

日本公法译丛

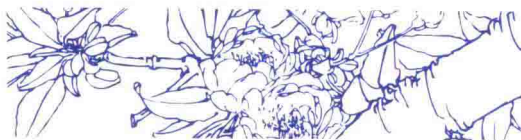


自由裁量及其界限

[日] 田村悦一 著

李哲范 译

王丹红 校



中国政法大学出版社

日本公法译丛



自由裁量及其界限

[日] 田村悦一 著

李哲范 译

王丹红 校



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

自由裁量及其界限/(日)田村悦一著; 李哲范译. —北京: 中国政法大学出版社, 2016.3

ISBN 978-7-5620-6609-5

I. ①自… II. ①田… ②李… III. ①行政自由裁量权—研究 IV. ①D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第036313号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.75
字 数	200 千字
版 次	2016 年 3 月第 1 版
印 次	2016 年 3 月第 1 次印刷
定 价	35.00 元



序

本书将过去数年不断考察研究的自由裁量及其界限相关问题汇集成册。我初次发表关于该问题的论文是1959年担任冈山大学助教时候的事。与在冈山两年多的研究，加之现职的立命馆大学五年多的研究时间长度相比，本书的内容的确还不够成熟，时至今日倍感汗颜。

时值本书出版之际，首先真诚地向恩师杉村敏正先生表示发自内心的诚挚谢意。自大学三年级参加行政法专题讨论会以来，老师一直给予我悉心的指导，让学生感到无比的荣耀。为了对老师的教育之恩聊表寸心，谨以此书献给恩师。

从投入学术研究以来，我蒙受环境的恩惠，一直走到今天。我于1959年参加了关西行政法研究会，从以渡边宗太郎先生、杉村敏正先生、山田幸男先生、下山瑛二先生为首的诸位老师和前辈那里，一直得到了春风化雨般的指导。有关本书中汇集的诸多问题的研究，大多数题目也都曾在研究会中发表报告，并得到了诸位老师的批评和建议，本人对研究会各位老师的感激之情难以言表。并且，作为研究会很长时期中最年轻的成员，受到较多的娇惯，我也经常由着性子讨论自己关注的论题，再次向各位老师、前辈致以歉意。



我转职立命馆大学之后，成为了宪法研究会的一员，对此表达深深的感谢。以大西芳雄先生、森顺次先生为首的宪法研究会，充满了严谨与自由的学术氛围。在这里通过各位老师的指导，我从前狭小的视野，多少也得到了扩大。老师们经常把我这个几乎是门外汉的外行疑问和不合常理的争辩也融入讨论之中，这种深厚的情谊我将会铭记心中。

对一直给予我的研究以支持的冈山大学、立命馆大学的各位老师，借此机会，再次致以最衷心的感谢。

我与“自由裁量”问题初次结缘是在1953年大学一年级的秋天，也就是发生所谓“京大事件”（荒神桥事件）的时候。在这一事件中，很多与自治会有关联的学长受到了惩戒处分，学生要求校方撤回处分遭到拒绝，导致了无限期罢课的事态发生。可是，恰巧在这一年，京都府立医科大学惩戒处分撤销案件的上诉审法院作出判决，认定了校长滥用惩戒权。为寻找平息事态的一些线索，我们几位朋友一起研读判决书，这成为了我思考自由裁量问题的契机。对于刚刚进入大学校门的我来说，校长惩戒权的行使成为法院审查和撤销的对象，这本身就已经是令人惊诧的事情，而更让我着迷的是“自由裁量”这个守卫行政权行使的堡垒被“依法律行政原理”侵蚀的过程。我也期待这个判决所展示的“条理”和“社会通常观念”等裁量界限基准，能成为联结行政民主化道路的纽带。我至今仍很自豪对这一偶然事件的重视。

我研究生阶段的多半时间是在病床上度过的。对于我来说，正式着手研究自由裁量问题大概是在冈山大学就职之后的事了。此后，对此问题的研究成了我的中心任务。简而言之，对被法治主义原理侵蚀的自由裁量领域的变迁和裁量界



限理论的生成和发展的过程，不能仅仅考察从学说与判例中所反映的表象，更要关注其背后所蕴含的与政治、社会、经济基础之间的关系，及其在历史发展过程中的地位和意义。正是因为这种方法，从今天所表现出的行政功能扩大的事态之中，换言之，从给付行政、行政指导等反映出的行政功能的变迁之中，自由裁量问题的长足发展成为可能。可是，正如各位老师的严厉批判，同时也与我的初衷相悖，本书仅是对学说和判例的简要介绍和分析，仅能算是资料的整理提供，对此需要深刻的反省。

尽管如此，坚持将不成熟的研究成果汇集成册，是因为从前我进入研究生阶段时，杉村老师就曾告诉我，“要将大学毕业后的十年作为一个阶段”。虽然我懈怠地度过了这个十年，但总觉得想为到此为止的研究留一个纪念，将其作为今后继续前进的立足点。恳请大家能够理解这一点。

本书的出版发行受到1967年度文部省研究成果发行补助金的资助。深深地感谢很快就接受缺乏市场性的这一理论研究的出版的有斐阁和京都支店的各位工作人员。特别是对京都支店的土肥武先生一直以来的照顾和帮助致以衷心的感谢。

我现在正在北阿尔卑斯山脉^{〔1〕}穗高山上的山间小屋里写下此“序”。这些年来，每次写作论文，我都会去攀登北阿尔卑斯山的某个山峰，有时几乎每个月都会登上山峰，在山间小屋的灯光下阅读书稿。在体味一事结束后的轻松的同时，也从心理上准备迎接下一份工作的挑战，每逢此时，岩石和雪中蜿蜒的小溪都成了我的朋友。可是，现在的我，却远远没有轻松的感觉。

〔1〕 此处北阿尔卑斯山脉即日本的飞驒山脉。——译者注



觉，不仅有对这本不成熟的书稿付梓的忐忑、踌躇，更是面临未完成的研究课题和今后研究对象的庞杂、艰难，心中倍感任重而道远。

田村悦一

1967 年夏

穗高山星月满天之夜



目 录

序	1
第一章 自由裁量的界限与法院的控制	1
第一节 裁量不予审理原则 /1	
第二节 裁量不予审理原则的修正 /6	
一、权力分立与自由裁量 /6	
二、裁量不予审理原则的界限 /16	
第三节 裁量的界限及其控制 /27	
一、裁量界限论的发展 /27	
二、裁量的界限——控制标准 /40	
第二章 裁量论的演进	49
第一节 要件裁量与效果裁量 /49	
一、问题所在 /49	
二、贝尔纳齐克与特茨纳的论争 /51	
三、论争的发展 /59	
四、纳粹法与裁量论争 /67	
第二节 不确定概念中的裁量领域 /70	
一、问题所在 /70	
二、行为裁量论：对判断裁量的否定 /77	
三、不确定概念中的判断余地 /83	



四、裁量概念之再探讨 /90

五、裁判权的界限——结语 /102

第三节 要件裁量之探讨

——从行政判例看自由裁量论的变迁 /103

一、裁量学说的新观点 /103

二、从替代性理论到要件裁量 /114

三、要件裁量说的现实意义——代结语 /127

第三章 裁量的界限 140

第一节 裁量界限论的变迁 /140

一、引言 /140

二、日本的裁量界限论 /141

三、界限论的生成与发展概览 /149

第二节 裁量的瑕疵与权利侵害

——关于“无瑕疵裁量请求权” /161

一、裁量的瑕疵与程序权利 /161

二、无瑕疵裁量请求权 /169

第三节 比例原则

——作为裁量界限的标准之一 /185

一、引言 /185

二、比例原则的含义 /186

三、比例原则的法律性质 /192

四、裁量滥用论中比例原则的适用

——以判例为中心 /198

第四章 裁量控制中的行政裁判界限 206

第一节 必要性与合目的性的裁量控制 /206

一、前言 /206

二、必要性、合目的性的审理 /207



三、德国基本法中裁量控制的界限	/213
第二节 行政任务的变迁与裁量控制	/219
一、行政任务的变迁与行政裁判	/219
二、行政诉讼的扩大与裁量控制	/223
附录 论欧洲共同体法院的裁量控制	
——欧共体行政法形成的一个层面研究	 235
一、引言——本章的目的	/235
二、裁量控制的法理基础	/237
三、裁量审理的展开	/241
四、裁量控制标准的发展	/249
事项索引	 256
编者附记	 263



第一章

自由裁量的界限与法院的控制

第一节 裁量不予审理原则

现代法治国家思想在行政领域体现为“依法律行政”的原理¹，它不仅要求行政权在法律的框架内行使，同时还成为作为其保障手段的行政裁判制度的历史性和政治性出发点。^[1]在自由主义思潮之下，国民的意志真正上升为立法意志，行政过去曾经是国王的统治手段，现在也都受到法律的羁束。同时，近代行政裁判制度应与法国的行政法院进行对比，^[2]该制度是自19世纪中叶引入到德国、奥地利，并对提升个人相对于国家的地位产生了强烈影响。但是，另一方面，随着行政权行使的日渐广泛性和复杂化，通过法律来预测具有无限可能性的行政活动变得极为困难。相反，不少情况下，政府机关的技术性、专业性判断，却能更好地解决具体问题。裁判的本质仅限于在个案中适用法律，宣明何为法律。为了阐明裁判难以触及的行政固有领域，自由裁量问题得到广泛讨论。进而，从19世纪中叶开始，德国和奥地利确立了“行政法院不能审理行政机关自由

[1] W. Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 292.

[2] 在这里，将1863年巴登确立行政法院制度后的阶段称为“近代行政裁判制度”。



裁量”的原则。^{〔1〕〔2〕}

2 和其他各国相比,极为有趣的是自由裁量问题,特别是法院对自由裁量的控制问题,产生于当时的德国、奥地利。即使根据法治国家思想,行政受法的羁束,其所受的羁束也存在程度上的差异。而行政权有多大程度的裁量,因当时行政权的存在形态而有所不同。^{〔3〕}对德国和奥地利的有关自由裁量的问题,也要考虑当时背景下的各方面因素之后,才能真正理解。

近代行政本是警察国家的产物。其中,对于具体的命令强制,并没有应先行存在一般性抽象法规的原则。即使存在规范,它也不是在与国民关系上赋予行政主体以义务的规范。可以说,只有关于行政的法开始拘束行政主体和国民双方后,近代法治主义才可谓开始形成。于是,为实现所谓“双向拘束力”的现实功能,必须满足以下两个条件:一方面,由国民代表组成的议会制定相关法规;另一方面,行政主体行使权能违反相应法规时,能够通过作为中立第三方的国家机关进行救济。^{〔4〕}若以

〔1〕 裁量不予审理原则首先在奥地利成文化。1875年奥地利《行政法院设置法》第3条规定: Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes sind ausgeschlossen…… (e) Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freien vorzugehen berechtigt sind.

〔2〕 此后,在德国的符腾堡1876年《行政法院法》第13条第2款;1878年拜仁《行政法院法》第13条第1、3款;1884年巴登《行政法院法》第4条第4款;1900年萨克森《行政法院法》第76条;1921年汉堡《行政法院法》第46条也做出了同样的规定。但是对于不审理的裁量范围,众说纷纭。学界对1883年普鲁士邦行政法第127条的解释存在争议,但一般认为行政法院的权限并不排除对裁量的审理,判例也显示同样的倾向。E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7 Aufl., Bd. I, S. 472; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserweiterung, S. 197 ff.

〔3〕 相反可以说,“裁量的存在形态是把握各国不同时期行政权存在形态的基本标志”。下山瑛二:“资本主义经济与行政权”,载岩波现代法讲座《现代法与经济》(「資本主義經濟と行政権」『現代法と経済』),第86页。

〔4〕 这是所谓实质法治主义的理论,但在其审查权是交给行政法院还是司法法院的问题上,存在分歧。



19 世纪中期的英国为例，当时英国为顺应产业资本发展过程中的政治、经济需要，提倡自由放任主义，可谓是实现了廉价政府（cheap government）或“守夜人国家”政治理念的一个典型代表。如戴雪的“议会主权”和“法的支配”两大原理中经常所表达的那样，自由主义的国家权力构造表现为：行政受法的严格拘束，极力避免行政介入国民生活，进而强烈排除“行政裁量”等。在这种体制下，行政的任务不仅在“量”上受到限制，在“质”上也仅仅是法律的执行，不具有诸如自力执行力这样的特质。

可是，与英国不同，德国和奥地利的权力构造的特色在于，³行政权（执行权）被概括性地授予君主，并受到权力分立制在原理上的支撑。这里所说的君主权，特别是在警察领域拥有的广泛权力，是从法的严格拘束中解放出来的权力。其原因除了警察国家中君主权的温存之外，还由于德国产业资本的落后性，它不得不借助绝对主义国家权力的庇护才能发展。因此，行政权也能不断地获得主动权。权力分立制在这种意义上起到拥护行政权的作用，作为法院介入的界限而具有重要意义。因此，从这个层面上讲，可以说给予行政权被赋予了广泛的裁量空间。

另外，关于行政活动违反行政法规时的救济，如同英国一样，不仅行政活动的量相对少，而且只要属于几乎不包含裁量要素的法规执行行为，就能够通过追究作为行为人的公务员个人的民事、刑事责任来寻求充分的救济。^[1]事实上，从英国的情况来看，^[2]对于行政的各种行为，行政的司法控制延伸至极

[1] 当然，在英国的斯图尔特王朝时代，将所谓国家行为（matters of State）这一种类排除在普通法院的管辖之外，而尝试交给其他法院审理，但经过 17 世纪的两个革命后遭到拒绝。

[2] 以下事例参见 De Smith, op. cit.



为广泛的领域，包括在追究作为行为者的公务员民事、刑事责任的诉讼中的合法性审查、在命令行为的司法执行程序中的合法性审查、在依据人身保护令救济中的审查等。而且，许多行政上的权利义务需经由司法性程序才形成。司法救济与这一形式一道，阻碍了所谓“行政法”的成立。^{〔1〕〔2〕}

而德国的裁判制度显示了与上述英国裁判制度非常不同的特色。警察国家的君主，即使在民事、刑事裁判上，也具有最高的权力。君主的政令发布涉及面广泛而频繁。与之相反，例如在普鲁士，“在其他的全部领域，君主有必要对个人无限制地进行干涉。国家的福利才是最大的目标。在这个领域（民事、刑事）的具体场合都禁止相关的干涉”。^{〔3〕}民事和刑事裁判获得了相对于行政的特殊地位。因此，关于行政，既然承认了前述以“公益”为名义的积极任务，即行政的自由领域，在裁判控制之际，也就有必要建立与这个任务相一致的制度。在这一点上，三权分立理论再次发挥作用，在行政与司法进行相互比较的基础上，确立了让行政权来审查行政活动合法性的所谓行政裁判制度。^{〔4〕}也就是说，行政裁判制度，一方面试图保障行政合法性，保护国民的权利自由；另一方面，同时包含保障行政权和行政活动的效率的理念。特别是关于后者，例如存在不适用合法性审查的领域^{〔5〕}及起诉事项有限制等，从中能够看出行政裁判制度的特色。从个人的地位来看，这一制度的确立意

〔1〕 特别是，国王的免责特权反而使这一制度得到发展。

〔2〕 戴雪指出：“英国不存在行政法。”但与法国行政法院的裁判相比，在这里显示着英国的特色。参见 de Smith, op. cit, p. 9.

〔3〕 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1 Aufl. S. 42.

〔4〕 众所周知，贝尔与格奈斯特在行政法院的设立上存在论争。关于此问题，本书将在后文触及，南博方《行政裁判制度》有详细的论述。

〔5〕 例如，可以列举统治行为论、特别权力关系论等。



意味着避免对等地对待行政主体和私人，通过将“自由裁量”归属于行政权领域来体现行政的优越地位。

到了 19 世纪后半期，英国为了应对因自由放任主义而产生的诸多矛盾，承认国家积极介入的必要性，不仅在数量上新设了很多行政机关，并且在质上增加了认可裁量权行使的行政作用。总之，这些都属于例外和个别的措施，法律的拘束力依然作为原则而存在。^[1]另一方面，即使在德国，随着 19 世纪后半期法治国家思想的发展，可以说一般认为，君主权 = 行政权 = 自由裁量权，并非绝对的权力，而应受到行政合法性原则的拘束。可是，它意味着行政只能在法律的范围和界限内活动。换言之，在法律的限制内，行政本来就拥有自由的活动空间。这种警察国家的要素仍温存于法治国家原理之中，行政裁判只不过是经由法律范围和界限审查的个人救济手段而已。可以说，基于德国行政权的这种特殊性，就能理解当时德国行政裁判制度的成立，特别是自由裁量不予审理原则的确立。

5

如上所述，因为裁量不予审理原则是基于德国的特殊情况而出现的设想，因此各国在设置行政法院时，这一原则在实际适用方面也有很大的差别。贝尔（O. Bähr）将违法行政行为的审理委诸司法法院；^[2]与其不同，格奈斯特（Gneist）^[3]主张设立特别法院，他或许受到普鲁士设立行政法院的巨大影响。他主张，一方面保障行政相对于司法的独立性，另一方面也考虑到行政法官需要与行政相关的特别知识和经验。依据后者的考虑，因为行政裁判也是行政的作用，因此即使是审理自由裁量，

〔1〕 关于此过程，详见 Jennings, *The Law and the Constitution*, 3rd ed., 1943. 另参见鵜飼信成：《行政法的历史展开》（『行政法の歴史的展開』），第 103 页。

〔2〕 O. Bähr, *Der Rechtsstaat*, S. 12 ff. und S. 45 ff.

〔3〕 R. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte*, S. 65 ff.



也不是对行政权的侵犯。在个人权利保护和行政自我抑制的平衡上,适用裁量不予审理原则,也被理解为出于立法政策考虑的制度设计。虽然有争论,^[1]但事实上,在普鲁士实质上审理自由裁量的案例是很多的。而在奥地利和南德意志各邦,行政裁判的本质被认为在于保护人民的公权,其审理被严格限定于法律问题。这种情况下的公权可以理解为依据法规赋予个人的具体地位或者利益。因此,只有存在侵害权利的场所,才允许诉讼,并且排除对自由裁量的审理。但不论如何,在德国和奥地利,从19世纪后半叶到20世纪初,伴随着国家功能、特别是行政权的扩大,事实上,裁量不予审理原则与三权分立理论相结合,作为行政权的堡垒,发挥了很大的功能。^[2]

第二节 裁量不予审理原则的修正

一、权力分立与自由裁量

- 8 1. 自由裁量理论的起源,可以回溯到早期的权力分立理论。^[3]长期掌握在同一主体之手的立法权和行政权得到分离,行政从其他两项权力中独立出来,确保了作为国家权力的重要承担者的地位。毋庸置疑,作为法治国家的要求,即使是行政

[1] W. Jellinek, Gesetz, usw. S. 297 ff.

[2] 鵜飼信成,前掲书,第110页。从日本的情况来看,明治宪法下的行政裁判制度在其成立过程中受到德国法的强烈影响,判例学说中的德国法影响也不在少数。一个例子就是,将行政裁判作为行政作用来把握,对自由裁量不予审理原则上也进行了与德国同样的议论。

[3] R. v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 21 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3 Aufl. Unveränderter Neudruck, 1948, S. 38 ff.; Forsthoff, a. a. O. Bd. I, S. 4 ff.



也要在法律的范围内行动，不得违反法律。但学说在行政的内容上寻求行政与裁判的本质区别标准，自由裁量论就显得更为引人注目。

它的第一个特征是关于行政内容与裁判相区别的标准问题。行政不单单要遵从法规，在其制约的内部，行政是为了公益而行动。因此，与裁判只不过是仅仅适用法规相比，二者的本质区别在于行政对公益的考虑，即具有自由裁量。比如，施塔尔（E. J. Stahl）指出：“裁判的目的在于维持国家的秩序亦即法律，而警察（行政）则与此相反，是为了满足一般的利益。”^{〔1〕}他主张，行政活动应当服从一般的利益，即使通过法律显示出它的限制，它的内容和活动在个别的具体情形中却被要求具有自由。^{〔2〕}皮罗迪（Piloty）着眼于行政官员与法官在对法的服从义务上的根本差异，推导出同样的结论。^{〔3〕}可以说，“对于裁判而言，法本身即是目的；对于行政而言，法是为了实现目的所作的限制”。^{〔4〕}法律“对于行政只不过是单纯的制约，行政的内容是自由的”。^{〔5〕}这些观点的意义均在于，将自由裁量理解为行政的本质。虽然在很多学说中可以看出这种倾向，^{〔6〕}但总而言之，⁹这些观点并不是从形式上的法院和行政机关权限差异来区分行政与裁判，而是试图考虑行政与裁判的实质性活动内容特点来

〔1〕 F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. , II, S. 363 ff. (Laun, a. a. O. S. 21) .

〔2〕 他指出：“Für die Rechtsprechung ist das Gesetz Zweck, für die Verwaltung Schranke.” 并主张不允许法院介入这一界限的内部。

〔3〕 Piloty, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, III, S. 261 (Laun, a. a. O. S. 21) . Piloty - Schneider, Grundriss des Verwaltungsrecht, 4 und 5 Aufl. S. 57.

〔4〕 F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6 und 7 Aufl. S. 6 ff. ; R. Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2 Aufl. S. 24 ff.

〔5〕 W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 39.

〔6〕 Laun, a. a. O. S. 21, Anm. 2.