

# 行政复议变更决定:定位、适用与限定

## ——《行政复议法》第 63 条评释

章剑生

(浙江大学 光华法学院,杭州 310008)

**摘要:**行政复议变更决定与撤销决定的适用情形在法规范变迁史上,表现为从混合到分立的过程。在行政复议决定体系中如何定位变更决定,学理上有“核心论”和“优先论”之争,但是,行政复议制度的原旨、权利救济的诉求和行政复议机关的变更能力决定了在行政复议决定体系中,撤销决定应当具有核心的地位,而包括变更决定在内的其他行政复议决定都是或者应当是围绕撤销决定展开的。变更决定分为实质违法的变更和形式违法的变更,前者限于“内容不适当”,后者包括“未正确适用依据”和“事实不清、证据不足,经行政复议机关查清事实和证据”两种情形。变更决定受有限变更规则约束。判断“更为不利”的标准是加重原告的义务或者减损原告的权利。

**关键词:**行政复议;变更决定;撤销决定;不利变更

中图分类号:DF31 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2025.02.10 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



### 目次

- 一、引言
- 二、变更决定的体系定位
- 三、变更决定的适用情形
- 四、变更决定的有限变更
- 五、结语

收稿日期:2024-09-09

作者简介:章剑生(1964—),男,浙江海宁人,浙江大学光华法学院教授,博士生导师,法学博士。

## 一、引言

2023年修订的《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)将变更决定列于行政复议决定体系之首,取代了撤销决定的位置。立法机关之所以作出这样的调整,是因为在《行政复议法》立法目的中添加了“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”的内容,肯定了变更决定在化解行政争议的功能上优于撤销决定。《行政复议法》第63条明列变更决定的三种适用情形,旨在限制行政复议机关适用撤销决定的裁量空间。与撤销决定相比,变更决定在否定被申请行政行为法效力的同时,可以直接回应申请人的复议请求,契合行政复议的立法目的。

然而,行政复议立法目的的调整和变更决定位置变动,引发了一系列需要在法理上回应的问题:其一,在行政复议决定体系中如何定位变更决定。在以变更决定为首的行政复议决定体系中,变更决定与撤销决定、确认决定等之间的关系如何定位并发挥各自的功能,直接关系到行政复议立法目的能否实现以及实现的程度。其二,如何厘清变更决定的适用情形。变更决定适用情形中涉及的不确定法律概念,如“内容不当”“未正确适用依据”“事实不清、证据不足”等,它们的不确定性直接影响变更决定功能的发挥以及妥当处理它与其他复议决定的关系。其三,如何限制变更决定的适用。基于利益平衡的考量,《行政复议法》第63条第2款设置了变更决定的限制性条款,那么,利益平衡应当如何展开才能满足立法原旨。基于上述问题,本文拟以法规范为中心,结合个案与法理作法解释分析,旨在为行政复议实务提供一个变更可适用性的法律框架。

## 二、变更决定的体系定位

### (一)变更决定的法规范变迁

变更决定是指行政复议机关认为被申请人作出的行政行为违法或者不当,依法对该行政行为作出全部或者部分改变的决定。从本质上讲,行政复议变更权是上级行政机关作为行政复议机关,按照宪法和组织法规定行使的一种行政监督权,通过直接改变下级行政机关的违法或者不当行政行为,达到纠正违法或者不当行政行为的目的。<sup>①</sup>将行政行为违法或者不当作为变更决定适用对象,它与撤销决定会发生适用上的法规范竞合,但从变更决定的法规范变迁史中,我们并没有发现解决适用法规范竞合的规则,而是呈现出与撤销决定从混合到分立的过程。

1990年12月国务院制定的《行政复议条例》第42条与1989年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)相比,前者所规定的变更范围更大。<sup>②</sup>之所以有如此差别,一般认为是基于行政复议权也是行政权,行政复议机关对被申请行政行为是否合法、适当,应当具有“完全管辖权”。相比之下,在行政诉讼中,因为行政权与司法权性质不同,法院无力深度介入行政领域,因此,对被诉行政行为没有这么大的变更范围。《行政复议条例》没有区分撤销、变更决定适用情形,保留了行政复议机关

<sup>①</sup> 许安标、左力主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国民主法制出版社2023年版,第201页。

<sup>②</sup> 1989年《行政诉讼法》第54条第4项规定,法院变更判决仅适用于“行政处罚显失公正”。

在复议决定种类上较大的裁量权。这个问题似乎在当时的学理和复议实践上并没有引起多大的争议,后为1999年《行政复议法》全部接收。<sup>①</sup>1999年《行政复议法》是一部“体现行政复议作为行政机关内部监督的特点”<sup>②</sup>的法律,在行政复议变更权的范围上,体现了《行政复议法》“内部监督”的特点——完全变更权。正如有学者所言:“行政复议是行政系统内部监督的一种方式,行政复议机关对被申请的任何具体行政行为都可以依法变更,体现了行政监督的性质。”<sup>③</sup>

与1999年《行政复议法》第28条第1款第3项相比,2007年国务院制定的《中华人民共和国行政复议法实施条例》(以下简称《行政复议法实施条例》)第47条规定的变更范围有如下几点不同:其一,限缩了变更决定适用情形,如“主要事实不清、证据不足”、“违反法定程序”和“超越或者滥用职权”不再是变更决定的适用情形;其二,在被申请行政行为“事实不清、证据不足”的情况下,行政复议机关有权在“经审理查明”事实后作出变更决定。《行政复议法实施条例》之所以单独创设变更决定的适用情形,是因为行政复议被赋予了一个新作用——“进一步发挥行政复议制度在解决行政争议、建设法治政府、构建社会主义和谐社会中的作用”。<sup>④</sup>与作为“内部监督法”的1999年《行政复议法》相比,《行政复议法实施条例》更多地体现了“外部救济法”的功能。基于“外部救济法”这一定位,《行政复议法实施条例》单列变更决定适用情形,可以更好地发挥变更决定在“解决行政争议”方面的作用。这一立法的变化是一种顺理成章的法政策选择。从此,在适用情形上,变更决定与撤销决定分道扬镳。2023年修订的《行政复议法》接受了《行政复议法实施条例》的立法例,并在此基础上对变更决定的适用情形作了适度的扩大。<sup>⑤</sup>

综上可知,在适用情形上,变更决定经历了一个从与撤销决定混合到分立的过程。在变更决定和撤销决定适用情形的混合阶段,至少有如下两点不足:其一,变更决定的适用情形并不科学。如“违反法定程序”“超越或者滥用职权”实际上是无法适用变更决定的,但无论是1990年《行政复议条例》还是1999年《行政复议法》都没有明确加以区分。其二,撤销决定、变更决定和确认决定适用情形具有同一性,但不同行政复议机关可能对适用情形有不同理解,难以确保法适用的统一性,从而导致复议决定适用上具有随意性。因此,《行政复议法实施条例》以及2023年修订的《行政复议法》区分了变更决定和撤销决定的适用情形,体现了行政复议立法的科学性,提升了行政复议在实践中的可行性。上述变更决定的法规范变迁的缘由,至少可以从以下几个方面得以解释:其一,行政复议制度性质的变化,即“内部监督法”转向外部救济,变更决定范围也从“完全变更”转向“有限变更”,因为“完全变更”不利于申请人以申请行政复议方式实现权利救济。其二,行政复议制度功能的变化,即重心从权力监督转

① 1999年《行政复议法》第28条规定:“行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查,提出意见,经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后,按照下列规定作出行政复议决定:……(三)具体行政行为有下列情形之一的,决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法;决定撤销或者确认该具体行政行为违法的,可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为:1. 主要事实不清、证据不足的;2. 适用依据错误的;3. 违反法定程序的;4. 超越或者滥用职权的;5. 具体行政行为明显不当的。”

② 杨景宇:《关于〈中华人民共和国行政复议法(草案)〉的说明》(1998年10月27日在第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上),载应松年、王成栋、张兴祥编著:《行政复议法例解与适用》,中国民主法制出版社1999年版,第452页。

③ 朱维究、任中杰、高家伟主编:《行政复议法释论》,中国人民公安大学出版社1999年版,第311页。

④ 参见《行政复议法实施条例》第1条。

⑤ 《行政复议法》第63条第1款规定:“行政行为有下列情形之一的,行政复议机关决定变更该行政行为:(一)事实清楚,证据确凿,适用依据正确,程序合法,但是内容不当;(二)事实清楚,证据确凿,程序合法,但是未正确适用依据;(三)事实不清、证据不足,经行政复议机关查清事实和证据。”

向纠纷解决,这与21世纪初因经济建设需要进行的大规模征地拆迁引发的大量行政争议有关,2007年《行政复议法实施条例》调整立法目的也可以佐证这一点。

## (二) 变更决定的法律地位

在《行政复议法》修订前后,变更决定在行政复议决定体系中应当如何定位,学理上有过不少的讨论,归纳起来主要有以下几种不同的观点:(1)认为变更决定应当居于复议决定体系的核心地位,并重新构建行政复议决定体系。如有学者认为:“与人民法院的司法监督需要保持适度谦抑、防止过度干预行政不同,行政复议拥有全面审查、直接变更行政行为的法定职权,这使得行政复议在实质性化解行政争议上具有更强的能动优势,应当建构以变更决定为主的复议决定体系,侧重对行政实体法律关系直接进行调整,从而与以撤销之诉为核心的行政诉讼实现合理分工、优势互补。”<sup>①</sup>也有学者认为:“行政复议决定体系应当以形成、变更以及解除行政法律关系为核心,建立以变更决定和履行决定为支撑的复议决定体系。”<sup>②</sup>与前一种观点稍有不同的是,后一种观点将履行决定也纳入行政复议决定体系的核心地位。本文将此种观点称为“核心论”。(2)认为在适用条件都具备的情况下,与撤销决定和确认决定相比,变更决定应当优先适用。如有学者认为:“撤销、变更、确认违法或无效等多种决定形式在解决行政争议方面的功效是不同的。其中,变更决定可以借行政复议机关之手直接作出合法适当的行政行为,在实质性化解行政纠纷方面应当优先选用。因此,在满足变更决定适用的条件下,复议机关应优先选用变更决定,将变更决定作为行政复议的主要决定形式。”<sup>③</sup>也有学者认为:“在行政复议体制和机制改革过程中,应该确立变更决定在所有改变原行政行为的决定中具有优先适用权,撤销并责令重作决定是其例外的理念。”<sup>④</sup>此种观点从实质性化解行政纠纷角度,在功效上认为变更决定具有优势地位,变更决定应当优先于撤销决定适用。本文将此种观点称为“优先论”。(3)认为变更决定与撤销决定是相互独立的两种行政复议决定。如有学者认为:修订后的《行政复议法》将变更决定的适用模式调整为限定适用。限定适用是对混同适用的修正,旨在强化变更决定在特定情形下的适用。因此,变更决定与撤销决定之间没有包含或重叠关系,变更决定有自己法定的适用条件,因此它独立于撤销决定。<sup>⑤</sup> 本文将此观点称为“独立论”。

本文认为,“核心论”预设了变更决定能够直接回应申请人的复议请求,能够实质性化解行政争议,同时,变更决定也不同于可能会引起“程序空转”的撤销决定和确认决定,因此,应当以变更决定为核心构建行政复议决定体系。在本文看来,这个预设的前提——能够实质性化解行政争议——是值得商榷的。变更决定能够直接回应申请人的复议请求,但并不当然可以断言变更决定能够或者优于撤销决定在实质性化解行政争议上的功效。如在三方行政法律关系中,变更决定满足申请人的复议请求,但第三人却不一定认同变更决定;即使没有第三人,变更决定还需要充分考虑公共利益,否则,还可能引发检察机关提起行政公益诉讼。所以,“核心论”预设前提先天不足,结论也难以成立,从行政复议实践看,适用变更决定的复议案件比例还是偏低的。“优先论”承认撤销、变更、确认违法或无效等多

① 许安标、左力主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国民主法制出版社2023年版,第201页。

② 曹璐:《中国特色行政复议制度的嬗变与演进》,法律出版社2020年版,第206页。

③ 余凌云、王正鑫:《构建以变更决定为核心的复议决定体系》,载《法治日报》2021年5月7日,第5版。

④ 崔梦豪:《行政复议变更决定的异化与回归》,载《法学》2021年第4期,第189页。

⑤ 参见黄锴:《论行政复议变更决定的限定适用》,载《法学家》2024年第6期,第116-128页。

种行政复议决定在解决行政争议方面功效不同,但变更决定可以行政借行政复议机关之手直接作出合法、适当的行政行为,从而推导出在实质性化解行政纠纷中变更决定应当优先适用的结论。由此可见,“优先论”的主要理由是变更决定可以借行政复议机关之手直接作出合法、适当的行政行为,实质性化解行政纠纷。但是,“优先论”可能存在的问题是:其一,“优先论”适用前提是“撤销、变更、确认违法或无效等多种决定”都是在相同适用情形之下,行政复议机关以某种价值引领优先适用变更决定,但是,依照2023年修订的《行政复议法》,撤销、变更、确认违法或无效等行政复议决定在适用情形上是分立的。也就是说,只有在与变更决定适用情形混合的情况下,“优先论”才有可适用的空间。其二,“优先论”同样无法避免“核心论”在三面行政法律关系中难以实质性化解行政争议的不足。“独立论”强调变更决定与撤销决定之间没有包含或重叠关系,因此,两者是一种互相独立的关系。这是一个独特、新颖的视角,它提升了变更决定在“化解行政争议主渠道”方面的作用。“独立论”不承认在行政复议决定体系中存在一种具有“核心”地位的复议决定,否定了变更决定的“核心论”。综上,本文认为,2023年修订后的《行政复议法》将变更决定列于撤销决定之前,这种法条位置的调整并没有也不能改变或者增加变更决定在解决行政争议方面的功效。我们不能说也没有理由说,在《行政复议条例》和1999年《行政复议法》中,因为规定变更决定的法条位置不好,影响了它在解决行政争议方面功效的发挥;同样,2023年修订的《行政复议法》对规定变更决定的法条位置作了调整,也得不出变更决定就是行政复议决定体系的核心;更不能说,涉及变更决定的法条排在所有行政复议决定之首,它就得优先适用。无论如何,在行政复议决定体系中,撤销决定才具有核心地位,其他行政复议决定都是或者应当是围绕撤销决定展开,变更决定也是如此。之所以对变更决定作出这样的定位,理由是:

1. 行政复议制度的原旨。行政复议是解决行政争议的法律程序之一,它与行政诉讼、行政赔偿合称为行政救济,是公民、法人或者其他组织保护自身合法权益的基本法律制度。行政复议功能是权利救济,但它兼有其他功能。当公民、法人或者其他组织认为自己的合法权益被行政行为侵犯而申请行政复议时,其复议请求通常都是撤销该行政行为,而请求变更行政行为却十分少见。经审查,行政复议机关认为被申请行政行为违法或者不当时,行政复议机关优先考虑的是撤销该行政行为。通常情况下,撤销决定就可以满足公民、法人或者其他组织的复议请求,除非该行政行为无法撤销(事实行为)、撤销没有意义或者变更该行政行为更有利于公民、法人或者其他组织的权利救济。由此可见,无论是否因经济与社会发展的需要添加更多的行政复议立法目的,其实并不能改变行政复议制度的原旨——权利救济。例如,申请人的申请请求是要求撤销被申请人作出的1万元罚款决定,复议机关经审查后不是作出一个撤销1万元罚款的复议决定,而是变更为5000元罚款复议决定。试想,哪一个复议决定更能让申请人“服判”呢?因此,能够满足行政复议制度原旨和公民、法人或者其他组织复议请求的,应当是以撤销决定为核心的行政复议决定体系。

2. 作为权利救济手段的化解行政争议。“化解行政争议”被写入2023年修订的《行政复议法》第1条,但它不宜成为行政复议立法目的内容之一,把它作为权利救济的一种手段更为妥当。在一些公布的行政复议案件办理统计中,会有行政争议化解率(或者调解率)的数据,且不说判断化解行政争议的标准如何把握,将行政争议化解等同于公民、法人或者其他组织实现了权利救济,这个结论可能是不成

立的。判断化解行政争议应当是化解了双方“互相冲突的主张或要求的状态”<sup>①</sup>,而权利救济则是针对公民、法人或者其他组织因违法或者不当行政行为损害其合法权益的状况,通过复议机关的撤销决定,恢复或者填补其受损害的合法权益,两者是一种手段与目的关系。可见,撤销决定在权利救济中具有其他复议决定不可替代的重要地位。当然,这并不否认变更决定、确认决定在权利救济中所具有的独特功能。

3. 行政复议机关的变更能力。《行政复议法实施条例》将变更决定的适用情形从撤销决定中分立出来,将变更决定变为一种独立的复议决定。但是,当时国务院法制办并不主张多用变更决定。“行政复议实践中变更决定不宜多用,一是因为行政复议机关要行使变更权,势必要进行大量的调查取证,影响行政复议的效率,也不符合行政复议原则上采取书面审查的做法。二是因为对于案件的实际情况,还是作出原具体行政行为的行政机关更有条件了解清楚,由行政机关根据法定权限和职责对有关情况予以处理,比行政复议机关直接代行政机关作出处理更为妥当。”<sup>②</sup>在行政复议制度未发生重大变革的今天,这个理由仍然是有解释力的。根据权威性的统计,在全国范围内,变更决定适用率从1999年的7.35%下降至2018年0.21%。<sup>③</sup>这个数据也可以佐证上述理由是成立的。如果采纳“核心论”或者“优先论”,要求行政复议机构尽量多作变更决定,可能会增加更多的工作量,如行政复议调查权、变更决定应诉职责以及申请法院强制执行变更决定等,这些都已经超出了目前绝大多数行政复议机构的能力负担范围。

### (三)与其他复议决定的关系

在行政复议决定体系中,变更决定并非孤立存在,它与其他复议决定之间存在适用上的不同关系,因此,分析它们之间的关系有助于更好地理解变更决定在行政复议决定体系中的定位。

1. 撤销决定。撤销决定是一种消灭或者部分消灭被申请行政行为法效力的复议决定。依照《行政复议法》第64条规定,它有独立的适用情形,没有适用其他复议决定的先决条件。与变更决定相比,撤销决定在权利救济上的功效并不逊于变更决定。如复议机关撤销一个由受处罚人申请复议的行政处罚决定,对受处罚人来说就是实现了权利救济;但若是变更决定,受处罚人的权利救济未必已经实现,而且还有可能引起新的行政复议或者行政诉讼。由于在适用情形上撤销决定和变更决定没有重合性,所以,它们不是选择关系,而是并列关系。在处理两者关系上,需要进一步明确以下三点:(1)变更决定具有撤销或者部分撤销行政行为的法效力。变更决定是行政复议机关针对申请人与行政机关之间发生的行政争议作出的新决定,它必须以否定或者部分否定被申请行政行为法效力为前提,否则,变更决定与被申请行政行为之间就会发生法效力冲突。因此,在这个意义上如下表述是妥当的:“行政复议机关一旦作出变更决定,原具体行政行为即不再存在,代之以行政复议机关作出的新的具体行政行为,因此,变更决定也可以视为撤销原具体行政行为和行政复议机关直接对原案件实体问题作出处理两个环节的结合。”<sup>④</sup>(2)行政复议机关作出撤销决定时,有时还会责令被申请行政机关在一定期限内

① 季卫东:《法律程序的意义》(增订版),中国法制出版社2012年版,第23页。

② 部风涛主编、国务院法制办公室行政复议司编写:《中华人民共和国行政复议法实施条例释解与应用》,人民出版社2007年版,第179页。

③ 参见中国法学会行政法学研究会、中国政法大学法治政府研究院编:《行政复议法实施二十周年研究报告》,中国法制出版社2019年版,第45页。

④ 曹康泰主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国法制出版社1999年版,第134页。

重新作出行政行为。之所以行政复议机关不直接作出变更决定,是因为撤销决定的适用情形不同于变更决定。而变更决定实质上是行政复议机关在否定被申请行政行为基础上,代替被申请行政机关直接处理申请人的权利义务。变更决定不再接受复议机关的上级机关审查,但应当接受审判机关的监督。<sup>①</sup> (3) 行政复议权不涉及如行政诉讼中司法权与行政权因性质不同而产生的权力范围限制,因此,变更决定不同于法院的变更判决,后者因为触碰到了职能分工原则,只能作为撤销并重作判决的一种补充判决,仅当行政裁量权缩减至零时,才例外适用。<sup>②</sup>

2. 确认决定。确认决定可以分为确认违法和确认无效两种类型。前者确认被申请行政行为违法,但保持其法效力;后者确认被申请行政行为自始地、绝对地没有法效力。确认违法决定和确认无效决定的适用情形与撤销决定相同,但前者是被申请行政行为因为有法定原因不能或者不需要作出撤销决定,后者是因为被申请行政行为违法程度达到“重大且明显”,不能保留其法效力。在变更决定与确认违法适用情形的混合阶段,适用何种复议决定由复议机关视个案情况裁量确定,但在分立阶段,是否存在符合变更决定适用情形,但又不能作变更决定的情况,无论是《行政复议法实施条例》还是2023年修订的《行政复议法》都没有作出明确规定。因此,本文认为,鉴于确认决定适用情形与撤销决定相同,而撤销决定与变更决定是一种并列关系,故在法律上应该不存在变更决定在一定条件下转为确认决定的可能性。

### 三、变更决定的适用情形

在承继《行政复议条例实施办法》的基础上,2023年修订的《行政复议法》对变更决定的适用情形作了适度的扩充性微调 and 实质性修正。前者如删除了“明显不当”,将“一般不当”也包括在变更决定适用情形之中;后者如将“适用依据错误”改为“未正确适用依据”,将“审理查明”改为“查清”。《行政复议法》基于特定的立法目的——“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”,明确限定了变更决定的三种适用情形。在以撤销决定为核心的行政复议决定体系中,对变更决定适用情形进行限定是符合体系逻辑的。将这三种也可以适用撤销决定的情形划入变更决定的适用范围,凸显了撤销决定在行政复议决定中的核心地位。在这三种情形中,第1种情形为实质违法的变更,行政复议机关针对被申请行政行为的事实、依据和程序部分,首先进行合法性审查;在通过合法性审查之后,再针对行政行为“内容”进行适当性审查。第2、3种适用情形为形式违法的变更,行政复议机关仅作合法性审查,不进行适当性审查。<sup>③</sup> 分述如下:

#### (一) 基于实质违法的变更

《行政复议法》第63条第1款第1项规定,行政行为“事实清楚,证据确凿,适用依据正确,程序合法,但是内容不适当”,行政复议机关决定变更。实质违法变更决定适用主要是围绕“内容不适当”展开。

<sup>①</sup> 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编,张春生主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,法律出版社2001年版,第145页。

<sup>②</sup> 参见梁君瑜:《行政诉讼变更判决的适用范围及限度》,载《法学家》2021年第4期,第91页。

<sup>③</sup> 参见章剑生:《论行政复议的适当性审查》,载《浙江社会科学》2024年第2期,第35页。

## 1. “内容不当”的界定

在笔者阅读范围内,关于何谓行政行为的“内容”未见有较为充分的论述,相关法律也未见有明确规定。在实务中,当我们说行政机关作出行政行为并应当送达当事人,其实就是指行政机关将一份“决定书”之类的法律文书,依照法定方式送达当事人,并由当事人签收的事实状况。此时,如果问行政行为的“内容”是什么,我们一般就会指向该法律文书中所记载的事项,那么行政行为“内容”就是记载在法律文书中的事实、证据、依据、程序和结论以及相关的告知事项吗?以“行政处罚决定”为例,《中华人民共和国行政处罚法》第59条第1款规定,行政处罚决定书应当载明下列事项:(1)当事人的姓名或者名称、地址;(2)违反法律、法规、规章的事实和证据;(3)行政处罚的种类和依据;(4)行政处罚的履行方式和期限;(5)申请行政复议、提起行政诉讼的途径和期限;(6)作出行政处罚决定的行政机关名称和作出决定的日期。从《行政复议法》第63条第1款第1项的表述看,依照体系解释,行政处罚决定书中记载的(2)和(3)事项中的“依据”明显不属于“内容”,那么(1)(4)(5)(6)事项是否都是行政处罚的“内容”呢?本文认为,判断法律文书记载的事项是否属于行政行为的“内容”,应当考虑两个标准:其一,该事项是否会发生适当与否的可能性?如(1)(5)(6)事项显然不可能,它们都由法律明确规定,难有发生所谓“不当”情形的可能性。其二,该事项是否存在行政机关可以选择的法空间?如(1)(5)和(6)事项并不存在这样的法空间,这三类事项在行政机关作出行政处罚决定时没有选择性。基于上述分析,本文可以得出如下结论:如在一个行政处罚决定中,(3)事项中的“行政处罚的种类”和(4)事项中的“行政处罚的履行方式和期限”属于行政行为“内容”。至此,本文将行政行为的“内容”定义为行政机关在行政行为中直接确定相对人权利和义务的意思表示。

关于行政行为“不当”,从《行政复议法》第1条<sup>①</sup>和第44条<sup>②</sup>的规定看,行政行为“违法”和“不当”是两个并列概念,因此,首先要区别这两个不同的概念,才能更好地展开讨论。在中国行政法学史上,早先“不当”与“不合理”是同义的<sup>③</sup>,后来出现了不同的观点。余凌云在谈到行政诉讼中关于合法性审查和合理性审查的关系时认为:“对行政行为的合法性审查,有着从外到内、由浅到深的两个渐进层次:第一层次是最外层的形式合法性审查。如果法官发现主要证据不足、法律适用错误、违反法定程序或者超越职权,足以据此判决撤销的,就根本无须再进一步做实质审查。……第二层次是处于内层的实质合法性审查。只有顺利通过形式合法性审查,才可能进入实质性审查。法官对行政行为的合法性审查,应该是从形式违法到实质违法,由易到难,从浅入深,层层递进。”<sup>④</sup>这一观点以立体视角将合理性纳入合法性范畴,然后再作层次式界分,即形式合法和实质合法。本文赞同这一观点。据此,《行政复议法》第63条第1款第2项、第3项规定属于形式违法(后文详述),而《行政复议法》第63条第1项中的“内容不当”归入实质违法。至此,本文将行政行为“内容不当”界定为行政行为实质违法。

## 2. “内容不当”的判断

① 《行政复议法》第1条规定:“为了防止和纠正违法的或者不当的行政行为,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督和保障行政机关依法行使职权,发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用,推进法治政府建设,根据宪法,制定本法。”

② 《行政复议法》第44条第1款规定:“被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。”

③ 参见龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第452页;应松年主编:《行政法学教程》,中国政法大学出版社1988年版,第43页。

④ 余凌云:《论行政诉讼上的合理性审查》,载《比较法研究》2022年第1期,第152页。

相对于形式合法性审查而言,判断“内容不适当”通常欠缺如同法规范那样具有相对客观化的审查标准。本文认为,判断行政行为“不适当”应当遵循以下三个标准:(1)合目的性。合目的性要求行政行为的内容不得偏离法目的,具有满足法目的实现的正向性。合目的性是一种目的取向的判断标准,它要求复议机关审查行政行为的内容是否满足了法目的需求。正如有学者所言,“变更决定应主要适用于具体行政行为部分违法且可以通过内容改变来达到正确、合法目的的情形。”<sup>①</sup>若经审查发现行政行为内容与立法目的发生了偏离甚至背离,即可以认定行政行为内容不适当。(2)可接受性。行政机关以行政行为所产生的规制效果为手段,达到形成良好法律秩序目的。而要真正达成这一目的,一个基本前提是该行政行为的内容为公民、法人或者其他组织所接受。可接受性是一种结果取向的判断标准。在适用这个审查标准时,如行政处罚“要充分考虑社会公众的切身感受,确保罚款决定符合法理,并考虑相关事理和情理”。<sup>②</sup>这个要求同样可以适用到其他行政行为审查之中。(3)利益权衡。利益权衡要求行政行为的内容是基于平衡各方利益后确定的,它是行政机关利益调节关系的常规工具。利益权衡是一种平衡取向的判断标准。行政行为内容适当,要求行政机关必须权衡申请人、第三人与公共利益的三者关系,使三者利益处于一种相对平衡的状态。<sup>③</sup>

行政行为“内容不适当”作为变更决定的一种情形在2007年《行政复议法实施条例》中早已有之,2023年修订的《行政复议法》承继并作了进一步完善。以下两个与行政复议实质违法变更相关的问题,需要作进一步分析:

第一,适当性举证责任的分配。《行政复议法》第44条第1款规定:“被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。”行政行为内容是否适当,行政机关在作出行政行为时应当已经掌握相应证据,对此争议,由作为被申请人的行政机关来承担举证责任最为公平、合理。行政机关在履行对被申请行政行为适当性举证责任时,应着重从以下两个方面展开:(1)围绕被申请行政行为的合目的性、可接受性和利益权衡三个方面的要求向复议机关提供相关证据材料。证明被申请行政行为适当性的证明对象是行政行为中的“内容”,与围绕被申请行政行为“事实是否清楚”有所不同。也就是说,行政行为中的“内容”适当性证据主要是围绕行政机关如何“裁量”,而不是案件事实有无。涉及行政行为中的“内容”“合目的性”与否,行政机关需要提供解释立法目的的相关材料,如立法说明、权威性法律注释观点等;涉及行政行为“内容”的“可接受性”与否,行政机关需要提供如类似案件等材料;涉及行政行为“内容”如何“利益权衡”,行政机关需要提供多种利益存在依据、政策说明等。(2)理由说明。针对合目的性、可接受性和利益权衡三个方面的要求提供证据材料的同时,行政机关还需要对被申请行政行为中的“内容”是否适当作出理由说明。理由说明可以强化行政行为内容的适当性,在相当程度上,理由比结论更重要。正如有学者所言:“‘理由’可以是复数的,它是多样化、主观化的,不存在唯一绝对正确的答案,只要能获得一定程度的可接受性即可。”<sup>④</sup>之所以有这样的要求,是因为“理由说明”本身就是行政机关一项法定的程序性义务。既然是一项法定程序义务,那么,在行政复议中行政机关就有履行理由说明义务的可能性和必要性。

① 杨小君:《我国行政复议制度研究》,法律出版社2002年版,第289页。

② 《国务院关于进一步规范和监督罚款设定与实施的指导意见》(国发〔2024〕5号)。

③ 参见章剑生:《论行政复议的适当性审查》,载《浙江社会科学》2024年第2期,第36-40页。

④ 苏宇:《走向“理由之治”:行政说明理由制度之透视》,中国法制出版社2019年版,第4页。

第二,与“明显不当”的关系。《行政诉讼法》第70条规定,被诉行政行为“明显不当”是撤销判决适用情形之一,但2007年《行政复议法实施条例》第47条规定“明显不当”则是变更情形之一。在2023年修订的《行政复议法》第64条规定的撤销决定适用情形中,删除了“明显不当”,将它纳入“内容不当”成为变更决定情形之一。“明显不当”与“内容不当”是一种包含关系,即“内容不当”中包含了“明显不当”,“明显不当”可以解释为最为严重的“内容不当”。由此得出的结论是,在变更行政行为“内容”上,行政复议机关的变更力大于法院。“可适用变更决定处理的不当行政行为不再限于‘明显不当’的情形,这便凸显了复议机关有权处理一般不当行政行为这一相对优势。毕竟,法院在行政诉讼中无权处理一般不当的行政行为。”<sup>①</sup>当行政复议变更决定或者维持决定进入行政诉讼之后,如何区分“明显不当”与“内容不当”则是法院决定适用何种判决方式的主要理由。针对行政复议机关以“内容不当”为由作出的变更决定,经审理后法院可以作出的判决有:(1)认为原行政行为内容是适当的,可以作出撤销判决或者确认判决;(2)认为原行政行为内容是不适当的,可以判决驳回诉讼请求。针对复议机关以行政行为“内容适当”作出的维持决定,法院可以作出的判决有:(1)认为原行政行为内容不当但未达到明显不当的,可以作出撤销判决或者确认判决;(2)认为原行政行为内容明显不当的,可以作出变更判决;(3)认为原行政行为内容适当的,可以判决驳回诉讼请求。

## (二)基于形式违法的变更

形式违法的变更是指被申请行政行为有如下情形:事实清楚、证据确凿、程序合法,但是未正确适用依据,或者事实不清、证据不足,经行政复议机关查清事实和证据之后作出变更决定。对此,《行政复议法》第63条第1款第2项、第3项作了明确规定。与实质违法的变更采用适当性审查规则不同,对于形式违法的变更,行政复议机关则采用合法性审查规则。这一区别也可以从《行政复议法》第44条关于举证责任的规定中看出。形式违法的变更也使得行政复议变更不同于《行政诉讼法》第77条规定的法院变更判决。因为,行政复议变更决定适用范围从行政行为“内容不当”扩大到“未正确适用依据”和“事实不清、证据不足”,而“未正确适用依据”和“事实不清、证据不足”是法院可以适用撤销或者其他判决的情形。形式违法变更有如下两种情形,分述如下:

1. 未正确适用依据。它可以分解为两个问题:(1)“依据”。《行政复议法》第37条规定,“行政复议机关依照法律、法规、规章审理行政复议案件。行政复议机关审理民族自治地方的行政复议案件,同时依照该民族自治地方的自治条例和单行条例。”这里列举的法律、法规、规章等是行政复议机关审理复议案件的依据,不是行政机关作出被申请行政行为时适用的依据。如规范性文件不是行政复议机关审理复议案件的法定依据,但它是行政机关作出行政行为时可以适用的依据。<sup>②</sup>因此,这里的“依据”应指行政机关作出行政行为时适用并支撑该行政行为合法性的全部法规范。(2)“未正确适用”。它关涉两个概念,其一,“适用错误”。例如,《行政诉讼法》第70条规定,行政行为有“适用法律、法规错误的”,法院可以判决撤销或者部分撤销。又如,2007年《行政复议法实施条例》第47条规定,适用依据错误是可以变更的。对此,有学者认为:“‘未正确适用依据’的条件比‘错误适用依据’的条件

<sup>①</sup> 梁君瑜:《行政复议的功能定位再辨——兼评〈行政复议法(修订)(征求意见稿)〉》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期,第19页。

<sup>②</sup> 参见《行政复议法》第13条。

低。”<sup>①</sup>也就是说,以举轻明重的解释方法,“适用错误”当然是“未正确适用依据”题中应有之义。其二,“适用的依据不合法”。如《行政复议法》第64条规定,行政行为适用的依据不合法的,行政复议机关可以撤销或者部分撤销该行政行为。有一种观点认为:“‘未正确适用依据’包括违法适用依据和不当适用依据。违法适用依据包括违反上位法优于下位法、特别法优于一般法、后法优于前法、应当适用未予适用等;不当适用依据包括适用依据正确但援引法条错误等。”<sup>②</sup>依此观点,如果将“适用的依据不合法”作为“未正确适用依据”的一种情形,那么行政复议机关在面对“适用依据不合法”时,可能要在撤销决定和变更决定之间作出选择。因此,基于体系解释方法,“未正确适用依据”中,应当排除“适用的依据不合法”情形,后者适用撤销决定。

据此,本文认为,为保证《行政复议法》内部法规范体系一致性,对“未正确适用依据”应当作限缩性解释。它主要包括如下两种情形:(1)没有适用依据。没有适用依据的前提是,客观上存在应当适用的依据,但行政机关作出行政行为时没有适用。如果行政机关作出行政行为时客观上没有依据,则不构成“未正确适用依据”。如果适用未生效或者已失效的依据,可以视为“没有适用依据”。《行政复议法》第67条规定:“行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形,申请人申请确认行政行为无效的,行政复议机关确认该行政行为无效。”根据这一规定,行政复议机关是否可以“没有适用依据”为由作出确认无效决定呢?本文认为,这个问题应当区分不同情况,理由是,最高人民法院指导案例41号裁判要点指出,“行政机关作出具体行政行为时未引用具体法律条款,且在诉讼中不能证明该具体行政行为符合法律的具体规定,应当视为该具体行政行为没有法律依据,适用法律错误”。参照指导案例41号裁判要点,在行政复议中,如果行政机关能够提交之前作出行政行为时没有适用依据的证据,且所提交的材料能够支撑其作出的行政行为合法性的,复议机关应当作出变更决定,否则,可以作出确认无效决定。(2)表面错误。它是指行政机关适用依据发生的错误可以通过“更正”方式加以纠正的情形,它不涉及依据本身内容是否正确。在实务中,表面错误主要有:其一,依据名称错误;其二,依据条款项数字错误;其三,依据文字错误。之所以行政复议机关不能把此类情形以“适用的依据不合法”为由予以撤销,是因为如果作出撤销决定,行政机关更正之后可以重新作出内容相同的行政行为,此时作出撤销决定失去了权利救济的法律意义。

2. 事实不清、证据不足。在行政诉讼中,若被诉行政行为事实不清、证据不足,因行政权与司法权之间质的不同,法院不能以调查方式收集证据,查明事实;即使有权调取证据,法律也有特别限定。<sup>③</sup>在行政复议中,复议权本质上是行政权,那么,复议机关是否可以调查方式收集证据、查明事实呢?1999年《行政复议法》是否定的,因为“如果原具体行政行为所认定的事实不清,或证据不够充分,如果行政复议机关行使变更权,则势必要进行大量的调查取证,影响行政复议的效率,也不符合行政复议原则上采取的书面审查办法”。<sup>④</sup>不过,针对这一观点,有学者认为,行政复议审理模式如能采用职权主义模式,由复议机关依职权全面查明案件事实,复议决定体系由以撤销决定为主转向以能直接为公民

① 梁风云:《行政复议法讲义》,人民法院出版社2023年版,第232页。

② 梁风云:《行政复议法讲义》,人民法院出版社2023年版,第232页。

③ 《行政诉讼法》第40条规定:“人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。但是,不得为证明行政行为的合法性调取被告作出行政行为时未收集的证据。”

④ 曹康泰主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国法制出版社1999年版,第134页。

提供实质救济的变更决定和履职决定为主,便是妥恰之举。<sup>①</sup> 这一观点成立的前提是行政复议审理模式要改为职权主义,但2023年修订的《行政复议法》是基于“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”,针对行政行为“事实不清、证据不足”的情形,赋予行政复议机关有权在查清案件事实的基础上作出变更决定。

作为变更决定适用情形之一的“事实不清、证据不足”,或许是变更决定适用情形中争议最大的问题。在“事实不清、证据不足”情形下适用变更决定,有如下三个问题需要进一步阐明:(1)当行政行为“事实不清、证据不足”时,无论是依据还是内容,若存在违法或者不当都是可以变更的。因为,若行政行为事实不清、证据不足,一般情况下它的依据和内容可能都是违法或者不当的,因此,行政复议机关在本适用情形之下作出的变更决定,不仅仅是事实认定的变更,而且还会涉及依据、内容的变更。实际上,这种变更决定是行政复议机关代替被申请行政机关作出的一个新行政行为,直接代替被申请的行政行为。(2)当行政行为“主要事实不清、证据不足”时,不能适用变更决定。有一种解释认为:“行政复议审理对于事实的认定主要靠证据,证据不足将导致事实不清。对于事实不清、证据不足的行政行为,行政复议机关既可以作出撤销或者确认违法,也可以在查清事实和证据的基础上,直接对该行政行为作出变更决定。”<sup>②</sup>这一观点不符合体系解释方法,在《行政复议法》内部产生体系不一致性。也有学者认为,“事实不清、证据不足”是指行政机关在作出行政行为时没有掌握有关的主要事实,或者说,对所认定的事实缺乏充分的证据。对于事实不清或证据不足的案件,变更决定的适用范围应当限于“主要”的事实和证据。<sup>③</sup> 这一观点同样犯了前一种观点的错误。本文认为,在逻辑上,“事实不清、证据不足”可以分为主要事实不清、证据不足和次要事实不清、证据不足,既然《行政复议法》第64条将“主要事实不清、证据不足”规定为适用撤销决定情形之一,那么依照体系解释方法,《行政复议法》第63条中的“事实不清、证据不足”应当限缩解释为“次要事实不清、证据不足”,只有这样,《行政复议法》体系内部才能保持统一、协调。(3)“事实不清、证据不足”与行政复议机关调查权的限制。《行政复议法》第45条第1款规定:“行政复议机关有权向有关单位和个人调查取证,查阅、复制、调取有关文件和资料,向有关人员进行询问。”与法院在行政诉讼中的调取权相比,行政复议机关的调查权似乎没有限制。对此,有学者认为:“行政复议机关具有调查取证的权力,且没有不得为证明原行政行为合法性而调取证据的限制,意味着行政复议机关可以基于其与被申请人的行政隶属关系,代替被申请人行使行政职权。”<sup>④</sup>然而,行政复议机关如此不受限制的调查权,真的能发挥行政复议权利救济的功能吗?《行政复议法》赋予行政复议机关拥有如此大的调查权,或许是为了避免权利救济中的“程序空转”。有学者认为,为了有效化解行政争议,提高行政复议机关的办案质效,在不否定行政复议的性质、不损害行政复议监督行政与救济权利功能实现的前提下,复议机关可以积极调查收集证据。但是,复议机关行使调查权不是全面调查取证,而是有选择、有限度的调查取证,即限于复议程序性事实、核实当事人证据、证明行政行为违法或相对人权利诉求成立和保护公共利益等四个方面。<sup>⑤</sup> 本文同意这一观

① 参见王万华:《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》,载《法学研究》2019年第5期,第115页。

② 许安标、左力主编:《中华人民共和国行政复议法释义》,中国民主法制出版社2023年版,第203页。

③ 参见李月:《论实质性化解行政争议视角下的行政复议变更决定》,载《中国法律评论》2023年第5期,第224页。

④ 梁凤云:《行政复议法讲义》,人民法院出版社2023年版,第233页。

⑤ 参见张旭勇:《论行政复议机关调查取证的限度》,载《浙江社会科学》2024年第2期,第62-64页。

点,理由是,其一,行政复议不能放弃“监督”行政机关依法行使职权,不能过度强调“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”,无限扩大行政复议机关的职权;其二,行政复议权本质上是一种行政监督权,不能完全等同于行政执法权,因此,行政复议机关的调查权应当是有限的;其三,尽管在行政复议立法目的中有“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”的规定,但它推不出行政复议机关有无限定的调查权之结论。

以上对变更决定的适用情形所作的分析,试图为行政复议机关提供某种价值指引,妥当行使复议变更权。在以撤销决定为核心的行政复议决定体系中,变更决定的适用情形不宜作扩张性解释,限制撤销决定的适用范围,从而影响撤销决定在行政复议决定体系中的核心地位。另外,如下与之有关的两个问题尚需要作进一步思考:(1)行政协议能否适用变更决定,对此《行政复议法》没有明确规定。针对行政协议的复议决定种类,《行政复议法》第71条作了专门的规定。依照体系解释方法,《行政复议法》第71条与第63条之间应该是一种并列关系,由此可知,变更决定应该不适用于行政协议。《行政诉讼法》第78条关于行政协议判决也没有变更判决的规定,但是,在行政诉讼实务中,法院对行政协议也有适用变更判决的先例。<sup>①</sup>因此,在行政复议实务中,将来会不会也有针对行政协议的变更决定,目前尚不能确定。从为申请人提供具实效性、便利性权利救济的角度,行政复议针对行政协议适用变更决定也具有正当性和必要性。(2)违反法定程序与变更决定。《行政复议法》第63条规定的变更决定适用情形中,排除了“违反法定程序”可以适用变更决定的可能性,那么,如果一个未经法定听证程序作出的行政行为,行政复议机关在复议程序中给申请人补一个听证程序,是否可以将程序违法变更为程序合法呢?这也有待于将来行政复议实践尝试。

#### 四、变更决定的有限变更

变更决定是复议机关行使复议权的方式之一。与撤销决定、确认决定等其他复议决定不同的是,变更决定是复议机关以自己的意志在否定被申请行政行为的基础上,代替被申请行政机关作出的一个新的行政决定。这一新行政决定本质上是复议机关以变更权直接否定了被申请行政机关的行政执法权,但是,基于专业性、政策性和职权分工,变更决定应当是有限的,在以撤销决定为核心的行政复议决定体系中,这种限定显得尤为必要,毕竟复议机关不能完全取代被申请行政机关的法律地位。更为重要的是,从申请人角度来看,如果变更决定对自己更为不利,那么行政复议制度恐怕不能为申请人充分利用,与行政复议立法目的不合。变更决定的有限变更具有两个面向,一是行政复议机关基于权利救济面向申请人的“更为不利变更”;二是行政复议机关基于监督行政面向与被申请人的行政执法权,即在行政复议权与行政执法权关系上的“越权变更”。这两个面向的法理基础不同,后者还涉及撤销并责令重作决定和履责决定。本文仅讨论基于《行政复议法》第63条第2款规定的“更为不利变更”。

##### (一)规范变迁与法理基础

行政复议机关能否针对申请人请求作出更为不利的变更决定,1990年《行政复议条例》和1999年

<sup>①</sup> 王某某、陈某某诉浙江省杭州市余杭区良渚街道办事处变更拆迁补偿安置协议案。参见2022年最高人民法院发布第二批行政协议诉讼典型案例(2)。

《行政复议法》都没有作出规定。2001年6月14日,原国家环境保护总局就《关于行政复议机关能否加重对申请人处罚问题的函》(环函[2001]121号)向全国人大常委会法制工作委员会请示,全国人大常委会法制工作委员会在回复中认为,行政复议机关在对被申请人作出的行政处罚或者其他具体行政行为进行复议时,作出的行政复议决定不得对该行政处罚或者该具体行政行为增加处罚种类或者加重对申请人的处罚。此“回复”首次确立行政复议变更决定有限变更规则。2007年《中华人民共和国行政复议法实施条例》第51条规定:“行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内,不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。”从时间脉络上看,这一规定是国务院将全国人大常委会法制工作委员会的上述“回复”立法化。当时国务院给出的立法理由,一是有利于保障行政相对人的行政复议申请权,二是有利于确保行政复议功能的充分发挥,三是有利于加强行政监督工作。<sup>①</sup>当然,反对这一立法的意见也不少。如有学者认为,《行政复议法实施条例》贸然采用不利变更禁止原则,不仅在禁止的范围上比更能适用不利变更禁止原则的《行政诉讼法》都“走得远”,同时,也与比它更高位阶的法律存在冲突。<sup>②</sup>2023年修订的《行政复议法》第63条第2款采纳了《行政复议法实施条例》的规定,通过创设但书条款,完善了变更决定的有限变更规则,即“行政复议机关不得作出对申请人更为不利的变更决定,但是第三人提出相反请求的除外。”

之所以对行政复议变更决定要设置有限变更规则,通说认为这是为了鼓励申请人无顾忌使用行政复议救济制度。它的法理源头是刑事诉讼法上的“上诉不加刑”,与限制行政诉讼变更判决具有相同或相似的法理基础。在域外,无论是学理还是规范,鼓励公民行使法律救济的制度都获得了普遍性支持。在德国,如弗里德赫尔穆·胡芬所言,“一个不利的或只是部分授益的行政行为的相对人所期待的,本来是法律救济对他的法律地位的改善而绝非恶化。……一个法治国家,如果把法律救济请求跟消极后果绑定在一起,就不仅会给公民留下可怕的印象,而且也违背了广义上的信赖保护原则,并且还会让人怀疑,这种救济,实际上就是对那些不愿意痛快地忍受不利行政行为的相对人的惩罚。”<sup>③</sup>在日本,《行政不服审查法》第47条第3款也规定,对于处分(事实行为除外)的异议申请有理由时,处分厅以决定全部或部分取消该处分或予以变更,但不得作出不利于异议申请人的处分变更。可见,在行政复议变更决定中设置有限变更规则是一种较为普遍的共识。

## (二)“更为不利”的判断

《行政复议法》第63条第2款确立了“更为不利”的判断标准,那么,什么是“更为不利”呢?申请人向复议机关提出复议申请,是因为他认为被申请行政行为对他的合法权益产生了“不利”影响,请求通过行政复议决定消除这种“不利”影响。我们知道,复议请求是申请人处分自己权益的一种程序性权利,它是否具有拘束行政复议权的规范效力,即是否存在“请求—决定”一致性的规则,《行政复议法》并没有明确规定。从《行政复议法》规定的行政复议决定的适用情形看,法律并不承认这一规则。从某种意义上说,法律并没有规定申请人提出的复议请求与复议决定之间必须对应——你请求要一杯咖啡,我不能给你一杯红茶。可见,判断“更为不利”的对象不是复议请求,而应当是被申请行政行为,

<sup>①</sup> 参见郜风涛主编、国务院法制办公室行政复议司编写:《中华人民共和国行政复议法实施条例解释与应用》,人民出版社2007年版,第189页。

<sup>②</sup> 参见王锴:《论行政复议中的不利益变更禁止原则》,载《云南行政学院学报》2009年第3期,第131页。

<sup>③</sup> [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》(第5版),莫光华译,刘飞校,法律出版社2003年版,第126页。

不能认为与复议请求不合的变更决定都是“更为不利”。

《行政复议法》没有给出判断“更为不利”的有限变更标准。《行政诉讼法》第77条第2款中的“加重原告的义务或者减损原告的权利”是否可以作为判断标准,本文认为,从行政复议和行政诉讼衔接关系和共为行政救济等制度基础上看,引用此判断标准应该没有法理上的障碍。这一标准可以分为两个子标准:

1. 加重申请人的义务。与被申请行政行为相比,变更决定加重了申请人的义务,如将罚款2000元决定变更为行政拘留三天。对此,有人会认为,对于一个打工的或者没有正常收入的人来说,“行政拘留三天”可能更为“有利”。这个说法似乎有一定道理,但并不符合法理。本条中所谓的“利”应指一切受法律保护的权利,受法律保护的权利是有轻重之分的。这种轻重之分并不是特定个人的感受,而是基于所有人的一种普遍价值,如人身权高于财产权、基本权利高于其他权利。因此,将罚款2000元决定变更为行政拘留三天,即使对于一个打工的或者没有正常收入的人来说也是加重义务。

2. 减损申请人的权利。与被申请行政行为相比,变更决定减损了申请人的权利。如申请人认为行政机关给付其最低生活保障费600元不符合法律规定,尽管法律规定行政机关可以在400元至800元之间确定具体数额,但复议机关不能变更为低于600元。

需要指出的是,适用上述两项子标准时,要注意如下两个问题:其一,判断“更为不利”是基于相同事实、依据作出的行政行为的内容变更,如果事实变化、依据不同,导致变更内容的,不在本规则禁止之列。其二,加重申请人的义务或者减损申请人的权利,都是在法定裁量范围内的选择,所以,所谓“更为不利”的有限变更实质上是对被申请行政机关裁量的限制。

### (三) 例外及其扩大例外的可能性

《行政复议法》在确立有限变更规则的同时,创设了一个“第三人提出相反请求”的例外。在此种情形中,第三人与行政复议申请人在行政程序中往往呈利益对立状态,复议请求往往是相反的,其中典型模式就是行政处罚中加害人和受害人。当受害人不服行政机关对加害人作出的行政处罚而申请行政复议时,如果坚持“更为不利”的有限变更规则,那么,对于受害人来说可能是不公平的,此时,有限变更规则必须让位于公平原则。

那么除了“第三人提出相反请求”,变更决定的有限变更规则例外是否还有扩大的可能性?我们知道,行政复议制度除了为保护私益而为公民、法人或者其他组织提供权利救济外,它还有保护公共利益的行政监督功能。当行政复议机关认为被申请的行政行为违法使申请人受益而公共利益受害时,是否可以作出对申请人“更为不利”的变更决定,这个问题在《行政复议法》中没有现存答案。本文认为,若遇这样的情况,行政复议机关可以作出撤销并责令重作的决定,但是,从行政复议立法目的看,选择变更决定也未必不妥。

## 五、结语

在行政复议中,行政争议表面上是申请人不服行政机关作出的行政行为,向行政复议机关提起一个或者若干个复议请求,要求复议机关满足其权利救济的要求,但背后却是申请人与行政机关、第三人甚至公共利益之间的一种利益冲突。基于人的本性,为了实现自己利益的最大化,申请人的复议请求

内容往往会超出复议机关解决问题的能力范围,如在房屋征收安置争议中,申请人提出要求解决子女到特定学校读书的请求。这种复议请求已经超出了规范意义上的行政争议,但申请人却往往利用行政复议的机会“一揽子”提出来,要求行政机关解决。由于过去政策上或者实务中行政机关“一揽子”解决这类问题所产生的示范效应,引发了之后行政复议申请人也会提出相同或者相似的请求。因此,从顺利推进工作进程和稳定社会大局出发,行政机关有时还需要化解不是规范意义上的但与之有关联的争议,甚至还有可能是申请人与第三人的民事争议,这就大大加重了行政复议机关的负担。从这个意义上看,变更决定在化解行政争议中保持可能的灵活性,或许正是化解这种利益冲突的一种策略性工具。

当然,我们也必须意识到,《行政复议法》关于变更规定的规定突破了行政复议法的理论框架,在相当程度上是国家立法机关回应国家治理策略的需要,对此,行政复议机关也面临着思想观念转变的任务。因为,对行政复议机关而言,变更决定实质上是代替被申请行政机关作出的一个新的行政决定,相对于维持决定来说,行政复议机关在行政诉讼中是单独作为被告,承担全部法律责任;相对于撤销决定来说,行政复议机关负有更重的变更说理负担。之前,行政复议机关变更决定适用率低的原因,或许在很大程度上与之有关。因此,未来变更决定适用率是否会与国家立法机关的期待相当,尚有待作进一步观察。■<sup>ML</sup>

## Administrative Reconsideration Change Decision: Positioning, Application, and Limitations—Commentary on Article 63 of the Administrative Reconsideration Law

ZHANG Jiansheng

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

**Abstract:** The application of administrative reconsideration change decisions and revocation decisions reflects a historical transition from a mixed framework to a separate framework. The theoretical debate regarding the positioning of change decisions within the administrative reconsideration decision system centers on the “core theory” versus the “priority theory”. However, the fundamental purpose of the administrative reconsideration system, the demand for rights relief, and the capacity of administrative reconsideration bodies to effectuate changes collectively indicate that revocation decisions should occupy a central position in this system. Other administrative reconsideration decisions, including change decisions, should center on revocation decisions. Change decisions can be categorized into substantively illegal changes and formal illegal changes. Substantive illegal changes are limited to instances of “inappropriate content”, while formal illegal changes encompass two scenarios: “incorrect application of basis” and “unclear facts and insufficient evidence, clarified by the administrative reconsideration authority”. Change decisions are subject to limitations change rules, and the standard for determining “the more disadvantageous” involves increasing the applicant’s obligations or diminishing the plaintiff’s rights.

**Key words:** administrative reconsideration; change decision; revocation decision; adverse changes

本文责任编辑:林士平  
青年学术编辑:杨尚东