

宪
政
论
丛

聚焦行政处理

——
行政法上『熟悉的陌生人』

宋功德 著

行政处理是行政法上的一个核心概念，也是行政法上的一个核心问题。本书以行政处理为研究对象，从行政处理的概念、特征、分类、程序、救济等方面进行了系统的论述。本书不仅是一部理论著作，也是一部实务指南。本书的出版，对于行政法学的研究和行政实践都具有重要的意义。

Focus on Administrative
Disposition

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



宪
政
论
丛

聚焦行政处理

——行政法上『熟悉的陌生人』

宋功德 著

本书主要关注行政处理的问题，采用历史考察、比较研究、实证分析、规范分析等方法，对行政处理的概念、性质、功能、程序、救济等问题进行了深入的探讨。本书不仅是一部理论著作，也是一部实证研究著作。本书在理论层面，探讨了行政处理的性质、功能、程序等问题；在实证层面，探讨了行政处理的实践问题。本书的研究成果对于完善行政处理制度具有重要的参考价值。

Focus on Administrative
Disposition

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

聚焦行政处理:行政法上“熟悉的陌生人”/宋功德著. —北京:北京大学出版社,2007.10

(宪政论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12850 - 3

I. 聚… II. 宋… III. 行政法 - 研究 - 中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 160147 号

书 名: 聚焦行政处理——行政法上“熟悉的陌生人”

著作责任者: 宋功德 著

责任编辑: 裴建饶 薛 颖

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12850 - 3/D · 1885

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 17.75 印张 286 千字

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

上世纪90年代末至本世纪初,我和罗豪才教授曾与北京大学出版社合作,主编过一套《现代行政法论著系列》。该《系列》共出了二十多部专著,这些专著都是有关现代行政法前沿问题的研究成果,一本本都透着新时代公法的气息。这套论著的作者大多是刚刚步入而立之年的年轻博士,其所著大多是他们在自己的博士论文基础上所进行的再创作。这套书虽然不能说每本都是精品,但其中确实不乏精品。

现在,我们又一次与北大出版社合作,出版一套新的公法论著系列《宪政论丛》。《宪政论丛》与《现代行政法论著系列》是公法论著系列的姊妹篇,主要出版中青年学者研究宪法和宪政前沿问题的最新成果。

宪法与行政法是公法的两大支柱。行政法是规范行政权运作,调整行政主体与行政相对人关系的法律部门;宪法则是规范整个国家权力的运作,调整国家与人民的关系的法律部门。行政法是构建法治的基本法律部门;宪法则是构建宪政的基本法律部门。法治是宪政的构成要素之一,但不是唯一要素,宪政的构成要素除了法治以外,还包括民主、人权、对公权力的控制、对私有财产权的保护、司法独立与分权制约等。毫无疑问,宪政离不开法治。没有法治,宪政不可能实施。但同样毫无疑问,法治也离不开宪政。因为宪政是法治的灵魂,是法治的保障。没有宪政,不可能有真正的法治。

“文革”结束后,我们就开始探索建设法治,也开始探索建设宪政。但直到“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”等一系列宪法或宪法性案件发生和我国宪法正式确立“依法治国”、“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”等原则以前,我们一直没有过分地看重宪政,没有真正重视宪政建设。“文革”的切肤之痛,使我们开始对法治(而不是宪政)有了比较深切的认识,故从20世纪70年代末和80年代前期开始制定《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《民事诉讼法(试行)》等法律,并提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法治口号。然而,70年代末和80年代前期推出的法治还并不是

完全意义或真正意义的法治,因为它很少或较少有宪政的指导,很少或较少贯穿宪政的精神。直至20世纪90年代,我们的经济体制开始根本性的转变:市场经济体制开始逐步取代计划经济体制。此种转变才促使和逼迫我们较多地思考一些宪政问题:对于政府的权力,即使是人民政府的权力,是不是也要进行适当的限制和控制?政府的权力,即使是人民政府的权力,如果不加限制和控制,是不是也会侵犯人民(包括工人、农民,也包括企业主、个体劳动者等)的权益?是不是也会成为市场的障碍和经济发展的阻力?人民政府如果侵犯人民的权益,人民可不可以向法院告人民政府,要求人民政府赔偿?作为这种思考的结果,20世纪90年代我们出台了很多重要的法律,如确立“民告官”制度的《行政诉讼法》和《行政复议法》,确立国家向人民承担赔偿责任的《国家赔偿法》,确立政府行为应遵守正当法律程序规则的《行政处罚法》,确立公务员行为规则和公务员制度的《国家公务员暂行条例》,确立对整个政府机关及其工作人员法制监督制度的《行政监察法》,等等。由此可见,20世纪90年代的中国法治显然已经贯穿了若干宪政精神了,是已经有相当法治味的法治了。但是,尽管如此,20世纪90年代的中国法治还不能称为完全的和完善的法治,因为直至上世纪末,中国的宪政还很不健全,我们的国人,即使是法律学人,甚至是宪法学人,对宪政尚未予以足够的重视,尚很少有人以推动经济体制改革、推动市场经济建设的激情和干劲去推动中国的宪政建设。法律学人、宪法学人中也较少有人以研究法制、法治和宪法文本、宪法具体制度的劲头去研究宪政。

从20世纪末到本世纪初,情况开始逐步改观。首先是一系列宪法或宪法性案件陆续发生,如“田永案”、“刘燕文案”、“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”,等等;其次是1999年和2004年两次修宪:1999年修宪确立了宪政的一项基本原则,即“依法治国,建设法治国家”,并为培育宪政环境确立了一项基本经济制度,即确认“非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分”;2004年修宪确立了宪政的另两项基本原则,即“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”,并为培育宪政环境确立了另外两项基本的经济制度,即财产征收、征用补偿制度和社会保障制度。正是这些宪法或宪法性案件以及由此推动产生的这些宪法修正案,促使国人,特别是法律学人、宪法学人,更深入地思考中国的宪政问题:中国的宪政之路应如何走,是头痛医头,脚

痛医脚,出现一个问题解决一个问题,搞一个宪法修正案,还是应全盘考虑,整体设计?中国的宪政应包括哪些内容,哪些要素,是全面移植西方的制度,还是全面创新,或者是有借鉴有创新,且借鉴、创新之选择完全取决于“制度的作用”(能否为人民带来福祉),而不是取决于“制度的颜色”(是否符合某种意识形态)?中国宪政的主体和宪政的设计师应由谁担当,是中共中央、全国人大、国务院,还是法学专家、宪法学专家,或者是全国人民?总之,中国人在新世纪开始思考一系列宪政问题了,而不是停留在对法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题的思考,法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题是20世纪后期涉及中国前途、命运的问题,而宪政问题则是21世纪涉及中国前途、命运的问题。

我们组织编辑、出版这套《宪政论丛》,其目的就是要汇集、归纳、梳理国人对宪政问题的思考,推动国人对中国宪政之路的探索,促进中国宪政制度的建设。这套《论丛》的内容主要包括五个方面:

其一,对宪政理论的宏观研究。主要探讨宪政的基本概念,宪政的构成要素、宪政产生、发展的条件、环境,宪政形成、发展的一般阶段,宪政的功能、作用,宪政与政治、经济、文化的关系,世界各国宪政的不同模式、各种不同模式宪政的特征,以及世界各国研究宪政的不同学派、学说,等等。

其二,对中国宪政道路和宪政制度的宏观研究。主要探讨中国宪政的特色,如共产党的领导,人民代表大会制度,人民通过多种途径、多种形式参与国家和社会管理,多党合作,政治协商制度,遵循中央统一领导与充分发挥地方主动性、积极性原则的中央与地方关系,民族平等、民族区域自治和国家特别保障少数民族权益的民族政策,社会主义市场经济,依法治国与依法行政,国家尊重和保护人权,坚持社会主义公有制和保护私有财产,等等。

其三,对中国宪法和行政法具体制度的中观、微观研究。此包括研究现行立法制度、选举制度、监督制度、司法制度、国家机关的设置及相互分工与制约、政务公开、社会团体、行业协会的发展与国家权力向社会转移,以及一国两制、特别行政区和国家结构形式等宪法或宪法性的中观、微观问题。在行政法方面,则包括有关行政主体制度、公务员制度、行政许可制度、行政征收征用制度、行政给付制度、行政强制制度、行政裁决制度、行政处罚制度、行政复议和行政诉讼制度等与国家宪政密切相关的各种中观、微观制度问题。

其四,对实际宪法和宪法性案例的研究。包括研究已作为“过去时”的历史性典型案例,介绍这些案例发生的历史背景,探讨其所创立的重要宪政原理、原则,揭示其对于宪政发展的重大历史意义和对于我们今天宪政发展的现实意义。当然,也包括研究作为“现在时”和“将来时”的今天正在发生以及明天将要发生的各种有宪政意义的典型案例。之所以包括“将来时”,是因为我们的《论丛》刚刚开始,它无疑还要继续到明天、后天。《论丛》对作为“现在时”和“将来时”的宪法与宪法性案例的探讨,将着重揭示我国宪政发展过程中的困难、问题,产生困难和问题的原因,克服困难、解决问题的对策,以探寻中国走上宪政道路的适当路径。

其五,介绍西方宪政先行国家宪政发展的经验、教训。本《论丛》也将有选择地介绍西方宪政先行发展国家的宪法和宪政制度,包括传统的控权分权制度、代议制度、政党制度、人权保障制度、言论自由制度、结社集会游行制度、司法审查制度等。同时,《论丛》对西方国家宪政制度的介绍自然也包括现代宪政制度,如信息公开制度、正当法律程序制度、参与式民主制度、非政府组织制度、督察专员制度、放松规制制度、公法契约制度、行政指导制度,等等。本《论丛》在介绍西方宪政先行国家的这些传统的和现代的宪政制度时,将对这些制度进行必要的分析,探究其利弊得失,总结其经验教训。而且,《论丛》还要对相应制度的政治、经济、文化及民族历史传统等背景进行适度地考察,以区分这些制度的普适因素和特定的乡土因素,以为我国借鉴或移植这些制度时提供若干辨识和选择的参考材料。

总之,这套《论丛》是一套主要以中国宪法、宪法性法律和宪政制度为素材,同时参考国外、境外的宪法、宪法性法律和宪政制度的相应材料,研究宪政的一般理论和实践,为中国宪政建设提供理论指导的学术丛书。我国学界对宪政研究起步较晚,目前研究成果很少,有分量、有深度的研究成果更少,但愿我们这套《论丛》能推动我国宪政研究向前发展一步,为改变我国宪政研究的落后面貌有所贡献。

是为序。

姜明安

于北京八里庄公寓

2005年8月5日

CONTENTS 目 录

导言 发散之后的聚焦	1
------------	---

第一章 行政行为语境中的行政处理	10
一、在行政行为概念体系中的若隐若现	10
二、在行政行为概念体系中的地位	14
三、在行政行为概念体系中的定位	24
四、行政处理的构造与属性	42

第二章 行政处理的功能、机制及其法律规制	58
一、行政处理的复合功能	58
二、权力/权利主体的行为假定	64
三、机制设计的内外一致	72
四、机制设计的制约与激励相容	74
五、行政处理的行政法规制	79

第三章 行政处理效力的构造与形态	84
一、行政处理效力的逻辑结构	84
二、行政处理效力的始与终	94
三、推定合法的公定力	97
四、抵制改变的确定力	104
五、强调遵从的拘束力	111
六、诉诸强制的执行力	116

CONTENTS 目 录

第四章 行政处理的成立、生效与消灭	122
一、行政处理的成立	122
二、行政处理的生效	129
三、无瑕疵行政处理的消灭	139
第五章 行政处理瑕疵的处置	155
一、行政处理瑕疵的基本形态	155
二、错误瑕疵及其修正	160
三、不当瑕疵及其变更	165
四、“一般违法”瑕疵及其撤销	180
五、“严重且明显”瑕疵及其无效	203
第六章 行政处理行为的体系、模式与过程	219
一、行政处理行为的体系化	219
二、行政处理行为模式的法定化	232
三、行政处理行为过程的博弈性	251
参考文献	272
后记	275

导言 发散之后的聚焦

一提起“行政行为”这个概念的起源,恐怕许多行政法学者都会不约而同地想到德国公法学大师奥托·迈耶(1846—1924)。长期以来,在行政法学界流行着一种通说——依印度行政法学者 M. P. 赛夫的说法,行政行为(Verwaltungsakt)概念起源于 19 世纪的行政法理论,它最早的定义乃是出自迈耶之手。^① 不过,德国行政法学者却是谦谦君子,大度地将法国确定为行政行为概念的原产地,认为它是三权分立体制的产物^②,德国学者于 1826 年从法国引进行政行为(acte administratif)概念并作了大量解释。^③

这两种看法或许并不矛盾。迈耶早年钟情于法国行政法研究,他首先在不惑之年出版了《法国行政法原理》(Deutsches Verwaltungsrecht)(1886),然后才在快知天命时出版那本经典的《德国行政法》(Theorie des französischen Verwaltungsrechts)(1895)。或许,迈耶在德国行政法中提炼行政行为概念时,眼前浮现出法国行政法中的行政行为形象。

姑且不论究竟是迈耶或者其他入发现抑或发明了行政行为这个概念,依笔者猜测,迈耶当年在定义行政行为并对其寄予厚望时,有可能估计到这一概念终究会成为行政法学的基石范畴。不过他未必能够想到的是,在经历一百多年之后,这个概念已经“发福”得厉害,变得“大腹便便”了。

① 在迈耶看来,行政行为是“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”或“行政向人民就什么是个案的法所为的高权宣示”(ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll);翁岳生编:《行政法》(上册),台湾翰芦图书出版有限公司 1998 年版,第 530 页。

② [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第 2 卷,高家伟译,商务印书馆 2002 年版,第 15 页。

③ 参见刘兆兴等:《德国行政法——与中国的比较》第 8 辑,世界知识出版社 2000 年版,第 165 页。

二

迈耶认为,法治国不只是通过法律把大量丰富多彩的行政活动限制起来,还要实现行政活动自身内容的逐步确定化,以保证个人权利以及个人对行政活动的可预期性。这种作用的产生主要依靠行政行为,它在具体情境中决定臣民的权利和义务。^①

迈耶所谓的行政行为,是指行政机关针对具体对象所实施的一种高权性法律行为,套用中国行政法学者容易理解的词汇来描述,它属于一种法律行为而非事实行为,外部行政行为而非内部行政行为,具体行政行为而非抽象行政行为,单方行政行为而非双方或多方行政行为,强制性行政行为而非非强制性行政行为,处理性行政行为而非协商性行政行为,要式行政行为而非非要式行政行为,最终行政行为而非阶段行政行为。亦即,迈耶意义上的行政行为指称的范围非常有限,属于“狭义”行政行为。迈耶时代的行政法学者,正是以这种狭义的行政行为作基石,精心设计、理性建构起宏伟的行政法(学)理论大厦。在经典的行政法学理论体系中,无论是由法律优先原则与法律保留原则共同构成的依法行政原则,还是行政行为的效力理论、行政行为瑕疵的矫治技术、行政权力监督与公民权利救济学说,都与这种狭义的行政行为概念严格对应。

迈耶式的行政行为概念以及与之对应的行政法思想,曾经对法国、日本以及20世纪初期的中国行政法产生过深刻的历史影响,一度被奉为典范。不过,20世纪中期之后,经济社会的快速、有序发展强烈地刺激着行政权力的一再膨胀,公共行政变革的一个基本取向就是行政主体的多元化与行政管理方式的多样化,行政的触角游丝般渗透到社会结构的各个层面。水涨船高,伴随着行政权力的扩张,“行政行为”的边界也一再外移,在日益广泛的公共领域产生日益深刻的影响。这就使得经典理论上的狭义行政行为概念显得捉襟见肘,无法全面覆盖实践中的宽泛的行政行为领域。如此一来,人们难免开始不满足于迈耶意义上的行政行为概念。

尽管如此,人们却并没有抛弃行政行为概念。这至少有以下几个方面

^① 参见〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第97页。

的原因:一则,行政法理论体系建构于迈耶所埋下的那块行政行为基石之上,这使得每一种行政法理论都与行政行为概念之间存在千丝万缕的联系。对于行政法学者而言,抛弃行政行为概念,在某种意义上就意味着告别行政法学知识传统而“离家出走”。二则,行政法学研究具有明显的路径依赖性,类似于前后相续的“接力赛”,人们在概念使用上表现出相当的惰性,只要能凑合着用——即使不好用,首先想到的也往往是老瓶装新酒,而非炮制一个新概念取而代之。尤其对于行政行为这种基石性范畴,它属于不同行政法学理论的共同“词根”,除非是迫不得已,否则没有人会选择冒险地直接挑战它的有效性。三则,公共行政变革和行政权的扩张往往并非暴风骤雨、一蹴而就,行政行为的扩展经常是不动声色、悄悄进行的,通常不会给人们带来一种不得不炮制一个新的基石范畴的强烈压力。行政法学能够在继续尊重和延续既有知识传统的同时,通过对行政行为概念作扩张解释的方式,为其不断注入弹性和活力,以回应描述、解释和评价日新月异的行政法现象的现实需要。

虽然行政行为概念的基石范畴地位仍然一如既往,但当下行政法学上的行政行为概念,其内容早已今非昔比了。例如,在中国行政法学上,行政行为概念被当做一张疏而不漏的“网”,几乎将各式行政活动一网打尽。结果是,不仅外部行政行为而且内部行政行为,不仅具体行政行为而且抽象行政行为,不仅强制性行政行为而且非强制性行政行为,不仅单方行政行为而且双方行政行为,不仅要式行政行为而且非要式行政行为,不仅处理性行政行为而且协商性行政行为,不仅最终行政行为而且阶段行政行为,甚至不仅法律行为而且部分事实行为,它们身上都贴着行政行为的标签。

三

的确,我们大可不必留恋过去。既然迈耶生活的时代早已不复存在,当下的行政法学自然也就没有必要再盛情挽留其行政行为概念。当代行政法学者适时地选择通过扩张行政行为概念内涵的方式来回应公共行政变革的现实需要,这无可厚非。不过,我们在下意识、略显匆忙地作概念扩张时,还没来得及解决一些泥沙俱下的问题:

首先,行政行为这个概念,不仅是行政法学理论体系的基石范畴,还是

行政法学知识传统的根基,各种行政法学理论主张都直接或间接地围绕着行政行为法治化这个恒久主题展开。当下,我们与其说是在沿用行政行为这个概念,倒不如说是在延续与其对应的行政法学知识传统,希望能够借用历史智慧解决现实问题。当我们将行政行为概念由传统的狭义扩展为当下的广义时,无疑给我们带来了批判性继承行政法学知识传统的艰巨任务。例如,究竟有多少与狭义行政行为相匹配的行政法学理论主张,可以随行政行为概念扩张之后,也适用于当下的广义行政行为?这个难题显然不应回避。但事实上,我们却没有清醒地意识到此类问题,更没有认真地解决这些问题,这就造成了理论研究上经常文不对题。比如,不乏行政法学者将与狭义行政行为相对应的效力理论,简单地套用在行政指导等其他非处理性行政行为之上,进而武断地得出“行政行为”效力理论不能适用于所有“行政行为”的结论。

其次,在笔者看来,面对着行政管理疆域的不断扩张,行政法学仍然沿用行政行为这个概念其实用心良苦:行政法以行政行为为调整对象,一旦我们将尽可能多的行政活动贴上行政行为的标签,那么也就据此将它们纳入行政法调整的视野。的确,行政法对行政活动提出的理性化、法治化要求,通常要比私法更为严格,以行政行为的名义拓展行政法的疆域,应当更有助于实现权力监督与权利保障。^①不过,有些事与愿违的是,由于行政权并非均匀地分布于这种宽泛的行政行为体系之中,而主要集中在行政征收、行政许可、行政确认、行政裁决、行政处罚、行政强制等狭义行政行为之上,无论是公共行政目标的实现还是行政权的滥用,都主要发生在这几类行政行为之上,它们无疑应当成为行政法规制的重点。在立法资源、执法资源与司法审查资源都相当有限的前提下,如果在扩张行政行为概念的同时,并未强调此类狭义行政行为与其他广义行政行为之间的根本区别,那就容易造成行政法规制力量在行政行为体系当中的平分笔墨,而一旦行政法“平等对待”一切行政行为,将过多的精力分散于这些边缘化的行政行为之上,那就难免会放松对狭义行政行为的规制,从而诱发行政法规制的主次不分,甚或舍本

^① 美国学者卡恩所言甚是:“你会认为,判断行为者是政府还是私人团体是一件很简单的事情。但是,政府已经越来越多地卷入了曾经是私人的活动领域。当政府越来越多地转向私有化和外包(outsourcing)行为,行为者是私人还是政府这一问题就变得不好判断了。”〔美〕史蒂文·丁·卡恩:《行政法——原理与案例》,张梦中等译,中山大学出版社2004年版,第503页。

逐末。

最后,包括中国、日本在内的许多国家的行政法学研究,曾经或者正在将评介和借鉴德国行政法学理论当作重要的智识来源,但不少行政法学者在评介和引进行政行为概念时,却并未深究德国行政法上行政行为概念的语境化限制,并未充分考虑到行政法学学科体系与狭义行政行为概念之间的严格对应性,并未详尽考察行政行为的内涵和外延与各种行政法理论主张之间的匹配性,因此产生诸多理论误解,而这些误解经过以讹传讹的扩散,就造成了一国行政法学内不同行政行为定义之间、行政法范畴体系内部、行政法学理论体系之中产生紧张关系。例如,在中国行政法学界,有的行政法学者在评介德国行政法学理论时,并未意识到其暗含的广义行政行为“前见”与德国行政法上狭义行政行为之间的矛盾,似是而非地套用德国行政法理论解释中国行政法现象,并得出以德国行政法为代表的经典行政法学理论严重过时或者中国行政法现象不够标准之类的不可靠结论。虽然中国行政法学通过将行政行为区分为广义和狭义等方法,试图解决我说的“行政行为”不是你所理解的“行政行为”之类的尴尬,但效果并不理想。或许始料未及的是,这反倒衍生一套复杂的行政行为概念体系,诸如内部与外部、抽象与具体、单方与双方、强制与非强制、要式与非要式等,这套不断自我繁殖的概念体系,四处设置概念陷阱,容易造成行政法研究的坐天观天和自说自话。

四

有目共睹的是,不同时期的行政法学者对行政行为概念所作的程度不等的扩张,再加上一些误用、滥用与曲解,导致在迈耶时代原本清晰的行政行为概念,在中国行政法学上已经变得面孔模糊了。不仅如此,我们仍然没办法就此止步,还得追随公共行政改革的步伐,不断地将自己酿制的“新酒”灌入行政行为这个“老瓶”之中。

不容否认,在如何维持行政行为概念的正统性、准确性与回应公共行政方式的易变性与多样化之间,行政法学者的确经常左右为难。一方面,行政行为概念是行政法(学)的基石,我们不能因为其失之笼统而与其挥手作别,否则就等于割断了行政法学的知识传统,离散了行政法学的理论体系,拆除

了行政法学研究的平台,进而殃及行政法制度安排与实践。另一方面,行政法学理论研究需要一套相对确定的概念体系,行政法学学科体系需要一个比较坚实的基石范畴。概念扩张存在过犹不及的问题。我们越是迫于解决理论空间不足问题而一再扩张行政行为概念,就越容易造成产生偏离行政行为的中心与淡化行政法規制重点这样的危险,行政法治建设与行政法学研究的资源毕竟有限,我们不得不区分轻重主次、优化资源配置,我们必须全面辐射之后再度聚焦。

要解决这个两难问题,或许可以选择“外松内紧”的策略。所谓“外松”,就是赋予行政行为这一概念以必要的弹性,以便将各种新型的、应当受制于行政法调整的行政活动纳入行政行为体系当中,接受行政法规则或者原则的规范,以免其成为行政法治盲区;所谓“内紧”,就是保持经典行政行为的狭义定位,或者将现有的对基本行政行为的宽泛定位退回到迈耶那里,并将其当作行政法規制的重点。如此一来,就可以形成一个主次分明、重点突出,兼顾有机性、开放性、回应型的行政行为体系。

这种需要“内紧”的行政行为,就是本书所讨论的行政处理。行政处理,基本上对应于与迈耶意义上的行政行为概念,它集中体现出公共行政的高权性、公意性、公益性,属于行政行为的经典形态,在整个行政行为体系当中,行政处理属于中观概念,介于宏观意义上的行政行为与微观意义上的行政处罚之间。在现有的广义行政行为语境中,如果凸显出行政处理概念,那么整个行政行为体系据此就可以一分为二:行政处理行为与其他非处理性行政行为。

在中国当下的行政行为语境中,我们可以从多个角度共同勾勒出行政处理的大致轮廓:它是法律行为而非事实行为,是外部行政行为而非内部行政行为,是具体行政行为而非抽象行政行为,是单方行政行为而非双方或多方行政行为,是强制性行政行为而非非强制性行政行为,是高权性行政行为而非协商性行政行为,是成熟行政行为而非阶段性行政行为,是处理性行政行为而非意向性行政行为,是要式行政行为而非非要式行政行为。不难看出,将整个行政行为体系分为处理性行为与其他非处理性行政行为两大类,它与现有的其他行政行为分类之间呈现交叉,既有的这些分类分别从各自的角度照射行政处理行为的某一方面特征,而这些来自多个角度的照射集中在一起,就共同映照出行政处理的完整图像。

作为中观意义上的集合概念,行政处理有各种具体的表现形态,诸如行政征收、行政给付、行政许可、行政确认、行政裁决、行政处罚、行政强制等。

五

本书尝试在中国当下混浊的行政行为概念体系之中,大致勾勒出行政处理的轮廓。这个过程,是一个从我们身临其境的行政行为语境中,努力厘清行政处理行为与其他非处理性行政行为之间边界的过程;是一个尽量利用现有基于宽泛行政行为概念之上的行政法学知识,来刻画行政处理形象的过程;同时也是一个帮助行政处理努力弱化广义行政行为概念烙下的痕迹以彰显其鲜明形象的过程。为此,笔者在本书中主要讨论了以下六个基本问题:

一是行政行为语境中的行政处理。行政处理首先是一种行政行为,然后才是行政行为的经典形态。为了能够在现有行政行为概念体系当中彰显出若隐若现的行政处理概念,笔者谨慎地借助现有的行政行为分类来建构坐标系,定位行政处理。在此基础上,运用内部视角,透视行政处理的构成要件,将行政处理的法律属性归结为公共性、法定性、高权性、具体性、处理性五个方面,这样就将行政处理与其他非处理性行政行为基本上区别开来。

二是行政处理的功能、机制与法律规制。笔者认为,行政处理应当具有复合功能,其直接功能是解决行政管理问题,主要功能是实行政法,核心功能是提供公共物品,根本功能是寻求公共利益最大化,终极功能是让人更自由。要保证行政处理全面实现这些功能,行政法在进行制度安排时,就应当基于一种统一的自利、能动、有限理性的人性假定之上,设计制约激励相容、内外一致的行政法机制,遵循法治原则、推崇公共理性、适应公共管理需要、尊重道德要求,寻求权力/权利配置结构性均衡的行政法制度构造。

三是行政处理效力的构造与形态。行政行为效力问题虽然是中国行政法学研究的一个热点,但有不少观点因忽视了界定行政行为范围这个前提,从而在认知与阐释行政行为效力时难免似是而非。在笔者看来,行政处理效力只是公共行政对司法判决的一种模仿,作为一种能够产生某种作用力的法律效果,它严格区别于司法判决的法律效力。在对行政处理效力的含义加以全面探讨之后,笔者探讨了行政处理效力的始期与终期这个少人问

津的问题,之后,重点探讨了行政处理的四种相辅相成的效力形态,即推定合法的公定力、抵制改变的确定力、强调遵从的拘束力、诉诸强制的执行力。

四是行政处理的成立、生效与消灭。这个主题旨在揭示行政处理的生灭过程。行政处理的成立这个知识点,目前基本上还属于研究盲点,屈指可数的少数研究往往将其混淆于行政处理的生效。在笔者看来,当我们宣称一项行政处理已经成立时,其实是承认该项行政处理决定已经是一个要素齐全、结构完成、作为行政处理决定程序产物的公共行政活动的“成品”,而不是仍处于公共行政生产加工过程当中的半成品,更不是尚未进入正式的加工流程的权益处理蓝图。与之形成对照的是,行政处理的生效则是指法律效果的产生,它以成立为前提,有告知生效与附款生效两类基本方式,其中后者又分为附条件生效和附期限生效两种具体形式。而行政处理终究是要消灭的,其中无瑕疵行政处理的消灭,无论是其因内容实现而自动失效,还是因为行政主体的撤回或者废止而终止效力,都具有效力全部终止、依法终止效力、效力向后终止三个基本要素。

五是行政处理瑕疵的处置。人不可能不犯错误,这就决定着由人所实施的行政处理不可能完美无缺,为此,就需要在行政法上确立一套专门用来识别和矫治行政处理瑕疵的法律技术与制度安排。笔者依照行政处理瑕疵的轻重程度,将其分为四类,并讨论了相对应的瑕疵处置方式:一是针对非法律性、技术性、直观性的错误,可以采用不产生法律影响的修正方法。二是针对出现行政处理目的不正当、考虑不相关、违背比例原则等三种情形的不当瑕疵,可以依法对其加以变更。三是针对表现为“一般违法”的行政处理瑕疵,在区分行政处理的授益性与负担性的前提下,在结合考虑一般违法的具体情形、事实状况、效力状态之后,可以采取自我撤销、上级撤销或者司法撤销等方式,致其自始或者向后失去效力。四是对于具有“严重且明显”瑕疵的行政处理,行政处理相对人有权拒绝遵从其权益处理,并可随时请求有权主体依法确认该行政处理自始无效。

六是行政处理行为的体系、模式与过程。行政法的重要使命就是对照着全面实现公共行政目标的要求,对系统化的行政处理行为加以规范,实现行政处理行为模式的法定化。为此,首先,在针对性地实现行政处理行为类型化的基础上,将这些独立的行政处理类型整合成为一套有机的行政处理行为体系,并实现行政处理行为体系的纵向一体化。其次,以行政征用为例,