

公法学札记

增订新版



Miscellany on Public Laws

陈新民 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

公法学札记

—— 增订新版 ——

Miscellany on Public Laws

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公法学札记/陈新民著. —增订本. —北京:法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0922 - 3

I. ①公… II. ①陈… III. ①公法—法的理论—文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 123821 号

© 法律出版社·中国

公法学札记(增订新版)

陈新民 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 787 毫米×960 毫米 1/16

版本 2010 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 25.75 字数 326 千

印次 2010 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0922 - 3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目

公法学札记(增订新版)

录

第一篇	宪法与行政法之关联——谈奥托·麦耶的“宪法消逝，行政法长存”及弗立兹·韦纳的“当作是具体化宪法的行政法”	1
第二篇	行政国家理念的澄清——谈汉斯·彼德斯的“为行政国家的奋斗论”	18
第三篇	“服务行政”及“生存照顾”的原始概念——谈福斯多夫的“当作服务主体的行政”	39
第四篇	行政法之任务——彼得·巴杜拉的“自由主义法治国与社会主义法治国的行政法”	81
第五篇	宪法的维护者——从卡尔·史密特对总统紧急权力和总统角色之定位谈起	98
第六篇	宪法的躯壳与灵魂——从胡柏对魏玛宪法实施的回顾与反省谈起	128
第七篇	社会法治国家理念的缔造者——赫曼·哈勒的宪法学与政治生活	154

第 八 篇	惊鸿一瞥的宪法学彗星——谈徐道邻的宪法学理论	171
第 九 篇	行政法学的拓荒者——中国早年的行政法教科书	209
第 十 篇	不法法律及命令服从的困境——从译、读赖特布鲁赫的经典之作“法律上的不法与超法律的法”检视“赖特布鲁赫定律”的适用问题	220
第十一篇	中国公法学的启蒙者——论钟赓言的公法学著作	255
第十二篇	雨过天晴丽日来——谈中国大陆行政法发展与台湾地区行政法学的影晌	287
第十三篇	行政程序法的立法考虑——是否达到立法成熟期的问题	305
第十四篇	克林姆特绘画名作“法律”的重新剖析	320
第十五篇	浪漫的社会主义者? ——研读马克思早年的法学著作有感	328
第十六篇	司法人员考试的方法论——以两则德国国家考试之行政法试题为例	355
附录	法律箴言、谚语一百五十则选	390

第一篇

宪法与行政法之关联——谈奥托·麦耶的 “宪法消逝,行政法长存”及弗立兹·韦纳的 “当作是具体化宪法的行政法”

一、前言

提起行政法与宪法的关系,德国今日的行政法教科书几乎都会援引两位公法学者的名句或名文。第一位是堪称德国“行政法学之父”的奥托·麦耶(Otto Mayer)教授所讲过的“宪法消逝,行政法长存”(Verfassungsberechtigt vergeht, Verwaltungsrecht besteht),来相互对比这两个法学领域,或是实证法律体系重要性之消长关系。第二位便是曾任西德联邦行政法院院长的弗立兹·韦纳教授所撰的《当作是具体化宪法的行政法》一文(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht),强调这两个法在原则性与实践性上的密切关联。

究竟孰是孰非?宪法与行政法是否真有如麦耶所称的冷漠关系,对于行政法学而言,倒是一个值得重视的问题。

要长篇大论详细地讨论宪法与行政法的关系,并非易事。但是,了解

前述两位行政法学著名学者的见解,是厘清这个问题的先决条件。本文便先以译述弗立兹·韦纳的名文为楔子,次而再深析麦耶教授那句“名言”的意义何在,再酌予补充一些学者们的意见。

弗立兹·韦纳这篇文章发表在1959年5月,刊登在同年8月15日出版的《德国行政公报》(Deutsches Verwaltungsblatt)第527页以下。

二、弗立兹·韦纳之“当作是具体化宪法的行政法”

(一)认为学理与实务界是泾渭分明的看法,在法界并不陌生。许多人犹认为所谓的“法学理论”,仅应在大学课堂上讨论,或是朋侪们在饭后闲聊的课题罢了,平日讨论法理,无异浪费时间。就在百年前法典化主义最发达的时代,名学者 Kirchmann 曾有一句名言:“三个立法者的看法,足使全部图书馆的藏书成为废纸。”(Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur)无疑是有不少人持这种看法,这也是法界人士一直回绕心际的看法,就是理论与实际如何配合的问题。不仅在一般法律类门上有理论与实务的统合问题,在宪法与行政法上之问题亦同。宪法目前在理论与实务上的重要性,不言自喻。但不少法律人仍怀疑宪法的实证力。在20世纪宪法与行政法的关系方面,奥托·麦耶于其第三版行政法教科书序言中提及一句脍炙人口的名言:“宪法消逝,行政法长存”,即代表了大部分人的看法,以为宪法只是理论,而行政法的功能会逐渐加重。对于麦耶这句话,柏林的律师赫曼·罗斯(Hermann Reuß)在1959年发表一篇名为《论行政法与宪法功能之一致性》一文表示,他以为大家都误解麦耶的话,即麦耶也认为行政法与宪法均应放在法学研究的范围内。盖麦耶是一位行政法学者,而相形之下,会认为宪法较不如行政法所具有的实证性。由麦耶这句话的一再被人引述,可看出一般人的看法了。这种对宪法作用的不予重视,实际上是有其历史因素;国民本已将其国家当作“自己”的国家。提起宪法,一般人大多会联想到宪法史的问题,也会使人联想到以前推翻帝制、争取宪政的光荣

历史。除此之外,便视宪法问题为身外之事,而不会费神思考;但行政法则相反。行政法一直被认为是具有实用价值之“商业技巧式”之性质,也是所谓“稳定币值”式的方法,而受到重视。宪法容易被人忽视的另一个理由,在于宪法的被动性。宪法比其他法律更易受到“现实”的左右,而变成一种“继承法”。不少宪法学者认为宪法与宪政现实之间是一种恶梦的关系,此洵非谬误。现代法律人这种怀疑宪法的实证效力,是有多种理由的,尤其是当国家的政治陷入危机时,谈论宪法便无实益了。吾人犹记得,就在希特勒掌握政权前几年,不正是德国讨论宪法最热烈的几年吗?但仍然阻止不了暴政的产生。所以,一个“积极”的宪法学和政治的危机时期之间,存在着某种关联。这种对宪法问题抱着不信任的心态,也表现在把德国的基本法的特征认定为一种暂时性质之条文。《基本法》应该如Theodor Heuß所称的,以“过渡条款”代替“暂时条款”。不过,Heuß这种看法并未被接受,德国仍以“暂时条款”之性质称之。

(二)但是,上述对宪法不信任的怀疑,仍不足以使法律人不信任宪法。最简单的前提要件乃是:整个法规范(秩序)能生存,便需法规的阶级性观念存在,否则社会即会混乱;而宪法是所有成文法规的最高阶级。故所有法律人,只要是这种法秩序意义下的法律人的话,就应该具有分析宪法的能力。尤其是宪法问题就是国家的生活问题,但凡对宪法问题不清楚,便应该在学理上来探求其理,并且反映在法院的判决之中。但这是德国法院迄今尚未获得落实之处,故德国在最高阶层的法官造法方面,亦应跟循宪法的轨道来发展下去。

(三)早在对宪法产生疏离感前,行政法已造成法律人的震惊。瑞士名学者 Hans Huber 曾警告过,所谓的“法的过度紧张性”,便是指行政法而言。行政法本具有环境性,在今日,行政法已变为一种技术性的工具,被视为“万灵丹”以解决社会上所发生之诸多脱轨失序问题,使行政法毫无喘息的机会。任何人只要翻一翻活页式的公法法规大全,便会大吃一惊,法规既多,变动又快。在行政法方面,不幸的是,法律本来应保障法的安定性,而如今却少有法的安定性了。立法者缓慢的立法程序,已无法在

短期内解决许多争议的问题。然而很多人将之归责于立法者,这是无此必要。立法者也因“工作超荷”,以致于无法立即完成法律的制定与修正。如汉斯·彼德斯教授所称的,在以往法典国家的时代,立法者常常走得过头,将所有行政目的达成一把抓在自己手里,却往往徒劳无功。^{〔1〕}但是,现在人民认为实证的法律(法典),无异是国家与“法”之间相互调和的一种工具。在19世纪时由国会通过的法律,是一种在法治国家及合宪状态下所产生,也是国家与“法”相协调的法律。但现在人民并不如19世纪的人民那样相信法律。现在立法者有很多理由没办法立即完成其工作。立法在寻求法的安定性及明确性之目的上,已无法立即达成。所以法律的形成与继续成长,就必须交由法官之手来予以完成。“法典国家”也就逐渐转变为“法官国家”了。

(四)值得我们注意的是,法律作为国家管理工具(法律工具论),已是不敷使用了。那么行政事事援引法律也产生困难,行政也就产生某种特别的环境。这乃是现代社会的一个伟大贡献,行政也就不再是国家权力的工具,行政行为也不是一个为国家而将其管理之行为按实证法律个个予以具体化的管理行为。所谓法治国家的名词是一个年轻的名词,即使在俾斯麦时代,法治国家仍不如今日般受人重视。法治国家,应是一个国家之行政屈服在法律之下,即行政系在法律规范之下。在古典法学派中,最早提出法治国家的概念是 Rudolf von Gneist,其曾再三强调:法治国家是基于法律,对行政的原则予以特别化及规范化,并使得国民有机会于自由安全的环境中生存。这种看法符合一般学说,使国家的法律应有正确性及权利性。18、19世纪进行的实证法立法运动,就是源于这种理念,也使得国家、法及(实证)法律形成一体。故在当时立宪的时代,行政官员并不怀疑法律合宪性的问题,而只是单纯地去执行法律。学者 Smend 说得好,这种行政的特性其实只需要文学形式的法令注释书来辅助其职务之传承与教育民众之性格。易言之,行政并不考虑其行为的法律基础有

〔1〕 参阅本文集第三十三篇。

无合宪的问题。所以 19 世纪有关行政问题的法学著作,以今日的眼光来看,多是“非法学性”的论述,其理在此。即使如名学者 Lorenz von Stein 的著作,也不例外。但今日行政应该尽量的法学化。今日不同以往,把行政行为的合法性视为理所当然的肯定之。此亦可以公法领域中出现法院审判权制度,来予以说明。

以法院作为审查公法行为的工具,不仅是加大了法院的职权,同时也使行政法的基础,因实证法令的膨胀,一个条文增加一个条文,一个行政命令加一个行政命令等,而使行政法的内容增加,失去其一贯的特征。在这种情形下,行政已无法单纯借重法令诠释大全及论文来探究,也无法由行政法学原理——尽管这些学理的重要性无可置疑——来找寻答案。行政也就只能在一个“国家持续性制度”,依赖其广受服膺的法规范特质来解决诸多问题。这个“制度”便是由宪法所产生之理念。故行政法的存在性,应从对宪法基本原则的研讨上,获得其根基。行政的潮流需形成制度性,并且将宪法所揭示的各种指导原则予以具体化的实践之,这就是行政的任务。行政国家与宪政国家,两者如鸟之双翼,是密不可分的。

(五)此外,将公务员当作一个“纯粹的技术员”也是不可行的,也不符合现代行政运作之模式。盖今日之行政多以“团体运作”(team work)为主,以往单赖独任制首长裁决,如赖省长、部长、处长等作决定的时代已经过去。这种转变的好处,可免除行政决定流于个人擅断之裁决。缺点则在于追求制式化、规格化的条件下,公务员行事作为皆依类似“办事准则”的手册,而不需要有个人的创造力在内,固然这也可以收到简易行事——减轻工作负荷的好处。所以,不仅一般行政机关已遵循这种新形式的处理模式,竟连行政法院也想利用这种方式来疏缓他们已够沉重之工作负荷。如此一来,行政行为直接受到宪法条文拘束的现象,便变得较不显眼了。其实行政法与宪法彼此一直就有相互依存的关系,上文所言者,也不是什么新原则的创见,只不过是行政法与宪法的密切关联性,在执行行政法规时,到底有没有很自觉地把宪法的原则在其行为中贯彻出来罢了。

(六)与每个公法问题都有密切关联的,是行政法受到宪法多大影响的问题。这个问题的重要性显而易见。本文无法细谈宪法哪几个条文对行政法及法院有哪些影响力,只能略提一些基本原则。吾人实在很难用三言两语即把宪法所揭示的指导原则表达出来。这正是西欧各国宪法的模式,国家各种指导原则无法用完全毫不矛盾的模式来规定。不像极权国家的立国原则,可以用激情化的方式来揭示这些原则。西欧国家的宪法便有了复杂的本质:国家指导原则变成一种多样性的、彼此交缠的;并且在部分情形经常是互存在一种紧张之关系中。

(七)在德国《基本法》中对行政法有相当重要性的国家指导原则,是由第20条、第28条所规定的法治国家原则及奉行本原则所实施的民主政治。若不和社会国家理念相结合的话,法治国家原则是再简单不过的了。法治国家原则在传统上系针对行政而出发,也促使行政法的发展。法治国家传统的两大法律制度是法律保留原则与法律优越原则,要求行政行为的行使,应该在法的界限之内。即使法律授权行政有所裁量之余地时,行政权亦不可以恣意滥用该裁量权。法律秩序即可以因而产生。居于上位位阶的法规,可拘束下位位阶之法规;并且,这个法的位阶性应该由可以独立行使职权的法院来予以确保,使得法治国家的原则得以在具体的程序中付诸实现。

传统的法治国家系将人民的自由与财产,当成是国家权力保障的最大法益,履行这种保障的行政任务,就是警察行政与税务行政。这些都可称为“干涉行政”。这种态样的行政是一种“超时代”的制度,一直到今日依然适用不衰。

(八)倘若我们对现在的行政及行政法作一综观,即可得知:警察行政与税捐行政仍是今日行政之重要事项。唯此等传统的行政模式已不敷使用,遂因此产生了“服务行政”(给付行政)的问题。干涉行政与服务行政两者并非截然划分,这可由经济行政法、国家给予私人扶助、住宅法、给付物资,以及许多国家给予个人融资之案件中得知。亦即一方面国家干涉、管制人民,而另一方面却也服务、协助人民。学者 Hans J. Wolff 说得好:

“国家不可推卸照顾百姓之职责。”社会国家之原则已不知不觉地被具体实现出来。1951年12月19日德国联邦宪法法院于其最早的一个裁定(BVerfGE 1,97)中指出:“国家有积极性之义务来照顾国民。”尤其是西德当时之处境,其必须承担战争失败的一切后果。因为时代的迫切要求,以及强迫国家行为具积极性,已加速行政法的发展,同时也符合了国家新的理念。

学者福斯多夫(E. Forsthoff)曾正确说过:“德国现行行政法具有双重性格,即同具新式的服务行政与传统的干涉行政之性质”。这种行政法结构的改变,已符合社会法治国家之宪法理念,也伴随着人民对法律感情的转变。现代人民对法律感情,除仍然要求国家权力行使须遵守一定界限,使人民可自由形成其权利外,人民亦要求国家有法的规范存在,于人民遭受不幸的命运时,国家能够施以援手。此种对人民不幸命运的救助,在往昔不论是属于神学、哲学,或是历史学的讨论范畴,现今都已成为法律问题。此等以法律方式来解决不幸的个人问题,变成了行政法内容,而且多以金钱给付的方式来予以人民救助。如难民法、政治犯补偿法、战俘补偿法、占领补偿法,以及因纳粹暴行而流离失所与丧失公职之补偿法等,人民认为由国家给予人民补偿是理所当然的。至于此种补偿制度应补偿到如何程度及应否赞成之,乃系政客及社会学学者应予考虑的对象。法律人只要有此确信,体认到公众对这种法律的感情已变得如此强烈,将使得立法者不得不实行立法手段以资解决。是以,行政之任务也因而随之扩张,形成社会整体秩序的一部分,以解决国家生活所遭遇之困境等问题。

(九)上述见解并非纯理论,也有法学的重要性。下述两个案例即能最妥帖地说明行政法的传统理念如何受到国家指导原则的影响而改变:

第一,联邦宪法法院在1958年5月6日之裁定(BVerfGE 8,155)中揭示:一般法律保留原则在人类自由、财产遭受侵犯的场合(国家干涉行政),仍有适用之处,但并非拘束今日国家权力的唯一标准。严格的法律保留原则已不适用在服务行政上。这种法律保留原则不适用在服务行政之观念,仍然应限于法的界域之内。即使法律赋予行政有裁量余地时,亦

不可恣意滥用。法律秩序因此而产生,上位法规可拘束下位法规,法的位阶性应由独立行使职权的法院加以保障,使得法治国家的原则可以在具体的程序中实践。这个裁定虽不能说已踏出了一个革命性的脚步,但可以说是开展了行政法的新境界。这种新理念,依联邦宪法法院所称,是废弃了源自以往自由主义法治国家时代的法律保留原则,而转为奉行基于平等权的社会国家之理念了。

第二,德国联邦行政法院在1958年12月12日所作的一件关于津贴案例中提及:一般法律保留原则是针对侵犯人民自由及财产权利时对于行政权的要求。对于行政给予津贴的决定,在没有法律为基础下仍可为之。唯可经由行政自制,给予此权力之行政裁量的自我拘束,以及平等权原则来予以限制。平等原则进入行政法法源体系中,而使当事人拥有可提起诉讼之权利。此系属前所未有之理念。法律保留原则于某些案例已无当然适用之余地。在融资的问题方面,不必法律之规定亦可由行政为之。然而,对于行政裁量有无自制以及是否违反平等权,申请及已受津贴之企业可拥有起诉权,由宪法平等权条款的介入,使得行政法的法源有了新的内涵。同时也因宪法平等权的有适用性,使行政法的原则规范及在具体执行措施(个案)间之界限发生了变化。而最重要的是,法院在审理此类案件时,便可以不必以法律存在与否作为其审理之依据了。

(十)对于法律保留原则之更正,也涉及行政的裁量学说。在以前自由主义的法典国家理论时代,裁量可为行政之必然。给予行政机关此种裁量权,乃是政治妥协之产物。由国家所主导发生的自由主义,不要行政受到法律严格之拘束。这也是德国行政法产生的时代理念,要求行政具有弹性。

欲以今日宪法揭示的指导理念来讨论行政裁量在行政法中的“定位”问题,诚非易事。首先,应确定裁量之范围。服务行政裁量之授权范围未必较干涉行政来得大,这倒是一个令人惊讶的看法。因为在服务行政时,人民被赋予权利来获得国家之服务措施,而这些涉及请求国家给予补偿、融资,皆以金钱之方式给付之。是以既然牵涉金钱给付,那么就必須十分

清楚地界定其权限,故民法的债权请求权制度几可引进至行政法矣,甚至有人认为行政法可以变成一个“公法债权法”,这当然有太过夸张之嫌。尤其不容忽视的是,许多给付行为,行政经常只是扮演机械式地执行法律之角色,而行政官员并无中途介入决定之空间。而且,往昔之干涉行政,如警察法及征收法常使用的概括条款,于今日仍有适用。但在服务行政方面,如社会法,则少有使用了。如在战争损害赔偿法中就无此概括条款之规定,即使该法第301条也只是授权行政权在立法者如有疏忽漏未列举时,始得享有“补充”的权限而已。

当然,有一些老官员会为今日行政裁量权范围的限缩而感到忧伤。但这种往回看的态度,容易陷入浪漫的历史观之中。吾人当不可忽视,今日的行政已是一种“监督行政”。现在的行政决定已大部分非由法律出身的公务员为之,即使那些事务需要有法律专业素养的公务员为之,亦然。而服务行政法律也不比其他法律简单,今日一般非法律系出身的公务员所须掌握的法律知识,已大大超过其前辈。而且,要面对那么多的法律、行政命令、办事准则等,若仍要充分掌握法律的精神,来实行裁量的话,恐已有困难;再加上由于行政人员的素质,能给予太大的信任,所以对于服务行政的裁量制度,应重新调整。

(十一)上文提及甚多社会法治国家指导原则对行政法的影响问题,此外,民主理念也影响行政法不少。现代的行政是民主的行政。西方民主所代表的民主社会系多元化,使得民主程序也多元化。行政也随之产生了多样性,如联邦行政、自治行政、国家与各种社团,以及国家是多党派的国家等制度。国家也就是各种团体的组成体,国家既是联邦制的,所以,以往那种定于一尊的传统权力结构,也就不必太重视了。行政法也因此有这种多重性质。

(十二)由于民主社会的多元化,也使行政法产生一连串的问题,使多数人与少数人的关系、国家与团体及团体间之关系能够解决。各种阶层的人都主张自己的权利而不相让,同时也形成自己的道德与法感情之标准。处于社会各阶层这种利益矛盾中的行政官员,先应认清自己的立场。

我们不要希望行政官员作为这种民主抗争的拯救者。团体的抗争已是德国宪政秩序的一个现象,若要消除之,无异是一种乌托邦的看法。行政越来越是扮演着社会各阶层利益的“协调者”角色,并且使得势力薄弱的人不致成为团体抗争的牺牲品。但国家不宜因此歧视利益团体,同时对于各种团体产生的问题,行政官员也无须太过紧张,否则就常会恐惧这些竞争团体的作为已太过分而超越国家的容忍限度,遂采压制手段。这种国家对团体的容忍,可以比拟当年神圣罗马帝国国王对诸侯的容忍一般。这种情形有时会令人不解,谁才是掌权者?在二十世纪,权威是无名氏的,人的因素已退居其次。这对行政官员有其重要意义。在职业文官的典范,是要求公务员在执行任务时,以“制式”的方式全身投入。所以,这种操典化(制式化)的要求,正如同邮局的指示通告,不论柜台前坐的人员是张三或李四,都无分轩輊一律遵守。公务员与人民的个人关系是否已剩得微不足道?同时,今日行政已变为以书面形式进行的官僚体系,公务员个人的参与已转变成为无名氏了。

(十三)行政在今日多元的民主及宪法指导原则下,已负有将社会秩序予以定位,且使之蓬勃发展之任务。这不是一个复古式或维新式的任务,只是将日常规范及日常争议者,和国家制度予以调适。当然制度本身并非没有问题,尤其是德国往昔也产生过希特勒独裁的政权。但这制度的健全,有赖先应探究行政法的制度,如地方行政、文官制度、大学制度及宪法等之必要。国家制度既有问题,且行政法须由这个制度来产生其内容时,那其地位也就更困难了。然而,行政、立法及司法都是国家制度,不可互相倾轧,而将彼此推上绝路,三权实可使彼此增长。行政法当成为一个协调的法,将社会法治国家宪法的指导原则予以具体化,来使多元化的民主得以实践。

(十四)行政法院的审判制度也渐担负起调停的任务。假如立法者所决定的形成行政法内容的法律规定,并不能使行政官员对社会利益及社会的自我主义能用协调的方式来予以解决的话,那么利用行政法院法官来调停此一争议,就成为最后的手段了。以各种保守眼光观之,在行政法

院法官的调和性上,应与立法者、行政官员处于同一线地位。行政法院法官并非与立法、行政在内容上有完全不同的行为,而是借重其社会公共秩序中所拥有崇高的社会地位,来负责协调这种争议。行政法院法官应使利益与利益的斗争可以互相存在,自己也可以把现代给付国家的协调工作公正地来予以解决。

(十五)许多人也许会认为,本文已将公法学推入社会学、政治学、历史学及各种学科的丛林之中。但我们要认清现代公法的问题却无法脱离上述其他学科,而只用传统法学方法来解决。这对公法是一种刺激,但也有危险。学者 Von Ranke 曾言:“历史要常重写,法学亦然。”每个时代都有重新检讨的必要,这种检讨在精神生活方面不是戏剧化的个案改变,而是逐步、不显目的地进行之。一段时间且一段时间地在必要范围内来改进,假以时日后必会发现已有所显著改变。有时候我们会听到有人说:“法律人是一种濒死的人,法学是一种快要熄灭的学科。”笔者却认为这种怀疑是太夸张的。我们端视在这一个变动很快的社会中,法律人与法学应如何定位与适用?诚然,法学者不一定要成为革命运动的先锋。法律人职业的好处在于保持时代精神,常常一个时代的情绪激动,其影响不一定传达到行政机关的抽屉里及法庭之中,但这也不无利益可言。在这种情形下,短暂情绪的激动,并不一定会演变为法律的行动,只不过是已经传送了某种声音。把时代的潮流演变成宪法的内容,并非法律人,尤其不是公法法律人的职责,法律人也不应去从事这种工作,而是把已存在宪法的内容加以发扬光大矣。

三、麦耶的“宪法消逝,行政法长存”之释疑

吾人在前文了解到韦纳教授所极力主张的行政法应是一个“协调法”,用以将宪法所揭示的理念“放射”出来,具体化的实践多元化民主。紧接着来看看常被误解的麦耶教授之“名言”。对于“德国行政法学之父”的奥托·麦耶,先介绍其生平如下:

麦耶,1846年出生在德国南部的巴伐利亚邦,1864年起在艾朗根、海德堡及柏林大学攻读法学及黑格尔哲学四年。曾师事名学者 Bluntschli 及 Gneist。大学毕业后,以一年时间获得博士学位。随后执行律师业务,但发现兴趣不合,又回到学术界。1881年获得教授资格,并赴史特拉斯堡大学先后担任讲师、副教授及正教授。

麦耶起先是讲授国际私法、行政法以及法国民法之课程。在这段期间,住在这个刚刚因普法战争胜利而划归到德国版图的法国城市史特拉斯堡内。麦耶颇为心仪法国的行政法,同时也想引进这个法国制度及学术进入德国。这和同一时代英国著名的法学教授 A. V. Dicey(戴雪)的立场完全相左。Dicey 在 1885 年出版极著名的《英宪精义》(An Introduction to the Study of the Law of the Constitution)一书(第十二章),便对当时法国行政法理论及体系有相当程度的批评,以为法国行政法并非英国所可取材之对象。但麦耶则相反。麦耶首先在 1886 年撰写《法国行政法之原理》一书,并于 1895 年在来比锡市出版了《德国行政法》,分总论及各论两册。此书可以说是开创了德国行政法学的新世纪,书中所讨论、叙述关于行政法的行政处分、依法行政、公法权利、法源、公物、行政救济、警察权力、财政权力、征收等制度,其体系之完整,论证之严谨在当时德国行政法学界皆是前无古人之作。^[2]而在近百年之后的现在,也大体上维持了其理念上之架构。该书出版后,不仅风行欧陆,也影响了远东。日本明治时代著名的美浓部达吉所撰写的《行政法撮要》,几乎处处可以看到麦耶理论之影子。所以,麦耶堪称德国行政法学(派)的开山祖师,当非过分溢美

[2] 就以笔者手边所有的出版于 1897 年来比锡市的《萨克森邦行政法辞典》一书而言,该书共有 718 页之多,但却无一字言及行政处分、公物、依法行政原则等,可见麦耶大作的先驱性了。参见 Curt von der Mosel, Handbuch des Konigl. Sachlichen Verwaltungsrechts, 1896, Leipzig。德国在更早出版的行政法教科书,例如 F. F. Mayer 在 1862 年出版的《行政法原理》(Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862),以及 E. Loening 在 1884 年出版的《德国行政法教科书》(Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884),虽然也略提及公法权利、行政救济、警察权力之制度,但仍未有体系地建立行政处分及依法行政等概念体系。而后者(Loening)的见解,仍把行政权力视同警察权力,即把维持国家内部行政之任务作为行政法所规范之对象,“行政”即等于“警察”之概念,也就是仍可见以往警察国家概念的影子。