

德国行政法

—— 普通法的分析

(印) M·P·赛夫 著 周伟 译

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

(印) M·P·赛夫 著
周伟 译

德国行政法

——普通法的分析

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

德国行政法:普通法的分析/(印)赛夫著 周伟译.
济南:山东人民出版社,2006.8
(公法研究/谢晖,陈金钊主编)
ISBN 7-209-03985-6

I. 德... II. ①赛...②周... III. 行政法-研究-德国 IV. D951.621

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 045050 号

山东省版权局
著作权合同登记章
图字 15-2006-067 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

德国行政法——普通法的分析

(印)赛夫 著 周伟 译

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 11.5

字 数 260 千字 插页 4

版 次 2006 年 8 月第 1 版

印 次 2006 年 8 月第 1 次

印 数 1-2500

ISBN 7-209-03985-6

定 价 23.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一

如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文

库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

中文简体版说明

五南图书出版公司 1991 年 3 月在台湾地区以中文繁体出版本书以后,祖国大陆仅有个别高等院校和研究机构图书馆予以收藏。常有希望阅读本书的读者和同行朋友向我借阅本书,但都无法满足他们的要求。

在我 1999 年 3 月赴台湾政治大学法学院作学术访问期间,海峡两岸著名的公法专家法治斌教授与我见面伊始,便拿出本书询问我译者在祖国大陆的情况。当得知我正是他希望确认的译者时,我们都感到分外的惊喜。这本小册子不仅缩短了第一次会面的距离,而且也加强了彼此的交流。法治斌教授告诉我说,他在祖国大陆和香港地区的一些朋友,曾请他在台湾地区购买本书,但因未能再版他也爱莫能助。

2000 年秋天,在我与中国人民公安大学余凌云教授通过本书第一次相识时,他向我介绍说,在香港城市大学做访问学者期间,他有幸认识了本书的原作者——在香港城市大学法学院讲授德国行政法的印度著名公法学者德里大学(University of Delhi)法学院马亨德拉·鲍尔·赛夫(Mahendra P. Singh)教授。当赛夫教授获悉中国大陆的读者很难获得本书时,表达了希望这本著作能有机会被更多的中文读者阅读的愿望。余凌云博士还认真地建议我尽快出版中文简体版,满足祖国大陆读者通过本书进一步了解和研究德国行政法的要求。这使我们萌发了在祖国大陆出版简体版的愿望。

如果说这两次以书会友的故事让我记忆犹新的话,那么,更

具有戏剧性的是与本书原作者见面时的情景。2001年8月,就在我将要结束在德国海德堡世界著名的公法研究机构 Max-Plank 比较公法与国际法研究所为期6个月访问研究的最后7天里,与赛夫教授在这个风景如画的德国城市不期而遇。世界真是小得不能再小了。为了使我们这次会面更有意义,德国著名行政法专家即本书原序言作者——海德堡大学法学院迪特里奇·科拉德(Dietrich Conrad)教授邀请我们两人到他家中做客。在本书中文本出版的10年之后,翻译本书的中国学者、写作本书的印度学者和本书序言的德国学者相逢在这本介绍德国行政法著作的德国故乡,并且相见的缘由恰恰是因为印度学者来到德国对本书第2版进行修改。我们3位分别来自中国、印度和德国的学者在交流中,以切身经历体验到“以书会友”这个词是那么的亲切。

这部15年之前出版的德国行政法中文版,现在之所以以简体版呈现在读者面前,是因为在台湾地区发行后一直难于为祖国大陆的读者所使用,仅仅出现在少数有机会阅读本书的学者发表的论著引文之中。虽然2000年以来祖国大陆相继出版了一些德国学者撰写的德国行政法著作的中文版,然而,这部从普通法法律文化传统视角来研究德国行政法的著作对中国读者而言,正如德国行政法专家迪特里奇·科拉德在本书序言中所说的那样,这部以普通法的观点研究德国行政法的著作,丰富了比较行政法的研究而具有特殊的价值。

简体版之所以没有根据原作者2001年第2版重新翻译,一方面是由于时间和精力限制,另一方面虽然赛夫教授乐意促成重新翻译计划的实施,但由于原版与修订版并非由同一个出版社发行,重新翻译必须取得新的版权许可并非可以在短时间内解决,所以姑且以原版本的形式满足读者之需。

我要感谢我的同事四川大学法学院陈永革教授、上海交通大学

大学法学院叶必丰教授和朱芒教授。叶必丰教授本来就把这部简体版列入他将主编的公法研究丛书的选题,只是由于时间的关系而未能如愿。我还要感谢武汉大学法学院周佑勇教授,他帮助促成简体版尽早出版的努力令我难以忘怀。还有西南政法大学行政法学院王学辉教授,国家行政学院杨小军教授等朋友,正是他们的热情建议和鼓励,才促使我出版这个中文简体版。最后要感谢的是本书责任编辑李怀德先生极有效率的工作和我的硕士研究生程媛媛、宁雪伶、魏薇和程杨梅同学细心阅读了简体版,协助我更正了中文繁体版出版时因未阅读清样出现的文字谬误或不当。

周 伟

2005年12月25日

译者的话

行政法是现代民主政治发展的重要标志。任何国家行政法的发展,都离不开吸收、借鉴和参考不同法律文化背景中行政法的经验与价值。对世界各国行政法进行比较研究,不仅是繁荣法学研究和法制建设工程所必需,而且也是探求行政法在不同社会背景中的运作与实效,揭示当代行政法发展的共同趋向的重要内容。呈现在读者面前这部由印度行政法学者 M·P·赛夫教授撰写的《德国行政法——普通法的分析》,正是我们为尝试这一目的所做的努力。

这部比较行政法著作,堪称迄今为止第一部用英文出版的全面分析和探讨德国行政法的专著。作者不仅以普通法的法律观念,深刻地阐释了德国行政法的重要原则与基本理论;而且依照德国行政法的结构体系,描述了行政法上关于行政行为、行政立法、行政程序、行政合同、行政责任、司法审查及行政法院等具有重大意义的行政法理论实践问题。由于作者站在比较法学家的立场剖析了普通法国家的法学家们最感兴趣的有关德国行政法的问题,并且与英国、印度和美国的行政法作了相应的比较分析和研究,进而阐明了当代德国行政法与普通法国家行政法相互学习、相互借鉴和相互融合的内容和趋向,描述了当代行政法的基本特质与发展态势,因此,读者通过本书,不仅可以了解比较行政法研究的最新成果,特别是德国行政法的运作,而且也能够充分领悟普通法系与民法法系之间的对话、沟通与接近,特别是在行政法领域的进展。因此,这部著作既有助于普通法国家

的法律工作者深刻地认识和理解德国行政法,同时也有益于以德国法为基础的法律文化国家的法律工作者认识和掌握德国行政法,推动本国行政法的理论研究,促进本国行政法实践的革新。在此意义上,本书具有积极的价值和现实的意义。

我要衷心地感谢五南图书出版公司杨荣川先生和李纯聆女士在本书翻译与出版过程中,慷慨地同意、支持出版。李纯聆女士多次专函对本书的校译工作提供了技术指导,使这本译著得以呈现在中文读者面前。同时,我要感谢我的硕士导师前中央大学法学院讲师,现西南政法大学王明三教授在我攻读硕士学位研究生期间给予的精心指导,并为我进一步研究行政法提供了许多建议与指导。最后,我要感谢四川广播电视大学刘顺斌先生认真地帮助我誊写译稿,做出了大量的牺牲。没有他们的帮助,本书的出版就会遇到更多的困难。

周 伟

1990年12月

原作者致中文版前言

为周伟先生翻译的拙著《德国行政法——普通法的分析》中文版作序,令我十分高兴和自豪。我诚挚地希望并祝愿该书的中文版是一部能便于中国读者根据普通法的观念分析理解德国行政法的导论读物。

就我根据一些不全面的、间接的资料所进行的微不足道的研究而言,在当今世界主要的法律体系(legal systems)——罗马法系(德国法,即民法法系和普通法系)中,中国的法律制度与民法法系的密切联系及其类似性,胜过了它与普通法系的关系。或许正是由于这个理由,周伟先生选择了把这部论述德国行政法的著作介绍给中国读者。这并不是说其他关于普通法国家行政法的著作没有被译成中文本的形式出版,而是指本书提供了关于民法法系和普通法系比较研究的图景。虽然,本书没有以德国法学家们可能采用的方法叙述,而是使用普通法的法学家所惯于使用的方法,但毫无疑问,它将为中国读者介绍关于民法法系和普通法系法律制度中的行政法的优点及其研究法。

读者在研究民法法系和普通法系行政法优点的时候将会看到,在各种不同的法律制度中,尽管它们的出发点与具体情形可能大相径庭,但是,有关的核心原则却仍然朝着相同的方向发展。例如,德国行政法的历史根源、基本原则、学说与英国行政法的原则、学说存在着明显的区别;两国在具体实现行政法的原则、学说的方式上也有着广泛的不同;关于行政法的范围与内容也不一致,但是,如同在其他别的法律制度中一样,行政法的最

终目的都是为了促使国家行政机关服从于法律。这就是在民法法系和普通法系中行政法的内容与目的之所在,或许必然也是中国行政法的内容与目的之所在。

在不同的法律制度中,当然不是在一切法律制度中,行政法领域所表现的明显差异及其特性,都是由在某一既定时期中该法律制度所依据的宪法结构与政治体制所决定的。宪法结构和政治体制赖以形成的各种原则,对于行政法的形成具有决定性的作用。例如,在十九世纪,英国关于支持一元化民主(unitary democracy)及其存在的争论,导致戴雪(Dicey)否认在英国存在行政法。戴雪关于应当通过普通法院来捍卫议会主权(the Supremacy of Parliament)和法治原则(the rule of Law)的观念,导致了类似的行政裁判所(administrative tribunals)被强烈谴责的行政法。但是,随着本世纪多元民主(plurist democracy)的出现,英国关于立法机关和司法机关地位与功能的观念发生了迅速的变化,因而,关于行政法的观念也出现了相应的变化。同样,为了发挥在大革命之前的政体中所不存在的三权分立学说的作用,在大革命之后的时期里,法国建立了独特的裁决行政案件的机构。在德国,对于行政案件裁决的问题,众所周知的关于警察国家(Justizstaat, judicial state)与法治国(Rechtsstaat, Legal state or state based on the rule of Law)之间的区别,再一次地证明了在德国存在着独立的行政法院。

毫无疑问,中国行政法也具有她自己的特色。由于缺乏有关中国法律制度的全面的了解,我不能够准确地说明中国行政法的性质,以及中国行政法与其宪法结构和政体之间的关系。但是,凡是熟悉行政法的人都可以充分理解这一点:中国的政治制度和中国对三权分立学说的拒绝对中国行政法所产生的影响。中国的行政诉讼法之所以不同于美国、德国或澳大利亚,完全是由中国的宪法结构与政治体制形成的。但是,中国的行政

诉讼法既不会对中国的宪法结构与政治体制产生不利的影响,也不可能对其行政法产生副作用。它只不过证明了促使行政机关服从于法律的规范与机制,反映出行政法赖以运作的宪法结构与政治体制的特征。任何试图将行政法与该国的宪法和政治体制分离开来的企图,都不可能制定一种有效的行政法(effective administrative Law)。

我期望,该书将有助于读者认识这个问题和行政法上的其他一些重要的问题。该书必然将会激发读者进一步深入地研究这些问题的愿望与热情,以便建立完备的行政司法(administrative justice)制度和社会秩序。倘若能够达到这个目的,我认为译者的努力则获得了充分的成功。

比较法(Comparative Law)通过研究不同国家的法律制度(Legal institutions)以促进各国人民之间的文化理解与社会理解。尽管这部著作具有很强的专业性,所涉及的领域相对狭小,但是我仍有充分的理由认为,读者透过书中的内容,可以在一定程度上增进中国人民与德国人民之间的相互了解。本书关于印度法律的内容尽管不多,但仅仅由于原作者是一位印度人这个事实,至少对于增进中国与印度两国法律工作者之间更进一步的理解决,并建立起密切的联系,也将产生一定的作用。

最后,应当指出,该书原著尽管出版于一九八五年,但是,自其面世以来,德国行政法并没有发生任何重要的变化。因此,读者将高兴地看到,它完全没有过时。即使最近德国实现了统一,但在统一之后不久的将来,也不会出现任何实质性的变化。这是因为,统一之后德国实行的完全是本书所论述的法律制度。

M·P·赛夫

一九九〇年十月四日

序 言

为马亨德拉·鲍尔·赛夫博士撰写的这部德国行政法作序，我感到十分荣幸。

在一九八一至一九八二年期间，赛夫博士大约有两年的时间在海德堡大学从事研究工作。他一边在鲁布裂奇·卡尔大学南亚研究所工作；一边在马克斯·普兰克比较公法与比较国际法研究所研究。赛夫博士在德意志联邦共和国期间，以精心细致而令人钦佩的方式对德国行政法进行了综合的研究。他以自己在海德堡大学的研究成果为基础，撰写出这部《德国行政法——普通法的分析》著作。赛夫博士之所以具有写作该书的独特条件，有三方面的理由：其一，他熟悉本国的行政法。这使他能够相当客观地审视德国行政法；其二，他的德语知识使其能够接触汗牛充栋的德语文献和法院的判决；其三，他能够以学者的精神深入钻研自己掌握的材料。这部著作似乎是第一部用英语写成的对德国行政法全面系统的专题研究著作。

德国行政法具有许多不为人们所熟悉的，至少为普通法国家所不常见的特点。在十九世纪末二十世纪初，由于德国行政法受到法国行政法的影响，行政法的各种原则及其一般规则大部分都是从那些渊博的著作和法院的判决之中发展起来的。第二次世界大战以后，德国的行政法院制度获得了最全面的发展。行政机关作出的一切影响个人权利的决定，都可能被法院进行审查。联邦宪法即德国基本法第十九条第四款对此给予了保证。德国建立了三级三审的行政法院体系，它们每年都处理数

以千计的行政案件。在七十年代发展起来的行政法的一些重要领域中,并未用规范的立法加以确认。近年来,这些发展都已经逐步地被法典化。在这些法典化的法律中,最重要的是一九七六年制定的行政程序法(Verwaltungs Verfahrensgesetz)。

赛夫博士这部著作堪称一部精湛地分析德国行政法的佳作。我希望,这部著作将会得到许多英语国家的学者、师生和律师的研究。

鲁道夫·伯恩哈德

马克斯·普兰克比较公法与比较国际法研究所所长
海德堡大学教授欧洲人权法院法官