

行政法体系及其构建

[德]施密特·阿斯曼 著 刘 飞 译* 刘兆兴 校

普通行政法不仅是一门由法律规范、行政程序、组织法和国家赔偿法组成的松散的学科,而且是一种秩序观念。这种观念应有有助于不断确证各个法律部门在其所属类别上的更广泛的联系、其所贯穿的发展路径及其相应的价值。^[1] 这一思想是以对于分析性思维的理性力及其表达的普适性的认知为基础的。^[2] 对从部门行政法个别领域的特性中总结出来的一般学说的阐述,到对具体陈述在一般法律原则中的定位,是一个相互影响的过程,这也是秩序观念的构建原则。从方法上而言,这是体系化的开端。

体系与体系思想在法学中是常见的。^[3] 其前提是对秩序和统一性的理解,而秩序和统一性又是从“公正的一般性趋势”中得出的结论。^[4] 尽管如此,法学中的体系思想仍然尚未根植于确定的价值结构之中,其本身的形态也未得到充分的确定。对其论述还有待于由将来的更好的认知来修正,并且也取决于其作为基础的标准稳定性。^[5] 在此基础上,体系化的开端才是合乎逻辑的和可被理解的。本文的中心论点是:只有经过体系化构建的行政法才能够综合地考虑各种不同的价值取向并抵制部门行政法领域法律的分散发展。因此这也有助于使行政活动透明化,并确保公共行政至少会得到公众最低限度的接受。^[6] 只有作为一门体系化的学科,行政法才能够因应现代行政实践的巨大挑战——应对科技进步的机遇与危险、私有化进程中出现的国家与社会责任结构的变化、国家财力的短缺以及法律、经济和社会的欧洲化进程。这些也是行政法发展的重要任务。体系既是预先确定的,又是不可能最终完成的。^[7] 如果把普通行政法作为一种秩序观念来理解,则与其说它是通常的法律规则和法律制度的法则,还不如说它是持续不断的思索和体系构建的对象和任务。

* 施密特·阿斯曼(Eberhard Schmidt-Aßmann)系德国海德堡大学公法教授;译者系中国政法大学法学院副教授。

[1] 这一思想最早在笔者于1982年出版的《行政法之秩序观念与体系》一书中得到了阐述。本文是在该书基础上作出的继续研究。

[2] 参见 Krüger, Staatslehre, S. 296 ff, 306 f. 此处的例子是法律的普遍性问题:“由此得出的结论是,‘普遍性’即便是在同法律的正确性问题联系起来考虑时,也必须是作为一个理智的过程来理解:如果法律经得起普适性标准的检验,那么法律就是普适性的(因而是正确的)。”

[3] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, bes. S. 139 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 437 ff.

[4] Canaris, Systemdenken und Systembegriff, bes. S. 12 ff. und 40 ff, 155. 关于将“学科的体系”当做是与具体学科的“独立化”相对立的通常观念的看法,见 Mittelstraß, in: Frühwald u. a., Geisteswissenschaften heute, S. 15 u. 22 ff.

[5] Larenz, Methodenlehre, S. 487; 类似的论述见 Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 106.

[6] 类似的论述见 Winkler, in: FG Antonioli, S. 3 ff; Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 183 ff; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, S. 26 ff.

[7] So Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 106.

一 行政法之体系思想

行政法在历史上作为一门独立的学科并成为主要的法律部门之一,应归功于对其进行学术上的体系化阐述。早在1862年,F. 迈尔(Friedrich Franz von Mayer)就在其《行政法基本原则》一书中把旨在确立行政法一般原则的体系化作为其研究的目标。^[8]对体系观念和研究任务之间的联系作出明确论述的则是奥托·迈耶(Otto Mayer):“有价值的单个研究是很多的,但行政法学也必须通过对其整体内容的体系化研究和总结形成其特有的法律观念,以同那些原有的法律部门等同起来。”^[9]

基本法意义上的行政法体系构建则是由宪法规范的结构预先确定了的:三方面的约束性规范——基本权利的约束(《基本法》第1条第3款)、法律与法的约束(《基本法》第20条第3款)、民主合法性要求的约束(《基本法》第20条第2款)——以及基本法第19条第4款规定的权利保护之保障,都必须适用于全部的行政活动。这些宪法规范并非在所有问题上对“执行权”范围的界定都是同样的。但是它们包含了——按照公法组织起来的国家权力行使主体的公法行为的核心部分以外的——属于私法范畴的行为和组织的广阔领域。在该私法范畴的边缘,国家和社会的活动——其持续的变化性展示了其本质的特征——相联系、相区分,而后又再联系在一起。众所周知,行政是不能以一种“单一形式”来概括的。^[10]也不能一劳永逸地对其作出精确的界定。不仅在与其他国家职能主体的权限区分上如此,在国家和社会合作领域中的归类问题上更是如此。因此,全部学术研究指向的都是描述、比较和类型化。对行政任务、活动范围和组织形式的发展的研究必须要透过对其所依据的部门法的分析来进行,并且还要同宪法性保障的规范目的相联系。在此,必然会涉及相近学科的知识,正如目前主要在社会学领域进行的关于调控的讨论一样。^[11]上面所述的对约束性规范的解释在宪法层面上集中反映了这一任务。在此背景之下,行政法也不是对其适用范围的一种界限分明的固化,而是一种学说,其确定性来自于其对于可被审查的、反复被审查的并因而在此意义上得到反映的价值范畴的研究。

二 行政法体系化之任务

在方法学著作中,对于法学体系化思想的任务与任务界限——尤其是在关于“外部”和

[8] 尤其见该书第46页及以下,他将宪法的意义阐述为“普遍性准则和特别行政法律规范形成、解释和适用的范围限制”。关于F. 迈尔作为行政法体系化开路人的意义,见Ishikawa, F. F. von Mayer, bes. S. 121ff. und 176 ff.

[9] O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 20; 类似的论述见对于贯穿行政法的关于公私法分立的论述,见Fleiner, Institutionen, S. 45 ff. 关于行政法的形成,详见Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2, S. 229 ff. und S. 381 ff.; Meyer-Hesemann, Methodenwandel, S. 15. 特别论述奥托·迈耶的贡献的资料有Heyen, Otto Mayers, s. 181 ff.; Hueber, Otto Mayer, S. 155 ff. 关于美国行政法的论述,最近有Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law.

[10] Forsthoft, Verwaltungsrecht, S. 1 f. 对于宽泛定义的批评,亦见Ehlers, in: Erichsen, Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 5 ff.; Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 8; Faber, Verwaltungsrecht, § 3 III. 正确的是对典型的任务和活动方式作出介绍。然而即使是在此通过结合不同方面而形成概念(Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 2 Rn. 2 ff, 12; 最近还有Roellecke, DV 1996, S. 1 [9]),这也是一个类型化的过程,而不是明确的区分标准。类似的论述见Battis, Verwaltungsrecht, S. 3.

[11] 类似的论述见Pitschas, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Verwaltungsrechts, S. 219 (224f.).

“内部”体系概念的争议中,有不同的表述。^[12] 在行政法中,体系化担负起了法的实践、法的学说和法律政策方面的使命。^[13] 与此同时,体系化在法的欧洲化过程中还起到了一种引导法的接受的功能。

(一)对法律实践的减负

在法律实践中,普通行政法起到的是存储器的作用,应减轻行政和法院裁判实践的负担。对于在行政和法院日常事务中大量反复出现的类似问题,普通行政法以抽象的形式给予说明,这就使得标准化回答成为了可能。如果没有这样的制度,税法和养老金法上的大量诉讼是不可能被处理完毕的。而单个的和新的诉讼也以被列入这一体系之中的方式而成为了法治国的制度。在此,行政活动的法律形式起了重要作用。其存储器作用表现在将行政过程与体系的关键性概念联系起来:如果分类是准确的,例如某措施被归类为行政行为,那么其行政程序或法院诉讼程序方面的问题就直接从体系中得到了答案。如果分类不确切,那么体系同时也提供了一种帮助,因为它使得某活动与其近似法律制度的比较成为可能,并使归类问题依据其近似关系的标准“有所改动地”得到了解决。立法者也迎合了行政法体系的这种在法律实践方面的功能。立法者通过将全部后果规则(体系后果)与重要概念相捆绑的方式,实际运用了行政法的减负作用。《行政程序法》第9条就是这样一个例子。

(二)学术上的功能

学术上的功能在于依据体系对具体法律问题作出论证性的、可被理解的定位,^[14] 例如对于部门法规定作出的解释即借用了普通行政法中的通用概念和制度。^[15] 反过来,这些概念和制度又会在部门法的持续变化中不断地得到检验。在学术上,体系应用和体系构建是同时进行的。普通行政法的作用就像是宪法的变压器。^[16] 如果没有普通行政法作为接受和继续传递的媒介的话,基本法对行政实践的渗透也不可能如此前后一致。

在此,法院和行政法学的任务是将行政法构建在超乎于个案具体适用之外的平台上。二者实现此任务的动因是不同的:司法机关首先是将体系化思想作为解释部门法事实构成的辅助手段,以此形成专门领域的问题结构,以便此后形成普遍性的原理。行政法学则是通过理论建议来实现其在学术上的功能。其认知来源为从对规范和制度的比较中得出的一般法律原则,此外还有宪法以及长期实践中形成的经验规则和可信的规则。最近一段时间以来,比较法的作用也越来越大。^[17]

(三)法律政策上的功能

普通行政法是法律政策的工具:法律规则与法律制度之间的比较以及对并行领域现行

[12] Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, bes. S. 139 ff.; Larenz, Methodenlehre, s. 437 ff. und 474 ff.; 限制更多的见 Peine, Das Recht als System.

[13] 类似的观点见 Schulze-Fielitz, DV 1994, S. 277 (299 ff.); 进一步作出重要阐述的有 Bachof, VVDStRL Bd. 30, S. 193 ff, bes. S. 224 f.; 和 Brohm, ebd., S. 245 ff, bes. S. 247 ff.; 最近还有 Raschauer, Verwaltungsrecht, Rn. 1 f.

[14] 体系化和学说是法学用语中所使用的概念。本文论述的是致力于建设规范性的学说规则的学说思想。尽管学说中通常也包含了体系化工作,但并不必然如此。体系化表示的是学说的一种特质,以及为了更广泛的规范领域而对可比内容、相互联系和结构进行阐释的尝试。

[15] 参见 Haverkate, Normtext-Begriff-Telos, S. 27 ff. und S. 46. (标题为“关于概念的争论”,因为其出发点是一般的法律概念,参见该处第9页以下。)

[16] So Wahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Verwaltungsrechts, S. 177 (212).

[17] Vgl. Häberle, JZ 1989, S. 913 ff.

解决问题的方式的分析阐明了各个具体法律领域内部和相互之间的价值冲突和发展差距。^[18]这样就提供了法朝着有意义的方向继续发展的动力。体系的目的在于和谐性和有效性:新的规范的引入被放在普遍性学说和发展趋势的背景之下予以考虑,使之不至于相互抵触。行政法体系在当代的重要任务是,将立法者的消失于特别规则和散乱细节之中的立法动议重聚起来。这样,行政法体系与其说是一种规则,还不如说是一个论坛。它对论证的任务作出分配,并抵制司法和立法中草率的独自发展。普通行政法体系化的意义并不体现在无所不包的法典化上。相反,我们认为普通行政法的任务首先在于:不仅仅是在已确切定义的行政法范围内、而且更要在不断变化的国家与社会责任结构中,为各种具体过程和新出现的发展开端提供一个观察和分析的框架。

(四)对欧洲法律发展的接受

体系化的第四个任务是与行政法的欧洲化联系在一起。在此,体系起到了一种指引接受的功能。欧盟法要求各国法律制度与之相适应,这是必须要通过体系化整合才能达成的。各国之间具体规则和法律制度的比较不应只限于其外部表现,因为它们在各国的法律制度中可能有完全不同的意义,其意义只能放在其具体联系中才能表现出来。例如某环境法监督措施是否符合欧盟法规定的“充分有效”的问题,只能是在其直接的规范内容之外再把执行法、责任法和临时保护措施考虑进来才能得出可靠的结论。只有在体系化思想指导下深入进行的基础性比较,才能把某一法律部门在其自身所处的法律制度之中的局限性揭示出来。这使得探究具体规则的共同基本思路和发展路线的工作成为必要。欧洲范围内的统一化和接受是通过体系化的结构和功能比较来实现的。统一化和接受也是各成员国法和欧盟法建立新的联系的基础,其目的是保证法在不同层次上的协调:^[19]共同的体系构建任务就是建立欧洲行政法。

三 普通行政法和特别行政法

体系化的基础是把行政法划分为总论部分和各个属于专门行政法的分论部分。这种区分在其他欧洲国家的行政法律制度中也是同样存在的。当然,“行政法”通常只是一种普遍性学说,^[20]而行政的具体部门则以其对象的不同而被归纳为建筑法、环境法或税法。德国行政法把总论(普通行政法)和分论部分(特别行政法)置于一个统一的概念框架之内,其目的是要强调两部分相互影响的关联性。因此这种划分不仅是一种层次上的区分,而且是对内容结构的表述。

(一)对特别利益的规范

对于特别行政法的具体领域而言,向普遍性学说看齐意味着是对其特别利益的一种规范,而这种特别利益对于特别行政及其所属的全部组织而言则无疑是其活动的重心。正是由于其高度复杂性,现代国家面临着被特别利益和“特别相关性”所附带的混乱的意志力所决定的危险。行政法体系则对特别行政法领域内的合法化要求进行抵制:如果特别领域的

[18] Vgl. Haverkate, Normtext-Begriff-Telos, S. 29 f.

[19] 参见 EuGHE 1991, 415 (541 f.) 中对于建设协调的法律保护所提出的要求。

[20] Wade/Forsyth, Administrative Law, S. 5.

标准在与其具有可比性的领域内并不存在的话,那么只有当它也适合于作为其他特别领域的普遍性规则、或由于在该领域有持久性的法律上认可的特殊之处而可以得出该结论时,才是合法的标准。^[21]

此外,普遍性学说还在发展和维护行政人员的统一的自我意识方面起了重要作用。职务和职务道德有赖于普遍性学说的教育作用。正是因为人们期望以一个由各个独立行政单元形成的网络来取代行政的统一,^[22]就必须“在共同的普遍性原则的基础上一并了解行政的各种具体功能”。^[23]如果说现代行政的标志是进一步向社会开放并且同社会组织一道共同实现“合作性行政”的任务的话,那么对于行政官员而言,清醒地认识到他们是而且仅仅是服务于公共福祉并受法的普遍性标准引导的行政的一部分、并且摒弃错误的自我认知以及片面性,是至为必要的。

(二) 参考领域的含义

在行政法体系中,总论部分和分论部分的相互影响同时也确保了普遍性法律制度和原理相对于新的发展的适应性。特别行政法在其规范条文中表明了其对于所调整的利益格局的规范模式。在特定领域中,执行的不足表明了冲突的存在,需要予以分析和以一些在其他领域已得到证实的措施予以解决。因此,特别行政法的各个领域就成了现有解决方法的存储器和已经形成的规范需求的镜子。行政法体系总是通过演绎和归纳的共同作用所形成的。^[24]同时这种实践中的直观教具的影响也可以是无意识的或不明显的。然而其作用是无疑的。在环境法问题的提出及其对于体系构建的影响这一例子上,这一程序的过程和结构表现得很明显。^[25]

这一考虑形成了一个对于普通行政法而言的中心性的要点,即参考领域的选择。我们以此概念来表示特别行政法中的那些为普通行政法的论断提供案例材料和例子的领域。参考领域的选择对于行政法体系化发展的意义是显而易见的:部分普遍性学说是从比较和从对特定领域规范模式的普遍化上归纳而来的。既使那些源于演绎的部分亦会被继续依据具体行政领域的例子来阐释和验证。参考领域将其对行政任务和行政目的确定导入了普通行政法之中,这种确定反复对关于普遍性概念的思维构成影响。^[26]因此,普通行政法绝不是抽象的和缺乏任务的,如同有时人们批评它的那样。问题只是在于通过参考领域而对普遍性学说形成影响的任务是否是恰当的,即是否是当前具有代表性的和重要的任务。

警察法、地方政府法、建筑法和公务员法通常是德国行政法的主要参考领域,而经济法、社会法和公共企业法则很少被选为参考领域。倘若体系化中必须予以考虑的情况没有出现在参考领域的材料中的话,那么普遍性的论述就因为这种选择而具有了局限性。德国行政法的思维方式显然是由其地域性决定的,是服务于小范围内利益平衡的,其应被

[21] 类似的论述见 Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 225。

[22] 参见 Dreier, Hierarchische Verwaltung, bes. S. 211 ff。

[23] Forstthoff, Verwaltungsrecht, S. 55, 他无疑是在批判失去行政统一性的基本观点下,在此看到了行政法总论部分的又一重要功能。

[24] 参见 Meyer-Hesemann, Methodenwandel, S. 16 ff; ferner Ishikawa, F. F. von Mayer, bes. S. 177 f.; Bachof, VVDStRL Bd. 30, S. 193 (203 f.); ähnlich Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 36 ff。

[25] 基本性的论述,见 Hoffmann-Riem, AöR 1990, S. 400 ff; P. - M. Huber, AöR 1989, S. 252 ff。

[26] Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat。

看做就是这种参考领域选择的结果。这也是有拘束力的、单方命令性的行政决定高度集中的原因之一。当然行政实践的多样性就没有被考虑进去了。技术法和科学法至今都没有受到与其价值相适应的关注。因此,关注新的参考领域是行政法学的任务。^[27]

这同时也是要更加密切关注行政实践的理由,行政实践不仅要遵守法律,而且也参与了法律的形成。在传统行政法的强力的法院中心主义之下,这一点有时被忽视了。传统行政法是如此依赖于法院裁判,而体系化的行政法则不能仅仅只依据那些拥有大量法院裁判的领域而发展起来。体系化的行政法根本不能只依据法院的观点发展起来,因为法院的观点只与个案以及拘束个案的判决有关。这些特点尽管带来了作为传统德国行政法优点的学术上的高度精确性,但是对于当今行政所从事和协助进行的超领域的共同活动、项目和组织结构等方面却考虑得太少了。在此,应更多地考虑行政实践,以改变这一状况。这也有助于确保经验性的、尝试性的和有说服力的标准在行政法学说中的地位。

行政法的总论部分和分论部分当然不是严格区分开来的法律领域。原理的普遍性程度也在体系的这两个组成部分中各有所不同。因此人们对于一些教科书中的分类颇有争议,例如对于公法物权法地位的争议。但无论如何,这种分类体现了“中等程度抽象的”有弹性的层次和原理。^[28] 这样,税法和社会法就有了自己的总论部分。环境法也有相应的总论草案,欧盟法也有形成其总论的趋势。这种特定领域的学说阐述其法律制度时紧扣其主要目的,因而具有更加清楚易懂的优点:通过这些中间形式,行政法的总论和分论部分进行了必要的交流。^[29] 如果一个普遍性的原理不仅在特别行政法的一个领域,而且在中间层的全部范围都未能得出合适的结论的话,这就表明了有对之进行审查和作出改变的需要,正如反过来特定的变更要求首先必须要在普遍性观念面前得到确证一样。

四 体系观念影响下的宪法的意义

以往的认识认为,行政法以一种特别的方式受到宪法影响。冯莫尔(Robert v. Mohl)在其《依据依法治国基本原则的警察学》(*Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*)一书中,以标题的形式阐述了这一论断。这种影响不仅表现在行政法的外部构成上,还体现在其内部结构上。冯伦内(Ludwig v. Rönne)认为:“不仅要在政府行使职权时遵从宪法所确定的外部形式和范围,而且还要使行政实现宪法的理念和精神。由此就需要确定一个与此相应的行政法,这个行政法必须处处以宪法原则作为其前提,不管是在形式上,还是在实质上,而且绝对不能违反宪法原则”。^[30]

(一) 行政法的附属性、独立性与互补性

正如维尔纳(Fritz Werner)的“行政法具体化的宪法”这一简明论断一样,在基本法的框

[27] 参见 Schulze-Fielitz, DV 1994, S. 277 ff; Trute, DV 1994, S. 301 ff; Di Fabio, DV 1994, S. 345 ff; ders., Risikoentscheidungen, S. 4 ff; Bethge, DV 1994, S. 433 ff.

[28] Faber, Verwaltungsrecht, § § 19 ff, 他进行了重要的探索,以这些干涉行政、服务行政和基本建设行政中的区域性的学术表达为核心组织其教科书。这里的问题是,这种区域性的学术表达相对于超区域性的问题——如决定的稳定性和法律保护的合适性等——在何种程度上不必再进一步综合起来。行政程序法的立法已经表现出了这一点。

[29] Dazu Wahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert, Reform des Verwaltungsrechts, S. 177 ff, bes. S. 187 ff. und 210f.

[30] v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, Bd. 3, S. 4. Vgl. F. F. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 46 f.

架之内,宪法的决定力很快得到了实现。^[31] 行政法高度学术化的完善,使得即使是特别行政法中的新内容也能迅速追本溯源于其基本结构并且修正法律规范中的一些错误,这就是这一发展的积极结果。^[32] 当然,对具体宪法规定的可靠性的期望也不可太大。莱尔歇(Peter Lerche)反复指出,宪法“并非像浓缩的法一样那么具体”。^[33] 因此,宪法的具体化所形成的常常不是那种依宪法本意只能如此而非他的结果,这样的结果也不应被认为就是忠实于宪法的。当然也有例如在有关权限和组织的规范中大量的忠实于宪法的行政法的情况。从合法性原则(《基本法》第 20 条第 3 款)与保证法律保护的原则(《基本法》第 19 条第 4 款)中也发展出了大量行政法原理,这些原理现在也具有了宪法性的地位和可靠性。但是,从基本法的条文中——尤其是从基本权利中——得出专门而又固执的相对于法学争论而言更与政治要求有关的结论的尝试,也是并不罕见的。这是宪法的必然结果,因为宪法过多地限制了行政法的独立性和可变性。在此,具体化的观念在两个方面被曲解了:具体结论的能量被高估了,同时宪法对于行政法观念在整体上超领域的意义又未被正确地看到。

今天,恰恰是在对行政法体系形成的影响方面,必须要看到宪法的最重要的意义。在此,宪法必须被证明为是对传统理论进行持续性审查的框架和新的发展动力的接收器。问题很明显:行政法在其现有的结构中是否具有足够的灵活性,以应对新的风险状况?行政法中是否有一定的法律制度,能够把变化了的国家的调控和影响技术以一种为法治国所允许的方式转变成具有可操作性的规则?如何使基本法上的和欧盟法上的不同的合法化要求在行政法中协调一致?宪法在过去几十年的行政法教义构建中得到了贯彻,现在宪法必须要对其的第二个要求,即在体系构建上,也要经受住考验。^[34]

如果只强调宪法的决定作用,那么法和行政法的关系当然还没有被完全论述出来。影响同时也在不同的方向进行,行政法也影响着宪法。从法律史上来看,大量现今属于宪法性的制度在其被接纳成为宪法性基本原则以前,都是在过去的一个共同层面上作为组成部分之一而得到验证的,其首先是形成于特别行政法的具体领域之中的。例如合理性原则就是如此。^[35] 在法律实践上,行政法是宪法的考验区,新的认识必须要通过在行政日常事务中的应用和对其活动标准的解释而得到尝试。行政实践表明,那些理论上抽象形成的原理要在行政法中得到修正,以使之变得具有可操作性。最后,在教义上(dogmatisch),行政法形成了在行政法规范保护范围内对许多宪法性保证进行保护的基础。这一点在基本权利的保护上表现得特别明显:其保护任务、形成其程序与组织的动力、多层次的基本权利关系的冲突之解决和基本权利的范围——所有这些都主要是在行政法的框架中才是可操作的。

(二)公民与行政的基本关系

宪法在体系构建中最重要的是确定公民与行政之间的基本关系。在基本法中作为

[31] Werner, DVBl 1959, S. 527 ff.

[32] Vgl. Zuck, in: FS für Sendler, S. 155 ff.

[33] Lerche, DVBl 1961, S. 690 (692 ff.), vgl. auch dens., in: FS für Stern, S. 197 ff.

[34] Dazu Faber, in: FS für Ridder, S. 291 ff; Dreier, in: Walter, Adolf J. Merkl, S. 55 ff; Henke, JZ1992, S. 541 ff; Bauer, DV 1992, S. 301 ff; Ladeur, DV 1993, S. 137 ff; Schulze-Fielitz, DV 1994, S. 277 ff; sowie die Beiträge in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Verwaltungsrechts; jüsst v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, S. 23 ff.

[35] Dazu Stern, in: FS für Lerche, S. 165 (168).

基本前提的、所有国家权力都必须尊重的人的主体地位贯穿了整个法律制度。^[36]“对人的尊严的宪法保证同时也成为了国家与个人之间关系的最高实体法渊源：国家并非依其自身的意愿而存在，国家是由人民为保护其生命的尊严和安全而设立的。”^[37]因此，《基本法》第1条依据个人伦理的价值，决定和限制了国家和法的合法性。^[38]国家活动需要证明其合法性，作为一种过程和结果，国家活动还必须是理智的。

1. 自由和权能的非对称性

基本法把个人相对于国家这一集合体的基本位置规定为一种法律关系。法律关系联系不同的法律主体，但也以把社会关系当做法律关系来描述的方式，在他们之间保留了空间。^[39]因此，行政法关系就成为了行政法体系的一个基本范畴。其作用不仅仅是在于作为正式的规范模式，而且还具有特定的内容上的意义，即以—种等级归类的方式来表明其法律主体。

对于过去的行政法而言，这种等级归类就是一种服从关系，这种关系反映出作为管理者的国家似乎天然地作为存在并稳定的一种重要形式而具有其优先性。“从人类的本性中得出的历史的和逻辑的必然结论，只能是人对于国家的义务，而不是权利”，耶利内克（Georg Jellinek）如是说。^[40]奥托·迈耶^[41]也有类似的论述：“适用行政法的权利主体之间也是如此。是行政法而不是国家对法律主体进行同等的规范。行政活动是为国家而进行，国家则以此进行管理。与进行管理的国家相对立的是人民大众，即国家的臣民，以及人的集合体和法人。根据国家在行政活动中涉及他们的形式不同，构成了相对于国家的单个或另一个的对方权利主体。”这不能够作为基本法规定的行政法律关系等级规范，联邦行政法院在其最早的一个裁判——1954年6月24日有关照顾义务的判决^[42]中指出：“这样一种主导观念是对于个人和国家之间关系的理解：个人尽管要服从于公权力，但他不是臣民，而是公民。”

今天公民与行政之间关系的出发点就是平等秩序而不是服从关系了吗？^[43]行政现实中表明，在多数领域中，个人和行政是在平等秩序的基础上进行联系、并以共同作用的形式聚集在一起的。尽管如此，平等这一命题所涉及的范围还是太小。作为公民和国家之间关系的基本模式，平等这一命题还显得太空泛。《基本法》第1条和第20条以个体相对于国家的优先、而不是以个体同国家具有同等地位为出发点。个人作为一个人，被认为具有不可改变的内在价值。^[44]个体与集体有关并受制于集体，^[45]这是因为个体与集体之间的关联性，有必要对之进行规范，国家被要求对此作出反应。但国家的反应必须只能从这种需要中得

[36] Dazu Häberle, in: HStR Bd. 1, § 20 Rn. 56 ff.

[37] Stern, Staatsrecht, Bd. 3/1, § 58 II 6; ähnlich Kunig, in: v. München/Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, Art. 1 Rn. 3, 29.

[38] Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 I Rn. 15.

[39] Anschaulich dazu Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 86 ff.

[40] System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 82. Vgl. auch Gerber, Über öffentliche Rechte, S. 61 ff.

[41] Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 13. 关于对奥托·迈耶的基本思想的总结，见 Schapp, Subjektives Recht, S. 156:“法服务于对人的保护，给人的权利范围增加了内容，而国家则是出于自身的缘故活动的。”

[42] BVerwGE 1, 159 (161).

[43] In diesem Sinne Schapp, Subjektives Recht, S. 153; J. Martens, KritV 1986, S. 104 (122); auch Pitschas, DÖV 1989, S. 785 (795).

[44] Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 116.

[45] BVerwGE 4, 7 (15 f.); 30, 1 (20).

出其合法性,并且依据这种需要来确定其反应的程度。

平等秩序的命题也不适合于作为行政法上的解释模式,因为它否认了组成为国家的集体行动的必要性。正是由于其是合法地组成的,民主治国才是一个其国家机构有权单方面作出具有拘束力决定的国家。^[46] 这里不仅仅有合作和协作,国家还有对其成员的权利的保障义务,而这种义务并非是一般通过平等和意见一致就能得以履行的。保障任务并不只与立法者和司法有关,这种任务的相当大的一部分还落到了行政上。恰恰是在行政中被规定了大量有关影响之可能的规范。其中也包括国家权力行为和单方决定的应用,而这些是不能以平等秩序来解释的。对于基本法秩序而言,国家适用法律的权力和权力的垄断是必不可少的。否则,公开的违法就得不到制止,也不能战胜团体力量、技术和国际交往的巨大挑战。只不过这些任务不是任由国家自由运用权力来完成,而是在其由宪法承认的职能基础上、通过精确设定的程序来完成的。

平等秩序的命题既不能解释国家活动的特别的合法性要求,也不能解释合法的国家决定的适用需要。基本法在区分公民的自由和国家的职能中非对称地确定了公民和国家之间的关系:^[47] 公民在法律设定的范围内拥有自由。国家机构依据法定的授权享有其职能。这一区别对于行政法体系而言是根本性的。^[48] 有关所有行政活动都必须证明其合法性的要求、行政活动的适当程度义务和有效的资源应用等重要理论都与之相联系。在行政责任这一表述行政托管性地位的概念中,这一区分亦得到了延续。

2. 个体权利之确定

行政法对于个体权利的规定也在法律关系中事先得到了确定。因此,正如其作为民主参与权利和对个人的法律保护一样,作为法治国家中的防御权利和服务权利,主观权利成为了体系形成中的核心组成部分。

当然针对这样的确定会有一系列反对意见提出:个体在今天已经在多方面被纳入到集体体系之中。计划中的相互关联、无法看清的财政收入、全球性的生态负担以及社团对个体权利的限制使得个体只能是一个比他大许多的体系中的一个部分单位,这个体系决定了个体的角色,而个体自身则未能保留任何独立性。新的信息技术也同样作用于此。所有的这些相关机制都遵循着其自身的规则。如果一定要说它们可以被以法定方式予以调控的话,那么只能是通过客观法的规范,以及通过组织、预算、程序法规和制度上的安排来实现。面对这一论断,行政法个体权利的确定还能够实现么?

可以看出的是,那时的行政法理论未能充分涵盖这种新的结构性危害。然而在此要论述的并不是这一点。在此我们所描述的个体权利的确定指的是全部行政法思想的基本起点和时刻应予以关注的目标。它并不阻止将更多的——即主要是制度性跨区域的、客观法上的——规则纳入体系中。欧盟法和其他的法律制度在欧洲发展的相互关联中指出了这一方向。行政法思想不应仅仅停留于具体过程和小范围内起作用的行政决定,而是必须着眼

[46] Dazu Isensee, in: HStR Bd. 1, § 13 Rn. 62 ff.; 关于法治国的国家性见 Schmidt-Aßmann, in: HStR Bd. 1, § 24 Rn. 1.

[47] 关于非对称性的概念,见 H. Hofmann, VVDStRL Bd. 41, S. 42 (49 ff.); ders., JZ 1992, S. 165 (169),他富有成效地将此概念用于说明与在此谈论的问题具有可比性的基本法秩序中的民事权利与义务之间的关系问题。关于法律理论中的对称的和不对称的法律关系,见 Achterberg, Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 72 ff.

[48] Vgl. dazu Horn, DV 1993, S. 545 (555 f.).

于更广阔的——即包含了中观的和宏观的行政过程的——和更深层次的——即立足于主观权利的形成过程和相关信息交流过程的——领域。在这些领域中,法是作为影响结构形成的客观规则,而不是作为既定的个体法律地位的展示。当然,这些都要最后统一于保护个体权利的目标之下。它们并不应仅仅是作为一种客观秩序而独立存在。只有当它们不与个体权利的确定相对立时才是正确的。

(三)行政法之双重任务

在个体与国家之间的关系全面地被作为一种法律关系得以确定之后,行政法显然也不能仅限于逐条逐项的规则。如果说国家活动整体上都是需要证明其合法性的,那么就不能仅仅在特定保护关系中评价具体行政活动。因此,行政法不仅仅是干涉法和服务法,而且同样也是组织法和关于行政内部信息获取和决定形成的法。行政法并不只限于法院的法律保护视角,而是还要关注其他为法院控制所不能及的领域。不仅应从外部限制行政活动,还要从内部对行政活动予以法治国化和民主化的规范。如同宪法的总体目标在于形成一个依法组织的国家一样,行政法也必须不仅要在总体上——即包括其外部关系和内部关系在内——涵盖行政与公民之间的逐条逐项的联系,而且还要宏观地涵盖所有与行政决定有关的事项。在此,没有必要把“内部”和“外部”合二为一。完全可以在不同的理论中论述其不同的规范需要。但“内部”过程是背景,其对于具体对外发生作用的活动的规范和解释而言是重要的。

现在,对于在行政和社会群体之间形成的合作形式和中间层的规范,也必须基于其共同的基础才能取得成功。在规范性的活动形式之外,也要对合意形成和自愿尊重的过程进行分析。在此过程中,个体、群体力量、社会和行政之间相互作用。^[49]在同国家权力的相互作用中形成的对基本权利性自由的新的危害,会变得明显。即使是合作领域也有其法律问题,^[50]例如在必要的保护距离的确定上,以及在对未参与合作的第三方利益的考虑方面。社会与组织起来的国家之间的活动空间变得更广阔(这正是行政法的兴趣所在!),而需要保护的关系则更为多样。这里的问题已经不再在于对行政优势进行法律上的平衡。相反的、也是更可以想象得到的情况是,面对强大的群体力量,行政本身也需要得到保护。

显然,不能再仅仅局限于在对国家进行防御的观念层面上来理解行政法。除了作为对抗国家干涉的确定的法律地位、以在尽可能广泛的范围内起到保护作用以外,行政法还具有意义更为深远的目标。当对个体提供了关注和保护之后,国家强制和个体自由之间的矛盾——福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)如是说^[51]——无疑就是一种具有重大意义的理论基本状态。但是,依据普遍性自由假设的标准对之进行的处理,并未能考虑到个体受制于集体和国家的保护任务等因素。此外,这种基本状态也会在行政法要处理的无数层级的利益结构中消耗干净。在此,多个利益主体的自由之间在进行竞争,而在宪法上则还没有一劳永逸地确定下来普遍性自由的假设应致力于实现哪些利益和自由。^[52]

[49] Vgl. Kirchhof, in: HStR Bd. 3, § 59 Rn. 138 ff.

[50] 例如在通知性的国家活动中作为私方的第三方的参加,见 BVerwGE 90, 112 (124 f).

[51] Verwaltungsrecht, S. 368.

[52] Vgl. dazu Schmidt-Pruß, Kollidierende Privatinteressen, bes. S. 425 ff; Raschauer, Verwaltungsrecht, Rn. 1128 ff. 其他的确定,即在假设“全部自由”——即涵盖了所有在自由上处于相反地位的第三方的自由——意义上的确定,见 Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S. 105 und 114 mit weiteren Nachweisen.

在以前的行政法学说中,对范围广泛的福利国国家利益及其君主政体的行政的规范占据了至关重要的地位,而这已不再对民主法治国的行政法产生重大影响。通过赋予行政法“阻滞”任务——即尽量拖延作出当前的行政决定,以便将来还可以作出选择——的方法,也不能使这一理论复活。^[53] 在限制行政活动的任务之外,更多出现的是影响任务,以使行政活动成为可能并确保其效果。这样,行政法就完成了其双重任务——使行政活动规范化和有效化。^[54] 不管是干涉过多,还是活动的可能性太少,都是有损于这种任务设定的。因此,对于服务于自由宪法的行政法而言,行政的功能思想也仍然还是具有价值。^[55]

(责任编辑:天 支)

“主题研讨”征稿启事

“主题研讨”是《环球法律评论》的重点栏目。为便于广大作者参与本栏目的研讨,本刊将适时刊出拟作研讨的主题内容,以便作者投稿参讨。本刊最近拟做的主题研讨为:“英美财产法研究”、“法学研究方法”、“少年司法研究”、“刑事和解研究”、“犯罪本质研究”、“名誉权损害赔偿研究”、“金融衍生产品法律问题研究”等,欢迎投稿。同时,本刊亦竭诚邀请广大作者和读者对本刊“主题研讨”提供主题题目与建议。

《环球法律评论》编辑部

[53] 关于行政法的这种“阻滞”任务的思想,见 Schlink, VVDStRL Bd. 48, S. 235 (259)。相反的看法,见 Schulze-Fielitz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität, S. 139 (149)。迟疑就其本身而言并无法律上的意义,只是意味着法治国理智的丧失。

[54] Ähnlich Schoch, DV 1992, S. 21 (27); Schulze-Fielitz, DVBl 1994, S. 657 (661 f.); v. Danwitz, Verwaltungrechtliches System, S. 5: 行政法的双重功能性是一种法定秩序,详见该书第 45 页及以下。

[55] Vgl. BVerfGE 61, 82 (116); weitere Nachweise bei Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 438 f.