



行政行为的性质界定与实务

The Nature Discrimination
of Administrative Act and Its Practice

闫尔宝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南开大学亚洲研究中心资助



行政行为的性质界定与实务

The Nature Discrimination
of Administrative Act and Its Practice

闫尔宝 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政行为的性质界定与实务 / 闫尔宝著. —北京:
法律出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1175 - 2

I. ①行… II. ①闫… III. ①行政法—法律行为—研究
IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 173614 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/12.5 字数/293 千

版本/2010 年 10 月第 1 版

印次/2010 年 10 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1175 - 2

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

行政行为是行政法学的核心概念,行政行为为基础理论的研究具有常说常新的意义,而行政行为的理论研究又将直接影响到我国行政执法和行政审判实务,加深对行政行为法律性质的研讨,将有利于指导行政执法和行政审判实务的开展。

本书的作者一直关注行政行为的属性研究,无论是在攻读硕士、博士学位期间,还是在从事行政审判实务过程中,都有意识地采用性质分析的方法来认识和理解行政行为,并将思考所得及时形诸文字,记录下来,久而久之,即有了一定的学术积累,构成了本书的基本内容,可以说,本书即是作者多年来在行政行为性质界定这一基础领域进行研究的一次系统总结。

本书分为两大部分:第一部分为原理篇。在此部分,作者对行政行为性质进行了理论分析,得出结论认为,行政行为从性质上可以分为法律行为、事实行为和准法律行为,各种不同性质的行政行为各有其法律特征,并具有不同的表现形式和监督途

径。第二部分为实用篇,在此部分,作者基于对行政行为属性的认识,着重从规范和控制角度出发,结合行政行为的具体形式进行了程度不同的分析。内容涉及行政行为的多种表现形式,既涉及典型的行为形式,如行政命令、行政登记、行政强制、行政合同、行政征用等;也涉及一些新的行政行为形式,如行政允诺等。在此部分的分析过程中,作进充分注重了研究成果的实用性,注意研究成果与实务的有机结合。

本书从法律性质角度对行政行为这一基础概念展开深入分析,进一步深化了我国行政行为的基础理论研究。作者善于从中外比较、学科比较的角度,梳理出行政行为在大陆法系各国的不同研究状况,指出我国法理学和民法学对法律行为、事实行为等概念认识上的差异及其对行政行为性质确定的影响,指出了行政法学理论对不同性质行政行为的理解。

本书的重要特色之一是理论研究与实务应用的有机结合。作者对多种行政行为表现形式的具体剖析,灵感多来自实务并面向实务,相关研究成果对实践有现实指导意义。在此基础上,作者特别注意理论分析与制度建设的结合。在对行政行为的性质及各种表现形式进行分析过程中,尤其是关于行政诉讼制度的关联意见,其相关思考将为我国行政诉讼制度的进一步完善提供了借鉴。

本书涉及我国当前行政行为理论与实务中诸多有争议的问题,作者梳理、检视了这些争议问题,并从理论深度上直抒己见,足见其学术上的独立思考和理论勇气,也许由此将引发更深层次的讨论。有争论,就会有发展;有质疑,才会有创新,应该说,这也是本书成就之一。祝愿作者在学术探讨的道路上,不懈求索,层楼更上。

喜读之余,乐为之序!

应松年

2010年盛暑于北京世纪城

目 录

理 论 篇

第一章 行政法律行为论 3

- 一、两种不同的法律行为观 3
- 二、行政法律行为的界定 9
- 三、相关概念辨析 15
- 四、行政法律行为的范围 17
- 五、明确行政法律行为内涵的意义 21

第二章 行政事实行为论 23

- 一、行政事实行为研究概述 23
- 二、不同国家和地区的行政事实行为 30
- 三、行政事实行为界定的前提——法律行为的确切内涵 43
- 四、行政事实行为的界定 49
- 五、行政事实行为的分类与表现形式 59
- 六、行政事实行为与依法行政 65

第三章 准法律行为的行政行为论 72

- 一、概念溯源 72
- 二、准法律行为的行政行为的本质 74
- 三、准法律行为的行政行为的表现形式 77
- 四、研究准法律行为的行政行为的意义 80

实 务 篇

第一章 行政命令行为研究 85

- 一、行政命令的概念与特征 85
- 二、行政命令的性质与种类 88
- 三、行政命令与其他行政行为的区别 91
- 四、行政命令的司法审查 95

第二章 行政强制相关问题辨析 99

- 一、行政强制措施、行政强制、行政强制执行与即时强制 99
- 二、有关即时强制行为的几个问题 101
- 三、行政强制执行的行政可诉性 102
- 四、关于公法上金钱给付义务的承认问题 103

第三章 论行政征用 105

- 一、问题的提出 105
- 二、行政征用制度的一般理论 106
- 三、我国的征用制度介评 113

第四章 行政不作为论 117

- 一、研究范围的确定 118
- 二、行政不作为的类型 127
- 三、行政不作为的责任追究 146

第五章 不动产物权登记行为及其责任 173

- 一、不动产物权登记行为的法律性质 174
- 二、不动产物权登记与行政许可的关系 179
- 三、不动产物权登记行为的国家赔偿责任 182

第六章 程序行政行为初论 187

- 一、程序行政行为的概念确立及其形式 187
- 二、程序行政行为的法律属性 192
- 三、程序行政行为与实体行政行为的区别 195
- 四、程序行政行为违法及其责任 196

第七章 论内部行政行为的几个问题 199

- 一、内部行政行为的肯定 199
- 二、内、外部行政行为的划分标准 204
- 三、内部行政行为的形式分类与实质分类 207
- 四、内部行政行为的可诉性探讨 208

第八章 国立学校开除违纪学生学籍行为的 可诉性 211

- 一、关于案件的受理问题 211
- 二、受理开除违纪学生学籍案件中应注意的问题 218

第九章 高校教师管理行为的司法监控 220

- 一、问题的提出 220
- 二、法理分析 223
- 三、司法审查应注意的问题 230

第十章 非权力行政论纲 232

- 一、非权力行政的概念、特征与性质 233
- 二、非权力行政的形成背景分析 237
- 三、非权力行政的主要表现形式 241
- 四、非权力行政与司法审查的关系 247

第十一章 行政允诺行为论 252

- 一、引发讨论的两个个案 253
- 二、争议性质的确定 254
- 三、政府规范性文件承诺奖励行为的性质 256
- 四、行政允诺行为的本体论分析 265
- 五、行政允诺行为的司法监控 274

第十二章 假象行政行为与拟制行政诉讼 281

- 一、假象行政行为的界定 281
- 二、假象行政行为的司法监督途径 286

第十三章 行政合同相关问题探究 291

- 一、行政合同的存废之争 291
- 二、行政主体缔约权的限制因素 298

三、行政合同争议及其诉讼 301

第十四章 违法行政行为的撤销限制 310

一、法律的纯洁性与稳定性——两种价值的冲突 311

二、法律纯洁性与稳定性的张力解除——撤销的
限制性 315

三、余论 319

第十五章 行政法诚信原则的适用

——以行政行为性质为中心 321

一、法律行为与诚信原则 322

二、准法律行为与诚信原则 339

三、事实行为与诚信原则 347

第十六章 行政执法与私权保护 355

一、案例引出的问题 355

二、分析之一：M农行的原告资格问题 357

三、分析之二：民事担保权与征税权的优先位序问题 362

第十七章 行政诉讼类型初论

——从完善行政行为的司法监控出发 369

一、行政诉讼类型的基本理论 369

二、行政诉讼的基本类型 373

三、现有诉讼类型分析及建议 378

敝帚自珍(代后记) 383

理 论 篇

行政法律行为论

我国行政法学界一般认为,行政行为与行政法律行为是同义语,行政行为是行政法律行为的简称。《行政诉讼法》的颁布又使得行政行为成为一个法律用语,由此人们也就认为该法第 11 条所列举的具体行政行为皆为行政法律行为。然而,随着行政法学理论研究的深入,该种通识已经引起一些质疑,有观点认为行政行为与行政法律行为应当加以区分。^{〔1〕} 本书赞同此种观点,但于理由方面有所保留。笔者认为,要弄清两种概念之间的真正区别,需要运用比较法的方法,并借鉴其他国家行政行为的成熟理论,如此才能形成一个较为清晰的认识。

一、两种不同的法律行为观

考察其他部门法学可以发现,其对法律行为的

〔1〕 王军旺、王美群、崔华：“对‘行政法律行为’概念的探讨”，载《行政法学研究》1997 年第 2 期。

理解存在较大差异。行政法学中对行政法律行为的界定直接受到该差异的影响,取舍不同,相应的概念内涵也就不同。总体来讲,以法理学和民法学对法律行为的不同理解对行政法律行为的内涵界定影响最大,下面即对其进行一下比较。

(一)法理学意义上的法律行为——一种宽泛的理解

法理学在我国一直被认为是学习其他部门法学的基础学科,许多部门法学的理论体系、研究方法甚至基本概念都可以参照法理学的解释。处于初创时期的我国行政法学也不例外。但笔者认为,就行政行为是一种行政法律行为的解释而言,法理学领域对法律行为的解释已经构成对行政法律行为界定的一种误导。分析法理学所理解的法律行为,其主要表现为以下几方面特征:

1. 法律行为是联系法律规范和法律关系的媒介,是法律事实的一种。我国法理学理论认为,法律调整机制欲发挥其作用,必须首先使法律规范的规定变成现实的法律关系,这是该调整机制起作用的第一步。法律规范的规定成为现实的法律关系,需要使法律规范中假定条件的内容获得实现,该内容即是法律事实。按照法律事实与法律主体行为意识的不同关系,法理学将法律事实分为法律事件和法律行为两类。法律行为是指为法律规范规定的以当事人的意志为转移的能够引起法律关系产生、变更和消灭的行为。^[1] 从此种意义上说,法律行为属于法律规范与法律关系之间的一种媒介。

2. 法律行为是指一切具有法律意义的行为主体的活动,此活动泛指所有的人的行动,即在主体行为意识支配下的任何活动,无论是意志活动还是单纯的事实动作。所谓“法律意义”,按照一般理解有三项内容:(1)为法律所规定;(2)能产生相应的法律效果;(3)属于

[1] 卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第329页。

法律现象的组成部分。^{〔1〕}因此,只要行为主体的活动满足以上三个条件,即被认为属于法理学意义上的法律行为。基于此种理解,法律行为的内涵中即可以包括合法与违法两种性质的行为。因为合法与违法行为都符合上述三个条件,具有“法律意义”,故属于法律行为范畴。

3. 法律行为内涵中对于行为主体行为意识的具体内容不作深入探讨,而更多地注重主体的外在活动本身与法律规范的联系。任何行为都是主观意识的外化表现,其中,主观意识构成行为的主观方面,外在行动构成行为的客观方面。于此意义而言,法理学与民法学在对主体行为的调整上并无差别。但是,法理学对于行为法律意义的理解更加侧重于客观外在表现,对行为主观方面的法律意义(即行为主体在其主观上是否具有产生某种法律效果的意图)未作深究。法理学学者认为“意志行为与事实行为都属于法律行为,其区别不在于有无法律后果或其后果合法与否,而在于该法律后果是不是行为者所期望或预料到的”。^{〔2〕}

由上述分析可知,法理学意义的法律行为于内涵上相当宽泛,而对照行政法学界对行政行为法律因素的解释(即具有法律意义、产生相应法律效果的行为),我们可以发现,行政法学界对行政法律行为的理解上明显带有法理学的印记。笔者认为,以法理学意义上的法律行为内涵来界定行政法律行为,将存在一系列的疑问。

首先,行政法律行为与行政事实行为难以区分。行政事实行为概念是随着《国家赔偿法》的颁布实施引起学界注意的。对于该种行为加以研究无疑会对重新审视行政法律行为的确切内涵提供一个契

〔1〕 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第133页。

〔2〕 同上,第154页。

机。甚至可以说,对行政事实行为的研究为重新构建行政法学的基本概念体系提供了一次机遇。针对《国家赔偿法》第3条第3、4、5项以及第4条第4项所列举的行政侵权行为,学者认为属于行政机关的事实行为。^[1]此种事实行为与学界长期以来所讨论的“行政指导”这种事实行为存在一个显著的区别,即它在客观上能够引起国家赔偿法律关系的发生。依照法理学对法律行为的解释——凡是能够引起法律关系产生、变更和消灭的行为均为法律行为,则《国家赔偿法》所规范的事实行为应当属于行政法律行为。由此,出现了一种行为两种性质的局面,难怪学者得出“行政事实行为是一个内涵极不确切的术语,应该加以摒弃”的结论。^[2]

其次,行政法律行为的效力理论不能适用于全部行政管理活动。目前通说认为,行政行为具有确定力、拘束力和执行力三种法律效力。但此三种效力究竟对应于何种性质的行政管理行为却没有引起学界注意。笔者认为,这恰恰是重新界定行政法律行为的一个突破口。依照法理学对法律行为的解释,很难说明行政机关作出的一些行为具有上述三种效力。如行政机关作出的“强制带离现场”这种强制行为,即不能说具有确定力、拘束力,该种行为只是行政机关针对特殊紧急情况作出的应急性反应,类似于一种避险行为,具有即时性,谈不上确定力和拘束力。再如行政合同行为,其确定力、拘束力究竟是指行政机关的意思表示,还是相对人的意思表示仍然说不清楚。

综上可知,以法理学意义的法律行为观念界定行政法律行为的

[1] 肖响:《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》,中国民主法制出版社1994年版,第152页;马怀德:《国家赔偿法的理论与实务》,中国法制出版社1994年版,第91页。

[2] 方世荣:《论具体行政行为》,武汉大学出版社1996年版,第144页。

内涵,将产生行政行为的种类划分、效力理论与基本概念之间的矛盾,由此不得不使我们怀疑此种界定的科学性。

(二) 民法学意义上的法律行为

作为一个法学术语,法律行为是大陆法系民法学的创造,曾被认为是19世纪德国民法取得的最为辉煌的成就。因该创造具有理论上的合理性和司法技术上的实用性,法律行为概念很快为大陆法系主要国家的民法学所继受,成为一个十分重要的法学范畴。

概括起来,民法学上的法律行为具有以下特征:

1. 法律行为是一种意效行为,依照民事主体的表意内容产生相应的法律效果。一方面,法律行为与其他民事主体所从事的活动虽然都可能引起一定的民事法律后果,但是与后者不同的是,法律行为中主体的主观意图(效果意思)具有突出的法律意义。如前所述,一切具有民事法律意义的主体的活动都是主观因素(意志、观念、情感)与客观因素(物理意义上的肢体动作)相结合的产物。但是,法律对各种活动进行调整的侧重点的不同决定着各种“涉法行为”法律属性的差异。对法律行为而言,法律调整的重点在于主体以其外部动作及其结果所表达出来的法效意图——效果意思,而非客观的肢体动作本身。如合同行为,其为法律调整的意义在于民事主体双方确立、变更和消灭彼此之间民事法律关系的主观意图,而不是主体签字、盖章的动作。其他民事行为为法律调整的重点则主要是主体的外部动作或者状态本身。因此,民法学者主张将法律行为与其他民法上的行为相区别。故民法中有精神作用与非精神作用的区分。法律行为属于精神作用范畴。另一方面,法律行为的法律效果直接取决于民事主体表达出来的效果意思,而非源于法律的直接规定。这是法律行为区别于其他民事行为的显著特征。虽然均能够引发一定的民事法律效果,但不同性质的民事行为效果的产生依据不同。法律