

# 瑕疵行政行为的效力及法律后果论纲

黄全<sup>1</sup>, 陈海<sup>2</sup>

(1. 中国民航大学 法学院, 天津 300300; 2. 内蒙古师范大学 马克思主义学院, 呼和浩特 010022)

**摘要:**行政行为的效力包括形式效力与实质效力,两者构成了行政行为的效力体系。严重且明显瑕疵行政行为不具有形式效力的理论与制度混淆了形式效力与实质效力发生的基础。形式效力是基于行政行为的形式而具有的效力,与行政行为内容中的瑕疵无关,瑕疵行政行为都应具有形式效力。实质效力是基于行政行为内容的实质正当而具有的效力,不同的瑕疵将不同程度地影响着行政行为的实质效力并导致该行为被撤销、确认无效与治愈的法律后果。

**关键词:**瑕疵;形式效力;实质效力;法律后果

**中图分类号:**DF3 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2010)06-0028-07

瑕疵行政行为<sup>①</sup>即含有瑕疵的行政行为。在德国,瑕疵行政行为包括错误的行政行为、无效的行政行为与违法的行政行为<sup>②</sup>。在日本,有学者将构成行政行为的违法性或不当性的原因称为行政行为的瑕疵,又将瑕疵行政行为分为无效、可撤销、可转换与可治愈的行政行为<sup>[1]99-110</sup>。在我国台湾地区,有学者将违法行政处分等同于含有瑕疵的行政处分,并在外延上包括了无效、可撤销与可补正等行为<sup>[2]115-118</sup>。在我国内地,有学者直接认为,行政违法与行政不当构成行政瑕疵<sup>[3]7</sup>。

“瑕疵”本意为“微小的缺点”<sup>[4]</sup>,然而,以上对行政行为中瑕疵的表述已突破了该本意,等同于“缺陷”,并且缺陷的程度有大有小。所谓缺陷是对于行政行为的完美状态而言的,而完美状态主要是指:行政行为主体合法;行政行为符合主体的权限范围;行政行为有事实根据和法律依据;行政行为的结论合法适当;行政行为符合法定程序;行政行为符合法定形式;其他,如行政行为准确表达行政意志、书写无

误等。以上七个方面存在缺陷者就构成了瑕疵行政行为,也即本文所讨论的瑕疵行政行为。

## 一 理论分析基础:行政行为的效力内容

由于行政行为效力在多种意义上被泛化使用,故需首先明确行政行为效力内容以作基础。行政行为的效力包括形式效力与实质效力。行政行为的形式效力是指行政行为成立后基于其客观存在的形式而具有的法律效力,其前提为行政行为成立。行政行为的形式效力内容包括公定力、确定力、拘束力和执行力四个方面<sup>[5]154</sup>。公定力为其他形式效力内容的基础与前提。拘束力是指行政行为的法律约束力量,属于对行政行为效力含义及其内容的涵盖性解释,是对行政行为全部效力内容的总称或概括<sup>[6]163</sup>。对此,本文不作讨论。行政行为的实质效力是指实质正当的行政行为具有的应然法律效力,其前提为行政行为内容是实质正当的(从实证的角度而言,实质正当是内容合法或其构成要件为合法有效,以下皆同)。形式效力与实质效力的区别在于:首先,形

收稿日期:2010-08-12

基金项目:中央高校科研基金专项“行政行为效力与法律后果研究”(ZXH2010F004)。

作者简介:黄全(1979—),男,江苏南通人,中国民航大学法学院讲师,中国政法大学法学院宪法与行政法学博士研究生;

陈海(1972—),男,内蒙古鄂尔多斯人,内蒙古师范大学马克思主义学院讲师。

式效力发生的前提是行政行为的形式上存在,实质效力发生的前提是存在的行政行为内容实质正当;其次,由于形式效力是基于行政行为的形式而具有的效力,具有短暂性、不稳定性与相对性的特点,而实质效力是基于行政行为内容的实质正当而具有的效力,具有稳定性、甚至绝对性的特点;最后,行政行为作为法律适用行为、公权力的作用行为,形式效力的理论基点为秩序价值,而实质效力的理论基点为公正价值<sup>⑤</sup>。当然,两者也有一定的联系:一个内容实质正当的行政行为成立后,其不仅具有形式效力,也具有实质效力。

瑕疵不可避免的现实性与对行政行为实质效力(在实证中)权威判断的事后性,是形式效力与实质效力区分的根本原因所在。若所有的行政行为均是合法的,那么形式效力就完全没有必要存在,因为形式效力完全与实质效力相吻合。瑕疵的不可避免而对行政行为实质效力的权威判断往往又在事后,那么从行政行为成立后至权威判断作出前这段期间里,一个行政行为是否具有实质效力对法律关系主体而言是不确定的,为了不影响执法的顺利推进及秩序的稳定,形式效力通过假定行政行为是实质正当的(或合法有效的)来填补这段期间实质效力的“不确定”。可见,形式效力是推定或假定的效力,是出于稳定秩序的考虑。在实证中一个行政行为成立后具有形式效力,若其内容不合法,在有权机关作出权威判断之后,该效力将被否定;相反,内容合法,在有权机关作出权威判断之后,其实质效力得到权威确认,此时当然也无需推定与假定的形式效力了<sup>⑥</sup>。相比较,形式效力是短期的、相对的与不稳定的,在实证中其结果完全依赖于行政行为内容的合法性。从形式效力与实质效力的内容与关系来看,两者前后呼应、相互补充,共同构成了行政行为效力体系。本文以形式效力与实质效力的分野及两者构成的体系作为理论分析工具,讨论瑕疵行政行为效力及法律后果。

## 二 瑕疵行政行为的形式效力

讨论瑕疵行政行为的形式效力,也即讨论瑕疵对行政行为形式效力的影响。无效行政行为理论认为,严重(或重大)且明显瑕疵行政行为是无效行政行为,该行为不具有公定力、确定力与执行力,其法律效力始终不存在,确认无效只是对无效状态的宣告。那么,瑕疵对行政行为形式效力的影响出现了

两种情形:严重且明显瑕疵将影响行政行为形式效力的发生,其他瑕疵不影响行政行为形式效力的发生。该论断是否准确?抱着这个疑问,以严重且明显瑕疵影响形式效力的论断为切入点,分析瑕疵对形式效力的影响即瑕疵行政行为形式效力的问题。

### (一)严重且明显瑕疵行政行为的公定力问题

既然理论认为无效行政行为不具有公定力,那么公定力的发生是有例外的,即有限公定力。有限公定力理论是德、日等国行政法学上的通说<sup>[7]104</sup>。日本学者杉村敏正认为,坚持完全公定力将出现与个人之自由及权利之尊重的对立,“事实上,那些重大且为明白瑕疵的行政处分若仍被认为具有公定力,是强调行政处分的公定力,且将个人的自由及权利之限制及侵害过分地要求由个人来承担。据此吾人宁谓,凡有重大且明白的瑕疵之行政处分,即实体法上无效之行政处分应不具有公定力”<sup>[8]182</sup>。德国学者毛雷尔认为,“法的安定性原则要求赋予行政行为存续力(公定力的替代——笔者注),即使行政行为可能存在瑕疵,但在行政行为是有明显并且重大瑕疵的情况下,不再适用法的安定性,而应当适用实质的正当性原则,故行政行为具有重大瑕疵或根据理智的判断绝对明显的瑕疵,无效”<sup>[9]250</sup>。

公定力是指行政行为一经成立就具有被推定为合法有效的对世效力,社会成员对此予以尊重。公定力的存在主要为了稳定行政行为所设定的法律关系及其引发的相关法律关系,从而维护法律秩序的稳定,即“法安性”<sup>⑦</sup>需要。反之,行政行为若不具有公定力,其效力将被随意否认,那么“法安性”就无法实现,公共利益也将很难实现。按法安性的要求,行政行为一旦成立就具有被推定合法有效的效力。按法的实质正当性的要求,只有实质正当的行政行为,才具有实质效力。那么,公定力本身与法的实质正当性产生了“冲突”,因为公定力是基于行政行为的成立而产生的形式效力,此时的行政行为是否实质正当还是一个未知数。其实,这种“冲突”并非真正的冲突。因为,公定力是推定的假设,绝非意味着该行为具有合法有效的实质效力。行政行为是否具有合法有效的实质效力,以其内容的实质正当性决定,由有权机关来确认。同时,公定力的这种推定效力是暂时的、相对的,并非永远的推定合法有效:不合法的行政行为,虽然基于成立,按法安性要求,暂时产生了推定合法有效的形式效力,但由于其不符合

法的实质正当性的要求,这种形式效力将被有权机关否定,最终不产生合法有效的实质效力。

法安性是对行政行为的形式效力的要求,即只要行政行为形式上存在,不论其是否存在瑕疵,就具有形式效力;而法的实质正当性是对行政行为实质效力的要求,只有内容实质正当的行政行为才能产生实质效力。法安性对应的是形式效力,而法的实质正当性对应的是实质效力,两者不能交错,否则将造成理论上的混乱。据此,不能用法的形式正当性对行政行为实质效力的要求,来否定基于法安性对行政行为形式效力的公定力之假设。退一步讲,若仅考虑法的实质正当性,不仅严重且明显瑕疵的行政行为不具有公定力,而且没有达到严重且明显瑕疵的行政行为也不应当具有公定力。毛雷尔与杉村敏正均认为严重且明显瑕疵的行政行为以法的实质正当性判断,不具有公定力这一形式效力,而其他行政行为以法安性判断,具有公定力。其实,他们混淆了“法定性”和“法的实质正当性”在两个层面对两种效力的不同要求。将无效行政行为不具有公定力的原因归结于法的实质正当性,将其他行政行为具有公定力的原因归结于法安性,这种做法实际上将公定力的理论基础人为地割裂成两个“互不相容”的法安性与法的实质正当性,造成了理论上的混乱。同时,有限公定力理论上将瑕疵的严重且明显与否作为公定力是否发生的标准(严重且明显瑕疵的行政行为没有公定力,一般瑕疵及其他没有瑕疵的行政行为具有公定力),这种做法将公定力理论“俗”化了。故,严重且明显瑕疵行政行为不具有公定力的论断不恰当。

### (二)严重且明显瑕疵行政行为的确定力问题

确定力是“指行政行为具有不受任意改变(撤销、变更、废止、注销或吊销等)法律效力”<sup>[10]199</sup>。对相对人而言,确定力可称为不可争力,指相对人不得以任何以诉讼或抗告等方式要求改变已确定的行政行为。所谓“任意”是指通过设置一定的时限来限制相对人“救济权”的行使,即超过一定的法定时限,行政行为就已确定(即使存在瑕疵),相对人就不得再诉讼或抗告该行为。不可争力是出于法安性即稳定秩序的考虑,避免行政行为处于无休止的争讼中。对行政主体而言,确定力称为不可变更力,也有称为“自我约束力和自缚力”<sup>[11]42</sup>,指行政主体不得任意改变已确定的行政行为,必须是法定机关基于法定

因素并按照法定程序才予以改变或撤销。不可变更力主要出于法安性的考虑,避免行政行为的“朝令夕改”而使法律秩序处于动荡不安的状态。

无效行政行为理论认为,严重且明显瑕疵对民众造成的损害是巨大的,故其不具有确定力,即民众具有无时限的救济权利以保证公正。无时限的救济的确可能实现公正,但与法的秩序价值相违背。法律的首要价值为秩序,追求公正必须有一定时限要求,不能“强调公正对法律安全的无条件的优先”,“一个法律秩序的存在较之于它的公正更为重要”<sup>[12]21-22</sup>。无时限的追求公正,即使能保障某特定相对人的公正,但不能保障其他一系列相关人及已经稳定的公共秩序等更大的公正。从维权心理来分析,由一般瑕疵行政行为造成的权益损害者大多能积极地救济以维护自身权利,而由严重且明显瑕疵行政行为造成更严重且明显的权益损害者不可能在更长的时限内不积极地维护自身的权益,设置无时限的救济权利是没有必要的。对自身权益受损孰视无睹的人,即使给予无时限的救济权也是无用的,但这对法律秩序的稳定和公共利益的实现却是绝无益处的。任何救济权的行使均须设置一定时限,这既有利于督促权益受损者行使权利,又有利于稳定法律秩序。故,严重明显瑕疵行政行为不具有不可争力的论点是不恰当的。同理,其不具有不可变更力的论点也是不可取的。

### (三)严重且明显瑕疵行政行为的执行力问题

执行力是指行政行为具有其内容得以执行实现的法律效力。尊重、稳定行政行为确立的内容是基础,而将这些内容执行或实现是目的。公定力是其他形式效力的基础,严重且明显瑕疵行政行为不具有公定力的论点必然导致其不具有执行力。既然没有执行力,外在执行行为也就没有根据,那么民众对此不遵守与防卫就有了合法的根据。进一步讲,民众也就被授予了严重且明显瑕疵的判断权,因为从逻辑上只有将判断权给予了一般民众,民众才能拒绝遵守及合法防卫无效行政行为的结果。这种做法不可取。

首先,从民众认知能力上分析,民众对严重且明显瑕疵的判断不能完全准确。相对无效行政行为以法律概括的方式将严重且明显瑕疵作为无效行政行为的标准,该标准过于原则、无法量化,民众对此很难准确把握。绝对无效行政行为虽以法律明确的列

举方式列举了无效行政行为的情形,如《德国联邦行政程序法》第四十四条与台湾《行政程序法》第一百一十一条,但从其内容来看,还是比较抽象,民众对此的判断需要借助于一定的法律知识,不能达到完全准确。当然,有些民众对有些无效情形能作出准确判断,但不能保证所有的民众都能对所有无效情形作出准确判断。《德国联邦行政程序法》最早规定了无效行政行为制度,但德国“实践中无效的案例极为罕见,或者说在法院审判中至今尚未出现”<sup>[13][139]</sup>,其不能说明在德国法律实践中不存在无效行政行为的情形,而只能说明该国民众在法律实践中不能保证对严重且明显瑕疵的准确判断而未采用无效行政行为制度赋予的权利及救济方式,故未形成无效行政行为方面的案例,其从侧面也说明了严重且明显瑕疵的标准与民众判断权之间的落差。

其次,从民众判断的不准确而导致的结果上分析,不利于民众权益的保护。将严重且明显瑕疵在理论上及立法上都难于客观确定的判断权给予民众的同时,其实也将错误辨认的责任风险给予了民众。民众若错误的将一行政行为判断为无效行政行为(将一般瑕疵错误地辨认为严重且明显瑕疵),进而拒绝遵守及行使防卫的话,则可能构成妨碍公务。在有些情况下,民众的错误判断可能使其处于更为不利局面:存在“执行罚”的情况下,无论是直接的对抗该行政行为,还是消极的不理睬,都将不利于其最后责任的承担。故,将严重且明显瑕疵的判断权给予了一般民众以否定执行力的理论设计,其实也将错误判断的风险给予了一般民众,不利于民众权益的保护。其实,即使在准确判断的前提之下,防卫权的实施效果也是不理想的<sup>[14]</sup>。无效行政行为理论将防卫权设计为民众的权利,主张采用消极、不作为的防卫方式,并在防卫时主张借助于公力救济。实际上是民众在行政程序中的一种“不合作”的参与状态,与未建立防卫权制度下的民众对相关违法行为的应对状态没有多大差别。

最后,将严重且明显瑕疵判断权给予民众的做法,其实并非将此权威判断权也给予了民众。因为若将权威判断权给予民众的话,将可能出现权威判断结果有多个,造成秩序混乱。其实,该做法隐含了一个假设——对于严重且明显瑕疵的判断民众与有权机关是可以达到一致的,但该假设与实际可能不一致,即民众事前与事中判断与有权机关的事

后权威判断出现不一致,那么就必然造成上文分析的民众权益损害。同时,从逻辑上来讲,既然有瑕疵及瑕疵的程度的权威判断权只能由有权机关在事后行使,而民众的判断又不是权威判断,那么就不能拿事后的判断结果来评判行政行为基于成立而具有的形式效力。故,严重且明显瑕疵行政行为无执行力的论点还具有逻辑上的错误。

以上主要分析了民众判断与防卫的有关问题,似乎与执行力无关。其实不然。正因为严重且明显瑕疵行政行为无执行力,该行为的执行行为也就没有了合法根据,民众才有了合法防卫权与实施防卫前的判断需要。而民众判断困难、防卫实施效果不理想及逻辑上的错误等问题分析,从侧面也得出严重且明显瑕疵行政行为无执行力论点存在的缺陷。

#### (四)小结:瑕疵行政行为的形式效力

行政行为形式效力是在法安性等要求下的一种推定效力,其并非考虑行政行为内容的实质正当性,后者只是对行政行为的实质效力产生影响。严重且明显瑕疵影响行政行为形式效力的做法打乱了两种效力的适用对象,也在实际上否定了形式效力发生的基础,故不可取。瑕疵不应当影响行政行为形式效力,瑕疵对行政行为效力的影响只应在行政行为实质效力内容中来解决。所有的瑕疵行政行为(包括严重且明显瑕疵)都应具有公定力为前提的形式效力,在有权机关作出权威判断以前都应推定为合法有效及其他相应内容。

### 三 瑕疵行政行为实质效力及法律后果

行政行为的实质效力是符合合法的实质正当性要求的行政行为所具有的应然法律效力。讨论瑕疵行政行为的实质效力,必然以该瑕疵是否影响行政行为的实质正当为标准,在实证角度而言则以是否与行政行为的合法有效要件相违背及其程度为标准。若瑕疵与行政行为的合法有效要件相违背,该瑕疵必然导致该行为不具有实质效力,相反则不影响。由此,瑕疵以合法有效要件为标准可分为两类。与行政行为合法有效要件相违背的瑕疵当然包括所谓的严重且明显的瑕疵,但不限于此。行政行为的合法有效要件主要包括行政行为主体合法、权限合法、内容合法与程序合法等。违背行政行为合法有效要件的瑕疵是指影响了相应主体实体权利义务的承担的瑕疵,如行政主体不合法、不符合法定的权限、内容违法和程序严重违法等。在实践中行政行为的合

法有效要件一般以既成的相应法律规定为判断依据,不同种类的行政行为的合法有效要件的差异性较大。本部分主要揭示两类瑕疵将对实质效力产生不同影响并由此导致行政行为的不同法律后果,而至于两类瑕疵划分标准的具体适用问题只能另文展开。

### (一)违背合法有效要件的瑕疵行政行为的实质效力及法律后果

既然行政行为的实质效力在实证角度是以合法有效要件为标准,那么含有违背合法有效要件的瑕疵的行政行为应该不具有实质效力。其法律后果表现为以下两种。

1. 撤销。对严重且明显瑕疵影响形式效力的种种缺陷,上文已作了分析。为避免其缺陷,结合上文瑕疵不影响行政行为形式效力的结论,违背合法有效要件的瑕疵行政行为的法律后果是被撤销,而非无效行政行为理论语境下的确认与宣告无效。通过撤销,有权机关不仅消灭了行政行为的形式效力,也确认了其实质效力的不存在,该行为视为自始不具有法律效力,权利和义务将被恢复到该行政行为作出之前的状态。在法律实践中,包括我国的有些法律规范中,虽然也出现了宣告或确认无效这一形式的法律后果,但其实际法律效果与撤销无异。这些规定只不过是对于重大违法的感情宣示或屈服于先前法律规范内容而作的技术性、有点文字游戏式的规定<sup>⑥</sup>,不能因此反推得出我国建立了无效行政行为制度。对于类似的只是技术性而非有理论依据及逻辑一贯性的规定,应尽量避免。

当然,有权机关对瑕疵行政行为的撤销应当有时间的限制。时限主要是出于法安性或稳定秩序考虑,若无时间限制,有权机关无论何时都有错必纠的话,那么行政行为将处于随时被撤销的状态之中。这就使行政主体与行政相对人之间的法律关系以及相关人之间的法律关系处于不稳定的状态中,秩序稳定也就不能实现。除了时间的限制外,对瑕疵行政行为的撤销还应有公益上的限制。若撤销行政行为将会给国家利益或公共利益造成重大损失的,那么该行为就不能被撤销,而只能通过其他方法进行弥补。

2. 确认违法。如上所述,瑕疵行政行为的撤销受到时间和公益的限制。超过撤销时限者,出于秩序的考虑,该行政行为的形式效力将长期存在下去,

虽然与实质正当性不符。而撤销受到公益限制者,将通过确认违法这种形式来否认该行为的实质正当性,但又不通过撤销这种方式来消灭其先前的形式效力。采用确认违法时必须遵守比例原则,即在价值衡量上不撤销而确认违法达到的公益保护明显比撤销所取得的权益保护占有明显优势。对此,我国2000年实施的《行政诉讼法司法解释》第五十八条已有所体现(当然,撤销、确认违法的主体不限于司法机关而更多的是行政主体)。当然,确认违法后还需要其他弥补措施。

### (二)其他瑕疵行政行为的实质效力及法律后果

其他瑕疵由于不违背合法有效要件,故含有该瑕疵的行政行为应具有实质效力。但,此类瑕疵行政行为毕竟不是完美的行为,故对其需要实施一定的补救将其治愈。在治愈时,按瑕疵的不同性质及程度,采用三种不同的方式。

1. 补正。这种情况通常是程序方面或形式要件方面的瑕疵,并且程度轻微。例如:申请手续不完全,未附行政决定的理由,或说明不完整,裁决机关内部程序上的欠缺等,不影响实体内容的瑕疵。这部分瑕疵允许行政机关利用补正的机会来使行政行为的违法得到补救。对此,《德国联邦行政程序法》第四十五条就有这样的规定。

2. 变更。这种情况主要由行政自由裁量权适用所引起的瑕疵。行政自由裁量权在合法的范围内不当地使用,形成了合法但不当的瑕疵,行政机关对此可以变更。由于变更在实践中的泛化使用,其广义上可针对含有可撤销的瑕疵行政行为<sup>⑦</sup>,此种情形之下,该变更应为撤销与重作相结合的一种替代称呼,对此应注意。

3. 更正。这种情况主要由技术性方面的操作引起的瑕疵,如:误写、误算或漏写、漏印等,因这些瑕疵不涉及到行政意志的变更,行政机关可随时予以更正。

综上(一)与(二)所述,瑕疵行政行为是否具有实质效力的关键在于瑕疵的性质与程度。以是否违背合法有效要件为瑕疵的分类标准,瑕疵行政行为是否具有实质效力有两种情况,相应的法律后果有三:撤销、确认违法与治愈。

## 四 结语

新中国行政法学的发展具有明显的被动性与功利性的特点,其随着社会需要、行政立法的推动而进

行。在这种被动性与功利性作用之下,行政法学理论的引入带有明显的应急性、盲目性与缺乏系统性。行政法学新理论、新概念与新名词被大量引入,而其是否适合我国社会、与我国现有理论与制度是否衔接等问题,思考者却不多。就瑕疵行政行为的效力而言,无效行政行为理论引入我国后,学者们一窝蜂而上支持严重且明显瑕疵行政行为不具有形式效力<sup>[15]</sup>,而不考虑其内在的缺陷与德国无效行政行为法律实践的状况,实为不妥。行政行为效力包括形式效力与实质效力,两者构成了行政行为效力体系。瑕疵行政行为的效力问题或瑕疵对行政行为效力的影响问题,应以此为分析基础。形式效力是基于行政行为的存在形式而具有的效力,行政行为内容中

包含的瑕疵与其无必然的联系,故瑕疵行政行为应具有形式效力。实质效力是基于行政行为内容的实质正当而具有的效力,作为行政行为内容中存在的缺陷,不同的瑕疵必将不同程度的影响行政行为的实质效力并可能导致该行为产生被撤销、确认违法与治愈的法律后果。本文的主旨在于从宏观上探究瑕疵对行政行为效力的影响并初步勾勒出相应法律后果的框架,由此本文只用了抽象标准将瑕疵行政行为分为两类,分别讨论其实质效力与相应的法律后果,而未具体深入到分类标准的实践应用层面及各法律后果的应用条件、标准等具体情形,虽说是一种遗憾,但也不违主旨。

### 注释:

① 本文的行政行为是指狭义行政行为,即单方法律行为。

② 参见《德国联邦行政程序法》第四十二、四十四至四十八条。

③ 形式效力对应的是秩序价值要求,实质效力对应的是公正价值要求。秩序价值是首要价值,也是其他价值的基础,只有在此基础上再考察公正等价值。行政行为基于成立而具有形式效力,更多的考虑是秩序价值要求,在此基础上,考察该行为的内容是否符合实质正当性,以决定其是否符合公正价值要求。

④ 由于有权机关的权威判断往往是在处理争端过程中行使的,若一个行政行为成立后未形成争端或形成过争端但始终未将此提交给有权机关作权威裁判,怎么办?若该行为内容合法的话,有权机关的权威判断反正也是确认其实质效力,这还好处理,也不违背形式效力与实质效力在实践层面的操作。若该行为内容不合法的话,在应然方面当然不具有实质效力,但由于缺乏权威判断与处理,故出于秩序的考虑该行为的形式效力因期限等原因将可能长期存在下去。

⑤ 公定力的理论基础有多种学说:“自我确性说”、“法律安定性说”、“社会连带说”、“既得权说”等。“法律安定性说”(简称“法安性”)得到了更多的认同与接受,本文也支持此说。参见(日)杉村敏正《论行政处分的公定力》,载于城仲模《行政法之基础理论》,(台湾)三民书局1988年版,第176页。

⑥ 《行政处罚法》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;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外”。这条规定的意图是将行政机关的告知、听取陈述与申辩等义务作为法律强制性的规定,行政主体必须遵守,否则即重大违法。“不能成立”的表述是特别强调该义务的强制性与违反的严重性。若行政机关违反了该条规定,处罚行为并非不成立,而是未依法成立,因为该行为在客观上还是存在的,还可以将此作为诉讼标的起诉的。那么,“不能成立”在本法条语境中的意义只是重大违法的感情宣示。2000年实施的《行政诉讼法司法解释》第五十七条规定,被诉具体行政行为依法不成立的或无效的,应给予确认违法或无效判决。这条规定的确认无效就是更多的屈就于类似以上法律规范的内容(立法时术语被采用的逻辑:先前的法条用了“不能成立”或“无效”,那么诉讼法中当然就不能用撤销了而只能用确认无效。实际上先前法条术语的使用本身就不规范,现在“错上加错”,其结果是加剧了法律术语混乱并形成了恶性循环),没有理论支撑,只是技术性的规定,有点文字游戏的色彩。故,此次的确认无效并非无效行政行为制度语境下的确认或宣告无效。同样,《行政处罚法》第五十六条规定,“行政机关对当事人进行处罚不使用罚款、没收财物单据或者使用非法定部门制发的罚款、没收财物单据的,当事人有权拒绝处罚,并有权予以检举……”此条规定是给予当事人在行政机关未使用合法单据的情况下拒绝交纳的权利,其用意在于借助当事人来监督处罚的执行。无单据时当事人拒绝交纳,当有单据时就得交纳,是否交纳只针对单据而不针对处罚决定。虽有“拒绝处罚”字眼,但实际为拒绝无单据情况下的履行,当事人对该处罚决定是要遵守的。若建立了无效行政行为制度的话,当事人应拒绝的是处罚决定而非执行行为况且只是有条件的执行行为。故,此处拒绝权并非无效行政行为制度语境下的防卫权。

⑦ 如行政机关对相对人的某违法行为作出处罚,然而该处罚适用的法律条款错误,后行政机关按照正确的法律条款作出了变更。该变更实际是先撤销了先前处罚行为而后作出了一个新的处罚行为。

参考文献:

- [1]室井力. 日本现代行政法[M]. 吴微译. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [2]黄异. 行政法总论[M]. 台北: 台湾三民书局, 1992.
- [3]张焕光, 胡建森. 行政法学原理[M]. 北京: 劳动人事出版社, 1989.
- [4]中国社科院语言所词典编辑室. 现代汉语词典[K]. 北京: 商务印书馆, 1983.
- [5]姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 1999.
- [6]杨小君. 行政法基础理论研究[M]. 西安: 西安交通大学出版社, 2000.
- [7]塞夫. 德国行政法[M]. 周伟译. 台北: 台湾五南图书出版有限公司, 1991.
- [8]杉村敏正. 论行政处分的公定力[C]//城仲模. 行政法之基础理论. 台北: 台湾三民书局, 1988.
- [9]哈特穆特·毛雷尔. 行政法总论[M]. 高家伟译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [10]田中二郎. 行政行为论[M]. 东京: 有斐阁, 1955.
- [11]南博方. 日本行政法[M]. 杨建顺译. 北京: 中国政法大学出版社, 1988.
- [12]拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [13]平德纳. 德国普通行政法[M]. 朱林译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [14]黄全. 无效行政行为理论之批判[J]. 法学杂志, 2010, (5).
- [15]黄全. 行政行为形式效力之完全公定力论[J]. 甘肃政法学院学报, 2009, (3).

## On the Legal Effect and Consequence of Flawed Administrative Act

HUANG Quan, CHEN Hai

(Law Institute, Civil Aviation University of China, Tianjin 300300;

Marxism Institute, Inner Mongolia Normal University, Huhehaote, 010022, China)

**Abstract:** The legal effect of administrative act, consisting of formal effect and substantial effect, form the system of its legal effect. Theory and system of seriously and obviously flawed administrative act being of non-formal effect confuses the foundation for the two categories of effects, of which formal effect is based on the form of the administrative act and not related to the flaw in its content and therefore of formal effect with flaw, while substantial effect is based on the substance of its content and therefore various flaws affect its substantial effect to various extent and lead to the legal consequence of its being annulled, being declared illegal and being redressed.

**Key words:** flaw; formal effect; substantial effect; legal consequence

[责任编辑: 苏雪梅]