

清华法学丛书



德国 行政法

于安编著

621

清华大学出版社

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

1003985

德国行政法

于 安 编著

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

内 容 简 介

本书对德国行政法进行了系统扼要的介绍。其主要特点是：第一，内容覆盖面宽，涉及了德国行政法的基本原理、行政组织、行政行为 and 行政救济等各方面问题；第二，直接引述了德国法院有影响的判例，有助于对重要行政法问题的认识和理解；第三，以德国现行法律规定为基本根据设计结构和讨论问题，力求反映当代德国行政法的实际情况和运作过程。结构上设置八章，主要内容为：德国行政法的基本概念和基本原则；德国行政组织；行政活动的法律方式；行政程序和行政执行；法律救济。最后，根据 1998 年版本翻译的德国《联邦行政程序法》，作为附录置于书后，供学习时参考。德国是大陆法系的代表国。中国的法概念和法技术受到大陆法国家的深刻影响，德国行政法的法律理论和实践经验对我国有重要的参考价值。

本书可供各级政府法制部门、司法行政审判和行政检察部门、各级人大法制工作部门的工作人员，各大专院校和有关研究机构中从事行政法学教学、研究的人员，法学专业的学生以及其他关注国家行政法发展的读者使用。

书 名：德国行政法

作 者：于 安 编著

出版者：清华大学出版社（北京清华大学校内，邮编 100084）

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

印刷者：北京市清华园胶印厂

发行者：新华书店总店北京发行所

开 本：850×1168 1/32 印张：7.875 字数：201 千字

版 次：1999 年 10 月 第 1 版 1999 年 10 月 第 1 次印刷

书 号：ISBN 7-302-03692-6/D·19

印 数：0001~3000

定 价：16.00 元

序 言

德国是世界上在行政法和行政法学方面有代表性的国家,精于思辩的德国人建立了一套独立和系统的行政法学理论。德国学者在传统的国家法学和公法学基础上,概括出堪称典范的行政法学一般原理,对德国国家的行政、立法和司法实践产生了持久和重要的影响。当代德国法院的司法判决经常和大量地引述德国行政法学著作的理论主张和理论原则。德国在行政法总则立法方面已经取得很大成就。由于行政管理的领域多样性和更新迅速,行政法总则一直是行政立法重要和困难的课题。1976年公布的《联邦行政程序法》将德国行政法总则的基本内容成文化,是德国当代最重要的行政性法典。

德国行政法的基本特点是比较注意行政效率和法律公正的平衡,体现了当代行政法发展的一般趋势和基本方向。

中国的近代法制和法学曾接受了德国法的深刻影响,在法律概念和法律技术方面,中国与德国有更多的沟通点和交流语言。随着我国行政法制建设和行政法学研究的发展,需要对外国行政法有更多的了解和研究。近十年来,我国已经出版了一些介绍和研究美国、英国、法国和日本等发达国家行政法的著作和译著,但是介绍德国行政法的出版物还很少见。德国在行政法总则成文法化方面积累的大量经验和行政法学方面形成的深刻理论,有许多值得我们参考和研究之处。

我编写本书的目的,是想向中国读者介绍当代德国行政法的基本方面和主要问题。书中采用较小的篇幅和熟悉的题目编写阐述,注意介绍为中国读者所关注的一些行政法问题。在介绍理论和

法律规则的同时,对一些重要和费解的问题引入了德国法院有影响的判例。本书是作者根据在德国搜集的最新原文资料编写的,目的是使本书内容可靠和有时代意义。

我对德国行政法的研究和这本书的出版,要感谢德国马普比较公法学研究所和所长费罗文教授的支持和帮助,他们为我提供了在联邦德国学习及研究的机会和条件。感谢康斯坦萨大学毛哈教授和海德堡大学斯密特-阿斯曼教授,他们在行政法学学术方面给我以教导和支持,他们的著作是我的首选参考书。感谢清华大学出版社有关同志对我的研究工作和本书出版所给予的巨大支持。正是有了他们的支持,才有这本书的问世。

于 安

1999年6月于北京清华园

作者简介

于安，男，1956年生，现任清华大学法学院行政法学教授。

1992年—1993年，在丹麦国立奥尔胡斯大学法学院学习欧洲共同体法。1993年—1994年，在德国马普公法研究所研究德国行政法。1998年，在德国海德堡大学法学院研究德国行政法。

曾参加我国《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《行政复议法》等法律法规的起草研究工作。主要著作有：《外商投资特许权项目协议与行政合同法》（独著）、《行政诉讼法通论》（主编）、《政府行政法律行为》（主编）、《行政诉讼法》（“九五”规划高等学校法学教材）（第一作者）等。

目 录

序言	Ⅲ
第一章 国家行政和行政法的基本概念.....	1
第二章 行政法基本原则	25
第三章 行政组织	49
第四章 行政法令和规章	74
第五章 行政行为	97
第六章 行政合同.....	133
第七章 行政程序和行政执行.....	153
第八章 法律救济.....	165
附录 德国联邦行政程序法.....	192
主要参考书目.....	241

第一章 国家行政和行政法 的基本概念

一、国家行政的基本概念

德国行政法是关于公共行政的重要法律领域或法律体系。法律规则只有同它所规范的社会现象联系起来,才能确定该法律规则的性质和作用,才能对特定的社会关系产生调整作用。不同历史类型的行政有不同的性质、范围和行政方式,因此也就有不同类型的行政法。现代德国行政法是所谓“社会法治国”的行政法,其规范对象不仅有传统的自由法治国时期的所谓“干预行政”,还包括体现现代行政特征的所谓“给付行政”或者“福利行政”。但是这种现代的福利行政又不同于历史上的所谓警察国的福利行政。所以应当首先讨论行政的历史类型,然后再进一步研究德国行政法上行政的一般概念。德国的行政分为专制君主国行政、自由法治国行政和社会法治国行政三大历史类型。

(一)“警察国家”行政

这是指在 17 世纪和 18 世纪德国国家制度中的行政。时间跨度是 1618 年至 1648 年的 30 年宗教战争,以后至 1789 年法国大革命爆发。这一时期的德国行政具有两个基本特点:一是实行政治专制,国家政权任意专横,不受法律限制;二是国家社会职能的广泛。国家控制了大部分经济生活并关照私人生活,直接干预社会和经济。专制统治的主要手段是集权官僚体系、新国防动员体制和有组织的财政政策。国家干预社会经济首先是为了通过促进经济

和贸易来取得国库所必需的财政收入，其次是解决战争遗留的严重社会经济问题，第三是国内诸侯之间和欧洲国家之间的争雄。巴伐利亚、勃兰登堡、萨克森、汉诺威是其典范。这种社会职能广泛的专制国家被称为“福利国家”(Wohlfuhrstaat)或者“警察国家”(Polizeistaat)。这里的警察，是指当时全部内务行政的总和。

1618年到1648年的所谓三十年战争，开始了一个在民族国家中不是由宗教，而是由国家至上原则起决定作用的时期。1648年的威斯特伐利亚和约确认了新的力量对比关系，法国和瑞典保留了强国地位并成为德国的主人。如果说瑞典对德国的影响只是暂时的话，那么因为法国在欧洲的霸权一直持续到19世纪，它对德国国家制度的影响更为持久。德国诸邦几乎都效仿了法国在17世纪期间建立起来的专制制度。

在德国专制主义制度中，体现国家最高权力的是国王，或者更准确地说诸侯和贵族。当时德国是一个拥有主权的小国联盟，小国多达360个。中世纪传统的等级制法律制度的瓦解，使国王建立了一套新的官僚军事统治体系。这个统治体系以国王的个人权威为基础，一切官员和士兵仅仅向诸侯个人负责。各小国的诸侯和贵族凭借政治上至高无上的权力，被视为法律和权力的唯一源泉，他不受任何外来力量的制约，也不受自己法律的约束。中世纪的等级社会失去了旧日的特权，成为听命于诸侯的附庸；市民阶层在战后经济萧条中的状况和农民一样，没有经济实力和政治地位。其典型是霍亨索伦王朝在勃兰登堡-普鲁士建立的军事官僚国家。它规定本邦贵族担任文武官职，市民经营商业和手工业，农民提供便宜的生活资料和服军役。根据1794年的德意志法典，国家可以被看作一个司法意义上的法人，被迫为国家做出牺牲的人可以申请国家补偿。

到18世纪后期，专制国家制度在奥地利和普鲁士得到充分发展，两国成为一流的军事强国。二强争霸左右着德国的命运，直到

1866 年以普鲁士占上风而定雌雄。

（二）自由法治国行政

这主要是指 19 世纪的德国国家制度中的行政。理论上的时间跨度是从 1789 年法国大革命爆发后到 20 世纪初。德国在 19 世纪的所谓自由法治国，虽然从未达到理论表述上的纯粹程度，但一般而言主要有两个特征：第一，国家职能仅限于承担“守夜人”的角色。在法国大革命影响和市民阶层的要求下，德国国家对国内经济和社会生活的干预减少到了国家职能最低或最基本的程度，即仅保留维护公共安全和基本秩序、消除社会危险的职能。社会和经济生活则按照自由竞争的原则，靠自发的调节机制来决定发展方向和发展过程，实行自由放任。对国家的角色和作用，实行禁止性的不作为规则，并体现于 19 世纪德国各邦国的宪法当中。不干涉原则的重要例外，是国家仍然保持在文化教育领域的干涉或者说直接管理；第二，对国家的干预职能，实行法律保留制度。所谓法律保留制度，是指国家对经济社会和公民自由的干预，必须得到法律的授权。没有议会法律的授权，国家不得进行干预。这种制度实际是当时公民权和议会权对国王权力进行限制的法律表现。公民权、议会权对国王权的限制关系是所谓自由法治国的政治基础，它由宪法进行肯定。但是这个原则也有一个重要例外，即国家和行政组织内部发生的关系，被列为所谓的“特别权力关系”，不受上述法律原则的约束。例如兵役关系、公务员关系、监狱管理关系等等。

德国现代意义的法治，是适应德国工业化进程于 19 世纪自由法治国时期开始的。德国工业化以政治上的自由主义为必要条件，要求国家对经济实行放任主义，国家干预受法律的约束。法治内容从结构上可以分为私法和公法。在私法方面，德国首先实施了统一的商事法律。1848 年颁布了《普通票据法》，1861 年颁布了《普通商法典》，1869 年颁布了北德《工商管理法》。它们都是德国经济上实

行自由放任主义的法律标志。德国实现政治统一以后,综合性私法法典得以产生,19 世纪末德国颁布了著名的《德国民法典》,于 1900 年 1 月 1 日实施。在公法方面,除了 19 世纪 50 年代各州制定的宪法以外,行政法院于 1863 年从巴登州开始,在各州纷纷建立起来。《法院组织法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》也在 19 世纪后期颁布实施。

1869 年公布的北德《工商管理法》是法治国制度发展的基本标志和高潮。这个法律规定了职业自由和工业自由,禁止国家对上述自由的干涉。以维护正常秩序、防御危险的名义对其进行干涉,也需要以议会法律为根据进行解释。这个法律至今在德国仍然有效。

德国的自由法治国制度,是一个发展的过程概念,为了了解它的整体背景和实现程度,我们有必要回顾德国这一时期的政治发展过程。

正像专制主义是来自法国一样,促使德国专制帝国崩溃和自由法治国建立的力量从某种意义上说也来自法国。1789 年法国大革命爆发后,普鲁士和奥地利利用武力干预邻国革命的努力被挫败。法国占领了莱茵河两岸的广大地区。到 1806 年,它们中的大多数都被置于法国的保护之下。在同一年,皇帝费郎茨(Franz)二世被摘下了皇冠。但是德国并没有发生法国式的革命。重要原因之一在于与中央集权的法国不同,德国帝国的联邦结构阻碍了新思想的传播。但是德国也没有能够面对强大的社会变革而无动于衷。为了打破封建屏障,首先在帝国联邦内的州,然后在普鲁士开始了改革的进程。改革的内容有废除奴隶制、实行贸易自由、城市自治和普通兵役制。1814 年 9 月至 1815 年 7 月的维也纳会议重新安排了欧洲国家关系。但是代替老帝国的德国联邦,是一个由主权国家结合的松散联盟。它的唯一机构就是设于法兰克福的联邦议会,受奥地利和普鲁士两个强国的摆布。

这时，德国的现代工业经济已经开始发展起来。1834年，德国关税同盟建立。1835年第一条德国铁路建成并开始运行。1844年发生了德国纺织工人起义。在法国1848年二月革命的影响下，1848年3月，德国各州发生了起义，各邦国王做出了一些让步。5月，国民大会在法兰克福的堡尔大教堂举行，它没能产生一部统一的宪法，只是选举产生了没有权力的皇帝执行官。

到19世纪50年代，德国发展成为一个工业国家。普鲁士成为德国的工业强者。工业的力量加强了自由中产阶级的政治自信。1861年德国进步党成立，成为普鲁士议会中最强大的一个党派。1862年新首相俾斯麦(Qtto von Bismarck)上台，他依靠其成功的外交政策稳定了局面。在1864年和1866年战争中的胜利，使北德联邦取代了原来的德国联邦，俾斯麦成为总理。接着，他致力于德国的统一。德国在1870—1871年对法战争中取得了胜利，南德与北德联邦达成一致成立德意志帝国，德国实现了统一。1871年1月18日普鲁士国王威廉一世就任德国皇帝。总理在法律上只向皇帝负责，在长达19年的统治中，他并没有试图建立民主制度。普选权按照纳税额和财产额确定，中产阶级的力量虽然增强，但是起主导作用的仍然是贵族，特别是军队中的高级将领。1878年至1890年长达12年有组织的工人运动最终遭到失败。在第一次世界大战中的败绩促成了德国帝国的政治崩溃，1918年德国变成一个共和国。共和国政治权力落入社会民主党人手中，激进左派将革命推向社会主义的企图被军队镇压下去。原来的财产制度未加触动地保留了下来，反共和的大多数公务员和法官毫无例外地被接收下来，皇帝军队的旧军官也被保留下来。

1919年国民大会通过了一部新的宪法，即魏玛宪法。随着1929年的世界经济危机，议会中往往不能形成多数。到1932年，希特勒的纳粹党成为议会中最有势力的政党，1932年1月30日希特勒成为总理，开始了直到第二次世界大战后才结束的希特勒

专制统治。

（三）社会法治国行政

社会法治国，是对当代德国国家性质和职能的总体概括和原则要求。时间跨度是二次大战后，特别是德国基本法实行后至今。德国基本法第 20 条规定，德意志联邦共和国是一个社会的和民主的联邦国家；第 28 条规定，共和、民主和社会法治国是基本宪法原则，各州宪法必须符合上述原则。现代德国的所谓社会法治国有两方面意义：第一，国家可以有广泛的社会管理职能；第二，国家管理职能必须受到法律的约束。

国家职能的扩张，是社会法治国区别于自由法治国行政的第一特征。到 20 世纪初，除社会基本秩序和文化领域外，国家对社会和经济的参与已经接近零点。致使国家职能扩张到今天从摇篮到坟墓的社会国或行政国的程度，有一些客观原因。自由竞争的极端化制造了可以摧毁自由竞争制度本身的社会矛盾和冲突，客观需要一个超脱于所有自由竞争主体扼制垄断的协调执行官，需要一个维持基本社会公正而免于社会崩溃的社会产品分配者。生产高度社会化和科技进步成为经济发展的第一动力，又需要一个执行共同社会事务的组织者。上述角色都历史性地由国家承担起来。两次世界大战的发生、进行和后果的消除，极大地加快和促进了德国政府承担起上述职能。因此，国家不仅要负责照顾私人的社会安全，而且还必须担负组织社会生存和发展的一系列职责。例如水、电、气的供应，污水、垃圾的处理，医疗卫生，社会保险，教育体系和城市规划，以及由于战争造成的经济衰败、城市住宅拥挤，生活贫困以及其他需要国家出面加以解决的矛盾。行政法学家把国家的上述职能称为“给付行政”，称这种行政的社会基础是所谓的“生存照顾”。第二次世界大战后德国经济的重整和恢复，20 世纪 60 年代和 70 年代的“经济起飞”，政府的确发挥了巨大的不可替代的

作用。

国家社会职能的作用和组织必须受到法律的约束,这是社会法治国区别于警察国福利职能的第二个特征。为实现国家的社会职能,需要组织庞大的国家机器,国家职能的实施必然同公民权利和利益发生关系。为了不使“行政的给付”成为单方面的恩赐,使这种恩赐成为任意干预公民自由的条件,成为新的专制行政的理由,必须对国家机关的组织和活动进行法律上的规范。德国基本法第20条和第28条关于社会法治国的规定,其内容的确定性虽然没有最终完成,但是它稳定的核心因素,应当是像公民基本权利、依法行政那样不可动摇。联邦宪法法院通过判例对基本法的内容进行解释,在20世纪50年代中期承认了主观权利的概念,公民得到国家给付是公民的权利,而不是国家的恩赐,向公民提供福利是国家的义务;20世纪70年代初又否认了长期保持的所谓“特别权力关系”,将法律对基本权利的保护达到了完全普遍化;20世纪60年代中期又颁布了《联邦行政程序法》,进一步确定了公民对行政活动的参与权和监督权。法治的内容不断扩大发展,这个过程现在仍然在继续。

当代德国行政法是德国国家法治的一个组成部分,它的基础和对象就是以广泛的社会职能为特征的国家行政。

(四) 行政法上行政的定义问题

在德国的法治制度下,虽然行政活动都已经被置于法律的规范之下,但是因行政活动的性质、方式以及它们在不同历史条件下的变化,需要用不同的法律进行规范,并不是所有的行政活动都由行政法规范,行政法只是规范行政的部门法之一。为了确定行政法的规范对象和范围,就需要严格定义行政法上的行政意义。

对于行政法作为部门法意义上的行政涵义和范围,法律没有做出统一的界定。目前德国行政法最重要的综合性法典德国《联邦

行政程序法》，所提到的行政仅仅限于该法适用范围。因此，对行政法上“行政”的认识，主要依赖于行政法学根据各种法律规定进行的概括。

德文的行政(Verwaltung)，是个普遍使用的多义词。当您走进德国的公共或私人单位的办公楼，您总能发现标有 Verwaltung 的机构，它们多是处理像财务、后勤事务的部门，并不都具有行政法上的意义。国家行政与其他行政有区别。其他行政是私人的和任何非国家自治性管理活动的总和，例如企业、行业、社区管理和私人个人事务管理等等。国家行政的组织结构、活动职能和活动方式诸方面特殊性，是区分国家行政和其他行政的标准。

国家意义上的行政，在国家制度的沿革上是否定专制君权，最后确立立法、司法和行政国家权力结构的结果。德国宪法使用了一个专门的词 Vollziehende Gewalt 来表示行政，相当于美国宪法上用英文表示的 the executive，中文的意思是“执行”或“实施”。它表达了行政在宪法上的实质属性是执行性的国家权力。对于这种实质属性的理论定义，有否定式和肯定式。否定式采用行政不是什么的方法。德国行政法学家奥托·梅叶(Qtto Mayer)和瓦尔特·杰里内克(Walter Jellinek)主张这种观点并有持久、强大和主导性的影响。他们主张行政是一种国家活动，是在立法和司法以外的其他公共权力的承担，即行政是立法、司法以外所有国家权力的总和。这种定义行政的观点，被称为所谓的“排除说”或者否定性的实质标准。运用肯定式方法对国家行政的实质含义进行定义，人们做了许多尝试。例如，认为行政是在个案中对国家目的的实现(Peters)；行政是在法律框架内以权利为基础的社会构造行为(Forsthoff)；行政是主权的手段运用(Giese)等等。为了达到划分权力的初衷，按照孟德斯鸠的设计，权力划分必须由具体的国家机关来体现，也就是按照执掌权力的部门来具体体现上述权力的划分。所谓行政权，就是由行政部门执掌的权力。这就是区分权力的

所谓“形式标准”或者组织标准。

上述任何一个标准都限于指出行政活动的基本属性甚至根本属性,但是并未能克服“行政”一词的多义性达到统一定义的目的,不能取得行政法上“行政”概念抽象所需要的彻底性、普遍性和概括性。也许由于行政本身的特点,行政活动、行政职能、行政权力和活动方式的多样和易变,使得一个既能覆盖今天又能预示未来的概括性定义几乎是不可能出现的。所以当代德国行政法代表人物,德国“给付”行政法学的创始人,德国海德堡大学教授恩斯特·福斯多夫(Ernst Forsthoff, 1902年—1974年)疲惫而又绝望地告诉人们:行政是不能定义的,仅仅是可以描述的。对行政定义的了解,最重要的是掌握行政产生的背景和行政的基本特征。

虽然行政多样和多变的特点造成做出一个可以普遍接受的实质性行政定义的困难,但是仍然可以概括出几个相对比较稳定的独立特征,这些特征虽然不一定体现在每一个行政活动中,但它确实是经常出现的。奥托·梅叶曾经说过的一句被广泛引用的话也许可以用来证明行政固有特性的存在:宪法消失了,行政法依然存在。这句话被作为行政法具有相对独立性的经典论述。

1. 行政的社会公共性,是对行政活动方向和目的的概括。行政的基本功能是对社会进行组织,使它结合成为一个共同体,即通过协调处理社会关系来形成和维持共同体的社会性。这一功能说明行政活动具有公共性质。它的设置和活动,应当服从于社会的公共利益和共同目标。社会公共利益的内容和范围经常变动。人们对它的认识也有一个逐渐达到一致的过程,为了使行政能够公正持续有效地发挥作用,只有依靠法律来对公共利益进行界定。行政机关只有在法律范围里活动,才能被认为是公正和代表公共利益的。衡量行政活动社会公共性的准则应当和只能是法律。但是,行政职能在内容和目标方面并非都是公共性的,它在法律规定的范围内也服务于个人利益的实现,比如社会救济。德国是一个典型

的个人利益与公共利益分离的二元化社会。德国基本法宣布人的尊严和公民基本权利是最重要的宪法原则,一切国家机关的活动都要服务于这种权利的实现和保障。在一般情况下,公共利益可以全部或部分地包含个人利益,但冲突也是不可避免的。行政机关的保护和实现私人利益,也主要是从维护公共利益着眼的,例如社会秩序、社会公正和社会发展,而不是个别人或组织的特殊需求。

2. 行政活动未来性、主动性和个案性,是对行政活动主要内容的概括。行政的主要职能是不间断地处理面向目前和未来的日常社会事务,对那些业已发生的过去事务的处理和裁决不是它的活动的主要方面。行政对法律的执行有主动性,任何法律没有也不可能详尽无遗地包容行政活动的所有内容。行政机关对法律的执行必须是积极的、具有创造性的。例如在提供城市娱乐设施、发展城市建设,法律并没有规定具体数目,而是由行政机关自己来决定的。当然,它在进行城市建设时,要遵守城市规划和城市建设法律规定;在设置文化娱乐场所时,要遵守文化建设方面的法规。通过上述特点,可以大致将行政机关的活动与司法机关的活动区别开来,法院的活动是以第三者的身份,对发生在过去的法律争议进行裁判的活动。它是一种被动消极的适用法律的活动。行政活动的个案性,指行政是将抽象的法律规则具体运用于众多的个别事务的活动。当然,这种观点不是绝对的,而是相对于行政活动一般特征和活动的主要内容而言的。行政机关也有制定规则的行为。但这种规则的制定必须以法律为依据,规则的运用由行政机关本身进行。

前面讨论的是行政的总体概念,还有行政的几个类别概念在行政法上有重要意义,会有不同的法律后果。这主要是指:

1. 干涉行政和给付行政的概念。这是按照行政对被管理人利益得失效果为标准做出的划分。它们是德国行政法上非常重要的划分和非常重要的概念,反映了德国行政职能自本世纪以来的最