

# 判决重作具体行政行为

章剑生\*

## 一、判决重作具体行政行为的蕴涵

判决重作具体行政行为是法院对已受理的行政案件经过审理,认定被告所作出的具体行政行为违法后,判决撤销或者部分撤销这一具体行政行为并同时作出要求被告重新作出具体行政行为的一种判决形式。因为,法院对被告的具体行政行为作出撤销判决,有时并没有完全解决被诉的具体行政行为所引起争议的行政法律关系;如果法院对被告的具体行政行为仅仅作出一个撤销判决而不对其在法律上设定处理其所管辖的行政事务的积极义务,则其可能会放弃履行法定职责,结果可能会损害国家、社会以及其他人的合法权益。

判决重作具体行政行为具有以下几个法律特点:

1. 判决重作具体行政行为在形式上不是一个独立的判决,正如我国有学者所说:“要求被告重新作出具体行政行为的判决不是一个独立的判决,它是依附于撤销判决的一个从判决。或者是撤销判决的一种补充。”<sup>〔1〕</sup>没有撤销判决,也就没有重作具体行政行为的判决。与重作具体行政行为判决相关联的撤销判决可以是撤销被诉的全部具体行政行为,也可以是撤销被诉的部分具体行政行为。从各国行政诉讼制度看,无论其是属于何种法系的国家,撤销判决总是“当代各国行政诉讼中一种共同的、主要的裁判手段”。<sup>〔2〕</sup>在有些国家的行政诉讼法中也有类似于我国的重作具体行政行为判决的规定,如奥地利行政法院,“它可以对违法的行为确认无效、宣布撤销;可以要求行政机关采取某些措施;也可以责令有关部门在8个星期内作出新的决定或发布新的行政法规……”。<sup>〔3〕</sup>但像我国行政诉讼法对判决重作具体行政行为作出如此明确规定的却未曾所见。

2. 判决重作具体行政行为在内容上是要求被告或有关行政主体依据其法定职权,对其所管辖的行政法律关系再作一个法律处理的具体行政行为,而这一具体行政行为的具体内容则由被告依据具体情况裁定,它可能与被撤销的具体行政行为之间存在着某种联系,也可能根本没有任何联系。但是,被告不得以同一事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政

\* 杭州大学法学院副教授。

〔1〕 杨海坤:《行政诉讼法学》,中央广播电视大学出版社1994年版,第199页。

〔2〕 罗豪才主编:《行政审判问题研究》,北京大学出版社1990年版,第307页。

〔3〕 胡建森:《十国行政法——比较研究》,中国政法大学出版社1993年版,第390页。

行为,以防止循环诉讼。就法院的角度而言,其所作出的重作具体行政行为的判决,只要求被告依其法定职权对其所管辖的行政法律关系再作一次法律处理。法院可以在判决中为被告重作具体行政行为作一些指导性规定,并规定重作具体行政行为的期限。这可以保证重作具体行政行为判决得到被告的切实履行。至于该法律处理的具体内容,应由被告依其自由裁量权决定;如果法院有能力确定该法律处理的具体内容,则这种判决形式就没有规定的必要,而且法院如能在作出撤销判决的同时,一并代替被告作出法律处理,则可以大大地提高行政效率。<sup>[4]</sup>

## 二、判决重作具体行政行为的适用条件

判决重作具体行政行为是一种从判决,因而它必须具备相应条件之后才能成立。我国行政诉讼法第54条第1款第2项规定,法院在撤销或者部分撤销违法的具体行政行为后,并可判决被告重新作出具体行政行为。但是,这一法律条文的原则规定,并没有使人们清楚地认识到判决重作具体行政行为的适用条件,司法实践中种种困惑也因此而生。不少法院反映,行政诉讼法这一条款的规定比较原则,又欠缺相应的司法解释,因而在司法实践中难于操作,例如,要判决重作具体行政行为,是否要以相对人的行为应当构成行政违法为前提;如果是,由此必然引出一个问题,即法院在行政诉讼中有权审查相对人行为的合法性吗?如果法院有权对相对人的行为进行合法性审查,是否会有背于行政诉讼立法的宗旨。因此,判决重作具体行政行为的适用条件应是一个亟待解决的问题。但非常遗憾的是,自行政诉讼法实施以来,几乎没有人对此问题作过深入的学理探讨。<sup>[5]</sup>

作为一个法律行为,判决重作具体行政行为的适用条件的提炼,既要充分体现现行法律规定的精神,又要相应考虑司法实践中的实际情况,二者不能偏废。我认为,判决重作具体行政行为的适用条件应当是:

### 1. 必须存在一个撤销具体行政行为的判决

一个撤销具体行政行为的判决是法院作出重作具体行政行为判决的前提。这是目前我国行政法学界公认的判决重作具体行政行为的条件。<sup>[6]</sup>这个撤销具体行政行为的判决是否合法与生效,并不影响法院重新作出具体行政行为的判决。这表明,撤销具体的行政行为判决与重作具体行政行为的判决之间是一种主从关系。由此也划出了一条与履行法定职责判决之间的分界线(这一点将在后论述)。由于撤销判决在不少情况下将导致行政法律关系消灭,法院就没有必要判决重作具体行政行为。因此,每一个撤销判决并不必然会产生出一个重作具体行政行为的判决。

[4] 这里涉及到行政权和司法权的关系问题,司法权可以监督行政权的合法性,但这并不意味着司法权可以代替行政权的功能,而且,司法权对行政权的监督应当遵循合法性审查和司法审查有限原则二大行政诉讼法的基本原则。

[5] 据笔者所知,目前还没有一篇专门论述此问题的学术论文,有关著作在论述到此问题时,也往往是一笔拖过,没有作进一步的论述。

[6] 有关这个问题,我们可以参见前引杨海坤书,第199页。马原主编:《中国行政诉讼法教程》,人民法院出版社1992年,第237页;姜明安:《行政诉讼法学》,北京大学出版社1993年版,第206页;罗豪才等主编:《行政诉讼法》,中国政法大学出版社1990年,第251页;应松年主编:《行政诉讼法》,中国政法大学出版社1994年版,第263页,等。

## 2. 必须存在被告重作具体行政行为的法律依据

在行政管理活动中,行政机关有时作出的行政行为没有任何法律依据,如在公安机关扣押了销售假冒产品的个体工商户营业执照的案件中,法院在作出撤销这一违法具体行政行为的判决后,就无需要求被告对本案所涉及的行政法律关系再作出任何具体行政行为;被告只要履行法院的判决就符合法律的要求了。因为法院找不到要求被告重作具体行政行为的法律依据。被告的这种违法的具体行政行为在行政法理上我们可称之为“无权的越权行为”。但在某些情况下,行政机关作出的具体行政行为具有法律依据,但在内容上违反法律规定,如公安机关超越法律规定的幅度,对某一违反治安管理法规的公民作出治安拘留二十天的行政处罚。由于被告依据治安管理处罚条例具有作出治安拘留的处罚权,并且该公民的行为也可能要受治安处罚,因此,为防止被告放弃行使治安处罚权,维护社会公共利益,法院在撤销这一违法的具体行政行为之后,就应当附带作出重作具体行政行为的判决。被告的这种违法的具体行政行为在法律上我们可称之为“有权的越权行为”。因此,法院在撤销之诉中要求被告重作具体行政行为,必须有现行的法律依据。法院应当根据行政诉讼法第52条和第53条之规定对该被告所有职权的法律依据进行司法审查,以防止重作具体行政行为的判决没有行政实体法的依据,导致被告根本无法履行。由于我国行政立法体制的不完善,宪法审查制度还没有确立,行政规范性文件、规章、法规和法律之间的冲突时有发生,法院因此就有必要为被告重作的具体行政行为确定有效的法律依据。

## 3. 判决重作具体行政行为主体也可以是被告以外的其他行政主体

有时法院在审理行政案件过程中,认定被告的具体行政行为违法,在作出撤销具体行政行为的判决之后,发现要求被告重作具体行政行为没有现行的法律依据,本案所要重作具体行政行为的法定职责是属于被告以外的其他行政主体,法院是否可以判决被告以外其他行政主体重作具体行政行为?在这种情况下,法院应当如何判决?据我了解,目前司法实践中基本做法是向被告以外的行政主体提出司法建议,提示其履行法定职责。我认为,这不是解决问题的最好办法。因为司法建议并没有强制执行力,如果被建议的行政机关拒绝采纳,司法建议就没有任何意义。在我国目前还没有修改行政诉讼法的情况下,要解决这一个问题,就必须充分发挥司法能动作用。正如我国有学者所说的那样,“稳定的法律规则与变化的社会生活之间的矛盾,决定了司法活动本质上是一种创造性的工作”。〔7〕但是,司法能动性并不是法官的恣意与任性,而是在法治原则的指导下所进行的一种理性行为。在本文所涉及的这种情况下,司法能动性表现为法院应当根据宪法精神、法学原理和行政实践,启动追加第三人的法律程序,将该需要重作的具体行政行为判决给最适宜的行政机关。从诉讼效益和行政效率的要求看,这是解决这一问题的较好的法律方法,而且这种方法也是有法律依据的。〔8〕至此,我把判决重作具体行政行为的概念修正为:

判决重作具体行政行为是法院对已受理的行政案件经过审理,认定被告所作出的具体行政行为违法后,判决撤销或者部分撤销这一具体行政行为并同时作出要求被告或其他有法定职责的、对本案所涉及到的行政法律关系具有管辖权的行政主体重新作出具体行政行为的一

〔7〕 周汉华:《论行政诉讼中的司法能动性》,《法学研究》1993年第2期。

〔8〕 我国行政诉讼法第27规定:“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人申请参加诉讼,或者由人民法院通知参加诉讼。”

种判决形式。

#### 4. 判决重作具体行政行为的主体也可以是二审法院

一审法院判决重作具体行政行为是有明确的法律依据的,那么,二审法院是否也可以在作出撤销判决之后判决重作具体行政行为呢?对此,现行法律并无明确的规定。行政诉讼法第61条第1款第3项规定:“原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第79条规定:“第二审人民法院上诉案件,需要改判时,应当撤销一审判决,并依法判决维持、撤销或者变更被诉具体行政行为。”在这些法律规定中,我们看不出二审法院在作出撤销判决之后可以附作重作具体行政行为判决的直接法律依据。依据严格规则主义来解释上述法律条款的蕴意,势必会得出二审法院无权作出重作具体行政行为判决的结论。但我认为,判决重作具体行政行为的主体也可以是二审法院,理由是:其一,现行法律允许二审法院作出撤销判决,有时必然会出现要求被告重作具体行政行为的情况,因此,我们没有理由否定二审法院在作出撤销判决后再判决重作具体行政行为。有权作出撤销判决的法院,应当有权判决重作具体行政行为,否则,这种撤销判决就无法在根本上解决行政案件所涉及的行政法律关系,这种撤销判决就没有任何法律意义。其二,如果二审法院在作出撤销判决之后无权附带判决重作具体行政行为,那么二审法院只能发回一审法院重审,其结果将增加诉讼程序,提高诉讼成本。因此,根据行政效率理论和现代诉讼效益理论,由二审法院在作出撤销判决之后,有权附带判决重作具体行政行为,既不违背现行法律规定的精神,又符合现代社会行政管理的客观需要。

### 三、判决重作具体行政行为与 判决限期履行法定职责的关系

判决限期履行法定职责是指被告无正当理由不履行或者拖延履行行政相对人要求其履行的法定职责时,由法院责令被告限期履行职责的一种判决。根据我国行政诉讼法的规定,判决限期履行法定职责应当具备以下条件:其一,被告负有法定职责。这里的“法定职责”是指作为被告的行政机关的职权和权限。职权表明行政机关有权实施某种行政行为,权限表明行政机关可以在多大的范围内实施这一行政行为。这里的“法定职责”还应包括法律明确规定的行政机关的法定职责和行政机关因实施某一行政行为后引生的法定职责,如要求公民作证而产生的保护责任。如果行政相对人的要求不属于该被告的法定职权,则被告可以拒绝履行。其二,被告不履行或者拖延履行法定职责。对被告不履行或者拖延履行法定职责的认定,如有法律明文规定履行期限的,应当依据该法定的期限;如没有法律明文规定履行期限的,则可依据行政惯例、内部文件或实际情况所形成的合理性来综合认定。其三,必须有行政相对人的申请。这里所涉及到的不是行政机关主动履行的法定职责,而是要经行政相对人申请后,行政机关才能履行的法定职责,如颁发企业营业执照,没有行政相对人的申请,行政机关就不能发给其企业营业执照,如行政相对人已经提出申请,但行政机关无正当理由拒绝或拖延答复,则构成了拒不履行法定职责的具体行政行为。

判决重作具体行政行为与判决限期履行法定职责之间有相似之处,即两者均由法院责令被告在一定期限内履行其法定职责。但更多的是它们的不同之处,因而有作区分的必要:其一,判决形式不同。重作具体行政行为判决是一个从属于撤销判决的附带判决,没有独立性;而履

行法定职责判决则是一个独立判决,它不依任何一种判决形式为存在前提。其二,产生原因不同。判决重作具体行政行为是被告已经作出了一个具体行政行为,而这个具体行政行为因被法院以违法为由而判决撤销,同时要求被告依据法定职权对案件所涉及到的行政机关在其管辖范围内依法再作一次处理;而履行法定职责判决则是在原告的要求下,被告无正当理由拒绝或拖延履行时,由法院作出一个责令被告在一定期限内履行法定职责的判决。这样的区别是否已经划清了这两种判决的分界线,我看未必。这里至少还存在着一个问题亟待解决,那就是不履行法定职责并不就等同于不作为的违法具体行政行为,因此,不能仅用判决限期履行法定职责来解决这一问题。

在我国目前的行政法学界,将“不履行法定职责”解释为不作为的违法的具体行政行为是一种比较公认的观点。<sup>〔9〕</sup>但我认为,从我国行政诉讼法的规定看,不履行法定职责是指行政机关对行政相对人的申请“拒绝”和“不予答复”的两种情况。不予答复作为一种不作为的具体行政行为我并无异议,但将拒绝也看成是一种不作为的具体行政行为就无法认同了。拒绝这一具体行政行为就本质而言,它是一种作为;就该具体行政行为内容而言,它是对行政相对人申请的一种否定。“它是以消极的、间接对客体发生作为的方式所进行的活动,往往表现为不作出一定的动作或动作系列。”<sup>〔10〕</sup>因此,拒绝这一具体行政行为在方式上可表现为行为主体没有明显的动作,但在内容上则表现为行为主体的行为已经对行政相对人的合法权益产生了影响,这种具体行政行为已具备客观存在的形态。它不同于不予答复的具体行政行为,在内容上对行政相对人的申请没有作出任何表示。由此产生的一个问题是,对于被告这一拒绝的具体行政行为如为法院认定为违法时,在不先作出撤销判决之前,可以直接作出限期履行法定职责的判决吗?从法理上说,法院应当首先撤销这一拒绝的违法具体行政行为,然后,如认为必要,可以附带作出一个重作具体行政行为的判决,但目前司法实践中却不是这样做的。造成这一问题的根本原因是我们至今在认识上仍将拒绝这一具体行政行为简单地当成不作为的具体行政行为。现行行政诉讼法的规定正是这种认识的产物。因此,在没有修正行政诉讼法的规定以前,我认为法院在处理这类案件时,可以先判决撤销拒绝这一具体行政行为,然后附带判决重作具体行政行为。这样才能在法理上获得自圆其说的解释。

#### 四、与判决重作具体行政行为有关的几个问题

##### 1. 被告在重作具体行政行为时是否有取证权

我国行政诉讼法第55条规定:“人民法院判决被告重新作出具体行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。”这一禁止条款的法律意义在于防止被告再作出与被法院撤销的具体行政行为相同的具体行政行为,从而引起循环诉讼。同时,行政诉讼法第33条又规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”由此引出了被告在重作具体行政行为时是否有取证权的问题。有一种观点认为,被告重作具体行政行为,其行为的实质是在执行法院的判决,是诉讼程序中的行为,因此,被告无取证权。我认为,这种观点是不对的。从法理上说,法院在对某一案件审理后作出判决,意味着结束正在进

〔9〕 参见陈小君、方世荣:《具体行政行为几个疑难问题的识别辨析》,《中国法学》1996年第1期。

〔10〕 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第152页。

行的诉讼程序。在行政诉讼中,法院作出撤销判决并附带作出重作具体行政行为判决,已表明法院结束了一审或二审诉讼程序,于是,本案所涉及的行政争议又回到了行政程序中,被告将在行政程序中根据自己的权限依法重新作出具体行政行为。因此,被告在重作具体行政行为时必然有取证权。如果否定被告在重作具体行政行为时的取证权,则行政诉讼法第55条的规定就失去了可行性。因为,不赋予被告在重作具体行政行为时的取证权,被告只能以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。因此,赋予被告在重作具体行政行为时的取证权,是具有充分的法律和法理依据的。

## 2. 法院如何确定被告重作具体行政行为的期限

目前围绕着司法实践的一个问题是,法院在作出撤销判决后又判决重作具体行政行为,如果基于司法审查有限原则而不确定被告重作具体行政行为的期限,则可能会使判决变得没有任何意义,因为被告可以拖延甚至不履行判决,如果法院在判决中要确定被告履行判决的期限,则又发生应当以什么标准来确定被告重作具体行政行为期限的问题。从法理上说,行政机关何时行使行政职权,应当由行政自由裁量权来决定。对于这个问题,现行行政诉讼法没有作任何规定。因此,法院在判决重作具体行政行为时,如果单行的行政法律、法规和规章有明确的规定,法院则可依据规定直接判决。但实际上,由于我国行政程序法制建设的有限性,行政时限制度很不完善,行政机关的具体行政行为在多少时间内作出,在许多行政领域中完全取决于行政机关的自由裁量权。要解决这个问题,就可能涉及到司法权介入行政自由裁量权的问题,但我国行政诉讼法仅将司法权介入行政自由裁量权限制在行政处罚的范围内,但我们不能以此规定来否定法院在判决重作具体行政行为时为被告确定履行重作具体行政行为的时限的权力。一个没有履行期限的判决并不是一个完整的判决,既然法律赋予法院判决重作具体行政行为的职权,法院就有权力为被告履行判决确定具体的期限。行政管理事务的复杂性决定了法律无法规定一个统一重作具体行政行为的期限,法院在确定重作具体行政行为期限时,就应当考虑:其一,法律、法规和规章规定了行政机关作出具体行政行为期限的,则应当依规定确定重作具体行政行为的期限。其二,法律、法规和规章没有规定而只是行政机关内部文件规定行政机关作出具体行政行为的期限,法院则可以参考该内部文件所规定的期限确定重作具体行政行为的期限;如果连规定期限的内部文件都没有,法院则应当考虑被告以前处理同类案件所需要的时间,结合本案的实际情况,为被告确定一个履行判决的合理期限。这个期限一般不应该超过一个月,因为过长的期限不利于及时稳定行政法律关系,提高行政效率,太短的时限缺乏可行性,使判决失去意义。有一种观点认为,这个期限可以参照行政诉讼法第38条第1款中规定的两个月的复议期限。<sup>[11]</sup> 这一观点也值得参考。

## 3. 判决重作具体行政行为与原告行为违法

在我国行政法学界有一种观点认为,判决重作具体行政行为适用于该案原告确有违法行为,具有可罚性。<sup>[12]</sup> 另有一种观点认为:“一般而言,法院发现被诉具体行政行为确有不合法的地方,但又不能排除原告有违法可能性,就要判决被告重新作出具体行政行为。”<sup>[13]</sup> 我认为,这

[11] 阿江等编著:《行政诉讼难题解答》,中国人民公安大学出版社1992年版,第224页。

[12] 张尚鸾主编:《走出低谷的中国行政法学》,中国政法大学出版社1991年版,第529页。

[13] 最高人民法院行政审判庭、中央人民广播电台法制组编:《行政诉讼法例解》,中国人民公安大学出版社1992年版,第148页。

两种观点都是片面的。理由是：其一，如果法院要在确认原告有违法行为时才能作出重作具体行政行为判决，法院则在行政诉讼中势必要审查原告行为的合法性。这在我国现行行政诉讼法中是没有法律依据的。当然，有时原告的行为是否合法是法院确定被告具体行政行为是否合法的一个依据，但并不能由此得出法院可以审查原告行为合法性的结论。因为在这样的情况下，认定原告的行为是否合法，应当由被告通过举证来证实，而绝不是由法院通过庭审去确定。正如有学者所说的：“审查相对人行为是否合法，是行政机关实施行政行为必须弄清楚的问题，而不是行政诉讼的任务。”〔14〕其二，并不是法院作出的要求被告所作的行政行为对原告都具有制裁性，有时还有受益性，如被告错发企业营业执照，法院在作出撤销判决后附带判决被告重新核实情况后向原告补发企业营业执照。在司法实践中，这种判决内容并不少见。〔15〕因此，我认为原告行为是否违法与法院判决重作具体行政行为并没有必然的联系。



〔14〕 江必新：《论行政诉讼的审查对象》，《中国法学》1993年第4期。

〔15〕 参见中国应用法学研究所编写：《人民法院案例选》，总第14辑，第190页。