

《厦门大学法律评论》第2期  
厦门大学出版社2001.12版  
《论建立我国的人事行政诉讼法律制度》  
第1页~第30页

# 论建立我国的人事行政诉讼法律制度

孙丽岩\*

## 目次

- 一、引言
- 二、人事行政诉讼的概念及特征分析
- 三、人事行政诉讼建立的理论基础
- 四、建立我国人事行政诉讼法律制度的必要性
- 五、借鉴国外经验构建我国人事行政诉讼法律制度
- 六、结语

### 一、引言

随着我国政治体制改革的逐步深化,公务员制度也逐步完善,但忽视公务员人事行政诉讼救济权却始终是我国人事救济制度中的一大缺憾。人事行政诉讼制度以司法审查这一法治的坚强屏障,阻止行政机关任意处分国家公务员,保证国家公务员队伍的廉洁高效,保障公务员的合法权益。在西方,大多数国家都早已实行了类似的制度,而我国不仅在实践中缺乏这一制度,而且在理论上的研究也几乎处于空白。本文试图界定人事行政诉讼的概念,从合法性与合理性的角度批驳“特别权力关系”理论,探寻建立人事行

---

\* 孙丽岩:厦门大学法律系教师。

政诉讼法律制度的可行性,最后得出一个结论:我国应建立人事行政救济和人事行政诉讼并行的人事救济法律制度,且应以法律的形式设置并实现这项制度。这既符合法律的基本精神,也切合我国法制建设的实际。

## 二、人事行政诉讼的概念及特征分析

### (一)人事行政诉讼的概念与特征

人事行政诉讼,一般是指国家公务员基于特定的国家公务员身份,在合法权益遭受行政机关侵害以后,请求司法救济的一种手段。世界各国由于历史原因和文化背景不同,人事行政诉讼的概念也不尽一致,但从人事行政诉讼的内涵和外延来看,它都属于行政诉讼制度的必要组成部分。

由于人事行政诉讼制度生长的土壤——各国的行政诉讼制度不同,导致对人事行政诉讼概念存在着广义和狭义两种理解。

广义的行政诉讼,是指行政法律关系的当事人,在行政法律关系所涉及的事项发生争议以后,经过当事人的申请,依法由行政机关或司法机关处理解决的一种诉讼活动。在此定义下的人事行政诉讼是指行政机关或司法机关处理人事行政争议活动的统称。它既包括司法机关处理人事行政争议,也包括行政机关处理此类争议。处理的范围,涉及具体的人事行政争议,以及立法机关、行政机关作出的涉及国家公务员人事利益的立法行为和抽象行政行为。狭义的人事行政诉讼仅指法院依照司法程序处理具体人事行政争议的诉讼制度。它处理的对象仅是针对特定公务员的具体人事行政行为,不包括抽象行政行为,更不含有有关的立法行为。因此,其他机关运用非司法手段来解决人事行政争议的行为都不能称为人事行政诉讼。<sup>①</sup>

结合我国的司法实践,我国拟建立的人事行政诉讼制度应采用狭义论。具体来说,是指国家公务员不服国家行政机关的人事处理决定,在法定期限内,依法向人民法院起诉,人民法院依法加以审查和裁判的一种诉讼活动。人事的范围特指国家行政机关对国家公务员的录用、任免、奖惩等行为。在人事行政诉讼中公务员的范围仅仅限于中央和地方各级行政机关中除工勤

---

<sup>①</sup> 崔卓兰、郭文英:《行政法要论》,吉林人民出版社1988年版,第212页。

人员以外的工作人员,不包括国家权力机关、司法机关以及各级党组织中的工作人员。

需要说明的是,我国非行政机关但行使行政管理职能的工作人员应属于人事行政诉讼中的公务员之列。目前我国机构划分及行政编制、事业编制的使用还不够规范,有些单位虽然是国家机关,但使用的却是事业编制;有些是事业单位,却完全行使行政管理职能,开支行政经费,这部分人员根据工作性质,也属于公务员范围。但受委托行使行政管理职能的事业单位工作人员不列入公务员范畴。

人事行政诉讼作为我国行政诉讼的必要组成部分,具有非常鲜明的特征:

第一,只有国家公务员才能作为原告提起人事行政诉讼,被告是作出人事处理的行政机关。但是,一旦进入诉讼程序以后,如果不服人民法院的一审判决,国家公务员和行政机关都可以向上级人民法院提起上诉,人民法院同样受理任何一方的上诉。

第二,人事行政诉讼是国家公务员不服行政机关的涉及自身的人事处理决定提起的行政诉讼,即国家公务员基于公务员身份与行政机关之间因人事管理关系而引起的行政诉讼,并非所有国家公务员与行政机关之间的诉讼都是人事行政诉讼。例如,国家公务员作为普通公民与行政机关之间的民事诉讼,国家公务员认为其他行政机关侵犯其合法权益而提起的行政诉讼等等。此外,涉及党内的人事处理决定不得提起人事行政诉讼。因为,在我国公务员中存在着由各级党委管理的政府组成人员和其他重要干部,他们的任免由党委组织部门考察和推荐,依法由各级人大决定,并由各级党委日常管理。这部分人或其他国家公务员与各级党委发生的人事争议,均不得提起人事行政诉讼,而只能依照党的有关组织纪律来进行处理。

第三,人事行政诉讼只能向人民法院提起,其他任何机关都不能受理人事行政诉讼。人民法院依照法律规定的诉讼程序进行审理,并作出判决。发生效力的判决非经法定程序不得被撤销。

#### (二)人事行政诉讼与人事行政申诉控告、人事争议仲裁

在我国,对于人事行政争议的救济,目前主要存在着以下两种手段:行

政申诉控告和人事争议仲裁。从理论和实践的角度来看,人事行政诉讼制度与人事行政申诉控告、人事争议仲裁制度虽有着千丝万缕的联系,但却有本质的区别。根据国家人事部《国家公务员申诉控告暂行规定》(1995年8月11日对内发布),人事行政申诉,是指国家公务员对国家行政机关做出的涉及本人权益的人事处理决定不服,向有关机关提出意见和要求(第二条);人事行政控告,是指国家公务员对国家行政机关及其领导人员侵犯其合法权益的行为,向上级行政机关或者行政监察机关提出指控(第三条)。人事行政申诉和控告与人事行政诉讼都属于救济手段,都是国家公务员在受到人事行政处理以后,认为该处理侵犯其合法权益而采取的一种事后补救措施。两者相比,其目的是一致的,即尽量避免对国家公务员的不利处理,挽回其经济和精神损失;遵循的原则也基本上相同,如依法、及时等原则。但是,两者在性质上、具体方法上却有着极大的差异。

首先,从性质上来讲,人事行政申诉和控告是行政机关系统内部的一种救济措施,具有行政救济和内部监督的性质,它采取一种自上而下的运作方式,对行政权的违法或不当进行控制和纠正,以保障公务员的合法权益。人事行政诉讼从性质上属于一种司法救济,是外部监督,它是权力分立的必然表现形式。这种制度具有法治的特征,即相对的中立性、公正性、稳定性。相对的中立性是就法官态度而言,“司法判决是依法作出的,行政决定是依行政政策作出的。法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案。行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案。”<sup>②</sup> 公正性、稳定性也是相对于人事行政申诉和控告中行政权的运用而言。这一切都反映了两者本质上权力的运用差异。

其次,人事行政申诉和控告的受理机关是各级国家行政机关或者行政监察机关,受理以后,审查处理的方式比较简便,缺乏严格的程序性,对申诉的处理结果一般为行政机关的最终决定。人事行政诉讼的受理机关只能是各级人民法院(多为基层人民法院),审理方式、期限、判决的作出必须严格

---

<sup>②</sup> [英]威廉·韦德,徐炳等译:《行政法》,中国大百科全书出版社1997年版,第50页。

按照行政诉讼程序进行,并且采取两审终审制。相对于行政申诉、控告制度来说,人事行政诉讼对保护国家公务员的合法权益提供了程序上的保障。

根据国家人事部 1997 年 8 月 8 日颁布的《人事争议处理暂行规定》,我国国家公务员与行政机关之间的人事处理争议有了一种新的处理方法——人事争议仲裁。人事争议仲裁具有民商事仲裁的某些特点,但又与民商事仲裁相差甚远(这个问题后文将具体论述)。人事争议仲裁与人事行政诉讼在某些方面具有相似之处:第一,两者设立的目的都是为了解决已经发生纠纷的人事处理争议;第二,两者都是将争议提交给双方当事人以外的第三方裁判;第三,都遵循公正合理的原则,且双方当事人的地位平等。

虽然人事争议仲裁与人事行政诉讼具有众多的相似之处,但两者本质上还是存在明显区别:

第一,人事争议仲裁的仲裁机关为人事仲裁公正厅(人事部)和各级人事争议仲裁委员会,属于半行政半民间性质;而人事行政诉讼的受理机关为各级人民法院,是国家的司法机关。

第二,人事争议仲裁采取一裁终局制;而人事行政诉讼则采取两审终审制。

第三,人事争议仲裁多采用书面审理的方式,人事行政诉讼原则上多采用开庭审理方式。当事人不履行裁决决定的,有关单位和另一方当事人可以按规定申请人民法院强制执行,仲裁机关无强制执行权;而人民法院可自行强制执行人事行政诉讼中的生效判决。

正是人事行政诉讼法律制度与现存的人事行政申诉、人事争议仲裁存在着形式上的和实质意义上的不同,决定了人事行政诉讼法律制度有着亟待建立的客观需要。

### 三、建立人事行政诉讼法律制度的理论基础

#### (一)人事行政诉讼法律制度的理论基础

##### 1. 自然正义理论是人事行政诉讼法律制度最本源的理论支柱

正义的定义为古罗马法学家乌尔庇安首创,其表述如下:“正义乃是使

每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志。”<sup>③</sup>罗马历史上的早些时候，西塞罗也曾将正义描述为：“使每个人获得应得的东西的人类的精神取向。”<sup>④</sup>古希腊时期的亚里士多德将正义的内涵加以归纳和引申，他主张正义可分为分配正义和矫正正义；分配正义也就类似于乌尔庇安和西塞罗的表述；矫正正义即指当分配正义遭扭曲时，人能寻求一种矫正方式，并且通常由法院或其他被赋予了司法或准司法权力的机关来执行。<sup>⑤</sup>根据这一理论，我国的国家公务员既然承担因不当行为等原因遭受人事处理的责任，那么他就应当享有保障其因无理由或理由不充分而受到人事处理时的司法诉讼权利。只有这样，责、权、利的协调分配才能体现出正义，矫正正义也才能充分发挥蕴含的潜能。

除此之外，正义还可以被归结为两个规则：其一，任何人不应是涉及自己案件的审判员；其二，任何人都不能在不予公平的审判机会之前受到惩罚。<sup>⑥</sup>这两个规则要求：如果一个有成见或偏见的人参加了决定或审判，那么该机构或法院的决定就无效；如果一个人受到不利处分之前未给予申诉的机会，那么该处分行为将被视为无效。因此，当国家公务员受到人事处分时，如果只给予行政内部救济途径，由于行政机关的上下级隶属关系，以及传统的“官本位”架势，使得上级行政机关很难作出一个不碍于下级行政机关的撤销或变更的决定。从这种意义上来讲，上级行政机关无形之中充任了“自己案件的审判员”，其处理的公正性就值得怀疑了。更何况，“法官与行政官的思想方式是完全不同的，法官的方法是客观的，遵守着他的法律观念；行政官的方法是经验式的，是权宜之计。”<sup>⑦</sup>

---

③ 转引自[美]博登海默、邓正来译：《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第264~267页

④ 前引③，博登海默书，第264~267页。

⑤ 前引③，博登海默书，第264~267页。

⑥ [英]威廉·韦德，徐炳等译：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第10~11页。

⑦ [英]威廉·韦德，徐炳等译：《行政法》，中国大百科全书出版社1997年版，第51页。

## 2. 平等原则是人事行政诉讼法律制度的又一理论基石

平等是一个有许多种不同含义的多元概念。它所指的对象可以是政治参与的权利、收入分配的制度、社会地位和法律地位等。涉及的范围包括法律待遇的平等、机会的均等和人类基本需要的平等。但是,平等的基本含义应该是:相同的人和相同的情形必须得到相同的或至少是相似的待遇,只要这些人和这些情形按照普遍的正义标准在事实上是相同的或相似的。因此,平等可以理解为“凡为法律视为相同的人,都应当以法律所确定的方式来对待。”<sup>⑧</sup>

国家公务员作为一个特殊群体,具有双重身份,即公务员职务身份和普通公民身份。公务员是以这一集合体的身份而出现的,并且始终拥有自己作为普通公民的人格尊严和合法权益。公务员与行政主体之间的职务关系,笔者认为也是一种普通的劳动契约关系。公务员与企事业单位的职工都应享受宪法第 42 条规定的劳动基本权利,这种权利是公民(包括公务员)生存权和发展权的基本表现形式。从这一点来看,公务员在与行政机关的职务劳动关系上与企业的员工“在法律上应是视为相同的人”,但是实际上他们受到的待遇却大相径庭。我国《劳动法》第 77 条规定:“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。”第 2 条第 2 款规定:“国家机关、事业单位、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。”既然,普通的企业员工作为劳动者对因劳动关系产生的纠纷有诉诸法院寻求司法救济的权利,那么公务员也应该有因类似于劳动纠纷的人事处理纠纷请求司法审查的权利,以充分保障他作为普通公民享有的基本人权。否则,宪法所确认的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”就无法真正体现。

更深入来看,在行政机关与公务员职务工作关系中,行政机关与公务员不仅权利和权利对等,而且权利和义务也应当是对等的,在数量上是等值的。<sup>⑨</sup> 行政机关享有管理国家公务员并对他们进行人事处理的权利,公务

<sup>⑧</sup> Chaim perelman justice (New York , 1967),P. 24.

<sup>⑨</sup> 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 85—86 页。

员就享有对不合法或不合理的人事处理抗辩的权利,其中人事行政诉讼就是实现这种抗辩权的有力方式。英国的米尔恩将亚里士多德的平等观念发展为:“每一个相关的事实都必须根据它是有利的还是有害的而给以肯定或否定的评价;”“那些有害的事实必须受到与它们有害的程度相应的否定性评价。”<sup>⑩</sup>因此,平等蕴含的应然状态是权利与义务数量等值,平等的实然状态就应当是肯定合法的、合理的,否定不合法的、不合理的。在人事行政管理中,不仅要求公务员与行政机关之间的权利和义务对等,更应当是在行政机关合法合理处理公务员时,行政机关的处理权能得到司法权的肯定;当行政机关违法或不当处理公务员时,这种人事处理权就会遭到司法权的否决,成为被撤销或变更的对象。这样一种平等的实然状态必须通过司法审查权在公务员人事管理中的运用——人事行政诉讼来最终实现。

## (二)批判特别权力关系理论

目前,我国将人事行政处理争议排除在行政诉讼的受案范围之外,根本上还是受了德日行政法上的“特别权力关系”理论的影响。《中华人民共和国行政诉讼法》第12条规定:“人民法院不受理公民、法人或其他组织就行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定提起的行政诉讼。起草该法的主要负责人之一解释的理由,就是“世界上一些国家把此称为‘特别权力关系’,由政府人事、监察等部门管为好”。<sup>⑪</sup>

特别权力关系理论发源于19世纪的德国。德国在确立君主立宪政体时,为了维持官吏对于君主传统上的效忠关系,又避免与现行民主法治不相违背,创立了特别权力关系理论。这种理论除了支配二战前的德国行政法学界外,还影响了日本行政法学和我国台湾地区的行政法学。

根据这种理论创建者的观点,公务员与国家之间的关系属于特别权力关系。处于特别权力关系中的公民一律被纳入行政领域,其后果是不适用

---

<sup>⑩</sup> [英]米尔恩、夏勇、张志铭译:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,中国大百科全书出版社1995年版,第59页。

<sup>⑪</sup> 顾昂然:《新中国的诉讼、仲裁和国家赔偿制度》,法律出版社1996年版,第89页。



基本权利和法律保留,因为它们只调整国家与公民之间的一般关系;行政机关要求通过行政规则自行调整这种关系中的内部事务。<sup>⑫</sup> 简而言之,特别权力关系意味着国家基于特别的法律原因,在一定范围内,对某类人(含公务员)有概括的命令强制权,这类人只能服从而不得寻求救济。仅就国家与公务员之间的特别权力关系而言有如下特征:

1. 公务员义务的不确定性。普通公民在成为国家公务员之后,就负有无条件服从国家的义务,从而无法确定其具体义务。只要法律无严格的禁止性规定,行政机关可以自由设立公务员的义务,相对于普通公民履行义务须有法律明确规定而言,公务员的义务始终处于不确定的未可知状态。

2. 在特别权力关系的适用中存在一些特别适用的规则,这些规则虽然不与法律相违背,但对于特别权力关系中的公务员却明显不公平。根据单独适用的内部规则,行政机关对公务员往往制定了违反义务后需承担的较为严厉的制裁措施,借此约束公务员,促使他们恪尽职守。所以对公务员个人而言,往往是义务多于权利。如德国行政法专家奥托·迈尔认为:凡使用公共设施者,踏入公共机构即得服从“特别权力关系”(机构权力),由此也得遵守行政内部的机构命令,对此不可通过法律途径予以撤销。<sup>⑬</sup> 其中,“凡使用公共设施者”包括国家公务员与行政机关之间的人事关系,服役的军人与国家的兵役关系,囚犯与国家监狱管理机关的关系等等。日本的“特殊权力关系”是指“人基于特别成立原因,即:法律的直接或自主同意,服从于国家或公共团体的特殊、包括性的支配权这一关系。”<sup>⑭</sup> 日本公法上的供职关系(公务员的任职关系)就属于这一关系。特别权力关系的内容,都直接涉及公共利益或国家利益,服务于公共和国家利益的当事人本身的利益,也被看做是一种国家内部的利益关系。

---

<sup>⑫</sup> 参见[德]哈特穆特·毛雷尔、高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第114页。

<sup>⑬</sup> [德]平特纳、朱林译:《德国普通行政法》,中国政法大学出版社1999年版,第120页。

<sup>⑭</sup> [日]室井力、吴微等译:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第39页。

3. 公务员不得就行政机关对他的强制性措施提起行政诉讼,只能寻求行政内部救济途径,这是特别权力关系理论最突出的特征。

总而言之,德日两国特别权力理论的首要特征就是非法治主义。所谓非法治主义,就是行政机关依据这种理论可以自由处分公务员,行使内部管理权,不需要具体的、个别的法律根据,只要是出于实行行政目的的需要。这一点在日本行政法理论和实践中尤为突出。<sup>⑮</sup>

笔者认为,在社会生活(包括政治生活)日益法制化的今天,将君权统治遗留下来的特别权力关系理论仍旧适用,是不合时宜,也是没有社会基础的。主要理由如下:

第一,所有权力的来源只能是法律的授予,而不能是行政机关自我意志的发挥,即便是行政自由裁量权也应该依法行使,且应限定在一定幅度内,权力的行使必须合法、公正。这是法治的要求,更是依法行政原则的要求。然而,特别权力关系理论排除了法治主义,违背宪法平等理念,摒弃了依法行政的基本行政方式,而以权力支配一切,包括公务员的人身权、财产权,这是为现代法治国家所不容的。

第二,国家公务员与行政机关之间是一种职务上的权利义务关系。即使在机关内部活动时,国家公务员“也并非整个行政机构这庞大机器上的一个零件,一个机械的附属存在”,<sup>⑯</sup>而是拥有自己作为公民所具有的基本人权和依法受法律保护的权利,不仅仅是行政机关内部控制的对象。公务员受到了不利于自己的处分,涉及到了“法律上的利益”,就可以构成司法审查的对象。

第三,国外已出现一种将公务员与行政机关之间的工作关系理解为一般劳动契约关系的学术观点,认为公务员关系中的职务命令权和惩戒权在一般企业中也存在,所以没有必要人为地将这几项权利设定为一种特殊的权力。当然公务员也就享受了一般企业劳动者享有的不服劳动处分的司法

---

<sup>⑮</sup> 参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第182~187页。

<sup>⑯</sup> 转引自关保英:《行政法的价值定位——效率、程序及其和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第264页。

救济权利。<sup>①⑦</sup>虽然这种观点仅属一种推理,但事实确实如此。劳动作为谋生的手段,普通劳动者如此,国家公务员也是如此,公务员的身份不过是给公务员带来更多的生活来源和精神享受。摒弃其他成分,从事公务也是在从事劳动,获取经济收入。那么公务员与行政机关之间不就是一种劳动契约关系吗?既然劳动法赋予了普通劳动者寻求不服公职处分的司法救济权利,为何又单独剥夺公务员这一普通劳动者的司法救济权呢?

第四,从根本上而言,特别权力关系理论忽视了人的自然主体性和基本人权。人的主体性,是人作为人具有的自我意识、个人特殊性、独立人格和意志自由。<sup>①⑧</sup>人的主体性强调的是人自由意志的发挥,要求社会尊重个体价值,认可个人的独立人格。近现代社会,随着社会经济的发展,人的主体性地位逐渐得到了全面形成和完善。这不仅体现在“从身份到契约”的运动,同时也体现在社会的各种关系的建立都围绕着“个人”自由展开。<sup>①⑨</sup>

总体上看,人的主体性中蕴含的最重要的内容就是对自我价值的肯定,这种肯定具体包括以下四个部分:<sup>②①</sup>首先,承认和肯定个人的独立人格和尊严。人作为自由自在之物,不依附于任何他人存在,是自我发展的有限自然中无限的个体。<sup>②②</sup>人不仅独立于其他个体,也独立于国家和政府,因此不应该存在有强烈人身依附色彩的特别权力关系。其次,承认和肯定人的基本自由和权利。法律确认了公民的基本人权,保障其生存,并且在生存权遭受侵害时能够寻求充分而有效的法律救济。再次,国家各项制度的设立和运行要以个人为中心,要保障个人的主体精神和个人的自由、权利与发展,国家公务员救济制度也应遵循以个人为中心的原则,反对那种忽视甚至漠视个人自由权利存在的所谓“特别权力关系”。最后,个人具有反抗侵害和压迫的内在要求,这种反抗针对其他个体的,但更多的是针对国家机关这

---

<sup>①⑦</sup> [日]室井力,吴微等译:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年,第341页。

<sup>①⑧</sup> 李步云:《法与主体性原则的理论》,法律出版社1995年版,第20页。

<sup>①⑨</sup> 参见[英]梅因著,沈景一译:《古代法》,商务印书馆1959年版,第96-97页。

<sup>②①</sup> 参见薛刚凌:《行政诉讼权研究》,华文出版社1999年5月版,第79-85页。

<sup>②②</sup> [德]黑格尔,范扬等译:《法哲学原理》,商务印书馆1995年版,第45页。

类特殊主体。因为相对国家系统结构而言,个人是十分渺小的,个人为争得生存和自由空间,必定具备内在反抗要求。特别权力关系理论以国家为要挟工具,压制公务员出于人的本性的个人反抗,显然违背了人的自由本性。正如卢梭所言,维护人的本性,就是维护人之为人的资格,就是捍卫天然的权利。<sup>②</sup>

由此可见,人的主体性要求国家尊重、认可人的自由权利的存在,人有资格并且有能力去反抗压制他自然权利发展的特别权力关系,求得与其他个体的完全平等,拓展人发挥个体能量的自由空间。在行政活动中,不论是外部管理行为还是内部管理行为,侵犯个人权利,就绝不仅是对其权利的侵犯,同时也是对作为独立主体人的人格和自由的侵犯。<sup>③</sup> 赋予公务员人事行政诉讼权利,就是要通过司法程序恢复被侵害的权益,保障主体人的人格独立和自由。

综合来看,所谓的特别权力支配一切,排斥司法审查,违背了法治的蕴涵和宪法精神,践踏了公务员作为人的基本人权,实践中损害了公务员的切身利益,属于一种过时的理论,应该加以摒弃。

再从各国的司法实践来看,那些曾信奉“特别权力关系理论”的国家或地区也逐渐放弃了禁止司法审查介入人事行政处理的做法。德国的 C. H. Ule 提出划分基础关系(Grundverhaeltnis)与管理关系(Betriebsverhaeltnis),主张基于基础关系的行政上的处理,应视为行政处分,如公务员的任命、免职、退休,如果公务员不服应允许提起行政诉讼。此后,联邦行政法院又进一步以“相关措施是否产生某种法律效果,足以影响公务员个人地位”作为能否请求司法审查的标准。

我国台湾地区很长时间里一直受德日行政法的影响,沿袭了公务员不得因人事管理诉行政机关的惯例,但自 20 世纪 80 年代起一系列的行政判例的出现以及相关的司法解释陆续改变了这些做法,对公务员与行政机关

<sup>②</sup> 参见[法]卢梭,何光武译:《社会契约论》,商务印书馆 1980 年版,第 16 页。

<sup>③</sup> [日]川岛武宜、王志安等译:《现代化与法》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 56 页。

之间的人事纠纷的可诉性出现了松动。1969年台湾“行政法院”判字第414号判例中说明：“公务人员以公务员身份受主管官署或上级官署之处分，纯属人事行政之范围，与以人民身份受官署之处分有别，不得对之提起诉愿。”<sup>②</sup>但随后，台湾“司法院”释字第187号解释：“公务人员依法办理退休请领退休金，乃行使法律基于宪法规定所赋予之权利，应受保障。其向原服务机关请求核发服务工资或未领退休金之证明，未获发给者，在程序上非不得依法提起诉愿或行政诉讼”；<sup>③</sup>“司法院”释字第243号解释：“中央或地方机关依公务人员考绩法或相关法规之规定，对公务员所为免职处分，直接影响其宪法所保障之服公职权利，受处分之公务员自得行使宪法第16条诉愿及诉讼之权。”<sup>④</sup>释字第266号认为：“公务员因其身份而受行政处分，致依法应享之权利受损害者，得否提起行政诉讼，应视处分之内容而定，方符宪法保障人民权利之本质。”<sup>⑤</sup>“司法院”释字第298号解释更进一步说明，认为关于足以改变公务员身份或对于公务员有重大影响的惩戒处分，受处分人能向司法机关声明不服，由该司法机关就原处分是否违法或不当加以审查，以求得救济。并且，对于因受到惩戒性质的免除现职处分，经过行政救济程序没有获得救济时，受处分的公务员可依法提起行政诉讼，请求救济。“司法院”在释字第430号解释中彻底否定特别权力关系的存在，认为人民的权利或法律上的利益遭受损害，不得仅因为身份或职业关系，而限制其依法律程序提起诉讼。由此可见，我国台湾地区司法实践界也逐渐放弃了对特别权力关系一概不可诉的传统观念和做法，从权利救济的完整性、法治建设的统一性肯定了公务员人事司法救济的存在。这也代表了世界各国各地区公务员人事救济的最新发展趋势。

#### 四、建立人事行政诉讼法律制度的必要性

建立人事行政诉讼法律制度，除了理论上的支撑以外，更迫切的是实践

---

<sup>②</sup> 转引自李建良：《特别权力关系与行政争讼》，《月旦法学杂志》，1998年第1期。

<sup>③</sup> 前引<sup>②</sup>，李建文。

<sup>④</sup> 转引自黄俊杰：《特别权力关系与国家赔偿》，《月旦法学杂志》，1997年第10期

<sup>⑤</sup> 前引<sup>④</sup>，黄俊杰文。

中社会生活的需要,即现行法律制度的欠缺和市场经济、法治建设、行政法治化的需要。

### (一)健全和完善人事救济制度的需要

我国现存的人事救济制度最首要的缺陷就是救济方式单一,即采取单一的行政救济方式,也就是前文提到的行政申诉、控告制度。我国最早确立公务员不服行政处分的内部行政救济方式是1957年10月26日国务院发布的《国务院关于国家行政机关工作人员的奖惩暂行规定》。其中第12条规定:“国家行政机关工作人员对所受纪律处分不服的时候,应该在接到通知后一个月内,向处理机关要求复议,并且有权直接向上级机关申诉。国家行政机关对于受处分的申诉,应该认真处理。对于受处分人给上级机关的申诉书,必须迅速转递,不得扣压。但是在复议或者申诉期间,不停止处分的执行。”由此可以看出,该规定所确立的人事行政救济的范围是有限的,只是行政处分行为,不包括其他人事行政行为,途径也仅限于复议和申诉。并且由于长期的政治运动以及人事行政管理的高压政策和人治,这一规定的应有功能并未实际发挥。

1993年10月1日施行的《国家公务员暂行条例》第16章规定了“申诉控告”救济制度。该法第81条第1款规定:“国家公务员对涉及本人的人事处理决定不服的,可以在接到处理决定之日起三十日内向原处理机关申请复核,或者向同级人民政府人事部门申诉,其中对行政处分决定不服的,可以向行政监察机关申诉。”第82条规定:“国家公务员对于行政机关及其领导人员侵犯其合法权益的行为,可以向上级行政机关或者行政监察机关提出控告。”第84条规定:“国家机关对国家公务员处理错误的,应当及时予以纠正;造成名誉损害的,应当恢复名誉、消除影响、赔礼道歉;造成经济损失的,应予负赔偿责任。”至此,我国的公务员人事行政救济制度才初步建立起来。但是,这一系列的规定仅就公务员的申诉、控告权作出了原则性的规定,具体该如何操作,遵循什么标准,条例中并无体现。虽然国家人事部于1995年8月11日发布了《国家公务员申诉控告暂行规定》(人核培发[1995]91号),对公务员的申诉控告程序作了规定,但在印发该暂行规定的通知中指出:“请结合本地区、本部门的实际情况在政府人事部门受理申诉

控告工作时内部掌握。此文件属内部试行,不公开发表,不公开宣传。”为何部委的规章要内部试行,且不为广大公务员知晓,公务员又从何种渠道获得现存的惟一的行政救济方式——行政申诉、控告,我们无从知晓。这一点也恰恰反映出了我国人事行政救济制度的又一重要缺陷:无具体的程序性规定,缺乏可操作性。

从行政监察的实践来看,行政监察机关处理人事行政申诉、控告。但是,依根据《中华人民共和国行政监察法》第23条、第38条之规定,监察机关经过调查,根据调查结果,认为对公务员的行政处分明显不适当,应予以纠正的,多数就以监察建议的方式结案,建议原决定机关变更或者撤销处分决定,而监察部门并无强制执行力,是否执行的决定权基本上仍掌握在作出行政处分的机关手中。

从行政复议的实践来看,行政复议作为我国行政救济方式的重要组成部分,被广泛运用于各种场合。我国《行政复议法》就规定了十一种可以申请行政复议的情形,内容囊括具体行政行为的各个方面,甚至还包括一部分抽象行政行为,如国务院部门的规定、县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定等。但是,行政复议法中所列举的复议范围中恰恰排除了行政机关对公务员的人事处理行为,该法第8条规定:“不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的,依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。”该法将人事处理决定排除在行政复议受案范围之外,笔者认为不外乎三种原因:

(1)由于中国传统文化的沉淀,形成了大多数人“集体本位”重于“个人本位”和“息讼”、“无讼”的思想。在中国古代,普遍强调人只是自然界的一部分,与自然和谐统一的整体,没有超出自然的个人存在。因此古代社会中和谐成为统治阶级和法追求的最高目标,个体的最大目标是大公无私,统治阶级现实的努力是使民不争。<sup>②</sup>正是由于这种“天人合一”的世界观和和谐统一的政治理念的沉淀,酿就了中国法律、政治生活中独特的“集体本

---

<sup>②</sup> 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版,第349页。

位”，在这种“集体本位”的要求下，法律的社会职能不是从确认和维护个人的权利出发，并进而维护有利于实现个人权利的社会秩序，与此相反，法律是从维护社会团体的整体利益和秩序出发，来考虑个人的地位、责任、权利和义务。<sup>②</sup> 个人的独立人格没有得到确立，个人的价值没有得到肯定，个人是作为手段而不是目的的存在。

在我国现阶段，“集体本位”具体表现为“国家本位”和“社会本位”。在它的支配下，个人的义务是普遍的、绝对的，而权利则是相对的、个别的，只有在个人充分履行义务和承担责任的前提下，才承认个人的权利，更多的是强调了个人对国家、集体的绝对服从。因此公务员对于针对自己的人事处理行为，更多的只能是服从而不是对抗。更何况，在大多数人的眼里，兴讼是道德败坏的表现，是社会稳定的威胁，是陷人心于不古的权利之争，<sup>③</sup> 这种息讼的后果必然导致公务员对自身权利尤其是通过诉讼解决纠纷的诉讼权的漠视，对准司法行为的行政复议更是置之不理。

(2)新中国成立以来的关于国家干部管理的传统思维定势的影响。建国之初，大批的行政干部是由军队安置、转业而来，“脱下军装拿起笔杆”，因此形成了一种军队模式般的行政内部管理体系。再加上大多数的国家干部都是中国共产党党员，遵循党管干部的原则，也形成了有事找党组织解决的惯性思维。国家干部在遭到不合理或不合法的人事处理以后，首先想到的是通过组织层层向上反映，按照党内纪律、组织章程进行挽救，却从未启动行政救济中的行政复议来弥补，更不曾考虑运用司法体系的运作方式即行政诉讼来解决。

(3)关于内外行政行为有别的学说也是一个重要的原因。长期以来，学术界认为：行政行为可分为外部行政行为和内部行政行为两种，内部行政行为通常“内部消化”，对外部社会并无影响。在公务员的人事处理中，笔者不赞成这种说法，从行政行为的概念来看，行政行为的成立须具备三个基本要

<sup>②</sup> 武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1994年版，第722页。

<sup>③</sup> 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第282～283页。



素<sup>①</sup>：一是主体要素，要求行政行为必须由行政主体作出；二是职能要素，要求行政行为是适用国家行政权力进行行政管理的行为；三是法律要素，要求行政行为作出后能够产生一定的法律后果，引起行政法律关系的产生、变更和消灭。这三个基本要素相辅而成，缺一不可。行政机关对国家公务员的人事处理决定无论是从实质上，还是从表象上都具备了这三项基本要素，从范围上应纳入行政行为的范畴。这是首先应予肯定的。

况且，内部行政行为的作出也具有一定的强制性和单方意志性，如果不加以严格的制约，势必会造成行政权力的滥用和对行政管理相对人权利的践踏。对国家公务员的人事处理决定这种内部行政行为就具有这样潜在的危险。法治是一项系统工程，任何一个漏洞，哪怕是一个小小的环节，都应加以防范。因此，从实质上来讲，只要是行政行为，都将成为行政复议和行政诉讼的对象，而不论是暂时只对个人还是集体，这也是法治的本质要求。更何况，任何事物都是相对存在的，绝对之中蕴含着相对，事物之间总是相互联系的，内部行政行为与外部行政行为也是如此。具体来讲，综合内外行政行为有别的学说，大体上都是将行政主体及其工作人员作为一个系统、一个集合，以其系统的边缘作为界限来划定内外。但是，内外之间并非完全封闭，而是“墙内开花墙外香”。公务员受到人事处理以后无法寻求充分的行政、司法救济，必定会影响其工作情绪，具体承担的工作效果一定会大打折扣；对公务员的开除、辞退处分，就会使其失去生活来源，影响到他的家庭生活状况，这也不单是一个内部问题，而是涉及到不同的家庭、不同社会阶层的一个社会问题。所以，“一般说来，行政机关的内部事务只会影响行政机关的正常运转，而不会影响其他公民的权利和义务。”<sup>②</sup>值得商榷。

我国目前的行政复议制度以种种理由排除了人事行政处理争议，那么现存的、新兴的人事争议仲裁是否就能较好地弥补这一缺陷，实现对公务员合法权益的保护呢？

---

<sup>①</sup> 许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法学研究综述》，法律出版社 1991 年版，第 179 页。

<sup>②</sup> 谭兵主编：《行政诉讼法学导论》，重庆大学出版社 1989 年版，第 74 页

仲裁,也称“公断”,从理论上讲意味着各方当事人自愿将他们之间发生的争议提交给各方所同意的第三者裁判,以求争议的最终解决。仲裁作为解决民商事纠纷的一种方式,是伴随着商品经济的发展而发展起来的,并且发挥出了越来越大的作用。我国原有的仲裁制度,由于立法分散,形成了部门仲裁繁多,各自为政的混乱局面,1994年8月31日八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)统一了全国的仲裁制度。

1997年8月8日国家人事部制定了《人事争议处理暂行规定》(以下简称《规定》),规定当事人与单位发生人事争议的,可以向当地的人事争议仲裁委员会申请仲裁,其中包括国家公务员与行政机关之间的人事处理争议。《规定》将民商事仲裁的基本原则贯彻到了人事争议仲裁中,如当事人双方地位平等、公正合理、司法保障裁决的执行等等,从表面上具备了《仲裁法》中确立的仲裁基本形式。但是,如果从仲裁的本质上去分析,我们就不难发现现阶段的人事争议仲裁其实并不是一种真正意义上的仲裁,从性质上讲只能算作是一种行政裁决。

第一,从机构设置来看,根据《仲裁法》第14条规定,仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系,是民间组织。然而,《规定》第5、6、7条却明文规定:人事部设立人事仲裁公正厅,省、副省级市、地、县设立人事争议仲裁委员会,分别负责处理管辖范围内的人事争议;仲裁委员会的主任可以由同级人民政府分管人事工作的负责人或者政府人事行政部门的主要负责人担任。仲裁委员会办事机构设在同级人民政府人事行政部门。由此可见,人事争议仲裁委员会是按行政区划层层设立的,并且附设在同级的人事行政管理部門内,具有一定的行政机关性质。

第二,从对案件的管辖来看,《仲裁法》规定的民商事仲裁的管辖是由当事人根据协议自愿选择的,不存在地域性问题。然而,《规定》明确规定了人事争议仲裁实行级别管辖和地域管辖。

第三,民商事仲裁在法律性质上有一个最重要的原则,即当事人意思自治,表现为双方协商一致达成仲裁协议,自主选择仲裁机构和仲裁员等。然而,人事争议仲裁排除当事人的意思自治,依《规定》,只要人事争议的一方

申请仲裁,即可启动仲裁程序,并且仲裁员由仲裁委员会指定,当事人对此并无选择权和决定权。

第四,在具体的仲裁程序上,民商事仲裁与人事争议仲裁也不尽一致:(1)仲裁庭处理人事争议时,必须先行调解,不经调解不能进入裁决;而民商事仲裁在作出裁决前,可以先行调解,也可以不经调解就直接进入裁决程序。(2)在人事争议裁决中,仲裁庭与仲裁委员会始终是一种指挥与被指挥关系,而民商事仲裁中仲裁庭独立于仲裁委员会。(3)人事争议裁决作出以后,当事人对裁决不服的,可以在规定的期限内向作出裁决的仲裁委员会申请行政复议,或者依法向人民法院提起诉讼。而民商事仲裁实行的是一裁终局的制度,裁决作出后,当事人不得就同一纠纷再申请仲裁或向人民法院起诉。

综上所述,人事争议仲裁不仅与《仲裁法》规定的民商事仲裁有着本质区别,而且与我国《仲裁法》关于仲裁的范围、仲裁机构设置、仲裁程序等的规定相抵触。《仲裁法》第3条、第4条规定了可仲裁和不可仲裁的事项,并指出除劳动争议和农村集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁不适用《仲裁法》外,其余各类纠纷的仲裁都必须遵守统一的原则、制度和程序。这样,《规定》的出台无疑使人事争议仲裁陷入了两难选择:假设人事争议是不能仲裁的行政争议,如果仲裁,就是违法仲裁;如果人事争议仲裁是可以仲裁的行政争议,它就应遵循仲裁法的规定,然而《规定》有众多的地方又是与《仲裁法》相抵触的。所以,人事争议仲裁的存在并无任何明确的法律依据;而且,以行政机关这一当事人中的一方为仲裁员,显然也违背了仲裁中应由无利害关系第三方担任仲裁员的基本规则,充其量只不过是行政申诉和行政裁决制度的改头换面而矣。

## (二)建立市场经济体制和行政法制化的需要

我国现行的人事救济制度体系有着诸多的缺陷,体系的运转需要不断地查漏补缺,方能适应社会的发展和形势的需要。除此以外,特定的社会外部条件也要求人事救济制度纳入法定的、稳定的行政复议轨道和行政诉讼范畴,其中最迫切的外部条件就是社会主义市场经济体制的建立和依法治国方略的贯彻实施。

在传统的计划经济体制下,政府的角色一般为“高高在上的主宰”<sup>③</sup> 和为社会播洒“阳光和雨露者”<sup>④</sup>,处于一种国家垄断者的地位。政府不是一种消极的“守夜人”角色,而是积极支配市场,管理着社会生产的各个细微环节。但是在市场经济条件下,决定市场的不再是政府决策,而是各种市场的主体。政府的角色必须作理性适位的复归,即成为市场经济条件下“导航员、调节员、裁决员、救生员”。<sup>⑤</sup> 政府改变了过去以行政命令指导一切的行为模式,转为更多地依赖法律手段,借助于利益动机驱使等,来达到行政的目的。在市场经济条件下,政府的角色的转变,需要建立一支素质高、责任心强、充满活力的国家公务员队伍,以实现政府的高效与廉洁。为此,合理的人事制度、公正的人事行政处理和完善的司法保障都将是至关重要的。

诚如孟轲所言<sup>⑥</sup>:“徒法不足以自行”,再好的法律、再好的制度都必须由人来运用、实施,市场经济管理也是如此。市场经济体制是一个各方面利益紧密联系在一起体系,“牵一发而动千钧”。政府宏观调控的程度如何,角色的扮演是否成功,直接关系到市场经济建设的成败。在现实中,政府的各种角色都化解为各个行政机关的职能,而行政机关的职能又层层分解为各项任务指标,最终落实到国家公务员的肩上。所以,公务员的素质、情绪和工作热情直接关系到政府职能的效用。针对全体国家公务员的人事行政诉讼制度的建立,让行政机关有充分的法律途径清除不合格公务员,激励合格的、优秀的公务员,给每个国家公务员公平、合理的发展空间而无后顾之忧,也就能充分发挥公务员的潜能,将市场经济下政府的角色作用淋漓尽致地发挥出来。

市场经济离不开法治,依法治国的方略同样体现在人事行政管理领域。具体而言,法治对人事行政管理承担着双重任务:一方面,它承担着对人事管理权的授予任务,即以法律的形式授权。这一点通常被忽视,实际上这项

<sup>③</sup> 《马克思恩格斯选集》第1卷第693页。

<sup>④</sup> 《马克思恩格斯选集》第1卷第693页。

<sup>⑤</sup> 崔卓兰、孙红梅:《论市场经济下政府的角色与行为》,《法制与社会发展》1997年第1期,第17~18页。

<sup>⑥</sup> 《孟子·离娄上》。

功能是必不可少的,它解决了人事行政管理权的来源和权力行使的合法性问题。其中包括两项涵义:一是法治要求人事行政管理权力形式上只能来源于法律;二是权力的行使须由法律来保障,即以司法手段来保障其正确使用。另一方面,就是对行政管理权限制、监督的功能,这是由行政权的易腐蚀性、扩张性以及权利的侵犯性决定的。行政法治化的实现,单纯地依靠行政机关的自律是不可能的。因此,借助行政机关之外的因素来限制、监督人事管理权是非常必要的。常见的外来因素主要有立法明示、司法救济和宪法审查等,其中以司法救济即人事行政诉讼最直接、最有力,它是实现法治的一道重要闸门和忠实的卫士。排斥司法救济,就会使人事行政管理权的扩张性、侵犯性毫无约束,导致公务员应有的权利被侵犯。行政机关内部尚不能实行法治,又何以要求行政机关的公务员对外贯彻法治呢?

人事行政诉讼法律制度不仅在大方向上有利于依法治国方略的实现,在对行政法治化的实现上更是大有裨益。英国法学家威廉·韦德认为行政法治化应当具有四层含义:<sup>⑤</sup>首先,任何事情都必须依法而行,行政机关必须能够证实自己所做的事是有法律授权的,如果没有立法机关的授权,这种行为就是不合法的,面临着被诉和被法院撤销的危险。因此,以司法机关的审查作为悬在行政机关头上的达摩克利斯剑,督促行政机关人事工作沿着法律授权的轨道前行,无疑能从源头上遏制行政机关肆意践踏公务员权利。其次,行政机关必须根据公认的、限制自由裁量权的整套规则和原则办事。行政法治化不可能完全限制自由裁量权的行使,但法治背景下的法院可以通过司法审查的方式,通过撤销之诉、确认之诉对行政机关的人事自由裁量行为依法进行客观评价。再次,对政府行为是否合法的争议应当由完全独立于行政之外的法官裁决,意味着凡是有争议的行政行为都应当可诉。最后,法律必须平等地对待政府和公民。在通常情况下,行政机关拥有特别权力,行政权具有单方性、强制性和先执行力,但行政法治化同样要求行政机关不能享有不必要的特权和豁免权,既然侵权就必须承担责任,那么针对公

---

<sup>⑤</sup> 参见[英]威廉·韦德,徐炳译:《行政法》,中国大百科全书出版社1999年版,第25~28页。

务员的人事侵权行为同样也应承担责任,人事行政诉讼无疑提供了承担责任的救济途径。

可见,行政法治化的四项要求无一例外地要求行政机关的人事处理行为接受法院这种相对独立的法律保障机构的监督,只要此种监督能够积极有效地运行和开展,行政法治也就为时不远了。因为“法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候”。<sup>⑧</sup>

### 五、借鉴国外经验构建我国人事行政诉讼法律制度

建立我国的人事行政诉讼法律制度,必须从理念上更新观念,总结我国现行行政复议、行政诉讼实践的经验,并借鉴外国的先进经验。

从建立人事行政诉讼法律制度的体系上看,我国拟建立的制度应以行政救济(Exhaustion of administrative remedies)在先(其中主要是行政复议),以司法审查——人事行政诉讼为最终救济,两者相辅相成,互相补充。纵观世界各国的人事救济制度,也大多是采取两者合并使用的做法。

#### 1. 美国

美国在联邦文官制度下设立功绩制保护委员会,受理文官对纪律处分或其他不利行政决定的申诉,并且设立特别律师办公室(Office of Special Counsel),负责调查和追诉行政机关违反文官法的行为。特别律师对于违反法律和法规的文官管理行为进行调查后,向功绩制保护委员会、有关的行政机关提出报告。功绩制委员会视情况举行听证,并综合考虑各方面的意见以后,有权作出决定,包括纪律处分的决定在内。此外,根据美国的联邦行政程序法第704节关于可以审查的行为规定:“法律规定可以审查的行政行为,以及没有其他适当的法院救济的最后确定的行政行为,应受司法审查”。“因为行政行为而致使其法定权利受到不法侵害的人,或受到有关法律规定之行政行为的不利影响或损害的人,有权诉诸司法审查。”<sup>⑨</sup>同时,

<sup>⑧</sup> [美]诺内特·塞尔兹尼克,张志铭译:《转变中的法律与社会》,中国政法大学出版社1994年版,第59页。

<sup>⑨</sup> 转引自刘恒:《行政救济制度研究》,法律出版社1998年版,第34页。

根据美国的司法实践,下列事项不应由法院审查:(1)外交和国防;(2)军队和内部管理;(3)总统任命高级助手和顾问(类似于政务官);(4)国家安全;(5)追诉职能。<sup>④</sup>除此以外的行政行为都应接受司法审查。因此,有关的行政机关或行政人员在不服功绩制委员会的决定时,可以申请司法审查,启动诉讼程序。

## 2. 英国

英国的文官人事救济制度大体可概括为团体协商、仲裁和私人诉求三种形式。各类文官通过参与的协会与工会就全体成员共同问题和政府直接进行谈判,还可以通过惠特利委员会进行协商。惠特利委员会由政府 and 文官团体选派代表共同组成,它实质上是为政府和文官提供了一个非正式的协商机构。如果政府和文官代表不能在惠特利委员会中达成协议,任何一方可申请文官仲裁法庭裁决,且裁决具有最终的法律效力。只是,关于高级文官的事项和政策性事项不能进行仲裁。文官在认为自己受到不公平待遇时,可以向特定的行政裁判所申请裁决。行政裁判所独立于一般法院之外,是由法律规定设立用以解决行政争端,以及公民相互间争端的特别裁决机构。大多数裁判所作出的裁决实际上是司法性质,而不是行政性质的,这类裁判所实质上具有和法院同样的职能。具体操作程序是:文官在不服提前退休和辞退的处分,可以向文官申请委员会申诉,对于不公平的辞退,可以向就业裁判所申诉;不服裁判所裁决的可以向就业上诉裁判所上诉;不服上诉裁判所裁决,关于法律问题在得到许可时上诉到法院和上议院。

## 3. 德国

德国从19世纪后半叶起,受法国资产阶级革命和法国行政法律制度的影响,在普通法院之外设置了一些专门行政法庭,设立统一全联邦的行政法院,但是对公务员人事处理的司法救济却一直处于一个封闭半封闭的内部处理机制上。在传统的德国行政法理论中,认为行政机关有权通过行政规则自行调整诸如公务员管理关系这样的内部事务,排除司法审查。在这种理论的指导下,公务员对行政惩戒只能通过内部途径进行补救,即向专门的

<sup>④</sup> 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第615~616页。

人事管理机构——联邦人事委员会进行申诉,由它作出对公务员及相关部门都有约束力的决议。战后,德国学者对特别权力关系理论进行了重新审视,改变了过去一概否认公务员管理关系可诉性的作法,将公务员与行政机关之间的关系分为基本关系与管理关系,前者指设立、变更或消灭特别权力身份以及影响特别权力身份的其他行为而产生的关系,后者指行政机关为达成设立特别权力关系而产生的管理关系,如单纯指派业务的行为产生的关系。对行政机关出于基本关系作出的行政处分,公务员可以向行政诉讼提出诉讼,法院享有司法审查权;对于管理关系,如日常的惩戒行为,公务员仍然只能向联邦人事委员会进行申诉,不能提起行政诉讼。

#### 4. 法国

与法国的公务员管理体制和法国特有的行政法院系统相配套,法国公务员为了保护自己的职业利益,诉讼内和诉讼外的行政救济手段是非常完善的。法国在建立政府统一的公务员管理机构的同时,也扩大了咨询机构的权利,在总理行政和公务员管理、总署财政等政府的公务员管理机构之外,又设立了国家公务员委员会、地方公务员委员会、对等行政委员会等新的咨询机构。因此,公务员不服纪律处分时,可按照行政组织原则,向有纪律处分权限的行政机关或上级行政机关申诉。行政机关的纪律处分如果和纪律检查委员会的建议不符,且纪律处分为警告和申诫以外的惩戒时,公务员可以在接到处分通知后一个月内向国家公务员委员会或地方公务员最高委员会申诉。<sup>①</sup> 公务员委员会进行调查以后,可以向行政机关提出撤销纪律处分的建议,但其建议不具有法律拘束力。行政机关纪律处分权的行使,受行政法院监督;行政法院独立行使审判权,不受行政机关干涉。具体来讲,公务员不服行政机关的纪律处分,可以向行政法院提起撤销和损害赔偿之诉。撤销之诉应向公务员服务的地区的地方行政法庭提出,由总统以命令任命的公务员提起撤销之诉,以最高行政法院作为初审法院。<sup>②</sup> 对于有决定权的纪律委员会所作裁决的处分也可以提起撤销之诉。法国行政法院

<sup>①</sup> 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1998年版,第297页。

<sup>②</sup> 前引<sup>①</sup>,王名扬书,第298页。



的审查属核审性质,只审查法律问题。这类似于我国行政诉讼的合法性审查原则。公务员违法的纪律处分所受到的损害由行政机关负责赔偿,精神损害也可要求赔偿。其行政诉讼并不严格区分内部行政行为与外部行政行为。因而,公务员的合法权益都能够通过司法途径得到有效救济。

就我国人事救济现状而言,总体上看单纯的行政救济虽然有着诸多的不利因素,但是我们并不能完全否定行政救济在公务员人事管理领域的积极作用。现代社会生活中行政管理日益专业化,人事行政管理也超出了过去单纯的“管进管出”,而是对国家公务员进行全方位的监督管理,涉及的制度很多,牵扯到的社会关系也复杂多样,及时有效地先行解决国家公务员与人事管理机关之间的人事纠纷就成为了行政机关自身应当解决的一个问题。况且,随着社会的发展,行政权力的日益扩张,一部分司法权或准司法权逐渐被立法赋予了行政机关。“尽管有三权分立的迂腐教条,向行政机关授予审判权却一直没有中断过。复杂的现代社会需要行政机关具有司法职权,使这种授权不可避免。”<sup>④</sup>

关于我国人事行政诉讼法律制度的构想,笔者提出如下几点建议:

1. 将人事行政争议纳入行政复议范围,将人事行政复议作为处理人事争议的前置程序

《行政复议法》颁布后建立的较完备的行政复议制度不啻于我国人事行政救济制度的首选,将复议制度引入人事行政救济领域,运用行政机关系系统内部的层级监督关系,能够有效地起到救济和监督的作用。综合来看,实行人事行政复议制度存在以下几点优越性:

首先,行政复议相比申诉、控告而言,是按照一种司法性的程序进行的。行政复议比一般的行政行为有更严格的程序要求,从行政复议的申请、受理到作出决定,都必须符合一定的实体要件和形式要件。尤其是对于行政复议的最终决定,法律赋予了它相对的强制执行力,这是以往的申诉、控告所不具备的。并且,有这样的一种程序性制度作为前置保障,使行政机关上下级之间的监督更直接、更有力,对作出人事行政处理决定的机关能起到一定

<sup>④</sup> [美]纳德施瓦茨,徐炳译:《行政法》,群众出版社1986年版,第55页。

的预警作用。

其次,行政复议将某些抽象行政行为纳入了复议审查的范围,这项新规定从立法上现行政诉讼法也前进了一大步,它充分发挥了行政复议作为行政救济制度自身的特殊价值,弥补了司法救济的不足,使公务员的权益救济不留下“真空”,体现了一种全方位的立体监控模式。

从世界各国的行政法发展来看,将类似于我国行政复议的行政内救济制度作为行政诉讼必经或者可能经过的诉前程序已经成为一种世界性趋势。1958年,英国制定《行政裁判所与调查法》,正式确立了由行政裁判所处理行政纠纷的行政救济制度。美国则早在1946年《联邦行政程序法》中就授予了相对人“行政上诉”权。澳大利亚1975年实施《行政上诉裁判法》也设立了行政内部救济程序。大陆法系国家在专门的行政法院之外也设立了行政申诉或类似的制度。如德国在1960年的《行政法院法》和1976年的《行政程序法》先后规定和完善了行政申诉制度,日本1962年颁布的《行政不服审查法》,确立了日本的行政不服审查制度。

凡此种种,无一例外地说明了行政复议作为处理公务员人事争议的前置程序的可能性和现实可行性,我国的人事行政诉讼法律制度中也应当是行政复议和行政诉讼两者相互补充,交叉适用:可以先通过行政复议程序再进入人事行政诉讼程序,也可以不经过行政复议直接提起行政诉讼,即在知道作出人事处理决定之日起3个月内向人民法院提出。这样可以避免以行政复议为必经程序而使行政机关久拖不决,导致到公务员实际利益流失。具体程序是:国家公务员在认为人事行政管理机关作出的人事处理侵犯了自己的合法权益,自知道该处理决定之日起60日内提出复议申请。根据《行政复议法》第12条至第15条之规定,公务员可以在上级人事行政管理机关或处理机关的同级人民政府中选择申请复议机关。申请可采用书面或口头方式。复议机关经过复议程序审理后,可作出维持、责令履行、撤销、变更或确认人事处理决定违法等行政复议决定,并制作行政复议决定书,该复议决定书一经送达,即发生法律效力。国家公务员对行政复议决定不服的,应当在行政复议决定书送达后15日内或者超过60日的复议期限满之日起15日内,依法向人民法院提起人事行政诉讼,正式启动人事行政诉讼程序。

## 2. 人事行政诉讼的受案范围

国家公务员不论是经过行政复议程序再提起诉讼,还是直接向人民法院提起人事行政诉讼,都必须属于如下几种人事处理决定(即人事行政诉讼的受案范围):人事行政主管部门关于国家公务员录用(不录用)决定;行政处分;辞退;降职;法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他人事处理决定。

## 3. 人事行政诉讼的管辖

受理人事行政诉讼纠纷的法院一般为各地基层人民法院,如果在本辖区内具有重大影响或复杂的案件,也可由辖区内的中级人民法院或高级人民法院受理。关于地域管辖,人事行政诉讼案件应由作出人事处理决定机关所在地的人民法院管辖;经复议而改变原处理决定的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。此外,还可以适用《行政诉讼法》中规定的移送管辖和指定管辖。如果国家公务员直接向人民法院提起人事行政诉讼的,作为人事行政处理决定的人事行政主管部门作为被告;如果经过行政复议但复议机关维持原人事处理决定的,作出原人事处理决定的机关是被告;复议机关改变原人事处理决定的,复议机关应当是被告。

## 4. 变更判决问题

人民法院经过认真的调查取证,进行审理以后,可以分别视情况作出维持判决、撤销判决、变更判决。其中需要说明的是变更判决。这种判决是指人民法院在审理行政案件时,运用国家审判权直接变更被诉的具体行政行为而进行的判决。我国的《行政诉讼法》第54条仅赋予了人民法院对显失公正的行政处罚的变更权。就人事行政诉讼而言,变更判决应只是针对行政处分。人民法院在人事行政诉讼中部分行使变更权的原因,笔者归纳为三点:首先,变更权与维持权、撤销权一样是行政审判权的重要组成部分。其次,人民法院拥有司法变更权,是充分实现人事行政诉讼目的的需要。建立人事行政诉讼的目的,如前所述是为了维护和监督行政机关依法行使人事行政管理权,保护国家公务员的合法权益。如果人民法院没有司法变更权,无权变更行政机关的错误人事处理决定,则保护公务员的合法权益的彻底性就要大打折扣。最后,司法变更权还是防止循环诉讼,维护国家法制尊严的重要手段。

但是,司法变更权也不能无节制地被滥用,对行政处分的司法变更权必须满足以下两项条件:

第一,人事行政诉讼中的司法变更权只能针对人事行政处分。笔者认为,行政处分是一种针对国家公务员的特殊的内部行政人身处罚。这种处罚(行政处分)可分为:警告、记过、记大过、降级、降职、开除六种,而且还附带有降低级别和工资。所以,它带有经济和人身处罚的性质。而且六种处分方式之间并无严格的界限,完全由行政机关自由裁量。从平等的角度讲,也是从彻底保护公务员合法权益出发,制止乱处分公务员、挟私报复等现象出现,赋予法院针对行政处分的司法变更权是必要的。

第二,人民法院只能对显失公正的行政处分判决变更。并非所有的行政处分人民法院都能判决变更,如果行政处分主要证据不足,适用法律、法规错误、超越职权或者滥用职权,人民法院就可以判决撤销,而不能判决变更。人民法院可以变更的只能为显失公正的行政处分。

显失公正是指行政处分虽然在形式上合法,但在处分的额度上畸重,损害公务员的合法权益。具体来讲,显失公正的行政处分具有以下三点基本特征:第一,行政处分在形式上合法,即行政处分的主体合法、权限合法、程序合法,基本符合合法行政处分的形式要件。第二,行政处分明显不公正,即具有通常法律和道德认识水准的人均可以发现并确认它的不公正之处。第三,损害了国家公务员的合法权益。这种损害表现为行政机关要求被处罚的人承担不该由其承担的过重的义务。

当然,人民法院对显失公正的行政处分进行变更时,也应注意不能过度干涉行政机关的自由裁量权,那就必须做到:首先,不能将行政处分一般的偏轻偏重视为显失公正。因为在人事行政管理方面,行政机关比人民法院应该更专业、考虑更全面一些,知识的专业化更高一些,所以,不能时刻以司法自由裁量权取代行政机关的人事行政自由裁量权。其次,人民法院对行政处分的变更,应当在法律规定的范围和幅度内,否则这种变更也将是不合法的,不能产生预期的法律后果。最后,人民法院判决变更,不应加重对国家公务员的处分,对于没有给予行政处分的国家公务员,也不能直接给予处分,这样才有利于人事行政诉讼制度的发展。

### 5. 上诉与再审

国家公务员和行政机关在接到人民法院的一审判决以后,不服一审判决的,有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。并且,如果符合《行政诉讼法》规定的再审条件的,人事行政诉讼也可进入再审程序,以切实保护国家公务员的合法权益。

### 6. 损害赔偿问题

在提起人事行政诉讼的过程中,国家公务员是否可以就自己因为违法或不当的人事处理决定而受到的损害提起损害赔偿之诉,或者是否可以直接就此单独提起损害赔偿之诉,笔者的观点是肯定。

根据“有权利必有救济”的理论,国家机关享有处分国家公务员的权力,国家公务员就享有挽救损失的救济权。而且,国家公务员虽说更多的时候遭受的是一种精神损害,但精神损害的背后总是隐藏着一种潜在的经济利益,有时候还是一种明显的经济伤害。如《国家公务员暂行条例》第33条规定:“受撤职处分的,同时降低级别和职务工资。”“受行政处分期间,不得晋升职务和级别;其中受警告以外的行政处分时,并不得晋升工资档次。”

我国的《国家公务员暂行条例》第84条规定:“国家行政机关对国家公务员处理错误的,应当及时予以纠正;造成名誉损害的,应当负责恢复名誉,消除影响、赔礼道歉;造成经济损失的,应负赔偿责任。”这在我国第一次确立了人事行政赔偿制度,使公务员的权利最终真正地受到了保障,但这项规定仅限于表面原则性的表述,缺乏实际可操作性。在现行的法律对此没有禁止性规定的条件下,根据“没有禁止的就是允许的”自由理念和从切实保护公务员的利益出发,我国也应该允许公务员在人事行政诉讼中提起附带损害赔偿之诉,法院应在审理中一并审理,并进行调解或做出判决。当然,公务员还可以就违法的或不当的人事处理遭受的损害单独提起国家赔偿的行政诉讼,但必须以人事行政主管部门的先行解决为前提,这也符合我国行政诉讼法中关于行政赔偿的基本精神。

### 7. 两种途径

在现行法律否定人事行政诉讼或缺乏将人事行政争议纳入行政诉讼范围的法律规定的情况下,以何种形式赋予国家公务员提起人事行政诉讼或

人事行政赔偿诉讼的权利呢？首先明确的是，赋予公务员此种权利的立法形式只能是法律，而不能是行政法规、规章或更低效力的法律形式。只有以法律的形式才能从源头上保障这项基本权利，而行政机关自己拟定的相关规则（行政法规、规章）此时是很难达到公正信服的目的。正如马克思说的：“如果认为在立法者偏私的情况下可以有公正的法官，那简直是愚蠢而不切实际的幻想。”<sup>④</sup> 目前，以法律的形式实现这种目的途径主要有两种：一是修改现行的《行政诉讼法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》的相应条款，或删除关于人事行政复议和人事行政诉讼的禁止性规定，或添加相应的规定；二是用新的立法加以确认，根据“特殊法优于普通法”和“后法优于前法”的原则而适用新法。这可以结合学者一直呼吁拟出台的《国家公务员法》来运用这种手段，在未来的《国家公务员法》关于国家公务员的权利和受处分的救济方式中应详细明确公务员的人事行政诉讼权利和要求行政赔偿权等，以使公务员的权利最终救济有一个具体明了的法律途径。从实际来看，这种方式的可能性要大于第一种，也是最终建立人事行政诉讼制度的最佳途径。

## 六、结语

从对国家公务员的人事处理漠视不理，到实行单一的行政救济，最后到建立人事行政诉讼法律制度，这将是我国行政法理论与实践中的一个永无止境的探索过程。但是，历史在前进，观念在更新，我国的人事行政诉讼制度也将顺应理念和现实的召唤而诞生并日臻完善。

---

<sup>④</sup> 《马克思恩格斯全集》第一卷，第178页。