

教育部人文社会科学研究青年基金项目
项目批准号：14YJC820021

胡晓军 / 著

XINGZHENG MINGLING YANJIU
CONG XINGZHENG XINGWEI XINGTAI DE SHIJIAO

行政命令研究

——从行政行为形态的视角

在中国现行法律体制中，行政命令受法律控制的程度较小，随时都有侵害公民合法权益的可能。本书通过对我国现行法律中命令性规范的全面梳理，从语义、结构、功能等方面对行政命令规范进行了深刻剖析，提出了行政命令规范的典型模型。



法律出版社 | LAW PRESS

教育部人文社会科学研究青年基金项目
项目批准号：14YJC820021

胡晓军 / 著

XINGZHENG MINGLING YANJIU
CONG XINGZHENG XINGWEI XINGTAI DE SHIJIAO

行政命令研究

——从行政行为形态的视角



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政命令研究:从行政行为形态的视角/胡晓军著.—
北京:法律出版社,2017.3
ISBN 978-7-5197-0584-8

I. ①行… II. ①胡… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第024991号

行政命令研究
——从行政行为形态的视角

胡晓军 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2017年2月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨昆玲
印刷 固安华明印业有限公司

印张 16.75 字数 228千
印次 2017年2月第1次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张健伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0584-8

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

行政命令行为是规制行政中最为典型的行政行为之一。行政命令规范在现行法律法规中大量存在的事实,充分地反映了行政命令在行政活动中的普遍性,也反映出行政命令对公民生产与生活影响的深刻性。开展行政命令专题研究,对于完善行政命令立法,规范行政命令行为,保障公民权益有着重要的现实价值。

总体来看,对于行政命令主要有两种认识:一是从普遍性行为规则的角度界定,二是从具体行政决定的角度界定。作者胡晓军博士在对各类形态分析比较的基础上,将本书的研究重点确定为作为行政决定形态的行政命令,是符合我国行政命令现实状态以及行政法学体系研究需求的。通读全书,我认为本书主要有以下几方面创新:

第一,多角度考察行政命令表现形态,全面梳理行政命令法律规范,确立了行政命令规范典型模型。行政命令在我国行政法律规范中主要以“命令”和“责令”的形式出现。由于我国法学界对行政命令缺乏系统的研究,以及立法机关对行政命令规范表述的规范性、统一性缺乏应有的关注,致使现有的行政命令法律规范存在概念不统一,使用不规范等问题。作者不仅对不同语境下的行政命令进行了全面深入的综述与剖析,而且还运用实证分析与规范分析相结合的方法,对我国现行法律中的行政命令规范进行了全面的梳理,进而根据规范结构将行政命令规范细分为五种类型,即无约束单一责令结构、有约束单一责令结构、选择并处结构、条件并处结构、当然并

处结构,并分析不同结构类型的功能及适用情形。在此基础上,提出了行政命令规范的典型模型,即以“有约束单一责令结构”为基础,构建“行政命令+‘拒不……’+制裁措施”的典型行政命令规范模式。

第二,以类型理论为方法论基础,构建以“中心价值”为核心,基本特征为补充的行政命令类型体系。由于我国行政法制形成及行政法学研究起步较晚,对于行政命令型式化的研究和实践尚未充分展开。行政命令犹如尚未套上缰绳的野马,随时有侵害公民合法权益的可能。因此,行政命令的型式化有理论和实践的必要性。作者针对概念思维方法的局限性,以类型思维这一法学方法论为基础展开,通过对行政命令在现实生活中形态的考察,将行政命令分为“规则性命令”和“补救性命令”,并抽象出行政命令类型的“中心价值”,即“通过指令迫使相对人履行义务来维护行政秩序”,构建了以“中心价值”为核心,以基本特征为补充,与其他行政行为相区别的行政命令类型体系。基于价值同一性的行政命令类型的构建不仅迎合了行政行为复杂多样的社会现实,而且为行政命令与其他行政行为的界分提供了有效的检验标准。

第三,以行政命令法律救济为出发点,深入论证行政行为的独立性与吸收性,初步提出行政行为关系理论。行政行为类型之间不是孤立分隔的,而是相互渗透交叉的。从法律效果或者法律救济层面考察,行政行为类型之间存在吸收与被吸收的关系。行政行为的吸收是指行政主体实施的数个不同类型的行政行为,其中一个行政行为类型是另一行政行为类型实现的手段或方法,从而导致一个行为类型被另一行为类型吸收,不再独立存在,仅以留存的行政行为类型作为法律适用和责任负担的对象。作者通过论证行政行为独立性的考量因素以及被吸收性的主要特征,初步提出了以行政行为独立性与被吸收性为内涵的行政行为关系理论。

全书充分应用实证与规范分析方法,内容翔实,逻辑严密,富有创新性,体现了作者务实的研究风格和扎实的研究能力。本书的出版一定程度上弥补了我国行政命令研究的不足,具有一定的科学价值和理论建树。

胡晓军是我的博士研究生,看到学生的专著付梓出版,我由衷地感到高兴。目前,我国正处于建设法治国家的宏伟历史进程中,我真诚祝愿胡晓军博士在未来的学术道路上继续保持求真务实的学术精神,为法治国家建设添砖加瓦。

是为序。

胡建森

2016年11月

目 录

1 绪论	(001)
1.1 研究缘起	(001)
1.2 研究意义	(003)
1.3 研究方法	(005)
1.4 研究框架	(008)
2 行政命令的涵义:无所适从的概念丛林	(010)
2.1 社会生活语境下的行政命令	(012)
2.2 行政公文语境下的行政命令	(014)
2.2.1 行政公文命令的历史沿革	(015)
2.2.2 行政公文命令的发布主体	(016)
2.2.3 行政公文命令的类型	(018)
2.3 大陆法系国家和地区的行政命令	(021)
2.3.1 德国行政法学中的行政命令	(022)
2.3.2 法国行政法学中的行政命令	(023)
2.3.3 日本行政法学中的行政命令	(025)
2.3.4 韩国行政法学中的行政命令	(026)
2.3.5 台湾地区行政法学中的行政命令	(028)
2.4 普通法系国家的行政命令	(032)
2.4.1 美国法律体系中的行政命令	(032)
2.4.2 英国法律体系中的行政命令	(033)
2.5 我国行政法理语境下的行政命令	(034)
2.6 小结:基于行政决定形态的行政命令	(036)

3 行政命令的法规范考察	(038)
3.1 “命令”法律规范分析与探讨	(039)
3.1.1 “命令”法律规范考察	(039)
3.1.2 行政性“命令”规范的类型分析	(041)
3.1.3 “命令”规范的语境与功能分析	(044)
3.1.4 行政性“命令”规范的检讨与建议	(051)
3.2 “责令”法律规范分析与探讨	(053)
3.2.1 “责令”法律规范考察	(053)
3.2.2 外部行政责令行为规范的类型归属	(062)
3.2.3 责令行为规范结构分析	(072)
3.2.4 行政责令规范的检讨	(079)
3.2.5 行政责令行为典型立法模型构建	(082)
3.3 小结:法律规范的规范化	(085)
4 行政命令基础理论:以类型理论为基础的建构	(087)
4.1 行政命令型式化的现实依据	(087)
4.1.1 行政命令法律规制的方式选择	(088)
4.1.2 行政命令型式化的“成熟标准”	(089)
4.2 行政命令型式化的理论基础	(091)
4.2.1 传统行政行为理论	(091)
4.2.2 传统行政行为理论的局限性	(095)
4.2.3 传统行政行为理论的重构与修正	(096)
4.2.4 行政行为型式化的功能	(099)
4.3 行政命令型式化的路径	(100)
4.3.1 行政行为型式化的模式选择——概念涵摄抑或 类型归属	(100)
4.3.2 行政命令型式化的基本思路	(104)
4.4 行政命令型式化的实现	(106)

4.4.1	行政命令的学理界定	(106)
4.4.2	行政命令类型的事实范围	(109)
4.4.3	行政命令类型的“中心价值”	(114)
4.4.4	行政命令类型的基本要素	(117)
4.4.5	行政命令与其他行政行为的关系	(120)
4.5	小结:基于价值同一性的行政命令类型	(124)
5	行政命令的范围:以命令相关行为属性分析为基础	(127)
5.1	责令改正的法律属性分析	(127)
5.1.1	责令改正法律属性的不同解说	(128)
5.1.2	责令改正的法律属性	(131)
5.2	责令停止行为的法律属性分析	(134)
5.2.1	现实的困境	(134)
5.2.2	属性界分的基准	(137)
5.3	责令赔偿法律属性分析	(141)
5.3.1	责令赔偿引发的争议	(141)
5.3.2	公权力对私权的干预	(142)
5.3.3	责令赔偿的属性与发展趋势	(144)
5.4	任免令的法律属性分析	(147)
5.4.1	对公务人员的任免	(147)
5.4.2	对企业负责人的任免	(149)
5.5	职务命令的法律属性分析	(153)
5.5.1	副县长的电话指示案	(153)
5.5.2	内部行政行为的外化	(154)
5.6	小结:命令相关行为属性的澄清	(156)
6	行政命令法律制度构建	(160)
6.1	行政命令的设定	(160)
6.1.1	行政权设定的正当性与考量因素	(160)

6.1.2	行政命令设定的依附性	(164)
6.1.3	行政命令设定的权限	(164)
6.2	行政命令的程序	(166)
6.2.1	程序正义与行政程序	(166)
6.2.2	自然公正与正当程序对行政程序的影响	(168)
6.2.3	行政命令的程序控制	(170)
6.3	行政命令的执行	(176)
6.3.1	行政命令执行的困境	(176)
6.3.2	行政命令的可执行性	(178)
6.4	小结:法律对行政命令的控制	(184)
7	行政命令的救济	(186)
7.1	行政命令的独立性与吸收性	(186)
7.1.1	行政行为的独立性	(186)
7.1.2	行政行为的吸收性	(188)
7.1.3	行政命令的独立性与被吸收性	(191)
7.2	行政命令的可诉性	(193)
7.2.1	可诉的范围与标准	(194)
7.2.2	可诉的司法审查依据	(198)
7.2.3	行政命令可诉性的司法实践	(199)
7.3	小结:获得救济的权利	(202)
8	结语	(205)
附录1	现行宪法法律规范中“命令”条款统计表	(207)
附录2	现行法律规范中“责令”条款统计表(部分)	(228)
参考文献	(247)

插图和附表清单

图 2.1	韩国行政行为中的行政命令	(027)
图 2.2	我国台湾地区“行政命令”类型关系	(031)
图 3.1	现行法律中包含“命令”条款分布	(039)
图 3.2	包含行政性“命令”的法律规范类别分布	(042)
图 3.3	包含“责令”的法律规范分类	(054)
图 3.4	外部行政责令规范类型分布	(069)
图 3.5	行政命令性责令行为规范类型分布	(071)
图 3.6	行政命令性责令行为规范结构类型	(075)
图 4.1	行政命令与行政行为关系	(112)
图 4.2	命令类型关系	(114)
图 6.1	单一命令规范的约束性比较	(178)
表 3.1	法律规范中命令与其他词汇连用情况	(046)
表 7.1	行政行为吸收类型的比较	(191)
附录 1	现行宪法法律规范中“命令”条款统计表	(207)
附录 2	现行法律规范中“责令”条款统计表(部分)	(228)

1.1 研究缘起

2001年4月,江苏省泗洪县政府批准建明食品公司为生猪定点屠宰单位。建明食品公司的生猪被屠宰前后,依法应由泗洪县兽医卫生监督检验所(以下简称县兽检所)进行检疫、检验。2003年5月22日,泗洪县政府分管兽医卫生监督检验工作的副县长电话指示县兽检所,停止对县肉联厂以外的单位进行生猪检疫。建明食品公司报请县兽检所对其生猪进行检疫时,该所即以分管副县长有指示为由拒绝。建明公司的生猪无法屠宰和上市销售,被迫停业。建明食品公司认为,分管副县长的电话指示侵犯其合法权益,遂提起行政诉讼。泗洪县政府答辩称:县生猪办《屠宰管理通知》要求,所有猪肉经销户一律到定点屠宰厂(县肉联厂)屠宰生猪。分管副县长电话指示停止对县肉联厂以外单位的生猪进行检疫,正是为贯彻落实通知,这是行政机关内部的行政指导行为。^①

本案中争议的焦点是如何评价分管副县长的电话指示行为。江苏省高级人民法院认为:分管副县长针对特定事项、特定对象的指示,对内、对外均发生了效力,该行为实质是带有强制性的行政命令。本案被诉行政行为(分管副县

^① 案例来源:北大法意中国裁判文书库,《江苏省泗洪县建明食品有限责任公司与江苏省泗洪县人民政府》,载 http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=63311,2012年2月22日。

长的电话指示)具有诸多独特特征:(1)该行为是行政机关内部上级对下级作出的,并产生了对内约束下级,对外影响法人合法权益的实际后果;(2)该行为既不是行政示范和倡导,也不具有咨询、建议等作用,不具有行政指导性;(3)该行政行为采用口头的方式作出。考察该行政行为,我们需要明确分管副县长电话指示的行为究竟是一种什么样的行政行为?是否属于人民法院行政诉讼受案范围内的可诉行政行为?

1999年11月1日,龙泉市经济委员会作出龙经(1999)82号通知,任命周伟平同志为龙泉市宝剑厂厂长。龙泉市宝剑厂徐承业等26名职工认为,龙泉市经济委员会作出的具体行政行为侵犯了企业经营自主权,于1999年11月26日向法院提起行政诉讼。^① 本案中,龙泉市经济委员会对龙泉市宝剑厂厂长任命的行为属于什么性质的行政行为是双方争执的焦点。审理本案的浙江省丽水地区中级人民法院并没有对上述理论问题进行深入分析,只是确认经济委员会任命厂长的行为侵犯了企业经营自主权,其具体行政行为违法。我们需要关注的是该任命行政行为是内部行政行为还是外部行政行为,此类以任命形式出现的具有一定授权特性的行政行为是否属于行政命令的范畴?

2005年8月丙开办的砂石场采矿许可证有效期满。2005年9月8日,群众反映丙仍在开采砂石,乙县国土资源局立案并调取了丙违法采矿的证据,于2005年9月12日下发了《责令停止矿产违法行为通知书》,责令丙“立即停止矿产违法行为,听候处理”。丙于2005年9月22日向乙县法院提起行政诉讼,要求撤销乙县国土资源局作出的停止矿产违法行为通知。乙县法院通过审理,维持了乙县国土资源局的具体行政行为。丙不服上诉到中级法院。中级法院审理后于2006年4月11日以程序违法、适用法律错误为由撤销了县法院的判决和乙县国土资源局作出停工通知的具体行政行为。^② 原告和二审法院认为,

^① 案例来源:北大法意中国裁判文书库,《龙泉市经济委员会与龙泉市宝剑厂徐承业等26名职工》,载 http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=16367,2012年2月22日。

^② 谭宁棠:《从一纸责令停止矿产违法行为通知书引发的思考》,载《国土资源》2006年第7期,第46~47页。

该通知是责令停产停业的行政处罚,应适用行政处罚的听证程序。乙县国土资源局则认为该通知属行政机关依法行使对继续违法行为的制止权,不属于行政处罚。乙县国土资源局作出的责令停止矿产违法行为通知的行为究竟是行政处罚还是行政命令?本案中行政主体对行政相对人设定了不作为的义务,对行政相对人的权利义务产生了重大影响,行政相对人不履行义务可能引起被制裁的后果。此类行政行为,难以归类于已经型式化了的行政处罚行为、行政强制行为、更不属于行政许可行为,那么此类行政行为具有什么样的价值内涵?其事实构成和法律效果又如何?其是否有确定的范围?是否具备型式化的条件?其应当遵循什么样的行政程序?是否具备独立的可诉性?

奥托·迈耶指出,法治国的所有作用“都是以法律的形式决定的”。为了尽可能地促进这个要求的实现,必须对这些制度作法学上的总结和调整,尽量对它们作出准确的界定,必须详细地依据其具体和可用性对这些概念进行分析,必须重新确定它们之间的关系,必须更丰富并多样化地对它们进行分析。^①上述案例引发了理论与实务界广泛的争议,争议的根本性原因是:由于理论研究的滞后,对于行政命令这一普遍存在的行政行为缺乏科学的、合理的、明确的界定,进而导致对于行政命令行为欠缺体系性的法律制度规制,使其游离于法律的有效控制之外。因此,有必要对此类行为进行相应的研究,以便于进一步规范行政主体行为,保护公民、法人和其他组织的合法权益。

1.2 研究意义

行政行为由行政规定与行政决定构成,行政决定是行政主体通过一定的法律程序形成的针对某一事项如何处理的决定性意思。^②根据我国主流的行政

^① [德]奥托·迈耶著:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第56~65页。

^② 本书不采抽象行政行为和具体行政行为的分类标准,而采行政规定与行政决定。但是为了论述的便利,文中有时仍使用抽象行政行为和具体行政行为的提法。

法学理论,行政决定的行为形态有:行政命令、行政确认、行政许可、行政给付、行政征收、行政征用、行政处罚、行政裁决、行政强制措施、行政强制执行等。在行政决定的研究中,相对于行政许可、行政处罚、行政强制措施等热点行政行为,行政命令的研究并没有得到学者的青睐。

理论上,行为是行政活动的基本要素,对行政行为区分越精细就越能对其进行适法性控制,越能符合依法行政的要求。行政行为型式化的功能可从两方面分析:^①从教义学角度行政行为型式化有以下功能:(1)制度化功能。行政行为型式化具有一种稳定性要素,稳定性要素是建立制度的前提要件;(2)衔接性功能。行政行为型式化后可以和其他法律效果相互衔接;(3)储藏性功能。行政行为型式化有利于储备与该行为有关的案件、特征等,便于行政和司法实务人员适用。从实践角度而言,行政行为型式化具有以下功能:(1)个别化、具体化功能。型式化可以使实体法权利和义务明确化、具体化,有助于法的安定性;(2)明确、简化行政程序。通过型式化行政行为,可以明确简化某类行政程序的规制与认定;(3)确定救济途径。不同类型的行政行为在救济途径上会有所不同。^②

德国行政法学家沃尔夫、巴霍夫、施托贝尔指出,不少教科书着眼于程序法规定,注重行政行为和行政合同的区分,其他活动方式只是作为补充或者附属。这种做法不能充分反映行政活动方式的多样性和近年来的发展。^③胡建淼教授在《行政法》(第三版)中将行政命令作为行政决定的重要形态进行论述。姜明安教授也在其《行政法与行政诉讼法》(第三版)中将行政命令作为行政处理的一种类型进行了介绍。余凌云教授也认为,类型化研究是德国法所擅长的传统方法,行政行为的类型化研究是将在不同领域反复适用,又体现出相同特征的行政行为分门别类,建立一个行政行为的类型。这种类型化的研究有助于

① 有的学者也将行政行为的型式化,称为行政行为类型化、行政行为模式化。

② 赖恒盈著:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,元照出版公司2002年版,第55~58页。

③ [德]汉斯·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第7页。

对相同类别的行政行为进行统一规范,简化法院识别过程。^①

行政命令的研究不仅对行政行为的型式化研究有重要的理论意义,而且对规范行政行为,保障公民权利有着重要的实践意义。行政执法中存在大量命令行为,以致“行政命令是官员的最爱,是行政官员得心应手的利器”。笔者通过“北大法意法规数据库”检索“责令”一词,排除失效、已修订、已修正的法律、法规,在现行有效的法律、法规中,包含“责令”的法律242件、司法解释231件、行政法规733件、部委规章7871件、地方性法规86,198件。^②虽然并不是所有包含“责令”的法律、法规均属于行政法的范畴,也并不是所有包含“责令”的法律规范都属于行政命令的范畴。但这一数据仍可以明显地反映命令行为在法律规范中的普遍性,同时也充分显示出行政命令对公民的生活有着多么深入的影响。对行政命令进行型式化研究,界定行政命令的边界、规范行政命令程序、完善行政命令救济,对规范行政命令行为,保障公民权利有着重要的现实价值。

在中国的现有行政法律体制中,行政命令无疑是一匹尚未套上缰绳的“野马”,随时都有践踏公民合法权益的可能。行政命令的概念如何界定、行政命令的表现形式有哪些、行政命令与行政决定的其他形态如何区分、行政命令应遵循何种程序规范、行政命令应如何救济等诸如此类的问题,亟须纳入行政法学者的视野。行政命令研究是行政行为类型化、体系化研究的重要环节,也是在当代中国行政程序法制缺失的情势下,实行依法治国、依法行政的必由之路。

1.3 研究方法

本研究课题主要运用以下基本方法,对行政命令进行研究。

首先,采用系统论证的方法。系统是由相互作用的各种要素组合而成的复

^① 余凌云著:《行政法讲义》,清华大学出版社2010年版,第216页。

^② 检索日期为2016年8月30日。该数据库检索结果中的“宪法法律”还包含全国人大常委会发布的关于修改部分法律的决定等数据。

合体。在系统中,系统与要素、系统与环境、要素与要素之间存在相互交织的复杂的因果关系,正是这些相互关系使系统具有整体性、层次性、等级性、相关性、有序性和协调性等特征。^① 系统研究的方法应遵循提出问题、确定系统、系统分析、建立模型、系统识别、系统的实现等六个步骤。任何问题的研究都不可孤立于它所处的外部环境,对行政命令的研究要注重行政命令系统内部的要素与结构,同时也绝不可忽视行政命令外部环境对系统的巨大影响。只有将行政命令作为一个系统和整体,作为一个动态的过程,才能把握构成要素间的逻辑关系,才能正确认识不同层面行政命令的内在关系,才能促进彼此之间的良性互动。

其次,采用规范分析与实证分析相结合的方法。规范分析方法是与实证分析方法是相联系的研究方法。规范分析方法是一种与价值相联系的方法,是从应然角度研究问题的方法,重点解决研究对象的正当性问题。实证分析方法是一种与事实相联系的研究方法,是从实然角度研究问题的方法,重点是对研究对象进行现实性描述。规范分析与实证分析是两种不可分割的研究方法。实证分析方法主要解决日常生活中在什么意义什么语境下使用研究对象相关的概念问题,规范分析方法解决一定的概念应当在什么意义下使用的问题。在法学研究领域,法律规范本身具有两面性,一方面法律是一种包含价值的理念上的存在,另一方面法律又是一种实际存在的社会现象。罗斯柯·庞德认为,法律是一种社会制度,是社会控制的一种手段,法律既是由理性发展了的经验,又是由经验证明了的理念。“价值问题虽然是一个困难的问题,它是法律科学所不能回避的,即使是最粗糙的、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种相互冲突和相互重叠的利益进行评价的某种准则。”^② 法律的研究与应用者应时刻处于在“应然”与“实然”的流转往返之中,才能准确地评价法律理论、具体适用法律。本书在研究过程中,以行政命令法律规范的

① 方宝璋著:《社会科学应用方法论》,经济日报出版社2008年版,第130页。

② [美]罗斯柯·庞德著、沈宗灵著:《通过法律的社会控制——法律的任务》,董世忠译,商务印书馆1984年版,第55页。