



公法名著译丛

罗豪才 主编

德国行政法

DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT

〔德〕奥托·迈耶 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

013031156

D951.621

03-2

公法名著译丛

德国行政法

〔德〕奥托·迈耶 著

刘 飞 译

〔德〕何意志 校



 商务印书馆
The Commercial Press

2013 年·北京



北航

C1639084

D951.621

03-2

图书在版编目(CIP)数据

德国行政法/(德)迈耶著;刘飞译.--北京:商务
印书馆,2013

(公法名著译丛)

ISBN 978-7-100-09361-3

I. ①德… II. ①迈… ②刘… III. ①行政
法—研究—德国 IV. ①D951.621

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 200911 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

德国行政法

〔德〕奥托·迈耶 著

刘 飞 译

〔德〕何意志 校

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09361-3

2013年2月第1版

开本 880×1230 1/32

2013年2月北京第1次印刷

印张 7 1/4

定价: 20.00 元



北航

C1639084



51120810

Otto Mayer

DEUTSCHES

VERWALTUNGSRECHT

Verlag von Duncker & Humblot.

München und Leipzig 1924.

本书根据杜克与洪堡出版社 1924 年版译出

《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 (按姓氏笔画为序)

王振民 包万超 卢建平 朱苏力 米 健

张千帆 陈弘毅 陈新民 季卫东 信春鹰

姜明安 贺卫方 夏 勇 韩大元

德国现代行政法学的奠基人 奥托·迈耶与行政法学的发展 (代中文版序)

〔德〕何意志

一、迈耶的目标及科学方法

奥托·迈耶^①所处的时代，是德国从封建专制国家向具有专制和民主因素国家转变的时期。在法学理论中，奥托·迈耶研究的目标在于克服极权国家(Obrigkeitsstaat)或警察国家(Polizeistaat)的弊端和建立法治国家(Rechtsstaat)。在19世纪末，奥托·迈耶认为法治国家是一“崭新”的制度，而集权国家是“应坚持不断反抗的敌人”。为了达到这一目标，他首先研究德国行政管理的历史发展，并说明警察国行政管理与法治国行政管理的基本区别。前者的基本特征是不受法律约束的裁量权；相反，法治行政管理的基本原则是依照议会通过的法律或授权来执行行政职务。因此，行政法只有在现代分权国条件下才可能存在。行政权受立法权所产生的法律的约束，并且还有司法权来监督行政机关行为的合法性。

① 奥托·迈耶(1846—1924)，亦译迈尔、梅耶、梅叶。——译者

这一制度在法国是通过革命创建的,而在德国则是通过渐进的变革发展起来的。

早在大学时期,奥托·迈耶就开始学习法国法学。国家考试以后,他曾经在当时属于德国的阿尔萨斯(Elsass)地区当了几年律师,然后在斯特拉斯堡(Strassburg)大学开始他的学术生涯,并于19世纪80年代任斯特拉斯堡大学教授。奥托·迈耶系统分析了法国国家行政法院(Conseil d'Etat)的判例及法国行政法学说,于1886年出版了《法国行政法原理》(Theorie des französischen Verwaltungsrechts)一书。在其序言中,奥托·迈耶说明其研究意图为:“将法国行政法原理翻译为德文,以德国法学学者的思维方式来重述法国行政法理论。”1895年奥托·迈耶出版了《德国行政法》(Deutsches Verwaltungsrecht)一书,分为总论、分论两部分。虽然他在分论中分析了警察权、财政权、公物等方面内容,但与过去的“国家科学”不同——不描写个别的行政管理分支(如税法、营业法、公路法等),而是从繁杂的凭经验(尤其是法院和其他机关的判例和实践)而总结出来的现象中分析法的一般范畴。这样“法学方法”(die juristische Methode)开始进入了行政法学。这一点尤其表现在分析行政法共同原理的总论中。奥托·迈耶所创立的“法律支配”也称“依法律行政”(Herrschaft des Gesetzes)和其他两项内容,即“法律优先原则”(Vorrang des Gesetzes)和“法律保留原则”(Vorbehalt des Gesetzes),以及“具体行政行为”(Verwaltungsakt)、“特别权力关系”(besonderes Gewaltverhältnis)、“公法上的权利”(subjektives öffentliches Recht)等概念是描述现代行政法的核心概念。对于这些学说概念的精确界定,以及对于“法

学方法”的发展和完善,一直都被认为是奥托·迈耶的最大贡献之一。^①偶尔出现的对奥托·迈耶的批评,即认为他以外国(法国)的观念“歪曲”了德国行政法的历史形成的特性的指责,^②并没有形成什么影响。《德国行政法》1895/1896年第一版出版以后,马上变成了德国行政法教科书的模范。弗莱纳(Fritz Fleiner)1911年出版的《德国行政法概要》(Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts),默克尔(Adolf Merkl)1927年出版的《普通行政法》(Allgemeines Verwaltungsrecht),耶利内克(Walter Jellinek)1928年出版的《行政法论》(Verwaltungsrecht)以及福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)在“二战”后(1950年)发表的《行政法教科书总论》(Lehrbuch des Verwaltungsrechts/Allgemeiner Teil)等都在体系和方法上借鉴了奥托·迈耶的《德国行政法》一书。此著作也影响了别国如法国和日本的行政法学。东京大学公法教授美浓部达吉(Minobe Tatsukichi)的翻译本早在1903年就已经发表。此外,此著作对20世纪初期中国行政法学以及对其后中国台湾地区行政法学的发展都有相当影响。^③

《德国行政法》1895/1896年第一版出版以后,奥托·迈耶于1914年出版了全新的第二版。1924年出版了第三版。第三版的

① 参见 E. V. Heyen, Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, Berlin 1981, S. 180 ff; Hueber, Otto Mayer-Die “juristische Methode” im Verwaltungsrecht, 1981。

② 参见 Erich Kaufmann 关于奥托·迈耶的一篇文章,载 Verwaltungsarchiv 1925, S. 391。

③ 参见陈新民:《德国行政法学的先驱者》,载《行政法学研究》,1998年第1期,第31—40页。

总论部分与第二版相比,基本没有什么变化。现在翻译成中文的是第三版的总论部分。这也是原著最有价值和影响的部分。

二、“二战”后德国行政法的发展

《德国行政法》1924年第三版的前言中有一句著名的话:“宪法灭亡,行政法长存。”战后德国行政法的发展并没有证实这一论断。相反,战后行政法的发展证实了另一论点:“行政法是宪法的具体化。”德国1949年宪法(基本法)主要体现了法治国原则(Prinzip des Rechtsstaats)、议会民主原则(Prinzip der parlamentarischen Demokratie)和社会福利国家(Prinzip des Sozialstaats)原则。这些原则深刻影响并发展了行政法。战后行政法的发展主要涉及到:1. 法律保留原则的适用范围;2. 扩大行政法院的审查范围;3. 承认信赖保护原则;4. 认识程序法的重要性。

1. 关于法律保留原则

a) 按照法律保留原则,行政机关只能在有特殊法律规定的前提下才可以活动。法律保留原则是从宪法规定的议会民主原则和法治国家原则引申出来的。议会民主原则要求由人民选举出的议会来决定国家的所有重要问题。因此议会保留为行政机关活动提供一切法律基础(或法律授权)的权力。法治国家原则要求国家与公民之间的关系由法律规定,这样公民可以事先预测行政机关的活动。问题在于法律保留的适用范围。19世纪从奥托·迈耶发展起来的法律保留原则限于干涉行政(Eingriffsverwaltung),它的作用在于保障个人不受专制(君主)行政权的干涉,即对自由和所有权的干

涉需有议会通过的法律作为前提。由于在新宪法社会福利国家原则(Sozialstaatsprinzip)主导下,给付行政(Leistungsverwaltung)越来越重要,就产生了行政机关是否在给付活动中也需要法律基础这一问题。对此,民主和法治原则的回答是肯定的。今天大部分的给付行政领域是由法律规定的,比如社会救济是由联邦救济法,助学行政由联邦助学法规定。如果关于某一给付或补贴没有专门法律基础,而在议会通过的预算法中有一定的批准,最高行政法院认为这已经满足了法律保留原则的要求。行政法学界一般反对这个看法,认为一切补贴都要求有特殊法律基础。这是因为预算只能一般性地确定补贴。补贴的目的、申请前提、给予补贴的具体条件等具体问题必须另外规定。如果没有法律,这些问题是由行政法规规定的。按照行政法学说,这不符合议会民主原则,也不符合法治原则。为了促进社会、经济或文化方面的目标所给予的国家资金,应该通过法律规范化。法律应该规定受补贴的条件并赋予公民相应的权利。社会法治国家(der soziale Rechtsstaat)不仅关系到不受国家干涉的自由,而且还涉及到能够通过国家获得的自由。对于公民而言,不给予国家补贴的行为可能同干涉他自由或所有权的行为一样严重。因此,行政法学认为法律保留原则应该适用于国家的一切给付活动。

b) 与法律保留原则相关的还有所谓特别权力关系问题。按照奥托·迈耶确立的直到20世纪60年代仍占主导地位的观点,行政法学说和法院区别国家与公民一般的关系和一个比较密切的关系,即特别权力关系,如学校关系、囚犯与监狱管理机关的关系、公务员关系和兵役关系。根据特别权力关系学说,宪法上的基本

权利及法律保留原则只对国家与公民一般的关系有效,而行政权自己可以规定特别权力关系。1949年宪法(基本法)通过后,对这个制度的批评越来越多。为克服此传统的制度,联邦宪法法院1972年的所谓“行刑判决”有决定性的意义。宪法法院判决,“特别权力关系”制度是违宪的,因为在宪法上没有不受法律约束的领域,所有的对权利干涉需要法律基础,即适用法律保留原则。

c) 授权立法制度也受到了宪法的约束。德国宪法规定:“联邦政府、联邦各部长或各州政府可根据法律授权颁发法规命令(Rechtsverordnungen)。”这种法律必须规定授权的内容、目的及范围,以实现法律保留原则。因此在新宪法下不存在有行政权原本的立法权,而只有继受的立法权。重要的是“授权内容、目的及范围必须在法律中被规定”。这是法治国家原则及法制安全的表现。公民应在授权的法律中可以看出在该法律基础上制定的法规命令可能包含的内容,议会立法者自己必须规定未来的法规命令的范围及倾向。

2. 关于扩大行政法院的审查权

新宪法之下,行政法院对行政权的监督得到极大的发展。这方面一个经常被讨论的问题是行政机关是否对于不确定法律概念有权衡余地。或者从法院审查权来看,法院可否监督此种概念,如“公共利益”、“公共福利”、“重要原因”、“可靠性”等概念不是立刻就清楚的,而是必须作解释。这种概念的具体适用需要行政机关的权衡。行政法学说认为行政机关有一定权衡余地,即法院不能审查行政机关的权衡性的决定,而只有在在一概念明显被错误解释的情况下才可审查——这一点与裁量相同。联邦行政法院(最高

行政法院)的判例否定这一估价余地,认为不确定法律概念可全部被审查,即法院可用自己对此概念的解释替代行政机关的解释。这是审查不确定法律概念的原则。例外的情况是行政机关的考试决定(*behördliche Prüfungsentscheidungen*)。对此司法承认了行政机关的一定的不受司法审查的自由裁量余地。

3. 关于信赖保护原则

新宪法也使奥托·迈耶所强调的法律优先原则受到了冲击。这涉及到具体行政行为学说方面一个长时间有争议的问题,即能否撤销一个违法的授益具体行政行为。在一定的情况下,具体行政行为可以不经复议和诉讼而被撤销或废止。撤销涉及到违法的具体行政行为,废止针对合法的具体行政行为。撤销违法行政行为必须区分负担性和授益性行政行为。对于违法的负担性行政行为,在其相对人已经不可以诉请撤回之后,行政机关仍得全部或一部分撤销之。但对于确认权利或法律利益的行政行为则原则上不可以撤销,这是因为受益人对此行政行为的信赖应受到保护。按照过去一般的看法,行政机关有权随时撤销一切违法的授益具体行政行为。50年代中期法院改变其观点,适用保护信赖原则以限制授益行政行为的可撤销性。1976年通过的德国行政程序法将此观点予以法典化:“提供一次性或持续性金钱给付或可分物给付的违法行政行为,如受益人已信赖行政行为的存在,且其信赖依照公益衡量在撤销行政行为时需要保护,则不得撤销……”在这种情况下“信赖保护原则”高于“法律优先原则”。

4. 行政程序法的重要性

奥托·迈耶没有强调行政程序法与公民参与这个程序的重要

性。他的法治主义(依法行政)只要求行政机关在行使行政权时,形式上符合法律规定即可。如果因行政机关违法而给相对人造成损害,则给予当事人事后向法院提起救济的机会即已实现法治主义。相对人对行政处分的事前、事中沒有参与的机会。在此可以看到专制时代将公民作为行政权力客体的痕迹。“二战”后,新宪法确定了新的公民与行政权力的关系。针对公民的行政行为必须维护公民个人权利。宪法规定个人权利在国家权力面前受到保护,其中包括人的尊严。德国 1949 年宪法(基本法)第 1 条规定:“人之尊严不可侵犯,一切国家机关均有尊重和保护此尊严的义务。”在新的宪法理念指导下,行政活动不仅要在形式上符合法律规定,更要在实质上保证其公正性。因此,公民在其权利受到行政机关决定影响时,不仅在事后有通过行政内部监督或法院救济的机会,更应在事前、事中参与其权利决定的制作,尤其是在其权利将受到行政权力的不利影响时,有权获得提出主张的机会,被告知决定的根据和理由。1976 年通过的德国行政程序法把这些原则予以了法典化。

三、与中国行政法的比较

自从奥托·迈耶在其《德国行政法》的开篇(第 2 页)中明确指出“宪政国家是行政法的前提”以及将宪政国定义为分权国家之后,德国行政法在分权学说的基础上得到了发展。议会立法者授权行政进行活动,行政活动的“合法性”(Gesetzmäßigkeit),即行政是否在议会立法的范围内行为,复又受到法院的审查。在此意义

上,行政法从根本而言是由议会立法、行政活动和法院审查构成的“控权法”制度。

由于在中国官方并不认可分权理论,行政法首先并不是作为控权法,而是作为维护行政效率的机制。然而,行政法在控权方面的意义也在逐渐形成。在此表现出来的趋势是,中国行政法的发展进程预示了中国逐渐转向分权国家。我认为,分权国家对于西方行政法学而言是行政法的前提,而对于中国行政法而言则是宪政改革的动力——行政法首先在成文宪法的结构之外建立起分权体系。

1. 从强调行政法的管理功能……

a) 强调行政法为“管理法”最明显的表现是“依法行政”中的“法”字的广义理解。著名的德国公法学者卡尔·施米特(Carl Schmitt)一针见血地指出,“如果把当权者发出的每一指令理解为‘法’的话,那么依法行政就变成彻头彻尾的专制行政了。”在中国,不仅国务院各部的“行政法规”,而且各种行政部门的“法规”,以及措辞泛而不准的所谓规范性的行政文件,都列入“法”的概念中。尽管如“法规”一类的规范低于“法律”,要符合高一级的法律(宪法第5条),但这些规范的总体并非依“法律保留”原则——即至少对自由和财产的干涉需要立法机关(议会)的授权——来制定的。例如“劳动教养”制度,严重限制了人身自由,但却不是依据人民代表大会通过的法律,而是根据国务院的行政条例。不过在这一方面,已经开始有所变化。

b) 中国行政法的另一特点是下令成风,而不重视合作是行政活动的重要手段。“具体行政行为”如今支配中国行政的实践。这反映在立法方面,已开始规范某些具体行政行为,例如行政处罚和

行政许可(草案),但尚未进展到诸如行政合同与行政指导那类没那么强制性的手段。在学术著作中,行政合同已成为一些学术论文的研究题目,但研究尚待深入。有些合同,例如“农村承包合同”、“企业承包合同”、“企业租赁合同”、“土地使用权转让合同”、“城建规划搬迁合同”、“国家公务员聘任合同”等,根据西方的观点,应均为民法合同,把国家当作民事主体。而在中国,似乎很难把国家摆在这样的地位,这些合同被称为“行政合同”,但还没有清楚地阐述有关行政机构通过合同行使公法义务的程度。对行政合同的轻描淡写,可以说是由于把行政法理解为管理法而缺乏对其“公共服务法”特征认识的反映。

c) 程序法不成熟,也表现出了行政法的“管理法”性质。举个例子:根据宪法第 40 条,因国家安全的需要或依法律条文的起诉,通信的自由就可能受到限制。然而 1986 年的“邮政法”只重复“依法律程序”,既不界定什么法律程序,也不提有关的其他条文。该条文也许根本不存在。这种忽略法律程序规则的做法,把行政法视为行政机构手中突现其“国家本位”的工具,而全不考虑“自然公正”或“正当法律程序”。

d) 突出管理法,还表现在对行政行为有限的司法审查。

原则上,设立行政诉讼制度,是为控制行使行政权力的某些方面,但同时这种制度却范围有限,且一旦落实到具体做法,又进一步受到限制。其中许多涉及国家与公民关系的重大问题,学生与学校之间的关系问题,军人与其所属部队之间的关系问题,等等。那么,官办大学校长可能对他的某一个下属的国家干部停薪;一所中学可能对高中入学考试作出不公平的评分而严重影响其学生的

前途。对这些决定并不存在司法审查的可能,因为根据中国行政法的理解,这些决定属于“内部行为”,并不构成“行政行为”。

司法审查有限还因为行政法规范松散,裁量决定中的活动余地很大,很多概念既不确定也不能审查。例如法庭不能质疑行政机关行使的裁量权,也不可以重新解释法律上的不确定概念。

2. ……到行政法控权功能形成的倾向

扼要地总结了把行政法理解为“管理法”的种种表现因素之后,我们可以提出这样的问题:“控权法”的观念是否不仅在中国行政法的理论中可以找到,也能在其发展中的立法中找到?

a) “控权法”其他要素的先决条件,就是所宣传的“政府职能转变”及政企分离。这种做法已经持续多年,被认为不仅是长期的,而且也是痛苦的发展过程。痛苦是无疑的,因为国家公务员正失去权力和利益。中国行政法研究小组在其 1993 年年会上讨论了“政府职能”,提出“淡化政府权力”、“转变政府职能”等建议。

b) 研究中国行政法中的“控权法”,最明显的发展趋势是在程序法方面。考虑到中国的政治文化历史背景,1996 年的《行政处罚法》第 32 条实在是很了不起,提出了自然公正的概念。被告一方“有权进行陈述和申辩”,并且“行政机关必须充分听取当事人的意见,对当事人提出的事实、理由和证据,应当进行复议;当事人提出的事实、理由或者证据成立的,行政机关应当采纳”。“此乃过去几年全国人大所颁布的最有重大意义的法律条款。”目前正着手准备相似的法律,即《行政许可法》和《行政程序法》。学术论文往往强调这些法律一定要克服传统的重视国家利益和公民义务的倾向,方可真正保护权利,控制行政行为。

c) 尤其值得注意的是,中国的立法者已经意识到了为控制行政权而完善分权结构的必要性。这一方面表现在建立行政诉讼这一审查行政机关行政行为和职务义务的违反的制度上(近来还包括了对行政合同的审查)。行政审判制度具有分权因素,行政决定行政行为的作出与目的性,法院则评价行政行为的合法性。另一方面表现在立法的变化中。立法确定对自由和财产的干涉必须要由高等级的法律作出规定,这样就形成了一个基于“法律保留原则”的“干涉结构”。最先采用法律保留原则的是 1996 年的《行政处罚法》。依据第 9 条的规定,限制人身自由的行政处罚只能由全国人大制定的法律设定。2000 年颁布的《立法法》把法律保留观念表现为对立法权限的设定(第 8 条),并且规定,对于有关公民人身自由的事项不能授权政府先制定行政法规(第 9 条)。对于其他的保留范围,全国人大及其常委会有权决定,授权国务院可以根据需要,对部分事项先制定行政法规(第 9 条)。但是授权决定必须明确授权的目的、范围(第 10 条)。这些授权是必要的,以通过较为简易的“政府立法”程序来积累立法经验。授权立法事项经过实践经验的积累,在制定法律的条件成熟时,再由人大或其常委会制定成法律。相应立法事项的授权则自然终止(第 11 条)。

这里还表现了中国法学的一个趋势,即长期以来作为社会主义宪法基本原则的“议行合一”说由于其忽视了国家机关之间的合理分工和制约,以及否定权力机关与行政机关的分权和分工而将备受质疑。

3. 成就与局限

a) 也许绝大多数研究中国法律文化发展的学者,因这些发展