



Theories of Administrative Action

行政行为原理

叶必丰 / 著



商务印书馆
The Commercial Press



Theories of Administrative Action

行政行为原理

叶必丰 / 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政行为原理/叶必丰著. —北京:商务印书馆, 2019
ISBN 978-7-100-17187-8

I. ①行… II. ①叶… III. ①行政行为—行政法—
研究—中国 IV. ①D922.112.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 046538 号

权利保留,侵权必究。

行政行为原理

叶必丰 著

商务印书馆出版
(北京王府井大街36号 邮政编码100710)
商务印书馆发行
北京艺辉伊航图文有限公司印刷
ISBN 978-7-100-17187-8

2019年5月第1版 开本 880×1230 1/32
2019年5月北京第1次印刷 印张 15 1/4
定价:64.00元

叶必丰，1963年出生于浙江，曾先后任教于武汉大学和上海交通大学，现为上海社会科学院法学研究所所长，兼任中国行政法学会研究会副会长、上海市法学会行政法研究会会长，获国务院政府特殊津贴，入选教育部长江学者特聘教授、中宣部“文化名家”和国家“万人计划”，获聘有关党和国家机关的咨询专家。

曾主持国家、教育部和上海市哲社基金课题，曾获教育部和上海市优秀科研成果奖多项，《行政行为原理》入选国家社科成果文库、主持国家精品课程“行政法与行政诉讼法”，教材曾获司法部、上海市优秀教材奖，曾入选上海市教学名师、获宝钢优秀教师奖。代表作有《行政法的人文精神》《行政行为的效力研究》《行政行为原理》《行政法与行政诉讼法》（高教社）和《区域经济一体化的法律治理》等。

主攻行政法学，参与和见证我国行政法学学科体系、学术体系和话语体系的建设，集中研究行政法的理论基础和行政行为的一般原理、策源区域法制协调研究，关注国家治理体系、地方自主权和行政民主，兼顾司法意义的行政法和治理意义的行政法。

前 言

行政行为原理是作者长期研究的一个领域。

从1996年起到2006年国家社科基金项目“行政行为原理研究”立项之前,作者在行政行为原理领域先后发表了《行政行为的确定力研究》(《中国法学》1996年第3期)、《行政不作为略论》(《法制与社会发展》1996年第5期)、《论行政行为的执行力》(《行政法学研究》1997年第3期)、《行政行为的公定力》(《法学研究》1997年第5期)、《假行政行为》(《判例与研究》1998年第1期)、《论行政行为的补正》(《法制与社会发展》1998年第1期,与张辅伦合作)、《现代行政行为的理念》(《法律科学》1996年第6期)、《行政行为的模式》(罗豪才主编:《行政法论丛》1999年第2卷,法律出版社1999年版)、《法学思潮与行政行为》(《浙江社会科学》2000年第3期)、《论行政行为的解释》(《珞珈法学论坛》,武汉大学出版社2000年版)、《宪政行为与行政行为》(《北大法律评论》2001年卷)、《行政行为执行力的追溯》(《法学研究》2002年第5期)、《行政行为的生效时间》(《湖北行政学院学报》2002年第5期)、《抽象行政行为的由来、范围和合法要件》(刘茂林主编:《公法评论》第1卷,北京大学出版社2003年版)、《行政行为的分类:概念重构抑或正本清源》(《政法论坛》2005年第5期,《新华文摘》2005年第23期)和《我国区域经济一体化背景下的行政协议》(《法学研究》2006年第2期)。同时,作者主持了“行政行为判解”丛书,出版了《应申请行政行为判解》(武汉大学出版社2000年版)和《行政行为的效力研究》

2 行政行为原理

(中国人民大学出版社 2002 年版),以及撰写了若干重要教材、著作中的行政行为原理部分。

在这期间,作者还发表和出版了少量行政行为制度方面的论文和著作,包括《论行政处罚》(《法学研究》1990 年第 5 期)、《论规范性文件的效力》(《行政法学研究》1994 年第 4 期)、《公共利益本位论与行政担保》(《中央政法管理干部学院学报》1997 年第 5 期,与周佑勇合作)、《论教师职称授予行为的法律性质》(《江西社会科学》1998 年第 2 期,与周佑勇合作)、《行政即时强制界说》(《求是学刊》2000 年第 1 期,与何琳合作)和《规范性文件的种类》(《行政法学研究》2000 年第 2 期),以及《行政处罚概论》(武汉大学出版社 1990 年版)和《行政规范研究》(法律出版社 2002 年版,与周佑勇合作)。

另外,作者还组织所在学科点的研究生,对行政行为原理展开研究。作者直接指导或参与指导的学位论文有《行政不作为》(周佑勇硕士学位论文)、《未型式化行政行为论》(李傲硕士学位论文)、《论行政行为的告知》(张辅伦硕士学位论文)、《行政行为的附款》(喻少如硕士学位论文)、《受欺诈行政行为》(肖军硕士学位论文)、《需补充行政行为》(张鹏硕士学位论文)和《需补充行政行为研究》(韩思阳硕士学位论文)等。

作者一直期待有机会对已有的研究做一次系统的梳理,并对一些尚未研究的领域进行研究。自 2006 年国家社科基金项目立项以来,作者先后发表的阶段性成果有:《受欺诈行政行为的违法性和法律责任——以行政机关为视角》(《中国法学》2006 年第 5 期)、《经济宪法学研究的尝试:分税制决定权的宪法解释》(《上海交通大学学报》哲社版 2007 年第 6 期)、《大型公共活动中政府维护公共安全职责的履行》(《上海交通大学学报》哲社版 2008 年第 2 期)、《行政和解和调解:基于公众参与和诚实信用》(《政治与法律》2008 年第 5 期,《新华文摘》

2008年第17期)、《需补充行政行为:基于监督的制度分析》(《行政法学研究》2008年第3期)、《需上级指示行政行为的责任——兼论需合作行政行为的责任》(《法商研究》2008年第5期)、《具体行政行为框架下的政府信息公开》(《中国法学》2009年第5期)和《规则抄袭或细化的法解释学分析——部门规则规定应急征用补偿研讨》(《法学研究》2011年第6期)。这一期间还完成了教育部规划课题,出版了《行政协议——区域政府间合作机制研究》(法律出版社2010年版,与何渊、李煜兴、徐健合作)。

“一切研究之要务在于寻找到与其研究对象相适应的研究方法。”^①作者在对前期研究的梳理,以及对新领域的研究中,主要采用了下列方法:第一,逻辑分析方法。这一方法主要运用于对一些基本理论问题的讨论,包括对法学思潮与行政行为、依法治国与行政行为和行政行为的模式等问题的讨论,以确立有关行政行为的基本理念和原理。第二,比较分析法。其中,学说的比较分析,主要用于讨论行政行为的分类及抽象行政行为的由来、范围和合法要件等,以梳理有关行政行为的学说及其发展脉络。制度比较分析,主要用于对我国尚未建立的行政行为制度,希望通过比较提炼出某些具有一般规律的原理,以便我国制度建设时可供借鉴。这些讨论包括宪法行为与行政行为和具体行政行为的更正等。第三,制度分析方法。对需合作行政行为来说,学说中并无太大争议,但现实中问题很多。现实中的问题,主要涉及制度设计及运行,因而采用了制度分析方法来加以讨论。在做这种分析的时候,作者没有直接去讨论学说、判例或国外的经验,只是把这些素材作为认识和分析制度的工具和框架。第四,判例研究方法。“法学的任何科学

^① [奥]埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第8页。

阐释都必将以法官法学作为出发点”，“法官法学总是被看作是主导性的，而且经常被看作是唯一的法学”。^① 尽管“人类生活本身并非都是在法庭前上演的”，但在 20 世纪初“将司法判决引入现行法的阐释之中，这被认为是一项开拓性的创新”。^② 这一方法也是本书最重要的研究方法，本书一半以上的章节都是运用这一方法撰写的。判例是一种司法实践，蕴含着丰富的解决问题方法或智慧，对争议已有终局性的法律结论。通过观察、概括和总结，作者试图提炼出某些共同特征，把解决问题的方法努力概括为可适用的规则，使学说具有本国基础或中国元素。对判例的观察、概括，本书遵循最高法院指导案例、最高法院公报案例、最高法院各业务庭参考案例、最高法院终审案例和地方法院案例的位阶次序。也就是说，只有在高位阶判例中没有相应实践时，才引用下一位阶判例。同时，对判例内容的援用还遵循裁判摘要或裁判要旨、判词、裁判要旨理由的次序规则。第五，归纳研究方法。“在真正的科学中，归纳方法占主导地位，它力图通过事实的观察和经验的积累使我们洞察事物的本质。”或者说，“每一次演绎之前都必须有一种归纳”。^③ 本书对归纳方法是与判例方法相结合加以运用的，通过“对事实上在司法上实践过的东西进行描述”，^④归纳和总结当下的行政行为实然状态。总体上说，本书的写作不是基于立法主义而是基于解释主义的立场展开的。这是因为立法主义的制度建构，毕竟要比解释主义的功能释放消耗更多的社会资源。我们只有在现有的制度无法释放所需要的功能，或者说功能的释放遭遇了制度瓶颈的时候，才需要制度

① [奥]埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社 2009 年版，第 262 页。

② 同上书，第 20、22 页。

③ 同上书，第 8、522 页。

④ 同上书，第 191、475 页。

建构。

本书写作的指导思想,是努力实现行政行为原理的中国化。作者努力以我国实践的需求来讨论和研究行政行为原理,用经实践检验而累积的经验来校正自己在学说借鉴中的谬误。这一努力是通过判例的运用来实现的。判例中当事人之间的争议是中国的,解决争议的法院是中国的,解决争议的方法或规则也是中国的。判例中法院对行政行为的阐述所构成的理论,自然是中国的。当然,在我国适用的立法,在我国的行政实践,也都是中国的。但行政行为从根本上说来源于司法并服务于司法,立法、行政和司法中司法又是最终的。司法是法律规则的表述者,甚至是法制的生成机制。从本书有关重大明显瑕疵、无效行政行为和行政合同的考察可以明显地发现,即使没有相关的法律规定,基于当事人争议的逼迫,法院也需要表明自己的态度,从而逐渐形成一套规则。在此意义上,司法甚至是法律规则的发现者或制定者。司法是行政实践的判断者,是随意行政的矫正者。行政法主要应该是司法的法。通过判例来实现行政行为原理的中国化,其实也为行政行为学说建立了坚实的实践基础。

在体系安排上,本书没有采用教材式的写作体例,而采用了专题式的论证方式。这样一种安排,有利于了解本书的问题意识,研究方法和分析框架,以及所取得的结论。为此,作者在每章前都简单介绍了研究思路,每节后都有简短结语。

在本书中,作者是把“行政行为”作为最广义的概念来解释和使用的,即既包括法律行为又包括事实行为,既包括单方行为又包括双方行为,既包括抽象行政行为又包括具体行政行为。但是,行政行为原理的研究重点,却是具体行政行为。本书对此做了较大篇幅的讨论。作者一直主张将具体行政行为称为“行政决定”,但为了保持与学界的一致性,在本书中仍称其为具体行政行为。需要说明的是,在引用日本和欧

洲大陆法系文献时,其“行政行为”即为我们的具体行政行为;在引用我国台湾学者的文献时,其“行政处分”亦系我们的具体行政行为。同时,基于前后文可理解的考虑,作者有时也省去“具体”两字,而直接使用“行政行为”。有的裁判文书也基于前后文逻辑,直接使用“行政行为”而没有处处使用“具体行政行为”。作者在引用这些裁判文书时,并没有去添加“具体”两字予以说明。另外,依申请行政行为、需补充行政行为、需合作行政行为、受欺诈行政行为、瑕疵行政行为、无效行政行为等,都是指具体行政行为。之所以没有“具体”两字,是因为这些分类本来就是基于具体行政行为所进行的。况且,也是约定俗成。加上“具体”两字,如“受欺诈具体行政行为”,既不顺畅又会造成抽象行政行为也有受欺诈行为的误解。

从1996年开始到现在,作者对行政行为原理的关注和思考已经17年,也发表或出版了较多论著。在此,我对各位编辑的支持和厚爱,谨表诚挚的谢意!在课题结项并获“优秀”后,作者又花了近两年的时间,根据新的文献和判例对结项报告进行反复修改。但是,作者很多认识仍然是粗浅的。对外国学说和立法的引用,仅限于文本;对司法判例的援用,除了位阶规则和内容规则外并没有建立和使用其他更严格的标准。需要研究和需要深化的行政行为原理,还有不少,本书稿也并非全面系统。加上作者的能力所限以及杂务分心,本书与应该有的期待还有很大的距离。这是作者今后需要继续努力思考的,也敬请读者批评指正。

叶必丰

2013年初夏于意心居

缩 略 语

本书除直接引用外,使用下列缩略语:

1.《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》,2011年7月29日,法释[2011]17号,缩略为“最高法院政府信息公开案件规定”。

2.《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》,1999年11月24日,法释[2000]8号,缩略为“行政诉讼法若干问题的解释”。

3.《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》,2009年11月9日最高法院审判委员会第1476次会议通过,法释[2009]20号,缩略为“最高法院行政许可法解释”。

4.《最高人民法院关于人民法院依法执行行政机关的行政处罚决定应用何种法律文书的问题的批复》,1985年9月14日,缩略为“最高法院应用法律文书批复”。

5.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》,1991年7月11日起试行,2000年3月10日废止,缩略为“最高法院贯彻行政诉讼法意见”。

6.《最高人民法院关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》,最高法院审判委员会第1543次会议通过,2012年2月27日,法释[2012]4号,缩略为“执行房屋征收补偿决定规定”。

8 行政行为原理

7. 凡法律、行政法规前有“中华人民共和国”的,一律省略“中华人民共和国”,如《中华人民共和国行政诉讼法》缩略为《行政诉讼法》。并且,在本书第一次出现时,均注明发布时间,以表明时效。

8. “人民法院”缩略为“法院”,“人民政府”缩略为“政府”;“人民代表大会”缩略为“人大”,“常务委员会”缩略为“常委会”,“中华人民共和国主席”缩略为“国家主席”。

案例缩略名

本书原则上不使用经学者编辑的案例。在个别场合使用的,通过脚注注明。本书案例采用正式裁判文书或经公布的指导案例和参考案例。

本书案例的名称,一般由原告(起诉人)名加检索项构成。原告为自然人但有多人的,用“等”说明;原告为法人或其他组织的,提炼容易记忆的关键词。检索项即方括号部分,“最”系最高法院,“指”系指导案例,“典”系最高法院公报公布的典型案例,“参”系最高法院各业务庭所编写、发布的参考案例;“民”、“刑”、“行”分别指民事案例、刑事案例、行政案例。最高法院指导案例检索项的数字,系指导案例编号;最高法院典型案例检索项的数字,系最高法院公报时间;最高法院参考案例检索项的数字一般为案例编号,无编号的为裁判文书案号;最高法院终审案例检索项的数字,系裁判文书案号。地方法院案例检索项中的“京”系北京市,各项数字系裁判文书案号。具体举例如下:

1. 最高法院指导案例:“指导案例5号 鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案(最高人民法院审判委员会讨论通过,2012年4月9日发布)”,缩略为“鲁潍盐业案[最指5号]”。

2. 最高法院典型案例:《罗伦富不服道路交通事故责任认定案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第5期,缩略为“罗伦富案[最典行2002—5]”。

3. 最高法院参考案例:《行政机关执法检查当中制作的现场检查笔录不具有可诉性——封丘县电业局诉封丘县卫生局撤销检查笔录案》(第84号案例),载最高法院行政庭:《中国行政审判案例》,中国法制出版社2012年版,第15页,缩略为“封丘电业局案[最参行第84号]”。

4. 最高法院终审案例:《辽宁省海城市西柳镇人民政府诉辽宁省海城市诚信房屋开发总公司土地使用权转让、侵权赔偿纠纷上诉案——中华人民共和国最高人民法院(2001)民一终字第79号民事判决书》,缩略为“西柳土地案[最(2001)民一终字第79号]”。

5. 地方法院案例:宁波市镇海区人民法院(2006)甬镇行初字第22号行政判决书,缩略为“夏国芳等案[(2006)甬镇行初字第22号]”。

另外,本书后附有全部案例的索引。

目 录

前言	1
缩略语	7
案例缩略名	9
第一章 绪论	1
第一节 法学思潮与行政行为	1
一、概念法学与行政行为范畴	2
二、社会法学与行政行为的嬗变	6
三、发现法学与行政行为的实施	13
本节小结	18
第二节 依法治国与行政行为	19
一、行政行为的服务性	19
二、行政行为的过程性	23
三、行政行为的从属法律性	28
四、行政行为的无偿性	33
本节小结	35
第三节 宪法行为与行政行为	35
一、区分宪法行为与行政行为的必要性	35
二、宪法行为与行政行为的理论分析	40
三、宪法行为与行政行为的现实考察	43
四、宪法行为与行政行为的转化	45

2 行政行为原理

本节小结	48
第二章 行政行为的分类和模式	49
第一节 行政行为的分类学说	49
一、行政行为分类的社会需求	50
二、行政行为的分类与内涵	55
三、行政行为的分类与立法	63
本节小结	70
第二节 行政行为的模式建构	70
一、行政行为模式界说	70
二、行政行为模式的价值	74
三、行政行为的模式化	77
四、行政行为的模式体系	83
本节小结	89
第三章 抽象行政行为的基本理论	90
第一节 抽象行政行为的由来和范围	90
一、抽象行政行为概念的由来	91
二、抽象行政行为的范围	96
本节小结	102
第二节 抽象行政行为的合法性要件	103
一、抽象行政行为合法性要件的概括	103
二、抽象行政行为合法性要件的内容	108
本节小结	119
第四章 抽象行政行为的合法性分析	120
第一节 “分税制决定”属超越权限	120
一、国务院是否具有权限依据	121
二、国务院是否获得了授权	125

三、政策不能作为权限依据	127
四、国务院是否具有法外权	129
五、全国人大的追认是否合适	132
六、追问分税制决定权的意义	136
本节小结	141
第二节 部门规则不能规定应急征用补偿	141
一、政府部门无权创制应急征用规则	142
二、政府部门无权细化应急征用条款	148
三、政府部门无权应急征用不为补偿条款推翻	154
四、规则抄袭或细化于法治有害无益	159
本节小结	164
第五章 具体行政行为的构成要件	166
第一节 行政权能要件	166
一、主体资格要件的改造	166
二、行政权能的取得	170
三、行政权能的认定	178
本节小结	182
第二节 行政权运用要件	183
一、运用行政权的外延界限	183
二、运用行政权的内涵特征	190
本节小结	197
第三节 法律效果要件	197
一、外部法律效果	197
二、“直接产生”	206
本节小结	218