

程序违法行政行为无效说之否定

杨登峰*

摘要 新修订的《行政处罚法》规定：“违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效。”哪些程序违法会导致行政处罚乃至所有行政行为无效亟待研究。通过检索裁判文书网和北大法宝的300多万份行政裁判文书，可以发现，自2000年以来我国中级以上三级人民法院以程序违法为由认定行政行为无效的仅有21份，且在其他案件中对同类的程序违法行政行为均作了截然不同的裁判，足见我国各级法院还没有发现公认的能致行政行为无效的程序违法情形。追溯“重大且明显违法”无效标准的立法渊源并从《行政诉讼法》第75条来解读，“重大且明显违法”应以“违背常理”和“维持不能”作为共同认定基准。采用这一标准并结合行政行为效力的一般原理，全面审视行政行为的所有程序瑕疵，可以看出，没有一种程序瑕疵可以达到“重大且明显违法”的无效要求从而能够导致行政行为无效。因此，应从根本上否定程序违法行政行为的无效制度。

关键词 行政程序 程序违法 重大且明显违法 行政行为无效

引言

行政行为无效制度虽已在我国得到广泛认可，但程序违法可否导致行政行为无效，以及怎样的程序违法可导致行政行为无效，始终扑朔迷离，有待追问和讨论。

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。”这开创了程序违法行政行为无效制度的先河。其后，1998年的《土地管理法》

* 东南大学法学院教授。本文写作受到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

第 78 条规定：“违反法律规定的程序批准占用、征用土地的，其批准文件无效。”2002 年的《草原法》第 63 条规定：“违反法律规定的程序批准征用、使用草原，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分。非法批准征用、使用草原的文件无效。”不过，相关规定也仅此三条，且与 1989 年《行政诉讼法》第 54 条之“具体行政行为违反法定程序的，判决撤销”的规定相左。^{〔1〕}

程序违法行政行为无效制度的再次发展是 2021 年修订的《行政处罚法》。该法第 38 条第 2 款规定：“违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效。”这一规定在《行政诉讼法》第 75 条规定的行政行为无效条款的基础上，将程序违法行为的无效要件限定在“重大且明显违法”的情形，从而提高了程序违法导致行政行为无效的门槛。受此影响，2022 年制定的《江苏省行政程序条例》第 61 条规定，“违反法定程序构成重大且明显违法的”，行政行为无效，从而将程序违法行为的无效制度从行政处罚推及所有行政行为。但此类立法仅此两例，且均未列举构成“重大且明显违法”情形。2019 年修订的《土地管理法》以及晚于行政处罚法修订的《草原法》仍维持原状，^{〔2〕}2023 年 9 月修订的《行政复议法》第 67 条也没有跟进，即没有规定：“违反法定程序构成重大且明显违法的，行政行为无效。”在地方立法中，2022 年修改的《湖南省行政程序规定》也没有就程序违法行为的无效做出专门规定。于此情形，程序违法行为的无效及其构成要件，依然并不清晰。

迄今，我国学界对程序违法行政行为无效制度的研究仍显不足，未看到专门针对程序违法行为的无效或《行政处罚法》第 38 条第 2 款的研究文献，可见的论述都将其裹挟在行政行为无效制度的一般性讨论中。其中，部分学者认可程序违法可导致行政行为无效，^{〔3〕}但就何种程序违法会导致行政行为无效则见仁见智，归纳起来有以下几种看法：第一，“不表明行政主体”；第二，“依法应当采用书面形式而未采用书面形式或者书面形式上欠缺重大要素、严重违法法定程序”；第三，“作出行政行为前不为当事人提供申辩和听证机会”或“违反正当程序原则”；第四，“在毫无程序规则的情况下对行政相对人实施行政行为”。^{〔4〕}但对这些程序违法何以会导致行政行为无效，则鲜少论述。

讨论程序违法行为的无效有必要对程序进行必要限定。就行政行为瑕疵，除程序瑕疵与实体瑕疵的二分法外，还有五分法，如章志远将其分为主体瑕疵、权限瑕疵、内容瑕疵、形

〔1〕 学界认为，1996 年《行政处罚法》以及《土地管理法》《草原法》“所说的‘无效’不等同于‘重大且明显违法’意义上的无效，但也不排除具体情形符合上述意义的无效”。何海波：《行政诉讼法》，法律出版社 2022 年版，第 492 页。

〔2〕 参见《土地管理法》（2019 修正）第 79 条第 1 款、《草原法》（2021 修正）第 63 条。

〔3〕 参见章志远：“行政行为无效问题研究”，《法学》2001 年第 7 期，第 16—17 页；石佑启：“行政程序违法的法律责任”，《法学》2002 年第 9 期，第 30 页。

〔4〕 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；关保英：“无效行政行为的判定标准研究”，《河南财经政法大学学报》2012 年第 4 期，第 54 页；胡建森：“‘无效行政行为’制度的追溯与认定标准的完善”，《中国法学》2022 年第 4 期，第 155 页。

式瑕疵与程序瑕疵五种,^{〔5〕}汉斯·尤里斯·沃尔夫(Hans J. Wolff)将其分为实体瑕疵、管辖权瑕疵、形式瑕疵、程序瑕疵和意思形成瑕疵五种。^{〔6〕}实体或内容自然不属程序的范围。管辖兼具实体与程序双重属性:在实体法上被理解为职权的一部分,在程序法上发挥案件分流的功能,但在我国学理与实务中,多将逾越管辖权界定为超越职权,故应将其纳入实体违法的范畴。^{〔7〕}据此,本文所讲的程序违法主要包括形式、程序、意思形成瑕疵三个方面,以便与学理和实务保持一致。

虽然2014年修改的《行政诉讼法》才规定无效判决,但早在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》(以下简称《执行行政诉讼法的解释》)就规定了无效判决并在裁定不予执行条款中确立了明显违法标准,^{〔8〕}学界关于重大明显违法无效标准的讨论也始于2000年。^{〔9〕}因此,本文先考察2000年以来法院对程序违法行为无效的裁判情况,然后对“重大且明显违法”无效标准进行界定,并据此对所有程序违法形态进行排查,从而从经验与理论两方面对本文问题予以解答。

一、法院认定程序违法行政行为无效的矛盾状态

在“中国法院裁判文书网”和“北大法宝”以中级人民法院的终审案件、高级和最高人民法院裁判的一审、二审和再审案件为条件进行检索,在300多万份行政裁判文书中,仅找到21起单纯因程序违法认定行政行为(不包括行政协议)无效的案件。这些案件中被认定为可致行政行为无效的程序违法情形,在其他案件中却均作了不同处理。下面就正反两种情形分形式、程序、意思形成三类情形予以介绍。

(一)法院认定可致行政行为无效的程序违法

1. 因形式瑕疵判决行政行为无效的案件

形式瑕疵指行政文书不符合法律规定的形式要求。相关案件有8起,相关瑕疵主要表现在加盖的印章和文书形式两个方面。其中,涉及印章的为殷海燕案、^{〔10〕}李之功案、^{〔11〕}苑本德

〔5〕 参见章志远,见前注〔3〕。

〔6〕 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82页。

〔7〕 参见胡建森:《行政法学》,法律出版社2015年版,第520页;相关案例如最高人民法院(2020)最高法行申12423号行政裁定书、最高人民法院(2020)最高法行申11339号行政裁定书等。

〔8〕 参见《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》第57条第2款和第95条。叶必丰认为,不予执行的标准体现了无效标准。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55—59页。

〔9〕 张江红:“论具体行政行为之无效与可撤销”,《行政法学研究》2000年第1期,第20—25页;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16—20页。

〔10〕 参见吉林省白城市中级人民法院(2014)白行终字第7号行政判决书。

〔11〕 参见河南省周口市中级人民法院(2014)周行终字第150号行政判决书。

案、〔12〕孙春和案〔13〕和王玉田案。〔14〕殷海燕案判决认为,被告送达的行政处罚决定书加盖的印章是黑色,不符合《党政机关公文格式国家标准(GB/T9704—2012)》中“公文印章用红色”的规定,认定无效。李之功案判决认为,行政处罚决定上无办案人员签名和行政机关公章,违反《行政处罚法》第39条第2款“行政处罚决定书必须盖有作出行政处罚决定的行政机关印章”之规定以及公安部《道路交通安全违法行为处理程序规定》第42条第2款第4项“处罚决定书应当由被处罚人签名、交通警察签名或者盖章,并加盖公安机关交通管理部门的印章”之规定,确认无效。苑本德案中,土地证所加盖的印章已被废止,被确认无效。孙春和案判决认为,案涉政府信息公开回复书上未加盖印章,不符合《党政机关公文处理工作条例》第9条第13项和《江苏省政府信息公开暂行办法》第21条第2款关于行政文书须加盖发文机关印章的规定,遂确认无效。王玉田案和孙春和案相似,案涉政府信息公开答复书上未加盖公章,法院认定:“有重大且明显违法的情形,应属无效。”

涉及文书形式的案件有王志国案、〔15〕李文荣案〔16〕和李汉军案。〔17〕王志国案判决认为,被诉行政机关“以口头方式告知相对人对其不予处罚的结论”违法,因其不具有可撤销内容,遂判决无效。李文荣和李汉军案为同一法院同时裁判的同类案件,由于案涉国有土地使用证“仅是从房产登记档案中发现的复印件”,各方均无原件,登记机关也无存根档案,且复印件表明的办证时间为1996年,而当事人直到2007年才开始占有证涉土地。法院遂认定:“被诉土地使用证重大且明显违法,该颁证行为不成立,应依法确认为无效。”

2. 因程序瑕疵判决行政行为无效的案件

这里的程序是狭义的,不包括管辖、形式、意思形成程序。此类案件共10起,相关瑕疵主要为未事先告知、未陈述和申辩、未听证以及未送达等。其中,未告知、未陈述与申辩、未听证是行政行为作出前的程序瑕疵,案件为周庆祥案、〔18〕李红军案、〔19〕王新立案、〔20〕范德香案、〔21〕刘德军案、〔22〕叶颖湘案、〔23〕马玉星案〔24〕和许红波案。〔25〕周庆祥案判决认为,行政机关在送达行政处罚告知书的同时,告知其享有陈述、申辩和听证权,但在3日期限届满前,即

〔12〕 参见河南省周口市中级人民法院(2015)周行终字第40号行政判决书。

〔13〕 参见江苏省盐城市中级人民法院(2016)苏09行终406号行政判决书。

〔14〕 参见河南省安阳市中级人民法院(2017)豫05行终187号行政判决书。

〔15〕 参见天津市第二中级人民法院(2015)二中行终字第7号行政判决书。

〔16〕 参见河南省周口市中级人民法院(2014)周行终字第49号行政判决书。

〔17〕 参见河南省周口市中级人民法院(2014)周行终字第47号行政判决书。

〔18〕 参见广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法行终字第95号行政判决书。

〔19〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2014)哈行终字第9号行政判决书。

〔20〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2014)哈行终字第10号行政判决书。

〔21〕 参见山东省泰安市中级人民法院(2014)泰行终字第10号行政判决书。

〔22〕 参见吉林省长春市中级人民法院(2015)长行终字第12号行政判决书。

〔23〕 参见广东省东莞市中级人民法院(2016)粤19行终26号行政判决书。

〔24〕 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2016)黑01行终301号行政判决书。

〔25〕 参见江西省九江市中级人民法院(2020)赣04行终113号行政判决书。

作出行政处罚决定,遂判决无效。李红军案中,被告在向李红军告知权利时,李红军已明确要求陈述、申辩和提供证人,但被告在未询问证人的情况下,于告知当日就直接作出处罚决定,法院判决该处罚决定无效。刘德军案判决认为,被告“没有向刘德军告知相关权利并听取其陈述、申辩,属于程序违法,应确认行政处罚行为无效”,遂判决无效。叶颖湘案中,被告未按《民事诉讼法》第 86 条的规定留置送达行政处罚告知书,被判决无效。马玉星案判决认为,被告未将告知书直接送达马玉星,而是由村副书记代为签收,且“在行政处罚决定书正式作出之后才由代收人转交”,“客观上没有实现告知的目的和效果”,遂认定行政处罚不成立,确认无效。许红波案中,法院指出,“行政处罚告知笔录的告知环节只注明‘嫌疑人拒绝签字’和办案民警的签名”,无其他证据证明被告“充分履行了告知程序”,被告“未履行行政处罚告知义务而作出的行政处罚不能成立”,判决无效。^[26]

不同于前者,未送达属于行政行为作出后的程序瑕疵,案件为北京金筑新型建材制品厂案^[27]和邓名强案。^[28]金筑新型建材制品厂案判决认为,被告签发锅炉使用登记证后,“在未审查有无委托手续的情况下准予他人领走。该局的行为违反了法定送达程序;故上述锅炉使用登记证依法不能成立”,判决无效。邓名强案中,因当事人拒绝签字,被告将行政处罚告知书和决定书张贴在相对人门上并拍照为证。法院认为,“该送达方式不符合法律文书的有关送达规定,不能视为有效送达”“违反法定程序,依法不能成立”,遂判决无效。

3. 因意思形成瑕疵判决行政行为无效的案件

意思形成瑕疵,是指在讨论议决过程中,参与人员的组成、行为能力以及议决程序与方法等不符合法律的规定。这方面的案件有武汉鸿翔地产集团有限公司案、^[29]北京正和晴阳投资有限公司等案^[30]和通许县孙营乡西赵亭村第二村民小组案^[31]等 3 起。其中,武汉鸿翔地产集团有限公司案认为,被告向社会发布《国有建设用地使用权挂牌竞买须知》和《竞买规则》后,对竞买人“未能按竞买须知和竞买规则的要求严格资格审核,未能按规定收取竞买保证金,其挂牌竞买未能做到公开、公平、公正……存在重大且明显违法情形”,遂判决无效。在北京正和晴阳投资有限公司等案中,法院认为,“本案存在案涉项目采取单一来源采购方式不符合法律规定、设置明显不合理条件排斥潜在投标人违反招标投标法禁止性规定等多种情形”,属于《行政诉讼法》第 75 条规定的重大且明显违法情形,遂认定无效。通许县孙营乡西赵亭村第二村民小组案中,法院认为,“涉案土地使用证未向法定机关申请,未经法定程序批准,在 2011 年建房时未获得相关土地证件,该证为倒填日期获得的”,“该证发证行为重大且明显违法,应属

[26] 此外,范德香案中,行政机关在告知范德香陈述与申辩权利并听取其意见 2 分钟后,即告知其拟处罚内容并送达处罚决定,被认定无效。王新立案中,行政机关作出行政处罚时,在“履行告知程序的同时送达处罚决定书,没有听取代鑫陈述和申辩意见,未进行复核程序,违反法定程序”,被判决无效。

[27] 参见北京市第一中级人民法院(2000)一中行终字第 123 号行政判决书。

[28] 参见四川省资阳市中级人民法院(2015)资行终字第 23 号行政判决书。

[29] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂 01 行终 530 号行政判决书。

[30] 参见最高人民法院(2020)最高法行申 6191 号行政裁定书。

[31] 参见河南省开封市中级人民法院(2020)豫 02 行终 19 号行政判决书。

无效的行政行为”。

分析归纳上述三种案件可以看出三点：第一，有 10 起案件裁判于 2014 年之前，都适用的是 1996 年《行政处罚法》第 3 条第 2 款、第 41 条和 2000 年《执行行政诉讼法的解释》第 57 条第 2 款第 3 项。2014 年《行政诉讼法》修改后近 10 年间因程序违法判决行政行为无效的案件仅 11 起，且这些案件也不完全适用 2014 年《行政诉讼法》第 75 条，适用该条“重大且明显违法”无效标准的仅 7 起。第二，所违之法不限于法律法规规章，还包括《党政机关公文格式国家标准(GB/T9704—2012)》和《党政机关公文处理工作条例》以及在个案中行政机关制作的《国有建设用地使用权挂牌竞买须知》和《竞买规则》。第三，除孙营乡西赵亭村第二村民小组案由最高法院裁定外，其余均为中级法院判决。

(二) 法院对同类程序违法情形的不同处理

在我国这样的大国，24 年里仅有 21 份无效判决实在不能算多。扩大检索范围就会发现，对大多数同类案件我国法院实际上做了不同处理。现举例说明如下。

1. 对形式瑕疵行政行为的不同处理

对未加盖公章的行政行为，邓国会案、^[32]谢丹案^[33]和李洪珍案^[34]等非但没有认定为无效，甚至没有撤销，有的仅予指正，有的甚至认为不构成违法。其中，邓国会案判决认为，“被申请人颁发给申请人的机动车登记证书未加盖公章”，系“疏忽大意”，可以“事后纠正弥补，该瑕疵不足以导致机动车注册登记行为违法”。谢丹案判决认为，被告对政府信息公开申请作了说明，已履行法定职责，“答复未加盖公章属于工作不严谨，本院予以指正”。李洪珍案判决认为，被告已告知李洪珍所申请公开的信息，虽然该“答复未加盖公章”，但“也未侵犯李洪珍的合法权益。故原审法院判决驳回李洪珍的诉讼请求并无不当”。

对不符合法定形式的行政行为，谢俊芝案、^[35]徐月华案^[36]和魏贤芳案^[37]等或者仅确认违法，或者仅予指正。其中，谢俊芝案判决认为，对谢俊芝非法建设行为，镇政府工作人员“口头要求现场施工人员停止建设”，“不符合法定形式要求，但并未对谢俊芝、尤蕴华的权利产生实际影响”，遂确认违法。徐月华案判决认为，案涉《事故调查报告》未按《生产安全事故报告和调查处理条例》第 30 条第 2 款规定，“附注相关证据材料，不符合法定形式规范要求，应予指正。”魏贤芳案判决认为，被告“以信访答复的形式告知申请人不予处罚的结果，结案方式不符合法定形式，其作出的行政行为程序轻微违法，但对申请人权利义务不产生实际影响”，故确认违法。

[32] 参见重庆市高级人民法院(2016)渝行申 207 号行政裁定书。

[33] 参见四川省高级人民法院(2017)川行终 1007 号行政判决书。

[34] 参见江苏省高级人民法院(2017)苏行申 1340 号行政裁定书。

[35] 参见北京市高级人民法院(2020)京行申 1482 号行政裁定书。

[36] 参见福建省高级人民法院(2019)闽行终 1080 号行政判决书。

[37] 参见福建省高级人民法院(2019)闽行申 82 号行政裁定书。

2. 对程序瑕疵行政行为的不同处理

对未预先告知、未经陈述与申辩、未予听证的行政行为,宋莉莉案、^[38]张成银案、^[39]许文庆案、^[40]郑州市中原区豫星调味品厂案^[41]和何培生案、^[42]寿光中石油昆仑燃气有限公司案、^[43]张容畅等案^[44]以及指导案例6号之黄泽富案^[45]等大量案件没有确认案涉行政行为无效,有的仅确认违法或指正,最重的也不过撤销。其中,豫星调味品厂案判决认为,被告注销原告持有的国有土地使用证,对原告“重大财产权益产生不利影响”,被告既未事前告知,“亦未给予其陈述和申辩的机会,程序明显不当”,本应撤销,但撤销已无必要,遂确认违法。寿光中石油昆仑燃气有限公司案判决认为,《市政公用事业特许经营管理办法》(建设部令126号)第25条明确规定,取消特许经营权并临时接管的,须听证。但被告未按上述规定进行听证,因撤销“会影响居民用气”,遂确认违法。张容畅等案判决认为,被告作出未登记房屋认定决定后,“未直接向上诉人送达”,而是“以张贴在征收指挥部院内的方式公示”,后于期限几近届满之前电话通知上诉人,未给予上诉人充足异议时间,违反《浙江省行政程序办法》第5条第2款规定,但仅“予以严肃指正”。何培生案判决认为,被告作出注销房屋产权证决定前,“未依法将有关权利义务告知相关当事人,并听取其陈述、申辩,侵犯了何玉良、周美荣的知情权和陈述、申辩权,违反了正当程序的要求”,但仅判决撤销。

对未依法送达的行政行为,射阳县红旗文工团案、^[46]临清市鲁信面粉有限公司案^[47]和吴静案^[48]等都以撤销论。射阳县红旗文工团案判决认为,被告对原告依法取得的营业性演出许可证作出注销决定,“之前未告知被上诉人依法享有陈述、申辩权,之后又未向被上诉人送达该注销决定,程序严重违法”,遂判决撤销。鲁信面粉有限公司案中,被告通过EMS送达复议决定被退回,法院以未依法送达为由,判决撤销。吴静案判决认为,被告的政府信息公开书未加盖印章,“且系在该局官方网站上向申请人公开,并未按上诉人的要求向其指定的电子邮箱发送该答复书”,“未正确履行信息公开法定职责”,责令限期处理。

3. 对意思形成瑕疵行政行为的不同处理

对违反招标投标或竞买程序的行政行为,给予不同处理的有公报案例之益民公司案、^[49]北

[38] 参见《最高人民法院公报》2004年第8期。

[39] 参见《最高人民法院公报》2005年第3期。

[40] 参见《最高人民法院公报》2006年第2期。

[41] 参见最高人民法院(2014)行提字第21号行政判决书。

[42] 参见最高人民法院(2015)行监字第103号行政裁定书。

[43] 参见《最高人民法院公报》2018年第9期。

[44] 参见浙江省高级人民法院(2020)浙行终1149号行政判决书。

[45] 最高人民法院审判委员会讨论通过,2012年4月9日发布。

[46] 参见《最高人民法院公报》2018年第8期。

[47] 参见最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例(第4卷)》,中国法制出版社2012年版,第131页。

[48] 参见江苏省高级人民法院(2020)苏行终1052号行政判决书。

[49] 参见《最高人民法院公报》2005年第8期。

京市平谷中侨经济技术开发公司案〔50〕和平果华商清洁能源有限公司案〔51〕等。其中,益民公司案判决认为,被告在“没有依法办理批准手续的情况下,逕行采用邀请招标方式”,且仅给投标人10天准备时间,违反《招标投标法》第24条“不得少于二十日”的规定,违反法定程序,“且影响了上诉人益民公司的信赖利益”,但撤销“将使公共利益受到”损害,遂确认违法。平果华商清洁能源有限公司案判决认为,田阳县政府未经招投标程序,授予平果华商公司管道燃气特许经营权,违反《行政许可法》第12条第2款、第53条和《市政公用事业特许经营管理办法》第8条规定的程序,但未损害第三人合法权益,应确认违法。

对未经审批的行政行为,王贤武案、〔52〕丁艳玲案、〔53〕赵黎玮案、〔54〕孙梦伟案、〔55〕马卡麒案、〔56〕林德世案、〔57〕杨磊案〔58〕和赵连贵案〔59〕等大量案例仅判决撤销或确认违法。其中,王贤武案中,集体土地征收需由省级人民政府或国务院批准,案涉土地绝大部分没有获得这两个机关的批准,但法院仅判决撤销。丁艳玲案中,案涉土地征收决定未取得“土地利用总体规划、城乡规划和专项规划的专项审批,亦未履行征收补偿费用足额存储到专用账户的法定程序义务,存在程序违法情形”,但法院认为撤销会损害公益,遂确认违法。

上述案件表明,二十多年来我国法院对为数不多的可导致行政行为无效的程序违法情形均有不同处理,有些甚至认为不构成违法。而且,这些给予不同处理的案件都是由最高或高级人民法院作出的,有的甚至是指导案例或公报案例。这充分说明,迄今为止,我国各级法院还没有发现公认的能致行政行为无效的程序违法情形。

二、程序“重大且明显违法”无效标准的界定

既然不能从我国行政审判实践中总结出可致行政行为无效的程序违法情形,则只能讨论并明确《行政诉讼法》第75条和《行政处罚法》第38条第2款所规定的“重大且明显违法”无效标准的认定基准,并利用这一标准对各类程序违法情形做一次全面的筛选。为此,有必要考察民法、其他国家和地区“行政程序法”“行政处罚法”等有关无效标准的规定,特别是关于程序违法行政行为无效的规定,并明确学理与司法实践对它的认识。

(一) 程序“重大且明显违法”无效标准的立法渊源

“民法是万法之母”,民法确立无效制度应早于行政法。就国内外民事行为无效制度,值得

〔50〕 参见最高人民法院(2018)最高法行申6301号行政裁定书。

〔51〕 参见最高人民法院(2017)最高法行申6054号行政裁决书。

〔52〕 参见最高人民法院(2020)最高法行再276号行政判决书。

〔53〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再190号行政判决书。

〔54〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再197号行政判决书。

〔55〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再192号行政判决书。

〔56〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再189号行政判决书。

〔57〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再194号行政判决书。

〔58〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再196号行政判决书。

〔59〕 参见最高人民法院(2019)最高法行再195号行政判决书。

关注者有二：一是民事行为无效情形基本在实体，^{〔60〕}实体之外，仅个别国家规定，法律行为存在形式缺陷的，无效。如《德国民法典》第125条规定：“缺少法定形式的法律行为无效。缺少法律行为所规定的形式的，在发生疑问时，同样无效。”但我国《民法典》无此规定。^{〔61〕}二是未见有采用“重大且明显违法”无效标准的。在行为与法的关系上，民法奉行的是“违反法的强制性规定无效”的原则。如我国《民法典》第153条规定：“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。”^{〔62〕}应该说，“违反法的强制性规定”与“重大且明显违法”标准明显不同。

在行政法领域，只有大陆法系的部分国家和地区采行政行为无效制度，英美法系国家则不然。^{〔63〕}而大陆法系国家中，除日本和法国通过判例确立无效制度外，其它国家和地区总体都将无效制度规定在行政程序法中。就这些立法和判例可概括以下几点：^{〔64〕}

第一，仅德国、日本和我国台湾地区采用“重大明显瑕疵”标准。^{〔65〕}如1976年《德国行政程序法》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。”日本最高法院于昭和30年（1955年）12月26日作出的判决中指出：“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，就应当解释为完全具有其效力的行为。”^{〔66〕}

第二，仅个别国家专门规定了程序违法行政行为无效的一般标准，但不是“重大且明显违法”。如1958年《西班牙行政程序法》第47条规定，“完全彻底背离依法建立的专门程序”的行政行为无效；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，“完全偏离依法建立的程序”的行政行为无效。此外，据王名扬介绍，法国判例认为，“行政处理不遵守规定的程序和形式”时，相对无效，即仅行政机关可主张无效。^{〔67〕}

第三，未特别规定程序违法行政行为无效之一般标准的国家和地区，以列举方式规定了一些可致行政行为无效的程序违法情形：一是“行政行为未表明作出的行政主体”和“行政行为未采用法律规定的形式”。对此，德国和我国台湾地区认为二者均无效，葡萄牙和我国澳门地区则仅规定后者无效。^{〔68〕}如《德国行政程序法》第44条第2款规定，“行政行为虽已书面作出，

〔60〕 参见我国《民法典》第75、144、146条，《德国民法典》第111、116—118、138条，《日本民法典》第90条、我国台湾地区“民法典”第72、75条等。

〔61〕 仅我国台湾地区“民法典”第73条规定：“法律行为，不依法定方式者，无效。”

〔62〕 类似规定参见《德国民法典》第134条、我国台湾地区“民法典”第71条。

〔63〕 参见胡建森，见前注〔4〕，第138—139页；余凌云：“行政行为无效与可撤销二元结构质疑”，《上海政法学院学报》2005年第4期，第69—70页。

〔64〕 本文所引注的行政程序法均源自应松年编：《外国行政程序法汇编》，中国法制出版社2004年版。

〔65〕 西班牙、奥地利、葡萄牙和我国澳门特别行政区等采用的是“欠缺主要要素”和“法律明文规定”的无效标准。参见1996年《葡萄牙行政程序法典》第134条、1992年《西班牙公共行政机关及共同的行政程序法》第62条等。

〔66〕 （日）盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第101页。

〔67〕 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第172页。

〔68〕 参见《葡萄牙行政程序法典》第134条、1994年澳门地区《行政程序法》第114条。

但作出的行政机关却未表明该行为由谁作出的”或“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”,无效。^{〔69〕}二是“应经集体会议而未经集体会议的”和“需另一行政机关参与或同意而其未参与或同意的”。对此,西班牙、葡萄牙和我国澳门地区《行政程序法》规定前者无效,^{〔70〕}日本案例与学说认为后者无效,^{〔71〕}但《德国行政程序法》第44条第3款明确规定二者均不构成无效。

除行政程序法,德国等其他国家和地区也制定了类似我国行政处罚法的法律,如《德国行政处罚法》《奥地利行政处罚法》以及我国台湾地区的“行政罚法”等,但这些行政处罚法均无关于行政处罚行为效力的规定,更谈不上关于程序违法无效的规定。^{〔72〕}

综合来看:第一,虽然德日两国都以“重大且明显违法”为行政行为的无效标准,但都没有明确提出以“重大且明显的程序违法”为行政行为的无效标准。第二,虽然有个别国家将“不合法形式”“未表明作出行政行为的主体”“须另一行政机关同意而未经其同意”等规定为导致行政行为无效的情形,但认识不完全一致。第三,对我国法院所认定的一些无效情形,如未告知、未听证、未送达等,没有国家和地区认为能导致行政行为无效。《德国行政程序法》第44条第3款还特别规定,“应回避的人未回避的”,不构成无效。

(二)对“重大且明显违法”无效标准的不同界定

1. 学界对“重大且明显违法”的界定

学界对重大明显违法的界定从“明显”与“重大”两个方面进行,有诸多不同意见。

就“明显”,有“谁认为明显”和“根据什么来判断明显”两个问题。目前,就判断主体,一致认为应为具有一般理智之普通公众。如哈特穆特·毛雷尔(Hartmut Maurer)认为:“确定明显瑕疵的标准既不是相对人的主观想象,也不是受过训练的法学家的认识能力,而是一个典型的、理智的公民的认识。”^{〔73〕}日本学者南博方认为,明显是“以一般人的眼光来看,无论如何也不能称其为有效的处分”。^{〔74〕}国内学者也持这一观点,如章志远认为,明显是指“一般人都能很容易地分辨出来”。^{〔75〕}就明显的判断依据,则有“外观上的一目了然说”和“个案的综合析说”两种不同意见。前者如陈新民认为:“只要在行政行为的外观上,发现存在有显著的违法情形,这是任何明眼人一望可知皆可发现的违法状态,即可断定为违法无效的行政行为。”^{〔76〕}后者如南博方认为:“即使认为基本上是立足于客观性重大明显说的立场,在各个具体的情况

〔69〕 参见我国台湾地区“行政程序法”第111条。

〔70〕 参见1958年《西班牙行政程序法》第62条、1996年《葡萄牙行政程序法典》第134条和1994年澳门地区《行政程序法》第114条。

〔71〕 参见(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105页。

〔72〕 考察范围以《中外行政处罚法汇编》刊载的为限,参见熊樟林编:《中外行政处罚法汇编》,北京大学出版社2021年版。

〔73〕 (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251页。

〔74〕 (日)南博方:《行政法》(第6版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第54—55页。

〔75〕 章志远,见前注〔3〕,第16页。

〔76〕 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第167页。

下判断处分的有无之际,也应当考虑围绕该处分的诸般情况,(如相对方或者第三方的信赖保护的必要性,由于起诉期间的经过而令其忍受不可争力的不利程度),来决定瑕疵的重大、明显的程度。”〔77〕《德国行政程序法》第44条第1款的规定当属后者。

对“重大”,核心问题为何以判断。学界有“规范说”和“个案的综合分析说”两种不同观点。美浓部达吉是较早的“规范说”的倡导者。他将法律规范分为能力规范和命令规范,认为违反前者为“重大”从而导致行政行为无效。〔78〕沃尔夫则认为:“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者法律制度的基本观念。”〔79〕持“个案的综合分析说”者,除上文南博方外,还如陈新民认为:“违法的部分的严重程度必须由各个具体行为的情况,以及相关法令的规定是否严格或宽松,而个案的来判断。”〔80〕王贵松也认为:“行政诉讼法第75条确立的‘重大且明显违法’的判断标准……其实质是要求法院在个案中对系争个人权益大小、有无第三人、法的安定性、行政效益等具体价值进行衡量。”〔81〕

2. 我国法院对“重大且明显违法”的解释

与上述学理认识有所不同,我国人民法院虽对“明显”采用“一般理性人的一目了然说”,对“重大”则有“后果严重”和“情节后果”两种看法。〔82〕这体现在个案判决对“重大且明显违法”的解释和最高人民法院司法解释对行政不予执行情形的规定中。

相关个案如在濮阳市华龙区华隆天然气有限公司案〔83〕中,最高人民法院认为:“‘重大’一般是指行政行为的实施将给公民、法人或者其他组织的合法权益带来重大影响;而‘明显’一般是指行政行为的违法性已经明显到任何有理智的人都能够作出判断的程度。”其它如周金林案〔84〕等的解释几乎一字不差。〔85〕在刘长云案〔86〕中,河南高院认为:“无效行政行为具有外在的‘明显违法性’和内在的‘重大违法性’,前者指依普通人的理性和经验就能判断行政行为

〔77〕 南博方,见前注〔74〕,第55页。

〔78〕 参见(日)美浓部达吉:《命令法规与能力法规》,胡元义译,《学艺杂志》第5卷第8号(1924年),第2—6页,转引自严益州:“论无效行政行为的认定”,《法学家》2023年第2期,第160页。

〔79〕 沃尔夫等,见前注〔6〕,第83页。

〔80〕 陈新民,见前注〔76〕。

〔81〕 王贵松:“行政行为无效的认定”,《法学研究》2018年第6期,第161页。

〔82〕 刑法学界关于“严重后果”有一定界定,但鲜见有行政法学的界定。参见李梁:“我国刑法中的‘严重后果’及其主观归责问题研究”,《政法论坛》2023年第4期,第121—133页。

〔83〕 参见最高人民法院(2020)最高法行再509号行政判决书。

〔84〕 参见江苏省南通市中级人民法院(2019)苏06行终117号行政判决书。

〔85〕 参见韦林花案,杭锦旗人民法院〔2015〕杭行初字第11号行政裁定书;董全军诉即墨市商务局行政许可案,山东省即墨市人民法院(2016)鲁0282行初42号行政判决书;刘峥诉兴隆县市场监督管理局等行政登记案,河北省承德市中级人民法院(2016)冀08行终40号行政判决书;方杨某诉汉滨区民政局行政登记案,安康铁路运输法院(2017)陕7101行初168号行政判决书;孟宪仁诉清徐县人民政府行政登记案,最高人民法院(2018)最高法行申550号行政裁定书;李子芹诉无棣县人民政府行政征收案,山东省滨州市中级人民法院(2019)鲁16行初33号行政判决书。

〔86〕 参见河南省高级人民法院(2019)豫行再158号行政判决书。

的违法性；后者指行政行为严重地违反了法律法规规定。”在史振旗案^{〔87〕}中，河南高院同样认为，“以‘重大明显违法’作为认定行政行为无效的标准，‘重大’是指行政行为严重违法，‘明显’是指行政行为的瑕疵一目了然”。相较而言，“情节严重说”较为罕见。

行政行为只有无效，才没执行力。因此，不予执行的条件应体现行政行为的无效标准。^{〔88〕} 2000年《执行行政诉讼法的解释》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。”从兜底条款看，这一标准明确了两个基本要件：一是明显违法，二是损害被执行人合法权益。可以说这是人民法院对重大且明显违法标准的首次解释。^{〔89〕} 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》（以下简称《适用行政诉讼法的解释》）第161条再次重述了《执行行政诉讼法的解释》第95条的规定，坚持了《执行行政诉讼法的解释》的既往立场。

（三）程序“重大且明显违法”无效标准的抉择

上述情况表明，除了判断主体，国内外法律界尚未对“重大且明显违法”的认定基准形成统一看法，且相关意见均非专门针对程序违法行政行为的无效提出。前文所述21起关于程序违法行政行为的无效裁判，即便适用“重大且明显违法”标准，也未说明案涉程序瑕疵何以构成“重大且明显违法”，故程序“重大且明显违法”的认定基准需进一步讨论。

首先，我国的行政行为无效制度虽然作为判决方式规定在行政诉讼法中，但在本质上，这一制度属于行政行为的效力制度，应规定在行政程序法或行政基本法典中；在功能上，它为行政相对人或利害关系人是否立即执行行政行为或寻求法律救济提供判断依据；如果行政行为无效，自不必立即执行，也无需在法定期限内寻求法律救济。因此，行政行为无效的判断主体首先是也必须是“一个典型的、理智的公民的认识”，而不是行政机关或者人民法院，即“以一般人的眼光来看”程序是否“重大且明显违法”。

其次，“重大且明显违法”的无效标准虽源自德国，但在我国最早由2008年《湖南省行政程序规定》第161条提出，2014年由《行政诉讼法》第75条确认，《行政处罚法》第38条的规定其实是对《行政诉讼法》第75条的分解。因此，“重大且明显违法”的界定除借鉴国外经验，还得依据《行政诉讼法》第75条的规定。《行政诉讼法》第75条在“重大且明显违法”标准之前列举了“实施主体不具有行政主体资格”和“没有依据”两种无效情形。《适用行政诉讼法的解释》增加“客观上不可能实施”为第三种情形并将“没有依据”限缩于不利行政行为。因此，“重大且明显违法”的界定应结合这三种情形来解读。仔细斟酌。这三种情形均非严格意义上的“违法”，很难指出它违反了法律的哪一条。“不具有行政主体资格”意味着，相关行政行为压根不是行

〔87〕 参见河南省高级人民法院(2018)豫行申2159号行政裁定书。

〔88〕 参见叶必丰，见前注〔8〕，第55页。

〔89〕 2012年《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》第6条除重述上述两款情形外，增加了三种不予执行的情形。比之于《执行行政诉讼法的解释》第95条，该规定不仅强调损害须严重，还将“严重违法法定程序或者正当程序”作为行政行为丧失执行力的情形之一，将“公共利益”作为“损害后果”的内容之一。但后来的司法解释没有坚持这一立场。

政主体做出的,根本不能算是行政行为。行政机关在没有任何依据的情况下(不论是没有事实依据还是法律依据)平白无故地做出行政行为,或者作出“客观上不可能实施”的行政行为,任何人都都会认为不可思议。除上述三种情形,我国台湾地区“行政程序法”和《德国行政程序法》还将“所要求或许可之行为构成犯罪者”(如要求或许可相对人偷盗抢劫)、“违反事务管辖权”(如教育主管部门对闯红灯者予以行政处罚)、“违反善良风俗”(如许可相对人传播淫秽影视)列举为导致行政行为无效的“重大明显瑕疵”。^[90] 这些情形也曾出现在我国学者起草的“行政程序法”试拟稿中。^[91] 综合这六种情形来看,它们具有两个共同特征:其一,从正面来看,这种行为在根本上违反了社会公众普遍认知的“常理”,以至于任何正常人一听便觉荒诞不经,不能接受;其二,从反面来看,任何有理性的人即便出于维护行政行为的善意,也不能找到维持其存在和补救其效力的理由,换言之,即便在主观上愿意予以维持,在客观上也无法付诸实施。只有具备这两种条件的行为,普通百姓才能“一望可知”并在判断上无所迟疑,才能从根本上否定行政行为的效力继而进一步否定信赖利益的形成,也才能与违法行政行为的撤销制度彻底区别开来。为便于表述,可将此概括为认定“重大且明显违法”的“违背常理”和“维持不能”两要件说。

最后,不同于实体违法,纯粹的程序违法绝大多数是典型的不作为,即未实施某种程序,如未听证、未告知。程序违法的这种特殊性导致两个结果:一是通常不会体现在“卷面”或文书上,二是没有情节轻重之分。如没有告知就是没有告知,无所谓情节轻重。虽说有些已经实施但不够规范的程序瑕疵也有情节轻重之分,如告知文书张贴地点过于偏僻、听证时间太短、说明理由过简等,但这种瑕疵即便情节严重也只能算作“明显不当”,属撤销情形。^[92] 有学者主张在明显不当中再分出“重大且明显的明显不当”,^[93] 这在逻辑上也许可能,在实践中很难施行。因此,对“明显”的判断就不可能是“外观上的一目了然”,特别是不能解其为“卷面错误或文书上的明显”,^[94] 而应当为一种感知,可表述为“一听便知”。

综上,对程序之“重大且明显违法”的界定应采用“违背常理”和“维持不能”的两重标准,即只有当一般理性人一听便觉得不合常理、客观上不能维持或实施其效力时,相关程序瑕疵方可认定为重大且明显违法。在这里,明显与重大是一体两面,只有明显的才能是重大的,而重大的也必然是明显的。

三、对可致行政行为无效的程序违法情形的排查

上述对程序“重大且明显违法”认定标准的分析只是理论上的,到底有没有程序违法能够

[90] 参见我国台湾地区“行政程序法”第110条、《德国行政程序法》第44条。

[91] 参见应松年主持起草的《中华人民共和国行政程序法(应松年试拟稿)》(2004年11月)第108条,姜明安主持起草的《中华人民共和国行政程序法(姜明安试拟稿)》(2002年9月)第35条。

[92] 参见《行政诉讼法》第70条第1款第6项。

[93] 参见严益州,见前注[78],第171页。

[94] 叶必丰,见前注[8],第58页。

达到这一标准,以及为我国一些法院所认定的三类程序违法情形是否符合这一要求,还得进行全面摸底排查。这里以《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》《湖南省行政程序规定》等所包含的程序为素材,按前文划分的形式瑕疵、程序瑕疵、意思形成瑕疵逐一分析。

(一)形式瑕疵及其与行政行为效力的实质关联

在上述法律文件中,形式规范主要有受理申请文书的形式与行政决定文书的形式两类。前者如《湖南省行政程序规定》第65条第2款规定:“行政机关受理或者不受理当事人申请的,应当出具加盖本行政机关印章和注明日期的书面凭证。”^[95]后者如《行政处罚法》第59条规定,行政机关给予行政处罚时“应当制作行政处罚决定书”,行政处罚决定书应当载明:当事人的姓名或名称、地址,违法事实和证据,行政处罚的种类和依据,行政处罚的履行方式和期限,申请行政复议、提起行政诉讼的途径和期限,作出行政处罚决定的行政机关名称和作出决定的日期。类似规定还如《不动产登记暂行条例》第9条的规定:“不动产登记簿应当采用电子介质,暂不具备条件的,可以采用纸质介质。”^[96]

可以看出,行政行为的形式规范其实包括记载形式(书面或口头,电子或纸质,格式或非格式,原件或复印件)与记载事项两个方面。与此相对应,形式瑕疵便可进一步分为记载形式瑕疵和记载事项瑕疵两种。前者指文书的载体不符合法律要求,如应提供书面证书却未提供;后者指文书没有记载法定事项,如应表明行政机关名称却未表明。

形式瑕疵的后果随相关文书或记载事项的功能差异而不同。受理文书不过是受理的证明,如果行政行为已经做出,即便当初未出具受理文书,对行政行为的效力也不应产生影响,故应着力讨论的是行政决定书的形式瑕疵。从行政行为的效力原理看,它关涉行政行为的成立。行政行为的成立是对行政行为客观上开始存在的事实状态的描述,系指行政行为已“经过行政活动的一些前置性过程(如研究、咨询、调查、报批等)而最终形成”。^[97]通常,行政行为的成立以构成要件为判断标准,具备构成要件的,成立;否则,不成立。行政行为的构成要件主要包括行政主体、行政相对人、给相对人设定的权利义务以及文书形式。^[98]行政行为的构成要件不完全等同于法定的文书记载事项。有些法定的记载事项属于行政行为构成要件的事项,如行政主体、相对人、决定的内容,有些则不然,如事实和证据、法律依据、履行方式和期限、申请行政复议或提起行政诉讼的途径和期限。欠缺构成要件事项的,行政行为未成立,欠缺其他法定记载事项的则不然,或可补正,或另行计算救济期限。

可见,行政行为的未成立和本文所讨论的行政行为的无效有本质区别。行政行为是否成立,以行政决定文书是否符合构成要件事项为判断标准。行政行为因不具备构成要件而未成立的,等于客观上不存在,自然没有效力。但行政行为的无效,其实是基于“重大且明显违法”

[95] 还如《行政许可法》第29条。

[96] 还如《行政处罚法》第52、59条,《行政许可法》第38、39条,《行政强制法》第24、31条,《湖南省行政程序规定》第77条等。

[97] 胡建森,见前注[7],第148页。

[98] 参见邓楚开:“论行政行为的成立要件”,《山东社会科学》2013年第5期,第103页。

标准,对已成立的行政行为效力的主观否定,即规定其自始不能产生效力。这种差别意味着,未成立的行政行为其实可以补救,如行政机关因疏忽而未在行政决定书上加盖公章的,可补盖公章,使其成立。在行政诉讼中,如行政机关认可,应许其补正;如行政机关不认可,可看作行政机关未作出,判其不成立,以别于重大明显违法的无效。前文所述邓国会案认为,机动车登记证书未加盖印章可事后纠正弥补,很好地体现了这一原理。

如此说来,前文所述殷海燕案、李之功案、苑本德案、孙春和案和王玉田案因未加盖印章或加盖的印章不符合要求而判决行政行为无效,王志国案、李文荣案和李汉军案因无纸质文书或无证书原件而判决行政行为无效,均不尽妥当。当然,谢丹案和李洪珍案认为未加盖印章的行为合法有效或仅予指正也不符合行政行为成立的基本原理。

这里顺带谈一下与“不成立”紧密相关或相似的“未生效”,虽然它并非形式瑕疵造成的后果。未生效与生效相对应,生效是指已成立的行政行为开始发生某种约束力,未生效则意味着不发生这些约束力。在这种意义上,无效似乎与未生效相同,但其实不然。行政行为的生效以送达为条件。正因为如此,《湖南省行政程序规定》第76条规定:“行政执法决定自送达之日起生效。”《江苏省行政程序条例》第60条规定:“行政决定自决定公布或者送达之日起生效,但行政决定载明具体生效时间的除外。行政机关以口头或者其他非书面方式作出行政决定的,应当记录在案并及时通知当事人,行政决定自当事人知道或者应当知道之日起生效。”总之,“符合了具体行政行为的构成要件就成立,其后自当事人收到通知之日,对其生效”。^[99]由此可见,未生效只能是行政行为未送达或未公布的法律状态。

未送达未必就是违法。行政主体未送达其行政行为有两种可能:一是认为行政决定不妥从而主动终止。这种情形下,判其未生效显然更合理;二是因主客观原因阻滞而未送达。这种情形下,如果行政机关想继续送达,即便在行政诉讼中,也应许其送达,使行政行为生效。^[100]由此来看,前文北京金筑新型建材制品厂案、邓名强案的无效判决也不合理。

总之,虽说未成立、未生效的行政行为事实上也没有效力,可理解为广义的无效,但应与因重大且明显违法而无效的行政行为严格区别,不可混淆。

(二)对程序瑕疵可致行政行为无效观点的抗辩

狭义的程序可分两大类:一类给行政相对人设定程序性义务,可称为义务性程序。如《不动产登记暂行条例》第16条规定,申请不动产登记时,应提交登记申请书、身份证明材料以及授权委托书、不动产权属证明、界址界限面积证明、与他人利害关系的说明等材料,并对材料的真实性负责。另一类给行政相对人赋予程序性权利,可称为权利性程序。如《行政处罚法》第43条规定:“执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的,应当回避。当事人认为执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的,有权申请回避。”第44条规定:“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人拟作出的行政

[99] 王锴:“具体行政行为的成立与生效之区分”,《政治与法律》2012年第10期,第111页。

[100] 参见杨登峰:“对未送达行政行为做出撤销判决还是确认未生效——基于第38号指导案例及相关案例的思考”,《政治与法律》2016年第3期,第88—98页。

处罚内容及事实、理由、依据,并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利。”

两类程序的适用对象、功能、遵循的原则均不同,其瑕疵对行政行为效力的影响也相应不同。义务性程序一般适用于依申请的行政行为,如行政许可、行政登记、行政奖励等,其功能在于节省行政成本、提高行政效率,主要遵循法定原则。对于义务性程序的法定性,我国立法如《不动产登记条例》第16条的兜底条款有一定体现,该款将申请人提交的材料限于“法律、行政法规以及本条例实施细则规定的其他材料”。^{〔10〕}权利性程序通常适用于依职权的行政行为,如行政处罚、行政征收、行政强制,旨在增强程序公正性,维护当事人实体权益,主要遵循正当程序原则。义务性程序可能发生有悖常识的瑕疵,如法外要求当事人提交材料证明“我爸是我爸”“我妈是我妈”。此种情形固然荒唐,但无论行政机关作出或拒绝作出所申请的行政行为,均不宜确认相关决定无效:确认已作出的行政行为无效,有悖申请人意愿;确认行政机关拒绝作出行为的决定无效,对保护相对人权益毫无意义。

权利性程序瑕疵主要有事前告知、陈述和申辩、回避,听证、公开、说明理由、告知救济权利、送达等。这些程序的功能不同,各自瑕疵的法律后果自然不同。其中,《适用行政诉讼法的解释》第96条已将“处理期限轻微违法”“通知、送达等程序轻微违法”划入程序轻微违法的范畴,以确认违法论,无讨论余地。现在的任务是在剩余的权利性程序瑕疵中筛选出“重大且明显的程序违法”。尽管前文列举的个别案例将未告知、未陈述与申辩、未听证的行政行为认定为无效,学界也不乏此类主张,2012年最高人民法院《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》第6条也曾将“严重违反法定程序或者正当程序”的行政行为视为无效从而列入不予执行的情形,但将这些程序瑕疵视为可导致行政行为无效的情形不符合“重大且明显违法”的标准。

在诸权利性程序中,听证与回避是正当程序原则的基石,早在英国自然正义原则中就提出了这两个程序要求,其他程序多是这两个程序的衍生。故分析的基本思路应当是,如果未予听证或未予回避不能致使行政行为无效,则其他稍微次要的程序瑕疵就更不可能使行政行为无效。进一步来看,听证与回避虽然都属于正当程序的核心要素,但二者的功能完全不同。回避是“自己不能作自己法官”的法律表达,旨在排除与案件有利害关系的公职人员参与行政决定程序,以维护行政决定的实体公正。听证即“听取对方意见”的法律表达,其目的和功能则在于更好地查明案件事实,使行政行为建立在相对客观的事实基础之上,^{〔102〕}正所谓“兼听则明”。从这个意义讲,听证本质上是一种事实调查程序。《湖南省行政程序规定》等将其规定在行政调查部分不无道理。^{〔103〕}根据听证与回避制度的上述功能,从以下两点来看,违反听证和回避制度都不应导致行政行为无效。

第一,如果应当听证或回避而未予听证或回避,从而影响了行政行为的实体内容,根据上述对听证与回避功能的分析,其后果只能是主要事实不清、适用法律错误或滥用职权等实体违

〔10〕 参见杨登峰:“行政程序法定原则的厘定与适用”,《现代法学》2021年第1期,第74—89页。

〔102〕 参见杨登峰:《行政法学总论:原理、制度与实务》,北京大学出版社2019年版,第44—45页。

〔103〕 参见《湖南省行政程序规定》第73、74条。

法。基于《行政诉讼法》第74条和第75条的规定以及前文对重大且明显违法的界定,这几种实体违法都属于撤销的情形,不应导致行政行为无效。如果应当听证或回避却未予听证或回避,但没有影响行政行为的实体内容,而此时认定这两种程序违法的行政行为无效,势必造成一种不合比例的结局:同样的程序违法,导致实体内容违法之严重后果的,以撤销论;没有导致实体内容违法从而影响公私权益的,反而以无效论。如果出现这种情形,令人感到不可思议的就不是未听证或未回避等程序违法情形,而是无效制度本身。

第二,回避和听证都是典型的裁量性程序。关于听证和回避的要件,《行政处罚法》第63条和第43条分别做了具体规定。第63条规定的“较大数额罚款”“没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物”“其他较重的行政处罚”是典型的不确定法律概念,都具有很大裁量性。第43条规定的“执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的,应当回避”同样具有巨大解释空间。^[104] 听证与回避的裁量性意味着,行政机关要根据个案情况来判断是否听证与回避,对行政机关判断的合理性,要根据平等原则、比例原则来评价,绝非一目了然。尤其是,我国行政诉讼法已将行政裁量瑕疵分为“不当”和“明显不当”两个层次,将“明显不当”纳入撤销判决。要在这两个层次之间划出分界已非易事,更遑论在“明显不当”中进一步划分出“重大且明显”的“明显不当”来。有人可能会说,即便听证和回避的情形有裁量性,也不是所有听证和回避的情形都具有裁量性。此话不假,如“降低资质等级、吊销许可证件”的听证情形、三代以内直系血亲的回避情形其实没有多大裁量空间。但我们不能说听证或回避有此类瑕疵的可导致行政行为无效,其他的则不然。这般精细地划分,不要说一般的老百姓,恐怕连一些法律专家也搞不明白。

可以类比的是,德国行政程序法明确将应当听证而未予听证的,视为可补救程序瑕疵,纳入补正的范围,并明确将应当回避而未予回避的行政行为,排除在无效之外。^[105] 这就说明,未予听证或回避的程序违法行政行为,实体内容正确的,须尽量维持其效力。

总之,违反听证与回避制度,达不到我国行政诉讼法之“重大且明显”的无效要求。如果违反听证与回避制度尚且不能导致行政行为无效,则违反衍生于它们的其他程序也就不能导致行政行为无效。前文所述的周庆祥案、李红军案、王新立案等,将未告知、未陈述与申辩、未听证的行政行为判决无效,很大程度上应是适用1996年《行政处罚法》第3、31—32、41条的结果,本质上是对行政行为无效制度的误解。

(三)意思形成瑕疵导致行政行为无效的不可能

意思形成规范也是我国行政程序的重要组成部分,大量存在。如《行政处罚法》第57条规定:“对情节复杂或者重大违法行为给予行政处罚,行政机关负责人应当集体讨论决定。”第58条规定,涉及重大公共利益、案件情况疑难复杂、涉及多个法律关系的,在行政机关负责人作出行政处罚的决定之前,应当经过法制审核;未经法制审核或审核未通过的,不得作出决定。

^[104] 《公务员法》第76条关于公务回避的规定稍微具体一些,但其中的“其他可能影响公正执行公务的”同样授予巨大裁量权。

^[105] 参见《德国行政程序法》第45条第1款第3项和第44条第3款第1项。

此外,从事法制审核的人员,应取得法律职业资格。《行政许可法》第53条规定,有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的行政许可,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式来作出决定。《土地管理法》第62条第3款规定,农村村民住宅用地涉及占用农用地的,在已批准的农用地转用范围内,经乡(镇)人民政府审核,由市、县人民政府批准。

意思形成规范不仅是程序规范,一定程度上也是实体法规范。如重大行政处罚案件的集体讨论制意味着,此类案件应由领导集体讨论决定,不能由行政首长一个人说了算;法制审核制意味着,法制审核机构和审核人员也参加决策并影响决策权;通过招标、拍卖方式决定行政许可权利人的规定,其实将实施行政许可的决定权在很大程度上转交给了评标委员会;而关于村民住宅用地的审核和批准程序,则将住宅用地的审批权分配了乡镇和县级两级人民政府。这种程序的实体法特征意味着,其瑕疵会对意思形成产生重大影响。这应该是其他一些国家和地区以及我国个别法院认为此类程序瑕疵可导致行政行为无效的原因。前文已经介绍过,西班牙和葡萄牙规定“应经集体合议而未曾集体合议的”行政行为无效,日本有判例认为“需另一行政机关参与或同意而其未参与或同意的”行政行为无效。

但是,意思形成规范的最大特点还在于内部性,即属于内部程序规范。这里所讲的内部程序规范,并不是指行政机关作出内部行政行为的程序,而是指在作出外部行政行为的过程中行政机关内部或行政系统内部就有关行政事务进行讨论决定的程序。意思形成规范的内部性决定了,这种程序瑕疵的隐蔽性和不易知晓性。在《政府信息公开条例》第16条规定的内部事务信息和过程性信息概念下,这种程序信息也很难通过申请予以公开。此外,在普遍奉行行政首长负责制的情况下,行政决定由行政机关的负责人拍板决定才是常理,合议制(集体讨论决定)、法制审核、上级批准、招标采购等本身都属于法律的特别规定。因此,违反这种特殊例外的程序不仅不易为当事人知晓,也不会彻底颠覆人们普遍认知的行政常理,构不成我国行政诉讼法意义上的“重大明显违法”标准。

同样可以类比的是,《德国行政程序法》和我国台湾地区“行政程序法”都将“应经委员会讨论决定而未经其讨论决定的”和“应由其他行政机关共同参与作成而其未参与的”视为轻微程序违法,纳入补正的范围,^[106]同时,又不厌其烦地明确将此类违法行政行为排除在无效之外。^[107]这可能是我国在益民公司案和北京市平谷中侨经济技术开发区公司案、平果华商清洁能源有限公司案中,最高人民法院没有认定案涉行政行为无效的原因。

由上可见,尽管意思形成瑕疵可能会给相对人权益或公共利益造成严重损害,此类瑕疵也不应导致行政行为无效,武汉鸿翔地产集团有限公司案、北京正和晴阳投资有限公司等案、通许县孙营乡西赵亭村第二村民小组案的判决不符合“重大且明显违法”无效标准,与之相反的益民公司案、王贤武案及丁艳玲案等的判决才符合法理。

[106] 参见《德国行政程序法》第45条、我国台湾地区“行政程序法”第114条。

[107] 参见《德国行政程序法》第44条第3款。

四、结 语

一项合理的制度,应该能够在实践中行得通并经受得住实践检验,同时也应该符合法理并经得住理性拷问。上文的考察和分析已经表明,不论从司法实践来看还是从法学原理上来看,行政行为违反法定程序都不曾也不应导致行政行为无效,故应从根本上否定。不过,在尚未确立“不成立判决”和“未生效判决”的情况下,可暂时将不具备成立要件的形式瑕疵、未送达的程序瑕疵视为可导致行政行为无效的特别程序违法情形,从而把具有此类瑕疵的行政行为视为准无效的行政行为,并在行政诉讼法或其司法解释中做如下规定:

行政行为有下列程序瑕疵的,无效:

- ①没有表明行政行为的作出主体、行政相对人或基本内容。
- ②不符合法律、行政法规强制规定的形式。
- ③没有按照法律、行政法规规定的方式送达。

当然,需再次强调,对上述情形以“不成立”和“未生效”论并确立相应判决才是正道。

Abstract: The newly revised Administrative Penalty Law stipulates: “Administrative penalties are invalid if they are significantly and obviously illegal due to violation of legal procedures.” In this context, it is urgent to study which procedural violations will lead to the invalidity of administrative penalties and all administrative actions. A search of over three million administrative judgment documents on the China Judgments Online and Pkulaw databases reveals that, since 2000, intermediate and higher-level people’s courts in China have declared administrative actions invalid due to procedural violations in only 21 cases. Moreover, in other cases, similar procedural violations have received entirely different rulings, indicating that courts at various levels in China have not yet identified universally recognized procedural violations that can render administrative actions invalid. Tracing the legislative origins of the “significant and obvious illegality” invalidity standard and interpreting it in light of Article 75 of the Administrative Litigation Law, “significant and obvious illegality” should be commonly understood as “violating common sense” and “unsustainable”. Applying this standard and considering the general principles of the effectiveness of administrative actions, a comprehensive review of all procedural defects in administrative actions reveals that no procedural defect meets the “significant and obvious illegality” requirement for invalidity that would lead to the invalidation of an administrative action. Therefore, the rule of invalidating administrative actions due to procedural violations should be fundamentally rejected.

Key Words: Administrative Procedure; Procedural Violation; Significant and Obvious Illegality; Invalidity of Administrative Acts

(责任编辑:彭 鐸)