

事实行为的行政诉讼

王贵松*

摘要 行政事实行为虽然不以发生法律效力为目的,但产生的事实上效果可能对私人造成不利,理应接受法的规范。与法律行为不同,行政事实行为不包含意思表示,并无公定力,要消除其不利后果,不需要藉由撤销诉讼来实现,行政事实行为本身不可撤销,也不必经由拟制为合成性行政决定或者经由结构解释认定为形式性行政决定来撤销。行政事实行为的救济方法主要涉及救济的时机和有效性问题。针对行政事实行为,可不受行政诉讼一般的起诉期限限制,只要存在确认利益,就可以提起确认之诉。在已有事实行为造成不利影响时,法院可以作出确认违法判决,有时还须责令行政机关采取补救措施,才能有效救济。在行政事实行为尚未作出时,法院可以作出履行判决和给付判决,要求行政机关为或不为某种事实行为,以便满足原告的权利需求或者预防对原告的不利。

关键词 事实行为 容忍义务 公定力 起诉期限 不利后果

随着行政任务的多样化和复杂化,行政机关在法律行为之外,还使用了诸多事实行为的手段,由此也带来了行政法学上新的课题。事实行为与法律行为有何不同?这种不同在行政救济法上有何意义?事实行为的国家赔偿很早就获得广泛认可,^{〔1〕}而事实行为的行政诉讼却没有得到正确的对待,诸如有时以超过起诉期限为由拒绝救济,再如作出撤销判决也无法有效救济(并未消除违法结果)。这里既有行政诉讼立法的问题,也有对于事实行为和撤销诉讼等的认识分歧。本文将首先澄清行政事实行为的内涵,再考察法律上如何处理行政事实行为的

* 中国人民大学法学院教授。

〔1〕《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(法发〔1997〕10号)第1条规定“其他违法行为”包括“具体行政行为”和“与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的,给公民、法人或者其他组织造成损害的,违反行政职责的行为”;该规定修改后(法释〔2022〕10号)第1条则明确表述为包括“不履行法定职责行为”、“行政机关及其工作人员在履行行政职责过程中作出的不产生法律效果,但事实上损害公民、法人或者其他组织人身权、财产权等合法权益的行为”。

救济问题,并对争论最大的行政事实行为撤销诉讼展开分析,最后再探讨其他诉讼途径的可能性,进而阐明行政事实行为的应有救济之道。

一、行政事实行为的救济问题

早期有观点认为,行政事实行为是行政机关事实上作出的行为,没有法的意义,不存在救济问题,也不值得研究。但这确实是一种误解,行政事实行为多种多样,包含着法的问题。现在对于行政事实行为的概念必要性已有共识,但对其如何界定、如何规范、如何救济仍莫衷一是。

(一)行政事实行为的界定

事实行为是相对于法律行为而言的,其区分标准有很多学说,诸如有无意思表示、是否产生法律效果、是否有法律效力等。^{〔2〕}民法学上的通说认为,事实行为与法律行为的区分标准在于有无意思表示。^{〔3〕}所谓“意思表示,是指表意人向他人发出的表示,表意人据此向他人表明,根据其意思,某项特定的法律后果(或一系列法律后果)应该发生并产生效力。只要法律制度承认这项意思表示具有法律效力,那么,意思表示所包含的法律后果就正是由意思表示行为——意思表示的发出和送达——引起的”。^{〔4〕}这里表示的是法律效果,而且,通常是实体性法律效果,而非程序性法律效果。在行政法上,意思表示虽然不如在民法的私人自治原则之下那般重要,行政机关只是通过自身的意思表示将法律的一般规定在个案中具体化,^{〔5〕}但意思表示仍有其独立地位,仍然能作为区分行政法律行为与行政事实行为的标准。所谓行政事实行为,是指行政机关作出的不含有设立、变更或消灭法律关系的意思表示的行为,它产生事实的结果,而不以产生实体性法律效果为目的。

行政事实行为既有物理性的活动,例如行政强制执行、行政强制措施等,也有精神性的表示,例如行政指导、公告、通知等。在精神性事实行为方面,容易形成与行政法律行为类似的表

〔2〕 对于行政法理论和实务上的相关区分标准,可参见王镛:“论行政事实行为的界定”,《法学家》2018 年第 4 期,第 52—56 页。

〔3〕 对于法律行为(Rechtsgeschäft)一词的形成,萨维尼等人在民法总则中选用 Geschäft 作为专门术语的理由之一就在于,该词与意思表示(想与他人之间构筑一定关系)密不可分。Geschäft 要成立,仅仅外在的身体动作或行为(Handlung)是不够的,还需要在行为之外再加上将意思向外界传递、构筑与他人关系的部分。古田裕清『翻訳語としての日本の法律用語——原語の背景と欧州の人間観の探究』(中央大学出版部,2004 年)65—66 頁参照。

〔4〕 (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(下册)》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译,法律出版社 2003 年版,第 450—451 页。

〔5〕 对于行政法与民法上的意思表示比较,可参见(日)南博方:《行政法》(第六版·中文修订版),杨建顺译,商务印书馆 2020 年版,第 41 页。对于行政行为与民事法律行为的比较,参见(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 48—51 页;李洪雷:《行政法释义学:行政法学的更新》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 295—300 页。

象,但它与物理性事实行为同样不含有独立的法律效果表示。行政事实行为并非不发生法律效果,但其发生机制与行政法律行为存在差别。单方行政法律行为(亦即行政决定)包含着产生法律效果的意思表示,该法律效果就是源自行政机关在将法律行为的法律根据具体化时作出的意思表示。例如,公安机关依据《治安管理处罚法》第26条第4项规定对某甲以寻衅滋事为由作出行政拘留5日的决定,拘留决定是减损私人权利的意思表示,该法律效果虽然是法律设定的(“五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”),但需要经过行政处罚行为予以具体化(公安机关从法定的法律效果中选择了5日拘留)。双方行政法律行为(亦即行政协议)同样包含着产生法律效果的意思表示,该法律效果源自双方的合意和法律规定。而行政事实行为不含有规范内容,其本身不产生法律效果,但法律、通常是行政事实行为的根据规范之外的其他法律可以赋予其一定的法律效果,该法律效果仅来自于法律的规定,而与行政机关的意思表示无关。行政事实行为可能产生怎样的法律效果取决于它与怎样的法律相结合。例如,行政调查行为旨在获取一定的信息,并不产生法律上的效果,但调查获得的信息成为某违反治安管理秩序行为的要件事实,公安机关依据《治安管理处罚法》的处罚规定作出处罚;再如,行政机关强制拆迁,导致私人房屋毁坏,这种事实上的效果与行政决定(拆除决定)根据的法律所设定的法律效果是重合的,并没有自身的法律效果,但如果强拆扩大了范围,那么根据《国家赔偿法》,私人可以获得国家赔偿。

(二)行政事实行为的类型与救济

行政事实行为因为没有意思表示,故而不存在法律效力,但“行政事实行为并非是一种没有任何法律意义的活动,它同样需要受到行政法律的规范,是一种涉法行为,具有被法律调整的必要性。其根本的原因在于行政机关的管理活动是公权力在国家事务方面的运用”。〔6〕行政事实行为作为行政机关的一种行为,与行政法律行为一样存在合法性问题。其合法性问题主要包括是否需要法律授权、是否符合法定要件、是否符合法定程序、是否合乎比例原则等。

与行政的法形式不同,行政事实行为并没有一定的作用机制,相对灵活,包罗万象,样态繁多。故而,行政事实行为更难预测,更难规范。类型化的区分有助于澄清行政事实行为的法律问题所在。有学者将事实行为归类为四种,分别是内部行为、认知表示、实施行为和强制措施。行政机关相互间或行政机关内部单位之间交换意见、文书往来,或者有隶属关系的公务员之间签呈或指示等均属于内部行为。纯粹的观念通知属于认知表示。实施行政决定或行政规划的行为是事实行为。行政机关运用物理的强制力以实现行政决定的内容,或者径行执行法令的行为,是行政强制措施。前两种行为不影响私人的权利义务关系,故而无法直接启动司法程序。〔7〕真正成为行政救济法上问题的主要是后两种行为。不过,这并不是对事实行为进行分类,而是列举事实行为的常见类型。

从事实行为的内容性质角度可以将其分为实体性事实行为与程序性事实行为,前者是以

〔6〕 闫尔宝:《行政行为的性质界定与实务》,法律出版社2010年版,第55页。

〔7〕 参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第286—287、289页。

实际行动实现实体性效果的事实行为,其自身就是行为的目标,后者是为了实现某种目的而实施的程序行为,服务于某个实体的目标。通常,实体性事实行为能够独立成为问题,能够独立进行争讼;而程序性事实行为一般是在攻击实体性法律行为的诉讼中作为程序违法的理由,只有在没有最终决定时,它自己才能独立成为攻击的对象。在陈银花诉黄冈市人民政府公告行为案中,公告行为是程序性行为,属于事实行为,最高人民法院认为,“并不能单独诉请撤销,而只能以程序违法为由诉请撤销此后作出的实体决定。这是为了防止单独诉请撤销程序行为而拖延行政程序的进行,同时也符合法律保护利益的观点,即程序违法只有在影响实体决定的情况下才予以救济。此外,也是为了防止出现针对程序行为和针对实体决定同时提起诉讼的危险”。〔8〕

还有一种常见的分类是,将行政事实行为分为权力性与非权力性事实行为两类,前者是指行政主体立于与相对人不对等的地位,通过行使强制权(或以其为基础、后盾)直接实现行政管理目的的行为,有行政检查、行政强制执行、即时强制等表现形式;后者是指行政主体在行政管理过程中作出的不以公权力为后盾的实施活动,不涉及强制权限的运用,目的在于为实施行政法律行为准备条件,或者履行行政机关的公共服务职能,具体有认知的表示、决定的执行、事实作业、公权力的侵扰等表现形式。〔9〕容易出现争议的是权力性事实行为,私人会请求消除权力性事实行为所造成的不利后果,这时的首要问题与行政决定(即单方对外具体的行政法律行为)具有一定的类似性,要判断权力性事实行为是否容许作出、是否合法作出,然后才是与行政决定有所不同的问题,即如何预防或消除其事实上的后果。而非权力性事实行为有时也会成为争议的对象,但私人往往是要求作出该行为,满足自身的某种需求,这时的主要问题是私人的给付请求权能否成立。

行政事实行为可能对私人的合法权益产生实际影响,按照行政诉讼法的规定当然具有可诉性。但针对行政事实行为如何选择救济时机、救济方式等,则存在不同的做法和认识。这不仅在一定程度上反映行政法学的种种解释技艺,更涉及行政事实行为救济的有效性。

二、行政事实行为救济的立法应对

这里先来考察行政事实行为在行政救济法上是否存在特殊的问题、法律是否作出特别的规定,为后续的理论分析做好铺垫。在这一方面,中日两国的做法存在异同,或可在比较中发

〔8〕 陈银花诉黄冈市人民政府公告行为案,最高人民法院(2018)最高法行申 538 号行政裁定书。另外,与此角度不同,有学者将事实行为分为目的性事实行为与结果性事实行为。前者是指对特定的人或物施以实际力量的行为,例如人的收容、物的留置等;后者是指对不特定的人或物施以实际力量的行为,例如飞机航运、工程施工等。仲野武志「公權力の行使に当たる事実上の行為論(一)」自治研究 94 卷 10 号(2018 年) 89—90 頁参照。这种区分在原告资格、可诉行为的判断上是有意义的。

〔9〕 参见闫尔宝,见前注〔6〕,第 60—65 页。在用语上,有学者认为,使用“强制性事实行为”和“任意性事实行为”取代“权力性事实行为”和“非权力性事实行为”更为妥当。高木光「行政訴訟論」(有斐閣,2005 年) 120 頁参照。

现中国法的特别之处。

(一) 中国法上的相关应对

在我国,1989年《行政诉讼法》在受案范围上实行概括加列举主义,仅使用了“具体行政行为”的概念,而未将行政事实行为作为专门问题处理。^{〔10〕}理论上更多地是对受案范围的具体行政行为标准展开探讨,对于隐而不显的事实行为缺乏深入的研究,对列举的可诉行为性质也很难作出准确的判断(例如对于行政强制措施等的性质一直争论不休)。以致于在2014年《行政诉讼法》将“具体行政行为”修改为“行政行为”时,有观点就认为,行政诉讼的受案范围由此从法律行为扩大到了事实行为和行政协议。^{〔11〕}但这是错误的理解,因为1989年《行政诉讼法》明确列举的具体行政行为就包含了行政强制措施、行政强制执行等事实行为。在2014年修改《行政诉讼法》时,第一次审议的修正案草案仍然使用的是“具体行政行为”一词,在第二次审议稿上才改作了“行政行为”一词。全国人大法律委员会对此作出说明:“当时立法中用‘具体行政行为’的概念,针对的是‘抽象行政行为’,主要考虑是限定可诉范围。审议修改过程中,有些常委委员、地方、专家学者和最高人民法院提出,现行行政诉讼法第十一条、第十二条对可诉范围已作了明确列举,哪些案件应当受理,哪些案件不受理,界限是清楚的,可以根据实践的发展不再从概念上作出区分,建议将‘具体行政行为’修改为‘行政行为’。法律委员会经研究,建议将现行行政诉讼法中的‘具体行政行为’统一修改为‘行政行为’。”^{〔12〕}也就是说,无论是修改前的“具体行政行为”还是修改后的“行政行为”,其内涵是一致的,它们只是与抽象行政行为(包括行政立法和行政规范性文件)相对,均包含着法律行为(包括行政决定和行政协议)和事实行为。

《行政诉讼法》上的“行政行为”并非行政法律行为的简称,而是抽象行政行为的对称,是一个相对宽泛的概念,是指行政对私人权利义务产生实际影响的行为。只要产生实际影响,无论其性质是法律行为还是事实行为,均具有可诉性。但能否进入行政诉讼,并不仅仅是行为可诉性的受案范围问题,还需要起诉期限、权利保护必要性等诉讼要件的判断。我国行政诉讼并未实行诉讼类型的区分,《行政诉讼法》在诉讼要件上并未区分法律行为和事实行为。如此,行政事实行为似也要受到起诉期限等的一般限制。进入行政诉讼之后,在如何审查判断、如何选择判决类型上,《行政诉讼法》亦未区分法律行为和事实行为,除第12条和第78条使用了行政协议的概念外,均笼统地以“行政行为”作为审理和裁判的对象。如此,行政事实行为似乎也可以

〔10〕 《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)》(法发〔1991〕19号)第1条对“具体行政行为”的界定排除了事实行为,但《行政诉讼法》明确规定的可诉行为包括事实行为。《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》(法释〔2000〕8号)删除了对“(具体)行政行为”的界定,不再限缩法律的规定。

〔11〕 参见信春鹰主编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第8—9页。

〔12〕 李适时:“全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉修改情况的汇报——2014年8月25日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2014年第6号,第693页。

适用撤销判决、确认无效判决等判决类型。但是,理论上未必应有如此结论。

(二)日本法上的相关应对

在行政事实行为救济的应对上,日本行政法存在一定的立法变迁。根据立法对行政事实行为的救济是否专门应对,可以将日本行政救济法分为下面两个阶段。

1. 不作规定的阶段

日本明治宪法(1889 年)时期实行司法法院与行政法院二元制,这时的事实行为会涉及法院管辖分配的问题。明治宪法第 61 条规定:“认为权利因行政官厅的违法处分而受到伤害的诉讼,应当属于另依法律规定的行政法院裁判,不在司法法院受理之限。”虽然宪法上使用了“处分”,但《日本行政裁判法》(1890 年)在受案范围上并没有使用“处分”的概念,而是采取限定列举主义,仅规定为“法律敕令允许向行政法院起诉的案件”(第 15 条)。根据法律的规定,仅有五种案件可以向行政法院起诉,其中包括“关于水利及土木的案件”。现实中存在公共工程方面事实行为的救济问题,大审院认为,其不同于私经济性质的作用,不符合民事诉讼的目的,因而不属于司法法院管辖。美浓部达吉对此表示认可,并认为有必要以某种方法予以权利救济。^[13] 法律上并没有将“事实行为”列为专门问题。

昭和宪法(1947 年)时期实行了司法一元制。《日本行政案件诉讼特例法》(1948 年)在受案范围上虽然转为概括主义,但其“行政厅的违法处分”(第 1 条)仅指法律行为的处分,排除了事实行为。在特例法之下,事实行为属于行使公权力,不存在应予撤销的法效果,难以适用撤销诉讼。^[14]

2. 有所区分的阶段

《日本行政案件诉讼法》(1962 年)开始实行诉讼类型的划分。在该法的审议过程中,对事实行为的行政诉讼途径问题是有所讨论的。最初的规定是采取公共工程等之诉,对于行政机关违法的公共工程或其他行使行政权的行为,要求停止或恢复原状。第二次方案是采取事实行为之诉或排除违法状态之诉,要求排除事实行为所造成的违法状态。第三次方案是采取事实行为的撤销之诉,作为独立的诉讼类型,要求撤销行使公权力的事实上行为。最后是删除了“事实上行为”,保留了行使公权力的行为。反对意见提出的相反方案是“事实行为的违法宣告之诉”。但仅仅是违法宣告,其判决具有怎样的拘束力呢? 将撤销宽泛理解为排除公权力,撤销事实行为之诉也是可以的。法律未认可将事实行为与行政处分相区分的必要性。^[15] 最终,《日本行政案件诉讼法》第 3 条第 2 款规定,撤销诉讼的对象是“处分以及其他行使公权力的行为”。法案参与者认为,其中就包括了事实行为的处分,它虽然不像法律行为的处分那样,

[13] 美浓部达吉『評釈 公法判例大系 上巻』(有斐閣,1933 年)604—605 頁参照。

[14] 对于特例法时代的情况,岡垣学「行政厅の事実行為について」判例タイムズ 6 卷 7 号(1955 年)497—501 頁参照。

[15] 広木重喜「事実行為に対する行政訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 8 行政訴訟 I』(日本評論社,1970 年)31—33 頁参照。

具有通过意思表示拘束相对人的法的效果,但行政厅单方性强行要求其容忍。法律之所以规定通过撤销诉讼争议处分,并只能以这一方法否定处分的效果,这是因为处分大致是行政权负有责任地作出的某种判断,如果允许私人随意否定其效果,就有可能妨碍行政目的的实现。如此,就有必要对处分以外的事实行为性处分在诉讼上作同样的对待。^[16]

与此同时,1962年《日本行政不服审查法》第2条第1款对“处分”作出界定:“本法所称‘处分’,除各条有特别规定外,包括人的收容、物的留置及其他内容具有持续性质的行使公权力的事实上的行为(以下称‘事实行为’)。”它以立法的方式将事实行为明确列为“处分”的一种。但是,2014年修订《日本行政不服审查法》时删除了该表述,改作“不服行政厅的处分者”可以根据规定提出审查请求(第2条)。这里的“行政厅的处分”被认为与《日本行政案件诉讼法》第3条第2款规定的“处分以及其他行使公权力的行为”同义,是所谓具有处分性的行政作用,包括权力性事实行为。有学者认为,不仅这些持续性事实行为包含在处分中没有争议,明确规定也没有实际意义,而且《日本行政案件诉讼法》和《日本行政程序法》对“处分”的定义也没有明确规定权力性事实行为包含在处分中,而是在解释中予以肯定。既然《日本行政案件诉讼法》和《日本行政程序法》中的“处分”也包括非持续的权力性事实行为,那么《日本行政不服审查法》也不应采用不同的处分概念。因此,本条中的“处分以及其他行使公权力的行为”也包括非持续的权力性事实行为。当然,对于非持续的权力性事实行为,即使提出不服申诉,也会因不服申诉的利益已经丧失而被驳回。根据以前的《日本行政不服审查法》,针对非持续的权力性事实行为的不服申诉将因不属于不服申诉对象而被驳回,因此,虽然理由不同,但驳回的结论是相同的。^[17] 权力性事实行为包含在“处分”中在日本已成为一般认识。

但值得注意的是,《日本行政不服审查法》修订之后虽然在受案范围上不再区分行政处分与事实行为,但在行政不服审查的裁决上仍然保持原有的区分处理。1962年《日本行政不服审查法》第40条在裁决方面规定,“在处分(事实行为除外)的审查请求有理由时,审查厅以裁决撤销或部分撤销该处分”(第3款),“在事实行为的审查请求有理由时,审查机关命令处分厅撤废或部分撤废该事实行为,并在裁决中予以宣告”(第4款)。这里明确区分了处分与事实行为,并分别使用了“撤销”与“撤废”的概念。2014年《日本行政不服审查法》在裁决方面使用了“事实上的行为”概念,区别于“处分”。该法第46条规定了狭义处分的撤销、变更裁决,第47条规定了事实上行为的撤废、变更裁决。^[18] 也就是说,法律在处理方式上仍然根据对象的不同作出了一定区分。“所谓事实上行为的撤废,如果以人的收容为例,就是指从

[16] 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(一)」法曹時報15卷3号(1963年)37—38頁参照。

[17] 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説 第2版』(有斐閣,2017年)13—14頁参照。

[18] 2014年《日本行政不服审查法》第47条规定,在事实上行为的审查请求有理由时,审查厅以裁决宣告该事实上的行为违法或不当,并根据以下各项所列的审查厅的区分采取该各项所规定的措施。但是,如果审查厅是处分厅的上级行政厅以外的审查厅,不得命令变更该事实上的行为。①处分厅以外的审查厅:命令该处分厅全部或部分撤废、变更该事实上的行为。②作为处分厅的审查厅:全部或部分撤废、变更该事实上的行为。

拘束状态中解放出来。”^{〔19〕}虽然“撤废”意味着停止预定之事,包容度较大,但与“撤销”的区别仍不甚明确。

由此看来,我国现阶段对事实行为救济的立法应对与日本现阶段的立法应对存在异同。相同之处在于,我国不论有无明确的认识,统一使用“行政行为”的概念,客观上对事实行为与行政决定在诉讼要件、判决类型等方面未作区分。日本是统一使用“行政厅的处分”的概念,将事实行为按照行政决定来处理。不同之处在于,日本虽然采取诉讼类型的做法,但并没有在诉讼类型之下区分法律行为与事实行为,而是在总体上大体明确了针对事实行为的处理方式,即按照“行政厅的处分”处理;而我国不采取诉讼类型的做法,未明确区分行政事实行为与行政决定,但保留了行政事实行为不同于行政决定的处理方式的可能。

三、行政事实行为与撤销诉讼

在行政事实行为的救济途径中,撤销诉讼虽然在立法和司法中都有所实践,但在容许性或适合性问题上存在较大争议。

(一)行政事实行为的可撤销性争议

首先的问题是事实行为可否撤销。对此,理论上早已作出回答。我国民国时期学者钟赓言就曾指出:“取消或变更,惟法律的行为可以行之。若事实的作用,则于事后虽欲取消变更而有所不能,且事实上之行政作用,其因不法而致损害于个人或团体者,亦在所不免,此则又属于他之问题矣。”^{〔20〕}在我国当下的行政审判中也存在相同的立场。最高人民法院曾裁定指出,“事实行为不会对当事人的权利义务产生创设、变更或消灭的法律效果,因而不能成为撤销判决的对象”。^{〔21〕}之所以会产生事实行为的可撤销性争议,通常并不是对事实行为不可撤销存在异议,而主要是源自某种行为构成的理解差异。

1. 针对权力性事实行为的合成性行政决定论

有关权力性或强制性行政事实行为的争议,又集中体现在即时强制性质的认识上。日本也有学者采取德国式的构成方式,将即时强制理解为课予容忍义务与强制行为的合成行为,即时强制就成为合成性行政决定。代表性学者广冈隆认为,在即时强制中,行政机关对在现实中具体存在法规认可的“应予强制的情形”予以认定,通过行政权的事实行为命令相对人加以容忍,由此就将基于法规的一般容忍义务改造为具体容忍义务。在这一意义上,即时强制就不仅仅是与基于法规的一般容忍义务相对应的单纯事实行为,其自身就是确定与自己相对应的具体容忍义务的行政行为性事实行为。因而,将即时强制背后的行政权意思看作容忍命令,将即

〔19〕 宇贺·前掲注〔17〕225 页。

〔20〕 钟赓言:《钟赓言行政法讲义》,王贵松、徐强、罗潇点校,法律出版社 2015 年版(原书为 1927 年版),第 182—183 页。

〔21〕 刘国庆诉芮城县政府、运城市政府撤销房屋登记决定及行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申 2930 号行政裁定书。

时强制看作事实性执行行为和容忍命令的合成物。根据撤销诉讼的通常观念,如果考虑事实行为的撤销诉讼,那就应该将该诉讼理解为并非仅是要求撤销物理性事实行为,而是争议其中潜藏的容忍命令,使容忍命令的法效果消失。^{〔22〕}

对于这种合成性行政决定论,有不少批评。①“容忍义务”一词具有多义性,^{〔23〕}应当作出区分。最早提出行政事实行为观念的瓦尔特·耶利内克(Walter Jellinek)指出,所谓容忍义务,如果不与当为义务相结合,就意味着并非真正的义务,没有法上的力。神桥一彦认为,即时强制中的容忍义务在不得抵抗行政机关行为上是“意思的拘束”,与行政法上一般的义务概念并无不同,但是在根据法规还是从介入行政行为上寻求根据来理解存在差异。^{〔24〕}②即时强制中的容忍义务只是支撑即时强制的强制权限而已。藤田宙靖指出:在两个法主体之间,法律上承认一方对另一方的强制权限,在法的逻辑上就一定意味着同时课予另一方容忍强制的义务。在这一意义上,即使是即时强制,规定强制权限的法规定也当然课予相对方私人相对应的容忍义务(这种容忍义务在强制执行的情形下也完全同样存在)。但是,在概念上区分即时强制与强制执行之际,成为问题的“先行义务”,与上述意义上的容忍义务是不同的,它涉及实现该容忍义务的前提程序问题。也就是说,在让容忍义务者容忍强制行为之前,是否留有余地让其自发履行义务,作出与实施强制行为具有同样结果的行为。^{〔25〕}即时强制要么在时间上要么在性质上均不会期待当事人自觉履行,承认容忍义务并无实际意义。③要让介入这种“容忍义务”的手法有效地发挥功能,需要几个条件:第一,从程序保障的观点出发,对于课予“容忍义务”的行政行为,作为其执行,要有与预定的权利侵害性质相适应的程序;第二,希望在行政行为与其执行之间有充分的时间间隔;第三,从尽早确定法律关系观点出发,希望执行对象的义务内容自身由行政行为的不可争性予以确定(如果要争议,也仅可争议执行自身的违法性)。但是,即时强制明显不满足这些条件。^{〔26〕}概言之,合成性行政决定论在学理和实际意

〔22〕 広岡隆「行政上の即時強制の法的構造とその取消訴訟——事實行為の取消訴訟の解明のために」法学論叢 75 卷 3 号(1964 年)109—112 頁参照。

〔23〕 高木光总结了以下四种可能谈及容忍义务的情形。①行政相对人乃至第三人必须承认行政行为的法效果,在“撤销程序的排他性”或“撤销诉讼的排他性管辖”或者通常所称“公定力”方面可能谈及容忍义务。②像行政上的强制执行那样,“执行行为”只是按照先行的行政行为内容那样来实现,因物理性事实状态变动而受到的损害与行政行为法效果的侵害相重合,原则上要通过先行行政行为的撤销诉讼来救济,排斥禁止事实状态变动或恢复原状的救济。这时也会被理解为容忍义务。③实力抵抗依据法令的行使实力,要受到制裁。这时也可能谈及容忍义务。④作为违法行政活动的救济,仅认可财产性损害的填补,这种警察国家时代的“容忍但请求代偿”原则与容忍义务相关联。高木·前掲注〔9〕123—124 頁参照。另外,还存在实体性容忍义务和程序性容忍义务的区分。前者诸如容忍某种程度的噪音等,限于特定范围内的人负有这种义务;后者是假定作出了考虑诸如噪音等的行政决定,只能通过撤销诉讼否定其法效果,这种义务对世产生。高木·前掲注〔9〕342 頁参照。

〔24〕 神橋一彦「行政訴訟と権利論」(信山社,2008 年)313—316 頁参照。

〔25〕 参见(日)藤田宙靖:《行政法总论(上卷)》,王贵松译,中国政法大学出版社 2023 年版,第 278—279 页。

〔26〕 参见(日)高木光:《事实行为与行政诉讼》,田卫卫、王贵松译,中国政法大学出版社 2023 年版,第 28 页。

义上都存在不足,既不符合现实,亦无必要。合成性行政决定先有命令后有执行,但在现实中通常并没有作出过容忍命令。合成性行政决定只是一种拟制。早期的行政诉讼法仅有撤销诉讼这一类型,而撤销诉讼的对象是狭义的行政行为(行政决定),为了权利救济,使即时强制行为能进入行政诉讼,需要将其拟制为行政决定。但在诉讼类型多样化之后,这种拟制已经没有现实的必要。

2. 针对非权力性事实行为的形式性行政决定论

上述合成性行政决定论存在较大拟制成分,而且也难以适用于非权力性或任意性事实行为,故而,在日本的理论和实务中又出现了一种被称作“形式性行政决定”(形式性行政处分)的做法。所谓形式性行政决定,是指“行政机关或准行政机关的行为没有行使公权力的实质,但为了一定的行政目的,在对国民个人的法益持续性地具有事实上的支配力时,相关国民希望作为抗告争讼对象的行为”。〔27〕也就是说,形式性行政决定在性质上不属于实质性行政决定,但在诉讼上被作为行政决定来对待。〔28〕与合成性行政决定论一样,形式性行政决定也是一种法解释技术的运用。当然,形式性行政决定论并不局限于任意性事实行为范畴。

行政指导是典型的任意性事实行为,一般不能对其提起撤销诉讼。在著名的劝告中止开设医院案中,对于根据《日本医疗法》第 30-7 条作出的中止开设医院劝告,日本最高法院明确将其定性为行政指导,但仍认为其属于《日本行政案件诉讼法》第 3 条第 2 款的“行政厅的处分以及其他行使公权力的行为”。其判决理由如下:根据《医疗法》第 30-7 条作出中止开设医院劝告,《医疗法》上虽然将它作为行政指导来规定,期待被劝告者任意性服从,但是,在被劝告者不听劝告时,相当确定的结果就是,即使开设了医院,也无法获得保险医疗机构的指定。如此,在采用了所谓国民全保险制度的日本,就几乎没有人不利用健康保险、国民健康保险等就在医院就诊,几乎没有医院未受到保险医疗机构指定就进行诊疗行为。这是众所周知的事实。因而,在无法获得保险医疗机构的指定时,实际上只能放弃开设医院的想法。这种根据《医疗法》第 30-7 条作出的中止开设医院劝告效果及于保险医疗机构的指定,与医院经营中保险医疗机构指定所具有的意义合并起来思考,这种劝告就相当于《行政案件诉讼法》第 3 条第 2 款的“行政厅的处分以及其他行使公权力的行为”。〔29〕法院在这里并不是在判断行政指导行为自身的效果,而是看它在整个体系结构中会有怎样的联动效果[中止劝告(医疗法)一不听劝告而申请保险医疗机构指定一驳回申请(健康保险法)一医院开设而无人求诊],它所使用的方法被称作“结构解释”。“对其他法领域虽也适用,但特别是在行政法领域,各个条文并不是孤立地存在着。个别条文形成了实现各个法律之目的的手段的一部分。所以,在条文的解释时,

〔27〕 兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房,1973年)279頁。

〔28〕 形式性行政决定既有法定的形式性行政决定,诸如根据《日本国家公务员法》第 92-2 条的规定,针对国家公务员的降薪、降等、停职、免职等不利处分可以提起撤销诉讼;也有理论上或解释上的形式性行政决定。形式性行政决定论是指后一种。芝池義一『行政救济法』(有斐閣,2022年)36頁参照。

〔29〕 最高裁判所 2005 年 7 月 15 日判決,最高裁判所民事判例集 59 卷 6 号 1661 頁。

仅仅就该条文的言辞加以解释尚不充分,还必须充分理解该法律整体的结构,作为该结构的一部分来解释该条文。可以称这种解释方法为‘结构解释’。”〔30〕

法院既明确肯定某行为属于事实行为(行政指导),又与其他行为根据结合,肯定其处分性。事实行为之所以能成为行政决定,并不是其行为本身的效果,而是与其他行为根据的效果相结合而形成的结果。这也使得结构解释的方法区别于仍在解释自身规范的体系解释和目的解释。藤田宙靖对于这种行为是否真的能称作“(形式性)决定”表示质疑,他认为,因其适用而形成联动的制度效果,在内容、范围上都不明确。〔31〕也就是说,究竟会包含哪些内容,究竟会将多大范围内的行为纳入其中,存在不确定性。这种形式性行政决定论背后的实质问题在于,应当选取怎样的时点和诉讼方式,才能有效地实施权利救济。

(二)行政事实行为与公定力

撤销诉讼常与“公定力”相关联,事实行为的公定力问题也成为—个争议焦点。“公定力”的概念是由日本学者美浓部达吉创造的。早在1906年,美浓部达吉就指出,官厅的处分有证明自身完全合法之力。在有审查职权的官厅撤销其处分之前,仍可保有其效力。既然官厅自己认定此处分在权限以内,臣民不能对其有自行审查、拒绝服从的权利。但“处分之有此公定力者,须其处分在官厅一般之权限以内”。〔32〕美浓部达吉以自我确认说为公定力提供基础,他并不认为具有公定力者仅限于行政决定,而是包含事实行为在内的所有国家行为。“所谓国家行为的公定力,就是说:在公法关系上,国家的意思行为有决定该关系的权力;而这种行为,至被有正当权限的机关取消或确认其无效时为止,是受‘合法的’的推定的,对方的人民不得否认其效力。”〔33〕二战后,田中二郎也认可事实行为具有公定力。他认为,“在行政厅的处分之外,也认可对‘其他行使公权力的行为’提出撤销之诉,其目的在于,这不仅只是意思行为,对于行政厅单方强行要求相对人容忍的事实行为,只要其也属于公权力的行使,就要认可撤销之诉,以排除其公权力(公定力)”。〔34〕这里也可以看到,事实行为之所以具有公定力,是因为其公权力性,可以单方要求相对人容忍事实行为,而不论其合法与否。

对于事实行为的公定力问题也并非都是如此认识。采取前述合成性行政决定论的学者,例如广冈隆认为,即时强制的公定力并不是其物理作用本身的公定力,而是其中容忍命令这种精神要素的公定力,正是因为要求容忍的行政意思具有优越的妥当力,相对人就被置于不能以自己的判断拒绝服从该要求的法地位。〔35〕他实际上是认为,物理性事实行为自身是没有公

〔30〕 (日)盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第37页。在日本的判例中,作为一种法解释方法,结构解释不仅被用于处分性的判断,还被用于原告资格判断和裁量的控制等。橋本博之「行政判例と仕組み解釈」(弘文堂,2009年)16頁以下参照。

〔31〕 参见(日)藤田宙靖:《行政法总论(下卷)》,王贵松译,中国政法大学出版社2023年版,第388页。

〔32〕 (日)美浓部达吉:《行政法总论》,袁希濂译,普及书局1906年版,第25—26页。

〔33〕 (日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,周旋勤校,中国政法大学出版社2003年版,第114页。

〔34〕 田中二郎「新版行政法(上卷)全訂第2版」(弘文堂,1974年)305頁。

〔35〕 広岡・前掲注〔22〕110頁参照。

定力的。

对于这种事实行为的公定力观点,有很多批评意见。今村成和指出,因为国家行为的公权性而承认行使行政权一般有公定力,这种观点在现行宪法之下已无法予以支持,行政权不能说当然包含自行认定自己行为合法性的权限。既然即使事实行为违法,也通过实力排除抵抗、实现目的,这是以相对人的容忍义务为前提的,那就需要是合法行为。相对人不予服从,因违反法律上的义务而当然成为处罚的对象。在此之外,不能想象公定力的效果。无论行为的合法性如何,都产生相对人容忍义务,这种意义上事实行为的公定力观念,只是受行政作用公权性所感而产生的幻想。作为权力作用的事实行为,即使相对人拒绝,也可以执行;即使不去执行,也可以通过罚则来确保其实效性。因而,没有必要承认公定力,连其违法执行都要予以保护。总之,行政行为的公定力是效力问题,是将该行为作为有效的行为而通用的力,而不是作为合法行为通用的力。事实行为不存在效力问题。^[36]

前述由行政权的优越性推定行为合法性的实体法公定力说,在民主法治国家已不能被接受。在实定法没有规定行政行为效力的情况下,从法解释论上来说,因为实定法上规定了撤销的复议和诉讼制度,将争议行政行为合法性的途径特定化,只有经由这种撤销制度才能排除其效力。有关主体如果无权对行政行为的合法性进行审查,就只能姑且尊重该行政行为,而无论其实质上是否合法。有学者称此为“一种表面的有效性”。^[37]现在,这种基于撤销制度排他性管辖所产生或反射的效果就被称作公定力。这种基于程序设计的程序性公定力说也是日本二战后的通说。^[38]由此也可以看出,“从有无公定力推导出可否撤销诉讼,则是逻辑的颠倒,在法解释论上真正要检讨的是,限定用撤销诉讼的方法来争议事实行为的违法性,这种保护是否真的合理”。^[39]

如后所述,使用撤销诉讼来争议事实行为的合法性,也不过发挥确认判决的类似效果,故而,也没有必要扩大公定力的范围,赋予事实行为以公定力。

(三)行政事实行为撤销诉讼的现实意义

虽然学者对于行政事实行为的撤销诉讼存在赞成和反对的两方面意见,但日本行政事实行为的撤销诉讼在日本是得到实定法的规定,在我国也是在现实地实施(因为诸如行政强制执行,也往往存在催告书、行政强制执行决定书这样的表示)。对于这种撤销诉讼的现实意义,日本大致存在三种观点,分别是积极的肯定、从理论逻辑的角度完全否定以及从目的论角度作少

[36] 今村成和「事實行為の取消訴訟」同『現代の行政と行政法理論』(有斐閣,1972年)243—246頁參照。

[37] (日)原田尚彦:《诉的利益》,石龙潭译,中国政法大学出版社2014年版,第105页。这里顺便指出,对于行政行为单方性的根据,原田尚彦认为,只需要列出行政行为的根据法条,是在一定的必要条件下羁束行政机关应该实施一定的行政处分或者已经向行政机关授予了这种权限就足够了。超越这一范围在实定法中寻找单方性的根据,既无必要也没有意义。参见原田尚彦,前揭书,第104页。

[38] 对于公定力的概念变迁,亦可参见王天华:“行政行为公定力概念的源流——兼议我国公定力理论的发展进路”,《当代法学》2010年第3期,第16—19页。

[39] 参见藤田宙靖,见前注[31],第355页。

许肯定。

在日本,积极肯定者目前处于主流地位。理论界积极提倡合成性行政决定论、形式性行政决定论者,均积极肯定行政事实行为撤销诉讼的救济意义。实务界的广木重喜也认为,只要事实状态的变化直接给个人的身体、财产和自由等带来很大影响,而造成这种结果的是行政机关所采取的事实行为,在其属于违法行使公权力时,就应当采取措施,排除违法的事实状态,从公权力的拘束中解放出来。事实行为的撤销诉讼正是在这种场合下充分发挥功能、行政诉讼法所采取的救济方法。^{〔40〕}

柳瀬良干是否定论者的代表。他认为,行政决定的撤销诉讼与事实行为的撤销诉讼在撤销上的最大不同在于,前者是行为的效果,后者是行为的事实。在行政决定的情形下,必须撤销的是法律上的效果,因而,行政决定的撤销诉讼中被撤销的是行政机关的行为效果,而非行政机关的行为事实。在事实行为的情形下,必须撤销的是事实上的结果,因而,事实行为的撤销诉讼中被撤销的是行政机关的行为事实。^{〔41〕}行政决定的撤销诉讼,撤销的是行为效果。效果是观念上的,撤销的是意思表示,法院要做的就是撤销。而事实行为的撤销诉讼,撤销的方法是法院自行作出使事实行为事实上消失的行为,或者命令行政机关使其事实上消失。在日本现行法下,在事实行为的撤销诉讼中,法院能做的只是作出判决撤销有问题的行政机关行为的事实,而不能自行作出事实上使其消失的行为或者判决命令行政机关事实上使其消失,而且不能从这种判决演绎出行政机关事实上使其消失的义务。因而,事实行为的撤销诉讼完全没有保护人不受行政机关侵害的意味。^{〔42〕}高柳信一也认为,在某些领域,没有合理的理由却要扩大抗告诉制度的适用,事实行为的撤销诉讼就是如此。在法治主义之下,迫使国民容忍的单方性限制自由行为应当作为先行课予义务行为的执行来实施,应当赋予国民要求法院审查课予义务行为合法性的机会。如果因紧急性等理由,不经这种程序,即施加实力,这样在事实行为中就同时含有课予义务的意思决定。这时,一方面要适用宪法的令状主义要件,另一方面,排除拘束自由状态应当诉诸通常的救济手段(民事诉讼法上的临时处分),其中,可以将课予容忍义务的合法性作为前提问题予以审查。^{〔43〕}

今村成和则是少许肯定论者的代表。今村成和认为,行政事实行为的撤销自身是没有内容的行为,它不外乎是法院对外表明违法的判断,因而,事实行为的撤销诉讼可以被理解为宣告违法判决。因而,它虽然不以产生出某种形成效果,但通过撤销判决所附着的拘束力,行政机关要根据判决意旨行动,因而,必须承认该事实行为违法,将其废止。因而,事实行为的撤销判决意味着将该行为违法宣告于众。^{〔44〕}而兼子仁认为,事实行为的撤销判决并不仅仅是宣

〔40〕 広木・前掲注〔15〕42頁参照。

〔41〕 柳瀬良幹「事实行為の取消訴訟(一)」自治研究 39 卷 8 号(1963 年)3—7 頁参照。

〔42〕 柳瀬・前掲注〔41〕3—4、10 頁参照。

〔43〕 高柳信一『行政法理論の再構成』(岩波書店,1985 年)198 頁参照。

〔44〕 今村・前掲注〔36〕238 頁参照。

告违法而已,还有解除容忍义务的效果(根据撤销判决的拘束力,行政机关必须即时中止行为并恢复原状)。^[45] 后者当然也是在承认前述拟制的合成性行政决定理论上所作的阐发,但并不是只有撤销判决才能发挥这种效力。^[46]

对于行政事实行为的撤销诉讼,究竟是应予肯定还是应予否定,这不仅仅是一个观念问题,更是一个涉及救济时机判断、救济手段选择、救济有效性的问题。将行政事实行为通过某种方法解释为行政决定,扩大处分性固然有助于证成撤销诉讼的可能性,但同时也要考虑适用撤销诉讼有无不利之处。例如,兼子仁就认为,形式性行政决定本来并不带有公定力和不可争力,私人一开始就可以在满足条件的情况下提起民事诉讼等,但一旦被看作行政决定,选择了撤销争讼程序,就要根据争讼期限的限制等法律规定进行救济,在日本现行行政诉讼法之下也不能申请临时处分。^[47] 对于起诉期限问题,有实务界人士就进一步明确认为,即时强制以具体的容忍义务为抓手,承认其具有公定力和不可争力,其起诉期限从知道课予即时强制相伴的容忍义务之日起计算。^[48] 但是,行政决定以法的明确性和安定性为导向进行规范,撤销诉讼制度应被理解为与行政决定这种法的性质相对应的有关诉讼程序的特别规则集合。将撤销诉讼程序扩张到行政决定以外的行政机关行为时,撤销诉讼程序的特别规则中不适合该行为的法的性质者就应被限制适用。不应该绝对看待行政诉讼法关于撤销诉讼的规定,而应将其理解为从实体法和程序法上规范撤销诉讼对象的行为的法的解释,限制行政诉讼法关于撤销诉讼规定的适用。^[49] 例如,针对事实行为的行政诉讼是否存在起诉期限的问题? 超过起诉期限,事实行为是否产生不可争力? 对于起诉期限的限制问题,在持续性事实行为现在还存在,却不允许起诉,这是违背事理的。如果事实行为终了,诉的利益也会消失,这时起诉期限的限制就几乎没有意义。^[50]

综上所述,针对行政事实行为提起撤销诉讼,从现实的做法来看具有一定的可行性,但为了使事实行为能进入撤销诉讼,需要在行为构成、解释方法上对既有理论认识作出调整。这是事实行为为行政诉讼救济的便宜之策,而非本应如此。而且,以这种方式进入撤销诉讼,也要受起诉期限的一般限制,但只要事实行为所造成的不利影响继续存续,就没有道理不允许当事人

[45] 兼子·前揭注[27]269 页参照。

[46] 在日本,因欠缺其他救济手段而承认事实行为的撤销诉讼有意义,主要是以下三个类型。第一,有必要停止执行的情形。这与排除临时处分相关联而成为问题。按照《日本行政案件诉讼法》第 44 条规定,对行政厅的处分以及其他行使公权力的行为,不能作出民事保全法规定的临时处分。但该法第 25 条第 2 款规定,提起处分的撤销诉讼,可申请停止执行。第二,在像人的收容那样的情形中,通常的民事诉讼无法救济,人身保护程序聚焦于要件是否成立。第三,处于被拘禁状态,自由受到侵害,例如在押者书信的发信限制、通信的检阅等。高木·前揭注[9]123 页参照。

[47] 兼子·前揭注[27]279 页参照。

[48] 滨西隆男「『事实行为』私論(下)」自治研究 78 卷 7 号(2000 年)97—98 页参照。

[49] 山本隆司「判例から探究する行政法」(有斐閣,2012 年)362 页参照。

[50] 今村·前揭注[36]249 页参照。

寻求排除影响的救济。^{〔51〕}在救济的有效性上,即使法院针对事实行为作出撤销判决,也仅有宣告事实行为违法的作用,只能停止行政机关继续实施,而不能藉由撤销判决直接形成无事实行为的状态、消除事实行为所造成的结果。例如,即使法院判决撤销了风险警示,也无法藉由撤销判决形成没有风险警示的状态,因风险警示而给企业商誉等造成的损害仍在继续。在我国,《行政诉讼法》没有对事实行为与行政决定作出明确区分,也就没有必要使事实行为按照行政决定的方式来救济。如此,尚需在《行政诉讼法》的既有框架内探寻其他的救济途径。

四、行政事实行为的可行诉讼途径

行政事实行为的主要争点在于,如何及时有效地消除行政事实行为对私人造成的现实不利影响。在撤销诉讼之外,针对行政事实行为有其他可行的救济途径。根据原告诉讼请求的不同,大致可以分为以下两种诉讼途径。

(一) 确认之诉

如前所述,即使通过某种法的解释技艺针对行政事实行为提起撤销诉讼,该撤销判决也仅相当于宣告违法,亦即确认违法判决。针对行政事实行为提起确认之诉,在其诉讼请求能够成立时,由法院作出确认违法判决。从学理的逻辑和救济的效果上来说,这种救济路径是最为妥当的。在行政事实行为被确认违法之后,该行为已与私人行为无异,私人可以自由行使对自己财产和人身的权利,诸如自行拆除封条、走出隔离场所等。当然,法院也可以根据我国《行政诉讼法》第76条规定,在判决确认违法的同时判决责令被告采取补救措施。藉此,不仅行政事实行为被确认违法,也促使行政机关恢复原状,恢复到没有事实行为就应当出现的状态。如果法院没有责令被告采取补救措施,私人也应当具有消除结果请求权,有权要求恢复原状。消除不利后果是行政事实行为救济的一大特别需求。

与确认违法判决相近的是,法院能否对行政事实行为作出确认无效判决呢?既然事实行为有可能被撤销,那么,对于事实行为,似乎也能设想有重大且明显违法的无效瑕疵。^{〔52〕}按照我国《行政诉讼法》第75条规定,在行政行为有重大且明显违法情形,原告申请确认行政行为无效的,法院判决确认无效。确认违法与确认无效的差别似乎仅在于违法的程度,只要违法达到重大且明显,就要判决确认无效。但是,违法的对立面是合法,存在是前提;无效的对立面是有效,效力是前提。故而,在行政事实行为的确认之诉中,无论其存在怎样的违法瑕疵,均应判决确认违法,而不应判决确认无效。即便现实中行政事实行为有可能被判决确认无效,也不

〔51〕 我国《行政诉讼法》虽然没有就各种行为类型作出区分规定,但不等于没有内在区分,无效行政行为不受起诉期限限制就是典型一例。这可以从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第94条第2款推导得出。参见王贵松:“行政行为无效的认定”,《法学研究》2018年第6期,第173页。

〔52〕 广木·前揭注〔15〕38页参照。

会产生与确认违法不同的效果。

与其他诉讼类型不同,确认之诉须原告有确认利益。与民事诉讼通常是以确认法律关系存在与否为确认对象不同,我国行政诉讼是在确认行政行为是否合法。根据最高人民法院的行政裁判观点,无论是一般确认诉讼还是继续确认诉讼,均须有确认利益。^[53]通过行政诉讼确认事实行为违法,亦须有确认利益。^[54]通常在确认事实行为违法之后,会有国家赔偿责任的承担问题。

在行政事实行为的确认之诉中,不应存在起诉期限的限制,只要存在确认利益即可。起诉期限规定的目的在于保障法的安定性,而行政事实行为的目的在于实现某种事实状态,两者的目标并不相同。故而,重要的是确认行政事实行为违法是否在客观上必要,只要存在确认利益,就应当容许针对行政事实行为提起确认之诉。即使先行事实行为被认为超出行政诉讼一般起诉期限,在后续行为的行政诉讼中也能因违法性继承(广义)而对先行事实行为实施合法性审查。^[55]因为先行事实行为对当事人合法权益的影响可能并不明显,当事人或许还无法产生起诉的需求。在先行行为的撤销诉讼起诉期限終了到之后的行政行为期间,如果诉的利益根据有关案件得到具体认可,那么也可以提起先行行为的确认违法诉讼。确认之诉的利益虽然需要具体的根据,但与撤销诉讼不同,诉的利益只要没有事后消灭等,就能获得认可,像前述劝告中止开设医院那样的事例,确认劝告违法的利益比较容易获得认可。^[56]

同时,在确认违法上,行政事实行为的行政赔偿诉讼与行政决定的行政赔偿诉讼也存在一定的程序差别。按照 2022 年《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第 13、16 条规定,行政行为未被确认为违法而提起行政赔偿诉讼的,视为提起行政诉讼时一并提起行政赔偿诉讼,适用行政诉讼法有关起诉期限的规定。如此,当事人没有在通常行政行为的起诉期限中起诉事实行为,是否就意味着无法再提起行政赔偿诉讼呢?在刘世均诉自然资源部行政赔偿案中,最高人民法院曾指出:“赔偿请求人提起行政赔偿诉讼的前提是加害行为属于

[53] 例如,在一般确认诉讼中,最高人民法院认为,“确认违法也要具备确认的利益,也就是,作出违法确认对于当事人后续主张赔偿权利或者澄清某种法律关系是否为必须”。乔超超诉太和县政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申 8580 号行政裁定书。在继续确认诉讼中,最高人民法院认为,“之所以允许对一个已经终结的、再也不会产生效果的行政行为继续进行确认,是因为在有些情况下仍然存在确认的利益。比如,确认原行政行为违法,有利于当事人后续主张国家赔偿等权利;再比如,有利于完成对于那些随诉讼终结被弃置不顾的法律问题的继续澄清”。李汴菊诉开封市鼓楼区人民政府房屋征收补偿决定案,最高人民法院(2017)最高法行申 2290 号行政裁定书。“继续确认也要具备某种特殊的确认利益。这些特殊的确认利益包括,存在重复危险、存在恢复名誉的利益、存在进一步请求赔偿的可能,等等。”张远凤等诉丹江口市人民政府不履行行政复议法定职责案,最高人民法院(2018)最高法行申 9422 号行政裁定书。

[54] 参照民事诉讼的做法,确认利益可从方法选择的妥当性、对象选择的妥当性、立即解决的必要性、被告选择的妥当性等角度作出判断。参见(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社 2008 年版,第 194—195 页。

[55] 参见王贵松:“论行政行为的违法性继承”,《中国法学》2015 年第 3 期,第 100 页。

[56] 山本·前揭注[49]363 页参照。

行政诉讼受案范围的可诉行政行为,可诉行政行为可以分为具体行政行为和事实行为,如果加害行为属于具体行政行为,则该行为必须已经行政诉讼或者行政复议等法定程序确认违法;如果该加害行为是事实行为,则应当在赔偿请求人提起的行政赔偿诉讼程序中对行为的合法性予以确认,然后决定是否予以赔偿。”〔57〕这种区分与前述对于行政决定与事实行为的区分是一致的。行政事实行为不必经由行政诉讼或者行政复议等法定程序确认违法,不必受行政行为的一般起诉期限限制。在事实行为的行政赔偿诉讼中,仅须遵守国家赔偿请求权时效,可径直确认事实行为违法,作出赔偿判决。

(二) 给付之诉

确认违法判决的主要目的还是在于排除行政事实行为所带来的事实上不利,但行政事实行为并非只有不利后果,有时也能实现私人的某种需求,例如提供最低生活保障、建设日常通行的设施、公开政府信息等,私人若对此享有给付请求权,亦可提起给付之诉,请求作出某种行政事实行为。

在给付之诉中,事实行为与法律行为的区分在德国法上具有重要意义,即针对单方性行政法律行为(行政决定),适用课予义务诉讼,对于事实行为等非行政决定,适用一般给付诉讼。这种区分的意义在于,课予义务诉讼与撤销诉讼都是以行政决定为中心,课予义务诉讼的提起与撤销诉讼一样,行政决定的诉讼必须践行复议前置程序,遵守起诉期限,还可能发生拒绝决定(驳回申请决定)的存续力问题;而事实行为的一般给付诉讼因为没有事前的规范行为,原则上既无需先经前置程序,也无起诉期限限制。〔58〕

反观我国《行政诉讼法》,第72、73条分别规定了履行判决和给付判决。对于两者关系的理解,存在多种学说。区分标准的主要学说有行为性质上的“行政决定—非行政决定”、〔59〕义务内容上的“行为义务—金钱给付义务”、〔60〕司法审查强度上的“程序性判决—实体性判决”。〔61〕如果我国《行政诉讼法》对“行政决定—非行政决定”作出了有意义的区分,那么,参照德国法的做法以此区分履行判决和给付判决是适合的。不过,《行政诉讼法》在各项制度的设计上均采用了“行政行为”的宽泛概念,未能有效区分“行政决定—非行政决定”,现实中的履

〔57〕 刘世均诉中华人民共和国自然资源部行政赔偿案,最高人民法院(2019)最高法行赔申1295号行政赔偿裁定书。案件本身适用的是1997年《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第21、34条。

〔58〕 参见(德)弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第284—286页;陈清秀:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第194—195页。

〔59〕 参见江必新、梁风云:《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第225页;梁君瑜:“行政诉讼履行判决的构造与边界”,《北方法学》2021年第4期,第114—115页。

〔60〕 参见郭修江:“行政诉讼判决方式的类型化——行政诉讼判决方式内在关系及适用条件分析”,《法律适用》2018年第11期,第14页;黄学贤:“给付判决在行政诉讼判决体系中的定位”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第80页。

〔61〕 参见黄锴:“行政诉讼给付判决的构造与功能”,《法学研究》2020年第1期,第77—79页。

行判决和给付判决也没有按照这一标准区分适用。如果适用这一标准,可能需要司法解释加以适当引导。而“程序性判决—实体性判决”标准中的程序性判决,既不对应原告的诉讼请求,也不符合判决效力的原理,行政机关负有尊重判决意旨的义务,而非简单发回,任由行政机关重新处理。故而,这一区分标准不足可采。相对而言,“行为义务—金钱给付义务”标准更具有现实可行性。这一区分标准不仅与我国法律中的“给付义务”概念保持一致性,也有其区分的实际意义,亦即执行方式的差异。如此,责令行政机关作出某种事实行为,涉及行为义务者可适用履行判决,涉及金钱给付义务者可适用给付判决。

在给付之诉中,还有一种特殊的义务,即课予不作为义务,也就是禁止诉讼和禁止判决,禁止行政机关作出某种行为,包括禁止行政事实行为。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2015〕9号)起草过程中曾讨论过禁止判决,但相对一致的意见是,行政诉讼应当定位于事后救济,法院事前直接介入可能影响行政执法和行政管理秩序,故而未作规定。^[62]目前,仅在反信息公开案件中明确承认禁止判决,^[63]范围较为有限。从救济手段的充足性来说,有时只有采用禁止判决甚至是临时的禁止判决,才能提供有效的救济。将行政诉讼限定于事后救济,不符合权利救济的要求。在现行法之下,相比《行政诉讼法》第 72、73 条的包容度来说,在“法定职责”中包含不作为义务的解释是可能的。

五、结 语

行政事实行为虽然没有规范私人行为的目的,但是会产生不利于私人的现实后果,故存在行政救济的必要性。不过,行政事实行为在我国《行政诉讼法》上为“行政行为”所遮蔽,未能作为专门问题明确规定,但在实践中仍应与行政决定、行政协议等法律行为作出区分,否则在救济效果上无法满足权利保护的要求。行政事实行为并不含有法效果的意思表示,没有公定力,不具有可撤销性。将其理解为包含容忍命令的行政决定,既不合理,亦无必要。为了承认事实行为的狭义行政行为属性,将事实行为与其他行为的效果相关联进行结构解释,也有较多的不确定性。如此,行政事实行为的可行救济途径,大致可分成两类。一类是针对不应如此作为的行政事实行为。在其尚未作出时,必要时可以寻求预防性禁止判决;在其已经作出时,为了排除行政事实行为的不利后果,由法院作出确认违法判决是合乎逻辑的有效途径,法院责令行政机关采取补救措施是确认违法判决的必要补充措施。另一类是针对应为而不为的行政事实行

[62] 参见江必新等,见前注[59],第 229—230 页。

[63] 《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》(法释〔2011〕17号)第 11 条第 1 款规定:“被告公开政府信息涉及原告商业秘密、个人隐私且不存在公共利益等法定事由的,人民法院应当判决确认公开政府信息的行为违法,并可以责令被告采取相应的补救措施;造成损害的,根据原告请求依法判决被告承担赔偿责任。政府信息尚未公开的,应当判决行政机关不得公开。”

为。私人请求作出行政事实行为,可以由法院作出履行判决或给付判决。总之,惟有应对行政事实行为的特殊之处,才能对其造成的不利影响予以及时有效的救济。

Abstract: Although administrative factual acts are not aimed at producing legal effects, their actual effects may disadvantage private individuals and should thus be subject to legal regulation. Unlike legal acts, administrative factual acts do not involve declarations of intent, nor do they carry public authority. To eliminate their adverse consequences, there is no need for annulment lawsuits, as administrative factual acts themselves are irrevocable. It is also unnecessary to treat them as composite administrative decisions through legal fiction or reinterpret them as formal administrative decisions for annulment purposes. Remedies for administrative factual acts mainly concern the timing and effectiveness of relief. These acts are not subject to the general statute of limitations for administrative litigation; as long as there is a legitimate interest in seeking confirmation, a confirmation action can be filed. When an existing factual act has caused adverse effects, the court can issue a ruling confirming its illegality and, in some cases, order the administrative body to take remedial measures for effective redress. If the factual act has not yet been carried out, the court may issue enforcement or payment orders, requiring the administrative body to perform or refrain from certain factual acts to meet the plaintiff's rights or prevent harm to them.

Key Words: Factual Acts; Obligation of Tolerance; Presumed Validity; Statutory Limitation; Adverse Consequences

(责任编辑:彭 鐸)