

2008年度宁波市社会科学学术著作出版资助项目

抽象行政行为的 司法审查研究

CHOUXIANG XINGZHENG XINGWEI DE SIFA SHENCHU YANJIU

张光宏◎著

人民法院出版社





抽象行政行为的 司法审查研究

责任编辑 胡玉莹
封面设计 棋 锋

ISBN 978-7-80217-724-6



9 787802 177246 >

定价：33.00元

图书在版编目(CIP)数据

抽象行政行为的司法审查研究/张光宏著. —北京:人民法院出版社, 2008. 11

ISBN 978-7-80217-724-6

I. 抽… II. 张… III. 行政诉讼—审判—研究—中国
IV. D925.318.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 165749 号

抽象行政行为的司法审查研究

张光宏 著

责任编辑 胡玉莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550565 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 汉印印刷有限责任公司
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 247 千字
印 张 13.375
版 次 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-724-6
定 价 33.00 元

版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
一、选题的意义	(1)
(一) 理论意义	(1)
(二) 实践意义	(2)
二、研究状况	(2)
(一) 国内研究状况	(2)
(二) 国外研究状况	(5)
三、研究方法	(6)
(一) 比较的方法	(6)
(二) 规范分析的方法	(6)
(三) 理论联系实际的方法	(7)
四、本书结构	(8)
第一章 抽象行政行为	(10)
一、行政行为	(10)
二、抽象行政行为与具体行政行为的区分	(12)
三、我国对抽象行政行为内容的界定	(15)
(一) 行政立法	(15)
(二) 其他规范性文件	(19)
四、我国抽象行政行为理论存在的问题	(26)
(一) 行政立法的性质	(27)
(二) 其他规范性文件的法效力	(28)
五、德国有关法规命令和行政规则的理论	(29)
(一) 法规命令与行政规则区分的基础——二元法律观	(29)
(二) 法规命令与行政规则的区分标准	(32)

导 论

一、选题的意义

(一) 理论意义

本论文的理论意义主要在于：

1. 重视规范性文件法律效力的研究

国内对抽象行政行为的研究较多，但多集中在抽象行政行为与具体行政行为的分类，而缺乏从司法控制的角度来认识抽象行政行为。比如，其他规范性文件有没有法律效力？这个问题现在还没有引起学者们足够的重视。但是如果从司法控制的角度来看，这个问题就很重要，因为如果其他规范性文件具有法律效力的话，它就会对法院产生约束力，法院就不能随意否定其他规范性文件；反之，如果它不具有法律效力，法院就不用受其约束，行政机关即使违反其他规范性文件也不构成违法。

2. 重视审查原理和审查程序的划分

国内对司法审查制度的研究，虽然注重对不同类别的审查对象的研究，但却忽略了最为重要的一种类别，即从审查原理和审查程序上的划分：合法性审查和合宪性审查。合法性审查和合宪性审查对法院的功能有不同的要求，前者要求法院具有法律解释权，后者要求法院具有宪法解释权；前者是基于传统的权力制衡的理论，后者则是在宪政原理下对立法不信任的一种表现；前者法院的处分权较大，甚至包括撤销；而后者法院的处分权较小，大多数情况下只能拒绝适用，甚至仅仅是警告性判决。但两者又具有密切的联系，主要表现在审查顺序上，法院首先进行合法性审查，但如果出现作为审查依据的上位法违宪或者缺乏上位法的情况，则转入合宪性审查。基于合法性审查与合宪性审查这种既有区别又有联系的缘

故,许多研究者将两者混杂在一起来介绍,甚至有的仅注重于前者,而完全抛弃后者,这都无法全面地揭示法院在进行这两种审查时所起的不同作用和不同的操作手段。

(二) 实践意义

本论文的实践意义在于:

1. 从整体上系统地研究司法审查的问题

从当前有关司法审查的案例来看,如甘肃酒泉地区中级人民法院废除省人大立法案、河南汝阳“种子案”,法院在审判过程中越来越多地遇到诸如抽象行政行为的合法性、合宪性审查问题,由于理论研究上的缺乏,国内学界对法院有没有抽象行政行为的司法审查权还存有疑问,各地的法院在具体操作上也很不相同。实际上,从司法审查的性质来看,对抽象行政行为以及立法行为的审查是审判过程中的必经步骤,法院能否对其进行判断以及如何判断将直接影响到个案的正义,在这种情况下,从整体上系统地研究司法审查的问题就显得非常必要。

2. 着眼点在于解决中国司法审查中的现实问题

从目前国内已有的研究来看,大都采用比较研究的方法,即借鉴发达国家的司法审查制度或理论,来论证我国司法审查制度的设计。这种做法对于介绍司法审查经验来说是必需的,但是,也潜伏着误解的可能,也就是说,如果不注重移植的土壤和中国的国情以及法律上的相关制度来讨论移植国外的制度的话,最终很难得到具体贯彻,而仅仅演变成一种苍白的理论话语。因此,笔者对此问题的视角首先是当下的,分析中国司法审查制度运行的症结所在,其次才是国外解决相关问题的理论资源如何,以及能不能解决我国的问题。所以,该研究始终本着解决中国司法审查现实问题的出发点,具有较强的现实关注。

二、研究状况

(一) 国内研究状况

国内对抽象行政行为司法审查的研究成果可谓“汗牛充栋”,根据笔者在“中国期刊网”的搜索结果,自1999年以来,与抽象行政行为的司法审

查有关的论文超过 150 篇, 相关的硕士论文 23 篇,^① 博士论文 1 篇。^② 但是, 如此“丰硕”的成果并没有彻底解决问题, 表现在理论上仍然存在一些模糊之处, 实践中法院的探索仍然没有突破。对此, 笔者认为, 当前的国内研究主要存在以下几个问题:

1. 侧重于抽象行政行为的鉴别, 而忽视对法性质的研究

国内一谈到抽象行政行为, 就必然谈抽象行政行为与具体行政行为的分类。坦率地讲, 除了《法国行政法》中有这对概念之外,^③ 其他国家的行政法著作中, 很少见到这对概念的区分。这其中的原因, 笔者认为, 恐怕在于抽象行政行为与具体行政行为的区分根本不是问题, 相反, 国外学者往往不谈抽象行政行为的概念, 而直接从抽象行政行为的内容谈起。比如, 德国行政法教科书中直接区分法规命令和行政规则, 日本也是如此。美国行政法教科书中直接谈规章及其制定。为什么? 因为与不构成问题的在抽象行政行为与具体行政行为的区分相比, 抽象行政行为不同内容的法性质才是关键。但是, 在这一点上, 我国恰恰相反, 对于抽象行政行为的不同内容之间究竟有何区别, 长期以来只是限于根据制定机关的不同而划分为行政立法和其他规范性文件。而其他规范性文件与行政立法在实质上有何差别, 尤其是在司法审查中是否扮演同样的角色, 几乎无人讨论。对此, 笔者认为, 抽象行政行为不同内容的法性质之所以重要, 因为它牵涉到我们对法的认识问题。什么是法? 我们经常认为其他规范性文件不是法, 那么为什么还赋予它普遍性的效力? 法与非法的规范究竟有什么区别? 不是法但又具有普遍性效力的其他

① 李昌新:《论我国抽象行政行为的司法审查》, 对外经济贸易大学 2006 年硕士学位论文; 张淮滨:《论我国抽象行政行为的监督机制》, 郑州大学 2006 年硕士学位论文; 吕蕊:《抽象行政行为司法审查研究》, 山西大学 2006 年硕士学位论文; 赵婷:《抽象行政行为的可诉性研究》, 中国政法大学 2006 年硕士学位论文; 叶映红:《论我国抽象行政行为司法审查的困境和出路》, 苏州大学 2004 年硕士学位论文; 李继辉:《抽象行政行为司法审查制度研究》, 四川大学 2005 年硕士学位论文; 贾志敏:《论抽象行政行为的司法审查》, 内蒙古大学 2005 年硕士学位论文; 刘章:《抽象行政行为的司法审查类型化研究》, 安徽大学 2005 年硕士学位论文; 曹达全:《抽象行政行为为监督机制的基本理论问题研究》, 安徽大学 2005 年硕士学位论文; 杨晓峰:《论对抽象行政行为的司法审查》, 郑州大学 2005 年硕士学位论文; 侯勇:《论对抽象行政行为的司法审查》, 吉林大学 2005 年硕士学位论文; 赵竹茵:《抽象行政行为司法审查范围探析》, 中国政法大学 2005 年硕士学位论文; 侯树录:《抽象行政行为的司法审查》, 吉林大学 2005 年硕士学位论文; 朱静:《论非立法性抽象行政行为的监督机制》, 华中师范大学 2004 年硕士学位论文; 付少军:《抽象行政行为司法审查的法理之维》, 中央党校 2004 年硕士学位论文; 王韶方:《完善我国抽象行政行为司法审查制度之思考》, 郑州大学 2004 年硕士学位论文; 杨磊:《抽象行政行为司法审查刍论》, 郑州大学 2004 年硕士学位论文; 秦艳:《论抽象行政行为司法审查制度重构》, 西南政法大学 2004 年硕士学位论文; 邓蔚:《抽象行政行为司法审查的宪政分析》, 西南政法大学 2003 年硕士学位论文; 郭越:《试论我国抽象行政行为监督机制的完善与发展》, 延边大学 2003 年硕士学位论文; 张才军:《试论建立和完善我国抽象行政行为监督机制设想》, 华中师范大学 2003 年硕士学位论文; 彭建民:《论对抽象行政行为的司法审查》, 湘潭大学 2002 年硕士学位论文。

② 赵保庆:《行政行为的司法审查》, 中国社科院法学所 2002 年博士学位论文。

③ 我国的这对概念正是王名扬先生在上世纪 80 年代从法国行政法中引入。

规范性文件究竟是什么?现有的理论很难说清楚,如果在这一点上都说不清楚,那么,更遑论研究对抽象行政行为的司法审查了。

2. 混淆抽象行政行为的可诉性和如何诉的问题

国内的研究成果往往一谈到抽象行政行为的司法审查,就对《行政诉讼法》第12条将抽象行政行为排除在受案范围之外大加指责,认为我国法院不能对抽象行政行为进行司法审查,认为抽象行政行为不具有可诉性。笔者认为,这完全混淆了抽象行政行为的可诉性和如何诉的问题。抽象行政行为的可诉性是指它能不能接受法院审查的问题。《行政诉讼法》第12条其实只是排除了对抽象行政行为直接起诉的可能,而这属于如何诉的问题。因为排除了直接起诉,并不意味着法院不对抽象行政行为进行审查,其实我国法院对抽象行政行为采取的是附带性审查的方式。也就是说,只允许公民、法人或其他组织对具体行政行为直接起诉,而抽象行政行为的司法审查必须“依附”在法院对具体行政行为的审查过程之中。正是因为混淆了这两点,所以很多国内研究成果的结论只能是将抽象行政行为写入受案范围,即允许公民、法人或其他组织直接对抽象行政行为起诉,但这既缺乏国外的立法例,同时,也是因为行政诉讼的诉之利益原则、裁判成熟度原则所无法容纳的。

3. 笼统地谈司法审查,而不注重区分合宪性审查和合法性审查

司法审查的概念仅仅强调该审查是由法院来做,但并不涉及审查内容的问题。其实,从国外的情况来看,对抽象行政行为,法院不仅可以审查其合宪性,也可以审查其合法性。而这两种审查方式存在诸多不同。可以说,各国法院几乎都允许法院对抽象行政行为进行附带性的合法性审查,但只有一部分英美法系国家允许法院对抽象行政行为进行附带性的合宪性审查。我国法院在对抽象行政行为进行审查的过程中必然会遇到合宪性和合法性的问题,但是,由于我国法院并不享有宪法解释权,同时在法律解释权的方面也存在争议,这就决定了我国法院对抽象行政行为的审查必须区分合宪性与合法性两种情况来讨论,否则,就很难将问题讲清楚。

4. 只单纯研究抽象行政行为的司法审查,忽视司法审查与其他抽象行政行为审查方式之间的协调

诚如前述,由于我国法院并不享有宪法解释权,由此也没有违宪审查权,所以,法院对抽象行政行为的合宪性审查必然要与其他享有违宪审查权的机关,主要是全国人大常委会配合来进行;同时,我国法院在法律解释权的享有上也存在争议,而现实中立法解释、行政解释、司法解释三者并存的局面决定了法院要对抽象行政行为行使合法性审查权就必须厘清与它们之间的关系。否则,建立所谓中国的抽象行政行为的司法审查制度就只能是一句空话。

(二) 国外研究状况

从国外的研究状况看,很少出现将抽象行政行为的合宪性审查和合法性审查放在一起研究的范例。大多数著作都是将两者分开。^①同时,由于国外在该项制度的设计和运行上都已经处于成熟阶段,因此,研究的视角与国内存在很大不同。比如,对抽象行政行为的合宪性审查,注重对其理论基础的考察,也就是法院能不能对行政机关的抽象行政行为进行违宪审查?这是否违反了权力制衡的原则?而在抽象行政行为的合法性审查上,国外的研究比较关注审查强度和审查基准的考察,所谓审查强度就是法院对合法性审查的深入程度,所谓审查基准是反映审查强度的“刻度”,这两者实际都反映了权力制衡的深刻原理。相比之下,国内对这些方面的研究较欠缺,^②鉴于此,笔者参照国外的研究成果,准备在这些方面进行一些开拓性的研究。

① 合宪性审查方面的有: David M. Beatty, *Human rights and judicial review: a comparative perspective*, Kluwer Academic Publishers, 1994; Michael Supperstone, James Goudie, *Judicial review*, London: Butterworths, 1997; Allan R. Brewer-Caras, *Judicial review in comparative law*, Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 1989; David O'Keeffe, associate editor, Antonio Bavasso, *Judicial review in European Union law*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2000; Mark Elliott, *The Constitutional foundations of judicial review*, Oxford; Portland, Or.: Hart, 2001; Ame Mavcic, *The Constitutional Review*, Den Bosch, Netherlands: BookWorld, 2001; Ralf Rogowski and Thomas Gawron, *Constitutional Courts in Comparison: the U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York, Berghahn Books, 2002; Mark Tushnet, *Taking the Constitutional away from the Courts*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1999; William J. Quirk and R. Randall Bridwell, *Judicial Dictatorship*, New Brunswick, U. S. A., Transaction Publishers, 1995; Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts: law or politics?* New York, Oxford University Press, 1994; Laura Langer, *Judicial Review in State Supreme Courts: a Comparative Study*, Albany, State University of New York Press, 2002。

合法性审查方面的有: Christopher F. Edley, *Administrative law: rethinking judicial control of bureaucracy*, 1953; Simon Halliday, *Judicial review and compliance with administrative law*, Portland, Or.: Hart, 2004; Michael Fordham, *Judicial review handbook*, Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2001; Richard Gordon, *Judicial review in the new millennium*, London: Thomson/Sweet & Maxwell, 2003; Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians? Judicial control of Administration*, Athens, University of Georgia Press, 1988; Peter L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989; Ian Maleod LLB BA Bphil, *Judicial Review*, Barry Rose Law Publishers, Chichester, 1998; Charles R. Shipan, *Designing Judicial Review—Interest Groups, Congress, and Communications Policy*, the University of Michigan Press, 1997; Diane Longley & Rhoda James, *Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, 1999; Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy, *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Dartmouth Publishing Company Limited, 2000; Brigid Hadfield, *Judicial Review: A Thematic Approach*, Gill & Macmillan Ltd. 1995; Sterling Harwood, *Judicial Activism*, Austin & Winfield, 1996。

② 在审查强度方面,现有的成果仅有杨伟东著《行政行为的司法审查强度研究》,中国政法大学2001年博士学位论文。

三、研究方法

法律作为一门应用知识，具有价值中立的特征。当然，这并不代表本文丝毫没有任何价值上的倾向性。而是说本文在对待国外和国内制度的比较时，不为某种制度进行价值上的预设，不凭借意识形态下结论某种制度好，或者某种制度不好。而是通过细密的分析鉴别，最重要地是与我国的国情相对比，实际上，世界上没有绝对好的制度，只有适合本国的制度，才是最好的。

（一）比较的方法

本文所应用的最主要的方法就是比较。这种比较不仅是国别的比较，更主要是功能上的比较。因为虽然各国的国情迥异，但是，各国在社会转型时期，在经济高速发展时期，在紧急状态下，所面对的问题是相同的，这时候各国所拿出的解决问题的办法就值得相互借鉴。实际上，功能比较正是一种摆脱“法律的地方性”的窠臼的方法。传统上，自清末以来，法律制度上一直存在着“中学为体、西学为用”的“流毒”，认为中国与西方是两个不同的世界，双方的制度“水火不相容”，不能随便移植，即使移植也会“水土不服”。这成为很多学者拒绝法律现代化的“借口”。法律虽然具有国家性、民族性，但是，我们也不可忘记，市场经济的超国界发展以及超国界的人员流动、资本流动、生产资料流动都使得一个国家的法律制度不可能“固步自封”、“闭门造车”，而必须融入法律全球化或者区域法律一体化的洪流中，正如邓小平同志所说，无论黑猫白猫，能够捉住老鼠的才是好猫。因此，无论国内国外，只要能够顺利解决征用补偿过程中公共利益与私人利益所可能出现的对立关系的制度就是好的制度，这样的制度就值得我们借鉴。

（二）规范分析的方法

法律离不开条文，制度同样也最终要演化为法律条文的形式来设计。因此，分析法律制度离不开规范分析。然而，这恰恰是过去很多年中国法学所最欠缺的部分。有人把中国法学的发展阶段划分为几个时期：最开始是政治法学，这个时期法学研究的特点是政治口号、政治语录代替了法律规范，法律文件中充斥着政治性的话语，解决法律问题也是采用政治斗争的思维，这样做的结果最终只能是全面取消法律，用政治取而代之。然后是政策法学时期，这个时期的特点是“上有法律，下有政策”，政策成为法外之法，政策

本来是和法律配套实施的，但是由于政策的灵活性，政策越来越取代正式的法律，于是在民众的心目中，只知有政策，不知有法律。这种做法的后果也是混淆了政策与法律的界限，不仅法律无法得到执行，就连国家正常的运行也受到干扰。第三个时期是名义法学。这个时期的特点是“只注重法的创制，不注重法的实施”。结果虽然法立得越来越好看，法律文件中到处都是华丽的词藻的堆砌，着实让人感到“赏心悦目”，但实际上，由于这仅仅停留在“纸面”上，而无法得到贯彻落实，长此以往，难免人们会产生失望情绪，最终对法律失去信心。第四个时期，也就是现在的阶段，是规范法学时期。这一时期我们不仅注重立法的质量，更加注重法的实施和法的实效。没有效果的立法不是好的立法，这种效果不仅是密切观察国外制度运行的结果得来，而且也是从我们以往的制度运行的教训中得来。规范分析的方法，要求我们首先从法律条文的规范结构入手，通过法律解释的方法，了解法律条文本身的内涵，从而建立起内在逻辑一致、外部衔接紧密，既具有刚性内核，又具有弹性空间的法律制度。其次，注重制度与制度之间的相互配合，消除不同制度之间的矛盾，促进不同制度的协调发展。最终，通过成本效益的分析和考察，检验法律规范是否在社会实践中得以落实，如果与理想状态不符，再进一步寻找原因，弥补缺陷，使“纸面上的法律”变成“活的法律”。

（三）理论联系实际的方法

这是最根本的方法，但往往也是最难实现的方法。法律是实践理性的成果。作者提出的观点是否正确，只能通过实践来检验。这一方法不仅要求我们要尽可能地搜集完整的、充分的第一手资料，从而避免以讹传讹，尽可能地去接近事物的本来面目。同时也要求我们的理论具有可行性，能够为实践所接纳。尤其是对比较、移植性的制度研究而言。传统上，学者习惯的做法，往往是在比较之前，就已经有了结论，认为国外的都是好的、国内的都是不好的。这种比较的结果既不尊重本国的国情，也不符合外国的真实。实际上，制度的好坏只能靠本国的实践来检验。黑格尔说过，存在的就是合理的。本国的制度再不好，毕竟它也存在过，那么，当初建立这种制度时肯定有其理由，即使这种制度现在看来不好，但这是针对现在已经变化了的社会情况而言的，那么，如果与这种制度存在之前的社会现实相比，这种制度可能就是先进的。所以，本国的制度并非一无是处，关键是研究者从哪个角度来看。即使这种制度已经不符合现在的情况，已经不能很好地运行，但是根据法的继承性的特点，任何新的法律制度都不可能凭空产生，它都必须建立在旧的制度基础上。实际上，新的法律制度只是对旧的法律制度不完善

的方面进行修改、补充了好的部分仍然继续保留、采纳。由此来看,新的制度不仅要建立在旧的制度的基础上,而且还要学习旧的制度中已经被群众接纳的那部分,只有这样,新的制度才可能顺利地建立起来。所以,如果我们要改造某种旧的制度,移植某种新的制度,就必须首先说明旧的制度中哪些已经不符合现实需要了,哪些仍然需要保留,新的制度哪些是可以移植的,哪些是不可以移植的,至于判断的标准,只能是旧的制度曾经运行的实践和新的制度在“母国”的运行实践或者在其他被移植国家的运行实践。

四、本书结构

本书共分七章:

第一章“抽象行政行为”。对抽象行政行为的界定和内容进行了阐述,主要集中在我国传统的抽象行政行为理论存在的问题:行政立法的性质和其他规范性文件的效力,由此,借鉴德国有关法规命令和行政规则的理论对我国的抽象行政行为进行了体系重构。

第二章“抽象行政行为的合法性要件”。这里,不同的抽象行政行为的合法要件是不同的,行政立法主要包括:(1)一般要件:形式上的合法要件——程序合法和实质上的合法要件——内容合法,具体来说,后者又包括不得规定法律保留的事项和不得与上位法相抵触;(2)特殊要件:委任立法要符合授权明确性原则,职权立法要符合行政保留原则。行政规则的合法要件主要是指符合行政自我拘束原则。

第三章“抽象行政行为司法审查的基础理论”。首先讨论了司法审查的概念问题,笔者持广义的司法审查概念,既包括合宪性审查,也包括合法性审查,同时,对合宪性审查与合法性审查在功能、主体、程序、方式方面进行了区分。最后讨论了抽象行政行为的可诉性问题。

第四章“抽象行政行为的司法审查——合宪性审查”。首先,我国传统理论认为抽象行政行为只可能违法,不可能违宪,对此,笔者认为抽象行政行为仍然有违宪的可能。当然这只限于抽象行政行为中的委任立法和职权立法。接着,笔者对普通法院有违宪审查权的国家(如美国)和普通法院没有违宪审查权的国家(如德国)对抽象行政行为的违宪审查机制进行了阐述,并进行了比较,从而引申出对我国相关制度借鉴的启示。

第五章“抽象行政行为的司法审查——合法性审查”。首先对法院进行合法性审查前提——享有法律解释权进行了分析;其次,对合法性审查的启动——直接起诉抑或附带性审查进行了讨论;再次,对我国传统理论研究比

较欠缺的审查强度和审查基准在借鉴国外理论的基础上进行了分析。最后,对合法性审查的两种效果——废止还是不予适用进行了比较。

第六章“行政立法不作为的司法审查”。对抽象行政行为的司法审查,既包括作为的司法审查,也包括不作为的司法审查。该章主要探讨后者,在一定程度上也填补了传统理论的不足。首先,行政立法不作为要想成立,必须存在行政立法作为义务,对此国外有肯定论和否定论两种,笔者持肯定论;其次,行政立法机关何时在何种情况下构成立法不作为,涉及行政立法裁量的性质问题,其与行政裁量、立法裁量有什么不同,判断的标准是什么,即何时构成裁量权收缩为零,该章进行了探讨。最后,对行政立法不作为的司法救济方式进行了分析,主要包括行政诉讼类型和国家赔偿的可能性两部分。

第七章“我国抽象行政行为司法审查的制度定位和程序完善”。主要对我国抽象行政行为的合宪性审查和合法性审查制度的现状和存在的问题进行了论述,并在前文论述的基础上,借鉴国外先进国家的制度和理论,对我国抽象行政行为的司法审查制度的制度定位和程序完善提出了改进的意见。

第一章 抽象行政行为

抽象行政行为与具体行政行为是我国行政法学界对行政行为的一种最常见的分类,这种分类是王名扬先生从法国行政法中引进的,它对应法国行政法中的普遍性行为与具体行为的分类。所谓普遍性行为是指行政机关制定普遍性规则的行为,例如制定行政法规和规章的行为,具体行为也称为行政处理,是行政机关对于具体事件所作的决定,具体行为的决定要以普遍行为作为根据。^①从“抽象行政行为”一词第一次出现算起,迄今已经 20 多年了,^②20 多年来,抽象行政行为的概念也饱受批评。这种批评主要是在两个层面上进行:(1)抽象行政行为与具体行政行为的分类能否涵盖所有的行政行为?^③(2)抽象行政行为与具体行政行为难以区分。本章试对这两个问题进行分析,从而为抽象行政行为的界定提供思路。

一、行政行为

行政行为是行政法的核心概念。行政处分概念肇始于法国行政法上的 Acte Administratif。法国的 Acte Administratif 最初是参照法院的判决来说明行政机关行为的特殊性,即行政机关在法律之下为处理具体事件。^④后来,该概念经过奥托·迈耶的介绍,引入德国。^⑤德国学者参照民事行为的概念,对行政行为的内涵做了比较大的限缩。以前认为国家机关或公共团体

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 138 页。

② 据考证,“抽象行政行为”一词最早出现在王珉灿主编的《行政法概要》(法律出版社 1983 年版)一书中,而该部分就是由王名扬先生撰写的。

③ 实际上,笔者认为,这一批评之所以将矛头对准这种分类的根本原因,是 1989 年的《行政诉讼法》将行政诉讼的受案范围局限于具体行政行为,从而将受案范围狭窄的“罪名”归于该分类上。但自从 2000 年最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》将行政诉讼的受案范围扩大到行政行为,这种批评也随之势弱。

④ 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,自刊 1979 年版,第 3 页。

⑤ 奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆 2002 年版,第 98~107 页。

的所有行为都是行政行为，后来逐渐将私法行为、事实行为、准法律行为排除，而仅以具有意思表示亦即具有法律效果的行为，视为行政行为。^①德国的行政行为理论后来又传入日本，日本学者田中二郎提出了行政行为的最广义、广义、狭义、最狭义的分类。最广义的行政行为包括行政机关的一切行为，事实行为和私法行为都包含在内；广义的行政行为则指行政机关的公法行为，狭义的行政行为是行政机关就具体事件所为的公法上行为，即将公法行为中的立法行为排除在行政行为之外；最狭义的行政行为是指行政机关就具体事件所为公法上单方行为，不仅将立法行为，也将公法契约与合同行为排除在行政行为概念之外。^②由于我国行政法学者早期留日的居多，因此日本的行政行为概念对我国行政行为概念的形成影响较大，比如早期的行政法学者范扬就采纳了日本的广义行政行为说，认为行政行为是行政机关依公法所为的作用，而能发生特定法律效果者。^③新中国成立后，对新中国行政法影响较大的王名扬先生则从法国法中移植了行政行为的概念。他认为，行政行为可以有三种不同的理解：第一，从采取行为的机关为标准，行政行为是行政机关所采取的全部行为；第二，以行为本身的性质和内容为标准，行政行为是适用普遍性的规则于具体事件的行为；第三，以行为的作用为标准，行政行为是指行政机关用以产生行政法上效果的法律行为以及私人由于法律或行政机关授权执行公务时所采取的某些行为。^④从王名扬先生的描述来看，他的第一种意义上的行政行为类似于日本的最广义说，第三种意义的行政行为类似于日本的狭义说。^⑤而法国行政法采用了第三种定义。

由此可见，由于学者的背景的不同，对行政行为采用的哪一种定义方法众说纷纭。对此，笔者认为，从建构行政法学的角度来看，采用最广义说较为有利。因为行政法学研究的是整个行政法现象，不宜一开始就将某些现象排除在外，同时，这也是与依法行政的理念不相匹配的。^⑥当然，不可否认的是，当前大陆法系的行政法学主要研究的是最狭义的行政行为，即我们所说的具体行政行为，^⑦但这并不能成为我们不研究其他行政行为的借口。

诚如前述，由于大陆法系的行政行为法以研究具体行政行为（行政处

① K·Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 28f, 转引自翁岳生：《行政法与现代法治国家》，自刊1979年版，第3页。

② 同注①，第5～6页。

③ 范扬：《行政法总论》，中国方正出版社2005年版，第154页。

④ 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第135～136页。

⑤ 第二种意义的行政行为没有对应物。

⑥ 排除在外容易给人造成这些行为不受行政法调整的印象。

⑦ 为了避免与行政行为的概念混淆，法国、日本、德国都为最狭义的行政行为另起专名，比如法国将其称为行政处理，日本和德国都称为行政处分。相反，我国的一些译者为了迁就国内的用法，将这种最狭义的行政行为译作行政行为，而将最广义的行政行为译作行政活动或行政作用，这在某种程度上更增添了术语的混乱。

理)为主,对行政行为的内容很少做出明确的列举。^① 笔者见到的一个比较完整的列举是德国的毛雷尔教授作出的,如下图:



毛雷尔教授的列举是比较完整的。当然,行政行为的内容并非一成不变的,而是处在不断的发展变化之中。比如近年来,德国行政法上出现的非正式行政行为的概念。非正式行政行为与正式的行政行为相对应,也就是尚未被行政法学类型化的行政行为,这种非正式行政行为的存在完全是行政机关为了因应社会实践而发展出来的,如不同形式的协议、公布、推荐、指点、行政机关有认识的容忍等。^⑤ 随着行政法学研究的深入,这些非正式的行政行为会逐步地进入到正式行政行为的行列中去。

二、抽象行政行为与具体行政行为的区分

由行政行为的内容可见,抽象行政行为 and 具体行政行为仅是行政行为的

① 一般都是在具体行政行为的界定过程中,才对那些非具体行政行为的其他行政行为有所认识。

② 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180页。该书译者将其译为行政行为。

③ 行政法上的意思表示是指表意人将其企图发生一定法律效果的意思,表示于外部的行为,而其法律效果由行政法予以确认。具体行政行为属于行政法上的意思表示的一种,除此之外,还包括行政程序中的申请、抵销、抛弃、税捐申报、同时履行抗辩权或留置权、承诺或担保、同意等。参见李建良:《论行政法上之意思表示》,载《台北大学法学论丛》第50期。

④ 这里的行政规章与我国行政法上所讲的规章内涵并不相同,主要是指地方政府制定的自治规章。

⑤ 林明锵:《论形式化之行政行为与未形式化之行政行为》,载《当代公法理论——翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,月旦出版有限公司1993年版,第346页。

一部分。那么,如何区分抽象行政行为和具体行政行为呢?毛雷尔教授认为,具体行政行为与抽象行政行为的区别在于是否针对具体事件,^①但是,具体事件到底指什么,含义并不明确。其实,这里的事件应当是事与人的结合。一般来说,具体行政行为应当是针对具体事实就个别人所为。那么,相对的,抽象行政行为应当是针对抽象事实和普遍的人所为。但是,这期间仍然存在模糊地带,也就是说,如果是针对具体事实和普遍的人所为或者针对抽象的事实和个别的人所为的行为到底是抽象行政行为还是具体行政行为呢?因此,在抽象行政行为与具体行政行为的区分上其实存在四种情况:

1. 针对具体事实、个别人的行为

这是最明显的具体行政行为。这里有关事实的具体与抽象的区别是该事实是反复发生还是一次性的事实,^②有关个人的个别还是普遍的区别在于作成行为时,其相对人的范围是否客观上已经确定或仍有继续扩大的开放性,而非取决于相对人是单一或多数。^③

2. 针对抽象事实、普遍人的行为

这显然属于抽象行政行为。

3. 针对抽象事实、个别人的行为

比如,主管机关命令私有水库的所有人C,在其水库的水位达到一定高度时放水,以免造成溃决。再比如,主管机关命令某一建筑工地的负责人D,该工地于晚间10点即应停工。这里的人虽然是个别的,但针对的事实具有反复性,并且由于空间关联的具体性(如水库、工地),所以德国学说上仍然认为属于具体行政行为。^④

4. 针对具体事实、普遍人的行为

这种行为的性质最有争议,德国学者将其称为一般处分。比如警察禁止人民参加计划于次日举行的示威游行。这个行为虽然针对一次性的事实(就是明天游行一次),但由于禁令发布时根本不知道哪些人将参加游行,无法确定相对人的范围,因此针对的人是普遍的。这种一般处分在德国学说上仍然认为属于具体行政行为,原因在于该行为依其一般特征可以确定其相对人的范围。^⑤也就是说,该禁令在发布时针对的人虽然不确定,但以后实际受其影响的人是有限的,因为毕竟不是所有人都会参加明日的游行。因此,有

① 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186页。

② 翁岳生主编《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第663页。

③ 陈敏:《行政法总论》,神州图书出版有限公司2003年版,第313页。

④ U. Batts, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1985, Rn. 108, 转引自翁岳生主编:《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第663页。

⑤ 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34页。