

违法具体行政行为研究

WEIFA JUTI XINGZHENG XINGWEI YANJIU

梅达成◎著



中国政法大学出版社

违法具体行政行为研究

WEIFA JUTI XINGZHENG XINGWEI YANJIU

梅达成◎著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

违法具体行政行为研究 / 梅达成著. — 北京: 中国政法大学出版社,
2012. 1

ISBN 978-7-5620-4135-1

I. 违--- II. 梅--- III. 行政法-违法-法律行为-研究 IV. D912. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第277351号

书 名 违法具体行政行为研究

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com

<http://www.cuplpress.com> 网络实名: 中国政法大学出版社

01058908433 编辑部 58908325 发行部 58908334 邮购部

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880mm × 1230mm 32 开本 9.25 印张 230 千字

版 本 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4135-1/D · 4095

定 价 28.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言

记得卢梭曾经说过：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。”这表明了人类追求自由与平等的美好愿望。对公正与自由的不懈追求，表现出人类对公正与自由的渴望，但现实生活告诉我们，无论多么美好的社会，其公正与自由都是有限的和相对的。亚里士多德认为：关于公正^{〔1〕}，我们应该探索它到底涉及到的是什么样的行为。他对公正（正义）进行了颇有影响的划分，即分配的公正（正义）和矫正的公正（正义）。前者指对不同的人给予不同的对待，对相同的人给予相同的对待，根据人的功绩、出身等的不同来分配财富、荣誉。后者指不论什么人，只要损害了别人的财产、权利，都要给予同样的补偿，适用等价交换原则，适用于民刑事案件，用来矫正并恢复被损害的利益，是一种补偿性的公正，或者说是事后公正。^{〔2〕} 鉴此，即使撇开现实的纷扰，仅仅按照智者的逻辑，公正也具有相对性。对于自由，智者们有很多论述，但从这些论述来看，自由只是法律框架下的自由，仍然带有一定的相对性。亚里士多德认为，“平民政体有两大信条：一是权力属于大多数人，二是自由原则。”^{〔3〕} 西塞罗说：“治者要公平，公民要服从。在法律范

〔1〕 从汉语语义来看，公正至少应该包含公平、正义两个含义，而公正与公平、正义在多数情况下所表达的意思基本相同，相当于英文中的“Justice”。

〔2〕 [苏] 涅尔谢相茨：《古希腊政治学说》，蔡拓译，商务印书馆1991年版，第108页。

〔3〕 苗田主编：《亚里士多德全集》（第9卷），中国人民大学出版社1992年版，第189页。

围内，反对执政官就是反对上帝。”他接着指出：“因为法律统治执政官，所以执政官统治人民，并且我们真正可以说，执政官乃是会说话的法律，而法律乃是不会说话的执政官”，“为了得到自由，我们是法律的臣仆”。^{〔1〕}孟德斯鸠说：“在一个有法律的社会里，自由仅仅是一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情。”^{〔2〕}这些哲人的智慧语言一方面揭示了公正与自由的真谛，另一方面也说明公共权力存在的价值和公共权力行使的要求。本书主要探讨具体行政行为在何种情况下应视为违法，谁有资格判断其违法，判断其违法的依据是什么。这个问题在中国法治建设中是一个有重大分歧的问题，探讨起来也有非常大的难度。我将围绕行政执法中出现的违法问题，以形式法治与实质法治这两个看似相互对立的标准对违法具体行政行为进行分析。

一、研究的进路

（一）直面中国行政执法问题

本书虽然是从理论上探讨违法具体行政行为，较少涉及个案，但探讨问题的立足点是中国行政执法问题，而不是不分国别的行政执法问题。直面中国行政执法问题主要基于两个方面：一是研究的对象是行政执法中存在的违法问题；二是针对当今中国面对的行政执法困境。直面中国问题，不隐讳，不回避，直接将我国法治实践中存在的行政执法问题呈现出来，不仅说明已经找到的解决方案，而且对于还没有找到解决方案的情况也给予说明。例如，本书在对合法性待定的具体行政行为的公定力进行探讨时，对于有限公定力理论和完全公定力理论的比

〔1〕 王哲：《西方政治法律思想史》，北京大学出版社1998年版，第56页。

〔2〕 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1993年版，第120页。

较中，作者虽然选择了完全公定力理论，但也指出了有限公定力理论的优点，同时也对完全公定力理论“适应的环境”提出了改进建议。在对行政执法普遍适用其他规范性文件作为法律依据进行探讨时，指出了其尴尬处境。在对带有技术性和专业性的国家标准与地方性法规或地方规章的相关内容发生冲突进行探讨时，指出了法律位阶规则存在的问题。

（二）以平和的心态对待别国的行政法治实践和行政法学理论

在看待别国的行政法治实践和行政法学理论时，不戴“有色眼镜”，既不“拔高”，也不故意贬低，以平和的心态对待之。在探讨违法具体行政行为时，既注意借鉴德、法、英、美、日等国行政法治经验，也注意发现我国行政法治中的“闪光点”；既注意因不同文化、政治、经济情况所带来的行政法治的特殊性，也注意寻找行政法治的共同性；既关注西方发达国家在行政法治实践中取得的成绩，也关注西方发达国家在行政法治实践中失败的教训。例如，在对行政法原则在我国司法审查中的定位进行探讨时，作者没有盲目相信“洋教条”，而是在考察了西方国家相关的司法审查制度演变情况、制定法的地位以及我国相应的行政执法制度以后，认为我国的司法审查应充分利用国内现有的制度资源才是“上上策”。

（三）以形式法治与实质法治相结合的标准分析违法具体行政行为

法是一个站在不同角度，其理解大相径庭的概念。高级法是法，宪法是法，法律、法规、规章也是法，国家机关的法律解释、行政机关制定的文件也可算作法；具有操作性的法条是法，而法律原则、立法宗旨也是法。同时，由于语言的多义性，对同一法条的理解可能也千差万别。面对复杂的法律体系，要求素质各异和经历不同的行政执法人员都能通过最佳的选择达到个案处理的完美，只能是一个美丽的神话。行政主体面对的

是作为个体的特定人，行政执法既涉及行政相对人的个人利益，也涉及公共利益、社会利益和有利关系人的利益，行政主体作出具体行政行为时选择的法律依据不同，其处理结果可能会有较大差别。某一个案的处理程序和处理结果也许能做到尽善尽美，但要将这一达到尽善尽美的处理方式推广到该类行政执法，其结果可能不尽如人意。实质法治有利于实现个别正义，但会增加行政执法成本，也难于确保法治的统一；而坚持法律形式主义虽然能维护一般正义，但却会失去个别正义。人与人的价值观可能差别很大，两个均没有私心且理智的人，选择处理问题的方式仍然可能截然相反。个别正义固然重要，但法治统一和最低限度的公正也不容忽视。因此，本书倾向于形式法治与实质法治相结合的观点，一方面反对行政执法中漠视立法目的，不关注法律之间和法条之间的关系，拘泥于单个法条的字面解释的做法，另一方面也对一些学者倾向于把“舶来品”直接运用于我国行政执法和司法审查的观点表示了异议。认为，行政主体的自由裁量权应受到严格规范，我国行政执法和司法审查应遵从法治的形式要求，充分挖掘我国现有的制度资源，在个案处理中既要达到实现个别正义的目的，又要兼顾我国法治的统一。

二、研究的意义

具体行政行为既然受行政法调控，就必然存在合法与违法两种可能。当行政法律规范为具体行政行为提供合法行为模式，而行政主体作出的具体行政行为符合这一合法行为模式时，行政主体作出的具体行政行为就为合法行为；反之，如果行政主体作出的具体行政行为与行政法律规范规定的行政职权行使要求不相符时，行政主体作出的具体行政行为则为违法行为。因此，在具体行政行为中势必存在合法具体行政行为与违法具体行政行为两种现象，合法具体行政行为与违法具体行政行为都

是具体行政行为的范畴，属于具体行政行为的两面。实际上，由于我国受封建统治的影响较深，权力主要呈金字塔形构建，加之经济运行的双轨制和对权力行使者缺乏有力的监督制约等原因，行政机关的执法很不理想，行政违法现状较为普遍，可以说各地区、各级行政机关及其公务员都不同程度地存在着一些违法现象。德国著名法学家耶林曾对执法者违法的危害进行过精辟的论述：世上不法之事莫过于执法之人自己破坏法律，此乃天底下最悖公理之事。^{〔1〕}行政法存在的主要目的，就是使政府的权力在法律限制的范围内行使，以保护公民、法人和其他组织的合法权益。

执法违法的严重危害性，决定了对违法行政问题应该予以高度重视。违法具体行政行为与合法具体行政行为一样，也是行政法学理论中不可或缺的重要组成部分。不能因为违法具体行政行为不是人们所期望和国家所要求实施的行政行为，而对违法具体行政行为视而不见，并因此否认实际上大量存在的违法具体行政行为，否认具体行政行为有合法与违法之分，否认违法具体行政行为与合法具体行政行为这种分类研究的重要意义。在理论上，对具体行政行为从合法性与违法性两个方面进行研究，才是正确的科学态度，否则将不可避免地带有单向研究角度的局限性和片面性。从某种意义讲，对违法具体行政行为的探讨甚至比研究合法具体行政行为更有意义。但在行政法学研究中，学者们则大多习惯于从合法角度去考察和分析具体行政行为，在一定程度上忽视了合法具体行政行为的对立面——违法具体行政行为。违法具体行政行为的发生是行政执法主体及其有关人员承担相关法律责任的基础，也是行政法治监督的真正意义所在。无论从理论层面，还是从行政执法监督

〔1〕 转引自吴雷、赵娟、杨解君：《行政违法行为判解》，武汉大学出版社2000年版，第20页。

的法治实践来看，研究违法具体行政行为都有重要意义。

第一，对违法具体行政行为的研究，将丰富和深化行政法学中的具体行政行为的合法性审查及行政责任的承担等研究领域，从而有利于充实行政法学的内容，有利于澄清行政行为相关理论中的许多模糊认识，进而推动我国行政法学研究向纵深方向发展。

第二，违法具体行政行为的研究，是对行政执法行为的逆向研究，旨在揭示违法行政的规律，矫正违法具体行政行为。这种研究，有利于完善我国的行政责任制度。因为，违法具体行政行为的存在是行政主体及其有关工作人员承担行政责任的前提，行政责任的确认及行政责任承担的形式、强度等都离不开对违法具体行政行为的存在与否、情节是否严重等情形的判断。系统地研究违法具体行政行为，从中探索出其中的规律和本质，就能为违法具体行政行为的科学确认和行政责任的落实提供方便之门，也将有利于增强行政主体及其有关工作人员依法行政的自觉性，从而提高行政执法的水平和效能，促进行政法治目标的实现。

第三，从第二次适用法律的角度研究违法具体行政行为，直接服务于行政诉讼实践，对行政执法监督具有较强的实用性，这将为完善我国的行政法治，推动“依法治国，建设社会主义法治国家”战略目标的实现起到重要作用。

三、本书的结构安排和各章的内容简介

本书共分九章，第一章引出问题，第二、三章是对违法具体行政行为进行界定，第四、五章讨论违法具体行政行为的形态，第六、七章讨论具体行政行为的法律效力，第八章讨论司法机关对具体行政行为的合法性审查，第九章讨论几个与违法具体行政行为相关的现实问题。

第一章引出要研究的问题。本章从考察我国司法界、行政

法学界对行政行为概念界定的情况，以及法、德、日三国对行政行为概念的态度入手，指出了我国行政法学界对行政行为概念界定所发生的较大分歧和发生分歧的原因，提出了化解分歧的必要性和统一行政行为概念的方案，并由此构建了行政行为的体系，明确了行政行为、抽象行政行为和具体行政行为三个概念的关系。最后，本章对具体行政行为和抽象行政行为进行了界定，指出了二者的区别，明确了具体行政行为的判定要素、构成要件和法律意义，为以后各章对违法具体行政行为的研究作了必要的铺垫。

第二章讨论违法具体行政行为的性质。首先，本章考察了英国、法国和俄罗斯三国对违法具体行政行为的界定，列举了我国行政法学界对违法具体行政行为的界定具有代表性的四种观点，分析了这些观点产生分歧的原因。其次，主要从保护行政相对人合法权益的角度出发，分析了行政机关和法律法规授权组织的公职人员，以及行政机关或法律法规授权组织以外的其他组织和个人，不是违法具体行政行为主体的原因，并在此基础上对违法具体行政行为进行了界定。再次，本章还对违法具体行政行为与假象行政行为、行政公务人员职务违法行为等相关概念进行了区分。最后，本章还对违法具体行政行为所具有的危害性大、常与腐败共生和其后果由国家承担的特征进行了较详细说明。

第三章讨论违法具体行政行为的构成。本章借鉴犯罪行为的一般特征和构成要件理论，结合违法具体行政行为自身的本质和特征，提出了违法具体行政行为的构成要件理论。违法具体行政行为的构成，也具有主客体要件和主客观要件，但与犯罪行为的构成和民事违法行为的构成相比，违法具体行政行为的构成有其特殊性。其特殊性主要表现在违法具体行政行为的客体和主观要件，因为行政主体的具体行政行为是否违法既以是否有法律明文规定为判断标准，也需区分该具体行政行为是

要求行政相对人履行义务和规制行政相对人的行为，还是增进行政相对人权益；另外，行政公务人员在行政执法中的个体过错不属于违法具体行政行为的主观要件，只有行政公务人员代表行政主体进行行政执法所表现出来的真实意愿才是违法具体行政行为的主观要件。

第四章探讨作为性违法具体行政行为。以《行政复议法》关于违法具体行政行为形态的规定为基础，以行政执法的要求为标准，可以把作为性违法具体行政行为划分为事实认定错误、法律适用错误、程序违法、行政越权和滥用职权等五种形态。本章明确了行政主体认定事实错误的具体情形，确立了行政主体认定事实错误的判断标准；对行政主体适用法律错误进行了界定，并对法律适用错误的具体情形进行了列举；通过对两大法系关于正当性行政程序的态度考察，指出英、美两国关于正当性行政程序的重视所采取的方式有很大不同，大陆法系国家与地区在 20 世纪以后已开始重视正当程序本身的价值，同时，对正当性程序未在我国行政执法中得到较好遵守的原因进行了分析；在考察英、法、美三国关于行政越权范围的基础上，确定了我国行政法学关于行政越权概念的外延，进而阐述了行政越权的表现形式，并结合我国行政法治的特殊情况，提出了对于行政越权的处理方式；分析了我国行政法学界关于行政滥用职权的范围产生分歧的原因，认为滥用职权应被看成实质行政违法的一种形式，同时阐述了滥用职权的构成要件、表现形式和法律责任。

第五章讨论具体行政不作为。本章首先对法律、法规与司法解释关于具体行政不作为概念使用的冲突和理论界关于具体行政不作为的不同界定进行了阐述，进而对理论界有关具体行政不作为定性观点进行了评析，并由此对具体行政不作为进行了界定。其次，在对有权机关把申请作为具体行政不作为的必要构成要件进行了评析，以及对理论界关于具体行政不作为构

成要件的不同观点进行述评的基础上，提出了具体行政不作为的构成要件理论。最后，主要从实质法治的角度，阐述了行政主体的行政作为义务；主要从形式法治的角度，分析了具体行政不作为与不履行或者拖延履行法定职责的关系，指出了区分为违法具体行政行为与具体行政不作为的判断标准。

第六章讨论合法性待定的具体行政行为的公定力。本章在对英国的行政越权制度，德国、日本、葡萄牙和我国台湾、澳门地区无效行政行为制度，我国关于具体行政行为因违法而无效的法条，以及德国和日本行政法学者的有限公定力理论进行考察以后，对具体行政行为有限公定力理论进行了分析评价。认为从纯理论的角度看，具体行政行为有限公定力理论更多地关照了可能将因野蛮行政行为造成重大损失的行政相对人的利益，但这一将具体行政行为是否包含严重且明显瑕疵的判断权交给行政相对人的理论，在实际运作过程中则难以付诸实施，若运作不佳则可能会给社会带来灾难。之所以选择完全公定力理论，是因为该理论建立在公共利益优先的基点上。但为了防止行政主体成为公共利益的虚假代表，为了防止作为整体意义的公共利益被某一阶级所夺取，为了防止个案中涉及的公共利益被当权者个人所窃取，就必须建立和完善公众参与、行政相对人与第三人充分参与和行政责任追究等制度，以确保具体行政行为公信力。

第七章讨论行政相对人抵抗权。赞成行政相对人应享有抵抗权的我国学者，以社会契约论、人民主权论、天赋人权论和自然法思想为理论依据，以德国《基本法》以及《中华人民共和国刑法》第20条和《中华人民共和国民法通则》第128条为法律依据，论证行政相对人对重大且明显违法的具体行政行为享有抵抗权的正当性，但这混淆了宪政思想与行政法的界限，混淆了刑事、民事法律关系与行政法律关系的界限，学者们对其应享有抵抗权的论证存在逻辑错误。同时，在对行政相对人

抵抗权理论是否适用于中国的现实进行考量以后,针对重大且明显违法的具体行政行为提出了构建特殊救济制度的建议,以便较好维护这些行政相对人的合法权益。

第八章讨论具体行政行为的合法性审查。本章在对英国、美国、法国和德国有关具体行政行为的司法审查制度进行考察以后,选择了几个在我国行政诉讼法学中既重要又有争议的问题进行了探讨。认为构建司法审查的根本目的,就是为了让原告借助司法公权对抗强势的行政公权,修正原告处于弱势地位的权利处境,因此,应在司法这一层面上为公民和行政机关创造出均衡的新的权利结构状态,从而使行政相对人合法权益得到弥补。行政诉讼法的《若干问题的解释》在司法审查范围方面大大突破了《行政诉讼法》的有关规定,这一重大突破尽管对我国法制的统一产生了不和谐因素,但由于有基层法院受理新型案件的先例为基础,也有律师、行政法学者和社会公众希望拓展司法审查范围的意愿作为推动力,因而社会各界接受了这一现实。在对法院有关具体行政行为合法性审查的三个标准的探讨中,提出了查清事实与审查证据之间的纠结,初步提出了解决途径。最后,在对两大法系在司法审查中对待法律原则的态度进行考察的基础上,对行政法原则在我国司法审查中的定位问题进行了探讨。

第九章讨论与违法具体行政行为相关的问题。选择了企业国有资产处分、农民工居住条件改善、小产权房泛滥治理、未经政府规划的建筑物处理等几个与违法具体行政行为相关的现实问题进行探讨,其目的是希望我国行政法学者少用“洋理论”轻率地批判中国的事情,多关注我国的现实问题,在不忽视我国现有制度的情况下,找出问题的症结,从而结合中国的实际情况,提出一些切实可行的解决方案。

四、本书力图阐明的主要观点

违法具体行政行为是指作为行政主体的国家行政机关和法律、法规授权的组织在行政执法活动中违法行使职权但尚未构成犯罪的行为。行政机关和法律法规授权组织是违法具体行政行为的主体；违法行政行为的客体，是指由行政法所保护而为违法具体行政行为所侵害的社会关系；违法具体行政行为的客观要件，指违法具体行政行为侵害行政法所保护的社会关系所表现出来的客观事实；行政公务人员代表行政主体进行行政执法所表现的真实意愿是违法具体行政行为的主观要件。行政主体认定事实需通过合法证据，作出具体行政行为的证据标准应低于司法判决。作为公民只遵守已对外正式公布的法律，但行政主体及其行政公务人员在行政执法过程中，不仅要适用法律，还要遵照执行与法律不相冲突的政策和上级指示。由于立法机关仅靠实体法规则对行政自由裁量权实行监控明显无力，致使传统上对行政程序十分淡漠的大陆法系国家在 20 世纪以来也已重视程序本身的价值。行政越权是指行政主体超越其主管权限作出的违法具体行政行为。滥用职权既包括滥用自由裁量权，也包括滥用羁束裁量权，滥用自由裁量权是一种实质违法行为。具体行政不作为，指行政主体应该有为而没有任何表示，或者虽有表示，但没有在实体上形成一个终结性结果。行政相对人对重大且明显违法的具体行政行为享有抵抗权是人们的美好愿望，但缺乏可操作性，应通过构建特殊救济制度的方式，以维护这些行政相对人的合法权益。保护行政相对人的合法权益是设立司法审查制度的根本目的，相应制度的建立都应围绕这一根本目的。

第一章 研究问题的缘起	1
第一节 行政行为	2
一、国外行政行为概念的考察	3
二、行政行为概念的界定	6
第二节 具体行政行为	11
一、具体行政行为与抽象行政行为	11
二、具体行政行为的判定要素	15
三、具体行政行为的构成要件	16
四、具体行政行为的法律意义	18
第二章 违法具体行政行为的性质	21
第一节 违法具体行政行为的界定	22
一、违法具体行政行为概念的提出	22
二、违法具体行政行为概念的分析	25
三、违法具体行政行为与相关概念的区别	32
第二节 违法具体行政行为的特征	36
一、比一般公民违法行为的社会危害性更大	36
二、违法具体行政行为常与行政腐败共生	38
三、由国家行政相对人承担赔偿责任	40

第三章 违法具体行政行为的构成	43
第一节 违法具体行政行为的主客体要件	44
一、违法具体行政行为的主体要件	44
二、违法具体行政行为的客体要件	48
第二节 违法具体行政行为的主客观要件	53
一、违法具体行政行为的客观要件	53
二、违法具体行政行为的主观要件	54
 第四章 作为性违法具体行政行为	58
第一节 事实认定错误	59
一、认定事实需通过合法证据	60
二、事实认定错误的判断标准	60
三、事实认定错误的具体情形	61
第二节 法律适用错误	63
一、法律规范选择的困难	64
二、法律适用错误的界定	65
三、法律适用错误的具体情形	66
第三节 程序违法	67
一、英美法系与大陆法系关于正当性行政程序的态度	68
二、行政执法程序的价值和功能	73
三、正当性程序未在我国行政执法中得到较好遵守 的原因	75
四、行政执法不得违反的基本程序制度	77
第四节 行政越权	79
一、行政越权的范围	79
二、行政越权的表现形式	82
三、行政越权的法律后果及救济途径	86
第五节 滥用职权	88

一、滥用职权的具体行政行为的范围	89
二、滥用职权的具体行政行为的性质	92
三、滥用职权的具体行政行为的构成要件	94
四、滥用职权的具体行政行为的表现形式	96
五、滥用职权的具体行政行为的法律责任	97
第五章 具体行政不作为	100
第一节 具体行政不作为的界定	101
一、法律、法规与司法解释关于具体行政不作为	
概念使用的冲突	102
二、理论界关于具体行政不作为的不同界定	105
三、对理论界有关具体行政不作为定性观点的评析	
.....	109
第二节 具体行政不作为的构成要件	111
一、对有权机关把申请作为具体行政不作为的必	
要构成要件的评析	111
二、对理论界关于具体行政不作为构成要件不同	
观点的述评	113
三、具体行政不作为的构成要件	114
第三节 具体行政不作为与不履行或者拖延履行法定	
职责的关系	118
一、确定行政主体作为义务的规范性文件	118
二、作为义务与法定职责的关系	120
三、给付行政与行政程序终结	122
第六章 合法性待定的具体行政行为的公定力	125
第一节 关于具体行政行为有限公定力理论的述评	127
一、具体行政行为因违法而无效	127
二、基于无效具体行政行为特定内涵的有限公	