

【行政法学】

行政复议机关的法律定位

叶必丰

【摘 要】行政机关对有关行政行为的复议权系基于其所具有的领导权。以县级以上地方政府为行政复议机关体现了宪法和组织法的要求,有利于实现政府的统一领导。我国已有较多对行政的监督制度,包括既可以纠错也可以惩戒的层级监督制度。以监督行政为直接目的和功能的制度也可以间接化解纠纷,但监督行政或处理纠纷作为直接目的或功能则不能完全兼容于一个制度。行政复议的直接目的和功能不应设计为层级监督制度而应当作为一种纠纷解决制度,行政复议机关不应当以监督和保障依法行政为职责而应当以化解纠纷和行政救济为职责。层级监督应当作为行政复议的间接目的,并在行政复议程序之外发挥功能。行政复议机关不作为行政诉讼的被告,并非因为复议决定的维持或改变,而是因为行政复议的纠纷化解功能或行政复议机关所承担的纠纷处理职责,更是因为纠纷处理程序的中立性和交涉性等准司法化改造。

【关键词】行政复议;层级监督;准司法程序;被告

【作者简介】叶必丰,上海交通大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.5.34~46

2020年11月24日,司法部发布了《中华人民共和国行政复议法(修订)》(征求意见稿)(以下简称《行政复议法意见稿》)。其中,引人注目的修改为第1条,增加规定了“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”;第10条规定行政复议机关将不再作为行政诉讼的被告;第30条明确除另有规定外,县级以上地方政府统一管辖行政复议案件等。这些规定相互间具有内在的法律逻辑。行政复议案件由哪个行政机关管辖,取决于行政机关的领导体制。管辖行政复议案件的行政机关即为行政复议机关。到底应将其定位为基于领导权的监督者,还是定位为一种中立的纠纷处理者,抑或将它定位为兼具两种目的和功能,这都应当找到相应的确定标准。只有在此基础上,才能明确它到底应当如何对自己的行为负责,即是否应当作为被告。同样,借助梳理上述法律逻辑,我们才能理性地回答《行政复议法意见稿》的上述修改

能否成立。为此,本文拟从行政组织的领导体制,对行政的监督制度构造,以及纠纷处理的性质展开讨论,最后表明对《行政复议法意见稿》的态度。

一、政府统一领导和部门业务领导

法院对行政行为的司法审查权系基于宪法和法律所作的国家机构职能分工,而非基于对当事人本来的治理权,无须考虑包括行政机关在内的当事人法律地位。行政机关对有关行政机关所作行政行为的复议权,却并非如此,而另有依据。一个规范得以成立的依据始终是一个规范、一个基础性规范,而不是一个事实。^①行政机关之所以具有行政复议权的基础规范,就是因为宪法和组织法所确立的其对下级行政机关的统一领导权。

(一)组织法上的领导权

根据凯尔森的理论,行政机关是一种“法律的机关”,是由法律组织起来的秩序。行政机关相互间关

系的实质是法律权力:一个公职人员有权指挥另一个公职人员,一个机关有权命令另一个机关,从而构成一个科层结构。^②

我国《宪法》第89条和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)第59条规定了国务院和县级以上地方政府的领导权。并且,《宪法》第89条第3项、第4项规定了领导对象,第7-10项列举规定了领导的事权范围,第11项、第12项规定了保障特殊群体权利的领导权,以及第1项、第3-5项、第13-17项规定了领导方式。同样,《地方组织法》第59条也通过对象、事务、权利保障和方式,设定了县级以上地方政府的领导权。

同时,我国《地方组织法》第66条还规定了上级主管部门的“指导或者领导”权。根据该条的规定,上级主管部门的“指导或者领导”权包含下列内容:(1)上级主管部门对下级主管部门到底是指导权还是领导权,《地方组织法》本身未作规定,而授权有关法律、行政法规加以规定,即全国人大和国务院都有创制权。(2)上级主管部门是否具有“指导或者领导”权,应当以“法律或者行政法规的规定”为依据和限度。但实际上,基于行政机关必须执行有关地方性法规和规章,上级主管部门“指导或者领导”权的依据并不限于法律和行政法规,还有地方性法规和规章。(3)上级主管部门的“指导或者领导”权,应受其业务范围的限制。也就是说,上级主管部门对下级主管部门的人、财、物原则上不具有“指导或者领导”权,除非法律、法规上规定人、财、物也属于业务范围。上级主管部门也不能超越其业务范围,进入其他主管部门的业务范围实施“指导或者领导”。(4)上级主管部门包括所有上级,不限于上一级。因此,上级主管部门可以“指导或领导”所有下级行政主管部门,直至县级主管部门。

组织法上的领导还通过各项纪律规范固化为对公务员个人的要求。《公务员法》第14条第4项规定了公务员服从和执行上级决定和命令的义务,第59

条第5项规定了公务员不得拒绝执行上级决定和命令的纪律。第60条规定,除上级明显违法的决定或者命令外,公务员即使认为上级的决定或者命令有错误,也应当执行。《公职人员政务处分法》第29条、第30条规定了对公职人员不请示、报告,以及不执行上级决定、命令的处分。

从《宪法》和《地方组织法》对领导权的规定来看,行政组织具有鲜明的统一性。第一,部门统一到政府。《宪法》第89条第3项规定,国务院统一领导所属各部门的工作以及不属于所属各部门的全国性行政工作。《地方组织法》第66条规定,县级以上地方政府统一领导所属各部门的工作。第二,下级统一到上级,全国统一到国务院。《宪法》第89条第4项规定,国务院“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作”。《地方组织法》第55条规定,地方各级政府对上一级政府负责并报告工作,“全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院”。总之,在《宪法》和《地方组织法》上,国务院和县级以上地方政府的统一领导是主导性、全方位的,上级主管部门的领导仅是例外且是业务性的领导。

(二)行为法上的领导制度

理论上认为,组织法制度必然转化为行为法制度。^③判例认为,县级以上政府在组织法上的职权具有宏观性或原则性,缺乏主体、事务和方式的具体针对性,只有外化或具体化为行为法上的职责内容及方式才具有行为规制意义。^④

组织法上的领导权表现为行为法上行政机关的职责,行为法上的实施机关条款已经成为其必要条款。如《突发事件应对法》第9条规定:“国务院和县级以上地方各级人民政府是突发事件应对工作的行政领导机关。”行为法上的实施机关规定,构成了行政机关的概括性法定职责。同时,行为法还规定了行政机关的具体职权。如《土地管理法》第46条第2款规定,除法定情形外的土地征收,由省级政府批准。但目前,绝大多数行为法所规定的实施机关都



组织法上的领导权在行为法上还表现为下级机关的初审制和实施制。有的法律明确规定先由下级机关初审,然后由上一级机关决定。如《土地管理法》第61条规定,乡(镇)村公共建设需要使用土地的,需要经乡(镇)政府和县级以上主管部门的两次审核,然后按照批准权限由县级以上地方政府批准。有的法律明确规定行政机关的决定由下级行政机关实施。如《土地管理法》第47条第1款规定:“国家征收土地的,依照法定程序批准后,由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。”更多的情况则是,法律并未明确规定下级机关的初审制和实施制,而由上级机关依据实施机关条款,尤其是主管部门条款所作的规定实施。如中国气象局《新建扩建改建建

行政机关对有关行政行为的复议系基于对有关行政机关的治理管辖权即领导权。上文所分析的领导权,也就体现在行政复议机关的确定上,即现行《行政复议法》所规定的,原则上以本级政府或上一级主管部门为行政复议机关。《行政复议法意见稿》第4条、第30-33条对之进行了限缩,即除国务院部门、省、自治区、直辖市政府和垂直领导的行政机关为被申请人的行政复议案件外,规定县级以上地方

政府为行政复议机关。《行政复议法意见稿》的规定,可以说是一种正本清源的努力,是对政府统一领导权部门化的遏制。

二、对行政的监督以及制度构造

(一)监督行政的目的和功能

我国的行政组织庞大,行政权集中,行政作用涉及公众生活的方方面面,有必要建立和健全监督制度,实现依法行政。当前,我国已经有党的政治监督及其纪律检查、人大监督、国家监察、检察监督和审判监督等对行政的外部监督制度;有层级监督、审计监督和行政复议等行政系统的内部监督制度。这些监督都具有强制性,会对被监督对象产生相应的不利后果。

监督制度有它的目的和功能。按照弗里德曼和尔蒙德的输入和输出理论,目的是一种主观愿望和要求,是输入制度的社会价值;功能是制度的输出,是一种客观作用及其效果。^①我们按照是否存在中间媒介,又可以区分为制度的直接目的和间接目的,以及制度的直接功能和间接功能。制度的目的和功能一般是一致的。但有的时候,制度设计存在缺陷,以致后来发现功能与目的严重不符,或者说在目的性功能得以发挥的同时又引发了新的、始料未及的功能。如行政复议的维持决定,实施后却成为行政复议机关规避当被告的手段;《行政诉讼法》规定的复议维持决定“双被告”制度,除了造成行政复议机关穷于应诉外,并没有达到行政复议机关审慎履行复议职责的目的。弗里德曼认为,法律制度的影响,不仅是受管辖的人们所作出的简单反应,还包括人们间的相互影响或者连锁反应。^②监督制度直接功能以外引发的连锁反应,都属于它的间接功能。

在上述监督制度中,有的是以对行政的监督为直接目的的,如人大的监督,国家监察,检察监督中的行政公益诉讼,以及层级监督和审计监督等。有的则并非以对行政的监督为直接目的。如除行政公益诉讼外的检察制度,直接目的是惩治犯罪、监督诉讼活动;法院的审判制度,直接目的是解决纠纷、追

究法律责任。它们通过各自职能的履行,客观上具有间接监督行政的功能。同样,那些以监督行政为直接目的的制度,如人大的监督、国家监察和审计监督等,并不具有解决纠纷的直接目的,但具有间接化解纠纷的功能。比如,监察机关基于某人对县领导截留土地征收补偿款的举报,追究了该领导的责任。对补偿款,监察机关并无发还的职权,但为发还清除了障碍,从而使县政府可以依法发还。这样,纠纷也得以解决,国家监察发挥了解决纠纷的间接功能。直接监督大多都是监督机关积极、主动依职权实施的监督。间接监督,如行政诉讼,则是以请求的存在为法律要件才能启动程序的监督,否则就违背了“不告不理”的原则。

每种监督都有它的特定目的和功能。从类型上说,纪律检查、国家监察和检察监督等是查处行政职务违法行为,并对违法行为人追究责任的惩戒性监督制度。行政诉讼等则是对违法或不当行政行为予以救济,对所造成的损害予以赔偿,以保护相对人合法权益或维护公共利益的制度。因为“公法是国家法,统治者的法;因此人们就不能想出反对国家行使的一种公法的直接制裁的方式”。^③但所有监督都不是为了实现某种非制度性的特殊目的,相反,都是“为了保证政府的民治性和行政的高效率”。^④没有监督就没有法治政府,但如果监督过于强大,作为或不作为都将面临查处,则将妨碍行政功能的有效性,背离监督的目的,使监督制度失去存在的理由。^⑤

(二)层级监督的构造

有的监督权系基于法律的明确规定,如国家监察和行政公益诉讼等;有的监督权则无需法律的特别规定,系基于领导权。领导权就包括监督权。^⑥美国学者古德诺用“政治”来表达决策和领导,用“行政”表达执行和履职。他认为,政治是意志的表达、是立法,行政是意志的执行。所表达的意志或者法律,必须得到切实执行,否则就只是一纸空文。如果执行者自行其是,则执行者倒成了意志的表达者。^⑦为了使所表达的意志得到全面贯彻执行,“政治必须

对行政有一定的控制”,“这种必要的控制既可能存在于法定的正式政府体制之内,也可能存在于这种体制之外,而存在于政党之内”。^②行政系统是一种科层制构造,实行首长负责制,上下级机关及职务之间具有领导关系。法律上基于领导权的监督,就是层级监督。为此,我国还专门制定了《政府督查工作条例》。

层级监督既可以实施纠错型监督,又可以实施惩戒性监督。《宪法》第89条和《地方组织法》第59条关于国务院和县级以上地方政府有权改变或者撤销所属行政机关不适当的行政行为,《公务员法》第106条关于县级以上地方政府对违纪公务员的行政处分,都是对层级监督权的直接规定。层级监督的纠错和惩戒往往互通互联,可以一并实施。国务院办公厅曾对行政规范性文件的乱象发文要求,行政机关应当对所属下级机关的行政规范性文件加强检查,发现存在侵犯公民、法人和其他组织合法权益的,对负有责任的领导干部和直接责任人员应依纪依法追究责任,同时要通过约谈或者专门督导等方式督促整改。^③

层级监督是一种依职权的监督,不需要以当事人的请求为法律上的必要前提。按照大陆法系主观权利和客观法的理论,公法上的请求是指个人在与国家的法律关系中,要求国家作为或者不作为以实现其某种个人利益的主观权利;举报只是依职权调查的事实原因,国家的作为或不作为只是基于法律关于公共利益的规定而非举报人的权利,即使客观上有利于个人利益也只是法律规定的反射结果。^④在我国司法实践中,对投诉举报和请求也有着严格的区分。最高人民法院认为,投诉举报可以分为“公益性投诉举报”和“涉己性投诉举报”。前者主要涉及公共利益,与举报投诉人自身合法权益没有直接关系;后者是指举报人为维护自身合法权益而举报相关违法行为人,要求行政机关查处,可构成请求权。^⑤行政机关对“公益性投诉举报”的处理,属于其裁量权。^⑥如果公民通过投诉,要求上级行政机关对

下级行政机关进行监督,则该上级行政机关的裁量属于未直接设定公民权利义务的内部行政行为。^⑦

层级监督中除了一般监督外,还建立了专门的监督制度,如规章和行政规范性文件的备案审查制度,行政执法监督检查制度,考核制度,以及行政处分制度等。这些专门监督都已经有了相应的立法作出了制度化的安排。如行政执法监督制度,就有国务院各主管部门的规章^⑧和地方性法规、规章^⑨的规定。

层级监督作为依职权所作的指示或决定,系单方行政行为。就纠错型层级监督的方式而言,实践中大体可以分为三类:(1)公益性纠错,即上级行政机关针对涉及公共利益的违法或不当行政行为,决定予以改变或者撤销。此类决定也属于行政行为,但公众并不具有请求权,因而不能以监督机关为被告提起行政诉讼。(2)内部纠错,即行政机关在了解、检查下级行政机关的工作时,对发现的问题加以督促或指示下级行政机关自行纠错,而不直接改变或者撤销违法或者不当的行政行为。^⑩此类检查或指示仅为内部行政行为,且对公民、法人或者其他组织的权利义务不具有实质性意义,^⑪不属于行政诉讼的受案范围。公民不能以指示机关为被告,只能以自行纠错机关为被告提起行政诉讼。因为“在存在更为有效便捷的救济方式的情况下,当事人坚持起诉人民政府不履行层级监督职责,不具有权利保护的必要性和实效性,也不利于纠纷的及时解决,且易形成诉累。”^⑫(3)私益性纠错,即行政机关基于层级监督权直接改变或撤销下级行政机关的违法或不当行政行为,对公民、法人或者其他组织的权益构成了实质性影响。此类行为符合可诉行政行为的全部要件,应当以纠错机关为被告提起行政诉讼。在“叶宇鹏诉安溪县公安局案”中,被告基于层级监督权撤销了所属派出所的不予处罚决定,并自行作出了不予处罚决定。法院受理了起诉并作出判决。^⑬在“周云珍等诉浙江省公安厅案”中,被告运用层级监督权作出了撤销所属县公安局交通责任认定的决定,县公安局重新作出的交通责任认定不利于原告。原告申请省

政府行政复议被维持后,对省公安厅的撤销决定向法院起诉。法院未支持原告的请求,理由有三:交通事故责任认定并非行政行为;撤销决定未设定权利义务;撤销决定系内部纠错。^⑧如果系争行为不是交通事故责任认定,而是一个可诉行政行为(如房产登记),我们认为“周云珍等诉浙江省公安厅案”审理法院的后两条理由是值得质疑的。最高法院在判例中表示,基于层级监督所作的改变或者撤销决定影响到了行政相对人的权利义务时,层级监督行为就具有可诉性。^⑨

上述有关监督制度目的和功能以及层级监督构造的讨论,是我们进一步分析我国是否需要把行政复议设计为监督制度,以及设计为监督制度的话,行政复议机关是否可以不做被告的前提。

三、行政机关处理纠纷的职责

(一)国家的“结构—职能—过程”

自近代以来,关于国家的权力分工学说经历了“结构—职能—过程”的范式发展。^⑩行政机关处理纠纷的职责要置于这样一个框架中来加以认识。

在近代,理论上把国家的组织结构划分为立法、行政和司法三部分。这一组织结构的目的是为了反对封建专制和防止公权力的暴虐,实现人的解放和个人自由。随着近代国家治理制度的成熟,反对封建专制的目的逐步得以实现。对于防御性目的,现代国家建立和发展出政党制度、选举制度、公民直接参与、政府信息公开和社会舆论等外部监督制度。最新的实例是,即使贵为总统的特朗普也被互联网媒体禁言。上述外部监督制度至少部分替代了国家结构三分制的功能,行政机关及其首脑滥用权力的危险可以最小化。

更为重要的是,20世纪以来经济发展日益成为国家治理的头等任务,国际竞争首先是经济的竞争,国内社会的基本价值除了个人自由还有社会正义。社会正义的理论建构源于19世纪后期的穆勒。他认为,“社会应当平等地善待所有应得到它平等善待的人,亦即平等地善待所有应绝对得到平等善待的人。这是社会正义和分配正义的最高抽象标准”。^⑪

社会正义论认为现代政府应当平衡各种相冲突的利益或复杂的社会目标,因而政府需要更大的权力和更高的效率。为此,理论上对国家组织结构的三分制作了修正,从原来的关注分立和制约转向相互融合和合作。^⑫实践中,在国家组织结构三分制的基础上,日益强调和注重国家的职能,即控制和协调。控制职能是一种延续有限政府价值的职能,但添加了平衡的观念。协调职能是各国家机关为实现社会目标而进行合作的职能,是20世纪以来国家职能的最大发展。国家的立法、行政和司法部门,都同时具有控制和协调的双重职能。当然,这使得行政权得以扩张,尤其表现为行政裁量权的扩大以及行政立法权和行政司法权的发展。同时,行政机关内部的层级领导制度也得以部分改革,建立起不少借鉴立法机关和司法机关运作模式的行政制度。如行政立法的集体审议制和公众的直接参与制,行政处罚实施中的调查、审查和决定的内部职能分离制,行政程序中普遍建立的听证制度和说明理由制度等。于是,行政权的扩大又通过分散化而得以平衡。^⑬

尽管20世纪以来国家的组织结构三分制转向国家的控制和协调职能,但立法、行政和司法三者间仍保持着它们各自的基本特征。这种特征不仅体现在它们的结构和职能中,而且体现在它们的过程或程序中。“合作是一个过程。”^⑭“在每一政治过程中心都必定有一种程序。”事实上只有程序才是有目的性的,“因为程序还包含着决定成立的前提、存在着左右当事人在程序完成之后的行为态度的契机”。^⑮它通过过滤导向选择,以实现某种具体任务。

我们不能因为控制和协调职能的履行而要求立法机关按照首长负责制和层级制去制定法律,也不能要求行政机关展开充分辩论并以集体表决的形式履行职责或者完全具有司法那样的最终性履行职责。同理,法院虽然也是法律的实施者,但我们不能要求法院按照首长负责制和行政程序来定分止争。

(二)行政机关处理纠纷的程序

基于国家立法、行政和司法的组织结构三分制,

纠纷的处理属于司法的任务。但其实三者之间泾渭分明的划分既不现实也没有可能,且在世界上从来就没有出现过。何况,每个国家都有其特殊的国情,有关国家即使都实行了组织结构三分制也不可能完全相同。在分权学说倡导地的法国,基于当时司法系统的保守主义立场和对行政的不断干预,其政体与英美两国的权力分工就有着不同的安排,由国家参事院负责行政争议的处理,认为“把行政行为提交给普通法院审查就是对权力分立原则的严重破坏”。^④国家参事院即现在的行政法院,在性质上并不是司法机关而是行政机关。也就是说,法国行政机关承担着部分纠纷的处理任务。

20世纪以来,强调国家控制和协调职能的结果是,英美法系国家行政机关也分担了纠纷的处理任务,行政裁判所和设有行政法官的独立管制机构分别在英国和美国获得发展,纠纷的处理已经不是法院的专利。质言之,“社会上发生的所有纠纷并不都是通过审判来解决的”,^⑤有的是通过当事人的合意解决的,有的则是由行政机关解决的。

根据日本学者棚濑孝雄的研究,运用“决定性—合意性”和“状况性—规范性”两条纠纷解决过程的类型轴,可对纠纷的处理加以类型化。^⑥其中,行政机关而非法院处理纠纷的核心问题在于如何保证公平公正。为此,在实践中探索出了将象征公平公正的司法程序制度结合到本来主要以效率为导向的行政程序之中,被理论上总结为准司法程序。准司法程序必须坚持以下三点:(1)纠纷处理的中立性。这就要求行政机关作为纠纷的处理者与双方当事人不得有利害关系,否则无论实质上的公平是否存在,至少在形式上让人怀疑公平是否能够实现。为此,纠纷处理程序必须贯彻正当程序原则,建立包括回避在内的各种制度。(2)纠纷处理程序的交涉性。“程序是与选择联系在一起的,这就决定了它必然是法制体系中最生动活泼的领域。可以说,程序的本质特点既不是形式性也不是实质性,而是过程性和交涉性。”^⑦双方当事人的利益是对立的,对事实和法律需

要质证和辩论才能准确认定和适用。为此,必须在程序中贯彻平等原则,平等对待双方当事人,创造平等参与并表达意见的机会。(3)按规则处理。纠纷处理的主持者必须按法律规定处理争议,不能超越法律的规定,不得任性和偏袒,不能按“状况”处理。即使双方当事人达成合意,也必须在法律的框架之内。

“二战”后,以《美国联邦行政程序法》为标志,各国的很多行政程序都吸纳了司法上的程序制度,如行政法官制度、^⑧听证制度、回避制度和说明理由制度等。当然,行政程序中个别制度的司法性,不足以决定整个程序的性质,而仍然可能是一个行政性的决定。作为一个行政决定,除了法律有明文规定的豁免外,就具有可诉性,因而行政机关就应该作为被告。只有行政机关坚持了前述三项纠纷处理程序的核心要素,才具有准司法性质。这样,作为纠纷的处理者,虽然行政机关还是行政机关,所行使的仍是行政权,但因它所遵循的程序不再是纯粹的行政程序而是准司法程序,因而与仲裁机关和司法机关一样不能作为被告。因此,对现代国家关于“结构—职能—过程”的研究范式的发展,表明程序是制度设计的关键,是实现目标的支撑,是决定其行为行政性抑或司法性的标准。

(三)我国行政机关的纠纷处理

和西方国家行政机关与司法部门分担纠纷处理不同,我国行政机关随着计划经济向市场经济的转型,以及法治政府建设的发展,逐渐把纠纷的处理向司法机关转移,但仍然承担着部分纠纷的处理。近年来,我国对行政机关处理纠纷又做了法治化改造。从类型化来看,我国行政机关承担着以下纠纷的处理任务:(1)行政裁决。根据法律的特别规定,行政机关基于当事人的意愿,可以对民事纠纷进行裁决,属于纠纷的决定性处理。在刚刚重视法制建设的时候,行政裁决较多,但随着《行政诉讼法》的实施,行政机关因为行政裁决而可能成为被告,在以后的修法中被逐渐废止。^⑨2018年,中共中央、国务院办公厅印发了《关于健全行政裁决制度加强行政裁

决工作的意见》，又强调加强行政裁决工作。(2)行政调解。我国很多法律、法规规定了行政机关对纠纷的调解。除了长期承袭而来的行政调解，还有通过修法去行政裁决后新设的行政调解，以及强调纠纷的多元化、实质性化解而发展起来的行政调解。它是一种纠纷的合意性解决。(3)行政仲裁。包括劳动人事争议仲裁和土地承包经营纠纷仲裁。目前，行政仲裁的组织、程序规则，以及仲裁决定的效力和执行制度，已在借鉴司法程序的基础上日趋完善。(4)信访。信访本来是一种反映民意、汇聚民智，沟通政府与公众信息的渠道，但现在已经基本上成为一种对纠纷的处理机制，而且所处理的纠纷不限于民事、行政纠纷，还包括政治性纠纷。(5)处理行政系统的内部纠纷。行政区域边界纠纷、行政机关之间的权限纠纷以及人事纠纷，目前都由行政机关处理。(6)行政复议。《行政复议法》第6条规定了行政机关按行政复议程序处理的行政纠纷范围。

我国的劳动人事争议仲裁和土地承包经营纠纷仲裁已经实现准司法化，因而当事人不服仲裁决定就不能以仲裁机关为被告，而只能就原纠纷的对方当事人作为被告向法院起诉。^⑤除了上述仲裁制度外，我国行政机关处理纠纷所遵循的基本上是行政程序。就行政复议来看，有研究已经详细、完整地梳理了立法中层级监督和纠纷处理选择上的反复和妥协。^⑥可以肯定的是，现行《行政复议法》借鉴了不少司法性程序制度，如公正原则、请求权制度、申请的范围和期限制度、受理和告知制度、说明理由制度等。但它在第1条规定的立法目的和功能是防止和纠正违法或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，保障和监督行政机关依法行使职权。这里的三个核心词是纠错、保权和监督。有研究认为，保权就是权利救济，按其位序以及立法史可以表明是一种救济优先兼顾监督的目的和功能。^⑦但是，不以纠纷解决为直接目的的纠错和保权，也是可以通过监督来实现的，并不能否定该法的监督法性质。更何况，该法规定了复议队伍和复议

审查的行政化以及依职权的赔偿决定等多种层级监督制度。它的立法说明也开宗明义指出：本法“体现行政复议作为行政机关内部监督的特点，不宜、也不必搬用司法机关办案的程序，使行政复议‘司法化’”。^⑧因此，现行行政复议总体而言是一种层级监督程序即行政程序，行政复议决定仍属于一种行政行为，因而也是可诉的。

四、复合功能的错乱及修改建议

组织法上国务院和县级以上地方政府的统一领导权有被行为法割裂的态势，需要加以遏制。因此，《行政复议法意见稿》第30条关于县级以上地方政府为行政复议机关的规定值得肯定，有助于统一领导权的修复。需要重点讨论的是第1条的规定。

(一)行政复议复合功能的错乱

如前所述，现行《行政复议法》第1条所确立的直接目的和功能是层级监督。尽管层级监督和纠纷处理都是可供选择的制度建设路径，但是我国对行政的监督制度是充分发达的，没必要再建立一种以实施监督为目的的行政复议制度，不能把行政复议机关定位为依法行政的监督者和保障者。我们需要的是行政机关对纠纷的准司法性处理。为此，中央已经做出决策，应充分发挥行政复议作为化解行政争议的主渠道作用。《行政复议法意见稿》第1条增加规定行政复议的化解行政争议功能，贯彻了中央的精神。但是，这是在原有层级监督功能未作任何修正基础上的简单添加，意味着行政复议功能的复合化或多元性，意味着行政复议机关既要承担层级监督的职责，又要承担纠纷化解的职责。起草工作的参与者发文论证了行政复议复合功能的合理性。^⑨实际上，行政复议的双重目的或复合功能必将引发行政复议中的错乱以及与行政诉讼对接上的困难。

1. 规避被告或穷于应诉。根据1989年《行政诉讼法》第25条第2款的规定，复议案件实行“被告双轨制”，即“复议维持——原机关作被告”，以及“复议改变——复议机关作被告”。在法治观念不强的背景下，加之“被告负业绩”的考核机制，不愿当被告是

行政机关的普遍现象。于是,行政复议机关在复议中大多采用维持原行政行为以规避作被告(“维持决定——规避作被告”),^⑤导致行政复议既不能实现层级监督,又未能充分发挥化解纠纷的功能,既造成对法院的压力又造成信访制度从沟通异化为救济。

为了解决“维持决定——规避作被告”问题,充分发挥行政复议的复合功能,2014年《行政诉讼法》第26条第2款规定了共同被告制,即“经复议的案件,复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告”。但基于“复议改变——复议机关作被告”依然存在,形成了行政复议机关无论维持,还是改变原行政行为都要当被告的局面,不仅没有根本上改变行政复议“维持会”的现象,反而造成行政复议机关既要忙于审理复议案件,又要疲于应对诉讼的局面。行政机关化解纠纷的成本成倍增长,从而为理论和实务界所诟病。

2. 行政复议机关的随意性增多。判例表明,行政复议机关常常运用层级监督权审理复议案件,包括超越法定请求权范围受理复议案件,以及超越实际复议请求作出复议决定等。^⑥这就给法院造成了两难困境:一方面,根据现行《行政复议法》的规定,对行政复议不服而起诉的,法院应当受理;另一方面,超越法定请求权范围的案件,法院根据《行政诉讼法》却不能受理。并且,对同一争议运用行政复议和层级监督两种手段,将导致难以控制的权力任性。在“焦志刚案”中,被告公安分局对诬告交警的原告予以罚款200元,在接到上级机关的监督指示后,援引《公安机关内部执法监督工作规定》,改为拘留10日。在行政复议中,复议机关市公安局仍认为处罚过轻,责令被告重作。被告仍以上述内部规定为依据,将拘留改为15日。终审判决认为,被告援引的规定“只在公安机关内部发挥作用,不能成为制作治安管理行政处罚决定的法律依据”,“已经生效的行政处罚决定如果随意被撤销,不利于社会秩序的恢复和稳定”。^⑦

3. 申请人对主观权利和客观法的混淆。有大量的判例表明,行政复议申请人往往基于《行政复议法》第1条的规定,请求行政复议机关责令被申请人履行层级监督职责,但“行政机关内部督察,不对被监察对象以外的当事人的权利义务产生实际影响,因此不属于人民法院的受案范围”。^⑧为此,最高法院不得不借助判例确立了区分申请行政复议还是要求层级监督的下列标准:(1)法定职责的归属。如果所请求事项根本不属于行政复议机关的法定职责,就不可能是行政复议。(2)受理条件。如果申请符合行政复议的受理条件,就属于行政复议。(3)提请形式,即提起行政复议申请的属于行政复议,提交申诉、举报、投诉、控告等材料的属于要求层级监督。(4)要求的对象。如果向行政复议机关及其法制工作的机构提出,就属于行政复议;如果向上级行政机关的相关信访、纪检监察等部门提出,则属于层级监督。(5)法律依据。行政复议的依据是《行政复议法》及其实施条例等相关法律规定,层级监督则是基于一般的领导与被领导关系。(6)请求内容。行政复议请求应以行政机关为被申请人,内容系有关行政行为或者不履行法定职责,而层级监督并不以此为限。^⑨

(二)《行政复议法意见稿》的修改

如上文所述,层级监督作为一种依职权启动的监督,也可以部分、间接地化解某些纠纷。层级监督行为可以构成行政行为,行政机关可以成为行政诉讼的被告。行政机关通过对纠纷的司法性处理,也可以间接实现对依法行政的监督或保障,不应该成为行政诉讼的被告。这就构成了我国行政复议制度设计的两种不同思路,不能混淆。基于我国已有较充分的对行政的监督制度,立足于行政复议“化解行政争议的主渠道作用”“充分体现行政复议居中化解行政争议的定位”,^⑩就应当把行政复议作为行政机关处理纠纷的机制,强化准司法程序制度,将第1条修改为:

第一条 为了充分发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用,保护公民、法人和其他组织的合法权

益,从而防止和纠正违法的或者不当的行政行为,监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。

把化解纠纷置于本条的最前面,以示行政复议的直接目的。化解纠纷的直接功能在于保护公民、法人和其他组织的合法权益,间接功能则在于防止和纠正违法的或者不当的行政行为,监督行政机关依法行使职权。为了表明间接功能,有必要加上“从而”两字。

基于化解纠纷的行政复议定位,《行政复议法意见稿》已经强化了程序的交涉性,但还应充分强调它的中立性。对相对人相互间的纠纷处理来说,行政机关具有身份上的中立性,并通过回避制度等加以保障。对行政复议来说,行政复议机关与被申请人系上下级关系,因而“行政决定往往意味着作为决定主体的行政机关与决定对象的个人或集团之间,至少以潜在的形式存在着关于应该做出什么样决定的矛盾、纠纷”。^⑥但是,行政复议机关与被申请人之间的这一身份关系,可以通过决定和审查机构的分离,设置相对独立的行政复议委员会负责审查,从而淡化或减弱该身份关系可能造成的不公。为此,第62条规定的行政复议委员会应当作为专业化、正规化的行政复议案件审理组织来建设,明确规定无正当理由不得推翻行政复议委员会的建议,而不应当仅仅是咨询意见。第80条第2款的依职权决定赔偿需要修改,要规定行政复议机关的释明义务和申请人补充提出请求的权利。立足于行政复议的纠纷化解机制定位,通过对行政复议程序交涉性和中立性的强化,《行政复议法意见稿》第10条所规定的行政复议机关不再当被告才能成立。既然行政复议机关不需要再当被告,国务院根据该法对纠纷的处理也就不需要规定为“裁决制”和“终局制”,同样可以规定为行政复议(第32条)。

通过对行政复议程序的交涉性和中立性改造,行政复议的公正性必然得以大大提升,公民、法人或其他组织将更多地选择行政复议这一“免费午餐”化解纠纷,可以避免行政案件挤向法院。行政复议机

关不再当被告,避免了行政纠纷进一步叠加当事人与行政复议机关间的纠纷,避免了“裁判者”演变为行政诉讼的当事人,避免了公权力资源的浪费。尤其在当前,中级法院管辖的一审行政案件呈现激增的态势,以致最高人民法院不得不发布司法解释加以分流。^⑦《行政复议法意见稿》在规定县级以上地方政府为行政复议机关的同时,规定其不再当被告,就不会与该司法解释相冲突,不会导致经复议的案件涌向中级法院。行政复议机关不再当被告,还将大大调动其受理、审查行政复议案件的积极性,推进行政纠纷的实质性化解。

如前所述,行政复议机关在行政复议程序中是纠纷的处理者。但在行政复议程序外,行政机关仍然是领导者、层级监督者,可以与行政复议对接而发挥层级监督的惩戒功能。在“女子骂社区支书草包被拘”事件中,行政复议机关在撤销七星关公安分局处罚决定的同时,还启动了层级监督,“责令七星关分局依法处理后续相关事宜”,在行政复议案件外,对所涉及的公安民警予以停职调查,对其他公职人员由监察委予以调查。^⑧

五、结语

宪法和组织法所确立的行政机关之间的领导和服从关系,是县级以上政府作为行政复议机关的法律基础或依据,也是对行为法上的部门主义立法倾向的遏制。《行政复议法意见稿》第10条规定行政复议机关将不再作为行政诉讼的被告,是对现行《行政诉讼法》第26条共同被告制和“复议改变——复议机关作被告”的修改,也是对劳动争议和土地承包经营纠纷仲裁司法解释的借鉴。这一修改能否成立的判断标准,并不是行政复议决定的维持或者改变,改变也不能通过让行政复议机关当被告来倒逼。行政复议机关是否应当作为被告的判断,既要看行政复议机关与被申请人之间的组织法关系,更要看行政复议机关所承担的到底是一种监督和保障依法行政职责,还是处理行政纠纷职责。行政复议机关的职责选择,实际上是国家治理的价值选择。基于我国对

行政的监督制度已足够充分,以及中央的决策,处理行政纠纷应该成为行政复议机关职责的唯一选择,应该把行政复议程序准司法化,建立类似于劳动争议和土地承包经营纠纷仲裁那样强调交涉性和中立性的准司法规则。这就有必要修改《行政复议法意见稿》第1条的规定,明确行政复议的直接目的和行政复议机关的职责,一并修改相关条文的规定。

注释:

①参见[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125页。

②同上注,第213-215页。

③参见叶必丰:《行政组织法功能的行为法机制》,载《中国社会科学》2017年第7期,第120-122页。

④参见“叶胜等诉武昌区政府案”,最高人民法院(2020)最高法行申9586号行政判决书。

⑤参见汪全胜等:《法律文本中“法的主管部门”条款设置论析》,载《法治研究》2012年第8期,第19页。

⑥参见董礼洁:《地方政府土地管理权》,法律出版社2009年版,第103-104页。

⑦参见指导案例22号“魏永高、陈守志诉来安县人民政府收回土地使用权批复案”;《建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案》,载最高人民法院公报网, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/6b8aad7490c98355845192ebcd3031.html?sw=>, 2021年4月25日访问;《内部行政行为“行政批复”是否外化的判定标准》,最高人民法院(2018)最高法行申580号行政裁定书。

⑧参见叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2014年版,第218-231页。

⑨参见《建设部机关实施行政许可工作规程》(建法[2004]111号)第6条;《特种设备行政许可工作程序(试行)》(质检锅函[2003]80号)第6条;《气象台站迁建行政许可管理办法》第7条、第8条;等等。

⑩参见指导案例69号“王明德诉乐山市人力资源和社会保障局工伤认定案”;“涯冲村等诉涟源市政府案”,最高人民法院(2018)最高法行申8815号行政裁定书。

⑪参见“舒玉萍诉佛山市司法局、广东省司法厅案”,最高

人民法院(2017)最高法行申8318号行政裁定书。

⑫参见“李彩娥诉西安市灞桥区政府、西安浐灞生态区管理委员会案”,最高人民法院(2019)最高法行再34号行政裁定书。

⑬参见《关于〈中华人民共和国行政复议法(草案)〉的说明》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5007101.htm, 2021年1月17日最后访问。

⑭参见“张召久等诉台前县政府等案”,最高人民法院(2017)最高法行申363号行政裁定书;“北京华丰诉北京市政府案”,最高人民法院(2019)最高法行申5463号行政裁定书;“陈素霞诉福建省政府案”,最高人民法院(2018)最高法行申2613号行政裁定书。

⑮参见[美]阿尔蒙德等:《比较政治学:体系、过程和政策》,曹沛霖等译,上海译文出版社1987年版,第168页。

⑯《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,载《人民日报》2014年10月29日,第1版。

⑰参见[美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英等译,中国政法大学出版社1994年版,第1-4页、第19-22页;同前注⑮,阿尔蒙德等书,第10页。

⑱同上注,弗里德曼书,第4页。

⑲[法]狄骥:《宪法论》,钱克新译,商务印书馆1962年版,第504页。

⑳[美]F. J. 古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第22页。

㉑同上注,第21页。

㉒参见张国栋:《党的领导本身包含着管理和监督》,载《中国纪检监察》2016年第24期,第29页。

㉓同前注⑳, F. J. 古德诺书,第14页。

㉔同上注,第21页。

㉕参见《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发[2018]37号)。

㉖参见[德]耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬等译,中国政法大学出版社2012年版,第50页、第62页、第66页。

㉗参见“李君诉辽宁省政府案”,最高人民法院(2019)最高法行申14230号行政裁定书。

㉘参见“贾文学诉国家认证认可监督管理委员会案”,最高人民法院(2017)最高法行申2705号行政裁定书。

㉙参见“余成诉湖北省政府案”,最高人民法院(2017)最高法行申3348号行政裁定书。

㉚参见《邮政行政执法监督办法》,交通运输部令2020年第5号;《市场监督管理执法监督暂行规定》,国家市场监督管理总局

理总局令 2019 年第 22 号;《公安机关内部执法监督工作规定》,公安部令 1999 年第 40 号;等等。

③④参见《内蒙古自治区行政执法监督条例》《广东省行政执法监督条例》《北京市行政执法和行政执法监督暂行规定》《天津市行政执法监督规定》等。

③⑤参见《益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案》,载最高人民法院公报网, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/78621cad251bdfaf4cfbbf77962339.html>, 2021 年 4 月 25 日访问;“马鑫诉陕西省自然资源厅案”,西安铁路运输中级人民法院(2020)陕 71 行终 1164 号行政判决书。

③⑥参见“白美云诉国家土地督察成都局案”,最高人民法院(2020)最高法行申 1647 号行政裁定书;“龚灿贤等诉清远市政府案”,最高人民法院(2017)最高法行申 7922 号行政裁定书。

③④“龚灿贤等诉清远市政府案”,广东省高级人民法院(2016)粤行终 1302 号行政裁定书。

③⑤参见“叶宇鹏诉安溪县公安局案”,福建省泉州市中级人民法院(2019)闽 05 行终 144 号行政判决书。

③⑥参见“周云珍等诉浙江省公安厅案”,浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭行终字第 51 号行政裁定书。

③⑦参见“曹利建诉郴州市政府案”,最高人民法院(2018)最高法行申 7758 号行政裁定书。

③⑧参见[英]维尔:《宪政和分权》,苏力译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 333 页。

③⑨[英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,商务印书馆 2017 年版,第 77 页。

④⑩同前注①,凯尔森书,第 299 页;同前注①⑨,狄骥书,第 483 页;[美]庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆 1984 年版,第 67 页。

④⑪参见[法]狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈等译,辽海出版社·春风文艺出版社 1999 年版,第 56 页。

④⑫同前注④⑩,庞德书,第 67 页。

④⑬季卫东:《法律程序的意义》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 17-18 页。

④⑭同前注④⑪,狄骥书,第 124 页。

④⑮参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 2 页。

④⑯同上注,第 11-19 页。

④⑰季卫东:《法律程序的意义》,中国法制出版社 2004 年版,第 32 页。

④⑱参见王静:《美国行政法官制度研究》,国家行政学院出版社 2009 年版,第 7 页。

④⑲参见叶必丰等:《行政裁决:地方政府的制度推力》,载《上海交通大学学报》(哲学与社会科学版)2012 年第 2 期,第 8 页。

④⑳参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]26 号)第 4 条,以及《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包经营纠纷调解仲裁案件适用法律若干问题的解释》(法释[2020]17 号)第 3 条。

④㉑参见方军:《论行政复议的性质界定与功能定位》,载《河南财经政法大学学报》2020 年第 6 期,第 10-14 页。

④㉒同上注,第 14 页。

④㉓同前注④㉑。

④㉔参见曹璐:《作为化解行政争议主渠道的行政复议:功能反思及路径优化》,载《中国法学》2020 年第 2 期,第 176 页。

④㉕参见青锋等:《行政复议机关在行政诉讼中作被告问题的反思》,载《行政法学研究》2013 年第 1 期,第 10 页。

④㉖参见“周永彪等诉黔南布依族苗族自治州政府案”,贵州省高级人民法院(2019)黔行终 1800 号行政判决书。

④㉗《焦志刚诉和平公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案》,载最高人民法院公报网, <http://gongbao.court.gov.cn/Details/0735c03a88d4f65a3cdd66d220fcf7.html>, 2021 年 4 月 25 日访问。

④㉘“杨启超诉重庆市政府案”,最高人民法院(2018)最高法行申 712 号行政裁定书。

④㉙参见“刘得礼诉甘肃省公安厅案”,最高人民法院(2019)最高法行申 14012 号行政裁定书。

④㉚《关于〈中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)〉的说明》,载司法部网, http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-11/24/zlk_3260478.html, 2021 年 1 月 23 日访问。

④㉛同前注④㉙,棚濑孝雄书,第 23 页。

④㉜参见《最高人民法院关于正确确定县级以上地方人民政府行政诉讼被告资格若干问题的规定》(法释[2021]5 号)。

④㉝参见央视评论员:《“草包支书”案何以牵出一批“草包”!》,载大洋网, https://news.dayoo.com/guangzhou/202101/27/153828_53771953.htm?from=timeline, 2021 年 1 月 28 日访问。