

赵宏 著

法治国下的目的性创设

——德国行政行为理论与制度实践研究

*eine Zweckschöpfung im Rechtsstaat :
Theorie und Praxis des deutschen Verwaltungsaktes*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

赵宏 著

法治国下的目的性创改

——德国行政行为理论与制度

*eine Zweckschöpfung im Rechtsstaat:
Theorie und Praxis des deutschen Verwaltungsaktes*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治国下的目的性创设:德国行政行为理论与制度

实践研究 / 赵宏著. —北京:法律出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4257 - 2

I. ①法… II. ①赵… III. ①行政法—法律行为—一对

比研究—德国、中国 IV. ①D951.621②D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 270216 号

© 法律出版社·中国

法治国下的目的性创设:
德国行政行为理论与制度实践研究

赵宏著

责任编辑 王旭坤

王曦

装帧设计 贾丹丹

开本 A5

印张 16.5 字数 450 千

版本 2012 年 11 月第 1 版

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京九州迅驰传媒文化有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63

29-85388843

重庆公司/023-653828

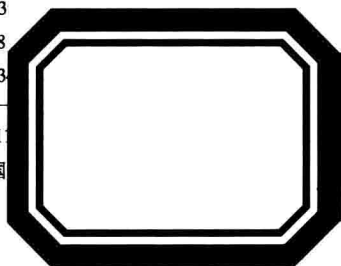
-62071010/1636

北京分公司/010-6253

5-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4257-2

(如有缺页或倒装,中国



本书系
国家社科青年项目成果
中国政法大学青年创新团队项目成果

特致谢忱!

目 录

第一章 问题与研究意义 / 1

一、作为研究出发点的问题：中国行政法的继受不足 / 1

二、研究内容与思考进路 / 5

三、研究方法和写作的其他意义 / 10

第二章 作为制度展开背景的“法治国” / 16

一、法治国的兴起与德国现代行政法的建立 / 17

二、法治国的变迁及对德国行政法的重要影响 / 22

三、作为制度展开背景的德国“法治国”总结 / 37

第三章 法治国下的目的性创设：行政行为产生过程的知识考古 / 39

一、知识考古的必要 / 39

二、迈耶创设过程的知识考古 / 41

三、法治国下的目的性创设——迈耶的真正动因与追求 / 48

四、对我国学理的反思 / 50

第四章 行政行为法治国功能的实现机理 / 52

一、行政行为的核心特征——个体化与明确化 / 53

二、个体化和明确化功能与法的安定性 / 55

三、行政行为的法治国功能实现机理 / 63

四、行政行为法治国功能的拓展 / 69

第五章 概念创设与学科的体系化建构:行政行为创设过程的

另一启发 / 74

一、行政法的体系思考与体系建构 / 76

二、体系建构、系统理论与体系的独立性 / 78

三、作为基础概念和原初规范的行政行为 / 82

四、体系建构与系统化思考的启示 / 83

第六章 行政行为的概念构成与内涵要素

——与司法判决、民事法律行为及行政合同的对应和差异 / 88

一、行政行为的概念要素:以规制属性为核心 / 88

二、不同意义上的行政行为 / 110

三、行政行为与相近制度的类比 / 113

第七章 行政行为的生效与无效

——生效制度的特殊安排及其背后成因 / 132

一、行政行为的生效 / 132

二、无效行政行为 / 141

三、法的安定性与法的实质正义:行政行为生效与无效的宪法依据 / 150

四、对我国学理的启发 / 154

第八章 作为效力核心的行政行为存续力及其生成逻辑 / 158

一、概念之谜与知识考古 / 159

二、法的安定性与作为秩序要素的行政行为 / 160

三、法的明确性与行政行为的明确性 / 162

四、法的存续性与行政行为的存续性 / 165

五、从行政行为的存续性到行政行为的存续力 / 167

六、存续力作为德国行政行为效力理论的核心 / 185

七、同为法治国实践工具的行政行为存续力:存续力生成逻辑的背
后原因 / 187

八、对我国学理的反思 / 189

第九章 行政行为的撤销、废止以及行政程序的重新进行

——存续力的具体厘清与制度落实 / 200

一、形式存续力与行政程序的重新进行 / 201

二、实质存续力与行政行为的撤销与废止 / 217

三、对我国学理和制度实践的启示 / 265

第十章 行政行为的构成要件效力与确认效力

——行政行为如何对其他机关和法院发生作用 / 282

一、构成要件与确认效力的由来——判决实质确定力的决定性内涵 / 282

二、构成要件效力的意涵要素 / 291

三、作为例外的确认效力 / 305

四、对我国学理的启示 / 308

第十一章 行政行为的合法与违法

——依法行政的判断与法律政策的考量 / 319

一、行政行为的合法要件 / 320

二、合法/违法的时间判断基准 / 351

三、违法的法律后果和违法行为的区分处理 / 353

四、我国行政行为合法要件的评述与德国法的启示 / 367

第十二章 行政行为的附款

——行政行为的弹性实现机制 / 376

一、行政行为附款的功能及其概念甄别 / 377

二、行政行为附款的容许性 / 381

三、附款类型及内涵要素 / 385

四、附款的合法性 / 394

五、附款的法律救济 / 397

六、我国相关领域的研究空缺与德国法的经验 / 402

第十三章 新型行政行为 / 406

一、多阶段行政行为 / 406

二、拟制行政行为 / 416

三、暂时性行政行为 / 423

四、承诺 / 436

第十四章 整饬调试还是彻底放弃

——行政行为所面临的挑战与未来 / 449

一、行政行为所面临的挑战 / 450

二、行政行为的替代者 / 463

三、行政行为的未来：整饬调试还是彻底放弃 / 478

参考文献 / 481

一、中文文献 / 481

二、德文文献 / 489

关键词索引 / 500

附：《德国联邦行政程序法》 / 504

后记 / 514

第一章 问题与研究意义

一、作为研究出发点的问题：中国行政法的继受不足

“行政行为”(Verwaltungsakt)这一概念自德国现代行政法之父奥托·迈耶(Otto Mayer)创设以来已逾百年。百年来,行政行为理论一直是德国行政法规范的核心。尽管伴随现代国家行政活动方式的日趋多样,其核心位置不断受到批评,晚近的很多学者甚至尝试建构其他的行政法典范,用以替代行政行为。但这些寻找行政法新的“阿基米德定点”的努力并不特别成功,行政行为作为核心规范的地位也因此至今未被实质性撼动。

在百年的发展历程中,德国行政行为学理不断被丰富和完善,内容囊括了功能价值、意涵要素、合法/违法、生效/无效、效力存续、附款机制、类型区分、诉讼关联等诸多面向,并逐渐发展成一整套概念清晰、逻辑周延、体系自足、层级多维的“行政行为释义学”(Verwaltungsaktsrechtsdogmatik)。作为成熟的德国行政法释义学的重要组成,行政行为不仅包含了经验归纳、逻辑演

绎等多个向度(mehr Dimension),更作为法解释、法适用与法评价工具而在法的应然和实然之间建立起密切关联。这也使其不仅在德国行政法学理居于主轴位置,更深刻影响德国的制度实践。在德国1976年颁布的《联邦行政程序法》中,“行政行为”成为其中最重要的篇章。德国立法者不仅将有关行政行为的稳定学理成果悉数纳入这部具有里程碑意义的法律,还运用精湛的立法技术对其进行了细腻周密的制度设计。除立法外,“行政行为释义学”同样渗透和作用于德国的司法实践,成为司法弥补制定法空缺时的导引。而这种作用又并非单向,经由学理指引的立法和司法的制度实践,反过来又对行政行为法释义学进行着持续地检验、修正、填补和续造。行政行为理论与制度实践的紧密衔接与相互映照,也因此成为德国行政法最重要的特色之一。据此,行政行为可以说是理解德国行政法理论整体和制度实践的关键,而本书也因此尝试以此为切入点,对作为现代公法范本的德国行政法予以“由点及面”的全景式关照。

尽管成熟度很高,又精于逻辑推演的德国法对每一个规范法学的偏好者而言,都有无穷的吸引力,但单纯呈现外国法制度既非本书的最终目标,也非写作的出发点。众所周知,我国的行政行为学理在很大程度上就源于德国。但令人困惑的是,原本在德国法中功能明确、概念清晰的行政行为在植入我国后却变得面目不清、轮廓不明;有关这一领域核心问题的争论更直至今日仍未停歇。而学者们更从继受之初,就未停止过对这一取自国外的概念外壳的附会、生发和演绎,但这些工作非但没有成功地缔造“中国行政行为释义学”,反而使行政行为愈发混沌,距离作为模版的德国法愈发遥远,并最终成为我国行政法学理中最大的概念迷团。这些都不断促使我思考:究竟是哪些环节导致德国法制度在继受时被误解、扭曲,以致引发如此多的争议?一项成功的法继受究竟应该如何进行?中国行政行为学理今日的复杂现状究竟又应如何予以评价和处理?

除我国将德国学理作为参照典范外,日本和我国台湾地区同样深受德国行政行为理论和制度实践的影响。作为最忠实的继受者,台湾地区的行

政处分理论几乎亦步亦趋紧随德国变化,其《行政程序法》在很大程度上就是德国《联邦行政程序法》的翻版。日本在继受这一学理后,虽然嗣后对其进行了适度调整,但同样没有逸出德国法的基本框架。这也使德国行政行为学理在并无太大争议和冲突的前提下,在日本和台湾稳定扎根,并逐渐内化为本国法秩序的固定构成。而我国的情形却与此形成鲜明对照。在对德国法的继受过程中,我国可以说过程最曲折、情形也最复杂。虽然行政行为理论同样被标示为行政法规范的核心,但我国现有的行政行为研究成果,却并非直接源于德国,更多的是来自对日本和台湾地区继受成果的“再受”。继受过程的间接和曲折使我们无法准确和完整地探知理论的起源、发展脉络以及与具体制度设计之间的紧密关连,而这不仅直接导致我国的行政行为学理至今逻辑不周延、内容不充分、体系不完整;在与制度实践相衔接时,更凸显严重的“理论赤字”和支持力匮乏。学者们据此反过来质疑行政行为作为行政法学基本典范的价值,质疑外国法制度解决本土问题的功能局限,却未考虑到,也许正是这种完整继受和“忠诚”继受的欠缺,才导致行政行为在植入我国的行政法知识谱系后力道尽失。

事实上,行政行为学理在落户我国后遭遇误解扭曲的情形,在我国行政法的理论发展,甚至于整体法秩序的建构过程中都并非唯一。不管我们是否愿意承认,我国近几十年来法律的“快速成长”基本就源自对外国法制度的继受和移植。与“法律比较”的重点在于呈现不同法秩序之间的差异,并探究差异形成的原因不同,“法律继受”本质上强调的就是对作为“继受母国法”的忠实效仿。而继受原因在本国法秩序下并无法获得充分解释,这一点就像中国行政法为什么采取了在基本样式上采用德日模式,但在一些问题上,诸如行政程序、行政公开等问题上又兼采美国法一样,其原因并无法予以简单归纳。但实践中,这两个概念却常常被混淆使用,这也导致无论是“法律继受”还是“法律比较”,其焦点和核心在中国法制度的建构中都变得涣散模糊。就法律继受而言,既然其任务在于模仿,那么模仿的完整性和忠实性当然就是评判这一活动是否成功的关键标志。但从外部

而言,任何制度都有其本来的制度背景,所有的外国法制度也只有放在它所植根的整体法秩序下,才能获得充分理解;从内部而言,任何成熟的法律制度亦有其相对完整的发展脉络,也都会表现为逻辑严密、互相协调的体系整体。据此,完整并切实地理解外国法的制度背景和发展脉络,便成为法律继受的首要前提。而我国在继受德国行政行为学理后所呈现出的混乱无序,与其说是我们未能将外来制度很好的内化,或者是因南橘北移后的水土不服,毋宁为是从继受之初,就因为充分完整体察这些制度的产生背景和发展脉络所导致的“继受不足”。^[1] 这种“继受不足”的最大恶果是外国法思想和制度精华在继受过程中被极大地稀释甚至遗漏,而依样画出来的葫芦由于内核被抽去,并不完整,也就无法在本国法秩序中生根成长、并内化为本国法秩序的固定构成。因此,既然我们的法秩序建构还要倚重法律继受,这种继受就应建立在重视理解,尤其是重视脉络性和完整性理解的基础上。唯有如此,我们的继受才不会是“画虎不成反类犬”,或是贸然以自我为本位,通过破坏脉络而对外国制度进行随意剪裁和取舍。

而回溯和了解法制度的发展脉络一方面会让我们更有效地吸收外国法制度的精粹,另一方面也使我们能够更清晰地获知外国法制度的发生条件,从而妥当判断这种制度植入本国法的可能与界限。鉴于整体法秩序的差异,任何具体的外国法制度或是概念都绝不可能无条件地、无差异地被套用于别国。法律继受总会存在适用界限,而这种界限的得出同样依赖于回溯脉络的考察和研究。从发生条件而言,任何法制度的形成也都既有特殊历史背景的作用,又有法体系逻辑演绎的成分。而对其发展脉络的回溯无疑是对这些发生条件进行细致分析,并从中择分出哪些是非逻辑的选择或一种自然形成,哪些又是法体系逻辑演绎的产物。对于前者我们必须对比本国环境是否具有类似性,而对于后者则要关注法制度在继受时的逻辑完整和体系严密。

[1] “继受不足”概念来自于台湾学者黄舒的启发。参见黄舒:《变迁社会中的法学方法》(导论),元照出版有限公司2009年版。

综上,认为导致我国行政行为学理混沌不清的原因,主要在于继受外国法时的“继受不足”,并尝试通过回溯发展脉络,对德国行政行为学理与制度实践予以完整观察,从而挖掘那些“不足之处”,是本书最重要的研究出发点。因此,对德国法制度探究的所有过程,都旨在揭示作为继受母国的德国和我国之间的制度距离和差异,发掘德国法制度的价值和精华在何处被稀释和遗漏,以及在何处被扭曲和误解。而唯有了解距离和差异,才能让我们确知我国学理所处的位置和存在的问题,重新理解并澄清目前行政行为制度中的种种乱象。当然,正如任何法继受都会存在限制一样,因有自身的特殊问题,有自身所依赖的特定法秩序,中国行政法并不可能亦步亦趋完全临摹德国样式。中国学者从开始继受外国法时,也一直在尝试通过对国外资源的本土化过程,来建构自己的行政法体系。但既有的经验却证明,太快以自我为本位进行的外国法制度“本土化”往往并不会太成功,相反,真正成功的“本土化”都发端于对作为参照的外国法的真正理解。

二、研究内容与思考进路

如上文所述,本书以我国在继受德国行政行为学理时的不足和遗漏为基本判断,以提供对德国行政行为学理与制度实践的完整观察为基本目标,具体的研究内容与思考进路如下:

本书首先将“作为制度展开背景的德国法治国理论”作为讨论起点。作为与普通法法治鼎足而立的另一种法治传统,“法治国”(Rechtsstaat)概念几乎贯穿于德国公法的所有环节。德国现代行政法的建立与发展亦以法治国为背景,在“法治国”之下蕴生,又伴随“法治国”的演进而发展衍变。因此,要全面体察与了解德国行政法的风格样貌,进而探究和揣摩其具体制度的内在机理与运作逻辑,就必须首先回溯至这一大背景之下,而本书的第二章也花费了相当篇幅刻画这一背景。与普通法法治着眼于通过司法程序而保障个人权利不同,在德国的法治国中,立法被赋予了帮助人民抵抗政府无限度干预的关键角色,正因如此,德国法不仅发展出了其他国家无法企及的严密细致的“法律保留”原则,其整体的行政法秩序也基本是

在“行政合法”的原则下展开,而这不仅为行政行为的创设提供背景铺垫,更成为理解德国行政法为何始终盘恒于“立法如何发动对行政行为的实体规范控制”这一议题的关键。

在德国法治国下,法律作为“客观规则”的面向被特别强调,“法治国”也因此成为经由内容确定、稳定持续的法律所治理的国家。在铺陈了制度背景后,本书接着展开对行政行为的产生历史和功能设定的“知识考古”,并希望通过还原这一制度的生成过程,来挖掘行政行为的原貌。而这也正是本书第三章和第四章所处理的主题。“知识考古”通过对行政行为的创设者——奥托·迈耶的思想巡礼来完成,而经由这一过程,行政行为在德国法中的创设过程渐次清晰:迈耶将法治国定义为“行政经过理性规范的法治国家”,从而使“行政法治化”或“合法化”成为现代行政法的基本目标追求。鉴于司法在“守法”方面所表现出的优势,“行政法治化”又被转化为“行政司法化”。在完成上述思考步骤上的重大飞跃后,迈耶以司法判决为蓝本创设出行政行为就显得顺理成章。这一过程充分说明:行政行为在德国法中绝非只具有解释与归纳功能的单纯学术概念,它自始就被迈耶赋予了实现法治国的目标追求,服务于行政法治化的鲜明目标,因此是“法治国下的目的性创设”。而在迈耶关于行政行为的整体设计中,有两项关键性思考最终促使其完成了这项伟大的概念创制,并使行政行为成为法治国目标的重要实现工具:一是行政行为作为司法判决的对照物;二是行政行为作为法秩序的重要构成要素。前者使行政行为汲取了司法判决“个体化和明确化”的特征;后者则为行政行为的未来型塑造下基调——行政行为不仅应内容明确,还须稳定持续。无论是作为司法判决的对照物,还是作为法秩序的重要构成,行政行为的创设目的都直指德国法治国的核心——法的安定性。而这一点也让我们终于得以理解行政行为在德国法中经久不衰的真正原因。

上述知识考古为我们展示了迈耶如何通过为现代德国行政法注入法治内核,并通过行政行为的创设来达成行政法治的学科目标。在回溯历史

的同时,我们还会发现,基于对建构完整的行政法学体系的热衷,迈耶同样开启了至今仍在延续的德国现代行政法体系化的历程。而在体系建构中,行政行为作为核心规范同样居于关键位置。因此,本书的第五章借由对“行政行为”作为学科基础概念的作用,以及它与行政法整体学科体系化建构关系的分析,从另一层面挖掘和展现行政行为的多样价值。

在完成历史回溯后,本书接下来的探讨,更多的是以德国行政行为的现实规定为依据,分析行政行为的概念要素及其在现代德国行政法中的更新发展。有关行政行为的意涵要素,集中体现于德国《联邦行政程序法》第35条。本条虽然并未脱逸迈耶的概念框定,却也表现出行政行为嗣后的更新发展。通过对该条的法释义学剖解,以及与民事法律行为、司法判决和行政合同的对照,行政行为在德国法中的“高权性”、“规制性”以及“个案性”的核心特点得以被凸显和放大。而通过这种法释义学分析方法,我们也得以洞见德国行政行为与我国相关概念之间的根本差异,以及导致这些认识差异所产生的原因。这些探讨构成了本书第六章的内容。

第六章的讨论为我们勾勒出行政行为的大致轮廓。作为包含规制意图的意思表示,行政行为的作出就旨在对外发生一定的法律效果。因此,无论是在理论还是在实务中,行政行为所面临的第一个问题就是生效/无效。德国法对行政行为生效与无效的制度规定与学理讨论最精致细腻,其成果也成为我国在这一问题上的最重要参考。本书第七章就是对德国法在这一领域内探讨方法和规范模式的全面铺陈。但有关生效与无效的制度,并非简单的规范设计,它从根本上代表了德国学理如何处理和统合法的安定性与法的实质正义这对矛盾的思考,而对这些价值冲突的分析,不仅使我们得以理解德国法的制度安排,同样也有助于我们对德国法精华的完整继受。

行政行为只要并非无效行政行为,在告知相对人后都会产生法律效果。这种法律效果表现为一系列的拘束作用。根据针对对象的不同,这些拘束作用在德国法中被具体区分为形式存续力、实质存续力、构成要件效

力以及确认效力。而在这些效力中,存续力(Bestandskraft)在德国法中被予以特别强调,并作为行政行为效力的核心。这一认识显然构成了德国与我国在行政行为学理上的最大差异。而要了解这种差异并探究其产生原因,我们同样需借助“知识考古”,需要尽可能完整而忠实地呈现存续力在它原本所属的德国法秩序脉络中的发展轨迹。本书第八章即重点处理这一问题。对存续力的理解首先应回溯到行政行为作为德国法秩序的重要构成要素这一特性。法的安定性要求行政行为与同为法秩序构成要素的制定法和司法判决一样稳定存续,由此经由行政行为所形成的行政法秩序才是可预测和可计算的。而这就需要从制度上排除那些影响行政行为持续存立的消极因素,或者至少将其限定在必要的、适度的范围内。因为这种消极因素主要表现为行为作出机关嗣后对该行为的废弃,因此,存续力要求行为机关同受该行为拘束,而不能随意撤销或废止该行为。存续力的制度生成逻辑由此凸显。而作为效力核心的存续力创设与行政行为本身的创设一样,自始立基于法治国目标的实现,立基于法的安定性,从这个意义上说,存续力学理不仅与行政行为在创设上逻辑一致,更强化了行政行为在这一面向上的法治国功能,也正因如此,存续力得以在德国行政行为效力学理上居于核心。鉴于其与行政行为的撤销与废止的密切关联,本书第九章又以《联邦行政程序法》的规定为基础,同样以法释义学方法探讨存续力学理在制度实践中的具体落实。

行政行为的拘束效果并不仅针对相对人或是行为的作出机关,对于其他行政机关,甚至法院,行政行为都会产生拘束效果,这些拘束效果在德国法中被分别描述为构成要件效力与确认效力。本书第十章即以构成要件效力与确认效力为讨论核心,通过展示这两种效力在德国法的发展脉络和学理争论,来展示行政行为如何在行政程序之外,对其他机关和法院发挥作用,以及这些作用的具体限度。德国法的这些制度成果对于这一领域尚属空白的我国,相信具有相当的借鉴价值。

行政行为的合法与违法虽然与行政行为的有效与无效密切相关,但并

不等同。有效的行为并不一定合法,违法的行政行为也并不一定无效。这一原理在民法中已得到阐发,在行政法中因为涉及法的安定性,因此被发挥的更加彻底。而从依法行政角度而言,行政应受立法拘束,行政行为应符合法律规定的合法要件,也是现代国家从行政擅断主义和专制主义向行政法治的重要跨越。但行政行为具备哪些要件才算合法,罹患何种瑕疵时就属违法,却依赖于每个国家对于“依法行政”原则的具体形塑;而对于违法行为法律后果的处理差异,更凸显每个国家在法政策方面的不同考量。从这一意义上说,本书第十一章对于德国“行政行为合法与违法”的考察,毋宁为是对其“依法行政原则”(Gesetzmaessigkeit)的系统阐释,以及对德国立法者在这一领域内法政策考量的综合评价。

正如民事法律行为会包含附款一样,某些行政行为在主要规制内容之外,同样附有附款对主要规制内容予以补充和限制。相较我国,德国行政法学理对附款的关注由来已久,在1976年《联邦行政程序法》第36条中就有对附款的专门规定,学理讨论和司法实践同样对这一主题高度关注。本书第十二章在系统评介德国法在此领域的现有学理和制度实践之外,同样关注行政行为附款与民事法律行为附款的异同,并通过考察附款在兼顾个案正义、行政弹性、行政效率和程序经济的价值意义,为在这一领域学理和制度都尚显单薄的我国提供借鉴。

德国行政行为的概念框架和体系结构不仅为传统行政方式的整合提供了良好平台,同样在解释和规范新型行为时,表现出相当大的弹性和兼容性。这些新型行为,既包括为应对行政的电子化而产生的电子行政行为,也包括虽与经典定义具有差距,却经学理刻画而被纳入行政行为体系的拟制行政行为、多阶段行政行为以及暂时行政行为,还包括早被《联邦行政程序法》所吸收,却并不为我国所熟悉的承诺行为。新型行政行为的不断填充,不仅拓展了原有的行政行为体系,也在相当程度上补强和续造了原有的德国行政行为释义学。本书第十三章即集中探讨这些新型行政行为。