

行政行为研究

——宪政下的行政行为基本理论

马生安 著

gongfa yanjiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

马生安 著

行政行为研究

——宪政下的行政行为基本理论

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政行为研究:宪政下的行政行为基本理论/马生安著. — 济南:山东人民出版社,2008.1

(公法研究/谢晖,陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04383-0

I. 行... II. 马... III. 行政法-法律行为-研究
IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 202562 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

行政行为研究

——宪政下的行政行为基本理论

马生安 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 16

字 数 360 千字 插页 4

版 次 2008 年 1 月第 1 版

印 次 2008 年 1 月第 1 次

印 数 1—4000

ISBN 978-7-209-04383-0

定 价 34.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其唯余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，既使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，唯有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力

一如既往受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法，令国家权力只能在公法之下既彰公益，亦保私利。如上情形，大致为近代以来，西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比，吾国法制发展，乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举，皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是，标举革新旗帜之私法学家，每每借市场经济之大纛，唯恐批公法之不足、不深、不透。于是，公法之类，似乎游离于（甚至解构着）市场经济体制。如此，则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外！岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府，而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制，除了幻想，还是幻想；其结果除了失败，还是失败。

基于此种认识，鄙人在主持《法理文库》经验基础上，尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年，原欲以《公法论丛》为此套丛书名，然最近于书肆发现：该丛书名，已有学人捷足先登，故只好另辟门径，以《公法研究》命名之。

令人欣喜者，近几年间，专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有：梁治平等主持之《宪政译丛》；罗豪才主持之《公法名著译丛》、《行政法论丛》；罗豪才等主持之《法国公法与公共行政名著译丛》、《现代行政法论著丛书》；贺卫方等主持之《司法文丛》；陈兴良主持之《刑事法评论》；杨春洗主持之《北京大学刑法学博士

文库》；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之《立法研究》；张树义主持之《公法论丛》等等。在如此情势下，再编辑出版一套《公法研究》，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。唯愿《公法研究》于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖
序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

行政行为理论是大陆法系行政法的核心理论,也是非常值得研究而又难度极大的课题。近年来,虽然我国的行政法学研究取得了长足的进步,但行政行为理论研究薄弱,特别是行政行为基本理论研究的薄弱状况却始终没有得以改变。生安不畏艰难,知难而进,经过数年艰苦的努力,终于完成了这部题为《行政行为研究——宪政下的行政行为基本理论》的专著,可喜可贺。全书近40万字,为国内首部系统阐述行政行为基本理论问题的专著。这一研究成果的问世,不仅具有重要的学术意义,而且具有重大的实践价值。

创新是一个民族进步的灵魂,是一个国家兴旺发达的不竭动力。社会科学的生命力在于理论创新。实践基础上的理论创新是社会发展和变革的先导,能够为制度创新提供指导思想和方法论。建设创新型国家,归根结底离不开理论创新。本书立足于宪政和法治实践的需要,以全球化为时代背景,以政治国家与市民社会关系理论为分析工具,并借鉴民法学等相关学科的研究成果,对行政行为基本理论问题进行了较为系统的分析和探讨。阅读全书,我觉得本书具有很多的创新之处:

第一,采用历史考察、语义分析、逻辑分析、比较分析等多种方法,科学地界定了行政行为的概念。行政行为概念是大陆法系行政法学的核心范畴之一。在中国行政法学上,行政行为概念不仅是整个行政法学的核心范畴之一,而且也是行政行为理

论的基石性范畴。行政行为概念的界定问题既十分重要而又非常复杂,已经成为行政行为理论研究中的一个非常棘手的问题,学界至今未有共识。科学地界定行政行为概念的内涵与外延,是深化行政行为理论研究,构建科学的行政行为理论体系的基础和前提。本书从宪政和法治实践的需要出发,在充分尊重汉语表达习惯及考虑我国的法律文化传统与司法体制等因素的基础上,采用历史考察、语义分析、逻辑分析、比较分析等方法,经过深入的分析和科学的论证,以行为主体、行政权力和法律效果三种综合因素为标准,将行政行为界定为行政主体基于行政职权作出的产生法律效果的行为。这种“广义型”的行政行为概念与“狭义型”的行政行为概念相比,具有很多的优点:其一,与汉语语言文化中的“行政行为”概念在内涵上基本一致,避免了行政法学理论上的“行政行为”与汉语语言文化中的“行政行为”概念间的矛盾与冲突,从而也避免了人们在认识上的混乱。其二,与行政管理学等相关学科中的“行政行为”概念保持了通约性,有利于行政法学与相关学科之间的沟通、对话与交流。其三,解决了行政行为概念与行政诉讼实践相脱节的矛盾。目前,我国通说的行政行为概念外延比较狭小,很多的行为因为并非行政行为而无法顺利地进入司法审查。“广义型”的行政行为概念,恰恰能够解决这一问题。其四,为行政行为理论的发展和完善提供了足够的空间。按照我国目前通说的行政行为概念,行政合同、行政指导是否为行政行为,实属两说之间。而采用“广义型”的行政行为概念,则无论是行政合同还是行政指导,均可以在行政行为理论体系中找到自己的位置。并且,随着现代行政活动的不断丰富和发展,即使再出现一些新型的行政行为或行政管理方式,也可以在行政行为理论体系中拥有一席之地。这样的“广义型”行政行为概念,无疑为今后行政行为理论

的发展和完善提供了足够的空间。

第二,借鉴民法学等相关学科的研究成果,创造性地建立了行政行为的“三分法”。民事行为的传统分类有“两分法”(法律行为、事实行为)和“三分法”(法律行为、准法律行为和事实行为)之别,民事行为的“三分法”优于“两分法”。行政行为也可以有“两分法”(法律行为、事实行为)与“三分法”(法律行为、准法律行为和事实行为),经过深入的研究发现,“三分法”远比“两分法”科学与精致。受民事行为“三分法”的启示并借鉴民法学的意思表示、观念表示概念及其它相关学科的研究成果,本书以法律效果为标准,将行政行为分为行政法律行为、准行政法律行为和行政事实行为,从而建立了行政行为的“三分法”。此外,本书还对行政法律行为、准行政法律行为和行政事实行为三个基本范畴及相关问题进行了较为深入的分析和研究,为建立科学的行政行为范畴体系奠定了坚实的基础。

第三,通过两大法系行政法的比较研究,富有创见地提出了“以能动的司法为中心,构建宪政下的行政行为理论体系”的新观点。英美行政法并无行政行为理论,其行政法理论的核心是行政程序与司法审查,特别是司法审查构成了控制国家权力、保障公民权利与自由的坚实屏障,故其行政法自然而然地成为宪政制度的不可分割的一个组成部分。大陆法系行政法以行政行为理论为核心,行政程序与司法审查在行政法理论上并不具有核心的地位和作用,由此造成了大陆法系行政法极易偏离宪政的价值与精神。行政法乃宪政之法,大陆法系行政法在保留行政行为理论的前提下,应该借鉴英美行政法之长,建立以司法审查为中心的行政法理论体系。这对于缺乏宪政文化背景和宪政实践基础的我国行政法来说,尤为重要。现代行政的能动性决定了现代司法也必然是能动的司法,因此,在行政行为理论体系

的构建上,我们就应该以能动的司法为中心,构建宪政下的行政行为理论体系。宪政思想犹如一盏光芒万丈的指路明灯,照亮了全世界。十三亿中国人,正朝着宪政的目标勇敢而艰难地迈进。未来中国需要的,也必然是适应宪政和法治实践需要的行政行为理论。

除上述提到的几个大的方面以外,本书还有诸多的创新之处,例如“意思效果”、“观念效果”等范畴的使用、各种不同形式行政行为效力的分析、行政行为表意行为与非表意行为的界分、行政作为与行政不作为的界分等,都体现了作者勇于突破传统、大胆创新的思想。总之,本书是关于行政行为基本理论研究的系统阐述和深度挖掘,初步建立了行政行为基本理论的体系,具有重要的学术意义和重大的实践价值。毋庸讳言,受主客观因素的制约,本书也还存在着一些不足,例如行政行为的程序问题、行政行为的法律责任等问题还没有涉及,在体系上显得还不够完整。对准行政法律行为、行政事实行为基本类型的概括和总结还不够全面,等等。此外,书中的有些观点还值得进一步的研究和推敲。这都有待于作者今后对此作进一步的深入研究。

在攻读博士学位期间,生安就非常关注行政行为基本理论问题的研究,并最终选择了《法治理念下的行政行为》这一题目作为其博士论文的选题。在论文答辩中,其博士论文得到了国家行政学院应松年教授、北京大学姜明安教授、浙江大学胡建森教授、中国人民大学莫于川教授、华东师范大学关保英教授等答辩委员会成员和评议专家的一致好评。取得博士学位以后,生安并没有停止对行政行为基本理论问题的研究,而是以更加饱满的热情投入到行政行为基本理论的研究中去。本书正是在原博士论文的基础上拓展和深化而成的。原博士论文是从法治的角度研究行政行为概念的界定问题,本书则是从宪政这一角度

研究行政行为的基本理论问题。虽然本书在内容上仍然以行政行为概念的界定问题为核心,但却又限于这一问题。宪政是以宪法为前提,以民主政治为核心,以法治为基石,以保障人权为目的的政治形态或政治过程,^①而法治则是实现宪政的手段和保障。从宪政而非仅仅是法治的角度研究和构建行政行为基本理论,无疑是对原博士论文的超越和升华,这也表明作者的研究和认识正在不断地深化,从而达到了一个更高的水平。

生安出生于安徽省六安市的一个偏僻的乡村,童年时代艰苦的农村生活铸就了他的勤奋、刻苦与坚韧。大学毕业以后,他先后当过工人、律师、法官和政府官员,在每个行当里都干得相当出色。更难能可贵的是,在繁忙的工作之余,他还能潜心治学,坚持学术研究。这部近40万字专著的出版,正是对他多年辛苦付出的一个最好的回报。在此,我衷心地祝愿他百尺竿头、更进一步,在未来的学术道路上取得更大的成绩,以更加优异的学术成果回报国家和社会。

是为序。

杨海坤

2007年12月于苏州大学

^① 文正邦:《宪政——人类法治文明的最高结晶》,载《现代法学》2002年第5期。

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | | | |
|---------------------|-----|-----|---|
| 1. 法治论 | 王人博 | 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 | 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | | 谢晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择 | | 谢晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学 | | 林喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制 | | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | | 谢晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | | 江山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | | 林喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | | 齐延平 | 著 |

- | | | |
|----------------------|----------|---|
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具 | 苗金春 | 著 |
| 39. 良宪论 | 汪进元 | 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 | 著 |
| 42. 宪政的理念与机制 | 季金华 | 著 |
| 43. 法律论证与法学方法 | 戚 渊 郑永流等 | 著 |
| 44. 私人之间的监控与惩罚 | 桑本谦 | 著 |
| 45. 社会学视野下的法律秩序 | 杨 力 | 著 |
| 46. 自然的权利 | 张 锋 | 著 |
| 47. 法律论证导论 | 焦宝乾 | 著 |
| 48. 法律推理论 | 陈 锐 | 著 |
| 49. 宪政主义:观念与制度的转捩 | 王 怡 | 著 |
| 50. 法典的理性 | 孙新强 | 著 |
| 51. 国际人权法:美洲区域的理论与实践 | 谷盛开 | 著 |
| 52. 契约伦理与权利 | 强昌文 | 著 |
| 53. 论自由的法律 | 周永坤 | 著 |
| 54. 消极自由的宪政价值 | 吕廷君 | 著 |
| 55. 社会权规范研究 | 夏正林 | 著 |
| 56. 法律事实的解释 | 杨建军 | 著 |

- | | | |
|------------------|---------|---|
| 57. 法律规范理论之重述 | 李旭东 | 著 |
| 58. 法律方法论 | 刘治斌 | 著 |
| 59. 权力制约的中国语境 | 喻中 | 著 |
| 60. 当代中国宪政研究 | 秦前红 叶海波 | 著 |
| 61. 宪政与权力 | 周永坤 | 著 |
| 62. 禁止性法规范的概念 | 魏治勋 | 著 |
| 63. “应当”一词的法哲学研究 | 周贇 | 著 |
| 64. 论授权规则 | 喻中 | 著 |
| 65. 当代中国法理念的重构 | 叶传星 | 著 |
| 66. “个人”的法哲学叙述 | 胡玉鸿 | 著 |

公 法 研 究

- | | | |
|---------------------|---------|---|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 | 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政 | 谢维雁 | 著 |
| 6. 西方宪政思想史略 | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入 | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究 | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路 | 郭宝平 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础 | 刘守刚 | 著 |
| 12. 各国立法机关委员会制度比较研究 | 周伟 | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源 | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正 | 汪全胜 | 著 |
| 15. 宪法运作的实证分析 | 张淑芳 | 著 |
| 16. 人民主权论 | 肖君拥 | 著 |
| 17. 刑事诉讼与基本人权 | 林劲松 | 著 |
| 18. 财产权与宪法的演进 | 何真 唐清利 | 著 |

- | | |
|--------------------|---------------|
| 19. 舆论监督权论 | 周甲禄 著 |
| 20. 政府采购国际法律制度比较研究 | 姚艳霞 著 |
| 21. 德国行政法 | [印]M. P. 赛夫 著 |
| 22. 行政给付研究 | 柳砚涛 著 |
| 23. 行政法解释的理论建构 | 黄竹胜 著 |
| 24. 行政信赖保护论 | 王贵松 著 |
| 25. 宪法原理解读 | 马 岭 著 |
| 26. 认真对待宪法解释 | 范进学 著 |
| 27. 宪法基本价值研究 | 陈 雄 著 |
| 28. 立法:理想与变革 | 江国华 著 |
| 29. 修正的刑法解释理论 | 吴丙新 著 |
| 30. 宪法责任论 | 刘广登 著 |
| 31. 论公民的宪法义务 | 李 勇 梁清华 著 |
| 32. 行政诉讼法前沿问题研究 | 章志远 著 |
| 33. 行政行为研究 | 马生安 著 |
| 34. 法治的路径 | 刘作翔 等著 |
| 35. 和平·秩序·好人政府 | 徐亚文 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|-----------------|------------|
| 人权研究(第1~7卷) | 徐显明 主编 |
| 民间法(第1~7卷) | 谢 晖 主编 |
| 法律方法(第1~7卷) | 陈金钊 主编 |
| 中国诠释学(第1~5辑) | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上、下) | 徐显明 刘 瀚 主编 |
| 当代中国人权保障法律制度研究 | 林 喆 主编 |
| 法治与社会公平 | 徐显明 主编 |

目 录

| | |
|-----------------------------|--------|
| 《公法研究》总序 | 谢 晖(1) |
| 序 | 杨海坤(1) |
| 第一章 导 论 | (1) |
| 一、行政行为:充满混乱、矛盾与争议的领域 | (1) |
| 二、我们需要什么样的行政行为理论 | (4) |
| 三、一次系统阐释行政行为基本理论的努力 | (9) |
| 第二章 全球化时代的公共行政 | (14) |
| 第一节 公共行政概述 | (14) |
| 一、公共行政的历史发展 | (14) |
| 二、公共行政定义诸说 | (21) |
| 三、公共行政的含义与特征 | (25) |
| 第二节 公共行政的基本范畴 | (28) |
| 一、国家行政与社会行政 | (28) |
| 二、功能意义的行政与组织意义的行政 | (34) |
| 三、公法方式的行政与私法方式的行政 | (35) |
| 四、国内行政与国际行政 | (37) |
| 第三节 全球化与公共行政改革 | (38) |
| 一、全球化:势不可挡的浪潮 | (38) |
| 二、全球化背景下的西方公共行政改革 | (40) |
| 三、全球化与我国公共行政改革 | (47) |