



行政违法问题

探究

主 编/胡建淼
副主编/朱新力

法律出版社

国家教育部人文社会科学基金项目
浙江省哲学社会科学“九五”规划重点课题

行政违法问题探究

主 编:胡建淼
副主编:朱新力

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政违法问题探究/胡建森主编. —北京:法律出版社,
2000.10
ISBN 7-5036-3235-6

I. 行… II. 胡… III. 行政-违法-研究 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 71560 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/何 萍

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/18 字数/470 千

版本/2000 年 11 月第 1 版

2000 年 11 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3235-6/D·2954

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

撰稿人(按姓氏笔划排列):

王佩佩	朱新力	刘东亮	孙铁峰
李 莉	李学尧	肖子策	吴昀赞
余 军	张薇薇	张旭勇	陈 红
武光华	季 涛	金承东	郑 艳
胡桂芳	胡建森	项一丛	潘荣伟

前 言

本书既是国家教育部人文社科项目(国教社司〈1996〉022号)的研究成果,也是浙江省哲学社会科学“九五”规划重点课题(Z95C01)的最终“产儿”。这种基于“成本”自私考虑而出现的“一女二嫁”或许会遭指责,但它所表明的事实又令人欣慰:行政法学中“行政违法”问题的研究得到了国家一级和省一级科研规划部门的同等重视!

从某种意义上说,各种法律旨在控制各种违法:民法旨在控制民事违法,刑法旨在控制刑事违法(即犯罪),行政法当然旨在控制行政违法……。由此所决定的一种规则是:各种部门法学的任务旨在研究各种违法认定及控制理论。美国行政法学教授 Bernard Schwartz 为把控制自由裁量权问题置于一定的高度,提出一句名言:“行政法如果不是控制自由裁量权的法,那么它是什么呢?”鉴于行政违法理论的本身地位,我们也许同样可以说,如果行政法不研究行政违法理论,那它怎么称得上是行政法学呢?

行政违法理论即便不是行政法学理论中的核心问题,也该是其不可缺少的重要组成部分。但在中国行政法学的理论研究上,行政违法问题曾长时处于“被遗忘的角落”,甚至在行政法的教科书上没有专门的章节。如果说在民事立法与民法学、刑事立法与刑法学中,是“理论在先,立法滞后”的话,那末在行政立法与行政法学中,则是“立法超先,理论滞后”。行政违法理论更是如此:当行政诉讼法第54条规定“违反法定程序”应予撤销时,立法者与法学理论工作者是否已经想到:违反主要程序与次要程序、授权程序与限权程序、强制性程序与指导性程序是否产生同样的法律效果?当法官们异口同声地高喊具体行政行为“越权无效”并以此裁判案件时,是否已有理论回答“上级机关对下级机关的越权是否构成行政越权”、“善意越权与恶意越权的划分有什么司法意义”?当我们在法律上第一次正式援用“行政滥用职权”时,是否业已清楚它与自由裁量权有什么联系……?法必须是人类最高理性的归结。无理性的法只是政府官员的实践工作报告。

我们的课题研究以及由此形成的作品,试图从新的视角,对行政违法问题有一个系统而深入的探讨。我们固然不能保证我们已经找到了有关行政违法理论方面的“绝对真理”,但我们可以自信地说:本研究成果已向“绝对真理”迈进了一步。

本书写作分工如下:第1章,武光华;第2章,李莉、古力;第3章,郑艳;第4章,张薇薇、项一丛;第5章,李学尧;第6章,季涛;第7章,王佩佩;第8章,李学尧;第9章,肖子策;第10章,陈红;第11章,胡建淼、吴昉赞;第12章,朱新力、孙铁峰;第13章,朱新力、肖子策;第14章,金承东;第15章,潘荣伟;第16章,张旭勇;第17章,胡桂芳;第18章,刘东亮;第19章,余军;第20章,潘荣伟。

全书由胡建淼、朱新力统稿。

《行政违法问题探究》编委会

2000年3月25日于浙江大学

目 录

第 1 章 行政违法的基本理论	(1)
§ 1.1 内质与特征	(1)
§ 1.2 构成要件	(9)
§ 1.3 种类划分	(14)
§ 1.4 对行政诉讼法的评说	(21)
第 2 章 新中国行政违法研究综述	(24)
§ 2.1 研究简史	(24)
§ 2.2 概念与特征问题	(30)
§ 2.3 构成要件问题	(36)
§ 2.4 种类划分问题	(40)
§ 2.5 法律后果问题	(45)
第 3 章 中国台、港、澳地区行政违法 及理论	(52)
§ 3.1 台湾地区行政违法 及理论	(52)
§ 3.2 香港地区行政违法	

及理论	(66)
§ 3.3 澳门地区行政违法及理论	(73)
第 4 章 英国行政违法及理论	(84)
§ 4.1 普通法基础	(84)
§ 4.2 越权理论	(94)
§ 4.3 违反自然公正原则	(105)
§ 4.4 对行政违法的救济	(114)
第 5 章 美国行政违法及理论	(123)
§ 5.1 司法复审理论	(123)
§ 5.2 可撤销理由	(131)
§ 5.3 正当程序保障	(142)
§ 5.4 联邦侵权责任	(149)
第 6 章 法国行政违法及理论	(155)
§ 6.1 行政法院	(155)
§ 6.2 越权理论	(163)
§ 6.3 行政侵权	(171)
§ 6.4 责任形式	(181)
第 7 章 德国行政违法及理论	(184)
§ 7.1 背景解说	(184)
§ 7.2 从权力角度对违法的考察	(186)
§ 7.3 从效力角度对违法的考察	(196)
§ 7.4 瑕疵补救	(202)
第 8 章 日本行政违法及理论	(208)
§ 8.1 背景与理论基础	(208)
§ 8.2 行政违法概念与分类	(211)
§ 8.3 行政瑕疵的具体体现与效力	(217)
§ 8.4 裁量的超越和滥用	(222)
§ 8.5 行政瑕疵的补救	(227)
第 9 章 行政违法之一:行政不作为违法	(237)

§ 9.1 内涵界定	(238)
§ 9.2 构成要件	(245)
§ 9.3 表现形式	(252)
§ 9.4 司法救济	(256)
第 10 章 行政违法之二:行政越权	(265)
§ 10.1 定义纷争及评析	(266)
§ 10.2 内涵和特点	(268)
§ 10.3 种类划分	(274)
§ 10.4 与相关概念的关系认定	(283)
§ 10.5 法律处理	(287)
第 11 章 行政违法之三:行政滥用职权	(291)
§ 11.1 内涵探析	(291)
§ 11.2 行政自由裁量权	(294)
§ 11.3 违法表现	(298)
§ 11.4 显失公正问题	(301)
§ 11.5 法律救济	(303)
第 12 章 行政违法之四:事实与证据上的错误	(305)
§ 12.1 事实问题及其实质	(306)
§ 12.2 事实瑕疵之表现	(309)
§ 12.3 对事实问题的审查强度	(334)
第 13 章 行政违法之五:适法错误	(337)
§ 13.1 问题的提出	(337)
§ 13.2 法的渊源与适法错误	(341)
§ 13.3 法律解释与适法错误	(348)
§ 13.4 规范援引与适法错误	(362)
§ 13.5 适法错误的法律救济问题	(366)
第 14 章 行政违法之六:程序违法	(374)
§ 14.1 程序违法的认定	(375)
§ 14.2 程序违法的样态	(384)

§ 14.3	程序违法法律责任的追究·····	(393)
§ 14.4	理论与实践的完善·····	(401)
第15章	行政违法之七:行政侵权·····	(404)
§ 15.1	内涵界定·····	(404)
§ 15.2	理论分类·····	(409)
§ 15.3	性质的界定·····	(410)
§ 15.4	行政侵权责任的若干问题·····	(413)
第16章	行政违法的“外部边界”·····	(426)
§ 16.1	行政违法与民事违法·····	(426)
§ 16.2	行政违法与行政犯罪·····	(438)
§ 16.3	行政违法与行政不当·····	(449)
§ 16.4	行政违法与违宪·····	(456)
第17章	行政违法的“内部边界”·····	(463)
§ 17.1	越权行为与无权行为·····	(464)
§ 17.2	行政侵权与行政违法·····	(471)
§ 17.3	实体违法与程序违法·····	(476)
§ 17.4	滥用职权与超越职权·····	(483)
第18章	行政违法的无效·····	(490)
§ 18.1	行政行为的效力·····	(490)
§ 18.2	无效行政行为的效果及其内涵·····	(500)
§ 18.3	无效行政行为的存在依据及其种类·····	(504)
§ 18.4	中国行政法中的无效行政行为·····	(515)
第19章	行政违法的撤销·····	(519)
§ 19.1	可撤销行政行为的含义与界限·····	(520)
§ 19.2	可撤销行政行为的理论依据·····	(524)
§ 19.3	大陆法系国家立法及实践中的可撤销 行政行为·····	(529)
§ 19.4	中国行政法中的可撤销行政行为·····	(533)
第20章	行政违法的法律责任·····	(537)

§ 20.1	行政违法的判断权·····	(538)
§ 20.2	行政法律责任内涵的界定·····	(543)
§ 20.3	行政法律责任的归责原则·····	(550)
§ 20.4	行政法律责任的形式·····	(557)

第1章 行政违法的基本理论

§1.1 内质与特征

现代社会行政活动必须符合行政法治原则,否则即为法律所否定,因此,在一般意义上,不符合行政法治原则要求的行政活动便是一个违法的问题。

但是,行政违法(本书主要研究违法行政行为)这一称谓却鲜见于各国行政法理论和实践,喜欢对号入座的我们对此难免产生一丝失落甚至畏难的情绪。其实我们大可不必担忧。概念不是与特定的语言表达相联系的,一个概念可以有不同的称谓,起主导作用的是概念而不是

称呼。^①考虑到这点,我们可以发现,英国的“越权”行为,法国的“撤销之诉的理由”等与我们所谓的“行政违法”具有一定的通约性,借此我们可以进行比较分析。当然,相同的称谓也可能因为文化上、理论上差异而具有不同的意义,这同样告诉我们,重要的是概念含义的甄别而不是名称的异同,重要的是概念作为分析性工具时指向的问题以及我们如何借鉴而不是盲目搬用。

在我国,对行政违法的含义主要有如下几种认识:

1. 行政违法是指行政法律关系主体违反行政法律规范,侵害受法律保护的行政关系,对社会造成一定程度的危害,尚未构成犯罪的行为;^②

2. 行政违法是指行政机关及其公务员违反行政法律规范的行为;^③

3. 行政违法是指行政机关、其他行政公务组织和行政公务人员实施的违反行政法律规范的行政行为;^④

4. 行政违法是指行政主体所实施的,违反行政法律规范,侵害受法律保护的行政关系而尚未构成犯罪的有过错的行政行为。^⑤

以上几种观点的共同之处在于:(1)从主体上考察,行政主体可以作为行政违法主体。这体现了行政法理论的变化。受 50 年代前苏联有关行政法观念的影响,我国传统行政法理论认为,行政违法仅指行政相对方违反行政法律规范并适用相应处罚措施的行为,行政机关及其公务员不能成为行政违法的主体。(2)从性质上考察,行政

① [美]波斯纳著,苏力译:《法理学问题》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 314 页。应当指出,波斯纳的论述是针对普通概念系统这一特点而言。但这并不妨碍笔者对其观点的引用,因为行政违法在此为一理论用语,它并未见于我国的成文法律。

② 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社 1996 年版,第 311 页。

③ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 258 页。

④ 杨解君、周佑勇:《行政违法与行政犯罪的相异和衔接关系分析》,载《中国法学》1999 年第 1 期。

⑤ 胡建森著:《行政法学》,法律出版社 1998 年版,第 478 页。

违法都是违反行政法律规范的行为。这使违反党纪政纪和社会团体章程的行为及违反民事法律规范和刑事法律规范的行为被排除在外。(3)从主观状态上考察,行政违法是一种过错行为。过错包括故意和过失。(4)行政责任是行政违法的法律后果。

上述观点最明显的不同之处表现在对行政违法主体的界定上。第一种观点认为,行政违法主体包括行政主体(行政机关及其公务员)和行政相对人;第二种观点认为,行政违法主体为行政机关及其公务员,被授权的组织或个人在一定情况下也是行政违法的主体;第三种观点认为,行政违法主体为行政机关、其他行政公务员组织和行政公务人员;第四种观点认为,行政违法主体是行政主体。此外还有其他较细微的差别,如上述第一、四种观点将行政违法与行政不当明确区分,^①第三种观点则认为行政不当也是行政违法的表现形式。^②

对以上各种观点,我们无法提供一个客观性标准以确定其正误优劣,这根本上是一个学术自由的问题。也因此,对行政违法的概念,我们认为必须首先明确行政行为的含义,因为本书限于讨论行政行为的违法。以此为基点,下列问题必须首先明确:行政行为的含义是什么?确定行政行为含义的依据又是什么?表现在行政行为与行政违法的关系上,是通过行政行为来界定行政违法还是通过行政违法来界定行政行为?如果行政行为和行政违法本身的含义并不确定,我们又凭什么来界定二者的含义?二者的含义是否是一个主观选择的问题?

在法国,行政行为是学术上使用的名词。行政行为的意义,由于使用的标准不同,有三种不同的理解:

第一,形式意义上的行政行为。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

^① 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第317页。

^② 杨解君、王成栋:《行政违法的分类及其法律意义》,载《南京大学法律评论》1997年春季号。

法行为和司法机关所采取的司法行为,但它不能说明行政机关内部性质不同的行为。

第二,实质意义上的行政行为。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于具体事件的行为,这能够说明普遍性行为和具体行为的不同,但不能说明行政机关的全部行为,因为行政机关必须同时采取普遍性行为和具体行为。

第三,功能意义上的行政行为。以行为的作用为标准,行政行为是行政机关用以产生行政法上效果的法律行为,以及私人由于法律或行政机关授权执行公务时所采取的某些行为。这种观点主要是根据行政法院的判例而产生,因而具有制度上的意义。其内容概括如下:

1. 行政行为是行政机关的法律行为。法律行为与事实行为相对。前者指根据行政机关的意思直接产生法律效果的行政机关的行为,后者指不直接发生法律效果的行政机关的行为。

2. 行政行为是发生行政法律效果的法律行为。行政机关的行为有时发生私法上的效果,这不是行政行为。

3. 行政行为可以包括行政机关以外的某些行为。行政行为包括普遍性的行为、具体的行为、内部行政措施及行政合同。尽管有例外,行政行为一般都处于行政诉讼的管辖范围之内。^①

德国于1826年引进法国的 *Acte Administratif* (行政行为) 概念并形成本国行政法上的 *Verwaltungsakt* (行政行为,或译作行政处分)。1895年,奥托·麦耶(Otto Mayer)将其定义为:行政机关针对特定主体的权利所作的具体的权威性意思表示。此定义即刻被行政法院所采纳,并在以后的法学著作中得到完善。二战之后,行政行为正式成为法定用语。

1976年的《行政程序法》第35条对行政行为作了如下表述: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对外

^① 王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第134页以下。

效力的处分、决定或其他官方措施。一般处分是一类行政行为,它针对一般特征确定或可确定范围的人,或涉及物的公法性质或公众对该物的使用。此定义是目前德国通用的也是最权威的解释。其特征为:

1. 行政行为是具体行政行为,而不是抽象行政行为;
2. 行政行为是外部行政行为,而不是内部行政行为;
3. 行政行为是法律行为,而不是事实行为。

德国的行政行为概念将公法契约也排除在外。^①但事实行为、内部行政活动、公法契约均可引发行政法院之诉讼救济。^②

在日本,行政行为是一个法学概念而非法律概念。日本学者对行政行为的学理解释不尽相同。南博方认为: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,对外部采取的产生直接法律效果的行为。日本最高法院的判例也持相同观点。原田尚彦认为,行政行为是指行政厅服从法律规定,根据单方面的判断,决定国民的权利与义务及其他法律地位的具体的决定行为。当前,日本学者普遍地把行政行为解释为行政机关作为公权力的行使,对外部赋予具体规范的法律行为。尽管学者们的论述不尽一致,但亦具有下述共同点:

1. 行政行为的主体是行政厅,即决定行政主体的意志或判断,并具有影响私人权限的行政机关;
2. 是行政厅依法进行的行为;
3. 属于公权力的行使;
4. 是以具体事实为前提的行为;
5. 是对国民产生直接法律效果的行为。^③

① 姜明安主编:《外国行政法教程》,法律出版社1993年版,第106页以下。

② [德]平特纳著,朱林译:《德国普通行政法》,中国政法大学出版社1999年版,第117页以下。

③ 姜明安主编:《外国行政法教程》,法律出版社1993年版,第347页以下。

应当注意的是,1993年日本《行政程序法》将行政处分解释为:行政厅的处分及其他相当于公权力行使的行为。由此可见,日本的行政行为是在具体行政行为的意义上使用,与行政处分的含义相同。通行观点都把事实行为、内部行政行为、行政契约等排除在外。

在我国台湾地区,一般将行政行为理解为是行政主体所为,以达到行政目的的行为总称,包括行政命令、行政处分、行政契约、行政事实行为等。表现在立法上,根据“诉愿法”第2条,行政处分是指“中央”或地方机关,基于职权,对特定的具体事件所为发生公法上效果之单方行政行为。1999年2月3日正式公布的“行政程序法”第92条将行政处分界定为行政机关就公法上具体事件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,我国台湾地区的行政处分概念与德国的行政行为、日本的行政处分概念在内涵上基本同一。在我国台湾地区,对行政事实行为、行政契约行为不服,相对人均可通过“行政法院”获得权利救济。^①

应当指出,在普通法系国家,行政法理论极少将行政行为作为一专门术语,这反映了两大法系行政法理论研究方法上的区别。但美国法典第5编第551节第13项作了这样的规定:“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部分。^②

在我国,行政行为是一学术用语。对行政行为的含义主要有下列几种不同理解:

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。其意可能在于与民事行为相对应而存在。

2. 行政行为是指行政机关所作的一切行为。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。

① 陈新民著:《行政法学总论》,台湾三民书局1997年版,第185页以下。

② 王名扬著:《美国行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第1111页。