

章剑生
——主编
黄锴

行政法判例研读（I）



公法案例评述



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

行政法判例研读（I）



公法案例评述

章剑生

黄锴

——主编

本成果系国家 2011 计划司法文明协同创新中心研究成果



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法判例研读. I/章剑生,黄锴主编. —北京:
法律出版社,2017

ISBN 978-7-5197-1066-8

I. ①行… II. ①章…②黄… III. ①行政法—判例
—研究—中国 IV. ①D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 164108 号

行政法判例研读(I)
XINGZHENGFA PANLI YANDU(I)

章剑生 黄 锴 主编

责任编辑 谭宇墨凡
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 张建伟

编辑统筹 社项目运营中心
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 15.25
字数 360 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-1066-8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

呈现在读者面前的这套“公法案例评述丛书”，围绕近年行政法精选案例评析、司法裁判中的宪法援引汇编、公法判例比较研究等工作，组织编写相应评析研读著作，为公法案例的评述、研究与教学积累经过深加工的素材。本丛书系国家“2011 计划”司法文明协同创新中心研究成果，该中心以由中国政法大学、吉林大学、武汉大学与浙江大学为主要参与单位，是全国首批 14 个“2011 计划”协同创新中心之一。

长久以来，我国公法上的各种理论，无论是基于本土思考的构建还是基于法律移植的借鉴，与司法实务的沟通均有待加强，在学界与实务界之间及一定意义上甚至形成了“割据”格局。事实上，检验公法理论能否适用于中国的关键点，并不在于理论本身的逻辑自洽，而恰恰在于司法实务中能否真正借由这种理论的分析框架和论证过程有说服力地推导出判决结论。另一方面，司法实践本身，就是中国公法理论的重要源泉，法官透过案例所呈现出来的对成文法规范的许多理解的解释力，超过了一些既有理论的解释力，公法判例本身，这不仅是中国公法理论的素材渊源，而且饱含着司法文明的颗粒，承载着国家治理现代化的要素。

该丛书中五本著述的作者和分工的基本情况如下：章剑生教授与黄锴博士合作主编的《行政法判例选析》（Ⅰ），主要选取 2016 年最高法院和地方各级法院裁判的典型案件进行评析；两位合作主编的《行政法判例研读》（Ⅰ）与（Ⅱ）两书则是在浙大之江校区每季一读 23 期“行政法判例研读会”的成果总汇；余军教授等合著的《判决中的宪法》则选取 773 个援用了宪法条款的司法判决为样本，揭示中国宪法司法适用的真实图景；郑春燕教授、Robert D. William 主编的《行政指导性案例中美研讨会文集》，是浙江大学公法与比较法研究中心与美国耶鲁大学法学院蔡中曾中国中心连续 6 年聚焦于行政指导性案例等话题研究合作的研讨会论文精选，展现中美行政审判的热点、难点，汇聚中美行政法学制度与理论的智慧。

本套丛书,一方面记载了我们近年来对公法案例的持续关注;另一方面也寄托了我们通过案例研究推动公法理论发展的企盼。

是为序。

“公法案例评述丛书”编辑委员会

2017 年 5 月

目 录

行政复议意见书制度探析	王 莉 / 1
揭穿内部行政行为之面纱	李永超 / 15
不动产登记错误行政赔偿中的损害事实及认定	赵元成 / 26
司法判决中的受案范围	乐俊刚 / 37
行政规范对侵权责任认定之规范效应研究	贾媛媛 / 56
行政撤销决定之再撤销研究	韩 宁 / 70
行政诉讼中原告的“合法权益”	姚 斌 / 84
地方政府规章设定行政许可的“上位法”限制	李文海 / 94
法院选择适用规章的规则研究	王奎芳 / 107
行政处罚听证范围的发展	石肖雪 / 119
论地方行政机关对“行政一体”原则的摆脱	黄玉寅 / 137
法律续造在行政处罚法中的适用及限制	黄 锴 / 150
行政赔偿诉讼中的混合过错	黄 娟 / 163
美国信息自由法上过程性信息的豁免公开	梁 艺 / 177
论行政行为“明显不当”之定位	黄 锴 / 195
以社团组织为原告的行政公益诉讼的制度进路	朱新力 黄 娟 / 207
国家赔偿中的精神损害“严重后果”	蒋成旭 / 221
后 记	/ 235

行政复议意见书制度探析^{*}

——以行政复议监督功能的实现为中心

王莉^{**}

摘 要:行政复议功能的实现需要相应的制度提供保障,《行政复议法实施条例》及此后制定的诸多规范规定了行政复议意见书,该制度在重视复议制度救济功能实现的大背景下回应了监督功能的制度需求,已经引起了国外学者的关注并为实务部门所重视。有必要解读制度的规范逻辑,考察制度的实践情况,并对制度的完善提供建议。

关键词:行政复议意见书 全面审查 监督功能

行政复议制度具有多元功能已经得到越来越多学者的认同,同时比较法上的观察启示我们,权利救济功能与监督功能在实现上并非必定是此消彼长之关系。虽然救济与监督两功能的实现对于制度设计的要求不一样,有的方面有不可调和的冲突,但一味追求一者恐怕无法实现行政复议功能发挥的最大化。也就是说,以复议制度整体功能发挥最大化为目标,在制度设计上合理协调各种功能发挥的要求,构成一个值得认真对待的课题。《行政复议法实施条例》专门设置了复议指导与监督章,其中第57条规定了行政复议意见书制度和行政复议建议书制度。日本学者尹龙泽认为这较好地反映了行政复议兼顾行政自我约束功能、国民权利救济功能的本质,耐人寻味。^① 实践层面上行政复议意见书和建议书的应用也已经展开。而国内学者对此专门的研究成果尚未见到。笔

^{*} 本文已发表于《浙江学刊》2012年第3期。本文系国家社科基金重大招标项目“健全权力运行制约与监督机制研究”(项目批准号:09&ZD007)的阶段性成果,同时为浙江省社会科学院课题(课题编号:11CYB09)的成果。

^{**} 王莉,法学博士,浙江省社会科学院副研究员。

① [日]尹龙泽:《东亚法比较视野下的日本行政复议法之修改》,肖军译,载《时代法学》2009年第5期。

者希望通过解读规范中的行政复议意见书、规范背后的逻辑以及法理基础,给出关于行政复议意见书的一个清晰认识;分析实践中的复议意见书适用情形,反思制度不足,探讨完善之道。

一、规范中的行政复议意见书

(一) 行政复议意见书的规范表达

《行政复议法实施条例》第一次具体就行政复议意见书作出规定,此后又陆续有 10 余部地方性法规、部委规章、其他规范性文件对行政复议意见书作出规定。^① 此间大多数规范仅用一个条款规定,但苏州和常州以规范性文件的形式对制发行政复议意见书和行政复议建议书的原则、适用情形、责任落实进行了具体化。

所有规范对于行政复议意见书的规定都较为一致,基本的表述为:行政复议期间行政复议机关发现被申请人或者其他下级行政机关的相关行政行为违法或者需要做好善后工作的,可以制作行政复议意见书。有关机关应当自收到行政复议意见书之日起 60 日内将纠正违法行为或者做好善后工作的情况通报行政复议机构。进一步解读,可以将相关要件分解为:

第一,制作主体。有权力制作行政复议意见书的是行政复议机关。但是《新余市行政复议意见书制度》规定由行政复议机构制发,明显与《行政复议法实施条例》的规定相冲突。

第二,对象。一般规定行政复议意见书针对被申请人或者其他下级行政机关作出。《中国证券监督管理委员会行政复议办法》收缩为被申请人或原承办机关,这从一个方面反映出对“相关行政行为”的理解不同。

第三,目的。制作行政复议意见书的目的在于纠正行政复议期间发现的违法的相关行政行为或者做好需要做好的善后工作。有例外的是《宁夏回族自治区行政复议条例》将目的收缩为纠正违法行为,不包括善后工作。值得注意的是,立法说明中明确这里的善后工作限于“就个案做好善后工作”,这一点在《常州市行政复议意见书和行政复议建议书制度规定》、《新余市行政复议意见书制

^① 其中地方性法规 1 部,部委规章 4 部,其他规范性文件 5 件。分别是《宁夏回族自治区行政复议条例》、《海关行政复议办法》、《环境行政复议办法》、《税务行政复议规则》、《中国证券监督管理委员会行政复议办法》、《常州市行政复议意见书和行政复议建议书制度规定》、《苏州市行政复议意见书和行政复议建议书制度》、《慈溪市行政复议意见书和建议书办理规定》、《镇雄县行政复议意见书和建议书制度》、《新余市行政复议意见书制度》。

度》中也得到了明确。仔细研读关于行政复议意见书的规范,可以发现:大多数规范同时规定了行政复议意见书和行政复议建议书^①,对两者进行了必要的区分,配套使用。^②前者针对个案,重在行政自我监督;后者针对普遍性问题,重在促进良好行政。可见隐含在条文背后的“就个案”实际上是一个极为关键的区分。

第四,法律效力。根据《行政复议法实施条例》释义,行政复议意见书具有与行政复议决定同等的法律效力,有关行政机关收到行政复议意见书后,必须严格按照意见书的要求立即纠正违法或者不当的具体行政行为或者认真做好相关善后工作,并在收到行政复议意见书之日起 60 日内将纠正违法行为或者做好善后工作的情况通报行政复议机构。有关行政机关对不履行行政复议意见书的行为可以依照行政复议法和条例的规定,依法追究相关责任人的法律责任。

(二) 设定行政复议意见书之规范逻辑

根据相关立法说明,《行政复议法实施条例》第 57 条规定行政复议意见书旨在解决实务中两个问题:一是解决由于复议审查范围的限制,无法解决的与被复议行为相关联的其他行政行为违法的问题,以实现行政复议的权威性和公信力。二是复议决定书无法容纳的需要有关行政机关做好的宣传解释工作和后续善后工作。这些工作的跟进有利于更好地平衡利益、化解矛盾,做到“案结事了”。^③

解读立法说明,可以发现设定行政复议意见书的规范逻辑是这样的:行政复议是由申请人的申请启动的,在这个意义上说是依申请行为,不告不理。但是复议程序启动后,复议审查的范围不以申请人的申请为限,应依据复议法的规定审查整个具体行政行为及其所依据的部分抽象行政行为。不仅如此,根据有错必纠的要求,还应对相关联的其他行为的违法进行纠正。而复议决定书毕竟是对争议具体行政行为作出的裁判,对相关行政行为的违法不宜通过复议决

① 根据《行政复议法实施条例》第 57 条第 2 款的规定,行政复议期间行政复议机构发现法律、法规、规章实施中带有普遍性的问题,可以制作行政复议建议书,向有关机关提出完善制度和改进行政执法的建议。可见,行政复议建议书的制作主体是行政复议机构,一般针对有权制定修改相关法律规范的主体和有权执行这些规范的主体作出,目的是完善制度、改进执法,在性质上只是建议,不具有强制执行力。《行政复议法实施条例》第 3 条规定行政复议机构应当履行的职责中包括:研究行政复议工作中发现的问题,及时向有关机关提出改进建议,重大问题及时向行政复议机关报告,行政复议意见书是行政复议机构履行该职责的载体。

② 但是《辽宁省行政复议规定(修正)》、《湖北省行政复议实施办法》仅规定了行政复议建议书,而《新余市行政复议意见书制度》则仅规定了行政复议意见书。

③ 参见曹康泰主编:《中华人民共和国行政复议法实施条例释义》,中国法制出版社 2007 年版,第 219~221 页。

定书纠正。另外,实践中还有一些需要有关机关做好善后工作的情况,相关内容也无法被复议决定书容纳。所以《行政复议法实施条例》规定了行政复议意见书用以容纳审查过程中发现的无法为复议决定书所承载的内容,做好纠错和善后工作。

一番解读过后,我们发现行政复议意见书实际上是为了调和行政复议制度救济功能与监督功能实现过程中对具体制度设计要求上的矛盾而作为补漏性质的手段而存在的。行政复议救济功能的实现要求有准司法的制度架构,程序上的不告不理、有限的复议范围、与复议请求相对应的复议决定书是这个架构的基本内容。然而,行政复议的监督功能的实现要求全面审查、有错必纠,不仅要审查被复议的具体行政行为的合法性、合理性,要审查其所依据的抽象行政行为的合法性,而且对相关的行政行为的违法也要进行纠正。两者之间的空隙不加填补便会出现如实践所呈现的复议效果不彰,丧失权威性、为相对人所抛弃等现象。从这个意义上说,行政复议意见书制度的设定体现了规范制定者的智慧,如若能够得到有效实践,其意义自不待言。当然,这一规范逻辑自身能否成立,具体内容如何是首先需要学者加以解说的问题。

二、学理上的基本言说

(一)救济功能要求的准司法架构

我国的《行政复议法》在立法目的上体现了对监督功能的重视,但是基于对复议制度准司法性的认识,加之受到《行政诉讼法》的巨大影响,具体规范上还是回应了准司法的一些要求。

1. 程序上的不告不理

行政复议区别于其他诸多监督方式的一个重要特点,在于赋予行政相对人请求权,允许其按照法定程序提出自己的主张和权利要求。在程序上“行政复议是依申请行为,它以行政相对人主动提起为前提,即相对人不提请复议,行政复议机关不能主动管辖”^①。事实上,除了是否提起复议,就什么提起复议、向谁提起复议、是否撤回复议申请、是否与被申请人和解也都是由复议申请人决定的,基本上奉行的是“当事人处分主义”。只是行政复议毕竟还承载监督等功能,申请人撤回申请以及与被申请人进行和解需要得到复议机关的批准,这种“处分主义”是受到限制的。

^① 胡建淼:《行政法学》,法律出版社2003年版,第530页。

2. 有限的行政复议范围

行政复议范围是指允许公民、法人或者其他组织申请行政复议的事项范围。^①从我国行政复议制度的发展来看,行政复议范围不断扩大。但行政复议作为一种法律救济手段,它在解决行政争议功能上的局限性导致行政复议机关不可能受理所有的行政争议。^②现行法律通过概括加列举的方式进行了具体规范。

3. 承载力有限的复议决定书

行政复议决定是行政复议机关根据申请人的要求,对具体行政行为进行审查后所得出的结论,其载体即为行政复议决定书。由于行政复议机关不是仅仅审查申请人的请求而是要对整个具体行政行为及其依据进行审查,行政复议决定书不限于对复议申请的回应,在这一点上与民事诉讼中判决与诉讼请求的对应关系有所不同。也就是说,程序上的当事人主义与实体上的全面审查决定了行政复议决定的类型与复议申请之间无法完全匹配的矛盾。这一点,在行政诉讼上也有体现,^③但是由于行政复议审查范围更广,还要基于层级监督关系纠正其他相关的违法行政行为,矛盾更为突出。

这种矛盾首先体现在行政复议决定书无法承载复议审查的所有结果,这又可以分为两种情况:第一种是涉及其他利益相关者及被申请人以外的其他行政机关事项。典型的例子是,一个行政处罚的对象有两人,其中一人提出复议申请,另一人没有提出申请,也没有成为第三人,复议过程中发现对没有参加到复议过程中来的处罚对象的处罚违法,此时就无法通过行政复议决定书纠正该违法。第二种是对抽象行政行为的审查结果。实务部门认为:“对抽象行政行为的审查,不属于行政复议程序的内容,也不属于行政复议活动的范畴。它只是在行政复议过程中,因对具体行政行为的依据产生疑义,而启动的另外一套审查程序。因此,审查抽象行政行为,以及对抽象行政行为作出处理,均不采用行政复议决定的方式。行政复议机关在作出行政复议决定时,可在有关事实部分陈述规范性文件审查的结论。”^④这种矛盾还体现在行政复议决定书无法纠正复

① 曹康泰主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国法制出版社1999年版,第24页。

② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第424页。

③ 杨伟东认为:“我国现行《行政诉讼法》的结构设计不是以当事人的诉讼请求而是行政行为为中心,在司法实践中遇到一定障碍,如判决形式。”参见杨伟东:《权力结构中的行政诉讼》,北京大学出版社2008年版,第80~81页。

④ 参见方军编著:《行政复议法律制度实施问题解答》,中国物价出版社2001年版,第85~86页。

议过程中发现的与被申请行政行为相关的其他行政行为的违法。这正是规范上行政复议意见书所要解决的主要问题。

(二) 监督功能要求全面审查、有错必纠

1. 学理上的全面审查原则

我国《行政复议法》并未规定全面审查原则。但是根据第1条规定的立法目的以及第4条规定的“有错必纠”,学者一般认为行政复议法的审查范围不限于复议请求,而是实行全面审查。根据《行政复议法》第2条和第7条,审查对象包括具体行政行为和部分抽象行政行为;根据《行政复议法》第3条和第7条,审查的内容包括具体行政行为的合法性、合理性及部分抽象行政行为的合法性。在这些问题上学者有一定的共识。^①事实上,“‘审查申请行政复议的具体行政行为是否合法与适当’这一规定本身,已经将行政复议机关审查的方向和范围,从申请人复议请求,转向具体行政行为本身,也就是不再以其请求范围为限”^②。

2. 复议意见书制度提出的新问题

但是和本文论题直接相关的问题其实是复议机关能否审查其他相关行为?立法说明中的“与被复议行为相关联的其他违法行为”到底是何含义?根据立法说明,这些行为原本不能为审查范围所容纳,但是这影响了复议的权威性和公信力,现在要审查并且要用复议意见书给出结论,那么全面审查原则能否容纳这部分内容?笔者认为行政复议可以审查相关行政行为,但是其审查范围也具有界限。

可以审查的理由首先在于:复议程序启动后复议机关其实具有两重身份,一是作为裁判者,二是作为监督者。裁判者身份的获得是基于申请人的申请;而监督者身份的获得是因为复议制度同时是一种监督制度。正如有学者所言:“行政复议在制度设计上嫁接了行政组织法有关行政管理体制的现成层级节制体系,借力于行政复议机关与被申请人之间的上下级关系,行政复议机关根据行政组织法既有的法定权力可以一并在行政复议活动中行使。”^③更有学者进一步指出:“复议程序是通过行政体制内上级对下级的监督和管理这一行政职权

① 参见张越:《行政复议法学》,中国法制出版社2007年版,第320页;应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第1720页;杨小君:《我国行政复议制度研究》,法律出版社2002年版,第246~247页;石佑启、杨勇萍编著:《行政复议法新论》,北京大学出版社2007年版,第198页等。

② 张越:《行政复议法学》,中国法制出版社2007年版,第319页。

③ 应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社2005年版,第1720页。

本身来运行的,而不是通过专门的法律法规设立专门的机构,授予其行政复议的职责和权限……行政机关系统内部的层级监督关系,是我国行政复议制度得以建立和运行的前提。”^①而“我国现有的行政层级监督具体规定于《宪法》、《国务院组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《立法法》之中。从这些法律规定和实践运作来看,我国行政层级监督的范围十分广泛,涉及政府工作的方方面面,几乎没有范围限制,方式和手段亦多种多样。”^②因此,作为裁判者,审查被申请的具体行政行为及其依据的抽象行政行为;作为监督者,对复议过程中发现的其他违法的相关行为,也有权予以纠正。

可以审查的理由还在于,行政活动本身的复杂性决定一个行政任务的往往是通过一系列的行政行为甚至是许多行政行为的组合实现的,此时仅仅审查某个行政行为恐怕无法作出合法合理与否的判断。比如,在承认违法性继承的情况下,对先行行为的审查就必不可少。

3. 复议审查的范围界限

由于行政复议监督是借助行政组织上的层级关系结构,复议机关的监督不像行政诉讼中法院那样受到行政权与司法权关系的限制,所以复议机关的审查范围应当大于诉讼中法院的审查范围。但是复议中的全面审查并非没有边界。复议毕竟是嫁接在申请人复议申请之上的行政监督,和其他行政监督方式的区别就在于其受限于“个案的限制”,也就是说要与个案具有相关性。

“个案相关性”要求本身构成了两个维度上的界限。一是不应侵入被申请行政行为本身。这一点构成与行政复议决定书适用上的区隔,也就是说对被申请行政行为违法的确认与纠正原则上应通过行政复议决定书进行,只有在复议决定书不存在或者复议决定书无法确认和纠正的情况下,才能通过行政复议意见书进行。在对被申请复议的具体行政行为的审查纠错中,复议意见书相对于复议决定书处于“补充性”地位。明确这一点对于预防实践过程中复议决定通过行政复议意见书作出,从而逃避后续司法监督具有重要意义。因为,虽然行政复议决定书与行政复议意见书都是具有法律效力的法律文书,然而对行政复议决定不服还可通过行政诉讼途径申请后续救济,对行政复议意见书的纠正只能通过行政系统内部的考核机制等实现,对复议申请人而言意义仍是不同。二

① 赵力:《论行政复议“司法化”改革的可能和限度》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第1期。

② 杨伟东:《关于创新行政层级监督新机制的思考》,载《昆明理工大学学报》(社会科学版)2008年第1期。

是不能与被申请行为没有关联。除了上述与其他行政监督的区隔,这一点也构成行政复议意见书与行政复议建议书适用上的区别。对于行政复议过程中发现的普遍性问题,应通过行政复议建议书提出。

以上是基于对立法说明,在学理上对复议审查范围以及复议意见书适用界限的认识。如果转换一个视角,以行政行为为中心考察这一问题,可以观察到复议意见书适用的情况及相应的界限在于:一是适用于承载对相关行政行为审查的结果,界限在于个案相关性;二是适用于承载部分被申请行政行为的审查结果,界限在于补充性。

(三) 行政复议意见书的存在基础与空间

在学理上说,行政复议救济功能的实现与监督功能的实现对于规范设计而言具有不同的要求,这些不同的要求构成了行政复议制度设计上的结构性矛盾。行政复议意见书存在的必要性和正当性在于缓解矛盾,满足准司法架构下监督功能实现的要求,承载行政复议决定书无法承载的行政复议审查的结果。那么,复议决定书无法承载的内容和无法适用的情形又有哪些呢?严格地说,复议决定书无法承载的内容和无法适用的情形,构成了复议意见书适用的主要情形,但两者之间并非相等的关系。比如,对规范性文件的审查是按照宪法、有关组织法和有关规范性文件备案审查办法规定的程序和方式进行的,其结论无法通过复议决定书作出也不适宜通过复议意见书作出。笔者梳理后认为,复议决定书无法承载,适宜采用复议意见书的情况主要有以下几种:

第一种情况,行政复议以其他方式终结,复议决定书不存在,而复议过程中发现的违法需要纠正。除了复议机关审查完毕作出行政复议决定之外,还有一些导致行政复议终止的情形。根据《行政复议法实施条例》第42条的规定,主要有申请人经准许撤回复议申请、申请人与被申请人经准许达成和解协议、申请人不继续存在等五种情形。在这些情况下,复议机关无法对复议过程中发现的违法行为进行确认和纠正。

第二种情况,与被申请具体行政行为具有利害关系的有数人,其中部分未提出复议申请,也没有成为第三人,此时就复议过程中发现的针对该人的违法,无法通过行政复议决定书予以纠正。在日本,《行政不服审查法》第24条规定复议机关可以依职权要求利害关系人参加复议。^①而在我国复议机关无此权力。《行政复议法》第10条第3款规定:“同申请行政复议的具体行政行为有利

^① 吕艳滨:《日本的行政复议制度》,载周汉华主编:《行政复议司法化:理论、实践与改革》,北京大学出版社2005年版,第414~415页。

害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人参加行政复议。”《行政复议法实施条例》第9条进一步规定:“行政复议期间,行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的,可以通知其作为第三人参加行政复议。行政复议期间,申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的,可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。第三人不参加行政复议,不影响行政复议案件的审理。”也就是说,对于申请人以外的与具体行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织而言,参加复议是其权利,不参加复议并不承担任何责任,复议机关无法依职权要求其参加。这种情况下,复议机关依监督的要求要纠正针对该利害关系人的违法行为,就无法通过行政复议决定书实现。

第三种情况,被申请人的行政活动由一系列行政行为组成,申请人只对其中一个提出复议申请。“现代行政日趋复杂,行政活动已非只需要一个行政行为即可完成的简单之物。在现实中,一项行政活动的完成,往往需要通过数个行政行为前后相连,有时甚至结成复杂的组合关系才能实现。”^①被申请人的行政活动由一系列行政行为组成的情况又可以区别为:(1)数个具体行政行为的平面组合。(2)数个具体行政行为构成一个连续过程。后者又可进一步区分为:先行行为具有法律效果和先行行为不具有法律效果。而实务上仅针对其中一个具体行政行为提出复议请求的情况完全有可能发生。依笔者前面的论述,复议审查不仅要审查单一具体行政行为也要审查其他相关联的具体行政行为。

第一、二种情况纠正的是被申请复议的具体行政行为违法,属于就个案做好善后工作,而第三种情况纠正的是相关行政行为违法。

三、实践中的行政复议意见书

(一)锋芒初露

通过在各级政府网站上的搜索,笔者查阅到在行政复议工作中采用行政复议意见书和建议书的相关资料10余则,无一例外,均是肯定相关实践的报道。从这些政府网站公布的信息可以看到,行政复议意见书制度已经得到一定程度的运用并且得到肯定。比如,江苏省常州市在2010年就收到省政府制发的4份《行政复议意见书》,在内容上全是对农村集体土地征收过程中相关问题的纠

^① 朱芒:《“行政行为违法性继承”的表现及其范围》,载《中国法学》2010年第3期。

正意见。^①又如,江苏省徐州市政府主动与有关行政机关(被申请人)接触,对在行政复议审查中发现的行政机关(被申请人)工作过程中的违法错误和疏忽或者需要做好善后工作的,通过下达行政复议意见书的形式,向有关行政机关提出整改意见并督促整改。^②进一步的观察显示,行政复议意见书适用的主要情形有以下两种:

1. 和解结案情况下对具体行政行为违法的纠正

和解制度是东亚行政复议制度最近的特征之一。如今中国大陆通过明文,韩国通过实务,我国台湾地区通过学说在确立和主张和解制度。^③我国《行政复议法实施条例》第40条明文规定:公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请复议,申请人与被申请人在行政复议决定书作出前自愿达成和解的,应当向行政复议机构提交书面和解协议;和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的,行政复议机构应当准许。和解的引入,使得这部分行政复议并非以复议决定书的制发为终结,此时,对于复议过程中发现的被申请人的违法行为,通过行政复议意见书确认其违法性,要求被申请人在期限内改正,对于违法责任的落实、上下级行政机关监督的实现具有重要意义。

比如,在审理社旗县地税局工作人员周元献申请撤销第三人张景国有土地使用权证的行政复议案件中,该县法制办发现被申请人该县国土资源局在办理国有土地使用证过程中存在把关不严、重复出让的问题。虽然最终申请人周元献同意协调解决,但是此随意行政行为已严重损害了当事人的合法权益,造成不必要的纠纷。为了纠正此违法行为,避免此类问题的再次发生,法制办向被申请人发出《社旗县人民政府行政复议意见书》,督促其立即采取整改措施,并将有关情况于60日内通报县法制办。^④在该事例中,复议虽然是通过和解解决的,但通过行政复议意见书的制发被申请的具体行政行为违法问题也得到了纠正,同时实现了行政纠纷的化解和对下级机关的监督。

又如,海门市政府复议委员在审理陈某不服某行政执法机关的行政处罚决

① 《法制办:2010年全市行政复议工作情况通报》,载常州市政府网站,2011年7月15日登录。

② 参见《市政府法制办充分发挥行政复议监督功能》,载徐州市政府网站,<http://www.xz.gov.cn/zwgk/bmxx/20081031/042901587.html>,2011年7月20日登录。

③ [日]尹龙泽:《东亚法比较视野下的日本行政复议法之修改》,肖军译,载《时代法学》2009年第5期。

④ 《河南社旗县首次使用行政复议意见书》,载三明市人民政府法制办公室网站,<http://www.sm.gov.cn/fzb/showmessage.asp?id=66&aaa=zcrd>,2011年7月20日登录。

定复议案件时发现被申请人在办理行政处罚案件过程中存在擅自印制并使用暂收款票据的违法行为。后行政复议当事人经沟通协商,达成和解。市政府在依法作出终止复议决定的同时,向被申请人发出《行政复议意见书》,要求被申请人停止使用并销毁擅自印制的收费票据;禁止在作出行政处罚决定前无法律依据收取暂收款。^①该例中,通过行政复议意见书解决了和解结案情况下相关行政行为违法的问题,也实现了对下级机关的监督。

2. 对行政行为程序瑕疵的纠正

近年来,行政行为的程序合法性、合理性得到了行政机关一定程度上的重视。实践中出现了专门针对被申请人行政程序欠缺合理性问题制发行政复议意见书,督促其规范执法的情况。比如,自2011年起,精河县在审理行政复议案件中,针对部分被申请人行政程序欠缺合理性,积极引入《行政复议法实施条例》规定的行政复议意见书制度,以督促行政机关及时改正不当做法,进一步规范行政执法行为。^②

同时,实践中的案例显示:从对象上看,所有的复议意见书均是对被申请人作出的,对相关机关作出的复议意见书尚未见到。从内容上看,多是解决被申请人复议的具体行政行为本身的问题,属于“就个案做好善后”,而纠正相关行政行为违法的较少。可见,行政复议意见书在实践中虽然已经得到一定的应用,但只是“锋芒初显”,今后应用的空间还比较大。

(二) 问题初现

由于“个案相关性”标准本身难以明晰,实践中也存在行政复议决定书、行政复议意见书和行政复议建议书选择上的混乱。从规范上看应选用复议决定书而在实践中选择复议意见书,规范上看应选择行政复议意见书而实践中选择行政复议建议书,规范上看应采用行政复议建议书而采用行政复议意见书的情况均有之。以下将通过相关资料一一论证。

1. 应用行政复议决定书而用行政复议意见书

实践中出现了采用行政复议意见书纠正被申请行政行为程序违法的例子,就属于这种情况。例如,申请人王爱芬因不服不予发放病故军人遗属定期抚恤金一案向缙云县政府提起行政复议。通过对案件审理,复议机关认为:被申请

^① 《江苏省海门市政府发出首份〈行政复议意见书〉》,载国务院法制办网站, <http://www.china-law.gov.cn/article/xzfy/gzdt/200910/20091000142541.shtml>, 2011年7月20日登录。

^② 《精河县落实行政复议意见书制度加大行政执法监督力度》,载 <http://www.fzxj.cn/view.asp?id=110987>。