

德国《联邦行政程序法》的源起、论争与形成

严益州

内容提要:德国行政程序法典化是漫长而曲折的过程。19世纪末以后,德国立法者将行政程序与行政诉讼合并法典化。联邦德国建立初期,基于《行政法院法》的政治优先性与《基本法》中确立的“司法国解决方案”,行政程序与行政诉讼彻底分离,行政诉讼被单独立法。随后,德国发生“行政法总则法典化”、“行政程序法典化”与“非法典化”三种路径之争。在当时,理论界多数反对法典化,实务界多数支持法典化。最后,联邦政府表态选择行政程序法典化这一中间道路,其主要原因在于联邦政府希望通过法典化实现行政简化的目标,从而降低行政成本,减轻财政压力,但是行政法总则法典化面临政治与法律上的阻碍太多,无法付诸实践。在联邦政府的主导下,德国相继出台一系列行政程序法草案。最终颁布实施的《联邦行政程序法》是立法技术持续优化与各方利益不断妥协的结果。

关键词:行政法总则 行政程序法 法典化

严益州,南京大学法学院、中德法学研究所助理研究员。

一 引言

1976年德国《联邦行政程序法》是“德国一般行政法的核心”。^[1]这部法律至今仍保持着制定之初的体例结构与基本内容。纵观德国行政法史,行政程序法典化是漫长而曲折的过程。自19世纪末以来,德国立法者将行政程序与行政诉讼合并法典化。联邦德国建立初期,基于政治与法律的原因,行政程序与行政诉讼彻底分离,行政诉讼被单独立法。随后,德国发生“行政法总则法典化”、“行政程序法典化”与“非法典化”三种路径之争。当时,理论界多数反对法典化,实务界多数支持法典化。最后在联邦政府的主导下,德国

[1] Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin 1998, § 33 Rn. 26.

选择了行政程序法典化这一中间道路,并相继出台一系列行政程序法草案。最终颁布实施的《联邦行政程序法》是立法技术持续优化与各方利益不断妥协的结果。诚如学者所言,“法律移植”的概念已经过时,行政法比较的现代形式应是各国之间的“共同学习”,意即发现所要解决问题的相似性,寻求思维的碰撞,反思彼此制度选择的依据。^[2] 鉴往知来,本文将对《联邦行政程序法》的源流发端、意见纷争与形成经过予以梳理,并将阐明德国曾经面临哪些制度选择以及作出最终选择的原因。

二 早期探索:行政程序与行政诉讼从“一体”到“分离”

(一) 帝国时代行政程序与行政诉讼完全不分

1848 年革命后,理性主义与自由主义渐成德意志各邦国的主流思潮。这一思潮既要求经济自由化,也要求行政法治化。^[3] 1865 年,卡尔·弗里德里希·冯·格伯(Carl Friedrich von Gerber)旗帜鲜明地指出:“若要让法治国的概念存在现实意义,必须在行政领域制定越来越多的规范,从而使(行政机关)恣意妄为的土壤不复存在。”^[4] 关于立法模式的选择,弗里德里希·弗朗茨·迈耶(Friedrich Franz Mayer)认为,虽然德意志各邦国法律林立,但是抽象出一般意义上的行政法原则并创设“共同的德意志法”仍具有可能性。^[5] 不过,同时代学者洛伦兹·冯·施泰因(Lorenz von Stein)认为,行政活动纷繁复杂,行政法不可能像民法一样实现法典化,唯有在各个部门行政领域制定单行法。^[6] 1895 年,奥托·迈耶(Otto Mayer)出版《德意志行政法》一书,创设影响至今的行政处理理论,目的正是让行政法学真正独立,避免其成为国家学的附属品。至于能否通过“行政处理”的构建,进而促成现实层面的行政法法典化,迈耶却对此表示怀疑。^[7]

尽管理论界意见不一,德意志帝国所属的普鲁士邦国仍然率先尝试行政法法典化,于 1883 年颁布《普鲁士一般行政法》。^[8] 该法由两部分组成:前一部分为行政组织法内容,规定的是省政府、大区政府与市镇政府的组织与职能;后一部分为行政程序法内容,规定的是行政决议程序、行政争议程序与行政执行程序等特殊程序。其中,行政决议程序是指省参事会、大区委员会或市镇委员会以合议制形式作出重要决定的程序。^[9] 行政争议程序是指行政复议程序与行政诉讼程序。换言之,这部法律既没有对行政机关从事一般行政活动应当遵循的普通程序有所规定,也没有将行政程序与行政诉讼

[2] Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Heidelberg 2013, S. 27.

[3] Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II*, München 1992, S. 381.

[4] von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, S. 233.

[5] Starck, *Verfassungen*, Heidelberg 2009, S. 53 f.

[6] von Stein, *Verwaltungslehre (Teil 2)*, Stuttgart 1866, S. 92 f.

[7] Werner, *Gutachten 43. DJT*, Tübingen 1960, S. 25, 31.

[8] 为安抚原诸侯国的政治势力,1871 年新建立的德意志帝国实行联邦君主制,允许原诸侯国在一定条件下保留自己的君主政府和议会。《普鲁士一般行政法》不适用于德意志帝国全境,只适用于原普鲁士邦国所属各省。

[9] Wolff, *Verwaltungsrecht III*, München 1973, S. 297.

进行区分。^[10] 并且,行政争议程序是《普鲁士一般行政法》指称的“行政程序”最核心的部分。之所以会产生上述立法构造,其原因在于,19世纪的普鲁士行政法院属于自治行政的一部分,大区委员会或市镇委员会本身也承担行政法院的审判职能(“事实审”),所以司法机关与行政机关不能被截然划分。^[11] 另外,19世纪的德国法学界真正最关心的问题其实并不是行政机关在行使职权时所应遵守的法定程序,而是如何对行政机关违反行政实体法的行为进行监督控制。正是在这一思维影响下,行政领域一般性立法的重点必然会围绕权利救济而展开,并呈现出“轻(普通)程序、重司法审查”的状态。^[12]

(二)魏玛时代行政程序与行政诉讼逐步区分

一战结束,帝国覆灭,共和建立。1919年,出任共和国内政部行政改革国务委员的比尔·德鲁斯(Bill Drews)力主将行政程序与行政诉讼区分,并主持起草了《行政决议法草案》与《行政法院法草案》。然而,以格哈德·安舒茨(Gerhard Anschütz)为代表的德国主流公法学者仍然认为,行政法院本质上是组织意义上的行政机关,行政程序与行政诉讼不能截然分开。^[13] 最终,上述两项法律草案未能在魏玛国会获得通过。^[14]

1926年,图林根州颁布《图林根州行政法》。这部法律的内容仍然由行政组织与行政程序两部分组成,并且依旧将“法律救济”纳入“行政程序”之中,但是这部法律在“行政程序”部分,单独创设行政机关一般适用的“普通程序”一章,并对管辖、传唤、言辞辩论、期限、行政处理告知和法律救济途径告知等程序性事项作出了一般性的规定。^[15] 同时代学者瓦特·耶利内克(Walter Jellinek)肯定了创设“普通程序”的必要性。^[16] 他指出:相对于行政决议程序、行政争议程序与行政执行程序这些特殊问题,负担处理的说明义务、听审权、禁止偏袒、禁止职权代理等程序性规定具有重要的独立性。^[17]

1931年,符腾堡州分别公布《符腾堡州行政程序法草案》与《符腾堡州行政法草案》。这两部法律草案彼此独立。前一部草案以行政程序作为立法对象,区分“行政机关适用的程序”与“行政法院适用的程序”,并尝试对这两种程序所涉及的告知、期限、传唤、举证、费用、言辞辩论与滥用职权等问题作出一般性的规定。^[18] 后一部草案将行政实体法内容作为立法对象,依次分章为总论(主要内容为行政处理、公法上的意思表示、行政合同、代理与除斥)、公法人、公有物与公法之债。^[19] 对于这两部草案,耶利内克盛赞道:

[10] Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl., München 2012, § 27 Rn. 5.

[11] Jellinek, Verwaltungsrecht II, 2. Aufl., Heidelberg 1929, S. 88.

[12] Schmitt-Lermann, JZ 1964, 402 (403).

[13] Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I, Berlin 1929, S. 129 (132f.).

[14] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1164.

[15] Knauth, AöR 1928, S. 79 (95).

[16] Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl., München 2012, § 27 Rn. 8.

[17] Jellinek, Verwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl., Heidelberg 1929, S. 279.

[18] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1165.

[19] Hegelmaier, Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1936, S. 107.

“若草案得以通过,符腾堡州将骄傲地发现,它会引领全国。”^[20]可惜,纳粹攫取魏玛政权后,各州行政法典化进程陷入停顿,符腾堡州两部行政法草案不了了之,并未成为正式的法律。^[21]

(三) 联邦德国建立初期行政程序与行政诉讼彻底分离

1949 年,联邦德国建立。基于纳粹时期的惨痛教训,联邦德国将重建行政法院、恢复对行政行为的司法审查作为建政后的首要政治任务。^[22]《基本法》第 72 条第 1 款与第 74 条第 1 款第 1 项明确将法院组织与司法程序纳入联邦和州共享的竞合立法权范畴,并且赋予联邦优先立法权。换言之,联邦有权制定联邦与州统一适用的行政诉讼法。正因为政治上的高度重视,由联邦政府组织起草的《行政法院法政府版草案》于 1953 年便被正式提交联邦众议院审议,并于 1959 年分别获得联邦众议院与联邦参议院表决通过。

需要注意的是,由于纳粹时代行政权力严重扭曲司法权力的功能与地位,《基本法》的制定者有意将行政机关适用的行政程序与行政法院适用的行政诉讼明确区分。《基本法》第 19 条第 4 款确立了“司法国解决方案”,意即司法机关与行政机关截然不同,行政诉讼应当由法院独立进行。^[23]此时,联邦立法者将主要精力用于《行政法院法》的起草,这使得与行政诉讼立法彻底分离的行政程序立法相应延宕。不过,联邦立法者奉行“部分解决方案”,对部分迫切需要规范的行政程序问题制定单行法,比如 1952 年《行政送达法》、1953 年《行政执行法》。^[24]

与赋予联邦立法者行政诉讼立法优先权不同的是,《基本法》的制定者基于纵向分权的考量,既没有将行政程序纳入联邦专属立法权范畴,也没有将其纳入联邦和州共享的竞合立法权范畴。因此在联邦德国早期的讨论中,联邦是否拥有制定行政程序法的立法权限,本身就是一个存疑的问题。^[25]1957 年,卡尔·赫尔曼·乌勒(Carl Hermann Ule)对联邦行政程序立法权限作出如下分析:第一,若行政程序的执行属于《基本法》第 86 条规定的联邦固有行政与《基本法》第 85 条规定的联邦委托行政,则联邦依“事物之本质”,理应对该行政程序拥有专属立法权。第二,依《基本法》第 84 条之规定,联邦若对州以执行联邦法律为其本身事务所适用的行政程序进行规范,需要得到联邦参议院的同意。与此同时,依《基本法》第 83 条的规定,若州以执行州法律为其本身事务,那么联邦对此不得拥有行政程序立法权限。第三,正因为上述限制,联邦虽然原则上可以针对联邦固有行政和联邦委托行政,制定一般性的行政程序法,但是不可能对州以执行联邦法律为其本身事务

[20] Jellinek, AöR 1932, S. 1 (36).

[21] Riedl, in: Obermayer/Fritz (Hrsg.), VwVfG, München 1999, Einleitung, Rn. 13.

[22] Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., Köln 1995, § 3 Rn. 4.

[23] Bettermann, VVDStRL 1959, S. 118 (165, 181).

[24] Werner, Gutachten 43. DJT, Tübingen 1960, S. 12.

[25] 阿诺德·柯廷根(Arnold Köttgen)在 1952 年发表的《论行政程序作为联邦立法的对象》一文中,最早尝试对这一难题进行探讨。Siehe in Köttgen, DöV 1952, 422 (422 ff.).

所适用的程序进行统一规范。对于后者,联邦的立法权限需要依个案逐一判断,并且法案整体需要获得联邦参议院的应允。^[26] 从乌勒的分析可见,联邦在行政程序立法问题上受到严格限制,因此在实践操作层面,已不可能将行政程序立法与获得《基本法》充分授权的行政诉讼立法合二为一。

正因为政治优先次序的不同与《基本法》制定者的有意区分,行政诉讼终于从行政程序中完全独立出来,行政程序自此专指行政机关适用的程序。^[27] 未来的行政程序法典化,将不再涵盖行政诉讼立法。

三 路径抉择:联邦德国时代法典化必要性论争

(一) 维也纳年会上的行政程序法典化与非法典化之争

1958年,《行政法院法》的立法工作已经进入尾声。同年,石勒苏益格-荷尔斯泰因州州长凯·乌维·冯·哈瑟(Kai-Uwe von Hassel)发表政府声明,宣布将制定行政法总则纳入执政纲领,并希望将杂乱无章的行政法规范体系化与统一化。^[28] 与之同时,柏林州(市)率先颁布实施《柏林行政程序法》,以实现统一行政法制、简化行政程序的目的。《柏林行政程序法》采用“总论—普通程序原则—要式程序的特别条款—行政复议程序”的体例结构。虽然这部地方性行政程序法典的立法技术粗糙,对于行政处理存续力和行政合同同等重要的行政法问题没有作出相应规定,但是仍不失为德国行政程序法典化的重要尝试。^[29] 为回应实务界高涨的行政法法典化呼声,德国国家法学者协会于1958年在维也纳举行年会(下称“维也纳年会”),将“德国行政程序法的起草”作为年会讨论的重点。在年会上,德国公法学者就行政程序立法究竟应采用法典化模式还是非法典化模式的问题,展开激烈论战。

在论战中,绝大多数德国公法学者主张采用非法典化模式。比如,卡尔·奥古斯特·贝特曼(Karl August Bettermann)认为受联邦制的制约,《行政程序法》的起草困难重重,仓促立法的恶果必然是将复杂的问题简单处理,以致损害公共利益与私人利益,所以更适合进行单行立法。恩斯特·福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)对英国法与德国法进行比较,指出英国法是判例法,判例制度必须依靠程序来保障,所以正当程序原则在英国法上极其重要,但是德国法是成文法,其出发点是与实体法密切联系的“法的实现”,意即德国法律制度是在广义的范围内预先通过法律规则体系的设定而令自身获得保障,德国法上的程序与英国法上的程序不具有同等重要性。赫伯特·克格(Herbert Krüger)认为,现代国家不是单纯地制定法律,而是要积极地形塑社会,所以行政应当讲求效能。若强行要求行政活动符合某种固定的程序,势必影响行政效能的实现。卡尔·约瑟夫·帕切(Karl Josef Par-

[26] Ule, DVBL 1957, S. 597 (597 ff.).

[27] Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., Köln 1995, § 3 Rn. 4.

[28] Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 93.

[29] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1169 f.

tsch)认为,很多行政法的基本问题都没有厘清,制定统一的行政程序法的时机还未成熟。帕切甚至声称此时制定行政程序法的形势与萨维尼时代制定民法典的形势高度相似,并且提醒与会公法学者不要忘记萨维尼对民法典仓促制定的警告。^[30]

在讨论中,仅有部分学者支持行政程序法典化。比如,乌勒提出,绝大多数程序性事项已经被实定法所规范,目前的主要任务是将散见于单行法中的程序性规定进行体系化处理,并将其统一到一部法律之中。乌勒进一步批判克格的“行政效能说”,认为克格将人民视作消极的客体,而不是积极参与行政程序的主体,而这与法治国的理念是相违背的。威廉·梅克(Wilhelm Merk)认为,基于法治国的要求,重要的行政程序问题,必须通过行政程序法典化方式解决,学术理论和司法裁判不能越俎代庖。黑尔弗里德·法伊费尔(Helfried Pfeifer)提出,行政程序立法有助于法律统一和行政简化,这对于公务员和人民而言,都是有利的。法伊费尔同时指出,出于公共利益的需要,行政机关在实施紧急措施时本来就可以便宜行事,不必拘泥于固定程序,所以行政程序不可能妨碍行政机关行使职权。^[31]

最终,维也纳年会多数意见还是认为德国尚不适宜制定统一的行政程序法,其主要理由是重要概念尚未厘清、联邦制过分掣肘、行政效能受到影响、人民权益因为仓促立法而可能受到损害等。^[32] 此次年会暴露出德国公法学者对于行政程序法典化的普遍消极态度。

(二)慕尼黑年会上的行政法总则法典化、行政程序法典化与非法典化之争

维也纳年会论战的结果没有终结德国关于行政程序法典化的讨论。自1958年起,石勒苏益格-荷尔斯泰因州政府开始全面进行《石勒苏益格-荷尔斯泰因州一般行政法》的编纂工作。^[33] 1960年2月,联邦德国内政部公布《行政简化专家委员会报告》,明确肯定了行政程序法典化的必要性。^[34] 为回应这一形势,1960年德国法律人大会慕尼黑年会(下称“慕尼黑年会”)将“行政法总则是否应当法典化”作为年会的议题。^[35] 在年会上,来自实务界与理论界的人士围绕“行政法总则法典化”、“行政程序法典化”、“非法典化”三种意见展开激烈论争。

1. 行政法总则法典化

部分参会者支持行政法总则法典化。比如,石勒苏益格-荷尔斯泰因州内政部主任委员克劳斯·冯·德·戈博(Klaus von der Groeben)提出,一般行政法的概念与规则目前分散在部门行政法中,彼此规定不尽相同。行政法总则法典化可以改变这一现状,实现行政简化与法制统一,提升行政效能,保障人民权利。石勒苏益格-荷尔斯泰因州内政部委员

[30] VVDStRL 1959, S. 118 ff.

[31] VVDStRL 1959, S. 224 ff.

[32] Spanner, Gutachten 43. DJT, Tübingen 1960, S. 29.

[33] Klapstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 93.

[34] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1168.

[35] Klapstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 67.

艾弗斯·加雷特(Alfons Galtte)提出,全国公务员目前迫切需要一部统一的行政法典简化行政活动,减轻工作负担。公务员没有时间和精力从学术著作与司法判决中寻找处理行政事务的答案,更何况这些学术著作和司法判决之间还相互矛盾。联邦行政法院法官赫尔穆特·克茨(Helmut Külz)认为,经过一百多年以来理论与判决的累积,行政法总则法典化已经具备坚实基础,更何况民法总则可以法典化,行政法总则当然也可以法典化。对于行政法这么重要的领域,立法者不应当选择沉默。学者乌勒则指出,《基本法》对于行政法法典化的种种限制是错误的,要制定全国统一的行政程序法,乃至进一步实现行政法总则法典化,就必须修改《基本法》,并让联邦获得更广泛的立法权限。^[36]

2. 行政程序法典化

多数参会者支持行政程序法典化。比如,学者汉斯·斯帕纳(Hans Spanner)提出,行政法总则法典化本质上分为实体法部分法典化与程序法部分法典化。由于行政部门领域的差异性与联邦立法权限的限制,行政法总则中的实体法部分难以法典化,但是为了简化行政,贯彻依法行政原则,应当迅速推动行政法总则中的程序法部分法典化,意即至少应当实现行政程序法典化。^[37] 汉堡州(市)政府政务委员彼得·保罗·福尔克(Peter-Paul Foerke)则认为,行政活动具有复杂性与多样性,行政法实体问题需要依个案判断,并应当根据行政领域的不同,适用特定的单行法,所以没有必要制定涵盖行政法各领域的行政法总则。但是福尔克以各州对征收程序种种差异性规定为例指出,行政程序的不一致,将增加行政执法的复杂性,不利于人民权利的保护,因此行政程序应当法典化,并尽可能实现行政程序简化。联邦行政法院法官约阿希姆·克里斯(Joachim Kniesch)认为,乌勒提出的“通过修改《基本法》以制定统一的行政程序法或行政法总则”的见解是不现实的,因为政客们一定会阻挠《基本法》的修改,这反而会导致行政法法典化的目的落空,所以可行的做法是,在现有联邦制的架构下,联邦和州在彼此的权限范围内分别制定行政程序法,并同时将部分行政实体法内容嵌入新制定的行政程序法中。巴伐利亚州内政部委员汉斯·施密特·雷尔曼(Hans Schmitt Lermann)指出,行政程序法典化有助于简化行政,降低行政执法的成本,不过行政程序与行政组织密切相连,制定联邦和州全国统一适用的行政程序法必然会侵害各州行政组织的独立性,因此联邦和州可以并行制定行政程序法,而且应当加强合作,尽可能让联邦行政程序法与州行政程序法保持体系和内容上的一致性。^[38]

3. 非法典化

少数参会者支持非法典化。比如,联邦行政法院院长弗里茨·维纳(Fritz Werner)提出,行政法总则法典化或行政程序法典化是专家的事情,并不直接涉及人民的公共生活。人民更感兴趣的是部门行政法所涉及的具体立法事项。最重要的工作应当是加强部门行

[36] Diskussion, Verhandlungen 43. DJT, Teil D, Tübingen 1962, S. 5 ff.

[37] Spanner, Gutachten 43. DJT, Tübingen 1960, S. 5 ff.

[38] Diskussion, Verhandlungen 43. DJT, Teil D, Tübingen 1962, S. 103 ff.

政法的立法工作。唯有如此,方能巩固“依法治国”,增强人民对于国家的信任。^[39] 学者汉斯·彼得·伊普森(Hans Peter Ipsen)指出,行政法的核心领域不在于总则,而在于分则,行政法本质上是具体部门任务领域相应法规范的集合,依附于分则的总则仅具有补充功能,并且行政法范围广阔,发展迅速,内容不断更新,所以没有必要制定一般适用的行政法总则或行政程序法。律师赫尔曼·何意志(Hermann Reuß)认为,德国行政法学仍然比较幼稚,理性化程度不高,并且充斥着某些浪漫主义的狂热。究竟如何从部门行政法领域中提炼出一般性思考范式,并且形成基础性规范,存在太多争议。因此不宜进行行政法总则或行政程序的法典化工作。^[40]

最后,行政程序法典化的支持者赢得论战。慕尼黑年会据此形成如下决议:“第一,一般行政法领域的所有法律规则必须有助于实现法的统一性与安定性。因此,联邦与州的法律以及特别法中的一般性规定应当尽可能保持一致性。第二,在《柏林行政程序法》与《行政简化专家委员会报告》所确立的框架下实现行政程序法规范统一是值得期待与非常必要的。第三,一般行政法的附属内容,特别是行政处理的存续力问题,应当被纳入在统一的行政程序法规范之中。”^[41] 需要注意的是,与由学者主导的维也纳年会论战不同,慕尼黑年会论战中的法典化支持者多数是来自于实务第一线的政府官员,并且这些人对论战结果产生了决定性的影响。可见,实务界已经对行政程序法典化存在强烈的需求,这与理论界普遍消极的形象形成鲜明对比。

(三) 联邦政府选择行政程序法典化

从维也纳年会论战与慕尼黑年会论战的不同结果可看出,理论界与实务界在法典化的问题上产生了严重的对立。理论界多数反对法典化,实务界多数支持法典化。然而,是否在全国范围内真正开展法典化工作,关键取决于联邦政府的态度。其实,联邦政府一直是行政程序法典化这一中间道路最坚定的支持力量。自 1956 年 2 月 29 日起,联邦内政部便已经开始在内部研讨行政程序法的起草。^[42] 1957 年,联邦内政部成立行政简化专家委员会。在维也纳年会中强烈支持行政程序法典化的公法学者乌勒出任该委员会第二组组长,其主要职责是研究联邦行政程序法的立法可能性。1960 年 2 月,联邦德国内政部公布由乌勒参与起草的《行政简化专家委员会报告》。报告明确提出,行政程序法在实践中对于行政简化具有决定性的意义,联邦层面的行政程序法典化是非常必要的。^[43] 1960 年慕尼黑年会的论战结果显示实务界(特别是各州政府)对行政程序法起草的支持态度,这更加坚定了联邦政府推动行政程序法典化的决心。^[44]

同时,联邦政府已经明确意识到,行政法总则法典化非常不现实。若要制定联邦行政

[39] Werner, Gutachten 43. DJT, Tübingen 1960, S. 5 ff.

[40] Diskussion, Verhandlungen 43. DJT, Teil D, Tübingen 1962, S. 77 ff.

[41] Berichte, JZ 1960, S. 759 (761).

[42] Klapstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 61.

[43] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1168.

[44] Brintzinger, DöV 1968 16 (19).

法总则,就必然要对行政组织法和行政实体法的相关内容进行全面规定。问题是,德国实行联邦制,各州对于自身的行政组织与部分行政实体法内容拥有立法权限。如果对行政组织法问题与行政实体法问题规定太多,那么必招致各州政府的强烈反对,法典化工作也会因此功亏一篑。^[45]

亟待回答的问题是,既然德国大多数公法学者当初在维也纳年会上反对行政程序法典化,那么联邦政府为什么仍然愿意实现行政程序法典化呢?联邦政府的官方理由是:第一,行政程序法典化有助于实现行政简化,改进行政机关的工作方式,降低行政机关的工作成本,提升行政机关之间的沟通与协作。第二,行政程序法典化有助于法制统一,降低联邦立法的难度,同时使得各州程序法制不一的现状得以改善,提升行政执法的效能。第三,行政程序法典化有助于保障人民利益,方便人民与行政机关的沟通,避免因为程序差异而产生矛盾。第四,行政程序法典化有助于保障法安定性,令人民能够对行政机关的行为形成充分的预期。第五,行政程序法典化有助于提升司法水平,令法院可以在统一的程序法框架下适用法律,并且以此为基础,推动行政程序法自身的改进。^[46]

深入爬梳史料,可发现联邦政府彼时强烈支持行政程序法典化的最重要理由是行政简化,其背后深层次的原因是为了降低行政成本,克服财政危机。二战后,德国政府始终面临庞大的财政压力。一方面,德国政府需要进行战后重建,偿还战争赔款;另一方面,德国已进入给付行政时代,行政任务迅速膨胀,政府的公共开支全面增加。1957年,阿登纳政府重建联邦国防军,巨额的军费开支令公共财政更是雪上加霜。此时,“简化行政程序、降低行政开支”逐步成为政府内部克服财政危机的共识。据测算,若行政程序得以充分简化,行政开支可减少20%。在当时的执政者看来,简化行政程序的重要途径便是行政程序法典化。^[47]正因如此,联邦内政部才会在1957年专门成立行政简化专家委员会,研讨行政程序法典化的必要性。行政简化专家委员会的重要成员弗里德里希·斯贝尔(Friedrich Sperl)与埃多哈德·雅各布森(Eduard Jacobsen)是财经专家。联邦内政部在提交给联邦众议院的报告中明确指出,行政简化专家委员会的主要任务目标是优化财政支出,令行政活动符合经济性要求。^[48]既然同样有助于行政简化的行政法总则模式在政治上与法律上面临的阻力太大,那么障碍相对较少的行政程序法典化势必将成为联邦政府必然的选择。不过由于联邦在行政程序立法权限上受到种种限制,所以联邦政府必须接受联邦行政程序法与州行政程序法并行的现实局面。并且,即使制定联邦行政程序法,联邦也必须取得各州的同意。所幸在慕尼黑年会论战中,各州多数参会的政府官员支持行政程序法典化,并认可其有助于实现行政简化,降低行政成本。因此,联邦政府下定决心,实现联邦层面的行政程序法典化。

[45] Spanner, Gutachten 43. DJT, Tübingen 1960, S. 18 ff.

[46] EVwVerfG 1963, Köln und Berlin 1964, S. 59 ff.

[47] Miecke, Regelmäßigkeiten der Entstehung einer Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts in Deutschland und Österreich, Bern 2008, S. 103 ff.

[48] BT-Drucksache 2108 F - 1491, S. 5 f.

四 法典建构:联邦行政程序法草案各版本内容与争议

(一)1963 年《模范行政程序法草案》

1. 草案概述

在联邦政府全力推动下,联邦行政程序法典化工作终于启动。1960 年 5 月 7 日,联邦政府给各州政府发函,希望能与各州政府共同商议联邦行政程序法的制定。受《行政简化专家委员会报告》与慕尼黑年会的影响,各州政府均表态愿意与联邦政府合作。^[49] 1960 年 12 月 13 日,联邦内政部与各州内政部共同成立行政程序法起草委员会,商议起草《模范行政程序法草案》(下称“《模范草案》”)。学者乌勒、奥托·巴霍夫(Otto Bachof)与路德维希·福勒(Ludwig Fröhler)受邀参与《模范草案》的论证会议。经过激烈的讨论,起草委员会最终没有采纳乌勒关于通过修改《基本法》以制定联邦与州统一适用的联邦行政程序法的主张,而是决定维持《基本法》现有的规定,承认联邦和各州均有权制定行政程序法,同时希望联邦与州的行政程序立法都能参照适用《模范草案》。1963 年 12 月 7 日,《模范草案》最终拟定。^[50]

考虑到联邦与各州并行制定行政程序法的现实,《模范草案》由“联邦行政程序法部分”与“州行政程序法部分”两部分构成。除适用范围、职务协助、行政认证、救济制度与生效条款等少量规定外,“联邦行政程序法部分”与“州行政程序法部分”基本一致。在起草委员会看来,此一作法有利于促进联邦与州行政程序立法的协调与统一。^[51] 无论是“联邦行政程序法部分”还是“州行政程序法部分”均分为八章,依次是“适用范围,地域管辖,职务协助—行政程序的一般条款—行政处理—公法合同—特别程序—法律救济—名誉职务的工作,委员会—尾款”。《模范草案》的出台意味着联邦德国行政程序立法的基本框架已经确立。之后联邦层面陆续公布的行政程序法草案各版本与《模范草案》在体例结构上基本保持一致,彼此差别只在细节内容上。《模范草案》的内容特色是:^[52]

(1) 严格限制适用范围

《模范草案》对“联邦行政程序法部分”的适用范围进行严格限制。在适用主体上,该草案第 1 条规定,“联邦行政程序法部分”的适用主体是联邦行政机关与联邦直接管辖的公法人的行政机关,^[53]“州行政程序法部分”的适用主体是州行政机关、市镇与市镇联合体的行政机关与其余受州监督的公法人的行政机关。换言之,“联邦行政程序法部分”的适用范围彻底排除了联邦委托行政与州固有行政,仅限于联邦固有行政。在适用内容上,该草案第 1 条规定,行政程序法只规范行政机关的公法行为,不规范行政机关的私法行

[49] Brintzinger, DöV 1968 16 (19).

[50] EVwVerfG 1963, Köln und Berlin 1964, S. 53 ff.

[51] EVwVerfG 1963, Köln und Berlin 1964, S. 55.

[52] EVwVerfG 1963, Köln und Berlin 1964, S. 69 ff.

[53] 联邦直接管辖的公法人包含公法社团法人、营造物法人与财团法人。

为。在起草委员会看来,公法(主要)规范隶属关系,私法规范平等关系;行政机关在从事私法活动时,与平等的市场主体无异,所以原则上仅适用私法,并且不受作为公法的行政程序法的约束。不过,起草委员会也强调,基于法治国的要求,行政机关的私法行为应当受到更严格的限制,即使没有法律的具体规定,行政机关也不得出于违宪的目的滥用私法上的形成自由。

(2) 将“效率模式”作为立法目标模式

《模范草案》确立了行政程序的非要式原则,这意味着立法目标模式是“效率模式”。依据《模范草案》第9条的规定,只要法律对于程序的形式没有特殊规定,行政程序可以不受特定形式约束,行政程序的进行,应力求简单,符合合目的性之要求。比如,行政机关在要式程序中原则上必须举行言辞辩论,但是在非要式程序中不必举行言辞辩论。在起草委员会看来,行政程序法典化的主要目的是实现行政简化,因此非要式原则应是行政程序法最重要的原则,其出发点在于激发行政机关的创造性与积极性,保障行政活动的简洁性与有效性。起草委员会认为,非要式原则与法治国原则必然存在紧张关系。不过,这一紧张关系并不会导致负面后果,这是因为对于行政机关而言,其声望与业绩本质上并不取决于行政决定作出的过程,而是取决于行政决定作出的结果是否符合法治国的要求;对于人民而言,行政机关作出的错误决定最终可以通过行政法院予以矫正。

(3) 严格限制程序参与人的阅卷权

《模范草案》将职权调查、听证与阅卷权纳入行政程序的一般条款。其中,程序参与人依《模范草案》第22条的规定,只有在相关法律明确授权与行政机关合义务裁量等两种情形下,才可以查阅有关程序之卷宗。可见,《模范草案》对于阅卷权的规定非常严苛,没有赋予行政程序参与人一般性的阅卷权。依照起草委员会的见解,是否准予行使阅卷权,要在具体的行政程序中进行考量,如果赋予行政程序参与人一般性的阅卷权,那么可能会损害公共利益与其他行政程序参与人和行政程序未参与人的利益,所以阅卷权的行使必须受到严格限制。

(4) 将行政实体法以“附属内容”的形式嵌入行政程序法

起草委员会意识到了行政实体法与行政程序法区分的困难,于是采纳了慕尼黑年会决议的见解,将行政实体法以“附属内容”形式嵌入行政程序法中。所谓“附属内容”是指“与行政程序密切相连,并且被纳入行政程序法所必须的或至少可以被证立的(行政实体法)领域”。起草委员采用列举的形式,将“管辖权,职务协助”、“行政处理”、“公法合同”、“名誉职务的工作,委员会”等部分均视作行政实体法性质的附属内容。与之同时,起草委员会强调,行政处理的合法性、行政裁量与比例原则等问题既不属于程序法内容,也不属于程序法的附属实体法内容,所以不必纳入《模范草案》。

(5) 全面规范了行政处理的存续力问题

《模范草案》的重中之重是关于行政处理存续力的规定。《模范草案》分别对行政处理的无效、废除、瑕疵不生影响等问题进行了规范。

关于行政处理无效的问题,《模范草案》第 34 条采取的是“概括 + 肯定列举 + 否定列举”的构造模式。在拟定概括条款时,起草委员会采用“明显理论”,规定行政处理若存在重大且明显的瑕疵,则自始无效。与之同时,起草委员会认为,由于概括条款过于抽象,欠缺明晰,所以应当附带列举无效事由与排除事由。

《模范草案》第 37 条与第 38 条分别规定了违法行政处理的撤销与合法行政处理的废止。在此,起草委员会采纳弗里茨·豪尔森(Fritz Hauelsen)的见解,将“废除”作为撤销与废止的上位概念。另外,起草委员会指出,虽然违法行政处理原则上可以被行政机关自由撤销,但是对于违法授益行政处理撤销的问题,应当特别考量当事人的信赖利益。对此,起草委员会区分“金钱给付处理与物的给付处理”与“其他授益处理”两种情形,意即对于前者,可以基于当事人的信赖利益,维持行政处理的存续力;对于后者,虽不可以维持行政处理的存续力,但是可以对当事人进行财产补偿。

《模范草案》第 36 条规定,若行政机关作出行政处理过程中存在程序与形式上的瑕疵(比如,没有举行听证程序、没有对行政处理的作出说明理由),但该瑕疵并不导致行政处理无效,且不影响行政机关对实体问题的决定,则行政处理不能仅仅因为这一瑕疵而被废除(“瑕疵不生影响”)。依照起草委员会的见解,程序与形式上的瑕疵只有影响实体问题的决定,才能产生相应的法律后果。程序与形式条款并非“目的本身”,它对于行政实体法而言,只具有辅助功能。若仅仅因为程序与形式上的瑕疵而允许废除行政处理,则有违程序经济原则。

(6) 将和解合同列举为公法合同的基本类型之一

《模范草案》第 41 条与第 42 条分别列举和解合同与交换合同作为公法合同的两种基本类型。前者是指行政机关与人民对事实或法律状况不明时,经由双方退让而予以排除的合同;后者是指行政机关与人民互负给付义务的合同。其中,和解合同乃是参照《德国民法典》第 779 条的民事和解合同而创设。对此,起草委员会认为,设立和解合同,虽然可能存在违背依法行政原则之虞,但是如果放任行政机关与人民对模糊不清的事实问题或法律问题争执不休,则无异于浪费时间与金钱,亦有损行政机关与人民的利益。

(7) 将第三人同意规定为公法合同的生效要件

《模范草案》第 44 条规定,如果公法合同可能损害第三人利益,那么唯有经过第三人同意,该合同始生效力。由此可见,第三人同意是公法合同的生效要件。需要注意的是,《模范草案》并没有将第三人同意规定为行政处理的生效要件。之所以如此差别规定,是因为起草委员会认为,德国的行政救济制度主要是针对行政处理而设置,考虑到公法合同的法律救济相对薄弱,所以有必要在行政程序法中预先对公法合同的生效要件进行特殊处理。

(8) 赋予合同当事人终止公法合同的权利

《模范草案》第 45 条规定,若客观情况自合同缔结后发生重大变化,且不能期待当事人一方维持原有合同约定的,该合同当事人可以请求终止合同;行政机关为防止或排除严重违法违反公共利益后果,也可以终止合同。起草委员会指出,此项规定没有采用“行政处

理”一章中的“行政机关单方废除”模式,而是赋予所有合同当事人终止合同的可能性,这一方面是因为公法合同的本质仍然是合同,合同当事人原则上应当遵循合同严守原则,另一方面是因为如果允许行政机关在合同终止的问题上拥有不对等的优势地位,那么势必有害人民缔结公法合同的积极性。当然,起草委员会也指出,合同严守原则并不具有绝对性,若公法合同的存续严重危害公共利益,行政机关仍然可以单方终止该合同。

2. 草案评价

《模范草案》一经公布,便引发激烈的批判。尽管时任联邦行政法院法官的马丁·巴宁(Martin Baring)仍然坚称联邦行政程序立法的时机尚不成熟,并怀疑《模范草案》可能会遭遇与1931年符腾堡州两部行政法草案同样的命运,^[54]不过,由于政府已经明确表达制定行政程序法的意愿,并且已经开始着手相关的立法工作,所以学界批判的重点迅速由“要不要进行行政程序立法”转变为“如何进行行政程序立法”。^[55]此时,作为曾经的立法少数派,亲身参与起草工作的乌勒也认为,《模范草案》存在严重的问题。1964年,乌勒与弗朗茨·贝克(Franz Becker)出版《法治国下的行政程序》一书,对《模范草案》批判主要如下:^[56]

第一,起草委员会对外国立法经验漠不关心的态度是错误的。起草委员会虽然在立法理由中提及《奥地利行政程序法》,但是着力强调德奥两国国情不同,《奥地利行政程序法》旨在满足奥地利自身的宪法与行政法需求,并不能全然适用于德国。对于其他国家的行政程序立法,起草委员会更是视而不见。可以说,起草委员会的视野太过狭隘。对于阅卷权等充满争议的问题,外国行政程序法当然具有重要的启发意义。对此,起草委员会怎么能够置若罔闻呢?

第二,关于非要式程序与要式程序的二元区分是不成立的。《模范草案》区分非要式程序与要式程序。问题是,这两种程序只有程度的不同,没有性质的差异,因为即使是非要式程序,也必须遵循一定的形式。如果将非要式程序视作普通程序,并使得非要式程序所提供的程序保障远远少于要式程序所提供的程序保障,那么无异于人为制造法律上的阴影地带。人们会由此质疑行政程序法典化的意义为何。因此,必须取消非要式程序与要式程序的二元区分。

第三,严格限制程序参与人阅卷权的做法是荒唐的。只有在专制国家里,才会产生“人民为什么在行政程序中拥有阅卷权”的问题。在民主法治的国家中,人们要问的是,行政机关凭什么对行政程序的相关卷宗保密。阅卷权是人民基本的行政程序性权利,原

[54] Baring, DVBL 1965, S. 180 (180).

[55] 比如,弗里茨·奥森比尔(Fritz Ossenbühl)认为,1963年《模范草案》所谓行政程序只具有辅助功能的见解是错误的,因为行政程序具有整合与理性化公共行政的功能,行政程序就是“目的本身”,同时,行政程序对于保障行政裁量的合法性,具有关键性作用。是故,即使程序瑕疵不影响实体决定,行政处理也应当可以被撤销。雅各布·卡泽(Jakob Kratzer)认为,行政处理的类型不应当包含行政机关在特别权力关系下所作出的命令或禁止行为,因此《模范草案》关于行政处理的定义必须修改。Vgl. Ossenbühl, DÖV 1964, S. 511 (516 f.); Kratzer, BayVBl 1964, S. 273 (274 f.).

[56] Ule/Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln und Berlin 1964, S. 7 ff.

则上不应当被拒绝与限制。唯一的例外在于,他人利益或公共利益因为程序参与人行使阅卷权而被损害。即便如此,行政机关拒绝或限制阅卷权的前提是,保密所保障的利益高于阅卷权人的利益。

第四,关于行政处理无效的规定是问题重重的。“须协力的行政处理未经当事人申请或同意”与“行政处理没有法律依据”是否无效的问题,在实践中一直充满争议。《模范草案》没有对上述情形进行肯定列举或否定列举,因此判定上述情形是否无效,应当采用概括条款中“重大且明显标准”。问题在于,该标准过于抽象,实务部门难以对上述情形是否无效的问题作出一致的回答。

第五,关于违法授益行政处理撤销的规定是没有正当性的。对于违法授益行政处理撤销的问题,《模范草案》区分“金钱给付处理与物的给付处理”与“其他授益处理”两种情形,并仅允许维持前一情形中的行政处理存续力。然而,这种区分违背实质正义,不具有正当性。正确的做法应是,对于所有的违法授益行政处理,应当原则上允许撤销,并依照个案决定是否给予进行财产补偿,只有在例外情形下,才可以维持该违法行政处理的存续力。

第六,关于和解合同的规定是令人质疑的。诚然,在税捐行政与给付行政领域,和解合同确实有存在的必要,但是需要注意的是,行政机关在行政程序中具有职权调查义务,并对存疑的事实问题具有释明责任。目前关于和解合同的规定太过宽泛,这可能导致行政机关借此规避职权调查义务。未来的行政程序法应当对和解合同的适用进行必要的限制。

第七,关于公法合同终止的规定是充满漏洞的。《模范草案》允许行政机关基于公共利益终止公法合同。问题在于,公共利益太过抽象,行政机关似乎可以随意援引公共利益条款终止公法合同。所以,应当单独增设条文,规定违反公共利益的具体情形。另外,《模范草案》没有规定在合同终止的同时,行政机关负有说明理由的义务,也没有规定在合同终止之后,是否应当给予当事人补偿。这些漏洞应当在未来的行政程序法中得到填补。

(二)1966 年《模范行政程序法草案》

1. 草案概述

1963 年 10 月 18 日,联邦政府发布政府声明,明确宣布将行政程序法纳入立法计划。随后,联邦内政部以《模范草案》为范本,正式起草《联邦行政程序法参事版草案》,并于 1965 年 12 月起草完毕。1966 年 3 月 14 日至 18 日,联邦内政部将该草案交由拟定《模范草案》的行政程序法起草委员会在慕尼黑进行讨论。在讨论过程中,起草委员会认为,为了让未来的联邦行政程序法与州行政程序法尽可能保持一致性,不应当局限于讨论修改《联邦行政程序法参事版草案》,而是应当讨论修改作为联邦法与州法立法范本的《模范

草案》。^[57] 在综合社会各界的批评意见后,起草委员会在 1966 年拟定新版《模范行政程序法草案》(下称“《慕尼黑草案》”)。该草案涉及的主要修改内容有:^[58]

(1) 调整适用范围

《慕尼黑草案》第 1 条规定,州行政机关、市镇与市镇联合体的行政机关与其余受州监督的公法人的行政机关若是在联邦委托行政中执行联邦法律,则应当适用联邦行政程序法,而不是适用州行政程序法。与之同时,《慕尼黑草案》中“行政处理”和“公法合同”两章的规定适用于上述机关执行联邦法律以完成州、市镇或公法人自身事务的情形。由此可见,《慕尼黑草案》将联邦行政程序法的适用范围扩展至联邦委托行政与(部分)州固有行政。这一修正旨在保证联邦与州行政程序法制的统一性。不过,《慕尼黑草案》第 1 条新增条款,规定若行政程序法与行政特别法不一致时,准用行政特别法的相关规定。换言之,作为一般法的行政程序法对于特别行政法而言,仅仅是补充适用,并不具有优先适用效力。

(2) 修正行政处理存续力的相关规定

《慕尼黑草案》仍然没有对“须协力的行政处理未经当事人申请或同意”与“行政处理没有法律依据”两种情形是否构成无效的问题作出明确规定,但是对行政处理无效的规定进行了一定程度的修正。《慕尼黑草案》第 34 条第 2 款新增规定,若肯定列举条款中无效事由存在,则不必再次援引概括条款,审查行政处理是否存在重大且明显的瑕疵,该行政处理已自始无效。这一新增规定缓解了《模范草案》中概括条款与肯定列举条款之间的冲突问题。

《慕尼黑草案》对违法受益行政处理撤销的规定进行了调整。《模范草案》关于“金钱给付处理与物的给付处理”与“其他受益处理”的区分被修改为“金钱给付处理与可分物的给付处理”与“其他受益处理”的区分。自此,不可分物的处理被归入“其他受益处理”,并原则上不能维持其存续力。另外,《慕尼黑草案》第 37 条第 2 款新增规定,判定违法行政处理的存续力是否维持,不仅应考量当事人的信赖利益,而且应考量该行政处理所涉及的公共利益。

(3) 限制和解合同的适用

《慕尼黑草案》第 41 条新增规定,行政机关若要缔结和解合同,必须进行合义务裁量,并且认为缔结和解合同是必要的。这一新增规定旨在解决《模范草案》中和解合同适用过分宽泛的问题,其中,合义务裁量是指裁量权的行使应符合授权目的,并应遵守法律规定的裁量范围。

(4) 修改公法合同的同意权条款

依照《模范草案》第 44 条的规定,经过利益可能受损的第三人同意,合同始生效力。《慕尼黑草案》第 44 条对“同意”进行限制,要求第三人须以书面形式行使合同缔结同意

[57] EVwVerfG 1966, Köln und Berlin 1968, S. 299 f.

[58] EVwVerfG 1966, Köln und Berlin 1968, S. 303 ff; Ule/Stellmann, DVBL 1967, S. 837 (837 ff.).

权。这一新增限制旨在增强法律的明确性,强化对第三人的权益保护。此外,《慕尼黑草案》第 44 条新增行政机关行使合同缔结同意权的条款,规定若公法合同旨在替代行政处理,并且该行政处理需经其他行政机关同意或许可始得生效,则该公法合同同样需经其他行政机关同意或许可始得生效。

(5) 限制行政机关终止公法合同

《慕尼黑草案》第 46 条仍然允许行政机关基于公共利益终止公法合同,但是对此进行限制,要求行政机关应当以书面形式终止合同,并且应当说明理由。此项修正旨在遏制行政机关恣意终止公法合同的问题,促使行政机关在决定终止公法合同时更加审慎与理性,同时有利于保障合同另一方当事人的知情权,提高他们对于行政机关终止行为的可接受程度。

2. 草案评价

《慕尼黑草案》在结构体例上,与《模范草案》基本一致;在内容细节上,仅对《模范草案》进行了有限度的修正。对“非要式程序与要式程序的区分欠缺正当性”与“阅卷权行使受限”等质疑,《慕尼黑草案》完全没有回应。至于《慕尼黑草案》将行政程序法规定为特别行政法的补充性规范的做法,乌勒与卡尔·奥古斯特·斯特曼(Karl August Stellmann)更是怒斥为“严重的倒退”。^[59] 尽管如此,《慕尼黑草案》的出台仍然意义重大。1967 年 4 月 18 日颁布实施的《石勒苏益格-荷尔斯泰因州一般行政法》在制定过程中,大量参考了《慕尼黑草案》的相关规定。《慕尼黑草案》起草委员会负责人本哈德·辛古拉(Bernhard Sigulla)甚至断言,未来的联邦行政程序立法“必须以《慕尼黑草案》为基础”。^[60]

(三) 1973 年《联邦行政程序法政府版草案》

1. 草案概述

1967 年,联邦内政部以《慕尼黑草案》为蓝本,对 1965 年《联邦行政程序法参事版草案》进行了修正。^[61] 1970 年,联邦政府在《联邦行政程序法参事版草案》的基础上,起草完成《联邦行政程序法政府版草案》(下称“1970 年《政府版草案》”),并于同年 5 月 15 日提交联邦参议院审议。根据联邦参议院反馈的意见,联邦政府对草案进行了 14 处修改,并于同年 9 月 21 日将修改后的草案提交联邦众议院审议。在联邦众议院的讨论过程中,各政党均表示支持联邦行政程序立法,但是认为对草案的细节仍然需要进一步磋商。就在草案进入联邦众议院内政与法律委员会审议期间,联邦总理维利·勃兰特(Willy Brandt)因为卷入间谍丑闻而辞职下台,联邦众议院亦于 1972 年 9 月 22 日宣告解散,所以联邦众议院对 1970 年《政府版草案》审议工作被迫终止。^[62]

[59] Ule/Stellmann, DVBL 1967, S. 837 (838).

[60] EVwVerfG 1966, Köln und Berlin 1968, S. 300 f.

[61] Jeserich/Pohl (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte V, Stuttgart 1987, S. 1172.

[62] Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 129 ff.

1972年11月19日,新一届联邦众议院成立。此时,联邦政府采纳联邦内政部的建议,没有将1970年《政府版草案》原样提交新一届的联邦众议院审议,而是在1970年《政府版草案》的基础上,结合行政程序法最新的司法判决与学术成果,于1973年重新拟定《联邦行政程序法政府版草案》(下称“1973年《政府版草案》”)。该草案的内容特色是:^[63]

(1) 维持《慕尼黑草案》所确定的联邦行政程序法的适用范围

1973年《政府版草案》维持1966年《慕尼黑草案》所确定联邦行政程序法的适用范围,规定联邦固有行政、联邦委托行政与部分州固有行政(仅包含州执行联邦法律的情形)适用联邦行政程序法。联邦政府指出,《模范草案》将“联邦行政程序法部分”的适用范围限定在联邦固有行政的做法徒增不稳定性,亦在法政策层面难以执行,因此扩展适用范围,可以使得联邦行政程序法的实施更加简单、更具有可操作性。

(2) 坚持“效率模式”、维持非要式原则

联邦政府坚持将“效率模式”作为1973年《政府版草案》的目标模式,并将非要式原则确定为最重要的行政程序原则。在联邦政府看来,行政程序法典化的主要目的就是实现行政简化,行政应当简单和有效,复杂而拖沓的行政程序既不利于行政成本的降低,也不利于人民权益的实现。因此,行政机关原则上有权依据非要式原则进行合义务裁量,决定如何展开行政程序。联邦政府特别强调,非要式原则不仅应当成为行政活动的解释原则,而且应当成为立法活动的指示准则。

(3) 取消对程序参与人阅卷权的限制

联邦政府对“效率模式”进行了一定程度的修正。1973年《政府版草案》第25条取消了程序参与人需经法律明确授权或行政机关合义务裁量始得调阅行政程序相关卷宗的严格限制,承认程序参与人对捍卫自身法律利益所必需的卷宗拥有一般阅卷权。与之同时,草案第25条亦规定,若查阅案卷妨碍行政任务的履行、损害联邦与州的公共利益或第三人利益,则行政机关可以禁止阅卷。依照联邦政府的见解,草案第25条采用“一般权利+例外限制”的构造模式,其目的既在于凸显程序参加人的主体地位,也在于平衡程序参与人利益与公共利益及第三人利益之间的矛盾。

(4) 新增行政保证条款

1973年《政府版草案》第34条新增规定,行政保证是指行政机关对未来作出或不作出特定行政处理的承诺,它必须以书面形式作出,并对行政机关具有拘束力。至于行政保证究竟属于行政处理,还是仅仅属于公法上的意思表示,联邦政府认为这一问题可以在未来做开放式讨论。

(5) 新增行政裁量条款

在《模范草案》起草时,行政裁量条款被认为属于行政实体法内容,并且对行政程序法不具有附属性,所以最终没有被纳入《模范草案》,但是,联邦政府在1973年《政府版草

[63] BT-Drucksache 7/910, S. 30 ff.

案》中指出,裁量行政的地位越来越重要,所以应当增设行政裁量条款(1973 年《政府版草案》第 36 条)。增设的目的在于保障人民要求行政机关作出无瑕疵裁量决定的请求权。不过,联邦政府强调,无瑕疵裁量决定请求权存在的前提是行政机关据以作出裁量决定的公法条款必须以保护个人利益为目的。

(6) 新增瑕疵行政处理转换条款

1973 年《政府版草案》第 43 条新增规定,行政机关不必撤销所有的违法行政处理,在特定条件下,可以将违法的行政处理直接转化为合法的行政处理。联邦政府明确指出,这一新增条款乃是移植于《德国民法典》第 140 条关于无效法律行为效力转化的规定。

(7) 新增行政程序重新进行条款

1973 年《政府版草案》第 47 条新增规定,人民在一定条件下,可以突破行政处理的存续力,请求行政机关废除或变更行政处理。联邦政府指出,这一新增条款是对联邦行政法院 1971 年 12 月 16 日所作判决的回应,因为联邦行政法院在这一判决中明确承认“行政程序重新进行”是“行政法尚未法典化的一般原则”。^[64]

(8) 修改公法合同终止的规定

1973 年《政府版草案》第 56 条修改了公法合同终止的规定,允许合同当事人在情势变更的情形下,既可以调整合同内容,也可以终止合同关系。与之同时,草案第 56 条对情势变更的构成要件进行限制,要求必须是“据以决定合同内容的各种关系,自合同缔结后发生重大变更”。换言之,与合同内容相联系,但并不对其具有决定性意义的客观情况即使发生重大变更,也不能证立存在情势变更的情形。

2. 草案审议争议

1973 年 5 月 4 日,联邦政府将重作的《政府版草案》提交联邦参议院审议,并于同年 7 月 18 日将该草案提交联邦众议院审议。在整个审议过程中,核心争论点是联邦行政程序法的适用范围与公众程序引入。

就联邦行政程序法的适用范围而言,由各州政府派驻议员并代表各州利益的联邦参议院强烈要求将草案中“州行政机关若执行联邦法律,则适用联邦行政程序法”的规定删掉,并要求未来联邦行政程序法的适用范围必须回归到 1963 年《模范草案》所规定的适用范围,意即州行政机关执行联邦法律,必须适用《州行政程序法》。但是代表联邦利益的联邦政府坚持认为,只有捍卫 1966 年《慕尼黑草案》的基本立场,才能实现法制的统一性。联邦众议院经过讨论,认为应当尽量避免“同一法律、不同程序”的现象出现,所以表态支持联邦政府的见解。^[65]

对于公众程序引入的问题,联邦参议院指出,为保障法治国,控制行政成本,应当增设公众程序条款,允许公众推举代表参加行政程序。^[66] 对此,联邦政府认为,既然 1973 年

[64] BT-Drucksache 7/910, S. 74.

[65] BT-Drucksache 7/910, S. 108; Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 133.

[66] BT-Drucksache 7/910, S. 105.

《政府版草案》已经规定了受特定形式约束的要式程序,那么可以考虑将要式程序进一步发展为公众程序,因此没有必要增设公众程序条款。^[67] 针对联邦参议院和联邦政府的意见分歧,联邦众议院最终表态支持联邦参议院的意见,同意新增公众程序条款(即1976《联邦行政程序法》第17至19条)。不过联邦众议院内部激烈争论之处在于,联邦行政程序法是否应当因应环境保护的需要,新增团体参与与团体诉讼条款。最终,联邦众议院放弃新增该条款,其理由是:团体参与与团体诉讼在政治与学术领域充满争议,若新增相关条款,势必影响联邦行政程序法的最终出台。^[68]

3. 草案表决争议

经过近三年的讨论与协商,1973年《政府版草案》被作成《联邦行政程序法(草案)》,并交由联邦众议院投票表决。表决前夕,德国各政党对法案的通过表现出了高度的团结。联邦内政部部长葛哈特·包姆(Gerhart Baum)在联邦众议院宣称这部法律将“有助于法治国的实现”。执政党议员理查德·布宁(Reinhard Bühling)宣称这部法律将有助于提升行政法制的统一性与清晰性。反对党议员保罗·格拉赫(Paul Gerlach)则宣称《联邦行政程序法》与其说是“行政的法典”,毋宁说是“人民权利保障的法典”。^[69] 1976年1月15日,《联邦行政程序法(草案)》在联邦众议院表决通过。

然而,草案表决并没有结束。依照《基本法》第84条与第85条的规定,设立行政程序的法律需要得到联邦参议院的同意。这意味着,联邦参议院应对《联邦行政程序法(草案)》行使表决权。事实上,联邦参议院坚决反对《联邦行政程序法》适用于州行政机关执行联邦法律的行为,并认为联邦众议院表决通过的《联邦行政程序法(草案)》严重侵害了各州的利益。1976年2月20日,联邦参议院提请调解委员会审查《联邦行政程序法(草案)》的合宪性问题。^[70] 如果调解委员会的审查结果不能让联邦参议院满意,那么联邦参议院出于自身利益的考量,已不惜在最后关头否决《联邦行政程序法(草案)》。^[71]

为了解决联邦参议院与联邦众议院的激烈冲突,调解委员会建议在《联邦行政程序法(草案)》第1条第3款新增规定:“若州行政机关的公法活动已经由州行政程序法规定,州行政机关执行联邦法的行为不适用联邦行政程序法。”此时,联邦众议院不得不作出妥协,否则来之不易的联邦行政程序立法成果可能会因为联邦参议院的阻挠而在最后时刻功亏一篑。1976年4月1日,联邦众议院表决接受调解委员会的建议。联邦参议院在石勒苏益格-荷尔斯泰因州司法部长亨宁·施瓦茨(Henning Schwarz)的居中斡旋下,最终于1976年4月9日接受调解委员会的解决方案,表决通过了《联邦行政程序法(草案)》。1976年5月29日,联邦总统签署并公布《联邦行政程序法》。^[72] 联邦行政程序法

[67] BT-Drucksache 7/910, S. 110.

[68] BT-Drucksache 7/4494, S. 4.

[69] Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 132.

[70] 依照《基本法》第77条的规定,联邦众议院和联邦参议院派代表组成调解委员会,其功能旨在调解两院在立法事项上的冲突。

[71] Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 134.

[72] Klappstein/von Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, Heidelberg 1987, S. 134.

典化终于宣告完成。

五 结 语

纵观历史,德国联邦行政程序法立法之争本质上涉及两个问题:一是是否法典化;二是如何法典化。

关于是否法典化之争,德国立法者最终在“行政法总则法典化”、“行政程序法典化”、“非法典化”三种路径中选择了“行政程序法典化”这一中间道路。该决断绝非限于学理之争,其作出的原因更多是基于实践需要与权力博弈。一方面,理论界的质疑(重要概念尚未厘清、联邦制过分掣肘、行政效能受到影响、人民权益因为仓促立法而可能受到损害)终究还是让位于实务界的需要(联邦政府希望实现行政简化、降低行政成本、减轻财政压力)。另一方面,联邦与各州间的权力博弈始终横亘于论争过程中,影响着最终结果。正是由于各州担心“行政法总则法典化”会侵犯各州在联邦制下所拥有的立法权限,作出强力反对,因此该路径只能作罢。在“行政程序法典化”中,同样是基于保障各州利益之需求,德国实行联邦行政程序法与州行政程序法二元并存的制度,联邦行政程序法的适用范围被严格限制。由此可见,是否法典化的问题不是学理上简单的利弊比较。如何回应实践需要,平衡各方利益,并且在关键时刻有所决断,才是真正考验立法者智慧的难题。

如何法典化之争则更多地体现出立法技术与法律解释的重要性。这一过程中,主要包含四个主要议题。

第一,行政程序立法的合宪性。长久以来,德国不区分行政程序与行政诉讼。1949年之后,德国立法者之所以没有将行政诉讼纳入联邦行政程序法,不仅是因为《行政法院法》基于政治优先性已被提前制定,而且是因为《基本法》第 19 条第 4 款确立了“司法国解决方案”,要求行政机关与司法机关严格区分,行政程序不能行政诉讼化。德国行政程序立法必须在《基本法》的架构下进行,不能逾越。

第二,立法目标模式的选择。德国行政程序法典化主要目的是实现行政简化。因此,立法者采用“效率模式”,将非要式原则确定为《联邦行政程序法》最重要的原则。然而有德国学者认为,非要式程序与要式程序只有程度的不同,没有性质的差异,区分二者无异于人为制造法律上的阴影地带。事实上,从 1973 年《政府版草案》取消对程序参与人阅卷权的限制可以看出,立法者一定程度上试图加强对“效率模式”的限制。

第三,程序法与实体法的关系。德国立法者意识到行政程序法与行政实体法难以区分,所以采用将行政实体法以“附属内容”形式嵌入行政程序法的立法模式。关于行政处理与公法合同的规定便属于“附属内容”的范畴。不过,“附属内容”的具体范围存在弹性空间,比如行政裁量在 1966 年《模范草案》中不被认为是“附属内容”,但是由于实务界对它的重视程度提高,所以它在 1973 年《政府版草案》中被确立为“附属内容”。由此可见,多大程度将行政实体法内容纳入行政程序法,本质上属于“立法形成自由”。

第四,行政处理与公法合同的规定。德国各版本《行政程序法草案》关于行政处理与公法合同的规定体现了立法技术不断优化的过程。其中,关于行政处理存续力,公法合同的类型、生效要件与终止条件等问题的争议与解决应当成为比较法观察的重点。

综上,德国《联邦行政程序法》的颁布可谓是政治与法律、决断与平衡、理念与技术形成合力的结果,无论缺乏哪一种因素,行政程序法典化都难以完成。时至今日,虽然《联邦行政程序法》仍存不少有待改进之处,但总体而言,其经受住了历史与实践的检验,对提高行政效能与规范行政权力运行起到了重要的作用。希望这部法律在制定过程中的争议及其解决方法可以对中国的行政程序法的起草有所启示。

[本文为2018年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“私法形成性行政处理研究”(18YJC820076)的研究成果。]

[**Abstract**] The codification of administrative procedure law in Germany was a long and arduous process. Since the end of the 19th century, the administrative procedure had not been differentiated from administrative litigation. After the Federal Republic of Germany was established, administrative procedure and administrative litigation began to be distinguished from each other and a law of administrative litigation was separately enacted as a result of the priority given to administrative litigation and the establishment of “the solution of the judicial state” in the German Basic Law. Later, there had been a debate on whether to codify the general provisions of administrative law, or the administrative procedure, or neither of them. At that time, most scholars were against codification, while most government officials supported the codification. Finally, the federal government chose the middle way of codifying only the administrative procedure because, on the one hand, it hoped that the codification could simplify administration, reduce costs and limit financial burden, but on the other hand, it could not realize the codification of the general provisions of the administrative law due to many political and legal obstacles. Thanks to the efforts made by the federal government, a series of drafts of administrative procedure law had been adopted. The German Administrative Procedure of Federal Republic of Germany that was finally promulgated had been the result of improvement of legislative technique and balance of interests.

(责任编辑:田 夫)