

行政行为撤销要件的修订

杨登峰^{*}

内容提要：行政诉讼法采用封闭性正面列举的立法模式，仅规定违反法定程序、适用法律错误、超越职权等五种情形为行政行为撤销的要件，致使有些违法形态难以归入其中，给司法实践和后续立法造成了困难。行政行为的撤销要件是对司法审查的指引而非制约，其构成应建立在对法律规范的分类基础上，并采用开放的立法结构。建议将来修订行政诉讼法或制定行政程序法时，增列“没有法律依据的”、“决定内容违反法律规定的”和“其他侵害公民、法人或其他组织合法权益的”三种情形为撤销的要件，以解决实践中的解释困惑，并增强这一制度的社会适应力。

关键词：行政诉讼法 行政行为撤销 行政行为违法形态

引 言

自行政诉讼法将适用法律错误、主要证据不足、违反法定程序、超越职权和滥用职权确定为具体行政行为（以下简称行政行为）有且仅有的五个撤销要件之后，这一立法模式被后续多部立法所继承，如1990年制定的《行政复议条例》、1999年制定的行政复议法、2008年制定的《湖南省行政程序规定》。一些专家拟定的行政程序法建议稿也承袭了这一立法模式，如马怀德主持起草的《行政程序法草案建议稿》。^{〔1〕}另一方面，也有法律对此做了一些改变，特别是对“适用法律错误”这一要件。比如，行政处罚法、行政许可法均未将适用法律错误列为撤销的要件，却代之以“没有法定处罚依据”、“改变行政处罚的种类、幅度”、“对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可”等要件。这一变化也发生在学者起草的行政程序法建议稿中，如江必新主持起草的《重庆市行政程序条例（试拟稿）》代之以“没有合法有效的规范依据或者违

* 南京师范大学法学院教授。

本文系2010年教育部规划基金项目“我国行政程序法中的实体规范立法研究”（项目批准号：10YJA820119）、2009年江苏省教育厅高校哲学社会科学研究基金重点项目（课题编号：09SJB820001）和江苏省法学会招标课题（课题编号：SFH2008A06）“违法行政行为的行政自纠制度研究”、2010年国家哲学社会科学基金重大招标课题《维护司法公正和社会公平正义研究》以及“江苏省高校优势学科建设工程资助项目”的阶段性成果。

〔1〕 参见马怀德主编：《行政程序法立法研究——〈行政程序法〉草案建议稿及理由说明书》，法律出版社2005年版，第234页。

反法律规范适用规则”，并增列“法律、法规规定应当撤销的”这一兜底条款。^{〔2〕}

上述继承与改变之间的反差，给将来修订行政诉讼法或制定行政程序法提出了问题：如何规定撤销的要件？行政行为的撤销要件，尤其是适用法律错误，为何会发生上述变化？行政诉讼法的规定是否存在问题？要回答这些问题，比较务实的方法莫过于考查我国法院应用撤销要件的实际情况，发现其中存在的现实问题。下文的讨论就从考查各级法院行政审判实务开始。由于变化主要体现在适用法律错误这一要件上，本文以法院对适用法律错误的认定为线索。

一、法官对适用法律错误的扩张应用

为了解我国法院在行政审判实务中认定适用法律错误这一要件的实际情况，本文搜集了自1991年至2010年20年间以适用法律错误为由撤销行政行为的行政判决400多份。虽然400多份判决难以全面反映各地法院行政审判实务的现状，但在一定程度上还是能够体现各地各级法院对“适用法律错误”的理解和认识。考查发现，我国法院对适用法律错误的认定与法学界的看法有一定出入。

我国行政法学界总体上认为，适用法律错误是指行政机关在作出行政行为时，适用了不应适用的法律规范，或没有适用应适用的法律规范。在形式上，适用法律错误表现为：本应适用某个法律或法规，而适用了另外的法律或法规；本应适用法律或法规中的某个条文而适用了另外的条文。在本质上表现为，对事实的定性错误，对法律适用范围或效力的把握错误，对法律的原意或法律精神的解释错误，有意片面适用有关法律规范、违反法律适用规则（如“新法优于旧法”）等。^{〔3〕}法院认定的适用法律错误包括上述情形，但不限于上述情形。扩张的情形主要有以下几种：

（一）引用法律条款不具体

如果法律法规对某事项有条、款、项、目的规定，而行政主体在行政行为中仅引用到条或者款，没有引用到最低层次的项或者目，则被归为适用法律错误。这种情形可称为“引用法律条款不具体”的适用法律错误。在焦虹诉黑龙江省劳动教养管理委员会劳动教养复议决定案中，复议机关黑龙江省劳动教养管理委员会依据行政复议法第28条第3项撤销了该劳动教养决定。一、二审法院均认为：“复议机关作出裁决在适用法律上应当条、款、项、目具体、清楚、准确、到位。”行政复议法第28条有2款，第1款有4项，第3项有5目，“而被告作出复议决定适用该条无款、无目，属适用法律错误”。在何小琴诉重庆市彭水苗族土家族自治县人事局工伤认定案中，重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院认为：“被告彭水县人事局在其《工伤认定决定书》中适用重庆市人民政府颁布的《暂行办法》的第6条、第7条，认定冉显恩不属于工伤，但是该《暂行办法》第6条规定了7项应当认定为工伤的情形，第7条第1款规定了3项应当视为工伤的情形，因此被告适用《暂行办法》第6条、第7条的规定属于适用法律错误。”

（二）引用法律条款不周全

引用法律条款不周全系指行政行为可能涉及多项法律规定，但仅引用了其中一部分，未全部引用。在许某诉广东省佛山市顺德区劳动教养管理委员会劳动教养决定案中，佛山市顺德区人民法院认为，被告作出的劳动教养决定仅引用了定性条款，未引用处罚条款，属适用法律错误。在韦灶光

〔2〕 参见江必新等：《先地方后中央：中国行政程序立法的一种思路》，《现代法学》2003年第2期。

〔3〕 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2007版，第593页以下；胡建森：《行政法学》，法律出版社2003年版，第448页；章剑生：《现代行政法基本原理》，法律出版社2008年版，第285页；关保英：《行政适用法律错误若干问题探讨》，《法学》2010年第4期。

诉广西藤县公安交警大队交通事故责任认定案中，一、二审法院均认为：“《道路交通管理条例》是认定当事人是否违章的依据，并不是认定交通事故责任的法律依据。《道路交通事故处理办法》才是认定韦灶光与王延状发生交通事故的责任依据，但被告却没有适用，显属适用法律、法规错误。”

（三）未引用法律依据

未引用法律依据系指行政行为的部分内容或全部内容没有引用任何法律依据。在陈洪金诉山东招远市贸易局行政处罚案中，山东招远市贸易局以陈洪金在家中私宰生猪一头为由，依据《生猪屠宰管理条例》第5条第3款和第15条，作出没收私宰的生猪、屠宰工具并处罚款的行政处罚决定。但是，《生猪屠宰管理条例》第5条第3款、第15条并未规定没收屠宰工具。关于没收屠宰工具的处罚其实规定在《生猪屠宰管理条例实施办法》第34条中。^{〔4〕}山东省招远市人民法院认为，没收屠宰工具未引用法律依据，属于适用法律错误，遂判决撤销。在吕光明诉杭州市土地管理局拆迁纠纷裁决案中，杭州市西湖区人民法院认为，杭州市土管局裁决拆迁人给被拆迁人按规定给予补偿并安置一处宅基地，“认定事实清楚，有法可依，但市土管局作出拆迁纠纷裁决书时，在适用法律上没有引用相关的法律、法规、规章等具体条文，实属不当”，遂判决撤销该拆迁纠纷裁决书。

（四）违反了法律适用条款

违反法律适用条款不同于违反法律适用规则。这里的“法律适用条款”，系指原《治安管理处罚条例》、治安管理处罚法、行政处罚法等法律文件中指导法的适用的条款，即专门规定作出行政处罚决定时应考虑从轻、减轻、免于或者加重处罚的特殊情形的条款。例如，《治安管理处罚条例》第16条第2项规定，“主动承认错误及时改正”的“可以从轻或者免于处罚”。有法院认为，错误适用这些规定的属于适用法律错误。在梁宝富诉安徽省安庆市公安局治安处罚复议决定案中，桐城县人民法院认为：“被告在没有新的事实与证据的情况下，仅以民间纠纷以调解为主和汪春生有认错悔改表现为由，撤销了桐城县公安局对汪春生的处罚裁决，依照行政诉讼法第54条第1款第2项的规定，是适用法律有错误。”在李金辉诉上海市劳动教养管理委员会劳动教养决定案中，河南省商丘市中级人民法院认为，李金辉的行为应认定为情节轻微，对其做出劳动教养一年的行政处罚，违背了惩罚与教育相结合的处理原则，属适用法律法规错误。

（五）证据不足

认定事实的证据不足，被归为适用法律错误。在王闯诉上海市劳动教养管理委员会劳动教养决定案中，湖北省咸宁市中级法院和湖北省高级法院均认为，上海市劳动教养管理委员会认定王闯寻衅滋事的主要证据不足，对其作出劳动教养决定适用法律错误。其中，湖北省高级法院的判词是：“认定事实不清，主要证据不足，适用法律错误。”朱军阶诉广东省佛山市顺德区劳动和社会保障局工伤认定案中，广东省佛山市中级人民法院认为：“佛山市顺德区劳动和社会保障局未查明上诉人是否因履行职责受伤，仅凭一份证据证明上诉人事发时不当班，认为不符合《企业职工工伤保险试行办法》第8条的规定而作出的《工伤认定书》，属认定事实不清，适用法律错误，依法应予撤销。”

（六）违反法律规定

违反法律规定，指行政行为的内容与法律规定相左，也就是说，在做出行政行为的事实条件已经具备的情况下，行政主体或者拒绝作出决定，或者作出的决定与法律规定不一致。在方益民诉国家知识产权局行政复议决定案中，法院认为：“方益民要求享有本国优先权，不属于法律及专利法实施细则禁止的行为。所以，国家知识产权局对方益民作出的（不予授予优先权的）复议

〔4〕《生猪屠宰管理条例实施办法》第34条：违反条例第5条第3款规定，未经定点，擅自屠宰生猪的，由市、县人民政府商品流通行政主管部门予以取缔，并会同有关部门没收非法屠宰的生猪及其产品、违法所得、屠宰工具，拆除屠宰设施，可以并处违法经营额2倍以下的罚款。

决定,违反了专利法以及专利法实施细则的有关规定,属于适用法律、法规错误。”在丁威诉郸城县人民政府颁发土地使用证案中,郸城县法院认为,“郸城县人民政府为第三人王忠兴颁发的集体土地使用证的土地使用权面积为176.89平方米,超过了《河南省实施土地管理法办法》第51条规定的城镇郊区和人均耕地667平方米以下的平原地区,每户用地不得超过134平方米的宅基地面积标准,属适用法律错误。”

(七) 无法律依据

无法律依据,即法律对某种行政行为之内容没有作出规定,或者有关规定不合法不足为凭,但行政机关做出了该行政行为。无法律依据不同于未引用法律依据。前者是无法律依据可引,后者是有法律依据未引。在施某、费某、陆某诉上海市崇明县文化广播影视管理局行政许可案中,崇明县法院认为:“被告在接到上海某娱乐有限公司办理上海市文化经营许可证的申请后,……以根据现行政策,办公楼不能办理娱乐场所为由作出答复,没有法律、法规或规章的依据,系适用法律、法规错误。”在陈乃信、陈信祥诉福建省霞浦县渔政管理站渔政行政处罚案中,霞浦县渔政管理站以陈乃信、陈信祥无证捕捞为由没收了他们的渔船。法院认为:陈乃信、陈信祥无证捕捞事实存在,依法应予以处罚;但没收二人的渔船无法律依据,属适用法律错误。

以上为法院扩张应用适用法律错误的主要情形,实际情况可能不限于以上几种。不过,以上情形已足以反映法院认定适用法律错误的实际状况。现在需要分析的是,法院对适用法律错误的上述认定存在什么问题,导致扩张应用的根源是什么?

二、若干易辨的误解和归类的难题

上述情形其实反映出两个问题:一是在归类上存在误解;二是在归类上存在困难。这两个问题也是导致扩张应用的根源。

(一) 三种归类的误解

1. 对引用法律条文瑕疵的误解

行政行为引用法律条文不具体、不周全以及未引用法律条文三种情形虽被法院归为适用法律错误,但这三种情形只是引用法律条文存在问题,行政行为本身是有法可依且符合法律规定的。将这三种情形归为适用法律错误其实混淆了程序违法与适用法律错误的区别。

按照正当程序原则,行政主体做出行政行为需说明理由,如行政许可法第38条第2款规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由”,而说明理由的内容可分合法性理由和正当性理由两部分。前者是说明行政行为合法性的依据,包括事实依据和法律依据;后者是说明行政裁量合理性的依据,如政策形势、公共利益、惯例公理等。^[5]《湖南省行政程序规定》第78条甚至规定:“说明理由包括证据采信理由、依据选择理由和决定裁量理由。”这一规定将说明理由的内容引向更深层面,合理与否有待研究,但至少可以肯定,法律条文的引用是说明理由制度的基本内容。

既然引用法律条文是说明理由制度的基本要求,则当行政行为仅存在引用法律条款不具体、不周全或未引用法律条文等问题,而实质上有法可依且依法做出时,这些瑕疵就是说明理由的瑕疵,属于违反法定程序的范畴,将其归入适用法律错误就是一个误解。

[5] 参见章剑生:《论行政行为说明理由》,《法学研究》1998年第3期;前引〔3〕,章剑生书,第418页以下。这一看法与有些国家的法律规定大致相同,如德国联邦行政程序法第39条第1项规定:“书面或由书面证实的行政行为须以书面说明理由。其中须说明行政机关在作出决定时所考虑的重要事实和法律理由,属裁量决定,应说明行政机关行使其裁量权时依据的出发点”。

2. 对违反法律适用条款的误解

行政处罚法、治安管理处罚法等法律文件中规定的法律适用条款，确实旨在指导法的适用，但将违背这些条款的情形归为适用法律错误的话，有悖其实际功能和属性。

可以治安管理处罚法第 29 条为例来加以说明。该条第 3 项规定，故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机信息系统正常运行的，处 5 日以下拘留；情节较重的，处 5 日以上 10 日以下拘留。这是一条授予治安管理机关对制作、传播计算机病毒的违法行为进行行政处罚的行为法律规范。它赋予行政机关根据违法情节酌情处罚的裁量权。但是，该法第 14 条还规定：“盲人或者又聋又哑的人违反治安管理的，可以从轻、减轻或者不予处罚。”按照这一规定，如果制作、传播计算机病毒的是聋哑人，则行政机关在作出行政处罚决定时应当考量的因素就不再仅仅是违法情节的轻重，裁量的范围也超出了该条第 3 项规定的界限。所以，这类适用条款其实是授予裁量权或者规范裁量权的条款，与法律解释规则或适用规则完全不同。如果行政主体在作出行政行为时违反了这种法律适用条款，那也属于裁量不当或者滥用职权，不属于适用法律错误。

当然，法律适用条款并非都是类似于治安管理处罚法第 14 条的裁量性条款。例如，该法第 13 条规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候违反治安管理的，不予处罚。”这该是一条羁束性条款。将这一条款与其他条款相结合，甚至可能将原本的裁量性条款转化为羁束性条款。例如，治安管理处罚法第 43 条规定：“殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款。”这本来是一个裁量性条款。但如果是精神病人殴打他人，则不得处罚，没有裁量的余地。如果处罚，即违反法律规定。不过，这种违法仍难以归入适用法律错误。

3. 对证据不足与适用法律错误关系的误解

在法院判决中，“事实不清，证据不足，适用法律错误”是法院经常采用的一种判词。表面上看，行政行为似乎存在“主要证据不足”和“适用法律错误”两种违法情形。但实际上，这里的适用法律错误不过是一个赘词。

行政行为认定的事实与适用法律之间存在紧密联系。将法律适用的过程分为“认定事实”、“寻找相关的法律规范”、“检验认定的事实是否满足相关规范的事实构成（涵摄）”、“宣布法律后果”四个环节的话，〔6〕认定事实就是整个法律适用的第一个环节，也是决定性的环节。事实认定错误会导致后续所有法律适用活动都发生错误。换言之，行政行为主要证据不足，同时很可能适用法律错误。如果这样考虑，在“事实不清、主要证据不足”之后缀上适用法律错误似乎无可厚非。但这一看法忽视了两点：第一，当行政行为“事实不清、主要证据不足”时，很难判断适用法律是否错误；第二，法律已将“主要证据不足”作为一种独立的违法形态，再将其归入适用法律错误势必造成分类的交叠。因此，证据不足不宜归入适用法律错误。

（二）两种归类的难题

除了上述情形，其余的两类应归咎于分类的困难。

1. 行政行为违反法律规定的归类问题

行政行为的内容违反法律的规定，意味着行政主体在认定事实、对事实的定性以及所涵摄的法律规范方面都没有问题，问题出在对事实的法律评价与法律规定不一致。如丁威诉郸城县人民政府颁发土地使用权证案所示的，尽管丁威符合申请宅基地建设用地的法定条件，但按法律规定，村民的宅基地面积不得超过 134 平方米。行政机关划给丁威 176.89 平方米的宅基地建设用地就违反了法律规定。违反法律规定的情形，既不属于“适用了不应适用的法律规范”，也不属于“没

〔6〕〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春译，法律出版社 2003 年版，第 296 页以下。

有适用应适用的法律规范”。实际上，违反法律者还是适用了正确的法律条款，只是未按照法律的规定办，而对照学界关于适用法律错误概念的解释，违反法律规定难以归入适用法律错误。但是，如果违反法律规定不属于适用法律错误，它应属于哪一个撤销要件？

尽管不少判决将违反法律规定的情形归入适用法律错误，却也有判决将其归入超越职权。例如，在曾文仲诉福建省厦门市思明区人民政府嘉莲街道办事处行政备案案中，厦门市中级人民法院和福建省高级人民法院均认为，被告厦门市思明区人民政府嘉莲街道办事处对香江花园物业委员会的审查登记行为，违反了《物业管理条例》和《厦门市住宅区物业管理条例》关于物业委员会备案的规定，超越了其法定职权，依法应予撤销。学界也有类似观点，认为行政超越职权分超越行政权限和超越行政职能。超越行政权限指行政主体的行政行为在层次、地域和事务的一方面或几方面超越该主体职权的情形，包括超越事务管辖权、地域管辖权、层级管辖权等，超越行政权限就是超越行政管辖权。超越行政职能是指“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”。其情形之一为，“行政主体拥有某项行政职能，但其具体行政行为超越了该行政职能的法定幅度和限度。如县级政府批准征用耕地三亩以上。”〔7〕可以看出，这里超越职能所指的现象与我们所面对的违反法律规定没有区别。不过，上述只是个别学者的看法，其论点立基于对职权概念的分解和扩展，并无其他历史渊源和理论根据。学界更为传统和普遍的观点是将超越职权仅界定为超越权限，即超越管辖权。〔8〕如果按照这一传统看法，行政行为内容违反法律规定的情形就不能归入超越职权。

如果违反法律规定既不能归入适用法律错误，也不能归入超越职权，要将之归入其他违法形态，如主要证据不足、违反法定程序、滥用职权等，将更加困难。

2. 行政行为没有法律依据的归类问题

将行政行为没有法律依据归入适用法律错误是否得当，更加值得探讨。简单地看，行政行为没有法律依据，表明行政主体在作出行政行为时根本没有也不可能有适用法律的过程。没有适用法律，何以谈得上适用法律错误？但如果不把“没有法律依据”归入适用法律错误，应当将之归入哪一个撤销要件？

除归入适用法律错误外，有些判决也将之归入超越职权。例如，在崔侃峰诉安徽省岳西县植保植检站行政检查案中，法院认为：被告“在原告已取得调出地《植物检疫证书》的情况下，其对不属检疫对象的‘桑柴纹羽病’作出检查并出具证明的行为没有法律依据，是越权的、违法的”。〔9〕按照民主、法治原则，行政主体原本没有任何行政职权，只是为了实现和维护公共利益，才由民意机关通过立法授予行政机关一定的职权。所以，法律依据本质上是立法机关给行政主体的授权证书，也是唯一的授权证书。反过来讲，行政主体在没有法律依据的情况下做出的行政行为，就是无权行政。于是，“没有法律依据的行为等同于越权行为”。〔10〕

但是，超越职权在我国行政法中通常被界定为超越管辖权，即超越地域管辖权、事项管辖权、层级管辖权等行政权限的违法形态。行政主体做出的行政行为没有法律依据，并不意味着行

〔7〕 参见朱新力：《论行政超越职权》，《法学研究》1996年第2期。土地管理法第25条第2款：“征用耕地三亩以下，其他土地十亩以下的，由县级人民政府批准。”

〔8〕 参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法案例教程》，中国法制出版社2003年版，第462页；前引〔3〕，胡建森书，第438页以下；罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第388页；前引〔3〕，章剑生书，第274页。

〔9〕 类似的案件还如杨世龙诉河南省桐柏县吴城镇人民政府行政处罚案（河南省桐柏县人民法院（1996）桐行初字第35号判决书）。该案判决认为：吴城镇政府以杨世龙擅自将耕地改为鱼塘为由作出“收回土地使用权，没收四周围墙”的处理决定，“于法无据，属超越职权的行为”。

〔10〕 前引〔3〕，胡建森书，第440页。

政主体对其没有管辖权。在陈乃信、陈信祥诉福建省霞浦县渔政管理站渔政行政处罚案中，渔政管理站显然不是对陈乃信的无证捕捞行为没有管辖权，只不过法律没有规定可以没收无证捕捞者的渔船。将这种情形归入超越职权，显然扩大了它的内涵。如果可以将“没有法律依据”归入超越职权的话，哪一种违法形态又不可归入其中呢？所以有学者指出，按照上述思路，“必然会把所有的行政违法都纳入行政越权范围之内”。^{〔11〕}

（三）扩张原因的归结

由上可以看出，各地法院之所以泛化应用适用法律错误要件，一方面源于对诸撤销要件的错误解释，但更重要的是有些违法形态难以恰当地归类。行政行为违反法律和没有法律依据是其中两个典型。这两种形态与适用法律错误、超越职权相近但不相同，不论并入“适用法律错误”还是“超越职权”都显得不甚妥当，都只能是权宜之计。实践中，有些法官无奈之下，将之同时归入超越职权和适用法律错误。例如，在颜凡明诉长岭县人民政府房屋界址划分决定案中，吉林省高级人民法院认为，法律、法规并未规定县级以上人民政府对相邻权人的房屋界址作出划分决定，长岭县政府作出的“《关于颜凡明与王大松房屋界址划分决定》属超越职权，适用法律错误，依法应予撤销”。在张忠林诉江苏省盐城市响水县工商管理局行政处罚案中，响水县法院认为，产品质量法第49条仅规定，生产、销售不合格产品的，可以没收并处以罚款，未规定，仓储、运输不合格的产品可以没收并处以罚款。被告没收运输中的不合格产品并处以罚款，“显属适用法律错误，超越职权”。这种“骑墙”的界定，深刻反映出他们面对此类问题时的无可奈何。

解释错误，源于认识错误，可通过提高认识来解决。归类的难题则可能源自立法的疏漏。那么，行政诉讼法当初根据什么将行政行为的撤销要件仅分为五种，究竟赋予各种要件怎样的含义，这种划分有无不妥之处？

三、行政诉讼法规定撤销要件的背景与纰漏

行政诉讼法制定当初，就行政行为撤销要件的划分及其内涵，立法者并未做说明。考虑到立法者立法时必定会立足于法律概念当初所具有的含义和法律界对相关制度的基本看法，^{〔12〕}探究立法当初法律概念的语义及相关制度背景可以为解决上述问题提供一条路径。

（一）立法当初国内的学理观点

行政诉讼法制定之前或之际出版的行政法与行政诉讼法编著，就行政行为的违法形态进行分类和解释的并不多见，^{〔13〕}所见到的仅有应松年教授于1988年主编的《行政法学教程》和张焕光、胡建森教授于1989年所著的《行政法学原理》中的论述。这两部编著对行政行为违法形态的分类基本相同，首先将其分为实体违法和程序违法两类，再将实体违法分为“行政失职”、“行政越权”、“滥用职权”和“其他违法”四种，将程序违法分为“手续瑕疵”和“形式瑕疵”两种。其中，行政失职相当于行政不作为，行政越权仅指超越行政管辖权，^{〔14〕}滥用职权、程序违

〔11〕 前引〔3〕，胡建森书，第440页。

〔12〕 王汉斌在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》中指出，“法制工作委员会受委员长会议的委托，于1986年组织有关法律专家研究和起草行政诉讼法”，起草过程中，“总结几年来法院审理行政案件的经验，并参考、借鉴外国行政诉讼制度的一些有用的内容”。

〔13〕 如姜明安：《行政法学》，山西人民出版社1985年版；罗豪才：《行政法论》，光明日报出版社1988年版；应松年、朱维究主编：《行政法与行政诉讼法教程》，中国政法大学出版社1989年版。

〔14〕 行政越权基本有两类：“一种是纵向行政越权，如下级行政机关行使了上级行政机关的专有职权，或上级机关行使了下级机关的专有职权；另一种是横向的行政越权，如公安机关行使税务机关的税务管理权。”应松年主编：《行政法学教程》，中国政法大学出版社1988年版，第160页以下；参见张焕光、胡建森：《行政法学原理》，劳动人事出版社1989年版，第359页以下。

法（手续违法和形式违法）与目前的界定基本相同。至于实体违法中的“其它违法”，则系指“除行政越权、滥用职权之外的实体法上的作为形式的违法。……与行政越权和滥用职权的区别是：行为没有超越权限，主观动机、目的没有恶意，但行为直接违反了法律，或与法律原则相悖。例如，有的省政府制定计划生育规章的内容同男女平等原则相冲突”。“实质上的行政违法从它发生的当时起就没有法律效力，而某些形式上的行政违法，经过有效的补救措施，仍能发生法律效力。”〔15〕

对行政法学界的上述看法可摘要五点：第一，行政诉讼法制定之前，刚起步的行政法学界已将行政行为的违法形态划分为行政失职、行政越权、滥用职权、程序违法和其他违法等；第二，行政越权仅指超越管辖权限；第三，已注意到了“违反法律”之形态的独立性，并将其排除在超越职权等违法形态之外；第四，未将适用法律错误作为独立的违法形态，更不用说对该概念有何界定；第五，实质违法是行政行为撤销的基本要件。

尽管当初的行政法学编著尚未将适用法律错误列为行政违法的一种独立形态，但它也不是行政诉讼法的创新，1979年刑事诉讼法第136条和1982年民事诉讼法（试行）第151条已有使用。因此可以认为，制定行政诉讼法时这一概念已普遍使用。在法理学领域，尽管当时的法理学编著很少使用“适用法律错误”这一概念，但经常使用“法律适用”，并提出了法律适用正确的标准：（1）事实清楚，证据确凿；（2）对事实定性准确；（3）对法律规范理解准确；（4）处理得当。〔16〕这应该是我国法学界当时对“适用法律正确”的最基本看法。反言之，适用法律错误就指：（1）事实不清、证据不足；（2）对事实定性错误；（3）对法律规范理解错误；（4）处理不当。处理不当实际上指的是裁量权的不当行使。〔17〕比照行政诉讼法对于撤销要件的分类，将（1）和（4）独立出来的话，适用法律错误的内涵就剩对事实的定性错误和对法律的理解错误两个意思了。这两个意思都属于法律解释的范畴，比当今行政法学者对适用法律错误概念的界定还要小。

（二）立法当初对国外法的介绍

立法当初对国外法的介绍应该是当时人们了解、借鉴国外经验的主要窗口，透过这个窗口可以认识当初立法者了解国外法制的情况。当时，国内翻译和介绍国外行政法和行政诉讼法的论著较少，已出版的译著主要有关于苏联、美国和日本的。如苏联马诺辛的《苏维埃行政法》、П. Т. 瓦西林科夫的《苏维埃行政法总论》，美国施瓦茨的《行政法》，日本南博方的《行政法》。但是在这些译著中，并无关于行政行为违法形态的细致划分。马诺辛和瓦西林科夫基本上将行政法视为行政管理的法，虽有行政过失或行政违法行为的概念，但所指的是行政相对人的过失或违法行为，与我国行政行为的撤销要件相去甚远。〔18〕施瓦茨只是从司法审查范围的角度谈及事实错误与法律错误的问题。〔19〕南博方则仅将行政行为的瑕疵分为违法和不当。〔20〕

除上述译著外，当时出版的介绍国外行政法的专著主要为王名扬先生的《英国行政法》和

〔15〕 前引〔14〕，应松年主编书，第160页，第162页。

〔16〕 当时，对法律适用提出的总体要求是“正确、合法和及时”。合法指实体合法与程序合法。实体合法与正确的要求基本相同。参见沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1988年版，第366页；吴世宦主编：《法理学》，中山大学出版社1988年版，第345页。

〔17〕 “处理要得当。如我国刑法规定了不同的刑罚种类和一定的量刑幅度，这就要求司法机关在适用法律时，应当根据犯罪的事实，犯罪的性质，情节和对于社会的危害程度依法判处，既不重罪轻罚，也不轻罪重罚，要罪罚相当，合情合理。”同上引，吴世宦主编书，第345页。

〔18〕 参见〔苏联〕马诺辛等：《苏维埃行政法》，黄道秀译，群众出版社1983年版，第210页以下；〔苏联〕瓦西林科夫：《苏维埃行政法总论》，姜明安、武树臣译，中国人民大学出版社1988年版，第153页以下。

〔19〕 〔美〕施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年版，第548页以下。

〔20〕 〔日〕南博方：《行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社1988年版，第43页。

《法国行政法》。按照王名扬先生的介绍，在英国，越权原则是审查和撤销行政行为的核心依据。但越权是个大范围，英国没有一部成文法律规定越权的一切情况。根据英国法院的判例，构成越权的情形有三：违反自然公正原则，程序上的越权，实质上的越权。实质上的越权又包括超越管辖权的范围、不履行法定义务、权力滥用、记录中所表现的法律错误。其中，记录中所表现的法律错误不仅指“法律的适用或解释错误，还包括程序上的错误和缺乏证据在内”。例如，治安法官在没有充分证据时取消一个酒类营业执照是一个法律错误。^[21]所以，记录中的法律错误并不同于我国的适用法律错误。

在法国，撤销之诉即越权之诉，撤销的要件即越权的要件。法国行政法院传统上把越权之诉的违法形态分为四种：无权限、形式上的缺陷、权力滥用、违反法律。其中，违反法律是法国越权之诉中最主要的撤销理由，指无权限、形式缺陷和权力滥用之外的一切违法行为，具体包括三种情形：行政行为的标的违反法律，法律根据错误，事实根据不符合法律规定。“标的违反法律”表现为积极和消极两种。前者为行政行为内容与法律相抵触，后者为应作出决定却不作决定。“法律根据错误”表现为：“（1）不在法律适用范围以内的决定。例如行政机关根据征调的法律，征收私人土地。（2）（适用）没有效力的法律。例如适用尚未生效的法律，或已经失去效力的法律。（3）法律解释错误”。^[22]“事实根据不符合法律规定”表现为：（1）事实的根据实际不存在；^[23]（2）事实的性质不符合法律的规定。^[24]

（三）概括、比较及其结论

如果将上述王名扬先生介绍的英国、法国对撤销要件的末端分类形态以及我国行政法学界当初对行政违法形态的分类进行归纳比较的话，可以概括为如下表。

	英国的撤销要件	法国的撤销要件	当初我国行政法学界确定的撤销要件
1	违反自然公正原则		
2	程序上的越权	形式上的缺陷	程序违法
3	超越管辖权的范围	无权限	行政越权
4	不履行法定义务	（不履行义务属违反法律之一）	行政失职
5	权力滥用	权力滥用	滥用职权
6	记录中表现的法律错误	违反法律	其他违法

上表反映了三个国家各自分类的总体情况。综合、比对前述英国的“记录中所表现的法律错误”、法国的“违反法律”和我国学界的“其它违法”各自所包含的具体违法类型，可归纳、总结出以下结论：第一，英国、法国以及我国行政法学界对行政行为撤销要件的分类具有较大的相似性；第二，撤销要件不限于程序违法、超越职权、滥用职权等几种，违反法律规定、没有法律依据等均为“类外”独立形态；第三，均未使用适用法律错误这一概念，而是使用相关的法律解释错误；第四，采用开放

[21] 王名扬：《英国行政法》，北京大学出版社2007年版，第128页以下。

[22] 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第696页。

[23] 如果法律规定行政决定的做出必须以某种事实为前提，行政机关在没有该事实的情况下做出行政决定，即构成事实根据不存在。即便法律没有规定行政决定须以某种事实为前提，如果行政机关宣称它的决定是以某种事实为根据的，而实际上该事实并不存在时，也属于事实的根据实际不存在。例如，省长由于申请辞职被解除职务，实际上省长从未做过这样的申请，因而职务解除的命令被撤销。参见同上书，第697页。

[24] 如果法律规定行政决定须以某种性质的事实为前提，行政机关根据不具备这种性质的事实所做出的决定，即属于缺乏事实根据的决定。例如，省长拒绝发给建筑许可证，因为该建筑物破坏古迹地区的风光，而实际上这个地区并不具备古迹地区的性质，从而行政法院撤销省长的决定。参见同上书，第698页。

性结构,没有将可撤销要件锁定为以上几种。

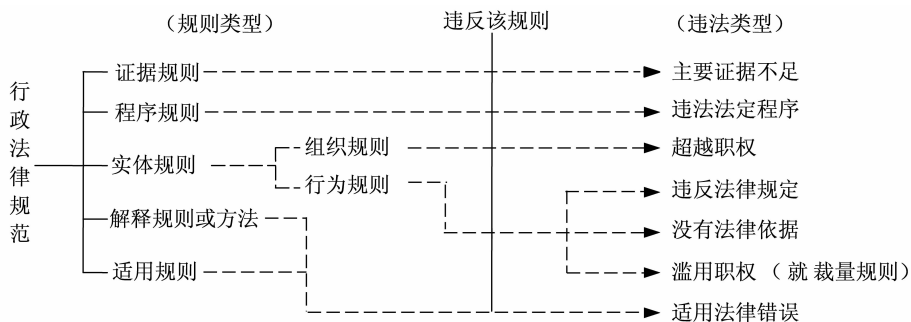
如果将我国行政诉讼法规定的撤销要件与上述情形进一步比较,可看出以下特点:第一,其分类总体上与英国、法国和我国行政法学当初的分类相近;第二,用“适用法律、法规错误”替代了“其他违法”;第三,采用封闭性正面列举的立法模式,将撤销要件仅分为五类。后两个特点可算是对当时学理分类观点的“改进”。但这两点“改进”,并没有坚实的法理基础,基本上属于无本之木,无法形成内在协调、周延的分类体系,有些概念的外延难以划定。如此一来,在后续司法实践中,诸多形态不易归类就是一个必然。可见,行政诉讼法对行政行为撤销要件的规定存在纰漏,司法实践中存在的归类难题源自法律本身。

四、修订行政行为撤销要件的建议

对于立法疏漏,有两种解决之道:一是法律解释;二是法律修订。原则上,可通过解释解决的,不要通过修订来解决。但就撤销要件而言,需要特别考虑三点:首先,通过解释解决,意味着要改变适用法律错误或超越职权等概念的既定内涵。要使法律界就这种改变达成共识需要经历很长的时间。而且,如果改变太大,会影响法律解释的严谨性;解决不好,会影响法律适用的统一性。目前的司法现状就处于这样一种状态。其次,行政处罚法、行政许可法等法律文件已经就撤销要件做了一些调整,但彼此之间还有较大差异,在要件的构成上仍缺乏体系上的协调性和完整性,亟待统一认识。第三,行政诉讼法修改和行政程序法制定在即,利用这样一个时机一并修订撤销要件不会影响法的安定性。基于以上考虑,利用制定行政程序法、修订行政诉讼法的契机,修订行政行为的撤销要件必要、可行。修订内容主要应考虑正面列举的要件和兜底条款两个方面。

(一) 正面列举的要件

行政行为的撤销以违法为前提。撤销要件的类型也就是违法形态的类型,而违法形态的划分应立基于对法律规范的分类。按其功能,行政法律规范大致可分为证据规则、程序规则、实体规则、解释规则(或方法)与适用规则几类。其中,实体规范可再分为组织法规则、行为法规则。组织法规则授予行政机关管辖权,行为法规则授予行政机关对所管辖事项的处理权。后者包括羁束性规范和裁量性规范两类。行政行为违反不同的规范就构成不同的违法形态。这些违法形态便构成了行政行为撤销的基本要件。其结构关系可图示如下:



(二) 兜底条款

行政诉讼法规定的撤销要件的另一重大缺陷在于采取了封闭性正面列举的立法模式。在这一模式下,所列举的往往被曲解为有且仅有的。司法者为使自己的解释获得正当性,只能旧壶装新酒,将类外的硬性归入类内。解决这一问题,可增设一个兜底条款,使其成为开放性结构,就像行政诉讼法第11条对行政诉讼受案范围的规定那样,增强该条款对社会发展的适应力。前文已经提

及,有些文件已有意无意地设定了兜底条款。例如,《重庆市行政程序条例(专家试拟稿)》将其表述为“法律、法规规定应当撤销的”,《湖南省行政程序规定》将其表述为“法律、法规、规章规定的其他应当撤销的情形”。二者虽有些微差别,但都体现了“行政撤销要件法定”的原则。不过,“撤销要件法定”是对行政法定原则的误解。撤销是制约行政权力、保障公民权利的制度。按照依法行政原则,行政行为一旦违法并侵害人民的权利就应当撤销。被违反的法律,就是撤销的基准,别无它法。为撤销设置或列举要件只是为司法审查提供指引,而非施加限制。所以,上述规定实有不妥,兜底条款应拟定为:“其他导致侵害公民、法人或其他组织合法权益的。”

综上所述,将来修订行政诉讼法或制定行政程序法时,可将行政行为的撤销要件规定为:

“行政行为有下列违法情形之一的,应当(判决)撤销或者部分撤销,(必要时可以判令重作):(1)主要证据不足的;(2)适用法律错误的;(3)违反法定程序的;(4)超越职权的;(5)没有法律依据的;(6)行政决定内容违反法律规定的;(7)滥用职权的;(8)其他导致侵害公民、法人或其他组织合法权益的。”

Abstract: The Administrative Procedure Law of the People's Republic of China (APL) prescribes at article 54 (2) that, a specific administrative act should be annulled or partially annulled by judgment, if the act has been undertaken in one of the following five circumstances; a. inadequacy of essential evidence; b. erroneous application of the law or regulations; c. violation of legal procedure; d. exceeding authority; or e. abuse of powers. This closed legislative model has led to great difficulties to judicial interpretation and later legislation. For example, if an act is made without any legal basis or its content violates a law, which one of the five circumstances should the act be classified into? In fact, the statutory circumstance for annulling of a specific administrative act is just a guide to judicial review, not a control.

For this reason, the classification of annulling circumstances should be based on the classification of legal norms, and take an open legislative structure. According to their different functions, administrative legal norms can be roughly classified into evidential norms, procedural norms, substantive norms (including organizational norms and conduct norms), interpretative norms and applicative ones. Violating different kinds of norms means different modes of lawbreaking, which constitutes the basic requirements of annulling a specific administrative act. In future, when amends APL or makes the Administrative Procedure Act of the People's Republic of China (APA), another three circumstances should be added into the circumstances for annulling of a specific administrative act, where the act has no legal basis, the content of the act violates a law, or the act has other circumstances which will infringe the legitimate rights and interests of citizens, corporations or other organizations.

Key Words: administrative procedure law, annulling a specific administrative act, lawbreaking mode of an administrative act
