

论行政事实行为

王霄艳 著

天津财经大学法学学术文库

Tianjin University of Finance & Economics

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

天津财经大学法学文库

Tianjin University of Finance & Economics

论行政事实行为

王霄艳 著

本著作的出版得到了“天津财经大学科研发展基金项目”的资助，
编号为Y0907，特此致谢！


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论行政事实行为 / 王霄艳著. —北京:法律出版社,
2009. 8

(天津财经大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9764 - 7

I. 论… II. 王… III. 行政法—研究—中国 IV. D922.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 127609 号

天津财经大学法学学术文库

论行政事实行为

王霄艳 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 6.625 字数 166千

印次 2009年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9764 - 7

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

大学,离不开学术。教学和学术构成大学两个最为核心的部分,如果说教学是大学生存之本,那么,学术就是大学发展之源。惟学术,方能推进学科之发展,促进教学质量之提高。高水平的学术,乃高质量的教学之保证,乃一流大学之必备条件。大学应该尊重学术、倡导学术。大学之学术成就,为大学最为宝贵的精神财富。

学术研究,也离不开大学。蔡元培先生曾言:“大学者,研究高深学问者也。”大学是探究高深学问之圣殿,大学应该为研究学术提供制度保障和精神环境,使大学成为学者的精神家园,为社会的发展贡献更多的知识财富。此外,大学的学术研究,不能忽视那些以学术为理想、追求学术的莘莘学子,他们是大学学术追求永远充满活力之所在。

天津财经大学一贯坚持以提升学术水平为先导,积极地探索、完善各项措施,营造天津财经大学自由健康的学术氛围,鼓励真正的学术创新。经过

2 论行政事实行为

五十多年的历史积淀,天津财经大学在会计、金融、经济、管理等方面已经形成了自己的学术特色。近年来,法学院依托本校自身的学科条件和优势,将法学研究与金融、财税、证券等学科的理论与实践联系起来,开展多学科交叉的综合性研究,形成了法学与财政、金融相融互渗的研究特色,涌现出一批颇具影响的学术成果。《天津财经大学法学学术文库》就是其集中的体现。这些作者都具有博士学位,他们年轻、充满朝气,追求学术。本文库就是他们多年来追求学术之成果荟萃。

学术研究永远没有完美之点,但是必须回答出:你的学术思想、学术贡献是什么。

是为序。

张嘉兴 校长、博士生导师

A stylized, bold handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '张', '嘉', and '兴'.

于天津财经大学

2009年8月1日

目 录

引 言/1

一、问题之源起/1

二、研究意义/4

(一)丰富和完善行政法学理论/4

(二)规制行政权防止行政恣意/5

(三)推动行政复议和行政诉讼的发展/7

(四)保障公民权利/8

三、研究现状及评析/9

四、研究方法、思路和重要概念说明/13

(一)研究方法/13

(二)研究思路/15

(三)重要概念说明/17

第一章 行政事实行为的提出背景与发展特点/18

一、行政事实行为的提出背景/18

(一)行政的扩张/18

(二)公共服务理论的兴起/21

2 论行政事实行为

二、行政事实行为的发展特点/27

(一)行政事实行为在行政实践中取得越发重要的地位/27

(二)行政事实行为受到越来越全面的法律规制/27

(三)行政事实行为表现出一定的诉讼价值/29

(四)行政事实行为引起学界广泛持久的关注/30

第二章 行政事实行为的界定/32

一、学理上科学界定行政事实行为的必要性/34

二、行政事实行为概念评析/39

(一)学者对行政事实行为的界定/39

(二)对学者界定行政事实行为的方法的评析/42

三、界定行政事实行为应当考虑的因素/51

四、行政事实行为的概念和分类/55

(一)行政事实行为的概念/55

(二)行政事实行为的分类——认知表示行为和实施行为/65

第三章 行政事实行为的类型/75

一、认知表示行为/75

(一)认知表示行为的概念和特点/75

(二)认知表示行为和相关行为的区别/79

(三)认知表示行为的种类/80

(四)认知表示行为的功能/85

(五)认知表示行为的合法性要件/89

二、实施行为/93

(一)实施行为的概念和特点/93

(二)实施行为的种类/94

(三)实施行为的价值/102

(四)实施行为的合法性要件/105

第四章 行政事实行为适用的原则/108

一、依法行政原则/109

(一) 依法行政原则的含义/109

(二) 依法行政原则适用于行政事实行为的原因和范围/110

(三) 行政事实行为正确适用依法行政原则的策略/114

二、比例原则/114

(一) 比例原则的内涵/114

(二) 行政事实行为适用比例原则的原因——广泛的自由裁量权/115

(三) 在行政事实行为中适用比例原则应当考虑的因素/117

三、信赖保护原则/119

(一) 信赖保护原则的含义/119

(二) 信赖保护原则对于行政事实行为的意义/120

(三) 行政事实行为适用信赖保护原则的要求/121

四、正当程序原则/123

(一) 正当程序原则的含义/123

(二) 正当程序原则适用于行政事实行为的原因/125

(三) 正当程序民主价值在行政事实行为中的实现/126

五、责任行政原则/128

(一) 责任行政原则的含义/128

(二) 行政事实行为遵守责任行政原则的特殊意义/128

(三) 行政事实行为遵守责任行政原则的途径/129

第五章 行政事实行为权利保障制度/134

一、行政诉讼/135

(一) 将行政事实行为纳入行政诉讼范围的意义/136

(二) 行政事实行为行政诉讼的策略/139

二、行政赔偿/156

(一) 行政事实行为行政赔偿的依据/156

4 论行政事实行为

(二)行政事实行为行政赔偿的范围/157

(三)完善我国行政事实行为行政赔偿策略/158

三、行政补偿/172

(一)行政事实行为行政补偿的必要性/172

(二)健全行政事实行为行政补偿制度的途径/174

四、行政复议/175

(一)行政复议对于行政事实行为权利救济的意义/175

(二)国外的立法先例/176

(三)发挥复议机关内部监督责任的设想/177

第六章 行政事实行为前景展望/178

一、实践方面/178

(一)行政事实行为成为政府实现职能的重要方式/178

(二)行政事实行为成为实现人权的重要手段/180

(三)行政事实行为将由法学概念成为法律概念/181

二、理论方面/183

(一)行政事实行为的多角度跨学科研究成为必然/183

(二)行政事实行为的理论研究更加细致和深入/184

结 语/186

参考文献/188

后 记/202

引言

一、问题之源起

在西方宪政运动前期,人类刚刚摆脱了专制制度的统治和压抑,对于经过革命斗争而建立起来的不同于过去任何历史时期的国家和政治制度,目的只有一个,即控制强大的国家权力,避免民主国家和民主制度退化为暴政和专制。与古典的“避免暴政”的宪政思想相对应,当时宪法所遵循的原则就是控制国家权力、保障公民权利,实现“有限政府”、“管得最少的政府是最好的政府”的理想和目标。因而,政府充当的是守夜人的角色。19世纪末20世纪初,随着社会经济的转型,垄断经济所导致的社会问题日益暴露,比如失业、贫穷、疾病,以及住房、卫生、环境等方面的问题。面对日益严重的社会问题,国家不得不改变原先的“值班夜警”的消极态度而加强对社会的干预和调节。于是国家开始积极限制社会经济强者的经济自由权,包括传统私法自治领域的私有财产神圣不可侵犯的原则、契约自由原则都受到一定的限制,另外国家也积极承认并保障传统私法体系无法提供的社会权利,如生存

权、受教育权、劳动权和母亲、儿童、老人、残疾人等社会弱者受保护的權利。^{〔1〕} 1929年到1933年爆发了一场世界性的经济危机,给整个资本主义体系带来了致命的冲击,宣告了自由放任主义经济理论的破产,打破了“供给能够创造自己需求”的“萨伊定律”的深化,迫使人们承认市场调解的严重缺陷和政府干预经济社会事务的必要性,导致了西方各国政府对经济和社会大规模干预的全面开始。^{〔2〕} 政府不再是一个守夜人,而是进入到资源配置的流程中,并向社会生活的各个领域渗透,使人们“从摇篮到坟墓”的所有事情都在行政权的作用范围之内。1938年,德国厄斯特·福斯多夫首次提出服务行政理论,并且认为“生存照顾”为现代国家行政任务之所在。这个提法回应并且支持了行政事实行为理论,福斯多夫被称为创立“新行政法学”之巨擘。^{〔3〕}

20世纪70年代,新公共管理理论兴起。新公共管理理论改变了传统公共模式下的政府与社会之间的关系,重新对政府职能及其与社会的关系进行定位:即政府不再是高高在上、“自我服务”的官僚机构,政府公务人员应该是负责任的“企业经理和管理人员”;社会公众则是提供政府税收的“纳税人”和享受政府服务作为回报的“顾客”或“客户”;政府服务应以顾客为导向,应增强对社会公众需要的响应力。政府管理过程就是基础设施、治安、政策、法律的提供过程,而公民则是政府提供的物品的消费者;政府存在的目的就是满足消费者的不同需求,以尽可能高效率、高质量的服务争取消费者的支持。

与西方行政国家兴起相对应的是社会主义国家全能政府的产生。在我国,国家的一切权力属于人民,人民把管理国家及社会事务的权力

〔1〕 参见〔日〕杉原泰雄:《宪法的历史——比较宪法学新论》,吕昶等译,社会科学文献出版社2000年版,第114~118页。

〔2〕 石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第38页。

〔3〕 “‘服务行政’及‘生存照顾’概念的原始面貌——谈福斯多夫的‘当作服务主体的行政’”,载陈新民著:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第46页。

委托给政府,后者受人民委托并代表人民进行管理和提供服务。全心全意、尽心竭力为公众谋利是政府存在的合法性基础。然而,长期以来,人们谈到政府的服务性时,往往把服务等同于政府的根本宗旨,等同于政府最终目的意义上的为人民服务,政府主要通过通过对社会的严格管理、严格控制来达到为人民服务的最终目的,而忽视了政府自身还要履行具体的服务职能。虽然政府也有为公民提供服务的行为,但服务内容和方式等由政府单方面决定。^{〔1〕}改革开放后,实行计划和市场相结合的经济模式,极大的解放了生产力,提高了人民的生活水平。与这一实质性的转变相适应,中国根据社会经济发展的客观要求,重新定位政府角色,逐步转变政府职能,不断进行行政改革。转变政府职能是在20世纪80年代提出的,到90年代,转变职能的力度加大了。1998年九届人大一次会议通过的《关于国务院机构改革方案》中,明确把政府职能定为宏观调控、社会管理和公共管理。这是对政府职能的科学定位,是对传统行政思维的重大突破。2006年10月11日中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确指出:建设服务性政府,强化社会管理和公共服务职能。可见,政府应当为人民提供公共服务已经成为党和人民的共识。

行政事实行为是随着积极行政的出现引起学者重视,在服务行政的情况下越发得到发展的行为方式。政府拥有其他组织和个人不拥有的人、财、物和信息资源,政府常常为公众提供服务,如通过建设桥梁、铺设公路、清理路障等行为为人们生活提供便利;政府还定期发布气象预报、消费信息、卫生知识,用以指导人们的生活,这些都是行政事实行为的表现形式。行政事实行为,不同于以为行政相对人设定权利义务为目的的行政法律行为。即使如此,作为一种行使权力履行职责的行为,理应受

〔1〕 石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第76-77页。

到法律的规范和制约。从行政法的角度研究行政事实行为,是非常必要和有意义的。

二、研究意义

(一)丰富和完善行政法学理论

我国行政法的发展同时受到大陆法系和英美法系的影响,但就学科体系和研究范式来讲,似更倾向于大陆法系行政法的学术传统,主要表现在以行政法律行为^[1]作为构建行政法学体系的核心范畴。自从行政法学产生以来,大陆法系形成了以行政法律行为为中心的理论体系,并围绕行政法律行为构建了司法救济制度。行政法律行为理论是与秩序行政相适应的理论,秩序行政的功能在于维持社会秩序、国家安全以及排除对公民及社会之危害,大都采取限制自由权利行使的手段,例如警察限制公民自由的决定、税务机关的课税决定、财经机关对公民商业行为的限制……最早给行政法律行为下定义的德国行政法学鼻祖奥托·迈耶(Otto Meyer)认为,行政法律行为是指行政机关运用公权力,对具体行政事务适用法律、作出决定的单方行为。从这个定义可以看出,行政法律行为是行政机关行使权力影响当事人权利义务的行为,它有这样的特点:(1)具体性,在行政法律行为中,一方是行政机关,另一方是具体的相对人;(2)影响性,行政法律行为具有直接影响相对人权利义务的特点,例如行政机关的许可、处罚等行为直接赋予相对人权利和强加给相对人义务;(3)可救济性,所有的政府行为都有直接或间接侵害公民权利的可能性,不管是内部行为还是外部行为,抽象行为还是具体行为。从理论上讲,有损害就应该有救济,然而就世界民主发展的程度和法治建设的水平来看,并不是所有侵害性的行为都可以提起司法救济,就所有

[1] 对于行政机关作出的影响相对人权利义务的法行为,各国称谓不同,如法国称行政处理,日本称行政行为,德国和我国台湾地区称行政处分。我国内地学者,有的称行政法律行为,有的称行政行为,本文根据上下文的情况使用行政法律行为和行政行为两个概念。

侵害行为提起诉讼是不现实的。而针对特定人的具体行为,由于作为个体,势单力薄,承受能力较差,如果行政机关违法,对行政相对人造成的损害比较大,所以列入诉讼的范围,大陆法系国家的行政诉讼制度都是围绕行政法律行为建立的。行政事实行为,如建设街道、铺设绿地、垃圾焚化炉的兴建和交通事故的排除等,本质上不具备影响性,在一些情况下,行为的对象是大众,因而也不必然具有具体性,如果有损害发生,不能提起行政诉讼。事实上,随着社会的发展,行政事实行为的违法案件频频发生,例如千阳县百尺桥年久失修,导致路人跌落桥下,造成身体伤害;^[1]某政府机关提供错误气象信息,造成农民农业减产。这些情况已经引起学者和政府的重视,对于这样的事实行为,行政法律行为理论不具有包容性,因而不能指导事实行为的实践。对于行政事实行为,进行必要的梳理,才能把握它,从而形成系统的理论。行政事实理论是行政法学不可缺少的一部分,没有行政事实行为的理论即是不完整的行政法学理论。研究行政事实行为,能够丰富和完善行政法学理论。

(二) 规制行政权防止行政恣意

行政机关是权力机关的执行机关,行政机关应当严格依照法律行为,这样才能体现公意,完全符合人民主权的原则。可是,行政机关却不能完全依照法律,无法可依是行政机关经常遇到的问题。这是因为:首先法律条文是有限的,法律无论规定的怎样细致严密,也无法一一对应现实生活。其次,法律是静止的,而现实是变化的,行政每时每刻都在发生变化,立法不可能追赶上现实的变化。法律的滞后性学者早已认识到了,甚至有的学者认为法律刚刚形成的时候,它已经滞后了。如果说这么形容民事、刑事法律还有些夸张的话,用它来形容行政法就再确切不过了。最后,法律的空缺结构对于行政机关来说是必要的。行政事务复

[1] “王烈凤诉千阳县公路管理段案”,载最高人民法院公报1990年第2期(总第22期)。

杂多变,面对现实生活,法律有意无意为行政机关留下自由的空间,给行政机关留有灵活应对现实情况的余地,行政机关因此享有自由裁量权。^{〔1〕} 行政机关享有的一定程度的自主权一方面为行政机关灵活地采用行政手段、更好地实现行政目的提供了条件,同时也带来了行政恣意的可能性。对于行政事实行为而言,宪法和法律授予行政机关实施行政事实行为的权力,规定的比较宽泛,在很大程度上是概括性的,因而给了行政机关太大的空间和自主权。法条往往只是规定行政机关应当实施或者有权实施某种事实行为;对于行为的程序,在行为中双方享有的权利义务,对于行政事实行为违法应当承担的责任规定的不清晰甚至没有相应的条款。可以说,在行政事实行为中,行政机关更有条件随意甚至滥用职权,在行为中掺杂个人意志,以自身的好恶来判断事实。如果这样就背离了法律赋予行政机关权力的初衷,行政权容易发生异化,给国家、社会和个人带来损害。研究行政事实行为,对于规范行政事实行为,

〔1〕 除去法律语言本身的抽象性、概括性等因素,仅就行政的客观性而言,法律也不可能对行政的所有事项作出非常具体而明确的规定,尤其是现代行政面广量大,复杂纷繁是前所未有的,对此,王名扬教授在其《美国行政法》一书中作出过精辟的概括:第一,现代社会变迁迅速,立法机关很难预见未来的发展变化,只能授权行政机关根据各种可能出现的情况作出决定;第二,现代社会极其复杂,行政机关必须根据具体情况作出决定,法律不能严格规定强求一致;第三,现代行政技术性要求高,议会缺乏能力制定专业性的法律,只能规定需要完成的任务或者目的,由行政机关采取适当的执行方式;第四,现代行政范围大,国会无力制定行政活动所需要的全部法律,不得不扩大行政机关的决定权力;第五,现代行政开拓众多的新的领域,无经验可以参考,行政机关必须作出试探性的决定,积累经验,不能受法律严格限制;第六,制定一个法律往往涉及不同的价值判断,虽然从理论上来说,价值判断应当由立法机关来决定,但由于议员来自不同的党派,议员的观点和所代表的利益互相冲突,国会有时不能协调各种利益和综合各种观点,得出一个能为绝大多数人接受的共同认识,为了避免这种困难,国会可能授权行政机关,根据公共利益或者需要,采取必要的或者适当的措施。从某种意义上来说,行政的发展过程就是自由裁量权不断扩大的过程。因为“根据变化的各种情况,承认行政机关专门知识和经验,有时对实现法律的目的来说,却是必要的。”正是从这一意义上来说,“现代统治要求尽可能多且尽可能广泛的自由裁量权。”见王名扬著:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第546~547页。

控制行政恣意,真正实现“政府由人民产生、政府由人民控制、政府为人民服务、政府对人民负责、政府与公民关系平等化”的法治政府,具有重大的意义。

(三)推动行政复议和行政诉讼的发展

行政复议,是指复议机关应行政相对人的申请对行政行为认定事实和适用法律进行审查,并且作出维持、撤销、变更决定的制度。行政复议是行政内部审查的制度,具有经济、高效、方便的特点,对于维护行政相对人的利益、监督行政机关依法行使职权具有重要意义。行政复议也是行政机关纠正内部错误的有效途径。我国建立了行政复议制度,这一制度在社会主义法治建设中发挥着重要的作用。然而,行政复议是以行政(法律)行为为审查对象,排除对行政事实行为的审查。《行政复议法》以保护公民、法人和其他组织的合法权益,保障和监督行政机关依法行使职权为立法目的。行政事实行为是行政机关行使职权的行为,具有侵犯公民、法人和其他组织合法权益的可能性,理应纳入行政复议的范围。法治发达国家如日本等国已经将其列入行政复议的范围。在我国,将行政事实行为纳入行政复议范围是法治发展的必然,从理论上研究行政事实行为,对于推动行政复议制度的发展具有重要意义。

行政诉讼是司法权对行政权实施制约的制度安排。诉讼的实质就是由司法机关通过维持、撤销和变更等判决,对行政机关的行为作一个法律上的评价,从而起到监督和制约行政权,保障人民权利的作用。行政事实行为是行使行政权的行为,具有侵犯公民权利的可能性,没有救济的权利不是权利,应当将行政事实行为纳入行政诉讼的范围,对此,理论界并没有不同的意见。然而,在大陆法系国家,行政诉讼的受案范围起初限定在行政法律行为,这已经形成了一种传统;要发展行政诉讼制度,将行政事实行为纳入到行政诉讼的范围,不仅需要勇气,也需要理论上的论证和设计。奥地利、德国、法国等国家都在设法调整自己的诉讼制度,以期使受到事实行为侵犯的利益得到补救。在我国,我们也能看

到逐渐放宽受案范围的迹象。1990年施行的《行政诉讼法》规定人民法院只受理对具体行政行为提起的诉讼;2000年施行的《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》规定可以对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服依法提起诉讼,而对何谓行政行为并没有作出限定。虽然我们不能据此认为行政事实行为已经进入行政诉讼的受案范围,但这个改变给了我们事实行为纳入行政诉讼受案范围的信心。目前,学界一致认为受行政事实行为侵犯的权利是应当得到救济的,但是对于通过什么样的方式,采取什么样的步骤进行救济还没有达成一致意见,需要系统深入的论证。从理论上探讨行政事实行为,能够为行政事实行为进入诉讼提供参考。

(四)保障公民权利

资本主义社会的进步性最大的体现在于有史以来第一次在宪法中规定公民的政治权利,即公民参政的权利以及人身、财产及言论等不受侵害的权利,其价值是自由;20世纪以后,为了消弭自由竞争产生的消极影响,政府承担起公民生存照顾的义务,弱势群体的利益受到重视,人从事经济活动社会活动应当受到保障的观念深入人心,从而使人的权利从政治权利扩大到经济和社会的权利,其价值是社会正义;20世纪50年代以后,权利有了新的发展,和以往仅注重个体权利不同,集体权利出现了,包括生存权和发展权。随着权利范围的扩大,政府必然在社会生活中扮演越来越积极的角色,承担越来越大的责任,以使得宪法规定的权利在部门法中得到实现。事实上,很多权利需要通过事实行为来实现,如公民想获得比较好的生活环境,需要政府通过绿化环保等事实行为来实现;公民若想实现知情权,则常常需要由政府提供信息,尤其是关于气象、就业、消费指数等个人通过自身不容易获得的信息。由于在事实行为中,公民享有的权利和在传统行政行为中享有的权利不一样,其往往具有公共性、间接性,行政机关实施事实行为时,容易忽视公民的权利。即使是公民,对于自身在事实行为中享有的权利不很明确,表现出对权