

# 行政行为“无效”与“不成立”辨析

——兼评《行政处罚法》第三条第二款及第四十一条\*

邹 荣

(南开大学 法学院,天津 300071)

[摘要]《行政处罚法》关于行政处罚决定“无效”与“不能成立”的规定,引起了法律术语上的混淆,反映了我国对行政行为效力形态研究的薄弱。在科学构建效力形态体系的基础上,重新对相关概念进行辨别与分析,才会将研究引向深入,并正确地指导立法与实践。

[关键词]行政行为;效力形态;形式效力;实质效力

[中图分类号]D035 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)03-0092-03

《行政处罚法》第三条第二款规定,“没有法定依据或不遵守法定程序的,行政处罚无效。”;第四十一条规定,“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立……”这就将我国行政法学研究中行政行为“无效”和行政行为“不成立”<sup>①</sup>两个法学概念,直接提升到了法律术语的高度。该法中行政处罚决定“不能成立”究竟是指处罚决定因缺失某些要件而不成立,还是指其因违反相关程序性规定而不能当然获得效力?同一部法律中出现“无效”与“不能成立”两个表达迥异的法律概念,其所指的实质内容在该法的语境下究竟有没有差别?有什么差别?这些问题引起了广泛的争论。

法律术语要求具有高度的精确性和规范性,必须以较为成熟的法学理论研究为前提,否则极易引起理解和实践操作上的混乱。就收集的有关资料而言,笔者发现,我国行政法学理论对行政行为效力内容研究得较为深刻,但在效力形态方面却又局限于零星的或者说是散乱的认识。我国行政法学理论上对行政行为的效力形态体系还没有形成一个普遍性的共识。因此,在具体剖析行政行为“无效”与“不成立”概念之前,有必要对本论文赖以立论的效力形态体系进行阐述,以澄清基础认识上的分歧。

我国传统行政法学理论,一般把行政行为划分为生效和失效两种效力形态。<sup>②</sup>我以为,它存在三个弊端:第一,它缺少对行政行为自始无效的理论关注;第二,它没有考虑到行政行为效力的形式效力和实质效力的划分,进而,没有区分出生效和有效两种不同的

效力形态,而把它们混同为一体;第三,它没有对失效的形态进行准确把握,甚至将行政行为无效的确认归于失效的理论范畴。

因此科学效力形态体系的构建,需要做以下一些改进:

第一:要肯定行政行为无效的效力形态。行政行为具有公定力,即行政行为“一经成立,不论是否合法,即具有推定为合法,而要求所有机关、组织或个人表示尊重的一种法律效力。”<sup>③</sup>但,公定力具有局限性。当一个行政行为具有重大且明显瑕疵时,如果我们还推定它合法有效,那么势必造成个案的不正义,换句话说就是侵害了相对人的合法权益。因此,当行政行为具有重大且明显瑕疵时,行政行为应属无效。由行政行为公定力的有限性,可以推导出行政行为无效的效力形态。

第二:要区分出行政行为生效和有效两种效力形态。根据行政行为效力的真实性与否,可以把它分为形式效力和实质效力。形式效力就是有效的推定性,实质效力则是有效的实质性。根据形式效力和实质效力的划分,可以进一步区分出生效和有效的效力形态。生效获得的就是形式效力,有效获得的就是实质效力。一个行政行为只有在获得形式效力的前提下,才有可能获得实质效力,即生效是有效的必然前提。

第三:必须澄清行政行为无效和失效的理论界线。行政行为的无效,就是指其效力的丧失。所谓效力的丧失,要么是形式效力的丧失,要么就是实质效力的丧失。如果一个行政行为,它既不具备实质效力,也不具备形式效力,那么它就不可能会出现失效的效力形态。由此,可以推知,无效的行政行为是不可能进入失效形态的。这样,就能从理论上把行政行为的无效与失效严格的区别开

\* [收稿日期]2007-03-16

[作者简介]邹 荣(1982-),男,江西吉安人,南开大学法学院宪法与行政法专业,硕士研究生。

来。前文说到,传统理论把行政行为无效的确认归入失效的范畴,由此可见是不科学的。行政行为无效的确认,它只不过是无效的一种判定方式而已,理应划入无效的理论范畴。

用三句话可以把以上三个方面做个简明的归纳,也就是:一、基于行政行为公定力的局限性,推导出无效的形态。二、基于形式效力和实质效力的划分,区别生效和有效的形态。三、基于形式效力和实质效力的丧失,明确失效的形态。一个正常状态的行政行为<sup>⑤</sup>随着时间的推移,其效力形态只能选择以下三种当中的一种路径:一是永远定格在(自始)无效;二是由生效不经过有效而到失效;三是由生效到有效再到失效。不可能还有其他路径可供选择。这样,我们就把“无效”圈定在效力形态的范畴,而“不成立”则属于效力形态以外的范畴。在效力形态体系构建起来之后,我们再具体分析“无效”与“不成立”,就有了一个共同的认识基础,不至于出现基本范畴理解上的分歧。

行政行为无效有广义和狭义之分。狭义的无效仅指自始无效。广义的无效既包括行政行为的自始无效,也包括行政行为生效后因被撤销、变更或废止而失去效力。笔者认为广义说实质包含了无效和失效两种形态,不宜一概而论,因而赞同狭义说。因此行政行为无效宜定义为“行政行为作出之时因欠缺法定实质要件而自始全然不发生法律效力的状态”<sup>⑥</sup>。

引起行政行为无效的原因依总体概括性和具体操作性的标准,分为概括原因和明示原因。“概括原因是指确立一个原则性标准作为衡量行政行为是否无效的依据,至于该行政行为最终是否被认定无效则需结合个案予以具体判断。”<sup>⑦</sup>[3]学术上对无效之概括原因存在多种学说,占主导地位的是“重大且明显瑕疵说”,即只有行政行为存在重大且明显瑕疵时,才可以认定为无效。概括原因只是为无效确立了一个原则性标准,在实践中可操作性不强,因此各国的行政程序法和法院判例还确立了一些具体标准,这便是无效的明示原因。无效的明示原因主要包括主体瑕疵、权限瑕疵、内容瑕疵、形式瑕疵和程序瑕疵五个方面。<sup>[4]</sup>

无效的行政行为在效力内容上“具体包含三层含义:一是自始无效。即从行政行为作出时就不具有任何法律效力,作出无效行政行为的机关或其他有权机关得随时宣告或确认其无效,相对人也可随时请求有权机关宣告或确认其无效。二是当然无效。即无论相对人是否主张无效,有权机关是否确认无效,无效行政行为都没有法律效力,任何人都可以忽视其存在而不予尊重和执行。三是确定无效。即行政行为的内容绝对不可能被法律所承认,它不仅一开始就无效,而且不因事后的追认、转换或补救而变为有效。”<sup>⑧</sup>[5]

对行政行为的无效,主要有三种判定方式:一是由行政相对人及其他利害关系人自我判定。行政行为无效在实体法上,“实际上是在法律上赋予人们直接根据自己对法律的认识和判断,公开无视和抵抗国家行政管理权利。”<sup>⑨</sup>[6]但当事人的这种认定具有很大的风险,因为如果行政行为最终被有关机关认定并非无效,那么

当事人就会因抵抗生效或有效行政行为而承担相应的法律责任。因而,实践中当事人务必要谨慎行使。二是由行政机关进行判定。有权行政机关既可依当事人的申请确认该行政行为无效,也可依职权进行确认。三是由法院进行判定。即相对人及其他利害关系人可以诉请法院确认行政行为无效。由于法院实施的是“不告不理”,因此法院一般不能依职权进行主动确认。在我国,2003年3月8日最高人民法院发布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第57条第2款首次确立了法院“确认无效”的行政判决形式,从而为法院对无效行政行为进行判定提供了依据。

行政行为的不成立是与行政行为成立相对应的一个概念。在论述“不成立”之前,有必要对行政行为的成立有个清晰的认识。“具体行政行为的成立是指行政主体实施一项行为怎样才能构成一项具体行政行为,或该行政主体实施一项行为怎样才能作为一项具体行政行为存在。”<sup>⑩</sup>它包括四个要素:行政权能的存在、行政权的实际运用、法律效果的存在和意思表示行为的存在。行政行为不成立是指由于某种行为因欠缺一个或几个构成要件(素)而不成其为行政行为的情形。就其根本不具有行政法意义上的法律效力而言,它与行政行为的无效是一致的。这也往往是两者混同之所在。但两者存在实质性差别:第一,着眼点不同。决定某一行为是否成立行政行为,这是一个法律属性的判断问题;而决定某一行政行为无效与否则是一个法律价值的判断问题。第二,归属范畴不同。行政行为不成立表明该行政行为并未作出且不被外界所识别,因而它不能归属行政行为的范畴;行政行为的无效则是对已成立的行政行为的效力的评价方式,它已经作出并为外界所识别,只是由于欠缺某些实质要件而自始没有效力,因而它仍归属于行政行为的范畴。第三,救济方式不同。对于行政行为不成立,由于行政法意义上的行政行为根本不存在,有关当事人只能将该行为按民事、刑事等行为性质来寻求救济途径,不得申请行政复议和提起行政诉讼;对于无效行政行为,行政相对人可以自力救济——行使抵抗权,也可以申请有权行政机关或诉请法院确认该行政行为无效。第四,承担法律责任不同。“如果行政行为未成立或成立的不是行政行为,则无法律责任可言或承担其他性质的法律责任。”<sup>⑪</sup>[7]对于行政行为无效,由于行政行为已成立,作出该行政行为的行政主体就要对该行政行为承担行政法律责任,确切地说应是行政行为无效的法律后果。

现在回来分析《行政处罚法》有关“无效”与“不能成立”的规定。第三条第二款关于“无效”的规定,基本上秉承了我国以往关于行政行为无效理论研究的成果,但规定过于笼统,可操作性不强。尤其是对“法定程序”的理解上,应采取何种解释,没有定论;违反“法定程序”达到何种程度才导致无效,亦没有予以规定。考虑到其在《行政处罚法》中是作为总则性的规定,不宜规定得过于细致和具体,因此对“法定程序”的内涵应交由分则和有关法律解释予以细化;但在违反程度上,应在总则中明确规定为“重大且明显瑕疵”,作为概括性的原因。第四十一条关于“不能成立”的规

定,则存在着概念混淆之嫌。按照该条文在《行政处罚法》中所处的位置,其处于行政处罚决定一章中的“一般程序”一节;依其内容,是对行政主体违反告知义务、说明理由义务和听取意见义务而规定的法律后果,此种义务均为行政主体作出行政处罚决定的程序上的义务。无论根据其所在位置还是其具体内容,其都不应该是关于行政处罚决定成立与否的问题,而是关于已经成立(存在)的行政处罚决定,其法律价值的判断问题。行政主体的告知义务、说明理由义务和听取意见的义务,均是行政程序的基本制度,对它们的违反,违背了自然公正原则和正当程序原则,属程序上的“重大且明显瑕疵”,理应按无效处理。因此,第四十一条关于“不能成立”的规定,应改成“无效”,这样才符合法律概念的规范和立法的本意。

行政行为的一个最根本的特征就是行政主体在作出行政行为时,为行政相对人设定了行政法上的权利义务。行政行为的效力势必直接影响到相对人在行政法上的具体权利义务状态。研究行政行为的效力形态,对于指导有关当事人作出相应行为,特别是指导行政相对人作出相应的行为以及保护相对人的合法权益,具有极为重要的意义。构建一个科学的效力形态体系对于我们将效力形态的研究引向深入,以及指导我国相关立法亦具有重要的现实意义。

#### [注 释]

- ①本论文所采用的行政行为,为《德国联邦程序法》中的概念,相当于法国行政法学的“行政处理”、中国台湾行政法学的“行政处分”和我国的“具体行政行为”。
- ②叶必丰.“具体行政行为”,姜明安主编 行政法与行政诉讼法,北京大学出版社、高等教育出版社,2005年版:第239页。
- ③由于行政行为效力的中止属于效力形态的非正常状态,

本论文在此不论。

- ④杨海坤,章志远.中国行政法基本理论研究,北京大学出版社,2004年版:第249页。
- ⑤章志远.“行政行为无效问题研究”,《法学》2001年第7期。
- ⑥金伟峰.“相对人抵抗权与中国的行政法治实践”,《浙江大学报》(社科版)2004年第2期。
- ⑦于安.德国行政法,清华大学出版社,1999年版:第127页。
- ⑧叶必丰.“具体行政行为”,姜明安主编 行政法与行政诉讼法,北京大学出版社、高等教育出版社,2005年版:第222页。
- ⑨傅士成.“论具体行政行为的成立”,《行政法学研究》1998年第3期。

#### [参考文献]

- [1] 于安.德国行政法[M].清华大学出版社,1999:97.
- [2] 叶必丰.“具体行政行为”姜明安主编 行政法与行政诉讼法[M].北京大学出版社、高等教育出版社,2005:244.
- [3] 章志远.“行政行为无效问题研究”[J].法学,2001,(7).
- [4] 杨海坤,章志远.中国行政法基本理论研究[M].北京大学出版社,2004:250—251.
- [5] 金伟峰.“相对人抵抗权与中国的行政法治实践”[J].浙江大学报(社科版),2004,(2).
- [6] 于安.德国行政法,清华大学出版社,1999:127.
- [7] 傅士成.“论具体行政行为的成立”[M].行政法学研究,1998,(3).

(责任编辑:杨 睿)

## Analysis of "ineffectiveness" or "falseness" of administrative behaviors

—Comment on the 2nd Provision of the 3rd Article and the 41st Article in Administrative Penalties Law

ZOU Rong

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300071, China)

**Abstract:** The regulation about "ineffectiveness" or "falseness" of administrative penalties in Administrative Penalties Law confuses legal terms and reflects the weakness on the study of effect form of China's administrative behaviors. Based on scientific construction of effective form, re-analysis of the related concepts can deepen the study and correctly guide legislation practice.

**Keywords:** administrative act; effect form; formal effect; substantive effect