



“公法时代”丛书

行政行为基本范畴研究

■ 胡建淼 主编

Research on the Basic Scope of Administrative Acts

Times of Public Law Series

浙江大學出版社



“公法时代”丛书

行政行为基本范畴研究

RESEARCH ON THE BASIC SCOPE
OF ADMINISTRATIVE ACTS

ISBN 7-308-04306-1



787308 043069 >

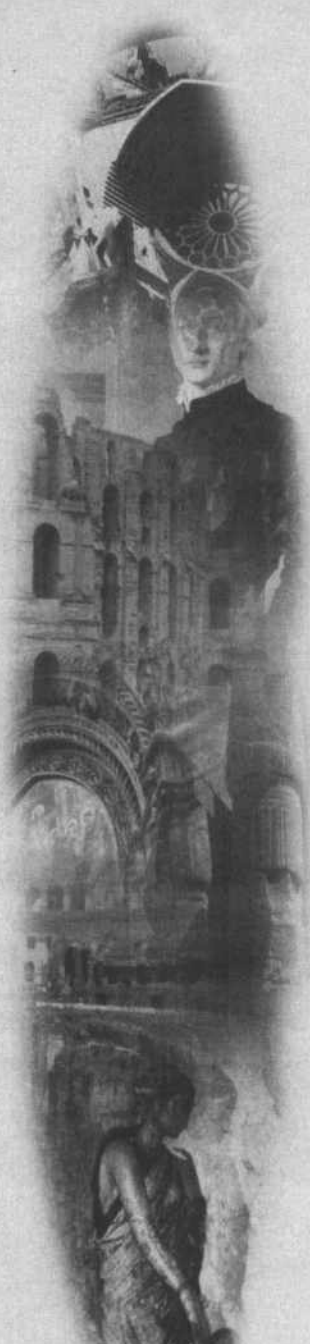
ISBN 7-308-04306-1/D · 220
定价：56.00元



“公法时代”丛书

D912.101/28

2005



行政行为基本范畴研究

Research on the Basic Scope of Administrative Acts

■ 胡建淼 主编

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政行为基本范畴研究 / 胡建森主编. — 杭州: 浙江大学出版社, 2005.7

(公法时代丛书)

ISBN 7-308-04306-1

I. 行... II. 胡... III. 行政管理—法律行为—研究—中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 071576 号

责任编辑 严少洁

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 38

字 数 680 千

版 印 次 2005 年 7 月第 1 版 2006 年 6 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 7-308-04306-1/D·220

定 价 56.00 元



主编简介

胡建淼，男，1957年11月生于浙江省慈溪市，1989年7月毕业于中国政法大学研究生院行政法专业。现为浙江大学副校长、法学教授、博士生导师。又系国家教育部法学专业教育指导委员会副主任委员、中国法学会常务理事、中国法学会行政法研究会副会长、中国法学会比较法研究会副会长、中国法学会法学教育研究会副会长、国际东亚行政法研究会理事，并担任司法部《法制日报》社法学专家顾问、国家行政学院兼职教授。从1993年10月起享受国务院“人民政府特殊津贴”，1995年被中国法学会评为全国十大“杰出青年法学家”（首届）。自1987年来共出版《行政法学》（独著，法律出版社1998年1月版）、《行政法学原理》（与张焕光合著，劳动人事出版社，1989年7月版）、《比较行政法20国行政法评述》（独著，法律出版社1998年7月版）等著作66部，发表《有关中国行政法理的行政授权问题》（载《中国法学》1994年第2期）、《“其他行政处罚”若干问题研究》（载《法学研究》2005年第1期）等论文72篇。自1990年以来，曾到美国斯坦福大学（Stanford University）、英国爱丁堡大学（Edinburgh University of UK）、澳大利亚西澳大学（The University of Western Australia）、德国基尔大学（Kiel University of Germany）、法国马赛大学（Université de Provence-Aix-Marseille）、日本关西大学、韩国亚洲大学、中国香港城市大学、中国台湾政治大学和中国澳门大学等作过访问学者或学术交流。作为行政法学博士生导师，他已培养研究生（含硕士、博士、博士后）80余人。此外，他还兼任浙江泽大律师事务所名誉主任和中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，以律师和仲裁员身份承办大量知名案件。

主 编 胡建森

副主编 钱建华

编 者 (按姓氏笔画为序)

王正斌 刘 义 李春燕 李 莉 苏苗罕

吴振宇 岑剑梅 沈 迪 张 存 张旭勇

张宝羊 陈裕琨 郑 艳 胡桂芳 高春燕

涂怀艳 黄金富 黄勇斌 蒋红珍 程排超

潘清波

前 言

从某种意义上说,行政法学的基本理论主要是行政行为的理论。因为行政法的任务是规制行政主体的行政行为,以保障行政行为的合法性和合理性。本书第一次对行政法学中的抽象行政行为与具体行政行为、内部行政行为与外部行政行为、依职权行政行为与依申请行政行为、羁束行政行为与裁量行政行为、行政作为与行政不作为、要式行政行为与不要式行政行为、主行政行为与从行政行为、授益行政行为与负担行政行为、可诉行政行为与不可诉行政行为、中间行政行为与最终行政行为、终局行政行为与非终局行政行为、无条件行政行为与附条件行政行为、实力行政行为与意思行政行为、单一行政行为与共同行政行为、对人行政行为与对物行政行为、实体行政行为与程序行政行为、合法行政行为与违法行政行为、有效行政行为与无效行政行为、行政法律行为与行政事实行为、基础行政行为与执行行政行为、原本行政行为与重复行政行为等 21 对范畴进行了系统而深入的研究,挖掘了每一对范畴的起源、变迁、理论与法律基础、基本内容、在实践中的具体应用、各范畴间的相互关系等基本理论问题,是一本行政法学基础理论方面的专著。

本书写作分工如下——

- 第一章 抽象行政行为与具体行政行为,王正斌撰;
- 第二章 内部行政行为与外部行政行为,张存撰;
- 第三章 依职权行政行为与依申请行政行为,高春燕撰;
- 第四章 羁束行政行为与裁量行政行为,蒋红珍撰;
- 第五章 行政作为与行政不作为,程排超撰;
- 第六章 要式行政行为与不要式行政行为,张宝羊撰;
- 第七章 主行政行为与从行政行为,沈迪撰;
- 第八章 授益行政行为与负担行政行为,涂怀艳撰;
- 第九章 可诉行政行为与不可诉行政行为,岑剑梅撰;
- 第十章 中间行政行为与最终行政行为,苏苗罕撰;

- 第十一章 终局行政行为与非终局行政行为,李春燕撰;
第十二章 无条件行政行为与附条件行政行为,胡桂芳撰;
第十三章 实力行政行为与意思行政行为,郑艳撰;
第十四章 单一行政行为与共同行政行为,刘义撰;
第十五章 对人行政行为与对物行政行为,潘清波撰;
第十六章 实体行政行为与程序行政行为,吴振宇撰;
第十七章 合法行政行为与违法行政行为,黄勇斌撰;
第十八章 有效行政行为与无效行政行为,黄金富撰;
第十九章 行政法律行为与行政事实行为,陈裕琨撰;
第二十章 基础行政行为与执行行政行为,李莉撰;
第二十一章 原本行政行为与重复行政行为,张旭勇撰。
全书由钱建华初审,胡建森终审。

胡建森
2005年5月20日

目 录

第一章 抽象行政行为与具体行政行为	1
第一题 概念探源	1
第二题 现有理论的归纳总结	6
第三题 区分标准的逻辑分析	15
第四题 实务中的抽象行政行为概述	33
第五题 实务中的具体行政行为概述	38
第六题 余论:对抽象行政行为可诉性的反思	44
第二章 内部行政行为与外部行政行为	47
第一题 内部行政行为概念探源	47
第二题 内部行政行为和外部行政行为的分界	53
第三题 内部行政行为的可诉性探讨	60
第三章 依职权行政行为与依申请行政行为	64
第一题 前 言	64
第二题 依职权行政行为与依申请行政行为概念的初步界定	67
第三题 对几个现实问题的进一步探讨	76
第四题 比较:从法律对行政的控制而言	80
第五题 结 语	84
第四章 羁束行政行为与裁量行政行为	86
第一题 前 言	86
第二题 羁束行政行为与裁量行政行为的基本内涵	89
第三题 概念的缘起及其在主要法系国家的演变	101
第四题 对行政裁量行为的法律控制	121

第五章 行政行为与行政不作为	136
第一题 行政作为与行政不作为概念探源	136
第二题 行政作为与行政不作为划分的意义和标准	139
第三题 行政不作为	148
第四题 行政作为	155
第六章 要式行政行为与不要式行政行为	160
第一题 要式行政行为与不要式行政行为的界定	160
第二题 要式行政行为与不要式行政行为的历史演变	166
第三题 相关国外立法例的简要考察	170
第四题 要式行政行为	174
第五题 不要式行政行为	180
第七章 主行政行为与从行政行为	185
第一题 主行政行为与从行政行为之理论渊源	185
第二题 主行政行为与从行政行为的学说形态	188
第三题 主行政行为与从行政行为的划分标准及理论基础	192
第四题 主行政行为与从行政行为辨析——以附负担行政行为为例	198
第五题 主行政行为与从行政行为的适用	200
第八章 授益行政行为与负担行政行为	208
第一题 授益行政行为与负担行政行为的起源	208
第二题 授益行政行为与负担行政行为的界定	212
第三题 行政行为撤销与废止的一般理论	219
第四题 授益行政行为与负担行政行为的撤销	222
第五题 授益行政行为与负担行政行为的废止	226
第六题 对第三人效力行为和混合行政行为的撤销与废止	229
第九章 可诉行政行为与不可诉行政行为	235
第一题 可诉行政行为 and 不可诉行政行为界说	235
第二题 可诉行政行为	243
第三题 不可诉行政行为	249

第四题 几类具有可诉争议性的行政行为·····	258
第十章 中间行政行为与最终行政行为·····	268
第一题 中间行政行为与最终行政行为的提出·····	268
第二题 中间行政行为与最终行政行为的划分标准·····	275
第三题 中间行政行为与最终行政行为的类型·····	278
第四题 本对范畴在我国的应用现状及完善建议·····	285
第十一章 终局行政行为与非终局行政行为·····	290
第一题 终局行政行为与非终局行政行为的发展现状·····	290
第二题 对我国终局行政行为与非终局行政行为的剖析·····	299
第三题 终局行政行为与非终局行政行为的发展趋势·····	308
第十二章 无条件行政行为与附条件行政行为·····	313
第一题 引 言·····	313
第二题 行政行为的附款·····	318
第三题 无条件行政行为与附条件行政行为的分界·····	335
第四题 本对范畴与我国行政法理·····	342
第十三章 实力行政行为与意思行政行为·····	348
第一题 本对范畴的提出·····	348
第二题 意思行政行为与实力行政行为的分界·····	352
第三题 意思行政行为·····	353
第四题 实力行政行为·····	362
第十四章 单一行政行为与共同行政行为·····	369
第一题 共同行政行为(联合行政)的宪政基础·····	370
第二题 单一行政行为与共同行政行为的区分标准及其意义·····	374
第三题 共同行政行为的救济·····	377
第四题 中国行政管理实践中的联合行政·····	387
第十五章 对人行政行为与对物行政行为·····	390
第一题 问题的提出及研究价值·····	390
第二题 基本概念剖析·····	402

第三题 对人对行政行为与对物行政行为的划分标准及其关系·····	410
第四题 中国法上的对人对行政行为与对物行政行为·····	413
第十六章 实体行政行为与程序行政行为·····	418
第一题 问题之提出·····	418
第二题 普洛透斯似的正义之面与行政权的控制·····	420
第三题 实体行政行为与程序行政行为的划分·····	427
第四题 程序行政行为·····	432
第五题 该对范畴划分在行政诉讼中的应用·····	438
第十七章 合法行政行为与违法行政行为·····	442
第一题 问题的缘起和意义·····	442
第二题 他山之石:部门法、域外理论与制度·····	444
第三题 宏观与微观层面的范畴探究·····	456
第四题 价值分析:理论与制度层面·····	464
第五题 余论:我国国家赔偿制度归责原则的反思·····	470
第十八章 有效行政行为与无效行政行为·····	478
第一题 行政行为效力问题的基本涵义·····	478
第二题 有效行政行为与无效行政行为划分的理论依据及具体标准·····	488
第三题 行政行为效力问题在我国的现状及其存在的问题·····	495
第四题 行政行为效力问题与相关制度的完善·····	499
第十九章 行政法律行为与行政事实行为·····	504
第一题 概念的探源·····	504
第二题 行为基本范畴的法理学基础·····	523
第三题 行政法律行为和行政事实行为的界分·····	538
第四题 余 论·····	541
第二十章 基础行政行为与执行行政行为·····	542
第一题 理论探源·····	542
第二题 基础行政行为与执行行政行为区分的标准与意义·····	544
第三题 基础行政行为·····	548

第四题 执行行政行为·····	553
第五题 余 论 ·····	562
第二十一章 原本行政行为与重复行政行为·····	566
第一题 原本行政行为与重复行政行为概念探源·····	566
第二题 原本行政行为与重复行政行为区分的意义与标准·····	575
第三题 原本行政行为·····	579
第四题 重复行政行为·····	583
主要参考著作和论文·····	591

第一章

抽象行政行为与具体行政行为

第一题 概念探源

一、立法探源

抽象行政行为和具体行政行为的分类,原是学术上的研究需要。因此这两个概念开始也只是法学上的术语,但我国自《行政诉讼法》将具体行政行为规定为法律术语而且涉及人民法院的受案范围以后,细致精确地厘清两者的内涵和外延,就显得十分必要了,由此也引发了许多争论。

在我国,早在1916年,就出现了和现在的具体行政行为相似的“行政处分”一词。例如,民国五年统四八〇号解释“凡国家以行政处分对于人民为一种处分者……”,民国九年统一四〇七号解释“县知事……于罚鍰部分既声明系行政处分……”,民国十一年统一七〇〇号“行政衙门为付与人民利益而为之设权行为,其后复以职权予以变更或竟撤销之,仍不外乎行政处分……”等都是适例。^①

新中国,首次使用“具体行政行为”这一概念的法律,是1989年的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下称《行政诉讼法》)^②,该法第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”第5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。”首次正式解释“具体行政行为”这一概念意思的司法文件,是1991年的《最高人民法院关于贯

^① 许宗力著:《行政处分》,载翁岳生编:《行政法》,翰芦图书出版有限公司1998年版,第530页第4脚注。

^② 1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过,1989年4月4日中华人民共和国主席令第16号公布,自1990年10月1日起施行。

彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的意见(试行)》(以下称《若干意见》),该意见第1条规定:“‘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。”由于认为“具体行政行为”这一概念难以把握,最近的《最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释》(以下称《若干解释》)虽然还是在用“具体行政行为”这一术语,但是并没有对“具体行政行为”下定义。^①

然而,有关法律及司法解释的条文并没有使用“抽象行政行为”这一术语。《行政诉讼法》第12条规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:……(二)行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令;……”对此,《若干解释》第3条规定:“行政诉讼法第十二条第(二)项规定的‘具有普遍约束力的决定、命令’,是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。”此定义并没有出现“抽象行政行为”一词,但对比于《若干意见》对“具体行政行为”的定义,则可以发现,这一条文实际上是将其定义为“抽象行政行为”。法官甘文认为,该条将具有普遍约束力的决定、命令解释为抽象行政行为,并认为,根据该条的解释,抽象行政行为有三个方面的特征:(1)抽象行政行为是针对不特定对象作出的;(2)抽象行政行为能反复适用;(3)抽象行政行为通常表现为具有普遍约束力的规范性文件。^②

这里可以看到一个微妙的变化,在《若干意见》里,最高法院对“具体行政行为”下了定义,对“抽象行政行为”并没有下定义,但是在《若干解释》里,却正好相反,即对“抽象行政行为”下了定义,对“具体行政行为”没有下定义。难道说,对抽象行政行为就能下定义?如果能下的话,只要在行政行为这一概念里将抽象行政行为排除出去,即可确定具体行政行为。换句话说,人们可运用同样的排除法给具体行政行为下定义。因此,这种做法在逻辑上存在着不能自圆其说的矛盾。

二、理论探源

如果对行政行为的抽象与具体之分追本溯源,则可以发现无论是大陆

^① 1999年11月24日经最高人民法院审判委员会第1088次会议讨论通过。

^② 甘文著:《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》,中国法制出版社2000年版,第29-30页。

法系还是英美法系都有类似的概念。

在法国,单方面的行政行为中,根据其适用的范围为标准又可分为普遍性的行为和具体的行为。行政机关制定普遍性的规则的行为,例如制定行政法规和行政规章的行为是普遍性的行为。普遍性的行为不对具体事件进行处理。行政机关对于具体事件所作的决定是具体行为,称为行政处理。具体行为的决定要以普遍行为作为根据。^① 这里,所谓普遍性行为是指行政机关制定普遍性的规则的行为,即行政行为的内容是制定普遍性的规则;而具体行为是指行政机关对于具体事件所作的决定,即具体行为的内容是对具体事件作出决定。区分这两者的标准在于内容,或者说在于普遍性规则与针对具体事件的决定之间如何区分的问题。

在德国,对外的行政行为中,抽象的行政行为包含法规命令和行政规章,具体的行政行为包含双方的行政合同和单方的行政行为(或译作行政处分)。^② 所谓法规命令是指行政机关(政府、部门和行政机关)颁布的法律规范。法规命令与正式法律的区别是制定机关不同,而不是内容和效力。规章是指公法人为了管理自己的事务而制定的法律规范。规章与法律和法规命令的区别在于,后者由国家(国家立法机关、国家行政机关)制定,而前者由法律上独立、但属于国家成员的组织制定。^③ 所谓行政合同,是指设立、变更和终止公法上的法律关系的合同。行政行为是指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。

日本的行政法理论与德国类似,在抽象方面有法规命令和行政规则,在具体方面典型的则有行政行为。所谓法规命令,是指行政机关制定的、关于行政主体和私人的关系中的权利义务的一般性规范。^④ 而行政规则是指行政机关制定的规范,但与国民的权利义务不直接发生关系,即不具有外部效果的规定。^⑤ 行政行为是指行政活动之中,在具体场合具有直接法效果的行政的权力性行为,但在制定法中,则使用“行政厅的处分”这一概念。^⑥

在大陆法系的实践中,要界定法规命令是容易的。因为法规命令和法律的区别仅仅在于主体的不同,所以法规命令具有和法律一样易于辨析的特征。同样,在文书中列明相对人姓名的行政行为也是容易界定为行政处

① 王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第138页。

② [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第180页。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第58、60页。

④ [日]盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,法律出版社1999年版,第68页。

⑤ [日]盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,法律出版社1999年版,第72页。

⑥ [日]盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,法律出版社1999年版,第80页。

分的,因为列明了姓名就意味着对象的特定。难以界定的是这两者的中间状态,即那些不具有法规命令的形式,又没有列明相对人姓名的行政行为,到底是抽象的还是具体的?对于这一问题,将在后面进行讨论。一般而言,大陆法系多以对行政处分进行精确定义的方法来区分中间状态。因此,这里有必要对“行政处分”一词的渊源作一回溯。

“行政处分”一词的渊源可追溯至法国行政法学之 *Acte Administratif*, 经由德国之继受,称其为 *Verwaltungsakt*, 日本学者将其翻译为“行政行为”。*Acte Administratif* 这一概念是法国大革命后,学者为说明行政机关在法律之下,与司法并行,类似法院之判决,为处理具体事件,逐渐形成的概念。1810年后,承德国行政法学的开山鼻祖奥托·迈耶(*Otto Mayer*,或译奥托·迈尔)的研究,*Acte Administratif* 之概念,已普遍为法国学者所接受,而视其与法院之判决有相同之地位。^① 我国学者将其译为“行政处理”,具有具体性、单向性、外部性、强制性四个特点。^② 在德国,迈耶于19世纪后半叶,抄袭法国 *Acte Administratif* 之概念而说明德国 *Verwaltungsakt* 时,亦以法院之判决作比拟,认其为司法判决之相对物。^③ 他揭示了行政处分的本质特征,至今仍然具有决定性的影响。他将行政处分定义为:“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。”目前,德国《联邦行政程序法》第35条第1款将行政处分定义为:“行政机关为了调整公法领域的具体事件而采取的,对外直接产生法律效果的命令、决定或其他主权措施。”

就英美法系而言,美国的行政法学界有类似的将行政行为一分为二成抽象的制定规章行为和具体的行政裁决行为的理论。美国行政机关业已获得的两大权力——委任立法权和行政司法权,分别形成了两大行为:制定规章(*ruling*)和行政裁决(*adjudication*)。前者的行为结果表现为“规章”(rule),后者的行为结果表现为“命令”(order)。行政法学者们认为,行政机关有两种正式的行政行为,一种是制定规章(*rulemaking*),另一种是“裁决”

① 翁岳生著:《行政法与现代法治国家》,祥新印刷有限公司1990年版,第2-3页。

② 胡建森著:《比较行政法——20国行政法评述》,法律出版社1998年版,第219-220页。

③ 翁岳生著:《行政法与现代法治国家》,祥新印刷有限公司1990年版,第3页。