

6 中德公法学论著

德国公法 权利救济制度

Rechtsschutz im deutschen
öffentlichen Recht

刘 飞 / 著

本书主要在规范分析和制度构建层面阐释德国公法权利救济制度，并在规范解释的意义上阐释相关理论与规范之间的关系、规范适用范围以及在实体法律制度构建中的意义。在公法权利救济制度体系中，行政诉讼制度无疑为核心制度，行政复议制度亦具有独立的制度功能，而宪法诉讼制度和国家责任制度则起到了重要的弥补漏洞的作用。通过以《德国基本法》第19条第4款为核心的规范体系，构建以行政诉讼制度为主体的公法权利救济制度，以尽可能法律化公民与国家之间的关系，是第二次世界大战后德国建设实质意义上的法治国家的基本思路。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

 中德公法学论著

德国公法 权利救济制度

Rechtsschutz im deutschen
öffentlichen Recht

刘 飞 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

德国公法权利救济制度/刘飞著. —北京:北京大学出版社, 2009. 11
(中德公法学论著)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16237 - 8

I. 德… II. 刘… III. 公法 - 权利 - 研究 - 德国 IV. D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 204055 号

书 名: 德国公法权利救济制度

著作责任者: 刘 飞 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16237 - 8/D · 2497

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 17 印张 278 千字

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

丛书总序

第二次世界大战以后,德国公法有了盛况空前的发展。其在规范国家权力、建设法治国家方面所作出的努力及成功经验,无疑值得我们关注。公法调整的对象主要为个体与国家公权力主体之间的关系,此外还有公权力主体之间的关系问题。其中,宪法和行政法无疑构成了公法领域的两大支柱。从学科分类而言,公法学所涵盖的领域则可以有宪法、行政法、国际法、教会法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、税法、社会法和社会保险法等法律部门。^① 本丛书以宪法和行政法为核心内容,但是并不限于此,举凡与公法有关且具有相当学术水平的作品,皆可以入选。对于目前国内资料还比较缺乏的关于地方法、公民的基本权利、社会法、警察法、环境法、建设法与规划法、学校法、考试法等方面的论著,丛书首先予以重点关注。

丛书致力于以公法学人的分析方法,从整体上并有所侧重地对德国的公法制度进行系统分析阐述,同时亦致力于进行比较研究。丛书由译著、著作和论文集构成,尽管译著构成了丛书的主体内容,但是丛书同时也收录专门研究德国公法的中文著作和论文集,以及主要基于德国公法学术背景所撰写的中文论著。

推出本丛书的想法由来已久,由身处于德国及我国海峡两岸的中德学人共同筹划本丛书,也是一种新的尝试。感谢学界前辈对本丛书的关怀,感谢北京大学出版社的鼎力支持。

主编谨识

2008年6月

^① 参见 Creifelds Rechtswörterbuch, 17. Aufl. 2002, S. 1094.

前言

一、成书缘起

国家并非万能,个人亦非天使,二者各有不同的基本价值取向。如何构建国家公权力与公民权利之间的良性互动关系,是现代自名为“法治”的世俗国家所面临的共同难题。德国在历经纳粹时期以各种合法、非法与违法手段肆意践踏法制的历史阶段之后,深刻认识到维护法制、保护公民权利乃是国家稳定之根本,因此在“二战”以后逐步建立起完整的公法权利救济制度。作为该制度的核心渊源,《德国基本法》(以下简称《基本法》)第19条第4款规定:对于任何一个受到公权力侵害其权利的人而言,法律途径都是敞开的。然而面对强大而又无所不在的国家权力,个人权利如何得到保护,怎样才能使受到公权力侵害的权利得到救济,这些问题却并非仅有《基本法》第19条第4款的明确规定即可迎刃而解。诸如立法者如何对此作出规定、执法者(包括行政机关与法院)应如何适用宪法与一般法律、应当设立哪些机构服务于公民权利救济、这些机构之间应如何相互配合、寻求权利救济的公民是否应当有权对权利救济方式作出选择等问题,都还有待于在制定规范和构建制度的过程中做出回答。本书所试图探讨的,就是这样一些具体问题。

写作本书的想法由来已久,早在2004年前后即与一些朋友交换作者所持的观点和规划中的本书论述体系。2006年暑假期间,本书的整体框架和基本内容基本成型,并开始与北京大学出版社商谈出版事宜。本书

2 德国公法权利救济制度

原定的出版时间为2008年年底,但是由于作者的懈怠和写作体系的两番变动而数度推迟。也正是由于这些过程,作者将本书的写作目标定为:以中国学者的视角、主要以规范分析方法来评述德国公法权利救济制度的规范基础和制度体系,并将之与我国情况作初步的对比。当然,对此,作者也不免心怀忐忑,原因之一在于视野所及的德国公法著作中,仅有分别论述行政复议制度、行政诉讼制度、国家责任制度或宪法诉讼制度者,而并无与本书构架基本相同的著作。形成这一状况的原因仅在于其学术传统上的一脉相承,还是出于其他原因?作者始终惴惴不安。

就在本书即将呈送出版社之际,作者才发现第一本类似选题的德文著作的出版,即由埃勒斯和肖赫两名著名教授主编、篇幅达906页的《公法中的权利救济》一书。^①由于该书属于格鲁伊特出版公司(De Gruyter)的法学教材(de Gruyter Lehrbuch)系列,因此不难得知其应与同系列的其他著作一样,为权威教授主编、多位著名教授担纲撰写的大部头教材。可惜的是,该书目前尚处于出版社的新书预告阶段,尽管其预期的出版时间为2009年9月,但是具体何时能够正式出版并为作者所获得,还会有一个并不短暂的过程,因此该书尚难成为本书的参考资料。从出版社的预告可以看出,该书致力于就公法中的权利救济问题集中作出系统论述,而以作为公法核心领域的宪法与行政法上的公民权利救济问题作为其主体内容。^②从这一点而言,该书与本书的努力方向是一致的。但是依据目前所得到的信息,还是不难发现该书与本书之间至少有三方面的区别:其一,该书以较大篇幅在国际公法和欧共体法层面上论述公法上的权利救济问题,而此部分内容则为本书所回避。其二,该书沿袭学界惯例,把暂时法律保护制度(vorläufiger Rechtsschutz)视为与诉讼类型相并列的权利救济方式,而把行政复议视为行政诉讼中的程序之一(即前置程序)。而本书基于我国学界的常规,把前者视为诉讼程序之一而非一种相对独立的权利救济方式,把后者视为一种相对独立的权利救济方式。其三,该书并没有考虑宪法诉讼在公法权利救济制度中的作用,本书则相反。

① Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2009.

② Vorzeige des Buchs abrufbar unter: <http://www.degruyter.de/cont/fb/rw/detail.cfm?id=IS-9783899494976-1>, besucht am 17.08.2009.

二、本书主体内容

本书所称的公法权利救济制度,指的是在国家与公民之间的公法关系中,公民为实现其法定权利而向国家机关(包括法院和行政机关)提出请求,由国家机关对于是否支持其请求权的问题作出决定(即法院裁判和行政决定)的制度。

本书所谓的“公法”,指的是调整公民个体与国家以及国家公权力主体之间关系、此外还有公权力主体之间相互关系的法律部门。尽管从学科分类而言,公法学所涵盖的领域可以有宪法、行政法、国际法、教会法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、税法、社会法和社会保险法等。^①但本书关注的是公法领域中的两大支柱——宪法与行政法,而所阐述的主体内容则限于公民权利与国家公权力主体之间的法律关系。对于宪法与行政法之外的其他法律部门,本书尽量予以回避。例如对刑法和刑事诉讼法的内容,本书即便是在第五章“国家责任制度”部分,也一概予以回避。

所谓的“权利”,指的主要是主观权利意义上的权利(subjektives Recht),即公民因客观法上的规定所直接形成的权利以及通过客观法上的规定所获得的权利。正是因为此处对“权利”的限制,仅出于客观宪法秩序维护之考虑所设定的制度不在本书探讨范围之内。例如《基本法》第20条第4款对于反抗权(Widerstandrecht)的设定,虽然其调整的对象包含公民与国家之间的关系在内(抵抗的对象还可以是其他团体和个人),也为公民设定了一种类似于基本权利的权利(grundrechtsgleiches Recht),然而其规范目的却在于客观宪法秩序的维护,并且也与现行法的规定不尽相符。^②

本书所谓的“救济”,指的是国家机关应公民的请求而提供的法律保护,因而此处的“救济”与“法律保护”、“权利保护”一样,所指的都是Rechtsschutz一词。不过,出于制度功能以及表述习惯上的考虑,对于所谓的“暂时法律保护制度”,本书并不称之为“暂时权利救济制度”。从制度功能角度而言,则宪法法院和(包括一般行政法院、特别行政法院以及普通法院在内的)各专门法院、行政机关,乃至非经国家设立的其他解决纠纷的制度,都可以被归类于保护公民权利的制度范畴。学界通常对

^① Creifelds Rechtswörterbuch, S. 1094.

^② Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 116 f.

4 德国公法权利救济制度

《基本法》第92条作出的解释为:如果国家活动不从属于行政或立法的话,则其从属于“司法”,应由一名独立和中立的人——“法官”——来行使该权力。^①因此,宪法法院无疑也从属于“司法”,尽管其同时具有宪法机构(Verfassungsorgan)的法律地位。至于联邦与州国家机关之间的法律关系问题,则一般不在本书论述范围内,本书原则上仅在联邦层面展开论述。

经过这样的梳理,从制度内容上来看,德国公法权利救济制度主要由行政复议、行政诉讼、宪法诉讼和国家责任制度构成。虽然行政复议形式上仅为行政诉讼的前置程序,但是其独立的制度功能仍然不容忽视。行政诉讼制度无疑构成了公法权利救济制度的核心,而行政法院只是专门受理非宪法性公法争议的司法机构之一,一切非宪法性的公法争议,如果没有法律规定由其他法院受理,则由行政法院受理。因此,所有的公法争议都是可以诉至法院的,而行政诉讼则构成了公法权利救济制度中的第一道保护屏障。与行政诉讼相比,国家责任制度和宪法诉讼制度虽然在重要性上难以具有可比性,但是其不仅具有独特的权利救济功能,而且在救济漏洞弥补上的作用也不容忽视。

三、本书体例

本书并不奢求体系的完整,而是试图有所侧重地挖掘问题点。同时,由于德国公法权利救济制度所涉及的理论、规范和法律制度极为广泛,因此本书也不可能在内容上面面俱到。本书在分析德国制度时所采用的基本路径是:尽量在规范分析和制度构建的层面阐释公法权利救济制度——尤其是对在其中居于核心地位的《基本法》第19条第4款,并在规范解释的意义上阐释相关理论、规范之间的关系、规范适用范围以及在实体法律制度构建中所能够起到的规范意义。或者也可以认为,本书主要是基于规范分析方法对德国公法权利救济制度作出的阐释。也正是出于这一考虑,本书所用的参考资料多有倚重各种“评论(Kommentar)”之处,同时却并不着力于对本书所探讨的主要规范即《基本法》第19条第4款、第34条、第90条、第93条第1款第4a项、《行政法院法》第40条第1款、《民法典》第839条等的形成史,尤其是从“二战”以后的国家重建阶

^① Heyde, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 1203.

段直至两德统一进程完成前后所历经的变迁作出专门梳理,也对与作为公法权利救济上位原则的法治国原则相关的理论脉络和层出不穷的观念论争采取了刻意回避的态度。仅在阐释规范有所必要的情况下,本书才稍稍对这些内容作出交代。基于同样的原因,本书对于纯属程序性的问题,除了在第三章“行政诉讼制度”部分有所涉及之外,一般不作专门论述。

对于一些虽为德国公法权利救济制度中的重要内容,但对于我国公法权利救济制度而言并无直接联系的问题,本书避而不谈。例如欧盟法对于德国公法权利救济制度的直接影响问题。从原则上而言,欧盟法相对于德国国内法应当具有优先的地位。但是,两者之间的关系具体应当如何确定的问题,目前还没有得到完全确定的解答,至少欧盟法院和德国联邦宪法法院的看法并不完全一致。欧盟法院向来认为,欧盟法作为一种独立的法律制度,其相对于成员国的国内法而言无疑具有优先地位。但德国联邦宪法法院却认为,在欧盟法与国内法发生法律冲突的情况下,如果其认为欧盟法不能确保《基本法》中规定的基本权利的实现的话,联邦宪法法院应当有权利以《基本法》所确定的基础性原则(tragend Prinzipien)为标准来对欧盟法进行审查。^①因此,联邦宪法法院虽然原则上承认欧盟法的优先地位,但却附加上了一定的前提条件,即其认为欧盟法的优先应当是建立在《基本法》对之允许或作出授权的前提下。这一争议目前尚未终结,但不可否认的是,欧盟法院和联邦宪法法院都承认,在发生法律冲突的情况下,欧盟法至少具有适用上的优先性,因此原则上应当依据欧盟法的规定来解释德国国内法。^②

对于其他一些与此相类似的问题,诸如针对公法上的宗教与世界观团体(öffentlich-rechtliche Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften)的行为提供的权利救济、涉及外国人的公法权利救济、权利救济是否一定需要由法院来保障、《基本法》第19条第4款是否对诉讼类型(Klageart)作出了规范、是否包含暂时性法律保护制度(vorläufiger Rechtsschutz)在内等,虽然也具有实体法律制度上的意义,但毕竟不是第19条第4款的规范重点和规范目的。因此,经权衡其重要性程度之后,本书不将之作为专门问题展开论述。

^① BVerfGE 75, 223.

^② BVerfGE 73, 339; 89, 155.

本书后部所附的文献目录,提供了本书主要参考资料的信息。但是,对于一般性内容、尤其是主要判例中表明的各种观点,由于不同教材中的论述在基本内容上相对趋同,所以本书中并不一定指明出处,而多是仅标明所引判例的具体位置。即便在指明出处的情况下,也通常仅表明该教材中对于某问题作出了专门论述,而未见得就是该教材中提出的具有独创性的观点。仅在文中明确使用“……教授指出……”等具体到个人的确定表述,方表明为某人提出的独创性观点。而本书中判例的运用,则是在作者根据不同著作中的引用状况以及在判例原始资料的基础上形成的。

近年来,德文著作翻译成中文的数量呈逐年上升的趋势,青年学者赴德学习公法者也时有所闻。本书视为主要参考资料的文献中,部分已经被译成中文出版。虽然本书从避免资料重复的角度考虑,尽量回避已经出版的翻译材料,但这些书无疑都是本书的重要参考资料。当然,目前译成中文的主要还是教科书,对德国公法的译介和比较研究之路还很长。

本书共分为七个部分,除前言之外,第一章为导论部分,内容为对《基本法》第19条第4款作出评述,第二章至第五章分别为行政复议制度、行政诉讼制度、宪法诉讼制度和国家责任制度,最后是全书的结论部分。虽然《基本法》第19条第4款并不能统帅全书内容,尤其是其对于宪法诉讼制度和国家责任制度而言并不能构成规范基础,但由于其对于公法权利救济制度整体而言居于核心地位,因此本书在第一章中对其作出评述,并以此作为全书论述的基础。而公法权利救济制度中未能为第19条第4款所覆盖的部分主要在宪法诉讼制度和国家责任制度,对于这两部分所具有的宪法规范基础及其与第19条第4款之间的关系,本书分别在第四章、第五章的相应部分作出评述。

本书第三章所述行政诉讼制度,原稿载薛刚凌教授主编《外国及港澳台行政诉讼制度》第1—62页(北京大学出版社2006年6月版)。第五章所述国家责任制度,原稿载马怀德教授主编《完善国家赔偿立法基本问题研究》第435—473页(北京大学出版社2008年1月版)。本书成书过程中都做了较大幅度的增删和修改。

本书所涉及的主要的法规诸如《基本法》、《行政法院法》、《联邦行政程序法》、《国家赔偿法》和《行政执行法》等,已经有中文译本,部分法规还有多个译本。而本书所倚重的《联邦宪法法院法》,则仅有刘兆兴教授十余年前的译本,见刘兆兴教授著《德国联邦宪法法院总论》第327—360

页(法律出版社1998年5月版)。鉴于该法已经被数度修正,本书将其最新版本及《联邦宪法法院议事规程》译成中文附后,供读者参考。这两部法规的主体内容,笔者在数年前翻译《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》^①一书的过程中已经翻译完毕,当时主要是为了配合翻译工作的需要,同时考虑到国内关于联邦宪法法院的资料较少,因此在可能的情况下也希望能够在译著中附上这两部重要的法规。但由于译著出版时间仓促,未能如愿。现在经过再次系统整理,终于可以将此两部法规的译文付梓。

最后还需要说明的是,本书后部则附上了关于德国法学教育的两篇小文(即“外二篇”),主要意图在于凸显规范分析方法在德国法学教义体系和法学教育中的重要地位。如果说这部分内容与本书主体内容之间的联系略显生硬的话,则其至少与本书所使用的方法密切相关,而这也是作者愿在本书中着力予以强调的。

四、致谢

本书写作过程中,慕尼黑大学科里奥特教授(Prof. Koriöth)、科隆大学何意志教授(Prof. Heuser)以不同方式提供了研究资料,中国政法大学法学院宪法学与行政法学硕士研究生刘银彪、李庚、朱伟强等协助作者搜集了部分中德文资料,在此谨致谢意。

^① [德]施莱希、科里奥特:《德国联邦宪法法院:地位、程序与裁判》,法律出版社2007年版。

目 录

第一章 导论:《基本法》第 19 条第 4 款之评述

一、引言	2
二、第 19 条第 4 款在《基本法》中的地位	5
三、第 4 款在第 19 条中的地位	8
四、第 19 条第 4 款之规范内涵	9

第二章 行政复议制度

第一节 制度定位	22
一、行政复议之宪法定位	22
二、第 19 条第 4 款与行政复议之间的关系	24
三、行政复议与行政诉讼之间的关系	26
四、行政复议与诉讼外纠纷解决制度之间的关系	30
第二节 行政复议制度的内容	32
一、规范基础与适用范围	32
二、实体决定条件	33
三、理由具备性	37
四、提出复议申请的效力	38

第三章 行政诉讼制度

第一节 概述	41
一、公法体系中的行政诉讼	41
二、行政法院的历史发展	44
三、行政诉讼制度的宪法框架	46
四、程序基本原则	47
第二节 行政法院的组成及其独立性	50
一、行政法院的组织结构	50
二、行政法院内部的审判组织	50
三、行政法官	51
四、行政法院的独立性	52
第三节 受案范围	55
一、受案范围的确定模式	55
二、界定受案范围的重要案例	58
三、权力分立原则与行政诉讼受案范围之间的关系	71
第四节 管辖	73
一、事务管辖	73
二、地域管辖	74
三、指定管辖	74
第五节 证据	75
一、证据类型	75
二、举证责任	75
第六节 诉讼类型	77
一、主要的诉讼类型	77
二、诉讼类型的划分标准	83
三、对诉讼类型制度的反思	85
四、反诉	86
第七节 主要审查内容	87
一、审查实体裁判条件和理由具备性	87
二、主要诉讼类型的“特殊”审查内容	88

第八节 暂时法律保护制度	92
一、概述	92
二、第 80 条确立“停止执行”的原因	92
三、第 80 条的具体内容	94
四、暂时命令	97
五、结语	98
第九节 裁判形式	99
一、判决	99
二、裁定	99
三、法院裁决	100
四、在不作出实体决定情况下的诉讼终结	100
第十节 上诉程序	102
一、上诉程序及相关制度概述	102
二、普通上诉	103
三、法律审上诉	103
四、抗告	105
第十一节 执行	106
一、执行的一般性条件	106
二、针对公权力主体的执行	106
三、由公权力主体执行	108
四、执行反诉和第三人异议之诉	108

第四章 宪法诉讼制度

第一节 宪法法院之地位	111
一、宪法法院之起源	111
二、宪法诉讼与第 19 条第 4 款的关系	113
三、宪法诉讼的类型与分类	115
第二节 通过宪法法院提供的公民权利救济	118
一、规范依据	118
二、针对法院裁判的权利救济	120
三、针对行政权的权利救济	121

四、针对立法权的权利救济	122
--------------------	-----

第五章 国家责任制度

第一节 国家责任概述	126
一、国家责任法的概念与规范基础	126
二、国家责任与民事责任之间的区别	131
三、国家责任法的责任分类	133
第二节 职务责任	137
一、职务责任的发展历史	137
二、赔偿请求权的构成	140
三、国家责任的排除	149
四、欧洲法上的职务责任	152
第三节 公法上的补偿请求权	155
一、公法上的补偿请求权概述	155
二、对于财产损害的补偿	156
三、牺牲请求权	159
四、警察与秩序法上的国家责任	161
第四节 公法上的返还请求权	163
第五节 后果清除请求权	165
第六节 公法性债务关系中的赔偿请求权	167
一、公法上的保管	167
二、公法上的无因管理	167
三、行政合同	168
四、其他情况	168
第七节 改革动议	170

结 语

一、初步结论	173
二、未来之课题	175

附录法规

德国联邦宪法法院法	180
德国联邦宪法法院议事规程	209

外二篇

德国法学教育比较分析

——以科隆大学为例	226
一、本科阶段的法学教育	227
二、研究生阶段	232
三、比较分析的建议性结论	234

德国传统法学教育中的案例分析教学综述

——以拜恩州奥古斯堡大学为例	235
一、德国法学教育概况	235
二、“法律意见书”和“案例分析步骤”	236
三、法学院的教学方式	238
四、拜恩州法学教学和考试改革	243
五、案例分析举例	243

参考文献目录

德国公法权利救济制度

第一章 导论：《基本法》第 19 条 第 4 款之评述