251-3条规定的条件将当事人关入纪律处分牢房所导致的拘留制度的临时改变，在没有特殊情况下，其本身不能被视为严重影响“出入自由”。

⁹⁶⁹ CE, ord. 2 May 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Dziri*, *Lebon* p.

227. 因此，临时救济法官指出，“内政部长有权坚持认为，启动重新接纳 Dziri

夫妇及其子女回西班牙的程序构成了对他们行使庇护权所构成的基本自由的严重和明显非法的侵

犯，并命令上加龙省省长向他们签发在法国当局对其申请作出决定之前有效的居留证、图卢兹行政法院临时救

Nikoghosyan 案的命令中, 临时救济法官指出, 执行确定负责审查庇护申请的国家的程序 "本身不能侵犯申请难民地位的基本自由"⁹⁷⁰。然而, 在特定情况下, 这一一般规则可能被推翻, 而且根据行政部门的行为, 可能构成对基本自由的侵犯。例如, 在上述 *Nikoghosyan* 案的裁决中, 法官指出, "如果在申请人不在场的情况下对申请进行审查, 申请难民身份的自由就会受到损害, 因为只有申请人能够提供所需的理由并回答负责审查案件的当局的问题"。在本案的特殊情况下, 省长侵犯了根据相关保障措施审查庇护申请的权利。实际上, 行政部门将寻求庇护者置于这样一种选择面前: 要么让其家人在 1990 年 6 月 15 日《都柏林公约》的另一个缔约国支持其庇护申请, 要么在其缺席的情况下无限期地审查其 庇护申请, 这侵犯了申请难民地位的基本自由。省长将这一选择强加于申请人, "根据具体情况, 侵犯了其家庭生活受尊重的权利, 或 其受益于符合其庇护申请所必须附带的保障的审查程序的权利"。这里的问题不在于主管国的重新接纳程序, 而在于重新接纳的特殊情况。因此, 侵权行为是实质性的。

然而, 要使法院承认存在第 L. 521-2 条意义上的侵权行为, 仅在受基本自由保护的范围内是不够的。主张侵权的人还必须是该自由的受益人。

B. 对基本自由 (属人管辖) 受益人的质疑

235. 申请人必须有能力或资格利用他所主张的自由。显然, 并非任何个人都可以要求享受任何基本自由。只有基本自由的受益人才能援引对该自由的侵犯。不属于某项自由的受益人范围的人, 根据假设, 不能声称该自由受到了侵犯。

因此, 外国国民不能享有与法国公民相同的权利。特别是, 由于他们 "须遵守关于其进入法国和在法国居留的具体措施", 他们 "与国民不同, 不享有进入法国领土的自由"⁹⁷¹。同样合乎逻辑的是, 非法外国人不能援引给予合法外国人的自由。尤其是, 他们 "不能要求在法国领土上自由从事职业和享受由此产生的社会权利"⁹⁷²。相反, 根据同样的原则, 合法居留的外国人可以要求享受这些权利, 并向临时 救济法官提出这些权利受到侵犯⁹⁷³。

基本自由受益人的身份可能取决于除国籍或在法国领土上的合法居住地以外的其他参数。例如, 过正常家庭生活的权利仅限于法律意义上的家庭成员。根据马达加斯加法律, 与申请人仅有简单收养关系的儿童的入境签证被拒, 与法国法律规定的简单收养不具有相同效力⁹⁷⁴。同样, 事实上的法

济法官误用了适用的宪法、公约和立法规则, 因此要求撤销有争议的命令"。同理, 见 CE, ord.2003 年 9 月 4 日, *Thanattikul, Lebon T.* 第 928 页; 2004 年 5 月 3 日, *Dogan épouse Antil, Lebon T.* 第 854 页。

970 CE, ord. 25 November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T.* p. 927.

971 CE, ord.2002 年 3 月 4 日, *Tinor*, 第 243653 号。

972 CE, ord. 5 March 2001, *Préfet de l'Hérault c/ Hajjaj, Lebon T.* p.

1130.该决定指出, "外国人在法国领土上行使权利和自由的前提是其入境和居留的合法性符合适用的法律法规和国际公约"。

973 CE, ord.2002 年 6 月 11 日, *Aït Oubba, Lebon T.* 第 869 页。

974 CE, ord.2001 年 9 月 12 日, *Langard*, 第 238106 号。

官也不允许非财产所有人以所有权受到侵犯为由提出申诉。因此，无论是财产的承租人⁹⁷⁵ 还是公共领域特许权的持有人⁹⁷⁶，都不能以侵犯该权利为由。

236. 此外，所称的对基本自由的侵犯必须是直接的和针对个人的。在 2002 年 4 月 17 日的 *Meyet* 命令中，临时救济法官指出，申请人必须 "直接和亲自受到他所利用的基本自由受到侵犯的影响"⁹⁷⁷。申请人认为，视听高级理事会没有规定 Canal + 有义务在其讽刺节目 "Les Guignols de l'info" 中公平对待总统选举中的各候选人，这侵犯了自由行使选举权。法官指出，申请人仅以选民的身份没有受到任何直接的人身伤害。行政法官不接受任何与申请人个人无关的间接侵权或侵权行为。

从物质和个人角度来看，伤害的特点也必须从时间角度来看。

C. 既定损害 (属时理由)

237. 为使法院对侵权行为进行分类，侵权行为必须在案件提交法院的当天就已存在，这就预示着侵权行为的发生是确定无疑的，并已得到证实。违法情况必须已经存在。如果在侵权行为开始之前过早或在侵权行为停止之后过晚将案件提交法院，则不能认为已经满足 L. 521-2 条意义上的侵权要求⁹⁷⁸。

238. 不能过早地对侵权行为进行定性，即在争议情况出现之前。

例如，在《建筑和居住法》(979) 第 L.613-3 条规定的冬季休战期间，行政当局不提供公共部队的援助，从时间上看，就不可能侵犯财产权。如果法律禁止行政机关采取行动，则不能认为行政机关不这样做侵犯了基本自由。在 11 月 1 日至次年 3 月 15 日期间，省长未能提供警察援助不能被视为侵犯财产权。由于该案文的规定使省长无法在 3 月 16 日之前采取所要求的措施，申请人 "不能以行政机关在该日期之前未采取行动为由来证明存在对基本自由的侵犯"⁹⁸⁰。

同样，行政当局表达的一个简单意向，其本身并不产生立竿见影的效果，也不能分析为第 L.521-2 条所指的对基本自由的侵犯。因此，"2001 年 10 月 11 日 Castelnau-le-Lez 市长在一份新闻稿中公布的关于今后停止签发允许该市家庭接纳不属于欧洲共同体的外国人的接待证书的决定，只是宣布了一种意向，无论如何并没有阻止其他当局签发所要求的证书，其本身并不对具体个人行使《行政法》第 L.521-2 条所指的基本自由产生任何具体和直接的影响。《行政司法法典》第 521-2 条"⁹⁸¹。更有甚

975 见 Civ. 1^{ère}, 1974 年 6 月 18 日, *Bull. civ. I*, n° 197。

976 Civ 1^{ère}, 27 May 1975, *Legros c/ Maire de Saint-Lunaire*, *Bull. civ.* n° 178.

977 CE, ord. 2002 年 4 月 17 日, *Meyet, Lebon T.* 第 870 页。

978

如果在提出申请或作出判决时争议情况已经停止，法院将不对批准索赔的条件作出裁决，并在第一种情况下以不可受理为由驳回申请，在第二种情况下裁定无需作出判决。见下文第 384 节。

979 关于这一规定，见下文第 273 节。

980 CE, ord. 2003 年 3 月 10 日, *尼斯市*, 第 254838 号。

981 CE, ord. 18 October 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, no.

者，当行政机关因尚未确定的法律状况而被起诉时，其基本自由也不会受到侵犯。982

239. 这一要求是否应导致今后所有的侵权行为都被排除在临时禁令的范围之外？第 L.521-2 条的措辞似乎排除了任何预防性干预的可能性，因为它提到了行政部门“本会”侵犯基本自由的行为。然而，正如 Chapus 教授所指出的，“一个无意的限制性措辞不可能排除预防性临时禁令的可能性，而一切显然都建议这样做”⁹⁸³。事实上，要求申请人等到他或她实际遭受到我们知道肯定会发生的侵权行为，是与这一程序的精神和目的相违背的。此外，紧急中间禁令的根本利益在于能够防止可能发生的损害。因此，为了使临时救济程序充分发挥作用，行政法官没有按字面意思适用该条款。

根据处理事实上的干预的法官的例子⁹⁸⁴，他同意，如果干预涉及已经颁布但尚未实施的措施，则干预可以是未来的。当行政机关原则上已经对侵权行为做出决定时，申请人可以使用临时救济程序。为此，必须规定具体的执行日期。措施一旦决定，就可以对侵权行为进行定性，而不必等待执行措施的采取。因此，当事人可以提起权利保护诉讼，以获得对其基本自由的预防性保护。在 2001 年 6 月 1^{er} 日对 *Ploquin* 案的裁决中，行政法官承认，在省政府命令要求在一个月內屠宰牲畜的情况下，财产权受到了侵犯。虽然这项措施是未来性的，但它肯定会影响农民对财产的自由处置，从而影响到基本自由的行使⁹⁸⁵。同样，图卢兹行政法庭的临时救济法官在 2005 年 8 月 3 日的命令中承认，马萨特市市长关于 2005 年 8 月 4 日至 15 日在该市教堂组织公开表演和活动的决定侵犯了宗教自由。⁹⁸⁶

对基本自由的侵犯必须从物质、个人和时间的角度出发，可能源于行政措施的目的或理由。

II. 损害的起源

982 在 2002 年 12 月 19 日向法律秘书处登记的请愿书中，申请人声称行政部门非法拒绝了她报名参加 2002 年 2 月专业考试的权利，并要求临时救济法官命令行政部门批准她报名参加 2003 年 2 月举行的考试。法官宣布，“在行政部门没有就其报名参加未来考试的权利表态的情况下，申请人在调查期间不能援引任何侵犯其基本自由的行为”。

983 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1594.

984 See TC, 18 December 1947, *Hilaire c/ Kigen*, *Lebon* p. 516, D. 1948, p. 62, note M. FREJAVILLE, *JCP G* 1948, II, 4087, note G. VEDEL ; TC, 1948 年 2 月 26 日, *Dame veuve Puget c/ Arnaudon*, *Lebon* 第 507 页 ; TC, 1950 年 5 月 25 日, *Société nationale des entreprises de presse*, *Lebon* 第 660 页 ; TC, 1962 年 12 月 17 日, *Société civile du domaine de Comterville*, *Lebon* 第 830 页, RDP 1963, 第 317

页。法官要求在作出裁决的同时，在确定的日期采取执行措施（TC, 1996 年 11 月 4 日, *Vanères et Laure Robert*, *GP* 1997 年第 2 期, 第 732 页 ; TC, 1999 年 7 月 5 日, *Préfet du Calvados*, *Lebon*, 第 459 页）。当行政机关宣布即将执行其决定并确定了日期时，简易程序民事法官可以禁止在此之前执行。新《民事诉讼法》第 809 条第 1 款为民事法官介入简易程序提供了法律依据，以阻止不法行为的实施，此外还有明显的不法扰乱（相当于已经实施的不法行为）和迫在眉睫的损害（相当于正在实施的不法行为）。

985 CE, ord. 1^{er} 2001 年 6 月, *Ploquin*, *Lebon T.* 第 1126 页。

986 最高行政法院临时救济法官确认的命令 : CE, 2005 年 8 月 25 日法令, *马萨特市*, *Lebon* 第 386 页。

240. 第一种侵权形式与行政措施的内容有关，是比较典型的侵权形式。它是指公共当局的行为或行动因其目的或效果而干涉了受基本自由保护的领域。例如，行政部门收回并扣留一个家庭的身份证件⁹⁸⁷，拒绝向一个政党提供市政厅⁹⁸⁸，或下令关闭一家商业机构⁹⁸⁹。同样，如果一项行为的目的不是限制自由，但却可能产生限制自由的效果，那么该行为也可能侵犯基本自由。因此，"劳动监察员因受保护雇员对其下属的精神骚扰行为而拒绝批准解雇该雇员的决定，其后果可能侵犯了基本自由"，⁹⁹⁰。
241. 侵权行为也可以以更新颖的方式由行政决定的理由引起。2001年2月28日的卡萨诺瓦斯案（*Casanovas*）的判决就体现了这一创新的解决方案：⁹⁹¹。申请人 Casanovas 先生是消防队的见习队长。在工作之余，他是一名政治活动家，特别是参与建立了一个支持直接行动小组成员的协会。根据1999年6月25日的命令，默尔特-摩泽尔省省长和大南希城市社区主席拒绝给予他永久身份，并终止了他的见习消防队长职务。据提交人称，这一决定的理由是他的专业能力不足。卡萨诺瓦斯先生认为自己是他在工作之外的政治立场以及与极左翼活动分子的关系的受害者。他声称，解雇他的决定不是因为他所谓的专业能力不足，而是因为他的政治观点。他要求临时救济法官根据《行政司法法典》第L.521-2条中止执行1999年6月25日的命令。南锡行政法院的临时救济法官在一项旨在普遍适用的公式中指出，"在拒绝给予公务员终身职位后作出的终止雇用决定，无论其理由如何，其本身并不侵犯基本自由"。在上诉之后，最高行政法院谴责了这一命令，并规定了一项原则，即在某些情况下，决定的理由可能会"显示"对基本自由的侵犯，而这种侵犯仅从决定的目的来看是不明显的。正如政府专员所指出的，临时救济法官不得"仅限于审查某项措施的表面目的"；他有责任"寻找其真正的范围，这可能从其理由中揭示出来"⁹⁹²。因此，最高行政法院审查了是否如申请人所称，解雇他的决定是因为他的政治观点。根据案件卷宗，最高行政法院认为该决定"不是因为当事人在工作之外可能表达的观点，而是因为他的专业能力不足"。在这种情况下，"没有侵犯任何基本自由"。

卡萨诺瓦斯案的判例法随后得到确认，主要是在公务员诉讼⁹⁹³，但也有在这一领域之外的⁹⁹⁴。

987 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

988 CE, ord. 2002年8月19日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第311页。

989 CE, ord. 2003年3月14日, *Commune d'Evry, Lebon T.* 第931页。

990 CE, 2004年10月4日, *Société Mona Lisa investissements et autres, Lebon* 第362页。

991 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

992 P. Fombeur, concl. on CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas, RFD A* 2001, p. 403.

993 在2002年6月27日的一项命令中，临时救济法官指出，关于因纪律原因解雇一名公职人员的问题，"在本案中，既不能证实也不能声称对 Prieur 女士的处罚是基于纪律以外的原因，这将表明对基本自由的侵犯"（CE, 2002年6月27日的命令，*特鲁瓦总医院, Lebon*, 第228页）。需要指出的是，法官主动提出，根据作出决定的理由，可能存在侵权行为，因为该命令指出，这并不是"指控"。同样，在一名驻扎在法属圭亚那的士兵对其遣返法国本土的决定提出临时救济申请的案件中，临时救济法官指出，"在本案中，没有证据表明对申请人采取的措施是基于与服役利益无关的理由，而这些理由可能表明侵犯了基本自由"（行政法院，2003年1月28日的命令，*Renard*, 第253617号）。

994 例如，参见关于拒绝批准在公共领域安装露台的案例：CE, ord. 2002年9月16日, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* p.

迄今为止，还没有任何正面案例：提交给最高行政法院临时救济法官的行政决定均未被认为侵犯了基本自由。

在这一判例法的意义上，动机的概念需要澄清。这些动机是“权力过失法官”所指的事实理由，还是用来描述滥用权力的动机？这两个概念必须加以区分。动机是客观的⁹⁹⁵；它与⁹⁹⁶所“基于”的决定相对应。另一方面，动机是主观的；它与行为人的意图⁹⁹⁷，即作出决定的“目的”相对应。动机是决定的“心理决定因素”，而理由的概念“从本质上说是附着于决定的事实数据”⁹⁹⁸。Rouault女士指出，临时救济法官根据 *Casanovas* 案的判例法进行的审查“与滥用权力的审查相似，法官要‘探究行政部门的‘内心和思想’”⁹⁹⁹。同样，政府专员皮埃尔·科林在提到这一判例法时指出，“应始终保留可能滥用权力的情况”¹⁰⁰⁰。临时救济法官在其裁决中会检查该措施是否基于与可能证明其合理性的普遍利益考虑无关的理由，并在适用的情况下检查管理者的意图是否显示出对基本自由的侵犯。在上述 *鲁瓦总医院和雷纳尔中心* 的命令中，对动机和动机的审查是不同的，但同时又通过协调连词“和”联系在一起。因此，这两个方面是密不可分的：临时救济法官不仅要审查决定的“依据”，还要首先审

314. 法官指出，“如果拒绝的理由与正当使用公共领域的要求可能证明其合理性的普遍利益考虑无关”，则可能侵犯基本自由。由于申请公司未能证明其拒绝

“是基于与当地政治环境有关的个人敌意”，临时救济法官排除了侵犯基本自由的可能性。关于 *Casanovas* 案在公共服务领域之外的应用，另见 CE, 2003 年 6 月 26 日法令，*默尔特-摩泽尔省家长委员会*，第 257938 号。申请人声称在中学毕业会考试卷的评分中违反了平等原则。法官指出，“某些形式的歧视，鉴于其所依据的理由，可能构成对《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由的侵犯”。法官补充说，“在本案中，既没有证实，甚至也没有声称，数学考试的条件或将由陪审团打分的条件可能是造成歧视的原因，而歧视所依据的理由似乎构成了对基本自由的侵犯”。

995 对理由的审查不涉及心理数据：“即使在审查理由的情况下，行政法官确实通过努力核实这些事实是否真正启发了作出决定的人，从而重构了可能作为决定依据的真实事实，但他也不至于对行政人员别有用心动机感兴趣。因此，行政法院在审查时所考虑的理由的性质纯粹是客观的”（S. KTIISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 162, 1991, p. 4）。

996 理由的概念对应于“在具体案件中使行政行为的颁布成为可能或强制性的事实情况”（S. KTIISTAKI, I 前引书，第 2 页）。它们是“决定之前的事实或决定之日存在的情况，其存在是该决定合法性的条件”（M. WALINE, “Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration”, *EDCE* 1956, 第 31 页）。理由是决定内容的依据。当局只有在存在某些事实要素的情况下才能采取行动，而且只能采取赋予其权力并规定了

执行程序的文本所规定的措施。在这种情况下，“一项行为的理由必须是那些明示或默示规定的理由，而这些理由是由那些创建出该行为的权力并确定其执行程序的文本所规定的”（F.-P. BENOIT, 《法国行政法》，Dalloz, 1968 年，第 548 页）。

997 正如 M. Bénéoit 所指出的，动机是“促使官员使用其权力的因素”；“因此，它是促使这一行为的原因，是权力机构要达到的目的；动机就是意图”（同上，第 543 页）。“出于与有关权力相对应的考虑无关的动机而做出的行为是滥用权力”（同上，第 544 页）。

998 S. KTIISTAKI, 同前，第 2-3 页。

999 M.-C. ROUAULT, 根据 CE 的意见，2001 年 2 月 28 日，*Casanovas*, *JCP G* 2001, IV-3014, 第 2277 页。

1000 P. Collin 关于 CE 的未发表意见，2002 年 11 月 29 日，*Arakino* (*Lebon* 第 422 页)。

查行政部门行事的 "目的 "1001。为了使这一判例法适用, 不仅该决定必须不是基于可以证明其合理的理由, 而且行政部门的 动机还必须与它可以合法追求的普遍利益目标无关¹⁰⁰²。因此, 理由的概念必须从广义上理解, "即发布行为的理由"¹⁰⁰³。

然而, 仅仅侵犯基本自由是不够的。法律还要求侵权行为严重且明显违法。

第2节 严重违规行为

242. 行政司法法典》第 L. 521-2 条规定, 侵犯基本自由的行为必须 "严重 "1004。严重 "这一要求本身就是一个条件。它主要表达了侵权行为具有一定强度的概念。

I. 严肃性要求：本身就是一个条件

243. 难道对基本自由的每一种侵犯就其本质而言不都是 "严重 "的吗? 这个问题在 2000 年 6 月 30 日法案生效后立即出现。鉴于受保护自由的重要性, 任何侵犯这些自由的行为难道不应该被视为严重吗? 政府专员洛朗-图韦 (Laurent Touvet) 对此表示支持, 他在对 *Venelles 市镇案* 的判决结论中指出: "当严重性条件涉及到对基本自由的侵犯时, 这种侵犯的严重性条件不应长期存在。我们无法想象对基本自由的侵犯会不'严重'"¹⁰⁰⁵。换句话说, 对基本自由的任何侵犯都表明了立法机构施加的严重程度。根据这种解释, 一旦侵犯基本自由的行为被定性, 严重性的条件就被视为依法得到满足。对第 L.521-2 条措辞的这种宽松和相对自由的解读相当于将 "严重 "侵限制为 "简单 "侵权。这一立场意味着批准休假的条件变得更加灵活。通过免除对申请人的要求, 减轻了临时禁令在这一点上的特殊性。

244. 然而, 政府专员提出的解释对法律条文的自由度过大, 无法得到最高行政法院的认可。首先, 说任何对基本自由的侵犯都必然是严重的, "等于说立法机构和最高行政法院负责筹备改革的工作

1001 在越权诉讼方面, Pacteau 先生已经指出了区分这两个概念的困难: 见 B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de la recherche de la Déclaration. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, pp.

1002 因此, 上述 *雷纳尔* 命令的措辞可以与 *Rioux 案* 的裁决相比较, 在 *Rioux 案* 中, 最高行政法院认为, 有争议的行为因滥用权力而无效, 因为它是基于 "与公务利益无关的政治动机" (CE, 1960 年 10 月 26 日, *Rioux*, *Lebon* 第 558 页, concl. CHARDEAU)。

1003 这句话借用自 Pacteau 先生 (B. PACTEAU, *同前*, 第 15 页)。

1004 同样的侵权严重性要求也见于攻击行为 (例如: TC, 1966 年 6 月 27 日, *Guigon*, *AJDA* 1966, 第 547 页; Civ. 1^{ère}, 1991 年 4 月 16 日, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, *Bull.civ.* I, n° 142, *D. 1991*, IR, p. 155; TC, 23 October 2000, *Boussadar*, *Lebon* p. 775; TC, 19 November 2001, *Mohamed*, *D. 2002*, pp.) 另一方面, 从形式上看, 严重性并不是给予 *déféré-liberté* 的条件之一, 法律指的是 "可能损害行使公共或个人自由 "的行为。

1005 L. Touvet, concl. on CE, Sect. 18 January 2001, *Commune de Venelles*, *RFDA* 2001, p. 385.

组对简易程序的使用强加了过多的条件，这是对他们的侮辱¹⁰⁰⁶。Touvet 先生的立场实际上纯粹是取消了给予临时救济的条件之一。法律规定了严重侵权的要求，这意味着法律默认某些形式的侵权可能并不严重。侵权行为的严重性条件本身就是一项要求，不能简化为样式条款。侵权行为和严重程度这两个条件是立法机关作为不同的和累积的要求而设想的；临时救济法官必须将它们作为不同的和累积的要求来适用。其次，断言侵犯基本自由的行为就其性质而言总是严重的这一原则本身就值得商榷。正如 Chapus 教授所指出的，"如果认为任何侵犯行为只要影响到基本自由就是严重的，这无疑是不合理的。对基本自由的侵犯，无论多么令人遗憾，都不能等同于亵渎罪"¹⁰⁰⁷。因此，侵权行为可以定性为不严重的行为。正如 de Silva 女士所指出的，"这并不意味着它无足轻重"，而只是"它没有理由诉诸极端紧急的法官"¹⁰⁰⁸。法律要求有条件的伤害。因此，影响基本自由的损害必须达到一定的严重程度，才有可能通过简易程序申请临时救济。并非所有对基本自由的侵犯都是"严重"的。

245. 如何评估侵权行为的严重性？临时救济法官如何区分严重和不严重的侵权行为？由于临时救济法官是逐案评估这一要求的，因此与适用这一要求有关的判例法似乎不愿意系统化。严重损害和非严重损害之间的区别是逐案确定的。损害的严重程度各不相同；没有离开非严重损害区进入严重损害区的确切时间点。尽管如此，还是有可能确定伤害严重程度的特征要素，以及影响伤害严重程度的因素。

II. 严重性要素

246. 法官会根据两个主要因素来评估侵权行为的严重性：首先是侵权行为对申请人个人状况的影响程度，其次是行政部门在相关案件中可能采取的特别可疑或令人震惊的态度。

A. 措施的效果

247. 对侵权行为严重性的要求主要涉及其影响，特别是对申请人处境的影响。在这一点上，关于查封商业建筑的 *Lidl* 命令的措辞具有重要意义。法官指出，"由于该决定对 Lidl 公司自由处置其拥有的建筑物产生了影响，因此严重侵犯了《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由"。提到措施的影响是指严重性的要求，而不是损害的要求，下文强调"没有必要调查（……）同样严重的损害是否也影响贸易和工业自由"¹⁰⁰⁹。因此，根据对这一标准的普遍理解¹⁰¹⁰，严重性条件意味

1006 M. Guyomar 和 P. Collin, CE 编年史, 2001 年 1 月 18 日, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, 第 154 页。

1007 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1603.

1008 I. DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 331.

1009 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

1010 在行政判例法中，形容词"严重"指的是一种行为或情况，其强度超过了正常的通常限度（见 S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. BDP, t. 135, 1980, p. 80)。与《行政司法法典》L.521-2 条中的表述相同的表述出现在警察事务中，法官在此提及"严重破坏"公共秩序（参见 CE, 5 January 1962, *Bernardet*, *AJDA* 1962, p.310；CE, Ass., 7 July 1950, *Debaene*, *Lebon* p. 426, *GAJA* no.68；4 February 1966, *Syndicat national des fonctionnaires du groupement des contrôles radio-électriques*, *Lebon* p.80）。

着 "对自由造成一定程度的侵犯"¹⁰¹¹。对基本自由的侵犯必须是 "实质性的"。¹⁰¹²

有时有人说, 侵权行为的严重性在于不可能行使某项自由¹⁰¹³。这种说法适用于许多情况¹⁰¹⁴, 但不能适用于所有基本自由, 原因有二。首先, "行使自由" 的概念不适用于严格意义上没有行使的自由¹⁰¹⁵。实际上, 拟议的术语只涉及做事的自由--这确实构成了《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的基本自由的主体。另一方面, 侵权行为的严重程度可以用限制的存在来表征, 这种限制虽然在性质上很重要, 但严格来说并不等同于剥夺或不可能行使。因此, 当一个市镇间合作的公共机构行使属于成员市镇权限范围内的权力时, 它并不妨碍成员市镇行使其行政自由; 它并不剥夺成员市镇的行政自由, 而只是在有关事项上妨碍其行使。市镇保留了自我管理的可能性; 在不受市镇间合作公共机构干预的事项上, 市镇的管理自由丝毫不受影响。由于市镇保留了大部分特权, 因此对自由管理没有任何障碍, 而只是一种阻碍。然而, 严重性的条件得到了满足: 当领土当局的部分权力被篡夺时, 对自由管理的干涉就被定性为严重干涉¹⁰¹⁶。同样, 当一个人因其政治或工会观点而受到处罚时, 他并没有被剥夺行使意见自由的权利。当一个人的个人自由受到严重侵犯时也是如此。这样的例子不胜枚举。

最后一个关于财产权的例子值得注意。尽管这是一种行动自由, 但对自由处置财产权的侵犯的严重程度不能用剥夺或不可能行使这种自由来概括。就临时救济而言, 所有权受到干涉的严重程度并不一定意味着不可能处置财产。事实上, 在受益人--所有权人或承租人--被剥夺了自由处置其财产的权利时, 法官通常会将对所有权的侵犯描述为严重。例如, 在申请人拥有的建筑物大门上贴上封条¹⁰¹⁷, 拒绝疏散寮屋居民剥夺了业主出租其财产的可能性, 并使租户无法处置根据租房合同条款本

¹⁰¹¹GAJA 第 188 号, 第 11 节。

¹⁰¹² P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 118.

¹⁰¹³ 因此, M. Chapus 认为, 应根据在行政阻碍方面形成的判例法的例子, 区分" (简言之) 什么是障碍, 什么只是行使自由的障碍。无论如何, 这是按严重程度区分侵权行为的最有效方法 (.....)" (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 1603)。

¹⁰¹⁴

严重侵权一般采取纯粹和简单地剥夺自由的形式, 例如不可能使用财产或离开国家领土。从有关侵犯职业自由的判例法中得出的一个例子证明, 这种区分往往是有效的。一项具有完全禁止从事某项职业的效力的决定, 例如吊销职业证 (蒙彼利埃民事法庭, 1948 年 9 月 1 日^{er}, *JCP G*

1948, II, 4529) 或暂停医院医生的职务 (民事法庭, 1^{ère}, 1983 年 11 月 22 日, *Raymondon c/ Ministre de la santé et de la sécurité sociale*, *Bull. civ. I*, n° 277),

将被视为对这一自由的严重侵犯。另一方面, 要求街头艺人在极短的距离内进行街头表演的行政决定不具有这种效力。这一措施只是改变了表演地点, 绝不妨碍当事人进行其活动 (Civ. 1^{ère}, 16 April 1991, *Guez c/ Préfet de police de Paris*, *Bull. civ. I*, n° 142, *D. 1991, IR*, p.155)。

¹⁰¹⁵ 见上文第 153 节及以下各节。

¹⁰¹⁶ CE, 2002 年 6 月 12 日, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* 第 215 页。

¹⁰¹⁷ CE, 2001 年 3 月 23 日法令, *Société Lidl*, *Lebon* 第 154

页。该侵权行为被定为严重侵权行为, "因为它影响了 Lidl 公司自由处置其拥有的建筑物"。

应能够自由使用的公寓1018，或者一架飞机被固定，"使其业主无法自由处置"1019。如果所有权人虽然可以继续使用和处置其财产，但只是被剥夺了对其财产的专有使用权，那么侵权行为也可能是严重的。例如，移除共有人放置在私人道路入口处防止车辆进入的缠绕链条，并颁布一项附则，规定所有车辆均可自由进入并停放在道路上，从而阻止了共有人对道路的独占使用，均被视为严重侵权行为1020。同样，在事实上的通行权方面，对于不构成剥夺但仅仅妨碍个人财产享有的干涉财产权的案件，例如在私人地块上修建管道1021或在地块上倾倒屠宰场的废物1022，也被认为满足了严重性条件。

248.为评估侵权行为的严重性，临时救济法官会考虑侵权行为对申请人个人状况的影响程度。对这一要求的评估与当事人的处境密切相关。某项措施对申请人来说是严重的，但对个人情况大不相同的人来说就不是了。

在这方面，拒绝签发或延期护照的例子具有重要意义。原则上，这种拒绝总是侵犯出入境自由。然而，只有在某些情况下，这种侵犯才会被定性为"严重"。根据 *Depertbes* 案的裁决，这些情况似乎与申请人提出的必须前往某些外国目的地的理由相吻合，而这些目的地是需要该证件的1023。在这种情况下，拒签使当事人无法前往目的地国。反之，从这一判例法中可以推断出，如果申请人打算前往一个不需要该证件的国家，或者更确切地说，没有理由在不久的将来出国旅行，那么这种侵权行为就不属于严重侵权行为。

如果侵犯企业自由的行为对申请人的企业产生了实质性影响，则符合严重性要求。在2003年12月17日的一项裁决中，临时救济法官指出，当所称的侵犯企业自由是因实施一项新的技术规定而引起时，"只有当该规定在法律上或事实上对经济主体从事有关活动构成障碍或具有同等影响时，才符合严重性条件"1024。在本案中，农业部长的一份备忘录规定的新技术标准只涉及出口到加拿大的产品。法官推断"在这种情况下，从2004年1月1日起实施该备忘录不可能阻止两家申请公司继续其经济活动，因此不会对其企业自由造成严重侵犯"。反之，当侵权行为影响到申请人业务的很大一部分时，侵权行为就被认为是严重的。在2003年7月2日的 *科利乌尔市镇* 令中，法官指出，"禁止 SARL Côte Radieuse 经营以科利乌尔为中转站的沿海客运服务（占其业务的25%）"，"侵犯了企业自由"，"

1018 参见 CE, 2002年11月21日法令, 《法国公报》, *Lebon* 第408页。临时救济法官指出, 拒绝公共力量的援助以确保执行法院命令迁出建筑物的裁决侵犯了处置财产的自由, 随后他确认"只要这种拒绝不仅使所有人无法从建筑物中获得他本可期待的收入, 而且还使他无法实施出售计划, 那么仅国家有义务赔偿所有人的财产损失这一事实就侵犯了处置财产的自由、但从实施销售项目的角度看, 仅凭国家有义务赔偿因公共力量拒绝援助而造成的损失这一事实, 并不足以像部长所坚持的那样, 否认这种拒绝构成对基本自由的严重侵犯"。另见, 例如: CE, 2002年3月29日, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon*, 第117页。

1019 G. Bachelier, concl. on CE, 2 July 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003, p. 1782.

1020 CE, ord.2003年9月10日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, 第260015号。

1021 TC, 1964年5月11日, *Lajugie c/ Compagnie générale d'entreprises électriques*, *Lebon* 第791页。

1022 Civ. 2^{ème}, 9 January 1974, *Commune d'Aignan c/ Caubet*, *Bull. civ.* II n° 17.

1023 CE, 2001年1月9日法令, *Depertbes*, *Lebon* 第1页: 拒绝为一名国民更新护照, 该国民的理由是因职业需要前往巴西和加拿大。

1024 CE, ord.2003年12月17日, *EURL Ecosphère* 和 *SARL Général services applications*, *Lebon* 第519页。

具有《行政司法法典》第 L. 521-2 条的上述规定所要求的严重性质", 1025。同样, 当一家硝酸酯燃料油生产和爆炸物储存企业在一天中的大部分时间里, 其发货可能性受到很大限制时, 侵犯企业自由的行为也符合严重性要求¹⁰²⁶。更有甚者, 如果由于当局下令关闭¹⁰²⁷ 或当局颁布的任何其他措施而不得不完全停止营业¹⁰²⁸, 则满足了这一条件。

关于其他基本自由, 一些案例说明了在哪些情况下必须将严重性要求视为已经满足。例如, 侵犯合法居留的外国人的迁徙自由, 如果当事人无法证明其情况符合有关外国人在法国居留的法律, 不能离开或返回法国领土¹⁰²⁹, 则被视为严重侵犯。同样, 如果法国公民在向主管当局递交身份证申请一年多后, 行政部门仍未对其申请作出裁决, 则侵犯该自由的行为符合严重性要求¹⁰³⁰。在非自愿入院的情况下, 如果病人被简单地禁止寄信以及与行政和司法当局联系, 那么对病人通信自由的侵犯就是严重的¹⁰³¹。法院认为, 非法拒绝向政党¹⁰³² 或宗教团体¹⁰³³ 提供市政厅是对集会自由的严重侵犯。同样, 当市长打算在教堂建筑内组织戏剧表演、展览和会议时, 尽管该建筑的管理机构反对, 但侵犯礼拜自由的行为仍符合严重性要求¹⁰³⁴。如果行政部门使当事人无法提出申请, 例如拒绝向其发放必要的表格¹⁰³⁵, 拒绝对其申请进行登记¹⁰³⁶, 向其提供关于向法国难民和无国籍人保护局提出申请的截止日期的错误信息¹⁰³⁷, 或拖延其重新进入另一个国家¹⁰³⁸, 则侵犯庇护权的行为被定性为严重侵犯。如果当事人在申请审查期间无法留在法国领土上, 当局拒绝签发临时居留证¹⁰³⁹, 或即使申请事实上并非明显毫无根据也拒绝其进入法国领土, 也属于这种情况¹⁰⁴⁰。最后, 在征用所有罢工人员以确保在正常条件下继续提供完整服务的情况下, 对罢工权的侵犯更为严重

1025 CE, ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930.

1026 CE, ord. 26 November 2004, *Commune de Wingles*, no.

1027 关于当地的一家商店, 见 CE, ord. 2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931; 关于一家餐馆-迪斯科舞厅, CE, ord. 2004 年 8 月 16 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, 第 271148 号。

1028 关于禁止专门从事海上巡游的船只在码头停泊的禁令, 见 CE, 2006 年 9 月 6 日法令, *Commune d'Ota*, 第 296912 号。

1029 CE, ord. 2002 年 6 月 11 日, *Aït Oubba*, *Lebon T.* p. 869; CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132; CE, 2003 年 5 月 7 日, *Boumaïza*, n°250002。

1030 CE, ord. 2003 年 3 月 11 日, *Samagassi*, *Lebon* 第 119 页。

1031 行政长官, 2002 年 5 月 15 日, *Bandoïn*, 第 239487 号。

1032 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

1033 TA Rennes, ord. 21 February 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 April 2003, p. 12; TA Paris, ord. 13 May 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA 2004, pp.

1034 CE, ord. 25 August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

1035 CE, ord. 2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe*, *Lebon* 第 12 页。

1036 CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda*, *Lebon* 第 45 页。

1037 CE, ord.

1038 如果申请人由于法国当局在将其转移到一个欧洲国家方面的延误而面临被重新接纳的风险, 而这个国家又不一定会审查其庇护申请, 那么申请难民地位的权利就会受到严重损害 (行政长官, 2004 年 5 月 14 日, *Gaitukaev*, 第 267360 号)。

1039 CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud*, *Lebon T.* p. 1126.

1040 CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov*, *Lebon* p. 146; CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247; CE, ord. 2006 年 3 月 17 日, *Saidov*, 第 291214 号。

1041。这种最低限度服务的概念不会导致任何服务活动的减少，构成对罢工权的剥夺。

249. 对于一项基本自由--过正常家庭生活的权利--最高行政法院对如何评估其严重性给出了明确的说明。在 "*Tliba* "案的判决中，行政法院指出，"如果有争议的措施可以由行政当局依职权执行，不可以向特权法官提出暂缓上诉，并直接妨碍家庭成员继续共同生活，则应认为符合侵犯与家人共同生活的自由的严重性条件....."；这是可依职权执行的法国领土驱逐令的情况，驱逐令反对驱逐对象返回法国，驱逐对象是能证明在法国过家庭生活的外国人"¹⁰⁴²。因此，当当事人与其生活在法国领土上的年幼子女分离时，执行驱逐令严重侵犯了过正常家庭生活的权利¹⁰⁴³。相反，根据同样的标准，在拒绝向外国公民签发居留证¹⁰⁴⁴或拒绝家庭团聚申请的情况下，"并不直接妨碍家庭成员继续共同生活"，则不符合严重性条件¹⁰⁴⁵。同样，根据1990年6月15日的《都柏林公约》，申请人的家庭生活受到尊重的权利并没有因为他被重新接纳到挪威而受到严重损害，尽管他的父亲与妻子和次子住在法国，并将在那里接受手术。¹⁰⁴⁶

除措施的效果外，法官还可考虑行政部门的态度，以确定侵犯基本自由的严重程度。

B. 行政部门的态度

250. 法官将把行政部门不可告人的滥用权力行为或一般来说特别不恰当或令人震惊的态度视为加重处罚情节，并在判决中予以强调。

251. 拒绝为法国公民续签护照侵犯了其行动自由，这已成为共识。当这种拒绝发生在特别令人无法接受的情况下时，就像在 *du Couëdic de Kéranant* 案中一样，法官会将侵犯来往自由描述为严重的行为，还会加上侵犯人身自由，在这种情况下，这本身就表明了行政部门行为的严重性。2002年8月，

¹⁰⁴¹ CE, 2003年12月9日, *Aguillon et autres, Lebon* 第497页。

¹⁰⁴² CE, Sect. 30 October 2001, *Lebon* p. 523。行政法院指出，在本案中，*Tliba* 女士已在法国生活了30多年，有5个法国籍子女，在原籍国没有家人。因此，她与家人生活的自由受到严重干扰的条件必须被视为已经满足。

¹⁰⁴³ CE, 2005年2月21日命令, *Najemi*, 第277520号。

¹⁰⁴⁴ CE, ord. 2004年10月15日, *Sabi*, 第273110号；2003年6月6日, *Benmessaoud*, 第257429号。

¹⁰⁴⁵ 行政法院, 2003年1月27日命令, *Kartbouh*, 第253603号。另见 CE, ord. 2002年7月10日, *Boulemlia* 案, 第248422号："行政决定对在法国建立家庭生活造成障碍这一事实本身并不足以使该决定被视为严重侵犯每个人与家人共同生活的权利"。在本案中，行政当局拒绝为申请人的居留证申请办理登记手续，主要理由是她不是法国公民的配偶，因为她与 *Mihoubi* 先生的婚姻是在宗教仪式上举行的，并没有在公民身份登记册上登记。临时救济法官指出，"虽然拒绝登记她的居留证申请使她无法与 *Mihoubi* 先生共同生活，但仅凭这一点并不能认为该决定严重侵犯了《行政司法法》第 L.521-2 条所指的基本自由"。同样，行政法院, 2005年7月20日命令, *Mohammad*, 第285524号："如果拒绝批准其丈夫来法国与家人团聚使她无法与 *Mohammad* 先生共同生活，仅凭这一情况并不能认为该决定严重且明显非法侵犯了《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由"。

¹⁰⁴⁶ CE, ord.

居住在瑞士的法国人、两个孩子的父亲 du Couëdic de Kéran先生向法国驻日内瓦总领事馆申请更新他的护照--他的两个孩子在上面登记--他于2002年7月在巴黎申报遗失了护照。去年，瑞士法院批准申请人与妻子分居，两个孩子的监护权委托给母亲，父母双方继续共同行使亲权。在2002年8月29日的一封信中，副领事答复申请人说，在分居和共同行使亲权的情况下，法律规定必须得到父母双方的授权，子女才能在父母的护照上登记。因此，如果申请人的续签申请没有附上其母亲的明确授权，领事机构拒绝将申请人的子女登记在其护照上。然而，正如法官所指出的，这一条件并不是由任何有关护照签发的条文所规定的。相反，2001年2月26日法令第8条规定：“以未成年人名义提出的护照申请应由行使亲权的一方或另一方提交（……）”。因此，领事机构在法律中增加了一个本不存在的条件。因此，“当局对申请人的申请施加这一明显非法的条件，严重侵犯了家庭成员的个人自由和行动自由”¹⁰⁴⁷。在得出侵权行为严重的结论时，法官没有考虑申请人和措施的效果，而是考虑了行政部门，因为行政部门实施了严重的行为。其违法行为的严重性，通过反弹反映在对基本自由的侵犯的严重性上。

252. 其他三项裁决说明了在评估侵犯基本自由的严重性时如何考虑行政部门的行为。政府专员在其关于 *Vast* 案裁决的结论中指出，市长命令拆开写给某些议员的信件的回信严重侵犯了信件的保密性。“由于其蓄意的性质，可以将其比作滥用权力。这不仅仅是一个不熟悉法律微妙之处的议员的笨拙之举，而是明确表示要控制寄给某些民选代表的信件”，¹⁰⁴⁸。而这是在完全保密的情况下进行的，因为相关人员并不知晓这一措施的存在。在 *Gollnisch* 案的命令中，法官强调说，在正在进行的纪律处分程序中，断言有关教师有罪的言论“是以诋毁[申诉人]的措辞发表的，校长认为为了卫生起见，他甚至不应该说出他的姓名，并要求将其从公务员系统中除名”¹⁰⁴⁹。由于在作出裁决之前，侵权行为已被证实，而且非法性是确定无疑的，因此这一澄清必然涉及严重性条件。最后，临时救济法官指出，行政部门无视《城市规划法》第 L. 130-1 条的规定，“尽管申请人早在2005年2月就已提请其注意遵守该法的必要性”，砍伐并砍掉了被列入林区的树木，这严重侵犯了所有人处置其财产的自由¹⁰⁵⁰。在此，法官再次对干涉的严重性条件进行了说明。仅凭利害关系人处置其财产的自由受到严重干扰这一事实，就可以对侵权行为进行定性。然而，为了确认干涉的严重性，法官更倾向于强调行政部门的行为，因为即使申请人已经提醒其存在适用法律并有必要遵守该法律，但行政部门仍故意无视该法律。这些因素加强了侵权行为的严重性或突出了其特点，与此相反，其他因素则有可能减弱其严重性或使其丧失严重性。

II. 可能减轻局势严重性的因素

253. 在否认侵犯基本自由的严重性时，可以考虑两个因素：首先是申请人的不法行为，其次是侵权行为得到法律授权的事实。在实践中，这些因素涉及经济性质的自由，主要是财产权、企业自由和合同自由。

1047 CE, ord. 2002年12月4日, *Du Couëdic de Kéran*, *Lebon T.* 第875页。

1048 S.S. BOISSARD, concl. on CE, 9 April 2004, *Vast*, *RFDA* 2004, p. 780.

1049 CE, ord. 2005年3月14日, *Gollnisch*, *Lebon* 第103页。

1050 CE, ord. 2005年11月8日, *Moissinac Massenat*, *Lebon* 第491页。

A. 申请人的行为

254. 申请人的不法行为可以排除其基本自由受到侵犯的严重性。2001年3月23日的 *Lidl* 命令首次规定了这一原则¹⁰⁵¹。由于 *Lidl* 希望在1973年12月27日的法律范围内开设零售店，因此必须首先获得该法律规定的经营许可。然而，该公司绕过相关规定，在未向商业设施部门委员会提交许可申请的情况下，擅自开工建设商业大楼。为了杜绝所发现的违规行为，市长发布了一项命令，要求封存有关建筑。*Lidl* 公司就这一措施向临时救济法官提出质疑，称其严重侵犯了贸易自由。在上诉时，最高行政法院的临时救济法官排除了严重侵权的可能性，因为申请公司并未遵守商业规划法。至于该公司试图逃避法律在这方面的规定，法官在裁定存在严重侵犯财产权的情况后指出，“没有必要调查（……）同样严重的侵权行为是否影响贸易自由”。

同样的推理也适用于公司无视法律规定的要求而进行分类活动的情况。在2002年4月25日的 *Saria Industries* 令中，法官指出，对其受益人而言，企业自由“是指在遵守现行法律法规和法律要求的情况下开展经济活动的自由，特别是当这些法律法规和要求追求保护公众健康这样的迫切要求时”¹⁰⁵²。在此案中，*Saria Industries* 已获得当局授权开展动物粪便储存和处理业务。由于该公司未能遵守法律规定的要求，市长根据其一般行政警察权力下令暂停其活动。该公司认为这是对其企业自由的严重侵犯，要求临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条中止执行。最高行政法院的临时救济法官驳回了她的请求，理由是申请人未能履行保密设施法规定的义务。该命令指出，“临时救济法官要求采取的措施旨在结束对申请公司自由的侵犯，即申请公司可以在不遵守国家主管当局依法规定的某些要求，特别是公共卫生利益的情况下继续经营其机构”。在这种情况下，对企业自由的侵犯不能被视为严重。

同样的原则也适用于申请人违反适用于救护车的规定，特别是在没有足够医疗设备的情况下经营私人医疗运输车辆业务的情况。鉴于申请人未能履行其义务，在没有特殊情况的情况下，省长撤销向其颁发的经营这些车辆的许可的决定并不构成对经营自由的严重侵犯¹⁰⁵³。

255. 在这种情况下，申请人的行为排除了侵权行为的严重性。同样，如果基本自由的制度受到立法机构的严格管制，那么即使不排除严重性的要求，至少也较难满足。法院在评估侵犯基本自由的严重性时会考虑立法环境。

B. 立法环境

256. 为评估侵犯基本自由的严重程度，临时救济法官会考虑法律对行使基本自由所施加的限制。因此，他要特别关注那些受严格法律框架约束的基本自由：当法律有规定时，就必须考虑侵犯行为的

¹⁰⁵¹ CE, ord. 2001年3月23日, *Société Lidl, Lebon* 第154页。

¹⁰⁵² CE, ord. 25 April 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155。CE 2004年4月20日法令, *Ramon*, 第266694号；CE 2004年4月29日法令, *Département du Var*, 第266902号。

¹⁰⁵³ CE, ord.

严重性；当法律赋予行政部门广泛的权力来限制其行使时，就更难对其进行定性。2001年11月12日蒙特勒伊-贝莱市镇案的判决确立了这一原则。法官指出，为了评估侵犯基本自由的严重程度，“有必要考虑立法引入的一般限制，以允许公共当局对私人之间的关系进行某些必要的干预”¹⁰⁵⁴。因此，立法者引入的限制具有提高严重性门槛的作用。由于立法允许行政部门有效地限制有关自由，侵权行为必须显得更加严重。由于赋予当局的权力范围，在确定严重性之前，可能会有更多的侵权行为。有些自由--实际上是经济性质的自由--比其他自由在更大程度上受法律规定的约束，因此，当行政当局满足于正确适用法律时，就更难认为它严重侵犯了这些自由。在这种情况下，对基本自由的侵犯首先是整个立法的结果，然后才是行政行为的结果。

257. 有几个例子可以说明这种评估是如何做出的。首先，在 *Montreuil-Bellay 市镇案* 的判决中，法官指出，在城市规划问题上，必须考虑到法律允许公共机构在某些领域拥有优先购买业主自由出售的财产的权利，从而评估侵犯自由承诺、业主自由处置财产或合同自由的严重程度。这一限制是由法律本身规定的，它使受益的公共机构能够取代财产的潜在购买者。正是在这一限制的背景下，必须对所有权或合法签订的合同的实质内容受到影响的程度进行评估。在本案中，共同缔约双方在出售承诺中已经预见到公共当局使用这一特权的可能性。该协议的签订有一个中止条件，即任何拥有优先购买权的自然人或法人都将放弃行使该权利，如果优先购买权的受益人按照销售承诺中规定的价格和条件行使了该权利，则合同双方将承认合同已经失效，且任何一方都不会得到补偿。法官裁定，“鉴于这些规定，市政当局在本案中行使城市优先购买权，即使有不合法之处，也不构成对业主处置其财产的自由或合法签订的合同条款的严重侵犯”。

第二个例子见 2002 年 8 月 8 日对 *da Costa* 案的裁决¹⁰⁵⁵。波城通过优先购买权获得了 da Costa 先生计划购买的一块土地。在将该地块的一部分用于扩建公共设施（这符合优先购买权的目的）之后，市政府决定将另一部分出售给一家非贸易房地产公司。与《法国城市规划法》第 L. 213-11 条的规定相反，市政府在没有向 da Costa 先生提出购买的情况下进行了转售¹⁰⁵⁶。申请人认为，无视这一规定严重侵犯了他的合同自由。然而，最高行政法院的临时救济法官基于两点理由排除了侵权的严重性。一方面，市政当局的地块征用契约并未受到利害关系人的质疑，尽管正是这些契约首先侵犯了他的合同自由。另一方面，《城市规划法》第二卷的规定，特别是第 L.213-11 条，“是专门为了对这一自由施加立法机关提出的普遍适用的限制，既允许公共当局在城市发展领域进行某些干预，又保障原业主或打算获得优先购买权的人的利益”。因此，只要尊重法律规定的框架及其确定的条件，侵权

¹⁰⁵⁴ CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市*, *Lebon* 第 551

页。这一公式直接受宪法判例法的启发。宪法法院曾多次指出，在评估财产所有人自由处置财产的原则时，必须考虑到以前的立法所规定的一般限制，即允许公共当局对私人之间的合同关系进行某些必要的干预（CC, 第 59-1 FNR 号, 1959 年 11 月 27

日, cons.1, *Rec.p.*71)。在所有权人自由处置财产和合同自由方面也采用了同样的方式（CC, no. 61-3 FNR, 1961 年 9 月 8 日, cons. 1, *ECR p.*48 ; CC, no. 73-80 L, 1973 年 11 月 28 日, cons. 7, *ECR p.*45)。

¹⁰⁵⁵ CE, ord. 8 August 2002, *da Costa*, n° 249409, *Contrats et marchés publics* 2002, comm. n° 236, note P. SOLER-COUTEAUX.

¹⁰⁵⁶ 法国城市规划法》第 L. 213-11 条规定，在行使优先购买权后 5

年内，任何市政当局如决定将所购房产用于或处置于优先购买权之外的目的，必须通知前业主，并向其优先提供该房产。如果前所有者放弃收购财产的权利，公共当局必须与打算收购财产的人进行同样的处理。在本案中，市政当局没有向其前业主提出购买该房产，因此也没有向 da Costa 先生提出购买该房产。

行为就不属于严重侵权行为。对订约自由的限制源于法律，因此，转售被优先购买的财产的决定仅仅是执行法律，其性质并不严重，不足以构成对该自由的侵犯，从而有理由中止该自由。

这一判例法也适用于雇佣关系领域。在*蒙娜丽莎投资公司案*中，受保护雇员 X 先生被指控犯有严重的精神骚扰行为，导致雇主考虑将其解雇。当劳动监察员拒绝解雇时，X 先生的雇员申请临时救济，以期获得暂缓执行。理事会指出，"为了执行《行政法》第 L.行政法院指出，"为了执行《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，影响企业自由或工作自由的措施的严重程度必须考虑到对这些自由普遍适用的限制，这些限制是立法规定的，以允许公共当局进行某些必要的干预，特别是在劳资关系方面；这些限制包括为了他们所代表的所有工人的利益而向职工代表提供的保护，职工代表只有在劳动监察员授权后才能被解雇"¹⁰⁵⁷。因此，行政法院必须根据 X 先生享有的特殊地位来评估严重性要求。考虑到这一事实，以及本案的所有情况，特别是虽然公司环境恶化，但员工仍能继续上班这一事实，最高行政法院排除了违法行为的严重性。从裁决理由中可以清楚地看出，最高行政法院首先以 X 先生所享有的保护性地位为由，采取了这一解决办法。在 2005 年 5 月 3 日*法国基督徒工会联合会*的命令中，申请人对"团结日"法律的实施提出质疑，该法律规定，在没有分公司或公司协议确定另一天的情况下，圣灵降临周一将工作，并为此修改了月薪雇员无额外报酬的年度工作时间¹⁰⁵⁸。中间法官裁定了侵犯工作自由的严重程度，并明确指出，影响工作自由的措施的严重程度"必须考虑到立法者为允许公共当局对劳资关系进行某些必要的干预，特别是对工作时间、公共假日和休假的干预，而对这一自由普遍适用的限制"。

258. 简言之，*蒙特勒伊-贝莱市镇*判例法根据严重性标准区分了两类基本自由。一些自由受到法律的严格限制，而另一些自由留给公共当局的干预空间则较为有限。行政法官在评估侵权行为是否符合严重性要求时会考虑到这些制度上的差异，而不是像有人认为是的那样，在评估自由的基本性质时会考虑到这些差异。如果法律承认公共当局有广泛的干预余地，自然更难评估侵权行为的严重性。因此，如果企业自由如*Jacquinet 女士*所说是"一个特例"，这并不是因为它只在某些情况下才具有根本性，而是因为它受制于非常严格的法律框架，对其侵权行为严重性的评估必然要求更高¹⁰⁵⁹。如果对这些自由的侵犯更难定性，那只是因为立法机构以普遍利益的名义打算对这些自由施加更大的限制。行政法院绝不是根据这些自由的重要性的来划分它们之间的等级。临时救济法官并不是现行法律法规的法官，他只是在行使各种基本自由的制度方面得出法律的含义及其所组织的差异。所有基本自由都是在法律规定的框架内行使的，但由于这一框架对所有这些自由

1057 CE, 2004 年 10 月 4 日, Société Mona Lisa investissements et autres, *Lebon* 第 362 页。

1058 CE, ord.3 May 2005, Confédération française des travailleurs chrétiens, *Lebon T.* p. 1034.

1059 作者认为，*蒙特勒伊-贝莱公社*的判例法"表明，只有在某些情况下，在某些领域，才可以把自由视为基本自由。这就等于说，有些基本自由是黯然失色的"，也就是说，如果有一个重要的立法框架，这些基本自由就会消失 (N. JACQUINOT, "La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part?", *AJDA* 2003, 第 665 页)。这种观点不符合实在法的现实。对行政法官而言，自由要么是基本的，要么不是；要么一直是基本的，要么从来都不是。判例法明确区分了与自由的存在有关的条件与与侵犯自由的严重程度有关的条件。这两个要素不在同一层面上，完全相互独立。此外，在这种情况下，自由并没有"消失"，仍然可以在临时救济法官面前援引。重要立法框架的影响对评估自由的严重性有影响，但绝不影响其可援引性。

并不相同，因此对严重性的评估可能会根据立法机构授限制的程度而有所不同。

然而，为了证明使用临时救济是合理的，对基本自由的侵犯不仅必须是严重的，还必须是明显非法的。

第3条 侵权行为明显非法的侵权行为

259. 根据《法国行政司法法典》第 L.521-2 条，只有在行政部门 "明显非法侵犯" 基本自由的情况下，才能使用 "驳回-自由" 程序。从这一规定可以看出，法律并不要求任何形式的非法，而是要求具体的非法。这种非法性就是对基本自由的侵犯。它还必须是明显的。另一方面，非法性不一定是严重的¹⁰⁶⁰。"虽然可以区分 "外部" 和 "内部" 的非法性，但通常无需评估非法性的严重性。没有程度之分"¹⁰⁶¹。

I. 侵权行为的非法性

260. 只有在特定条件下才能确定侵权行为的非法性。根据侵权行为是由行政行为、拒绝行为还是不作为造成的，其评估方式大致相同。

A. 非法性条件

261. 需要一种特殊形式的非法性：侵犯自由的非法性。这种非法性被分析为对基本自由的无理和不相称的侵犯。

1. 侵权行为的非法性

¹⁰⁶⁰ 临时救济法官的一些命令提到了 "严重违法" 的要求 (行政长官, 2001 年 1 月 24 日命令, *巴黎第八大学, Vincennes Saint-Denis, Lebon* 第 37 页; 行政长官, 2002 年 7 月 22 日命令, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, 第 248734 号; 行政长官, 2002 年 8 月 2 日命令, *Société Prophal*, 第 249110 号; 行政长官, 2002 年 9 月 6 日命令, *Tetaabi*, 第 250120 号; 行政长官, 2002 年 10 月 14 日命令, *Ramon*, 第 250922 号; 行政长官, 2002 年 10 月 14 日命令, *Tetaabi*, 第 250120 号; 行政长官, 2002 年 10 月 14 日命令, *Ramon*, 第 250922 号。2002 年 10 月 14 日, *Ramon* 案, 第 250922 号; 2002 年 10 月 15 日, *Société Prophal* 案, CE, ord. CE, ord. 2003 年 7 月 17 日, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, 第 258506 号; 2003 年 9 月 2 日, CE, ord. 2004 年 7 月 30 日, *Moussaoui*, 第 270462 号; CE, ord. 2004 年 11 月 12 日, *Marty*, 第 274029 号; 2005 年 3 月 2 日, *Commune de Vedene*, 第 278123 号; 2005 年 7 月 15 日, *Cotten*, 第 278123 号。2005 年 7 月 15 日, *Cotten* 案, 第 282369 号; 2006 年 8 月 28 日, *SARL Fitness Gym* 案, 第 296846 号; 2006 年 9 月 29 日, *Traoré* 案, 第 297752 号)。然而, L.521-2 条并没有规定这样的条件。非法性必须是明显的, 侵权行为必须是严重的, 但侵权行为的非法性本身并不一定是严重的。

¹⁰⁶¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1604.

262. 未导致侵犯基本自由的违法行为不符合《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的要求。事实上，违法行为是指侵犯基本自由¹⁰⁶²。法律要求所认定的非法性对相关自由具有实际影响。这种非法性可能是直接的，由规定基本自由的规则所导致，如 *Gollnisch* 案或 *Gaitukaev* 案的判决¹⁰⁶³。它"也可能是间接的，即由于对限制享有这一基本自由的立法或监管规范造成的明显非法性质的侵犯而导致的"¹⁰⁶⁴。无论如何，它必须必然影响到一项基本自由。

因此，纯粹形式上的非法性不能满足对自由的侵犯是非法的这一要求。虽然实质形式上的缺陷可能是非法的，甚至是明显非法的，但就其本质而言，它不可能侵犯基本自由。在 2002 年 5 月 30 日的判决中，最高行政法院拒绝撤销法官在简易程序中根据第 L.521-2 条驳回一项命令申请的命令，该命令暂停执行扩大市郊社区范围的命令，并命令几个市镇退出公共社区间合作机构。上诉被驳回，理由是在此案中，上诉市镇仅依据与协商程序有关的外部合法性抗辩。理事会认为，"这些理由即使有充分的依据，也不可能将有关法令对地方当局自由管理原则的侵犯视为'严重和明显不合法'"¹⁰⁶⁵。不过，需要指出的是，在少数罕见的判决中，法院同意对指控违反 1979 年 7 月 11 日法律的申诉进行审查，该法律要求某些不利的个别判决必须有正当理由。例如，在 *Tliba* 案的判决中，最高行政法院根据该法的规定，对驱逐令明显不合法的要求进行了评估，认为没有违反¹⁰⁶⁶。有一次，法院以无视法律为由，判定警方关闭一家便利店的命令¹⁰⁶⁷。不过，在该裁决中，法院指出了两处违法之处：首先，市政当局无理使用了行政警察权；其次，法院未就其裁决给出充分理由。对企业家自由的侵犯并非源于未说明理由，而是源于市长不合理地使用了警察权力。虽然不遵守 1979 年 7 月 11 日法律的规定构成明显的违法行为，但其本身并不构成对基本自由的侵犯。在与第 L.521-2 条有关的判例法中，从未认为单纯的形式抗辩是非法侵犯自由的根源。

2. 不合理和/或不相称的伤害

263. 并非所有侵犯基本自由的行为都是非法的。基本自由不可能得到绝对保障，也不可能无条件地、系统地凌驾于任何可能反对它们的考虑之上¹⁰⁶⁸。基本自由的受益人必须受到一些限制，这些限

¹⁰⁶² 例如，见 CE, 2001 年 10 月 22 日法令, *Gonidec et Brocas*, 第 239165 号。法官指出，属于申请人的一块土地"被 Côte des Isles Développement 混合辛迪加非法接管，并纳入其管理的高尔夫球场；因此，申请人的所有权受到明显非法的侵犯"。

¹⁰⁶³ 在对教师和研究人员进行纪律处分的过程中，校长不等处分结果出来就公开认为当事人违反了自己的道德义务，并要求给予最严厉的处分，这是对无罪推定的非法侵犯（行政法院，2005 年 3 月 14 日命令, *Gollnisch, Lebon* 第 103 页）。在 *Gaitukaev* 案的裁决中，法官指出非法侵犯了申请人申请难民地位的权利（行政法院，2004 年 5 月 14 日, *Gaitukaev*, 第 267360 号）。

¹⁰⁶⁴ P. CASSIA and A.BEAL, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier 2001-28 février 2001)", *JCP G* 2001, I, 319, p. 986.

¹⁰⁶⁵ CE, 30 May 2002, *Commune de Gely-du-Fesc et autres*, no.

¹⁰⁶⁶ CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

¹⁰⁶⁷ CE, ord. 2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry, Lebon T.* 第 931 页。

¹⁰⁶⁸ 关于这一点，请参阅 M. Drago 所表达的担心，"担心一个个人和捍卫个人权利高于任何其他考虑的法律社会（权利社会？

制旨在使基本自由与他人的权利相协调，或为表达某些形式的普遍利益留出空间¹⁰⁶⁹。在实践中，如果对基本自由的侵犯不仅有法律依据或符合普遍利益的理由，而且与所追求的目标相称，那么这种侵犯就是合法的。另一方面，侵权行为在两种情况下是非法的。首先，如果法律或符合公众利益的理由都没有授权，侵权行为就是非法的。如果直接无视法律标准，无论是立法标准、常规标准、宪法标准还是其他标准，则显然属于这种情况。在这种情况下，侵权行为缺乏正当理由是显而易见的。那么，即使侵权行为有正当理由，但如果侵权行为过度，因而不符合相称性要求，那么侵权行为也就不合法了。这一模式既涉及行动造成的侵权行为，也涉及拒绝或弃权造成的侵权行为，其构成要素值得澄清。

264. 如果侵犯行为是法律规定和授权的，或出于公共利益的原因而要求的，则侵犯行为是正当的。

在因弃权或拒绝而造成侵权的情况下，理由文本可以是法律或法规。但如果是积极行为或行动造成的侵权，其依据的文本必须是立法性质的。就行动而言，只有法律才能初步侵犯基本自由。这一要求是法律保留的结果，根据这一法律原则，立法机关对某些领域¹⁰⁷⁰有专有的干预权，其中最重要的是对基本自由的侵犯¹⁰⁷¹。由于这一领域是立法者的专有特权，行政机关不得干预¹⁰⁷²。在没

¹⁰⁶⁹ 《人和公民的权利宣言》第4

条实质上表达了这一思想，该条规定：“每个人的天赋权利的行使，除了保证社会成员享有这些权利的限制外，没有其他限制”。这一规定的精神是，有时有必要限制某些人的自由，以保证最大多数人行使这些自由。有限的“自由是人人享有自由的条件。见 J.-P. COSTA, "Article 4", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires* (G. CONAC, M. DEBENE and G. TEBOUL dir.), Dalloz, 2001, pp.

¹⁰⁷⁰

宪法规定，立法机构保留并分配给它一个其他机构或立法机构本身都不得忽视的领域。这首先意味着，只有立法机构可以干预这些事务，其他任何机构都不得干预。干预立法机构权限范围的行政决定是非法的。其次，该规则意味着立法机构必须自己行使其职权，不得授权任何机构首先干预受保护的事项（消极无权）。

¹⁰⁷¹ 根据第四共和国^e，最高法院确认，根据共和宪政传统，这些事项由法律保留(参见上文第110节，1953年2月6日的意见)。1789年《宣言》第4条规定，对自由的“限制”只能由法律规定”。无论作为基本自由来源的准则的等级如何，情况都是如此。法律保留首先适用于宪法规定的自由。1958年10月4日《宪法》第34条赋予议会确定行使公共自由的基本保障的任务。根据这一规定，“法律拥有不可减损的权力来管理宪法承认的权利，管理权力仅限于执行立法机构制定的标准” (J. Tremeau, *La réserve de loi*. 对于传统意义上的基本自由，立法限制原则在相关文书中都有明确规定（或者是专门针对某项权利，如《欧洲公约》和《公民权利和政治权利国际公约》，或者是一般性条款，如《欧洲联盟基本权利宪章》第52条）。至于具有立法地位的基本自由，只有制定这些自由的立法机构才能对其提出质疑。

¹⁰⁷² 在这方面，法律保留的主要目的是

“确保对公民自由的限制得到公民或其代表的同意”。对法律的保留主要是从消极意义上理解的，是排除行政机关进行原始干预的可能性，因此是禁止行政机关在没有立法授权的情况下侵犯公民权利和自由”(J. Tremeau, op. cit., pp. 36-37)。比较法中也有同样的原则。在德国，法律保留的概念(*Vorbehalt des Gesetzes*)“意味着公众/公民的自由和财产只有在法律规定了条件和范围的情况下才能受到侵犯”(C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, no. 95)。在瑞士，宪法第36条第1款也规定，对基本权利的任何严重限制都必须有法律依据（见 C. ROUILLER, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", in *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.P.

有立法授权的情况下，行政当局的任何侵权行为都是非法的。1073

追求符合公共利益的目标也是限制自由的合法理由。这一点早已得到行政法院的认可。正如 Hadas-Lebel 先生所指出的，"在行政判例法中，普遍利益概念最重要的功能之一就是以其所代表的更高目的为名，限制某些个人权利和自由的行使（.....）"1074。对普遍利益的这种考虑是自由法中的一个永恒主题，即使不是其基本问题，也可以为受私人动机驱使的个人"向更强大的需要低头"提供正当理由1075。与普遍利益一样，法律也可以为政府侵犯基本自由提供理由。

265. 在合理的情况下，侵权行为也必须是相称的，即不超过法律授权的侵权门槛，或因追求普遍利益而具有严格的合理性1076。对相称性标准的考虑与《行政司法法典》第 L.521-2 条意义上的基本自由标准的性质相关，这些标准构成优化义务，即罗纳德-德沃金（Ronald Dworkin）和罗伯特-阿列克西（Robert Alexy1077）所赋予的"原则"意义上的"原则"，而不是两位作者可能对立的细

MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, p. 683)。

1073 根据这一要求，最高行政法院确保对自由的侵犯源于法律，如果不是源于法律，则废除行政当局最初侵犯自由的规定（例如，关于贸易和工业自由：CE, Sect., 1953年7月29日，电影制片总公司, *Lebon* 第430页；关于财产权：CE, 1977年10月5日，国家文化部长, *Lebon T.*第686页）。同样，政府专员加尔莫特断言，关于未接种脊髓灰质炎疫苗可能导致儿童无法进入医疗或教育机构的规定侵犯了某些基本的公共自由，因此只能在法律中找到其渊源(concl. GALMOT on CE, 16 June 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, JCP G 1967, II, 15303)。

1074 R. HADAS-LEBEL, "L'intérêt général", *EDCE* 第50期, 1999年, 第290页。值得注意的是，在宪法判例法中，为了证明立法机关对宪法权利和自由的限制是合理的，一般利益也会得到特别考虑。例如，行政法院承认以公共服务的连续性为名限制罢工权（CC, 第79-105 DC号, 1979年7月25日, *Rec.p.33*），以"税收控制的必要性"为名限制个人自由（CC, 第83-164 DC号, 1983年12月29日, *Rec.p.67*；第84-184 DC号, 1983年12月29日, *Rec.p.68*）。67；第84-184 DC号, 1984年12月29日, *Rec.p.94*；第89-268 DC号, 1989年12月29日, *Rec.p.110*），以"保障具有宪法价值的普遍利益目标"为名的来往自由和个人自由（CC, 第81-127 DC号, 1981年1月19-20日, *Rec.*第15页）、以保护国家安全为名的行动自由（CC, 第93-323 DC号, 1993年8月13日, *Rec.*第213页）、以"维护公共秩序"为名的个人自由和过正常家庭生活的权利（CC, 第93-323 DC号, 1993年8月13日, *Rec.*第213页）或以保护公共健康为名的财产权（CC, 第90-283 DC号, 1991年1月8日, *Rec.*第11页）。

1075 M. LETOURNEUR, "Quelques réflexions sur la codification du droit administratif", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277.

1076 关于比例原则，尤其见 G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, coll. BDP, t. 179, 1996, 463 p. ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, coll. Science et droit administratifs, 1990, 541 p. ; J. MEKHANTAR, *Le principe de proportionnalité*, thèse Paris II, 1990 ; G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", in *Mélanges offerts à Marcel Waline*. Le juge et le droit public, t. 2, LGDJ, 1974, pp. 297-306 ; J.-P. COSTA, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *AJDA* 1988, pp. Mélanges offerts à Jacques Velu, t. 1, Bruylant, 1992, pp. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, PUS, 2001, pp.

1077

对两位作者而言，规则和原则都是真正的法律规范；它们的区别在于确定的程度。规则适用于特定的情况，它赋予特定情况以明确的法律后果，使对象没有选择的自由。而原则则不会自动产生法律后果。因此，"规则与原则之间的区别是（.....）两类规范之间的区别"（R. ALEXY, 《宪法权利论》（J. RIVERS 译自德文），牛津大学出版社，2003年，第45页）："原则是优化的义务，而规则则具有确定义务的性质"（R. ALEXY, "Idée et structure d'un système de droit rationnel", *APD* t. 33 La philosophie du droit aujourd'hui, 1988年，第

微差别。引用德国联邦宪法法院的话说，这意味着“损害的强度不得与事情的重要性和给公民造成的不便无关”¹⁰⁷⁸。公共权力机构的行为或不行为对基本自由的侵犯不得超出必要或合理的范围。这一要求既涉及行动造成的侵犯，也涉及拒绝或放弃造成的侵犯。在这两种情况下，它的形式都是通过禁止过度和不充分的措施，要求尽可能少地干涉基本自由。在任何情况下，都应由申请人来证明所称的非法性。如果不充分说明这方面的理由，申请将被驳回¹⁰⁷⁹。

B. 行动的非法性

34 页。强调是后加的)。更确切地说，规则

"是始终可以执行或不可以执行的规范。如果一项规则是有效和适用的，那么就有义务完全按照它的要求去做，不多也不少" (同上)。如果该规则适用于本案，而且构成其"次要"的事实情况得到满足，那么其"主要"的法律后果也必然得到满足。在这方面，"规则的适用是全有或全无的" (R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1995, p.79)。相反，"作为优化的义务，原则是相对于法律上和实际上可能实现的目标而言，要求尽最大可能实现目标的准则。这就意味着，原则可以在不同程度上得到满足，而满足原则所需的程度不仅取决于事实的可能性，而且取决于法律的可能性，而法律的可能性--除了规则之外--

决定了本质上不同的原则。这意味着原则是有权重的：对原则而言，权重是法律适用的特有形式" (R.

ALEXI, *前引书*, 第 34

页)。因此，原则是法律规范，并不只是因为适用于争端而决定争端的具体解决办法。第 L.521-2

条规定的基本自由严格符合这一定义。这些自由的行使必须始终与其他必要因素相协调，在本程序中，违反这些标准绝不会导致系统的制裁。同样，在德国，"所有基本权利都是'原则' (.....)" (G.

XYNOPOULOS, *同前*, 第 348

页)。在美国，一些宪法权利，如言论自由，具有原则的性质。在美国，一些宪法权利，如表达自由，具有原则的性质。"当发现对表达自由的侵犯时，它是违宪的，除非出现其他政策或原则，在这种情况下，有足够的份量授权限制" (R.DWORKIN, *前引书*, 第 86 页)。

¹⁰⁷⁸ BVerfGE 63, 88 [115] I, cited by C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, 1997,

no.欧洲人权法院以类似的方式指出，例如，在尊重私有财产权方面，法院应"确定在社

会普遍利益的要求与保障个人基本权利的必要性之间是否达成了公平的平衡 (.....)。第一议定书》第 1

条的结构也反映了整个《公约》所固有的对确保这种平衡的关注" (欧洲人权法院，1979 年 6 月 13 日，*Spörring 和 Lönnroth 诉瑞典*, A 系列, 第 31 号)。

¹⁰⁷⁹ 例如，见分类程序驳回，CE, 2004 年 4 月 20 日命令，Ba, 第 266647 号：一审临时救济法官对提交其审议的事实进行了公正的评估，裁定无论是申请人不准确的书面陈述还是在其面前举行的公开听证会上所作的解释都不够详细，因此拒绝其进入法国领土的决定不能被视为明显的决定。另见，在公开听证后被驳回，C E, ord.2005 年 8 月 11 日，*Maingueneau*, 第 283462 号：申请人是 Hôtel du Marais

公司占用的一栋楼房的业主，他被拒绝接受警方协助执行民事法庭下达的离开房屋的命

令，理由是，根据行政部门的说法，此事没有按照 1991 年 7 月 9 日的法律和 1992 年 7 月 31

日的法令规定的方式提交给民事法庭。在最高行政法院临时救济法官面前，申请人在这方面仅限于辩称

"在旅馆房舍案件中显

然毫无根据的程序性论点证明了行政部门的拖延态度"。法官确认，"尽管当局就此提出了详尽的论据，但申请人

这样做并没有使临时救济法官能够评估对其所有权的干涉是否明显不合法"。另见，"特别是考虑到"申请人

"提供的文件非常笼统"，排除了明显不合法的情况：行政法院，2003 年 12 月 8 日命令，*Abdi Karim Abdul Kadir*

Abdi, 第 262446 号。

266. 如果一项行动造成的侵权行为没有正当理由，则该行为因不合法而无效。如果尽管有正当理由，但与法律授权的条件或追求的目标相比过分，也属于非法行为。
267. 如果侵权行为一方面无视实质性的法律要求，另一方面又没有法律依据，或者在治安方面没有以符合公共利益的理由为依据，那么这种侵权行为就是不合理的。
268. 首先，如果侵权行为与实质性法律规范相抵触，从其本质上讲就是不合理的。有几个例子说明了这一要求，适用这一要求不会造成任何困难。例如，根据 1905 年 12 月 9 日法律和 1907 年 1 月 2 日法律第 5 条的合并规定，分配给宗教活动的财产由信教者和为其服务者支配，"公共当局未经负责管理其使用的宗教部长同意，批准在分配给宗教活动的建筑物内举行活动，显然是非法的"¹⁰⁸⁰。同样，根据 1927 年 3 月 10 日法的规定和刑事诉讼程序的原则，在就调查庭的意见向最高上诉法院提出上诉的时限到期之前，或在提出上诉被最高上诉法院驳回之前，不能合法地发布准予引渡的法令。因此，在对这一措施的上诉尚待最高上诉法院审理期间，司法部长准予引渡申请人的法令因不合法而失效¹⁰⁸¹。经 2003 年 11 月 26 日法律修订的 1945 年 11 月 2 日法令第 25 条禁止将作为居住在法国的未成年法国儿童父亲的外国国民递解出境。因此，在该条款规定的情况下，对该国民执行驱逐令是非法的¹⁰⁸²。在未进行 1892 年 12 月 29 日法律第 1^{er} 条规定的评估或未获得《城市法》第 L. 130-1 条规定的分类林区砍伐许可的情况下，砍伐受该法律保护树木的决定¹⁰⁸³是非法的。无视《公共卫生法》第 L. 3211-3 条的规定，阻止非自愿入院的病人与行政和司法当局联系是非法的¹⁰⁸⁴。
269. 其次，如果一项积极措施没有法律依据，或者不是基于符合普遍利益的理由，那么该措施造成的损害就是不合理的。

如果侵权行为的依据是法律条文，那么它就是合法的。例如，根据 1982 年 12 月 3 日关于国内运输方向的法律第 37 条采取的固定运输车辆的措施¹⁰⁸⁵，根据《地方当局一般法》第 L. 5211-5 条在未征

¹⁰⁸⁰ CE, ord. 25 August 2005, *Commune de Massat, Lebon* p.

386. 这一解决方案符合既定判例法。"行政法院认为，"1905 年 12 月 9

日的法律（.....）并未赋予市镇处置其拥有的教堂的权利"（行政法院，1912 年 3 月 1 日，*圣代泽里市镇*，S. 1913 年，III，第 18 页）。建筑物的钥匙归 "affectataire" 所有，这使其能够阻止市长实际占用建筑物（CE，1913

年，*Abbé Arnaud*，1913 年 6 月 20 日，*Lebon*，第 717 页）。他独自决定教堂的用途和布局（CE，1914 年 12 月 17 日，*Abbé Foussadier*，*Lebon* T. 第 1052

页）。最近，枢密院裁定，"该市镇议会在未征得神父同意的情况下，决定（.....）允许参观在 Baume-les-Messieurs 的圣皮埃尔教堂展出的可移动物品，这侵犯了 1905 年 12 月 9 日和 1907 年 1 月 2

日法律赋予市镇议会的管理信徒可使用财产的权利"（CE，Sect. 1994 年 11 月 4 日，*Abbé Chalumeau*，*RFDA*

1995，第 986 页，concl. R. SCHWARTZ）。更广泛地说，见 E. TAWIL，"La police administrative des cultes en droit français"，*RRJ* 2004/1，pp.507-529。

¹⁰⁸¹ CE, ord. 29 July 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

¹⁰⁸² CE, 2005 年 2 月 21 日命令，*Najemi*，第 277520 号。

¹⁰⁸³ CE, ord. 2005 年 11 月 8 日，*Moissinac Massenat, Lebon* 第 491 页。

¹⁰⁸⁴ 行政长官，2002 年 5 月 15 日，*Bandoin*，第 239487 号。

¹⁰⁸⁵ CE, ord. 9 April 2001, *Belrose et autres, Lebon* T. p.

1126. 该条款允许行政当局在某些条件下，在发现违反运输法规的刑事犯罪行为后，下令将一辆或多辆车停驶。

得市镇同意的情况下下令建立包括市镇在内的市镇共同体1086，根据《公共卫生法》第 L. 3332-15 条宣布的关闭。1087，或校长要求学生支付《教育法》第 L. 452-2 和 L. 452-8 条关于海外法语教学机构的规定所规定的学费，否则该学生将受到该法规定的驱逐措施1088。另一方面，如果有关行为或举止不属于行政部门为支持侵权行为而援引的法律条文的范围，则法律不能证明侵犯基本自由是正当的。例如，在未提起刑事诉讼的情况下加盖印章以支持中断工作的命令1089，或在飞机不再有运营商的情况下扣留飞机以损害机主的利益是非法的1090。在 2003 年 7 月 2 日的科利乌尔市镇令中，法官谨慎地指出“与科利乌尔市镇在上诉中坚持的观点相反”，对进入码头实行事先授权制度的可能性“在《地方当局通则》第 L.2213-22 条所指的《海港法》第三卷中没有法律依据”。这项措施无视最高行政法院的既定判例法，因此具有非法性1091。2001 年 4 月 2 日的马塞尔命令就是一个明显的例子。当局收回了整个法国家庭的护照和身份证。警察当局采取这一措施的理由是，由于马塞尔先生的出生证上没有提到他的亲子关系，因此不能再认为他因亲子关系而拥有法国国籍。临时救济法官认为，在没有授权行政部门以此为由撤销证件的法律条文的情况下，不提及他的亲子关系“本身并不能成为行政部门撤销国民身份证和护照的法律依据”1092。

在行政治安领域，行政干预顾名思义是以立法文本的存在为条件的，侵权行为必须以维护公共秩序的普遍利益为理由。法官的要求很高，在公共秩序没有受到任何威胁的情况下，得出结论认为该措施是非法的。因此，基于未被证实的事实而做出的关闭公共场所的决定1093 因其非法性而无效。同样，某市市长签发备忘录，命令拆开寄给某些地方议员的邮件，构成了对通信保密性和地方议员

法官指出，“与申请人在其最后书面陈述中的说法相反，省长采取的扣押措施是以立法和监管规定为基础的，其总体方案已在上文概述”。由于对申请人所犯罪行为没有争议，省长采取的强制措施是合法和正当的。

1086 CE, ord. 24 January 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, *Lebon T.* p. 873.

1087 CE, 9 February 2005, *SARL "Lou Marseillon"*, no.

1088 CE, ord. 2002 年 5 月 11 日, *Deynck*, 第 246755 号。同理, 见 CE, ord. 23 July 2003, *Peyre*, no. 258672.

1089 CE, ord. 23 March 2001, *Société Lidl*, *Lebon p.* 154. 盖章的目的是协助执行停工令。《城市规划法》第 L.480-2 条规定：“在未提起诉讼的情况下，检察官应通知市长，市长应主动或应有关方面的要求终止其所采取的措施”（见 CE, 1985 年 5 月 10 日, *Aigues-Mortes c/ Mortureux 公社*, *AJDA 1985*, 第 511 页, obs.L. RICHER）。在此案中，检察官驳回了市政当局的申诉，使市长无法行使第 L.480-2 条规定的权力。由于该措施不属于该条款的范围，因此是非法的。

1090 CE, 2 July 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *Lebon p.*

306. 公共机构巴黎机场援引的《民用航空法》中没有任何一条规定授权行政部门在飞机不再有运营商的情况下保留飞机，从而损害飞机所有者的利益。

1091 CE, ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p.

930. 科利乌尔市市长规定，进入码头必须事先获得批准。因此，问题不在于对公共领域的私人占有--

这排除了占有者以外的任何其他人的使用，并且原则上须经授权（《国家领域法》第 L.28 条）--

而在于根据其目的在该领域内的移动和停泊，这原则上不能受制于授权制度（CE, Ass., 1951 年 6 月 22 日, *Daudignac*, *Lebon* 第 362 页, *GAJA* 第 71 号）。临时救济法官强调，该措施

“通过非法要求获得这种授权（警察条例没有具体规定授权的条件和程序），使市长能够酌情选择获准在科利乌尔停靠的沿海客运船只和运营公司，完全排除他不希望授权的船只和公司”。该命令指出，行政当局这样做是“非法建立一个其警察权力不允许其建立的授权制度”。

1092 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon p.* 167.

1093 CE, ord. 2004 年 8 月 16 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, no. 271148.

行使职权自由的无理侵犯。市议会指出，这项措施 "造成的后果是，所有寄给有关方面的邮件都被系统地打开，而不对这些当选代表可能收到的不同类别的邮件进行任何区分；它没有规定事先征得收信人的同意，也没有任何特殊情况证明是合理的"¹⁰⁹⁴。在温格尔斯市镇案的判决中，法官指出，禁止危险车辆在市镇建成区以外的部分区域通行的命令 "不符合公共安全的需要"。此外，这一禁令足以完全阻止货车在上述期间进入 Nitrochimie 工厂，特别是阻止这些货车使用除通过 Wingles 建筑密集区以外的任何其他路线。法官得出结论："在一天中的大部分时间里，在没有任何公共安全理由的情况下，封锁尼特罗奇米公司经营场所的通道构成了对经营自由和出入自由的严重和明显的非法侵犯"¹⁰⁹⁵。

270. 如果某项行动造成的损害有法律依据或符合普遍利益的理由，那么所采取的措施如果不符合相称性要求，则是非法的。例如，在 *Aguillon* 案的裁决中¹⁰⁹⁶，最高行政法院认为，征用一家诊所的所有罢工人员是对罢工权的过度侵犯，与保护公众健康的目标不符。这一决定当然是合理的，因为它是根据《地方当局通则》的一项规定做出的，而且对公共卫生造成了威胁¹⁰⁹⁷。然而，由于省长打算要求所有罢工的助产士继续在产科工作，因此这一决定并不相称。该解决方案因其普遍性而受到谴责。省长本可在保护公众健康方面取得令人满意的结果，采取对有关自由干涉较少的措施。理事会指出，他应该 "考虑将活动重新部署到其他卫生机构或减少服务的运作"，并 "考虑根据该部门的卫生能力，是否无法以其他方式满足人口的基本需求"¹⁰⁹⁸。同样，如果限制未成年人的行动自由过度限制了公共安全目标，那么这种限制也是非法的。蒙费尔梅尔市市长在 2006 年夏季之前发布并提交给临时救济法官的两项命令说明了这一典型要求是如何评估的。第一项命令是在 2006 年 6 月 30 日之前，禁止 15 至 18 岁的未成年人在市中心任何时候乘坐超过三辆车。临时救济法官指出，"禁止 15 至 18 岁的人乘坐三辆以上的汽车，鉴于其目的和时间范围，即在 2006 年 6 月 30 日之前的每一天、任何时间，对他们行动自由的侵犯显然是不相称的"¹⁰⁹⁹。第二项命令禁止未满 16 岁的未成年人在没有成年人陪同的情况下，从晚上 8 点到凌晨 5 点在该市的同

1094 CE, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, Lebon* 第 173 页。

1095 CE, ord. 26 November 2004, *Commune de Wingles*, no.

1096 CE, 2003 年 12 月 9 日, *Aguillon et autres, Lebon* 第 497 页。

1097 The law on internal security of 18 March 2003 added a 4th degree to article L. 2215-1 of the general code for local authorities, which allows the prefectural authority to call in striking staff, even from a private employer, when this is justified by urgency and a threat of public order disturbance (see F. CHAUVIN, "Les nouveaux pouvoirs du préfet pour la sécurité intérieure", *AJDA* 2003, p. 667; D. MAILLARD DESGREES DU LOU, "L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale", *JCP A* 2003, 1475)。在本案中，受罢工影响的诊所通常提供该部门 42% 的接生服务，因此符合这一要求。当该诊所突然停业时，该省的其他机构无法在令人满意的安全条件下照顾所有病人。因此，从保护产妇和新生儿健康的角度来看，省长采取的征用措施是完全合理的。

1098 这一解决办法符合最高行政法院的一贯判例法，即谴责对罢工权的过度限制（见最高行政法院，1976 年 1 月 7 日，*奥尔良总医院, Lebon* 第 10 页）。在最高行政法院对 *Aguillon* 案做出裁决之前，一审临时救济法官也曾根据 L.521-2 条，对过度侵犯医疗工作者罢工权的与维护公共卫生目标有关的措施进行过制裁（南特 TA, 2001 年 4 月 2 日令，*Syndicat SUD-CRC services santé-sociaux Loire Atlantique, Dr. adm.* 2001, comm. n°155, T.-M. DAVID 注释）。在医院公务员诉讼案中，奥尔良行政法院的临时救济法官也裁定，行政部门仅通过指派急诊医生来组织服务的连续性，不适当地侵犯了申请人的罢工权（奥尔良行政法院，2001 年 12 月 11 日令，*Bennis, AJFP* 2002, 第 39 页）。

1099 TA Cergy-Pontoise, ord 5 mai 2006, *Ott et autres*, n° 0604077, *AJDA* 2006, p. 958, obs.S.BRONDEL.

一地区自由行动，直至 2006 年 6 月 30 日。法官强调，为了促进对未成年人的保护，市长可以根据当地的具体情况，利用《地方当局总法》第 L.2212-1 条及其后各条规定的一般警察权力，“为此目的限制未成年人行动自由的措施的合法性受到两个条件的限制，即这些措施必须以其所针对的部门存在特殊风险为理由，而且其内容必须与相关的保护目标相适应”。在本案中，“鉴于禁令所针对的人数（16 岁以下未成年人）、时间范围（从晚上 8 点起）及其永久性（直到 2006 年 6 月 30 日），该禁令似乎明显过度，与所宣称的保护未成年人的目标不符”¹¹⁰⁰。如果与所追求的目标相比，侵权行为构成对企业自由的过度限制，也属于违法行为。在埃夫里市镇案的判决中，市安全委员会在对当地一家商店的检查中发现了一些问题，这些问题通常只需要一个简单的正式通知，要求在规定的时间内完成各种工程和检查。在这种情况下，如果没有特别的紧急情况，市长不能在委员会视察的当天就依法下令关闭该商店¹¹⁰¹。虽然这一措施是必要的，但从有理由下达关闭令的情况来看，关闭令似乎有些过分。

另一方面，如果措施合理且适度，则是合法的。因此，在上述 Wingles 市镇的命令中，临时救济法官指出，交通禁令只涉及市镇的某些道路，并且仅限于上午 8:15 至中午 12:15 和下午 1:15 至下午 5:30 期间。在这种情况下，“尽管该禁令迫使 Nitrochimie 公司在这些时间段之前或之后送货或发货，从而扰乱了该公司的工作安排，但考虑到其保护公众健康的目的，该禁令并没有因为其严重和明显非法侵犯来往自由的性质而失效”¹¹⁰²。同样，在自由权制度中，如果限制自由的措施与所追求的目标相称，则是合法的。禁止在市场上摆设政治摊位就是这种情况。行政法官指出，“考虑到禁令在时间和地点上的严格限制，该禁令出于维护良好秩序和方便市场内及周边公共活动的需要，似乎并未非法侵犯言论自由和新闻自由”，¹¹⁰³。

法院还原则上同意，过度限制在公共领域经营的公司的企业自由可能是非法的。这一解决方案值得强调，因为在传统上，面对管理公共领域的需要，这方面的限制似乎必须系统地让步。传统上，最高行政法院确认，如果行政部门确保公有领域的管理“既符合该领域及其使用的利益，又符合总体利益”，那么贸易和工业自由原则就不可能“妨碍”行政部门行使其管理领域的权力¹¹⁰⁴。这两项要求之间的平衡几乎系统地损害了在公共领域开展的经济活动¹¹⁰⁵。以至于政府专员 Rougevin-Baville 指

1100 塞尔吉-蓬图瓦兹地区法院，2006 年 5 月 5 日命令，Ott 等人，第 0604074 号，JCP A 2006 年，1118，J. MOREAU 注释。在禁止未成年人夜间行动的措施方面，自由法官也采取了类似的立场，一直谴责范围太广的“宵禁”法令。见 CE, ord. 29 July 1997, *Préfet du Vaucluse*, RFD A 1998, pp.4 August 1997, *Maire de Dreux*, *Quot.* 23 October 1997, n° 85, pp. PELLISSIER ; CE, ord. 9 July 2001, *Préfet du Loiret*, ord. 27 July 2001, *Ville d'Etampes*, AJDA 2002, pp. ARMAND; CE, ord. 2001 年 7 月 30 日, *Préfet d'Eure-et-Loir*, *Lebon T. p.* 1103 ; 2001 年 8 月 2 日, CE, ord. 2001 年 8 月 10 日, *Commune d'Yverres*, *Lebon T. p.* 1106 ; CE, ord. 2001 年 8 月 10 日, *Meyreuil 公社*, *Lebon T. 第 1101 页*。关于“宵禁”令的程序，见 B. SIERPINSKI. SIERPINSKI, "La police administrative au secours de la permission de minuit", R A 1998, pp. 723-730 (1^{ère} part), R A 1999, pp. 28-34 (2nd part)。

1101 CE, ord. 2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry*, *Lebon T. 第 931 页*。

1102 CE, ord. 该措施只有在涉及建筑区以外的部分区域时才是非法的（参见上文第 269 节）。

1103 CE, ord. 1982 年 12 月 15 日, *Commune de Garcbes*, RDP 1983, 第 211-215 页, R. DRAGO 注释。

1104 CE, Sect. 1957 年 12 月 20 日, Société nationale d'édicions cinématographiques, *Lebon 第 702 页* ; CE, Sect. 1996 年 4 月 29 日, Société d'affichage Giraudy, *Lebon 第 293 页*。

1105 见 J.-P. BROUANT, "Domaine public et libertés publiques: instrument, garantie ou atteinte?", LPA 15 July 1994, no. 84, pp. 这一判例法基于一个简单的考虑：用皮埃尔-亨利-泰特根的话说，在公共领域，尤其是公共

出：“在公共道路上开展的活动是否有真正的贸易和工业自由是值得怀疑的”¹¹⁰⁶。然而，特别是在欧共体法律的影响下，行政法院修改了其传统的判例法。虽然最高行政法院（Conseil d'Etat）仍然认为“公共财产的管理机构有责任从财产的利益和使用以及总体利益出发对其进行管理”，但现在它又补充说“在下列情况下，管理机构也有责任：……、根据这些设施的用途，当这些设施成为生产、销售或服务活动的场所时，它也有责任考虑到开展这些活动所依据的各种规则，如贸易和工业自由原则或1986年12月1^{er}日的命令”¹¹⁰⁷。因此，在普遍利益的祭坛上，贸易和工业自由的原则不应再被系统地牺牲。从公共领域的管理中获得的任何利益都不能再自动成为限制这种自由的理由。临时救济法官在2003年5月22日的滨海泰乌尔市镇法令中指出了这一点的后果。诚然，法官回顾了“对在公共领域开展的经济活动的特殊限制”。然而，法官同意对该公司所受制约的程度进行审查，从而承认可以通过 *référé-liberté* 程序来制裁对企业自由的不相称限制¹¹⁰⁸。尽管在公共领域经营的经济主体必须承担一定的负担，但这些负担并非没有限制。行政部门的拒绝或弃权也可能导致侵权行为的非法性。

C. 拒绝或弃权的非法性

271. 一般来说，如果行政部门没有履行强加给它的作为义务，则因拒绝或放弃而导致的侵权行为是非法的。确定拒绝或不作为是否违法在两个方面不同于评估侵权行为是否因作为而产生。一方面，侵权行为可能是合法的，而不必以法律文本为依据。其次，在弃权的情况下，相称性要求的衡量标准是相反的：它要求的不是公共当局的最低限度干预，而是其最低限度的弃权。

272. 拒绝或放弃采取某项行动或给予某项福利，如果无视行政部门采取行动的义务，则属违法。例如，省长违反1998年6月23日法令规定的义务，登记领土庇护申请¹¹⁰⁹，拒绝向根据《行政司法法典》L.521-1条暂停执行驱逐令的外国国民归还有效居留证，或拒绝签发领土庇护申请，均属

道路上，大多数自由都不在“其位置上”（P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Etude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Sirey, 1934, p.

450）。就其性质而言，公共道路主要用于交通。由于其主要目的是保障通行自由，因此只能作为行使其他自由的辅助手段。在这种情况下，“一个把公共道路作为其生意场所或工业手段的人，必须承受与一个只为来往而使用公共道路的人同样的苦难”（P. BON, *La police municipale*, Bordeaux I thesis, 1975, p.251）。

1106 Concl. on CE, Sect. 25 January 1980, *Gadiaga et autres*, *Lebon* p. 44.

1107 CE, Sect. 26 March 1999, *Société EDA*, *Lebon* p. 107.

1108 CE, ord. 22 May 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* p.

232. 在此案中，法官在评估了戛纳水产养殖公司在开展业务时受到的限制程度后，排除了对基本自由的明显非法侵犯。命令解释说，申请公司在公共海域经营海鱼养殖业务，除了不时发生的几起小事故外，交付都是经过批准的。诚然，车辆必须通过一个障碍物，在工作时间由一名港务局雇员看守，但这些进出安排并未造成严重的供应困难。步行也可以随时进入该公司的办公场所。该命令的理由指出，市政府不排除向该公司颁发允许卡车长期进入其设施的徽章。法官补充说，“市政府有责任确保在紧急情况下，特别是在鱼类氧气供应中断的情况下，能够进行必要的运送”。考虑到所有这些信息，特别是法官对氧气供应中断所做的保留，戛纳水产养殖公司必须遵守的经营条件并没有过度侵犯公共领域合理管理所需的经营自由。

1109 CE, 2002年2月15日, *Hadda*, *Lebon* 第45页。

违法。行政司法法典》第 521-1 条1110，或拒绝向寻求领土庇护者签发相当于其根据 1998 年 6 月 23 日法令第 2 条有权获得的居留证的收据1111。同样，法国当局拒绝负责审查申请人的庇护申请，并将他们送回奥地利(没有证据表明该国仍然愿意审查他们的申请)，非法侵犯了他们申请难民地位的权 利1112。由于任何法国国籍已确定的人都有权获得国民身份证，拒绝向法国国籍和身份没有争议的公民发放这种证件是非法的。1113

反之，如果没有任何法律条文规定申请人有权获得所要求的福利，那么拒绝给予申请人福利就是合法的。因此，没有任何法律或法规要求法属波利尼西亚领土议会为残疾民选代表提供帮助其履行职责的人员。在这种情况下，该议会议长推迟适用先前为帮助一名当选代表行使其职权而给予的特惠措施的决定，不能被视为明显不合法1114。同样的情况也适用于所寻求的利益确实由文本规定，但当事人不符合获得该利益的条件。例如，如果申请人没有履行国民兵役法规定的义务，领事机构根据 1947 年 1 月 13 日法令第 2 条 "不得向不服从命令者或逃兵签发护照" 的规定，拒绝签发或延长其护照 "并非明显违法"1115。同样，如果是根据 1967 年 7 月 22 日关于牙科医生职业道德准则的法令第 71 条做出的决定，则拒绝批准牙科医生在同事已经开业的建筑内开业并非明显违法1116。根据 1958 年 12 月 22 日法令第 16 条的规定，希望进入国立法官学校学习的审计员候选人必须享有公民权利且品行端正。在这些条件下，拒绝让犯有盗窃罪的人参加学校1117 的竞争性入学考试并不明显违法。《刑事诉讼法》第 D.408 条规定，允许家属探视囚犯，但须以维护监狱安全和良好秩序为由。因此，如果当事人在前几次探视中试图以不正当手段将某些物品带入监狱，则撤销探视许可并不明显违法1118。1945 年 11 月 2 日法令第 5 条规定，任何希望进入法国的外国人必须持有现行国际公约和法规所要求的证件和签证，因此，如果未成年儿童未持有允许其进入法国的签证 或居留证，则拒绝其进入法国并非明显违法1119。同样，拒绝为持有国际逮捕令的申请人更新护照也是合理的1120。

1110 CE, ord. 2001 年 11 月 8 日, *Kaigisiz, Lebon* 第 545 页。

1111 CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126。

1112 行政法院, 2004 年 5 月 14 日, *Gaitukaev*, 第 267360 号。

1113 CE, ord. 2003 年 3 月 11 日, *Samagassi, Lebon* 第 119 页。

1114 CE, ord. 25 November 2003, *President of the Assembly of French Polynesia, Lebon T.* p. 928。

1115 CE, ord. 9 January 2001, *Depertbes, Lebon* p. 1. 2003 年 3 月 3

日的判决驳回了针对同一判决的上诉 (行政法院, 2003 年 3 月 3 日, *Depertbes, Lebon T.* 第 784 页)。

1116 行政法院, 2001 年 2 月 9 日的命令, *Philippart 和 Lesage* 案, 第 230112 号。根据上述规定, 相关方 "不得在未经同事同意或未经协会部门理事会授权的情况下, 搬入同事已经开业的建筑 (.....)。部门理事会的决定只能出于公共卫生的需要"。在本案中, 在该建筑内执业的医生拒绝了他的授权, 而秩序委员会认为公共卫生的需要并不能成为驳回其拒绝授权的理由。

1117 CE, ord. 2003 年 7 月 18 日, *Jaouik*, 第 258599 号。

1118 CE, ord. 2003 年 9 月 30 日, *Poupard*, 第 260588 号。

1119 CE, ord. 29 September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584。

1120 CE, 2003 年 10 月 27 日, *科恩案*, 第 261221

号。法官特别指出, "虽然来往自由是上述规定意义上的基本自由, 但必须根据法律规定的限制, 按照宪法要求和法国的国际承诺, 评估对来往自由的限制的严重性和合法性"。由于已经对申请人发出了国际逮捕令, 因此对其行动自由的限制 "不能独立于逮捕令的存在而对其影响进行评估"。因此, 行政当局拒绝为其护照延期, 是在协助执行司法当局签发的逮捕令, 并没有明显 非法干涉申请人的行动自由。

同样，当局拒绝批准不完整的申请¹¹²¹或在截止日期后提交的申请¹¹²²也是合法的。

只有当行政部门为拒绝而援引的条文确实适用于案件的具体情况时，理由才是有效的。例如，在 *Hyacinthe* 案中，省政府拒绝向申请人提供申请难民身份所需的表格。为了提供拒绝的法律依据，当局援引了 1952 年 7 月 25 日法律第 10 条，根据该条规定，如果寻求庇护者的申请 "完全是为了阻挠驱逐令"，则可拒绝其进入法国。*Hyacinthe* 女士于 2000 年 12 月 19 日被判驱逐出境，但她只是在 2000 年 12 月 26 日和 29 日才向省政府提出申请。然而，临时救济法官注意到，申请人的伴侣在被判刑之前已经申请了难民身份。因此，根据家庭团聚原则，这一规定不适用于 *Hyacinthe* 女士的案件。因此，当局援引的案文在法律上不能作为拒绝给予其难民身份的理由¹¹²³。同样，内政部长可以援引 1945 年 11 月 2 日法令的规定，合法地拒绝庇护申请明显没有根据的外国国民入境。如果在庇护申请似乎并非明显毫无根据的情况下使用这种可能性，那么拒绝入境就因非法而无效。¹¹²⁴

273. 当局也可以公共利益为由拒绝采取行动。这可能与公共服务的连续性原则、维护公共秩序或管理市政财产的需要有关。

在公务员因宗教原因请假方面，根据公共服务连续性原则所产生的既定判例法，可以 "服务正常运作的需要" 为由拒绝这类请假¹¹²⁵。临时救济法官认为，这一理由在法律上可以作为拒绝允许大楼管理员每周五下午 2 时至 3 时缺勤去清真寺上班的正当理由。¹¹²⁶

有关拒绝向政治和宗教团体出租市政厅的诉讼也说明了在何种情况下，出于普遍利益的考虑可以合法地拒绝出租市政厅。根据最高行政法院的既定判例法，只有在与公共秩序或市政财产管理有关

¹¹²¹ 行政长官，2003 年 6 月 5 日命令，*法属波利尼西亚政府总统*，第 257389 号（拒绝授权申请人参加审查，因为相关方在登记期限到期前没有提交完整的文件）。同理，参见 CE, ord.2005 年 12 月 15 日，*Marxon, Lebon* 第 565 页。

¹¹²² CE, 2002 年 5 月 28 日法令，*Les Verts, Lebon* 第 188 页。1978 年 1 月 9 日法令第 2 条规定，申请《选举法》第 L.167-1 条规定的授权的政党最迟应于 2002 年 5 月 20 日提交申请。*Les Verts* "党的申请是在 5 月 23

日提交的，因此行政当局不得不拒绝其授权申请。以不符合该文本规定为由作出的拒绝决定，"在这种情况下，并不因任何非法行为而失效"。

¹¹²³ CE, ord.2001 年 1 月 12 日，*Hyacinthe, Lebon* 第 12 页。

¹¹²⁴ CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146; CE, ord. 24 octobre 2005, *MBIZI MPASSI*, n° 286247; CE, ord.2006 年 3 月 17 日，*Saidov*，第 291214 号。

¹¹²⁵ CE, 12 February 1997, *Lebon* p. 891。见 G. Koubi, "Autorisation d'absence et liberté de conscience des fonctionnaires", *RA* 1987, p. 133 et seq. SAINT-JAMES, "La liberté religieuse du fonctionnaire", *JCP A* 2005, 1143.

¹¹²⁶ 在一审中，临时救济法官指出，"根据为服务而确定的组织规则，拒绝允许去清真寺，（.....）并不明显违法"（*TA Châlons-en-Champagne*，2004 年 1 月 28 日的命令，*Benaissa 诉 OPHLM Saint-Didier*，*JCP A* 2004, 1145, 注 E. TAWIL）。在上诉中，最高行政法院的临时救济法官维持了这一裁决："认为公共服务正常运行的要求使 B 先生无法获准去医院。尽管 B 所属办公室的楼宇管理员的工作时间条例规定，B 每周五上午 5 时至 8 时、上午 9 时至 11 时以及下午 2 时至 4 时 30 分必须在清真寺，但 B 仍获准每周五下午 2 时至 3 时前往清真寺，因此，圣迪济耶市低收入住房办公室主任并未明显非法干涉 B 先生信奉宗教的自由。B 先生信奉自己选择的宗教"（行政长官，2004 年 2 月 16 日法令，*Benaissa, Lebon T.* 第 826 页）。

的情况下，才可以拒绝提供市政厅1127。在2002年8月19日的 *FN IFOREL* 命令中，临时救济法官指出，“在没有安纳西镇特有情况的情况下，从提交给临时救济法官的卷宗文件和听证期间收集的信息来看，在该镇会议中心举办国民阵线暑期大学不会对公共秩序造成危险，而警察当局无法通过采取适当措施来解决这些危险……”；因此，根据调查，维持安纳西公共秩序的要求不能成为拒绝在该镇会议中心举办国民阵线暑期大学的理由”1128。同样，在公共秩序没有受到威胁的情况下，一个协会被议会报告列为教派的事实也不能成为拒绝向其提供市政厅的合法理由1129。第二个拒绝理由是需要管理市政财产。如果在向行政当局提出申请的当天，市政厅已按申请的日期和时间被预订，则这一理由可以成为拒绝向某一政治团体提供市政厅的合法理由1130。另一方面，如果一方面会议中心所在的公园仅是该镇向公众开放的绿地的一小部分，另一方面从档案文件中看不出举办暑期大学与保持该公园向公众开放不相容，那么拒绝向政党开放会议中心就不能成为正当理由。1131

最后，应特别注意有关警察拒绝提供协助的诉讼，因为这是临时禁令领域值得注意的申请主题。如果行政部门在没有扰乱公共秩序的威胁的情况下拒绝提供警察协助以执行法院命令驱逐非法占用私人财产者的裁决，则非法侵犯了所有权1132。另一方面，如果确实存在扰乱公共秩序的威胁，拒绝这样做是合理的，因此也是合法的。根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条，临时救济法官在评估这

1127 见 CE, 1996 年 3 月 15 日, *Cavin, Lebon* 第 83 页。

1128 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, *国民阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*, *Lebon* 第 311 页。在类似情况下，最高行政法院撤销了拒绝为组织一次国民阵线公开会议提供大厅的决定，理由是“从卷宗文件中看不出这次会议具有威胁公共秩序的性质，在这种情况下，警察措施无法阻止”（行政法院，1997 年 12 月 29 日, *Maugendre, Lebon*, 第 826 页）。

1129 TA Rennes, ord.11 February 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 April 2003, p. 12; TA Paris, ord.13 May 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA 2004, pp.

1130 CE, ord. 2001 年 3 月 2 日, *Dauphine*, n° 230798。

1131 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, *国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*, *Lebon*, 第 311 页。

1132 虽然省当局原则上¹¹³²有义务确保法院判决的执行（1991 年 7 月 9 日法律第 16 条规定，“国家有义务协助执行判决和其他可执行的所有权”），但如果执行判决似乎可能对公共秩序造成重大风险，省当局可以依法拒绝提供警方协助（CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphane et autres, Lebon* p. 117 ; CE, 2002 年 6 月 27 日法令, *Frullani et SCI Marçflore, Lebon T. p.872* ; CE, 2002 年 7 月 22 日法令, *SARL Société de réalité, Lebon T. p.872* ）。117; CE, ord. 27 June 2002, *Frullani et SCI Marçflore, Lebon T. p. 872*; CE, ord. 22 July 2002, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, no.2002 年 10 月 31 日, *Société coopération et famille*, 第 251314 号 ; 2002 年 11 月 21 日, CE, ord., *Gaz de France, Lebon p.408* ; 2002 年 11 月 27 日, CE, ord., *SCI Résidence du théâtre, Lebon T. p.874* ; 2003 年 9 月 2 日, CE, ord., *Société SAGEP et autres*, 第 259866 号 ; 2004 年 10 月 15 日, CE, ord.2004 年 10 月 15 日, *Société Sud-Est réalisations*, 第 272934 号 ; 2005 年 7 月 13 日, CE, ord.2005 年 7 月 13 日, *Société Combé Chavat 2*, 第 282220 号 ; CE, ord.2005 年 8 月 11 日, *Mainqueneau 案*, 第 283462 号）。临时救济法官重申了已确立的行政判例法，其原则在 1923 年的 *Couïetas* 判决中已有规定（行政法院，1923 年 11 月 30 日, *Couïetas, Lebon* 第 789 页, *GAJA* 第 43 号）。

种威胁的现实性时要求¹¹³³。行政部门不仅必须提供其所声称的扰乱风险的证据¹¹³⁴。此外，由于这是执行法院判决义务原则的例外情况，因此必须严格理解。对简单抵抗或轻微骚乱的恐惧并不足以解除行政部门向警方提供协助的责任¹¹³⁵。反之，当使用武力有可能激起占用房舍的人的暴力反应时，骚乱的风险就成立了¹¹³⁶。骚乱也可能源于社会困境，尤其是有子女但无法得到安置的家庭

¹¹³³ 这种对骚乱风险的严格评估与宪法委员会和欧洲人权法院在这方面施加的压力不无关系。在第 403 DC 号决定中，宪法委员会确认“任何司法判决都是可执行的；因此，任何判决都可能导致强制执行，如果需要，公共力量必须协助执行；这一规则是《人权和公民权利宣言》第 16 条规定的分权原则的必然结果”。行政法院明确指出，行政当局确实可以减损这一规则，但仅限于“与维护公共秩序有关的特殊情况”（CC，第 98-403 DC 号，1998 年 7 月 29 日，cons.46，*Rec.p.276*）。同样，斯特拉斯堡法院将判决的执行作为《公约》第 6 条所指的诉讼程序的一个要素，指出“如果缔约国的国内法律秩序允许具有约束力的终局司法裁决无法执行，从而损害当事人的利益，那么诉诸法院的权利就是虚幻的”（欧洲人权法院，1997 年 3 月 19 日，*Hornsby 诉希腊*，ECR 1997-II，第 495 页，第 40 节）。关于因省长拒绝协助警方执行对房客的驱逐令而对意大利国家作出的判决，见欧洲人权法院，1995 年 9 月 28 日，*Scollo 诉意大利*，A 系列，第 315-C 号（违反第 1 号议定书第 1^{er} 条）。

¹¹³⁴ CE, ord. 2002 年 11 月 21 日，*Gaz de France, Lebon* 第 408 页。

¹¹³⁵ 因此，不能“仅仅从附近几个艺术家工作室的存在所引起的同情潮流中”推断出骚乱的威胁（行政长官，2002 年 11 月 21 日命令，《法兰西报》，*Lebon* 第 408 页）。另见行政长官 2002 年 11 月 27 日命令，*SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* 第 874 页。警察局长为了证明他的拒绝是合理的，援引了公共秩序方面的理由，即某些当地居民对在被占房舍内组织的演出感兴趣。然而，这一理由似乎并不充分，因为从卷宗中看不出警察的协助可能会激起可能导致混乱或暴力的反应。法官指出，与此相反，对公共秩序的担忧来自建筑物的破旧状况、对附近居民造成的不便以及在未采取适当安全措施的情况下组织活动对观众造成的危险。在上述 *Stéphaur* 案的裁决中，最高行政法院强调了“住户所追求的目标，主要是抗议性的”，他们“这样做是为了引起人们对马赛地区住房困难的关注”。疏散住户的目的是结束媒体行动，而不是剥夺贫困家庭的住房。在这种情况下，扰乱公共秩序的威胁尚未得到证实。

¹¹³⁶ 在公司员工占用公司场所的情况下，拒绝的理由可以是“Jardinerie Gros Pin 公司员工的反应有可能会扰乱公共秩序，执行所要求的驱逐令可能会危及他们的工作”（CE, ord. 27 June 2002, *Frullani et SCI Marçflore, Lebon T. p. 872*）。*Saint-Charles 纸箱公司案*就是这种情况（见 CE, Ass., 2 June 1938, *Société la cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles, Lebon p. 521*, concl. DAYRAS）。同样，当当事人携带武器，以暴力行为和拒绝与机构对话而著称，并准备采取严重行动来反对其父亲将其工作的农场驱逐出去时，拒绝援助似乎也是合理的（行政长官，2004 年 10 月 15 日命令，*Sud-Est réalisations*，第 272934 号）。同理，另见 CE, ord. 2005 年 7 月 13 日，*Combé Chavat 2 公司*，第 282220 号。

1137, 或孤立无援且没有收入的人¹¹³⁸。即使没有发生骚乱, 在《法国建筑与住房法》第 L.613-3 条规定的 "冬季休战" 期间, 拒绝警察的援助也是合法的, 该条款禁止在 "11 月 1 日至次年 3 月 15 日期间驱逐"¹¹³⁹。在此期间, 只有在未经许可的住户已经实际占有房舍¹¹⁴⁰, 且不存在骚乱威胁的情况下, 拒绝协助才再次成为非法行为¹¹⁴¹。最后, 法官会考虑案件的所有情况, 尤其是不执行裁决可能造成的骚乱, 包括 "延迟驱逐占用者对其安全造成的直接威胁"¹¹⁴²。

因此, 一个文本或一个普遍利益的理由可以成为拒绝或放弃行使侵犯基本自由的行政权的理由。在评估合法性条件时, 法官还将考虑弃权的合理性或相称性。

274. 在评估弃权的合法性时, 违反相称性要求的形式是无理拖延处理公民提出的请求。虽然延迟处理请求可能因案件的某些特殊性而有正当理由, 因而是合法的, 但如果延迟明显过度, 则成为非法行为。

例如, 在身份证件的签发和延期方面就是如此。临时救济法官宣布: "如果拒绝为法国公民更新或签发护照侵犯了出入境自由 (.....), 则没有任何法律或法规条款规定拒绝的时限, 除非任何默示的拒绝决定是非法的。 (.....), 没有任何法律或法规规定, 如果默示的拒绝决定是非法的, 则规定了更新或签发护照的时限; 但是, 收到这种请求的行政部门必须在合理的时间内作出决定, 由法官根据案件的所有情况酌情作出评估"¹¹⁴³。临时救济法官曾多次适用这些原则。例如, 考虑到为支持护照延期申请而出具的文件, 特别是申请人家庭的另外两名成员为支持同样以护照遗失为由提出的申请而出具的文件, 需要进行检查, 因此 7 个月的调查并非不合理¹¹⁴⁴。同样, "鉴于对当事人身份的怀疑"

¹¹³⁷ 在 1983

年的一项裁决中, 最高行政法院裁定, 拒绝使用公共武力驱逐一名无生活来源的失业男子和八名子女 (包括六名未成年人和两名婴儿) 是合法的, 因为这 "可能合法地引起人们担心驱逐会破坏公共秩序" (行政法院, 1983 年 4 月 27 日, *内政部诉 SIRAP 公司*, 第 40278

号)。同样的推理也适用于临时救济。临时救济法官明确认为, 拒绝提供公共力量的援助是有理由的, 因为在房舍内有几个家庭, 其中包括许多儿童, 而对这些家庭来说, 没有任何安置的办法 (CE, 2002 年 7 月 22

日令, *SARL Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, 第 248734 号; 关于同一栋楼, CE, 2003 年 7 月 17 日令, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, 第 248734 号)。2003 年 7 月 17 日, *Société de réalisation et de rénovation immobilière (SRRI)*, 第 258506 号; 2002 年 8 月 2 日, CE, ord., *Société Prophal*, 第 249110 号; 2002 年 10 月 31 日, CE, ord. 2002 年 10 月 31 日, *Société coopération et famille*, 第 251314 号; CE, ord. 2002 年 12 月 12 日, *Ferre 公司*, 第 252412 号; 2003 年 9 月 2 日, *SAGEP 等公司*, 第 259866 号; 2003 年 10 月 29 日, *Resimmo 公司*, *Lebon* 第 911 页)。

¹¹³⁸ 拒绝警方协助的理由可能是: 被要求驱逐者 83 岁, 在该房舍居住了 35 年, 与其女儿住在一起, 资源有限, 没有其他住所 (行政法院, 2003 年 10 月 10 日命令, *Sagnard*, 第 260867 号)。

¹¹³⁹ CE, ord. 2004 年 3 月 8 日, *Maingueneau*, no.

¹¹⁴⁰ 在这种情况下, 《法国建筑与住房法》第 L.613-3 条明确规定, 擅自占地者不得利用该条的规定。

¹¹⁴¹ CE, 29 March 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon* p. 117; CE, ord. 27 November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. p. 874.

¹¹⁴² CE, 29 October 2003, *Société Resimmo*, *Lebon* p.

911。然而, 在本案中, 威胁似乎并没有立即发生, 因此警察当局的拒绝行为不被视为明显非法而无效。

¹¹⁴³ CE, ord. 2001 年 10 月 11 日, *塔比布*, *Lebon* T. 第 1133 页。

¹¹⁴⁴ 行政长官, 2004 年 7 月 20 日命令, *Mzimba*, 第 270440 号。

，超过 18 个月未对申请人的护照延期申请做出决定并不构成明显不合法¹¹⁴⁵。同样的原则也适用于国民身份证的签发或延期申请。法官回顾说，“应由行政当局确保为支持国民身份证申请而提供的文件具有确定申请人身份和国籍的性质；在不严重和明显非法侵犯基本自由的情况下，对这方面有充分理由的怀疑可导致在对每种特定情况进行适当检查后发放或更新身份证”¹¹⁴⁶。在本案中，对申请人提供的文件的真实性存在严重怀疑。在这种情况下，法官认为，省长决定在相关法律程序有结果之前推迟身份证的延期并不构成明显的违法行为。同样，在 2002 年 9 月 18 日，领事部门仍未将阿尔及利亚共和国民事登记员于 2002 年 4 月 28 日举行的婚礼转入民事登记册¹¹⁴⁷时，也没有超过合理的时限。对“假结婚”的怀疑也可作为延长审查居留证申请时限的理由。¹¹⁴⁸

另一方面，尽管延迟是合理的，但如果超过了合理的时间长度，就会变得过度。例如，行政部门在向居留证申请人发放其根据法律¹¹⁴⁹有权获得的收据时过分拖延，就属于这种情况。同样的情况也适用于在法国常住十年以上的外国人，他应该自动获得带有“私人和家庭生活”（vie privée et familiale）字样的居留证¹¹⁵⁰，但他在十四个月内没有执行推翻驱逐令的判决。

在类似的争端中做出的两项判决以不同的方式解决，说明了对回应选民要求的合理性或尽责性要求的评估。根据 2004 年 2 月 27 日《组织法》第 81 条第 1 款的规定，“部长的辞呈应提交给法属波利尼西亚总统，由总统确认（……）”。临时救济法官在 2006 年 4 月 11 日的命令中指出，“虽然这些规定并不意味着法属波利尼西亚总统必须立即承认部长的辞呈，而且为了安排辞职部长的继任者，从而确保政府在该部长负责的领域内行动的连续性，总统有一段时间承认对他有约束力的辞呈，但这段时间不得超过合理的长度”。在本案中，法属波利尼西亚总统在 2006 年 3 月 13 日收到申请人的辞职信后，没有采取任何行动，也没有提出任何与法属波利尼西亚行政管理有关的理由来证明推迟承认申请人辞职的决定是合理的。法官确认，“在这种情况下，他可以用来承担辞职后果的合理时间显然已经超过”。因此，他的不作为构成了明显的违法行为¹¹⁵¹。另一方面，当政府团队成员在法属波利尼西亚议会投票前两天（即 2006 年 4 月 11 日）提交辞呈时，法属波利尼西亚总统在第二天拒绝承认辞呈并不构成明显违法。在这种情况下，拒绝承认是合理和适度的¹¹⁵²。如果地方民选代表自由行使

¹¹⁴⁵ CE, ord.2003 年 12 月 30 日, *拉布里*, 第 263121 号。

¹¹⁴⁶ 行政长官, 2004 年 2 月 25 日命令, *Ibrabime*, 第 264949 号。

¹¹⁴⁷ CE, ord.2002 年 9 月 18 日, *Bouchakour*, 第 250340 号。

¹¹⁴⁸ 见, 确认初审法官的裁决: CE, ord.2002 年 12 月 16 日, *Ghoggal*, 第 252513 号。行政当局考虑到提请其注意的可能导致其认为申请人的婚姻是权宜婚姻的因素, 决定继续调查利害关系人的案件, 以便在充分了解事实的情况下决定是否签发他所申请的居留证。中间法官认为, 考虑到案件的所有情况, 这样的决定无论如何都没有超出行政部门必须做出决定的合理期限。因此, 未对申请采取明确立场并不构成明显的违法行为。

¹¹⁴⁹ CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.*
p.1132: 对于行政当局向外国公民签发其依法有权获得的居留证申请收据的决定, 超过 2 年零 7 个月未采取任何行动。更有甚者, 参见 3 年零 6 个月: CE, 2003 年 5 月 7 日, *Boumaiza*, 第 250002 号。

¹¹⁵⁰ CE, ord.2002 年 6 月 11 日, *Ait Oubba, Lebon T.* 第 869 页。

¹¹⁵¹ CE, ord.2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere, Lebon* 第 197 页。

¹¹⁵² CE, ord.2006 年 4 月 13 日, *Vernaudon*, 编号 292343。Vernaudon 先生于 2006 年 4 月 11 日提交了辞职信。在 2006 年 4 月 12 日的一封信中, 法属波利尼西亚总统辩称, 为了不立即承认 Vernaudon 先生的辞呈, 有必要考虑到他的辞呈, 以便对政府进行全面改组, 并考虑到公共行政的需要。法官认为, “既然

职权受到影响，则不构成违法。

275. 从上述情况可以看出，并非所有侵犯基本自由的行为都是非法的。非法性并不是在认定这种自由受到侵犯后当然产生的。对基本自由的侵犯必须是非法的这一要求更为严格，因为法律要求的不仅仅是非法性，而是**明显**的非法性。

II. 明显非法

276. 行政司法法典》第 L.521-2 条要求所犯的违法行为必须是明显的。这一条件要求很高，因此很难满足。

A. 明显非法

277. L. 521-2 条要求 "明显非法" 侵犯基本自由。一般来说，形容词 "明显" 和副词 "显然" 构成表达明显或公然的标准¹¹⁵³。因此，对法官而言，明显的评估错误是 "一个明显的错误 (.....)，对一个开明的头脑而言是不容置疑的"¹¹⁵⁴。在进行有限审查时，"最高行政法院对错误本身的重要性的重视程度低于其明显程度"¹¹⁵⁵。行政司法法典》第 L.521-2 条中使用的公式也可以与 "明显违法" 的命令相比较，如果该命令可能严重损害公共利益，公务员可以甚至必须不服从该命令。¹¹⁵⁶

更直接地说，这一表述使人想起新的《民事诉讼法》第 809 条第 1 款，该款赋予民事临时救济法官结束 "明显非法的骚乱" 的管辖权。当民事临时救济法官据此进行干预时，"被告的行为必须明显违反道德、法律、法规或协议 (.....)。如果这一点不明显，扰乱可能是非法的，但不是 '明显' 非法的"¹¹⁵⁷。第 L.521-2 条对 "明显" 非法干涉的要求赋予了完全相同的含义。这一条件并不意味着临时救济法院必须局限于有限的审查，正如有人所认为的那样¹¹⁵⁸，而是指所援引的非法性必须具有公然

这些理由在法律上允许法属波利尼西亚总统不立即承认辞职，而且这些理由似乎并非毫无根据，既然贝尔诺东先生已经辞职，法属波利尼西亚总统就有权考虑他的辞职。Vernaudon

辞职是在选举前两天提出的，因此，法属波利尼西亚总统在对临时救济申请作出裁决之日，似乎并没有无视他必须在合理时间内承认政府成员辞职的规定"。

¹¹⁵³ 见 S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit, pp. PETIT, "L'évidence", *RTDcin*, 1986, pp.

¹¹⁵⁴ G. BRAIBANT, 关于 CE 的未发表结论, Sect. 1970 年 11 月 13 日, *Lambert*, *AJDA* 1971 年, 第 53 页, 引自编年史。D. LABETOUILLE 和 P. CABANES, *AJDA* 1971, 第 35 页。

¹¹⁵⁵ B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, LGDJ, travaux et recherches de la Faculté de droit et de science politique de Clermont I, 1977, p. 247. 另见 J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, *L'espace juridique*, 1988, 341 p.

¹¹⁵⁶ 公务员总章程》第一篇第 28 条。见 A. TAILLEFAIT, *Jcl. fonctions publiques*, fasc. 300 (11, 2006),

no. 关于行政法官对这一概念的理解，见 B. CHERIGNY, "Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile", *RDP* 1975, pp.

¹¹⁵⁷ P. Bertin, "Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère", *GP* 1983, 1, p. 419.

¹¹⁵⁸ M. Deygas 断言，通过 *Medrinal* 命令 (以有争议的决定并非 "明显非法" 为由驳回临时救济申

性的所有特征。正如 M. Martin 所指出的, "临时救济法官必须一看便知"¹¹⁵⁹。侵权行为的非法性必须是不言而喻的; 它 "必须像临时救济法官一样跳出来"¹¹⁶⁰。

278. 行政司法法典》第 L. 521-2 条中的这一条件可从两方面加以解释。

首先, 法官作出裁决的时间极为短暂, 这就证明关于明显不合法的要求是合理的。临时救济法官不得不在申请登记后 48 小时内审查案件并作出裁决, 因此无法详细审查有争议的行为或举动是否合法。由于法院不能进行深入调查, 因此必须在 48 小时的时限内让法院看到不合法之处, 而且这种不合法之处必须是显而易见的。正如 Dugrip 先生所指出的, Dugrip 先生一般认为, "如果提交给法院的案件的解决办法是确定和简单的, 那么就更有可能会迅速作出裁决"¹¹⁶¹。当根据 L.521-2 条向法院提交案件时, 对法院来说, 解决方案必须是简单的, 要做到这一点, 非法性必须是显而易见的。临时救济法官作为极端紧急状态下的法官, 必须比其他任何法官都更清楚地了解问题的明显性。对他来说, 有争议的情况必须是显而易见的。

临时救济程序的自主性也证明了 "明显" 非法的要求是合理的。正如 Cassia 先生所指出的, 第 L.521-1 条规定的临时救济程序提供了一定程度的确定性, 而第 L.521-2 条则没有: "在临时中止的情况下, 措施在尽可能早的日期终止"。521-2: "在临时救济的情况下, 该措施最迟在要求合议庭作出裁决时终止, 这样, 临时救济法官所犯的任何评估错误将在审查案情实质的申请时以某种方式得到补偿; 相比之下, 由于临时救济不受在主要程序中提出申请的限制, 临时救济法官没有随后对申请进行深入审查所提供的'安全网'"¹¹⁶²。由于没有法官随后对案情进行干预所提供的安全保障, 临时救济法官通常只能在行政部门明显行为不当的情况下才能使用他所掌握的相当大的权力。在 48 小时内进行干预时, 他只应在违法行为不容讨论的情况下行使其特权。

279. 例如, 在简易程序中, 紧迫性的作用是加强对非法性的要求。相反, 在其他程序中, 紧迫性会导

请), 法官打算给 "行政部门留出一定的判断余地, 临时救济法官只能以'有限制的'方式对其进行制裁" (S. Deygas, CE 下的注释, 2001 年 8 月 9 日命令, *Medrinal, Procédures* 2001, comm. no. 239, p.19)。对 *Medrinal* 案裁决的这种解读显然必须予以拒绝。事实上, 通过提及明显非法的要求, 法院只是重申--并检查--L.521-2 条明确规定的法律条件的存在。法院在提到 "明显

"不合法时, 绝不是在暗示某种程度的控制, 或者更确切地说, 是在暗示对有争议的措施的合法性的较小程度的控制。此外, 在实践中, 临时救济法院通常并不局限于对据此提交给它的行政决定的合法性进行有限的审查。相反, 临时救济法院对事实的法律特征进行全面和彻底的控制, 例如, 在面临驱逐寮屋居民或举办政党暑期大学时, 对扰乱公共秩序的现实风险进行评估 (见上文, 第 273 节), 同时对相称性进行控制, 例如对驱逐外国国民的决定进行控制 (CE, Sect, 2001 年 10 月 30 日, *内政部长 c/ Tliba, Lebon* 第 523 页) 或征用罢工人员的措施 (见上文第 270 节)。临时救济法官行使的不是最低限度的控制, 而是最高限度的控制。

1159 R. MARTIN, "Les nouveaux référés administratifs", *Annales des loyers* 2002, p. 1114.

1160 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p.

121. 关于这个问题, 见同一作者的 "L'examine de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté", *RFDA* 2007, pp.

1161 O.DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 391.

1162 P. CASSIA, 同前, 第 121 页。这就解释了为什么作为 référé-suspension 变体的 déferé-liberté 只要求对决定的合法性有严重怀疑。

致更灵活的评估。事实上，在司法私法和行政诉讼中，紧迫性总是会改变对行为或情况合法性的评估；临时救济法官从来都不需要像审理案情实质的法官那样，对“简单的”非法性或违法性进行定性。紧迫性可能以两种方式改变对合法性的评估。首先，它可以使评估变得更加灵活，这与《行政司法法典》第 L. 521-1 条中对裁决合法性的“严重怀疑”概念以及《新民事诉讼法典》第 808 条中不存在“严重争议”的概念是一致的。它还可能产生收紧违法性门槛的效果，而违法性的门槛则体现在《行政司法法典》第 L. 521-2 条中“明显违法”的侵权行为和新《民事诉讼法》第 809 条第 1 款中“明显违法的扰乱”的概念中。在第一种情况下，非法性或违法性必须是明显的、可能的或可能的¹¹⁶³，而在第二种情况下，非法性或违法性必须是明显的和确定的。

根据这一标准，可以确定非法性评估的三个层次。第一个层次--要求最低--是明显或可能的非法性。第二个层次--中间层次--是由初审法院确定的“简单”非法性。第三个层次--要求最高--是确定的非法性：非法性无从谈起。关于《行政司法法典》第 L.521-2 条，主要案例的作者提到了“所犯违法行为的确定证据”¹¹⁶⁴。因此，L.521-1 条的严重怀疑与 L.521-2 条的明显违法之间有两个层次的区别：明显违法比简单违法更难成立，更不用说比严重怀疑更难成立。如果不存在《行政司法法典》第 L.521-1 条所指的严重疑问，自然也就不存在第 L.521-2 条所指的明显不合法。临时中止法官是外观法官¹¹⁶⁵，临时救济法官是证据法官。

如果临时救济法官发现了明显的非法行为，那么可能被要求对案件作出裁决的审判法官必然会发现“简单的”非法行为。明显的非法行为更应该是非法行为¹¹⁶⁶。另一方面，临时中止法官并不对法律的实质内容作出裁决。他的职责只是在对某项决定的合法性产生怀疑时暂停执行该决定。因此，审理主要诉讼的法院完全有可能根据案情驳回申请，因为它必须认定该决定不合法。正如拉贝图勒院长所指出的，“审理主要诉讼的法院以不同于审理临时措施申请的法院的方式作出裁决，这一点也不反常”¹¹⁶⁷。很自然的是，一个合法性仅仅受到怀疑的行为，在经过全面调查后，可能看起来并不违法¹¹⁶⁸。甚至可以说，在这种情况下，审理案件实质的法官与审理临时措施申请的法官对案件的判断并无不同；他并不谴责后者采取的解决办法。很简单，他们判断的不是“同一件事”：前者必须

¹¹⁶³ 参见 R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, 编年史, 第 158 页。

¹¹⁶⁴ GAJA no.

¹¹⁶⁵ 它判断“外观和可能性” (L. VALLEE, concl. on CE, Sect. 29 November 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole*, BDCF 2/03, no. 28, p. 38)。

¹¹⁶⁶ 如果审理案情的法官在临时救济法官之后做出裁决--如果申请被受理，自然与后者的意义相同--并宣布有争议的行政决定无效，那么针对临时救济令提出的上诉就失去了意义。参见 CE, ord. 18 June 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, Lebon T. p. 877。2003 年 5 月 23 日，帕皮提行政法院临时救济法官根据《行政司法法典》第 L.521-2 条下令暂停执行波利尼西亚领土部长会议的两项法令，申请人对该命令提出上诉。帕皮提行政法院在 2003 年 6 月 10 日的判决中废除了这两项命令。因此，最高行政法院临时救济法官没有必要对针对 2003 年 5 月 23 日命令提出的上诉作出裁决。

¹¹⁶⁷ D.LABETOULLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien no. 1, p. 7.

¹¹⁶⁸ 例见 CE, Sect. 11 July 2001, *Société Trans-Ethylène*, *Environnement* 2002, comm. n° 29, note.P.-J.BARALLE (临时救济法官的决定，承认对有争议的决定的合法性存在严重疑问) 和 CE, 2001 年 10 月 24 日, *Commune de Marennes*, *Environnement* 2002, comm. n° 56, note.D.DEHARBE (法官驳回撤销该决定请求的决定)。关于这两项裁决的联合评注，参见 *Dr. adm.* 2002, comm. n° 38, note C. MAUGUE.MAUGUE.

认定决定是非法的，而后者只能提出疑问。反之，临时救济法官与审判法官判定的是“同一件事”，即不合法：对审判法官来说很简单，但对临时救济法官来说，由于情况紧急，则是有条件的。

280. 临时救济法官必须将其干预限于明显的非法行为，即，鉴于其职务，限于简单的非法行为。他无权对复杂的法律问题作出裁决，因为对对这些问题的分析不符合给他的48小时裁决时限。

因此，临时救济法官不能审查作为有争议措施法律依据的法律的公约性。在 *Allouache* 等人一案中，申请人认为2005年11月18日将法国紧急状态延长三个月的法律违反了《欧洲人权公约》的某些条款。该命令指出，“考虑到临时救济法官的职能，在审理主要诉讼的法院或有权作出初步裁决的法院没有作出相关司法决定的情况下，声称法律违反国际承诺的抗辩不可能得到考虑”¹¹⁶⁹。不过，这一判例法的适用有一定的灵活性。可以接受的是，如果审理主要诉讼的法院已经就某一条款的合宪性作出裁决，而该条款与临时救济法院以反对方式质疑的条款相似，则临时救济法院有权审查有争议条款本身的合宪性。因此，在2007年4月21日的一项命令中，最高行政法院的临时救济法官承认，他有权以前所未有的方式评估《选举法》第L. 52-2条的常规性，该条禁止在共和国境内最后一个投票站关闭之前公布选举结果¹¹⁷⁰。这种更为灵活的方法可能会削弱最初判例法的严谨性。

在临时救济法官审查作为有争议行为依据的管理法案的合法性的可能性方面，也出现了类似的情况。在2002年5月28日的一项命令中，临时救济法官同意审查作为有争议的个人行为的依据的管理法是否符合《宪法》。他顺便指出，“1978年1月9日法令第2条（.....）既不违反《宪法》第4条，也不违反《欧洲人权与基本自由公约》第10条（.....）”¹¹⁷¹。随后，在 *Société Outremer Finance Limited* 案中，最高行政法院的一个小组审议了这一问题。政府专员 Gilles Bachelier 希望临时救济法官能够以例外方式审查条例的合法性。政府专员提到了2001年8月30日的一项决定，该决定默示授权临时中止

¹¹⁶⁹ CE, ord. 9 December 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p.

562. 临时救济法官的职权范围中不包括对法律合乎常规性的审查，这是最高行政法院在临时中止程序

中首次规定的。参见 CE, 30 December 2002, *Ministre de l'aménagement c/ Carminati*, *Lebon* p. 510, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 74, obs. M. G.; *Coll. ter. comm.* n° 55, note L. ERSTEIN; *AJDA* 2003, pp. LE BOT. 关于这个问题，见 B. LE BAUT-FERRARESE, "L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne", *LPA* 25 February 2004, no. 40, pp. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat", *AJDA* 2006, pp.

¹¹⁷⁰ CE, order. 临时救济法官审查了这种对《欧洲人权公约》第10条所保障的言论自由的限制是否与所追求的目标相称。在此之前，最高行政法院从未审查过这一条款的公约性。然而，最高行政法院确实审查了限制在选举期间播放民意测验的法律（行政法院，Sect., 1999年6月2日，*Meyet*, *Lebon* 第161页；行政法院，2000年9月13日，*Meyet*, *Lebon* T. 第1010

页）。以此类推，评估限制是否符合常规的一般标准可转而适用于提交临时救济法官审查的条

款。只要法官的评估是以初审法院在同一争议中采取的解决办法为框架，这就足以保持在 *Carminati*

判例法的范围内。在本案中，临时救济法官采用了最高行政法院在上述判决中使用的推理方法，指出立法机构对公布选举结果的限制，尽管这些结果是在每个投票站的计票工作结束时公开宣布的，“特别是基于立法机构的关切，即避免公民的选择受到影响，从而损害其自由表达投票的基本权利和投票的诚意”。它指出，“这样做的目的与《公约》第10条第2

款所指的‘保护他人的权利’有关；由于它只是将在报刊上公布选举结果或以任何电子手段向公众传播选举结果的时间推迟到共和国境内最后一个投票站关闭时，因此这一限制与所追求的目标是相称的”。

¹¹⁷¹ CE, ord. 2002年5月28日，*Les Verts*, *Lebon* 第188页。

法官行使这一控制权¹¹⁷²，政府专员指出，L.521-2 条的法官应能够对某项条例的合法性进行制裁。在提到 2001 年 8 月 30 日的一项决定默示授权临时中止法官行使这一控制权时，政府专员指出，L.521-2 条的法官应该能够在违法性明显的情况下对这种违法性进行制裁：“即使 *référé-liberté* 的法官必须在 48 小时内作出极端紧急的裁决，从而排除了为评估文本的合法性而进行的深入研究，但我们认为，保留这样的假设似乎是可取的，即裁决所依据的法规行为具有明显的违法性，不需要进行任何调查”¹¹⁷³。然而，最高行政法院并没有就此问题做出裁决，因为有争议的决定在另一个方面也是非法的。随后，一个小组必须对作为有争议的个人行为的法律依据的规范性法案的非法性的抗辩做出裁决。根据 2004 年 8 月 14 日法令第 1^{er} 条的规定，法国难民和无国籍人保护局局长拒绝登记申请人提交的庇护申请。最高行政法院指出，“考虑到临时救济法官的作用，不能支持声称上述 2004 年 8 月 14 日法令第 1^{er} 条不合法的抗辩”¹¹⁷⁴。通过使用“接受”一词，裁决承认这种抗辩是有效的。如果在本案中不能对其进行制裁，那是因为它不够明显。无论如何，侵权行为明显违法的要求似乎难以满足。

B. 难以满足的要求

281. 要使临时救济法官能够下令采取保护措施，非法性必须是显而易见的。如果法官认为行为或举止的非法性并不明显，或者法官对行为或举止的合法性有简单的怀疑，甚至是严重的怀疑，则法官必须根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条驳回申请。由于法律用语的原因，建议法官不要在这方面冒任何风险。如果行政当局没有采取绝对肯定的非法立场，临时救济法官必须驳回申请人的申请。

282. 有三项裁决特别清楚地说明了明显非法这一条件所产生的高要求。

首先，从 2002 年 3 月 18 日的 *GIE Sport* 命令中可以看出，文本的含糊不清妨碍了违法行为的明显性¹¹⁷⁵。在该案中，争议的起因是国家足球联盟决定授予某些体育比赛的独家播放权。*GIE Sport Libre* 认为该决定没有法律依据，因为 1984 年 7 月 16 日的法律第 18-1 条和第 18-2 条规定了授予独家使用权的可能性，而 *GIE Sport Libre* 认为该条款不适用于广播服务。因此，有争议的决定的合法性问题取决于该法律是否适用于广播领域。正如临时救济法官所说，“争议的解决与以下问题有关：广播电台对体育赛事的实况转播是否属于这些条款所规定的‘利用权’的范围，以及由此产生的电视规则是否也适用于广播”。因此，一切都取决于该文本的范围。然而，由于其措辞含糊不清，不可能在包含或排除的意义上得出肯定的结论。该法第 18-2 条第 2 款规定：“本权利的销售者或购买者不得反对其他视听传播服务机构播放从受让人服务机构的图像中免费摘录的、由非开发权受让人服务机构自由选择播放的简短节目”。法官指出，“由于在第 18-2 条第二款中同时使用了‘音像传播服务’和‘图像’这两个用语，这些条款存在含糊不清之处；鉴于这种含糊不清之处，可能使全国橄榄球联盟的决定无效

¹¹⁷² CE, ord.2001 年 8 月 30 日, *Djaoui, Lebon T.* 第 1100 页。

¹¹⁷³ G. Bachelier, concl. on CE, 2 July 2003, *Sté Outremer Finance Limited, AJDA* 2003, p. 1782.

¹¹⁷⁴ CE, 2005 年 3 月 9 日, *Moinuddin, Lebon T.* 第 805 页, 第 921 页。

¹¹⁷⁵ CE, ord.2002 年 3 月 18 日, *GIE Sport libre et al, Lebon* 第 106 页。

的非法性无论如何都不是'明显的'。因此, 适用法律的模糊性消除了所援引的非法性的任何 "明显" 特征。非法性是可能存在的, 其性质会使审理临时救济申请的法官产生严重怀疑; 但它并不确定, 因此不能导致临时救济申请。

最高行政法院在 2001 年 10 月 30 日对 *Tliba* 案的判决中大力强调对临时救济的这一更严格要求¹¹⁷⁶。申请人是驱逐令的对象, 她认为这一决定明显侵犯了她过正常家庭生活的权利。行政法院指出, 行政司法法典第 L.521-2 条的程序比第 L.521-1 条的程序严格¹¹⁷⁷, 然后指出, 就正常家庭生活权而言, 驱逐令明显不合法, "只有在明显不相称地侵犯了采取有争议措施的目的的情况下"。这个短语指的是 1991 年的 *Belgacem* 案¹¹⁷⁸。自这一判决以来, 行政法官对影响当事人家庭生活受尊重权的驱逐措施行使相称性控制。这包括权衡驱逐当事人对公共政策的益处和执行决定对当事人家庭生活的不利。在 *Tliba* 案的判决中, 申请人因贩毒收受钱财而被判有罪, 这可以说是一项严重罪行。从另一个角度看, *Tliba* 女士可以指出她与法国的联系时间很长, 她的近亲属, 特别是她的未成年子女, 都是法国国籍, 而且她与原籍国的联系显然已经断绝。鉴于这些因素, 驱逐令的相称性似乎值得怀疑或讨论。因此, 正如政府专员伊莎贝尔-德席尔瓦所指出的, 以有争议的措施缺乏相称性为由提出的论点, "可能会在'即决中止'法官心中引起'严重怀疑', 使他有理由在就案情实质作出判决之前暂停执行驱逐"¹¹⁷⁹。另一方面, 由于申请人被控行为的严重性, 似乎影响到措施的不相称性并不严重或明显, 不足以引起临时救济的简易申请。"如果有任何不合法之处, 似乎也并不明显"¹¹⁸⁰。因此, 政府专员得出结论, "如果 *Tliba* 女士援引第 L.521-1 条的规定, 她就满足了中止有关决定的条件, 但她不能援引第 L.521-2 条要求采取这种措施"¹¹⁸¹。申请人本可以通过简易中止程序获得满足; 要求更高的临时救济程序并不适合她的情况。一般来说, 被驱逐者很难证明这一措施对其与家人生活的自由明显不合法。¹¹⁸²

最后, 还应提及 2006 年 1 月 9 日的一项命令, 该命令为在行政当局未对行政法院做出的决定承担后果的情况下评估非法证据提供了指导。众所周知, 当行政机关拒绝执行行政法院作出的裁决或不承担执行裁决所隐含的所有后果时, 即构成违法。对临时救济法官来说, 在评估所犯的违法行为是否明显时, 应考虑的一个因素是, 该决定没有充分准确地说明由此产生的后果。在本案中, 2005 年

¹¹⁷⁶ CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

¹¹⁷⁷ 见上文第 40 节对公式的介绍和分析。

¹¹⁷⁸ CE, Ass. 19 April 1991, *Belgacem, Lebon* p. 152, concl. R. ABRAHAM; taking up a solution of the European Court of Human Rights (ECHR, 21 June 1988, *Berrehab v/ Netherlands*, series A, no. 138; ECHR, 18 February 1991, *Moustaquim v/ Belgium*, series A, no. 193).

¹¹⁷⁹ LDE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, RFDA* 2002, p. 333.

¹¹⁸⁰ M. Guyomar and P. Collin, chron. under the *Tliba* judgment, *AJDA* 2001, p. 1057.

¹¹⁸¹ LDE SILVA, 同前, 第 333 页。

¹¹⁸² 据此对驱逐令提出异议的申请, 几乎都被驳回(例如, 见 CE, ord.2001 年 8 月 10 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki* 案, 第 236969 号; 2002 年 4 月 25 日, *Labhini* 案, 第 245547 号; 2003 年 2 月 4 日, *Hilario* 案, 第 253742 号)。2003 年 2 月 4 日, *Hilario*, 第 253742 号)。不过, 还应提及 2002 年 8 月 7 日的一项裁决, 在该裁决中, 临时救济法官承认对正常家庭生活权的干涉是不相称的(见 CE, ord. 7 May 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon* T. p.870)。在本案中, 当事人自 1975 年以来一直居住在法国, 他的父母和两个姐妹已取得法国国籍, 他在原籍国已没有任何家庭联系。最重要的是, 驱逐令是根据启动驱逐程序之前的某些事实签发的。法官指出, "考虑到 Ouakid 先生被指控的罪行的性质、他在监禁期间所表现出的重新融入社会的意愿以及决定将其驱逐出境的条件, 内政部长在本案的情况下侵犯了当事人过正常家庭生活的权利(.....), 这显然与他签发有争议的命令的目的不相称"

7月1^{er}日, Daaji女士的居留证延期申请被拒, 理由是根据公共卫生检查员的结论, 她不再符合1968年12月27日法-阿协议第6条规定的条件。雷恩行政法院临时救济法官根据《行政司法法》第L.521-1条的规定, 于2005年9月9日发布命令, 暂停执行该决定。为执行该决定, 行政当局仅向Daaji女士颁发了为期三个月的临时居留证, 有效期至2006年1月26日, 同时明确规定持证人有权工作。Daaji女士根据《行政司法法典》第L.521-2条提出上诉, 雷恩行政法院的临时救济法官命令省长采取必要措施执行2005年9月9日的命令。在上诉中, 最高行政法院的临时救济法官分两个阶段做出了裁决。首先, 他回顾了行政当局在这种情况下应承担的义务。其中规定, 当临时救济法官中止执行驳回外国公民居留证申请或延期申请的决定时, 只要中止命令有效, 行政部门就有义务向该外国公民提供临时居留证。该命令明确规定, 当局也有责任根据中止所依据的理由, 在不等待审理主要诉讼的法院作出裁决的情况下, 根据重新审查当天的所有法律和事实情况, 重新审查申请人的情况。即使法院没有明确说明其命令采取的中止措施对行政部门产生的义务, 情况也是如此。其次, 最高行政法院的临时救济法官对明显违法的要求做出了具体裁定。他指出, "虽然行政当局没有根据1968年12月27日法国-阿尔及利亚协定第6条第7款的规定和Daaji女士健康状况的变化重新审查她迄今的状况, 这一点可能会受到批评、这种不作为并不构成明显的违法行为, 特别是因为一审临时救济法官在其2005年9月9日的命令中没有充分明确行政当局应承担的义务"¹¹⁸³。因此, 行政当局没有说明9月9日裁决的后果是不符合规定的。在法官没有充分准确地说明行政当局应承担的后果的情况下, 这一失误并不明显违法。

283. 因此, 对非法性的要求尤为严格。在实践中, 许多申请都在这一点上失败了。

当法律和法规条款赋予行政部门广泛权力时, 这一条件似乎难以满足。例如, 临时救济法官以法律赋予省长做出决定的广泛自由裁量权为由, 排除了拒绝批准某市从城市社区撤出的明显违法性¹¹⁸⁴。在 *Allonache* 等人一案中, 法官认为, 考虑到2005年10月27日以后城市暴力事件的发展情况、其蔓延的突然性、在年底公众集会期间再次发生的可能性以及任何行政治安系统固有的预防需求, 为了防止城市暴力事件的发生, 省长应该能够授权一个市镇从一个城市社区中撤出的说法是站不住脚的、在决定不立即终止宣布紧急状态时, 国家元首在行使其广泛的自由裁量权时作出了一项因明显的非法性而无效的决定, 即使宣布紧急状态所依据的情况已经发生了重大变化, 这也是站不住脚的¹¹⁸⁵。

如果积极的决定或拒绝所依据的理由从案件的法律和事实情况来看是合理的, 则明显非法的条件也将被排除。因此, 如果禁止措施所依据的理由从案件的具体情况来看是合理的, 则不会被视为明显非法。例如, 一项永久禁止某人参与管理或监督未成年人收容机构的行政决定就属于这种情况, 因为有多次证词和严重确凿证据表明此人涉嫌对其管辖下的未成年人实施性行为¹¹⁸⁶、由于存在落石风险, 海区区长决定禁止在海蚀洞10米范围内的一切交通活动¹¹⁸⁷, 以及禁止开设性用品商店的市政法规, 因为幼儿园和小学离有争议的商店不远、其次, 市政府正在该商店附近开发一个"青年中

¹¹⁸³ CE, ord. 9 January 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, n° 288745, mentionnée au recueil *Lebon*.

¹¹⁸⁴ CE, ord. 2005 January 24, *Commune de Wissous*, no. 276493; CE, ord. 2005 March 2, *Commune de Vedene*, no. 278123.

¹¹⁸⁵ CE, ord. 9 December 2005, *Allonache et autres*, *Lebon* p. 562.

¹¹⁸⁶ CE, ord. 9 August 2001, *Medrinal*, *Lebon* T. p. 1127.

¹¹⁸⁷ CE, ord. 27 September 2001, *Guegueniat*, no.

心”，旨在为年轻人提供娱乐、信息和休闲服务，并将在未来几个月内开放1188。当法律规定的条件似乎没有得到满足时，拒绝决定并非明显违法。例如，临时救济法官裁定，市政当局不对通往迪斯科舞厅的道路进行维修并不明显违法1189；拒绝在国民议会换届前一年组织立法补选，因为适用的条款禁止在立法机构的最后一年组织立法补选，并赋予总理在法律禁止的前一段时间内确定可能用于及时召集选民的日期的自由裁量权1190；拒绝外国国民入境，但该外国国民不能证明他认为自己在返回本国时所面临的威胁的真实性1191，或拒绝登记未标明由代表领导的名单所提交的候选资格声明中提及的全称的选票1192。同样，如果一项肯定性决定是基于在案件情况下似乎适当的理由，则该决定并非明显不合法，例如，以受益人身份申报不准确为由撤销无国籍地位的情况1193、根据详细的医疗证明强制某人住院的省令1194，因一头牛患有牛海绵状脑病而宰杀牛群1195，或鉴于军事人员的预备役义务，上级命令宪兵队长不得在媒体上发表言论。1196

284. 在实践中，临时救济法官很少支持明显非法的侵权行为。当满足了明显非法侵犯自由的条件时，裁决一般侧重于证明被质疑的决定或行为的严重非法性质。要适用临时救济程序，仅有对基本自由的严重和明显非法侵犯是不够的。申请人还必须证明情况的紧迫性，更具体地说，必须在 48 小时内获得保障措施。

1188 CE, ord. 2005 年 6 月 8 日, *Commune de Houilles*, *Lebon T.* 第 1036 页。

1189 CE, ord. 5 March 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* p. 1130.

1190 CE, ord. 2001 年 5 月 18 日, *Meyet, Bouget*, *Lebon* 第 244 页。

1191 CE, ord. 2002 年 4 月 18 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Mpia*, *Lebon T.* p. 873.

1192 行政长官, 2004 年 6 月 8 日命令, *Zebdi-Gborab*, 第 268467 号。

1193 CE, ord. 2002 年 3 月 29 日, *Bonny*, *Lebon* 第 119 页。

1194 CE, ord. 2002 年 7 月 19 日, *Benmedjaded*, 248798。

1195 CE, ord. 1^{er} 2001 年 6 月, *Ploquin*, *Lebon T.* 第 1126 页。

1196 CE, 2003 年 2 月 5 日法令, *Matelly*, 第 253871 号。

第2章

极端紧急情况

285. 紧迫性是《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的首要条件。这一要求是由程序的性质（即简易程序）和目的（即迅速制止最严重的行政行为）所决定的。为了使在 48 小时内下令采取保护措施合法化，法官的干预似乎有必要明确以紧迫性为条件¹¹⁹⁷。因此，临时救济程序不仅是一种快速程序，而且首先是一种法律补救措施，只有在有害情况已经出现或即将出现时才能有效实施。临时救济法官只有在真正紧急的情况下才有理由履行其干预职责。诚然，以此为理由向法官提出申请的申请人往往忽视了这一要求，忽略了它，或将它置于次要地位。然而，这是一个特别严格的条件，临时救济法官对它的评估再次反映了这一程序与临时中止程序相比的特殊性。在行政法官的心目中，紧迫性条件与基本自由的存在一样，界定了临时救济程序的干预范围。在实际应用中，L.521-2 条既是一个极端紧急的程序，也是一个侵犯基本自由的程序。

286. 根据一项传统原则，申请人必须提供证据证明这一要求已得到满足。适用于所有紧急临时救济申请的 R.522-1 条规定，申请必须“证明案件的紧迫性”。L. 521-2 条专门涉及临时救济，规定法官必须受理“因情况紧急而有正当理由”的申请。因此，应由申请人提出理由，说明案件的情况为何迫切需要下令采取某项措施。如果理由陈述在这一点上不充分，过于笼统、抽象或不准确，申请人的申请将被驳回¹¹⁹⁸。

287. 在第 L.521-2 条规定的所有条件中，紧迫性是最难系统化的条件之一。这一困难可以用这一概念的“明显具体和相对”性¹¹⁹⁹来解释。正如 Dugrip 教授所指出的，“对紧迫性的认识不是基于客观的发现。它总是根据案件的情况、要求采取的措施和程序时间（……）对案件事实进行主观评估

1197 但需要指出的是，同样属于快速程序的“自由裁量权”程序和“既成事实权”程序--至少就“既成事实权”程序而言，是在简易程序中进行的--不受这一要求的限制。首先，紧迫性并不是新《民事诉讼法》第 809 条第 1 款规定的条件之一。在以此为依据向民事临时救济法院提出申请时，申请人只需声称存在迫在眉睫的损害或明显的非法干扰。只有满足其中一个条件，临时救济法官的权力才有正当理由。最高上诉法院经常指出，这一规定的适用完全不需要证明所寻求措施的紧迫性（例如，见 Civ. 3^{ème}，1983 年 3 月 22 日，*Bull. civ.* III，第 83 号）。因此，“即使停止其所遭受的干扰并不紧急”，受害人也可获得恢复原状的措施（S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p.273）。*déféré-liberté* 案也不需要紧迫性，因为申请人的地位特殊。因此，当省长根据《地方当局总法》第 L.2131-6 条第 5 款将案件提交给他时，行政法院院长“以本程序中不需要的紧迫性为条件”中止有争议的行为，犯了法律错误（行政法院，2005 年 3 月 11 日，*内政、国内安全和地方自由部长诉 Avion、de Rouvrois、de Drocourt 和 de Méricourt 市镇案*, *Lebon*, 第 101 页）。

1198 例如，在 *Lidl 公司* 2001 年 3 月 23 日的命令中，法官排除了任何紧迫性，理由是申请公司“仅仅提到一种特别有害的情况，而没有提供（……）丝毫的具体评估”（CE，2001 年 3 月 23 日命令，*Lidl 公司*, *Lebon* 第 154 页）。For significant examples, see also: CE, ord. 21 August 2001, *Manigold*, no. 237385; CE, ord. 2002 年 7 月 31 日, *Kocigit*, 第 248716 号；行政法院，2003 年 6 月 6 日, *Société Nice diffusion menuiserie*, 第 257472 号；行政法院，2004 年 7 月 5 日, *Association des usagers des médias d'Europe*, 第 269344 号。

1199 R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 711.

的结果"1200。因此，不可避免地要逐案评估，同时考虑到每个案件的特殊情况¹²⁰¹。一项决定在某一情况下被视为构成紧迫性，而同一决定在另一情况下则不被视为构成紧迫性。尽管如此，尽管存在某种完全可以理解的经验主义，我们还是可以看到法院正在为实现其裁决的某种合理化而做出切实的努力。根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，紧急性的主要特征是极端紧急、有条件的紧急、要求在 48 小时内采取措施的紧急。从判例法中可以得出关于确定或排除这种特殊紧急性的标准的一般性说明。

第 1 部分.48 小时干预的必要性

288. 起初，最高行政法院的临时救济法官将《行政司法法典》第 L.521-1 条意义上的紧迫性和第 L.521-2 条意义上的紧迫性同等对待。在 2003 年 2 月 28 日的佩尔图瓦市镇令中，最高行政法院的临时救济法官确认了临时救济案件中更大的紧迫性。如果争议情况不需要法官在 48 小时内进行干预来结束，就不能认为满足了这一条件。

I. 概念最初缺乏单一性

289. 在 2000 年 6 月 30 日法令实施的头两年，临时救济法官以完全相同的方式对待临时救济措施（*référé-liberté*）意义上的紧迫性和中止措施（*référé-suspension*）意义上的紧迫性。他认为，第 L.521-1 条和第 L.521-2 条中不加区分地提到的紧迫性，应在两个程序中以同样的方式加以考虑¹²⁰²。值得注意的是，临时救济法官在 2002 年 3 月 15 日的命令中指出，行政部门拒绝归还驾驶执照的行为"在性质上符合第 L.521-1 条和第 L.521-2 条规定的紧迫性条件"¹²⁰³。鉴于法官在该判决中仅根据《行政司法法典》第 L.521-2 条得出结论，这一表述更加引人注目。权威评论家的结论是，在这两起诉讼中，对紧迫性的处理方法都是单一的。例如，*Grands arrêts* 一书的作者指出，这一条件在即决中止程序和临时救济程序中是共通的，"似乎不需要在这两种程序中作不同的评估"¹²⁰⁴。Collin 先生和 Guyomar 先生甚至写道："至多可以假定，在临时救济的情况下，对这一条件的评估将更为宽松"¹²⁰⁵。根据临时救济法官的例子，作者认为"几乎没有任何理由说明中止

¹²⁰⁰ O.DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 1991, p.

³³² 司法私法中也有同样的观点："学术著作和判例法都认为，紧迫性是一个相对的概念，带有主观性和经验主义色彩（……）"（P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 73）。

¹²⁰¹ 法官以各种方式强调了这一点，例如在*马萨特市镇案*的判决中指出，"在本案中"，"紧急性"得到了满足（行政法院，2005 年 8 月 25 日命令，*马萨特市镇案*，*Lebon* 第 386 页）。

¹²⁰² 关于根据第 L.521-1 条评估紧迫性，见 J.RAYMOND, "L'urgence, condition essentielle du référé suspension", *JCP A* 2003, 1935。

¹²⁰³ CE, ord.2002 年 3 月 15 日, *Delaplace*, *Lebon* 第 105 页。

¹²⁰⁴ *GAJA* no.

¹²⁰⁵ M. Guyomar 和 P. Collin, CE 编年史, 2001 年 1 月 18 日, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, 第 154 页。

程序所需的紧迫性与基本自由所需的紧迫性不同"¹²⁰⁶。

因此,在这两个程序中,对紧迫性的评估方式基本相同,法官在第 L.521-2 条的背景下,从根据第 L.521-1 条制定的标准中汲取灵感。最高行政法院在其 2001 年 1 月 19 日的裁决(全国自由电台联合会 1207)中指出,"如果有争议的行政决定以足够严重和直接的方式损害了公共利益、申请人的处境或其打算维护的利益",就必须认为符合紧迫性条件。即使有争议的决定"纯粹出于经济目的或产生经济影响,并且在撤销决定的情况下,其影响可以通过经济补偿而消除",情况也是如此。该判决中规定的标准,即紧迫性的形式和特点,在临时救济(référé-liberté)中得到了实质性的应用¹²⁰⁸。虽然临时救济法官在确定紧迫性时往往不提及紧迫性的形式或特征,但有时会明确提及在临时中止情况下确定的标准¹²⁰⁹。

290. 判例法确立了"三要素类型学"¹²¹⁰。首先,行为或举止可能对原告的处境造成损害。这是迄今为止判例法中最常接受的假设。损害可能是非物质性的。申请人可以事后就行政作为或不作为对其造成的损害获得赔偿,但这并不妨碍对紧急性的认定。例如,在拒绝在申请人的护照¹²¹¹上登记申请人子女的情况下,申请人被视为满足了紧迫性要求。损害可能是不可能行使基本自由造成的。因此,在 *Aguillon* 案中,关于征用罢工员工的问题,申请人不能声称受到任何经济损害,因为省法令规定员工的薪酬通常由其雇主确定。在本案中,损害源于有关命令要求有关人员"立即返回其职业活动",从而阻止他们行使罢工权¹²¹²。其次,损害可能会影响申请人打算维护的利益。这适用于"仅由工会和专业组织或维护集体利益的协会"维护的集体利益¹²¹³。第三,有争议的情况可能会损害公共利益。这种情况在即决中止(1214)中很少见,在临时救济(référé-liberté)中就更少见了,因为基本自由原则上只涉及维护个人利益,而不是满足整体利益。然而,这种情况并非不可想象,例如在地方当局的自由管理或公共实体的财产权受到侵犯的情况下。在这种情况下,法官可以将既损害申请人利益又损害整体利益的情况定性。

291. 临时救济法官要求对这些利益之一的损害足够严重和直接。

¹²⁰⁶ N.CHAHID-NOURAI and C.LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 16.

¹²⁰⁷ CE, Sect. 19 January 2001, *Confédération nationale des radios libres, Lebon p. 29, AJDA 2001*, pp.M. GUYOMAR and P. COLLIN; *RFD* 2001, pp.SEILLER.

¹²⁰⁸ 应当提及这些评估紧迫性的方法,因为佩尔图瓦市镇的裁决并没有排除这些方法的适用,但在实践中,与全国电台自由联合会的裁决相比,增加了一个额外的要求。

¹²⁰⁹ 在明确提到这些标准的少数裁决中,见行政法院,2002年2月15日, *Hadda, Lebon* 第45页。在此案中,最高行政法院指出,为了确定紧迫性,有争议的行政行为"本身对申请人的情况造成足够严重和直接的损害"。

¹²¹⁰ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 89.

¹²¹¹ CE, ord.2002年12月4日, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.* 第875页。

¹²¹² CE, 2003年12月9日, *Aguillon et autres, Lebon* 第497页。

¹²¹³ P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 93.

¹²¹⁴ 例如,见 CE, ord.2003年2月13日, *Joyaux*, 第253439号,援引"学生从优质公共服务中受益的利益"。

首先, 伤害必须 "足够严重"。通过这一表述, 法院指的是损害在强度、持续时间或某些特征上超过了正常社会生活所造成的不便。超过了一定的界限, 就可以说损害 "足够严重"。这一标准将简单的不便或烦扰排除在紧急性范围之外, 这些不便或烦扰肯定会使索赔人的状况恶化, 但不会对其状况造成实质性和永久性的损害¹²¹⁵。当索赔人遭受重大经济损失时, 即满足了严重性条件¹²¹⁶。损害的持续时间也可能导致严重性, 特别是在当局过度拖延签发授权书¹²¹⁷或执行法院判决¹²¹⁸的情况下。另一方面, "当调查清楚 (.....) 申请人的土地即将归还给他们时", 归还被不当纳入高尔夫球场的土地的承诺尚未兑现这一事实并不表明情况紧急。¹²¹⁹

其次, 损害必须是 "直接" 的。这一标准是时间性的, 它意味着行政行为或举止必须已经产生或即将在不久的将来产生不利影响。如果一项行为的规定在向法院提出临时救济申请几个月后才生效, 则不符合这一要求。例如, 在 2002 年 11 月 13 日的一项命令中, 临时救济法官认为《建筑和居住法》(1220) 第 L.613-3 条的规定妨碍了在 2003 年 3 月 15 日之前执行所要求的驱逐令。由于这一措施在几个月内无法执行, 因此从紧迫性的角度看, 法院裁定的日期¹²²¹并不紧迫。同样, 如果一家公司在未申请--并因此获得--经营有关业务的行政许可的情况下要求赔偿商业损失, 也不符合损失紧迫性的要求。在这种情况下, 申请公司声称的商业损失只是或有的¹²²²。同样, 当申请人的护照有效期仍为 9 个月时, 他没有理由为了能够前往菲律宾而迫切要求提前更新护照, 因为菲律宾只要求护照至少有 6 个月的有效期才允许入境。¹²²³

292. 因此, 在 2000 年 6 月 30 日改革实施的最初阶段, 并没有根据所采取的程序来分别考虑紧急性。

1215 因此, 拒绝签发护照并不妨碍表示必须前往布鲁塞尔的申请人, 因为法国人前往比利时无需护照 (行政法院, 2001 年 3 月 21 日命令, *Rabal*, 第 231531 号)。

1216 例如见 CE, ord. 2002 年 6 月 12 日, *SARL Barlive*, 第 247683 号。在该案中, 关闭一家公馆导致 14 名雇员被解雇, 使该公司失去了通常在夏季实现的大部分营业额, 并在短期内威胁到其生存。在这种情况下, "即使该公司的损失可以得到补偿, 如果对其采取的措施被法官宣布无效, 根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条宣布措施的紧迫性条件必须被视为已经满足"。

1217 例如, 命令法国驻日内瓦总领事将申请人的子女登记在其护照上的紧迫性可以从争议的性质和申请人数月来与有关当局交涉未果的时间长度中推断出来 (行政法院, 2002 年 12 月 4 日命令, *Du Couëdic de Kéranant*, *Lebon T.* 第 875 页)。同样, 自行政部门通知申请人她有资格获得居留证并将签发收据以来, 已经过去了 2 年零 7 个月, "Béchar 小姐的不稳定状况因此被延长了一段不正常的时间, 造成了《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的紧急状况" (行政法院, 2001 年 11 月 12 日命令, *Ministre de Kéranant*, *Lebon T.* p. 875)。2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p. 1132)。

1218 例如, 法院裁定, 公共当局拒绝提供协助以执行法院命令驱逐违章住户的裁决达一年以上 (行政法院, 2002 年 11 月 21 日法令, 《法兰西报》, *Lebon* 第 408 页) 或一年半以上 (行政法院, 2002 年 11 月 27 日法令, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* 第 874 页), 即构成 紧急情况。

1219 CE, ord. 22 October 2001, *Gonidec and Brocas*, no.

1220 禁止在 11 月 1 日至次年 3 月 15 日 期间实施任何驱逐行动。

1221 CE, ord. 2002 年 11 月 13 日, *Harlant*, *Lebon T.* 第 875 页。

1222 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl*, *Lebon* 第 154 页。

1223 CE, 2003 年 8 月 22 日法令, *科恩*, 第 259583 号。

然而，一些作者认为，可以根据程序的范围¹²²⁴或给予法官在48小时内做出裁决的时限¹²²⁵来证明紧急程度较高是合理的。最高行政法院的临时救济法官很快就确定了这一解决方案，在评估紧迫性时，在严重和直接损害的标准之外增加了一个额外的要求。

II. 强调特殊的紧迫性

293. 在2003年2月28日非常重要的佩尔图伊市命令（1226）中，法官确认存在L.521-2条意义上的紧急状态，即有条件的紧急状态，涉及在48小时内进行司法干预，其紧急程度有别于L.521-1条意义上的紧急状态。在本案中，法官被要求暂停执行佩尔图伊市市政委员会议事规则中有关非市政多数派议员表达意见的某些条款。法官指出，“在没有特殊情况下，佩尔图伊市议会内部议事规则第27、28和30条的规定仍然有效这一事实并不构成紧急情况，在满足第L.521-2条规定的其他条件的情况下，必须在48小时内采取措施保障基本自由”。在该裁决中，法院明确区分了两类紧急情况，其依据再次是临时禁令的特殊性以及与其相比更为严格的批准条件¹²²⁷。一方面，它区分了“普通”紧急性和迫在眉睫的紧急性，“普通”紧急性足以证明临时救济法官有理由在对案情实质作出判决之前进行干预¹²²⁸，另一方面，迫在眉睫的紧急性要求法官在48小

¹²²⁴ Even before the reform came into force, President Vandermeeren announced that urgency within the meaning of référé-liberté, "while raising problems of assessment comparable" to urgency within the meaning of Article L.521-1 条意义上的紧迫性”，但应“更严格地解释：很可能有必要根据情况使紧迫性变得

紧迫，法官的立即干预必不可少”（R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, 第712页）。同样，M. Hocreitere 也指出，虽然紧急性是《行政司法法典》第L.521-1和L.521-2条的一个共同条件，但“我们完全有理由相信，鉴于 référé-liberté 的范围，临时救济法官将对其进行更严格的审查”（P. HOCREITERE, "Les nouvelles règles applicables au contentieux administratif de l'urbanisme", *BJDU* 2001/1, 第4页）。

¹²²⁵ 早在2001年，M. Chapus 就认为，“紧迫性要求临时救济的行使必须有正当理由，即必须在必要时迅速进行干预，以结束对基本自由的侵犯或防止即将发生的侵犯。更具体地说，必须注意法官作出裁决的48小时期限（……）”（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001年，第1601号）。M. Bachelier 认为，关于中止程序，“必须根据与临时救济法官作出裁决的48小时期限的存在有关的考虑来评估紧急程度（……）”（G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第262页）。

¹²²⁶ CE, ord.18 February 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68, *AJDA* 2003, pp.BEAL; *JCP A* 2003, 1584, note J.-P. QUILLIEN.

¹²²⁷ 关于这两种程序的区别，见上文第40节。

¹²²⁸ 在根据《行政司法法典》第L.521-1条将案件移交给临时救济法官时，临时救济法官会检查初审法院是否能够在有争议的决定产生难以逆转的影响之前做出裁决。在临时禁令的情况下，“应由申请人来证明在法院对有争议的决定的合法性作出裁决之前，有必要在极短的时间内采取临时措施的特殊情况”（CE, Sect., 2001年3月14日，*Ministre de l'Intérieur c/ Aneur, Lebon* 第123页，*AJDA* 2001, 第673-680页，Concl. I. DE SILVA）。申请人必须证明“有理由在不等待对申请的是非曲直作出判决的情况下，暂缓执行决定的紧迫性”（CE, Sect., 2001年1月19日，*国家电台自由联合会*，前引）。紧急性的这一定义是标准的；它适用于所有辅助性质的诉讼，其目的是在对案情实质作出

判决之前获得严格的保护措施。要有紧迫性，就必须在审判法院能够保护原告利益之前，存在时间的流逝会严重损害原告利益的风险。否则，紧急事件法官的干预就没有正当理由，因为法院可以根据案情并以通常的方式

时内或至少在很短的时间内进行干预。与临时禁令 (référé-suspension) 不同的是, 临时救济 (référé-liberté) 不是一种辅助性救济, 其紧迫性不是根据主要救济来评估的, 而主要救济将以临时禁令为基础, 临时救济法官只是先发制人。正如 Debbasch 先生和 Ricci 先生所指出的, 紧急性条件 "本身就受到审查, 因为这一简易程序并不附属于主要诉讼"1229。然而, 紧迫性本身是无法评估的。由于不能像临时救济那样, 根据审理主要诉讼的法院介入所需的时间来评估紧急性, 因此必须根据另一个基准来评估紧急性, 即给法院裁定的 48 小时时限1230。临时救济法官特别明确地指出, "就《行政司法法典》第 L. 521-2 条而言, 与紧迫性有关的条件 (.....) 必须根据立法机关的提法来评估, 即必须在 48 小时内采取保障基本自由的措施--前提是也满足该条规定的其他条件"1231。因此, 这两种程序在评估紧迫性方面有着根本的区别。在临时中止程序中, 如果不可能等待审理案件实质的法院介入, 则认为存在紧迫性。而在临时救济程序中, 如果申请人有必要立即获得保护措施, 则被视为存在紧迫性。因此, 正如 Debbasch 先生在谈到传统的临时禁令1232时所说的那样, 紧迫性的条件 "从有关情况转向所请求的措施"。与所请求的措施的有用性或必要性有关的标准是所有紧急程序中的一个要素。如果一项措施对申请人没有用处或没有必要, 就没有必要认定其紧急性。紧迫性不仅指情况的紧迫性, 也指宣布保障措施的紧迫性。因此, 在 *Gollnisch* 一案的命令中, 法官指出, "鉴于纪律处分程序尚未结束和刑事诉讼程序正在进行的双重情况, 国务委员会临时救济法官迫切需要采取必要措施, 在本案中保障无罪推定"1233。同样, 在一起涉及申请人身份证件被收回和实际扣留的案件中, 法官指出, "迫切需要向申请人提供使其能够进行日常活动的证件"1234。另一方面, 如果行政机关的沉默导致了默示的拒绝决定, 并因此导致了立场1235, 那么命令行政机关对几个月前送交给它的行政申诉作出明确裁决就没有紧迫性了。在这种情况下, 所要求的措施是没有用的, 更不用说是不必要的。

294. 因此, 在临时救济的情况下, 紧迫性必须比在临时中止的情况下更为紧迫; 紧迫性必须达到需要

做出裁决, 在规定的时间内采取必要的措施。在这种情况下, "紧急性产生于在等待对案情实质的判决时保障受到威胁的权利和利益的需要" (O. DUGRIP, *前引书*, 第 312 页)。

1229 C.DEBBASCH and J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

1230 在评估紧迫性时, 法官最重视的是 48 小时的裁定期限。应当指出的是, 在 2001 年 8 月 21 日的一项命令中, 临时救济法官在评估临时救济申请的紧迫性时特别重视这一时限。在引用了《行政司法法典》L.521-2 条的条文后, 法官指出

"这些条款中规定的条件是累积性的, 应分别评估; 与紧急性有关的条件尤其如此, 将其与该条规定的临时救济法官和当事人提出上诉的极短时限相比较, 也就明确了紧急性的范围" (行政法院, 2001 年 8 月 21 日的命令, *Manigold*, 第 237385 号)。

1231 CE, ord. 6 February 2004, Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var, no.

1232 C.DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p.

306. 根据以前的法律, 最高行政法院曾指出, 临时救济法官下令采取法律规定的措施的权力 "以上述

措施具有紧急性质为条件" (CE, Sect., 1958 年 3 月 14 日, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement, Lebon* 第 174 页, *AJDA* 1958 年, concl. GREVISSE, 第 186-190 页)。

1233 CE, ord. 2005 年 3 月 14 日, *Gollnisch, Lebon* 第 103 页。

1234 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

1235 CE, ord.

法官立即干预的程度。使用判例法的公式，案件的情况必须具有“特别紧急的情况”¹²³⁶，“迫在眉睫的紧急情况”¹²³⁷，简言之，“要求立即采取措施”的情况¹²³⁸。在《佩尔蒂公社令》颁布之前，法警的要求很高，颁布之后则更高。

根据每个程序的具体特点对紧迫性进行有区别的评估并不是一种新方法。传统上，人们一直认为，不能对所有简易程序的紧迫性给出单一、统一的定义。相反，人们认为可以根据每种程序的特点和具体特征来确定紧迫性的类型。正如 Clémenceau 所说，“如果不是在每一种简易程序中，至少在每一类简易程序中”¹²³⁹。每一类简易程序都有自己的紧迫性定义。根据程序必须应对的情况，紧迫性似乎是分等级的，或多或少。政府专员 Chardeau 认为，“在简易程序中可以区分紧迫性和极端紧迫性，就像在其他事务中一样，例如在对可能毁坏的建筑物进行治安管理时”¹²⁴⁰。

在临时中止的情况下，即涉及在法院审理案件的是非曲直之前进行干预的情况下，被确认为紧急的情况在临时释放的情况下不一定是紧急的，因为临时释放涉及立即干预。中止程序所要求的紧迫程度不一定与临时救济程序相同。对临时救济法官而言，“在某一案件中，可以认为临时救济法官根据《行政司法法典》L.521-1 或 L.521-3 条所拥有的权力的执行满足了紧迫性条件，但这并不意味着可以使用 L.521-2 条规定的程序”¹²⁴¹。反之，L.521-2 条规定的紧急性条件未得到满足，并不意味着 L.521-1 条规定的紧急性条件不能得到满足。¹²⁴²

¹²³⁶ 行政长官，2004年8月9日命令，*Yılmaz, Lebon T.* 第816页；行政长官，2005年8月10日命令，*Diabira*，第283444号。2005年8月10日，*Diabira*，第283444号。另见，关于第L.521-2条所要求的“特别紧迫性”：CE, ord.1^{er} mars 2006, *Ministre délégué aux collectivités territoriales c/ Commune de Salies-du-Salat*, n° 290417, mentionnée au recueil *Lebon*, CE, ord.13 June 2007, *Soppelsa*, no.

¹²³⁷ CE, ord.2004年10月15日，*Sahi*，第273110号。

¹²³⁸ CE, ord. 9 March 2007, *Guiot and Section française de l'observatoire international des prisons*, no. 302182, mentioned in the Recueil *Lebon*.

¹²³⁹ J. CLEMENCEAU, *Les procédures de référé et d'ordonnance sur requête*, EJV, 1965, p. 43.

¹²⁴⁰ J. CHARDEAU, concl. on CE, Sect. 13 July 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, p. 323.

¹²⁴¹ CE, ord.2004年2月4日，*Commune d'Yvrac, Lebon T.* p. 828。另见 CE, 2003年6月16日，*Hug-Kalinkova et autres, Lebon T.* 第931页。最高行政法院指出，“假定符合《行政司法法典》第L.521-1条所指的紧迫性条件，斯特拉斯堡

行政法院临时救济法官在裁决中既没有犯法，也没有歪曲案卷，即在没有任何特殊情况下，斯特拉斯堡

市长有争议的决定不属于《行政司法法典》第L.521-2条所指的紧迫情况。《行政司法法典》第521-2

条规定，在符合该条规定的其他条件的情况下，必须在48小时内采取保障基本自由的措施”。另见 CE, 2007年3月9日法令，*Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons*，第302182号，*Recueil Lebon*

提到：“在没有任何特殊情况下，满足《行政司法法典》第L.521-1

条所指的紧急条件这一事实不足以构成《行政司法法典》第L.521-2条所指的紧急情况”。《行政司法法典》第L.521-2条规定，在满足该条规定的其他条件的情况下，必须在48小时内采取保障基本自由的措施”。

¹²⁴² 有时，如果临时救济法官认为不存在第L.521-2

条意义上的紧迫性，他将邀请申请人（如果他认为有理由）以临时中止的方式提出上诉。参见 CE, ord.2003年3月19日，*Société EURL La Cour des miracles*，第255191号；2003年7月23日，CE, ord., *Ducastel et autres*，第258678号；2003年10月29日，CE, ord., *Société EURL 'Il était une fouace'*，第261304号；2004年2月4日，*Commune d'autres*，CE, ord.2004年2月4日，*Commune d'Yvrac, Lebon T.* 第828页；2004年8月9日，*Yılmaz, Lebon T.* 第816页；2005年2月18日，*Launay et EURL*，CE, ord.2005年2月18日，*Launay et Benfidil*，第277579号；CE, ord.2005年3月15日，*Sassou*，第278502号；CE, 2007年4月6日，*Commune de Saint Gaudens*，第304361号，在 *Lebon* 案卷中提及；CE, 2007年3月9日，*Guiot 和法国国际监狱观察科*，第302182号，在 *Lebon*

295. 临时禁令意义上的紧迫性，即延迟作出决定所造成的足够严重和直接的损害，是不够的。佩尔图瓦市镇案的判例法在评估紧迫性时又增加了一层要求。因此，索菲-布瓦萨德 (Sophie Boissard) 在其关于瓦斯特案的结论中指出，"在临时中止的情况下，有关措施或行动对申请人的利益造成严重和直接的损害是不够的。这种损害还必须使法院有必要在 48 小时的裁决期限内采取保护措施"¹²⁴³。Stéphane Austry 在其关于 2003 年 6 月 16 日 *Hug-Kalinkova* 案判决的结论中指出，2003 年 2 月 28 日的佩尔图伊市命令"区分了第 L.521-2 条意义上的紧迫性，因此，第 L.521-2 条意义上的紧迫性是一个比《民事司法法》第 L.521-1 条意义上的紧迫性要求更高的概念，意味着除了对申请人的处境或普遍利益造成严重和直接的后果之外，还必须非常迅速地采取一项措施来保障基本自由"¹²⁴⁴。伊莎贝尔-德席尔瓦仍然提到这一命令，指出"第 L.521-2 条意义上的紧迫性与第 L.521-1 条意义上的紧迫性不同，因此必须附有额外的理由"¹²⁴⁵。当针对一项决定提出申请时，临时救济法官首先要求有严重和直接的损害，但也要证明有必要在 48 小时内进行干预。最高行政法院的临时救济法官非常明确地指出，"除非能证明行政决定对公共利益、上诉人的处境或上诉人打算维护的利益造成了足够严重和直接的损害，否则并不急于下令中止行政决定；此外，如果上诉人不是根据《行政法》第 L.521-1 条规定的中止程序进行干预，也不急于下令中止行政决定"。此外，如果上诉人不是以《行政司法法典》第 L.521-1 条规定的中止程序为依据，而是以该法典第 L.521-2 条规定的特别保护程序为依据，则应由上诉人说明紧急情况的特点，即在满足第 L.521-2 条规定的其他条件的前提下，必须在四十八小时内采取旨在保障基本自由的措施"¹²⁴⁶，或"必须非常迅速地采取"¹²⁴⁷。为了根据第 L.521-2 条中止决定，存在严重和直接的损害是必要条件，但不是充分条件。

因此，为了衡量临时救济简易申请意义上的紧迫性，必须在评估损害的严重性和紧迫性之后，评估 48 小时内的紧迫性。在 48 小时内进行干预的必要性不能单独进行评估；只能根据有关情况对申请人的影响以及在短期内结束这些影响的必要性来考虑。因此，对临时救济法官来说，这不是评估紧迫性的一个独立阶段。为了评估在 48 小时内采取行动的必要性，法官会考虑行为或举止的有害后果¹²⁴⁸。严格说来，在 L.521-2 条的意义上，在评估紧迫性的"阶段"之间没有任何区别。紧急性必须作

案卷中提及。然而，相反的做法是不可想象的。如果不存在第 L.521-2 条所指的紧迫性，就更不能认为满足了第 L.521-1 条所指的条件。

1243 Concl. S. Boissard on CE, 9 April 2004, *Vast*, RFD 2004, p. 778.

1244 S.S. AUSTRY, concl. on CE, 16 June 2003, *Hug-Kalinkova and others*, BJCL 2003/8, p. 607.

1245 未发表的结论 I.DE SILVA on CE, 23 January 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827. 强调是后加的。

1246 CE, ord.2005 年 2 月 16 日, *SARL Médiation et arguments*, 第 277584 号; CE, ord.2005 年 2 月 18 日, *Launay et Benfdil*, 第 277579 号; CE, ord.2005 年 3 月 15 日, *Sossou*, 第 278502 号。同理, 参见使用 "fonde son action" 而非 "fonde son intervention" 的表述: 行政长官, 2005 年 12 月 23 日命令, *Corbel*, 第 288307 号; 行政长官, 2005 年 7 月 5 日命令, *Mme X.*, 第 281930 号。

1247 行政法院, 2006 年 2 月 7 日命令, *Akbache*, 第 289835 号; 行政法院, 2006 年 9 月 26 日命令, *Saganoko*, 第 297649 号。

1248

同样，在临时禁令的情况下，只有在对所遭受的损害进行评估后，法院才能评估是否有必要在审理案情实质的法院之前进行干预。根据 L. 521-1

条的规定，应由临时救济法官在考虑申请人提出的理由后，具体评估争议行

为的影响是否属于紧急情况，从而有理由在不等待对案情实质的申请作出裁决的情况下，暂

为一个整体来考虑，从限定紧急性的因素和排除紧急性的因素来考虑。1249

应当指出的是，*Commune de Pertuis* 案判例法中的公式仅被临时救济法官提及并用于否认紧迫性的存在。它从未被用来肯定紧急性。在满足紧迫性的情况下，法官不会使用该公式，而只是将其记录在案。应该认为，当法官使用这一公式得出不存在紧迫性的结论时，他已经评估了该措施的影响，并认为申请人所遭受的任何损害都不足以成为在 48 小时内进行干预的理由。因此，有必要介绍适用这一判例的裁决，以及因此而认为临时救济所需的特殊紧迫性没有得到满足的情况。

III. 迫在眉睫的紧迫性

296. 关于第 L.521-2 条，最高行政法院指出，"根据这些条款向临时救济法官提出申请的申请人必须证明其有必要迅速受益于根据本条可下令采取的措施的特殊情况"¹²⁵⁰。在这一程序中，"特殊情况"是指法官的干预具有紧迫性，有理由立即宣布保障措施¹²⁵¹。很难对这一判例做出解释，因为法官是以确认的方式行事，在没有进一步说明的情况下宣布案件事实不构成特殊情况。此外，这些判决也无法确定法官是以缺乏足够严重和直接的损害为由，还是以缺乏"48 小时内"的紧迫性为由排除紧迫性。此外，法官使用的公式与基本自由是否受到侵犯密切相关。它不是指必须在 48 小时内进行干预，而是指必须在 48 小时内采取措施保障基本自由。鉴于该判例法的应用具有经验性，为了对其进行说明，应重点关注其引起的主要应用，这些应用显示了《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的最严格的紧迫性。

297. 在*佩尔图瓦市镇*案的判决中，法官认为即将出版地方新闻简报这一事件的性质不足以构成命令市长在 48 小时内将修订与此类出版物有关的内部条例条款列入下一次市议会会议议程¹²⁵²的理由。同样，在上文提到的*Hug-Kalinkova* 案的判决中，斯特拉斯堡市长拒绝注意到一个民选代表小组的成立。在斯特拉斯堡行政法院的临时救济法官面前，申请人仅辩称该决定剥夺了他们根据该市的内部规定向政治团体提供物质资源的权利。一审法院在驳回中止执行有争议的决定的申请

停执行裁决 (CE, 2004 年 4 月 9 日, *Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales c/ Olard*, no. 263508, *JCP G* 2004, IV, 2449, obs.M.-C.鲁奥)。

1249

因此，对紧迫性的总体评估可以独立进行，即在同一推理中只考虑实施所要求措施的紧迫性和不实施的紧迫性(例如，见下文，§ 317, CE, ord.2001 年 8 月 10 日，"清真寺"协会)。

1250 CE, 23 January 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827; CE, ord.2004 年 10 月 18 日, *Yebroni*, 第 273095 号。

1251 如前所述，就临时禁令而言，"特殊情况"的概念与审理案情的法院进行干预的时限有关。

1252 CE, ord.类似案件见 CE, 2007 年 4 月 6 日法令, *圣高登公社*, 第 304361

号，引自《*勒庞回忆录*》。申请人是圣高登市镇的一名反对派市议员，他要求在 2007 年 4

月的市镇公报中刊登一篇批评市镇管理并宣布参加即将举行的市镇选举的文章。最高行政法院的临时救济法官指出，"圣戈登市镇镇长拒绝在公报中刊载这篇文章，尽管这篇文章与市政事务有关，但考虑到这一审查的频率为每月一次，而且考虑到该文章的内容，没有任何特殊情况要求在起草公报后的几天内让公报的读者了解该文章，因此这并不构成一种紧急情况，意味着在满足第 L. 521-2

条规定的其他条件的情况下，可以采取一项措施来解决这一问题。521-2

条规定的其他条件，必须在四十八小时内采取保障基本自由的措施"。

时, 依据的事实是申请人没有依据 "任何性质的因素来证明存在紧急状况, 而这种紧急状况并非由有争议的决定的性质和范围所造成"。根据政府专员的结论, 最高行政法院在该决定所造成的情况中没有发现任何 "特殊情况"。政府专员弗朗西斯-拉米认为, "档案中没有任何证据表明存在任何特殊情况, 可以证明申请人有理由在很短的时间内获得斯特拉斯堡市议会议事规则规定的物质资源, 即一个非全时秘书办公室、用品、电信费和邮费。可以想象, 如果市长的决定是在竞选活动开始前不久做出的, 这种特殊情况就会体现出紧迫性, 但这里的情况并非如此"1253。因此, "特殊情况"的要求似乎特别严格。临时救济法官认为, "考虑到其性质和目的", 终止占用停泊港的合同并予以利害关系方两个月的时间腾空所占用的场地的决定, "除非在特殊情况下", 不能造成第 L.521-2 条1254 所指的紧迫情况。同样, 在暴雨情况下, 通往小马俱乐部的道路可能会使货车难以行驶, 但这一可能性本身并不足以构成执行《行政司法法典》第 L.521-2 条赋予临时救济法官的权力所需的特殊紧迫性。1255

无论如何, 在公职人员要求支付行政部门准备支付给他的少量款项的情况下, 48 小时的时限不能被认为是紧急的。在伊夫拉克市镇案中, 原告要求支付 252 欧元, 这是 2003 年 10 月代表市音乐学校授课的时数, 没有争议。市政府承认拖欠他的教学时数, 并于 2003 年 10 月 13 日与他签订了教学合同。在本案的情况下, 申请人的结论 "考虑到其主题及其构成市政府与其前代理人之间关系 (.....) 的方式, 不能被认真地视为与《行政司法法典》第 L.521-2 条意义上的紧急情况有关"1256。

298. 一些判决表明, 在评估《行政司法法典》第 L.521-2 条意义上的紧迫性时, 该判例法更加严格。

例如, 尽管拒签可被视为对申请人的情况产生了足够严重和直接的影响, 但不能仅因拒签而导致申请人无法计划结婚1257, 无法庆祝其已确定日期的婚礼1258, 无法参加其申请的大学学期1259, 或无法了解其与伴侣生活在法国的年幼子女1260 而造成特别紧急的情况。相反, 法官指出, "原则上, 根据具体情况, 拒绝签发法国入境签证并不表明存在紧急情况, 可以根据《行政司法法典》第 L.521-2 条下令采取快速干预措施", 1261。同样, 尽管被认为构成 L.521-1 条意

1253 S.S. AUSTRY, concl. on CE, 16 June 2003, *Hug-Kalinkova and others*, BJCL 2003/8, p. 607.

1254 CE, ord. 6 February 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, no.

1255 CE, ord. 21 November 2005, *Commune de Lyon, Lebon T.* p. 1039.

1256 CE, ord. 2004 年 2 月 4 日, *Yvrac 市, Lebon T.* 第 828

页。最高行政法院临时救济法官以法律错误为由撤销了初审法官的命令, 初审法官笼统地认为 "未

支付所提供服务的费用和雇用机构未签发领取替代收入的文件, 其性质使申请人处于第 L.521-2

条规定的紧急状态"。最高行政法院的临时救济法官如果认为申请人有理由这样做, 并且如果市政当局已经有效地拒绝了他, 则向申请人指出, 临时救济程序或临时中止程序可能更适合其结论的主题。

1257 CE, ord. 2004 年 10 月 18 日, *Yebroni*, 第 273095 号; 2005 年 2 月 18 日, *Launay 和 Benfdil*, 第 277579 号。2005 年 2 月 18 日, *Launay 和 Benfdil*, 第 277579 号。

1258 CE, 2005 年 9 月 28 日命令, *Nkoyock 和 Hažera*, 第 285505 号。

1259 CE, ord. 2005 年 10 月 4 日, *Lachat*, 第 285594 号。

1260 行政法院, 2005 年 12 月 23 日命令, *Corbel*, 第 288307 号; 行政法院, 2006 年 2 月 7 日命令, *Akbache*, 第 289835 号。

1261 CE, ord. 2007 年 2 月 12 日, *Qudaib*, 编号: 301352, 转引自《勒庞档案》。

义上的紧急情况¹²⁶²，但拒绝签发¹²⁶³或延长¹²⁶⁴居留许可本身并不构成适用《行政司法法典》L.521-2 条的迫在眉睫的紧急情况。由于第 L.521-1 条所规定的程序完全适用于大多数暂停居留许可的申请，因此决定向临时救济法官提出申请的申请人必须证明其具有非常特殊的紧迫性，而这种紧迫性不能再是阿米尔案判决中简单推定的紧迫性。拒绝居留的决定，即使是拒绝延期或撤销居留的决定，其本身并不能证明存在第 L.521-2 条所指的紧急情况。在以此为依据向临时救济法官提出申请时，“申请人必须提供具体的理由（除了拒绝续期这一简单事实外），以证明诉诸该法官的极端紧急性是合理的”¹²⁶⁵。同样，对临时救济法官来说，行政当局长期不对取消驱逐令的后果作出说明，“其本身并不构成《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的紧急情况”。在这种情况下，申请人必须证明有“特殊情况”证明这种紧迫性，才能求助于临时救济法官。如果不能证明这种情况，则由申请人“根据《行政司法法典》第 L.911-4 条将问题提交执行法官，或根据该法典第 L.521-1 条要求暂缓执行行政部门的拒绝”¹²⁶⁶。因此，申请人首先必须诉诸普通程序才能获得满意的结果；只有在申请人能够证明其特殊情况是合理的情况下，其才可以诉诸自由裁量权（*référé-liberté*）。因此，如果行政部门没有说明取消递解出境令的后果，行政法官打算“保留第 L.521-2 条的规定，以备特殊情况之用。第 521-2 条适用于特殊情况，确定行政机关不签发临时许可实际上侵犯了基本自由，例如剥夺了当事人的庇护申请审查权，或导致当事人的处境被破坏，而当事人之前的合法处境因行政机关的疏忽而不复存在”¹²⁶⁷。

这一判例法的严谨性在外国人领域之外也很明显，特别是在拒绝授权占用公共领域的问题上。例如，在 2003 年 3 月 19 日的 *EURL Cour des Miracles* 案件中，临时救济法官裁定，“在没有特殊情况下，市长拒绝批准一家商业机构占用市政公共场所以修建露台并不构成紧急情况，只要符合第 L.521-2 条规定的其他条件，就必须在 48 小时内采取措施保障基本自由”。法官明确指出，这些特殊情况“在本案中不能仅仅以临近旅游季节为特征”¹²⁶⁸。确实存在严重和直接的损害¹²⁶⁹，但不具备执行第 L.521-2 条所要求的特殊紧迫性。在一个类似的案件中，临时救济法官也给出了相同的解决方案，该案涉及拒绝向经营流动面包店的申请人签发她于 2003 年 4 月 7 日申请的在当地市场拥有一个场地的

¹²⁶² CE, Section, 14 March 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Aneur, Lebon* p. 123, *AJDA* 2001, pp. 应当指出的是，所确立的推定只涉及拒绝为合法居住在法国的外国公民延长居留许可或撤销其居留许可。这些措施必须被视为对外国国民的处境造成了破坏，因此是一种紧急情况。这一推定不包括拒绝向已处于非正常情况的外国公民发放居留证。

¹²⁶³ 行政法院，2005 年 2 月 4 日，*Zairi* 案，第 267723 号：与申请人所坚持的相反，省长拒绝其 2003 年 10 月 22 日关于向其签发居留证的请求的默示决定的干预，“其本身并不具有适用《行政司法法典》第 L.521-2 条的紧迫性”。

¹²⁶⁴ CE, 2004 年 1 月 23 日，*Koffi, Lebon* T. 第 827 页。

¹²⁶⁵ I.DE SILVA, 关于 CE 的未发表意见，2004 年 1 月 23 日，*Koffi*。

¹²⁶⁶ CE, 16 February 2004, *Mme Rkia Bousbaa, épouse Chetioni, Lebon* T. p. 826, *AJDA* 2004, pp.

¹²⁶⁷ F.LAMY, concl. 同上，第 892 页。政府专员在这里提到了 *Béchar*

令案（见上文，§274）。值得注意的是，为了评估是否存在第 L.521-2 条意义上的紧迫性，拉米先生只提到涉及侵犯基本自由的情况。在回顾有关该问题的判例法时，他提到的不是就紧迫性作出裁决的决定，而是认定存在严重和明显非法干涉基本自由的命令。

¹²⁶⁸ CE, ord.2003 年 3 月 19 日，*Société EURL La Cour des miracles*，第 255191 号。

¹²⁶⁹ 临时救济法官随后将根据《行政司法法典》第 L. 521-1 条作出裁决，予以承认。参见下文第 337 节。

许可。临时救济法官指出, "在本命令下达之日, 这种情况并不构成紧急情况, 即在满足第 L.521-2 条规定的其他条件的情况下, 必须在 48 小时内采取保障基本自由的措施"1270。在医疗诉讼中也体现了在临时救济的背景下对紧迫性的这种更为严格的评估。例如, 在面对一家医院拒绝让一名生病的被拘留者入住其病房的决定时, 临时救济法官指出, 虽然当事人的健康状况 "与其继续被拘留的条件有关, 可以证明《行政司法法典》第 L. 521-1 条规定的紧迫性是合理的, 但这些因素并不构成同一法典第 L. 521-2 条意义上的紧迫性, 即必须立即采取措施"1271。

除了这些零散的、并列的、无法以任何方式系统化的例子之外, 还可以强调判例法中的某些一般要素, 这些要素有时导致 48 小时紧迫性的积极确立, 有时导致其被排除。

第 2 节. 紧迫性的证据

299. 在对执行临时禁令所需的迫在眉睫的紧迫性进行正面限时时, 有一个要素似乎是决定性的。这就是法官首先要确定基本自由受到了严重且明显非法的侵犯。然而, 这并不是《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指的紧急情况的原因。在极少数情况下, 即使基本自由没有受到侵犯, 这一条件也会被认为已经满足。

I. 严重和明显非法侵犯一项基本自由

300. 适用第 L.521-2 条所需的特别紧急的条件很少被认为得到满足。在实践中, 几乎在所有符合这一条件的案件中, 首先要确定对基本自由的严重和明显的非法侵犯。当这种侵权行为被确认后, 原则上就迫切需要制止这种侵权行为。一般来说, 它构成或揭示了一种 "特殊情况", 有理由立即宣布一项保障措施。

301. 在确定存在严重和明显非法侵犯基本自由的情况后, 法官有时会注意至少简要说明紧迫性的理由。

首先, 他可以强调损害的紧迫性。例如, 在 *FN IFOREL* 的命令中, 法官只是说, "鉴于夏季大学的计划日期, 符合紧急条件"1272, 而没有进一步说明。该命令于 2002 年 8 月 19 日发出, 针对的是定于 2002 年 8 月 25 日至 28 日举行的集会。因此, 损害是迫在眉睫的。在 2005 年 8 月 25 日 *马萨特市镇* 的命令中, 临时救济法官指出, "在本案中, 市长在明显非法的条件下批准的事件迫在眉睫, 因此紧迫性是合理的"1273。如果法属波利尼西亚总统不承认部长的退出, 从而使当事人无法作为候选人参加定于 2006 年 4 月 13 日举行的法属波利尼西亚议会选举, 法官指出, "选举行动的紧迫性意味着《

1270 CE, ord. 29 October 2003, *Société EURL* "Il était une fouace", no. 需要指出的是, 在 *Pertuis 市镇* 案判决之前, 这种情况会以不侵犯基本自由为由被驳回。

1271 CE, ord. 9 March 2007, *Guiot and Section française de l'observatoire international des prisons*, no. 302182, mentioned in the *Recueil Lebon*.

1272 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

1273 CE, ord. 25 August 2005, *Commune de Massat*, *Lebon* p. 386.

行政司法法典》第 L. 521-2 条所要求的紧迫性条件可被视为已经满足"¹²⁷⁴。

其次，法官也可以根据损害的程度来证明紧迫性。例如，在 *Collioure 市镇* 案的裁决中，市长规定进入码头必须事先获得批准。临时救济法官指出，“鉴于本案中大部分经济活动都集中在夏季，而夏季已经开始”，因此满足了紧迫性的要求¹²⁷⁵。

第三，法官有时会以某一行为或行动对申请人处境的严重影响来证明其紧迫性。例如，在领事机构拒绝在申请人的护照上登记其子女的案件中，法官宣布，“从争端的性质和申请人向有关机构采取的不成功步骤的长度可以推断出紧迫性”¹²⁷⁶。在 *Abdallab* 案的裁决中，理事会认为申请人“由于命令的后果”有理由收回其财产，这是“第 L. 521-2 条意义上的紧急状况”¹²⁷⁷。在 *Sulaimanov* 案的判决中，由于对身份证件申请的调查已经持续了一年多，临时救济法官认为“考虑到这段时间以及拒绝申请对申请人造成的后果”，必须认为紧急状况已经得到满足¹²⁷⁸。同样，当行政部门严重和明显地非法侵犯庇护权，阻挠在法国难民和无国籍人保护局行使这一权利时，法官指出，“一方面考虑到一方面，立法者希望寻求庇护者的情况能够尽快得到解决，另一方面，申请人的健康状况要求他被承认为难民身份申请人，这使他有享受全民医疗保险，因此，《行政法》第 L.521-2 条规定的紧急条件是：“申请人的健康状况必须得到承认，并有权享受全民医疗保险”。¹²⁷⁹。还应指出的是，在以庇护为由拒绝批准申请人进入法国领土的情况下，法官在注意到对基本自由的严重和明显非法侵犯后指出，“鉴于当事人在获得在原籍国以外的国家居住的许可方面遇到的困难，本案符合紧急条件”¹²⁸⁰。

第四，一旦确定存在对基本自由的严重和明显的非法侵犯，它就可以从申请人无法享受其自由利益的角度来证明其紧迫性。例如，在因公共力量拒绝援助而侵犯财产权的案件中，最高行政法院为了说明紧急性，指出“有关建筑物目前没有固定的住户，房主被剥夺了将这些房屋出租以符合其预期用途的可能性，而且租户无法处置他们已出租的公寓”¹²⁸¹。在上文引用的 *Agnillon* 案的判决中，案件情况的紧迫性源于申请人无法行使罢工权¹²⁸²。*Vast* 案判决的措辞尤其重要。该判决涉及一份备忘录，在该备忘录中，某市市长下令系统地拆开写给市议会某些成员的信件。法官指出，该备忘录严重且明显地侵犯了通信保密性和地方民选代表自由行使职权的权利，并指出：“鉴于该备忘录对通信保密性和德朗西市民选代表行使职权的条件造成的永久性后果，迫切需要终止该备忘录”的适用

¹²⁷⁴ CE, ord.2006 年 4 月 11 日, *Tefaare, Lebon* 第 197 页。

¹²⁷⁵ CE, ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure, Lebon T.* p. 930.

¹²⁷⁶ CE, ord.2002 年 12 月 4 日, *Du Couëdic de Kéran, Lebon T.* 第 875 页。

¹²⁷⁷ CE, 2004 年 2 月 2 日, *Abdallab, Lebon* 第 16 页。

¹²⁷⁸ CE, ord.2003 年 3 月 11 日, *Samagassi, Lebon* 第 119 页。

¹²⁷⁹ CE, ord.

¹²⁸⁰ CE, ord. 25 mars 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p.

146。在类似情况下，另见：CE, ord. 24 October 2005, *MBIZI MPASSI*, no.2006 年 3 月 17 日, *Saidov*, 第 291214 号。

¹²⁸¹ CE, 29 March 2002, *SCI Stéphane et autres, Lebon* p.

¹²⁸² 同样，当侵犯财产权导致公司无法出租其拥有的房屋时，也属于紧急情况（行政法院，2001 年 5 月 31 日法令，*Hyères-les-Palmiers 市, Lebon* 第 253 页）。在 *Moissinac Massenat* 案的判决中，法官指出“砍伐树木会导致房屋状况发生无法挽回的变化”。因此，责令行政部门不得砍伐的措施“原则上是紧急的”（行政长官，2005 年 11 月 8 日命令，*Moissinac Massenat, Lebon*, 第 491 页）。

¹²⁸² 见上文第 290 节。

"1283。同样，临时救济法官指出，"考虑到围绕引渡程序的保障对个人自由的重要性"，执行引渡令的威胁造成了一种紧急状况¹²⁸⁴。在所有这些裁决中，事先发现对某项基本自由的严重和明显非法侵犯有利于对紧迫性的定性；这也解释了推理的简洁性。

302. 更值得注意的是，临时救济法官有时在认定存在这种侵权行为之后，会免除任何紧迫性的证明。

这被认为是由其他条件得到满足这一事实本身所确定的。例如，在 *Bandoïn* 案的裁决中，最高行政法院在认定存在对基本自由的严重和明显的非法侵犯后，简单地指出，"鉴于紧迫性，"签发所寻求的禁令是适当的¹²⁸⁵。在 *Fauillet 市镇案* 的裁决中，最高行政法院在指出一个市镇间合作的公共机构过早行使其权力严重且明显非法地侵犯了其成员市镇的自由行政权之后，仅指出后者"有权坚持认为有迫切需要制止这种行为"¹²⁸⁶。法官注意到限制车辆通行的决定严重且明显非法地侵犯了基本自由，仅指出"这种不合理的封锁造成了紧急状况"¹²⁸⁷。相反，某些公式以不存在对基本自由的严重和明显非法侵犯为由排除了紧迫性。在 *Théoule-sur-Mer 市镇令* 中，临时救济法官指出，"案卷不允许（……）对基本自由造成严重和明显非法的侵犯，从而造成紧急状况"¹²⁸⁸。最后，一旦确定存在严重和明显非法侵犯基本自由的情况，法官有时会下令采取保障措施，而并不简单地说明紧急情况已经得到满足¹²⁸⁹。在这种情况下，该措施被视为包含在严重和明显非法干涉的情况中。

303. 如果可以通过这种方式推定紧迫性，那完全是因为 L.521-2 条意义上的紧迫性的特征要素已隐含在对基本自由的严重和明显非法干涉中。首先，严重干涉基本自由包含了损害的严重性和直接性。一方面，只有当自由受到侵犯时，临时救济法官才予以承认¹²⁹⁰。因此，侵犯基本自由所造成的损害是直接的。另一方面，在确定侵犯基本自由的严重性时，作为侵权行为根源的行为或举动必然会对申请人的处境或其意图维护的利益造成严重损害。在这种情况下，严重侵犯基本自由的决定也会立即严重损害申请人的地位。其次，在基本自由受到严重和明显非法侵犯的情况下，似乎理所当然地需要立即宣布保障措施。除了某些考虑到公共利益或可归咎于申请人的紧急情况的特殊情况外，总是迫切需要毫不拖延地制止这种侵权行为¹²⁹¹。因此，临时救济法官从对基本自由的严重和明显非法侵犯中得出紧迫性，严格来说，并没有免除对紧迫性的评估。由于在审查其他条件的阶段已经间接地进行了这一评估，他只是免除了重新进行这一评估，即再次进行相同

1283 CE, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, Lebon* 第 173 页。

1284 CE, ord. 29 July 2003, *Pegini, Lebon* p. 345。

1285 行政长官, 2002 年 5 月 15 日, *Bandoïn*, 第 239487 号。

1286 CE, 2002 年 6 月 12 日, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* 第 215 页。

1287 CE, ord. 26 November 2004, *Commune de Wingles*, no.

1288 CE, ord. 22 May 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* p. 232. 另见 CE, ord. 2001 年 10 月 18 日, *蒙彼利埃地方 cimade 团体协会*, 第 239071 号: 临时救济法官指出, 有争议的决定"本身并没有具体和立即影响到某人行使《行政司法法典》第 L.521-2 条所指的基本自由; 在这种情况下, 不符合根据《行政司法法典》第 L.521-2 条宣布措施的紧迫性条件"。

1289 见 CE, ord. 2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* 第 915 页; 2005 年 2 月 21 日, CE, ord.

1290 见上文第 238 节。

1291 见 J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 13^{ème} éd., PUF, 2002, p. 496; R. MARTIN, Note sous CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur, D.* 2003, p. 1116; and T. PEZ, "Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté", *RFD.A* 2003, pp.

的评估。

在 *Vast* 案和 *Vadiavaloo* 案的裁决中，最高行政法院似乎在法律上认可了这一推理。在 *Vast* 案的裁决中，最高行政法院指责临时救济法官在命令中排除了一种可能性，即对基本自由的严重和明显不合法的侵犯本身就可能引起紧急情况，这是一个法律错误：“赛尔吉-蓬图瓦兹行政法院的临时救济法官在没有调查有争议的決定在多大程度上有可能严重和明显地非法侵犯一项基本自由的情况下，仅仅指出由于没有特殊情况，临时救济法官无法下令采取一项措施来保障一项基本自由，这在法律上是错误的”¹²⁹²。原则上，由于第 L.521-2 条所规定的条件具有累积性，法官只需缺少一个条件就可以免于审查其他条件。在 *Vast* 案中，这一规则在紧急情况下被明确搁置。在基本自由受到严重和明显非法侵犯的情况下，这一条件被推定为得到满足，因此法院不能以缺乏紧迫性为由驳回临时救济申请，而不审查这种侵犯是否能够得到证实。在本案中，政府专员非常明确地请最高行政法院从严重和明显非法侵犯基本自由的结论中推断出紧迫性。Boissard 女士认为，“只要有争议的备忘录仍然有效，市政厅各部门就无法保证尊重通信保密性，而这些一再公然侵犯基本自由的行为在我们看来本身就足以构成第 L.521-2 条意义上的紧急情况”¹²⁹³。在 *Vadiavaloo* 案的判决中，最高上诉法院以推理不充分为由，对临时救济法官在未评估有争议的決定是否可能严重和明显非法侵犯基本自由的情况下就断定不存在紧迫性的命令进行了谴责¹²⁹⁴。在本案中，行政当局拒绝延长申请人的居留许可。在初审法官面前，申请人辩称，在没有适当医疗的情况下，返回原籍国将会产生异常严重的后果。临时救济法官指出，这种情况本身并不能证明所要求的中止具有紧迫性。最高行政法院认为，临时救济法官没有回答申请人提出的所有论点，即他们的请求不具有情况紧急的正当理由，因此没有为他的決定提供充分的理由。在对案件进行复审后，理事会驳回了申请人的请求，理由是没有侵犯基本自由，因此没有对紧迫性条件做出裁决。

从这两项裁决中似乎可以看出，法官不能不审查有争议的措施是否严重地、明显地非法侵犯了基本自由，就得出不存在紧迫性的结论。然而，这一判例法只适用于某些情况，因为在许多裁决中，最高行政法院的临时救济法官都是以缺乏紧迫性为由驳回申请，而不审查其他条件。在这方面，2004 年 11 月 2 日 *Mustafaj* 案的裁决具有重要意义。最高行政法院的临时救济法官指出，第一位法官以没有紧迫性为由驳回了根据第 L.521-2 条提出的申请是正确的。它指出，“在没有紧迫性的情况下，[第一位法官]有义务驳回申请，而没有必要调查基本自由是否受到严重和明显的非法侵犯”¹²⁹⁵。这一解决方案是一系列裁决的一部分，在这些裁决中，简易程序的独任法官非常明确地肯定了¹²⁹⁶ 条件的

¹²⁹² CE, 9 April 2004, *Vast*, RFD A 2004, pp.

¹²⁹³ S.S. BOISSARD, 同上, 第 780 页。强调是后加的。

¹²⁹⁴ 行政长官, 2005 年 10 月 3 日, *Vadiavaloo*, 第 281998 号。

¹²⁹⁵ CE, *ord.*

¹²⁹⁶ 临时救济法官非常明确地指出，在适用《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定时，“与紧迫性有关的条件必须与‘严重和明显非法侵犯’基本自由的条件分开评估”（行政法院，2004 年 2 月 6 日命令，*Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, 第 264169 号）。为了适用这些规定，“一方面与紧迫性有关的条件和另一方面与存在对基本自由的严重和明显非法干涉有关的条件在性质上是累积性的；（……）因此，在所有情况下都应由申请人来证明这些条件中的第一个条件是合理的（……）”（行政法院，2004 年 5 月 27 日的命令，*Hermanovicz*, 第 267831 号）。在本案中，申请人要求临时救济法官命令省长提供警方协助，以执行法院命令将租户从其拥有的公寓中驱逐出去的裁决。最高行政法院的临时救济法官确认，“在没有详细说明拒绝提供协助的直接后果的情况

自主性和差异性。因此，问题是要知道在哪些情况下法官不能仅以紧急为由驳回申请。在哪些情况下，法院可以仅以此为由驳回临时救济申请，在哪些情况下，法院必须首先确保基本自由没有受到严重和明显不合法的侵犯，就像在 *Vast* 案和 *Vadiavaloo* 案的判决中那样，我们如何区分这两种情况呢？由于判例法在这一点上没有提供任何指导，充其量只能根据在此基础上做出的判决提出假设。法官可能在三种情况下仅以申请不紧急为由驳回申请：首先，如果他认为不存在对基本自由的严重和明显的非法侵犯--在这种情况下，他在判决中并没有提到这一点，而是通过借口1297将这一条件搁置一边；其次，如果申请人对他所声称的紧迫性负有责任，或者没有真正证明其紧迫性是合理的；第三，当一个普遍利益的理由成为宣布一项措施的障碍时。

304. 尽管如此，在法院先前认定存在严重和明显非法侵犯基本自由的情况下，紧迫性总是被确定的。

由此是否可以推断，紧迫性并不是一个独立的条件，或者更确切地说，当法院在认定存在严重和明显非法侵犯基本自由的情况后对紧迫性进行审查时，紧迫性构成了一个多余的条件？

从第 L.521-2 条的措辞可以看出，紧迫性本身就是一个条件。法律对授权的每个条件都作了单独规定。因此，它要求将紧迫性与其他条件分开审查。首先，紧迫性独立于侵权行为非法这一条件。与情况的非法性有关的条件与与情况的紧迫性有关的条件是不同的，因此，“工程选址的不规范性本身不能使第 L.521-2 条规定的紧迫性条件被视为成立”¹²⁹⁸。在一个具有普遍性的公式中，法官指出“紧急性的要求并不一定来自于有争议的决定的不合法性”¹²⁹⁹。因此，“仅仅是非法侵犯[基本自由]这一事实本身并不构成《行政司法法典》第 L. 521-2 条所要求的特殊紧迫性”¹³⁰⁰。其次，紧迫性与侵权行为^{的严重程度}无关。在 *Lidl* 案的命令中，临时救济法官在指出有争议的^{决定严重侵犯了基本自由之后，特意强调}“《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的特殊司法保护的^{实施意味着已经确定了签发}所要求的禁令的紧迫性”。最终，由于申请人无法证明其紧急性¹³⁰¹，紧急性并不符合要求。因此，紧急性与单独考虑的其他条件并不重合。

从整体上看，它与其他条件也不是多余的。事实上，紧迫性本身仍然是临时救济程序的一个条件，即使事先已经确定了严重的、明显不合法的侵权行为。条件的重叠符合第 L.521-2 条的措辞和该程序的目的。虽然严重和明显非法的干涉是确定紧急性的一个决定性因素，但它并不能在任何情况下都理所当然地确定紧急性，也不考虑申请人的行为。甚至似乎可以断言，因认定严重和明显非法干涉而产生的紧迫性推定可能被推翻。然而，正如 Boissard 女士所说，“只有当侵权行为实际上是由申

下，2003 年 6 月 13 日一名法警要求提供协助这一事实本身并不足以构成《行政司法法》第 L.521-2 条规定的紧急条件”。然而，可以认为，如果满足了存在严重和明显非法侵犯基本自由的条件，那么该裁决的含义和措辞就会有所不同。

1297 这与佩尔图瓦市镇 法令的措辞不谋而合，后者提到的不是必须在 48 小时内采取措施，而是必须在 48 小时内采取保障措施。

1298 CE, 2001 年 8 月 21 日命令, *Manigold*, n° 237385。

1299 CE, ord. 2005 年 2 月 16 日, *SARL Médiation et arguments*, 第 277584 号。

1300 CE, ord. 2005 年 8 月 10 日, *迪亚比拉*, 第 283444 号。然而, 参见 CE, ord. 2003 年 2 月 11 日, *Maillot* 案: 临时救济法官驳回了根据 L.521-2 提出的申请, 理由是从卷宗文件中看不出拒绝“因明显的非法性 (.....) 而失效, 因而没有理由在本条规定的期限内终止拒绝”。

1301 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

请人本人造成的，临时救济法官才会认为不存在紧迫性"¹³⁰²。除了考虑被申请人的利益外，这似乎是在严重和明显不合法的侵权行为已经事先得到证实的情况下推翻紧急性推定的唯一方法。应当指出的是，迄今为止，这一推定尚未被推翻。无论如何，即使在这种情况下，法官也很可能不会在其判决中提及推翻推定，而会仅以紧迫性为由驳回案件。当紧迫性可归咎于申请人时，临时救济法官不会就严重和明显非法干预的条件作出裁决，而是直接就紧迫性作出裁决。很难想象他在认定基本自由受到严重和明显不合法的侵犯后，会因为申请人的不作为或行为而剥夺申请人获得保障措施的权利。

虽然严重和明显非法的干涉并不是紧急性的必要条件，但它却是决定性的、几乎是唯一的标准。然而，即使在实践中非常罕见，法官也可能在没有注意到这种侵权行为的情况下对紧迫性做出肯定的定性。

II.在不侵犯自由的情况下被定性为紧急情况的可能性

305. 在极少数情况下，临时救济法官会认为存在紧迫性，而无须首先确定对某项基本自由的严重和明显非法的侵犯，甚至在没有这种侵犯的情况下也是如此。这些情况都是例外，在实践中基本上与紧迫性的推定相对应。

306. 在一些罕见的案件中，法院在推定紧急性的机制之外承认了问题的紧迫性，并且没有--或者更准确地说，在--对基本自由的严重和明显非法干涉进行定性之前¹³⁰³。在 *Aït Oubba* 案中，申请人要求撤销对他下达的驱逐令，理由是他已在法国生活了十多年，应自动获得带有“私人和家庭生活”字样的居留证。最高行政法院的临时救济法官指出，自宣布驱逐无效的判决作出以来，已经过去了14个月。因此，“鉴于判决无效的原因，行政部门持续不完全执行该判决造成了《行政司法法典》第 L. 521-2 条意义上的紧急状况”¹³⁰⁴。只有在这种情况下，法院才会审查与严重和明显非法侵犯基本自由有关的条件，而在本案中，这一条件被认为已经满足。在 *Société Outremer Finance Limited* 一案中，最高行政法院指出，“考虑到飞机无法再次出租而造成的经济损失对申请公司的影响，上述第 L. 521-2 条规定的紧急条件已经满足”¹³⁰⁵。在此，行政法官也只审查了严重且明显非法侵犯基本自由的要求，而这一要求已得到满足。在 *Basset* 案中，申请人对省长下令在夏季关闭一家公共场所一个月提出异议。法官注意到他的大部分营业额都是在此期间产生的，因此得出结论认为，第 L. 521-2 条规定的紧迫性条件已经得到满足¹³⁰⁶。在本案中，对基本自由的严重和明显非法侵犯被认为已经满足。然而，与之前的判决一样，在满足紧迫性条件之后才对其进行

¹³⁰² S.S. BOISSARD, 关于 CE 的未发表结论, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页。见下文, § 310 et seq.

¹³⁰³

我们有理由假定，法官在起草其裁决，特别是紧急条件时，会最大限度地考虑到他随后在其裁决理由中发现的对基本自由的严重和明显非法侵犯。

¹³⁰⁴ CE, ord.2002 年 6 月 11 日, *Aït Oubba, Lebon T.* 第 869 页。

¹³⁰⁵ CE, 2003 年 7 月 2 日, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* 第 306 页。

¹³⁰⁶ CE, ord.2004 年 8 月 16 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, no. 271148.

审查。

307. 在实践中，主要是当法官已经确定了紧急性的推定时，他甚至会在对是否存在严重和明显非法侵犯基本自由的行为做出裁决之前就认为这一要求已经得到满足。行政法官在考虑有关措施的目的和范围时所确立的这些紧迫性推定，导致在有关问题上被视为满足了紧迫性条件。这些紧迫性推定在不同领域得到了自由裁量权法官的认可，特别是在涉及外国公民的案件中。这包括下令将外国国民驱逐出法国领土的决定¹³⁰⁷，拒绝让寻求庇护者临时逗留的决定¹³⁰⁸，或在确定庇护申请责任国的程序中，将当事人移交外国的决定¹³⁰⁹。另一方面，只要法官没有宣布适用于临时救济，在临时中止程序中确立的紧迫性推定只适用于该程序。因此，撤销或拒绝延长合法居住在¹³¹⁰的外国人的居留许可并不构成第 L.521-2 条意义上的紧迫性推定。同样，根据第 L.521-1 条确立的推定，即“商会的解散本身即构成紧急情况”¹³¹¹，也很可能不适用于 *référé-liberté*。在 *Pertuis* 市镇令之前的简易程序中确立的推定原则上也不能被视为得到维持。例如，临时救济法官承认，当专业人员被剥夺工作设备或无法从事其专业活动时，应推定¹³¹²。在新的法律制度下，这一推定是否会得到维持值得怀疑。

当提交给临时救济法官的案件涉及紧急性推定时，法官在审查与严重和明显非法侵犯基本自由有关的条件之前会对此作出裁决。法院首先会检查紧急性推定是否不能被所审理案件的特殊情况所克服。只要法院据此确立的紧急性推定是简单推定，就始终会根据案件的具体情况得到承认。根据判例法，“除非在特殊情况下”，紧急性被视为得到满足。推定决不能免除法官考虑有争议的措施对申请人情况的影响。如果行政部门根据案件的特殊情况成功地证明不存在紧迫性，特别是当申请人所遭受的损害可归咎于后者时，则可以推翻这些推定。因此，紧迫性推定倒置了举证责任。于是，被告率先举证。在其辩护意见中，行政部门必须指出具体情况，证明紧急性条件没有得到满足¹³¹³。在没有相反证据的情况下，紧迫性即成立。例如，在上述 *Ouakid* 案中，法官指出，“内政部长没有提出任何可能证明执行 2001 年 12 月 17 日驱逐 *Ouakid* 先生的命令不会造成《行政司法法典》L.521-2 条所述紧急情况的要素”¹³¹⁴。同样，关于拒绝登记申请人的领土庇护申请，理事会指出，“内政部长没有援引任何与 *Hadda* 先生的情况有关的特殊情况，*Hadda* 先生在多次试图登记其领土庇护申请时持有

¹³⁰⁷ CE, ord. 7 May 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T. p.*

870. 这种紧迫性的推定以前在即决中止程序中已经确立（见 CE, 26 September 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mesbahi, Lebon p.428*；CE, 2 October 2002, *Hakkar, Lebon T. p.863*）。

¹³⁰⁸ CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页；CE, 2003 年 11 月 3 日, *Kobanda Doro*, 第 258322 号。

¹³⁰⁹ CE, ord. 25 November 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ Nikoghosyan, Lebon T. p. 927.*

¹³¹⁰ 见上文第 298 节。

¹³¹¹ CE, ord. 2001 年 7 月 11 日, *Chambre de métiers de la Haute-Corse, Lebon T. p. 1105.*

¹³¹² 见 CE, ord. 2002 年 3 月 15 日, *Delaplace, Lebon* 第 105

页：考虑到申请人作为送货司机的职业所面临的后果，行政部门拒绝归还其驾驶执照”--

根据对案件特殊情况的审查--可以认为已经满足了第 L.521-1 条和第 L.521-2 条所规定的紧急条件”。

¹³¹³ 见在即决中止程序中确认的规则：CE, 2001 年 10 月 1 日, *Meddab*, 第 234918 号。

¹³¹⁴ CE, ord. 7 May 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T. p. 870.*

有效签证"¹³¹⁵。在没有任何相反证据的情况下，确定了紧急性，法官核实是否符合严重和明显非法的侵权行为。在实践中，我们可以看到，在上述所有通过紧急性推定机制承认第 L.521-2 条意义上的紧急性的判决中，严重且明显非法的损害随后在理由中被限定。诚然，紧迫性源于有关行为的性质和特点，而不是源于对基本自由的严重和明显非法侵犯。然而，在此我们也可以认为，对这种侵犯行为的定性并不是一个漠不关心的问题。如果法官在判决中没有认识到（如果他事先认识到就更不用说了）对基本自由的严重和明显的非法侵犯，那么他似乎从来没有认识到紧迫性¹³¹⁶。

308. 紧迫性主要而且几乎完全与认定严重和明显非法侵犯基本自由有关。看来，临时救济法官从未在未发现严重和明显非法侵犯基本自由的情况下认定案件具有紧迫性。不过，即使在这种情况下，如果他或当事双方发现有排除紧迫性的因素，他也可以拒绝将案件归类为紧迫案件。

第3节. 紧迫性要素

309. 有两个因素可以排除紧迫性的认定：一方面是原告的行为；另一方面是被告追求的公共利益目标。

I. 申请人的行为

310. 申请人不得是其声称的或实际遭受的紧急情况的起因。根据 *Nemo auditur* 原则，法官认为紧急情况不得归咎于申请人的态度。申请人的行为不得造成或加剧紧急情况。该判例法基本上涵盖了四种不同的情况。

311. 首先，临时救济法官认为，如果争议情况不是由行政部门的行动造成的，而是由当事人延迟向主管当局提出申请造成的，就不存在下令采取某项措施的紧迫性。例如，如果一个公民等了几个月才向领事机构提出更新护照的要求¹³¹⁷。如果申请人要求行政当局下令更新其护照，即使护照已过期超过两年¹³¹⁸，也不能说存在紧迫性。同样，持有临时居留证的外国公民如果等到有效期

¹³¹⁵ CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页。

¹³¹⁶ 在 *Kobanda Doro* 案的裁决中，最高行政法院指出，"拒绝给予临时居留本身对寻求庇护者的情况有足够严重和直接的影响，因此符合紧急条件，特殊情况除外"（最高行政法院，2003 年 11 月 3 日，*Kobanda Doro* 案，第 258322 号）。最高行政法院废除了在这种情况下排除紧急性的命令，然后对案件进行了复审，并驳回了申请，理由是对基本自由的严重和明显的非法侵犯。由于最高行政法院没有就紧急性作出裁决，因此无法确定是否满足了紧急性，换句话说，也就无法确定该推定是完全适用，还是必须根据案件的具体情况加以推翻。

¹³¹⁷ 见 CE, 2001 年 1 月 9 日法令, *Depertbes, Lebon* 第 1 页。申请人要求临时救济法官命令领事机构更新其护照。法官指出，上马恩省已于 2000 年 3 月告知当事人更新护照的条件。由于签发该证件的延误是由其本人造成的，因此"他不能以出国旅行的紧迫性为由，要求根据上述《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定采取措施"。

¹³¹⁸ CE, 2001 年 3 月 21 日法令, *拉哈尔*, 第 231531 号。

的最后一天才申请延期，也不能说他有紧迫性。根据 1946 年 6 月 30 日关于外国人入境和在法国居留条件的法令第 3 条的规定，他必须在居留证到期前的最后两个月内提出申请。因此，"由于处理其申请的延误完全归咎于他本人，申请人没有理由急于为其居留证延期 申请出具收据"1319。

312. 其次，如果索赔人在他认为自己是受害者的损失发生后明显迟迟不采取行动，法院将注意到这种迟迟不将问题提交法院与索赔人声称他的情况紧急之间的矛盾¹³²⁰。因此，在对行政行为提出质疑时的任何拖延或不尽责都会对原告不利。如果申请人已经接受了某一情况，只是姗姗来迟才对其影响提出质疑，并表明 "对其所申诉的行政行为拖延太久"，法官将拒绝将其定性为紧急状况¹³²¹。由于申请人本可以更早地关注这一情况，因此紧急状况的可信度受到严重影响。即使法官的干预在过去可能是紧急的，但在转交之日就不再是紧急的了。

因此，为了证明他所声称的紧迫性，申请人无权援引他所质疑的行为即将生效，尽管他在一个月前就已收到通知¹³²²。同样，申请人如果不对获取行政文件委员会 1996 年和 1999 年发表的不利意见提出异议，也不能援引 2003 年获取委员会发表这些意见所依据的文件的紧迫性¹³²³。临时救济法官认为，如果一个协会在等待一年多之后才要求暂停执行决定将其列入法国与外国之间的金融交易须事先获得经济部长批准的人员名单的法令，则不具有紧迫性¹³²⁴。法官还裁定，没有必要紧急下令拆除和移除在私人土地上已存在两年的公共建筑¹³²⁵。更不用说"暂停执行已实施十七年以上的规定"了。¹³²⁶

但是，如果过长的时间使人对申请人处境受到损害的现实性产生怀疑，则可以不规定时间限制，因为¹³²⁷。因此，临时救济法官有时会在紧迫性显得特别迫切的情况下缓和这一评估的严格性，尽管申请人的态度如何。在 *M'LAMALI* 案的命令中，他同意将行政部门拖延为申请人更新护照所造成

1319 CE, 2001 年 10 月 8 日, *Sanches Cardoso, Lebon T.* 第 1091 页。

1320 根据以前法律所确立的判例法条款，当 "从损害发生到提交简易程序法官" 之间 "经过了很长一段时间" 时，申请不再具有立法所要求的紧迫性（行政长官，1972 年 2 月 9 日，*Entreprise Quille*, RDP 1972, 第 1278 页）。

1321 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

1322 CE, ord. 2001 年 3 月 16 日, "2 种颜色" 广播协会, *Lebon T.* 第 1134 页。2001 年 2 月 23 日, 该协会被告知有争议的决定。直到 2001 年 3 月 23 日, 也就是该决定生效的前三天, 该协会才根据第 L.521-2 条向临时救济法官申请中止诉讼程序。

1323 CE, ord. 2003 年 5 月 12 日, *Bidalou*, 第 256868 号。

1324 CE, ord. 2003 年 12 月 15 日, *法国世界安全协会*, 第 262627 号。

1325 CE, 2001 年 8 月 21 日命令, *Manigold*, n° 237385。

1326 CE, ord. 2002 January 21, *Auto-école Bergson*, no.

1327 正如 M. Dugrip

在以前的法律状态下所指出的, "有争议的情况存在已久这一事实并不妨碍在某一特定时刻迫切要求临时救济法官采取某些措施。当情况具有某种持久性时, 当事件对其产生影响并使立即干预成为必要时, 紧迫性就会出现" (O. DUGRIP, *同前*, 第 328

页)。换句话说, 延迟" (.....) 本身并不能证明不存在紧迫性, 因为实际情况很可能随着时间的推移而延长, 并在某一特定时刻使立即行动成为必要" (*同上*)。同样, 科萨先生指出, "损害的年龄并不一定排除紧迫性" (科萨先生, "L'urgence en référé", *GP* 1955, 2, 第 47 页)。

的情况列为紧急情况，尽管申请人已经等了六个月才询问其案件的结果。法官考虑了两个因素，尽管申请人没有尽责，但仍将情况定性为紧急状况：一方面，申请人及时申请了护照延期；另一方面，当局处理其申请的时间异常之长，导致申请人无法依靠有效的身份证件。1328

313. 如果 "缺乏某种'出其不意的效果'"，法官也不愿意给紧迫性定性¹³²⁹。例如，一家房地产公司收购了一栋被寮屋居民占据的楼房，并请求警方协助执行法院命令驱逐寮屋居民，但法院拒绝判定存在紧迫性。该公司在购入大楼时就知道有寮屋存在，不可能不知道在实施其房地产项目时会遇到困难。法官在非常明确的推理中指出，"该公司惯常从事楼房翻新业务，不可能不知道在实施其收购的项目时会遇到困难"。行政法官推断，在这种情况下，申请公司 "不能在其自身所处的情况下依赖《行政司法法典》第 L.521-2 条意义上的紧迫性概念"¹³³⁰。通过这一公式，行政法官将 "可接受的风险" 的概念引入了紧急性评估¹³³¹，在此之前，这一概念似乎只保留给责任诉讼。¹³³²

314. 最后，从这一判例法中可以看出，如果申请人已将自己置于非法境地，则紧迫性不能成立。当一家公司打算根据 1996 年 7 月 5 日颁布的《贸易和手工业发展与促进法》开办一家企业，但却没有向省商业设施委员会申请并因此获得授权时，就属于这种情况。由于申请公司没有遵守该法律条文的规定，"所寻求的禁令涉及市长在向公众开放的机构方面行使权力的问题，无论如何都不具有紧迫性"¹³³³。因此，作为一般规则，"临时救济法官可以认为，当申请人能够以其自身情况不合法为由提出抗辩时，紧急情况并不成立，不能证明所申请的措施是合理的"¹³³⁴。

除了原告的态度外，被告所追求的一般利益也可能成为认定紧迫性的障碍。

II. 被告追求的普遍利益

315. 必须权衡下令采取保障措施的紧迫性与不下令采取保障措施的紧迫性。当法官在分析中综合考虑所有相关利益时，这种评估被称为 "全面" 评估。在某些情况下，被告负责的一般利益可能会成为确定紧迫性的障碍。

¹³²⁸ CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T.* p. 1034.

¹³²⁹ L. ERSTEIN, "Pragmatisme de la notion d'urgence", *Coll. ter.*2002, chron.

¹³³⁰ CE, ord. 2003 年 1 月 3 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Société Kerry, Lebon T.* p. 928, 931. 同理, 见 CE, ord. 2005 年 6 月 2 日, *Société civile immobilière "63 rue d'Hautpoul"*, 第 280831 号。

¹³³¹ J.-P. GILLI, note sous CE, ord 3 janvier 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Kerry, AJDA* 2003, p. 344.

¹³³² 见 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1422。

¹³³³ CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

¹³³⁴ P. SOLER-COUTEAUX, obs. under CE, ord. 2001 年 3 月 13 日, *Société Lidl, RDI* 2001, 第 277 页。在此, 该解决方案再次构成了合同外责任法原则的移植。在这一领域, "受害人如果发现自己处于不合法的情况下, 由于这种情况不合法, 他无权就这种情况下对他造成的损害要求赔偿" (R. CHAPUS, *同前*, 第 1420 页)。行政法官认为, 如果没有遵守对其适用的规定, 就不能要求赔偿 (见 CE, *Sect.*, 1980 年 3 月 7 日, *SARL Cinq-Sept, Lebon* 第 129 页, concl. J. MASSOT)。

316. 根据 2000 年 6 月 30 日法令的规定，临时救济法官必须平衡申请人在获得对某项措施的裁决方面的利益与不对该措施作出裁决方面可能存在的利益。行政法院根据《行政司法法典》第 L. 521-1 条首次确立了利益平衡原则。在滨海阿尔卑斯省省长 2001 年 2 月 28 日的裁决中 1335，最高行政法院撤销了临时救济法官的命令，该法官应环境保护协会的要求，暂停执行一项省令，该命令授权一家公司在滨海阿尔卑斯省的一个市镇开办一个家庭垃圾储存中心。最高行政法院指出，由于必须“全面、客观地评估”紧迫性，临时救济法官不仅有责任按照相关协会的要求考虑有争议的命令对环境造成的后果，还必须按照省长的要求考虑“暂停执行可能立即对阿尔卑斯滨海省的废物处理条件造成的后果”。在这种情况下，理事会正在权衡两个普遍利益：保护公众健康和尊重环境。理事会认为，处理废物的紧迫性超过了垃圾填埋场运营可能对环境造成的任何风险。2001 年 8 月 10 日，La Mosquée 协会的一项命令将全面评估紧迫性的原则转用于临时救济。临时救济法官在原则声明中采用了滨海阿尔卑斯省省长裁决的措辞，指出“《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的紧迫性条件必须客观评估，并考虑到每个案件的所有情况”¹³³⁶。

根据这一判例法，临时救济法官不能将其对案件紧迫性的审查仅限于申请人的利益。在这种情况下，法官应进行“紧迫性权衡”¹³³⁷，比较申请人获得保障措施宣告的紧迫性和被告为一般利益而采取行动的紧迫性。通过“权衡所涉利益”，法官必须“将申请人在临时措施未受时效限制的情况下将遭受的损害与在措施受时效限制的情况下对行为人、第三方或一般利益造成的损害进行比较”。在对紧迫性进行总体评估时，临时救济法官需要考虑要求他采取的措施的影响，并将其与有争议的決定或行为对申请人的影响进行权衡¹³³⁸。换言之，法院必须权衡采取所要求的保障措施的紧迫性与继续实施有争议的行为或所开展的行政活动的紧迫性。因此，通过将被告的利益纳入紧迫性评估，该解决方案结束了圣母院区保护协会的判例法，该判例法在以前的法律中占主导地位。¹³³⁹

1335 CE, Sect. 28 February 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes, Lebon* p. 110; *AJDA* 2001, p. 461, chron.M. GUYOMAR 和 P. COLLIN ; *Coll.*2001, comm. n° 126, note T. CELERIER.CELERIER.

1336CE, ord.2001 年 8 月 10 日, “清真寺”等协会, *Lebon* T. 第 1133 页。另见 CE, ord. 2002 年 11 月 21 日, *Gaz de France, Lebon* p.408 ; CE, ord.2003 年 10 月 30 日, 肯塔基公司, 第 261353 号。

1337 S. Overney, “Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge”, *AJDA* 2001, p. 721.

1338 P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Systèmes Droit series, 2003, pp. See also B.CAVIGLIOLI, “Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence”, *AJDA* 2003, pp.

1339 在 2000 年 6 月 30 日的改革之前，行政法院承认，在满足法律规定的条件时，它有不批准暂缓执行行政决定的自由裁量权（CE, Ass., 1976 年 2 月 13 日，凡尔赛圣母院区保护协会，*Lebon* 第 100 页）。在符合暂缓执行条件的情况下，这“只是法官的一种选择”（行政法院，Ass. 1982 年 7 月 2 日，*Lebon* 第 257 页）。在实践中，这种选择在特殊情况下很少使用（参见 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1582）。阿尔卑斯滨海省省长的裁决通过确立紧急性平衡原则，结束了在所有条件都满足的情况下不下令采取所要求的措施的可能性。然而，在改革实施的头几个月里，法律作家们曾考虑过将圣母院保护协会的判例法移植到 référé-liberté 程序中的想法。根据对第 L.521-2 条（“临时救济法官可以命令”）的字面理解，几位作者断言，该判例法有可能适用于临时救济，即使给予临时救济的所有条件，包括紧迫性，都已得到满足。Rouault 女士指出，“L.521-2 条载有这方面的传统判例法，规定法官可下令采取有关措施。在此，他再次拥有自由裁量权”（M.-C. ROUAULT, “La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif”, *D.* 2001, 第 401 页）。Pissaloux 先生进行了类似的分析：由于在临时救济的三项紧急申请中“使用了动词‘可’，这表示了一种能力”，临时救济法官

所涉及的利益由当事方和案件卷宗中的证据确定。临时救济法官将首先 "根据申请中提出的理由和辩护中提出的论据"评估紧迫性¹³⁴⁰。然而,法官并不受限于双方的论点,他或她可以主动提出不下令采取保障措施的紧迫性,即使被告没有提出。根据《法国行政司法法典》第 L. 521-1 条,最高行政法院同意临时救济法官可以在分类程序阶段对紧迫性进行评估,即考虑到不下令采取该措施的利益,从而仅根据申请就以缺乏紧迫性为由予以驳回¹³⁴¹。这一解决方案是值得注意的,因为根据假设,行政部门没有被传唤,因此在辩护中也 没有提出任何意见。因此,它不能援引不下令采取所要求的措施的紧迫性。因此,临时救济法官可主动考虑公共利益,尽管行政部门在其意见中并未提及。法官可主动对紧迫性进行评估,并从卷宗中的信息推断出不下令采取所请求的措施的利益。

在某些情况下,对紧迫性的评估在很大程度上与对明显违法性的评估相重叠。这就解释了为什么在某些情况下,法院并不将明显违法的条件与紧迫性条件分开审查,而是根据相同的数据来比较一般利益与侵犯基本自由之间的平衡。在 *Gaz de France* 案和 *SCI Résidence du théâtre* 案的判决中,法院指出,在没有充分理由的情况下,拒绝执行驱逐令似乎 "因明显非法而无效,并构成《行政司法法典》第 L. 521-2 条所指和适用的紧急状况"¹³⁴²。

317. 在实践中,当申请人的利益与一个或多个公共利益发生冲突时(在反对¹³⁴³的情况下),可能会出现两种情况。天平可能向有利于申请人的方向倾斜,因此有理由批准所请求的措施;也可能向有利于被告的方向倾斜,因此无法批准措施。在第一种情况下,可以对紧迫性加以限制,但在第

"没有义务下令中止一项决定,或采取任何必要的紧急措施以保障基本自由,或根据有关案件采取任何其他有用的措施。换句话说,即使满足了法律条件,即(以该法的两大创新为重点)在临时中止的情况下满足了紧迫性和严重疑虑,在临时释放的情况下满足了紧迫性和对基本自由的严重和明显非法干涉,临时救济法官(根据普通法)也不处于联动管辖权的状况"(J.-L. PISSALOUX, "临时救济法官",《临时救济法》,第2卷,第262页,第3段)。L. PISSALOUX, "Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures de référé administratif", *Dr. adm.* 2001, chron. no. 18, 1^{ère} part, p. 10).最后, M. Marcou 说, "与中止的简易程序一样,在临时救济的简易程序中,法院对措施的适当性保留自由裁量权("简易程序法院可命令.....")"(G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA* 14 May 2001, no.95, p.45)。但在现实中,这些假设是不可想象的。由于利益平衡是在对紧迫性进行全面评估的阶段实现的,这就从根本上排除了法官以任何理由授权自己在立法机关规定的准许采取某项措施(尤其是保障措施)的条件得到累积满足时不下令采取该措施的可能性。法院不再需要评估批准所要求的措施是否合适,因为任何可能反对该措施的公共利益理由都已被考虑在内。

1340 在简易中止程序中使用的公式。特别见 CE, Sect. 25 April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* p. 220; CE, 26 September 2001, *Société de transports "La Mouette"*, *Lebon* T. p. 1120; CE, 7 July 2004, *Schneiter*, *Lebon* T. p. 820。

1341 CE, 23 April 2003, *SARL Siminvest*, *Lebon* p. 178, *Dr. adm.* 2003, comm. n° 133, note P. CASSIA.在本案中,一审临时救济法官通过三方程序驳回了针对规划许可被拒而提出的中止申请。最高行政法院裁定,在评估案件的紧迫性时,临时救济法官可以"考虑兰斯市市长拒绝申请公司所申请的建筑许可的决定的理由,这些理由与个人安全和公共卫生有关"。

1342 CE, ord. 21 November 2002, *Gaz de France*, *Lebon* p. 408; CE, ord. 27 November 2002, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon* T. p. 874.

1343 在所有利益一致的情况下,就不需要资产负债表,紧迫性也会被接受。

二种情况下，则不受限制。

首先，如果存在压倒一切的普遍利益理由，结果将对申请人不利。例如，在市政当局下令禁止进入并下令拆除一个协会作为礼拜场所使用的破旧危险的公共建筑¹³⁴⁴的情况下，公共安全的理由排除了紧迫性。同样，考虑到所有相关利益，尤其是保护森林的利益，法官指出，将枫丹白露森林列为保护森林的法令¹³⁴⁵并不构成紧急状况。

反之，如果被告的利益似乎并不重要，不足以抵消下令采取保障措施的紧迫性，那么天平就会倾向于原告。例如，在市政府下令关闭当地一家商店的案件中，临时救济法官指出，“由于这是一项保护健康和安全的措施，因此在评估根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条要求采取的措施的紧迫性时，不仅要考虑到申请企业的情况，还要考虑到这些措施旨在预防的风险的紧迫性”。在公司的商业前景与预防健康风险之间进行权衡意味着，根据案件的具体情况，第 L.521-2 条所要求的紧迫性条件被认为已经得到满足¹³⁴⁶。同样，在省长拒绝提供警察援助的情况下，如果没有确定骚乱的威胁，维持秩序的利益并不妨碍确定紧急性¹³⁴⁷。在 2003 年 7 月 2 日的科利乌尔市镇令中，法官指出“如果市镇援引 2002 年夏季发生的、据说在 2003 年再次发生的并不严重的事件来说明暂停执行上述管理条例会对安全造成威胁，则（……）市镇有可能采取其他警察措施来应对这些威胁；因此，必须认为已经满足了紧急性条件”¹³⁴⁸。

关于命令的措辞，应当指出的是，当决定中提到不下令采取某项措施的紧迫性时，可以同时考虑下令采取该措施的紧迫性（这是在实践中出现的一种情况，即被告的利益至关重要，必须优先考虑）¹³⁴⁹，也可以在¹³⁵⁰之后考虑。

¹³⁴⁴ CE, ord.2001 年 8 月 10 日, “清真寺”等协会, *Lebon T.* 第 1133 页。该命令还指出, 市政当局向该协会提供了其他可做礼拜的建筑。

¹³⁴⁵ CE, ord.2002 年 8 月 13 日, 拉罗谢特市镇, 第 249528 号。

¹³⁴⁶ CE, ord.2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* 第 931 页。

¹³⁴⁷ 例如, 见 CE, 2002 年 11 月 21 日法令, 《法兰西报》, *Lebon* 第 408 页。为了证明拒绝出动警察是合理的, 行政部门援引了当地居民对该楼住户的同情, 声称如果执行驱逐令, 这种积极的支持会威胁到公共秩序。在驳回这一理由时, 法官指出, “行政部门为证明所援引的混乱威胁而提供的事实要素（……）不足, 不能仅仅从附近有几个艺术家工作室所产生的同情潮流中推断出来”。另见 CE, 2002 年 11 月 27 日法令, *SCI Résidence du théâtre*, *Lebon T.* 第 874 页。

¹³⁴⁸ CE, ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p. 930.

¹³⁴⁹ 在 *La Mosquée* 协会的

的命令中, 临时救济法官提到了滨海阿尔卑斯省省长裁决的措辞, 列出了不下令采取所要求的措施的理由, 并推断“从上述情况可以看出, 根据《行政司法法典》第 L.521-2 条, 紧急性并不能证明有理由下令中止 2001 年 6 月 11 日的命令”。如果说提到了紧迫性, 那也仅仅是通过在陈述中使用“紧迫性”一词来暗示。既没有明确也没有隐晦地分析下令采取该措施的紧迫性。法院自动认为不中止有争议的措施是紧急的 (CE, ord.2001 年 8 月 10 日, “清真寺”协会等, *Lebon T.* 第 1133 页)。同样, 参见: CE, ord.2002 年 8 月 13 日, *Commune de La Rochette*, 第 249528 号; CE, ord.2003 年 3 月 14 日, 埃夫里市镇, *Lebon T.* 第 931 页。

¹³⁵⁰ 在《法兰西报》的命令中, 法官指出, 行政部门的拒绝对申请人来说构成了“一种紧急情况; 然而, 《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的紧急条件不仅要考虑申请人的利益, 还要考虑包括维护公共秩序在内的公共利益” (CE, 2002 年 11 月 21 日的命令, 《法兰西报》, *Lebon* 第 408 页)。在 2005 年 11 月 8

318. 根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，批准一项措施的两个条件是紧急性条件和严重和明显非法干涉基本自由的条件。诚然，法律增加了第三项要求，即行政部门必须是在行使其权力时行事，但在实践中，这一条件没有任何实质意义。

日的命令中，法官首先说明了签发禁令的紧迫性。然后，他分析了当局为阻止签发禁令而提出的论据，一方面是申请人拖延向临时救济法官提出此事，另一方面是应避免在确定可建造最终废物储存中心的地点方面出现任何延误。法官驳回了这两个论点，理由是申请人已经表现出了必要的勤勉，而且行政部门“没有证明这种拖延会如何影响其负责的公共服务的运作”（行政法院，2005年11月8日命令，*Moissinac Massenat, Lebon*，第491页）。

第3章 行使权力的 行政机关

319. 行政司法法典》第 L.521-2 条规定，临时救济法官的干预以行政部门 "在行使权力时" 侵犯了基本自由为条件。与存在基本自由的要求一样，这一条件也是不同寻常的，因为它不仅是给予补救的条件，也是法官干预范围的条件。对基本自由的要求限制了程序的范围：有关行政部门 "在行使其权力时" 侵权的条件旨在限制临时救济法官的管辖范围。然而，这两个条件都是获得根据第 L. 521-2 条申请的保障措施的必要条件¹³⁵¹。通过引入这一限制，并禁止行政法院介入此类案件，议员们希望在攻击和殴打案件中保障司法管辖权。然而，在实际应用中，这一条件没有任何实质意义。

第1节：旨在防止行政不法行为的条件

320. 2000 年 6 月 30 日的法律毫无必要地将临时救济法官的管辖权限制在行政部门在行使其权力时所犯的侵权行为上。在制定这一限制时，立法机构的意图是通过将其范围保持在行政法院的管辖范围之外来维护既成事实。

I. 保留事实路线的愿望

321. 该法案没有直接或间接提及事实上的攻击理论。在这一点上，它对行政法院的干预范围没有任何限制。法案设想的情况很简单：临时救济法官可以审理所有侵犯基本自由的行政行为，无论这些行为是否由行政部门在行使权力时实施。然而，"国会议员们（他们生活在一个什么样的时代啊

1351 这一条件本可以在临时救济法官的管辖

范围内审查。不过，由于它限制了临时救济法官可以干预的案件，因此在准予命令的条件中提及它似乎是合理的。此外，一些裁决提到 L.521-2 条的这一正式要求是准予采取保障措施的条件之一。例如，临时救济法官指出，外国公民的宪法庇护权是 "一项基本自由，在紧急情况下，临时救济法官可根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条，在行政部门行使权力的严重和明显非法侵犯该自由的情况下，下令采取一切必要措施，以保护该自由" (CE, 2001 年 5 月 2 日法令, *内政部 c/ Dziri, Lebon* 第 227 页)。在 *Hyacinthe* 案的判决中，法官同样强调 "根据上述情况，行政当局在行使权力的严重且明显地非法侵犯了一项基本自由" (行政法院, 2001 年 1 月 12 日命令, *Hyacinthe 案, Lebon* 第 12 页)。在 *Fofana* 案的判决中，理事会指出，"本案的情况并未显示受公法管辖的法人在行使其一项权力时严重和明显非法侵犯了基本自由" (行政法院, 2002 年 5 月 22 日, *Fofana et autres, Lebon* 第 175 页)。Chapus 先生也将这一要求作为适用第 L.521-2 条的条件之一 (R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no.1605)。

！他们都有一百岁了）争先恐后地保留（法案没有这样做）这一最陈旧的司法管辖权案例，而此时，即使不能拧断它的脖子，至少也有机会开始摒弃它”¹³⁵²。通过禁止临时救济法官审理行政部门在行使权力之外的侵权行为，议员们希望尽管设立了临时救济，但仍能维持事实上的攻击，也就是说，在司法管辖权消失的所有条件都已就绪的情况下，保留或维护这一司法管辖权。

322. 在一读时，参议员 Pierre Fauchon 提出了一项修正案，建议在法案第 4 条中增加一条，即临时救济法官的管辖权的行使“不妨碍法院在攻击和殴打事件中被赋予的管辖权”。修正案的作者认为他必须诉诸《宪法》来证明这一承认是合理的¹³⁵³。尽管政府反对，但参议院还是在没有进行任何真正辩论的情况下通过了该修正案。国民议会法案报告员科尔孔贝特先生对参议员们采用的措辞表示保留。然而，他决不是要谴责这一原则，并与参议员们一样，对事实上的攻击将因建立“*reféré-liberté*”制度而消失表示担忧¹³⁵⁴。因此，他希望明确指出，正在讨论的法律决不是要改变权力的划分，换句话说，不是要废除事实上的补救办法，而只是要防止滥用这些补救办法。从法律上讲，为了确保临时救济程序不影响民事法庭对殴打事件的管辖权，国民议会应其法律事务委员会的要求，明确规定行政部门必须是“在行使其某项权力时”采取行动。与参议院的措辞相比，对殴打行为的提及更为含蓄；但其目的是相同的，即“明确殴打行为仍由法院处理”¹³⁵⁵。

在二读时，参议院再次修改了措辞，明确规定在“不妨碍法院管辖权”的情况下可下令采取保障措施。为了证明保留暗指攻击的做法是合理的，Garrec 先生指出：“法案第 4 条并没有质疑两级管辖权之间的权力划分。如果行政部门的行为与行使法律承认的权力明显无关，则适用滥用权力理论”，¹³⁵⁶。国民议会采纳了最初的措辞，认为其更为准确。在这方面，Colcombet 先生指出，“尽管两届议会都表达了同样的关切，即消除司法法院和行政法院之间管辖权划分的任何模糊性，但国民议会的措辞更精确地界定了（……）每一法院的管辖权范围”¹³⁵⁷。

为了解决两院之间的分歧，有必要诉诸一个联合委员会。双方就暗指攻击行为达成了一致意见。科尔孔贝特先生指出，“国民议会为第 4 条第 1 款选择的措辞的优点是明确界定了两个司法命令各自的管辖范围，从而充分保证了司法法官在攻击问题上的权力将得到尊重”¹³⁵⁸。加雷克先生“表示同意国民议会的案文，该案文在第 4 条第 1 款中没有提及任何攻击行为，指出这纯粹是一个判例法概念”¹³⁵⁹。因此，“国民议会更为优雅的修正案占了上风。该修正案更好一些，因为法律将不再认可攻击

1352 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no.

1353 *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, pp.

1354 见 F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 41 页：“因此，第 4 条的措辞与事实行为的标准之间的接近可能会使人担心行政法官通过临时禁令破坏判例法中确立的事实行为概念”。

1355 F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p.

10941. 蒙特堡先生认为，“这一澄清是对行政法院受理简易程序的重大改进。它不得损害（……）事实攻击的概念”（*JO déb. AN*, CR séance 14 décembre 1999, p.10941）。

1356 R. GARREC, 参议院第 210 号报告，第 18 页。

1357 F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, 2000 年 4 月 6 日公约与建议委员会会议，第 3161 页。

1358 F. Colcombet 和 R. Garrec, 第 2460 号报告（国民议会）和第 396 号报告（参议院），第 5 页。

1359 F. Colcombet 和 R. Garrec, 第 2460 号报告（国民议会）和第 396 号报告（参议院），第 4 页。

的概念。但它同样令人震惊", Chapus 教授说。1360

323. 事实上, 在第 L.521-2 条中列入这一条件是值得批评的, 因为它试图在实在法中保留司法管辖权的一个方面, 而这一司法管辖权随着简易程序的设立而完全失去了正当性¹³⁶¹。议员们意识到这一要求将不可避免地引起一些困难, 因此呼吁法院在临时救济 "领域" 和非法干预 "领域" 之间划出某种界线¹³⁶²。

II. 行政攻击领域

324. 被 Marcel Waline 描述为 "相当奇怪和困难" 的概念¹³⁶³, 行政事实行为同时也是法国行政法中 "最微妙的" 之一¹³⁶⁴。这种法学构造的起源非常古老, 可以在旧政体时期法院的某些判决中找到¹³⁶⁵。第八年《宪法》关于保障公务员的第 75 条的适用也促进了这一现象的出现¹³⁶⁶。然而, 这仅仅是个开端。攻击理论的真正形成是在 1867 年, 莱昂-奥科克 (Léon Aucoc) 就奥马尔公爵案的判决所做的结论中。这位杰出的政府专员在其意见中指出, 当一个公共权力机构 "以其权力为幌子或借口, 实施了明显超出这些权力范围的行为, 侵犯了公民的财产或自由, 这种行为只不过是一种攻击行为, 其结果 (.....) 受普通法院的管辖" ¹³⁶⁷。这就提出了至今仍被用来界定攻击行为的两个标准: 一是明显超越行政权力范围的行为, 二是侵犯财产权或自由的行为。随后, 这一概念的历史将是 "正弦曲线, 中间夹杂着伏格和长期沉睡" ¹³⁶⁸。事实上的通行权理论经历了休止期和活跃期的交替, 其辉煌时期是在战后不久, 当时征用诉讼成为焦点。

1360 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no.

1361 见第 534 条及以下各条。

1362 见 F. COLCOMBET, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10942: "In practice, I am convinced that it will be complicated and that, for some time, case law will have to define the boundary. Let it hope it happens quickly (.....). 我们希望它能尽快发生 (.....)。我们希望行政法院能尽快确定界限, 并提供一些标准"。

1363 M. WALINE, *Traité de droit administratif*, 9^{ème} ed, Sirey, 1963, p. 90.

1364 G. VEDEL and P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, 1982, p. 151.

1365 参见 S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 10: "利用其作为王国基本法律和君主制基本原则监护人的身份", 安息日制的议会 "将自己视为臣民权利以及侵犯其财产或自由的监护人。因此, 他们毫不犹豫地制裁行政权损害私人利益、威胁行动自由、财产或人身安全的行为"。在这个意义上, 另见 E. DESGRANGES, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, p. 30 et seq.

1366 这项规定一直有效到 1870 年, 根据这项规定, "除部长外, 政府官员只能根据国务委员会的决定对与其职责有关的行为进行起诉: 在这种情况下, 起诉在普通法院进行"。最高行政法院

认为, 所提出的保障不能延伸至官员失去行政行为性质的行为 (行政法院, 1807 年 4 月 23 日, *Diégo Dittner, Lebon*, 第 314 页; 行政法院, 1823 年 6 月 4 日, *Peillon, Lebon*, 第 405 页)。最高上诉法院采用了相同的解决方案。参见 *Cass. req. 2 August 1836, Lassere*, cited by S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p. 12, note 3: "Whereas L... could not be protected by article 75 of the Constitution of the Year VIII because it was not an act of fall within the powers of the mayor but an assault"。

1367 L. AUCOC, concl. on CE, 9 May 1867, *Duc d'Aumale, Lebon* p. 472, quoted by S. GUILLON-COUDRAY, *op.*

1368 J. MOREAU, "Voie de fait", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif* (1993), § 2.

325. 要认定滥用职权, 判例法首先要求行政部门严重侵犯了基本自由或财产权。其次, 行政部门必须偏离了 "法律上 " 的道路, 即法律道路, 而不是 "事实上 " 的道路。根据莫里斯-豪里乌 (Maurice Hauriou) 的分类, 事实诉讼有两类: 1369。第一种情况是 "缺乏程序 " 的事实补救, 即行政部门在不满足必要条件的情况下强制执行一项决定, 即使是合法决定也是如此 1370。第二种情况是 "缺乏权利 " 的攻击, 当行政决定无论在何种条件下执行, 都明显与行政权力无关时, 1371。第一种滥用与决定的执行有关, 第二种与决定的内容有关。关于行政部门必须是 "在行使其权力之外 " 行事的要求只针对第二种侵权行为, 即违法侵权。虽然在冲突法庭 1997 年 5 月 12 日的裁决之后, 在这一点上可能会有一些犹豫 1372, 但 2000 年 6 月 30 日法令之后的判例法消除了任何不确定性。2000 年 6 月 30 日法令之后的判例法消除了任何不确定性。它对两类滥用做出了非常明确的区分, 只有在因缺乏法律而滥用的情况下, 才要求侵权行为 "明显无法与属于行政部门的权力相联系" 1373。2000 年 6 月 30 日的立法者旨在排除行政法院对这两种情况的干预。然而, 在实践中

1369 正如 Sainte-Rose 先生所指出的那样, "既成事实 " 的概念与 "两个明确的假设相对应: 在未经授权的情况下诉诸行政部门的强制执行; 对几乎不存在的行政行为的谴责" (J. SAINTE-ROSE, concl. on TC, 23 October 2000, *Boussadar, D.* 2001, p.2334)。在某些情况下, 事实上的行动既源于决定本身, 也源于决定的不规范执行 (例如, 见 TC, 1935 年 4 月 8 日, 《法国行动》, *Lebon* 第 1226 页, JOSSE 的结论, *GAJA* 第 51 号)。

1370 "当依职权执行一项决定引起争议时, 必须核实这种执行在任何情况下都是未经授权的。如果做不到这一点, 即使执行本身是非法的, 也不能将有争议的执行政定性为事实上的行为" (同上, J. SAINTE-ROSE, *前引书*, 第 2334 页)。只有在以下三种情况下, 行政机关才有权依职权执行: 法律条文有规定; 因情况紧急而必须执行; 最后, 没有任何法律程序可以确保法律或行政行为得到遵守。关于这些情况, 见 *GAJA* 第 11 号, § 2-5。另见 J.-M. Auby 在其 TC 项下的注释中列举的许多例子, 1963 年 11 月 25 日, *Saint-Just Chaleysin 公社; Eponx Pelé* (两个案件), *JCP G* 1964, II, 13492。

1371 在判例法中, "voie de fait par manque de droit" 一词有多种用法。它指的是 不属于行政机关职权范围内的行为或行动 (TC, 1884 年 12 月 13 日, *邮政和电报, Lebon*, 第 909 页; TC, 1902 年 12 月 2 日, *Lebon*, 第 713 页, concl. ROMIEU); 行政机关不拥有的权力 (TC, 1935 年 4 月 8 日, *法国行动*, 同前, 第 713 页, concl. 与适用法律或规章条文明显无关的行为 (TC, 1940 年 6 月 4 日, *Société Schneider et compagnie 案, Lebon* 第 248 页; TC, 1947 年 2 月 17 日, *Consorts Perrin 案, Lebon* 第 501 页; TC, 1949 年 3 月 17 日, *Société Schneider et compagnie 案, Lebon* 第 713 页; Concl.501; TC, 1949 年 3 月 17 日, *Société Rivoli Sébastopol, Lebon*, 第 594 页; TC, 1952 年 2 月 28 日, *Sieur de Kernier, Lebon*, 第 620 页) 或明显与行使行政权力无关的行为 (CE, Ass., 1949 年 11 月 18 日, *Carlier, Lebon* 第 490 页)。

1372 政府专员在其结论中指出: "在我们看来, 事实上, 这两种事实上的攻击都以行政部门明显越权为前提" (J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. on TC 12 May 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris, RFDA* 1997.下划线)。Chauvaux 和 Girardot 先生指出, 在这项裁决中, 冲突法庭统一了事实攻击的标准, 规定了因缺乏程序而造成的事实攻击的标准, 即明显缺乏与法律权力的联系, 而这一标准迄今只在第一类事实攻击中得到确认 (D. CHAUVAUX 和 T. GIRARDOT, *AJDA* 1997, 第 581-582 页)。

1373 见 TC, 2000 年 10 月 23 日, *Boussadar, Lebon* 第 775 页。775 "考虑到作为行政和司法当局分离原则的例外情况, 除了行政部门在非正常情况下强制执行一项决定之外, 没有任何事实行为可以证明司法秩序法院的管辖权是正当的、一项严重侵犯财产权或基本自由的决定, 即使是一项合法的决定, 或作出了具有上述一种或另一种效果的决定, 但后一决定本身显然不可能与属于行政当局的权力相联系"。这一公式的使用是一致的 (例如, 见 TC, 2005 年 5 月 23 日, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française c/ Président de l'Assemblée de la Polynésie française, Lebon* p. 659, *JCP A* 2005, act. 258, obs.M.-C.Rouault)。在 2005 年

，法律引入的限制并没有实际意义。

第2节：非实质性条件非实质性条件

326. 提交人声称，"自由权"和"攻击"的适用范围有明显区别，并不重叠¹³⁷⁴。这两个程序的划分如下：所有非法干涉的案件都提交给法院，而所有其他侵犯基本自由的行政行为都提交给行政法院（因此不包括不构成非法干涉的侵权行为）。鉴于这样的划分，两种程序之间不可能并列¹³⁷⁵。

327. 实际上，临时救济法官无权审理伤害案件的结论似乎有些草率。不仅第 L.521-2 条的措辞仅将因缺乏法律而发生的攻击案件排除在其管辖范围之外。此外，最高行政法院对"在行使其权力时"一语作了最大限度的解释，其结果是临时救济法官的管辖权也扩大到因缺乏法律而发生的攻击行为。

I. 临时救济法官介入因缺乏程序而滥用权力的案件

328. 议员们在《法案》第4条中提及行政部门"在行使其权力时"进行的干预时，似乎考虑到了这两

12月12日的裁决中，冲突法庭明确区分了这两种假设，指出"这封信不构成强制执行一项决定，但也不是明显不可接受的与写信人的权力有关的措施"（TC，2005年12月12日，法兰西波利尼西亚共和国最高专员，*Lebon*，第659页）。

¹³⁷⁴ Gilles Bachelier 认为，"法律是将侵权行为纳入其适用范围的障碍"（G. BACHELIER, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002,

p.261）。根据许多作者使用的一种公式，司法法官对最严重的违规行为，即构成非法干涉的行为有管辖权，而行政法官则对所有其他违规行为负责。因此，福尔先生认为，事实上的行动是

"为最严重的违规行为保留的"（B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jcl. Jcl. Justice administrative*, fasc. 51 (11, 2002), no.) Rouault 女士认为，"Référé-liberté"涉及

"严重的违法案件，但不像行政部门实施攻击那样严重"（M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, p.

401）。在事实上的攻击案件中，"行政部门的行为需要比临时救济法官被要求干预的严重程度更高"（A. BOURREL 和 J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p.83）。关于权力存在的标准，临时救济法官的管辖权仅限于"普通"违法行为，而司法法官的管辖权

"仅限于可称为特殊的违法行为"（B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, no. 279）。

¹³⁷⁵ 此外，巴赫利耶先生在实施自由裁量权的第一年就明确排除了并行管辖权的想法。政府专员在其对 *Mohamed* 小姐一案的结论中提出了两级法院对制止暴力行为的并行管辖权问题。然而，他认为这种想法"既不可能，也不适当"（G. Bachelier, concl. on TC, 19 November 2001, *Mohamed*, *D.* 2002, p.1449）。首先，他断言，鉴于 L.521-2 条的措辞和立法机构的意图，这种解决办法是不可能的。L. 521-2 条将行政法院的干预限制在行政部门"行使其权力"的情况下，政府专员认为，

这就排除了行政法院对攻击案件的管辖权。Bachelier 先生还指出，2000年6月30

日的法律在权力划分方面是中立的，这一点在筹备工作中已重申过。其次，他指出，并行管辖权的想法"是不恰当的，因为它是混乱的根源，最终不符合诉讼当事人的利益"（同上）。

种类型的侵犯1376。然而，根据最高行政法院和最高上诉法院通过的冲突法庭判例法，行政部门在行使权力之外实施的侵权行为只属于一种类型的侵害：无权侵害，而不包括无程序侵害。因此，立法机关毫无疑问地授权临时救济法官处理与第一种攻击行为相对应的行为。

329. 行政决定的执行很可能不规范，但仍属于行政部门的职权范围。因此，行政法院和法院都有权审理行政部门在行使权力时在不正常的情况下采取的强制执行措施。自2001年3月23日的 *Lidl* 命令以来，临时救济法官一直有权审理此类案件1377。2000年11月17日，市长以 *Lidl* 公司无视规划许可法对一栋商业建筑进行内部改造为由，下令在该建筑的正门上贴上封条。

正如该法令所指出的，市长的这一权力来自《城市法》第 L.480-2 条。根据该条第一款的规定，一旦接到报告，表明发生了第 L.480-4 条所列的违法行为之一，其中包括违反规划许可法进行施工，如果司法当局尚未做出裁决，市长可以发出合理的命令，要求停止施工。根据规定，该命令的副本应立即送交检察官。根据同一条第 4 款的规定，如果案件被驳回或宣告无罪，市长的命令不再有效。根据第 L.480-2 条第 6 款的规定，“如未提起诉讼，检察官应通知市长，市长可主动或应有关方面的要求终止所采取的措施”。第 L.480-2 条第 7 和第 8 款授权市长采取一切必要的强制措施，包括“盖章”，其唯一目的是“立即执行司法决定或命令”。

在本案中，市长非法使用了这一权力；他在授权范围之外采取了这一强制执行措施。在市政府提出申诉后，检察官于2000年10月23日决定驳回此案。在这种情况下，市长不能合法地使用《法国城市规划法》第 L.480-2 条赋予他的强制执行权。毫无疑问，由于缺乏程序，这种行为构成了滥用权力。当局在私人建筑上贴封条的行为超出了这一行动的授权范围。这实际上是在合法执行行政决定的情况之外强行执行行政决定。提交人回顾了这一点，但没有人将其视为行政法官在简易程序中进行干预的障碍。在“主要裁决”的作者看来，“市长在建筑物大门上贴封条，以确保在适用法律之外执行其停止建筑工程的命令（……），构成强制执行措施，根据 *Saint-Just 不动产公司* 的判例法，可被视为非法行为”1378。博尼肖庭长在评论同一决定时指出，L.521-2 条“尤其指事实上的攻击案件”1379。同样，Ricci 教授强调，尽管市政当局的投诉被驳回，但封条仍被保留，“这是一种真正的攻击”。1380

330. 临时救济法官对因缺乏程序而滥用权力的案件进行干预的合法性源于第 L.521-2 条的措辞。由于所选择的措辞，议员们没有达到他们的目的，即排除行政法官对所有滥用职权案件的干预。所使用的措辞绝不排除临时救济法官对此类案件的管辖权。另一方面，人们可能会认真地认为，第 L.521-2 条的措辞会阻止临时救济法官对缺乏法律依据的案件进行干预。

1376 立法机构没有设想，当然也不希望在攻击案件中出现管辖权重叠的情况。科尔孔贝特先生明确指出，简易程序的目的和效果不应是“造成管辖权重叠”（F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 42 页）。

1377 CE, ord. 2001 年 3 月 23 日, *Société Lidl, Lebon* 第 154 页。

1378 GAJA no.

1379 J.-C. BONICHOT, obs. under CE, ord. 2001 年 3 月 13 日, *利德尔公司, BJDU* 2001/2, 第 114 页。

1380 J.-C. Ricci, "Chronique du contentieux administratif", *RGCT* 2001/18, 第 967 页。

II. 临时救济法官对事实不法行为案件的干预

331. 第 L.521-2 条的措辞似乎排除了对构成无权攻击的行为适用简易程序。当行政部门在行使其权力之外侵犯自由时，就会出现这种情况。另一方面，在 *référé-liberté* 程序中，行政当局的行为是“行使其权力”。因此，在这两种程序之间似乎出现了一条相对明确的分界线，关键在于法律权力的存在与否。无权殴打构成“篡权”¹³⁸¹；行政机关的行为超出了任何法律管辖权的下放范围。临时救济（*référé-liberté*）与滥用权力或越权相对应；行政部门的行为是非法的，但却是在行使赋予它的权力。

因此，法律规定的限制似乎将自由法院法官的干预限制在不符合无权攻击标准的行为上。当然，行政法院承认，它有权对以前的判例法拒绝归类为非法干涉的行为进行裁决，如签发或拒绝签发占用公共领域的授权书¹³⁸²，拒绝提供警察援助¹³⁸³，驱逐外国国民¹³⁸⁴，或拒绝签发临时居留证¹³⁸⁵。临时救济法官还大胆地承认，他有权干预非法攻击案件。他对行政部门“在行使其权力时”的干涉这一概念持特别宽泛的看法，认为行政部门的所有干涉都可以被视为干涉，即使没有法律依据。

332. 在 *Marvel* 案中，临时救济法官批准吊销一个法国籍家庭成员的身份证件，理由不是公共秩序，因此不属于行政部门行使权力的范围¹³⁸⁶。在“*Hyères-les-Palmiers 市镇*”案中，市长允许所有车辆自由进入并停放在私人道路上。这一措施并不是出于公共秩序的考虑，显然与其行使警察权或任何其他权力无关¹³⁸⁷。在 *Vast* 案的裁决中，行政法官认为市长命令系统地拆开写给某些议员的信件是在行使其权力。Boissard 女士在其结论中指出，有争议的措施与市长作为部门主管所拥有的权

¹³⁸¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} ed. 1933, republished in Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 25.

¹³⁸² 司法管辖权的无能：见 C. LAVIALLE, "Voie de fait et domaine public", *RFDA* 2000, pp. Référé-liberté 法官的管辖权：CE, ord.2002 年 9 月 16 日, *Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* p. 314。

¹³⁸³ 法院的无能：Civ. 1^{ère}, 1963 年 11 月 20 日, *Chapelet c/ Socodimex*, *JCP G* 1964, II, 13771；TC, 1966 年 2 月 28 日, *Trésor public c/ Schourmann*, *Lebon* 第 826 页。自由裁量权法官的管辖权：CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* 第 117 页。

¹³⁸⁴ 无权管辖：TC, 1979 年 12 月 3 日, *Fentouci*, *Lebon* 第 579 页；TC, 1994 年 1 月 17 日, *Préfet de la région de Haute-Normandie, Préfet de la Seine-Maritime c/ Ben Ali Atia, Dr. adm. 1994*, n° 135；TC, 1994 年 6 月 27 日, *Madaci et Youbi*, *GP* 1994, 2, p. 571, concl. R. ABRAHAM, note S. PETIT；JCP G 1994, IV, 2033, obs. PETIT；JCP G 1994, IV, 2033, obs. M.-C. ROUAULT. 行政法院的管辖权：CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *Lebon* p. 523；CE, ord.2001 年 8 月 10 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki* 案, 第 236969 号；2002 年 4 月 25 日, *Labbini* 案, 第 245547 号；2002 年 5 月 7 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Onakid* 案, CE, ord.2003 年 2 月 4 日, *Hilario*, 第 253742 号。

¹³⁸⁵ 司法法院的无能：TC, 1^{er} mars 1993, *Akiana*, *GP* 1993, 2, panor admin. p.164；TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, préc. référé-liberté 法官的管辖权：CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p.1132；CE, ord. 2002 年 3 月 5 日, *Fikry*, *Lebon T.* p.872；CE, ord. 2003 年 6 月 6 日, *Benmessaoud*, no.2004 年 10 月 15 日, *Sabi*, 第 273110 号。

¹³⁸⁶ CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marvel*, *Lebon* p. 167. 行政部门为这一措施辩解的理由是，由于申请人的出生证明上未提及其父母的身分，因此不能再将其视为拥有法国国籍。

¹³⁸⁷ CE, ord.2003 年 9 月 10 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, 第 260015 号。

力 "不无关系" 1388。Rouault 女士指出, "这一解决方案与冲突法庭的判例法和现行文本相矛盾" 1389。在 1956 年 12 月 10 日的一项裁决中, 冲突法庭认为, 行政部门在决定推迟某些邮件的投递时, 是在行使其权力之外行事 1390。如果说延迟投递邮件的事实与行政部门的权力无关, 那么打开邮件的命令就更与行政部门的权力无关了。因此, 临时救济法官在本案中谴责的行为构成事实上的违法行为。

2004 年 2 月 2 日的阿卜杜拉案 (*Abdallah*) 可能是最显著的例子 1391。根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定, 最高行政法院承认其有权根据根本不存在的文本对行政机关侵犯财产权的行为进行裁决。最高行政法院认为, 传统上被认为与行政权无关的行为是非法的。本案始于 1998 年 6 月 17 日, 当时马约特岛地方当局将一块土地卖给了 Abdallah 夫妇。五年后, 马约特地方当局依据 1927 年 8 月 12 日颁布的一项法令, 寻求对部分土地行使 "收回权", 该法令是为适用 1926 年 9 月 28 日关于马达加斯加财产的法令而颁布的 1392。最高行政法院指出, 1992 年 10 月 12 日颁布的适用于马约特岛领地的《国家和公共集体领地法》法令必然废除了所援引的规定, 该法令第 2 条规定: "所有立法性质的规定, 特别是 1926 年 9 月 28 日关于马达加斯加领地的法令中与本法令相抵触的规定, 均予废除"。政府专员认为, 行政部门是在其权力范围内行事, 因为 "鉴于所追求的目标, 即为邻近中学的学生建造体育设施, 马约特领土当局有权出于公共利益要求启动征用程序" 1393。因此, 只要文本承认行政部门的权力, 哪怕是微不足道的承认, 就可以推定行政部门是在其权力范围内行事。尽管 "收回权" 与征用程序之间的联系至少可以说是微弱的, 特别是由于前者的简陋和快速性质, 但只要认为行政部门 "行使其权力" 进行干预的要求得到满足就足够了。在本案的情况下, 当局没有采取行动的具体权力并不重要。尽管有关行为肯定构成滥用程序, 因为没有权利 1394, 但最高行政法院承认它有管辖权。政府专员说, "无论如何", "即使您认为有争议的决定必须作为事实上的措施来分析, 我们认为不根据第 L.521-2 条排除临时救济法官的管辖权仍然是适当的, 至少应下令暂停" 1395。

1388 S.S. BOISSARD, concl. 同上, 第 780 页。强调是后加的。

1389 M.-C. ROUAULT, CE 下的注释, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, JCP A* 2004, 1318, p. 628

1390 TC, 1956 年 12 月 10 日, *Sieurs Randon et autres, Lebon* 第 592 页, concl.

GUIONIN。在没有任何文本的情况下, 约讷省省长 Brunel 先生指示邮政局长 Cornevaux 先生将 Randon 先生的邮件 (批评 1940 年 7

月投票支持贝当元帅全权的前国会议员无资格的海报复印件) 推迟到选举期结束后投递。冲突法庭指出, "Brunel 先生和 Cornevaux 先生被指控的行为构成了对邮政信件安全的攻击, 这是《法国刑法典》第 187 条所保障的一项基本自由, 因此, 这些行为构成了攻击和殴打, 使法院有权对这些行为的有害后果做出裁决; 由此可见, 省长提出争议是错误的"。

1391 CE, 2 February 2004, *Abdallah, Lebon* p. 16, *RFD A* 2004, pp.

1392 这一机制是在 第三共和国 (e

) 时期引入的, 旨在利用积极的政策鼓励定居者开发和耕种土地。1926 年 9 月 28 日的法令承认了 30 年的收回权, 这使得公共当局可以轻松收回耕作条件不理想的土地, 以便将其转售给更有进取心的买家。

1393 S. Boissard, 同前, 第 775 页。

1394 相比之下, 参见 Com.1992 年 2 月 25

日, *Bull.civ.IV*, no.91: 当海关当局依据尚未生效的法律扣押货物时, 即构成犯罪。

1395 S. Boissard, 同前, 第 775 页。See also G. MARCHESINI, "L'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative dans le contentieux de la voie de fait", *AJD A* 2005, pp.

最高行政法院当然对属于行政机关的权力采取了广泛的概念。值得注意的是，初审法官对属于行政机关职权范围内的行为和行动也采取了同样的综合方法¹³⁹⁶。我们完全有理由相信，行政法院将承认其有权处理所有传统上被认为是违法的行为。

333. 因此，即使行政当局在案件的情况下没有常规权力，也可以使用 *référé-liberté* 程序。只要行政机关从某种权力中获益，哪怕是间接获益，哪怕是潜在获益，第 L.521-2 条就足以得到执行。这一判例法的理由很容易理解。从字面上看，《行政司法法典》L.521-2 条的措辞会导致法官在没有明确法律依据的情况下，对基本自由受到行政机关侵犯的人不予援助。行政法官宁愿自己下令采取必要的保障措施，而不是迫使申请人向民事简易程序法官提出第二次诉讼，从而陷入痛苦的境地。由于没有任何权力机构可以解除他的职务，因此只有最高行政法院才能决定临时救济法官的管辖权在哪里终止。在实践中，最高行政法院从未以提交给它的争议属于法院的管辖范围为由，宣布自己无权处理事实上的干预。

相反，临时救济法官可以而且确实干预了所有侵犯人身的案件--至少前提是诉讼当事人向他而不是向司法当局提出申请。问题在于，按照这样的解释，任何侵权行为是否都可能超出其管辖范围。由于在简易程序中对管辖权规则的评估更为灵活，因此可以合理地给出否定的答案。在这一领域，如果法院的管辖权是可能的，或者至少其管辖权的缺失并不明显，法院就可以作出有益的裁决。因此，要使临时救济法官拒绝行使管辖权，行政部门必须明显在行使其权力范围之外行事（从最高行政法院采用的概念来看，这是完全不可想象的），而且法官必须明显缺乏管辖权。此外，除了这两方面的要求外，法官还必须同意放弃争议，理由是争议符合典型的“既成事实”（*voie de fait*）的定义--这显然是他不愿意做的，而这是为了诉讼当事人的更大利益¹³⁹⁷。因此，很难看出哪些构成侵害的案件可以逃脱自由裁量权法官的管辖。最高行政法院的立场事实上确立了两级法院在制止公共当局暴力行为方面的并行管辖权。

结束第 II 篇

334. 根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条的规定，批准一项措施的条件特别严格。严格的措辞大大限制了临时救济法官的干预范围。行政法院对这三组条件的评估各不相同。首先，法官从字面上适用了严重和明显非法侵犯基本自由的要求。此外，这并没有给法官任何减弱或加强其严格性的余地。其次，临时救济法官对紧急性条件作了限制性的解释：根据给他规定的 48 小时裁决时限来评估紧急性条件。最后，行政部门“行使职权”的要求被最高行政法院弄得毫无意义。这一限制

¹³⁹⁶ 例如，见蒙彼利埃 TA，2005 年 1 月 27 日法令，*Gal. AJDA* 2005，第 1409-1412 页，注 J.GATE。争议涉及在没有所有权转移契约的情况下，将属于私人的地块纳入公共领域。为了确定该路权并非“明显不可能与属于行政部门的权力相联系”，法官以五年前进行的一项公共事业调查为依据，该调查特别涉及将有争议的路权纳入公共领域的问题。

¹³⁹⁷ 申请人在提出申请后的几天甚至几小时内就能得到裁决，而不必在法院重复整个程序。这样，申请人就可以避免民事临时救济法院宣布无管辖权，或因省长拒绝管辖权而导致诉讼程序缓慢。关于这些问题，见下文第 555 节。

法官干预范围的条件已被判例法解释所抵消。因此，法官的干预范围仅限于极端紧急的情况，同时将其职权范围扩大到通常属于行政法院管辖范围的所有行为。通过这种交叉解释，法院希望处理更多的措施，并打算将其干预限制在更为紧急的情况。因此，基本临时禁令只能在特殊情况下使用。

第一部分的结论

335. 自由裁量权既不是程序，也不是侵犯基本自由的程序。它是一种旨在纠正特殊情况的程序，只在极少数情况下辅助使用。

336. 基本自由的存在是临时救济法官根据第 L.521-2 条进行干预的先决条件。最高行政法院对这一概念作了广义的解释，并对这一程序的范围作了广泛的界定。尽管如此，临时救济仍适用于行政部门严重和明显非法侵犯基本自由，且必须在 48 小时内结束的特殊情况。要使用这一程序，仅仅存在基本自由或行政部门正在侵犯基本自由是不够的。此外，侵权行为还必须是明显非法的--因为并非所有侵犯基本自由的行为都是非法的，更不是明显非法的；侵权行为还必须是严重的--因为并非所有侵犯基本自由的行为都是严重的。此外，作为最后的保障措施，申请人必须证明有必要在 48 小时内获得保障措施。由于实施第 L.521-2 条的条件非常严格，因此并不构成对基本自由的侵犯，而是一种特殊情况。与 "侵犯自由" (déféré-liberté¹³⁹⁸) 和 "殴打" (assault¹³⁹⁹) 的特殊程序一样，其目的仅在于惩罚公共当局最严重的行为 (1400)。如果是在明显违法的情况下对自由的简单侵犯，申请人必须求助于简易中止程序--当然，前提是紧急情况是合理的。尽管临时救济程序的唯一目的是保护基本自由，但它并不是确保保护基本自由的唯一或甚至 主要的紧急程序。

337. 该机制的辅助性并不意味着申请人必须首先以临时中止的方式采取行动，否则根据第 L.521-2 条提出的申请将不予受理。这种辅助性意味着，临时救济程序仅限于其所针对的具体案件。在侵犯自由的案件中，简易中止程序往往被证明是有效的。甚至可以说，从数量上讲，它是紧急保护自由的主要程序。

当申请人认为自己是侵犯其基本自由行为的受害者，并且可以对裁决提出上诉时，他首先应该考虑的是临时中止程序。诉讼当事人及其律师并没有立即考虑到这一点，而是在基本自由受到最轻微的侵犯--不管是真正的侵犯还是假定的侵犯--时就急于申请临时救济。在一些案件中，他们选择诉诸第 L.521-2 条，而采取第 L.521-1 条规定的途径才符合他们的利益。在他们本可以通过临时中止程序以更容易的条件获得充分满足的情况下，他们却求助于临时救济法官。当基本自由受到威胁时，匆忙诉诸临时救济程序并非良策。正如拉贝图勒庭长所说，"太多的申请人和律师被临时禁令所吸引，而

¹³⁹⁸ déféré-liberté 被视为 "一种例外程序"，其适用范围仅限于 "特别严重的案件" (A. RICHARD, *JO déb. AN*, CR séance 22 janvier 1982, p.396)。

¹³⁹⁹ 殴打涉及特别严重的行为，以至于行政行为被认为被 "扭曲" (见下文，第 539-540 节)。

¹⁴⁰⁰ 由于中止措施是在法官对可能损害行使自由的行为的合法性产生严重怀疑时宣布的，因此，"剥夺自由"程序比 "放弃自由"程序更容易执行。另一方面，很难明确回答 "权利自由"程序比 "既成事实"程序要求更高还是更低。一方面，后者只有在行政部门的行为超出其权力范围时才能被定性--即便如此，这也只涉及无权攻击，而这一限制性条件在临时救济的简易程序中并不存在。另一方面，临时救济有一个条件--紧迫性--而事实上的行动则不受此限。就第二点而言，攻击程序的要求较低；就第一点而言，要求较高。

在这些案件中，使用临时中止程序才符合他们自己的利益"¹⁴⁰¹。临时救济法官向临时中止法官的转介意味着申请人应首先考虑诉诸这一程序。该程序非常适合于要求暂停执行侵犯基本自由的决定，并在适当的情况下签发强制令。

"在许多情况下，被申诉的行政行为是以决定的形式出现的，或明或暗，与临时救济程序相比，简易中止程序似乎更能保证申请人的胜诉机会"¹⁴⁰²。当一项决定涉及基本自由时，申请人可以在两种解决方案中进行选择。最简单的办法是申请暂缓执行：申请人必须证明其紧迫性并提出引起严重怀疑的方法；这就足以获得暂缓执行¹⁴⁰³。最困难的途径是临时救济（*référé-liberté*）：如果申请人选择第 L.521-2 条，"他就踏上了一条危险得多的途径，而且无论如何，就所追求的目标而言，这是一条更加困难的途径"¹⁴⁰⁴。例如，在 *Philippart 和 Lesage* 案中就是这种情况。根据第 L.521-2 条提出的申诉被驳回，理由是明显非法侵犯了基本自由¹⁴⁰⁵。在提交给临时中止法官后，行政诉讼庭在 2001 年 2 月 15 日登记的一份申请中，根据 L. 521-1 条批准了最初根据 L. 521-2 条申请的禁令¹⁴⁰⁶。由于这是对驳回决定的上诉，中止实际上采取了禁令的形式，临时救济法官向行政部门指明了其决定所产生的义务。同样，在 *Venelles 市* 案中，申请人对市长拒绝将一个问题列入议程并召集市议会讨论的决定提出质疑。根据第 L.521-2 条提出的申请没有成功，因为没有侵犯基本自由¹⁴⁰⁷。根据政府专员的建议和行政司法处的邀请，申请人提交了一份新的申请，这次是根据 L. 521-1 条提出的，并获得了满意的结果¹⁴⁰⁸。La Cour des miracles 餐厅因科利乌尔市市长拒绝批准其在夏季在公共场所设置露台而进行的长期法律斗争也是一个特别重要的例子。向临时救济法官提出的历次申请均被驳回，理由是这些申请侵犯了基本自由¹⁴⁰⁹ 或属于紧急¹⁴¹⁰。经过将近一年的诉讼和一个旅游旺季的损失，申请人终于有了根据第 L.521-1 条提出申请的想法。蒙彼利埃行政法院的临时救济法官于 2003 年 7 月 2 日做出了有利于申请人的裁决，签发了申请人要求的禁令。2004 年 1 月 20 日的案情判决确认了这一命令，并成为最终判决¹⁴¹¹。

诉讼当事人及其律师花了数年时间才了解到 *référé-liberté* 程序的特殊性和所要求的极高标准。在最初几年，许多申请显然不属于该法官的职权范围。然而，正如统计数字所显示的那样，¹⁴¹²，目前正在发生变化：临时救济申请的数量已经稳定下来，甚至略有下降，而其他申请的数量则在继续上

¹⁴⁰¹ D.LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien no. 1, p. 7.

¹⁴⁰² M. Guyomar and P. Collin, chron. under CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *AJDA* 2001, p. 1056.

¹⁴⁰³ 例如，关于侵犯工会自由，见 CE, 2001 年 8 月 31 日，*Fédération CFTC Santé-sociaux et autres*, *Lebon T.* p. 1104.

¹⁴⁰⁴ G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第 268 页。

¹⁴⁰⁵ CE, ord. 9 February 2001, *Philippart and Lesage*, no.

¹⁴⁰⁶ CE, Sect. 28 February 2001, *Philippart et Lesage*, *Lebon* p. 112.

¹⁴⁰⁷ CE, Sect. 18 January 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles*, *Lebon* p. 18.

¹⁴⁰⁸ CE, 5 March 2001, *Saez*, *Lebon* p. 117, *Coll. ter.* 2001 年 7 月，第 4-6 页，CONCL. L. TOUVET.

¹⁴⁰⁹ CE, ord. 2002 年 9 月 16 日，*Société EURL La Cour des miracles*, *Lebon T.* 第 314 页。

¹⁴¹⁰ CE, ord. 2003 年 3 月 19 日，*Société EURL La Cour des miracles*, 第 255191 号。

¹⁴¹¹ 参见 F. LICHERE, , Note sous TA *Montpellier*, ord.

¹⁴¹² 通常的情况是，申请人在提出 *référé-liberté*

之后，甚至在法官作出裁决之前就改变了主意，表示打算以后再根据 L.521-1 条的规定将案件提交法官审理（见 CE, 2005 年 1 月 31 日法令，*Ferreira Nobre*, 第 277028 号）。

升，无论是根据案情还是简易程序提出的申请。

338. 由于准予临时救济的条件十分苛刻，该程序很少能成功。很少有申请人能证明自己处于特殊情况，可以使用该程序。平均而言，只有5%的案件符合第L. 521-2条规定的条件¹⁴¹³。这些数字可以与德国宪法上诉和西班牙宪法权利保护¹⁴¹⁴上诉的数字进行比较。1999年，德国的成功率为2.6%¹⁴¹⁴，西班牙为4%¹⁴¹⁵。

由于准予临时救济的条件很少得到满足，因此以此为基础的申请几乎从未成功过。只有极少数申请人通过这种方式获得满足。鉴于符合第L.521-2条实施条件的申请所占比例很小，这一程序的实用性值得怀疑。难道我们不应该因为行政判例法中对这一法律救济的积极应用很少而得出这一法律救济没有实际作用的结论吗？考虑到成功使用“驳回--放弃”程序的案例为数不多，我们可能会得出这样的结论。然而，这样做会误解这一程序背后的理念。准予临时救济的条件并非微不足道，也不是为了经常满足这些条件。如果 *référé-liberté* 程序从未使用过，那么它就毫无意义。但实际上，它很少被使用。这正是它的目的所在。可以使用该程序的情况都很严重，在实践中只有在非常特殊的情况下才会出现。当出现这种情况时，“驳回-和解”程序可以保证诉讼当事人得到与情况严重程度相称的快速有效的回应。为了应对特殊情况，立法者规定了一种本身就属于特殊情况的程序¹⁴¹⁶。

1413

尽管如此，如果我们把原告通过撤诉或撤消案件而得到满足的案件计算在内，原告得到满足的案件数量就会上升到10%。见下文第466节。

1414 Cf. A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand", CCC no. 10, 2001, p. 77.

1415 参见 C. RUIZ MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC no. 10, 2001, p. 96.

1416

这种关系并不十分传统。一般来说，情况的严重性要求并证明有理由偏离常规。在人类社会中，我们正是通过偏离常规来应对最严重的情况。

第II部分

快速有效的

法律保护

" (.....) 形势是严峻的, 但它证明了什么?
它证明需要采取更加特殊的措施"。1417

339. 在自由方面, 衡量程序是否有效的标准是司法反应的即时性和力度。正如让-里韦罗 (Jean Rivero) 所指出的, "只有通过防止对自由的威胁, 或者在自由受到侵犯的情况下, 通过紧急恢复受到侵犯的自由, 确保自由的有效行使, 对自由的保护才是有效的"1418。在这一领域, "有效的保护是指一旦发生侵权行为, 就能成功地制止其影响, 并恢复权利被剥夺者的权利"1419。因此, 当一个人的基本自由受到严重和明显的非法侵犯时, 立法机构希望法官能够迅速介入, 制止侵权行为。正是考虑到这一唯一目标, 临时救济 (référé-liberté) 的整个程序制度才得以确定1420。由于第 L.521-2 条的目的是 "迅速结束侵犯基本自由的情况"1421, 因此整个制度都是为了立即保护侵犯基本自由行为的受害者。

这种对效率的追求使得有理由偏离行政诉讼的最佳既定原则, 特别是在将案件提交法院、法院介入的条件以及赋予法院的权力方面。鉴于有关罪行的严重性, 人们认为有必要偏离一些规则, 这些规则虽然在其他领域是合理的, 但在本案中会损害对自由的保护1422。结果是一个非典型的程序, 在许多方面超出了传统的分类范围1423。程序的有效性与其性质问题密切相关。事实上, 正是因为它的目标是达到最佳效果, 立即对不可接受的情况进行补救, 所以自由裁量权程序才具有如此特殊的性质。该机制的独创性是其引入时所追求的目标的结果。正是由于有关权利和自由的重要性, 而且更重要的是--因为一项基本自由的存在本身并不足以证明有理由偏离传统的诉讼原则--情况的严重性, 才证明有理由调整传统的程序机制并加强保护力度。

340. 《行政司法法典》第五卷的前两章中都有关于 "自由裁量权" 程序的规定。然而, 最高行政法院已经排除了《欧洲人权公约》第 6 条对这一程序的适用。

临时救济 (référé-liberté) 部分受适用于所有紧急临时救济程序的一般规则的约束, 部分受特定规则的约束, 它所受益的调整是这一程序的特殊目的所证明的。就其性质而言, 临时救济受适用于所

1417 A. CAMUS, *La Peste*, 1947, ed. Gallimard, coll. Folio, 1972, p. 146.

1418 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, p. 736.

1419 J. RIVERO, Preface to thesis by S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. XV.

1420 程序一词在此是广义的。根据该词的词源 (*procedere*, "前进"),

它指从诉讼开始到诉讼结束的过程。它包括上诉的提出、调查和裁决, 法官的权力以及对其裁决可采取的补救措施。

1421 R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 49 页。

1422 这种做法是有先例可循的。事实上, 立法机构通过制定 *déféré-liberté* 程序, 确认了 "将自由保护从普通行政诉讼法及其可能带来的拖延中剥离出来的必要性" (J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFDA* 1990, 第 737 页)。

1423

由于自由裁量权的特点, 有理由对所实施的程序的性质进行横向思考。问题主要集中在它属于哪种程序, 以及它在行政诉讼结构和程序法主要分类中属于哪一类。

有紧急临时救济程序的程序规则管辖，这些规则自然也包括适用于所有临时救济程序的规则¹⁴²⁴。在界定这些规则时，案文起草者采用的办法是以民事简易程序为范本，该程序“程序相当简单、迅速，没有过多的形式主义”¹⁴²⁵，并使其原则适应行政诉讼的具体特点。这种做法并无特别之处，因为司法私法一直是行政诉讼规则发展的灵感来源¹⁴²⁶，尤其是在简易程序领域¹⁴²⁷。然而，民事诉讼规则不能一成不变地照搬到行政诉讼中，因为“提交给两种法院命令的争议的性质和诉讼方式”存在差异¹⁴²⁸。这些特殊性为某些必要的调整提供了理由¹⁴²⁹。除了关于紧急临时救济的“一般法”之外，还为临时救济制定了特殊规则。这些特别规则是考虑到临时救济的特殊目的而确定的：迅速结束涉及严重侵犯基本自由的情况。因此，增加了一些内容，以方便和加快申请的提出、调查和裁决。此外，临时救济程序与其他紧急临时救济程序的不同之处还在于针对一审法院的裁决所提供的补救

1424 在《行政司法法典》中，适用于所有简易程序的规则并不完善，因为其立法部分只包含两个条款（第 L. 511-1 条和第 L. 511-2 条），而其规范部分没有包含任何条款。与紧急简易程序具体相关的规则载于第五卷第二篇。见 M. COURTIN, "Référé en urgence", *Jcl.*1093 (8, 2003).

1425 P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 49.

1426 见 B. PACTEAU, "Dualité de juridictions et dualité de procédures", *RFDA* 1990, pp. PACTEAU, "Dualité de juridictions et dualité de procédures", *RFDA* 1990, pp.66-70 ; R. CHAPUS, "De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile", *EDCE no.29*, 1977-1978, pp.11-65 ; F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloque des 11 et 12 décembre 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, pp.277-310。政府专员 Kahn

断言，“当涉及到一种经过几个世纪司法实践检验的技术时”，最高行政法院不会

“无视原则，只为维护一种无人质疑的独立性”（concl. Kahn sur CE, Sect., 1970年5月13日，*Lebon* 第334页）。

1427

民事简易程序自引入行政诉讼程序以来，一直是最高行政法院的必备参考。当简易程序的实施给行政法院带来前所未有的困难时，政府专员就会向私法寻求答案。正如 Chardeau

先生所言，“在行政法院使用简易程序这一新领域，最好向法院的更多经验看齐”（J. CHARDEAU, concl. on CE, Sect., 13 July 1956, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*, *AJDA* 1956, II, p. 322）。同样，Lasry

先生指出，“在行政法院简易程序这一新领域，毫无疑问，你们新出现的判例法必须尽可能与司法法院更多经验的成果保持一致”（关于 CE 的结论，1957年7月15日，*Ville de Royan*, *RDP* 1958年，第109

页）。政府专员明确以司法私法为依据来确定临时救济法官的性质--

它是法院的派生机构，而不是一个独立的司法机构（同前，CHARDEAU 案；同前，LASRY 案），并界定了“紧迫性”、“严重争议”或“对委托人的损害”等概念（同前，GREVISSE 案，关于行政长官，1958年3月14日，Sect.、1958年3月14日，*Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *AJDA* 1958, II, pp.186-190），或承认临时救济法官在出现新情况时推翻其最初裁决的可能性（concl. M. LONG on CE, Sect., 12 October 1956, *Saporta*, *AJDA* 1956, II, pp.410-412）。

1428 “最高行政法院工作组关于紧急诉讼的报告”，*RFDA* 2000年，第953

页。在简易程序中向民事法官提起的诉讼往往是个人所表达的对立诉求的第一次交锋，双方都是

在意思自治的框架内行事。另一方面，行政诉讼并不涉及两个私人利益之间的对抗，而是涉及为了普遍利益而做出的决定，并受益于合法性推定。行政行为或行动要么是公共权力特权的结果，要么是公共权力机构根据法律规定的程序对选民事先提出的要求做出的回应。

1429 虽然该法的目的是

“使行政法院在紧急案件中的裁决具有与民事法院在简易程序中的裁决相类似的效力”，但解释性备忘录指出，这种转换必须“考虑到行政诉讼的具体特点”。

措施。因此，从程序规则的角度来看，临时救济的简易申请在两个方面是特殊的。首先，作为一种司法程序，它属于简易程序的范畴。因此，它得益于一种减损诉讼程序普通法的制度，其理由是需

要考虑到紧迫性¹⁴³⁰。其次，它是简易程序类别中的一种减损，因为适用于它的特殊规则使它有别于其他简易程序。

在2001年2月28日对 *Casanovas* 案的判决中，最高行政法院裁定《欧洲人权公约》第6-1条和第13条的规定不适用于“转手”（*référé-liberté*）程序。在本案中，申请人质疑的是《行政司法法典》第L.522-3和L.523-1条规定的分类程序的合法性。行政庭指出，这些条款“考虑到临时救济法官可能采取的措施的临时性质，与1431所援引的规定并无抵触”。因此，理事会认为，由于法官采取的措施具有临时性质，简易程序不属于这些规定的范围。这一解决方案似乎符合既定的行政法和欧洲判例法，该判例法将这些条款的适用与命令采取的措施的确定性联系起来¹⁴³²。这一表述以《行政司法法典》第L.511-1条的措辞为基础，该条规定：“临时救济法官应通过临时措施作出裁决”。所采取的解决办法及其背后的推理并没有给临时中止措施和临时保全措施造成任何困难。不可否认，根据第L.521-1和L.521-3条采取的措施是临时性的，并不影响法律的实质内容。另一方面，其对临时救济（*référé-liberté*）的适用是值得商榷的¹⁴³³。

1430 参见以前法律对简易程序的“特别程序”和“行政法院的普通程序”的区分：CE, 1972年4月19日, *Département de la Haute-Loire, Lebon* 第297页。

1431 CE, Sect., 2001年2月28日, *Casanovas, Lebon* 第108页；特别是在CE, 2001年10月19日, *SCI du Clos*, 第234090号中重复了这一公式。关于明确宣布声称违反条约规定的抗辩无效的推理，见CE, 2003年10月29日, *Commune du Ferré*, 第257586号：“考虑到临时救济法官可能下令采取的措施的临时性质，《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条不适用于有关诉讼；必须驳回声称违反该公约的抗辩”。

1432 第6条的保障旨在适用于裁定“争议”的法院。解决争议的事实表现为引起诉讼的争议得到解决。因此，这不包括非决定性诉讼，即不直接寻求对有关公民权利和义务的争议做出决定的诉讼。斯特拉斯堡法院认为，第6-1条“不适用于寻求中间禁令的保护性诉讼。此类诉讼的目的是在主要诉讼作出裁决之前对

临时情况进行管理，因此它们并不寻求对民事权利和义务作出裁决”（欧洲人权法院, *Carreira 诉葡萄牙*, 第41237/98号，着重部分由作者标明）。在以前的法律状况下，最高行政法院根据欧洲判例法（见B. LE BAUT-FERRARES案中引用的参考文献），认为LE BAUT-FERRARESE, “Les procédures d'urgence et le langage du droit”, *RFDA* 2002, p. 312, note 197），认为简易程序和暂缓执行不属于第6-1条的范围（分别见CE, 11 March 1996, *SCI du domaine des Figuières, Lebon* p. 71; and CE, 14 December 1992, *Lanson, Lebon* T. p. 1217, *RFDA* 1993, p. 791, concl. S. LASVIGNES）。根据卡萨诺瓦斯案的裁决，行政法院将这一解决办法移植到2000年6月30日法律规定的紧急简易程序中。

1433 在初审中，临时救济法官就法律问题作出裁决。他们裁定的是法律的实质内容。权力过剩法官负责审查“普通”违法行为，即可能严重或明显但不一定违法的行为，而临时救济法官只负责制裁“明显”的违法行为。他裁决的是法律的实质；他根据案情评估行政行为或行动的合法性（关于这一点，见上文第277-279段）。其次，临时救济法官的干预对民事性质的权利和义务具有决定性作用。第L.521-2条规定的法院不仅仅是在对案情实质作出判决之前为当事人作出临时安排。它本身就是一种独立的补救措施，独立于对案情实质的上诉，在任何情况下都不以上诉为条件。它所规定的措施是永久性的（见下文第502节及其后各节）。然而，欧洲判例法认为，使根据案情解决争端成为可能的紧急措施对《公约》第6条意义上的公民权利具有直接决定性（见欧洲人权法院，1978年6月28日, *König 诉德国*, *Cahiers de droit européen* 1979, 第474页, G. Cohen-Jonathan 注释）。因此，正如最高行政法院就合同临时救济（CE, Ass. 10 June

341. 根据第 L.521-2 条的规定, "立法机构的意图是, 临时救济法官应能够迅速制止对基本自由的严重和明显非法侵犯, 从而影响该自由的状况或其旨在保护的利益" ¹⁴³⁴。为了能够迅速干预, 即在侵权行为发生时立即干预, 法律赋予了法官立即干预的可能性。为了确保法官能够制止这种情况, 他被赋予了广泛的权力, 使其干预非常有效。基于对速度和效率的追求, 所制定的程序使侵权行为的受害者能够很快地停止违法行为。

1994, Commune de Cabourg, *Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES) 和视听临时救济 (CE, 25 November 1994, *Société "La Cinq"*, *Lebon* p.511) 所作的裁决, 该条款适用于它们。因此, 可以设想在紧急临时救济程序中为权利保护保留一种不同的命运, 并使其与合同权利保护和视听权利保护一样受第 6-1 条规定的约束。

¹⁴³⁴ CE, ord.2005 年 11 月 12 日, *协会 SOS racisme - touche pas à mon pote*, *Lebon* p. 496 ; CE, ord.2006 年 4 月 4 日, *Bidalou*, 第 291948 号。

标题

立即干预的可能性

342. "捍卫公共自由的手段要想有效，就必须简便、快捷、廉价"¹⁴³⁵。Gaston Jèze 经常引用的这句话涉及公共自由的概念。然而，这句话同样适用于第 L.521-2 条所述的严重和明显非法侵犯基本自由的情况。在这种情况下，法院的干预是否有用首先取决于案件是否容易提交给法院以及法院是否能迅速做出反应。当原告援引第 L.521-2 条的规定，并因此声称存在此类侵权行为时，法律会为其安排更便捷的司法途径，并迅速做出裁决。其结果是，上诉程序灵活，裁决速度极快：在申请登记后数天甚至数小时内即可对申请进行调查和裁决。通过减损普通程序规则以简化和精简程序，"自由裁量权"程序为诉讼当事人提供了在不受限制或费用不高的条件下获得快速裁决的手段。

第1章 无障碍法官

343. 立法者的意图是从程序的角度出发，使"自由裁量权" (référé-liberté) 程序易于使用。当一个人声称其基本自由受到严重和明显的非法侵犯时，行政诉讼程序的传统规则有可能通过劝阻、延缓或阻止原告采取行动而阻碍诉讼的提起，这些规则已被搁置或进行了调整。因此，对管辖权和可受理性规则的界定是为了便于提起诉讼。因此，一方面，临时救济法官是一个容易接近的法官，因为他离申请人很近。其次，放宽了关于受理申请的规则。因此，那些受法律约束的人可以更容易、从而更快地接触到临时救济法官。一个认为自己的基本自由受到严重侵犯的人可以很快地与该法官取得联系，说明自己的情况并提出申诉。

第1部分：与申请人关系密切的法官

344. 德拉戈教授指出，"在涉及侵犯基本权利的上诉案件中"，程序"首先必须允许诉讼人接触与公民

¹⁴³⁵ G. JEZE, "Rapport à l'Institut international de droit public", *Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 176.

关系密切的法官¹⁴³⁶。2000年6月30日的立法者正是采纳了这一方案，将这一诉讼交由行政法院审理。临时救济申请将提交给距离申请人较近的行政法院。

I. 行政法官

345. 行政法院有权审理“权利转让”程序。只有属于本法院通常管辖范围内的争议才适用第 L.521-2 条规定的程序。

A. 行政法官的利益

346. 对申请人来说，行政法院的管辖权首先意味着司法机构的介入。申请人可以得到保证，他的申诉将得到审查，并得到与这种性质的机构的干预相适应的所有保障。虽然某些非司法机制，如共和国调解员，在某些情况下，在自由方面可能是有效的¹⁴³⁷，但它们所提供的保障都不能与司法补救相提并论¹⁴³⁸。“纵观历史，进步总是从非司法走向司法。保护最初是非司法性的，后来逐渐具有司法性。从历史角度看，司法审查似乎比非司法审查更有效、更安全”¹⁴³⁹。这种形式的审查实际上是“使行政部门更加遵守法律的运动的顶峰”¹⁴⁴⁰。任何非司法保护技术都无法与法官的干预相提并论或取而代之。在一个法治国家，法官仍然是“我们自由的不可期待和不可替代的捍卫者”。¹⁴⁴¹

法官在这方面的优越性并非源于履行这些职能的人员的个人素质，而是源于法院这一机构的性质。正如 Fleiner 先生所指出的，“法官只有为其裁决提供合理的理由，换言之，以第三方可以理解的方式作出裁决，才能得到认可。他必须以公正无私为己任，决定各方提出的论据中哪一个能说服他”¹⁴⁴²。它根据适用的法律客观地解决提交给它的争端，并通过其裁决的可执行性来强制遵守。显然

¹⁴³⁶ G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etudes no. 11, p. 10.

¹⁴³⁷ 关于这些机制，见 P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 4^{ème} ed, Dalloz, coll. Cours, 2002, p. 190 et seq. 另见 B. DELAUNEY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, coll. BDP, t. 172, 1993, III^e part.

¹⁴³⁸ 这就解释了为什么非司法系统在法国的流行时间很短。这一现象在 20 世纪 70 年代和 80 年代得到了发展，当时受斯堪的纳维亚监察员

模式的启发，引入了保护自由的新的替代技术。然而，对这些新的控制形式的狂热“有点过时”（C. DEBBASCH, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections" 学术讨论会导言, *AEAP* 1983/VI, 第 12

页），实际上很快就消退了。关于这一现象的介绍，见 J. WALINE, "L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle", *RDP* 1984, pp. Réflexions sur l'évolution contemporaine des voies de la protection", *LPA* 23 November 1990, no. 141, pp.

¹⁴³⁹ J.-M. PONTIER, "Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France", *AEAP* 1983/VI, p. 60.

¹⁴⁴⁰

C. 首先，这一发展包括从行政部门内部的行政控制，即行政部门对自身的控制，转变为委托行政部门以外的机构进行控制。其次，演变的过程包括从法官仅向行政部门提出意见的司法形式转变为委托法官的司法形式，即法官有权做出最终裁决。最后，法院改进了其控制技术：从对行政行为的纯粹外部控制转变为对合法性的内部控制。

¹⁴⁴¹ J.-P. COSTA, "Le juge et les libertés", *Pouvoirs* no. 84, 1998, p. 87.

¹⁴⁴² T.T. FLEINER, "Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme", in *Les droits*

，"上诉所能提供的保障莫过于向一个有适当和严格管辖权的机构提出上诉"。1443

347. 其次，行政法院的司法管辖权提供了一个法官的优势，他通过对行政部门的了解，能够更好地发现行政部门的不良行为。如果正如 Vedel 阁下所指出的，问题在于"确定在技术上最有能力解决此类性质的诉讼问题的法官"1444，那么行政法官比司法法官更有能力解决行政机构运作中产生的争端，这是事实。它"在技术上比后者更有能力正确评估行政行为的法律相关性和规范性"1445。法官们对此完全赞同。例如，最高上诉法院委员 de Lacoste 先生说，"在评判行政方面，行政法官（.....）的能力远远强于司法法官"1446。行政法官之所以具备如此高超的能力，是因为他们接受过培训并在实践中得到了锻炼。由于其培训和专业活动，他"比司法法官更有机会了解公共机构的组织和运作，从而了解公共机构的哪些行为可被视为'正常'或相反的'不正常'"1447。行政法官"自然更熟悉行政机构的体制或程序机制和惯例，对他而言，这些机制和惯例远不像对他的司法同行那样难以渗透"1448。他能够发现公共权力机构的不正常行为，从而区分非法与非非法情况："行政法官熟悉行政行动的曲折，比司法法官更容易识别侵犯自由的公共决定和行为"1449。

348. 第三，作为一个普通法院，行政司法机关有一支法官队伍为诉讼当事人服务。其人员配备水平使其能够对申请人在该领域提交的申诉做出快速反应。相反，宪法法院则无法在令人满意的条件下处理如此大量的案件。这些法院由少数法官组成，"无论其诚意如何，过滤措施是否有效，都无法对个人因其基本权利受到侵犯而提出的大量上诉（在西班牙和联邦德国每年超过五千件）作出裁决"1450。宪法法院没有足够的人员来处理有关侵犯自由的行政诉讼。在濒临窒息的情况下，宪法法院不得不从数以千计的上诉案件中做出选择，事实上，宪法法院只对其中一小部分案件的是非曲直做出裁决1451。这种情况"使得两国都在研究减少这种流动的条件：西班牙主张的解

individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, PUS, 2001, p. 239.

1443 P. MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, p. 75. 同样, Favoreu

院长指出, "只有委托给法院, 人权的保护才能得到真正的保障" (L. FAVOREU, "Quelques considérations sur les droits de l'homme", in *Separata del libro Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 675)。另见 N. BACCOUCHE, "La justice comme nécessaire garant des libertés", in *Justice et démocratie. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges conference, 21-22 November 2002, Pulim, 2003, pp.

1444 G. VEDEL, *Droit administratif*, 2^{ème} ed, PUF, 1960, p. 67.

1445 J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait?", *RRJ* 1998/1, p. 11.

1446 O. de LACOSTE, contribution to the debate in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.)*, *Economica* 1991, p. 214. *Bilan critique*, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.), *Economica* 1991, p. 214.

1447 M.-A. LATOURNERIE, "Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française", *RFD.A* 2000, p. 928.

1448 E. PICARD, "Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, colloque des 11 et 12 mai 1990 (CERAP dir.)*, *Economica*, 1991, p. 178.

1449 J. RIVERO, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *RFD.A* 1990, p. 737.

1450 L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1744.

1451

宪法法院通过酌情选择上来应对这种情况：80%以上的申请被驳回，而不对申诉的是非曲直作出裁决。正如 M. Pfersmann 所说，"宪法法院的有关分支机构可以在不说明理由的情况下或在完全陈规定型的理由陈述的基础上作出决定（.....）"（O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et

决方案之一是将尽可能多的案件移交给行政和司法法院¹⁴⁵²。在法国，行政法院有权审理临时救济申请，这对诉讼当事人来说是一个相当大的保障。传统上，该法院的管辖范围包括通常提交给行政法院的所有争议。

B. 确定属事管辖权

349. 临时救济法官的管辖权仅限于法院对案情有管辖权的事项¹⁴⁵³。由于临时救济法官只是法院的一个分支机构，他的实质性管辖权始终取决于他所报告的法院。最高行政法院在一份原则声明中指出，“行政法院只能受理寻求执行《行政司法法典》第五卷规定的某项程序的上诉，只要要求其规定的紧急措施所涉及或可能涉及的主要争议没有明显超出行政法院的管辖范围”¹⁴⁵⁴。换句话说，根据程序法的经典规则，简易程序中的管辖权是根据实质管辖权确定的¹⁴⁵⁵。实质性管辖权是根据主要争议确定的：临时救济申请涉及或可能涉及案情实质的争议。这个主要争议可能只是一个可能的争议；在临时救济的情况下往往是这样，因为根据第 L. 521-2 条提出的申请不是主要诉讼的附属，也不以根据案情提起诉讼为条件。唯一的要求是，在提出申请的情况下，行政法院有权审查争议情况的合法性。

还应记住，在简易程序中，管辖权规则的评估更为灵活。在这一领域，管辖权规则被确认为一种简单的潜在性：判例法只要求申请没有“明显”逃脱行政法院的管辖权¹⁴⁵⁶。在这种情况下，临时救济法官不必像审理案情上诉那样全面考虑其管辖权。如果与临时救济申请有关的争议没有明显超出行政法院的管辖范围，他就可以对临时救济申请作出裁决。仅仅不确定主要争议的性质就足以证明其管辖权的合理性。在这种情况下，法院通常不得声称其没有管辖权。

另一方面，如果争议与行政法院管辖范围内的争议明显无关，临时救济法官必须宣布他没有管辖权¹⁴⁵⁷。无论是紧急情况，还是对基本自由的质疑，抑或是行使强制令的权力，都不能成为减损这

constitutionnalité objective”，CCC 第10期，2001年，第69

页)。上诉的选择成为自由裁量权。宪法法院根据具体情况选择值得审理的申请。因此，在奥地利，法院“有权在一定框架内自行决定拒绝处理申请，即根据宪法相关性进行过滤”（G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", CCC no. 10, 2001, p. 82)。关于这个问题，见 S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle*, LGDJ, 2006, 467 p.

1452 L. Favoreu, *同前*, 第1744页。

1453 应该记得，行政法官的管辖权本来可以受到行政部门“在行使权力时”侵犯基本自由这一要求的限制。然而，这一规定的措辞和最高行政法院对其的解释使其范围变得不重要（见上文，第326节及以下各节）。

1454 CE, 2001年10月29日, Raust, *Lebon T.* 第1090页。

1455 参见以前的法律：CE, 1981年10月16日, *Ministre de la Défense c/ Lassus*, *Lebon* 第584页, *AJDA* 1981, 第584页。关于民事诉讼程序，参见 Civ. 1872年12月18日, *D.P.* 1873, I, 129；Civ. 1889年7月31日, *D.P.* 1891, I, 323；Civ. 1974年10月22日, *D.S.* 1975, IR 第7页。

1456 CE, 29 October 2001, Raust, *Lebon T.* p. 1090; CE, ord. 参见以前的法律状况：C. HUGLO, *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, 1993, No.

1457 例如，参见以前的法律：CE, 1982年10月15日, *马赛商会*, *Lebon* 第711页。

一规则的理由¹⁴⁵⁸。当争议肯定属于法院管辖范围时，临时救济法官必须拒绝管辖权。例如，法院对税务总署署长通知申请人对其提起的诉讼将继续进行的决定没有管辖权，对为追回其在登记税调整后应缴纳的罚款而发出的第三方通知也没有管辖权¹⁴⁵⁹。同样，法院也无权对申请人提出异议的合法性条件作出裁决，因为在对其提起的引渡程序期间，申请人受到监禁和司法监督¹⁴⁶⁰。由于少年法庭法官授权一个儿童保护协会对一名未成年人的情况进行调查，该机构做出的决定不能脱离正在进行的法律诉讼，因此不属于临时救济法官的管辖范围¹⁴⁶¹。法官也不能审理与公民身份文件的内容或起草有关的争议¹⁴⁶²，或评估非自愿住院措施的是非曲直¹⁴⁶³。如果有争议的行为属于宪法委员会的专属管辖范围，临时救济法官也必须拒绝行使管辖权。¹⁴⁶⁴

350. 行政法院的管辖权参照国务委员会通常适用的规则和标准确定¹⁴⁶⁵。因此，其管辖权不仅限于公共机构的行为和行动，也延伸到受委托执行公共服务任务的私法法人的行为和行动。法律草案第4条仅提及“行政部门”。为准确起见，并与其他适用于行政诉讼的文本相协调¹⁴⁶⁶，议员们将其替换为“受公法管辖的法人或受私法管辖的受委托管理公共服务的机构”¹⁴⁶⁷。通过在第L.521-2条中再次使用这一表述，法律简单地指出，以这种方式受到质疑的行为或举动“必须属于行政法院的管辖范围，立法者无意将其管辖范围扩大到正常范围之外”¹⁴⁶⁸。因此，如果负责管理公共服务的个人的行为和举动属于临时救济法官的管辖范围，那么只有当这些行为和举动符合判例法

¹⁴⁵⁸ 以此类推，可以参考最高行政法院1998年3月13日关于1995年2月8日法律赋予行政法官强制令权力的意见，*Vindevoegel (Lebon, 第78*

页)。在该科看来，“法律赋予行政法官对公法法人或负责管理公共服务的私法机构发出强制令的权力，并可能附带罚款，以确保其决定的执行，并不授权他无视关于两级法院之间管辖权划分的规则”。

¹⁴⁵⁹ 行政法院，2001年10月29日，*Raust, Lebon T.*, 第1090页。《税务程序手册》第L.199条规定：“在登记义务问题上（……），主管法院是大审法庭”。行政法院认为，根据这些规定，“与Raust先生的要求有关的争议显然不属于行政法院的管辖范围”。

¹⁴⁶⁰ CE, ord.2003年1月30日，*Smaali*, 第253668号。

¹⁴⁶¹ CE, ord.2003年5月12日，*Pichaut*, 第256729号。

¹⁴⁶² CE, ord.2005年2月4日，*贝拉比*, 第277213号。

¹⁴⁶³ CE, ord.2003年3月3日，*Portmann*案，第254625号；2003年11月27日，*法国反对虐待精神病协会案*, 第261947

号。然而，根据既定判例法，它必须宣布自己有权评估该措施的合法性（行政长官，2004年10月14日命令，*Arre*, 第273047号）。

¹⁴⁶⁴ 例如，参见召集海外法国侨民高级理事会当选成员的法令：CE, 2004年9月22日法令，*Hoffer*, 第272347和372378号。

¹⁴⁶⁵ 由于其可能带来执行上的不确定性和困难（见P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, 2^{ème} ed, Montchrestien, 2003, no. 654 et seq.）。

¹⁴⁶⁶ 特别参见1980年7月10日和1995年2月8日法令所产生的《行政司法法典》第九部的规定。

¹⁴⁶⁷ 应参议院法律委员会的要求（*JO déb Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3753），

参议院一读通过了编辑修正案。见R. GARREC, 参议院第380号报告，第55页。

¹⁴⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006,

no.例如，它无权审理归属于管辖当局的侵权行为。因此，作为法院的社会保险部门的传票

“不能构成行政机关对基本自由的严重和明显的非法侵犯”（行政法院，2004年11月24日法令，*Winter*, 第274484号）。

1469 中规定的标准时，才属于临时救济法官的管辖范围。

为了确定公共实体的存在--或负责管理公共服务的私法机构的存在--法官并不局限于表象，而是还原争议行为的真实性质¹⁴⁷⁰。这样，当有关行为是由一个私人在一个公职人员的授意下作出时，简易程序中的行政法官承认他有审理该行为的管辖权。2002年8月19日的 *FN IFOREL* 命令¹⁴⁷¹就说明了这一旨在确保现实重于表象的方法。在该案中，安纳西会议中心由市镇政府租赁给一家名为 *Impérial Palace* 的私营公司。2002年7月8日，该公司与 IFOREL--一个与新军关系密切的协会--签订了租用协议，以便在2002年8月26日至30日举办该党的夏季大学。2002年8月5日，*Impérial Palace* 公司在接到市镇主席的正式通知后终止了合同。一审法院根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，认为申请人所称的损害完全是 *Impérial Palace* 公司终止合同的决定造成的。考虑到这是一起私法纠纷，他拒绝受理此案。在上诉时，最高行政法院临时救济法官裁定行政法院拥有管辖权。虽然从形式上看，终止合同的决定确实是由一家私营公司做出的，但实际上它是根据公共当局的命令行事的。行政当局向 *Impérial Palace* 公司发函的目的是阻挠该公司履行与 IFOREL 公司签订的保留合同。因此，临时救济法官认为，这些信件“直接导致了合同的终止”。在这种情况下，申请人所主张的对基本自由的侵犯“并不单单是 *Impérial Palace* 公司终止合同的决定造成的，而是公共当局的行为造成的”。追根溯源，确实有一项行政决定引起了争议，行政法院的管辖权也是基于该决定。

临时救济法官是一名行政法官。由于他与受法律约束者关系密切，因此也是一名基层法官。

II. 实地法官

351. 正如 Drago 先生所指出的，“基本权利法官首先是一名地方法官”¹⁴⁷²。根据这一要求，临时救济申请原则上属于行政法院法官的管辖范围。

352. 临时救济法官是一名行政法官，由于在地理位置上接近申请人，因此可以接近。他们并不像某些法院在宪法保护程序中那样，与他们负责保护自由的人相隔遥远。这种就近性有助于为诉诸这一程序提供便利，并赋予一审法官在保障基本自由制度中的首要地位。

2000年6月30日法令引入的制度以初审法院的作用为中心。行政法院的临时救济法官是该制度的中流砥柱；基本自由的有效保障就靠他或她。诚然，行政法院的这一特权作用初看起来似乎微不足道，因为它是行政司法机构通常组织结构的一部分。自1953年成立以来，行政法院一直是行政争议

1469 即私人在履行其所承担的公共服务使命和行使公共权力特权时所采用的方式（见 CE, Ass., 1942年7月31日, *Monpeurt, Lebon* 第239页, *GAJA* 第56号；CE, 1943年4月2日, *Bouguen, Lebon* 第86页, *GAJA* 第57号；CE, Sect., 1961年1月13日, *Magnier, Lebon* 第33页）。参见 CE, ord. 见 CE, ord. 2002年3月18日, *GIE Sport libre et autre, Lebon* 第106页, 关于国家足球联盟决定授予某些体育比赛转播的独家开发权。

1470 因此，这种做法与 Heumann 院长的话不谋而合，Heumann 院长认为“行政法院的努力必须倾向于使现实战胜表象，恢复行为的本质”（concl. on CE, Ass., 24 June 1960, *Société Frampar et Société France d'édition et publications, Lebon* p. 412）。

1471 CE, ord. 2002年8月19日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第311页。

1472 G. DRAGO, "Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens", *Dr. adm.* 2004, Etudes no. 11, p. 10.

的普通一审法院。因此，临时救济程序原则上赋予行政法院审理根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提出的申请的管辖权，只是沿用了这方面的一般模式。尽管如此，所采取的解决方案并不像乍看起来那么传统。它反映了人们对行政法院在自由受到威胁时进行有效和紧急干预的能力的信心，即使这种信心不是新的，至少也是最近才有的。

在这方面，应该记住，当局长期以来一直怀疑初审行政法院是否有能力紧急处理涉及自由的重大争端。这种疑虑甚至与行政法院的历史不谋而合，因为从 1953 年设立行政法院以取代省议会就可以看出这一点。1953 年 9 月 30 日关于设立行政法院的法令在第 9 条第 2 款中规定，法院不得对涉及“维护公共秩序、安全和安宁”的裁决做出中止执行的决定。正如拉贝图勒院长所指出的，这一保留大大限制了新成立的行政法院保护自由行使的能力，因为这些决定“就其本质而言，是那些可能最直接影响公众自由行使的决定；也是那些在经过几个月的书面调查后宣布废止的决定，最有可能仍然是柏拉图式的决定。在这一领域，法院比任何其他领域都更应该能够在自由受到完全侵犯之前以预防和保护的方式进行干预”¹⁴⁷³。三十年来，行政法院被剥夺了干预这些事务的权利。直到 1983 年 1 月 27 日的法令才最终废除了这一禁令，1969 年 1 月 28 日的法令重申了这一禁令，并将其编入《行政法院法》第 R.96 条第 2 款。这一废除是一系列改革的一部分，通过这些改革，立法者承认了行政法院在自由领域进行紧急干预的合法性。改革始于 1982 年 3 月 2 日的法律，该法律通过建立自由权，“承认行政法院暂停执行影响自由领域的行政决定的合法性及其在极短时限内这样做的能力”¹⁴⁷⁴。下一步是 1990 年 1 月 10 日的法案，该法案赋予了行政法院对递解出境的管辖权。该文本“最终使人们相信，一审行政法院在面对有关公共秩序的决定时，包括在大规模诉讼中，可以紧急干预，并采用在其手中难以想象的程序方法（单一法官、口头听证）”¹⁴⁷⁵。2000 年 6 月 30 日的法律是这一发展的最后阶段。如果没有自 20 世纪 80 年代初以来在这方面进行的改革，现在赋予行政法院在保护自由方面的核心作用是不可想象的。

353. 根据这一程序，临时救济的申请必须提交给如果就案情提起诉讼时具有初审管辖权的法院。因此，根据《行政司法法典》第 L.521-2 条提出的申请绝不能直接提交上诉法院或最高上诉法院，无论其与这些法院的未决诉讼有何联系。与临时中止程序（*référé-suspension*）相比，临时救济程序（*référé-liberté*）的这一特点是由该程序的自主性所解释和证明的。

临时禁令是一种辅助性补救措施。基于第 L. 521-1 条提出的申请，由于其与撤销或推翻判决的申请有关联，因此必须提交给审理诉求实质的法院。如果行政上诉法院在审理针对行政法院判决的上

1473 D.为了不剥夺诉讼当事人的所有保障，行政法院裁定，其本身对中止执行事项的管辖权没有移交给行政法院。因此，它仍有权对法院无法审理的中止执行申请作出一审和终审裁决（见 CE, Ass., 1974 年 7 月 23 日, *Ferrandiz Gil Ortega, Lebon* 第 477 页）。通过这一裁决，最高行政法院在行政法院和最高行政法院之间形成了“一种独特的权力分离（或者说不寻常的分工）”（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no.1551）：前者负责裁决向其提起的撤销诉讼，而最高行政法院则负责裁决要求暂停执行相关裁决的申请。

1474 D.Labetoulle, *同前*, 第 1121 页。

1475 D.拉贝图勒, *前引书*, 第 1122 页。要知道，在通过这项改革时，立法机构再次表达了对行政法院的不信任，认为行政法院没有为诉讼当事人提供足够的保障（参见上文第 19 节）。

诉时，受理了此类要求撤销或推翻的申诉，则可以根据 L. 521-1 条的规定向其提出或重新提出中止申请。同样，如果主要上诉是最高上诉，最高行政法院可以审理首次提出或再次提出的临时中止申请。

这些原则不适用于临时救济。根据第 L.521-2 条提出的申请不以是否存在案情陈述为条件，因此具有自主性。因此，即使上诉法院或最高上诉法院正在审理一个不相关的案件，“该申请只能提交给具有初审管辖权的法院，该法院可以是行政法院或最高行政法院”¹⁴⁷⁶。这对以《行政司法法典》第 L. 521-2 条为依据提起诉讼有两种后果。一方面，如果争议不属于最高行政法院的初审和终审管辖范围，申请人就不能向最高行政法院提起初审诉讼。最高行政法院作为最高上诉法院，审理与申请并非完全无关的争议，这并不允许申请人直接向其提起诉讼。另一方面，申请人永远不能直接向行政上诉法院提起诉讼，即使与申请主题无关的诉讼正在该法院待审¹⁴⁷⁷。在上述 *Bonny* 案中，申请人要求巴黎行政上诉法院的临时救济法官命令法国难民和无国籍人保护局承认他为无国籍人，并命令瓦勒德瓦兹省省长向他签发居留证。根据上述原则，最高行政法院裁定，该法院无权审理根据第 L.521-2 条提出的这些申请：邦尼先生的申请“属于初审行政法院的管辖范围，尽管这些申请与巴黎行政上诉法院的未决诉讼有关”。

354. 因此，对临时救济申请的初审管辖权由行政法院和最高行政法院共享。同样，拥有管辖权的法院是根据主要争议（可能只是潜在争议）来确定的。如果就案情实质提起上诉，则必须向拥有一审管辖权的法院提起诉讼¹⁴⁷⁸。因此，“根据《行政司法法典》L.521-2 条提出的执行简易程序的申请属于有权审理以下任一案件的法院的管辖范围：根据简易程序对受质疑的行政行为提起的撤销诉讼，或在行政机关提起属于 L.521-2 条规定范围内的诉讼后可能提起的诉讼”¹⁴⁷⁹。根据这些原则，最高行政法院的临时救济法官只介入通常属于最高行政法院一审和终审管辖权的案件¹⁴⁸⁰。否则，争议将提交给行政法院的临时救济法官¹⁴⁸¹。

在此，判例法也只要求有管辖权的表象。如果争议并非明显不可能与受理法院的管辖权相关联，

¹⁴⁷⁶ CE, ord. 2002 年 3 月 29 日, *Bonny, Lebon* 第 119 页。

¹⁴⁷⁷

需要注意的是，行政法院不能审理临时救济的上诉，因为这是最高行政法院临时救济法官的职责。如果行政上诉法院错误地受理了对初审法院命令的上诉，它必须将上诉卷宗转交给最高行政法院的诉讼秘书处（见下文第 509 节）。

¹⁴⁷⁸ 紧急情况并不能成为减损行政法院内部管辖权划分的通常规定的理由：“《行政司法法典》第五卷赋予临时救济法官的权力是按照行政法院内部管辖权的一般规则行使的”（行政长官，2002 年 3 月 29 日法令，*Bonny, Lebon* 第 119 页）。

¹⁴⁷⁹ CE, ord. 2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere, Lebon* 第 197 页。

¹⁴⁸⁰ CE, ord. 2001 年 10 月 31 日, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, 第 239555 号。

¹⁴⁸¹ 因此，最高行政法院的临时救济法官无权一审审理针对国家领土公共职能中心主任弃权提出的申请（CE, ord. 2001 年 10 月 31 日, *Syndicat CFTC des agents du Centre national de la fonction publique territoriale*, 第 239555 号），体育联合会在行使公共权力时作出的个人决定（CE, ord. 28 September 2001, *Caillat et autres*, 第 238534 号；CE, ord. 2003 年 12 月 19 日, *Hypeau* 案, 第 262817 号），省当局同意或拒绝公共力量协助驱逐楼房住户的措施（2003 年 7 月 18 日, *SARL Le Picadilly* 案, 第 258569 号），或将市镇纳入市镇共同体的省令（2005 年 2 月 24 日, *Commune du Fugeret* 案, 第 277956 号）。

那么法院对案情实质拥有管辖权的可能性本身就必須有利于申请人。另一方面，如果争议明显与受理法院的管辖权无关，则审理临时救济申请的法官必須拒绝行使管辖权。但是，法官没有义务将申请转交主管法院。尽管《行政司法法典》第三卷第五编有相关规定，但第 R.522-8-1 条规定：“临时救济法官如打算拒绝法院的管辖权，则应通过命令驳回向其提交的材料”。

与通常管辖诉讼行政程序的原则相比，有关临时救济法官管辖权的规则相对标准。另一方面，为了便于提出临时救济申请，对可审查性规则作了一些特别值得注意的修改。

第 2 节. 为提交申请提供便利

355. 立法机关使受理条件变得更加灵活，这样，一旦发生严重侵犯基本自由的情况，临时救济的申请人就可以不受阻碍地求助于行政法院。在保留某些传统要求的同时，对其他要求的评估也更加灵活，甚至可以说是完全忽略不计。因此，“自由裁定”（*référé-liberté*）“在受理方面具有很大程度的自由性”¹⁴⁸²。这大大简化并加快了诉诸法院的程序。

I. 简化提交申请的格式要求

356. 根据《行政司法法典》第 R. 522-1 条，向临时救济法官提交申请。R. 522-3 条规定，申请书和装有申请书的信封必須标明“*référé*”¹⁴⁸³。遵守这一手续并不意味着申请不可受理，而只是为了提请法院登记处注意临时救济紧急申请的存在，应将其作为紧急申请处理¹⁴⁸⁴。如果不这样做，申请人至多会面临申请不能尽快得到处理的风险，而且日后也没有理由提出申诉。

357. 申请必須说明理由。根据第 R.411-1 条规定的一般规则，申请书必須包含事实陈述和法律抗辩，以及提交给法院的结论说明¹⁴⁸⁵。更具体地说，第 R.522-1 条要求临时救济的申请人“说明案件的紧迫性”。因此，申请人必須在其申请中提出证明需要尽快就保障措施作出裁决的所有要素。在这方面，提出申请的理由至关重要，因为这些理由决定了申请是提交公开听证还是立即被分流程程序驳回。因此，申请人应在申请登记后立即向临时救济法官提交完整的材料。申请必須附有适当的理由，包括证明存在明显非法性、极端紧迫性和严重侵犯基本自由的论据。申请一经提交，文件必須完整；如果申请人在程序的其余部分保留论据，其申请將立即被驳回，且无需进一步调查¹⁴⁸⁶。

¹⁴⁸² P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003, p. 44.

¹⁴⁸³ 按照惯例，同一条还规定“如用邮寄，应以挂号信寄出”。

¹⁴⁸⁴ 尽管法院可能会指出申请书中没有该条款所要求的通知（参见 CE, 2003 年 8 月 8 日法令, *Syndicat de la magistrature*, 第 259217 号），但这种缺失在可受理性方面不会受到任何惩罚。

¹⁴⁸⁵

根据这一规定，申请还必须包括识别申请者身份所需的信息（姓名和地址）。申请必須采用书面形式，并由申请者签名。

¹⁴⁸⁶ 见下文第 404-410 节。

358. 为了方便和加快提出申请，立法机构希望临时救济申请不会给申请人带来任何经济负担或限制。

因此，根据第 L.521-2 条提出的申请无需缴纳任何印花税，并可享受由律师代理的一般豁免。

行政司法法典》第 L. 522-2 条规定的免征印花税是 2000 年 6 月 30 日法律通过时紧急临时救济程序的一个显著特点¹⁴⁸⁷。2003 年 12 月 22 日的命令取消了所有诉讼的印花税手续，这一特点随之消失。¹⁴⁸⁸

另一方面，对委托律师要求的一般豁免是一种例外，仅适用于临时救济程序。由于在这一领域迅速诉诸法院尤为重要，只有保障措施的申请才被免除委托律师的要求¹⁴⁸⁹。这一豁免既适用于初审法院，也适用于上诉法院。但这一规定并不适用于就法律问题提出的上诉。在一审和终审法院或上诉法院，当案件被提交至最高行政法院的临时救济法官处时，申请人可在诉讼程序的口头阶段（仅从该阶段开始）享受由最高行政法院律师协会提供的免费随叫随到服务¹⁴⁹⁰。

在行政法院或最高行政法院，在没有律师协助的情况下提交的申请有时需要法官努力解释申请人的陈述。当申请人声明其作为“自由人”向临时救济法官提出申请，但未说明其申请的法律依据时，该申请必须被视为根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提交的¹⁴⁹¹。对申请条款的解释权不得扭曲所提出的结论。因此，当申请明确以《行政司法法典》L.521-2 条为依据，并声称有争议的决定是对基本自由的严重和明显非法侵犯时，必须将其视为临时救济申请，即使申请人同时对该决定提出越权

¹⁴⁸⁷ 工作组指出，《税法通则》第 1089 B 条规定的印花税手续“与某些申请的极端紧迫性不符”（“国务院紧急程序工作组的报告”，RFD A 2000 年，第 950 页）。以边境驱逐令的解决方法为例（CE, Sect, avis, 18 février 1994, *Chabti, Lebon* p.80），工作组建议对提交给行政法院的紧急申请免征印花税。议员们采纳了工作组的结论，“以避免采取任何有可能延缓审查紧急措施申请的步骤”（F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 54 页）。该费用的支付程序似乎“与行政法官对紧急情况的快速处理不相容”（R. GARREC, 参议院报告，第 380 号，第 66 页）。

¹⁴⁸⁸ 2003 年 12 月 22 日第 2003-1235 号法令作为 2003 年 7 月 2 日法律的一部分获得通过，该法律授权政府简化法律，其中第 3 条规定“所有可能组织诉讼当事人自由诉诸行政司法的条款”将通过法令获得通过（参见 B. Pacteau, “Le contentieux administratif, affranchi du droit de timbre”, RFD A 2003, pp.89-92）。由于引入了“收费管辖权”（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 613），印花税的原则本身就值得商榷。这也是一种无用的形式，因为它起不到威慑作用（不像 R. 741-12 条中对滥用上诉权的罚款或败诉方有义务向胜诉方支付其产生的费用）。这一手续的缺点还在于不必要地加重了登记处的负担，因为登记处必须向申请人发出申请，要求对未加盖印章的申请进行规范。

¹⁴⁸⁹ R. 522-5 条第一款规定：“要求临时救济法官根据 L. 521-2 条规定采取措施的申请，无须由律师代理”。第二款根据最高行政法院的既定判例法（CE, Sect., 1956 年 10 月 12 日, *Saporta, Lebon* 第 366 页）规定，其他申请只有在其涉及的争议不一定需要律师协助时才可享受这一豁免。因此，只有在主要诉讼本身不需要律师代理的情况下，临时救济申请才能免于律师代理的要求。

¹⁴⁹⁰ 已建立的系统运行良好。一旦法官决定对申请进行审查并召开听证会，申请人事务局就会通过传真、电话或电子邮件通知申请人，在公开听证会上可以免费获得一名律师（*avocat aux Conseils*）的代理服务。如果申请人希望利用这项服务，只需与律师协会联系，该协会将为其联系最高行政法院的一名律师，该律师将在整个诉讼过程中维护申请人的利益，并在简易程序听证会上代表申请人。

¹⁴⁹¹ CE, ord.

上诉, 而只是要求临时救济法官暂停执行该决定¹⁴⁹²。同样, 法官歪曲了申请人的陈述, 将废除判决的申请解释为基于第 L.521-2 条的申请, 原因很简单, 该申请标明 "绝对紧急"¹⁴⁹³。

359. 最高行政法院免除了原告在法律规定之外的某些手续, 因为遵守这些手续被认为不符合快速诉诸法院的要求。

因此, 行政法官免除了《城市规划法》第 L. 600-3 条规定的上诉人通知裁决书作者和授权书持有人对《城市规划法》所管辖土地的占有或使用裁决提出上诉的义务¹⁴⁹⁴。

同样, 与强制性事先行政申诉有关的手续也根据问题的紧迫性进行了调整。传统上, 判例法似乎将自主程序和辅助程序区分开来, 只有前者免于手续¹⁴⁹⁵。最高行政法院在被要求根据 L.521-1 条对这一问题做出裁决时裁定, 临时中止程序适用于最初的行为, 条件是事先已经提出上诉--申请人有责任证明这一因素--但不需要已经做出确认或推翻--明示或默示--行政部门最初立场的决定¹⁴⁹⁶。在临时救济 (référé-liberté) 的情况下, 放弃更有理由有效, 因为这种法律救济在性质上是独立的。最高行政法院的临时救济法官在 2004 年 2 月 10 日的 *Soltani* 命令中默认了这一原则¹⁴⁹⁷。Soltani 先生是 Villeneuve-lès-Maguelonne 监狱的一名囚犯, 他对地区监狱长对他的纪律处分提出了质疑。根据《刑事诉讼法》第 D. 250-5 条的规定, 囚犯若想就纪律处分的合法性向法院提起诉讼, 必须首先向地区监狱管理局局长提出行政申诉。根据以前的法律, 在行政部门对申请做出裁决之前, 暂缓执行是不可受理的¹⁴⁹⁸。在 *索尔塔尼案* 的判决中, 最高行政法院的临时救济法官没有裁定申请不可受理, 这就意味着申请人在提出临时救济申请之前无需提出行政申诉。随后, 2007 年 7 月 26 日的一项命令明确确认了在临时救济案件中免除事先提起行政申诉的要求。该案涉及税务诉讼, 更具体地说, 涉及《法

¹⁴⁹² CE, 4 February 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, no. 最高行政法院指出, 临时救济法官认为申请人打算根据《行政司法法典》第 L.521-1 条向其提起诉讼, 这是对结论的歪曲。

¹⁴⁹³ CE, 2001 年 5 月 23 日, *Baudoin, Lebon T.* 第 1135 页。

¹⁴⁹⁴ CE, 9 May 2001, *Delivet et Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs.L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, pp. 根据以前的法律, 裁定申请暂缓执行必须以这种方式通知 (CAA Nancy, 1995 年 10 月 19 日, *SCI du Rouillon*, *BJDU* 1995/6, 第 481 页, concl. PIETRI; CAA Lyon, 1996 年 2 月 13 日, *Bussaud et autres*, *BJDU* 1996/1, 第 57 页, concl.

GAILLETON)。出于对紧急程序有效性的考虑, 放弃了这一判例法。法国城市规划法》第 L.600-3 条规定的 15 天期限似乎与临时救济法官的义务不符, 即在发出中止令的情况下 "尽快" 作出裁决, 在发出自由令的情况下在 48 小时内作出裁决。

¹⁴⁹⁵

关于简易程序的传统判例法认为, 申请人可以不履行事先强制上诉的义务。然而, 在暂缓执行的情况下, 情况就不同了: 如果在对暂缓执行申请作出裁决之日, 行政部门尚未对事先上诉作出裁决, 则法官宣布申请不可受理 (行政法院, 1988 年 2 月 25 日, *Association le Foyer israélite*, *Lebon*, 第 956 页)。

¹⁴⁹⁶ CE, Sect. 12 October 2001, *Société des Produits Roche*, *Lebon*. p. 463. 在这里, 与程序的有益效果有关的考虑再次证明放弃传统判例法是合理的。由于公共当局有一段时间 (往往是相当长的时间) 来审查对其提出的行政申诉, 而后者又没有中止效力, 因此维持以前的解决办法会减少或消除在这种情况下申请临时救济的作用。

¹⁴⁹⁷ CE, ord. 2004 年 2 月 10 日, *司法部长诉索尔塔尼*, 第 264182 号, *JCP G* 2004, 10125, 注 E. MASSAT.

¹⁴⁹⁸ CE, 1999 年 12 月 29 日意见, *Leboulch, Lebon* 第 426 页。

国税务程序法典》第 L. 281-1 条的规定，即纳税人如要对追缴其应纳税款提出异议，必须在向税务法官提起诉讼之前，向有关部门的负责人提出申诉。在该命令中，最高行政法院的临时救济法官指出，这些规定 "并不妨碍临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条，在没有任何针对为追回税款而采取的程序的申诉或撤销诉讼的情况下，直接处理要求宣布该条款授权他采取的某项保障措施" 1499。

360. 最后，临时救济简易申请的灵活性是由诉讼的自主性决定的。临时救济的简易申请不附属于主要诉讼。它不是法律诉讼的附属物。因此，即使没有向初审法院提起主要诉讼，原告也可以提起诉讼。正如 2002 年 3 月 29 日邦尼命令所述，"根据第 L.521-2 条提出的申请的可受理性并不取决于是否存在关于案情的呈件" 1500。因此，临时救济法官裁定根据第 L.521-2 条提出的呈件不可受理，因为在此之前没有就案情实质提出申请 1501，这在法律上是错误的。

II. 关于原告和诉讼时限的受理规则

361. 关于原告的可受理性规则和提起诉讼的时限以截然不同的方式进行评估。提起诉讼的利害关系按普通诉讼的传统方式评估，即从广义上评估。关于代表的规则的适用与其他简易程序一样宽松。另一方面，临时救济法官在评估提起诉讼的时限非常灵活。

A. 对行动兴趣的经典评估

362. 为了能够直接诉诸法院，侵权行为的受害者必须能够提起诉讼以保护自己的自由。这一要求意味着受害人既是基本自由的受益人，也是基本自由的持有人。根据一种普遍接受的说法，"受益人" 是基本自由准则的受益人，而 "持有人" 是有权向负责制裁侵犯基本自由准则行为的司法机构提起诉讼的个人或机构。正如 Pfersmann 先生所指出的，这两项职能 "在概念上是不同的，它们之间的各种关系是可以想象的 (.....)" 1502。虽然将两者结合起来是可取的，但情况并非总是如此。事实上，在保护自由的程序中，这两种职能有时是严格分离的。例如，在 "剥夺自由" (délégation de liberté) 程序中，省当局负责主动进行检查。在这一程序中，个人从未被承认有采取行动的利益 1503。反之，在第 L.521-2 条规定的程序中，受益人和持有人的职能被结合在一起，使个人有办

1499 CE, ord.

1500 CE, ord. 2002 年 3 月 29 日, *Bonny, Lebon* 第 119 页。

1501 行政长官, 2005 年 2 月 4 日, *Zairi*, 第 267723 号。

1502 L. Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} ed, Dalloz, Précis series, 2005, no. 114.

1503 在这方面，自由裁量权可以说是一种 "封闭式

"的补救措施。只有省长有权将行为提交，并在提出申请的同时附上 *délégation de liberté* 申请："应由

国家代表自行或应认为自己受到损害的自然人或法人的要求 执行规定的程序 (.....)" (凡尔赛 TA, ord. 1, 1982 年 4 月 1 日, *Wantiez, Lebon* 第 480 页; CE, ord. 22 November 1984)。1^{er} April 1982, *Wantiez, Lebon* p.480; CE, ord. 22 November 1984, *Lebon* p.382)。经 1995 年 2 月 8 日法令修订的《行政法庭和行政上诉法院法典》第 L.27

法主动保护自己免受非法行政行为的侵害。然而，诉讼利益的要求并没有消失。

在简易程序中，与在其他诉讼程序中一样，申请人必须证明其有兴趣在1504。他或她必须有利益要求法官采取保障措施。与就案情实质提起上诉的情况一样，申请人必须证明其直接的个人利益使其有资格提起诉讼。法院通过检查申请人是否会受到其所批评的行为或举止的影响来确保这一要求得到满足。否则，申诉不予受理。例如，法官认为，一个不居住在受紧急状态影响的省份的人不会受到该措施的影响，因此没有利益提起诉讼¹⁵⁰⁵。只有受到有争议的行为或举动影响的人才能向临时救济法官提出申请。

363. 尽管国家代表本人可能不会直接或亲自受到行政行为的影响，但他可能有兴趣将严重侵犯自由的地方当局的行为提交行政法庭。由此产生的问题是，根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，这种利益能否使他有资格提起诉讼。

显然，在参议院的坚持下，议员们希望排除这种可能性。虽然法律草案明确规定国家代表可向临时救济法官申请临时救济，但参议员们希望并最终删除了这一规定。政府提交的文本允许省长在基本自由受到侵犯是“地方当局或地方公共机构的行为”时据此提出申请。参议院根据其报告员的建议，在一读时删除了这一措辞。Garrec 先生提出了两个论点¹⁵⁰⁶。一方面，国家代表的干预，即使是

条似乎将这一程序的惠益扩大到了私人（参见从这一意义上对该条款的解释：R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 7^{ème} ed. Montchrestien, 1998, pp. Montchrestien, 1998, p. 1025; D. CHABANOL, "Un printemps procédural pour la *juridiction* administrative?", *AJDA* 1995, p. 388; P. ROLLAND, *La protection des libertés en France*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 89)。然而，在1982年3月2日法令的背景下，L.27条并没有被行政审判庭庭长解释为允许个人诉诸这一程序。行政审判庭庭长在提到准备工作文件时指出，立法机关在编纂该条款时，绝没有将其适用范围扩大到普通诉讼当事人的意图（CE, 1995年6月8日法令，*Hoarau*, *AJDA* 1995, 第508页，编年史，J.-H. STAHL, 1995年6月8日）。J.-H. STAHL和D. CHAUVAUX)。因此，个人无法求助于 *déféré-liberté* 法官；他们只能要求省长行使 *déféré* 权，并根据《地方当局总法典》第2131-6条第5款提出申请。如果省长拒绝，选民就无法诉诸法律。移交的决定属于拥有该决定权的当局的主权自由裁量权，因此不能在行政法官面前提出质疑（CE, Sect., 1991年1月25日，*Brasseur, Lebon* 第23页，concl. B. S'IRN）。

1504 正如 M. Chapus 所指出的，“在可受理性的条件中，最重要的是要有利益才有资格提起诉讼”，“在这方面，不存在争议性质的区别”（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no.563）。

1505 CE, 2005年12月9日法令，*Allouache et autres, Lebon* 第562页。在根据《行政司法法典》第 L.521-2 条提出的申请中，包括 Julien-Laferrière 先生在内的几位申请人要求最高行政法院的临时救济法官下令中止紧急状态，如果做不到这一点，则要求共和国总统颁布法令终止这一措施。临时救济法官确认，“无论向行政法官质疑决定在某一领土上实施紧急状态制度的措施以及随后作出的对维持这一制度的效力有影响的决定具有多么广泛的利益，在将该事项提交法官之日并不经常居住在与紧急状态有关的规定的适用地理区域内的人，都没有充分的理由对维持其效力提出质疑；由此可见，巴黎大学教授 Julien-Laferrière 先生没有充分的利益对与紧急状态有关的规定的适用提出质疑。Julien-Laferrière 先生是巴黎南大学的教授，根据法律规定，他借调到国外的时间超过了紧急状态的生效日期，因此他没有足够的利益向最高行政法院的临时救济法官提起诉讼”。

1506 见 R. GARREC, 参议院第380号报告，第55-56页；*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, 第3741页和第

以辅助身份，被认为是不必要的，因为基本自由受到严重和明显非法侵犯的受害者不会不主动求助于临时救济法官。另一方面，加雷克先生也表达了地方议员们的担忧，他认为，向省长开放临时救济权有可能大大加强省长对地方当局的控制，以至于破坏 1982 年 3 月 2 日法令所确立的体制平衡。在政府的要求下，议员们恢复了省长的上诉权，并提出了三点考虑：首先，《宪法》第 72 条赋予了省长对地方当局进行行政控制的宪法使命；其次，上诉权不会“重复”省长已有的上诉权。最后，司法部长补充说，“省长履行的是一项关乎公众利益的使命，如果没有一项向私人开放的工具，那将是自相矛盾的”¹⁵⁰⁷。由于两院都坚持自己的立场¹⁵⁰⁸，联合委员会不得不开会解决分歧，最终众议院屈服于参议院的决定。¹⁵⁰⁹

然而，最终通过的文本并没有明确排除省长采取行动的权益。正如马尔库先生所指出的，法律“并没有在向法院提出申请的人的地位和基本自由受侵犯的受害人的地位之间建立联系”¹⁵¹⁰。因此，行政法官在不违背第 L.521-2 条规定的前提下，承认了省长在临时救济方面的权益。在 2001 年 7 月 20 日关于曼德勒-拉纳普尔市镇的命令中，最高行政法院的临时救济法官首次就这一问题做出了裁决。上诉市镇辩称，由于存在 *déféré-liberté* 程序，省长无法根据第 L.521-2 条提出申请。临时救济法官没有裁定申请不可受理，并同意审理国家代表据此提交的申请。这样，最高行政法院的临时救济法官“首次默示接受省长可以针对地方当局的行为提出临时救济申请”¹⁵¹¹。如果文本未作规定，国家代表确实拥有权益，使其有权根据临时救济程序提起诉讼。临时救济法官不因申请人的身份而有所区别。省长可以像普通诉讼人一样提出临时救济申请，但只能针对地方当局及其公共机构的行为，并考虑到申请人的地位。

364. 最后，应当指出的是，法院裁决的极快速度丝毫不妨碍第三方的介入。根据行政诉讼一般法规定的标准，参加诉讼者必须证明其对维持上诉人的结论¹⁵¹²，或相反，对驳回其结论¹⁵¹³ 有利害

3754 页。

1507 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10942.

1508 参议院再次取消了省长的行动权 (*JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p.869)；国民议会恢复了该条款最初的措辞 (*JO déb. AN*, CR séance 6 avril 2000, pp.3161-3162)。

1509 见 F. Colcombet 和 R. Garrec, 第 2460 号报告 (国民议会) 和第 396 号报告 (参议院), 第 4 页。

1510 G. MARCOU, "Le référé administratif et les collectivités territoriales", *LPA*, 2001 年 5 月 14 日, 第 95 期, 第 44 页。

1511 P. CASSIA 和 A. BEAL, "Les nouveaux référés administratifs. BEAL, "Les nouveaux référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} mars-31 août 2001)", *JCP G* 2001, I, 365, p. 2192.

1512 因此，临时救济法官接受了以尊重和捍卫外国公民的权利为协会的干预，如 *GISTI* (CE, 2001 年 1 月 12 日法令, *Hyacinthe, Lebon*, 第 12 页) 或 *Tiberius Claudius* 协会 (CE, 2001 年 4 月 10 日法令, *Merzouk, Lebon T*, 第 1135 页；CE, 2003 年 11 月 25 日法令, *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des*)。2001 年 4 月 10 日, *Merzouk, Lebon T*, 第 1135 页；2003 年 11 月 25 日, CE, ord., *Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ M. Nikoghosyan, Lebon T*, 第 927 页；2004 年 7 月 15 日, CE, *Dondaev, n° 265822*)。在 *Stéphaur* 案中，最高行政法院接受了以保护租户为旨的罗讷河口省总工会的干预 (行政法院, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphane et autres, Lebon*, 第 117 页)。关于 *Air Lib* 工会的干预, 见 CE, ord. 2003 年 2 月 10 日, *Société d'exploitation AOM-Air-liberté*, 编号 254029。

1513 例如, 见 CE, 2005 年 12 月 9 日法令, *Allouache et autres, Lebon* 第 562 页。鉴于 *Bidalou*

关系。参与诉讼必须包含参与诉讼人与诉讼一方或另一方共同提出的意见，才可受理。如果利害关系人只是赞同申请书中的抗辩，而没有在听证结束前将自己与其中一方的陈述联系起来，则干预不可受理。1514

B. 对代表权规则的宽松评估

365. 在紧急简易程序中，行政法官以一定程度的自由主义适用有关法律实体代表的规则。在根据案情进行的诉讼中，代表法律实体的申请人原则上必须根据法律规定的规则或法律实体的地位出示代表法律实体出庭的授权书。在紧急简易程序中，这些规则的适用没有那么严格。鉴于这些诉讼的性质，最高行政法院允许法律实体的代表在未经审议机构事先授权的情况下参与诉讼。例如，市长可以代表其市政当局提交临时救济申请，即使他没有获得市政议会的授权¹⁵¹⁵。总理事会主席可代表部门提起诉讼，而无需寻求审议大会的授权¹⁵¹⁶。同样的原则也适用于受私法管辖的法律实体提出的索赔。鉴于简易程序的特殊性，提出申请的法律实体的代表可以提出上诉，而无需经过其合议机构的审议。1517

366. 尽管如此，对代理规则进行评估时所采用的自由主义仍有不可减弱的局限性。临时救济法官不能无视法律代表的最佳既定原则。关于自然人的代理问题，法官回顾说，仅仅是民事团结契约中的

先生是居住在一个经历过城市暴力的省份的公民，而紧急状态的目的就是要结束城市暴力，因此他有被允许干预的利益。

1514 CE, ord. 9 December 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562; CE, ord. 2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere*, *Lebon* 第 197 页。

1515 *Morbelli* 先生希望对马赛行政法院临时救济法官命令他召集市议会讨论有关社区间问题的命令提出上诉。市长没有资格以自己的名义提出上诉，他似乎也没有资格代表市政府行事：市议会根据《地方当局总法典》第 L. 2122-22 条第 16 款给予他在法庭上行事的一般授权已于 2000 年 7 月 10 日废止，他不能要求任何具体授权。但最高行政法院支持了他的上诉。在援引了《行政司法法典》第 L. 521-2 和 L. 523-1

条的条文后，行政法院以该程序的性质和上诉期限的短暂性为依据做出了这一裁决。因此，理事会一方面强调“《行政司法法典》上述条款所规定的简易程序的性质，它只能在紧急情况下提起，而且根据该法典第 L.511-1 条的规定，只能采取临时性措施”，另一方面强调

“就根据这些条款下达的命令向最高行政法院提起诉讼的时限很短”。同样参见 CE, ord. 22 May 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* p.

232：“考虑到简易程序的特点，市长有权代表市镇对简易程序命令提出上诉，而无需市议会的授权”。根据以前的法律，最高行政法院认为，“根据简易程序的性质，简易程序只能在紧急情况下进行，并且不能损害主要诉求”，市长可以在没有市议会授权的情况下采取行动（CE, Sect., 1980 年 11 月 28 日, *Ville de Paris c/ Etablissements Roth*, *Lebon* 第 446 页, concl. J.-P.COSTA）。

1516 CE, ord. 29 April 2004, *Département du Var*, no.

1517 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, *国家阵线和地方雇员培训研究所 (IFOREL)*, *Lebon*, 第 311 页。即决停职法官也承认，协会主席可以根据董事会的授权行事，尽管根据协会章程，只有大会决议才能给予这种授权（CE, 2002 年 11 月 13 日, *生命权联盟协会*, *Lebon* 第 393 页, *AJDA* 2002, 第 1506-1512 页, D. CHAUVAUX 结论）。

伴侣这一事实，并不授权代表其伴侣的儿子行事¹⁵¹⁸。关于在行政法院代表国家的问题，根据以前的判例法¹⁵¹⁹，裁定有关部长代表国家的规定适用于简易程序。因此，省长无权在行政法院代表国家。国家代表提出的上诉，如果内政部长在接到上诉通知后没有采纳上诉条件，则不予受理¹⁵²⁰。最后，一个更有趣的例子是，斯特拉斯堡行政法院的临时救济法官宣布，“以狗 Kaya 的名义并代表它提出的“临时救济申请不予受理，并明确指出“只有自然人或法人可以采取法律行动”¹⁵²¹。由于动物不具备法人资格，其主人必须代表自己行事。

C. 灵活评估提起诉讼的时限

367. 行政司法法典》R.421-1 条规定：“除公共工程外，只能在通知或公布有争议的**决定后两个月内**，通过对决定提出上诉的方式将问题提交法院”¹⁵²²。在两个月内提出上诉的要求是否适用于根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提出的申请？就临时救济法官是情况法官而非行为法官而言，必须区分三种假设。
368. 第一种情况是在没有事先决定的情况下对**行政当局的行为提出上诉**。由于《行政司法法典》第 R.421-1 条仅涉及对“决定”提出的上诉，因此这类申请不属于该条规定的范围，因此可以无时限地提出上诉。最高行政法院的临时救济法官在 2001 年 4 月 2 日的**马塞尔命令**中接受了这一原则。在 2001 年 3 月 7 日向**马赛行政法院书记官办公室**登记的一份申请中，申请人对 2000 年 11 月 7 日撤销身份证件一事提出质疑，而行政法院并未就该事件的实质提起诉讼。申请人在简易程序生效两个多月后才对这一行动的后果提出质疑。初审法院¹⁵²³和上诉法院¹⁵²⁴都不认为这是不予受理的理由。此外，行政部门也没有对申请的可受理性提出异议。
369. 第二种假设更为微妙；它涉及针对**一项决定（更具体地说，是针对拒绝决定）所产生的情况**提出的上诉。一方面，有争议的情况不能独立于有关决定来考虑。另一方面，原告并非正式质疑一项行政决定，因此似乎不属于《行政司法法典》第 R. 421-1 条的范畴。判例法倾向于第二种考虑，即尽管争议上诉期已过，但仍承认上诉的可受理性。在这方面，2002 年 9 月 16 日的**奇迹法庭**

¹⁵¹⁸ CE, ord.2003 年 2 月 11 日, *Maillot, Lebon T.* 第 914 页。

¹⁵¹⁹ CE, 1964 年 2 月 14 日, *Société anonyme Produits chimiques Péchiney Saint-Gobain, Lebon* 第 112 页。

¹⁵²⁰ CE, ord. 7 May 2003, *Préfet de l'Hérault*,

no.另一方面，如果内政部长批准了省长提出的上诉，则属于不可受理范围（行政法院，2005 年 4 月 26 日命令，*Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ MLAMALI, Lebon T.p.1034*）。

¹⁵²¹ TA Strasbourg, ord. 23 March 2002, *Welsch*, no. 0201013, cited by P. CASSIA, "Le chien dans l'espace public municipal" (1^{ère} partie), *LPA* 12 August 2003, p. 9, note 137 (regarding euthanasia of the animal).

¹⁵²² 见 Y. PITARD, "Introduction de l'instance.PITARD, "Introduction de l'instance.Délais", *Jcl.Jcl. Justice administrative*, fasc. 43

(2002).需要注意的是，事实审理法官并不规定提起诉讼的期限。诉讼也可以在没有任何时限的情况下向自由法官提起，但必须是在诉讼期内提起的实质性上诉。由于这是一项附带上诉，因此其适用规则与主要诉讼程序的适用规则相同。因此，在争议上诉期结束后，如果没有在争议上诉期内提出的上诉，则不予受理。

¹⁵²³ 马赛 TA, 2001 年 3 月 9 日命令, *Consorts Marcel*, 编号 0101294。

¹⁵²⁴ CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

命令提供了一个有趣的例证。在 2002 年 2 月 1^{er} 日的一项决定中，市政府市长拒绝允许餐馆老板在公共场所设置露台。在没有上诉的情况下，该决定在发出通知后的两个月内成为最终决定。

2002 年 8 月初，餐馆老板向蒙彼利埃行政法院临时救济法官提出申请，要求命令科利乌尔市政府批准安装露台。应该指出的是，该申请并非针对 2002 年 2 月 1^{er} 日的拒绝，而是针对因未颁发许可证而造成的具体情况。蒙彼利埃行政法院的临时救济法官裁定申请不予受理，并传唤双方进行公开听证。临时救济上诉法官也裁定申请不可受理，并审查了是否满足授权条件。在审查侵犯基本自由的条件时，他顺便指出，申请公司“没有及时就其 2002 年 2 月 1^{er} 日的申请被驳回一事向权限法官提出质疑”。然而，他并不认为这种长期拖延是不可受理的理由：驳回申请的原因是理由不充分，而不是不可受理¹⁵²⁵。因此，从这一命令中似乎可以推断出，对决定引起的情况提出上诉是没有时限的。

370. 第三个也是最后一个假设涉及针对具体裁决的上诉。判例法在这一点上有所发展。

最初，临时救济法官试图在这方面适用 R.421-1 条。*Zbary* 案的裁决似乎默认了这一解决办法。然而，最高行政法院给出的理由无法确定，在本案中，申请人不可受理是由于 1945 年 11 月 2 日法令第 22 条之二关于递解出境的程序的专属性质，还是由于超过了提出上诉的时限¹⁵²⁶。2003 年 3 月 20 日的一项命令通过了一个更明确的解决方案，该命令涉及一项通过 *référé-liberté* 程序受到质疑的递解出境令。在 2003 年 3 月 10 日的听证会上，尼斯行政法院的临时救济法官告知双方，可以依职权就申请的延迟提出抗辩。在征求了双方的意见后，临时救济法官做出决定的依据是，2002 年 9 月 25 日下令驱逐申请人的命令已于 2002 年 11 月 28 日通知他，并且在上诉期限内没有提出任何异议，该命令已成为最终命令。申请人就这一驱逐令向最高行政法院临时救济法官提出上诉。该法官维持了初审法官的命令，并根据第 L. 522-31527 条规定的分类程序驳回了上诉。因此，判例法规定，当临时救济的申请人对某一具体决定提出质疑时，他必须在该决定通知或公布后的两个月内采取行动。

但这一解决方案随后被放弃。2007 年 7 月 7 日的一项命令推翻了这一决定，*Aslantas*¹⁵²⁸。诚然，这并不涉及普通法中的上诉时限，而是针对拒绝居留并附带离开法国领土的义务 (OQTF) 的特殊上诉时限¹⁵²⁹。然而，临时救济法官所使用的公式足够宽泛，使这一解决方案具有普遍性，并适用于根据第 L. 521-2 条提交的任何申请。在本案中，根据瓦兹省省长 2007 年 1 月 9 日的决定，申请人被拒绝居留并被勒令在一个月离开法国领土。当事人于 2007 年 1 月 24 日收到该决定的通知。但她没有行使《外国人入境和居留及居留权法》第 L.512-1 条规定的权利，要求撤销该决定。她于 2007 年 6 月 14 日被捕，被拘留以执行省长的决定，并将其案件提交亚眠行政法院临时救济法官。法官在驳回申诉时裁定，由于当事人是在 2007 年 1 月 24 日才收到该命令的通知，因此她要求暂停执行该命令为时已晚。在上诉时，最高行政法院的临时救济法官声称，第一位法官在以不可受理为由驳回申请时犯了法律错误。他使用了一个通用公式，宣布外国公民如果没有在《法国民法典》第 L.512-1 条规定的上诉期内提出申请，则其申请将被驳回。512-1 条规定的上诉期内提出申请，要求在一个月撤销要

1525 CE, ord. 2002 年 9 月 16 日, *Société EURL La Cour des miracles, Lebon T.* 第 314 页。

1526 关于这一决定，见下文第 375 节。

1527 CE, 2003 年 3 月 20 日命令, *Sabli*, 第 255216 号。

1528 CE, ord. 2007 年 7 月 7 日, *Aslantas*, n° 307133。

1529 外国人入境和居留及居留权法》第 512-1 条将这一期限定为一个半月。

求其离开法国领土的决定，"当他被拘留以自动执行该决定后，向行政临时救济法官提出申请，并根据《行政法》第 L. 521-2 条作出裁决时，不能仅仅因为这一原因而被视为逾期不予受理。行政司法法典》第 L.521-2 条规定，"由于临时救济的申请不受他所质疑的决定必须首先提交法官宣布无效这一条件的限制，也不受时间限制，因此，他向行政临时救济法官提出申请，要求中止该决定"。因此，不得对临时救济申请的提交人有效地规定上诉时限1530。行政司法法典》第 R.421-1 条的一般规则对于以此为依据提出的上诉被搁置。

III. 与其他法律程序的协调关系

371. 在基本自由受到行政侵犯的情况下，个人可以利用一些司法机制来消除公共当局的行为和行动所造成的有害影响。自由裁量权 (référé-liberté) 就是其中之一，但在这种情况下也可以使用其他程序，即使这些程序的主要和唯一目的并不是保障基本自由。那么，L.521-2 条规定的程序与针对特定行为的其他法律补救措施是如何共存的呢？

一般来说，同一当事人之间可能有多种诉讼组合¹⁵³¹。由于这些组合很少有法律规定，因此通常由法官来组织。有三种可能的解决方案：累积、选择或分级。首先，法院可以允许合并诉讼。在这种情况下，法院允许申请人同时要求获得几项诉讼的利益。法院也可以对申请人施加选择权，强迫他在现有的各种程序中做出选择，或者要求他使用最合适的程序。最后，法院可以允许申请人将其中一个程序作为附属程序。在这种情况下，虽然原告同时提出了几项诉讼，但他并不要求批准每一项诉讼，而只是要求将这些诉讼作为备选程序予以受理¹⁵³²。

关于自由裁量权，最高行政法院排除了后一种可能性：它不承认申请人可以提出替代性意见。另一方面，最高行政法院原则上不强制要求在两次上诉之间作出任何选择。它否决了"并行临时救济例外"的原则¹⁵³³，并接受了将临时救济程序与另一个法律诉讼结合起来的可能性。这一原则只适用于上述诉讼具有中止效力的具体情况。最高行政法院还允许申请人同时提起几项诉讼，唯一的要求是每项诉讼都必须通过单独的申请提起。

¹⁵³⁰

至少在可受理性方面是如此。另一方面，在审查批准条件的阶段，拖延采取行动往往会被视为缺乏紧迫性（见上文第 312 节）。

¹⁵³¹ 正如 Bussy-Arnaud

女士所指出的，同一当事方之间的法律诉讼的并存有两个特点：一方面，有关诉讼产生于同一事实情况；另一方面，它们是同一原告和同一被告之间的诉讼 (F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 201, 1988, spe. *L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 201, 1988, spe. p.

32). 在行政诉讼中，当诉讼当事人可以使用不同的程序对某一行为或行动提出质疑时，就会出现这种情况。

¹⁵³²

最后一种假设是介于累积假设和选择假设之间的一种假设：它与累积假设的相似之处在于，请求人同时实施不同的行动，但不同之处在于，对其中一个行动的审查是以拒绝另一个行动为条件的，因此它们不能同时被接受。

¹⁵³³ 见 P. YOLKA, "Vers une exception de référé parallèle", *AJDA* 2004, 第 57 页。

A. 平行上诉例外的有限范围

372. 当专门为诉讼当事人提供一种程序以消除特定行为的影响时，这并不意味着他们无权申请临时救济。行政法院原则上排除了在简易程序中适用平行上诉例外的可能性¹⁵³⁴。这只适用于法律自动赋予中止效力的上诉案件。

1. 原则：积累的权利

373. 从基于第 L.521-2 条的判例法中可以看出，即使申请人有专门的程序对某一具体行为或行为的影响提出质疑，也可以提起自由裁量权诉讼。

因此，尽管存在为中止执行行政决定而专门设立的简易中止程序，申请人仍可根据《行政司法法典》第 L.521-2 条寻求并获得该措施的宣布。在 2001 年 3 月 27 日的 *Djalout* 案中，最高行政法院的临时救济法官承认，尽管存在 L.521-1 条规定的程序，临时救济仍可用于获得中止执行措施。这一解决办法是基于简易中止程序与临时救济程序的不同性质。最高行政法院的临时救济法官在一份原则声明中指出，“上述法典第 L. 521-2 条所规定的程序不同于该法典第 L. 521-1 条所规定的程序。该条允许要求撤销或推翻行政决定的诉讼人要求临时救济法官暂停执行该决定或其某些效力，条件是有紧迫性，并且根据调查情况提出的抗辩对该决定的合法性产生严重怀疑”。它的结论是“因此可以适用第 L.521-2 条，即使申请人可以很容易地根据第 L.521-1 条提起诉讼”¹⁵³⁵。根据第 L.521-1 条的具体程序申请中止的可能性并不排除使用更困难的 *référé-liberté* 程序。

同样，尽管有《行政司法法典》第 L.911-4 和 L.911-5 条规定的专门程序，申请人仍有权通过“重申--自由”程序，对行政法院作出的决定的全部或部分不执行提出质疑。2001 年 11 月 8 日的 *Kaigisiz* 命令接受了这一原则¹⁵³⁶。为支持特别明确的措辞，临时救济法官在随后的命令中确认，如果不执行裁决“通常受《行政司法法典》第 L. 911-4 和 L. 911-5 条的制约”，则“行政法院的裁决”应“不执行”。行政司法法典》第 L.911-4 和 L.911-5 条的规定，这些程序的存在本身并不妨碍利害关系人向临时救济法官提出请求，请求他根据《行政司法法典》第 L.521-2 条下令采取紧急措施，条件是“该文本规定的所有执行条件均得到满足”¹⁵³⁷。

最后，没有任何规定排除在合同事项中适用自由裁量权。由于最高行政法院驳回了简易程序中平行诉讼例外的原则，合同前简易程序的存在并不妨碍根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提出申请。

¹⁵³⁴ 当法官适用平行追诉例外的概念时，会导致拒绝接受诉讼当事人的追诉，因为他有具体的法律补救办法，使他能够获得至少同等甚至相同的满足（见 J. TERCINET, "Le retour de l'exception de recours parallèle", *RFD* 1993, pp.705-720）。

¹⁵³⁵ CE, ord. 27 March 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout*, *Lebon* p. 158.

¹⁵³⁶ CE, ord. 2001 年 11 月 8 日, *Kaigisiz*, *Lebon* 第 545 页。

¹⁵³⁷ CE, ord. 9 January 2006, *Ministre d'Etat, ministre de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Daaji*, n° 288745, mentioned in the *Recueil Lebon*. 因此，L.521-2 条可用于行政法院判决的适当执行。在临时救济法官的权限范围内，要求采取的措施可以与申请执行法院判决的措施相同。

在授予合同和履行合同阶段,没有任何东西可以阻止使用 *référé-liberté* 程序。在合同签订阶段,被排除在该程序之外的公司可以援引违反自由竞争的理由。临时救济法官在 2006 年 4 月 12 日的命令中接受了这一原则¹⁵³⁸。经营波城赌场的 Pau Loisirs 公司在续签赌场经营合同时,其投标被竞争对手拒绝。申请公司以侵犯企业自由为由,要求临时救济法官中止新的经营合同。该申请在一审和上诉中均未被驳回。虽然最高行政法院的临时救济法官以缺乏紧迫性为由驳回了申请,但他原则上接受在这一领域使用临时救济。在合同履行阶段也可以使用这一程序。正如 Vandermeeren 院长所指出的,"举例来说,很难看出有什么原则可以禁止公共合同的持有人针对公共订约当局作出的处罚决定提出有用的临时救济申请,因为这种处罚显然是不合理的,而且其规模即使不是严重影响到公司的生存,也会严重影响到公司的现金流"¹⁵³⁹。一般说来,法律文献一致承认在合同问题上可以适用 *référé-liberté* 程序。¹⁵⁴⁰

原则上,特别法律救济的存在绝不妨碍行使临时救济的简易申请。但是,如果法律赋予这种救济以中止效力,则情况并非如此。

2. 例外：使用中止程序的义务

374. 平行上诉例外机制适用于法律特别规定的上诉具有中止效力的特殊情况。在这种情况下,提出上诉本身就足以通过法律的实施而中止有争议行为的效力。由于这种法律补救措施对申请人非常有利,因此它用尽了申请人向法院提出申诉的各种可能性。因此,申请人被剥夺了使用简易程序的权利,不得使用具有中止效力的补救办法。临时救济法官就省驱逐令明确肯定了这一原则¹⁵⁴¹。

375. 临时救济法官最初保留了这一问题¹⁵⁴²,然后明确排除了临时救济程序在边境驱逐案件中的适用¹⁵⁴³。这一解决方案是基于 1945 年 11 月 2 日法令第 22 条之二规定的程序特点,特别是上诉的中止效力。第 22 条之二规定了质疑递解出境令的特别程序;"这一特别上诉程序的存在及其暂缓执行的效力,使递解出境令无法成为临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-1 条或该法典第 L. 521-2 条规定的特别保护程序申请暂缓执行的对象"¹⁵⁴⁴。排除既涉及驱逐令,也涉及执行驱逐令的措施。在后一种情况下,只有在递解出境令和执行递解出境令之间的法律或事实情况发生变

1538 CE, ord. 2006 年 4 月 12 日, *Société Pau Loisirs*, 第 292255 号。

1539 R. VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* No. 13, 2000, p. 396.

1540 See J. GOURDOU and P. TERNEYRE, "Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence", *CJEG* no. 575, 2001, pp. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, "Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence", *Contrats et marchés publics* 2002, Repères n° 3.

1541 尽管在其他领域没有诉讼适用,但似乎可以说该规则的范围更广,涉及所有在上诉情况下具有中止效力的行政决定。参见 *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (2002 年 10 月), 第 290-75 页及其后。

1542 CE, ord. 2001 年 1 月 26 日, *Gunes, Lebon* 第 38 页。

1543 CE, 21 November 2001, *Zbary, Lebon T.* p. 1125; CE, ord. 9 December 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari*, n° 252338; CE, ord. 2003 年 5 月 14 日, *Méliani, Lebon T.* p. 913; 2004 年 9 月 29 日, *Préfet de la Marne, Lebon T.* p. 829; 2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* ord. 2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* 第 915 页; 2005 年 4 月 14 日, *Benbehar*, CE, ord. 2005 年 4 月 14 日, *Benbehar*, 第 279340 号; 2005 年 5 月 25 日, *Madzabou*, 第 280607 号; 2005 年 5 月 26 日, *Ahamadi*, 第 280690 号。

1544 CE, ord. 2003 年 5 月 14 日, *Méliani, Lebon T.* 第 913 页。

化时，当事人才可以采取临时救济行动。临时救济法官在 2005 年 1 月 14 日的邦多命令中非常明确地总结了适用原则。他宣布，递解出境令 "原则上不受《行政司法法典》第五卷规定的简易程序的限制"。如果法院同时受理对递解出境令的申诉和对确定返回国的单独决定的申诉，则这一规则既适用于递解出境令，也适用于确定返回国的单独决定。然而，"以这种方式描述的质疑递解出境令的具体机制，并不妨碍临时救济法官介入为执行该命令而采取的措施所产生的影响，而这些影响是由于自命令发布以来法律或事实情况的变化而超出了执行命令通常涉及的范围" 1545。

如果自作出递解出境的决定以来，法律或事实情况没有变化，根据第 L.521-2 条提出的申请将被驳回¹⁵⁴⁶。另一方面，如果情况发生变化，当事人可以重新提出简易释放申请。这可能是由于最高行政法院以违反《欧洲人权公约》第 3 条为由，决定撤销递解出境令，理由是申请人受到特别威胁，如果她返回原籍国，她的安全将受到威胁¹⁵⁴⁷。当申请人的妻子是法国国籍时，情况也可能因孩子出生而发生变化。经 2003 年 11 月 26 日法律第 36 条修订的 1945 年 11 月 2 日法令第 25 条（现为《外国人入境和在法国居留法》第 L.511-4 条第 6 款）规定，外国公民如为居住在法国的未成年子女的父亲，并对该子女行使亲权，则不得被驱逐出境。¹⁵⁴⁸

作为一般规则，临时救济法官排除适用第 L.521-2 条规定的平行上诉例外。原则上，即在没有中止效力的情况下，他接受在受特别程序管辖的领域提出的临时救济申请。临时救济申请也可与另一种法律救济同时提出。在这种情况下，最高行政法院只要求在不同的申请中分别提出。

B. 合并诉讼的权利：单独申请的要求

376. 临时救济的申请人可以同时或相继对某一行为或举动提起几项诉讼。在没有相反规定的情况下，申请人事实上可以在几个方面采取行动，特别是通过临时中止和临时释放同时采取行动。正如 Chapus 先生所言，"很难理解（.....）为什么诉讼当事人不能在两个方面碰碰运气，既向法院提出暂停执行的申请（根据第 L.521-1 条），又向法院提出保障基本自由的申请。换言之，在这方面

1545 CE, ord.2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* 第 915 页。

1546 尤其见 CE, ord.2005 年 4 月 14 日, *Benbebar*, 第 279340 号; 2004 年 9 月 29 日, *马恩省省长, Lebon T.* 第 829 页; 2005 年 5 月 25 日, *Madzabou*, 第 280607 号。

1547 CE, ord.2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* 第 915 页, *AJDA* 2005, 第 1360-1363 页, 注释。O.LECUCQ.在这种情况下, 临时救济法官指出, "根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的程序, 以不可能对驱逐令的执行提出质疑为由提出的不可受理的抗辩, 在本案中必须驳回"。

1548 在本案中, 当事人于 2004 年 10 月 7 日收到驱逐令, 并于 2005 年 2 月 1^{er} 日收到通知。2004 年 12 月 21 日, 他的妻子生下一个孩子。申请人在民事登记处承认了妻子与他所生的婚生子女。孩子的出生构成了情况的变化, 使申请人能够向临时救济法官提起诉讼。根据 2003 年 11 月 26 日法令之前的法律, 临时救济法官不认为外籍父母在法国领土上所生并在民事登记处得到当事人承认的孩子的出生属于情况变化 (行政法院, 2003 年 1 月 27 日法令, *Amraoui* 案, 第 253601 号)。

不应有 "平行紧急程序例外"¹⁵⁴⁹。临时救济法官不会裁定在同一天提交给他的两份申请不可受理：一份基于 L. 521-1 条，另一份基于 L. 521-2 条¹⁵⁵⁰。临时救济申请可与临时中止申请同时提出。同样，临时释放措施诉讼和执行既判力诉讼也可同时提出。根据第 L.911-4 条向执行法官提起诉讼的事实并不妨碍利害关系人向临时救济法官申请强制令，以纠正持续不执行既判力的情况。¹⁵⁵¹

377. 如果临时救济申请可以并入另一项申请中，反之，如果临时救济申请可以并入另一项诉讼中，法官则要求这些合并诉讼以单独的申请提出。换言之，向临时救济法官提交的材料必须完全以《行政司法法典》第 L. 521-2 条为依据。临时救济申请不得包含与另一程序有关的材料。

在实施 2000 年 6 月 30 日改革的最初几个星期中，临时救济法官有时会在一份申请中收到寻求合并或替代实施自由和中止的临时措施的呈件。起初，他同意审理这些申请。在 *Promouvoir* 协会¹⁵⁵²、

1549 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1608.

1550 因此，2001 年 3 月 21 日，Meyet 先生提出了两份临时救济申请，一份是根据《行政司法法典》第 L.521-1 条提出的，另一份是根据第 L.521-2 条提出的。最高行政法院的临时救济法官没有将这种双重提交视为不可受理的理由；他在第二天就对两份申请作出了裁决（分别见临时中止和临时释放：行政法院，2001 年 3 月 22 日命令，*Meyet, Lebon T.* 第 1130 页；行政法院，2001 年 3 月 22 日命令，*Meyet*, 第 231631 号）。同样，2005 年 5 月 11 日，Rondeau 先生向最高行政法院临时救济法官提交了两份申请，要求暂停执行 2005 年 4 月 20 日的法令。第一份申请依据的是 L.521-1 条，第二份申请依据的是 L.521-2 条。临时救济法官于 2005 年 5 月 16 日对这两项申请做出裁决。在第一项命令中，他根据第 L.521-1 条暂停执行有争议的法令（行政法院，2005 年 5 月 16 日命令，*Rondeau, Lebon T.* 第 1027 页）。在第二项命令中，法院认为没有必要对根据第 L.521-2 条提出的寻求相同目的的结论进行裁决（行政法院，2005 年 5 月 16 日命令，*Rondeau*, 第 280423 号）。类似案件见 2005 年 5 月 17 日登记的两份申请：行政法院，2005 年 5 月 27 日命令，*Mme Touria YX*, 第 280612 号（根据第 L.521-1 条暂停执行有争议的决定）和行政法院，2005 年 5 月 27 日命令，*Mme Touria YX*, 第 280613 号（以缺乏目的为由驳回临时释放申请）。

1551 行政法院，2002 年 6 月 11 日，*M. Ait Oubba, Lebon T.* 第 869 页。与宣布申请不予受理的初审法院不同，最高行政法院认为这两个程序并不相互排斥。它指出，"尽管 Ait Oubba 先生已根据《行政司法法典》第 L.911-4 条规定的程序向行政法院申请执行 2001 年 3 月 28 日的判决--该程序尚未成功--但这一情况本身并不妨碍利害关系人根据《行政司法法典》第 L.521-2 条向临时救济法官申请紧急命令"。

1552 申请协会根据第 L.521-1 条要求中止一项决定，它声称该决定是由新闻机构的消息透露的，并根据第 L.521-2 条要求责成文化和传播部长在 48 小时内将电影 "Baise-moi" 列入色情电影名单，并在 2001 年 2 月 1^{er} 日之前对该电影的录像带进行行政扣押。临时救济法官首先审查了中止诉讼的呈件，并宣布不予受理，因为该协会无法证明存在任何明示或默示的决定。然后，法官对根据第 L.521-2 条提交的材料进行了裁决（CE，2001 年 1 月 31 日法令，*Association Promouvoir, Lebon T.* 第 525 页）。

*Philippart et Lesage*¹⁵⁵³ 和 *Perrier*¹⁵⁵⁴ 这三个案件中，它三次同意个人可以通过单一申请的方式根据两种程序向其提出申请。初审法官也同意审理以合并理由提出的申请¹⁵⁵⁵。这种可能性有助于立法机关在这一领域寻求灵活性。然而，这一解决方案困难重重，很快就被放弃了。临时救济法官驳回了 Philippart 先生和 Lesage 先生根据第 L. 521-2 条提交的材料，并对根据第 L. 521-1 条提交的材料进行了审查，随后决定将案件移交行政管辖庭，以便在一次正式庭审中解决将临时救济材料合并到一份申请中的问题¹⁵⁵⁶。

政府专员 Didier Chauvaux 认为，在同一申请中同时采取两种临时措施有可能给行政法官造成无法解决的困难，因为这两种申诉在程序上存在差异。第一个困难来自判决时限的不同：临时救济为 48 小时，临时中止为尽快。除非法官认为可以不经调查就驳回临时救济申请，否则法官必须在 48 小时内举行听证。如果在此基础上申请未获批准，则必须延长调查时间，并可能必须根据临时中止程序安排新的听证。第二个困难来自于对第一位法官在公开听证后做出的决定所采取的补救措施的不同。根据第 L.521-2 条做出的裁决可以通过上诉的方式提出质疑，而临时中止法官做出的命令则可以上诉至最高法院。因此，“如果法官在对两种形式的简易程序的申请进行公开听证后对同一决定作出裁决--如果他被单一的申请所吸引，他通常会这样做--向最高行政法院提出的上诉将部分由小组审理，部分由分庭庭长审理”¹⁵⁵⁷。鉴于两个简易程序在程序上的不同，Chauvaux 先生认为，如果授权申请人在同一份申请中提交与第 L.521-1 条和第 L.521-2 条有关材料，会造成不可接受的复杂程度。因此

1553 申请人于 2001 年 2 月 8 日向诉讼庭秘书处提出申请，主要是根据第 L.521-2 条，要求暂停牙科医师协会全国理事会拒绝允许他们在位同事已经开业的大楼内开业的决定，并要求命令牙科医师协会理事会允许他们在该大楼内开业。此外，他们还要求根据第 L.521-1 条做出同样的决定。在 2001 年 2 月 9 日的一项命令中，临时救济法官驳回了根据 L.521-2 条提出的要求，理由是不存在明显非法侵犯基本自由的情况。在同一命令中，他明确指出，关于根据第 L.521-1 条提出的申诉，“临时救济法官应中止诉讼程序，直至根据第 L.522-1 条规定的条件对其进行调查时为止”。它还补充说，“在根据《行政司法法典》第 L.521-1 条提出申诉的同时”，将对要求适用第 L.761-1 条的申诉作出裁决（行政法院，2001 年 2 月 9 日法令，*Philippart et Lesage*，第 230112 号）。

1554 在 2001 年 2 月 15 日提出的申请中，申请人要求最高行政法院临时救济法官“根据《行政司法法》第 L.521-1 和 L.521-2 条”作出裁决。临时救济法官当天就根据 L. 521-2 条提交的材料作出裁决。如果不存在对基本自由的侵犯，法官将根据第 L.522-3 条的分类程序驳回申诉（行政法院，2001 年 2 月 15 日命令，*Perrier*，第 230318 号）。关于根据第 L.521-1 条提出的申诉和要求适用第 L.761-1 条的申诉，该命令沿用了 *Philippart et Lesage* 案 2 月 9 日命令的措辞。根据第 L.521-1 条提出的申诉将在 2001 年 3 月 14 日调查后审理（行政长官，2001 年 3 月 14 日的命令，*Perrier*，第 230318 号）。

1555 在 2001 年 2 月 27 日的一项命令中，里尔行政法院临时救济法官根据第 L.521-1 条，中止了北部省省长拒绝向申请人签发临时居留证的决定（命令第 1^{er} 条），并根据第 L.521-2 条，责成北部省省长签发临时居留证（第 2 条）。内政部长要求最高行政法院撤销该命令第 1^{er} 条并废除第 2 条。该申请被认为构成撤销原判上诉；最高行政法院宣布上诉不可受理，并对撤销原判上诉作出裁决（行政法院，2001 年 3 月 16 日，内政部长 *c/ Glory Okko, Lebon T* 第 1092 页）。

1556 CE, Sect. 28 February 2001, *Philippart et Lesage, Lebon p. 112, RFDA 2001*, pp.

1557 D. Chauvaux, 同上, 第 392 页。

，它建议规定“一条简单的规则，即暂停申请和临时救济申请不应在同一申请中并存”¹⁵⁵⁸。根据政府专员的结论，该处明确排除了这种合并的可能性。在注意到根据第 L.521-1 条向临时救济法官提出的申请是根据不同于适用于根据第 L.521-2 条提出的申请的规则提出、调查、判决和酌情上诉之后，理事会指出，这些申请不能在同一份申请中同时提出。因此，理事会以不可受理为由驳回了申请人在替代¹⁵⁵⁹中提出的意见。这一判例法随后在¹⁵⁶⁰上得到确认，具有普遍适用性。因此，最高行政法院认为，临时救济申请中不能包含根据《行政司法法典》第 L. 521-3 条提交的材料¹⁵⁶¹。同样，该解决方案也适用于临时救济，即临时中止申请不能包含基于第 L. 551-1 条的呈件¹⁵⁶²。

378. 然而，当临时救济法官收到一份载有根据第 L.521-2 条提交的材料和根据另一程序提交的材料的应用时，应由他确定申请的主要依据，而不是将整个申请作为不可受理而驳回¹⁵⁶³。法院必须对主要申诉作出裁决，驳回次要申诉。只要临时救济法官有义务对其收到的所有呈件作出裁决，他就必须明确宣布以替代方式提出的呈件不予受理，并且不得以损害为由驳回这些呈件。¹⁵⁶⁴

如果申请人明确指出其中一项申诉是次要申诉，法院将就主要申诉作出裁决¹⁵⁶⁵。如果申请人没有明确指出所依据的主要理由，则应由临时救济法官根据他所掌握的所有证据来确定申请的范围¹⁵⁶⁶。在前述的**缅甸-卢瓦尔省 SNUDI-FO 案**的判决中，法官明确指出，“呈件的措辞”、“整体论据”¹⁵⁶⁷或

¹⁵⁵⁸ D. Chauvaux, 同上, 第 392 页。

¹⁵⁵⁹

这一解决方案符合最高行政法院的既定判例法。虽然判例法一般允许申请人在同一份申请中提交多个申诉标题，但在必须以不同方式对申诉进行调查和裁决的情况下，申请人这样做的程度是有限制的。例如，见 CE, 6 April 1962, *Société technique des appareils centrifuges industriels, Lebon p.*

255 : 最高行政法院宣布，对纳税评估的可收取性提出异议的申请所附的赔偿要求不予受理，理由是赔偿要求“由行政法院根据不同于直接征税事项诉讼的调查和判决所规定的形式进行调查和判决”。

¹⁵⁶⁰ CE, ord.2001 年 4 月 10 日, Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, *Lebon T. p.1090* ; CE, ord. 2003 年 8 月 5 日, Association des fonctionnaires reclassés de France Télécom, no.259184 ; CE, ord. 2003 年 8 月 7 日, Gharmoul, no.259242。

¹⁵⁶¹ CE, 2001 年 10 月 8 日, *Sanches Cardoso, Lebon T. 第 1091 页* ; CE, 2002 年 3 月 6 日, *Société des pétroles Shell, Lebon T. 第 852 页*。

¹⁵⁶² CE, 29 July 2002, *Ville de Nice, Lebon p. 299, Contrats et marchés publics 2002*, comm. n° 229, note J.-P. PIETRI; *BCMP n° 20*, 2003, pp.GONAND; *Coll.2002*, comm. n° 241, note T. CELERIER; *AJJ.CELERIER; AJDA 2002*, pp.

¹⁵⁶³ CE, 27 August 2001, *Abdoulaye*, no.临时救济法官在驳回申请书中的所有呈件时，以申请书包括根据第 L.521-1 条提交的呈件和根据第 L.521-2 条提交的呈件这一事实为依据，从而使其命令失效。

¹⁵⁶⁴ CE, 6 March 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T. p. 852*。

¹⁵⁶⁵ 在 2001 年 2 月 8 日的申请中，Philippart 和 Lesage 先生指出，根据第 L.521-1 条提出的意见是次要的。因此，最高行政法院以不可受理为由驳回了据此提出的意见（行政法院，2001 年 2 月 28 日，*Philippart 和 Lesage, Lebon, 第 112 页*）。

¹⁵⁶⁶ CE, ord.10 April 2001, Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, *Lebon T. p. 1090*; CE, 27 August 2001, *Abdoulaye*, no. 236164; CE, 29 July 2002, *Ville de Nice, Lebon p. 299*。

¹⁵⁶⁷ 见 CE, 2003 年 8 月 5 日的命令，**法国电信公司员工协会**，第 259184 号。一方面，申请人提到“根据《行政司法法》第 L.521-2 条”，工作自由受到严重和直接的侵犯。但另一方面，她在题为“即决中止”的申請书中提到，她所要求的中止决定的合法性已

经满足了紧急性和存在能够引起严重怀疑的手段这两个条件。从整个论据来看，该申请必须被解释为主要包括基于第 L.521-1 条的呈件，其次是基于第 L.521-2 条的呈件。反之，见 CE, ord. 2003 年 8 月 7 日, *Gharmoul*, 第

"未申请撤销或推翻行政决定的事实"¹⁵⁶⁸ 是解释申请的标准。

379. 最后, 应当指出的是, 当向最高行政法院提交的临时救济申请和临时中止申请涉及同一争议时, 临时救济法官可自由地将其合并, 并在一项裁决中对其作出裁定¹⁵⁶⁹。当然, 初审临时救济法官排除了这种可能性, 因为根据第 L. 521-2 条提出的呈件和根据第 L. 521-2 条提出的呈件不受相同上诉程序的制约。只有在最高行政法院临时救济法官的裁决不可上诉的情况下, 才有可能进行合并。

IV. 可受质疑的行为范围扩大

380. 临时救济法官是法律状况法官。对可上诉措施的全面定义使他能够审理一切形式的侵犯基本自由的行政行为, 无论其来源如何。这种宽泛的做法包括行政部门因疏忽或不作为而导致私人关系中出现侵权行为的情况。

A. 临时救济法官、法律情况法官

381. 立法机构的意图是不加限制地向任何可能侵犯基本自由的措施开放临时救济法官的法庭。对于最高行政法院的工作小组来说, 其目的是让人们即使在 "不涉及容易识别的行政决定的情况下" 也能诉诸行政法院¹⁵⁷⁰。因此, 所有由公共权力引起的骚乱, 以及公共权力的所有行为或举止, 都应适用 *référé-liberté* 程序。公共权力机构的任何规范性或实质性活动都可能导致侵权行为。第 L.521-2 条笼统地提到了对基本自由的 "侵犯", 但没有精确性或限制性。因此, 所要求的是侵权情况, 而不涉及侵权的起源或形式。这种缺乏精确性的情况非常重要。由于没有具体说明 "侵犯可能导致什么结果", 立法机构的沉默 "不言自明: 它意味着没有限制"¹⁵⁷¹。因行政机关的活动或不活动而产生的任何事情都可以成为申请临时救济的事由, 而不会遇到传统的事先决定的要求。

只要是行政行为, 任何侵犯基本自由的行为都可以提交给临时救济法官。第 L.521-2 条的这一显著特点在议会辩论中得到了广泛强调。Colcombet 先生指出, 这一程序应能 "应对这样的情况, 即问题

259242 号: 申请人坚持认为存在对两项基本自由的侵犯, 并在其申请被初审法官驳回后提出上诉, 必须被视为依据 L.521-2 条的规定。

¹⁵⁶⁸

权利剥夺是一种独立的救济, 权利中止是一种附属的救济。在没有提出撤销或推翻的主要申请的情况下, 申请人被视为根据第 L.521-2 条行事 (CE, 2001 年 4 月 10 日法令, *SNUDI-FO du Maine-et-Loire*, 上文已引述)。另一方面, 将临时救济申请归类为中止申请更为恰当, 因为申请人已经通过临时救济的方式要求撤销其要求中止的决定 (行政法院, 2003 年 8 月 4 日命令, *Agora 协会*, 第 259110 号)。

¹⁵⁶⁹ 例如: 参见 CE, ord. 7 September 2001, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électriques et gazières CFTC*, no.

¹⁵⁷⁰ "国务委员会紧急程序工作组的报告", *RFDA* 2000, 第 947 页。

¹⁵⁷¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1593.

不是可能被中止的行政决定，而是可能损害申请人的行为、惰性或行政行为"¹⁵⁷²。Garrec 先生还指出，"当公共当局的决定或实际行动威胁到基本自由时"，法院可以介入¹⁵⁷³。同样，司法部长也强调，"行政部门的任何行为或举动"都可以使用 *référé-liberté* 程序。¹⁵⁷⁴

第 L.521-2 条全面界定了可提交法院的措施的范围。法院受理任何对具有法律性质或法律效力的情况提出质疑的申诉。对于古典作家来说，法律状况指的是法律主体相对于法律秩序的特殊地位；实质上，它与赋予个人的一系列权利和义务相对应¹⁵⁷⁵。这里的概念是从客观秩序的角度来理解的，即一个或多个行政行为或行动所产生的法律现实。

382.对简单行为提出异议的可能性对申诉人有很大好处，因为这使其不必在提出上诉前出示裁决。

我们知道，根据行政诉讼程序的传统规则，"提交给法官的任何争议必须首先由有资格的当局发表立场声明"¹⁵⁷⁶。现在，《行政司法法典》第 R.421-1 条规定了这一要求，用"没有决定，就没有行动"这句格言来表达。这意味着，只有在争议已经发生并正在处理的情况下，才有可能向法院提起诉讼，行政部门明示或暗示的决定就是证明。在有决定的情况下，选民可以立即向行政法院提出上诉。如果做不到这一点，则应由他们通过向公共机构发出请求，促使其做出决定。一旦行政部门做出明确答复，决定即生效。如果在提出申请后两个月内没有明确表态，行政部门的沉默将导致默示拒绝决定。因此，在行政部门没有正式表态的情况下，事先作出决定的要求会使诉讼当事人在等待两个月后才能向行政法院提起诉讼。因此，这一规则似乎不符合在严重侵犯基本自由的情况下迅速向法院提起诉讼的需要。

当这种侵权行为发生时，受害者必须能够毫不拖延地请求法院保护其自由。如果申请人事先没有得到裁决，他或她就不必等待两个月才能向法院提出申请。如果要求遵守这一规则，上诉就会变得毫无意义，当事人也只能得到一种迟到的、纯粹柏拉图式的满足。因此，只要第 R.421-1 条中的规则阻碍了法院的即时干预，立法者就纯粹和简单地免除了申请人的这一手续。其结果是，"L.521-2 条规定的特别保护程序（.....）可以独立于任何针对裁决的上诉而适用"¹⁵⁷⁷。L. 521-2 条规定的适用绝不以行政决定的存在为条件。因此，一旦侵权行为发生，申请人可以立即采取行动。在任何情况下，即使没有事先决定，他们也可以立即向临时救济法官提出申请。

这是临时救济程序的一个显著特点，也是在基本自由受到侵犯的情况下与临时中止程序相比的一个主要优势。诚然，有一些临时救济程序是不需要事先决定的--在预防性临时救济（L.521-3 条）、临时事实陈述（R.531-1）和临时指示（R.531-2）中明确规定了这种豁免--但这种豁免是由这些临时救济程序的性质本身所决定的，因为这些程序决不是为了瘫痪公共当局的行为或行动的效果。另一方面，由于临时救济的目的是抵消一项决定的影响，因此这一程序的结构本身就以行政决定的存在为前提。申请人根据第 L.521-1 条在这方面提出意见，必然是为了抵消这一决定的影响。如果在没有决定

¹⁵⁷² F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 40 页。强调是后加的。

¹⁵⁷³ R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 29 页。

¹⁵⁷⁴ E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10942.

¹⁵⁷⁵ 尤其见：G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} ed, Marcel Giard, 1925, pp.

¹⁵⁷⁶ C.GABOLDE, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, 6^{ème} ed, Dalloz, 1997, p. 55.

¹⁵⁷⁷ CE, 21 November 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125; CE, ord. 27 January 2003, *Amraoui*, n° 253601.

的情况下，申请人无法根据简易中止程序以及由此延伸的临时救济程序采取行动，法院可以请申请人根据临时救济程序将该事项提交给法院¹⁵⁷⁸。值得注意的是，法院对可以以事实上的干涉为由提出质疑的措施的范围也持宽泛的观点：“行政部门的行动、操作、行为或决定可能就足够了”¹⁵⁷⁹。

根据第 L.521-2 条，有争议的情况首先可能是一项或多项行政决定的结果。申请人可以质疑积极的

¹⁵⁷⁸ 在 2005 年 12 月 20 日的 *Meyet* 命令中，法官指出：“《行政司法法典》第 L.521-2 条的实施有可能确保 Meyet 先生所要求的权利得到尊重。与第 L.521-1 条不同的是，第 L.521-2 条并不要求其规定的保障基本自由的特定程序必须与质疑行政决定相联系，而是在满足该条规定的所有条件的前提下，为批评行政当局的行为提供了可能性”（行政法院，2005 年 12 月 20 日命令，*Meyet*，第 288253 号）。

¹⁵⁷⁹ S.S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, p. 41. See R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, IEP Paris, fasc. I, 1981, p. 540.

个别决定1580 或条例1581，也可以质疑消极的决定1582。一项决定在执行时可能会显现出来1583。法官承认，这可能是某个具体的人与行政部门接触的结果，即使此人后来不是申请人之一。1584

1580 例如，确定执行司法禁止入境的目的地国的省令(CE, ord. 27 March 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon p. 158*)；宣布运输车辆停运的省令(CE, ord. 9 April 2001, *Behrose et autres, Lebon T. p. 1126*)；宣布驱逐外国国民的部令(CE, Sect. 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon p. 523*)；CE, ord. 2001年10月30日, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon p. 523*；CE, ord. 2001年8月10日, *Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki*, 第236969号)；禁止申请人参与与未成年人度假和休闲中心的管理和监督(CE, 2001年8月9日法令, *Medrinal, Lebon T. p. 1127*)。

1581 例如，规范工业区出入和交通的市政令（行政长官，2001年7月5日命令，*蒙特勒伊-贝莱市*，第235387号）；禁止进入市政建筑并命令拆除的市政令（行政长官，2001年8月10日命令，“清真寺”协会和其他人，*Lebon T. 第1133页*）；禁止在规定范围内航行的省令（行政长官，2001年9月27日命令，*Gueguenen*，第1133页）。2001年8月10日，“清真寺”协会等，*Lebon T. 第1133页*）；禁止在规定范围内航行的省令（CE，2001年9月27日，*Guegueniat*，第238473号法令）；市长指示市政邮政部门拆开寄给某些议员的所有信件的回会（CE，2004年4月9日，*Vast, Lebon*，第173页）；市政令（CE，2001年9月27日，*Guegueniat*，第238473号法令）。173）；一项规定船舶进入码头条件的市政命令（CE，ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure, Lebon T. p. 930*）。

1582 例如，拒绝向申请人提供市政厅（行政长官，2001年3月2日命令，*Dauphine*，第230798号）；拒绝让孩子入学（行政长官，2001年7月9日命令，*Boc*，第235696号）；拒绝在公共领域分配一块地举办 Trône 节庆（行政长官，2001年4月6日命令，*Lapere et autres*，第232135号）；拒绝召开市议会（行政长官，Sect. 2001年1月18日，*Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* 第18页）；将申请人的子女登记在其护照上（行政法院，命令，2002年12月4日，*Du Couëdic de Kéran, Lebon T. 第875页*）；发放国民身份证（行政法院，命令，2003年3月11日，*Samagassi*，第232135号）。2003年3月11日，*Samagassi, Lebon*，第119页）或授权外国公民进入法国领土（2003年3月25日，*内政、国内安全和地方自由部部长, C/Sulaimanov, Lebon*，第146页）。需要指出的是，在工作组向政府提交草案初稿以及向议会提交法案时，对否定决定提出质疑的可能性是 *référé-liberté* 相对于 *référé-suspension* 程序的一个重要优势。传统的判例法排除了中止执行否定裁决的可能性（关于 *Amoros* 案的判例法，见上文第7段）。在法律草案中没有相反规定的情况下，新的中止制度不应该有任何不同。然而，在通过了明确授权临时中止法官中止执行驳回决定的修正案后，这一优势就不复存在了。对 *阿莫罗斯* 判例法的这一推翻本应在2001年1月1日改革生效时生效⁶⁴。然而，最高行政法院将其提前了几天，以表明放弃 *Amoros* 案例法是1995年2月8日法律的结果，该法律赋予行政法官强制执行其裁决的权力（行政法院，2000年12月20日，*Onatab, Lebon* 第643页，*RFDA* 2001, 第371-377页，concl. F. LAMY；*AJDA* 2001, 第146页，chron. M. GUYOMAR 和 P. P. M. GUYOMAR）。M. GUYOMAR 和 P. COLLIN）。

1583 因此，临时救济法官认为，授予体育比赛独家转播权的决定是由国家足球联盟董事会的一项决定“揭示”的，该决定引发了对这些转播权营销的招标，而招标本身也“揭示”了这一决定（CE，2002年3月18日法令，*GIE Sport libre et al, Lebon*，第106页）。判例法在过去已经接受了这一原则。正如 M. Chapus 所指出的，“当行政机关授予合同时，我们有权认为它已经做出了合同决定”（R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 646）。

1584 见 CE, ord. 27 May 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres, Lebon p. 232, AJDA* 2005, pp. RAINAUD. 在此案中，法官注意到，没有任何申请人向司法部长申请授权在某一监狱就《欧洲宪法条约》进行辩论。然而，从调查中可以看出，在监狱管理局局长与专门研究监狱问题的“Dès maintenant”协会主席之间的定期接触中，3

有争议的情况也可能来自行政行为,即不一定修改法律制度,但会影响自由受益人个人地位的行为。如果行政部门的任何行为或操作表达了做或不做某事的意愿,或反映了其疏忽或不作为,则可能成为临时救济简易申请的事由。因此,作为临时救济简易申请主体的行政行为可能是积极的,也可能是消极的。首先,申请人可以对一些行动或行为提出质疑,如撤销--然后是实质性地扣留--家庭成员的国民身份证和护照¹⁵⁸⁵;实质性地扣留居留许可¹⁵⁸⁶;市镇间合作公共机构干预其成员市镇职权范围的事实¹⁵⁸⁷;市镇在道路和人行道维修工程中拆除用作车库或仓库的房舍的通道,并竖立护柱阻止进入这些房舍¹⁵⁸⁸;私人道路的维修和开发工程¹⁵⁸⁹;在属于私人的一块土地上安装砂室--一种旨在确保雨水排水系统正常运行的装置¹⁵⁹⁰;将私人地块纳入由公共机构管理的高尔夫球场¹⁵⁹¹;保留一架飞机¹⁵⁹²;实施一项医疗程序¹⁵⁹³。另一方面,原告可以对行政部门不作为或不执行特定行为提出质疑:将一部电影列入色情电影名单¹⁵⁹⁴,采取措施促进获得住房¹⁵⁹⁵,将一项法律提交宪法委员会¹⁵⁹⁶,结束紧急状态¹⁵⁹⁷,提供警察援助¹⁵⁹⁸,开展工作修复通往迪斯科舞厅的

月初曾设想就这一主题举行辩论。法官指出,"在这方面进行的接触并不成功,因此默示决定拒绝"。因此,正是由于该协会--它不是上诉的一方--

不可能在与监狱管理局局长的争论中获胜,才默示作出了拒绝的决定。这些接触的失败导致了默示的拒绝决定。经过仔细分析,法官发现存在可以上诉的行政决定。值得注意的是,该决定产生于简单的"接触",更值得注意的是,这些接触并不涉及上诉的任何作者。决定概念的这种非形式概念值得强调,尽管它并非史无前例(见J. MASSOT, "Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir", *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp.)

1585 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel*, *Lebon* p. 167.

1586 CE, ord. 2001年11月8日, *Kağıviz*, *Lebon* 第545页。

1587 CE, 2002年6月12日, *Commune de Fauillet et autres*, *Lebon* 第215页。

1588 CE, ord. 2001年5月31日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, *Lebon* 第253页。

1589 CE, ord. 20 July 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, *Lebon* p. 388

1590 CE, 2001年8月21日命令, *Manigold*, n° 237385。

1591 CE, ord. 22 October 2001, *Gonidec et Brocas*, no.

1592 CE, 2 July 2003, *Sté Outremer Finance Limited*, *AJDA* 2003,

pp. 申请公司对巴黎机场公共机构将一架飞机固定一事提出异议。为了证明诉讼的可接受性,政府专员指出,"临时禁令不受对决定合法性的质疑的限制,可用于结束特定情况"(同上,第1783页。着重部分由作者标明)。

1593 CE, ord. 2001年7月16日, *Feuillatey*, *Lebon* 第309页。

1594 CE, ord. 2001年1月31日, *促进会*, *Lebon* T. 第525页。根据《行政司法法典》第L.521-1条提出的同一申请被宣布为不可受理,因为申请协会无法提供决定的证据(同一命令)。

1595 CE, ord. 2002年5月3日, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *Lebon* 第168页:该决定提到了省长的"行动"。

1596 CE, ord. 7 November 2001, *Tabaka*, *Lebon* T. p. 789,

1125. 申请人没有质疑共和国总统拒绝将此问题提交宪法委员会,因为国家元首既没有明确表态,也没有暗示。他质疑的是没有提交这一事实。临时救济法官指的是"共和国总统没有行使《宪法》第61条第2款规定的将法律提交宪法委员会的权利"。

1597 CE, ord. 9 December 2005, *Allouache et autres*, *Lebon* p. 562.

1598 CE, 2002年3月29日, *SCI Stéphaneur et autres*, *Lebon* 第117页。

道路1599、保障私营频道 Canal + 的多元化1600，召集选民补选立法机构1601，任命一名医生为医院执业医师1602，或承认法属波利尼西亚政府中一名部长的辞职。1603

自由法院的法官可以接受处理准备行为1604。临时救济法官裁定，可以根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条对宣传委员会的决定提出质疑1605，该决定通常不得上诉。1606

383. 审理临时禁令的法官以一种极不寻常的方式对孤立考虑的行为或举止不感兴趣，而是将重点放在该行为或举止所引起的法律状况上。他将这种情况视为由一系列行为以及（在适用的情况下）行动或弃权构成的整体。如果对某项决定提出上诉，法院将对决定造成的情况进行审查。例如，在 2001 年 10 月 18 日的一项命令中，他指出，申请协会 "没有理由要求撤销蒙彼利埃临时救济法官的命令，该命令驳回了该协会的请求，即根据《行政司法法》第 L.521-2 条，签发附有罚款的禁令，以结束卡斯特诺-勒莱斯市长的决定所造成的局面"1607。换言之，临时救济法官是法律状况的法官，而不是行为的法官。他要考虑法律状况的所有事实；他要考虑行政当局的意愿所产生的所有法律效力，而不一定要专注于某一具体行为。这意味着，与处理越权问题的法官或处理临时救济问题的法官不同，他可以从整体上把握法律状况1608。

在 *Tibéri* 案中，最高行政法院的临时救济法官根据最高音像委员会的建议、新闻稿和立场声明对案件进行了审查，这些文件共同构成了 "提交给临时救济法官的本案情况" 的特点1609。在 2003 年 12 月 9 日的 *Aguillon* 判决中1610，申请人正式对 11 月 21 日的命令提出质疑，该命令命令征用罢工员工七天，但自 11 月 28 日（向最高行政法院提出上诉之日）起停止生效。由于向第一法官提出质疑的决

1599 CE, ord. 5 March 2001, *SARL Club 2000*, *Lebon T.* p. 1130.

1600 CE, ord. 2001 年 2 月 24 日, *Tibéri*, *Lebon* 第 85 页。

1601 CE, ord. 2001 年 5 月 18 日, *Meyet, Bouget*, *Lebon* 第 244 页。

1602 CE, ord. 2002 年 5 月 13 日, *Centre hospitalier de Valence c/ Nouri*, 第 246551 号。

1603 CE, ord. 2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere*, *Lebon* 第 197 页。

1604 见 R.VANDERMEEREN, "Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000", *BJDCP* no. 13, 2000, p. 398: "The new safeguard mechanism serves to protect the interested parties, not only from decisive administrative acts, but also from conduct of the public authority that lacks this character (preparatory acts, material acts, failure to act)".

1605

这些决定不能脱离整个选举活动。根据已确立的判例法，这些决定中的任何违规行为只能在针对上述选举活动的请愿书中援引（行政法院，1986 年 10 月 17 日，*塞夫兰州选举*, *Lebon*, 第 233 页）。

1606 TA Châlons-en-Champagne, 25 March 2004, *Mme Gabrielle N'Guyen c/ Commission de propagande de Reims 6*, no. 04-458, *AJDA* 2004, p. 742, obs.S.BRONDEL.

1607 CE, ord. 2001 年 10 月 18 日, *蒙彼利埃 Cimade 地方协会*, 第 239071 号。

1608 这一点无法通过审查一项具体决定来实现。正如 Woehrling 庭长所指出的，"所有上诉都必须针对先前的决定这一规则意味着，争端集中在一个具体的行为上，人为地切断了其背景，而构成争端根源的往往是一系列密切相关的行政行为" (J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts à M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins", in Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 349).

1609 CE, ord. 2001 年 2 月 24 日, *Tibéri*, *Lebon* 第 85 页。

1610 CE, 2003 年 12 月 9 日, *Aguillon et autres*, *Lebon* 第 497 页。

定已失去效力，如果上诉是根据第 L.521-1 条提出的，最高行政法院本应宣布上诉不可受理。但负责审理法律案件的临时救济法官同意受理上诉。尽管在一审法院受到正式质疑的决定不再有效，但 11 月 28 日的决定以完全相同的措辞将其延长了十天。这第二项决定在法院作出裁决之日生效，但在一审时并未受到质疑。然而，它维持了第一项裁决所产生的法律状况，并与之保持一致。因此，最高行政法院考虑到了整个争议情况：它没有孤立地提及 11 月 21 日或 11 月 28 日的命令，而是选择更广泛地提及 "有关命令"。为了使根据第 L.521-2 条提出的申请得到受理，最重要的是在要求临时救济法官作出裁决之日，法律状况已经出现并继续存在。

384. 虽然可以提出异议的行为和举止范围很广，但不能认为任何行为、举止或不举止都可以提交临时救济法官。无论被质疑的措施的性质如何，它都必须具有法律效力、影响或反响。

因此，单纯的意向不能导致启动自由裁量权。根据《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，一个简单的愿望本身没有任何影响，也不能追究其责任。在 2001 年 3 月 22 日的 *Meyet* 命令中，法官指出，"通过表达其政府成员不应同时担任市长职务的愿望，总理没有颁布任何实在法规则，也没有侵犯任何基本自由"¹⁶¹¹。临时救济法官通过提及实在法规则的颁布，间接要求有争议的措施必须具有损害性。如果没有法律影响，则有争议的措施不可受理¹⁶¹²。同样，法官指出，L.521-2 条规定所涵盖的行政行动或行为不包括 "政府成员在一个或其他议会中确定其行动方向的言论"。由此可见，内政部长在国民议会就他打算或已经对被判定参与某些城市暴力行为的外国人采取的驱逐措施发表的言论，"本身不受《行政司法法典》L.521-2 条规定的程序的约束"¹⁶¹³。同样，这些条款所涵盖的行为也不包括 "共和国总统向公众舆论宣布他打算遵循的政策方针的声明"。因此，国家元首在 2006 年 3 月 31 日发表的电视讲话中关于《机会均等法》的颁布、实施和修订条件的声明，"显然不属于《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的程序"¹⁶¹⁴。

根据这一要求，对拒绝而非弃权提出异议的公民在行政当局未就其情况表明立场的情况下无法采取有益的行动。对行政机关的拒绝而不是弃权提出异议的申请人必须出示明示或默示的拒绝决定，以支持其申诉。临时救济法官认为，对根据第 L.521-2 条提交的申请的调查和判决不能取代对行政决定的调查和宣布。当申请人认为行政部门拒绝批准申请导致其基本自由受到侵犯时，"申请人只有在能够向临时救济法官证明拒绝申请的决定存在的情况下，才有权以这种侵犯为依据"¹⁶¹⁵。例如，这些原则适用于身份证件的签发，2004 年 9 月 13 日的一项命令就说明了这一点。在分别于 2004 年 8 月 27 日和 31 日向最高行政法院法律秘书处登记的两份申请中，两名申请人要求临时救济法官中止达喀尔领事机构拒绝向他们签发法国国民身份证和护照的 "决定"。然而，申请人没有提供任何明确或隐含的拒绝决定来支持他们的申请。在这种情况下，"临时救济法官无论如何都不能接受这样的结论，

¹⁶¹¹ CE, ord. 22 March 2001, *Meyet, Lebon T.* p. 1130。另见上文 CE, ord. 18 October 2001, *Association groupe local cimade Montpellier*, no.

¹⁶¹² 诚然，临时救济法官以 "理由不充分"为由驳回了申请。然而，在分类程序的背景下，法院将这一概念理解为因任何理由而无法胜诉的申请，这可能与案情有关，也可能与管辖权或可受理性有关。见下文第 406-407 节。

¹⁶¹³ CE, ord. 12 November 2005, *Association SOS racism - touche pas à mon pote, Lebon* 496.

¹⁶¹⁴ CE, ord. 2006 年 4 月 4 日, *Bidalou*, 第 291948 号。

¹⁶¹⁵ CE, ord. 7 November 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, Lebon T.* p. 911.

如果申请人不能证明拒绝决定的存在，而拒绝决定本应与向行政当局提出的这方面请求相对立"¹⁶¹⁶。

无论如何，法院只有在出现争议时才能介入。换句话说，申请人只有在能够证明存在争议的情况下才能提起诉讼。否则，即使依据第 L.521-2 条，申请人也无权向行政法院提起诉讼。例如，在 2006 年 10 月 5 日的 *Titaou* 命令中，临时救济法官指出，如果驱逐外国人出境的措施继续有效可能影响每个人行使与家人一起生活的自由，"临时救济法官不得下令驱逐有关外国人"、"临时救济法官只有在以下情况下才可以适当处理在这一点上产生的争端：争端因可归咎于行政部门的行为的发生而有效地联系在一起，或因明文决定的干预而有效地联系在一起，或因给予行政当局作出决定的期限已过而不言而喻地联系在一起"¹⁶¹⁷。

最后，在法院受理或被要求作出裁决之日，法律状况必须仍然存在。其效力的消失将导致法院根据其发生的时间，裁定案件不可受理（如果争议的事由在提出申请之前就已消失）¹⁶¹⁸，或裁定无需判决（如果争议的事由在提出申请之后但在作出判决之前就已消失）¹⁶¹⁹。从逻辑上讲，同样的要求也适用于事实上使用¹⁶²⁰和 *déféré-liberté*¹⁶²¹ 的程序。这一限制是典型的，也是完全合法的。它丝毫没有限制可申诉措施的范围。所采用的全方位方法，更具体地说，对行政部门的失误和弃权提出质疑的可能性，使行政法官能够间接地从横向角度赋予基本自由。

B. 质疑消极行为的可能性--基本自由间接横向影响的杠杆

385. 如果行政部门有义务促进或确保尊重私人之间的基本自由，或更广泛地说，不因其不作为而妨碍这些自由，则第 L.521-2 条使通过公共当局的中介行使这些自由的间接横向影响成为可能。只要争端主要涉及两个人，更具体地说，涉及一个人侵犯另一个自然人或法人的基本自由，就可以说

¹⁶¹⁶ CE, ord.2004 年 9 月 13 日, *Salif X. 和 Yayah X.* 编号 271609 和 271707。

¹⁶¹⁷ CE, ord.

¹⁶¹⁸ 例如，见 CE, ord.2004 年 11 月 12 日, *Uluoz*, 第 274010 号。在 2004 年 10 月 27

日向行政法院登记处登记的一份申请中，申请人要求暂停执行 2004 年 10 月 1^{er}

日就业和社会融合部长授权解雇他的决定。该决定于 2004 年 10 月 19

日由其雇主通知他，因此应被视为在该日已完全执行。因此，一审简易程序法官驳回该申请是正确的，因为它缺乏目的性，因此不可受理。

¹⁶¹⁹ 例如，见 CE, 2001 年 11 月 2 日法令, *SNC Costes*, 第 239617 号。

¹⁶²⁰ 正如 *Le Foyer de Costil*

夫人所指出的，"一旦指称的攻击行为在听证时已经停止，同样的规则也适用于任何明显非法的骚

扰，简易程序法官必须认定骚乱已经停止，没有必要进行简易程序，而无需调查或说明所述骚乱是否非法" (H.

LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 见作者在第 345-346 页引用的例子)。

¹⁶²¹ 如果决定已完全执行，请求就不再适用。见 TA Rennes, 1985 年 4 月 28 日命令, *Préfet du Finistère c/ Conseil général* (由 R. ETIEN 引述, RDP 1988, 第 754 页, 注 79), 涉及一项给予补贴的决定，在该决定送交该省时补贴已实际支付。

是横向影响。这是一种间接影响，因为它不是直接在私人之间发生，而是通过第三公共实体的介入。

当三个因素结合在一起时，就可能产生这种效果。首先，不负责管理公共服务的个人通过其行为（或不行为）侵犯了他人的利益和基本自由。其次，行政当局有责任采取行动制止有关侵权行为或行为；必须能够确定公共当局有义务在其“控制和保障基本自由的公共权力”范围内采取行动¹⁶²²。最后，公共权力机构不采取行动（或拒绝采取行动）。

因此，这种间接的横向影响在很大程度上取决于公共当局是否有采取行动的义务。要实现这种效果，必须有一个有行为义务的公众介入。如果没有这种义务，间接横向效力就不能适用¹⁶²³。必须说明的是，如果在临时救济的情况下这种效力是可能的，那只是因为向诉讼人提供了对行政机关的失职和弃权提出质疑的可能性，而不是像有人争辩的那样，是因为选择了“基本自由”这一表述方式¹⁶²⁴。

386. 间接横向影响首次出现在 2001 年 2 月 24 日的 *捷贝里* 令中¹⁶²⁵。导致这一决定的情况众所周知。

作为 2001 年市政选举竞选活动的一部分，私营电视频道 Canal + 计划在巴黎市长的两位主要候选人菲利普-塞甘 (Philippe Seguin) 和贝特朗-德拉诺埃 (Bertrand Delanoé) 之间组织一场“决斗”。即将卸任的市长让-蒂贝利 (Jean Tibéri) 没有被邀请参加这场电视对决，但他没有获得本党的提名。Tibéri 先生认为，Canal + 将他排除在辩论之外的决定有损于思想和观点表达多元化的要求。由于行政法院无权对私营广播公司侵犯基本自由的行为做出裁决，Tibéri 先生无法对 Canal + 提出临时救济申请，因为 Canal + 是受私法管辖的法人，并不负责管理公共服务。为了规避这一障碍，他向视听高级理事会 (Conseil supérieur de l'audiovisuel, CSA) 提出申请，该理事会是一个独立的行政机构，其法定职责是确保国家电视频道的多元化¹⁶²⁶。申请人的论点可归纳为两个主张。一方面，对多元化的尊重要求 CSA 命令 Canal + 将辩论范围扩大到所有巴黎市长候选人，或完全放弃辩论。其次，视听委员会的不作为破坏了多元化，因此法院有理由命令其向 Canal + 颁发禁令

1622 B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 278.

1623 见 CE, 2002 年 5 月 22 日, *Fojana et al, Lebon*, 第 175

页。申请人是私人拥有的不适宜居住房屋的租户，他们要求法院下达命令，要求市政当局在他们居住的房屋修复之前为他们提供替代住所。由于公共当局在这种情况下没有法律义务为他们提供替代住所，最高行政法院认为，“受公法管辖的法人在行使其某项权力时”没有严重和明显地非法侵犯基本自由。

1624 Brenet 先生认为，“使用基本自由的概念还有一个好处，即扩大了简易程序的效果，使公民不仅在与公共当局的纵向关系中，而且在与其他私人当事方的横向关系中都能保护自己” (F. BRENET, "La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA", RDP 2003, 第 1568 页)。Brenet 先生为这一表述的选择提供了一个显然不具备的范围。如果使用“公共自由”或“基本自由”的表述，不仅可以达到完全相同的效果。此外，如果申请人对一项决定提出质疑，那么在临时救济的情况下也可以达到这样的效果。在这种情况下，在暂缓执行否定决定的同时，还宣布了执行禁令 (见 CE, 2002 年 6 月 11 日, *SARL Camping d'Oc, Lebon* T.p.933, 指示临时禁令的作者采用临时暂缓执行和临时释放的程序，以驱逐非法占用者)。

1625 CE, ord. 24 February 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, JCP G 2001, I, 318, chron.C.BOITEAU; D. 2001, pp.MALIGNER; Com. com. électr. 2001, comm. n° 51, obs .G. DECOCQ and A. LEPAGE.LEPAGE.

1626 1986 年 9 月 30 日的法律责成视听高级理事会确保遵守第 1^{er} 和第 3 条规定的原则，其中包括平等待遇和表达多元化思想和观点。

。根据《行政司法法》第 L. 521-2 条的规定，最高行政法院临时救济法官没有提出不予受理的问题，并对申请做出了裁决。

这样，该命令“承认基本权利和自由的横向影响的存在，因为它责成一个私人--Canal +--尊重另一个私人--Tibéri 先生的权利”¹⁶²⁷。通过承认其管辖权，临时救济法官承认，一个私人可以在其法庭上援引另一个私人对基本自由的侵犯，但前提是他能够躲在一个扮演监管者角色的公众人物的背后。因此，该判决的范围意义重大。这意味着，“有了 référé-liberté 程序，只要能找到一个公法中介法人，就有可能在私人之间的关系中使基本权利和自由得到尊重”¹⁶²⁸。与有时声称的情况相反¹⁶²⁹，临时救济法官并没有对私人施加任何义务--无论如何，他不可能这样做，除非他无视关于两级管辖权之间权力划分的规则。临时救济法官所规定的义务不是针对私营公司 Canal + 而是针对 CSA 的。临时救济法官详细规定了公共当局为解决涉及 Canal + 的纠纷而必须采取的有利于多元化的措施，但并没有因此向 Canal + 下达任何禁令。

387. 基本自由的间接横向影响的另一种应用见于 *Stéphaur* 案例法¹⁶³⁰。在这里，我们可以找到产生这种效果所需的三个要素。首先，私人的行为侵犯了第三方的基本自由：私人非法占有业主的财产，侵犯了业主处置其财产的自由（以及承租人处置租赁财产的自由）。其次，行政当局有义务采取行动制止侵权行为：当司法当局认定擅自占居者的行为不合法并下令将其驱逐时，省长在不存在严重扰乱公共秩序风险的情况下，有义务寻求治安部队的帮助，以执行这一决定¹⁶³¹。最后，行政部门不采取行动：省长当局拒绝或不提供警察援助。

2002 年 3 月 29 日 *Stéphaur* 案的判决开启了这一判例法的先河。业主和租户是非法占居的受害者，他们从民事临时救济法官处获得了一项裁决，命令驱逐未经许可的占居者。在省长未能提供警方协助的情况下，双方向临时救济法官提出申请并获得了保护令。应当指出的是，行政法官保留了对这一争议的管辖权，并命令警察当局提供公共力量的协助，这绝不是无视司法当局的特权。令人惊讶的是，一位作者认为，“通过命令执行司法法院的裁决，行政法院摆脱了行政法院和司法法院之间管辖权划分规则的束缚”¹⁶³²。对 *Stéphaur* 判例法的这种解读应受到谴责，因为行政法官通过命令行政当局执行法院判决，丝毫没有侵犯司法法院的权力。他并不直接干预私法纠纷。它不会在民事法庭之后重新审理两个私人当事方之间的纠纷。相反，通过同意审理行政部门不执行或拒绝执行司法裁决的案件，它加强了裁决的效力，并确保行政部门正确执行裁决。行政法官非但没有破坏权力或权

¹⁶²⁷ L. FAVOREU, "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *D.* 2001, p. 1741.

¹⁶²⁸ R. GHEVONTIAN, 同前, 第 1751 页。关于这个问题, 见 D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Aix-en-Provence thesis, 2005, 500 p.

¹⁶²⁹ M. Maligner 说, 法院要求“一个偶然不负责‘公共服务管理’的私人采取一种特定的态度”(B. MALIGNER, *前引书*, 第 644 页)。同样, Faure 先生认为, “值得注意的是, 该命令允许临时救济法官以结果义务的形式向一个不承担公共服务使命的私营法人 Canal + 发布禁令, 因为它是 CSA 的利益相关者”(B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *J.d.51* (11, 2002), no. 56).

¹⁶³⁰ CE, 29 March 2002, *SCI Stéphane et autres*, *Lebon* p. 117, *AJDA* 2003, pp. 关于该判例法引起的大量应用, 见上文引用的参考资料, § 273.

¹⁶³¹ 见上文第 273 节。

¹⁶³² P. GROSIEUX, *同前*, 第 349 页。

威的分立，相反，他的干预还加强了权力或权威的分立¹⁶³³。

388. 由于大大简化了有关提起诉讼的规则，基本自由可能受到侵犯的受害者可以非常容易地、因而也非常迅速地找到临时救济法官。出于立即制止严重侵犯基本自由行为的同样目的，临时救济法官必须以极快的速度调查并裁决在此基础上向其提交的申请。

1633

正如宪法委员会所指出的，行政部门必须执行并尊重司法裁决；如果不破坏《人和公民的权利宣言》第16条所宣布的权力分立，行政部门就不能无视这一义务（见上文第273节）。通过重申这一义务并确保权力分立得到尊重，行政法院保证了法院的裁决得到公共当局的适当执行。在引入 *référé-liberté* 程序之前，收到驱逐令的房东没有任何法律手段来有效对抗行政部门的拒绝行为或不行为。尽管这种拒绝行为属于例外情况，但据观察，当局经常拒绝协助执行应房主要求下达的驱逐违章住户的命令。每年，在30 000份要求公共当局协助的申请中，只有2 000份获得批准（R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed., Montchrestien, 2000, no. 1512）。在这种情况下，“最终由行政部门决定是否尊重既判力”（L. FAVOREU, "Rapport français (Droit public interne)", 载于 *L'effectivité des décisions de justice. Travaux de l'Association Henri Capitant* (Journées françaises), 17-21 May 1985, t. XXXVI, *Economica*, 1987, p. 610）。作为擅自占地受害者的业主别无选择，只能要求行政部门支付赔偿金。如果拒绝是合法的--因为它对公共秩序构成了真正的威胁--则当局应承担无过错责任，因为它违反了公共当局面前人人平等的原则（1991年7月9日法律第16条规定的 *Comiétas* 案例：见上文第273节）。在非法拒绝的情况下--在没有证明扰乱公共秩序的情况下--行政部门的不作为可能导致以重大过失为由的责任（参见 CE, 1984年11月7日, *Horel, Syndic Société Hélio Cachan, Dr. adm.* 1985, 第541号；CE, 1987年12月2日, *SA Anodistation, JCP G* 1988, IV, 88）。既然有了有效、快速的诉讼手段，擅自占地的受害者就可以迫使行政部门介入，以结束对财产权的侵犯。这样，行政法院就有助于维护三权分立原则，根据宪法判例法，三权分立原则尤其意味着行政部门必须执行法院裁决，而无需评估其适当性。

第2章 迅速的法官

389. 在普通程序中，上诉的调查和裁决受复杂规则和限制性手续的制约，这些规则和手续旨在平衡有关各方之间的不平衡。这些要求，特别是程序的书面性质和法官小组的参与，使法院能够在对案件进行全面调查和深入审查后，在完全平静的情况下做出裁决。对于诉讼当事人来说，这种形式主义是良好司法的保障。然而，遵守这些规则需要时间，必然会拖慢诉讼进程。在基本自由受到严重侵犯的情况下，快速诉讼的目标与通常的调查和索赔裁决的形式主义是难以调和的。法律救济的目的是在严重侵犯基本自由的行为发生后立即对其进行惩罚，不能容忍程序上的丝毫繁琐。因此，有必要确定一种程序制度，以适应立即保障自由的目标。

简易诉讼程序的组织方式使其有可能在提出申请后数天甚至数小时内获得裁决。一切设计都是为了确保在此基础上提出的申请能够得到快速处理。申请由一名法官审理，法官通过简化程序做出裁决。中间法官会立即驳回注定会失败的申请，并在 48 小时内对需要更详细审查的申请做出裁决。因此，正如 M. Chapus 所指出的那样，所设立的程序“体现了一种关切，即（初审和上诉）程序应尽快结束，以至于它似乎不仅仅是一种紧急程序：一种极端紧急的程序”¹⁶³⁴。

第1节.独任法官：快速诉讼的重要工具

390. 使用单一法官对于确保加快诉讼程序和快速处理申请至关重要。因此，临时救济法官由一名治安法官单独裁决，没有政府专员的协助。

I.单一法官的必要性

391. 快速行动的愿望--在申请临时救济的情况下是非常快速的--导致立法机关偏离了传统的合议原则。由一名法官审理案件是加快诉讼程序的首要因素。

392. 合议制一直是行政诉讼法¹⁶³⁵。如今，这一要求已成为《行政司法法典》序言的原则之一，其中第 L.3 条规定“判决由法官合议庭作出”。这一原则是基于这样一种想法，甚至是这样一种观点，即法官小组在司法质量、独立性和权威性方面为诉讼当事人提供了更大的保障¹⁶³⁶。然而，该原

1634 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1592.

1635 见 C. BOITEAU, "Le juge unique en droit administratif", *RFDA* 1996, pp.PACTEAU, "Le juge unique dans les juridictions administratives.Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, pp.CHEVALLIER-GOVERS, "Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative", *GP* 2000, 1, pp.PAILLET, "Le juge administratif, juge unique", in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Colloque des IEJ (C. BOLZE et P. PEDROT dir.), Toulon, 19-20 May 1995, Dalloz, 1996, pp.*Essai d'une théorie générale*, thesis Paris II, 2000, 774 p.; R. D'HAEM, *Le juge unique administratif*, thesis Paris II, 2001, 841 p.

1636

则并非绝对¹⁶³⁷。该原则也有例外情况，其理由要么是要处理的问题简单，要么是需要快速司法干预。¹⁶³⁸

通过鼓励意见交流和观点交锋，合议制首先确保了决策的质量。通过合议，可以减少出错的风险，限制个人偏见的影 响。相反，"一个法官，不公正的法官"这句格言反映了司法职能个人化所引发的恐惧。孟德斯鸠断言，"这样的法官只能存在于专制政府中"（MONT ESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Book VI, Chapter VII）。其次，合议制保证了法官的独立性。正如 Pacteau 教授所解释的，"合议制，至少在法国是这样理解的，即与意见的保密性和投票的匿名性相结合，有助于保证法官更大的个人独立性"（B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 178. 强调是后加的）。对于负责解决行政争议的法官而言，合议制是"他们在与最有权势和最稳定的诉讼当事人，即行政部门的关系中保持独立的条件"（R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., Montchrestien, 2006, no. 53）。最后，合议制赋予了判决象征性的权威。它"赋予了司法判决特殊的意义。是正义之手决定了争端，而不是一个人的意志，他可能会被自己的激情、弱点和偏见所左右（.....）它突出了司法的神话功能，被视为与个人无关"（T.-S. RENOUX, "Le Conseil constitutionnel et la collégialité", in *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux*, *op.*）后两个要素在行政诉讼中更有价值，因为接受审判的是公共权力机构本身："鉴于涉及行政部门的争议的性质，合议机构更能保证法官的独立性并确保裁决的权威性"（C. CHEVALLIER-GOVERS, 前引书，第 1046 页）。这就解释了为什么在行政诉讼程序领域，"长期以来，人们一致同意从根本上视独任法官的观点，即法官独自裁决，尤其是独自审议，因此先验性越来越差"（B. Pacteau, 前引书，第 177 页，着重部分由作者标明）。行政司法领域最著名的人物都明确谴责了这一制度。奥登特院长宣称："单一法官的解决方案在行政诉讼中看似快捷，实则令人憎恶（.....）"（R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP de Paris, 1981, p. 970）。这种敌意是独任法官在行政诉讼中出现较晚的原因。在行政诉讼历史上提起的 25 起独任法官案件中（其中一些已被废除），有 20 起是在 20 世纪 80 年代和 90 年代提起的，最近 10 年的速度明显加快（见 R. D'HAEM, 前引书，摘要表，第 13 页）。

1637 《行政司法法典》第 L.3 条明确保留了通过立法减损该原则的可能性。只要合议制不构成超立法的要求，这些减损就是可能的（参见 M. RIGAUD, 前引书）。因此，任何宪法或欧洲标准都不排除单一法官制度。宪法委员会拒绝将合议制原则写入宪法（CC, 第 75-56 DC 号，1975 年 7 月 23 日，*Rec.p.*22）。1990 年，宪法委员会没有批评由一名法官处理驱逐出境案件的做法（CC, 第 89-266 DC 号，1990 年 1 月 9 日，*Rec.p.*15）。它也没有批评后来成为 1995 年 2 月 8 日的法案，该法案发展了行政诉讼中的单一法官制度（CC, no. 95-360 DC, 1995 年 2 月 2 日，*Rec.p.*195）。欧洲法律也是如此。正如 M. Pacteau 所指出的，"欧洲人权法院的判例法往往能迅速确定最佳的司法保障，但却没有（.....）强加任何合议管辖权的原则，无论其多么具体或片面"（B. Pacteau, 同前，第 179 页）。

1638 用 Normand 教授的话说，"当没有时间可浪费时"和"当浪费时间毫无意义时"，就有必要求助于独任法官（J. NORMAND, "Le juge unique et l'urgence", in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?* 前引书，第 33 页）。单一法官模式是必要的，以便能够对不能等待的问题做出紧急裁决--这是我们在此感兴趣的假设；如果是解决简单问题（例如，宣布案件已撤销），单一法官模式就足够了。关于由一名法官审理案件的第二个假设源于这样一种想法，即没有必要召集一个合议庭来处理那些没有引起丝毫法律困难的诉讼请求，合议庭的干预对于这些诉讼请求来说是完全多余的。1995 年 2 月 8 日的法律极大地扩展了这种可能性。根据该文本，"据估计，10%至 20%的一审案件可以通过这种方式解决"（A. BOURREL 和 J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003,

393. 考虑到行政法院现有的工作人员数量和每年向其提交的案件数量，诉讼的紧迫性要求在简易程序中由一名法官1639。如果诉诸合议庭会使紧急案件的处理更加繁琐，那么合议庭就会延长诉讼程序。因此，为了快速行动，“我们需要节省合议庭的时间”1640。正如德拉戈先生所指出的，“由一名法官介入，不经诉讼程序作出裁决，几乎是“加快诉讼程序的一个基本条件”1641。在过去，这一要求导致在某些需要快速干预的案件中引入独任法官。因此，《行政法庭和行政上诉法院法》第 L. 10 条规定的自由裁量权、递解出境程序、合同法和临时中止程序都采用了单一法官原则1642。关于《行政司法法典》第五卷规定的简易程序，立法者根据行政法院工作小组确定的指导方针，将单一法官模式普遍化1643。应当指出的是，即使没有一个适用于所有简易程序的共同法律制度，单一法官方案无论如何也会适用于临时救济。由于立法机构希望在 48 小时内对涉及严重和明显非法侵犯基本自由的申请作出裁决，因此在本案中自然适用单一法官原则。

II. 临时救济法官的地位

394. 临时救济法官是一名经验丰富的独任法官。由于他们行使的是严格的司法职能，自然要遵守公正的要求。

A. 一名经验丰富的独任法官

395. 临时救济法官是一名独任法官。他在不听取政府专员1644 意见的情况下通过命令单独做出裁决。

p.12)。

1639

紧急情况本身并不需要一名法官。但是，就我们司法系统现有的工作人员数量而言，确实需要这样做。虽然法官合议庭可以迅速采取行动（见上文第 6 节的

例子），但召集法官合议庭意味着调动法官，这不利于根据普通规则审理的案件。

1640 J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON and M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procédurales", *D.* 1995, p. 72.

1641 R. DRAGO, "La procédure de référé devant le Conseil d'Etat", *RDP* 1953, 第 304 页。

1642 另一方面，普通的暂缓执行必须由法官小组下达命令，独任法官只有权拒绝暂缓执行的请求。M. Chapus 对这一规定提出了正确的批评：“要求由一个合议庭对暂缓执行的申请作出决定，夸大了暂缓执行行政决定的严重性（.....）。(..)就

行政决定而言，由一名法官作出判决的原则（至少）更合适，因为这是一个既紧急又临时的措施”（R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p.290）。至于 référés 法官，他当然是作为一名法官行事，但他的权力非常有限。

1643 见“行政法院关于紧急诉讼的工作组报告”，*RFDA* 2000 年，第 949 页：“尽管合议制提供了保障，但工作组认为只有一名法官能够在紧急情况下处理诉讼当事人的某些请求。出于统一程序的考虑，工作组在所有案件中都应将行政法官的紧急干预权委托给了这位被称为“临时救济法官”的法官”。

1644

然而，临时救济法官并不是一个孤立的法官。除了他始终有可能将案件提交一个法官小组外，还有三个因素排除了审理临时措施申请的法官的孤立性。首先，在遇到困难时，法官完全有机会与其同事进行非正式磋商。在实践中，临时救济法官经常会非正式地告知其同事他对案件可能存在的任何犹豫，从而在作出裁决前交换意见

行政司法法典》第 L.522-1 条第 3 款规定，在未提交合议庭的情况下，“听证会在没有政府专员结论的情况下进行”。政府专员的处理涉及初审法官和最高行政法院的临时救济法官。在审理根据 L.521-2 条通过上诉提出的申请时，最高行政法院临时救济法官在没有政府专员的意见的情况下作出裁决，这与在这一点上可能发表的意见相反¹⁶⁴⁵。

由于没有政府专员和合议庭制度，对诉讼当事人的保障有所削弱，但最低级别和经验的要求有所缓和。议员们要求被要求单独裁决的法官应具有一定的诉讼经验。在立法程序中，国民议会在一读时提出了能力和经验要求。国民议会的议员们希望将改革的执行工作委托给法官，因为法官在处理案件和诉讼程序方面经验丰富，不会害怕承担全部的新责任¹⁶⁴⁶。因此，《行政司法法典》第 L.511-2 条将临时救济法官的地位保留给行政法院院长及其为此任命的法官，这些法官除非缺席或无法出席，否则至少要有两年的资历，并且至少要达到一级顾问的级别。命令不必说明临时救济法官是由行政法院院长委派的¹⁶⁴⁷。在符合第 L. 511-2 条规定的年龄和资历双重条件的同事缺席或有障碍时，未达到第一议员级别的治安法官有权作为临时救济法官进行裁决¹⁶⁴⁸。对于属于最高行政法院上诉、初审和终审管辖范围内的纠纷，由行政审判庭庭长及其为此目的任命的国务委员担任审理临时申请的法官。在改革初期，只有行政审判庭的副庭长与行政审判庭庭长一起全职履行这项任务。一旦适应阶段结束，主要的程序性困难得到解决，最高行政法院的其他议员，特别是分院院长，就会参与执行法官审理临时申请的职能。法院内部的案件分工并无特别之处。根据第 L.521-2 条提交的申请与其他临时救济申请一样，在不同法官之间进行分配。在最高行政法院，没有任何临时救济法官专门处理基于该条款提出的申请。不过，有相当一部分申请是由行政司法庭庭长亲自处理的。

396. 虽然原则上临时救济法官是单独裁决的法官，但在复杂的案件或涉及原则问题的案件中，合议原则和政府专员可能会再次出现。临时救济法官并不是一个独立的法院，而只是他所隶属的法院的

。其次，他们可以请司法助理进行研究和起草判决书，在最高行政法院还可以请文件中心提供服务。第三，在“三驾马车”

会议之前，临时救济法官每周举行一次会议，以商定共同解决方案。每周二，行政审判庭庭长和三位副庭长（他们是五位常任临时救济法官中的四位）参加会议，本周第五位临时救济法官也参加会议。这种制度化的每周会议有助于协调该领域的判例法。关于这些要素，参见 B. GENEVOIS, “采访 Franck Moderne 和 Pierre Delvolvé”, *RFDA* 2007, 第 2 页；B. STIRN, “Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif”, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp.

1645 Cf. J. GOURDOU, “Juge des référés. Organisation. Dispositions générales”, *Jcl.50* (5, 2002), no. 52: “When, however, he is called upon to rule on an appeal against a measure taken in summary proceedings (in particular in matters of interim relief), the President of the Administrative Jurisdiction Division, in accordance with the law, gives his ruling after hearing the submissions”.

1646 *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10940.

1647 CE,

ord. 该裁决指出，在没有其他证明之前，法院裁决的引用是真实的。因此，在没有任何表面证据的情况下，一项命令指出签发该命令的法官是临时救济法官这一事实足以确定该法官的地位。

1648 CE, ord. 2005 年 1 月 20 日, *Commune de Saint-Cyprien, Lebon T.* p. 1022.

一个分支。因此，法官总是有可能放弃对案件的管辖权，并将案件移交给合议庭解决¹⁶⁴⁹。1650。最高行政法院的临时救济法官¹⁶⁵¹在遇到复杂的法律问题时会将案件移交，例如关于给予临时救济的条件¹⁶⁵²或其程序制度¹⁶⁵³，从而确认了将原则问题留给合议庭解决的做法¹⁶⁵⁴。移交也可用于更严肃地重申被行政部门忽视的既定判例法¹⁶⁵⁵。如果案件提交给小组，小组将在听取政府专员的意见后做出裁决。¹⁶⁵⁶

1649

临时救济法官并不构成一个独立于法院的自治法院。他只是其所属法院的一个组成部分，法院将其管辖权委托给他，以便以必要的速度作出裁决。因此，判例法一直承认，临时救济法官有权

"将其认为有严重困难并可能引起认真讨论的诉求提交行政法院判决"（行政法院，Sect.，1956年7月13

日，*重建国家秘书处 c/ Piéton-Guibout, Lebon* p. 338, concl. J. CHARDEAU, RDP 1957, pp. 296-300, note M. Waline;

AJDA 1956, II, pp. BRAIBANT; CE, 15 July 1957, *Ville de Royan*, concl. LASRY, RDP 1958,

pp.) 最高行政法院也对最高行政法院临时救济法官的干预进行了类似的分析（CE, 1958年2月21日，*Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la région de Breuillet, Lebon*

p.120）。尽管《行政司法法典》只在涉及最高行政法院时才明确提及这种可能性（第 R.611-20

条），但这种移交的可能性具有普遍性。例如，它适用于简易程序（行政法院，1997年3月19日，*SA Entreprise*

générale de terrassements et de travaux publics et autre, Lebon T.第1003页）和驱逐出境程序（行政法院，1992年12月28

日，*Préfet du Rhône c/ Aslan, Lebon* T.第983页和第1180

页）。同样，在民事案件中，法院院长有权将案件移交合议庭，由合议庭确定审理日期（新《民事诉讼法》第487条）。

1650 最高行政法院认为，"法院院长的评估不可能在上诉法官面前受到质疑"（最高行政法院，1956年7月13日，Sect.，*Secrétaire d'Etat à la reconstruction c/ Piéton-Guibout*，前述）。法院院长拥有

"自由裁量权，可自行决定是否由他本人或通过代表作出裁决，或是否将简易判决提交合议庭"（M.

WALINE，*同前*，第299

页）。换言之，提交是一项简单的司法措施，不能向上诉法院或最高上诉法院上诉。这一规则具有普遍适用性

（参见涉及递解出境的案件，CE, 1997年12月10日，*Préfet de police*，第170529

号）。另一方面，合议庭在这一移交后作出的裁决，从逻辑上讲，将适用与由独任法官作出的裁决相同的上诉程序。

1651

在初审法院中，将案件提交合议庭审理仍然是例外情况。然而，最高行政法院临时救济法官的一些裁决指出，有争议的一审判决不是由一名法官作出的，而是由作为合议庭的行政法院作出的。见 CE, ord. 8 March 2001, *Ricque, Lebon* T. p. 1130 ; CE, ord. 2002年6月19日，*Hofer*，第247884号。

1652 例如，见 CE, Sect. 18 January 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p.

18。最高行政法院临时救济法官决定将此案提交法官小组，以澄清基本自由的概念。政府专员指出，"临时救济法官在申请登记后，鉴于其提出的问题，决定次日由行政管辖庭审理"(concl. L. TOUVET, *RFD* 2001, 第380

页)。另见关于明显违法的要求：CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523。

1653 参见 CE, Sect. 28 February 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* 第112

页，关于允许在同一申请中同时提出不同理由的可能性。

1654 见 B. GENEVOIS, "Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 249: "In recent times, although the President of the Administrative Jurisdiction Division has his own jurisdictional powers, he nevertheless leaves questions of principle to be decided by the Division or the Assembly, as the case may be".

1655 例如，见提醒行政当局注意临时救济法官所作裁决的约束性：CE, Sect. 5 November 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 species), *Lebon* p. 444。

1656 在适当的情况下，可将不同案件的呈件合并。尽管根据《行政司法法典》第 L.7

B. 临时救济法官的公正性和职能合并问题

397. 这就产生了一个问题，即行政法官是否可以先以审理案件实质的法官的身份，然后再以临时救济法官的身份，以及反过来先以临时救济法官的身份，然后再以审理案件实质的法官的身份，先后处理同一案件。最高行政法院的结论是，就临时禁令而言，这两项职能是一致的。对于将临时救济法官的职责与审理法律援助申请的法官的职责相结合的问题，最高行政法院也做出了同样的裁决。

398. 根据《行政司法法典》第 L.521-1 条的规定，最高行政法院必须确定，曾参加过宣布一项行政决定无效的合议庭的法官随后是否可以作为临时救济法官，对要求暂停执行在宣布该决定无效后做出的决定的申请做出裁决¹⁶⁵⁷。最高行政法院的结论是，情况确实如此，因为在这两个案件中，争议的起因根本不同：在案情实质和简易程序中，法院并没有对同一行政行为做出裁决。理事会指出，在这种情况下，没有任何立法或监管规定或原则排除由同一法官同时审理案情实质申请和临时救济申请。严格来说，不存在同一法官审理同一案件的问题。由于在临时救济程序中出现了同样的问题，根据第 L.521-1 条达成的解决办法必须完全适用于第 L.521-2 条。

第二种情况更为微妙，因为它涉及到职能的累积，即同一法官以两种不同的身份连续介入某一案件。最高行政法院已经接受了简易中止程序的职能累积。在 2004 年 5 月 12 日罗热维尔市镇的意见中，理事会首先回顾了临时救济法官的作用：“当根据《行政司法法典》第 L. 521-1 条向临时救济法官提出申请，要求他下令在临时和保护的基础上中止一项行政决定时，临时救济法官应尽快进行简短的调查--有别于审理主要案件的法官将根据调查作出裁决（.....）”。然后规定“考虑到这样分配给审理临时措施申请的法官的职务的性质--以及在特别是考虑到命令本身的条件情况下，可能出现的情况是，超出了该职务必然要求的范围，他对争议的结果作了预先判断--法官仅对寻求中止执行行政决定的申请作出裁定这一事实本身并不妨碍他随后以审理主要诉讼的法官的身份对该申请作出裁定”¹⁶⁵⁸。该意见的理由将解决方案的范围严格限制在临时中止程序上：“它当然不能解决临时救济的问题，

条的规定，必须就每个案件提交意见书，但在必要时，特别是在紧急情况下，也可以合并提交。在这种情况下，应由政府专员明确区分他对每个争议建议的解决方案。例如，见 Touvet 先生当天宣读的关于 Venelles 市镇申请临时救济的 裁决的结论（CE, Sect., 2001 年 1 月 18 日）和第二天宣读的关于申请临时中止的全国自由电台联合会裁决的 结论（CE, Sect., 2001 年 1 月 19 日）。

¹⁶⁵⁷ CE, 9 April 2004, *Olard*, *AJDA* 2004, pp.

¹⁶⁵⁸ CE, Sect. opinion 12 May 2004, *Commune de Rogerville, Lebon* p. 223; *RFDA* 2004, pp.C.LANDAIS and F. LENICA; *JCP A* 2004, pp.LENICA; *JCP A* 2004, 1392, note S. HUL; *LPA* 18 October 2004, chron.F. MELLERAY; *RDP* 2005, p. 547, note C. GUETTIER; Procéc.GUETTIER; *Procédures* 2004, n° 166, note.S.DEYGAS; see also K.BUTERI, "La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond", *D.* 2004,

pp.在最高行政法院发表此意见之前，波尔多行政上诉法院被要求就该问题作出裁决，并得出结论认为这两项职能不相容（CAA Bordeaux, 2003 年 11 月 18 日, *AJDA* 2004, concl.J.-L.REY ; *LPA* 2005 年 8 月 22 日, 第 166 期, 第 6-11 页, 注释 C. MORLOT-DEHAN)。MORLOT-DEHAN)这一解决方案受到一位行政法官的批评（D. LANZ, "Quelques réflexions d'un praticien à propos d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux", *AJDA* 2004, pp.)

特别是考虑到法院随后必须评估是否存在严重和明显违法的侵权行为，而没有“严重怀疑”这一中介¹⁶⁵⁹。不过，考虑到最高行政法院就临时救济法官预断争议结果的情况提出的保留意见，可以提出一些假设¹⁶⁶⁰。似乎可以区分两种不同的假设。第一种情况是，临时救济法官以严重和明显非法侵犯基本自由为由驳回了申请。在这种情况下，他并没有对案件的是非曲直采取立场。如果向审理主要诉讼的法院提出上诉，就没有什么可以阻止对临时救济申请作出裁决的法官出庭。第二种情况是，临时救济法官要么认定某项基本自由明显受到非法侵犯，要么认定某项基本自由明显受到非法侵犯，但以不符合给予临时救济的另一项条件为由驳回了申请。在本案中，临时救济法官处理的是法律的实质内容；*Commune de Rogerville* 意见中的保留意见完全适用。如果已就案情实质提出上诉，根据公正原则，审理临时救济申请的法官不能参加将审理临时救济申请的合议庭。

399. 在临时救济法官的职责与审理法律援助申请的法官的职责相结合的情况下，最高行政法院采纳了罗热维尔市镇意见的原则。它保留了一种假设，即临时救济法官在其关于法律援助的决定中会预断纠纷的结果¹⁶⁶¹。不过，与以前的裁决相比，这个问题的提出方式有所不同，因为关于法律援助申请的裁决是一项行政裁决，而不是司法裁决¹⁶⁶²。此外，正如 Cassia 先生所指出的，似乎最好由临时救济法官本人在临时救济令中对获得法律援助的资格问题作出决定，而不是在两个连续的决定中作出：“治安法官，甚至是法院院长，在对临时救济申请作出裁决之前对给予法律援助的问题作出裁决，这似乎不符合司法公正。后者必须在四十八小时内处理，而 1991 年法令所提到的处理临时法律援助申请的紧迫性并没有如此明确的规定。因此，由行政法庭庭长在下达临时救济令时就临时接受法律援助作出裁决是适当的”¹⁶⁶³。

在审理根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提交的申请时，审理临时申请的独任法官的首要职责是对申请进行分类。不感兴趣的申请将通过简易程序驳回，无需听证或调查。在这一阶段未被驳回的申请将作为极端紧急事项进行调查，并在 48 小时内进行听证。

¹⁶⁵⁹ C.C. LANDAIS and F.LENICA, 同前, 第 1356 页。

¹⁶⁶⁰ 关于这些原则在临时救济领域的适用，见 CE, 2 November 2005, *M. et Mme Fayant, Lebon p. 466, AJDA 2006*, pp. 最高行政法院指出，“考虑到被要求对中止行政决定的请求作出裁决的临时救济法官的职责任质，同一法官随后被要求对中止同一决定的新请求作出裁决这一事实本身并不影响对该请求作出裁决的命令的合法性，除非该法官似乎超出了这一职责必然意味着的范围，预先判断了争端的结果”。在 2005 年 2 月 25 日的一项命令中，临时救济法官以不可受理为由驳回了中止建筑许可的申请，同时告知申请人，发放许可的条件已经满足。2005 年 3 月 17 日，同一位临时救济法官收到了一份新的申请，并附有证明其可受理的文件，他下令中止有争议的规划许可，其决定所依据的内容与前一项命令中的内容相同。因此，“临时救济法官事先指明了可能会为新的中止申请保留的解决方案”，“必须被视为无视公正原则”。这一解决办法完全可以移植到临时救济中。如果临时救济法官以不可受理为由驳回申请，同时又向申请人表示采取保障措施的条件已得到满足，那么他的决定就会因公正性要求而失效。

¹⁶⁶¹ CE, Sect. 12 May 2004, *Hakkar, Lebon p. 224, RFD A 2004*, pp. GLASER; *AJDA 2005*, pp. C.LANDAIS and F.LENICA; *RDP 2005*, pp. LENICA; *RDP 2005*, pp. GUE'TTIER.

¹⁶⁶² CE, 2003 年 1 月 22 日, *Issa M'Trengonani, AJDA 2003*, 第 1182 页。

¹⁶⁶³ érende P. CASSIA, "Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité", *D. 2005*, pp.

第2节. 不经调查拒绝不成功的申请

400. 临时救济法官立即驳回了这些显然没有胜算的申请。排序命令是在没有进行任何调查的情况下，仅根据申请做出的。可以通过向最高法院上诉的方式对其提出质疑。

I. 初步筛选程序的存在：申请分类程序

401. 国务委员会的工作组 "从一开始就同意，在程序一开始就应进行'过滤'，以区分在紧急程序下审理的申请，因为紧急的含义是显而易见的，因为申请是严肃的，因为它是可受理的，而另一方面，还有一些申请不具有紧迫性，或不可受理，或缺乏严肃性"1664。因此，临时救济法官的首要任务是立即确定哪些申请值得考虑，哪些申请从表面上看显然注定要失败。一旦收到申请，他就必须区分哪些是值得考虑的，哪些是没有成功机会的。在筹备工作期间，司法部长指出，"确定紧急程度（.....）将是紧急事务法官的首要职责。作为初步审查的一部分，他或她必须确定那些由于紧急性、管辖权、可受理性或案情等原因而显然没有胜诉机会的申请"1665。议员们确信有必要建立这样一个机制1666。该机制是在现有程序的基础上设计的，这些程序已被证明在申请明显注定失败的情况下是有效的。1667

402. 根据案情，依据第 L.521-2 条向临时救济法官提交的申请与任何其他紧急申请一样，可按照两种不同的程序进行审理。对于严重到需要进一步审理的申请，将由双方进行听证，并在公开听证后做出判决。第一种情况符合普通法程序：《行政司法法典》第 L.522-1 条。另一方面，对于那些明显注定要失败且不值得法官花费时间处理的申请，则无需调查或听证即可做出判决。第二种假设是 L.522-3 条规定的例外程序，即所谓的 "分流" 程序。

当临时救济法官收到申请时，他面临着一个选择。他必须选择作出决定的依据：如果申请是认真的，则依据 L.522-1 条；如果申请没有成功的可能，则依据 L.522-3 条。法官要么决定启动对抗式听证，要么通过分类命令驳回申请。正如最高行政法院在对 *SARL Les Belles demeures du Cap-Ferrat* 案的裁决中所指出的，这是两种排他性的程序；选择使用其中一种或另一种程序是不可逆转的。在一项原则性陈述中，该庭规定了一项规则，即第 L.522-1 条所述的普通法简易程序有别于第 L.522-3 条规定的分类命令程序。该庭由此得出结论，即当临时救济法官根据普通法启动程序，在各方当事人之间展开辩

1664 D.LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 21-22.

1665 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10930.

1666 对案件进行分类可以立即解决 "命运已经确定的案件" (F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, 第 55 页)，从而避免 "简易程序法官面对大量毫无根据或不紧急的申请" (R. GARREC, Rapport Sénat n° 380, 第 69 页)。很少听到反对的声音。然而，应当指出的是，Sutour 先生对取消 "公开辩论是否存在紧急情况或是否存在严重疑点，甚至是否侵犯基本自由的可能性（.....）" 持保留意见 (S. SUTOUR, *JO déb. Sénat*, CR séance 23 février 2000, p. 866)。

1667 例如，《行政司法法典》第 R.611-8 条和第 R.222-1 条分别规定，可通过总统令对案件进行调查和裁决。同样，1950 年 11 月 4 日的《罗马公约》第 35-3 条规定，欧洲人权法院应驳回 "明显缺乏根据或滥用申请权" 的个人申请。

论或传唤他们参加公开听证时，他就不再可能改变主意并最终通过分类令驳回申请¹⁶⁶⁸。当临时救济法官受理申请时，他可以使用普通法程序或分流令程序。申请一经登记，法官就必须选择采用哪种程序，而不能从一种程序转到另一种程序。如果他作出了第一种选择，以后就不可能再改变立场。"简而言之，临时救济法官必须迅速决定是否通过"分类"命令驳回申请。否则，他就必须启动整个抗辩程序"¹⁶⁶⁹。一旦法官启动了抗辩程序并召开了听证会，当事人就知道他们将能够在事情紧急所允许的时间范围内交换他们的论据。他们不会冒公开听证在最后一刻被取消的风险，即使他们可能已经为口头程序保留了部分论据。

403.从正当司法的角度来看，这种分类是非常重要的，因为它使法院能够迅速处理那些从一开始就似乎肯定和不可避免地会被驳回的申请。通过授权法院根据申请的是非曲直进行筛选，法院可以避免不必要地将没有胜诉机会的申请塞满法院。事实上，如果法院想详细处理所有申请，就无法在48小时内对那些真正涉及严重和明显非法侵犯基本自由的申请作出裁决。这一程序使法官不必为无关的申请花费不必要的时间，从而鼓励法官迅速干预真正有理由干预的案件。

这种"安全阀"¹⁶⁷⁰，在"驳回--放弃"程序中尤为必要。因为这是所有程序中最有吸引力的程序，自然也是最多的明显缺乏依据或不紧急的申请所汇集的程序。依靠法官的权力范围和很短的时间内作出裁决的前景，申请人很难抵挡根据L.521-2条提出申请的诱惑，即使这意味着经常向法官提交显然不属于法官职责范围的申请。然而，临时救济是一种程序，如果要保持其有效性，就必须使法官能够在几小时内进行干预，以便在必要时制止对基本自由的严重和明显的非法侵犯。临时救济法官必须比任何其他法官都更有能力利用适当的程序来驳回他所遇到的许多毫无意义的申请，而只集中精力处理那些真正值得深入考虑的申请。如果不再可能在48小时内作出决定，那么第L.521-2条所规定的程序就会失去其主要优点之一，也就失去了它之所以如此有效的原因。正如政府专员所指出的，通过使临时救济法官能够集中精力处理真正可能与严重和明显非法侵犯基本自由的情况相对应的申请，分类"决不是对制度的偏离，而是其生存的条件"¹⁶⁷¹。它确保这一程序的普及"不会妨碍对

¹⁶⁶⁸ CE, Sect. 26 February 2003, *S.A.R.L. Les belles demeures du Cap-Ferrat*, *Lebon* p. 65, *AJDA* 2003, pp.F. DONNAT 和 D. CASAS; *JCP G* 2003, 10094, note J. DUVAL and V. GUINOT.GUINOT. CE 2003年4月23日, *Commune de Roquebrune-cap-Martin*, *Lebon* T. p. 912, 913, *Constr. urb.* 2003, comm. n° 192, note N. ROUSSEAU.所采用的解决方案推翻了2001年2月16日 *Breucq* 的决定 (CE, 16, février 2001, *Breucq*, *Lebon* T. p. 1092, *RFDA* 2001, pp.) 在该裁决中，最高行政法院认为

"临时救济法官可以适用分类程序，即使他已通过向被告递交申请启动了抗辩程序"。这一解决方案的理由是为了方便：事实上，一些行政法院选择委托书记官办公室在法官审理案件之前启动第L.522-1

条规定的程序；然而，他们保留了随后使用第L.522-3

条规定的程序并通过分类命令进行裁决的选择。根据《行政司法法典》相关条款的规定，放弃这一决定是合理的。第L.522-3条规定，如果法官"根据申请

"认为申请不成功，可以下达分拣令。这一规定清楚地表明，立法者并不打算让临时救济法官逐渐形成对申请成功机会的判断。即使抗辩程序尚未开始，他也必须立即作出决定。此外，如果临时救济法官必须等到答辩书提交后才意识到申请显然没有成功的可能，那就相当奇怪了。如果他不能肯定分类程序的条件已得到满足，那么他就必须立即明确地放弃分类程序。

¹⁶⁶⁹ F. DONNAT 和 D. CASAS, *同前*, 第499页。

¹⁶⁷⁰ I.DE SILVA, concl. on CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, *RFDA* 2002, p. 332.

¹⁶⁷¹ 同上。

严重申请的审查”。1672

II. 实施分类

404. 根据《行政司法法典》第 L.522-3 条的规定，在两种不同的情况下可以执行分程序：第一，“请求并不紧急”；第二，“从请求中可以明显看出，请求不属于行政法院的管辖范围、请求不可受理或请求理由不充分”。

405. 第一个假设涉及缺乏紧迫性。法律并不要求缺乏紧迫性必须是“明显的”¹⁶⁷³。因此，这一驳回理由给了临时救济法官很大的回旋余地。虽然与第二种驳回理由相比，这种理由使用的频率较低，但它的应用还是很多的。例如，由于曼谷法文中学的毒品检测系统在该学年一直在运行，没有引起任何问题，临时救济法官认为，“校长在 2001 年 9 月 3 日的说明中表示将在 2001-2002 学年期间更新该系统，这不能被视为造成了一种紧迫情况”¹⁶⁷⁴。同样，中止执行已实施十七年以上的规定也没有紧迫性¹⁶⁷⁵。如果申请人关于紧迫性的论据不足以令人信服，法院可据此驳回申请。¹⁶⁷⁶

法官从广义上看待分类的理由。首先，它涉及非紧急性质的申请。但更广泛地说，它也包括不需要法院立即干预的申请。尤其是对已经用尽效力因而不可受理的裁决提出的上诉。在 *Oulai Doué* 案中，最高行政法院的临时救济法官注意到，向第一法官提出质疑的命令在提出上诉之日就已失效。法官没有以明显不可受理为由驳回上诉，而是指出，由于不符合《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的紧急条件，应驳回上诉¹⁶⁷⁷。最高行政法院确认，在临时救济的情况下，临时救济法官“即使可以决定没有必要对申请作出裁决”¹⁶⁷⁸，但以缺乏紧迫性为由驳回申诉并不构成法律错误。

406. 第二种分类假设涉及不属于行政法院管辖范围、不可受理或理由不充分的申诉。根据第 L.522-3 条的措辞，只有在管辖权不符、申诉不可受理或论据不相关满足显而易见的条件时，才能适用这一假设¹⁶⁷⁹。与临时救济有关的判例法提供了这三种驳回理由的各种应用。

1672 D. Chauvaux, concl. on CE, Sect. 28 February 2001, *Philippart et Lesage*, p. 392.

1673 然而，参见为执行分类程序而提及“显然不符合《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的紧急条件”的命令：CE, ord.2001 年 3 月 30 日, *Schoettl*, 第 231963 号。

1674 CE, ord.2001 年 9 月 10 日, *哈特曼*, 第 238020 号。其他申请，特别见 CE, ord. 2002 年 9 月 2 日, *Sopena*, n° 249944 ; CE, ord. 2003 年 1 月 21 日, *Commune des Angles*, n° 253421 ; CE, ord. 2003 年 11 月 6 日, *Société coordination en véhicules accidentés et en pièces de emploi*, n° 261489 ; CE, ord. 2003 年 4 月 7 日, *Saez*, n° 266279 ; CE, ord.2005 年 2 月 16 日, *SARL Médiation et arguments*, 第 277584 号 ; 2006 年 3 月 9 日, *SELAF mandataires judiciaires associés*, 第 290642 号。

1675 CE, ord. 2002 January 21, *Auto-école Bergson*, no.

1676 CE, ord.2001 年 7 月 12 日, *M'Hamdi*, 第 248507 号。

1677 CE, ord.2002 年 4 月 16 日, *Oulai Doué*, 第 245140 号 : 行政法院, 2004 年 4 月 26 日命令, *Souloumiac*, 第 266849 号。该申请于 2004 年 4 月 23 日在最高行政法院法律秘书处登记, 要求行政部门批准申请人参加 4 月 20 日组织的竞赛测试。该申请被宣布为不可受理。但法官以不紧急为由驳回了申请。

1678 CE, 2002 年 12 月 30 日, *Urban, Lebon T*. 第 864 页。

1679

该法案将显而易见性的要求限制在驳回的第三种可能情况：申请理由不充分。参议院希望将其扩展到第二种情况--不可受理 (R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 69 页 ; *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.

3755), 而国民议会则希望将其扩展到第一种情况--缺乏管辖权 (F. COLCOMBET, Rapport AN no.

因此, 针对一项司法判决1680、一项政府法令1681、一项与根据国家退休保障局(Caisse nationale d'assurance vieillesse1682)管理的计划发放退休金有关的个别措施或记录国民议会休会的国民议会议长的决定1683而提起的诉讼, 显然不属于行政法院的管辖范围。同样, 对于申请人在引渡程序期间被监禁和置于司法监督之下的条件的争议, 1684。虽然第L.522-3条将第一种审查理由限定为不属于"行政法院"管辖范围的申请, 但最高行政法院的临时救济法官允许将其用于虽然属于行政法院系统管辖范围, 但却被提交至无权审理的行政法院的申请。1685

关于明显不可受理的申请, 例如, 临时救济法官将要求撤销行政决定的申请和要求下达禁令的申请归类为明显不可受理的申请, 后者在各方面的效力都与撤销决定相同1686。

最后, 临时救济法官对明显缺乏根据的申请这一概念作了特别宽泛的解释。首先, 它包括不符合第L. 521-2条1687中规定的一个或多个签发临时禁令条件的申请, 例如因为没有侵犯基本自由1688、没有严重侵权1689或没有明显违法1690。但更广泛地说, 这一概念涵盖了因某种原因不可能胜诉的

2002, p. 56; *JO déb. AN, CR session 14 December 1999, p. 10944*)。AN, CR session 14 December 1999, p. 10944).

1680 该规则适用于任何有关法院。它可以是普通行政法院做出的裁决(CE, ord.2003年6月11日, *Rousselle*, 第257494号; 2003年6月30日, *Lecomte*, 第257914号; 2005年6月29日, CE, ord.2003年6月30日, *Lecomte*, 第257914号; 2005年6月29日, CE, ord.2003年12月11日, *Allag*, 第262549号; 难民上诉委员会的裁决)、刑事法院(2001年4月3日, CE, ord.2001年4月3日, *Murat*, 第232012号; 2003年8月14日, *Castelli*, 第262549号; 难民上诉委员会的裁决。2003年8月14日, *Castelli*, 第259457号)或民事法庭(2005年2月28日, *Vuillet*, 第277999号)。

1681 CE, ord.2003年3月14日, *Brossollet*, 第25510号(共和国总统关于向议会提交两项宪法法案的法令); 2005年9月8日, *Gaijfe*, 第284832号行政长官命令(要求责成政府向组成议会的一个或多个议会提交法案)。

1682 CE, ord.2002年12月31日, *巴卡约科*, 第252977号。

1683 CE, ord. 2002年4月9日, *Catsiapis*, n° 244924。

1684 CE, ord.2003年1月30日, *Smaali*, 第253668号。

1685 CE, ord.2003年5月13日, *Castelli*案, 第256745号:"考虑到虽然行政法院并非明显无权审理 *Castelli*先生的申请, 但它不属于最高行政法院作为一审和终审法院的管辖范围, 因此必须根据《行政司法法典》第L. 522-3条规定的分类程序予以驳回"。同样参见CE, ord.2003年7月18日, *SARL Le Picadilly*, 第258569号。

1686 CE, ord.1^{er} mars 2001, *Paturel, Lebon T. p. 1134*。

1687 严格来说, 没有根据的申请是指不符合执行这一程序的条件的申请。在 *Perrier*案的命令中, 法官指出"由于明显不符合《行政司法法典》第L.521-2条的执行条件, 因此必须适用该法典第L.522-3条驳回相应的申诉"(行政法院, 2001年2月15日的命令, *Perrier*案, 第230318号)。

1688 CE, ord.CE, ord.2001年4月3日, *Soriano et autres, Lebon T.第1128页*(公共教育服务运作中发现的骚扰); CE, ord.2001年7月4日, *Cazorla*, 第235371号(根据现行法律, 拒绝儿童进入家长选择的学校, 并建议儿童进入离家较近的学校); CE, ord.2001年9月12日, *Langard*, 第238106号; CE, ord.2001年10月18日, *Syndicat départemental INTERCO 33 CFDT*, 第239082号; CE, ord.2001年11月19日, *Escueillens et Saint-Just de Bellengard 公社*, 第240174号(关于总委员会决定砍伐该公社的几棵梧桐树); 2002年3月26日, *Lebon 公路物流运输公司*, CE, ord.第114页; 2003年7月18日, *Burdeau*, CE, ord.2003年7月18日, *Burdeau*, 第258560号。

1689 CE, ord.2001年5月18日, *Meyet, Bouget, Lebon*第244页; 2002年3月5日, CE, ord, *Fikry, Lebon T. 第872页*。

1690 CE, ord.2001年4月13日, *Yabiaoui*, 第232542号; 2001年5月18日, CE, ord.2001年5月18日, *Meyet, Bouget, Lebon*第244页; 2001年8月9日, *Medrinal, Lebon T. 第1127页*; 2002年8月20日, *Société Lido plage*, 第249723号; 2002年9月6日, *Tetaabi*, 第250120号; 2002年9月18日, *Bouchakouri*, 第250120号; 2002年9月

申请。基于缺乏事实要素的申请¹⁶⁹¹，或不基于任何手段的申请¹⁶⁹²。更令人惊讶的是，因管辖权或可受理性方面的原因而无法胜诉的申诉也可被视为没有根据，因此属于前两个标题的范畴。¹⁶⁹³

407. 因此，法院可以非常灵活地利用申请缺乏紧迫性或明显缺乏根据这一理由。当法院以可受理性或管辖权为由驳回申请时，可以肯定地推断出申请不可受理或不属于行政法院的管辖范围。另一方面，如果以缺乏紧迫性或明显缺乏依据为由驳回申请，则无法准确确定驳回的确切原因。法院有权以紧迫性或理由不充分为由驳回在任何情况下都不可受理的申请。在普通诉讼中，法院首先决定是否没有必要进行裁决；然后评估其管辖权、申请的可受理性，并酌情评估其是非曲直。这一程序不适用于索赔分类。虽然这一驳回理由应保留给不符合 L.521-2 条规定的实质性条件的申请，但法院有时也会以无根据为由驳回不可受理的申请。诚然，这样的例子很少，而正统的申请则更多。然而，这些为数不多的裁决模糊了实质性规则、管辖权规则和可受理性规则之间的分界，不利于整体一致性。

408. 在行政法院中，L.522-3 条规定的分类程序首先可以由一审法官执行，无论是行政法院的临时救济法官还是行政法院的临时救济法官。在适用该条款时所作的评估“取决于临时救济法官所了解的法律和事实要素的性质”¹⁶⁹⁴。这意味着法官的评估取决于申请人为支持其请求而提出的论据；如果理由陈述不够准确和令人信服，申请人就会被立即驳回。

第 L.522-3 条也可用于审理临时救济上诉的法官。在执行该条款时，法官应“考虑初审法院”在其启动的书面和口头抗辩程序中“收集的信息”¹⁶⁹⁵。因此，法官可以以明显不可受理为由驳回在截止日期后向最高行政法院提出的上诉¹⁶⁹⁶，或在一审法院所质疑的裁决已用尽其效力时驳回上诉¹⁶⁹⁷。同样，法院也可以认为上诉许可申请明显缺乏依据而予以驳回。¹⁶⁹⁸

19 日，CE, ord.2002 年 9 月 18 日，*Bouchakour*，第 250340 号；2003 年 2 月 21 日，*Maillot, Lebon T.* p.914；2003 年 5 月 9 日，*Marques Meireles*，第 256595 号；2004 年 4 月 20 日，*Ba*，第 266647 号；2004 年 6 月 8 日，*Fritch*，第 268460 号；2004 年 6 月 8 日，*Zebdi-Ghorab*，第 268467 号。

1691 CE, ord.2001 年 1 月 15 日，*Charlery-Adele, Lebon* 第 14 页。

1692 CE, ord. 28 May 2002, *Génération écologie*, no.

1693 例如，法院认为要求中止社会保障法庭判决效力的申请缺乏依据（CE，2002 年 11 月 29 日法令，*Association des entraîneurs de chevaux de course et autre*，第 251921 号），而这种申请显然不属于行政法院的管辖范围。

1694 CE, ord.2001 年 1 月 15 日，*Charlery-Adele, Lebon* 第 14 页；2001 年 1 月 26 日，CE, ord, *Gunes, Lebon* 第 38 页；2001 年 2 月 9 日，CE, ord, *Fauvet, Lebon* 第 55 页；2001 年 2 月 8 日，CE, ord, *Guillou, Lebon T.* 第 1129 页；2001 年 3 月 30 日，CE, ord.2001 年 3 月 30 日，*Schoettl*，第 231963 号；2001 年 3 月 21 日，CE, ord.2001 年 10 月 18 日，*蒙彼利埃当地 cimade 团体协会*，第 239071 号；行政长官 2001 年 10 月 22 日命令，*Gonidec et Brocas*，第 239165 号；行政长官 2002 年 9 月 6 日命令，*Tetaabi*，第 250120 号。

1695 参见上述裁决。例如，在 2001 年 10 月 22 日关于 *Gonidec 和 Brocas* 案的

命令中，上诉法官明确依据了初审法官

举行的公开听证会的结果。他在驳回申诉时指出，“根据调查，特别是根据联合会主席在卡昂行政法院临时救济法官举行的公开听证会上的陈述，申请人的土地即将归还给他们”。

1696 CE, ord.2002 年 5 月 16 日，*Auto-école SOS 许可证*，编号 246813。

1697 CE, ord. 29 October 2001, *SARL Objectif*, no.

1698 CE, ord. 22 March 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T.* p. 1134; CE, ord.10 April 2001, *Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public Force ouvrière (SNUDI-FO) du*

409. 当向法官提交的申请属于分类程序的范围时, 第 L.522-3 条规定了 "简化程序" 1699, 无需进行听证或调查。根据《行政司法法典》第 R. 522-10 条, 该条款的实施使得第 R. 522-4 条 (将申请通知被告的义务)、第 R. 522-6 条 (传唤当事人参加听证的义务) 和第 R. 611-7 条 (事先通知法官提出的公共秩序理由的义务) 不再适用。此外, 根据 R.522-2 条, 法院不必邀请申请人进行任何调整 1700。法院无需等待申请人提交补充辩护状 1701。第 L.522-3 条允许法院不必进行对抗性听证和公开听证, 从而使法院能够在很短的时间内作出裁决--大概是驳回申请。这就是分类的全部意义: 它既快捷又易于使用 1702。这也表明, 诉讼当事人在书面程序阶段为其申请提供最有说服力的理由是有多么重要, 因为这是根据第 L. 522-1 条组织对抗听证和口头程序的前提条件。1703

有时, 临时救济法官在适用分类程序时没有提及第 L.522-3 条的案文或其适用条件。在这种情况下, 可以从当事人未被传唤参加听讯这一事实推断出诉诸分类程序 1704。当法院不适用第 L.522-1 条规定的程序时, 必然意味着它适用第 L.522-3 条规定的程序。在这方面, 最高行政法院在没有提及第 L.522-3 条的情况下, 并没有对执行分类程序的决定提出指责。1705

Maine-et-Loire, *Lebon T. p.* 1090; CE, ord.2001 年 7 月 9 日, Boc, 第 235696

号(申请人要求撤销第一法官驳回其禁令要求的命令明显缺乏根据, 而禁令的效力在各方面都与撤销相同); CE, 2001 年 5 月 23 日命令, Jacques VII, 第 233941 号。

1699 CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe, Lebon* 第 12 页; 行政长官, 2001 年 12 月 28 日, *Lodama*, 第 232132 号。

1700

在临时救济申请不可受理而需要纠正的情况下, 与《一般程序规则》的规定相反, 法院无须请申请人纠正这种情况。第 R.522-2 条明确排除了第 R.612-1

条的适用, 该条要求法院在可能的情况下邀请不可受理的申请的提交人对申请进行补正。

1701 鉴于审理临时救济上诉的法官必须在 48 小时期限内作出裁决, "向其提交的申请书宣布要提出补充案情摘要这一事实并不妨碍他不等提出补充案情摘要就作出裁决" (行政长官, 2003 年 1 月 3 日的命令, *Belminar* 等人案, 第 253045 号)。因此, 最高行政法院的临时救济法官考虑到他有足够的时间对上诉作出裁决, 没有理由将其裁决推迟到申请书中宣布的案情陈述提出之后 (行政法院, 2003 年 6 月 20 日命令, *Pascal*, 第 257827 号; 行政法院, 2003 年 9 月 5 日命令, *Keller*, 第 259991 号; 行政法院, 2004 年 7 月 7 日命令, *Abdallah*, 第 269571 号; 行政法院, 2004 年 7 月 8 日命令, *Dia*, 第 269651 号; 行政法院, 2004 年 10 月 13 日命令, *Merabet*, 第 259991 号; 行政法院, 2004 年 7 月 8 日命令, *Dia*, 第 269651 号; 行政法院, 2004 年 10 月 13 日命令, *Merabet*, 第 269651 号)。2004 年 10 月 13 日, *Merabet*, 第 273068 号)。根据第 L.522-3 条的措辞, 它 "根据申请" 作出裁决。

1702 根据第 L.522-3 条的分类程序, 法院可以在申请提交的当天驳回申请 (参见 CE, 2001 年 2 月 15 日的命令, *Perrier*, 第 230318 号)。

1703 法官有时会明确以申请人提出的理由不充分为由, 驳回其根据分类程序提出的申请。例如, 见 CE, ord.2002 年 1 月 10 日, *Massal*, 第 241746 号, 指出 "申请人既不能证明紧急性, 也不能证明对第 L.521-2 条所述的某项基本自由的严重侵犯"。

1704 例如, 见 CE, 2002 年 4 月 29 日法令, *Joana*, 第 245658 号。

1705 参见根据《行政司法法典》第 L.521-1 条: CE, 2003 年 4 月 23 日, *SARL Siminvest, Lebon* 第 178 页, *Dr. adm.*2003, comm.n° 133, P. CASSIA 注释。M. Cassia

认为, 从没有传唤开庭推断适用分类程序的义务不应适用于临时救济程序: "事

实上, 就这些程序而言, 适用分类程序结束了正常的上诉程序, 并导致申请人在必要时将问题提交最高法院。然而, 如果驳回令中没有提及 L.522-3

410. 拉贝图勒总统认为第 L.522-3 条在很大程度上决定了 2000 年 6 月 30 日改革的成败, 因此将其作为一项 "处理起来并不复杂" 的条款¹⁷⁰⁶。在初审中, 每两份临时救济申请中就有一份以这种方式被驳回¹⁷⁰⁷。一般来说, 诉讼当事人及其律师对这一程序并不十分欣赏¹⁷⁰⁸。诚然, 这种程序是快捷的, 但由于没有公开审理, 削弱了申请人通常有权得到的保障。此外, 它还剥夺了临时救济申请人向最高行政法院临时救济法官提出上诉的可能性, 因为只有撤销原判程序才对分类命令开放。然而, 我们必须正确看待这些缺点。一方面, 根据第 L.522-3 条的规定, 分类程序必须产生一个 *说明理由* 的拒绝令, 因此它并没有剥夺申请人的所有保障。正如 Collin 和 Guyomar 所述, 诉诸这一程序 "并不免除临时救济法官对申请的深入研究"¹⁷⁰⁹。对申请人论据的审查必须出现在裁决理由中, 没有具体解释的简单断言必须被视为不充分。另一方面, 分类程序可能在几个方面对申请人有利。首先, 与申请临时措施并随后进行听证的情况相比, 申请人可以在更短的时间内提交新的申请, 这取决于驳回的理由¹⁷¹⁰。即使在最坏的情况下, 即不可能进行纠正, 不经听证而驳回申请也有其好处, 即申请人不会被要求偿付对方的不可减少的费用。最后, 由于节省了法官不必要的时间, 在确实需要在 48 小时内作出答复的案件中, 法官可以以必要的速度行事。无论如何, 初审法院在执行分类程序时出现的任何错误都可以在最高行政法院得到纠正。

III. 对分类命令的上诉

条, 那么要求申请人从没有公开审理的传票和命令的沉默中推断出必要时必须将其提交给最高上诉法官而不是上诉法官, 这似乎不仅违反了 L.522-1 条, 而且也违反了明确性和法律确定性的要求。临时救济法官不能不提及他所适用的案文, 因为通知命令的信函并不打算弥补他未提及的情况" (同上, 第 37 页)。

¹⁷⁰⁶ D.Labetoulle, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", *op.*

¹⁷⁰⁷ 分类程序的拒绝率 2001 年为 48.8%, 2002 年为 54.9%, 2003 年为 54.4%, 2004 年为 54.2%, 2005 年为 58%。见附录 2。尽管我们可以预期这一比例会逐年下降, 但在 "驳回-放弃" 程序中却有所上升。更值得注意的是, 在所有紧急临时救济程序中, 使用分类程序的案件数量都有所下降, 并稳定在 20% 至 25% 之间 (参见 G. 费鲁拉在 "Le tri trié" 一文中引用的马赛行政法院的数据)。FERULLA 在 "Le tri", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, 第 3064 页: 2001 年为 45%, 2002 年为 30%, 2003 年为 21%, 下降的原因是申请人及其律师对现行程序更加熟悉。在这方面, "自由裁量权" (*référé-liberté*) 的情况是不寻常的, 因为第 L.522-3 条规定的分类程序是作为一种减损而设计的, 它正趋向于成为根据第 L.521-2 条提出申请的标准程序。从数量上看, 行政法院在实践中逐渐形成的规则是, 有一半的临时救济申请是在没有听证或调查的情况下作出决定的。

¹⁷⁰⁸ 关于这一程序的重要介绍, 见 P. MOUKOKO, "La procédure de tri devant le juge des référés", *JCP G* 2006, II, 10100。

¹⁷⁰⁹ M. Guyomar and P. Collin, *chron. under CE, Sect. 30 October 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba, AJDA* 2001, p. 1056。

¹⁷¹⁰

驳回令及其理由将说明所出现的问题, 并酌情使申请人能够予以补救。在申请以不可受理为由被驳回的同一天, 申请人可以提交新的申请, 例如重新撰写申请材料。没有时间限制。从实际角度看, 其效果与临时救济法官请申请人整理申请材料的效果大致相同。申请人也可以重新提交一份理由更充分的申请。如果申请因缺乏紧迫性而被驳回, 有时可以在新的申请中更明确地确定这一点, 并作出适当的解释和说明。

411. 由行政法院临时救济法官签发的分类命令可通过撤销原判的方式提出质疑。最高行政法院进行的审查可能会导致有争议的命令受到质疑。

A. 上诉程序

412. 撤销原判程序是对根据第 L.522-3 条发出的临时救济令提出上诉的唯一程序，包括根据《行政司法法典》第 L.521-2 条向初审法官提出申请的情况。在 2001 年 2 月 28 日的 *Casanovas* 案的裁决中，最高行政法院指出，"对于临时救济法官利用第 L.522-3 条赋予的权力驳回申请的命令，只能向最高行政法院提出上诉，而不必区分向法官提出的申请是根据第 L.521-1 条还是第 L.521-2 条提出的"1711。第 L.523-1 条规定了最高行政法院在紧急临时救济方面的管辖权，规定分流令"应为最终命令"。该条没有根据启动的简易程序作出区分。因此，这一规定适用于第五卷第二编管辖的所有程序，也适用于临时救济程序。只能通过减损第 L. 523-1 条第 2 款的规定对分类命令向最高上诉法院提出上诉，该款规定了对临时救济命令提出上诉的原则。当申请人对分类命令提出"上诉"时，最高行政法院将其重新分类为法律问题上上诉 (pourvoi en cassation) 1712。行政上诉法院在审理对分类令的上诉时，必须将上诉转交最高行政法院，而不能以明显不可受理为由予以驳回。1713

L. 523-1 条规定了 15 天的上诉期限。该期限从正式通知裁决之日算起1714。根据以前关于简易程序的判例法1715，这是一个明确的时限1716，可以通过距离延长1717。根据最高行政法院撤销原判

1711 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

1712 见 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas*, *Lebon* p.108 ; CE, 16 May 2001, *Majille*, n°231197 ; CE, 28 May 2001, *Raut*, *Lebon* T. p.1126 ; CE, 7 May 2003, *Boumaïza*, n°250002。将上诉重新定性为上诉并不需要临时救济法官下达拒绝审理的命令。行政审判庭庭长在 R.822-1 条规定的权力范围内将该申请转给一个分科的行为，构成了一项无需说明理由的司法措施（上文引述的 *Casanovas* 案判决）。

1713 根据第 L.521-1 条，参见 CE, 2001 年 11 月 21 日，*Akriche*, *Lebon* T. 第 1093 页。确定最高法院受理上诉的日期为该上诉在法院秘书处登记的日期，该法院无权审理该案件，但转交了案件卷宗（同一判决）。

1714 如果简易程序是通过传真送达的，在没有异议的情况下，传送报告将作为对该命令提出上诉的起始期限（行政法院，2002 年 12 月 18 日，*Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, *Lebon* T. p.851）。如果上诉时限的通知有误，则适用两个月的普通时限，而不是 15 天的特殊时限（CE, 1996 年 2 月 28 日，*Société LVM*, 第 154358 号）。

1715 CE, 18 November 1991, *Pérochon*, LPA 11 December 1991, p. 4, concl. O. FOUQUET.

1716 CE, 23 May 2001, *Bandoïn*, *Lebon* T. p. 1135。在本案中，上诉是 4 月 12 日在最高行政法院法律秘书处登记的，针对的是 3 月 27 日通知上诉人的命令。由于申请没有被宣布为不可受理，因此可以推断上诉期是一个明确的期限。关于临时救济的其他紧急申请，见：CE, 2001 年 5 月 28 日，*Société Codium*, *Lebon* T. p.1136（关于临时保护令）；CE, 2001 年 11 月 5 日，*Ministre de l'Intérieur*, 第 235496 号（关于临时中止令）。

1717 行政司法法典》第 R.811-5 条规定："《新民事诉讼法》第 643 条和第 644 条规定的额外期限应加在通常规定的期限之上"。第 643 条规定："向设在法国本土的法院提起诉讼时，出庭、上诉、异议、复审上诉和向最高法院上诉的时限增加：

程序的规则，上诉人必须指定一名行政法院律师¹⁷¹⁸。在向最高行政法院提出上诉之日，上诉仍必须有目的¹⁷¹⁹。为支持其上诉，上诉人必须对有争议的命令所依据的因素提出批评¹⁷²⁰。根据惯例，上诉只有在初步受理阶段未被驳回时才会被审理。

同样，最高上诉法院法官在简易程序中的管辖权传统上属于最高行政法院的合议庭：原则上，合议庭共同开庭，当上诉根据受理程序被驳回时，由一个合议庭单独裁决¹⁷²¹，当案件提供了阐述判例法要点的机会时，由合议庭单独裁决。R. 523-2 条规定最高法院法官的裁决期限为一个月，而不是初审和上诉所需的 48 小时¹⁷²²。

B. 司法审查的目的和范围

1°) 居住在法国本土的人一个月；1°) 居住在海外省或海外领地者为一个月；2°) 居住在外国者为两个月”。最高行政法院将距离时限适用于对临时救济令提出的上诉（行政法院，2002 年 11 月 29 日，*Arakino, Lebon* 第 422 页；2002 年 6 月 3 日对帕皮提行政法院临时救济法官于 2002 年 4 月 26 日签发的临时救济令提出的上诉）。

1718 第 R. 522-5 条规定的免除委托律师的要求在此阶段不适用。在没有相反规定的情况下，适用第 R.821-3 条的一般规则。如果上诉人未能满足这一要求，其申请将因不可受理而被驳回（行政法院，2001 年 2 月 28 日，*Catsiapis*，第 229458 号；行政法院，2001 年 4 月 25 日，*Pause*，第 230315 号；行政法院，2001 年 5 月 16 日，*Mafille*，第 231197 号；行政法院，2001 年 6 月 15 日，*Mairau*，第 233437 号；行政法院，2001 年 6 月 15 日，*Tauraatua*，第 233755 号；在这种情况下，除非在提出上诉后才作出调整（行政法院，2001 年 3 月 16 日，*Brun et autres* 案，第 2311003 号），否则，上诉人必须在提出上诉后才作出调整（行政法院，2001 年 6 月 15 日，*Hoffer* 案，第 233163 号；行政法院，2001 年 6 月 15 日，*Hoffer* 案，第 233164 号；行政法院，2001 年 6 月 15 日，*Société Théâtre de fortune* 案，第 232604 号；行政法院，2001 年 10 月 19 日，*SCI du Clos* 案，第 234090 号）。

1719 例如，见 CE，2001 年 3 月 16 日，*Brun et autres*，第 231003 号。在初审法庭上，申请人要求临时救济法官命令选举宣传委员会不得分发两名极右翼候选人的通告和选票。由于这两名候选人在第一轮投票中获得的选票不足以参加第二轮投票，因此对驳回其请求的命令提出的上诉没有实际意义。另见 CE，2002 年 7 月 29 日，*Talbouarne*，第 247222 号。申请人向临时救济法官提出申请，要求暂停执行 2002 年 5 月 18 日至 20 日下令征用他的县令。2002 年 5 月 24 日，申请人就驳回其请求的命令向最高行政法院提出上诉。由于该命令的中止与本案无关，因此申请不予受理。最后，见 CE，2006 年 3 月 27 日，*Ezenvaosu*，第 284546 号：申请人已被转至其原籍国，针对临时救济法官拒绝命令警察当局允许其继续飞往芬兰的命令提出的上诉已失去意义。

1720 在 *Lodama*

案中，上诉人认为省长的拒绝明显侵犯了基本自由。政府专员指出，“由于临时救济法官的命令不是以这一点为依据，而只是以不存在紧迫性为依据，因此这一论点不具有可操作性”（E. PRADA-BORDENAVE 关于 CE 的未发表结论，2001 年 12 月 28 日，第 232132 号）。

1721 不过，请参见一个单独的裁决分区的裁决：行政长官，2002 年 5 月 15 日，*Baudoin*，第 239487 号（撤销有争议的命令并发布禁令）。

1722 然而，见 CE，2003 年 7 月 2 日，*Société Outremer Finance 有限公司*，*Lebon* 第 306 页（最高上诉法院于 2003 年 7 月 2 日对 2003 年 2 月 26 日登记的上诉作出裁决）；CE，2006 年 7 月 27 日，*Makiese*，第 278122 号（最高上诉法院撤销了一年半前作出的初审命令）。

413. 用 Pacteau 教授的话说, 最高上诉法院审查 "案件判决的方式" 和 "判决的内容"¹⁷²³。

1. 秩序的外部规范性

414. 关于判决的外部合规性, 最高法院确保一审法官遵守程序要求 (由于在临时救济案件中, 最高法院只审理分类命令, 因此程序要求必然减少) 以及判决书的提交。例如, 最高行政法院指出, 在组织了抗辩式听证¹⁷²⁴ 之后才下达排序令, 或者没有提及申请人提出的某些意见¹⁷²⁵, 都是不符合规定的。

关于说明理由的要求, 最高法院没有在原则声明中表明立场。第 L.522-3 条要求临时救济法官说明理由, 这就排除了陈规定型或过于笼统的理由。正如 Chauvaux 先生所指出的, "很难接受简短的理由, 即在没有进一步解释的情况下说明有争议的措施并非明显不合法。我们认为 (.....) 法官必须为其决定提供相当充分的理由。更详细的理由说明会使上诉理由更有分量"¹⁷²⁶。法官必须正确阐述和分析申请中的论点。裁决理由必须详细说明驳回申请的理由。一般来说, "最高上诉法院必须能够评估导致临时救济法官认为有关行为或举止不构成对基本自由的严重和明显非法侵犯的理由"¹⁷²⁷。从逻辑上讲, 最高上诉法院不能要求临时救济法官提供比申请人更充分的理由说明。¹⁷²⁸

2. 秩序的内部规范性

415. 关于判决的内部合规性, 只有歪曲事实和法律错误才会受到最高上诉法院法官的谴责。这一解决方案以 L. 521-11729 条为基础, 并适用于临时救济 (référé-liberté)。

416. 最高行政法院不审查对事实的评估。临时救济法官根据案件的紧迫性¹⁷³⁰ 和对基本自由的严重侵

¹⁷²³ B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 360 et seq.

¹⁷²⁴ CE, 2001 年 10 月 8 日, *Sanches Cardoso, Lebon T.* 第 1091 页: "临时救济法官在审理根据第 L.521-1 条或第 L.521-2 条提出的申请时, 在启动了辩论程序并举行了分别第 L.522-1 条第一和第二款中提到的公开听证之后, 不能合法地根据第 L.522-3 条的规定作出裁决"。

¹⁷²⁵ CE, 6 March 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T.* p. 852; CE, 12 June 2002, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* p. 215.

¹⁷²⁶ D. CHAUVAUX, concl. on CE, 16 February 2001, *Breucq, RFD A* 2001, p. 672.

¹⁷²⁷ P. CASSIA, "Le contrôle de cassation sur les référés administratifs. Bilan de jurisprudence (1^{er} janvier-11 juillet 2001)", *Dr. adm.* 2001, chron. n° 19, p. 14.

¹⁷²⁸ 在立即中止的情况下, 关于紧急条件, 见: CE, Sect. 25 April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden, Lebon* p. 220。

¹⁷²⁹ 参见 CE, 16, February 2001, *Breucq, Lebon T.* p. 1092, *RFD A* 2001, pp. 行政法院确认, "临时救济法官在有争议的命令中裁定申请显然没有根据, 他没有犯法律错误, 他对案件的情况进行了主权评估, 没有受到提交给他的卷宗文件歪曲的影响, 最高法院对此没有讨论的余地"。

¹⁷³⁰ 例如, 见 CE, 2001 年 7 月 9 日, *Landry*, 第 234809 号案件: "临时救济法官认为, Landry 先生没

犯1731，对案件的情况进行主权评估。只有当评估构成歪曲，即对某一行为或事实的含义的评估出现严重错误，导致这一解释与相关行为或事实不符时，才会受到制裁。例如，当省长通知申请人他将根据习惯初步调查的结论批准她的居留证申请时，临时救济法官歪曲了案件事实，没有将这一声明视为产生权利的决定¹⁷³²。同样，法官也歪曲了案卷中的文件，将拒绝决定说成是观望答复。¹⁷³³

417. 关于法律错误¹⁷³⁴，最高行政法院审查分类命令所依据的法律推理和方法的正确性。问题是，最高上诉法院是否可以临时救济法官的任何推理错误进行制裁，或者是否必须效仿在临时中止案件中采用的解决方案，将其审查限制在明显错误的范围内。换句话说，它应该对分类命令进行限制性审查还是正常审查？这个问题的答案取决于法官的角色。由于临时中止法官的作用较小，最高行政法院对其命令进行有限审查；由于审理案件实质的法官的作用正常，最高上诉法院本身对其裁决进行正常审查。

临时中止法官需要确定的是违法的表象，而不是确定的违法。最高上诉法院在第 L.521-1 条中规定了对保留的或有限的法律错误进行审查的原则，从而得出了这一仅限于表象或可能性的作用的后果。最高上诉法院并不对法律错误进行普通的、即深入的审查，而不像对案情实质的判决那样进行审查。为了尊重临时救济法官受“严重疑问”概念限制的作用，自圣艾蒂安市镇社区案这一里程碑式的裁决以来，临时救济法官只对公然法律错误进行制裁¹⁷³⁵。换句话说，它只审查“明显的”法律错误¹⁷³⁶。正如 Cassia 先生所指出的，有限审查原则似乎意味着“最高行政法院将不再审查初审法院对

有理由证明其在南特市摩托车队复职的紧迫性，他对案件的情况进行了主权评估，该评估没有受到提交给他的卷宗文件歪曲的影响，最高法院对此没有讨论的余地”。同理，见 CE, 28 December 2001, *Lodama*, n° 232132; CE, 6 March 2002, *Société des pétroles Shell, Lebon T. p. 852*; CE, 25 October 2002, *Chiapello*, n° 249569; CE, 25 October 2002, *Nould Masseglia*, n° 249568。

1731 见 CE, 2002 年 10 月 25 日, *Bongiovanni, Syndicat CFDT Intercro de l'Herault*, 第 244289 号。临时救济法官认为，转移申请人的决定不能被视为对基本自由的严重侵犯。最高行政法院指出，“临时救济法官在这样做时没有犯任何法律错误，他对案件情况进行了主权评估，在没有任何歪曲的情况下，最高法院对此没有讨论的余地”。另见 CE, 2002 年 3 月 8 日, *朗格多克-鲁西荣大区*, 第 236587

号：第一位法官没有犯任何法律错误，他认为混合辛迪加的非正常运作和一个地区不可能退出该辛迪加并没有严重和明显地非法侵犯朗格多克-鲁西荣地区自由管理自己的权利，“对案件卷宗中的文件进行了主权评估，在这些文件没有受到任何歪曲的情况下，最高法院不能对其进行讨论”。

1732 CE, 7 May 2003, *Boumaïza*, no.

1733 CE, 10 October 2003, *Association Capselle et autres*, no. 另见 CE, 2005 年 2 月 9 日, *SARL "Lou Marseillou"*, 第 272196 号。

1734 如果法律错误的抗辩针对的是过多的理由，则不能成立（CE, 2002 年 3 月 6 日, *Société des pétroles Shell, Lebon T.*, 第 852 页；CE, 2004 年 7 月 15 日, *Doudaev*, 第 265822 号）。

1735 CE, Sect. 29 November 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, Lebon p. 421, BDCF 2/03, n° 28*, pp.F. DONNAT 和 D.

CASAS。最高行政法院最初选择对法律错误进行深入审查，但没有考虑到临时中止法官职务的特殊性质（见 CE, Sect., 2001 年 5 月 16 日, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Rival, Lebon p. 243, AJDA 2001, pp.M. GUYOMAR 和 P. COLLIN*）。

1736 L. VALLEE, concl. 同上, 第 40 页。通过对法律错误行使“最低限度”的控制，法官承认了即决中止法官的某种错误权。因此，法国最高法院拒绝以法律错误为由对两项判决进行审

法律或法规条款的解释--除非该抗辩不具有可操作性或属于法律范围之内”。1737

Boissard 女士在关于 *Abdallah* 案件的结论中，主张对临时救济适用圣埃蒂安城市社区的判例法。她指出，在此基础上，这次复审更加合理。“在这种情况下，法官的任务是查明明显的不合法之处，而不仅仅是发现对行政措施的合法性产生严重怀疑的手段。因此，我们认为，如果法院不认为存在明显的违法性，那么只有在卷宗中的文件和申请人的论据能够证明存在明显违法性的情况下，才可以法律错误为由对法院的推理进行指责”¹⁷³⁸。然而，这一解决办法值得商榷，因为临时救济法官的作用与临时中止法官的作用完全不同。在根据《行政司法法典》第 L.521-2 条进行干预时，临时救济法官是证据法官。他只有在非法性确定无疑、证据确凿和无可争辩的情况下才能行使权力。就评估行为或行动的合法性而言，临时救济法官的角色是案情法官¹⁷³⁹，这往往证明最高法院对其裁决行使正常控制是合理的。此外，正如 Cassia 先生所指出的，最高上诉法院的正常审查与有限审查之间的界限很难划分，这并不妨碍最高上诉法院在简易程序中对原则问题作出裁决¹⁷⁴⁰。

最高行政法院在对临时救济令进行干预时，自圣艾蒂安市镇区法院的裁决以来，没有提及最高上诉法院在第 L.521-1 条中提到的“临时救济法官办公室”。它并不“暂缓”审查，而是拒绝“挽救”临时救济法官可能出现的法律错误，理由是错误不够明显，无法在简易程序中予以制裁。最高法院在审理根据第 L.521-2 条做出的分类命令时，会对第一位法官所犯的法律错误进行审查，无论该错误是否明显。判例法说明了在此基础上行使的审查范围。首先，最高上诉法院对临时救济法官在解释和适用第 L.521-2 条规定的给予救济的条件时所犯的法律错误进行了制裁。因此，它谴责了第一位法官所犯的法律错误：“认为”无论出于何种原因，拒绝给予任期不能严重和明显地非法侵犯基本自由”¹⁷⁴¹；原则上说，留用一名被控道德骚扰的受保护雇员不可能损害与就业法¹⁷⁴² 相关的任何基本自由，或认为，鉴于存在对驱逐当事人的决定具有暂缓效力的上诉程序，紧迫性不足以证明有理由下令采

查，这两项判决均认为，在一项相同的诉状中，城市规划法第 L.111-6 条的规定不符合法律规定。《城市规划法》第 111-6 条没有赋予市长反对将大篷车最终连接到电网的请求的权力，对这一相同的抗辩，一项判决认为这一论点能够产生重大疑问（行政法院，2004 年 4 月 5 日，*Commune de Pertuis, Lebon*, 第 156 页），另一项判决认为这一论点不能产生重大疑问（行政法院，2003 年 12 月 12 日，*Cancy*, 第 257794 号）。

1737 P. CASSIA, CE 下的注释，2003 年 12 月 9 日，*Aguillon et autres*, *AJDA* 2004, 第 318 页。

1738 S.S. BOISSARD, concl. on CE, 2004 年 2 月 2 日，*Abdallah*, *RFDA* 2004, 第 775 页。在限制性审查的意义上，还可以考虑另一个因素：在普通法程序中，最高行政法院不审查法官对行政部门是否存在明显评估错误的评估（行政法院，1994 年 11 月 18 日，*Société "Clichy Dépannage", Leçon*, 第 505 页：行政上诉法院在驳回关于评估明显错误的抗辩时，对案件事实进行了主权评估，在没有歪曲案件事实的情况下，该评估在最高上诉法院是不可讨论的）。由于临时救济法官只能在“明显”不合法的情况下行使权力，人们可能希望通过类比，将为“明显”评估错误找到的解决方案扩展到第 L.521-2 条规定的程序中。然而，这样做会混淆这两个概念之间的区别：在普通法程序中，明显的性质是评估错误的性质；而在第 L.521-2 条中，这一性质是与所犯的违法行为相联系的。

1739 见上文第 278-279 节。

1740 见 P. CASSIA, 前注，第 319 页，以及作者在注 65 中引用的例子。

1741 CE, Sect. 28 February 2001, *Casanovas, Lebon* p. 108.

1742 CE, 2004 年 10 月 4 日，*Société Mona Lisa investissements et autres, Lebon* 第 362 页。

取申请人要求的措施，即下令行政当局登记其领土庇护申请¹⁷⁴³。对正确适用庇护条件的法律错误的审查有时会涉及对评估的审查¹⁷⁴⁴。例如，在 *Aguillon* 案的判决中，法国最高法院指责法官对过分限制罢工权的措施与保护公众健康的目标是否相称进行了错误的评估。最高行政法院认为，法官在法律上犯了一个错误，即没有将这一措施视为对罢工权¹⁷⁴⁵的严重和明显的非法侵犯。其次，更普遍的是，最高上诉法院认可临时救济法官在解释适用文本时推理的缺陷。在 *Stéphaur* 案中，他谴责了在本案情况下适用《法国建筑与住房法》第 L. 613-3 条规定的暂停令（1746）。临时救济法官也犯了法律错误，他认为外国未成年人不能依靠《欧洲人权公约》第 8 条的规定¹⁷⁴⁷，或指出司法部长拒绝法国协助确保被其父母一方带到国外的儿童返回，构成国际关系行为，不受任何司法审查¹⁷⁴⁸。对适用文本的解释错误也可能涉及管辖权规则。例如，最高行政法院指出，难民上诉委员会的管辖权不包括与法国难民和无国籍人保护局局长拒绝登记庇护申请有关的争端。因此，这些争议必须根据普通法提交行政法院；临时救济法官宣布自己无权审理这些争议，这在法律上是错误的¹⁷⁴⁹。

C. 最高上诉法院的裁决

418. 在审查了支持上诉的论据后，最高上诉法院要么允许上诉，要么驳回上诉。

如果没有上诉理由，最高行政法院则驳回上诉。在上诉理由充分的情况下，如果案情允许最高上诉法院以自己的理由取代上诉理由，且取代的依据是相同的事实，则上诉仍可被驳回。因此，在 *Soares dos Santos* 案中，上诉法院指出，由于向第一位法官提交的材料超出了临时救济法官的管辖范围，“这一理由不涉及对任何事实情况的评估，必须取代有争议的命令所采用的理由，其执行部分证明是合理的”¹⁷⁵⁰。在 *Fojana* 案的判决中，最高行政法院在驳回对临时救济事项中的分类命令提出的上诉时，以案件的情况没有显示受公法管辖的法律实体在行使其某项权力时严重和明显地非法侵犯基

¹⁷⁴³ CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页。同上, 见 CE, 2003 年 11 月 3 日, *Kobanda Doro*, 第 258322 号。

¹⁷⁴⁴ 这与政府专员 Didier Chauvaux 在 2000 年 6 月 30 日的改革首次实施时所采取的立场是一致的。他使用了一个笼统的说法：“总的来说，当初审法院认为对基本自由的侵犯并不明显违法时，它就会作出主权评估”（D. CHAUVAUX, concl. on CE, 2001 年 2 月 16 日, *Breucq*, RFD 2001, 第 672 页）。

¹⁷⁴⁵ CE, 2003 年 12 月 9 日, *Aguillon et autres, Lebon* 第 497 页。

¹⁷⁴⁶ CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* 第 117 页。第 L.613-3 条规定，如果被命令驱逐的人已依法进入房舍，则不适用暂停执行驱逐措施的规定。在本案中，寮屋居民是依法进入房屋的，这一点没有争议。临时救济法官以警方拒绝提供协助“考虑到其发生的时间”并不明显违法这一事实为依据，错误地适用了第 L. 613-3 条的规定，使其命令因法律错误而无效。

¹⁷⁴⁷ CE, 6 December 2004, *El Akrae*, no.

¹⁷⁴⁸ CE, 4 February 2005, *Karrer, Lebon T.* p. 1033。它无视最高行政法院的判例法，根据该判例法，根据 1980 年 10 月 25 日《国际儿童拐骗事件的民事问题海牙公约》的规定可能采取的行动不构成政府行为（行政法院，1999 年 6 月 30 日, *Guichard, Lebon*, 第 218 页）。

¹⁷⁴⁹ CE, 2005 年 3 月 9 日, *Moinuddin, Lebon T.* 第 805 页, 第 921 页。

¹⁷⁵⁰ CE, 8 August 2001, *Soares dos Santos*, no.

本自由这一事实为依据，取代了临时救济法官提出的理由¹⁷⁵¹。在2002年11月29日对 *Arakino* 案的裁决中，最高行政法院为了避免对受教育权是否构成基本自由作出裁决，采用了替换理由的做法。临时救济法官驳回了一项请求，即暂缓执行一所中学对该校一名学生下达的永久开除令。法官注意到受教育权受到侵犯，并将其描述为一项基本自由，他驳回了对有争议的裁决提出的所有法律论据。为了避免就基本自由的存在做出裁决，理事会声称“以纪律为由将学生排除在中学之外的措施不能被视为侵犯基本自由；因此，Arakino先生的请求不属于基本自由的范畴”。Arakino不属于《行政司法法典》第L.521-2条的范围；这一理由并不意味着对任何事实情况的评估，必须取代有争议的命令所使用的理由，这在法律上证明了执行部分的合理性¹⁷⁵²。

如果抗辩理由充分，最高上诉法院法官可全部或部分废除分类命令¹⁷⁵³。在“重申自由”的情况下，最高行政法院根据第L.821-2条的规定，为了司法的正常进行而系统地参考案件¹⁷⁵⁴。这是完全可以理解的，因为就其本质而言，有关问题必须尽快解决。这一解决方案避免了因将案件发回给新法官而延误诉讼。

419. 如果申请通过了筛选程序，即具有足够的严肃性，则会在公开听证会后48小时内提交调查机构做出决定¹⁷⁵⁵。

第3节. 重大利益索赔的48小时判决

¹⁷⁵¹ CE, 2002年5月22日, *Fofana et autres, Lebon* 第175页。

¹⁷⁵² CE, 2002年11月29日, *Arakino, Lebon* 第422页。

¹⁷⁵³ 关于整个分类令的废除, 见CE, 2002年6月12日, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* 第215页, *AJDA* 2002, 第590-592页, 编年史。F. DONNAT和D.

CASAS。行政法院的临时救济法官没有提及向其提交的某些材料。撤销原判法院本可以像往常一样, 只要原告提交的其他材料得到正确和充分的引用, 就可

以将自己限制在部分撤销原判的范围内。然而, 出于两个原因, 该案被全部驳回。一方面, 遗漏涉及申请人的主要事件: 这一因素可能会加剧有关违规行为的范

围, 从而扩大撤销的可能范围。另一方面, 完全撤销原判本来可以充分解决本案中令人感兴趣的法律问题(见F. DONNAT和D. CASAS, 前注, 第591页)。

¹⁷⁵⁴

只有一个案件在撤销原判后未被提交, 但这一解决办法是由案件的特殊情况决定的。行政法院将提交给它的撤销诉讼解释为执行第L.521-2

条规定的申请。在撤销了对该申请作出错误裁决的临时救济法官的决定后, 理事会自然必须将案件发回行政法院, 由行政法院根据案情作出裁决(行政法院, 2001年5月23日, *Baudoin, Lebon T.* 第1135页)。

¹⁷⁵⁵

一般情况下, 临时救济法官会在同一天内就分类问题做出决定。如果他选择这种方式, 通常会在第二天作出裁决。如果他选择公开审理, 他将在同一天启动辩论式审理, 向临时救济办公室提供诉讼程序时间表, 由临时救济办公室将其传达给各方当事人, 并说明提出申请和答辩的最后期限。当临时救济法官选择这一途径并传唤行政管理部

门时, 行政管理部就会知道申请没有根据第L. 522-3条被驳回, 因此可能会出现严重问题。因此, 它采取了必要的措施, 组织辩护, 有时甚至在开庭前让申请人满意(见下文第468-471段)。

420. 立法者要求，如果临时救济申请在排序阶段未被驳回，则应在 48 小时内进行审理。考虑到这一要求，法官在听取双方意见并举行公开听证会后，会在申请提交后的几天内就申请的是非曲直做出裁决。如果有证据表明某项基本自由受到严重和明显的非法侵犯，临时救济法官可以选择加快其裁决的生效日期。

I.48 小时裁决期

421. 由于简易程序旨在打击的情况十分严重，法律要求法官在 48 小时内审查据此提交给他的申请。规定如此短的判决期限意味着必须从根本上加快调查速度。

A. 因事态严重而力求简洁

422. 法院作出裁决的期限取决于每个案件的性质和特殊性¹⁷⁵⁶。当公共当局被指控严重和明显非法侵犯基本自由时，审理上诉的时限必须尽可能短¹⁷⁵⁷。在实践中可以看到，情况的严重性往往导致有义务在极短的时间内做出裁决。例如，当行政法庭庭长受理涉嫌损害公共或个人自由的行为时，法律要求他在 48 小时内做出裁决（《地方当局普通法典》第 L. 2131-6 条第 5 款）。同样，当个人指控行政行为时，民事法官在简易程序中必须在提出请求后几天甚至几小时内做出裁决。

就临时救济而言，立法机构并不满足于笼统地要求法院迅速或在短时间内作出裁决。立法机关本身以一种既精确又具有指令性的方式，抽象地评估了当一个人认为自己是严重和明显非法侵犯其基本自由行为的受害者时，法院应在多长时间内进行干预。立法机关认为，在这种情况下，有关情况在提出申请后不能超过两天，因此在第 L.521-2 条中增加了一句话：“临时救济法官应在 48 小时内作出裁决”。

这项义务并未出现在政府提交的法案中。该案文并未对临时救济法官规定任何具体时限：第 1^{er} 条（现为第 L.511-1 条）的一般规定仅要求临时救济法官“尽快”做出裁决。参议院一读通过了一项修正案，要求最高行政法院的临时救济法官以临时救济案件上诉法官的身份在 48 小时内作出裁决¹⁷⁵⁸。为了与上诉时限相协调，并保持与“d'étéliberté”程序的类比性，该义务在二读时扩展至初审法官¹⁷⁵⁹。

¹⁷⁵⁶ 关于在确定各类争端的合理诉讼时间时应考虑的因素，见 M.-A. FRISON-ROCHE, "Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure", in *Le temps dans la procédure* (J.-M. COULON and M.-A. FRISON-ROCHE dir.), Dalloz, 1996, pp.

¹⁷⁵⁷ 在制定权力下放法律时，由于需要迅速（如果不是立即）做出反应，因此提出了在自由领域暂停上诉的想法。沙巴诺尔总统指出，“在这些问题上，中止上诉似乎是有效维护公共自由的唯一手段”（D. CHABANOL, “权力下放与行政法官”，*AJDA*, 1983 年，第 73 页）。尽管这一建议是为了立即制止对自由的侵犯，但由于它过于全面--因为几乎所有的行政诉讼都可被视为涉及自由--而未被采纳。

¹⁷⁵⁸ *JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p. 3755.

¹⁷⁵⁹ *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869. 政府支持通过该修正案，认为该提案“无论是从正在讨论的文本的角度来看都是一致的，因

特别值得注意的是判决时限的设定,尤其是如此短的判决时限。这不仅背离了法官原则上有权决定案件调查和审判期限的规则¹⁷⁶⁰,而且规定的期限也非常短¹⁷⁶¹。正如Chapus先生所指出的,"在这一程序中通过立法条款专门规定时限这一事实完全表明了临时保护程序的构思方式"¹⁷⁶²。在Cassia和Béal先生看来,这"是第L.521-2条规定的程序的特殊性的表现之一,而且可能是最具象征意义的表现"。¹⁷⁶³

423. 法官对法定时限有什么权力? 严格来说,立法机构规定的时限在逻辑上必须被视为具有约束力。但是,在法律没有明确规定处罚的情况下,行政法官只承认其具有指示或激励作用。

最高行政法院认为,判决时限的设定从来都不具有约束力,法院也从来都没有义务在时限到期之前做出判决。"尽管立法者希望在法律条文规定的期限内对案件作出紧急判决,但法官承认他拥有不在期限内作出判决的主权,因此,当他不纯粹和简单地忽视立法者对紧急性的评估时,他对紧急性的评估优先于立法者的评估"¹⁷⁶⁴。在临时救济(référé-liberté)方面,行政法官的这一一贯立场¹⁷⁶⁵

为上诉法官已经规定了这一时限,而且从地方分权法所产生的自由问题的地方转介的角度来看也是一致的"(E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, 2000年3月22日公约与建议委员会会议,第863页)。

¹⁷⁶⁰ 通常情况下,有关行政法院诉讼程序的文本没有规定行政法院对提交给它们的上诉做出裁决的任何时限。原则上,行政法院拥有决定案件开庭日期的自由裁量权。因此,立法机构规定法院必须在定期限内对争议做出裁决的情况属于例外。正如M. Dugrip所说,"立法机关只有在保留最大限度的情况下才会对法院规定时限"(O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 31)。在有时限的情况下,这些时限可能长短不一,从几个月到几个小时不等。根据1978年7月17日法令第7条,行政法院在受理针对拒绝传达行政文件的诉讼申诉时,必须在申请登记后6个月内作出裁决(参见D. CHABANOL在里昂行政法院1981年4月30日和5月7日的七种判决下的注释, *AJDA* 1982年,第94页;以及里昂行政法院1982年1月7日, *Bertin c/ Ministre de la Défense*, *AJDA* 1982年,第523页, H. MAISL的注释)。MAISL)。就 référé-précontractuel 而言,《行政司法法典》第L.551-1条规定法官应在20天内作出裁决(见C. BERGEAL, "Référé en matière de passation des contrats et marchés", 《行政司法》, *Jcl.Jcl. Justice administrative*, fasc. 55 (11, 2001), no.) 行政法院院长必须在15天内对市政当局就灾害或灾难后征用情况下的损害赔偿请求所做的明示或默示决定提出的上诉做出裁决(见O. DUGRIP, *前引书*, 第31页)。在选举问题上,时限往往被限制在几天之内。因此,行政法官对选举筹备工作的规范性和地方当局议事机构的选举结果做出裁决的统一期限为3天(见O. DUGRIP, *同前*, 第33-37页)。

¹⁷⁶¹ 受到如此短时限限制的案件很少见。从数量上看,最重要的是递解出境案件,法官必须在"自法院登记处登记申请之时起"的48小时内做出裁决(《行政司法法典》第R.776-9条)。还应提及其他程序。这些程序在诉讼中只占很小的比例,是由省当局(根据《城市规划法》第L.421-9条提出的"城市化"、"城市防卫")或巴黎、里昂和马赛市长提出的某些申请(关于这些程序,参见R.D'HAEM, *Le juge unique administratif*, thesis Paris II, 2001, pp.96-107)。

¹⁷⁶² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1592.

¹⁷⁶³ P. CASSIA and A. BEAL, note sous CE, ord. BEAL, note sous CE, ord. 18 February 2003, *Commune de Pertuis*, *AJDA* 2003, p. 1174.

¹⁷⁶⁴ O. DUGRIP, *同前*, 第74页。

¹⁷⁶⁵ 这一判例由来已久(参见CE, Sect., 1^{er} février 1946, *Roux, Lebon* 第30页),并适用于所有案件。例如,最高行政法院认为,在《城市规划法》第L.421-9

。不过，临时救济法官最初似乎承认48小时裁决期限的紧迫性。他在2001年1月30日的命令中指出，收到完整上诉卷宗的日期“构成赋予最高行政法院裁决时限的起点”¹⁷⁶⁶。提到时限的起点似乎意味着承认其约束力。事实上，只有当法官承认时限具有法律效力并认为自己必须遵守时限，提及时限的计算才有意义。最高行政法院的临时救济法官在2001年9月27日的裁决中确认了这一解释。他指出，“雷恩行政法院的临时救济法官（……）是根据上述《行政司法法典》第L. 521-2条的规定行事的，该条要求他在48小时内作出裁决（……）”¹⁷⁶⁷。这一解决方案甚至得到了一个法官小组的认可，在2001年7月27日的一项决定中，行政法院确认法律“要求临时救济法官在48小时内作出裁决”¹⁷⁶⁸。承认判决时限的约束性符合文本的文字和立法机构的意图。特别是，司法部长指出，48小时的时限不是如参议院立法委员会所希望的那样，在紧急法官做出选择后就“开始计算”，而是从登记申请开始计算¹⁷⁶⁹。同样，只有在时限具有约束力的情况下，提及计算时限的规则才有意义。但随后，法院明确认为第L. 521-2条规定的时限是指示性的。他使用经典公式指出，时限“不是以无效为条件而规定的”¹⁷⁷⁰，或者“不是以法院被解除管辖权或所做判决无效为条件而强加的”¹⁷⁷¹。

正如Dugrip先生所指出的，为解释或证明这一判例法的合理性而提出的论据很难经得起分析。拒绝承认法定时限的约束力“与法律的文字和精神相悖”¹⁷⁷²。首先，设定判决时限不符合法官指导调查的自由裁量权¹⁷⁷³。在这种情况下，固定判决时限的存在并不影响法院指导调查和评估案件何时准备就绪的权力：它只是以行政法院根据立法采取必要措施确保案件在立法机构要求的时间准备就绪为前提。其次，判决时限只有在过期会产生后果的情况下才具有权威性，即法律明文规定了对超

条规定的行政法院对暂缓执行规划许可的申请作出裁决的一个月期限届满后作出的判决不因违规而失效（CE，1988年4月22日，*蒙彼利埃国家遗产保护委员会*，*Lebon T.*第956

页）。同样，不遵守给审理临时禁令申请的法官规定的20天期限也不会导致法官被解除管辖权

（CE，Sect.，1995年11月3日，*District de l'agglomération nancéienne*，*Lebon*，第391页）或导致其裁决不合规

（CE，1999年7月2日，*SA Bouygues*，*Lebon*，第941页）。至于给驱逐法官的48

小时期限，由于它被认为是指示性的，因此没有规定，否则决定无效（CE，1980年7月6日，*Préfet des Hauts-de-Seine c/ Korchi*，*Lebon T.*第778页和第904页）。

1766 CE, ord.2001年1月30日，*Tauraatua*，第229418号。

1767 CE, ord. 27 September 2001, *Guegueniat*, no.

1768 CE, 2001年7月27日，*Haddad*，第231889号。

1769 E. GUIGOU, *JO déb. Sénat*, CR séance 22 février 2000, p. 869.

1770 CE, ord.2002年6月19日，*Hoffer*，第247884号。

1771 申请人无权辩称有争议的命令“失效”，因为该命令是在其申请登记的48小时期限届满后几分钟才下达的。

1772 O.DUGRIP, *同前*，第74页。

1773 见 CE，1983年11月18日，*Delord* 等人，由 O. DUGRIP 引用，*同前*，第74页。最高行政法院指出，“应由行政法院（……）对案件进行调查，并评估案件何时可以开庭审理；因此，行政法院（……）应在上述法律规定（……）的一个月期限届满之前作出裁决的论点无论如何都不能接受”。

过时限的处罚¹⁷⁷⁴。否则,最高行政法院认为"这是一个(……)简单的时限问题"¹⁷⁷⁵。不过,应当指出的是,即使立法者没有规定处罚,但规定时限的法律规则仍具有真正的法律意义;处罚只是加强了法律时限的效力,但绝不是其合法性的条件。第三,优先审理某些类别的案件会拖延其他争议的审理。在此必须再次指出的是,这种影响无论多么令人遗憾,都不能成为取消立法机关意欲在此类案件的排期中引入优先权的规定的理由。因此,最高行政法院为否认判决时限的约束力而提出的法律论据略显薄弱。尽管如此,行政法官认为法定的判决期限对¹⁷⁷⁶没有影响。

在这种情况下,尽管行政法官只承认立法者规定的时限的指示性权威,但他对这些时限特别敏感,并尽可能努力遵守这些时限¹⁷⁷⁷。这一愿望在《行政司法法典》第 L. 521-2 条中得到了体现,临时救济法官将在极短的时间内对据此提交给他的申请作出裁决作为一种荣誉。当情况需要临时救济法官迅速介入时,他或她一般会遵守 48 小时的裁决时限。无论如何,审查一份申请所需的时间绝不会

1774

在有规定的情况下,制裁的形式要么是法院放弃管辖权,要么是默许所请求的措施。在第一种情况下,如果超过了时限,法院将放弃管辖权,由更高一级的法院作为一审法院对争议作出裁决(见 O. DUGRIP, 前引书,第 83-84

页)。第二种制裁是对法官的沉默施加影响,即引发默示判决。不遵守时限可能导致默示接受申请人的请求(参见 O. DUGRIP, 前引书,第 82-83

页),或者更罕见的是默示拒绝请求。法官在简易税务诉讼中保持沉默的情况也是如此。法官必须在一个月内在对纳税人提供的担保的价值做出裁决。如果在此期间未做出任何决定,法官将被解除管辖权并驳回申请(O. DUGRIP, 同前,第 187-188 页)。

1775 Concl. THERY on CE, 31 January 1975, *Union régionale de Rouen de la CGC*, *AJDA* 1975, p. 448.

1776

期限届满、管辖惯性和法官的沉默都没有意义。除非法律另有规定,否则超过时限并不会用尽法官的司法权。如果法律没有规定超过时限的后果,则争议的解决在判决之前暂停,只有判决才能结束诉讼。法院有足够的时间作出判决,一旦期限届满,法院仍有权作出裁决(行政法院,1972年2月2

日,里尔第二大学牙科学院第一学院院长选举, *Lebon*, 第 105 页;行政法院,1980年5月23

日, *Lemaire*, *Lebon*, 第 241 页)。即使文本中提到的期限已过,案件受理法院仍会做出裁决。

1777 1990年1月31日,马索-

朗总统就递解出境程序向行政法院法官发出的照会尤为重要。最高行政法院副院长指出,"履行立法机关规定的在'极短'期限内作出裁决的义务,是评判行政法院是否有效的标准之一。因此,遵守这一期限至关重要"(J.-P.

Denizet 在"Les reconduites à la frontière"中引用的注释, *LPA* 2001年3月14日,第 52 期,第 12

页)。另一方面,行政法院对判决时限确实存在敌意,因为在不影响判决质量的情况下,判决时限客观上是不可能达到的。《城市规划法》第 L.421-9

条就证明了这一点,该条规定将加速中止程序的适用范围扩大到国家、市政当局或市政间合作公共机构提出的中止执行申请。拉贝图勒庭长认为这一规定"不切实际":"法院在审理与建筑许可有关的索赔时,如何能在 48 小时内获得土地使用规划文本,并据此评估许可的合法性,进行对抗性调

查(在这一领域,由于事物的性质,调查需要时间),并最终做出判决?在这一领域, 48

小时的时限(……)完全不符合公正原则"(D. Labetoulle, "Le contentieux du nouveau droit de l'urbanisme: analyse prospective", 载于 *Le nouveau droit de l'urbanisme*, Sirey, 1984 年,第 101-122 页,特别第 118-119

页)。不出所料,行政审判庭庭长认为该条款"既没有修改 1982 年 3 月 2 日法律第 3 条第 4

款规定的条件的目的,也没有修改这些条件的效果",因此拒绝将该程序适用于省长在该领域提交的暂缓执行申请(CE, ord.1985 年 1 月 10 日,普瓦图-夏朗德省省长命令, *AJDA* 1985, 第 366 页,注释 H. Perinet-Marquet)。

超过几天。一审作出裁决的平均时间约为五天。大多数申请的处理时间不超过三天。申请人保证最迟在一周内得到答复。这种快速答复是程序效率的保证。对法官而言，在申请登记后极短的时间内做出裁决的义务意味着必须将以此为基础提交的申请作为一个极其紧急的事项来处理。

B. 对极速需求的适应

424. 为了使临时救济法官能够在完整卷宗的基础上迅速做出裁决，他必须在很短的时间内组织有效的调查。由于必须在 48 小时内作出裁决，他不能牺牲信息的质量，也不能无视矛盾的要求。正如戈欣先生所说，“矛盾和紧迫不是对立的，而是必须调和的”¹⁷⁷⁸。《行政司法法典》第 L.5 条规定了抗辩式诉讼的原则，明确指出“矛盾性的要求与紧急性的要求相适应”。临时救济法官必须根据这一原则对申请进行审查，这意味着承认并安排当事人的知情权和答辩权。

425. 为了调和这些相互矛盾的要求，最高行政法院的工作小组认为，“只有在举行公开听证，对各方的论点进行比较的情况下，某些请求才能作为极端紧急事项处理”¹⁷⁷⁹。因此，《行政司法法典》第 L.522-1 条第 1 款引入了必要的灵活性，规定法官应“在书面或口头辩论程序结束时”作出裁决。口头程序使法官和各方都能了解情况，同时调查也能迅速进行。它使“程序的对抗性质比任何书面程序更快地得到尊重，法官更充分地了解将要采取的措施”¹⁷⁸⁰。口头听证的引入是这一领域的一项重大创新¹⁷⁸¹；它鼓励法官以最快的速度采取行动。

426. 在听证之前，对他提出的唯一要求是将申诉书送交被告¹⁷⁸²。至于其他事项，则完全可以在听证会上进行。因此，一旦索赔声明被接受并传达给被告，听证就可以纯粹以口头形式进行。

调查从交换书面诉状开始；调查在听证会上继续进行，有时在很大程度上是这样。不过，即使口头听证的比例大幅增加，书面材料也没有从程序中完全消失。不仅只能通过书面申请的方式进行转

¹⁷⁷⁸ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 258.

¹⁷⁷⁹ “国务委员会紧急程序工作组的报告”，*RFDA* 2000，第 950 页。

¹⁷⁸⁰ 同上。

¹⁷⁸¹ 在以前的法律状态下，令人遗憾的是，行政临时救济法官经常是“在傍晚时分，在他的内庭秘密地根据双方交换的两三份书面文件作出裁决”（A. LYON-CAEN, *Intervention au débat "Le justiciable, le juge administratif et le temps"*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, PUG, 1995, p.338）。事实上，在有争议的行政诉讼中，尽管口头诉讼在边境递解出境诉讼中得到了成功运用，但口头诉讼所起的作用仍然微不足道，包括在紧急诉讼中（见 V. HAIM, “L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse”，*AJDA*, 1996 年，第 715-720 页）。关于对该程序纯粹书面性质的批评，特别是该程序切断了法官与申请人的任何实际接触，见 A. MARION（笔名），“Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier”，*Pouvoirs* 第 46 期，1988 年，第 21-34 页，特别第 33 页。

¹⁷⁸²

根据已多次重复的判例法公式，“简易命令是按照与请求的性质和确保迅速裁决的需要相适应的特定程序作出的”（行政法院，1972 年 4 月 19 日，上卢瓦尔省，*Lebon* 第 297

页）。因此，最高行政法院认为，将申请转交被告足以保证程序的对抗性。临时救济法官没有义务将被告针对申请通知提出的意见告知申请人。同理，见 CE, 9 March 1979, *Ferga*, *Lebon* T. p. 889; CE, 15 February 1989, *Port autonome de Dunkerke*, *Lebon* T. p. 899; CE, 1^{er} October 1993, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, *Lebon* T. p. 952.

介,而且还必须在举行公开听证之前将书面申请送交行政部门。因此,不能说2000年6月30日法令引入的程序"可以完全以口头形式进行"1783。最后,需要指出的是,法官必须完全根据"各方提交的材料和公开听证期间收集的信息"作出裁决;鉴于48小时的裁决时限,法官不能下令采纳某一方建议的专家意见1784。

II.明确指示

427.一旦安排了听证并传唤了各方,通常会在听证前交换书面意见。听证会在结束前不会结束。

A.调查的初步阶段

428.当临时救济法官认为申请值得审理时,即申请未被筛选程序驳回时,他会根据申请的情况,并在从申请人或其律师处获得任何补充信息后,确定公开审理的日期和时间。除安排听证会外,法官还确定程序的其他方面,如提交诉状的最后期限。这种程序安排对行政法院来说是新的1785。它确保了程序的明确性和当事人的知情权,这也是行政法院工作组1786的目标。诉讼各方可以知道他们的案件何时结案,当他们指控基本自由受到侵犯时,法官在满足结案条件的情况下何时可以结案。

429.一旦确定了程序时间表,就必须完成两项手续。

首先,第R.522-4条要求临时救济法官立即将申请书送达被告,并为被告的答辩设定极短的时限。原则上,有义务通知启动诉讼程序的申请,并规定答复的时限。在未通知被告并给予其发表意见的机会(如有必要,被告可在听证会上发表意见)的情况下,不得定期规定任何措施。只要通过1787发送申请,就可以满足矛盾的要求,鉴于事情紧急,可以通过传真发送。另一方面,法院不得在被告提交意见的期限届满之前做出裁决1788。R.522-4条规定,必须"严格遵守"规定的时限,否则案件

1783 M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", *RFDA* 2000, p. 978。正如 Richer 教授所指出的, "纯粹的口头诉讼是指法院仅通过出庭来审理案件,在听证会上提出并讨论论点,并在听证会上宣读判决" (L. RICHER, "L'instance de référé d'urgence", *RFDA* 2002, 第 270 页)。

1784 CE, ord. 25 April 2002, *Société Saria Industries, Lebon* p. 155。这种措施显然不符合第 L.521-2 条所规定的极短的判决期限。

1785 1997 年 5 月 29 日的法令规定,行政法院可以选择在当事人提出申请时将听证会的日期通知当事人。然而,这仍然只是法官的一种选择,如果法官不加以利用,当事人就会处于不确定的状态(见《行政司法法典》第 R.611-11 和 R.611-18 条)。

1786 为了让申请人更清楚地了解诉讼过程,工作组"强调了诉讼当事人了解法院审理争议的日期和作出裁决的日期的重要性"(报告第 944 页)。在紧急诉讼中,对信息的需求尤为迫切"(报告,第 944 页)。

1787 见上文第 426 节。

1788 正如自由裁量权法官所言,"只有在这一期限届满时,他才能在没有此类意见的情况下定期作出裁决"(行政法院,1999 年 7 月 13 日法令, *Monétier-les-Bains 市, Lebon* 第 246 页)。

将被驳回，无需正式通知。1789

其次，第 R.522-6 条规定，“应立即以任何方式传唤当事人参加听证”。在实践中，1790，是通过传真和电话¹⁷⁹¹。鉴于法官有 48 小时的裁决时限，当事人没有理由抱怨为他们规定的时限太短。因此，可以有效地传唤行政部门在传票发出的第二天举行听证¹⁷⁹²。同样，当法官决定在申请人提出申请的第二天举行听证时，申请人也不能以违反抗辩原则为由提出申诉¹⁷⁹³。最高行政法院裁定，上诉法官可以传唤被告参加当天下午举行的听证会¹⁷⁹⁴。虽然通知期的极端短暂性并不影响法官必须

1789 因此，在 *Caçe*

案的命令中，即使行政部门没有提出任何书面意见，也没有派代表出席听证会，法官仍能作出有用的裁决（CE，2002 年 3 月 22 日命令，*Ministre de la Justice c/ Caçe, Lebon T.p.852*）。

1790 由于第 R.522-6 条仅提及

“当事人”，因此不必传唤第三方，特别是参加诉讼者参加审理。然而，临时救济法官可以自由传唤任何有关当事人参加听证。在 *Tibéri* 案中，他不仅传唤了争议的直接当事方 Jean Tibéri 和音像高级理事会，而且还传唤了与解决争议间接相关的人：Canal +（组织电视对决的频道）和受该频道邀请参加对决的两名候选人（Seguin 先生和 Delanoë 先生）。后者没有出席听证会，但在其书面意见中表示，他们将听从最高行政法院的意见（行政法院，2001 年 2 月 24 日命令，*Tibéri, Lebon* 第 85 页）。

1791 由于递解出境诉讼，行政诉讼程序中引入了这些非正式程序。《行政司法法典》第 R.776-10 条规定，“必须以任何方式将听证的日期、时间和地点通知当事人”。在该程序中，电话传唤的可能性已被接受（行政法院，1999 年 3 月 31 日，*Ba, Lebon T.* 第 829 页）。

1792 CE, ord. 22 March 2002, *Ministre de la Justice c/ Caçe, Lebon T.* p.

852.考虑到所受理申请的事由及其必须做出决定的时限，第一审法官于 2002 年 3 月 5 日向南特拘留中心传达了申请人的申请，并在传达时说明将于 2002 年 3 月 6 日下午 4 点举行听证会，从而正确地适用了 R.222-6

条的规定。法官明确指出，“应由管理部门采取一切必要措施确保其辩护”。由于行政管理部对没有派代表出席听证会负有全部责任，因此它无法辩称有争议的命令是由于不符合规定的程序而下达的。应该指出的是，根据以前的法律，有关简易程序的判例法认为给予被告两天的时间对申请进行答辩是不够的（CE，1989 年 4 月 28 日，*GP 1989* 年 7 月 21 日，第 3 页）。同样的情况也适用于暂缓执行，在这种情况下，无论情况多么紧急，两天的通知期都不能缩短（行政法院，1977 年 5 月 11 日，*Melki 博士*，1977 年受理，第 236 号；RDP，1978 年，第 293 页）。有关递解出境的诉讼将再次推翻这些规则。例如，鉴于法官作出裁决的时间极短，最高行政法院同意在前一天传唤行政部门，第二天再传唤（行政法院，1992 年 2 月 14 日，*Vaz, Lebon T.*，第 982 页和第 1179 页；行政法院，1999 年 3 月 31 日，*Ba*，同上）。

1793 CE, ord.2003 年 10 月 10 日，*Sagnard*，第 260867 号。该案于 2003 年 9 月 18

日提交行政法院临时救济法官，该法官于 9 月 19 日举行了公开听证，并在听证会结束时做出了裁决。在上诉法官面前，申请人辩称，他未能对警察局长提交的辩护状作出答复，而且他只是在前一天才接到听证会的通知，因此无法出席。最高行政法院的临时救济法官裁定，由于相关方已被告知公开听证的日期和时间，“他有责任出席，以便熟悉警察局长当天提出的意见，并在临时救济法官面前进行讨论；由于他没有这样做，他没有理由声称程序的对抗性被忽视了”。

1794 Cergy-Pontoise 行政法院的临时救济法官根据 Haddad

先生提出的临时救济申请，宣布巴黎第八大学校长的决定无效。该公共机构提出的上诉已通知 Haddad

在 48 小时内做出裁决的程序的合法性，但当务之急是传唤当事人参加听证会。1795

430. 根据《行政司法法典》第 R. 522-7 条的规定，一旦将申请通知被告并传唤各方参加公开听证，案件就可以开庭审理了。临时救济法官在向被告发送申请以便其进行答辩后，没有义务向申请人发送其在答辩中提出的意见¹⁷⁹⁶。但是，如果法官决定发送答辩书，即使他没有义务这样做，原告答辩时间的短长也不会影响程序的正常性¹⁷⁹⁷。因此，法院可以自由地超越向被告递交诉讼请求书的最低要求，尽管法院没有义务这样做，但可以在公开审理之前向每一方递交另一方递交的案件陈述书¹⁷⁹⁸。无论被告行政部门提出书面意见的时间长短¹⁷⁹⁹，该程序都是合乎规定的，因为无论如何，它都不需要提出书面意见，并可在听证会上阐述其所有论点。1800

但在实践中，行政当局通常会遵守简易程序办公室规定的提出书面意见的期限。这样，申请人就有机会阅读这些意见，并在必要时在开庭前作出答复。在开庭前的很短时间内，双方当事人可以交换多份书面意见；在几小时内提出并答复对方当事人的论点的情况并不少见。这使得在简易听证之

先生，他于 2001 年 1 月 24 日上午 9 时 47 分被传真传唤，参加定于当天下午 4 时举行的听证会。上诉法官撤销了初审法官的命令（CE，2001 年 1 月 24 日命令，*巴黎第八大学*，*Vincennes Saint-Denis, Lebon*，第 37 页）。Haddad

先生对这一命令提出异议，质疑给他陈述意见的时间太短。行政法院驳回了这一论点：“鉴于《行政司法法典》第 L.523-1 条规定临时救济法官必须在 48

小时内作出裁决，因此必须驳回关于无视抗辩程序原则的论点”（行政法院，2001 年 7 月 27 日，*Haddad*，第 231889 号）。

1795 最高行政法院临时救济法官对未召开中央行政当局会议的行为进行了制裁。见 CE, ord. 28 August 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Koujdil, Lebon T. p. 851*。Koujdil 先生向里昂行政法院临时救济法官提出申请，要求暂缓执行内政部长下令将其驱逐出法国领土的命令。临时救济上诉法官指出，“2002 年 8 月 13

日批准这一请求的命令是在部长没有受到质疑的情况下作出的，因此是在不正常程序的基础上作出的，部长有权以此为由要求取消该命令，这是共同的理由”。

1796 CE, ord. 2005 年 6 月 3 日，*Olzibat, Lebon T. 第 776 页*，第 920 页：最高行政法院临时救济法官指出，“根据《刑事诉讼法》第 R.522-6 条第 1 款的要求”，已将申请通知被告；根据同一条第 2

款的要求，已传唤各方参加中间听证；第一法官在调查结束时结束了调查。在这些条件下，即使申请人在中间听证前没有收到省长的辩护词，诉讼的对抗性原则也得到了满足”。

1797 CE, 1999 年 3 月 22 日，*Soudain, Lebon* 第 87 页。事实上，对临时救济法官进行制裁是毫无意义的，因为他为了原告的利益进行了选择性沟通。

1798 在资料局的监督下通过传真传送。

1799 参见 CE, ord. 22 March 2001, *Commune d'Eragny-sur-Oise, Lebon T. p. 1134*。法官指出，“考虑到临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条作出裁决的期限，瓦勒内省省长在其裁决书中未对临时救济法官的裁决作出回应。《行政司法法典》第 521-2 条，瓦勒德瓦兹省省长的答辩书是法院通过传真收到的，而且是在公开审理开始时收到的、无论法官为省长提供证据规定了多长的时限，“在临时救济法官面前的诉讼程序的对抗性并没有受到损害”。

1800 例如，见 CE, 2001 年 1 月 9 日法令，*Depertbes, Lebon* 第 1 页。行政当局在辩护中没有提出任何意见，但在听证当天，内政部代表出示了 1947 年 1 月 13 日的一项法令，为有争议的决定提供了法律依据。临时救济法官根据该文本得出结论，该决定并非明显非法。

前完成调查成为可能，从而使法官和各方都能更好地了解情况。与引入口头听证所代表的革命相比，听证程序中书面阶段的重要性不应被忽视或低估。这一阶段并没有消失：它并不纯粹是形式上的，仍然具有真正的重要性。由于法律规定临时救济法官有义务在分类程序未驳回申请的情况下举行听证，因此口头听证阶段对书面阶段进行了系统的补充。

B. 听证的口头阶段

431. 国务委员会的工作小组指出，"临时救济法官必须作出极为紧急的裁决时，必须举行公开听证"1801。《行政司法法典》第 L.522-1 条第 2 款规定，当法官根据第 L.521-2 条介入时，必须举行公开听证。通过要求临时救济法官在处理临时救济申请时举行听证会¹⁸⁰²，L. 522-1 条减损了以下原则，即临时救济法官"总是可以自由地对提交给他的每一份申请进行评估，以确定是否适宜传唤当事人并听取他们的意见"¹⁸⁰³。根据《行政司法法典》第 L. 6 条，听证会必须公开举行¹⁸⁰⁴。如果不公开举行听证会，随后的命令就不符合规定。

432. 公开听证是调查不可分割的一部分。《行政司法法典》第 R. 522-8 条规定，调查最早应在听证会结束时结束¹⁸⁰⁵。因此，各方都有机会提出论据、出示证件、澄清或重新陈述。

在临时救济听证中，"各方当事人可提出任何法律或事实抗辩"¹⁸⁰⁶。双方当事人可以提出全新的论点，即在书面诉状中没有提出或甚至没有提及的论点¹⁸⁰⁷。因此，法官最终采用的解决方案可能

1801 "国务委员会紧急程序工作组的报告"，*RFDA* 2000，第 950 页。

1802 这一规则也适用于中止程序。但它不适用于临时禁令（CE，2002 年 6 月 24 日，*滨海塞纳省*，*Lebon T.* 第 851 页，*RDI* 2002，第 406-407 页，J.-D.D.注释）。

1803 CE，19 February 1965，*Souris*，*Lebon T.* p. 1017。需要指出的是，作为该原则的例外情况，最高行政法院规定了在初步禁令（CE，1994 年 6 月 10 日，*Commune de Cabourg*，*Lebon p.301*，concl. S.LASVIGNES）和初步视听禁令（CE，1994 年 11 月 25 日，*Société La Cinq*，*Lebon p.511*）诉讼中举行听证的义务，因为可能下令采取的措施非常重要，而且法官介入的速度也很快。

1804 不过，请参见为保护患有严重神经紊乱的原告的隐私而举行的不公开审理：TA Marseille，2004 年 1 月 22 日命令，*Mme X*，第 04427/0 号。第 2004-1343 号法律第 57 条对法律进行了简化，在《行政司法法典》的立法部分增加了第 L.731-1 条，明确规定了这一可能性："通过减损第 L.6

条的规定，听证小组主席可作为例外情况决定在没有公众在场的情况下进行或继续进行听证，如果这是维护公共秩序或尊重个人隐私或受法律保护的秘密所必需的"。

1805 在根据普通法进行的诉讼中，调查原则上迟于听证前三天结束（《行政司法法典》第 R. 613-2 条）。因此，调查与口头阶段同时结束（第 R. 613-1 条）。在紧急简易程序中，口头听证之所以受到重视，是因为与普通规则相比，调查结束的日期被推迟了。

1806 CE，ord. 20 January 2005，*Commune de Saint-Cyprien*，*Lebon T.* p. 1022.关于质疑驱逐令的程序，见 CE，28 October 1991，*Aoulad Haj*，*Lebon T.* p. 1141；CE，29 November 1991，*Préfet de l'Aisne c/ Stryzowski*，*Lebon T.* p. 1118.

1807

这与通常适用于有争议的行政诉讼的规则大相径庭。事实上，在普通法诉讼中，判例法已经确定，没有任何立法或规章规定，也没有任何一般法律原则要求行政法官分析在公开听证会上提出的口头意见（行政长官，1965

是基于听证会上出现的论点。事实论据也可以在听证会上首次提出："只要这些论据与被批评的行政决定之前的事实有关，即使行政部门在作出这些决定之前并不知晓这些事实，也可以向法官提出这些因素进行对抗性辩论"¹⁸⁰⁸。在 *Sulaimanov* 案中，申请人因此能够在简易程序中详细说明他们在本国遭受迫害的风险，并消除当局对其车臣血统的怀疑。

双方还可以在听证期间提供其他文件，无论其数量或相关性如何。在 *Tibéri* 案中，临时救济法官在听证期间要求将 Canal + 公司向 Jean Tibéri 提出的节目技术细节文件添加到案件卷宗中，并要求临时救济法官助理立即将该文件传达给出席听证的各方¹⁸⁰⁹。

最后，听证会允许各方澄清其提交的材料。这使申请人能够重新陈述其最初的意见，从而避免因无视《行政司法法典》第 L. 511-1 条的规定而被驳回。因此，申请人可以声明，他所提交的禁令申请应被视为要求行政机关不签发所申请的签证，而是重新审查签证申请¹⁸¹⁰。申请人还可以对其提交的材料进行澄清，例如明确指出，寻求暂缓执行有争议命令的申请必须被理解为寻求撤销该命令¹⁸¹¹。申请人可以放弃某些呈件，例如要求支付预付款的呈件¹⁸¹²。他还可以增加新的呈件。¹⁸¹³

433. 公开审理不拘形式，其精神类似于民事诉讼程序¹⁸¹⁴。程序并不严肃。一般来说，临时救济法官对案件进行总结，听取各方的意见，并在必要时要求他们提供补充信息，以便对案件有尽可能全面的了解。当事各方（如果在场的话）也可以表达自己的意见，并实时交换意见。他们可以非正式地回答临时救济法官的问题，并口头陈述各自的立场。每一方都可以毫不拖延地对另一方的论点作出答复，法官将比较双方的立场。公开听证期间举行的辩论为法官提供了有关案件重要方面的具体信息，并使他能够获得书面诉状中所载信息之外的补充信息。临时救济法官可以听取任何有用或相关人员的意见。例如，在 *Tibéri* 案中，他指出 "Canal + 还在临时听证会之前和期间的各种信件中表示，Tibéri 先生和 Contassot 先生可以在第二天的同一时间发言 (.....)"¹⁸¹⁵。法官有

年 12 月 22 日，*Vialle, Lebon* 第 705 页)。

¹⁸⁰⁸ CE, ord. 25 March 2003, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* p. 146.

¹⁸⁰⁹ 见 P. CASSIA A.BEAL, "La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés. Bilan de jurisprudence (1^{er} January-28 February 2001)", *JCP G* 2001, I, 317, p. 929.

¹⁸¹⁰ CE, ord. 2005 年 2 月 18 日, *Launay 和 Benfdil*, 第 277579 号; 2005 年 3 月 25 日, CE, ord.

¹⁸¹¹ 行政长官, 2005 年 1 月 6 日命令, *Landu-Diambu*, 第 276105 号。

¹⁸¹² CE, ord. 2005 年 3 月 14 日, *Gollnisch, Lebon* 第 103 页。

¹⁸¹³ 例如见: CE, 2005 年 5 月 27 日法令, *国际监狱及其他观察组织法国分部, Lebon* 第 232 页。在简易程序听证会上, 申请人指出, 除了要求司法部长暂停执行有争议的决定外, 他们还要求司法部长根据简易程序法官命令中给出的理由, 重新考虑授权在监狱中组织关于 "欧洲宪法" 的辩论的可能性。

¹⁸¹⁴ 参见 B. MALIGNER 关于 2001 年 2 月 24 日 *Tibéri* 案听证会的报告 (见 *RFDA* 2001 年特刊第 644 页)。关于这个问题, 另见 G. GOUDOUIN, "L'oralité dans la procédure de référé", *RFDA* 2007, pp.

¹⁸¹⁵ CE, ord. 2001 年 2 月 24 日, *Tibéri, Lebon* 第 85 页。

时会提到在听证会上对某些问题进行了澄清、补充¹⁸¹⁶ 或确认¹⁸¹⁷。他还可能指出, 听证会没有提供与书状¹⁸¹⁸ 所载内容有关的任何新信息。法官可明确依据行政部门在公开听证会上所作的澄清, 以排除对基本自由¹⁸¹⁹ 的严重和明显非法侵犯。

434. 根据《行政司法法典》第 L.5 和 L.522-1 条的规定, 矛盾要求适用于公开听证阶段。"因此, 法官必须只考虑出庭各方已经知晓并能够完全平等辩论的信息"¹⁸²⁰。

上诉法官核实提交给法院的所有文件 "都是在书面程序或公开听证期间进行对抗性交流的主题"¹⁸²¹。如果一方在听证会上出示的文件被采纳, 而听证令或听证记录中没有提及该文件已在程序的口头阶段传达给另一方, 以便其对陈述提出异议, 则该程序是不规范的¹⁸²²。即使当事人缺席, 在听证会上传达文件也是有效的¹⁸²³。因此, 当事人及其律师出席公开听证会至关重要。由于听证时间较长, 有时甚至大部分时间都在听证过程中进行, 因此不出席听证的当事人有可能在无法做出答复的情况下收到新的证据和论据。如果出现这种情况, 当事人将承担后果。如果行政部门不作任何答辩, 申请人的指控将被视为成立。因此, 在上述 *Cazé* 案中, 在行政部门未作任何辩护的情况下, 初审法官仅根据申请人的指控作出裁决, 这可能表明当事人被关押的拘留中心扣留了他打算寄给各行政或司法当局的信件, 或这些当局寄给他的信件¹⁸²⁴。

R. 522-9 条要求法院邀请各方对其主动提出的公共政策理由发表意见。他可以在听证时履行这一义

1816 CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T. p. 1126* : "selon les indications recueillies au cours de l'instruction, et notamment au cours de l'audience publique (...)". CE, ord. 27 November 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T. p. 874*: "il ressort des pièces versées au dossier ainsi que des éléments recueillis au cours de l'audience publique (...)". CE, ord.10 August 2001, *Association "La Mosquée" et autres, Lebon T. p. 1133*: "il ressort des pièces du dossier ainsi que de l'audience tenue par le juge des référés du Conseil d'Etat (...)".

1817 行政长官, 2001 年 11 月 2 日命令, *SNC Costes*, 第 239617 号: "经简易听证确认, 中心主席 2001 年 10 月 17 日的决定不再有效". CE, ord.2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry, Lebon T. 第 931 页*: "凡尔赛行政法院临时救济法官指出, 并经听证期间的辩论确认 (.....)". 行政法院, 2003 年 5 月 22 日法令, *勒邦瑟乌尔河畔市镇*, 第 232 页: "在最高行政法院的口头听证中也得到了确认 (.....)". CE, ord.2003 年 12 月 17 日, *EURL Ecosphère 公司和 SARL Général services 公司的申请, Lebon 第 519 页*: "部长在其辩护词中指出并在公开听证会上的解释中得到确认 (.....)".

1818 在 *Lidl* 案的命令中, 法官指出, 申请公司声称存在紧迫性, 但 "没有提供, 特别是在 2001 年 3 月 22 日的听证会上没有提供丝毫具体的评估要素" (CE, 2001 年 3 月 23 日的命令, *Société Lidl, Lebon 第 154 页*)。

1819 例如, 见 CE, ord.2003 年 9 月 4 日, *Thanattikul, Lebon T. 第 928 页*。

1820 A.PLANTEY and F.-C. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, no. BERNARD, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, no.

1821 CE, ord. 22 May 2003, *Commune de Théoule-sur-mer, Lebon p. 232*.

1822 CE, ord. 26 March 2002, *Société Route Logistique Transports, Lebon p.*

114. 法官不能以一份在听证前或辩论期间未告知的文件为依据来有效地解决问题。

1823 根据第 L.521-1 条, 最高行政法院指出, 临时救济法官 "以一方当事人在公开审理期间提供的信息为依据, 而另一方当事人因未出席或未派代表出席审理而无法知晓这些信息", 并不构成违规行为 (行政法院, 2003 年 1 月 29 日, *Société Chourgnoz SAS, RDI 2003, 第 384 页, obs. A.R.-I.*)。

1824 CE, ord. 22 March 2002, *Ministre de la Justice c/ Cazé, Lebon T. p. 852*. 另见 CE, 2002 年 5 月 15 日, *Baudoin*, 第 239487 号。申请人被非自愿送入医院, 他声称被剥夺了寄信和与行政和司法当局联系的机会。由于行政部门没有提出任何意见, 这一禁令的存在被视为已经成立。

务，但随后必须在裁决中提及该函件。如果法官仅以提交给他的意见超出了法律赋予他的权力范围这一事实为依据做出裁决，而不告知 当事方该命令似乎可能是基于依职权提出的抗辩，则该程序是不规范的¹⁸²⁵。调查只能在听证结束时结束。

C. 结束调查

435. 听证会结束时，《行政司法法典》（1826）第 R. 522-8 条规定了三种假设。

436. 首先，如果临时救济法官认为调查应在他面前继续进行，他可决定将案件提交另一次听证。由于临时救济法官作出裁决的时间很短，他很少采用这一办法。在实践中，当案件卷宗中的文件不足以做出现有裁决，或者在做出裁决之前需要澄清事实要素时，就会使用这一程序。因此，在蒙特勒伊·贝莱公社案中，法官在 2001 年 11 月 9 日上午举行的公开听证会之后，决定继续调查并下令重新举行听证会。当天下午，市政府和索赔人提交了缺失的文件。2001 年 11 月 12 日举行了新的听证会，考虑了各方提交的补充文件¹⁸²⁷。推迟另一次听证的目的也可能是为了听取行政部门保留的申请人的意见。例如，在 *Ngamissimi* 案中，申请的目的是要将申请人留在等候区。案件延期审理是为了让法官在新的听证会上听取申请人的意见¹⁸²⁸。

437. 其次，如果法官认为双方应继续进行调查，他可以推迟结束调查，并授权双方交换 补充信息。这一程序特别灵活：它允许法官 "将调查的结束日期推迟到以后，并以任何方式通知各方。在后一种情况下，在听证会之后、调查结束之前提交的补充信息可直接发送给其他各方，但提交补充信息的一方必须向法官证明其已采取必要的措施"（第 R.522-8 条第 1 款）。为了加快诉讼程序，各方可以在延长阶段直接交换文件和诉状，但必须向法官提供其勤勉的证明¹⁸²⁹。这种在听证后结束调查的可能性，在法官希望获得更多证物时，或者在辩论程序中，在 允许对方当事人对公开听证期间提出的抗辩或复杂文件做出回应时，是非常有用的。在适当的情况下，这些文件将被考虑在内，而无需重新举行听证会。有两个案例说明了这一程序的实施情况和实际价值。

在 *Kilicikesen* 案中，法官决定将结束调查的时间推迟到 2004 年 4 月 3 日的听证会之后，以便各方，特别是当局能够澄清允许申请人戴头巾的女儿上学的条件。4 月 5 日，教育部法律事务司司长向申请人的律师寄发了一份书面文件，确认并澄清了口头说明，即在本案情况下，当局可以根据宗教信仰

¹⁸²⁵ 中止令摘要见 CE, 2001 年 7 月 27 日, *Société Foncière MFC*, *Lebon* 第 417 页。

¹⁸²⁶ 应当记住，当法官宣布无需判决或承认案件已撤销时，调查并未结束。

¹⁸²⁷ CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Montreuil-Bellay 市*, *Lebon* 第 551 页。同样，为了更好地评估申请人返回原籍国的现实风险，决定重新审理该案：CE, ord.2005 年 1 月 14 日, *Bondo*, *Lebon T.* 第 915 页。

¹⁸²⁸ CE, ord.2005 年 12 月 12 日, *Ngamissimi*, 第 287718 号。可以看出，当事人实际上是在提出申请的同一天被遣返回原籍国的，这就意味着对第一位法官的命令所提出的意见进行审查是没有意义的。

¹⁸²⁹ 通常的做法是在提交给法院的诉讼要点中附上发送给对方的传真单，并注明"已收到"。

表达自由的理由，认为服装的特点是合理的。4月7日，他以与4月5日相同的方式向申请人的律师发送了一份补充案情摘要，对前一份案情摘要进行了澄清和解释。法官在同一天根据所提交的资料做出了裁决1830。

在 *Benbehar* 案中，这种可能性被用来使双方能够以证明文件证明在2005年4月8日公开听证会上所作陈述的真实性。在第一次听证会上，申请人声称，执行驱逐令侵犯了他过正常家庭生活的权利。他辩称，他即将与一名法国公民结婚，并已与她缔结了民事团结契约。在这次公开听证会以及听取了申请人律师和内政部长代表的意见之后，决定将听证会延长到2005年4月14日中午12时。双方都出示了文件和辩护状，以补充和支持他们的申诉。2005年4月11日，内政部长出示了一些文件，其中显示申请人曾于2002年11月20日声明他已婚并有三个子女。2005年4月13日，申请人出具了一些文件，其中包括2004年12月25日在两名证人在场的情况下出具的未婚证明。法官明确表示，他是根据所出示的文件做出裁决的。他指出，"从简易听证结束时下令进行的补充调查可以看出，Benbehar先生在2002年11月20日提交领土庇护申请时，曾证明自己已婚。Benbehar证明他与一名阿尔及利亚国民结婚，他是三个孩子的父亲；他在申请中表示他的妻子和孩子一直留在阿尔及利亚；对于这份文件的来函，当事人只是出示了一份由阿尔及利亚地方当局"根据"两名证人的"证明和责任"起草的"不结婚证明"，其证明价值非常不确定；在这种情况下（.....），他的申请结论不能被接受。在这种情况下（.....），不能接受其申请的结论"1831。法官在听证后对双方出示的文件的价值和相关性进行评估，然后驳回申请。

438. 第三，如果法官在听证结束时，或在根据第 R.522-8 条决定进行补充调查后，认为自己已充分了解情况，则法官结束调查。这是听证后的正常情况。然而，如果听证后提交的说明提供的新信息可能改变法官的评估，则法官有义务重启调查1832。在 *Ouakid* 案中，申请人在2002年4月30日公开听讯次日提交了一份备忘录，内载可能改变法官对驱逐令相称性的评估的资料。Ouakid 先生指出，他有重新融入社会的真诚愿望，而驱逐令的下达所依据的事实在实质上是 inaccurate 的。鉴于这些因素有可能改变他的评估，法官传唤双方参加4月2日举行的新的公开听证会。从其裁决的措辞中可以清楚地看出，法官是根据这些新的因素来认定对基本自由的严重和明显的非法侵犯。由于判决书中没有提到 R.522-8 条的规定，因此可以推断，法官并没有决定将结束调查的时间推迟到2002年4月30日的听证会之后。正是由于申请人在听证会次日提交的辩护状的内容，才有理由重启调查并重新举行听证会1833。

如果法官在未通知另一方的情况下依据庭审后提出的证据，则违反了对抗原则。在2006年5月2日的一项命令中，最高行政法院的临时救济法官指出，"如果在听证之后，或者在他推迟结束调查的情况下，在他确定的日期，诉讼一方向他提交了一份新的文件，无论该文件的名称是否为'délibéré'，临时救济法官在任何情况下都必须在下达命令之前确认该文件....."；尽管为了司法公正，他始终有权重新开始调查，并将所提交文件中的内容提交辩论，但他没有义务这样做，否则他的命令就不符合

1830 CE, ord. 2004年4月7日, *Kilicikesen, Lebon* 第164页。

1831 CE, ord. 2005年4月14日, *Benbehar*, 第279340号。

1832 在简易程序中，最高行政法院对一项拒绝重新调查的命令进行了谴责，因为在出示了一份可能改变法官评估的文件之后（最高行政法院，2001年12月10日，*加巴斯自然遗产协会, Lebon T.*第1126页）。R. 522-8 al. 2 条规定，如果将案件移交给由一名法官或法官小组主持的另一次听证会，将重新开始调查。

1833 CE, ord. 7 May 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Ouakid, Lebon T.* p. 870.

规定、只有在以下情况下，法官才有义务这样做：文件中陈述的事实情况是援引该文件的一方在调查结束前无法陈述的，而且法官在不根据不准确的事实作出裁决的情况下不能忽视该事实情况，或者是法律上的新情况，或者是法官应主动提出的情况……；为了使各方能够根据这些要求确定诉讼程序是否适当进行，在听证后出示的一份或多份文件必须列入诉讼程序记录¹⁸³⁴。在本案中，初审法官依据的是行政部门之前未能放入诉讼档案的文件和证物。尽管临时救济法官已经考虑到了这些文件中的陈述，但并没有将其告知原告。在这种情况下，有争议的命令是按照不正常的程序下达的。

439. 一旦调查结束，双方之间的对抗性辩论也就结束了，法官就可以对申请做出裁决。然后，他将确定做出裁决的暂定日期或时间。

III. 判决

440. 在紧急情况下做出的裁决--但绝不是匆忙做出的裁决--必须说明理由并包含某些强制性信息。在满足了给予临时救济的条件后，法官可加快做出裁决，以便尽快停止对基本自由的严重和明显非法侵犯。

A. 决定的内容

441. 根据传统的判例法，法官将在作出裁决之日对临时救济申请的案情进行评估¹⁸³⁵。这意味着，法院将在审理当日评估是否符合根据第 L. 521-2 条请求批准某项措施的条件，而不是在将该事项提交法院的当日，也不是在 48 小时裁定期限届满之日，¹⁸³⁶。这适用于紧急性要求¹⁸³⁷ 以及其他要求¹⁸³⁸。无论申请是否符合批准条件，都必须附上一份理由陈述，并包括某些必须提供的信息。¹⁸³⁹

¹⁸³⁴ CE, ord. 2 May 2006, *Amiraleva, alias Kirilova, épouse Koulayeva*, n° 292910, mentioned in the Recueil *Lebon*.

¹⁸³⁵ 例如，关于行政法院，见 CE, 1972 年 2 月 9 日, *Entreprise Quille*, RDP 1972, 第 1278

页；关于民事简易程序（新民事诉讼法第 809 条第 1 款^{ce}）：Com., 1990 年 10 月 23 日, *Bull. civ. IV*, n° 252.

¹⁸³⁶ CE, ord. 2002 年 6 月 19 日, *Hoffer*, 第 247884 号。

¹⁸³⁷ 临时救济上诉法官指出，“应由行政临时救济上诉法官评估其作出裁决之日的紧迫性”（行政法院，2001 年 3 月 30 日命令, *Schoettl*, 第 231963 号）。另见 CE, ord. 2002 年 11 月 13 日, *Harlant, Lebon T.* 第 875 页：“在本命令发布之日，《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的紧迫性条件（……）不能被视为得到满足”。

¹⁸³⁸ 特别参见 CE, 2005 年 6 月 8 日法令, *Commune de Houilles, Lebon T.* 第 1036 页：“临时救济法官在评估是否存在对基本自由的严重和明显非法侵犯时，应考虑其作出裁决的日期”。然而，当对一项决定提出上诉时，法院会根据作出决定当日的事实和法律情况来评估该决定的合法性。因此，可以想象，有争议的决定在作出之日并非明显不合法，但与此同时，该决定所造成的情况在法院作出裁决之日却明显不合法。关于这一点，见 G. Bachelier 关于 CE 的非常明确的结论，2003 年 7 月 2 日, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* 第 306 页, *AJDA* 2003, 第 1780-1785

页。政府专员的结论是，公共机构巴黎港务局扣留飞机的决定不存在明显的非法性（第 1782-1783 页），而这一决定造成的情况则明显非法（第 1783-1784 页）。

¹⁸³⁹ 对于根据第 L.522-1 条规定的程序做出的判决和根据第 L.522-3

442. 当法官根据第 L.522-1 条规定的程序作出裁决时, 他必须说明已传唤各方当事人参加听证。第 R.522-6 条规定, "应立即以任何方式传唤各方参加听证", 这意味着临时救济法官必须提及各方已被正式传唤, 否则其裁决将是不规范的¹⁸⁴⁰。至于其他方面, 第 522-11 条规定了法官必须在其裁决或听证记录中提及的内容。

该规定首先要求命令中包含《行政司法法典》第七卷第四篇第二章 "命令的特殊规定"¹⁸⁴¹ 中规定的信息。首先, 第 R.742-1 条规定必须提及听证会是公开的。其次, 根据第 R.742-2 条的规定, 命令必须提及各方当事人的姓名、对呈件的分析¹⁸⁴² 以及命令所适用的法律条款; 命令还必须显示签署日期。根据 R.742-3 条, 命令以 "以法国人民的名义" 开头¹⁸⁴³, 然后注明签署人的身份¹⁸⁴⁴。最后,

条规定的分类程序撤销的判决, 有关判决的要求是相同的。不同之处在于, 分流命令因其性质而免于提供某些强制性信息 (参加听证的通知; 已听取各方意见的证明; 执行条款), 以及在这些决定是根据申请做出的情况下, 对说明理由的要求不那么严格。根据 L.522-3 作出的命令没有通知行政部门, 因为假定没有被告。这些命令只通知申请人。

1840 关于即决中止程序, 见 CE, 2001 年 12 月 5 日, *Thomas, Lebon T.* 第 1134 页。

1841 如果决定是由一个小组做出的, 那么第七卷第四篇 第一章^{ca} 中的一般规定将再次适用。主要区别在于有义务提及报告员和政府专员已接受听证 (第 R. 741-2 条第 3 款), 并说明听证日期和做出决定的日期 (第 R. 741-2 条第 4 款)。

1842 临时救济法官有义务参考各方提交的所有材料 (见 CE, 2002 年 6 月 12 日, *Commune de Fauillet et autres, Lebon*, 第 215 页)。他还必须对可能提出的干预意见的可受理性做出裁决 (行政长官, 2005 年 12 月 16 日命令, *Kabengera* 等人案, 第 215 页)。2005 年 12 月 16 日, *Kabengera* 和难民论坛协会, 第 287905 号)。至于法律抗辩, 判例法要求对所有法律抗辩进行分析, 否则裁决将被视为违规 (行政长官, 2002 年 5 月 15 日, *Bandoïn*, 第 239487 号)。首先, 它必须提及书面诉状中提出的论点, 并对这些论点做出回应。它还必须提及并分析在公开审理中提出的抗辩, 因为这些抗辩 "在书面程序中没有提出" (行政法院, 2001 年 10 月 26 日, *Aiguebonne, Lebon T.*, 第 1119 页)。然而, 《行政司法法典》第 R.742-2 条 (根据该法典第 R.222-11 条适用于简易程序) 或该法典的任何其他条款均未要求简易程序法官在其引文中提及各方在公开听证期间提出的论点 (行政法院, 2005 年 12 月 2 日命令, *EURL Maryloup Maré*, 第 287533 号)。因此, 口头提出的论点只有在构成新论点时才会出现在命令中 (参见普通法诉讼中的书面陈述: CE, 1972 年 7 月 21 日, *Xanton-Chassenon 市政选举, Lebon* 第 582 页)。最后, 法官不必在其命令的引文或理由中引用抗辩所附的论据或事实描述 (行政法院, 2002 年 7 月 12 日, *Oulai Doué*, 第 245141 号)。

1843 这一要求是《行政司法法典》第 L.2 条所规定原则的具体应用, 该条规定 "判决以法国人民的名义作出"。

1844 《行政司法法典》第 L.10 条规定, 判决书 "应注明判决法官的姓名"。无视这些规定而做出的判决原则上因违规而无效。不过, 在简易程序中, 该规定的适用有一定的灵活性: 如果法官的姓名出现在命令的记录中, 即使给申请人的副本和随后送达申请人的可执行副本中没有显示该法官的姓名, 也被视为满足该要求 (行政法院, 2001 年 10 月 11 日命令, *Tabibou, Lebon T.* 第 1133 页)。第 R.742-5 条规定, "命令原件仅由签发该命令的法官签名"。因此, 必须驳回关于有争议的命令未经法院书记员签字的抗辩 (行政法院, 2001 年 8 月 8 日, *Soares dos Santos*, 第 234589 号)。最后, 没有任何规定要求签发命令的地方法官签字, 以扩大通知双方的命令 (CE, 2001 年 7 月 27

R.742-4 条规定，命令的执行部分分为若干条款，并以 "ordonne" 开头。1845

其次，R.522-11 条要求命令在适用的情况下说明 R.522-8（推迟结束调查或重新开始调查）和 R.522-9（在听证会上传达的公共秩序抗辩）的规定已经适用。如果在临时救济法官的责任下，听证记录已由法官和法院登记处负责人起草和签署，则可免除这一义务。原则上，法官只能选择起草会议记录¹⁸⁴⁶。但是，如果案件被移交给合议庭，则必须撰写庭审记录，并将其添加到案件卷宗中。

443. 在适当的情况下，裁决书会提及某些与争议标的的无关的问题的解决。在适用的情况下，裁决书将提及原告因滥用追索权而被勒令支付罚款¹⁸⁴⁷，或法官已就费用或法律援助申请作出裁决¹⁸⁴⁸。

444. 最高行政法院必须确定要求临时救济法官在分析签发禁令的条件时说明理由的程度。所要求的精确程度是在两种对立要求之间权衡的结果：一方面，需要向当事人和上级法院提供足够的信息¹⁸⁴⁹；另一方面，考虑到不给需要在 48 小时内做出裁决的法院的工作造成过重负担。

日，Haddad, 第 231889 号)。

1845

命令的理由一般由三部分组成：第一，申请人各种意见的陈述；第二，申请人和被申请人论据的说明；第三，提及临时救济法官所依据的文本。在裁决理由中，法官阐述了导致案件移交的事实和情况，然后根据适用法律评估是否满足了根据第 L.521-2 条请求准予采取措施的条件。

1846 听证记录是证明听证期间提出的论点和遵守抗辩原则的一种手段。

1847 根据《行政司法法典》第 R. 741-12

条的规定，临时救济法官可以在驳回申请的同时下令对滥用申诉权的行为处以罚款。根据以前的法律，临时救济法官可以使用这一程序（行政法院，1989 年 5 月 10 日，*SA des établissements Laurent, Lebon* 第 848

页）。为了防止和避免临时救济法官的过度使用和异想天开，参议院法律委员会希望临时救济法官"在申请人提出的请求数量过多、重复或系统性过强的所有情况下，更系统地对滥用行为处以罚款"（R.

GARREC, 参议院第 380 号报告，第 68

页。下划线）。因此，自由裁量权法官会谴责以明显不相关的方式向其提出申请的申请人，例如援引中止已实施 17 年以上的规定的紧迫性（CE, 2002 年 1 月 21 日命令，*Autoécole Bergson*, 第 242051

号），要求宣布预审法官不存在（CE, 2002 年 10 月 28 日命令，*Lecomte*, 第 242051

号）。或司法行政官（行政长官，2002 年 11 月 8 日命令，*Chaumont*, 第 251377 号），或要求中止 1997 年 6 月

14 日任命 Jean-Eric Schoettl 先生为宪法委员会秘书长的法令（行政长官，2005 年 5 月 23 日命令，*Hoffer*, 第 280703

号）。如果申请人在其申请因明显缺乏依据而被驳回后，再次提出完全相同的论据，法院也会对其处以罚

款（行政法院，2003 年 7 月 15 日，*Bidalou*, 第 280703 号命令）。2003 年 7 月 15 日，*Bidalou*, 第 1258371

号；2003 年 7 月 31 日，CE, ord.2003 年 7 月 31 日，*Bidalou*, 第 259032 号；2003 年 8 月 8 日，*Syndicat de la*

magistrature, 第 259217 号；2004 年 7 月 2 日，*Hoffer*, 第 269149 号；2004 年 12 月 1 日，*Winter*, 第 269149

号；2004 年 12 月 2 日，*Syndicat de la magistrature*, 第 259217 号。1^{er} December 2004, *Winter*, no. 274705; CE, ord.2005 年

8 月 19 日，*Gaiffe*, 第 284216 号；2006 年 1 月 25 日，*Tueche*, 第 289305

号）。通过律师提出申请并不妨碍对滥用申诉权的行为处以罚款（2003 年 1 月 21 日行政法院令，*昂热市镇*, 第

253421 号）。需要指出的是，在这方面做出的判决并没有对某些申请人的行为产生任何影响，尽管他们接二连三地被定罪，但仍继续向临时救济法官提出不当申请。关于这一程序，特别见 J.-E. CALLON, "L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné", *LPA* 28 March 2000, no. 62, pp.

1848 例如，见 CE, 2005 年 1 月 6 日命令，*Landu-Diambu*, 第 276105 号(接受法律援助，驳回主要论点)。

1849

裁决的准确性使各方能够理解并在适当情况下正确执行规定的措施。它为上诉法官或最高上诉法官提供了进行

法官必须说明满足或不满足某一条件的原因。法官不能在没有充分推理或解释的情况下以断言的方式行事。根据《行政司法法典》第 L.521-1 条，最高行政法院指出，临时救济法官必须“在法律上和事实上说明他认为紧急状况有理由中止有争议的行为或他认为没有理由中止有争议的行为的理由；但是，在评估是否符合这一要求时，要考虑到辩护中提出的理由”¹⁸⁵⁰。政府专员弗朗西斯-拉米指出，对于临时救济，“应适用与中止同样的理由要求”¹⁸⁵¹。在临时中止案件中达成的解决方案原则上适用于第 L.521-2 条的规定。应由临时救济法官具体说明紧急性条件以何种方式得到满足或未得到满足，并说明他认为严重和明显非法侵犯基本自由的行为在何种程度上具有或不具有这种性质。在这一点上，Chauvaux 先生希望要求法官“就每项法律条件：紧迫性、对基本自由的严重侵犯、明显非法的措施，给出其决定的确凿理由。特别是，他的裁决应确定政府行为的非法性”¹⁸⁵²。如果法院认为至少有一个条件不符合，则必须说明为什么有关决定或行为不是明显非法的，没有严重侵犯基本自由或没有构成需要在 48 小时内采取保护措施的紧急情况。

可以看出，临时救济法官下达命令的理由往往比合议庭下达的裁决更详细¹⁸⁵³。许多裁决都包含冗长的理由，似乎是要通过解释来弥补因缺乏合议而削弱的权威性或合法性。所提供理由的形式和质量也取决于审理临时措施申请的法官本人。

B. 决定何时生效

445. 判决后的手续由《行政司法法典》第 R. 522-12 至 R. 522-14 条规定¹⁸⁵⁴。R. 742-6 条免除了法官在公开法庭上宣布命令的必要¹⁸⁵⁵。命令可以在不同的日期生效。原则上，根据通常的规则，命令从被要求遵守命令的一方收到通知之日起生效¹⁸⁵⁶。R. 522-12 条规定，必须“毫不延迟地以任何

复审所需的信息。

1850 CE, Sect. 25 April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, *Lebon* p. 220; CE, 16 February 2001, *Breucq*, *Lebon* T. p. 1092.

1851 F.LAMY, concl. on CE, Sect. 25 April 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan c/ Commune de Baden*, RFDA 2001, p. 850.

1852 D. CHAUVAUX, concl. on CE, 16 February 2001, *Breucq*, RFDA 2001, p. 672.

1853 不过，快速推理见：CE，2003 年 2 月 14 日，*Société Le café français Notre-Dame*，第 254137 号。临时救济法官在审理对下令关闭一家公共场所 8 天的决定提出的上诉时，在没有解释案件事实的情况下指出，“从提交给临时救济法官的卷宗文件来看，无论是在初审时还是在上诉时，有争议的省长决定都不是根据《débits de débits de Code》第 L.62 条作出的。62

条作出的有争议的省长决定因立法者在第 L.521-2 条规定的特别程序中要求的明显违法性而无效”。

1854 R. 522-14 条规定，在一些情况下，应立即将裁决副本送交共和国检察官或总审计长。如果在分类程序中申请被驳回，临时救济法官可以将其决定的副本寄给有关当局“以供参考”（参见 CE, ord.1^{er} June 2001, *Ploquin*, *Lebon* T. p. 1126; CE, ord.)

1855 见 CE，2001 年 6 月 15 日，*Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-de-Ré*，第 228856 号。

1856 第 R. 522-13 条第 1 款。私法中的原则与此相同。根据新《民事诉讼法》第 489 条第 1 款的规定，命令一旦以通知的形式提请相关当事人注意，即具有执行力。正是履行了这一手续，当事人才能够依赖该命令。

方式"发出通知。据裁定,用传真发出通知是合乎规定的:如果没有异议,与临时命令通知有关的传真传送报告将启动对该命令提出上诉的时限。1857

为了加快决定生效的日期,R. 522-13 条第 2 款规定,临时救济行政法官可以像司法法官一样,决定命令"一经作出即应执行",因此甚至在通知1858 之前就应执行。法官随后会在命令的执行部分提及这种立即执行性¹⁸⁵⁹。该条第 3 款^{encl}规定,"如果情况紧急,应将命令的执行部分以及 R. 751-1 条规定的执行条款当场通知当事人,当事人应确认收到"¹⁸⁶⁰。在符合下达命令的条件时,这些程序可以加快行政部门执行临时救济法官所采取的措施和结束非法状况的时间。一旦命令被通知或告知各方,行政当局必须采取必要措施立即执行。

结束第 I 篇

446. 自由裁量权允许行政法官立即介入有争议的情况。与法官的接触更加便利。手续得到简化,程序更加灵活,因此可以很快做出决定。然而,如果符合采取措施的条件,法官的干预不仅是迅速的,而且是有效的,能够立即和最终结束对申请人基本自由的侵犯。当第 L.521-2 条所规定的条件都得到满足时,法官就可以充分行使其特权,结束不合法的状况。

1857 CE, 18 December 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ SARL Le Méditerranée*, n° 249887。这一解决办法在边境驱逐案件中已被接受(见 CE, 2000 年 3 月 22 日, *Préfet de l'Isère c/ bouchalta, Lebon T.* p.1149)。

1858 新《民事诉讼法》第 489 条第 2 款规定,"在必要情况下,法官可下令仅根据会议记录执行"。

1859 例如,见 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, *全国阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*, *Lebon*, 第 311 页; CE, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, Lebon*, 第 173 页; CE, ord.2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere, Lebon* 第 197 页。

1860 这一程序最初是在边境驱逐案件中采用的。根据《行政司法法典》第 R.776-17 条的规定,"判决书的执行部分以及执行条款应当场通知出席听证会的各方,各方应立即确认收到判决书"。在这一程序中,这一手续至关重要。最高行政法院认为 2001 年 11 月 5 日作出的判决不符合规定,尽管公开审理是在 10 月 29 日进行的(行政法院, 2002 年 12 月 30 日, *Préfet des Hauts-de-Seine c/ Makblouq, Lebon* 第 506 页)。

有效的反作用力

447. 临时救济法官干预的实质效力如何？1861 它结束对基本自由的严重和明显非法侵犯的实际能力如何？有两个因素使临时救济法官的干预显著有效。首先，他拥有极其广泛的权力，使他能够选择和实施严格适合案件情况的解决方案，以结束侵权行为。其次，其干预可彻底结束对基本自由的侵犯。因此，申请人可立即获得不可逆转的满意结果，而无需等待法官根据案情对决定进行确认--或面临被推翻的风险。自由裁量权的有效性提出了在实在法中是否应保留行政补救措施的问题。

第1章 由于可以 选择正确的措施而 提高效率

448. 根据《行政司法法典》第 L.521-2 条，临时救济法官拥有广泛的司法权，使其能够为每一个问题提供特殊的解决方案。为了应对特殊情况，法官被赋予了本身就是特殊的权力。这样，临时救济程序的非典型性和特殊性也体现在赋予法官的权力上。就其性质和范围而言，与通常赋予行政法官的特权相比，这些权力是不寻常的。在描述这些权力时，在此基础上发布的命令提到了“《行政司法法典》第 L. 521-2 条规定的特殊权力”¹⁸⁶²。更值得注意的是，最高行政法院的工作小组指出，根据这一程序，临时救济法官将拥有“普通法律范围之外的权力”¹⁸⁶³。法官权力的

1861 关于这一概念，见 C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, BDPPrivé, t. 328, 2000, 397 p.

1862 CE, ord. 27 June 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, Lebon p. 228. 另见 CE, ord. 2003 年 10 月 16 日, *Syndicat des propriétaires de la pointe croisette*; CE, ord. 4 February 2004, *Commune d'Yvrac*, Lebon T. p. 828.

1863 “行政法院工作组关于紧急诉讼的报告”，RFDA 2000，第 947

页。在有争议的行政程序领域使用这一表述是非典型的。事实上，普通法中的过高特权或过高权力的概念通常是指授予行政部门为公众利益行使其使命的特

殊权力，这些权力在私法中并不存在。因此，这一表述被理解为公共权力特权的同义词。私人拥有普通法上的权力，而公共机构则拥有普通法上没有的特权。从这个意义上说，这一概念是与私法规则相对立的。另一方面，这里的表述不是指私法--司法--

规则，而是指行政诉讼本身的规则。这意味着，与行政法官行使普通权力的普通法诉讼不同，临时救济法官行使的是他通常没有的权力，即特别权力。

定义非常宽泛，这意味着每项争议都可以通过严格符合案件情况的解决方案来解决。当法官无法通过劝阻或说服结束侵权行为时，他或她会下令采取适当的保障措施。

第1节：对临时救济法官权力的非常宽泛的定义

449. 临时救济程序的最初特点之一是 "它所允许的范围之广"¹⁸⁶⁴。L. 521-2 条对临时救济法官终止侵犯基本自由的权力没有任何限制。然而，最高行政法院认为法官只能采取临时措施。

I. 没有明显界限的权力

450. 根据第 L.521-2 条，行政法官对行政部门拥有广泛的行动手段。其权力，简单地说，类似于决定权。

A. 简单敲定权力

451. 根据《行政司法法典》第 L.521-2 条，法官可以 "命令采取任何必要措施，以保障基本自由"，因此，"自由"法官的权力是最广泛的¹⁸⁶⁵。"措施"、"所有"和"命令"这三个词规定了法官的特权。"措施"指的是为保障基本自由而选择的手段，"所有"表示没有限制¹⁸⁶⁶，而"命令"必须从广义上理解，与"决定"同义¹⁸⁶⁷。临时救济法官的权力没有其他规定，立法机构避免了任何可能会先验地限制其可能性范围的列举。在拒绝限制其决策权的同时，法律也没有说明可以下令采取哪些保障措施。它没有具体说明--因此也没有限制--它可能规定的措施的性质或内容。在此，这种"沉默本身就说明了问题：它意味着没有限制"¹⁸⁶⁸。在准备工作期间，Garrec 先生强调，赋予临

¹⁸⁶⁴ B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 278.

¹⁸⁶⁵

行政法官只能中止行政行为的执行。在事实干预的基础上，法院可在简易程序中采取一切必要措施（新《民事诉讼法》第 809 条第 1 款）。

¹⁸⁶⁶ 它与"任何"、"所有"或"任何种类"同义。

¹⁸⁶⁷ 严格地说，"命令"

"一词使人联想到下达命令，责成有关行政部门履行做或不做的所有义务。但在这里，这一表述应从广义上理解，并不局限于发布禁令。暂停执行等措施不是命令。宣布暂停措施不能与行使强制令的权力相混淆：法官不会发布暂停强制令。他不要求行政部门中止裁决，而是自己中止裁决。所规定的措施在所有方面都与《行政司法法典》第 L.521-1 条规定的中止执行相类似。还应指出的是，L.521-1 条中也使用了"命令"

"一词来描述在此基础上赋予临时救济法官的中止权。

¹⁸⁶⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1593.

时救济法官的权力 "相当大, 而且规定得非常笼统, 给法官留下了相当大的回旋余地" 1869。沙巴诺尔庭长指出, 当他根据第 L.521-2 条进行干预时, "临时救济法官的权力不受任何限制" 1870。换句话说, Fromont 说, "他的权力实际上是无限的" 1871。因此, 在没有立法预先确定的情况下, 应由临时救济法官逐案确定保障基本自由的必要措施。

这种措辞的优点显而易见。通过给予法院在选择措施方面相当大的自由度, 它允许法院 "根据案件的具体情况调整其裁决的内容" 1872。它允许法院根据每个案件的具体情况灵活甚至创造性地确定适当的措施。换句话说, L.521-2 条的措辞因其概括性和灵活性, 允许对可能出现的各种情况做出具体的回应 1873。法官能够想象并制定出立法者在起草文本时无法想到的解决方案。法官能够为提交给它的每个案件提供适合的解决方案。

452. 不过, 虽然临时救济法官的权力有所扩大, 但仍由第 L.521-2 条的措辞最终确定。命令采取的措施必须具有特定的目的, 并符合明确的目标: 对基本自由的必要保障。

首先, 命令采取的措施必须旨在 "保障" 基本自由, 即保护、捍卫或保证基本自由。临时救济旨在为特定情况提供适当的解决方案。所采取的措施必须是对有理由提交法院的情况的回应。除了保障受到行政部门具体侵犯或威胁的基本自由外, 它不能追求其他目标。其目的必须是通过结束行政部门的非法和破坏自由的行为来重建正常状态。因此, 为了制止对基本自由的严重和明显的非法侵犯, 所选择的措施必须与侵犯的方式有关。

其次, L.521-2 条规定, 所规定的措施必须是保障基本自由所 "必要" 的, 即对维护基本自由不可或缺的。根据 *Littré* 的观点, 所谓必要是指 "为了完成或完成某件事情而必须具备的条件"。因此, "必要性" 的概念在选择措施时引入了 "相称性" 的概念。为满足这一要求, 措施必须与公共当局的违法行为相关, 并与违法行为的严重性相适应。因此, 用《行政司法法典》L.521-3 条中提到的说法, 一项措施的必要性与其有用性是有区别的。临时救济法官必须判定, 该措施不仅对保障基本自由有用, 而且对保障基本自由确实必要。换言之, 所规定的措施与情况的严重性之间必须存在必要性关系。如果某项措施有用但无必要, 临时救济法官就必须选择另一项更符合所涉行为的措施。不过, 这一要

1869 R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 55 页。

1870 D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, 4^{ème} ed, Litec Jurisclasseur, 2002, No. 248.

1871 M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", *RFDA* 2002, p. 556. *Convergences*", *RFDA* 2002, p. 556.

1872 *GAJA* no.

1873 这种灵活性体现在所有使用类似措辞的简易程序中, 如《行政司法法典》第 L.521-3 条规定的下令采取 "任何有用措施" 的可能性, 或在司法私法中, 下令采取 "所有未受到任何严重质疑或因存在争议而有理由采取的措施" 的可能性 (新法典第 808 条)。《行政司法法典》第 521-3 条规定可以命令采取 "任何有用的措施", 在司法私法中, 也可以命令采取 "所有没有受到严重质疑或因存在争议而有理由采取的措施" (《新民事诉讼法》第 808 条), 甚至 " (.....) 必要的措施" (《新民事诉讼法》第 809 条第 1 款和第 873 条第 1 款)。在比利时, 《综合法》第 18 条规定了临时中止程序, 允许国务委员会在对中止申请作出裁决之前采取一切 "必要措施, 以保障当事人或与案件结果有利害关系的人的利益"。这一规定使国务委员会在选择规定的措施方面拥有非常广泛的权力 (见 P. Lewalle, "Le contrôle de l'administration: l'effectivité du contrôle de la légalité", *RA* 2000, 第 3 期特刊, 第 132-176 页, 特别第 157 页)。

求似乎不会大幅削弱赋予法官的权力。与其说它是一种真正的限制，倒不如说它更类似于一种定论或准则。赋予临时救济法官的权力仍然特别广泛，使其成为真正的决策者。

B. 决策权

453. 它的权力不是二选一：宣布预先确定的措施或拒绝请求。措施的选择，更具体地说，其干预的条款和条件都不是预先确定的。因此，临时救济法官根据每个案件的具体情况，以积极和动态的方式选择有可能恢复侵权行为受害者享有基本自由的手段。他根据第 L.521-2 条的规定，利用一切可利用的可能性，决定如何结束侵权行为。它从各种可能的措施中选择最有效的措施。这种决定权符合“权利保护”程序的目的，即保护个人情况和个人利益。当法官根据第 L.521-2 条进行干预时，其职责不是客观地监督行政行为的合法性，而是捍卫个人的基本自由。对法官而言，这不再是一个抽象地阐述法律的问题，而是一个在法律情况下采取有益行动的问题。为此，他们被赋予对所面临的情况做出实际改变的权力。在传统的最高上诉模式中，法官只有有限的权力¹⁸⁷⁴，与此不同的是，简易程序中的法官不是撤销原判的法官，而是作出决定并采取行动的法官。在每个案件中，他都会决定以最有效的方式保护申请人的权利。因此，重点不在于保护客观合法性，而在于有效地保护个人免受行政¹⁸⁷⁵。référé-liberté 象征着行政法官对其角色的新理解。

1874 在法国的传统模式中，行政法院的唯一职能是确保行政当局遵守法律。作为对行为的审判，recours pour excès de pouvoir 的唯一职能是促使行政机关对遵守客观法律规则的情况进行核查（见 Maurice HAURIUO 在 1899 年 12 月 8 日的 CE 注释中 对这一职能的著名表述，*Ville d'Avignon*, D. 1900, 3, p. 73）。正如 M. Fromont 解释的那样，“法国的理论认为（……）行政法官具有教育职能：行政法官的职责仅限于判断行政机关的行为是否规范。申请人的实际情况并不重要（……）”（M. FROMONT, 同前, 第 551 页）。对其作用的这一概念与“撤销原判”模式相吻合：行政法院“对行政决定的干预方式与撤销原判决院审查上诉判决的方式大致相同（……）”（J.-M. WOEHLING, “Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe de l'Ouest. Particularismes et convergences”, REDP Winter 1994, vol. 6, no. 2, p. 374）。辩论的焦点不是申请人的个人情况，而是行政部门的行为是否符合法律规定。因此，作为客观合法性的监护人，行政法院发现自己在越权诉讼中陷入了废除/拒绝的二元选择。

1875 在这方面，它的作用与行政法院在法国和其他欧洲国家承担的新角色是一致的。行政司法“不再被视为良好行政的保障者，而是公民在面对日益无所不在的行政时的主要保护者”（M. FROMONT, “La justice administrative en Europe : Convergences”, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p.207-208）。它首先是一个旨在促进和保障个人主观权利的机构（尤其见 E.GARCIA DE ENTERRIA, “Contentieux administratif objectif et contentieux administratif subjectif à la fin du XX^e siècle : analyse historique et comparative”, RA 2000, 特刊 3, pp.125-131；G. MARCOU, “Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale”, RFD 2006, pp.84-95）。这种观点的转变使得法官在行政诉讼中的决策权有了长足的发展。特别是在法国，1995 年 2 月 8 日的法律赋予了行政法院下达执行令的权力，从而深刻地改变了行政法院对自身角色的认识以及行使权力的方式。正如 Guyomar 和 Collin 所指出的那样，“对禁止对行政部门下达强制令这一传统原则的减损导致了思想上的深刻变化”（M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, 编年史, AJDA 2001, 第 1049 页）。因此，“行政法官（……）不太愿意承认他的职务也是行政法官”（F. DONNAT 和 D. CASAS, “L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat”, *Dr. adm.* 2004, études n° 9, p. 12; see also D. BAILLEUL, “Les nouveaux de l'établissement de l'enseignement supérieur. BAILLEUL, “Les nouvelles méthodes du juge administratif”, AJDA 2004, pp.）这一发展在 2000 年 6 月 30 日的法律赋予 référés 行政法官的权力中得到了充分体现。正如 M.

454. 然而，临时救济法官的权力即使界定得特别宽泛，也并不代表一种替代权。法官可以就应下令采取的措施作出决定，但不能代替行政部门作出决定。因此，不能说法律赋予了临时救济法官充分的诉讼权力¹⁸⁷⁶。临时救济法官没有替代权，可以说只有反对权（通过中止）和命令权（通过禁令）。他可以命令或中止，但绝不会取代理行政部门。应当指出的是，区分越权和完全诉讼的第二个主要标准也被排除在外，即通过诉讼¹⁸⁷⁷对管理行为提出质疑的可能性或不可能性。由于临时救济法官可以通过诉讼方式（当然也可以通过例外方式）审理这类行为，因此再次排除了全面诉讼的资格。此外，为了将其归类为滥用权力，还应补充说明的是，“自由裁量权”程序一般不需要律师的协助，申请人必须证明其利益受到了侵害，而不是主观权利受到了损害（基本自由的要求不在受理阶段起作用，而在实质条件阶段起作用），其裁决的范围不一定仅限于诉讼各方，例如在对监管行为提出上诉的情况下。最后，在评估行政决定的合法性时，法院会追溯到行政机关做出决定的那一天，而不是其做出决定的那一天。与具有完全管辖权的法院¹⁸⁷⁸不同，它不考虑从作出有争议的决定到达判决¹⁸⁷⁹之间法律或事实情况可能发生的任何变化。

诚然，在确定这一程序的性质时可以考虑最后一个标准，即有关争议的客观或主观性质。然而，这一标准在简易程序的情况下是不合适的¹⁸⁸⁰，因为这些程序具有混合性质。一方面，正如 M. Etchegaray 所述，根据第 L.521-2 条审理案件的法官是“一个权力过大的法官，因为在这里这是一个寻求非法性的问题”¹⁸⁸¹。另一方面，它对主观权利的存在进行裁决，并以侵犯基本自由的要求形式化

Pacteau 所说：“如果说二十世纪是法官监督行政职能和制裁的世纪，那么”

二十一世纪则是法官参与公共行动的世纪，而新的行政简易诉讼制度--通过其提供的权力和程序--

将有助于法官在行政生活中的存在”（B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2002, n° 260）。

1876 M. Guérin-Laporte 指出，第 L.521-2 条的规定“赋予自由法官与普通法官同等的权力”；作者还提到“自由法官的完全管辖性质”（E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, Montpellier I thesis, 2002, p.429）。

1877 正如 M. Négrin 所说，“我们不能忘记，这两种追索权之间的主要区别在于，诉讼权只涉及个人行为”（J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2000 年，第 11 页）。只有“过失法官”以诉讼方式处理管理行为。

1878 见 CE, Sect. 1982 年 1 月 8 日, *Aldana Barrena, Lebon* 第 9 页, Concl. B. GENEVOIS。

1879 因此，为支持其上诉并在简易程序期间，申请人可提供与行政部门做出决定时存在的事实有关的任何证据：“如果这些证据与被批评的行政决定之前的事实有关，即使行政部门在做出这些决定之前并不知晓这些事实，也可向法官提供证据进行对抗性辩论”（CE, ord.2003 年 3 月 25 日, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Sulaimanov, Lebon* 第 146

页）。反之，法官不得考虑裁决作出后出现的因素。例如，见 CE, ord.2006 年 5 月 2 日, *Amiraleva, 别名 Kirilova, épouse Koulayeva*, 第 292910 号, 引自 Recueil

Lebon：关于将一名寻求庇护者重新接纳到另一个欧洲国家的决定，法官指出，“虽然对小 Patimat 采取的驱逐措施会中断她在幼儿园的学业，但这是在卢瓦尔-大西洋省省长 2006 年 1 月 12

日下令将申请人及其女儿移交德国当局的决定之后才开始的”。因此，临时救济法官在评估有争议的决定的合法性时不能考虑这一因素。

1880 似乎还不止：见 F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 165 et seq.

1881 J.-R. ETCHEGARAY, “La réforme des procédures d'urgence : le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ?”, *Constr. urb.* 2001, chron. no.

。它裁决的是客观合法性问题，但与主观权利有关。

455. 根据行政诉讼程序的通常规则，临时救济法官的裁决权必须在申请人提交的材料范围内行使。但在实践中，法官似乎在申请条件方面有很大的回旋余地。

根据《行政司法法典》L.521-1 条的规定，"即使在对已进入全面诉讼程序的事项做出裁决时，临时救济法官也只能在向其提交的结论范围内做出裁决"¹⁸⁸²。在本案中，一审法院首先驳回了申请人的中止诉讼请求，然后根据《行政司法法典》第 R. 521-3 条和第 R. 532-1 条对行政部门下达了主要禁令，并下令进行各种专家评估。在上诉中，最高法院撤销了第一位法官的命令，批评他的裁决超出了申请的范围。然而，应该指出的是，在本案中，撤销裁决的理由首先是法官下令采取不属于其职权范围的措施。根据《法典》第 L.521-1 条的规定，法院只能"命令中止执行"判决；法院的权力受到该条款的严格限制。即使有这方面的申请，法院在任何情况下都不得发布作为主要补救措施的禁令或下令进行专家鉴定。因此，尽管该条的措辞很笼统，但并不能确定所采取的解决办法是否可以完全转用于临时救济，是否可以完全严格地适用于第 L.521-2 条，该条赋予法院的权力不是预先确定的权力，而是"命令采取一切必要措施"的权力。

在实践中，临时救济法官从未就这一问题做出过裁决。最高行政法院的临时救济法官从未批评过一审法院根据第 L.521-2 条作出的裁决无视这一要求。提交人认为，法官可以¹⁸⁸³或应¹⁸⁸⁴完全自由地确定必要措施。根据以此为基础的判例法，必须考虑到临时救济法官不得下令采取与申请人的呈件明显无关的措施。另一方面，他可以在这些结论的框架内选择似乎最符合所追求目标的措施。特别是，它可以超出或低于申请人提出的结论。

当结论以非常笼统的措辞表述时¹⁸⁸⁵，申请人让法院全面确定必要的保障措施。例如，在 *Vast* 案的判决中，申请人要求临时救济法官作为紧急事项下令采取任何可能制止有关行为的措施。结论是广泛的。最高行政法院暂停执行造成侵权的备忘录，并命令行政当局指示有关部门立即停止执行该备忘录¹⁸⁸⁶。

即使结论是精确的，法院也承认它有权偏离这些结论，以使用一项可能不那么严格或更严格的措施来取代申请人所要求的措施。因此，当申请人寻求的禁令超出了临时救济法官的管辖范围时，法

¹⁸⁸² CE, 29 July 2002, *Ministre de l'équipement, du transport et du logement c/ Clerissi et autres, Lebon T.* p. 867.

¹⁸⁸³ 见 *Pratique du contentieux administratif* Dalloz (2002 年 10 月)，第 290-435 号：临时救济法官"确定适当措施以保障有关基本自由"。

¹⁸⁸⁴ Rouault 女士在评论 2000 年 6 月 30 日法令的规定时指出："如果行政法院拥有 (.....) 选择适当措施的主权，那将是一件好事" (M.-C. ROUAULT, "La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", *D.* 2001, 第 401 页)。福尔先生则认为，适用于第 L.521-1 条的禁止越权裁决的判例法是否适用于第 L.521-2 条是值得怀疑的，"因为作为基本自由的监护人，*référé-liberté* 法官应可自由作出对保护基本自由至关重要的任何决定" (B. FAURE, "Juge administratif statuant en urgence. Référé-liberté", *Jol.* 51 (11, 2002), no. 57)。

¹⁸⁸⁵ 临时救济法官接受以相对笼统的方式提出的意见，只要这些意见足够易懂。1995 年 2 月 8 日的法律也有同样的规定：禁令必须准确无误 (行政法院，1995 年 4 月 7 日，*Grékos, Lebon*, 第 159 页)，但不一定要说明为遵守禁令而采取的措施的性质 (行政法院，第部分，1999 年 3 月 26 日，*Société Hertz France, RFD A* 1999, 第 977 页，注 D. POUYAUD)。

¹⁸⁸⁶ CE, 2004 年 4 月 9 日，*Vast, Lebon* 第 173 页。

官可以自行决定用他可以合法下令采取的措施之一来取代所寻求的措施。法官在 2006 年 3 月 17 日的命令中指出，应责令内政部长“不签发申请人要求的居留证，因为这超出了临时救济法官的管辖范围，但应责令内政部长在通知本命令后八天内根据本命令的理由重新审查 Saidov 先生的居留申请”¹⁸⁸⁷。在本案中，法官选择了与申请人要求的不同措施¹⁸⁸⁸。这种做法使他能够使超出临时救济法官权限的呈件免于不予受理。法院还可以自由地超越申请书的规定，下令采取一项虽然申请人没有明确要求但仍在申请书规定的框架内的措施。因此，在 2002 年 8 月 19 日的 *FN IFOREL* 案（1889）中，临时救济法官收到了两套材料。首先，申请人要求暂缓执行行政当局拒绝让管理该镇会议中心的 Impérial Palace 公司在该会议中心举办国民阵线暑期大学的信函的效力。他们随后提交了意见书，要求责令行政当局“撤销”对 Impérial Palace 的禁令，允许在其场所举办暑期大学。由于授权条件已经满足，临时救济法官中止了有争议信件的功效，并在采取这一措施的同时下达了一项禁令，不得阻碍 IFOREL 与 Impérial Palace 之间签订的预订合同的履行。这项禁令不是申请人要求的，而是其呈件的延伸，反映了法官在解释呈件时的自由裁量权。同样，在 *Hadda* 案中，申请人要求临时救济法官下令暂停执行拒绝登记其领土庇护申请的决定，并命令省长审查庇护申请和签发 1998 年 6 月 23 日法令规定的申请收据。最高行政法院在尊重这些结论的总体精神的同时，下令采取比申请人具体要求的措施更为具体的措施。它没有中止有争议的决定，但命令省长在 Hadda 先生到省政府办公室 1890 时立即登记他的领土庇护申请。省长必须在接到命令通知后 48 小时内通知 Hadda 先生。

因此，临时救济法官的权力非常广泛；从第 L.521-2 条来看，这些权力甚至似乎没有任何限制。然而，最高行政法院拒绝认为在此基础上赋予它的权力是无限的。将《行政司法法典》第 L.511-1 条的规定适用于这一程序，它禁止临时救济法官采取临时措施以外的其他措施。

II. 命令采取的措施的临时性

456. 在临时救济 (*référé-liberté*) 领域，与可下令采取的措施的时间效力有关的判例法长期以来一直模棱两可。一方面，最高行政法院的临时救济法官从这一程序的最初申请开始就授权自己下令采取非临时性的措施。另一方面，这位法官却始终裁定，寻求非临时性措施的呈件不予受理。为了结束这种不尽人意的状况，最高行政法院的临时救济法官在 2007 年 3 月 30 日的一项重要命令中澄清了适用的原则¹⁸⁹¹。所采取的解决办法导致对两种情况加以区分，以确定临时救济法官的权力范围，更具体地说，确定可下令采取的措施的时间效力。如果采取临时措施足以消除侵权行为的影响，法官只能采取这种性质的措施。如果情况并非如此，即临时措施不足以消除侵权行为的影响，临时救济法官“可命令侵权行为责任人采取任何可能保障有效行使有关基本自由的措施”。命令采取的措施必须是临时性的这一要求虽然已作为一项原则确立下来，但在临时救济的情况下

¹⁸⁸⁷ CE, ord. 2006 年 3 月 17 日, *Saidov*, 第 291214 号。

¹⁸⁸⁸

如果申请人在听证会上重新陈述了自己的意见，法官会在其裁决的理由或引文中提及这一点。参见上文第 432 条。

¹⁸⁸⁹ CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

¹⁸⁹⁰ CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页。

¹⁸⁹¹ CE, ord. 30 March 2007, *Ville de Lyon*, no. 304053, published in *Recueil Lebon, Dr. adm.* 2007, comm. no. 90, note F. MELLERAY; *LPA* 6 August 2007, no. 156, pp. LE BOT.

，这一要求也有其特殊性，即在有正当理由的情况下会有所缓和。

A. 作为原则确立的要求

457. 当临时措施似乎有可能制止对基本自由的严重和明显非法侵犯时，法官的权力受到限制。在这种情况下，法官只能下令采取临时措施，而不能下令采取最终措施。在这种情况下，临时救济法官必须拒绝接受任何要求采取非临时措施的呈件。行政法院的这一要求源自《行政司法法典》第 L. 511-1 条。作为《行政司法法典》第五卷立法部分的开篇，第 L. 511-1 条规定：“临时救济法官应通过临时性措施进行裁决。他不得处理主要问题（……）”。这一规定直接受《新民事诉讼法》第 484 条的启发¹⁸⁹²，表达了“临时救济程序是一种临时性的保全程序”的思想¹⁸⁹³。

尽管如此，正如罗杰-佩罗所指出的，“令人吃惊的是，法律中没有任何地方有关于临时决定或措施的定义，就好像临时是法律生活中的一个意外，我们因为无法控制它而放弃了对它的定义”¹⁸⁹⁴。初看之下，“我们很容易将目光投向时间，将临时决定视为有期限的决定，而最终判决则是永恒的”¹⁸⁹⁵。然而，正如雅克-诺曼德（Jacques Normand）所指出的，必须摒弃这种做法，因为“临时”并不一定对应于“暂时”¹⁸⁹⁶。实际上，在司法私法和行政诉讼中，临时措施是一种可逆转的措施¹⁸⁹⁷，是一种可以在上诉程序之外提出质疑的措施，既可以由可能被要求作出裁决的案情法官提出质疑--他不受简易程序中给出的法律解决方案的约束--也可以由简易程序法官本人提出质疑，在出现“新因素”的情况下，应任何利害关系人的请求，简易程序法官可以逆转自己的裁决（《行政法》第 L. 521-4 条）。在出现“新因素”（《行政司法法典》第 521-4 条）或“新情况”（《新民事诉讼法典》第 488 条）时，简易程序法官本人可应任何利害关系人的请求推翻自己的裁决。从这个意义上说，“临时决定是在上诉范围之外的决定，可以随时因另一决定的效力而修改、变更或撤回；总之，是受一切相反风向影响的决定”¹⁸⁹⁸。然而，要使实施的措施具有可逆性，对决定提出质疑的可能性必须不仅是虚拟的，而且是实际有效的。因此，其前提条件是，争端并不因仅仅宣布裁决而消失。

例如，根据这一定义，暂停执行一项已就案情实质提出上诉的行政决定构成一项临时措施--可由

¹⁸⁹²

“临时救济令是一项临时决定（……），在这种情况下，法律赋予未参与主要诉讼的法院下令立即采取必要措施的权力。

¹⁸⁹³ D.LABETOUILLE, "L'activité contentieuse du Conseil d'Etat en 2003", *Dr. adm.* 2004, Entretien no. 1, p. 7.

¹⁸⁹⁴ R. PERROT, "Du 'provisoire' au 'définitif'", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 447.

¹⁸⁹⁵ R. Perrot, *同前*, 第 447 页。

¹⁸⁹⁶ J. NORMAND, *RTDciv* 1997, 第 499 页。同样，M. Plessix

指出：“临时与暂时不能混为一谈。临时的就是不确定的、不可改变的。临时性不是永久性的对立面；它更接近临时性而不是暂时性，更接近过渡性而不是短暂性”(B. PLESSIX, "Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé", *RFDA* 2007, p.77)。

¹⁸⁹⁷ 根据最高行政法院的规定，一项措施的临时性质“要根据有关措施的目的和效果，特别是其可逆性来评估”（行政法院，2007年5月31日，*Syndicat CFDT Interco 28*，第 298293 号，引自 *Recueil Lebon*）。

¹⁸⁹⁸ R. Perrot, *同前*，第 447-448 页。

临时救济法官下令执行1899。事实上，如果利害关系人向临时救济法官提交了新的信息，审理案件的法院和临时救济法官都可以对这种措施提出质疑。同样，向行政机关下达的恢复申请工会先前享有的权利的禁令也是临时性的，该禁令要求行政机关归还工会部门先前占用的房舍、所有物品和文件，以及给予工会代表的休息时间和休假。因此，最高上诉法院裁定，临时救济法官没有考虑到所申请措施的可逆性，否认其临时性质，是法律上的错误¹⁹⁰⁰。

458. 另一方面，法官不得废除、补救或命令采取任何其他最终措施。

首先，它无权废除行政决定。例如，它不能取消大学校长拒绝研究生文凭申请者入学的决定¹⁹⁰¹，不能取消省长将市镇社区扩大并转变为市镇社区的命令¹⁹⁰²，不能取消部长强制申请人退休的命令¹⁹⁰³，也不能取消拒绝中学学生重新入学的决定¹⁹⁰⁴。

其次，法院不得对受害人因其基本自由受到侵犯而遭受的损害进行赔偿¹⁹⁰⁵。同样，最高上诉法院禁止民事法官在简易程序中对殴打造成的损害后果进行赔偿。¹⁹⁰⁶

第三，临时救济法官不得签发在各方面都与行政部门遵守有争议的废止决定所产生的效力相同的强制令¹⁹⁰⁷。在实践中，这只适用于拒绝选民请求的决定¹⁹⁰⁸，并推而广之，适用于弃权（如果行

1899 见 CE, 2004 年 2 月 2 日, *Abdallah, Lebon* 第 16 页。

1900 CE, 31 May 2007, *Syndicat CFDT Interco* 28, no.

1901 CE, ord. 24 January 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon* p. 37. 另见 CE 2001 年 10 月 29 日法令, *SARL Objectif*, 第 239443 号。

1902 CE, 2002 年 6 月 12 日, *Commune de Fauillet et autres, Lebon* 第 215 页。

1903 CE, ord. 2007 年 7 月 11 日, *Sanguin*, 第 307334 号。

1904 CE, ord. 2005 年 8 月 11 日, *Millan*, 第 283995

号。同样，民事法官在简易程序中也不能下令废除（例如，参见对雇员的纪律处分：Soc. 5 March 1987, *Bull. civ. V*, no.110；Soc. 4 November 1988, *Bull. civ. V*, no.568；Soc. 23 March 1989, *Bull. civ. V*, no.253）。

1905 行政长官，2001 年 10 月 29 日命令，*SARL Objectif*，第 239443 号；行政长官，2003 年 4 月 2 日命令，*Gaijfe*，第 255597 号；行政长官，2004 年 10 月 15 日命令，*Sahi*，第 273110 号。2004 年 10 月 15 日，*Sabi*，第 273110 号。

1906 只有审理案件实质的法院才有权审理行政行为中的损害赔偿上诉，而简易程序法官则被排除在外（见 S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, pp. 见 S. PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF, coll. QSJ, 1995, pp.）一般而言，简易程序中的民事法官无权通过裁定损害赔偿来弥补损害（Civ., 1939 年 3 月 15 日，*GP* 1939 年，1，第 757 页）。

1907 CE, ord. 2001 年 4 月 10 日，*Merzouk, Lebon T.* p.1135；2001 年 7 月 9 日，*Boc*, n°235696；2003 年 7 月 17 日，*Syndicat de la magistrature*, no.2003 年 7 月 17 日，*Syndicat de la magistrature*，第 258494 号；CE, ord. 2002 年 8 月 2 日，*Chamouma*，第 249189 号。

1908 如果内政部长拒绝向某人披露情报部门所掌握的有关他的档案，那么下达这样做的禁令就等于推翻拒绝披露的决定（CE, order. 1^{er} mars 2001, *Paturel, Lebon T.* p.1134）。同样，如果行政部门因父母未提供住址证明而拒绝儿童入学，临时救济法官也不能命令行政部门让儿童入学（行政法院，2001 年 7 月 9 日命令，*Boc*，第 235696 号）。临时救济法官也不能命令医院开业医生担任院长拒绝他担任的职位（行政法院，2002 年 8 月 2 日的命令，*Chamouma* 案，第 249189 号）。法官不能命令行政部门在主管当局拒绝申请人重新登记的情况下将其重新登记在汽车专家名单上（行政法院，2005 年 12 月 15 日命令，*Marcon, Lebon* 第 565 页）。法院不能命令行政部门向申请人签发已被拒绝的居留证（行政法院，2001 年 4 月 10

政当局必须采取立场，弃权也会导致拒绝) 1909，以及撤销在申请人采取事先行动后给予申请人的优惠¹⁹¹⁰。在这种情况下，拒绝批准申请人请求的真正理由不在于 L.511-1 条的规定，而在于行政部门在这种情况下决定是否批准申请人请求的自由裁量权。换句话说，法官拒绝命令行政部门以特定方式行事，理由很简单：行政部门没有义务以特定方式行事。由于行政当局对所做决定的内容拥有自由裁量权，在这种情况下，法院只能命令它在规定的期限内审查或重新审查申请人的请求。换句话说，为了重申 1995 年 2 月 8 日法令中的区别，法院以行政部门处于与第 L.911-2 条相应的情况为由，拒绝签发属于第 L.911-1 条范围内的禁令。两个因素证实了这一分析。一方面，当行政部门没有自由裁量权而必须以特定方式行事时，法院不会驳回案件。例如，当当局拒绝提供警察援助时，法院命令当局提供这种援助。无可否认，命令采取的措施是确定性的；它对行政部门的影响与取消其拒绝行为的影响相同；尽管如此，法院并没有裁定申请不可受理。另一方面，从某些裁决的措辞中可以明显看出，临时救济法官明确将呈件的不可受理性与行政部门拒绝采取行动的的空间联系起来，即与行政部门没有义务以特定方式采取行动这一事实联系起来。例如，在 *Allouache* 等人案的裁决中，法院指出，法院无权下令中止紧急状态，因为这种措施“与行政当局在最高行政法院就推翻共和国总统拒绝结束紧急状态的争议作出裁决后所承担的义务范围相同，理由是总统可以合法地不为此颁布法令”¹⁹¹¹。尽管法官将这一解决方案与《行政司法法典》第 L.511-1 条的规定相联系，但其唯一的理由是行政部门在有关案件中享有酌处权。即使在根据普通法进行的诉讼中，所做出的决定在法律上是最终的，但如果行政部门拥有自由裁量权，法院也永远不能强迫其做出具体决定。在这种情况下，法院只能命令主管当局在规定时间内重新审查选民提出的请求。这一逻辑适用于所有诉讼程序，尤其是临时救济程序，无需参照《行政司法法典》第 L.511-1 条的规定。与审理案情实质的法官一样，临时救济法官在行政部门受裁决约束的情况下命令行政部门以特定方式行事。与审理案情

日命令，Merzouk.2001 年 4 月 10 日，*Merzouk, Lebon T.*, 第 1135 页；2001 年 8 月 8 日，*Soares dos Santos*, 第 234589 号；2001 年 11 月 12 日，*Ministre de los Dos Santos*, CE, ord.2001 年 11 月 12 日，*Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T.p.1132*；行政长官，2004 年 10 月 25 日命令，*Ben Habbab et Dupré Habbab*, 第 273436 号；行政长官，2004 年 11 月 23 日命令，*Syndou*, 第 274368

号)。事实上，当地方当局拒绝外国公民的居留许可申请时，签发居留许可的禁令与取消拒绝的结果类似。同样，法官也不能下令“撤销

“拒绝签发临时占用公共领域许可证的决定，因为这样的禁令等同于取消上述撤销决定（CE，2003 年 7 月 2 日法令，*Commune de Collioure, Lebon T.p.930*）。

1909 因此，在数月未对申请人的请求采取行动的情况下，法官不能命令行政部门更新其国民身份证和护照（CE，2005 年 4 月 26 日法令，*Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ MLAMALI, Lebon T.第 1034 页*）。同样，*Syndicat de la magistrature* 提出的意见也要求下令司法部长任命 Ben Hamida

女士为工会在国立法官学校董事会的代表、该案超越了临时救济法官的权限，因为他们要求临时救济法官签发“一项禁令，其效力在各方面均与行政当局执行决定所产生的效力相同，必要时，法官可通过该禁令废除拒绝任命 Ben Hamida 女士的决定”（CE, ord.2003 年 7 月 17 日，*Syndicat de la magistrature*, 第 258494 号）。

1910 例如，当省长承认申请人有权获得所要求的居留许可，但须接受常规检查时，向其签发该许可的禁令与省长在以越权为由宣布非法撤销该决定无效的情况下必须采取的执措施具有相同效力。因此，“即使根据《刑法》第 L.521-2 条的规定”，临时救济法官也无权签发这样的禁令（行政法院，2003 年 2 月 14 日命令，*Fouzi*, 第 254185 号）。

1911 CE, ord. 9 December 2005, *Allouache et autres, Lebon p. 562.*

的法官一样，临时救济法官在行政部门拥有自由裁量权时，命令行政部门审查或重新审查申请¹⁹¹²。

459. 无论如何，根据里昂市令，临时救济法官只能“原则上”下令采取临时措施。尽管如此，从同一命令中可以看出，临时救济法官的权力仅限于临时措施足以消除侵权影响的情况。当临时措施无法终止侵权行为时，法官的权力才会受到限制。

B. 必要时可免除的要求

460. 当只有非临时措施才有可能制止对基本自由的严重和明显非法的侵犯时，那么也只有在这种情况下，临时救济法官才被允许禁止侵权者“采取任何可能保障有效行使有关基本自由的措施”¹⁹¹³。只有在任何临时措施都不可能消除侵权行为的影响时，才允许诉诸这种禁令。在这种情况下，法院的权力得到了加强：它可以命令行政部门采取或执行任何法律上和实质上必要的措施来保障基本自由。

然而，在这种情况下，临时救济法官的权力并不是绝对的。在里昂市的命令中，最高行政法院的临时救济法官有意避免使用“最终”（而不是“临时”）一词。虽然临时救济法官可以下令采取非临时性措施（“非临时性”是指这些措施将在很短的时间内解决争端，从而使案件不可能甚至不可能受到质疑），但他或她不得规定确定性措施（即废除或赔偿措施），因为这些措施在法律上--而且不再仅仅是在实践中--阻止了对法院裁决提出质疑的任何可能性。对“非临时性”和“终局性”进行区分的理由是《行政司法法典》第 L. 521-4 条规定的复审程序的存在¹⁹¹⁴。在出现新的因素的情况下，临时救济法官可以选择修改或撤销其裁决，这意味着至少在法律上必须将下令采取的措施视为临时措施。在《行政司法法典》第五卷第二篇中，这一规定至少实际上适用于临时救济（*référé-liberté*）¹⁹¹⁵。在这种情况下，承认根据第 L.521-2 条采取的措施是法律上的最终措施，将与第 L.521-4 条规定的审查机制相抵触。无论如何，临时救济法官下令采取的非临时性措施--例如租用市政厅的禁令--在法律上仍然是临时性的。¹⁹¹⁶

461. 在里昂市令中，临时救济法官明确指出，临时措施缺乏有用的效果可能是由两个因素特别造成的。首先，这可能是由于提交法院的时间限制造成的。如果侵权行为迫在眉睫，就会出现这种情况

¹⁹¹² 在申请人要求命令行政当局以特定方式行事的情况下，即使行政当局拥有自由裁量权，为了取消不可受理，命令行政当局在特定期限内对申请人的要求作出裁决就足够了。见上文第 455 节，*Saidov* 命令。

¹⁹¹³ 上述里昂市 命令的措辞。

¹⁹¹⁴ 关于这一机制，见下文第 520 节及以下各节。

¹⁹¹⁵ 尽管迄今为止只应用过一次。见下文第 524 节。

¹⁹¹⁶

因此，如果针对拒绝出租房间的行为提起越权诉讼，则尽管有禁令，审理主要诉讼的法院仍需对申请作出裁决。由于在临时救济法官介入后，拒绝提供房间的决定并未撤回或撤销，因此越权法官不能依据该禁令剥夺申请人作出决定的权利。见 CAA 波尔多，2006 年 12 月 27 日，*巴勒斯坦行动委员会协会*，*AJDA* 2007，第 1142-1145 页，注 O。BUI-XUAN.

：在这种情况下，裁决将立即明确地改变法律状况，使争议主体在裁决宣布后的几天甚至几小时内消失。临时措施缺乏有用的效力也可能源于对基本自由的侵犯的性质，特别是如果侵犯是由禁止造成的，而禁止的效力本身是临时的或有时间限制的（例如，禁止在公共公路上举行示威的省令）。

462. 在这种情况下，法官不受第 L.511-1 条的限制，可以下令采取非临时性措施。里昂市令的例子在这方面具有重要意义。该裁决所依据的事实让人联想到临时救济法官以前就拒绝向耶和华见证会 1917 出租大厅所裁决的案件。根据 2007 年 1 月 9 日的一项默示裁决，里昂拉法叶耶和华见证会地方协会申请在 2007 年 4 月 2 日下午 6:30 至 10:30 使用市政厅遭到拒绝。在 2007 年 3 月 15 日的一项命令中，里昂行政法院临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条支持该协会的论点。根据适用于耶和华见证人宗教协会的 *FN-IFOREL* 判例法 1918，一审法官认为拒绝租用市政厅构成了对集会自由的严重和明显的非法侵犯、里昂市没有援引任何对公共秩序的威胁，而只是出于与该协会的宗派性质有关的一般考虑，或与市政财产管理或服务运作有关的任何理由。由于紧急状况也得到了满足，临时救济法官下令采取必要的保障措施，首先暂停执行里昂市长拒绝将维克多-雨果市政厅租给申请协会的决定，其次命令里昂市长在 2007 年 4 月 2 日晚租用该市政厅或同等场地。

里昂市对这一命令提出上诉。里昂市辩称，一审法院是根据不可接受的呈件做出裁决的，因为所寻求的禁令不具有临时性质。上诉法官认为，本案符合签发非临时禁令的条件。他指出，一审法官命令里昂市长将所要求的市政厅提供给耶和华见证会的协会使用，"责令该市采取一项非临时性措施"。然而，这一禁令并没有超越法官的权力，因为正如命令所指出的，"对该协会实施的禁令的性质及其影响使临时救济法官能够为了保障他认定以明显非法的方式受到严重侵犯的集会自由，命令市长授权该协会在其要求的日期和时间租用市政厅"。因此，里昂行政法院的临时救济法官没有对不可受理的申诉做出裁决，也没有无视《行政司法法典》第 L. 521-2 条的规定范围。

最高行政法院临时救济法官在 2007 年 7 月 9 日的一项命令中第二次适用了这一判例法，*Commune du Port* 1919。Le Port 市违反 1984 年 1 月 26 日第 84-53 号关于领土公务员制度的法律规定和 1985 年 4 月 3 日第 85-397 号关于在领土公务员制度中行使工会权利的法令，拒绝为领土公共职能自主工会提供单独的办公室。根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条，一审临时救济法官下令在一个月内在该工会提供单独的办公场所。市政府对这一决定提出上诉。它辩称，临时救济法官下令采取的措施是确定性的，而它认为在此基础上只能下令采取临时措施。最高行政法院临时救济法官驳回了这一论点。诚然，命令采取的措施不是临时性的。但是，这并没有超越临时救济法官的权力，因为任何这种性质的措施都不能有效地结束对基本自由的严重和明显非法的侵犯。上诉法官强调，鉴于本案的具体情况，"向市政当局发出的在一个月内向工会提供场所的禁令是能够保障被侵犯的结社自由的唯一措施"。因此，"临时救济法官没有对不可接受的意见做出裁决，也没有忽视 L.511-1 和 L.521-2 条规定的范围

1917 见雷恩 TA, ord.2002 年 2 月 11 日, 洛里昂耶和华信徒地方文化协会, GP 2003 年 4 月 29 日, 第 12 页。另见拒绝租用夏莱蒂体育场: TA Paris, ord.13 May 2004, *Association culturelle des témoins de Jéhovah de France et autres*, AJDA 2004, pp.

1918 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

1919 CE, ord. 9 July 2007, *Commune du Port*, no.

，由此可见，虽然临时救济法官下令采取的措施原则上必须是临时性的，但这并不适用于唯一有可能消除对工会自由等基本自由的严重和明显非法侵犯的措施”。

463. 撇开实际考虑因素不谈，即使不能撤销，至少也要修改《行政司法法典》第 L. 511-1 条有关临时救济的规定，其法律依据是什么？

第一个可能的理由是基于第 L.521-2 条本身的措辞，该条允许法官下令采取任何必要的措施。甚至在最高行政法院在里昂市的命令中同意对所规定的措施的临时性原则进行破解之前，Bourrel 和 Gourdou 先生就已经指出：“尽管《民事司法法》第 L.511-1 条的措辞很笼统，但人们可能会发现适用该条的条件是自相矛盾的。Bourrel 和 Gourdou 先生指出，“尽管《民事司法法》第 L.511-1 条的措辞一般，但将所命令的措施的临时性质这一条件适用于临时救济法官可能会让人觉得相当自相矛盾，因为根据《民事司法法》第 L.521-2 条的措辞，设立临时救济的法官有权‘命令采取一切必要措施’¹⁹²⁰。作者推断，“仿照合同前简易程序的例子（……），‘临时措施’这一正式条件在此无疑应予免除”¹⁹²¹。然而，“一切必要措施”这一短语本身在我们看来不足以成为完全搁置第 L.511-1 条的理由。事实上，在两个条款之间缺乏规范等级的情况下，法院不能为了另一个条款而搁置一个条款，而必须选择一种调和的解释。在这种特殊情况下，调和这两个条款将授权临时救济法官下令采取任何必要的临时措施。

第二个理由是，L. 511-1 条的一般规定有些不适合临时救济的具体程序。该条的规定、其理念和目的并不完全适合简易程序。从整体上看，并考虑到颁布该条的合理性，L. 511-1 条并不完全适合简易程序，其目的也不是真正适用于简易程序。L. 511-1 条规定了两条不同的规则：一方面，它禁止临时救济法官下令采取最终措施，另一方面，它禁止法官就主要问题作出裁决。这两项建议虽然不同，但却是密切相关的¹⁹²²。每项建议都是相对于另一项建议而存在和具有意义的。任何一项提议都不能独立于另一项提议。因为临时救济法官不处理主要问题，所以他不能下令采取最终措施¹⁹²³。反

¹⁹²⁰ A. BOURREL and J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 86. 强调是后加的。

¹⁹²¹ A. BOURREL 和 J. GOURDOU, *同前*, 第 87 页。强调是后加的。

¹⁹²² 有人指出，根据以前的法律，禁止损害主诉和临时命令的临时性质构成“同一法律状况的两个方面”（J. PONELLE, *Le référé en cours d'instance*, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 261, cited by Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 429）。这两个概念之间的联系如此紧密，以至于经常被等同起来。在许多作者看来，只有当法院不对法律的实质内容作出裁决时，裁决才是临时的。例如，M. Frances 指出，如果临时救济法官必须“临时裁定实质性问题”，那么裁决就不是临时的（M. FRANCES, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, Librairie du recueil Sirey, 1935 年，第 48 页）。Lacabarats 先生指出：“裁决的临时性是简易程序的一个基本特征：简易程序法官不对争议的实质作出裁决”（A. LACABARATS, “Le référé”, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, 1998, p.222）。在 M. Strickler 的论述中也可以找到同样的联系，他指出：“临时救济法官在作出裁决时，是作出一项临时性的、预防性的决定。他并不对法律的实质内容作出裁决（……）”（Y. STRICKLER, *同前*, 第 XXII 页。）

¹⁹²³

措施的临时性是禁止法院就主要问题做出裁决的结果。根据这一原则，不对案情实质作出裁决的法院不能发布最终措施。终局性是法院就案情实质做出裁决时所具有的属性，必须为其保留。

之，由于他下达的是严格意义上的临时措施，主要问题不应提交给他¹⁹²⁴。如果取消了其中一项禁令，另一项禁令就不再适用。因此，L.511-1 条所规定的禁止采取最后措施的规定必须保留给不要求法院就案件的是非曲直作出裁决的程序。只要临时救济法院不触及行为的合法性问题，自然就不能采取最终措施，而必须遵守所采取的措施必须是临时措施的要求。另一方面，一旦他行使案情法官的职能，一旦他被要求就主要问题作出裁决，L.511-1 条的提议之一就消失了，下令采取的措施的临时性质的要求也随之消失。

第 L. 521-1 条规定的程序回应了第 L. 511-1 条中的第一项提议：临时救济法官不对主要问题作出裁决。因此，第二项提议自然应适用于他：禁止下令采取最终措施。事实上，只要法官的干预是以对有争议裁决的合法性存在严重怀疑为条件，他就没有理解法律的实质。法律只要求存在违法的表象或可能性。临时救济法官不对主要问题作出裁决。因此，在此基础上采取的措施在逻辑上必须符合临时性的要求。更笼统地说，临时地位是辅助程序的规则，其目的是在对案情实质作出判决之前调整当事人的状况。正如 Debbasch 先生所解释的，"辅助程序不得侵犯主要程序。因此，在紧急情况下有管辖权的法官将不拥有在主要程序中拥有的两种管辖权特权中的任何一种。他只能下令采取临时措施，因此他的判决不具有既判力。此外，它不得以任何方式损害主要程序的结果"¹⁹²⁵。因此，在法律上，第 L.511-1 条适用于临时中止程序是合理的。但临时救济呢？临时救济是法院对明显的违法行为作出裁决的自主程序。

根据以前的法律规定，禁止损害主要诉讼程序意味着临时救济法院不能就法律的实质作出裁决。根据政府专员 Grévisse 的说法，任何"涉及对影响法律实质的问题采取立场或其目标与法律实质有关"的措施¹⁹²⁶都会损害主诉。同样，在民事问题上，"禁止预断主要问题被理解为禁止对法律实质问题作出裁决"¹⁹²⁷。新公式放弃了"损害"主要问题的提法¹⁹²⁸，其范围与以前的公式大致相同。这意味着临时救济法院"原则上无权就案件的是非曲直作出裁决"¹⁹²⁹。因此，当法院被要求就案件的是非

1924 禁止就主要问题作出裁决是命令采取的措施具有临时性质的结果。临时救济法官"由于临时命令的临时性质，原则上无权就案件的是非曲直作出裁决" (P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, 2^{ème} ed, Litec, 1998, p. 22)。"作为临时法官，临时救济法官不必对法律做出裁决。作为临时法官，临时救济法官不创造任何确定的东西，因此，不应理解案情" (Y. STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire. "Retour sur le provisoire", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, p. 74. 着重部分由作者标明)。

1925 C.DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, LGDJ, coll. BDP, t. 38, 1962, p. 308.

1926 GREVISSE 关于 CE 的结论, Sect, 1958 年 3 月 14 日, *Secrétaire d'Etat à la reconstruction et au logement*, *AJDA* 1958, II, 第 186 页。因此, "对行政法官而言, 任何说明法律的裁决都 (.....) 不利于主要问题" (M.-R. TERCINET, *L'acte conservatoire en droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 132, 1979, p. 172)。对临时救济法官来说, 不损害主要问题是指

"不得以任何方式决定争议的是非曲直 (.....)。(..)程序必须保持完整" (C. DEBBASCH, *同前*, 第 309 页)。禁止损害主要问题意味着"法官不偏袒任何法律问题" (B. LASSERRE 和 J.-M. DELARUE, *chron. sous CE*, Sect., 1983 年 12 月 9 日, *巴黎市*, *AJDA* 1984 年, 第 84 页)。

1927 Y.STICKLER, 论文, 第 55 页。在适用这一规则时, 最高上诉法院经常指出, "简易程序法院无权对法律的实质内容进行裁决" (例见 Com. 5 June 1972, *SARL Milupa c/ SA Laboratoires Glayo*, *Bull. civ.* IV, n° 175)。

1928 关于更改公式的原因, 见 P. ESTOUP, *同前*, 第 21 页。

1929 P. ESTOUP, *同前*, 第 22 页。例如, 见 1985 年 3 月 6 日的 Com., 由 Y. STRICKLER 引用, *同前*, 第

曲直作出裁定时，它就主要问题作出裁定。一旦法院对提交给它的诉讼请求的是非曲直做出裁决，或确定有争议的行为或举动的非法性，法院即对主要问题做出裁决。L. 521-2 条规定了 "明显" 非法侵犯基本自由的要求。在此过程中，法律要求临时救济法官寻找并在适当情况下认定存在明显的非法性。如果这一条件得到满足，法院就必须对主要问题做出裁决。通过认定行政行为或举动明显且肯定地违反了法律规则，法院正在处理法律的实质内容；法院正在评估有关情况的合法性。正如 Chahid-Nourai 先生和 Lahami-Depinay 先生所说，"在为基本自由提供临时救济的情况下（.....），将作出的决定会损害主要问题，因为法院被要求认定有争议的决定明显不合法"¹⁹³⁰。同样，Ricci 先生认为临时救济法官 "决定了主要问题"¹⁹³¹。由于第 L.511-1 条的第一项主张未得到满足，因此将该条款全部适用于第 L.521-2 条所规定的程序似乎值得商榷--以及该条款所包含的关于所规定措施的临时性质的限制。

464. 除了这一判例法的基础之外，还应指出的是，归根结底，所采取的解决办法原则上保留了临时措施临时性的假定。一方面，它防止下令采取取消合同和赔偿的最终措施。根据判例法，L.521-2 条规定的唯一目的是使临时救济法官能够 "瘫痪行政决定或行政行为的效力"¹⁹³²。另一方面，这种临时性--或至少是非终局性--使得《行政司法法典》第 L. 521-4 条的机制至少有可能得到执行。

在本程序中，这一原则并未对临时救济法官的权力造成实质性的限制，L.521-2 条的文本对临时救济法官的权力进行了广泛的界定。在实践中，法官以两种不同的方式进行干预，以终止据此提交给他的行为。

第 2 节. 两种干预形式

465. 过去，法律学者们曾批评过最高行政法院可利用的司法武库的范围与它对武库的怯懦使用之间的差异。里韦罗教授在他的《休伦特人》(Huron savant) 一书中痛惜道："它知道如何削尖箭矢来对付专横，却很少离开箭筒，而它精心削尖的战斧留在腰带上的次数比在空中呼啸的次数还多"¹⁹³³。其他作者也注意到并谴责行政法官在对行政部门实施约束性措施时表现出的克制。Achille Mestre 指出，"最高行政法院故意不使用司法职能的所有权力，也不确保其所掌握的控制手段的充分有效性"¹⁹³⁴。根据 2000 年 6 月 30 日的法律，为了避免这种现象再次发生，法院强烈

518 页：根据最高上诉法院商事庭，只有 "在它不被要求就所主张的权利的存
在作出决定，而被要求审理争端实质的法官必须对其进行评估的情况下"，简易程序法官才可以纯粹和简单地适用协议。

¹⁹³⁰ N.CHAHID-NOURAI and C.LAHAMI-DEPINAY, "L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L. 521-1 et L. 521-2 nouveaux du Code de justice administrative", *LPA* 12 février 2001, n° 30, p. 14.

¹⁹³¹ J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", *RRJ* 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

¹⁹³² CE, ord. 2005 年 3 月 18 日, *M. Ali A., Lebon* 第 122 页；2005 年 7 月 13 日, CE, ord. 2005 年 7 月 13 日, *巴加乔夫*, 第 283207 号。

¹⁹³³ J. RIVERO, "Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif", *EDCE* 1979-1980, p. 28.

¹⁹³⁴ A.MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, p.

要求法官不受限制地使用其新权力。在改革生效前，司法部长曾指出，关于中止和自由的简易程序 "只有在行政法官不胆怯、不限制其权力的情况下，才有可能提高其效率"¹⁹³⁵。在 2000 年 6 月 30 日的法律实施之后，最高行政法院在其 2003 年的公开报告中也表达了同样的关切，指出临时救济法官应当毫不犹豫地 "毫不胆怯地使用其权力"¹⁹³⁶。因此，临时救济法官应邀肆无忌惮地使用其权力，充分发挥了这一工具的潜力。

466. 根据第 L.521-2 条，它寻求并选择从其实际效果来看能够结束对基本自由的侵犯的解决方案。它灵活而现实地使用赋予它的特权。在实践中，法官通过两种不同形式的干预来终止侵权行为。首先，通过说服或劝阻，法院可以说服行政部门满足申请人的要求。在这种情况下，行政当局会仅仅通过临时救济法官的干预或威胁干预来结束争议情况。否则，如果法官无法说服行政当局改变立场，他就会命令行政当局改变立场。索赔人获得满意结果的案件在这两种方法之间平分秋色：5%的索赔案在没有采取 措施的情况下获得了有利于索赔人的解决，5%的索赔案在采取了措施之后得到了解决¹⁹³⁷。这两种干预方法表达并反映了临时救济法官的决策作用。

I. 临时救济法官进行有说服力或劝阻性的干预

467. 将案件移交临时救济法官，以及可能在内庭进行的交流，有时会导致行政部门在没有等待临时救济令的情况下采取行动，从而使提出的结论失去意义。当事人之间的和解也可能导致原告撤诉，因为他在胜诉后放弃了上诉。因此，只要第 L.521-2 条规定的条件有可能得到满足--否则行政部门将不愿主动改变其立场--临时救济的申请人将能够在法官无需宣布任何措施的情况下获得满足。这样，争议的非诉讼解决就导致了争议标的物的消亡，根据案件的具体情况，可以是法官承认的撤诉，也可以是由法官裁决的撤诉。因此，申请人在没有宣布任何措施的情况下获得满意结果的案件是由于临时救济法官的有效干预或仅仅是威胁干预造成的。

A. 听证前的满意度：法官的劝阻作用

468. 首先，申请人只需在临时救济法官面前威胁干预，就可以终止侵权行为。根据临时救济程序传唤行政部门进行公开听证，这意味着申请没有在初步筛选阶段被驳回。在法官看来，争议是严重的，申请也没有被认为明显缺乏依据。因此，该公共实体坚持其行为有一定的风险。在这一传票的提醒下，它知道还有时间走回头路。因此，根据第 L.521-2 条被起诉的公共机构有时宁愿推翻导致移交的决定或行为，而不是面对临时救济法官可能的责难。不可否认，临时救济法官的谴责裁决具有道德含义。因侵犯基本自由而被定罪会使当地政治家面临被政治和媒体利用的风险。更广

81.

1935 E. GUIGOU, 《国务委员会 2^{ème} 百年纪念 座谈会闭幕》，R4 2000, 特刊 3, 第 214 页。

1936 CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2003, EDCE no. 54, p. 452.

1937 因此，临时救济申请人胜诉的案件数量为

10%。这一相对较低的数字主要是由于批准临时救济的条件十分严格。我们还应考虑到不切实际的申请数量，这一数字似乎高于其他司法程序。

泛地说，这样的判决会损害地方当局或其领导人的形象。因此，有时政治或行政领导人最好在早期阶段扭转自己的立场，而不是承受以此为依据的定罪所带来的污名。

因此，法院制裁的劝阻作用在这一领域尤为有效¹⁹³⁸。对原告来说，将问题提交法院审理以及制裁引起管理人的恐惧足以使其满意。行政部门履行其义务，法官无需规定任何措施。如果行政管理部采取的措施与简易程序中要求采取的措施范围完全相同，那么原告的意见就变得无关紧要，法官就会宣布没有必要进行裁决。

469. 从 2001 年 1 月 12 日的 *Hyacinthe* 令开始，“难民地位”程序的劝阻作用就显现出来了¹⁹³⁹。申请人是海地人，由于省政府拒绝向她提供申请难民地位所需的表格，她无法申请难民地位。一审法院驳回了她的申请，即命令省当局提供必要的表格，审查她的案件并向她签发临时居留证。*Hyacinthe* 女士就这一决定向最高行政法院临时救济法官提出上诉¹⁹⁴⁰。在提出申请的同一天，内政部指示塞纳-圣德尼省省长登记 *Hyacinthe* 女士的庇护申请。因此，在本案中，公开听证会的传唤足以促使行政当局改变其行为。法官认为，行政部门采取的措施“使申请人寻求的禁令变得毫无意义”，因此裁定没有必要对申请作出裁决。同样，在 *Aubert* 案中，申请人向行政当局申请家庭团聚许可，允许 *Aubert* 女士与前夫生下的子女来法国，但未获批准。根据 2006 年 8 月 2 日的命令，马赛行政法院的临时救济法官驳回了申请人根据第 L.521-2 条提出的命令行政当局签发批准书的请求。在提出上诉的第二天，罗讷河口省省长做出了有利于家庭团聚申请的裁决¹⁹⁴¹。

这些措施也可以在听证会之前采取，并在听证会上提请申请人注意，如 2005 年 4 月 25 日的 *穆萨* 令。在本案中，当局拒绝给予一名希望申请承认难民地位的外国公民临时居住权。一审法院驳回了他

¹⁹³⁸

在其他争议中，劝阻作用也可能被证明是有效的。例如，当上诉结果对税务机关来说似乎不确定时，税务机关有时宁愿让申请人--

纳税人满意，也不愿冒可能引起重大和昂贵诉讼的不良判例的风险。司法干预的威胁在有关地方当局行为的行政复议纠纷中也能发挥同样有效的作用。在权力下放法律通过五年后，撤销和驳回诉讼约占此类诉讼的 40%。正如沙巴诺尔庭长所解释的那样，“由于大多数撤回都是由提交给法院的行为撤回引起的，我们可以从这一异常高的比例中得出结论，在五分之二的案件中，地方当局在法院实际介入之前就放弃了其最初的立场，因此，与诉讼前阶段一样，这在国家代表手中起到了威胁的作用，一种有效但无效的威胁”（D.

CHABANOL, "Les contrôles.La jurisprudence administrative")。La jurisprudence administrative", *AJDA* 1987, p. 185)。关于这一主题，见 J. Rivero, "Sanction juridictionnelle et règle de droit", *Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964 年，第 457-469 页；ID, "Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique", in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985 年，第 675-685 页。

¹⁹³⁹ CE, ord.2001 年 1 月 12 日, *Hyacinthe, Lebon* 第 12 页。有关申请人遇到的事件，见 S. ZAPPI, "Le ministère de l'Intérieur condamné pour entrave au droit d'asile", *Le Monde* 16 January 2001, p.11。这篇文章说明了 référé-liberté 法官的裁决对行政部门造成的负面影响。

¹⁹⁴⁰ 法院同意对这一请求做出裁决。原则上，根据《行政司法法典》第 L.523 条第 1 款，他应将上诉重新确认为向最高法院提出的上诉，并将其提交给一个法官小组（在这种情况下，见：CE, Sect., 2001 年 2 月 28 日, *Casanovas, Lebon* 第 108 页）。然而，临时救济法官为了证明其干预是合理的，声称“驳回的决定（.....）免除了评估申请可受理性的必要性（.....）”。

¹⁹⁴¹ 行政法院，2006 年 8 月 21 日命令, *Aubert*, 第 296570 号。关于向申请人出具居留证申请收据的类似申请，见 CE, 2006 年 10 月 27 日条例, *Nkouka*, 第 298319 号。

要求省长下令向他签发临时居留证的请求，当事人于2005年4月21日对这一决定提出上诉。在2005年4月22日的备忘录中，行政部门首先提出应驳回申请。然而，在听证会上，内政部长的代表宣布，中央行政部门已向加尔省各部门发出指示，允许申请人登记其庇护申请并向其发放临时居留证。最高行政法院的临时救济法官指出，“在这些条件下，正如申请人的律师所同意的，没有必要（……）对申请的结论作出裁决”¹⁹⁴²。在某些情况下，行政部门的简单承诺（尚未产生任何效果）可能就足以撤销案件。¹⁹⁴³

470. 需要指出的是，这种劝阻作用也适用于最高行政法院临时救济法官的一审和终审判决。尤其是在签证被拒的情况下，会有大量的申请。在提出申请并经法官传唤各方参加公开听证后，领事馆根据外交部长的命令向申请人签发签证¹⁹⁴⁴。这种效力也适用于居留许可被拒绝¹⁹⁴⁵或撤销的情况。¹⁹⁴⁶

471. 因此，对惩罚的恐惧在这方面似乎是有效的：提起上诉和传唤行政部门参加听证导致行政部门同意申请人在简易程序中要求采取的措施。申请人在未宣布措施的情况下获得满足的案例还包括第二种假设，这与法官在公开审理期间的实际干预有关。

¹⁹⁴² CE,

ord.这里提到申请人律师的立场很重要。在一个情况类似的案件中，内政部长在开庭前指示县政府在申请人再次前往县政府时立即登记其领土庇护申请。最高行政法院裁定，如果行政部门没有将这一步骤通知当事人，因而没有使他能够获得登记，那么他的申请并没有失去意义（行政法院，2002年2月15日，*Hadda, Lebon* 第45页）。因此，法官要根据案件的所有事实，并酌情根据申请人的立场来评估争议是否仍有目的。

¹⁹⁴³ 参见 CE,

ord.在一审中，申请人要求巴黎行政法院临时救济法官命令省长立即归还其护照和驾驶执照。在一审法官驳回其申请后，申请人将案件提交给临时救济上诉法官。上诉法官注意到，在向巴黎行政法院临时救济法官提出申请后，申请人的律师被告知，行政当局准备将证件归还给他。在书面程序和最高行政法院听证期间，同样的说法也得到了证实。在这种情况下，关于归还申请人护照和驾驶执照的争议就没有实际意义了。大意同上，见 CE，2006年7月12日，*Gronud*，第295022号（关于签发的护照）。

¹⁹⁴⁴ See in particular: CE, ord.2002年12月17日，*Safi 和 Geslain*，第252520号；2004年10月5日，*El Boukbari*，第272833号；2004年10月29日，*Ben Habbab*，第273612号；2005年2月25日，*Akue*，第277848号；2005年3月25日，*Soumbou*，第278823号；2005年6月28日，*Kondombo*，第281827号；2005年10月17日，*Laiguillon-Zairi*，第286075号；2005年10月28日，CE, ord.2005年10月17日，*Laiguillon-Zairi*，第286075号；2006年2月17日，CE, ord.2006年2月17日，*Idrissa Boubou*，第290172号；CE, ord.2006年8月4日，*拉克西巴*，第296042号。

¹⁹⁴⁵ 例如，见 CE，2002年7月29日，*Stojanovic*，第246835号。

¹⁹⁴⁶ 见2003年10月21日行政长官令，*Monkolot*，第261061号。*Monkolot*

小姐是刚果民主共和国国民，法国当局于2003年1月2日向其颁发了难民证和旅行证件，有效期为2003年6月18日至2005年6月17

日。前往刚果后，申请人的证件在布拉柴维尔机场接受了真实性检查。在检查过程中，法国大使馆扣留了她的难民证、旅行证件和居留证申请收据。*Monkolot*

女士认为自己无法行使难民身份赋予她的返回法国的权利，因此根据《行政司法法》第L.521-2

条向最高行政法院临时救济法官提出上诉。在对临时救济申请进行调查期间，法国驻布拉柴维尔大使馆在收到瓦勒德瓦兹省提供的认证信息后，将其难民证明、旅行证件和居留证申请收据退还给了申请人。

B. 听证期间的满意度：法官的说服和调解作用

472. 在这种情况下，促使行政部门改变其行为的不再是法官的恐惧，而是其倾听、对话和平息事态的能力。临时救济法官就像和平法官一样，鼓励各方进行讨论，继续或恢复对话，共同寻找共同点¹⁹⁴⁷。

因此，双方开始进行调解，这里的“调解”一词是按常理理解的。严格说来，从私法角度看，调解是《民法典》第2044条意义上的一种交易——一种双方同意相互让步以结束彼此之间争议的协议。从最广义的角度来看，调解的概念表达了这样一种思想，即第三方将在当事人的听证会上试图将当事人的利益结合在一起，以实现他们之间争议的无争议解决。调解的实施和结果不是形式上的。一方面，它不一定采取驳回或撤诉的形式。其次，在申请人不符合第L.521-2条规定的准予条件的情况下，调解也可能发生，而且经常发生。在这种情况下，即使不符合临时救济简易申请所针对的特殊情况，审理也能使争议得到解决。

人们可能先入为主地认为，严重侵犯基本自由的领域完全不适合组织当事人之间的调解。然而，在现实中，并不存在向法律妥协或尊重基本自由的问题。调解的目的不是让原告接受对其基本自由的侵犯（减轻）。调解的目的是使双方达成共识。即使不符合准予许可的条件，听证会也将为双方提供对话和无争议地解决争议的机会。因此，与民事简易程序一样，调解是“平静解决冲突局势的最后尝试”¹⁹⁴⁸。

473. 由于其特点，简易程序听证会是调解¹⁹⁴⁹的理想场所。它提供了一个灵活开放的对话场所，鼓励当事人之间以及当事人与法官之间进行直接讨论。

首先，由于当事双方亲自到场和口头听证，听证会使当事双方有可能进行直接对话。但前提是双方都在场。如果其中一方不出席听证会，只是简单地提及其提交的材料，就无法进行对话。在简易程序中，仅靠交换书面意见是无法实现调解的。当事方出席听证会是调解的必要条件。简易程序之父 de Belleyme 院长本人也指出了这一点，他说如果当事人不亲自出庭，“院长就会失去通过调解终止诉讼的良机”¹⁹⁵⁰。另一方面，口头听证鼓励当事人之间进行实时对话。分庭听证可以围绕一张桌子进行，各方当事人口头交换论据，并非正式地讨论任何证物。对当事方而言，听证会成为倾听和对

1947 见 B. Stirn, "Jurisdiction et jurisprudence administratives: le temps du mouvement", in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Economica*, 2006, pp. *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp.

1948 J. NORMAND, 载于 *RTD civ* 1981, 第 441 页。

1949 正如一些作者在 2000 年 6 月 30 日改革开始实施时所预见的那样。例如参见 B. SEILLER, note under TA Orléans, ord. 8 February 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *AJDA* 2001, pp. 作者特别指出：“我们怎能不希望这次辩论能为临时救济法官主持下的调解提供机会？他终于有可能像司法界的法官一样，听取当事人的意见，向他们提问，并更多地了解他们各自的利益，他将会自发地或不自发地受到鼓励，努力调和他们的观点”（同上，第 503 页）。

1950 L.-M. DE BELLEyme, *Ordonnances sur requête et sur référé selon la Jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine*, t. 2, 2^{ème} ed, Joubert, 1844, p. 35, 由 Y. STRICKLER 引用，同前，第 368 页。

话的论坛。正如 M. Gentili 所说, "口头程序使对话(字面意义上的)成为可能, 从中可以产生调解, 甚至是部分调解"¹⁹⁵¹。随着程序的进展, 当事人可能意识到和解是可能的。有时, 申诉人在与行政机关打交道时没有得到理解, 或者双方关系紧张, 或者行政机关没有给予案件应有的重视。听证会是当事人讨论和解释其案件的机会, 也是了解所有争议事实的机会, 必要时可借助补充文件。听证会是一次对话的机会, 而在此之前, 对话并不总是可能的。

其次, 由于法官的单独干预, 法官与当事方之间可以进行直接对话。正如佩罗 (M. Perrot) 所说, "在合议、抽象和非个人化的框架内很难实现直接对话, 因为合议不可避免地具有庄严性, 阻碍了真正的对抗"¹⁹⁵²。调解需要"人与人之间的接触, 而这种接触在合议庭环境中很难实现"¹⁹⁵³。然而, 从本质上讲, 独任法官比合议庭更接近诉讼当事人。他是一名"基层的、地方的和直接的法官"¹⁹⁵⁴。他是"基层的、地方的和直接的法官"。他单独裁决, 没有任何特别的手续, 更倾向于促进甚至寻求与受害人的某种亲近。简易程序法草案的解释性备忘录也指出, 口头程序的目的是"鼓励与诉讼当事人对话"。事实上, 口头听证改变了法官与当事人之间的关系, 也改变了当事人之间的关系: "由于内庭听证不拘泥于形式, 我们看到原告与法官之间的关系发生了转变。由于在临时救济法官面前进行了口头交流, 对立双方之间的关系甚至可能发生变化, 对彼此的观点有了更好的理解"¹⁹⁵⁵。

474. 这些要素构成了双方在简易程序听证会上和睦相处的基础¹⁹⁵⁶。不过, 法官必须具备必要的素质, 而双方也必须愿意找到共同点。

最重要的是, 独任法官必须具备为对立双方的对话与和解奠定基础的素质。在利害关系可能很大、关系非常紧张的纠纷中, 这可能是一项艰巨的任务。因此, 临时救济法官必须具备真正的倾听和冷静技巧, 只有这样才能使诉讼当事人参与调解过程。为了调和各种观点, 法官必须在简易程序听证中发挥积极作用: "在这种情况下, 法官成为参与者, 并通过协商制定出所有人都能接受的解决方案, 成为一种和谐的催化剂"¹⁹⁵⁷。希望促进和解的法官绝不能将自己局限于遥远的旁观者角色。他们必须全身心投入, 参与其中, 而不是保持中立, 以促使各方进行对话。法官要努力寻找双方同意的意愿, 避免坐视不管, 被动地听取双方接二连三的诉求。只有在诉讼过程中, 诉讼双方才有可能达成和解, 因此法官的关注和干预必须是长期的, 并不断寻求双方达成可能的协议。当然, 法官总是可以选择尝试调解。但很多时候, 正如调解成功的重要性所表明的那样, 法官在简易程序中一旦

1951 C.C. GENTILI, "L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale", *LPA* 7 September 2001, no.

1952 R. PERROT, "Le juge unique en droit français", *RIDC* 1977, 第 668 页。

1953 J. NORMAND, "Le juge unique en droit privé", *Travaux du IX^e colloque des Instituts d'études judiciaires*, Nice, 20-21 May 1974, *Les juges uniques*, Centre d'études judiciaires, Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Nice, 1975, p. 12.

1954 B. PACTEAU, "Le juge unique dans les juridictions administratives. Le point de vue de la doctrine", *GP* 1998, 1, p. 180.

1955 R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, p. 1.

1956

民事简易程序长期以来一直是按照这些原则组织的, 这种程序的使用也有了相当大的增长。一个多世纪前, 库里瓦德 (Courivaud) 就指出, 简易程序为申请人提供了"和解的可能性, 而这种和解往往比诉讼更有利" (F. COURIVAUD, *Des référés. Principes de compétence et de procédure*, Imprimerie Blais et Roy, 1900, p.

11)。在简易程序中, 调解是民事法官的常见做法。法官"参与协商过程, 目的是尽可能多地找到共同点" (J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON 和 M.-A. FRISON-ROCHE, "Le juge des référés au regard des principes procéduraux", *D.* 1995 年, 第 67 页)。关于这一点, 见: Y. STRICKLER, thesis cited above, p. 343 et seq.

1957 H. LE FOYER DE COSTIL, "Le vol d'aigle du juge des référés", in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 343.

发现有可能以非诉讼方式解决争议，就会立即着手调解。这样，他就可以调和双方的观点，说服行政部门改变其决定。

然而，法官并不是调解的唯一参与者。要使和解成为可能并得以实现，当事双方也必须对对话持开放态度，原告不得僵化地专注于自己的诉求，而当局也不得固守自己的立场。在实践中，我们发现对话的障碍往往来自原告的态度，而不是被告行政部门的态度。在简易程序听证会上，被告会毫不犹豫地承认错误。被告希望在法律允许的范围内行事，请求法官就本案和今后的诉讼程序提供指导。有时，临时救济法官的和解努力会遇到申请人拒绝对话的态度。例如，在 *Kilicikesen* 案中，裁决理由显示，法官试图在双方之间达成协议，但由于申请人不支持这种做法而无法达成。双方首先寻求相互理解：“在最高行政法院临时救济法官于 2004 年 4 月 3 日（星期六）举行的听证会上，双方一致认为，不应允许目前的状况继续下去，除非国家教育当局认为该儿童的着装超出了宗教信仰表达自由的限度，决定启动纪律处分程序，否则国家教育当局应采取一切必要措施，确保让小 Hilal 进入课堂”。然而，申请人不希望继续对话。在 4 月 3 日的听证会上，教育部法律事务司司长详细阐述了在本案情况下可被视为宗教信仰自由表达理由的服装特点，这一行为表明行政当局希望对话和开放。行政当局表示，只要遵守这些条件，小希拉尔就可以正常上学。然而，申请人表示他们坚持最初的结论。法官的结论是，不能认为所启动的程序没有目的。申请人在知情的情况下中断了对话，并拒绝对行政部门的指示做出反应。这种态度最终对他们造成了损害，因为法官是在未经申请人讨论的情况下对当局的文件和承诺进行评估的。法官依据当局作出的保证（申请人没有讨论过这些保证）来排除对基本自由的非法干涉。事实上，法官强调，“鉴于国家教育部法律事务司司长所作的保证和表示，在作出本裁决之日，似乎不能认定国家在本案中非法侵犯了这种自由”¹⁹⁵⁸。同样，在一个申请人批评行政部门处理签证申请缓慢的案件中，法官考虑了行政部门在听证期间所作的承诺，排除了严重和明显非法侵犯基本自由的可能性。临时救济法官指出，“考虑到签证申请当时和现在仍在调查中的上述条件，以及行政部门在公开听证中作出的尽快完成调查的承诺”，不能认为发放签证的条件已得到满足¹⁹⁵⁹。

如 *Le Garff* 案件所示，以这种方式获得满足的原告没有继续诉讼的兴趣。*Le Garff* 女士和她的女儿 Lopez 女士向行政法院临时救济法官申请强制令，命令市政府市长批准她们提交的申请，将发给 Lopez 女士的建筑许可证转给 *Le Garff* 女士。在 3 月 27 日举行的公开听证会上，临时救济法官考虑到市政府代表在听证会记录中口头表示将满足 *Le Garff* 女士和 Lopez 女士的要求，将听证会推迟到 3 月 28 日下午 2 点结束。在 3 月 27 日听证会后发出的一份传真中，市长向临时救济法官确认他同意转让。他还同一天发出了一份由他的一名副手签署的法令，命令进行转移。根据这一信息，临时救济法官于 3 月 31 日裁定，没有必要对申请人提出的禁止令和停职的要求作出裁决。申请人在第一位法官面前获得了完全满意的结果，但仍对这一裁决提出上诉。由于未能提供任何证据来质疑有争议的命令的是非曲直，并提交了意见书，大意是应命令市政当局向 *Le Garff* 女士支付“1 000 欧元的准备金，以抵消精神折磨造成的损害”，申请人因滥用诉诸¹⁹⁶⁰而被处以罚款。

475. 必须指出的是，临时救济法官的这种和解与安抚的愿望并不局限于符合准予临时救济条件的案件

¹⁹⁵⁸ CE, ord. 7 April 2004, *Kilicikesen*, *Lebon* p. 164, *JCP A* 2004, 1554, note E. TAWIL.

¹⁹⁵⁹ CE, ord. 2006 年 1 月 13 日, *Rasamoelina*, 第 288434 号。

¹⁹⁶⁰ CE, ord. 2003 年 4 月 15 日, *Le Garff*, 第 256023 号。

。在实践中，我们甚至发现，这种解决争端的方法往往适用于申请人没有理由处于第 L.521-2 条所指的特殊情况，但却被置于不正常或不利境地的情况。在法官的干预下，行政部门表现出善意，以便迅速解决申请人面临的困难。一些案例说明了临时救济法官作为和平法官的作用。

在 *Abamada 和 Said Abdallah* 1961 一案中，科摩罗籍的申请人要求省长延长他们的学生居留许可，以便他们能够进行学徒实习。省长拒绝了他们的请求，他们根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条对此提出了质疑。初审法院和上诉法院都拒绝了他们的请求，认为根据《劳动法》第 L. 117-1 条，学徒合同属于雇佣合同，因此学徒需要雇员的居留许可。在最高行政法院临时救济法官面前，内政部长本人表示，实际上应由申请人自行申请与其学徒培训项目相对应的工作许可和雇员居留许可。临时救济法官利用了行政部门表现出的善意，指出“考虑到这两位年轻申请人自 1999 年以来一直在法国，他们成功地融入了法国社会，而且他们的项目性质也很重要，负责受理这些申请的省当局有责任对这些申请给予应有的重视”。法官指出，“在公开听证会上已经明确指出，申请人必须申请临时居留证，行政部门在审查他们的居留证申请期间不会采取任何措施驱逐他们”。因此，该命令指出，应“请申请人尽快提交临时居留证和雇员居留证申请，行政部门将根据上述条件对其进行审查”。

在 *Moussaoui* 案（1962）中，申诉人在突尼斯逗留后无法于 2004 年 6 月 5 日返回法国，尽管他持有有效期至 2004 年 6 月 8 日的临时居留证；此后他无法返回，因为他向法国总领事馆提出的签证申请被拒。临时救济法官驳回了针对警察局长行为的申请，理由是阻碍申请人回国的情况首先应归咎于航空公司，因为航空公司拒绝让他登机，因为他无法出示“回国签证”——一种没有法律规定的文件——其次应归咎于领事机构。尽管如此，考虑到申请人遇到的困难，行政当局在公开听证会上宣布准备破例给他发放新的临时居留证。在听证会上，行政当局强调，这一举动是合理的，因为申请人有权在 2004 年 6 月 8 日之前返回法国领土，而且根据他的情况，届时他本可以获得临时居留证的延期。法国政府表示，它准备在居留证上明确说明，它允许当事人在居留证的整个有效期内离开和返回法国领土。法官认为，“因此，应该请申请人尽快提出申请，行政部门将对其申请给予应有的重视”。

在一个未成年儿童因没有签证或其他允许其进入法国的证件而与母亲分离并被安置在等待区的案件中，法官指出，他以申请并非明显非法为由下令驳回申请，“但这并不妨碍行政当局根据简易程序听证会上所揭示的案件特殊情况行使其权力使情况合法化”、然而，“这并不妨碍行政当局根据简易程序听证会上强调的案件特殊情况，按照 1996 年 8 月 22 日国务委员会意见中规定的条件，利用其权力使外国国民的居留正规化”¹⁹⁶³。

在 2004 年 9 月 29 日的一项命令中，法官指出，由于在签发递解出境令后没有出现新的法律或事实情况，当事人无法通过简易临时救济申请来质疑该命令的执行。因此，临时救济法官驳回了根据第 L.521-2 条提出的申请。不过，他还是会请当事人找到一个符合公共利益和申请人利益的解决方案。在本案中，法官提醒行政部门，它始终可以选择使非法移民的情况合法化。他指出，“在公开会议的口头辩论中已经表明，省当局将尽快审查[申请人]提交的合法化申请，并将特别考虑以下事实：[申请人]与一名持有居留证并从事有酬职业的同胞结婚，2004 年 2 月 13 日他们的孩子在法国出生，以及[申请人]从未因其行为扰乱公共秩序”。法官虽然驳回了申请人的请求，但在其裁决的执行部分指

1961 CE, ord. 25 June 2003, *Abamada and Said Abdallah*, no.

1962 CE, ord. 2004 年 7 月 30 日, *Moussaoui*, 第 270462 号。

1963 CE, ord. 29 September 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

出，行政当局将“根据本命令的理由中规定的条件”审查“申请人关于使其身份合法化的请求，这就使这些说明具有了更强的指令性语气”¹⁹⁶⁴。这里的“指示”具有命令的语气。

在 *SIMBB 公司案* 中，申请人对省长授权政府官员进入私有财产，以便根据《法国城市规划法》第 L. 160-6 条的规定制定路线草案提出质疑¹⁹⁶⁵。法官的结论是，不存在明显的违法行为，也没有严重侵犯财产权。然而，他指出，“正如在公开听证会辩论期间所强调的，没有人质疑有必要为争议地块确定《城市规划法》第 L.160-6 条所规定的地役权。160-6 条规定的地役权；如果这些在 1976 年 1 月 1^{er} 日之前被围墙围起来的地块的特点需要一种特殊的布局，则应由业主提出建议，并在任何情况下由行政部门根据《城市规划法》规定的程序，确定确定地役权的方法，以便最好地协调所涉及的各种利益……”；根据菲尼斯泰尔省省长的命令而采取的初步措施可以澄清各种可能的可能性¹⁹⁶⁶。在此，法官为各方今后的对话奠定了基础。考虑到所有相关利益，法官向他们指出了为组织建立地役权而应采取的步骤。

476. 值得注意的是，在申请人获得满意结果的半数案件中，临时救济法官不必下令采取任何措施来结束有争议的状况。因此，相当多的申请是在庭外解决的，要么是在公开审理之前，要么是在公开审理期间。法官不必命令行政部门做任何事情。在法官的干预下，争议确实得到了解决，无论是虚拟的还是有效的，但并没有宣布任何有约束力的措施。如果行政部门不同意满足原告的要求，法官将采取有约束力的措施来制止对基本自由的侵犯。

II. 实施限制性措施

477. 法律赋予法官非常广泛的权力来制止对基本自由的侵犯，从简单的中止到主要的禁令。必要保障措施的定义要适应每种情况的具体性质。法官通过解释和授权确保保障措施得到遵守。

A. 选择适当的保障措施

478. 法院可以采取多种措施来制止对基本自由的侵犯。选择适当的保障措施要考虑两个方面。首先，它必须适合法院审理的特定情况；其次，它必须与侵权行为的严重程度相称。法院为终止侵权行为而决定采取的措施可以是暂缓执行、在下达禁令的情况下驳回起诉或下达主要禁令。

1. 暂停执行

¹⁹⁶⁴ CE, ord. 29 September 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.* p. 829.

¹⁹⁶⁵

该条款规定为沿岸的行人设立地役权。根据该条款的规定，“与公共海域接壤的私有财产在三米宽的地带上设置地役权，专门用于确保行人通行”。

¹⁹⁶⁶ CE, ord. 2005 年 1 月 10 日, *Société SIMBB et autres*, 第 276137 号。

479. 临时救济法官首先可以通过下令采取中止措施来终止侵权行为。法律赋予临时救济法官采取一切必要措施的权力，必然是为了使其能够暂停执行行政决定。尽管第 L.521-1 条规定了具体的中止程序，但这并不妨碍承认临时救济法官的这一权力。在改革初期，一些初审法官拒绝承认临时救济法官的这一权力，认为宣布这种措施属于临时中止法官的专属管辖权¹⁹⁶⁷。然而，最高行政法院已经排除了在此案中适用并行的临时救济例外¹⁹⁶⁸。暂停执行裁决的权力并不是临时中止法官的专属权力。根据第 L.521-2 条，"临时救济法官在认为这些条款规定的条件已得到满足，且中止执行对保障基本自由是必要的情况下，可下令中止执行提交给他的行为"¹⁹⁶⁹。显然，只能针对行政决定采取中止措施。考虑将其适用于公共当局的行为和行动是没有意义的，因为从逻辑上讲，不可能暂停执行一项行动或不采取行动。¹⁹⁷⁰

480. 如果侵犯基本自由的行为是由行政决定引起的，那么下达暂停执行令，并酌情下达强制执行令，往往是对有争议的情况进行补救的完全令人满意的对策。然而，必须根据侵权行为是由积极决定还是消极决定造成的来加以区分。

如果侵权行为源于一项积极的决定，中止其效力当然足以终止侵权行为。通过消除作为侵权根源的决定的效力，法院自动结束了由该决定造成的侵权状况。在 *FN IFOREL* 案中，行政当局通过向管理会议中心的公司发函，阻碍了后者与 IFOREL 签订的租赁合同的履行。法官中止了这些信件的功效，从而结束了无法执行合同的情况，并因此结束了对集会自由¹⁹⁷¹ 的侵犯。如果一个城市的市长通过市政命令决定关闭当地的一家商店，那么中止该命令就足以结束对企业自由的侵犯¹⁹⁷²。通过中止市长在当地教堂组织某些公共活动的决定，临时救济法官阻止了对宗教自由的侵犯¹⁹⁷³。通过暂缓执行马约特岛省长签发的部分收回申请人财产的命令¹⁹⁷⁴，或暂缓执行授权第三方进入私人道路和在私人道路上停车的市政命令¹⁹⁷⁵，防止了对财产权的侵犯。同样，暂停执行征用罢工人员的命令足以结束对罢工权的侵犯¹⁹⁷⁶。如果侵犯通信保密权的行为源于市长向邮政部门发出的照会，那么消除该照会的影响就会对侵权行为的源头产生直接影响¹⁹⁷⁷。中止将申请人驱逐回原籍国的决定或中止执行驱逐令，在本案的情况下，在第一种情况下可防止侵犯个人自由¹⁹⁷⁸，在第二种情况

1967 见 E. PRADA-BORDENAVE 在 2001 年 11 月 23 日关于 CE 的会议上 所举的典型例子，*Aberbri*, *RFDA* 2002, 第 335 页。

1968 见上文第 373 节。

1969 CE, 4 February 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Rezai*, no.

1970 这些问题只能通过禁令来解决。

1971 CE, ord.2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

1972 CE, ord.2003 年 3 月 14 日, *Commune d'Evry, Lebon T.* 第 931 页。

1973 CE, ord. 25 August 2005, *Commune de Massat, Lebon p.* 386.

1974 CE, 2004 年 2 月 2 日, *Abdallah, Lebon* 第 16 页。

1975 CE, ord.2003 年 9 月 10 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, 第 260015 号。

1976 CE, 9 December 2003, *Aguillon et autres, Lebon p.*

497. 值得注意的是，在本案中，法院没有中止申请人所质疑的命令，而是中止了随后发布的命令（见上文，§ 383）。

1977 CE, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, Lebon* 第 173 页。

1978 CE, ord.2005 年 1 月 14 日, *Bondo, Lebon T.* 第 915 页。

下可防止侵犯过正常家庭生活的权利¹⁹⁷⁹。因此，暂停执行原则上足以终止因积极裁决而导致的侵权行为。然而，在某些情况下，可能有必要在采取这一措施的同时下达强制令，要求做或不做某些事情。一方面，法院可以命令行政部门通过采取执行决定所需的措施来承担其决定的后果¹⁹⁸⁰。在上述 *Vast* 案的判决中，最高行政法院责令市长指示其下属部门立即终止有争议的备忘录，因为该备忘录侵犯了通信保密性和地方民选代表自由行使职权的权利。另一方面，为了防止行政部门再次采取同样的措施，临时救济法官也可以下达禁止令--主要是禁止这样做。在上述 *FN IFOREL* 的命令中，法官责令行政当局不得阻碍 IFOREL 和 Impérial Palace¹⁹⁸¹ 之间签订的保留合同的履行。如果侵权行为源于否定性裁决，暂停执行裁决本身不足以纠正侵权行为。法院可主动发出强制执行令，即甚至无需申请人提出申请。¹⁹⁸²

临时救济法官可选择完全或部分中止有争议裁决的效力。部分中止仅限于符合第 L. 521-2 条规定的中止条件的裁决条款。在 *Wingles 市镇* 案中，申请公司对限制运载危险材料的车辆在该市某些道路上行驶的市政命令提出异议。法官裁定，从整体上看，该决定并未严重且明显地非法侵犯基本自由。然而，将该决定适用于位于建筑区以外的 Meurchin 路路段确实侵犯了基本自由。由于只有这部分市政道路符合发放许可的条件，法官裁定市政命令 "仅在涉及位于 Wingles 建筑区外的 Meurchin 路部分时暂停执行"¹⁹⁸³。

2. 有条件拒绝

481. 2001 年 2 月 24 日的 *提贝里* 令 (1984) 采用了一种特别新颖的解决办法。在这项裁决中，最高行政法院的临时救济法官使用了 "一种不寻常的、甚至是前所未有的方式"¹⁹⁸⁵，即驳回上诉，"条件是 "有关行政部门采取某种行为。行政法官的决策能力在这一决定中得到了充分体现，同时也证明了他有能力为每一个问题设想并制定出切实可行的适当解决方案。申请人没有被邀请参加 Canal + 电视频道组织的一场辩论，他批评说，他认为视听高级委员会 (CSA) 未能确保尊重这一媒体的多元化。因此，他要求临时救济法官 "责成视听高级理事会 (CSA) 责成 Canal + 电视频道 (.....) 要么将计划中的电视辩论扩大到巴黎各区代表名单上的所有候选人，要么放弃任何辩

¹⁹⁷⁹ CE, 2005 年 2 月 21 日命令, *Najemi*, 第 277520 号。

¹⁹⁸⁰ 在本案中，很难区分法院签发的是执行令还是主禁令，因为主禁令的效力与执行令相似。

¹⁹⁸¹ CE, ord.19 August 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p.

311. 同理，参见 TA Paris, ord.2004 年 5 月 13 日，法国耶和华见证人等文化协会，AJDA 2004 年，第 1597-1599 页，注释 G。

冈萨雷斯：临时救济法官中止了巴黎市长拒绝让耶和华见证人宗教协会使用夏莱蒂体育场的决定，并责令他不得阻碍体育场运营公司与该协会签订的租赁合同的履行。

¹⁹⁸² 这与根据第 L.521-1 条达成的解决方案是一致的。事实上，最高行政法院裁定，临时中止法官可以 "主动" 在中止措施中附加 "行政部门将承担的临时义务的说明" (行政法院，2001 年 7 月 27 日，*就业和团结部长 c/ Vedel*, *Lebon* 第 416 页)。

¹⁹⁸³ CE, ord. 26 November 2004, *Commune de Wingles*, no.

¹⁹⁸⁴ CE, ord. 24 February 2001, *Tibéri*, *Lebon* p. 85, *JCP G* 2001, I, 318, *chron.C. BOITEAU*; *D.* 2001, pp. MALIGNER; *Com. com. électr.* 2001, *comm. n° 51*, *obs. G. DECOCQ* and A. LEPAGE. LEPAGE.

¹⁹⁸⁵ J.-L. D'HERVE, "L'urgence devant le juge administratif : premiers jalons", *Les cahiers juridiques* April 2001, p. 24.

论 (.....) "。

482. 法官首先用较长的篇幅回顾了适用的法律和导致案件移交的情况。他解释说, 1986 年 9 月 30 日的法律赋予加空局的任务是确保遵守第 1^{er} 和第 3 条规定的原则, 其中包括平等待遇和表达多元化的思想和观点。该法中没有任何条款赋予加空局取代音像传播服务机构确定和实施其编辑政策的权力。临时救济法官指出, "Canal + 选择在选举期间组织两名候选人之间的辩论而不是其他形式的节目, 原则上是其编辑政策的一部分; 然而, 该频道有责任确保这一选择不会导致违反候选人之间平等待遇的原则"。然后, 它列出了案件的具体情况。Canal + 选择在 2001 年 2 月 28 日组织 Delanoë 先生和 Séguin 先生之间进行一个小时的辩论。Canal + 还在临时听证会之前和期间的各种信函中表示, Tibéri 先生和 Contassot 先生可以在第二天的同一时间发言, 可以按照与前一天辩论相同的规则在辩论中发言, 也可以各自单独发言, 接受该频道一名记者 15 分钟的采访。

临时救济法官将这些法律原则应用于本案的具体情况。他指出, 尽管运河 + 公司在第一轮选举之前组织 Delanoë 先生和 Séguin 先生之间的决斗的决定本身并不违反任何规则或原则, 但实际上在确保遵守平等对待候选人的原则方面造成了"困难"。他指出, 在这种情况下, 由于 Tibéri 先生虽然没有获得与 Delanoë 先生和 Séguin 先生类似的提名, 但他是现任巴黎市长和继任者候选人, 这些困难就更大了。因此, 他说, "Delanoë 先生和 Séguin 先生之间的拟议'决斗'必须伴有 Canal + 公司最有可能确保公平对待候选人的建议"。临时救济法官指出, "最高音像委员会有责任根据其职权, 确保做到这一点; 特别是, 最高音像委员会有责任确定 Canal + 公司提出的让 Tibéri 先生与一名记者交谈 15 分钟的建议是否能确保公平待遇, 或者是否不应安排更长时间的采访"。

最后, 法官驳回了上诉, 但提出了一项非常重要的保留意见。他指出, 虽然思想和观点的多元化表达原则是一项基本自由, 但 "在本案中提交给 临时救济法官的情况不能被视为对这一自由的'明显非法侵犯'。因此, "在不违反上述关于最高视听委员会作用的前提下, Tibéri 先生的申请应予驳回"1986。由于缺少其中一个条件, 即将离任的市长要求对 CSA 下达禁令的申请被驳回。然而, 执行部分的保留意见要求 CSA "继续与 Canal + 合作, 寻求适当的解决方案, 以满足公平对待候选人的要求"。在主要判决书的作者看来, "这相当于命令寻求这种解决办法"1987。禁令是潜在的, 只有在满足触发条件的情况下才会产生效力, 换句话说, 如果 CSA 不遵守裁决中表达的保留意见。因此, 推理分为两个阶段。在命令理由中, 法官明确指示全境安全署应如何行动, 以遵守法律和尊重基本自由 1988。在执行部分, 法官向 CSA 明确指出, 如果 CSA 不遵守这些指示, 则明显违法的侵权行为可能

1986 保留意见被写入了该命令的执行部分, 即第 1^{er} 条: "在视听高级理事会继续与 Canal + 公司共同寻求适当办法满足公平对待候选人的要求的前提下, 拒绝 Tibéri 先生的申请"。

1987 GAJA 第 118 号, 第 12 节。同样, M. Maligner 先生指出, "虽然严格来说, 这不是一项禁令, 但这一公式与之十分相似" (B. MALIGNER, 同前, 第 644 页)。

1988 委员会必须确保 Canal plus 的编辑选择 "不违反候选人之间待遇平等的原则" (4^{ème} recital)。委员会有责任 "根据其权力, 确保 "Canal + 在拟议的 Delanoë 先生和 Seguin 先生之间的决斗中 "提出最适当的建议, 以确保候选人之间的公平待遇"。特别是, 这包括 "审查 Canal + 提出的让 Tibéri 先生接受一名记者 15 分钟采访的建议是否能确保公平待遇, 或这种采访是否不应被视为持续时间更长" (6^{ème} recital)。

会被认定，并因此--在移交案件的情况下--发出禁令。临时救济法官这样做的目的是请申请人在 CSA 不遵守驳回申请时对其施加的条件时再次提出上诉。d'Hervé 先生认为，这一方式可被视为 "表明法官的大门仍然敞开" 1989。同样，Ghévantian 先生指出，"面对一份新的申请，行政法官无疑会更加规范....." 1990。他不必这样做，因为 Canal + 最终同意将最初提供给 Tiberi 先生的播放时间增加一倍。

483. 然而，我们必须质疑在本案的情况下采取这种做法的理由。为什么不直接向 CSA 下达禁令，而要用走后门的办法来达到完全相同的结果？为什么只是威胁说如果它自己不采取必要的措施，就会发出禁令？为什么威胁发出禁令，而选择有条件拒绝，声称可以发出禁令？

首先，这种做法可以被看作是希望保留 CSA 的自由空间；临时救济法官将把问题留给 CSA 自己去解决，但要在其监督下并按照其非常明确的指导方针进行。这就等于承认加委 会有一些的主动权，可以更积极地确保多元化得到尊重。因此，与法官命令 CSA 以特定方式行使权力相比，该解决方案似乎更加尊重该机构的特权。它尊重了法律赋予独立行政当局确保多元化得到尊重的自由裁量权。临时救济法官给了 CSA 更有效地履行其义务的机会。如果做不到这一点，明显不合法的侵权行为将被定性，它将不再被中和，禁令也将被签发。

然而，这种解释似乎不太可能，原因有三。首先，由于赋予 CSA 的权力实际上非常有限，其行为似乎并不明显违法。它可以对违反义务的视听传播服务机构提出建议并实施制裁，但无权对这些服务机构发布先验禁令。因此，不能批评它不使用自己没有的权力。其次，在原则上，法院是否有可能在明显违法的情况下 "挽救" 行政部门的行为，而不签发适当的保障措施，这一点值得怀疑。虽然这种解决办法通常用于有关合法性和合宪性的诉讼¹⁹⁹¹，但将其移植到严重侵犯自由的领域似乎不

1989 J.-L. D'HERVE, 同前, 第 24 页。

1990 R. Ghevantian, 同前, 第 1751 页。

1991 法官会对被审查的行为进行必要的补充，或对其不足之处进行删减，以符合更高的标准，从而避免受到司法谴责。最高行政法院使用的技术通常被称为 "去毒" (示例见 CE, Ass., 1957 年 1 月 4 日, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, Lebon* 第 9 页)。关于遵守保留的宪法技术，见 T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, *Economica* PUAM, 1997, 617 p.; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, BCSP t. 92, 1999, 318 p. 然而，《蒂贝里法令》的解决方案与这些技术有很大不同，因为其实施要求行政部门采取某种行为。在有条件遵守或撤回毒液的情况下，该行为由法官进行 "改革"，立法机构或行政部门无需以任何方式进行干预。无论是否得到有关当局的协助，这一技巧都是有效的。而在 Tiberi 案中，只有当当局同意改变其行为时，这种方法才会有效。

实际上，这更接近于 2001 年 7 月 27 日 *Titran* 案¹⁹⁹¹ 判决在越权诉讼中实施的解决方案 (*AJDA* 2001, 第 1046-1053 页, 编年史, M. GUYOMAR 和 P. COLLIN)。最高行政法院对一项越权上诉做出了裁决，该上诉针对的是司法部长拒绝废除在地区法院的某些程序中实施自动化管理系统的法令。在承认该拒绝是非法的之后，最高行政法院裁定废除该拒绝，条件是司法部长在两个月的期限内没有为该管理系统提供法律依据，并在裁决中具体说明了可能纠正所发现的违规行为的措施。这样，行政当局就有了进行必要规范的期限。如果行政当局没有采取法院指明的措施，则必须立即废除命令。政府专员弗朗西斯-拉米在 2001 年 6 月 29 日关于 *Vassilikiotis* 案判决的结论中提到了与 *Titran* 案判决相同的解决方案 (见上文, 第 1047 页)。有争议的法规文本因遗漏而不合法，因为它没有包含共同体法律所要求的某些条款。政府专员考虑了有

太可能。虽然法院可以抵消违法或违宪行为，但很难设想它在行政行为导致严重侵犯自由的情况下也能这样做。最后，临时救济法官无论如何都不能下令采取申请人所要求的措施。由于行政法院不能命令行政当局采取不合法的行为¹⁹⁹²，在本案中，无法想象它可以命令加沙行政当局采取该当局在法律上无权采取的措施。

在现实中，所给出的解决方案必须被视为法官在其所拥有的权力范围内对具体问题做出的实际反应。临时救济法官现实地使用了他的特权。第 L.521-2 条规定的签发禁令的条件并未得到满足；CSA 的不作为并非明显违法；法院不能签发保障令。正如 Decocq 女士和 Lepage 女士所指出的，如果他签发了间接禁令，那也只是因为他无能为力。"CSA 在这里的作用不是强制而是鼓励"¹⁹⁹³。在符合签发禁令的条件时，法官会签发禁令，而不寻求"挽救"受指责的行为。

3. 主要禁令

484. 保障基本自由所需的措施可以采取主要禁令的形式。这种"全新的权力"¹⁹⁹⁴，可以通过多种方式行使。

a. 一种崭新的力量

485. 禁令是"采取某种行为的命令"¹⁹⁹⁵。它是一种命令的权力，在这方面不同于替代的权力，后者是一种改革的权力。虽然这两种权力在实践中可能会给申请人带来基本相同的结果¹⁹⁹⁶，但它们在性质上有很大不同。正如 Négrin 先生在谈及 1995 年 2 月 8 日法令时所说，禁令权"赋予法院的权力小于替代权"：前者"只是一种阻止权，并附有命令，要求行政当局以某种方式作出裁决，而替代权则赋予法院代替行政当局作出裁决的权力"¹⁹⁹⁷。在法官的特权中，禁令权比替代权低一级。正如 M. Moderne 所指出的，"命令行政权的持有者采取行动并不等于代替行政权采取行动：在前一种情况下，裁决权由行政机关保留，而在后一种情况下，裁决权则归于法官"¹⁹⁹⁸。替代

条件废除的可能性。这包括宣布有争议的命令不合法，同时在执行部分明确规定，只有在行政部门没有在法官规定的期限内按照裁决理由中规定的程序进行必要的补充，使有争议的行为符合欧共体法律的要求时，这种废除才会生效。拉米先生强调了这一解决办法的优点，但认为它不适合最高行政法院的争端，因此予以拒绝。关于这一决定，见 S. DAMAREY 的评论，"De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle : nouvelles perspectives contentieuses", *LPA* 24 October 2001, no.

1992 最高行政法院根据第 L.521-1 条指出，临时救济法官不能命令市长在不符合拆除建筑物的法定条件时拆除建筑物（最高行政法院，2001 年 9 月 26 日，*Westerloffe*，第 231681 号）。临时救济法官，无论是根据第 L.521-1 条还是第 L.521-2 条进行干预，都不能命令行政部门采取非法行为。

1993 G. DECOCQ 和 A. LEPAGE, *同前*，第 32 页。

1994 D. LABETOULLE, "Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 1999, special issue Puissance publique ou impuissance publique? p. 80.

1995 C. GUÉTTIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), no.

1996 见 F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, coll. BDP, t. 212, 2001, p. 84 et seq.

1997 J.-P. NEGRIN, Préface de la thèse de B. BALDOUS, *Les pouvoirs du juge de pleine juridiction*, PUAM, 2001, p. 10.

1998 F. MODERNE, "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle?", *RFDA* 1990, p. 800.

总是会导致理想的结果¹⁹⁹⁹。另一方面，在禁令中，法官将决定权完全交给公共当局。²⁰⁰⁰

486. 长期以来，行政法院禁止自己对行政部门发布任何形式的禁令²⁰⁰¹。这一禁令可以追溯到很久以前²⁰⁰²，涉及主要禁令和履约禁令²⁰⁰³。它适用于所有诉讼程序，无论是根据案情还是在简易程序中²⁰⁰⁴。然而，这一立场并非源于任何法律标准²⁰⁰⁵。在没有能够支持该原则的标准的情

1999

行政部门被剥夺了在执行与不执行之间的任何选择权，只能采取纯粹被动的态度。除了可能不反对替代措施之外，没有要求它做任何事情。

2000 只有法院才能排除任何其他权力机构，尤其是法院本身。正如 Brahic-Lambrey 女士所指出的，法院在签发禁令时，必须接受其决定不会得到执行的风险。“禁止令的前提必然是其持有者接受禁令可能不会被遵守的事实。签发禁令时，持有人意识到他依赖于收件人，因此他可能会遇到收件人的抵制”（C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, p.379）。

2001 另一方面，它承认有权对公共机构发布程序性禁令，作为其指导调查权力的一部分（CE, Sect., 1^{er} mai 1936, *Conespel du Mesnil, Lebon* p. 485）。

2002 根据切瓦利埃先生（J.CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, p.70）的说法，这一原则可以追溯到 1874 年 1 月 16

日最高行政法院的决定，*Frère des écoles chrétiennes*（*Lebon*, p.43）。这一原则的出现是 1872 年 5 月 24

日法律的结果，该法律实现了从保留司法到委托司法的过渡。在该法律颁布之前，行政法官在其意见中毫不犹豫地向行政部门发出禁令。最高行政法院认为自己是行政机构的一部分，受到国家元首权力的保护，可以强迫行政当局服从。在转变为委托司法后，最高行政法院不再认为有理由向行政部门发布命令，认为这有悖于其司法地位。这一原则在判例法中得到了牢固确立。最高行政法院指出：“行政法官无权向行政当局发布禁令”（行政法院，1976 年 2 月 4 日，*Elissonde, Lebon T.*, 第 1069

页），“行政法官无权向行政当局发布禁令”（行政法院，1978 年 2 月 15 日，*Plantureux, Lebon*, 第 73

页），“行政法官无权向行政当局发布禁令”（行政法院，Sect., 1953 年 11 月 25 日，*Lebon*, 第 515 页）。

2003

主要强制令（也称为实质性强制令或初始强制令）是以法院诉讼为目的的强制令。执行令是主要判决的辅助；它包括向行政部门规定执行法院判决所需的措施。这两种形式的强制令都是被禁止的。最高行政法院宣布以下试图获得主要强制令的呈件不予受理：命令申请人进入教育机构（最高行政法院，1953 年 11 月 25

日，*科拉多*, 第 515 页）或恢复其官方住宿（最高行政法院，1968 年 11 月 22 日，*图卢兹市, 莱邦*, 第 587

页），命令部长重新审查决定（最高行政法院，Sect., 1955 年 4 月 22 日，*Saint-Martin-en-Vercors 市, Lebon*, 第 203 页）或修改条例（CE, 1980 年 4 月 23 日，*Camlong, Lebon*, 第 194

页），或命令行政部门对申请人进行体检（CE, 1958 年 7 月 9 日，*Dhamelin court, Lebon*, 第 424

页）。行政法官还宣布要求下达执行令的呈件不予受理（参见 CE, Sect., 1953 年 11 月 25

日，*Collado, Lebon*, 第 515 页）。

2004

最高行政法院宣布，“发布此类禁令不是行政法院的职责，因此也不是行政简易程序法官的职责”（行政法院，1974 年 2 月 27 日，*Verguin, Lebon*, 第 154 页；行政法院，1979 年 10 月 10 日，*Kalowski*, 第 12952 号）。

2005 支持这一判例法的论据极其脆弱。Marcel Waline

指出，“没有任何原则可以有效地反对承认法官的这一权力”（M. Waline, CE 下的注释，1970 年 1 月 23

日，*社会事务国务部长诉 Amoros*, RDP 1970, 第 1040

页）。首先，禁令不能以积极行政与行政管辖分离的原则为基础。禁令不是行政行为。法官并不代替行政机关

，也不直接面向公众。由于法院不是作为行政机关行事，因此并不违反分离原则。以尊重行政特权为基础的实际论据有些不合时宜。面对对法治要求的日益强调，“从理论上证明拒绝禁令是合理的”（M. Roux, concl. on CE, Sect., 1986 年 10 月 17 日，*Vinçot, Lebon*, 第 237

页）变得越来越困难。关于为支持这一判例法而提出的理论和实践论据的批判性说明，见 F.

况下，事实上是法官自己削弱了自己的权力。禁止强制令的规则之所以合理，完全是因为担心冒犯行政部门并最终遭到行政部门的抵制。对法官而言，这不过是“一种禁忌”，显然其合法性来自于其仪式性的重复²⁰⁰⁶。尽管这一判例法受到了几乎一致的批评²⁰⁰⁷，甚至在行政法院内部也是如此²⁰⁰⁸，但它并没有被改变。直到20世纪90年代立法机构两次介入，这一原则才有所缓和。

487. 1992年1月4日颁布的《合同法》规定，行政法院拥有主要的强制权，但适用范围有限。如果公共机构在签订合同前未履行公告和邀请竞争的义务，法院可以“命令违约方履行其义务”²⁰⁰⁹。对这一权力的承认是对禁止禁令传统原则的重大创新。正如 Marcou 先生所言，“这第一步无疑促进了1995年2月8日法令的下一步，该法令使法院能够命令行政部门执行其决定”²⁰¹⁰。根据该法的规定，行政法院在收到相关呈件的情况下，现在可以命令行政部门采取其决定中所暗示的执行措施。禁令法官就是执行法官：他向行政部门规定其决定必然引起的后果，这些后果可以是按既定方向作出决定，也可以是在调查后作出新的决定。这两项立法创新极为重要。然而，禁止禁令的原则依然存在。1992年1月4日和1995年2月8日的法令削弱了禁止裁定禁令的原则，但并没有推翻这一原则。它们引入了例外情况，但没有推翻原则。尤其是，在合同纠纷之外，法院不得以委托人的身份发布禁令²⁰¹¹，而1995年2月8日法令的规定也不允许法院以委托人的身份发布禁令²⁰¹²。在此情况下，承认临时救助法官有权发出以主事人为基础的强

MODERNE, 前引书, 第803-804页。

2006 F. MODERNE, 同前, 第809页。

2007 尤其见 J. Rivéro, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *D.* 1962年, 编年史, 第37-40页, 特别第38-39页; ID, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963年, t. II, 第813-836页, 特别第827页起。MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, coll. BDP, t. 116, 1974, pp. GAUDEMET, "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", *Le pouvoir. Mélanges offerts Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, pp. 805-824; J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *AJDA* 1972, I, pp.

2008 特别见 S. HUBAC and Y. Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp.

2009 例如, 重新启动授标程序 (CE, Ass., 1994年6月10日, *Commune de Cabourg, Lebon* p. 301, concl. S. LASVIGNES), 重新招标 (CE, 1998年11月6日, *Assistance publique Hôpitaux de Marseille, Lebon* T. p. 1098), 或者从招标规则中删除非法标准 (CE, 2001年7月25日, *Commune de Gravelines, Lebon* p. 391)。

2010 G. MARCOU, "Le droit administratif français entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire", in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p. 84. *Pluralisme et convergences* (G. MARCOU dir.), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995, p.

84. 在许多专门论述该法的评论中, 见 R. DEBBASCH, "Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou", *JCP G* 1996, I, 3924; B. PACTEAU, "Le content of the law", *JCP G* 1996, I, 3924; B. PACTEAU, "Le content of the law P. PACTEAU, "Le contentieux administratif: une révolution de velours", *Gazette des communes* 10 April 1995, pp. PICARD, "La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénal et administrative : aspects administratifs", *JCP G* 1995, I, 3840; O. SACHS, "La réforme du contentieux administratif issu de la loi du 8 février 1995", *CJEG* 1995, pp. 175 et seq.; P. FRAISSEX, "La réforme de la juridiction administrative par la loi n° 92-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative", *RDP* 1995, p. 1053 et seq.

2011

除某些非常特殊的可能性和有限的范围外, 如在初步禁令的情况下传达行政文件的义务, 这不可能阻碍行政决定的执行。

2012 例如, 见 CE, 1995年4月7日, *Surry, Lebon* 第158页; CE, 1996年2月28日, *Fauquencx, Lebon* 第52

制令，是一项杰出的创新。

488. 赋予这一权力的理由是，必须能够对由行政行为而非行政决定引起的侵权行为做出有效反应。在这种情况下，中止权是不充分的，禁令是唯一能够有效打击侵犯基本自由行为的措施。这是对行政行为造成的侵权行为进行补救的唯一途径。即使是替代权也并不总是适合这种情况，因为它只有在有决定的情况下才能有效地实施；当提出的要求不是修改行为，而是补救某种情况或实施某种具体行动时，替代权就不起作用了。禁令的权力更为灵活，可以适应所有情况。事实上，在简易程序中，民事法官正是通过行使这一权力，在出现构成攻击的行为时发挥了显著的效力²⁰¹³。此外，从临时救济法官必须应对的危急情况来看，对这种权力的承认也很容易理解。²⁰¹⁴

与之前的法律状况相比，这项权力构成了“绝对的创新”²⁰¹⁵。在准备工作期间，它被称为“前所未有的禁令权”²⁰¹⁶。Burgorgue-Larsen 女士指出，“在行政诉讼的历史上，法院第一次被赋予了在对争议的是非曲直做出裁决之前，在没有对行政行为提出上诉的情况下，对行政机关实施禁令的权力”²⁰¹⁷。就其最初行使而言，其权力超出了1995年2月8日法的狭隘框架，该法将禁令权的行使限制在确保遵守法院判决的唯一目的上。它超越了澄清既判力所产生的义务。就其行使的主要目的而言，其禁令权更接近于临时救济法官在合同前临时救济程序中享有的禁令权。关于这一点，Garrec 先生指出，赋予临时救济法官的权力“可以与合同前临时救济法官在公共合同这一特定领域的权力相比较。其目的是通过命令行政部门以某种方式行事来结束非法状况”²⁰¹⁸。虽然两个程序的参照物不尽相同--一个是对基本自由的严重和明显非法侵犯，另一个是未遵守广告和竞标义务--但赋予法官的禁令权力是相当大的，而且主要是在这两个程序中的每一个中行使。不过，临时救济法官的权力范围更广，因为他可以下令采取任何必要措施。因此，与迄今为止通行的解决办法相比，行政法官签发禁令的特权成倍地扩大了。Chauvaux 先生认为，当临时救济法官根据第 L.521-2 条发布禁令时，他“达

页；CE，1998年11月16日，*Ferhy, Lebon* 第417页。

2013 见 J.-M. LE BERRE, “Les pouvoirs d’injonction et d’astreinte du juge judiciaire à l’égard de l’administration”, *AJDA* 1979, pp.14-

18. 根据已确立的判例法，民事法庭可命令公共机构履行或不履行所有义务，以防止或结束攻击行为。首先，民事法庭可发布积极禁令：疏散房舍（TC，1950年2月2日，*Gauffreteau c/ Manufacture d’armes de Chatellerauli* 案，*Lebon* 第651页）、应市长要求连接被堵塞的下水道网络（Civ.1^{ère}，5 May 1988，*Droit et patrimoine hebdo*, no. 251, 16 June 1998, p. 2 et seq.），return of a passport（TC，19 November 2001，*Mlle Mohamed c/ Ministre de l’Intérieur, Lebon* p. 755）。法院还可发布消极禁令，例如停止施工（TC，1949年2月10日，*Roubaud c/ Syndicat du lotissement Sainte-Anne, Lebon*，第591页）或停止干扰无线电广播（Civ. 1^{ère}，1983年5月3日，*Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres c/ Télédiffusion de France, Bull. civ. I, n° 138*）。

2014 正如 Brahic-Lambrey 女士所指出的，启动强制令程序的情况是“危急情况”（C. BRAHIC-LAMBREY, *同前*，第136页）。被确定为危急情况特征的主要因素--紧迫性、对受保护利益的侵犯和严重性（见作者在第137-147页引用的许多例子，这些强制令的执行是以这些标准中的一个或多个标准的存在为条件的）--都可以在《行政司法法典》第 L.521-2 条中找到。准予临时救济的条件无疑是危急情况的特征。

2015 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1591.

2016 R. GARREC, 参议院第380号报告，第41页。

2017 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d’amphi, 2003, p. 20. 然而，可以对临时救济法官不对法律的实质内容作出裁决这一事实表示保留（见上文第278-279段）。

2018 R. GARREC, 参议院第380号报告，第55页。

到了行政法官权力的极限"2019。

承认如此广泛的强制令权力引起了对尊重行政法院与现行行政机关之间分离原则的质疑，甚至担忧。Garrec 先生认为，这种权力"改变了行政法院与公共当局之间关系的性质"2020。同样，Fromont 先生认为，赋予这种强制令的权力"给行政法院和行政机关之间的关系带来了重大的动荡"2021。以至于人们可能会"怀疑（法国法律规定的）分权原则是否或多或少地受到了冒犯"，Chapus 教授确认道，但他也承认"为保障基本自由而进行干预的紧迫性和命令采取的措施的临时性可能会成为搁置最佳原则的理由"。2022

b.行使强制令的权力

489. 临时救济法官可针对行政部门发布不同类型的禁令。禁令的多样性使法官能够根据提交给他的各种情况调整措施的内容。因此，他能够使用有针对性的禁令来防止对基本自由的严重和明显非法侵犯的发生或持续。

490. 首先，法院可以命令行政当局不要做某事。因此，他可以命令省当局暂时推迟执行驱逐令2023，命令市长不得妨碍执行租用市政厅2024 或体育场馆的合同2025，命令负责社区间合作的公共机构停止干涉其成员市政当局的管辖权2026。法院责令"负责处理对 Gollnisch 先生提起的纪律处分程序的各行政部门，在 Gollnisch 先生于 2004 年 10 月 11 日发表言论后，不得在违背无罪推定原则的情况下，就纪律处分程序和刑事诉讼程序采取公开立场"2027。最高行政法院临时救济法官命令司法部长不得执行向阿尔巴尼亚当局引渡申请人的法令，特别是不得将该法令通知阿尔巴尼亚当局2028。同样，在获得《法国城市规划法》第 L. 130-1 条规定的进行此类行动的授权之前，禁止城市社区砍伐树木或让人砍伐树木。2029

2019 D. CHAUVAUX, concl. on CE, 2001 年 2 月 16 日, *Brenq*, RFDA 2001, 第 672 页。

然而，由于行政法官的最终权力体现在替代而非禁令上，因此这一说法必须加以限制（见上文，§485）。

2020 R. GARREC, 参议院第 380 号报告, 第 55 页。

2021 M. FROMONT, "Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie et France. Convergences", RFDA 2002, p. 556. Convergences", RFDA 2002, p. 556.

2022 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1591.

2023 CE, ord. 2001 年 4 月 10 日, *Merzouk, Lebon T.* 第 1135 页。法官没有签发该禁令，而是将其作为申请人"在必要时"可以采取的措施。

2024 CE, ord. 19 August 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311; TA Rennes, ord. 11 February 2002, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient*, GP 29 April 2003, p. 12.

2025 TA Paris, ord. 13 May 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, *AJDA* 2004, pp.

2026 CE, 2002 年 6 月 12 日, *Fanillet 等人公社*, *Lebon* 第 215 页。更具体地说，市镇被责令停止采取任何预期执行关于扩展--

转变为集聚市镇的法令的措施，并停止实施其已开始行使上述法令所产生的权力的行为。

2027 CE, ord. 2005 年 3 月 14 日, *Gollnisch, Lebon* 第 103 页。

2028 CE, ord. 29 July 2003, *Pegini, Lebon* p. 345.

2029 CE, ord. 2005 年 11 月 8 日, *Moissinac Massenat, Lebon* 第 491 页。在类似情况下，参见 CE, 2006 年 6 月 14 日, *热尔冯德运河辛迪加协会*, 第 294060 号, 引自 *Recueil Lebon*。法官责令热尔冯德运河辛迪加协会在伊泽尔省所有的地块上不得砍伐任何树木，直到热尔

491. 大多数情况下, 强制令采取的是行动义务的形式。首先, 它可能涉及在类似于《行政司法法典》第 L. 911-1 条的条件下做出一项具体决定, 即当行政部门发现自己处于受约束管辖的情况下, 没有选择决定内容的自由。例如, 一名简易程序法官命令兽医协会地区理事会 "以挂号信的形式向 2002 年 11 月 27 日以[申请人]名义写的信中提到的所有收信人寄出一份否认通知, 声明该信中因错误而导致的停职通知无效 (.....)"²⁰³⁰。

其次, 行动禁令可包括在类似于 L.911-2 条的条件下, 在重新调查后作出决定, 即审查或重新审查公民提交的请求。这种禁令适用于行政部门有义务在调查或新调查后做出决定的情况。例如, 临时救济法官命令领事机构 "在[申请人]提交完整文件后, 立即按照 2001 年 2 月 26 日法令第 8 条的规定审查其申请, 不得拖延"²⁰³¹。委员会已向地方当局发布了许多此类禁令, 例如在接到命令通知后最多 15 天内, 根据做出决定之日的事实和法律情况, 对申请人获得居留许可的权利做出裁决²⁰³²; 在 15 天内完成对申请人居留许可申请的审查, 并在接到命令通知后立即向其签发等同于居留许可的收据²⁰³³; 在申请人提交临时居留证申请后 8 天内进行审查, 以便申请人在充分了解其权利和义务的情况下, 向法国难民和无国籍人士保护局局长提交庇护申请²⁰³⁴; 审查带有 "私人和家庭生活" 字样的居留证申请, 请申请人提交²⁰³⁵; 或在 15 天内, 重新审查申请人更新其国民身份证和护照的申请²⁰³⁶。最高法院临时救济法官命令内政部长在 8 天内根据其命令理由重新审查申请人的居留申请²⁰³⁷。在暂停执行一项要求船只进入港口和在港口停泊须事先获得批准的附则后, 该法官命令市镇镇长 "在本命令下达后 3 天内, 重新审查 SARL Côte Radieuse 公司在科利乌尔港上下乘客的权利方面的情况"²⁰³⁸。临时救济法官命令医院中心主任在 8 天内重新审查被非自愿安置在其机构中的申请人的情况, 以使其能够行使与行政和司法当局联系以及收发邮件的权利²⁰³⁹。该命令责成法属波利

冯德辛迪加作出决定并按照适用于它的法定规则执行。

²⁰³⁰ TA Nancy, ord.2002 年 2 月 11 日, *Freyheit*, 第 02157 号, P. CASSIA 引述, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2003 年, 第 137 页。

²⁰³¹ CE, ord.2002 年 12 月 4 日, *Du Couëdic de Kéranter*, *Lebon T.* 第 875 页。

²⁰³² CE, 2002 年 6 月 11 日, *Aït Oubba*, *Lebon T.* 第 869 页。

²⁰³³ TA Montpellier, ord.2001 年 10 月 19 日, Mlle Béchar, 经行政长官上诉确认, order.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar*, *Lebon T.* p.

1132。行政法院在一个完全相同的案件中也发布了同样的禁令: 行政法院, 2003 年 5 月 7 日, *Boumaïza*, 第 250002 号。

²⁰³⁴ CE, ord.

²⁰³⁵ CE, 2005 年 2 月 21 日命令, *Najemi*, 第 277520 号。

²⁰³⁶ CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI*, *Lebon T.* p. 1034.

²⁰³⁷ CE, ord.2006 年 3 月 17 日, *Saidov*, 第 291214 号。

²⁰³⁸ CE, ord. 2 July 2003, *Commune de Collioure*, *Lebon T.* p.

930.在此过程中, 法官暗示市长有义务修改或废除被认定为非法的附则。该附则是拒绝向申请人颁发许可证的法律依据。如果维持该附则的原状, 并且市长给予申请人满意的答复, 那么个人的决定将违反该附则的规定。如果市长根据附则的规定再次拒绝, 他将无视中间禁令的范围。因此, 在重新审查申请人的情况之前, 市长有义务修改该附则, 以终止法官认定的非法性, 或将其完全废除。

²⁰³⁹ 行政长官, 2002 年 5 月 15 日, *Bandoïn*, 第 239487 号。

尼西亚总统 "毫不拖延地 "就申请人提交的辞呈作出决定, 并根据。2040

第三, 也是最后一点, 行动禁令可能包括执行一项具体行动。例如, 临时救济法官命令省当局向一个法国籍家庭的成员归还被非法拿走的身份证件²⁰⁴¹; 在 8 天内归还有效居留证²⁰⁴²; 在 8 天内向申请人签发临时居留证收据²⁰⁴³; "一旦申请人 (省长必须在接到本决定通知后 48 小时内通知申请人) 前往省政府, 即对申请人的领土庇护申请进行登记"²⁰⁴⁴; 采取一切必要措施", 确保执行要求驱逐未经授权的居住者的法院命令²⁰⁴⁵; 在 8 天内向申请人发放他所要求的国民身份证²⁰⁴⁶; 在 8 天内接纳申请人为寻求庇护者²⁰⁴⁷。临时救济法官命令市长将阻止进入港口辅路的铁链放回原处²⁰⁴⁸; 向其部门下达指示, "立即 "停止执行市长签发的通知²⁰⁴⁹; 拆除安装在一家私营公司房舍前的护柱, 并实施将其房舍与公共道路连接起来所需的工程²⁰⁵⁰; 向一个协会提供其要求租用的市政厅²⁰⁵¹。他 "责令一家医院在[申请人]所在的科室或其他适当的医院科室进行与当事人一般情况相适应 的所有检查和治疗, 特别是治疗她最近出现的神经系统疾病, 包括视力和听力的丧失, 并且只有在确认当事人的病情不可逆转的情况下才考虑将其转入姑息治疗病房", ²⁰⁵²。临时救济法官命令一家拘留中心的主任向申诉人提供一份登记簿的副本, 详细记录有关他的邮件的到达和离开情况²⁰⁵³, 命令一家医院的主任确保优先让没有罢工的急诊医生提供最起码的服务, 并立即编制一份值班表, 列出医院中心所有有专业资格为 SAMU 工作的医生²⁰⁵⁴。它还命令学校校长在接到命令通知 15 天内, 将学校行政部门与申请人之间的纠纷提交学校纪律委员会。2055

2040 CE, ord.2006 年 4 月 11 日, *Tefaarere, Lebon* 第 197 页。

2041 TA Marseille, 2001 年 3 月 9 日命令, 行政长官上诉确认, 2001 年 4 月 2 日命令, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* 第 167 页。

2042 CE, ord. 2001 年 11 月 8 日, *Kaigisiz, Lebon* 第 545 页。

2043 TA Grenoble, 19 October 2001, *Farhoud*, confirmed on appeal by CE, ord.2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Farhoud, Lebon T.* p. 1126。

2044 CE, 2002 年 2 月 15 日, *Hadda, Lebon* 第 45 页。

2045 CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphane et autres, Lebon* p. 117 (délai de 15 jours pour s'exécuter, concernant un immeuble à usage d'habitation); CE, ord. 21 novembre 2002, *Gaz de France, Lebon* p. 408 (délai deux mois pour s'exécuter); CE, ord. 27 novembre 2002, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T.* p. 874 (délai de trois mois pour s'exécuter)。

2046 CE, ord.2003 年 3 月 11 日, *Samagassi, Lebon* 第 119 页。

2047 CE, 14 May 2004, *Gaitukaev*, no.

2048 TA Nice, ord.2003 年 8 月 14 日, 行政长官在上诉中确认, ord.2003 年 9 月 10 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers* 案, 第 260015 号。

2049 CE, 2004 年 4 月 9 日, *Vast, Lebon* 第 173 页。

2050 TA Nice, ord.2001 年 5 月 18 日, 行政长官在上诉中予以确认。2001 年 5 月 31 日, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* 第 253 页。

2051 TA Rennes, 2002 年 2 月 21 日命令, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Lorient, GP 2003 年 4 月 29 日, 第 12 页。

2052 马赛 TA, 2004 年 1 月 22 日命令, X 女士, 第 04427/0 号。

2053 TA Nantes, 2002 年 3 月 7 日命令, 由 CE 于上诉而确认, 2002 年 3 月 22 日命令, *司法部长诉 Cazé, Lebon T.* 第 852 页。

2054 TA Orléans, ord.2001 年 12 月 11 日, *Bennis, AJFP* 2002, 第 39 页。

2055 TA Cergy-Pontoise, 2004 年 10 月 21 日命令, *M. Singh, Procédures* 2005, 第 79 期, 第 28 页, 注 X。

492. 临时救济法官在确定禁令的目的、内容和范围时会考虑一系列标准。

首先，禁令必须是可能的，这就预示着禁令是可以执行的。禁令权的持有者“在实用性要求的指导下，只发布在案件情况下可行的禁令。措施的可行性是其有用性的一个条件”²⁰⁵⁶。禁令不得超出技术上不可能的范围，也不得在执行中遇到重大的物质困难。最高行政法院的临时救济法官尊重这一规则，在下达强制令时，注意其执行在客观上是可行的。另一方面，一些初审法官大胆地向公共当局发布了一些不切实际的禁令，如阻止举办有数万人参加的狂欢派对²⁰⁵⁷，或结束“罢工”学生对一所大学的封锁²⁰⁵⁸。这些禁令根本无法执行，行政部门也没有执行。警察当局被迫承担不现实的义务，这损害了禁令程序的可信度，削弱了临时救济法官的权威。²⁰⁵⁹

²⁰⁵⁶ C.BRAHIC-LAMBREY, 同前, 第 368 页。

²⁰⁵⁷ TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 April 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*: AJDA 2005, pp.GROUD and S. PUGEAULT; JJDA 2005, pp.PUGEAULT; JCP A 2005, 1216, note by P. BILLET.Teknival

"是每年举办一次的大型音乐活动，数千人在一个周末聚集在一起。活动第二天，预计将有 40 000 人参加，临时救济法官命令马恩省省长

"采取一切必要措施，立即禁止Teknival活动继续进行"。通过这项禁令，法官要求警察当局将几千人赶出 Teknival

现场，同时阻止另外几千人进入现场。鉴于警方必须干预的条件、参与者的人数，尤其是示威活动已经开始的事实，该禁令客观上是不可行的。

²⁰⁵⁸ 在 2006 年 4 月 13 日的命令中（图卢兹 TA, ord.13 April 2006, *Wenger et autres*, AJDA 2006, p. 844, obs.E.ROYER, pp.在 "BIOY" 一案中，"利贝尔法官"确认，面对图卢兹-勒米拉勒大学校舍被占的情况，"尽管该大学校长采取了措施，继续为特定类别的学生授课，并为其他学生制定获取知识的替代方法，但他并没有行使《教育法》第 L.712-2 条赋予他的所有权力。教育法》第 L.712-2 条规定的所有权力；因此，它非法无视其权力范围；没有证据证明，保护公共秩序和尊重他人权利是其不行使所有上述权力的正当理由"。因此，法官责成大学校长"采取一切有用的措施，特别是在有利于有效准备考试的条件 下继续进行所有教学工作"。

²⁰⁵⁹

这些判决也给评估明显非法的要求和紧迫性的总体评估带来了困难。在这两起案件中，警察当局拒绝采取行动似乎与维护公共秩序的目标并不相称。很难将这些拒绝视为非法，更不用说明显非法了。只有在没有扰乱公共秩序的情况下，警察当局拒绝或放弃派遣治安部队才是非法的。在这两种情况下，使用武力肯定会引发重大骚乱，与组织狂欢派对或占领大学校舍造成的骚乱相去甚远。正如博尼肖总统所指出的，"认为国家有义务在任何情况下都进行干预，立即重建法律和秩序的说法是毫无意义的，只是一种咒语。永远不可能将国家有义务不惜一切代价撤离工厂或公路或镇压示威游行确立为一项法律原则"（J.-C. BONICHOT, "Development de la méditerranée de l'éducation de l'homme"（《民主》）。BONICHOT, "Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen", AJDA 1999, special issue Puissance publique ou impuissance publique, p. 86）。同样，在这些判决中，禁止的紧迫性似乎并没有与不禁止的紧迫性相提并论。正如 M. Royer 在上述图卢兹行政法院临时救济法官的命令中所指出的，"我们不禁要问，法官是否完全理解大学校长在这种情况下所遇到的困难，因为他们可支配的资源有限"（同上，第 844 页）。其他简易程序法官在评估骚乱风险时表现出了更高的鉴别力。例如，在一个与前一个案件相同的案件中，梅隆行政法院的临时救济法官指出，"即使申请人可以证明存在紧急情况，因为他无法进入大学图书馆准备考试，而且受教育的权利是一项基本自由，但 Pineda 先生并没有证明这种情况是紧急的"（同上，第 844 页）。Pineda 并未证明，校长在行使其维持大学校园内公共秩序的权力时，因公共秩序骚乱可能危及个人安全而作出关闭大学某些建筑的决定，会严重且明显地非法侵犯这一自由"（TA Melun, 2006

禁止令还必须符合有理由发布禁止令的情况，即其性质必须适当，范围必须相称。禁止令就像一面镜子，试图还原基本自由受到严重和明显非法侵犯的情况。一般来说，"禁止令是导致它的必要性情况的反映。因此，它是这种情况的反面，同时又完全仿照这种情况，目的是扭转这种情况（.....）"2060。法院必须使强制令成为对有理由提交强制令的情况的相反反应。法院应根据具体情况决定如何应对有理由发布禁令的危急情况，即如何通过抵消其影响来纠正和扭转这种情况。要做到这一点，仅靠禁令的性质来应对提交给法官的特定情况是不够的，还必须在范围上与之相称。最重要的是重建或建立一种平衡，一种"正常"的状况，而不是通过对行政机关施加过于沉重、限制性或不相称的负担来制造一种倒置的必要性状况。目的是重建被打破的平衡，而不是制造反向失衡。行政机关非法收回身份证件，法官命令其归还身份证件；行政机关用混凝土块围住飞机，使其无法动弹，法官命令其拆除围住飞机的混凝土块，结束无法动弹的状态。因此，法官并没有超出制止侵权行为的必要范围。

其次，禁令必须精确。法官必须明确指出当局应承担的义务。行政部门必须清楚地知道它必须做什么。对于其义务的范围和内容或履行义务的方式不得含糊不清。为防止在执行方面出现任何困难，临时救济法官在必要时会非常规范，以准确的措辞解释行政部门所承担的义务。

法官还必须设定遵守禁令的最后期限。在积极禁令的情况下，临时救济法官会设定一个很短的期限，以对行政部门施加压力，促使其遵守禁令。在确定时限时，法官要考虑到遵守禁令所需的时间，以及可能受到的各种限制。这通常是几天²⁰⁶¹。有时法院会命令当局"毫不拖延地"或"立即"执行。在实践中，给当局的最长执行期限是三个月，考虑到行动的难度，这涉及到警察协助执行驱逐寮屋居民决定的义务。强制令的有效期与强制令的执行期限一致。在消极禁令的情况下，法官会设定一个期限或确定一个事件，在期限届满或事件发生时，行政部门将被免除不采取行动的义务。在此期间，行政机关必须保持克制，并在解除义务后方可采取行动。

最后，禁令必须伴有惩罚威胁。必须足够清楚地表明，不遵守禁令可能会导致不良后果。这种威胁可能是直接明显的，特别是在法院发布禁令并附带处罚的情况下。

既然已经确定了终止侵权行为的适当裁决，那么法官就必须确保裁决得到遵守。重要的是，判决要为侵权行为的受害者带来具体的结果，并有效地结束对基本自由的严重且明显非法的侵犯。

B. 支持保障措施

493. 临时救济法官参与执行其裁决。为确保当局充分理解并适当执行其裁决，他在裁决中加入了约束和教育的内容。在必要或有用的情况下，他会向有关当局详细说明需要采取哪些措施来制止侵权行为。在决定了一项措施并解释了该措施的含义之后，他还会为自己提供有力地强制执行措施的

年3月23日命令，Pineda，第06-1796/5号，AJDA 2006，obs. C. de MONTECLER）。C. de MONTECLER）。同样，沙隆河畔香槟区临时救济法官的上述命令似乎也没有考虑到如果警察介入将不可避免地引发严重的公共秩序问题。可以肯定的是，参加者不会自愿离开集会现场，而警察的干预将导致与他们的对抗。此外，不让成千上万的参加者进入集会现场可能会导致道路堵塞，使紧急救援车辆无法通行。

2060 C.BRAHIC-LAMBREY, 同前, 第373页。

2061 见上文第491节。

手段。

1. 解释

494. 无论命令采取哪种措施，只要情况需要，法官在简易程序中都会表现出堪称楷模的教学技巧，以确保其裁决得到妥善执行。行政法官的裁决历来简明扼要²⁰⁶²，而临时救济法官的命令则非常准确地向行政部门指明其应承担的义务，对精确性的关注近乎教育学²⁰⁶³。根据其作为决策者的角

2062 长期以来，作者们一直强调行政法院判决书的措辞简洁（尤其见 D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^{ed.}, Aug. Durand librairSERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 2^{ème} ed, Aug. Durand librairie éditeur, 1865, vol. I, p. VI ; E.I, p. VI; E.LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p. IX ; G. JEZE, "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Libre jubilaire du Conseil d'Etat*, Recueil Sirey, 1952, p. 348 ; B.DUCAMIN, "Le style des décisions du Conseil d'Etat. Les réactions d'un public cultivé", *EDCE* 1984-1985, pp.) Hauriou 是为数不多的称赞裁决简洁的作者之一（见 CE

下的注释，1919年2月28日，*Dames Dol et Laurent*, S.1918-1919, 第343

页）。然而，大部分文献都对行政法官裁决的客观枯燥和过度简洁提出了质疑，认为这妨碍了其裁决的可理解性和清晰性（尤其见 R.- E. CHARLIER, "行政法官裁决的客观枯燥和过度简洁", 1919年2月28日，*Dames Dol et Laurent*, S.1918-1919, 第343页）。E. CHARLIER, "La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction?", *EDCE* 1951, p. 43; J. RIVERO, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *EDCE* 1955, p. 30; J. MORAND-DEVILLER, "Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire", in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique, Economica. Bilan critique*, Economica, 1991, p. 199 ; M.-C. PONTTHOREAU, "Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français", *RDP* 1997, p. 748 ; B.PACTEAU, "La jurisprudence, une chance du droit administratif?", *RA* 1999, special issue 6, p. 79).

2063 这项教育工作并不只针对行政部门。它也可能涉及初审法官和申请人本身。

正如作者们在 1953

年行政法院成立时所强调的那样，对国务委员会决定的理由进行充分说明，有助于一审法院正确、统一地适用其判例法（见 J. Rivero, "Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice", *D.* 1954, 编年史, 第157-162页；F. Gazier, "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", *RDP* 1954, 第669-683页，特别第680

页）。考虑到这一目标，行政审判庭实施了一项积极的判例法政策，包括提供准确而详细的理由，以帮助初审法官适用 2000 年 6 月 30

日的改革。正如最高行政法院副院长所言，"第一批命令都是自愿给出冗长的理由，供当事人和审理行政法院临时措施申请的法官参考"（R. DENOIX DE SAINT MARC, "Les procédures d'urgence : premier bilan", *AJDA* 2002, 第1

页）。行政司法令的最高法院旨在最清晰地阐明新的简易程序的程序规则和制度，以确保其完美无瑕的适用。*Hyacinthe* 令证明了这种做法（行政法院，2001年1月12日令，*Hyacinthe, Lebon* 第12

页）。由于申请人在开庭前已经获得了满意的结果，法官不得不宣布争议的事由已不复存在，

并裁定没有必要进行裁决。按照惯例，他本可就此作罢。然而，在驳回案件之前，尽管他没有义务这样做，他还是不厌其烦地逐一详细审查了是否满足了签发禁令的条件。在法律上，这种审查是不必要的。其唯一目的是指导下级法院如何评估根据第 L.521-2 条申请的措施的条件。同样，2001 年 11 月 12 日 *蒙特勒伊*

贝莱公社 的命令也包含了非常精确的一般性指导，以评估严重和明显非法干涉基本自由的条件（见上文，第 223 和 256 段）。

如果申请人没有使用适当的临时救济程序，临时救济法官还将对其进行教育。法官可邀请申请人在适当的基础上向其提出上诉，甚至说明

申请人应首先向行政部门采取的步骤。这种转介可由临时救济法官向另一法官提出，或由另一法官向

色，法官并不满足于指出对基本自由的严重和明显非法侵犯，然后让行政部门独自承担后果。恰恰相反，法官指导并指示行政当局执行其决定。法官通过特别仔细和有指导性地起草其命令的理由，在其职责范围内对行政部门施加额外的约束。他摒弃了以往的矜持，果断下达指令，并参与到判决的有效性中。他毫不犹豫地“采取行政行动”²⁰⁶⁴，即使这意味着超越了他作为管理者的职责。

这些裁决是特意以教学方式起草的，以确保行政部门正确执行²⁰⁶⁵。如果临时救济法官希望行政当局正确执行其裁决，他还必须使其能够掌握所有的含义。事实上，如果行政当局的义务没有得到明确的界定，那么尽管它很有诚意，但在面对复杂的法律情况时也可能犹豫不决。法官通过向行政机关解释其在本案中和今后应如何行事，可以消除任何困难，从而使行政机关正确执行其决定，并根据法律和基本自由行事。通过提供解释，法官确保法律及其裁决得到遵守，从而保证其干预的

临时救济法官提出。

如果申请人要求撤销一项决定，并要求对据称该决定对其造成的损害进行赔偿，则自由裁量法官可将其转交审理案件实质的法官（见 CE, 2001 年 10 月 29 日法令, *SARL Objectif*, 第 239443 号）。它还可以请申请人向法国签证拒签申诉委员会提出申诉（见 CE, ord.2005 年 2 月 18 日, *Laumay 和 Benfdil*, 第 277579 号；2005 年 3 月 15 日, *Sossou*, CE, ord.2005 年 3 月 15 日, *Sossou*, 第 278502 号）。自由裁量权法官还可以根据申请人的情况，指导其进入自由裁量权程序：自由裁量权保护（2004 年 2 月 4 日行政法院令, *伊夫拉克市, Lebon T* 第 828 页）或更常见的自由裁量权中止。在 *Venelles 市镇* 的裁决中，最高行政法院让申请人适用简易中止程序，并就如何中止市长拒绝召开市议会的行为给出了明确指示。该裁决指出，“本裁决不妨碍有关各方以越权为由向行政法院对市长拒绝召开会议的决定提出上诉，也不妨碍有关各方根据《行政司法法典》第 L.521-1 条的规定向该法院的临时救济法官提出结论，要求其下令中止该决定，并在宣布这一措施时说明市长将承担的义务”（行政法院，2001 年 1 月 18 日, *Morbelli*, Sect. No、2001 年 1 月 18 日, *Morbelli, Venelles 市市长, Lebon* 第 18 页）。关于临时救济法官向临时中止法官移交案件的其他例子，见上文第 40 节。

反之，也可能发生将临时救济申请人转至临时救济程序的情况。例如，临时救济法官可能会指示申请人使用其他两个紧急临时救济程序，并就应遵循的程序，包括在诉讼前阶段应遵循的程序，向其发出明确指示。在 2002 年 6 月 11 日对 *SARL Camping d'Oc* 案的裁决中，最高行政法院指出，为了驱逐未经许可的住户，“如果申请公司认为自己有理由这样做，应由它向埃罗省省长请求警察的协助，提出可执行的法院判决，或要求市长（……？），以存在压倒一切的紧急情况为由，着手自动执行有争议的命令，然后在遭到拒绝的情况下，根据 L. 521-1 或 L. 521-1 条将问题提交临时救济法官。行政法院，2002 年 6 月 11 日, *SARL Camping d'Oc, Lebon T* 第 933 页）。同样，临时中止法官也可以向没有事先裁决的申请人说明本案可以适用第 L.521-2 条（行政长官，2005 年 12 月 20 日命令, *Meyet*, 第 288253 号）。由于第 L.521-2 条的实质性条件比第 L.521-1 条更为严格，临时救济的申请人很少被转介到第 L.521-2 条下的程序。但这并不意味着不可能，因为受理条件更为灵活。

²⁰⁶⁴ Laferrière 的名言（E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed, Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 569）。

²⁰⁶⁵ 这种解释努力还使临时救济法官能够弥补“其裁决效果的相对残酷性”（M. GUYOMAR 和 P. COLLIN, 同上, *AJDA* 2001, 第 1050 页）。它鼓励人们即使不坚持所选择的解决方案，至少也要更好地理解它。法官通过使裁决更清晰、更易懂，有助于其被接受。

有效性。他向行政部门说明如何制止侵权行为，如何避免今后再次发生侵权行为。这使其能够纠正违法行为并防止再次发生违法行为。这样，行政部门就能确保其干预是有效的。裁决书的重述部分，有时甚至是裁决书的执行部分，详细规定了行政部门必须采取哪些措施来遵守法院对有关案件的裁决，并避免今后再次受到法院的指责。

495. 在复杂的法律情况下，自由裁量权法官不会冒行政部门不正确或不完全执行其裁决的风险。当法律问题严重、自由受到威胁时，行政法官会排除由行政部门单独决定其决定后果的可能性。这样做的目的是避免在行政法院介入后，由于对其命令的误解而导致侵权行为继续存在。在这种情况下，他拒绝完全听命于行政部门，而是为了防止在执行过程中出现任何错误或阻力，自行确定可能恢复申请人权利的措施，并结束因行政行为或弃权而造成的“特殊情况”。它为侵犯了基本自由的行政当局的行为提供了指导和指示框架。它现实地指出了行政机关应承担的义务。它为接受决定的公共机构提供指导，指出应遵循的程序。临时救济法官通过这种方式详细说明其有义务制止其造成的对基本自由的严重和明显非法侵犯，从而消除了可能妨碍适当和立即执行其裁决的任何困难²⁰⁶⁶。对于一个具有实时行动特性的法官来说，这意味着在仍有时间对行政部门的行为采取行动时，他的干预要达到最佳效果。第一种教育形式可以在法院发布禁令²⁰⁶⁷或有损撤诉²⁰⁶⁸时使用。

值得注意的是，有时即使不符合准予干预的条件，也会采取这种做法。即使法官不能宣布采取保障措施，他也打算使他的干预产生有益的效果。2002年4月3日库尔塔里奇案的判决在这一点上尤为重要。在断定有争议的驱逐令并非明显不合法之前，临时救济法官特意向当事双方说明了在争议中可能采取的行动。这些指示既针对申请人，法官向其指明了获得满意结果的途径，也针对行政部门

2066 长期以来，学者们一直强调，法官的教学方法似乎是正确执行其判决的决定性因素。因此，Chevallier先生指出，“判决越精确，就越有必要，也就越难逃避”（J. CHEVALLIER, "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrer", *AJDA* 1972, 第88页）。Joliot

夫人指出，“如果法官同意在其判决理由中建议采取可能使判决完全生效的措施，无疑会更

加有利于法院判决的执行”（M. JOLIOT, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, thesis Paris II, 1975, p.201）。同样，Jean Rivéro

指出，“一个准确、积极、强制性的法院判决，明确说明必须做什么，会减少许多规避（……）”（J.

RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", *同前*, 第830

页）。行政部门能否正确执行法院判决，最终取决于行政法院能否做出清晰明确的判决。尽管传统上行政法官并不反对使用指令性说明，列出应采取的指示性措施，但这一程序的

使用非常特殊，是作为无权发布禁令的替代品而提出的。直到1995年2月8

日的法律才将这种推理方式发展为对强制令权力的必要补充。在1995年2月8

日法的框架外，这种做法导致了特别是说教式的理由，行政法官通过这些

理由向行政机关解释因权力过大而撤销的具体后果（参见C. CHARLES, "Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8

février 1995, *Dr. adm.* 2005, études n° 10, spé pp.) 关于这种越权程序的说明，见上文引述的 *Vassiliokiotis* 案和 *Titran* 案的判决，§ 483。

2067 参见上文第490-91节，关于具体指示行政当局以某种方式行事的禁令的例子。

2068 例如，在“*Tibéri*”

案中，法院非常明确地规定了视听高级理事会应承担的义务，以及该机构为确保尊重多元化而必须采取的措施（见上文，第481-483段）。

，请其在评估时表现出人性化。法官向申请人指出，他“有可能从目前居住的原籍国向内政部长申请撤销对他下达的驱逐令，特别是根据他在某一特定时期所犯罪行的相对年龄及其此后的行为”。临时救济法官随后向行政当局指出，“应由内政部长在考虑到有关事实和当事人的个人情况的情况下对这一申请作出裁决，因为当事人很年轻时就来到法国，在被驱逐前与一名法国妇女生活在一起，并有望在不久的将来成为一名法国孩子的父亲”。在基本自由没有受到严重和明显非法侵犯的情况下，法官不能下令采取保护措施。然而，法官的干预可使导致移交的情况迅速得到补救²⁰⁶⁹。

496. 临时救济法官还为当局提供了在尊重法律和基本自由的前提下履行其公共利益使命的关键。无论命令采取何种措施，甚至在未命令采取任何措施的情况下，都可适用第二种推理方式。

首先，法官可以使用类似于裁决的措辞，列出在特定情况下行政行为的主要原则²⁰⁷⁰。这种做法与行政当局，尤其是中央政府部门希望获得有关如何行动的建议不谋而合。因此，在2003年3月11日的 *Samagassi* 案判决中，最高行政法院的临时救济法官向行政部门指明了在身份盗用情况下应如何行事：他澄清、发展并明确了行政部门在这种情况下义务²⁰⁷¹。同样，在 *Gollnisch* 案的判决中，法官非常明确地指出了教育当局的校长在何种情况下可对教师和研究启动纪律处分程序，并公开通报正在进行的纪律处分程序。²⁰⁷²

²⁰⁶⁹ CE, ord.2002年4月3日, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Lebon T. p. 871*。同样，在滨海 *Théoule* 市镇案的裁决中，最高行政法院的临时救济法官裁定不存在对基本自由的严重和明显非法侵犯。不过，他补充说，“一旦国家部门为该公司管理的海鱼养殖场颁发了新的经营许可证，则应由滨海 *Théoule* 市镇和戛纳水产养殖公司共同确定该公司使用其设施的条款和条件，必要时在这些部门的帮助下，这些条款和条件应兼顾良好管理庄园的要求和企业正常经营的需要”（行政法院，2003年5月22日命令，滨海 *Théoule* 市镇，2003年5月22日，戛纳水产养殖公司）。2003年5月22日，*Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* 第232页）。

²⁰⁷⁰ 罗迪耶尔案的判决是权力过大诉讼中最常引用的案例之一（行政法院，1925年12月26日，*Lebon* 第1065页）。有人说，在这一裁决中，行政法院在公务员诉讼中“向积极的行政部门提供了建议”（Y Gaudemet, “Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif”, 前引书, 第819页），以指导其重组职业生涯。最近，在“图卢兹足球俱乐部”一案的判决中，最高行政法院在宣布国家足球联盟拒绝宣布两家法甲俱乐部之间的比赛结果无效的决定无效后，用拉肖姆先生的话说，“为联邦锦标赛结果的批准提供了一个名副其实的实在法课程”（J.-F. LACHAUME, 前引, 第819页）。F. LACHAUME, CE下的注释, 2001年6月25日, “图卢兹 Football 俱乐部”, 《体育法律与经济评论》, 2002年3月, 第43页）。

²⁰⁷¹ CE, ord.2003年3月11日, *Samagassi, Lebon* 第119页。该命令指出，为执行1955年10月22日关于设立国民身份证的法令的规定，主管行政当局有责任在权限法官的监督下，确保为申请国民身份证而提供的证明文件具有确定申请人身份和国籍的性质。虽然应由他们对所提交的申请证明文件进行必要的检查，但在审查申请期间发现第三方的欺诈行为，在法律上并不能成为在进行这些检查所需的时间之后推迟发放国民身份证的理由。特别是，在这种情况下，不能以行政部门就第三方行为提起的刑事诉讼的结果作为发放身份证的条件。如果行政当局在这种情况下发现已经向滥用申请人身份的第三方签发了身份证件，则必须在权限过失法官的监督下收回该证件，但在刑事诉讼结束之前，不能利用这种滥用身份的行为剥夺申请人有权获得的国民身份证。

²⁰⁷² 见上文第199节。

另一方面, 法院可向行政当局指出其今后应采取的行为, 以便其行为符合法律和基本自由, 从而使其行为在本案情况下或在类似情况下没有缺陷²⁰⁷³。临时救济法官在对行政机关的行为进行谴责后, 指出了今后应遵循的程序和应满足的条件, 以便在不非法侵犯基本自由的情况下采取行动。如果行政机关出于公共利益的考虑, 打算采取类似的措施, 那么它就可以获得所需的一切信息, 以确保其行动是合法的。在 *Aguillon* 案的裁决中, 法官列出了可以合法采取征用罢工人员措施的条件。省长可以从私人雇主那里征用罢工员工, 但只能采取 "因情况紧急和与公共秩序要求相称" 的措施。为了不使行政行动陷入瘫痪或妨碍在情况需要时使用这一权力, 该决定的执行部分指出, 命令的暂停 "并不妨碍省长在冲突持续时决定在本决定理由中规定的限度内使用《地方当局通则》L.2215-1 第 4 条赋予他的权力"²⁰⁷⁴。在 *FN IFOREL* 的命令中, 临时救济法官责令行政部门不得阻碍 IFOREL 与 Impérial Palace 之间签订的保留合同的履行, "除非出现新的法律或事实情况"。这一措辞含蓄地表明, 如果公共秩序受到威胁, 可以合法地采取相同措施, 而不会招致临时救济法官的责难²⁰⁷⁵。

497. 需要研究这些理由的确切范围。它们在多大程度上对当局具有约束力? 它们是否仅仅是行政部门想遵守就遵守、想忽视就忽视的指导方针? 相反, 它们是否是政府在法律上必须遵守的真正义务? 关于理由范围的判例法区分了两种情况, 并对其采用了不同的解决办法: 一方面, 构成对规定的必要支持的理由受益于其所附的权威性; 另一方面, 不构成对规定的必要支持的理由不受受益于其权威性²⁰⁷⁶。

在适用这一标准时, 第一种形式的教育解释, 即法官向行政部门指明在满足准予条件时应采取的具体措施的解释, 必须被视为强制性的。这些解释实际上是对该制度的补充; 它们与该制度密不可

2073 涉及越权的案例, 见 CE, 1926 年 6 月 18 日, *Sieurs Belkacem Bentami et autres*, *Lebon*, 第 614 页; CE, Sect. 1933 年 12 月 8 日, *Sieurs Grundmann et Kardesch*, *Lebon*, 第 1152 页。

2074 CE, 2003 年 12 月 9 日, *Aguillon et autres*, *Lebon* 第 497 页。

2075 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日, 国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL), *Lebon*, 第 311 页。

2076 根据判例法, 只有当决定理由与执行部分 "不可分割" 时, 执行部分才具有权威性 (CE, Ass., 10 February 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, *Lebon* p.108; CE, Sect., 6 May 1983, *Société Distrelec et autre*, *Lebon* p.179; CE, 30 September 1988, *Ministre du Budget contre Raveau*, *Lebon* p.323)、1983 年 5 月 6 日, *Distrelec* 等人公司, *Lebon* 第 179 页; 行政长官, 1988 年 9 月 30 日, *Raveau 预算部长*, *Lebon* 第 323 页), 如果它们构成其 "必要的支持" (行政长官, 1958 年 11 月 26 日, *Sieur Lot*, *Lebon* 第 588 页; 行政长官, 1964 年 12 月 23 日, *Lefèvre 夫人*, *Lebon* 第 665 页; 行政长官, Sect. 1989 年 6 月 9 日, *Dufal*, *Lebon*, 第 139 页) 或 "必要的支持" (CE, 1960 年 11 月 30 日, *Sieur Hubert c/ Commune de Berles-Monchel*, *Lebon*, 第 653 页; CE, 1969 年 3 月 5 日, *Sieur Rouet*, *Lebon*, 第 134 页; CE, 1995 年 3 月 10 日, *Chambre de commerce et d'industrie de Lille-Roubaix-Tourcoing*, *Lebon*, 第 127 页)。正如政府专员 Jacomet 在 1955 年所指出的, "既判力的权威不仅适用于执行部分, 而且适用于作为其必要支持的理由, 因此, 这些理由对于确定或完成其含义至关重要" (CE, concl. sur CE, Ass., 10 December 1954, *Cru et autres*, D. 1955, p. 200)。既判力的范围是司法判例法中一个相同概念的主题 (Com., 381; Civ. 2^{ème}, 7 January 1956, D. 1956, p. 214)、宪法 (CC, n° 62-18 L, 16 January 1962, cons. 1, *Rec. p.* 31; n° 89-258 DC, 8 July 1989, cons. 12, *Rec. p.* 48; n° 92-312 DC, 2 September 1992, cons. 4, *Rec. p.* 76)、国际 (CPIJ, opinion n° 11 of 16 May 1925, series B, pp.SALMON, "L'autorité des prononcés de la Cour internationale de la Haye", in *Arguments d'autorité et arguments de raison et de droit*, Nemesis, 1988, p. 24), European (see G. COHEN-JONATHAN, "L'autorité des prononcés de la Cour internationale de la Haye". COHEN-JONATHAN, "La convention européenne des droits de l'homme", *Economica PUAM*, 1989, p. 206) and Community (see L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 505).

分。用通常用来描述不可分割的理由的说法，它们是 "一体的" 2077，构成 "裁决的要素" 2078。这些解释旨在适用于其所针对的特定案件，对行政部门具有法律约束力。它们对有关公共当局具有约束力。行政当局在采取何种行动方面受到法律约束。在这种情况下，不遵守这些规定将被视为违反法院判决的可执行性，并受到相应的处罚。

相反，法院在解释性理由中规定了旨在防止侵权行为再次发生的一般性原则，这些理由对裁决所针对的行政部门没有法律约束力。执行部分的权限通常不包括这类理由。如果赋予它们既判力，就等于赋予法院真正的 "一般管理权" 2079。从法律角度看，这些解释性理由并不享有执行部分的权威，因为它们并不构成对执行部分的必要支持。然而，其指示性并不剥夺其有效性。事实上，行政部门可以保证，只要遵循法官的指示，就会依法行事，尊重基本自由。遵守这些准则是法律确定性和诉讼确定性的保证。因此，不仅裁决所针对的行政部门，而且所有被要求干预类似案件的部门都将严格遵守这些准则。由于其措辞刻意宽泛，这些前言包含了关于行政部门在特定情况下应如何行事的普遍适用的经验教训。对行政司法而言，这种方法还有一个好处，就是可以防止诉讼。

498. 除了说教之外，临时救济法官还将对行政部门施加压力，以便先验地消除对其决定的任何抵制。然后，说教让位于权威 2080。临时救济法官利用其权威确保其裁决得到适当执行。

2. 权力机构

499. 与所有司法判决一样，即决判决具有可执行性和约束力。一方面，它具有可执行性。根据《行政司法法典》第 L. 11 条中关于执行法院判决的原则，即 "判决可强制执行"，判决必须强制执行。此外，第 R.522-13 条第 2 款规定，临时救济法官可决定其裁决 "一经下达即应执行"。行政司法法典第 R. 751-1 条规定的执行条款必须出现在命令的执行部分（第 R. 522-13 条第 3 款）2081。简易程序令对当事人也有约束力。第 R.522-13 条重申了这一约束力，并使用了 "必须遵守" 这一表述来描述简易程序令对当事人的权威。行政当局必须遵守命令。这些原则在以前的法律体系 2082 中

2077 E. Garsonnet 和 C.CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1913, t. III, p. 409.

2078 G. BOURCARD, *Ccass*, 1890 年 11 月 24 日要求和 *Ccass*, 1891 年 7 月 8 日要求下的注释, *J.* 1893 年, I, 第 316 页。

2079 D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RDP* 1994, p. 1823.

2080 这是因为司法职能也是一种权力职能：除了说明法律的权力外，还包括强制执行法律的权力。根据帕斯卡尔的公式，这种综合就是力量与正义的结合："没有力量的正义是无力的，没有正义的力量是专制的 (.....)。因此，正义和力量必须结合起来，不能使正义的东西变得强大，也不能使强大的东西变得正义" (PASCAL, *Pensées*, no. 298, 1817, Flammarion, 2000 年再版)。

2081 关于司法私法，新的《民事诉讼法》第 514 条宣布可 "通过法律的实施" 执行简易命令。

2082 必须按照执行法院判决的原则执行暂缓执行的决定。根据政府专员 Dutheillet de Lamothé 的公式，行政部门如果不这样做，即使不是已决案件，至少也是已决案件（关于 CE 的结论，1981 年 10 月 16 日，*国防部长 c/ Lassus*, *Lebon* 第 373 页）。在简易程序中作出的裁决 (CE, Sect., 1958 年 10 月 3 日, *Société des autocars garonnais*, *Lebon*, 第 468 页) 和准许暂缓执行的判决 (CE, Sect., 1983 年 12 月 9 日, *Ville de Paris*, *Lebon*, 第 499

就已规定, 在 2000 年 6 月 30 日的改革后 2083, 这些原则保持不变。在 "生命与自然促进激进生态协会" (*Association convention vie et nature pour une écologie radicale*) 的一项裁决中, 最高行政法院不得不郑重提醒在简易程序中做出的决定具有权威性 2084。在一份原则声明中, 行政法院确认, 临时救济法官作出的裁决与所有法院裁决一样, 具有可执行性和约束力。这一原则排除了行政部门在未纠正临时救济法官在下达裁决时所考虑的缺陷的情况下合法收回同一裁决的可能性。

因此, 行政部门在法律上有义务执行临时救济法官的判决; 保障措施的受益人有权要求被判决的公共实体正确执行判决。必要时, 受益人可要求适用《行政司法法典》第 L. 911-4 和 L. 911-5 条的普通法规定。首先, 如果临时救济法官没有对命令采取的措施进行处罚, 而这些措施又没有得到执行, 申请人可以根据 L. 911-5 条向最高行政法院提出申请, 要求对屡教不改的行政部门进行处罚。其次, 如果规定的措施未得到执行, 从一审临时救济法官处获得保护令的申请人可以向该法官所属的法院提出申请。尽管第 L.911-4 条的文本只提及行政法院的 "判决" 和行政上诉法院的 "裁定", 但最高行政法院在 *Van Bentum Plasse* 和 *Plasse* 2085 一案的判决中接受了该条适用于简易程序的规定。在 2001 年 4 月 26 日的一项命令中, 马赛行政法院临时救济法官命令 Forcalquier 市市长在 48 小时内采取一项警察措施, 命令对申请人房产边上的围墙进行施工, 以消除围墙破损造成的危险。马赛行政法院在 2003 年 7 月 1^{er} 日的判决中驳回了申请人关于根据第 L.911-4 条执行 2001 年 4 月 26 日命令的请求。为了证明其驳回请求的合理性, 法院以规定的措施已得到正确执行这一事实为依据做出了判决。该措施包括在围墙周围设置安全警戒线和安装保护膜, 而不是拆除和重建围墙。申请人就此判决向最高行政法院提出上诉 2086。最高行政法院指出, 在 2001 年 4 月 26 日发布命令的第二天, Forcalquier 市市长发布了一项法令, 禁止在修复工程期间进入围墙。最高行政法院认为, "市长因此采取了与 2001 年 4 月 26 日命令相应的预防措施"。尽管申请人坚称最近有石块从墙上掉落, 但最高行政法院强调, "无论如何, 都不能证明这些事件是由于临时救济法官下令进行的工作没有完成所造成的"。因此, 申请

页)的可执行性得到了承认。冲突法庭裁定, 强制执行法院命令中止执行的判决具有天灾的性质 (TC, 1956 年 12 月 10 日, *Guyard c/ Tegny* 案, *Lebon* 第 590 页)。

2083 见 P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164。

2084 CE, Sect. 5 November 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 species), RFDA 2004, pp.F. DONNAT 和 D. CASAS ; JCP A, 69, M. GAUTIER

的注释。这一裁决是在生态部部长的几项决定之后作出的, 这些决定公然无视临时救济法官根据

《行政司法法典》第 L. 521-1 条下令采取的两项中止措施。争议始于 2003 年 7 月 21

日, 当时生态部部长下令确定狩猎季节的开放日期, 这很可能违反了 1979 年 4 月 2

日关于保护野生鸟类的共同体指令。当有人对这一决定提出临时救济请求时, 临时救济法官很快批准了请愿人的请求 (CE, ord.2003 年 8 月 4 日, *保护野生动物协会*, 第 258778

号)。这对生态部部长来说并不重要, 他立即发布了一项与前一项几乎完全相同的命令, 而且同样可能是非法的, 临时救济法官也中止了这项命令 (CE, ord.2003 年 8 月 19 日, 《生命与自然公约》, 第 259340 号)。然而, 在第二次中止后的两天, 部长又毫不犹豫地采取了同样的行动。

2085 CE, 2003 年 10 月 29 日, *Van Bentum Plasse et Plasse, Lebon T.* 第 719、721、943 和 956 页。

2086 第 L.911-4

条规定的补救措施与针对法院被要求执行的裁决的补救措施相同。在本案中, 判决涉及执行根据第 L. 521-2 条做出的命令。根据《法典》第 L.523-1

条的规定, 必须向最高行政法院提起上诉, 对该决定提出质疑, 以减损行政上诉法院的普通管辖权。

人没有理由声称福卡尔基耶市政府没有遵守 2001 年 4 月 26 日的命令。

500. 如果保障措施采取强制令的形式²⁰⁸⁷，临时救济法官可在发出强制令后，根据《行政司法法典》第 L. 911-3 条的一般规定，决定在其裁决中附加处罚²⁰⁸⁸。

法官签发禁令的目的是为了克服行政部门的任何阻力，以确保其裁决得到适当执行。应当牢记的是，禁止令并不是替代品，它本身并不能满足申请人的要求。诚然，临时救济法官签发的强制令具有约束力，因为它的签发对行政部门具有强制性。但是，禁令并没有对行政部门施加必然导致预期绩效的绝对约束，而是通过保留一定程度的自由，使行政部门能够部分掌握自己的命运。面对法院的裁决，当局事实上可以选择遵守或不遵守--这是一种相对的选择，但并不失为一种真实的选择，当局不遵守禁令的情况时有发生就证明了这一点。因此，禁令总是给行政当局提供了一个抵制禁令的机会。当临时救济法官认为行政当局有可能利用这个机会进行抵制时，他就会在禁令上附加处罚。这样，罚金的折抵性质就对不遵守禁令的行为起到了威慑作用。Astreinte 具有强制令威胁所寻求的强大威慑力，其特殊之处在于，这种威胁并非只是虚拟的，而是一经宣布就立即体现出来，从宣布的那一刻起就具有充分的影响力，而不会将其效力推迟到随后的不履行阶段。其主要目的是“恐吓”²⁰⁸⁹。它可以通过激发行政部门对后续制裁的恐惧来对其施加压力。astreinte 在行政部门做出遵守与不遵守的选择之前就介入，对选择的条件施加影响，试图让行政部门遵守禁令。有制裁威胁，但没有实际制裁²⁰⁹⁰。由于 astreinte 是一种有条件的制裁，只有在不遵守的情况下才会生效。

临时救济法官拥有命令支付罚金的自由裁量权。他根据每个案件的具体情况作出决定，从不强制执行。当他担心会遇到行政部门的抵制时，他就会使用这一权力。否则，法官将不予处罚。他甚至明确表示，“鉴于行政部门在听证会上做出的保证，没有理由对该禁令附加处罚”²⁰⁹¹。实际上，中期救济法官对禁令施加罚则的情况极为罕见。民事法官在袭击案件的简易程序中也采取了类似的做法。Guillon-Goudray 女士的研究表明，法官只有在认为有可能无法执行的情况下才会采用临时禁令：“只要法官有足够的把握保证其判决会得到执行，他就会拒绝施加临时禁令”²⁰⁹²

2087

在有条件拒绝的情况下，如果申请者不遵守决定中规定的要求（拒绝申请所依据的要求），威胁就会重新提交法院。至于暂缓执行肯定决定的措施，原则上这种简单的措施就足以满足申请人的要求，而不需要下达执行令，因此也不需要支付罚款。

2088

同样，在发生暴力行为的情况下，民事法官可在简易程序中对其禁令附加罚款。冲突法庭承认罚款权（TC，1948 年 6 月 17 日，*Manufacture de velours et peluches and Société Velvetia c/ Etat, Lebon*，第 513 页）。根据新《民事诉讼法》第 491 条的规定，可在简易程序中酌情依职权行使该权利。

2089 J. Buffet, "La réforme de l'astreinte : premières applications", Rapport de la Cour de cassation, 1997, p. 67.

2090 The solution is apparent from the very wording used when it is resorted to: one does not condemn "to" an astreinte but "under" an astreinte (see B.LOUVEL, "Une proposition qui change tout : on ne condamne pas 'à' mais 'sous' astreinte", GP 1-2 septembre 1999, p. 2)。在实施 astreinte

时，行政部门决不承担任何义务。法官在此阶段的目的是向行政当局施加压力。正如该词的词源所示，其目的是迫使履行义务：拉丁动词 *astringere* 的意思是“迫使”。

2091 CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, Lebon T. p. 1034.*

2092 S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p. 311.

。作者指出, "人们只能注意到, 在这一领域很少有 *astreintes*, 法院往往裁定没有必要"。2093

一旦确定了罚款原则, 法官就有很大的自由来确定罚款率。确定费率的依据是所要达到的目的, 即迫使行政部门遵守规定。法官可以考虑不遵守规定对申请人造成的后果的严重性、有关地方当局的财政承受能力或所发现的违规行为的反复性。罚款金额根据个案情况进行评估, 并考虑到案件的所有情况。按延误天数确定的罚款率一般比较适中: 将有效居留证返还给持证人²⁰⁹⁴, 每延误一天罚款 15 欧元; 向申请人返还被非法拿走的身份证件²⁰⁹⁵, 或在 15 天内完成对申请人申请的调查, 并在接到命令通知后向其签发相当于居留证的收据²⁰⁹⁶, 每延误一天罚款 150 欧元; 在公共部队协助下执行寮屋居民迁离决定时, 延误一天, 罚款 200 欧元²⁰⁹⁷; 在采取同样措施时, 延误一天, 罚款 100 欧元²⁰⁹⁸; 在行政部门严重失职的情况下, 延误一天, 罚款 300 欧元²⁰⁹⁹。考虑到公共权力机构的可用资源, 将罚款额定得相对较低的原因很简单: 在公共权力面前, 罚款数额相对微不足道。在公共机构财力雄厚的情况下, 不能在这一水平上寻求劝阻效果, 因为这意味着要将罚款率定得很高, 从而为了单个诉讼当事人的利益而惩罚所有公民。实际上, 在与公共权力机构打交道时, "迫使行政部门结束诉讼局面所依赖的与其说是罚款的数额, 不如说是其原则"²¹⁰⁰。不过, 应当指出的是, 当所涉公共实体是工商业公共机构时, 临时救济法官就不那么克制了。在这种情况下, 法官可能会故意将 *astreinte* 定得很高。例如, 在 *Société Outremer Finance Limited* 案中, 临时救济法官命令巴黎机场停止对一架飞机的固定²¹⁰¹, 但自通知决定之日起, 每延误一天罚款 50 000 欧元。

在规定的强制执行期限届满时, 或如果在此期间进行了强制执行, 则由下令实行收敛的临时救济法官负责根据《行政司法法典》第 L. 911-7 条自行或应一方当事人的请求进行清算²¹⁰²。清算的管辖权属于实施临时救济的法官²¹⁰³。如果清算是应一方当事人的请求进行的, 临时救济法官只能在举行公开听证会后对破产管理人进行清算或确保执行先前的命令²¹⁰⁴; 但他也可以根据第 L. 522-3 条的

2093 S. GUILLON-COUDRAY, 同前, 第 312 页。

2094 CE, ord. 2001 年 11 月 8 日, *Kaigisiz, Lebon* 第 545 页。

2095 CE, ord. 2 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

2096 CE, ord. 2001 年 11 月 12 日, *Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T. p. 1132*。同样的处罚率也适用于类似的禁令: 行政法院, 2003 年 5 月 7 日, *Boumaïza*, 第 250002 号。

2097 CE, ord. 2002 年 11 月 21 日, *Gaz de France, Lebon* 第 408 页。

2098 CE, ord. 2002 年 11 月 27 日, *SCI Résidence du théâtre, Lebon T. 第 874 页*; CE, 2002 年 3 月 29 日, *SCI Stéphaneur et autres, Lebon* 第 117 页。

2099 CE, ord.

2100 C. GUETIHER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), no.

2101 CE, 2003 年 7 月 2 日, *Société Outremer Finance Limited, Lebon* 第 306 页。

2102 根据第 L.521-3 条的规定, 参见: 行政法院, 2003 年 5 月 21 日, *Petit* 案, 第 252872 号; 行政法院, 2004 年 3 月 15 日, *Dauphin Adshel* 公司案, 第 259803 号。

2103 关于自由区, 见 CE, 2003 年 9 月 5 日法令, *Keller*, 第 259991 号。关于保留地, 参见前注中引用的命令。这是一个典型的解决方案。参见普通法程序: CE, 1997 年 11 月 14 日, *Communauté urbaine de Lyon, Lebon* 第 421 页。

2104 例如参见 CE, 28 July 2004, *Société Outremer Finance Limited*, n° 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs.J. MOREAU。在 2003 年 12 月 4 日登记的一份备忘录中, 巴黎港务局出示了其局长 2003 年 7 月 10 日的一项决定, 其中规定: "根据 2003 年 2 月 6 日第 2003/553 号决定, 属于 *Outremer Finance Limited* 公司的注册为 F-GTUA 的空中客车 A 340 型飞机在奥利机场的地面扣留从今天起最终取消"。由于 *Outremer*

分类程序下令驳回破产管理人的请求²¹⁰⁵。如果法院自行决定并认为没有理由清算破产企业，则无需举行听证会²¹⁰⁶。清算的唯一条件是管理当局不遵守禁令。如果管理当局在规定期限内遵守了禁令，则无需对 *astreinte* 进行清算。如果行政当局在规定期限内没有遵守，法院将清算罚金²¹⁰⁷。这种清算会产生一笔真正的债务，涉及一笔有效和到期的款项，行政部门必须支付这笔款项²¹⁰⁸。如果行政部门始终不愿意支付，临时救济法官可以提高最初规定的罚金标准，以确保其裁决得到适当执行²¹⁰⁹。最高行政法院明确规定，“对临时救济法官宣布清算其本人宣布的 *astreinte* 的命令可采取的补救措施与对宣布 *astreinte* 的命令可采取的补救措施相同”²¹¹⁰，即在临时救济的情况下，有权上诉²¹¹¹。

第 1 章结论

501. 临时救济法官拥有特别广泛的权力来制止对基本自由的严重和明显非法侵犯。他或她会选择适当的措施，并在必要时确保解释者和当局遵守这些措施。然而，只有在无法通过非诉讼方式解决争

财务有限公司已收到该备忘录的通知，因此没有提出任何意见。最高行政法院裁定，巴黎港务局“因此必须被视为遵守了最高行政法院 2003 年 7 月 2 日关于争议的裁决；因此没有理由继续清算罚款”。

²¹⁰⁵ 关于上诉法官驳回 *référé-liberté* 的情况，参见 CE, 2003 年 9 月 5 日法令，*Keller*, 第 259991 号。第 L.522-3 条未提及，但从引文中可以看出，法官并未举行听证会。隐含的意思是，上诉被认为明显缺乏依据。

²¹⁰⁶ 见行政法院，2005 年 2 月 2 日命令，*Luçolo Kondé*, 第 275361 号，涉及 2004 年 12 月 21 日裁决的罚款（行政法院，2004 年 12 月 21 日命令，*Luçolo Kondé*, 第 275361 号）。法官指出，根据最高行政法院报告和研究科的工作，伊泽尔省省长已于 2004 年 12 月 27 日延长了申请人的临时居留许可，并于 2005 年 1 月 11 日向其签发了居留许可申请收据。在这种情况下，自然没有必要支付罚款。

²¹⁰⁷ 例如，见 CE, 2002 年 9 月 27 日，*SCI Stéphaneur et autres*, 第 243338 号。在 2002 年 3 月 29 日的一项决定中，最高行政法院命令罗讷河口省省长采取一切必要措施，确保在通知该决定后 15 天内执行马赛大审法庭庭长 2001 年 12 月 21 日的命令，该命令命令在 10 天内驱逐 SCI Stéphaneur 等人在马赛拥有的楼房的住户。在同一决定中，最高行政法院还规定，如果在该期限结束时仍未执行禁令，法国政府将被处以罚金，罚金标准为每天 100 欧元。2002 年 4 月 9 日，罗讷河口省省长收到了最高行政法院 2002 年 3 月 29 日的决定。2002 年 5 月 24 日，省长驱逐了该楼的住户。因此，最高行政法院 2002 年 3 月 29 日的决定应被视为已于 2002 年 5 月 24 日执行。理事会指出，“鉴于执行的迟缓性和案件的具体情况，根据上述《行政司法法》第 L.911-7 条的规定，对 SCI Stéphaneur 等人清偿 2002 年 3 月 29 日宣布的罚款是适当的；在 2002 年 4 月 24 日至 5 月 24 日期间，按每天 100 欧元计算，罚款金额为 3 000 欧元”。

²¹⁰⁸ 根据《行政司法法典》第 L.911-8 条，法官“可决定不向申请人支付部分罚金”；这部分罚金将拨入国家预算。如果判决中没有明确规定，则应将罚金全额支付给申请人（见上文引用的 *SCI Stéphaneur* 判决）。

²¹⁰⁹ 在普通法诉讼中也是如此。如果

行政部门持续心怀不轨，行政简易程序法官可提高最初设定的处罚率（参见加倍最初处罚率：CE, 1999 年 11 月 22 日，*Lothier, Lebon T.* 第 968 页）。见 L. ERSTEIN 和 O. SIMON, *L'exéc.SIMON, L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 2000, pp.

²¹¹⁰ CE, 21 May 2003, *Petit*, no.

²¹¹¹ CE, 2003 年 9 月 5 日，*凯勒*, 第 259991 号。

议的情况下，才会采取具有约束力的措施。在这两种情况下，申诉方都能立即得到满足。一旦申诉人满足了第 L.521-2 条规定的所有条件，仲裁庭的干预将使申诉人立即获得完全满意。一旦原则上得到满足，即为最终满足。

第2章 由于 所采取措施的 长期性而取得 的 成效

502. 临时救济法官的介入不仅使原告立即得到满足。它还提供了决不是不稳定的满足，这通常是简易程序中的规则²¹¹²。当然，当法官驳回案件或承认案件已因各方走到一起而撤销时，情况就是这样。然后，尤其值得注意的是，当法官本人决定采取一项措施来结束非法状况时。该决定只是结束了争端。这样，法院行动的有效性不仅来自于赋予它的权力范围，还来自于它通过最终解决争端为申请人提供的保障。²¹¹³

503. 根据《行政司法法典》第 L.511-1 条的规定，最高行政法院确认了在简易程序中采取的措施的临时性。从法律意义上讲，这意味着简易程序中给出的解决方案对审理案情的法官或简易程序法官本人都不具有约束力。一方面，审判法官不受临时救济法官给出的法律解决方案的约束，完全可以采取不同的解决方案。另一方面，如果出现新的因素，临时救济法官可以推翻自己的决定。因此，在简易程序中给出的解决方案似乎是不稳定和可逆转的。从这个意义上说，“临时裁决是在上诉范围之外的裁决，它总是可以因另一项裁决的效力而被修订、修改或收回；总之，它受到一切相反风向的影响”²¹¹⁴。因此，临时裁决是可以受到质疑的，无论是由初审法官还是由临时救济法官本人提出质疑。

从法律上讲，这些原则适用于临时救济程序：审理案件实质的法院不受临时救济法官给出的解决方案的约束；如果出现新的因素，临时救济法官可以推翻其决定。从严格的法律角度看，他的决定不是最终决定²¹¹⁵。但在实践中，由于这一程序的特点，特别是启动这一程序的条件，审理案件实质的法院不可能对法律问题作出不同的裁决，也不可能发现任何新的因素使临时救济法官能够推翻其裁决。因此，其裁决即使不是不可逆转的，至少也是非常稳定的。在实践中，只有在上诉程序之外才能通过复审的方式对这些决定提出质疑，而且只有在极少数情况下才能这样做。临时救济法官所采取措施的稳定性提出了这一程序的性质问题，更具体地说，是否应将其归类为根据案情采取的

²¹¹² 中间禁令的申请人通常必须等待审理案件实质的法院对其权利范围做出明确裁决。

²¹¹³

自由裁量权使申请人完全满意。获得有利措施的申请人不必再向审理案件实质的法院提起诉讼。相反，根据第 L.521-1

条的规定，当一个人获得暂缓执行判决的权利时，他或她只能获得暂时的满足，因为对案情的判决总是可以回到简易程序中给出的解决方案上。

²¹¹⁴ R. PERROT, "Du 'provisoire' au 'définitif'", in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, pp.

²¹¹⁵ 正如 M. Barreau 所指出的，最终裁决是“结束争端，使法院不再对其拥有任何管辖权的裁决”（C. BARREAU, Civ. 1^{ère} 下的意见，1987年4月28日，*JCP G* 1989, II, 21216, no.20）。

临时措施。

第1节. 上诉法官复审的可能性

504. 原诉讼当事方可向作出裁决的法官行使两种例外补救办法²¹¹⁶。这些补救措施等同于收回临时命令，因此也等同于重审临时命令。首先，当事人可以根据《行政司法法典》第 R. 834-1 条规定的条件对最高行政法院的决定提出复审上诉²¹¹⁷。其次，申请人可以根据第 R. 833-1 条的规定提出上诉，要求纠正重大错误。如果申请人对临时救济法官所做的法律评估提出异议，则该申请不予受理²¹¹⁸。另一方面，如果申请人声称临时救济法官犯了重大错误，而且该错误有充分的理由，则可以受理²¹¹⁹。在这方面，最高行政法院根据既定判例法指出²¹²⁰，“未对申诉作出裁决很可能导致以重大错误为由申请纠正”²¹²¹。

505. 除这些特殊补救措施外，还可就临时救济法官下令采取的保障措施向国务委员会临时救济法官提出上诉²¹²²。上诉原则是议会倡议的结果。上诉原则主要遵循有关此类上诉的一般规则。一旦上

²¹¹⁶

还必须提及提出解释性上诉或异议上诉的可能性。根据判例法，要求解释的上诉只有在导致要求解释的裁决的诉讼程序的一方提出时才可受理，而且只有在可以有效地认为裁决晦涩难懂或模棱两可时才可受理。见

CE, 2005年11月24日法令, *Moissinac Massenat*, 第287348

号。申请人要求最高行政法院的临时救济法官解释之前就其与行政部门之间的纠纷发布的命令

(行政法院, 2005年11月8日命令, *Moissinac Massenat, Lebon* 第491

页)。法官指出, 在该裁决中对行政部门下达的禁令并无歧义。因此, 要求解释的上诉不可受理。反对上诉的一个例子, 见 CE, 2001年7月27日, *Haddad*, 第231889号: Haddad

先生提交了一份反对申请, 要求行政法院宣布行政法院法官先前作出的决定无效 (CE, ord. 24 January 2001,

Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis, Lebon p. 37)。由于不符合反对的条件, 理事会拒绝了他的请求。

²¹¹⁷ 见 CE, 2005年6月22日, *Gaijfe*, 第252090号。2002年11月8

日, 最高行政法院临时救济法官根据《行政司法法典》第 L. 521-2

条的规定, 驳回了申请人的临时救济申请, 申请人要求行政法院撤销该命令。行政法院驳回申请的理由是, 该申请不属于《行政司法法典》第 R.834-1 条规定的任何复审案件。

²¹¹⁸ CE, 27 October 2003, *Karsenti*, no.

²¹¹⁹ 在这种情况下, 上诉法官拒绝给予申请人《行政司法法典》第 L. 523-1 条规定的 15

天时限, 并以超过时限为由驳回了她的申请, 尽管当事人有权享受第 R. 811-5

条的规定, 即在判决通知时居住在国外的人的上诉时限增加两个月 (CE, 2004年5月3日, *Dogan épouse*

Antil, Lebon T. 第854页)。最高行政法院支持上诉以纠正重大错误, 并就 Dogan

女士对下级法院命令的上诉做出了新的裁决。

²¹²⁰ 见 CE, 1970年4月17日, *DMS Préfontaines, Lebon* 第260页。

²¹²¹ CE, 2004年2月16日, *Gbouzi, Lebon* 第79

页。在此案中, 由于最高行政法院随后对有争议的行政措施作出裁决, 当事人的申请已失去实际

意义, 因此申请被驳回。同样参见行政法院, 2006年5月5日, *Ortiz* 案, 第242713

号 (驳回更正申请, 因为最初提交的临时救济申请在适用的法律和法规条款发生变化后已失去意义)。

²¹²²

更广泛地说, 在公开听证之后下达的所有命令都可以上诉。另一方面, 根据分类程序下达的命令只能向最高法

诉期限届满或其中一方行使了上诉权，保障措施就会稳定下来。

I. 上诉原则：议会倡议

506. 根据国务委员会工作组制定的指导方针，法案草案规定了适用于所有紧急临时措施的单一 上诉程序。为了鼓励快速解决争端，法案草案取消了中级行政上诉法院，并选择了适用于所有紧急临时措施的一般上诉制度²¹²³。这一规则尤其适用于“重申自由”程序，与其他程序相比，“重申自由”程序在这方面并不享有优待。由于上诉不被推定为²¹²⁴，临时救济法官的决定只能向最高法院上诉。鉴于这一程序的高度敏感性，议员们希望赋予最高行政法院上诉法官的权力，使其能够在法律上和事实上全面处理争议。在不质疑单一上诉原则的前提下，议会将以上诉程序取代撤销原判程序--仍由最高行政法院负责审理临时救济法官在公开听证会后做出的裁决。拉贝图勒总统认为，这一修正案是议员们对该法案的“最重要”创新²¹²⁵。事实上，上诉原则是临时救济程序的一个显著特点，因为其他紧急临时救济程序只能向最高法院上诉。因此，“引入这种被视为良好司法保障的两级法院制度，进一步表明了为保障自由而对简易程序给予的特别考虑”²¹²⁶。

507. 在参议院法律委员会的倡议下，参议院在一读时提出了上诉。上议院在政府的支持下通过了巴丹泰先生特别参与的修正案。从准备工作中可以看出，参议员们希望在基本自由受到威胁时为诉讼当事人提供最广泛的保障。加雷克先生强调，在这样一个重要领域，向最高法院提出复议请求或上诉的可能性并不构成对个人²¹²⁷的充分保障。在第一种情况下，做出裁决的是同一个法官：因此不需要新法官介入。在第二种情况下，法院的审查仅限于法律要点。只有在上诉可以受理、撤销原判的理由成立以及最高行政法院决定审理案件的情况下，撤销原判法院才能审查案件的事实要素，并根据案情解决争议。正是由于这两种法律补救措施提供的保障较少，参议员们认为有必要在简易程序中引入上诉原则。加雷克先生认为，“当基本自由受到威胁时，两级法院的原则不能有例外，除非宪法保护的辩护权被剥夺了保障”²¹²⁸。国民议会在一读时通过了参议院的立场

院提出上诉。这就意味着，临时救济法官的决定既可以在上诉时受到质疑，也可以在向最高法院上诉时受到质疑，这取决于案件的具体情况。

²¹²³ 1997年10月31日的任务说明明确指出，上诉程序“应使争端得到迅速解决”（*RFDA* 2000，第954页）。事实上，与任何司法程序一样，必须有上诉手段，以便及时纠正临时救济法官所犯的任何错误，并保证全国判例法的统一。然而，这些手段必须适应简易程序的紧迫性。传统的先上诉后撤销原判的制度显然不适合紧急案件，因为这种制度会导致连续审理的叠加（一审、上诉、撤销原判）。通过取消向行政上诉法院上诉的必要性，该文本使得取消一级诉讼程序成为可能。

²¹²⁴ 在行政诉讼中，只有在法律条文中明确规定的情况下才存在二审权。最高行政法院认为，“没有任何条款规定可对决定提出上诉的情况下”，这些决定必须被视为终审判决，因此只能向最高法院提出上诉（最高行政法院，1949年6月6日，*Faveret, Lebon* 第228页）。

²¹²⁵ D.LABETOUILLE, "La genèse de la loi du 30 juin 2000", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op.*

²¹²⁶ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no. 1545.

²¹²⁷ R. GARREC, 参议院第380号报告，第30页和第63-65页。

²¹²⁸ R. GARREC, *JO déb. AN*, CR session 8 June 1999, p. 3741.

，尽管其报告员表达了保留意见。2129

508. 然而，两院在由哪个法院审理上诉的问题上出现了分歧。出于就近审理的考虑，国民议会维护行政上诉法院的管辖权，因为自1987年12月31日的法律颁布以来，行政上诉法院一直是普通上诉法院。Blessig先生指出，"为了让那些受法律约束的人更好地诉诸司法，最好是在尽可能近的地方，即在行政上诉法院进行诉讼"²¹³⁰。参议院对行政法院的管辖权进行了辩护。参议员们提出了三组论据²¹³¹。首先，最高法院的立即干预有利于更快地解决案件，因为它节省了一级管辖权²¹³²。其次，参议员们认为这一解决方案可以迅速统一有关保护基本自由的判例法。据Garrec先生称，"这样做的目的是为了防止七个行政上诉法院分散审理针对即决禁令裁决的上诉，从而破坏判例法的统一性"²¹³³。第三也是最后一点，最高行政法院的管辖权使临时禁令规则与临时强制令规则相一致成为可能，从而在涉及同一事项时促进文本之间的一致性。这些论点在一读时并未说服议员。尽管报告员和政府持反对意见，国民议会还是通过了Blessig先生和Albertini先生提出的修正案，将临时救济的上诉提交行政上诉法院²¹³⁴。Blessig先生的修正案在二读时再次提出，但最终被欧洲议会议员否决²¹³⁵。第L. 523-1条第2款规定："根据第L. 521-2条做出的决定可在通知后15天内向最高行政法院提出上诉"。自由裁量权法官宣布保障措施的命令是在辩论

2129 科尔孔贝特先生宣称自己对简易程序中的上诉原则

"非常保留"，并提出了三个论点。首先，单是为简易程序引入上诉，已令问题变得复杂。这与旨在简化适用于各种程序的规则并使之标准化的法案背道而驰。其次，上诉机制剥夺了上诉人向最高法院上诉的权利，而根据普通法的规则，最高法院是由一个法官小组组成的。最后，在刑法领域之外，上诉并不是立法机构必须遵守的要求(F. COLCOMBET, Rapport AN n° 2002, pp.52-53)。这些论点很难说服议员们。立法委员会成员反对Colcombet先生提出的修正案，该修正案旨在恢复法案最初的措辞(上述报告，第53-54页)。国民议会没有放弃上诉原则。

2130 E.E. BLESSIG, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10944. 二读时又重复了同样的论点。在会议期间，Blessig先生想知道"在一审中提出的有利于简易程序法官的论点--速度、口头性、简便性、就近性--在上诉程序中却遭到拒绝，这怎么能说得过去呢"(*JO déb. AN*, 2000年4月6日公约与建议委员会会议，第3162页)。

2131 见R GARREC, 参议院第210号报告，第21-22页。

2132

对行政上诉法院做出的裁决可以向最高法院提出上诉。此外，还有人指出，行政上诉法院的拥挤似乎影响了上诉的快速审理。

2133 然而，需要指出的是，由于行政上诉法院的命令在任何情况下都会受到最高行政法院的司法审查，因此判例法出现分歧的风险是高度假设性的。

2134 *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, pp.

2135 *JO déb.* 不过，加雷克先生指出，所采取的解决办法"并不排除在判例法趋于一致后将这一诉讼转移到行政上诉法院"(加雷克先生，参议院第210号报告，第22页)。在这种情况下，"自由裁量权"的命运将与质疑递解出境令的程序相同。对驱逐令的上诉最初是向最高行政法院提出的。2005年1月14日，这些上诉被移交给行政上诉法院。尽管这一程序涉及大量诉讼，并要求法官在48小时的极短时间内做出裁决，但这一转移是可能的。相比之下，对于行政法院来说，临时救济每年要做出几十项裁决。这种转移的唯一障碍可能是希望避免管辖权级别的重叠或堆叠。

和公开听证之后做出的。因此，这些命令是一审下达的。

II. 上诉制度

509. 可对行政法院临时救济法官在公开听证后做出的任何裁决提出上诉 21362137。

初审程序各方均可提出上诉。在作出全部接纳决定的情况下，只有行政部门有兴趣提出上诉。在部分受理的情况下，双方都可能有益行使这一补救措施：首先是行政部门，以便行政法院的临时救济法官取消一审中规定的措施；其次是申请人，以便获得完全满足2138。如果申请人的要求全部得到支持，申请人就不能向上诉法院提起诉讼2139。诉讼第三方无权上诉2140。同样，由于中间人不具有当事人的地位，他们也不能提出上诉。2141

在临时救济（*référé-liberté*）的情况下，上诉属于行政法院临时救济法官的管辖范围。如果行政上诉法院收到的上诉是错误的，则必须将申请文件转交给行政法院诉讼秘书处2142。上诉必须在收到有争议的裁决通知后15天内提出。关于上诉期限的规定与撤销原判上诉的规定相同。因此，15天的时限是一个明确的时限，并可根据2143的距离时限予以延长。此外，如果申请在时限内通过传真送达法院登记处，即使完整的申请卷宗在稍后日期才通过邮寄送达法院登记处，上诉也可受理2144。

2136 对最高行政法院临时救济法官的裁决不得上诉（行政法院，2002年5月29日法令，*Devynck*，第247239号）。也不能向最高法院上诉。最高行政法院重申，“对于最高行政法院临时救济法官根据《行政司法法典》第L.521-2条的规定直接向后者提出的请求所发布的命令，不得向最高行政法院提出上诉或上诉”（行政法院，2003年10月27日，*Karsenti*，第252151号）。

2137 未经公开听证即根据分流程程序作出的决定，须接受司法审查。对分类命令提出的“上诉”被重新归类为向最高法院提出的上诉，并由最高行政法院的一个小组审理。见上文第412条。

2138 参见 CE, ord.2001年7月16日，*Feuillatay, Lebon* 第309页。

2139 CE, ord.2004年5月17日，*Bouhmidi*，第267516号。根据第L.临时救济法官“命令上塞纳省省长在收到该命令后传唤 Bouhmidi 女士，对她的情况进行审查，并允许她在主管法官对其国籍问题做出裁决之前享受临时居留许可，主管法官可自行决定”。最高行政法院的临时救济法官指出，“如果结合 Bouhmidi 女士在一审中的陈述来理解，这一规定应被视为不会对 Bouhmidi 女士产生不利影响，因此其上诉不可受理（……）”。根据经典判例法，在一审法院获得完全满足的原告没有兴趣继续上诉程序（见 CE, 1983年4月22日，*邮电部, Lebon T.*，第837页）。

2140 CE, ord. 29 January 2003, *Ville de Nice*, no.

2141 CE, ord.2003年1月3日，*Belminar* 等人案，第253045号。不过，根据判例法，如果参加诉讼者“有权提出上诉，或者在没有参加诉讼的情况下，有权提出第三方诉讼”（行政法院，1959年1月9日，*de Harenne, Lebon*，第23页），他们可以提出上诉。最高行政法院的临时救济法官也接受了一家公司针对“支持其参加诉讼”的请求提出的上诉（行政法院，2002年5月17日命令，*EURL Mandon*，第246901号）。

2142 例如，见 CE, ord.2004年8月12日，*Abdullayev*，第271120号；2006年4月10日，*Cicek*，第292080号。2006年4月10日，*Cicek*，第292080号。

2143 CE, 2004年5月3日，*Dogan épouse Antil, Lebon T.* 第854页。

2144 CE, ord.2001年1月30日，*Tauraatua*，第229418号。

另一方面，如果在上述 15 天期限届满后提出上诉，则不予受理。2145

《行政司法法典》第 R. 523-3 条规定，临时救济的上诉无需委托律师。根据 R. 411-1 条和 R. 811-13 条的合并规定，所有上诉请求必须说明理由，否则不予受理²¹⁴⁶。在任何情况下，首次在上诉中提出的意见均不可受理²¹⁴⁷。在向最高行政法院提出上诉之日，上诉的目的必须仍然存在。如果在初审法院受到质疑的判决已经失去效力²¹⁴⁸，或者初审法院命令采取的措施不再具有任何作用²¹⁴⁹，则不属于这种情况。另一方面，行政机关执行有争议的命令中规定的措施并不会使针对该命令的上诉失去意义。2150

510. R. 523-3 条规定，必要时，上诉须遵守适用于临时救济紧急申请的程序规则。申请由最高行政法院的临时救济法官进行调查和裁决。根据第 L.523-1 条，最高行政法院行政审判庭庭长或其为此目的委派的国务委员在 48 小时内做出裁决。他可根据第 L.522-1 条规定的普通法程序或第 L.522-3 条规定的分类程序作出裁决。

2145 CE, ord.2002 年 5 月 16 日, *Auto-école SOS permis*, 第 246813 号; 2003 年 1 月 27 日, *Chausson*, 第 253548 号; 2003 年 3 月 28 日, *Latti*, 第 255412 号。

2146 因此，没有说明理由的申请是不可受理的。例如，见 CE, ord.2003 年 2 月 14 日, *Société hôtelière de la Calade*, 第 254173 号。

2147 CE, ord.2001 年 7 月 19 日, 建筑与居住总公司 (SGBH), 第 248742 号。

2148 2001 年 10 月 27 日向最高行政法院提出的上诉，涉及一项自 2001 年 10 月 14 日起已失去效力的行政决定 (CE, ord. 29 October 2001, *SARL Objectif*, no. 239443)；2003 年 4 月 4 日提出的申请，涉及一项自 2003 年 3 月 17 日起已失去效力的决定 (CE, ord.2003 年 4 月 4 日就 2003 年 3 月 17 日已失去效力的决定提出申请 (行政法院, 命令, *Rambour*, 第 255716 号)；2003 年 10 月 28 日就 2003 年 10 月 9 日已失去效力的决定提出申请 (行政法院, 命令, 2003 年 10 月 29 日, *阿尔比医院中心*, 第 261376 号)；或 2006 年 2 月 28 日就命令在 2006 年 2 月 6 日开始的一周内传唤某些雇员的决定的争议提出上诉 (行政法院, 命令, 2006 年 3 月 8 日, *卡昂大学医院中心*, 第 290771 号)。

2149 参见 CE, ord.2001 年 3 月 16 日, *格里莫州宣传委员会*, *Lebon T.* 第 1135 页。根据 2001 年 3 月 6 日的命令，初审法官命令格里莫州宣传委员会分发格里莫州选举候选人 Sibillat 先生提交的选票和通知。2001 年 3 月 13 日，即第一轮投票结束后，宣传委员会向最高行政法院临时救济法官提出上诉。调查显示，Sibillat 先生在第一轮投票中没有获得足够的票数，因此无法参加第二轮投票。因此，向上诉法官提交的申请缺乏目的性，不可受理。另见 CE, ord.另见 CE, ord. 18 June 2003, *Territoire de la Polynésie française et Caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française*, *Lebon T.* p.877：对中止两项法令的命令提出的上诉不可受理，因为这两项法令同时被法官宣布无效。

2150 CE, ord.2004 年 2 月 4 日, *Yvrac 市*, *Lebon T.* 第 828 页。如果在伊夫拉克市镇提出上诉后，它执行了 2004 年 1 月 7 日的命令，这种情况不至于使负责执行命令的市镇的上诉失去意义，因为它打算辩称该命令是错误的。因此，根据《行政司法法典》第 L.761-1 条，市镇尤其有权要求免除其应支付的款项。这符合最高行政法院在普通法诉讼中经常重申的规则，即法院判决一经通知即可执行，尽管有上诉 (参见 CE, 1993 年 5 月 28 日, *Bastien*, *Lebon T.* 第 972 页)。在上诉法院作出裁决之前推迟执行构成违反既判力 (CE, 1996 年 7 月 13 日, *Ximay*, *Lebon T.*, 第 1063 页)。与根据案情进行的诉讼一样，上诉在这里也具有中止效力 (关于这一规则，见 B. PACTEAU, "悖论")。PACTEAU, "Paradoxes et périls de l'effet non suspensif de l'appel", in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp.)

最高行政法院的临时救济法官负责审查初审法院命令的合法性。他负责确保一审法官按照正当程序做出裁决，尤其是遵守自相矛盾的要求²¹⁵¹，就其收到的所有呈件做出裁决²¹⁵²，或根据向其提交的论据为其裁决提供充分理由²¹⁵³。如果法院歪曲了申请人提交的材料²¹⁵⁴，犯了法律错误²¹⁵⁵，超越了其管辖范围²¹⁵⁶，或者更笼统地说，误用了适用的规则，那么法院的裁决也将被撤销。特别是，法官错误地适用了《行政司法法典》第 L.521-2 条的规定，错误地认为²¹⁵⁷的批准条件已经满足，特别是对本身不可能造成侵犯基本自由的行为和情况的侵犯条件²¹⁵⁸，或对基于严重事实的驱逐令的明显非法条件。²¹⁵⁹

当案件移交给上诉法官时，上诉法官具有对提交给他或她的案件进行裁决的权力。他可以对初审法官下令采取的措施进行增减。一方面，他可以超越有争议的裁决中命令采取的措施。例如，在一审法院认为不符合准予采取保障措施的条件或无权就该问题作出裁决的情况下，法院可下令采取保障措施²¹⁶⁰。如果法院认为一审法院下令采取的措施不足以保障某项基本自由，它可以用限制性更强的措施代替一审法院下令采取的措施。因此，法院可以在一审法院下达的禁令中附加一审法院未规定的罚金²¹⁶¹，或者增加一审法院命令申请人支付的滥用追索权的罚款金额²¹⁶²。另一方面，上诉法官可以减少或取消在有争议的命令中下令采取的措施。如果不符合批准措施的条件，他将终止一审法院下令采取的措施²¹⁶³。如果初审法院命令采取的措施在上诉法院看来与第 L. 511-1 条的规定

2151 例如，见 CE, ord. 2002 年 3 月 26 日，*Société Route Logistique Transports, Lebon* 第 114 页。

2152 CE, ord.

2153 CE, ord. 2002 年 9 月 16 日，*Société GSM*，第 250312 号。

2154 考虑到呈件的措辞、整体论据以及没有申请撤销或推翻行政决定的事实，“第一位法官并没有曲解申请”，他认为申请人的意图主要是依据第 L.521-2 条的规定，其次是依据第 L.521-1 条的规定（CE, ord. 2001 年 4 月 10 日，*Syndicat national unifié des directeurs, des instituteurs, des professeurs des écoles de l'enseignement public force ouvrière (SNUDI-FO) du Maine-et-Loire, Lebon T. p. 1090*）。

2155 例如，见 CE, ord. 9 December 2002, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Negmari, n° 252338*。

2156 例如，废除一项行政决定（行政长官，2001 年 1 月 24 日法令，*巴黎第八大学, 万森圣德尼, Lebon* 第 37 页）。

2157 CE, ord. 27 March 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon p. 158*; CE, ord. 6 April 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL Le Vivier, Lebon p. 186*; CE, ord. 25 November 2003, *Présidente de l'Assemblée de la Polynésie française, Lebon T. p. 928*。

2158 例如，中学两门选修课的课程表重叠（行政法院，2001 年 10 月 5 日命令，*Rouquette Lipietz*，第 238676 号）或颁发建筑许可证（行政法院，2001 年 10 月 11 日命令，*Commune de Saint-Bauzille-de-Putois, Lebon* 第 462 页）。更一般地说，当有关行为在案件情况下不侵犯基本自由时也是如此。例如，见 CE, ord. 2003 年 4 月 16 日，*Lycée polyvalent du Taaoe*，第 256002 号：“申请人有权坚持认为，在没有侵犯基本自由的情况下，帕皮提行政法院临时救济法官使用《行政司法法典》第 L.521-2 条规定的权力是错误的”。

2159 CE, Sect. 30 October 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon p. 523*; CE, ord. 2001 年 8 月 10 日，*Ministre de l'Intérieur c/ Saddouki* 案，第 236969 号。

2160 CE, ord. 2002 年 8 月 19 日，*国家阵线和地方教育研究所 (IFOREL)*，*Lebon*，第 311 页。

2161 CE, ord. 2001 年 11 月 12 日，*Ministre de l'Intérieur c/ Béchar, Lebon T. p. 1132*：在初审法院规定的日期内执行初审法院发布的禁令，每延迟一天罚款 150 欧元。

2162 CE, ord. 2003 年 5 月 12 日，*Pichaut*，第 256729 号。

2163 例如，见 CE，2003 年 5 月 22 日法令，*Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon* 第 232 页。

相冲突，则上诉法院可以修改禁令的内容²¹⁶⁴。上诉法院也可以撤销初审法院的命令，以限制初审法院发布的禁令的范围。例如，在 *Feuillatey* 案中，最高行政法院的临时救济法官在初审法官提出的保留意见基础上补充道，医生在输血之前，首先要尽一切努力说服患者接受必要的治疗，其次要确保输血是患者生存所必需的行为，并且与患者的病情相称²¹⁶⁵。

一旦上诉法官做出裁决，或者一旦上诉期限届满，临时救济法官做出的裁决就具有显著的稳定性。虽然从法律上讲，另一位法官并非不可能对其提出质疑，但这是极具假设性的。

第2节.由另一位法官提出质疑的可能性不大

511. 一旦时限和上诉程序到期，临时救济法官作出的决定是否可被视为最终决定？在法律上，必须排除这种解决办法。但在实践中会发生什么情况呢？法官根据第 L.521-2 条下令采取的措施真的会受到法官的质疑吗？要做到这一点，必须具备两个要素。首先，从逻辑上讲，必须有可以质疑的“东西”。其次，该事项必须提交给法官，并且必须满足对临时救济法官的命令提出质疑的条件。

512. 要使下令采取的措施被认为是可逆的，首先必须在临时救济法官介入后仍有“东西”值得质疑，即争议的主题在他作出裁决后不能完全消失。这一要求导致根据下令采取的保障措施的类型进行区分；在实践中，它将可能出现重新审议问题的情况减少到了极致。首先，在中止积极决定的情况下，在两种情况下，争议的标的物在措施发布后仍有可能被保留：第一，如果决定适用的期限尚未结束，即行政部门在发布决定时最初设定的期限²¹⁶⁶；第二，如果被中止效力的决定没有包含期限。其次，在作为主要措施或中止措施附加措施发出的强制执行令的情况下，只有在行政部门不遵守的情况下，争议事项才会继续存在。行政部门必须尽快采取行动，一般是在几天之内。一旦行政部门遵照执行，争议即告终结；导致提交法院的情况也随之消失²¹⁶⁷。第三，在限制令

²¹⁶⁴ 例如，见 CE, ord. 26 April 2005, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ MLAMALI, Lebon* T. p.

¹⁰³⁴. 初审法官命令省当局更新申请人的国民身份证和护照。上诉法官代之以重新审查申请人申请的禁令。有争议的命令因与上诉法官的裁决相悖而被撤销。

²¹⁶⁵ CE, ord. 2001 年 7 月 16 日, *Feuillatey, Lebon* 第 309 页。

²¹⁶⁶ 一旦最初设定的适用期结束，争议即告终止。

²¹⁶⁷ 一旦行政当局拆除了妨碍进入私人公司房舍的护柱，并完成了将这些房舍与公共公路连接的必要工程（例如 2001 年 5 月 31 日的命令，*Hyères-les-Palmiers 市, Lebon* 第 253 页），向申请人发放了他所要求的国民身份证（例如 2003 年 3 月 11 日的命令，*Samagassi 市, Lebon* 第 119 页），归还了家庭身份证件（例如 2001 年 4 月 2 日的命令，*Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel 市, Lebon* 第 167 页），或协助警方完成

了这些工作。如果我们以 *Stéphaur* 案为例，就没有什么可评判的了。以 *Stéphaur* 案为例，“很难看出法官向警察当局下达的利用其权力驱逐非法占用者的禁令是临时性的”（T. PEZ, “Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté”, *RFDA*, 2003 年，第 380

页）。为了遵守这一规定，行政部门必须采取明确的措施。同样，在 *Société Outremer Finance*

有限公司一案中，行政法院命令巴黎港务局停止对属于申请公司的一架飞机的扣押（行政法院，2003 年 7 月 2 日，*Société Outremer Finance 有限公司, Lebon* 第 306

页）。为执行该决定，该公司首席执行官做出决定，指出：“根据 2003 年 2 月 6 日总局第 2003/553

号决定，属于 *Outremer Finance* 有限公司的注册号为 F-GTUA 的空中客车 A 340

的情况下，当导致实施禁令的情况不复存在（如 *FN IFOREL* 案），或当法院规定的限制令期限届满时，争议的事由也随之消失。只有在这些情况下，临时救济法官介入后才可能有“东西”可以判断和质疑。在其他案件中，则没有什么可评判或质疑的了。法官已经纠正了有争议的情况。他的干预具有解决争议、一劳永逸地结束争议以及结束引起简易程序的诉讼的效果。一旦下令采取保护措施，争议就不再存在。

513. 在极少数情况下，将案件移交法院--无论是审理案件实质的法官还是审理临时措施申请的法官--将不会不予受理（因为申请没有目的），因此法院将在审理临时措施申请的法官之后对申请作出裁决，但法院的裁决可能只有在极少数情况下才会受到质疑。这种质疑不会来自根据案情审理案件的法官，这不仅是因为移交案件具有高度的假设性，而且最重要的是因为《行政司法法典》第 L.521-2 条规定了明显不合法的条件。虽然原则上不应排除由临时救济法官进行复审的可能性，但只有在非常特殊的情况下才有可能。

I. 初审法官不可能进行复审

514. 如果一审法院在临时救济法官之后介入（这在实践中极为罕见），那么可以肯定的是，它将以与后者相同的方式做出裁决，因此不会对根据第 L. 521-2 条做出的裁决提出质疑。

A. 可能但罕见的转介

515. 在宣布保障措施后，审理案件实质的法院的干预将是例外情况，因为这完全取决于申请人的意愿。根据普通法，审理案件实质的法院只有在申请人作出决定，即完全由申请人唆使的情况下才能进行干预。这与司法私法和简易程序的规则有很大不同。

516. 在民事诉讼程序中，简易程序的双方都有权利和可能--但没有义务--将案件提交审判法院²¹⁶⁸。是否根据案情提起诉讼“由[双方]自行决定”²¹⁶⁹。如果任何一方当事人都不决定就案情实质提起诉讼，“审理临时措施申请的法官的裁决可以成立，并至少在在实践中成为各方当事人的法律”²¹⁷⁰

型飞机在奥利机场的停飞从今天起最终取消”（最高行政法院关于清算罚款的裁决理由中引用的决定：CE, 28 July 2004, *Société Outremer Finance Limited*, no. 254536, *JCP A* 2004, 1743, obs.J. MOREAU）。

²¹⁶⁸ 正如 M. Strickler

所指出的，“由于主审法官的命令对主要诉讼程序没有既判力，当事各方仍可自由地向审理案件实质的法院提出申请，而该申请在所有方面都与简易程序法官已作出裁决的申请相同。因此，以简易程序判决的既判力为由提出的异议，在审理案件实质的法院无法执行”（Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Strasbourg thesis, 1993, p. 433）。例如，见 Civ. 3^{ème}, 1991 年 1 月 9 日, *JCP G* 1991, II, 21729, obs.L. LEVY.

²¹⁶⁹ J. NORMAND, "Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression", *RTD Civ* 1997, p. 501.

²¹⁷⁰ Y.STRICKLER, "Réflexions sur le référé judiciaire." Retour sur le provisoire", in *Le nouveau juge administratif des référés*, PUS, 2002, *op.* 作者在其博士论文中提出了类似的看法，指出在简易程序中作出的决定“受到确定效力的影响

"的情况时有发生。事实上，有时当事人对庭长的命令感到满意，决定不将争议提交法院。如果争议得到临时解

。不过，简易程序中的被告可能有兴趣随后向审理主要诉讼的法院提起诉讼。因此，在简易程序中获得满足的当事人永远无法确定所给出的解决方案是否会得到最终支持。他的对手总是有可能随后将争议提交审理案件实质的法院，因为在主要诉讼中提起的诉讼可能会导致后者对简易程序中做出的命令提出质疑。因此，在司法私法中，简易程序中命令采取的措施只有在“命令所针对的当事人不向审理案件实质的法院提起诉讼的情况下”才有效²¹⁷¹。

在行政诉讼中，这种风险是临时中止程序的性质所固有的。由于其辅助性质，而且仅仅是要求法院认定违法的可能性，该程序自动意味着法院随后会对案情进行干预。根据 L.521-1 条就案情提出上诉是受理呈件的一个条件；如果临时救济法官只是对有争议的裁决的合法性有严重怀疑，他可以暂停执行该裁决。

因此，在民事诉讼和行政诉讼中，法官对案情实质的可能或强制性干预似乎是简易程序中给出的解决方案持久性的障碍。这种情况符合这些程序的目的，即“临时的天职”是“让位于预期的确定”²¹⁷²。

517. 在“自由权”程序中，情况有所不同。根据《行政司法法典》第 L.521-2 条提出申请的**个人拥有向普通法院提起诉讼的唯一主动权**。只有他本人有权向有一般管辖权的行政法院提起诉讼，而被告行政部门则不在其列。因此，临时救济的**申请人可以自由决定采取何种行动**。他们有法律保障，即行政部门不能向普通法院提起诉讼，推翻在简易程序中作出的决定。如果法院受理，也只能是在其唆使下。这一根本区别使临时救济法官的裁决具有更大的稳定性。如果临时救济申请人不将案件提交审理案件实质的法官，后者永远不能干预。

然而，当申请人获得保障措施时，由于在简易程序中获得了满足，因此没有必要根据普通程序就案情实质提出上诉。通常情况下，根据第 L.521-2 条获得满足的申请人对根据普通法审理案情实质的法院的干预没有实际利益。然而，后者的干预并非完全不可想象。首先，如果就案情实质提出的上诉是在提出临时救济申请之前或同时提出的，审理案情实质的法官就会介入同一案件。如果他认为自己还没有得到完全满意的结果，特别是希望根据是非曲直获得撤销或对因行政行为的非法性而遭受的损害获得赔偿，他也可以在临时救济令发出后行使这一补救措施。然而，为了使上诉得到受理，申请人必须掌握可能对争议有约束力的行政决定，并且必须在普通法规定的上诉期限内采取行动。在这些条件下，这样的转介似乎是相对假设的。无论如何，如果一审法院在临时救济法官之后做出裁决，那么它肯定会采取与后者相同的解决办法。

B. 已成定局

518. 判例法规定，临时救济法官的主张对审理案件实质的法官没有约束力。这一规则是以下原则的结果：**临时救济法官不处理法律的实质内容，不触及作为争议主题的法律问题**。他根据调查情况作

决，则在主要诉讼程序开始之前争议即告终结。庭长裁决的这种事实上的终局性在无可争议的权利领域尤为明显”（Y. STRICKLER, 上述论文，第 436 页）。关于这一点，见 Magendie 考察报告中的意见，*Célérité et qualité de la justice*, Rapport au garde des Sceaux 15 juin 2004, La Documentation française, 2004, p. 64 et seq.

²¹⁷¹ E. GARSONNET 和 C.CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Librairie de la société du Recueil Sirey, t. VIII, 1925, n° 191.

²¹⁷² L. MERLAND, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence thesis, 2000, p. 352.

出裁决, 下令采取必要措施, 而不对主要问题采取任何行动。因此, 其命令对审理主要诉讼的法官没有权威性。后者仍可完全自由地形成自己的意见。他的自由绝不会因临时救济法官的事先干预而受到妨碍或削弱。在国内法中, 该原则由两个最高法院²¹⁷³。

最高上诉法院认为, 审理主要诉讼的法官永远不受临时救济令的约束, 无论临时救济令涉及庭长对事实或法律的评估, 还是他可能从中推断出的后果。其裁决对审理主要诉讼的法官不具有既判力²¹⁷⁴。根据经典判例法, "无论审理临时措施申请的法官在其审理的案件中做出何种决定, 初审法院仍可完全自由地做出自己的评估"²¹⁷⁵。这一原则是临时救济法官不处理法律实质的规则的结果。第一院长 Estoup 认为, "由于临时救济法官不处理主要问题, 因此可以合乎逻辑地推断出, 处理主要问题的法官将不受临时救济程序中可能作出的裁决的约束"²¹⁷⁶。

同样, 最高行政法院指出, "行政临时救济法官作出的决定 (.....) 对任何可能受理主要诉讼的法院都没有约束力"²¹⁷⁷。临时救济法官采取的立场 "并不预先判断 (.....) 案件的是非曲直"²¹⁷⁸。从法律角度看, 审理案件实质的普通法院不受简易程序中给出的解决方案的约束, 可以选择不同的解决方案。根据普通法, 临时救济法官作出的决定被视为临时决定, 因此对审理案件实质的法官没有约束力。这一原则是否应适用于临时救济? 鉴于在主要诉讼程序中不存在既判力只适用于不涉及法律实质的临时裁决, 我们可能会想, 如果在临时救济法官宣布了一项保障措施--从而认定明显不合法--之后要求普通法法官作出裁决, 普通法法官是否不应裁定案件不可受理。从逻辑角度看, 只要临时救济法官就主要问题作出裁决, 就可以合理地提出这一想法。然而, 鉴于临时救济令的临时性质, 只能拒绝接受²¹⁷⁹。严格说来, "即使审理临时措施申请的法官认定该措施的合法性存在重大疑问,

2173 欧共体的诉讼也是如此。经修订的 1999 年 6 月 19 日《欧洲共同体法院议事规则》第 86(4)条规定, "命令应是临时性的, 不得以任何方式妨碍法院在主要程序中的裁决"。在这种情况下, 在简易程序中下令采取的措施 "并不预先判断有争议的法律或事实问题, 也不预先抵消随后在主要程序中作出的裁决的后果" (欧洲法院, 1995 年 7 月 19 日, 第 C-149/95 P(R)号, 委员会诉大西洋集装箱公司案, ECR 1995, I, 第 2165 页, 第 22 段, P. CASSIA 引述, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", 同前, 第 1685 页)。

2174 Ccass. req., 4 November 1863, D. 1864, 1, p. 35; Civ. 28 June 1892, D. 1892, 1, p. 378.

2175 Y.STRICKLER, 论文, 第 542 页。

2176 P. ESTOUP, 同前, 第 26 页。另见 P.BERTIN, "Référé civil", *Répertoire de procédure civile*, 1980 年, 第 19 期: "在简易程序中采取的措施对审判法院没有约束力。这是学说和判例法一直接受的一项原则, 其依据是简易程序法官不处理主要问题"。

2177 CE, 1997 年 11 月 14 日, *Communauté urbaine de Lyon, Lebon* 第 421 页。

2178 CE, 11 February 1977, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne, Dr. soc.* 1978, pp. 关于暂缓执行, 见 CE, Sect. 9 December 1983, *Ville de Paris, Lebon* p. 499, concl. B. GENEVOIS: 初审法院可以认为索赔是可受理的, 即使批准暂缓执行的法院以索赔不能从合同交易中分离为由宣布索赔不可受理。

2179 此外, 應注意的是, 無論是濫用職權或全面訴訟, 向審理臨時濟助申請的法官提交的陳詞, 與向根據普通法審理案情的法官提交的陳詞是不同的。如果當事人相同, 糾紛的起因相同, 即使聆訊臨時濟助申請的法官所處理的是一種情況或行為, 而根據普通法聆訊案情的法官所處理的必然是一項決定, 兩者的陳詞必然是不同的。在这一点上, 该解决方案可以与 "优先权契约" (référé-précontractuel) 相比较。正如政府专员 Chantepy 所说, "在没有相同标的物的情况下, 简易程序中裁决的权威不能在合同后上诉中援引" (C. Chantepy, concl. on

或审理临时措施申请的法官认定该措施因严重且明显不合法地侵犯基本自由而失效，审理主要程序的法院仍可裁定有争议的措施不因任何非法性而失效"2180。

519. 然而，完全不可想象的是，当临时救济法官下令采取保障措施时，也就是当审理案情实质的法院首先认定有关决定明显不合法时，却采取与临时救济法官不同的解决办法。明显不合法的決定更不用说就是非法的了。其非法性是无可争辩、无可置疑的；是经过证明的、确定的、毫无疑问的2181。普通法院就同一法律问题作出裁决时，会采取与临时救济法官不同的立场，这是完全不可想象的。他必然会采取与后者相同的立场。可以肯定的是，他将认定有争议的行为是非法的，并将确认临时救济法官所作的解释。一旦临时救济法官介入，诉讼的结果是确定的。即使将此问题提交普通法院，也肯定不会与临时救济法官发生矛盾，也不会因此对临时救济法官采取的解决办法提出质疑。申请人可以确信，根据案情审理案件的法院不会对简易程序中给出的解决方案提出质疑。

在民事诉讼程序中，当临时救济法官的干预以有关权利的显而易见性为条件时，情况完全相同："如果临时命令必须具有显而易见性的效力，那么我们怎么能想象审判法官可以推翻这种显而易见性呢？这在理论上是可以想象的，但在实践中就少得多了....."2182。当简易程序命令对行使无可争议的权利进行制裁时，"事实上，简易程序命令往往从根本上明确地解决了简易程序当事人之间存在的争议"2183。因此，在司法实践中，法律的显而易见性往往成为"审理临时措施申请的法官和审理案件实质的法官之间进行诉讼分工的标准"2184。

这意味着，根据普通法审理案件实质的法官对临时救济法官的决定提出质疑是完全不可能的。临时救济法官本人能否通过《行政司法法典》第 L. 521-4 条规定的复审程序提出质疑呢？

II. 临时救济法官不太可能提出的质疑

520. 一旦规定了保障措施，临时救济法官就不再参与争议2185。他不得自行决定对其裁决进行复审2186。不过，第 L.521-4 条规定的复议程序允许他在出现"新情况"时推翻自己的裁决，而不会无视其所附带的权威性。值得注意的是，这一复议程序旨在适用于所有紧急临时救济申请，但几乎

CE, Sect., 1995 年 11 月 3 日, *Société Stentofon, Lebon*, 第 393 页)。

2180 P. CASSIA, "L'autorité de la chose ordonnée en référé", *JCP G* 2004, I, 164, p. 1687.

2181

相反，临时救济法官给出的解决方案绝不能被视为理所当然：可以肯定的是，审判法官随后会介入同一案件，而且鉴于第一位法官的作用有限，他或她完全有理由采取不同的解决方案。

2182 R. MARTIN, "Le référé, théâtre d'apparence", *D.* 1979, 编年史, 第 160 页。

2183 J.-P. ROUSSE, *GP* 1972, 2, 第 539 页, 转引自 Y. STRICKLER, 同前, 第 537 页。

2184 J.-P. ROUSSE, *GP* 1977, 1, 第 250 页, 转引自 Y. STRICKLER, 同前, 第 538 页。

2185 正如马索-朗庭长所言，根据以前的法律规定，临时救济法官

"一旦对提交给他的争议作出裁决，即被解除管辖权" (马索-朗, 关于行政长官的结论, *Sect.*, 1956 年 10 月 12 日, *萨波尔塔, AJDA* 1956, 第 411 页)。

2186 民事方面参见: *Civ. 1^{ère}*, 1984 年 10 月 3 日, *JCP G* 1984, IV, 338; *Civ. 2^{ème}*, 1986 年 6 月 25 日, *Bull. civ.* II, n° 100.

从未用于临时救济申请。

A. 审查程序

521. 行政司法法典》L.521-4 条规定：“当任何相关方将案件提交给临时救济法官时，临时救济法官可随时根据新的因素修改其命令采取的措施或终止这些措施”。这一程序“严格来说并不属于救济的范畴”²¹⁸⁷，有时被称为简易修正或简易审查²¹⁸⁸。它可以修改或终止根据《行政司法法典》第五卷第二章程序规定的措施。该机制授权临时救济法官在当事人提交新情况或新信息的情况下推翻自己的决定。由于在简易程序²¹⁸⁹中命令采取的措施具有临时性，因此提出了重新考虑的可能

²¹⁸⁷ R. VANDERMEEREN, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *AJDA* 2000, p. 718. 传统救济（上诉和撤销原判）与复议之间有七个主要区别。首先，传统救济的目的是纠正临时救济法官所犯的任何错误；复议的目的是使最初的裁决适应新的因素。其次，通常的上诉程序适用于受理和驳回决定。而复议只能针对受理决定。第三，上诉或撤销原判的请求必须在收到决定通知后 15 天内提出，而复议则没有时间限制：根据第 L.521-4 条的规定，可以“在任何时间”提出。第四，不能对最高行政法院法官的决定提出上诉和撤销原判，只能对行政法院法官的命令提出上诉和撤销原判。第五，只有当事人可以提起上诉和撤销原判，而任何相关方都可以提出复审请求。第六，上诉或撤销原判的请求应向最高法院，即最高行政法院提起简易程序；复审决定应提交给做出决定并要求复审的法官。如果申请涉及临时救济的简易申请，法官将在公开法庭上进行审查。第 L.522-1 条规定，当临时救济法官被要求“命令、修改或终止第 L.521-1 和 L.521-2 条所述措施”时，必须举行公开听证会。第七也是最后一点，与上诉决定不同的是，如果复审决定是由行政法院的临时救济法官作出的，则可以利用针对最初命令的上诉程序，即在临时救济的情况下，利用上诉程序（第 L.523-1 条第 2 款）对复审决定提出质疑。上诉方式根据适用于首次申请的规则进行评估。最高行政法院的临时救济法官指出，“临时救济法官根据第 L. 521-4 条的规定发布的修正命令与经修正的命令性质相同，后者须遵守单独的上诉程序，取决于它们是根据《法典》第 L. 521-1 条还是第 L. 521-2 条发布的；因此，在临时救济法官根据第 L. 521-4 条处理的具体案件中，修正了根据《法典》第 L. 521-2 条应采取的措施，修正命令须遵守单独的上诉程序，取决于它们是根据《法典》第 L. 521-1 条还是第 L. 521-2 条发布的。当行政长官根据《行政司法法典》第 L.521-1 条或第 L.521-2 条的规定修改了第 L.521-4 条规定的措施时，该修改命令与最初的命令适用相同的上诉程序；因此可以根据《行政司法法典》第 L.523-1 条第 2 款和第 R.523-3 条规定的条件向最高行政法院提出上诉”（行政长官，2003 年 11 月 7 日命令，*SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, *Lebon T.*第 911 页）。

²¹⁸⁸ 见 P. CASSIA, "Le référé-réexamen devant le juge administratif. Premières applications et difficultés d'interprétation de l'article L. 521-4 du Code de justice administrative", *JCP G* 2003, I, 151, p. 1347.

²¹⁸⁹ 工作组强调了临时救济法官所做裁决的“临时性和灵活性”，规定“任何相关方都可以要求临时救济法官根据情况的发展、更详细的论据--特别是辩护方的论据--或进一步调查所提供的信息，迅速调整、修改或终止他所命令的措施”（“国务委员会紧急程序工作组的报告”，*RFDA* 2000, 第 951 页）。⁹⁵¹引入这一机制有两个主要目的。首先，通过赋予临时救济法官修改或撤回其命令措施的可能性，意在限制法官在作出初步裁决时所承受的压力，从而鼓励批准临时救济程序中所要求的措施。立法者的意图是防止法官因担心信息不全或调查速度过快而出错而裹足不前。第二个目的是限制临时命令可能对第三方造成的不利影响，因为鉴于调查时间短暂，第三方本没有实质机会进行干预。

性,使法官能够重新考虑其立场。因此,第 L.521-4 条扩展了 2000 年 6 月 30 日改革前就已存在的可能性。受司法私法适用程序的启发,简易程序中的行政法官承认在出现 "新情况"时可以推翻其裁决²¹⁹⁰。第 L.521-4 条的范围更广,因为它使用了 "新因素"的概念。

522. 执行这一程序的条件--以及因此临时救济法官对²¹⁹¹ 下令采取的保障措施提出质疑的可能性--都有严格的规定。

首先,必须明确要求做出裁决的法官重新考虑²¹⁹²。他不得主动重新考虑下令采取的措施²¹⁹³。申请可由 "任何利害关系人"提出,即除原诉讼当事人外,可能与修改命令有利害关系的第三方。

然后,申请人必须提出一个 "新因素"。新因素是指事实或法律方面的论点,有可能对临时救济法官就根据第 L.521-2 条请求准予采取措施的条件所作的评估提出质疑。这一概念首先包括新的情况,即在上诉命令下达后才出现或变得明显的情况。在简易中止令中,以下情况被视为此类情况向首次

2190 新《民事诉讼法》第 488 条规定,临时命令

"只有在简易程序中出现新情况时才能修改或撤销"。最高人民法院已经授予临时救济法官在出现 "新情况"时的类似权力(行政法院,1982 年 2 月 24 日,公共工程和建筑等工业和金融公司, *Lebon*, 第 87 页;行政法院,1985 年 3 月 29 日,西斯特朗市, *Lebon T.*, 第 727 页)。

2191 第 L.521-4 条赋予法官修改或终止 "其下令采取的"

措施的权力。如果没有下令采取任何措施,则不能使用该程序。因此,对驳回临时救济申请的裁决提出的复审申请是不可受理的(行政长官,2004 年 10 月 13 日命令, *Hoffer, Lebon T.* 第 816 和 817 页)。同样的解决办法也适用于中止程序(行政法院,2002 年 4 月 12 日, *Société Brasil Tropical*, 第 242979 号;行政法院,2002 年 5 月 17 日, *Commune de Proville*, 第 239266 号)。与这一判例法相反,而且与第 L.521-4 条的措辞相矛盾的是,最高人民法院的一名临时救济法官认为,即使没有下令采取任何措施,也可以进行复审。在不符合第 L.521-2 条规定的条件的情况下在不符合第 L.521-2 条规定的条件的情况下, "本命令并不妨碍申请人在其申请未能在短时间内得到裁决或由于其子女的情况出现新情况时,根据《行政司法法典》第 L.521-4 条再次将此问题提交临时救济法官" (行政法院,2006 年 1 月 13 日命令, *Rasamoelina*, 第 288434 号)。

2192

从逻辑上讲,有管辖权的法院是做出决定的法院,即最后审理争议的法院。如果未对行政法院临时救济法官的裁决提出上诉,则应向其提出申请。如果有争议的決定来自最高人民法院,则必须向最高人民法院的临时救济法官提出申请。行政司法法典》第 L.523-1 条第 2 款规定,如果对根据第 L.521-2 条作出的初审命令提出上诉,最高人民法院的临时救济法官 "应酌情行使第 L.521-4 条规定的权力"。这一解决办法与根据 L.911-4 条适用于执行行政法院裁决的办法相同(见 CE, Sect. avis 1998 年 3 月 13 日, *Vindevoegel, Lebon* 第 78 页)。

2193 在最初的版本中,该法案赋予临时救济法官 "依职权"重新考虑其下令采取的措施的权力。参议院认为 "自行复议"制度会造成法律上的不确定性,因此决定将其搁置 (*JO déb. Sénat*, CR séance 8 juin 1999, p.3754)。这一解决办法符合最高人民法院的传统判例法,该判例法否认临时救济法官有权将问题提交给自己 (CE, 1986 年 10 月 7 日, *Ministre chargé des P.T.T., Dr. adm.*1986, 第 581 号,由 C. CLEMENT 引用, "Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000", *LPA* 2000 年 8 月 10 日, 第 159 号, 第 11 页, 注释 58)。

规划许可被中止的申请人颁发了修改许可²¹⁹⁴；在中止与拒绝调任有关的决定的命令下达后，通过了一项任命草案，将申请人派往一个已出缺的职位²¹⁹⁵；或出示了照片，显示从公共公路上可以看到被中止执行的规划许可的张贴²¹⁹⁶。新因素的概念还包括在法院作出裁决时已经存在但没有及时引起法院注意的信息。这些信息可能是在调查过程中产生的，即在案件首次提交法院时，但相关方没有提出、疏忽或没有时间提出。这可能涉及事实²¹⁹⁷或法律论据²¹⁹⁸。因此，新因素的概念是广泛的。但在实践中，审查程序似乎并不适合临时救济。它只能在边缘案件中使用，不太可能影响临时救济法官下令采取的保障措施稳定性。

B. 审查不适合临时救济程序

523. 从严格的法律角度看，审查机制涉及到《行政司法法典》第 V 编第 II 篇所规定的所有程序。因此，它有可能适用于所有三种紧急临时救济程序：不仅适用于中止临时救济和保全临时救济，也适用于临时救济。实际情况如何？这一机制是否被使用，更重要的是，在实践中是否可以用来对根据第 L.521-2 条下令采取的措施进行复审？

第 L.521-4 条是否适合简易程序的问题对于确定这些程序的性质至关重要。由于普通法院无法对其裁决提出质疑，只有重新审议的可能性才有可能推翻临时救济法官下令采取的措施。其适用的可能性意味着其裁决被视为临时性的，承认其具有一定的不稳定性，而不是最终的。而不可能适用则意味着临时救济法官采取的措施是确定的，其裁决实际上是不可逆转的。因此，必须确定这一机制是否能真正导致修改或取消临时救济法官下令采取的措施，从而使其决定具有可逆性。这是一个决定性的问题，因为它是承认临时救济措施最终性质的最后一个障碍。

²¹⁹⁴ CE, 2003 年 2 月 24 日, *Perrier, Lebon* 第 50 页。

²¹⁹⁵ CE, ord. 20 September 2002, *Ministre de la Justice c/ Ozoux*, n° 249894.

²¹⁹⁶ CE, 2 June 2003, *Ville de Montpellier c/ Chong, Lebon T. p. 925.*

²¹⁹⁷ 例如，在根据第 L.521-1 条发出中止驱逐令的最初命令后，行政当局可出示情报部门的“白条”，说明取消最初规定的中止措施的理由(行政长官，2004 年 10 月 4 日，*内政、国际安全和地方自由部部长 c/ Bouziane, AJDA* 2005, 第 98-101 页，注 O)。LECUCQ)。在临时救济法官面前出示的信息在对中止申请的调查过程中已经提供给了相关方，但却没有被及时引用，这一事实本身并不妨碍随后引用这些信息来支持根据第 L.521-4 条提出的申请(CE, 2002 年 4 月 10 日, *Reby, Lebon* 第 133 页, *JCP G* 2003, IV, 1115, obs. M.-C. Rouault 诉法国, 2003 年 4 月 10 日)。M.-C. Rouault)。相反，司法判例法拒绝承认申请人未援引的事实为“新情况”--一个较窄的概念 (Civ. 3^{ème}, 1984 年 10 月 3 日, *Bull. civ. III*, 第 125 号)。

²¹⁹⁸ 可以根据新的抗辩来使用第 L.521-4 条，尽管这一抗辩本可以在第一次提交时提出 (行政法院，2002 年 6 月 26 日, *Charlois-Duméril, Lebon* 第 226 页)。在本案中，行政管理部提出的抗辩就属于这种情况，它以学校校长受推迟任命决定的约束为由，申请修改一项命令，以中止最终推迟任命一名学校实习教师的决定、因此，第一项命令以存在明显的评估错误为由提出的抗辩是无效的，不能使人对该决定的合法性产生任何严重怀疑。临时救济法官以行政部门提出的抗辩不是第 L.521-4 条意义上的新因素，而是应由行政部门向审理中止申请的临时救济法官或最高法院提出的抗辩为由，驳回了这一申请，这在法律上是错误的。

524. 在诉讼实践中观察到了什么？一般来说，在所有类型的诉讼中，复审的可能性都很少使用。在民事案件中，"临时救济法官表示，他们很少（如果有的话）受理根据新《民事诉讼法》第 488 条第 2 款提出的申请"²¹⁹⁹。有关最高行政法院复审实践的数据也显示了行政法院的类似情况。2001 年，在最高行政法院临时救济法官做出的 349 项裁决中，只有两项是根据第 L.521-4 条做出的。2001 年，最高行政法院临时救济法官做出的 349 项裁决中，只有两项是根据第 L.521-4 条做出的；2002 年，在做出的 364 项裁决中，只有一项要求修改。尽管如此，尽管这一程序并没有按照 2000 年 6 月 30 日改革者所期望的条件来运作，但它还是在临时中止的情况下产生了某些积极的应用，上述例子就证明了这一点。另一方面，如果该程序在中止程序中不能很好地发挥作用，就不得不说它在临时救济中根本不能发挥作用。

最高行政法院临时救济法官下令采取或确认的任何保障措施都从未受到过复审质疑。行政法院的任何一项决定都没有受到过这样的质疑。关于行政法院的实践，目前还没有统计数据²²⁰⁰。然而，在五年多的实践中，只有一个由初审法院根据 L.521-2 条做出的复议决定被上诉至最高行政法院²²⁰¹。这一数字表明在这一领域缺乏复议和/或除这一案件外，没有其他案件在复议法官面前成功提起复议。然而，我们有理由相信，如果一个人的基本自由受到严重侵犯，并从临时救济法官处获得了保障措施，但由于复审而失去了这一措施的好处，那么他将会行使一切可用的补救措施，以争取恢复已获得的措施。因此，在最高行政法院没有出现对复审决定提出上诉的情况，这表明行政法院的临时救济法官并没有使用这一程序，或者说从来没有成功使用过这一程序。

这是向最高行政法院提交的唯一一份判决，之所以能够做出该判决，是因为申请人在最初的诉讼程序中歪曲了事实。2000 年 9 月，SA d'habitations à loyer modéré trois vallées收购了一栋楼房，这栋楼房曾被二十多户家庭无偿占用。2001 年 6 月，申请人请求警方协助，但警方以扰乱公共秩序为由拒绝了请求。随后，该公司承诺为每一户违章住户提供替代住所，并进行必要的修缮工作，以实现其建造社会住房的目标。2003 年 9 月 24 日，该公司根据第 L.521-2 条向临时救济法官提出上诉，称由于只有一户家庭在没有任何合法理由的情况下拒绝接受提议的住所，因此应命令警察局长使用公共武力驱逐他们。当 2003 年 9 月 26 日的命令批准了这一禁令请求时，警察局长又要求根据第 L.521-4 条对命令进行修改，理由是根据他刚刚收到的信息，该楼实际上仍有两户人家居住，即总共十六人，其中包括十二名儿童。根据这一新的信息，并考虑到拒绝报警的严重性和明显的非法性所造成的后果，临时救济法官终止了最初签发的禁令。SA d'habitations à loyer modéré trois vallées正在对这一修改令提出上诉。

最高行政法院临时救济法官确认，"对根据第 L.521-2 条（由第 L.521-4 条补充）向临时救济法官提交的申请的调查和判决，不能取代对行政决定的调查和宣判；在第 L.521-2 条意义上的基本自由受到侵犯的情况下，根据申请人的说法，是由于行政部门拒绝批准一项请求而造成的，申请人只有在能够向临时救济法官证明一项行政决定本身受到侵犯的情况下，才有权以这种侵犯为依据。如果申请人认为是行政机关拒绝批准请求导致侵犯了第 L.521-2 条意义上的基本自由，申请人只有在能够向临时救济法官证明存在拒绝该请求的决定的情况下，才有权以这种侵犯为依据"。行政当局在收到要求

²¹⁹⁹ Y.STRICKLER, 论文, 第 471 页。

²²⁰⁰ 官方统计将复审申请视为新的临时救济申请。

²²⁰¹ CE, ord. 7 November 2003, SA d'habitations à loyer modéré trois vallées, *Lebon T.* p. 911.

警方协助执行法院驱逐楼房住户的裁决的请求时所作的评估"与提出请求之日住户所处的各种条件密切相关"。此外,他还指出,"这些条件可能会发生变化"。在本案中,最后一次申请是在2002年8月20日寄给警察当局的,当时有28人没有其他住处,其中绝大多数是儿童。直到2003年9月24日才向警察局长递交了新的申请,说明由于重新安置,情况已有所改善,并将此事提交给临时救济法官,以便签发强制令。当时,"因此,申请公司无法证明行政当局根据过去一年中出现的新情况采取了可被定性为严重侵犯基本自由的立场"。如果复审请求获得批准,那也只是因为申请公司在支持其申请时歪曲了事实。与SA d'habitations à loyer modéré trois vallées公司的指控相反,争议涉及的不是一个家庭的驱逐,而是两个家庭的驱逐。换句话说,申请公司失去了它无权获得的一项措施的利益,因为它对一项弃权(弃权驱逐一个家庭)提出了异议,而根据法官的上述原则,它本应对一项拒绝(拒绝驱逐两个家庭)提出异议。她故意"遗漏"了一个家庭的存在。她无权要求采取保障措施。由于她隐瞒了事实真相,因此获得这一措施是不恰当的。

525. 我们应如何解释对临时救济申请不进行审核这一事实--或者说只有一次审查,而这仅仅是申请人故意歪曲事实的结果?这种完全没有审查的情况是否意味着这种机制根本不适合简易程序申请?在上述非常特殊的情况之外,后者从未奏效过。这是否意味着它永远不会奏效?除了实践和统计数据之外,我们是否还能设想出这一机制在这一领域的应用假设?

缺乏审查有两个原因。首先,争议往往立即消失,或至少在临时救济法官作出裁决后的几天内消失。就履行义务而言,行政部门在几天之内就会履行。就限制令而言,禁令只持续有限的几天。只有中止积极决定的措施才不会消除争议的事由,条件是行政当局没有为因此而中止效力的决定设定期限。由于在几乎所有情况下,在宣布保障措施后的几天内都没有什么可修改或可质疑的了,因此不可能有重新审查的理由。只有在两种情况下才可能出现这种情况:首先,行政部门没有遵守向其发出的强制令,或者遵守强制令的期限尚未到期;其次,如果该措施包括中止一项没有期限或期限尚未到期的正式决定。因此,关于复审可能性的讨论只涉及数量非常有限的措施。其次,L.521-2条规定的更严格的批准条件使得在实践中几乎不可能出现新的因素。抽象地说,很难想象有什么新的论据、新的手段或情况的变化足以推翻简易程序中的判断:明显违法、严重危害和48小时内的紧迫性。在如此敏感的争端中,行政当局被要求为自己的案件辩护,它怎么会忽视法律或事实方面的论据呢?

然而,这并不意味着该条款完全绝对不适用于第L.521-2条规定的程序。不能说复审永远不会用于简易程序。可以想象,在某个案件中可能会使用复审。但是,这种新的因素不太可能是由于情况的变化而产生的。事实上,人们可能认为,只有情况发生重大变化,法官才会放弃他的措施。然而,事实的重大变化将构成新的法律原因,引起新的争议。如果引起争议的法律行为或情况发生了变化,原告就必须提起新的诉讼。似乎只有提供新的信息才能为原告打开复审之门。在这方面,临时救济申请的上诉法官在2005年4月26日的裁决中指出,为了对有争议的命令的有效性提出质疑,申请部长援引了两份在有争议的命令之后起草的文件,"而且这些文件本可以根据《行政司法法典》第L.521-4条的规定提交给初审法官"²²⁰²。因此,该法明确邀请行政部门在获得新信息时使用复审程序。尤其是当法官根据申请人向其提交的不完整或故意不准确的事实资料做出裁决时,如上述SA d'habitations à loyer modéré trois vallées案的裁决。但无论如何,在申请临时救济的情况下,申请复审并获得

²²⁰² CE, ord. 26 April 2005, Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M'LAMALI, *Lebon* T. p. 1034.

成功的可能性与根据普通法申请撤销或纠正案情诉讼中的重大错误的可能性一样低。

526. 虽然在法律上是临时性的，但在实践中，临时救济法官的裁决是非常稳定和明确有效的。尽管并非绝对不可想象，但在实践中受到质疑的可能性极小。正如里奇先生所言，临时释放的简易申请"是一种非常特殊的简易申请，因为实际上它最终解决了主要问题"²²⁰³。所规定措施的持久性提出了这些临时措施的性质问题，更具体地说，是否应将其归类为根据案情的简易程序。

第3部分. 措施的持久性对程序性质的影响

527. 自由裁量权程序的特点使其与通常与案情简易程序相关的特点相一致。因此，准予采取保障措施的决定具有更大的权威性。

I. 与案情实质简易程序类似的程序

528. 第 L. 521-2 条规定的程序是传统意义上的简易程序，还是相反，是关于案情的简易程序，是可以快速解决的法律诉讼？

诉讼的概念一直是程序法，特别是司法私法专家们争论不休的问题。从消极意义上讲，诉讼既可以定义为作为争议标的的实体权利，也可以定义为诉讼请求本身²²⁰⁴。从正面意义上讲，诉讼有时是一种权利，或者更好地说是原告的一种权力，是将索赔提交法院就其是非曲直作出裁决的权力²²⁰⁵

²²⁰³ J.-C. RICCI, "Quels référés pour quels pouvoirs? Le référé-liberté, la notion de libertés fondamentales, le référé-suspension", RRJ 2003/5 *L'actualité des procédures d'urgence*, p. 3096.

²²⁰⁴ 正如 Cornu 先生和 Foyer 先生所指出的，"尽管诉讼与行使权利的要求和实体权利（通常是对实体权利的制裁）之间有联系，但诉讼不能与二者混淆，因为它是一种权利而不是行为，也不能与另一种权利混淆，因为它是一种具体的权利，而不是在法庭上推导出来的权利"（G. CORNU 和 J. FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} ed. PUF, coll. *Thémis droit privé*, 1996, p. 318）、PUF, coll. *Thémis droit privé*, 1996, p.

318)。首先，诉讼不能与实体权利相混淆，诉讼人寻求的是实体权利的承认或保护。诚然，经典学说坚持混淆这两个概念。因此，我们在德莫隆贝先生的著作中发现，"行为并不构成一种不同于权利的财产，或者说不同于权利所适用的财产本身的财产"；它是

"运动着的权利本身；它是处于行动状态的权利，而不是处于静止状态的权利；是处于战争状态的权利，而不是处于和平状态的权利"（DEMOLOMBE, t. DEMOLOMBE, t. X of *Œuvres complètes*, no. 338, quoted by H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Editions Bière, 1956, p. 30, note

1. 下划线)。这种混淆在今天已不复存在，因为当代作家明确区分了保护权利的法律行为和受保护的

权利本身。正如 Henri Motulsky 所指出的，"所有现代学说都放弃了这种同一性理论"（H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973,

p.55)。其次，诉讼与请求权不同。请求权是一种行为，一种程序行为。它是提起诉讼的行为，"是一个人向法院提出要求并要求法院予以执行的行为"（R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} ed, Sirey, 1949,

p.43)。它有别于诉讼，后者是"一种特权，一种权利，而不是一种行为（尽管该词具有普通的和词源学上的含义）"（G. CORNU 和 J. FOYER, *前引书*, 第 312 页）。

²²⁰⁵ 这一定义的所有要素都为诉讼法专家所接受。莫图尔斯基（M. Motulsky）将法律诉讼定义为

"从法官那里获得对提交给他的诉求的是非曲直的裁决的能力"（H. MOTULSKY, "Le droit subjectif et l'action en

，有时引申为法院就索赔的是非曲直作出裁决的一种程序。在这里使用的第二种意义上，"诉讼是一种法律救济"²²⁰⁶；它是一种特定类型的法律救济，法院在其中对索赔的是非曲直进行裁决。法院会审查原告关于受指责的行为或举动违反了一项或多项法律规范的指控是否有充分依据。如果理由充分，法院将就法律状况或有争议的行为得出适当结论。

根据这一标准，可以在两类简易程序之间划出一条分界线：一类是传统意义上的简易程序，是辅助性和临时性的；另一类是根据案情进行的简易程序，其本身构成法律诉讼，但根据加速程序进行判决。真正的临时措施是法律诉讼的辅助措施，而根据案情进行的诉讼则是独立的，本身就构成法律诉讼。因此，这一标准似乎是划清传统简易程序与根据案情进行的简易程序之间界限的决定性标准²²⁰⁷。这种区别证明有理由明确区分这两类法律诉讼，它们唯一的共同特征是根据加速程序进行审理²²⁰⁸。

529. 传统意义上的简易程序并不要求法院就案情实质作出裁决。这类程序的目的是在法院根据案情审理案件得出结果之前，对争议情况进行临时调整，换句话说，就是在法律程序得出结果之前维护原告的利益。与临时禁令一样，这些都是辅助程序，允许请求法院采取临时措施，而不对案件的是非曲直作出裁决。因此，真正的简易程序有三个特点：它们是法律诉讼的附属程序；它们不触及法律的实质内容；它们导致临时措施的宣布。

另一方面，某些紧急程序要求法院就申诉的是非曲直作出裁决，但只是名义上的。这些程序有三个区别于传统简易程序的特点：它们是自主的，要求法院就案件的是非曲直做出裁决，并最终宣布确定性措施。这些程序最初是在司法私法中发展起来的：规定这些程序的文本根据案件的不同，指出适用这些程序的争议是"以简易程序"、"以简易程序规定的形式"或"以简易程序的形式"²²⁰⁹。²⁰

justice", in *Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 95)。这一定义已被写入法律，新的《民事诉讼法》第30条规定："诉讼是权利要求的提出者就该权利要求的是非曲直接受听证的权利，以便法院决定该权利要求是有根据的还是没有根据的"。正如 Cornu 先生和 Foyer 先生所概括的那样，它是"由法官就申诉进行审理，并由法官就申诉的是非曲直作出裁决的权利" (G. CORNU 和 J. FOYER, *前引书*, 第318页)。

²²⁰⁶ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} ed, Sirey, 1949, p. 43.

²²⁰⁷

用来区分两类简易程序的另外两个标准，即诉讼是独立的还是辅助的，以及命令采取的措施是最终的还是临时的，只是第一个标准的结果。

²²⁰⁸

正如梅勒雷先生所指出的，"虽然有些法律著作者为了表述的方便，选择将它们与紧急诉讼放在一起研究，但从概念的角度来看，将它们与紧急诉讼区分开来，并根据它们最基本的特点（即法院根据申诉的是非曲直作出裁决，而不是迅速作出裁决），将它们与其他诉讼放在一起，无疑是更明智的做法。换句话说，在通常被称为紧急诉讼的法律补救措施中，应区分旨在维护或调整争议情况的临时性补救措施和旨在就申诉的是非曲直作出裁决的事实上的诉讼" (F. MELLERAY, *前引书*, 第251页)。从这个意义上讲，Gaudemet 教授在紧急程序中区分了旨在"加速某些程序"的程序和旨在"在就案情实质作出裁决之前改善当事方状况"的程序 (Y. Gaudemet, "Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif", *RFD.A* 1988, pp.420-431)。

²²⁰⁹ 关于私法中主要简易程序的介绍，见 P. ESTOUP, *同前*, 第145页及以下。

世纪 80 年代, 行政诉讼法中也引入了类似的程序, 如视听简易程序 2210、质疑驱逐令的程序 2211 以及合同简易程序 2212。私法理论将其命名为“案情简易程序”。作者们用这个单数词来指“以临时救济的形式提起的诉讼, 但实际上是寻求获得‘关于主要问题’的裁决, 而且无论如何是临时裁决以外的裁决”²²¹³。实际上, 这些都是很快审理的主要诉讼。临时禁令只采取临时禁令的形式: 程序是临时禁令的程序; 至于其他程序, 裁决遵守主要程序的规则。换句话说, 法官遵循简化的简易程序, 同时作为主要程序的法官行事。他行使案情法官的职能并宣布最终措施。

530. 问题是, 鉴于临时救济的特点, 它是否属于真正的临时救济, 或者相反, 它是否类似于根据案情的临时救济。

显然, 临时救济程序与传统意义上的临时禁令并不相似; 它的目的不是在就案情实质作出判决之前临时调整当事人的状况。首先, 该程序是独立的; 它不是根据普通法向权限法官 (juge de l'excès de pouvoir) 或诉讼法官 (juge du plein contentieux) 就案情实质提出上诉的辅助手段。其次, 临时救济法官对提交给他的申诉的是非曲直进行裁决。他确定是否违反了法律标准, 是否实施了非法行为。在实践中, 下令采取的措施是最终和不可逆转的。因此, 临时禁令本身就是一种通过加速程序裁定的法律行动。它似乎符合根据案情发出临时禁令的所有标准。根据 Ricci 教授和 Debbasch 教授的观点, L.521-2 条规定的程序“实际上是以紧急简易程序的形式进行的主要诉讼”²²¹⁴。法院对主要问题作出裁决, 并对提交给它的争端的实质作出最终裁定。

然而, 重新审查的可能性, 即使只是虚拟的, 也阻碍了将临时措施简易程序申请与根据案情提出的临时措施申请充分和完全地结合起来。虽然可以明确指出临时救济并不构成传统意义上的临时救济, 但由于《行政司法法典》第 L. 521-4 条的存在, 有必要更加谨慎地将其纯粹和简单地归类为根据案情的临时救济。与 Bourrel 先生和 Gourdou 先生一样, 似乎更倾向于确认 référé-liberté 程序“接近”根据案情的简易程序类别²²¹⁵。临时救济再次具有非典型的性质, 很难将其归类并与任何先前存在的法律类别联系起来。它不能被分析为传统意义上的临时禁令, 但由于存在复审的可能性--无论这种可能性有多大--它也不能被归类为根据案情发出的临时禁令。在根据案情发出临时禁令的情况下作出的裁决被公认为具有既判力的充分和完全的权威, 而临时救济法官的裁决 (在实践中) 只受益于既判力

2210 《行政司法法典》第 L.553-1 条规定, 这种“虚假行政简易程序的混账程序”(MAZIBERT 和 M.DE BOISDEFRE, *chron. sous CE, Sect.*, 1989 年 1 月 20 日, *TFI, AJDA* 1989, 第 86 页) 赋予“简易程序裁决”的行政司法处处长以法官审理案情的权力, 并使其能够下令采取最终措施。在注意到视听通信服务没有遵守法律的情况下, 他可以对违法者发布禁令, 同时支付罚金, 并酌情支付最终罚金。

2211 虽然这类争端是由一名法官在程序结束时处理的, 与普通法有很大不同, 但它并不导致使用临时措施。值得注意的是, 《行政司法法典》第 L.776-1 条将有权裁定递解出境措施的行政法庭庭长的决定称为“判决”, 而不是“命令”。

2212 根据《行政司法法典》第 L. 551-1 条, 法院在“简易程序”中进行裁决, 并有权下令采取最终措施。参见上文第 21 节和第 487 节。

2213 P. ESTOUP, *同前*, 第 145 页。

2214 C.DEBBASCH and J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 556.

2215 Cf. A. BOURREL and J. GOURDOU, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, coll. La justice au quotidien, 2003, p. 87: "The situation is similar (...) to the meaning of the expression 'in the form of summary proceedings' or 'as in summary proceedings' in civil procedure (...)".

的效力, (在法律上) 绝不受益于既判力的属性。

II. 强化保障措施的权威

531. 临时救济法官下令采取保障措施的裁定是否必须被承认为既判力? 一旦裁决成为既判力, 即在提出上诉或提出上诉的期限已过之后, 它是否成为既判力²²¹⁶ ?

既判力是 "法律中最晦涩难懂的问题之一, 也是争论不休的主题"²²¹⁷。正如奥登特庭长所指出的, "其依据本身已产生了非常丰富的法律文献, 但无论是在管辖权行为的特征或效力方面, 还是在既判力的性质方面, 仍然没有达成一致意见"²²¹⁸。为了确定准予临时救济的命令是否应被承认为具有这种权威, 首先有必要阐明既判力的属性及其得到承认的条件。

532. 既判力是司法判决的一种 "品质"²²¹⁹ 或 "属性"²²²⁰。罗马法将其定义为司法判决所附带的真理推定 (*res judicata pro veritate habetur*), 并具有禁止当事人重新提起诉讼的效力 (*non bis in idem*)。从积极方面看, 既判力的权威性是司法确认的一种特质: 所判定的内容被强加为真理的表达。它的表现形式是 "绝对推定属实"²²²¹, 意思是已作出的判决被认为是真实的²²²²。裁决的执行部分被认为是所裁决法律问题的最终真相。因此, 当事人可以援引它。就所有实际目的而言, 现在的法律状况是由判决的执行部分所定义的。从这个意义上说, 既判力是对其权利得到承认的当事人的保护: "他可以立即利用这些权利, 并从中获得所有后果, 而不可能对宣布这些权利的方式提出异议"²²²³。从反面来看, 既判力可以防止判决受到质疑。判决变得无可争议: 它对作出判决

²²¹⁶ 关于既判力、既判力和可执行性之间的区别, 见 P. Delvolve, "L'exécution des décisions de justice contre l'administration", *EDCE* 1983-1984, 第 111

页。既判力产生于法官本人不能再推翻的法院判决。既判力是指已用尽所有上诉手段或上诉期限已过而成为最终判决的判决。可执行的法院判决是法律指定的判决, 其可执行性与既判力的权威性没有任何联系。

²²¹⁷ P. Leclercq, *Ccass*, 6 March 1930, *Pas.*1930, I, 149, cited by L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, coll. BDP, t. 187, 1999, p. 503.

²²¹⁸ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. III, IEP Paris, 1981, p. 1288.关于这个问题, 尤其见 P.LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 2^{ème} ed, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1904, 594 p.; R. LOTH, *De l'autorité de la chose jugée en matière administrative*, Imprimerie et Librairie Camille Robe, 1911, 255 p.; R. GUILLIEN, *L'act du droit de l'homme*, 1904, 594 p. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Imprimerie de l'Université, 1931, 476 p.; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 143, 1975, 280 p.; F. HAUT, *Autorité de la chose jugée et effet directif des décisions de justice. Recherche de droit public*, thesis Paris II, 1979; H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, coll. BDprivé, t. 13, 1958, 534 p.; D. DE BECHILLON, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RDP* 1994, pp. *Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. GUETTIER, *Jcl. administratif*, fasc. 1110 (8, 2003).

²²¹⁹ D. Tomasin, *同前*, 第 257 页。

²²²⁰ G. WIEDERKHER, *同前*, 第 510 页。

²²²¹ E. GARSONNET 和 C. CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^{ème} ed, Recueil Sirey, 1923, p. 415.

²²²² 正如政府专员科尔内耶所说, "既判力的本质是将自己作为法律真理强加于人" (concl. on CE, August 1919, *Toesca, Lebon p.* 740) : "说一项司法判决具有既判力的权威, 就是说它以法律真理的力量解决了提交给作出判决的法官的问题" (R. Odent, *op. cit.*, p.1288)。换言之, 既判力

"在法律眼中具有真理本身的力量。法律认为判决已作出的决定是真实的" (R. LOTH, *前引书*, 第 5 页)。

²²²³ B.B. LASSERRE 和 J.-M. DELARUE, *chron. under CE*, Sect. 9 December 1983, *Ville de Paris, AJDA* 1984, p. 83.

的法官、当事人和其他法院都具有明确的约束力。从那时起,判决的内容就不会再受到质疑,从而排除了"对所给出的解决方案提出无限质疑的可能性"2224。这种程序效力对法官和当事人都具有约束力2225。法官不能撤回其裁决。待决案件结束后,法官不再参与案件审理。法官不得对已裁决的案件提出质疑或再次裁决。法官的权力已经用尽2226,随后对判决的任何修改都将违背既判力原则2227。对当事人而言,既判力的负面影响是禁止他们寻求案件重审。无论是向同一法官还是向另一法官提出申请,都是不可受理的2228。当事人不能有效地第二次向法院提交案件。既判力抗辩的形式是反对以相同的诉讼标的、相同的诉因和相同的当事人重新进行审判。2229

在简易程序中,既判力的范围有所减弱。在这一点上,最新的司法和行政判例法区分了主要程序中的既判力和临时程序中的既判力2230。在主要程序中"的既判力权威归于最终解决争议案情的法院判决。其前提条件不仅是法院对主要问题做出裁决,而且其裁决不能受到质疑。正如 de Béchillon 先生所指出的,"只有真正决定了的,具有一定永久性的,才可以说是有效的判决"2231。同样,德尔沃尔维先生指出,"要有既判力,必须有解决全部或部分争端的法院裁决"2232。这一要求一方面导致在主要诉讼程序中承认在临时禁令背景下就案情实质做出的裁决具有既判力的权威2233,另一方面又导致对临时性质且就不就案情实质做出裁决的裁决不承认既判力的权威。私法司法2234和行政诉讼

2224 N.FRICERO, in *Droit et pratique de la procédure civile* (S. GUINCHARD dir.), Dalloz, 2002, n° 4960.

2225

既判力意味着不可能对已做出裁决的问题提出质疑。第二位法官必须将第一项裁决的内容视为已作出的裁决。

2226 CE, 1979年12月14日, *Pointe, Lebon T.* 第845页。

2227 CE, 1855年12月19日, *Laboureix, Lebon* 第753页; CE, 1867年1月30日, *Commune de Villamblain, Lebon* 第112页。

2228 "(J. RODEVILLE-HERMANN, "L'évolution des fonctions du principe d'autorité de chose jugée dans les rapports du juge administratif avec le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés européennes", *RDP* 1989, p. 1736)。

2229 在弗里松-罗切女士看来,"权威是一种机制,它阻止参与已作出裁决的诉讼程序的当事人再次将问题提交法院,以获得对同一问题的不同解决办法"(M-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thesis Paris II, 1988, p.100)。

2230 传统的判例法否认临时命令或命令暂缓执行行政决定的判决具有既判力。根据2000年6月30日法令的规定发展起来的行政判例法倾向于效仿司法判例法,承认简易命令具有一定的既判力,即"临时"权力。

2231 D. DE BECHILLON, *同前*, 第1806-1807页。强调是后加的。

2232 G. Delvolve, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1989, no.

2233 有人认为,当临时救济法官对合同前临时救济申请作出裁决后又受理中止临时救济申请时,一审已决案件的权威性就会影响到他作出裁决的抗辩,并使其在二审中不可受理(留尼旺圣但尼TA, 2001年2月6日法令, *波旁建筑公司, Contrats et marchés publics 2001*, comm.no.211, 注释J.-- "Référé précontractuel: il est revêtu de l'autorité de la chose jugée! P. PIETRI, "Référé précontractuel: il est revêtu de l'autorité de la chose jugée! 向最高行政法院提出了上诉,但最高行政法院没有对这一问题作出裁决,因为在其作出裁决之日,授予合同的决定已经完全执行:见CE, 2001年6月22日, *SBTBC*, 第230693号)。同样,在民事诉讼程序中,"根据案情以临时救济令的形式下达的临时救济令(尤其是法官在婚姻问题上下达的临时救济令,在离婚判决下达后)具有既判力(.....)"(P. ESTOUP, *同前*, 第28页)。

2234 最高上诉法院根据旧法典确认了这一原则(尤其见Civ., 10 January 1939, *S.* 1939, I, p. 93),新的《民事诉讼法》也体现了这一原则。第288条第1

2235 的判例法是一致的。此类判决只能 "临时" 获得既判力地位, 只要另一位法官不对其提出质疑, 就一直有效。2236

款规定, "简易程序令在主要程序中不具有既判力"。

2235 在 *Association convention vie et nature pour une écologie radicale* 案中, 最高行政法院认为, 临时禁令 "鉴于其临时性质, 在主要诉讼中不具有既判力" (见上文第 499 段)。行政法院明确推断, 命令采取的措施具有临时性质, 因此在主要诉讼中不具有既判力。这一解决方案符合经典判例法, 即拒绝给予在中止执行和简易程序事项中做出的决定既判力。因此, 最高行政法院指出, "临时命令或对此类命令的上诉所作裁决不具有既判力, 因为这些决定是临时性的, 不影响主要问题" (CE, Sect., 1958 年 10 月 3 日, *Société des autocars garonnais, Lebon*, 第 468 页)。同样的规则也适用于准予暂缓执行行政决定的判决和裁定。用最高行政法院的话说, 这些判决 "必然是根据作出判决之日的调查情况作出的, 不能预断法律的实质内容"; 因此, 它们 "在任何情况下" 都不具有既判力 (行政法院, 1983 年, *巴黎市, Lebon* 第 499 页, concl. B. GENEVOIS)。

2236 最高行政法院现在谈到 "主要程序" 中的既判力 (《促进激进生态学的生命与自然协约》, 同上), 含蓄但必然地承认 "临时程序" 中的既判力。因此, 它沿用了司法私法中通行的解决办法, 但不同之处在于, 在出现 "新因素" 时, 而不仅仅是在出现新情况时, 可以撤销在简易程序中做出的决定。第一庭长埃斯图普指出: "临时命令具有'但书'既判力, 即新《民事诉讼法》第 488 条第 2 款规定, 只有在出现新情况时才能撤销或修改临时命令, 该条款体现了在《旧民事诉讼法》下形成的判例法。因此, 临时救济法官受其自身决定的约束, 在当事人情况或案件事实没有发生变化的情况下, 他有义务坚持自己的决定" (P. ESTOUP, 前引书, 第 27 页)。同样, M. WIEDERKHER 指出, 在简易程序中, "既判力 (.....) 降至临时" (G. WIEDERKHER, 前引书, 第 517 页)。M. Lacoste 认为, 简易程序令 "具有既判力的原因很简单, 即在案件事实发生变化之前, 这些命令不能被撤销" (P. LACOSTE, 前引书, 第 62 页)。只有在当事人的情况或案件事实没有发生变化的情况下, 当事人才有权使用简易程序命令 (Civ. 2^{ème}, 27 April 1936, GP 1936, 2, 170)。根据新的《民事诉讼法》第 481 条, 简易程序法官在命令作出后即放弃管辖权。正如 M. Strickler 指出, "法官放弃管辖权是既判力的直接后果。因此, 我们通常认为既判力既有积极的一面 (诉讼当事人可以依赖裁决并使其得到执行), 也有消极的一面 (除特殊情况外, 再也不可能违背命令)" (Y. STRICKLER, 同前, 第 463 页)。临时救济法官如果 "在没有注意到第一次命令后出现的任何新情况" 的情况下收回以前的命令, 就是无视赋予他的权力 (Civ. 2^{ème}, 1985 年 11 月 20 日, *Bull. civ. II*, 第 177 号)。在没有新情况的情况下, 临时救济令对作出该命令的法官、任何其他临时救济法官和当事各方都具有约束力 (Civ. 3^{ème}, 1988 年 6 月 29 日, *Bull. civ. III*, 第 118 号)。在这方面, "临时命令的临时性与既判力一般所具有的确定性并不对立。只要决定庭长裁决的情况相同, 就没有理由将该事项提交同一法官 (或另一临时救济法官) 以修改先前的命令" (Y. STRICKLER, 同前, 第 464-465 页)。因此, "只要情况没有改变, 就不能对该命令提出质疑, 并取消临时救济法官的管辖权, 尽管是有限的, 但它是有效的。他的裁决对他本人和当事人都具有约束力, 除非当事人回到庭长处要求他收回或修改先前的命令, 或将争议提交审理主要诉讼的法官, 由其根据案情作出裁决" (Y. STRICKLER, 同前, 第 512-513 页)。同样, 在欧共体法律中, 关于《程序规则》第 86§4 条 (在这一点上措辞未变), "临时措施令应具有有限的既判力" (B. PASTOR 和 E. VAN GINDERACHTER)。VAN GINDERACHTER, "La procédure en référé", RTDE 1989, 第 619 页)。"对当事人而言 (.....), 命令的既判力具有充分效力。因此, 在情况没有发生变化的情况下, 由同一当事方提出的临时救济申请, 如

临时救济的情况如何？准予采取保障措施的决定是在临时基础上还是在主要基础上具有既判力？似乎可以用两个命题来概括这种权威性：在临时案件中，决定受益于既判力的属性；在实践中，它与在主要案件中具有既判力权威的决定具有完全相同的效力。由于保障措施实际上具有可逆性，因此不可能将此类裁决视为在主要程序中具有既判力。虽然法院对案件的是非曲直作出了裁决，但其措施被视为临时性的，理论上仍可由普通法院或临时救济法院本身提出质疑。在法律上，该措施始终可以提交给普通法院或临时救济法官，而不会被驳回。然而，在实践中，准予采取保障措施的命令具有既判力的所有效力。很明显，既判力的积极方面适用于临时救济法官的裁决，就像适用于任何有利于申请人的司法裁决一样。另一方面，该裁决的效力实际上在各方面都类似于主要诉讼程序中既判力的消极方面。保障措施的宣布明确取消了简易程序法官的管辖权。向普通法院或临时救济法院提出的申请可予受理；其案情实质可予审查。然而，结果将是相同的，因为措施不会受到质疑。审理案件实质的法院将认定情况不合法；临时救济法官--真正特殊的情况除外--将认定不存在新的因素。

533. 临时救济法官的干预效果显著。原告获得了充分和完全的满足，最终解决了导致移交的争端。法官通过劝阻、说服或下令采取保障措施，结束了对基本自由的严重和明显非法侵犯。由于简易程序的特殊性，申请人以这种方式获得的满足具有示范稳定性。虽然在法律上并非不可能对所采取的措施提出质疑，但在实践中也同样不可能。满意是立即的和确定的。这一机制的有效性提出了一个问题，即在我们的法律体系中是否应保留行政补救措施。

第3章

有效性提出了

是否应保留事实攻击的

问题

534. 在法国的实在法中，目前有三种程序的唯一目的是针对公共当局的行为和行动紧急保护自由。为同一目的而大量增加法律救济似乎有些过分。这非但不能加强对自然人和法人的保障，反而会使保护自由的制度更加复杂，从而削弱这些保障。2237考虑到"自由裁量权"程序的有效性及其立即纠正严重和明显非法侵犯基本自由的情况的能力，值得考虑的是，在2000年6月30日的法律之后，保留"自由裁量权"程序和"事实之诉"程序是否合适。这些程序是否仍然有用？是否应该废除这些程序，而只采用"自由裁量权"程序？
535. 与第 L.521-2 条规定的程序相比，*先验地讲*，自由裁量权程序所提供的可能性较小：它只能针对行政决定，法官只有权中止行政决定的执行。尽管设立了自由裁量权程序，但该程序仍然值得关注。事实上，与第 L.521-2 条相比，根据该程序下令采取某项措施的条件要容易得多：申请人不仅可以免除紧迫性的要求，而且只需对决定的合法性提出严重怀疑，而不是明显的非法性。因此，正如在准备工作中所强调的，"驳回-放弃"程序并不"重复"2238"驳回-放弃"程序。尽管该程序将像2000年6月30日改革前一样继续被边缘化，但在由于授予条件的严格性而无法使用*référé-liberté* 程序的情况下，该程序仍将继续被使用。为了对侵犯自由的权力下放机构的管理行为提出质疑，省长可以提出"权利剥夺"(*déféré-liberté*) 诉讼，而不是采取更困难的"权利剥夺"(*référé-liberté*) 诉讼。对省长而言，挑战简单行为并从主要禁令中获益的可能性对他履行对地方当局行为进行行政控制的使命并无实际意义。如果省长只对自由领域的规范性行政行为提出质疑，那么宣布暂停执行几乎总是令人完全满意的。因此，尽管设立了"反驳-自由"程序2239，省长们仍继续使用"反驳-自由"程序。如果使用得当，"它似乎是保护自由的有效工具"2240。对于2000年6月30日改革方案的起草者来说，根本不存在废除这一补救办法的问题2241。另一方面

2237 关于与司法保障扩散有关的困难，见 G. BRAIBANT, "L'avenir de l'Etat", *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 作者特别提到了法治沦为"程序国家"的危险(同前, 第44页)。

2238 E. GUIGOU, *JO déb. AN*, CR session 14 December 1999, p. 10942.

2239 例如见: TA Montpellier, *ord.* . 25 April 2003, *Préfet des Pyrénées-Orientales*, LPA 5 April 2004, no. 68, pp. 2006年5月17日, *Wissons 公社*, *Lebon* 第253页; 2006年8月8日, *塞纳-马恩省省长令*, 第296107号。另见上述判决, § 270。

2240 R. ETIEN, "Le sursis de quarante-huitures", *RDP* 1988, p. 761. Dugrip 先生也强调了这一机制的"巨大效力"(O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 1991, p. 185)。

2241

相反, 工作组表示希望保留这一程序。虽然工作组成员主张放弃大多数特殊的暂缓执行制度, 但他们希望保留"与权力下放法有关的某些减损性暂缓执行程序", 特别是那些像*déféré-liberté* 一样"具有显著特殊性

，在设立自由裁量权之后，保留事实上的上诉权的问题也变得十分重要。

536. 从实际角度来看，行政攻击的存在会带来两大困难。首先，它使行政法院失去了解决争端的职能，而行政法院因其所受的训练和对行政的了解，最有能力处理这一争端，但它却将解决争端的职能交给了法院，而法院并不具备在如此令人满意的条件下处理这一争端的工具或知识²²⁴²。此外，事实上的程序破坏了两级法院在基本自由方面的管辖权划分。这一“古老而难以捉摸的管辖权条款”²²⁴³，使行政法院和司法法院之间的权力划分复杂化，不利于司法的正常运行、个人和对自由的保护。事实上的补救措施的界限有时会发生变化且不确定，这导致它们被描绘成“房子里的疯女人，出现在最不应该出现的地方，破坏性超出了可以接受的范围”²²⁴⁴，导致“在已经不合时宜的传统重压下屈服的是任意性的受害者”²²⁴⁵。如果说，尽管存在这些弊端，事实逮捕程序仍能延续至今，那只是因为它能够弥补行政法院在紧急保护自由方面的缺陷和不足。既然事实上的逮捕已经失去了其传统意义上的理由，人们不禁要问，是否还有什么因素可能阻止它被废除呢？

第1部分：因攻击和殴打的传统理由消失而得以消除

537. ²²⁴⁶。有时，批评集中于这一程序的滥用²²⁴⁷。但更根本的是，批评涉及这一司法管辖权的存在本身。这种对行政和司法当局分离原则的背离没有任何法律依据。在此之前，它的存在完全是出于实际考虑：诉诸司法法院可以弥补行政法院在紧急保护自由问题上的无能为力。但随着自由裁量权的建立，这些实际理由都不复存在。事实上的措施没有法律依据，也不再有任何实际理由。

I. 完全缺乏法律依据

538. 革命立法机构将法院不得审理行政纠纷确立为一项原则²²⁴⁸。因此，行政权与司法权分离的原则

“的程序”（“国务委员会紧急程序工作组的报告”，*RFDA* 2000，第 952 页）。

²²⁴² 见上文第 347 节。

²²⁴³ T.-S. RENOUX, "Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences", in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, colloque des 9 et 10 décembre 1994 (GERJC dir.), PUAM La documentation française, 1995, p. 111.

²²⁴⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} ed, Montchrestien, 2000, n° 1087.

²²⁴⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 452. M. Dran

认为，“程序规则的复杂性（……）使得受害人很难，甚至不可能确定向哪个法院提起诉讼”（M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, p.533）。事实上的诉讼很可能会引起对管辖权的犹豫，从而导致诉讼的拖延，损害原告的利益。

²²⁴⁶ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la "folle du logis" enfin domestiquée ?", *D.* 1999, n° 25, last act, p. 1.

²²⁴⁷ 见上文第 11-12 节。

²²⁴⁸ 1790 年 8 月 16 日和 24 日关于司法组织的法律第 13

属于立法范畴，在某些方面甚至符合宪法2249。因此，对这一规则的例外和减损只能来自法律，甚至来自宪法本身对行政法院管辖权的宪法保留。监管机构和普通法院都不得违反这一原则。然而，只有判例法以纯粹的赞美诗方式认为，构成“攻击和殴打”的某些行为可能属于司法法院的管辖范围。由于从未有任何法律授权民事法庭介入此类案件，因此是法官自己在行政和司法当局分离的原则之外制造了这一例外。为了证明这一例外的合理性--因为必须为其提供依据--法院发展了扭曲理论，并辩称司法当局是自由和财产权的守护者。所提出的理由极为薄弱，不能从法律上证明攻击行为的存在。

A. 变性理论

539. 严格说来，变性理论不是分离原则的例外，而是对分离原则的规避。它将构成攻击的行为视为非行政行为，因此不能免于司法管辖。根据这一理论，受攻击行为影响或构成攻击行为的行为被扭曲，并因此丧失了所有行政性质。由于1790年8月16-24日的法律和第三年5月16日的法令只适用于行政行为，因此不适用于非行政性质的行为。由于有关行为不属于这些文本的范围，因此不可能被禁止。

这一理论不仅出现在古老的判决书2250中，也出现在政府专员的结论2251和最高行政法院一些杰出人物的著作2252中。构成攻击的行为受到一种退化的影响，使其失去了行政性质。它失去了作

条规定：“司法职能有别于行政职能，并将始终如此。法官不得以任何方式干扰行政机构的运作，也不得就其职责传唤行政人员，否则将被处以罚金”。根据第三年5月16

日的法令（正式立法），“禁止法院处理任何形式的行政行为，违者依法惩处”。

2249 即，撤销或推翻行政当局在行使公共特权时所采取的行为（CC，第86-224 DC号，1987年1月23日，*Rec.p.8, GDCC* 第41号；*GAJA* 第99号）。

2250 在1950年的一项判决中，最高上诉法院维持了上诉法院的判决，上诉法院认为有争议的行动“构成事实上的攻击，是一种没有任何行政性质的行为”（Civ., 1950年2月27日，*Maire c/ Philips, JCP G* 1950, II, 5517, *CAVARROC* 注释）。1956

年，最高法院确认，“尽管征用令（.....）可能有不规范之处，但它仍具有行政性质，所援引的不规范之处不会导致上述命令具有攻击性质”（Civ. 1^{ère}, 1956年3月13日，*Bull. civ. I, n° 132*）。在1958

年的一项判决中，最高司法法院指出，“所援引的违规行为不能使其失去行政性质或导致其蜕变为天灾”（Civ. 8 December 1958, *Testo Ferry c/ Conissin, AJDA* 1959, p.224）。同样，冲突法庭指出，有争议的决定

“不再是行政行为，而成为事实上的行为”（TC, 1960年11月14日，*Préfet du Calvados c/ Duchêne, AJDA* 1961, 第158页）。

2251 政府专员吉奥宁在其关于 *Randon* 案

判决的结论中指出，“事实上的攻击，虽然是由行政部门实施的，但已被歪曲，失去了资格：它不再是行政行为”（concl. on TC, 1956年12月10日，*Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres, Lebon*, 第596

页）。最近，M. Arrighi de Casanova 指出，当“公共当局的行为是在真正构成扭曲的情况下实施的

“时，即构成攻击行为（J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris, RFD A* 1997, p.523）。

2252 Laferrière 认为事实行为是行政行为“退化”的一个因素（E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{ème} ed, Berger-Levrault, 1896, t. I, p. 479 et seq.）同样，Odent

为行政行为的存在²²⁵³。当行政机关犯有侵害罪时，它不再作为公共实体行事，而是作为个人行事。在这种情况下，“不再是行政部门以其身份行事”。²²⁵⁴

540. 实际上，变性理论的基础在概念上是脆弱的。正如亚伯拉罕（M. Abraham）所指出的，这种构造代表了“一种有趣的思想观点，不乏一定的诗意，但却很难与现实相符”²²⁵⁵。行为由行政机关作出，归属于公共权力机关，而正是这个权力机关--在出现与服务²²⁵⁶不可分离的过错时--承担有害后果²²⁵⁷。正如 Eisenmann 所指出的，“攻击是行政行为--一类受特殊制度约束的行政行为，即事实上不同于适用于同类行政行为但不呈现同类违规行为的制度”²²⁵⁸。此外，如果说行政部门在明显超出其权力范围时就不再是行政行为，那么很难理解为什么只有在其行为侵犯了基本自由或财产权的情况下才是这种情况，而不是每次都超出其权力范围。

B. 司法机关作为自由和财产权监护人的原

院长也指出，在事实行为的情况下，“我们不再有公共权力的决定或行为；这一行为或决定虽然来自行政机关，但不具有行政性质；它们被‘扭曲’了，不再有任何理由将其知识归于行政法院”（R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981 年, 第 540 页）。这一理论也得到了学者们的支持。Hauriou 指出，事实攻击的效果是使一个行为“从行政的角度看不存在，只留下从民事或刑事的角度看可能具有的价值”（M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} ed., 1933, republished in Dalloz, p. 25. 强调是后加的）。强调是后加的。参见 E. DESGRANGES 对这一理论的系统阐述, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français*, Société française d'imprimerie et de librairie, 1937, 323 pp.

²²⁵³ 构成攻击的行为是不存在的行为。行政法官不是简单地将其废除，而是宣布其无效（TC, 1966 年 7 月 13 日, *Guigon, Lebon*, 第 476 页；CE, 2001 年 4 月 6 日, *Djerrar, Lebon T.*, 第 991 页和第 1160 页）。

²²⁵⁴ G. Bachelier, "Le référé-liberté", *RFDA* 2002, 第 261 页。

²²⁵⁵ R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 9.

²²⁵⁶ 归类为攻击行为并不免除法院调查该行为是否可能与执行公务有关（见 S. PETIT, 同前, 第 112 页；S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, 巴黎第二大学论文, 2002 年, 第 388 页）。PETIT, 同前, 第 112 页；S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, pp.)

²²⁵⁷ 有学者正确地指出，宣布一项行为归于行政部门，同时又使其失去行政性质，这是自相矛盾或自相矛盾的。迪埃兹院长将行政部门对被认为不属于行政部门的行为的责任描述为“不可接受的微妙”（P. DUEZ, *La responsabilité de la Puissance Publique en dehors du contrat*, 2^{ème} éd., Librairie Dalloz, 1938 年, 第 146 页），并问道：“根据假设，已失去行政性质的行为会引起行政部门的责任，这其中有什么奥秘”（同上）。

²²⁵⁸ C. EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. III. 作者接着说：“人们可能会反思（.....）纯粹否定论的不充分性和往往危险性：有人说，行为不是行政行为。但它的积极意义是什么呢？如果我们愿意问自己这个问题（我们必须这样做），我们会认识到，事实上，它在性质上是国家的--而不是私人的--在种类上是行政的，因为它既不是立法的，也不是司法管辖的，也不是司法的--也不是其他任何东西”（前引书, 第 IV 页）。

则

541. 第二个理由是为攻击行为的存在提供法律依据。这里的想法不是规避立法--甚至是宪法--禁令，而是用一个同等或更高级别的原则来反对它，根据该原则，司法当局将是自由和财产权的天然监护人²²⁵⁹。这一头衔将为司法法官干预一切形式的侵犯自由或财产权的行为提供理由，无论行为是谁，尤其是行政部门。这一原则赋予法院在侵权事件中的专属管辖权，优先于禁止法院审理行政纠纷的规定。

542. 这项原则并不比前一项原则更有可能为攻击行为的存在提供法律依据。首先，它无法解释为什么法院的管辖权仅限于行政部门的严重违法行为，而不包括所有侵犯个人自由或财产权的行为。如果法院是以自由和财产权的监护人的身份来行使对侵犯案件的干预权，那么就很难理解为什么法院只能在行政部门在行使其权力范围之外或在授权强制执行的案件之外采取行动时才行使这一管辖权。其次，更重要的是，所谓的原则在法国法律中根本不存在。诚然，《宪法》赋予了司法当局在保障个人自由和财产权方面的特权²²⁶⁰。但就其他方面而言，与有时坚持的观点相反，“今天确实不可能以任何可信的方式坚持司法法院是一般个人权利的天然守护者”²²⁶¹。没有任何实在法规则使司法机关成为所有自由的守护者。司法管辖权的保留，或者说司法管辖权的特权，只涉及司法权所保护的两项自由：财产权和个人自由。即使我们尽可能广泛地定义个人自由的概念，即不仅包括安全，还包括与个人密切相关的自由，如住宅不可侵犯、通信保密、婚姻权和出入自由，也不可能包括在攻击情况下受保护的所有基本自由。因此，对1790年8月16日至24日法律的这一减损“不能以司法当局是个人自由的监护人这一宪法原则为基础，因为其范围远远超

²²⁵⁹ 这一原则形成于19^e

世纪，当时行政法正在发展之中。许多零散而不统一的文本都委托司法机关处理某些争端，如移民财产、土地税、征用、精神病人安置等（关于这些不同文本的介绍，见 E. PICARD, "Dualisme juridictionnel et liberté individuelle. Le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique* (CERAP dir.), Economica, 1991, p. 167; and J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003,

pp.) 在同一时期，民事法庭对其管辖权采用了广义的解释。逐渐确立了对某些司法管辖案件的纯粹法理定义，例如在个人身份、住所或财产问题上。一些作者，特别是 Laferrière 和

Ducrocq, 试图用一个单一的概念来解释所有这些行政事项的司法管辖权案例。司法当局是自由和财产的守护者这一观点可以解释这些减损。拉弗里耶尔指出，行使个人权利，如个人自由、新闻自由或就业自由可能引起的困难，“原则上是司法当局的问题；人们必须在司法当局面前为自己辩护，使自己免受第三方或行政部门本身可能对他们非法造成的侵犯”（E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887, t. I, p.

480）。这一原则后来发生了变化，获得了法律实质。它从解释立法或判例法实践的原则变成了确认这些实践的原则。

²²⁶⁰ 在涉及这些自由时，法院拥有特权但不是专属管辖权。见上文第119节。

²²⁶¹ P. Couzinet, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, Sirey, 1928, p. 257.

出了有关原则的范围"2262。它不能依赖于"所谓的《宪法》第66条规定的司法保留管辖权"2263。

543. 因此, 任何法律上的考虑都不能证明"既成事实"的存在是合理的。在没有任何法律依据的情况下, 它一直被保留至今, 只是出于非常实际的原因2264。这种实际理由逐渐被削弱, 直到2000年6月30日的法律才完全消失。

II. 实际理由的消失

544. 如果说事实途径已经出现并持续存在, 那只是因为司法法官是唯一能够有效捍卫受审2265人基本自由的人。正是由于行政司法系统缺乏独立性, 也正是由于行政法官没有能力快速、有效地应对具有自由倾向的情况, 才导致了事实途径的长期存在。如今, 行政法官是独立的, 他有权在自由受到侵犯时迅速有效地进行干预。事实上的程序已经失去了继续存在的唯一理由。

A. 行政司法系统缺乏独立性

545. 事实上的程序最初是由于行政司法机构缺乏独立性而产生的。正如 Debarry 先生所指出的, 这一制度"产生于唯一真正的法官是法院的时代"2266。事实上, 行政司法"最初更多地被设想为一种司法行政, 国家既是法官又是当事人"2267。Sirey 写道, 在行政官-法官制度仍然盛行的时代, 称其为司法"是对语言的贬低"2268。它的独立性、公正性和审判权力的能力受到质疑2269。它保

2262 R. Abraham, *同前*, 第7-8页。

2263 S.S. PETIT, TGI Evry 下的注释, 2002年6月26日命令, GP 2002, 1, 第1474页。

2264 见 A. BOCKEL, "La voie de fait : Mort et résurrection d'une notion discutable", D. 1970, chron. n° VIII, pp.

2265 在 M. Rousset 看来, "这一理论是十九世纪"

时代的残余, 当时行政法官尚未独立, 也不值得信任; 人们认为, 唯一真正的保护是由司法法官提供的, 以防止行政权力的专横" (M. ROUSSET, *Droit administratif*, tome I, L'action administrative, PUG, 1994, p.76)。它"不过是十九世纪自由主义者对所谓行政法院不公正的不信任的古老延续 (.....)" (C. DEBBASCH and J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254)。

2266 M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 169.

2267 B.PACTEAU, "Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", RA 2000, special issue 3, p. 91.

2268 J.-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle*, 1818年, 由 Phénix éditions 重新出版, 2005年, 第484页。

2269 请参阅杜邦 (Dupin l'aîné) 和贝朗热 (Béranger) 在复辟时期的讲话 (J. DONNEDIEU DE VABRES 在 "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France" 中 引用, EDCE 1949, 第30-31页)。杜平 (Dupin

l'aîné) 告诉双人会议: "在最高行政法院, 一切都是关起门来进行的。在这座宫殿里, 如果被告是个可怜虫, 同一位官员就会对他说'我们不进去了'; 如果原告是那些有资格进入法院的人, 他就会向原告展示武器。所以, 先生们, 请相信我, 也许你们自己也知道, 当诉讼当事人被告知他将由最高行政法院审判时, 他的绝望是无以复加的"。在下议院, 贝朗格用以下措辞指责这一机构: "最高行政法院没有得到《宪章》的承认, 它构成了一种

护自由的能力也受到质疑。因此, Batbie 先生宣称: "我们并不认为最高行政法院的审查所产生的保障是徒劳的。但令人难以接受的是, 在我们的国家, 在要求任何人都不能偏离其自然法官的职责之后, 我们却要将最基本的权利置于一个可由撤销成员组成的半政治机构的保护之下, 在听到了如此多关于限制甚至废除行政诉讼的要求之后, 我们却要将生活在社会中的人的基本权利置于这个在过去受到如此多攻击的司法系统的保护之下" 2270。只有民事法庭的独立性和公正性得到了真正的保障。这种优越性是真实存在的, 因此有理由承认民事法庭可以在例外情况下介入审理严重侵犯自由的行政纠纷案件。

546. 随着行政司法权的不断改革, 这一最初的理由也不复存在。在三个阶段的过程中, 行政法院与司法法院结盟, 以便在独立性和公正性方面为诉讼当事人提供类似的保障。首先, 1872 年 5 月 24 日的法律赋予最高行政法院以司法权地位, 完成了从保留司法到委托司法的过渡。1889 年 12 月 13 日的 *Cadot* 裁决进一步巩固了该机构的司法地位²²⁷¹。其次, 行政法官的地位保证了其独立性。国务委员会成员享有事实上的保障。虽然没有任何文本正式宣布他们的任期保障, 但 "根据一种古老的习俗, 这种保障是存在的, 其效力甚至不亚于法律规定"²²⁷²。皇宫成员享有保护, "使他们在机构中的地位不受外界影响", "任何年轻的二级审计员从进入最高行政法院的那一刻起, 就知道自己将在什么年龄成为一级审计员、征询官, 然后成为最高行政法院顾问; 因此, 在这一阶段排除了政府利用个人野心施加的压力"²²⁷³。长期以来, 初审法官的境况一直不能令人满意。不仅该机构的管理取决于内政部, 而且这些法官也无法享受司法机构中治安法官的任期保障。1958 年, 米歇尔-德布雷 (Michel Debré) 宣布 "不存在行政治安法官; 他们只是担任司法职务的行政公务员"²²⁷⁴。1986 年 1 月 6 日颁布的法律纠正了这一状况, 使行政法院议员的地位与司法界议员一致²²⁷⁵。第三, 行政法院的存在和独立性现在受到宪法保护²²⁷⁶。由于行政法院在独

篡权行为, 对我们的自由构成了极大的威胁, 不能不引起持续的抗议"。

2270 A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^{ème} ed. 1885-1886, t. VII, p. 409 et seq.

2271 CE, 1889 年 12 月 13 日, *Cadot, Lebon* 第 1148 页。

2272 R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^{ème} éd, Montchrestien, 2000, n° 372, quoted by E. GUERIN-LAPORTE, *Le commandement dans l'office du juge administratif*, thèse Montpellier I, 2002, p. 112.

2273 G. BRAIBANT, N. QUESTIAUX, C. WIENER, *Le contrôle de l'Administration et la protection des citoyens*, Cujas, 1973, p. 22.

2274 M. DEBRE, in Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. 2, La documentation française, 1988, p. 164.2, La documentation française, 1988, p. 164.

2275 关于这一法律, 见 L. RICHER, "Des droits du juge à ceux du justiciable", *AJDA* 1986, pp.278-283, special pp.279-280; B. PACTEAU, "L'indépendance des juges des tribunaux administratifs". PACTEAU, "L'indépendance des juges des tribunaux administratifs. Commentaire de la loi du 6 janvier 1986", *RFDA* 1986, pp. La loi du 6 janvier 1986", *AJDA* 1986, pp. 与司法行政官的地位相比有两点。一方面, 行政法官的任期有保障, 法律规定他们

"未经本人同意不得接受新的任务, 即使是晋升"。其次, 行政法院高级理事会 (1987 年 12 月 31

日的法律将其改为行政法院和行政上诉法院高级理事会) 这一新机构确保行政法官的职业管理不会损害其独立性。由于这种双重保障, "毫无疑问, 行政法院和行政上诉法院的成员构成了一个独立的法官机构" (R. Abraham, "Les magistrats des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel", *RFDA* 1988, 第 207 页。下划线)。

2276 见 CC, n° 80-119 DC, 22 July 1980, cons. 6, *Rec.* p. 46, *GDCC* n°

29. 根据共和国法律承认的基本原则, 宪法委员会规定了行政司法权的存在及其独立于立法权和行政权的地位。在这一点上, 宪法委员会使行政法院的地位与司法当局的地位相一致, 而司法当局的独立性在 1958 年《宪法》(第 64

立性和公正性方面不再有任何值得司法法院羡慕的地方，事实上的程序的唯一理由是行政诉讼法中缺乏有效的紧急程序。

B. 无法迅速有效地捍卫自由

547. 由于这些事态发展，事实上的补救办法的存在被一根线--尽管是一根很强的线--所牵制，这根线就是行政法院在紧急保护自由方面的不足。行政法院既没有有效的紧急程序，也没有足够的禁令权力²²⁷⁷。由于其权力范围和程序的灵活性，只有民事法庭才能为行政专断的受害者提供有效的司法保护。因此，可以“肯定这一理论作为保护基本权利的一种不可替代的‘紧急技术’的实用性，因为它非常实用”²²⁷⁸。

548. 立法机关通过设立“自由复审”程序，赋予了行政法院与司法机关一样迅速有效地制止侵犯基本自由行为的手段²²⁷⁹。基本自由“现在在行政法官身上得到了保护，其效力不再与司法法官相提并论”²²⁸⁰。随着2000年6月30日法律的颁布，攻击和殴打的最后一个理由也不复存在。该法“从一开始就与分立原则相矛盾，而且也失去了实用的理由，因为它再也不能声称消除了行政法院的无能为力”²²⁸¹。

549. 行政法官纠正了效率低下的问题，而只有效率低下才是司法法官在其管辖范围之外进行干预的理由。既然事实行为的唯一传统理由已经不复存在，那么就不可避免地会出现是否应保留司法管辖权这一理由的问题。事实上，援引这一理由赋予法院管辖权只是出于实际考虑。正是因为行政法院不独立，它才会出现；正是因为行政法院在面对紧急情况时无效，它才会持续存在；正是因为行政法院现在是独立和有效的，我们现在才必须质疑它是否应予以保留。换句话说，由于消除了事实上的行动的任何实际理由，自由裁量权的设立提出了一个问题：用政府专员 Fournier 在其关于 *Voskresensky* 案判决的结论中提出的名言来说，为事实上的行动“敲响丧钟”的时刻是否

条)中得到了明确承认。它赋予了行政法院一种地位，使其能够坚持自己的权利，作为一种抗衡力量，保护其免受受其控制的当局的任何报复企图。

²²⁷⁷ 见上文第7-8节。

²²⁷⁸ S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 87.

²²⁷⁹

然而，请看戈亚尔先生孤立的、在某些方面甚至是不合时宜的立场。作者为法院专属管辖权原则辩护，认为民事法庭在这方面更胜一筹。作者认为，“现在一切都有利于将有关侵犯自由的行政诉讼移交给司法秩序的法院，而不致于迷失在一个不确定和不断变化的不规则侵犯自由行为目录中，该目录根据每种行为应受到的假定保护程度进行分类”（C. GOYARD, “Unité et plénitude de *juridiction*”，载于 *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 602）。

²²⁸⁰ M. Guyomar 和 P. Collin, CE 下的编年史，2001年1月18日，*Commune de Venelles*, *AJDA* 2001, 第156页。

²²⁸¹ P. WACHSMANN, “Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?”, in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 107.

已经到来²²⁸²。

III. 可能的废除

550. 首先应该指出，冲突法庭在法律上是可以取消的。2000年6月30日的法律从两级法院管辖权划分的角度来看是中立的。2000年6月30日的法律是作为一个程序性文本提出的，并不打算废除“既定理由”或赋予其立法地位。在其干预之前和之后，这一概念仍然掌握在冲突法官的手中。正如Chapus先生所指出的，法律并没有“对攻击的概念给予认可”²²⁸³。参议员们要求在法律中明确提及事实攻击或赋予法院在这方面的管辖权²²⁸⁴，与他们的愿望相反，2000年6月30日的法律既没有明示也没有暗示司法管辖权的这一理由。立法者并没有将这一纯粹基于判例法的例外情况合法化，以避免行政和司法当局分离的原则。由于它不具有立法地位，因此事实上的攻击是而且仍然是一个“卓越的判例法机构”²²⁸⁵。即使在今天，也可以通过简单的法院判决予以放弃。正如Rivero先生和Moutouh先生所言，“创立它的法官明天就可以放弃它；冲突法庭的一项裁决就足以将其从法国法律中删除”²²⁸⁶。在这一点上，立法者没有做出任何改变，而是由分配案件的法官决定是保留还是废除这一程序。严格来说，没有任何东西可以阻止“既成事实”程序的废除，尤其是《行政司法法典》第L.521-2条。

551. 甚至在2000年6月30日的改革之前，一些作者就将“既成事实”的消失与行政诉讼法中真正有效的简易程序的引入联系起来。诚然，简易程序在设立之初是作为一种临时性的补救措施，以弥补行政法院的不足，直至其弥补自身的缺陷。由于行政法院在行政部门犯有严重渎职罪的案件中始终无法迅速有效地保护自由，殴打和攻击逐渐在法律界扎根。以至于人们忘记了，这种公然无视1790年8月16日至24日的法律规定和16 fructidor an III法令的程序原本只是一种过渡性的解决方案。在冲突法庭1997年5月12日作出裁决前不久，亚伯拉罕先生曾说过，“一旦我们行政诉讼中最严重的漏洞被填补，那么用三十年前在皇家宫殿宣布的那句话来说，就是为事实行为理论敲响丧钟的时候了”²²⁸⁷。同样，Rousset先生指出，“只要赋予行政法官与司法法官在事实侵害案件中同等的权力，就足以消除这一理论的实用性及其使用所带来的实际复杂性”²²⁸⁸。

552. 在讨论和通过2000年6月30日的法律时，行政法院的成员考虑或提出了废除分配法官袭击的想法。当该文本还在起草阶段时，施蒂尔恩院长就宣布：“也许它甚至会敲响事实上的殴打的丧钟，有朝一日，行政法院对紧急情况的有效处理可能会使殴打成为可能”²²⁸⁹。在《行政司法法典》L.521-2条实施前夕，一些行政法院成员的态度更为明确，如第戎行政法院院长，他宣称*référé-liberté*程序的设立将预示着“攻击和殴打的死亡”²²⁹⁰。这一废除将使许多在2000年6月30日改

2282 J. FOURNIER, concl. on CE, Sect. 9 July 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, p. 607.

2283 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed, Montchrestien, 2006, no.

2284 见上文第321-322节。

2285 J-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} éd, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 214.

2286 J. RIVERO and H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, 9^{ème} ed, PUF droit, coll. Thémis droit public, 2003, no. 16.

2287 R. Abraham, *同前*, 第13页。

2288 M. Rousset, *Droit administratif*, tome I, L'action administrative, PUG, 1994, p. 76.

2289 B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *RA* 1999, special issue 7, p. 138.

2290 J.-M. LE GARS, 在“行政司法紧急程序的实施”学习日报的发言，里昂，2001年12月11日

革之前就希望并祈祷这一司法管辖理由消失的作者和行政法院成员感到安心²²⁹¹。该文本生效后，废除殴打的问题成为每个人的心头之患。Bachelier 先生在新法实施第一年对 *Mohamed* 案判决的结论中指出，在此案中，提交给冲突法庭的管辖权问题可以得到解决，“今天没有必要就放弃事实攻击的判例法理论作出裁决”²²⁹²。政府专员的这一评论含蓄地表明，废除事实诉讼权的问题今后将不可避免地出现。

放弃这一司法管辖权将解决因其存在而产生的所有困难，特别是在两级法院的管辖权划分方面所观察到的混乱。除了在保护自由方面尤为重要的传统的份量之外，似乎没有真正的理由不这样做。

第2节.废除人身攻击和殴打行为缺乏真正的障碍

553. 目前，冲突法庭已确认，在 2000 年 6 月 30 日的法律颁布后，事实攻击得以维持。在该法律文本实施后，冲突法庭希望尽快表明其对“既成事实”的重视以及对这一司法管辖权理由的坚持。由于希望尽快郑重重申其存在，分配法官在 2001 年 11 月 19 日 *穆罕默德案* 的判决中提出了一个值得商榷的推理思路，该判决与政府专员的结论相悖，受到了评论员的严厉批评²²⁹³。在此案中，冲突法庭必须确定，尽管法律明文规定警察有权扣留护照以核实持证人的国籍，但空警和边防警察扣留护照的时间超过了核实当事人身份所严格需要的时间，是否构成暴力行为²²⁹⁴。政府专员提出了一个简单而合乎逻辑的解决方案：既然没收护照的初步措施属于行政部门的权力范围，那么在严格必要的情况下保留该证件只是反映了行政部门继续行使权力²²⁹⁵。相反，冲突法庭裁

(司法与行政协会主任)，里尔第二大学，2001 年，第 6 页。

2291 M. Chapus 认为，与其实施相关的

“无序漂移情况”“应以证明法律舞台上这一伟大的领跑者的退休是合理的”(R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14^{ème} éd., Montchrestien, 2000, no. 1087; see also P. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière*, thèse Paris, 1928; P. LAROQUE, note Paris, 2000, no. COUZINET, *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière*, thèse Paris, 1928; P. LAROQUE, note au *S.* 1935, 3, 97; P. WEIL, note sous CE, 15 février 1961, *Werquin*, RDP 1961, p. 657 et s.; C. LECLERCQ, "Le déclin de la voie de fait", RDP 1961, pp.657-713 ; J.-C. RICCI, "Feu sur la voie de fait ?", RRJ 1998/1, pp.9-

11)。这种观点并不局限于大学生群体。政府专员经常表达废除事实攻击的想法（尤其见 G. BRAIBANT 关于 CE 的总结性意见，1961 年 2 月 15 日，*Werquin*, *AJDA* 1961, 第 197 页及以下；J. FOURNIER 的上述总结性意见；N. QUESTIAUX 关于 CE 的总结性意见，1966 年 11 月 4 日，*Société le Témoignage chrétien*, *AJDA* 1967, 第 40 页及以下）。Arrighi de Casanova 先生在其关于 *Préfet de Police de Paris c/ TGI de Paris* 案判决的结论中指出，“殴打这一概念在今天不过是一种反常现象，最好予以摒弃”（J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. on TC, 12 May 1997, *Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris*, RFD 1997, p. 522. 下划线）。

2292 G. BACHELIER, concl. on TC, 19 November 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, D. 2002, p. 1449. 强调是后加的。

2293 TC, 19 November 2001, *Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur*, *Lebon* p. 755, D. 2002, pp. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait"; *AJDA* 2002, pp. PETIT.

2294 民事临时救济法官承认已经实施了一项行为，并命令行政部门在接到其命令通知后 48 小时内归还护照（TGI Paris, 2001 年 2 月 7 日的命令，*GP* 2001, 2, 第 481-483 页，S. PETIT 的注释）。

2295 同前，第 1447-1448 页。

定, 如果保留时间明显过长, 该措施就不再属于行政部门的权力范围, 而属于事实上的行动范围²²⁹⁶。这一解决办法使得有必要根据每种情况确定拘留期限是否明显过长²²⁹⁷。冲突法庭采用这一解决方案, 并不是因为它似乎是最连贯或最合乎逻辑的, 而是因为在 2000 年 6 月 30 日的法律生效后, 这一决定提供了一个机会, 明确排除了在法律生效后立即废除事实攻击的想法。

554. 诚然, 有三方面的考虑可能会使我们在是否应废除这一制度的问题上犹豫不决。首先, 自《行政司法法典》L.521-2 条实施以来, 其破坏作用已大大减弱。其次, 当行政部门在行使权力之外侵犯基本自由时, 废除这一程序似乎会使诉讼当事人无法得到迅速有效的补救。最后, 事实上的程序将具有示范性质, 而诉诸 *référé-liberté* 程序则不具有这种性质。

I. 在适用事实上的补救办法方面回归正统

555. 自 2000 年 6 月 30 日法令生效以来, 殴打已不再像以前那样具有破坏性影响, 或至少不再具有同等程度的破坏性影响。从逻辑上讲, 有两个因素限制了殴打行为的适用范围。

造成短缺的第一个原因是诉讼当事人的行为。诉讼当事人在传统上倾向于诉诸法院的案件中, 正在转向行政法院寻求临时救济。以殴打为由向民事法庭提起诉讼, 要求采取临时措施, 或者更有甚者, 声称存在不太可能发生的殴打行为 (2298), 已经不再符合他们的利益。一方面, 临时救济法

²²⁹⁶

它人为地将行政行为分为两个不同的阶段, 在保留护照根本就是非法的时刻和因时间明显过长而成为事实上的行为的时刻之间建立了复杂的时间区别。保留身份证件属于空警和边防警察的职权范围, 不得超过核实国籍"严格"所需的时间, 除非"因使用虚假证件和冒充他人

"而提起刑事诉讼。在没有刑事诉讼的情况下, "行政当局不将护照归还给被检查者,

是非法使用其权力"。但是, 如果时间过长, 这种非法性就会发生变化, 变为法律上的不存在: "如果扣留证件的时间明显过长, 这种行为就不再与行政部门行使其权力有关, 而是由于无正当理由故意侵犯基本行动自由而构成攻击行为"。

2297 在没有标准的情况下, 不能肯定两级法院对这一期限的评估是否相同。因此, 令人遗憾的是, 冲突法庭没有采纳 Bachelier

先生的结论。该判决的评论者对分配法官给出的解决方案提出了批评。佩蒂特先生首先毫不掩饰他对这一判决的惊讶: "鉴于《行政司法法典》第 L.521-2

条赋予行政临时救济法官在公共当局侵犯基本自由的问题上新的自主行动手段, 在我们

看来, 冲突法庭似乎会支持冲突令, 而冲突法庭的判例法并不赞成广泛适用事实上的干涉理论" (S.

PETIT, *前引书*, 第 235

页)。他指出, "自相矛盾的是, 正是在行政法官声称了解侵犯自由的情况并被赋予制止侵犯自由的权力时, 事实上的干涉理论才从灰烬中重生" (S. PETIT, *前引书*, 第 236

页)。解放军法官本可以介入此案, 并有效地制裁行政当局的错误。"遗憾的是, 冲突法庭并没有遵循其专员的结论, 而是听从了那些仍然认为事实上的补救措施是防止行政失误的保障的人的劝告" (A.

BORIES, *前引书*, 第 29 页)。

²²⁹⁸

该法案起草者的目的正是通过解决诉讼逃往法院的根本原因, 限制诉讼当事人以此为由向民事法院不当申请临时救济的诱惑。M. Garrec

强调说, "通过赋予简易程序中的行政法官与简易程序中的民事法官同等的权力, 该法案将限制原告就属于行政

官进行干预的速度和效率可与其司法同行相媲美，并且可以处理传统上被视为攻击和殴打的行为，而无需援引其无管辖权²²⁹⁹。另一方面，向民事法官申请临时救济会给当事人带来困难，并延长诉讼程序，而在向行政法官申请临时救济时则不会出现这种情况。第一种风险是，如果有争议的行为或举动不符合事实行为的条件，就会被宣布没有管辖权。第二种风险是，省当局会将争议提升，从而延长诉讼程序的时间²³⁰⁰。在提交行政法院的情况下则没有这种风险²³⁰¹。向临时救济法官提出申请的人可以确信，无论发生什么情况，他们的申请都会在很短的几天内得到审查。法律规定没有必要滥用或以其他方式诉诸殴打。自2000年6月30日改革以来，这一程序已经失去了吸引力。由于向法院提起诉讼充满了陷阱，当事人的问题不是在行政法院和法院之间做出选择，而是在临时救济程序（*référé-liberté*）和临时中止程序（*référé-suspension*）之间做出选择。

导致攻击和殴打案件数量下降的第二个因素是，民事法院在处理与诉讼当事人提出的投诉有关的临时救济时，态度发生了变化。在2000年6月30日的改革之前，法院对攻击和殴打的范围持宽泛的看法。这种解释忽视了冲突法庭的判例，其唯一的原因是行政法庭的不足，以及希望在基本自由受到侵犯时为诉讼当事人提供快速有效的保护。既然2000年6月30日的法律已经弥补了行政法庭在这方面的不足，就没有必要再对司法管辖权的这一理由进行广泛的解释。为了使诉讼当事人得到真正的保护，民事法庭在受理他们以滥用职权为由提出的申诉时也不必再沾沾自喜了。2000年6月30日的法律引入了“*référé-liberté*”程序，“含蓄地对判例法中使用的殴打概念进行了更为正统的解读”²³⁰²。拒绝记录攻击行为不再等同于对非法行政行为的受害者没有任何司法保障。现在不再是对“殴打”

法院管辖范围内的争议向法院提出申请的诱惑”（R. GARREC，参议院第380号报告，第52页）。因此，引入这一救济将“限制这一理论的滥用”（同上，第53页）。正如 Pacteau 先生在改革次日所言，临时救济的简易申请“旨在为基本权利受到侵犯的行政行为受害者提供与司法审查简易申请具有同等效力和严格性的救济，以至于事实上的攻击理论对他们失去吸引力和存在的理由”（B. PACTEAU，*Contentieux administratif*，6^{ème} éd.，PUF，coll. Droit fondamental，2002，no.278）。

²²⁹⁹ 参见上文第326-333节。

²³⁰⁰

当省当局对司法当局的管辖权提出质疑时，司法当局有义务中止诉讼程序，直到冲突法庭对管辖权做出裁决，这导致争端的解决被拖延数月之久。在许多情况下

，审理案件的法官并不遵守自司法部收到文件之日起三个月内做出裁决的期限（1831年3月12日法令第7条第1款^{cr}，1849年10月26日法令第15条）。如果超过时限超过一个月，法官有权接管诉讼并对案件做出裁决（1831年3月12日法令第7条第2款），但这种缩短冲突法官拖延时间的可能性很少被使用。这样做的结果是诉讼当事人损失了大量时间，无论如何都会延误对行政行为的审查。如果拒绝上诉的理由充分，诉讼当事人必须将问题提交行政法院，重新开始诉讼程序。如果争议的提出是错误的，司法法官的干预往往只能给原告带来姗姗来迟的满足感，而这种满足感纯粹是柏拉图式的。

²³⁰¹ 如果相关部长认为行政法院不称职，可以通过“重审”程序让冲突法庭驳回行政法院的判决（1872年5月24日法律第26条），但这一程序从未使用过。

²³⁰² S. TRAORE，"Référé-injonction et voie de fait - Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait"，Dr. adm.2001，chron.no.9，p.14。
将事实上的救济限制在传统范围内的愿望是改革起草者追求的目标之一。苏图尔先生曾指出，设立自由裁量权“肯定会减少攻击行为的使用。无论如何，应停止对它的广泛解释”（S. SUTOUR，*JO déb. Sénat*，CR séance 8 juin 1999，p.3749）。

一词进行广泛或歪曲解释的时候了。在简易程序中，民事法官在确定殴打行为时比过去要求更高。自2000年6月30日改革生效以来，分配法官受理的"虚假"殴打案件数量有所减少，这证明法院对这一管辖理由的解释又回到了更严格的轨道。

正如 Bachelier 先生所说，"2000年6月30日的法律是将事实上的补救措施送回其本不应离开的狭小床位所缺少的工具"2303。由于行政法庭紧急程序的有效性，有关自由的行政诉讼又回到了行政法庭。在这方面，涉及外国公民的诉讼情况很能说明问题2304。正如 Pugeault 先生所言，"2000年6月30日的法律一生效，涉及外国国民的诉讼--在此之前占冲突法庭为裁定是否存在事实措施而必须处理的诉讼的很大一部分--几乎立即被提交给行政法官以寻求临时救济 (.....)"2305。这一改革"或多或少消除了涉及外国国民状况的诉讼中提出冲突的必要性"。2306

556. 这是否意味着，在2000年6月30日通过《2307》之后，殴打的使用已变得无足轻重？这一司法管辖理由的破坏性影响是否已经完全消失，以至于废除这一理由的问题不再具有现实意义？

在实践中可以看到，虽然涉及人身攻击的诉讼有所减少，但并未消失。它并没有枯竭；事实上的补救措施也没有消失2308。因此，与其存在和适用相关的困难依然存在。司法法官不合时宜地侵入

2303 G. Bachelier, 同前, 第1449页。

2304 关于行政简易程序在这方面的效力, M. FOUQUET-ARMAND, "Le juge administratif, gardien effectif des droits et libertés des étrangers grâce à la loi du 30 juin 2000", RRJ 2002/2, pp. POULY, "Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers", GP 2005, 1, pp.

2305 S. PUGEAULT, "Le juge administratif des référés, gardien des libertés", in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, p. 414.

2306 Y. 罗宾瑙庭长, "冲突法庭六周年活动回顾 (1994-2003年)", RFD 2004年, 第1169页。罗宾瑙庭长指出, 审理此案的法官在2001年至2003年期间只审理了一起涉及外国人的袭击案件, 而仅在1994年就审理了四起此类案件。

2307 一些作者预言, 2000年6月30日的改革通过后, 事实上的攻击会减少, 例如 Fouletier 女士宣布这一概念将"萎缩"或"边缘化" (M. FOULETIER, "La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives", RFD 2000, 第973页)。同理见 S. TRAORE, 同前, 第10-14页。

2308 最高上诉法院裁定下级法院在行政行为"因严重违规而无效"的情况下不保留管辖权 (Civ. 1^{ère}, 25 January 2005, M. Picard et al, Dr. adm. 2005, comm. no. 52, M. LOMBARD 注)。在该案中, 一个院子的所有者被一个市政当局非法剥夺了院子的所有权。行政部门当然不是在没有任何所有权的情况下行事的, 因为市政委员会认为它可以通过一项决议, 将该地块划为市政道路, 甚至在任何征用程序之前。上诉法院"审慎地" (M. LOMBARD, 前引书, 第23页) 宣布司法法院没有管辖权, 因为"该地方当局所依据的契约属于行政行为, 其合法性不能由司法法院审查"。最高上诉法院推翻了这一裁决, 理由是"将私人庭院归类为市政道路, 随后才将其征用, 是严重违规的"。应该指出的是, 如果在这种情况下认为已经实施了一项行为, 那么当行政部门打算根据一项并不存在的文本行使"收回权"时, 就更不用怀疑该行为的存在了 (见上文, 第332段, 2004年2月2日对 Abdallah 案的判决)。最高上诉法院希望法院在存在非法行为的情况下行使其全部权力。例如, 在市政当局建造废水处理厂的情况下, 如果法院拒绝下令拆除侵占地块的建筑物并判给损害赔偿金, 则必须撤销原判, 因为法院不能下令破坏公共工程, 但有权判给因作为或不作为而遭受损失的人以损害赔偿金 (Civ. 1^{ère}, 28 June 2005, Consorts Dabeedin et autre c/ Commune de Cayenne, no. 03.14.165, GP 3-4 August 2005, p. 2721; see, also, along the same lines : Civ. 3^{ème}, 30 April 2003, Mourreau c/ Commune de Verdun-sur-Ariège, D. 2003,

行政法官职权范围的情况并未完全消失²³⁰⁹。保留这一管辖权理由仍有可能被初审法院滥用。

此外，今天的核心问题并不在于事实上的补救措施的正统使用或偏离使用，而在于它们的存在本身，因为在实在法中已不再有任何正当理由。恢复正常是非常相对的，因为司法法官继续在没有合法所有权的情况下干预法律和宪法为行政法官保留的事项。普通判例法不能凌驾于有立法和宪法依据的原则之上。最后，正如 Ricci 先生和 Debbasch 先生所指出的，事实上的攻击原则本身就值得商榷。正如这两位作者所指出的，“因案件过于严重违规而由法院处理，难道没有某种不妥之处吗？这就好比私法只是一种压制性的法律，是行政法官的世俗分支，后者在面对被指控为事实行政行为的怪物时扮演本丢·彼拉多的角色”²³¹⁰。但问题是，《行政司法法典》第 L.521-2 条的措辞和事实行为的“示范”性质是否阻碍了这一程序的废除。

pp.PETTI)。上诉法院违反了 1790 年 8 月 16-24

日的法律，为了排除事实上的通行权，上诉法院认为丈夫在将所有权赠与其子

女之前，已默许将有争议的道路向公众开放，而这种授权并不允许在有争议的地块上修建道路 (Civ.1^{ère}, 3

February 2004, *Eoux Pellisier et autres c/ Commune de Saint-Paul le Froid*, Bull. civ. I, n° 39)。另见 CA Nîmes, 1^{ère} ch. civ.另见 CA Nîmes, 1, ch. civ. B, 28 January 2003, *SA Société immobilière de Caumont c/ SA Grands travaux de Marseille*, juris-data no.

2003-211247, JCP G 2003, IV, 1540 : 法院认为，正是基于其采纳的相关理由，初审法庭宣布受理上诉人对 SNCF 提起的诉讼，上诉人要求宣布她在为 TGV SUD-EST

在其房产上修建隧道期间受到攻击和殴打，并保留其审理此案的管辖权。

2309 例如，见 TGI Evry, 2002 年 6 月 26 日命令，GP 2002 年 6 月 26 日，第 10 页。关于该判决，见 Serge Petit 的批评性评论，GP 2002 年，1，第 1474-1475 页，以及原告律师对该解决方案的辩护：N.

BARBIER, "L'administration pénitentiaire prise au piège de la voie de fait", D. 2002 年，第 2614-2616

页。尽管判决执行法官决定给予一名囚犯半自由制度，但由于半自由中心没有位置，监狱管理部门仍

将其拘留。当囚犯提起诉讼时，临时救济民事法官接受了管辖权，并认定监狱管理部门的行为不合法。民事法官认为，监狱管理部门的行为超出了其职权范围，因为它无权阻碍法院的裁决。这一解决方案违反了冲突法庭的既定判例法。事实上，自 1960

年的一项具有里程碑意义的裁决以来，与监狱部门行政运作有关的行为一直被认为可与行使司法职能相分离，

因此应接受合法性审查 (TC, 1960 年 2 月 22 日, *Lebon*, 第 855 页)。Serge Petit

对这种承认显然并不存在的行为的愿望提出了严厉批评。作者指出：“民事临时救济法官希望为所有目的保留其管辖权并撇开对管辖权分离原则的具体

反对意见，这削弱了其判例法在涉及行政部门的争议中的可信度；在行政法官可以行使并行管辖权的时候，其裁决的可读性就受到了威胁” (S. PETTI, 同前, 第 1475 页)。

与 2000 年 6 月 30 日法令颁布前的情况一样，最高法院和冲突法庭有义务提醒法院注意其在该领域的限制。见 Civ. 1^{ère}, 2005 年 3 月 8 日, *Agent judiciaire du Trésor c/ Marcelin*, Bull. civ. I, n°124, JCP G

2005, IV, 1890 (撤销上诉法院的判决，认定存在攻击行为，但未认定任何可

归咎于国家人员的破坏住所的实质性行为)；Civ. 1^{ère}, 2004 年 2 月 17 日, *CHU de Fort de France c/ Gacon*, Bull. civ. I, n°54, JCP A 2004, 1217, 注 O. RENARD-PAYEN (违反了 1790 年 8 月 16 日至 24

日的法律，因为法院认为大学医院院长为阻止医院从业人员恢复工作而采取的措施构成暴力行

为，尽管这一决定与法律赋予该机构院长的一般管理权有关)。冲突法庭继续支持在事实上的攻击问题上的冲突

裁决 (见 2004 年 1 月 19 日 TC, *SLPK 飞机筹资公司 c/ Aéroport de Paris*, *Lebon*, 第 634 页；2004 年 11 月 15 日

TC, *上塞纳省省长*, Bull. civ. confl., 第 27 页；2005 年 5 月 23 日 TC, *法兰西多民族共和国高级专员*, *Lebon*, 第 659 页)。

2310 C.DEBBASCH and J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^{ème} éd, Dalloz, coll. Précis, 2001, n° 254.

II. 攻击和殴打案件中的贫困诉讼当事人

557. 2000年6月30日的法律可能会给事实上的补救办法带来新的生机,使其成为惩罚行政部门在行使权力之外侵犯基本自由行为的唯一程序。法律非但没有扼杀攻击行为,反而使其对该案文从自由法院法官管辖范围内撤销的事项产生了新的兴趣。自相矛盾的是,自由法院的诞生似乎阻止了袭击的消失。

该法律包含一个限制性条款,禁止临时救济法官审理行政部门在行使权力范围之外的行为,在这种情况下,法院似乎是唯一能够进行干预的法官。在这种情况下,废除事实上的程序似乎是一个不恰当的解决方案,因为它剥夺了诉讼人在极端紧急的情况下向快速有效的法官求助,以解决行政部门在行使其权力之外所犯的侵权行为的机会。法律似乎关闭了临时救济法官的大门。如果撤销司法法官,申请人似乎只能在行政部门在行使权力之外侵犯基本自由的情况下向临时救济法官提出申请,即在效力较低的情况下提出申请,因为要求事先作出决定,而且临时救济法官的特权较为有限。根据假设,民事临时救济法官将不再具有干预的管辖权。临时救济法官似乎不能这样做,因为法律似乎禁止他干预此类案件。由于立法机构似乎排除了临时救济法官审理传统上与因缺乏法律而受到攻击的案件相对应的案件的可能性,因此可以认为,当有争议的行为明显与行使属于行政部门的权力无关时,司法法官的管辖权仍有不可或缺的地位。

558. 然而,在实践中,最高行政法院对第L.521-2条措辞的解释意味着消除事实上干涉的这一障碍已完全消失。对于行政法官来说,任何侵权行为都可以被视为与行政机关的合法权力密切或远程相关。因此,临时救济法官完全有权在因缺乏法律而滥用程序的情况下进行干预²³¹¹。针对临时救济法官提出的管辖权保留毫无实质内容。这一提法丝毫不妨碍消除非法行为。行政法院可以在事实行为的标题下对传统上分配给司法法院的领域进行有益的干预。因此,当行政部门在行使权力范围之外行事时,取消这一司法管辖权并不会剥夺诉讼人迅速有效的法律补救措施,因为行政法院承认其对此类案件的管辖权。因此,可以在不削弱为诉讼当事人提供的保障的情况下废除事实上的程序。简化两级法院之间的管辖权划分有利于诉讼当事人的利益和司法的正常运行²³¹²。

III. 攻击和殴打的"示范"性质

559. 一些作者认为,尽管设立了"référé-liberté"程序,但法国法律仍应保留"事实攻击",因为以此为依据的定罪具有惩戒作用。仅这一惩戒性制裁就足以证明保留这一司法管辖理由是合理的。

560. 长期以来,学术界一直强调行政机关对攻击行为定罪的示范性质。查尔斯-艾森曼(Charles Eismann)指出,殴打"是对某些后果确实过于严重的行为进行污名化的一种手段"²³¹³。马塞

2311 见上文第331-332节。

2312 关于这个问题,见O. GABARDA, "L'intérêt d'une bonne administration de la justice. Etude de droit du contentieux administratif", RDP 2006, pp. Etude de droit du contentieux administratif", RDP 2006, pp.

2313 C.C. . EISENMANN, Préface de la thèse de M. DEBARY, *La voie de fait en droit administratif*, LGDJ, 1960, p. 12.

尔-瓦利内 (Marcel Waline) 认为, "法院将某一行为归类为攻击行为这一事实本身并非无关紧要。这个词具有贬义, 因此在判决中使用这个词已经是一种道德制裁"²³¹⁴。同样, 奥比先生回顾了 "事实攻击理论中一个经常被遗忘的方面, 即在特别严重的违规行为发生后对行政部门实施的制裁 "²³¹⁵。即使在今天, "既成事实 "仍被视为一种 "法律理论, 即使在其适用的有限情况下, 它对行政部门仍具有示范作用 "²³¹⁶。Moutouh 认为, "既成事实 "的真正作用是 "只有在行政部门做出丑恶行为时才对其进行谴责 (.....) "。²³¹⁷

这一论点可以用两个命题来概括: 一方面, 行政法官的干预构成了公共权力机构的特权; 另一方面, 因殴打他人而被定罪剥夺了行政机构的特权, 因此具有示范性。诚然, 由专业法官对行政部门进行审判对其有利。法官要熟悉行政当局的工作方法、其任务的特殊性质以及在兼顾整体利益和保护个人权利方面所面临的困难。在这方面, "行政法院的存在是维持作为行政行动框架的公法制度的保障, 行政行动的特殊情况以及合法的特殊性, 使其有理由受制于不同于私人之间关系的法律制度 "²³¹⁸。然而, 行政部门从中受益的保障只因其任务的性质而得到承认。一旦行政部门犯有攻击罪, 就不再需要维持经调整的公法制度, 而必须受到更严厉的制裁。M. Jéol 认为, "从实施攻击的那一刻起, 行政部门就不能再援引公法中为其保留的特殊规定; 它在所有方面都要服从普通法, 无论是在法院管辖权、适用程序方面, 还是在解决争端所依赖的实体规则方面 "²³¹⁹。奥登特总统指出: "行政部门通过实施攻击行为, 将自己置于公法规则的适用范围之外; 它失去了公共服务活动所享有的特权 "²³²⁰。它将作为普通诉讼人在民事法庭出庭, 适用私法规则²³²¹。根据这一表述, 正是由于行政部门服从私法规则, 袭击才具有了典范性。²³²²

561. 今天, 某些作者将这种模范性作为攻击行为的理由, 甚至是唯一的理由。M. Serrand 指出, "由于殴打罪的实际理由现在已不成立, 其存在现在完全基于判例法传统, 法官或许希望保留一个可能

²³¹⁴ M. WALINE, CE, Sect. 19 October 1969, *Consorts Muselier*, in Notes d'arrêts de Marcel Waline, vol. 1, judgment no. 第 1 卷, 第 89 号判决书, Dalloz 出版社, 2004 年, 第 475 页。

²³¹⁵ J.-M. Auby, "Emprise et voie de fait", *JCP G* 1955, I, 1259, no.

²³¹⁶ J. SAINTE-ROSE, concl. on TC, 23 October 2000, *D.* 2001, *Boussadar*, p. 2334.

²³¹⁷ H. MOUTOUH, "La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés: la "folle du logis" enfin domestiquée?", *D.* 1999, n° 25, last act, p. 1.

²³¹⁸ J.-H. STAHL, "Le juge administratif, garantie de l'administration?", *AJDA* 1999, special issue Puissance publique ou impuissance publique? p. 60.

²³¹⁹ Concl. on Com. 25 February 1992, *D.* 1992, p. 266, cited by S. GUILLON-COUDRAY, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, thesis Paris II, 2002, p. 261.

²³²⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, fasc. I, IEP Paris, 1981, p. 554.

²³²¹ C. GUETIER, "Injonction et astreinte", *Jcl. administratif*, fasc. 1114 (2, 1998), no. 22: "一旦行政机关实施了攻击, 其行动就'变性'了, 它丧失了为一般利益赋予它的所有特权。因此, 法院有权将其视为与普通法争端中的普通诉讼人相同"。

²³²² Guillon-Coudray 女士认为, "一个非专门处理行政事务的普通法法院的判决, 即使行政部门无意在私法框架内行事, 在我们看来也只能被分析为一种制裁, 在很大程度上通过适用普通法而得到加强" (S. GUILLON-COUDRAY, *前引书*, 第 253 页)。院长 Vedel 也表达了这一观点, 即 "法院不能也不应该容忍某些滥用权力的行为, 必须通过剥夺行政机关通常享有的司法特权来加以制裁" (G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *JCP G* 1950, I, 851, no. 7. 着重部分由作者标明)。政府专员 Guionin 以同样的方式指出, 认定攻击的后果 "是使行政部门脱离其自然法官, 剥夺公共服务部门的司法特权" (concl. GUIONIN sur TC, 1956 年 12 月 10 日, *Sieurs Randon et autres c/ Sieurs Brunel et autres*, *Lebon*, 第 596 页)。

因其法律后果而对行政管理具有'教育'作用的概念"2323。同样, Guillon-Coudray 女士指出, "殴打罪的定罪范围仍然是无法比拟的, 将这一理论从我们的法律体系中删除将在很大程度上限制确保遵守法律的手段范围"2324。

虽然这种推理不无道理, 但其本身能否证明维持事实上的程序是合理的, 这一点值得怀疑, 主要原因有两个。首先, 在今天坚持认为行政司法的存在是行政部门的"特权"是值得怀疑的, 至少是不合时宜的。正如梅勒雷所指出的, "行政法官的存在本身并不构成行政部门的一种司法特权, 换句话说, 并不构成行政部门的一种保护特权, 一种保障"2325。行政法官对行政部门没有表现出丝毫的恭顺。其次, 应考虑到对殴打行为的处罚的惩戒性, 或无论如何比法院根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条作出的判决更具惩戒性。临时救济法官的训斥具有象征意义, 甚至是道义意义, 这一点不容忽视, 其效力甚至不亚于法院的判决。在这种情况下, 考虑到殴打行为存在的困难, 尤其是缺乏法律依据, 殴打行为的示范性质似乎是维持这种行为的一个非常站不住脚的理由。"如果殴打仍然是对行政部门的道德谴责, 那么这就不再足以证明殴打在法律上是正当的, 也不再足以使殴打的使用是明智的"2326。

562. 因此, 废除事实上的攻击似乎并不存在真正的障碍。尽管冲突法庭决定暂时维持这一做法, 但没有任何迹象表明这一解决办法是最终的。然而, 冲突法庭仍需摆脱传统的束缚, 这一点在这一领域尤为重要2327。事实证明, 事实上的程序能有效地保障对自由的保护2328 --当然, 这是在行政法院无法做到这一点的时候。因此, 可以理解的是, 在对判例法进行如此重大的颠覆之前, 分配法官可能会有些犹豫。尽管如此, 我们完全有理由废除这一管辖权, 因为其理由已经不复存在, 而其破坏性影响却依然存在。这样一来, 对于诉讼当事人来说, 情况就变得简单了: 所有侵犯基本自由的行政行为都将属于行政法院的管辖范围, 而无需通过复杂的程序来确定哪个法院具有管辖权。对于当事人来说, 唯一的问题就是根据自己的情况选择适当的简易程序: 或者是 L.521-1 条规定的普通紧急程序, 或者是 L.521-2 条规定的特别紧急程序。

结束第 II 篇

563. 当确定行政当局严重且明显地侵犯了某项基本自由时, 法官有权做出有效反应, 以结束有理由将问题提交给他的情况。法官拥有广泛的特权, 可选择适当的解决方案, 并通过提供解释和授权确保行政部门遵守解决方案。在可能的情况下, 法官会通过说服或调解的方式解决双方的争议。这

2323 P. SERRAND, "Voie de fait", in *Dictionnaire de la culture juridique* (D. ALLAND and S. RIALS eds.), PUF, Quadriga, Lamy, 2003, p. 1523.

2324 S. GUILLON-COUDRAY, *同前*, 第 260 页。

2325 F. MELLERAY, "L'exorbitance du droit du contentieux administratif", in *L'exorbitance du droit administratif en question*, colloquium of 11 and 12 December 2003, Poitiers, LGDJ, 2004, p. 300.

2326 A. BORIES, "Le baroud d'honneur de la voie de fait", *同前*, 第 31 页。

2327 政府专员 Fournier 在其关于 *Voskresensky* 案 裁决的结论中解释说, 事实上的通行权的继续存在 "完全是由于传统的影响, 这当然是一个值得尊敬的影响, 但总有一天你会觉得你必须卸下这一负担 (.....)" (concl. J. FOURNIER on CE, Sect. 9 July 1965, *Sieur Voskresensky*, *AJDA* 1965, II, p.607)。

2328 它被视为 "公共自由以及迁徙和拥有财产权的最宝贵保障之一" (G. VEDEL et. P DELVOLLE, *Droit administratif*, 11 ed, PUF, 1990, t II, p.147)。P DELVOLLE, *Droit administratif*, 11^{ème} ed, PUF, 1990, t. II, p. 147)。

两种方法保证了法官干预的有效性。临时救济法官下令采取的措施实际上是最终措施，这进一步提高了干预的有效性。这一特点，加上法院对主要问题作出裁决这一事实，使第 L.521-2 条规定的程序更接近于根据案情进行的简易程序。然而，由于其裁决具有法律上的临时性，因此不能纯粹和简单地将其等同于法律诉讼。此外，临时救济法官以权力过大为由进行干预，但带有明确的主观色彩，这也加强了这一程序的独创性。归根结底，法官反应的显著效果可以，甚至应该导致对事实上的补救措施的存在提出质疑，这种司法补救措施已不再有任何正当理由。

第二部分的结论：référé-liberté 是保护宪法权利的补救措施吗？

564. 行政司法法典》第 L.521-2 条是保护自由的独创机制。在许多方面，该程序的特点颠覆了行政诉讼程序的准则。正如在许多场合所证明的那样，该程序的显著特点使得很难对其进行分类，也很难确定其属于哪一类法律救济。除了借鉴不同的程序之外，这种上诉还属于哪一类法律程序呢？考虑到赋予法官的权力及其干预的方式，在程序法中，特别是相对于其他保护自然人和法人在公共当局的行为和行动方面的自由的机制而言，应如何对 référé-liberté 进行分类？

由于其目的的特殊性，即保护受到行政机关严重侵犯的基本自由，因此很难将自由裁量权程序纳入行政诉讼的传统结构，而且它超越了传统的范畴。尽管如此，我们还是可以发现，所有以此为目的的程序都具有相同的特点。事实上，尽管自由裁量权是一种摆脱了传统分类的程序，但它与具有相同目的的法律补救措施具有相同的特点。这种情况促使我们考虑将其归入一个法律类别的可能性，这个法律类别摆脱了传统的分类，但却呈现出真正的统一性，因为它是由具有某些特定和恒定特征的程序组成的。放眼国外，自然可以与拉丁美洲的宪法权利保护进行比较。

565. 法律作家很快将基本临时救济程序与宪法权利保护令程序相提并论，²³²⁹。然而，与有时的说法相反，临时措施的简易申请与欧洲的宪法权利保护令绝无可比性，后者是一种辅助性救济，主要针对司法行为，属于宪法法院的管辖范围²³³⁰。如果说 référé-liberté 可以与宪法权利保护令上诉相提并论的话，那也不是欧洲的变体，而是拉丁美洲的变体。必须明确区分这两种形式的宪法权利保护令²³³¹。欧洲宪法权利保护令与拉丁美洲普通宪法权利保护令之间存在根本区别：“这些保护文书的唯一共同点是它们的名称”²³³²。鉴于其特点，“权利保护令”与宪法保护令和普通保护令并不相似。

²³²⁹ 因此，在第 L.521-2 条实施后不久，Ghérontian 教授就指出，有了这一程序，“西班牙式的宪法保护令上诉雏形就可以建立起来，这将是法国法律制度的一大创新，即使与西班牙模式不同的是，法官只介入简易程序”（R. GHEVONTIAN, CE 下的注释，2001 年 2 月 24 日法令，*Tibéri, D. 2001*, 第 1751 页）。

²³³⁰ 在欧洲，宪法权利保护令与直接上诉或宪法上诉同义。值得注意的是，《西班牙宪法》对普通法院保护宪法权利和自由与宪法法院保护同样的权利和自由作了非常明确的区分，仅为后者保留了“宪法权利保护令”一词。第 53.2 条规定，“任何公民都可以通过基于优先和紧急原则的程序，在普通法院以及通过宪法法院的宪法权利保护补救措施，要求保护第 14 条和第二章第 1 节所承认的自由和权利”。学术界有时将前者称为司法或普通宪法权利保护令，但《宪法》仅为宪法上诉保留了宪法权利保护令一词。

²³³¹ 这两种形式的宪法权利保护令之间的区别在文献中已有明确规定。例如见：R.A. BREWER CARIAS, "La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire", in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, pp. SEPULVEDA, "La protection des droits fondamentaux en Amérique latine", *V^e Congrès de l'AFDC*, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, 5 p.

²³³² A.-C. SEPULVEDA, 同前，第 5 页。SEPULVEDA, 同前，第 5 页。需要指出的是，这两种形式的宪法权利保护令并不相互排斥，可以在同一法律体系中并存。参见 1978 年 12 月 27 日《西班牙宪法》第 53.2 条。

référé-liberté 与欧洲宪法权利保护令不同

566. 基本临时救济不具备直接上诉的任何特征。它也不允许在宪法法院对法律的合宪性提出质疑。因此，它不能直接或间接地等同于宪法上诉。

自由裁量权不是直接的补救措施

567. M. Pfersmann 将直接上诉²³³³ 定义为 "个人（自然人或法人）不经中间人，将某一事项提交宪法法院，以审查某一行为是否符合宪法的程序行为"²³³⁴。这种上诉起源于具有日耳曼传统的国家²³³⁵，目前在欧洲国家广泛使用，作为一种事后合宪性审查技术²³³⁶。在非常特殊的情况下，出于紧急原因，可以根据加速程序使用²³³⁷。直接上诉的主要特点是它是一种辅助性补救措施，

²³³³ 关于这个问题，尤其见 *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (F. DELPEREE dir.), Journées d'études du 9 février 2000, Louvain, Economica PUAM, coll. DPP, 1991, 221 p.; *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (F. DELPEREE and P. FOUCHER eds.), Bruylant, 1998, 201 p.; *L'accès des particuliers devant le juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (F. DELPEREE and P. FOUCHER eds.), Bruylant, 1998, 201 p.; *L'accès au juge constitutionnel: modalités et procédures*, 2^{ème} Congrès des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Libreville, septembre 2000, ACCPUF, 2000, 823 p.; Dossier des CCC n° 10, 2001, *L'accès des personnes à la justice constitutionnelle. Droit, pratique, politique* (O. PFERSMANN dir.).

²³³⁴ O. PFERSMANN, "Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective", CCC no. 10, 2001, p.

^{66.} 在德国，可以针对立法、行政和司法行为提出宪法上诉。在西班牙，可以针对行政和司法行为提出宪法权利保护上诉。在奥地利，联邦宪法允许对行政和立法行为提出质疑，但不允许对司法行为提出质疑。在比利时，只能对具有法律效力的法规提起宪法权利保护诉讼。

²³³⁵ 该程序于 1920 年被引入奥地利宪法（见 G. KUSKO-STADLMAYER, "Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien", CCC no. 10, 2001, pp.

²³³⁶ 西班牙在 1978 年宪法中引入了这一机制。中欧和东欧最近的宪法也引入了这一机制（见 K. STERN, "La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale", in *Les droits individuels et des droits fondamentaux d'Europe centrale et orientale*）。STERN, "La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles Constitutions d'Europe centrale et orientale", in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, PUS, 2001, pp.) 还应提及瑞士公法上诉。该上诉自 1874

年起就已存在，其特点是向最高法院（瑞士联邦法庭）而非宪法法院提起。它可以针对州当局的法律、法令、司法和行政决定提起（见 P. SALADIN, "Rapport suisse", *AJJC* 1991/VII, *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Colloque Aix-en-Provence, 12-13 July 1991, pp. ROUILLER, "Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi en droit constitutionnel suisse", in *Droit constitutionnel suisse* (D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J.-P. MÜLLER dir.), Schulthess, 2001, pp.)

²³³⁷

在德国，当用尽法律救济的时限可能过长，导致无法有效保护申请人的基本权利时，宪法法院有权发布临时命令，对主要问题进行预判。因此，在竞选期间，当一个政党在选举前几天被排除在公共视听服务机构组织的辩论之外时，就可以适用命令程序。宪法法院将根据基本权利得到有效司法保护的权利和竞选期间各方平等的原则，以紧急为由下达命令（参见 B. PETER, "Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand", *RDP* 1993, pp.185-214, 特别是 pp.208-

209)。同样，西班牙宪法法院可以依职权或应申请人的要求，中止 "要求宪法保护的公共当局行为的执行"（第 2/1979 号宪法法院组织法第 56.1 条）。见 P. BON, "Le pouvoir de suspension du juge constitutionnel : l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp.

在宪法法院行使。

568. 首先, 欧洲宪法**权利保护令**是向宪法法院提起的诉讼, 即司法机构的职权范围必须包括审查法律的合宪性²³³⁸。其次, 欧洲宪法**权利保护令**是一种**辅助补救措施**。它只是普通法院提供的保护的**辅助手段**²³³⁹。它只能作为最后的手段, 而且只有在原告使用其他手段都无法得到满足的情况下才能使用。因此, 打算对行政行为提起诉讼的原告必须首先在普通法院对行政行为的效力提出质疑。由于这种**辅助性**的要求, 除了在极少数情况下原告对立法行为提出质疑外, **保护宪法权利**的**补救措施**实际上是针对必须对被质疑的措施做出**终审判决**的法院的决定。在这方面, "要求**保护宪法权利**的申请就像要求**复审**行政法院判决的**上诉**"²³⁴⁰。

569. *Référé-liberté* 不符合直接上诉的两个标准中的任何一个。它不是向宪法法院提出的**辅助救济**, 而是向普通法院提出的**独立救济**。首先, 它是一种**独立的补救措施**。为了使根据《行政司法法典》第 L. 521-2 条提出的申请得到受理, 申请人无须首先使用他可以使用的其他法律补救措施。此外, **临时救济法官**不是**宪法法官**。它不认为自己有权**审查法律的合宪性**, 或推而广之, **审查构成直接适用法律的行政行为的合宪性**²³⁴¹。应当指出的是, 虽然**临时救济法官**不是**宪法法官**, 但他也

2338 正如 M. de Béchillon 所指出的, 在确定宪法司法时, "一个因素将被证明是完全不容置疑的": "对法律合宪性的司法审查"(D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica PUAM, coll. DPP, 1996, p. 180)。当代大多数理论都坚持这一定义, 其重点是作为**审查对象的标准** (尤其见 L. FAVOREU 和 T.-S. RENOUX, "Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1992 年, 第 4 页; K. BUTERI, *L'application des actes administratifs*", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 1992 年, 第 4 页。BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Aix-en-Provence thesis, 2000, p. 126 et seq.) 弗朗辛-巴蒂耶 (Francine Batailler) 特别捍卫的经典定义将宪法法院和适用宪法的法院归为一类。该作者认为, "宪法法官是根据判例法的需要适用和解释宪法法律的人"。因此, "重要的不是**审查对象** (即法律), 而是**参照规则** (即宪法)" (F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, LGDJ, coll. BDP, t. 68, 1966, p. 18)。正如作者所指出的, 所采用的定义使 "所有法官都是宪法法官" 成为可能(同前, 第 17 页)。这种基于所适用规则性质的广义概念已被大多数当代作者所放弃。正如 M. Favoreu 所指出, "认为任何适用宪法规范的法官都是宪法法官是天真的 (.....)" (L. FAVOREU, "La notion de Cour constitutionnelle", *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 19)。

2339 在德国, 卡尔斯鲁厄法院指出, 主要应由普通法院 "保护基本原则并确保其有效性" (BVerfGE 49, 第 252 页及以下各页 (258), 由 A. DITTMANN 引述, "Le recours constitutionnel en droit allemand", CCC 第 10 号, 2001 年, 第 76 页)。在西班牙, 宪法法院指出, "**保护宪法权利的补救措施**是一种**严格意义上的辅助补救措施** (...../.....)。保护公民的合法权益, 包括基本权利和自由, 是明确赋予法院的司法保护" (1994 年 5 月 12 日判决, 第 147/1994 号, 摘录于 L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p.39)。

2340 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1072 页。在实践中, 它构成了对司法行为的**上诉**, 可以说将**宪法法院转变为 "第四级" 司法机构**。正如 M. Pfersmann 所说, "宪法司法在这里是行政司法或特殊司法" (O. PFERSMANN, 前引书, 第 69 页)。

2341 最高行政法院的**临时救济法官**指出, "在行政法官面前, 不能援引 2004 年 2 月 27 日的法律**违宪**这一例外理由" (行政法院, 2004 年 5 月 21 日命令, *Hoffer*, 第 267792 号), "行政法官无权审查具有法律效力的文本是否符合《宪法》" (行政法院, 2004 年 12 月 20 日命令, *Gaiffe*, 第 275076 号; 行政法院, 2005 年 6 月 23 日命令, *Laurent X*, 第 281774 号)。2004 年 12 月 20

不是宪法适用法官，正如所设想的那样²³⁴²。不仅第 L.521-2 条所指的基本自由并非都是宪法标准，而且即使是构成基本自由基础的宪法标准，严格来说也不是临时救济法官所适用的宪法标准。²³⁴³

因此，临时救济并不构成直接救济。此外，由于临时救济不允许宪法法院启动对法律合宪性的审查，因此临时救济不能发挥直接间接救济的作用²³⁴⁴。

自由裁量权不是直接间接的补救措施

570. 在法国，向宪法委员会提交的法律合宪性审查据说是“非公开”的。根据《宪法》第 61 条第 2 款，这种审查只能由政治当局发起，即共和国总统、总理、参议院议长、国民议会议长以及 60 名众议员或 60 名参议员组成的团体。在这方面，个人无法诉诸宪法法院²³⁴⁵。由于《宪法》没有规定可直接诉诸宪法委员会，因此个人和法律实体无法诉诸宪法法院，从而无法对法律的合宪性提出事前或事后质疑。由于《宪法》详尽列出了有权向宪法委员会提交案件的部门，因此宪法委员会理所当然地会驳回个人提出的上诉²³⁴⁶。由于个人和法律实体无法通过蒙彭西埃街直接进入

日，*Gaiffe*，第 275076 号；2005 年 6 月 23 日，*Laurent X*，第 281774 号），或立法机构延长紧急状态的决定“对行政法官具有约束力，其任务不是评估法律是否符合宪法”（2005 年 12 月 9 日，*Allouache* 等人，*Lebon*，第 562 页）。这一解决方案是对被称为 *loi-écran* 的传统判例法的应用。参见主要案例 CE, Sect. 6 November 1936, *Arrighi, Lebon p. 966*。最近的分析尤其见 B.GENEVOIS, "Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution", *RFDA* 2000, pp.

2342 一些作者在 *référé-liberté* 中看到了对行政行为和行为的 具体和事后 合宪性审查，用 F. Werner 的著名公式来说，有可能被同化为具体化宪法的假设（F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *DVBI* 1959, p. 527 et seq. *France et Royaume-Uni*, Montchrestien, coll. Clefs, 2000, p. 11）。

2343 它们是对基本自由的支持，但一旦基本自由被写入宪法，它们就会消失。临时救济法官不会立即将行政行为与宪法规范对立起来。严格来说，

他并不进行合宪性审查。临时救济法官对基本自由的保护可以比作越权法官对一般法律原则的适用。基本自由与一般法律原则一样，可能在《宪法》中有实质来源。然而，行政法院不会立即将行政行为与《宪法》进行比较，而是在一种情况下与一般法律原则进行比较，在另一种情况下与基本自由进行比较。

2344 由于在审查法律的合宪性方面，它既不构成直接的补救办法，也不能取代直接的补救办法，因此，“权利”一词没有改变关于在法国宪法中引入这种补救办法的辩论条件。关于这个问题，见 L. FAVOREU, "Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel", *CCG* 第 1 期，2001 年，第 99-102 页。

2345 宪法委员会的法庭只在选举事务中对他们开放。见 T.-S. RENOUX, "Le recours des particuliers devant le Conseil constitutionnel", 载于 *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, 同前，第 79-99 页。

2346 CC, n° 82-146 DC, 18 November 1982, cons. 1, *Rec. p. 66*; n° 84-178 DC, 30 August 1984, cons. 1, *Rec. p. 69*。宪法委员会指出，根据《宪法》第 61 条第 2 款的规定，个人无权将议会在颁布之前通过的法律文本提交宪法委员会审查是否符合《宪法》。它声称，“指定有权向理事会提交议会在其颁布前通过的法律文本是否符合《宪法》的审查的当局，禁止将此提交给任何其他人”。他们最多被授权在有资格的机构提交审查时进行非正式干预，支持提交审查的结论或捍卫被审查法律的合宪性。这种做法被称为“窄门”，借用 Dean Vedel 的说法（G. VEDEL, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite", *La vie Judiciaire*, 第 2344

宪法法院，一位请愿人巧妙地想到了通过皇宮间接进入法院。这个想法的目的不外乎是让 "转介"成为一种间接的直接申诉，通过有资格的转介机构向宪法法院提出申诉。根据第 L.521-2 条的规定，行政法院将责令主管当局将包含侵犯某些宪法基本自由条款的法律提交理事会。如果不移交构成对基本自由的严重和明显的非法侵犯，则可发布禁令。

对基本自由的侵犯是间接的。不提交法律的提交机构不反对法律，从而允许含有侵犯基本自由条款的文本生效。弃权使侵权行为有可能发生。为使其不作为被视为明显违法，它必须有采取行动的义务，更具体地说，有提交违宪法律的义务。总理、参议院议长或国民议会议长²³⁴⁷ 都没有这种义务。因此，从严格的法律角度来看，不能对他们的拒绝或弃权行为提出批评。另一方面，《宪法》第 5 条规定，"共和国总统应确保《宪法》得到遵守"。通过赋予国家元首宪法监督的使命，"宪法要求他反对任何违反基本法的行为（.....）。(..)该条没有规定执行这些使命的任何法律手段。但所有这些任务都能得到回应，特别是在对国际承诺和普通法律进行合宪性审查的程序中"²³⁴⁸。根据对第 5 条的这种解释，可以设想共和国总统的弃权可以满足明显非法的要求。至于紧迫性，它可能源于法律的实施迫在眉睫。

571. 2001 年 11 月通过了关于日常安全的法律²³⁴⁹ 之后，该机制的有效性受到了考验。Tabaka 先生于 2001 年 11 月 6 日向国务委员会法律秘书处递交了请愿书，要求临时救济法官根据《宪法》第 61 (2) 条命令共和国总统将该法提交宪法委员会。第二天，根据第 L.522-3 条规定的分类程序，他的请求被驳回，因为这显然不属于行政法院的管辖范围²³⁵⁰。临时救济法官运用其关于 "政府行为"的判例法²³⁵¹，指出将一项法律提交宪法委员会的决定 "涉及（.....）宪法公共当局之间的关

期，1991 年 3 月 11-17 日，第 1 页和第 13-14 页)后，从 1991 年起，在宪法文本的边缘发展起来。它被定义为 "宪法法院根据经验开辟的途径，使任何人都能提出书面法律意见，支持提交理事会的法规的合宪性，或相反--更广泛地说--以违宪为由对其提出质疑" (P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. BSCP, t. 93, 1999, p. 255)。这些说明在宪法委员会秘书处登记，并发送给报告员和其他委员。这些文件是资料性备忘录，请法官行使其援引自己动议的权力，对受到批评的条款进行谴责。

²³⁴⁷ 60 名众议员或 60

名参议员类别不存在这一问题，因为不可能对这一移交当局提出上诉。事实上，该小组在每次移交时都会组成和重组，因此不具有法人资格。

²³⁴⁸ P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, 同前，第 192-193 页。

²³⁴⁹ 2001 年 10 月 31

日，国民议会最后一读通过了该文本，其中某些条款的合宪性有待商榷。出于政治原因，议会反对派公开放弃在宪法委员会采取任何行动。政府联盟、总理或议会议长都没有采取任何行动。至于国家元首，毫无疑问，他不会将该法是否符合宪法的问题提交宪法委员会审议。在这方面应该指出的是，根据第五共和国²³⁵⁰，共和国总统从未行使过立法方面的特权。

²³⁵⁰ CE, ord. 7 November 2001, *Tabaka, Lebon T. p. 789*, p. 1125, RDP 2001, pp.CURTIL.

²³⁵¹

政府行为的概念是由最高行政法院以纯粹的禁卫军方式制定的。它包括行政法官认为应享有管辖豁免权的行政权力行为清单。一旦 行政机关行使的宪法权力使其直接或间接地与其他机构、人民（行政法院，1970 年 4 月 29 日，*马恩河市长委员会, Lebon*, 第 279 页)或议会（行政法院，1968 年 11 月 29 日，*Tallagrand, Lebon*, 第 607 页)发生 联系，行政法官就拒绝对与之有关的行为的合法性进行评估。最高行政法院没有使用 "政府行为"这一表述（使用该表述是理论和政府专员的特权），而是通过各种措辞指出，该行为 "不受任何司法控制"（行政法院，1999 年 6 月 30 日，*Gnichard, Lebon* 第 218

系，因此不属于行政法院的管辖范围”。有先见之明的申请人曾试图保护自己不适用这一判例法，辩称将某一事项提交宪法委员会的决定“（.....）不是自由裁量的，完全是政治性的；它是由《宪法》规定的，具有纯粹的法律性质（.....）”。必须驳回这一论点，因为提交理事会是一个简单的选择，不能与立法程序相分离。

临时救济法官首先断言，提交宪法委员会是国家元首的一种“选择”。经1958年11月7日《组织法令》条款补充的《宪法》第61条第2款仅规定了将某一事项提交宪法法院的权利而非义务。通过使用“可”这一动词，该条款的本意决不是要赋予共和国总统完全自由裁量的特权。临时救济法官随后声称，将法律提交宪法委员会的决定“与整个立法程序不可分割”。立法程序分为四个阶段：倡议、审议、审查（普通法律可进行审查）和颁布。对法律合宪性的审查发生在最终结束立法程序的颁布行为之前。因此，合宪性审查是立法程序的组成部分²³⁵²。启动或不启动合宪性审查的决定必然会干扰立法程序。在立法程序的倒数第二阶段，是否将某一事项提交理事会的决定会影响宪政公共当局之间的关系²³⁵³。因此，它构成了政府行为。²³⁵⁴

572. 无论是直接还是间接，都不能将“权利保护”程序等同于宪法保护。虽然补救措施所保护的标准大致相同，但两者在可质疑的行为、有权审理的法院和适用的程序方面存在根本差异。尽管权利保护令与欧洲的宪法权利保护令并不相似，但它可以与拉丁美洲的宪法权利保护令家族联系起来。

页），“行政法院无权处理.....的决定”。（行政法院，1999年4月9日，*Dame Ba*）；该行为不可能“成为诉讼主体”（行政法院，2003年7月30日，*Société Crédit industriel et commercial*）；等等。在最新著作中，见P. SERRAND的研究，《政府行为》，巴黎第二大学论文，1996年，第772页，以及F. MELLERAY的研究，“L'immunité juridictionnelle des actes gouvernements en question”，*RFDA* 2001年，第1086页起。

²³⁵²

合宪性审查作为立法过程中的一个成熟阶段，也被宪法判例法所认可。总统要求重读一项法律，以使用符合其决定的新条款取代被认为违反《宪法》的条款，这并不意味着

“通过一项新法律，而是在立法程序中介入合宪性审查所产生的补充阶段”（CC，第85-197 DC号，1985年8月23

日，cons.23, *Rec.p.70*）。宪法委员会还裁定，“提交的效力是在立法程序结束之前，由宪法委员会对所提交法律的所有条款进行核查.....”。（CC, no. 96-386 DC, 30 December 1996, cons. 4, *Rec. p. 154*）。

²³⁵³ 见P. JAN，特别注释，第1650页。

²³⁵⁴

根据既定判例法，影响议会行使立法职能的行政措施必须归类为政府行为。这包括拒绝向议会提交法案（行政长官，1968年11月29日，*Tallagrand案*，*Lebon案*，第607页）、决定提交法案（行政长官，1951年5月9

日，*Mutuelle nationale des étudiants de France案*，*Lebon案*，第253页）、撤回法案（行政长官，Ass, 1934年1月19日，*Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*，*Lebon*，第98

页），拒绝采取必要措施迅速通过法案（CE, Sect., 1947年7月25日，*阿尔法公司*，*勒庞*，第344页），决定将法案提交全民公决（1962年10月19日，*布罗卡斯*，*勒庞*，第553页），或颁布法令（1933年11月3日，*德鲁莫*，*勒庞*，第93页）。这些行为的共同点是

“它们构成了立法过程的各个阶段，虽然它们是政府的责任，但与法律的起草密不可分。正是因为它们有助于实现这一目标，所以它们构成了政府行为”（chron. M. GUYOMAR and P. COLLIN, *AJDA* 2000, p.120）。共和国总统未将法律提交宪法委员会的行为与立法程序不可分割，因此构成政府行为。

référé-liberté 类似于拉丁美洲的宪法权利保护令

573. 在拉丁美洲，为保护宪法保障的权利和自由而专门提起的诉讼的通用术语是 *amparo*，可译为“保护”或“保障”。这种诉讼在三个国家有不同的名称：哥伦比亚的 *accion de tutela*、智利的 *accion de proteccion*（在智利，人身保护令诉讼才使用 *amparo* 这一名称）和巴西的 *mandado de segurança*²³⁵⁵。我们在此讨论的是专门为针对行政当局紧急保护自由而设立的诉讼。其中一些诉讼也可以以不同的方式针对立法或司法行为，甚至针对个人行为。在此，我们只关注这些针对行政行为的法律救济。宪法权利保护程序起源于墨西哥²³⁵⁶；随后被大多数拉丁美洲国家采用：萨尔瓦多（1886年）、洪都拉斯（1894年）、尼加拉瓜（1894年）、危地马拉（1921年）、巴西（1934年）、巴拿马（1941年）、哥斯达黎加（1949年）、阿根廷（1957年）、委内瑞拉（1961年）、玻利维亚（1967年）、智利（1976年）、秘鲁（1979年）、乌拉圭（1988年）、哥伦比亚（1991年）、巴拉圭（1992年）和厄瓜多尔（1998年）。

宪法权利保护令程序类似于 *référé-liberté* 程序。“这是一种以紧迫性为特点的特别程序”²³⁵⁷。特别是在阿根廷，“快速的指导原则体现在保护宪法权利的首要目标中：立即恢复被侵犯的宪法权利的完整性”²³⁵⁸。宪法条款中规定这些程序的措辞显示了该机制与基本简易程序的相似性。在委内瑞拉，《宪法》第49条规定：“法院应依法保护共和国所有居民享有和行使《宪法》规定的宪法权利和保障。诉讼程序应简明扼要，主管法官有权立即恢复被违反的法律状况”²³⁵⁹。在哥伦比亚，《宪法》第86条规定，“任何人都有监护权，在其宪法权利和基本权利受到任何公共权力机构的作为或不作为的损害或威胁时，可在任何时间、任何地点，通过简易特权程序，由其本人或代表其进行干预，向法官要求立即保护其宪法权利和基本权利（……）”²³⁶⁰。在智利，《宪法》第20条规定了保护措施：“

²³⁵⁵

通过这种追索权，申请人可以获得法院命令（“mandado”），以保证其权利。这种追索权代表了一种保证（葡萄牙语为 *la "segurança"*），即权利受益人能够要求公共当局尊重其权利。关于该程序的法律制度，见 T. MORAIS-COSTA, "Le droit constitutionnel: la protection des droits fondamentaux", in *Introduction au droit brésilien* (D. PAIVA DE ALMEIDA dir.) L'Harmattan, 2006, pp.

²³⁵⁶ 首先是1841年《尤卡坦州宪法》（第8、9和62条），然后是1857年2月5日《联邦宪法》（第101和102条）。第一份宪法权利保护令于1848年8月13日下达：法官受理了曼努埃尔-韦拉斯特吉先生对联邦某州州长签发的流放令提出的申诉。见 A.-C.塞普尔韦达，同前，第3页。

²³⁵⁷ A.-C. SEPULVEDA，同前，第4页。SEPULVEDA，同前，第4页。

²³⁵⁸ P.M.E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, p. 434. 强调是后加的。

²³⁵⁹ 在我国，根据《宪法权利和保障宪法权利保护组织法》第1^{er}

条，“任何居住在共和国境内的自然人或在共和国境内有住所的法人，均可根据《宪法》第49条的规定向主管法院申请宪法权利保护，为享有和行使宪法权利和保障，包括《宪法》中没有明文规定的基本权利，以便尽可能恢复或重建受到侵犯的法律状况”（见 R. A. BREWER CARRIER, 《宪法》第49条）。A. BREWER CARIAS, *op.* 第1062-1063页）。

²³⁶⁰ 见 R.A. BREWER CARIAS, 同前，第1073页。

任何人，如果由于任意或非法行为或不行为，合法行使权利和保障受到剥夺、破坏或威胁（.....），可亲自或通过其代表向相应的上诉法院提出申请，上诉法院应立即通过其认为必要的规定，以重建法治并确保对受影响者的合法保护，同时不影响其可能向相应当局或法院主张的任何其他权利"2361。在秘鲁，《宪法》第 295 条规定，"当局、公务员或任何其他人的任何行为或不行为，如侵犯或威胁到个人自由，均可提起人身保护诉讼。宪法权利保护令保障《宪法》承认的、受到任何当局、官员或个人侵犯或威胁的其他权利"2362。这些规定在组织程序实际细节的次级宪法文本中有详细阐述。在阿根廷，第 16986 号法律第 1^{er} 条规定："保护宪法权利的诉讼可针对公共当局的任何作为或不作为，这些作为或不作为以明显任意或非法的方式侵犯、限制、改变或威胁国家宪法明示或默示承认的权利或保障，但受人身保护令保护的自由除外"2363。在乌拉圭，第 16011 号法律第 1^{er} 条规定："任何自然人或法人，不论是公法人还是私法人，均可提出宪法权利保护令诉讼，以维护国家当局或其附属机构以及私人的任何作为、不作为或行为，这些作为、不作为或行为、其目前或即将发生的形式，在其判断中，以明显的非法性损害、限制、改变或威胁《宪法》明示或默示承认的任何权利和自由，但接受人身保护令补救的案件除外"2364。

在智利和哥斯达黎加，保护宪法权利是与其他法律救济并行的一种程序，可以在不影响申请人可以利用的其他救济的情况下行使，但在智利和哥斯达黎加，这种机制是辅助性的，只有在没有其他有效的保护机制或普通法院已经用尽的情况下才能实施。然而，有关这些机制的文本规定，如果情况紧急和严重，而且普通法下的现有程序无法取得同样令人满意的结果，则可以放弃辅助性条件2365。关于可以上诉的措施，据指出，"一般来说，所有建立了宪法权利保护制度的宪法体系都允许对行政行为 and 事实以及行政部门的不作为提起宪法权利保护诉讼"2366。受宪法权利保护的人的范围是广泛开放的："一般来说，所有自然人或法人都可以利用保护权利和自由的宪法命令中规定的补救措施或宪法权利保护诉讼"2367。诉讼原则上是自主的，由具有属地管辖权的初审法院审理，但智利

2361 见 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1081 页。

2362 见 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1068 页。

2363 见 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1067 页。

2364 见 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1069 页。

2365 在阿根廷，要提起保护宪法权利的

诉讼，必须用尽所有司法或行政补救办法，以获得对有关宪法权利或保障的保护。如果存在这些补救办法，则不受理保护宪法权利的诉讼，除非这些补救办法无法弥补损害，而且所需的程序可能造成严重和无法弥补的损害（见 R.A. BREWER CARIAS, 前引书, 第 1067-1068 页）。在秘鲁，保护宪法权利的诉讼只有在用尽现有渠道的情况下才可受理，因此，在行政活动影响到宪法法律的情况下，必须首先用尽相应的行政程序。然而，如果用尽先前存在的补救办法会使侵害无法弥补，则不需要用尽先前存在的补救办法这一条件（见 R.A. BREWER CARIAS, 前引书, 第 1068 页）。在乌拉圭，只有在没有其他司法或行政手段来实现同样的保护或保护宪法权利的结果时，或者如果有其他司法或行政手段，但在特定情况下证明对保护被侵犯的权利明显无效时，才可受理保护宪法权利的诉讼（见 R.A. BREWER CARIAS, 前引书, 第 1069 页）。référé-liberté 不受这一辅助性要求的限制。然而，这种情况与普通宪法权利保护令的情况非常相似，因为申请人必须证明情况的紧迫性和侵权行为的严重性--在宪法权利保护令中，这些条件允许放弃辅助性要求。

2366 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1093 页。

2367 R.A. BREWER CARIAS, 同前, 第 1083 页。

和哥斯达黎加除外：在前者，宪法 *保护* 诉讼直接提交上诉法院，在后者，则提交最高法院。宪法文本和程序法规定，法官必须将案件作为紧急事项审理，并迅速做出裁决。在哥伦比亚，从案件准备就绪开始，法官有五天时间做出裁决。对于生命权和人格完整权、接受自然法官审判的权利、言论自由和集会权²³⁶⁸，这一期限缩短为两天。法官的权力非常广泛，使其能够制止造成侵权的行为或向公共当局发出禁令。例如，在该程序最早出现的国家墨西哥，“准予 *保护* 宪法权利意味着不适用规范（无论是具体规范还是一般规范），但其效力仅仅是当事人之间的。准予 *保护* 宪法权利的裁决不仅（对原告而言）废止损害性的行为或规则，而且还具有谴责的效力，事实上，如果损害是由于积极的行为造成的，它们可以构成对被告当局的禁令，要求其恢复原状；如果损害是由于不作为造成的，被告当局必须遵守立法或宪法规定”²³⁶⁹。

574. 欧洲也引入了类似的程序。西班牙《宪法》承认，当所谓的第一级权利受到威胁时，原告有权通过基于优先和紧急原则（*preferencia y sumariedad*）的特别程序寻求普通法院的保护。1978年12月26日关于基本人权司法保护的第62/1978号法律第6条至第10条规定了一些过渡性的规则，这些规则与通常的行政诉讼规则有很大的不同²³⁷⁰。1998年7月13日关于诉讼行政管辖权的第29/1998号法律沿用了这一规定，确认有必要将涉及严重侵犯自由的诉讼排除在普通法规则之外²³⁷¹。在葡萄牙，2002年2月22日关于行政法院程序法的第15/2002号法律引入了一种自主机制，对行政部门施加积极或消极行为，以保证基本权利、自由和保障的行使²³⁷²。在极端紧急的情况下，即对权利、自由或保障的侵犯迫在眉睫且不可逆转时，可缩短程序期限或要求²³⁷³进行口头听证，以便在48小时内做出裁决²³⁷³。在特殊情况下，甚至可以通过任何其他通信手段听取申诉者的意见。²³⁷⁴

自由裁量权与这些法律补救措施具有相似的特点。由于其目的、程序的独创性和机制的独特性，它无疑属于普通 *宪法权利保护* 令的范畴。

2368 1992年6月24日的 第6号 *自动记录*。

2369 C.RUIZ MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne: droit et politique", CCC no. 10, 2001, p. 91.

2370 见 P. BON, "Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale", in *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, CNRS, 1991,

pp. 首先，在普通法下的行政诉讼中，司法救济只能在行政救济提出后才能提出，而现在这一

要求被放弃了，可以直接提出司法救济。其次，“原则上，针对行政行为的司法诉讼不具有中止效力，但当第一级权利受到争议时，这一规则被搁置：当有争议的行为是在执行公共秩序法时采取的金钱制裁时，它被自动搁置--即司法上诉在 *计划* 上

暂停了行政行为的实施；在其他情况下，它被法官的决定搁置，不言而喻，法官有义务批准暂缓执行，

除非这样做有可能严重损害普遍利益”（P. BON，同前，第16页）。BON, *op.*, p.

67) 第三，法律缩短了一定数量的程序期限，以加快对其宣布为紧急的上诉案件的调查和裁决。

2371 See J.G. PEREZ, *Commentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, 1998; P.P. TREMPES, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, 2004, 430 p.; L. ORTEGA et alii, "Spain", *Towards a unified judicial protection of citizens in Europe (?) Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?)* (E. SPILIOTOPOULOS dir.), Bruylant, European public Law series. Bibliothèque de droit public européen, vol. XIII, 2000, pp. XIII, 2000, pp. MIALLOT, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en France et en Espagne*, thesis Paris I, 2003, p. 99, pp.

2372 见 J. de Campos Amorim, "La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais", *RFD* 2005, pp.

2373 《行政法院诉讼法》第111条第1款。

2374 《行政法院诉讼法》第111条第2款。

一般性结论

"公民的法官权是第一自由，
因为它是所有其他自由的
保障"²³⁷⁵。

575. 在本研究结束时，可以从诉讼当事人和行政法官的角度来评估基本简易程序的贡献。

576. 临时救济的基本简易申请是成功的。首先，它在诉讼方面是成功的，因为平均每十个提交给行政法院的紧急申请中就有一个是临时救济简易申请。从统计的角度来看，第 L.521-2 条规定的程序占行政法院每年受理案件的 1%²³⁷⁶。这一数字很可能会急剧下降，因为根据第 L.521-2 条提交的大量申请显然不属于该程序的范围。就所建立的保护机制的有效性而言，"权利保护"程序也是成功的。在几天的时间内，严重和明显非法侵犯基本自由行为的受害者就可以立即和最终停止违法行为。

由于该程序在许多方面的高昂费用和非典型性质，使其能够有效地纠正不可接受的情况。行政司法法典》第 L.521-2 条旨在应对严重的情况，即行政部门严重且明显非法地侵犯了基本自由，需要法官在 48 小时内进行干预。其严格的适用范围--仅限于基本自由--和严厉的准予条件是例外情况的特点。必须为那些合法寻求保障措施的人保留获得这种法律补救的机会。为了快速有效地应对第 L.521-2 条所述的特殊情况，并提供适当的司法回应，临时救济简易申请 (référé-liberté) 是根据特定程序组织的，该程序在很大程度上减损了行政诉讼的普通法。

然而，这种双重特殊性并不罕见。在法国和其他国家，这类程序都具有相同的特点：程序灵活以提高速度，法官权力广泛以提高效率，限制性条件和适用范围以防止琐碎化。属于拉丁美洲宪法权利保护令或普通宪法权利保护令系列的所有程序 (référé-liberté 属于该系列) 都具有类似的特点。

基本临时救济很少使用，因为很少出现设计它所针对的具体情况。然而，一旦出现这种情况，这种补救措施的存在就构成了有效保障基本自由的不可替代的宝贵保障。莫里斯-豪里乌一个多世纪前所呼吁的程序现在已经存在，它使得诉诸法律行动变得没有必要，如果不是这种对行政和司法当局分离原则的减损本身的存在的话。

577. 在有争议的行政程序中，"自由裁量权"可以说已成为一种模式。这并不是说它代表了一种所有其他程序都应努力实现的理想程序，而是说--这里的"模式"一词应从其主要含义来理解--它本身就构成了一种法律程序，其程序特征很可能被用作界定其他程序的参考。2005 年，监管当局确定了"信息技术和公民自由简易程序"的程序制度，从而体现了这一模式特征。根据 2004 年 8 月 6 日第 2004-801 号法律第 7 条的规定，1978 年 7 月 6 日第 78-17 号关于信息技术、档案和自由的法律修正案第 45 条原则上规定了这一程序的存在。该法的通过有两个目的：首先，将 1995 年 10 月 24 日欧盟关于在个人数据处理方面保护个人和个人数据自由流动的第 95/46 号指令纳入国内法；其次，使信息技术和

²³⁷⁵ J. DONNEDIEU DE VABRES, "La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France", *EDCE* 1949, p. 43.

²³⁷⁶ 见 P. Fombeur, "Les Tribunaux administratifs dans la société française", *AJDA* 2004, 第 628 页。

公民自由法适应 1978 年以来信息技术在当代社会中的作用所发生的重大变化。为此，1978 年法令新的第 45 条加强了国家信息和自由委员会 (CNIL) 的制裁权力，作为其对 2377 处理过程进行事后控制的一部分。最重要的是，这也是我们感兴趣的一点，在法律保障的权利和自由受到严重和直接侵犯的情况下，CNIL 可以将问题提交给主管临时救济法官（在个人进行处理的情况下由民事法官处理，在公共服务部门进行处理的情况下由行政法官处理），以便后者采取必要的安全措施保障个人权利，必要时可处以罚款²³⁷⁸。

由于法律没有明确规定这种法律补救措施的规则，因此由监管当局来规定行政法院和民事法院的程序细节。在确定其程序制度时，政府打算赋予所采取的法律补救措施某些特征，特别是--鉴于 所涉利益的重要性--司法干预的极快速度和立即制止有关行为的能力。监管当局并没有从零开始建立一个具有实现这些目标所需的适当特征的新程序，而是选择了参照立法，纯粹而简单地决定以 *référé-liberté* 程序为基础建立这一新的补救措施。因此，2005 年 10 月 20 日第 2005-1309 号法令第 81 条在《行政司法法典》第 V 篇（规范部分）中设立了题为“信息技术和公民自由方面的简易程序”的第 V 章，其中第 R.555-1 条措辞如下：“当国家信息和自由委员会 (CNIL) 主席根据 1978 年 1 月 6 日第 78-17 号法律第 45 III 条有关信息技术、文件和自由的规定，向行政法官提交有关国家、地方当局、任何其他公共实体或任何受托执行公共服务任务的私人实体处理或使用个人数据的临时救济申请时，法官应根据第 L. 521-2 条规定的临时救济程序做出裁决。521-2 条规定的临时救济程序作出裁决”，即法官必须在 48 小时内作出裁决，并可下令采取任何必要措施保障受保护的权利和自由²³⁷⁹。临时救济程序有两个主要特点，一是法官介入的速度快，二是由于其权力的广泛性和灵活性，司法反应的有效性高。通过采用适用于《行政司法法典》第 L. 521-2 条的程序，文本确保“数据处理和公民自由”临时救济法官将在类似的条件下进行快速有效的干预。

578. 然而，当欧洲人权法院在 2007 年 4 月 26 日对 *Gebremedbin* 案的裁决中谴责临时救济程序，更具体地说，质疑其有效性时，将临时救济程序作为一种模式，这难道不是一种悖论吗²³⁸⁰？虽然对这一判决的草率解读可能会使人做出这样的判断，但仔细分析一下就会发现，它其实并不特别涉及自由裁量权，而是整个法国程序法的缺陷，即在边境寻求庇护者的申请被行政部门认为明显缺乏根据时，如

²³⁷⁷ 赋予独立行政当局的特权范围已大大加强。与 1978

年法案一样，委员会可以向违法者发出警告。但它也可以在经过抗辩程序后，在先前的正式通知仍未生效的情况下，对违法者处以罚款或撤销先前的授权。在紧急情况下，如果处理操作的实施导致法律保障的权利和自由受到侵犯，委员会可下令采取临时措施，中断处理操作或封锁某些数据，如果处理操作涉及主权活动，则可将此事提交总理，以便他采取适当措施。

²³⁷⁸ 1978 年 7 月 6 日修订后的法律第 45-III 条规定：“在第 1 条所述权利和自由[即尊重人的身份、人权、隐私和个人或公共自由]受到严重和直接侵犯的情况下，委员会主席可向主管法院申请临时禁令，命令采取任何必要的安全措施来保障这些权利和自由，并酌情处以罚款”。

²³⁷⁹ 关于对未受委托管理公共服务的私人当事方的侵权行为提起的简易程序，该法令第 82 条规定，“大审法庭庭长或受其委托的法官应根据新《民事诉讼法》第 484 条及其后各条的规定做出裁决”（《司法组织法》第 R.312-4 条）。

²³⁸⁰ 欧洲人权法院，2007 年 4 月 26 日，第 25389/05 号，*Gebremedbin 诉法国*，*Procédures* 2007, comm.no.150, 注 S。DEYGAS; *Les cahiers juridiques* no.PIETTE.

果当事人认为自己在遣返国面临《欧洲人权公约》第3条所述的风险，其上诉缺乏中止效力。

要向保护局提出庇护申请，外国公民必须身在法国。因此，如果他们在边境出现，只有在首先获准入境的情况下才能提交申请。如果他们没有必要证件，就必须以庇护为由提交入境申请；然后他们会被关在“等待区”，等待内政部审查他们打算提交的庇护申请是否“明显缺乏依据”。如果当局认为庇护申请“明显没有根据”，就会拒绝此人的入境申请，此人就会被自动“改道”，没有机会向保护局提交庇护申请。

在 *Gebremedhin* 案的判决中，提交给斯特拉斯堡法院的核心问题是，当国家决定将当事人遣返回有充分理由认为其将面临《公约》第3条所述风险的国家时，在边境被拒绝的寻求庇护者可利用的法律补救措施是否有效。在这种情况下，欧洲法院要求申请人可利用的上诉权具有中止效力²³⁸¹。

法院指出，如果寻求庇护者在边境被拒，并对部长的不接纳决定提出质疑，法国的程序法并不符合这一要求。申请人可利用的补救措施，无论是滥用权力上诉、临时救济（*référé-suspension*）还是临时救济（*référé-liberté*），都不具有中止权利的效力。尽管有了临时救济程序，边境上的寻求庇护者“可以利用一个先验地提供了重要保障的程序”，但法院“注意到，向临时救济法官的移交并不具有中止权利的效力，因此当事人可以在法官作出裁决之前被合法遣返（……）”（第65节）。因此，法院得出结论，法国法律在这一点上不符合常规：“由于申请人在‘等待区’没有自动中止上诉的权利，因此他没有‘有效的补救办法’来根据《公约》第3条进行申诉。因此，法国违反了《公约》第13条及相关规定。”

我们能从这一裁决中学到什么？并不像一些评论家所说的那样，即申请临时救济（*référé-liberté*）通常是一种无效的补救办法²³⁸²。如果说《行政司法法典》L.521-2条规定的补救办法是无效的，那也只是在寻求庇护者在边境被拒，而且当事人有理由冒《公约》第3条所述风险的情况下。法院并没有在这一特定领域之外谴责临时救济程序；此外，即使在这一非常具体的案件中，法院也没有特别或具体地谴责这一程序，而是笼统地谴责对部长的不接纳决定提出的上诉缺乏中止效力。因此，这一判决本身并不要求对这一程序进行改革，而是要求在这一领域引入一个具有暂停效力的具体程序，或者更简单地说，承认在这一领域提出的任何上诉都具有暂停效力，无论是以越权为由的上诉、暂停申请还是临时救济申请。

579. 这一程序现在和将来都是一个象征。在改革生效前的一次座谈会上，莫德纳教授说：“在2000年6月30日法律规定的所有简易程序中，自由裁量权无疑是最令人期待的。在公众舆论看来，它很有可能是最能体现行政简易程序的真正变化的程序，并将证明其有能力适当地满足当代社会对保护自由、迅速而有效的行政司法制度的期望”²³⁸³。这就是 *référé-liberté* 在实施前夕的表述：一个符合诉讼当

2381 § 该决定第58节。这也是联合国禁止酷刑委员会的立场（见2006年4月3日CAT/C/FRA/CO/3号建议，第7节；见<http://www.unhchr.ch>）。同样，在法国，国家人权协商委员会通过了一项建议，大意是“任何导致寻求庇护者被遣返的入境拒绝都必须在合理的时间内向行政法院提出暂缓上诉”（“关于在法国行使庇护权的条件的意见”，2006年6月29日，第6节；见<http://www.commission-droits-homme.fr>）。

2382 因此，Dorian Piette 认为，“2007年4月26日的判决“质疑的是自由裁定的“制度”本身（同上，第26页）。

2383 F. MODERNE, “Le référé-liberté devant le juge administratif”, in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, colloque 6 décembre 2000 (P. WACHSMANN dir.), Strasbourg, PUS, 2002, p. 131.

事人愿望的经过改革的行政司法系统的象征²³⁸⁴。作为行政司法革新的象征--紧急诉讼是其"最后和必要的组成部分"²³⁸⁵，基本临时救济程序使行政法院得以恢复因1997年5月12日冲突法庭裁决后的危机而削弱的合法性。这一决定重新唤起了管辖权二元论批评者的统一愿望²³⁸⁶。赋予行政法官在行政方面的权力不足是这一攻击的主要论点之一，即继续存在独立的行政司法系统²³⁸⁷。因此，正如在以前的危机中所做的那样，行政法院必须进行自我改革，否则它就会受到越来越多的质疑，其存在本身也会受到威胁。正如贝希特尔夫人在1997年5月12日的判决后所指出的，"行政司法权的未来将不是在理论争议上，而是在对其是非曲直的证明上上演"²³⁸⁸。

设立自由裁量权，更广泛地说，改进行政法院对紧急案件的处理，是对司法二元论批评者的最好回应。在这方面，Lepage女士指出，"面对行政法院的存在所面临的日益严峻的挑战，不言而喻，只有要求行政法院为公民提供与司法程序相同的保障，行政法院才有存在的理由"²³⁸⁹。早在此次危机之前，Chapus教授本人就曾指出，更好地应对紧急情况"将对行政司法机构本身产生影响，在提高其重要性的同时加强其公信力和合法性"²³⁹⁰。由于简易程序的改革，行政法院证明了其有效性，并展示了其

2384 行政诉讼的现代化始于20世纪80

年代末，以应对影响行政司法系统的严重危机。这导致了一系列非常重要的创新：通过设立行政上诉法院和加强最高行政法院的监管作用来重组行政司法秩序；扩大简易程序并使其微不足道；通过使用禁令和替代手段来发展法官的权力。关于行政司法的这种蜕变，参见R. DRAGO, "Un nouveau juge administratif", in *Jean Foyer, auteur et législateur. Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp.

2385 B. STIRN, "La juridiction administrative: problèmes actuels et réformes", *R4* 1999, special issue 7, p. 138.

2386 参见上文第26节。关于这一反复出现的主题的介绍，在大量文献中，见A. VAN LANG, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, coll. BDP, t. 183, 1996, p. 310 et seq.; G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, 1999, 516 p.; B. PACTEAU, "Le contre de l'administration. PACTEAU, "Le contrôle de l'administration par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif", *R4* 2000, special issue 3, pp.

2387

反对司法二元论的其他论点实际上并不重要。最常提出的论点是，单独的行政法院系统的存在会给诉讼当事人在确定哪个法院具有管辖权方面造成无法解决的困难。然而，正如Woehrling院长所指出的，"实际上，这是一个虚假的问题：尽管行政法教科书用了大量篇幅来讨论这个问题，但从统计学的角度来看，这个问题并不十分重要。在日常的诉讼实践中，引起管辖权难题的上诉很少见。此外，废除行政司法会导致将管辖权分配的困难转嫁给司法管辖权，这对诉讼当事人几乎同样不利，因为如果不在司法管辖权内建立特殊的机构，这种转嫁是不可能的" (J.-M. WOEHRLING, "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981,

pp.) 其次，行政司法是一种特殊的司法形式，其唯一目的是保护行政部门的利益。虽然这种表述可能符合行政司法创立时的现实，但现在已经完全不合时宜。正如Pacteau先生所指出的那样，行政司法已经

"失去了曾经使其遭到排斥和拒绝的特

点。它从权力的工具和保护者，变成了我们的第一个反权力者。它生来是为了让国家放心，现在却让国家战战兢兢，让机构战战兢兢，让人民战战兢兢，让行动战战兢兢，让财政战战兢兢" (B. Pacteau, *同前*, 第93页)。

2388 M.-F. Bechtel, "Le juge administratif, protecteur des droits et libertés", *RFAP* July-September 1997, no. 83, p. 530.

2389 C. LEPAGE, "La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif", *Coll. ter.* 2000, chron.

2390 R. CHAPUS, "Le juge administratif face à l'urgence", in *L'administration et son juge*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1999, p. 292. 同上，见F. THIRIEZ and A. LYON-CAEN, "Pour un vrai 'référé' administratif", *Le Monde* 26 February 1998, p. 13; J.-P. COSTA, "L'image du Conseil d'Etat dans la société de demain", *R4* 1998, no. 301, pp. 54-60; J.-P. COSTA, "L'effectivité de la justice administrative", *R4* 1999, special issue no. 8, p. 137; M. GENTOT, "La réforme du contentieux administratif", *RFAP* no. 84, 1997, pp. 609-617.

在高效条件下保护基本自由的能力。正如 M. Wachsmann 所说, "通过赋予行政法院在简易程序中的裁决权, 在行政行为不合法的情况下, 更不用说在基本自由受到侵犯的情况下, 行政法院可以迅速介入, 立法机关解除了反对行政法院的人的武装, 因为他们谴责行政法院为诉讼当事人提供的保障不足"2391。鉴于行政法院所拥有的权力及其行使权力的程序条件, 行政法院现在与社会的期望是一致的。

580. "就其本质而言, 自由是脆弱的, 需要时刻关注"2392。行政法官的任务不是确保这种警惕性, 因为他不能把事情揽到自己身上。这一职责主要由公民承担, 更广泛地说, 由认为自己是行政机关侵权行为受害者的自然人和法人承担。然而, 当这些人以基本自由受到真正严重和明显非法侵犯为由向临时救济法官提出申请时, 他们会发现临时救济法官是他们自由的有效捍卫者。

所有的要素都已准备就绪, 以确保这项手术的持久性。首先, 自由裁量权是一个灵活的工具。第 L.521-2 条所规定的程序可以并将能够适应可能出现的各种情况。该程序具有相当大的潜力, 其中一些潜力仍有待开发。另一方面, "自由裁量权"程序已成为一个不可替代的工具, 在应对其设计时所针对的具体情况时, 已证明了它的实用性和有效性。它在个人和法律实体针对公共当局的行为和行动可利用的法律补救架构中找到了自己的位置: 一个灵活、快速和有效的程序, 使最不可接受的情况能够立即得到补救。

581. 乔治-布尔多写道, "法治的有效性可以用确保法治的程序的完善程度来衡量"2393。第 L.521-2 条规定的程序将法律技术置于自由之上, 为巩固法治做出了重大贡献。

2391 P. Wachsmann, "Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration", *op.*

2392 B. STIRN, "L'état des libertés: bilan critique", *Pouvoirs* no. 84, 1998, p. 99.

2393 G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^{ème} ed, LGDJ, 1972, p. 78, quoted by S. TSIKLITIRAS, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire*, LGDJ, coll. BDP, t. 155, 1991, p. 1.

目录

缩略语表	2
导言	5
I. 通过的理由	7
A. 未满足的司法保护需求	9
B. 创造适当的条件	17
II. 通过的阶段	21
A. 触发事件：1997年5月12日的判决	21
B. 工作组的建议：中间禁令两种变体之间的替代方案	25
C. 政府的决定：临时救济的选择 (référé-liberté)	27
D. 议会的改进	28
III. 研究方向	29
A. 所选公式和程序名称	29
B. 受欢迎的程序	32
C. 基本临时禁令背后的理念	33
第一部分 为特殊情况设计的程序	37
第一篇 对 "基本自由" 的挑战	41
第1章 没有先验定义的应用领域：基本自由概念的开放性和可塑性	44
第1节：不确定的法律概念	44
I. 高不确定系数	45
A. 在法国法律体系中	48
B. 法国法律体系之外	52
II. 立法者没有定义的概念	58
A. 缺席的议员	59
B. 零碎信息	60
C. 委托给法官的概念	62
第2节 法官手中的法律概念	63
I. 法律条款	67
A. 自由 "这一限定词"	68
B. 形容词 "根本"	71
II. 对法律和理论资格的漠视	76
III. 概念一致性的必要性	78
IV. 相似概念的不同含义	80
A. 人权与个人权利和自由	81
B. 公共自由	84
C. 基本自由	87
第1章结论	88

第2章 基本自由概念的广义定义	89
广泛、自主和基于案例的方法	89
系统化尝试	92
第1节.自由：一种主观的公共权利	96
I.行政部门的法律义务	97
A.法律标准	97
B.可对行政部门直接执行的法律标准	102
II.预先定位的个人利益	113
A.抽象确定的利益	113
B.受保护对象	117
C.如何实现自由	122
III.确定的受益人	124
A.个人	124
B.法律实体	125
第2节基础性标准	128
I.基本性与来源无关	128
A.来源的多样性	128
B.材料来源	130
II.基本性是一种属性	132
A.宪法规范必然具有根本性（形式根本性和实质根本性）	133
B.违宪自由可以是基本自由（完全是实质性或实质性的基本自由）	136
第2章结论	139
第3章 确定各种基本自由的内容：丰富的方法	141
第1节.定义操作：必要性和制约因素	141
第2节：广义定义广义定义	145
I.符合适用法律的定义	145
II.宽泛、具体和广泛的定义	147
第3节.同意接受医疗服务的反例	154
I.立法者的绝对原则	154
A.传统监管的不确定性	154
B.2002年确立绝对原则	156
II.法官的相对原则	159
结束第I篇	162
标题II 苛刻的奖励条件	164
第1章 严重和明显非法干涉基本自由	167
第1部分：违约	168
I.损害的特点	168
A.质疑受基本自由保护的客体（属事理由）	169
B.对基本自由（属人管辖）受益人的质疑	175
C.既定损害（属时理由）	176

II.损害的起源	177
第2节严重违规行为	180
I.严肃性要求：本身就是一个条件	180
II.严重性要素	181
A.措施的效果	181
B.行政部门的态度	185
II.可能减轻局势严重性的因素	186
A.申请人的行为	187
B.立法环境	187
第3条 侵权行为明显非法的侵权行为	190
I.侵权行为的非法性	190
A.非法性条件	190
B.行动的非法性	194
C.拒绝或弃权的非法性	199
II.明显非法	206
A.明显非法	206
B.难以满足的要求	210
第2章 极端紧急情况	214
第1部分.48小时干预的必要性	215
I.概念最初缺乏单一性	215
II.强调特殊的紧迫性	218
III.迫在眉睫的紧迫性	222
第2节.紧迫性的证据	225
I.严重和明显非法侵犯一项基本自由	225
II.在不侵犯自由的情况下被定性为紧急情况的可能性	230
第3节.紧迫性要素	232
I.申请人的行为	232
II.被告追求的普遍利益	234
第3章 行使权力的行政机关	239
第1节：旨在防止行政不法行为的条件	239
I.保留事实路线的愿望	239
II.行政攻击领域	241
第2节：非实质性条件非实质性条件	243
I.临时救济法官介入因缺乏程序而滥用权力的案件	243
II.临时救济法官对事实不法行为案件的干预	245
结束第II篇	247
第一部分的结论	249

第II部分 快速有效的法律保护 **252**

标题 I 立即干预的可能性	257
第 1 章 无障碍法官	257
第 1 部分：与申请人关系密切的法官	257
I. 行政法官	258
A. 行政法官的利益	258
B. 确定属事管辖权	260
II. 实地法官	262
第 2 节. 为提交申请提供便利	265
I. 简化提交申请的格式要求	265
II. 关于原告和诉讼时效的受理规则	268
A. 对行动兴趣的经典评估	268
B. 对代表权规则的宽松评估	271
C. 灵活评估提起诉讼的时限	272
III. 与其他法律程序的协调关系	274
A. 平行上诉例外的有限范围	275
B. 合并诉讼的权利：单独申请的要求	277
IV. 可受质疑的行为范围扩大	281
A. 临时救济法官、法律情况法官	281
B. 质疑消极行为的可能性--基本自由间接横向影响的杠杆	288
第 2 章 迅速的法官	292
第 1 节. 独任法官：快速诉讼的重要工具	292
I. 单一法官的必要性	292
II. 临时救济法官的地位	294
A. 一名经验丰富的独任法官	294
B. 临时救济法官的公正性和职能合并问题	297
第 2 节. 不经调查拒绝不成功的申请	299
I. 初步筛选程序的存在：申请分类程序	299
II. 实施分类	301
III. 对分类命令的上诉	305
A. 上诉程序	306
B. 司法审查的目的和范围	307
C. 最高上诉法院的裁决	311
第 3 节. 重大利益索赔的 48 小时判决	312
I. 48 小时裁决期	313
A. 因事态严重而力求简洁	313
B. 对极速需求的适应	317
II. 明确指示	318
A. 调查的初步阶段	318
B. 听证的口头阶段	321

C.结束调查	324
III.判决	326
A.决定的内容	326
B.决定何时生效	329
结束第I篇	330
标题II 有效的反作用力	331
第1章 由于可以 选择正确的措施而 提高效率	331
第1节：对临时救济法官权力的非常宽泛的定义	332
I.没有明显界限的权力	332
A.简单敲定权力	332
B.决策权	334
II.命令采取的措施的临时性	337
A.作为原则确立的要求	338
B.必要时可免除的要求	341
第2节.两种干预形式	345
I.临时救济法官进行有说服力或劝阻性的干预	346
A.听证前的满意度：法官的劝阻作用	346
B.听证期间的满意度：法官的说服和调解作用	349
II.实施限制性措施	353
A.选择适当的保障措施	353
B.支持保障措施	366
第1章结论	376
第2章 由于所采取措施的 长期性而取得的 成效	378
第1节.上诉法官复审的可能性	379
I.上诉原则：议会倡议	380
II.上诉制度	382
第2节.由另一位法官提出质疑的可能性不大	385
I.初审法官不可能进行复审	386
A.可能但罕见的转介	386
B.已成定局	387
II.临时救济法官不太可能提出的质疑	389
A.审查程序	390
B.审查不适合临时救济程序	392
第3部分.措施的持久性对程序性质的影响	395
I.与案情实质简易程序类似的程序	395
II.强化保障措施的权威	398
第3章 有效性提出了 是否应保留事实攻击的 问题	402
第1部分：因攻击和殴打的传统理由消失而得以消除	403
I.完全缺乏法律依据	403

A.变性理论	404
B.司法机关作为自由和财产权监护人的原则	405
II.实际理由的消失	407
A.行政司法系统缺乏独立性	407
B.无法迅速有效地捍卫自由	409
III.可能的废除	410
第2节.废除人身攻击和殴打行为缺乏真正的障碍	411
I.在适用事实上的补救办法方面回归正统	412
II.攻击和殴打案件中的贫困诉讼当事人	416
III.攻击和殴打的"示范"性质	416
结束第II篇	418
第二部分的结论: référé-liberté 是保护宪法权利的补救措施吗?	420
référé-liberté 与欧洲宪法权利保护令不同	421
référé-liberté 类似于拉丁美洲的宪法权利保护令	426
一般性结论	429