

法治和良知自由 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B3_95_E6_B2_BB_E5_92_8C_E8_c122_485444.htm

法治和良知自由：行政行为无效理论及其实践之探索 【关键词】行政行为 行政行为无效 公定力 正当不服从 一、引言：司法解释提供讨论契机

1. 在私人关系领域，一个人没有任何法律上理由，试图侵犯他人的人身或财产，遭受威胁的一方有权利加以阻止，可以采取与维护其合法权益相适应的防卫措施。法律术语称之为“正当防卫”，制定法亦对此予以认同。[1]然而，这种防卫权利是否可以同等地适用于对抗行政机关的违法行为呢？易言之，当公民、法人或其他组织作为行政管理的相对一方，面对其认为违法的行政管理行为时，其是否可以和私法关系当事人一样抗拒来自另外一方行政机关的管理行为呢？如果以戴雪式的法治理想考虑之，政府和公民在法律面前应为平等，他们受同一法律管治，故对于违法行政行为，公民理应可以像对待私人那样对待政府。而且，仅仅从法条本身看，《民法通则》和《刑法》并未排斥公民对行政机关违法侵害行为予以正当防卫的可能性，并未明确指出不法侵害一定是民事性质或者刑事性质以排斥行政侵害适用这两条。2. 然而，针对此问题，我国大陆行政法学者一般受到德国、日本和台湾地区学术理论与制度实践的影响，基本达成以下原则性共识：行政机关的管理决定或措施一经作出，无论其是否合法，皆产生一种法律上的约束力，行政管理相对一方应当首先尊重与服从，若认为该决定或措施侵犯其合法权益，可诉诸事后的救济途径以求矫正之；然而，这一原理又非绝对

普适的，若行政管理行为有重大、明显的违法情形，则自其成立伊始，即无任何法律约束力可言，被管理者有权不服从。[2]这一建立在对违法行政行为两分法观察基础之上的回应，又分别为迄今为止较为流行的公定力原理和行政行为无效理论所支持。[3] 尽管行政行为无效理论早已经学者们的阐发而得到普遍的认同，不过，其曾经长期停留于学术界的理念层面上，无论是制定法还是制度实践都未予以完全的体现。即便1996年出台的《行政处罚法》相关规定在一定程度上折射出这一理念，也存在两个方面的缺憾：其一，制定法上的无效概念与学理所认识的颇有抵牾；[4]其二，无效理论的实际适用范围极其有限。[5]制定法与学理之间的矛盾可能需要在未来的立法中加以协调，若以后立法渐与学理主张趋于统一，在适用《行政处罚法》第3条第2款之规定时，尚需法官作限定性的裁量解释。后一缺憾则由于最高人民法院在1999年颁布的《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“司法解释”）中创设确认无效判决形式而有可能得到极大改正。司法解释第57条第2款首次明确宣布法院可以作出确认无效判决，此乃《行政诉讼法》和1991年公布的《最高人民法院关于贯彻执行 中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释（试行）》未曾加以规定的一种判决形式。基于对该条款[6]以及整个行政诉讼法结构的观察，现行司法解释显然将确认无效判决作为独立的判决形式，与解决一般违法问题的撤销判决、履行判决、变更判决以及确认违法判决相区别，确认无效判决针对的就是“被诉具体行政行为依法不成立或者无效的”情形。[7]这确实与无效理论把无效行政行为与一般违法行政行为予以界分的初

衷相吻合。由此，似乎可以断言的是，司法解释为无效理论转化为普遍的制度实践提供了起码的可能性，可能在法院那里受到无效审查的行政行为范围已拓展至所有具体行政行为。[8] 3. 也许，学界的确应该为这一制度发展感到欣悦。毕竟，在一个有着服从国家威权的传统政治文化的国度里，由于具有实定法（positive law）意义的司法解释以某种形式接纳了无效理论，使得蕴涵于该理论之中的公民于特定情形之下可以理性地拒绝、不服从行政命令的观念，史无前例地获得隐约的肯认，实为难能可贵。可是，无效理论转化为制度实践的可能性，绝非当下司法解释的一个条款规定就可以予以充分提供的，它至少还需要依赖于人们对它的正确理解与广泛认同，依赖于更为细致的制度设计。当我们在为任何表达政治文明之进步的制度安排击节之余，不应忘却它的象征和实效。这是两个彼此关联在一起的维度：将制度安排的象征意义掩藏于文字的背后，不予以认真地揭示、讨论和传播，不仅多数人将对制度革新缺乏真正的理解与认同，而且，制度实践所需要的技术性考量也将缺乏正确理念的引导，这两方面都会约束制度实效；反之，若制度安排难以成就实效，象征永远只能作为纯粹的象征存在，而无法转化为我们现实生活的内在构成。然而，在一种新型制度初创甚至只是草创之际，对它所蕴涵的价值、对实现此价值所应该配备的具体制度，进行细致的、公开的探讨，似乎比关注制度实效问题（有可能尚未充分展示）更具意义。有鉴于此，本文基于司法解释突破性发展所提供的契机，试图阐发这样一个认识：一种超越纯粹形式法统治的、强调普通公民道德性和独立性的法治，认为公民基于良知自由、以和平方式不服从极其非

正义的法律或者行政决定是正当的；无效理论以及建于其上的相应制度，究其终极意义，就是在追求与接近这一法治目标；不过，作为微观政治层面上的理论和制度，它们的直接关怀在于，如何使公民的这种自由和不服从获得实定法上的依据与合法性（亦即实定法化），获得制度上各种技术的保障。在此认识的引导之下，本文还将就当下制度安排的缺陷提出矫正与完善的初步思路，并对公民不服从权利的实际运用可能性作一分析。

二、公定力原理和无效理论：一个古老话题的延续

1. 在理论上，行政行为之无效与行政行为之公定力，如同一个硬币的正反两面，论及前者必以明了后者为前提。行政法上的公定力原理直接表达的一个理念是：行政行为自其成立之后，不管合法与否，若非无效行政行为，[9]就产生了一种拘束所有机关、组织或个人的效力；在未经有权机关依循法定程序、根据法定理由撤销之前，无论行政行为的作出机关、行为所指向的相对人、行为所涉及的利害关系人，还是其他国家机关、组织或个人，都有尊重它的义务，不得任意对抗或否定之。[10]其实，公定力原理并非实定法所明确规定，它只是学者对现实制度安排的一种诠释。按照法治主义的要求，违法行政行为应该没有任何法律效力可言。但是，各国通常的制度安排是，由国家权威机构而非私人、通过法律规定的事后程序来确认行政行为是否合法，进而决定其是否实际具有法律上的拘束力，而在此之前相对人及其他利害关系人若直接对抗或者不服从行政决定，法律可能会要求其承担更为不利的后果。在公定力的支持之下，德国、日本以及我国大陆和台湾地区学者都认为行政行为有一种确定力，尤其对于行政相对人而言，存在形式上的确定力

。即如果行政相对人超越法定期限、没有在事后提起对违法行政行为的救济，其救济途径就因此而穷尽，行政行为也因此得以形式上的确定。换言之，在法律规定行政复议作为行政诉讼必经之前置程序的情形下超过复议期限未请求救济，或者在行政复议未被规定为行政诉讼前置程序的情形下超过诉讼时效未起诉，行政行为就获得了排除行政相对人在复议或诉讼中胜诉可能性的不可争力，尽管行政机关本身在特定条件之下可以撤销或者废止其作出的行政行为。[11] 2. 然而，把公民放在事后的救济机制之中以表达自己对行政行为的不满，而不允许其在行政过程中直接不服从行政机关，并且这种事后的救济有一个时间上的限制，这样的制度安排为什么具有正当性（legitimacy）呢？作为描述、诠释该制度而且在一定程度上为其证明的公定力、确定力理论，其根据究竟何在呢？若由此追问下去，我们可能会再次面对人类有史以来历久存在的一个古老话题：法律何以让公民服从之？确实，行政行为不是严格的、形式意义上的由立法者颁布的法律。但是，只要我们不是简单地拘泥于对法律的这种静态认识，而是将法律视为一种活生生的规范性秩序，将行政行为视为“关于法律解释和法律适用的一种权威性宣告”，[12]是施加在我们身上的具体规范，是整个法律秩序的内在组成部分，[13]那么，在上述古老话题与我们的设问之间就有着一一种共生的关联。而且，追溯和反省前者一个深层的根本性问题，对于理解与把握微观政治层面上的行政行为之效力，想必有极大的助益。借用莎士比亚笔下悲情王子哈姆雷特闻名遐迩的句式，我们可以说：“服从还是不服从，这是一个问题”。因为，在人类法律制度和思想史上，法律为什么有力

量让公民服从，是否任何由主权者（无论是以国王的名义还是人民的名义）颁布的法律都必须无条件地遵守，一直以来乃至当今，都是众家各执一词而未得令所有人都同意之答案的问题。早在时间和空间上距离我们相当遥远的古希腊，苏格拉底和安提戈涅（古希腊悲剧家索福克勒斯同名悲剧的女主角）就曾经作出了不同的回答。苏格拉底拒绝越狱建议而从容走向死亡，其传达了这样一个观念：法律就是法律，无论其多么非正义，必须服从之。而安提戈涅不顾国王法令之禁止，毅然为其死去的兄长安葬，其表达的是：世俗的、统治者颁布的法律不是至高无上的，在法律之上还有人们所信仰的神法与正义。[14]在这两位历史人物的背后，法律实证主义和自然法思想相对立地流传下来。

3. 对法律究竟是服从还是不服从，每一个个体都会在其动机、性格、情绪、观念、地位、生活条件、利益以及法律实施状况、威慑程度、舆论环境等多种因素的影响之下，作出事前难以预测的选择。这里并非试图讨论每个人逡巡于守法和违法之间的具体考量，也无意展示常见的、根本未经细致斟酌的激情犯罪事例。问题并未着眼于现实的各种服从与违抗，而是聚焦于实定法为什么必须得到遵守，有没有一种更为基本的规范约束实定法并支持公民在特定情况下对实定法的不服从？对比安提戈涅提出的超验正义，实定法的比较优势在于它们是相对明确的、可确切认知与把握的。而何为正义、何为非正义，从认识论角度言似乎难以形成共识，尤其是当判断正义与否之主体是具体的个人的时候。在现实生活中，人们一般对自己的生存空间有着一种秩序需要和期待。若每个具体的人皆可以实定法有悖其心中的正义为由而违反之，几乎人人都会在

心理上滋生恐惧，因为本来由实定法可能形成的秩序，随时面临解体的危险，人们将不知如何安排生活、不知如何选择行为模式、不知如何处理与他人的关系。在倡行法治主义的当代，法律之所以被强调必须具有公开性、确定性、稳定性、可预见性、不可破坏性、可实施性等品格，[15]在相当程度上也是因为人们对秩序的需要和预期。在法治原则之下，基本的普遍义务是守法（当然特别要求政府守法）；不过，只有法律具备以上品格，普遍的守法和秩序才成为可能。由于政府本身作出的行为就其本性而言亦具规范意义只是在整个规范体系中处于较低的、从属的层级而已，所以，同样出于维护人们对秩序的依赖，行政行为也在一定程度上必需具备与立法者创制之法类似的品性。由此观察，公定力的根据既不在于行政行为是国家意思的体现、而国家意思有优越的效力，[16]也不在于社会对政府存在一种信任，[17]而在于人们需要相对确定的、和平的、彼此安全的生活秩序。公定力实际上是实定法服从义务在行政领域的一种延伸，二者的原理如出一辙。[18]当然，行政行为在规范体系中的较低地位，决定其必须遵循上阶位的立法者之法，所以，公定力不排斥公民通过事后的救济机制表达自己对违法行政行为的意见。不过，同样出于秩序安定之考虑，制度安排上为这种“事后的异议”限定了时间。

4. 然而，自古希腊以来一直在西方承继的自然法传统，并不以为对实定法的服从义务是绝对的。在实定法之外建构评判实定法是否符合正义的规范，进而以此评判作为选择服从还是不服从的标尺，这种观念或学说始终具有相当之吸引力。其中，不服从实定法律秩序最为极端的激烈形式，即人民有权反抗、推翻无道政府，也曾经

在政治哲学上获得认同。由于西方政治文明发展之特性中世纪开始的世俗统治者和基督教会权威之间的斗争，抵制统治者滥用权力的臣民违法行为与服从上帝的信仰，得以联系在一起。[19]换言之，臣民的这种违法行为实际上在基督教会、上帝那里可以获得正当性认可与支持。世俗化的进程尽管在一定意义上削弱了宗教基础，但是，公民在某些情况下对实定法或者行政命令的市民不服从、良心拒绝（conscientious refusal）或者抵抗权（right to resistance），依然得到学说上和制度实践上的认同。此类不服从可以基于个人的宗教原则、道德原则，也可以诉诸多数人的正义感、以及已经得到宪法确认的政治原则。[20]值得注意的是，世俗化、理性化的进程淡化了自然法的神秘意蕴，市民不服从、良心拒绝或者抵抗权理念，都力图得到实定法上的正当化，尤其是在宪法上找到或者确立其依据。马丁路德金的黑人民权运动即属市民不服从之典型例子，而福塔斯法官认为此类活动实际上是在行使宪法赋予的批评自由、说服自由、抗议自由、提出不同意见自由、组织自由以及和平集会自由。只要这些自由的行使并未涉及违反旨在保护其他人平和地追求其幸福的法律之行动，并未涉及导致对他人构成明显和即时的暴力或侵害危险之行动，就应该保护和鼓励之。[21]被罗尔斯视为属于良心拒绝的拒绝向国旗致敬的耶和华见证人教派信仰者，也在法庭上努力证明其行为是宪法保障的良心自由、宗教信仰自由。[22]旨在维护整个宪政秩序不受严重、公然侵害的抵抗权，也已经于1968年在德国的宪法中加以明确。5. 虽然市民不服从、良心拒绝以及抵抗权或多或少都是对抗现行实定法的行为，或多或少地偏离了法治对公民效忠法律、诚实地履

行法律义务的要求，但人们都努力使其获得实定法（尤其是最高层级实定法宪法）的支持。究其原因，可归为基于两个层面的考虑：其一，法治的终极目标；其二，自然法意义或者政治意义的权利概念所具有的不确定性。人类历史经验让我们有理由确信：统治者颁布的某些法令完全可能和当时人们普遍所持的正义观念相悖，完全可能与有着特定宗教、文化背景的公民个人的信仰、良知相悖。服从或者执行这样的法令，不仅有违道德、宗教原则或者普遍的正义原则，而且，更为严重地可能在事后被判定为犯下罪行。[23]从目的论维度言，法治所提出的普遍守法义务以及由此追求的相对稳定的秩序，不是法治的终极关怀。法治的目标不是让人成为守法之机器、惟法是从之“奴隶”，而是要让每个人都成为自由、独立、追求幸福、具有良知和正义感的丰富的生命体。“在如何理解和诠释公民法定权利和义务的问题上，法治允许和鼓励道德的、政治的争论。……谴责基于良知提出异议的公民是不明智的，即便良知误导了他。把每个持异议者定性为无政府主义者或者法治理想的叛逆者，对法治没有丝毫益处。”[24]可是，持久以来一直具有很强吸引力的自然权利观念，政治意义上得到认可的反抗公权力违法行使的权利观念，毕竟是模糊的、不确定的。其也许可以在现实中得到运用，但危险性、缺乏可操作性不言而喻。世俗化、理性化是一个“除魅”的过程，自然法或者政治意义的权利理念，需要转化为法律意义的权利概念及相应的制度。一个好的法治国家，应该在意识形态和制度安排上确认良知自由及相关的自由，确认在某些情况下出于良知的不服从是正当的。法治的终极目标要求法治是一个开放的、宽容的、甚至可

能看起来是充斥着矛盾主张的原则。出于对法治终极目标的同一追求，为维系安定的法律秩序而提出的行政行为公定力主张，不应成为绝对之原理。在对公定力原理的典型表述中，多数学者还是设置了一种限制，即“除无效行政行为之外”。这一限制使得某些重大、明显违法的行政行为自始就不享有推定的法律拘束力，行政管理的相对一方可以不服从。而且，公民若请求有权国家机关确认无效行政行为，是没有时间限制的。公定力原理安排的是对行政行为（规范的一种）的先行服从，进而保障人人相互安全的法律秩序，而无效理论构想的是公民基于理智和良知判断的直接不服从权利。二者看似相互矛盾，却为以人为本的法治原则所容纳。

三、良知自由与无效理论的规则化、制度化

1. 在一个由主权者颁布的规范体系的普遍统治之下，承认公民的良知自由及相关的自由，以及由此不服从主权者命令（无论是法律还是行政决定）的行为的正当性，是一种具有进步意义的理念。它承认人的丰富性和至上性，是对国家绝对主义的怀疑和否认。然而，当这一理念力图转化为制度设计并在制度层面上运作时，不可避免地形成一系列的难题。什么是基于良知的不服从？因为宗教信仰（不从事任何战争）而不愿服役的，与因为政治原则或个人道德原则（不从事非正义的战争）而违抗兵役法的，有什么不同？不服从权利是否要在所有法律救济途径都已实际上不可能时才能行使？良知不服从与其他违法行为应该如何区分，从而一个民主国家允许它的存在？民主国家允许其存在的方式是什么？是不惩戒吗？诸如此类的问题，都是颇费思索的。[25]而且，在市民不服从、良心拒绝以及抵抗权三个既有的概念之下，似乎又有不同的设问和

解答。尽管如此，可以肯定一点，即这些疑难、困惑的存在，是在把不服从权利实定法化的过程中不可避免的。在西方政治哲学层面上，对良知自由尽管难以形成明确的、一致的定义，不过，达成共识的是：基于良知的不服从，是一个明白无疑的违法行为（clearly unlawful），[26]是对抗现行法律或者按照现行法令作出的行政命令的行为。但是，人们又直觉地感受到，这些违法行为都具有相当程度的正当性，这个正当性虽然不能为具体的实定法所容纳，一个具有道德善的宪政秩序却可以为其保留合法空间。当直觉主义试图走向系统的、内在逻辑自洽的论证时，问题就出现了。

2. 在一个确认行政行为公定力的法律制度之中，如上所述，行政行为实际上被人为地赋予了与法律类似的禀性不可直接对抗性，无论其合法与否，在公民诉诸事后的救济之前具有一种推定的规范效力，公民的先行服从成为法律义务，违反这一法律义务可能会使国家权威机构对其施加不利的制裁。由此角度看，面对一个行政行为的公民，在选择先行服从还是选择直接的不服从方面，与面对一个法律（在法律发展的维度上亦是推定有效的）的公民，处境极其相似。于是，与宪政层面上的讨论类似，对法律是否要确认无效行政行为概念、是否要赋予公民直接不服从的权利，以及（在给出肯定答案以后）如何判断某个行政行为是重大、明显的违法，都是引起争议的问题。不过，问题似乎并不那么严重。因为，对无效行政行为之不服从与对实定法或者依实定法而作出的行政命令之不服从，存在较大的不同。后者诉诸其内心的良知，来评判现行实定法或者依法作出的行政命令，实定法似乎没有提供任何可资运用的确切标准；即便最高层级的实定法宪法原

则上赋予公民不服从权利，也需要公民动用良知来判断宪法的基本价值、基本原则为何，实定法是否与之相悖。而前者在选择是否服从行政行为时，判断标准主要来自具体的实定法规定，即观察行政行为是否在实定法上构成重大、明显瑕疵。而且，由于法治主义对行政的要求以及对公民正当权益的保障宗旨，公民对无效行政行为的直接不服从，有极大可能在事后获得国家权威机关的支持。因为，法院认可和支持此类不服从行为，最终表达的更多地是对形式法治的尊崇，其正当性几乎不会受到挑战。然而，这种不同并不意味着良知自由与无效行政行为没有关联。首先，良知究竟是指什么，固难一时澄清，但本文倾向于认为其是作为理性存在的人所具有的善良意志、义务意识和内心法则，是与他人取得某种一致（或者最低限度一致）之基础上形成的普遍道德法则。[27]它是客观普遍存在的，承认公民享有良知自由，亦即承认具有道德性之公民有权按照普遍法则明辨是非善恶。而一个相对独立的、有着自己内在法则的公民，可以在相当程度上抵销政府的武断、专横。无效理论及相应制度之最终目的，不就在于此吗？其次，无效行政行为的“重大、明显违法性”，是我们作为一个冷静的旁观者提出的界定，但在具体场景中面对非法或者非正义行政行为的人，完全可能直觉地出于良知不予服从，而非诉诸对实定法的判断。再则，即便实定法作出最大努力，其也要在立法技术上保留“重大、明显违法行为”这一概括性条款来指定无效行政行为，[28]其也可能因为成文法的局限而使得行政行为缺乏上位的、明确的实定法规则，对行政行为是否构成重大、明显违法，若不诉诸良知就可能无法辨明。在这里，对“法”应作广义之理

解，尽管其绝大部分具备实定法意义，但不能排斥立法精神、普遍流行的公平正义感等。[29]最后，在实定法明文列举哪些行为属于无效行政行为的国家，如德国，“违反善良风俗”标准的确定，[30]也给予了公民行使良知自由的空间。[31]因此，无论从制度设计之终极目的观察，还是站在制度操作的具体层面上，都应当承认良知自由的重大关联性。只是由于无效理论的实定法化程度较高，亦即判断行政行为无效与否的标准，较之判断法令是否符合宪法价值秩序的标准，要明确得多，所以，容易使人忽略上述的关联意义。

3 . 由上可知，在直觉上具有吸引力的权利观念，若要形成法律意义的权利（及相关制度），需要经过系统的论证。毕竟，实定法化不是一个简单的制造法律文字的工作，而是一个建构内在协调一致的权利义务体系的过程。无效理论亦是如此。实定法应当明确地吸纳无效行政行为理论，相对明确地规定无效行政行为与可撤销行政行为（一般违法行为）的区别，以及建构相关的制度安排。否则，无效理论依然只能是学者们的一种理念和理想，依然只能在纯粹学术层面上滞留而无法转化为实践，最终甚至可能不再具有发展的生命力。在世界范围内，无效行政行为理论在制定法与司法实践中得以体现的国家和地区，包括德国、奥地利、日本、我国台湾地区等。而在我国大陆，诚如前文所述，制定法上存在着无效概念不明、只在有限范围内承认公民不服从权利的缺憾。的确，司法解释创设独立的确认无效判决形式，似乎为无效理论转化为制度实践提供了基本的可能性。但是，基于对域外相应制度与理论观察，我国大陆现有司法解释只是给出了一个极其微弱的信号，还没有构成无效理论制度实践的充

分基础。本文在此从五个方面分析当下的制度安排和实践，揭示其缺陷所在并提出矫正和完善的初步构想。首先，无效概念的模糊。司法解释把“被诉具体行政行为依法不成立”作为法院给出确认无效判决的标准之一，没有清晰地厘定“不成立”与“无效”之间的关系。在司法解释起草过程中，针对是否将“不成立”明确规定下来的问题，至少存在两种观点。一种观点认为，不成立即无效、无效即不成立，故没有必要作并列的规定。而甘文法官在反驳这一观点时则指出：“‘不成立’的行为不仅仅限于‘无效’的行为，还包括‘不成熟的行为’。所谓不成熟的行为，是指行政机关正在运作，但尚未对外发生法律效力行为。”[32]这两种观点都值得商榷。在行政法学理上，行政行为之成立与否和无效与否是两个不同的问题。对前者只需从行政行为是否最终以外部可知的形式而存在这一角度来考察，考察的目的在于判断行政行为何时开始正式存在，从而具有推定的法律效力除非该成立的行政行为具有重大、明显的违法情形。在诉讼阶段，行政行为之成立是行政相对人可以起诉的前提之一。一个尚未成立的行政行为，即甘文法官所称的“不成熟的行为”，对行政相对人的权利义务一般不可能构成实际的影响，也就无任何效力可言，这种“无效”应该属于一种自然意义上的没有效力。而无效行政行为意指行政机关已经作出、已经成立但由于重大、明显违法而不具推定约束力的行为。基于此区分，不成立的或不成熟的具体行政行为就不适宜运用确认无效判决，因为如果一个正在运作、尚未正式对外作出的行政行为被提起诉讼，法院应该裁定不予受理而不是越俎代庖地宣告其无效。[33]试想，当行政机关通知某一企业其

准备作出责令停产停业的处罚决定，并告知该企业有权要求举行听证，企业反而向法院提出行政诉讼请求，法院显然不能受理对这一尚未穷尽行政程序而没有成立之决定的起诉，以避免不合时宜地干预行政。[34] 其次，判断无效行政行为标准之缺位。司法解释在授予法院行使宣告某些被诉具体行政行为无效的权力同时，没有给出可供各级法院操作的判断“无效”的标准。如上所述，司法解释第57条第2款前两项规定的是确认违法判决所适用的情形，[35]而第（三）项中的“不成立”又不宜作为确认无效的标准，那么，该条款似乎可以解读为：被诉具体行政行为依法无效的，法院应当作出确认无效的判决。如果把这里的“依法”理解为，只有当被诉具体行政行为符合法律明确规定无效的情形，法院才可以判决确认其无效，我们所想像的无效理论普遍适用的前景就要大打折扣了。因为，我国大陆既不像德国、奥地利、日本等国存在对无效行政行为作概括和列举规定的统一行政程序法典，又只是在《行政处罚法》中运用了“无效”术语，更不用说这一术语之涵义过于宽泛、同学理公认“无效”概念相距甚远。普遍适用的前景只得有待于将来出台行政程序法典方能实现，司法解释就会在一定时间内成为悬置在空中的文字而已。甘文法官以未在决定书上盖章的行政处罚为例，说明何为无效行政行为，[37]而《行政处罚法》其实并未对此作确切无疑之规定。可见，司法解释的原意对“依法”并未采上述严格、狭隘的意义。然而，这实际上就意味着，司法解释对什么是无效行政行为没有给出任何指导性的规则，由此可能会造成两种截然相反的结果：法官因为无所适从而谨小慎微，基本上不适用上述条款，即便有心适用，也可

能会更多地请求最高法院作出答复；或者，法官凭借自己对无效的理解，大胆地、经常性地作出确认无效判决，以至于形成混乱的、缺乏一致性的法律适用状况。确认无效行政行为标准之缺位，也会使得行政相对人不知如何运用理智判断来行使其不服从的权利。因此，确认无效判决形式的实际适用前景依然堪忧。再则，单独的确认无效诉讼问题。根据无效理论，无效行政行为和属于一般违法的可撤销行政行为的关键区别之一在于，行政相对人请求有权机关对无效行政行为予以确认或宣告，是不受任何时间限制的。即便复议或诉讼期限已过，也不影响行政相对人对自始无效的行政行为提出挑战。可是，司法解释只是规定确认无效为一种独立的判决形式，其并没有以无效理论为圭臬，建构起一个可以保障行政相对人特定请求权利的、独立的确认无效诉讼程序

。[38]公民、法人或其他组织仍然需要在法定诉讼时效之内，向法院提出确认无效的请求。就此而言，把确认无效判决与确认违法判决并列、使前者特定化的作法，似乎也失去了我们所想像的价值。因为，无效行政行为非他，乃一类特殊的违法行为而已，若没有诉讼程序上的差别，[39]确认无效判决完全可以为撤销判决或者确认违法判决所吸收，而无需赋予其独立存在的形式。其四，涉及行政行为效力的民事纠纷处理问题。现代行政管理权能的广泛性，使得公法和私法纠合在一起的事例大量存在。行政机关作出的确认权利归属、裁决民事纠纷以及其他具有第三人效果的行政行为（如发放建筑许可引起相邻权问题），都可能引起民事纠纷或者使既有的民事纠纷依然延续。在承认公定力原理的法律制度之中，由于行政行为在未经撤销之前一直具有推定的拘束力，

任何个人、组织甚至国家机关都得予以尊重，因而，一个争议颇多的问题已经出现：民事纠纷的当事人是否一定要以行政诉讼作为民事争议获得解决的前提？对此问题，我国学界有着不同的看法，[40]由于其并非本文主旨所在，故不拟详细讨论。不过，可以确定的是，解决这一问题的方案绝非单一的模式，既不能一概地以行政诉讼为先决条件，也不能一概地要求行政机关必须听从法院的民事判决而改变其先有的决定。在此，必须承认公定力应视具体情况而定其“合理且必要的限度”。[41]尤其是，与本文主题有关的，可以设想：如果当事人只是提起民事诉讼，而在诉讼过程中法院认定案件所涉行政决定乃重大、明显违法的无效行政行为，那么，公定力自然就不存在，法院可以不顾该行政决定而径直作出与之相反的民事判决，而不必以行政诉讼为先决。[42]这是无效理论在制度实践中运用的又一情形，法院的认定和判决实际上是支持了当事人对无效行政行为不予理睬的立场。

最后，申请司法执行程序的关联性。行政行为除无效情形以外一般皆具有公定力，但并不由此当然地就具有了自行执行力。行政行为所确定的义务是否可以在行政相对人不履行的情况下由行政机关强制执行，尚需视法律、法规是否明确授予行政机关此项权力而定。[43]法律、法规无明文授权，行政机关则必须向法院申请执行；若法律、法规允许行政机关就是否自行强制执行进行选择，行政机关也可以向法院申请执行（司法解释第87条）。不过，行政机关的申请如果要在法官那里获得通过，司法执行措施如果要真正启动，具体行政行为还不得出现下列任何一种情形：明显缺乏事实根据的；明显缺乏法律依据的；其他明显违法并损害被执行人合法

权益的。否则，法院将作出不予执行的裁定（司法解释第95条）。也许，熟谙无效理论的人可以发现，司法解释确定的不予执行裁定之标准，隐约与行政行为无效标准接近只是强调“明显”瑕疵而没有兼及“重大”瑕疵。但是，司法解释起草者似乎并不认为二者存在关联。[44]的确，裁定不予执行和判决确认无效是两种性质的司法裁判，至少，前者基于行政机关的申请，后者基于行政相对人的主张。然而，必须承认，二者在实际效果上是一样的，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经被剥夺，其确定的义务行政相对人也无需履行。于是，问题就产生了：申请司法执行的一个事实前提是，行政相对人在法定期限内既没有提起诉讼又未履行行政决定所确定之义务，也就是说，其已经丧失通过诉讼获得有利救济的权利；那么，凭什么法院可以利用另一种程序对其施以实际效果一样的救济呢？比较恰当的诠释是，法院认为裁定不予执行的行政决定是无效行政行为，法院不必受公定力和确定力之约束。把无效理论与申请司法执行程序勾连起来，不仅可以说明法院裁定不予执行的正当性，而且还可以揭示现行司法解释所规定的执行程序的缺憾。甘文法官指出，法院在申请司法执行程序中仍然实施合法性审查，不过，法院是在行政相对人不参加的前提下，采用“卷面无错误”标准对行政机关呈交的材料进行审查，若没有发现明显违法，则裁定予以执行。[45]然而，在司法执行的实际运作中，法院难免要与行政相对人接触，[46]若在接触过程中，行政相对人提出证据足以表明行政决定存在重大、明显违法情形，只是行政机关提供的书面材料没有反映出来，那么，法院该如何应对呢？因此，申请司

法执行程序是否可以设定为一个简易的对抗程序，允许被申请人执行人参与进来？如果被申请执行人提出的行政行为无效理由成立，那么，法院裁定不予执行；如果被申请执行人没有提出此类理由，或者无法举证证明行政行为无效情形，[47]法院依据自己对书面材料的审查，发现有符合裁定不予执行之标准的情形，也裁定不予执行；被申请人执行人没有提出或者无法举证证明行政行为无效，法院也未发现有符合裁定不予执行之标准的情形，则裁定执行。由于确定无效行政行为的标准在理论上一般采取“重大、明显说”，所以，这种简易的对抗程序并不会影响效率，也可以避免因行政机关书面材料的局限而可能使无效行政行为得以逃遁，更可以保障行政相对人不受起诉期间限制地向法院表明自己不履行义务（不服从）的正当性。至于何为“重大、明显违法”，需要法院根据具体情形作出灵活的判断；如果前述无效行政行为判断标准之缺位得以弥补，也可在相当程度上使法院有据可循。当然，在申请司法执行程序中法院进行无效性审查，意味着被申请人执行人提出的一般违法理由将得不到支持，这也是被申请人执行人对其未谨慎行使其起诉权利而必须承担的不利后果。综上，公民对无效行政行为的不服从，是在微观政治层面上对重大、明显违法行为的抵制，因而，从法治主义的明确性、可预见性等要求出发，需要进行大量的规则化和制度化努力。最高法院在无效概念之厘清、无效标准之提供（通过概括和列举规定）、单独的确认无效诉讼之设置以及相关制度之安排上，尚需更进一步的发展，从而充分保障公民基于良知和理智判断的不服从权利。

四、正当不服从的实际可能性分析

1. 无效理论赋予了公民在某些情形下直

接抵制行政命令实现的权利，其规则化、制度化无疑将使得这种充分肯定个人之自由、自主的权利获得实定法上的支持。然而，有人可能会问：“面对一个有着国家强制力作为后盾的行政机关，处于弱势地位的我怎么可能不服从呢？如果行政机关采取强制措施，我能直接与之对抗吗？我又如何判断行政行为是无效的？而且，在国家威权主义相当盛行的我国，行政诉讼实践已经昭示其艰难性，又怎么能奢谈这种不服从呢？我的不服从万一在事后得不到并非独立之法院的认可，岂不是要承担更为不利的后果？”这些质问也许要表达一个隐含之意，即无效理论过于理想化，不管其在域外的命运是怎样的，至少在我国大陆的意义微乎其微，没有必要在制度安排上加以运用。确实，怀疑和忧虑交织在一起的这些质问，立足于对我国现实的经验观察，有其可以理解的一面。不过，从法治的发展维度着眼，如果一种制度设计是值得并具有一定可行性的，我们就必须为它的建构迈出第一步，哪怕会遭遇种种阻力，甚至阻力过大而使得这一步走歪了。毕竟，任何制度文明的发展都是在学习、矫正、积累的过程中完成的。由于本文已经阐述了无效理论的重要意义，也展示了其规则化、制度化需要考虑的基本问题，因而，在此讨论公民正当不服从的实际可能性，是基于以下假定：无效理论本身得以相当程度的发展；相应的制度安排也已基本完成；法官可以中立地、合理运用其自由裁量权来评判行政案件中的是非曲直；社会结构开放达到一定程度，其不仅容纳甚而激励不断的变革，而且可以使得相关理念、学说以及司法判例等得到广泛传播、讨论与认同，从而减少“精英思想”成份。2. 虽然如上文所述，公民对无效行政行为的不服从

与西方语境中产生的市民不服从、良心拒绝或者抵抗权，在追求法治目标方面有着同样指向的意义，但是，前者的形态毕竟具有其特殊性：其一，公民之不服从乃针对无效行政行为而作出，故而在理论上和制度上皆获得正当性。由于行政行为涉及行政相对人的权利义务，利益攸关可能会使得有些行政相对人在面对一个合法的行政决定时，产生规避法律制裁的心态，并作出各种形式的不服从行径，这些不服从不是正当的。即便行政决定是违法的，但只要属于一般违法行为，行政相对人亦有先行服从的义务；其二，行政相对人对行政行为不服而在法定期限内诉诸复议或者诉讼救济，也不属于这里所论公民不服从范畴，哪怕其在复议或者诉讼中提出确认无效的主张。不服从主要是指：行政相对人不愿也没有履行行政行为对其施加的义务，并且，作为一个必要的附加判断标准，行政相对人也没有在法定复议或者诉讼期限内求诸于救济程序。因此，如果行政决定既已作出，行政相对人先行履行义务，或者虽没有履行义务但在法定期限内求诸于救济途径，皆非此处所言之不服从；其三，正当不服从在原则上是反对使用暴力的，既不主张利用暴力直接与行政机关对抗，也不主张利用暴力与行政决定所涉第三人发生冲突。当然，这也需要视具体情形而定。[48]例如，若行政公务人员当场命令并强逼公民去从事犯罪行为的，对于这种肯定无效的行政行为，公民可以在不危及生命安全的情况下以适当的暴力摆脱公务人员的强制。

3. 先行服从还是直接不服从的选择问题，主要出现于行政机关作出对公民不利的行政行为场合。由于在不利行政行为的执行权配置方面，法律、法规有两种模式的设置行政自行强制执行和申请司法执行，所

以，公民正当不服从的可能性亦存在差异。（1）法律法规授权行政机关自行强制执行模式下。若行政机关当场作出决定并当场执行的话，一般情况下，行政相对人还是先行服从为宜，因为暴力对抗原则上是被排斥的；在行政机关有执行权但并非当场执行的情形中，行政相对人假如依据良知和理智判断，认定已经作出的行政行为应属无效，则其可以不服从。但是，当行政机关开始其执行措施时，仍然基于非暴力原则，行政相对人应服从执行措施而后诉诸救济途径。[49]简而言之，在常态的、开放的、制度安排较为合理的社会中，我们主张的是一种温和的抵抗权。因此，如果行政机关行使强制性权力，无论其是否滥用，一般都不应该倡导行政相对人以自己微弱的力量或者以社区的传统家族、宗族、群体力量来对抗行政强力。（2）法律法规没有赋予行政机关强制执行权的模式下。当然，在法律上，不存在当场作出当场执行的情况。针对行政机关作出的指定履行期限的决定，行政相对人若认定其无效，可以不服从，既不履行义务也不在复议或者起诉期限内求诸救济机制。法定期限届满之后，行政相对人可以提起单独的确认无效之诉，也可以在行政机关申请司法执行程序中提出行政行为无效主张。法院的确认无效判决或者不予执行裁定，都将是对公民正当不服从的支持。在行政机关作出授益行政行为的场合，由于行政决定的直接相对人是受益人，一般情况下既不存在直接行政相对人不服从这种行为的可能性，也不存在行政机关申请法院执行的可能性。但是，由于授益行政行为可能触及另外的利害关系人之利益，对其形成不利之后果。例如，房产管理部门颁发房产证给甲，而实际使用该房产的乙认为房产所有权属于自己，

拒不把房产移交给甲。[50]若法定行政诉讼期限已过，在甲向法院提起民事诉讼过程中，乙可以向法院主张房产管理部门的行政确认行为无效。根据上文的讨论，法院如果最终认定乙的主张成立，可以不受约束地作出把房产所有权确认给乙的民事判决。乙对房产管理部门决定的不服从行为，也将由此得到司法支持。[51]

4. 正当不服从的实际可能性，不可能在此作穷尽分析，简单描述的目的在于表明，承认公民对无效行政行为不服从的理念是有现实意义的。不过，必须认识到，在行政法领域，无效理论及在此基础上的制度设计只是作为例外的安排而存在，大多数情形之中，行政相对人应当在法定期限内寻求复议或者诉讼救济。因为，这里还存在一个对无效行政行为的判断问题。虽然本文从法治的确定性、可预见性要求出发，主张实定法对什么是无效行政行为予以比较明确的规定，但是，无论立法者或者最高法院司法解释的制定者如何努力，“重大明显违法”这一较为模糊的标准依然将作为概括性规定而出现在文本之中。无效理论把正当不服从的权利赋予行政相对人，同时也就意味着把良知和理智判断的义务给了行政相对人。由于“重大明显违法”标准的模糊性，行政相对人很难确信行政机关或者法院与其有着同样的判断，而如果行政机关或者法院不予认同，行政相对人就可能失去对一般违法行为寻求救济的权利。德国学者就曾指出，“当事人对无效的行政行为不需要采取任何行动；他不用理睬即可。实践中这种作法却带有相当风险，因为无法保证以后所有的行政机关和行政法院也会这样认为。……区分无效与可撤销（简单违法的）行政行为时，必须从法律的稳定性和法律的纯洁性出发，并注意不能过分苛求当事

人自己来反对违法的行政行为。可撤废性构成一般原则，无效只属于例外。” [52] “如果关系人自己认为行政行为无效，须冒一定的风险。行政机关很有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能一无所获。公民在法定期限内要求撤销行政行为，才是明智之举。” [53] 【注释】* 本文初稿完成之后，得益于厦门大学法律系杨利敏女士、北京大学法学院萧瀚先生、何海波先生的批评和建议，亦得益于法学院2001年“五四”学术研讨会和诸位同事的交流，观点有较大修正与完善，特此感谢。不过，文章所有观点，自当由笔者负责。 [1] 我国《民法通则》第128条规定，“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，应当承担适当的民事责任。”我国《刑法》（1997年修正）第20条规定，“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。” [2] 学界更多地运用“不服从”一词，而非上文设问中的“对抗”。细加微察，隐含有消极和积极意义之区分。关于对无效行政行为的正当不服从，参见下文。 [3] 例如，参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社1999年版，第155页、第159-161页。不过，也有

学者否认这种两分法，认为相对人在任何情形下都无对抗的权利。其立论理由包括：（1）公共利益和良好秩序的需要；（2）无效行为与一般违法行为难以客观辨认；（3）相对人即使正确辨认，在事实上也难以抗拒强制性的行政行为；（4）辨认权和抗拒权的享有同时意味着承担责任，而责任之担当会使相对人无所适从。参见叶必丰：“论行政行为的公定力”，《法学研究》1997年第5期，第89-90页。[4]《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”。显然，这里的“无效”与学理上的无效概念并不同一，因为“没有法定依据”、“不遵守法定程序”是两个非常宽泛的违法标准，包容了一般违法情形和重大、明显的瑕疵，外延远远超逾学理所认识的无效行政行为。[5]最为典型地表达无效理论的是《行政处罚法》第49条的规定，即“行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出具财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有权拒绝缴纳罚款”。也许，对此规定最为适当的诠释是：立法者认为，省级财政部门统一制发的罚款收据是罚款这一行政处罚行为必备的形式要件，该要件的欠缺属于明显的瑕疵，行政处罚当事人可以轻易作出判断并选择不服从。该条款虽未明确运用“无效”语辞，但将其视为潜在地内含无效理念，并非虚妄的解释。不过，无效理论毕竟只是在如此限定的场合适用，与学者们的期待有相当之距离。[6]司法解释第57条第2款：有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：（一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；（二）

被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；（三）被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。[7] 司法解释起草人之一、最高人民法院的甘文法官在解释该条款时，也隐含有确认违法判决适用第（一）项、第（二）项的规定，确认无效判决适用第（三）项规定之意。参见甘文：《行政诉讼法司法解释之评论》，中国法制出版社2000年版，第162-165页。

[8] 在制定法和制度实践中肯认行政行为无效理论的国家，一般将其适用范围限于具体的行政行为。应予以注意的是：这些国家制定法或者学者所界定的“行政行为”，几与我国大陆的“具体行政行为”涵义相当。例如，参见[德]毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第181-182页、第186-190页；[日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第79-80页。鉴于我国大陆司法解释的适用范围，本文的讨论亦定位于具体行政行为领域。

[9] 在持“完全公定力”理论而非“有限公定力”理论的学者眼里，这里由“无效行政行为”所给出的对公定力原理的限定，是不存在的。参见叶必丰：前注[3]，第86页、第89-90页。

[10] 参见[日]室井力：《日本现代行政法》，吴微译，中国政法大学出版社1995年版，第94-97页；[日]盐野宏：前注[8]，第101-102页；[台]翁岳生：《法治国家之行政法与司法》，月旦出版社1997年版，第18页；姜明安主编：前注[3]，第155页。

[11] 形式确定力并不当然阻止行政机关自身撤销或者废止其决定。参见[日]盐野宏：前注[8]，第109页；[德]平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学1999年版，第129页。

[12] [印]赛夫：《德国行政法》，周伟译，五南图书出版公司1991年版，第100页。

[13] “法律包括了个

别规范，即：它决定一个人在不重复发生的状态下的行为并从而只对一个特殊场合才有效而且只能被服从和适用一次。这样的规范之所以是‘法律’，就因为它们是整个法律秩序的组成部分。……既然法律按其本性来说是规范，那就没有理由为什么只有一般规范才能被认为是法律。如果从其他方面看，个别规范体现了法律的主要特征，这些规范也必须被承认为法律。”[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第40-41页。许宗力先生在讨论“市民不服从”（civil disobedience）触犯的法涵义时，亦把行政行为理解为具体、个别法律规范，属于广义的法范畴。参见[台]许宗力：“试论民主法治国家的‘市民不服从’”，载于[台]许宗力：《法与国家权力》，月旦出版公司1993年版，第77页。[14] 参见刘星：《西方法学初步》，广东人民出版社1998年版，第4-5页、第228-229页。[15] 关于当代西方法学家对法治要求的阐述，一般地，参见沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版。[16] 日本早期行政法学者美浓部达吉认为，公定力乃国家意思有优越效力使然，参见[日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，商务印书馆1937年版，第112-113页。台湾有学者以为，公定力概念源于美浓部达吉以上基于国家威权的理念，且合法推定也已为多数学者所抛弃，故建议不再使用此概念，而以“存续力”替代。参见[台]吴庚：《行政法之理论与实用》，三民书局1996年版，第321-322页，注104。不过，由于公定力一词虽已普遍为我国大陆学者所接受，但其内蕴的涵义及背后的理念，实尚未完全定型。若能比较合理地建构之，沿用似乎也无大碍。[17] 参见叶必丰，前注[3]，

第88页。[18] 德国、日本、台湾学者称其为法安定性原则。例如，参见[德]毛雷尔：前注[8]，第266页；[日]室井力：前注[10]，第96页；[台]邵曼?：“论公法上之法安定性原则”，载于[台]城仲模主编：《行政法之一般法律原则》，三民书局1997年版，第271-308页。[19] 参见[美]弗里德里希：《超验正义宪政的宗教之维》，周勇等译，生活读书新知三联书店1997年版，第19 - 20页。[20] 参见[美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第351-360页；[英]T. R. S. Allan, *Law, Liberty, and Justice*, (Clarendon Press, Oxford), 1993, pp109-134；[台]陈新民：《德国公法学基础理论》，山东人民出版社2001年版，第603 - 604页。不过，这三个概念的产生背景有所不同，其具体指向的涵义存在较大的差异。根据罗尔斯的界定，市民不服从是一种公开的、非暴力的、既是按照良心的又是政治性的对抗法律的行动，其目的通常是促使法律或政策的改变。其典型事例是马丁路德金领导的民权运动。而与市民不服从不同，良心拒绝不是诉诸多数人正义感的请愿形式，拒绝者可能认为并不存在相互理解的基础，他们无意把不服从作为陈述其主张的方式。他们的不服从并不必然建立在政治原则上，而可能建立在独特的宗教原则或其他原则之上。其典型事例是耶和华见证人教派信徒拒绝向美国国旗敬礼。不过，罗尔斯也承认二者在实际情况中的区分并非明显，并且可能同时存在一种或一组行动之中。参见[美]罗尔斯：同上，第351 - 360页。在德国宪法中加以确认的抵抗权，则是在国家宪法秩序受到公然、严重的侵害，所有正当法律救济渠道（尤其是法院）皆已失灵的情况下，人民维护宪政及人权体制的最后手段。其抵抗的是

不法政权，而市民不服从则是对某些非正义政策及法律的违反，政府本身并非完全无道。德国宪法抵抗权概念自确立以来，尚未有现实事例的对应。参见[台]陈新民：同上，第613 - 618页、第627 - 629页。 [21] 参见[美]Abe Fortas, *Concerning Dissent and Civil Disobedience*, (New York: The New American Library, 1968), p50。 [22] 关于此案，参见[美]彼得伊龙斯：《为权益而战》，上海市政协编译组译，上海译文出版社1997年版，第13 - 36页。 [23] 我们记忆犹新的当属纳粹德国进行种族屠杀和驱逐的法律。二战以后，一些从事纳粹暴行的军官和文官在纽伦堡被判有罪。服从和执行法令并未构成他们免责的理由，因为这些被判刑的人在当时的情况下，都有非常大的选择自由，他们多是罪行的“领导者、组织者、煽动者和共谋者”。参见[美]Abe Fortas, *supra* note 21, at 111-113。 [24] [英]T. R. S. Allan, *supra* note 20, at 117。 [25] 参见[美]Paul F. Power, “ On Civil Disobedience in Recent American Democratic Thought ”, *Political Obligation and Civil Disobedience Readings*, (Michael P. Smith & Kenneth L. Deutsch ed., New York: Thomas Y. Crowell Company, 1972), pp246-269。 [26] *Id.*, at 250。 [27] 对“良知”乃有着一定普遍性的道德法则的理解，受启发于何怀宏先生关于英文、德文、法文中良知一词的词义分析及其关于康德的良心论的介绍。参见何怀宏：《良心论》，上海三联书店1994年版，第3页、第6页。 [28] 例如，《联邦德国行政程序法》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”。相比该条第2款的列举规定，这是一个概括性条款。 [29] 这涉及到对行政法渊源的认识。例如，参见，王名扬：《法国

行政法》，中国政法大学出版社，1989年，第15页，第202-203页。[30]《联邦德国行政程序法》（1997年）第44条第2款第6项规定，违反善良风俗之行政行为必然无效。参见应松年主编：《外国行政程序法汇编》，中国法制出版社1999年版，第180页。[31]在德国，“善良风俗”（gute Sitten）是一个普遍适用于公法与私法领域的概念。虽然其不可能获得统一的定义，但是，可以确定的是：善良风俗就其起源而言并非法律的秩序，而属于道德秩序，只不过法律将其从一般的道德秩序中裁剪下来、烙上法律的印记而已。而且，宪法的基本价值对是否违反善良风俗的判断也有影响。作为一个非常宽泛、模糊的标准，其适用取决于具体的情形。参见[德]迪特尔梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第510-521页。[32]甘文：前注[7]，第167页。[33]在美国，有一个可资借鉴的“成熟原则”。其中，一个行政决定是否“最后决定”，乃法院判断行政程序是否发展到适宜法院进行司法审查的成熟阶段的标准之一。若最后决定尚未形成，诉讼被过早地提起，法院将不予受理。参见王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第642-643页、第647-648页。[34]司法解释如此运用“不成立”概念，可能也与制定法上存在类似问题有关。《行政处罚法》第41条规定：“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不……向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立”。显然，在实践中，行政机关即便未告知处罚事由和依据，或者根本拒绝当事人陈述、申辩，也完全可能作出一纸处罚决定文书。从学理上对“成立”一词的理解来

看，这一行政处罚无疑是成立的。问题在于它是否因成立而具有了公定力，换言之，它是否一种因重大、明显违法而无效的处罚，行政相对人是否可以不服从之。对此，立法者没有给予明确的指示，简单的立法陈述也无法使我们像对待第49条规定那样，作出立法者言外之意是指此类处罚无效的诠释。[35] 参见前注[7]。[37] 参见甘文：前注[7]，第165页。[38] 在日本，确认无效诉讼与撤销诉讼乃相互独立的程序，前者被称为“乘坐定期公共汽车而晚了点的撤销诉讼”，撤销诉讼之中的起诉期间等规则不能援用于确认无效诉讼。另外，在确认无效诉讼和撤销诉讼的关系上，日本的制度安排也有极大的参考价值。参见[日]盐野宏：前注[8]，第396-404页。[39] 德国学者认为诉讼程序上的差别有着首要的意义。“虽然无效性属于实体法范畴，但其根本意义首先表现在程序法方面：公民没有必要在法定期限内要求撤销无效的行政行为，可以忽视”。[德]毛雷尔：前注[8]，第253页。[40] 参见应松年：“从焦作房产案看行政附带民事诉讼”，《法制日报》1998年2月14日；高树德：“并案审理，通盘运作”，《法制日报》1998年3月7日；“一个案件，八份判决从一个案例看行政诉讼与民事诉讼的交叉与协调”，王光辉整理，《中外法学》1998年第2期；葛云松：“在行政诉讼与民事诉讼之间”，载于罗豪才主编：《行政法论丛》（第2卷），法律出版社1999年版，第428-454页。葛云松先生在文章中提出，房产部门登记发证行为是基于形式审查而作出，法院对实体权利归属作出的民事判决，即便与房产部门的登记不同，也不会产生理论上的矛盾。参见，同上，第436-438页、第443-444页。把行政机关在作出特定行政行为时的法定

职责区分为形式审查和实质审查，并在此基础上探讨此类纠纷的处理，其观察力敏锐而富有启示意义。但是，其认为所有行政裁决引起的纠纷皆可通过单纯的民事诉讼予以解决的观点，仍然值得进一步商榷。参见，同上，第451-453页。

[41] 参见[日]室井力，前注[10]，第95-96页。[42] “依无效之行政处分，而赋予权利时，任何人均无尊重其权利之必要，若发生侵害权利诉讼，民事法院亦得以独立之见解，宣告其权利无效。” [台]林纪东：《行政法》，三民书局1994年版，第327页。[43] 在二战之前的德国、日本，依法确定行政决定强制执行力的原则，并没有像现在这样成为共识。当时，法律规定的行政处分权被认为当然地包含命令权与执行权，行政强制执行无需任何制定法之依据。战后，民主宪政和人权保障理念冲击德国、日本的旧法统与保守理论，行政机关的命令权和执行权各自需要法律的明确规定，逐渐为学者与制度所认同。参见[台]城仲模：《行政法之基础理论》，三民书局1994年版，第253-266页。在我国大陆，亦曾经有类似于战前德国、日本传统理论的观点。但是，1989年颁布的《行政诉讼法》（第66条），早已宣告此种观点的破产。[44] 笔者曾经就此向甘文法官问及，其表示否定的意思。[45] 参见甘文：前注[7]，第222 - 223页。[46] 广西壮族自治区高级人民法院在《关于非诉行政执行案件审查工作的若干规定》（征求意见稿）第19条规定，“经审查，具体行政行为合法的，要教育被申请执行人在指定的期限内履行义务”。感谢广西壮族自治区高级人民法院行政庭李轩法官提供此材料。[47] 在日本单独的确认无效诉讼中，由于它是作为撤销诉讼的例外而存在的，所以，证明无效情形的责任原则上由原告承担。参见[

日]盐野宏：前注[8]，第404页。笔者认为，这一举证责任配置原则也可以适用于申请司法执行程序之中。[48]英国上议院曾经在1947年的一个案件中判决，在未取得逮捕令的情况下进行的逮捕，必须告知嫌疑人拘捕的真实理由，才是合法的。如果没有给出真实理由的话，嫌疑人有权运用适当的（最低限度的）暴力来抵制逮捕。参见[英]T. R. S. Allan, *Supra* note 20, p.125. [49]如果行政机关采取执行措施是在法定期限届满之后，行政相对人不履行行政决定所确定的义务已经构成本文所论的不服从，其为了避免暴力冲突而服从的是执行措施。[50]实际事例，参见前注[40]所引案件。[51]在某些情形中，也许并不存在利害关系人的不服从行为，不过，基于无效理论的制度安排可以救济其合法权益。比如，乡政府向某村民颁发建房许可证，批准其占地建房。可是，某公司认为建房所用地已为国家征用，归公司使用。若公司适当阻止村民建房未成，行政诉讼时效也已届满，公司既可以向法院提出单独的确认无效之诉，也可以在请求停止侵权、恢复原状的民事诉讼中主张乡政府的许可证无效。[52][德]平特纳：前注[11]，第137页。[53][德]毛雷尔：前注[8]，第254页。文章出处：北大法律信息网作者简历：沈岷 法学博士，北京大学法学院讲师 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com