

9151.2
476

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

2002年·北京

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,2002

(公法名著译丛)

ISBN 7-100-03469-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 010820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

中 国 科 学 院 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-03469-8 / D·297

2002 年 6 月第 1 版

开本 880 x 1230 1/32

2002 年 6 月北京第 1 次印刷

印张 7 5/8

定价:14.00 元

第一版前言

写作一部德国行政法，必须设法满足一些要求，如同我在写作关于法国行政法的同类著作时所确定的一样。但在此却遇到了其他一些完全不同的困难。

在那里我研究的对象是一个统一国家和完全国家性的法律。在这里则有各邦国法律的多样性，以及各自又在不同程度上受到外来的、即法国的影响。

在那里，新的法律是一次性铸成的，如同从大革命的熔炉中锻造出来的一样。在这里则是渐进性的过渡，一切都是从过去所遗留下来的残余中产生的。

由于有这些前提，在法国有已确定的学说和非常类似的表述。我当时只能坦率地写道，我只是忠实地记述了法国法学家的有关事实而已。所有的法律概念都是现成的，我只是做了不同的表述和整理而已。而谁又能说，也基本上可以如此论述德国行政法学呢？

照我的本意，这本书就不应该写出来。我认为，必须等到对这些零散材料进行更为彻底的研究，从而为本书铺垫好了之后再行写作。写专著是需要的。我已开始为之而工作，为此做出我的贡献。七年前我被要求写作此系列书中德国行政法一书时，我认为，

我不可以拒绝这个要求。可能这又恰是对的,勇敢地去把握整个德国行政法,并依据普遍的、宏观的观点来构建统一的德国行政法。那时我就已说过:以主的名义,并尽自己最大的努力。

斯特拉斯堡,1895 年 10 月 3 日

奥托·迈耶

第三版前言

我不得不再一次为本书工作！自 1914 和 1917 年以来没有什么大变化可以在此书中加以增补。“宪法灭亡，行政法长存”，这已为人们在其他地方早已注意到。在此，我们只须增加一些纠正即可。

对那些只是通过战争和战争危机才会形成的行政法性规范的丰富材料，在此并不加以考虑。这并无损于对法学的理解。

这一版的第二卷被大幅缩减。在本书上一版中，我对这一被大部分人所不重视的部分进行了扩充，现在我认为这一部分应回到一个正确的比例上来。

我希望本书读者能从中感到我们德国行政法已经成为一门学科，人们可以从中获得乐趣。

海德堡，1923 年 8 月 29 日

奥托·迈耶

目 录

导 论

第一章 行政的概念	1
第二章 行政法与行政法学	14

总 论

第一编 德国行政法的历史发展阶段

第三章 邦君权国	27
第四章 警察国	40
第五章 法治国	56

第二编 行政法制的基本特点

第六章 法治	66
第七章 行政法规的拘束力	76
第八章 行政法之渊源	85
第九章 具体行政行为	97
第十章 公法上之权利	109
第十一章 行政法制度及其与民法之分立	119

第三编 行政事务中的法律保护

第十二章	诉愿权	126
第十三章	行政审判的概念	135
第十四章	当事人	142
第十五章	行政争议的种类	153
第十六章	行政事务中的法律效力	164
第十七章	民事法院对行政的管辖	174
第十八章	违法职权行为的责任	183
附录一	缩略语	200
附录二	原书分论部分目录	205
附录三	原书引用书目	208
译后记		217

导 论

第一章 行政的概念

行政法学说研究的对象是国家。国家在法律规范中被按照不同的方面进行了考虑。行政的概念所表示的是我们现在所关心的那一方面。

一、国家是一个有序的集合体,是人民为在人类发展史中展示并发扬其特征而联合成的。为此集合体及其目的的实现而进行的一些活动,人们一般概括地称之为行政。依此理解,则行政在最概括的意义上是指国家为实现其目的而进行的活动。

宪法是不同于行政的。国家首先是通过一个最高权力而区别于其他所有集合体。这个权力源自国家,适用于特定区域及所属人民,这就是国家权力。宪法即是国家最高权力组成和设立的规则。

这个简单的宪法概念已在历史发展过程得到了一个特别的补充,这同其他所有我们在此所讨论的概念是一样的。现在只有当在国家权力中有一个人民代议机构存在并参与立法时,我们才把国家最高权力的规则称之为宪法^①。只有符合这个要求的国家才是 2

^① 见萨尔魏:《普通行政法》(Sarwey, Allg. V. R.)第 17 页,察哈里埃:《国家四十书》(Zachariae, Vierzig Bücher v. St.)第三卷第 1 页。弗里德里希二世(Friedrich dem

宪政国家。我们全部行政法即取决于国家最高权力内部存在的各种区别。宪政国则是行政法的前提。

国家的活动是在应由国家活动的范围内，由依据宪法拥有国家权力的机构及其所属的一些直接或间接的代表者进行的。而行政则更确切地说只是其中的一种。国家活动的整体其实是通常所说的三分论：立法、司法、行政。

人们还常把政府称为国家活动的第四种方式。但是政府的概念就其经过多次转变之后而在目前所确定下来的涵义而言，是完全不在我们目前所讨论的这个范畴之内的。而在其历史发展中所反映出来的公法的发展倒是引人注目的。

最早人们是用政府这个概念来表述全部国家活动的，对立法、司法和执法不予区分。其进展是以渐进的方式，由其他分支的逐步自我分离而形成的，具体过程则取决于国家法律独立性自我实现的情况。首先区分出来的是司法，即普通法院的活动范围。“政府事务”和“司法事务”从此区分开来。随着新宪法的形成，立法也被同其余国家活动区分开来，条件当然是立法是在人民代议机构的参与下进行的。最后出现的才是在司法与立法之外的一个新名词，即为实现国家目的而进行的行政。行政在此并不再只是政府的表现形式之一，而是因其特征而成为了一种区别于司法的、并且也区别

Großen) 还在大谈“他的宪法”(见《普鲁士文献丛书》(Preuß. Urkundenbuch) 第一卷第 124 页)。冯斯塔尔女士(v. Staël)则这样赞美俄国皇帝：他是“其帝国的宪法”。她的理解是，这个帝国实际并无宪法。在这两个人中间明摆着有 1789 年人权宣言这块里程碑，其第 16 条明确地规定，民众如果不能以人民代议机构的形式参与在立法及类似的国家活动中，则“根本没有宪法”(n'a point de constitution)。

于其所从剥离的政府的现象。^①

这个结果是与我们的理解相一致的,即所有对国家事务的处理都分属于这几个独立的概念。而政府这个概念则没有再剩下什么。政府只是作为一个普遍的、处于所有事务之上的概念。人们把政府理解为全部事务的最高领导,以及国家政治发展和国内文化发展的统一指导。以前由于王侯的存在,政府在国家中居于最高位置,对所有有效的国家活动都有影响。但政府并非本应如此,在以下的论述中也就不再对其予以考虑。^②

① 以下书中叙述了这个层级顺序:莫泽:《政府事务中的国家主权》(Moser, Landeshoheit in Regierungssachen)第一部分第四章(在此政府仍还包括一切);哈伯林:《国家法》(Haberlin, St. R.)第二卷第二百九十九章脚注(在此政府指除司法以外的一切,包括立法);施塔尔:《法哲学》(Stahl, Phil. Des Rechts)第二卷第二章第43页;冯伦内:《普鲁士王国国家法》(v. Roenne, St. R. d. Preuß Mon.)第三卷第一页注③(“政府与行政的分离是代议制王国的基本观念”)

② 察哈里埃:《国家四十书》第一卷第123页:“统治是着眼于整体,行政是着眼于特别和个别的情况。”策普费尔:《国家法》(Zöpf, Staatsrecht)第二卷第352页:“统治是在对国家事务进行最高领导时,关于最高统治权的自主行为”。——现在偶尔把“统治”作为对其他所有国家活动的上位概念,只是受原来的无所不包的这个词的影响。见施泰因:《执行权学说》(L. Stein, Lehre v. d. Vollziehenden Gewalt)第92页(“政府是作为行政这个单独分支的机构”);舒尔策:《德国国家法》(Schulze, D. St. R.)第一卷第184页(将立法、司法和行政总结为“政府法”(Regierungsrecht))。

从对要处理的国家事务中划分出“政府”这一最上位的划分尚未完成以前,已经从其他方面表现出了对其进行划分的意愿。以分权而闻名的国家组织的必要构成理论已经从法国传播开来。首先与此相联系的名字是孟德斯鸠(Montesquieu),他首先区分出了三种权力,其中两个是“执行性的”,后来他认为只有一个是执行性的。德国宪法或多或少地受到了他的理论的影响。但在以前,我们的法学理论对之长期没有正确的理解。因此才有以后的将我们学到的准确地作为国家的作用之一的“执行”(Vollziehung)纳入我们的更原始的三分法中的努力。见黑内尔:《国家法》(Haenel, St. R.)第121页及以下;耶利内克:《现代国家的法律》(Jellinek, R. d. Mod. Staates)第588页及以下;默克尔:《法学百科全书》(Merkel, Jur. Enzyklopädie)第四百一十六章;迈尔-安许次:《德国国家法》(G. Meyer - Anschütz, D. St. R.)第27页;弗莱纳:《德国行政法概要》第4以下;哈切克:《德国和普鲁士国家法》(Hatschek, deutsch. u. Preuß. St. R.)第一卷第

二、此三种国家活动依其实现国家目的的方式不同而相互区别。

我们要抓住这三个概念在历史上形成的确定性。这不是关于将国家的行为进行划分后,其结果必须要由概念来概括的问题。也与对原有词义的直接沿用无关。三种国家活动作为历史发展过程的结果,已在其概念中融入了特定的补充。关于这一点,在其概念的字面上是无法加以表达的。

- 4 惟其如此,一个可为我们所用的关于国家活动的行政的概念才在这个三分法中分离了出来。行政法正是为此而形成。^①

1. 在过去的法律中,立法指王侯作为国家最高权力拥有者制定完全具有约束力的普遍性规则,即法律规范的活动。^②

以后的宪法则确定了这种国家活动由新组成的人民代议机构进行。基本的观念是,此后的立法必须要有人民代议机构的参与。立法仍是通过国家最高权力制定法规的行为,但这个最高权力是以人民代议机构为标志的,人民代议机构决定或参与决定法律。这就是旧的概念所得到的补充。立法是由两部分组成的:一是事务部

38 页。

马库尔(Markull)在《行政杂志》第二十六卷第33页及以下探讨了行政与执行权之间的关系,他也认为我的表述“并不完全清楚”。它们是相互从属的么,他断然地问道。它们属于不同的层次。反正我们在此马上还要讨论权力分立的问题,到时答案自会给出。见本书第55页注^①。

① 黑内尔:《形式与实质意义上的法律》(Haenel, Ges. im form. und mat. Sinne)第183页中提到我们的三分法,他认为这种分类违背“所有对学术划分的合乎逻辑的要求”。这种划分当然不是为教科书而所作的。

② 皮特:《公法制度》(Pütter, Inst. Jur. Publ.)第二百二十一章;莫泽:《政府事务中的国家主权》第四部分第二章;哈伯林:《国家法》第二卷第二百二十一章;普鲁士法典第二编第十三章第6条。

分,即国家活动的特定内容;二是属人部分,即决定该国家活动的特定机构。^①

5

如其中之一缺乏,则立法这一概念的前提未得到满足。在没有人民代议机构参与的情况下,是可由某一机构制定法律规范,以前还可以由王侯单独制定。这种还需进一步探讨的法规命令(Verordnung)(见以下第八章之2)并不属立法,而是属于另一类国家活动,即我们将要谈到的行政。^②反之,人民代议机构也可以以

① 历史的内在联系可清楚地卢梭(Rousseau)的书中看到。他只是把旧的法律概念和新的人民主权观念揉和在了一起。在此意义上他说(见《社会契约论》(Contr. Soc.)第二卷第六章),立法是:“当由全体国民对全体国民作出决定时,则被决定的事务同做出决定时的意志一样是普遍性的(‘quand tout le peuple statue sur tout le peuple, alors la matière sur laquelle ou statue est générale comme la volonté qui statue’)”。在此保留了旧法中的双重因素:最高权力和法律规定。新出现的只是,人民在此是作为最高权力的惟一拥有者。

从此在这一点上发生了改变,即卢梭概念中的双重因素可分别出现,以及“法律”的名称也同时可予保留。现在要进行的是对由拉班德(Laband)引入的形式意义的法律和实质意义的法律的区分。前者是指最高国家权力意志表达的各种方式,即制定法律的国家意志;后者是指作用于每个人的法律规定,而不管是谁决定的。见拉班德:《国家法》(St. R.)第二卷第61页以下。

至少现在还可将两者结合起来。这甚至是规则,法律在形式意义上包含了法律规定,同时又是实质意义上的法律。见拉班德:《国家法》第二卷第64页,第五十六章之一的结尾部分;安许次:《关于立法权概念的新理论》(Anschütz, Gegenwärt. Theor. über d. Begr. d. gesetzg. Gewalt)第13页及以下;胡布里希:《编年史1904》(Hubrich in Annalen 1904)第847页;黑内尔:《形式与实质意义上的法律》第278页;阿恩特:《德意志帝国法规命令》第187页及以下。

国家法理论在入门性地讨论对国家活动所作的基本区分时提到的“立法”,指的就是这个完整的意义。见冯伦内:《普鲁士王国国家法》第一卷第八十八章;舒尔策:《德国国家法》第一卷第518页;迈尔—安许次:《德国国家法》第25和27页。

② 萨尔魏:《普通行政法》第30页;冯马提茨(v. Martitz)文,载《国家学杂志》第三十六卷第258页。迈尔—安许次在《现代私法与公法杂志》第八卷第40页中只将当局的警察命令算作行政。他认为国家元首的命令是从其目的而言更类似于立法,而不是行政。但他却把国王防止船只碰撞的命令当作警察命令的主要例子之一。

法律形式作出其他不同于将要制定的法律规范的意志表达。以前的王侯可以同人民代议机构一道这样做，更早之前的王侯甚至单独这样做。这些亦不属于立法。它们可以是行政或其他东西，因为它们缺乏在立法中具有根本意义的那种意志内容。^①

2. 司法——亦称裁判 (Rechtspflege, Rechtsprechung, Gerichtsbarkeit)——是以国家最高权力维护法律秩序的国家活动。为此所设定的国家机构是法院。当德国的司法从其他的国家活动的分离完成时(见以下第四章之一、3)，形成了只进行民事和刑事司法的法院。因此其概念确定为：司法是国家为维护法律秩序而在为民事和刑事审判所设立的法院进行的国家活动。我们称这个法院为“普通法院”，或直截了当地称为法院。^②在此意义上的司法并不仅仅指实际的裁判，即国家在个案中判定应如何对当事人适用法律。亦指所有由法院及其协助机构为准备和执行这样一个判决所实行的、围绕讼争进行审理的整个程序：控告和预先审理、送达、程序指定、扣押和其他执行强制。以及其他在此程序之外，以非讼事件管辖 (freiwillige Gerichtsbarkeit) 名义而为保证个人权益和实施政府保护权力所进行的全部活动，例如各种形式的证明，许可

① 法律的形式可自由用于所有非法律规范之处，见拉班德：《国家法》第二卷第65页；另见耶利内克：《法律与规定》第225页及以下；萨魏尔：《普通行政法》第24页及以下；泽利希曼：《论文集》第3页及以下。

② 勒宁在《行政法》(Loening, V. R.)第2页中给了这个概念一个小小的、但却是影响极大的推动。“法律施行或司法就其历史意义而言不包括国家的全部旨在制定和维护法律秩序的活动，而是只包括国家旨在制定和维护民事和刑事法律秩序的活动”。此后，州法院的关于征用赔偿的判决就不再是司法，而是归于以前常常被使用的警察对违法合同者的追究。“主观的因素”在此是不起作用的，拉班德在《国家法》第五卷第174页强调了这一点。

和监督措施等。^①

其他所有活动,如果不能同时满足这两个前提——由普通法院进行审判,并作为政府为公共利益而承担的任务的一部分——就不再是司法活动。如果国家的活动缺乏其一或另一个特征,则总是被列入行政的范畴。

其他的一些活动,就其内容和形式而言,同在普通法院进行的活动是一样的。但其在一定情况下不在法院而在其他机构进行,这些活动亦不应算作司法活动。所有非讼事件管辖的证明、许可、监督,都相应存在于行政活动中。裁判可能是所有行政活动的一半。⁷ 行政审判在业务上具有与民事审判完全相同的性质。区别只在于从事这些活动的不同的机构:凡不是民事法院的活动,就是行政;行政法院也是行政机关。^②

然后是这样一些事务,它们可以由法院办理,然而却不具有司

① 我们的评论家喜欢在谈到非讼事件管辖时说,这实际上不是司法,而是依其“实质内容”或“方式”而言是行政。如迈尔—多赫欧:《行政法》(G. Meyer—Dochow, V. R. (1910))第3页;拉班德:《国家法》第二卷第179页注②;贝尔纳茨基:《法律效力》(Bernatzik, Rechtskraft)第2页;泽利希曼:《论文集》第71页。洛伊特霍尔在《萨克森行政法》(Leuthold, Sächs. V. R.)第137页中甚至把所有的不完全是立法行为的法院活动当作是“公共行政中广大的一部分”,尤其是所有主导程序进行的活动。帝国法院1906年4月26日的民事判决(判决六十三,第238页)把监护法庭当作“系法院组织法(G. V. G.)第13条意义上的行政机构”,认为它应具有民法典第1636条赋有的对被排除了一般法院诉讼途径的事项的管辖权——好像一部像民法典这样的帝国法律需要这样的辩解似的!

程序法学家正确地反驳了这种解释,见黑尔维希:《教材》(Hellwig, Lehrb.)第一卷第75页注①;施泰因:《民事诉讼法》(Stein, Z. Pr. Ord.)第一卷第9页;菲尔豪斯(Vierhaus)文,载《行政杂志》第十一卷第233页。

② 如普鲁士司法部长莱昂哈特(Leonhardt)在帝国议会讨论法院组织法时的发言(见黑恩:《法院组织法资料》(Hahn, Mat. Zu G. V. G.)第1185页)。

法的性质,即他们不是政府为承担保护和维护公共利益的责任而做出的,因此也不属于司法活动。这里尤其是指委托法院或法官个人进行实际管理的司法行政管理事务,如建筑物维护、命名等。

3. 从立法和司法的概念如何自行分离出来的方式而言,自然可以得出现在还剩下的行政概念是不可能由其事务的特定性质来确定的结论。对于这种方式而言,承担国家活动的主体是极为重要的。凡不是由国家最高权力的拥有者直接作出的,就不是立法,而是行政。同样地,只要维护法律秩序的活动不是由民事法院做出的,也属于行政。

因此行政的概念在这个思路只能否定地加以确定,即行政是除立法和司法之外的国家活动。^①

4. 但并非所有既非立法又非司法的活动就是行政活动。

首先是宪法规定了一系列这样的活动。宪法应将国家作为一个有行为能力的集合体进行完善地设置,以使国家在立法、司法和行政活动中能实现其目的。然而这种完善的设置并不能只通过静态的法律规范进行,而是还需要一些命令和事务处理,以使国家机构能够得以成熟设定并持续运行。这些宪法性质的帮助活动——正如我们能这样命名它们一样——还不是关于已完善地设置好了的国家开始为其目的而活动的问题,因此也与我们在此讨论的这个狭义的、表现出一种特别性质的一般的行政概念不相一致。这在8 一部分这种活动中是从一开始就很清楚的,只要它们被准确地当作完全不是以国家名义作出的行为,而是作为国家最高权力自我

^① 萨尔魏:《普通行政法》第14页;阿恩特文,见比克梅策:《百科全书》(Birkmezer, Enzykl.)第845页;弗莱纳:《德国行政法概要》第5页。

安排的内部过程。王侯王位的放弃以及与此相同的目前帝国总统职务的终止,都是国家元首的个人行为。帝国议会的解散、全民公决的命令以及相反通过帝国议会撤去帝国总统职务的申请,都是一种权力相对于另一种权力取得优势的实现。然而当这些活动作用于这个内部范畴之外时,虽然可能已完全明确地以一个已完善设置的国家的名义作出,但这些活动也还可以本身具有明显的对宪法性文件进行补充的性质,如选举人民代议机构的公布与指示、变更国家版图的决定以及对国家联盟的参加和退出。这些事务当然也不属于行政。它们所适用的法律类似于行政法,行政要直接遵守这些法律。^①

此外当然还有另外一类活动,它们也有其独立的意义。因为在此讨论的确实是国家为实现其目的所进行的活动,但又不是行政。这就是我们现在要谈的第四个范畴。做这个区分的理由是,行政的概念也还有另外一个特别的补充——一个在历史上形成的其概念的组成部分,它使我们不得不意识到这第四个范畴所对应的内容。如上所述,行政是渐渐地从原来无所不包的政府概念中分离出来的最后一种国家活动。在德国的法律用语中,行政概念的这个分离是在上个世纪的前半叶、伴随新的宪法以及由此而产生的对公法进一步发展的要求的出现而完成的。这个概念带来了法制国家的要求:行政从一开始就被认为是国家的活动,而国家活动是国

① 勒宁在《行政法》第2页亦将“那些属于宪法范畴的国家活动”在此意义上与行政分开。——关于准确的区分,人们可以有許多种说法。如上所述,相反的说法并不重要。另一方面对之提出的异议也自行作出了回答,如耶利内克:《现代国家的法律》第597页,及部分同其观点的施皮格尔:《行政法学》(Spiegel, Verw. Rechtswissensch.)第72页及以下。

家法律制度确定的，必须遵循其活动的新的方式，并受立法的约束。^①

由此自然可得出，对行政而言，所有不在法制范围内的国家为实现其目的而进行的活动都是不允许的。如果国家能这样做，则完全违背了这个文明地完善起来的思想。在此只要举几个切实的例子就行了。

第一个例子是在国际法关系中。例如与别国签定和约、政府间取得外交的进步、抗议、异议、威胁及依据帝国宪法第 112 条第 2 款所有德国人都享有的保护，所有这些的实现都不是我们自己的法律规定的。按照其理由、形式和作用，所有这些都是由对所有国家都有约束力的国际法决定的。因此这些活动不被认为是行政。^②

① 为了表述行政与法制的根本联系，克吕贝尔在《德国国家与政府法》(Klüber D. St. u. Bd. R.)第四十一章中认为，由于法制而形成了行政“对主权和财政权的依法并合乎目的的实施”。最明确的是施米特黑纳在《国家法》(Schmitthenner, St. R.)第 483 页中阐述的行政以其与法律的特定内在联系而从政府脱离的观点：“不应将政府权力完全等同于行政的权力，后者是在法律规定的范围内实现公共利益的权力”。——还有许多常见的看法认同此观点，认为法制对行政同对司法一样适用，于前者是目的，于后者是限制：见贝尔：《法制国》(Bähr, Rechtsstaat)第 52 页；乌尔布里希(Ulbrich)文，载《〈现代私法与公法杂志〉》第九卷第 1 页；舒尔策：《德国国家法》第二卷第 67 页；拉班德：《国家法》(第一版)第二卷第 200 页；耶利内克：《法律与规定》(Jellinek, Ges. u. Verord.)第 218 页；安许次：《批判研究》(Anschütz, Krit. Studien)第 53 页；施蒂尔-佐姆罗：《民法对普鲁士德国行政法的影响》(Stier-Somlo, Einwirk. des Bürg. R. auf das preuß. Deutsch. Verw. R.)第 12 页。这些思想据我所知最早出现在施塔耳：《法哲学》(1837)第二章之 2、第 45 页；狭义上的政府，也即所谓行政、管理，是“只由法律进行了狭义的限制”。他只说对了一半，法律与行政的关系不仅仅只是限制性的，而是多方面的。见以下第六、七章。拉班德：《国家法》第二卷第 61 页以下。

② 因此自然同时有“关于调整外交事务的国家法规则”；但这“只是在极其有限的范围内适用”(拉班德：《国家法》第二卷第 1 页及注)。这个国家法规则“限制”的范