

行政复议前置设定的法治实践

叶必丰

【摘要】复议前置属于行政诉讼制度,应当受行政诉讼法的约束。《行政诉讼法》规定了对复议前置的容许性、设定权及设定范围,现受到了《行政复议法》的挑战。我国至今设定复议前置的法律、行政法规总计74部/件,总体上遵循了《行政诉讼法》的规则。省级地方性法规普遍偏好设定复议前置,规章设定复议前置违反了法治原则。法律、行政法规曾设定65种行政行为争议为复议前置,所采用的标准是“主管部门+行政行为类型”。现行《行政复议法》将复议前置的设定标准发展为“行政行为类型+属性”,跳出了主管部门框架,但并不是对法律、行政法规设定复议前置的行政争议类型化标准或限制。如果能继续坚持《行政诉讼法》对复议前置设定的约束,复议前置的设定主体能继续保持依法自律,对复议前置行政行为的设定能跳出主管部门框架,按“行政行为类型+属性”设定复议前置并允许由法律排除或由法院作限制性解释,则不必担心法律、行政法规滥设复议前置,复议前置不会无限制扩张。

【关键词】行政复议前置;司法制度;行政诉讼法;行政行为

【作者简介】叶必丰,上海交通大学凯原法学院教授。

【原文出处】《法学评论》(武汉),2024.1.123~135

引言

在行政复议与行政诉讼的关系上,《行政诉讼法》(1989)^①确立了选择复议原则,即申请行政复议或提起行政诉讼原则上交由当事人选择。^②《行政复议法》修改前,学界对行政复议与行政诉讼的关系再次展开了讨论,对行政复议是否作为行政诉讼的法定前置程序形成了三派不同观点。第一,强制前置说。主张者认为,为充分发挥行政复议化解行政争议的主渠道功能,所有行政争议在向法院提起行政诉讼前都应当以行政复议为必经程序,^③或者原则上应该实行行政复议强制前置模式。^④第二,自由选择说。主张者认为,行政复议强制前置的理由难以成立,应坚持行政复议和行政诉讼的差异性,原则上实行由当事人自由选择

救济模式,并对法定前置复议作严格限制。^⑤第三,合理衔接说。主张者认为,行政复议与行政诉讼应当加强衔接,适当扩大行政复议强制前置的范围,尤其应当将行政行为的合理性争议作为行政复议强制前置的范围。^⑥为了表述的简洁,下文将法定行政复议前置或行政复议强制前置,统称为司法裁判中广泛使用的复议前置。

《行政复议法》的修改已经尘埃落定,复议前置范围的扩大成为本次修法的重要特色之一。^⑦从第23条的规定来看,它既没有采用强制前置说也并非采用合理衔接说。复议前置的范围虽然扩大了,但并非基于行政复议与行政诉讼的合理衔接,反而强调了两者的差异性。当然,复议前置范围扩大到何种程度,还取决于法律、行政法规的设

定。由此引发的问题包括:第一,复议前置的设定应遵循什么规则,受什么规则的约束?这一问题的潜在意思是,相应的规则将影响复议前置的设定。第二,法律、行政法规是否会纷纷设定复议前置,即设定复议前置的法律、行政法规是否会越来越多?第三,法律、行政法规是否会把行政行为争议越来越多地设定为复议前置?第四,哪些行政行为争议可设定为复议前置,或者说设定复议前置有什么标准?本文拟通过总结已有实践的经验加以讨论。“疑今者察之古,不知来者视之往。”

一、复议前置设定的法律约束

(一) 复议前置设定的行政诉讼法约束

行政复议具有层级监督和解决行政争议的功能,其历史源远流长。它作为一种公权自律机制,无论从理论上还是从事实上说都产生于高权行政内部。德国学者胡芬教授就指出:“早在专制国家内部,就已经出现了自我监督行政活动的趋势,虽然还不是将此审查职能交与一个独立的司法机构行使。”法国和日本的行政申诉制度也早于行政诉讼制度。我国上至西周下至清朝都有申诉制度,清嘉庆帝还建立了逐级申诉制度。^⑧新中国建立后,早在行政诉讼制度建立前的1950年就有行政复议的规定。^⑨当然,历史上发展而来的行政复议制度经由行政诉讼制度得到了法治化改造。

行政诉讼是以近代民主、法治和立宪为基础的,也是法治得以确立、行政法正式诞生的客观标志。^⑩行政诉讼又与行政复议密切相关。一方面,行政诉讼需要从行政复议制度汲取素材。法国当代最主要的行政诉讼类型即撤销之诉,就是由当初的行政申诉制度发展而来的。^⑪另一方面,每个国家在制定行政诉讼法时都必须面对已经存在、具有相同或类似功能的行政复议制度,是两者并存还是将行政复议作为行政诉讼的必经程序?对此,联邦德国宪法法院一直持肯定态度,即行政复

议和行政诉讼既可以并存,也可以把部分行政复议作为行政诉讼的前置程序。但前提条件是,“必须畅通无阻地执行复议程序,而且应确保公民免受不当耽误”,^⑫行政复议不得成为行政诉讼救济的障碍。这也是有关国家对行政复议和行政诉讼制度的共识。

前置复议以“复议”为重心,在复议机关和复议程序上与选择复议并无不同。复议前置以“前置”为重心,把行政复议作为行政诉讼的法定必经程序,为公民行使诉权、为法院行使案件主管权设定了法定条件,是行政诉讼制度的组成部分。“行政复议在德国作为行政诉讼的一个前置程序由联邦行政法院法调整的原因之一,也就是附属于行政诉讼”,“把行政复议看作为要式庭外法律救济”。^⑬《德国行政法院法》第68条规定,撤销之诉和履行之诉一般应遵守复议前置程序,但在“法律有明文规定”者除外。日本采用了与德国相同的思路,《日本行政事件诉讼法》第8条规定了复议前置:“根据法令规定可以对处分提出审查请求,并不直接妨碍对该处分提起撤销之诉。但法律规定非经对审查请求的裁决不得对该处分提起撤销之诉的,不在此限。”^⑭《法国行政诉讼法典》没有规定复议前置,但最高行政法院对行政诉讼具有“统帅权”。一方面,最高行政法院具有“依据判例来创立法律的权力”,^⑮确立了行政诉讼无须复议前置的原则。另一方面,最高行政法院统筹和推动行政诉讼制度的改革和立法,包括复议前置改革和立法。^⑯美国的复议前置规则也主要是由联邦最高法院的判例阐述的。^⑰因此,主要国家的通例是复议前置受行政诉讼法的约束。

行政诉讼法对复议前置规定了三项规则:第一,行政诉讼法对复议前置的容许性。这是指是否允许复议前置只能由行政诉讼法规定而不能由其他法律规定。当然,如果行政复议并非强制前

置,则其他法律甚至政府法令都可以规定。事实上,《联邦德国行政程序法》就规定了行政复议,日本也在《行政事件诉讼法》之外制定有《行政不服审查法》。但是,它们只能规定选择复议以及行政复议的组织和程序规则。如果涉及复议前置,则应当与行政诉讼法保持一致。^⑧第二,行政诉讼法设定或授权设定复议前置。《德国行政法院法》第68条设定了复议前置,同时授权法律可以排除某些复议前置。《日本行政事件诉讼法》第8条允许内阁法令规定选择复议,授权国会法律设定复议前置。复议前置作为一项诉讼制度需要遵守法律保留原则,无论是限缩抑或扩大行政诉讼法规定的复议前置范围,都只能由授权法律加以设定。第三,行政诉讼法规定复议前置的设定范围。《德国行政法院法》第68条规定的复议前置范围属于撤销之诉和义务之诉的行政争议,法律要限缩复议前置范围也只能针对上述两类行政争议。联邦和州最高行政机关所作的行政行为就属于排除复议前置之列,因为在这种情况下再由其复议一次,“就是一种虚张声势的形式主义”。^⑨《日本行政事件诉讼法》第8条容许的复议前置限于撤销之诉的行政争议,因而法律不能在该类行政争议以外设定复议前置。

(二)我国复议前置设定的法律约束

1.《行政诉讼法》对复议前置设定的约束。我国在行政诉讼的萌芽之时,代替行政诉讼法功能的《民事诉讼法(试行)》(1982)第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”该规定明确了法院对法定行政案件的主管权和对法定行政行为的监督权,以及公民对法定行政行为的司法救济权。其中的“法律”,从字面和习惯上来说应是全国人大及常委会所制定的法律。它的依据是实行一元立法体制的1980年《宪法》。半年后的《宪法》(1982)确立了多元立法体

制,规定了法律、行政法规、地方性法规和规章,但并没有规定立法权限的具体分工。同时,当时的理论和实务界尚未形成法律保留的共识。《民事诉讼法(试行)》(1982)中的“法律”到底是指哪些并不明确,可以说对设定复议前置的授权较为模糊,但也可以说是意识地没有限制复议前置。在行政诉讼制度尚未建立,法院审理行政案件是一种例外的情况下,“法律”规定经复议后的诉讼是要求行政权对司法权的开放,是对“法律”规定可诉行政争议的一种鼓励,是为了通过单行立法实现司法最终原则。

《行政诉讼法》(1989)第37条第2款规定:“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的,依照法律、法规的规定。”该规定表明了《行政诉讼法》(1989)容许复议前置,并授权法律、法规设定。当时,法律保留原则的法理逐渐在我国兴起,但制度尚未确立。现代化成为国家和社会的共同之梦,经济发展成为公权合法性的重要表征,私营经济获得了1988年宪法修正案的承认。为此所推行的改革开放既需要国务院的有效组织,又需要地方“摸着石头过河”式的积极探索。基于上述背景及《宪法》(1982)确立的立法体制,该法赋予“法律、法规”对复议前置的设定权,即除了授权法律外还授权行政法规和地方性法规设定复议前置。该法实施后,我国的《宪法》和立法体制得到了很大发展。宪法修正案第7条(1993)确立了市场经济体制,第13条(1999)规定了依法治国原则,第24条(2004)承诺国家尊重和保障人权。2000年的《立法法》规定了法律保留原则,司法制度属于法律绝对保留的事项。复议前置关系到诉权的实现。“诉权的人权性质使得诉权具有绝对性,不得为诉权的实现附加条件。”^⑩复议前置作为一项司法制度,不可授权。复议前置的设定“应限于由法律规定而不宜扩

大至法规”。^①遗憾的是,2014年《行政诉讼法》仍保留了授权“法律、法规”设定复议前置的规定,没有停止对行政法规和地方性法规设定复议前置的授权。《行政诉讼法》对法律、法规复议前置设定的授权,没有像德国、日本行政诉讼法那样通过复议前置的行政争议类型加以限制,也就是说法律、法规可以把任何类型的行政争议设定为复议前置。但是,《行政诉讼法》从一开始就确立了监督行政的立法宗旨和以选择复议为原则、以复议前置为例外的制度。并且,根据该法,为例外的复议前置必须由法律、法规设定,或者说只有法律、法规设定的复议前置才能作为例外而存在。因此,《行政诉讼法》明显具有限制复议前置设定的意思,并在司法实践中得到了广泛运用。

2.《行政复议法》对复议前置设定的规定。1989年来,无论是《行政复议条例》(1990、1994)还是《行政复议法》(1999、2009、2017)都遵循着《行政诉讼法》的复议前置规则。但现行《行政复议法》第23条把《行政诉讼法》中的复议前置由“法律、法规”设定修改为“法律、行政法规”设定。《行政复议法》的上述规定,看起来只是限缩了复议前置的设定权,排除了地方性法规的设定权,但实际上将导致复议前置设定的法律依据上的变化。按照新法优于旧法的原则,《行政复议法》与《行政诉讼法》在复议前置设定上的不一致,应当以《行政复议法》的规定为准。这样,《行政复议法》不再是《行政诉讼法》的贯彻,相反《行政诉讼法》中的复议前置设定规则被虚置了。作为行政诉讼制度的复议前置设定不再受《行政诉讼法》的约束,而有了独立于《行政诉讼法》的法律渊源和法律地位。尽管现代行政复议制度已经不断得以专业化和法治化,无论是审理组织还是审理程序都借鉴了很多司法经验,^②但它毕竟不是按司法标准建立的制度,^③不是像法国那样的行政法院制度。这样,《行

政复议法》授权法律、行政法规设定复议前置就改变了复议前置受行政诉讼法约束的原则。为了继续贯彻《行政诉讼法》约束复议前置设定的原则,统一复议前置设定的法律依据,必须尽快修改《行政诉讼法》关于复议前置设定的条款。《行政诉讼法》的修改应当肯定《行政复议法》排除地方性法规设定复议前置的改革,还应真正贯彻法律保留原则,进一步排除行政法规对复议前置的设定。作为司法制度的复议前置属于法律绝对保留事项,既不能授权地方性法规也不能授权行政法规设定。

同时,设定复议前置法律依据上的改弦易辙还将导致行政复议与行政诉讼关系的不确定性。如前所述,《行政诉讼法》授权法律、法规设定复议前置具有限制设定的意思。但《行政复议法》的立法宗旨之一是“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”。该立法宗旨的作用是仅限于已经扩大的复议前置范围,还是可以穿透《行政复议法》作用于“法律、行政法规”对复议前置的设定?如果该立法宗旨可以作用于“法律、行政法规”对复议前置的设定,那么将形成《行政复议法》与《行政诉讼法》授权设定复议前置上的方向性矛盾,甚至颠覆《行政诉讼法》上的选择复议为原则、复议前置例外制度。为了保证法律体系上的一致性,真正实现《行政诉讼法》对复议前置设定的约束,《行政复议法》立法宗旨的作用应仅限于已经扩大的复议前置范围,而不能作用于“法律、行政法规”对复议前置的设定。因此,授权“法律、行政法规”设定复议前置仍然具有限制的意思。

二、我国复议前置设定的实践

(一)法律和行政法规的设定

2023年9月18日在北大法宝案例数据库,按照法律、法规中复议前置的通常表述提取检索词,用“先”并“复议”“同句”、“复议”并“起诉”“同段”、

“复审”并“起诉”“同段”和“申诉”并“起诉”同段检索,去除无关数据和实施性规定,合并统计,我国法律和行政法规设定的复议前置情况如表1所示。法律、行政法规中没有“复议”“复审”“申诉”的,不统计在内。²⁴

检索发现,最早设定复议前置的四部法律,《个人所得税法》(1980)《中外合资经营企业所得税法》(1980)《中外合资经营企业所得税法》(1980)《外国企业所得税法》(1981),制定于《民事诉讼法(试行)》(1982)前。上述四部法律系为了对外开放,吸引外商投资而制定。市场的对外开放意味着制度的改革,意味着对接国际上的法治。对行政争议的解决不仅要依靠行政复议,而且要贯彻司法最终原则。正是上述四部法律推动了《民事诉讼法(试行)》(1982)规定法院对行政争议的裁判权,也说明对外开放开启了我国的行政诉讼。

法律设定复议前置以及1989年后行政法规设定复议前置,符合《民事诉讼法(试行)》(1982)《行政诉讼法》(1989)的规定。《行政诉讼法》(1989)前的30件行政法规设定复议前置的权限需要具体分析。全国人大常委会在1983、1984、1985年三次授权国务院,分别就职工退休退职、工商税制以及经济体制改革和对外开放作出规定。经比对,除了9件行政法规外,²⁵都可以认定为授权立法,具有授权法依据。基于授权,国务院取得了本来不具有的立法权限。因此,设定复议前置的21件行政法规在立法权限上是经得起检验的。同时,我国2000年才制定《立法法》,才对法律和行政法规

的设定权限予以分工,才确立法律保留原则,1982年制定《民事诉讼法(试行)》时就无法明确“法律”的范围。因此,另9件行政法规设定复议前置也值得理解。

法律和行政法规对复议前置的设定响应了诉讼法规则的指导。第一,基于《民事诉讼法(试行)》(1982)关于“法律规定”可诉行政争议的鼓励,复议前置规定得到了快速增长,7年间达到34部/件,对推动《行政诉讼法》(1989)的制定发挥了重要作用。第二,基于《行政诉讼法》(1989)以复议前置为例外的原则性限制,授予法律、法规的复议前置设定权并未过度使用。该法公布后的33年间,设定复议前置的法律、行政法规仅36部/件。第三,现已失效的42部/件复议前置条款中,计有12部/件系按照《行政诉讼法》(1989)的规定被删除或修改为选择复议,约占失效总数的28.6%。许多失效的行政法规系因上升制定为法律,新制定的法律未再规定复议前置。比如,《中华人民共和国公路管理条例》(1987)在2008年修订时保留了复议前置条款,但在1997年上升为《公路法》时未再规定;《中华人民共和国种子管理条例》(1989)在上升为《种子法》(2000)时改为选择复议。第四,我国至今设定复议前置的法律、行政法规总计74部/件,复议前置设定权总计行使了74次,复议前置条款仍然有效的只有32部/件。与法国现行有效的复议前置140多种相比,²⁶并考虑到我国强政府、弱社会的特点,我国的复议前置规定并不多。当然,这一判断并未考虑两国法律、法规调整范围大小

表1 我国设定复议前置的法律、行政法规

	1982年前		1982-1989年		1989年至今		总计	
	制定	有效	制定	有效	制定	有效	制定	有效
法律数(部)	4	0	4	4	10	7	18	11
行政法规数(件)	0	0	30	7	26	14	56	21
总计	4	0	34	11	36	21	74	32

的因素。

行政法规对复议前置的设置并非毫无瑕疵。比如,《中华人民共和国价格管理条例》(1987)设定了复议前置。1997年该条例上升为法律,制定的《价格法》没有规定复议或诉讼以及是否实行复议前置。但1999年的《价格违法行为行政处罚规定》仍然设定了价格行政处罚争议的复议前置,并持续至今。《广告管理条例》(1982)没有规定复议或诉讼以及是否实行复议前置,1987年修订时设定了广告行政处罚争议的复议前置。1994年的《广告法》规定行政处罚争议为选择复议。但《广告管理条例》自1987年制定以来一直未作修改,目前依然有效,没有废除所设定的广告行政处罚争议的复议前置。

(二)地方性法规和规章的设定

1. 地方性法规的设定。检索发现,地方性法规也设定了复议前置。^②但本文未作统计工作,原因在于:第一,地方性法规有关复议前置的规定,往往嫁接多个上位法作为依据,需要一一比对多个上位法才能加以认定,工作量过大。尤其是设区的市地方性法规,既存在与法律、行政法规、省级地方性法规间的位阶关系,又存在与部门规章、省级地方政府规章间的非位阶关系。只有尚无上位法的地方性法规才能较容易地判断是否属于设定。如果仅仅统计这部分地方性法规,则并非全面,没有统计意义。第二,地方性法规数量过大。一项地方性事务就可能有30个省级地方性法规,还有更多的设区的市级地方性法规。第三,地方性法规的创设权不尽相同。民族自治地方法规、经济特区法规、浦东新区法规和海南自贸港法规都可以变通上位法的规定,其他地方性法规则并不能变通上位法规定。因此,各地地方性法规不同规定的因素比较复杂。第四,现行《行政复议法》未再赋予地方性法规设定复议前置的权限。

地方性法规如果今后违法设定复议前置,则需要通过备案审查制度加以解决。

为了对地方性法规设定复议前置有一个具象化的了解,本文对我国大陆30个省级计划生育条例进行了检索、统计。之所以选择地方性法规中的计划生育条例,是因为它们制定于《人口与计划生育法》(2001)之前,且行政法规《流动人口计划生育管理办法》(1991)未设定复议前置,因而比较容易判断它们是否存在设定。之所以选择省级而未包括其他地方性法规,是因为减少上位法和变通立法的因素,目的也在于较容易地判断设定。截止《人口与计划生育法》(2001)制定日,检索统计发现除西藏和新疆两个自治区外,28个省级行政区都制定了计划生育条例。第一,28个省级计划生育条例中,在《行政诉讼法》(1989)前只有湖北、山东和天津三个省市计划生育条例设定了复议前置。广东省早在1980年就制定、1986年修正了计划生育条例,安徽省在1988年制定了计划生育条例,但都未对行政复议或行政诉讼作出规定。如前所述,这一阶段设定复议前置是推动行政权接受司法审查的积极表现,尽管存在地方性法规的设定是否合法的疑问。第二,28个省级计划生育条例中,有25个设定了复议前置,表现出了对复议前置的普遍偏好;海南、江西和山西三省设定了选择复议,表现出了对《行政诉讼法》(1989)选择复议原则和公民诉权的充分尊重。第三,在25个设定复议前置的省级计划生育条例中,大多数条例的复议前置仅限于行政处罚争议,个别条例的复议前置范围则比较广泛。比如,《北京市计划生育条例》(1991)第42条设定的复议前置范围包括“征收社会抚育费、经济限制和行政处罚决定”的争议。第四,《行政处罚法》(1996)后,各计划生育条例纷纷将行政处罚争议的复议前置修正为选择复议,保留了征收费用等争议的复议前置,体现了地

方自主探索和国家法治统一的结合。

2. 规章的设定。《民事诉讼法(试行)》(1982)《行政诉讼法》(1989)均未授权规章设定复议前置。但检索发现,在《行政诉讼法》(1989)前部门规章、部门规范性文件设定了复议前置,^③地方政府规章也在设定。^④在《行政诉讼法》(1989)后,部门规章仍在设定复议前置,^⑤地方政府规章也没有停止设定。^⑥分析发现,规章对复议前置的设定,有的属于对上位法中复议前置范围的扩大。如《广东省统一发票管理办法》(1985)制定时的上位法中,只有税收征缴争议的复议前置规定,并无票据行政处罚争议的复议前置规定。由于税收征缴和票据行政处罚都属于税务机关的职权,广东省政府在制定该办法时就设定了税务机关票据行政处罚争议的复议前置。有的规章把上位法中的选择复议改设为复议前置。如行政法规《中华人民共和国发票管理办法》(1993)所规定的是选择复议,但财政部规章《关于行政事业性收费票据管理的暂行规定》(1994)第18条却设定了复议前置。多数情况下则是在上位法对行政复议或行政诉讼未作规定时,作为下位法的规章设定了复议前置。如《旅行社管理暂行条例施行办法》(1988)《全国地质资料汇交管理办法实施细则》(1989)《中国兽医卫生监督实施办法》(1990),对复议前置的设定都属于此类。

检索发现,在计划经济向市场经济转型期,法治建设刚刚开始,规章和规范性文件并没有严格的界限,国务院主管部门存在通过规范性文件设定复议前置的情形;还没有把调解、仲裁从行政行为中分离出来,对其与行政争议一样设定了复议前置。^⑦检索还发现,国务院在法律实施中发挥着重要作用。《行政诉讼法》(1989)公布后,国务院主管部门和地方政府依然在设定复议前置。在《国务院关于贯彻实施〈中华人民共和国行政诉讼法〉

的通知》(1990)要求对规章进行清理、备案后,各制定主体随之修正了规章中的复议前置条款。^⑧在《行政复议条例》(1990)重申了《行政诉讼法》(1989)中的选择复议原则后,除实施上位法规定外,规章纷纷将复议前置改成了选择复议。

总之,我国法律、行政法规对复议前置的设定总体上遵循了《民事诉讼法(试行)》(1982)《行政诉讼法》(1989)的规则,并未过度设定复议前置。当然,行政法规对复议前置的设定并非毫无瑕疵;各地的地方性法规普遍偏好设定复议前置;不具有法定权限的规章存在设定复议前置的现象,这违反了法治原则。

三、复议前置的行政行为种类

(一)《行政复议法》前的复议前置行政行为

1. 税收、金融、治安、安全和国境行政行为。税收、金融、治安、安全和国境是传统的公共权力,^⑨其目的是维护国家政权的稳定,宣示国家主权。在传统公共权力领域,对许多行政行为引发的争议并未允许通过诉讼解决,因而也无所谓复议前置;对可诉行政行为则设定了许多复议前置。

税收是国家财政的主要收入,是维持国家运转的物质支撑,也是国家调控社会的重要手段。日本对税收争议广泛推行了复议前置。^⑩我国1980年后的18部/件税收法律、行政法规都设定了税收征缴争议的复议前置,其中《税收征收管理暂行条例》(1986)设定了税收行政处罚争议的复议前置。1992年的《税收征收管理法》保留、统一了税收征缴争议的复议前置并持续至今,此后的其他税收法律、行政法规都不再规定。该法还取消了行政处罚争议的复议前置,对行政处罚广泛推行选择复议发挥了重要作用。《社会保险费征缴暂行条例》(1999)设定的税务行政处罚争议的复议前置,一直得以保留。与税收紧密相关的金融监管,实行复议前置的有现金管理行政处罚(1988-2011

年)、储蓄行政处罚(1992年至今)和外汇行政处罚(1996年至今)。

警察与税收权力一样是国家高权行政的典型。检索发现,治安管理处罚(1986年至今)、集会游行示威处罚(1987年至今)、道路交通事故行政处罚(1991-2004年)、废旧金属收购业治安行政行为(1993年至今)、卖淫嫖娼收容教育决定(1993-2020年)、强制戒毒和延长强制戒毒期限决定(1995-2011年)争议,都实行复议前置。与1989年后设定复议前置是行政机关对行政争议的“过滤”不同,1986年《治安管理处罚条例》设定治安管理处罚争议的复议前置,是公安机关对司法审查的主动开放,像法国一样是“治安管理附属于法制”^⑧的积极表现,有力地推动了行政诉讼制度的建立。取消卖淫嫖娼收容教育决定争议的复议前置,系因所依据的法律被废止,而非改为选择复议。与公共秩序相同的是国家安全。在1993-2014年,对国家安全拘留处罚争议实行复议前置。2014年,《国家安全法》修改为《反间谍法》,对根据该法所作的行政处罚、行政强制和行政许可争议全部实行复议前置。

海关、商检和边检守护着国家的大门,象征着国家主权。自《海关法》(1987)以来,对关税征缴一直实行复议前置。在该法未作规定的情况下,《海关法行政处罚实施细则》(1987)规定对海关行政处罚争议实行复议前置。海关行政处罚争议到2002年被改为选择复议。对进出口商品检验处罚争议,《进出口商品检验法》(1989)设定复议前置,2002年修订时取消,但在2021年修订时又予以恢复。实行复议前置的还有公民出境入境边检处罚争议(1995年至今)和军品出口具体行政行为(1997年至今)。

2. 科技、教育、文化和卫生行政行为。专利是法律对科技发明创造的一种保护。对专利驳回申

请决定、维持专利权决定的争议,自1987年来一直实行复议前置。对撤销专利决定的争议,在1987-2020年间实行复议前置。2020年《专利法》修正时,将撤销专利决定改为“宣告专利权无效”,并实行复议前置。撤销代理机构决定、吊销《专利代理人资格证书》的争议(1991-2008年),驳回植物品种权申请的争议(1997-2014年),以及集成电路布图设计驳回登记申请的争议(2001年至今),也都实行复议前置。商标也属于知识产权。对商标驳回申请、不予公告、异议裁定、不予注册的争议,我国在早期实行行政复议终局制度,不得向法院起诉。为履行我国向世贸组织的承诺,《商标法》(2001)修订时规定前述四种行政行为属于可诉行政行为,实行复议前置。

义务教育行政处罚的争议(1992-2006年),有线电视行政处罚的争议(1990年至今),文物保护行政行为的争议(1992-2008年),音像制品行政处罚的争议(1994-2020年),以及不准予电影公映的争议(2017年至今),都实行复议前置。对教育文化行政行为设定复议前置,也许是由行政机关对意识形态事务进行再判断的需要。但其他教育和文化法律、法规却并未设定有关行政争议的复议前置。

尘肺病防治卫生行政处罚的争议(1987年至今),麻醉药品行政处罚的争议(1987-2005年),药品行政处罚的争议(1988-2005年),医疗用毒性药品管理的争议(1988年至今),放射性同位素与射线装置放射防护卫生处罚的争议(1989-2005年),以及化妆品行政处罚的争议(1989年至今),都实行复议前置。

3. 经济监管和社会保障行政行为。市场的形成是我国从计划经济转轨到市场经济的重要标志。1984年提出了有计划的商品经济,1993年的第7条宪法修正案确立了市场经济的宪法地位。为维护市场秩序,相关立法得到了优先发展,部分

法律、行政法规设定了复议前置,包括下列行政行为的争议:价格行政处罚(1987年至今)、广告行政处罚(1987年至今)、投机倒把行政处罚(1987-2008年)、企业登记行政处罚(1988年至今)、有关私营企业的工商行政处罚(1988-2018年)、企业名称具体行政行为(1991-2020年)和关于经营者集中申报的决定(2022年至今)。

交通和资源对经济和社会发展具有重要的支撑作用。交通行政法规设定了航道行政处罚争议(1987年至今)、公路行政处罚争议(1987-2008年)、水路运输行政处罚争议(1987-2008年)和海上国际集装箱运输行政处罚争议(1990-2001年)的复议前置。法律、行政法规在资源领域设定的复议前置有:电力设施行政处罚争议(1987-2011年)、种子行政处罚争议(1987-2000年)、石油、天然气管道行政处罚争议(1989-2001年)、盐业行政处罚争议(1990-2017年)、烟草专卖行政处罚争议(1991-2013年)、国有资产评估行政处罚争议(1991年至今)、植物检疫行政处罚争议(1992年至今)和侵犯自然资源所有权或使用权的行政争议(1999年至今)。

生态环境和社会保障行政是20世纪来得到迅速发展、法治得到不断强化的行政领域。改革开放以来,我国的生态环境和社会保障法治也得到了同步发展。其中,有关私营企业的劳动行政处罚争议(1988-2018年),开发建设晋陕蒙接壤地区水土保持行政处罚争议(1988年至今),放射性同

位素与射线装置放射防护环境行政处罚争议(1989-2005年);工伤认定、单位缴费费率决定、未履行协议或规定职责、工伤保险待遇核定的争议(2003年至今);社会保险费征缴中的劳动行政处罚争议(1999年至今);不批准享受最低生活保障待遇和减发、停发最低生活保障款物的争议和行政处罚争议(1999年至今);以及尘肺病防治中的劳动行政处罚争议(1987年至今),都属于可诉行政争议,但应当先经过行政复议程序。

如表2所示,从1980年到现行《行政复议法》的43年间,我国法律、行政法规设定复议前置的行政行为共有65种。其中,已废除28种,占43.1%;仍有效的有37种,占56.9%。由于除了法律、行政法规外地方性法规也有权设定复议前置,我国各地的复议前置实际上远不止65种行政行为。如对前文所述的计划生育行政处罚争议,在25个省级行政区都实行复议前置。又如,《广东省行政事业性收费管理条例》规定对收费争议及行政处罚实行复议前置,《深圳经济特区严厉打击生产、销售假冒伪劣商品违法行为条例》规定了行政处罚争议的复议前置,并且都得到了司法上的支持。^⑥

(二)《行政复议法》中的复议前置行政行为

现行《行政复议法》第23条除了继续肯定侵犯自然资源所有权和使用权行政争议实行复议前置和授权法律、行政法规设定复议前置外,新增了

表2 法律、行政法规设定复议前置的行政行为

行为/部门	行政处罚		其他		行为/部门	行政处罚		其他	
	废除	有效	废除	有效		废除	有效	废除	有效
税收金融	2	4	0	1	市场	2	3	1	1
治安安全国境	2	5	2	5	交通资源	8	3	0	1
科教文卫	6	3	3	5	生态社会	2	4	0	2
合计	10	12	5	11	合计	12	10	1	4

注:各税法上的税收征缴行为计为1种;《专利法》《商标法》《工伤保险条例》《城市居民最低生活保障条例》中的行政处罚以外的行政行为计为1种;《反间谍法》中的行政处罚、行政强制和行政许可各计1种;《城市居民最低生活保障条例》分别规定了税务和劳动部门的行政处罚,分别计1种;《放射性同位素与射线装置放射防护条例》分别规定了卫生、环境行政处罚,各计1种。

下列行政行为的复议前置:当场行政处罚决定,“第十一条规定的未履行法定职责”,政府信息公开不予公开。“第十一条规定的未履行法定职责”和政府信息公开不予公开,都属于行政不作为。

对“第十一条规定的未履行法定职责”可以有两种解释。第一,它仅限于第11条已明示的未履行法定职责行为,包括:行政机关拒绝许可或者在法定期限内不予答复的行为,不予赔偿决定,不予受理工伤认定申请的决定,行政机关拒绝履行、未依法履行保护人身权、财产权、受教育权等合法权益的法定职责或者不予答复的行为,没有依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等的行政行为,不依法订立、不依法履行、未按照约定履行行政协议的行为。对上述未履行法定职责行为,简化了的说法就是行政许可不作为、行政赔偿不作为、工伤认定不作为、未履行保护合法权益职责、社会保障不作为和行政协议不作为。第二,它除了第11条已明示的未履行法定职责行为外,还包括其他具有法定职责而没有履行的行为即默示的未履行法定职责。比如,行政强制和行政处罚尽管一般属于作为式行政行为,但也可以表现为不履行法定职责。行政机关查封、扣押标的物四年有余,既不解除查封、扣押措施,又不作出处罚决定,即属于没有依法履行行政强制、行政处罚的法定职责。^③

对复议前置的未履行法定职责到底应采用哪种解释?作者主张采用明示的未履行法定职责。第一,第11条对政府信息公开是按作为式行政行为规定的。行政机关在未履行政府信息公开法定职责时也可构成默示的未履行法定职责。如果“第十一条规定的未履行法定职责”包括默示的未履行法定职责,则第23条就没有必要再列举规定政府信息公开。第23条仅对第11条中没有明示规定的政府信息公开不公开加以规定,表明对第11

条中其他没有明示规定的未履行法定职责行为不实行复议前置。第二,《行政诉讼法》所确立的原则是选择复议,复议前置只是例外。根据规定,对作为例外的复议前置应当由法律、行政法规规定,表明复议前置应该是一种明示规定。《行政复议法》虽然扩大了前置复议的范围,但并没有改变复议前置应当列举、明示规定的规则。因此,不应该在没有法律、法规依据的情况下仅通过解释扩大复议前置的范围,只有法定行政不作为才需要复议前置。

四、复议前置行政行为的标准

(一)“主管部门+行政行为类型”

复议前置是一项由行政诉讼法规定的诉讼制度,因而德国和日本按诉的类型设定了复议前置的争议。法律只能在行政诉讼法规定的行政争议类型之内排除或设定复议前置。我国《行政诉讼法》对法律、法规设定复议前置的授权未作行政争议类型限制。这是因为1989年时,我国的行政诉讼法理论还很不成熟,缺乏诉的类型化研究,所积累的判例极为有限。更为重要的是,改革开放刚刚开始,市场经济体制和法治原则尚未确立,司法权对行政权还没有形成监督的优势,《行政诉讼法》(1989)不可能按诉的类型规定复议前置的争议类型。2014年《行政诉讼法》修正时,虽然当初的制约因素已基本消除,但各方面已经适应选择复议的制度安排,复议前置没有成为修正的重要课题或改革焦点。^④

从1980年到现行《行政复议法》43年间的复议前置设定来看,我国法律、行政法规首先是按主管部门设定复议前置的。“长期以来,我国行为法的制定存在严重的部门主义倾向。”^⑤这一现象在我国开始重视立法的早期尤为严重。以1980年4部税法设定复议前置为起点,此后的18部/件税收法律、行政法规都设定了税收征缴争议的复议前

置。只要由税务机关主管,即使收费也都被设定成了复议前置。比如,《社会保险费征缴暂行条例》《工伤保险条例》规定,保险费可由税务机关征缴,征缴争议的处理应当复议前置。在1992年的《税收征收管理法》取消税收行政处罚争议的复议前置以前,没有发现对税务行政争议有选择复议的明文规定。也就是说,对涉及税务机关的行政争议一度都实行复议前置。税务部门的复议前置先后得到公安、安全、海关、商检、金融和原工商等各主管部门的效仿。这些主管部门的行政争议曾经大多实行复议前置。于是,复议前置设定中逐渐形成了部门主义,越是高权部门,复议前置越普遍。当然,按部门设定行政行为的复议前置,并不意味着每个部门的行政争议都实行复议前置。复议前置设定的部门主义只是实然层面的总结,而非应然层面的规律。在应然层面,到底哪些部门的行政争议应实行复议前置,哪些部门的行政争议不应实行复议前置,并无规律可循。

同时,43年来的实践又是按行政行为类型设定复议前置的。从行政行为类型观察,税务立法将复议前置从税推进到了费。税的主管部门仅限于税务部门和海关,费的主管部门先是原劳动部门、原医保部门,后来几乎发展到所有行政主管部门。仿效税务立法的复议前置,有的地方性法规设定了计划生育领域社会抚育费征缴争议和行政事业性收费争议的复议前置。税和费对相对人来说都是一种金钱给付义务。随着现代行政法的发展,公民的人权得到了扩大,相对人在社会保障领域取得了行政给付权,与行政机关间的行政给付争议也被设定为复议前置。其次出现的复议前置行政行为类型是行政处罚,最早由《中华人民共和国税收征收管理暂行条例》(1986)设定,随后经《治安管理处罚条例》(1986)推广,成为复议前置最多的行政行为类型。在实行复议前置的65种行政

行为中,行政处罚占67.7%。之所以行政处罚成为复议前置的主要行政行为类型,并非它在争议及其化解上的特殊性,而是因为它是我国最早的普遍性模式化行政行为。

主管部门和行政行为类型的不断组合,构成了我国《行政复议法》以前复议前置设定的基本标准。同一部门的某类行政行为设定为复议前置,会影响到该部门另一类行政行为复议前置的设定。某一部门特定类型行政行为的复议前置,也会影响到有关部门相同类型行政行为复议前置的设定。当然,复议前置的设定除了“主管部门+行政行为类型”的作用外,还受制于法治条件。比如,《行政诉讼法》(1989)和《行政处罚法》(1996)实施后,都曾废除过很多复议前置。随着行政诉讼的发展,最高人民法院逐渐取得了行政诉讼或监督行政的主导权。基于限制复议前置的立法意图和最高人民法院的诉讼主导权,就可以通过技术手段阻却行政法规对复议前置的任意设定。比如,《劳动教养试行办法》(1992)第12条第2款第一句规定:“被决定劳动教养的人,对主要事实不服的,由审批机关组织复查。”曾引发争议的是该劳动教养复查是否属于复议前置。最高人民法院行政审判庭认为,该规定中的“‘复查’不应被视为劳动教养委员会的复议程序”,^④对劳动教养决定不服的,行政复议并非行政诉讼的法定前置程序。^⑤又如,《道路交通事故处理办法》(1991)第22条规定:“当事人对交通事故责任认定不服的,可以在接到交通事故责任认定书后十五日内,向上一级公安机关申请重新认定”。代表最高人民法院态度的公报案例认为,“这一条规定的向上级公安机关申请重新认定,是‘可以’而不是‘应当’,因此向上级公安机关申请重新认定不属于行政复议前置程序。”^⑥

(二)“行政行为类型+属性”

行政行为的模式化和诉的类型化是德国等大

陆法系的传统。作为英美法系代表的美国,其行政法并非如此。美国的复议前置主要受行政行为成熟性、行政首先管辖权和穷尽行政救济原则决定。上述原则体现在制定法中,包括国会法律和政府规章。美国不实行法律保留原则,国会法律和政府规章都可以设定复议前置。联邦最高法院不仅可以审查行政行为,而且还可以审查立法行为,对制定法设定的复议前置可加以解释、限定、排除或扩大。除了制定法的复议前置规定外,判例也可以确定复议前置。行政行为成熟性、行政首先管辖权和穷尽行政救济原则主要是判例法规则。判例阐述了行政机关的首先管辖权的理由即专业性和裁量权。“如果这种判决部分取决于行政机关行使裁量权,或者对行政机关来说相比法院更容易获得和更容易理解的事实进行专业评估,法院往往会认定行政机关拥有确定争议是否属于法定管辖权范围的首先管辖权。”^④“穷尽行政救济原则的首要理由就是,法律设定某个行政部门就在于实现特定的专门行政目的,因而“穷尽行政救济原则让行政机关能够行使其职能,运用其专业能力,行使立法机关所赋予的裁量权。”^⑤

行政专业性并不是指科学技术意义上的专业性,而是指行政工作上的专业性。行政裁量也可以分为效果裁量和要件裁量。在缺乏判例指导的情况下,行政行为的专业性和裁量性就显得过于原则。我国复议前置的立法探索了其他意义上的行政行为属性。比如,涉及商标、专利、集成电路布图设计、植物新品种、植物检疫、音像制品、药品、化妆品、文物和有线电视等复议前置的行政行为,虽然主管部门和行为类型不同,但都具有技术特征。1999年的《行政复议法》规定,对侵犯自然资源所有权或使用权的行政行为实行复议前置。自然资源和侵权都是行政行为的属性。尽管自然资源仍有相应的主管部门,但已经跳出了单一主

管部门的框架。

现行《行政复议法》规定复议前置的当场行政处罚和法定行政不作为则是针对所有行政机关的,或者说不是从某类行政机关、主管部门出发而是从行政行为本身出发的。分析当场行政处罚和法定行政不作为,可以发现其设定标准是“行政行为类型+属性”。根据《最高人民法院关于行政案件案由的暂行规定》,行政处罚、行政许可、行政协议、行政赔偿、未履行保护合法权益职责和政府信息公开都属于二级行政行为类型。工伤认定属于行政确认项下的三级行政行为,社会保障则分属于二级行政行为行政确认和行政给付。行政处罚只有具备“当场”属性才需要复议前置,行政许可、行政协议、行政赔偿、保护合法权益、工伤认定、社会保障和政府信息公开都只有具备未履行法定职责时才属于复议前置。除了工伤认定和社会保障外,需要复议前置的行政行为都不存在特定的主管部门。《行政复议法》按“行政行为类型+属性”设定复议前置是一个重大进步。它跳出了主管部门框架,摆脱了主管部门意志,体现了行政一体理念。但《行政复议法》的“行政行为类型+属性”并非服务于行政诉讼之目的,而服务于“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”。“行政行为类型+属性”并不能穿透《行政复议法》作用于法律、行政法规的复议前置设定,并不是对法律、行政法规设定复议前置的行政争议类型化标准或限制,而只是其自身设定复议前置所体现的标准。

《德国行政法院法》第68条在肯定撤销之诉和义务之诉的复议前置时,又规定法律可排除这两类行政争议的某些复议前置,这对我国具有借鉴意义。1999年《行政复议法》规定对侵犯自然资源所有权或使用权的行政行为实行复议前置,并没有同时规定可由法律排除。最高人民法院解释认为,对侵犯自然资源所有权或使用权的行政行

为实行复议前置,“但法律另有规定的除外;对涉及自然资源所有权或者使用权的行政处罚、行政强制措施等其他具体行政行为提起行政诉讼的”,^④不实行复议前置;“有关土地等自然资源所有权或者使用权的初始登记,属于行政许可性质,不应包括在行政确认范畴之内”,^⑤不适用复议前置。在最高人民法院看来,根据《行政诉讼法》限制复议前置的精神,对侵犯自然资源所有权或使用权的行政行为应与《行政复议法》复议受案范围内的“行政机关作出的确认自然资源的所有权或者使用权的决定”相结合作体系解释,从而将其限定为自然资源的确权行政行为,而不包括涉及自然资源所有权或使用权的其他行政行为。^⑥《行政复议法》按“行政行为类型+属性”设定当场行政处罚和行政不作为的复议前置,依然没有规定可由法律排除。其实,在德国属于义务之诉的复议前置仅限于拒绝行为而不包括未予答复。^⑦对此,最高人民法院也应发挥法律解释的作用,在今后加以明确。

结论

对前置复议和选择复议可以由《行政复议法》统一规定。但是,复议前置即将行政复议作为行政诉讼法定必经程序的,属于行政诉讼制度,应当受行政诉讼法的约束。为此,行政诉讼法规定了对复议前置的容许性、设定权及设定范围。《行政复议法》规定复议前置由“法律、行政法规”设定,将作为行政诉讼制度的复议前置纳入了行政复议制度。由此,复议前置有了独立于《行政诉讼法》的法律渊源和法律地位,挑战了《行政诉讼法》的约束。为避免设定复议前置跳脱《行政诉讼法》的约束,应尽快启动修改工作。为了保证法律体系上的一致性,真正实现《行政诉讼法》对复议前置设定的约束,《行政复议法》立法宗旨的作用应仅限于已经扩大的复议前置范围,而不能作用于“法

律、行政法规”对复议前置的设定。授权“法律、行政法规”设定复议前置仍然具有限制的意思。

我国至今设定复议前置的法律、行政法规总计74部/件,复议前置条款仍然有效的只有32部/件。与法国现行有效的复议前置140多种相比,我国法律、行政法规并未过度设定复议前置。复议前置的设定总体上遵循了《民事诉讼法(试行)》(1982)《行政诉讼法》(1989)的规则,积极响应其指导。当然,行政法规对复议前置的设定也不是毫无瑕疵。从对省级计划生育条例的检索统计发现,各地的地方性法规普遍偏好设定复议前置。规章未获得复议前置的设定权,实践中却存在设定复议前置的现象,违反了法治原则。

从1980年到现行《行政复议法》的43年间,我国法律、行政法规设定复议前置的行政行为共有65种。其中,已废除28种,占43.1%;仍有效的有37种,占56.9%。由于除了法律、行政法规外地方性法规也有权设定复议前置,我国各地的复议前置实际上远不止65种行政行为。《行政复议法》第23条新增了下列复议前置:当场行政处罚决定,行政许可不作为、行政赔偿不作为、工伤认定不作为、未履行保护合法权益职责、社会保障不作为、行政协议不作为,以及政府信息公开不作为。

43年来,我国的复议前置是按税务、公安、安全、海关、商检、金融和原工商等各主管部门设定的,逐渐形成了复议前置设定中的部门主义,越是高权部门复议前置越普遍。但复议前置设定的部门主义只是实然层面的总结,而非应然层面的规律。在应然层面,到底哪些部门的行政争议应实行复议前置,哪些部门的行政争议不应实行复议前置并无规律可循。同时,43年来我国又是按行政行为类型设定复议前置的。复议前置的行政行为包括税费征缴、行政给付和行政处罚等,尤以行政处罚最为普遍,占65种复议前置行政行为的

67.7%。43年来,复议前置行政行为也存在按行政行为属性设定的现象。《行政复议法》设定复议前置标准是“行政行为类型+属性”,跳出了主管部门框架,摆脱了主管部门意志,体现了行政一体理念。但《行政复议法》的“行政行为类型+属性”并非服务于行政诉讼之目的,并不是对法律、行政法规设定复议前置的行政争议类型化标准或限制,并且缺乏排除性规定。

总之,如果能继续坚持《行政诉讼法》对复议前置设定的约束,复议前置的设定主体能继续保持依法自律,对复议前置行政行为的设定能跳出主管部门框架,按“行政行为类型+属性”设定复议前置能由法律排除或充分发挥法院的限制解释作用,则不必担心法律、行政法规滥设复议前置,复议前置不会无限制扩张。

谨以此文致敬姜明安教授40多年来为行政法治事业所作的贡献及公法著作系列丛书出版!

注释:

①本文中所使用的法律名称,一律略去“中华人民共和国”。基于行政法规名称中的“中华人民共和国”有着特别意义,本文使用全称。对所引用的法律、法规,基于准确性应当注明公布时间和有效性,但为了阅读的流畅性和减少脚注,本文仅在法律、法规名称后标注公布时间,略去“已修正”“已失效”等标注。

②参见叶必丰、周佑勇:《论选择复议》,载《法治时代》1995年第5、6期(合刊);黎军:《行政复议与行政诉讼之关系范畴研究》,载《法学评论》2004年第3期。

③参见曹鏊:《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。

④参见周兰领:《行政复议强制前置模式的重建》,载《长安大学学报(社会科学版)》2008年第4期。

⑤参见杨伟东:《复议前置抑或自由选择——我国行政复议与行政诉讼关系的处理》,载《行政法学研究》2012年第2期。

⑥参见章志远:《论行政复议与行政诉讼之程序衔接》,载

《行政法学研究》2005年第4期;章志远:《我国行政复议与行政诉讼程序衔接之再思考》,载《现代法学》2005年第4期;沈福俊:《论“穷尽行政救济原则”在我国之适用——我国提起行政诉讼的前置条件分析》,载《政治与法律》2004年第2期。

⑦参见唐一军:《关于〈中华人民共和国行政复议法(修订草案)〉的说明——2022年10月27日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十七次会议上》。

⑧参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译、刘飞校,法律出版社2003年版,第57页。

⑨参见《新解放区农业税暂行条例》(1950年9月5日中央人民政府委员会批准,已失效)第23条。

⑩参见叶必丰:《二十世纪中国行政法学的回顾与定位》,载《法学评论》1998年第4期。

⑪参见王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第521页。

⑫同前注⑧,[德]弗里德赫尔穆·胡芬书,第58页。

⑬梁志建:《德国行政复议制度探析》,载《河海大学学报(哲学社会科学版)》2002年第1期。

⑭《日本行政事件诉讼法》,王天华译,载何海波编:《中外行政诉讼法》,商务印书馆2018年版,第745页。

⑮[法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(下册),辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第1197页。

⑯参见陈天昊:《公正、效率与传统理念》,载《清华法学》2013年第4期。

⑰同前注⑪,王名扬书,第652页。

⑱参见刘飞:《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年版,第27页。

⑲同前注⑧,[德]弗里德赫尔穆·胡芬书,第72页。

⑳吴英姿:《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期。

㉑黎军:《行政复议与行政诉讼之关系范畴研究》,载《法学评论》2004年第3期。

㉒同前注⑧,[德]弗里德赫尔穆·胡芬书,第59页;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2019年版,第365页;胡建森:《行政法学》,法律出版社2023年版,第1063页。

㉓参见叶必丰:《行政复议机关的法律定位》,载《法学》2021年第5期。

⑳比如,《森林法》从1984年到后来的多次修订,都规定林木、林地所有权和使用权争议由人民政府依法处理;“当事人对人民政府的处理决定不服的,可以在接到通知之日起一个月内,向人民法院起诉。”该规定中并没有表明复议的文字,所称的争议也不一定是行政争议,行政机关的处理不是复议,对行政机关处理后不服则可直接起诉。

㉑《中华人民共和国航道管理条例》(1987)《中华人民共和国公路管理条例》(1987)《电力设施保护条例》(1987)《中华人民共和国水路运输管理条例》(1987)《中华人民共和国尘肺病防治条例》(1987)《麻醉药品管理办法》(1987)《开发建设晋陕蒙接壤地区水土保持规定》(1988)《精神药品管理办法》(1988)《医疗用毒性药品管理办法》(1988)。

㉒参见陈天昊:《公正、效率与传统理念》,载《清华法学》2013年第4期。

㉓如《安徽省统计管理监督条例》(1989)第20条,《天津市未成年人保护条例》(1990)第69条,《河南省〈矿产资源法〉实施办法》(1988)第45条,《广州经济技术开发区土地管理试行办法》(1985)第21条,《广东省维护水库移民土地山林房产权属的若干规定》(1989)第8条等。

㉔如《旅行社管理暂行条例施行办法》(1988)第27条,《国家经济委员会、工商行政管理总局、中国人民银行关于管理经济合同若干问题的联合通知》(1979)第6条等。

㉕如《北京市城市建设规划管理暂行办法》(1984)第27条,《广州经济技术开发区土地管理试行办法》(1985)第21条和《广东省统一发票管理办法》(1985)第16条等。

㉖如《全国地质资料汇交管理实施办法实施细则》(1989)第24条,《中国兽医卫生监督实施办法》(1990),《国家旅游局关于旅游企业岗位培训的试行规定》(1990)第26条,《交通管理处罚程序补充规定》(1991)第10条,以及《地质勘查市场管理暂行办法》(1991)第14条等。

㉗如《黑龙江省查处利用经济合同进行违法活动案件的暂行规定》(1989)第31条,《河南省统计监督检查规定》(1989)第16条,以及《吉林市锅炉供热暂行管理办法》(1989)第28条等。

㉘参见《国家经济委员会、工商行政管理总局、中国人民银行关于管理经济合同若干问题的联合通知》(1979)第6条,《化学工业部经济纠纷调解委员会工作暂行办法》(1989)第10条。

㉙参见《工商行政管理规章、规范性文件清理结果》,1990

年8月4日国家工商行政管理局令第1号。

㉚参见叶必丰:《行政法的人文精神》,北京大学出版社2005年版,第190页。

㉛参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第696页。

㉜[法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》(下册),辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第651页。

㉝参见广东省惠州市中级人民法院(2001)惠中法行终字第41号行政裁定书(罗培金诉民政收容行政行为案),广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法行终字第311号行政裁定书(李成学诉市场监督管理行政处罚案)。

㉞参见广东省深圳市中级人民法院(2001)深中法行初字第14号行政判决书(秋长鸿昌五金塑胶制品厂诉深圳海关行政处罚案)。

㉟参见杨伟东:《复议前置抑或自由选择——我国行政复议与行政诉讼关系的处理》,载《行政法学研究》2012年第2期。

㊱叶必丰:《执法权下沉到底的法律回应》,载《法学评论》2021年第3期。

㊲《最高人民法院行政审判庭关于人民法院受理劳动教养行政案件是否需要复议前置问题的答复》,[1997]法行字第27号,1998年11月19日发布。

㊳参见《白光华不服天津市劳动教养管理委员会劳动教养决定案》,载《最高人民法院公报》2007年第3期。

㊴《罗伦富不服道路交通事故责任认定案》,载《最高人民法院公报》2022年第5期。

㊵[美]理查德·J.皮尔斯:《行政法》(第2卷),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第892页。

㊶同前注④,[美]理查德·J.皮尔斯书,第937页。

㊷《最高人民法院关于适用〈行政复议法〉第三十条第一款有关问题的批复》,法释[2003]5号,2003年2月25日发布。

㊸《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》,[2005]行他字第4号,2005年2月24日发布。

㊹参见最高人民法院(2019)最高法行申11291号行政裁定书(侯真等诉土地确认裁决案)。

㊺参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译、刘飞校,法律出版社2003年版,第71页。