

行政书面调查强度纠纷的合理处理方式

● 韩思阳*

【内容摘要】 行政调查强度纠纷中两种情形存在争议,即在书面调查强度下,由虚假材料引发的争议和由民事行为引发的争议。行政机关依法履行了书面调查职责的,即使在行政诉讼中发现材料虚假,也应当根据行政行为作出时的事实查明标准,肯定行政行为的合法性并同时废止行政行为,行政机关可以根据查明后的实际情况重新作出行政行为。行政机关履行书面调查职责时,不应调查民事行为,法院在行政诉讼中也不应审查民事行为,只要行政行为合法,即可驳回原告诉讼请求。原告可就民事行为另行提起民事诉讼,并持胜诉裁判向行政机关申请废止或变更行政行为。如行政机关拒绝,则原告可以提起行政不作为之诉。

【关键词】 行政调查强度 书面调查 法律事实 废止行政行为

行政调查强度是指行政机关作出行政行为前对事实进行调查所需要达到的程度。行政任务千头万绪,有些领域,行政机关必须在查清事实的前提下作出行政行为,对行政调查强度要求较高;而另外一些领域,行政机关只需根据书面材料进行调查即可做出判断,对行政调查强度的要求较低。近年来广泛推行的“告知承诺制”改革实质上是一种比书面调查更低的行政调查强度,它允许行政机关在书面材料都未调查的情况下仅凭相对人的承诺即作出行政行为。^[1]国外也有类似制度,比如希腊《行政程序法》规定:“未能通过身份或其他文件证明的事实或者细节,除非存在特别规定,可以根据利害关系人以法定形式做出的陈述予以接受。”^[2]降低行政调查强度既降低了行政成本,也方便了行政相对人,优化了营商环境,但嗣后当第三人以行政行为存在事实问题为由而提起行政诉讼时该如何处理?在贵阳市花溪金碧预制构件厂诉贵阳市人民政府案中,最高院认为,即使行政机关依法履行了书面调查职责,也应认定与事实不符的行政行为违法。^[3]其中的矛盾在于,根据之后查清的事实判定行政行

* 作者单位:上海师范大学政法学院。本文系作者主持的国家社科基金一般项目(资助编号:20BFX054)研究成果。

[1] 告知承诺制实际上是行政调查强度问题的特殊形式,有其自身特点,对此笔者将专文论述。

[2] 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社2004年版,第436页。

[3] 参见最高人民法院(2017)最高法行申字第331号裁定书。

为违法,无异于督促行政机关在做出决定之初就提高调查强度,那么书面调查将形同虚设。但如果不判定存在事实问题的行政行为违法,又该如何为第三人提供有效救济?司法实践中类似争议很多,如果迟迟得不到学理与制度层面的回应,那么降低行政调查强度的改革就会面临阻力。行政调查强度领域的纠纷主要由降低调查强度的努力,即书面调查强度引发,非书面调查强度固守传统的事实查明标准,没有太多疑问。本文首先分析行政书面调查强度纠纷的争议问题,即由虚假材料引发的争议和由民事行为引发的争议,进而整理司法实践面对这两种纠纷时的处理经验,之后结合理论反思司法实践所存在的不足,最终尝试给出妥当解决这两种纠纷的方案。

一、行政书面调查强度纠纷的争议问题

行政书面调查强度纠纷主要出现在依申请行政行为中的行政登记领域,包括行政许可、行政确认等,有时还会涉及行民交织争议。^[4]在行政登记领域,法律规范往往有降低行政调查强度的要求。以企业登记和房产登记为例。在企业登记领域,1988年的《企业法人登记管理条例施行细则》首次确立了企业登记领域行政机关应负非书面调查职责,而2001年生效的《国家工商总局第67号文》则首次实现了非书面调查向书面调查的转变。2004年生效的《行政许可法》进一步强化了《国家工商总局第67号文》所带来的这种转变,规定除非有法律规范的明文授权,行政机关一般只承担书面调查职责。在房产登记领域,2007年10月1日以前,行政机关应以《城市房屋权属登记管理办法》作为主要法律依据,承担非书面调查职责;2007年10月1日《物权法》生效以后,特别是2008年7月1日《房屋登记办法》生效以后,行政机关应以《物权法》和《房屋登记办法》为主要法律依据,承担书面调查职责。行政实践中,不同行政机关执法时对法律规范的理解有偏差,实际采用的行政调查强度也有所不同,但大量行政机关是采用书面调查强度的,而由此产生的行政书面调查强度纠纷在诉讼层面就有一定争议,需要学理和制度层面的思考。

(一)有争议的行政书面调查强度纠纷

1. 由虚假材料引发的争议。司法实践中,如果行政机关已依法履行书面调查职责且没有发现问题,但在行政诉讼中发现相对人提供的是虚假材料,此时法院若肯定行政行为,则裁判结果将与实际情况不符,第三人的利益无法得到保护;若否定行政行为,则司法判断将违背“行政机关的法定职责为何——行政机关是否履行了该法定职责——结论”的行政行为合法性论证三段论,很难说服行政机关,甚至更进一步地会引导行政机关在之后的行政实践中放弃书面调查。

2. 由民事行为引发的争议。行政登记领域经常涉及民事行为。如果行政机关依法履行了书面调查职责,即没有调查民事行为,那么行政行为一旦被起诉,行政诉讼中法院就面临着应否审查民事行为的问题。表面上看,《行政诉讼法》第6条似乎明确排除了法院在行政诉讼中审查民事行为的可能,但该法第5条、第70条同样对行政行为提出了“事实清楚、证据确凿”的要求,因此法院究竟应何去何从尚难遽下定论。如果法院在行政诉讼中审查民事行为,那么在民事诉讼也对同一民事行为进行审查的情况下,两种诉讼结果应如何协调?如果法院在行政诉讼中不审查民事行为,那么当行政行为的内容与实际情况不符时该如何处理?

[4] 行政书面调查强度纠纷与行民交织争议存在区别。前者主要存在于行政登记领域,且主要聚焦事实问题;后者广泛存在于行政许可、行政登记、行政征收、行政征用以及行政裁决等领域,且主要聚焦法律问题。

当然,实践中两种争议可能有交叉,即出现既存在虚假材料又有民事行为的情形,交叉情形下争议的问题并无不同,可以分解为以上两种争议分别处理。另外,并非所有行政书面调查强度纠纷都有争议。有些行政书面调查强度纠纷,法院作出的裁判能够比较圆满地解决问题,不需要学理制度层面进行专门设计。

(二)无争议的行政书面调查强度纠纷

1. 没有履行书面调查职责。如果行政机关未依法履行书面调查职责,那么法院一般会对行政行为予以否定。在陆从良等诉徐州市新沂工商局案中,法院认为:“根据《企业登记程序规定》的有关要求,徐州市新沂工商行政管理局应当对新沂市恒大机械有限公司提交的变更登记申请材料是否齐全是否符合法定形式进行审查。徐州市新沂工商行政管理局在新沂市恒大机械有限公司变更申请材料不齐全和不符合法定形式要件的情况下,为其办理了企业变更登记,显然不符合法律规定。”^[5]这种处理方式与现有制度理论没有任何冲突,最没有争议。

2. 越权履行书面调查职责。如果法院认为行政机关应承担书面调查职责,而行政机关超越职权进行非书面调查,那么,法院会以行政机关越权、违反法律保留原则为由判定行政行为违法。在云南敞阔经贸有限公司诉禄劝彝族苗族自治县住房和城乡建设管理局案中,法院认为:“在权属争议的情况下,法律法规未授予房屋登记机构否定已有登记、另行确认权属的职权,也未授予其实质审查商品房购销合同并确认合同性质和效力的职权,故禄劝住建局越权认定争议房屋属村民小组所有、越权认定买卖合同虚假,并基于越权认定的事实而撤销敞阔公司的房产登记,属行政行为缺乏事实依据、认定事实不清、适用法律错误情形。”^[6]这种情形实践中比较少。法院如此处理后,如果行政行为的内容与实际相符,则行政机关重新作出行政行为即可。当然,法院面对这种情形的可选项还包括确认行政行为违法;即使出现行政行为的内容与实际不符的情况,由于被诉行政行为已被撤销,也不存在太大问题。

以上后两种情形,不管申请材料、民事行为的实际情况如何,行政行为都是确定违法的,法院撤销行政行为也没有什么争议,因此可以不予讨论。需要重点讨论的是具有特殊性的、易引发争议的前两种情形。

二、司法实践对行政书面调查强度纠纷存在不同的处理方式

面对以上两种有争议的行政书面调查强度纠纷,在讨论解决方案之前,不妨先看看司法实践对两种争议情形的处理方式,以拓宽视野,总结经验。

(一)对由虚假材料引发的争议的处理态度

行政机关履行书面调查职责时没有发现申请材料存在问题,但之后诉讼时发现材料为虚假,此时法院不论肯定还是否定行政行为都将处于两难境地。对此,不同法院的态度各有不同。

1. 肯定行政行为。有法院认为,行政机关依法履行了书面调查职责,虽然行政行为内容与实际情况不符,也应肯定行政行为,理由主要基于行政行为合法性论证的三段论。

[5] 徐州市中级人民法院(2019)徐行终字第150号判决书。类似的还有上海市第一中级人民法院(2004)沪一中行终字第38号判决书、邵阳市中级人民法院(2009)邵中行终字第8号判决书、长沙市芙蓉区人民法院(2005)芙行初字第20号判决书等。

[6] 昆明市中级人民法院(2016)云01行终字第208号判决书。类似的还有泰州市中级人民法院(2017)苏12行终字第278号判决书。

在重庆铎钊商贸有限公司诉重庆市房管局案中,一审法院认为:“登记机关的工作人员在房屋登记过程中,对申请人提交的申请材料履行形式审查职责……至于印章等资料的判别必须经鉴定才能识别。因本案申请人提交的法定要件齐备,符合办理条件,重庆市国土资源和房屋管理局已经尽到审查职责,其办理本案商品房买卖合同权益转让的登记备案是合法的。重庆铎钊商贸有限公司要求撤销该登记备案的理由不能成立。现已查明涉及重庆铎钊商贸有限公司的相关材料系重庆瑞奇物业有限公司伪造的,应由其承担相应的法律责任。此次登记备案行为具有合法性,但存在一定的合理性问题。”二审法院维持原判。^[7]本案中,一审法院虽基于行政行为合法性论证的三段论肯定了被诉登记行为,但同时也指出:第一,行政机关没有能力辨别材料真伪;第二,行政行为存在合理性问题;第三,应由伪造材料的第三人承担责任。这三点可看作法院对原告诉求的回应,表明法院在两难困境下试图尽量找到最优解。但这种裁判仍没有彻底解决问题,因为:第一,行政机关虽没有能力辨别材料真伪,但毕竟材料已经被证实虚假;第二,所谓的“合理性问题”在只进行合法性审查的行政诉讼中没有意义;第三,伪造材料的第三人应承担何种责任并不明确。这就导致“案结事不了”,原告权益无法得到有效保护。

前述贵阳市花溪金碧预制构件厂诉贵阳市人民政府案中,行政机关尽到了书面调查职责,而申请材料被证实是伪造,二审法院面对这种两难做出了“行政行为不违法但应撤销”的判断,这种明显自相矛盾的判断最终被最高院否定。^[8]

2. 否定行政行为。有法院认为,虽然行政机关依法履行了书面调查职责,但行政行为内容与实际情况不符,应否定行政行为。值得注意的是:第一,法院否定行政行为的理由是什么?第二,法院如何回应行政机关的诉求?

(1) 法院否定行政行为的理由有两点。第一,欠缺事实基础。有法院以欠缺事实基础为由否定行政行为,具体表现一般是在裁判主文援引旧《行政诉讼法》第 54 条第 2 项第 1 目或新《行政诉讼法》第 70 条第 1 项。也有法院在说理部分明确阐述了该理由。在李瑞杰诉泉州市房管局案中,法院认为:“登记机关因只负形式审查义务而无法发现其虚假并进行了核准登记,致使该行政登记缺乏合法的事实基础。”^[9]此案法院所理解的事实其实是客观事实,而非法律事实。第二,保护合法权益。有法院基于保护公共利益和当事人利益的理由否定行政行为。在吴秀荣诉徐州市邳州工商局案中,法院认为:“第三人申请资料齐全,符合法定形式,被告依法作出核准登记,已尽审慎审查职责。然而第三人向被告提供虚假申请资料的事实已为三方当事人所认可。基于对社会公益以及原告权益的保护,对第三人以违法手段所骗取的工商登记,法院应当予以纠正。”^[10]基于保护合法权益的理由判定行政行为违法,表面上看有正当性,实际上偏离了行政诉讼对行政行为合法性进行审查的中心,有司法权僭越立法权的嫌疑。

(2) 法院回应行政机关的诉求。对行政机关而言,法院脱离行政行为合法性,判定行政行为违法

[7] 参见重庆市第五中级人民法院(2009)渝五中法行终字第 46 号判决书。类似的还有上海市徐汇区人民法院(2005)徐行初字第 141 号判决书、重庆市高级人民法院(2005)渝高法行终字第 60 号判决书等。

[8] 参见最高人民法院(2017)最高法行申字第 331 号裁定书。

[9] 泉州市中级人民法院(2017)泉行终字第 30 号判决书。类似的还有广州市中级人民法院(2004)穗中法行终字第 138 号判决书、武汉市中级人民法院(2009)武行终字第 175 号判决书、成都市中级人民法院(2009)成行终字第 16 号判决书、深圳市宝安区人民法院(2008)深宝法行初字第 67 号判决书等。

[10] 徐州市中级人民法院官网, <http://xzzy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2007/03/id/2093206.shtml>, 2021 年 3 月 30 日访问。类似的还有上海市第一中级人民法院(2005)沪一中行终字第 201 号判决书。

是难以接受的。司法实践中,为说服行政机关或回应行政机关的诉求,法院往往在否定行政行为之外尽量减轻行政机关责任。

第一,行政违法但无过错。有法院引入过错来丰富对行政行为的评价。在安某诉北京市工商局房山分局案中,法院认为:“房山工商分局已尽到形式上的审查义务,但……签名显系伪造。在此情况下,房山工商分局依据并非刘某本人签名的股权转让协议办理股权变更登记,虽无主观过错,但缺乏事实依据。”^{〔11〕}该案中,法院在正式裁判之后的自我评析部分指出:“判决的论理部分策略性地指出被告已尽到形式上的审查义务,而无主观过错。寥寥数语,但已明确认定了被告对依据虚假文件而为之的股权变更登记无须承担过错责任,这使得被告虽败诉但不失‘颜面’,原告起诉的目的亦已达到,较好地平衡了双方当事人之间的利益关系。”^{〔12〕}这表明,法院引入过错评价的直接目的就是为了回应行政机关诉求,平衡原被告关系。但令人疑惑的是,行政法上的过错问题一般只在行政赔偿领域出现,且存有较大争议,迄今没有为国家赔偿法所认可。此处仅仅为解决行政书面调查强度纠纷,引入过错要件的正当地基础何在?

第二,否定登记申请行为。有法院认为,行政机关依法履行书面调查职责后,如果行政行为内容与实际情况不符,那么应当否定的对象既有行政行为,也有登记申请行为。在林桂芬诉扬州市房管局案中,法院的结论是行政行为违法,但同时将矛头指向登记申请行为。^{〔13〕}这样的处理方式对行政机关而言,显然更容易接受。但问题在于,行政诉讼仅处理行政行为合法性问题,即使对登记申请行为进行否定,也仅具有宣示意义,没有任何实际法律效果。

第三,形式合法,实质违法。有法院创造了“形式合法”与“实质违法”这一对概念,通过认定行政行为形式合法而实质违法,从而在否定行政行为的同时保留了部分肯定,比如袁志梅诉淮安市淮阴区房管局案。^{〔14〕}同林桂芬案类似,这种处理方式也出于为行政机关“挽回颜面”的目的,但在实际法律效果上没有任何意义。“形式合法”与“实质违法”的概念无实定法依据,徒增困扰。

(二)对由民事行为引发的争议的处理态度

由虚假材料引发的争议,问题主要集中于行政诉讼如何在原被告以及第三人之间取得平衡,但对于法院有权审查材料是否虚假这点是没有争议的。由民事行为引发的争议,法院除了平衡各方关系时会遇到前述类似的两难外,还面临应否审查民事行为的问题。如果法院不审查民事行为,那么在行政行为内容与实际情况不符的情况下无法保障第三人权益;如果法院审查民事行为,那么行政诉讼对民事行为的判定有可能与民事诉讼产生冲突。司法实践中,不同法院的做法不同。

1. 一并审查民事行为。有的案例中,尽管行政机关依法履行了书面调查职责,但法院基于行政行为应“事实清楚”的理念直接对民事行为进行审查,比如重庆市长寿区顺发市场服务有限公司等诉重庆市工商局长寿区分局案。^{〔15〕}有的案例中,法院基于“有利于提高诉讼效率”的理由对民事行为进行审查。在程雪梅诉徐州市房管局案中,法院认为:“人民法院在审理行政诉讼案件过程中,对涉及相关平等主体的民事法律关系的证据,可以一并审查,这样符合行政诉讼经济与效率原则的立法本意,被

〔11〕 北京市房山区人民法院(2007)行字第74号判决书。类似的还有成都市中级人民法院(2007)成行终字第124号判决书。

〔12〕 北京市房山区人民法院(2007)行字第74号判决书。

〔13〕 参见扬州市中级人民法院(2017)扬行终字第10号判决书。

〔14〕 参见最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(总第14集),法律出版社2005年版,第117页。

〔15〕 参见重庆市第一中级人民法院(2016)渝一中行终字第6号判决书。类似的还有章丘市人民法院(2010)章行初字第19号判决书、驻马店市中级人民法院(2010)驻法行终字第8号判决书等。

告及第三人辩称‘房屋买卖行为不属行政诉讼审查范围’的理由本院不予支持。”〔16〕

法院在行政诉讼中一并审查民事行为,再根据民事行为的审查结果对行政行为做出判断,表面上看通过一个诉讼一并解决了行政争议与民事争议,但问题在于,当事人可能就民事行为单独提起民事诉讼,此时就可能出现两种诉讼并行且诉讼结果矛盾的情况。对此,有法院反对民事诉讼对民事行为拥有独占审查权,并且认为行政诉讼对民事行为的裁判不受民事诉讼裁判的影响。在无锡市第六建筑工程公司海南分公司诉海口市房管局案中,关于房屋登记所涉及的房产留置抵偿协议的效力,法院认为:“该协议是合法有效的协议,应当受到法律的保护。至于海口市美兰区人民法院(2005)美民二初字第33号民事判决作出的上述协议无效的判断结论,对本案没有羁束力。”〔17〕法院的这种判断没有实定法依据,也与审判分工的基本原理不符。

2. 拒绝审查民事行为。如果法院拒绝审查民事行为,理由一般是:行政诉讼以审查行政行为的合法性为中心,民事争议应交由民事诉讼解决。在章继萍诉沈阳市房管局案中,法院认为:“现被上诉人提供的证据可以证明,其对原审第三人张晖提出的产权登记申请所进行的房屋权属审核,符合上述法律规范要求,尽到了形式审查义务,其所办理的房屋权属登记并无不当。关于上诉人章继萍提出张铁成出卖的房屋为与其共有的问题,不属本案审理范围。”〔18〕有的案例中,行政机关没有依法履行书面调查职责,法院一方面判定行政行为违法,另一方面拒绝审查民事行为,认为民事争议应通过民事诉讼解决。在王振诉桐柏县房管局案中,法院认为:“现桐柏县房产管理局在无充分证据证明该争议房屋系上诉人王林个人全额出资的情况下,仅依据桐柏县粮食局的证明而颁证确属事实不清,证据不足,应予撤销。鉴于本案当事人王振、王林系兄弟关系,双方为处分遗产的民事案件尚在审理过程中,故应在遗产纠纷处理完毕,权属明晰无争议的前提下,依法申请颁证机关予以颁证。”〔19〕

法院拒绝在行政诉讼中一并审查民事行为,只要行政机关尽到了书面调查职责,即使行政行为的内容与实际不符,法院也只能肯定行政行为。当事人需要另行就民事争议提起民事诉讼,待民事诉讼确权后向行政机关申请改变原行政行为。这种处理方式比较烦琐,但一般不会出现两个诉讼结果矛盾的情况。有的法院已经意识到此问题。在姚立志诉南阳市房管局案中,行政行为由于程序违法被撤销,法院在否定行政行为的同时严格限定了裁判的效力范围:不及于相关民事行为,法院同时行使释明权将相关民事争议引向了民事诉讼。〔20〕在安徽省淮南市洞山农村信用社诉淮南市房管局案中,有关民事争议,法院一方面坚持应以民事诉讼的裁判结果为依据,另一方面否认行政诉讼的

〔16〕 泉州市中级人民法院(2010)泉行初字第32号判决书。类似的还有漳州市中级人民法院(2000)漳行终字第48号判决书。

〔17〕 海南省高级人民法院(2006)琼行终字第49号判决书。类似的还有北京市第一中级人民法院(2008)一中行终字第21号判决书。

〔18〕 沈阳市中级人民法院(2018)沈行终字第141号判决书。类似的还有镇江市中级人民法院(2004)镇行终字第18号判决书、重庆市第五中级人民法院(2009)渝五中法行终字第46号判决书、盐城市中级人民法院(2007)盐行终字第47号判决书、南阳市中级人民法院(2009)南行终字第41号判决书、九江市中级人民法院(2007)九中行终字第15号判决书、驻马店市驿城区人民法院(2010)驿行初字第6号判决书、广州市中级人民法院(2010)穗中法行终字第140号判决书、扬州市中级人民法院(2007)扬行终字第10号判决书、上海市第一中级人民法院(2005)沪一中行终字第259号判决书、沈阳市中级人民法院(2006)沈行终字第158号判决书、漯河市中级人民法院(2009)漯行终字第34号判决书、上海市第二中级人民法院(2009)沪二中行终字第219号判决书、泸州市中级人民法院(2008)泸行终字第31号判决书、上海市虹口区人民法院(2008)虹行初字第50号判决书等。

〔19〕 南阳市中级人民法院(2009)南行终字第103号判决书。类似的还有三亚市中级人民法院(2002)三亚行终字第14号判决书、盐城市中级人民法院(2006)盐行终字第55号判决书、郑州市金水区人民法院(2009)金行初字第124号判决书、许昌市中级人民法院(2009)许行终字第19号判决书、驻马店市中级人民法院(2009)驻法行终字第153号判决书、武汉市中级人民法院(2008)武行终字第38号判决书、江苏省高级人民法院(2005)苏行再终字第4号判决书、上海市浦东新区人民法院(2009)浦少行初字第3号判决书等。

〔20〕 参见南阳市中级人民法院(2009)南行终字第160号判决书。

裁判结果会对民事行为产生效力。^[21]

总体来看,司法实践中,法院在处理行政书面调查强度纠纷时,无论是遭遇虚假材料还是面对民事行为,所做出的裁判多有创新,表明司法实践已经触及这类纠纷的深层问题并展示了司法想象力可能到达的极限。遗憾在于,现有裁判或因噎废食,将行政法基本原理抛诸脑后,或囿于个案视野,尚无法从整体上解决此类问题,存在诸多不足。

三、司法实践处理行政书面调查强度纠纷存在的不足

现有司法实践处理行政书面调查强度纠纷存在的不足可以从两个层面展开:一是面对由虚假材料引发的争议,行政诉讼中法院应如何处理行政行为;二是面对由民事行为引发的争议,行政诉讼中法院应如何处理民事行为。

(一)处理由虚假材料引发的争议存在的不足

司法实践中,面对由虚假材料引发的行政书面调查强度争议,法院针对行政行为的处理方式存在以下不足。

1. 肯定行政行为无法解决问题。有的法院基于行政行为合法性论证的三段论肯定行政行为。本文认为,这种做法符合学理,也有实定法依据,但无法从根本上解决纠纷。有的学者在肯定行政行为的同时提出应打破行政诉讼中“合法——维持、违法——撤销”的固定链接,对于行政机关已经履行书面调查职责但事后发现申请材料为虚假的,一方面肯定行政行为的合法性,另一方面撤销行政行为。^[22]还有学者认为撤销判决、确认违法判决对于合法但错误的行政行为做出了违法评价,而驳回诉讼请求判决不能纠正实际存在错误的行政行为,所以正确的裁判方式是课予义务判决,即法院课予行政机关变更行政行为的义务。^[23]这些观点从裁判方式入手,试图从根本上一部到位解决纠纷,但其具体方案与现有行政诉讼法体系龃龉过大,理论上难以自圆其说。撤销合法的行政行为没有先例,会带来学理上的混乱,前述贵阳市花溪金碧预制构件厂诉贵阳市人民政府案中,最高院也明确否定了这一做法。课予义务判决往往针对不履行法定职责情形,且由于其涉嫌司法权介入行政权,应严格限制其适用范围,而且本质上,这种方案回避而非解决了行政行为合法性判断问题。

2. 事实清楚并非“客观事实清楚”。有的法院基于行政行为应事实清楚的理由否定行政行为,也有学者从行政行为的事实基础角度论证行政行为的违法性。^[24]可见,否定行政行为的实务与学界观点一定程度上被困于行政行为应事实清楚这一要求。本文认为,事实清楚当然是任何高权行为做出时的底线要求,但我们所讨论的应是“法律事实清楚”而非“客观事实清楚”。也就是说,面对由虚假材料引发的行政书面调查强度争议时,客观事实虽有瑕疵,但法律事实可以是清楚的,实定法规定的书面调查职责界定了法律事实的范围。

3. 违法性继承有待商榷。有的法院同时判定行政行为和相对人的申请行为违法,其中暗含了两

[21] 参见最高人民法院(1999)最高法行终字第19号判决书。类似的还有南阳市中级人民法院(2009)南行终字第46号判决书、南阳市中级人民法院(2009)南行终字第2号判决书、浚县人民法院(2009)浚行初字第19号判决书等。

[22] 参见章禾舟:《论合法行政行为之撤销——以行政诉讼为研究视角》,载《法律适用》2014年第2期,第75-80页。

[23] 参见孙森森:《不动产登记错误的行政判决方式——以欺诈导致登记错误的行政案件为中心》,载《行政法学研究》2018年第2期,第134-144页。

[24] 参见杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第324页。

种行为的违法之间存在继承关系的判断。也有学者持类似观点,认为基于虚假材料作出的行政行为属于受欺诈行政行为,而“受欺诈行政行为在各国都属于违法行政行为并且可以不受信赖保护原则的限制予以撤销”。理由在于,行政行为虽然是行政机关单方作出的,但当相对人的意思表示存在瑕疵时,吸收当事人意思表示作出的行政行为也必然存在瑕疵。^[25]也就是说,相对人意思表示的违法性被行政行为所继承。本文认为,学界通常所讨论的违法性继承主要还是在相互关联的先行行政行为与后续行政行为之间展开。^[26]高权行为的性质为不同行政行为之间的违法性继承提供了基础,而私主体行为与高权行为之间的差异性则对其之间的违法性继承构成障碍。即使在不同行政行为之间,也存在后续行为因仅对先行行为承担书面调查职责,从而不继承先行行为违法性的主张。^[27]同理也可以认为,行政机关履行了书面调查职责的,即使申请行为存在违法性,该违法性也不应由行政行为继承。

4. 无法回应行政机关的核心诉求。有的法院基于行政行为应事实清楚或合法权益应受到保护的理理由否定行政行为,虽回应了原告的诉求,但却无法说服行政机关,因为这种做法模糊了行政行为合法性认定的标准,^[28]会导致行政机关的抵触。因此法院创造出“违法但无过错”“相对人也有责任”“形式合法实质违法”等评价,学界也有类似观点。^[29]这些在否定行政行为基础上所提出的配套举措,无疑在一定程度上可以缓解行政机关的焦虑,但对行政诉讼而言,行政行为合法性评价是核心,行政机关最在意的也是行政行为是否合法,这些配套举措无实定法依据,不能从根本上回应行政机关的核心诉求。

(二) 处理由民事行为引发的争议存在的不足

司法实践中,面对由民事行为引发的行政书面调查强度争议,法院针对民事行为的处理方式存在以下不足。

1. 一并审查引发冲突。当行政机关只履行书面调查职责,同时又存在与行政行为相关的民事争议时,行政诉讼中法院就面临如何处理民事行为的问题。有的法院本着经济效率的目的,一并审查民事行为,但可能导致行政诉讼、民事诉讼并行并引发裁判矛盾。

本文认为,行政诉讼中法院应否审查民事行为,取决于现有制度下行政诉讼中法院审查民事行为是否可行。行政书面调查强度纠纷中,法院如果在行政诉讼中对民事行为进行审查,行政诉讼与并行的民事诉讼之间就有发生冲突的可能。假设我们规定行政诉讼的既判力低于民事诉讼,那么行政诉讼对民事行为进行审查的意义何在?假设我们规定行政诉讼的既判力高于民事诉讼,且不论这种规定是否具有法理基础,单论其可行性又如何?

如果行政诉讼的既判力高于民事诉讼,似乎行政诉讼应该能够完成“一揽子”解决行政书面调查强度纠纷的任务。但行政诉讼中法院对民事行为的审查仍只能依照民事诉讼规则进行。^[30]这意味着表面上通过行政诉讼“一揽子式”解决问题,实质上不过是由一个审判组织处理两个诉讼,即行政

[25] 参见叶必丰:《受欺诈行政行为的违法性和法律责任——以行政机关为视角》,载《中国法学》2006年第5期,第62页。

[26] 参见成协中:《行政行为违法性继承的中国图景》,载《中国法学》2016年第3期,第48-66页;王贵松:《论行政行为的违法性继承》,载《中国法学》2015年第3期,第98-119页。

[27] 参见朱芒:《“行政行为违法性继承”的表现及其范围——从个案判决与成文法规范关系角度的探讨》,载《中国法学》2010年第3期,第180页。

[28] 参见李昕:《论我国行政登记的类型与制度完善》,载《行政法学研究》2007年第4期,第44页。

[29] 同前注[25],叶必丰文,第66-68页。

[30] 参见章剑生:《行政诉讼中民事诉讼规范之“适用”——基于〈行政诉讼法〉第101条展开的分析》,载《行政法学研究》2021年第1期,第74页。

附带民事诉讼而已。只要存在两个诉讼,诉讼结果就仍有发生冲突的可能。^[31]从观念上看,某些行政行为,比如行政登记并没有对民事行为做出实质判断,此时法院对行政行为的判断如果不涉及民事行为,也就可以认为不会与民事诉讼冲突,但这种观念在行政诉讼、民事诉讼并行的情况下也是一样成立的,即两种诉讼不冲突的前提是行政诉讼中法院不审查民事行为,而非行政附带民事诉讼。新《行政诉讼法》第 61 条引入的行政附带民事诉讼并非新制度,早在 2000 年行政诉讼法司法解释中就有专门针对行政裁决的行政附带民事诉讼,但多年来司法实践对该制度的运用并不踊跃,^[32]学界对该制度也多持谨慎态度。比如,有学者否定各种与民事行为相关的登记行为的行政行为性质,从而认为不需要行政诉讼,也就不存在行政民事交织争议,最终也就无需引入行政附带民事诉讼制度。^[33]有学者主张否定行政裁决、行政确认、行政许可等行政行为的公定力,从而使民事诉讼摆脱行政诉讼的桎梏,民事诉讼可以直接审查行政行为与民事行为。^[34]更多学者主张行政附带民事诉讼只适用于行政裁决引发的相关民事争议,也就是说应回归至 2000 年行政诉讼法司法解释所确立的原点。^[35]

2. 专门诉讼无法推广。假设我们设计一种专门的诉讼形式,运用特殊的诉讼规则,将行政诉讼与民事诉讼合二为一,能否解决问题? 支持这一方案的学者多以日本的“形式当事人诉讼”作为例证。但该诉讼主要适用于由行政裁决引起的行政民事交织争议。在日本,形式当事人诉讼是以特别法的规定为依据的,作为一种特殊诉讼类型并无基础意义。^[36]由此来看,专门诉讼只能适用于特殊情况,无法普遍推广。

3. 实际操作并不可行。行政诉讼实践中,法院审查民事行为的情形并不少见,但存在以下问题:(1)法院只是将民事行为看作行政行为合法要件中事实要件的一部分,举证责任主要由行政机关承担,在行政机关怠于举证或举证不力的情况下,第三人的权益难以得到保障。(2)即使将第三人引入行政诉讼中,如果针对民事行为的举证责任和审查标准不依据民事诉讼规则进行,那么原告与第三人之间的权益之争仍无法恰当解决。(3)如果将民事诉讼的举证责任和审查标准引入到行政诉讼中,那么就又回到行政诉讼、民事诉讼并存的局面。

总体来看,通常情况下,行政诉讼一并审查民事行为会带来诸多问题。当然也有法院坚持以行政行为合法性审查为中心,拒绝审查民事行为,但从行政诉讼的角度看,这尚不能做到案结事了。

四、行政书面调查强度纠纷的合理解决之道

行政书面调查强度纠纷的特殊性,一是由虚假材料引发,二是由民事行为引发。实务界、理论界对两种情形的处理意见远未达成一致,相关纠纷亟需探求妥适的解决之道。需要明确的是,如果立法规定了行政机关应承担书面调查职责,行政机关就不可以为了查清事实进行非书面调查,因为行政调

[31] 参见韩思阳:《行政附带民事诉讼之难以逾越的障碍》,载《行政法学研究》2006 年第 4 期,第 116 页。

[32] 参见寇建东:《行政附带民事诉讼审理机制的完善》,载《人民司法》2018 年第 31 期,第 96 页。

[33] 参见吴光荣:《论行政争议与民事争议相互交织的解决路径——评〈行政诉讼法修正案(草案)〉第 63 条第 1 款》,载《政治与法律》2014 年第 5 期,第 107-115 页。

[34] 参见陈国栋:《我国不必建立行政附带民事诉讼制度——以行政权对民事争议的介入程度为切入点的反思》,载《政治与法律》2013 年第 8 期,第 119-127 页。

[35] 参见章剑生:《行政行为对法院的拘束效力——基于民事、行政诉讼的交叉视角》,载姜明安主编:《行政法论丛》第 13 卷,法律出版社 2011 年版,第 391-415 页;何海波:《行政行为对民事审判的拘束力》,载《中国法学》2008 年第 2 期,第 111 页。

[36] 参见王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社 2010 年版,第 242 页。

查权作为公权力的一种,必须受到法律保留原则的约束。本文讨论的解决方案是在行政机关不突破法定书面调查强度的前提下展开的。

(一)由虚假材料引发的争议的合理解决之道

实务界、理论界现有讨论主要针对常规情况,没有考虑到行政书面调查强度纠纷的特殊性。针对由虚假材料引发的争议,通常有两种处理方式:一是,法院在行政诉讼中判定行政行为合法,同时第三人可以持真实材料向行政机关申请改变原行政行为;二是,法院在行政诉讼中直接根据查明后的实际情况判定行政行为违法。对于第一种方式,分两步解决固然可以避免两难,但材料虚假不同于民事行为,不会引发并行的民事诉讼,法院在行政诉讼中对虚假材料做出判定也不会引发与民事诉讼的冲突。既然如此,法院完全可以在行政诉讼中一体解决争议。对于第二种方式,一体解决固然减轻了当事人负担,但判定行政行为违法并进而将其撤销也确实对行政机关不公平,且进而会鼓励行政机关提高行政调查强度,从而给相对人带来新的负担。司法实践做出的回应行政机关诉求的努力,以及学者提出的诸多方案终究只是治标之策,无论学理层面还是操作层面都不够圆满。

关键在于找到一种既能一体解决争议,又可以避免判定行政行为违法的途径。这就需要引入行政行为合法性判断的基准时与行政行为的废止。行政行为作出后,原有事实发生变化或者人类认识水平发生变化导致对事实的认定发生变化,此时行政行为究属合法还是违法——这就是行政行为合法性判断的基准时问题。对于该问题,学界的通说是“行为时”,而非“裁判时”。“合法性判断的基准时是行政行为的作出时间。行政行为作出后,作为其根据的事实状态或法律状态发生变化的,不影响其合法性或违法性。”^[37]行政机关依法履行了书面调查职责的,可看作行政行为作出时“法律事实”是清楚的,即使嗣后发现材料虚假,也应当根据行政行为作出时的事实查明标准肯定行政行为的合法性,即沃尔夫所强调的“事实或法律状态后来的变化不能使原先合法的行政行为变得违法”。^[38]

对于合法的行政行为,如果嗣后事实或法律状态发生变化,行政行为已不合时宜,不应适用撤销规则而应适用废止规则,对此毛雷尔、沃尔夫都有论述。^[39]相应的,如果行政机关已尽到书面调查职责,但确实是基于虚假材料作出行政行为的,此时在判定行政行为合法的前提下可基于嗣后发现的实际情况对行政行为适用废止规则。当事人如果不提起诉讼,可以直接向行政机关申请废止或变更原行政行为;如果提起诉讼,则法院可以直接废止行政行为,行政行为被废止后,行政机关可以根据查明后的实际情况重新作出行政行为。《行政诉讼法》中尚没有明确规定废止判决,但单行法中已经有了废止规定(如《行政许可法》第8条),司法实践中也不鲜见。因此,可以考虑在行政诉讼中废止合法且无事实基础的行政行为,由此既能一体解决争议,又可以避免判定行政行为违法。

(二)由民事行为引发的争议的合理解决之道

1. 行政诉讼和民事诉讼各安其位。涉及民事行为的行政书面调查强度纠纷,妥适的解决之道是行政诉讼和民事诉讼各安其位。具体而言,法院在行政诉讼中只审查与行政行为合法性有关的问题,对民事行为不予审查。只要行政行为合法,则可驳回原告诉讼请求。原告可就民事行为另行提起民事诉讼。如果原告在民事诉讼中胜诉,可以持裁判结果向行政机关申请废止或变更原行政行为。如果行政机关不履行废止或变更原行政行为的职责,则原告可以行政不作为(不履行法定职责)为由提

[37] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第230-231页。

[38] [德]汉斯·J·沃尔夫等:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第92-93页。

[39] 同前注[37],哈特穆特·毛雷尔书;同上注。

起行政诉讼。

这一方案的理论基础主要是结构功能主义。该理论曾被用来论证法律保留原则的宪法依据。该理论认为“权力分立制度的功能绝非仅止于一般人所熟悉之人权的保障与权力均衡的维护而已,毋宁系更进一步要求何种国家事务应由何一机关负责决定,应依‘适当功能之机关结构’(Funktionsgerechte Organstruktur)标准划分之。换言之,不同国家机关各有不同组成结构与决定程序,该组成结构与决定程序因质的高度差异自然会赋予所各自作成之决定不同的分量与不同的正当性。”^[40]如果将该理论的适用范围拓宽,我们可以理解为结构功能主义要求依据不同国家机关的性质、定位、组织结构、功能分担等对国家机关各自的权力进行划分,并界定彼此的范围。一般而言,行政诉讼侧重保护公共利益,民事诉讼侧重保护个人利益,二者互有分工。在处理行政诉讼与民事诉讼的关系时,基本的立场应当是二者各安其位。

司法实践中,很多法院也是这样做的。在荆门雨田肉禽有限公司诉荆门市房产管理局案中,法院认为:“涉不动产登记行政诉讼的诉讼标的针对的应该是登记行为的本身,亦即在行政诉讼中人民法院审查的是登记行为的合法性……本案中被告的登记行为是合法的……本案的争议,实质是原告与第三人之间对被登记的不动产权或原因行为等民事法律关系产生争议,此争议存在于原告与第三人之间,与登记机构之间并无实质争议,故应当通过民事诉讼程序加以解决。”^[41]

2. 可能存在的两种质疑的回应。以上方案,可能会有两种质疑:第一,民事诉讼中法院审查民事行为的过程中,遇到相关的行政行为时又该如何处理?第二,这种行政诉讼——民事诉讼——行政行为——行政诉讼的解决路径看起来并不省时省力,似乎还是不如由行政诉讼“一揽子解决”来得高效。对此本文预先回应如下。

第一,民事诉讼中法院如何处理行政行为的确存在争议。在于某诉扬中市房管局案中,法院认为行政行为对民事诉讼构成先决问题,应先由行政诉讼审查行政行为,再依据行政裁判结果审查民事行为。^[42]如果这一观点普遍成立,就会出现从行政诉讼转到民事诉讼,再由民事诉讼转到行政诉讼的怪圈。学理上一般把行政行为对民事诉讼的效力称作构成要件效力。对一个既有的行政行为,民事诉讼原则上只能把它当作一个既成事实,承认其存在,并纳为自身判决的一个基础构成要件事实。^[43]日本以及我国大陆地区的公定力理论也认为,行政行为的公定力支配着民事纠纷的某些处理程序。^[44]

这种普适化的行政行为效力说近年来开始受到质疑。有学者指出:“如果行政行为为仅仅经过行政机关形式审查,而法院在民事诉讼中对行政行为相关的问题进行了实质审查,民事判决在效力上应当优先于行政行为,并可以改变行政行为的存续。民事诉讼当事人可以凭民事判决向行政机关申请变更行政行为,行政机关应当予以变更。”^[45]即使是行政机关进行非书面调查的情形,也有学者提出,应将行政行为的效力内容限定为“规制性决定”,而不包括作为规制性决定所依附的“基础事实认定”。^[46]也就是说,单就涉及民事行为的事实认定部分而言,不应承认行政行为对民事诉讼具有普遍

[40] 许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力》,月旦出版社1993年版,第138-139页。

[41] 荆门市东宝区人民法院(2015)鄂东宝行初字第4号判决书。类似的还有盐城市中级人民法院(2007)盐行终字第47号判决书、常州市中级人民法院(2007)常行终字第62号判决书等。

[42] 参见镇江市中级人民法院(2004)镇行终字第18号判决书。

[43] 参见翁岳生主编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第657页。

[44] 参见叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版,第98-134页。

[45] 同前注[35],何海波文,第110页。

[46] 参见成协中:《行政民事交叉争议的处理》,载《国家检察官学院学报》2014年第6期,第79页。

的构成要件效力。依据结构功能主义理论,一般情况下,在行政登记领域,行政行为对民事行为的调查在专业性上并不如民事诉讼,民事诉讼对民事行为的判断应优于行政行为对民事行为的判断。

第二,行政诉讼——民事诉讼——行政行为——行政诉讼的解决方案,看起来确实烦琐,但困难只是开始阶段,法院与当事人需要转变观念,因此可能会付出一些成本。只要法院与当事人对行政审判庭、民事审判庭还有行政机关各自的职能定位有了清醒认识,那么实际需要的纠纷解决环节将大幅减少,也许仅仅经历民事诉讼、行政行为两个流程,一切问题便可迎刃而解。

相比之下,行政诉讼审查民事行为的模式,看起来是“一揽子”式的解决方案,而实际上也许只是“缠讼”的开始,“焦作房产纠纷案”就是以一种极其夸张的形式将该种模式的弊病展现出来。^[47]在李振海等诉温县房管局案中,一审法院认为房管机关应负书面调查职责,但由于房屋权属存在争议,故撤销了将房屋确权给第三人的房产证。第三人不服提起上诉,二审法院维持原判。第三人继续申请再审。再审过程中,第三人另行提起民事诉讼,结果是民事裁判认定房屋产权应归属第三人。再审行政诉讼最终依据该民事裁判撤销了一、二审行政裁判。^[48]本案中,如果一审行政诉讼没有撤销房产证,而是选择驳回诉讼请求,同时告知当事人另行提起民事诉讼,则本案中二审和再审行政诉讼就可以避免。本案可以说典型体现了行政诉讼审查民事行为的弊端。

五、结语

行政调查强度的特殊之处就在于书面调查、告知承诺制这样降低调查强度的尝试,这一尝试在传统的行政法体系中显得“怪异”,相关纠纷也就需要突破常规途径进行专门处理。面对由虚假材料引发的争议,基于个案的一体化解决是可以做到的,关键在于选择与行政法基本理论一致的合理的处理方式;面对由民事行为引发的争议,超脱个案的系统化解决才是合理的处理方式。基于论证方便的考虑,本文主要聚焦于书面调查制度所引发的争议,而实际上本文结论也可以适用于告知承诺制等其他降低行政调查强度的改革措施。

(责任编辑:郭海清)

[47] 参见王贵松主编:《行政与民事争议交织的难题——焦作房产纠纷案的反思与展开》,法律出版社2005年版,第1页。

[48] 参见焦作市中级人民法院(2008)焦行再终字第4号判决书。