



行政诉讼适用调解的可行性研究

葛自丹 李秋高

摘要: 行政诉讼不适用调解是我国行政诉讼法明文规定的一项原则,其在保障公权利的合法性以及私权利的实现过程中所曾经具有的程序性价值不可否认。但是,在我国构建和谐社会的特定时空背景下,该原则逐渐因为滞后于诉讼理论的发展、司法实践的需求以及公民权利观念的深入而导致其权威性的不断减损。所以,从行政诉讼的理论到实践均呼吁建立行政诉讼调解制度。

关键词: 行政诉讼; 适用调解; 公民参与权

我国行政诉讼法第 51 条规定:行政诉讼不适用调解。由此以立法的形式明确宣告人民法院审理行政诉讼案件不得以调解的方式结案。然而,在当下的行政诉讼实践中,却存在着大量的以“变相调解”^①方式化解行政争议的事实,这种法律规定与司法实务之间的落差自然引起学界乃至实务界的广泛关注。对于行政诉讼究竟是否可以适用调解,众说纷纭。对于行政诉讼能否适用调解问题的探讨自 20 世纪 80 年代就已经展开,但时至今日,就行政诉讼调解问题的讨论依旧在继续^②。有人主张行政诉讼中应当引入和解机制^③,有人主张行政诉讼中应当认可调解原则^④,还有人主张行政诉讼中应当引入协调机制^⑤,当然也有人对于行政诉讼中适用调解持审慎态度^⑥。笔者拟就行政诉讼适用调解的依据进行论证,期望能够为认识行政诉讼调解提供一种新的视角。

本文所指行政诉讼调解是指在行政诉讼的过程中,在法院审判组织的主持下,在查明

① 本文此处所谓的“变相调解”是指法院在审理行政诉讼案件过程中,由于行政诉讼法对调解的禁止导致法院基于事实的需要,通过在原、被告及第三人之间作一些建议、动员、协商的工作,促使原告撤诉。原告撤诉的原因有多种,可能基于被告改变了被诉的具体行政行为,也可能是原告认为自己无胜诉可能而主动撤诉,也可能是在行政机关的请求下或者人民法院主动在原被告之间“做工作”,致使双方和解而原告撤诉,终结诉讼。在上述三种原告撤诉的原因中,第三种原因所占比例较大且有不断增多的趋势。参见山东省高级人民法院行政审判庭《关于在行政诉讼中引入和解机制有关问题的调研报告》,载于《行政执法与行政审判》总第 20 集,法律出版社 2007 年,第 89~90 页。

② 理论界关于行政诉讼适用调解与否的争论由来已久,并且大致形成了两次大的讨论热潮。第一次讨论热潮(20 世纪 80 年代到 1990 年前后)和第二次讨论热潮(2003 年至今)。参见刘高林、徐继超《行政诉讼调解制度理论讨论述评》载于《求索》,2009 年第 3 期,第 135 页。

③ 张淑芳:《行政诉讼和解问题探讨》,载《行政法学研究》2004 年第 3 期;李俊:《国家与公民的合意——论行政诉讼和解》,载《广西政法管理干部学院学报》2005 年第 3 期;周公法:《试论行政诉讼和解制度》,载《行政法学研究》2005 年第 4 期;白雅丽:《论中国行政诉讼和解制度的建立》,载《现代法学》2006 年第 3 期;李杰、许琳、周公法:《试论我国行政诉讼和解制度的构建》,载《法律适用》2007 年第 7 期。

④ 高秦伟:《中国行政诉讼调解制度的现状与课题》,载《河南政法管理干部学院学报》2004 年第 1 期;杨临宏:《行政诉讼适用调解的思考》,载《法治论丛》2004 年第 5 期;刘东亮:《论行政诉讼中的调解——兼与朱新力教授商榷》,载《行政法学研究》2006 年第 2 期;刘澍:《论我国行政诉讼调解的理论革新》,载《安徽大学学报》2006 年第 2 期等。

⑤ 持此观点的论文主要有:沈福俊,和谐统一的行政诉讼协调和解机制,载《华东政法大学学报》2007 年第 6 期;王逗逗《权威人士回应行政诉讼协调和解制度三大疑点》,法制日报 2007 年 3 月 29 日第 8 版。

⑥ 持此观点的论文主要有:朱新力、高春燕:《行政诉讼应该确立调解原则吗?》,载《行政法学研究》2004 年第 4 期;安玉磊、王志峰:《论台湾地区行政诉讼和解制度》,载《台法研究论坛》;孔繁华:《行政诉讼中和解之必要性与可能性探讨》,载《河南政法管理干部学院学报》2004 年第 6 期等。

事实的基础上,依据自愿与合法原则化解原、被告争议并达成协议而终结案件的一种诉讼活动。法院在审理行政诉讼案件的过程中,以调解方式结案不仅能够迅速化解当事人之间的纠纷,做到案结事了,促进社会和谐,而且能够在调解的过程中保障双方当事人参与权的实现,顺应公民权利意识和参与需求的发展趋势,在中国构建和谐社会的特定时空背景下,行政诉讼中的调解之可行性毋庸置疑。

一、行政诉讼调解的前提

对于行政诉讼的目的,通说认为,它是法院对行政行为的合法性进行判断,并通过这种合法性的判断达致保护行政相对方合法权益的目的。但是,不容忽视的问题在于行政主体与相对方之间的争议并不会由于法院对行政行为的合法或违法的定性即告结束,如果行政诉讼只能解决行政行为的合法性判断问题在多数情况下不能解决纠纷、化解矛盾,在构建和谐社会的过程中越发显示出平息争议的价值所在。即人民法院在行政诉讼中仅仅进行合法性判断已经不能满足实践需求,更重要的问题应当是在判断合法性问题的基础上化解纠纷,这样,行政诉讼的核心问题日益回归到争议的解决与矛盾的化解。这一点由立法及相关司法解释的表述变革即可窥一斑:在1989年的《行政诉讼法》中规定行政诉讼法的目的在于保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权。由此不难看出当初行政诉讼的目的与核心是对行政机关职权行为的合法性进行监督,并藉此保护公民的合法权益;最高人民法院在2007年颁布的司法解释《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第1条规定:“为妥善化解行政争议,……”,由此可以明确看出最高人民法院对于行政诉讼的全新定位,将妥善化解行政争议作为诉讼中的核心问题和目的,不再将对行政行为的合法性判断作为唯一的诉讼目的。此外,法律实务界的权威人士也多次在公开场合提及行政诉讼的化解争议的核心目的,包括提出“积极探索行政案件处理新机制”、要求采取协调方式处理社会热点问题引发的群体性行政争议,以及强调行政诉讼的办案效果,做到案结事了。对于“社会热点问题引发的群体性行政争议,更要注意最大限度地采取协调方式处理”^①;提出化解争议是衡量行政审判工作的新标准:“衡量行政审判工作,最重要的是看是否化解了行政争议,是否理顺了群众情绪,是否促进了社会的和谐稳定。”^②强调行政诉讼的办案效果:“从各省的申诉率、息诉息访的统计情况来看,行政案件的办案效果方面也不容乐观。案件虽然办结,矛盾依然存在,纠纷仍未了结,甚至引发上访,那我们的行政诉讼机制还起什么作用?”^③

上述情况使我们不难得出一个结论:行政诉讼的核心与目的已经发生转变,即由判断行政行为的合法性发展为化解争议。行政诉讼的这种转变决定了在诉讼中引入调解机制的必要与可能。如果法院对于行政诉讼仍然停留在判断行政行为的合法性层面,那么以现有的裁判方式终结诉讼没有问题。但是,当法院对行政诉讼的核心目的改变为在解决合法性问题的基础上亦要追求对纠纷的妥善化解,就这一层次而言,通过现有的行政诉讼纠纷解决方式却不能达致这一目的,因为单纯地认定行政行为是否合法并不能解决当事人之间的分歧与争议。其结果往往导致行政诉讼终结后双方当事人之间的矛盾依旧存在,或者行政相对方的合法权益并没有得到最终的法律的保护。这样不仅会增加诉累,加重当事人的负担和法院工作的压力,而且会影响法院在民众心中的权威审判地位与公正性形象。因为当下行政诉讼案件激增不仅反映了民众法律意识的增强,而且还表达了民众依法维权时对法院能够公正裁决并解决争议的一种期待,如果法院在行政诉讼中仅做合法性判断而不能最终解决争议,必然会使原告的期望落空。这不仅是对法院的失望,还包含了对于社会和法律能否公正解决纠纷能力的怀疑,所以行政诉讼的核心亦应定位于“定纷止争”、“化解争议”。而调解正是能够起到这样的作用。调解工作追求的即是法律的社会效果,其重心在于问题的解决方案是否妥当、是否可行,是否有利于社会秩序的稳定、是否有利于纠纷当事人日后的和睦相处。正是这种对于法律和法院诉讼认识的深化,导致调解成为解决纠纷、化

①最高人民法院前院长肖扬在第五次全国行政审判工作会议上的讲话。

②前中共中央政治局常委、中央政法委书记罗干在第五次全国行政审判工作会议上的讲话。

③最高人民法院副院长江必新在2009年召开的全国法院行政审判工作座谈会上的讲话。

解争议的一种必不可少的方式。

二、行政诉讼调解是实践发展的必然选择

在我国构建和谐社会的大背景下,尤其是随着服务型政府目标的提出,倡导行政主体积极行政、服务行政。于是,行政主体与相对方之间的关系由单纯的管理与被管理逐步向合意、协商、给惠为主要类型的过渡,导致行政过程具有明显的协商性。这种多样态的行政过程决定了行政纠纷的多样性并导致很多行政纠纷具有行政给付的内容和民事争议的内容。这种行政过程特质的转变和行政纠纷的多样性现实均要求行政纠纷解决机制的多样性,作为行政争议解决的最后一道防线——行政诉讼——而言,当然也要适应纠纷多样性的要求实施多样性的解纷机制。

在我国当下的行政诉讼中,存在“根据决定的纠纷解决”,即人民法院通过裁判的方式解决纠纷,但法院对行政诉讼的裁判只意味着案件的审结,对于被诉行政行为合法性与否的判断对当事人而言并非完全意味着争议的平息,所以这种纠纷解决方式对于当事人而言并不彻底;而“根据合意的纠纷解决”是融“情、理、法”于一体的解纷机制,是化解当事人之间争议并保持双方的合作态度与和谐关系的不二选择。然而,这种“根据合意的纠纷解决”在我国行政诉讼中却“犹抱琵琶半遮面”,即司法实践中存在大量的诉讼中当事人和解,但为了迎合现行法律的规定,所有这种以和解方式解决争议的行政诉讼却都以撤诉的形式终结诉讼。《中华人民共和国行政诉讼法》第48条规定:“经人民法院两次合法传唤,原告无正当理由拒不到庭的,视为申请撤诉;……”第51条规定:“人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前,原告申请撤诉的,或者被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”可见,行政诉讼法中关于撤诉的规定中包含了两种情形:一是申请撤诉,一是视为撤诉。在申请撤诉中又有两种情况:一是原告无条件地申请撤诉,另一种情况是原告附条件撤诉,即被告改变了具体行政行为因而原告撤诉。由最后一种撤诉的情形看,应当是原、被告之间就被诉的具体行政行为之间进行了交涉与谈判,并取得了基本共识,从而双方消解争议,此后法律又规定法院对于撤诉的司法审查及决定权,从形式上看是审查撤诉申请的合法性,实质必然是在审查撤诉理由的同时一并审查原、被告双方达成的共识,这个过程与我国诉讼理论与实践中的诉讼和解并无二致。由此可见,即便是严格按照现行法律的条文来对照,我国行政诉讼法中并非完全排斥当事人的诉讼和解,只是以另外一种程序处理的方式默认了当事人不违反法律规定的和解。

综观我国的行政诉讼法,在明确行政诉讼不适用调解原则的同时对和解的网开一面,似乎可以理解为是立法当时矛盾的一种体现,这个口子为不适用调解原则的进一步修订奠定了基础,为行政诉讼探索新的处理机制开放出一条思路,并保留了必要的空间。事实上,当下大量存在的行政诉讼原告撤诉基本上是和被告达成了和解协议,或者是在人民法院的建议、督促、劝说、组织下达成了和解协议,对于当下法院在行政诉讼中所实施的“协调——撤诉”解纷机制中,原告撤诉的大部分原因都是基于法院协调后与被告达成了某种协议^①。那么,这种在法院协调下双方达成和解协议与我国诉讼理论中的调解又有什么区别呢?我国传统的诉讼理论对于调解与和解的划分依据就是协议的达成是否有法院的参与,如果双方在法院的主持或参与下达成了协议,则为调解,否则即为和解。

从现有的法律来看,似乎立法对于行政诉讼不适用调解原则也有松动的迹象。根据2008年起实施的《最高人民法院关于行政诉讼撤诉问题的若干规定》^②中的内容,体现了法律对“行政诉讼不适用调解

①有人对于原告的撤诉理由进行过问卷调查,根据“问卷”统计来看,行政诉讼中原告撤诉的原因主要有以下五种:一是意识到自己对法律的理解或事实的认识上存在偏差,主动向法院申请撤诉的有3例,占5.5%;二是考虑可能遭受行政机关的报复,出于惧怕或息事宁人等心理而申请撤诉的有11例,占20.4%;三是行政主体主动改变行政行为,认为自己的诉讼目的已经达到而自愿撤诉的有7例,占12.9%;四是与行政机关私下达成协议,达到诉讼目的而申请撤诉的有4例,占7.4%;五是经法院协调,与行政机关或者第三人之间达成协议,认为诉讼目的已经达到因而撤诉的有29例,占53.7%。参见卜晓虹,《反思与重塑——行政诉讼有限调解制度的重构》,载《法律适用》2006年第12期,第19页。

②2007年4月颁布并于2008年1月1日起实施的最高人民法院的司法解释《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》专门就行政诉讼原告的撤诉问题进行规定,一方面是以具体、细化的法律条文来规范撤诉行为,另一方面也表明行政诉讼的司法实践中原告撤诉情况的普遍,同时也彰显了在行政诉讼中调解被原则禁止基础上的行政诉讼撤诉的特别功用。

原则”有所动摇的立法精神。该规定第五条指出：被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，有履行内容且履行完毕的，人民法院可以裁定准许撤诉；不能即时或者一次性履行的，人民法院可以裁定准许撤诉，也可以裁定中止审理。从形式上看，原告申请撤诉时，双方和解协议内容是否履行完毕是法院是否准予撤诉的一个审查条件，实际上却体现了法院在解决行政诉讼时彻底化解纠纷的坚定性。而且，因为法律对于调解的禁止性规定，不能为当事人制作具有法律效力的调解书，为防止对和解协议的执行不力而不能周延保护原告的合法权益还特别设置了中止审理的程序。由此可见，现行行政诉讼法关于不适用调解的原则为实践中化解行政争议带来了一些不必要的麻烦。因为在上述情况下，如果可以通过法院的调解协议将当事人商定的内容加以固化，则会以调解书自身所具有的法律效力保证交易秩序，由此也可避免法院审理案件、是否准许撤诉尚需等待当事人对和解协议的内容是否履行完毕并以此作为是否准许撤诉的一个条件这种不合逻辑的事情发生。

在我国现行法律框架内，行政诉讼是以撤诉制度来替代法院调解制度的。笔者认为，虽然在现行的法律框架下，撤诉确实担当或者说替代了调解的结果性功能，即撤诉虽然也是在原告自愿或者原、被告达成协议的基础上终结诉讼程序，这与调解基于原、被告协议达成而制作调解协议并终结诉讼的结果相同。但是，撤诉并不能承载法院调解所具有的全部的强大功能，比如在调解程序中，法院可以正大光明地主持双方当事人就争议的焦点予以协商、法院还可以对双方的协议达成过程进行全程的法律监督、在调解成功后，还会以调解书的形式赋予调解协议以法律效力等，这些对于撤诉而言都是无法达致的，虽然为了弥补这种缺憾，相关的司法解释也作了一些迂回的规定，如前面提到的诉讼中止，以及在《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第7条中规定：“申请撤诉不符合法定条件，或者被告改变被诉具体行政行为后当事人不撤诉的，人民法院应当及时作出裁判。”但是，该规定中第7条的内容也存在一些问题，对于人民法院应当及时作出裁判的要求我们并不陌生，那是针对人民法院对案件进行调解时，调解与裁判之间关系的表述，即如果调解不成要及时作出裁判，现在硬是将之换成了“撤诉”，如果原告人不申请撤诉或者撤诉不被批准，则人民法院应当及时作出裁判，这是一种什么样的逻辑？与法院“及时作出裁判”并驾齐驱的竟然是原告的撤诉。如此规定是否会引起一个歧义，即在行政诉讼中，法院就等待原告撤诉，如果原告不撤诉，那就应当及时作出裁判。当然，我们可以理解在现行法律框架中，司法解释只有这样规定才能与行政诉讼法所规定的诉讼不适用调解原则相符，我们也可以理解，在现行法律背景下，只有以调解之实、行撤诉之名才不违法。

三、行政诉讼调解是实现公民参与权的有效路径

随着公共行政的改革，高权行政从人们视野中逐渐淡出，代之以大量的非强制行政、服务行政。与此相适应，行政相对方对于行政行为的参与权也日益得到认同和重视。金和斯蒂弗斯断言，“行政官员应该把公民视为公民（而不是把公民仅仅视为投票人、当事人或顾客），应该分享权威和减少控制，并且应该相信合作的功效。”^①这样，公民对行政事务的参与权得到了彻底认可，公民不再单纯是一个符号、一种象征，而是通过对政治生活和行政事务的参与来体现和享有公民权利。就行政事务而言，公民不再单纯是投票人，而要参与决策的过程；公民不再单纯是当事人，而要成为具有话语权的合作一方，行政主体与相对方在法律的框架内，协商一致共同作为，达致行政目的，如行政相对方接受行政指导、协助行政执法、签订并履行行政合同等，这样行政相对方在与行政主体的行为互动中就能够体现其自身的意志、利益和自由，并能够发挥其主观能动性，不再是单纯的接受者和依赖者；公民不再是“顾客”^②，而是“所

^①珍妮特·V·登哈特，罗伯特·B·登哈特：《新公共服务——服务，而不是掌舵》，中国人民大学出版社2004年，第29页。

^②“顾客”一词是在西方新公共管理运动中产生的对公民的一种新的称谓。在这项运动中，通过把政府服务的接受者视为顾客，而把这种顾客至上的理念带进政府改造之中。这项运动是在20世纪最后的20余年，为迎接全球化、信息化、国际竞争加剧的挑战以及摆脱财政困境和提高政府效率，西方各国相继掀起的政府改革的热潮，使得公共行政管理模式向“管理主义”或“新公共管理”模式转变。如澳大利亚学者休斯在其1998年出版的《公共管理导论》一书中所说：20世纪80年代中期以来，西方发达国家公共部门的管理方式已发生了变化，以官僚制为基础的传统行政管理模式正在转变为一种以市场为基础的新公共管理模式。参见陈瑞明：《政府再造——西方“新公共管理运动”述评》，中国人民大学出版社2003年。

有者或主人”,是享有公民权利和参与机会的公民,是在一个更广大社区环境中权利的享有者和责任的承担者,而不是只关注个人短期利益的“顾客”。

由此可见,在公共行政改革浪潮的席卷下,公民的参与权已经得到广泛的认同并渗透到各项行政事务中。我国在构建服务型政府的过程中,也强调公民参与,并在实践中予以落实。比如在行政处罚中,法律规定对某一违法行为罚款10—20万,某行政机关作出处罚决定为罚款18万,这个结果显然属于该行政机关行使自由裁量权的结果。依《中华人民共和国行政处罚法》规定,行政机关作出处罚决定前,要听取相对方的意见,给相对方以陈述和申辩的机会,而且对于数额较大的罚款处罚还应当举行听证。显见,行政法赋予了相对方在行政机关作出行政行为时的参与权。到了诉讼阶段,作为诉讼当事人的行政相对方固然有权参与到行政诉讼中来,并终于与行政机关有了一个相对平等的诉讼地位,但是行政相对方作为诉讼中的原告,仅有这种程序上的参与权还不够,还应当享有实体方面的参与权,这也是对行政行为过程中相对方参与权的继续,在诉讼中保障原告的实体和程序上的参与权,调解的解纷方式最适合不过。因为只有调解程序中,当事人之间才能就案件所涉及的一切情况和问题展开充分的探讨,实质即将被诉行政行为的实施过程、事实认定及法律依据,包括相对方的证据均展现在法院和双方当事人之间,这样,作为行政相对方的原告也才有机会真正参与到行政主体的行政行为全过程。德国著名的行政法学家毛雷尔在他的《行政法总论》一书中曾把行政执法过程中的法律适用划分为四个阶段:“调查和认定案件;事实解释和确定法定事实要件的内容;对案件事实是否符合法定事实要件进行定性;确定法律后果。”他认为,“上述四个阶段相互关联,适用法律不仅是寻求逻辑结果的过程,而且是一个判断性的认识过程。”^①在行政诉讼调解的过程中,当事人可以就案件事实的认定、涉案行为的定性以及具体法律条款的适用等问题进行有益的对话、协商,从而在事实清楚并当事人对此均予认可的基础上达成协议,以化解争议。

综上,行政诉讼调解不仅在理论上可能、在实践中必要,而且在现实中可欲。只是因为存在法律上的障碍,导致实践中把行政诉讼中的调解都概括为“协调”或者是“协调和解”。最高人民法院多次要求各地法院积极探索“行政诉讼和解制度”^②;2007年,时任最高法院院长的肖扬在第五次全国行政审判工作会议上提出要求:“要抓紧制定有关行政诉讼协调和解问题的司法解释,为妥善处理行政争议提供有效依据。”各地法院也在积极探索并实践着行政诉讼的“协调和解”。由此可见,法院解决行政纠纷的新机制已经萌芽并透露出勃勃生机,虽然当下各地法院在书面文件中都用了协调和解,但如前述,此处协调和解,即为在法院协调下的和解,与调解同。只是碍于现行法律的规定进行了表述方面的技术处理。

■ 作者简介:葛自丹,广州大学法学院副教授,法学博士;广东 广州 510405。

李秋高,广州大学法学院副教授,法学博士。

■ 基金项目:国家社会科学基金重大招标项目(11&·ZD055)

■ 责任编辑:车 英

① 哈特穆特·毛雷尔《行政法总论》,法律出版社2000年,第123页。

② 最高人民法院于2007年1月发布的《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》提出了“探索行政诉讼和解制度”的要求;在同年3月发布的《关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》中又进一步指出,对行政诉讼案件,人民法院可以根据案件实际情况,参照民事调解的原则和程序,尝试推动当事人和解。人民法院要通过行政诉讼案件的和解实践,不断探索有助于和谐社会建设的多种结案方式,不断创新诉讼和解的方法,及时总结经验,不断完善行政诉讼案件和解工作机制。