

双被告制度的检视与重构

——基于《行政复议法》的修订背景

孙 戈

(华东政法大学 法律学院, 上海 201620)

摘要:双被告制度创设伊始是“解决行政复议现实问题的中药”,实际却“制约行政复议改革”,如此反差值得深思。2020年《中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)》对程序标的和复议决定效力的改变否定了双被告制度,应值此契机进行制度检视。为纠正维持率过高,基于“复议决定可诉”和“一体化理论”构建,双被告制度具有强烈问题导向性,存有降低维持率有限、实践中附带影响大、理论内在冲突等弊病。应取消双被告制度并围绕行政复议新时代功能定位就复议队伍和监督体系进行重构,助力行政复议法治愿景实现。

关键词:双被告制度;立法原意;制度检视;复议制度重构

中图分类号:D922.11 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2021)04-0070-11

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2021.04.009

Inspection and Reconstruction of Double Defendants System

SUN Ge

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: Double defendants system was created initially as “Chinese medicine for solving the practical problems of administrative reconsideration”, which has actually becomes the obstacle for “reform of administrative reconsideration”. The contradictory result deserves our deep reflection. The changes of procedure target and reconsidered determination effect in the new Administrative Reconsideration Law have negated the double defendants system, which should go through the institutional inspection now. The double defendants system was constructed for correction of high “maintenance rate”, and on the basis of “reconsidered determination appealability” and “unified theory”, which is a problem-oriented system, where there are some drawbacks such as limited maintenance rate decreasing, strong collateral influence in the practice and the inner contradiction in the theory. Therefore, the double defendants system should be canceled. The reconsideration team and the supervision system should be reconstructed according to the function orientation in the new era, so as to realize the law-ruled administrative reconsideration.

Key Words: double defendants system; original legislative intention; institutional inspection; reconstruction of reconsideration system

作者简介:孙戈(1998—),男,山东滨州人,硕士研究生,主要从事行政法学研究。

一、问题的提出

司法部2020年11月24日于中国政府法制信息网公布的《中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)》(以下简称“新《行政复议法》”)^①对行政复议制度进行了系统性全面调整。行政复议制度的体系性意味着任何一项新规定必然引发连锁反应,新的规范对包括程序标的变化、行政复议决定的生效、复议机关作共同被告制度(以下简称双被告制度)在内的一系列制度产生系统性影响。新法有关复议决定的规范变化较多,其中第10条和第84条直接关系到双被告制度何去何从,前者是规定当事人对行政复议决定不服应当就原行政行为提起诉讼^②,后者针对行政复议决定的生效不再采取送达生效的方式而是采取“法定起诉期限内未起诉则生效”的规定^③,在程序标的和复议决定的生效上均有变化。二者之间的关系是:程序标的意味着复议决定无法进入司法审查程序,在此基础上当原行政行为进入行政诉讼时复议决定的效力必须予以明确。

就第10条针对的程序标的而言,程序标的是指当事人权利与义务指向的对象,学界通常称为标的物、程序标的或非实质意义上的诉讼标的^[1],可以将其简单地理解为当事人提起行政诉讼的对象。我国1990年的《行政复议条例》及1999年《行政复议法》均规定了当事人有权针对行政复议决定提起行政诉讼^④,此后在2009年及2017年对《行政复议法》进行修订时均

保留了此规定。但新《行政复议法》对此作出了截然不同的规定,这表明立法者对于经过复议的案件在程序标的确定上采纳了原处分主义。简单来讲,原处分主义是指原行政行为之违法仅可在面向该行为的撤销诉讼中主张,而不可在针对复议决定的撤销诉讼中主张;相反,裁决主义则指针对原行政行为不得起诉,仅得针对复议决定起诉^[2]。之所以采取原处分主义,目的是通过改变此类案件的程序标的提升行政复议制度的中立性和公正地位,加强行政复议制度的居中裁决属性,在关于新《行政复议法》的说明中这一点得到了充分体现,其中第二部分修订的指导思想和主要考虑中明确指出:为充分体现行政复议居中化解行政争议的定位,规定申请人对复议决定不服的,应当就原行政行为向法院起诉。

就第84条针对的复议决定的生效而言,建立在当事人仅就原行政行为提起诉讼的前提下随之而来的结果是行政复议决定不再纳入司法审查体系,由此不可避免地带来复议决定在原行政行为进入诉讼程序后其效力处于何种状态的疑问。对此新《行政复议法》第84条明确了复议决定的归宿:在法定起诉期限内如果当事人未提起诉讼,则在复议决定发生效力的同时关闭当事人通过行政诉讼解决行政争议的途径。相反,若是在此期限内起诉,则复议决定不再发生效力的同时关闭了针对行政复议的司法审查路径,这当然意味着复议机关不再成为行政诉讼中的被告。可以说“复议决定效力的变

① 《中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)》第10条规定:公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的,应当就原行政行为向人民法院提起行政诉讼,但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

② 《中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)》第84条规定:行政复议机关作出行政复议决定,应当制作行政复议决定书,并加盖印章。行政复议决定书作出后,法定起诉期限内申请人、第三人未就原行政行为提起行政诉讼的,行政复议决定自法定起诉期限届满之日起生效。

③ 1990年的《行政复议条例》第36条规定:法律、法规规定应当先向行政机关申请复议,对复议不服再向人民法院提起诉讼,申请人对复议机关不予受理的裁决不服的,可以在收到不予受理裁决之日起15日内,向人民法院起诉。法律、法规另有规定的除外。全国人民代表大会常务委员会于1999年制定的《行政复议法》第5条规定:公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的,可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼,但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

动和双被告制度的取消”是程序标的改变的必然结果,但前述规范分析仅能证明相关制度和程序标的之变化是配套吻合的,但程序标的之规范变化导致的双被告制度终止的正当性却未阐明。

尽管复议机关被告资格的认定应当属于行政诉讼法的规范内容,但二者的紧密关系决定了新《行政复议法》无法绕开复议机关的被告资格,且被告资格的认定将对复议决定的效力、行政复议的属性等一系列制度产生系统性影响,因此有必要值此《行政复议法》修订之契机,就双被告制度进行深入分析以更好实现行政复议法治愿景。

二、双被告制度的建构

双被告制度是指复议机关在维持原行政行为后与原行政机关作为行政诉讼中的共同被告,作为一项不合常规且极具中国特色的制度,其设立具有强烈的问题导向性,不具有法理上和制度上的合理性,且对行政复议制度改革产生制约^[3]。立法者究竟基于何种考量设立了此项特殊的制度?制度背后存有哪些深层的考虑?为了回答上述疑问,笔者详细阐述双被告制度的发展历程及其背后的立法原意。

(一)双被告制度的沿革

从空间角度来看,经过行政复议的案件之程序标的在域内外存有较大争议,而通过程序标的来确定被告种类是域内外的通行做法,程序标的之争议也增加了此类案件被告的复杂性。对于经行政复议的行政案件,其程序标的

在德国、我国台湾地区以及其他国家地区均存在原处分主义和裁决主义的争论。以德国为例,其原则上采取原处分主义,在当事人向法院提起诉讼时以“经复议决定所形成之原行政处分”为对象提起诉讼,如果存在“复议决定施加首次不利影响或补充性的负担”的例外情况,则以复议决定为对象提起诉讼,即通常情况下以原行政机关为被告。就我国台湾地区而言:在复议维持决定情况下当事人以原行政机关为被告提起诉讼,在复议决定对原行政行为作出改变的情况下只以复议机关为被告。日本则采用裁决主义,就原行政行为起诉以行政机关为被告,就复议决定起诉以复议机关为被告^[4]。而我国在不同历史阶段规定不同,甚至出现了极具中国特色的双被告制度。

从时间角度分析,自1989年《行政诉讼法》制定伊始至2020年司法部公布《行政复议法》征求意见稿,在不同历史时期我国对此采取了三种不同规定。一是在1989年《行政诉讼法》中我国规定复议维持时应当以原行政机关为被告提起诉讼^①。二是2014年修订后的《行政诉讼法》规定了极具中国特色的双被告制度,即在复议维持情况下以行政机关和复议机关为共同被告,并且在随后2017年修订时仍然采取了双被告制度^②。三是在2020年公布的《行政复议法》修订草案中,在对待程序标的的态度上发生了变化,采取了原处分主义,即就原行政行为向人民法院提起诉讼,复议决定不再进入诉讼程

① 全国人民代表大会于1989年制定的《行政诉讼法》第25条规定:公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。经复议的案件,复议机关决定维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。两个以上行政机关作出同一具体行政行为的,共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为,委托的行政机关是被告。行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。

② 全国人民代表大会常务委员会2014年作出了关于修订《中华人民共和国行政诉讼法》的决定,修订后的《行政诉讼法》第25条规定:经复议的案件,复议机关决定维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。2017年《行政诉讼法》第27条:经复议的案件,复议机关决定维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关和复议机关是共同被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。

序同时意味着对复议机关被告资格的否定。之所以在2014年《行政诉讼法》修订时采取双被告制度,其中既有理论研究的原因,也有实践中的复杂情况。

(二)双被告制度的立法原意

1. 双被告制度是出于对实践问题的回应

2014年《行政诉讼法》修订时确立了双被告制度,而最初在1989年《行政诉讼法》中规定的是“复议维持原行政机关作被告,改变则复议机关作被告”。实务界长期存在这样一种观点:由于依1989年《行政诉讼法》的规定,复议机关基于自身利益考量,出于“减轻应诉负担、避免败诉风险”的考虑频繁且不合理地做出大量复议维持决定。这直接导致了复议制度公正性不够、公信力不高,当事人拒绝行政复议而选择行政诉讼作为争议解决渠道的现象愈发明显,无论是进入行政诉讼受案量还是行政复议后案件

再起诉率持续攀升,这意味着行政复议制度距离“行政争议解决的主渠道”的功能定位越来越远。以2008—2014年为例,从复议维持率(见表1)角度观察,维持率常年保持在60%左右;从复议受案量及行政诉讼受案量(见表2)对比来看,除2014年(2013年数据缺失)外行政诉讼受案量始终多于复议受案量,的确难谓“化解纠纷的主渠道”,毕竟在美、韩、日三国,复议案件远多于诉讼案件,比例大致为24:1,8:1,7:1^[5]。针对复议后的案件再起诉率,由于缺乏相应的数据统计故很难以准确数据的形式呈现出来,但综合学界已有研究成果和实际情况来看,复议后再起诉率居高不下,这也反映了行政复议解决纠纷的不彻底性^①。此外还存在大量案件不经行政复议直接进入一审程序,这固然是当事人诉权自由的体现,但在一定程度上意味着行政复议的不足。

表1 2008—2014年行政复议案件的维持率^[2]

%

年份	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
维持率	61.71	62.22	58.78	59.18	57.66	55.84	59.73

表2 2008—2014年行政复议案件数量及行政诉讼案件数量^[2]

件

年份	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
复议案件	78 002	77 877	93 055	102 815	109 553	缺失	149 222
一审案件	108 398	120 312	129 133	136 353	129 583	缺失	141 880

2. 双被告制度的理论基石是“维持决定的可诉性”和“一体化理论”

就理论研究而言,仅“复议维持会”现象尚不足以为双被告制度提供足够的正当性,因为任何制度的建构其背后必然存在相应的理论,而双被告制度的理论基石包括两个要件,“一是复议维持决定具有可诉性,即复议决定应当纳

入司法审查体系;二是原行政行为与行政复议行为一体化”。首先在可诉性上,根据2017年《行政诉讼法》决定其可诉性的是“复议行为是否对当事人权利义务状态造成影响”^②,尽管许多学者认为复议维持决定并未改变当事人权利义务状态,但就实际效果来看复议维持决定不

① 如梁君瑜在其文章《复议维持“双被告制”之再检讨》中指出2008年、2009年复议后再起诉率为18.66%和19.03%。俞祺在其文章《复议机关作共同被告制度实效考》中计算出2014年复议后再起诉率约为25%。许安标于其文章《行政复议法实施二十周年回顾与展望》中指出2018年复议后再起诉率为34%。

② 全国人民代表大会常务委员会于2017年作出关于修订《中华人民共和国行政诉讼法》的决定,修改后的《行政诉讼法》第2条规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。

能单纯地认为是对原行政行为效力的确认,在实质上是对原行政行为效力的强化和补充,这体现在程序和实体两个方面。在程序上:其一,申请人不得再次向复议机关或复议机关上一级机关申请复议;其二,若属于复议前置情形的,复议维持决定构成了申请人提起行政诉讼的一个特别要件^[6]。在实体上:其一,复议终局情况下意味着当事人权利救济被彻底否定;其二,考虑到在司法易受行政影响背景下复议机关层级的升高,以及复议机关可能对原行政行为的补强^①。维持决定从程序上和实体上都对当事人权利救济再次否定,便符合了可诉性要件。其次,即便符合前一要件也仅说明维持决定可以纳入司法审查体系,但由于复议机关与行政机关不符合诉讼法上共同被告的构成要件,双被告制度仍然缺乏正当性基础,最高人民法院便不得不借助“一体化理论”。所谓“一体化理论”,是指行政复议机关作出维持原行政行为的行政复议决定,意味着上级机关与下级机关对同一行政事项表达的是同一的意思,可以视为原行政行为机关与行政复议机关作出同一行政行为^[7]。由此就满足了必要共同诉讼“同一行为”的要件,如此看来双被告制度的确立似乎具有充分的正当性。

出于纠正“维持会”现象以更好地发挥行政复议的监督功能进而更好地实现对权利人救济的目的,以“可诉性与一体化理论”为理论基石出于倒逼复议机关不再“消极维持”的考量,2014年修订后的《行政诉讼法》规定:在复议维持决定情况下复议机关将和行政机关作共同被

告。简单来讲:立法者认为只有通过双被告制度加大对复议机关的责任要求才能改变其“维持会”之病态。既然双被告制度有如此效用,为何新《行政复议法》又否定了复议机关的被告资格呢?对此有必要就双被告制度的理论内涵及实施后的效果展开分析。

三、双被告制度的检视

前文已述,双被告制度设立的背后有立法者深层的考量,但应当认识到立法原意中对法治愿景的美好向往不等同于双被告制度的科学有效。通过对双被告制度运行的回溯式观察,可发现在“解决行政复议现实问题中药”和“制约行政复议制度改革”之间存有巨大反差,正是这一巨大反差引发了立法者对双被告制度的思考,并最终在新《行政复议法》中否定了这一制度,因此有必要针对制度构建的有效性程度、制度运行的附加性影响、双被告制度内在理论冲突进行阐述。

(一)双被告制度的有效性

自2014年《行政诉讼法》确立双被告制度以来,行政复议维持率的下降、纠错率的上升以及受案数量的增加似乎宣告着双被告制度取得了立竿见影的效果^②。但与此同时,也要充分考虑到一项新改革可能引发的“应激反应”在制度运行的初期可能会造成立竿见影的“假改善”的现象^[8]。

首先从数据来看:第一,数据上的变化并不当然意味着双被告制度的积极效果。例如就复议受案量来看,虽然受案量的确在制度实施后有所增加,但行政诉讼受案量亦大幅增长,甚至

① 最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释第22条规定:《行政诉讼法》第26条第2款规定的“复议机关改变原行政行为”,是指复议机关改变原行政行为的处理结果。复议机关改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的规范依据,但未改变原行政行为处理结果的,视为复议机关维持原行政行为。第135条规定:复议机关作共同被告的案件,复议机关在复议程序中依法收集和补充的证据,可以作为人民法院认定复议决定和原行政行为合法的依据。

② 俞祺在其文章《复议机关作共同被告制度实效考》中指出2014—2016年纠错率由近10%升至17%左右,复议案件量由近12万件升至15万件;曹鑒、冯健在其文章《行政复议“双被告”制度的困境与变革》中指出2014—2017年维持率由59%左右降至50.89%,复议案件量由12万件升至21万件左右。

就二者占比来看复议案件占比下降了,较行政诉讼而言行政复议吸纳案件的作用反而在制度实施后弱化了。同时经行政复议后案件再起诉率的增加以及复议驳回率的增加都从另一个方面表明了双被告制度实施后行政复议的消极变化^①。第二,就复议维持率而言,尽管表面上复议维持率确有下降,且不论在2017年复议维持率出现了“不降反升”的异常现象^②,但是也必须注意此数据可能受多种因素的影响。行政复议权的集中、行政复议委员会的设立、行政复议机关工作人员水平的提高均会导致复议维持率的下降。在全面依法治国的大环境下国家在大力推动法治政府建设,依法行政水平的提高当然意味着复议工作人员法治素养的提升和复议审查强度的增加,这都有助于降低维持率。

其次,双被告制度的内在逻辑意味着此制度无助于维持率的下降和纠错率的提升。因为双被告制度确立后复议机关无论是作出维持决定还是改变决定都将作为被告参加诉讼,但二者的区别在于维持决定下行政机关可以一并参加诉讼。实际上考虑到复议机关的隶属关系、行政机关对案件的参与度和证据的掌握程度,复议机关在法庭上更多扮演的是配角角色,这一点在法律规范上也有所体现^③。站在复议机

关的角度,既然无论如何都要参加诉讼,何不选择更为轻松的方式,出于减轻工作负担和“找帮手”的考虑其更愿意作出复议维持决定。

最后,透过制度表象究其根本,复议机关并非惧怕成为行政诉讼中的被告,其真正担忧的是行政机关的内部考核和绩效,单纯的作被告与否并不能在实质上影响到复议机关及其工作人员,正是“行政绩效考核体系”这一把利剑才使得此制度具有了威慑力和执行力。在中央层面(如自然资源部)和各地方(如福建省)都在双被告制度出台后针对行政应诉工作纳入考核体系出台了相应的文件^④,例如义乌规定凡是因镇街或部门自身过错造成的行政复议败诉案件,相应扣减年终考核分数^[9],不少地方政府复议机关的工作人员都表示因考核感到压力。从实质来说是行政机关的内部监督赋予双被告制度“獠牙”,仅双被告制度自身对行政复议的倒逼监督则是极其有限的。

(二)制度实施的附带性影响

判断一项法律制度是否合理不仅要观其收益,也要看到其成本投入。尽管双被告制度的立法初衷是美好的,且不论复议维持率下降是多种因素综合作用的结果,即便将此归因于双

① 俞祺在其文章《复议机关作共同被告制度实效考》中指出2014—2016年复议案件与诉讼案件比例却由近1:1升至近1:1.5;曹鑒在其文章《行政复议“双被告”制度的困境与变革》中指出在双被告制度实施后安徽省、陕西省、甘肃省、广西壮族自治区驳回率的增幅在12%,3%,3%,2%左右。

② 根据司法部在其官方网站公布的行政复议数据信息统计,2017年全国复议维持率较2016年上升了2.41%,为50.89%。

③ 《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》第135条规定:复议机关决定维持原行政行为的,人民法院应当在审查原行政行为合法性的同时,一并审查复议决定的合法性。作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任,可以由其中一个机关实施举证行为。

④ 《自然资源行政应诉规定》第35条规定:县级以上自然资源主管部门应当将行政应诉工作情况纳入本部门考核内容,考核结果作为评价领导班子、评先表彰、干部使用的重要依据。应诉承办机构负责人和地方自然资源主管部门负责人进行年度述职时,应当报告履行出庭应诉职责情况。《福建省行政应诉办法》第23条规定:县级以上人民政府应当将行政机关负责人及工作人员出庭应诉、司法建议反馈、支持人民法院受理和审理行政案件、执行人民法院生效裁判以及行政应诉能力建设情况等纳入依法行政绩效考核体系。

被告制度,但是使用巨大制度成本换取极低效果收益(甚至如前文所述难言有效)的制度也应当废除,因此必须注意到制度实施过程中对复议机关、当事人及行政复议制度的附带性影响。

1. 复议机关工作成本的增加

不同于部分域外国家专设的行政法院^①,在我国未实行行政复议权集中改革的地方,复议机关就是普通的政府工作机关,在承担复议工作的同时还负责大量日常行政工作。即便是复议权集中改革的地方也仅是在司法局下设立行政复议与应诉处,虽然有了行政复议的专门机关,但这样的机构设置和人员编制显然无法完成繁杂的行政复议工作。

首先,从时间成本看,复议机关在多数情况下需作为被告出庭应诉,即便仅观看行政机关的表现仍旧需要花费大量时间,行政复议机关负责人出庭时时间成本还会增加,因为实践中机关负责人工作繁忙难以抽身应诉,每次应诉法院与复议机关需花费大量时间预先沟通、安排,徒使工作负担加重。复议机关负责人既不可能也无必要参加到每一件案件的办理中,对应诉所涉行政案件的了解程度远不如具体办案人员,除了在形式上满足老百姓“告官见官”的心理需求外,对实质性解决争议并无裨益。

其次,基于便利相对人的考量,《行政诉讼法》在管辖问题上允许其向复议机关或原行政机关所在地择一起诉,交通成本的增加不言自明,在省级政府或国务院工作部门作复议机关的情况下这一点将更加明显。例如重庆市政府

为共同被告的应诉地点包括重庆市的5个中级人民法院、主城9个区以及30多个郊县法院。其中,距离主城较远的县法院有三四百公里^[3],重庆市政府应诉时交通费、差旅费将大幅增加。

再次,与双被告制度配套的其他规定所致隐形成本的增加亦无法忽略。如复议机关应诉时聘请代理人所花费的律师费,而事实上行政机关工作人员及其所聘代理人承担了大部分应诉工作,复议机关代理人所做的更多是在法庭上观察行政机关的表现,程序空转现象明显。

2. 当事人合法权益受损

双被告制度对当事人合法权益的侵害直接表现为原告胜诉难度的增加,2015—2018年诉讼综合纠错率自42%左右下降至37%左右,而在2011—2014年这个指标的平均值是50%左右^②。就理论层面而言,“一体化理论”允许复议机关对行政行为进行“治愈”不仅违反“先取证后裁决”的原则,导致当事人胜诉难度增加,而且也造成庭审过程中举证质证的混乱。“先取证后裁决”原则是指行政行为的作出须建立在充分的事实理由和法律依据之上,若是在行政行为作出后才补充的证据、依据,则不能证明该行为合法^[2]。《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“《行政诉讼法》司法解释”)将不改变原行政行为结果而改变原行政行为的认定事实、证据、适用法律的情况视为维持原行政行为与此原则相悖^③,如此规定既肯定“治愈行为”的合法性,又赋予复议机关“治愈权力”,其本意是促使复议

① 以法国为例,被称为最高行政法院的国家参事员至今仍然是法国行政机关的组成部分,但却专设以解决行政争议。

② 所谓综合纠错率是指行政机关败诉率与原告撤诉率之和,能够更为综合的反映出诉讼的纠错力度。

③ 《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》第22条规定:行政诉讼法第26条第2款规定的“复议机关改变原行政行为”,是指复议机关改变原行政行为的处理结果。复议机关改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的规范依据,但未改变原行政行为处理结果的,视为复议机关维持原行政行为。复议机关确认原行政行为无效,属于改变原行政行为。复议机关确认原行政行为违法,属于改变原行政行为,但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的除外。

机关积极履行监督职责免除其单独成为被告的后顾之忧,事实上却造成因利益往来和隶属关系本就难以居中裁决的复议机关在获得治愈补正权力后进一步“袒护”行政机关,当事人的合法权益受损颇大。此外,《行政诉讼法》司法解释规定,在复议机关作出维持原行政行为的决定时,复议机关和行政机关共同对原行政行为承担举证责任,复议机关独自对复议决定承担举证责任,此规定在前述境况下易造成举证矛盾。行政机关自然想要证明原行政行为事实、证据和法律适用的全面合法,而复议机关则力图证明就某部分进行变更的正当性,两机关之间有关改变部分问题认识不一致很容易造成举证质证上的冲突^[10]。就双被告制度的实践背景来看,在我国司法机关监督地位较低的情况下,行政机关级别的升高必然造成司法机关审查压力与原告胜诉难度的增加。尽管《宪法》《人民法院组织法》等法律规定在人民法院行使审判权不受行政机关、社会团体和个人影响,但当下实际情况使法院无法免受行政机关影响,表现之一就是司法地方化,而行政机关级别越高对司法机关影响力越大。双被告制度下增加了一个行政层级更高、潜在影响力更大的对手,客观上增加了胜诉难度^[11]。

3. 复议机关中立性减弱引发复议制度公正性下降

如果说前两项对各方参与人的附带性影响尚可过制度的调整进行弥补,那么双被告制度对复议制度公正性的影响则是根本性的。复议制度在创设之初就饱受公正性质疑,复议制度不同于行政诉讼,人民法院对原行政行为的监督纠正权力从根本上源自司法权对行政权的监督,而复议机关的对原行政行为的监督纠正权力源自行政机关内部的上下级隶属关系,这种权力来源带有天然的偏向性。尽管学界有人认为复议机关的权力来源和法院是相同的,属于司法权的代行,但它们并不否认客观层面的上下级隶属关系和业务往来对公正性造成影响,这意味着较于行政诉讼我们需要在制度设

计上更为谨慎地保护复议的公正性。而双被告制度显然戕害了复议机关的中立地位,在称谓上“共同被告”具有利益共同体的色彩,在复议过程中复议机关的“治愈行为”需要行政机关协同配合,在诉讼过程中二者共同举证质证,在判决结果上双方又将共同承担败诉责任,可以说“一体化理论”将中立性本就备受质疑的复议机关彻底推向行政机关的阵营,双被告制度所带来的“捆绑”式诉讼进一步强化了复议机关与原机关的共同体关系,二者黏合度进一步增加。如果说,实际工作中要求复议机关工作人员在利益无涉情况下做到公平、公正、依法办事,是需要制度的革新来保证的,具有超脱的地位,那么在利益捆绑和复议机关工作人员角色频繁转换的情况下,要求其一心为公、大公无私地完成复议工作更是较难的,由此所引发的复议制度公正性的下降已经通过双被告制度实施后复议案件相较于诉讼案件比重降低而有所体现。

(三) 双被告制度的理论冲突

梳理双被告制度的立法原意可以发现其逻辑内涵是:为回应实践中的特殊问题而创设了极具中国特色的“双被告倒逼机制”,为论证这一机制的正当性而构建了相应的理论基石——“维持决定的可诉性”和“一体化理论”,而前述理论表象上的合理性、正当性在面临制度运行中的矛盾时难掩其内在的根本冲突。

第一,复议维持决定有无独立价值的内在冲突。一方面,此理论主张复议维持决定具有独立价值,不能单纯地认为是对原行政行为效力的确认,而实质上是对原行政行为效力的强化和补充,具有程序和实体两方面的效果,因对当事人权利和义务状态造成影响而具有可诉性;另一方面,又主张复议维持决定无独立价值,意味着上下级行政机关对同一行政事项的同一意思表示,在“维持决定与原行政行为是同一行为”的基础上复议机关与行政机关作共同被告。在回应“可诉性”与“一体化”时维持决定有无独立价值存有无调和的冲突。

第二,“不改变原行政行为结果的改变”是否属于实质性变更。一方面,“一体化理论”认为在不改变结果的情况下对事实、证据、法律问题的纠正不属于实质性变更,因而准许、鼓励复议维持决定对原行政行为进行治愈并视为复议机关维持了原行政行为。另一方面,又主张复议机关应该为自己的改变行为负责——既要就改变部分的合法性承担举证责任,也要作为共同被告承担败诉风险。既然“不改变结果的改变”不属于实质性变更,理应由原行政机关独立承担责任,为何要求复议机关承担责任呢?在面對“一体化理论”包含的“修正主义”和要求复议机关承担责任时,“不改变原行政行为结果的改变”是否属于实质性变更存有截然相反的答案。正如有的学者所言:“尽管于理不通,但《行政诉讼法》还是回应了‘民粹’的呼吁……创设了一种特殊的共同被告”^[6]。

这是双被告制度的拥护者想要为独具中国特色而缺乏法理基础的双被告制度找到相应的理论支撑,进而错误地借用了德国等大陆法系国家的“一体化理论”,但却并不能为此提供法理基础——“一体化理论”在多数情况下仅以原行政机关为被告。归根结底在这些冲突的背后是对复议机关的功能定位和行政复议制度性质的认识模糊不清。

四、双被告制度取消后行政复议制度重构

值此新《行政复议法》修订之契机,研究双被告制度的去存对优化国家行政救济的大系统、推进国家治理体系现代化具有重要意义。前文借助成本收益分析方法对此制度进行了深入的利弊分析,在使用巨大制度成本换取极低

效果收益的景况下应当全面取消双被告制度。由此不免产生疑问:双被告制度取消后如何构建起行政复议的公正性与公信力?究竟是向着“司法化”的道路迈进还是保留复议诞生伊始“反司法化”的初衷?解决这些问题,应当以“化解纠纷矛盾”为主旨,通过“复议队伍重构”和“监督体系重构”助力行政复议制度的发展。

(一)新时代行政复议以“化解行政纠纷”为主旨,围绕“提升行政复议公正性”展开

讨论行政复议的发展趋向无法规避的便是“司法化”和“反司法化”的争论:“反司法化”意味着行政复议作为行政机关内部自我纠正错误的监督制度应当受到法院的监督审查;而“司法化”则主张复议机关仅对案件居中作出裁决,复议决定也未对当事人的权利义务造成影响,因此复议机关不但不应成为被告,而且也不应受法院审查。在复议制度的“司法化”和“反司法化”之间直接做出选择是极其困难的,这涉及到价值判断问题——“反司法化”的效率便捷前者难以比拟,司法化的严谨公正后者难以实现。但另辟蹊径地从复议制度的功能定位来判断不失为一种办法,而其主导功能并不是一成不变的,而是在不断与时俱进、应实践而发展、回应时代诉求的基础上确定的^[12]。行政复议之初的功能定位是行政机关内部自我纠正错误的一种监督制度,这在1988年《行政复议法(草案)》说明中得到了印证^①,此后相当长的时间内行政复议工作都在此基调下展开;其后行政复议则更多地表述为“解决行政争议主渠道”^②;进入新时代以来“化解行政纠纷”是其首要定位,

① 1998年10月27日在第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上,国务院法制办公室主任杨景宇就《中华人民共和国行政复议法(草案)》进行说明,其在“关于起草行政复议法的指导原则”部分指出,行政复议要体现行政复议作为行政机关内部监督的特点。

② 2011年3月28日,胡锦涛同志在十七届中央政治局第二十七次集体学习时的讲话中明确指出:“要完善行政复议制度,加大复议纠错力度,完善行政应诉制度,充分发挥行政复议作为解决行政争议主渠道的作用。”

这在相关文件中也有所体现^①,在实践反作用于理论的视角下,结合我国一贯重视实践效果的惯例,新时代行政复议制度的构建应当以“化解行政纠纷”为主旨,而决定一项制度公信力、定分止争有效性的首要指标便是公正。由此,为更好地定分止争,复议公正性的价值更为显著,且应优先于其他价值如效率、便捷等,各类规范性法律文件中也多次强调复议制度的公正性、公信力,例如原国土资源部和质检总局涉及行政复议的文件^②。这并非完全摒弃行政复议的效率、便捷优势,也不是彻底颠覆其内部监督功能定位,而是在保证公正、独立的首要前提下借用复议制度独有的内部监督的行政方式解决争议,使行政复议制度实现公平与效率的有机结合,最大限度保护公众的合法权益。具体而言,提升行政复议公正性应当通过“正向引导和逆向倒逼”两个方面展开。

(二) 复议队伍重构

复议队伍重构涉及两个方面:一是专门独立的行政复议机关;二是专业化、职业化的复议工作人员。前者是指将行政复议权集中到专门的行政复议机关,浙江省义乌市设立行政复议局的做法值得借鉴:义乌市行政复议局是全国首个专门设立的行政复议局,承揽绝大部分的行政复议管辖权,金华和义乌两级市的相关部门不再受理行政复议案件^[9]。专门机关相较于个别分散行使行政复议权的各部门,在摆脱上下级隶属关系和日常行政工作往来后能享有更为独立的办案空间,从而提高复议的办案质量和公正性。后者是指对人员编制和财政统一管理后,对复议人员的专业化、职业化建构。可效仿英国行政裁决所、美国行政法官的体制^[13]:

首先,借助独特的人事管理体制和专门的法律规范肯定复议人员工作上的独立性;其次,将各领域专业人才纳入复议队伍,提高复议决定公信力的同时在客观上提升法治水平和行政复议工作能力;再次,要多措并举,通过法治宣传、职业荣誉感塑造以及提升复议人员薪资福利待遇,在主观上注入内在驱动力。

(三) 监督体系重构

复议队伍的重构是对行政复议公正性的正向引导,监督体系重构则是对其施加逆向倒逼。如前所述双被告制度的威慑力的根源是行政机关内部的绩效考核,制度自身对行政复议的倒逼监督是极其有限的,与其“扬汤止沸”式通过双被告制度增加不必要的程序空转,毋宁“釜底抽薪”式规定行政系统的内部考核监督。复议决定不再纳入司法审查体系并不妨碍行政系统内部借助司法监督作为复议机关的考核指标,应当从以下几个角度理解:第一,行政系统的监督不同于外部司法监督,特有的内部性和行政色彩是其优势,直接与复议工作人员绩效、职务变动挂钩的行政系统评价体系倒逼作用更为显著;第二,建立在前述复议队伍专业化、职业化的基础上,借助司法责任制评价体系,综合复议人员年度办案量、纠错率、和解调解率、复议后再起诉率、诉讼败诉率等指标,建立科学的复议人员绩效考评制度^[8];第三,内部性既是优势亦是弊端,为保证独立性,以保障具有行政色彩的内部监督的有效性,应当由复议机关之外的其他行政机关进行监督考核,以构建严格的责任追究体系,例如上级复议机关或其所属的人民政府,使复议不作为、乱作为的工作人员承担相应法律责任。

① 中共中央印发《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》,其中规定要加强行政复议、行政调解、行政裁决工作,发挥行政机关化解纠纷的“分流阀”作用。中央全面依法治国委员会办公室印发《关于开展法治政府建设示范创建活动的意见》中规定:调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等矛盾纠纷多元化解机制有机衔接,绝大多数矛盾纠纷能够通过法定渠道得到解决。

② 原国土资源部在《关于进一步加强国土资源行政复议工作的意见》中指出:行政复议是有效化解行政争议……加强行政复议工作,提高国土资源主管部门的公信力。质检总局办公厅在《关于加强和改进行政应诉及行政复议工作的意见》中指出:增强行政复议制度的公信力,……提高案件办理质量。

五、结语

作为“解决行政复议现实问题中药”被创设,最终被实践证明是“制约行政复议制度改革”的,这其中的巨大反差值得深思。立法回应实践固然有必要,但立法更应着眼全局,通过配套措施的完善和系统性体制改革化解实践中的弊病,断不可“头痛医头脚痛医脚”,值此新《行政复议法》修订契机,应全面取消双被告制度并对行政复议制度进行重构,从而为法治国家、法治政府、法治社会建设注入强大动力。此外,复议和诉讼的紧密关系意味着新《行政复议法》的修订势必对行政诉讼造成影响,且绝不限于双被告制度的去存,即便在双被告问题解决后复议与诉讼二者的衔接仍面临诸多亟待解决的问题,例如复议前置和复议终局范围的争议直接关系到哪些行政复议案件能进入行政诉讼程序,涉及规范性文件审查的复议案件进入诉讼后如何审理、裁判等,这其中既涉及我国的政治体制,也需要考量立法成本和可操作性,对此显然值得我们深入思索。

参考文献:

- [1] 马立群. 行政诉讼标的理论研究:以实体与程序连接为中心[D]. 武汉:武汉大学,2011.
- [2] 梁君瑜. 复议维持“双被告制”之再检讨[J]. 河北法学,2019,37(6):73-84.
- [3] 沈福俊. 复议机关共同被告制度之检视[J]. 法学,2016(6):108-118.
- [4] 曾哲,向瑶琼. 复议机关作共同被告的理论自洽分析:基于程序标的视角[J]. 西部法学评论,2017(2):70-78.
- [5] 金国坤. 行政复议委员会:行政复议困局的突破口[J]. 国家行政学院学报,2009(6):24-29.
- [6] 章剑生. 关于行政复议维持决定情形下共同被告的几个问题[J]. 中国法律评论,2014(4):143-147.
- [7] 梁风云. 行政复议机关作共同被告问题研究:基于立法和司法的考量[J]. 中国政法大学学报,2016(6):122-135.
- [8] 曹鏊,冯健. 行政复议“双被告”制度的困境与变革[J]. 中外法学,2019,31(5):1217-1233.
- [9] 顾春. 义乌市首设行政复议局[EB/OL]. (2016-03-21). <http://www.msweekly.com/show.html?id=60570>.
- [10] 黄杰. 行政诉讼法贯彻意见析解[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1992:51-52.
- [11] 王青斌. 反思行政复议机关作共同被告制度[J]. 政治与法律,2019(7):122-135.
- [12] 徐运凯. 论新时代行政复议的功能定位及其评价体系[J]. 行政法学研究,2019(6):26-36.
- [13] 王振标. 论我国行政复议改革中独立性与专业性的平衡:基于美国行政法官(ALJ)制度的启示[J]. 甘肃政法学院学报,2019(1):146-156.

(责任编辑:李亚平)

(上接第 39 页)

- [4] 李平心. 论生产力与生产关系的相互推动和生产力的相对独立增长:七论生产力性质[J]. 学术月刊,1960(7):56-71.
- [5] 李平心. 论生产力与生产关系的矛盾运动:五论生产力性质[J]. 新建设,1960(6):28.

- [6] 李平心. 关于生产力运动的初步分析[J]. 新建设,1959(10):46-55.
- [7] 孙冶方. 孙冶方全集:第 3 卷[M]. 太原:山西经济出版社,1998.

(责任编辑:李秀荣)