

德国行政程序法之形成、现状与展望^{*}

【德】弗朗茨 - 约瑟夫·派纳

内容提要:行政程序法服务于宪法中的基本性规定,同时担负有实现行政效率的功能。联邦立法者最初所追求的目标是制定一部统一的行政程序法,即以一部统一的法律对联邦、各州以及其他行政机关的行政程序作出规定。然而从立法结果上来说,立法者的上述目标并未达成,联邦行政程序法仅仅实现了行政程序的部分法典化,其根本的原因在于行政机关所拥有的行为方式是多种多样的,无法对之作出统一完整的规定。联邦行政程序法实施至今已有近40年之久,在此期间许多具体问题都已经被行政法院所解决。实践中在两类案件中曾出现了困难,其一是所谓混合合同的法律性质问题,其二是关于说明理由的规定与理由的迟延。此外,在特定领域中也形成了一些新的包含有程序性规范的法律。如果可以参照德国已有的其他法典,对程序性法律进行整合,可以避免出现较大的法律分化,也可以清除许多重复规范,但这一做法是否可以实现却是值得怀疑的。

关键词:行政程序 法典化 基本法

【德】弗朗茨 - 约瑟夫·派纳,德国法兰克福大学法学院教授。

一 形成:基点

(一)基本法上的规定

联邦德国的行政结构极其复杂,其中最为重要的原因在于国家由联邦与16个州组成,且各州都具备国家的性质。因此,全国共有17个自成体系的行政系统。与此同时,行政机关的种类之多是难以计数的。由于行政结构的复杂性,基于这一结构所形成的宪法具有同等程度的复杂性。行政程序法与基本法的关系是从属于行政法与宪法关系的,作为行政法的一个重要组成部分,行政程序法也是“具体化了的宪法(konkretisiertes Verfassungsrecht)”^[1]对行政程序法的解释和适用必须在宪法规定的框架内进行,并取决于

^{*} 此文系作者专投本刊首发。译者:刘飞,中国政法大学教授。

[1] Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.

宪法所确定的立法思想。换言之,联邦与各州宪法的基本规范对于行政程序法中的规范所起到的是决定性的作用,而行政程序法中的规定相对于宪法规范来说起到的是服务性的功能。通常认为,宪法关于行政程序的基本性规定主要体现在以下三个方面:

1. 宪法性的基本原则和制度

基本法中规定的重要原则与制度有:尊重与保护人的尊严、法治国原则、社会福利国家原则、公民在法律面前平等原则、民主原则、权力分立原则、行政有效与效率原则、对基本权利的有效保护原则以及保障法定救济途径原则等。如何对行政程序进行设定与规范才能实现这些原则,立法者应为此而设定哪些规则(而不是由行政机关自行确定这些规则)以及在何种规范强度上设置这些规则,都是立法时应当考虑的对行政程序的原则性规定。其中,对于行政程序来说尤其重要的是法治国原则,该原则确定了行政合法性原则、捍卫权利原则、法律安全原则与信任保护原则,这些原则均应在行政程序法中得以体现。

2. 通过程序对基本权利进行保护

宪法对公民基本权利的规定可以大体分为实体的基本权利与程序的基本权利。通说认为,宪法对于这两种基本权利的保护都直接作用于行政程序法。在对基本权利进行保护上,立法者应自行确定行政程序的内容、形成、解释和适用以及其范围和程度。就行政程序来说,不仅由行政机关作出的决定应该与基本权利的规定相协调,而且行政机关作出决定所适用的程序也应被设置为是能够适应于基本权利所提供的有效保护的要求的。^[2]

3. 宪法上的程序保障

尽管宪法对行政程序法有上述两方面的影响,直接通过宪法确定的对行政程序的要求仅局限于基于宪法基本原则以及对基本权利进行保护所必要的一些基本性要求。如果行政程序法以及其他法规对行政程序的规定不在这些所谓的基本性要求的范围之内,则其并非为宪法所提供的程序保障。在后一种情况下,立法者可以自行确定程序性规范。

然而,服务于宪法中的上述基本性规定,却并不是行政程序法的唯一目标。除此之外,行政程序法还担负有实现行政效率的功能。为实现宪法中的基本性规定,必然要求程序的设置尽可能正式与严格;而体现行政上的效率要求,又指向于程序的简单与“形式自由”。行政程序法如何应对这两方面对于程序设置的不同要求,似乎是一个永远无法得出恰当结论的论题,学界常常称之为行政程序法对于基本权利保护与行政效率之间紧张关系的协调作用。^[3]

由于行政机构的复杂程度,同时也由于行政程序法所处的上述紧张关系,在行政程序法出台之前,有关行政程序的具体规范形成了非常复杂的规范内容。^[4] 在联邦行政程序

[2] Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, S. 7.

[3] Wie z. B. *Fehling/Kastner/Wahrendorf* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht Handkommentar*, VwVfG, Einleitung, Rn. 115.

[4] 行政法学教材中通常都会对德国的行政结构和行政程序法作出阐释,例如下列行政法学教材:*Bull/Mehde*, 8. Aufl. 2009; *Detterbeck*, 10. Aufl. 2010; *Erichsen/Ehlers*, 14. Aufl. 2010; *Huber*, 3. Aufl. 2010; *Ipsen*, 6. Aufl. 2009; *Maurer*, 17. Aufl. 2009; *Peine*, 9. Aufl. 2008 (10. Aufl. im Erscheinen); *Wallerath*, 6. Aufl. 2009; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Bd. 1 13. Aufl. 2011, Bd. 2 7. Aufl. 2010, Bd. 3 5. Aufl. 2005。以及下列行政程序法评论:*Knack/Hennecke*, 9. Aufl. 2010; *Kopp/Ramsauer*, 11. Aufl. 2010; *Stelkens/Bonk/Sachs*, 7. Aufl. 2008。此外还有:*Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts*, Band 2, 2008, S. 461 - 884。

法出台之前,有关行政程序的规范主要涉及以下内容:行政机关执行法律的方式与形式,形成公共意志的形式,审查与准备行政决定的方式,相关人的告知与参与,其他行政机关以及审查机构的协作,行政活动收取的费用等。^[5]历史上曾出现过多次试图以立法来简化行政程序的努力。^[6]

(二)特别法中的规定

1. 全联邦统一的行政程序法

联邦行政程序法于 1976 年 5 月 25 日通过,该法对于行政决定形成的过程及其控制等问题作出了规定。到目前为止,该法于 1998 年 9 月 21 日作了最后一次修订颁布。^[7]

立法者最初所追求的目标是制定一部统一的行政程序法。^[8]这意味着以一部统一的法律对联邦、各州以及其他行政机关的行政程序作出规定。所谓其他行政机关即其他承担公共行政任务的主体,包括乡镇机关、公法上的社团、设施和基金会等。^[9]至于这些机构所承担的是何种具体行政任务,则在所不问。立法者当时之所以如此考虑,主要原因是希望达成法治统一,而“统一”具有以下优点:首先,每一位行政公务员适用的都是同一部程序法,因此其正确适用该法而不犯错误的可能性就会大大增加;与此同时,正是由于同一部法律的适用成为了日常工作内容,因此公务员可以集中精力于实体问题的处理。质言之,统一法律具有较大的减负作用,行政机关可以更快处理事务。统一法律对于公民的益处是,其仅需要了解这一部法律之后,就可以知晓行政机关是否在依法开展工作。因此,公民可以更快获得行政决定,并更快地实现其权利。其次,如果只有一位立法者可以制定行政程序法的话,就可以避免将来形成法律规范的分化(例如在联邦和州的层面形成不同的行政程序法),这样就排除了出现不好的法律状况的可能性。

但联邦立法者的上述目标并未达成。^[10]其失败的原因在于三个方面:首先,联邦立法者仅有为联邦行政制定程序法的立法权,为州行政制定程序法的立法权属于各州立法者(基本法第 70 条以下并第 86 条以下)。州行政机关仅在特殊情况下需要适用联邦法律,此即所谓联邦的委托行政,也即联邦在立法上的附属权能。但出现上述特殊情况的可能性是极小的,因为通常情况下州必须为其行政任务的达成制定州行政程序法。^[11]其次,特别行政领域要求保留专门的行政程序法。最后,联邦并未能废除存在于实体性法规中的程序性规范,即其并未能在立法上完全和清晰地实现程序法与实体法之间的区分。这样就使得更多特别规范陆续出现了,例如适用于(街道、河流等)基础设施的规划法,在该规范中所适用的法律制度是计划确定程序。^[12]

[5] BVerfGE 75, 152; BVerwG, NVwZ 1990, 440; Feiber, NJW 1988, 123.

[6] 前注 1 中所列的数部行政程序法评论的导论部分中都有相关阐述。

[7] 如无特别指明,下文中所引用的法律条文以及所称的行政程序法即指本法。

[8] 参见 Kopp/Ramsauer (Fn. 1), Einführung Rn. 25.

[9] 关于这些主体,详见 Peine (Fn. 1), Rn. 42 ff.

[10] Kopp/Ramsauer (Fn. 1), Einführung Rn. 1.

[11] Kopp/Ramsauer (Fn. 1), Einführung Rn. 3.

[12] 部分特别规范对于计划确定程序作出了完整规定,因此实践中不再需要依据《联邦行政程序法》第 72 条第 1 款第 1 半句的指示,适用《联邦行政程序法》第 72 条以下对于计划确定程序作出的规定。

基于上述情况,目前形成的行政程序法的现状为:有一部联邦的行政程序法,以及 16 部州行政程序法。^[13] 州行政程序法可以被区分为三种类型:第一类是州行政程序法指示适用联邦行政程序法;^[14] 第二类是州行政程序法为所谓“完整法”,即其在相当程度上逐字重复了联邦行政程序法中的规定;^[15] 第三类是仅存在于石勒苏益康—荷尔斯泰因州的特别类型,该州行政程序法是程序法与实体法的混合体。除了上述适用于一般行政程序的法律以外,特别行政领域中还有一些特殊的程序性规定,例如税务行政法、社会法典第 1 部和第 10 部、工业设施法(工厂法)、^[16] 核能设施法^[17] 等。对此,《联邦行政程序法》在其第 2 条中作出了部分列举。^[18]

这一结论是非常具有消极性的,因为对于联邦而言仅仅实现了行政程序的部分法典化。但由于联邦与各州的法律在规范内容上具有相当程度的一致性,因此又部分地抵消了这一消极性。这就是所谓并行立法。^[19] 此外,在一般行政程序法与作为特别行政程序法的社会法与税法之间,同样也在规范内容上存在着相当程度的一致性。当然,这些并不能改变联邦仅实现了部分法典化的事实。

但从其他理由上看,部分法典化又是正确的。首先,行政机关所拥有的行为方式是多种多样的。如果对此作出一个不完整的列举的话,^[20] 至少包含有具体行政行为、公法合同、不具有具体行政行为性质的意思表示(结算、放弃、寻求职务协助、许诺)、事实行为(例如行政机关的警告)、以行政私法形式作出的行为、颁布章程与规章等,但行政程序法仅对其中的具体行政行为与公法合同作出了规定。其次,依据行政程序法第 1 条第 2 款对于该法适用范围的规定,在特别行政法中已有规定的所有程序性事项中,都不能适用联邦行政程序法中的程序规范,这就是所谓补充性原则。《行政程序法》第 1 条第 1 款还规定,该法仅在州法没有作出相应规定的情况下才可适用,而这种情况已经不再可能出现了。再次,该法完全没有规定行政机关的内部行为。最后,联邦行政程序法之所以是不完整的,还在于该法有意识地包含有规范漏洞。该法第 62 条第 2 款规定,应援引民法来弥补其规范漏洞。

行政程序法领域已经实现的是所谓“三支柱理论”所表述的状况:^[21] 即由联邦和各州行政程序法组成的“一般”行政程序法为第一支柱;行政程序法意义上的社会法与税法分别为第二与第三支柱。之所以出现这样的分立,是由于社会法和税法领域的特殊性决定了需要为其制定特别法。但同样可以确定的是,社会法和税法领域的特殊性并未如此之

[13] 详细的列举见 *Kopp/Ramsauer* (Fn. 1), Einführung Rn. 7。

[14] 柏林、勃兰登堡、下萨克森、莱茵兰—普法茨以及萨克森等州。

[15] 属于这种情况的有巴登—符腾堡、巴伐利亚、不莱梅、汉堡、黑森、梅克伦堡—前波莫瑞、北莱茵—威斯特法伦、萨尔、萨克森、图林根等州。

[16] 1992 年 5 月 29 日公布的关于许可程序的规章,载同年《联邦法律公报》第 1 卷第 1001 页。

[17] 1995 年 2 月 3 日公布的规章,对基于《核能法》第 7 条规定的设施许可程序作出了规定,载同年《联邦法律公报》第 1 卷第 180 页。

[18] 具体排除适用的范围参见:*Kopp/Ramsauer*, § 2 Rn. 16 ff., 28 ff。

[19] 各州内政部长于 1976 年 2 月 20 日对于并行立法作出了决定,虽然该决定并非基于某种特定的法律形式而作出,但各州至今都在相当大程度上仍然遵守该决定。

[20] Vgl. *Peine* (Fn. 1), Rn. 142 ff., 303 ff.

[21] S. statt Vieler *Kopp/Ramsauer*, Einführung Rn. 2.

重要,以至于不可能在一部单一的法律中对其作出规定。^[22]

另一对于联邦和州的行政程序法同样很重要的内容是,行政程序法不仅包含程序规范,同时也包含有被称为附属性内容的实体规范在内。^[23] 这些实体规范主要有:职务协助、职务公证、具体行政行为的概念、附属规定的适法性、具体行政行为内容上的确定性、承诺、裁量、具体行政行为的自始无效与再解释、具体行政行为的撤回与废止、对公法合同作出的基本规定等。

2. 对行政程序法的内容限定

其一是宪法中的限定。

一般行政法是宪法的具体化。^[24] 这一论断也适用于行政程序法。^[25] 基本法中的基本决定与一般规范思想以及从中推论而出的其对于一般法律规范的要求,决定了应如何对联邦行政程序法以及其他行政程序规范作出解释和适用,也决定了应如何援引民法来弥补规范漏洞。^[26] 因此从结果上而言,行政程序法起到的是在公共行政中实施宪法及其规范原则的作用。^[27] 一方面,行政程序法赋予了行政活动以合法性;另一方面,利益相关人以及公众也因此而认可行政活动的合法性。

宪法在两方面作用于程序法:一方面是规定了行政程序法的形成、解释与适用。另一方面是确定了立法者必须自行在何种规范强度上、对哪些事项作出规定。易言之,对于这些规范对象,立法者不应允许行政机关拥有自行处置的权力。^[28]

在此,宪法中最为重要的意图是:国家尊重和维护人权的义务;^[29] 法治国原则^[30] 及其中所包含的依法行政原则、公正有效的法律保护、法的安全与信赖保护原则;^[31] 社会国家原则;^[32] 公民在法律面前人人平等原则;^[33] 民主原则^[34] 及其中所包含的透明、参与与可接受性原则;权力分立原则;行政效能原则^[35] 以及务实原则。^[36]

这些原则中,最为重要的是两点:一是通过设置适当的程序为基本权利提供有效保护的必要性;二是当特定的程序设置构成基本法第19条第4款规定的有效法律保护的前提

[22] 这是在德国已经占据了绝对主导地位的观点。

[23] BVerwGE 74, 362; Renck, BayVBl. 1990, 703.

[24] 参见 Ule und Becker, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, 1964; Mayer/Knopp, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 5. Aufl. 1985, § 42 II. 宪法与行政法构成了公法,两者之间的关系为:宪法中包含的是对于国家作出的“基本规定”,也即公民与国家之间的关系以及国家组织法,而行政法则根据需要对于这些“基本规定”作出更为具体的规定。

[25] Kopp/Ramsauer, *Einführung*, Rn. 17.

[26] BVerwGE 74, 130; Wahl, NVwZ 1990, 431; Württenberger, NJW 1991, 18; Bullinger, JZ 1991, 53.

[27] S. BVerwGE 74, 130.

[28] BVerfGE 84, 45; BVerwGE 91, 274; 92, 136.

[29] S. Maunz/Dürig/Herzog, *Komm. zum GG*, Art. 103 Rn. 36; Franke, *Der Staat* 1975, 292.

[30] BVerfGE 6, 44; 75, 230; 83, 130; 联邦行政法院明确提出,法治国原则包含了法定程序的设置在内。参见 BVerwG, NJW 1986, 244; Wahl, *VVDStRL* 1983, 194.

[31] BVerfGE 59, 164; 60, 269; Kopp, BayVBl 1980, 38 m. w. N.

[32] Wahl, *VVDStRL* 1983, 194.

[33] 对于行政程序而言,这一原则系直接源于《基本法》第3条第1款第3款。

[34] BVerfGE 83, 130; BVerwGE 67, 61.

[35] S. BVerfGE 60, 270: 保证行政机关程序的效能性; BVerwGE 61, 82: 行政机关的运转能力。

[36] BVerfGE 44, 288; BayVGH, BayVBl 1981, 401.

条件时,应保证提供有效的法律保护。^[37]

前一要求即所谓“通过程序保护基本权利”。^[38] 基本权利的保护直接作用于行政程序法,即作用于其形成、解释、适用以及必要程序法律规范的范围与强度。基本权利赋予立法者的义务是,在实体法中应自行对重要问题作出决定。其进一步的要求是,立法者应自行确定行政执法(即行政机关在组织与行政程序中执行法律)中应予遵守的法律规范。^[39] 尤其是在实体法规无法作出明确规定的范围内,基本权利保护只有通过程序设置才能实现。由于现今经济和技术的迅猛发展,这样的情况常常会出现。^[40]

尽管《基本法》第19条第4款规定的法律途径保障仅仅直接涉及通往法院的诉讼途径与诉讼程序的设置,但其在规范设置与实际执行两方面都对于行政程序具有非常重要的影响。^[41] 程序规范的具体设置、解释与适用都必须确保不能有损于相关的基本权利。^[42] 行政程序的透明性和可验证性是实现有效法律保护的前提,程序法必须要满足这一有效法律保护的前提条件。^[43] 相应地,行政程序规范的解释和适用必须要以基本权利的保障内容为依据。^[44] 如果程序规范不能满足提供有效法律保护的要求,则应对其作出合宪解释。

至于宪法所直接确定的其他程序保障,则仅有对于宪法基本原则和维护基本权利而言必不可少的基本要求,才能够在程序规范中得以实现。^[45] 如果联邦行政程序法中的规范未能体现这些宪法中规定的最低要求的话,则该规范不能得到宪法的保护。属于宪法中规定的不可放弃的最低要求有:程序的设置是适当的、符合事实的、合适的、合理的;^[46] 保证为相关人设置公正的程序,^[47] 使相关人与行政机关以及其他相关人之间都处于平等的地位。^[48] 相应地,在个案的具体程序设置中,如果程序法赋予了行政机关裁量权的话,程序的实际设置应当是公正的,不可使参与程序的任何一方居于更为有利的地位。具体而言可以从中确定以下九个要点:^[49] 涉及其权利尤其是人权的相关人,有权要求通过适当的、公正的以及不以个人意志为转移的程序来保护其权利;个人作为具有独立权利的主

[37] BVerfGE 91, 274; 92, 136.

[38] BVerfGE 37, 148; 46, 334; 49, 225; 52, 380; 53, 30; 53, 65; 56, 236; 60, 257; 61, 114; 63, 143; 65, 94; BVerwGE 79, 112; BaxVGH, NJW 1988, 1615. Hesse, EuGRZ 1978, 434; Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; Huber, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, 1988; Ossenbühl, NVwZ 1982, 466; Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1980, S. 953; Laubinger, Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch 1982, 60; Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984.

[39] BVerfGE 83, 130; BVerwGE 74, 112.

[40] 见前注35中提供的依据。

[41] S. Schmidt-Aßmann, NVwZ 1983, 3; Pietzcker, VVDStRL 1983, 267; Wahl, VVDStRL 1983, 151; Di Fabio; VerwArch 1990, 214.

[42] 完全占据了主导地位的观点见:BVerfGE 69, 315; 83, 130。

[43] Ebenda.

[44] BVerfGE 60, 295.

[45] 完全占据了主导地位的观点见:BVerfGE 53, 58。

[46] BVerfGE 60, 295; 69, 25.

[47] BVerfGE 38, 111.

[48] BVerfGE 74, 94.

[49] 见前注35中提供的依据。

体而非仅仅为程序客体来参与程序的权利;被行政机关听取意见和考虑所提供的材料的权利;获得将要作出的决定所依据的重要事实材料的完整信息的权利,其中尤其是阅览案卷的权利;基于自己的选择由委托人或顾问参与程序的权利;保护个人秘密或者企业经营秘密以及相应的有效信息保护的的权利;获得一个附有理由的决定的权利;获得经过合法公布的决定的权利;获得与决定一同公布的法律救济途径的权利。

其二是国际法中的限定。

除了宪法上的规定之外,国际法上的原则也对于行政程序法的内容构成了限制。首先是《欧洲人权公约》(EMRK)^[50]与《欧洲社会宪章》。^[51]在此较为重要的有:其一,欧洲人权法院依据《欧洲人权公约》第6条(获得公正程序的权利)作出的裁判;其二,欧洲理事会(Europarat)部长委员会于1977年9月28日作出的77/31号决议,内容是为人提供针对具体行政行为保护;其三,欧洲理事会部长委员会于1987年9月17日对各成员国提出的87/16号建议,内容涉及众多参加人的集团诉讼。^[52]

这些裁判和规范性文件的内容是,必须给予行政程序涉及的所有相关人维护其个人或集体的权利或利益的可能性。当然,利益的维护以不影响行政机关的工作为限。行政机关必须使相关人知情、使案卷向相关人开放、听取意见并在作决定时考虑其意见、为其决定附具理由并公开其决定。此外,程序的设置应使得决定可以在合适的时间内作出,并应保证可以在行政系统内以及在法院对其决定进行审查。^[53]

基于这些决议以及建议所形成的公民相对于行政机关的权利,与德国宪法中所规定的公民权利相同。^[54]因此就德国来说,宪法规范与国际法规范之间并无区别。

二 现状:行政程序法的实践

(一) 法律的适用——学理中的问题

1. 基本点:众多学理问题的解决

德国联邦和各州行政程序法实施至今已有35年之久。在此期间,非常多的具体问题都已经被行政法院所解决,而法学文献中的各种观点则为法院提供了参考。^[55]尤其是文献中所形成的“有错误的具体行政行为”^[56]以及“有错误的公法合同”^[57]等学说,已经被司法所采纳,并且经由司法裁判而对行政机关具有了拘束力,而行政机关也遵循相关的裁判。在德国,行政机关有意违背司法裁判、作出违法行为的情况是不可想象的。当然,错误是会出现的,每个人都会犯错误。但由于司法中解决了许多具体问题,因此行政程序法的适用原则上已经不存在什么困难。

[50] BGBl II 1952, S. 685.

[51] BGBl II 1964, S. 1261; 1965, S. 1122.

[52] 该建议载于:NVwZ 1988, 708.

[53] 综述性的材料见:Kopp/Ramsauer, Einführung, Rn. 22.

[54] 同上注:Rn. 23a.

[55] 限于篇幅,此处无法提供具体的依据。参见行政法学教科书中所引用的判例和文献。

[56] 见:Peine (Fn. 1), Rn. 673 ff.

[57] 见:Peine (Fn. 1), Rn. 834 ff.

2. 个案中的问题

实践中在两类案件中出现了困难,其一是所谓混合合同的法律性质问题,其二是关于说明理由的规定与理由的迟延。

关于混合合同的法律性质。问题出现在如何确定所谓混合合同的性质。^[58] 在国家与私人主体(自然人或者私法上的法人)之间所形成的合同中,如果合同部分地具有私法性质、部分地具有公法性质的话,如何确定其法律性质呢?例如目前最受关注的是收取长途货运汽车高速公路通行费的案例。国家规定由私人企业 Toll-Collect 来收费,但相关合同的性质问题引发了激烈的争议并且诉到了法院。哪一法院对此具有管辖权?如果整体而言合同具有私法性质的话,则普通法院具有管辖权;如果整体上属于公法性质的话,则行政法院具有管辖权。问题是该合同同时具备公法与私法的要素在内,如何确定其性质呢?^[59]

主流观点认为,不应同时依据两类法律规范来处理此类合同中的问题。一个合同不应在内容上被划分为两部分,然后再分别依据不同的规范来对其权利义务关系作出处理。原则上应基于统一的视角来解决问题。如果合同在整体特征上属于公法的话,就应认定其为公法合同。确定其整体特征至为重要的是,确定合同是否与公法上的权(利)力与义务密切相关。如果符合这一前提条件,合同所确定的双方义务即不属于平等主体之间的法律关系。确定一个合同在整体特征上属于公法合同,其根本点在于确定合同标的是否具有公法性。在此,判例中行成的一贯观点认为,这一确定不应取决于合同当事人双方的主观判断。换言之,合同当事人各方在界定合同的法律属性问题上并无选择权。^[60] 合同在整体特征上的属性,应取决于客观法上的标准,即一般意义上的公法与私法之间的界定标准。当然,这一界定原则往往又会流于空泛,难以在确定特定合同的法律性质时成为明确的指引性标准。为此,需要援引基于这一界定原则的更为具体的原则来作为具体个案中的区分标准。诸如经修正的主体理论。^[61] 基于该理论,至少合同的一方当事人系基于授权其从事某项公法职权或完成某项公法义务的法律规范而做出上述合同行为的。^[62]

除上述情况之外,在极其特殊的情况下,合同中所确定的义务及其对价义务部分地具备私法性质、部分地具备公法性质的话,那么其内容上就可以区分为一个私法部分与一个公法部分。准确来说,此情况下的合同被称为组合合同(zusammengesetzter Vertrag),不同于前述所谓混合合同(gemischter Vertrag)。在混合合同中,合同部分条款具有私法性质、部分具有公法性质,但两者之间具有紧密的实体联系(enger sachlicher Zusammenhang)。在组合合同而言,私法内容与公法内容不过是在形式上被置于同一个合同文件中而已,其各自具有相互独立的法律关系,不同法律性质的部分可以独立存在。^[63]

[58] 以下内容参见:Peine (Fn. 1), Rn. 791。

[59] 实践中所形成的是一个令人感到惊讶的折衷决定:双方放弃了由一个国家法院来作出裁判的努力,而是把争议交由一个私法上的仲裁法院解决。

[60] Hess VGH - IV OE 111/81 -, NJW 1983, 2823.

[61] Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht Handkommentar, VwGO, § 40 Rn. 106 ff.

[62] Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 449.

[63] Fehling/Kastner/Wahrendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht Handkommentar, VwVfG, Einleitung Rn. 38 - 41.

但组合合同毕竟只能在非常特殊的情况下才可能存在,如果并非在此极其特殊的情况之下,在形成该合同的主体约定系依据公法规范的情况下,通常应认定该合同具有公法性质。如果上述认定还不能消除疑问的话,则可以认为,应将具有部分私法因素的合同整体上视为公法合同。

关于说明理由的规定与理由的迟延。每一个具体行政行为都应当附具理由。^[64]理由中必须明确表述行政机关在形成决定时在事实上与法律上所作的考虑。

在下列情况中,行政机关违背了关于说明理由的规定:书面决定中完全没有说明理由;行政机关错误地认为其作出的决定可以例外地不附具理由、或者其在个案中基于错误的裁量而没有给出理由;理由仅是重复了法律条文、仅具有抽象内容而并未与案件事实相结合;理由说明对于一名受过中等教育的相对人而言是不可理解的;行政机关给出的理由并不能使本案清楚地区别于类似案件、或者行政机关不顾个案中的特点而给出的是格式化的理由;行政机关并未公开其作出决定的主体性事实与法律理由,违背了法律、内部行政规定或判例;行政决定并未考虑相对人在其申请、书面答辩或听证中所提出的法律或事实上的观点;行政机关没有告知足以影响整体结果的重要程序步骤。

行政机关也可以推迟给出必要的理由说明,但不能晚于行政法院所进行的最后一次事实审程序。在迟延给出的理由可以弥补前面提到的错误的情况下,允许补正程序。^[65]

如果行政机关给出的是错误理由的话,该如何处理呢?这里所涉及的问题是,是否具体行政行为在满足了形式与实体上的要件之后,其合法性仍然取决于是否附具了合适的理由?占主导地位的观点认为,具体行政行为的合法性仅仅取决于行政机关作出的处置是否符合法定要件,除非法律明确规定了具体行政行为的合法性取决于是否附具了合适的理由。联邦行政程序法第 46 条也支持这样的观点,该条规定,依据强制性的法律规定作出的具体行政行为,其合法性仅取决于其是否达成了法律所规定的结果。

(二) 法律的适用——与特别法的竞争关系

1. 传统的行政程序法

前已述及,部分实体性法律中包含有程序性规范内容。这些法律大部分是行政程序法出台之前的法律。在历次的法律清理中,并未废除这些程序性规范。其在适用中优先于联邦和各州的行政程序法。

2. 新的行政程序法

在特定领域中也形成了一些新的包含有程序性规范在内的法律。部分法律中规定了阅览案卷的权利,其他的法律还在特定领域中形成了几乎完整的程序规范。

(1) 阅览案卷的权利

法律、规章和章程都必须经过公布才能具有效力,^[66]公民还有权要求法院公布(经匿名处理后的)裁判。在行政程序中,相关人依据行政程序法第 29 条有权要求阅览案卷。

[64] 以下详见:Peine (Fn. 1), Rn. 647 ff., 686 ff.

[65] 以下详见:Peine (Fn. 1), Rn. 722.

[66] 从法治国家原则中可以推知的结论是:在德国不允许存在有秘密的国家决定,除非该决定的公开有损于公共利益。

此外,在规划程序中的规划解释阶段(建筑法典第3条第1、2款)以及计划确定程序(联邦行政程序法第73条第3款)中,相关人也有阅览案卷的权利。除此之外,相关人在说明了其具有正当利益的情况下,还有权要求行政机关就是否给予其阅览案卷的机会或者为其发布相关信息作出恰当的裁量决定。

第一,环境信息法

欧盟于1990年颁布的环境信息指令要求各成员国向公众开放环境信息,而并不以个人是否对此具有正当利益为限。^[67]为执行这一指令,德国颁布了《环境信息法》。该法第3条规定,任何人都要求获得有关环境信息的资料,而不论其是否对此拥有特别的法律上的利益。该法第8条与第9条规定,可以出于信息保护与国家保密利益方面的考虑而限制该权利。环境信息法所期望形成的意义至今尚未实现,司法中仅仅是逐步放松了对获取环境信息所设置的条件。随着新修订的环境信息法的出台,^[68]该法进一步向已经改变了的欧盟法上的规定靠拢。与旧法不同的是,基于权能上的原因,^[69]新法仅能适用于联邦行政机关以及直属联邦的公法人。如果要针对州行政机关主张信息权的话,需要各州自行制定法律。为此,勃兰登堡州制定了州环境信息法。^[70]

第二,信息自由法

联邦于2005年通过了《信息自由法》。^[71]该法不再局限于环境信息,而是规定在不违背信息与秘密保护(第5、6条)、公共利益保护(第3条)以及行政机关决定过程保护(第4条)的情况下,公民对于获得行政信息拥有一般性的请求权。为获取信息,公民必须提出申请,由掌管相关信息的行政机关对该申请作出决定(第3条)。如果行政机关拒绝申请的话,公民可以诉至行政法院(第9条)。此外,还可以请求主管的联邦官员保护公民的信息自由权(第12条)。

第三,消费者信息法

2008年5月1日颁布的消费者信息法,旨在使消费者可以获得更多与健康相关的信息。^[72]该法规定,所有自然人和法人都有权获得食品与饲料法典(LFBG)中规定的产品信息。该法第1条规定,公民的请求权涵盖了(某食品或饲料)违反食品与饲料法的时间、相关信息与裁决;产品对于健康和安全的损害与危害;产品的原材料与监控措施等信息。第2条规定,为保护重要的公共或私人利益有所必要时,可以对获得信息的请求权作出限定。第4条第1款第2句规定,在涉及个人信息、经营或商业秘密时,相关的第三人

[67] 德国制定环境信息法主要是执行欧盟环境政策的结果。其立法的主要原因可以追溯至1990年7月7日欧洲首脑理事会作出的关于自由获取环境信息的指令(RL 90/313/EWG),该指令之后被欧洲议会与欧洲首脑理事会于2003年2月28日作出的指令(RL 2003/04/EG)所取代。后一指令扩大了获取信息的准入权(Zugangsrecht),因此同时也执行了欧盟及其成员国于1998年签署的关于信息准入权、决定程序中的公众参与以及环境事务可诉性的奥尔胡斯公约。

[68] V. 22. 12. 2004, BGBl. I S. 3704.

[69] Vgl. BTag-Drs. 15/3406, S. 14.

[70] V. 26. 3. 2007, GVBl. I S. 74.

[71] 5. 12. 2005, BGBl. I S. 2722.

[72] 2007年11月5日颁布的消费者信息法(VIG),载同年《联邦法律公报》第1卷第2558页。该法经2010年12月9日通过的法律第7条修正,载同年《联邦法律公报》第1卷第1934页。

原则上可以要求听证。

第四,缺陷

相对于行政公开这一新的制度设定而言,行政实践远远落在了后面。长期的历史所留下来的影响是,行政程序主要还是秘密进行的,至多是参与程序的相关人为维护本人权利才可以阅览案卷。但德国目前还不能如同北欧国家与美国一样,使得行政程序信息的公开成为理所当然之事。质言之,尽管法律对于一般意义上的行政信息公开以及环境信息公开作出了规定,但距离行政的透明化成为现实还有很远的距离。在此,常常被称之为障碍的一个原因是案卷阅览与复印文件需要非常高的费用。

(2)正式的行政程序

一是公共任务的分配。

公共任务的分配属于正式的行政程序。^[73] 所谓《分配法》在实体法上具有双重属性。超过一定额度的公共任务适用该法第 97 条以下对于不得限制竞争作出的规定,这些规定考虑了申请人获得国家任务的利益需求。申请人有权要求行政机关遵守在《分配法》中被作出了具体规定的程序规范。公共任务的分配原则上必须适用“公开程序”,有资格投标的企业数量应是不受限制的。只有在几种特定的例外情况下,才允许以“非公开程序”来分配任务。民法典第 147 条对于接受要约的规定也适用于公共任务的分配。在此,也可以适用所谓两阶段理论:对于“是否”获得公共任务的问题,适用公法;对于“如何”履行公共任务的问题,适用私法。对于这里的“是否”作出决定的过程,适用的就是行政程序制度。

公共任务分配委员会以司法化的程序审查分配程序的合法性,可以补充性地适用联邦行政程序法。如果企业认为其权利在分配程序中受到了损害,就可以提出书面申请。审查程序中适用调查原则,相关人有权阅览案卷,程序中适用言辞审理程序,并由独立的、通常以三人组成的公共任务分配委员会作出决定。该决定属于具体行政行为,其执行的依据是联邦和各州的行政执行法。公共任务分配委员会还可以中止一个正在进行中的分配程序:由于其不可能撤销已经发放的一次性补助,因此至少应使权利受到损害的相关人获得争取赔偿的机会。

一定额度之下的公共任务仍然沿用预算法,多数情况下也会适用行政内部规定,其中最重要的是有关劳务的规定。

二是其他的正式行政程序。

其他的正式行政程序主要出现于卡特尔法(联邦卡特尔局决议委员会程序^[74])、青少年保护法(对于有害于青少年的材料的审查程序^[75])、外国人避难法(认定程序^[76])、建设法(建设法上的征收^[77])与经济公法(例如关于公共汽车运行线路的许可程序^[78])中。此

[73] 参见: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 1), § 15 Rn. 38 ff.

[74] § § 54ff. GWB.

[75] § § 19, 21 JuSchG.

[76] § § 23 ff. AsylVerfG.

[77] § § 104 ff BauGB.

[78] § § 11 - 17 PBefG

外,在考试程序与能力评价程序中,联邦行政程序法仅能有限适用。在电信法所规定的程序中,例如在监管机关的决议委员会的决定程序中,^[79]应适用听证与(通常是)公开的言辞审理程序。决议委员会进行的调查适用民事诉讼法,其可以查封证据,但应保护经营与商业秘密。决议委员会作出的决定为具体行政行为,应为之附具理由并依法送达。

(三) 法律的适用——行政机关的工作方式

行政程序法在具体实施中存在程序拖延时间过长的的问题。由于这一点在德国经常受到批评,因此如何加快程序的问题颇受关注。程序之所以过长,原因之一是参与程序的行政机关通常迟迟不给出意见。为此,立法者在法律中确定了期限,并规定如果行政机关不及时给出意见的话,就可以不再考虑其意见,这就所谓除权(Praeklusion)。

行政机关如不能在规定期限内给出意见,则在实体法上清除其提出意见的权力(行政机关除权),这意味着其意见在行政程序中以及在后续可能发生的行政诉讼程序中都不再能够具有意义。这一规定使得许可程序的进展不再取决于相关的行政机关是否给出意见。此外,该规定还意味着在客观法而言,特定情况下可以不必考虑公共利益。当然,只有在联邦立法者有权如此处置公共利益的范围,才可以对涉及行政机关除权的规范作如此理解。

实现行政机关除权的两个前提条件是:首先,如果参与程序的行政机关在发表意见的期限届满之后仍然没有发表意见的话,许可机关原则上可以认为该行政机关不愿意发表意见。其次,由其他行政机关发表相关意见亦足以吸收许可程序中所需要的专业知识。

需要注意致力于加快许可程序的《行政程序法》第71a条至第71e条,这些条文的原有规范目的在于许可程序的加快。目前,这些条文已经被有关“统一机构”的规范所取代。《欧盟服务指令(DLRL)》^[80]要求成员国设立一个“统一商谈对象”,目的在于加快与简化行政程序。“统一商谈对象”应为服务提供者减负,使其为在其他成员国进行服务性活动而在行政程序与各种手续中所必须要付出的代价得以减少。所谓手续指的尤其是对各种服务性活动的解释与公告、以及在主管行政机关为获得许可而作的登记与申请。“统一商谈对象”并非主管行政机关,也不能主导程序的进行,而只能是起到支持作用。易言之,其为实际的主管行政机关与服务提供者之间的中间人。服务提供者可以在行政程序的进行过程中仅仅与“统一商谈对象”交流,而不必联系参与程序的各个行政机关,这就是所谓“一站式政府(One-Stop-Government)”。除了中间人的角色之外,“统一商谈对象”还承担了在行政程序启动之前提供信息的功能。

为执行《欧盟服务指令》,《行政程序法》第71a条至第71e条对“统一机构”作出了规定。这些规定确立了行政程序法中的一种新的特别程序。德国立法者并未采用“统一商谈对象”的表述方式,而是称之为“统一机构”,并规定仅有公法机构才能够执行《欧盟服务指令》中规定的任务。此外,《行政程序法》第71a条至第71e条规定的“统一机构”并不仅仅适用于服务提供者在其他国家承担的服务性活动,而是同时适用于其在本国承担

[79] § 132 i. V. m. 9 ff. TKG.

[80] Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006, ABl. L 376/36 vom 27. 12. 2006.

的服务性活动。也就是说,这是一种一般性的行政程序。

关于这一新的程序类型的适用范围,《行政程序法》第 71a 条规定其适用的前提是法律规范对于是否适用“统一机构”作出的明确规定。具体而言,在《欧盟服务指令》规定适用“统一商谈对象”的范围内,德国立法者可以通过专门法律规定“统一机构”的适用;在《欧盟服务指令》的适用范围之外,德国立法者仍然可以规定“统一机构”的适用。

《行政程序法》第 71a 条的适用范围不同于行政程序法第 9 条。《行政程序法》第 9 条规定,《行政程序法》适用于具体行政行为与公法合同的要件审查、准备与颁布程序,但第 71a 条的适用范围不限于此,例如其还可以适用于公告程序。第 71a 条第 2 款第 2 个半句规定,申请人有权自行决定是否通过“统一机构”来进行程序。至于具体由哪一公法机构来承担“统一机构”任务的问题,则由行政组织法作出回答。

《行政程序法》第 71b 条清楚地表明,“统一机构”为程序参与人与主管行政机关之间的中间人。第 71b 条第 2 款规定,“统一机构”接受公告、申请、意思表示与证明材料,并直接转交主管行政机关。该条规定的并不是“统一机构”的权限范围,而是其应尽快把申请人的反馈转达主管行政机关的任务。“统一机构”并不主导程序,其不具有程序决定权、执行权与监督权。

《行政程序法》第 71b 条第 5 款规定,如果公民在行政程序中选择接受“统一机构”提供的服务,则主管行政机关对申请人或公告对象所作的通知都应通过“统一机构”发布。如此规定的目的在于强调应遵守关于“一站式政府”的规定,行政机关与申请人之间不应直接联系。

除了中间人的角色之外,《行政程序法》第 71c 条还规定“统一机构”应具有信息机构的功能,其发布信息的义务形成于行政程序开始之前。第 71c 条第 1 款规定,任何人在实际提出申请之前,都可以要求“统一机构”提供有关重要的规范、主管行政机关、公共登记者与信息库、程序权利以及设施的信息,而且并不要求这些信息必须与将来的行政程序有关。这些信息起到的是“初步了解”的作用。

“统一机构”应一直能为申请人与公告对象提供关于程序进展的信息。为此,行政程序法第 71d 条规定了主管行政机关与各“统一机构”之间负有相互合作的义务。

《行政程序法》第 71e 条的规定实现了程序的重大简化。该条规定,如果申请人或公告对象对此提出要求的话,通过“统一机构”的程序可以以电子方式进行。该条要求(包括“统一机构”与主管行政机关在内的)所有相关的机构应提供电子的与常规的交流方式。

《行政程序法》第 71b 条至第 71e 条的适用范围并不限于“统一机构”。在程序相关人选择直接与主管行政机关建立联系的情况下,依据第 71a 条第 2 款的规定,主导程序的行政机关也应遵守第 71b 条至第 71e 条的规定。这里主要涉及的是有关出具收讫证明、提供信息以及通过电子方式开展程序的义务。

(四) 法律的适用——行政程序中的调解

调解意味着将会接受行政机关决定的相关人参与决定的形成过程,其参与的方式是由一位私方第三人作为调解人,在相关人与行政机关之间进行斡旋,目的在于达成一个双

方意见一致的决定。在以“公民/国家”关系为标志的行政程序中,同样存在着调解。但对于在行政程序中是否可以适用调解的问题,学界围绕民主原则和法治国家原则展开了激烈的争论。

对此,笔者主要有以下观点:^[81]1. 民主原则并不要求调解的目的在于形成调解协议,因此民主原则与调解之间并无关涉;2. 民主原则要求,行政机关不得为促成调解而放弃其职权的行使;3. 民主原则要求,只有在不经调解程序作出该决定同样具备合法性的情况下,行政机关才可以将调解结论视为行政决定;4. 在调解中应绝对执行法治国家原则中所包含的依法行政原则;5. 如果调解经常或长期承担了行政决定中的部分功能的话,法治国家原则要求应为由因此而得以改变的执行程序制定法律,该法中应包含有专门的规范;6. 法治国家原则要求,所谓法院之外的争议解决机构应符合一系列条件;7. 权力分立原则并不禁止双方协商一致即可以改变规章。

此外,民主原则与法治国家原则为调解在行政程序中的适用确定了较为狭窄的界限,其中两个最为重要的界限是:调解不得限制主管行政机关的权力与义务;在特定情况下,调解的适用需要有法律明确规定。后一种情况下之所以需要有法律的明确规定,是因为否则的话调解所能起到不过是一种偶然性的斡旋作用而已。在行政法领域中,调解的意义被极大高估了。

三 展望:行政程序法的未来发展

至于行政程序法的未来发展,目前仅有极少的几点内容是具有确定性的。

(一) 合作协议

公法合同的概念有可能会延伸到公私协力领域(private-public-partnership),这就是所谓合作合同。长时间以来,各方都在致力于对行政程序法作出这一修改,这可能很快就会成为现实。下列规范可能很快会增补到《行政程序法》中去:^[82]

第 54 条第 3 款:行政机关为使私人参与其公法任务的完成,可以与之签订合同;但仅有法律作出明确规定的情况下,才可以将行政权力让渡给私方。

第 56 a 条:【合作合同】

如果行政机关确认其对于依法完成公法任务具有足够的影响,其可以签订第 54 条第 3 款规定的合同。行政机关仅可以选择专业的、有能力的和可靠的合同相对人。

第 57 条

公法合同应具有书面形式,除非法律另有规定。各方协商一致的意思表示的交换,视同书面形式。

[81] 见派纳:“与民主原则和法治国家原则相关的调解”,载 Jong Hun Seok/Jan Ziekow (Hg.), *Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 207, 2010, S. 45 – 56。

[82] 相关条文的依据见:Manz, *Der Kooperationsvertrag — Eine normierungsbedürftige Sonderform des öffentlich-rechtlichen Vertrags*, Diss. Frankfurt (Oder) 2010, erscheint als Buch 2011, S. 60。该处列出了所有涉及此问题的文献。

第 59 条【公法合同之自始无效】

第 2a 款:如果行政机关并未确认其对于依法完成公法任务具有足够影响的话,依据第 54 条第 3 款签订的合同自始无效。

第 4 款:如果公法合同依据第 2 款第 4 项或第 2a 款被确认为自始无效,那么在可以以相应的规范取代原合同的情况下,任何一方合同当事方都可以要求改变条款而不是取消合同。

第 5 款:取消合同时适用民法典第 818 条至第 822 条。

在较为陈旧的文献中,对上述条文的争论是非常激烈的。问题是,法律的上述变迁是否有必要。目前,合作合同已经在实践中得到了承认,其具体适用过程中也没有出现任何困难。这一现实否定了由于这一合同类型在实践中的适用而要求获得法律承认的观点。这种看法应是正确的,因为公法合同在实践中的适用本来就是非常罕见的,行政机关通常是尽可能地借助于具体行政行为这一法律制度来解决问题。当然,对上述条文中的相关表述也存在一些异议,这里限于篇幅而不再述及。

(二) 欧盟法的影响

欧盟法对于《行政程序法》的影响是不容忽视的。前已述及,为执行欧盟法上的规定,德国出台过一些具体规范,甚至整部的特别法律。可以确定的是,欧盟法对于国内法的影响必将持续下去。至于以后具体会影响到行政程序法中的哪些规范以及在何种程度上产生影响的问题,目前还无法预计。

四 结 语

为联邦、各州以及其他行政机关制定一部统一行政程序法的理念,不仅从一开始就无法实现,而且随着时间的推移,状况变得更为糟糕,因为越来越多的包含有程序法规范在内的特别法出台了。笔者所期望的是向相反方向的发展,即走向一部统一的行政程序法。达成这一发展的条件是,联邦对于制定行政程序规范及其附属性内容具有排他性的立法权。如果这一点成为现实的话,联邦立法者就可以把不同的法律整合为一部法律。可以参照在德国已有的其他大法典的作法进行法律整合,形成法律的总则与分则部分,如同民法典与刑法典一样。总则部分的规范适用于所有的行政程序,分则部分适用于特定程序。这样做的好处是可以避免出现较大的法律分化,也可以清除许多重复规范。如果能够实现这一设想的话,无疑是法律文化所取得的成功。但其是否可以实现却是值得怀疑的。立法者在最近一段时期并未为此而有任何举动,这一状况或许只有依靠政治力量才能会有所改变。

(责任编辑:田 夫)