



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

论行政法上的意思表示

——兼论行政行为构成中的意识要件

A Study on the Declaration of Intention in the Administrative Law:

Also on the Function of the Consciousness in the Administrative Acts

田勇军◎著



法律出版社

LAW PRESS CHINA

中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

论行政法上的意思表示

——兼论行政行为构成中的意识要件

A Study on the Declaration of Intention in the Administrative Law:
Also on the Function of the Consciousness in the Administrative Acts

田勇军◎著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论行政法上的意思表示：兼论行政行为构成中的要件 / 田勇军著. -- 北京：法律出版社，2017
ISBN 978-7-5197-1704-9

I. ①论… II. ①田… III. ①行政法—研究 IV.
①D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第295466号

论行政法上的意思表示

——兼论行政行为构成中的意识要件

LUN XINGZHENGFA SHANG DE YISI BIAOSHI

—JIANLUN XINGZHENG XINGWEI GOUCHENG

ZHONG DE YISHI YAOJIAN

田勇军 著

责任编辑 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 25.25

字数 322千

版本 2017年12月第1版

印次 2017年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1704-9

定价:75.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建淼 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
姚建宗 叶 青 应松年 赵秉志 赵旭东 张保生
张庆福 张守文 张卫平 张新宝 郑成良 周叶中
朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：彭 伶 李存捧 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目立项的14项成果，已于2016年底出版。2016年上半年后期资助项目经评审委员会评审，共15项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们还将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2017年12月

序

理念是制度的先导。在我国行政法的发展进程中，在“控权论”取代“管理论”之后，“有限政府”“服务型政府”的构建就成为长久以来的主题。传统行政法理论以救济权利和监督行政为目的，在此基础上以“依法行政”为原则，以“合法性”为标准，以将行政公权力这个必要的“恶”关进制度的笼子里为追求。理论是技术的指南。在传统行政法理论指导下，行政法理论研究以行政行为为基点，以规制行政权、完善行政裁量基准、明确不确定法律概念为技术目标，借助于权力清单控制权源，借助于严格的程序控制权力过程。

正是在传统行政法理论指导下，行政法的基本理论体系和相关制度得以构建并逐步走向完善，所以，没有传统行政法理念，就没有行政法治。但是，法律制度应以服务相应的社会为目的，随着社会的不断发展，社会对于行政法提出了很多新的要求，传统行政法已经呈现出一定的僵化之势。行政权在被关进法治的笼子里的同时，其服务于人民的灵活性也受到极大的束缚。人民设置政府是为了获得更好的公共服务，如同向保险公司缴纳保险费是为了获得更好的保险一样。为此，行政革新理论对此提出了很多因应之策，包括公私协力、行政过程论和行政法律关系论等，其目的均是给行政权设置锁链，而不是笼子，以便于行政权在被规制的同时更能发挥主观能动性，实现为人民提供更好公共服务之“最佳行政”。

制度没有对错，只有适合与否。基于传统行政法以监督行政为任务，行政行为及其构成要件成为行政法理论研究的首要课题，因为，行为是法律规制各主体的切入点、是衡量支配行为之意识（主要是主观恶性）的外在标准。勇军博士以比较法的视角，通过对民法上的（民事）法律行为构成、民事责任构成，刑法上的犯罪构成，行政法上公民之行政违法行为构成以及行政主体的违法行为构成的分析比较，他认为，法律上的诸多行为之构成，莫不以主观方面，即主体的意识作为重要要件之一。因为，无意识即无行为，无行为亦无违法/犯罪。

虽然人的意识是所有法律关系产生的根源，但是，基于意识的抽象性，法律只能借助于其客观表现形式，即意思的表示行为从而捕捉意识、衡量意识、进而评价意识并在此基础上改造意识。据此，人的内心意思及其表现形式成为法律的关注点；意思表示没有违法与合法之分，只有真实、瑕疵之别；在行政法上，行政主体与相对人均应具有意思表示。虽然基于“依法行政”原则，行政主体的行为裁量空间受到一定的拘束，但是，拘束并不等于无自由。

法律是人类理性意志的产物，人类创制法律制度绝不是仅仅为了规制自我，更不是为了惩罚而惩罚。监督行政是一种防范思维，只能监督已经成熟的行为，无法从源头及时发现违法从而尽早矫正。而以行政主体的视角，沿着行政过程论之主线，从行政活动的源头，到行政决定的形成，直至行政决定的实现，这正是行政主体“意识”形成和表示的过程，该过程与私法上的法人意思表示形成过程具有诸多类似之处。

行政法上的意思表示理论并非新的话题，该著作是对于行政法理论形成之初曾借鉴民事意思表示理论并被长期冷落之后的重新检视。当前，民法上的意思表示构成理论陷入了追求“真实意思”的水中捞月之尴尬境地，束缚甚至误导了人们对意思表示的认识。其实，民法上意思表示理论只是追求主体意思表示时的“自由意志”不受影响，意思内容何为“真实”

既无必要也不可能求得。民法之意思表示理论以分析意思表示瑕疵情状，排除意思表示妨害为任。在行政法上，可以借鉴民法上“私法人”意思表示之思路，同时，结合行政主体的特点，“拟制”意思表示过程。突破“意思”必须是心理活动、主体必须是自然人之传统认识，将行政活动分解为“意思形成+意思传达+意思实现”步骤，分析其“意思”形成过程，探究行政意思表示之“形成”（而非构成）要件。

在法律上，所有的行为最终都是由自然人所支配的。人类的本质是意识，意识（而非本能）支配着人类的行为，行为是意识的表现和外化。可以说，任何一种行为都包含有意思表示的过程。实际上，在一个国家或地区，其所有的法律，都是人民意志的体现，包括立法机关将人民的意志汇集、筛选和提炼，最终形成各种法律、法规。司法机关以代表人民意志的法律为最高准则，通过司法程序，以人民的意志作为标准判断各主体之行为。行政机关作为执法机关，将人民的意愿，通过行政活动得以实现。因此，可以说，国家所有机关组织的活动就是人民的意思得到实现的过程，即人民的意思表示过程。如果说立法机关是人们常说的人民的意思机关的话，则司法机关是人民意思的理解机关，行政机关是人民意思的实现机关。

总体来说，在行政法理论发展的历史过程中，行政法上意思表示理论一直是处于较为微弱的态势。近年来，虽然该理论的研究有重新升温之势，尤其是在我国台湾地区，但是对该问题进行较为全面、深入和系统的论述依然几乎处于空白。基于此，勇军博士从民法、民事诉讼法、刑法、刑法行政法、法社会学甚至是心理学等多学科角度入手，以行政法的发展趋势及行政法治新兴理论等大背景为依托，对于行政法上的意思表示进行较为系统和深入的梳理，虽然其中有许多论述尚值得商榷，某些观点尚有待进一步考证，但是学术研究本身就是一个不断争论的过程，勇军博士认真思考，敢于在行政意思表示这个看似贫矿的地方进行挖掘并细致探究，

无论是对该命题的证实还是证伪，都不失为一种贡献。

《论行政法上的意思表示》是一项跨越公法和私法的课题，这不但需要对行政法的基本理论具有很深刻的理解和把握，还需要对私法上的相关理论具有相当深入的了解，这是一个需要长期积累的过程，作为在行政法领域多年的耕耘者，我看到自己的学生在该方面认真钻研，当然非常高兴，希望勇军能继续努力，以取得更大的进步！

是为序！

胡建森

2017年6月9日

目 录

Contents

引 言	1
第一章 人的意识本质及民法上的意思表示	8
第一节 人的本质是意识	8
一、人的本质——认识人及其行为的基础	8
二、关于人的本质之各种观点	10
三、对于人的本质各学说之评析	15
四、人的意识本质观	20
第二节 民法上的意思表示理论简介	33
一、意思表示产生的过程	34
二、意思表示的内涵	42
第二章 三大实体法上行为的构成及意识要件	49
第一节 法律上行为的意义	49
一、法律实现对行为的规制必须充分认识到意识的作用	50
二、探寻三大法中行为构成更有利于把握行政行为构成	51
第二节 刑法上的犯罪构成	52
一、四要件说	53

二、二要件说	56
三、三要件说	57
四、五要件说	58
五、三阶段理论	58
六、四要件说的合理性	60
七、犯罪构成中意识为必备要件	62
第三节 民法上的法律行为及民事责任构成	64
一、(民事)法律行为	64
二、“民事责任构成”与“民事侵权行为构成”	66
三、主体意思是法律行为和民事责任构成的基本要素	69
第四节 行政法上的行为构成	70
一、行政刑法学理论	72
二、行政违法行为构成	77
三、借鉴犯罪构成的违法行政之行为构成	83
四、其他行政行为	87
五、结论及意义	88
第三章 传统行政法的困境及行政法理论革新	90
第一节 新形势下传统行政法理论之困境	90
一、防范行政的理念阻碍了行政权最大功用的发挥	91
二、“合法性”标准无法充分释放行政权的积极功效	93
三、行政行为形式论呈现一定的僵化之势	94
第二节 因应之策——行政法发展趋势及新兴理论	96
一、公私协力理论	97

二、行政过程论	100
三、行政法律关系论	103
第三节 行政法治发展的新方向——最佳行政	104
一、最佳行政理论基本内涵	104
二、最佳行政表现形式及适用场域	112
第四章 行政法上意思表示基本理论	123
第一节 行政法上意思表示分析路径——双向过程论	123
一、行政双向过程论的特征	124
二、双向过程理论的意义	128
三、双向行政过程论背景下的行政意思表示	130
第二节 行政法上意思表示理论停滞及重启的意义	130
一、意思表示理论在行政法上被漠视之成因	130
二、行政行为的概念及其传统分类需要意思表示理论	132
三、行政法上构建意思表示理论之意义及其障碍的破除	136
第三节 行政机关法人基本理论	141
一、公法人的形成过程	141
二、行政机关法人组织	150
第四节 行政过程中的行政意思表示基本内涵	163
一、行政过程及行政法律关系背景下的行政意思表示	163
二、行政机关法人的意思与自然人的意思	166
第五节 行政机关意思表示基本过程	180

第五章 秩序行政过程中的意思表示	182
第一节 意思表示与行政过程及法律关系的联系	185
第二节 民法上意思表示理论及其对行政法的启示	187
一、意思表示构成要件分析	188
二、探究意思表示主观构成要件的困境	192
三、意思表示理论在司法实践中的适用及其启示	196
四、瑕疵制度应替代意思表示构成要件理论成为意思表示理论 重心	203
五、意思表示理论研究的应然面向	205
六、行政法上意思表示制度之特征	207
第三节 行政机关法人意思能力及意思表示特征	210
一、行政机关意思能力（主体资格）	210
二、行政机关法人的意思之特征	218
第四节 行政机关法人意思的形成	220
一、行政机关意思的形成	220
二、行政机关意思形成的标志——公章	226
三、意思的通知	232
四、意思表示的实现	238
五、行政未成熟意思的通知——内部行政行为的外化	239
第五节 行政机关法人意思的瑕疵	240
一、行政机关意思表示瑕疵内容	241
二、欺诈、胁迫	247
三、行政机关法人意思与表示的不一致	262

第六节 秩序行政中相对人的意思表示	268
一、法定的、防卫性意思表示	268
二、选择性的、参与或协助之意思表示	271
第六章 行政公共服务中的意思表示	273
第一节 依申请行政过程中相对人的意思表示	273
一、公共服务行政中相对人的非被动性	274
二、申请	275
三、受理	279
四、相对人意思表示的瑕疵及电子政务	284
第二节 行政不作为构成及其表现	288
一、传统行政不作为构成要件	290
二、行政不作为的表现形式	293
第三节 行政不作为中的推定默示意思表示	294
一、不作为意思表示的推定	295
二、推定默示意思表示	297
第四节 行政不作为默示意思表示制度完善	304
一、行政不作为默示意思表示的效果设置	304
二、默示意思表示的期限条件设置	308
三、不作为默示意思表示制度适用范围	309
第七章 行政契约中的双方意思表示	312
第一节 行政契约的性质	312
第二节 行政合同中的意思表示	316
第三节 行政机关与私人均可作出之意思表示样态	319

一、抵销	319
二、同时履行抗辩权或留置权的行使	320
三、同意	320
四、放弃	321
第八章 行政相对人默示意思表示及瑕疵意思矫正	322
第一节 行政相对人默示意思表示	322
一、行政法上相对人意思表示形式	322
二、行政相对人之默示意思表示	323
三、公民单方处分权利的默示意思表示	329
四、行政活动中相对人默示意思表示的特征	330
第二节 默示意思表示法律效果的实现	331
一、视为受理的后续过程	331
二、被申请延续证照的视为延续效力实现形式	333
三、视为送达的法律形式之完善	333
第三节 行政意思表示瑕疵的矫正	334
一、行政法上意思表示瑕疵及其矫正	335
二、瑕疵意思表示矫正所适用的原则及其限制	343
第九章 行政事实行为损害中过错意识推定	347
第一节 行政事实行为概念界定	348
一、行政行为概念	348
二、行政事实行为概念现状	351
三、意思表示的有无作为划分行政事实行为的标准更为合理	353
第二节 行政事实行为损害构成及过错推定	357

一、行政事实行为及行政侵权责任	357
二、行政事实侵权的过错推定	362
结束语	368
参考文献	373

引言

首先，好的理论应当是与社会发展契合的，因而也是动态的理论。随着人类进入现代化社会，人们的交往更加便捷、更加频繁，也更为必要，相互交往的方式和途径更加多元，社会主体利益也更趋多元。人们的交往产生了公共服务需求，多元利益的调整也需要公共管理，而行政法就是调整公共服务主体在公务活动中所产生的各种利益关系之规则，所以，行政法具有工具性质。与此同时，在行政法上，“有限政府”“有为政府”“服务型政府”“福利型政府”“阳光政府”等理念日渐普及，替代了“无限政府”“夜警国家”“无为政府”“管理行政”等陈旧理论，这毫无疑问对政府行政提出了更高的要求。目前，在行政法理论方面，又呈现出一些新的动向，这些理论研究流派源于行政实践的需求，并在行政实践中受到检验或证伪。法律制度是人为创制的“人造物”，其必然带有主体的价值取向，因此，其具有工具性意义，在法律适用的外在环境发生变化的情况下，法律制度也应该随着适用主体的需求和环境的变化而做出相应的调整。法学理论没有明确的对错之分，也不存在永远好的理论，只有最为适合的理论或制度，而保持这种适合性的法学理论应该是动态的，因时而变的。

在行政法领域，世界上绝大多数的法治国家都不约而同地将“依法行政”作为金规铁律。依法行政不但是行政主体自我规制的底线和边界，也