

[优秀论文]：无效行政行为防卫权制度初探 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_485000.htm

[摘要]基于无效理论延伸出来的无效行政行为防卫权是指行政相对人对无效行政行为所设置义务享有的抵抗和正当不服从的权利，它对防止行政权滥用、坚守行政行为“实质正当性”要求以及弥补传统行政救济方式的不足，具有非常现实的意义。我国应在行政程序法中赋予行政相对人防卫权，建立无效行政行为防卫权制度，科学界定防卫权标准和限度，明确行政行为无效的理由，并通过建立快速的无效确认机制和防卫权矫正机制来保障其实现。

[关键词]无效行政行为；防卫权；公定力；无效确认

近年来，随着无效行政行为理论的盛行，无效行政行为防卫权日益受到行政法学界的广泛关注。本文在借鉴学者们有关研究成果的基础上，着重对防卫权及其制度的构建进行初步探索。

一、无效行政行为防卫权的涵义与价值分析

无效行政行为防卫权，是指行政相对人对无效行政行为所设置义务享有的抵抗和不服从的权利，也有学者称其为抵抗权、抵制权、拒绝权。该权是私权对抗公权的重要机制，也是行政救济的主要方式。在传统的行政法学理论上，公定力被认为行政行为效力的一个重要方面，即行政行为一经成立，不论是否合法都推定为合法有效且有拘束力。正如日本行政法学者田中二郎所言：“行政行为最重要的特色就在于，尽管是瑕疵的行为，但这种行为也是具有公定力，对方仍有服从的义务”。而根据新兴的无效行政理论，如果行政行为无效或在法律上根本不成立，则该行为自然不具有效力，相对人

有权不服从、不履行，即相对人对无效行政行为有权抵抗和防卫。换言之，对于具有特别重大且明显瑕疵的行政行为，其公定力应予否定。无效行政行为防卫权制度的价值目标主要体现为以下两点：1、它是以公民权利抵制行政权力的重要途径。防卫权制度赋予人们根据自己对法律的认识和判断，公开对抗无效行政行为的权利。众所周知，行政权具有主动性、单方意志性、强制性、膨胀性等特点，大大增加了行政违法的可能性。随着公法私法化趋势的日渐明显和公法领域对于平等理念的引入，行政法上也开始关注意思自治理念，强调对个体意志的充分尊重，在权力设置的同时注重对权利的保护，务求权力和权利之间最大限度的平衡。同时，现代社会越来越注重权利对于权力的直接制约，权利不再是权力制约的诱因和以权力制约权力的附属，建立以权利直接制约权力的监督行政机制已为当务之急。而我国现行监督机制存在主动性差、侧重事后监督而忽略事前事中监督以及监督主体权限小等弊端。美国卡尔·丁·弗里德里希有这样一句名言：“保护公民不可剥夺的权利是对抗国家权力的有效手段。”充分体现了以权利制约权力的法律精神。权力作用于权利，反过来，权利对于权力的制约必然最具直接性和有效性。赋予相对人对无效行政行为的抵抗和防卫权，无疑开辟了对行政权进行监督的新渠道。这一法律机制的建立，必将从根本上改变相对人的被动地位，拓宽监督行政方式。同时，有利于发挥其中事监督的优越性，即时阻却有重大违法情形的行政行为的运行，进而避免重大损害的发生。[1] 2、弥补传统行政救济方式之不足。我国传统的行政救济方式不外乎行政复议、行政诉讼及国家赔偿等。它们的共同缺点是具有

被动性、事后性和低效性。因为依据公定力理论，即便对有重大明显违法情形的行政行为，相对人也只能在该行为成立甚至危害后果发生后，才可以通过上述救济途径得以纠正和获得赔偿。这无疑会造成诉讼成本和国家赔偿费用的双重浪费，更不用说救济程序本身的漫长烦琐给双方当事人带来的人力、物力和精神上的负担。而无效行政行为防卫权制度的建立，则能大大缓解传统救济方式所承受的压力，弥补其不足。这种阻却机制赋予给公民的实质上是一种自我保护、自我救济的权利和手段，它具有直接性、主动性、事中性等优点，若配之以健全、完善的无效主张认定程序，防卫权制度将成为传统救济的有益补充。[2]

二、构建我国的无效行政行为防卫权制度

（一）防卫权面临困境分析

“无效理论赋予了公民在某些情形下直接抵制行政命令的权利，其规则化、制度化无疑将使这种充分肯定个人之自由、自主的权利获得实定法上的支持。”但正如无效理论基于与传统公定力理论之间的矛盾而产生的尴尬处境一样，无效行为防卫权亦面临困境。其一，是如何判定一个行为是否无效的问题。通常认为，无效行政行为是指那些具有重大瑕疵、欠缺法定实质要件而自始无效，或者依据理智判断绝对明显无效的行为。我国学者则多定义为“重大明显违法”。至于何为“重大”何为“明显”则依然是不确定的。“无效理论把正当不服从权利赋予相对人，同时也就意味着把良知和理智判断的义务给了相对人。”而相对人稍一错念，便易导致假想防卫、防卫过度和防卫权的滥用。其二，防卫权如何对抗强制权？防卫权毕竟是私权，在强大的行政强制权面前终是弱小，故而二者的平衡问题、冲突的化解问题是亟待解决的现实问题，

否则，防卫权就只能是停留在文字上的空权利。其三，如何防止相对人滥用防卫权？如果相对人享有抵抗和防卫权，则依据权利责任平衡之法理，相对人对此种权利的行使也需承担法律责任。若责任过重，会导致相对人不敢用；责任过轻，则又会导致滥用。以上相对人对无效行政行为防卫权的困境，从根本意义上讲，来自于行政行为公定力和行政行为无效理论之间的紧张关系，也体现了“安定性”要求和“实质正当性”要求的现实冲突。若想使行政过程中应当享有的防卫权成为可实际操作的防卫权，尚需实体法的规定和制度化的努力。

（二）构建无效行政行为防卫权制度的几点设想

- 1、明确行政行为无效的标准或理由。为了保障相对人切实形式对无效行政行为的防卫权，首先需要对行政行为无效的理由进行明确规定。即通过立法的形式明确无效之标准或理由。一般来说，行政行为无效可分为一般无效和绝对无效两种。因而立法上也应分别对绝对无效的具体情形做列举式规定，对一般无效的理由做概括性规定。实际上，目前我国一些重要的立法已经开始注意运用列举的方式确立一些行政行为绝对无效的理由。例如，我国《行政处罚法》第3条第2款规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”第49条和第56条也规定：当事人对于不出具罚款收据或没收单据的处罚有权拒绝履行。而最高法院通过司法解释，也试图初步确立将行政行为之“明显而重大违法”作为行政行为无效的一般性理由。这些法定标准的确立，使无效行政行为防卫权成为一项现实性权利。但这些规定显然还不够明确、具体，还有待于借鉴国外立法先进经验，在《行政程序法》中作系统的完善。
- 2、科学界定防卫权标准和限度。应

以“正当性”作为防卫权的法律标准。无效行政行为防卫权毕竟不同于民事或刑事领域的正当防卫概念，相对人抵制无效行政行为的方式应该是消极不作为的，即不遵守、不服从、不理睬或不执行，而不应包括积极作为的方式。我们主张的是一种“温和的抵抗权”，暴力对抗原则上是被排斥的。当然，特别情况下如一名警察当场逼迫公民去实施犯罪，对这种肯定无效的行政行为，公民完全可以采取适当的暴力手段来摆脱警察的控制。

3、确立行政程序的“无效确认”机制与行政诉讼的“宣告无效之诉”双轨制，实行“抵制必须答复”和“争讼停止执行”原则。尽管从理论上说，无效行政行为不具有执行力，但行政机关若实施强制执行，行政相对人的防卫权无疑是无法与之抗衡的。为了解决这一极具现实意义的问题，笔者建议可在行政程序法中建立以“抵制必须答复”为主要特征的无效确认机制。该机制既可以独立存在也可并入行政复议，具体是指相对人对于行政行为无效的主张与行政主体对于行政行为合法有效的主张相遇时，相对人可向做出该行为的行政机关或上一级行政机关提出确认无效申请，行政机关有义务在法定期间内对其所作决定进行无效与否的审查和判断，并将结果告知相对人，以便其作出相应的选择。该程序的设置应力求简单、方便、快捷，旨在即时阻却行政行为的运作过程，限制行政主体的行政强制权，从而保障行政相对人防卫权的有效行使。同时，我国行政诉讼中应当建立起“请求宣告无效之诉”制度，以完善司法解释中“确认无效”判决的相关规定。具体思路为：如果相对人认为某一行政行为无效，可以通过上述行政程序中的无效确认制度或行政复议程序提出抗辩，如果行政主体认为该行

为不属无效并强制执行，相对人可以向人民法院提起行政诉讼，请求法院宣告该行为无效。或者，当行政主体向法院申请强制执行时，相对人可以以该行为无效而作为抗辩理由，请求法院宣告其无效。“争讼停止执行”是指当相对人对无效行政行为提起行政复议或者行政诉讼时，该项行为原则上应停止执行，以避免实际损害的发生。[3]对此，德国《联邦行政法院法》第80条明确规定：“申请复议及确认无效之诉具有中止执行的效力。”从切实保护相对人合法权益的角度来说，德国的做法无疑值得我们借鉴。当然，该原则在我国实行起来尚有很大阻力，《行政复议法》和《行政诉讼法》都已将复议和诉讼期间不停止执行作了明确规定，但从发展的眼光看，如果一种制度设计是值得的并具有一定可行性，我们就该为它做点什么。无效行政行为是行政行为中完全不具备实质正当性和有效成立要件的行为，只有有效地保障对其正当防卫权的行使，才能真正实现依法行政。此外，还要建立相应的防卫权矫正机制。“防卫权制度的内核是赋予相对人对无效行政行为不服从以合法性和正当性。”但是，一旦相对人判断失误或者防卫方式有问题，其合法性、正当性便会丧失，就要承受假想防卫或防卫过当的不利后果，负妨碍公务责任。所以，应建立一个完善的防卫权矫正和责任追惩机制，明确滥用防卫权的法律责任，区分故意和过失，按其危害程度和情节轻重划分责任大小。注释：沈岷.法治和良知自由：行政行为无效理论极其实践之探索[J].中外法学，2001,(1). 王锡铤.无效行政行为理论和实务研究[EB/OL].http://中国法律网，2004年6月. 柳砚涛、刘宏渭.论无效行政行为防卫权及其矫正机制[J].行政法学研究

, 2003,(2). 参考文献： [1]柳砚涛.行政行为公定力置疑[J].山东大学学报，2003,(6). [2]章志远.行政行为无效若干问题研究[J].河南政法干部学院学报，2002,(1). [3]章志远.行政行为无效若干问题研究[J].河南政法干部学院学报，2002,(1). 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com