

略论海峡两岸行政不作为之行政复议

李诗林¹, 李延军²

(1. 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005;
2. 福建警察学院法律系, 福建 福州 350007)

摘要: 在服务行政蓬勃发展的今天, 行政不作为是与公共行政的宗旨背道而驰的。行政复议作为一种行政监督制度, 对遏制行政不作为具有很大作用。从行政不作为的可复议性、管辖、审议机构、审议程序、复议决定等五个方面, 比较大陆《行政复议法》与台湾“诉愿法”关于行政不作为的规定, 可折射出海峡两岸行政复议制度的差异, 并在互相借鉴的基础上, 促进两岸行政法制的进步。

关键词: 海峡两岸; 行政不作为; 行政复议

中图分类号: DF6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-6048 (2007) 06-0051-05

On Comparison of Administrative Reconsideration to Administrative Omission between both sides of the Taiwan Strait

LI Shi-lin¹, LI Yan-jun²

(1.Law School of Xiamen University, Xiamen 361005, China; 2.Fujian Police College, Fuzhou 350007, China)

Abstract: With the development of service administration, administrative omission is against the aim of the public administration. Administrative Reconsideration, as a kind of administrative supervision regulations, plays an important role in inhibiting the administrative omission. From the five aspects of the reconsideration of administrative omission, administration, deliberative organ, deliberative process and reconsideration decision, The administrative omission between Chinese mainland's and Taiwan's administrative reconsideration law was compared, we can point out some differences of administrative reconsideration system between both sides of the Taiwan strait. On the basis of drawing lessons from each other, the progress of the administrative legal system of two sides will be promoted.

Key words: both sides of the Taiwan straits; administrative omission; administrative reconsideration

行政不作为是指行政主体负法定的作为义务, 且在有履行之可能的前提下, 怠于行使职权的行为。在现代社会, 随着经济全球化、电子政务的兴起, 政府的角色定位应当由“管理型”向“服务型”转变, 正如狄骥所言:“所有的行政行为都只有一个共同的目的, 那就是公共服务”^[1]。然而基于中国传统的官本位文化、程序法规范落后的现

实, 行政不作为的案例屡有发生。这是与公共行政的宗旨背道而驰的。行政救济作为一项行政机关自我反省机制, 在遏制行政不作为方面发挥着重大作用, 因此备受各国青睐。笔者在比较台湾“诉愿法”和大陆《行政复议法》对行政不作为所设置的救济的基础上, 以期两岸相互借鉴立法经验, 促进法制发展。

收稿日期: 2007-09-13

基金项目: 福建省教育厅项目“行政不作为及其责任研究”(项目编号: JBS06190)

作者简介: 李诗林(1982—), 男, 厦门大学法学院2006级宪法学与行政法学专业硕士研究生。

诉愿(Petition) 行政诉愿的简称, 行政救济方法的一种, 指当事人受某一国家行政机关的违法或不当的处分以致合法权益遭受损害时, 依法向原处分机关的直接上级机关提出申诉, 请求撤销或变更原处分的程序。(详见《法学词典(增订版)》, 上海辞书出版社1984年12月第2版。)台湾之诉愿制度, 亦即中国大陆之行政复议制度。目前世界各国和地区普遍推行政复议制度, 该制度是现代民主、法治的产物, 在防止行政行为的违法或不当, 在维护法律尊严、保障公民权利和实现法治目的等方面具有重要作用。

一、行政不作为的可复议性

行政不作为是否具有可复议性,是人们启动行政救济程序的前提。在这方面,台湾旧“诉愿法”采用一种概括主义的立法方式。在当时,行政不作为被视为一种拟制的行政处分。“拟制之目的,在于使虚构者为真,而使其具有与真实相同之效果。”^[2]这一方面,是为了照顾相对落后的立法技术。另一方面,“拟制行政处分之存在,亦在于实现衡平正义。”^[2]当时的立法把应对人民的申请作处分,但超过法定期限而未作处分的行政行为,当作是“驳回”申请,允许人民对其提起撤销之诉。客观地讲,这并不能真正保护人民权益,因为撤销之诉并不代表行政机关会积极行使职权,依然存在以前行为的重复可能性,不若课予义务之诉效果明显。新“诉愿法”则放弃了将行政不作为视为拟制行政处分的做法,同时延续概括主义立法模式,即不列举行政不作为的具体形式,仅在第2条规定:“人民因中央或地方机关对其依法申请之案件,于法定期间内应作为而不作为,认为损害其权利或利益者,亦得提起诉愿。”对行政机关怠于行使职权的行为,人民可直接行使课予义务诉愿,从而让原处分机关于法定期间内积极行使职权,避免行政懈怠。

大陆的《行政诉讼法》先行于《行政复议法》,但当时未出现“行政不作为”这一概念,盖因理论分歧较大,立法技术尚未成熟所致。1996年颁布的《行政复议法》,亦未采用“行政不作为”概念。对这一问题,它采取的是列举主义和概括主义相结合的模式。《行政复议法》第6条第8、9、10款列举了行政不作为的几种形式,如未依法颁发许可证、未履行保护人身权利职责、未依法发放社会保险金等。并同时第11款设置了一个兜底性条款:“认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的”,可提起行政复议,以期弥补列举主义之不足。1999年《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》中,其第27条规定:“在起诉被告不作为的案件中,原告须负举证责任。”从而首次以国家公权力的姿态将“行政不作为”规定为法律术语。

由此可见,海峡两岸均将行政不作为纳入了行政救济的范围,赋予人们以行政复议权,设置了相应的机制来保障人们的合法权益,这符合现代民主

的潮流,也有利于推动政府积极履行职责,保持高效、廉洁的官方形象。但从法条规定来看,台湾一以贯之的概括主义立法模式,较为宽泛地规定了行政不作为的可审查性,立法技术较为成熟。大陆则采列举主义和概括主义相结合的模式,在操作性上较之台湾,表面上似乎稍胜一筹,实则不然。列举主义的不周延性,难免会挂一漏万。而作为兜底性条款的第11款,在长期的法律实践中很少发生依据该款而提起对行政不作为复议申请的案例,因此其并未发挥应有的作用,实际上是一个虚置的条款。因此,从具有实质意义的保障人们权益方面来讲,大陆较之台湾,要稍逊一筹。

二、行政不作为复议的管辖

管辖权划分得是否合理,直接影响到公民能否方便、及时地获得救济,也可避免复议机关因职能的模糊而相互扯皮。因为凡有行政行为之处,就有行政不作为发生之可能。故在管辖问题上,行政不作为与行政行为毫无二致。按照行政机关划分为一般行政机关和部门行政机关的分法,管辖问题也就此而展开。

台湾采“单一管辖”原则,即不管是哪一种诉愿的程序标的,单一机关所作的处分或者多数机关所作的处分,都只能由一个机关来管辖的原则。“诉愿法”第4条具体规定了管辖权的分工,是“单一管辖”原则的规范体现。对一般行政机关的诉愿,由上一级的一般行政机关管辖;对部门行政主体的诉愿,亦由上一级的一般行政机关管辖。这就否定了当事人的可选择性。“它的考虑因素,主要的是在于‘行政的监督’,并且以‘上级或者业务监督机关’来行使‘行政的监督’”^[3]。至于其他的管辖原则,如比照管辖原则、共同处分之管辖等,均建立在第4条之基础上,或者说,是第4条的变通形式。因此,如果发生行政不作为案件,“先确定原处分机关或应为处分之机关后,再就层级、争讼时是否仍存在与机关之单复数,决定其管辖机关。”^[4]

大陆的复议管辖相对较为复杂。《行政复议法》第12至15条较为详细地规定了管辖原则。根据第12条第2款的规定,对一些专业性非常强的部门,如海关、金融部门等,由上一级的部门行政机关管辖,俗称为纯粹的“条条管辖”;根据第13条的规定,对一般行政机关的复议,由上一级的一般行政机

管辖,即纯粹的“块块管辖”;第12条第1款规定:“对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的,由申请人选择,可以向该部门的本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级主管部门申请行政复议。”由此可见,对除前两者以外的其他部门行政机关的复议,则采“条块结合”模式,即由上一级的一般行政机关或者上一级的部门行政机关管辖,由当事人自由选择。

由此可见,海峡两岸在对待行政不作为的管辖这一问题上,是各有特色。相同点如下:(1)对一般行政机关的复议管辖,均由上一级行政机关管辖。(2)除基本管辖之外,其他的管辖形式诸如委托管辖、共同处分管辖、承受管辖,管辖不明时如何确认管辖权等,海峡两岸的立法大致相同。不同点是:(1)对部门行政机关的诉愿,台湾采法定主义,即只能由上一级的一般行政机关管辖,“单一管辖”模式较注重行政监督的层级性和权威性;而大陆采选择主义,上一级的一般行政机关和部门行政机关均有管辖权,由复议权人自由选择,极大的体现了便民原则。(2)针对一些专业性较强的职能行政机关,大陆规定只能由上一级职能行政机关管辖,但台湾方面却无此规定。

三、行政不作为复议的审议机构

依正当程序的原理,审议机构占有举足轻重的地位。一个具有独立人格、法定职权的审议机构,能够有效地保证其结果的公正性。相反,那些只具形式意义的审议机构,极易被部分机关或个人的意志所左右,从而使实体正义大打折扣。因此,审议机构设立的合理与否,是控制行政不作为的一个不可或缺的因素。

台湾“诉愿法”第二章以专章的形式规定了行政救济的审议机构——诉愿审议委员会,其组成人员中,以具有法制专长者为原则。根据第52条规定,委员会组成人员中社会公正人士、学者、专家人数不得少于1/2,以此来保证结果的公正性和权威性。第54条规定:“委员于审议中所持与决定不同之意见,经其请求者,应列入记录。”因此它能反映出审议中的少数意见,避免审议意见的单方性和片面性,从而强化了审议机构组织功能,有益于保障当事人的合法权益。在行政不作为案件中,审议委员会可对行政机关是否应当履责的必要性、不作为与

损害结果之间是否存在因果联系等进行独立的判断。原行政处分机关或其他机关、个人均无权干涉。

大陆《行政复议法》第3条规定:“行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项。”但何为“负责法制工作的机构”?行政组织法并没有赋予其法定的地位,且这些法制机构往往带有临时性,“县一级法制局与政府办公室合署办公,‘一套人马,两块牌子’,法制局实际上为政府办公室内设的一个科。”^[5]从《行政复议法》来看,未规定审议机构的人员组成、职权行使等具体事项。在实际操作中,除级别较高的行政机关具备较为完善的人员及设备外,其他部门的复议机构尚不具备专业人员,在履行职责方面往往不能让人满意。在行政不作为案件中,法制机构并不具有最终的决定权。因为法制机构作为一般行政机关的下属机构,凡事听从领导的意见,独立性较差。希冀这样的机构去挑战上级威权和维护公民权益,实属困难。

由此可见,海峡两岸在这方面的差异较大。台湾的“立法”比较注重审议机构的独立性、人员的专业性、职权的法定性,以此来保证结果的公正性。而大陆对此似乎重视不够,存在复议机构的临时性、复议人员的非专业性、职权的模糊性等问题,在处理行政不作为案件时,缺乏相应的独立性,不足以保障当事人的权益。

四、行政不作为复议的审议程序

任何一项制度,操作性是其生命力所在,而程序则是增强操作性必不可少的要件。程序可使审查有条不紊地进行,程序的完备能有效地保证事实问题和法律问题的正确性。同样,在审理行政不作为的案件中,程序设置也是一个不可忽视的环节。此处的审理程序是指复议机构从接受复议申请书时起,到复议决定书作出之前的过程,实际上包括复议的提起和复议审理机构对复议的审查两个方面:

1. 复议的提起。台湾“诉愿法”设专节来规范诉愿的提起,可见对这一问题的重视。台湾采诉愿状主义,第56条详细规定了诉愿书的要件,对民众起了很好的示范作用。特别是在第3款,针对行政不作为制定了一项特别规定:“依第二条第一项提起诉愿者,第一项第三款、第六款所列事项,载明应为行政处分之机关、提出申请之年、月、日,并附原申请之影本及受理申请机关收受证明。”这样做

的目的在于，在确认行政不作为是否成立时，可凭借最为关键的因素——时间来确定其是否违法。第60条规定：“诉愿提起后，于决定书送达前，诉愿人得撤回之。”从而确立了诉愿书的撤回制度，既尊重了当事人的选择权，同时也保证了诉愿书的规范性。同时，根据第58条规定，诉愿书必须经原处分机关向诉愿机关提起。在这个转接的过程中，给了原处分机关一个提醒，也可以说是给了其一次改过自新的机会。第2款规定：“原行政机关对于前项诉愿先行重新审查原处分是否合法妥当，其认诉愿为有理由者，得自行撤销或者变更原行政处分，并陈报诉愿管辖机关。”就行政不作为来讲，在诉愿书到达原处分机关之后，原处分机关势必为了以后的答辩而对之进行相应的分析，若发现自身的不作为确实侵害了申请人的合法权利，即可依职权履行相应的作为义务，从而节约了大量的资源。

而大陆方面将复议的提起归纳在《行政复议法》第三章“行政复议申请”中。根据第11条规定，申请可以书面形式，亦可以口头形式提出。后者虽不如前者正式，但却具有与前者同等的效力。这就充分考虑到了许多地区文化落后的现状，是符合实际情况的。但无论是书面形式还是口头形式，大陆并未如台湾那样规定了详细的要件形式。该法第25条规定，如果申请人要撤回复议申请，“经说明理由，可以撤回。”由此可见，法律对撤回的态度还是比较严的。就申请书提交机关而言，《行政复议法》并未做明确规定，仅在第3条第1款规定由复议机关受理复议申请。从实践来看，经原处分机关而递交，或直接递交至复议机关这两种情况都存在。行政复议法也未明确原处分机关在接受复议申请书之后，是否可以撤销原决定。就行政不作为而言，其危害性不如积极作为所带来的危害明显。如果能让原处分机关自行决定履行行政给付义务，可极大的节约行政资源。这是一个立法的不足，说明大陆在行政机关自我纠错监督方面尚欠缺考虑。

2. 复议审理机构的审理程序。在台湾，对行政不作为的审理，一般采书面审理原则。“诉愿法”第63条规定：“诉愿就书面审查决定之。”书面审理可让审议机关较好地掌握争议焦点，从而控制整个程序的进程，并可避免行政机关与行政相对人之间的面对面对抗，避免矛盾升级，从而促进行政效率，

较好地解决纠纷。但其弊端在于审理的间接性，审议机关对案件的了解仅限于书面材料，不利于实体审查。故“诉愿法”采取了多元化的解决方式，其第63条第3款规定，诉愿人或参加人请求陈述意见而有正当理由者，应予到达指定处所陈述意见之机会。第65条还规定了言词辩论原则：“审议机关可依职权通知诉愿人等于指定日到指定处所言词辩论”。因此，在行政不作为案件中，如果申请人申请或者审议机构认为必要时，可就相关问题进行辩论。但这一规定的执行，依赖于诉愿管辖机关的自由裁量，因而存在相对的不确定性。总体上而言，仍是“书面审理为原则，言辞辩论为例外”。

大陆行政复议以追求效率为原则，一般而言，在审理行政不作为案件时，对取证方面的要求比较低，不必耗费大量的时间进行言词辩论。基于此，“考虑到确保审查的简易、迅速性和审查机关的情况，规定了书面审查原则。”^[6]《行政复议法》以体现复议机关便民、及时为要求，第22条规定：“行政复议原则上采取书面审查的办法”，但书面审查制最大的弊端在于重效率而轻公正价值，因此，法律对此亦有所防范，如果“申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。”但是从这一条款来看，大陆并未采用辩论主义原则。且复议机关对申请人“提出要求”的审查也较为严格，实践中满足申请人要求的情况也比较少。也就是说，在很多情况下申请人徒有“提出要求”的权利，但在实质上，这是职权主义传统的变相延伸，依然只注重行政效率而忽视公正价值，相对忽视了审理程序的多元化建设。

由此可见，台湾在诉愿书的提起方面较大陆规范，在对诉愿书的撤回方面，采无条件撤回制。而大陆方面则采有条件制，必须说明撤回理由。在行政不作为机关的自我纠错功能方面，台湾方面对此认识很深刻，以向原处分机关提交诉愿书的方式来尽可能的纠错，而大陆在这方面的程序设置虚位。就审议机构的审理程序方面，海峡两岸均从行政救济为行政自我纠错机制出发，较重视行政效率的贯彻，均确立了书面审查制的主导地位。但台湾吸收了辩论主义的积极因素来弥补职权主义之不足，以确保案件的公正性。而大陆方面的审理程序则较为

粗糙、简单，职权主义观念根深蒂固。

五、程序的终结：复议决定

台湾旧“诉愿法”继受德国、日本行政法制，对行政不作为的诉愿决定，采“撤销诉愿中心主义”。但是，正如前述，基于行政不作为性质的特殊性，适用撤销决定不若课予义务决定效果明显。因为它“使撤销诉讼的前提条件——必须存在一个行政处分——被过度的强调，也进而导致行政处分是否存在判断，逐渐地偏离法释义学上的操作，而反对救济目的的达成与否加以考虑。”^[7]所以，“撤销并不代表许可之做成，并不能给与当事人有效之救济。”^[8]新“诉愿法”则放弃了这种做法，对行政不作为的审理采以下几种决定形式：首先，是维持决定。对诉愿无理由，或者证据不足以认定行政不作为成立的，予以驳回诉愿人的请求。其次，是课予义务决定。其本质为一种“特殊之给付诉愿”，即在确认行政不作为违法时，明令应为处分之机关履行义务。“诉愿法”第82条规定：“对于依第二条第一项提起之诉愿，受理诉愿机关认为有理由者，应定相当期间，命应作为之机关速为一定之处分。”否则将承担相应的法律责任。最后，是确认决定。即单纯确认行政不作为违法，但基于情势变更或者公共利益等原因，不再要求其履行义务。

而大陆《行政复议法》采用了以下决定方式：首先，是维持决定。即对于事实清楚、有充分证据证明行政不作为不成立的，决定驳回申请人的请求。其次，履行决定或曰课予义务决定。具体体现在《行政复议法》第28条第2款：“被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行。”同时，第32条规定，如果被申请人不履行的，复议机关或者上级机关可责令其履行，否则将承担相应的行政责任。第三，确认决定。第28条第3款规定，对有证据证明行政不作为成立的，可以采确认其违法的决定形式。第四，赔偿决定。第29条规定：“行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当予以赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法

时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。”另外，在很多情况下，行政机关不履行相应的职责，是因为不为人所周知的内部“红头”文件。对内部“红头”文件，《行政复议法》第26条规定，复议机关在权力允许的范围可直接处理，否则应在七日内移交有关机关进行处理。

可见，针对行政不作为，海峡两岸均采用了维持决定、课予义务决定、确认决定形式。对复议机关做出的课予义务决定，被申请人必须在相应的时间内履行义务，否则将承担相应的法律责任。但是，大陆在以下两个方面要优于台湾：（1）大陆可对支撑行政不作为的规范性文件进行审查，不局限于申请人的诉求范围。这项权力的行使让行政复议具有了某些司法审查的色彩。（2）大陆可对行政不作为造成损害的行为责令相应机关进行赔偿。而台湾的“诉愿法”在此方面的制度设计缺位。

参考文献：

- [1] (法) 莱昂·狄骥. 公法的变迁——法律与国家[M]. 郑戈, 译. 沈阳: 辽海出版社、春风文艺出版社, 1999: 137.
- [2] 蔡志方. 行政救济与行政法学[M]. 台北: 三民书局, 1993: 148.
- [3] 蔡志方. 诉愿法与诉愿程序解说[M]. 台北: 正典出版文化有限公司, 2001: 85.
- [4] 翁岳生. 行政法(下册)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 1255.
- [5] 周婉玲. 试论我国行政复议制度的改革[J]// 周汉华. 行政复议司法化: 理论、实践与改革. 北京: 北京大学出版社, 2005: 56.
- [6] (日) 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺, 译. 北京: 法律出版社, 1999: 271.
- [7] 程明修. 行政机关函复拒绝人民申请或举发案件之法律性质[J]. 月旦法学, 2003(8): 223.
- [8] 陈敏. 课予义务诉讼之制度功能及适用可能性[J]. 政大法学评论, 2000(6): 161.

(责任编辑: 陈尚志)