

论行政法上的温和抵抗权

余忠尧^①

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘要: 不同层面的抵抗权有不同的含义。行政法层面的温和抵抗权是指行政相对人所拥有的对无效行政行为进行抵制和不服从的权利。《治安管理处罚法》和《行政处罚法》等法律明确赋予行政相对人以温和抵抗权。学理上对行政法层面的温和抵抗权的含义及其行使条件、范围等方面的研究还很薄弱。温和抵抗权的行使必须而且只能以无效行政行为为基本依据。无效行政行为的制度设计应以我国《行政程序法》的制定为契机, 无效行政行为制度的完善将使得温和抵抗权的行使从感性走向理性, 从理念走向制度。

关键词: 温和抵抗权的行使; 无效行政行为; 行政程序法

不同层面的抵抗权有不同的含义。从政治角度看, 抵抗权主要指的是人民反抗专制政府的权利, 这种意义上的抵抗权几乎相当于革命权, 与法律所追求的诸如理性、和平与秩序等价值难以兼容。从宪法角度看, 抵抗权是指在理性指引下将政治学意义上的抵抗权纳入宪政的框架。北美弗吉尼亚州宪法率先规定了公民的抵抗权, 1789 年法国《人权宣言》第 2 条也庄严地宣布: “任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利, 这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”^[1] 这些规定虽然依旧带有理念的痕迹, 却不失为向制度化转变的肇端。从行政法层面看, 公民的抵抗权如要从感性向理性转变, 真正使得公民在现实生活中能够与政府进行理性的对峙与抗争, 其在行政法层面的制度化则更为迫切。行政法上的抵抗权主要被表述为个体对基于公民权力而作出的行政决定所设置之义务进行抵制和不服的行为。^[2] 对于行政法层面的抵抗权(以下称之为“温和抵抗权”), 我国制定法上已有一些相关的规定, 比如, 《治安管理处罚法》第 106 条规定: “人民警察当场收缴罚款的, ……不出具统一制发的罚款收据的, 被处罚人有权拒绝缴纳罚款。”再如, 《行政处罚法》第 49 条也规定: “行政机关及其执法人员当场收缴罚款的, ……不出具财政部门统一制发的罚款收缴的, 当事人有权拒绝缴纳

罚款。”此外, 有关温和抵抗权的规定还有《农业法》第 18 条、《全民所有制工业企业法》第 33 条等。这些规定象征我国政治文明的进步。然而, 温和抵抗权“有”的量应多大? “有”的质又如何? 公民应如何去合法适当地运用温和抵抗权? 这些问题都值得我们去进一步去研究。

一 温和抵抗权行使的条件

就温和抵抗权而言, 最为现实和关键的问题是运用什么方式、何时才能行使温和抵抗权? 有没有一个和平、安全的渠道? 如果我们把这些问题放到现实中去, 会发现可能的情况不计其数且千姿百态, 以致难以针对行政权在不同行政行为中、以不同的形式所表现出来的专横野蛮去设计温和抵抗权这一制度。况且, 即便是构建出这样的制度, 由于公民与政府直接对抗而形成的“短兵相接”也难免出现双方或其中一方“过火”、甚至“走火”的可能。联想到 1774 年, 美国开国之父亚历山大·汉密尔顿在《彻底的辩护》中声称: “制定一项令人满意的好政策, 有三个必需的东西。第一, 是时代所必需的; 第二, 它不可能成为无法补救的错误的可能来源; 第三, 要有成功的可能性。”^[3] 结合温和抵抗权来说, 本文认为, 这三点要求同样是构建温和抵抗权制度所必不可少的。

其一, 温和抵抗权昭示着制度文明和政治文明之进步, 而目前政治文明已日益深入人心并成

^① 收稿日期: 2008-03-10

作者简介: 余忠尧, 男, 江西九江人, 北京大学法学院 2006 级博士研究生, 研究方向为宪法学与行政法学。

为当代中国三大文明建设之一,其为时代所需不言而喻。

其二,如果政府与相对人直接通过抵抗权短兵相接,其所造成无法补救的错误来源的可能性很大。因此,设计一个“绿色通道”来作为温和抵抗权行使的缓冲区域,可能有助于问题的解决。这个“绿色通道”在学理上和立法中都已初见端倪,即“无效行政行为”。当人们在谈论无效行政行为的时候,有意或无意都要涉及到公定力原理。行政法上公定力原理直接表达的一个理念是:行政行为自其成立之后,不管合法与否,若非无效行政行为,就产生了一种拘束所有机关组织或个人的效力;在未经有权机关依循法定程序、根据法定理由撤消之前,无论行政行为的作出机关、行为所指向的相对人、行为所涉及的利害关系人、还是其它国家机关、组织或个人,都有尊重它的义务,不得任意对抗或否定之。然而,为了维系安定的法律秩序而提出的行政行为的公定力主张不应成为绝对的原理。在对公定力的表述中,应当设置一种限制,即无效行政行为除外,这一限制使得某些重大、明显违法行政行为自始就不享有推定的法律约束力。相对人从而可以通过无效行政行为这一“缓冲区”与行政权进行温和地抵抗。当务之急是完善无效行政行为理论,使之能更好地为公民温和抵抗权的行使设定边界。

其三,对于温和抵抗权制度的设计有没有成功的可能。本文认为,随着学理上无效行政行为理论的日臻完善,以及立法中无效行政行为的标准日益明确,公民温和抵抗权的行使应越来越具有可操作性,其成功的可能性也会更大。我国《行政程序法》的制定为无效行政行为制度的完善提高了契机,温和抵抗权的行使有且只有通过无效行政行为这一通道来进行。

二 无效行政行为制度的完善

行政法上的无效行政行为理论为温和抵抗权的行使指明了方向并奠定了可操作性基础。中国当前应进一步从立法上解决的问题有:行政行为无效的标准是什么?哪些主体有权确认和如何确认行政行为的无效?如果因为行政行为是否无效而发生争议,双方或一方判断错误所产生的后果如何承担?

首先,对于行政行为无效的标准,有学者作出了积极而有益的探讨,并归纳为(1)行政行为具有特别重大的违法情形;(2)行政行为具有特明

显的违法情形;(3)行政行为的实施将导致犯罪;(4)没有可能实施的行政行为;(5)行政主体受胁迫作出的行政行为;(6)行政主体不明确或明显超越相应行政主体职权的行政行为。^[4]然而,一个矛盾性的问题是,学理上的无效概念与行政立法中的“无效”并不完全一致。比如,《行政处罚法》第3条第2款规定:“没有法定依据或不遵守法定程序的,行政处罚无效。”很明显,该条所指的无效包括了一般违法情形和重大明显的瑕疵,其含义远远大于学理上的“无效”。^[5]

在1999年最高人民法院颁布的《〈关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释〉》(以下简称《若干解释》)第57条第2款规定:“有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决:(一)被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;(二)被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;(三)被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。”该条所创设的无效判决形式或许能在很大程度上改正“无效”在学理和立法中非同一的缺憾,并为行政行为无效理论转化为普遍的制度实践提供了可能。然而,这种可能性绝非一个司法解释的某个或某几个条文就能予以充分提供的,它至少还需要依赖于人们对其标准的正确理解和广泛认同,依赖于更为细致的制度设计。在行政行为无效的标准问题上,德国的做法给我们以启迪。

德国《联邦行政程序法》第44条第1款和第2款分别规定了行政行为“一般无效的理由”和“绝对无效的若干具体情形”。这种做法在大陆法系许多国家通过的行政程序法中都予以采纳。^[6]“一般无效的理由”是一种概括性的、理论上的理由,比如德国行政法上所确立的“明显或重大瑕疵”,我国行政法理论上确立的“明显而重大违法”。虽然我国在立法上没有明确提出把“明显而重大违法”作为行政行为一般无效的理由,但《若干解释》第95条规定:“被申请执行的具体行政行为有下列情形之一的,人民法院应当裁定不准予执行:(一)明显缺乏事实根据的;(二)明显缺乏法律依据的;(三)其它明显违法并损害被执行人合法权益的。”有学者认为这一规定实际上确立了“明显而重大违法”这一行政行为的无效标准。^[2]行政行为“绝对无效理由”是指可导致行政行为绝对无效的具体情形,比如,我国《行政处罚

法》第 49 条以及《治安管理处罚法》第 106 条的规定。

目前,我国正在进行《行政程序法》的立法工作,在该法中完善对行政行为无效之标准的规定尤为必要。具体来说,一方面我们应该注重对一般无效理由的概括,另一方面我们更应当注重对“绝对无效”之具体情形的列举,使其在中国的国情下具有可操作性,从而为相对人温和抵抗权的行使构建一个和平的渠道。北京大学宪法与行政法研究中心行政执法与行政程序课题组学者们起草的《行政程序法》(试拟稿)在这方面作出了努力,并凝结为《行政程序法》(试拟稿)第 35 条的规定:“(无效)行政处理有下列情形之一的无效:(一)作出处理的行政机关或其它行政主体无权限作出相应处理;(二)作出处理的主体不明确,处理决定书没有载明处理主体和加盖主体印章;(三)处理决定的内容明显违法或严重违法;(四)处理决定的履行将导致行政相对人犯罪;(五)处理决定的内容属不可能实现的事项;(六)法律规定行政处理无效的其它情形。”

具有上述情形的行政处理自始无效,行政相对人任何时候均可申请人民法院或者作出处理的行政机关或其它行政主体宣布相应处理行为无效,作出处理的行政机关或其它行政主体也可在任何时候宣布相应处理行为无效,但对因此而给本身无过错的行政相对人造成的损失,应予以赔偿或补偿。”该条文第一次在我国立法上较为完善和全面地提出了行政行为的无效标准,使温和抵抗权之行使具有了可行性。

其次,还需解决的难题有,哪些主体有权确认行政行为的无效?《行政程序法》(试拟稿)第 35 条第 2 款规定的主体有:其一,依申请的主体有:(1)人民法院;(2)作出处理的行政机关;(3)其它行政主体。其二,依职权的主体有:(1)作出处理的行政机关;(2)其它行政主体。这里有一点疏忽的是,唯独相对人无权确认行政行为的无效。我们可以说,相对人对行政行为是否无效很难作出判断,但是如果立法上对无效的标准不明确或者是不具有可操作性的话,这种“立法无能”的后果是不应该由公民个人来承担的。或许,我们还可以说,相对人如果可以单方面判定对其权利义务有利害关系的行政行为无效,并进而实施温和抵抗权,可能违背“自然正义”原则(Nature Justice),因为这意味着相对人可以“自己做自己案件

的法官”。然而,问题在于作出处理的行政机关同样也是一方当事人,他可以确认自己的行为无效,为什么就不能在哪怕是极为有限的范围内给相对人一点判断的自由呢?

总之,当考虑哪些主体有权确认行政行为的无效时,《行政程序法》(试拟稿)第 35 条或许可以在“绝对无效的具体情形”这一范围内赋予相对人以判断的主体资格。事实上,根据《行政处罚法》第 49 条和《治安管理处罚法》第 106 条的规定看,至少这两部法律已经承认在特定的条件下相对人具有确认行政行为无效的资格。当然,出于对滥用或乱用该权利的考虑,同时也应规定错误行使之所需承担的相应责任。值得一提的是,为更好地保护公民的权利和自由,我们能否进一步扩大确认行政行为无效的主体。比如,以后如果我国建立起了“监督专员”制度(Ombudsman),其是否可以在某些方面对相对人不能单方面认定的无效行政行为进行无效认定的补强,从而使相对人能通过立即联合中立第三方的力量去对抗行政行为公定力之效力。这样做的好处在于:在行政的事中救济里,作为中立第三方监督专员的介入在很大程度上具有法院判决的公正和行政机关处理的效率两方面优势,从而既避免了相对人滥用温和抵抗权所造成的危险境地,又避免了温和抵抗权没被及时启动所造成的事后救济以致“迟来的正义为非正义”的尴尬局面。

当然,这种设计如要达到预期效果至少还需我们对监督专员的性质及其参与的时间、方式、手段和责任的分配与承担等具体细节进行研究。再比如,一些公民组织或利益集团是否可以在相关方面对其成员不能单方面认定的无效行政行为进行无效认定的补强从而使个人能通过集合体来与公权力进行理性抗争。还比如,作出处理的行政机关的上级机关是否应当成为确认行政行为无效的主体?从实践和行政法原理来看,上级行政机关是能够成为这样的主体的。因此,在《行政程序法》(试拟稿)第 35 条应把这一主体写进去。

最后,更为重要的是,这些主体怎么样来进行确认呢?由于温和抵抗权作为一种事中救济具有相对的及时性特点,这就要求其所行使的“和平渠道”之确认具有相应的迅速性。从以上我们所讨论的无效行政行为的标准看,基于正常人的理性是能够清楚地判断某个行政行为是否无效。然而,要行政机关或其它行政主体在作出行政行为

后马上又宣布其为无效行政行为,这在很大程度上是不合实际的;反之,如果从相对人能积极、迅速作出确认进而去温和抵抗所造成的危险性来看,我们或许也不应当赋予相对人太宽泛的确认行政行为无效的权利,而应当赋予其在大多数情况下以事中的“声明异议权”,并且要求作出处理的行政主体基于此异议启动确认无效程序,否则,由其在事后救济中承担惩罚性责任后果。这种惩罚性责任后果似乎容易造成行政主体放弃对公权力的积极、正当行使,但考虑到无效行政行为的例外性和严格有限性,这种担忧似乎没有必要。况且,我们在前面的制度设计时也考虑到了相对人滥用或乱用温和抵抗权时所要承担的责任问题。更何况,政府的肩膀总要比个人的要宽阔。或许,我们对政府和公民都抱有成见,以致常用一种不信任的眼光来看待他们在确认行政行为无效时的利己性,这样一来我们又必须最终走到“司法最终裁量”这一古老而又年轻的原则上来。比如,有学者主张在中国建立起“请求宣告无效之诉”制度和“单独的确认无效诉讼”。^[2]

除此之外,我们不应该排除在确认无效的一般诉讼程序外设置一套简易程序,由独任法官对“一般无效理由”所产生的无效行政行为当即进行裁判,使相对人能及时得到法院所确认的行政行为之无效的正当性支持进而行使温和抵抗权。这样做的理由在于相对人借助于司法的力量在特定情况下能即时控制和限制行政权。当然,当事人一方或双方如有不服可转入一般程序,但应让行政行为的公定力在争诉中暂时隐退。这样的制度安排无疑是有利于保护公民的权利从而快慰人心,并且我们也无须担忧司法机关是否“越俎代庖”或者简易程序是否过于草率或者行政行为的公定力是否颜面无光,因为无效行政行为本身就是例外的和严格受限的,其判断标准不仅是法定的而且是明显的。无效行政行为作为温和抵抗权行使的缓冲机制,要做的是使政府得以严格自律,让民怨得到及时疏通,这样的制度设计所体现的正是制度文明和政治文明的进步。

综上所述,我们再来理解一下温和抵抗权的行使这一主题。从政治学中的抵抗权到宪法意义上的抵抗权再到行政法上的温和抵抗权,这是一个从感性到理性的过程,是从理念到制度的过程,最终落脚到温和抵抗权,并有且只有通过无效行

政行为这个“缓冲渠道”来和平行使。这样一来,对于无效行政行为学理上的研究和立法上的制度完善之重要性和紧迫性便凸现出来了。结合对《行政程序法》(试拟稿)第35条的讨论,我们可以在制度层面上提供以下思路:首先,为进一步明确无效行政行为的标准,使之具有可操作性,立法中应采用“一般无效的理由”和“绝对无效的具体情形的列举”相结合的做法,对前者可由独任法官通过简易程序当庭作出裁判;对后者中的一部分情形可由相对人自主确认无效,另一部分情形可由监督专员或公民组织等进行无效确认的补强。其次,立法中应适当扩大确认行政行为无效的主体范围。比如,作出处理的行政机关的上级机关;相对人对“绝对无效的具体情形”中的一部分应有权确认;某些主体(如监督专员等)可以对“绝对无效的具体情形”中的另一部分进行无效确认的补强。再次,增加对确认无效的主体之相应责任后果规定:如财产罚,包括一般性财产罚、加重性财产罚和惩罚性财产罚;精神罚,有赔礼道歉和其它精神罚;此外还应有免除责任的特殊情形。责任后果以财产罚为主,罚责相当,同时要注意制约和激励之间的平衡。最后,除建立起确认无效的一般诉讼程序外,还应构造简易诉讼程序,并且在相应条件下二者可以互相转化,除紧急情况之外,有必要让公定力在争诉过程中暂时隐退。

总之,温和抵抗权的行使必须而且只能以无效行政行为为基本依据,无效行政行为制度的设计应以我国《行政程序法》的制定为契机,无效行政行为制度的完善将使得温和抵抗权的行使从感性走向理性,从理念走向制度。

参考文献:

- [1] 罗豪才,吴贻英.资本主义国家的宪法和政治制度[M].北京:北京大学出版社,1997:54
- [2] 王锡锌.行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨[J].法学,2001(10).
- [3] 康绍帮.政治名言录[M].石家庄:河北人民出版社,1997:363
- [4] 姜明安.论行政行为合法的标准与无效的标准[J].政府法制,2001(11).
- [5] 沈 岌.法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索[J].中外法学,2001(4).
- [6] 毛雷尔.行政法学总论[M].北京:法律出版社,2000:251-254

(责任编辑:徐 蓓)

Key words Max Bill; concrete art; math and art; variation; math-theory mode

(12) On Right of Mild Resistance of Administrative Law

YU Zhong-yao (101)

Law school of PKU., Beijing 100871, China

Abstract Different kinds of right to resist have different meanings. As far as administrative law is concerned, right of mild resistance refers to the resistance and disobedience to void administrative actions. According to Police Management Punishment Act and Administrative Punishment Act, Private Party in the Administrative Process is endowed with right of mild resistance. However, studies in this field are very weak. Exertion of right of mild resistance can only be warranted by void administrative actions. The establishment of Chinese Administrative Procedure Act makes it possible to design the system of void administrative actions. Right of mild resistance should be more rational and institutional by means of perfecting void administrative action system.

Key words exertion of right of mild resistance; void administrative action; Administrative Procedure Act

(13) Theory of Governance and Sports Administrative System Reform in China

FAN Chengwen (116)

School of Physical Education, Hunan university of Technology, Zhuzhou Hunan 412007, China

Abstract The theory of governance is of great importance and provides enlightenment to the reform of sports administrative system in China. The paper brings forward the following possible paths to the reform: the reposition of the government sports function; the shift of government administration away from policy-based governing and towards law-based governing. Achieving a perfect combination between government function and market mechanism on the purpose of offering systematic space for the outside forces. Cultivating an independent citizen society so as to ensure citizens legal rights to participate in sports management.

Key words theory of governance; sports administrative system reform; path

(英文译校: 文爱军 李晓鸿)