

最高人民法院关于 无效行政行为的探索

叶必丰*

内容提要：最高人民法院从司法审查引发出对无效行政行为制度的探索，虽没有使用“自始没有任何法律效力”和“无效”等概念，却在民事诉讼领域形成了有关基础行为的构成要件，在对行政行为的司法审查中形成了重大明显瑕疵的类型化和明显性判断标准，并形成了排除具有重大明显瑕疵行政行为公定力、相对人拘束力和司法强制执行力的无效行政行为制度雏形，为我国今后立法积累了丰富的素材。从最高人民法院的探索轨迹及其重大明显瑕疵的类型化，可以发现无效行政行为规则的鲜明中国特色，司法的制度生成意义和生成机制。

关键词：无效行政行为 重大明显瑕疵 最高人民法院

引言

关于无效行政行为，^{〔1〕}我国行政法教科书上都有论述，^{〔2〕}也有专著系统研究，^{〔3〕}可以说已有较充分的学说积累。但这些学说主要不是对我国制度的解析，而往往把外国学说当做“共同法学”和法律理念加以推行，既具有“情感法学”的成份又充满争议。^{〔4〕}

* 上海交通大学法学院教授。

侯丹华、何海波、肖军、徐涛、刘羿、韩思阳和李冷焱等同仁，为本文第一稿提出了宝贵的建议；2012年11月，在南开大学举行的判例沙龙上报告后，章剑生教授贡献了五条评论意见，肖泽晟、顾大松及其他多位学者贡献了其智慧，在此一并致以衷心感谢。

- 〔1〕 无效行政行为是就具体行政行为而言的，并不针对抽象行政行为、双方行政行为和行政事实行为。在“具体行政行为”前加上“无效”、“重大明显瑕疵”等，不够简洁顺畅。在本文中，除了引用外，以“行政行为”指代“具体行政行为”。
- 〔2〕 参见罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第132页以下；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第204页以下。
- 〔3〕 参见金伟峰：《无效行政行为研究》，法律出版社2005年版。
- 〔4〕 参见叶必丰：《论行政行为的公定力》，《法学研究》1997年第5期；沈岿：《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索》，《中外法学》2001年第4期；何海波：《公民对行政违法行为的藐视》，《中国法学》2011年第6期。

无效行政行为是需要由行政程序法加以规定的重要制度。我国并未在立法上建立起统一的无效行政行为制度，仅有个别疑似无效行政行为的碎片式条款。^{〔5〕}可喜的探索是，现在已有多个地方开展了行政程序立法，建立了本地方的无效行政行为制度。^{〔6〕}地方的先行先试，无疑将推动国家无效行政行为制度的建立。但目前地方的无效行政行为制度主要系借鉴国外经验建立，且几乎没有进入法院的视野，并未在司法裁判中得以验证。

无效行政行为虽然并未在我国立法上完成制度性建构，但在司法上却有大量实践。当事人在民事、刑事和行政诉讼中的争议，逼迫法院对无效行政行为加以回应。有关无效行政行为个案的反复实践，各类案例的指导或示范，推动了多项司法解释的出台，提供了各项无效行政行为的可验证、可重复的规则。当然，司法对无效行政行为的实践是渐进的，“创新不是大张旗鼓地进行的”，^{〔7〕}表现为一个漫长的过程，有必要运用法社会学上的描述性研究方法，“对事实上在司法上实践过的东西”进行描述。^{〔8〕}司法也只能形成基于特定情境的分散性规则，有必要运用逻辑归纳法予以整合和定位。

本文对无效行政行为的描述和归纳对象，限于最高人民法院的态度。第一，最高人民法院的司法解释。为了说明最高人民法院司法解释的背景和内容，也将引用主持或参与制定司法解释的说明、论证性文献。第二，最高人民法院指导案例、《公报》公布的典型案例。指导案例系指根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》遴选和公布，各级法院审判类似案例时应当参照的案例。典型案例系指“经最高人民法院审判委员会反复推敲、字斟句酌”精选而在《最高人民法院公报》公布的案例。^{〔9〕}第三，最高人民法院参考案例，即最高人民法院各业务庭遴选、编辑和出版的审判案例。第四，最高人民法院终审的其他案例。其中，指导案例、典型案例和参考案例尽管并非都系由最高人民法院裁判，但经最高人民法院或业务庭遴选、公布或出版，已经超出了地方意义，反应和体现了最高人民法院的态度。本文基本上不使用学者有关无效行政行为学说的研究性文献，除个别情形外也基本不使用地方法院的司法政策和裁判文书。

基于所引用案例较多，为阅读的流畅性和处理之方便，本文对案例名称予以缩略。案例缩略名一般由原告（起诉人）名加检索项构成。原告为自然人但有多个的，用“等”说明；原告为法人或其他组织的，提炼容易记忆的关键词。检索项即方括号部分，“最”系最高人民法院，“指”系指导案例，“典”系最高人民法院公报公布的典型案例，“参”系最高人民法院各业务庭所编写、发布的参考案例；“民”、“刑”、“行”分别指民事案例、刑事案例、行政案例。最高人民法院指导案例检索项的数字，系指导案例编号；最高人民法院典型案例检索项的数字，系最高人民法院公报时间；最高人民法院参考案例检索项的数字一般为案例编号，无编号的为裁判文书案号；最高人民法院终审案例和地方法院案例检索项的数字，系裁判文书案号。

〔5〕 如专利法第45条、土地管理法第78条第1款、公务员法第101条、行政处罚法第3条第2款等。

〔6〕 如《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、《山东省行政程序规定》第132条第1款等。

〔7〕 [美] 卡尔·N. 卢埃林：《普通法传统》，陈绪刚等译，中国政法大学出版社2002年版，第311页。

〔8〕 [奥] 埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第475页。

〔9〕 最高人民法院公报编辑部编：《最高人民法院公报典型案例全集（1985.1—1999.2）》，警官教育出版社1999年版，“前言”第1页。

一、对行政行为公定力的排除

根据湖南泰和案〔最参行第45号〕裁判要旨理由，公定力系指行政行为一经作出，即被推定为有效而“要求所有机关、组织和个人予以尊重”的法律效力。罗伦富案〔最典行2002—5〕判决较充分地阐发了行政行为的公定力，即行政行为对作出机关以外机关的拘束力。这在德国行政法上，也就是行政行为的构成要件效力，是指“行政行为应当受到其他国家机关的尊重，并且作为其决定的既定‘事实要件’采用”。〔10〕这里的“尊重”，表现为行政行为对作出机关以外所有机关的拘束效力，〔11〕但“无效的行政行为没有要件效力”。〔12〕

（一）公定力之基础行为的构成要件

行政行为的公定力，以该行政行为构成另一法律行为的基础行为或前提要件为条件。如果该行政行为并非另一法律行为的实施要件，则不存在拘束性或公定力问题。民事诉讼所要解决的是民事争议而不是行政争议，审查行政行为的合法性并不是民事诉讼的任务，大庆振富案〔最典民2007—4〕和交通勘察案〔最参（2009）民二终字第99号〕判决对此就有专门论证。但是，行政行为又经常与民事诉讼发生密切关联，到底什么样的关联行政行为才能构成民事裁判的基础行为？对此，最高人民法院在民事诉讼中很早就开始了探索。

1. 实质性行政行为。绿谷案〔最典民2004—7〕判决把行政行为区分为实质性行政行为和形式性行政行为。该判决从司法权与行政权分工的角度指出：“实质性的行政行为，如本案所涉的审批行为，是我国法律赋予有关行政主管部门的特有的权力”行为；形式性行政行为，是备案、登记等程序性行政行为。早些时审理的郑某案〔最参民房第1号〕和后来的深圳蒲公堂案〔最参（2007）民二终字第32号〕、贵州捷安案〔最参（2009）民二终字第3号〕等判决都一致指出，行政机关的登记类行政行为即形式性行政行为，是指没有直接决定实体法律关系存在与否的非设权性行为，是宣示性登记，只具有登记事项的公示效力、证据效力和对抗善意第三人的效力。由此看来，绿谷案〔最典民2004—7〕判决所称的实质性行政行为，是指行政机关运用行政权创设实体行政法关系的行为；形式性行政行为是指，行政机关运用行政权确认或宣示法律事实或法律关系（多为民事法律关系）的行为。这一区分不同于德国行政法学上有关实体行政行为和形式行政行为的区分，而等同于德国行政法学上形成性行政行为和确认性行政行为的区分。〔13〕但是，绿谷案〔最典民2004—7〕判决的上述区分不是为了下定义，而是为了确定法院在民事诉讼中对行政行为的审查范围。它指出，对形式性行政行为，“人民法院可以通过民事诉讼的判决结果直接或间接地”作出变更；对实质性行政行为，法院“不能通过民事诉讼程序和作出民事判决予以变更。即使审批不当，也只能通过行政复议程序或者行政诉讼程序予以纠正”。所谓“通过民事诉讼的判决结果直接或间接地”作出变更，并非审查和判决变更该形式性行政行为，它是指法院对该形式性行政行为所确认或宣示的法律事实或法律关系予以实质性审查，根

〔10〕〔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268页以下。

〔11〕参见赵宏：《法治国下的行政行为存续力》，法律出版社2007年版，第81页。

〔12〕前引〔10〕，毛雷尔书，第269页。

〔13〕参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫等：《行政法》第2卷，高家伟译，商务印书馆2002年版，第42页，第48页以下。

据当事人的举证和质辩而不是根据该形式性行政行为的确认或宣示对民事争议作出判决。根据贵州捷安案〔最参（2009）民二终字第3号〕和中国信达案〔最参（2005）民二终字第164号〕等的实质性审查，形式性行政行为的权利人具有按该行为推定的权利，争议该权利的当事人必须有足够的证据才能获得法院的支持。因此，绿谷案〔最典民2004—7〕判决不是基于行政行为的瑕疵及其程度而对形式性行政行为民事裁判拘束力的排除，而是对民事裁判基础行为要件的确立，即民事裁判只以实质性行政行为而不以形式性行政行为为基础行为。这一判决已成为我国民事诉讼实践的普遍认识，〔14〕也与行政审判法官的认识相一致。〔15〕

2. 对案件事实和法律效果的涵摄。实质性行政行为作为民事裁判的基础行为，还必须以该行为涵摄了案件事实和法律效果为构成要件。宁夏君信案〔最参（2004）民二终字第260号〕裁判摘要指出：“如果该审计报告未能直接、充分地证明案件争议的事实，不能单独作为定案的依据。”成都春来案〔最参（2009）民提字第60号〕判决认为，所提举工商行政处罚决定书能证明当事人的行为违法，但不能证明当事人所有权关系。行政行为不能涵摄案件事实和法律效果的，即使系实质性行政行为，也不能成为民事裁判的基础行为。并且，根据宁夏君信案〔最参（2004）民二终字第260号〕判决，实质性行政行为不以其理由而以其结论为限度对民事裁判发生拘束。民事诉讼上的这一发展，恰与德国法相契合。〔16〕

3. 法律规范的强制性规定。1999年，最高人民法院关于合同法的司法解释第10条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”〔17〕2002年，最高人民法院关于商标民事纠纷的司法解释第22条第1款规定：“人民法院在审理商标纠纷案件中，根据当事人的请求和案件的具体情况，可以对涉及的注册商标是否驰名依法作出认定。”第3款规定：“当事人对曾经被行政主管机关或者人民法院认定的驰名商标请求保护的，对方当事人对涉及的商标驰名不持异议，人民法院不再审查。提出异议的，人民法院依照商标法第14条的规定审查。”〔18〕山西黄翰案〔最参（2006）民二终字第19号〕和浙江中光案〔最参（2004）民二终字第143号〕裁判摘要指出，民事法律行为不以法律规范强制规定的行政行为为依据的，不发生法律效力；法律规范没有强制性要求的，则不影响效力。这些司法解释和裁判都表明，民事裁判以行政行为为基础行为，不仅取决于实质性行政行为及其对案件事实和法律效果的涵摄，还取决于法律规范的强制性规定。只有法律规范强制性规定民事裁判以实质性行政行为为基础行为时，才符合构成要件。强制性规定在法条上的语义，根据武汉瑞通案〔最参（2009）民二终字第140号〕判决，典型的表现是“必须”、“不得”，即命令性和禁止性条款。这一要件也与德国法相一致。〔19〕

4. 当事人的约定。2001年最高人民法院的司法解释指出：“审计是国家对建设单位的

〔14〕 参见黄贤华：《股权纠纷关联行政争议案件的司法困境及出路》，《法律适用》2011年第7期；许福庆：《行政行为与民事判决效力冲突及解决》，《法律适用》2009年第5期。

〔15〕 参见江必新：《论行政争议的实质性解决》，《人民司法·应用》2012年第19期。

〔16〕 参见赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》，法律出版社2012年版，第306页以下。

〔17〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）。

〔18〕 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕32号）。

〔19〕 参见前引〔16〕，赵宏书，第307页。

一种行政监督,不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下,才能将审计结论作为判决的依据。”^[20]也就是说,能够涵摄案件事实和法律效果的实质性行政行为,如果没有法律规范的强制性规定,但是有当事人双方的约定,可以作为民事裁判的基础行为。

通过上述探索,最高人民法院确立了能够涵摄案件事实和法律效果的实质性行政行为,如果有法律规范的强制性规定或者当事人双方的约定,则可以作为民事裁判基础行为的判断标准。这一判断标准,除实质性行政行为要件与行政诉讼实践有冲突外,^[21]对行政行为在其他场合是否构成另一法律行为的基础行为,具有借鉴意义。

(二) 民、刑事诉讼对公定力的排除

在行政行为构成民事裁判的基础行为的情况下,最高人民法院承认该行政行为对相关民事裁判的拘束力,认可该行政行为的判断。^[22]嘉和泰案[最典民2008—3]和苏州广程案[最参(2009)民二终字第15号]裁判摘要都指出,行政行为应当作为法院认定合同是否有效的依据。但最高人民法院排除了某些行政行为对民事裁判的拘束力。1988年,最高人民法院关于民法通则的司法解释第49条规定:“个人合伙或者个体工商户,虽经工商行政管理部门错误地登记为集体所有制的企业,但实际为个人合伙或者个体工商户的,应当按个人合伙或者个体工商户对待。”^[23]1994年,最高人民法院的司法解释指出:“人民法院在审理案件中,对虽然领取了《企业法人营业执照》,但实际上并不具备企业法人资格的企业,应当依据已查明的事实,提请核准登记该企业法人的工商行政管理部门吊销其《企业法人营业执照》。工商行政管理部门不予吊销的,人民法院在审理案件中对该企业的法人资格可不予认定。”^[24]最高人民法院在2001年的一则司法解释中,再次肯定了上述规则。^[25]上述司法解释中的自行认定和“可不予认定”等,就是对该行政行为公定力的排除。能排除行政行为公定力的原因,只能是该行政行为存在重大明显瑕疵构成无效。深圳三九案[最典民2003—4]法院审理发现,作为基础行为的行政许可证虚假、不具有真实性,遂不予采信。最高人民法院在民事裁判中并没有明确指出“错误”、“不符合条件”等是否属于重大明显瑕疵,但在最高人民法院法官的工作研究论文中作出了明确的肯定性判断。^[26]当然,最高人民法院排除某些行政行为对民事裁判的拘束,仍在探索之中,还没有完成建立

[20] 参见《最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见》(2001民一他字第2号)。

[21] 参见《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》(法释[2010]15号);赵大光等:《〈关于审理房屋登记案件若干问题的规定〉的理解与适用》,《人民司法·应用》2010年第23期。

[22] 参见《大庆市振富房地产开发有限公司与大庆市人民政府债务纠纷案》,《最高人民法院公报》2007年第4期;最高人民法院民二庭:《最高人民法院商事审判指导案例(公司卷)》,中国法制出版社2011年版,第167页。

[23] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(法办发[1988]6号)。

[24] 《最高人民法院关于企业开办的企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》(法复[1994]4号)。

[25] 《最高人民法院关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》(法释[2001]8号)第3条规定:“被开办企业虽然领取了企业法人营业执照,但投入的资金未达到《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第15条第7项规定数额的,或者不具备企业法人其他条件的,应当认定其不具备法人资格,其民事责任由开办单位承担。”

[26] 参见前引[15],江必新文。

整体完全统一、前后始终一致的规则。^[27]

行政行为对刑事裁判也具有拘束力。江世田等案〔最参刑第205号〕判决认为，被告人聚众以暴力手段抢回被依法查扣的制假设备，构成妨害公务罪。但是，刑事诉讼中也排除了某些行政行为的拘束力。刘起山等案〔最典刑1994—2〕判决表明，法院对进行走私、收受贿赂而实施的行政行为不予认可。王艳案〔最参刑第419号〕判决表明，被告人以欺诈手段获取的结婚证，不拘束法院对重婚罪的认定。

（三）行政诉讼对公定力的排除

行政行为对行政裁判具有拘束力。赵立新案〔最参行第12号〕裁判要旨指出：“企业的经济性质，应以发生法律效力《企业法人营业执照》为准。因此，人民法院确定企业经济的性质，应当根据企业在工商行政管理机关注册登记的具有法律效力的《企业法人营业执照》上所确定的企业经济性质为准。”该裁判要旨理由进一步说明，即使《企业法人营业执照》存在瑕疵，法院也“只能依照法律规定的登记文本来确定”。但是，最高人民法院却排除了某些行政行为的拘束力。

沈希贤等案〔最典行2004—3〕被诉建设许可证，系以计划部门的批准行为为基础行为。该基础行为缺乏实施要件即环境部门批准的环境影响报告书，存在瑕疵。限于受案范围和起诉期限制度，审理法院通过对不确定法律概念即“有关批准文件”的解释，把基础行为的要件作为颁发被诉建设许可证的共同要件，^[28]通过推翻被诉建设许可证实现了推翻有瑕疵基础行为的目的，表明了法院不受重大明显瑕疵行政行为拘束的态度，实现了行政争议的实质性解决。^[29]

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》（以下简称“最高人民法院行政许可法解释”）第7条统一规定：在审理行政许可案件中，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重大明显瑕疵的，法院不予认可。这一司法解释清晰而明确地宣布，法院不受无效行政行为的拘束，无效行政行为不具有公定力。这样，在被诉行政行为的基础行为不符合或不具备要件而导致该基础行为无效时，法院就不需要再把基础行为的要件作为被诉行为的共同要件。

2011年公布的俞国华案〔最参行第51号〕裁判要旨指出：“复议机关未依行政复议法规定的申请复议期限受理案件并作出复议决定，不拘束人民法院对行政案件起诉期限的认定。利害关系人即使在收到复议决定书之日起15日内起诉，经审查若属逾期起诉且无正当理由，应当不予受理或者驳回起诉。”这一裁判要旨不仅再次表明最高人民法院排除某些行政行为公定力的态度，而且明确表达了“不受拘束”的意思。这与最高人民法院在此前的司法解释和判决中有关“不予认定”、“不予认可”和“尊重”等相比，更为准确地表达了公定力即对其他机关拘束力的规则。

除行政诉讼对公定力的排除外，最高人民法院还表达了在强制执行审查中排除法定行政行为公定力的态度，认为房屋征收与补偿的非诉执行审查系一种无效审查，审查内容包

[27] 参见羊琴：《企业设立登记行为的性质及其在民事诉讼中的效力》，《人民司法·应用》2011年第9期。

[28] 参见朱芒：《“行政行为违法性继承”的表现及其范围——从个案判决与成文法规范关系角度的探讨》，《中国法学》2010年第3期。

[29] 参见前引〔15〕，江必新文。

括“作为征收补偿决定前提的征收决定是否明显缺乏事实依据和法律、法规依据，是否严重违法法定程序，明显超越职权以及明显违反行政目的”。^[30]

（四）不拘束其他行政行为的指示

行政行为构成另一行政行为基础行为的，则对该另一行政行为具有拘束力。根据行政许可法第41条的规定和国务院法制办的解释，^[31]许可证持有人在许可机关辖区外从事所许可行为，无需再申领许可。洋浦大源案〔最（2003）行终字第2号〕终审判决认为，被告省林业局对原告根据工商营业执照所核定的经营范围从事木材经营活动实施处罚，违反信赖保护原则，构成违法。信赖保护与授益行政行为的实质确定力，是一个问题的两个方面。^[32]它是否与授益行政行为的公定力也构成一个问题的两个方面有待论证，但可以肯定的是，最高人民法院强烈要求被告林业行政机关应尊重工商营业执照的态度。

“最高人民法院行政许可法解释”第7条规定，对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重大明显瑕疵的，法院不予认可。这一规定的直接意义，当然是法院拒绝受法定行政行为拘束的制度化。它的间接意义则是，法院通过否定以具有法定违法情形行政行为为基础的行政许可行为，指示行政许可机关在行政许可中拒绝受该类行政行为的拘束。对此，此前的沈希贤等案〔最典行2004—3〕判决就有较明确的要求。法院认为，“被告规划委员会在审批该项目的《建设工程规划许可证》时，应当审查第三人是否已取得了环境影响报告书”。换句话说，这就是要求被告审查基础行为是否存在重大明显瑕疵，拒绝受存在重大明显瑕疵基础行为的拘束。因此，具有法定情形的行政行为不能拘束其他行政行为的实施。

二、对排除其他法律效力的态度

根据湖南泰和案〔最参行第45号〕裁判要旨理由，行政行为除了公定力以外，还具有确定力、拘束力和执行力。

（一）对强制执行力的排除

在德国，“行政执行是指行政机关通过专门的行政程序强制公民或者其他法律主体履行公法义务”，“行政机关享有相对于债务人的特权，即可以自己设定执行的根据并且自己执行，无须申请法院”。^[33]也就是说，德国的行政强制执行与我国行政机关申请法院强制执行不同。但是，行政行为无论由谁执行，都存在无效行政行为是否执行问题。对此，德国行政法的态度是“行政行为无效的，不得执行”。^[34]“无效行政行为自始不产生预期的法律效果。没有法律效果和约束力，公民不必服从，行政机关不得执行。任何人任何时间都可以主张其无效。”^[35]在我国，根据湖南泰和案〔最参行第45号〕裁判要旨理由，通过相应

[30] 杨临萍等：《关于房屋征收与补偿条例非诉执行的若干思考》，《法律适用》2012年第1期。

[31] 参见“国务院法制办公室对《关于提请解释〈中华人民共和国行政许可法〉有关适用问题的函》的复函”（国法函〔2004〕293号）。

[32] 参见前引〔10〕，毛雷尔书，第277页；王贵松：《行政信赖保护论》，山东人民出版社2007年版，第194页。

[33] 前引〔13〕，沃尔夫等书，第291页。

[34] 同上书，第312页。

[35] 前引〔10〕，毛雷尔书，第253页。

的行为依法实现行政行为所设定的权利义务，即为行政行为的执行力。那么，我国最高人民法院是否认可无效行政行为的强制执行效力？

早在1985年，《最高人民法院关于人民法院依法执行行政机关的行政处罚决定应用何种法律文书的问题的批复》（以下简称“最高人民法院应用法律文书批复”）就规定，行政机关申请法院强制执行的，法院“如果发现处罚决定确有错误，则不予执行，并通知主管行政机关”。这一司法解释的背景是，1982年民事诉讼法（试行）第3条第2款规定“法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法规定”之后，立法上出现了“诉讼——执行”条款，即当事人对行政处罚不服的可在法定期限内向法院起诉，逾期不起诉又不执行的可由行政机关申请法院强制执行。在1982年前，法律上几乎看不到这类条款，如环境保护法（试行）和森林法（试行）都未规定这类条款。民事诉讼法（试行）后的海洋环境保护法和森林法，则都规定了这一条款，但法院对行政处罚的强制执行程序，并没有法律规定。于是，最高人民法院基于司法实践的需要，根据民事诉讼法（试行）第170条有关执行员应当“了解案情”的规定，作出了对被执行行政行为进行司法审查的解释。

1991年，基于实践中“不予执行”已扩大到行政处罚以外行政行为的经验，^[36]以及行政诉讼法的制定和实施，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（以下简称“最高人民法院贯彻执行行政诉讼法意见”）第85条规定：“如果人民法院发现据以执行的法律文书确有错误，经院长批准，不予执行，并将申请材料退回行政机关。”在当时，上述规定主要是司法审查的需要，但在理由上却已经有无效行政行为学说的支持。最高人民法院法官江必新在1989年结合行政诉讼法的起草指出，现实中存在当事人不敢告行政机关的情况，但行政行为的无效不取决于相对人的态度和诉讼时效是否已过。“行政行为确属无效或部分无效的，可以在行政机关申请人民法院强制执行时，要求行政机关撤销或变更其决定。如果行政机关拒绝撤销或变更，可不予执行。”^[37]

1999年的《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》（以下简称“最高人民法院行政诉讼法解释”）第95条规定，行政行为具有法定违法情形的，法院裁定不准予执行。这一规定是对行政诉讼法第66条行政机关申请法院强制执行条款的解释，依据是行政诉讼法第5条行政行为的合法性审查条款。它在目的上是为了实现司法审查，在功能上却已与无效行政行为不具有强制执行效力原理相契合。最高人民法院法官认为，它是区别于行政行为合法性审查制度的无效审查制度，^[38]是对大陆法系无效行政行为制度的借鉴。^[39]同时，在起草者主观上，裁定不准予执行制度是作为司法审查制度组成部分加以考虑的。“最高人民法院行政诉讼法解释”规定“是否准予强制执行作出裁定”的核心内容是，“法院应当‘对具体行政行为的合法性进行审查’。其重要意义是，明确了法院对具体行政行为合法性审查原则的适用范围，更加符合行政诉讼法的立法精神”。^[40]把被执行的行政行为纳入司法审查的正当性理由，是无效行政行为学说。“行政机关作出的具体行

[36] 甘文：《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》，中国法制出版社2000年版，第178页。

[37] 江必新：《行政诉讼问题研究》，中国人民公安大学出版社1989年版，第219页。

[38] 参见前引[30]，杨临萍等文。

[39] 参见江必新：《司法解释对行政法学理论的发展》，《中国法学》2001年第4期。

[40] 前引[36]，甘文书，第222页。

政行为,是否当然具有强制执行力,是一个有争论的问题。根据传统的公定力理论,行政机关的行政行为一经作出即被假设具有法律效力,对相对人具有约束力。……而现代很多国家的行政法理论已经对公定力理论作了修正。美国的执行诉讼制度及相关的理论便是一个典型的例子。”〔41〕因此可以说,“最高人民法院行政诉讼法解释”已经建立起对法定行政行为排除强制执行力的制度。

2011年的行政强制法第58条,作了类似“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条的规定,即法院发现申请强制执行的行政行为具有法定违法情形的,“在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见”,并裁定不予执行。这就以法律的形式确认了司法解释建立的,对法定行政行为排除强制执行力的“无效审查”制度。“从行政强制法第57条和第58条的关系来看,人民法院非诉强制执行也只能采取无效性审查标准。……在仅仅只能‘书面审查’和‘7日内’就必须作出执行裁定的情况下,人民法院根本就不具备进行合法性、合理性,甚至可执行性审查的条件,只能按照无效性标准对明显违法的具体行政行为进行审查。”〔42〕但是,该法没有把排除强制执行力的行政行为范围进一步发展和扩大到行政机关的强制执行,而仍限定在申请法院强制执行的范围内,仍具有司法审查的性质。

2011年,最高人民法院《关于坚决防止土地征收、房屋拆迁强制执行引发恶性事件的紧急通知》强调在执行中应坚持公正、中立的司法审查,指示执行法院不得强制执行特定的房屋征收补偿决定。2012年出台的《最高人民法院关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》(以下简称“执行房屋征收补偿决定规定”)第6条,吸收了上述紧急通知的内容,贯彻了“最高人民法院行政诉讼法解释”和行政强制法关于法定行政行为不具有强制执行力的制度。〔43〕对此,早在该司法解释发布前,最高人民法院法官就根据“最高人民法院行政诉讼法解释”和行政强制法非诉强制执行的规定表态认为,对房屋征收补偿决定的非诉强制执行应坚持无效性审查制度。“鉴于我国房屋征收与补偿的非诉执行不仅是一个法律问题,更是一个涉及社会稳定的大局问题。国有土地上房屋征收非诉强制执行的无效性审查标准有其特殊内容。”〔44〕他们认为,首要的内容就是审查房屋征收补偿决定是否具有无效情形。

对法定行政行为强制执行力的排除,是最高人民法院在探索强化司法审查中发展起来的,是在行政行为各法律效力制度中率先予以探索并取得成效的领域,并已积极寻求无效行政行为学说的支持。行政行为的司法强制执行,已经是行政行为的最后环节。在学理上,没有强制执行力的行政行为也就没有其他法律效力。但基于司法审查的局限性,排除强制执行力除了与行政行为的法定违法情形已建立起逻辑联系外,与行政行为的其他法律效力之间的逻辑联系仍缺乏制度建设。

(二) 对确定力的谨慎态度

1. 形式确定力的排除未获实质性进展。在德国,形式存续力是指行政行为不可诉请撤

〔41〕 同上书,第178页以下。

〔42〕 参见前引〔30〕,杨临萍等文。

〔43〕 参见《最高人民法院行政庭负责人解读〈关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定〉——强化非诉执行司法审查维护人民群众合法权益》,《人民法院报》2012年4月10日。

〔44〕 前引〔30〕,杨临萍等文。

销性。“行政行为的不可诉请撤销性意味着根据实体法的规定，相对人不能或不能再以常规的救济途径对于行政行为中规范的内容诉请撤销。而此处的‘常规救济途径’专指行政复议与行政诉讼。”〔45〕法定国家机关根据监督权进行的撤销，不属于可撤销性，也不属于形式存续力的任务。无效行政行为不具有形式存续力，不受救济期限的限制。〔46〕德国的形式存续力，在我国称为形式确定力，指复议期限或诉讼期限届满，当事人不得向复议机关或法院主张撤销或变更。最高人民法院对无效行政行为是否具有形式确定力，持谨慎态度。

行政复议法和行政诉讼法没有对无效行政行为的行政复议申请期限和行政诉讼起诉期限作出特别规定，“最高人民法院行政诉讼法解释”所规定的确认无效判决也不是针对无效行政行为的判决。〔47〕同时，我国当前社会稳定的形势相当严峻，对形式确定力的排除不利于对社会稳定的维护。〔48〕基于上述法的安定性背景，最高人民法院在是否排除某些行政行为的形式确定力问题上并未贸然探索，反而坚持行政行为原则上都具有形式确定力的态度。坑贝元案〔最参行第46号〕和俞国华案〔最参行第51号〕判决都认为，相对人在救济期限届满后请求救济，复议机关或法院予以受理的，属于错误受理，法院应予纠正。

基于“最高人民法院行政诉讼法解释”有关裁定是否准予执行的规定，各地法院在实践中纷纷采用了听证的方式。其中，江苏省高级人民法院还于2009年制定了《关于非诉行政执行案件听证审查若干问题的规定（试行）》。这一司法政策详细规定了听证原则、听证的范围和听证参与人，以及听证的告知、申请、通知和撤回。其第3条明确规定：“本规定所称听证，是指人民法院对行政机关或具体行政行为确定的权利人申请强制执行的具体行政行为，在作出是否准予强制执行裁定前，为了查清案件事实，审查执行依据，依照本规定听取当事人陈述、申辩和质证的活动。”此类司法政策在其他地方也有。〔49〕正是在这些司法实践的基础上，行政强制法第58条规定了法院的听取意见制度，裁定期限、说明理由和送达制度，以及裁定不予执行的异议制度。这种非诉执行的听证审查制度已俨然成为行政诉讼的简化版，非诉执行裁定书也与行政诉讼裁判文书相差无几。〔50〕正在探索的“裁执分离”模式，则已接近执行诉讼制度。〔51〕上述执行审查，都是法院在起诉期限届满后对申请执行的行政行为的审查。基于上述观察，如果把相对人不履行无效行政行为的义务当作“置之不理”，把法院对行政机关申请执行审查当作无效行政行为的确认诉讼，那么也许可以说我国对无效行政行为排除形式确定力的制度获得了初步的发展。

2. 实质确定力的排除已释放出空间。在德国，实质存续力是指行政行为的作出机关不

〔45〕 前引〔11〕，赵宏书，第48页。

〔46〕 参见上引书，第48页，第50页以下。

〔47〕 参见蔡小雪：《行政确认判决的适用》，《人民司法》2001年第11期。

〔48〕 参见黄新波：《行政机关撤销登记事项应遵循正当行政程序原则》，《人民司法·案例》2010年第6期；坑贝元案〔最参行第46号〕裁判要旨理由，最高人民法院行政庭：《中国行政审判案例》第2卷，中国法制出版社2011年版，第38页。

〔49〕 参见《福建省高级人民法院关于审查非诉执行行政案件的若干规定（试行）》、《广东省法院办理执行非诉具体行政行为案件办法（试行）》和《湖南省高级人民法院关于审查和执行非诉行政执行案件的若干规定》等。

〔50〕 参见广东省增城市人民法院（2008）增法非诉行执审字第25号行政执行裁定书。

〔51〕 参见上海市虹口区法院课题组：《拆迁执行案件“裁执分离”模式的实践探索与展望》，《上海审判研究》2012年第7期。

得撤销、废止或变更行政行为。^[52] 无效行政行为不具有实质存续力。德国行政法上的实质存续力，对应到我国行政法上，就是行政行为的实质确定力。

最高人民法院认可行政行为的实质确定力。焦志刚案 [最典行 2006—10] 裁判摘要指出：“依法作出的行政处罚决定一旦生效，其法律效力不仅及于行政相对人，也及于行政机关，不能随意被撤销。已经生效的行政处罚决定如果随意被撤销，不利于社会秩序的恢复和稳定。”

但是，最高人民法院并不主张行政行为的绝对实质确定力。2003 年的司法解释指出：“房地产管理机关可以撤销错误的注销抵押登记行为。”^[53] 焦志刚案 [最典行 2006—10] 裁判摘要也指出：“错误的治安管理行政处罚决定只能依照法定程序纠正。”这种纠正，根据坑贝元案 [最参行第 46 号] 裁判要旨理由，不是通过行政复议和行政诉讼纠正，而应该是行政行为作出机关的“自我纠错”。在此，最高人民法院虽然还没有把“自我纠错”与法定违法情形联系起来，却在坚持法的安定性原则的同时，为实现依法行政和排除法定行政行为的实质确定力留下了空间。

当然，对无效行政行为是否具有实质确定力问题，似乎还无法梳理出最高人民法院是否已经具有清晰的思路。在《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》的条文中，很难发现有关无效行政行为的规定。起草者针对第 2 条规定的撤诉条件指出：“如果行政行为在诉讼中被发现是具有重大明显违法的无效行政行为，则不存在和解的条件。因为无效的行政行为自始就不产生法律效力，相对人无需服从，不存在处分的基础。……不存在适用和解程序的空间。但是，如果相对人因无效行政行为受到损失，在诉讼中双方可就有关赔偿的问题达成和解。”^[54] 由此看来，行政机关不能改变所作无效行政行为并与原告达成撤诉的和解协议，而只能由法院裁判。这似乎模糊了对无效行政行为实质确定力的排除。

（三）对相对人拘束力的排除

在德国行政法上，并没有独立的行政行为拘束力之说，而是包含于行政行为的实质确定力，即行政行为对作出机关和相对人双方的约束力。^[55] 根据湖南泰和案 [最参行第 45 号]，“拘束力”是行政行为的一种独立法律效力，指行政行为“约束和限制”作出机关和相对人行为的效力。

最高人民法院支持行政行为的拘束力。2004 年的司法解释指出：“违反森林法的规定，在林木采伐许可证规定的地点以外，采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的，除农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木以外，属于《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条第 1 款第 1 项‘未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证’规定的情形，数量较大的，应当依照刑法第 345 条第 2 款的规定，以滥伐林木罪定罪处罚。”^[56]

但法定行政行为强制执行力的排除制度，其实也是对行政行为拘束相对人效力的排除制度。一方面，相对人对行政行为不申请复议、不起诉又不履行义务，即“置之不理”。另

[52] 参见前引 [10]，毛雷尔书，第 268 页。

[53] 《最高人民法院关于房地产管理机关能否撤销错误的注销抵押登记行为问题的批复》（法释 [2003] 17 号）。

[54] 段小京：《〈关于行政诉讼撤诉若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2008 年第 3 期。

[55] 参见前引 [10]，毛雷尔书，第 268 页。

[56] 《最高人民法院关于在林木采伐许可证规定的地点以外采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的行为如何适用法律问题的批复》（法释 [2004] 3 号）。

一方面，法院对行政机关申请强制执行的行政行为，发现存在法定情形的，则裁定不准予执行。也就是说，具有法定情形的行政行为不能拘束相对人。

2007年，《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第2条规定，“被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许”。能代表最高人民法院态度的相关说明指出：“无效的行政行为自始就不产生法律效力，相对人无需服从，不存在处分的基础。”^[57]这一制度设计并未与不可诉请撤销性相联系，并非排除无效行政行为的形式确定力制度，却鲜明地表达了无效行政行为对相对人不具拘束力的态度。

尽管最高人民法院对无效行政行为是否可以拘束作出机关的态度模糊，但对相对人已失去拘束力的行政行为是否继续拘束作出机关已无关紧要了。

三、排除法律效力的情形和标准

（一）排除法律效力的情形

1997年德国行政程序法第44条第1款概括规定：“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。”该条第2款列举规定了绝对无效瑕疵的类型，第3款列举规定了不属于重大明显瑕疵的类型。^[58]那么，我国最高人民法院排除行政行为法律效力的情形是什么或有哪些呢？

1. 排除强制执行力的法定情形。1985年的“最高人民法院应用法律文书批复”规定，法院不予强制执行行政处罚决定的法定情形是“处罚决定确有错误”。其中的“错误”，就是瑕疵或违法。它并没有区分行政行为的瑕疵程度及瑕疵类型，可能因为当时司法审查经验还没有累积到一定程度，还没有制定行政诉讼法。1991年的“最高人民法院贯彻行政诉讼法意见”第85条没有参照行政诉讼法第54条规定的违法情形，反而承袭上述司法解释，也“并未对何谓确有错误作出规定”。^[59]但基于这是对行政诉讼法的解释，可以合理推断，法院仍会以该法第54条规定的违法情形为参照，把握对“错误”的归类及程度裁量。

1999年的“最高人民法院行政诉讼法解释”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）其他明显违法并损害被执行人合法权益的。”行政诉讼法第54条第2项规定的判决撤销或者部分撤销行政行为的法定情形是，主要证据不足，适用法律、法规错误，违反法定程序，超越职权，以及滥用职权。两者相比，“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条规定的法定情形，有明显性标准的限定，且把违反法定程序、超越职权和滥用职权纳入明显缺乏法律依据。^[60]至于“明显违法并损害被执行人合法权益的”情形，则有赖于司法裁量。^[61]前文述及，在上述制度设计时已经有无效行政行为学说的支持，因

[57] 参见前引[54]，段小京文。

[58] 应松年主编：《外国行政程序法汇编》，中国法制出版社1999年版，第180页。

[59] 前引[36]，甘文书，第221页。

[60] 参见前引[36]，甘文书，第223页。

[61] 在实践中，法院虽然引用“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条的规定作出不准予执行裁定，但瑕疵的归类仍多参照行政诉讼法第54条第2项的规定。参见李柏延等：《对经法院裁定不予执行的非诉卫生行政处罚案件的评析》，《中国卫生监督杂志》2002年第2期。

此，行政行为不得被强制执行的无效瑕疵即重大明显瑕疵制度，已经初步确立。2011年行政强制法第58条第1款采纳了上述法定情形。该款规定：“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。”

2012年的“执行房屋征收补偿决定规定”第6条第1款，除了继续把明显缺乏事实根据和明显缺乏法律依据作为不予执行的法定情形外，还规定了五种不予执行的法定情形：“超越职权”，“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”，“严重违法法定程序或者正当程序”，以及“法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形”。其中，从明显缺乏法律依据中分离出了违反法定程序、超越职权和滥用职权，把违反法定程序扩大和完善为“严重违法法定程序或者正当程序”，^[62]把滥用职权区分出“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”和“明显违反行政目的，严重损害公共利益”。这就吸收了2011年最高人民法院《关于坚决防止土地征收、房屋拆迁强制执行引发恶性事件的紧急通知》有关“补偿安置不到位或具体行政行为虽然合法但确有明显不合理及不宜执行”的情形。并且，该条规定取消了“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条和行政强制法第58条第1款所规定的有关法定情形上的司法裁量权，规定“法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形”。在最高人民法院看来，土地管理法第78条^[63]和行政处罚法第3条所规定的“无效”，^[64]都属于这一类。^[65]这样，不予执行的法定情形得以细化了，法定情形不限于违法还包括严重不合理，不限于实体还包括严重违法程序，把原来是否无效具有存疑的条款发展成了无效规则。最高人民法院之所以作出上述细化法定情形、扩大法定情形范围及限缩司法裁量权规定，则是因为：“征收补偿问题复杂多样，目前法律、法规和司法解释规定的审查标准往往比较原则、笼统、分散，有必要综合汇总并结合新情况、新问题及行政立法及政策的最新成果，使之具体化并一目了然；在严格审查标准的同时给予法官必要的裁量权，坚决防止滥用强制手段和‘形式合法、实质不合法’现象的发生。”^[66]至于把严重违法正当程序纳入法定情形，从而扩大不予强制执行的法定情形，也有充分的法律依据。^[67]

现在有一种改革建议是，仅规定裁定准予或不准予执行，以及规定无效行政行为转为执行诉讼，而不规定行政行为的重大明显瑕疵情形。^[68]如果按这一改革建议，则将完全瓦

[62] 参见前引[43]，《最高人民法院行政庭负责人解读〈关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定〉——强化非诉执行司法审查维护人民群众合法权益》。

[63] 该条规定：“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。”

[64] 该条第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。”

[65] 参见前引[54]，段小京文。

[66] 赵大光等：《〈关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法·应用》2012年第11期。

[67] 参见上引文。

[68] 参见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》，中国政法大学出版社2004年版，第420页以下。

解“最高人民法院行政诉讼法解释”关于重大明显瑕疵行政行为不具有行政强制执行效力的制度。并且，它将使裁定不准予执行丧失正当性基础。在行政程序法尚未制定，无效行政行为制度尚未建立的情况下，无效行政行为的执行诉讼也难以操作。

2. 排除公定力的法定情形。2009年的“最高人民法院行政许可法解释”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。”这一司法解释具有以下重要意义：

（1）明确规定了对基础行为的审查标准。起草者指出：“所谓关联行政行为指的是作为行政许可基础的行政行为。比如饭店的营业许可就需要以卫生许可和消防许可等行政行为为基础。关联行政行为在行政许可领域是大量存在的，堪称行政许可与其他行政行为相区别的重要特点之一，因此，对关联行政行为如何审查或者说审查到什么程度，就成为一个带有普遍性的问题。我们认为，对关联行政行为的审查程度应当低于对被诉行政行为的合法性审查，具体可以参照《若干解释》第95条之规定，即非诉执行案件中，对申请执行的具体行政行为的审查。”〔69〕对行政许可基础行为的审查之所以能够借鉴强制执行审查，在于行政许可基础行为和申请强制执行的行政行为都是已发生形式确定力的行政行为，除非它具有重大明显瑕疵。

（2）排除公定力与排除强制执行力的法定情形实现了统一。如上所述，这些法定违法情形也系借鉴“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条而作的规定，排除公定力的法定情形与法律和司法解释中排除执行力的法定情形一致。“超越职权”只是从“明显缺乏法律、法规依据”中分离了出来，“其他重大明显违法情形”只是比“其他明显违法并损害被执行人合法权益”更为概括。

（3）整合并正式确立了“重大明显瑕疵”制度。该条第4项规定了“其他重大明显违法情形”。“违法情形”即瑕疵的中国化表达，“其他”重大明显瑕疵则表明前三项规定中虽没有“重大”两字但都属于重大明显瑕疵。并且，该条系借鉴“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条而作的规定，因而就意味着是对被排除法律效力行政行为存在法定违法情形探索的一次总结，确认了排除强制执行力的法定情形也都属于明显重大瑕疵。

（4）为其他领域个案中重大明显瑕疵的认定提供了参照系。排除公定力的司法探索，还表现为民事、刑事和行政个案。在这些个案中，未经法定机关批准、未遵循法定期限而获得诉权是不是重大明显瑕疵并不明晰，甚至在司法解释中不具备企业法人资格的营业执照是否属于重大明显瑕疵也不是很清晰。“最高人民法院行政许可法解释”第7条的规定，尽管不能适用于行政许可案件以外的案件，但为其他领域个案中重大明显瑕疵的认定提供了参照系。

这样，最高人民法院通过统一和整合重大明显瑕疵，打通了排除公定力与排除强制执行力的关节，促进了无效行政行为分散性规则的整合。

（二）瑕疵的重大明显性标准

在德国，瑕疵“所谓特别严重，是指具有这种瑕疵的行政行为不符合有关宪法原则或

〔69〕 参见赵大光等：《最高人民法院〈关于审理行政许可案件若干问题的规定〉之解读》，《法律适用》2010年第4期。

者法律制度的基本观念”。〔70〕瑕疵的明显性标准则主要为：第一，这种明显性不是从行政主体内部来观察的，而是社会外部可以观察到的。第二，这种明显性既不取决于关系人即行政主体和相对人的认识能力，也不取决于专家的认识能力，而是一般公民的认识能力。第三，这种明显性需要达到毫无争议的程度。第四，这种明显性不局限于文书上的明显，还包括综合全案可以认定的明显。〔71〕瑕疵的重大明显性标准，对特别法中所规定条款是否属于无效行政行为条款，以及对个案中行政行为的瑕疵是否构成无效，具有重要意义。例如，行政许可法第69条第2款规定：“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销。”第4款规定：“依照本条第2款的规定撤销行政许可的，被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。”但在缺乏瑕疵的重大明显性标准时，我们就无法判断欺骗、贿赂等不正当手段是否构成行政许可行为的重大明显瑕疵，该行政许可行为是否属于无效。我们只能从“不受保护”即不适用该法第8条规定的信赖保护原则，而不适用信赖保护原则的情形只能是无效行政行为，〔72〕推断基于欺骗、贿赂等不正当手段而实施的行政许可行为属于无效行政行为。因此，有必要梳理最高人民法院对瑕疵的重大明显性标准的探索。

1. 瑕疵的明显性标准。“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条第一次确立了行政行为瑕疵的明显性标准，在每类瑕疵前都用“明显”加以限定。这里的明显性标准，即“卷面无错误标准”。“对被申请执行的具体行政行为的司法审查，与行政诉讼中的司法审查，所适用的程序应当有较大区别。在这种司法程序中，相对人对被申请的具体行政行为已经丧失诉权，没有设定双方当事人对抗辩论的程序，法院仅通过对行政机关申请执行时提供的材料进行审查，来判断具体行政行为的合法性。”〔73〕但这种“卷面错误”标准，又容易引发与“最高人民法院行政诉讼法解释”第86条规定的申请执行条件间的混淆。〔74〕

“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条在瑕疵前以“明显”限定的方法，为行政强制法第58条所采纳。但该条第1款规定，行政行为具有重大明显瑕疵的，法院“在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见”。这就把最高人民法院的瑕疵明显性标准作了推进，即不限于“卷面错误”或文书上的明显，还包括综合全案可以认定的明显。这样，明显性标准也从形式审查发展成为实质性审查。“执行房屋征收补偿决定规定”贯彻了行政强制法发展的明显性标准。〔75〕其第5条规定：“人民法院在审查期间，可以根据需要调取相关证据、询问当事人、组织听证或者进行现场调查。”

2. 瑕疵的重大性标准。最高人民法院虽然对排除行政行为法律效力的瑕疵进行了类型化，但强制执行中的“无效性审查”瑕疵与行政诉讼中的合法性审查瑕疵，除明显性标准外，并无本质区别。一方面，“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条所规定的瑕疵类型，比行政诉讼法第54条所规定的更为概括，包容了该条所规定的所有瑕疵。另一方面，法官们在实践中需要更强的可操作性即更为具体的瑕疵类型，因而不得不以行政诉讼法第54条

〔70〕 前引〔13〕，沃尔夫等书，第83页。

〔71〕 参见上引书，第83页以下；前引〔10〕，毛雷尔书，第251页。

〔72〕 参见前引〔10〕，毛雷尔书，第274页。

〔73〕 前引〔36〕，甘文书，第222页。

〔74〕 参见前引〔61〕，李柏延等文。

〔75〕 参见前引〔43〕，《最高人民法院行政庭负责人解读〈关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定〉——强化非诉执行司法审查维护人民群众合法权益》。

的瑕疵类型为参照。

“最高人民法院行政许可法解释”第7条提出了“重大明显”瑕疵的概念。但对“重大”的标准，并未在司法解释及其起草说明中有所体现。从该条的逻辑上说，第4项规定“其他重大明显违法情形”，可以有两种解释：第一，第4项系取决于重大性特征的瑕疵，前三项即明显缺乏事实根据、明显缺乏法律依据和超越职权则不需要取决于重大性特征。第二，第4项和前三项都需要取决于重大性特征，“其他重大”不仅是对第4项的限定而且也是对前三项的限定。从起草说明中有关该条系参照“最高人民法院行政诉讼法解释”第95条所作规定，^[76]而第95条并未确立重大性标准来看，我们应选择第一种解释。这样，第4项的“重大”取决于司法裁量。上述讨论，也可以适用于“执行房屋征收补偿决定规定”第6条规定有关“严重”瑕疵的解读。

因此，最高人民法院在瑕疵的重大性标准上，尚未探索出一个判断标准。

3. 不取决于重大明显性特征的无效瑕疵。“最高人民法院行政许可法解释”第7条，在各类重大瑕疵前都用“明显”加以限定，但在“超越职权”前并没有限定“明显”。“执行房屋征收补偿决定规定”同样在各类重大瑕疵前限定“明显”，但对“超越职权”、“严重违法违反法定程序或者正当程序”和“法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形”却没有使用“明显”。也就是说，只要超越职权，严重违法违反法定程序或者正当程序，以及法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形，无需考虑明显与否，即构成无效瑕疵，从而“不予认可”或裁定不准予执行。同时，基于前文有关没有重大性标准的分析，除了明文限定“重大”、“严重”外，其他瑕疵并不取决于重大性特征。“超越职权”以及“法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形”，则既不取决于重大性特征又不取决于明显性特征。这对将来在立法上分别列举和概括规定重大明显瑕疵提供了经验支持。

总之，最高人民法院探索了排除行政行为法律效力的法定情形，并逐渐形成了“重大明显瑕疵”制度。

结 语

最高人民法院对无效行政行为制度的探索，由司法审查引发，先从强制执行效力再到公定力和确定力，先否定行政行为的效力再对作为原因的重大明显瑕疵进行类型化，先使用“明显违法”、“严重违法”等术语然后再形成“重大明显违法”概念。它只使用了“不予认可”、“没有法律效力”、“裁定不准予执行”等术语，而没有使用“自始没有任何法律效力”和“无效”等。有关实践，即使是司法解释，也仍是分散和局部性的。比如，“最高人民法院行政许可法解释”第7条有关公定力的规定，无法适用于行政许可案件以外的案件审理。具有重大明显瑕疵行政行为不具有强制执行力，也仅限于司法强制执行而不适用于行政机关的强制执行。

但是，我们通过梳理发现，除了无效行政行为是否具有确定力尚不清晰外，最高人民法院在民事诉讼领域形成了有关基础行为的构成要件，在对行政行为的司法审查中形成了

[76] 参见前引[69]，赵大光等文。

重大明显瑕疵的类型化和明显性判断标准,并形成了排除具有重大明显瑕疵行政行为公定力、相对人拘束力和司法强制执行力的无效行政行为制度雏形,呈现了本土化特色,体现了司法对制度建设的贡献。

并且,一些本来有特定适用范围的各分散规则也有连结和突破的可能,^[77]从而逐渐完善为一个整体。再胜源案[最典行2005—1]适用了行政处罚法第3条第2款所规定的“无效”,南充源艺案[最参行第73号]推进到违反法定程序包括违反正当程序。俞飞案[(2010)锡行终字第0043号]裁判要旨则认为,违反正当程序的行政处罚决定,“属于重大且明显违法的,应适用确认无效判决”。这样,通过一系列司法裁判的推进,把一条本来并未明确认识到无效行政行为的规则释放出无效行政行为的功效,从而与“执行房屋征收补偿决定规定”所规定的重大明显瑕疵相契合。“一个争议、一个辩论意见、灵光一闪的洞见或者天赋都会引发重新调整,而成为一个里程碑。”^[78]

Abstract: The system of invalid administrative action has not been established in China's written law yet, but the Supreme People's Court has made long-term exploration on it in individual cases and judicial interpretations based on the need of judicial review. Although the exploration did not use notions like “void ab initio” or “invalidation”, it was actually practicing the basic contents and functions of invalid administrative action system.

First of all, the substantive administrative action that can subsume case facts and legal effects could be used as criteria of judging fundamental actions in civil actions, if there existed mandatory legal provisions or agreements made by two parties. Secondly, in civil, criminal and administrative actions, the Supreme People's Court insisted that administrative action with great and significant flaws shall not restrict relevant judicial sentences, arbitration decisions and administrative actions. It also shall not restrict citizens, legal persons and other social organizations, and could not be enforced by judiciary. Thirdly, the Supreme People's Court discovered criteria for judging invalid administrative action, including obvious lack of substantiation, obvious lack of law and regulation basis, and other obvious illegal circumstances that damage legitimate rights and interests of persons subject to enforcement.

The practice and exploration by the Supreme People's Court has formed a system embryo of invalid administrative action, and provided abundant materials for formal legislation in the future. Viewing from the exploring path of the Supreme People's Court and the categorization of great and significant flaws, we can find distinctive Chinese characteristics in the rules of invalid administrative action, and the significance of system generation and generating mechanism in judiciary.

Key Words: invalid administrative action, great and significant flaws, Supreme People's Court

[77] 参见席小俐:《诉讼期间复议机关作出的复议决定应视为无效行为》,《法律适用》1993年第9期。

[78] 前引[7],卢埃林书,第327页。