

当代中国行政法

第三卷

应松年 主编



 人民出版社

当代中国行政法

第三卷

应松年 主编



人民出版社

第三编 行政行为

| 第十二章 |

行政行为

曾长期在苏州大学法学院工作，现任山东大学法学院一级教授、博士生导师。兼职：中国法学会行政法学会研究会副会长、江苏省行政法学会名誉会长。主要著作有：《中国行政法基本理论》（独著）、《市场经济、民主政府和法治政府》（个人论文集）、《中国行政程序法典化》（合著）、《中国行政法基本理论研究》（合著）、《中国特色政府法治论研究》（合著）等。发表法学论文 400 余篇，其中中国人民大学书报复印资料全文转载 70 余篇。

第一节 行政行为的概念

行政行为是行政法学体系中一个枢纽性、基础性的核心概念。它是联结行政主体与行政相对人的纽带与桥梁，也是检验行政主体存在合法性、必要性以及要求行政主体承担法律责任的基础。行政主体的存在是以其行为功能为前提的，其合法性、必要性也是以其行为的合法性、必要性为前提的，如果行政主体不能作出行政行为，行政主体就没有存在之必要；如果行政主体之行为不能达到预期的效果，行政主体存在之必要性，也必定遭到质疑。同时，行政主体承担法律责任依据也就是其行为的存在以及产生客观效果为前提。正如学者所言：“行政行为法理论的基础性概念无疑是行政行为，其内涵确定决定着行政行为法理论的体系建构与走向。”^①可见，行政行为概念的科学界定，实际上起着对行政实体法和程序法统领、衔接的功能，也是行政救济法科学性之基础。这里暂且不讨论行政行为是否是行政法学中最核心的概念，但不可否认的是，行政行为存在的学理意义，其行政执法中意义以及其接受司法审查的意义等都明显不容忽视。

反观中国对行政行为课题的研究一直是行政法学界最热门、也是观点纷纭的领域，特别是伴随着我国社会生活的发展，行政活动方式多样化，行政关系复杂化以及新型行政行为的出现等，对行政行为内涵与外延的深刻反思已经成为行政法学发展中的瓶颈问题。正如有的学者指出的：“行政行为概念的明晰，不仅是构筑科学的行政行为法理论体系的逻辑前提，而且更是行政执法和司法审查实践的迫切需要。”^②

① 闫尔宝：《我国行政行为法体系构建的问题与症结》，《国家检察官学院学报》2014年第5期。

② 章志远：《行政行为效力论》，中国人事出版社2003年版，第2—3页。

一、相关国家和地区对行政行为概念的研究

(一) 行政行为概念在大陆法系国家和地区最为流行

1. 法国

行政行为概念最早产生于资产阶级大革命胜利以后被誉为“行政法母国”的法国。法国大革命胜利之后实行“三权分立”体制，在这一政治体制中，行政机关在行政管理活动中针对具体事项作出相应的处理决定，该决定对相对人具有法律上的约束力，被称为“Acte Administratif”，即传统上的行政行为，本质上表现为行政相对人必须服从主权者单方的决定和命令。

19世纪初，Acte Administratif 概念为法国学者普遍接受，而后来受到以狄骥为代表的社会连带主义法学思想影响，尤其是公共服务理论的影响，行政行为概念逐步深化。行政行为不再仅指行政机关的单方处理行为，行政行为作为一种本质上为相对人或更广泛的社会公众提供服务为目的的公务行为，以致不能因为它的权力因素将其定义局限为主权者单方面的命令。^①

目前法国行政行为的含义，由于其使用标准不同而有三种不同的理解。

(1) 以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，以区别于立法机关所采取的立法行为和司法机关所采取的司法行为。这种意义上行政行为称为形式意义或机关意义的行政行为。

(2) 以行为本身的性质和内容为标准，行政行为是适用普遍性规则用于具体事件的行为，以区别于制定普遍性规则的立法行为和适用普遍性规则用于解决争端的司法行为。这种意义上的行政行为称为实质意义上的行政行为。

(3) 以行为的作用为标准，行政行为是行政机关作出的产生行政法上法律效果的行为，以及私人由于法律或行政机关授权执行公务时所采

^① [法] 莱昂·狄骥：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1962年版，第63、469页。

取的某些行为。这种意义上的行为称为功能意义上的行政行为。这是法国目前的通论。其含义包括三点：①行政行为是行政机关的一种法律行为，而不是一种事实行为；②行政行为是发生行政法律效果的法律行为；③行政行为不限于行政机关的行为。

从法国行政行为概念变化的特点来看，行政行为概念可以不断吸纳新的行政活动方式和新的内容，实际上目前法国行政行为已经包括了委任立法、行政合同等活动方式，以适应法国行政法治实践的需要。

2. 德国

德国行政行为概念最初是从借鉴法国的 *Acte Administratif* 而来的，于 1826 年产生了 *Verwaltungsakt* 的概念，当时是指公共行政机关依据公法或私法所采取的一切行政措施。^① 后来由有着“德国行政法之父”之称的著名行政法学家奥托·迈耶（Otto Mayer）对此概念进行修正，行政行为“为行政机关依法针对个别事件所作出的对人民具有公权力之宣示”^②。这一概念在德国产生很大影响，但也引发了很多思考和争论。例如，学者柯俄曼起初曾将行政行为界定为国家机关或公共团体的所有行为。后来，受民法理论的影响，他排除了私法行为、事实行为及准法律行为，仅以具有意思表示即法效意思作为行政行为的判别标准。从上述定义不难发现，德国的行政行为具有三方面特征：是具体行政行为，而不是抽象行政行为；是外部行政行为，而不是内部行政行为；是法律行为，而不是事实行为，因为它以能够引起法律效果为条件。

为便于统一对行政行为的认识与整合，德国于 1976 年进行了《联邦德国行政程序法》的立法。根据《联邦德国行政程序法》第 35 条规定的定义，行政行为是行政机关为规范公法领域的个别情况采取的具有直接的对外效力的处分、决定或其他官方措施。尽管这一概念也遭到批评，例如德国学者巴杜拉等认为，德国传统行政行为概念仅指行政主体针对具体事务根据行为所作出的单方处理行为，带有很强的形式主义

① [印度] M.P.赛夫：《德国行政法》，台湾五南图书出版公司 1991 年版，第 75 页。

② [印度] M.P.赛夫：《德国行政法》，台湾五南图书出版公司 1991 年版，第 75 页。

倾向。他指出,如果仅仅用公权力、强制性和单方性作为标准来界定行政行为,就把许多不具有上述特征的行政活动排斥在行政行为之外了。

尽管德国传统行政行为概念遭到批评,但在德国,这个概念至今仍占主导地位。德国行政法学者毛雷尔在其著作《行政法学总论》中指出:“行政行为是19世纪行政法理论的基础。奥托·迈耶揭示了行政行为的本质特征,至今仍然具有决定性影响。他将行政行为定义为:‘行政机关对相对人在具体事件中作出的决定其权利的优越性的宣示’。理论与实践均普遍以这一定义为据。”毛雷尔将行政行为概念定义为“行政机关对具体事实作出的具有直接外部法律效果的处理行为”^①。该定义概括了行政行为的各项特征(处理、主权上的、具体事件和外部效果),有助于与其他国家活动方式区分开来。但德国在不同时期,行政行为概念的内容处于不断变化的过程。二战之后,随着其他行政管理手段的不断被认识,一些德国行政法学者开始反思。他们认为传统行政行为在理论抽象方面有功,但毕竟失之过窄,Verwaltungsakt之外的其他行政活动应该不断被纳入行政法学研究范围,由此形成了作为更高层次概念的行政行为法体系。^②

3. 日本

日本早在该国明治维新时期就引入了德国行政行为 Verwaltungsakt 概念。但在日本对行政行为概念的理解最后形成最广义说、广义说、狭义说和最狭义说等多种学说,迄今仍有争论。最广义说认为,行政行为包括行政厅所作出的一切行为。这是19世纪初期,行政行为刚刚得以承认时的一种观点。广义说认为:行政行为是指行政厅所实施的所有公法行为。即行政行为是排除事实行为和私法行为以外的行政厅的行为。狭义说认为,行政行为是指行政厅就具体事件所作出的公法行为,不包括行

① [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第181、182页。

② [日] 南博方:《日本行政法》(中译本),杨建顺、周作彩译,中国人民大学出版社1988年版,第33页。

政厅的事实行为、私法行为和立法行为。如：“行政行为是指行政厅为了调整具体事实，作为公权力的行使者，对外部采取的产生直接法律效果的行为。”^① 最狭义说则认为，行政行为是行政厅针对具体事项，行使公权力所为的公法上的单方行政行为。这一概念排除了立法行为、传统的统治行为、公法上的契约行为等。目前，最狭义说为日本最通行的学说。如“行政行为，是指行政厅依法行使行政权，针对具体事实，对外部采取的，能产生直接法律效果，使具体事实规则化、权利义务及其他法律地位确定化的行为。”可见，在日本，行政行为概念也经历了充满争论且逐步发展变化的过程。

在日本，对于行政行为的理解仍然是学术上的用语，学者之间曾出现不少分歧性意见。有的学者认为单方性并不是行政行为的特色，行政行为也并不仅仅作为单方性的行为而使用；行政行为也并不仅仅在规制行政中才可使用，在给付行政中同样也可以使用。日本“行政过程论”持有者认为行政行为作为行政过程的一个阶段在发挥作用，并构成行政法体系的一部分。

4. 我国台湾地区

我国台湾地区对德国行政法和日本行政法的研究一直没有中断，对行政行为的研究也没有中断。但其行政行为理论主要接受日本行政法学理论，对行政行为概念表述也有最广义说、广义说、狭义说和最狭义说四种。最广义说认为凡行政机关的一切行为均属于行政行为，与日本的最广义说相一致。广义说认为，行政行为是行政机关所作的法律行为，包括公法行为和私法行为，而不包括事实行为。狭义说认为行政机关是指行政机关所作的发生公法上效果的行为，不包括私法行为，也不包括行政机关的事实行为，但公法上的契约行为包括在内。最狭义说认为行政行为是指行政机关的单方的意思表示而发生的方法上效果的行为，包括抽象性行为，也包括具体性行为。至于公法上的契约行为则不包括在内。有些台湾地区学者甚至采取回避“行政行为”概念的做法，他们宁

^① 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，第363页。

可用“行政作用”和“行政处分”概念来表达对有关问题的看法，如翁岳生教授指出：“行政作用法是行政法最重要部分，而有关‘行政处分’则为最主要之行政作用，故有关行政处分问题，始终是大陆法系行政法学之中心课题。”但也有学者认为：“行政行为是行政主体所为，以达到行政目的的行为总称。”包括行政立法行为、行政处分、行政契约、行政处罚、行政执行等。^①目前我国台湾地区“行政程序法”第92条第1款规定：“本法所称行政处分，系指行政机关就公法上具体事项所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。”可见，在目前台湾行政法学体系中，行政行为是行政处分这一法律术语的上位概念，而德国、日本的行政行为概念在台湾地区则表达为“行政处分”。综观台湾行政处分概念的研究，在最初阶段，将意思表示作为行政处分的构成要件，而否定准法律行为的行政行为存在，显然有注重行政权而忽视公民权利保护之嫌。随着学术研究的深入和司法实践的不断自我更新，台湾地区的行政法实务开始呈现将行政处分概念外延扩大化的趋势，如将“委托个人或团体行使公权力；公法上金钱给付；对公务员之重大处分；对学生之重大处分；考试之评分；第三人效力处分；多阶段处分；都市计划之个别变更”^②等都逐渐纳入了行政处分的类型范畴。

5. 我国澳门地区

《澳门行政程序法》第102条规定：行政行为是指“行政当局之机关之决定，其目的是在个别具体情况中，依据公法的规定产生法律效果。”其定义与《葡萄牙行政程序法》第120条的规定相同，反映了大陆法系国家和地区对行政行为的一般认识。综合观察大陆法系国家与地区行政行为概念具有一些共同的特点：一是多将行政行为侧重于解释为外部的、具体的权力性法律行为；二是该概念或多或少受到特别权力关系理论的影响，至今仍有不同程度的残留；三是注重从行政诉讼角度来界定行政行为，往往以是否可以成为行政诉讼对象为标准来概括行政行为。笔者

① 陈新民：《行政法学总论》（修订三版），台湾三民书局1992年版，第363页。

② 刘宗德：《行政法基本原理》，台湾学林文化事业有限公司出版，第106页。

认为：大陆法系国家与地区“行政行为”概念有比较严谨、细致和思辨的优点，但理论色彩过浓也往往会束缚实践的发展，过于苛求其严格的要件则会走向反面。很显然，随着新型行政行为出现，行政行为概念显得陈旧，以至捉襟见肘，暴露其包容性差的严重缺陷。

（二）英美法系国家对行政行为概念缺乏系统研究

对于英美法系国家而言，行政行为的概念首先出现在行政学上。“在行政学上，‘行政行为’（英文为 Administrative behavior）就是行政管理。美国学者赫伯特·A.西蒙（Herbert A.Simon）首创这个词，开拓了运用行为科学方法探讨公共行政的决策、组织、执行机制及其效果，以促进行政效率的崭新研究领域。所以‘行政行为’即是行政管理活动的概括性范畴，以代表着行为主义在政治学、行政学中的应用。”^①

在以控权论为理论基础的行政法学领域，由于英美法系国家法律传统中不存在独立的行政法律体系，特别是英国没有公私法的明确区分，对“行政行为”等概念的探讨往往不能引起学者们浓厚的兴趣。正如王名扬教授所说的：“英国大部分行政法学著作一般对行政机关行使权力的程序和权力的范围问题比较注意，对行使权力的方式问题很少讨论，在这方面和大陆法系的行政法著作不一样。”^② 但这不等于说英美法系国家不使用“行政行为”概念。《美国联邦行政程序法》对“行政行为”（又称“机关行为”）定义：“‘机关行为’（行政行为）包括机关的法规、裁定、许可、制裁、救济或其相等的行为；以及对它们的拒绝或不行为的全部或一部分。”该法典还对制定法规、裁定、裁决、许可证、审批准许证等行为的定义作出规定。^③ 但美国行政法学者对“行政行为”概念并不花费笔墨进行讨论，其实用主义倾向十分明显。在某种意义上来说，这也许是他们之优点所在。

① 石东坡：《行政行为及其特征的再探讨》，《甘肃政法学院学报》1999年第3期。

② 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第105页。

③ 王名扬：《美国行政法》（下册），中国法制出版社1995年版。

二、中国大陆行政行为概念概述

我国行政法学研究起始于清末维新变法时期，当时主要借鉴和引入日本的行政法学，在翻译和介绍日本行政法学过程中，行政行为概念也随之传入我国。但行政行为概念在最初时期学者研究中就呈现很大分歧，例如较早的行政法著作——1927年白鹏飞先生的《行政法总论》一书中将行政行为分为广义和狭义两种，广义的行政行为包括行政处分、行政契约、行政协定等；狭义的行政行为仅指行政处分。^①说明当时对行政行为的范围就有不同的认识。到20世纪30年代，赵章程先生认为行政行为包括法规命令、行政规程、行政处分、行政契约、行政执行（行政处罚与行政强制执行）。^②到了1946年，林纪东先生的《行政法撮要》又认为行政行为仅指行政处分。^③

新中国相当一段时间里行政法学研究完全中断，直至20世纪80年代开始恢复。当时最早的行政法学教材《行政法概要》关于行政行为的定义是：“行政行为是国家行政机关实施行政管理活动的总称。”^④即认为行政行为是指行政机关的一切行为，可以理解为既包括运用权力的法律行为，又包括运用权力的事实行为。这是行政法学初期对行政行为最原始，也可以说是最朴素的认识，带有明显的行政管理学或行政学的色彩。这在当时行政法被视为管理法的大背景下是可以被理解的。

但是随着研究和讨论的深入，对行政行为的认识逐步深化，尤其开始注重行政行为的法律性，即行政行为在行政法上的特殊意义。但由于行政行为本身的复杂性以及学科理论的稚嫩，讨论中形成了各家各说、五花八门，而且分歧很大。有学者对学界中提出的各种行政行为概念进行归纳排序后发现，在我国学界至少存在着十种对行政行为概念的界定

① 白鹏飞：《行政法总论》，上海印书馆1927年版，第86页。

② 赵章程：《行政法总论》，上海印书馆1935年版，第160页。

③ 林纪东：《行政法撮要》，上海大东书局1946年版，第76页。

④ 王珉灿主编：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第97页。

理论,而且随着这一概念存在得越久,概念本身经历了从广义到狭义、外延逐层递减的类似一个“剥笋”的过程,越来越多的“行为”被排除在了行政行为这一概念之外。^①学界对于行政行为理论的主要分歧有以下几个方面。

(一) 行政行为是单纯的法律行为,还是还包括事实行为

一种学术观点认为:行政行为是指国家行政机关的一切法律行为,即行政行为是具有法律效果的行为,不具有法律效果的行为不属于行政行为,也不应该纳入行政法学研究视野。

与此不同的观点则认为:行政行为是国家行政机关行使行政权力,为达到行政目的的一切公法行为,包括直接、间接产生法律效果的行为甚至包括尚未产生行政法律效果的行为。也就是说,行政行为包括行政法律行为、行政准法律行为和行政事实行为。只要行为与行政职权的行使有关都应该予以研究。

(二) 行政行为是单方行为,还是还包括双方行为、多方行为

一种观点认为:行政行为是行政主体的单方处理行为。单方行为意味着行政行为的成立只取决于行政主体的单方意志,不以行政相对人的意志为转移。基于这一特征,双方或多方合意的行政合同、行政协定等行为就应该被排除在行政行为之外。

另一种观点认为:行政行为具有多样性,不能将行政行为只局限于单方行为。可依照参加意见表示的当事人数目为标准,将行政行为分为单方、双方和多方行政行为。单方行为,是行政机关单方面决定,不经相对一方的个人、组织同意的一种行政行为;双方行为,是指行政机关与相对一方的个人、组织,相互协商,即双方意思表示一致才能成立的行政行为,一般较多见于具体行政行为,如行政合同。而多方行为,不过是双方行为在数量上的延伸。

^① 杨海坤、蔡翔:《行政行为概念的考证分析与重新建构》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2013年第1期。

（三）行政行为是权力行为，还是还包括非权力行为

一种观点认为：行政行为都是与职权相关的行政权力行为，而且都具有强制性。例如有学者认为：“行政行为是体现国家意志的国家行为，因而它具有强制力。”^①

另一种观点认为：行政行为还可能包括非权力行为。例如有些中国学者赞同日本学者的意见，把行政指导看作一种非权力行为。

第三种观点不同意把行政指导视作非权力行为，而应该认定为弱权力行为，认为权力与强制力之间不能画等号。例如在行政指导过程中，行政机关相对于相对人来说具有一种信息优势，这种信息优势以及其他优势实际上蕴含着权力因素。特别是在大数据时代，这种优势更加凸显。有些部门便常常将这种信息优势等作为权力寻租的手段，剥夺相对人的知情权，人为地造成信息不对称以实现自身利益的目的。

（四）行政行为是合法行为，还是还应该包括违法行为

一种观点认为：行政行为是行政主体所作的合法行为，认为只有合法行为才能产生预期的行政法效果，违法行为即使产生相应的法律后果也并不是行政主体所期望的行政法律效果，因此得不到法律的保护。行政行为应该排除违法行为。

另一种观点则认为：行政行为既包括合法的行政行为，也包括违法或不当的行政行为。不能只从应然角度出发考虑问题。这一观点批评“合法行为”论，认为这是继受我国民事法律行为理论的结果（即使在民法学界，民事法律行为是“合法行为”的论点也已受到严重质疑），同时也误解了行政行为的从属法律性这一特征。“合法行为”论与现实中的行政管理现状相抵触，也不适应行政复议和行政诉讼的现实需求，因而是经不起推敲的。我们固然可以要求行政行为必须合法，但不等于说现实生活中发生的违法行政行为便不是行政行为。

^① 胡建森：《行政法学》，法律出版社1998年版，第263页。

（五）行政行为是具体行政行为，还是还应该包括抽象行政行为

一种观点认为：行政行为是行政主体就具体事项而作的公法上的单方行政行为，因此，行政行为不包括行政主体制定普遍性规则的行为。^①认为具体行政行为与抽象行政行为的划分在法理逻辑上难以自圆其说，而且已经给司法实践带来诸多负面效应，因此建议在立法实践中抛弃“具体行政行为”这一法律术语，以“行政行为”取而代之。

另一种观点则认为：行政机关制定普遍性规则的行为也属行政行为。这种观点认为有人将德国和日本行政法学中的“行政处分”等同于我国行政法学中的“行政行为”的观点是不可取的，德国和日本行政法学中的“行政处分”只相当于我国行政法学中的“具体行政行为”，不包括“抽象行政行为”，因而不能与行政行为画等号。^②

（六）行政行为是外部行政行为，还是还应该包括内部行政行为

一种观点认为：行政行为是产生外部法律效果的行为。针对行政系统内部机关或人员产生法律效果的行为不是行政行为。行政行为是连接国家与公民之间关系的纽带，因而只有针对行政相对人发生法律效果的行为才是行政行为。

另一种观点则认为：行政行为不仅包括外部行政行为，而且还应该包括内部行政行为。如果只研究外部行政行为，而不研究内部行政行为，行政法学就不是完整的、成熟的。因为内部行政行为与外部行政行为有着密切的联系。有些看似内部行政行为的行为在一定条件下也会对外部行政相对人权益产生影响，也要接受司法审查，这是现代行政法的一个发展趋势。从国外情况看，很多国家并不严格区分内部行为和外部行为，也不以此标准确定是否属于法院审查的范围。认为诸如行政机关对于公

① 杨建顺教授认为：对于抽象行政行为可以从行政作用角度着手分析，可以把它从行政行为中独立出来，因而行政行为是行政主体依法行使国家行政权，针对具体事项或事实，对外部采取的能产生直接法律效果使具体事实规则化的行为。（可参见《关于行政行为理论问题的研究》，《行政法学研究》1995年第3期）

② 胡建森：《行政法学》，法律出版社1998年版，第264页。

务员的奖惩和任免决定等“内部行为”，同行政机关作出的其他决定一样，均需受到普通法院或行政法院的审查。

（七）行政行为是直接产生法律效果的行为，还是还应该包括间接产生法律效果的行为

一种观点认为：行政行为是指行政主体依法行使国家行政权，针对具体事项或事实，对外部采取的能产生直接法律效果，是具体事实规则化的行为。^①

另一种观点则认为：行政行为既可以直接产生法律效果，也可以间接产生法律效果。具体行政行为大都是行政机关与被管理一方的个人、组织直接发生权利义务关系，也就是直接发生法律效力；但也有一类具体行为，并不对被管理一方的权利义务直接产生影响，但可以间接产生影响，例如行政机关制定规范或者内部会议记录，而这些行为往往决定了行政决定处理的方向，通过中间手段同样对相对人权利义务产生影响。

以上罗列的仅仅是关于行政行为概念分歧的部分观点，无怪乎有研究行政行为的学者惊呼：“当前我国的行政行为法理论存在的根本性缺陷是对行政行为概念的理解各异，以行政行为概念理解为基础的行政行为法体系五花八门，行政行为法理论体系建构困难。”^②

三、对国内外观点的分析和思考

（一）各国行政行为概念研究中基本达成的共识

在行政行为概念的研究中，虽然在理论和实践上面临着各种矛盾和不同的处理思路，但通过对学界在这一领域取得的研究成果进行归纳总结，我们发现在某些问题上的看法还是基本一致的。比如在行政行为的构成要素和行政行为的合法要件等方面存在着广泛的共识。

① 杨建顺：《关于行政行为理论与问题的研究》，《行政法学研究》1995年第3期。

② 闫尔宝：《我国行政行为法体系建构的问题与症结》，《国家检察官学院学报》2014年第5期。