

“无效行政行为”制度的追溯与认定标准的完善

法治大讲堂

胡建淼（中央党校（国家行政学院）一级教授）

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，重在强调专政和管理的功能，未对行政法作基本研究，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年王珉瑜主编的《行政法概要》，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”。1988年，应松年主编的《行政法学教程》认为行政法行为的撤销可分两类：一是无效性撤销，二是废止性撤销。凡不符合行政法生效要件的行政行为，都可以被无效性撤销。无效性撤销使行政行为在效力上始终不存在。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。更重要的是，它第一次触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”。应当特别表达的是，到了21世纪初，有两本著作对无效行政行为研究最为全面而透彻，即金伟峰的专著《无效行政行为研究》和章志远的《行政行为效力论》。

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。我国土地管理法、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关于行政行为“无效”的规定。

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三条第二款规定：“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，因而对行政行为无效制度影响颇大。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，其第三十八条规定：“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。”

1989年制定的行政诉讼法第五十四条只规定了维持、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。新行政诉讼法第七十五条规定：“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。”第七十六条还规定：“人民法院判决确认无效或者无效的，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。”

行政诉讼法对行政行为“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。

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。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，将行政行为的无效与撤销之间的区别，归结为几个元素：1.违法的严重程度。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。2.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。3.相对人的对抗程度。相对人对于无效行政行为可以视为不存在；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。4.救济的时效性。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：1.行政行为无效的

确认标准无法落地和展开；2.自始无效与事后无效在中国法律制度上不具有绝对性；3.相对人的拒绝权实际上无法有效操作；4.无效诉讼时效还处于躲躲闪闪状态。

无效行政行为认定标准的完善

虽然我国行政诉讼法第七十五条的规定已揭示了认定无效行政行为的一些主要情形，但显然没有穷尽，有的还需要细化。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；既包括侵权行为，也包括授益行为；既包括羁束行为，也包括裁量行为。根据行政诉讼法第七十五条和《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)第九十九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”：1.作出行政行为的组织无行政主体资格的；2.行政行为超越行政专属权的；3.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；4.就法律保留事项作出行政行为而无法律依据的；5.行政行为的内容违反法律和行政法规的强制性规定的；6.法律明文规定相对人有拒绝执行的行政行为的；7.行政行为内容和实施明显违反公序良俗的；8.行政行为的实施会导致行政机关或者他人犯罪的；9.行政行为的实施会导致无效民事关系的；10.行政行为的内容客观上不可能实现的；11.重大且明显的程序违法；12.其他重大且明显违法的情形。

(原文刊载于《中国法学》2022年第4期)

法界动态

第20届中日比较法研讨会“新技术与法(Ⅲ)”在京举行



本报讯 记者黄洁 9月5日，中国社会科学院法学研究所和日本早稻田大学比较法研究所共同举办的第20届中日比较法研讨会以线上线下相结合的形式召开，会议主题为“新技术与法(Ⅲ)”。中日双方三十余位学者参加了会议。

中国社会科学院法学研究所所长莫纪宏和早稻田大学比较法研究所所长冈田正则在开幕式致辞。莫纪宏强调了法治在当今社会的重要作用以及法治和技术良性互动的重要意义，并对本次会议的主题及各单元分议题进行了简要介绍。他表示，法学研究所高度重视与日本早稻田大学比较法研究所的交流合作，双方迄今已举办了二十次比较法研讨会，希望中日双方学者能够深入交流新技术与法的重要问题，充分发挥法治对技术发展的保障和规范作用，推动两国相关法律制度的完善。冈田正则表示，本次会议是双方围绕“新技术与法”主题举行的第三次研讨会，希望双方学者总结以往交流经验，继续深入研究新技术发展对法律带来的挑战以及应对措施，争取产出丰硕成果。

刑法治理的现代化与本土化讲座举行

本报讯 记者战海峰 日前，由西南政法大学刑事法学科主办的“刑法治理的现代化与本土化”系列讲座第五期在线上举办。本期专题讲座主题为“再谈强化中国刑法学研究的主体性”，由中国社会科学院法学研究所研究员刘仁文主讲。

刘仁文指出，在构建中国特色哲学社会科学学科体系、学术体系和话语体系的时代背景下，中国刑法学研究应增强自己的主体性，这个问题现在已经愈来愈成为大家的共识。那么，关于如何加强中国刑法学研究的主体性？刘仁文主要围绕五个方面内容加以展开：中国刑法学研究应立足中国刑法的规定；中国刑法学研究应紧密结合中国的司法实践；中国刑法学研究应在比较法研究中以“知他而知己”为目的；中国刑法学研究的方法应当更加多元；中国刑法学研究应充分发掘我国的传统文化等本土资源。

2022年上海市中小学法治校长与骨干教师专题培训举行

本报讯 记者余东明 近日，华东政法大学完成2022年上海市法治校长与骨干教师专题学习培训。本次培训由上海市教委政策法规处主办，华东政法大学公共法律服务学院承办，全市16个区共计178名法治副校长、骨干教师参训。自2015年以来，该法治培训已连续举办9期。

华东政法大学公共法律服务学院院长王月明介绍培训班基本情况。与往年相比，2022年的此次培训有五个特色亮点：首次开展网络培训，受疫情影响，培训地点从线下转移至云端；围绕中心、系统规划，培训课程基本上覆盖了依法治校、依法办学的各个领域；结合热点、突出重点，围绕近年来社会关注的热点问题，结合本市当前教育法治工作实际开展特色讲座；阵容强大、名师云集，培训邀请多位名师专家，围绕主题，深入探讨，分享学术成果；理论与实践相结合，培训专门设计“参训论文”环节，参训学员结合本职工作，结合本次专题培训，提交一篇高质量的小论文。

江苏省法学会法律史学研究会2022年年会举行



本报讯 记者丁国锋 日前，江苏省法学会法律史学研究会2022年年会暨学术研讨会在苏州举行。本次会议由江苏省法学会法律史学研究会主办，苏州大学王健法学院承办。江苏省法学会副会长、苏州大学王健法学院院长方新军，江苏省法学会法律史学研究会会长、南京大学法学院教授张仁善等专家学者出席会议。会议采用线上线下相结合模式进行，中国法律史学会执行会长、天津财经大学法学院教授侯欣一等专家学者在线上会议发表主题演讲。

方新军代表江苏省法学会致辞，他表示，法制史研究要“讲好中国故事，传播中国好声音，展示真实、立体、全面的中国”。他指出，社会主义核心价值观是人类社会所共享的价值，中外法制史启发了自己对于民法学的思考，司法实践的探索与法史基础理论的研究并行不悖。

法学洞见

郝铁川（河南大学法学院名誉院长、特聘教授）

在古代中国，“律”的实施(简称“律治”)从来不是独立的，与它并行的还有“王治”与“史治”。

第一，皇帝的诏令。西汉杜周有句名言：“三尺安出哉？前主所是著为律，后主所是疏为令”(《汉书·杜周传》)。(《太平御览·卷638》)中也记载：“律以正罪名，令以存事制。”李启成先生在《中国法律史讲义》中指出，中国帝制时代的立法机构是：王朝初创时称奉君主之命，君臣集体制作律典；王朝承平时称奉君主之命修订法令。黄源盛先生在《中国法史学论》中也指出，在中国古代法典编纂史上，大量编辑皇帝的诏敕，直接制定成法律形式，对常法和成制加以修正和补充的“编敕”立法活动，是中华法系的一大特点。宋代最具典型。宋初“律敕并行”，宋神宗时改“律令格式”为“敕令格式”，“凡律所不载者，一断以敕”。宋代是“以敕代律”，明代则是“以例代律”“以例破律”。

岳飞冤案之所以形成，即与宋代“以敕代律”密不可分。本来，若是严格依照宋律办案，岳飞冤案是完全可以避免的。因为宋代诉讼制度的如下四项规定，是可以阻却岳飞冤案的产生：一是宋代首创的“鞫讞分司”制度，将“审”与“判”分开，由不同的法官负责，使之互相牵制，有利于防止冤案的形成；二是宋代首创的“鞫异别勘”制度(即：凡鞫问或行刑时，犯人如果推翻供词或申诉冤情，案件必须更换审判官员或由其他司法机关重新审理)，有利于防止冤案的形成；三是宋代首创的“推问鞫鞫”制度(即在审讯过程中，凡司法官员与犯人之间有亲戚关系、乡里同籍、同年同科及第者设有回避制度，以防审讯时

徇私舞弊)，有利于防止冤案的形成；四是宋代设立的互察制度(即地方上有同级机构的同僚互察，有上下级政府的互察，中央有刑部、大理寺、审刑院、御史台、纠察在京刑狱司等机构的互察)，有利于防止冤案的形成。以上这四点审理程序之规定，不可谓不完备。但宋高宗有下达赦的权力，便对法定审判程序完全置之不顾。“鞫讞分司”(审与判分开)在赦面前失效了，“鞫异别勘”在赦面前失效了，“推问鞫鞫”在赦面前失效了，互察制度在赦面前也失效了，最后岳飞竟被以“莫须有”的罪名杀害。

因此，有的学者根据晋代刘颂说过“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文、名例所不及，皆勿论”的话，以及《唐律疏议·断狱篇》有“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者笞三十”的规定，就说中国古代已有近代“罪刑法定主义”思想和制度，是没有弄清楚近代罪刑法定主义的前提是以“王在法下”为基础，而中国古代之所以不会有罪刑法定主义，是因为中国秦汉以降的两千年中一直信奉的是“王在法上”。因此，中国古代是“王治”(人治)和“律治”并行。

第二，族规。它是同姓家族制定的公约，用来约束本家族成员。全国各姓族谱大多有族规、谱禁、宗规、祠规、家范、族约、族训、家训等条款，所谓“国有国法，族有族规”。秦汉至明清以降基本上是大一统的帝国形态，由于经济交通的不发达，缺乏足够的财力人力去行使对各地的执法司法权力，因此，只好将部分执法司法权力下放给宗族。所以，有的学者把族规称为“亚公法”，是有道理的。古代法典中明确肯定了家长对子女的教令权，族长对族人的生杀予夺之权。从一个角度来看，皇帝是天下人的皇帝，族长则是宗族中的“小皇帝”，在国家是罪刑皇帝定，在宗族则是族长定。封建礼教下的家族规约，对女子教化的要求尤为严苛。

由于“男尊女卑”观念的支配，一些族中训规甚至

把家庭裂变的责任都推到女子身上，女子几乎成了家族不和的祸根。因此，“三从四德”成了规范女子日常行为的主要规范内容。道光《河源县志》“人物志”，总列人物1151人，守节妇女竟达913人，占80%强。

族规具有暴力强制性。各地触犯族规者，轻则处罚(如罚款、关禁闭、训斥、鞭打)，重则处死。浦城房氏家规规定：“族内子孙人等，妄作非为，有干名教者，不待鸣官，祠内先行整治。”福安湖口村张姓家规，民国初年，有一家儿子不孝，虐待父母，屡劝不改，遂由宗族干预，将此人活埋于张家宗祠里。

各地族规不像朝廷的法典那样在全国具有统一性，而存在一定的差异性，对违反族规者的惩罚程序更是多种多样。因此，族规带来了古代法制的散乱性。就此而言，中国古代是“王治”与“族治”并行。

第三，“礼”“理”等道德规范。《唐律疏议》开宗明义即说“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。“礼”含有礼制、礼仪和礼俗三个内容，兼具道德和法律双重性。其中礼制、礼仪的法律强制性最强，礼俗的道德属性较强。

“理”也是一种兼具道德和法律双重性的范畴。《唐律疏议》明确规定“凡理不可为而为者，杖责八十”，但“理”的内涵和外延究竟是何，没有清楚的解释，全靠执法司法者的“高下在心”“自由裁量”了。就此而言，中国古代是“王治”与“史治”并行。

总之，古代“国法”的运行状况表明，我国两千年的封建社会是“王治”与“律治”并行，“王治”与“族治”并行，“王治”与“史治”并行。流光易逝如翻水，我们当今推行法治时，应注意防止古代以“人治”体制、手段来实施法治的做法；应注意提防发生乡规民约割裂国家法治的事情；应该注意为了适应地域风土差别、形势千变万化，制定一些模糊性的法律规范是应该避免的，因为它容易造成执法司法者的专断。

法学教育

谢晓彬

宁波大学法学院积极探索新文科建设背景下卓越法治人才培养路径，以立德树人为根本，以厚植文化底蕴、强化专业素养、提升实践能力、坚持法律职业核心能力训练与跨学科知识融合相结合，注重从厚植专业、重实践、深协同等方面进行理论探索，推动以法律思维培养为核心的课堂教学改革，不断探索协同性、联动型和多元化的法学实践教学体系，形成了课堂与课外相结合、理论与实践相呼应的卓越法治人才培养路径。

1.以“五步教学法”教学改革为抓手，突出法律思维核心职业能力训练。

简而言之，“五步教学法”就是根据学生学习过程的思维流程将课堂教学合理划分为“问、读、议、结、践”五个环节组织教学。它从法学教学的“主战场”和基本教学单元——课堂教学改革入手，以法律思维训练和学生研究性学习养成为核心，以改革传统的法学课堂教学模式和教学方法为手段，以优化课堂教学结构和提高课堂教学效果为着力点，通过“问、读、议、结、践”五个课堂教学环节的设计和展开，有效地将阅读、思考、法律实践和学术兴趣培养等几个方面结合起来，实现传统与现代、本土与西式教学方法的有机融合，从而解决现行法学课堂教学存在的不足，构筑起以课堂教学为中心，多种教学方法相互对接的法学教育教学模式。

“五步教学法”较好地实现了三个方面的统一：一是保证了教程编排结构与教学过程安排相统一，实现了教程、教学与学生学习(阅读—思考—实践)过程的一致性；二是追求学生课堂学习的思维过程与法官或律师的办案思维过程相统一，让学生在“问、读、议、结”的课堂教学过程中模拟或训练法律思维能力；三是实现了学生法律思维能力的训练、学术思辨力以及研究性学习能力的培养相统一。

2.以“三导联动、四环协同”为路径，全方位建构实践教学体系。

在努力夯实课堂教学和法律思维培养的同时，对实践教学体系也进行了大胆探索与实践，已经构建起适应新时代法治人才培养要求的法科学生实践教学培养体系，即以法德兼修为核心，以“三导联动”(导学、导能、导业)为培养方法，以“四环协同”(师生协同、校内外协同、课内外协同、教训赛协同)为培养机制，对实践教学功能、实践教学方式、实践教学手段、实践教学内容进行了有效改造，从而实现了分层与分类教学模式上的创新以及实践教学手段与方法上的创新，取得了显著的育人成效与专业建设成效。

古代『国法』的法理分析