

不确定法律概念和判断余地 ——一个教义学问题的法理思考

Indefinite Legal Conception and Discretion: A Dogmatic
Problem Considered on the Base of Legal Theories

[德] 卡尔-埃博哈特·海因 著

Karl-Eberhard Hain

曾 韬 译

ZENG Tao

【摘 要】 德国行政法教义学上“不确定法律概念可完全司法审查”是一个应予放弃的观念。从法理学的角度审视，这个观点的诸多前提条件是无法满足的。不确定法律概念的应用意味着规制密度的降低和向行政机关赋予酌定空间。承认不确定法律概念赋予行政机关酌定空间并不意味着行政司法审查强度的降低，原则的具体化思想既能为此提供可操作的方法和标准，也能更为完美地建构相应的教义学体系。在此特别值得深入思考的是，原则的具体化思想意味着何种属性的审查以及何种审查密度。针对这一问题，本文对于最低限度的审查尺度进行了细致的思考。

【关键词】 不确定法律概念 规制密度 最低审查标准 原则具体化

【中图分类号】 DF03 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 01-0091-13

Abstract: The notion of comprehensive judicial control over indefinite legal conception proposed by German administrative dogmatics shall be abandoned. The application of uncertain legal concepts implies a reduction of regulatory density and a discretionary space for the executive. From the perspective of jurisprudence, numerous prerequisites of this conception are unable to be fulfilled. Adaptation of indefinite legal conception, by which discretion of administrative organs increases, does not mean to decrease of strength of judicial review. The idea of concretization of principle provides technically feasible methods and standards, so that a more perfect dogmatic system could be established. In particular, it is worth thinking deeply about what kind of attribute examination and what kind of censorship density the idea of principle embodies. In view of this problem, this article has carried on the careful consideration to the minimum examination scale.

Key words: Indefinite legal conception Density of regulation Minimum standards of (judicial) review Concretization of principles.

【收稿日期】 2016-10-10

【作者简介】 卡尔-埃博哈特·海因，德国科隆大学法学院公法和媒体法教席教授。

曾韬，男，1981年9月生，德国科隆大学法学院博士研究生，研究方向为宪法理论、基本权利教义学、媒体法。

本文首次发表于克里斯蒂安·斯塔克 (Christian Starck) 教授 70 华诞贺寿文集。Hain, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum-ein dogmatisches Problem rechtstheoretisch betrachtet, in: Rainer Grote/Ines Härtel/Karl-E. Hain u. a. (Hrsg.), Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen 2007, S. 35.

一、行政裁判的审查密度方面占主流地位的裁量和不确定法律概念的区分

（君主控制的）行政受到市民代表（共同）创制的法律的约束，是立宪主义法治国家运动的核心诉求之一。^{〔1〕} 监督此种规范性行为准则^{〔2〕}得到遵守的任务，应由独立的司法裁判承担。此种司法裁判并未成为普通的（ordentlich）司法裁判，而是依循格耐斯特（Gneist）的立场在漫长的发展过程中^{〔3〕}被构建和扩展成了行政司法裁判（Verwaltungsgerichtsbarkeit）。

如今，在特殊的和一般的法律保留以及对二者起补充作用的确定性要求（Bestimmtheitsgebot）构成的宪法界限中，法律的约束作用因规制密度的不同可能会存在显著的差异。如果说行政司法裁判的任务在于监督行政是否在宪法和法律的约束（《基本法》第20条第3款）之中运行，那么应该承认，约束性规范较低或者较高的内容密度对应着行政司法裁判对行政较低或者较高的审查密度。法律上的行为准则因而与司法上的审查准则是一致的。这一点被汉斯·H·克莱恩（Hans H. Klein）扼要地表述为：司法审查的密度是规范密度的功能之一。^{〔4〕} 尽管这是针对宪法而言的，但绝对可以推而广之。

因此，规制密度（Regelungsdichte）的降低必然伴随着行政司法裁判审查密度（Kontrolldichte）的降低。然而，这一点在德国行政法中并未获得广泛的认可，因为还存在规范的法律后果一方的（决定上的和选择上的）裁量和构成要件一方的不确定法律概念的区分。^{〔5〕} 尽管在这两种情形中都存在规制密度的稀释现象，但人们仅在法律后果裁量方面得出了行政司法裁判审查密度降低的结论（《行政诉讼法》第114条）：在这

〔1〕 Vgl. nur Micheal Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München 1992, S. 263.

〔2〕 Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004, § 7, Rdnr. 4. S. a. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. 2, Losebl. Stand: Juli 2005, Rdnr. 22 vor § 113.

〔3〕 Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1879. Vgl. näher Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., München 2005, § 2, Rdnr. 8.

〔4〕 Hans H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kritik, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat, Sankt Augustin 1996, S. 39 (44 f.). 亦可参见: Klaus Stern, Der Einfluss der Verfassungsgerichte auf die Gesetzgebung in Bund und Ländern, a. a. O., S. 9 (15) m. w. N.; Karl Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVD-StRL 39 (1981), S. 7 (41 ff.); Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992, S. 36 m. w. N.; 对此持批评意见的: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl., Stuttgart u. a. 2004, § 114, Rdnr. 16. -对行为规范和审查规范的区分持否定态度 - vgl. bei Konrad Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Huber, Bern 1981, S. 261 (269 f.); Hans Heinrich Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AÖR Bd. 101 (1976), S. 161 (175); Karl-E. Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden 1999, S. 31, 134 f. m. w. N.; Christian Starck, Die Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbdStR, Bd. 7, Heidelberg 1992, § 164, Rdnr. 14; Peter Lerche, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: Burmeister u. a. (Hrsg.), FS Stern, München 1997, S. 197 (200 f.).

〔5〕 有必要顺带指出，在表述法律后果的时候使用不确定法律概念绝对是可能的。

里,立法者设定的裁量(Ermessen)与行政机关的裁量余地(Ermessensspielraum)相对应。^{〔6〕}与之相对,在不确定法律概念方面,主流观点认为行政机关对其进行的操作始终受到行政司法裁判的完全审查(Vollkontrolle)。人们仅在例外情形中认为不确定法律概念的使用存在所谓的判断余地(Beurteilungsspielraum)。^{〔7〕}然而,随着例外情形数量的不断增多,常态的完全审查教条逐渐不能自圆其说。^{〔8〕}

在德国行政法学中,裁量与不确定法律概念之间的区分在第一次世界大战之后在晚期立宪主义奠定的基础^{〔9〕}上凸显出来。^{〔10〕}斯托莱斯就此指出,此系在概念分类方面对权力分立所做的有妥协的描摹:保留给法官的——至少是在表面上看仅仅涉及解释问题的——不确定法律概念和保留给行政机关的仅在重大的裁量错误上受到司法审查的裁量权的行使。本来极易被看穿的无恣意的不确定法律概念的司法判定的拟制得到了捍卫,因为人们意欲扶持仍属新生事物且尚不牢固的行政司法裁判。^{〔11〕}第二次世界大战之后,在不确定法律概念领域一般性地承认判断余地^{〔12〕}的尝试均如昙花一现。前述绝非先验地存在的区分继而获得了——尽管在此方面被一再批判——教义学的固守。在德国,这个区分旨在实现一个重要、但相对和有限的目的,这一点在斯托莱斯的著作中有清楚的论述。之后,我的老师克里斯提安·斯塔克(Christian Starck)——在其著作中,超越本国法局限的比较法的视角始终活跃——于1985年在哥廷根比较法协会大会上清楚地指出,英国法和法国法不存在裁量和不确定法律概念的区分。^{〔13〕}共同体法的情况也是

〔6〕 Wilfried Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2005, § 14, Rdnr. 36 ff.; Jörg Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Köln u. a. 2003, Rdnr. 511 ff.; Hufen (Fn. 3), § 25, Rdnr. 27 ff.; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2004, Rdnr. 735 ff.

〔7〕 关于不确定法律概念和(依据主流观点一般不应提供的)判断余地,仅需参见 BVerwGE 88, 35 (37); 94, 307; 100, 221 (225); 文献中的代表性见解: Erbguth, (Fn. 6), § 14, Rdnr. 26 ff.; Ipsen (Fn. 6), Rdnr. 462 ff.; Hufen (Fn. 3), § 25, Rdnr. 45 ff.; Schenke (Fn. 6), Rdnr. 748 ff.; Franz Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2004, Rdnr. 72 ff.; Hartmut Maurer (Fn. 2), § 7, Rdnr. 26 ff.; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., München 2000, § 114, Rdnr. 55 ff.; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl., Stuttgart u. a. 2004, § 114, Rdnr. 4 ff., 19 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., München 2005, § 114, Rdnr. 24 ff., 上述文献均有相关司法裁判和文献的进一步指引。

〔8〕 莱斯勒曾鉴于被扭曲为分离教条的权力分立学说讽刺地使用过这个表述。Walter Leisner, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, S. 405 (406)。

〔9〕 Stolleis, (Fn. 1), S. 414 f. m. w. N.

〔10〕 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999, S. 213 m. w. N.

〔11〕 Stolleis, (Fn. 10), S. 213.

〔12〕 尤应参阅: Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff. 此文作者进行了可完全司法化的不确定法律概念的解釋和仅在有限程度上司法化的——配备了判断余地的——不确定法律概念的适用的区分。卡尔·赫尔曼·武勒有一定理由的学说与其意旨大体相同, Carl Hermann Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Verwaltungsrecht, GS W. Jellinek, München 1955, S. 309 ff. ——只要此处使用的不确定法律概念的“适用”的表述与广泛使用的用语习惯一致,人们很快可以认识到,不完全的规定内容的完全化实际上并非通过适用不确定法律概念,而是通过引入其他原则所进行的具体化实现的。

〔13〕 Christian Starck, Verwaltungsermessen im modernen Staat-Rechtsvergleichender Generalbericht, in Bullinger (Hrsg.), Verwaltungsermessen im modernen Staat, Landesberichte und Generalbericht der Tagung für Rechtsvergleichung 1985 in Göttingen, Baden-Baden 1986, S. 26 f.

如此。^{〔14〕}

在其发表于森德勒祝寿文集的《行政裁量及其司法审查》一文中，斯塔克坚定地认为，严格区分不确定法律概念和裁量在法理和实践的教义学层面都是站不住脚的。^{〔15〕}他指出，与裁量一样，很多不确定法律概念的适用涉及对相应个案在相关较为宽泛的法律规定的框架中进行评价性判断。最终有决定性意义的是，人们在表述法律条文的时候是采用在事实上设定了判断上的裁量的不确定法律概念，还是设定了法律后果裁量。^{〔16〕}在施莱特、施密茨和我为我们的老师的60岁生日所著的《裁量和裁量的限缩》一文中，我们——基于其他的研究重点——搁置了对上述关于不确定法律概念的观点的说服力的讨论。^{〔17〕}下文主要将从法理学的视角出发，证明不确定法律概念事实上始终伴随着行政机关的酌情的回旋余地。我将这个短小的文章理解为沟通基础学科和教义学之间的桥梁。此种桥梁是必要的，它既使得基础学科与实践问题保持联系，也能使教义学不受有问题的偏见的影响，并因接触基础学科的丰富的观念而保持活力。接下来需要首先审视主流的行政机关操作不确定法律概念常态下受到行政司法裁判的——与在审查密度上降低了的裁量审查不同——完全审查的观点的论据。

二、作为有确定结果的认识过程的不确定法律概念的解释和适用

在寻找区别对待裁量和不确定法律概念的依据的时候，人们首先会遇到一个观点：与裁量不同的是，解释和适用不确定法律概念——稍后将揭示，细究之下，补全其不完全的内容不是解释和适用——是（完全）确定的法律适用。此外，也有人主张实在看不出有什么理由能使这个领域完全或者部分地摆脱司法审查，把握不确定法律概念的意义历来属于典型的司法机关的分内之事。^{〔18〕}这些观点背后隐藏着一个——

〔14〕 仅需参阅：Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 280 ff.; Rudolf Streinz, *Europarecht*, 7. Aufl., Heidelberg 2005, Rdnr. 525, im Hinblick auf die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EGV.

〔15〕 Christian Starck, *Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle*, in: FS Sandler, München 1991, S. 167 (169) – auch abgedruckt in: Christian Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994, S. 223 ff. ——法理方面：Hans-Joachim Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt a. M. 1979, S. 172 ff. S. a. Christian Starck, *Diskussionsbeitrag*, in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, München 1985, S. 189 f.; 有相同旨意的，Matthias Herdegen, *Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich*, JZ 1991, S. 747 ff. m. w. N.

〔16〕 Starck (Fn. 15), S. 167 (168).

〔17〕 Karl-E. Hain/Volker Schlette/Thomas Schmitz, *Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, AöR Bd. 122 (1997), S. 32 (36, Fn. 12).

〔18〕 仅需参见奥森比尔言简意赅的意见，Fritz Ossenbühl, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., Berlin 2002, § 10, Rdnr. 27 ff. m. w. N.; s. a. Schenke (Fn. 6), Rdnr. 751. 德艾穆克据凯尔森的思路对法律适用教条进行了彻底的批判，Horst Ehmke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960, S. 45 ff.

恰如奥森比尔 (Ossenbühl) 正确地指出的那样^[19]——令人惊诧和取决于大量前提条件的观点：不确定法律概念的解释和适用是完全适用唯一正确 (合法) 决定原则的认识过程。这一高度令人怀疑的观点恰恰是此处所讨论的现象的前提，但大多数行政法学者在使不确定法律概念的完全可司法性的观点成为主流观点的同时并未对其进行反思。

(一) 归入法律适用的相对意义

即便人们将不确定法律概念的操作归入法律适用，但鉴于不确定法律概念相对较低的规范密度，其系 (甚至可能是完全地) 为立法者设定的规定所决定的过程的观点是站不住脚的。此种过程与裁量权的行使绝对没有原则上的差异：行政机关的行为在后一种情形中也不是没有立法者设立的规定可循，而是依循密度降低的立法规定。就这种认识而言，将不确定法律概念划归法律适用也是没有什么意义的：传统的完全确定的法律适用和高度自由的立法的区分长久以来已被证明——谨慎地说——流于简陋。在法秩序的阶梯构造框架下达成的最高等级的原则愈加具体的具体化乃至个案裁判之间，不存在规范创制和规范适用之间的原则上的区别，只存在程度上的区别。^[20] 规范的适用只在极其有限的情形中完全为立法设定的内容所决定。

(二) “不确定法律概念意义的把握”——认识行为？

此外，将把握不确定法律概念的意义理解为认识过程，以便其与裁量权的行使区别开来，至少不是毫无问题的。法律概念的解释和适用肯定涉及的不 (完全) 是需要依据“是什么”的式样回答问题的理论认识 (theoretische Erkenntnis)。此种活动实际上处于实践的领域，此领域涉及的是依据“我们应该怎样做”的式样给出问题的答案。构成要件是否满足问题——其在规定内容并不完全的情形中并非无需评价性的具体化就能得以解决——，在此种语境中不是探寻目的无涉的认识，而是获取一个实践性的行为指示。因此，回答作为《营业法》第 35 条第 1 款第 1 句的构成要件的一部分的营业法上的“ (不) 可靠性”，应该考虑到 (不) 停业决定这一法律后果。

因此，不确定法律概念的操作自始也是以探寻法律后果为目的，而且，鉴于具体个案进行的不确定法律概念的具体化所引出的后果是否符合法律的保护目的或者更高位阶的原则 (例如基本权利)，在此过程中也具有一定作用。故而不确定法律概念的具体化和裁量权的行使不存在原则上的差异。

(三) 唯一正解论

最后，对于主流观点具有核心意义的“不确定法律概念的具体化仅有唯一正确答案”的观点问题重重。在这个观点之中，常态下不确定法律概念可完全司法化的观点依据的理想主义根基暴露无遗。这也同时表明，这个观点在哲学上没有可靠基础，而是立于薄冰之上。此处肯定无法全面讨论其涉及的哲学基础问题。因此本文仅尝试指出，实践问题上获得唯一正确答案的可能性的观点要取决于多么多的先决条件。

在当代法理学中，德沃金是“唯一正解论”的坚定支持者。他认为在疑难案件中也

[19] Ossenbühl (Fn. 18), § 10, Rdnr. 27 f. S. a. Erbguth (Fn. 6), § 14, Rdnr. 27; Steffen Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2005, Rdnr. 350.

[20] 仅需参见, Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 240.

存在唯一正确答案。^[21]在他看来,“最健全的法律理论”能够保障实现唯一正确答案的得出。他眼中的“最健全的法律理论”含有法律中需要考虑的抽象的和具体的原则及其相互间的权重关系的完整的框架。这个框架在他看来能够为所有习惯法的先例(Präzedenzfälle)提供一以贯之的正当化,只要先例需要通过原则论据予以正当化。对于宪法和成文法规定也是如此。^[22]要想实现这一点,事实上需要德沃金设想的具有超凡智慧和极大耐心的“赫拉克勒斯”般的法官。^[23]在德沃金的批评者之中,我们大概可以相信阿列克西的一个看法:即便是“赫拉克勒斯”般的法官也因事实和理论上的原因不堪此等重负。^[24]阿列克西将实践问题上的唯一正确答案论看作没有根据的本体论上的拟制,^[25]极为坚定地反对这一观点。阿列克西自身——这是他也依循唯心主义传统的证据——仅(但毕竟)给予思想的正确性康德意义上的绝对的调节性理念^[26]的地位,然而,各个正确的答案并非业已存在、仅仅需要被找寻出来,而是在理性商谈的框架下^[27]的论证程序中^[28]应予追求的目标。

[21] 对这一观点的捍卫,参见 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a. M. 1990, S. 448 ff., 529 ff.; ders., No right answer?, FS Hart, Oxford 1977, S. 58 ff.; ders., A Matter of Principle, Cambridge (Mass.) / London 1985, S. 119 ff.; 相反观点,参见 A. D. Wooley, No right answer, in: Cohen (Hrsg.), Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence, London 1984, S. 173 ff. 关于德沃金的“唯一正解论”及其主张的建构性法律获取,仅需参见 Johann Braun, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, München 2001, S. 183 f., 204 ff.; Renée M. Watkins-Bienz, Die Hart-Dworkin Debatte, Berlin 2004, S. 117 ff. S. a. auch den von Wesche/Zanetti herausgegebenen Band: Dworkin in der Diskussion, Paderborn 1999。

[22] Dworkin, Bürgerrechte (Fn. 21), S. 199 ff. 关于一贯性理论模式下的唯一正解观念,参见 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1994, S. 317。

[23] Vgl. Watkins-Bienz (Fn. 21), S. 116。

[24] Robert, Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M. 1995, S. 177 (208 f. m. w. N.)。

[25] 在此语境之中,应该回忆起斯托莱斯(Fn. 10)所做的评估:“法官确定不确定法律概念是恣意无涉的”观点纯属一眼即可看穿的拟制。笔者对文字进行了强调处理。

[26] Vgl. Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, A 509/B 537 und A 644/B 672, in: Weischedel (Hrsg.) Werkausgabe, Bd. 4, Frankfurt a. M. 1974, S. 471f., 565。

[27] 商谈理论既在表述上也在道德立场的论证技术上附从了康德的理性哲学,但它同时主张,意识哲学在“语言学转向”中转变为以语言分析为基础的、主体间沟通的哲学,而且其作为理性的评判尺度不应被当作是个人的,而应该被看作交往共同体的。就此正确的观点, Hans Albert, Transzendente Träumereien-Karl-Otto Apels Sprachspile und sein hermeneutische Gut, Hamburg 1975, S. 21; 基于语言对康德理论进行的“社会化”,参见 Jan Schapp, ARSP Bd. 83 (1997), S. 193 (195):“康德的思辨理性和实践理性在哈贝马斯那里成了交往理性。”——对于商谈理论有基础性意义的文献: Karl-Otto Apel, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, in: ders., Transformation der Philosophie, Bd. 2, 5. Aufl., 1993, S. 155 ff.; Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 2. Bde., Frankfurt a. M. 1981. 哈贝马斯在其著作“Faktizität und Geltung”(Fn. 22)中展现了一个法的商谈理论。罗波尔特·阿列克西主要在其博士论文中发展出了自己的商谈理论, Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1991. 一个简介的介绍,参见: Uwe Volkmann, JUS 1997, S. 976ff.; s. a. Karl-E. Hain Diskurstheorie und Menschenrechte-eine kritische Bestandsaufnahme, Der Staat 2001, S. 193 ff。

[28] Robert Alexy, Probleme der Diskurstheorie, in: ders. (Fn. 24), S. 109 (121 f.); 笔者对文字进行了强调处理。

我不愿轻率地主张,一般行政法教义学的一个核心部分是以没有根据的拟制为基础的。然而,有一种印象令人难以抗拒:常态下不确定法律概念的可完全司法化的教条必然无法摆脱阿列克西的断语。例如有人以《营业法》第35条为例指出,尽管围绕着经营者的(不)可靠问题可能存在争议,但这不可能意味着认可和否定这一属性存在的决定是同样合乎法律意旨的。因而职权机关必须竭尽全力寻求唯一正确的决定。^[29]这样的论证首先就有循环论证之嫌。其次,人们不禁要问,此处毫无疑问的在具体案件中——例如《营业法》上的可靠性问题——必须得出一个特定答案的必要性(a)和只有一个答案正确——在当下的语境中:合法的——(不得既是“是”也是“否”)的观点(b)之间到底存在何种关联?从(a)之中绝对不能必然推导出(b);从法律编码的二位编码(合法/不合法)和做出一个具体的决定的必要性之中并不能必然地得出处理规范问题只有唯一正确答案的观点,更不用说不确定法律概念。尽管必须给出一个特定的答案,但依据不同的有决定性意义的标准,可能不止一个答案能被认为是实质上正确的或者说合法的。这绝对是可能的。关键之处在于,谁有权在酌定余地的框架中权威地决定,在各种均不违法的答案之中,何者优先。在不确定法律概念的操作方面司法机关不应该拥有最终决定权,其原因在于,行政司法裁判的任务是审查行政是否遵守法律的约束,而在运用不确定法律概念的情形中法律恰恰呈现了有约束力的规制内容上的漏洞。如果有人主张,存在一个理性的获取决定的程序,此种程序总是能够通过找到唯一正确答案填补此种漏洞,那么依据前面的论述,谁就担负了极大的、根本无法履行的证明责任。

由此,上述思考就把问题引向后文对“不确定法律概念的情形中始终存在行政机关的酌定余地”的观点进行以规范结论理论为基础的论证问题。

三、规范结构理论为操作不确定法律概念存在酌定余地 观点提供的依据——一个梗概

(一) 原则与规则

法理学的规则(Regel)和原则(Prinzip)^[30]之分对前面的思考有重要意义,故此处首先扼要说明此种区分。简单而言,区分规则和原则的根据在于,绝大多数规则都具

[29] 比较典型的:Ossenbühl(Fn.18),§10,Rdnr.27;笔者对文字进行了强调处理。

[30] 在法理学中大量关于规则和原则的区分的文献之中仅需参考:Dworkin, Bürgerrechte (Fn.21); Alexy, in: ders. (Fn.24), S.177 ff.; ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft Nr.25, Stuttgart 1985, S.13 ff.; ders., Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1996, S.71 ff.; Jan-Reinhard Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechts, Baden-Baden 1990; Klaus Günther, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt a. M. 1988, S.268 ff.; Habermas (Fn.22), S.255, 309 ff.; Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 1998, S.61 ff.; Karl Larenz, Richtiges Recht, München 1979, S.23 ff., 174 ff.; Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Zivilrechts; Hain (Fn.4), S.95 ff.; ders., in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.2, 5. Aufl., München 2005, Art.79, Rdnr.45; der., Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? -eine rechtsphilosophische und methodologische Kritik, in: Alexy, Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft Nr.104, Stuttgart 2005, S.157 (174 f., 177); Ulrich Pensi, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, S.105 ff.

有条件式结构，^{〔31〕}且含有针对具体个案的（至少是部分的）规制内容，而这在从不具备有条件式结构的原则那里却是另一番情形。^{〔32〕}然而，这并不意味着原则不含有任何规范性内容。就原则而言，规范性内容只是不寓于针对特定事实条件和此条件下应予额外参考的（对立的）规范业已设定的命令。实际上原则仅仅含有无条件的主导思想（Leitgedanken）。只有在具体化的过程中将这些主导思想与实际条件以及此条件中应予参考的规范建立联系，它们才能导出具体的规制内容，乃至成为规则。因此，原则可以被称为无条件的规范，规则可以被称为有条件的规范，^{〔33〕}而后者则是从原则性主导思想的具体化中产生的。^{〔34〕}

规制内容的类型以及与之相应的待适用的规范的结构也决定了规范适用的方法：^{〔35〕}规定（相对）特定情况下出现（相对）特定法律后果的规则应该依照以所谓的法学三段论（Syllogismus）为基础的涵摄（Subsumtion）模式予以适用。原则不含有相对有条件的规制内容，因而涵摄模式对其不适用。通过将其主导思想与有决定性意义的实际条件和此条件下应予参考的（对立的）原则性主导思想建立联系，原则才能得以适用。就此种过程而言，“权衡”这一含有比喻色彩的称谓——至少是在涉及特定实际条件下确定原则上相互对立的自由的保障的关系的情形中^{〔36〕}——得到了广泛认可。

如果规则不含有关于具体法律问题的相关原则性主导思想的完全具体化的内容，^{〔37〕}其规制内容因而——大概基于不确定法律概念的运用或者裁量权的赋予——是不完全的，那么就应该独立地回溯至有决定性意义的原则，并对其进行进一步的具体化。这就使得在适用不完全规则的过程中原则也具有一定作用，且被适用的规则越不完全，原则的作用越大。^{〔38〕}其原因在于，只要某一规则就某一具体法律问题而言不含有规制内容，必要的进一步的规制只能通过回溯原则达成，也即必须采用作为原则的必要适用模式的关联化的手段。^{〔39〕}

（二）通过原则的适用填充不完全规则的规制内容

至此，从前述规范结构和方法论上的思考中能够挖掘出对于不完全规则的操作有益的内容，尤其是对于其构成要件含有不确定法律概念的情形。

规则层面的具体的规制内容的缺乏和不完全性使得有必要回溯到原则层面：如果在规则的层面上存在规制内容的缺失，就应该适用现行法中与不完全的规则处于同一位阶

〔31〕 Vgl. Hain, Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? (Fn. 30), S. 157 (174, Fn. 127 m. w. N.).

〔32〕 Näher dazu Hain (Fn. 4), S. 99 ff. m. w. N.

〔33〕 在现行法的原则方面，“无条件性”肯定是就现行法秩序的框架之中而言的。

〔34〕 Hain (Fn. 4), S. 101. 例如阿列克西认为，如果原则与事实和规范的世界建立关系，原则就会形成一个差异化的规则体系，Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 30), S. 92.

〔35〕 关于下面的内容，参见：Hain, Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? (Fn. 30), S. 157 (174 f.).

〔36〕 关于原则性的平等权保障的适用模式，有人认为也应将平等性审查建构成权衡，参见：Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 30), S. 390 f. (Fn. 91).

〔37〕 关于将就具体条件而言规制内容不完全的规范界定为不完全规则，参见：Hain (Fn. 4), S. 103, ders., Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? (Fn. 30), S. 157 (177); 与之见解相同的：Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 30), S. 121. 相反观点：Sieckmann (Fn. 30), S. 69; Borowski (Fn. 30), S. 85 ff.

〔38〕 Hain (Fn. 4), S. 103.

〔39〕 Hain, Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? (Fn. 30), S. 157 (177).

的（行政法律的原则或者规范目的）或者更高位阶的（宪法或者共同法上的原则）、且就待解决的具体法律问题而言实质相关的原则的主导思想。^{〔40〕}其根据在于，首先，基于其效力、法律位阶和与待解决具体法律问题的实质关联性，它们应被遵守；其次，在相关规则不完全的情形中，它们并未被不完全的规则排斥。对它们的操作因而可以说填补了具体的规制内容的缺失所造成的漏洞。

这就意味着，填补规则层面规制内容缺失实际上不是通过——与流行观点和用语截然相反——适用因不完整而存在缺失的规则：不存在的规制内容是不可能被适用的。只要存在裁量的余地，赋予裁量权所造成的规制内容上的“空白”是由裁量填补的，被适用的就不是裁量规范（Ermessensnorm）。同样，只要法律概念使某一领域处于不确定的状态，这个法律概念因而不包含任何立法上的决定，不确定法律概念就不是被适用，而是在规范性内容方面被填充了。^{〔41〕}确切地说，规则层面——或是因为裁量权的赋予，或是因为不确定法律概念的运用——缺失的规制内容是通过使用相关有决定性意义的原则获取的，不完全的规则内容的完全化是依据相关的实际条件对原则进行关联性的具体化实现的。^{〔42〕}

前面的论述表明，裁量权的行使与不确定法律领域中规则层面的缺失的规制内容的填补没有差别。在这两种情形中，涉及的都是依据相关的实际条件对有决定性意义的原则进行关联性的具体化，从而补全具体的规制内容。因此，裁量权的赋予和不确定法律概念的运用之间，以及裁量规范和含不确定法律概念的规范的不完全规制内容的完全化之间，不存在本质上的区别。其原因不在于使用不同的表述就可以把规制内容的空白或是置于构成要件部分或是置于法律后果部分的可能性，^{〔43〕}而是待适用规范的同种性和其适用的模式一致性：基于各种实际状况对原则性主导思想进行关联化的具体化。

（三）审查密度问题

既然不完全规则规制内容的完全化需要通过原则的适用达成，那么同时可以确定的是，行政司法裁判的审查密度应该选取何种出发点。有决定性意义、因而应纳入考量的作为行为和审查尺度的原则的内容具备什么样的属性和密度？

〔40〕 在此方面关于裁量规范的论述，参见：Hain/Schlette/Schmitz（Fn. 17），S. 32（43 ff.）。

〔41〕 鉴于前面的论述有必要指出的是，裁量规范含有（不完全的）关于行使裁量权规定的内容的可能性确实存在。（符合确定性要求的）不确定法律概念也不是完全空洞的。这与前面的论述并不矛盾：只要各个关于裁量权的行使和不确定法律概念的内容的规定是充分的，那么就不存在规制内容上的“空白”。

〔42〕 在德国法中，这适用于所有涉及不完全规则的具体法律问题。这是因为，在由应被认定为确定规则（definite Regeln）的《基本法》第1条第3款、第20条第1款、第79条第3款的约束条款所建构的法秩序的位阶体系的顶端，存在一个基于《基本法》第79条第3款不得侵犯的原则的集合（人的尊严、社会国、民主以及水平和垂直的权力分立）。相关的深入论述，参见：Hain，（Fn. 4），S. 162 ff. 上述原则广泛地适用于国家和社会秩序。只要在较低的位阶上不存在当被适用的原则，最终会有（至少）上述原则之一应被适用。在可能的情况下，为了填补不完全德国（行政）法规则的空白，依据通说原则上适用优先性的共同法上的原则也会被“投入使用”。关于共同法的适用优先性和由联邦宪法法院提出的审查保留的范围，参见：BVerfGE 102，147（164）；Wegener，in：Callies/Ruffert，EUV/EGV，2. Aufl.，Neuwied 2002，Art. 220 EGV，Rdnr. 23 ff.；Streinz，in：Sachs，GG，3. Aufl.，München 2003，Art. 23，Rdnr. 43；beide m. w. N.。

〔43〕 我认为，斯塔克举出相关例子（（Fn. 15.），S167（168 f.））的用意在于指出裁量和不确定法律概念之间不存在本质上的区别。

1. 最低限度标准

正如前面介绍的那样，原则的内容是没有与特定实际和法律上的条件产生关联的主导思想。原则因而不具备任何具体、有内容的内容。基于与事实和法律上的条件建立关联达成的主导思想的具体化，所用的途径不是演绎推论，而是以有决定性意义的条件（例如相对立的原则性主导思想）为导向的对主导思想进行的评价性的具体化。然而，往往会同时存在多种合乎原则的具体化的可能性。恰恰基于其无条件性，原则不排除针对不同的情况进行不同的具体适应，也允许——这对于关涉特定情况的司法裁判而言具有重要意义——在一个恒定的具体情况中进行不同种类的具体化。即便案情被完全查明，所有对于判别一个具体的规范必要的预测是完全可靠的，情况亦是如此，当然，此种情形基本不会出现。^{〔44〕}

既然从原则自身找不到选择何种合乎原则的具体化的可能性的指针，不存在《基本法》第20条第3款意义上的应由法官审查其是否得到遵守的规范性内容，因此，绝对不存在对不同的合乎原则的可能性所做的选择是否符合立法者所做的选择的司法审查。^{〔45〕}在缺乏有条件的规制内容的内容下，既然原则不含有对其进行具体化的指针，需要保证的只是各个原则的确被遵守了。然而，不考虑如何（wie）遵守，这一是否（ob）遵守的问题是无法回答的：并非任何对主导思想的考量都能满足原则性要求，能满足原则性要求的只有使得具体的决定能够表现为足以令人感知的对主导思想进行有效考量的结果的具体化，以至于这个结果以具体的决定的媒介能够在实际情况中发挥可见的引导力。^{〔46〕}就此而言，“如何”的问题，也即具体化的种类和形式，对于是否遵守主导思想问题具有决定性意义。^{〔47〕}只有具体化能够达到一定的门槛，某种对主导思想的考量才能够被认可。因此，原则在其与事实和法律上的条件的关联化方面仅仅要求保证遵守具体的最低限度。^{〔48〕}在运用原则填补裁量规范或者含不确定法律概念规范的不完全的规制内容时是否遵循了此种最低限度，是行政司法裁判审查的唯一对象。行政司法裁判审查是否达到此种最低限度时的的问题则为：行政机关对有条件的规制内容所进行的具体化是否满足了必须遵循的最低标准，以至于鉴于具体情形和依据具体情形构造的以原则为依托的论据可以被认为是足以令人感知的对主导思想进行有效考量的结果的具体化，因而可以被认为是其具体化。^{〔49〕}如果答案是否定的，那么相关的原则就被违反了。

以原则为基础的裁判工作是对论据与反面论据、理由和反面理由进行权衡的过程。与此相应，为保障原则得到遵循的最低限度对于高权的决定行为而言是一种最低限度的说理上的要求。如果一个决定最终的、显著的侵害程度足以表明其触犯了原则，那么就存在违反此种要求的嫌疑，因为从被触犯的原则出发，不存在能够使得决定正当化的以

〔44〕 关于修宪者对原则进行的具体化，参见 Hain, (Fn. 4), S. 183. 此处阐述的原则具体化的开放性基本上也可以移用到行政机关进行的具体化之上。就此而言，此间不存在原则性的差别，只存在此种程度上的差别：基于具体的案情以及/或者应予遵循的立法者并行完成的具体化，行政机关的自由余地一般较小。

〔45〕 Hain (Fn. 4), S. 155 ff., 184 已有此见。

〔46〕 Vgl. Christian Starck, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders., (Fn. 15), S. 46 (79 f.).

〔47〕 Christian Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz der ungeborenen Lebens, in: der., (Fn. 15), S. 85 (87).

〔48〕 进一步的论述：Hian (Fn. 4), S. 188 f., 193 ff., 279 ff.

〔49〕 关于对修宪者的审查，参见：Hain (Fn. 4) S. 189。

对立的原则性主导思想为基础的理由或者应予考虑的合理理由。^{〔50〕}前面引入的审查原则操作的教义学工具应在此种最低限度标准的意义上加以理解。与之相应,比例原则应被理解为最低限度的过分与不足禁令(Übermaß- und Untermaßverbot)是否得到遵守的审查,而一般平等原则应被理解为以最低限度地遵守平等原则为目标的恣意禁令。^{〔51〕}

在通过原则的具体化填补不确定法律概念的规制内容的情形中,只要所涉规范的构成要件业已满足的决定或者相反的决定在法律上满足前述说理上的最低限度,行政机关就拥有通常被称为判断余地的酌定余地。例如,依照本文的观点,一个经营者是否应被认为是可靠的或者不可靠的,^{〔52〕〔53〕}不属于可司法化的问题。因此,在运用不确定法律概念的情形中,审查密度的限缩不是例外情形,而是毫无例外的常态。^{〔54〕}当两种决定并不都能够满足最低限度的说理水平,且鉴于应予考量的原则只有其中的一种能够满足最低的限度,那么判断余地就会限缩到其中之一。关于裁量的限缩的最低限度标准已在其他地方有过类似的论述。^{〔55〕}

在此有必要强调,最低限度标准的引入绝不会导致各种审查密度问题的虚无化。尽管本文所持的观点在对立法者^{〔56〕}和行政机关的审查上将此类问题的处理放在一个统一的、以规范结构为出发点的基础之上,但为考虑不同规范程度各异的开放性留出了空间:本文观点以各个具体的法律问题应予遵循的规范为出发点——撇开相应规范位于法的位阶的何种层级和谁是其相对人问题不谈,且仅在相关规范不包含具体的规制内容这

〔50〕 Hain (Fn. 4) S. 197.

〔51〕 对此观点的详细论证以及与对立观点的商榷,参见:Hain (Fn. 4) S. 283.

〔52〕 关于效仿裁量错误学说发展出来的“判断错误学说”,有必要指出如下几点:在判断错误的领域中,并不存在与“越权裁量”(Ermessensüberschreitung)相并行的现象,因为此种错误仅可能存在于法律后果领域。存在与“不裁量”(Ermessensnichtgebrauch)相并行的“不判断”(Beurteilungsnichtgebrauch),如果根本没有通过原则的关联化进行评价性的判断。最低限度标准真正的应用领域是“错误裁量”(Ermessensfehlgebrauch)和“错误判断”(Beurteilungsfehlgebrauch)。这些情形涉及的主要是错误的权衡以及原则的关联化。

〔53〕 在文献中有越来越多的人一方面承认——vgl. Nur Schenke (Fn. 66), Rdnr. 752 ff.; Peine (Fn. 7), Rdnr. 74 a. F.; Maurer (Fn. 2), § 7, Rdnr. 33——相应地有决定性意义的规范对于确定行政机关的自有余地具有关键的意义,而在另一方面,鉴于本文前述以有决定性意义的规范的内容和结构特点为着眼点的论述,令人难以理解的是,有人认为不确定法律概念的运用本身不足以设定行政机关的判断余地。例如:Schenke, a. a. O., Rdnr. 769; ders., in: BK GG, Bd. 4; Losebl., Stand: Juni 2005, Rat. 19, Abs. 4, Rdnr. 344 ff.; Peter Tettinger, Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum, DVBL. 1982, S. 421 ff.; 持批判观点的:Rüdiger Breuer, Der Staat Bd. 16 (1997), Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, S. 21 (48 f.); Michael Nierhaus, Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, DVBL. 1977, S. 19 ff.

〔54〕 主流观点的论据之一为,不确定法律概念有终局约束力的解释以及将一个案情涵摄其中,属于独立的、且为此接受训练的法官的典型任务——例如:Schenke (Fn. 6), Rdnr. 751,这不禁使人发问,对不存在的内容的解释到底有什么益处?具体案情应该被归于何种大前提?将填充法律中的空白空间理解为执行立法者业已做出的具体决定,也是行不通的。只要涉及原则的适用,那么此类规范的适用模式不是涵摄,而是关联化的具体化以及权衡。Vgl. Hain (Fn. 4), S. 102。只有认识到法律中的不确定法律概念的开放性及其进行具体化的原则的开放性,才能理解与审查标准的有限的内容相应的有限的法院的审查密度。关于法官的培养:对于其任务而言,专业的和业务能力强的法官也应该——在其他必要能力之外——对法律在应予审查的问题上设置的空白具有必要的敏感性。

〔55〕 Hain/Schmitz/Schlette (Fn. 17), S. 32 (50 ff.)

〔56〕 主要涉及宪法司法对修宪者的审查,参见:Hain (Fn. 4)。

一限度内运用最低限度标准。只要规则中已经含有特定具体规制内容——在不完全规则的情形中亦是如此，这些规制内容必须得到遵循，法院应对其是否得到遵循进行完全的审查。只要规则是不完全的，且因而需要额外考虑原则，其具体化仅在最低限度上是可以司法化的。因此，如果一个裁量规范的构成要件是完全确定的，那么仅应在依据相关规范行使裁量权方面适用最低限度标准。如果仅仅被赋予了决定上的裁量（Entschließungsermessen），应采用手段在可能的情形中却是确定的，那么最低限度标准只适用于决定上的裁量。在含有不确定法律概念的规则方面，仅当因不确定法律概念的运用必须通过原则的具体化填补不完全的规制内容时，可司法性才限缩到最低限度审查。

在当下的语境中，还有另一个方面的一个重要问题：行文至此，本文只谈到了规范的不同程度的开放性。然而，各种实际情况在原则的具体化上也具有关键意义。一个法律问题的相关情况越具体，法院的最低限度审查将拥有更多和/或者更密集的依据。^[57]与立法者规制的抽象和一般的情况相比，个案中更为具体的情形往往能够提供更多/或者更密集的审查最低限度标准是否得到遵循的依据。就自身提出的要求而言，表现得变化不定的不是最低限度标准，实际上是各种有决定性意义的实际情况为这一标准的使用提供了密度不一的审查素材。

2. 最低限度的相对性

在探查贯彻原则的最低限度上，审查法院不能固守于无条件的主导思想层面，关键的地方是有条件的具体化的层面。法院的裁判因而具有相对性，即使涉及的是最低限度的确定。一个原则性的主导思想的考量，不意味着查明考量原则的最低限度可以不依赖个案的条件和由具体情境决定的对与个案相关的问题的评估的状况。^[58]就特定问题而言，何为遵守原则所必要的内容，答案在特定时间点上和时间的长流中都不是固定的。此种根本的不确定性必然招致职权上的（funktionell-rechtlich）不确定性，而后一种不确定性使得根本不可能把最低限度公式作为精确地界分立法、行政上的自由余地与司法审查的工具。

鉴于此种审慎的认识，有人可能会质疑超越个案的界分尝试的意义。对于此种倾向，我有如下顾虑：无论确定司法审查密度的公式显得多么简单明了，但在具体的案情中它们永远不会是完全清晰的。然而，放弃进行界分上的尝试，意味着向德意志法治国鉴于广泛的司法审查职权永久地指定给法官和法学家的一个任务投降，不发展出一般性的标准，无法在各种解决方式的一贯性方面初步令人满意地完成这一任务。鉴于此种任务，有必要首先在一般性的层面发展出与各种规范作为决定尺度和审查尺度的属性相适应的界分公式。就此而言，针对为填补不完全有条件的规制内容而纳入考量的原则的内容和与之相应的结构特性，最低限度标准是合宜的。^[59]依据此种最低限度论，只要裁判以原则为依据，那么法院就应该仅以最低程度为导向。此种引导论证的功能，也体现了即便是在以个案为导向的司法裁判的一贯性方面也令人无法忽视的获取超越个案的界分司法与立法、行政权限的公式的益处。^[60]

[57] Vgl. Hain/Schlette/Schmitz (Fn. 17), S. 32 (59).

[58] 关于最低限度的查明的相对性和情境依赖性，参见：Hain (Fn. 4), S. 189 ff.

[59] 在此，我无法对阿列克西及其学生的“优化论”（Optimierungskonzept）展开批评。就此，我将其指引到 Hain (Fn. 4), S. 113 ff. m. zahlr. w. N.

[60] 关于最低限度标准的功能，参见：Hain/Schmitz/Schlette (Fn. 17), S. 32 (57)。

四、结语

以对行政司法控制行政机关是否遵守其法律上的约束的任务的认识——这个认识也是导致规范性的行动尺度和审查尺度的同一性的观点的因素之一——为基础，以及依据在规范结构角度上获得的认识：填补不完全规则可资使用的规范性尺度的规范密度降低了，可以看出，在法律使用了不确定法律概念的情形中，为进一步“确定”（Bestimmung）何为“应该的”（Gesollten）而对总是——而不仅仅是在主流观点所主张的完全司法审查的例外情形之中——与价值评断（Wertung）紧密相连的原则的操作，必须总是而非在例外的情形中尊重行政机关的酌定余地。此种酌定余地——只要其存在——与以上文提出的最低限度标准为导向的司法审查密度相适应。此种解决方案与依据本文使用的规范结构的观点在裁量权的行使及其司法审查上得出的结果相符。

针对此种解决方案，总是会出现一些以基本法上的针对公权力行为的有效的权利保障（《基本法》第19条第4款）为根据的有顾虑的看法。^{〔61〕}此种有顾虑的看法不能令人信服。权利保障涉及的是主观权利的损害方面的司法审查。既然行政司法裁判指向的是法——依其效力的状况以及依其对作为规制对象的事实的规制密度——对行政机关的约束是否得到遵守，在《基本法》第19条第4款之中根本找不到对那些——满足法律保留原则的和确定性原则的——规制内容不完全的规范进行完全审查的依据。而且，这涉及的也不是司法审查问题，而是在带有高强度的价值评断成分的原则的具体化上，最终决定权从行政机关向行政法院的转移。

最终，也可能会有人指摘，本文建议的解决方案仅能给不确定法律概念在行政法上特殊的、寓于职权法上如何平衡行政与行政司法裁判之间的关系问题部分提供解答。^{〔62〕}在此之外，不确定法律概念的意义的探寻属于司法的传统和经典的作业领域，且其结构在行政法之中与在民法或者刑法之中并没有原则上的差异。^{〔63〕}如果仅仅在行政法中为不确定法律概念主张降低的审查密度，那么就违背了这种结构上的一致性。此种反对意见可以用两种策略应对。一方面可以主张，此种异议肯定不能推翻规范结构上的认识。在别的法律领域中，可能存在别样的原则具体化的权限分配。另一方面，也可以以前面已经提出的关于民法上的平等关系的司法裁判认识结果为例指出，在此种情形中，恰恰不是行政机关，而是——在将民法作为审查尺度因而被其支配的普通法院之外——受民法支配的私法主体是民法的约束力的相对人，此种约束力的范围不能超出民法规范——可能的情况下根据合宪性解释——本身具备的有约束力的内容，这就使得在对约束私法主体的原则进行具体化之时，普通法院审查的问题仅仅为被法律支配者是否在最低限度上遵循了应予考量的原则。

上述两种策略各具自身的目标指向。这两个策略是否足够，以及何种策略更为优越，此处不再伸言。但二者能够为令人着迷的、我的老师克里斯提安斯塔克将我引入的工作提供进一步的素材：审慎地、并非毫无激情地以——尽管有时会显得简单的——学术的手段为实践问题找寻暂时的解答。

（责任编辑：于文豪 赵建蕊）

〔61〕 Vgl. nur Schenke (Fn. 6), Rdnr. 751.

〔62〕 Ossenbühl (Fn. 18), § 10, Rdnr. 26.

〔63〕 例如，Ossenbühl (Fn. 18), § 10, Rdnr. 28。