

判断余地视域下行政司法审查的现状与反思

马 源

中央民族大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年6月12日; 录用日期: 2023年6月30日; 发布日期: 2023年9月5日

摘 要

判断余地的宪政基础是权力分立原则演绎而成的行政保留理念性, 其作为行政机关最终决定权的一种, 现已在德国的理论与实务界获得了广泛认可。我国目前虽未在行政司法审查中明确引入判断余地理论, 但却在具体个案中存在相似的情形。我国采用的是“全面 + 例外”的审查模式, 原则上对行政行为进行全面审查, 在行政行为涉及预测性、不可替代性、专业性、合议性等例外情况下赋予部分尊重。但在高教案以及医药领域等存在司法尊重过度, 一定程度上以专业性进行司法规避。针对行政司法审查适用判断余地的表里不实等问题, 需要从司法审查技术与行政自制多方面入手进行制度重构, 合理协调行政权与司法权之间的关系, 对判断余地的范围予以严格限制, 保障司法机关的司法审查权。

关键词

判断余地, 司法审查, 司法尊重

Present Situation and Reflection of Administrative Judicial Review from the Perspective of Judgment Margin

Yuan Ma

Law School, Minzu University of China, Beijing

Received: Jun. 12th, 2023; accepted: Jun. 30th, 2023; published: Sep. 5th, 2023

Abstract

The constitutional basis of discretion is the concept of administrative reservation deduced from the principle of separation of powers. As one of the final decisions of administrative organs, it has been widely recognized in the theoretical and practical circles in Germany. Although China has not

explicitly introduced the theory of discretion in administrative judicial review at present, there are similar situations in specific cases. China adopts the “comprehensive + exceptional” review mode. In principle, it conducts a comprehensive review of administrative actions, and gives some respect to administrative actions in exceptional cases such as predictability, irreplaceability, professionalism and collegiality. However, there is excessive judicial respect in high education plans and medical fields, and to some extent, judicial evasion is carried out professionally. In order to solve the problems of false judgment margin in administrative judicial review, it is necessary to reconstruct the system from judicial review technology and administrative self-control, rationally coordinate the relationship between administrative power and judicial power, strictly limit the scope of judgment margin, and guarantee the judicial review right of judicial organs.

Keywords

Room for Judgment, Judicial Review, Judicial Respect

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题之缘起

判断余地理论源于不确定法律概念理论。法学界将部分涵义模糊并容易产生歧义的法律用语定义为“不确定法律概念”，这是一具有流动性的概念，包含一个明确的概念核心与相对而言范围不明的概念外围，需要在具体个案中将其内涵予以明确。不确定法律概念并不当然适用判断余地。德国学者奥托·巴霍夫(Otto Bachof)在《判断余地、裁量和不确定法律概念》中最先提出了判断余地之理论，他指出行政机关拥有一种独立的、在法院审查范围之外的权衡领域或判断领域，行政机关在该领域内作出的行政行为应得到司法尊重。由此可见，判断余地是极为严格的限制条件下司法完全审查的例外情形[1]。

尽管在 20 世纪 90 年代中期我国学界就已经开始关注判断余地理论，但迄今我国行政行为的司法审查仍未明确引入德国判断余地理论，仅是在司法实践的具体个案中体现某种程度的判断余地。21 世纪以来知识经济时代引发全球性技术变革，行政关系日益纷繁复杂，新兴的公共行政事务层出不穷，在不断化解社会纠纷的过程中行政职能也逐步扩增，在此形势下判断余地适用的迷失，不仅给行政法治现代化带来巨大挑战，也对司法与行政之间的关系研究提出了新的课题。

2. 我国行政司法审查模式

2.1. 原则上的全面审查

不确定法律概念并不是司法审查适用判断余地的充分条件，法院依法享有解释与适用法律的权力，对法律概念进行合乎个案正义的解释是法院的职责。因此，全面审查是我国对行政判断开展司法审查的基本原则。全面审查包括两种进路：一是法院直接对不确定法律概念进行解释，进而审查行政机关的行为是否合法。二是法院间接对不确定法律概念进行解释，进而审查行政机关认定的事实是否符合法律的构成要件。

2.1.1. 法院的直接解释

法院对不确定法律概念的直接解释主要基于两种规则：一般法律解释规则和社会常识或经验。一般的法律解释规则主要有目的解释、字义解释、历史解释、体系解释等，各种解释方法并没有绝对的适用

先后顺序，应结合具体个案的实际情况，以现行法律制度所蕴含的价值观念为指引，选用能够促进公平正义、合理解决纠纷的适当解释。在“黄某富、何某琼、何某诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案”中¹，法院对“等”的解释，便是以字义解释为基础，同时适用逻辑解释的思维方式，探究“等”与其他行政处罚之间的关系，作出符合该法条设立目的的合理裁决。

基于社会常识的解释对专业知识并无特殊要求，而是从公众对社会生活的普遍感官认知出发，对日常生活中可感知的常理、观念或经验作出易于获得公众认同的解释，主要包括工作场所、工作时间、有价值的配料等经验性概念[2]。

一般法律解释规则和基于社会常识的解释并不是对立排斥的关系，两者相辅相成，不可偏废，经验需要科学的推断规则，一般的解释方法也是建立在公众常规认知基础之上。在司法审查中的直接解释若能将一般法律解释规则和基于社会常识的解释同时适用，既可以使解释更具科学性，使不明确法律概念的抽象内涵更明晰，还能便于公众基于日常生活经验来理解和接受其涵盖的外延，提高司法公信力。

2.1.2. 法院的间接解释

针对部分高度不确定的法律概念，法院难以给出明确的内涵界定，只能根据案情论证相关事实是否属于概念的外延之内。例如在“北雁云依诉济南市公安局历下区分局燕山派出所公安行政登记案”²中存在着“不违反公序良俗的其他正当理由”这一内涵亟待明确的不确定法律概念，这就需要法院综合考虑社会公共秩序、善良风俗、社会管理、民事权利的行使与社会公共利益、公德维护之间的关系等多个方面，探究其可能的的外延，进而解读案件事实是否属于不确定法律概念的范畴。

2.2. 例外的部分尊重

我国实行“原则 + 例外”的行政司法审查模式，以全面审查为司法审查的主要原则。在特定行政事务中行政行为的依据是不确定法律概念时，法院应当尊重行政机关的行为与判断，适用判断余地理论，作有限的司法审查。此种判断余地的适用范围应从案件事实的特征予以认定。

2.2.1. 预测性

由于立法者主观认知上的限制以及客观环境的不断演变，在法律适用过程中往往需要对未来事实进行预测，根据经验规则，立足于过去已存在并且已为公众知悉的事实推论出未来可能发生的事实，作出盖然性判断，进而对具有预测性的不确定法律概念作出解释。

首先，描述性概念往往会因其预测性质而成为不确定法律概念。例如《突发事件应对法》中的危险源与危险区域的相关规定便带有预测性³。再次，规范性概念有时亦具备预测性特征。建立在目前可认知的事实基础上，从而预测相对人未来可能的行为模式。最后，部分行政许可亦具备预测的特性。以《集会游行示威法》为例⁴，究竟何为其中第12条第4款规定的“严重破坏社会秩序”，需要行政机关根据经验规则，基于相对人具体情况，就相对人的行为可能导致的后果以及疑义的界定作出预测决定[3]。

综上，对于涉及预测性或评估性的事项，特别是生态环境、自然科学、金融等领域的有关不确定法律概念，法院的司法审查范围应有所限制。此种情况下判断余地可以使责任明确化，避免由于司法机关

¹四川省成都市中级人民法院(2006)成行终字第228号行政判决书：法院认为《中华人民共和国行政处罚法》第42条规定：“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利。”虽然该条规定没有明确列举“没收财产”，但是该条中的“等”系不完全列举，应当包括与明文列举的“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款”类似的其他对相对人权益产生较大影响的行政处罚。

²山东省济宁市历下区人民法院(2010)历行初字第4号行政判决书。

³我国《突发事件应对法》第20条规定：县级人民政府应当对本行政区域内容易引发自然灾害、事故灾难和公共卫生事件的危险源、危险区域进行调查、登记、风险评估，定期进行检查、监控，并责令有关单位采取安全防范措施。

⁴我国《集会游行示威法》第12条规定：申请举行的集会、游行、示威，有下列情形之一的，不予许可：(四)有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。

的干涉而导致相对人维权时产生责任主体的歧义。

2.2.2. 不可替代性

不可替代的行政决定主要是依据具有高度人身性的专业判断,主要包括两类:一是考试成绩的评定。考试成绩不仅事关相对人的教育与就业,还对当事人的基本权利有深远影响,所以也是司法救济重点关注的对象。但是考试成绩所依据的考试情境以及过程性考核已难以重现,取证存在一定困难。即使法院作出撤销判决,后续重新评定成绩等补救措施仍是要依赖专业机构,法院无法代为履行。由此可见司法机关对考试成绩的审查应遵循判断余地理论。

二是学生的学位授予。颁发毕业证书、学位证书属于高度人身性的行政行为,基于学校对学生专业知识的综合判断。并且相关条例中包含“较好”、“初步能力”等不确定法律概念,具体的涵义是高等院校进行解释并适用的。由此可见高等院校所做出的决定具有不可替代性,法院在进行司法审查时应对行政主体作出的确认行为予以尊重,而不应无限制的全面审查。

2.2.3. 专业性

对于高度专业性的技术领域,法律特别规定该领域的行政解释由相关专业的行政机关作出。其原因在于相关判断决定的依据是该行政部门所掌握的高度专业性技术知识,司法机关不应再作出过度干涉。例如根据《消防法》和《道路交通安全法》的相关规定,火灾原因的认定、火灾损失的核定、交通事故责任认定的认定等需要高度专业性知识进行认定的领域,对相关不确定法律概念的解释应以法律授权的消防机构、交警部门作出的为准,因为与司法机关相比,行政机关的认定更具有科学性与权威性^[4]。

2.2.4. 合议性

行政决议往往是由按照严格标准组建的合议机构作出的,在文化、道德等维度的主观价值判断具有一定的客观公正性。以《中华人民共和国学位条例》第10条的规定为例⁵,拥有该专业领域丰厚专业知识的专业委员会是能够对不确定法律概念作出正当合理的解释。除此之外,论文答辩委员会和学位评定委员会的组成人员具有广泛的代表性,其所作出的判断确认具备一定的客观公正性,与司法机关审判宗旨相同,故而适用判断余地是符合法理的。并且专业委员会皆是通过法定正当程序成立,尊重其基于独立的超然地位作出的决定是合乎民主正当原则的。综上所述,由专家学者组成的委员会进行的判断决定理应适用判断余地理论,司法审查范围应予以限制。

3. 我国行政司法审查之反思

我国目前实践中的“原则+例外”的审查模式与德国通行的审查模式基本契合,但理论水平仍有待提升,尚未形成成熟的司法经验,在高校学位授予、医药等领域法院对行政行为的司法审查存在混乱迷失的现象。

3.1. 高教案的判断余地与司法审查

在近几年的学位授予纠纷案件中,形式审查是法院对高校的学位授予规定及相关行政行为开展司法审查的主要方式,但判断余地的适用以及司法审查标准依然面临多重理论困境。

一是法律层面“高校学位授予权”的性质界定不明。《学位条例暂行实施办法》只是明确高校制定本单位学位授予工作细则的权力,但未对该权力的性质进行界定,纵观现行的法律法规与司法解释皆无

⁵《中华人民共和国学位条例》第10条规定:学位论文答辩委员会负责审查硕士和博士学位论文、组织答辩,就是否授予硕士学位或博士学位作出决议。决议以不记名投票方式,经全体成员三分之二以上通过,报学位评定委员会。学位评定委员会负责审查通过学士学位获得者的名单;负责对学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议,作出是否批准的决定。决定以不记名投票方式,经全体成员过半数通过。

法找到相关明确规定,导致在司法实践中不同的案例对其作出不同的认定。比如“张福华诉莆田学院案”⁶中高校学位授予权被认定为国家行政权力。但在“吕广观诉西南政法大学案”⁷、“葛瑞婷诉被告山东女子学院案”⁸中则把该权力的法律性质界定为高校自主权力,高校可依据自身办学情况自主制定管理规定并贯彻执行[5]。

二是过度扩张“高校自治”范围。判断余地的适用本应有其严格的限制条件,然而在实践中司法机关为了回避司法审查干涉行政行为这种敏感重大的问题,过度限缩司法审查的空间。例如将“学术性”与“非学术性”行政事项相混淆,或者主张在不违背法律的前提下即可适用判断余地等。

三是对审查标准中的不确定法律概念的理解不同。比如对于“合法性”的理解有广义与狭义上的区分,不同的理解便会导致不同的判断结果。在“贺叶飞诉苏州大学”案⁹中法院依据广义的合法性概念,即除了需要遵循现行法之外,还要符合法律基本原则、法理等,因为现行实定法中考试作弊不属于不授予学位的情形,所以判定高校作出的处置过重。而在“章斌诉沈阳航空航天大学案”¹⁰中则适用了合法性的狭义解释,即与上位法不违背即可,进而判定被告学校的行政行为不存在违反上位法精神的情形。

3.2. 医药领域的判断余地与司法审查

医药领域涉及市场主体经营自由、公民人身权的保障、药品监督管理等诸多行政法问题,而司法机关对于药理方面专业知识的不足导致审查能力受限,并且医药领域相关规定的出台往往具备较高的民主性和专业性,由专家组依据专业知识以民主方式审议,兼具专业技术支持与民主程序保障,因此应当适用判断余地理论。

然而实践中却存在过剩的司法尊重与专业性面纱下的司法规避等乱象,例如“石某渊诉酉阳土家族苗族自治县医疗保险管理局行政给付案”¹¹中司法机关对《国家基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录》(后文简称《医保目录》)进行的是简单的形式化审查,一审与二审皆以不违背上位法为由判定被诉行政行为合法,而未进行实质审查。医药领域尽管基于其高度的专业性与政策性享有判断余地,但有限审查不意味着不予审查。除了专业知识以外,引发判断疏漏的错误事实认定、导致判断滥用的与涉案事实无关的思考、明显与一般的社会道德和公众常识不符的决定等都可以成为行政司法审查的对象,可以在司法审查中多关注专家资格、药品遴选程序等。法院作为司法机关应充分把握手中的司法权,避免审查流于形式,既尊重行政机关的专业解释与判断,又要保障独立的司法判断。

4. 判断余地视域下行政司法审查之重构

4.1. 权利保障：司法审查技术之完善

行政机关在特殊领域享有判断余地,但这是法院“完全审查”的例外,仍需要有限审查,而非是不受审查,这也是司法自制理念的要求。下文将从学位授予行政纠纷的角度,对司法审查技术的完善进行探究,见表1。

4.1.1. 审查要素的事由区分

法院在对高校进行司法审查时,需要协调好学术自由与行政权之间的关系。首先应将教育行政管理 and 高校学术自治这两种事由进行明确界分,确定纠纷事由的所属类别,能够享受判断余地的事项应以学

⁶福建省莆田市城厢区人民法院(2010)城行初字第22号行政判决书。

⁷重庆市沙坪坝区人民法院(2004)沙行初字第32号行政判决书。

⁸山东省济南市长清区人民法院(2017)鲁0113行初字第54号行政判决书。

⁹辽宁省沈阳高新技术产业开发区人民法院(2016)辽0192行初439号行政判决书。

¹⁰辽宁省沈阳市中级人民法院(2018)辽01行初终字第1044号行政判决书。

¹¹重庆市第四中级人民法院(2017)渝04行终6号行政判决书。

Table 1. Reconstruction path of judicial review standards for degree awarding disputes
表 1. 学位授予纠纷司法审查标准的重构路径

审查路径	事由区分	审查要素	审查强度	审查依据(依运用难易排序)
1. 高校行为事由定性 2. 审查高校行为 3. 审查高校行为所依校规	1. 行政管理事由 2. 高校学术自治事由	1. 全面审查 2. 最低限度审查	1. 形式审查后, 进一步实质审查高校权力运行正当性 2. 形式审查后, 尽可能避免实质审查介入学术性事项	1. 实定法规范中的细则条款 2. 实定法规范中的基本原则 3. 最高法指导性案例 4. 实定法未规范的行政法基本原则

校教学任务为限。例如, 个别高校将英语四六级的通过与否作为授予学位的审核标准, 这便需要从逻辑上对该规定的学术性进行分析。就英语水平考试而言, 作为学生学术水平所需的通识基础的考核, 符合高校学术自治范畴。但是英语四六级并非是各高校教学大纲的内容, 不属于高校教学课程体系, 且该考试是由相关主办单位组织并收取考试费的标准考试, 因此已经超出了高校学术自治范畴, 应受行政司法审查。总而言之, 针对 教育行政管理事项适用全面审查原则, 对高校学术自治事项则进行最低干预审查 [6]。

4.1.2. 审查强度的逐层递进

不同行政事项的司法审查应采取不同强度的审查方式, 适当的审查强度既可以防止干涉过度, 又可以避免制衡不足。一方面, 通过形式审查确保行政行为程序合法。形式正义是实现法律正义最基本的要求, 正当程序原则与法定程序原则分别从普遍正义与实体规范两种层次为形式审查提供依据。首先, 高校必须保障程序正当, 在学位授予与否的决定作出前、作出时、作出后, 都应保障相对人知情权与发表意见权。其次, 高校在推进行政程序时要严格遵守已有的法律法规、高校管理规定等, 维护法律权威与程序公正。另一方面, 对于教育行政管理事项, 在形式审查的基础上还要进一步进行实质审查行政行为的正当性。实质审查保障的是规范价值, 首先要对行政行为进行合法性审查, 确保其内容符合现行法律规范、法律原则。除此之外还要审查行政自由裁量权的行使是否存在“明显不当”的情形、是否符合比例原则等行政法基本原则。

4.1.3. 审查依据的规范适用

构建多元化价值的审查模式。尽管我国实践中适用的是“合法性”一元化的行政司法审查标准, 但判断余地理论还是更为提倡多元化审查标准。法律的价值在于定分止争, 在行政司法审查领域亦是如此。法院作为居中裁判者, 应以多元价值为导向, 综合考量高校自治权力、学生获得学位的资格、教育秩序等多维度价值, 在多元价值的导向下全方位审视高校、学生各方主体主张的诉求, 在调和价值的过程中解决矛盾。

与此同时, 增加行政司法审查指导案例的数量。目前《学位法草案》尚未正式通过, 司法审查实践中仍需要依据指导案例作为重要参考。在现有的学位授予纠纷指导案例中, 对于高校学术自治事项的判定、比例原则的适用、形式审查与实质审查的适用范围等方面的问题还未有明确论述, 亟待未来出台更多的指导案例为我国各级司法机关提供全面指导。

4.2. 权力规制: 行政自制能力之进步

判断余地本质上是对行政机关在职权范围内作出的专业性与价值性判断的尊重, 行政机关在对不确

定法律概念进行解释的过程中衍生出较大的自由裁量权空间，优化行政司法审查不仅需要完善司法审查技术，还有赖于行政机关的自制能力。行政自制是通过行政机关自我监督、自我发现、自我纠正等模式规范行政权的行使，以预防违法或不当行政行为。该理念提出的目的在于协调政府与公民之间的关系，督促行政机关合法合理行使权力，并增强自我管理能力。判断余地并不是赋予了行政机关法外特权，而是全面审查模式下的例外情形。在此种机制下，行政机关更应好好把握手中的权力，合理运用法律授予的判断余地空间，充分利用行政资源实现效益最优化，保证决策程序的民主正当性，秉持实事求是的专业态度，以不断完善的自制能力让公民满意、让法院放心，以合法性与专业性真正获得司法尊重。

5. 结语

判断余地理论自从德国首次提出以来，经过多年的演进已愈发完善，在行政司法审查中发挥愈发显著的作用。判断余地在行政司法审查领域的适用涉及立法权、行政权、司法权三方面关系的运作与界限的划分问题，我国借鉴判断余地理论时，需要结合我国现行法律制度体系、行政机关的管理制度、司法机关的工作水平以及公民的接受度，仔细辨别中外法律模式以及法治文化差异，尽可能降低负面效应。引入相关制度设计的同时，不能仅仅局限于某个具体问题的解决，而是应放眼全局，充分发挥其积极效能以牵一发而动全身，在革除弊端的过程中促进我国法治现代化。

参考文献

- [1] 伍劲松. 行政判断余地之理论、范围及其规制[J]. 法学评论, 2010, 28(3): 146-154.
- [2] 张福广. 德国行政判断余地的司法审查[J]. 行政法学研究, 2017(1): 131-144.
- [3] 伏创宇. 行政判断余地的构造及其变革——基于核能规制司法审查的考察[J]. 华东政法大学学报, 2014(5): 100-111.
- [4] 陈振宇. 不确定法律概念与司法审查[J]. 云南大学学报(法学版), 2008, 21(4): 1-6.
- [5] 戴加佳. 我国司法尊重的现状与检讨——以判断余地理论为分析工具[J]. 福建警察学院学报, 2019, 33(6): 46-57.
- [6] 邓文昊. 高校学位授予案件司法审查标准的反思与重构[J]. 兵团教育学院学报, 2021, 31(4): 55-64.