



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Bestandskraft
und
Rechtsstaat

法治国下的 行政行为存续力

赵宏 著

53

TODAY | Legal Thinker

Bestandskraft und Rechtsstaat

法治国下的 行政行为存续力

赵宏 著

TODAY | Legal Thinker



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

法治国下的行政行为存续力 / 赵宏著. —北京:法律出版社, 2007. 5

(TODAY 今日法学思想)

ISBN 978 - 7-5036-7330-6

I. 法… II. 赵… III. 行政诉讼—法律行为—研究—德国 IV. D951. 653

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 066458 号

© 法律出版社·中国

法治国下的行政行为存续力

赵 宏 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.25 字数 223 千

印次 2007 年 5 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7330 - 6

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书系国家社会科学基金青年项目“德国行政行为理论与制度实践研究”的成果

内容提要

行政行为存续力理论是德国现代行政法效力理论中的重要内容。它最初由学者以司法判决确定力为原型和蓝本而创设,是判决确定力在行政程序中的对应物。后经行政法学者根据行政行为特性进行阐发,成为独立于判决确定力的颇具特色的行政行为效力理论。行政行为存续力理论的提出与发展深受德国法治国背景及其变迁的重要影响。它植根于法治国下法的安定性原则,同时又是法安定性原则和信赖保护原则在行政领域最重要的实现方式。德国《联邦行政程序法》吸纳了这一理论,并具体贯彻和呈现在有关行政行为效力的诸项规范中。发展至今,行政行为存续力原理已成为德国法中行政行为效力理论和制度实践的核心要素,对日本和我国台湾地区的学理和实践也产生了极为重要的影响。

我国行政行为效力理论虽然很大程度上源自德国、日本和台湾地区传统行政法理论的启迪,但

由于对德国、日本和台湾地区现代行政行为效力理论的发展缺少了解,不可避免地呈现出相对滞后的现象。我国学者至今仍然沿用行政行为确定力的概念体系,对存续力与确定力的理论更迭、存续力本身所具有的限制行政机关在行政行为作出后随意废弃的内涵与功能缺乏根本认知。同时,由于始终坚持以公定力为核心与基础的效力观,学者对行政行为及其效力理论应有的实践法治国的功能和价值更没有深刻的挖掘。因此,以德国法为基础对存续力这一现代行政行为效力理论的分析 and 探讨,对于我国行政行为效力研究和实践都具有重要意义。

本书共分为六个部分,各部分的简要内容如下:

导论。本章主要涉及现代法治国下行政行为存续性问题的提出,以及本文选取德国法上的理论沿革和制度实践为分析基础、以法治国背景的衍变及其与行政行为存续力的互动关系为分析线索的原因。在此基础上,本章简要探讨行政行为存续力对我国相关领域学术研究与制度建设的积极意义。

第一章,行政行为存续力的理论源起及历史沿革。行政行为存续力在德国法中是由司法判决和学理研究所共同建构的概念体系。它由奥地利学者班纳兹克(Bernatzik)最早提出。班纳兹克以司法判决具有实质确定力为由,推导出具有司法性的行政行为亦具有类似法律效力的结论。最初的行政行为确定力理论完全是判决确定力的制度模仿,但这种简单移植后来受到众多学者质疑。鉴于行政与行政行为区别于司法与司法判决的特性,行政行为确定力最终被存续力所替代。存续力理论的提出标志着一种独立的行政行为效力理论的产生。从德国联邦宪法法院判例中的“分级存续力”理论到存续力被普遍认可和接受,并最终贯彻落实于德国《联邦行政程序法》中,行政行为存续力理论发展迄今已成为德国法中行政行为效力理论和制度实践的核心要素。

第二章,行政行为存续力的概念界定与内涵型塑。鉴于行政行为存续力与司法判决确定力之间自始存在的密切联系,对存续力概念的界定

和理解仍应以首先明确司法判决确定力的内涵、目的和功能为前提。行政行为形式存续力的内涵为行为的不可诉请撤销性,这一点与判决形式确定力完全一致。相比之下,实质存续力与判决实质确定力之间却只具有较少的一致性。实质存续力与行政行为的存续性紧密相连,而这一问题又依赖于行政机关是否以及在多大程度上持续性地受其所作出的行政行为拘束;因此,在这一思路之下,实质存续力被作为行政行为有限制的废除可能性的表达,是对行为作出机关嗣后对行政行为废除权限的限制。实质存续力的这一内涵要素与判决实质确定力的“决定性”与“拘束性”内涵已有相当距离。

第三章,行政行为存续力的法治国依据、功能与界限。行政行为最初的建构与功能以及之后存续力理论的发展变迁和在制定法中的具体落实,都与德国法治国理论和实践的衍变息息相关。德国法上的行政行为以司法判决为蓝本创设,这种血缘联系也使学者从一开始就尝试将判决确定力制度引入行政程序。行政行为从最初被创设时起就具有着眼于法治国,限制国家权力保障人权的目的和功能。德国法治国理论在其后的发展过程中经历了从“自由法治国”到“社会法治国”,从“形式法治国”到“实质法治国”的重要转变,而这种转变也对行政行为存续力理论和实践的发展产生了重大影响。在现代法治国下,行政行为存续力植根于法的安定性要求,法的安定性是其法治国依据和价值目标。行政行为亦具有强大的实践法治国的功能,是法的安定性原则和信赖保护原则在行政领域最重要的实现方式。而对行政行为存续力界限的理解也同样可以从法治国下法的安定性原则与实质正义、依法行政、行政的灵活性等价值追求之间的内在矛盾冲突中获得。

第四章,行政行为存续力在法治国中的具体呈现。作为行政行为对于行政机关的拘束效力和有限制的废弃可能性的表达,行政行为存续力自始就与行政行为的撤销与废止紧密相连。行政行为存续力的作用范围、程度、效果等要素在法治国下也具体呈现在行政行为的撤销、废止及

行政程序重新进行的规则之中。因此,在本章中笔者以德国《联邦行政程序法》的规定为中心,通过对行政行为的撤销、废止及行政程序重新进行的规则的考察,尝试探索行政行为存续力在法治国中的具体呈现。在存续力理论的作用之下,德国法摒弃了传统的撤销与废止自由原则,行政机关的嗣后撤销与废止权限受到极大限制。对于授益行政行为,《联邦行政程序法》提供了不同层次的存续保护;对于负担行政行为,德国法的立场也发生了从撤销与废止义务到合义务与合目的裁量的重要转变。而行政程序的重新进行是诉讼中再审制度在行政程序中的对应,它与形式存续力相对,构成了对形式存续力的限制。

第五章,行政行为存续力理论在我国行政领域的引入与建构。以德国法为基础对行政行为存续力的讨论旨在为我国相关领域的学术探讨和制度建构提供启迪。在本章中笔者在对我国学理研究和制度实践的现状进行综述与评价后,探讨存续力理论引入的具体效用。存续力理论引入与建构的直接意义在于对现有行政行为确定力理论的修正与改造。存续力系替代确定力的概念,但由于我国学者对确定力的产生及其概念的更迭缺少认知,一直沿用确定力概念至今,对其内涵的把握亦不准确,这种相对滞后的研究现状无法为立法和行政实践提供正确指导。引入和建构存续力理论的另一目标在于对我国行政行为效力理论进行重构。长期以来,我国学者固守以公定力为核心的效力理论。但公定力因其本质为强调相对人的服从义务,且由国家权威推导出行政行为的合法有效,因此从根本上说是一种威权国家下的效力观。即使学者尝试对它进行重构,这种努力也并不成功。在公定力之下,其他诸力的研究也呈现出概念不清、功能不明的状况。行政行为公定力理论自应退场,其在我国行政行为效力内容中的核心地位应为代表法治国下行政行为效力观的行政行为存续力理论所替代。存续力的本质在于强调行政行为对于行政机关的自我拘束力,其背后折射出的是实质法治国的理念,因此是真正符合法治国原则的效力观。存续力对于我国制度实践的影响在于

对行政机关自行撤销与废止立场的根本转变。我国立法和行政实践长期奉行“撤销与废止自由原则”,行政机关的撤销与废止权限不受任何实质规制,这种现状无法实现对法的安定性利益和相对人的信赖利益的有效保护自应改变。

目 录

导 论/1

- 一、现代法治国下行政行为存续性问题的提出/1
- 二、行政行为存续力的分析基础——以德国法上的
理论沿革与制度实践为中心/5
- 三、行政行为存续力的分析线索——法治国背景的
衍变及其与行政行为存续力的互动关系/8
- 四、行政行为存续力的讨论对我国相关领域学术
研究与制度建设的意义与作用/10

第一章 行政行为存续力的理论源起及历史沿革/16

- 一、“行政行为确定力”(Rechtskraft von
Verwaltungsakte)的提出及相反观点/18
- 二、“存续力”(Bestandskraft)取代“确定力”及“分级
行政行为存续力”(abgestufte Bestandskraft)/24
- 三、《联邦行政程序法》的颁布及之后的重要判例/34

第二章 行政行为存续力的概念界定与内涵型塑/40

一、司法判决确定力(Rechtskraft des Urteils)/41

二、行政行为的形式存续力/48

三、行政行为的实质存续力/58

四、德国行政行为效力理论的一般框架与存续力的核心地位/85

五、行政行为存续力与判决确定力:对应与分离/88

第三章 行政行为存续力的法治国依据、功能与界限/93

一、法治国与行政行为存续力/93

二、存续力的法治国依据与功能:法的安定性与行政行为的存续保护/113

三、存续力的法治国界限/134

第四章 行政行为存续力在实定法中的具体呈现

——以德国《联邦行政程序法》的规定为中心/140

一、存续力与行政行为的撤销(Rücknahme)

——以德国《联邦行政程序法》第48条为分析基础/140

二、存续力与行政行为的废止

——以德国《联邦行政程序法》第49条为分析基础/179

三、对第三人施与负担的行政行为的撤销与废止

——以德国《联邦行政程序法》第50条为分析基础/197

四、存续力与行政程序的重新进行

——以德国《联邦行政程序法》第 51 条为分析基础/201

第五章 行政行为存续力理论在我国的引入与建构/216

一、我国学者对于行政行为存续力及存续保护问题的学理探讨/216

二、我国行政机关自行撤销与废止权限的制定法分析

——以《行政许可法》中的“行政许可撤销”规则为基础/232

三、存续力理论引入与系统建构的学理意义/245

四、存续力引入与系统建构的实践意义/268

参考文献/270

导 论

一、现代法治国下行政行为^①存续性问题的提出

行政机关在作出行政行为之后,能否因该行为具有违法瑕疵而自行变更、撤销,或者因事后法律和事实状态的改变而将原属合法的行为予以废止?如果行政机关能够在事后对行政行为予以变更、撤销或废止,其行使上述权限时是毫无拘束抑或存在某种限制?如果对行政机关行使如上权限的法律限制的确存在,这些法律限制又是什么?其法理依据何在?

上述问题从另一角度而言又是对行政行为本

^① 本书中所论的行政行为,在我国行政法语境下专指“具体行政行为”,而不包含“抽象行政行为”。事实上,德国法中的“Verwaltungsakt”(行政行为)也仅相当于我国学者所称的具体行政行为,而不包含抽象行政行为与行政合同。关于德国行政行为的创设及其内涵设定,本文第三章将有详尽论述。

身存续性的拷问。作为现代法治国家整体规范体系的内在组成,行政行为与实定法、司法判决一样对公民的权利义务起着重要规制作用。德国现代行政法之父奥托·迈耶(Otto Mayer)最初在19世纪以司法判决为原型建构行政行为时,就将其定义为“行政向人民就什么是个案的法所为的高权宣示”。^①既然行政行为拥有迈耶所描述的将抽象的法律规范落实于个案,并在个案中具体确定公民权利义务的特征,其效力的存续就与实定法、司法判决一样对于公民具有重要意义。

对实定法和司法判决效力存续的要求源于人们对于秩序的需要和期待,这一点已经众多学者论证。作为法秩序的重要构成,实定法和司法判决必须保有一定的确定性、稳定性与可预见性。如果允许掌权者恣意进行改变,则原由实定法和司法判决形成的秩序,就随时面临解体的危险,人们对于秩序的期待和可预见性要求也会由此落空。在一个缺乏稳定秩序的社会下,因为无法预知自己的行为会产生什么样的后果,也无法根据自己的预知安排和选择自己的行为,人人都会心生恐惧。人类这种对于秩序的需要和期待在法治国下被衍生为法的安定性原则。这项法治国原则具体作用于实定法和司法判决,表现为要求两者在作出后,必须具备一定的存续性和稳定性,同时在制度安排上排除了实定法和司法判决嗣后被恣意改变的危险。

如果承认行政行为亦属于社会的整体规范体系,出于维护人们对稳定秩序的依赖和需求,行政行为就应具备与实定法、司法判决同样的存续性。这一点在行政权力极度扩张与膨胀的现代国家背景下显得尤为重要。传统的夜警国家下,行政只具备维护安全的单一职能,而现代国家下,行政已经开始对社会生活的各个领域进行全方位渗透,其所承担的职能也大为扩张,以至于现代国家被称为“行政国家”。作为行政机关

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第97页; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, 3. Auflage, 1924, 93ff.

最重要的活动手段和方式,行政行为在调整国家与人民之间的法律关系、确定人民的权利义务方面扮演着重要的角色,如果允许对其进行毫无限制地更改,其结果只能与实定法和司法判决的朝令夕改一样,严重破坏法律秩序的稳定,使人们陷入无秩序的极度恐慌之中。允许对行政行为恣意更改的另一恶劣后果是国家公信力的完全丧失。法的稳定性和存续性是法可信赖的基础。如果国家对待实定法、司法判决和行政行为的态度是“朝令有错,夕改又何妨”,很难想像人们会对国家行为产生信赖。而一个丧失公信力的国家在民主法治理念之下又是不可能存立的。经由上面简短的分析,我们可以得出以下结论:基于法的安定性要求,以及维护人民对于国家行为的信赖,在现代法治国下,行政行为与实定法、司法判决一样应具备一定的存续性。

行政行为的存续性可能被中断或是受到影响的最大危险来自于行为的作出机关本身。这种判断可以从以下分析中得出。行政行为一经生效,相对人即受其拘束。基于行政本身的特性,相对人如欲阻却其效力的发生和延续,或是对其本身的适法性提出质疑,只能利用法律所提供的救济手段申请行政复议或是提起行政诉讼。而“不告不理”又是行政复议与行政诉讼的共同特征,复议机关和法院对行政行为的审查只能根据相对人的申请被动进行,不能主动启动。同时,复议机关和法院对行政行为进行审查,作出是否允许其效力继续存续的判断应完全依照法律。法律亦为复议和诉讼设置了缜密的程序要件,以保障其判断的正确性。上述因素都在很大程度上排除了行政相对人、复议机关和法院对于行政行为存续性可能产生的不利影响。此时对行政行为存续性的最大威胁就只能来自于行为作出机关本身的撤销、变更与废止决定。因此,为维护行政法律制度的稳定和排除对行政行为存续性可能产生的影响,就必须要求对行政机关嗣后的变更、撤销和废止权限进行限制。

基于这样的认知,德国学者认为,行政行为一经作出就具有一定的存续效力,这种效力会对行为的作出机关本身产生拘束效果,限制其嗣

后随意变更、撤销或废止行政行为。这种效力在德国法中被称为“存续力”(Bestandskraft)。存续力原理的最初建构完全以司法判决确定力(Rechtskraft)为原型。后经行政法学者根据行政特性进行阐发,而最终成为独立于司法判决确定力的德国公法理论。

但无法回避的问题是,基于存续力而对行政机关的上述权限进行限制又与行政的特性以及依法行政原则存在内在的紧张和矛盾关系。与司法的被动性格不同,作为一种积极主动的国家作用,行政必须具有相当的灵活性以应对未来的变化。因此,当行政行为所赖以成立的事实状态和法律状态发生变动时,为维护公共利益,行政机关自应将其废止或是变更。同时,依法行政原则作为支配立法权与行政权关系的基本原则,也要求行政机关在发现行政行为违法或是不当时,将其变更或撤销以回复合法状态。此时,在行政行为效力的存续与中断之间如何进行取舍就成为颇费思量的问题。事实上,这一取舍背后真正蕴涵的是对法的安定性与依法行政、行政的灵活性以及实质正义等价值与利益的选择。

传统的行政法理论基于严格恪守“依法行政原则”的要求,认为行政行为以实现公共利益为目的,必须是为了不断创造合法的、符合公共利益的状态而行使。违法或不当的行政行为本身就是违背法治原则的。所以,当行政机关发现行政行为违法或不当时,不仅有直接变更或撤销的权限,而且有撤销该行为的义务。即使是无瑕疵的行政行为,当其效力的维持因法律或事实状态的改变而不符合公共利益时,作为以实现公共利益为目的的行政机关,亦可以自由地予以废止。

这种无限制地承认行政机关可以依职权任意撤销或废止行政行为的原则,在20世纪50年代中期的德国发生动摇,并在之后被彻底摒弃。基于对人民信赖利益的保护,行政机关对于授益行政行为的自行撤销和废止权受到极大限制。授益行政行为即使违法,但相对人或利害关系人对其存续已有信赖,而行政机关事后矫正将因此增加其负担时,行政机关就不能任意为之。

这种见解在学术界已经获得普遍支持。但在授益行政行为的撤销与废止中,维护人们对于行政行为的信赖,与制度实践中对于行政机关自行撤销与废止问题立场的彻底转变之间仍有一段距离。如前所述,人们对于行政行为在作出后可以存续,而效力不受影响的信赖的产生,依赖于行政行为本身的存续特性以及这种特性对于行政机关嗣后撤销或废止可能的排除。也就是说,必须首先存在一种制度安排,确认行政行为的存续性,并排除对其存续性的影响,相对人的信赖才可以产生。另外,信赖保护原则似乎只在授益行政行为的撤销与废止中发生效用,在不产生信赖保护问题的负担行政行为的变更、撤销与废止中,并非就是行政机关的自由裁量空间,行政机关仍要在法的安定性与依法行政等诸项利益之间进行衡量。事实上,促成德国法从撤销与废止自由原则到有限制的撤销与废止权限立场转变的主要原因,除了保障人民对于行政为之信赖外,还有对法的安定性原则以及在此基础上蕴生的行政行为存续力理论的承认和普遍接受。

二、行政行为存续力的分析基础——以德国法上的理论沿革与制度实践为中心

行政行为存续力理论最初由奥地利学者班纳兹克(Edmund Bernatzik)在1886年《司法判决与实质确定力》(Rechtsprechung and Materielle Rechtskraft)一书中提出并进行阐释。班纳兹克以司法判决具有实质确定力为由,推导出具有司法性的行政行为亦具有类似法律效力的结论。这一理论虽然在提出后遭到一些反对意见,但在之后很长的一段时间里,许多德国学者都一直借用司法判决确定力(Rechtskraft)的概念和相关理论对行政行为效力进行描述。由此,行政行为确定力概念体系完全以司法判决确定力为原型被建构起来。