



行政

行为论

郭胜鳌 著

行政行为理论是全部行政法学理论体系的精髓和核心。可以说，行政法学理论各个组成部分的研究都是围绕着行政行为理论的研究而展开的。对于行政法律制度而言，行政行为理论是各种行政法律制度得以建立的基础；对于行政法实践而言，行政机关所作出的行为是否为行政行为、是否为合法有效的行政行为，无论对行政主体还是其相对方都具有十分重要的意义。因为它牵掣对行政主体行为的最终评判，同时也涉及行政相对方的权益。

辽宁大学出版社



行政

行为论

郭胜鳌 著



辽宁大学出版社

©郭胜鳌 2008

图书在版编目 (CIP) 数据

行政行为论/郭胜鳌著. —沈阳: 辽宁大学出版社,
2008. 6

ISBN 978-7-5610-5640-0

I. 行… II. 郭… III. 行政法—法律行为—研究 IV.
D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 095849 号

责任编辑: 刘 葵
封面设计: 邹本忠

版式设计: 仕 明
责任校对: 林 石

辽 宁 大 学 出 版 社

地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036

联系电话: 024-86864613 网址: <http://press.lnu.edu.cn>

电子邮件: lnupress@vip.163.com

抚顺光辉彩色广告印刷有限公司印刷 辽宁大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm×210mm

印张: 9.125

字数: 200 千字

2008 年 6 月第 1 版

2008 年 6 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5610-5640-0

定价: 24.00 元

目 录

第一章 行政行为基本理论	1
一、行政行为的概念	1
二、行政行为的特征	4
三、行政行为的分类	8
四、行政行为的内容	19
五、行政行为的成立要件和生效规则	23
六、行政行为的合法要件	27
七、行政行为的效力	31
八、行政行为的无效、撤销、补正、废止、终止	37
第二章 抽象行政行为	47
一、抽象行政行为的概念与特征	47
二、抽象行政行为的分类	48
三、抽象行政行为有效成立的要件	49
四、行政立法	52
五、其他抽象行政行为	73
第三章 具体行政行为	78
一、具体行政行为概述	78
二、行政确认	81
三、行政征收	92

四、行政检查	97
五、行政给付	112
六、行政奖励	115
七、行政裁决	120
八、行政规划	126
九、行政命令	133
第四章 行政许可	139
一、行政许可的概念和特征	140
二、行政许可的性质	141
三、行政许可的分类	143
四、行政许可的原则	148
五、行政许可的设定范围	151
六、行政许可的设定	153
七、行政许可机关及管辖	155
八、行政许可的程序	158
第五章 行政强制	167
一、行政强制的界定	167
二、行政强制的概念和特征	168
三、行政强制与相关概念的区别	170
四、行政强制的基本原则	171
五、一般行政强制	173
六、执行中的行政强制	175
七、调查取证中的行政强制	179
第六章 行政处罚	181

目 录

一、行政处罚的概念及其特征	181
二、行政处罚的原则	186
三、行政处罚的种类与形式	191
四、行政处罚权的设定	200
五、行政处罚的实施机关及管辖	203
六、行政处罚的适用	208
七、行政处罚的程序	216
第七章 行政合同	232
一、行政合同的概念和特征	232
二、行政合同与私法合同的概念界分	235
三、行政合同的种类和表现形式	237
四、国外行政合同制度	244
五、行政合同的实施	248
六、行政合同双方的权利和义务	255
七、行政合同的法律救济	258
第八章 行政指导	261
一、行政指导的概念	261
二、行政指导的特征	262
三、行政指导的原则	264
四、行政指导的种类	266
五、外国行政指导制度	268
六、建立健全行政指导制度的必要性	273
七、我国行政指导的法律规定与行政实践	276
八、构建我国行政指导制度的对策和建议	280

第一章 行政行为基本理论

行政行为理论是全部行政法学理论体系的精髓和核心。可以说,行政法学理论的各个组成部分的研究都是围绕着行政行为理论的研究而展开的。对于行政法律制度而言,行政行为理论是各种行政法制度得以建立的基础,行政复议制度、行政诉讼制度、行政赔偿制度、行政许可制度等都是在行政行为理论指导下围绕着行政行为建立的^①。对于行政法实践而言,行政机关所作出的行为是否为行政行为、是否为合法有效的行政行为,无论对行政主体还是其相对方都具有十分重要的意义。因为它牵掣对行政主体行为的最终评判,同时也涉及行政相对方的权益。

一、行政行为的概念

由于学界对行政含义理解的分歧,导致了对行政行为定义的不同理解。目前主要有以下几种观点:

(1) 行政行为是指一切与国家行政管理有关的行为。包括行政主体的行为,也包括行政相对方的行为,还包括行政诉讼中的行为等。其意在于与民事行为相对应而存在。

^① 《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》等法律均正式使用了“具体行政行为”这一概念。而《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第1条使用的是行政行为的概念。

(2) 行政行为是指行政机关作出的一切行为。其意在于从机关角度来划分行政行为不同于其他国家机关的行为。

(3) 行政行为是指行政机关进行行政管理活动行为的总称。排除了行政机关非行政方面的行为。但该观点实际上包括了行政机关进行行政管理的各种活动。

(4) 行政行为是指行政机关在行政管理活动中所作的具有法律意义的行为。也就是说，无论行政机关制定和发布普遍性的规范性文件，还是针对某一具体事件或特定人所作的处理决定，凡是具有法律后果的行政管理行为，都属于行政行为。

(5) 行政行为是指行政机关针对特定人或事件所采取的具体行政措施的行为，即实际上的具体行政行为。

著者认为：行政行为是指行政主体及其工作人员在实施行政管理活动、行使行政职权过程中所作出的具有法律意义的行为。由此可以看出，行政行为包含了下列几层含义：

(一) 行政行为是行政主体及其工作人员所作出的行为

行政行为可能由行政主体直接作出，也可能由公务员或其他工作人员或依法委托其他社会组织作出，均不影响行政行为的性质。这是行政行为的主体要素。有学者认为，“行政行为只能由行政主体作出”^①，这一观点似乎值得商榷。

首先，排除公务员等主体作为行政行为的主体，不仅违背客观事实，而且也抹杀了广大公务员对行政所作的贡献。

其次，《行政诉讼法》、《行政复议法》及最高人民法院《行

^① 罗豪才主编《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第105页。

行政诉讼法》司法解释，也都承认公务员等主体是行政行为的主体。^①

再次，应区别行政主体与行政行为的主体，两者的承受内容不同。否认公务员等主体作为行政行为的主体，实际是混淆了两者之区别。

另外，从实质意义行政及扩大行政诉讼受案范围角度看，将来行政主体与行政行为的主体都将扩展。

但是，如果是行政主体以外的其他国家机关或其他社会组织，在无行政主体依法委托下所作出的行为，则不能认为是行政行为。

（二）行政行为是行政主体行使行政职权、履行行政职责的行为

行政主体的任务不是为了从事民事活动或别的活动，而是为了实现国家的行政管理职能，从事一定的活动。这是行政行为的职权、职责要素。但需要特别注意的是，能够成为行政主体的各个社会组织并非任何情况下都是行政主体，其所从事的活动行为也不都是行政行为。如行政机关为召开会议租赁会场就不是行政行为。

（三）行政行为是具有法律意义的行为

这是行政行为作为法律概念的法律要素。当然，这里的法律要素是指行政行为具有行政法律意义和产生行政法律效果，而不是其他法律性质。有学者认为，行政行为产生的法律效果，主要

^① 《行政诉讼法》第2条、《国家赔偿法》第2条、《最高人民法院关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条。

或一般是行政法律效果，但也有可能同时或附带产生民事法律后果。^①。在行政主体所从事的行政活动中，有些具有行政法律意义，如行政许可行为、行政处罚行为；有些就不具有行政法律意义，如气象预报、发布统计数字等行为。可以说，行政行为的法律要素在于强调行政主体要为自己的行为承担法律责任，这种行为为合法与否并不影响行政行为的存在。

二、行政行为的特征

(一) 传统行政行为的特征

1. 从属法律性

行政行为是执行法律的行为，从而必须从属于法律。任何行政行为必须有法律根据，依法行政是民主和法治的基本要求。行政机关及其工作人员是人民的公仆，必须根据体现人民意志和利益的法律办事。

行政行为不同于国家权力机关的立法行为，立法行为是创制法律规范，行政行为是执行法律规范。行政机关虽然也可以创制行政性规范（行政立法），但行政性规范只是从属性规范，是为执行法律规范而制定的规范。因此可以说行政立法不是严格意义的立法行为，它只是一种准立法行为，是从属性的立法行为。行政行为的从属法律性是由行政主体的法律地位所决定的。

2. 裁量性

行政行为虽然必然依法而行，必须有法律根据，但是这并不

^① 参见王连昌主编的《行政法学》，中国政法大学出版社1994年版，第117页。

意味着法律应该将行政行为的每一个步骤、每一个细节都予以严密地规范，并不意味着行政机关只能机械地按照法律预先设计的具体路线、途径、方式行事，而不能有任何的自行选择、裁量，不能有任何自己的主动性参与其间。事实上恰恰相反。因为任何法律无论如何严密，都不可能将行政机关的每一个行政行为的每一个细节都予以规范。再说，现代国家社会经济在急剧发展变化，而法律是具有相对稳定性的，一旦制定就不能随意修改。因此，立法机关在立法时就应该给行政机关留一个裁量的余地，否则行政机关将无法有效地实施行政管理，还可能给国家和社会利益造成重大损失。具有一定裁量性是行政行为的一个特征，这是由它的权力因素的特点所决定的。

行政行为主要是针对未来，其许可、批准、禁止、免除通常都涉及行政相对方未来的权利和义务，特别是行政机关制定行政法规、规章，发布行政规范性文件，就未来的事项作出预见性规定，这就不能不具有较多的裁量因素。

行政行为的裁量性与从属法律性不是截然对立的，而是矛盾的对立统一。裁量不是无限制地裁量，而是在法律、法规范围内的裁量；从属法律也不是机械地执行法律、适用法律，而是充分运用其主观能动性，紧紧地把握相应法律、法规的立法目的，积极、灵活地执行法律，适用法律，从而实现立法目的。

3. 单方意志性

行政行为是行政主体行使国家行政权的行为。行政主体实施行政行为，只要是在行政组织法或法律、法规的授权范围内即可自行决定和直接实施，而无需与行政相对方协商和征得相对方的同意。行政行为的单方性不仅表现为行政主体依职权进行的如行政机关进行行政监督检查、科处行政处罚、采取行政强制措施、

征收税款等行为，也体现在行政主体应行政相对方申请而实施的行为，如颁发许可证、执照，发放救济金、抚恤金等。后面的这些行为虽然是行政主体在相对方提出申请的前提下作出的，但是行政主体是否满足行政相对方的申请，却不取决于相对方的请求。行政主体无需与相对方协商，无需与相对方讨价还价，而是根据法律规定的标准和条件，自行决定是否作出某种行为。即使是在行政合同行为中也不乏行政单方意志性的表现。当然行政合同总体上讲是一种要求双方意思表示一致的行为，这是它区别于大量的单方行政行为的特点，但其在缔结、履行、变更与解除方面也有着许多不同于民事合同的特点。

4. 效力先定性

所谓效力先定，是指行政行为一经作出就事先假定其符合法律规定，在没有被国家有权机关宣布为违法无效之前，对行政机关本身和相对方以及其他国家机关都具有拘束力，任何个人或团体都必须遵守和服从。行政行为的效力先定是事先假定，并不意味着行政行为绝对正确、不可否定，不过对其效力的否定要经过国家有权机关依职权和法定程序审查认定。这种效力先定性根源于行政行为是为了维护公共秩序和公共利益，为了使公共秩序和公共利益有所保障，因而需要赋予其这种特权。与此相比，民事行为则不具有这种效力或特权。

5. 强制性

行政行为是行政主体代表国家，以国家名义实施的行为，故其以国家强制力作为实施的保障。根据行政法的原则，行政主体为行使其管理职能，享有相应的管理权力和管理手段。行政主体行使职能的行为如遇到障碍，在没有其他途径克服障碍时，可以运用其行政权力和手段，或依法借助其他国家机关的强制手段消

除障碍，保障行政行为的实现。

行政行为的强制性与单方意志性是紧密联系的。一般而言，行政主体实施行政行为无需事前与相对方协商，取得相对方同意。相对方无权拒绝行政主体依法和依职权实施的行为。相对方如拒不履行行政主体的行政命令或行政处理措施，行政主体可以依法强制其履行或者依法申请人民法院强制执行。而民事行为的双方当事人则不具有这种特权。民事行为也不具有此种特性。行政行为的强制性是行政行为单方意志性的结果，行政行为单方意志性则是行政行为强制性的前提。

(二) 现代行政行为的特征

1. 行政行为的双方性

随着政府职能的转变和政府行为方式的变化，行政行为已不仅仅是单方意志行为，双方性的行政行为也逐渐产生。如行政合同、行政奖励等。

2. 行政行为具有非强制性

现代行政发展后，有些行政行为如行政指导、行政奖励等具有了非强制性的特征。可以说，行政行为是以强制性为主导，以非强制性为补充。

3. 行政行为具有服务性

行政行为的的服务性基础，表现在公民与国家之间的非对立关系上。应当客观看待行政行为的国家强制性和对社会的管制性，国家运用行政权力的强制性维护社会的基本秩序，实际上体现的仍然是国家的服务性。即为国民创造一个适合生存、发展、竞争的安全的社会环境，这是国家的基本职能。而国家运用国家行政权力直接服务于社会、服务于人民的基本职能也是国家行政活动

的目的。由于国家利益与社会公共利益和人民大众的根本利益在总体上是一致的，因此，保护国家的利益实际上就是保护社会公共利益，就是保护公民个人的根本利益；行政行为对违反国家法律和社会公共秩序行为的制裁，就是对遵纪守法的国民的服务。两者是相辅相成的。

4. 行政行为是行使公共权利的行为，具有无偿性

行政机关行使行政权提供的公共服务应当是无偿的。因为进行公共服务的基础是行政机关享有国家的行政权力，利用国家的财政力量和公共资源。这些财政力量和公共资源是属于全体人民的，因此，行政机关对公共利益的维护和公共资源的分配应当是无偿的。即便收取部分对公共资源的利用费，也应当是归于全体国民的。当然，如果特定行政相对人享受了更多的公共资源的使用权时，对其征收一定费用实行有偿使用也是合理的。同时，必须强调的是，这里的无偿主要是指行政权力与相应利益之间的非对价关系。^①

三、行政行为的分类

行政行为种类繁多，内容庞杂。对行政行为的分类研究可以更深入地理解、把握行政行为的特点，可以从多种角度对不同行政行为的内容、行为产生的结果以及它所遵循的行为规则进行分析。同时，这种分类研究也有助于我们对各项行政行为的构成要件和法律效力的认识，有助于对行政行为监督与救济途径、救济方式的判断和适用。

^① 王学辉主编：《行政法学》，中国检察出版社2002年版，第150—151页。

(一) 内部行政行为与外部行政行为

行政行为以其适用与效力作用的对象的范围为标准,可分为内部行政行为与外部行政行为。

所谓内部行政行为,是指行政主体在内部行政组织管理进程中所作的只对行政组织内部产生法律效力的行政行为,如行政处分及上级机关对下级机关所下达的行政命令等。

所谓外部行政行为,是指行政主体在对社会实施行政管理活动中针对公民、组织所作出的行政行为,如行政许可行为、行政处罚行为等。

划分内部行政行为与外部行政行为的意义在于:

(1) 内部行政行为适用内部行政法规范,因而也只能用法定的内部手段和方式去进行;而外部行政行为适用于社会行政等外部行政规范,因而能够采用相应的法律、法规所规定的各种手段和方式去进行。由此可以看出,内部行为与外部行为的内容与方式是不同的,两者不能任意交叉适用。

(2) 对于内部行政行为的主体资格,法律没有严格要求;而外部行政行为的主体资格,法律则有严格的要求。所以,某些具有内部行政行为主体资格的组织,不一定具有外部行政行为主体资格。

(3) 内部行政行为不得适用行政复议程序和提起行政诉讼,而外部行政行为在符合法定条件的情况下,可以适用行政复议程序和行政诉讼程序。

著作认为,行政法学上对行政行为研究的重点应当是外部行政行为,但是对外部行政行为的研究又离不开对内部行为的研究。在行政法学意义上,行政主体的内部行为是为外部行为服务

的，是为了实现外部行为服务的，是为了实现外部行为的法律效果。在实践中应从以下三个方面去把握内部行政行为与外部行政行为：

第一，从主体角度去把握。内部行政行为的主体只能是行政机关或行政机构，行为对象人只能是公务员或另一行政机关、行政机构及其他行政主体；而外部行政行为的主体可以是所有具有行政主体资格的组织，行为对象人是公民、组织。

第二，从行政行为所针对的事项性质和法律依据的角度去把握。内部行政行为所针对的是单纯内部事项，法律依据为内部组织法；而外部行政行为所针对的是社会事项，属于一般社会职能，法律依据为调整社会管理某一方面的法律、法规。

第三，从行政行为的内容与法律效果的性质角度去把握。内部行政行为的内容都是关于内部组织关系、隶属关系、人事关系等方面的，一般其法律效果是影响行政相对人的职务、职责、职权；而外部行政行为的内容都是有关社会管理方面的关系，一般其法律效果是影响行政相对人作为公民、法人或社会组织所享有的权利和义务。

（二）抽象行政行为与具体行政行为

行政行为以其对象是否特定为标准可分为抽象行政行为与具体行政行为。

所谓抽象行政行为，是指以不特定的人或事为管理对象，制定具有普遍约束力的规范性文件的行为，如制定行政法规和行政规章的行为。抽象行政行为相对于具体行政行为而存在，其核心的特征就在于行为对象的不特定性或普遍性，即行为对象具有抽象性，属于不确定的某一类人或某一类事项并具有反复适用的效

力。抽象行政行为包括两类：一类是行政立法行为，即有权行政机关制定行政法规和行政规章的行为；另一类是制定不具有法源性的规范性文件的行为，即有权行政机关制定或规定除行政法规和规章以外的具有普遍约束力的其他规范性文件的的行为，如县级人民政府所制定的在其全县境内普遍有效的某些规定或办法等。

所谓具体行政行为，是指在行政管理过程中，针对特定的人或事采取具体措施的行为，其行为的内容和结果将直接影响某一个人或组织的权益。具体行政行为最突出的特点就是行为对象的特定性和具体化，属于某个个人或组织，或者某一具体社会事项。具体行政行为一般包括行政许可与确认行为、行政奖励与行政给付行为、行政征收行为、行政处罚行为、行政强制行为、行政监督行为、行政裁决行为等。

抽象行政行为与具体行政行为不仅是行政法学理论上的一种划分，而且也是法律制度所采用和确认的一种划分方法。比如，我国《行政诉讼法》和《行政复议法》就是以“具体行政行为”为标准来规定行政诉讼和行政复议的对象。因此，划分抽象行政行为与具体行政行为具有重要的法律意义和理论意义。

首先，它对确定和判断行政复议和行政诉讼的受案范围具有重要作用，决定着公民、组织对行政行为不服能否提起行政复议和行政诉讼。因为，只有具体行政行为才有可能进行复议和诉讼，而抽象行政行为就不属于复议和诉讼的受案范围。所以，两种行政行为之间的法律救济与监督途径是有所区别的。

其次，抽象行政行为与具体行政行为的主体、内容及效力的法律规定也是有所区别的。一般说来，抽象行政行为的主体要求比较严格，行为内容比较广泛、概括，法律效力具有普遍性和相对稳定性，而具体行政行为的主体具有一定的普遍性，即所有行