



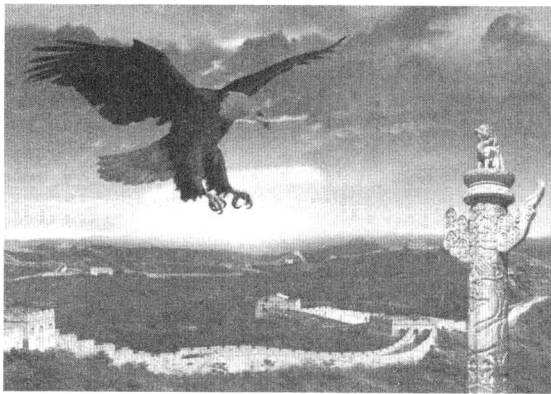
*An Outline of
the Administrative Legal Act*

行政法律行为论纲

张兆成 著




人民出版社



*An Outline of
the Administrative Legal Act*

行政法律行为论纲

张兆成 著

 人民出版社

责任编辑:陆丽云 邓创业

图书在版编目(CIP)数据

行政法律行为论纲/张兆成 著. —北京:人民出版社,2013.11
ISBN 978-7-01-012394-3

I. ①行… II. ①张… III. ①行政法-法律行为-研究-中国
IV. ①D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 178196 号

行政法律行为论纲

XINGZHENG FALÜ XINGWEI LUNANG

张兆成 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:17.5

字数:250 千字 印数:0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-012394-3 定价:39.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 一

十一届三中全会以后，法学研究和法学教育恢复，第一位在行政法学中运用“行政行为”概念的，是王名扬先生，他为第一本行政法学统编教材《行政法概要》（1983年版）撰写了“行政行为”一章。1990年，行政行为、具体行政行为、抽象行政行为等概念为《行政诉讼法》所采用，从学术概念成为法律用语。此后，研究行政行为的理论和实践就发展成为行政法学中重要的课题之一。我在1991年《行政行为法》一书中所写的“前言”中曾说：“行政行为是行政法中最重要、最复杂、最富实践意义、最有中国特色，又是研究最为薄弱的一环。”这是我在完成《行政行为法》以后所发的感慨。值得庆幸的是，20多年来，行政行为的理论和实践，始终为学术和实务界众多人所关注，相关研究著作不断涌现，成果丰富。张兆成的新作《行政法律行为论纲》是其中之一。

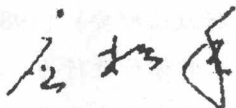
兆成的《行政法律行为论纲》在关注实践的基础上，着重于理论探索。作者从法律行为的历史溯源着手，论述了自罗马法，到德国、法国的发展，进而探索了法律行为的哲学基础，由此深入行政法律行为的研究。

兆成将行政行为的研究置于法律行为的观照下并展开，对行政法律行为的概念辨正、特征探讨、本质及研究意义，乃至行政法律行为的分类、效力等各个方面作了详细论述，并对国外和我国台湾地区的相关理论作了介绍和评析。对行政法律行为作出如此全面的论说，作出纵向和横向的参照辨析，至今还不多见。这无疑体现了这本著作的学术价值。

行政法律行为概念、分类的研究，对于奠定科学的行政法学科概念乃至建设科学的学科体系，具有基础性意义；对行政法律行为的效力等问题

的研究，对于完善行政立法、建设法治政府具有现实意义，同样，对于完善行政救济制度、保障人民权利，更具有重要意义。因此，兆成的《行政法律行为论纲》不仅具有理论价值，更具有实践意义，相信它将为理论和实务工作者所欢迎。

兆成博士作为年轻一代行政法学研究者，对行政法学基础理论有执着的兴趣，孜孜不倦，拳拳追求，耐得求索苦，坐得板凳冷，这种难能可贵的精神，令我深以为慰，故欣然命笔作序。相信兆成在学术研究的征程中能够奋力攀登，层楼更上！



2013年初秋于北京世纪城

序 二

兆成博士的《行政法律行为论纲》也许还称不上这一研究领域的鸿篇巨制，但无疑也是这一研究领域难以多见的力作。

兆成博士研究行政法律行为这个课题，应该说确实下足了功夫，做足了功课：无论是从资料的收集上，还是从概念、制度的形成、演变的分析上——从罗马法到法国法再到德国法，对其制度的纵向历史考察，从欧洲大陆法再到日本法到我国台湾地区法，对其理论和实践的横向比较——都倾注了足够的精力和心血。

兆成博士邀请笔者为本书作序，笔者首先不是向各位读者介绍作者这本专著取得了哪些研究成果及这些成果各有哪些重要价值，而是首先向各位读者，特别是从事学术研究，尤其是法学研究的学者，介绍作者撰写本书的研究态度和研究方法。笔者认为，学者的研究态度和研究方法在一定程度上决定学者研究成果及其价值：有了严谨、认真的研究态度和科学的研究方法，不一定能产生有重要价值的研究成果，但是，没有严谨、认真的研究态度和科学的研究方法，一定产生不了有重要价值的研究成果。

目前，学界在行政法律行为研究领域取得了大量的成果，但学者们，无论是国内行政法学者，还是国外行政法学者，在行政法律行为的概念及相应理论方面，仍然存在较大分歧。例如，法国行政法学者一般是在广义上使用行政法律行为的概念并建立与其相关的理论体系，而德、日以及我国台湾地区则在相对狭义的基础上界定行政法律行为的含义，并架构自己不同的概念称谓和与之相配套的理论系统。我国学者关于行政法律行为的

理解及其理论体系的构建亦存在两大趋势：一是主张直接秉承德国、日本、我国台湾地区狭义行政行为概念，并在此基础上构建行政行为理论体系，以此指导立法和执法乃至司法工作；二是主张既吸收民法学关于法律行为的基本内核，又在此基础上借鉴德、日行政法律行为理论，并结合中国当下公共行政实践以及本国话语体系，从广义上界定行政行为概念。这些学者强调应廓清行政法律行为的核心含义，在此基础上构建行政法律行为的科学理论体系，以指导行政法领域的立法、执法和行政审判实践。此两大理论主张各有自己的相关论据支撑。正是在这种背景之下，本书作者对这一课题进行潜心研究，试图廓清行政法律行为等行政法学的基础性概念，并在此基础上建立科学的行政法律行为理论体系。很显然，这一工作无疑是很有价值的。

本书通过对行政法律行为概念追根溯源式的历史考察，运用马克思主义历史分析、逻辑分析、辩证分析等方法分析（民事）法律行为、法哲学意义上的法律行为应有的本意。在此基础上，通过对行政法律行为概念历史演变过程之再现，对行政法律行为概念在不同国家、不同的历史时期以及不同的行政法学者那里的含义的揭示，以证明其传承过程中之误差，并在对以往及当前行政法律行为学说的反思与检讨的基础之上，揭示多年以来行政法学理论关于其概念界定之偏差，还行政法律行为概念之本来面目，并揭示其真正内涵、外延及本质、特征，实现行政法律行为概念之重构，从而奠定行政法学学科自己独有的学科基础概念。

在此基础上，作者还对行政法律行为的内容、行政法律行为在各国行政法学上的分类进行比较分析，探寻对行政法上法律行为分类的客观意义，进而对行政法律行为的效力进行深度研究。作者在对各个国家及相关地区行政法律行为效力理论进行反思的基础上，揭示了行政法律行为效力在中国历史文化背景下及中国行政法学理论框架下的含义、意义和作用。

本书在行政法律行为的研究方面取得的成果是多方面的，而且是很很有价值的。有鉴于此，笔者乐意为之作序，向各位读者，特别是向目前正在学习行政法学或正在从事行政法学研究，以及对行政法有特别兴趣的读

者，推荐本书，各位一定能从阅读中受益。
是为序。

姜明安

2013年9月10日于北京八里庄

目 录

序一	应松年 001
序二	姜明安 001
绪论	001
第一章 法律行为理论之历史渊源	011
第一节 罗马法——法律行为理论之渊源	011
第二节 法国民法——法律行为制度与理论之成长	015
第三节 德国法——法律行为理论的相对成熟与制度建构之发达概述	018
第二章 法律行为范畴之进一步抽象——法哲学之维	025
第一节 法律行为的法哲学意义	025
第二节 法律行为的法哲学特征	031
第三节 法哲学上对法律行为的分类	034
第三章 行政法律行为概念与特征探讨	039
第一节 行政法律行为概念的一般辨正	039
第二节 行政法律行为概念之本书见解	055
第三节 行政法律行为特征问题探讨	064
第四节 对两种认识路径之反思与检讨	083

第四章 行政法律行为的本质及其研究意义	102
第一节 行政法律行为之本质分析	102
第二节 行政法律行为界定问题上其他观点之评析	116
第三节 研究法律性行政行为（行政法律行为）之 基本意义	124
第五章 行政法律行为的分类	133
第一节 国外及中国台湾地区行政法学对行政法律 行为的分类概述	133
第二节 中国大陆地区行政法律行为的分类及述评	167
第三节 本书关于行政法律行为的基本分类	181
第六章 行政法律行为的效力	198
第一节 行政法律行为的成立与合法	198
第二节 行政法律行为的效力学说述评	211
第三节 行政法律行为的效力探讨	241
参考文献	261
后记	270

绪 论

一、研究缘起

我一直以来非常重视行政法学基础理论的研习工作，且对行政法学基础理论一直也抱有极为浓厚的兴趣，关于这一点也得到了我的导师江必新先生的认同。江老师虽然身处实务部门，长期从事着行政诉讼实践方面的工作，但是他本人一直以来极为关注行政法学的基础理论研究。他认为很多实务问题之所以存在这样或那样的纷争，其中一个重要原因在于法学界对某个理论问题在研究上还存在这样或那样的缺陷或不足，我对此深以为然。

最近几年，我在行政法学的研习过程中，特别地关注行政行为方面的理论，尤其是关于行政法上的法律行为的相关理论问题。在涉及行政法律行为理论问题方面积累了一点资料，并在此基础上做了一些思考，尽管这种思考未必准确或完全科学，但是，仍想在对这些积累的资料进行条分缕析的基础上，结合自己对行政法律行为相关理论问题的认识和思考，将之形成为文字性的东西，以期得到学界同仁的指导和完善，也同时期望它能够起到一种抛砖引玉的效用，引起大家继续对这一议题进行持续广泛的研讨。

就一个学科的成熟度来说，一个重要的衡量标准就是这个学科有没有发展出自己的较为成熟的学科概念，以及在此基础之上的一系列的概念、范畴，从而形成本学科自己的关于相关问题的判断、推理和学科体系。正

是在此意义上，笔者认为，行政法律行为理论之研究对于奠定科学的行政法学科概念具有重要的基石意义。行政法学科对于公共行政的研究以及对于法治国家之下行政诉讼实践的研究最终所要实现的目的：要在行政法的范围内实现对于行政相对人及人民权益之保障。为此，行政法学充分地展开对行政组织的研究，以实现公共行政组织的法治化；行政法学充分地展开对行政权以及行政行为的研究以实现公共行政主体行为方式的法治化；行政法学充分地展开对于行政程序的研究以进一步推进政府执法程序的法治化进程；为了实现法治理念下对于相对人及人民权益的法律救济，行政法学不仅展开对于行政诉讼实践的研究，而与此同时也开展了对于行政内部监督机制的研究，以期实现政府行为内外部的全面法治化。很显然，在推进行政法治的过程中，我们一刻也不能离开对与此相关的法治理论思考，法治行政实践也只有正确、科学的理论指导下才有可能将其推向更加自觉、理性的实践路径上。在当下的中国行政法学界（包括我国大陆和台湾地区），对于行政法律行为这个概念体系以及与之相关的行政行为理论体系并未形成完整科学的系统。这主要表现在：一是概念本身的指称尚未形成相对一致的看法，很多时候指向相似内容的概念含义（内涵）之时，却在名称上较为混乱；二是行政行为基本概念之间的关系尚未形成逻辑严谨的体系，关系状态呈现混乱状态，种属概念之间关系颠倒；三是在行政法律行为类型化问题的认识上还存在不当之处；四是对于行政法律行为的效力问题的理解上仍然存在一定分歧，对于行政法上法律行为效力的认识上仍然需要进一步研讨。对于以上这些问题，作为行政法学科的基础问题仍然有着较大的探讨空间，需要我们行政法学的研习者继续拿出精力进行专项研究，以期为行政行为理论的研究注入更理性、科学的因素。只有在行政法学基础理论上对一些基本问题能够给予理性、科学的回答，并能够形成一个较为完善的系统理论才能够对当下的行政法治实践产生积极的影响，对当前的法治行政实践的相关环节进行科学的理论指导，给予科学的理论阐述并引导行政法治实践的科学发展。

行政法律行为的概念与理论就在于不断地运用理论的视角去探求现实

的公共行政实践中行为的法律意义问题，致力于首先在理论上廓清人们对于某类行为或某些行为法律属性的认识，从而推进法治行政的立法、司法工作。同时，行政法律行为理论对于公共行政部门正在进行的行政执法行为也有重要的指导意义。执法者通过对行政法律行为的概念、内涵、外延、特征以及行政法律行为的本质、功能、效力等理论的充分把握与理解，则有利于行政主体及其执法人员一方面忠实地执行国家的行政法律、法规等相关行政法律文件，进而为行政立法、政府法治、依法行政提供重要的行政法基础理论指导。行政法律行为的运作方式是行政主体及其执法人员通过行政法上的意思表示方式，为相对人创设某种行政实体法上的权利、义务，进而实现行政主体追求的行政目的。从法的调整方法上来讲，这属于典型的意定主义的调整方式，是公共行政问题上行政主体行使自由裁量权的必然方式、过程和结果。由于这种行政法上的意思表示与相应的法律效力理论相结合，在理论上形成一定的固有模式。行政法律行为正是通过这样的固有模式使得意思表示的内容，即行政法上的实体权利、义务能够在行政主体与相对人之间产生法律意义上的法律关系，进而产生对行政关系这类特殊社会关系的法律调整作用。正是在这个意义上来说，笔者认为，行政法律行为概念及其理论体系对于从理论上进而在行政法治实践上形塑政府的行政行为起到极为重要的规制作用。现代民主政治对于法治政府的基本要求是：政府在实施行政行为时必须完全依据法律的规定而为，一切行政行为都必须在法治的框架下实施，不能与法治的规则或原则、法治精神相抵触，接受法治的规范与约束！建设法治政府的根本指针、根本目的在于实现民主政治框架下的国家民众的人权保障。在政府执法过程中，行政法律行为作为政府执法的基本方式之一，在长期的法治行政实践中逐步形成自身的固定结构和外在行为模式，能够对于政府依法行政产生极为重要的、直接的现实影响。行政法学者正是在对长期的行政法治实践观察的基础上，对政府行为的运作模式进行考察分析，并结合现代法治国家的理论思考及其制度建构模式的反复斟酌基础上，逐步地形成独具特色的行政法上的法律行为理论。反过来，行政法学者们通过在理论上

的积淀和深入行政法治实践的思考，从而获得对于行政行为运作模式在理论上的升华、整合、进而形成能够对实践中行政行为运作特点的科学阐释以及在不同层面上成为指导现实公共行政实践运作的理论基础。在这些理论中，行政法律行为理论是建构政府行政执法行为规范化的核心理论。因而，对于行政法律行为概念内涵及其理论体系的科学、准确地把握是我们在理解和构建法治政府、实现依法行政问题上的必由之路！

就目前的行政诉讼实践状况而言，法官们对于行政法律行为还没有一个相对科学的理解。这主要表现在：在当前我国的行政诉讼法上以及与之相关的行政诉讼司法实践上，法律适用者对于何谓“具体行政行为”、何谓“行政法律行为”、何谓“行政事实行为”、何谓“行政行为”这些最基础的行政法概念尚未形成统一或相对确定的认识。单就“具体行政行为”这个概念而言，理论界与司法界也是莫衷一是的。如《行政诉讼法》于1990年10月1日正式实施，该法第2条规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益的，有权依照该法提起行政诉讼。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。第11条规定：除法律法规另有规定外，侵犯相对人人身权和财产权的具体行政行为属于行政诉讼受案范围。由此可知，行政诉讼法所建立的行政审判制度是以具体行政行为为审查对象，行政诉讼受案范围乃至行政诉讼的其他相关制度都是以具体行政行为为中心来设计的。鉴于行政法学界在行政诉讼法施行前，具体行政行为概念已因《行政诉讼法》规定而成为了一个法律概念的事实，为使全国法院系统在行政审判过程中更好地理解和适用行政诉讼法的相关规定，1991年最高法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》，在第1条对具体行政行为作出解释，认为“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。然而，就在这个司法解释对“具体行政行为”刚作出解释不

久，行政法学界对这个问题即作出了一些批评。如方世荣教授认为，该司法解释对具体行政行为的定义存在以下突出缺陷：其一，该定义并未涵盖全部具体行政行为，只是对外部行政行为的解释，而忽视了内部行政行为；其二，该定义忽略了行政主体履行职责所作的行为和未履行职责的不作为行为；其三，该定义将具体行政行为的特定性限定于针对特定人且针对特定事，这种沿袭传统理论对具体行政行为特定性的界定欠缺科学性，不但未揭示出行为的本质特征，不能很好地区分具体行政行为与抽象行政行为，同时，其将具体行政行为界定为针对特定事作出，也不符合行政法律行为只能针对人作出的本质特性。其四，该定义将具体行政行为限定为单方行为，排除了得到行政法学界确认的“双方行政行为”（即行政契约或行政合同）纳入行政诉讼受案范围的可能，既不符合我国的实际情况，也不利于认识具体行政行为的多样性，更不利于法院对该行为实施司法审查并有效保护相对人的合法权益。

由此看来，在理论上和实务上对具体行政行为的理解上，争议空间是很大的。即便都是将“具体行政行为”放在行政法上的法律行为层面上对之进行理解尚且有这么大的争议，更遑论将“具体行政行为”理解为既包括行政法上“法律行为”和“事实行为”的含义能够很快被行政法学者们所认同。正是在此背景下，需要从理论上澄清特别是行政行为的基础理论上对与之相关的所有问题，尤其是何谓行政法上的法律行为（行政法律行为）概念及其内涵并作出名符其实的含义说明，就成为行政行为理论不得不研究的基本议题。这样做的最直接目的就是廓清行政法律行为的概念内涵、特征以及与之相关的一系列理论问题，进而为行政诉讼实践上对这些基本概念的理解上形成相对一致、确切、科学的指引。笔者所界定和主张的行政法律行为的概念及其内涵将为行政诉讼实践提供科学的行政法理论指导。统一人们对于行政法律行为的认识是构成行政诉讼立法以及行政诉讼实践科学运行的基本前提。因而，对于行政法律行为的科学界定也有利于指导行政诉讼立法与行政诉讼实践的良性发展。

二、基本内容

(一) 对法律行为理论之历史渊源, 进行考察, 客观地提炼出法律行为的科学内涵

欲对行政法律行为进行系统地认识和说明, 就必须对法律行为理论的来龙去脉做一个系统的、全面的历史梳理并在此基础上提炼出对于法律行为概念的核心内核。通过这种系统全面的历史梳理, 充分地发掘法律行为概念在民商法学理论以及在法哲学意义上的含义, 进而通过对比、借鉴、探测行政法律行为的可能意义及范畴。法律行为理论概念的产生和发展是一个历史的过程, 在该书的撰写过程中要想科学地说明行政法律行为的概念及其理论, 就必须对法律行为概念及其历史等相关问题进行客观地实事求是的考察。正是在此意义上, 对法律行为概念及其理论作追根溯源式考察, 并在此基础上对之进行深入思考挖掘出法律行为的核心内涵, 从而为主题研究打下坚实基础。一句话, 行政法律行为主题研究的整个进程应该以法律行为的历史考察为逻辑起点。

(二) 在总结当前国内外行政法学界对行政法律行为概念与特征的基础上, 科学地提炼出行政法律行为概念的核心内涵

通过对当前行政法学界关于行政行为概念界定各种学说的辩证分析, 发现其存在的各种问题并在此基础上进行全面总结, 提出本书对于行政法律行为的科学理解。与此同时, 对两种认识路径进行反思与检讨: 一是行政法学界部分学者直接从民事法律行为理论中移植民事法律行为之核心“意思表示”以界定行政法律行为概念之分析; 二是从行政诉讼的角度界定行政法律行为概念之检讨。要建立行政法学上最为基础和核心的概念——行政法律行为, 就必须对以往以及当前行政法学界已经存在的形形色色的行政行为概念内涵本身进行分辨和澄清, 在此基础上才能够为建立其科学的行政法律行为概念或者说对行政法律行为概念内涵、外延作名副其实的正名。因此, 对以往和当前国外、国内外行政法学界形形色色的行政行为概念理论进行总结与反思就成为这项议题的基础和前提性工作。

（三）行政法律行为的本质及其研究意义

运用马克思主义哲学关于本质与现象的界定及其之间关系原理，对行政法律行为之现象与本质进行客观分析，并在此意义上阐释行政法律行为理论对于行政法学理论研究以及行政法治实践的多方面意义。要在理论上对行政法律行为有一个系统科学的认识，就必须对行政法律行为的本质及其研究意义、价值有一个科学的思考和回答。从公共行政执法实践的角度观之，行政法律行为的表现形式是复杂多样的，多样化的行政法律行为在行政主体及其执法人员的执法实践中产生了各自具体的、不同的法律效果，实现着公共行政的各自基本目的。在对行政法律行为的研究中，如果我们仅仅停留在这一层次就无法对纷繁复杂的行政法律行为问题有一个更为深入的认识，从而被一个个杂乱无章的个别行政法现象所迷惑。正基于此，要相对行政法律行为有一个清晰的、客观的识别，就必须对行政法律行为的内在本质进行理性思考，阐述清楚行政法律行为的存在依据、价值基础及其释放出来的内在意义。

（四）行政法律行为的类型化研究

在总结国外及我国台湾地区行政法学对行政法律行为的分类基础上，提出对行政法律行为的科学分类。欲对行政法律行为有一个相对科学的分类，则必须对行政法律行为的分类标准、分类意义、现实的表现形态等方面进行客观全面地考察，在此基础上实现对行政法律行为的科学分类。当前，行政法学界在关于行政法律行为类型化问题上已经有一定的研究，对学界已有的研究进行充分的甄别、反思，进而筛选出有意义的类型化素材是本题研究的基础工作环节。在这个基础上，笔者认识到类型化研究应该注意一些基本问题，提出类型化需要注意的一些事项，促使在对行政法律行为进行类型化研究时应该更加注重它的实践指向，而不能为了理论而理论。当今社会，公共行政执法实践在社会、经济急剧变化发展的时代，行政执法行为方式也会随着社会、经济、文化以及科技发展而呈现变化和更加多样化。因而，注重行政法律行为作为一种行政执法模式的研究，为正在运作中的行政执法行为由于其自身的规律性而归入同一类型行为之