

基于实质性化解行政争议角度对重作判决的思考

叶蒙瑶

宁波大学, 浙江 宁波
Email: yemy1223@126.com

收稿日期: 2021年8月27日; 录用日期: 2021年9月11日; 发布日期: 2021年9月18日

摘要

重作判决是我国理论认可的判决形式, 其立足于行政行为实效性, 督促行政机关及时依法履职。但重作判决制度本身存在诸多缺陷, 立法及司法层面的不足, 使司法实践中存在过度谦抑适用、“作与不作”边界模糊等问题, 导致程序空转、相对人利益无法得到保障, 最终无法实现实质性化解行政争议的目的。本文以实质性化解行政争议角度出发, 对我国重作判决制度完善方向予以思考: 应当明确判决拘束力对行政机关的法律效果, 并明确区分撤销判决与重作判决适用情形或条件, 以及重作判决的内容具体程度应基于裁量余地理论。

关键词

实质性化解行政争议, 重作判决, 撤销判决, 判决类型化

Thoughts on the Judgment of Remaking Administrative Acts Based on Substantive Resolution of Administrative Disputes

Mengyao Ye

Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: yemy1223@126.com

Received: Aug. 27th, 2021; accepted: Sep. 11th, 2021; published: Sep. 18th, 2021

Abstract

Judgment for conducting again is a form of judgment recognized theoretically in China, which is

based on the effectiveness of administrative acts and impels administrative organs to perform their duties according to the law in timely. However, there are many defects in the judgment system itself, and the deficiencies in the legislative and judicial levels make the judicial practice too modest and restrained to apply, and the boundary between “doing and not doing” blurred, which leads to the empty transfer of procedures, the lack of protection of the interests of the relative person, and ultimately the failure to achieve the purpose of substantive resolution of administrative disputes. From the perspective of substantive resolution of administrative disputes, this paper reflects on the improvement direction of the judgment of remaking administrative acts system in China. It is necessary to clarify the legal effect of the binding force of the judgment on the administrative organs, and to clearly distinguish the application situation or conditions of the judgment of abrogation and the judgment of remaking administrative acts, and the specific content should be based on the discretionary space theory.

Keywords

Effectively Solving Administrative Disputes, The Judgment of Remaking Administrative Acts, The Judgment of Abrogation, Judgment Typification

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

重作判决制度是中国大陆地区的特色制度，其设置的出发点是立法机关为保证撤销判决效力的实现。2014年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)进行修订。2015年最高人民法院发布《关于适用(中华人民共和国行政诉讼法)若干问题的解释》，针对将复议机关作为共同被告同时被诉行政行为被依法撤销的特殊情况，法院判决撤销原行政行为和复议决定的，可以判决做出原行政行为的行政机关重新做出行政行为。虽然关于重作判决的基础性规定并未做出任何本质上的变更，但是在当前的我国行政审判制度条件与环境下，即在行政立法中明确“解决行政争议”应当被作为行政审判的基本目标和宗旨，“实质性化解行政争议”理念被提出，并予以高度的重视，行政审判机制朝着“纠纷解决型”的方向进行转变和大力建设的环境下，重作判决的适用是否应当发生变化？是否还有存在的价值？重作判决制度的理想效果应当通过何种途径予以保障？这些都是亟待回答的问题。

2. 重作判决存在价值与必要性

重作判决，作为我国行政判决的一种，其基本法律依据是行政诉讼法第七十条的规定。由于我国司法权与行政权处于极度不平衡状态，司法权的匮乏导致撤销判决实现的不理想，因此设立之初，立法者的目的是确保撤销判决的实现。但是，制度意义仍然是重新做出行政行为这一类型判决最富争议的问题。自重作判决诞生伊始，其存废问题就在理论界、实务界引发激烈讨论，至今未形成通说：反对重作判决的一方认为，由人民法院责令被诉行政机关重新做出行政行为过于主动，违背司法监督行政应有的被动性，在一定程度上是对行政机关首次判断权的侵犯，属于未经诉讼而直接判决[1]。肯定重作判决的一方认为，重作判决符合我国行政诉讼维护客观法律秩序的功能模式。它不仅可以保护当事人的权利，而且可以促进客观法律秩序的实现[2]。但笔者认为，从长期发展的角度来看，随着我国行政审判理论及经验的积累与完善，行政诉讼撤销判决效力制度在我国的创建，是可以取代重作判决的。但发展一定要基于

现状,在现阶段我们必须承认的现实是,目前,我国相关制度建设存在很大缺陷,司法权威尚未完全确立,可以说重作判决在一定程度上起到了督促行政机关依法行使法定职权、推进行政争议解决的作用。因此,最务实的选择是立足于现有规定,承认重作判决尚且有其存在的必要性,并着眼于建构重作判决的具体适用规则,以此实现实质性化解行政争议的目标追求。

3. 重作判决司法适用中存在的问题

重作判决有存续的必要性,但其制度本身存在的缺陷至今都未得到有效解决。问题的根本是我国关于重作判决制度的设定存在严重缺漏不足,立法上的不足必然导致司法实践上的效果不理想。重作判决规则在司法适用中存在的问题主要有以下几个方面。

3.1. 重作判决适用的过度谦抑

重作判决作为撤销判决的一种类型,在所有撤销判决总量中占比不多。即使适用,也只是在一些违法情形轻微的、案情简单争议不大的案件中。当面对实质正义追求时,法院往往会采取谦抑的态度。造成法官这种选择倾向的原因在于重作判决的特殊属性。重作判决要求行政机关根据法院的指示采取新的行政行为,有人认为这是法院在代替行政机关做出决定,有越权之虞^[3]。当然,法官在决定是否采用重作判决时,必然会对司法权与行政权的关系进行把握,谨慎考虑选择司法能动还是司法谦抑。我们必须承认司法谦抑是对司法与行政权力关系的制度性安排^[4]。但是,目前我国司法实践中却出现了司法过度谦抑的现象,这有可能导致公民的诉讼权利受到侵害、诉权期待无法实现,合法权益得不到应有的保障。司法谦抑应当保持在一个理性的范围内,遵从行政权和司法权的合理界限,如果司法过于谦让,使自身的权力过分克制,就会出现行政权无法得到有效监督、司法权不能很好发挥作用、公民权利得不到保障的问题^[5]。因此,从实质性化解行政争议出发,法院不应当过度的、不合理地选择谦抑,这不仅使行政相对人的合法权益得不到有效救济,亦会损害司法权威。

3.2. 重作判决“作与不作”问题边界模糊

重作判决是撤销判决的从判决,是基于撤销判决的做出的。这不仅是我国现行法规定的描述,也是目前我国行政法学界公认的重作具体行政行为判决的条件。根据《行政诉讼法》第70条之规定,撤销判决适用于被诉行政行为存在主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权、明显不当六种情况。但是,由于我国法律没有规定撤销重作判决的具体规则,故重作判决的适用在法院实践中相对随意,呈现出重作判决处于一种“可作可不作”的不明确的状态,这就造成了同样性质的行政案件却做出了不同的司法判决的异常现象,甚至还有一种现象是法院做出重作判决并未基于撤销判决。这些都最终导致部分当事人的权益无法得到充分保障,行政争议无法彻底解决。

虽然有学者在文章中提出,撤销重作判决在司法实践中一般可能适用于三种情况^[6]:首先是被诉具体行政行为的主要证据不足,但尚未排除违法嫌疑,需要行政机关进一步处理;第二,被诉行政行为被撤销后,因受到司法变更权范围的制约,需要由行政机关自行做出处理决定的;三是撤销复议决定,行政争议需要复议机关重新予以解决的。但显然这都只是司法实践中的一般审判倾向,而非明确的、固定的法定适用条件。撤销判决在什么情况下适用,撤销重作判决在什么情况下适用,由于适用规则的空白,使得重作判决必然带有“裁量性”的色彩,依赖于法官的不太自由的自由裁量。

3.3. 重作决定无法解决争议导致的程序空转

程序空转指的是当事人通过一系列的行政诉讼程序,诉求没有得到实质性的解决,再次回到了最初的状态。这一现象不仅仅是无法保障当事人的合法权益,同时这也增加了当事人的诉讼成本,浪费了法

律资源。同时也诱发了民众涉诉信访的可能性,对司法权威造成了严重的打击。虽然《行政诉讼法》第七十一条规定,如果法院决定责令被诉的行政机关应重新采取行政行为,则被告不应基于相同的事实和理由采取与最初的行政行为基本相同的行政行为。但这种情况继续存在于大量的司法实践中,相关行政机关多次做出相同的行政决定,导致行政相对人无法从纠纷中脱离,不断地处于行政诉讼对抗之中,问题无法得到有效解决。

4. 实质性化解行政争议角度重作判决适用规则的完善方向

4.1. 明确撤销判决拘束力之法律效果

大陆法系(以日本和台湾地区为代表)的撤销判决拘束力系指行政法院经由撤销判决,而于实体法上就该事件所课予行政机关之各种作为或不作为义务[7]。日本行政诉讼中,其撤销诉讼中“重作”的功能是由判决的拘束力来实现的。具体而言,拘束力具有两项内容:一是拘束力的消极效果,即禁止针对与被撤销的行政处分相同的事项,做出相同理由和相同内容的行政处分;二是拘束力的积极效果,即根据撤销判决的内容,重新采取行为。我国台湾地区行政法律制度承继了日本的传统,没有确立类似的裁判制度。我国台湾地区“行政诉讼法”第216条规定了撤销判决的拘束力以监督行政机关作为或不作为的效果。

可以看出,重作判决的判决类型是中国独有的,这是中国独特的法治背景所决定的。而在其他国家(地区),重作的效果主要以两种方式呈现,一个是履行判决制度,一个是判决拘束效力制度。它们之间都具备了相近且相似的制度功能,即都是试图解决撤销判决不彻底性造成的法律关系处于不明确状态的问题。

我国《行政诉讼法》没有明文确定行政判决的效力,理论上关于判决效力也争议颇多。然而,拘束力对撤销判决不可或缺,一方面在原告撤销某一行政行为的请求获得认可,就恢复到从未做出行政行为的状况,而如果没有拘束力,该被诉行政行为所产生的法律状态仍可能在行政行为被撤销后继续存在,得不到有效保障[8]。另一方面,撤销判决所确立的法律秩序需要具有拘束力才能统一。当行政机关所作决定的事实或法律依据发生变化时,行政机关应调整其行为以适应新的法律地位,而法院的裁判则是导致行政纠纷中法律关系变化的原因。

拘束力的法律效果有消极效果和积极效果两个方面。拘束力的消极效果具体表现为“禁止反复效力”。有学者提出,该条仅规定,行政机关根据法院对其做出的重作判决再次做出行政决定时应当防止重复,但在撤销判决后其依职权重作的法律依据并没有明确规定[9]。依据拘束力的效果而言,无论出于何种原因,重新做出的行政行为都不可能与原来被诉的具体行政行为在事实和理由方面基本相同。拘束力的积极效果主要表现之一是行政机关的重新处理义务。重新处理义务可能是根据法律要求,也有可能是行政机关主动。因此,有学者认为重作判决与拘束力是相辅相成的。同时也有学者认为,责令行政机关重新做出行政行为只是撤销判决组成部分,其表现出了撤销判决的约束力所要求的重新处理义务。

笔者认为,撤销判决拘束力理论为了弥补撤销判决实效性不足而将判决重作问题融入在内,使其成为理论的组成部分,是有利于理论体系的完善的。但是,仅仅依据拘束力理论是无法解决判决重作的所有问题的。上文已提到,重作判决的最主要的难题就是“作与不作”的界分。与大陆法系国家通过拘束力理论进行的重作不同,我国的重作具体行政行为是通过判决形式的,二者在法律性质、后果以及司法权与行政权的关系处理上有着显著差别。因此,我国的重作判决制度是将撤销判决拘束力内容以判决的形式外显出来,通过司法裁判行为使处于动态的行政争议得以稳固下来,体现司法权和行政权关系的调节。然而,重作判决制度有着自身不可弥补的制度缺陷,因而应当与撤销判决拘束力理论共同配合,二者的互补才能实现撤销判决后行政争议解决实效性问题。因此,明确撤销判决拘束力之法律效果,是完善重作判决制度的有效途径。

4.2. 明确区分重作判决适用情形或条件

撤销判决是否伴随重作决定涉及到法官的自由裁量权，但绝对不能完全自由的随意裁量，应当结合具体案件情况并遵循一定的法律逻辑。

首先要明确可以做出重作判决的行政行为种类。根据对行政相对人合法权益的不同程度的影响，行政行为被分为对行政相对人设定权益或者免除义务的授益行政行为和为行政相对人设定义务或者剥夺、限制其权益的负担性行政行为。前者往往因行政机关怠于或拒绝作出授益行为而引发争议，后者往往因行政机关违法增加相对人的负担而引发纠纷。根据《行政诉讼法》第七十二条和七十三条之规定，行政机关未尽职责、未履行非财产性或财产性的授益行政行为时，相对人可以依法提起履行之诉。笔者认为，对于授益性行政行为，履行之诉或给付之诉其实已经产生了“撤销后重作决定”的效果，因此，此时对授益性行政行为做出撤销并重作判决，一方面这样的机会或空间已经非常小，另一方面也没有必要，比起重作判决，履行判决的效果显然力度更大，最终对行政相对人合法权益的保护更为有效，行政纠纷实质解决的可能性也更大。

而对于负担性行政行为，应根据不同类型的撤销事由进行判断是否可以适用重作判决：

1) 因主要证据不足而撤销的情形。“主要证据不足”的含义是指法律事实要件中缺乏必要证据；证据无法核实或者收集；从证据中得出的结论不是唯一的，也不能排除其他可能性^[10]。在诉讼中，如果法院认为所引用的行政行为缺乏必要证据，则只能认为该行为不合法，但难以或无法判断行政相对人是否应受到处罚，因而此时应当只能判决撤销原行政行为，而不应当责令重作，否则就会存在未经过审理就先行做出判决的可能性。

2) 因适用法律、法规错误而撤销的情形。法律法规适用错误是指行政机关做出行政行为，适用错误的或者不应当适用的法律、法规和规章^[11]。法院只审查该具体行政行为做出时所依据的法律、法规是否被正确适用，而不要求其必须找出正确的法条。那么，此时就可能出现多种情形：a) 被诉行政行为适用法律法规错误，法院明确了应当适用的具体法律法规，若该正确法律法规赋予行政机关自由裁量空间，则法院可以做出撤销重作判决；若未赋予行政机关自由裁量空间，则法院不能做出撤销重作判决，从解决纠纷角度考虑应直接做出变更判决。b) 被诉行政行为适用法律法规错误，法院无法明确应当适用的具体法律法规，此时不应当责令重作。

3) 因违反法定程序而撤销的情形。根据《行政诉讼法》第七十四条之规定，行政相对人的权利是否受到实质影响是法院需要考虑的问题。由此看出，对于程序违法的行政行为，法院同时也要进行实体层面的审查。笔者认为当程序违法程度已经影响到原告的实体权益时，法院可以根据有关因素做出判决。被诉行政行为的最终结果可能是正确的，但该行为做出时的违法程序本身侵犯了行政相对人的权利时，不应要求行政机关重新做出行政行为，否则撤销后行政机关做出相同结果的行政决定不仅违反效率原则和涉及浪费资源，还可能违反不得做出同一行为的规定。

4) 因超越职权、滥用职权而撤销的情形。一般来说超越职权有两种情形：一种是行政机关行使了法律、法规或其他规定未赋予的权利，另一种是超出了赋予它的权力的行使范围，前者不应当责令重作，因为本身就是无权主体，而后者本身其实是适用法律法规错误的情形。滥用职权则是行政机关不当行使权力的情况，此时撤销后不应再责令重作，因为可能会做出与原行为基本相同的行为。

5) 因明显不当而撤销的情形。明显不当是指行政行为严重违反行政合理性原则。又分为内容上的明显不当和程序上的明显不当。如果因内容明显不当而被撤销，那么不当的内容应当予以纠正，以保障行政相对人的权利。但是，如果纠正形式仅停留在撤销的层面，这显然与监督纠正不当行为的目的背道而驰^[12]。故在撤销了明显不当行为后，应当再次下令予以重作。

4.3. 程序性和实体性重作判决的适用条件——基于“裁量余地”理论

法院在运用重作判决时，更倾向于运用程序性重作判决，即简单地责令行政机关重作，但是如何重作、重作的期限等内容均未作指明。对于实体性重作判决的运用持较为保守的态度，即通过具体内容，指引行政机构需要再次做出什么样的决定。例如“王长淮诉江苏省盱眙县劳动和社会保障局工伤行政确认案”中法院这样表述：“一、撤销被告盱眙县劳保局做出的盱劳社工伤认字(2009)第011号工伤认定决定书。二、责令被告盱眙县劳保局在六十日内重新做出认定原告王长淮为工伤的具体行政行为”。这是一种司法谦抑和尊重行政首次判断权的共同结果。但是，我国正处于建设法治国家的关键时期，为使纠纷得到实质性解决，有效保护公民的合法权益，应当充分发挥好实体性重作判决的功能。对于重作判决的适用，尤其是实体性重作判决的适用，在时机成熟时法院应当果断做出实体性重作判决，以此实质性解决纠纷。

重作判决内容具体程度实质上是行政机关裁量余地与司法审查限度的问题。而与此紧密相关的行政裁量的争议问题，主要在于其受法律拘束的程度与司法审查的范围。裁量行为原则上不受法院的司法审查，这是行政裁量的主要特征之一。然而，现代民主法治国家或地区因遵循依法行政原则，行政裁量并非完全的自由，而是应受到法律或一般法律原则的拘束。而“裁量余地”正是法院经过司法审查，基于合目的性的考量及个案正义的要求，给予行政机关裁量权一定的空间与尊重。根据行政机关享有裁量余地程度的不同，可将行政机关享有判断余地的情形分为三种：行政机关享有较高裁量余地、行政机关享有较低裁量余地以及行政机关不享有裁量余地的情形。在第三种情形中，又可以分为行政机关本身无裁量余地或裁量萎缩至零两种情形。

那么，针对行政机关在不同案件中享有不同程度的裁量余地，法院在进行司法审查时应采用不同的审查标准，在判决形式的选择上也应当存在差别。例如在行政机关享有较高层级判断余地的情形中，法院采用程序性重作判决；而对于行政机关不享有判断余地的情形，法院应当作出实体性重作判决。除此之外，司法实践中还存在一种内容具体程度介于程序性与实体性之间的“指导性重作判决”，是指法院在裁判中注明了被告重作行政行为时应考量的诸多因素，相较于程序性重作判决，内容上更加具体明确一些，但相较于实体性重作判决直接要求行政机关做出何种行为，此种判决表现为法院使用指示性语言引导行政机关按照法院的裁判意旨进行重作^[13]。

从司法实践来看，大多情况下被诉具体行为经过司法审查后，法院基于司法权与行政权的平衡，行政机关依然具有不同程度的裁量余地，因此重点是如何判断行政机关的裁量权已收缩为零，也即裁判时机成熟。笔者认为主要从三个方面考虑：一是法律效力位阶，行政机关在行使裁量权时，受一般法律原则的限制，必须遵守特别法优于普通法、制定在后的法律优于在前的法律原则，行使裁量权时更应特别考量更高位阶法规范的规定。当根据较高位阶法规范的内容可以判断行政机关根据下位阶规范实施的措施明显不当时，依照违反高位阶法规范的结果，此时应当减缩行政机关的裁量权行使；二是在行政惯例的司法适用上，应当注意裁量减缩的可能。行政惯例是指由于持续性、长期性的行政实践从而形成的惯常做法。行政惯例是否可以产生行政机关自我约束效力，取决于其是否符合法定目的，是否抵触法律规范或法理念，若不具备条件，则不得作为合法性依据，此时行政机关裁量空间应予以缩减至零。三是基于法益衡量，当合法权益产生冲突时，应当注重对基本权利的保护。德国行政法院在许多不同案例中认为婚姻家庭权利等必须优先保护，因而可能使裁量空间限缩。

5. 结语

考虑到我国目前的行政法律体系与司法适用规则尚不完善，司法权与行政权的关系如何把握调节一直是行政法领域探索的问题。在目前背景下，重作判决的地位和价值仍然不可忽略。它对督促行政机关

依法行使职权,维护行政法律秩序,起到了不小的作用。不仅如此,在实质性化解行政争议理念被提出并得到认可的大背景下,行政诉讼判决类型化是必要且有效的,目前作为其中之一的重作判决当前依然具有续存的必要性。欲解决实践中撤销判决与重作判决适用乱象,必须明确其适用的情形或条件,只有这样才能真正保护行政相对人的合法权益,且有利于司法权督促下行政争议的实效性、实质性解决。

参考文献

- [1] 张宏,高辰年.反思行政诉讼之重作判决[J].行政法学研究,2003(3):23-28.
- [2] 邓刚宏.行政诉讼中重作判决的理论基础与完善[J].华东理工大学学报(社会科学版),2014,29(4):80-88.
- [3] 林纪东.行政法[M].台北:三民书局,1990:161.
- [4] 何海波.实质法治——寻求行政判决的合法性[M].北京:法律出版社,2009:359.
- [5] 史艳丽.行政诉讼司法谦抑问题的实证分析[C]//行政法治的理想与现实——《行政诉讼法》实施状况实证研究报告.北京:北京大学出版社,2014:326.
- [6] 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[J].法律适用,2018(11):11-17.
- [7] 赖恒盈.行政诉讼裁判拘束力之研究[C]//行政诉讼研究会:行政诉讼之研究(一).台北:台北法学出版股份有限公司,2012:408.
- [8] 王贵松.行政诉讼判决对行政机关的拘束力——以撤销判决为中心[J].清华法学,2017(4):83-103.
- [9] 项一丛.行政诉讼重作判决研究[D]:[硕士学位论文].浙江:浙江大学,2010:421-423.
- [10] 江必新,邵长茂.新行政诉讼法修改条文理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2015:262.
- [11] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社,2016:516.
- [12] 张峰振.论不当行政行为的司法救济——从我国《行政诉讼法》中的“明显不当行政行为”谈起[J].政治与法律,2016(1):10-17.
- [13] 苏琪越.行政诉讼重作判决适用研究[D]:[硕士学位论文].上海:华东政法大学,2019.