

【行政法学】

# 行政复议法的修改与完善

——以“实质性解决行政争议”为视角

王万华

**【摘要】**“实质性解决行政争议”主要包含两方面内容：行政诉讼程序终结后未再启动新的法律程序；行政实体法律关系经由行政诉讼程序获得实质处理。相较于行政诉讼，行政复议具有更大空间实现“实质性解决行政争议”。经由复议体制改革和复议程序制度改革，行政复议制度的立法定位逐渐由内部监督机制向行政争议解决机制转型，有必要将“实质性解决行政争议”引入行政复议法的修订中。未来的行政复议机构应与政府法制工作机构分离，在行政复议机关之下直接设立专门的行政复议机构，组织形式采用行政复议委员会模式而非行政复议局模式；复议案件审理模式的建构，应强调发挥复议机构的能动性，在引入直接言词原则的基础上采取职权主义；复议决定体系的完善，应建构以变更决定和明确履职内容的履职决定为主的复议决定体系，侧重对行政实体法律关系直接进行调整，与以撤销之诉为核心的行政诉讼形成合理分工。

**【关键词】**行政复议法；实质性解决行政争议；程序终结；实质救济

**【作者简介】**王万华，中国政法大学教授。

**【原文出处】**《法学研究》（京），2019.5.99～117

## 引言

行政复议法自1999年出台迄今已有二十年，其修法安排历经几番变化，终于在2018年列入十三届全国人大常委会立法规划，属于本届人大常委会任期内拟提请审议的第一类法律草案项目。<sup>①</sup>经由国务院法制办公室主导的复议体制改革与复议程序制度改革，行政复议法的立法定位逐渐由内部监督机制向行政争议解决机制转型。2011年，中共中央首次提出“充分发挥行政复议作为解决行政争议主渠道的作用”，<sup>②</sup>这一定位在2014年行政诉讼法修改过程中进一步得到明确。<sup>③</sup>提升行政复议化解行政争议的能力，实现其作为解决行政争议主渠道的功能定位，成为行政复议法修改需要完成的主要任务。

近十余年来，为回应社会转型时期有效化解日益增长的行政纠纷的现实需求，最高人民法院

提出“实质性解决行政争议”这一命题，并通过多种形式展开了积极探索，对个案层面定分止争、宏观层面维护社会稳定发挥了积极作用。行政复议与行政诉讼同为行政争议解决机制，二者既各有特点与优势，也存在很多制度共性。行政诉讼法修改在先，行政审判领域为推动有效化解行政争议作出的制度努力和经验，应当被行政复议法的修改借鉴吸收；同时，亦需要通过行政复议法的修改，进一步理顺行政诉讼与行政复议的关系，建构分工合理的行政救济体系。

梳理文献发现，源自行政审判实践的“实质性解决行政争议”命题尚未引起学界的充分关注，其内涵也尚待进一步挖掘。在有关行政复议法修改与完善的长期研究中，相关探讨多从解决行政争议的视角展开，少有从“实质性解决行政争议”的角度切入。目前，修法在复议体制、复议审理模

式、复议决定类型等重大问题上仍存有争议,相关探讨也尚不充分。例如,复议机构的设置应采行政复议委员会模式还是行政复议局模式,学界仍未形成共识;相较于行政诉讼制度,行政复议到底具备哪些行政优势,这些优势在制度建构中又如何体现,人们的认识也还较为模糊。此外,2018年国务院法制办与司法部合并组建了新的司法部,地方层面的改革陆续到位。机构改革之后,行政复议体制如何调整成为当前急待解决的新问题。有鉴于此,本文首先将对“实质性解决行政争议”的内涵进行解读,其次对行政复议法修改引入“实质性解决行政争议”命题的必要性进行论证,最后在“实质性解决行政争议”的视角下,对行政复议法修改过程中需要解决的问题及其对策方案进行逐一分析和探讨。

### 一、“实质性解决行政争议”的提出及其内涵

“实质性解决行政争议”的命题源自行政审判实践。<sup>④</sup>近十余年来,围绕该命题,最高人民法院通过发布司法解释、出台司法文件、发布指导性案例等多种途径,持续推进行政诉讼领域的制度创新和机制改革。<sup>⑤</sup>山东省高级人民法院、云南省高级人民法院等地方法院亦就如何实现实质化解行政争议展开了研究探索。法院系统的持续努力在2014年修订的行政诉讼法中得以体现,行政诉讼法第1条新增“解决行政争议”的内容,对“实质性解决行政争议”的精神进行了回应。该法实施后,地方法院进一步对“实质性解决行政争议”的具体机制展开探索。如2018年上海市高级人民法院修改完善了《关于进一步完善行政争议实质性解决机制的实施意见》,并成立了行政争议多元调处中心;同年,安徽省高级人民法院也出台了《关于完善行政争议实质性解决机制的意见》。应当说,“实质性解决行政争议”的命题已在实践中积累了不少经验,取得了一定的积极效果。但在学理层面,“实质性解决行政争议”的命题还没有获得充分解读。尤其是,“实质性解决行政争议”中的“实

质性”一词语义模糊,对其内涵的理解直接影响具体机制建构。有必要结合该命题的提出背景,对其内涵进行充分的阐释和挖掘。

#### (一)“实质性解决行政争议”的提出背景

##### 1. 回应“行政诉讼程序空转”问题

“实质性解决行政争议”命题的提出,是对行政审判实践长期面临的“行政诉讼程序空转”问题作出的回应。当前我国正处于社会剧烈转型时期,行政纠纷日益增多,案件涉及的利益关系日益复杂。由于法院对行政案件的审理与裁判以行政行为的合法性审查为中心展开,案件虽已审理终结,原告的实际利益诉求未能得到解决的情形十分常见。这种“案结事未了”的现象,是导致我国行政审判实践长期存在上诉率高、申诉率高、信访率高等问题的主要原因。<sup>⑥</sup>行政诉讼中存在的上诉率高等现象被称为“行政诉讼程序空转”,具体是指行政诉讼程序终结后,行政争议并未得到解决,当事人持续启动、引发后续法律程序。这既包括一审程序结束后启动二审程序、再审程序,也包括法院判决作出之后行政机关再次启动行政执法程序,行政执法程序的再次启动很可能又会引发新一轮行政复议与行政诉讼。<sup>⑦</sup>出现程序空转现象的原因主要有以下两点。

第一,国家权力结构中行政权过强、司法权威不足,在个案层面和制度层面均制约法院作出实质裁判。我国在计划经济体制下形成了行政权过强、司法权威不足的国家权力结构。司法机关的人财物均由行政系统决定,组织体制在很大程度上对法院构成约束,法院在处理个案时难以独立作出实质裁判。在制度层面,尽管我国行政诉讼制度由民事诉讼制度分离而来,<sup>⑧</sup>但其制度建构的目的取向迥异于民事诉讼,更侧重于处理司法权与行政权之间的关系,疏于发挥通过诉讼化解双方当事人权利义务争议的功能。与此种目的取向相应,行政诉讼制度的建构重点被放在如何在司法权对行政权的维护与监督中寻求平衡,避免在

法院与行政机关之间形成过强的对抗关系。这种既要实现“民告官”的制度性突破,又要防止对行政机关权威与效能形成太大挑战的思路,在1989年行政诉讼法第1条关于立法目的的表述中体现得非常明显。该条将行政诉讼的立法目的确定为“维护和监督行政机关依法行使职权”,而“维护”和“监督”之间显然存在矛盾和冲突。立法者一方面希望行政诉讼制度能在公民权利遭到行政行为侵犯时为公民提供救济,另一方面又极力避免在司法与行政之间形成对立关系。此种国家权力结构和制度安排之下,行政诉讼定分止争、为公民提供司法救济的应有功能必然会受到抑制。

第二,行政诉讼主观诉讼启动方式与客观诉讼审理裁判方式之间存在内在紧张关系,难以有效回应行政争议类型多样的实际情况。根据行政诉讼法的规定,公民、法人或者其他组织认为自己的合法权益受到行政行为损害,方能向法院提起行政诉讼。从起诉人的角度看,公民向法院提起行政诉讼的目的是希望法院对其受到损害的合法权益予以救济。然而,诉讼程序启动后,根据行政行为合法性审查原则,法院的主要职能是对行政行为的合法性进行全面审查并作出裁判,或对合法的行政行为予以维持,或对违法的行政行为予以撤销,并不对原告的诉讼请求是否成立、应否支持直接作出裁判。法院在严格适用法律完成对行政行为的合法性审查后,其任务即宣告终结,至于原告的诉求是否真正得到解决,则不构成法院审理和判决的核心内容。基于此,1989年行政诉讼法所建构的行政诉讼制度以撤销之诉为核心内容,这一基本格局在2014年行政诉讼法中仍未得到实质调整。然而,实践中行政案件类型丰富多样,在行政不作为、民行交叉、民生给付、城市房屋拆迁补偿等类型的行政案件中,法院对行政行为展开的合法性审查并没有触及案件的实质争执点,很难真正解决当事人的利益诉求。一些案件中,原告看似赢了官司,问题却没有得到实际解

决,历经一审二审再审,原告手拿胜诉判决,却发现行政法律关系并没有发生根本变化。法律程序空转徒费国家司法资源,浪费当事人的人力物力,不仅无法解决行政争议,还有可能激发当事人对法院的不满,引发新的社会矛盾,在原有争议的基础上叠加当事人与司法系统之间的冲突,使得行政纠纷与涉诉涉法信访交织在一起。面对社会转型时期日益增长的社会矛盾,法院在对行政行为的合法性进行审查的基础上回应原告的实质利益诉求,有效化解社会矛盾,成为司法必须解决的问题。<sup>⑨</sup>

2. 回应形式法治主义向实质法治主义的转型  
“实质性解决行政争议”命题的提出,是对实质法治主义在行政法治领域的新发展作出的回应。形式法治主义向实质法治主义转型,为“实质性解决行政争议”命题提供了理论基础。近年来,实质法治主义受到我国行政法学界较多关注。例如,何海波对形式法治与实质法治展开了系统论述,提出要寻求司法判决的实质合法性;<sup>⑩</sup>张红结合证券执法和解对行政执法和解制度展开了研究;<sup>⑪</sup>江必新分析了形式法治主义向实质法治主义转型的必然性,提出实质法治主义强调纠纷的实质性解决。<sup>⑫</sup>行政诉讼因行政行为引发争议而启动,行政诉讼对于“实质性解决行政争议”的追求源于行政执法理念和制度从形式法治向实质法治的转型。以高权行政行为的规范与制约为对象形成的传统行政法治带有很强的形式法治色彩。根据依法行政原则的要求,行政机关严格遵循法律规定,忠实执行法律,其行为即具备正当性,此即美国行政法学者斯图尔特所描述的“传送带模式”。<sup>⑬</sup>20世纪以来,随着行政权力大力扩张,行政国家出现,严格的形式法治已难以适应复杂的行政实践。一方面,立法机关难以针对复杂的行政管理实践提供明确的法律规范,被迫将大量裁量权授予行政机关,由行政机关根据具体情形在个案中作出具体裁断;另一方面,行政执法事务日

益繁多,而执法资源总是有限的,无论是大陆法系的德国、日本,还是英美法系的美国,均尝试应用行政法和解、行政指导、行政合同等机制弱化行政的高权色彩。为回应日益复杂的行政管理实践,实现对公共事务的有效治理,个案裁量正义、行政效能、行政执法资源有限等一系列关键词成为行政执法必须综合考量的因素,相应地,法律规范之外的诸多因素也进入到行政行为正当性构成体系之中。

总之,生动丰富的社会生活与机械严格的形式法治之间存在紧张关系,使得法官如严格适用法律对行政行为进行合法性审查,将只能在法律规范层面解决行政行为合法性问题,实现的是客观公法秩序,无法触碰到争议的核心内容及原告实体权益的救济。导致行政诉讼程序虽能终结,纠纷却无法实质解决。复杂的社会现实因素对个案审判所应达成的目标提出了新的要求,“化解行政争议是行政诉讼的最终目的。一个诉讼制度如果不能定纷止争,这个制度注定是不能走远的”,“在审理和裁判过程中,要选择最有利于纠纷解决的审理和裁判方式,实质化解行政争议”。<sup>⑭</sup>产生于行政审判实践的“实质性解决行政争议”命题,是对传统上以行政行为合法性审查为核心的行政诉讼制度的反思与调整,是实质法治主义观在行政审判活动中的体现。

## (二)“实质性解决行政争议”的基本内涵

2014年行政诉讼法虽将“解决行政争议”作为新增内容写入立法目的条款,但法条中并未出现“实质性”这一概念。“实质性”的内涵应当如何理解?江必新认为,实质法治主义之下纠纷的实质性解决主要包含三层意思:一是案件已经裁决终结,二是当事人之间的矛盾真正得以解决,三是通过案件的审理,明晰了此类案件的处理界限。<sup>⑮</sup>贾亚强参考了钱弘道、吴亮提出的纠纷解决目的,<sup>⑯</sup>主张行政争议实质性解决包含三层内容,即纠纷解决的妥善性、一次性和迅速性。<sup>⑰</sup>其中,“妥善

性”是对处理案件实体问题所要达到的社会效果的描述,“一次性和迅速性”是对案件在程序上得以终结的效果描述。上述观点尽管能为我们认识“实质性解决行政争议”的内涵带来启发,但“当事人之间的矛盾得到真正解决”“妥善性”“迅速性”等表述仍带有一定模糊性,“实质性”的基本内涵仍有必要进一步挖掘。

以“实质性解决行政争议”命题的产生背景为前提,结合诉讼活动的程序性特点与行政争议的实体性特点,笔者认为,“实质性”理当包含“行政诉讼程序终结后未再启动新的法律程序”和“行政实体法律关系经由行政诉讼程序获得实质处理”两方面内容。其中,行政诉讼程序终结后未再启动新的法律程序,意味着程序获得实质终结;行政实体法律关系经由行政诉讼程序获得实质处理,意味着原告权益获得实质救济。

### 1. 未再启动新的法律程序

诉讼程序为法律程序之一种,争议获得实质性解决首先应体现为程序实质终结,即经由法院对行政争议作出裁判或者主持调解结案后,没有再启动新的法律程序处理案件涉及的实体问题。具体体现在以下两个方面。

第一,行政诉讼程序终结后,未启动更高审级诉讼程序或再次启动诉讼程序。具体包括:(1)一审程序终结后,当事人没有提起上诉,即一审终结后法律程序即告终结,这是最为理想的程序终结情形;(2)一审结束后当事人提起上诉,二审程序终结后,当事人没有申请再审,也没有到法院信访,法律程序终结;(3)当事人申请再审,案件不符合再审启动条件,再审程序没有启动。

第二,行政诉讼程序终结后,未再启动行政执法程序作出行政决定。此种情形主要是指,经由法院审理裁判,行政机关与行政相对人之间在行政法上的权利义务关系得到确定,不需要再行启动行政程序。如法院在司法裁判权范围内,通过变更判决直接变更行政行为、在责令履职判决中

直接明确行政机关履行原告请求的职责等方式直接明确了行政法律关系的内容,则不需要行政机关再行启动行政程序对原告实体权利义务作出处分。

## 2. 行政实体法律关系得到实质处理

行政诉讼本因原告认为自己的合法权益受到行政行为损害而向法院提起,诉讼启动后,法院的审理和裁判活动却转向对行政行为合法性进行审查,忽视了原告与被告之间行政法律关系的形成与调整,由此引发行政诉讼程序空转的问题。要从根本上解决行政诉讼程序空转问题,就应当在诉讼程序中对行政实体法律关系作出处理,保障原告获得实质权益救济。在诸多纠纷解决机制中,诉讼机制被认为是最重要的,原因在于其是实现个人权益救济的最终堡垒、最终屏障。因此“实质性解决行政争议”的核心要求,应体现为经由行政诉讼程序使原告权益获得实质救济。与之相对应,法院审理和裁判重心应由行政行为合法性审查转向行政法律关系的形成与调整。

第一,法院在司法审查权限范围内直接调整行政法律关系,原告合法权益经由行政诉讼获得实质救济。行政争议是行政机关与行政相对人围绕行政法上的权利义务关系而形成的争议,要实现“实质性解决行政争议”,就需要法院的审理裁判活动以当事人双方行政法上的权利义务为中心展开,最终经由法院裁判活动直接调整行政法律关系,具体包括两种情形:(1)直接形成行政法律关系。直接形成行政法律关系主要针对行政机关不履行法定职责的案件。如果行政机关应当履职的事实已经查清,履职内容可以确定,法院应当直接在履职判决中明确行政机关所应履行的法定职责内容,不应仅确认行政机关构成不作为,泛泛责令其在指定期限内履职。<sup>⑧</sup>(2)直接变更行政法律关系。直接变更行政法律关系,是指法院对被诉行政行为已建构的行政法律关系直接进行变更,从而形成新的行政法上的权利义务关系。对于违法

的行政行为,法院在其司法审查权限范围内能够直接变更行政法律关系的,不宜撤销之后发回行政机关重新作出新的行政行为,否则原告很可能因不服新的行政行为再次面临需要提起诉讼的困境。

第二,法院在查明案件事实的基础上综合各种因素形成最终裁判,实现个案实质正义。行政案件的裁判除了具有化解个案争议的功能,还能发挥对客观公法秩序的释明及对行政机关和社会公众未来行为的引导作用。因此,“实质性解决行政争议”并不简单意味着求得原告、被告息诉,而是要由法官在查明案件事实的基础上,综合考虑法律规定、争议形成的历史因素与社会背景、原告的实际状况等诸多因素,选择合适的审理与裁判方式,使争议得到妥善解决,达到定分止争的目的。这主要包括:(1)法律规范本身不完善时,由法官突破实定法的规定适用行政法基本原则,能动实现个案正义。依法行政是行政行为应当遵循的基本原则,但当行政法律规范本身为恶法或者存在立法缺位等问题时,机械遵循依法行政原则反而会对个案当事人的权益造成实际损害,此时需要法官在个案裁判中发挥能动性,弥补实定法存在的问题,为原告提供实质救济。如在田永诉北京科技大学案和刘燕文诉北京大学等案件中,法官均适用了未在实定法中加以规定的正当法律程序原则,不仅实现了个案实质正义,也使原告获得了实质救济。(2)考量行政争议形成的社会因素,通过调解为原告提供实质救助,使争议得到妥善解决,达到定分止争的目的。合法性审查以行政行为是否具备合法要件为基本内容,但很多行政争议的形成根源于复杂的历史因素和社会条件,仅对当下作出的行政行为的合法性进行判断,不足以解决问题。例如,有的“违建”并非当事人故意所为,而是由于规划部门不作为不发证造成;有的“违建”已经存在多年,因城市创卫等原因而被要求拆除,导致居住在“违建”里的当事人面临居

无定所的困难处境。对于这一类行政纠纷,如果仅根据行政行为合法还是违法作出简单处理,不仅容易激化已有社会矛盾,还有可能引发新的矛盾,需要法官综合考量法律规范之外的社会因素,不能简单驳回原告请求,也不宜简单一撤了之。

## 二、“实质性解决行政争议”引入行政复议的契机和理据

“实质性解决行政争议”作为源自行政审判实践的重大命题,关系到行政诉讼制度在目的层面的定位,要求法院在宪法和法律关于司法权与行政权关系的规定框架下,将审理和裁判的重心由行政行为合法性审查转向行政实体法律关系的形成与变更。该命题的提出对行政诉讼制度的影响是全方位的,受案范围、审理程序、审理强度、裁判方式莫不与之密切相关。“实质性解决行政争议”的提出,在行政审判实践的个案层面有利于保障公民、法人或者其他组织的合法权益获得实质救济,在制度层面有利于提升行政诉讼化解矛盾纠纷的能力,实现法律效果与社会效果统一。2014年修订的行政诉讼法已在立法目的中突出强调了“解决行政争议”。行政复议作为“化解行政争议的主渠道”,有必要吸纳这一政策理念,将“实质性解决行政争议”引入行政复议法的修改,重构行政复议体制、复议程序和复议决定制度。具体而言,相关必要性体现在如下几个方面。

### (一)契合行政复议制度的性质

现行行政复议法将行政复议制度的性质定位为内部监督机制,<sup>⑩</sup>学界对于行政复议制度的性质则存在多种认识。关于行政复议制度性质的研究与功能研究交织在一起,不同学说对于复议制度功能的认识不存在绝对分歧,均承认复议制度能够发挥多元功能。以复议制度首要功能为标准,可以将行政复议制度的性质归纳为内部监督说、争议解决功能说、争议解决性质加权利救济功能说三种观点。内部监督说肯定行政复议首先要实现行政机关自我监督、自我纠错的功能,这一功能

与其解决行政纠纷功能是并行不悖、融为一体的。<sup>⑪</sup>争议解决功能说将争议解决作为行政复议制度的首要功能予以认识,主张争议解决、权利救济与内部监督均为复议制度之功能,但争议解决与其他两项功能之间存在层次差异。<sup>⑫</sup>争议解决性质加权利救济功能说在主张争议解决是行政复议制度性质的同时,认为行政复议的主要功能或者首要功能是为公民提供权利救济。此种学说并不否定行政复议的纠错监督功能,但将权利救济作为行政复议制度更主要的功能。<sup>⑬</sup>学界对于行政复议制度性质这一基础性问题的研究,由于与功能研究交织在一起,无法形成清晰的学理认知,直接影响了行政复议制度的建构。<sup>⑭</sup>

性质为事物之本质属性,功能是事物所能发挥的作用。性质具有客观属性,行政复议制度的性质应从复议活动的客观特性出发予以把握,结合复议启动方式和启动缘由,行政复议应当是外部行政争议解决机制,而非行政机关内部监督机制。首先,行政复议的启动实行不告不理原则。如果行政相对人不向复议机关提出复议申请,即使复议机关发现下级机关行政行为违法,也不能依职权启动复议程序,只能通过其他方式进行纠错。因此,复议具有鲜明的外部属性。其次,行政复议的启动缘于行政相对人不服行政机关对其作出的行政行为,并向复议机关提出复议申请,而非复议机关基于监督而启动。争议的出现和有待解决是启动复议程序的直接原因,因此,复议活动就其内容而言应为解决争议的活动。通过解决行政争议,复议发挥了监督行政机关的功能,但复议就其性质而言,并非内部监督机制。将“实质性解决行政争议”引入行政复议法修改,与行政复议制度作为外部性行政争议解决机制的性质相契合,有助于应用争议解决机制原理重构行政复议制度,提升复议制度有效化解社会矛盾的能力。

### (二)契合行政复议改革趋势

针对实践中行政复议案件数量总体偏少、纠

错率总体过低等问题,学界与实务部门对行政复议作为内部监督机制的性质定位进行了深刻反思。<sup>④</sup>为破解复议制度面临的困境,行政复议制度改革开始提上日程。改革首先对行政复议制度作为行政机关内部监督机制这一定位进行调整。2006年,中办与国办联合发布《关于预防和化解行政争议健全行政争议解决机制的意见》,其中明确提出:“行政复议是引导各个利益主体以合法、理性方式表达利益诉求的重要途径,行政复议作用发挥得好坏,直接关系到行政争议能否在法治轨道中得到妥善解决,要引导、鼓励当事人通过行政复议渠道解决行政争议。”之后,国务院法制办通过复议程序改革与复议体制改革将行政复议制度内部监督机制的定位逐渐调整为行政争议解决机制。因而,将“实质性解决行政争议”的政策理念引入当前行政复议法的修改,契合了十余年来行政复议改革的实际情况。

在程序改革方面,国务院2007年制定了行政复议法实施条例(以下简称“复议法实施条例”),第1条即明确规定,制定条例的目的是“为了进一步发挥行政复议制度在解决行政争议、建设法治政府、构建社会主义和谐社会中的作用”。“复议法实施条例”对行政复议法关于复议制度的定位进行了调整,除在理念层面强调要发挥行政复议制度解决行政争议的作用,也通过具体的制度建构重点对行政复议程序进行了细化和完善,一方面使得复议程序更加具备可操作性,并尽可能与内部办案程序相区分,另一方面也提升了复议程序的公正性。例如,“复议法实施条例”突破复议以书面审为原则的规定,将言词原则引入部分复议案件审理中,规定对于重大、复杂的案件,申请人提出要求或者行政复议机构认为必要时,可以采取听证的方式审理,为申请人参与复议程序作出了制度安排。

在体制改革方面,国务院法制办于2008年9月下发《国务院法制办公室关于在部分省、直辖市

开展行政复议委员会试点工作的通知》(以下简称“2008年复议委试点通知”),在北京、黑龙江、江苏、山东、河南、广东、海南和贵州8个省、直辖市开展以相对集中复议权和设置行政复议委员会为内容的试点工作。通知中明确指出,建立试点的目的是“提高行政复议解决行政争议的质量和效率,增强行政复议制度的公信力,充分发挥行政复议制度在解决行政争议、建设法治政府、构建社会主义和谐社会中的重要作用”。在这一指导思想之下,行政复议委员会试点开展的基本思路是,引入行政机关体制外的高校教师、律师、社会人士组成行政复议委员会,参与案件的审理工作,以增强复议机关的中立性,有利于更为客观、公正地审理复议案件,从而提高行政复议解决行政争议的质量和效率,增强行政复议制度的公信力。

### (三)行政复议存在更为突出的程序空转问题

在行政复议法制定之初,由于立法者极力强调其作为内部监督机制的性质定位,行政复议不得与行政诉讼制度保持距离,制度运行带有极其浓厚的内部行政色彩。尽管复议机关能够同时对行政行为的合法性与合理性进行审查,但从复议实践来看,复议机关以具体行政行为合法性审查为核心内容,既不关注也不回应申请人的利益诉求,这使得行政复议中的程序空转问题较行政诉讼更为突出。“维持会”的名称正是由此而来。例如,2018年全国行政复议案件审结情况为:维持决定占50.8%,驳回决定占12.06%,撤销决定占9.91%,确认违法决定占3.03%,变更决定占0.21%,责令履行决定占1.96%,调解结案比例为10.05%。<sup>⑤</sup>维持决定与驳回决定共占62.86%,变更决定、责令履行决定共占2.17%。变更决定能够直接改变行政法律关系,不需要行政机关重新启动行政程序再次作出决定,可以直接回应申请人的诉求,但是变更决定的适用比例一直非常低。据统计,2018年行政复议中的变更决定比例仅为0.21%,2017年为0.24%,2016年为0.3%,

2015年为0.33%,2014年为0.45%。<sup>⑳</sup>

与行政诉讼相比较,行政复议程序空转带来的问题更为复杂。行政复议程序空转不仅不能化解原行政争议,还会在原争议的基础上增加新的行政争议。行政复议并非解决行政争议的终局程序,公民、法人和其他组织不服行政复议决定的,可以向人民法院就原行政行为 and 复议决定提起行政诉讼,且除须在法定期限内提出申请外,相对人起诉并不需要具备任何实质条件。这一状况表明,如果行政复议不能发挥其专业、便捷、高效化解纠纷的优势,从而有效化解行政争议,其不仅无法实现与行政诉讼的合理分工,本身还将成为新的争议产生渠道,加剧国家纠纷化解资源的浪费。将“实质性解决行政争议”作为行政复议法的修改目标,提升行政复议化解行政争议的能力,从解决复议程序空转问题的角度看,也是大有必要。

(四)对应行政复议作为解决行政争议主渠道的功能定位

面对社会转型时期行政争议数量不断增长上升的实际情况,基于行政复议相较于行政诉讼所具有专业性强、程序简便、高效快捷、行政机关资源配置能力更强等优势,2011年,中央将行政复议确定为“化解行政争议的主渠道”。在2014年修订行政诉讼法的过程中,立法机关进一步对这一定位予以明确,提出“在定位上,应当把行政争议解决的主战场放在行政复议上”。<sup>㉑</sup>如行政诉讼法规定复议机关作共同被告制度的重要理由之一,正是基于这一定位,意在通过这一制度倒逼行政复议实质解决行政争议。<sup>㉒</sup>

将行政复议作为化解行政争议主渠道,是对行政复议与行政诉讼在行政案件处理上作出的分工,回应了日益增长的行政案件数量与司法资源配置不足、诉讼制度争议解决效率不高之间的紧张关系。这一定位的目的是希望发挥行政复议的优势,将更多行政纠纷化解在行政复议程序中,为司法系统减轻案件负担,集中有限的司法资源重

点解决对保障公民权利和推动依法行政有重大意义的案件。目前行政纠纷化解实践中的“大信访、中诉讼、小复议”格局,与行政复议作为化解行政争议主渠道的定位不相对称。要实现多数行政纠纷能够通过行政复议机制解决的目标,就需要提升行政复议实质化解行政争议的能力,让行政争议在行政复议阶段实现定分止争。

(五)行政复议在“实质性解决行政争议”方面更具优势

“实质性解决行政争议”要求纠纷裁决机关对行政实体法律关系进行调整,以保障公民、法人或者其他组织的合法权益获得实质救济,但法院在实现这一目标的过程中经常受限于司法权与行政权的分工关系。基于复议机关与行政行为作出机关之间领导与被领导关系的组织属性,源自行政审判实践的“实质性解决行政争议”在行政复议中获得实现的空间更大。日本学者本多滝夫认为,这是行政不服审查制度较之行政诉讼制度的优势之一。<sup>㉓</sup>

首先,复议机关是行政行为作出机关的上级行政机关,具备对事实问题进行判断的行政管理经验与专业优势。<sup>㉔</sup>专业优势是复议相较于行政诉讼具有的特别优势。现代行政管理涉及的领域广、事务复杂,很多管理领域带有极强的专业性,如环境保护、专利确权、安全生产、食品安全监管、危险物品管制等等。法官在对事实问题进行判断时,专业知识可能存在不足,而复议机关作为行政机关,熟悉行政管理,对案件涉及的专业性问题有更强的判断能力。

其次,复议机关与行政行为作出机关之间是领导与被领导的关系,相比法院,具有更大空间对行政争议涉及的实体问题作出实体裁判。法院司法审查的强度和深度均需在宪法、行政诉讼法及司法解释所设定的关于司法权与行政权关系的框架内展开。根据现行行政诉讼法的规定,法院只能审查行政行为合法性和裁量权行使是否存在明

显不当。在作为类行政案件中,法院仅在有限范围内适用变更判决;在不作为类案件中,对尚需行政机关进行调查或者裁量的,法院只能判决被告针对原告的请求重新作出处理。而复议机关与行政行为作出机关之间是领导与被领导的关系,具有更大空间对行政法律关系直接进行调整。复议机关既能够审查行政行为的合法性,也可以审查行政行为的合理性;在复议决定权方面,行政复议法与“复议法实施条例”关于变更决定适用情形的规定,较之法院的变更判决要宽泛得多,如行政行为认定事实不清、证据不足,经行政复议机关审理查明,认为事实清楚、证据确凿的,复议机关可以直接变更行政行为,不需要再行启动行政程序重新作出决定。而同样情形之下,法院只能作出撤销判决并责令行政机关重新作出行政行为,不能直接作出变更判决。

最后,行政机关有更多资源可供调配,能够更好地回应当事人的合理利益诉求,更有条件化解基于历史原因形成的行政争议。行政争议的类型多样、成因驳杂,有些争议背后有着复杂的经济、社会因素,仅对被诉行政行为合法与否作出裁判,无助于争议的实质性解决。复议机关作为行政机关,特别是政府作为复议机关,较之法院有更多行政资源可以调配,更有条件通过调解给予相对人一定的救助或者帮助其解决具体困难,进而妥善化解社会矛盾。

### 三、“实质性解决行政争议”与行政复议机构重构

行政复议体制改革是行政复议法修改的核心问题,围绕相对集中复议权和行政复议委员会试点,学界对复议体制改革展开了持续而深入的讨论。目前,学界与实务部门对将复议权由部门集中至一级政府统一行使已基本达成共识,但在行政复议机构如何设置这一重大问题上仍然存在较大的争议。2015年9月,浙江省义乌市成立了义乌市行政复议局,意味着出现了不同于行政复议

委员会的另一种复议机构组织形式。复议机构的设置采行政复议委员会模式还是行政复议局模式,目前尚存很大争议。2018年,国务院法制办与司法部合并重新组建司法部,机构改革之后,行政复议机构如何设置面临新的问题。行政复议机构具体办理行政复议事项、拟订行政复议决定,其设置应当与行政复议制度的性质相匹配。现行复议机构设置与复议制度作为内部监督机制的性质定位密切相关,如将实质性化解行政争议引入修法,行政复议机构设置的基础将发生重大变化,行政复议机构宜作出如下重大调整。

#### (一)行政复议机关之下直接设立专门行政复议机构

复议机构设在复议机关法制工作机构之下与行政复议作为内部监督机制的制度定位密切相关。如果以实质性化解行政争议为目标建构行政复议体制,这一组织安排的基础将发生变化,即不需要再考虑与行政执法监督等其他内部监督机制在组织上进行统筹安排。将复议权集中由政府行使后,在复议机构设置上可考虑将复议机构与法制工作机构相分离,在行政复议机关之下直接设立专门的行政复议机构。具体而言,此种修法方案的提出主要有两点考虑。

第一,有利于保障复议机构专职办案,更好实现实质性解决行政争议。复议机构设在复议机关法制工作机构之下,复议工作人员难以专职办理复议案件,直接影响复议案件办理质量。当前的实际工作中,复议机构作为政府法制工作机构的内设机构,承担了大量办理复议案件以外的其他政府法制事务,如果将其直接设在复议机关之下,则无须承担复议案件办理之外的其他政府法制事务,有助于其专职办理行政复议案件。要实现复议机构专职办案,从组织上将复议机构同政府法制机构相分离,无疑是最佳选择。

第二,更契合机构改革以后复议工作面临的实际情况。司法行政部门与政府法制工作机构重

组之后,复议职能进入新成立的司法行政部门,<sup>③</sup>将复议机构直接设在复议机关之下,能够解决政府法制工作机构由政府内设工作机构转变为部门内设机构之后复议体制面临的一系列新问题:(1)能够解决复议人员编制不足的问题。行政复议权集中由政府行使后,政府审理的复议案件数量会因案件集中审理而有很大增长,机构重组之后,无论是司法部的行政复议与应诉局,还是地方司法局设置的复议处室,其编制是相对固定的,不可能在行政层级不变的情况下按照案件审理需要配备足额复议工作人员。(2)解决来自科层制行政组织体制的障碍。修法如能将行政复议权集中由政府行使,县级、市级、省级政府、国务院将成为行政复议机关。复议机构为复议案件的承办机构,在法制办作为政府下设法制工作机构时,由其作为复议机构在组织上不存在障碍。但是,机构重组后,政府法制工作机构不再是政府下设机构,而是部门的内设机构,针对其他部门提起的复议案件由与该部门平级的另一部门内设机构进行审理,不符合行政组织的科层制的基本架构,对于复议机构开展工作非常不利。如果各级政府之下直接设置行政复议机构,则能够有效避免这一问题。(3)司法行政部门作为行政机关也在作出行政行为,如司法局对律师作出的行政处罚决定。行政相对人向政府申请行政复议,案件由司法行政部门内设的复议机构进行审理,尽管最终复议决定以复议机关名义作出,但复议案件的受理、审理、初步意见均由复议机构提出,其公正性很难得到相对人和社会的认同。(4)如果复议机构保留在司法行政部门内部,从其提出初步意见、拟定初步决定到政府分管领导确定作出复议决定,中间涉及的层级较多,不利于体现行政复议高效率解决争议的特点。

此外,设置专门的复议机构也有利于复议工作人员的专业化建设。复议工作人员专业性不足、留不住人,是目前复议工作中普遍面临的问

题,而人员不稳定、人员不专业均直接影响复议案件的办理质量。在行政复议机关之下直接设置专门的复议机构,能够为复议工作人员的专业化建设提供良好的环境条件。

(二)行政复议机构组织形式宜选择行政复议委员会

“2008年复议委试点通知”启用了行政复议委员会机制,其基本思路是在保持行政复议行政性的同时引入外部人员弥补其中立性先天不足的缺陷,增强复议的公正性。但是,外部人员的遴选、外部人员与行政内部人员的关系、外部人员能否充分履职等问题都会影响这一机制的实际效果,这是行政复议委员会机制的不利之处。部分学者对行政复议委员会机制提出过反思与批判,如黄学贤认为复议体制改革存在五点问题需要冷思考:行政复议委员会试点工作法律依据不足;全部集中模式与部分集中模式都与现行复议机构设置冲突;行政复议委员会模式与现行复议申请人选择管辖模式冲突;行政复议委员会的具体运行程序不规范;行政复议委员会与行政诉讼的衔接不协调。<sup>④</sup>

义乌市出现的行政复议局是思路迥异于行政复议委员会的另一种路径,即在专业化建设目标下,在行政机关内部着力打造专职复议队伍。行政复议局模式的核心内容是“让专业人员办专业事情”,其组成人员全部来自行政机关内部,正好能避免行政复议委员会面临的一系列问题。但是,也正是由于行政复议局成员全部来自行政机关,尽管有核定行政编制和给予单独财政列支等条件集中保障其独立办案,也难以完全打消申请人对于复议“官官相护”的顾虑,对解决裁决者中立性先天不足的问题作用有限,这是行政复议局机制的不利之处。

行政复议委员会与行政复议局两种模式如何选择?这一问题的实质是在强化专业性与增强裁决者中立性二者之间应如何选择。裁决者中立是

现代争议解决机制的核心要求,行政复议委员会引入独立于行政机关的外部力量,有助于消除申请人和公众对复议“官官相护”的感受,有助于复议满足裁决者中立性的要求,选择行政复议委员会机制更有利于塑造公正的行政复议制度。从地方行政复议委员会的实施成效来看,我们可以形成一个基本判断,“行政复议委员会实体化程度越高,承担职责越多的地方,行政复议工作的变化就越大;反之,行政复议工作的变化就越小”。<sup>④</sup>行政复议委员会这一组织形式有助于弥补行政复议作为行政内部救济机制所具有的公正性不足的天然缺陷。对于这一点,分析韩国行政复议委员会的发展历程亦可以捕捉到。在韩国,随着行政审判对国民权利的救济功能不断强化,行政审判案件数量不断上升,行政复议委员会由最初设在行政复议机关内的复议机构,逐步替代行政复议机关,以自己的名义直接作出决定。在行政复议委员会机制中注入外部因素,无疑更能打消申请人的顾虑,增强行政复议制度的公正性基础,提升复议公信力,使得公众愿意选择复议渠道解决行政纠纷,并认同行政复议决定。因此,在行政复议机构的组织形式上,相对独立的行政复议委员会机制较之专业性更强的行政复议局机制,更有利于复议机关实质化解公民与行政机关之间的行政争议。

#### 四、“实质性解决行政争议”与行政复议审理模式变革

与行政复议作为内部监督机制的定位相对应,当前的行政复议程序制度呈现出极强的反司法化色彩,<sup>⑤</sup>表现为行政复议的审理采单方书面审查模式,即由复议机构单方对被申请人提交的证据材料和法律依据进行书面审查,“复议法实施条例”仅在有限的情形中引入听证。对于引入正当程序要素对行政复议程序进行非完全司法化改造,学界已经作了比较充分的探讨。<sup>⑥</sup>关于复议程序行政性色彩的制度建构,则主要在实现复议效率的视角下展开讨论。<sup>⑦</sup>实际上,较之行政诉讼,

高效并非行政复议的最大优势,因为这一目标通过简化诉讼程序流程、缩短时限等手段亦可实现。行政复议的最大优势在于,复议机构具有主动、全面查明案件事实的层级优势和专业优势,可为直接调整行政实体法律关系创造条件。因此,将“实质性解决行政争议”引入修法后,复议审理模式需要围绕全面查明案件事实这一需求进行变革。

##### (一)现行模式难以实质化解行政争议

单方书面审查模式之下,复议过程欠缺争议双方对质,被申请人提交的证据材料对复议机构影响过大,难以实质化解行政争议。主要理由有四点:(1)复议机构以审查被申请人提供的证据材料为主,不利于全面查明案件事实。由于承担大量非复议案件办理事务,复议工作人员欠缺充足的时间对案件事实进行调查,高度依赖被申请人提供的材料。而在复议工作人员对材料进行书面审查的过程中,申请人并没有机会针对被申请人提交的证据材料和法律依据提出自己的不同意见。被申请人实质上是在单方影响复议工作人员对案件事实认定和法律适用作出判断。(2)不利于复议机关准确把握案件的实质争议点。案件争议点通常要通过当事人双方口头陈述、争辩,才能清晰呈现在纠纷裁决者面前,但在复议案件审理过程中,申请人与被申请人没有机会对质,双方诉求与意见得不到交锋。复议工作人员容易忽略申请人的实质诉求,不利于争议的实质性解决。(3)不利于复议程序终结争议。申请人缺乏参与案件审理的机会,对不利于自己的复议决定缺乏认同,通常会选择复议之后向法院提起行政诉讼,因此,复议程序很难实质性地终结行政争议。此外,由于申请人难以有效参与到复议案件审理中来,没有聘请律师参与复议的需求,而律师参与对于提升复议案件办理质量和办理效率均有帮助。(4)复议案件的审理过程不向社会公开,缺乏外部监督。单方书面审查模式之下,复议工作人员的案件审

理活动欠缺来自社会的外部监督,加之行政复议决定文书不上网公开,复议工作人员缺乏提升复议案件审理质量的压力和动力,复议案件办理的实际效果与质量也便难以得到保障。

## (二)引入直接言词原则的必要性

单方书面审查模式尽管能够提高行政复议机构在时间意义上的办案效率,却弱化了复议的公正基础,无法实质终结行政争议,反而加大了纠纷解决的成本。针对单方书面审查存在的一系列问题,域外也在进行制度调整。例如,日本在2014年修改《行政不服审查法》时,扩充了申请人的权利,规定审理员原则上必须赋予申请人口头陈述意见的机会,这就改变了原本的书面审理原则,使得申请人在口头陈述意见时有机会对作出行政决定的行政机关提出质问。<sup>④</sup>法国近年来也在积极改进行政复议程序,引入了旨在加强程序透明度和双方言辞对抗的机制,以确保争议各方在控辩手段上的平等。

在书面审原则基础上形成的单方书面审查模式与现行分散的、欠缺专门复议机构的行政复议体制密切相关。未来修法如果将行政复议权集中至一级政府行使,同时在行政复议机关内设置专门的复议机构,便能为复议审理模式的再造提供基础。直接言词原则要求争议双方与裁决者同时在场,以口头方式就案件事实问题、法律问题陈述己方观点、反驳对方意见,裁决者在同时听取双方意见的基础上把握案件的实质争议点,进而作出裁断。直接言词原则是纠纷解决应当遵循的基本原则,行政复议的高效便捷特点应体现在弱化双方对抗程度、简化流程等方面,而非取消直接言词原则。

在行政复议法修订中全面引入直接言词原则已有很好的实践基础。部门立法和地方立法先期开启了将听证制度引入行政复议的探索,<sup>⑤</sup>“复议法实施条例”也在部分案件审理中引入了复议听证制度。还有部分地方的改革实践已十分深入,

例如广东省2015年开展的复议程序改革,不仅引入了复议听证制度,还对复议案件审理程序进行了高度司法化改革,对重大、复杂或者事实争议较大的案件采用开庭审理的方式审理,使得争议双方在庭审过程中能够对案件争议点、事实问题、法律适用等展开质证和辩论。

## (三)转向职权主义审理模式的必要性

如前所述,复议较之行政诉讼最突出的优势在于,复议机关具备全面查明案件事实的层级优势与专业优势。在实质化解行政争议的目标下,应充分发挥复议机关的这一优势,赋予复议机构充分的调查权,通过复议机构积极行使调查权、主导复议案件庭审过程,全面查明案件事实。具体而言,为实质解决行政争议,转向职权主义复议审理模式的必要性体现在以下几个方面。

第一,行政复议的行为性质为行政活动,行政性是其基本属性,采职权主义体现了复议行为的行政特性,能够避免再次启动行政执法程序。行政复议行为的内容虽体现为裁决争议,但其行为性质为行政行为,将源起于司法领域的“实质性解决行政争议”引入行政复议法,是基于行政复议与行政诉讼同为争议解决机制的制度性质而引入的修法目标,要围绕这一目标构建具体制度,还需要兼顾考虑行政行为的特性,以同行政诉讼制度有所区别。<sup>⑥</sup>行政复议属于由行政权主导的争议纠纷解决机制,复议机构在审理案件之时,应当较法院更为积极主动。在被申请人未能尽到举证责任时,不能简单因为事实不清将行政行为一撤了之,而应主动采取必要调查措施查明案件事实,避免再次启动行政执法程序,实现争议的实质终结。奥地利、瑞士、西班牙、葡萄牙、瑞典、挪威、希腊等国家在行政程序法中规定了行政复议制度,均要求复议机关依职权查明案件事实,如挪威行政程序法第33条第5款规定:“复议机关应当确保决定作出前尽可能彻底查清案件。复议机关可以要求作决定机关展开进一步调查。”

第二,复议机构积极行使调查权、依职权主导开庭审理有利于保障申请人合法权益获得实质救济。“实质性解决行政争议”的内涵之一,是保障公民合法权益获得实质救济,而基于申请人与被申请人在行政实体法律关系中的地位,进入复议程序后,申请人的举证能力较之被申请人要弱。如采当事人主义,形式上看似公平,但由于双方的举证能力在事实上并不对等,容易形成实质上的不公平结果。复议机构积极主动行使调查权、依职权主导庭审过程,有助于弥补申请人在举证能力上的不足,也有利于复议机构全面查清案件事实,保障申请人合法权益获得实质救济。

第三,有利于发挥复议机关的组织优势与专业优势。基于宪法关于地方各级人民政府与其工作部门、上级人民政府与下级人民政府之间关系的规定,复议机关在实质化解行政争议这一目标的实现上,具有法院所没有的组织优势与专业优势。未来行政复议法的修改若采取职权主义赋予复议机构充分的调查权,赋予复议机构主导庭审过程的职权,将有助于发挥复议机关的组织优势与专业优势,使其通过全面查明案件事实,对行政实体法律关系进行处理,进而实质化解行政争议。这一点,在“复议法实施条例”第47条关于变更决定适用情形的规定中已有体现,如出现“具体行政行为认定事实不清,证据不足,但是经行政复议机关审理查明事实清楚,证据确凿的”,复议机关有权作出变更决定。从决定类型反观,复议机构在审理案件时,必须行使较之法院更多的证据调查权、庭审主导权限,方能积极主动查明案件事实,作出实质决定。

## 五、“实质性解决行政争议”与行政复议决定体系调整

复议决定体系是目前有关行政复议法修改的讨论中相对薄弱的领域,已有研究侧重探讨的是复议决定种类及适用条件。<sup>④</sup>现行复议决定体系与内部监督机制性质相对应,加之深受1989年行

政诉讼法影响,以撤销决定为其主要决定类型,侧重形成和维护客观公法秩序,故难以实质终结行政争议。修法若将“实质性解决行政争议”作为指导思想,以撤销决定为中心建构的复议决定体系必须作出相应调整。基于复议机关与行为机关之间的上下级领导关系,以解决行政争议为目的建构行政复议决定制度不存在行政诉讼判决重构所要面临的阻碍,复议机关与行为机关之间的组织关系也为复议实质解决争议奠定了组织法基础。

### (一)以变更决定和履职决定为主

复议决定是复议机关对案件相关争议作出的实体处理。行政复议体制改革如果能将行政复议权集中由政府行使,宪法关于政府与其所属部门、上级人民政府与下级人民政府关系的规定,便能为复议决定积极回应申请人的主观利益诉求奠定基础。宪法第108条规定:县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。变更决定直接改变行政法律关系的内容,不需要行政机关再启动行政程序作出行政行为,相较于撤销重作决定,能够更加直接地实现对公民的权利救济。履职决定在确认行政机关构成不作为的基础上对其直接课予作为义务,也不需要行政机关再行启动行政程序作出行政行为。因此,复议审理模式改革如能采取职权主义模式,由复议机关依职权全面查明案件事实,复议决定体系由以撤销决定为主转向以能直接为公民提供实质救济的变更决定和履职决定为主,便是妥恰之举。

### (二)单独规定变更决定,扩大变更决定适用情形

变更决定在复议实践中的适用比例一直偏低,原因之一是,行政复议法将变更决定、撤销决定、确认违法决定三种类型放在同一个条文中规定,三种决定的适用情形相同,模糊了变更决定的适用情形。修法应当单独设定一个条文对变更决

定进行规定,同时吸收“复议法实施条例”的规定,进一步扩大变更决定的适用情形。

其一,行政行为认定事实清楚、证据确凿、程序合法,但是行使裁量权不当的,可以适用变更决定。“复议法实施条例”规定变更决定仅适用于裁量权明显不当的情形,明显不当是指裁量权行使不当达到畸轻畸重的程度,属于裁量权不当行使非常严重的情形。行政诉讼法规定仅行政处罚明显不当时法院才能直接变更,其他行政行为明显不当适用撤销判决。这与司法权与行政权的关系密切相关,但在行政复议中不存在这一障碍。复议机构既要对行政行为的合法性进行认定,也要对行政行为裁量权行使是否适当进行认定。复议机关作为行为机关的上级机关具有行政管理的经验和专业判断能力,其与行为机关之间又属领导与被领导的关系,限制法院行使有限裁判权的制约因素在复议中并不存在,如果经审查认为行政行为存在裁量权行使不当的情形,复议机关应当直接变更。司法权不宜进入的领域,正是行政复议发挥作用的重要空间,也是复议的优势所在。

其二,行政行为认定事实清楚、证据确凿、程序合法,但是适用依据错误的,可以适用变更决定。此种类型中,行政行为存在适用法律错误这一违法情形,如果予以撤销,行政机关仍需启动执法程序重新作出行政行为。由复议机关直接变更,则不需要再启动新的执法程序。

其三,行政行为认定事实不清、证据不足,但是经行政复议机关审理查明事实清楚、证据确凿的,可以适用变更决定。此种情形如果作出撤销决定,被申请人在查明案件事实后,还需要再次启动执法程序重新作出行政行为,不符合效率原则的要求。因此,复议机关经过审理查明了案件事实,可以直接变更行政行为的内容,通过复议决定形成新的行政法律关系。

在行政诉讼中,如果出现上述第二种、第三种情形,法院只能作出撤销判决,再由行政机关重新作出行政行为。而复议机关作为行为机关的上级

机关,完全可以在积极主动查明案件事实后,作出变更决定,通过复议直接调整行政法律关系。变更决定适用情形的宽泛正是行政复议具有更大空间实现“实质性解决行政争议”的体现。

(三)履职决定中明确载明被申请人应履行的职责

行政复议法第28条关于履职决定的规定很简单:“被申请人不履行法定职责的,决定其在一定期限内履行。”实践中,复议决定往往只会认定被申请人构成了法定职责的不履行,并责令其在一定期限内履职,而不会对被申请人的履职内容提出明确要求。行政机关履职之后,对于行政机关新作出的行政行为或决定,申请人仍有可能不满,并再次申请复议或者提起行政诉讼。因此,复议机关如果认定被申请人应当履行法定职责、兑现承诺或履行行政协议约定义务的,除在责令其履行职责外,还应在履职决定中将具体的履职内容予以明确,具体包括:(1)明确行政机关履职的期限;(2)明确被申请人应当履行申请人请求其履行的法定职责,即由复议机关直接对行政机关课予作为义务。仅确认行政机关构成不作为,无法回应申请人的实质诉求。如果申请人请求被申请人履行法定职责的理由成立,被申请人应当履行的职责内容又已明确,复议决定中应载明被申请人应当履行职责的具体内容,无须再启动行政执法程序重新形成实体法律关系。

### 结语

实现定分止争是建构和完善争议解决机制的首要任务。源自行政审判实践的“实质性解决行政争议”命题,在个案层面有利于实质终结法律程序,保障公民合法权益获得实质救济;在制度层面有利于提升行政诉讼化解矛盾纠纷的能力,实现法律效果与社会效果相统一。行政复议制度作为内部监督机制的立法定位经由复议体制改革和复议程序制度改革逐渐向行政争议解决机制转型,行政复议也被中央定位为解决行政争议的主渠

道。然而,当前“大信访、中诉讼、小复议”的行政争议化解格局与此定位不相吻合,有必要将“实质性解决行政争议”引入行政复议法的修改,以之为目标,全面重构行政复议制度,有效化解行政争议,为行政诉讼减负。行政复议机关与行政行为作出机关之间是领导与被领导的关系,相较于行政诉讼,行政复议在实质性解决行政争议方面有着更大的制度空间,修法应当充分发挥行政复议这一优势,对复议体制、复议审理模式、复议决定类型等作出重大调整。复议体制改革应在由一级政府集中行使复议权的基础上,保障复议机构的专门性与相对独立性,组织形式采引入外部社会力量的行政复议委员会模式,以弥补复议机构中立性之天然不足,不宜采用人员完全来自行政体制内的行政复议局模式。复议审理模式改革应调整单方书面审查模式,引入直接言词原则,并赋予复议机构完全、充分的调查权,由其依职权全面查明案件事实。以此为基础,复议机构直接调整和形成行政实体法律关系,以变更决定和明确履职内容的履职决定为主要决定类型,在行政实体权利义务得以“定分”的基础上真正实现行政纠纷的“止争”。

#### 注释:

①行政复议法的修改议程几经波折,2013年曾被作为立法预备项目列入全国人大常委会立法工作计划,2014、2015年作为初次审议的法律案列入立法工作计划,2016年回到预备项目中,2017年修法安排被取消。

②2011年3月,胡锦涛在中共中央政治局第二十七次集体学习时讲话指出:要在深入研究把握新形势下社会矛盾纠纷的特点和成因的基础上,更加注重依法化解社会矛盾纠纷。特别要完善行政复议制度,加大复议纠错力度,充分发挥行政复议作为解决行政争议主渠道的作用。

③2014年行政诉讼法修订过程中,立法机关的考量依然是:“在定位上,应当把行政争议解决的主战场放在行政复议上。”参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《关于行政复议与行政诉讼衔接机制的研究报告》,载《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第296页;信春

鹰主编:《中华人民共和国行政诉讼法释义》,法律出版社2014年版,第73页。

④江必新在其文章中提道:“实质性解决行政争议是最高法院最近几年特别强调的一个命题,围绕这个命题进行了一系列的制度创新和工作机制的改革和完善。回想一下,近年来最高法院出台的有关行政审判的司法解释以及指导性规范文件都是围绕这个命题展开的。”江必新:《论行政争议的实质性解决》,《人民司法》2012年第19期,第13页。

⑤如《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》(法发[2007]2号)、《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》(法发[2007]19号)、《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释[2008]2号)、《最高人民法院关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(法发[2009]54号)、《最高人民法院关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》(法发[2017]25号)、《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》(法释[2018]1号)等文件中都有加强行政争议实质性解决的精神或规定。

⑥例如2015年全国中级以上法院新收二审案件与一审结案的比率为10.48%,其中刑事二审案件与其一审结案的比率为13.03%,民商事二审案件与其一审结案的比率为9.59%,行政二审案件与其一审结案的比率为39.24%。数据来源于2015年全国法院司法统计公报 <http://gongbao.court.gov.cn/Details/27e1cd92304fceeefd132e824441a.html>, 2019年9月8日最后访问。

⑦笔者曾经参与讨论一起因为土地权属争议裁决引发的行政案件,该起案件历经三次行政裁决、三轮行政复议与行政诉讼,历时五年一直得不到解决,不仅耗费当事人精力,也浪费行政资源和国家纠纷解决资源。

⑧我国行政诉讼制度早期发展历史,可以参见王万华:《新中国行政诉讼早期立法与制度——对104部法律、行政法规的分析》,《行政法学研究》2017年第4期,第60页以下。

⑨山东省高级人民法院、云南省高级人民法院在研究中也明确提出,探索实质化解行政争议的目的,是希望在实现行政诉讼法律效果的同时实现社会效果,解决行政案件上诉率、申诉率过高,当事人反复上访、申诉等问题。参见山东省高级人民法院行政庭课题组:《关于行政诉讼实质性解决争议情况的调研报告》,《山东审判》2016年第5期,第88页;严剑漪:《行政争议实质性解决,钥匙在哪里?》,《人民法院报》2016年12月8日第5版。

⑩参见何海波:《实质法治——寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版。

⑪参见张红:《破解行政执法和解的难题——基于证券行

政执法和解的观察》，《行政法学研究》2015年第2期，第30页。

⑫参见江必新：《论实质法治主义背景下的司法审查》，《法律科学》2011年第6期，第54页。

⑬[美]理查德·B.斯图尔特：《美国行政法重构》，沈岿译，商务印书馆2016年版，第5页以下。

⑭郭修江：《监督权力，保护权利，实质化解行政争议》，《法律适用》2017年第23期，第8页以下。

⑮同前引⑫。

⑯钱弘道、吴亮提出，“纠纷解决目的”可归纳为三层含义：纠纷解决的妥善性、纠纷解决的一次性、纠纷解决的迅速性。参见钱弘道、吴亮：《纠纷解决与权力监督的平衡——解读行政诉讼法上的纠纷解决目的》，《现代法学》2008年第5期，第5页以下。

⑰参见贾亚强：《论行政诉讼实质性解决行政争议的实现——以争讼行政法律关系的确定为研究进路》，《法律适用》2012年第4期，第67页。

⑱《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》(法释[2018]1号)第91条，将行政诉讼法第72条规定的履职判决区分为两种情形：原告请求被告履行法定职责的理由成立的，被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的，判决被告在一定期限内履行原告请求的法定职责；尚需被告调查或者裁量的，判决被告针对原告的请求重新作出处理。

⑲时任国务院法制办公室主任杨景宇在1998年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国行政复议法(草案)〉的说明》中明确提到：“行政复议是行政机关内部自我纠正错误的一种监督制度。完善行政复议制度，充分发挥行政复议制度的作用，对于加强行政机关内部监督，促进行政机关合法、正确地行使职权，维护社会经济秩序，维护公民、法人和其他组织的合法权益，维护社会稳定，具有重要意义。”[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content\\_5007101.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5007101.htm)，2019年9月18日最后访问。

⑳参见杨海坤、朱恒顺：《行政复议的理念调整与制度完善——事关我国〈行政复议法〉及相关法律的重要修改》，《法学评论》2014年第4期，第28页。

㉑参见王周户：《行政复议的功能应当是解决行政纠纷》，《行政管理改革》2011年第9期，第50页以下。

㉒参见刘莘：《行政复议的定位之争》，《法学论坛》2011年第5期，第14页以下。

㉓其复杂性正如赵德关对行政复议定位表述形式的梳理，行政复议定位共有五种表述形式，包括：行政复议制度定位、性质定位、功能定位、价值定位和目标定位。参见赵德关：

《新时期行政复议制度的定位与展望》，《行政法学研究》2016年第5期，第80页以下。

㉔学者和实务部门对于这一问题的分析与阐述，可以参见周汉华主编：《行政复议司法化：理论、实践与改革》，北京大学出版社2005年版；方军：《论中国行政复议的观念更新和制度重构》，《环球法律评论》2004年第1期，第41页。

㉕数据源于中国政府法制信息网，[http://www.chinalaw.gov.cn/organization/content/2019-05/09/560\\_234638.html](http://www.chinalaw.gov.cn/organization/content/2019-05/09/560_234638.html)，2019年9月9日最后访问。

㉖数据来自对中国政府法制信息网的检索统计。

㉗参见前引③，行政法室编书，第296页。

㉘参见前引③，信春鹰编书，第73页。

㉙日本学者本多滝夫认为，行政不服审查制度与行政诉讼制度相比较，具有以下优点：程序简易，成本低廉，救济迅速，不服申诉的审理也涉及不合理性，因此各种内容的不服都可以得到救济，该制度相对于行政诉讼制度而言，具有竞争优势。参见[日]本多滝夫：《日本行政系统的转换和行政不服审查法的“现代化”》，江利红译，《行政法学研究》2015年第3期，第4页。

㉚余凌云应用Peter Cane的“决定等级”理论来解释为何复议范围较之行政诉讼范围要广、审查程度要深。该理论也同样适合解释行政复议为何具有更大空间实现实质性解决行政争议这一目标。决定等级理论认为：行政机关上下级机关之间构成一个决定等级。在这一等级序列内，上级可以撤销、变更下级的决定，因为它们都行使着近似的权能，有着相同的资质、经验和能力。参见余凌云：《论行政复议法的修改》，《清华法学》2013年第4期，第68页。

㉛如北京市司法局2019年1月14日发布通告，告知社会向北京市人民政府邮寄行政复议申请材料的地址发生变化，收件部门为“北京市司法局复议立案处”。<http://sfj.beijing.gov.cn/bjsf/zwx/tzgg/449802/index.html>，2019年9月18日最后访问。

㉜参见黄学贤：《关于行政复议委员会的冷思考》，《南京社会科学》2012年第11期，第106页以下。对于行政复议委员会改革的合法性质疑与担忧，还可参见王瑞雪：《对我国行政复议委员会试点的省思》，《天津行政学院学报》2014年第4期，第74页以下；吴志红、蔡鹏：《浅议我国行政复议委员会制度改革困境与出路》，《西南政法大学学报》2010年第6期，第56页以下；方宜圣、陈泉窃：《行政复议体制改革“义乌模式”思考》，《行政法学研究》2016年第5期，第85页以下。

㉝王万华：《以行政复议权集中行使为基础重构行政复议体制》，《财经法学》2015年第1期，第47页。

㉞在对复议制度反司法化现象展开的批判中，周汉华提出的观点影响最大。他认为，行政复议制度的司法化，从性质

上讲是在保持以行政方式解决争议之效率的同时,尽量引入司法程序所具有的独立性和公正性,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。参见周汉华:《中国行政复议制度的司法化改革方向》,载前引②④,周汉华编书,第8页。

⑤例如,湛中乐认为,应将书面审查原则改为公开审查原则,保障相对人陈述意见的机会,对行政复议机关增设说明理由的义务(参见湛中乐:《论我国〈行政复议法〉修改的若干问题》,《行政法学研究》2013年第1期,第35页)。余凌云认为,完善复议程序包括以当面审理为主,引入交叉询问、辩驳,公开审理,对复议决定一般要说明理由,提供法律援助(参见前引⑩,余凌云文,第69页)。

⑥例如,余凌云认为,应从以下三方面完善复议程序:第一,加强实地调查,提高审查效率;第二,即便引入那些近似法院程序的要求,也应当更加灵活、简便,不能像法院程序那样复杂、严格和正式;第三,解决“当下程序单一,因单调而影响效率”的弊端,引入简易程序,构建简易程序和复议委员会仲裁程序二元转换结构。参见前引⑩,余凌云文,第70页。

⑦参见王贵松:《日本行政复议法的公正便民大修改》,《检察日报》2014年9月9日第3版。

⑧典型的部门立法如《商务部行政复议实施办法》《中国银行业监督管理委员会行政复议办法》《国家发展和改革委员会行政复议实施办法》;地方立法有《南京市行政复议听证程序规则》《哈尔滨市行政复议听证规则》等。

⑨例如,耿宝建提出,行政复议法修改时,可以考虑进一步解放思想,承认并强调行政复议的行政属性,赋予行政复议机关独立的调查取证权、事实认定权和法律适用权,并在此基础上独立作出复议决定。参见耿宝建:《“泛司法化”下的行政纠纷解决——兼谈〈行政复议法〉的修改路径》,《中国法律评论》2016年第3期,第235页。

⑩例如,贺奇兵认为,行政复议决定不限于维持、撤销、变更等重在体现行政复议监督性质的种类形式,应当增加体现司法中立性的确认合法、确认违法或无效、驳回复议请求、驳回复议申请等种类形式。参见贺奇兵:《论行政复议机构设置的模式选择——以行政复议有限司法化为逻辑起点》,《政治与法律》2013年第9期,第72页。

## Revision of Administrative Reconsideration Law from the Perspective of Substantive Solution of Administrative Disputes

Wang Wanhua

**Abstract:** The issue of "substantive solution of administrative disputes" mainly consists of two aspects: first, nobody starts new legal procedure after the termination of administrative litigation process; and second, administrative substantive legal relations get substantive handling through administrative procedure. Compared with administrative litigation, administrative reconsideration provides more room for achieving the goal of substantive solution of administrative disputes. Through the reform of the organization and procedure of administrative reconsideration, the legislative orientation of administrative reconsideration has gradually changed from that of an inner supervision mechanism to that of an administrative dispute resolution mechanism. As a result, it is necessary to introduce "substantive solution of administrative disputes" into the revision of the Administrative Reconsideration Law. In the future, the following revisions should be made to the administrative reconsideration system: the office responsible for administrative reconsideration should be separated from the office responsible for legal affairs under the government and should take the organizational form of administrative reconsideration commission instead of administrative reconsideration bureau; in the construction of the reconsideration hearing model, emphasis should be laid on giving full play to the initiatives of the office responsible for administrative reconsideration affairs and the inquisitorial system should be adopted on the basis of introducing the principle of direct and oral trial. The administrative reconsideration decision system should take the decision on the alteration of administrative act and the decision ordering the performance of statutory duty as the main decision types. It should put particular emphasis on the direct adjustment of substantive administrative legal relations and form a reasonable division of labor with administrative litigation system, which takes the action for revocation as its core.

**Key words:** administrative reconsideration law; substantive solution of administrative disputes; termination of legal procedure; substantive remedy