

CSSCI来源集刊
中国核心期刊(遴选)数据库

浙江大学公法与比较法研究所 主办

公法研究

2015年卷（总第14卷）

主 编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

CSSCI 来源集刊

中国核心期刊(遴选)数据库

浙江大学公法与比较法研究所 主办

公法研究

2015 年卷(总第 14 卷)

主编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公法研究. 2015 年卷: 总第 14 卷 / 章剑生主编. —
杭州: 浙江大学出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-308-15418-5

I. ①公… II. ①章… III. ①公法—研究—文集
IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 301944 号

公法研究·2015 年卷(总第 14 卷)

章剑生 主编

责任编辑 傅百荣

责任校对 杨利军 陈 园

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州金旭广告有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 710mm×960mm 1/16

印 张 21

字 数 333 千

版 印 次 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-15418-5

定 价 56.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

学术顾问:罗豪才 应松年

姜明安 江必新

韩大元 胡建森

编委会委员:(按拼音字母为序)

费善诚 金承东 金伟峰 余 军

章剑生 郑春燕 郑 磊 朱新力

执行编辑:徐 建

本刊地址:浙江省杭州市西湖区之江路 51 号 1 号楼 312 室,邮政编码:310008

电子邮箱:gfyj2000@zju.edu.cn

网 站:中国公法网(<http://www.chinapublaw.zju.edu.cn/>)

目 录

专题论文

- 论行政行为的附款 柯少婷(1)
- 美国行政规制的“使用者付费”制度 朱小川(35)
- 后凯洛时代作为征收理由的“公用”判断标准
- 以州法院的判决为线索 刘玉姿(72)
- 《政府信息公开条例》中“特殊需要”的解释与适用
- 以中华环保联合会案为例 斯彦(129)

判例评析

- 法官判决说理方式的法治化研究
- 以“郁祝军案”为分析对象 雷庚(169)
- 高校学位授予行为司法审查进路研究
- 以“何小强”案为例 黄琳(181)

域外公法

- 近期的国民主权争论及其课题 杉原泰雄 著 江利红 译(198)

名作书评

- 信与证
- 读张翔教授的《宪法释义学》 白斌(294)
- 方法与主体性:中国的宪法释义学
- 读张翔教授的《宪法释义学》 林淡秋(306)
- 答问与延伸
- 关于《宪法释义学》 张翔(319)

论行政行为的附款

柯少婷*

内容提要 行政行为的附款主要是指行政机关作出的附加于授益行政行为上,起到限制该行为效果的法律既定外事项,包括期限、条件、撤回权保留、负担、负担保留等类型。附款行政行为的构造为“可,但是”。附款尤其适用于授益行为的作出存在事实上或法律上的障碍情形,其法律根据蕴涵在授予裁量权的法律条款中。附款的添加应该与该行政行为的目的有正当、合理的关联,并且应当符合其他裁量规则及正当程序的要求。附款与所附行政行为具有可分性,应容许单独诉请撤销违法的附款。相对人具有请求法院判决撤销违法附款的实体权利。

关键词 附款 容许性 合法性 司法救济

引言

某地许可了一商城的建设,但未考虑到可能给当地交通的影响。结果该商城的建设给当地交通带来了很大的影响。后来行政机关不得不架设天桥解决这个问题,费时又费力。实践中也常常发生餐厅、歌厅等由于没有安装隔音设备而影响了相邻的休息、正常生活进而导致邻里关系恶化的事情。是否有比事后弥补更好的办法来解决这类问题?例如在许可时,附加对可能产生的损害采取适当措施的义务?我国行政许可法是在依法行政的背景下制定的。其出色的实体、程序规定,充分彰显了法治时代的要求,在行政机关的许可决定上尤其如此。行政许可法规

* 中国人民大学法学院宪法学与行政法学硕士。

定,行政机关作出许可决定不能附加条件,只能作出许可或者不予许可的决定。这可以防止行政机关进行权钱交易,保护市场的正常秩序。然而,如前面所举的实例的情形,如果不允许给相对人课加一定的负担,就难以完全实现公共利益的保护。因为事后的弥补总是不如事先的规制,不仅会慢一拍,而且还可能产生二次伤害。由此,附款的实践意义毋庸置疑。

在理论上,行政行为大致可分为授益性行政行为和侵益性行政行为,但逻辑上是否还有对相对人既授益又侵益,但总体上是授益的这种双重效果的行政行为存在呢?答案是肯定的,即“可,但是”这种附款行政行为。它不同于以往“可”、“不可”、“部分可、部分不可”的行为模式。从行政行为的效力变动上看,是否仅有成立生效、告知生效以及撤回、撤销失效的这些变动模式呢?能否引进民事行为效力变动理论和制度,例如条件、期限呢?或者能否考虑义务的不履行导致的行政行为效力上的变动这种情形呢?这就涉及行政行为法律效果的一种探讨,也就是附款论。附款问题的研究涉及这些未被认真加以探究的问题。因此,它的理论研究的价值亦不用多说。由此,附款的理论研究和对实务的总结,具有重要的意义。

一、行政行为附款的基本认知

由于附款具有增强行政灵活性的功能,因而它被广泛运用于职业法、建设法所设定的许可、批准等行政实践中。继德国之后,日本、韩国以及我国的台湾地区相继引入附款理论并将其制度化。

(一)行政行为附款的起源与界定

1. 行政行为附款的起源

按照学界通说,行政行为附款的概念最早起源于德国。一般认为,民法学者首先确立民法上附款的概念,其后行政法学者奥特·玛雅(O. Mayer)、科曼(Kormann)等将这个概念继受到行政法体系中,确立了

行政法领域的附款理论。^{〔1〕}首先,奥特·玛雅在行政法各论的“警察许可”一章提及附款概念,成为现今行政行为附款理论与制度的端倪。^{〔2〕}他基于法学的方法,将民法中“条件”概念转换为“附款”概念,并且对部分附款类型作出界定:解除条件是指对许可附加的特别规定,如不遵守该规定,则该许可的效力就消灭;负担是指为防止从事许可可能产生的损害,作为许可的附款对申请人所命令的规定。此外,他认为与民事行为的附款不同,负担是行政行为附款中最重要的类型。

其后,科曼大致继受奥特·玛雅的方法,以民法概念整理行政行为附款的概念,并将其作为公法总论中行政行为论的一环。^{〔3〕}他先将附款分为条件和法律效果部分除外两大类。然后把条件分为狭义的条件、期限、撤回权保留及负担。最后又结合民法附款的分类将狭义的条件分为延缓条件和解除条件,把期限分为始期和终期。故实际上,他对民法概念的模仿和对公法的类推适用,比玛雅更为彻底。当然,他并不完全依赖民法概念,因为首先,他认为民法中不存在法律效果部分除外,其次他认为就附款各类型的重要性而言,民法与行政法明显不同:民法中条件最常用而负担却少见;而在行政法领域,负担远比条件来得重要。

其他国家和地区附款概念的提出被认为是继受德国行政法而来。^{〔4〕}例如日本,最早提出附款概念的是战前美浓部达吉《日本行政法总论》一书,其中增设“行政行为的附款”一节,指出:“行政行为的附款是指为限制行为效果而对行政行为的内容附加行政权的意思表示。”在类型上,他将附款分为条件、期限、负担、撤回权保留和法律效果的部分除外五种。我国民国时期学者范扬在其《行政法总论》中,将行政行为的附款单列一目置于行政行为一章。^{〔5〕}对附款的内涵、种类及其容许性进行了详细的论述。他认为附款主要包括条件、期限、负担和撤回权保留四种,并且认为除了法律

〔1〕 期限、条件、撤回权保留等皆来源于民法,参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第17—27页。

〔2〕 参见刘宗德:《行政处分附款法制之研究——通讯传播行政处分附款之合法性论议》,《月旦法学杂志》2011年第196期,第82—83页。

〔3〕 参见刘宗德:《行政处分附款法制之研究》,《月旦法学杂志》第196期,第82—83页。

〔4〕 参见刘宗德:《行政处分附款法制之研究》,《月旦法学杂志》第196期,第83—84页。

〔5〕 参见范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第172—175页。

特别规定外,附款限于行政机关有裁量权的情形下容许添加。

2. 行政行为附款的内涵

德国行政程序法和多数学说并未对附款作出积极定义^{〔6〕}。原因在于学者们认为将其作开放的特征标示能使附款具有更丰富的内容、更多样的形态。^{〔7〕}然而无论是在日本还是我国台湾地区,都有学者尝试进行积极定义。在日本,代表性的观点认为:“行政行为的附款是指为了限制行政行为的效果,在作为本体的行政行为上所加的附带性规定。”^{〔8〕}(观点一)这一观点旨在强调附款的附属性和限制性的特征。然而,亦有观点认为附款的实质不在于其附属性的特征,而在于它是法律既定事项外的附加,与行政行为的主处理内容由法律直接规定不同。^{〔9〕}(观点二)民国时期学者范扬认为“行政行为附款,是指对行政行为的内容,所附加的意思表示,用以限制其行为的效果”^{〔10〕};“法规直接规定对行为效果一般所加的限制,不得称为附款”^{〔11〕}。(观点三)台湾地区有学者认为:“‘行政处分附款者’,即添加于行政处分‘主要规制’,用以补充或限制该主要规制之‘附加规定’。”^{〔12〕}(观点四)由此可见,对附款的积极定义主要从两方面进行:其一为附款内容的作用;其二为附款的地位(或者本质)。所有的观点在第一方面上均无不同,而在第二方面上,则具有差异:观点一、三、四均倾向于认为附款的本质属性在于其附属性;观点二则认为附款与主处理内容的本质差异在于它是法律既定外事项,而主处理内容是法律既定事项。笔者赞同第

〔6〕 参见德国《联邦行政程序法》第36条:“……行政行为,可不受前项规定的影响,依合义务裁量,附加下列各附款:规定授益或侵益行政行为时日开始、终止或在一定期间有效的(期限);规定授益或侵益行政行为的发生或消灭系于将来不确定的事实的(条件);保留行政行为的撤回权;规定受益人作为或不作为的(负担);保留事后添加、变更或补充负担的(负担保留)。学说上参见德国行政法学者毛雷尔、沃尔夫等的相关著述。

〔7〕 参见刘宗德:《行政处分附款法制之研究》,《月旦法学杂志》第196期,第85页。

〔8〕 〔日〕南博方:《行政法》,杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第46页。

〔9〕 参见〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第120页。

〔10〕 范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第172页。

〔11〕 原因在于:行政行为的附款与行为内容的主要部分,同为行政机关的意思表示。参见范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第172页。此种观点与现代行政行为的概念不同,行政行为是法律执行行为,故不同于民事的意思表示行为,其效果的发生并不以行政机关的意志为决定。

〔12〕 陈敏:《行政法总论》,自刊行,2009年第6版,第509页。

二种观点,因为将附属性作为其本质特征无法体现它的特色,更无法体现其存在的价值,相反,法律既定外的事项这一具有内涵性的规定能体现附款的功能、价值以及研究的必要。

由此,行政行为的附款具有三个方面的内涵^[13]:其一,附款的内容的作用在于限制主处理行为的效力以及效果。从这方面来看,附款相当于广义的条件,即行政行为作出以及生效的条件。其二,附款的内容来源体现了行政的裁量性,也即行政机关根据个案事实补充法律要件的属性,即“与由法令具体规定的行政处理的内容相对应的行政处理中所包含的法令之外的内容”^[14]。其三,附款的产生及运用是比例原则的要求。在没有附款手段的国家,行政裁量权行使结果无非允许和拒绝(部分允许也可归入两者)两种。然而,如果容许附款的运用,有时既可以避免行政程序的浪费,也可以达到行政目的,取得双赢的结果。这三点内涵是统一的、无法分割的。第一点和第三点的内容涉及的是附款的形式内涵;第二点涉及的是附款的实质内涵。

而针对何谓“法律既定外事项”的问题则必须首先明确何谓“法律既定事项”。盐野宏教授指出:“在行政行为中不承认效果裁量(特别是选择裁量、形成裁量)的情况下,行政行为的附款确实与法律既定事项外的范围相等。与此相对,在承认形成裁量的情况下,该裁量权行使的结果,归根结底是法律既定事项外规范。”^[15]所以“法律既定事项”应该是指法律直接明确规定的事项。这一点从字面解释的角度也可为同样的理解:“既定”即已经确定,其相反意思即非既定,也就是非已经确定,而非已经确定的事项并不等同于法无涉及事项或者法外事项,其中还有一部分是法律事项以内但非

[13] 国内有学者将附款的特征概括为行政性、裁量性、附属性。参见黄新波:《行政行为的附款初探》,载于刘茂林主编:《公法评论》(第三卷),北京大学出版社2005年版,第233-235页;喻少如:《论行政行为的附款》,《理论界》2007年第11期,第57-58页。笔者认为行政性和裁量性是统一的,没有必要区分二属性;附属性则不是其本质特征。其本质特征在于裁量的合比例行使或者说状况适合性。而其基本内涵则为法律既定外事项,也就是裁量权行使下行政机关的补充规定。

[14] 参见〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第120页。其他类似的观点如附款,是根据行政机关的意思而附条款,所以与法律直接规定其内容的法定附款不同。参见〔日〕室井力主编:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第115页。

[15] 〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第120页。

法律所明定的,所以在依法行政的原则下,附款的内容即法定授权下的未明定事项。由此界定,附款是指附加于授益性行政行为上的,起到限制作用的法律授权下的法律既定外事项,其目的是使裁量权的行使更加符合比例原则。

3. 行政行为附款的类型

行政行为的附款,在法制上通常有期限、条件、撤回权保留、负担及负担保留五种。^{〔16〕}学说上亦基本以这五种作为行政行为附款的基本类型。期限、一般条件、撤回权保留等类型侧重于对授益性行为的效果在时间方面的限制;负担、假条件、负担保留、处分外负担则附加了法律既定事项外的相对独立的义务性规定。

首先,作为行政行为附款的期限,是指决定授益行政行为效力的发生或者终止或者存续的将来的、确定发生的事实。它可分为始期、终期、期间。^{〔17〕}通说认为,期限可以是一特定的日子,也可以是一开始不确定,但确定会到来的日子,例如人的死亡。

其次,条件是指决定行政行为效力的发生或者终止的将来的、不确定发生的特定事实。条件可分为延缓条件和解除条件。^{〔18〕}条件与期限的不同,在于特定事实的发生必须是不确定的。在实践中,常见的例子有:以当日天晴为许可室外集会生效的条件。^{〔19〕}条件不同于行政允诺中的附条件。“行政允诺是指行政机关承诺在一定期限到来或者一定的条件成就时作出的一定行为的单方意思表示行为。”^{〔20〕}因此允诺中的条件影响行政机关是否作出相关的行为,而并不直接决定行政行为的效力。

〔16〕 参见德国《联邦行政程序法》、台湾地区“行政程序法”的规定,如台湾地区“行政程序法”第93条规定:“……前项所称的附款如下:一、期限;二、条件;三、负担;四、行政行为的撤回权保留;五、负担的事后附加或变更的保留……”澳门特别行政区行政程序法则只规定了三种。《澳门特别行政区程序法》第111条规定:“行政行为可附加条件、期限或负担,附加的条件、期限或负担不得违反法律或不得违背行政行为所拟达成的目的。”

〔17〕 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第317页。李建良:《行政处分附款之基本概念》,《月旦法学杂志》1998年第42期,第25页。

〔18〕 参见李建良:《行政处分附款之基本概念》,《月旦法学杂志》1998年第42期,第25页。

〔19〕 参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第22页。

〔20〕 马生安:《行政行为研究——宪政下的行政行为基本理论》,山东人民出版社2008年版,第248页。

再次,撤回权保留,是指行政机关在作出行政行为时保留撤回权。^[21]撤回有时是有条件的,有时是无条件的;可能是指定期限的,也可能是没有指定期限(随时)。例如附撤回保留或者见习期的公务员法律关系。当然,“保留的具体内容需要通过个案的解释予以明确”^[22]。

此外,“负担是实务上最常见的附款类型,指作成授益行为的同时,令课予相对人一定作为或不作为义务”^[23],例如:核发建造执照,附有应修筑挡土墙的负担^[24];核准建筑执照,但要求申请人负担社区开发经费^[25];道路占用许可时命令缴纳一定数额的占用费^[26],但“附加的内容如果只是重复法律原已明白规定的义务内容,借以提醒其不得违反相关法律规定,就不是这里所称的负担,因为既然义务的产生直接出自于法律规定,而非因该附加规定的缘故相对人才应守法,就不难知悉这种附加规定本身并不直接发生法律效力,从而不是负担,充其量只是一种‘假负担’而已”^[27]。负担保留,是指附加在授益性行政行为上,保留日后附加作为、不作为或者容忍义务的附款类型。

最后,处分外负担,又称准负担附款(切结书或者承诺书),是指相对人于行政机关作出决定前,自愿作出的承诺中承诺履行的作为、不作为或者容忍的义务。它的作用在于使行政机关基于该承诺给予许可。处分外负担一般先于行政机关许可作出,而且由相对人自愿作出(附款为行政机关单方行为),在形式上也与行政决定分开,存在于另外的文件。但一方面与其说处分外负担是相对人自愿作出的,不如说它是相对人为了获得行政许可而“被迫”作出的(行政机关也把此处分外的负担的存否视为其裁量的重

[21] 参见〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第55页。

[22] 〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第55页。

[23] 许宗力:《行政处分》,载于翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第700页。

[24] 参见陈敏:《行政法总论》,自刊行,2009年第6版,第515页。

[25] 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第231页。

[26] 参见〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第122页。

[27] 许宗力:《行政处分》,载于翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第700—701页。

要因素之一),所以,抛开形式而论,实质上处分外的负担仍然属于广义的条件。

(二)行政行为附款的性质与功能

1. 附款行政行为的构造

由于负担行政行为对相对人不利,所以其能够添加的附款类型仅限于对相对人有利的终期或者解除条件,而这些类型的作用其实又可通过行政机关事后以新的决定方式来实现,故附款在负担性行为中的运用并不具有特别的意义。相反,授益性行政行为对相对人来说是利益的获取,但对第三人或者公共利益来说意味着损害发生的可能性。故如果行政机关欲作出的授益性行政行为可能产生损害,也就是说在作出时存在事实上或者法律上的障碍时,附款的运用(特别是负担)就显得非常必要。因此,附款(特别是不利附款)主要运用于授益性行政行为(包括对第三人产生负担效果的行为)。

进而,结合以上对附款的界定,即对行政行为的法律既定事项外的限制,附款行政行为的构造就该为“可,但是”(Nein→Ja, aber)^[28],逗号前为对授益的同意,逗号后为对该同意的限制,附款行政行为为二者的结合。换句话说附款行政行为为附条件行政行为,有两层含义,其一附款行为为一肯定的行政决定,其二此肯定的决定的存在以条件的达成为前提,条件的达成情况影响该肯定的行政决定的存续和效力。例如附延缓条件行政行为,行政行为已经作出,但是在条件成就前,不生效力;条件成就后,即生效力,符合“可,但是”的构造。这就与无附款的行政行为不同,因为后者行政机关要么作出“可”的决定,要么作出“不可”的决定,要么是二者的结合即“部分可,部分不可”。

2. 行政行为附款的性质

附款行政行为的构造的探讨使我们从形式上认识了附款行政行为的特点,而实质上,这种构造的行为的内部存在怎样的关系又是另一个重要

^[28] 参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文 1985 年,第 1 页。

的问题。首先,添加附款的行为与行政决定行为性质为何?其次,附款与所附行政行为的关系,是整体与部分的关系,还是独立的关系,或者根据不同类型的附款而有不同的关系?再次,根据对相对人的效果,附款在内容上是侵益还是授益?

对第一个问题,添加附款的行为可以分为是否添加,添加何种类型以及何内容等方面。由此附款行为其实是法律效果方面的裁量行为。由于附款的构造为“可,但是”,如果主处理的作出没有裁量余地,则行政机关无权作出“但是”的决定。由此,附款裁量行为必须以主处理存在裁量为前提,主裁量权的行使影响附款裁量的行使。另一方面,附款裁量的行使也能影响主行政处理的作出与否,例如本来可以拒绝的授益行为通过附款而予以许可,即通过附款裁量影响主行政处理的裁量。所以二者关系一方面是相对可分的,特别是在附款的类型以及内容的选择上;另一方面二者的裁量又是统一的,特别是统一于同一个根据规范。二者皆是行政机关完整的裁量过程的一部分。

对第二个问题,存在三种学说:一行政行为说、负担独立行政行为说和二行政行为说。一行政行为说认为附款为行政行为不可分的组成部分,它不构成独立的行政行为(也有观点认为附款行政行为为一综合行政行为)。^{〔29〕}“此说有悠久的历史,根深蒂固于行政法学中,附款中的‘附’即言简意赅地道出了该说的精神。”主要理由如下^{〔30〕}:其一,在形式上以一个决定的方式作出,无论是行政机关还是相对人均不将其作为两个行政决定;其二,二行政行为说、负担独立行政行为说均无法成立;其三,在二行政行为说和负担独立行政行为说下,相对人对附款独立撤销的问题均可在一行政行为说下得到解决。负担独立行政行为说则可分为以下两种论证思路:负担具有独立的规制内容,因此为一独立的行政行为;从负担与所附行政行为的宽松的联结来看,负担为一独立的行政行为。二行政行为说则认为

〔29〕 参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第8页。

〔30〕 参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第9—10页。

不管是负担还是条件、期限等与所附行为为两个行政行为。^{〔31〕}对此,笔者大致赞同一行政行为说^{〔32〕},主要理由在于:是否是行政行为与是否为独立的行政行为应为不同的概念,行政行为的构成要素包括主体、内容、客体,只要符合即可构成行政行为,而要构成一个独立的行政行为则要独立生效,负担虽然满足行政行为的构成要素,但是负担的生效以主处理的生效为前提,因此无法构成一独立的行政处理,更无法与主处理行为构成主从行政行为关系。^{〔33〕}负担以外的附款也同理,不构成独立的行政行为。因此负担独立行为说和二行政行为说均不成立。

对第三个问题,行政行为附款是限制受益行政行为效果的附属性规定,因此对相对人来说明显是侵益性的。^{〔34〕}但另一方面,附款又可能换来了受益行政行为,因为“附款尤其适用于本来可以拒绝的受益行政行为,从禁止过度的要求中可以推断,为了避免驳回的后果,有必要对许可施加附款”^{〔35〕}。故行政行为附款对相对人来说既具有侵益性,又具有受益性,当然最直接的性质是侵益性。

3. 行政行为附款的功能

附款是限制受益行政行为效果的附带性规定,其内容既侵益又受益,附款行政行为的构造为“可,但是”,故附款的实体意义在于与所附行政行为一起调整相对人利益、行政机关所代表的公共利益、行政机关的利益以及特定第三人的利益。例如授予某项目的许可,但附加设立相关防止环境污染的设备的负担,为一调整私人利益和环境保护利益的附款行政行为。从形式上或者说从工具价值的角度来看,行政行为附款是一种微观的控制

〔31〕 我国有观点将附条件行政行为(附款行政行为)认定为主从结合的行政行为,而且认为主行政行为无效的,从行政行为也一概无效;从行政行为无效的,主行政行为未必无效。附款的效力因主行政行为的无效或者被撤销而无效,但附款的无效、被撤销或者撤回,并不导致主行政行为的无效、被撤销或者撤回。参见胡桂芳:《无条件行政行为与附条件行政行为》,载于胡建森主编:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社2005年版,第341页。

〔32〕 对于附款是否与所附行政行为为不可分,笔者并不赞同,详见后文可分性部分的探讨。

〔33〕 参见王麟:《行政附款行为属性三论》,《法律科学》2011年第4期,第120页。

〔34〕 参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第7页。

〔35〕 〔德〕汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第59页。

手段,“附款为行政行为的作出提供了多种多样的选择而不是简单地驳回或者撤销”^{〔36〕};“有助于行政行为适应灵活、细致、多变、复杂的社会生活,贯彻完美、透明和高效行政的观念”^{〔37〕};“附款的作用,使得授益行为决定时的两难转为两全其美”^{〔38〕}。

但是,附款也具有一些负面价值。其一,从微观上看,如果所添加的附款不符合比例原则、平等原则等的要求,则极容易对相对人的权利造成损害;从宏观上看,作为替代拒绝决定的折中式手段,极易给人以附款是授益行为的对价的感觉,客观上也确实容易发生权钱交易,损害法律的权威。其二,在有效性上,有些附款如负担会增加行政机关的追踪管制责任^{〔39〕},而且即使如此,附款作为排除行政机关所顾虑的事实或者法律上的障碍的手段客观上能否有效达成该目的也是一个问题。

二、行政行为附款的容许性与界限

容许性问题与界限问题紧密联系,对容许性的探讨是探讨其界限的前提,然而二者又相对可分:前者侧重于从附加的余地进行即从行政机关权限的角度进行探讨;后者侧重于对这种权限如何行使这一问题进行深入剖析。附款添加的容许性与界限涉及依法行政、基本人权的保障以及裁量权的行使等重大问题。

(一)添加附款的容许性

将附款的问题作为法律既定事项外规范来考虑时,附款的容许性“就是完全在该行政行为的根据法中,是否允许行政行为规定法律所规定的事

〔36〕〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第54页。相同的观点参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第315页。

〔37〕〔德〕汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第54页。类似的观点参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第315页。

〔38〕黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第1页。

〔39〕参见刘宗德:《行政处分附款法制之研究——通讯传播行政处分附款之合法性论议》,《月旦法学杂志》2011年第196期,第14页。

项以外规范的解释问题”^[40]。如果单行法明文授权,则行政机关可以根据个案的情形,作出相关的附款。例如在环境保护领域,根据我国《环境影响评价法》第26条,审批机关对审批项目存在的可能损害环境的情形可以提出必要的建议和措施。基于此建议和措施并不直接影响行为效力,且具有独立的规制内容,所以应属“负担”。又如,根据我国《反垄断法》第29条,作出不予禁止的垄断决定,作出机关可以附加一定的条件,以减少合并可能产生的影响。虽然法律用语为“条件”,但是实际应为“负担”。^[41]反之,如果没有法律的明文授权,那么能否添加附款?一般认为,在裁量行为的情况下,可以附加附款的情况较多。但通常并不是当然地可以附加附款。

1. 不得添加附款的行政行为

虽然不得添加附款的行政行为在法制上并没有明文的规定,但是学说上争议比较少,德国和日本的学说最后也殊途同归。首先,在德国,自构建了附款理论体系以来被认为不得添加附款的行政行为的类型一般包括^[42]:确认性行政行为(如各种资格的确认等)、设定身份的行政行为(如

[40] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第123页。

[41] 根据《反垄断法》、《经营者集中审查办法》、《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》的规定,商务部对经营者集中的处理的完整过程包括:Step1,初步审查(第9条)→Step2,进一步审查→Step3,意见提出与反馈(第10条)→Step4,条件的提出与修改(第11、12、13条)→Step5,附条件行政决定的作出与公布(第14条;《反垄断法》第30条)→Step6,对义务履行的监督(第15条)→Step7,对义务违反的责令改正(第15条)→Step8,(对资产剥离义务的强制执行《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》)→Step9,不改正的,按照《反垄断法》的规定处理(《反垄断法》第48条撤回与罚款)

强制执行方式之代履行的规定:“松下公司和三洋公司应在本次经营者集中完成日之后6个月内完成上述消除影响措施。如在该期限内未能实施完毕,可再延长6个月,但事前必须取得商务部批准。如果集中双方在該延长期内仍未能完成前述消除影响措施,则商务部有权指定独立受托人将前述拟剥离业务转让给独立第三方。”——《关于附条件批准松下公司收购三洋公司反垄断审查决定的公告》(商务部公告2009年第82号)。可见,实践中附条件的运用还比较规范:步骤3、4是关于相对人参与权的规定,其中第11条以列举的方式规定了可以附加的条件,均与经营者实施集中可能产生的损害相关;步骤8是针对资产剥离负担的强制执行的方式,为代履行的执行方式,但未见执行罚和直接强制等方式的规定;步骤9是对负担不履行最后导致行为被撤回的适用情形,包括制裁手段的运用,为比例原则的体现。

[42] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第323页。亦参见黄锦堂:《论行政处分之附款》,台湾大学法律研究所硕士学位论文1985年,第19页。