



辽宁大学法学文丛

徜徉在权利与权力 之间的行政行为

——作为行政法基本范畴的行政行为及其展开

张弘 著

CHANGYANG ZAI QUANLI YU QUANLI
ZHIJIAN DE XINGZHENG XINGWEI

—ZUOWEI XINGZHENGFA JIBEN FANCHOU DE XINGZHENG XINGWEI JIQI ZHANKAI



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



辽宁大学法学文丛

徜徉在权利与权力 之间的行政行为

——作为行政法基本范畴的行政行为及其展开

张弘 著

CHANGYANG ZAI QUANLI YU QUANLI
ZHIJIAN DE XINGZHENG XINGWEI

—ZUOWEI XINGZHENGFA JIBEN FANCHOU DE XINGZHENG XINGWEI JIQI ZHANKAI



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

徜徉在权利与权力之间的行政行为：作为行政法基本范畴的行政行为及其展开 / 张弘著. -- 北京：法律出版社，2018

(辽宁大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0159 - 8

I. ①徜… II. ①张 III. ①行政行为—行政法—研究 IV. ①D912.112

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 045599 号

徜徉在权利与权力之间的行政行为

——作为行政法基本范畴的行政行为及其展开

CHANGYANG ZAI QUANLI YU QUANLI ZHIJIAN DE
XINGZHENG XINGWEI

—ZUOWEI XINGZHENGFA JIBEN FANCHOU DE XINGZHENG
XINGWEI JIQI ZHANKAI

张弘著

策划编辑 汤子君

责任编辑 汤子君

装帧设计 李瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19.25

字数 217 千

版本 2018 年 3 月第 1 版

印次 2018 年 3 月第 1 次印刷

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

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/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0159 - 8

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 作为行政法基本范畴的行政行为 / 001

- 一、作为行政法基本范畴的行政行为及其意义解析 / 001
- 二、行政行为的内涵分析与相关范畴的界定 / 007
- 三、行政行为范畴下行政权利、义务、责任的确立 / 013
- 四、结语 / 016

第二章 行政行为的概念冲突与选择确立 / 017

- 一、2015 年《行政诉讼法》修订前行政行为概念认识 / 018
- 二、2015 年《行政诉讼法》修订前传统行政行为概念与现实行政实践的矛盾冲突及分析 / 019
- 三、对行政行为概念的选择以及修订《行政诉讼法》的确定 / 023
- 四、《行政诉讼法》修订后行政行为概念的全新确立 / 026

第三章 行政行为的标准与模式分析 / 028

- 一、具体行政行为与抽象行政行为划分标准 / 028

二、具体行政行为模式分析 / 032

三、结语 / 038

第四章 行政义务及其独立性研究 / 039

一、问题的提出 / 039

二、法律义务独立性的法理分析 / 041

三、行政义务独立性一般意义解读 / 045

四、行政义务非独立性的现实分析 / 050

五、通过义务实现法治——确立行政义务独立性的
意义 / 054

第五章 行政行为与民事行为比较研究 / 059

一、行政行为与民事行为的含义比较 / 059

二、行政行为的单方性与民事行为的双方性 / 070

三、行政委托与民事代理的区别 / 075

四、余论 / 081

第六章 行政登记行为比较研究 / 083

一、登记疏义 / 083

二、行政登记本质考 / 085

三、行政许可式登记与行政确认式登记之区分
——以“工商企业登记”为视角 / 088

四、行政监督式登记 / 091

五、实证分析 / 092

第七章 “责令”行政行为性质研究 / 097

一、“责令”状态下行为的梳理、归类 / 098

二、“责令”状态下行为性质分析 / 099

三、余论 / 105

第八章 行政告知行为的内容、价值与完善 / 106

一、我国行政告知的立法及实践表现 / 106

二、行政告知的主要内容 / 108

三、行政告知的价值 / 110

四、我国行政告知制度的完善 / 111

第九章 行政听证行为的功能、内容与完善 / 114

一、行政听证内涵解析 / 114

二、行政听证的功能 / 116

三、行政听证的内容 / 124

四、我国行政听证制度的完善 / 125

第十章 论行政合同的平等性 / 129

一、两大法系国家行政合同的价值本位 / 130

二、行政合同平等性的法理分析 / 137

三、行政合同平等性的体现及我国对其的立法和
司法模式选择 / 145

四、余论 / 151

第十一章 论要式行政行为中的“要式” / 152

一、问题的提出 / 152

二、“要式”的一般意义 / 153

三、“式”的历史考察 / 155

四、行政行为“要式”的效果 / 157

第十二章 论非依申请行政不作为 / 161

- 一、问题的提出 / 161
- 二、主动性与否的标准存在悖论以及可能性的解决方法 / 163
- 三、非依申请行政不作为与依申请行政不作为的比较 / 166
- 四、对非依申请行政不作为的法治治理 / 169
- 五、结语 / 173

第十三章 行政自由裁量(权)概念的迷思与匡正 / 174

- 一、问题的提出:行政自由裁量权——一个过火的概念 / 174
- 二、行政自由裁量权概念解析与争论的解释及对概念的反思 / 177
- 三、行政自由裁量权神话的破灭 / 187
- 四、行政自由裁量权概念消失后理论的改变与制度的转换 / 194
- 五、结语 / 203

第十四章 行政决定的可接受性 / 204

- 一、问题的提出 / 204
- 二、行政决定可接受性的界定 / 205
- 三、行政决定实现可接受性的前提 / 208
- 四、行政决定实现可接受性的途径 / 210

第十五章 行政瑕疵行为的界定与补救 / 216

- 一、行政瑕疵行为内涵界定 / 216

二、确立行政瑕疵行为内涵的实证分析与价值认识 / 221

三、行政瑕疵行为表象分析 / 224

四、对行政瑕疵行为的监督与补救 / 225

第十六章 行政服务行为契约意义解读 / 230

一、问题的提出 / 230

二、从行政管理到行政服务的历史转变之背景及必要性 / 232

三、行政服务契约论基础及其特性 / 234

四、行政服务契约违反的法律后果 / 238

五、行政服务契约性之制度保障 / 240

第十七章 行政决定转化为行政合同研究 / 243

一、行政合同的起源与内涵 / 244

二、行政决定转化为行政合同的必要 / 246

三、行政决定转化为行政合同的可能 / 252

第十八章 行政许可转化为行政登记研究 / 259

一、源于现实的思考:从快递业务经营许可机制谈起 / 259

二、行政许可转化为行政登记的必要性 / 263

三、行政许可转化为行政登记的可行性 / 268

四、结语 / 275

第十九章 行政行为效力内容之逻辑关系 / 277

一、行政行为效力内容分析 / 277

二、行政行为效力内容的逻辑关系分析 / 280

三、结语 / 283

第二十章 行政行为效力持续性理论阐释及
其适用 / 284

一、问题的提出 / 284

二、行政行为效力及行政行为效力持续性的概念
辨析 / 285

三、行政行为效力持续性存在的理据分析 / 288

四、行政行为效力持续性理论在行政诉讼原告资格
中的适用 / 293

后 记 / 297

第一章 作为行政法基本范畴的 行政行为

一、作为行政法基本范畴的行政行为及其意义 解析

哲学意义上的范畴,是指反映事物本质属性和普遍联系的概念,也就是人的思维对客观事物的普遍本质的概括和反映,是人类在认识客体的过程中形成的基本概念。范畴具有如下特性:实践性和历史性、体系性、辩证统一性、确定性和相对性。张文显先生生动地将“范畴”比喻成“网上的结”。^{〔1〕}法学是从哲学中分离出来的一门学科,法学范畴是不同历史时期的法学家在法律实践中的理性认识和创造,没有法学家对法律现象的深入观察、分析、综合和抽象,就不可能有法学范畴及其体系的出现。而且,法学家构建什么样的范畴体系,它的层次和结构怎样,都离不开社会的法律实践。同时,张文

〔1〕 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 2 页。

显先生还指出马克思主义法学范畴体系由不同部门、不同类型、不同层次的范畴构成。其中,从范畴的层次上看,按照在法学体系内部各个范畴反映法律现象的深度、广度以及科学抽象化程度的差别,把法学范畴体系划分为普通范畴、基本范畴、中心范畴和基石范畴四个不同的层次。张文显先生认为“法律行为”等概念属于基本范畴,“权利”和“义务”属于中心范畴,而“权利”则作为法律范畴的基石范畴,从而突出了“权利”概念在法学中的核心地位。当然,也有其他学者对法学范畴体系的构建有着不同的观点。有的学者按照法学研究的不同方法和角度将法学的概念范畴分为规范法学概念、社会法学概念、价值法学概念三大类。把法律行为作为基本概念,以法律主体和权利为中心组成规范法学概念,进而构建整个法学范畴体系的。^{〔1〕}也有学者把权利和权力作为法学的基础范畴,^{〔2〕}或者把权利和义务作为法学的基本范畴。^{〔3〕}

法学范畴理论不论与其他学科相比,还是与法学学科的其他研究成果相比,其范畴及范畴体系研究始终都处于薄弱环节。因此,不同学者对法学的基本范畴有不同的理解也就不足为奇了。事实上,正是因为不同学者对法学的范畴体系的层次构建有不同的理解,才导致了把一些基本法学概念如“法律行为”“权利和义务”进行了不同层次的归类。无论如何,“法律行为是法学基本范畴和重要论题。这是因为:法律的调整对象是行为;法律行为体系是动态的法律事实;法律所体现的国家意志和价值目标是借助于主体的法律行为实现的……”^{〔4〕}因此把法律行为作为法学的基本范畴,把权利

〔1〕 参见李旭东:《试论法学概念范畴的逻辑体系》,载《常熟理工学院学报》2007年第7期。

〔2〕 参见王莉君:《法学基础范畴的重构:对权利和权力的新思考》,载《法学家》2005年第2期。

〔3〕 参见龙龙:《虚拟世界法律基本范畴探讨》,载《求索》2008年第2期。

〔4〕 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第124~125页。

和义务作为法学的中心范畴或者基石范畴。^{〔1〕} 在二者的关系上,中心范畴较之基本范畴是更高层次、更高抽象的概念,基本范畴是中心范畴的具体表现。

而在中国行政法领域占绝对主体地位的概念并不是行政行为,而是行政职权,至于其作为范畴概念更被学者在理论上忽视。行政法的主要内容都通过行政职权予以解析,譬如行政行为被定义为行使行政职权行为,行政权主体被定义为享有行政职权的主体,行政赔偿被定义为因行使行政职权违法并造成损害而承担的责任,行政诉讼目的被定义为维护和监督行政机关依法行使行政职权。另外,行政职权及其理论又不能涵盖所有的行政法问题,仅以行政职权或行政职权法定来构建中国行政法学和行政法治是片面的。^{〔2〕} 遍览目之所及的域外材料并未发现行政职权在其行政法理论范畴中所具有的独特地位,且使用行政职权概念的也很少,常见的倒是行政权概念。是他们不善于运用,还是另有缘由? 笔者认为另有缘由。以行政职权构建的行政法理论范畴并不能涵盖所有的行政法问题,有许多行政法课题其实与行政职权无关或者虽有关但有限。如果将行政权看作宏观概念,那么行政职权就是中观概念,这里显然缺少微观概念。没有微观概念,行政法的理论是非体系化的,权力与职权本身又如何能落到实处,司法审查又如何有的放矢? 行政职权概念固有的缺欠已影响或滞后行政法体系的完整与发展。现在的状况是,在对行政法一般性内容进行讨论的时候,总要涉及例外,而例外的情形又特别多,这不能不说是一个问题。实质行政主体是行政主体的例外;事实行为是行政行为的例外;行政合理是行政合法的例外;等等。

〔1〕 参见张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第60~62页。

〔2〕 参见张弘:《行政职权作为行政法范畴的反思》,载《公法研究》2008年第1期。

那么,他国行政法的理论范畴又是什么呢,或者他国又是凭借什么将行政法的各个方面联结起来?据笔者观察将行政法所有内容予以链接的这个链条就是法律行为之一的“行政行为”。德国行政法鼻祖奥拓·迈耶按照概念法学严格逻辑方法,排除了历史、政治、经济等因素的考虑,以法治国家的思想为理念,建构了一个基于某种观点而将庞大、复杂的行政活动或现象予以归类的行政法体系。他立足于当时的君主立宪政体与自由主义思想之下,将“依法律支配”之概念体系化,建立起行政法学之基本构造。迈耶的概念法学方法被后世称为行政行为形式理论。^[1]行政行为概念是通过对各种行政作用的关注,分析出体现特征的各自要素,进而提炼除具有共性的要素,并将其概念化。^[2]德国学者在分析“行政行为的意义”时认为:行政行为是行政实体法、行政程序法和行政诉讼法上的概念,三重归属并不意味着三分行政行为,而只是说这三个领域之间的紧密联系,而这种联系也正是通过行政行为得以建立的。^[3]下面我们分析一下“行政行为”是如何将上述三方面联结在一起的。

(一)行政行为在行政实体法中的链接

行政实体法是规定行政法律关系主体实体权利义务的法律规范的总称。这既符合法理学对实体法的定义,也与制定法的现实一致。行政行为在实体法中以行政主体的权利义务和公民一方的权利义务相对应,通过实体法的预先设定,明确权利义务具体内容,为行政程序法中行政行为的实施提供根据,为行政诉讼中司法对行政行为的审查提供标准。在权限的边界上,行政行为主体应当依法律所设定的行为范围进行活动,否则就是越权。笔者甚至认为,行政

[1] 参见李佳:《近代行政行为形式理论及其批判》,载《前沿》2011年第24期。

[2] 参见吴东镐:《论行政行为概念确立意义——以韩国学术为中心兼论我国行政行为概念移植》,载《延边大学学报》2010年第1期。

[3] 参见[德]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203页。

实体法中权利义务的设定,其所追求的价值应该是效率,而行政程序所追求的价值才是公正,因为权利义务的设定说到底是一种权利分配,而分权得当是一种高效。^[1]

(二)行政行为在行政程序法中的链接

行政程序是行政主体在依据实体规范所实施的、影响行政相对人权利和义务的行为时应当遵循的步骤、顺序、方法和时限所构成的一个连续过程。在行政程序法中,行政行为得以动态表现,既是行为过程又是行政行为程序结束的结果即行政决定,所以行政程序就是行政行为程序。在行政程序法中,行政行为是行政权利义务的具体化和执行,是对具体事件中法律状态的具有约束力的确认以及构成。行政行为是一种方便的、合理的管理手段,特别适合现代行政过程的控制,在某种程度上是必不可少的。行政行为同时还是由主观判断至客观判断的法律形式转化的标志,以程序为实现方式。行政主体有时实施行政行为离不开相对人的参与行为,因此,相对人的参与行为程序也是行政程序的有机组成部分。^[2]

(三)行政行为在行政诉讼法中的链接

在行政诉讼法中,行政行为首先是司法审查的对象客体,以其承载的权利义务为内容判断其合法性。而且行政行为还构造行政诉讼框架结构,如行政诉讼受案范围中的具体行政行为与抽象行政行为、行政诉讼种类如确认之诉与撤销之诉、行政诉讼判决方式如履行判决等都与行政行为的作用密不可分。要求撤销行政行为或作出行政行为的,分别适用撤销之诉和履行之诉。在法国,行政审判的产生,目的在于防止普通法院对行政机关行为的干涉,1790年8月16日至23日制定的法律就明确规定:“法官不得以任何形式干

[1] 参见张弘、刘佳奇:《论行政实体法的效率价值》,载《东方法学》2008年第2期。

[2] 参见章剑生:《行政程序法学原理》,中国政法大学出版社1994年版,第2页。

扰行政机关的行为。”^{〔1〕}正是行政实体法的行政权利义务通过行政程序法的具体行为,实现法定的目的或价值,之后又通过行政诉讼实现对行政行为的审查,全面构建行政法,行政行为将行政法的规范贯穿始终,所以将行政法称为行政行为法完全贴切。总之,行政行为是国家和公民之间的关系得以明确化、稳定化,因此具有法安定性原则上的根据。^{〔2〕}

行政行为一直是行政法学和行政法中的核心。^{〔3〕}它是连接“客观法与主观权利的桥梁”;^{〔4〕}行政法是调整行政关系的法,它确定着行政主体与相对人之间的权利义务。然而,“法律是用一般的方式而为全体人所规定的一种条款”。^{〔5〕}也就是说,对法律主体而言,法律规范的规定是外在的客观法。要使客观法的规定成为特定法律主体现实的权利义务即主观权利,还需要借助于一座桥梁即法律主体的意思表示或法律行为。“一切主观法律地位的范围和影响都是在个人的表示出现后确立的”,“是随着单方行为或多方行为所产生的”。人们在作意思表示时只知道“这是使他达成自己所取得法律地位的手段,因为他知道客观法是把这种地位的产生与这种表示联系起来的”。^{〔6〕}同样,在行政法上要实现客观法与主观权利之间的沟通,也需法律行为这座桥梁。在我国,无论在行政法教科书上,还是在法庭上使用频率仅次于甚至超过“行政职权”的概念就是“行政行为”,使用行政行为来指代某一行政活动或行政处理已成为执法者一种习惯,每天执法者都在行政行为这座桥上徜徉。

〔1〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第567~568页。

〔2〕 参见〔德〕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205页。

〔3〕 参见翁岳生:《论行政处分之概念》,载翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾详新印刷公司1979年版,第1页。

〔4〕 叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版,第12~13页。

〔5〕 〔法〕狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1962年版,第222页。

〔6〕 同上书,第226页。

而且因行政行为存在形式行政行为与实质行政行为之分,使行政行为始终处于合法性与正当性的必然要求之中,实质法治是其别无选择的终极目标。

二、行政行为的内涵分析与相关范畴的界定

在我国行政法治建设之初,最先使用的不是行政行为概念,而是具体行政行为概念,原因与根据皆在行政诉讼法的需要与规定,1989年《行政诉讼法》第6条规定,人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。行政诉讼法使用具体行政行为概念的目的在于将与之对应的“抽象行政行为”排斥在司法审查之外,这就是所谓需要。又因该法没有对具体行政行为概念的含义予以明确而引起争议。之后的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》第1条中曾将具体行政行为界定为“具体行政行为是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为”。这一条的规定从当时的社会经济发展情况和行政审判实践来看,对于理解和适用行政诉讼法的受案范围,起到了一定的积极作用,在审判实践中,也受到欢迎。但是在接下来较长时间的司法实践中,逐渐显露出这一概念界定的缺陷,行政审判中对这一规定的适用条件也出现了不同理解。比如对“针对特定的公民、法人或者其他组织”的理解,有的理解为是指在作为具体行政行为的载体的行政法律文书中点名报姓的相对人才具有原告主体资格,否则不得以原告名义提起行政诉讼。还有的理解为“针对”既要包括形式上的针对,也要包括实体上针对,只要是该具体行政行为涉及其直接权益利害关系,就可以原告名义提起行政诉讼。再有,在该条的属

概念中使用了“单方行为”这一概念,从发展变化了的社会情况看,实际上有许多双方或多方行为也属具体行政行为范围,如行政合同行为、行政协定行为。^[1]甚至有的学者认为,这个定义不仅没有使行政诉讼法的受案范围更加明确,反而在很大程度上限制了行政诉讼法的受案范围。首先,将行政机关委托的组织或者个人列入行使行政职权的主体范围,容易让人误解行政机关委托的组织或者个人也可以成为行政主体;其次,行使行政职权的提法,容易让人误解为违法的行政行为,特别是无效的行政行为不是行政行为;再次,单方行为的限制,明确排除了双方行政行为(比如行政合同行为)的可诉性;最后,将具体行政行为界定为“作出一行为”,容易让人以为排除了行政不作为行为的可诉性。^[2]

为了解决问题,以及适应行政实践不断丰富的行政行为类型,最高人民法院于2003年7月8日在前述意见的基础上,通过了《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》。该解释第1条第1款规定,公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。这一内容扩大了原来的规定,没有将行政行为划分为具体行政行为与抽象行政行为,是对具体行政行为进行了发展,从文字的表述上可以解读出:这里的作为审查对象的行政行为既包括法律行为,也包括事实行为;既包括作为,也包括不作为;既包括单方行为,也包括双方行为;既包括组织行为,也包括公务人员个人行为。就此,我们开始确立使用“行政行为”概念而放弃“具体行政行为”概念。从这一不得已的确立与放弃可以看出,将行政行为定位在最狭义、狭义的范畴已完全不适应人民法院行政诉

[1] 参见黄道勋:《简述具体行政行为的概念》,载中国法院网:<http://www.chinacourt.org/html/article/200701/11/230363.shtml>,最后访问时间:2012年10月3日。

[2] 参见朱新力:《行政法学》,高等教育出版社2004年版,第139页。