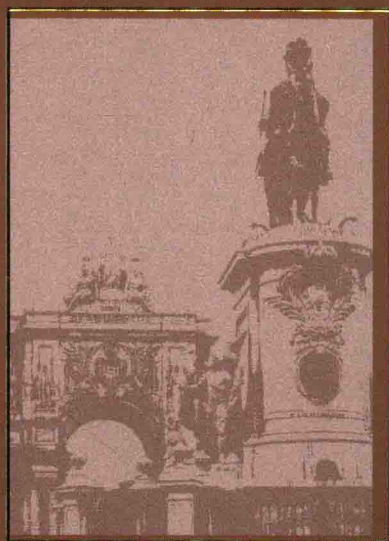




NOÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

行政法原理

若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚 著

José Manuel Sérvulo Correia

冯文庄 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



NOÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

行政法原理

若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔武罗·科雷亚 著

José Manuel Sérvulo Correia

冯文庄 译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法原理 / (葡)若泽·曼努埃尔·里贝罗·塞尔
武罗·科雷亚著; 冯文庄译. —北京: 法律出版社,
2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1404 - 8

I. ①行… II. ①若… ②冯… III. ①行政法 IV.
①D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 230161 号

葡萄牙法律
经典译丛

行政法原理
XINGZHENGFA
YUANLI

[葡]若泽·曼努埃尔·里贝罗·
塞尔武罗·科雷亚 著
冯文庄 译

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
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 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9.75
字数 239 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 9 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

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1404 - 8

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《葡萄牙法律经典译丛》编辑委员会

编译项目委员会主任

唐晓晴

编译项目委员会副主任

尹思哲 (Manuel Trigo)

奥古斯都 (Augusto Garcia)

责任编辑

邓志强

王 薇

蒋依娃

编辑部成员

王 薇 蒋依娃

艾林芝 吴奇琦

咨询委员会成员

吴志良 赵 伟

何超明 华年达

黄显辉 林笑云

欧安利 马许愿

何顺文 黎日隆

莫世健

总 序

葡萄牙法律经典译丛,是澳门大学法学院在累积超过二十年教学科研的基础上,充分发挥自身优势,组织院内院外中葡双语精英(包括法律和法律翻译方面的专家)倾力打造的一套大型丛书。随着这套书的陆续出版,中国读者将有机会全方位接触在大陆法系内颇有特色,而且与中华人民共和国澳门特别行政区现行法律秩序关系密切的葡萄牙法学。

实际上,这套丛书的出版一开始就肩负着众多任务。首先,它当然是一个学术研究项目:系统地将一个国家或地区的代表性法学著作翻译成中文对乐于博采众长的汉语法学家群体而言,肯定有比较法意涵。这些法学论著不仅深深影响葡萄牙本国的立法和司法活动,而且也直接影响继受葡萄牙法的非洲、拉美和亚洲法域(包括澳门)。深入研究相关著作既有助于他山攻玉、前车引鉴之事,也有利于中国与有关国家的交流理解。其次,由于澳门是中华人民共和国的一个特别行政区,而澳门现行法体系主要是继受葡萄牙法而来,所以,系统地研究葡萄牙法学等于是对我国多元法制的的一个组成部分的一次内省。最后,这一套丛书本身也是对

澳门社会内部一些诉求的回应。自 20 世纪 80 年代末,澳门开始建立本地的法学教育以来,就一直有声音指出以中文出版又能深刻揭示澳门现行法体系的法学文献奇缺。虽然经过二十多年的努力,状况有所改善,可是仍然难言足够。在一个双语(中、葡)运作的实证法体系中,以葡萄牙语为母语的法律职业者只参考葡语著作,而以汉语为母语的同行则难以接触同样的材料会使这个社会的法律职业人渐渐走向信息割裂的状况。这对于澳门法律和社会的长远发展不是好事。因此,这套译著的推出对于澳门的法学教育和法律实务都肯定大有裨益。

尽管翻译葡萄牙法学著作的意义非同一般,然而在比较法的话语下,援引法国法、德国法或英美法和援引葡萄牙法的分量肯定是不一样的。法学界一般认为,古代的罗马法、近现代的法国法和英国法以及 19 世纪末到 20 世纪的德国法和美国法,是法律概念和法学知识的输出者。因而,在实践论辩中援引上述法域的理论或立法例在某种意义上是诉诸权威(有时被冠以“先进”之名)。当然,权威论证一直是法律修辞的一个重要组成部分。可是在比较法这幅色彩斑斓的画卷中,权威肯定不是唯一的颜色。不论学者也好,社会行动者也好,也许只有在不太自信的时候才会频繁地诉诸权威。当自身已经累积一定的自信而再将目光投向外界时,所寻找的可能就不再是庇荫与垂怜,而是对同一天空下的不同经验、体验或生活方式的旁观与尊重,偶尔也可能灵光一闪而备受启发。

一项如此浩大的知识工程需要巨大的人力、物力,也需要行动者付诸行动的坚定意志。为此,我们不能不感谢为推动这套译丛而付出巨大努力的莫世健教授与 Manuel Trigo 教授(前者是澳门大学法学院院长,没有他的决断与眼光,就没有这一计划;后者是澳门大学法学院的前院长和法学研究中心主任,没有他孜孜不倦的劳动,钜细无遗的精神和丰富的学术经验,甚为复杂的版权问题

和计划的具体实施就举步维艰)。法律出版社黄闽社长、朱宁分社长的大力支持,以及袁芳博士、黄琳佳编辑的辛勤劳动是本丛书能在中国大陆与读者见面的主要原因。此外,还要感谢在中葡法律翻译上造诣不凡,又曾参与《葡萄牙民法典》翻译的邓志强大律师,他一如既往的敬业认真总是让人感动和自惭。他与我院的王薇博士和蒋依娃老师三人义无反顾且无偿地承担了把关译稿的沉重工作。最后,更要感谢在社会和大学层面积极支持和推动这项工作的澳门基金会主席吴志良博士、澳门大学校长赵伟教授、澳门检察院检察长何超明博士、澳门律师公会主席华年达(Jorge Neto Valente)大律师、澳门立法会议员及澳门大学第一任中文法学士课程主任黄显辉大律师、全国人大代表及澳门第一位华人大律师林笑云女士、全国政协委员以及澳门立法会议员和行政会委员欧安利(Leonel Alves)大律师、澳门大学副校长马许愿(Rui Paulo da Silva Martins)教授、澳门大学副校长何顺文教授、澳门大学副校长黎日隆博士,以及各位为译丛付出巨大努力的译者。

项目委员会主任
唐晓晴教授

目 录

引论	1
一、公共行政	1
1. 行政职能	1
2. 公共行政的组织概念	9
3. 行政职能演进的意义	10
二、行政法	15
4. 行政法的产生	15
5. 行政法的概念	19
6. 葡萄牙行政的历史演进	28
7. 《行政法》法源	35

第一部分 行政组织概论

第一章 基本原则	59
8. 利害关系人参与公共行政机关的实际管理	59
9. 行政分权	64
10. 行政分治	67
第二章 主体、机关及权力	69
I. 主体	69
11. 组成行政机关的法人的法律性质	69
12. 公法律人格	70
13. 直接及间接(公共)行政权力下放公法法人分类	73
14. 私法法人及行政制度	77

II. 机关	83
15. 法人机关	83
16. 合议机关:会议及决议	85
III. 权力	87
17. 能力、职责及权限	87
18. 羁束与自由裁量(权)	90
19. 自治之类别	99
20. 行政等级	103
21. 行政监督	105
22. 指引权	113
23. 权力之授予	114

第二部分 行政活动

第一章 基本原则	123
24. 实践公共利益	123
25. 合法性原则(或称:依法原则)	125
26. 合法性原则(续)行政警察	134
27. 执行职能的公正与无私	136
第二章 行政行为	140
I. 法律事实与法律行为	140
28. 法律事实	140
29. 法律行为	141
II. 行政行为之概念与元素	143
30. 行政机关之法律行为:私法行为	143
31. 行政机关之法律行为(续)规范性与具体性公法行为	145
32. 内部行为与外部行为	149
33. 外部行为及确定性行为之概念	151
34. 行政行为之概念	157

35. 行政行为之要素	158
III. 确定及执行性行政行为	169
36. 确定行为	169
37. 执行性行政行为;A) 行政行为之效力	174
38. 执行性行政行为;B) 行政行为之(强制)执行性	182
39. 确认行为(Acto Confirmativo)	190
IV. 行政行为之不存在与不完全有效	193
40. 行政行为之不存在	193
41. 行政行为之不完全有效、无效与得撤销	195
42. 行政行为的有效要件及瑕疵	204
43. 行政行为之有效性要件;A) 机关或行政人之权限	208
44. 行政行为之瑕疵;I) 无权限	208
45. 行政行为之瑕疵;II) 越权	211
46. 行政行为有效性之要件;B) 手续	212
47. (续) 形式	215
48. (续) 说明理由	216
49. (续) 默示行为	227
50. 行政行为之瑕疵;III) 形式瑕疵	238
51. 行政行为之有效性要件;C) 目的	245
52. 行政行为之瑕疵;IV) 权力偏差	248
53. 行政行为有效性要求;D) 前提与内容	254
54. (续) 依内容之行政行为分类	255
55. 行政行为之瑕疵;IV) 违反法律	259
V. 行政行为之废止、变更及中止	263
56. 行政行为之废止	263
57. 行政行为之追认	284
58. 行政行为之纠正及转换	286

59. 行政行为之追认、纠正及转换之共通法律制度	287
60. 行政行为之更正	288
61. 行政行为强制执行之中止	289

一、公共行政

1. 行政职能

参 考 书 目: *Alessi*, *Principi di Diritto Amministrativo*, I, 1971, pp. 1 - 16; *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1968, pp. 171 - 175; *M. Caetano*, *Man.*, I, pp. 7 - 12; *Rodrigues Queiró*, *Lições...* cit., pp. 9 - 84; *Vedel*, *Droit Administratif*, 1976, pp. 17 - 56; *Villar Palasi*, *Curso de Derecho Amministrativo*, 1972, pp. 41 e 61 - 67; *Wolff - Bachof*, *Verwalt - ungsrecht*, I, 1974, pp. 72 - 95。

1.1. 在传统上将国家活动以职能进行分类。

显而易见,各个学者所用的标准,所界定的类别并不一样。然而,整体而言,可以认同的是:无论实质标准或形式标准都引致设定下述的职能:

- 立法职能;
- 政治职能;
- 行政职能;
- 审判职能。

不能将国家职能的分类同权力分立的政治原则混淆,后者的理论根源在于洛克(Locke)及孟德斯鸠(Montesquieu)的作品。对现实情况的分析表现了权力分立不涉及职能的专门化;相反,涉及各种机关系统的存在,由各个机关分担主权的行使,同时各个机关互相阻止跨越本身权力的范围。

所以,例如立法职能并不仅属于国会,亦属于政府,后者通常有权限发布形式意义的法律(宪法第 201 条)。同时,国家元首在习惯上通过“结合性行为”(Arto integrativo)(宪法第 137 条第 1 款 b 项)参与立法职能。国会及国家元首往往亦参与审判职能的行使,连同政府一道,必定是政治职能的执行者。

由约定俗成所谓的各种权力——系由各个不同的机关系统将其职能分体,但这个意思并不为洛克及孟德斯鸠所熟悉,同样,并无预计到在国会民主制治下,行政(管理)及政府不属于国家元首(由国家元首领导的合议机关及行使由国家元首授予的权力),而属于同国会脱节的一个“委员会”。

如沃尔夫·巴赫夫(Wolff-Bachoff)观察所得,今日,在国会民主制度下,为着限制主权机关的权力的效力,最重要的政治分别并非是每个机关的宪制自主性,而是不同的政党参与这些机关的运作。倘无任何一个政党具有绝对的领导影响力,则达致一个平衡的系统(Balanceystem des Pluralismus der obigarchisten Machttrager)。

1.2. 对于 19 世纪公法主义的理论及我们这个年代的多个理论思潮(例如法之纯理论),以专属的法律角度考虑国家的职能,这个角度仅限于关于造法及执法(“legis datio”及“executio”)。在执行职能内,还区分出行政职能——其行使通过国家机关采取主动落实法律的命令及以偏私方式作为,即作为拥有与私人利益相对的拥有人,有别于审判职能(执行职能的另一个部门),其特点为公正及被动。

马塞洛·卡埃塔诺(Marcello Caetano)就是这样指出立法与

执行职能的特点,这位行政法学家可能认为与国家法律职能并列者还有其他职能:政治职能及技术职能。

对于法的纯理论言之,行政职能有别于审判职能——在执行职能核心内属于两个部门,行政职能属于一组互相依赖及从属的机关,有别于审判职能——属于彼此间独立的机关(第一审法院不应该服从中级法院,后者亦不应该服从最高法院)。

我们接受这些标准的补充性作用以作为审判职能同行政职能的区分。

但相反,我们不认同行政职能相对于立法职能而言,仅具有系统性的执行特性,亦不认同行政职能全都是适用法(律)。

没有一个系统性的执行特性之存在因为存在一些例子,例如1958年的《法国宪法》,指明立章活动(行政职能的一部分)独立于法律。

行政职能并非全是适用法律,这是因为我们不将受规范标准管制的实质行为或技术行为列入行政职能之中。

对全世界而言,不可能将行政职能的范畴列入执法范畴内,但在历史上受制于每个宪制体系。

例如,在1946年的《法国宪法》内,当将强制性的财产及服务给付剔除外,行政职能可引述法律及藉执行权概念的协助而界定之,但对于1958年的《法国宪法》而言,这种情况则不见。

上文所述的首部宪法内,国会立法权限并无因应事宜而有限制。当事法律是“无条件限制”的行为。不存在“保留予国会的领域”。由于法律渊源的等级,这种状况使得规章(行政机关的一个规范行为)长期从属于法律。由此产生一个概念:行政活动为国家立法活动发展的第二个层面。

具总统制特色的1958年的《法国宪法》强烈地限制国会的权力。在职能上将政府同国家元首相联系。这部宪法列明了国会立法权限的事宜。所有其他事宜属于“立章权”的专属权限,立章权

独立行使这些权限,仅受宪法规范及法之一般原则约束。

如韦德尔(Vedel)观察所得,在1946年宪法内视行政为执行法律的理由在于即使行政机关偶然及无具体立法基础的情况下介入(通过自治性规章为之),执行权位于潜在的立法框架之内,这是因为立法者可随时处理这些事宜。

相反地,在1958年的宪制内,执法的工具并不仅于行政活动的一个层面。然而,在保留予行政活动的层面内,“立章权”(列入行政职能之内)不单以偶然及自治方式作为,而且相对于法律而言,其独立地作为。

这个模式引致否定行政职能具有系统性的执行特性。

但在德国法内(虽然分析上并非一致),由君主立宪制演变成魏玛(Weimar)的民主立宪制及德意志联邦共和国,所进行的方式有别于法国的方式。

在第一次世界大战后倒台的德国君主立宪制里,国君仍是一个具有自身正当性的一个皇子,有别于在国会内建立的“人民主权原则”。政府完全隶属于国君,后者形成一个“执行权”。相对于立法权而言,国君享有权限推定——依照这个推定,所有宪法无明文保留予其他主权机关的职责及权限,尤其是保留予国会,皆属于国君。关于作为执行职能一种模式的行政职能的绝对特性的肯定性方面,这种情况引致许多疑问,一如我们在上文所述般,这是一个在19世纪末的主张见解。

现在的宪法(或正确称为《德国联邦共和国根本法》)又或称为魏玛的宪法,改变了上述的框架,加强了国会的权力。提及现在的宪法,耶施(Jesch)写道:除了纯政治的决定外,执行权只在由宪法直接赋予其权限的情况下方无须得到明文的立法许可而开展活动。为此,执行权的民主正当性来自国会,亦是由立法者赋予执行权,并实施在法律上拘束市民行为的能力。

德国学者对从这个制度中得出这样的结论,虽有不同层次,

这点我们在谈到合法性原则的内容时再探讨,行政职能是执行职能的一个方式。如下文所述般,在行政活动的某些范畴内,产生部分疑问,体现在向公民提供更多的财产及服务给付多于界定公民的法律状况。

虽然十分扼要,但对我们而言,对葡国宪政史在这方面的演进作简短的分析十分重要。

1826 年的宪章及其续后的几部修正法,将主权机关结构称“政治权力”:立法权、中介权、执行权及司法权。

立法权属于皇廷,并得到皇帝的追认(第 13 条)。当时由皇廷(上议院及下议院)制定法律(第 15 条第 6 段)。由皇帝在行使中介权力时自由任免各个部长(第 74 条第 5 段)。在机关之间的关系上,政府不从属于皇廷,无君主在任或君主去世则例外。只在这些过渡性情况下,方不制于君主(视为执行权的元首,第 75 条),政府受制于皇廷的权限——对行政机关监察,纠正行政机关内的滥用(第 15 条第 5 段)。

相反,政府的立规权限相对于法律而言,处于执行的层面上,因为仅由执行发布“利于正确执行法律的法令、指示及规章”(第 75 条第 12 段)。

虽然相对于皇廷,执行权的政治责任减轻了^[1],可以得出结论:政府的法律活动属于执行类型,并非宪法文本所指的“执行权”般——不能与职能混淆,因为行政机关的活动受立法体系的框限。此十分明显,倘非因受制法律的规定,则无任何公民可被施行或不再施行某件事情(第 149 条第 1 款)。

1911 年的宪法选择通过传统的权力三分化而仅管制主权:立法权、执行权及司法权。

亦按照古典的模式,执行权由国家元首(共和国总统)及各个

[1] 应知道各部长应参加由政府提出之在宫廷内之讨论。

部长组成。

宪法无订定政府专门职能的权限,立宪者关注的是规范各类型的责任。

但是第一部葡萄牙共和国宪法将发布政令(Decretos),指示(Instruções)及正确执行法律规章的权限授予共和国总统(较接近宪章)——执行权元首(第47条第3款)。另外,由议会追认作执行法律的规章(第26条第24款)。

由政府肩负的行政职能(仍十分简单地界定)当时视为执行职能。

并且关于1933年的宪法^[2]更难得出一个结论。

除了国民议会的专属权限的事宜外(第93条),似乎可得出结论认为:政府有一个立规的园地(范畴)。因为由议会表决的法律应仅于通过各个法律制度的一般基础(第92条)。

然而,由政府制定而具有形式价值的法律不列入行政职能内,而列入立法职能内。跟随传统模式,法令、规章及指示仍视为作“正确执行法律”之用(第109条第3款)。

扼要言之,似乎可以得出结论:在1933年的宪法内,由政府掌握的行政职能当时被视为执行职能。该宪法第109条第4款将对整体公共行政机关的监督权与执行国民议会的法律及指示联结在一起。

然而,基于政府立法权的广泛性,以及政府不向议会负政治责任,再加上议会的选举方式及其非国会性质,这种形式实况并无实质范围。行政管理,政府系自己制定的法律的执行人。政治权力的中心是政府而非议会。在形式层面上,这个原理明显同西欧国家相似。

借现行的宪法,葡萄牙重返到国会民主制上。然而,政府保留

[2] 倘无特别指明,即是指生效至1974年4月25日之宪法。