

论行政超越职权

朱新力*

现代法治国家,无不实行权力法定主义,因此,行使行政权的主体对其法定职权的逾越自然成了监控其“依法行政”与否的重要标准。可惜,如此重要的行政法基本问题在我国直到行政诉讼法将其确定为基本违法具体行政行为之一才始受重视。然而,至今理论和实务界对行政超越职权^{〔1〕}的定义、界限、类型和效力几方面均未取得颇具说服力的共识,有些方面甚至是空白。本文的写作旨在对上述问题进行探索。

一、行政超越职权的各类定义及分析

行政超越职权,通常被简称为行政越权。自行政诉讼法颁布以来,这一概念有了多种学理上的内涵和外延,其中具有代表性的观点有以下四类:^{〔2〕}

第一类认为,行政越权是行政机关在其职权范围内,行使了其他国家机关(包括其他行政机关)的职权,或者说是行政机关在自己的职权范围以外所行使的职权行为。

第二类认为,行政越权是行政主体在积极的行政活动中超越了法定的权力界限,从而在法律上不产生效力的行为。它包括实体越权和程序越权。

第三类认为,行政越权是国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或个人在行政管理活动中,行使了法律、法规没有授予其的职权,它包括职权僭越和逾越权限。

第四类认为,行政越权是指行政主体及其行政人超越职务权限而进行的具体行政行为,广义的行政越权还包括没有行政主体或行政人资格的组织或个人行使行政权而为的假象具体行

* 杭州大学法学院副教授。

〔1〕 行政超越职权是一种在抽象行政行为 and 具体行政行为中均可能出现的违法形式,因为论证上的需要,本文囿于讨论具体行政行为中的越权,但文章各部分获得的结论在抽象行政行为领域通常也可适用。

〔2〕 有关本文引用的行政越权的定义、分类、效力等方面的各类国内观点,详见下列材料(此后不再重复说明):张尚鷟主编:《走出低谷的中国行政法学》,中国政法大学出版社1991年版,第532页以下;罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第18章;杨海坤主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社1992年版,第323页;张焕光、胡建森:《行政法学原理》,劳动人事出版社1989年版,第361页;阿江等:《行政诉讼难题解答》,中国人民公安大学出版社1992年版,第214页以下;谢晖:《论行政越权》,《法律科学》1992年第6期;陈自忠:《析越权行政行为的种类问题》,《政治与法律》1989年第1期;最高人民法院行政审判庭组织编写:《行政审判实用全书》,法律出版社1993年版,第161页以下。

政行为。

上述定义的分歧点主要表现在:(1)行政越权的主体只局限于行政机关,还是也包括行政机关以外的依法可以自己名义行使行政权的主体(抑或还包括受委托行使行政权的主体,即行政委托中的被委托方),甚至是假象具体行政行为的作出者?(2)行政越权的范围是仅指该越权主体行使了其它国家机关和非国家机关的组织行使的国家权力,包括立法权、司法权、检察权、军事指挥权和行政权,还是也包括该越权主体进行了不属任何国家机关权力的行为?(3)是否行政越权只限于超越法律、法规规定的权限范围?抑或也包括除法律、法规外的其它行政法规规范规定的权限范围,甚至是非立法性行政规范规定的权限范围?

学者间对行政越权定义为何有如此巨大的差异?笔者分析主要原因有三:首先是受国外相关概念的影响。例如,英、美、法三国将行政越权作为违法行政行为代名词的理论和判例法多少影响了第二类观点的产生。很显然,广义行政越权概念在我国并不合适,因为我国行政诉讼法仅把行政越权作为违法具体行政行为的一种。再如,大陆法系部分国家无权限外延的宽大性多少影响了第四类观点的出现,即假象具体行政行为也属越权的结论。无行政主体资格者行使“行政权”的行为并未被我国行政诉讼法列入违法具体行政行为种类,因为它不符合违法具体行政行为的主体要件。^{〔3〕}其次是部分定义出现了不应有的疏忽。在我国,能以自己名义行使行政权的主体不一定必须是行政机关,其他非行政机关的组织体也得到立法授权而成行政主体。第一种观点显然忽视了这一现实立法。另外,我国行政权行使主体的职权除由法律、法规设定外,显然还存在其他类型的法律规范设定职权的情形,第三类观点没有注意到这一事实。第三是缺少对行政越权概念核心的讨论。四类定义都一致同意行政越权是超越法定职权的行政行为,但均未深入回答行政职权究竟具有何种含义,谁的职权被超越才属行政越权?尤其是,越权的最外围界限是什么?这些问题实际上是行政越权的内外界限问题,它们是越权概念的核心和实质。其中,能以自己名义行使行政权的行政主体的确定和行政职权含义的澄清直接关系到行政越权的内边界限,而行政越权的外围界限则与行政公务行为的认定直接相关。

二、行政主体、行政职权与行政越权的内边界限

行政越权的内边界限是指进行超越职权具体行政行为的行政主体法定职权的平面外圈和立体深度。这种界限必须依赖于一国对行使行政权的主体设置及其职权的明确。

组织法学告诉我们,国家权力主体的设置通常有组织和职位两类。我国立法基本上将行政权直接分配给组织,其中各级各类行政机关是专司行政权的国家机关,它们是我国绝大部分行政管理领域行政权的拥有者。除上述专业行政组织外,我国也通过立法将少量行政权直接赋予给非行政机关的组织。甚至,国家还通过立法赋予已享有行使行政权资格的主体可以把自身职权的一部分或全部依法授予其它被指定的组织或其自由选择的组织。在行政法学理论上,我们把这些得到立法授权能以自己名义行使行政权的组织体称为行政主体。上述三类主体依序被称为原始行政主体、法定授权行政主体和意定行政主体。值得注意的是,这些行政主体本身并不能行为,行政权行使的最终必须依赖于组织内部的成员和受该组织委托的外部人员(以下统称为行政主体的工作人员)。这些成员依其职务和地位获得组织对其权力的再分配,其间经常

〔3〕 这里应注意区别行政主体瑕疵与假象行政主体两者最根本的区别是该主体本质上是否享有行政权。

夹着一层组织对其行政职权按内部机构进行的再分配。根据我国的宪法规定和立法精神,行政主体无论进行怎样的职权再分配,具体行政行为都必须以行政主体的名义作出。所以,以探讨具体行政行为超越职权为内容的课题只有围绕行政主体职权展开讨论才有意义,因为行政主体内部机构及其工作人员互相间的职权逾越并不必然引起行政主体本身的越权,只有内部机构及其工作人员进行的职务或利用职务进行的行为越出了行政主体法定权力时,该行为才属行政越权之情形。由此可见,对行政主体行政职权的界定实际上就是行政越权内边界的明确。

行政主体的行政职权是国家通过立法针对一定组织(通常是行政机关)就行政权的权力能力(简称为权能)和权力界限(权力平面圈,简称权限,又称管辖权)设定的结果。^[4]简言之,它是组织体从国家手中分配到的行政权,它以权能、权限予以全方位表达。

权限是法律赋予行政主体完成行政管理任务时在事务、地域和层级方面的平面范围界限。^[5]它具体包括下列内容:第一,事务管辖权。这是从行政事务种类角度为行政主体设定的管辖范围。在我国,职能型行政主体通常掌理某一方面或某类行政事务,而政府型行政主体却具有管理区域内行政事务的权力。第二,地域管辖权。这是从行政区域角度为行政主体设定的管辖权范围。第三,层级管辖权。这是从层次、级别上为有隶属关系的上下级行政主体设定的管辖范围。此种管辖权的明确有利于避免上下级行政主体间相互推诿或互相争抢。

权能是法律赋予行政主体采取一定方法、手段和措施完成行政管理任务的一种资格。它包含权力核和权力深度(即立体界限)。一般情况下,行政主体及其工作人员采取的方法、手段或措施并不需要法律特别授权,但是,当这种方法、手段和措施涉及相对人权利义务或国家重大利益时,则必须有明确的行政法律规范依据。

权能和权限是一对无法分离的概念,它们共同组成行政主体的行政职权。没有管辖权,权能无施展之地;而没有权能,管辖权也无实际意义。

行政主体的行政职权是行政越权内边的唯一界限表明:(1)非享有行政职权的组织、机构和自然人不可能成为行政越权的主体,因为越权本身以享有一定量的行政权为基础;(2)行政主体的职权由行政法律规范具体确定,它不仅包括法律、法规,也包括宪法、自治条例、单行条

[4] 英国行政法学界和司法审查实务中专门对权能和权限作了区别。参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第165页以下。

[5] 法国行政法理论中还有时间管辖权的种类,它指行政机关只能在本身合法存在的时间以内有管辖权。如公务员只能在合法任命以后,没有离职以前有管辖权。会议机关只能在开会期间行使管辖权。笔者认为,这属主体资格问题,不属于已具备行政主体资格之管辖权问题。在德国和我国台湾省还有成员管辖权之种类,它指在有事务及地域管辖权之行政机关内部,究竟由哪一个机构成员掌理事务。这种分配通常由行政机关内部职务分配表和首长指令决定,它一般不涉及违反管辖权的问题。然而,如果法律特别规定某事务只能由行政机关内部某职位成员掌理并以该职位名义对外作出具体行政行为时,违反此规定将构成违法,属成员管辖权违法。我国大陆也有同样情形,但极为罕见。如国务院组织法第5条规定,国务院发布行政法规必须由总理签署。这种意义上的管辖权不如看成法律对行政主体的程序要件更合适,违反此类“管辖权”,应属程序方面的违法,而不是职权方面的违法。此外,我国台湾著名学者林纪东先生认为,管辖权除地域、事务两方面外,还有属人管辖权,即以行政权力所能及之人设定的管辖范围。笔者以为,行政管辖以事务划分为原则,事务管辖权本身包含了属人管辖权,所以属人是第二层次的管辖权内容。

例、行政规章^{〔6〕}、法律解释及条约和行政协定；(3)非立法性行政规范只能对行政主体的行政职权进行内部具体化或依法进行行政职权的授出作出规定，除在行政授权中依法授出行政职权，从而产生新的行政主体外，非立法性行政规范不能创制新的行政主体及其职权，否则其本身即构成行政越权；(4)行政主体内部机构和工作人员相互间因公务而生的职权超越属主体内部之纷争，只有这种超越超出了行政主体的职权时才构成行政越权。(5)行政委托中，被委托者对委托权限的逾越适用第(4)条原理。

三、行政公务行为与行政越权的外边界限

行政越权的外边界限，是指行政主体超越其权限范围后所进行的行为仍可归属于具体行政行为的最外围界限。这种外围界限目前理论界争论较大。从最狭义到最广义可分为四种。最狭义的观点认为，行政越权只发生在行政主体越权行为未侵犯其他不同类行政职权和非行政性国家权力时才能成立；狭义的观点则把越权的外围界限扩大至“侵犯了其他行政主体的行政职权但未僭越国家非行政性权力”；^{〔7〕}广义的观点认为行政主体对其它行政主体和其它国家权力的侵犯都属于越权，但它的外围界限必须以行为侵占了其他的国家权力为界；最广义的观点则认为只要行政主体的行为超越了法定职权，都属于越权。^{〔8〕}

笔者认为，确定行政越权的最外围界限，首先必须树立违法具体行政行为也属于具体行政行为的观念。有一种理论认为，具体行政行为是指行政主体在职权范围内实施的行为。行政机关非行使职权的行为或超越职权的行为不是具体行政行为，当然行政机关越权或违法行使职权的行为在外在形式上仍具有“具体行政行为”的特点。^{〔9〕}笔者对此不敢苟同，判断行政主体的某一行为是否是具体行政行为并不能以该行为是否合法为标准。违法的具体行政行为也是行政主体基于行政权而生的行为。主体、内容、证据、程序违法的具体行政行为是因为行政主体在行使行政权过程中某一方面或几方面直接违背了具体的法律规范。滥用职权的违法具体行政行为本身就是行政自由裁量权范围内作出的，它是行政主体非常不合理行使行政权造成的。超越职权的违法行为从表面上看似乎不存在职权因素，但是如果没有原有职权的基础，怎么可能产生超越现象？行政越权是一个法定概念，而不是实质概念。^{〔10〕}值得讨论的不是违法行使行政权的行为是否是具体行政行为，而是行政主体及其机构、受委托之组织和工作人员超越职权的行为达到怎样的超越度，该行为不再属于具体行政行为范畴，也即就行政越权而言，其最外边界限应在何处？

其次，确定行政越权的外边界限应以我国已有立法条款和法律精神为依托进行分析。由于

〔6〕 目前我国学者对行政规章是否属法的性质尚有争议。笔者认为，我国行政诉讼法中确立的“参照”行政规章意味着行政规章具有法的一般地位。参照表明法院对规章享有特别的司法审查权，但如审查合格仍需依照。

〔7〕 这种观点非常类似于法国违法行政行为中的一般无权限。即行政机关超越其权限范围，因而侵犯了其他行政机关权限的活动。参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第659页以下。

〔8〕 这些观点详见：方世荣：《论国家公务员职务行为与个人行为界限的几个问题》，《法商研究》1995年第4期；金伟峰：《无权行政行为》，《法学杂志》1995年第3期；岳光强等：《具体行政行为释论及其合法性审查100例》，法律出版社1992年版，第142页；张尚鸾主编：《走出低谷的行政法学》，前引第532页，等。

〔9〕 参见姜明安：《行政法与行政诉讼》，中国卓越出版公司1990年版，第236页。

〔10〕 国外也有同样的理论，如〔日〕和田英夫：《现代行政法》，中国广播电视出版社1993年版，第199页。

行政主体本身无物理性的行为能力,真正可能产生行政越权的是行政主体的工作人员,所以越权的外围界限实际上被转化为有资格行使行政权的自然人之公务行为认定标准问题。这种标准(1)除立法有特别规定外,该自然人在行为前未表明身份^[11]的任何行为均属个人行为;(2)表明身份后的工作人员行为,在超越行政主体职权的范围上,已全面越出行政主体管辖权和权能的行为不具有公务行为的特征;(3)在行政合法行为与不可能是公务行为之间,行政主体工作人员的行为在通常人看来已不属于该工作人员利用其职务之越权行为属于非公务行为。这一理论的间接立法依据是我国行政诉讼法第68条,我国《行政复议条例》第44条的规定。^[12]这两个条文中关于“行政机关或行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的,由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿”的规定,意味着对行政主体工作人员之违法行使行政职权的具体行为,国家作为具体行政行为看待并承担由此引起的行政责任;而有关“行政机关赔偿损失后,应当责令有故意或者重大过失的行政机关工作人员承担部分或者全部赔偿费用”的规定则进一步证明,即使行政主体工作人员利用职务之便故意或重大过失违法行使行政权,该行为也归属于行政主体。具体言之,工作人员故意利用职务为越权行为仍由行政主体对外承担法律责任。这些立法所体现的法律精神表明:在行政法领域,我国立法以保护行政相对人的合法权益为首先的价值目标。故此,对行政越权行为的外围界限应以受害行政相对人最大限度获得救济为要求。从民法原理上说,这也是国家通过行政主体雇佣工作人员之风险责任。当然,这种责任也必须考虑相对人对违法行为的识别责任和避免因此纵容工作人员为所欲为。^[13]

由上观之,把行政越权的最外边界限定在逾越了其他不同类行政主体的职权或(更广义一些)其它国家权力,都有范围过小之欠缺,但是,如果把超越行政主体职权的一切行为都归入行政越权也有范围过大之流弊。前者可能导致象行政工作人员利用职务之便殴打相对人的行为被排除在行政越权行为之外;后者则会把诸如行政主体作为民事主体的过错行为也划入行政越权。

至此,在行政越权与其它违法具体行政行为并列的基础上,^[14]我们可以给行政越权进行如下定义:行政越权是行政主体超越其法定行政职权(权限和权能)的违法具体行政行为。

四、行政越权的类型及实务判断

分类是为了对被分类者作更深层次上的理解。由于角度差异,我国学理界对行政越权主要有四种比较详尽的分类。这些分类基于他们对行政越权理解上的分歧而各有内容。其中,狭义范围主张者将越权分为四类,即下级行政机关行使了法律、法规授予上级行政机关的职权;甲部门行政机关行使了法律、法规授予乙部门行政机关的职权;甲地域行政机关行使了法律、法

[11] 表明身份意指行政人在进行公务行为时向被管理方明确声明或通过动作和公务标志说明他具有某种行政职权并已开始行使行政职权的行为。

[12] 国家赔偿法第4条、《民法通则》第121条也有类似规定,而宪法第41条第3款规定则是一项最高的法律依据。

[13] 美国在这一方面就有更严格的要求,他们的立法保留行政职员对特别严重的侵权行为负直接的个人赔偿责任。参见王名扬:《美国行政法》,法律出版社1994年版,第18章。

[14] 根据行政诉讼法第54条之规定,其它与之并列的违法行政行为有证据不足、适用法律错误、违反法定程序、滥用职权和行政不作为。

规授予乙地域行政机关的职权,内部管理机关行使了外部管理机关的职权。广义范围主张者认为越权包括两种,即逾越权限和职权僭越(行政主体行使了非行政权性质的其它国家权力的行为)。相对广义行政越权主张者认为行政越权从大类上分为两部分即实体法上的越权(包括行政权外越权和行政权内越权)和程序法上的行政越权(包括行政程序外的越权和行政程序内的越权)。对行政越权概念持最广义的学者则把行政越权分为七类,包括对象上的越权、手段上的越权、程序上的越权、地域上的越权、条件上的越权和时间上的越权。另外还有善意越权与恶意越权之分,又称为故意越权和过失越权。

如此众多的越权种类并不意味着越权类型体系的完备。因为,分类首先应建立在被分类概念内涵和外涵的确定性和统一性基础之上;其次分类需考虑标准的科学性,不同层次的分类标准不能用于同一层次,不完全的列举也不能代替分类;再次,同一标准下的第二层次种类列举应穷尽并尽量避免相互交叉。上述分类多少与分类三要素的要求不相一致。

鉴于行政越权的基础是职权,而职权又包含权限和权能两项内容,所以行政越权可分为行政权限逾越即逾越行政管辖权和行政权能逾越两大类。

(一)行政权限逾越是指行政主体的具体行政行为在层次、地域和事务的一方面或几方面逾越该主体职权的情形。基于权限的内容,行政权限逾越又可分成事务管辖权逾越、地域管辖权逾越、层级管辖权逾越和数项管辖权综合逾越四类。

1. 事务管辖权逾越。它以行政主体的业务范围为基础,意为行政主体管辖了不属其法定业务范围的事务。比如某县公安局对辖区内的饭店不卫生违法进行管理。由于行政管辖的复杂性,我国立法中有时会出现不同类行政主体对同一事务均享有管辖权的情形。这种情况有些起源于立法的疏忽和立法者之间意见的不一致,有些源于管辖力度的需要。笔者认为对于这类情况,不同类行政主体、同类行政主体,甚至是同一行政主体作出的同质具体行政行为,我们可以以一事不再理这一最初起源于司法领域的最基本法律理念,判断第一次处理后的任何同质具体行政行为为行政越权。该原理的运用应注意下列问题:(1)同一事务,是指具有相同构成要件的事务;(2)第二次以后的处理,不是在撤销第一次处理后的重新处理,也不是有特别事由的补充处理。

2. 地域管辖权逾越。指行政主体的具体行政行为超越了法定的空间范围。在具体行政行为领域,地域管辖权逾越常发生在跨地域的具有连续性的行政事务方面。为防止类越权,我们可采用下列原则:(1)地域管辖权以属地主义为原则,属人主义为例外;(2)跨地域行政事务,如属于构成要件方面可分割的事务,各地域行政主体可在本地域内对该段事务进行处理,如属不可分割之事务,则由各有管辖权的地域行政主体协商解决,协商不成由双方共同上级决定。(3)地域以国家划定的行政区划为界,法律有特别规定的除外;界址不明之地域,由争议行政主体的共同上级决定;被授权行政主体的地域管辖权以授权凭证为依据。

3. 层级管辖权逾越。它表现为有直接或间接隶属关系的上下级行政主体之间及有授权关系的授权与被授权行政主体之间管辖权的相互逾越。在这类越权中,下级对上级管辖权的逾越,被授权方对授权方管辖权的逾越较易识别。难点在于:在上下级隶属关系中,由于事务和地域上的倒金字塔形,上级是否可以逾越层级直接管理下级行政事务?国内有一种观点认为,原则上,根据行政监督权和组织原则,上级可变更、撤销、指示下级作出具体行政行为,且必要时可直接代行下级行使职权。但如果法律、法规对某项行政职权已明确规定由下级行政机关行

使,上级行政机关在下级未作出具体行政行为前,不得代行下级职权行为。^[15]对此我国立法没有统一的明确规定。德国行政法学界认为,这种情况下,上级可以行使是例外,“否则下级将被剥夺受上级监督和审查的机会”。^[16]法国有不同的态度,他们认为,上级根据监督权和指挥权足以保障下级行政机关进行行政行为,如果上级机关在下级机关没有采取行动,在没有法律根据情况下代替下级采取行动,或超越监督权限采取行动,属无权限行为。^[17]笔者认为,除非法律有明确规定,否则上级行政主体包括业务上级和政府上级不能代行下级行政主体的行政职权。理由是,行政主体的层级设置主要是为了实现领导权和监督权,如果上级可任意攫取下级行政主体的管辖事务显然有违国家组织立法的初衷,也不符合组织学的基本原则。这一原理同样可用于判断授权关系中的授权行政主体与被授权行政主体的层次管辖权是否逾越。值得注意的是,立法者应考虑规定一些特别正当理由,以便让上级遇有正当理由时可提处下级行政主体管辖的行政事务,但在未规定之前,上级不得攫取任何下级应管理之事务为自行管理,因为已有的监督权、领导权已可实现上级对下级的监控。在授权关系中,授权合同本身即可规定特殊事由。

4. 数项管辖权综合逾越。它指行政主体在进行具体行政行为时在两项或更多项管辖权方面均发生超越的越权行为。数项管辖权综合逾越常发生在行政主体工作人员故意利用职权违法的领域。

(二)行政权能逾越

行政权能逾越,是指行政主体的具体行政行为超出了其法定权力主体限度的情形。权是一种通过地位和威望获得的使他人的行为服从其意志的能力。对行政主体来说,行政职权中的管辖权仅是行政可涉及面的法定,而行政职权中的权能则是行政权实际支配力的法定,所以对于权能的超越在某种程度比管辖权的逾越更严重。

根据各种权能性质的差异,我们可以把行政权能逾越分为以下几类:

1. 行政主体拥有某项行政权能,但其具体行政行为超越了该行政权能的法定幅度或限度,如县级政府批准征用耕地三亩以上。

2. 行政主体不拥有某项行政权能,但其具体行政行为却是该行政权能的表现,如公安机关吊销了某饭店的营业执照。

3. 行政主体不拥有非行政性国家权能,但其具体行政行为却是该非行政性国家权能的表现,如判处某犯罪者有期徒刑。

4. 行政主体的具体行政行为根本无任何国家权能的基础,如修改某人姓名,再如故意殴打某行政违法者。

为进一步明确行政越权的内涵和外延,我们还应注意行政越权与其他违法具体行政行为的区别。

[15] 参见罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第390页。

[16] 参见[印]M·P·赛夫:《德国行政法》,五南图书出版公司印行,第189页。

[17] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第660页。

我国违法具体行政行为共有六类,^[18]在这些违法中,证据不足、适法错误、违反法定程序都不是以职权为最初中心点的违法形式,它们与行政越权界限分明,无需界定。实务中,只需注意这几种违法与行政越权同时发生的情况。六类违法中行政不作为、滥用职权和行政越权都必须以职权为中心进行鉴定,故而它们间的区别有必要予以澄清。行政不作为是行政主体及其工作人员有积极实施法定行政职责的义务,并且能够履行而不履行的违法具体行政行为。行政不作为并不等于身体的静止,不作为是指行为人没有履行(不能履行除外)法律所要求实施的行为。它与行政越权的最大区别是:前者系法律要求为而未为;后者是不可为而为,即法律要求行政主体在积极职权行为中不越权,它却在积极职权行为中超越了职权范围。滥用职权,即滥用自由裁量权,是指行政主体及其工作人员在职务权限范围内违反行政合理性原则的自由裁量行为。它与行政越权的区别是:(1)以行政主体的客观职权为界,逾越职权属行政越权,在职权内违反合理性原则(即相当的不合理)的行为属滥用职权;(2)行政滥用职权只发生在行政自由裁量权领域,行政越权则可发生在所有行政权领域;(3)行政越权是一种作为违法,绝大部分的滥用职权也是作为违法,但它还包括不作为违法,即拒绝或怠于行使自由裁量权显系缺乏合理性;(4)行政越权是一种客观违法,而滥用职权是一种主客观违法,即有的滥用职权形式需从主观方面判断。^[19]

实践中,行政主体的具体行政行为可能会构成几项违法,这是不足为奇的。但在具体判断时,我们必须纠正一种错误的认识,即把行政侵权当作与六大违法相并列的一种违法形式。其实行政侵权是从另一个角度(具体行政行为是否造成相对人合法权益受损害的角度)对违法具体行政行为的另一种分类。行政侵权在六大违法中均可能发生,并被后者包括。

五、行政越权的效力

对行政主体来说,法律是职权的渊源,如果主体在职权内行为,它是有效的,如果主体在职权外活动,则应该无效,这是法治国家的固有原则。然而,由于越权严重程度不一,行政行为的稳定性和影响力不同,对行政越权的效力并不能简单以“越权无效”作概括,其中下列问题颇值得研究。

(一)行政越权行为是否当然无效

所谓当然无效,是指越权具体行政行为属自然无效行为,它无需有权组织撤销或宣告无效,也不因追认或时效完成而变为有效,任何人在任何时候均可忽视其存在。由于国情、传统、需要等因素的影响,两大法系对此有相对不同的看法。为了正常行政生活和稳定,英美两国法律都假定一切行政行为一旦成立即为合法之推定,对此提出异议者,可以请求有权机关审查并撤销或宣布违法的行政行为无效。据此可以推定,行政越权行为在英美国家并不自然无效,英国著名的越权无效原则^[20]仅意味法院有权在审理行政案件中把超越了职权的行政行为撤销,

[18] 值得注意的是,这种分类并不是以行政行为有效要件为标准作出的全面列举。合法行政行为的有效要件通常包括主体合格、不超权限、证据充分、适法正确、内容合法、符合程序、具备相当合理性和履行作为义务八个方面。据此,违法行政行为应相应分为八类更为完整。

[19] 有关滥用职权问题详见拙著:《行政滥用职权的的新定义》,《法学研究》1994年第3期。

[20] 这是一项司法审查领域的基本原则,是英国行政法的核心。详见前引[4],王名扬书,第10章。

宣告它无效,禁止它执行,它不是越权即无效的简称。法国、德国、日本等大陆法系国家不同,他们的立法、判例和理论通常将违法具体行政行为^[21]分为无效和得撤销两种。^[22]严重的违法具体行政行为是无效具体行政行为,它从一开始就没有产生法律效力(尽管他们也有具体行政行为一旦作出即有公定力的立法和理论),任何人在任何时候都可主张其无效并不受约束。并不严重的违法具体行政行为是得撤销具体行政行为。由于无效和得撤销间的划分标准很难确定,新近一理论认为,严重违法的具体行政行为即使属于无效,仍应由有权机关予以确认。^[23]特别值得注意的是,现代大陆法系学者渐有放弃旧时“原则无效说”,改“原则撤销说”之趋势。^[24]基于行政越权大多属瑕疵重大且外观明白之严重违法具体行政行为,所以我们的行政越权概念和种类在大陆法系国家(包括我国台湾省)大部分属于无效具体行政行为,^[25]少部分属得撤销具体行政行为。^[26]

我国(除台湾省)目前对具体行政行为的效力没有概括式的直接规定。零星的具体法律文件中,虽有违法具体行政行为效力的内容,^[27]但这些规定并不表明当然无效,因为从我国行政诉讼法第44条、第54条和行政复议条例第39条、第42条有关复议、诉讼不停止具体行政行为的执行原则和复议机关、法院撤销违法具体行政行为的理由看,从宪法第67条、第104条有关各级人大常委会有权撤销本级政府违法或不适当的具体行政行为看,从宪法第89条、第108条和行政复议条例第43条有关行政机关有权撤销其本身或下级的具体行政行为的规定看,我国违法具体行政行为的效力类同于英美法系的立法和理由,即某一具体行政行为在未被撤销或宣告无效前均推定为有效。换句话说,行政越权行为在我国并不当然无效,未经有权机关确认无效或撤销,它仍受合法性之推定。^[28]

(二)行政越权是否必须被撤销或宣告无效且其效力溯及既往。

以本文匡定的行政越权为基础,两大法系对此又有相对不同的态度。英、美两国基于他们传统的“越权无效”观念,对象行政越权如此严重的违法具体行政行为通常要求有权机关予以撤销或宣告无效,同时,撤销的效力原则上溯及既往,宣告无效的效果自然从具体行政行为成立之初起算。大陆法系国家在违法具体行政行为是否必须予以撤销或宣布无效方面有比较细致的立法和理论。行政越权绝大多数属具有重大瑕疵和外观瑕疵明显之具体行政行为,属无

[21] 具体行政行为在法国叫行政处理,在德国叫行政处分,在日本称行政行为。

[22] 这种做法是对民法领域无效和得撤销民事行为理论与立法的转承、修改和发展。

[23] 此学说在大陆法系被称为瑕疵行为一元论。详见林纪东:《行政法》,三民书局印行1990年版,第343页以下。

[24] 同上,第335页以下。此一趋势表明两大法系在越权具体行政行为是否当然无效问题上的处理方式正日趋接近。

[25] 如在日本,超越行政机关权限的行为是无效的(见〔日〕和田英夫:《现代行政法》,中国广播电视出版社1993年版,第201页)。再如,在法国,对于无权限的行为,即行政机关超越其权限范围以外的活动,因而侵犯其他机关的权限或行使根本不可能属于任何行政机关权限的情形,任何人在任何时候都可主张无效。

[26] 我国台湾翁岳生教授即主张,欠缺土地管辖权之行为,除享有自治权之行政主体相互间之行为外,原则上亦仅为得撤销之行为,而非无效。即使欠缺事务管辖权,虽原则无效,但同级行政机关之间,于其土地管辖与事务管辖均有密切关系之行为则可归属得撤销行为。参见翁岳生:《论行政处分之概念》,载《社会科学论丛》第20辑。

[27] 如《中华人民共和国土地管理法》第48条规定:“无权批准征用、使用土地的单位或个人非法批准占用土地的,超越批准权限非法批准占用土地的,批准文件无效。”

[28] 新近有理论认为,这种合法性推定在大陆法系通常被称为公定力,应称为具体行政行为的实效性或假定的效力更确切。

效,所有人均当不受其拘束,所以不存在必须宣布无效或予以撤销的问题,^{〔29〕}然有权机关仍可依职权随时确认其无效。少量仅属地域管辖权逾越(专属地域管辖权逾越的除外)的行政越权,如该事件不可能有其他决定的,通常该行为不得撤销或宣布无效,即使撤销,其效力也不溯及既往。^{〔30〕}

我国目前对违法具体行政行为的法律后果既无完备立法,也无丰富的理论研究成果。对具体行政行为来说,只要违法即应被撤销(包括宣布无效,下同)且其效力溯及既往的机械理论已为各国所排斥。但是行政越权是一种十分严重的违法,如不撤销恐有违依法行政原则之初衷,但一越权即撤销且其效果溯及既往也太过脱离实际和僵化。借鉴行政法发达国家已有为保护越权具体行政行为受益者的利益和社会公共利益而不撤销越权具体行政行为的先例或只撤销但其效力不溯及既往的新型处理方法,笔者对我国越权具体行政行为的效力作如下建议:(1)越权具体行政行为原则上必须不受时效限制予以撤销,且其效力溯及既往;(2)有权机关在撤销越权具体行政行为时,可根据信赖保护原则和维护公益原则裁量决定撤销效果不溯及既往。信赖保护原则是指越权具体行政行为受益人确信具体行政行为成立,保护的信赖利益大于恢复合法性的公益,且被保护信赖利益如被撤回将导致利益人生存危机的情况。维护公益原则是指越权行政行为被撤销的效力如溯及既往,将导致公共利益的巨大损失,因此可能造成行政危机,乃至国家危机的情形;(3)仅属一般地域管辖权逾越而产生的具体行政行为,在被撤销之时已由有权行政主体作出内容相同之处理,该具体越权行政行为的撤销效力可以不溯及既往。

〔29〕 也有一种现代理论认为,即使无效具体行政行为,也必须由有权机关予以确认并宣布。参见台湾《行政程序法之研究》,经社法规研究报告第1007号。

〔30〕 目前大陆法系国家正在逐步扩大这种范围。