

公平和效率的关系中行政机关的临时性行为  
.....Dr. Heribert Schmitz

# 公平和效率的关系中行政机关的临时性行为

( Heribert Schmitz 博士, 德国联邦内政部处长 )

行政机关经常面临需要迅速处理但它们尚不能做出最后决定的问题, 可能是因为必要的调查尚未结束, 也无法迅速结束。本报告讨论下列问题:

哪种情形需要临时性行政处理?

临时性行政处理有哪几种?

特别是: 有临时性行政行为吗?

临时性行政行为是行政行为的一种独立类型吗?

值得推荐在中国的行政法里收入有关临时性行政行为的特殊规定吗?

行政法的其它研究所能胜任临时性行政行为吗?

临时性行政行为跟临时性诉讼法律保护 ( 行政诉讼法第 80, 80a, 123 条 ) 是什么关系?

如果行政机关的临时性行为一开始显得是正确的, 后来却证明是错误的,

那怎么办呢？立法者应该如何处理这里存在的法律和效力之间的冲突呢？

## I. 行政部门的临时性处理

行政行为考虑的正常情形有两种：

1. 申请者渴望做出一个行政决定，许可他进行他希望进行的行为。
2. 行政机关认识到这样做会存在一种任由市民决定采取或放弃某种特殊行为的危险。

但是，更常见的是，要求判断的事实纷繁复杂，不可能做出一个迅速、全面和最后的决定。等待真相的全面澄清可能会大大拖延申请人希望得到的许可，造成不可弥补的损失，或不能及时预防危险。碰到这些情形，行政部门必须能够根据当时查明的事实状况做出处理，为最后决定做好准备工作。

## II. 临时性处理的种类

### 1. 临时性决定和部份行政行为<sup>1</sup>

临时性决定和部份行政行为是针对处理对象的一部份所作的规定，它们的前提条件是该对象可以分割。

#### a) 临时性决定

<sup>1</sup> 比较 P. 施勒尔肯斯 (Stelkens) 和 U. 施泰尔肯斯 (Stelkens), in: Stelkens/Bonk/Sachs, 行政法, 2001 年第六版, § 35 Rn. 171 ff., 183 ff.; 茅勒 (Maurer): 《普通管理法》, 2002 年第 14 版, § 9 Rn. 63 f.

确定许可的各种有约束力的前提条件。临时性决定是一种工具，它事先澄清跟一种计划相关的法律问题，因此，申请人必须准确说明这些法律问题。临时性决定是一种行政行为，但还不具备许可的效力。

#### b) 部份行政行为

有约束力地许可整个计划的一部份。它允许，将一桩复杂的事情拆解开来，分步处理，比如将一个建筑项目分成一个个建筑单元。因此，只有部份允许了才能（部分地）实施一个计划。它是一个最后决定，但仅限于一个完整计划的一部份。

#### c) 有关临时性决定和部份行政行为的实际问题

个别情况下很难区分部份行政行为 and 临时性决定，因为部份行政行为也必须包括对能否许可整个计划进行临时性整体判断。

公布临时性决定和部份行政行为原则上毋须经过特别授权。因此，如果存在实际需要，行政部门在它的职权范围内可以使用它们。如果要“分步”处理完执行要求的各构成事实特征的话，这种需要首先可能存在于投资许可权里。个别情况下，专业法有可能阻碍公布临时性决定和部份行政行为，比如，如果处理对象不可分割的话<sup>2</sup>。因此，在决定计划时，如果不对整个项目进行全盘考虑，单独取出计划的某一方面有可能对事情有害。

特别是在决定过程复杂的背景下（核法规，环境保护法，计划制定法，但也包括建筑法），明显地有必要使用部份行政行为 and 临时性决定分步处理。出于处理方法明朗化的原因，它们对在此基础上进行的行政行为的约束效力是绝对必要的。由此，个别情况下会带来难以解决的后果。过早地通过行政行为做出的一项决定可能会限制对形势变化做出反应的能力，从而使已经实施的行政

<sup>2</sup> BVerwGE 91, 363, 368 = NJW 1993, 2391.

方法变得无用了（有可能是在信任中进行的投资）：这样，一项临时性决定的约束效力就不包括跟一项临时性决定提议相比发生了变化的计划，不管那变化是多么的微不足道。部份行政行为也一样。例如，当依法废除第一项部份许可，其余部份行政行为已经能够执行，计划已经实现了时，就会出现上列问题。这可能导致这样的情况：投资尚示完全得到许可，因而必须补办第一个部份许可<sup>3</sup>。在此也要审查，新规定会不会对其它部份行政管理行为的规定内容产生反作用，只要被废除的部份许可的法律错误会影响到后来的许可，也就必须替换掉它们。在特别漫长的处理过程中，分阶段处理可能会带来这种现象，即由于事实和法律在此期间发生了变化，必须取消行政机关的首批部份行政行为，而最后的部份行政行为的许可处理方法还有效。在此可能会出现这种情形，监督部门取消许可部门的首批部份行政行为使最后的部份行政行为失去了公布的前提<sup>4</sup>。

## 2. 框架性许可<sup>5</sup>

在对通过加速许可程序保障德国的经济环境进行的讨论中，人们越来越经常地建议使用框架性许可的模式，但这无论如何（还）没有成为法律。具体执行由各企业和它委托的专家按照规定标准和技术状况进行。总的来说，这一框架性许可模式一方面长期赋予了企业较大的灵活性，另一方面，通过参与环境管理和企业审核制度，它也刺激了企业的自我监督。跟部份许可不同的是，框架性许可在这个意义上是针对整个计划的，而最后许可的只是一个骨架，但跟临时性行政行为相反，它是最后决定。如果经营者（和一个可能的拥有自己的诉讼法的第三者）有权得到完全的许可，没有法律基础就不能在实践中使用这一模式，与此相对，这一框架性许可比起临时性行政行为来更是另一回事了

<sup>3</sup> BVerwGE 80, 207, 221 = NVwZ 1989, 52 (Mühlheim-Kärlich I).

<sup>4</sup> 参看 BVerwGE 104, 36, 39ff. = NVwZ 1998, 623f. (Obrigheim).

<sup>5</sup> 参看 P. 施泰尔肯斯 (Stelkens) 和 U. 施泰尔肯斯 (Stelkens), in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fn. 1), § 35 Rn. 190.

“。不管怎样，现行规定<sup>7</sup>已经很接近框架性许可的纲领了。

### 3. 临时性行政行为<sup>8</sup>

一个规定全面彻底处理需要决定的具体事情，这是行政法第 35 条里的普遍情况。但决定的形式既要能做出一个合乎现状的决定，又不能因此事损害行政的合法原则，这种需求是早就明确的。这不仅仅可以通过将一个案情提出的法律问题和实际问题分门别类、分别决定（部份许可和临时性决定）来达到，还可以靠排除信赖保护限制一项行政行为的存在时效（临时性和预防性行政行为，有保留条件的行政行为）来实现。一个临时性行政行为是在保留最终决定权的条件下处理整个对象的。必须制定临时性决定，是因为对需要做出的最终决定没有把握。这种没有把握可能有两个原因：按照惯例，尽管尽了调查事实的义务仍不能最终查清事实，这时就需要一个临时性决定。但这没有把握也可能是来自一种尚未查明的法律状态，比如说，需要其它行政部门或法庭澄清的其它问题尚未得到最终裁决。也可能同时存在对事实的没有把握和法律上没有把握，在对事实没有把握时也经常使用这一规则。只要专业法不排除临时性决定，就允许采用临时性行政行为<sup>9</sup>。临时性行政行为跟最终行政行为相比不是“少了”，而是另一回事。如果缺乏明确的规定，比起受到约束的决定，法律更许可在主管范围内依靠自己的判断决定颁布临时性行政行为，这是普遍的出发点。不允许因缺乏明确的规定而定期执行临时的负担性行政行为，因为有关授权基础的出发点是，只有存在行政行为（可以证明的）的事实前提时，才能颁布这种行政行为。就这点而言，如在行政法第 36 条和行政法第 2 章第 1 款的基础上执行负担性行政行为时使用附加规定，类似的原则也适用。在具有第三效力的行政行为时，不具备授权基础就必须否决颁布仅仅是临时性的规定，如果它们允许当事人未事先考虑第三者的利益就（临时）实现一个计划的话。

<sup>6</sup> 参看 *BVerwGE* 80, 207, 214 = *NVwZ* 1989, 52 关于原子能法里的“框架性许可”。

<sup>7</sup> 参看联邦环境保护法第 12 条 2a (所谓执行过的许可方法)。

<sup>8</sup> 参看 P. 施泰尔肯斯 (Stelkens) 和 U. 施泰尔肯斯 (Stolkens), in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fn. 1), § 35 Rn. 174 ff.; 茅勒 (Maurer) (o. Fn. 1), § 9 Rn. 63b.

<sup>9</sup> *BVerwGE* 67, 99, 101 = *NJW* 1983, 2043.

我们还必须拥有的另一个出发点是，如果行政部门已经能够做出最终决定，就不能再拿临时性行政行为敷衍市民。

由于临时性也体现了行政行为的约束效力，它本身在行政行为里就应该体现出来。这是行政行为明确性的一项要求。如果一项行政行为未明确提出保留条件，如有疑惑，则以最终决定为主。这符合在解释一桩行政行为时不明确之处由行政部门承担的原则。相反，越来越多地从专业法得出的结论是，行政法第 35 条里出于某种目的制定的个案规定，若在行政行为里未明确提及，它们也只能具备临时效力，有着与后果相符的约束力。

在行政行为中执行临时性决定可以有不同的方式<sup>10</sup>：

a) 该决定的内容是临时性的

是对最后决定（特殊的临时性行政行为）的一个限制，比如说临时置于文物保护法之下，临时批准饭店经营权，根据联邦环境保护法第 8a 条批准临时开业。这种决定常具有保险特点，是行政部门的一种仓促决定，它将随着最后决定的颁布而终止。顺便说一下，这种行政行为的存在效力跟最后行政行为的存在效力是没有区别的。当法律预先规定这些行政行为时，经常也会规定它们的法律有效期限。如果不再做最后决定，作为有长久效力的行政行为，它们或执行它们有可能是违法的。

b) 该规定的内容从属于限制它的保留条件的最后决定，

比如，许可试行的核法规，其保留条件是审批部门以后确定它的终止时间和遵守以后的决定。在这里，该规定跟一项最后决定的区别在于，它能在行政法第 48, 49 条款之外解决。临时性降低了存在效力，但规定的特征未变：只要本行政行为有效，它规定的权利和义务就具有约束力。因此，根据规定计划，

<sup>10</sup> 参看 BVerwGE 67, 99, 101 = NJW 1983, 2043.

不是必须颁布一个最后决定，而只是可以颁布。临时性既适用于整个行政行为也可以局限于个别方面。若是后者，除了行政法里第 48, 49 条的情况，只有当出现保留条件所声明的原因时才会考虑取消该临时性决定。

c) 行政行为遵守以后复核的解决条件或行政法第 36 条的一项取消的相应保留条件<sup>11</sup>。

d) “临时性行政行为”角色的标准作用

“临时性行政行为”，是宪法的代表，是一种特殊的行政行为，它代表一种不必要的法律角色<sup>12</sup>。“临时性行政行为”这个说法本身就值得疑问，因为按照行政法第 35 条，行政行为的目的是对个案的法律状态做出结论性解释。但是，临时性绝对不排除规定的特征，即使它是明确的，也正因为它是明确的<sup>13</sup>。因此，行政法第 35 条第 1 款的“临时性行政行为”是一种“正常的”行政行为，通过附加废除期限、废除条件或保留取消权的形式附带规定体现它的临时性<sup>14</sup>。因此，不建议在德国或中国的行政法里收入相关的特殊规定。

### III. 诉讼的仓促权保护

我们看到，行政部门的临时行为的不同形式是行政行为的特别情况，但始终符合行政法第 35 条的前提条件，主要用作个别情况的规定。使用普通的诉讼法形式就能获得法律保护<sup>15</sup>。

特殊情况下，行政部门在进行义务性诉讼决定时有可能只是必须作出一个部份决定或颁布一项临时性行政行为。此时也许会要求行政部门按照行政法院

<sup>11</sup> BVerwG NJW 1991, 766, 767.

<sup>12</sup> 参看 施密茨 (Schmitz), GMBI 1990, 247.

<sup>13</sup> 参看 茅勒 (Maurer) (o. Fn. 1), § 9 Rn. 63b.

<sup>14</sup> 参看 肯普尔 (Kemper), 《临时性行政行为》, 1990 版, 第 227 页.

<sup>15</sup> 也参看 肯普尔 (Kemper) (o. Fn. 14), 第 225 页.



章程第 123 条采取一项相关的措施。

在规定迅速执行或恢复延期生效的情况下，也不会因行政规则第 80 和 80a 的一般规定产生特别的麻烦。

#### IV. 纠正临时性行政行为

临时性行政行为的特点是它的规定效力受到内容限制。只有对相关规定进行分析判断才能纠正临时性行为。只要该规定包含有结束内容，纠正就按制订有不同的信任保护规定的行政法第 48 条（撤回一项违法的行政行为）和行政法第 49 条（取消一项合法的行政行为）的通用规定执行。对于规定中说明了是临时性的内容，行政部门的司法风险就降低了。比如说，在最终事实真相澄清之后，它能用一项最终行政行为取代临时决定，而不会跟恰恰被临时决定的临时性排除在外的信赖构成事实发生冲突。