

论复议机关做被告与做共同被告的不同价值功能

方世荣*

摘要 复议机关因维持原行政机关的行政行为而与原行政机关成为共同被告,是我国《行政诉讼法》修订后的新规定,意在“倒逼”复议机关依法积极、负责地开展复议工作。但这只考虑了复议机关做“被告”的价值功能,没有反映出复议机关做“共同被告”的价值功能。复议机关在做共同被告时既是被告也是共同被告,故其制度设计要能兼顾两种价值功能。不同类型共同被告的价值功能各有重点:因同一行政行为产生的共同被告,其价值功能主要在于方便法院查明两个以上被告共同作出同一个行政行为的案件事实,公平认定和划分它们应分担的法律责任;因同类行政行为产生的共同被告,其价值功能主要在于对两个以上被告分别作出的同类行政行为并案审理,以达成简化程序、节省诉讼成本的目的。复议机关对原行政行为作出维持决定,本质上是对其予以肯定性评价的同类行政行为,由此形成的共同被告案件在审理上应以原行政行为为主,对复议维持决定可实行附带审查并探索书面审理的方式,以简化程序、减少法院司法成本和复议机关应诉成本的耗费。

关键词 复议机关 复议维持 共同被告 价值功能

2014年我国《行政诉讼法》修订时,将维持原行政行为的复议机关列为行政诉讼的共同被告,从而改变了过去复议机关凡维持原行政行为的就不做被告的局面。新法规定实际上确立了复议机关做“被告”和复议机关与原行政机关做“共同被告”的双重诉讼地位。行政法学界对复议机关做共同被告的相关问题曾做过大量研究,但极少思考复议机关做被告与做共同被告有何不同的价值功能,以及如何兼顾不同的价值功能。这是一个值得深入研究的共同被告理

* 中南财经政法大学教授,法治发展与司法改革研究中心首席专家。本文系国家社会科学基金专项重大项目“十八大以来党中央推进法治社会建设重要战略研究”(立项号:16ZZD019)的阶段性成果。

论问题,也关系到相关制度的合理设计。本文试作出一些探讨。

一、行政诉讼被告与共同被告的价值功能区分

新修订的《行政诉讼法》第26条第2款规定:“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”。对于其立法修改的意图,全国人大法律委员会关于《中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)》修改情况的汇报已有明确说明:“实践中复议机关为了不当被告,维持原行政行为的现象比较普遍,导致行政复议制度未能很好发挥作用,建议对原有制度作有针对性的改革,明确复议机关维持原行政行为的,与原行政机关作为共同被告。法律委员会经研究,建议将这一规定修改为:‘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;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。’”〔1〕此外,立法机关的有关人士也有过同样解读:“经复议后案件的被告确定既是一个理论问题,也是一个实践问题。当下,行政复议制度几乎是形同虚设,有的地方一年的复议案件只有1—2件”,行政诉讼法的这一修改,“目的都是为了激活制度。制度的浪费是最大的浪费。”〔2〕此后,有学者也分析指出:新《行政诉讼法》就调整复议机关的被告资格制度做出了专项规定,旨在从根本上解决“复议机关是维持会”的老大难问题。〔3〕由此可见,将复议机关与原行政机关一起列为共同被告,旨在倒逼复议机关依法切实履行复议职能,防止其复议时为了不当被告而一味只作维持决定,从而使行政复议制度真正有效发挥解决行政争议的作用。应当说,立法修改所做的这项“有针对性的改革”,对于促使复议机关依法开展复议工作具有重要的实践作用和意义,但需要进行理论反思的是:这一考虑体现的是让复议机关当“被告”的价值功能,还是让复议机关当“共同被告”的价值功能?在这里,立法修改虽作了“共同被告”的表述,但立法说明中提出的却只是复议机关作为“被告”的价值目标,并没有顾及其作为“共同被告”的价值目标。这实际上是将复议机关做被告与复议机关做共同被告的价值功能混为一谈,虽突出了对实践中存在问题的应对性,但也反映出共同诉讼理论支撑上的不足。

在行政诉讼理论上,被告确立的价值功能与共同被告确立的价值功能是有区别的,两种价值的目标指向并不完全相同。从被告确立的价值功能来看,行政诉讼作为一种监

〔1〕李适时:“全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)》修改情况的汇报”,中国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2014-12/23/content_1892455.htm,最后访问日期:2018年7月30日。

〔2〕参见信春鹰:“新《行政诉讼法》的八大变化”,中国社会科学网 http://www.cssn.cn/fx/fx_cg-zs/201503/t20150310_1539211_1.shtml,最后访问日期:2018年7月7日。

〔3〕参见莫于川:“复议机关做行政诉讼被告的制度变化及其理据分析——我国《行政诉讼法》首次修改中的一个争议点检讨”,《南都学坛》(人文社会科学学报)2016年第36卷第1期,第63页。

督行政权力依法行使的特殊诉讼制度,将行政机关列为被告在价值功能上具有贯穿于诉讼的深刻政治内涵。它本质上反映着行政机关、司法机关和公民、法人和其他组织三者之间的政治关系,是通过被告制度的安排将行政机关置于可受公民诉告和司法机关审查监督的地位,以促使行政机关依法行使行政权力,保护公民、法人和其他组织的合法权益不受其违法侵害。具体到复议机关,让其在作出维持原行政行为的复议决定后成为被告,其功能价值就在于使之成为司法审查的对象,以监督复议机关依法切实履行复议职责、保护复议申请人的合法权益,及时有效地化解双方之间的行政争议,不得以维持原行政行为的方式逃避当被告。因此,复议机关一旦被纳入被告的范围就能达成目的。与此不同的是,将两个以上的行政机关列为共同被告在价值功能上,主要指向的却是共同诉讼的技术性问题,它要处理的是多个被告之间的恰当诉讼关系,是一并审理有诉讼关联问题的两个以上被告案件的诉讼程序操作。共同被告是共同诉讼制度的重要组成部分,将两个以上的行政机关根据不同情形列为行政诉讼的共同被告,目的是通过这一制度设计,便于查明由多个被告形成的复杂法律关系和案件事实、合理划分各被告之间应分担的责任、避免作出相互矛盾的裁判以及能简化诉讼程序、节省诉讼成本。具体到复议机关,将其在作出维持原行政行为的复议决定时,列作与原行政机关一起的共同被告一并审理。其核心功能在于处理好复议机关与原行政机关之间的诉讼关系,以方便查明它们之间法律关系和案件事实,合理划分它们应分担的责任,以简化诉讼程序、节省诉讼成本。由此,让复议机关做被告与让复议机关和原行政机关一起做共同被告实际上存在不同的价值取向,相关立法说明在确立复议机关当共同被告时只表达了其当被告的作用,这显然与共同被告能简化程序、节省诉讼成本、一并解决多个行政争议、及时化解矛盾的功能并不相关,即只对标了被告的理论,而不对标共同被告的理论。

二、共同被告的价值功能在不同类型共同被告中的体现

行政诉讼共同被告制度的构建有着多重价值功能,这在不同类型的共同被告中又有各自的重点和具体表现。在此先观察共同被告的基本类型。

我国《行政诉讼法》第27条规定:“当事人一方或者双方为二人以上,因同一行政行为发生的行政案件,或者因同类行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的,为共同诉讼。”这一规定确立了同一行政行为发生的共同诉讼和因同类行政行为发生的共同诉讼两种基本类型,并产生不同的共同被告形态。

首先,在因同一行政行为发生的共同诉讼中,共同被告是共同做出了同一行政行为的两个以上的行政机关,它们对该行政行为的作出有着共同的权利义务关系,不能分割开。为此,法院必须将其列为一个案件的共同被告,在同一个诉讼程序中一并审理和裁判。此为必要共同诉讼中的共同被告,也称“不可分之诉”中的共同被告。“必要共同诉讼设置的价值功能一方面

是为了诉讼经济和效率,但更主要则是为了合一确定裁判。”〔4〕在这种共同诉讼中将多个被告合一为共同被告,主要价值功能在于:第一,便于法院查明两个以上行政机关作出同一个行政行为的案件事实。当两个以上行政机关共同作出同一个行政行为时,必会使该行政行为形成的案件事实具有一定的复杂性,这包括它们作出同一行政行为中的职权职责交织状况、行政行为形成时的配合过程、各自在行政行为产生中所起的作用等等。将它们列为一个案件的共同被告一并审理,便于法院审理时理顺复杂的法律关系,查明具体的行政行为形成的事实情况等。第二,有利于法院清晰划分两个以上行政机关对同一个行政行为各自应当分担的责任。两个以上行政机关作出同一个行政行为,使之成为同一个案件中共同的诉讼标的,两个以上行政机关对该行政行为均要承担法律责任,列为共同被告一并审理,方便认定各自应有的责任并就责任的具体承担等进行公平裁判。

其次,在因同类行政行为发生的共同诉讼中,共同被告则是分别作出两个以上同类行政行为的两个以上行政机关。这里的“同类”行政行为,是指两个以上行政机关分别作出各自的行政行为,但“性质相同或者作出的行政行为的事实和理由相同。”〔5〕对于各自的行政行为,两个以上行政机关各有独立的权利义务,并不存在共同的权利义务关系。这本属可以将被告分开并分别审理的案件,但由于案件类型相同、情况相似,审理内容和方法也一样,故适合批量化处理。此种情况下,为了简化诉讼程序、节省诉讼资源,经当事人自己同意,法院可决定在一个诉讼程序中将两个以上行政机关列为共同被告并案审理,只在实体结果上对它们各自作出的行政行为分别裁判。此为普通共同诉讼中的共同被告,也称为“可分可合之诉”中的共同被告。实际上,这只是在程序技术意义上进行的并案审理。“普通共同诉讼中仅仅是诉讼标的为同一种类,各共同当事人遵循独立原则,因此,其主要功能在于追求诉讼经济和效率。”〔6〕而且,“通过普通共同诉讼中的主张和证据共通原理,借助法官的自由心证,同样可以避免对同一事实的不同认定。”〔7〕由此,在普通共同诉讼中将多个被告列成共同被告,其主要价值功能在于:第一,将因同类行政行为产生的两个以上的被告列为共同被告而并案审理,可以简化程序,一次性解决多个同类的行政争议。两个以上行政机关分别作出性质相同或者事实理由相同的行政行为,即为同类行政行为,同类行政行为中的共同被告之间因为不是共同作出一个行政行为,并不存在共同的权利义务,也没有两个以上行政机关纠结在一起的案件事实厘清问题。同时,由于是各自作出行政行为,各被告只对自己作出的行政行为独立承担责任,这些责任并不相互关联,因而也不发生对同一个行政行为分担责任的问题。这种共同被告的设置只是基于同一种类的诉讼标的而进行的程序意义上的并案审理,其主要价值功能在于简化程序,以简便

〔4〕 张永泉:“必要共同诉讼类型化及其理论基础”,《中国法学》2014年第1期,第215页。

〔5〕 江必新、邵长茂著:《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2014年版,第100页。

〔6〕 同上注,第215页。

〔7〕 任重:“反思民事连带责任的共同诉讼类型——基于民事诉讼基础理论的分析框架”,《法制与社会发展》2018年第6期,第155页。

的方式及时化解多个同类的矛盾纠纷。同时,把属于同类情况被告的多个案件合并成为共同被告的案件,审理时根据各案主张和证据的共通性,适用一致的方法认定同样的案件事实,平等地作出处理,能避免对相同情况的案件作出有明显差别而不公平的裁判。第二,可以大大减少诉讼成本,节省诉讼资源。对于法院来讲,以一个诉讼程序同时解决多个同类的案件,可以提高效率,节省司法成本;对于当事人而言,可以尽快化解纠纷,减少因分案审理需付出的时间等待和耗费,也利于对行政相对人权利的及时救济。

三、复议机关做共同被告的归类及其价值功能

《行政诉讼法》第 27 条规定的共同诉讼属于一般规定,它抽象了因同一行政行为发生的必要共同诉讼(不可分之诉)与因同类行政行为发生的普通共同诉讼(可分可合之诉)这两类基本的共同诉讼形态,内含必要共同诉讼中的共同被告和普通共同诉讼中的共同被告两种不同的结构。而《行政诉讼法》第 26 条第 2 款有关“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”的规定(包括复议机关驳回复议申请或者复议请求的情形,但以复议申请不符合受理条件为由驳回的除外),则属于对共同被告的特别规定。这种共同被告是必要共同诉讼中的共同被告还是普通共同诉讼中的共同被告需要首先明确。如前文所述,必要共同诉讼中的共同被告和普通共同诉讼中的共同被告的价值功能有所不同、各有偏重,只有先明确复议机关作为共同被告的归类,才能了解其价值功能的重心所在,并讨论如何发挥其价值功能。下面就复议机关做共同被告的类型定位进行具体分析。

笔者认为,复议机关因维持原行政行为而成为共同被告,虽不能完全对应典型意义的“同一行政行为”或者“同类行政行为”中的共同被告形态,但从复议机关的维持决定和原行政行为存在的物理形式、效力、执行等几个关键部位考察,它们不应是同一行政行为,本质上应属于同类行政行为。故复议机关和原行政机关不是由同一行政行为产生的共同被告,而应归为因同类行政行为产生的共同被告。理由如下:

首先,因同一行政行为产生的共同被告的基本特征之一,必须是两个以上行政机关共同作出了一个行政行为,并以此为共同的诉讼标的。而复议机关维持原行政行为时,明显是两个行政机关各自作出了两个行政行为。不可否认,原行政行为 and 行政复议维持决定是两个行政行为的物理存在形态,在时间顺序上也是由原行政机关和复议机关一先一后分别作出,各有其法律文书的表现形式。有学者认为:“原行政行为机关作出行政行为之后,行政复议机关作出维持原行政行为的行政复议决定,意味着上级机关与下级机关对同一行政事项表达的是同一的意思表示,可以视为原行政行为机关与行政复议机关作出同一行政行为”。〔8〕这一认识是不

〔8〕 梁风云:“行政复议机关作共同被告问题研究——基于立法和司法的考量”,《中国政法大学学报》2016年第6期,第125页。

客观的,也偷换了“同一行政行为”的概念。同一行政行为在根本上是指一个行政行为由两个以上行政机关共同作出,而不是指两个以上行政机关以各自的行政行为对同一个行政事项表达出同一意思表示。上级机关和下级机关分别先后作出两个行政行为对同一行政事项表达相同的意思表示,不能用主观推定的方式“视为”是“原行政行为机关与行政复议机关作出同一行政行为”。更为严重的是,如果将复议机关的复议维持决定“视为”是在复议过程中与原行政机关共同作出的同一个行政行为,也就是把复议机关“视为”同时具有“裁判员和球员”的双重身份,使行政复议活动在性质上就失去了正当性。实际上,复议机关和原行政机关分别先后作出两个行政行为对同一行政事项表达了相同的意思表示,正好表明这两个行政行为属于理由、结果相同的同类行政行为。

其次,原行政行为 and 行政复议维持决定这两个行政行为分别具有法律效力,而且是各自独立的效力。原行政行为的效力针对着行政相对人的实体权利义务,是对行政相对人实体权利义务的直接处置;复议维持决定针对的是行政相对人的复议诉求,它并不直接处置行政相对人的实体权利义务,而是通过支持原行政行为来否定行政相对人的诉求主张。有的学者提出:“从复议维持决定的效力来看,维持的效果使原行政行为具备了执行力。”〔9〕或者认为维持的复议决定是对原行政行为的强化。这些看法是值得商榷的。在对原告的法律约束力问题上,只要复议决定不改变原行政行为,无论如何维持都不可能增设原行政行为的效力内容或者加强它的效力,因为原行政行为此时已成立并生效,已经具备了对原告实体权利义务的拘束力、确定力和执行力。《行政复议法》第21条明确规定:除特殊情形之外,行政复议期间不停止具体行政行为的执行。即使是几种例外情形〔10〕下的停止执行,也只是暂停执行以等待复议结果。由此,根据“复议不停止原行政行为执行”的原则,原行政行为的效力已经完整、独立地存在,即使没有复议维持决定也照样有执行力而不受影响,绝非只能在复议维持决定之后才具有执行的法律效力。同时,原行政行为的效力也不会因复议维持决定而加强。在行政行为的这一效力问题上,只存在有效力和无效力的性质区分,不存在效力变弱和效力加强的模糊认定。如果说复议维持决定对原行政行为有影响的话,也不是在效力问题上,而只是因对其作出了肯定性的法律评价,“意味着原行政行为的合法性得到了复议机关的进一步确认”。〔11〕其实际作用是可以增强原行政行为合法性的社会公信力,增强原行政机关对其行政行为合法性的自信,增强原行政机关对原告应当服从的说服力。

其三,两者的执行内容是有区别的。原行政行为的执行,执行的是原行政行为决定的实体

〔9〕 葛翔:“复议机关作共同被告行政案件的司法审查进路——从诉讼标的理论出发”,《东方法学》2016年第5期,第157页。

〔10〕 《行政复议法》第二十一条规定可以停止执行的几种情形是:①被申请人认为需要停止执行的;②行政复议机关认为需要停止执行的;③申请人申请停止执行,行政复议机关认为其要求合理,决定停止执行的;④法律规定停止执行的。

〔11〕 梁风云,见前注〔8〕,第124页。

权利义务,复议维持决定在严格意义上并非决定原实体权利义务,更不是决定要求执行原行政行为,而只是认定原行政行为具有合法性并否定复议申请人的救济诉求。因而,复议维持决定有着不同于原行政行为的执行内容,即约束复议申请人服从复议结果的法律效力,产生的是让其救济诉求归于失败的法律效果。在此,行政相对人仍只是对原行政机关的行政行为履行实体上的义务,而不是对复议机关的复议决定履行实体上的义务。复议作为行政系统的内部监督行为,基于裁判原理作出的维持决定是对原行政行为合法性的“赞同”,并不影响申请人被原行政行为既定的权利义务。^{〔12〕}也有学者认为“复议维持决定的法律效果实际上通过原行政行为的执行传递于行政相对人,复议维持决定的法律效力并不单独作用于相对人。”^{〔13〕}意即复议维持决定的执行内容就是原行政行为的执行内容,只是执行的法律效力要通过原行政行为的执行向行政相对人传递。这两个认识上的误区:一是没有细致分析复议维持决定与原行政行为各有不同的内容,前者是否定行政相对人的救济诉求,后者是确定行政相对人的实体权利义务。二是没有认识复议维持决定作为复议机关的一个行政行为同样要单独作用于相对人,只是两者要求的执行内容不同、作用不同而各有其法律效果。

第四,原行政机关和复议机关对各自的行政行为并没有交叉承担责任的关系。复议机关事前并没参加原行政行为的作出,事后虽确认并维持了原行政行为,但并不增加或克减原行政行为决定的实体义务或权利。因此,复议机关不应就原行政行为导致的实体结果承担责任。实践中,如果原行政行为违法造成相对人的实体损害,均由原行政机关承担给付义务、行政赔偿、采取补救措施或其它责任等,复议机关并不因维持而分担其中的责任份额。如果说复议机关也有责任要承担的话,也只是复议维持行为自身单独所造成的损害——这种损害在正常情况下属于救济程序过程中的,即复议维持决定违法否定了相对人的救济诉求,它额外增加相对人的救济成本,使之不得不进而提起行政诉讼。对于造成相对人这种救济成本上的损害,复议机关要在败诉后与原行政机关分担一定份额的诉讼费用。同理,原行政机关也没有参与复议维持决定的作出,自然也不须对复议维持决定的结果承担责任。

最后,《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》(以下简称《行诉法解释》)第136条规定:“人民法院对原行政行为作出判决的同时,应当对复议决定一并作出相应判决。”由此可见,对于行政机关的原行政行为和复议维持决定,人民法院虽是合并在一个诉讼程序中一并进行司法审查,但却应针对这两个行政行为均要作出相应裁判内容。

据此分析,复议机关因维持决定而成为共同被告,基本符合由同类行政行为产生的共同被告的特质。当然,这一共同被告也不可同典型同类行政行为中的共同被告完全机械对照。相比较而言,原行政决定和复议维持决定所构成的这种行为“同类”也有一些新特点,具体表现为:典型的同类行政行为通常是两个以上行政机关分别作出的体量等同、地位并列的两个以上

〔12〕 参见章剑生:“关于行政复议维持决定情形下共同被告的几个问题”,《中国法律评论》2014年第4期,第145页。

〔13〕 同上注,第156页。

行政行为,这些行政行为之间并无任何关联。而原行政行为和复议维持决定之间就实体内容的处理来讲,是一种主行为和依附行为的关系:原行政行为具有主行为的地位,因为其已决定了行政相对人的实体权利义务,复议维持决定则以原行政决定的内容为依托,对其进行肯定评价,它是依附于原行政行为内容而存在的。复议维持决定不独立另设实体权利义务,不改变原行政行为的结果和效力,不取代原行政行为,也不具有可执行的实体权利义务内容,丧失了原行政行为它也无存在价值,在这一点上它与复议改变的決定完全不同。基于此,原行政行为和复议维持决定之间存在有关联性:原行政行为是复议机关审查的前提和基础,而复议决定则是对原行政行为合法性与合理性审查的结果。^[14]这就使得两个行政行为又不宜分开审理。法院通过这一共同被告制度的安排,便于查明原行政行为作出的事实、依据、程序和结果,以及复议决定对原行政行为作出事实、依据的审核认定情况等。在这个意义上,复议机关作为共同被告也突破了原共同被告的基本理论,是一种由同类行政行为产生的应合之诉,需要一并审理,两者基本上是共同进退。^[15]

归纳起来讲,在诉讼技术上,由同一行政行为导致的共同被告,相互之间是“同一不可分”的关系,即实体上和诉讼程序上都不能分的关系;由同类行政行为导致的共同被告,相互之间是“同类可分可合”的关系,即实体上应分而诉讼程序上可分可合的关系;由复议维持决定导致的共同被告是同类行政行为中的一种特殊形态,相互之间属于“同类应合”的关系,即实体上应分但诉讼程序上应合的关系。

如前文所述,共同被告制度设置的价值功能为:一是方便法院查明被告之间如何共做同一个行政行为的案件事实。但在复议机关当共同被告的案件中,复议机关并未参与原行政行为的作出,进行的只是事后复查,属于各自分别作出的两个行政行为,原行政行为和复议行为一先一后,并不发生两者在案件事实上的纠缠,各自做出行政行为的事实是清楚的。因此,复议机关与原行政机关在原行政行为作出的相互关系上并无查清事实的问题,共同被告的这一价值功能在此意义不大。二是有利于确定并划分被告之间对同一个行政行为之后果应分担的责任。但复议机关决定维持原行政行为时,并未加重或减轻其结果,即使有的变动了原行政行为的依据、事实、证据等,但只要不改变原行政行为的结果,也只是起到了使原行政行为的依据、理由更加充分、准确的作用,并不会增减对原告实体权益的损害,故复议机关一般不存在分担原行政行为侵害责任,不对原行政行为的作出承担责任,原行政机关也不应对复议行为的作出承担责任,各自只对自己的行为承担责任是清晰的。因而共同被告此项价值功能的意义也非常有限。需要说明的是,复议机关复议维持原行政行为,可能单独增加原告的救济成本,造成一定救济权益而非原实体权权益的损害,包括申请复议所花费的人力、物力、时间和机会成本,但并没有加重原行政行为的已形成的实体损害。复议机关因维持决定对原告承担的败

[14] 参见沈福俊:“复议机关共同被告制度之检视”,《法学》2016年第6期,第113页。

[15] 参见张艺颖:“复议机关共同被告案件的审判困境及其化解”,《浙江社会科学》2017年第10期,第148页。

诉责任只是弥补其救济成本的损失,即合理负担部分诉讼费用,而不承担由原行政行为造成的实体损害责任。三是将两个以上行政机关的两个以上行政行为合并审理,有利于简化程序、节省诉讼成本。在复议机关当共同被告的案件中,由于复议机关与原行政机关本质上属于同类行政行为中的共同被告,将复议维持决定与原行政行为这两个行政行为合并在一案中一并审理,一次性解决由原行政行为(主行为)以及复议维持决定(依附行为)产生的两个行政争议,其主要价值功能就在于简化程序和节省诉讼成本——前者解决的核心问题是原行政行为决定的实体权利义务是否正确,后者解决的核心问题是复议维持决定对原行政行为的判断是否正确。

四、共同被告制度中的价值功能背离现象

如上所言,复议机关作共同被告的制度设计本应力求发挥简化程序、及时化解行政争议和节省诉讼成本的价值功能,但从相关法律和司法解释的规定来看,现行制度及其运行尚未有效达成这一目的。如果只是做粗略观察,将原行政机关和复议机关列为一个案件中的共同被告,对原行政行为和复议维持决定一并进行审查,可以说已发挥了简化程序、节省诉讼成本的功能。但如果细致分析其中的规定和运行过程则能发现,其中存在一些与此价值功能相悖的现实困境,需要研究解决。这主要表现为:

首先,现有的共同被告设计成倍增加了复议机关的应诉工作量,使许多复议机关不堪负重,也导致了共同被告巨大的行政成本支出。共同诉讼能简化程序、节省诉讼成本,但不只是仅针对司法机关的成本,也应包括当事人的诉讼成本,即诉讼制度应尽量在减少当事人的物力、人力和时间耗费的情况下化解争议。复议机关复议维持后成为共同被告相比过去复议维持后不当被告,毫无疑问大大增加了应诉的工作量和财力付出,而且越是层次高、复议管辖范围越大的复议机关,这种负担就越大。例如,国土资源部2015年单独作被告案件128件,因复议作共同被告案件163件,合计比2014年上升了780%。^[16]实践中,当事人基于经济、便利角度考虑,会就近选择在原行政机关所在地法院起诉,一些中央部委机关尤其垂直领导机关的工作人员“就不得不代表本机关在全国范围内到处出庭应诉。”^[17]复议机关的应诉人员也远不能适应诉讼案件数量增长的需要。据2008年的官方统计,拥有行政复议权的机关有1.8万多个,但地方三级政府的专职行政复议人员仅有1532人,区县级人民政府专职行政复议人员平均仅有0.2人,行政复议力量严重不足。同时,原本有限的行政复议资源被分散在各个政府工作部门中。^[18]有学者曾指出:“消耗原本就不足的行政复议力量,导致复议案件数量较为

[16] 参见江必新:“论行政诉讼法司法解释对行政诉讼制度的发展和创新”,《法律适用》2018年第7期,第7页。

[17] 章志远:“行政诉讼‘双被告’制度的困境与出路”,《福建行政学院学报》2016年第3期,第5页。

[18] 参见《国务院法制办公室关于在部分省、直辖市开展行政复议委员会试点工作的通知》(国法[2008]71号)。

集中的部门疲于奔命,甚至鼓励进一步提起行政诉讼。”^[19]还有学者评价认为:实践中复议机关已陷人“诉讼包围圈”,“既当裁判员又当运动员”,当完“裁判员”转身就成了被告,不堪重负。^[20]对此全国几乎各复议机关都有相同“苦衷”。当然,为了监督复议机关依法复议、切实履行复议职能,必须将其置于行政诉讼被告的地位接受司法审查,而复议机关作为被告则必须克服困难开展应诉工作并承担必要的行政成本,这是顺理成章的。对此,最高人民法院有法官曾指出,复议机关作共同被告“固然存在诉讼不经济的弊端,但对鼓励复议机关发挥功能,则不无价值。增之一端,去之一端,可称两两相抵。”^[21]但是,从制度优化的角度来考虑,诉讼不经济的弊端也应尽量避免和减缩。能否既坚持让复议机关作被告接受司法监督,又运用共同被告简化程序、减少诉讼成本的机制来缓解复议机关面临的应诉困境,以实现双重价值的兼顾呢?这是非常值得探讨研究的。

其次,复议机关与原行政机关在共同诉讼中,有许多应诉工作内容重叠,原行政机关与复议机关相互重复,造成行政资源不必要的浪费。由于复议维持决定与原行政行为的内容与结果几乎相同,复议机关在与原行政机关作共同被告出庭应诉的庭审活动中,复议机关的应诉内容大量都是复述原行政机关的应诉内容,包括事实、依据、理由、结论等,或者在庭审中一言不发,完全由原行政机关在法庭上孤军奋战,复议机关出庭成为新的摆设。^[22]由此耗费大量人力、物力、财力和时间奔波于各地参加出庭应诉,实际上却成为了形式意义大于实质意义的重复劳动。

再次,共同被告的现行规则在共同诉讼的安排方面较为复杂而没有尽量简化。这表现为:

第一,将内容有一定变化而结果不改变的复议决定也作为复议维持决定,形成了较为复杂的审理和裁判结果。《行诉法解释》第22条规定:“复议机关改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的规范依据,但未改变原行政行为处理结果的,视为复议机关维持原行政行为。”这一审理规定,导致了多种不同的判决结果:一是原行政行为正确(或者错误),复议决定加以维持。对此,法院均予以支持并驳回原告的诉讼请求(或者均予以撤销、变更、确认违法等)。二是原行政行为为主要事实和证据、依据等有错误,复议决定改变其主要事实和证据、依据、证据但并不改变原行政行为的结果。对此,原行政行为应被法院撤销,复议维持其结果却会被法院支持,而执行的内容因结果并未改变仍然是原行政行为中的实体权利义务。这一审理裁判内容复杂,判案结果看似很精准,但对于原告救济自身合法权益而言并没有实际意义,在过程上却兜了很大圈子。三是原行政行为在主要事实和证据、依据和结果等方面都正确,复议决定维持其结果,但却错误地改变了原行政行为的主要事实、证据或依据,对此,

[19] 毕洪海:“错置的焦点:经复议案件被告规则修改检讨”,《华东政法大学学报》2016年第3期,第83页。

[20] 沈福俊,见前注[14],第109页。

[21] 李广宇:《新行政诉讼法逐条注释:上》法律出版社,2015年版,第230页。

[22] 同上注,第5页。

原行政行为因正确应被法院支持,复议决定虽维持其结果却仍要被法院撤销。而这一裁判结果与上一种存在的问题是一样的。在上述几种裁判中,第二种和第三种都是内容与结果不完全相同且关系复杂的诉讼,这种设计使复议机关在维持原行政机关的行政行为这一根本性立场已确立时,又展现出相互之间时而一致、时而分离的许多枝节性问题,裁判结果时而是肯定“原行政行为”却否定了复议“维持原行政行为”的决定,时而是肯定“维持原行政行为”的复议决定却否定了“原行政行为”,将本可简单、清晰的诉讼人为地划分得复杂多变,增加了繁琐和讼累,这反映出了诉讼设计上的缺陷。对此,显然需要认真考虑重新理顺关系。

第二,现行诉讼设计对复议维持决定和原行政行为两个行为进行的是同等审查,甚至偏重于对复议维持决定的审查。如《行诉法解释》第135条规定:“作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任,可以由其中一个机关实施举证行为。”“复议机关作共同被告的案件,复议机关在复议程序中依法收集和补充的证据,可以作为人民法院认定复议决定和原行政行为合法的依据。”要求复议机关不仅对自身的维持决定承担举证责任,还要对原行政行为承担共同的举证责任,这不适当地设定了复议机关对原行政行为的举证责任。同时,复议机关收集和补充证据以证明自身复议行为的合法性尚合法理,而对于原行政行为,在其已经成立生效的情况下,由复议机关在事后的复议程序中收集和补充证据来证明其合法性,显然违反了“先取证后裁决”的程序合法原则。“先取证后裁决”的行政程序原则决定了被诉行政行为合法的证据体系是一个先于诉讼或复议而存在的稳定的系统,^[23]复议机关显然不应在复议中通过改变原行政行为已固化的证据体系来证明和维持其合法性。而且复议机关在居中当“裁判员”时,又成为帮助原行政机关一方的“球员”,更不符合程序正当原则的要求,背离了“现代行政程序的基本价值追求——程序正义。”^[24]再如,法院的审查既包括复议维持决定的内容,也包括复议维持决定对原行政行为的影响,还包括审查复议的程序等,可以说比审查原行政行为更复杂。笔者认为,这种处理可能有本末倒置的问题。在复议机关因复议决定维持原行政行为而成为共同被告的诉讼中,原行政行为是决定着行政相对人实体权利义务且已经生效的主行为,行政相对人申请复议和提起诉讼,其本意和根本目标是针对原行政行为而来的,复议维持决定并未改变原行政行为的结果、效力和执行内容,只是“‘同意’原行政机关作出行政行为”^[25]所给予的一种肯定评价,因而只具有附属性。如果除开“改变主要事实、证据和依据但不改变结果也视为维持”的非正常“维持”情况,真正的复议维持决定其内容实际上十分简单明了;即与原行政行为在各方面均是相同的。从简化程序、节省诉讼资源的角度考虑,对其审查完全可以简化:即应当将原行政行为作为司法审查的重点,对与之基本相同的复议维持决定则予以附带审查,且复议机关只就复议维持决定负举证责任,在裁判上对复议维持

[23] 参见林莉红:“限制被告取证还是明确证据能力——论《行政诉讼法》中限制被告取证规定的修改”,《政治与法律》2008年第5期,第12页。

[24] 周佑勇:“行政法的正当程序原则”,《中国社会科学》2004年第4期,第121页。

[25] 章剑生,见前注[12],第145页。

决定附随原行政行为一并肯定或者否定,与原行政行为共存亡。

五、被告和共同被告制度双重价值功能的兼顾

复议机关因维持决定而成为共同被告,包含着既是被告又是共同被告的双重地位设计。对于前者价值功能的发挥,需要坚持复议机关维持原行政行为后当被告的制度,以督促复议机关依法复议,切实履行复议职责,在复议环节尽可能地化解行政争议。对于后者价值功能的发挥,则应尽量考虑如何能有利于诉讼的运行简化程序,节省诉讼成本。在此方面,已有学者提出了有关降低复议机关出庭应诉成本的一些思路,如复议机关或复议机构的负责人无必要出庭,只需委托一般工作人员出庭;对中央部委或省级政府部门等需要在较大地理范围内“巡回出庭”的机关,可以考虑将它们作为复议机关的应诉案件“统一放在复议机关所在地法院审理”等。^[26] 这些设想固然积极,但似也难以解决实际问题,甚至会导致更大弊端。一是负责人不出庭而委托一般工作人员出庭,并不能明显减少复议机关到所辖范围内各地方应诉的成本;二是统一由复议机关所在地法院来审理复议机关应诉的案件,将极不方便原告起诉,而且会大大增加原告的负担,实际上是将诉讼成本转嫁给了力量更弱小的公民一方。“行政诉讼的成本直接关系到当事人请求权利救济的积极性,也在很大程度上决定了法院对行政行为监督的可能性”。^[27] 上述法院管辖方式的设想虽能减轻复议机关应诉的负担和成本,却又会加重原告起诉的负担和成本,将严重影响原告诉权的行使。因此,我们还需要探讨更为恰当的机制来兼顾不同的价值功能。本文试提出以下路径和方法。

首先,重新划分复议维持与复议改变的各自范围,理顺以下两种关系:一将复议机关完全维持原行政行为的决定才归为复议维持;二是将改变原行政行为主要事实、证据、依据、内容和结果的复议决定均应归为复议改变。这样可使分别针对两类复议决定的诉讼标的各自清晰、明了,避免审理裁判时存在相互交叉的复杂性。前一种诉讼仍由复议机关与原行政机关做共同被告,后一种诉讼要由复议机关单独做被告。但由于前一种诉讼中复议机关对原行政行为是完全的维持,是对其案件事实、证据、依据和结果等的全部肯定,复议机关的应诉内容与原行政机关的应诉内容是相同的。因此,为简化程序,节省诉讼成本,在重点审查原行政行为的同时,可对复议维持决定进行简要的附带性审查,无需纠缠复议决定如何维持的细节,这种附带审查的结果是复议维持决定随伴原行政行为共进退,或者一并支持,或者一并撤销。

其次,对复议维持决定进行附带审查时,在事实清楚的情况下可探索书面审理的方式,以化解复议机关出庭应诉人力不足的困境以及巨大的行政成本耗费。书面审理形式是法官主要通过审理诉状和当事人随诉状提交的证据对争执作出裁判的审理形式,其中也可以包括法官

[26] 俞祺:“复议机关作共同被告制度实效考”,《中国法学》2018年第6期,第216页。

[27] 江必新:“完善行政诉讼制度的若干思考”,《中国法学》2013年第1期,第11页。

在认为必要时所进行的单独的、分别的调查活动。^{〔28〕}目前行政案件的审理方式原则上是开庭审理,法院只有在审理上诉案件时,在事实清楚的情况下才可以采用书面审理的方式。把书面审理的方式引入复议机关作共同被告的诉讼中,可以比照的理由是,法院在审理上诉案件时可以进行书面审理,因为一审已经进行了一道诉讼程序,且具备事实清楚这一前提条件。那么,行政复议作为一个准司法活动,对原行政行为也已经进行了一道复议程序,起到了查明事实,调查证据,辨明是非、确定责任的作用,并且是在此基础上做出的维持决定,因而与诉讼上的一审程序相当。当然,正如有学者所指出的,“书面审理,具有资料确定而稳定,审理简易而迅速的优点,但是,也具有印象是间接的,不能通过释明而当场明确疑点等缺点。”^{〔29〕}但如果案件事实清楚,复议维持决定的内容与原行政行为相同而不存在疑点,法院是完全可以进行书面审理的。

书面审理的审理程序可以设计为:人民法院在审理复议机关与原行政机关做共同被告的案件时,对原行政行为部分应实行开庭审理,原行政机关必须到庭应诉。而对复议机关的维持决定部分则可附带进行书面审理,复议机关无需到庭应诉。进行书面审理,复议机关需向法院提出书面审理的请求及正当理由,经法院同意后,提供书面应诉材料进行书面应诉,并可委托出庭应诉的原行政机关代为宣读。当然,如果人民法院因案情复杂等原因认为复议机关必须到庭的,或者复议机关自己认为需要到庭参加审理的,也可以不实行书面审理,复议机关则须到庭应诉。

再次,在简化程序同时加强对复议维持决定的司法监督。对复议维持决定进行附带审查,有条件的情况下实行书面审理,这能简化程序,节省诉讼资源。但这是否会使复议机关重返一味维持原行政行为而不认真履行复议职能的状态?笔者认为,这一机制与以往复议机关作出维持决定后不当被告有本质区别,复议机关难以回归旧态。同时,对这一机制还可设置相应的配套制度,以强化对复议维持决定的司法制约。这是因为:

第一,对复议维持决定实施附带审查和书面审理并未让复议机关摆脱作为行政诉讼被告的地位,其同样具有服从人民法院指挥、遵守诉讼秩序的义务,复议决定的合法性仍然接受司法审查,受法院裁判的拘束,并承担败诉的法律责任。只是在审理方法上比现行方法更为简化,这种方法上的简化只是减少了复议机关应诉的繁重工作量和行政成本,并未减少对复议机关复议活动的实质上的司法监督。

第二,对复议机关维持原行政行为的决定,可以设置具有履职因素的责任承担标准,而在复议机关改变原行政行为时则不存在这种责任。一般而言,复议机关改变原行政行为的,无论其是否正确,至少表明复议工作是认真履职的。而复议机关维持原行政行为的,有时不易确定是经过认真负责复议后的维持还是不负责任的维持。因而对复议机关因维持决定违法而败诉

〔28〕 宋炉安:“评行政诉讼的书面审理方式——兼析法国书面审理的经验教训”,《政法论坛》1998年第1期,第82页。

〔29〕 (日)盐野宏:《行政救济法》(第四版),杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第19页。

的,可加入履职态度的考量因素,对不认真履行复议职责而作出维持决定的要加重败诉责任的承担。这种加重的责任应包括针对复议机关的责任和针对复议机关工作人员个人的责任。法院在审理中如果发现原行政行为属于明显违法或者严重违法,而复议机关却作出了维持决定,法院不仅要判决复议机关败诉,还应将败诉情况和结果通报复议机关的同级权力机关和上一级行政机关,将其纳入对复议机关的工作检查、绩效考核体系。对于复议机关中的实施复议活动的工作人员个人,复议机关内部则要建立相应的追责制度来衔接,对有过错的工作人员追究相应的行政责任。人民法院对复议机关还可以提出相关司法建议,以促使其加强对复议职责的认真履行。这类配套机制的建立,将有利于保障和提高复议机关作出复议维持决定的质量。

Abstract: Under China's amended Administrative Litigation Law, the reconsideration agency becomes a co-defendant with the original administrative organ when it maintains the administrative actions of the original administrative organ. The underlying intention is to activate the function of administrative reconsideration to resolve administrative disputes. However, this only considers the value and function of the reconsideration agency as a "defendant", but fails to reflect the value and function of the reconsideration agency as a "co-defendant." The reconsideration agency can both be the defendant and the co-defendant when making the co-defendant, so the system design must take into account the two functions. The function of the co-defendants has different focuses in different types of co-defendants: the co-defendants arising from the same administrative act have their function mainly in facilitating the court to ascertain the facts of the case where two or more defendants jointly make the same administrative act. The co-defendants arising from similar administrative actions, their value function mainly lies in the trial of similar administrative actions made by two or more defendants in order to achieve the purpose of simplifying procedure, solving multiple administrative disputes and saving litigation costs. The reconsideration agency makes a maintenance decision on the original administrative act with independent legal effect. Essentially, it is the same kind of administrative act that relies on the original administrative act and affirmatively evaluates it. The co-defendant case formed by this should be the original in the trial. The administrative act is the main one. The review of the reconsideration decision can be carried out with an attached review and explore the way of written trial, so as to simplify the procedure, reduce the judicial cost of the court and the cost of the reconsideration agency's costs.

Key Words: Administrative Litigation; Reconsideration Maintenance; Co-defendant; Value Function

(学术编辑:彭 鐔)

(技术编辑:鲁谷辰)