# 论行政行为的公定力

叶必丰*

## 一、公定力序说

在大陆法系国家, 行政法是作为公法的一个重要法律部门而存在的。在我国, 行政法也是作为区别于民商法而存在的一个独立部门法。这种区别是多方面的。就行政行为与民事法律行为[1]而言, "行政行为最重要的特色在于, 尽管是有瑕疵的行为, 但这种行为也具有公定力, 对方仍有服从的义务。"[2] 行政行为的公定力, 是指行政行为一经作出, 即对任何人都具有被推定为合法、有效而予以尊重的法律效力。正如日本学者杉村敏正教授所指出的, "行政处分之公定力谓, 即令行政处分本身应具备之法律要件是否齐全尚成疑问, 在有权限之行政机关或法院于依法令所定之程序确定其为不生效力之前, 要求任何人均应认其为具有拘束力之适法妥当之行政处分之力; 行政处分因具有这样的公定力, 任何人均不得以自己之判断而否认其拘束力。"[3] 行政行为的这一法律效力是民事法律行为所不具有的。在民事法律关系中, 一方当事人所作的意思表示, 即使是一种单方面的意思表示(如合同的解除、亲权人对儿子居所的指定), 另一方当事人认为该意思表示缺乏相应要件的, 在法院作出有效判决前, 就没有予以承认的必要。

行政行为的公定力不仅是一个基本的行政法原理, 而且也是一种由众多行政法规范所综合体现的行政法精神, 支持着一系列法律规则。然而, 对行政行为的公定力并没有一个特定的法律规范加以明确规定, 同时我国的行政法学起步很晚, 因而在理论上多年来对这一问题未能予以充分重视, 甚至存在着一种将公定力与确定力相混淆的不正确的提法, [4] 在实践中也普遍存在着漠视行政行为的公定力和行政权威的现象。直到最近, 个别行政法学论著才对行政行为的公定力作了简要讨论。[5] 因此, 认真、深入地研究行政行为的公定力, 对于行政法基本原

* 武汉大学法学院教授。

〔1〕有的认为, 民事法律行为仅仅是指合法行为, 主体不合法的意思表示只能称为民事行为。本文中所称的民事法律行为, 并不意味该行为的合法性或非法性。

〔2〕[日] 田中二郎: 《新版行政法》, 载中国政法大学《行政法研究资料》(1985), 第 552 页。

〔3〕[日] 杉村敏正: 《论行政处分的公定力》, 载城仲模: 《行政法之基础理论》, 台北三民书局 1988 年版, 第 176 页。

〔4〕胡建淼主编: 《行政法教程》, 杭州大学出版社 1992 年版, 第 129 页; 王周户主编: 《行政法学》, 陕西人民教育出版社 1992 年版, 第 167 页。

〔5〕罗豪才主编: 《行政法学》, 北京大学出版社 1996 年版, 第 113 页; 胡建淼主编: 《行政法教程》, 法律出版社版 1996 年版, 第 99 页; 叶必丰: 《行政法学》, 武汉大学出版社 1996 年版, 第 30 页。

理的奠定,相应法律规则的建立,行政权的充分尊重,法律的准确适用,案件性质的认定和责任的承担,都具有重要的意义。

## 二、公定力的理论依据

行政行为为什么具有公定力?德国行政法学的奠基人梅耶尔(Otto Mayer)和当代行政法学者福斯特霍福(Ernst Forsthoff)提出了"自我确信说"。他们认为,法律是具有强制力和约束力的;合法的行政行为与合法的判决一样,其法律效力来源于法律;有争议的行政行为之所以具有法律效力,是因为作出该行为的行政主体在作出时自己是确信该行为符合法律的;行政主体享有国家赋予的行政权,因而行政主体也具有像法院确信自己的判决为合法一样,确信自己的意思表示为合法的权力。[6] 在当代西方法学中,公定力的通说之一是"法安说"。该说认为,有争议的行政行为之所以具有公定力,是由于实定法规范的承认。实定法规范之所以作这样的承认,是为了避免行政法所保护的社会关系的混乱,保护行政主体与相对人之间权利义务关系的稳定和安全。[7] 西方学者对法安说的阐述,是以法国著名公法学家狄骥的社会联带主义法学或社会团体主义法学为理论基础的。狄骥认为,法律行为作为主体的一种内在意志,本身并不具有取得社会承认和保护的法律效力,而是法律规范即客观法确认的结果。客观法之所以赋予公务主体的主观意志以公定力,是因为公务主体与公众之间的关系是一种服务与合作的社会联带关系。法律的目的和作用就在于保护和促进社会联带关系即社会秩序,如果法律不确认有争议公务行为的公定力就违背了这一目的。[8] 在当代西方法学中,公定力理论根据的另一通说就是"既得权说"。该说认为,法律之所以承认行政行为的公定力,是为了保护相对人因信任合法行政行为所已取得的权利和不特定公众因信任"侵益行政行为"而已取得的权利。[9]

我们同意当代学者对"自我确信说"的批评,认为该说把公定力认定为凌驾于法律之上的行政行为的固有性质,是与行政法治不相容的。[10] 对于"法安说",我们认为它并不是行政行为公定力的理论依据,而只能是行政行为确定力的理论依据。公定力的目的是为了使行政行为具有确定力并最终稳定已设的权利义务关系。行政行为的确定力和权利义务关系的稳定,是行政行为公定力的作用结果。并且,"法安说"的理论基础不是社会联带主义法学,而应该是公共利益本位论。行政法的基础是一定层次的公共利益与个人利益关系。这种利益关系既具有统一性又具有对立性,在相对立时是以公共利益为矛盾主要方面或本位的。行政法的这一基础决定着行政法的精神。行政法对个人利益与公共利益关系的调整,行政法的价值不在于激化两者间的对立性,而在于保护和促进这种一致性,使社会有序化并得以持续发展。也就是说,当个人利益与公共利益不一致时,行政法要求个人利益服从公共利益,并按公共利益的要求来恢复个人利益与公共利益的一致性。行政行为所设的权利义务关系就蕴含了这种一致性和得到稳定的内在要求。我们认为,"既得权说"将"侵益行政行为"的公定力解释为保护行政主体和相对人以

[6] 前引[3],杉村敏正书,第178页以下。

[7] 前引[3],杉村敏正书,第176页。

[8] 参见[法]狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1969年版,第253页。

[9] [日]南博方:《日本行政法》,杨建顺译,中国人民大学出版社1988年版,第42页。

[10] [日]室井力主编:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第96页。

外的第三方即不特定公众的权利,是过于勉强的。行政行为是一种旨在设定行政主体与相对人之间权利义务关系的意思表示。"侵益行政行为"是一种设定相对人义务,维护公共利益的意思表示。行政主体和相对人以外的不特定公众并没有参加到特定的行政法律关系中来。与其如此,不如说是为了维护行政权威,保护公共利益。同时,设定权利的意思表示要取得社会的尊重和法律的保护,所设的权利必须符合公共利益,而不能因为它是权利就要受到当然的保护。

我们认为,公定力的理论依据应当是"社会信任说"。"行政行为被认为是关于法律解释和法律适用的一种权威性宣告,每一个人都必须承认这种宣告的可靠性,以维护法律的确定性。"[1]合法、公正的行政行为无疑都具有确定力、拘束力和执行力,当然具有公定力。但是,当行政行为作出后,其合法、公正性存在疑问即引起行政纠纷时,行政行为是否真正具有确定力、拘束力和执行力就有待审查。然而,在这期间,由行政行为所设定的权利义务关系必将处于不稳定状态。也就是说,当事人的权利能否行使,义务是否应予以履行,是不确定的。这就需要相应的解决机制即法律推定。那么,我们应作什么样的推定呢?是推定该行政行为违法不具有法律效力,还是推定该行为合法具有法律效力呢?如果我们推定该行为违法而不具有法律效力,那么就意味着行政主体的意思先定力并不具有任何意义。也就是说,这将赋予相对人或其他组织、机关的意思表示具有与行政主体相同的法律效力,可以任意推翻或否定行政主体已作的意思表示。那么,任何有效的行政管理或法律秩序将无从谈起,行政将陷于瘫痪,公共利益或其他社会成员的个人利益以及该相对人本身的其他利益都将受到严重损失。因此,我们只能作合法有效的推定,这在理论上同刑法上的无罪推定的道理是一样的。这样,公定力的实质也就是行政主体的意思表示所取得的社会保护,即法律对行政行为合法性的推定和社会对行政行为的尊重。

作这样的推定和尊重,是基于社会对行政主体及其意思表示的信任。行政行为是行政主体所作的一种意思表示。行政主体是公共利益的代表者、维护者和分配者。公共利益高于个人利益。公共利益代表者、维护者和分配者资格的一旦取得,就发生了行政主体的地位及其意思表示的效力高于相对人的效果。行政主体的这种代表资格及其将发生的效果,是在具体的行政法律关系发生之前已经得到包括相对人在内的社会一致认同和所能预见的,否则就不可能让它来代表。这种认同是基于行政主体代表公共利益的真实性和分配公共利益的可能性而得到法律确认的一种有效承诺,具有不可改变性,只有在代表的真实性和分配的公正性完全丧失时才能通过政治变革被解除。它因而也就具有持续的效力。在它被解除之前,社会都应保持对代表者的信任、履行自己的承诺。法律也可以强制要求社会提供这种信任,履行这种承诺。事实上,行政主体也确实真正代表了公共利益,公正地分配着公共利益,作违法和不公正的分配只是一种例外。这种信任承诺是对公共利益代表者资格的信任承诺,而不是对个别意思表示的信任承诺;是全社会而不是个别成员所作的信任承诺。同时,作合法有效的推定,并不意味着使违法的行政行为对相对人最终发生确定力、拘束力和执行力,仅仅意味即使有不公正分配行为的例外存在,个别的社会成员或社会组织都不能撤销对行政主体所作的信任承诺,而只能在一定的期限内,在有确凿的证据时,由同样代表公共利益的有权的国家机关按法定程序对该行政行为予以否定。

〔1〕[印]赛夫:《德国行政法》,台北五南图书出版有限公司 1991 年版,第 100 页。

## 三、公定力的界限

行政行为具有公定力。但是,行政行为是否可以不论行政主体本身的瑕疵,或内容、形式或程序上的瑕疵,而绝对具有公定力?相反地,万一行政行为有上述瑕疵,又是否就可以否认它的公定力?这就是行政行为公定力的界限问题。

西方法学界曾有过许多争论,并形成了两大主要学说,即"有限公定力说"和"完全公定力说"。"有限公定力说"认为,行政行为一般具有公定力,但有重大且明显瑕疵的无效行政行为除外。例如,日本学者杉村敏正教授认为,"行政处分被承认具有公定力,乃是因为欲求其充分发挥功能,并冀能经由行政处分适时而不迟延公益之实现,避免行政法关系陷入纷乱;设若某行政处分有重大违反法规的瑕疵存在,且该瑕疵客观上又系明白,这时如果照样坚持其公定力之理论,恐有过分偏重行政权利益之讥。"坚持完全公定力,将导致"与个人之自由及权利之尊重的对立;事实上,那些有重大且明白瑕疵的行政处分若仍被认为具有公定力,是即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公定力。"[12]该说是德日等大陆法系行政法学或受大陆法系法学影响较大的行政法学上的通说,[13]在我国行政法学上也有支持者。[14]"完全公定力说"认为,行政行为不论存在着什么样的瑕疵,在被依法消灭前都具有公定力。该说认为,即使行政行为具有重大而且明显的瑕疵,也并不是任何人有权、有能力加以辨认的,而只能由有权并且有能力辨认的法定国家机关来判断并加以否定。该说在西方法学中只是作为少数派的观点而存在,在日本的提倡者有黑田觉和柳濑良干等行政法学者。

我们同意"完全公定力说",认为只有"完全公定力说"才能对公共利益及其代表者表现出足够的信任和尊重。我们尽管强调公共利益,不允许相对人、国家机关或社会组织任意否定、违抗行政行为,否则将追究其相应的法律责任,但并不是要否认或损害个人利益。公定力仅仅是一种假定或推定的法律效力,在假定期间并不具有强制实现力,行政行为中所设的义务在相对人不履行时并不会被强制执行;并且在该行为真正严重违法时,相对人可以通过法律所提供的相应机制来解除该行为的法律效力。

应当指出的是,从表面上看"有限公定力说"有利于促进依法行政、保护相对人的合法权益,实际上不然。这是因为,无效行政行为和可撤销行政行为之间的界限,无论在理论上还是在立法上,都难以得到客观确定,更难以由作为普通公众的相对人加以辨认。在这种情况下,"有限公定力说"就会导致相对人错误地将行政行为认定为无效的可能性,日积月累而必将导致政治上的无政府主义和损害公共利益,根本就无法实现行政法治所要求的良好秩序。相对人即使能够辨认并作了正确的辨认,事实上也难以抗拒具有国家强制性的行政行为。如果从理论上来鼓动相对人或社会对行政行为进行抗拒,只能造成社会的动乱,从而在根本上动摇法所赖以存在的社会基础。因此,"有限公定力说"必将会使更多社会成员的个人利益遭受损害。另一方面,

〔12〕 前引〔3〕,杉村敏正书,第182页。

〔13〕 前引〔10〕,赛夫书,第104页;前引〔11〕,室井力书,第96页以下;前引〔12〕,田中二郎书,第552页;前引〔9〕,南博方书,第41页。

〔14〕 胡建淼主编:《行政法教程》,法律出版社1996年版,第99页。

“有限公定力说”在将无效行政行为的辨认权和抗拒权赋予相对人的同时,也将责任转移给了相对人。这主要有以下三种情况:第一,相对人没有辨认而执行无效行政行为时所产生的责任。例如,在警察为抓赌敛钱而授意李某聚赌一案中,[5]根据“完全公定力说”,李某的赌博行为出自警察的授意,而不是出自本人的故意或其他普通公众的授意,因而不受处罚。但是,根据“有限公定力说”,李某应当辨认并抗拒这一无效行政行为却没有辨认和抗拒,具有主观过错,应受处罚。第二,错误辨认而抗拒行政行为所产生的责任。相对人如果将一个行政行为错误地辨认为无效行政行为而予以抗拒,则将构成妨碍公务,应承担相应的法律责任。“完全公定力说”不要求相对人作这样的辨认和抗拒,因而不会导致这种不应该发生的法律责任。第三,正确辨认而没有抗拒行政行为所发生的责任。在这种情况下,根据“有限公定力说”,相对人的行为将构成不作为的违法行为,并承担相应法律责任。根据“完全公定力说”,这种不作为并不构成违法行为,相对人更不应负法律责任。总之,“有限公定力说”将置相对人以无所适从的境地,并使其承担不公平的法律责任。

## 四、公定力所支持的规则

(一)公定力支持着其他效力规则

行政行为具有先定力、公定力、确定力、拘束力和执行力。公定力是行政行为的前列效力与后列效力间的桥梁,起着承前启后的作用。

行政行为的公定力是对先定力的一种有效保障。行政行为的先定力,是行政主体相对于相对人而言的、意思表示过程中的一种法律效力,表现为行政行为的单方面性。这种先定力只有在得到社会承认和尊重时才能真正存在。如果相对人或社会组织可以任意否认行政行为,行政行为不具有公定力,则先定力将荡然无存。

行政行为的公定力又是确定力、拘束力和执行力的前提。公定力、确定力和拘束力是对双方当事人而言的法律效力。民事法律行为不具有也不需要公定力但仍具有确定力、拘束力和执行力。这是因为,民事法律行为是一种双方当事人意思表示一致而有效成立的行为。它对当事人所发生的法律效力,取决于当事人自己所作的有效承诺。行政行为具有单方面性或先定力,不需要相对人同意、接受的意思表示或承诺,因而也不能以相对人的承诺为前提对其发生法律效力,而只能以社会的承认、尊重和保护为前提对其发生法律效力。

(二)公定力支持着其他意思表示的规则

行政行为的公定力是一种要求社会表示尊重的法律效力,是一种对世(任何人而言)的法律效力。它要求行政主体在作意思表示时,充分尊重有关行政主体已作的意思表示。第一,当一个行政主体对某一事务已予处理时,在该处理行为被推翻以前,其他性质相同的行政主体对该同一事务不能再予以处理。这是“一事不再理”原则的重要内容之一(该原则的另一内容是直接受确定力规则支配、间接受公定力原则支配的,同一行政主体对同一事务不能作两次以上的处理,实为行政行为的实质确定力)。第二,当一个行政主体对某一事务予以处理,依法应当以另一行政行为为前提时,就应充分尊重该行政行为。即使该行政行为违法,也不能任意予以否定或置该行政行为于不顾,而应提请有权机关处理。

[5] 见《报刊文摘》,1997 年 4 月 28 日。

行政行为的公定力也决定着民事法律行为的合法性和有效性。民事主体在作民事法律行为时,不能置行政行为于不顾或违反行政行为的规定,否则该行为违法。例如,当甲与乙就宅基地使用权发生争执时,行政主体将该使用权确认给甲,在该确认行为被推翻以前,乙或第三人就不能无视该确认行为而订立转让协议,即使订立了也是违法的,不受法律保护。

(三) 公定力支持着行政救济规则

行政行为的公定力只是一种被推定的法律效力。也就是说,只要对该行为没有争议,或在有争议时还没有被法律所推翻,该行为就应被视为合法、有效。因此,公定力并不意味行政行为真正合法、有效。在行政行为引起争议,其合法性、有效性受到怀疑时,就需要对行政行为进行法律审查。通过审查,对合法的行为予以肯定,对实质上违法的行为予以否定,对程序和形式上的违法予以补正。这就是行政救济。因此,行政救济的任务,就是消除相对人等对行政行为的怀疑,恢复相对人等对行政主体的信任和尊重;解除违法行政行为的公定力,从而使违法行政行为丧失确定力、拘束力和执行力,使行政主体取得相对人的真正信任和合作。

公定力的存在,还使行政救济区别于民事纠纷的处理。第一,公定力要求行政救济遵循特殊的原则,如行政穷尽原则和行政主体负举证责任原则等。行政穷尽原则,实际上就是行政优先原则,是要求司法机关尊重行政意志的原则。行政主体负举证责任原则,实际上是行政主体证实所假设的合法性真正存在的原则。第二,公定力要求行政救济权只能由法定的国家机关来行使。行政行为的先定力是受公定力保护的,因而相对人和一般的社会组织都不能解除行政行为的确定力、拘束力和执行力,而只能由法定的国家机关来解除。

(四) 公定力支持着民事纠纷的处理规则

行政行为的公定力支配着民事主体的意思表示,也支配着民事法律责任的分担。民事主体因对行政行为表示尊重而在民法上作为或不作为时,就不应向相对方承担民事法律责任;没有对行政行为表示尊重而在民法上作为或不作为时,就应向相对方承担民事法律责任。例如,某保龄球馆因向球手承诺打满 300 分将励 30000 元而被工商局认定为不正当竞争行为受行政处罚。事后,球手甲根据处罚前获悉的承诺,在打满 300 分时要求该球馆履行承诺。[6] 根据公定力原理,该案中行政处罚行为的存在,决定了该球馆所作承诺的违法性和无效,甲就不能要求、法院也不能判令该球馆履行该违法、无效的承诺,否则就是对行政行为的漠视。

行政行为的公定力还支配着民事纠纷的某些处理程序。民事纠纷经行政裁决的,纠纷当事人不服时只能作为行政案件向法院起诉,法院只能受理对行政裁决的起诉,而不能置行政裁决于不顾处理民事纠纷。某法院以改革为名,行扩大受案范围之实,规定不论是否经过行政裁决,房地产拆迁案件都作为民事案件起诉和受理,是对行政行为公定力的违反。同时,法院在审理民事案件中,发现民事主体的意思表示以某个行政行为为前提,也应作出相应处理。如果认为该行政行为是合法的,就应按该行政行为的要求作出判决结案;如果认为该行政行为违法,就应作出裁定、中止审理,告知当事人先行解决行政纠纷。

总之,行政行为的公定力不仅在行政法学,甚至在整个法学上都是一个重要的理论范畴,支持或支配着一系列重要的法律规则。

〔6〕《万元巨奖为何不兑现》,载《生活周刊》(上海),1997 年 1 月 25 日。