

## 拒绝权视角下的无效行政行为

张青波

**内容提要:**《行政诉讼法》修改后,无效行政行为的事实构成及法律效果成为司法实践中亟待回答的问题。对此的回答,应在现行法规定的当事人拒绝权视角下展开,以无效行政行为涵括当事人可以行使拒绝权的各种行政行为,并依据拒绝权释明无效行政行为的法律效果。对“重大且明显违法”的解释表明,除了法律与司法解释列举的三种情形外,无效行政行为还包括:超越专属管辖并对当事人权益有重大影响的行政行为;明显缺乏事实根据并对当事人权益有重大影响的行政行为;要求或允许实施违法行为的行政行为;违背善良风俗的行政行为;明显违反法定程序并严重损害当事人权益的行政行为;未采取书面形式或书面未签章等重大且明显违法的行政行为。无效行政行为不仅难以获得法院强制执行,而且依据体系、立法者意志和客观目的的法律解释论述,无效行政行为的法律效果应为自始不生效并可由当事人不受期限限制地诉请法院判决确认。

**关键词:**无效行政行为 拒绝权 重大且明显违法 自始不生效

张青波,中南财经政法大学法学院副教授。

### 一 无效行政行为在司法实践中的问题

修改后的《行政诉讼法》(简称新法)第75条规定:“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形,原告申请确认行政行为无效的,人民法院判决确认无效。”2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(简称《解释》)第99条进一步将“重大且明显违法”的行政行为具体化为:行政行为实施主体不具有行政主体资格、减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据、行政行为的内容客观上不可能实施以及其他重大且明显违法的情形。<sup>[1]</sup>

[1] 欧陆传统上所谓的行政行为,对应我国的行政处理决定。新法第七章规定判决方式主要针对的就是行政处理。参见何海波著:《行政诉讼法》(第2版),法律出版社2016年版,第440页以下。下文所说的行政行为限于行政处理决定。

相比德国《联邦行政程序法》第 43 条第 3 款明确规定“无效行政行为不生效”,<sup>[2]</sup>新法和《解释》均未提及无效行政行为的法律效果,也没有专门规定当事人的起诉期限。在司法实践中,有法院支持无效行政行为自始无效,对相对人不产生拘束力,确认无效不受起诉期限的限制。<sup>[3]</sup>但也有法院认为,无效行政行为起诉不受起诉期限限制,缺乏明确规定支持。<sup>[4]</sup>还有法院主张,即便行政行为无效,也不是自然无效,应经法定程序予以确认,仍应适用行政诉讼有关起诉期限的规定。<sup>[5]</sup>更有法院提出,无效行政行为虽然自始、当然、绝对无效,但超出起诉期限即已丧失主张该行为无效的胜诉权。<sup>[6]</sup>林林总总的裁判显示,有必要释明无效行政行为的法律效果。

与此同时,自新法生效四年以来,认定何为“重大且明显违法”的司法实践也纷繁多样。相比德国《联邦行政程序法》第 44 条通过正面列举六种情形、反面排除四种情形以及用“重大且明显错误”兜底来界定无效行政行为,<sup>[7]</sup>新法与《解释》只列举了三种无效情形,也只排除了处理期限轻微违法和通知、送达等程序轻微违法且对原告重要程序性权利不产生实质损害这两种不构成无效的情形。为此,法院常常必须自行界定何为“其他重大且明显违法”。在实践中有的法院认为超越职权的《更正意见》自始无效。<sup>[8]</sup>有的法院认为涂改原证代替重新颁证,且无基本的程序材料,是重大且明显违法。<sup>[9]</sup>有的法院认为未将注销注册的决定送达,严重侵犯相对人陈述、申辩及救济权利,构成重大且明显违法。<sup>[10]</sup>还有的法院认为在集体土地使用证未依法收回并注销的情况下,将同一宗土地为他人颁发集体土地使用证,程序严重违法而无效。<sup>[11]</sup>有限的裁判样本表明,法定三种情形外的“其他重大且明显违法”应涵括哪些情形,还需加以澄清。

## 二 超越纷争:无效行政行为对拒绝权的统合

值得注意的是,在《行政诉讼法》修改前乃至修改后,我国学界和实务界均有人主张,

[2] 无效行政行为自始不能产生其所追求的法律效果,没有拘束力,可在任何时候被任何人主张无效。任何人不必也不得遵从、尊重、执行,即使无效性尚未依程序确认。公民不必在一定期限内诉请撤销无效的行政行为,而是可以无视它,直至它被强制执行时再提起针对执行措施的救济请求。Vgl. Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar, Muenchen 2015, S. 1030; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Muenchen 2011, S. 277 f.

[3] 参见重庆市第一中级人民法院(2015)渝一中法行终字第 00328 号行政判决书;山西省晋城市中级人民法院(2016)晋 05 行初 12 号行政判决书;新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2016)新 01 行终 90 号行政裁定书;湖南省株洲市中级人民法院(2018)湘 02 行终 1 号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申 2496 号行政裁定书。

[4] 参见最高人民法院(2016)最高法行申 325 号、1580 号、2250 号行政裁定书;最高人民法院(2016)最高法行申 325 号行政裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤行终 1560 号行政裁定书;山西省高级人民法院(2017)晋行终 366 号行政裁定书。

[5] 参见山东省高级人民法院(2015)鲁行再字第 1 号、第 2 号行政判决书。

[6] 参见吉林省高级人民法院(2016)吉行申 239 号行政裁定书。

[7] 该条第 1 款规定:只要行政行为有特别重大的错误,并且这在理智地衡量所有有关情节是明显时,行政行为无效。

[8] 参见辽宁省朝阳市中级人民法院(2015)朝行初字第 00136 号行政判决书。

[9] 参见贵州省遵义市中级人民法院(2017)黔 03 行终 97 号行政判决书。

[10] 参见江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏 07 行终 194 号行政判决书。

[11] 参见河南省驻马店市中级人民法院(2018)豫 17 行终 38 号行政判决书。

重大且明显违法的行政行为,不发生法律效力,不对相对人产生拘束,相对人可在任何时候请求有权国家机关宣布其无效。<sup>[12]</sup> 与之对立的观点则是,我国法上的无效,仅指行政违法行为的一般后果,并不同于欧陆法系传统上重大、明显违法的行政行为。典型如《行政处罚法》第3条第2款规定的“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”。这里的“无效”包容了一般违法和重大、明显的瑕疵,外延远逾学理上所认识的无效行政行为。<sup>[13]</sup> 因而,我国法对无效行政行为理论的接受是不明确的,立法使用的“无效”概念是混乱的。相比之下,《行政处罚法》第49、56条、《治安管理处罚法》第106条等法条明确赋予当事人拒绝权,其并不总是以欧陆传统上无效行政行为的事实构成——“重大且明显违法”——为前提,不能和无效行政行为简单对接。<sup>[14]</sup> 对于上述纷争,简单褒贬并无太大意义,在新法的背景下,应当在拒绝权的视角下审视无效行政行为,以无效行政行为统合当事人有权拒绝的行政行为:在诠释作为无效之前提的“重大且明显违法”时不能罔顾拒绝权规范,而是应当让无效行政行为囊括拒绝权所对应的行政行为;同时,拒绝权意味着相应的行政行为自始不生效,这恰恰为释明无效行政行为的法律效果指引了方向。

### (一) 统合的必要

对新法下的无效行政行为之事实构成与法律效果,有学者根据司法实践,主张确认无效判决还应适用于行政处罚“不能成立”或没有法定依据、行政强制课以事实不能之义务、漏盖公章或加盖无效公章、行政许可严重不符合法定形式等情形,呼吁引入“请求判决确认行政行为无效的,不适用起诉期限的规定”等配套制度。<sup>[15]</sup> 有学者认为“其他重大且明显违法”包括:违背地域专属管辖;无法辨认作出决定的行政机关;未依法作成书面决定;客观上不可能实施;行政行为的实施可能导致相对人犯罪等。而且,经判决确认无效的行政行为自始、永远、对任何人无效。<sup>[16]</sup> 有学者指出,无效行政行为的判断权掌握在法院手中,在被法院确认无效前,行政行为持续具有公定力。<sup>[17]</sup> 然而,要求无效须经法院确认的主张,对“重大且明显违法”的界定却均忽视了现行法规定的拒绝权,导致行政行为效力的尴尬。比如,行政机关及其执法人员当场收缴罚款却未出具符合规定收据就未被上引学者纳入“重大且明显违法”的外延下,而按照主流学说,无效行政行为以外的可撤销行为只有在有权机关撤销后才失去效力,<sup>[18]</sup> 那么这种情形下的罚款仍应有效,对当事人有拘束力,但这与法律规定相冲突。此外,拒绝权的存在,意味着某些行政行为无待

[12] 参见应松年主编:《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2009年版,第123-124页;段小京:《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定的理解与实用》,《人民司法·应用》2008年第3期,第28页;罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社2012年版,第141页;方世荣、石佑启主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第128-129页;《行政法与行政诉讼法学》编写组著:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社2017年版,第129页。

[13] 参见沈岿:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001年第4期,第467页。

[14] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011年第6期,第125-129页。

[15] 参见梁君瑜:《论行政诉讼中的确认无效判决》,《清华法学》2016年第4期,第140-146页。

[16] 参见江必新主编:《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第343页。

[17] 参见黄润秋:《行政诉讼确认无效判决的法律适用评析》,《法治研究》2016年第5期,第115页。

[18] 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第142页。另参见《行政法与行政诉讼法学》编写组著:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社2017年版,第119、125页;方世荣、石佑启主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第124页。

法院裁判而是根据当事人的判断就不能拘束当事人,即自始无效,这直接抵牾“无效须经法院的确认”。

另有学者认为,无效行政行为包括行政行为具有特别重大或明显的违法情形的行政行为、行政主体不明确或明显超越职权的行政行为、其实施将导致犯罪的行政行为、行政主体受胁迫作出的行政行为、没有可能实施的行政行为。无效为自始不生效。<sup>[19]</sup> 还有学者也赞同自始无效,并将无效的情形界定为以书面形式作出却未注明作出主体、违反专属管辖规定或缺乏事务权限、缺乏特定要式、内容不明确或不能实现、所要求或许可的行为导致犯罪、违反善良风俗、受胁迫或强制作出的行政行为等。<sup>[20]</sup> 但支持自始不生效或无效的学者,不仅未依据对新法第 75 条的解释来讨论无效行政行为的事实构成,而且只字未提拒绝权的规范,导致其观点缺乏现行法的支撑。有学者指出,行政诉讼类型应否引入无效确认之诉,取决于实体法中对具体行政行为之“自始无效”的肯认。如果这一基础性问题尚未解决,诉讼制度中就无法或暂时没有必要作出相应安排。<sup>[21]</sup> 但是如果现行法对拒绝权的规定实际上已经蕴含了“重大且明显违法的行政行为自始无效”,那么就能回应无效确认之诉的成立所依赖的实体法前提问题,为适用无效确认之诉奠定基础。如学者所言,我国多部法律赋予私人以拒绝权,表明某些情形的行政行为已被法律认定为无效。<sup>[22]</sup>

此外,如果说只有体系化才能确保平等理念所要求的法的前后一贯和内在统一,<sup>[23]</sup> 那么相比零散地把握拒绝权,以无效行政行为统合各种拒绝权对应的行政行为,利于对法律制度进行体系化理解,避免产生行政行为同样是严重违法但当事人时而享有、时而却不享有拒绝权的霄壤之别,消除各种制度所蕴含的评价相互之间不能融贯一致的评价矛盾,<sup>[24]</sup> 形成判断和认定各领域行政行为效力的整体框架。此外,通过借助拒绝权的条件来界定重大且明显违法,还可以缩减后者的不确定性,高效便捷地适用法律。

## (二) 统合的可能

欧陆传统上无效行政行为法律效果是自始不生效,蕴含了当事人有权拒绝履行,因而新法下的无效行政行为与拒绝权有可能协调适应。反对以无效行政行为制度统合拒绝权规范的理由主要是:第一,无效行政行为传统上是针对具体行政行为,而拒绝权可以发生在行政过程的任何环节,两者针对的内容不一致。第二,无效行政行为不一定侵害当事人的权利,不一定导致拒绝权的问题。第三,行政行为无效与拒绝权的标准并不一致:拒绝权所针对的违法情形较为复杂,未必构成重大且明显违法,而以行政行为无效来概括拒

[19] 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社 2016 年版,第 141 - 142 页;《行政法与行政诉讼法学》编写组著:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社 2017 年版,第 127 - 129 页。

[20] 参见张浪:《行政诉讼中确认无效之诉的问题探讨》,《法学评论》2017 年第 2 期,第 129 - 132 页。

[21] 参见刘飞著:《行政诉讼制度专题研究:中德比较的视角》,法律出版社 2016 年版,第 83 页。

[22] 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,《法学研究》2018 年第 6 期,第 162 页。

[23] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz-entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin 1983, S. 16 - 18.

[24] 评价矛盾和后文提到的规范矛盾,参见[德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 212 页。

绝权也可能让无效行政行为承载过多内容而导致标准含混。<sup>[25]</sup> 然而,这三个理由并不构成不可逾越的障碍。

首先,就现行法规定的拒绝权来看,其主要针对的仍然是行政处罚等具体行政行为,将拒绝权对接于无效行政行为有很大的空间。其次,授益性行政行为的相对人未必有动机去行使法定拒绝权,但相对人基于无效行政行为的学理将不能主张信赖保护,而且第三人也可诉诸无效行政行为的救济渠道。所以将当事人有权拒绝的行政行为解释为无效行政行为仍有重要意义。再次,后文将表明,拒绝权的情形均可解释为重大且明显违法。如果拒绝权的事实构成不能限定解释为重大且明显违法,就意味着构成一般违法的行政行为也不能拘束相对人而在事实上无效,行政行为将难以在个案中发挥其权威性地塑造法律关系、实现法安定性的功能。将无效行政行为的范围过分扩大到重大且明显违法的行政行为以外,不仅妨碍行政的效率和功能,对于其他因信赖该行政行为合法而据以行动的相对人,亦会产生难以想象的后果。<sup>[26]</sup> 最后,纵使立法者在设置拒绝权时根本未曾虑及无效行政行为的学理,但在文义范围内,通过客观目的解释,用解释者所处时代的观念来理解法律文本,选取符合裁判时社会需要的解释方案,就能够从法律中为立法者未想到也不可能想到的案件找到解决办法,弥合古老而不变的法律文字和不断发展的社会状况之间的裂痕,促使法律与时偕行。<sup>[27]</sup>

### 三 类型建构：“其他重大且明显违法”的具体化

在证成了无效行政行为应统合当事人有权拒绝的行政行为之后,就可参酌当事人可行使拒绝权的条件,澄清《解释》第99条中规定的“其他重大且明显违法”。对此,《湖南省行政程序规定》第161条、《辽宁省行政执法程序规定》第66条第1款、《宁夏回族自治区行政程序规定》第106条第1款、《江苏省行政程序规定》第72条第1款与新法第75条并无不同,均是规定为不具有(法定)行政执法主体资格、没有(法定)依据以及其他无效瑕疵。而《山东省行政程序规定》第132条第1款则规定,应当确认无效的行政决定为:(1)行政机关无权做出的;(2)未加盖行政机关印章的;(3)内容不可能实现的;(4)应当确认无效的其他情形。根据学者对最高人民法院司法解释的梳理,违法的“明显”意味着从卷面或文书上可以认定的明显,以及综合全案可以认定的明显;而对于违法的“重大”,最高人民法院尚未探索出一个判断标准。从司法解释中可推出,超越职权、严重违法法定程序或正当程序、法律法规规章规定的其他不宜强制执行的情形,无论明显与否即构成无效情形。除了有关司法解释中明文限定为“重大或严重”的以外,行政行为的无效并不取决于违法的重大性。超越职权、法律法规规章规定的其他不宜强制执行的情形,导致行政

[25] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011年第6期,第121-122页。

[26] 参见赵宏著:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践》,法律出版社2012年版,第150-154、354页。

[27] 参见[德]科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第223页。

行为无效的,其违法更是既不取决于重大,也不取决于明显。<sup>[28]</sup>

但在新法颁布后,无效行政行为的违法须同时具备重大且明显这两个特征。既有的认定标准,应当根据新法予以重构,以免和新法龃龉不合。<sup>[29]</sup> 考察德国对这两个特征的界定,“重大”是违法行为与有效法秩序和作为其基础的共同体价值观,处于一种严重矛盾,以致行政行为若产生所指向的法律效果将不可容忍。“明显”则意指熟悉有关事项的无偏见并理智的一般观察者,可轻易识别其违法;违法性如刻在额头般明显,观察者无需特别的调查或法律思考即可推论:行政行为不可能合法。<sup>[30]</sup> 德国的做法值得参考。我国有法院认为,直接凭常人理解判定无效行政行为极为不妥,<sup>[31]</sup>但也有法院主张“重大且明显违法”的通常标准是,其违法情形已重大且明显到任何有理智的人均能判断的程度,或者以一般理性人的常识即可判断出该行为违法,因而一般人就可以根据自己的判断而不服从。<sup>[32]</sup> 这些判例中给出的标准似乎侧重于对“明显”的识别,对“重大”的判断还可结合我国既有的单行法、地方立法和司法解释,按照违法行为对当事人权益的影响程度认定。在实践中就有法院指出:“重大”是指行政行为的实施给相对人权益带来重大的影响;而“明显”则指一般理性人均可轻易对行政行为的违法性作出肯定判断。<sup>[33]</sup> 据此,“其他重大且明显违法”的情形可做如下界定。

#### (一)超越专属管辖并对当事人权益有重大影响

违法的明显性作为拒绝承认行政行为的前提和区分其有无效力的标准,利于法安定性。<sup>[34]</sup> 德国学者公认,“明显”关涉到产生直接的肯定性,代表了明确性,或者说存在于其真实性或正确性被认为如此肯定,以致无需再进一步论证之时,因而不能存在其他的解释可能性。为了减少判断违法是否明显时存在的主观性,认定“明显”应要求多名判断者或者多个判断机构的一致。<sup>[35]</sup> 在我国,超越职权的行政行为,如果越权不很明显,不宜认定为无效。<sup>[36]</sup> 在实践中存在大量“联合执法”、“异地用警”等现象,《行政处罚法》第 16 条、《行政许可法》第 25 条均允许在一定条件下一个行政机关行使有关行政机关的职权,上级行政机关有时也指示下级机关处理某些属于上级机关管辖的事项。这表明超越职权的违法通常难以从外部识别。

但超越某些专属地域或事务管辖,对法秩序建构的行政职权分工构成了不可容忍的

[28] 参见叶必丰著:《行政行为原理》,商务印书馆 2014 年版,第 273 - 276 页。

[29] 王贵松教授认为,应将重大且明显说纳入具体价值衡量说之内,由法院衡量各方利益及无效可能导致的行政目的、法安定性等方面的损失,确定是否无效。参见王贵松:《行政行为无效的认定》,《法学研究》2018 年第 6 期,第 169 页。这一见解虽奠基于司法实践中的部分判例,但却可能难以符合法律。换言之,在法律与判例的关系上应以前者为准,不宜以未必符合法律的判例作为未来裁判的标准。

[30] Vgl. Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Muenchen 2015, S. 1037 - 1039.

[31] 参见山西省吕梁市中级人民法院(2016)晋 11 行终 101 号行政裁定书。

[32] 参见最高人民法院(2018)最高法行申 550 号行政裁定书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2016)浙 04 行终 163 号行政裁定书;北京市第一中级人民法院(2016)京 01 行终 861 号行政判决书。

[33] 参见内蒙古自治区杭锦旗人民法院(2015)杭行初字第 11 号行政裁定书。

[34] Vgl. Erich Schiedeck, *Die Wichtigkeit von Verwaltungsakten nach § 44 Absatz 1 VwVfG*, Regensburg 1993, S. 36.

[35] Vgl. Armin Steinbach, *Evidenz als Rechtskriterium-Versuch einer dogmatischer Verortung*, *Archiv des oeffentlichen Rechts*, 140 (2015), S. 371, 398.

[36] 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社 2016 年版,第 141 页。

抵触,一般人无需法律知识即可确认,就可能属于重大且明显违法。如按照《行政处罚法》第16条,限制人身自由的行政处罚只能由公安机关实施。其他行政机关擅自限制人身自由,将严重侵犯当事人权益,应作为重大且明显违法。再如按照《居民身份证法》第15条第3款、《道路交通安全法》第19条第5款、《企业法人登记管理条例》第25条第1款,除法定机关外,其他单位或组织不得扣押、收缴、吊销居民身份证、机动车驾驶证、企业法人营业执照。若其他行政主体为之,也是明显超越专属职权。鉴于上述证件对当事人利益攸关,擅自扣押或收缴将严重损害当事人利益,所以是重大且明显违法。此外,房地产登记发证理应由当地的房产或土地管理部门实施,其他部门发放亦属明显违法,同时这类行为对当事人权益的影响也自然重大。而按照《土地管理法》第78条第1款、《税收征收管理法》第33条第2款、《海域使用管理法》第43条、《草原法》第63条,无权批准的机关批准征收、使用土地,减税、免税,使用海域或征收、征用、使用草原的,批准的文件无效。这些行为都属于明显超越专属职权而违法。它们对相对人虽不是侵益,而是授益,但毕竟会对相对人、第三人利益有重大影响,因而违法的“重大”也应包括通过授益而对当事人权益有重大影响的行为。德国也有学者主张,对无效的确认可能不利于公民,如确认授益性的许可无效,<sup>[37]</sup>无效行政行为的后果包括相对人不得要求行政行为所含有的授益。<sup>[38]</sup>可见授益性行为同样要适用行政行为的一般原理,因而相关行为均构成重大且明显违法。<sup>[39]</sup>实践中有法院因乡镇政府颁发集体土地使用证的行为超越职权,确认被诉行政行为无效。<sup>[40]</sup>还有法院以人力资源和社会保障局行使了职工医疗保险管理处的专有职权为由,确认被诉行政行为无效。<sup>[41]</sup>

## (二)明显缺乏事实根据并对当事人权益有重大影响

行政行为缺乏事实根据自属违法,若其明显缺乏事实根据且对当事人权益有重大影响,亦可能构成重大且明显违法而无效。<sup>[42]</sup>按照《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第7条第1项,行政决定或文书明显缺乏事实根据的,法院不予认可,意味着这类行政行为不被法院承认为有效。实践中有法院以房产登记行为无任何有权机关制发的证明文件,无事实依据为由,确认无效。<sup>[43]</sup>有法院因民政局在进行结婚登记时未对身份信息进行充分审查,导致当事人用虚假身份证明结婚,确认颁发的结婚证无效。<sup>[44]</sup>

[37] Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S. 279.

[38] Vgl. Martin Will/Christian Rathgeber, die Nichtigkeit von Verwaltungsakten gem. § 44 VwVfG, in: Jus 2012, S. 1061.

[39] 《土地管理法》第78条、《海域使用管理法》第43条、《草原法》第63条还规定,(1)超越批准权限非法批准占用(或征收、征用、使用)土地、海域、草原的,(2)不按土地利用总体规划确定的用途或海洋功能区划批准用地或海域的,或者(3)违反法律规定的程序批准占用(或征收、征用、使用)土地、草原的,批准文件无效。除了(3)以外,它们却未必是重大且明显的违法导致无效的行政行为。上述法律的立法者并未对违法行政行为的程度加以区分,但在新法明确区分了无效与可撤销的行政行为之后,为避免上述立法与之冲突,应将这里所谓的“无效”理解为可由复议机关或法院加以撤销而使之不具有法律效力、而非自始不生效的行政行为。

[40] 参见河南省商丘市中级人民法院(2016)豫14行终132、174号行政判决书。

[41] 参见河南省鹤壁市淇滨区人民法院(2014)淇滨行初字第38号行政判决书。

[42] 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,《法学研究》2018年第6期,第170页。

[43] 参见山东省东营市中级人民法院(2017)鲁05行终71号行政判决书。

[44] 参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2016)辽01行终36号行政判决书。

还有法院以集体土地使用证无登记日期,亦没有土地登记地籍档案材料为由,认为集体土地使用证无效。<sup>[45]</sup> 虽然法院未论证这些行为违法何以是重大且明显,但无任何证明文件、地籍档案材料或未充分审查即予以登记当属事实依据明显不足,对当事人权益也影响甚巨。

### (三) 要求或允许实施违法行为

要求或允许实施违法行为的行政行为,不仅明显违法,而且通过鼓励、支持违法,对法秩序的统一产生不可容忍的危害。《会计法》第 5 条第 2 款、《统计法》第 29 条第 1 款禁止授意、指使、强令会计机构、会计人员伪造、变造会计凭证、会计账簿和其他会计资料,提供虚假财务会计报告,禁止要求提供不真实的统计资料。违反上述禁令的行政行为就属于重大且明显违法。

### (四) 违背善良风俗

学者指出,当事人有权拒绝严重侵犯善良风俗和人格尊严的强制措施。<sup>[46]</sup> 实际上,对他人人格尊严的尊重也属于善良风俗的要求。之所以将违背善良风俗的行政行为作为重大且明显违法,因为这类行为与作为法秩序基础的社会价值观念,形成了不能容忍的矛盾,而且《宪法》第 53 条课予公民尊重社会公德的义务,这类行政行为抵触宪法,两方面均说明其违法已重大。其违法的明显性则在于一般人不必诉诸法律知识即可推论其不会合法。德国法院将“违背善良风俗”视为伤害所有正直和公平思考者的正派感,如强迫结婚、强迫某种宗教信仰、排犹措施、胁迫处于危难中的公民等等,<sup>[47]</sup> 可资参考。

### (五) 明显违反法定程序,严重损害当事人权益

行政行为的程序违法有不同程度和情形。学者将行政主体违反正当程序原则视为无效行政行为的一种情形。<sup>[48]</sup> 然而正当程序原则的内涵比较宽泛、模糊,以违反正当程序为无效有损行政程序的安定性。<sup>[49]</sup> 因此导致行政行为无效的程序瑕疵,应限于明显违反法定程序、严重损害当事人权益。《行政处罚法》第 49、56 条,《治安管理处罚法》第 106 条赋予当事人有权拒绝履行未出具符合规定收据的罚款决定,就属于这种情形:欠缺符合规定的罚款收据属于明显瑕疵,<sup>[50]</sup> 将致使当事人不能获得凭证以资救济,严重损害当事人权益,构成重大且明显违法。

学说上还承认,当事人对于下列执法行为有权拒绝:第一,行政人员在执法时没有出示证件表明身份、或没有说明执法意图,以致当事人无法判断其处境;第二,违反法律关于两名以上执法人员或应事先做成并当场出示检查(调查)通知的要求;第三,扣押物品不当场出具清单的。<sup>[51]</sup> 第一种情形侵犯了当事人的知情权,导致其不能判断处

[45] 参见河南省商丘市中级人民法院(2015)商行初字第 151 号行政判决书。

[46] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011 年第 6 期,第 131 页。

[47] Vgl. Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, Muenchen 2015, S. 1051.

[48] 参见金伟峰:《我国无效行政行为制度的现状、问题与建构》,《中国法学》2005 年第 1 期,第 44-45 页。

[49] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011 年第 6 期,第 131 页。

[50] 参见沈岷:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001 年第 4 期,第 467 页。

[51] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011 年第 6 期,第 131 页。



境而不能申辩其利益;第二种情形不能确保无偏私或免于恣意的执法,严重威胁当事人的实体权益;第三种情形则致使当事人难以事后有效诉诸救济。它们均严重损害当事人,加上明显地违反了法定程序,成为重大且明显的违法。按照《保险法》第154条第3款、《税收征收管理法》第59条、《银行业监督管理法》第34条第2款、《证券法》第181条、《统计法》第30条第2款,检查、调查、统计人员少于二人或者未出示有关证件和通知书的,被检查人或调查对象有权拒绝检查。这佐证了(1)和(2)属不能拘束当事人的无效行政行为。

此外,《行政处罚法》第41条还规定:行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依规定向当事人告知给予处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,处罚决定不能成立。实际上,行政决定存在着三维判断:事实判断回答的是行政决定是否存在、能否为外界识别的问题,法律判断回答的是行政决定是否合法的问题,效力判断回答的是行政决定是否有效的问题。上引条文中的不能成立仅仅是一个事实判断的问题。<sup>[52]</sup>可见,此处的处罚决定已经符合行政决定的成立要件,只不过没有履行基本的告知义务或剥夺了当事人的陈述、申辩权,属于明显违法。这种违法还会使当事人难以在处罚决定作出前通过有效陈述、申辩来维护自身利益,对当事人权益有重大损害。《行政处罚法》规定为“不能成立”,无非是强调违法的严重程度而赋予其更严厉的法律效果。<sup>[53]</sup>故这里的不能成立应作无效理解,而非学理上的“不存在”。<sup>[54]</sup>

相比其他重大且明显违法的情形,重大且明显违反法定程序所留下的解释空间较大。为了避免这一标准导致过大的不确定性,应将其限于法律规范明确规定或者学说所承认构成无效的情形。至于《行政处罚法》第3条第2款所规定的“无效”,需做限定解释,<sup>[55]</sup>使其中的不遵守法定程序只能涵括明显违反法定程序、严重损害当事人权益的情形。如果任何违反法定程序的行政处罚都无效,将会和新法第74条第1款第2项要求法院对于程序轻微违法、但对原告权利不产生实际影响的行政行为只确认违法而不撤销(即承认这类行政行为仍有效力)形成同一事实构成被赋予不能相容之法效果的规范矛盾。而且,对于既不属于程序轻微违法、又不构成明显违反法定程序的行政行为,应由当事人自行选择是否因其对自身权益产生实质影响而诉请撤销,不宜由立法预先排除当事人的自决,利于节约行政资源,避免行政机关重新做出同样内容的行政行为。

#### (六) 未采取书面形式或书面未签章

形式要求的背景是国家对清晰、确定、可证明的法律关系有更高需求。<sup>[56]</sup>行政行为形式的违法在达到重大且明显时,亦可导致无效。按照《行政许可法》第38条第1款、第39条第1款,《行政处罚法》第34、39条,《治安管理处罚法》第96条,《行政强制法》第

[52] 参见章志远:《新〈行政诉讼法〉实施对行政行为理论的发展》,《政治与法律》2016年第1期,第8-9页。

[53] 参见林鸿潮:《论行政行为不成立之诉》,《国家行政学院学报》2015年第1期,第59页;金伟峰:《我国无效行政行为制度的现状、问题与建构》,《中国法学》2005年第1期,第42页。

[54] 参见梁君瑜:《论行政诉讼中的确认无效判决》,《清华法学》2016年第4期,第139页;章剑生著:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第524页。

[55] 参见沈岷:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001年第4期,第467页。

[56] Vgl. Martin Will/Christian Rathgeber, die Nichtigkeit von Verwaltungsakten gem. § 44 VwVfG, in: Jus 2012, S. 1060.

24、31、37 条,有关行政决定应采取书面形式并加盖行政机关印章或由执法人员签章。无必要的书面形式(包括文书未送达),或书面未签章的行政行为,不但明显违法,而且会使当事人无从知悉行政行为的作出主体、难以确认其与行政机关之间的法律关系,严重违背行政行为应权威地塑造法律关系以利法安定性的理念,并妨碍当事人诉请救济,对当事人权益有重大损害,因而属于重大且明显违法。实践中存在以书面行政行为未加盖印章为由认定无效的判例,<sup>[57]</sup>表明法官对此亦有认同。

#### (七)其他重大且明显违法

上面提出的无效行政行为的判准,体现了教义学进行类型化、区别相同与不同案件以实现正义的功能。<sup>[58]</sup>对宽泛的规定通过类型化提炼更加具体的规定,也能够压缩自由裁量空间。<sup>[59]</sup>但这些标准不可能是终结性的,必须为法律实践保留充足空间。比如“最高人民法院关于执行房屋征收与补偿决定若干问题的规定”第 6 条规定的“明显不符合公平补偿原则,严重损害被执行人合法权益,或者使被执行人基本生活、生产经营条件没有保障”,“明显违反行政目的,严重损害公共利益”等情形。<sup>[60]</sup>这证成了“其他重大且明显违法”作为补充的必要性。由于已将重大且明显的违法做了分类的具体化,那么在判断某行政行为是否重大且明显违法时,应当先以《解释》第 99 条明定的三种情形和上述各种无效行政行为的标准来判断,以降低认定“重大且明显违法”时的不确定性。

## 四 无效行政行为的法律效果

以无效行政行为统合拒绝权,将当事人得以拒绝的行政行为理解为无效,就必须承认无效行政行为自始不生效。那么按照现行法,重大且明显违法的行政行为是否自始不生效?

#### (一)无效行政行为难以获得法院执行

《行政复议法》第 21 条、新法第 56 条第 1 款均规定:复议或诉讼期间不停止执行行政行为,除非被申请人或被告认为需要停止执行、复议机关或法院认为需要停止执行、法律(法规)规定停止执行。这似乎表明,相比德国重大且明显违法的行政行为自始不生效,在我国无论行政行为是否违法,只要不属于法律明确赋予当事人以拒绝权的情形,即使当事人诉诸救济,这类行政行为通常也有效并可被强制执行。

但如果再仔细审视现行法,又可发现重大且明显违法的行政行为未必能获执行。新法第 97 条规定:公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请法院强制执行,或者依法强制执行。《解释》第 156 条规定:没有强制

[57] 参见河南省新乡市中级人民法院(2011)新行终字第 120 号行政判决书;湖南省隆回县人民法院(2015)隆行初字第 27 号行政判决书;江苏省盐城市中级人民法院(2016)苏 09 行终 406 号行政判决书。

[58] 参见刘涛:《法教义学危机——系统理论的解读》,《法学家》2016 年第 5 期,第 164—165 页。

[59] 参见王锡锌:《滥用知情权的逻辑及展开》,《法学研究》2017 年第 6 期,第 54 页。

[60] 这些情形是司法实践对重大且明显违法的征收和补偿决定进行的总结,所针对的行政行为为过于特定化,因而尚不能作为重大且明显违法的行政行为之判准。

执行权的行政机关申请人民法院强制执行其行政行为,应当自被执行人的法定起诉期限届满之日起三个月内提出。因而,强制执行的前提是当事人在法定期间不提起诉讼又不履行行政行为。当事人一旦起诉,行政机关不得执行。可见,当事人最好及时起诉,以免被执行。德国学者指出,如果当事人假定行政行为无效,他将承担风险。因为有可能行政机关不认同并执行该行政行为,而对无效行政行为提起的诉讼也可能无果而终。因此公民及时防备性地诉请撤销行政行为更合目的。<sup>[61]</sup>我国也有学者认为,尚在起诉期限内而有选择余地时,相对人应及时并优先提起撤销之诉。<sup>[62]</sup>

即便当事人未及时针对重大且明显违法的行政行为起诉,这类行政行为实际上也难以被强制执行。按照《行政强制法》第13条第2款,法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请法院强制执行。可见行政行为的强制执行通常需要行政机关向法院提出申请。又根据《行政强制法》第58条,法院发现被申请执行的行政行为明显缺乏事实根据、明显缺乏法律法规依据或者有其他明显违法并损害被执行人合法权益的,可以听取被执行人和行政机关的意见,并裁定不予执行。上述“有其他明显违法并损害被执行人合法权益的”可以理解为明显缺乏事实根据和负担行为没有法律规范依据以外的各种重大且明显违法。这样解释就能避免法院执行无效行政行为。尽管判决确认无效与裁定不予执行是两种不同裁判,但二者实际效果是一样的。被裁定不予执行的行政决定即便继续存在,其法律拘束力事实上已被剥夺,相对人也无需履行其确定的义务。而且,法院以不予执行的裁定救济相对人,正是因为无效行政行为也是法院不应执行的决定,由此就可说明法院裁定不予执行的正当性。<sup>[63]</sup>不予执行制度在功能上与无效行政行为不具有强制执行力原理契合,是对欧陆无效行政行为制度的借鉴;行政行为强制执行力的排除,也是对拘束相对人效力的排除。<sup>[64]</sup>这更说明了二者在功能上不分轩輊。

## (二) 无效行政行为自始不生效并可不受期限限制而被确认

不予执行的规定虽然在理论上支持了行政行为无效的观点,在实践上支持了当事人拒绝的举动,但却不能适用于行政机关自己实施的强制执行和自己采取的行政强制措施,仍然留有相当的空白。<sup>[65]</sup>假如承认重大且明显违法的行政行为难以被法院强制执行,那么它应否被认为自始不生效而不能拘束当事人,而且行政机关也无权依据法律赋予的强制执行权来强制执行?虽然法条的文义对此语焉不详,但文义之外的各种法律解释论述均支持自始不生效,而且无效可不受期限限制地由法院确认。

### 1. 体系解释

按照《解释》第99条第2项,“减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依

[61] Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S. 279.

[62] 参见梁君瑜:《论行政诉讼中的确认无效判决》,《清华法学》2016年第4期,第131页。王锡锌教授亦在多年前指出,为避免是否无效发生争议,相对人可向法院提起行政诉讼,请求法院宣告无效。参见王锡锌:《行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨》,《法学》2001年第10期,第20页。

[63] 参见沈岷:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001年第4期,第477页。

[64] 参见叶必丰:《最高人民法院关于无效行政行为的探索》,《法学研究》2013年第6期,第51-55页。

[65] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011年第6期,第126页。

据”构成重大且明显违法。这类行为如果须待法院确认方才无效,将与《农业法》第 67 条、《乡镇企业法》第 17 条第 2 款、《全民所有制工业企业法》第 32 条、《个人独资企业法》第 25 条和《中小企业促进法》第 6 条第 2 款有关当事人对乱收费、乱摊派的行政行为拥有拒绝权的规定形成规范矛盾。而且,按照《行政处罚法》第 44 条,行政处罚决定依法作出后,当事人应在决定的期限内履行。基于体系解释,《行政处罚法》第 44 条应当不包括第 41、49、56 条所针对的情形,以免相关法条既赋予当事人拒绝权、又要求其履行。既然某些重大且明显违法的行政处罚的法律效果是当事人有权拒绝(自始不生效),那么其他重大且明显违法的行政行为也应当是自始不生效。否则将会导致这些违法行为除非经由有权机关决定不予执行、确认无效或撤销,仍然有效并可被执行,这将对根据法律评价来说属于类似的情形,赋予了截然相反的法律效果,构成评价矛盾。此外,对于某些当事人不享有拒绝权的行政行为而言,如果行政机关须申请法院执行,那么法院在审查确认其具有重大且明显违法情形后将裁定不执行。但是另一些当事人不享有拒绝权的行政行为,即便其重大且明显违法,却能够基于行政机关所享有的强制执行权而被执行。这也构成一个评价矛盾。为了避免这些矛盾,无效行政行为的法律效果只能是自始不生效。

## 2. 立法者意志解释

新法修订过程中的立法资料记载,修正案草案二次审议稿第四十六条中规定,行政行为有重大且明显违法情形,原告申请确认无效的,法院判决确认行政行为无效。有的部门、专家学者提出,行政行为无效的法律效果是行政行为自始不发生法律效力,确认无效对行政管理影响较大,建议明确法院判决确认无效的具体情形。法律委员会经研究,建议将这一规定修改为新法第 75 条的表述。<sup>[66]</sup> 全国人大法工委也有人认为,行政行为无效是自始无效,无需法院作出无效判断后才没有效力。当事人可以不受行政行为约束,与行政机关就是否无效发生争议时,当事人可以不受期限限制地请求法院判决确认无效。<sup>[67]</sup> 按照“协议理论”,立法者拥护真实起草者所看到和在论证中所宣布的目的,只要没有对此提出反对。<sup>[68]</sup> 因此可以说立法者默认了自始不生效,否则就不能说明立法者要明确无效行政行为具体情形的动因。

## 3. 客观目的解释

我国学者指出,要求相对人尊重行政行为,根据在于需要相对确定的、和平的、安全的生活秩序。但法治的目标不是让人成为惟法是从的奴隶,良好的法治国家应在意识形态和制度安排上确认良知自由,确认在某些情况下出于良知的不服从是正当的。因而,某些重大明显违法的行政行为自始不享有拘束力,相对人可以不服从。<sup>[69]</sup> 无独有偶,德国也

[66] 参见乔晓阳:《全国人民代表大会法律委员会关于行政诉讼法修正案(草案)审议结果的报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2014 年第 6 期,第 696 页。

[67] 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉解读与适用》,法律出版社 2015 年版,第 167 页。

[68] Vgl. Joerg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, Muenchen 2005, S. 104.

[69] 参见沈岷:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001 年第 4 期,第 470-472 页。

有学者认为,无效行政行为作为行政机关宪法地位所导致的有效性之例外,根据在于,要求对任何高权宣示加以容忍而不考虑其可能带有的错误,与《基本法》第1条第3款、第2条第1款所保护的人的尊严和公民作为人的自主负责不能相容。<sup>[70]</sup>

前已述及,德国相应法制的机理是,法定安定性原则要求,制定法、司法判决和行政行为应明确、稳定并获普遍服从,但在经历了纳粹“法律的不法”之后,对法律的服从义务受到实质正义的限制。相应地,无效行政行为违反实质正义,要求公民服从就有悖于法治的基本内涵。因而,它自始不产生拘束,当事人可不服从,并有权不受诉讼期限限制,请求国家机关确认无效。<sup>[71]</sup>如果说解释者必须为法律寻求与社会中占主导地位的、具有公认力的正义观念相符的语义,寻找立法者制定规范时必须持有或至少可以持有的观念,<sup>[72]</sup>那么就不能置公民良知和实质正义于不顾,置公民对法律的理解和判断于不顾,否则将难以主张法律秩序和行政活动的正当性。正如实践中有法院要求公民不得无视、否定或者阻碍国家机关工作人员执行职务的行为时,也承认形式外观具有重大且明显的违法情形构成例外。<sup>[73]</sup>

具体来说,第一,自始不生效能够有效保护公民权利并监督依法行政,这是解释法律时应予追求的客观目的。学者主张,承认当事人拒绝履行的权利,利于保护公民的权利、遏制行政违法。<sup>[74]</sup>这同样适用于重大且明显违法的行政行为。现代行政的基本理念是保障公民权益不受行政权的恣意侵害,对于具有重大且明显瑕疵的行政行为,就应对其效力予以否定。由此对公民合法拒绝权的确认是现代法治和人权理念的应有之义,足以引起行政主体的警醒,增加其纠错的可能性,弥补传统行政救济的不足。<sup>[75]</sup>

同样是为了保护权利,当事人应有权在任何时候诉请确认重大且明显违法的行政行为无效。因为无效行政行为确认之诉是为了澄清行政行为的效力,不是限制当事人的诉权,更不是禁止当事人在其它诉讼中对行政行为效力的异议。<sup>[76]</sup>除了在超过救济时限的情况下开拓救济的途径外,确认无效判决的其他功能都可被撤销判决吸收。如果不为确认无效诉讼另定起诉期限,确认无效判决就会成为可有可无的判决。<sup>[77]</sup>一方面承认无效行政行为自始不生效,另一方面却要求对此的确认诉讼必须在起诉期限内提起,<sup>[78]</sup>结果只能是无效行政行为经过起诉期限后不能再被质疑,不啻于承认其有效。因而,即使是反对重大且明显违法的行政行为自始不生效的论者,出于社会集体意识难以容忍如此严重的违法行为,也认可对此的无限期救济制度。<sup>[79]</sup>

[70] Vgl. Erich Schiedeck, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nach § 44 Absatz 1 VwVfG, Regensburg 1993, S. 8 f.

[71] 参见赵宏著:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践》,法律出版社2012年版,第142-143、150-154页。

[72] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第33-34、71页。

[73] 参见辽宁省大连市中级人民法院(2018)辽02行终103号行政判决书。

[74] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011年第6期,第129-132页。

[75] 参见章志远:《行政行为无效问题研究》,《法学》2001年第7期,第15页。

[76] 参见何海波:《公民对违法行政行为的藐视》,《中国法学》2011年第6期,第121页。

[77] 参见张旭勇、尹伟琴:《行政诉讼确认无效判决三题》,《行政法学研究》2004年第4期,第94页。

[78] 参见张浪:《行政诉讼中确认无效之诉的问题探讨》,《法学评论》2017年第2期,第133-135页。

[79] 参见张旭勇:《权利保护的法治限度——无效行政行为理论与制度的反思》,《法学》2010年第9期,第121页。

《解释》中的相关规定也支持对确认无效之诉不设起诉期限限制。按照《解释》第 94 条第 2 款,原告起诉请求确认行政行为无效,法院审查认为不属于无效情形,经释明,原告请求撤销的,应当继续审理并依法作出相应判决;原告请求撤销但超过法定起诉期限的,裁定驳回起诉。那么原告在释明后将确认无效的诉讼请求改为撤销时可能未超过或者已超过法定起诉期限。这表明原告原来的确认无效之诉可能在法定起诉期限外提起。而且,《解释》第 162 条又规定:公民、法人或者其他组织对 2015 年 5 月 1 日之前作出的行政行为提起诉讼,请求确认无效的,法院不予立案,暗示原告对 2015 年 5 月 1 日后作出的行政行为提起确认无效之诉,法院应当立案,即使《解释》自 2018 年 2 月 8 日起施行而导致原告起诉时已超过起诉期限。而在《解释》颁布后,不少法院均提出,当事人针对新法实施后作出的行政行为提起确认无效请求的,不受起诉期限限制。<sup>[80]</sup>

对不同时限内提起的确认无效之诉,可设置不同举证责任:按期起诉的,在原告对行政行为的无效举证的同时,被告应对行政行为的合法举证;超期起诉的,仅由原告对无效举证。<sup>[81]</sup> 在德国法上,由于瑕疵系“重大且明显”,自始无效的具体行政行为不因相对人诉讼时效的丧失而具有存续力,因此无效确认之诉的适用并无时效限制。基于这一特征,无效确认之诉具有了独立存在价值。<sup>[82]</sup> 在我国法上如此安排,无效确认之诉才能作为撤销之诉的备位诉讼,在后者的起诉期限届满后,发挥补充的救济功能,有助于前者独立价值之彰显和两者救济合力之发挥。同时,行政行为无效之举证责任由原告来承担,是举证责任分配条款之推论,是公定力作用之归结,也是无效确认之诉的价值内核、观念内核及功能内核的产物。<sup>[83]</sup> 为了避免加剧讼累,还可要求超期起诉的当事人必须先向原行政主体或其上级申请确认无效,<sup>[84]</sup> 在被拒绝或未获答复时,当事人必须对确认无效诉讼拥有现已存在或即将到来的确认利益,<sup>[85]</sup> 并且证明延宕具备正当理由,法院查实理由或确信行政行为无效的,方得受理。<sup>[86]</sup> 此外,做出机关或上级机关也可在任何时候依职权确认行政行为无效,以符合依法行政的要求。

第二,反对自始不生效的观点并非无懈可击。学者认为,赋予相对人对无效行政行为的拒绝权没有多大成效,只会陷相对人于“以卵击石”之境,导致行政机关更加严厉的制

[80] 参见最高人民法院(2018)最高法行申 2488、2489、2496 号行政裁定书,湖南省常德市中级人民法院(2018)湘 07 行终 21 号行政裁定书,山东省潍坊市中级人民法院(2018)鲁 07 行终 38 号行政判决书。

[81] 参见邓成江:《无效行政行为不受起诉期限限制之理性思考》,《人民司法·应用》2014 年第 21 期,第 54-56 页;张旭勇、尹伟琴:《行政诉讼确认无效判决三题》,《行政法学研究》2004 年第 4 期,第 94-97 页。在德国,确认无效之诉也是须由原告提供事实,以得出自始无效的理由。参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬著:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社 2003 年版,第 324 页。

[82] 参见刘飞著:《行政诉讼制度专题研究:中德比较的视角》,法律出版社 2016 年版,第 74 页。

[83] 参见梁君瑜:《行政行为无效确认之诉的理论内核与制度前景》,《理论月刊》2016 年第 7 期,第 114-116 页。

[84] 参见金伟峰:《建立我国行政诉讼中的确认无效诉讼制度》,《政法论坛》2005 年第 3 期,第 146 页。

[85] 参见黄学贤、徐恒婧:《新〈行政诉讼法〉第 75 条确认无效判决的司法适用探讨》,《法治研究》2017 年第 3 期,第 137 页。

[86] 参见曹淑伟:《确认行政行为无效诉讼的期限研究》,《行政法学研究》2017 年第 4 期,第 76 页。最高人民法院在众多裁判中均以再审申请人未能说明被诉行为存在、可能存在无效情形,或者法院认为违法未达到重大且明显之程度为由,未支持申请人提出的起诉应不受期限限制之主张。参见最高人民法院(2017)最高法行申 4081、4293、8854、8858、8859、8860、8861、8862 号行政裁定书。

裁和强制执行。对行政权滥用的控制应仰赖司法权。同时,无效行政行为的判断标准不够清晰,可能让相对人误读法律、滥用拒绝权,导致政治上的无政府主义和公共利益受损。民众若错误地将行政行为判断为无效,进而拒绝遵守及行使拒绝权的话,可能构成妨碍公务,“执行罚”也将使民众更为不利,这都不利于民众权益的保护。此外,无效行政行为的起诉期限应被限定,以保护法安定性以及无效行政行为的基础上繁衍出的其他法律关系。<sup>[87]</sup>

对于那些拒绝接受限制其利益之法律义务的人来说,是否赋予其对无效行政行为的拒绝权根本不会影响他们抗拒执法的行为。但是,对于那些对法律采取内在观点(以规则作为行为标准和行动理由)的人来说,<sup>[88]</sup>承认其对无效行政行为的拒绝权将带来很大变化。如果承认他们有权自始拒绝无效行政行为的拘束,他们将会依法拒绝重大且明显违法的行政行为,利于督促行政机关依法行政:行政机关遇有当事人拒绝时,出于考虑到可能承担压制当事人合法行为的法律责任,认真反省行政行为是否无效,在获得有效性确认之后再依法强制不迟,即使要强制也不能摆脱比例原则的制约,不能因当事人的拒绝而滥用暴力。其实,承认当事人对无效行政行为的拒绝权也不过是认可当事人可以诉诸拒绝履行或配合、劝阻、逃脱等方式,主张其不受行政行为的拘束,并非支持当事人有权对执法人员以暴力反抗相向。由于资讯和传媒的发达,在当事人有权拒绝受无效行政行为拘束时,行政机关会忌惮运用强制压服当事人,除非确认行政行为未构成无效。相反,如果无效行政行为不是自始不生效,行政机关强制执行时就缺少动因去考虑行政行为是否无效。那么,自始不生效就是对当事人的权利在事后救济之外又增添的一道保障。就现行法规定的拒绝权实践来看,很少看到当事人因为行使拒绝权而被行政机关伤害,这说明赋予对无效行政行为的普遍拒绝权,未必会陷当事人于危险之中。

至于对合法乃至非重大且明显违法的行政行为误用或滥用拒绝权的当事人,按照《行政强制法》第6条教育与强制相结合的要求,行政机关应当耐心说服,督促其履行义务。如果当事人仍一味拒绝,应依法追究妨害公务的法律责任,<sup>[89]</sup>以免过度危及社会秩序和法治。法律是否承认对无效行政行为的拒绝权,不能改变行政机关上述的行为方式,所以民众错误的判断并非必然导致妨碍公务,行政机关善尽说教义务有重要意义。按照《行政强制法》第45条,加处罚款或滞纳金的标准应告知当事人。可见,当事人能够获知因不履行原行政行为而被加处罚款或滞纳金的新行政行为,从而决定诉请确认原行政行为无效或者继续对原行政行为不予理睬。如果他的选择是后者,当然要因不积极诉诸救济而承担相应风险:原行政行为有效、应当履行并且还要承担新行政行为所课予的义务。这种风险将督促当事人尽早通过救济渠道确认行政行为是否有效,结果对其未必更为不利。

[87] 参见余凌云著:《行政法讲义》(第2版),清华大学出版社2014年版,第234-235页;黄全:《无效行政行为理论之批判》,《法学杂志》2010年第6期,第135页;叶必丰:《论行政行为的公定力》,《法学研究》1997年第5期,第89-90页。

[88] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第53-55、83-86页。

[89] 参见柳砚涛、刘宏涓:《论无效行政行为防卫权及其矫正机制》,《行政法学研究》2003年第2期,第27页。

以当事人的判断不可靠为由排除其对无效行政行为的拒绝权,<sup>[90]</sup> 忽视了被妥善界定的标准所能够发挥的指引作用。如前所述,结合法定拒绝权来界定重大且明显违法的各种具体判准后产生的“分流”作用,将利于引导行政机关确认行政行为是否有效,利于引导当事人判断是否出现无效行政行为。如果认为这些标准难以指引当事人展开判断,那么现行法对拒绝权的种种规定能否指引当事人判断在具体情况下有无拒绝权呢?若答案为否,法定拒绝权的意义究竟何在?若答案为是,这些标准和拒绝权规范之间又真的存在如此大的差别吗?其实,正如德国学者指出的,通过违法之明显性标准的客观化,法安定性得以增强,指责“明显性”过于不确定的异议就失去了力量。<sup>[91]</sup> 在充分实践的基础上,这些标准还应上升为立法,以提供更权威的引导。而以法安定性为据限制当事人的起诉期限,也将会导致重大且明显违法状态的永续存在,过度损害依法行政和实质正义。至于说到重大且明显违法的行政行为所衍生出的法律关系值得保护,恐怕就忽视了法秩序所提供的信赖保护有其界限:任何人必须对其所参与的法律关系有所判断,不顾有关行政行为具有重大且明显违法的瑕疵仍与他人形成法律关系的人,就无权主张享有信赖保护。否则就是认可某些人能够要求社会为自己的过错付出代价。因而,无效行政行为不可作为信赖的客体。<sup>[92]</sup> 在司法实践中,最高人民法院也认为在具有承继关系的前后两个行政许可中,前一个存在重大明显违法或者存在显而易见的违法且无法补正的情况下,可能直接影响到后一个许可的合法性。<sup>[93]</sup>

第三,以上所展开的客观目的论述容有争议,比如承认无效行政行为自始不生效究竟有助于“暴力抗法”还是更利于谨慎行政,当然还可从经验事实层面进行研究。其实,湖南、辽宁、山东、江苏、宁夏的行政程序规定均设有“无效行政决定或执法行为自始不生效”之明文,但很难说它们助长了这些地方的民众进行“暴力抗法”。即便具体法律制度的实际后果难以查明,如果上文对立法者意志的探究是成立的,就足以证成重大且明显违法的行政行为自始不生效。因为表达法律文义约束或历史立法者意志的论述,优先于其他论述,除非可以举出理性的理由承认其他论述优先。<sup>[94]</sup> 鉴于拒绝权的存在,反对理由并不足以使客观目的论述得出明确反对自始不生效的结论,更看不到迫使立法者意志论述在此应退后的理由。

## 五 结 语

无效理论转化为制度实践,绝非一个条款规定可以达成,对于隐藏于文字背后的制度安排予以认真揭示、讨论和传播,方能使人们对制度革新真正理解和认同。<sup>[95]</sup> 这正是本

[90] 参见张旭勇:《权利保护的法治限度——无效行政行为理论与制度的反思》,《法学》2010年第9期,第116-118页;黄全:《无效行政行为理论之批判》,《法学杂志》2010年第6期,第135页。

[91] Vgl. Erich Schiedeck, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nach § 44 Absatz 1 VwVfG, Regensburg 1993, S. 28, 36.

[92] 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,《法学研究》2018年第6期,第162页。

[93] 参见最高人民法院(2018)最高法行再6号行政判决书。

[94] Vgl. Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/M 1991, S. 303-305.

[95] 参见沈岷:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践探索》,《中外法学》2001年第4期,第467页。



文试图达成的目的。然而,法律规定来自于有着不同立法价值观或社会理想的宪法时代和社会发展阶段,成文法好比完全不同的法律内容叠加起来的褶皱山脉。<sup>[96]</sup> 这正说明整合协调相关法制,以融贯一致地操作规范,实现相似案件的同等对待,既是法律适用者所面临的挑战,也是他们做出独到贡献的机会。这一点对我国来说别有意义。相比德国,我国行政法学理的体系化仍有相当距离。而我国制度实践惯于通过分别改良,来渐次稳妥地实现整体推进,也导致行政法学理缺乏整体视野和通盘考虑。学理的体系完整和逻辑严密因此始终难以达成,受其影响,制度安排同样无法兼顾全面统筹和相互协调,在很多环节呈现失衡之势。<sup>[97]</sup> 因而,对行政法具体问题的回答,不应脱离宏观体系的视野。通过参考相关立法、判例并展开对法律规范的释义作业,特别是在拒绝权的视角下界定无效行政行为的事实构成、明确其自始不生效的法律效果,才能促使相关法制融会贯通,实现法律体系的和谐自洽,推进司法实践的协调统一。

[本文为作者主持的2019年度中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“行政行为司法审查的思维框架研究”(2722019PY010)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] After the amendment of the Administrative Litigation Law, the premises and legal consequences of void administrative act have become an issue that urgently needs to be dealt with. This issue should be dealt with from the perspective of the right to refuse stipulated in existing laws: void administrative acts should include all administrative acts that may be refused and their legal consequences should be explained in light of this right. The interpretation of “material and apparent illegality” suggests that, apart from those enumerated by laws and judicial explanations, void administrative acts should also include: those that go beyond their exclusive compass; those which have no factual basis and significantly influences the rights or interests of the parties; those demanding or allowing the commitment of an illegal act; those against social morals; those which are obviously against legal procedures and seriously harm the rights and interests of the parties; those which are not in the requisite written form or without signature or official seal; and other administrative acts that are seriously and obviously unlawful. A void administrative act not only cannot be enforced by courts, but, according to relevant legal arguments, is also invalidity *ex tunc*, and a party can apply to a court for the ascertainment of such invalidity at any time.

---

---

(责任编辑:田 夫)

[96] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第71页。

[97] 参见赵宏:《诉讼权能与审查密度——德国行政诉讼制度的整体关联性》,《环球法律评论》2012年第6期,第131-132页。