

比较法研究中心丛书

行政违法论纲

杨解君 著

01

东南大学出版社

比较法研究中心丛书

行政违法论纲

杨解君著

东南大学出版社

内容提要

本书是一部内容广泛、凝练、体现思辩色彩的有关行政违法的学术著作。作者从辩证法的两点论视角出发并结合广阔的现实背景,对行政违法作了全景式、跨学科的学理阐发,探讨了行政违法的现象与本质、构成、判断、形态、效力评价、责任认定、原因及防治对策以及与之相关的交叉问题。

图书在版编目(CIP)数据

行政违法论纲/杨解君著. —南京:东南大学出版社,
1999. 12

ISBN 7-81050-590-4

I. 行... II. 杨... III. 行政法学-研究
IV. D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 56291 号

东南大学出版社出版发行

(南京四牌楼 2 号 邮编 210096)

出版人:宋增民

江苏省新华书店经销 常熟市印刷八厂印刷

开本:850mm×1168mm 1/32 印张: 8.75 字数: 210 千字

1999 年 12 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数:3100 定价: 20.00 元

比较法研究中心丛书

总 序

东南大学比较法研究中心于1999年9月创建,该中心的宗旨在于:对各国、各地区的法制进行比较,“洋为中用”,以积极推进我国法制建设进程,并促进我国法学研究的拓宽与深化;积极开展与境内外法学研究院所的合作,共同探讨当代法学学术前沿中的重大难题,促进学术交流,提升法学研究水准。

比较法研究中心汇聚了一批充满朝气、志同道合、各有专攻的学人,也将聘请国内外著名学者担任中心的客座研究员(或东南大学兼职教授),他们将以热情、努力和勤奋迎来一个有望获得学术创新、发展的时期。

比较法研究中心的研究重点将主要集中在如下三个领域:一是比较法研究。该方向的研究不仅关注比较法理论和各国、各地区的法制,而且将更多地从事部门法的比较研究,如比较宪法、比较行政法、比较刑法、比较民商法、比较诉讼法等。二是本国法研究。我们不仅要借鉴国外法学理论及法制经验,而且要结合本国制度、现实予以创新,借鉴是为了创新,

目的在于发展自己的理论和解决自己的问题。因此,本国法研究方向将体现创新性、本土性和应用性的特色。三是“科际”法研究。该领域的研究旨在克服传统学科自身固有的局限性而开展跨学科的研究,它不仅涉及各部门法学的“边缘地带”,而且也将触角延伸到法学与哲学、政治学、社会学、经济学、管理学甚至自然科学等相互交叉的领域。

比较法研究中心的研究旨趣在于严谨、求实、求真的学术探讨,提倡踏实之学风,力戒虚浮、赶浪潮,主张反思、批判,反对迎合、随大流,重视创新,厌恶重复和抄袭,讲求因应现实社会,反对“无病呻吟”的空谈,希望创作的成果经得起时间和实践的检验,而不是一些“临时货色”或者“学术垃圾”。

比较法研究中心积极鼓励和推动本中心研究人员(包括客座研究员及学有专长的青年学者)的学术著作和介绍反映最新学术进展的国外著作在我国大陆问世。值此世纪交替之际,我们与东南大学出版社或国内其他出版社合作,启动东南大学“比较法研究中心丛书”项目。该丛书的入选书目以学术规范为标准,书目的选择和出版将是开放性的,书目、著者和出版都没有预先严加设定,凡能表明“中心”之学术追求的专著、文集、译著皆可收入丛书之中,我们也期盼国内外具有真知灼见的学术著作能加盟该丛书系列。

东南大学人文学术传统深厚,20世纪二三十年代,吴宓、陈寅恪、梅光迪、胡先骕、汤用彤、柳诒徵、缪凤林等一批学者在东南大学校方的支持下,创办了《学衡》杂志(共出79期),举起学术之旗,倡扬学术精神,坚持“论究学术,阐求真理,昌明国粹,融化新知。以中正之眼光,行批评之职事。无偏无

党,不偏不激”。对当时汹涌的主流文化——新文化运动,提出了冷静而理智的批评。《学衡》诸公在各个学术领域里都有巨大贡献,其“研究”和“阐求”,都“大有其真”,给我们留下了一笔丰厚的遗产。我们愿秉承东南大学学术传统,继承前辈的学术精神,渴望在校领导的支持下,立起法学学术研究之大旗,为推动我国法学发展和境内外学术交流竭尽绵薄之力。谨序。

东南大学比较法研究中心

杨解君

1999年11月10日

序

写作本书的思考始于1994年秋。在《秩序·权力与法律控制——行政处罚法研究》一书的创作中,涉及到“违法处罚与法律责任”一章(初版本中并未交付印刷,不只是因为经费紧张,还考虑到该部分的内容写得不甚理想),当时深感“违法处罚”的论说难度,因为这一问题的探讨必须以行政违法研究为基础,而行政违法问题的研究几乎是空白。故此,萌生了探讨行政违法的念头,随即开始了本书的写作。1996年夏秋完成本书初稿,1997年该选题获得了南京大学首届中流文教奖励金项目资助(由台湾中流基金会提供5000元人民币资助金额),原拟与程雁雷同仁共同合作完成本课题,并定于1997年出版,由于各种原因致使本书的合作及出版中止。该文稿虽久拖未能及时出版,却也育成了好事。一方面,可以让我有较充裕的时间不断纠正谬误和充实内容,以求渐臻完善;另一方面,又提前完成了两部以前未曾考虑的著作。应温晋锋、孙学玉两位同道之邀,与他们合作完成了《行政救济法——基本内容及评析》(与温晋锋合著,南京大学出版社1997年版)、《依法行政论纲》(与孙学玉合著,中共中央党校出版社1998年版);另外,还与王成栋先生合作编著了《中华人民共和国行政处罚法概论》(中国人民公安大学出版社1996年版)。这三部著作由于时间仓促,某些方面的思考不尽深刻,认识也不免有些浅薄,但它们却为《行政违法论纲》的修改和完善提供了铺垫。

在这五个年头的断断续续研究中,为求得本书的完善,曾多次征求学界同仁、学术好友的意见,并与他们进行了广泛的讨论和交流,使我获益匪浅。在本书出版之前,几易其稿,充分吸收了他们有益的见解,终成现在这个样子。然而,由于水平、眼界和能力所限,所为不一定能达到所想。虽祈求本书深刻与完美,不足和罅漏却总难以避免,尚望读者批评赐教。

物无不成对,镜子也有两面。但人们在观察事物时,关注更多的是事物的正面,易淡忘或不愿意看到它的负面。行为以法律来判断必有合法与违法之分,行政行为同样也有合法与违法两种类别。但在行政法学研究中,由于单向思维的惯性,人们多将行政行为视同合法行政行为或者较多地关注合法行政行为,而忽视违法行政行为(即本书所称“行政违法”)的探讨。因此,本课题创作之初,几乎无本学科的相关资料可供参考。不过,随着本学科研究的不断深化和拓宽,有些学者不约而同地将行政违法问题纳入了自己的研究视野。本书临出版之前,适逢浙江大学朱新力先生惠赠其新作《行政违法问题研究》(杭州大学出版社 1999 年 6 月版)。手捧其书,心中不免忐忑、惶惶,担心我随后出版的本书是否会重复多余。通过比较,发现虽然探讨的对象相同甚至题目也接近,但在体系的构筑上、具体问题的探讨及观点上并无雷同或类同,且风格迥异,故心中释然。窃以为,朱先生的著作具有注释法学的特点,并体现了其行文细腻的风格,以行政违法的几类主要形式为研究重点而展开。而本书涉及范围较广,从理论和实践上探讨了行政违法的现象、本质、构成、判断、形态、责任、效力、原因及防治之策,将行政违法问题放在一个较为广阔的背景之下进行了全景式的分析,涉及行政违法本体以及与之相关的交叉领域,并借鉴了行政学、行为法学、法理学、民法学和

刑法学的理论研究成果,因而具有独特性、创新性和“科际”性,符合“中心”丛书之要旨。

本书的创作始于我在南京大学工作期间,出版时我正从南京大学“跳槽”到东南大学。两所大学都是我国著名学府,且都渊源于前中央大学。从南大到东大,主要是不想就此满足、停步不前,为防止自满自负之心态出现,避免不自觉地陷入某种无聊的“内耗”之中,方出此“出逃”下策,希望通过“变”而给自己施加新的压力和动力,以便在求知的道路上迈步前行。“思是一条路”,可以走向深处,却达不到终点。〔1〕我将激励自己在法学研究的路途上不断思考、探索、前行。

本书的体系、内容及观点的最终形成,得益于下列老师、同仁的建议和意见,他们是:应松年教授(国家行政学院)、叶必丰教授和周佑勇博士(武汉大学)、章剑生和朱新力两位教授(浙江大学)、程雁雷副教授(安徽大学)、王成栋副教授(中国政法大学)、谭宗泽副教授(西南政法大学)、刘勉义先生(北京市人大)和步兵先生(东南大学,受邀担任本书的学术责任编辑)。对他们的帮助,特表谢忱!

杨解君

〔1〕参见(瑞士)H. 奥特著《不可言说的言说》,林克、赵勇译,三联书店(北京)1994年版,第6页。

致 谢

本书出版之际,我要特别感谢下列单位及其人员:

感谢南京大学曾为我提供了一个宽松、理想并促我成长的良好学术环境,感谢蒋树声校长及其他校领导,他们给予了我师长般的关怀,其真诚挽留和重视人才的态度令我钦佩,也使我深感歉疚!

感谢东南大学及其四位校领导:胡凌云书记、吴介一副校长、王卓君副校长、邹采荣副校长,他们给予了我热情的欢迎和隆重的接待以及学术研究上的支持。

感谢有关刊物及其负责人、编辑,他们将本书的部分成果予以提前发表:《中国法学》及周国均主编和吴雷编辑、《法商研究》及方世荣主编、《法制与社会发展》及崔卓兰常务副主编、《南京大学学报》及周亦杨编辑、《江苏社会科学》及钱继秋编辑、《南京大学法律评论》及主持人张中秋教授。

感谢东南大学比较法研究中心、法律系、东大律师事务所及其全体同仁、同事,特别是叶树理、施建辉、孟红三位主任及步兵教师,没有他们的热心支持、奉献和鼎力相助,本书的顺利出版将面临困境。

感谢东南大学出版社及有关责任人员,他们以最快的速度申报了选题并编辑出版本书,为本书尽快与读者见面付出了辛勤的劳动。

杨解君

目 录

第一章 行政违法导论	(1)
一、行政违法的研究意义	(1)
二、从行为到行政违法行为	(4)
(一)行为	(4)
(二)法律行为	(6)
(三)行政行为	(7)
(四)行政合法行为与行政违法行为的划分	(8)
三、行政违法界定	(9)
(一)行政违法概念分析	(12)
(二)行政违法与相关概念之区别	(20)
四、行政违法的分类及其法律意义	(25)
(一)违法抽象行政行为与违法具体行政行为	(25)
(二)行政实体违法与行政程序违法	(28)
(三)组织的行政违法与行政公务人员的行政违法	(30)
(四)依职权的行政违法、依授权的行政违法与依委托的行政违法	(31)
(五)内部行政违法与外部行政违法	(33)
(六)行政作为违法与行政不作为违法	(34)

(七)形式意义的行政违法与实质意义的行政违法	(36)
(八)行政违法与行政不当	(39)
(九)单一行政违法与共同行政违法	(40)
第二章 行政违法本质论	(42)
一、行政违法的本质	(42)
二、行政违法的特性	(46)
(一)行政性	(47)
(二)违法性	(48)
(三)侵权性	(49)
(四)受制裁性和救济性	(50)
(五)与行政腐败的同源性和并发性	(52)
第三章 行政违法构成论	(55)
一、行政违法构成分析的基本理论前提	(56)
二、行政违法的主体	(60)
(一)行政违法的主体构成	(60)
(二)行政违法的主体类型	(68)
三、行政违法的客体	(72)
四、行政违法的客观构成	(75)
五、行政违法的主观构造	(78)
(一)行政机关的主观意志	(80)
(二)行政公务人员的主观过错	(83)
六、意思表示真实要件	(87)

七、行政违法的法律规范构成要件·····	(92)
第四章 行政违法判断论 ·····	(95)
一、行政违法判断的基本观念·····	(95)
二、行政违法的判断机制·····	(99)
(一)判断标准·····	(100)
(二)判断对象·····	(102)
(三)判断方式·····	(104)
(四)判断结论·····	(105)
三、行政违法的判断主体·····	(106)
(一)行为者(行政违法的主体)·····	(107)
(二)行政相对方和利害关系人·····	(109)
(三)有权监督机关(有权判断机关)·····	(110)
四、行政违法的价值判断·····	(112)
(一)行政法律规范的基本价值与价值判断·····	(113)
(二)合理价值判断的条件·····	(115)
第五章 行政违法效力评价论 ·····	(118)
一、行政行为效力与行政违法的效力评价·····	(118)
二、行政违法效力评价的基本态度·····	(123)
(一)行政违法原则上具有效力否定性·····	(123)
(二)行政违法一般具有效力先定性·····	(125)
(三)行政违法具有逾期不可争讼性·····	(127)
(四)行政行为的违法与无效既相联系又相区别·····	(128)

三、行政违法的无效表现及其变化形态	(129)
(一)“无效”与“可撤销”	(130)
(二)当然无效与非当然无效	(137)
(三)绝对无效与相对无效	(138)
(四)全部无效与部分无效	(141)
(五)自始无效与向后无效	(143)
四、行政违法的效力评价方式	(145)
(一)确认有效	(145)
(二)依据法律直接“无效”或者确认“无效”	(146)
(三)撤销	(147)
(四)补正	(153)
(五)改变	(157)
(六)转换	(158)
第六章 行政违法形态论	(160)
一、行政违法形态的确定	(160)
二、行政错误	(164)
(一)事实错误	(164)
(二)法律适用错误	(165)
(三)文书记录方面的错误	(168)
(四)意思形成错误	(169)
三、行政越权	(171)
(一)无权限	(173)

(二)层级越权	(174)
(三)事务越权	(175)
(四)地域越权	(176)
(五)内容越权	(176)
(六)内部越权	(177)
四、滥用职权	(178)
(一)违背法定目的	(180)
(二)考虑不当	(181)
(三)随意裁量	(182)
(四)明显违背常理	(182)
五、程序违法	(183)
(一)方式违法	(184)
(二)步骤违法	(186)
(三)期限违法	(186)
六、内容违法	(187)
(一)与法律依据不相符合	(187)
(二)不履行法定职责	(188)
(三)事实或法律上不可能	(189)
(四)违反行政合理性原则和行政公正性原则	(190)
第七章 行政违法与行政责任对应关系论	(191)
一、行政违法与行政责任的总体对应	(193)
(一)行政违法与行政责任是前因与后果的关系	(193)
(二)行政违法的法定性对应行政责任的法定性及强制性	

.....	(195)
(三)行政违法主体对应于行政责任主体	(195)
(四)行政违法程度与行政责任水平保持一致	(197)
二、行政违法的认定与行政责任的确定	(198)
(一)行政违法构成要件与行政责任要素	(198)
(二)行政违法的认定依据与行政责任的确定依据	(201)
(三)行政违法的判断机关与行政责任的确认主体	(202)
(四)行政违法主体与行政责任主体的认定	(203)
三、行政违法的种类和形态与行政责任的内容和方式	
.....	(206)
(一)违法种类与责任内容	(206)
(二)违法形态与责任形式	(206)
(三)行政违法的确认方式与行政责任的实现方式	(207)
第八章 行政违法与行政犯罪关系论	(209)
一、行政违法与行政犯罪的相异	(211)
二、行政违法与行政犯罪的衔接	(214)
(一)行政违法主体与行政犯罪主体的衔接	(215)
(二)行政违法与行政犯罪的危害程度和情节轻重相衔接	
.....	(220)
(三)行政违法形式与行政犯罪罪名相衔接	(221)
(四)行政违法责任与行政犯罪责任相衔接	(223)
(五)行政法律规范与刑法规范相衔接	(225)
第九章 行政违法状况及其原因论	(226)

一、我国行政违法总体状况	(227)
二、行政违法原因分析	(232)
(一)行政违法的条件	(234)
(二)行政违法的原因	(238)
三、行政违法的预防与矫治	(242)
(一)法律教育、培训与培养敬法守法精神相结合	(242)
(二)完善立法与确立法律权威相结合	(245)
(三)实行体制改革,建立有效监督机制	(246)
(四)法制与道德共举	(248)
(五)有效惩戒与适当奖励并用	(249)
(六)行政内部环境改良与外在环境改善相结合	(251)
参考文献	(252)