

采取补救措施判决适用研究

——基于《行政诉讼法》第76条的分析

李会勋

【摘要】责令被告采取补救措施判决作为法定的判决形式,其性质属于补充性判决。该判决有着明确的适用前提,即人民法院确认某行政行为违法或者无效。行政行为的多样化导致法院判决责令被告采取补救措施的形式多样化,因该判决的保护强度弱于给付判决和形成判决,加之法院裁判基准不统一、判决内容不明确、不能回应诉求,导致行政机关在判决执行中不法履行或者不当履行问题频发,严重背离了《中华人民共和国行政诉讼法》的立法目的。法院在确认判决中适用采取补救措施判决时,既要克服确认类判决较之于形成类和给付类判决的补充性和替代性的不足,又要发挥法院在合法性、合理性审查和判决可执行性的裁量权优势,真正提升采取补救措施判决适用的规范性和科学性。

【关键词】补救措施;补充性判决;实质解决行政争议;类型化判决

【作者简介】李会勋,法学博士,山东科技大学文法学院副教授,硕士生导师,山东大学法学院博士后研究人员。

【原文出处】《西部法学评论》(兰州),2022.2.97~107

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“合宪性审查视阈下行政规范性文件审查机制研究”(20YJC820022)、中国博士后基金面上项目“保障性住房产权模式研究”(2017M612238)的阶段性研究成果。

引言

行政行为的多样性要求较为科学、较为严密的判决形式。^①确认判决往往是其他判决形式的基础。更多时候,采取补救措施类判决作为确认类判决中的补充性判决存在。采取补救措施已经成为确认类判决中最为典型的判决,在司法实务中大量存在。由于确认类判决本身不具备执行力或不能形成行政法律关系,对于原告的诉讼请求保护的强度要远远弱于给付判决和形成判决。采取补救措施判决除了原告要求确认法律关系的情况,如果在形成诉讼和给付诉讼中,法院可以作出形成类

判决和给付类判决,确认类判决则退居其次,如果法院能够在确认类判决中对采取补救措施类判决进行具体化和明确化,则有利于确认类判决的实际执行。正是从这个意义上说,“确认类判决与其他种类的判决方式相比,处于补充性质和替代性质之地位。”^②

一、采取补救措施属确认违法和无效判决的补充性判决

行政裁判方式与合法性审查有密切关系,但相对独立。^③1989年《中华人民共和国行政诉讼法》中没有确认违法或无效的判决方式,但是对于维持判

决(司法解释规定的驳回原告诉讼请求判决),审判实践中存在被诉行政行为违法,但不宜撤销的情形。^④体现了法院对于行政行为进行合法性审查之后的态度,即行政行为合法。所以从广义上讲,在其他诉讼类型中隐含着确认诉讼。

(一)采取补救措施的适用前提

2014年修改的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称“新法”)第76条规定,人民法院判决确认违法或者无效的,可以同时判决责令被告采取补救措施;给原告造成损失的,依法判决被告承担赔偿责任。采取补救措施的前提是确认违法或者无效,否则不能“同时”责令采取补救措施。对该条款的权威解释认为,确认违法判决是考量各种法益后的妥协,法律的天平向国家利益和社会公共利益作了适度倾斜,为了保持必要的平衡,行政机关还要承担比撤销判决较轻的法律责任:一是要采取积极的补救措施;二是要承担败诉责任,包括给原告、第三人造成损害的,要承担赔偿责任。法院根据实际情况决定是否判决责令被告采取补救措施,这是法院主动而为的,但是也包括在原告要求撤销违法行政行为的诉讼请求范围内。“补救措施包括使违法行政行为不失去效力的措施以及消除争议、缓解矛盾的补救措施。”^⑤如在黄愨、钱应璜诉上海市徐汇区人民政府(以下简称徐汇区政府)其他行政行为案中^⑥,黄愨、钱应璜所提诉讼请求包括两项内容:一是确认徐汇区政府对建业里功能定位的行政行为违法且无效;二是判令徐汇区政府采取补救措施,恢复其租赁原面积旧里公房。再审指出,根据“新法”第76条规定,人民法院判决确认违法或者无效的,可以同时判决责令被告采取补救措施;给原告造成损失的,依法判决被告承担赔偿责任。因黄愨、钱应璜所诉行政行为并未被确认违法或无效,其所提要求采取补救措施的诉讼请求明显缺乏事实根据。采取补救措施要在行为被依法认定为确认违法之后,在2014年“新法”修订之前没有上述规定,“新法”修改后理论和实务界都有做

出构建判决类型化的努力,即从“行为诉讼”开始转向“关系诉讼”。^⑦诉讼类型的精细化有利于原告准确理解“新法”的规定,在诉讼请求和判决方式上实现维护自身合法权益的最大化。^⑧“新法”76条规定的两种判决类型有对《中华人民共和国合同法》第107条的借鉴,这一处理方式也被“新法”第78条在有关行政协议的裁决方式中得到肯定。

在“新法”的章节构成中,第76条被规定在“新法”第七章第二节的第一审普通程序中,司法实务研究者认为,第76条是对第74条“确认违法判决”、75条“确认无效判决”的“确认违法和确认无效判决的补充规定”。^⑨不可否认,第76条与前述条款显然是一种承接关系,行政行为被确认违法后,因该行为满足第74条的规定情形,即应当撤销但存在诸如第74条第一款第一项等情形,存在适用法定阻却事由时,也可以适用采取补救措施的判决。实践中对土地征收、拆迁补偿、行政征收决定等行为,鉴于撤销涉案行政行为将会给社会公共利益造成重大损害,故在作出涉案行政行为违法的同时,均责令采取补救措施。从这一角度来看,第76条适用前提应为在不适用第74条和第75条的情形下,为了使合法性审查更加周延,更加接近“新法”的立法目的方作此规定。

(二)采取补救措施的适用顺序

“新法”第76条的表述内容至少包括三个方面:第一,对判决的效力作出认定,即确认违法或者无效的;第二,在对判决效力认定后,方可同时判决责令被告采取补救措施;第三,在判决确认违法或者无效后,造成损失的,要依法判决被告承担赔偿责任。从立法技术讲,这属于法律规范中的假定条件,该假定条件属选择性适用条件,包括行政行为被人民法院判决确认违法或者无效均可适用。“可以同时判决责令采取补救措施”的适用可能存在以下情形:一是违法或者无效的情形是否需要采取补救措施纠正;二是是否采取补救措施还要看原告的诉讼请求有无要

求判令被告采取补救措施;三是法院享有自主裁量权,可以判令被告采取补救措施,也可以只作出违法或者无效的判决。在董振鹤、莱州市人力资源和社会保障局案中^⑧,烟台市中级人民法院认为,“新法”第76条并未规定人民法院作出确认违法判决时必须同步判令被告采取补救措施。如果行政行为确认违法或者无效后,本着实质性解决纠纷的原则,人民法院在作出判决时应当本着定分止争的目的,应当在判决书中采用清晰和明确的表述,否则可能因表述不当程序空转,导致涉诉信访增加和司法权威资源的流失。“对于常规案件的理论研究还不够透彻,运用撤销重作等取巧方法处理案件,也埋下了循环诉讼、难以解决实质争议的隐患。”^⑨被诉行政行为如果违法或者被确认无效,可以采取补救措施的,就采取补救措施,符合“新法”第1条规定的立法目的,确保实现解决行政争议、保护相对人合法权益和监督行政机关依法行使职权三重立法目的。

(三)行政案件优先适用行政法律规范

在民事诉讼中,人民法院可以根据当事人的诉讼请求,对民事法律关系作出实体确认。民事诉讼与行政诉讼确认的性质存在不同,主要原因在于民事诉讼中的确认是确认民事法律关系是否存在,行政诉讼中的确认则是确认行政行为是否合法。两种诉讼确认标的不同导致审理的内容和适用的法律也不相同。王君诉长春汽车经济技术开发区管理委员会房屋征收补偿协议案中^⑩,对王君提出的适用侵权责任法的赔偿请求,法院认为,行政机关不履行交房法定职责违法行为造成当事人损失,承担的是行政赔偿责任,《中华人民共和国国家赔偿法》应当优先适用,除非法律没有作出明确规定,方能适用民事法律相关规定。该裁定同时认为,行政协议行为本质上仍是行政行为,在“新法”将行政协议案件纳入行政诉讼后,在行政协议接受司法审查时,人民法院应当适用行政法律规范,就行政行为

的合法性作出审查,在这一点上,行政协议行为与其他行为本质并无区别。如该案按照合同案件、适用民事法律规范对本案进行审理和判决,未明确被诉行政行为,未对被诉行政行为的合法性进行优先审查,只审查该民事行为是否合乎法律,则会产生本案在适用法律上优先适用民事法律规范来审查公法行为的错误。

二、采取补救措施与其他条款及判决的区别

采取补救类措施作为判项时,只有在被诉行政行为违法或者无效时才能真正体现其救济功能。采取补救措施的表述虽在“新法”第76条和第78条中均有表述,但二者在适用的条件、采取措施的内容和审查力度上均存在较大差异。

(一)“新法”第76条与第78条的区别

“新法”第78条规定,被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第12条第一款第十一项规定的协议的,人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。被告变更、解除本法第12条第一款第十一项规定的协议合法,但未依法给予补偿的,人民法院判决给予补偿。从判决类型上看,该条属于行政协议履行及补偿判决,但适用条件和第76条明显不同,虽然行政协议和民事合同在理论界还存在诸多争议,但司法不得拒绝裁判,司法领域内对行政协议的裁判已摒弃单一的行为合法性审查模式,继而以“关系审”取代“行为审”,以一种全新的方式对传统审查模式进行创新和整合。^⑪行政协议纠纷的解决同民事判决在履约方式上没有本质区别,比如,行政协议判决除可以采取补救措施外,还可以采取调解、继续履行、赔偿等判决方式。从法律规范性质上讲,在立法位阶上第78条应属于特别条款,第76条属于普通条款。2014年修法时,把行政协议纳入“新法”第12条第一款第一项,作为新纳入的可诉行政行为,并将该类行为的判决方式以特别条款进行类型化规定。此类立法技术也出现在新修改的《中华人民共和国行政处罚法》

中,如修订前的《中华人民共和国行政处罚法》第42条在规定行政处罚听证程序时对于听证笔录的效力没有作出规定,新修改的《中华人民共和国行政处罚法》第65条对听证笔录的效力作出了专门规定,明确在听证结束后,行政机关应当根据听证笔录,依照《中华人民共和国行政处罚法》第57条的规定做出决定,第65条相较于第57条的基础性规定,第65条属于特别性规定。所以“新法”第78条的内容已经被第76条所包含,第78条仅是对涉及行政协议判决的具体化列举。有学者认为,第76条规定的采取补救措施和第78条的规定应同属补救判决^⑩,但二者适用的条件明显不同,因行为类争议和履约类争议本身存在着差异,故“不同的行政协议纠纷,其表现出来的诉讼类型和法律适用的规则有很大差别”。^⑪

(二)“新法”第76条与第91条的区别

“新法”第76条与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“《解释》”)第91条的规定也存在区别^⑫,《解释》第91条意在规规定被告有职责履行但被告却未尽职责^⑬,如被告应当履行职责但没有履行,包括非法履行或者不当履行的情况,但裁判判决如果要求被告继续履行,裁判时应当考虑责令行政机关继续履行的必要性和可行性。如果案件需要继续调查或者裁量的,人民法院尊重行政机关通过继续调查事实的方式,结合相关法律法规重新作出认定。《解释》第91条规定的意思在强调被告应当依法履行职责,如在履职过程中需要调查和重新裁量,则尊重行政机关的调查权和裁量权。“新法”第70条规定了判决被撤销后的适用情形,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为。判决撤销或者部分撤销有法定的适用条件,“新法”第71条作出了列举式规定^⑭,第70条和第72条的适用虽均是要求行政机关作出行政行为,二者却存在较大的差别。第72条适用的前提至少包括三个方面的条件:一是

行政机关具有法定职责;二是行政相对人向行政机关提出相应履行请求;三是行政机关不履行或者拖延履行。

(三)“新法”第76条与原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第58条的区别

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第58条规定了行政行为违法但不宜撤销的情形^⑮,人民法院在作出判决违法但不适宜撤销时,应一并责令被告采取补救措施。“新法”第76条的内容已经涵盖了第58条的内容,且在“新法”中增加了“给原告造成损失的,依法判决被告承担赔偿责任。”出现不同理解的是,如果原告诉讼请求提出要求行政机关采取相应补救措施,没有提出赔偿请求,法院是否有释明义务,即要求原告变更诉讼请求为提出赔偿请求。该变更是对原有诉讼请求的优化,“新法”要求原告提出“明确的诉讼请求”而非“正确的诉讼请求”,如诉讼请求不明或者不适当,直接影响案件的审理,也阻却通过司法审查化解争议的目的,人民法院也可以在原告诉讼请求不明时由法院予以释明。当然,基于对诉讼权利的正当限制,释明后的诉讼请求不能是新的诉讼请求,而是在原诉讼请求基础上的进一步明确化。在诉讼类型化尚未成熟前,期待诉讼请求的类型化或者提出“明确的诉讼请求”对当事人而言还存在较大难度。^⑯从已有判决看,在荆荣花诉漯河市郾城区人民政府行政补偿案中^⑰,被申请人再申请采取补救措施,将房屋恢复原状、为再申请人办理补偿安置手续或下发补偿决定书,但再审认为,原审法院在判决驳回其要求恢复涉案房屋原状诉讼请求的同时,告知其可就相关损失另行提起赔偿诉讼,并未损害其合法权益。在被诉行为被确认违法后,如给原告造成损失的,适用第76条赔偿条款的规定显然更有利于保护相对人的权益,及时修复被违法行为侵害的法律关系。

(四)行政案件中“采取补救措施”判项不适用民事法律规范

民事和行政交叉案件多体现在行政诉讼中,“新法”对诸如行政许可、登记、征收征用、拆迁补偿等争议中一并要求解决民事争议的,立法赋予了原告要求一并解决争议的请求权。“在行政诉讼中适用民事诉讼规范应当确立不抵触立法目的和补充性两条规则。”^②行政法律规范和民事法律规范相结合适用,互不排斥且相互补充。特别是在履约类行政案件中,行政法律规范体现着合法性审查的原则,民事法律规范的适用则体现着司法审查的合理性和适当性原则,二者的有机结合也能够很好实现形式法治和实质法治的统一。^③在张本会诉二七区政府履行补偿安置协议一案中^④,二七区政府超过了案涉补偿安置协议约定的临时过渡期,仍没有履行交付安置房屋的义务。再审法院在论证中直接援引《中华人民共和国合同法》第107条规定^⑤,因此,二七区政府应当承担相应的违约责任。尽管在本案中不能直接依照张本会主张的按每日房屋征收补偿总额的3‰支付逾期交房违约金,法院应当判决二七区政府承担违约责任。在行为类案件裁判中,司法裁判往往直接排除民事法律规范的适用,如行政侵权类赔偿案件,人民法院往往遵循《中华人民共和国国家赔偿法》的规定,侵权行为对当事人造成了损失,司法机关仅支持直接损失部分,且有意区分违法行政行为赔偿的范围,这一点和民事侵权赔偿存在较大区别。^⑥

除上述条款外,《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第11条第一款中也有采取补救措施的规定^⑦,该补救措施因违法行为较为具体,将涉及个人隐私的地方予以单独处理,但被侵权人主张适用《中华人民共和国侵权责任法》第36条第一款规定等民事法律规范予以赔偿的诉求。

三、采取补救措施本身是抽象性表达,具体判决需要有明确的指向性和可执行性

如何采取补救措施,实务中仍然存在不同看法。如果原告请求判决被告履行金钱给付义务,人民法院应当明确判决给付的具体数额,不能简单判决限期履行给付义务。^⑧人民法院判决不能进行抽象性表达,“明确具体”不只是对诉讼请求的要求,同时也是对行政机关作出判决时的要求,目的是确保判决的可执行性。

(一)判决内容应明确具体,确保可执行性

吴都侠、宋静、宋恺诉陕西省西安市雁塔区人民政府、陕西省西安市雁塔区城中村改造办公室房屋拆除行为违法案中^⑨,再审认为,一审、二审判决责令雁塔区城市改造办公室于判决生效之日起六十日内,对杨家村9号院的房屋补偿问题依法采取相应的补救措施,但该判决中使用“补偿”而非“赔偿”,使用“补救措施”而非“赔偿责任”等表述确有不妥,应予以指正。王有诉山西省大同市原南郊区人民政府行政赔偿案中^⑩,山西省朔州市中级人民法院在行政判决书中确认,原南郊区政府强制拆除王有房屋的行政行为违法,并责令其对被拆房屋采取补救措施,给予王有相应的补偿或者赔偿。该判决书生效后,王有向山西省朔州市中级人民法院申请执行,该院以朔州市中级人民法院(2016)晋06行初12号行政判决书中没有明确的给付内容为由,驳回了王有的执行申请。本案中,因判决执行内容不明导致本案无法执行,增加了原告诉讼成本,影响了判决权威。坚持司法为民,标准要看能否做到查清事实和公正适用法律。明确具体的判决有利于执行到位,否则会增加原告的维权成本,“弱化了再审申请人救济的途径,导致再审申请人无法通过判决结果得到应有的赔偿。”^⑪在向文生诉湖南省溆浦县人民政府行政允诺案中^⑫,溆浦县江口镇人民政府向向文生、荆茂英夫妇做出《承诺书》,同意向文生、荆茂英夫妇在江口镇新街规划区享有宅基地优

先购买权(只限两个门面位置,且不能转让)。溆浦县江口镇人民政府在《承诺书》上加盖了公章,溆浦县S308公路改造协调指挥部于2011年7月15日在《承诺书》上签署意见:“同意江口镇政府意见”,并加盖了公章。一审法院认为大江口镇政府2011年7月13日做出的《承诺书》,因违反法律的强制性规定无法履行,应依法确认《承诺书》中的承诺违法,并责令溆浦县人民政府与溆浦县大江口镇人民政府采取补救措施。应采取何种补救措施不明确,原告不服一审判决提起上诉,二审法院指出“一审存在适用法律不当和判决主文不明确导致执行困难的问题”,二审法院指明,结合本案实际情况,具体的补救措施可先由双方相互协商确定;协商不成,溆浦县政府、大江口镇政府在本判决生效后60日内按照《国有土地上房屋征收与补偿条例》及当地实施办法的规定,参照本案判决时溆浦县签订国有土地上房屋征收补偿协议并搬迁腾空房屋的最高奖励标准和一次性每户奖励,对向文生夫妇房屋拆迁进行一次性的货币补偿。二审法院结合案情认定补救措施,处理得当,达到了定分止争的目的。尤蕴华等诉河北省怀来县人民政府、张家口市人民政府行政征收以及行政复议案中^③,一审判决仅撤销张家口市政府行政复议决定,确认怀来县政府征收公告行为违法,但未责令该县政府采取补救措施。二审法院在维持一审判决基础上,责令怀来县政府采取补救措施,使补救措施与案情结合更加具体化,按照法律规定的程序完善集体土地征收报批手续,依法对被征收村民予以补偿。二审法院也可以对一审判决的“采取补救措施”结合案情进行具体阐述。在高思红诉郑州市惠济区人民政府、郑州市惠济区长兴路街道办事处强制拆除房屋违法案中^④,人民法院认为,本案中采取补救措施就是对高思红的损失予以补偿或赔偿,高思红也可以直接就上述赔偿问题向人民法院提起诉讼。一审法院在确认违法后,受制于“尊重行政权首次判断原则”的

压力,在作出判决时往往考虑了不应当考虑的因素,或者没有考虑应当考虑的因素,或者因案外因素考虑过多导致采取补救措施判决过于原则,具体内容不够明确。因此,在可执行性和越权尺度的把握上,应以实质性解决纠纷为目标,达到化解纠纷的目的,否则“新法”增加的解决行政争议的立法目的将难以真正实现。

(二)采取补救措施要在行政机关履职后作出

根据上文论述,履行法定职责判决具有彻底性的特点。只要事实和条件的条件具备,人民法院就可以直接判决履行原告诉讼请求。采取补救措施是在确认违法之后的“补充性判决”,只有在裁判时机成熟的情形下适用方恰当^⑤。在李云萍等三人诉云南省昆明市西山区人民政府征地公告案中^⑥,一审判决确认《征地公告》中涉及原告国有土地使用权的部分违法,责令被告应当进一步采取补救措施。最高人民法院再审认为,二审法院虽然指出应当采取补救措施,但如何补救不属于法院裁断范围,再审法院在裁判文书中释法明理,倡导被告可以通过专业及细致的评估来解决补偿纠纷。

类似情形在李玉春诉邹平县人民政府行政补偿案中也有体现^⑦,再审认为,被告应当尽快履行征地批复手续并处理好相关后续事项。至于何时采取行政手段或者采取何种行政手段来处理后续事项,法院不宜作出具体性指令,因案情不同,处理方式不一。

(三)采取补救措施与“依法通过其他途径解决”的选择适用

采取补救措施离不开对案件的整体把握,包括原告的诉求,被告行为的合法性,是否具有不可撤销或者重作可能,是否只需回应赔偿或者补偿诉求等,也包括“依法通过其他途径解决”等新型裁判方式。在李新省诉方城县人民政府及方城县国土资源局土地征收案中^⑧,二审法院确认涉案征地

行为违法,但不予撤销。再审申请人对补偿不满意,提起再审,再审认为,为确保公共利益不受损害,基于法的安定性,不当轻易撤销已经发生法律效力行政行为。判决最后给再审申请人指明,如对补偿问题有异议,可依法通过其他途径解决。如行政行为被确认违法对行政相对人造成损失的,为解决纠纷可以主动释法明理,为当事人未来维权提供合理建议。在墙登尧诉沙洋县人民政府行政征收案中^⑨,裁判认为,尽管本案中原告主张被告的违法行为在合法性审查中不能得到人民法院的支持,但墙登尧若认为被诉征地行为对其造成了损失,可以依法另行提起行政赔偿诉讼维护其合法权益。

四、采取补救措施类判决,应兼顾合法性、合目的性和适当性的统一

法院在作出判决时需要考虑的是判决在作出后对于行政机关的实际约束功能。在行政强制类行为中,如行政行为已经被确认违法,造成损失的,具有赔偿事实依据和法律依据的,即裁判时机成熟应当直接作出赔偿判决,可以排除采取补救措施判决的适用。人民法院可以根据案件需要,结合当事人的诉请,对采取的补救措施或可执行的内容具体化、明确化。^⑩

(一)直接适用赔偿判决的情形

王登林诉山东省聊城市东昌府区人民政府行政强制案中^⑪,一、二审法院认为东昌府区政府、侯营镇政府在未依法办理审批以及完成征收程序的情况下,以《征用土地补偿协议》代替审批征收占用王登林承包土地,不仅于法无据,而且严重违反《中华人民共和国土地管理法》的规定。人民法院确认被告占用王登林承包土地的行为违法,责令被告采取补救措施,但对王登林提出的赔偿其原土地补偿款、青苗补偿款、政府补贴等经济损失共计36810元的请求,一审法院认为,采取补救措施已经包括或者变相包括了原告的诉讼请求,在被告未采取补救

措施前,原告要求赔偿的行为还不成熟,尚“不具备法定条件”。二审法院认可了一审法院主张,认为裁判被告承担赔偿责任的时机不成熟,原告如果在领取补偿款后仍不足以弥补损失,可通过其他途径维权。尽管本案原告提出的赔偿请求没有得到再审支持是因为据以赔偿证据的不足,但在确认相关行政行为违法后,结合案情将采取补救措施判决具体化,更能实质性化解纠纷。

(二)对行政权首次判断的适度尊重与实质性解决纠纷的平衡

首次判断原则主要表现为对行政事项的首次处理,在已经进入司法审查后,司法权不能僭越行政权,行政庭法官对已经进入审理的案件在司法审查中主要兼顾裁决的合法性,但合法性为主并非否定合理性,在实质性解决纠纷的前提下,法院在作出判决时要尽量明确具体,不要侵犯行政机关的首次判断权,此时的确认判决包含了自由裁量性救济。在安徽柳峰花炮有限责任公司诉安庆市人民政府、枞阳县人民政府、枞阳县项铺镇人民政府行政决定及补偿案中^⑫,针对安庆市政府、枞阳县政府、枞阳县项铺镇政府另行支付其补偿款965.39万元的诉讼请求,再审认为,在行政机关未作出采取补救措施之前,人民法院应当尊重行政机关的首次判断权,不宜在行政行为未作出之前就做出判断,“在所有诉讼类型中,确认之诉被认为是最棘手的。”^⑬在王薇诉山东省青岛市市南区人民政府、山东省青岛市人民政府行政赔偿即行政复议案中^⑭,二审法院呼吁赔偿机关尽快对再审申请人进行赔偿,并认为一概交由赔偿义务机关重新作出赔偿决定的指导思路不利于纠纷实质性解决,应当本着实质性解决纠纷和不僭越行政权二者平衡的原则,通过裁决呼吁赔偿义务机关进行积极赔偿。

解决行政争议是“新法”的立法目的之一,解决行政争议应当是《中华人民共和国行政诉讼法》的首要立法目的,充分说明人民法院是通过受理案件、解

决案件争议的方式,客观上达到保护权利和监督权力的效果。^⑤判决要回应诉讼请求,并非裁判中的每一个判项都要与原告的诉讼请求一一对应,人民法院是否支持原告诉讼请求,最终要取决于案件事实和法律规定。判决的说理关系到纠纷的实质性化解,如果判决出现错误,会导致公民、法人和其他组织与被告关系的紧张,徒增诉争双方压力,形成诉累,浪费社会资源。在邓成亮诉山东省邹平县人民政府行政赔偿案中^⑥,二审判决要求邹平县政府补办征地手续后再实施补偿的表述不当。再审认为,对行政机关而言,应当通过合法手段取得土地审批手续,对再审申请人应当领取而未领取的补偿款可以先予提存,要求被申请人妥善处理后续事宜。在张顺成诉郑州市惠济区人民政府、郑州市惠济区刘寨街道办事处强制拆除房屋案中^⑦,尽管没有证据表明惠济区政府直接参与了拆除行为,但根据“谁行为,谁被告”的一般原则,出于实质性解决纠纷考量,原审要求被申请人采取补救措施并无不当。

(三)采取补救措施判决的执行

类似王立秋诉河南省南乐县人民政府、河南省南乐县谷金楼乡人民政府和河南省南乐县市政园林管理服务中心违法占地及返还土地案^⑧,一审和二审法院虽在判决中采取了补救措施,但未明确补救措施的内容及具体期限,导致再审申请人无法通过判决结果得到应有的赔偿。再审法院认为二审法院在一审判决确认南乐县政府使用涉案土地违法的同时,判决责令南乐县政府采取补救措施,符合法律规定。如王立秋认为南乐县政府违法使用土地的行为对其造成损失,可依法另行主张其权益。一个县政府违法使用土地的行为,历经一审、二审和再审,最后的结果如果只是另行主张权益,对当事人而言未必是最好的结果。尽管司法不能解决一切,但二者运行的机制和模式不应当在裁判结果上采取双重标准。诉讼本身就是解决纷争,设

立行政诉讼的目的在于,由人民法院对行政机关的行政行为进行监督,原告通过确认诉讼形成对自己有利的判决。“新法”规定了判决执行的两种方式:一是当事人凭生效判决要求履行义务机关采取具体举措,化解当前纷争,该方式是补救措施类判决执行的主要措施;二是当事人凭生效判决到法院申请强制执行,此种判决需要审判庭和执行庭等部门加强协调,对判决内容要求更加明确、精准。当然,不能排除该类生效判决在执行中遇到阻碍,依据“新法”监督和处置措施的相关规定^⑨,如行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的,第一审人民法院通过采取划拨、对行政机关负责人按日罚款、公告行政机关拒绝履行等方式,向监察机关或者该行政机关的上一级机关提出司法建议等措施,直至对行政机关直接负责的主管人员和直接责任人员予以拘留等,确保采取补救措施类判决能够得到有效执行。

结语

基于诉讼类型的考虑,公民应当优先选择形成诉讼和给付诉讼。之所以作出确认判决,往往是形成判决、给付判决不能适用情形下的“最终替代手段”而已。当前法治政府建设正处于关键节点,需要在新的历史起点上探寻促进我国法治政府建设内涵式发展并提速转型升级的最优路径。^⑩通过行政诉讼优化司法审查提升法治政府建设水平仍是我们的主要抓手,司法审查质效的提升取决于行政诉讼类型化的努力程度。“诉讼类型化制度的根本意义更在于对法院的诉讼行为作出规范,以使法院根据不同的诉讼类型选择最适宜的救济方式和裁判方式。”^⑪从判决公正性而言,行为的类型化要求判决方式的类型化,“严格各类判决方式的法定适用条件,规范法官选择判决方式的自由裁量权,从而实现行政审判的精细化。”^⑫因此,结合诉讼请求、涉案行政行为将判决细分化和类型化,是理论和实务都应高度重视的议题,“法院就诉讼请求的正确

与否进行审理、裁判,前提是其系属在程序法上必须具备诉讼要件并且适法。”⁵³

注释:

①江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》,法律出版社2016年版,第1675页。

②江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》,法律出版社2016年版,第1673页。

③何海波:《行政审判体制改革刍议》,载《中国法律评论》2014年第1期。

④为解决这一问题,《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50条第3款和第57条第2款作出了规定,被2014年修改的《中华人民共和国行政诉讼法》吸收后规定在该法第74条中。参见蔡小雪:《行政行为的合法性审查》,中国民主法制出版社2020年版,第249页。

⑤梁风云:《新行政诉讼法逐条注释》,中国法制出版社2017年版,第609页。

⑥黄愨、钱应璜诉上海市徐汇区人民政府其他行政行为案,参见最高人民法院(2018)最高法行申1878号再审查与审判监督行政裁定书。

⑦比较有代表性的论文有,马怀德:《完善〈行政诉讼法〉与行政诉讼类型化》,载《江苏社会科学》2010年第5期;刘飞:《行政诉讼类型制度探析——德国法的视角》,载《法学》2004年第3期;李广宇、王振宇:《行政诉讼类型化:完善行政诉讼制度的新思路》,载《法律适用》2012年第2期;梁风云:《不断迈向类型化的行政诉讼判决》,载《中国法律评论》2014年第4期,等等。

⑧梁风云:《不断迈向类型化的行政诉讼判决》,载《中国法律评论》2014年第4期。

⑨梁风云:《新行政诉讼法逐条注释》,中国法制出版社2017年版,第609页。

⑩董振鹤诉莱州市人力资源和社会保障局劳动社会保障行政管理(劳动、社会保障)案,参见山东省高级人民法院(2020)

鲁06行终44号二审行政裁定书。

⑪李广宇:《理性诉权观与实质法治主义》,《法律出版社》2018年版,第422页。当前,我国行政诉讼制度尚不成熟,表现在法官对于有意义的新类型疑难案件,缺乏做出经典判决的信心和能力。

⑫王君诉长春汽车经济技术开发区管理委员会不履行行政协议案,参见最高人民法院(2016)最高法行申1611号再审查行政裁定书。

⑬参见耿宝建、殷勤:《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》,载《法律适用》2018年第17期。

⑭李傲、章玉洁:《实质性解决行政争议视角下我国行政诉讼补救判决之完善》,载《重庆社会科学》2020年第8期。

⑮梁风云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第113页。

⑯参见《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)。

⑰《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条规定,原告请求被告履行法定职责的理由成立,被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的,人民法院可以根据行政诉讼法第72条的规定,判决被告在一定期限内依法履行原告请求的法定职责;尚需被告调查或者裁量的,应当判决被告针对原告的请求重新作出处理。

⑱《中华人民共和国行政诉讼法》第70条规定,行政行为有下列情形之一的,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为:(一)主要证据不足的;(二)适用法律、法规错误的;(三)违反法定程序的;(四)超越职权的;(五)滥用职权的;(六)明显不当的。该条款对行政机关而言属于纠错性条款,要求行政机关正视前款列举中的违法行为,进行补正后另行作出相应行政行为。

⑲《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58条规定,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施。直到《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》出台后,该解释被废止。

⑳《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68条规定,行政诉讼法第49条第三项规定的“有具体的诉讼请求”是指:(一)请求判决撤销或者变更行政行为;(二)请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务;(三)请求判决确认行政行为违法;(四)请求判决确认行政行为无效;(五)请求判决行政机关予以赔偿或者补偿;(六)请求解决行政协议争议;(七)请求一并审查规章以下规范性文件;(八)请求一并解决相关民事争议;(九)其他诉讼请求。当事人单独或者一并提起行政赔偿、补偿诉讼的,应当有具体的赔偿、补偿事项以及数额;请求一并审查规章以下规范性文件的,应当提供明确的文件名称或者审查对象;请求一并解决相关民事争议的,应当有具体的民事诉讼请求。当事人未能正确表达诉讼请求的,人民法院应当要求其明确诉讼请求。

㉑荆荣花诉漯河市郾城区人民政府行政补偿案,参见最高人民法院(2018)最高法行申3803号再审行政裁定书。

㉒章剑生:《行政诉讼中民事诉讼规范之“适用”——基于〈行政诉讼法〉第101条展开的分析》,载《行政法学研究》2021年第1期。

㉓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,第1页。

㉔张本会诉河南省郑州市二七区人民政府履行补偿安置协议案,参见最高人民法院(2019)最高法行申12577号再审审查与审判监督行政裁定书。

㉕《中华人民共和国合同法》第107条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

㉖《中华人民共和国国家赔偿法》第36条第八项规定,对财产权造成其他损害的,按照直接损失给予赔偿。

㉗《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第11条第一款规定,被告公开政府信息涉及原告商业秘密、个人隐私且不存在公共利益等法定事由的,人民法院应当判决确认公开政府信息的行为违法,并可以责令被

告采取相应的补救措施。

㉘陈斯、谢奕:《民事判项给付内容不明的理性思辨与路径构建——基于“审执衔接三元法”的分析》,载《法律适用》2020年第19期。

㉙吴都侠诉陕西省西安市雁塔区人民政府行政其他案,参见最高人民法院(2018)最高法行申8655号再审行政裁定书。

㉚王有诉山西省大同市平城区人民政府行政赔偿案,参见最高人民法院(2020)最高法行赔再1号裁定书。

㉛王立秋诉河南省南乐县人民政府违法占地及返还土地案,参见最高人民法院(2020)最高法行申7694号再审审查与审判监督行政裁定书。

㉜向文生诉湖南省溆浦县人民政府行政允诺案,参见最高人民法院(2019)最高法行申612号再审行政裁定书。

㉝尤蕴华等诉河北省怀来县人民政府、张家口市人民政府行政征收以及行政复议案,参见最高人民法院(2020)最高法行申2645号再审审查与审判监督行政裁定书。

㉞高思红诉郑州市惠济区人民政府、郑州市惠济区长兴路街道办事处强制拆除房屋违法案,参见最高人民法院(2017)最高法行申1070号再审审查与审判监督行政裁定书。

㉟李广宇:《司法的温度与界限》,法律出版社2019年版,第261页。

㊱李云萍等三人诉云南省昆明市西山区人民政府征地公告案,参见最高人民法院(2017)最高法行申5906号再审审查与审判监督案。

㊲李玉春诉邹平县人民政府行政补偿案,参见最高人民法院(2019)最高法行赔申136号再审行政裁定书。

㊳李新省诉方城县人民政府及方城县国土资源局土地征收案,参见最高人民法院(2017)最高法行申6210号再审审查与审判监督行政裁定书。

㊴墙登尧诉沙洋县人民政府行政征收案,参见最高人民法院(2018)最高法行申5783号再审行政裁定书。

㊵最高人民法院行政审判庭于2013年12月23日作出[2013]行他字第11号《关于行政机关申请法院强制执行维

持或驳回诉讼请求判决应如何处理的答复》。其具体内容有：“人民法院判决维持被诉行政行为或者驳回原告诉讼请求后，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当按照《中华人民共和国强制法》第13条第二款的规定，作出如下处理：一、法律已授予行政机关强制执行权的，人民法院不予受理，并告知由行政机关强制执行。二、法律未授予行政机关强制执行权的，人民法院对符合法定条件的申请，可以作出准予强制执行的裁定，并应明确强制执行的内容。”

④①王登林诉山东省聊城市东昌府区人民政府行政强制案，参见最高人民法院(2018)最高法行申5251号再审行政裁定书。

④②安徽柳峰花炮有限责任公司诉安庆市人民政府、枞阳县人民政府、枞阳县项铺镇人民政府行政决定及补偿案，参见最高人民法院(2017)最高法行申293号再审审查与审判监督行政裁定书。

④③[德]弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第311页。

④④王薇诉青岛市市南区人民政府、青岛市人民政府行政赔偿及行政复议案，参见最高人民法院(2016)最高法行申4713号。

④⑤李广宇：《理性诉权观与实质法治主义》，《法律出版社》2018年版，第422页。构建争议解决型诉讼，争议解决型诉讼要求处理案件应着眼于解决实质争议，而不能满足于形式法治主义，同时解决争议也并不意味着就是要多调解、多协调，只要紧紧围绕原告的诉讼请求进行审理，充分运用各种判决方式把问题处理得具体到位，行政诉讼不解决实际问题的弊端就能得以缓解。

④⑥邓成亮诉山东省邹平县人民政府行政赔偿案，参见最

高人民法院(2019)最高法行赔申134号裁定书。

④⑦张顺成诉郑州市惠济区人民政府、郑州市惠济区刘寨街道办事处强制拆除房屋案，参见最高人民法院(2017)最高法行申1086号再审审查与审判监督行政裁定书。

④⑧王立秋诉河南省南乐县人民政府、河南省南乐县谷金楼乡人民政府和河南省南乐县市政园林管理服务中心违法占地及返还土地案，参见最高人民法院(2020)最高法行申7694号再审审查与审判监督行政裁定书。

④⑨参见《中华人民共和国行政诉讼法》第96条，行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的，第一审人民法院可以采取下列措施：(一)对应当归还的罚款或者应当给付的款额，通知银行从该行政机关的账户内划拨；(二)在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关负责人按日处五十元至一百元的罚款；(三)将行政机关拒绝履行的情况予以公告；(四)向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；(五)拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

④⑩曹鏊：《论我国法治政府建设的目标演进与发展转型》，载《行政法学研究》2020年第4期。

④⑪李广宇：《理性诉权观与实质法治主义》，法律出版社2018年版，第275页。

④⑫郭修江：《行政诉讼判决方式的类型化——行政诉讼判决方式内在关系及适用条件分析》，载《法律适用》2018年第11期。

④⑬[日]中村英朗：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第153页。