

论德国行政机关的裁量权和司法控制

刘兆兴*

近现代西方一些宪法学家和行政法学家都从不同角度论述过行政机关的裁量权, 以及对其进行控制的问题。例如, 英国宪法学家戴雪认为, 裁量只是“专断”的一个委婉说法; 曾任英国上诉法院院长的丹宁则认为, 对法律中的裁量权应当严加控制, 凡是对行使不当的裁量应被判为非法。英国的一些法官主张, 裁量权不应是专断的、含糊不清的、捉摸不定的权力, 而应是法定的、有一定之规的权力;^[1] 美国的法官们也认为, 用专断的或反复无常的方式行使裁量权就是滥用该权力的行为。^[2]

当代德国的行政法学和行政立法关于对行政机关的裁量权进行控制的理论和实践, 深受上述观点的影响。20 世纪初, 特别是近几十年来, 德国法院的一些判例和许多法学著作, 从实践中和理论上对行政机关裁量权问题作出阐释, 认为行政机关的裁量权在德国这样的法治国家中是必要的, 对此已形成一种公认的法律主张。但是, 这种裁量权绝对不能成为不受任何法律限制而只受个人情绪支配的任意专断,^[3] 而是应当通过立法赋予行政法院对裁量权进行司法控制。

一 行政裁量的概念及其行使条件

按照德国当代著名的行政法学家哈特穆特·毛雷尔(H·Maurer)的解释, 行政裁量是指行政机关处理同一事实要件时可以选择不同的处理方式, 构成裁量。他指出, 法律没有为同一事实要件只设定一种法律后果(如法律羁束行政), 而是授权行政机关自行确定法律后果, 例如设定两个或两个以上的选择, 或者赋予其特定的处理幅度。裁量表现为两种情况, 即一是行政机关决定是否采取某种法定措施, 此所谓决定裁量; 二是在各种不同的法定措施中, 行政机关根据案件的具体情况而选择哪一个, 此所谓选择裁量。^[4] 这就是说, 对某一个事实要件, 如果法律界定了具有的几种(例如 3 种)法律后果可进行选择, 那么选择每一种法律后果都是合法的。

德国行政机关行使的裁量权, 是立法机关通过立法赋予的, 而立法又必须受宪法性制约, 就是说, 德国《联邦基本法》对授予行政机关的裁量权必须进行限定。这正如联邦宪法法院在其一件裁判中指出的, 法治原则要求行政机关只能依据法律的授权干预个人的权利; 法律应当规定授权的内容、主体、目的和程度, 使行政机关在干预个人权利时是可预测的, 在一定程度上又是可以被公民预见和能够计算的。^[5]

依据《联邦基本法》对授予行政机关裁量权的限制性原则, 立法机关在授予行政机关裁量权时, 必须遵循这种宪法性限制, 即必须充分考虑到法律关系的主体、内容、目的和范围诸种因素。授予行政机关

* 中国社会科学院法学研究所教授, 中国法学会比较法学研究会常务副会长。

[1] 参阅英国《科克判例汇编》第 5 卷, 第 99 页。

[2] 参阅美国《纽约上诉法院判例汇编》第 2 辑, 第 34 卷, 第 222、231 页。

[3] 参阅[德] W. Jellinek, “Verwaltungsrecht” 64 (3d. 1931); E. Fortsthoß, “Lehrbuch des Verwaltungsrecht” I, 97. (Verlag, 10. 1973); H. Maurer, “Allgemeines Verwaltungsrecht”, 89. (1980).

[4] H. Maurer, “Allgemeines Verwaltungsrecht” 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1998. Sei. 111—112; 中文译本见高家伟译, 刘兆兴校, 《行政法学总论》法律出版社, 2000 年 11 月版, 第 124—125 页。

[5] 参见: Entscheidung vom 3 Feb. 1959, 9. BverGE 137, 147.

广泛的裁量权,并不是让其为所欲为地、任意地、“模糊地适用各种情况的条款”。〔6〕行政机关行使裁量权应当严格依据其职权,遵循法律授权的目的,并在被授权的范围之内,针对具体情况选择最符合行政目的的决定,不得滥用裁量权而逾越被授权的范围。对此,德国的相关法律作出对其进行司法审查的规定。

依据德国《行政法院法》第114条规定,如果行政机关被授权按照其裁量权行为,法院则可以根据行政机关是否作出行政行为或者拒绝或者不执行该行政行为是否违法,进行审查;根据行政机关超越裁量权的法定界限,或者裁量权的行使不符合授权的目的(Zer Zweck der Ermächtigung)的理由,对该行政行为是否违法进行审查。〔7〕这就从行政法院审查的角度规定了行政机关行使裁量权的界限。在这里,《行政法院法》赋予行政法院对行政机关的裁量权及其行为是否具有合法性,进行具体审查的权力。审查的关键性问题是行政机关是否作出行政行为、是否拒绝应当作出的行政行为、是否执行应当执行的行政行为,及其是否具有违法性;审查裁量权的行使是否超越了法定界限、是否符合授权的目的等。

德国《行政程序法》进一步确定了行政机关行使裁量权必须遵循的标准。依据该法第40条,以及1977年税法第5条和《社会法典》第一章第39条第1款的相应规定,行政机关行使裁量权必须符合授权的目的,并且必须遵守裁量权的法定界限。裁量权的行使在具体事件中应当依据有关法律规范加以确定。从法律技术角度分析,裁量授权有时通过明示的裁量(ausdrücklichen Hinweis auf das“Ermessen”),但多数情况下是通过诸如“可以”、“得”、“有权”等术语。有时,裁量也可能产生于总体上的法律规则的偶然的、个别的(Vereinzelt)情况。〔8〕裁量的实质就在于根据立法机关的目的观点,审查个案的情况。立法机关的目的必须是根据具体情况予以不同程度的实现。如果立法机关希望行政机关在一般情况下只能作出特别的决定,除例外情况,就应当通过相应的“应当式规范”(“Soll-Vorschrift”)。〔9〕

行政机关具体裁量权的行使主要服务于个案的正当性。总的来看,既要按照法定目的的观察考虑,又要考虑到案件的具体情况,从而适用适当的、合理的解决办法。具体地说,行政机关应当审查裁量授权的目的和决定性的观点,进而依此判断具体案情,并作出相应的决定。

行政机关一般裁量权的行使属于适应具体情况的手段。上级行政机关可以通过行政准则为其下级机关确定统一行使裁量权的标准,这同样是合法的。一个相适应的裁量约束是平等对待原则(der Grundsatz der Gleichbehandlung),据此可认为,裁量为行政机关提供自行确立决定程序和标准的活动空间(Handlungsspielraum)。在此应当注意,一般的裁量权的行使必须受法定目的的拘束;同时,行政机关应当接受有关裁量权行使的行政规则的约束。这也就是说,行政机关的裁量并非是任意的或自由的,而是合义务的、受法律规范约束的裁量;行政机关是根据授权目的行使裁量权,遵守法定裁量界限。行政机关若不遵守这些约束,其裁量行为便是具有瑕疵的,因而构成违法。对此,行政法院有权监督行政机关是否遵守了法律对其裁量的约束,并进行司法审查。

二 对超越裁量权的控制

德国的行政法院对行政机关裁量权进行司法审查有两种理由,即超越裁量权和滥用裁量权。

在德国行政法中,超越裁量权是指行政机关超越其法定权限行使裁量权,也就是行政机关实施的某种行为,依据有关授权法显然是一种无权实施的行为。这种越权的行为超越了法律规定的界

〔6〕 参见:Entscheidung vom 8. Aug. 1978, 49 BverfGE 89, 157—159. H. J. Müller: Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundes Verfassungsgerichts, 1960, Dov 119, 127.

〔7〕 刘兆兴译引自德文版“Verwaltungsgerichtsordnung”(VWGO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991, § 114.

〔8〕 H. Maure: “Allgemeines Verwaltungsrecht” 12 Auflage, VeM age, C. H. Beck, München 1998, sei. 122; 中文译本见高家伟译、刘兆兴校:《行政法学总论》法律出版社2000年11月版,第126页。

〔9〕 同上注 sei. 124, 第127页。

限,构成违法行政行为,就是说,行政机关没有选择裁量规范规定的法律后果,即构成裁量逾越(Ermessensüberschreitung)。〔10〕本来,行政机关行使裁量权是指法律规定在一定条件下或一定限度内,由其自己决定是否实施、怎样实施以及实施何种行政行为,是一种自行判断和决定实施其行为的权力。行政机关有权根据具体情况,公正地考虑社会公益和公民的要求,遵循平等和适度性原则作出行政决定。如果其任意扩大裁量权范围,便会构成超越该种权力的违法行为。

行政机关未行使其裁量权,也是一种超越裁量权的形式,即行政机关在必须作出行政决定时不使用或者拖延使用裁量权。这种不行使或者拖延行使法定裁量权的行为,构成一种裁量怠慢(Ermessensnichtgebrauch),原因可能有多种,例如,可能是漫不经心或错误地认为根据强制性法律规定应当实施不作为,即行政机关误认为其行为必须受某项法律或行政法规、命令的制约而未行使其具有的裁量权;或行政机关本来就不愿意行使;或行政机关因错误地解释授予裁量权的授权立法,误认为自己不具有裁量权而未去行使等。上述各种原因,大多是因为行政机关认为其应当受法律规范制约方可实施某些行为,而实际上是属于行政机关裁量权范围内应当实施的行为。行政机关因此而未行使其裁量权的行为自身,就是违法行为。〔11〕

在一定情况下,能够矫正行政机关因未行使裁量权而构成某种违法的行政行为,这就是在因其违法行政行为引起的行政诉讼程序尚未终结之前,行政机关行使该裁量权时,则是对原来因不行使该裁量权而构成的违法行为的矫正。〔12〕但是,如果是在该诉讼程序已经终结之后行政机关再去行使该裁量权,那么就不能认为是对原违法行为的矫正。

三 对滥用裁量权的控制

滥用裁量权是指行政机关故意地实施某种违法行为,也就是指行政机关不遵守行使裁量权所规定的有关法律限制或内部法规限制,不遵守裁量规范的目的,不遵守法定目的,或者是在行使裁量权时没有权衡有关侧重点致使其行为(活动)具有瑕疵。滥用裁量权的情况包括主观上的滥用和客观上的滥用。前者是为了实现某种错误的目的,即为达到某种非法的目的而行使裁量权;后者是因为违反宪法原则及有关法律原则。

滥用裁量权主要体现在以下几种形式:

1. 违反比例性、适度性和必要性的原则(Prinzip der Verhältnismässigkeit)。〔13〕

行政机关运用裁量权应当坚持比例的、适度的和必要性的原则,该原则含有以下三个层次上的意义:

(1)比例原则。即要求行政机关实施某种行政行为时,应适当地平衡对相对人造成的损害与社会获得的利益之间的关系,不得实施对相对人个人的损害超过对社会的利益的行政措施。这也就意味着,行政机关对个人权利的干涉不得超越所追求的目的。如果行政机关的行为或某种行政措施对相对人的损害与社会获利之间的关系显失均衡,即违反了这种比例原则,构成滥用裁量权。

从本质上分析,比例原则实际上是狭义上的合理性原则,它要求行政机关不得越权行使裁量权,而是要适当地平衡因为某种行政措施的实施而对个人造成的损害与对社会获得的利益之间的关系。行政机关有义务对此进行公正的、合理的平衡,以使个人的损害程度不超过社会获利的程度。

(2)适度性原则。即要求行政机关实施行政行为时,在能够运用为实现某一目的的各种不同的方法

〔10〕 前注8, sei. 127; 第130页。

〔11〕 参见:Urteil Vom 13. Dezember 1962, 15 BverwGE 196. 199. und vom 28 Februar 1975, 48 BverwGE 81, 84

〔12〕 参见:Urteil vom 28 Februar 1975, 48 BverwGE 81, 84, und wolff. Bachof, "Verwaltungsrecht" 4. 200.

〔13〕 中外有的学者将"Prinzip der Verhältnismässigkeit"译为"合理性原则"。笔者认为欠确切,因为从德文原意看"Verhältnis"含有比例之意;"mässigkeit"含有"适度"、"控制"之意,因此本人认为应译为"比例的、适度的"原则,这样才能具体地表达"合理性原则"的真实含义。

中,必须运用其中最适当的方法。这也就是说,应当选择最适于实现行政目的的方法。德国行政法学家H·毛雷尔称之为“裁量压缩”(Ermessensreduzierung)。行政机关在执行某项法律时,只能运用适合于实现该项法律的目的的方法。这种方法也可以是某项行政措施。某种方法或某项行政措施的适度性,有其客观的标准,即能够实现行政目的。如果行政机关所实施的某种方法或某项行政措施与要实现的行政目的相抵触,则违反了这种适度原则,构成滥用裁量权。

(3)必要性原则。即要求行政机关在具备实现某种行政目的的若干种方法之中,应当选择对相对人造成损害最小的方法,也就是最小损害的方法,这是一种宽容的方法(milde Methode)。这也就是说,必要性原则要求行政机关在多种均能适合于实现某项法律的目的的方法中,选择运用对相对人造成最小损害的措施,以及对社会造成最小损害的权益的措施。^[14]如果行政机关选择的方法不能适合实现行政目的,包括不能适合于实现法律的目的时,则违反了这种必要性原则,即构成滥用裁量权。

上述比例原则、适度性原则和必要性原则之间,都是相互联系、相互衔接的,都是从不同的角度共同体现一种合理性原则。行政机关的行政行为如果偏离了这些方面,就会构成其滥用裁量权的状况,从而构成司法审查的理由。

行政机关的行政行为,只有符合上述三种原则,才能真正符合合理性原则。在现代法治国家中,合理性原则已经成为指导一切国家机关活动的普遍规则。在德国的司法实践中,不仅行政法院对行政权力的司法审查过程中以是否违背这一原则作为审查的理由,而且普通法院在依据有关私法的规定审理私法领域内的涉及利益冲突的案件时,都同样必须遵循合理性原则。可以说,合理性原则的适用已经远远超出了某一特定的法律部门。

2. 不正确的目的。主要是指行政机关在行使其行政权力时,所施用的手段违背授权法的目的。任何行政权力的行使都只能是为实现授予该种权力的目的,如果与此目的相违背,则构成违法。德国行政法所规定的相关内容,以及德国行政法院的司法实践表明,裁量权的行使只能是为实现被授予的目的,就是说,行政机关必须是而且只能是为实现被授予的裁量权的目的。如果裁量权的行使是为实现授权法范围之外的目的,则是违法行为。行政法院对于行政机关这种实现不正确的目的所行使的行政权力的违法性进行审查,正是对裁量权的司法审查。

3. 不相关的因素。行政机关运用裁量权作出的某项行政决定,如果是根据不相关的因素作出的,或者是因为没有考虑必须应当考虑的相关因素而作出的,那么运用裁量权作出的该项行政决定则成为一项违法的行政决定。例如,联邦行政法院曾于1963年审理过一件关于退休金争议案。某退休公务员诉退休金主管机关,该机关依据财政因素,以该公务员自己已享有收入,并且如果同意发给其退休金则对国家预算将增加额外负担为理由,而作出拒绝发给该退休公务员退休金的决定。联邦行政法院作出确认该决定为违法的决定。^[15]显然,这是因为该行政主管机关运用其裁量权作出的决定,是根据不相关的因素作出的。按照《联邦公务员法》的规定,虽然国家主管机关依据公务员服务的状况,具有拒绝退休公务员获得退休金申请的裁量权,但是,在该案中,主管机关作出的拒绝决定,根本不是依据该公务员服务的状况,而是依据与此不相关的其他(财政)因素。这就构成了裁量权的滥用。

再有一种情况就是,如果行政机关在作出某项决定之前已经考虑到相关因素,但是对相关因素的确定却是不适当的、不准确的,那么依据这种因素作出的该项行政决定,同样也是属于违法决定。

4. 违反客观性。行政机关作出的所有行政决定,都必须是以客观因素为基础,都应当体现其客观性而不能带有行政机关个人的主观因素。任何主观性欲望、信念和动机,都将会直接影响所作出的行政决定的公正性和客观性,从而导致作出该项行政决定的行政机关的行政行为的违法。依据德国行政法律和行政法规的有关规定,影响行政决定的公正性和客观性的这种主观性,将会直接构成行政官员必须承担的纪律诉讼责任,或者称为惩戒诉讼责任。与此同时,也将会引起行政诉讼。

[14] 参见[德]Wolff Bachof, "Verwaltungsrecht III", S. 202, 1978; Urteil vom 3. Juni 1982, 1983 NVWZ, 93, 94 (BVerwG).

[15] Urteil vom 2. Juni 1963, 15 BVerwGE 194

5. 违反平等对待原则。德国《联邦基本法》第 3 条关于法律面前平等的原则, 同样指导着行政机关行使行政裁量权的行为。适用于所有行政活动的基本法确立的基本权利和一般行政法原则, 特别是必要性和比例性, 是对裁量的客观限制。重要的是要遵循《联邦基本法》第 3 条第 1 款规定的平等原则, 禁止行政机关同等情况不同等对待, 从而导致行政的自我约束性。这就是说, 在基本法和行政法中所体现的平等对待原则, 要求行政机关必须平等地行使其裁量权。

行政机关行使裁量权时遵循《联邦基本法》确立的基本权利原则, 是因为基本权利和将其表达出来的宪法价值判断对裁量的审查具有重要意义。例如, 行政机关在作出驱逐与德国公民结婚的外国人的裁量决定时, 应当遵守基本法第 6 条第 1 款的规定: “婚姻和家庭受国家法令的特别保护”。^[16]

一般地说, 行政官员在行使其裁量权时, 除了立法方面的理由之外, 还不得违反由某种行政指示和行政规则所形成的某些限制性的规定。例如, 某行政官员在行使裁量权时经常适用某些类型的行政规范, 那么, 在所有其他与之相类似的条件下, 则也应当同样适用这些类型的行政规范。这样, 才算是遵循着平等对待原则。如果该行政官员在与上述条件相类似的情况下, 未能适用上述类型的行政规范, 则违反了平等对待原则, 这也成为滥用裁量权。

违反平等对待原则的另一种情况是, 行政机关及其官员未能受到某种具有连续性的行政惯例 (Verwaltungskonventionen) 和行政规范的拘束, 具体地说, 就是对于过去发生的和现在发生的同类事件, 不能平等地对待, 未能适用具有连续性的行政惯例和行政规范。在行政机关适用行政规范方面, 也可能产生不同等对待的情况。如果行政机关在进行某项管理事务活动中, 对于部分相对人实施某项行政规范, 对于同样条件的另一部分相对人则不适用该项行政规范时, 那么该项行政规范的实施则违反了平等对待原则。因此, 行政机关适用的该项行政规范的行为, 属于滥用裁量权。

行政机关行使裁量权应当体现的平等对待原则, 具有两个限定条件。其一是, 某些行政惯例必须是合法的。这种合法性又体现在两个侧面, 即一方面是公民作为行政行为的相对人不得因其享有基本法赋予的、行政法保护的平等权利而要求一种不合法的平等对待; 另一方面是, 行政机关作为行政行为的主体不得以其据有的裁量职权许可某种不合法的平等。其二是, 平等对待原则不得妨碍行政机关在今后变更或者修正一般性政策和惯例, 适用行政惯例也不能妨碍行政机关为行使其裁量权而制定某种新的标准。当然, 行政机关在适用某种新的行政惯例或政策时, 同样必须遵守平等对待原则。

四 不确定的法律概念和对其进行的司法审查

1. 不确定的法律概念的含义。一般是指在授予行政机关各种职权的制定法中的某些概念, 例如, 公共安全、公共秩序、公共利益、公共需要、公共福利; 又如, 重大理由、不公正、不合理、可靠性、能力、善良道德等。这些不确定的概念经常被使用于各种行政制定法律、法规中。行政机关在依法行使职权时, 经常适用这些概念, 这就要求首先要对这些不确定的法律概念作出解释。因此, 也就必然会出现不同的判断。行政机关在处理具体事件上解释和适用不确定法律概念时, 因判断不同会直接影响行政决定而产生争议, 这就需要对其不确定的法律概念进行司法审查。由此看出, 对不确定法律概念的司法审查与对裁量权的司法审查有着密切的关系。

行政机关裁量的客体是法律后果, 即为一种“法律后果裁量”, 也称为“行为裁量”, 而不确定的法律概念的客体是法定事实要件。法定事实要件内容的确定性各不相同, 对不确定法律概念的抽象性解释, 特别是在具体案件中的适用具有很大难度。行政机关在处理具体事件中对于不确定法律概念的解释和适用是否准确, 行政诉讼有权对其作出最终裁决。在实践中, 对不确定的法律概念划分为两种, 即经验性和规范性不确定法律概念。经验性不确定法律概念一般是阐明事物或某种实际情况。这些都是很明确并且容易被人们理解, 而且对其适用时只能有唯一正确的决定被认可。如果对此发生争执, 行政诉讼

[16] 参见 BVerwGE, 第 42 卷, 第 133 页; BVerwGE, 第 51 卷, 第 386 页, 第 396 页以下。

有权对其进行全面审查。规范性不确定的法律概念则与此不同,对于它的解释和适用直接涉及到价值判断的问题。由于价值观念和价值判断的不同,行政机关在解释和适用这种规范性不确定的法律概念时便会发生争议。因此,行政法院在审查这类争议案时很注重研究和分析这类概念的内涵,并且有权以自己的解释代替原行政机关的价值判断。由此可见,行政法院对于行政机关对上述概念作出的解释和适用的审查,是具体的和深入的。

2. 对不确定的法律概念的限制性司法审查。行政法院对不确定的法律概念的司法审查,究竟是进行限制性的审查还是无限制的审查,对此,在德国的一些法学家之间有着不同观点;在德国行政法院多年的司法实践中也存在着两种情况。从总的方面看,根据不同行政法律法规的规定内容和行政法院特别是联邦行政法院的许多判例来分析,是按照不同情况对不确定的法律概念进行有限制司法审查和无限制司法审查的。

德国著名行政法学家巴霍夫(Bachof)、沃尔夫(Wolf)和乌勒(Ule)等主张,行政法院对不确定的法律概念的司法审查应当是一种限制性的。例如,巴霍夫在其著作《行政法中的自由裁量权和不确定的法律概念》(Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff)^[17]中指出,法律通过不确定的法律概念为行政机关提供一种判断(评价)余地(Beurteilungsspielraum),^[18]这种判断或评价的余地必须接受法院的审查。根据巴霍夫提出的判断余地理论,行政机关通过适用不确定的法律概念获得的判断余地,是独立的、法院不能审查的权衡领域或判断领域。行政法院必须接受在该领域内作出的行政决定,只能审查该领域的界限是否得到遵守。^[19]乌勒提出的合理性理论也得出类似结论,在其著作《行政诉讼法》中指出,在行政机关适用不明确的法律概念对某个事件作出决定时,如果存在两个以上的充分理由,即两个以上的解决办法都是合理的时,行政机关在此合理性范围内作出的决定,都应当视为合法。^[20]毛雷尔在其著作《行政法总论》中指出,行政机关承担着某些相对于行政法院的责任。^[21]沃尔夫认为,行政机关享有一种评价特权。如果不确定的法律概念要求“估价”,特别是对将来可能发生的事件进行估价,行政法院不能充分理解,因而不能审查时,该“估价”就专属于行政机关。^[22]

上列法学家的观点均认为,立法机关通过不确定的法律概念赋予行政机关以自负其责,只受有限司法审查的决定权,就是说,行政机关只承担服从一种有限制的司法审查的责任,不确定的法律概念承认不同的价值评价,允许各种不同的判断。

从联邦行政法院自20世纪60年代、70年代至80年代以来的诸种判例中发现,对有些案件是进行有限制的司法审查,而这种在已决案件中确立的“有限原则”,在另一种案件中进行“自我否定”,进行无限制的司法审查。笔者认为,这可能是由于争议案的种类、性质以及所审查的范围和内容等因素决定的。

从联邦行政法院的判例中看出,对行政机关解释和适用过的不确定法律概念进行有限制的司法审查案件,主要包括关于考试和类似于考试的争议、有关教育方面的争议,以及依据公务员法进行的判断和评价等方面的争议等。从法理上认为,这类事务的争议和行政机关对其作出的决定,具有很强的公民个人的性质。当行政机关是依据错误事实,未能遵循普遍适用的评价标准或考虑不相关因素作出决定时,或是很明显地违反了强制性程序要件时,则必须对其进行司法审查。当然,这是一种有限制的司法审查。

自20世纪80年代以来,从德国的立法和行政法院的司法实践中看出,行政机关行使裁量权的范围更广泛。行政机关依据《行政程序法》第40条规定,裁量权作为其活动空间,可在一定范围内依据合目

[17] 参阅:O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht, 1955, JZ 97.

[18] “Beurteilungsspielraum”一词可译为判断、评价、评论或鉴别。

[19] Vgl. Bachof, “Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff,” JZ 1955, 97 ff.

[20] C. Ule, “Verwaltungsprozessrecht” Verlag, 7. 1978. S. 88.

[21] H. Maurer, “Allgemeines Verwaltungsrecht”, Verlag, 4. 1980. S. 95.

[22] Wolf/Bachof, “Verwaltungsrecht”, 9. Aufl. 1974, §31. Ie4 (S. 191 ff.).

的性作出决定; 行政机关经法律授权在其适用法律和不确定法律概念时, 具有判断余地; 行政机关对未来事件及其过程的预测, 只是受行政法院的有限审查; 行政机关在从事计划和形成决定时, 法律授权其拥有独立判断和决定权。^[23] 在近些年联邦行政法院的一些判例中, 大多确认一种原则, 即有关技术安全、空间计划以及其他科学技术性很强的领域中, 行政机关具有独立的将“规范具体化的权限(Normenkonkretisierungsbefugnis)”。例如, 联邦行政法院于 1985 年 12 月 19 日对 WYHL 核能发电厂一案作出的判决中指出, 根据核能法的规定, 认为对事故风险的调查和评估是属于行政机关的权限, 法院应当尊重法律赋予的行政机关具有的将规范具体化的权限。^[24]

从以上可以看出, 随着行政机关的裁量权的扩展, 行政法院对其进行的司法审查更加注重有限性了。

3. 对不确定的法律概念的无限制司法审查。随着行政法院更加注重对行政机关的裁量权进行限制性司法审查, 那么, 对此进行的无限制审查, 特别是对不确定法律概念的无限审查范围相对缩小了。

从联邦行政法院的判例中看出, 以下类别的情况可以进行无限制司法审查: 在有关审查电影出版方面的“艺术价值”; 有关公务员转职时具备的“服务要件”; 有关税法中规定的“不公正性”; 一些法律中规定的“特殊情况”; 有关医疗职业法中规定的“为公共卫生利益的理由”; 有关战争牺牲者赔偿法中的“不公正”; 有关核能辐射保护法中的“有害环境效果”; 有关建筑法典中的“普遍的福利”以及其他法律中所规定的不确定法律概念。行政机关对这些概念作出的解释及其适用, 均可受到行政法院的无限制性司法审查。

总之, 德国行政法所确立的对行政机关行使裁量权的司法审查制度, 其内涵是广泛而深刻的, 是行政法院作为司法机关对国家行政机关行使行政权力进行司法控制制度的重要组成部分。

[Abstract] Many Chinese and foreign experts of constitutional law and administrative law, in both modern and contemporary times, have expounded issues of power of discretion exercised by administrative organs and supervision over it from different perspectives. Theories and practice of control (mainly the judicial control) of power of discretion exercised by administrative organs in contemporary Germany have adopted and developed theory of supervision over administrative power of discretion upheld by some western countries.

Based on Federal Basic Law, administrative law, statutes and orders, as well as cases decided by administrative courts, and on reference of works written by some famous legal experts in contemporary Germany, this article discusses theory of judicial control over administrative power of discretion. The main contents include: connotation of administrative power of discretion in administrative law; important elements of judicial control of discretion overstepping its authority; manifestation of discretion overstepping its authority by means of action or inaction and consequences arising therefrom; primary manifestation of abuse of discretion (that is, a violation of principles of proportionality, appropriateness and necessity); the means to the exercise of discretion being contrary to objective of delegated legislation; the ground for administrative decision made through exercising discretion being an irrelevant factor; administrative decision violating objectivity and fairness and principle of equal treatment. The article also illustrates meaning of uncertain legal concepts and theory and judicial practice in relation to restrained and unrestrained judicial review.

[23] P. J. Tettinger: „Überlegung zu administrativen“ prognose-spielraum“, DVBl, 1982, 421; F. Ossenbühl: Die rechterliche kontrolle von prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Festschrift für christian-Friedrich Mager, 1985, 721.

[24] BVerwGE 72, 300.