

“无效行政行为”制度的追溯 与认定标准的完善

胡建森^{*}

内容提要 “无效行政行为”是行政违法理论发展的一种必然结果。早期的行政法控制行政违法的普遍手段以“撤销”为主,而撤销则建立在狭隘的“行政违法”概念基础之上。以德国为代表的大陆法系国家则将行政违法(瑕疵)区分为一般违法与重大而明显的违法两类,为后者建立了确认“无效”制度。中国也有类似的历史轨迹和制度理论。2014年《行政诉讼法》的修正在确立“无效行政行为”前提下,于“撤销”制度之外补充了“确认无效”的司法手段。但在“确认无效”之诉普遍确立的今天,认定“无效行政行为”的标准尚未周全。为此,有必要立足全球视野,全面而深入地揭示无效行政行为的具体情形,推进无效行政行为认定标准的完善。

关键词 无效行政行为 可撤销行政行为 越权行为 重大且明显违法 无效确认之诉

目 次

- 一、“二元论”与“一元论”的并存及理论基础
- 二、判例和行政程序法的贡献:无效的标准和情形
- 三、中国学界:无效行政行为研究的推进和争议
- 四、中国制度:无效行政行为与无效确认之诉
- 五、可撤销行为与无效行为的区别及其困境
- 六、无效行政行为认定标准的完善

^{*} 中央党校(国家行政学院)专家工作室教授。

如果以为“行政行为无效”与“无效行政行为”是“豆腐一碗”与“一碗豆腐”的区别,那是极大的误解。“行政行为无效”是指行政行为的一种“效力状态”,而“无效行政行为”则是指一种极端的“违法行为”。本文的研讨以后者为基点。行政行为存在于一种“无效状态”,如同行政行为存在于一种“有效状态”一样,在行政行为的效力理论中,从未受到过质疑和否定,而在“违法行政行为”之外是否还存在,或者是否还需要确立一种作为极端违法的“无效行政行为”,历来存有争议,国外现在还有“二元论”与“一元论”之争。2014年才真正确立行政行为“无效确认之诉”的中国,至今还可听到反对之声。

一、“二元论”与“一元论”的并存及理论基础

行政法旨在控制行政违法行为。但在违法行政行为的效力认定和处置上,至今还存在着以德国为代表的“二元论”与以英国为代表的“一元论”之争。“二元论”者认为,对于行政机关的违法行为,仅用“撤销”手段是不够的,还必须补充一种“确认无效”的救济方法。一般情况下,针对违法行政行为采取“撤销”便可,但对于一种严重而明显的违法,应当确认其“无效”。因为“撤销”和“无效”对于违法行为效力的否定程度是有区别的。由此就把违法的行政行为划分为“可撤销行为”与“无效行为”。而“一元论”者认为,对违法行为区分为“可撤销行为”与“无效行为”只有纯理论的意义而没有操作上的意义。无论什么违法行为,“撤销”手段都足以覆盖。

在大陆法系国家,“无效行政行为”理论非常成熟。作为该理论的核心部分,关于行政行为无效的认定标准,形成和滋生出诸如不可能理论、重大明显理论、明显性补充要件理论和瑕疵理论等多种理论。但“重大明显理论”具有主流地位,它主张重大而明显的违法才构成无效。

作为“二元论”的代表,德国将行政违法视作为一种行政上的瑕疵(Fehler)。行政瑕疵又被区分为一般瑕疵和重大且明显的瑕疵。在救济手段上,对于前者,作为一般的违法行为适用“撤销”(Ruecknahme)措施,而对于重大且明显的瑕疵则作为无效行政行为,适用确认“无效”(Nichtigkeit)措施。^①这种理论观念反映在德国《联邦行政程序法》^②上,便是第44条规定了行政行为的“无效”制度,第46、48、51条又规定了行政行为的“撤销”制度。而且最终又和德国《行政法院法》^③第42、43条等相衔接,“二元论”特征清晰可见。

紧随德国的就是日本。尽管它的法律体系已不再是二战前单纯的大陆法系或二战后单纯的英美法系,而是一种两大法系的混合。但在违法行为的效力处理上,坚定地站

① 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第十章。

② 德国《联邦行政程序法》(Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG),1976年5月25日通过,1977年1月1日起生效。

③ 德国《行政法院法》(VwGO)1960年1月21日由联邦议会通过。最新修改于1997年12月22日。Vgl. Bundesgesetzblatt. IS.3224.

在“撤销”和“无效”并存的“二元论”一边。日本首推“公定力”概念的美浓部达吉认为,无效原因与撤销原因的区别在于行政法规的性质,违反命令规定的行政行为应该予以撤销,违反能力规定的行政行为应当视为无效。^④此后,无效行政行为不具有公定力被日本行政法学界广泛认可,田中二郎、南博方、盐野宏、杉村敏正等人都坚持和推广这一理论。^⑤为和无效行政行为相对应,在救济制度上设立了行政行为的无效确认之诉,与日本《行政案件诉讼法》^⑥第3条^⑦相衔接。

法国属于大陆法系,但其行政法恰恰是判例法。其行政法主要不是由制定法,而是以行政法院的判例所确立的规则体系为主体,因而它没有站在“二元论”国家队列之中。在法国,区分行政行为的“撤销”和“无效”是没有意义的,行政行为的无效基本适用行政行为撤销制度。^⑧由法国行政法院判例所确立的四种严重的行政违法,即(1)行政机关没有权限,(2)行政行为严重地违反法定的程序和形式,(3)行政机关滥用权力、行政行为目的不符合法律目的,以及(4)行政行为在内容上和理由上违反法律,便应当否定其效力,也是作为撤销而不是无效的事由来对待的。^⑨即使最严重的两种违法,即行政行为的不存在和行政机关的暴力行为,也只能适用越权之诉中的撤销之诉。^⑩

而英美法系国家则以“一元论”为出发点,基本上不存在“无效”与“可撤销”的区分,它们认为这两种违法行为及其所决定的效力状态没有区分的意义。英国把一切违法行为都称为“越权行为”。“越权行为”又可分为“程序上的越权”与“实质上的越权”。^⑪普通法院对行政机关的越权行为享有充分的救济和矫正手段,但就是没有“无效”之说。^⑫美国虽然像德国等大陆法系国家一样制定了“行政程序法”^⑬,但它没有像前者那样把“无效”制度和“撤销”制度一并“装入”行政程序法,因为它压根儿不存在区别于“撤销”的“无效”制度。美国行政法是以“正当程序”为中轴而建立起来的法律体系,大量的行政违法行为统统被归入违反正当程序的行为范畴之中,享受普通法院的普遍救济。以德国为代表的“二元论”者极力推崇“撤销”与“无效”、“可撤销行为”与“无效行为”的区分,这不是没有道理的。它主要以“公民抵抗权理论”“正当防卫

④ 参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第393-394页。

⑤ 参见金伟峰:《无效行政行为研究》,法律出版社2005年版,第91页。

⑥ 日本《行政案件诉讼法》,1962年5月16日(昭和37年5月16日法律第139号)由日本法制审议会制定,同年10月1日生效。2004年6月9日(平成16年6月9日法律第83号)修订。

⑦ 日本《行政案件诉讼法》第3条第4款规定:“本法中所称的‘确认无效等之诉’,是指请求确认处分或裁决的存在与否或效力的有无的诉讼……”

⑧ 参见前注⑤,金伟峰书,第98页。

⑨ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第165页。

⑩ 参见前注⑨,王名扬书,第658-677页。

⑪ “实质上的越权”包括:“超越管辖权的范围;不履行法定的义务;权力滥用;纪录中所表现的法律错误。”

⑫ 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第十、十一章;张越:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第七编第二章。

⑬ 美国于1946年分别制定了《联邦行政程序法》(The Administrative Procedure Act, APA)和《各州标准行政程序法》(The Model State Administrative Procedure Act)。

理论”和“行政法治理论”等为基础。^⑭其中西方公民抵抗权理论以及行政行为效力的存续性与正义性之间的平衡理论,乃是支持“二元论”效力结构的主要依据。

第一,西方公民抵抗权理论。西方公民抵抗权本是政治和宪法意义上的一个概念,特指公民拥有的,必要时可以对由国家法律所产生的义务,采取不服从甚至抵抗的权利。^⑮西方抵抗权理论源自于苏格拉底、梭罗和马丁·路德·金。^⑯公民只能服从正义的法律而不能服从不正义的法律。^⑰这一思想在二战后被写入世界人权宣言和德国基本法等重要的法律文件之中。“公民抵抗权理论是无效行政行为制度的基础。”^⑱因为,“行政行为无效的法律制度,实际上是在法律上赋予人们直接根据自己对法律的认识和判断,公开无视和抵制国家行政管理的权利。”^⑲公民对政府作出的严重而明显的违法具有抵抗权,可以无视无效行政行为的存在,把它看成是从未发生过的事件;不仅如此,公民还有权坚决拒绝。无效行政行为的确立,就使得西方公民抵抗权有了清晰的发射目标。

第二,行政行为存续性与正义性的平衡。效率与公平是任何国家在治理中所面临的一个棘手问题。只讲效率不讲公平,有违民主和法治的价值取向;但只讲公平不讲效率,国家机器就会迟延甚至停顿。落实在与国家治理最为靠近的行政法上,它所规制的行政行为必须在法的安定性原则的支配下保持行政行为的存续力,保证行政行为的稳定性,于是必须坚持任何行政行为,即使是违法行为,没有经法院等有权机关依法撤销前,始终存在法律效力;如果遇到了极端的违法行为,即重大而明显违法的无效行为,则必须确定它无效,让它自始和自后都失去效力,以实现法的正义性。正如德国行政法专家哈特穆特·毛雷尔(H. Maurer)所阐述的,“法的安定性原则要求赋予行政行为存续力,即使行政行为可能存在瑕疵;但在行政行为具有明显并且重大瑕疵的情况下,不再适用法的安定性原则,而应当适用实质的正当性原则”^⑳。

但是,以英美为代表的普通法系国家站在“一元论”的基点上,不认可上述理由,而且越来越持反对的态度。在英国行政法上,“无效”之涵义,正如“越权”一样,是一个极为扩张和富有弹性的概念。根据越权无效原则(the ultra vires doctrine),所有违法的行政行为都是越权行为,而所有越权行为都是无效的和可撤销的。“因此,在普通法国家,区分无效的行政行为与可撤销的行政行为之间的不同,几乎不具有任何实际的意义。”^㉑正如韦德教授(H. W. R. Wade)所说,无效和可撤销的问题,具体运用到某种合同上可能

^⑭ 参见前注⑤,金伟峰书,第48-85页。

^⑮ 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第603页。

^⑯ 参见何怀宏编:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社2010年版,引言。

^⑰ 马丁·路德·金写了著名的《寄自伯明翰监狱的信》,阐述了他的非暴力反抗思想。他认为,世界上“存在着两种法律:公正的法律和不公正的法律。我会第一个倡导服从公正的法律。人不仅有法律责任,也有道德责任,去服从公正的法律。反之,人也有道德责任,去不服从不公正的法律。我会同意圣奥古斯丁的话:‘无公正的法律,就等于无法无天’”。参见[美]马丁·路德·金:《〈寄自伯明翰监狱的信〉及其他》,载前注⑯,何怀宏编书,第66页。

^⑱ 前注⑤,金伟峰书,第48页。

^⑲ 于安编著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第127页。

^⑳ 前注①,哈特穆特·毛雷尔书,第251页。

^㉑ [印]赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,五南图书出版有限公司1991年版,第106页。

有意义,但是,在解决行政机关的违法行为上没有什么意义。行政行为要么合法有效,要么违法无效。^{②②} 丹宁法官 (Lord Denning) 说得更甚: 对无效和可撤销的讨论,只是文字上的、语义上的游戏,仅此而已。^{②③} 还有,迪泼罗克法官 (Lord Diplock) 说,无效和可撤销的划分无助于分析目的。^{②④} 他们反对的具体理由是: 将行政违法行为区别为可撤销行为与无效行为,并对无效行为可以行使抵抗权,并享有终生的起诉权,事实上是无法操作的。因为一种行政违法属于可撤销行为还是无效行为,相对人在事先的服从过程中是无法自我确认的,只有等待经过有效的行政监督程序或司法监督程序确认后才有意义。^{②⑤} 难怪德国行政法专家毛雷尔说,公民行使抵抗权其实是有“风险”的,不如在法定期限内按撤销程序维护自己权利为上策。^{②⑥} 连一个大陆法系国家的学者,奥地利凯尔森 (Hans Kelsen) 也说: “公法上没有与民法上相同之自始、当然、确定无效之概念,否则于未宣告其无效前仍有效,人民皆受其拘束,一旦宣告其无效则系自始、当然、确定无效,后实不堪设想。”^{②⑦}

尽管如此,以“二元论”为基础的无效行政行为制度和理论一直没有被推倒。这一现实表明了无效行政行为制度有其存在的合理性。

二、判例和行政程序法的贡献: 无效的标准和情形

在“可撤销行政行为”与“无效行政行为”理论并存的“二元论”体系中,人们会将研究的重点落在后者而不是前者,因为“行政行为无效制度是行政行为撤销制度的一种例外”^{②⑧}。在研究方法上,只要把“例外”例外出来,剩下的就是“非例外”部分了。而对无效行政行为的研究中,对“认定标准”的研究就必然成为一个热门的核心问题。

行政行为在什么样的情形下才属于无效行政行为,这一认定标准的理论研讨经过几百年的演绎,慢慢形成和滋生出几种标准理论,如不可能理论、重大明显理论、明显性补充要件理论和瑕疵理论等等。但“重大明显理论”始终处于主流地位。在这一主流理论的支配下,世界上的一些判例,特别是“行政程序法”,为树立无效行为的认定标准和揭示无效行为的具体情形作出了不朽的贡献。

德国关于无效行政行为的认定标准,源自早期的两种学说,即以沃尔夫 (Hans

^{②②} See Cf. H. W. R. Wade, *Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? (Part I)*, *The Law Quarterly Review*, Vol. 88, p. 525-526 (1967). 转引自余凌云:《行政法讲义》,清华大学出版社 2018 年版,第 264 页。

^{②③} 参见前注^{②②},余凌云书 (2019 年第 3 版),第 264 页。

^{②④} Cf. Christopher Forsyth, *op. Cit.*, p. 144-145. 转引自前注^{②②},余凌云书,第 264 页。

^{②⑤} 英国迪泼罗克法官 (Lord Diplock) 说,一个决定是否有效在尚未被一个有管辖权的法院宣判之前,谈论无效或可撤销之类的术语是让人迷惑的。See P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 693。

^{②⑥} 毛雷尔解释道:“如果关系人自己认为行政行为无效,须冒一定的风险。行政机关很可能不接受公民的意见而执行(违法的、可撤销的但却有效的)行政行为;而且,确认行政行为无效的请求也可以一无所获。公民在法定期限内要求撤销行政行为,才是明智之举。”参见前注^①,哈特穆特·毛雷尔书,第 254 页。

^{②⑦} 参见张正:《行政法体系重点整理》,保成文化出版公司 1996 年版,第 443 页。

^{②⑧} 杨登峰:《行政行为的多元矫正制度研究》,清华大学出版社 2018 年版,第 57 页。

J.Wolff)为代表的“不可能”理论和以哈契克(J.Hachek)为代表的“重大明显”理论。^{②⑨}前者是指行政行为如果在事实上或法律上都不可能实现时,应当作无效处理;后者是指一种违法如此“严重和明显”以致具有正常理智的人都能发现^{③①},这种行为才是无效的。比较起来,德国学界还是以“重大明显瑕疵说”为主流观点和主要标准。^{③②}“该观点在目前的理论以及法院判例上占据通说地位。”^{③③}反映在法律制度上,德国《联邦行政程序法》主要采用了“严重而明显瑕疵”说,同时也吸收了“不可能”理论。《联邦行政程序法》第44条第1款规定:“行政行为具有严重瑕疵,该瑕疵按所考虑的一切情况明智判断属明显者,行政行为无效。”这里将无效行政行为定义为“具有严重而明显瑕疵(违法)的行政行为”。继而在第2款规定了六种绝对无效的情形。无论是否符合上述“严重而明显违法”标准,只要有下列情形之一的,就属于无效行政行为:(1)行政行为虽已书面作出,但作出的行政机关却未表明该行为由谁作出。即未标明作出行政行为之行政主体者无效;(2)根据法规,行政行为仅可以交付一定的文书方式作出,而未交付文书的。即法律规定必须采取书面形式而未采取书面形式者无效;(3)行政机关超越地方管辖权作出的越权行为无效。即越权无效;(4)基于事实理由不能实施的行政行为。即客观上会导致“行为不能”的行政行为无效;(5)行政行为的完成以违法行为为要件,该违法行为构成犯罪或罚款事实要件。即导致违法或犯罪的行政行为无效;(6)违反善良风俗的行政行为无效。此外,在第3款又规定了四种不会构成无效的情形:(1)未遵守地方管辖权的规定,但第2款第3项的情况除外;(2)根据第20条第1款第2至6项规定应回避的人未回避的;(3)法规规定应共同参与的委员会,未作出颁布行政行为所需的决议,或不具决议资格的;(4)根据法规,需要另一行政机关参与,而其未参与的。在法律适用上按照以下逻辑处理:首先对照第44条的第2款,存在第2款规定的六种情形之一的,按无效处理;其次对照第44条的第3款,如果属于第3款规定的四种情形之一的,不得按无效处理;只有既不属于第2款规定的情形,也不属于第3款规定的情形,才按第1款标准进行判断,构成“严重而明显违法”的属于无效行政行为,反之亦然。^{③④}

日本虽然也像德国那样制定了行政程序法,但它没有像德国那样将无效行政行为的认定标准和具体情形写进法律。日本紧跟德国将行政行为违法“重大明显”作为无效行为的认定标准,但是这一标准是由学理和判例确立起来的。例如,昭和30年(1955年)12月26日,日本最高法院在一个案件的判决中指出:“行政处分,即使违法,除了其违法重大明显,被认为属于使该处分当然无效的情况外,只要没有被合法地撤销,就应当解释

②⑨ 参见前注⑤,金伟峰书,第88页。

③① 如德国学者哈契克(J.Hachek)所说,明显到“犹如刻在额头上”那般。参见翁岳生编:《行政法》(上册),第十章“行政处分”(许宗力撰写),元照出版有限公司2006年版,第534页。

③② 德国学界主流观点认为:“行政行为具有重大明显的瑕疵,该行政行为无效。”参见[荷]勒内·J.G.H.西尔登、弗里茨·斯特罗因克:《欧美比较行政法》,伏创宇、刘国乾、李国兴译,中国人民大学出版社2013年版,第136页。

③③ 江利红:《日本行政诉讼法》,知识产权出版社2008年版,第500页。

③④ 参见何源:《德国法中行政行为无效的认定——以〈联邦行政程序法〉第44条为中心》,载《国外社会科学前沿》2020年第3期,第36-44页。

为完全具有其效力的行为。”^{③④}而所谓“明显”,是指“在外形上客观而明显”“不必等待调查也能够识别的情形”。^{③⑤}根据“重大明显”说的标准,日本的法院判例和学说,将四个方面的重大瑕疵归入无效行政行为:^{③⑥}第一,主体方面的重大瑕疵。包括:(1)无行政厅和公务员资格者实施的行为;(2)未经正当组织的合议制行政厅实施的行为;(3)缺少法律上必须的其他机关的协作(同意、表决)的行为;(4)超越行政厅权限;(5)行政厅存在意思欠缺。第二,内容方面的重大瑕疵。包括:(1)内容不明确行为,事实或者法律上不可能实现的行为;(2)基于明显错误的事实认定作出的行为;(3)违反信义原则的行为。第三,程序方面的重大瑕疵。包括:(1)缺少为保障利害关系者实现主张权利的机会而发出公告、通知的行为;(2)缺少利害关系人立会^{③⑦}和协议^{③⑧}的行为;(3)不给法定的公开听证、申辩机会的行为;(4)缺少审查机关调查、咨询的行为,该调查、咨询的宗旨被解释为保护利害关系者时;(5)公务员任命、公用事业的特许、国籍取得的许可等以相对人同意或者申请为条件的行为,缺少相对人同意或者申请时。第四,形式方面的重大瑕疵。包括:(1)规定有义务应书面提交而口头实施的行为;(2)规定应交付特定形式的许可证而欠缺的行为;(3)缺少行政厅的署名、印签的行为;(4)无理由记载的行为。

还有一些欧洲国家也纷纷主张“重大明显违法”标准说,并把无效的违法情形写进行政程序法。如西班牙1958年《行政程序法》^{③⑨}第47条规定:“一、行政机关的行为在下述情形下无效:(1)由明显无职权的机构进行的行为;(2)其内容为不可能或构成犯罪的行为;(3)完全彻底背离依法建立的专门程序或背离形成集体领导机构意志的基本规则的行为。二、行政规定在《国家行政机关法律制度法》第二十八条所列情形下同样无效。”以此为基础,西班牙于1992年制定了《公共行政机关及共同的行政程序法》^{④⑩},其第62条规定七种行政行为完全无效:(1)损害受宪法保护的权利和自由的基本内容的行为;(2)从业务或地区范围上明显无管辖权的部门所作的行为;(3)含有不可能内容的行为;(4)构成违反刑法的行为或在违反刑法情况下作出的行为;(5)完全偏离依法建立的程序或偏离包含形成集体领导机构意志的根本性规定的法规情况下所作的行为;(6)在缺少取得权力或权利之基本手续时,通过与法律秩序不符的明确的或可能的行为而取得权力或权利的行为;(7)法律明文规定的其他行为。

^{③④} [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第101页。

^{③⑤} 参见前注⑤,金伟峰书,第93页。

^{③⑥} 参见前注⑤,金伟峰书,第94-97页;[日]和田英夫:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,中国广播电视出版社1993年版,第201-202页;[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第104-105页;前注④,杨建顺书,第397-400页;江利红:《日本行政法学基础理论》,知识产权出版社2008年版,第445-451页。

^{③⑦} 滞纳处分中财产抵押的立会。

^{③⑧} 征用土地的协议。

^{③⑨} 该法于1958年7月17日颁布,1958年7月18日公布于《国家官方公报》第171期,1958年11月11日起实施。

^{④⑩} 该法于1992年11月26日由西班牙众议院制定通过,并经国王胡安·卡洛斯一世批准,1992年11月27日公布于《国家官方公报》第285期,公布之日起3个月后生效。

奥地利关于无效行政行为的认定标准,偏重“最低要件标准说”,即主张不符合行政行为的最低构成要件者无效。其1991年《普通行政程序法》^④第68条第4款规定,下列违法行为无效:(1)由无管辖权之官署,或由并非合法组成之合议官署所作成者;(2)将发生违反刑法之效果者;(3)事实上不能执行者;(4)具有法律条文明文规定应属无效之瑕疵者。

葡萄牙采取的是“要素加法律列举说”,其对无效行政行为的认定,首先看是否属于法律明文规定无效的情形,如果不是,再行判断其是否构成“主要行为要素”,没有达到“主要行为要素”者无效。其1996年《行政程序法典》^⑤第134条规定,“无效行政行为,是欠缺任何主要要素的行政行为,或法律明文规定属无效的行政行为。”无效的具体情形包括:(1)有越权瑕疵的行为;(2)不属第二条^⑥所指的部门或法人职责范围内的行为;(3)标的属不能、不可理解或构成犯罪的行为;(4)侵犯基本权利的根本内容的行为;(5)受胁迫作出的行为;(6)根本违反法定方式作出的行为;(7)在秩序混乱中作出合议机关决议,或未具法定人数或未达法律要求的多数而作出的合议机关决议;(8)与既判案件相悖的行为;(9)随已被撤销或废止的行政行为而发生的行为,只要就维护该随后发生的行为并不存在有正当利益的对立利害关系人。

三、中国学界：无效行政行为研究的推进和争议

新中国成立伊始的行政法学,主要搬抄苏维埃行政法学模式。而苏维埃行政法只是作为“国家与法”体系的一部分,^⑦重在强调专政和管理的功能,未对行政行为作基本的研究,关于行政行为的违法与无效问题更是无人触及。

改革开放之后,新中国第一本行政法学教科书,即1983年王珉灿主编的《行政法概要》^⑧,从“行政措施”视角专门研究了无效行政行为,认为“无效的行政措施”,是指“完全不发生与其内容相当的效力的行政措施。这就等于没有采取过行政措施”。并认为行政行为无效的原因有:(1)机关组织不合法;(2)行为超出行政机关权限;(3)内容欠缺,包括内容不确定或事实上不可能实现等情况;(4)意思欠缺,如行政行为是在精神错乱或无意识状态中,或遭受不可抵抗的强制力,或基于欺诈、胁迫、贿赂等情况作出;

④ 奥地利《普通行政程序法》(Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz- AVG)制定于1925年,现行修订版于1991年修订。

⑤ 该法典于1991年11月15日颁布,后于1996年1月31日修订。

⑥ 葡萄牙1996年《行政程序法典》第2条指明了所有行政主体的范围,包括“a)行使行政职能的国家机关及自治区机关;b)公务法人及公共团体的机关;c)地方自治团体及其联合会的机关”。还包括从事公共管理行政活动时与私人建立关系的公共行政当局所有机关,以及不隶属于公共行政,却实际行使行政职能的国家机关所作的实质意义上的行政行为的主体。

⑦ 参见[苏]B.M.马诺辛等:《苏维埃行政法》,黄道秀译,江平校,群众出版社1983年版;[苏]И.Т.瓦西林科夫主编:《苏维埃行政法总论》,姜明安、武树臣译,北京大学出版社1985年版;等等。

⑧ 该书系新中国第一部行政法学统编教材,由法律出版社1983年出版。

(5) 违反法定程序或形式。^{④6}

1988年,应松年主编的《行政法学教程》认为行政执法行为的撤销可分两类:一是无效性撤销,二是废止性撤销。凡不符合行政执法生效要件的执法行为,都可以被无效性撤销。无效性撤销使行政执法行为在效力上始终不存在。^{④7}1989年,张焕光、胡建森合著的《行政法学原理》比较简单地把行政行为的“合法”与“有效”,以及“违法”与“无效”等同起来。^{④8}1994年,王连昌主编的《行政法学》对无效行政行为的研究有了进一步的推进。它认为行政行为的无效,是指行政行为不能发生和其内容相当的法律效果。根据依法行政原则,行政机关的行为只在符合法律规定时才能发生法律效力。违法的行政行为,诸如行政机关超越职权、滥用职权、适用法律、法规错误等,相对人有权请求法院宣告无效和撤销。特别是,它第一次将行政行为的无效区分为“绝对无效”与“相对无效”。^{④9}

1996年,罗豪才主编的《行政法学》对无效行政行为研究推上一个更高的层次,它不仅详细列举了导致行政行为无效的诸多原因,而且第一次提示了无效行政行为的绝对无效和自始无效,特别是首次表明确认行政行为无效不受诉讼时效限制的主张。更重要的在于,它第一次触摸到了认定无效行政行为的理论标准,即“特别重大且明显的违法”。^{⑤0}叶必丰著的《行政法学》,其1996年版只关注了“应撤销的行政行为”,^{⑤1}到了2003年版开始关注“重大而明显的瑕疵”,^{⑤2}不经意地撞上行政无效问题。直到2014年出版的《行政行为原理》,终于将“无效行政行为”推到一个重要的位置,不再将“重大而明显的瑕疵”单纯地视作一种“违法”而已,而是明确将它作为行政行为无效的认定标准。^{⑤3}

应当特别表达的是,到了21世纪初,有三本著作对无效行政行为研究最为全面而透彻。一本是章志远著的《行政行为效力论》,它从行政行为的效力形态角度,全面系统地阐述了行政行为无效的理论。^{⑤4}另一本是杨海坤、章志远著的《中国行政法基本理论研究》,它属于改革开放以来中国行政法学中研究无效行政行为最系统而精细的著作。作

^{④6} 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第123页。

^{④7} 参见应松年主编:《行政法学教程》,中国政法大学出版社1988年版,第260页。

^{④8} 参见张焕光、胡建森:《行政法学原理》,劳动人事出版社1989年版,第229、232页。

^{④9} 参见王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第308页。

^{⑤0} 该教材认为:行政行为具备下述情形之一的,行政相对方可视之为无效行政行为,有权国家机关可宣布该行为无效:行政行为具有特别重大的违法情形或具有明显的违法情形;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;行政主体受胁迫作出的行政行为;行政行为的实施将导致犯罪;没有可能实施的行政行为。对于无效行政行为,行政相对人可在任何时候请求有权国家机关宣布该行为无效;有权国家机关可在任何时候宣布相应行政行为无效;行政行为被宣布无效后,应当自始无效,一切恢复原状。参见罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第132-133页。

^{⑤1} 参见叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版,第239-247页。

^{⑤2} 参见叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社2003年版,第192-194页。

^{⑤3} 参见叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2014年版,第266页。

^{⑤4} 参见章志远:《行政行为效力论》,中国人事出版社2003年版,第三章“行政行为效力的形态”第一节“行政行为的无效”。

者以德国的“重大而明显违法”为标准,认为“无效指的是行政行为作出时因欠缺法定实质要件而自始全然不发生法律效力的状态”。它具有自始无效、当然无效、确定无效、绝对无效四个基本特征。并且还在对外国行政法(特别是行政程序法)和中国行政法条文梳理的基础上,把无效行政行为归纳为主体瑕疵、权限瑕疵、内容瑕疵、形式瑕疵和程序瑕疵等五种情况。^{⑤⑤}还有一本则是金伟峰的独著《无效行政行为研究》,这是新中国成立以来第一本以“无效行政行为”为研究专题的理论专著。全书由5章20万字组成,在考察中外无效行政行为理论和制度的基础上,系统研究和阐述了无效行政行为的概念、特征、标准,提出了我国无效制度的建构设想,明确主张“重大且明显说”应当成为我国行政程序法确认无效行政行为的一般标准。^{⑤⑥}

2009年,应松年主编的《行政法与行政诉讼法学》从行政行为效力状态视角阐述了无效行政行为问题,认为“无效行政行为,是指那些形式上已经存在,但因具有重大、明显的瑕疵或者具有法定无效情形,无须有权机关确认并宣告,自始、当然、确定不发生法律效力的行政行为”。此外还阐述了无效行政行为的法律后果和认定行政行为无效的三种法律途径。^{⑤⑦}章剑生的独著《现代行政法基本理论》,无论是2008年的第1版还是2014年的第2版,都反映出作者对无效行政行为研究的兴趣。此书单设第7章行政行为无效论,在对中外行政行为无效制度作了系统考察的基础上,指出“行政决定无效是指行政机关已经作出的行政决定,因合法要件缺失达到了足以使其不能产生效力的一种状态”。并在“不可能理论”“重大明显理论”“明显性补充要件理论”和“违法理论”等诸多标准中,选定了“重大明显理论”作为认定无效行政行为的理论标准。^{⑤⑧}

在热心研究无效行政行为的概念、特征、标准和理论依据的同时,中国的专家学者也为挖掘无效行政行为的具体情形作出努力。有专家认为,“重大且明显违法”,除了《行政诉讼法》(2017)第75条所列举的“不具有行政主体资格”和“没有依据”之外,还应当包括:“行政机关要求行政相对人作出违反法律规定的行为;行政机关的行为违反公序良俗、违反法律禁止性规定、违反保障相对人权益的重大程序(如听证程序)等”^{⑤⑨}。姜明安教授将无效行政行为的具体情形归纳为下列六种:(1)行政相对人对相应行政行为所确定的义务的履行将导致犯罪或严重违法的;(2)行政行为在事实上是无法实际履行的;(3)行政行为严重违反公序良俗或公共秩序的;(4)行政决定未署名,行政主体不明确的;(5)行政行为应以书面形式作出而未以书面形式作出的;(6)法律、行政法规规定应确认无效的其他情形。^{⑥⑩}这些理论成果的推进,专家学者们和司法实务部门的同志都功不可没。

⑤⑤ 参见杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第249-252页。

⑤⑥ 参见前注⑤,金伟峰书,第193页。

⑤⑦ 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。

⑤⑧ 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第300-313页。

⑤⑨ 江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社2015年版,第288页。

⑥⑩ 参见姜明安:《行政诉讼法》,北京大学出版社2016年版,第302页。

最近几年,关于无效行政行为的研究,引起了更多学者专家和司法实际部门同志的兴趣。王贵松于2018年发表的《行政行为无效的认定》^{⑥1}、李荣珍、王南瑛于2020年发表的《无效行政行为的司法认定研究》^{⑥2}、何源于2020年发表的《德国法中行政行为无效的认定——以〈联邦行政程序法〉第44条为中心》^{⑥3},还有在2021年由赵战飞、侯宇发表的《无效行政行为的司法适用问题研究》^{⑥4}和李政洋发表的《我国确认无效诉讼没有起诉期限之考辨——兼评行政诉讼法司法解释第162条的合法性》^{⑥5}等论文,可堪称为关于中外无效行政行为理论和制度研究的最新成果,大大推进了中国关于无效行政行为的实体制度和诉讼制度研究方面的精细化和中国化。

四、中国制度:无效行政行为与无效确认之诉

尽管中国的理论界在关于对违法行为的“撤销”轨道之外,是否还需另设“无效”轨道,存在着一定的分歧,但在法律制度上一直在往前推进。

我国立法关于行政行为的无效规定一直处于零星状态,最早的规定也并不遥远。1986年我国第一部《土地管理法》第48条规定:“无权批准征用、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的,超越批准权限非法批准占用土地的,批准文件无效,对非法批准占用土地的单位主管人员或者个人由其所在单位或者上级机关给予行政处分;收受贿赂的,依照《刑法》有关规定追究刑事责任。非法批准占用的土地按照非法占用土地处理。”接着1988年、1998年、2004年的修订都保留了类似内容。现行《土地管理法》(2019)第79条第1款规定:“无权批准征收、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的,超越批准权限非法批准占用土地的,不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的,或者违反法律规定的程序批准占用、征收土地的,其批准文件无效,对非法批准征收、使用土地的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。非法批准、使用的土地应当收回,有关当事人拒不归还的,以非法占用土地论处。”这是我国立法史上第一次对“许可(审批)无效”的规定。

我国《税收征收管理法》《教育法》《草原法》《城乡规划法》《农村土地承包法》《海域使用管理法》和《海岛保护法》等都有类似的“无效”规定。

对行政行为无效制度影响最大的还是《行政处罚法》。1996年制定的《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。”尽管当时规定内容的妥当性是可以怀疑的,因为“没有法定依据”的表达具有模糊性,“不遵守

^{⑥1} 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,载《法学研究》2018年第6期。

^{⑥2} 参见李荣珍、王南瑛:《无效行政行为的司法认定研究》,载《甘肃社会科学》2020年第6期。

^{⑥3} 参见前注^{⑥3},何源文。

^{⑥4} 参见赵战飞、侯宇:《无效行政行为的司法适用问题研究》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2021年第3期。

^{⑥5} 参见李政洋:《我国确认无效诉讼没有起诉期限之考辨——兼评行政诉讼法司法解释第162条的合法性》,载《行政法学研究》2021年第5期。

法定程序”也未必一律构成无效。但由于行政处罚是行政执法的主要方式,因而对行政行为制度影响颇大。2021年《行政处罚法》的修正,对行政处罚无效的规定成熟了许多,其第38条规定:“行政处罚没有依据或者实施主体不具有行政主体资格的,行政处罚无效。违反法定程序构成重大且明显违法的,行政处罚无效。”

但是,任何实体法关于行政行为无效的规定,若需要真正落地,就不得不和行政诉讼制度相衔接。我国行政诉讼制度原来针对行政违法只有撤销之诉,不存在无效确认之诉。1989年制定的《行政诉讼法》第54条只规定了维持、撤销、履行、变更等判决形式,没有确认无效的影子。2014年《行政诉讼法》修正时,才正式将“确认无效”判决写进了法律。新《行政诉讼法》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。”第76条还规定:“人民法院判决确认违法或者无效的,可以同时判决责令被告采取补救措施;给原告造成损失的,依法判决被告承担赔偿责任。”

为了快速配合2014年修订的《行政诉讼法》实施,最高人民法院于2015年制定了一个过渡性司法解释,对行政行为的无效和行政协议的无效之诉作出程序性规定。到了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》(法释〔2018〕1号)第94、95条对行政行为的无效之诉作出了程序上的进一步完善。特别是第99条规定,对新《行政诉讼法》第75条所指的“重大且明显违法”作了列举式解释。2019年,无效之诉又拓宽到行政协议领域。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(法释〔2019〕17号)第12条规定:“行政协议存在行政诉讼法第七十五条规定的重大且明显违法情形的,人民法院应当确认行政协议无效。人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”

行政诉讼法和有关司法解释对行政行为“无效之诉”的规定不仅成为人民法院作出“确认无效判决”的直接法律依据,同时也标志着中国由此承认和确立了行政行为的无效理论和确认无效之诉。

尽管从诉讼法理论上说,确认无效之诉仅仅是撤销之诉的一种例外和补充。^{⑥⑥}但在遵循“诉讼先行”^{⑥⑦}的中国,《行政诉讼法》第75条的规定首次为无效行政行为的认定确立了一项普遍标准,即“重大且明显违法”。作为一个行政诉讼法,它显然只是为人民法院作出确认无效判决提供一个判决标准,但在中国尚无“行政基本法”的背景下,它实际上同时为行政实体法提供了一个全新的概念和标准:无效行政行为就是“重大且明显违法”的行政行为。最终也帮助中国的理论和制度在“一元论”与“二元论”之间作了一个靠近德国的选择。

无效行政行为不是一般的行政违法,它是“重大且明显”的违法。“重大且明显”的违法显然由两个要件构成:一是“重大”。无效行政行为是严重的违法,不是轻微的违法。

^{⑥⑥} 关于确认无效之诉的诉讼地位,我国台湾学者主张无效确认诉讼属于“补充性原则之例外”。参见陈清秀:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第233页。

^{⑥⑦} 即以行政诉讼制度倒逼行政实体制度的成熟。

这种违法,在情节上、后果上都非常严重,如行政行为违反了法律和行政法规的强制性规定,严重侵害公民的基本权利。二是“明显”。无效行政行为的违法性是非常明显的,几乎人人都能自我认定。“其违法情形已明显到任何有理智的人能够判断的程度。”^⑧或者说,违法“在某种程度上犹如刻在额头上般”(gewissermassen auf der Stirn trägt)明显。^⑨如:乡镇政府作出行政拘留决定,行政机关违背当事人意愿强迫张三与李四结婚,等等。

为准确把握无效行政行为的范围,有必要从抽象理论标准过渡至具体情形列举。关于“重大且明显违法”的概念和标准,中国的立法和司法 2000 年以来不断走向精细化。2000 年,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕8号)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)其他明显违法并损害被执行人合法权益的。”2009 年,《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》(法释〔2009〕20号)第 7 条规定:“作为被诉行政许可行为基础的其他行政决定或者文书存在以下情形之一的,人民法院不予认可:(一)明显缺乏事实根据;(二)明显缺乏法律依据;(三)超越职权;(四)其他重大明显违法情形。”这是第一次对行政许可的无效情形作出全面列举。2011 年出台的《行政强制法》,第一次对行政强制中的无效情形进行关注。该法第 58 条第 1 款规定:“人民法院发现有下列情形之一的,在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见:(一)明显缺乏事实根据的;(二)明显缺乏法律、法规依据的;(三)其他明显违法并损害被执行人合法权益的。”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》(法释〔2018〕1号)第 99 条规定,对新《行政诉讼法》第 75 条所指的“重大且明显违法”作了列举式解释,认为“重大且明显违法”包括:(1)行政行为实施主体不具有行政主体资格;(2)减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据;(3)行政行为的内容客观上不可能实施;(4)其他重大且明显违法的情形。这些规定无疑使“重大且明显违法”的概念和标准走向具体化,推进了中国行政法理论和行政法制度的成熟。

五、可撤销行为与无效行为的区别及其困境

在“可撤销行为”(voidable)与“无效行为”(void)“二元论”体系中,对无效行政行为认定标准的研究总是和“可撤销行为与无效行为的区别”问题相联系。正如有学者所说,“无效行政行为的确认标准实质上是无效行政行为与可撤销行政行为的界限问题”^⑩。

德国《联邦行政程序法》第 44 条中规定了行政行为的“无效”制度,同时又在第

^⑧ 李广宇:《新行政诉讼法逐条注释》,法律出版社 2015 年版,第 650 页。

^⑨ 参见前注^⑧,翁岳生编书,第 678 页。

^⑩ 江国华:《法治政府要论——行为法治》,武汉大学出版社 2021 年版,第 48 页。

46、48条规定了行政行为的“撤销”制度。综合和比较解读这些条文并结合德国行政法的理论^①,不难勾勒出“无效”与“撤销”两者的区别:一是,无效行为是“严重而明显”的违法,可撤销行为仅仅是一般的违法;二是,公民对于无效行为具有抵抗权,有权不予服从,而对于可撤销行为公民不享受该权利;三是,行政行为一经确认无效,便自始不发生法律效力,而行政行为被撤销后,只是往后不发生效力,但不影响以前的存续力;四是,当事人请求确认无效,或者有关机关依职权确认无效,不受时效限制,随时和终身都可以,但当事人请求撤销,或者有关机关依职权撤销行政行为,则必须从撤销事由发生时起一年内提出(但“受益人以欺诈、胁迫或者行贿取得的行政行为”除外)。

日本对于撤销与无效的区别,首先在实体上还是围绕无效行政行为的标准予以阐发。它采纳德国的“重大明显”说,认为行政厅的一般违法行为属于可撤销行为,对于重大而明显的违法行为才属于无效行为。所以,“重大而明显”本身就是可撤销行为与无效行为的“分水岭”。其次还表现在诉讼上。为了落实行政行为的无效制度,日本不是通过行政程序法,而是通过行政诉讼法直接衔接。日本1962年制定的《行政案件诉讼法》把行政诉讼设置为四类,即抗告诉讼、当事人诉讼、民众诉讼和机关诉讼。其中抗告诉讼是最为典型的行政诉讼,它是指公民或法人不服行政机关(行政厅)行使公权力而提起的诉讼,包括撤销处分之诉、撤销裁决之诉、确认无效之诉、确认不作为违法之诉、履行之诉和禁止之诉。确认无效之诉不仅属于抗告诉讼,且属于一种特殊的撤销之诉而存在。日本《行政案件诉讼法》第36条规定:“凡有可能遭受该处分或裁决之后的处分的损害者,以及具有要求确认该处分或裁决无效的法律上的利益者,依据关于以该处分或裁决的存否或效力有无为前提的现存法律关系的诉讼,尚不能达到目的的,可以提起无效等确认之诉。”这是说,当现行的撤销之诉无法解决行政行为的效力问题,就可通过确认无效之诉解决。无效之诉是撤销之诉的一种补充,它不受撤销之诉中的起诉时效限制,因而被称作“乘坐定期公共汽车而晚点了的撤销诉讼”^②。无效之诉是一种不受“行政先行处理”和“诉讼时效”约束的诉讼。

其他更多的理论和制度往往强调无效行为效力上的否定性和救济上的永恒性、随时性,以行为绝对无效和有权机关可能随时或永恒确认该行为无效,相对人也可不受起诉时效限制,随时申请确认违法行为无效,作为无效行政行为的根本特征并与可撤销行为相区别。为此,葡萄牙1996年《行政程序法典》第135条特别规定,“无效行为不产生任何法律效果,不需取决于宣告无效;任何利害关系人可随时主张行政行为无效;任何行政机关或法院也可随时宣告行政行为无效”。

中国关于可撤销行为与无效行为的区别,更多的是反映在理论的研讨上。早在1996年,罗豪才主编的《行政法学》较早地关注了行政行为无效与撤销的区别,首次指出:“行政行为撤销不同于行政行为无效,无效行政行为自始无效,而可撤销的行政行为只有在

^① 参见前注①,哈特穆特·毛雷尔书,第十章“违法的行政行为”第三节“行政行为违法的可撤销性”和第四节“行政行为的无效”。

^② [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第153页。

被撤销之后才失去效力。”^{⑦③} 2003年,章志远在《行政行为效力论》一书中,在考察大陆法系行政行为无效与可撤销制度基础上,提出了行政行为与可撤销的四大区别。^{⑦④} 2005年,金伟峰在其有关无效行政行为的理论专著中,同样将无效行政行为与可撤销行政行为的区别归纳为四个方面。^{⑦⑤} 2019年,余凌云在其《行政法讲义》一书中,将行政行为的无效与可撤销区别为三点。^{⑦⑥}

综上可见,行政行为的无效与撤销之间的区别,无非涉及到这几个元素:

第一,违法的严重程度。只要坚持“二元论”的国家和地区,这一点是有共识的:无效行政行为与可撤销行政行为,都是违法行政行为;一般的违法行为属于可撤销行政行为,而严重的违法行为才是无效行政行为。至于何谓“严重”,存在各种标准,但主流观点是“重大而明显”的违法^{⑦⑦}。

第二,效力的否定程度。无效行政行为是绝对无效、当然无效和自始无效,其效力上的否定性具有绝对性;而可撤销行政行为效力上的否定性具有相对性。其中关于效力的溯及力问题,行政行为被确认无效后,其效力上的否定性具有溯及力,应当自始无效,无效的效果可以溯及到行为的起点。但是行政行为的撤销可不同,它只有在撤销之后才失去效力,对于撤销之前的法律关系,应当推定为有效。^{⑦⑧}

第三,相对人的对抗程度。正因为无效行政行为的效力具有绝对的否定性,所以,相对人对于无效行政行为可以视作不存在;存在了,也可拒绝执行。而针对可撤销行政行为,在该行为被撤销之前,应当推定有效,相对人有服从的义务。

第四,救济的时效性。对于无效行政行为和可撤销行政行为,当事人均拥有救济权

^{⑦③} 参见前注^{⑤⑩},罗豪才主编书,第134页。

^{⑦④} 即:第一,引发因素不同。行政行为的无效是由严重明显的瑕疵所引发,而行政行为的撤销是由一般瑕疵所引起。第二,效力意蕴不同。无效行政行为是自始无效,即使在确认无效前也不得推定形式上有效,而可撤销行政行为在被撤销之前,在形式上推定有效,当事人必须服从。第三,评判主体不同。对于可撤销行政行为,得由有权机关依法判断和确定,而对于无效行政行为,除有权机关,相对人可自行判断其无效。第四,争讼期限不同。对于无效行政行为,当事人任何时候都可以提出确认无效之诉,但对于行政行为的撤销,当事人只能在法定期限提出。参见前注^{⑤⑩},章志远书,第105页。

^{⑦⑤} 即:第一,违法程度不同。无效行政行为属于严重而且明显的违法行政行为;而可撤销行政行为则属于一般情形的违法行政行为。第二,法律效力不同。无效行政行为不具有任何法律效力,属于自始、当然、确定无效;而可撤销行政行为一经作出,即具有公定力以及由此产生的拘束力、确定力和执行力。第三,争讼时效不同。无效行政行为不受争讼时效的限制,相对人可以在任何时间向有权机关确认无效的请求;而可撤销行政行为受法定时效制度的约束,相对人必须在法定期限内请求救济。第四,诉讼途径不同。对于无效行政行为,相对人既可以提起行政诉讼,也可以提起一般诉讼,即任何法院在任何诉讼中都有权确认无效;而可撤销行政行为,相对人只能通过撤销诉讼请求救济,普通法院无权审查并予以撤销。参见前注^⑤,金伟峰书,第43页。

^{⑦⑥} 即:第一,无效意味着自始不存在,无效的行政行为对相对人根本不发生约束作用,相对人可以行使拒绝权,拒不执行。而可撤销的行政行为却可以像有效行政行为一样一直处于有效力的持续状态,除非被有权机关撤销。撤销的效果可以具有溯及力,也可只向后发生撤销效果。第二,对于无效行政行为,在行政诉讼上也应该没有起诉期限的限制,随时可以宣判无效。但是,可撤销的行政行为却有时效要求,当事人必须在法定的期限内对该行政行为提出复议或者诉讼。第三,只有重大明显的违法行政行为才构成无效。其他一般违法的,属于可撤销。参见前注^{②⑩},余凌云书,第263页。

^{⑦⑦} 在德国是称为“重大而明显的瑕疵”。

^{⑦⑧} 如《韩国行政基本法》(2021年3月23日制定并施行,法律第17979号)第15条(处分的效力)规定:“因有权机关取消或撤回或期间届满等事由被消灭前,处分视为是有效的。但无效处分自始不发生其效力。”

利,对其不服可以申请行政救济或司法救济,在中国就是申请行政复议或者提起行政诉讼,但在救济时效上是不同的。对于无效行政行为,相对人随时和永远可以申请有权机关确认无效,不受时效限制;而对于可撤销行政行为,相对人只能在法定期限内提出撤销请求,受到时效限制。

但是在中国,当我们按照上述行政行为无效与撤销的分界理论向前推进,进而寻找无效行政行为的确认标准时,几个无法回避的理论和制度上的困难挡住了我们的去路。我们必须正视并解决之。

困难之一,行政行为无效的确认标准无法落地和展开。虽然《行政诉讼法》《行政处罚法》和有关司法解释把无效行政行为锁定为“重大且明显的违法”,但由于我国尚无“行政基本法”和“行政程序法”,无效行政行为的确认标准仅靠“诉讼法”反推“实体法”、“特别法”反推“普通法”实在是力不从心。即便从理论范围上说,“重大且明显”的标准虽然确立,但显然本身就存在很大的模糊性。对于无效行政行为的认定,到底应当通过“重大且明显违法”这一普遍标准还是应当通过对具体情形的列举来达到目标?普遍标准与具体情形应当如何无缝对接?

困难之二,自始无效与事后无效在中国法律制度上不具有绝对性。中外行政法理论和制度大多将自始无效与事后无效作为无效行政行为与可撤销行政行为效力结果上的一种差别特征,即行政行为被确认无效后,对该行为的否定效力可以溯及到行政行为的起点,该行为应当自始无效,始终不具有法律效力;而行政行为被撤销后,只是自被撤销之日起失去效力,被撤销的行为在被撤销前依然被推定为有效,当事人必须服从之。但是中国的民事制度中撤销和无效在效力上都是自始无效,没有区别。^⑨另在行政复议和行政诉讼实践中,行政行为被撤销之后,也并不绝对地排斥被撤销行为的向前溯及力。就是说,有的行政行为被撤销之后,也有自始无效的可能。

困难之三,相对人的拒绝权实际上无法有效操作。从理论上说,由于无效行政行为是一种极端的行政违法,其效力上是一种绝对无效、当然无效、自始无效的违法行为,所以,公民、法人或者其他组织有权对它实施拒绝权,具体表现为:可以拒绝履行该行政行为所要求履行的义务,可以将它视作不存在。但在实际操作中,当相对人对无效行政行为行使拒绝权时,相对人所拒绝的行政行为到底是否属于“无效行为”,尚未经过有权机关确认,只凭相对人自己判断而已,相对人自然会在面临超过时效、因“妨碍公务”而受到加倍处罚等风险。德国行政法专家毛雷尔也向人们提示了这种风险。一种保险而可取的方法是:当法律针对具体情形已明文规定可以拒绝时,当事人方能行使拒绝权。

困难之四,无效诉讼时效还处于躲躲闪闪状态。从理论上说,针对行政行为的无效确认之诉,应当是没有任何时效限制的,公民、法人或者其他组织对无效行政行为不服,要求确认该行政行为无效,随时和终身都可以起诉。“确认无效诉讼和撤销诉讼的重大差别

^⑨ 《民法典》第155条规定:“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”第1054条又规定:“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力,当事人不具有夫妻的权利和义务……”

就在于确认无效诉讼没有起诉期限的限制,而撤销诉讼存在起诉期限的限制。”^{⑧⑩}可在中国的行政诉讼制度上,虽然经2014年修订的《行政诉讼法》第75条和第76条确立了行政行为的无效确认之诉,但是它并没有为这类诉讼规定特别诉讼时效。2018年,最高人民法院的一个司法解释只是隐晦地补充了这一点。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》(法释〔2018〕1号)第94条规定:“公民、法人或者其他组织起诉请求撤销行政行为,人民法院经审查认为行政行为无效的,应当作出确认无效的判决。公民、法人或者其他组织起诉请求确认行政行为无效,人民法院审查认为行政行为不属于无效情形,经释明,原告请求撤销行政行为的,应当继续审理并依法作出相应判决;原告请求撤销行政行为但超过法定起诉期限的,裁定驳回起诉;原告拒绝变更诉讼请求的,判决驳回其诉讼请求。”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,请求确认行政行为无效的,人民法院不予立案。”最高人民法院行政审判庭已从两条规定中解释出一种意思:“确认行政行为无效之诉不受法定起诉期限的限制。”^⑪从这样的规定中作这样的引申解释,显然没有到达“明媒正娶”的状态。我们期待《行政诉讼法》的下一次修订会名正言顺的解决这一问题。^⑫

尽管要划清可撤销行为与无效行为之间的界线困难重重,但它还是有助于我们弄清“无效行政行为”的内涵与外延,揭示其独特的法律特征,特别是重构认定标准、把握具体情形。

六、无效行政行为认定标准的完善

尽管无效制度与撤销制度具有很高的重合性,但是设置无效行政行为制度,无论在理论上抑或在制度上,在实体法上还是诉讼法上,都具有无法替代的意义和价值。“无效行政行为不可作为行政相对人或者第三人信赖的客体。”^⑬就实体法而言,“无效行政行为的存在,本质上仍然是法治行政的内在要求,只不过是实质法治对形式法治的价值纠偏。”^⑭无效行政行为是一种极端的违法行为,与法治原则明显相悖。只有确立无效制度,公民才会具有理论上的拒绝权,有权机关才可彻底否定无效行为的效力,从而体现了实质法治高于形式法治,真正彰显法治原则和精神。

^{⑧⑩} 最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第438页。

^⑪ 前注^{⑧⑩},最高人民法院行政审判庭编著书,第776页。该书在第438页解释得更为清楚:“确认无效诉讼和撤销诉讼的重大差别就在于确认无效诉讼没有起诉期限的限制,而撤销诉讼存在起诉期限的限制。”

^⑫ 当然也有学者认为,无效行政行为自始当然不生效力,是“法释义学上根深蒂固的一项法律原则”。所以,行政救济法无需对无效行政行为的起诉期限作出明文规定。参见前注^⑩,翁岳生编书,第683页。

^⑬ 前注^⑥,王贵松文,第162页。

^⑭ 前注^⑬,李政洋文,第167页。

就行政诉讼法而言,针对行政机关的行政违法行为在撤销之诉以外,再行设置确认无效之诉实有必要。无效制度的建立,并非是为了替代或取消“撤销”救济手段,而是在为公民、法人或者其他组织合法权益提供保护方面增加一种补充手段。设置行政行为的无效制度,并非只有公民拒绝权及效力溯及力方面的意义,更在于诉讼时效方面的意义。确实,在操作层面,除了所针对的行政行为明显构成犯罪,公民无法根据自己的判断来行使针对无效行为的拒绝权;再则,一个行政行为被撤销或被确认无效,原则上都是自始无效,严格区分撤销或无效显得意义不大。但是,有一个方面的意义不可忽视,撤销之诉受到诉讼时效的约束,而无效之诉不受时效限制。2019年广西苏女士在与男友办理结婚登记时发现自己5年前曾“被结婚”又“被离婚”,其起诉民政局撤销婚姻记录,但一、二审法院都以已超过5年诉讼期限而判决原告败诉。这案如果作为确认民政局婚姻登记无效和婚姻登记记录无效之诉处理,就不会陷入上述困境。

关于无效行政行为的概念和标准,已由《行政诉讼法》第75条所完成:无效行政行为就是“重大且明显违法”的行政行为。未来的“行政基本法”或“行政程序法”不可能标新立异另立标准,只会重申现有规定。问题在于,关于无效行政行为的认定标准,在立法方式上必须采取“概括+列举”模式,既要无效行政行为下一个概括性的定义,又须同步列举无效行政行为的各种情形。在法律适用上,符合具体无效情形的,按具体情形认定;不符具体无效情形的,则按概念标准判定,如同德国的做法。

目前的困难不是如何定义“无效行政行为”问题(其充其量只是文字的表述方法而已),而是如何统一无效行政行为的具体情形,做到全面而不遗漏、分类而不交叉。而后一项工作,我们既没有从理论上系统解决,也找不到一个立法载体^{⑧5}可以解决,现行的法律、法规和司法解释也未完成这项工作。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕8号)第57条只是表明:行政行为无效与行政行为不成立是两种不同形态。新《行政诉讼法》第75条也只是表明了,实施行政行为的主体不具有行政主体的资格,或者行政主体实施行政行为“没有依据等重大且明显违法”的行政行为,属于无效行为。它们都无法站在“行政实体法”的立场来统一确立“行政无效”制度,而我国的一些具体领域的实体法也只会有一些零星的规定。^{⑧6}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》(法释〔2018〕1号)第99条,是对无效行政行为具体情形最为广泛的一次列举,但依然没有穷

⑧5 完成这项工作的最高立法载体应当是“行政程序法”或“行政基本法”。

⑧6 如《税收征收管理法》只是规定地方各级人民政府、各级人民政府主管部门、单位和个人违反法律、行政法规规定,擅自作出的减税、免税决定无效;《农村土地承包法》只是规定包括行政机关在内的组织或工作人员“强迫进行土地承包经营权互换、转让或者土地经营权流转的,该互换、转让或者流转无效”;《土地管理法》只是规定,“无权批准征收、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的,超越批准权限非法批准占用土地的,不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的,或者违反法律规定的程序批准占用、征收土地的,其批准文件无效”;《行政处罚法》只是规定行政处罚没有依据、实施主体不具有行政主体资格,或者违反法定程序构成重大且明显违法的行政处罚无效,这并没有覆盖所有的行政行为。

尽所有的无效情形。在行政实体法尚未完成这项工作之前,我们迫切需要从理论上统筹解决之,为未来的立法奠定基础。

笔者认为,无效行政行为是一种重大且明显违法的行政行为。它既包括实体行为,也包括程序行为;既包括侵益行为,也包括授益行为;既包括羁束行为,也包括裁量行为。根据《行政诉讼法》第75条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第99条以及其他法律法规,结合中国当下的理论研究成果,并参考国外关于无效行政行为的理论和制度,应当将行政行为的下列情形定作“无效”:

一是,作出行政行为的组织无行政主体资格的。行政行为必须由行政主体作出,而行政主体包括行政机关或得到法律、法规、规章授权的其他社会组织。不具有行政主体资格的组织作出的行政行为是无效行为。

二是,行政行为超越行政专属权的。世界上的行政程序法大多把“超越职权”行为列为无效情形,主要在于它们在理论上没有很好地厘清“没有行政主体资格”与“没有职权”的关系。^{⑧7}我们在已将“作出行政行为的组织无行政主体资格”单设为一种独立的无效情形背景下,没有必须将一般的越权行为都确认为无效。仅仅规定超越行政专属权的行政行为无效,这是比较适当的。^{⑧8}

三是,因受贿,或当事人胁迫、伪造公文等违法犯罪行为而作出的行政行为损害公共利益或第三人利益的。这类行为应当把握两点:(1)从主观上看,行政机关及其工作人员是在接受当事人的行贿,或在当事人的胁迫状态下作出行政行为,或者当事人以伪造的公文骗取了行政机关的批准,这些行政行为显然违背了行政主体的真实意思;(2)从客观上看,这种行为的内容必须是损害公共利益或第三人利益的。将这类行为纳入无效范围的理由是,任何法律行为都必须出自行为人真实意思的反映。

四是,就法律保留事项作出行政行为而无法律依据的。应当由国家法律作出规定的事项属于法律保留事项,事项范围由《立法法》第8条^{⑧9}和其他法律作出明文规定。必

^{⑧7} 如德国《联邦行政程序法》第44条第2款规定,行政机关超越地方管辖权作出的越权行为无效;日本行政法规定,“超越行政厅权限”的无效;1992年《西班牙公共行政机关及共同的行政程序法》第62条规定,“从业务或地区范围上明显无管辖权的部门所作的行为”无效;1991年《奥地利普通行政程序法》第68条第4款规定,“由无管辖权之官署,或由并非合法组成之合议官署所作成者”无效;1996年《葡萄牙行政程序法典》第134条规定,“有越权瑕疵的行为”无效。

^{⑧8} 行政职权有一般职权与专属职权之分。专属职权是指由法律所设定专属于某一行政机关或某类行政机关行使的职权。除了法定性,专属职权还具有明显的排他性,表现为某一行政机关或某类行政机关拥有这一职权后,其他机关就不被允许同时拥有这一职权。由《行政处罚法》所规定的公安机关专属行使的限制人身自由的行政处罚权,由《商标法》所设定的商标评审委员会对商标争议的裁决权,等等,都属于不可逾越的专属职权。

^{⑧9} 《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;(七)对非国有财产的征收、征用;(八)民事基本制度;(九)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;(十)诉讼和仲裁制度;(十一)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

须特别说明的是,根据基本权利保障原则和《立法法》第8条第(十一)项规定,公民的基本权利与义务,法人和其他组织的宪法权利与义务,这些都属于我国的法律保留事项。没有具体法律依据,行政主体就这些“法律保留事项”作出决定的,属于无效行政行为。

五是,行政行为的内容违反法律和行政法规的强制性规定的。违反法律和行政法规强制性规定的行为无效,对此,《民法典》已有统一规定,^⑨我国不少行政性法律也反映了这一点^⑩。

六是,法律明文规定相对人有权拒绝的行政行为。我国已有不少法律明文规定公民、法人或者其他组织有权拒绝某些不合法的行政行为,如《行政处罚法》第55条第1款、《保险法》第154条第3款、《证券法》第172条、《商业银行法》第29条第2款和第30条、《行政强制法》第30条第3款和第47条第2款、《行政处罚法》第70条和第77条、《治安管理处罚法》第106条等。当法律明文授予相对人具有拒绝权时,可以想象,所拒绝的行政行为一定是严重而明显的违法,所以可以列入无效行政行为的范围。

七是,行政行为内容和实施明显违反公序良俗的。公序良俗,即公共秩序与善良风俗的简称,具体包括:国家和社会公序;善良风俗习惯;他人人格尊严;家庭道德关系准则;其他公序良俗。行政行为违反公序良俗的,也应当无效。

八是,行政行为的实施会导致行政机关或者他人犯罪的。犯罪是指危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的行为。犯罪是最严重的违法行为。如果行政行为的实施会导致行政主体自身或者他人犯罪的,说明该行政行为具有极端的违法性,当然无效。

九是,行政行为的实施会导致无效民事关系的。行政行为不仅会导致行政关系的成立、变更或消灭,同时也会大量地导致民事关系的成立、变更或者消灭,如行政机关的婚姻登记(行政行为)会导致婚姻关系(民事关系)的成立、变更或者消灭。如果一个行政行为会导致无效民事关系的,该行政行为同样无效。比如,民政部门为重婚者或未到法定婚龄者登记结婚的,该登记行为(行政行为)无效。

十是,行政行为的内容客观上不可能实现的。这起源于德国的“行为不能”理论。所谓“行为不能”是指行政行为要求相对人履行的义务在客观上是不可能实现的,假设要求公民戴口罩吃饭,就属此类。

十一是,重大且明显的程序违法。无效行政行为不仅是一种实体违法,同样也是一

^⑨ 《民法典》第153条第1款规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”

^⑩ 如《税收征收管理法》第33条第2款规定:“地方各级人民政府、各级人民政府主管部门、单位和个人违反法律、行政法规规定,擅自作出的减税、免税决定无效,税务机关不得执行,并向上级税务机关报告。”

种程序违法。前十种情形都属于实体违法。但无效行政行为并不只发生在实体领域,在程序领域同样会发生。无效的程序行为应当限于程序违法中的极端部分,所以必须严格控制以下范围内:行政行为不表明行政主体;法律规定必须采取书面形式的行政行为不提供书面形式;作出行政行为前不为当事人提供申辩和听证机会的。

十二是,其他重大且明显违法的情形。这是一个兜底规定,除了以上十一项,由法律明文规定属于“无效”的其他行政行为,当然无效。这里“其他”的空间很大,需要理论上的研究,司法上的探索,需要立法和法律解释进一步明确。

Abstract: The invalid administrative act is a result of the development of administrative violation theory. In the early days of administrative law, the common means of controlling administrative violations are mainly ‘revocation’, and revocation is based on a narrow concept of ‘administrative violation’. However, the civil law countries, represented by Germany, divide administrative violations (defects) into two categories: general violations and major and obvious violations, and establish a system of confirmation of ‘invalidity’ for the latter. China has a similar historical track and institutional theory. The 2014 amendment of the *Administrative Procedure Law* added the judicial means of ‘confirming invalidation’ to the ‘revocation’ system under the premise of establishing an ‘invalid administrative act’. Today, the litigation of ‘confirming invalidation’ has been well established, but the standard of confirming invalid administrative acts has not been completely established. it is necessary to comprehensively and deeply reveal the specific situation of invalid administrative acts, and promote the improvement of the criteria for determining invalid administrative acts.

(责任编辑: 吴 蕾)