

行政复议的政治功能阐释

——基于立法史的考察

马 超*

目次

- 一、问题的提出
- 二、既有法律文本的分析
 - (一) 同生共长,紧密衔接:行政复议与行政诉讼的发展趋势之考察
 - (二) 从差异到接近:行政复议与行政诉讼立法目的演变之比较
 - (三) 同构中的扩张:行政复议与行政诉讼制度发展之比较——以受案范围为例
 - (四) 政府助推与自我实践:行政复议与行政诉讼发展推力之比较
- 三、政治功能之下的行政复议
 - (一) 行政复议的政治功能梳理
 - (二) 政治功能视角下的行政复议嬗变
- 四、代结语:行政复议“司法化”改革的冷思考

关键词 行政复议 政治功能 司法化 行政诉讼

一、问题的提出

中国的公民权利救济体系自 20 世纪 80 年代末发轫以来,在中国社会全面发展的浪潮中不断被形塑与整合,已大致在西方普世价值观的影响下,结合中国自身的多重现代化境遇,形成了一定的自身风格。而行政诉讼与行政复议作为当代公民权利救济的两个关键制度,两者于 20 世纪 90

* 苏州大学王健法学院宪法与行政法专业研究生。本文的写作受到章志远教授的启发与鼓励;汪厚冬博士曾对本文初稿提出有益的修改意见,在此一并致谢。同时,感谢两位匿名审稿专家的中肯批评与建议。当然,文责自负。

年代初几乎同时建立,并在建立后一直保持着“共生共长”的关系,这其中既有法律文本上看得见的制度关联,也有实际运行中不易察觉的境遇关联。二者互相交织缠绕的发展史,不仅是中国私权利与公权力的一部博弈史,也是公权力主导下的不同行政救济制度相互适应与自我整合的历史。

众所周知,对于近年来呈爆炸式增长的行政纠纷而言,现有的行政救济制度一直未能发挥预期中的化解作用。^{〔1〕} 故而《行政诉讼法》与《行政复议法》的修改事宜也顺理成章地被提上日程。在当下的相关讨论中,“将行政复议打造成化解行政争议的主渠道”可以说已经成为实务界与学界的共同选择。尽管相关的论文与著作已经汗牛充栋,但绝大多数讨论都存在着严重的路径依赖,^{〔2〕}大部分论著集中于探讨具体的条文完善与相关的制度引进,对两者相互关系的关切主要针对衔接机制的完善等微观问题,主要是一种法解释学的视角。由于这种视角的局限性,行政复议的政治功能往往遭到了不应有的忽视。多数研究者未能注意到行政复议的政治功能才是行政复议在立法史中更受行政系统青睐的真实原因。

制度革新的前提是对现有制度的全面考察与深入了解,并从制度的发展史中梳理出清晰的演进脉络。“观察行政法现象,既要从法的文本与个案着眼,也要从‘大历史’的视角做切入口。”^{〔3〕} 笔者试图通过对立法史的追溯与现有法律文本的分析,展现出两者在制度发展过程中的微妙关系,并通过行政复议政治功能的阐释,对两者在立法史中的互动提供一个可信的解读。笔者的基本观点是,行政复议与行政诉讼在制度发展与变迁的过程中,一直保持着紧密的互动关系,这种互动已经从最初较为宏观的基本关系界定发展到了微观的制度规范衔接,但出于双方政治功能的不同,两者背后的推动力存在着巨大差异。这种差异结合当前政治力量的不均衡,导致了行政复议在制度架构上的更新幅度相较于行政诉讼更为明显,并且晚近以来其价值取向也存在着一定程度的转变。这些变化不仅表明复议制度在深层次上有着不同于诉讼制度的功能诉求,还预示着行政复议司法化的改革将有可能造成对行政诉讼功能与价值的进一步削弱。

二、既有法律文本的分析

众所周知,1989年出台的《行政诉讼法》标志着行政诉讼制度的全面建立。为了配合《行政诉讼法》的施行,国务院在《行政诉讼法》实施不到三个月之际,即出台了《行政复议条例》,全面建立起行政复议制度。《行政诉讼法》与《行政复议条例》的相继出台,标志着我国行政救济制度的初步建立。但时间维度上的紧密性,在某种程度上,也表明了行政复议对行政诉讼有意识的针对性。实际上,在此后二十余年间,行政复议或行政诉讼的每一次调整与进步,几乎都与另一方保持着

〔1〕 例如,相比于每年数以千万计的信访案件,行政复议的年平均受案数一直徘徊在8万件左右,行政诉讼则约在10万件左右。这只能说明现有行政救济体制功能的发挥是十分不理想的。参见何海波:《困顿的行政诉讼》,载《华东政法大学学报》2012年第2期;廖原:《批判与反思:行政复议法治化的进言》,载《法治研究》2008年第3期;周永坤:《信访潮与中国纠纷解决机制的路径选择》,载《暨南学报(社会科学版)》2006年第1期;张树义、张力:《迈向综合分析时代——行政诉讼的困境及法治行政的实现》,载《行政法学研究》2013年第1期。

〔2〕 所谓“路径依赖(Path-Dependence)”,是指受到外部偶然性事件的影响,某种具有正反馈机制的体系如果在系统内部确立,便会在以后的发展中沿着一个特定的路径演进,其他潜在的体系很难对它进行替代。路径依赖是制度经济学中探讨制度变迁的常用语。参见[德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学——社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2001年版,第476页。

〔3〕 章剑生:《行政复议立法目的之重述——基于行政复议立法史所作的考察》,载《法学论坛》2011年第5期。

“同步关系”，两者之间的制度关联也一直呈现出更为紧密的趋势。同时，相对于行政诉讼稳定的立法目的而言，行政复议的立法目的却“微调”不断。关于行政复议与行政诉讼在立法文本上的发展与关联，本文作如下表整理：

表 1

法律、法规名称	施行日期	相关条款	重要规定	主要成果	制定机关
《行政诉讼法》	1990年10月1日	第17条,第25条,第37条,第38条	第37条确立了行政诉讼与行政复议的基本关系	建立了行政诉讼与行政复议的初步关联,并确立了基本关系	全国人大
《行政复议条例》	1991年1月1日	第9条第9项,第36条		初步建立了行政复议制度	国务院
《关于贯彻执行〈行政诉讼法〉若干问题的意见》 ^{〔4〕} (以下简称《贯彻意见(已废止)》)	1991年7月11日	第10条,第16条,第27条,第31条,第32条,第37条,第38条,第41条,第44条,第45条,第65条		细化了有关两者之间的规定,增强了可操作性	最高人民法院
《行政复议法》	1999年10月1日	第3条,第5条,第7条,第14条,第16条,第19条,第30条	第7条将部分抽象行政行为纳入行政复议的审查范围中,第14条、第30条授予特定行政机关对特定事项的最终裁决权	行政复议制度的“升格”与完善,并首次对抽象行政行为的审查在行政救济中做出回应	国务院提请审议,全国人大常委会审议通过
《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》(以下简称《若干解释》)	2000年3月8日	第7条,第13条,第22条,第31条第2款,第33条,第34条,第35条,第41条第2款,第44条第7项,第53条	第22条规定了复议机关不作为时的被告确定规则,第31条的有关证据排除规定,第53条规定对复议机关的撤销和责令重做判决	细节上进一步的完善,可操作性增强	最高人民法院
《〈行政复议法〉实施条例》(以下简称《实施条例》)	2007年8月1日	第3条第5项,第28条第7项,第49条,第52条	第40条和第50条分别将和解与调解作为纠纷解决方式写入行政复议		国务院

表 2^{〔5〕}

法律、法规名称	立法目的	排列次序
《行政诉讼法》	为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法制定本法	“保证法院审案” “保护” “维护和监督”

〔4〕 据介绍,早在《行政诉讼法》正式实施之前,最高人民法院内部就已经开始《贯彻意见》的草拟工作。《行政诉讼法》在1990年10月1日正式施行,但最高院早在1990年1月就已经拟出了《贯彻意见(内部讨论稿)》,于1991年7月11日正式施行。参见江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务(第二版·上卷)》,北京大学出版社2011年版,第113~114页。从这一史实来看,《贯彻意见》的最初问世,可能尚在《行政复议条例》之前。

〔5〕 本表改编自前注〔3〕。出于论述主题的需要,本文在原表基础上增添了《行政诉讼法》的内容,同时,由于《贯彻意见》与《若干解释》中均未涉及立法目的的变动,故笔者未列出。

(续表)

法律、法规名称	立法目的	排列次序
《行政复议条例》	为了维护和监督行政机关依法行使职权,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,根据宪法和有关法律,制定本条例	“维护和监督” “防止和纠正” “保护”
《行政复议法》	为了防止和纠正违法的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,根据宪法,制定本法	“防止和纠正” “保护” “保障和监督”
《行政复议法实施条例》	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,根据《中华人民共和国行政复议法》(以下简称行政复议法),制定本条例	“解决行政争议” “建设法治政府” “构建社会主义和谐社会”

通过上述有关行政诉讼与行政复议制度发展脉络的大致梳理,我们可以看到,作为公权利救济的两大途径,两者之间存在着时间上与制度上的关联,也存在着立法目的与推动力上的差异。

(一) 共生共长,紧密衔接:行政复议与行政诉讼的发展趋势之考察

通过以上梳理,不难发现,行政诉讼与行政复议作为行政救济体系中的两大板块,其中一方的发展与改革几乎总是同时伴随着另一方的变动。例如《行政诉讼法》刚一正式施行,国务院即颁布了《行政复议条例》,而1999年《行政复议条例》升格为《行政复议法》之后,最高人民法院在半年之内即出台了《行政诉讼法》新司法解释。尽管这种时间上的关联性无法表明文本修改之间必然具有因果联系,但不可否认的是,在双方各自的发展历程中,其制度更新与进步,确实呈现出一种“你追我赶”、“不分先后”的局面。这主要出于行政救济的同源性,使两种制度间存在着“剪不断”的血缘关系,两者制度上的紧密联系,使得任意一方的调整需要对方也做出相应的调整。

除却这种时间上的“共时性”,通过表1的直观观察,我们还可以发现,在两部法律文本中,相互涉及的条款一直在数量上呈递增趋势。据笔者统计,在行政诉讼方面,涉及行政复议的条款与提及“复议”之处,从《行政诉讼法》的4条15处,增加到《贯彻意见》的11条28处和《若干解释》的10条32处;在行政复议方面,涉及行政诉讼的条款与提及“诉讼”之处,从《行政复议条例》的2条2处,增加到《行政复议法》中7条10处和《实施条例》中的4条4处。关涉条款的显著增加,表明两者在制度衔接点上,数量更多、密度更大,涉及范围更广。同时,从具体的法律条文中也可以看出,两者之间的关联不仅有“量”上的增长,也有“质”上的提高与深化。例如,《若干解释》第31条第2款规定:“复议机关在复议过程中收集和补充的证据,不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。”由此可以看出,两者之间的关联已从宏观上整体制度间的关系定位发展到了微观上审查技术间的协调与整合。

(二) 从差异到接近:行政复议与行政诉讼立法目的演变之比较

从表2的总结中可以看出,在立法目的这一点上,相比于行政诉讼的稳健立场,行政复议却屡屡变化。无论是从与行政诉讼的比较上,还是从行政复议立法目的自身的变迁上,我们都可以解读出许多内容。

一方面,作为同时期并相互配套的两个法律文本,行政诉讼立法目的中最后一位的“维护和监督”行政职权,却是行政复议的首要立法价值,彰显出两者价值诉求上的明显差异。这一刻意的次序调整,可以解释为行政复议“想表达与行政诉讼有若干质的区别点”〔6〕,其目的在于体现出两者之间功能定位的不同。另一方面,行政复议的三个法律文本之间,有关立法目的的表达也不尽一

〔6〕 前注〔3〕,章剑生文。

致,甚至是大相径庭。比如《行政复议法》相较于《行政复议条例》,立法目的的表述有了次序调整,将“保障与监督”放在了最后一位,提升了“保护”的排名。而到了《实施条例》中,立法者几乎做了全新的表述,将“解决行政争议”这一前所未见的提法放在了首位。^{〔7〕}如果说前者的次序调整可以理解为行政复议在保守固有立场(内部监督)的前提下对保护公民权益所作的强调,那么后者的改弦易辙则表明了行政复议整体价值取向与功能定位的转变。

从《行政复议条例》到《实施条例》的发展中,立法者将“解决行政争议”这一外部诉求排在立法目的的首位,与行政复议传统上讲求“监督”的内部功能相比,几乎是“改头换面”。但这一诉求相比于行政诉讼却是更为接近。“行政诉讼是解决行政争议的诉讼制度。”^{〔8〕}所谓“保护公民、法人和其他组织的合法权益”,最终是通过对行政争议的解决实现的。如果将对行政争议的解决看作是行政复议与行政诉讼达到各自法律价值的共同路径的话,那么《实施条例》实际上是弱化了《行政复议法》原有的价值诉求,而回归到解决纠纷本身。同时,为了达到“解决行政争议”这一目标,行政复议机关必然会在复议过程中更多地考虑申请人的合法权益与复议诉求,而不再仅仅着眼于上下级间的内部规范。实际上,《实施条例》的立法目的暗示了“行政复议在发挥行政系统内部层级监督功能的同时,具有更加重要的社会救济功能”。^{〔9〕}尽管这种表述与行政诉讼的“保权”价值诉求仍有一定的差距,但相较于之前的表述而言,两者已是共识大于差异。

(三) 同构中的扩张:行政复议与行政诉讼制度发展之比较——以受案范围为例

早期的行政复议制度在受案范围、程序设置、裁判方式等方面都与行政诉讼制度有着极大的相似性。但随着《行政复议条例》升格为《行政复议法》,行政复议制度的发展越来越多地彰显出其自身的特点。一方面,行政复议通过升格为法律取得了与行政诉讼“平起平坐”的地位;另一方面,功能定位的差异也逐渐渗透进微观的制度建构之中,使得行政复议在制度结构上保持与行政诉讼同构性的同时,还在细微处努力突破其所设定的原有框架。由于受案范围决定了行政救济制度“大门”洞开的幅度,是相对人获得救济所必经的第一个“门槛”,在行政救济中具有非同一般的意义,应该能够代表两大制度的基本状况。笔者接下来以行政复议受案范围为例进行分析:

第一,一般受案范围的拓宽。受案范围决定了一个制度调整范围的广度。1990年出台《行政复议条例》时的受案范围基本上是对《行政诉讼法》受案范围的“全盘照搬”。^{〔10〕}但1999年出台的《行政复议法》却对原受案范围进行了显著的扩展。首先,在行政诉讼的受案范围仍局限于人身权与财产权之时,《行政复议法》主动地将受案范围的标准扩大至“公民、法人和其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益”的事项,这种概括式的规定基本等同于承认凡是行政机关做出的具体行政行为,相对人均可申请复议。这种积极主动地扩张相比于之后出台的《若干解释》无疑先行一

〔7〕 实际上,下位法变更上位法的立法目的,是极其罕见的,甚至是越权的。《实施条例》的这种做法,其“合法性”值得怀疑。

〔8〕 姜明安:《行政诉讼法(第二版)》,法律出版社2007年版,第73页。

〔9〕 国务院法制办编写的《〈行政复议法实施条例〉释义》在论及“新时期行政复议的功能定位和价值目标”时,有这样的表述:“一段时间以来,对行政复议制度是以发挥监督功能为主、还是以发挥救济功能为主,在实践中还存有不同认识。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于预防和化解行政争议健全行政争议解决机制的意见》结合构建和谐社会的新形势,明确提出要充分发挥行政复议在解决行政争议中的重要作用,这实质上是承认了行政复议在发挥行政系统内部层级监督功能的同时,具有更加重要的社会救济功能,充分体现了党和政府更加重视通过行政复议这一法定渠道解决社会突出矛盾的决策和部署。”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7页。

〔10〕 实际上,除了最后一项的概括规定在用词上的区别外,《行政复议条例》第9条与《行政诉讼法》第11条所列举的8项受案范围一字不差。

步。其次,《行政复议法》第7条将部分抽象行政行为纳入审查范围,堪称一个质的突破。对抽象行政行为审查的“拒绝”一直是我国行政救济体制的“顽疾”之一,在这方面,处于学者激烈抨击中的《行政诉讼法》及其司法解释,数年来始终不敢越雷池一步。《行政复议法》率先将规章以下的抽象行政行为纳入到审查范围内,尽管只是一种附随性审查,但对于《行政诉讼法》所设定的框架确实是一次巨大的突破。

第二,特定事项的复议前置。《行政复议法》第30条^[11]第1款明确了对自然资源的行政确认行为必须进行复议前置,同时,第2款规定了国务院或省级机关对此类案件的裁决为最终裁决。我们不难理解,任何一项有关复议前置事项的增加,实质上同时是行政复议受案范围的扩张和行政诉讼受案范围的限缩,而最终裁决权的授予,更意味着行政诉讼在这一事项上“阵地”的彻底沦陷。

通过以上分析,可以看出,在保持与行政诉讼受案范围有效衔接的同时,行政复议的受案范围有了显著扩张。实际上,行政复议相较于行政诉讼的“增量”并不是个别的,而是整体的。除上文所分析的受案范围的扩大外,诸如审查深度的深化(合理性审查)、处理手段的多样化(调解、和解)以及法律依据的增加(规章)等都可以证明行政复议对行政救济框架的拓宽与加深。笔者将行政复议与行政诉讼在法律文本上的这种关系,称之为“同构中的扩张”。

(四) 政府助推与自我实践: 行政复议与行政诉讼发展推力之比较

在行政复议与行政诉讼的比较研究中,一个极易被人忽视而又关系重大的事实是,行政复议的发展往往是行政权积极推动的结果,而行政诉讼的发展则常常是司法权自我实践的结果。

通过表1的梳理,我们可以直观地看到,行政复议的发展几乎是行政机关一手推动的结果。除了作为行政法规的《行政复议条例》与《实施条例》由国务院制定外,1999年施行的《行政复议法》也同样是由国务院起草并提请全国人大常委会审议的。甚至为了推进行政复议的发展,行政机关不惜“越权”调整了行政复议的立法目的,并在新型处理手段的引入上打了“合法性”的“擦边球”。^[12] 例如,《实施条例》第40条规定的和解制度本身即是由当时的政策推动而产生的,其是2006年中共中央办公厅、国务院办公厅《关于预防和化解行政争议健全行政争议解决机制的意见》中的明确要求。^[13] 相形之下,行政诉讼有限的发展则完全是最高法院透过司法解释推动的结果,《行政诉讼法》之后的两部司法解释,固然对行政诉讼的发展有不小的推动,但又常常需要面对“合法性”不足的质疑。^[14] 上文所述的受案范围为例,行政复议受案范围的扩大是《行政复议法》立法实践的结果,而行政诉讼受案范围的扩张则来自于司法实践的零星出击,并依赖于司法解释的事后追认,是“一页司法权的实践史”。^[15] 而已经写入《实施条例》的调解制度,在行政诉讼中,至今

[11] 《行政复议法》第30条:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的,应当先申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起行政诉讼。”

“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”

[12] 《实施条例》第40条和第50条分别将和解与调解作为纠纷解决方式写入行政复议。但根据公法上“法无授权即禁止”的原则,这一行为没有任何上位法的依据。

[13] 参见前注[9],曹康泰书,第167页。

[14] 参见江必新:《是恢复,不是扩大——谈〈若干解释〉对行政诉讼受案范围的规定》,载《法律适用》2000年第7期。

[15] 参见何海波:《行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)》,载《北大法律评论》第4卷第2辑,第569~587页。

仍只能躲藏在撤诉的阴影下。^[16]

通过以上四点的比较,我们不难看出,相较于行政诉讼相对稳定的架构设计,行政复议制度更新的幅度明显更大。从作为制度灵魂的立法目的的变迁到受案范围的显著扩张,再到调解、和解等处理手段的引入,许多学界对行政诉讼鼓呼已久的制度改革,往往在行政复议这里先一步得到了实现。那么,为什么“后发”的行政复议会在法律文本上相较于行政诉讼取得“后至”的优势呢?又为什么行政复议会在立法者那里更受“青睐”呢?在行政复议的发展史中,政府的主观目的又究竟起到了何种作用?而且,为什么行政复议在本身运行差强人意的情况下会被执政者确立为“解决行政纠纷的主渠道”呢?在笔者看来,对于上述问题的解答,单一的法律解释学进路由于无法涵盖立法的社会背景与政治背景,已经难以得出令人满意的答案,有必要透过行政复议的政治功能来对上述问题做出解答。

三、政治功能之下的行政复议

(一) 行政复议的政治功能梳理

法理学者认为:“法律以其规范化、权威化、统一性的标准化要求表达着政治的诉求;而政治的诉求一旦改变或者消失,将直接导致法律的改变或者法律的消失。”^[17]作为公法中重要组成部分的行政法,其发展并不是发生在政治真空之中,而是始终受到政治的影响与左右。“在日常生活的具体政治也就是行政层面,法律在很大程度上是为行政服务的。”^[18]改革开放以来,我国行政法的发展可以说是跨越式的。这不仅体现在行政法理论架构的日益完备化与精密化,更体现在国家本身一直在通过权力手段主动地推行各项行政法律制度的建设。^[19]然而,由于不同的法律制度所携带的政治诉求并不相同,其对于国家政策的推行也具有不同的效用,因而国家对于行政法律制度的推行并不是整体性、全面性的,而是有所侧重、有所取舍。^[20]若以这一视角来看待不同行政法律制度发展的差异,我们会描绘出另一番政治图景。正如有的学者所指出的:“相当一部分甚至是绝大多数的行政法不是来源于‘行政公平’、‘正当程序’、‘平衡’、‘控权’等应然的现代法治原则,它们只不过是限制下级政府权力、确保下级政府的行为同上级政府的目标一致、协助完成政治控制的一种机制。”^[21]这种解释将行政法放入了更为宏观的政治视野和社会背景中予以考察,在单一的法律解释学之外提供了更为广阔的外部视角,也更能契合中国行政法发生与发展的现实语境。就行政复议而言,以往将它当作行政诉讼的配套制度来解释其生成的观点,掩盖了行政复议的政治功能,也理想化了行政系统在法治进程中的作用。以上述立场为出发点,结合行政复议的立法初衷,笔者尝试分析行政复议所暗含的政治功能:

[16] 参见黄学贤:《行政诉讼撤诉若干问题探讨》,载《法学》2010年第10期;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61~85页。

[17] 姚建宗:《法律的政治逻辑阐释》,载《政治学研究》2010年第2期。

[18] 同前注[17],姚建宗文。

[19] 比如国务院1999年11月颁布了《国务院关于全面推进依法行政的决定》,2004年3月颁布了《全面推进依法行政实施纲要》。

[20] 例如,被学界寄予厚望的行政程序法几经波折,仍然处于“难产”之中。主要原因就是来自行政系统的阻力太大。

[21] 贺欣:《作为政治控制机制之一的行政法——当代中国行政法学的政治学解读》,载汪庆华、应星主编:《中国基层行政争议解决机制的经验研究》,上海三联书店2010年版,第82~83页。

第一, 行政复议是行政机关相对于法院司法审查的自我保护措施。

对于传统的行政机关而言, 尽管经由行政法治以实现行政正义的现代法治观念, 已经随着法治的整体发展而变得越来越重要, 但在本质上, 行政效率始终是它不变的长期追求。以这一追求为出发点, 旨在控制与防范行政权力的现代行政程序与司法审查自然难以受到行政系统的“待见”。尤其是“司法审查”作为一种外来机构的监督, 以及其严格程序主义的审查特征, 不仅影响行政效率, 而且会影响行政权力本身的行使。实际上, 在《行政诉讼法》立法讨论阶段, 反对受案范围过大的主要理由就是影响行政管理的顺利进行和行政效率。^[22] 所以, 面对《行政诉讼法》初步构建起的司法审查制度, 行政机关必须寻求自我保护的对策。《行政复议条例》紧随《行政诉讼法》的施行而出台, 这一前后时间关系显然并非偶然。

作为行政系统内部自我审查、自我纠错的一种制度, 行政复议对行政管理与行政效率的影响相比于司法审查明显更小。实际上, 早在《行政复议法》刚刚出台之际, 就有学者认识到了行政复议的效率功能, “行政复议对于行政机关排除干扰、提高行政效率有着十分积极的作用”。^[23] 行政复议的存在意义就在于, 它通过对行政纠纷的自力解决, 带来了对司法审查一定程度的“隔绝”。它实际上为政府提供了一种以合法形式将法院对行政权阻碍的阻力系数降到最低的手段。简而言之, 复议制度就是以上级行政机构对下级行政机构的直接监控和审查, 来减少法院系统对行政行为的干预的一种自我保护措施, 是行政机关自我保护意识的具体体现。

第二, 行政复议是上级政府控制下级政府之政治措施。

改革开放以后, 国家逐步从全能主义的政治模式中退出, 上级政府很难再用原来对人财物的、全面而有效的方式来控制下级政府。当传统的警察式巡查、媒体和上访等“报警”系统相继在社会发展中暴露出其作为传统政治控制机制的不足之处时, 行政法这样一种现代法治手段逐渐受到政府的青睐。^[24] 但由于行政法本身是以控权理念作为立论基础的, 对于政府治理而言, 其是一把“双刃剑”。这决定了政府在对待行政法的不同部分时必然会有抑有扬、有所取舍。而显而易见, 这一取舍标准在于谁更能迎合当时的政策需要。

在政治控制这一点上, 相比着眼于整体行政权规制的行政程序和司法审查, 行政复议作为一种上级政府对下级政府的审查机制, 无疑更能迎合上级政府的需要。这一点在《行政复议条例》与《行政复议法》的立法目的中表露无遗。《行政复议条例》立法目的的首位表述为“维护与监督行政机关依法行使职权”, 如果说“维护”是针对司法审查自我保护意识的体现, 那么“监督”则可以理解为行政复议担负着政治控制的任务。第二位的“防止和纠正”则是自我保护与政治控制的具体手段。而未位的“保护”, 不过是“维护与监督”的一个“反射效果”。到了《行政复议法》中, 尽管排序有所变化, 但行政机关依然坚持了“内部监督”的功能定位, 认定“行政复议是行政机关内部自我纠正错误的一种监督制度”。^[25] 所谓“自我纠正错误”, 当然是指上级政府对下级政府错误的纠正, 客观上起到的仍是政治控制的功能。同时, 行政复议实施中越来越公文行政化的程序运行也能说明这一点。

[22] 参见前注[8], 姜明安书, 第 56 页。

[23] 皮纯协主编:《行政复议法论》, 中国法制出版社 1999 年版, 第 67 页。

[24] 参见前注[21], 贺欣文, 第 84~89 页。

[25] 杨景宇:《关于〈中华人民共和国行政复议法(草案)〉的说明》, 载应松年等编著:《行政复议法例解与适用》, 中国民主法制出版社 1999 年版, 第 451 页。

第三,行政复议通过将行政争议化解在行政系统内部来增强民众对政府合法性^[26]的认同。

在政治学上,“合法性意味着某种政治秩序被认可的价值”,^[27]是现代政府的首要追求。当时一部以《行政复议条例》为规范所编写的教材指出:“行政复议制度之所以能够独立于行政诉讼制度外得以产生和发展,一个主要原因就是由于它能够在很大程度上将行政争议解决在行政系统内部,从而有助于维护行政机关的威信,提高行政效率。”^[28]所谓“维护行政机关的威信”,其政治含义实质上可以理解为提高人民对政府合法性的认同。而《行政复议法》立法草案的说明曾有这样的表述:“完善行政复议制度,对于……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。”^[29]众所周知,“经济秩序”与“社会稳定”是政权合法性最直接的来源。尽管立法草案的这种表述是行政立法的惯常说法,但由于行政复议所面对的是最为棘手的官民纠纷问题,客观上,它对于政权合法性确实起到了比一般行政法律制度更大的作用。一方面,行政机关透过行政复议对行政纠纷的自力解决可以赢得当事人对行政机关“自我纠错”的诚意和能力的认可,进而加强对政府本身的认可;另一方面,将行政纠纷化解在行政系统内部,有助于防止纠纷扩大化和激化,有利于降低多发的官民纠纷对政府合法性所带来的冲击。此外,2006年之后我国政府做出了一系列加快推进行政复议制度的部署,^[30]力图“将行政复议打造成解决行政争议的主渠道”,显然是认识到了行政复议制度相对于行政诉讼更有利于化解对抗日益激烈的官民矛盾,能够将频繁涌现的纠纷对政府合法性所造成的损害降至更低。

(二) 政治功能视角之下的行政复议嬗变

透过上文的分析,我们可以看到,行政复议在法治诉求之外,其实隐含着一定的政治功能。这种政治功能决定了复议制度与诉讼制度两者背后支持结构的必然差异。通过对行政复议的政治功能梳理,再结合上文对法律的文本分析,笔者认为,行政复议相较于行政诉讼的立法史可以看作行政复议政治功能建立与加强的历史,或者说行政复议制度的建立与发展是其政治功能价值不断推动的结果。

首先,对于《行政复议条例》与《行政诉讼法》时间上的“同生”关系,并不是立法的偶然,而是政治的必然。正如有人所指出的,“《行政复议条例》是被《行政诉讼法》‘逼’出来的”。^[31]在20世纪90年代初,对于透过《行政诉讼法》所展开的法院的政治功能——通过个案的审理以制约和规范其

[26] 必须说明的是,这里所说的合法性是指政治学意义上的合法性,与前文所使用的法学意义的合法性有所区别。法学上的合法性是指个人或组织的行为符合特定的实定法律规范;而政治学上的合法性则是指“社会秩序和权威被自觉认可和服从的性质和状态”。“只有那些被一定范围内的人们内心所体认的权威和秩序,才具有我们所说的政治学上的合法性。”参见俞可平:《引论:治理与善治》,载俞可平主编:《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版,第9页。

[27] [德]哈贝马斯:《交往与社会进化》,张博树译,重庆出版社1989年版,第184页。

[28] 钮漣等:《行政复议概论》,安徽人民出版社1990年版,第20页,转引自前注[3],章剑生文,参考文献。

[29] 同前注[25],杨景宇文。

[30] 2006年9月,中共中央办公厅、国务院办公厅联合下发《关于预防和化解行政争议,健全行政争议解决机制的意见》,明确提出“要积极探索符合行政复议工作特点的机制和方法”;2006年10月,党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中明确提出要完善行政复议制度;2006年12月召开的全国行政复议工作会议上,国务院对“有条件的地方和部门可以开展行政复议委员会的试点工作”作了具体部署;2008年3月,温家宝总理在第十一届全国人民代表大会第一次会议上所作的政府工作报告中再次明确要求“健全行政复议体制”。

[31] 阿计:《行政复议,民告官的‘第二公堂’——〈行政复议法〉立法剖析(上)》,载《政府法制》1999年第9期,第7页。

他国家权力^[32]以及“通过解释发展法律”^[33],传统的强势政府必须做出回应。故而在立法目的中,《行政复议条例》第一位的“维护和监督”,明显是与行政诉讼的针锋相对;而在受案范围中,《行政复议条例》与《行政诉讼法》的如出一辙,可以解释为是为了尽可能地维护行政权在受案范围的列举事项之外不再受任何干扰,而对于行政诉讼受案范围内的事项,则争取将此类纠纷化解在行政系统内部。易言之,行政复议作为行政机关的一种自我保护措施,决定了其在立法史上相应于行政诉讼时间维度上的“同生共长”与制度上的相互关联。

其次,《行政复议法》对照于行政诉讼制度的“同构中的扩张”是行政机关加强行政复议政治功能的结果。笔者在上文将这部《行政复议法》的发展概括为“同构中的扩张”,这一发展可以从两方面得到解释:一方面,这是行政复议的政治控制功能因应于政府自身发展的必然要求。以发展经济与政策推行作为第一要务的中央政府要求下级政府服从其所拟定的各种政策,但其对下级政府的控制手段却又相对有限。这就要求行政复议制度有所发展。例如,对于令上级政府头疼不已的“红头文件”的管理问题,行政复议通过将低层级的抽象行政行为纳入受案范围来发挥作用,一定程度上可以起到上下级统一政令的作用。而不将这一权力授予法院的原因则显而易见——司法审查权很可能对整个政令的发布与稳定造成消极影响;另一方面,这是行政复议作为政府自我保护措施的强化。相对于行政诉讼在实践中透过个案审理与司法解释“碎步前进”式的发展而言,由于缺少相应的对抗手段,为了在行政系统内部减少行政行为被法院干预的可能性,行政机关干脆在《行政复议法》中一次性予以打包解决,达到行政复议对于行政诉讼的超前优势。例如笔者上文对《行政复议法》受案范围的分析,“一般受案范围的扩张”和“特定复议事项的前置”,都可证明这一点。^[34]同时,透过行政复议的政治功能,我们能够理解,为什么当初面对“司法化”的呼声,立法者仍旧坚持了“内部监督”的功能定位。^[35]

最后,行政机关在《实施条例》中将“解决行政争议”写入立法目的,既是一种转变,也是一种强化。出于客观现实的需要,“解决行政争议”确实将行政复议的关注焦点从行政系统内部转移到了外部。但这并不代表对行政复议政治功能的否定,确切地说,这是行政复议在其原有政治功能内重心的转移。随着中国社会的快速发展,激烈的官民矛盾已经成为现代法治建设不容回避的问题。对于政府而言,爆炸式的“信访潮”不仅使政府疲于招架,也极大地损害了政府威信和政治认同。相比于20世纪90年代初期,当下的司法审查已逐渐为政府所适应,并有能力透过一系列手段来予以控制,此时,日益增多的行政争议成为政府面对的主要问题。于是行政复议的诉求也自然

[32] 参见庞凌:《法院政治功能的学理疏释》,载《法律科学》2003年第4期。

[33] 沈岿:《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》,载《中国社会科学》2008年第1期。

[34] 值得一提的是,面对行政复议“咄咄逼人”的攻势,行政诉讼并非完全无所作为。例如在最高人民法院行政诉讼庭2003年做出的《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》中认为,第30条第1款仅涉及狭义的行政裁决行为,排除了行政处罚、行政强制等行政行为的复议前置程序。但笔者以为,溯及立法原意,该条中所规定的“侵犯”应当包括行政确认以外的其他行政行为。最高法院在这里明显做了限缩解释。这可以解释为最高院在“特定事项复议前置”这一问题上所做的一次“反击”。

[35] 当时的立法草案曾有这样的说明:“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’。”同前注[25],杨景宇文。一位参与制定《行政复议法》的专家曾这样表述道:“司法的独立性,决定了行政机关的复议活动无法‘司法化’……,这无论是对于复议机关而言,还是复议机构而言,‘司法化’的独立性要求,都是与其行政属性难以融合的。”参见青锋:《关于制定行政复议法的几个问题的探讨(上)》,载《中国工商管理研究》1998年第9期。(作者时任国务院法制办公室法制监督司副司长)这种对司法独立性的深刻戒惧,本质上根源于行政自我保护主义的需求。

而然地随着政治诉求的改变而改变。正如国务院法制办编写的《〈行政复议法实施条例〉释义》中所言明的：“化解矛盾的功能与作用。从民主政治的角度来看，这是新形势下行政复议的首要功能。”^[36]将“解决行政争议”写入立法目的，其潜台词是行政复议的主要政治功能正由自我保护位移到寻求合法性认同上来。《实施条例》透过一系列新规定，比如调解、和解手段的引入，使行政复议在解决行政争议方面更具优势。先进的制度有助于提高行政复议针对行政相对人的吸引力，客观上强化了行政复议通过化解纠纷来提高政府合法性认同的功能；同时，被强化的合法性认同也有利于实现其隔离司法审查、自我保护的政治功能。而对于行政诉讼而言，立法目的变迁而暗示的复议功能的重新定位，也是行政权力在制度上对行政诉讼所做的制约。

也许正如有学者所指出的：“任何国家的执政者可以通过宣传或者其他手段推销某种制度产品，培育公民对这种制度产品的习惯性路径依赖，进而把这种路径依赖当作未来制度建设的合法性基础。”^[37]从行政复议政治功能的角度来观察，行政机关不断通过各种途径完善行政复议制度，提供超前于行政诉讼的制度配给，也就不再难以理解了。

四、代结语：行政复议“司法化”改革的冷思考^[38]

对于行政复议制度的一个必要反思在于，实务界与理论界一直对行政复议制度抱有一种理想主义情结。主流的观点认为在行政争议案件的处理中，行政复议应该或有能力消灭其中的绝大部分，应当成为行政纠纷解决的“主渠道”，而行政诉讼则作为“解决行政纠纷的最后一道防线”，应当成为“次渠道”。^[39]这种理想情结根源于两点，其一是行政复议在理论推演中相比行政诉讼更为“高效、便捷”，至少“看上去很美”；其二是域外相应制度的良好运行为理论界树立了一个“参照榜样”。^[40]这两点使得单纯从功能主义的立场出发，行政复议制度确实是一种“理想”的行政纠纷解决渠道。但这种过于理想的看法一方面未能体察到中国复杂的社会现实；另一方面也忽视了那些行政复议制度运行良好的国家所具有的稳固的宪政背景。从本土的角度讲，行政复议本质上的行政属性使其极易为中国强大的“人治”传统和官僚制度所俘获；从域外的角度讲，对司法权作为宪政分权体制下一级的高度尊重与敬畏是行政机关取得行政裁判权的前提条件。换句话说，行政裁判权的赋予是在司法审查这一宪政基石坚实无虞的情况下才能予以考虑的。^[41]即便这样，法治传

[36] 同前注[9]，曹康泰书。

[37] 程金华：《中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角》，载《中国社会科学》2009年第6期。

[38] 限于本文主题，本文对这一问题只做简要论述，有关进一步的详细论证，有待另文专述。

[39] 如方军先生认为，“行政复议案件应当保持在行政诉讼案件的2至3倍，才算基本上达到制度设计的本来目标”。参见方军：《论中国行政复议制度的观念更新和制度重构》，载《环球法律评论》2004年第1期。何海波教授认为，“行政复议由于便捷、高效，应当成为解决行政纠纷的主要渠道，做到受理和消灭大部分行政纠纷。……粗略地讲，一个合理的行政纠纷解决机制是，全国行政复议1000万件、行政诉讼100万件、申诉上访1万件甚至更少”。参见何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2011年版，第35页。章志远教授认为，“在和谐社会的政治语境中，凸显对抗精神的行政诉讼制度难以有效回应社会纠纷激增的现实。为此，就应当发挥行政复议制度在行政纠纷解决中的主渠道功效”。参见章志远：《信访潮与中国多元化行政纠纷解决机制的重构》，载《法治研究》2012年第9期。

[40] 如英国的行政裁判所制度、美国的行政法官制度、日本与韩国的行政争讼制度都在学界有关行政复议改革的讨论中被屡屡提及。

[41] 例如，英美国家都是在分权体制和法院的权威确立后才出现行政裁判所和行政法官制度的；日本的《行政不服审查法》也是在第二次世界大战后重新确立了宪政体制后，才于1962年重新制定的；韩国最早的《诉愿法》也是于第二次世界大战后制定的，并在韩国民主化的过程中历经多次修改。

统与宪政体制也对行政裁判的独立性提出了极高的要求。^[42] 总体而言,行政裁判权的权威与独立性也许并不来自于法院的权威,但法院的权威却是它行之有效的的前提和保障。而在中国,由于这些前提性条件的缺失,学者往往选择直接从功能主义的立场切入,借由现实的紧迫性来证成行政复议的正当性与必要性。也就是说,行政复议制度在中国一开始就缺乏稳固的宪政基础,其是跟随羸弱的行政诉讼而出现的伴随性产物。从时间角度来看,域外的行政复议制度大多建立于 20 世纪,^[43] 远远不能同法院的悠久历史同日而语。行政复议与行政诉讼在中国的同时建立,实际上将两者在西方语境下的“叔侄”关系变成了中国语境下的“兄弟”关系。

在这种情况下,理论界与实务界所热望的行政复议“司法化”改革,^[44] 在笔者看来,确有重新评估的必要。尽管“司法化”的初衷无疑是良好和值得赞许的,但在现行宪法体制下享有一定独立性的行政诉讼本身即举步维艰的情况下,寄望于通过行政复议的“司法化”来实现其独立性,进而达到与行政权一定程度的对抗,有过于理想化之嫌。笔者并不反对多数行政案件通过行政复议来解决,但前提是,行政权本身已服膺于司法权威,法院能够为相对人提供最终保障。而不是在行政权远较司法权强势的情况下,再盲目地赋予其更大的行政裁判权。尽管这种改革打着“独立性”的旗号,但它的最终变动方向仍掌握在强大的行政机关手中。“司法化”的行政复议也许短期内能够化解一部分行政纠纷,但从长期来看,它却可能因对行政权的附带强化而影响到中国尚在发展中的宪政进程。在缺乏坚实的宪政分权基础的情况下,过于追逐短期效果的盲动也许会适得其反。这样的“司法化”很可能未得权利救济之利,而有挤压司法审查之虞。

具体到政治功能而言,“司法化”的改革很可能在极大地强化行政复议政治功能的同时削弱法院的政治功能。一方面,独立的行政复议委员会和正当化的行政复议程序必然会使行政复议有能力去接纳更多的行政争议,并带来更能获得相对人认同的裁判结果。^[45] 从逻辑上来看,这种趋势对行政复议政治功能的增强是全方位的:良好的处理效果带来了信访数量的大幅下降,表明了民

[42] 如英国的行政裁判所,“对于任何特定案件的裁决,裁判所都绝不从行政干预”。“裁判所的一个基本的特征就在于它能超脱于政治影响之外而独立地做出自己的裁决。……任何接受外来影响所做出的裁决都是无效的。”参见[英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 616~631 页。

[43] 例如,在英国,“法院大都是历史上长期存在的正式裁判机构,而绝大部分的行政裁判所是 20 世纪成立的”。参见王名扬:《英国行政法》,北京大学出版社 2007 年版,第 104 页。

[44] 目前,行政复议“司法化”已经基本上成为学界同仁的一致共识;同时,《实施条例》将“解决行政争议”写入立法目的以及中央政府在政策上对行政复议体制改革的一系列推动,实际上表明“司法化”已经成为行政复议改革的政策选择。行政复议“司法化”的主要特征是:在价值层面,主张由目前的“内部监督”转向“权利救济”;在制度层面,主张实现复议机构的独立化、复议程序的正当化以及复议人员的专业化。其制度设计主要着眼于设置独立的行政复议委员会和建立符合正当程序特征的行政复议程序。这方面代表性成果有周汉华主编:《行政复议司法化:理论、实践与改革》,北京大学出版社 2005 年版;刘莘:《行政复议制度近期可能的改革》,载《行政法学研究》2005 年第 2 期;章志远:《行政复议困境的解决之道》,载《中共长春市委党校学报》2008 年第 1 期;章剑生:《行政复议程序的正当化修复——基于司法审查的视角》,载《江淮论坛》2010 年第 6 期;王万华:《行政复议程序反司法化定位的思考及其制度重构》,载《法学论坛》2011 年第 4 期;等等。

[45] 事实上,这一点已为有关数据所做证明。比如,自行政复议委员会试点以来,黑龙江省人民政府行政复议委员会已审结 1500 余起案件,总体纠错率达 47%,没有发生一起以复议机关为被告的行政诉讼案。广东省中山市政府行政复议委员会从 2009 年 10 月试点开始,案件量一直在攀升。截至去年 11 月 10 日,共办理行政复议案件 430 件,比试点前增长 338%,比同期法院的 340 起多出 23.53%,而全市到省里上访的批次与人次分别下降 64.5% 和 74.9%。数据来源于李立:《官民纠纷“大信访小复议”格局被打破》,载《法制日报》2011 年 12 月 27 日第 11 版。

众对政府更高的合法性认同;受案数量的增长有可能为政府带来更多的基层治理信息,进而有针对性地强化政治控制;复议后再起诉案件的减少降低了司法审查干预的可能性,是行政自我保护功能的强化。而更进一步地分析,由于这种改革所带来的复议受案量的显著增加和再起诉案件的大幅减少,甚至预示着行政复议的政治功能有从“自我保护”转向对司法审查“主动进逼”的可能性。另一方面,尽管从职能上来看,法院更多地属于法律机关,而不是政治机构。但在现代政治结构下,法院仍然承担着相应的政治功能——“它通过有关案件的裁决,担负着维护国家宪政体制、制约国家权力不当行使的责任”。^[46]“法院的任务是保障行政权力不能无限制地增长。”^[47]从价值角度而言,行政复议的立论基础正经由“权利救济”向行政诉讼靠拢,在抹去行政复议原有的独特性格的同时,也模糊了行政复议与行政诉讼原本不同的面孔;从制度角度而言,“司法化”的有关制度设计意味着在行政系统内部创设一个独立的纠纷解决机构。这一独立机构——正如“司法化”本身的词义那样——很大程度上是行政机关内部对于司法机关的仿制。尽管行政复议委员会的设置会带来一定的独立性,但行政机关损失的控制权又带来了更大的制度空间。在强势政府的传统下,谁能保证这种表面上的独立性不会成为现实中的又一块“橡皮图章”?而谁又能说这种“司法化”本身不是强势政府的一种表现呢?从功能角度而言,行政复议受案量的增加,尤其像一些地区的数据所显示的那样,经复议后起诉案件的大幅降低,表明行政复议之于行政诉讼,可能将从“过滤的网”变成“截流的坝”。况且,对同一个问题,两个雷同的制度设计,即便不是叠床架屋,也将会带来惊人的制度成本。

对于行政复议的阐述最终仍要回到宪政的视角下,回到行政权与司法权的分立这一现代法治基础上。行政复议的改革势在必行,透过政治功能视角的考察并不会阻碍行政复议前进的脚步,相反,它有可能使行政复议的改革更加稳健、更具有针对性。笔者所想提醒的是,也许行政国的现实使得我们必须走出古典宪政主义的窠臼,迈向“回应型法”的治理,但我们同样不能忘记中国走出“压制型法”的时间并不久远。^[48]

(责任编辑:林彦)

[46] 庞凌:《司法如何介入政治》,载《法学》2002年第11期。

[47] [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版。

[48] 美国学者诺内特与塞尔兹尼克将社会上的法律现象分为“压制型法”、“自治型法”、“回应型法”。“压制型统治在古代国家和极权国家中极为显著”;自治型法的基本特征是法律与政治的分离;回应型法“把社会压力理解为认识的来源和自我矫正的机会”。他们认为,现代社会要求法律从“压制型法”和“自治型法”向“回应型法”迈进。参见[美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会——迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版。