



浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

行政权限的结构性变革： 行政越权理论的一种前言

Xingzheng Quanxian De Jiegouxing Biange:
Xingzheng Yuequan Lilun De Yizhong Qianyan

林 卉 著

中国社会科学出版社

014036853

D63
275

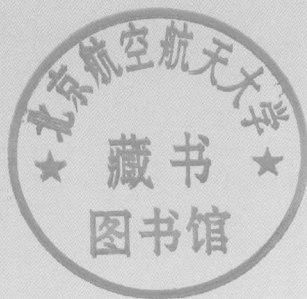


浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

行政权限的结构性变革： 行政越权理论的一种前言

Xingzheng Quanxian De Jiegouxing Biange:
Xingzheng Yuequan Lilun De Yizhong Qianyan

林 卉 著



北航

C1725104

中国社会科学出版社

D63
275

图书在版编目(CIP)数据

行政权限的结构性变革：行政越权理论的一种前言 / 林卉著. —北京：
中国社会科学出版社，2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3731 - 4

I. ①行… II. ①林… III. ①行政权力 - 研究 - 中国 IV. ①D63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 294042 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
特约编辑 乔继堂
责任校对 石春梅
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名：中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 11 月第 1 版
印 次 2013 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 12.75
插 页 2
字 数 212 千字
定 价 35.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换
电话：010 - 64009791
版权所有 侵权必究

■ 浙江省哲学社会科学规划后期资助课题（立项号：12HQ03）

序

“行政权限”是行政法学理论中的一个核心概念，也是各国行政法上的一项重要制度。我曾在《行政法学》一书中，将“行政权限”界定为“行政主体行使行政职权时所不能逾越的法定范围和界限”，亦认同行政权限理论是行政越权理论之基础。鉴于该书是一本供行政法专业研究生及研习者研读的基础性教材，因此书中对“行政权限”仅仅是作了概念、类型等方面的简要说明，但是，“行政权限”的确是一个非常值得进行深入研究行政法学基本理论问题。这一问题在国外可以说已经被研究得十分透彻，尤其是英、法、德、美等国，对“行政权限”的研究已长达一个多世纪，并在此基础上形成了各具特色的“行政越权”理论。遗憾的是，有关“行政权限”的论著在国内却并不多见。

我一直希望在我的学生中能有人以“行政权限”作为博士学位论文的选题，将此看似一个小“点”，实则却是一汪深“泓”的问题研究得明白透彻。2008年，林卉接受了我的建议，以建构起一套完整的“行政权限”理论框架作为她在攻读博士学位期间的主要目标。这一过程的开头是晦涩而艰辛的，因为几乎很难找到直接针对“行政权限”问题的系统的研究成果，然而，这同时也为她的研究课题留出了较大的发挥空间。在整个研究过程中，我极少以自己的理解模式去束缚她的思维进路，而仅仅是鼓励她尽可能广泛地探究和学习域内外各种“行政越权”理论的基础，而后尽可能回到域内学术、规范和判例语境中来阐释“行政权限”。虽然这样的指导方式极有可能会使得她最后的成文与学界对“行政权限”已有的理解大相径庭，不过，正如古语曰“授人以鱼，不如授之以渔”，博士论文写作的目的并非是得出某个一鸣惊人的答案，而是勇于面对问题并且踏上值得为之奋斗较长一段时间的探究之路。

《行政权限的结构性变革》一书，是林卉在其博士学位论文的基础上

修改补充完成的。该书对“行政权限”从语源的产生开始,到概念、结构、理论基础、要素、划定等作了较为系统、完整的理论建构,最后回归到中国语境中,对建立在“行政权限”理论之上的“行政越权”理论亦做了初步探究。虽然,本书在成文技巧和方法论的运用上显得青涩,理论的厚重感还有待加强,但是,本书也展现了一位青年学人勇于面对问题、大胆创新理论的奋进精神,这一点是值得肯定的!

也许,随着时间的推移和时代的变换,任何一个倍受推崇的观点也终究会免不了被替换、被变革,但是,我们应该相信,人们探究新理论、新方法的创新精神永远不会消逝。希望本书的出版能够引起更多学者、尤其是青年学人对行政法学基本理论问题的关注和探究。

胡建森

2013年10月8日

前 言

本书以现代社会行政权力的扩张和对行政权力的规范这两种需求之间的关系为问题意识,将行政权限及其划定作为认识与解决这一问题的切入点展开论述。书中首先重新界定了行政权限的概念,并对行政权限的理论基础进行了梳理,提出以一般法原理、宪法和法律授权的目的与范围、法规范及其表达、行政自我约束机制等作为行政权限的四个要素;在此基础上,借鉴行政行为的功能化分类方法,将行政权限亦作了相应分类,并分别通过实务案例演示了不同类型行政权限的划定方法;最后,回归到中国问题中,根据行政权限与行政越权理论之间的关系,对中国行政法学中的“越权理论”作了初步探讨,并且作为结论,尝试性地提出了中国式“越权理论”的建构路径。

全书内容可归纳为以下六个部分:

第一部分,说明研究背景和问题意识,归纳有关行政权限问题的研究现状,阐明本书的研究思路和研究方法。

第二部分,在对传统理论中关于行政权限描述的分歧进行分析后,提出了行政权限的规范描述,从意识形态、制度模式和学术认知三个方面对行政权限产生的背景作了归纳。在此基础上,对行政权限的结构和划定范式进行了探讨。

第三部分,根据行政权限的规范描述,分别以德国、英国和美国为例,对行政权限的理论基础及其修正进行了考察,并从法的存在形态及其作用形态的多样化、立宪主义的现代性发展和基本权利的双重性质对行政权限的反证作用三个方面论证了行政权限理论基础修正的正当性。

第四部分,力图以一种新的视角来提炼和阐释行政权限的要素,提出行政权限的要素应当包括法的一般原理、宪法和法律授权的目的与范围、法规范及其表达、行政机关的自我约束机制四个要素,并对其展开论述。

第五部分,借鉴行政行为的“三分法”理论,将行政权限划分为命令性权限、形成性权限和确认性权限三种类型,分别以实务中的典型案例为例,对不同类型行政权限的划定方法及其运用进行了阐述。

第六部分,回归中国问题意识,借助对大量典型案例及审判文书的研究,通过对行政权限与“越权理论”的内在关联、“超越权限”要件的认定、特殊情形中的“超越权限”等问题的分析,以及运用分析实证主义法学的方法对“超越权限”的法律责任及其构造进行了阐述,就中国行政法理论中的“越权理论”的建构进行了前言性探索。

本书期望尝试的创新是:

1. 行政权限是行政法学理论中的重要概念,又与行政法的核心理论“行政越权理论”密切相关,但法学领域对行政权限尚无进行专门研究的先例。本书以行政法的视野,运用宪法学与行政法学的基本原理,对行政权限作了规范描述,提出了行政权限的内层与外层结构理论,并对其划定范式进行了阐述,视角独特,观点新颖。

2. 以德、英、美三国为例,从独特的视角对行政权限的理论基础进行了梳理,并归纳了这一理论演变及其正当性。

3. 将行政权限的要素归纳为适用于行政活动的一般法原理、宪法和法律授权的目的与范围、法规范及其表达、行政机关的自我约束机制。

4. 借鉴行政行为的分类理论,将行政权限区分为命令性权限、形成性权限和确认性权限三种类型,并通过实务案例对类型化行政权限的划定方法及其运用进行了阐述。

5. 回归到构建中国行政法学中的行政越权理论,通过分析行政权限与“越权理论”的内在关联,创造性地提出并分析了认定“超越权限”的主体要件、行为要件和价值要件。

当然,本书亦无可避免地存在一些未尽之处——

其一,虽然本书尝试以一般法原理、宪法和法律授权的目的与范围、法规范及其表达、行政机关的自我约束机制四要素取代了传统理论中的事务、地域、时间等要素,但是,首先,这一归纳是建立在对主张行政权限即行政管辖权限的传统理论的批判和认为行政权限包括管辖权权限和裁量权权限的对行政权限的广义理解之上的;其次,上述行政权限的四要素是以裁量权权限为核心提出并作阐述的,但是显然并未穷尽。

其二,本书有关行政权限的划定方法及运用是建立在将行政权限划分

为命令性权限、形成性权限和确认性权限三种类型的基础上的，借鉴了大陆法系德、日等国学者对行政行为的分类理论。但是，在对这种行政权限分类方法的适当性的论证，以及基于此而提出的权限划定方法与运用的阐述上显然难称全面，对案例的选用和分析也存在粗糙之处。

其三，由于本书对行政权限采用了最广义的理解，这与我国传统行政法理论中对行政权限的理解尚不统一，因此在论及“中国式”行政越权理论的构建时，与当下《行政诉讼法》中所确立的司法审查标准亦不完全贴合。

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 问题的提出	(1)
一 作为基本概念的“行政权限”	(2)
二 “行政权限”与行政越权理论的关联	(4)
第二节 研究综述	(5)
一 理论基础：法律保留原则及其修正	(5)
二 控权理论：行政权限与行政越权	(10)
第三节 研究思路与方法	(15)
一 研究思路	(16)
二 研究方法	(17)
第二章 行政权限界说	(19)
第一节 “行政权限”概念之厘清	(20)
一 “权限”概念的语源	(21)
二 “行政权限”定义的学术分歧	(23)
三 “行政权限”的规范描述	(28)
第二节 行政权限产生之背景	(31)
一 意识形态：自然权利与政府权力的边界	(32)
二 制度模式：权力分立与有限政府	(34)
三 学术认知：法律保留原则及其变迁	(37)
第三节 行政权限的结构	(39)
一 行政行为效力结构的改变	(40)
二 行政权限的传统型结构	(44)
三 行政权限的现代型结构	(47)
第四节 行政权限划定之范式	(49)

一	权限内层：管辖权权限与裁量权权限	(49)
二	权限外层：基本权利保障与公共利益实现	(52)
三	构建范式：原则、规则与制约机构	(54)
第三章	行政权限之理论基础及其修正	(57)
第一节	法律保留原则的规制密度与阶梯结构	
——	立足于德国的观察	(58)
一	“重要性理论”及其学术批判	(60)
二	法律保留原则的限缩	(61)
三	法律保留原则对现代行政权发展的回应	(63)
第二节	红灯理论、绿灯理论与黄灯理论	
——	立足于英国的观察	(64)
一	红灯理论：戴雪法治观的影响	(65)
二	绿灯理论：对行政权控制模式的转变	(66)
三	黄灯理论：中间路线与司法角色的回归	(68)
第三节	“混合型行政”与司法技术的改进	
——	立足于美国的观察	(69)
一	“禁止授权主义”的破解与重构	(70)
二	戴维斯理论的指引与司法技术改进	(72)
三	“混合型行政”的挑战	(74)
第四节	行政权限理论基础修正之正当性	(76)
一	法的存在形态及其作用形态的多样化	(77)
二	立宪主义的现代性发展	(79)
三	基本权利双重性质对行政权限的反证作用	(80)
第四章	行政权限的要素	(83)
第一节	适用于行政活动的一般法原理	(83)
一	法的技术性约束原理	(84)
二	表现了一般法原理的原理	(86)
三	平等对待原则和比例原则	(87)
第二节	宪法、法律授权的目的与范围	(89)
一	宪法原则及其价值决定之表达	(90)
二	法律授权的内容、目的与范围	(92)
三	立法者的意图与法律的精神	(95)

第三节 法规范及其表达	(98)
一 组织规范、规制规范与根据规范	(98)
二 行政权限在法规范中的表达	(101)
三 法规范的竞合	(103)
第四节 行政机关的自我约束机制	(106)
一 政策考量	(107)
二 科学的专门技术考虑	(110)
第五章 行政权限的划定	(113)
第一节 命令性权限的划定	(114)
——以“宁波大福园敬老院取缔案”为例	(114)
一 命令性权限中法的价值及一般法原理的体现	(116)
二 命令性权限中对上位法规范及相关政策的考量	(118)
三 命令性权限中基于目标合理性与价值合理性的衡量	(120)
第二节 形成性权限的划定	(121)
——以“樵彬诉深圳市公安局车辆管理所案”为例	(121)
一 实体上的法判断	(122)
二 程序上的法判断	(124)
三 形成性权限中对第三人权利的保护	(125)
第三节 确认性权限的划定	(127)
——以“城市居民最低生活保障制度”为例	(127)
一 对不确定法律概念的判断	(128)
二 对法律效果裁量的把握	(130)
三 法律保留原则在确认性行政行为中的适用	(132)
第六章 中国行政法学中的行政越权理论之构建	(135)
第一节 行政权限与行政越权理论的内在关联	(136)
一 比较法视野中的行政越权理论	(136)
二 对《行政诉讼法》中“超越职权”及其适用的反思	(141)
三 “超越权限”内涵的初步分析	(143)
第二节 “超越权限”之认定要件	(145)
一 认定“超越权限”的主体要件	(146)
二 认定“超越权限”的行为要件	(148)
三 认定“超越权限”的价值要件	(150)

第三节 特殊情形中的“超越权限”	(152)
一 “紧急行政”中的“超越权限”	(152)
二 “善意行政”中的“超越权限”	(154)
三 “私法行政”中的“超越权限”	(155)
第四节 “超越权限”的法律责任	(156)
一 作为规范性概念的“法律责任”	(157)
二 “超越权限”的法律责任及其构造	(159)
附录一 部分城市居民最低生活保障待遇享受条件对照表	(162)
附录二 湖南省规范行政裁量权办法	(168)
参考文献	(178)
致谢	(191)

第一章

导 论

第一节 问题的提出

作为实现宪法价值的技术法而存在的行政法,^①其一切制度都是围绕行政权力的控制和个人基本权利保障而建立的^②——防止行政权力滥用,实现维护公民基本权利与自由的目标,这也是宪法发展至今不变的价值核心。

随着“给付行政”、“福利国家”的推进,对国民自由的实现“不再仅系免于国家之干预,而系分享国家之给付”,^③行政活动被要求对国民生活状态进行全面和积极的考虑。尤其是20世纪中后期开始,行政活动的任务飞速增加、行政部门在形成与决定国家之政策、国民之福利方面扮演着中心角色,行政权也呈扩大化趋势。虽然立宪主义是以国家不干涉国民生活、确保个人自由和限制国家权力的消极主义权力观为前提的,但其对个人权利与自由的保障,与“福利国家”、“给付行政”的价值目标并无二致,这也可以说是立宪主义的现代性意义^④。

在“给付行政”和“福利国家”背景下,行政权力的扩张成为社会客观的需要,法的作用形态也呈现出多样化,裁量权成为行政权的核心。虽然,就传统而言,行政权力的范围与界限主要是根据法规范的授权得以明确的,但无论是理论上还是实务中,由议会立法对行政活动进行细微末节的、穷尽式的授权,既难以实现,也并不科学。行政权力必须获得更为

① [日] 盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第49页。

② 孙笑侠:《法律对行政的控制》,山东人民出版社1999年版,第24页。

③ 吴庚:《行政法之理论与实用》(增订八版),中国人民大学出版社2005年版,第56页。

④ [日] 芦部信喜:《宪法》(第三版),林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第13—

灵活的范围与界限。

“行政权限”是行政法学理论中的一个重要概念，也是各国行政法上的一项重要制度。如何正确理解“行政权限”这一概念？“行政权限”由哪些要素构成？如何在不同类型的行政活动中划定行政权限？基于行政权限理论，如何形成中国行政法学上的行政越权理论？上述种种，正是本书所要呈现的问题。

在关于“行政权限”理论研究中，还需要考虑到的因素是，由于现代社会行政权力的扩张化趋势和法规范授权的模糊性，行政机关需要通过制定程序规则和裁量基准等方式完成权力的自我约束，并且，在一些技术性、政策性问题的判断上，行政机关的决断通常也受到法院的尊重。上述因素也会对行政权限的划定产生影响，如果采取忽略态度，就会导致无法精确把握公权与私权之间关系的现代化发展、限缩人权保障范围以及阻碍现代行政法的价值目标有效实现等弊病。

此外，由于国内学界和实务界对“法治主义”、“法律保留原则”等行政权限之理论基础的研究仍停留在接纳、借鉴有余而修造不足的状态，对“行政权限”这一概念的界定不清，基于此概念展开的对“越权理论”的研究也就无法纵深，加之受到《行政诉讼法》第54条所限定的司法审查标准的影响，对实务中日益多样化行政活动瑕疵难以作出及时回应。上述种种问题，都不利于形成中国自身的行政法传统。

一 作为基本概念“行政权限”

“行政权限”在国内几乎每一部行政法学教科书或论著中都不可避免地被作为一个基本概念而论及，然而却鲜有学者对这一概念的使用进行过规范的整理，“行政权限”一词使用之随意性及其与相近概念的混用情况大量存在，即使是在同一论著中也往往存在前后矛盾的问题。造成“行政权限”概念不清的因素包括行政法学发展初期对基本概念政治化描述所遗留的影响，以及在引进域外行政法理论时翻译、转译时的疏忽和不严谨等。正如哈特、拉兹等学者所指出的，“法学和法律实践中的许多混乱是由于不正确地使用概念引起的。如果精确地解释和确定法律概念的定义，就能够更精确地描述法律现象，正确地进行法律推理”。^①因此，厘清

^① 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第288页。

“行政权限”的概念是解决问题的第一步。

行政部门的“权限”一词在英语中多以“authority”表示,^①根据《布莱克法律大词典》(第七版)的解释,“authority”有两层含义:一是法律授予行政机关的权力,可合法地对他人行为产生作用;二是政府的权力或管辖权(在法院的审查权范围内)。^②

在国内的行政法学教材和著作中,“行政权限”往往被狭义地界定为行政机关的管辖权,包括地域、事务和层级等类型,学界对“行政权限”一词使用也并不统一,常常被作为“行政职权”、“行政职责”的同义词而与之混用。^③划定“权限”的本意乃是通过宪法与法律对行政机关的权力配置,谋求实现公共行政功能和人权保障目标,“行政职权”与“行政职责”两者在分析法学层面上具有依存关系,^④也与“行政权限”紧密相关,“行政权限”实际上是“行政职权”与“行政职责”的运用范围与界限,三者并非完全同义。将“行政权限”狭义地理解为“行政管辖权”亦有概念界定过窄之嫌,^⑤因为“管辖权”是一个二维概念,而“权限”则有纵深含义,并非平面坐标所能框定。

我们认为,行政权限是行政机关行使行政职权时所应遵循的范围与界限。行政权限应当包括内层界限与外层界限两个部分:行政权限的内层部

① 根据全国人民代表大会官方网站公布的《立法法》、《国务院组织法》、《政府信息公开条例》等法律法规的英文对照版,对条文中的“权限”一词也均使用“authority”表示。网址: <http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/index.htm>。

② See Black's Law Dictionary, seventh edition, ST. PAUL, MINN., 1999, pp. 127-128.

③ 姜明安教授主编的《行政法与行政诉讼法》一书中,将行政超越职权区分为职权僭越和逾越权限,前者指行政权对立法权、司法权等其他性质权力的僭越,后者则定义为“行政机关对某类事项虽有主管权,但超越了必要限度等情况。例如,对相对人超过法定幅度予以罚款等”。这一定义表明作者实际上将“权限”作为行政机关职权的同义词。参见姜明安主编《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第381页。

④ Wesley Newcomb Hohfeld, Some Foundation Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, *The Yale Law Journal*, Vol 23, No. 1, 1913, pp. 16-59.

⑤ 有学者将“行政职权”区分为“权限”与“权能”,并进一步将“职权逾越”区分为“权限逾越”与“权能逾越”,在理论上具有积极意义,但实践中“权限逾越”与“权能逾越”往往交织在一起难以区分。“权限逾越”必然导致“权能逾越”,而“权能逾越”也往往与“层级权限逾越”或“事务权限逾越”发生重合。参见朱新力《论行政超越职权》,载《法学研究》1996年第2期,第112—121页。

分可以从行政合法性意义上进行理解，它划定了不同的行政主体之间在管辖权上的分工，也为行政主体选择行政活动的内容和形式划定了标准；行政权限的外层部分则需要从行政合理性意义上进行剖析，它为行政主体对行政活动所应当达成的效果和追求的价值提供了依据。行政权限的内层界限与外层界限在一定情况下互相渗透，例如，对行政活动内容的选择错误，可能会直接导致行政活动无法达到最佳效果或无法实现对价值的保障。权限内层一般以实定法为依据，而就权限的外层而言，实定法的明文规定以外的其他理性因素也具有重要的依据价值。

二 “行政权限”与行政越权理论的关联

“行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。”^①也正因为如此，“越权理论”成为行政法学发展的主线，无论在大陆法系或英美法系，现代法治国家大多都通过行政法学的研究及其实践形成了一套完整并独特的行政越权理论。

行政权限理论乃是行政越权理论的基础。^②在我国，由于理论上对“行政职权”、“行政权能”、“行政权限”等基本术语的理解和使用仍未达到规范明晰，而实践中对《行政诉讼法》第54条中所设定的司法审查标准之间存在的交叉、重复问题尚未引起足够的关注，因此，在中国行政法学领域始终没有形成完整并适应国情的行政越权理论。有关行政权限的概念、结构、要素的讨论以及对权限划定方法及其运用的展开，都是基于行政越权理论的建构这一目标而进行的。行政权限与行政越权理论至少在三个方面存在着内在关联：首先，作为基本术语，“行政权限”概念的明晰是行政越权理论得以成立的基础；其次，对“行政权限”的结构与要素的分析，是界定“超越权限”这一概念的前提；最后，对行政权限划定方法及其运用的展开，为行政越权理论向行政自我约束技术和司法审查技术的转换作了初步尝试。

需要明确的是，我们认为，“行政职权”与“行政权限”是两个不同的概念，前者侧重于表达行政权力本身的性质与内容，应当理解为行政主体的职能与权力；后者则侧重于表达行政权力运行的范围与界限，

① [英] 威廉·韦德：《行政法》，徐炳译，中国大百科全书出版社1997年版，第5页。

② 胡建森：《行政法学》（第二版），法律出版社2003年版，第438页。