

论行政公益诉讼中“不履行法定职责”判定标准的构建

伍华军 荣锦坤

(武汉大学法学院,湖北武汉 430072)

摘要:我国行政诉讼的体例以普通行政诉讼为主,行政公益诉讼为辅。相较于传统的行政诉讼,行政公益诉讼具有保护公共利益和客观法秩序之目的、检察机关为起诉主体、诉讼程序呈“双阶构造”、判决具有对世效力等新特征。因其特殊性,不履行法定职责的内核也发生了变化。应将“不履行”类型化分为未履职、未有效履职、履职但有瑕疵、未及时履职和不回复检察建议等类型。法定职责的范围除法律、法规、规章、规范性文件外,还包含了“三定方案”和权力清单等。对行政机关是否履行法定职责的判定,应当首先从行为要件判断行政机关是否履行了法定职责,如果行政机关在行为要件已尽其所能,则要根据行政机关的抗辩事由与公益受损状态的因果关系再确定其是否履行职责,而不是仅通过结果标准直接给予否定。

关键词:客观诉讼;不履行法定职责;行为标准;结果标准;抗辩事由

基金项目:国家社会科学基金项目“新时代党内法规制度建设的特点和趋势研究”(21BDJ048)。

[中图分类号] D92

[文章编号] 1673-0186(2023)003-0087-014

[文献标识码] A

[DOI 编码] 10.19631/j.cnki.css.2023.003.007

一、问题的提出

行政公益诉讼自试点到立法又经过几年的实践运行,在公共利益保护,尤其是环境保护方面,取得了很大成效。但在行政公益诉讼运行过程中,无论是检察建议程序还是诉讼程序,对“不履行法定职责”的界定均没有成熟的判定标准,此为现阶段行政公益诉讼的一个重大局限^[1]。这是行政公益诉讼立法初期面临的问题,随着《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简称“《办案规则》”)的出台,第八十二条为检察机关认定行政机关是否履行职责提供了初步判断标准^①。

作者简介:伍华军,武汉大学法学院副教授,法学博士,研究方向:宪法学与行政法学基础理论、党内法规学;荣锦坤,武汉大学法学院硕士研究生,研究方向:行政公益诉讼。

①有下列情形之一的,人民检察院可以认定行政机关未依法履行职责:(一)逾期不回复检察建议,也没有采取有效整改措施的;(二)已经制定整改措施,但没有实质性执行的;(三)虽按期回复,但未采取整改措施或者仅采取部分整改措施的;(四)违法行为人已经被追究刑事责任或者案件已经移送刑事司法机关处理,但行政机关仍应当继续依法履行职责的;(五)因客观障碍导致整改方案难以按期执行,但客观障碍消除后未及时恢复整改的;(六)整改措施违反法律法规规定的;(七)其他没有依法履行职责的情形。

而法院对行政机关是否履行法定职责的判断,至今仍没有统一标准,学界对“行为标准”和“结果标准”的讨论近几年也从未停歇。针对行政机关是否履行了法定职责之判断,有行为标准说^[2]、结果标准说^[3]、行为标准加结果标准说^[4]、“双重二阶层”说^[5]以及“三层次裁判结构”说^[6]等。

上述判断标准从命名的角度看似复杂多样,但本质而言分为行为标准说、结果标准说以及“行为—结果”标准说。事实上,完全意义的结果标准说是不存在的,其意味着法院只需审查案件中国家利益或者社会公共利益是否处于受损状态即可,如果公共利益受损状态没有解除,那么行政机关也将没有悬念地被认定为不履行法定职责。即便是明确支持结果标准说的学者,也会考虑行政机关的履职行为,这种结果标准对受损公益的要求是“有效消除”而非“绝对消除”^[7]。换言之,结果标准说掺杂了行为标准的判断,只不过最终把落脚点放在了结果上,仍是一种“行为—结果”标准说。行为标准说也不难理解,即通过比对行政机关的职责和其履职行为判断其是否履行了法定职责。但行为标准说面临的难题是,当行政机关竭尽全力履职却仍无法消除公益受损状态,是否可以认定其没有履行法定职责?学者们对这个问题多采取“躲闪”态度。有学者解释称,这里的行为标准仅仅指因为行政机关的不履行法定职责行为而导致公益没有恢复圆满状态的情形下的行为标准^[8]。坚持“行为—结果”标准说的学者认为法院在认定行政机关行为时应同时考虑行为要件和结果要件,但鲜有学者对行为标准类型化,在行政机关符合行为条件但公益处于受损状态时究竟该如何细致认定行政机关是否履行法定职责,亦没有一个明确规则。

对行政公益诉讼下行政机关是否履行了法定职责的判定,是一个综合考量的结果。考虑到绝大多数案件都是因为公益受损状态没有解决才进入诉讼程序,故通过行为标准对行政机关的履职行为进行审视,可以解决大多数不履行法定职责案件。但对于行政机关“力尽而不能”的案件,行政机关的抗辩事由是否可以使法院认为其已经履行了职责,有必要确立相应标准。本文将从行政公益诉讼的特殊性出发分析“不履行法定职责”不同于一般行政诉讼的内核,并以此为基础确定不履行法定职责判定的具体行为标准。绝对结果标准的适用应当被排除,但是这并不意味着结果标准没有用武之地,只不过需要谨慎使用。如案件中公共利益受损状态没有回复,要充分考虑行政机关的抗辩事由和公益受损状态间的因果关系,以此判定行政机关是否履行了法定职责。

二、行政公益诉讼中“不履行法定职责”的内涵

通常意义的行政诉讼“是指作为行政相对人的公民、法人或者其他组织认为有关行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,依法向人民法院起诉,由人民法院审理并作出裁判的活动”^[9]。学界对于我国的行政诉讼究竟属于主观诉讼还是客观诉讼历来有争

议^①,但对于行政公益诉讼之构造定位则较为一致,为客观诉讼。

作为客观诉讼的行政公益诉讼呈现出不同于传统私益诉讼的特殊性:以保护公共利益和客观法秩序为目的、以检察机关作为起诉主体、诉讼程序呈“双阶构造”、检察机关被赋予调查权、举证责任不再“一边倒”、职权主义构造更加凸显、判决方式多采用确认判决和履行判决且判决具有对世效力等。但是其中与不履行法定职责关联性较强的特征是其保护公益的目的、以检察机关作为起诉主体、“双阶构造”的诉讼程序和检察机关调查权的赋予。

从诉讼目的来看,主观诉讼不是为了给予行政机关否定性评价,也不是为了纠正公共行政上的错误,更不是为了保障客观的公法秩序,而是为了救济相对人,恢复相对人受损害的权益^[10]。而客观诉讼以保护公益为目的,客观诉讼的判决也以保护公共利益为导向^[11]。保护公益和客观法秩序的目的也是行政公益诉讼区别于普通行政诉讼的最大特征。检察机关保护公益的实践探索经历了以原告身份代表国家提起民事诉讼、督促责任主体提起诉讼以及检察机关提起公益诉讼三个阶段^[11]。以检察机关作为起诉主体彰显了其明显高于传统行政诉讼中相对人的诉讼地位。“双阶构造”的特征是为检察建议程序的引入。检察机关调查权的赋予,既是其法律监督者地位的反映,也体现出了其更强势的诉讼地位。检察机关对于行政行为的违法性、行为的危害后果、公益受损的调查能力相较于社会组织、个人而言,具备了明显的优势^[11]。由于行政公益诉讼具备相较于传统行政诉讼的特殊性,那么对不履行法定职责的理解和规则构建,需要结合传统行政诉讼不履行法定职责和行政公益诉讼的特征进行重构。

(一)行政公益诉讼中“不履行”表现形式的析出

1.普通行政诉讼中“不履行”的形式

起初学界对于普通行政诉讼中“不履行”理解之通说为:“所谓不履行,又称拒绝履行,即行政机关以明示或者默示的方式,否定合法申请人的申请。”^[12]之后又将实际未履行纳入不履行的范畴^[13]。除了拒绝履行以及实际未履行,拖延履行也成为不履行方式的一种^[14]。兼具法官与学者身份的江必新和梁凤云认为“不履行”包含了拒绝履行、部分履行、拖延履行,并将履行不能和预期不履行排除在“不履行”之外,对于不适当履行,则可以认为是宏观概念上的不履行^[15]。对于“不履行”的理解,应当考虑我国行政诉讼法的规范体系。对于传统行政诉讼,与认定行政机关不履行法定职责直接相关的法条便是《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称“《行政诉讼法》”)第七十二条,法院在审理后认为行政机关不履行法定职责的,判决其在一定期限

①认为我国行政诉讼属于主观诉讼的学者如:薛刚凌.行政诉讼法修订基本问题之思考[J].中国法学,2014(3):229-246;刘艺.构建行政公益诉讼的客观诉讼机制[J].法学研究,2018(3):39-50。认为我国行政公益诉讼属于客观诉讼的学者如:成协中.保护规范理论适用批判论[J].中外法学,2020(1):88-103;付荣,江必新.论私权保护与行政诉讼体系的重构[J].行政法学研究,2018(3):3-13。认为我国行政诉讼既不是完整意义上的主观诉讼,也不是完整意义上的客观诉讼的学者如:薛刚凌,杨欣.论我国行政诉讼构造:“主观诉讼”抑或“客观诉讼”?[J].行政法学研究,2013(4):29-37+78。

内履行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称“《适用解释》”)第九十一条对“不履行”进行了细化:“违法拒绝履行”或者“无正当理由逾期不予答复”可以被认定为不履行法定职责。有学者认为,除了以上两种情形,“不完全履行”和“不适当履行”也可以成为“不履行”的表现形式^[16]。普通行政诉讼下,“不履行”的理解其实是较为宽泛的。现行《行政诉讼法》第七十二条的履行判决在2014年修正的《行政诉讼法》中便已经呈现,考虑到“不履行法定职责”的规定过于模糊,配套的《适用解释》在起草过程中,曾经试图把“不履行”细化为六种情形^[17]。但最终考虑到在实践中不履行法定职责的表现形式多种多样,这六种情形无法将其穷尽,因此没有将其纳入《适用解释》中,而仅仅是对不履行法定职责进行了原则性规定。从起草过程中的这六种情形可以看出,“不履行”的表现形式可以有很多:违法拒绝履行、无正当理由逾期不予答复、无正当理由明显超过合理期限不予答复、未全面履行、未在法定期限内答复、未给予实质性答复。因此,不履行的表现形式在传统行政诉讼中认定的弹性较大,但若探寻其要旨,则主要从拒绝履行和不作为入手,这种不作为可以是拖延履行、未及时答复、不认真履职等。

2. 行政公益诉讼中“不履行”的形式

行政公益诉讼由于其自身特殊性,对不履行法定职责的认定,尤其是对不履行的类型化是区别于传统的私益行政诉讼的。对此有学者认为可以将“不履行”类型化为未启动履职程序、履职程序不完整、履职不及时、未回复检察建议^[6]。也有认为行政机关不履行法定职责表现为未在法定期限内回复检察建议、行政机关回复检察建议但未履职、行政机关回复检察建议但部分履职^[5]。目前,在行政公益诉讼中,一提到“不履行”似乎学者们的讨论重点就直接聚焦于应通过行为标准还是结果标准判定其是否履行,很少有学者对不履行进行类型化构建。而对“不履行”的表现形式进行详细确定是十分必要的,因为行政机关表现出的“不履行”,恰恰就是行为标准的表现形式。换言之,不履行的表现形式大体上构成了行为标准判断的具体标准。对于行政公益诉讼中不履行形式的析出,要结合立法和司法解释中的规定、精神,以及行政公益诉讼自身的特殊性进行。在《行政诉讼法》第二十五条第四款和“两高”修订《关于检查公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十一条中规定了行政公益诉讼制度和提起条件。前文已述,行政公益诉讼的诉讼程序不同于普通行政诉讼,体现出典型的“双阶构造”。检察机关提出检察建议的条件是行政机关“违法行使职权”或者“不作为”,检察机关提起诉讼的条件是行政机关“不依法履行职责”。对行政公益诉讼“不履行”表现形式的探讨,不能脱离普通行政诉讼的表现形式,二者是一般与特殊的关系。

对于传统行政诉讼中存在的违法拒绝履行、无正当理由逾期不予答复、不完全履行、拖延履行、不适当履行等不履行形式,在行政公益诉讼中应重新归类。其一,对于违法拒绝履行,在行政公益诉讼中不应将此形式纳入“不履行”的范畴。“实践中,很少有行政机关明确表示拒不处理或不回复的,而往往在对违法行政行为纠正或法定职责履行的程度上有所不同而已”^[18]。根

据行政公益诉讼以检察机关作为起诉主体和检察机关被赋予调查权等特殊性的特点,检察机关在“两造”中相比行政相对人与行政机关对抗具有天然优势。在行政公益诉讼案件中,甚至有行政机关首长当庭道歉情形出现,在实践中很少会有行政机关违法拒绝履行的情形出现,故此种情形不宜纳入行政公益诉讼的“不履行”。其二,对于无正当理由逾期不予答复或者与之相类似情形,实质上是以不作为的方式没有履行法定职责,表现为“未履行”的形态。其三,对于不完全履行,往往是行政机关部分履行职责,即只对其法定职责内的部分监督管理职责履行,而没有全部履行,履职的效果没有达到其职责要求,是“未有效履职”的体现。而对于不适当履行如何归类,则要根据对不适当的理解进行,如果认为不适当履行侧重于未达法定目的^[15],则属于“未有效履职”的范畴,如果认为其偏向于行政机关履行职责但方式存在不当^[16],则应被归为“履职但有瑕疵”。其四,对于拖延履行或者与拖延履行相类似的情形,则可以归为“未及时履职”。

不回复检察建议也属于“不履行”。检察建议是行政公益诉讼的特殊制度,《行政诉讼法》第二十五条第四款和“两高”修订《关于检查公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十七条只谈到了行政机关应该如期回复检察建议并履行职责,且这个期限为两个月,案情重大的为十五天。但并没有规定不回复检察建议应如何认定。有学者认为不回复检察建议不构成不履行法定职责,原因在于检察机关提出的建议不具有强制力^[19]。也有学者认为回复检察建议是法定职责,不回复构成了“不履行法定职责”^[20]。笔者支持后者,即不回复检察建议构成不履行法定职责,这是因为在普通行政诉讼中,检察机关提出的建议确实不具有强制力,仅起到建议作用。但在行政公益诉讼中,检察建议是非常重要的一环,它开启了诉前程序,也是提起行政公益诉讼的先决条件。在这里,本具有柔性的检察建议因行政机关收到检察建议若不履行便可启动诉讼的特点而具有了一定的刚性,而对于行政机关而言,检察建议是一种自我纠错的机会,但实质上已成为一种职责,因此不回复检察建议构成不履行法定职责。综上所述,对于行政公益诉讼下“不履行”的表现形式可以归纳为:未履职、未有效履职、履职但有瑕疵、未及时履职和不回复检察建议。

(二)行政公益诉讼中“法定职责”范围的确定

前文对行政公益诉讼下不履行表现形式的析出逻辑是通过梳理传统私益行政诉讼下不履行的形态,再结合行政公益诉讼的自身程序及特殊性,确认了行政公益诉讼“不履行”的表现形式。对于“法定职责”范围的确定,也同样适用这样的分析过程。判断行政机关是否履行了法定职责,不履行形态的确定固然重要,但存在法定职责范围内的不履行才是具有裁判意义的不履行。因此法定职责是不履行的前提与范围指向。

1.“法定职责”中的“法”

属于《中华人民共和国立法法》适用范围的法律、法规和规章,一般视为正式的立法,即为行政诉讼中行政机关的法定职责的法源^[21]。此外,《行政诉讼法》第二条第二款规定,“前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”可以看出,将规章纳入“法

定”的范围是有明确法律依据的。除了法律、行政法规、规章,规章以下的规范性文件也是“法定”的范畴。已经出现将规章以下的规范性文件纳入法源范畴的审判实践^[22]。其他规范性文件(俗称“红头文件”)在满足“合法有效”的前提条件后,也可以成为“法定职责”的来源^[16]。之所以将规范性文件也纳入“法定”范围,一方面层级较低的规范性文件的法律效力虽不及法律法规和规章,但却是行政机关日常运行和行政行为作出的依据,甚至有些规范性文件会直接赋予行政机关某项行政职责,如果在诉讼中无法得到认可,将大大减损行政机关的公信力。另一方面由于法律法规和规章对行政机关职责规定的模糊性,规范性文件的规定必然更加细致。

由此可见,普通行政诉讼中,将规范性文件作为“法”的来源已经成为共识,是对“法定职责”可以来源于规章后的更进一步延伸。行政公益诉讼由于其更强的维护公益和客观法秩序的特征,会对行政机关的履职提出更高要求,从这一点来看,“法”的范围会进一步扩张。实践中,“法”的范围并不限于法律、法规、规章,行政规范性文件 and “三定方案”等也在这个范畴内^[23]。在2018年出台的《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》中,将地方政府的权力清单和涉及行政机关职权、机构设置的文件即“三定方案”以及行政机关在履职过程中常用的内部规则、操作指南、流程指引与技术标准等也作为“法”的范围。由此可见在行政公益诉讼中,“法定职责”中的法源是很广泛的,除了法律、法规、规章和规范性文件这些在私益行政诉讼中可以成为法源的法,还包含了行政机关的“三定方案”、权力清单、常用内部规则等,目的就是更大程度地督促行政机关勤勉履行法定职责,更好地保护国家利益和社会公共利益。

2. 作为“法定职责”的“职责”

前文解决的是法定职责法源的问题,那么除了“法”可以成为行政机关“法定职责”的来源,行政机关的法定职责还可以来自其他方面吗?对此在传统行政诉讼下就有学者进行了探讨。行政机关的法定职责主要来源于法律、法规、规章的授权,也可以来源于行政机关的事先承诺,还可以来源于行政机关的先行义务^[24],特定机关的履行义务,行政合同、行政承诺等合意行为产生的履行义务,先行行为引起的履行义务,以及信赖利益引发的履行义务^[14]。法定职责应该作扩大理解,其包括:(一)法律明确规定的义务,这是法定职责的主要来源;(二)特定行政机关所负有的义务,如公安机关有保护人民生命、财产安全的行政作为义务;(三)行政协议、行政允诺;(四)因先行行为产生的义务;(五)因信赖而产生的义务^[17]。还有学者认为在履行判决的语境下,行政协议和行政允诺不属于“法定职责”的范畴^[16]。

通过上述学者的观点,可以看出,对于“法定职责”的来源,除了“法”的规定,还可能来源于行政机关的先行行为、行政合同、行政协议、行政允诺、特定机关负有的义务、因信赖而产生的义务等。对于行政协议和行政允诺,前文中已经提到,学者梁君瑜认为其在行政诉讼履行判决中不能成为法定职责的范围。但在行政公益诉讼中,根据“两高”修订《关于检查公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十五条,法院所能作出的判决并不仅限于履行判决,还有确认判决、撤销判决、变更判决等。因此并不能根据行政允诺和行政协议在私益行政诉讼中适用于行政协议的履行判决而将其排除在“法定职责”之外,如果行政协议和行政允诺涉及公共利

益内容而行政机关不予履行,则可以将其纳入法定职责的范围。对于行政合同同样适用该逻辑。对于信赖利益,一般不认为其属于行政公益诉讼中的法定职责。原因在于因信赖利益而产生的行政机关的义务往往发生在行政许可等受益型行政行为中,涉及的当事双方也通常为行政相对人和行政机关,不涉及第三人或者公益。而对于先行行为和特定机关的履行义务,则需要根据案件的具体情况来进行分析是否属于“法定职责”。需要注意的是,根据前文对检察建议的论述,行政机关不回复检察建议是行政机关不履行的表现,因此回复检察建议也是法定职责的内容。

三、行为标准的类型化

有学者认为,对行政机关是否依法履职的判断应该坚持行为标准,这是因为职权法定本身就是现代行政法的基本原则之一,行政机关的职权法定、采取的措施法定,同时行使权力也要按照法定程序,而对这些的违反,就构成了违法履职,行政机关即可被认定为不履行法定职责^[8]。同时还有持行为标准的学者认为,行为标准与结果标准不是并列关系,而是表里关系,行为标准的满足必然会维护到国家利益和社会公共利益,仅因国家利益与社会公共利益受损害就判定行政机关不履行法定职责,是对行政机关的苛责,不利于其履职的积极性^[2]。行为标准是行政机关是否根据法定职责积极地履行了行政行为,同时根据个案的性质,是否在作出行政行为后,及时跟进和监督,继续履行职责。结果标准则是看国家利益和社会公共利益是否仍处于受损害的状态。

事实上,不必过于纠结行为标准和结果标准的关系,从对行政机关行为是否依法履职的角度来看,首先就应该判断行政机关在行为意义上是否完全履行了法定职责。截至2022年12月21日,在裁判文书网检索“行政公益诉讼”并选定判决书和行政案件,有1833个案件,在这些案件中,虽然也有因在诉讼中行政机关积极履职而被判定为“依法履行职责”的情形,但所有的案件中,均满足国家利益或者社会公共利益受损害的结果标准,或者说曾经满足只不过在行政机关积极纠正和履职后恢复了圆满状态。从实务角度出发,没有哪个案件单看是不满足结果标准的,并不存在检察机关因行政机关在行为意义上没有依法履职或者违法行使职权而单独提出行政公益诉讼。因为检察机关本身就很难主动发现行政机关这些自身内部运行的问题,同时也不符合客观诉讼保护公益的目的,司法资源本身也是一种公共利益。因此,对于行政机关是否履行了法定职责,第一步要看行政机关的行为,即从行为意义上是否履职,如果这一步都无法满足,则可以直接认定行政机关没有履行法定职责。在通过对实务案件进行梳理,行政机关从行为上不履行法定职责大概可以分为以下几类。

(一)未履职

未履职包含了完全的未履职也包含了部分未履职,完全未履职是行政机关在检察机关发出检察建议前没有履行法定职责,在收到检察建议后既没有回复检察建议也没有履职,从始至终均没有履行法定职责;部分未履行是指行政机关在收到检察建议前没有履行职责或者没

有有效履行职责,收到检察建议后虽进行了回复,但是没有采取积极的履职行为。在抚顺市新抚区人民检察院诉被告抚顺市生态环境局履行法定职责一案中^①,抚顺市生态环境局在收到检察建议前只是作出了行政处罚没有进一步履职,后在收到检察建议后没有回复也没有履职。吕梁市离石区人民检察院诉被告交口县林业局不履行法定职责案中^②,交口县林业局更是在收到检察建议前便没有履行法定职责,这都属于完全的不作为。盖州市人民检察院诉被告盖州市自然资源局怠于履行恢复林地生态环境法定职责一案中^③,盖州市自然资源局虽然在收到盖州市人民检察院的检察建议后两个月内进行了回复,但没有采取履职行为,是未履职。未履职是行政机关在形式上不履行法定职责的一种典型状态,不管是完全的未履职还是部分的未履职都是行政机关不履行法定职责的体现。

(二)未有效履职

未有效履职是指行政机关在收到检察建议后虽然采取了一定行动,但没有履行法定的所有职责致使公共利益仍然遭受损害的形式。对未有效履职的把握可以将其与未履职和完全履职作对比。相较于未履职,行政机关在收到检察建议后确实采取了一定的履职行为,但比起完全的履职行为未有效履职仍存在距离。即对于前文已述的“履行”要件,未有效履职有欠缺和不完善之处,而非结果意义上的没有达到恢复国家利益或社会公共利益的圆满状态。如果行政机关完全履行了职责仍无法使国家利益或者社会公共利益解除受损状态,此种情形是履职而未达目的,并非这里的未有效履职。乌审旗人民检察院诉乌审旗林业和草原局未全面依法履行监管职责案中^④,乌审旗林业和草原局在收到乌审旗人民检察院的检察建议后督促行为人恢复植被,没有进一步实地跟进致被毁林地本应在行政机关回复检察建议中的2017年5月1日前恢复,直到2019年乌审旗人民检察院提起诉讼时行为人仍没有采取行动,是典型的未有效履职。吕梁市离石区人民检察院诉交口县桃红坡镇人民政府不履行监管、管护职责案^⑤,桃红坡镇人民政府在收到检察建议后召开了会议,以出动宣传车、印发宣传资料、悬挂横幅、张贴标语、召开法制讲座、组织送法下乡等多种形式进行了林业常识及法律法规宣传,但没有采取进一步的履职行为,是未有效履职的体现,未有效履职也是不履行法定职责的一种。

(三)履职但有瑕疵

履职但有瑕疵是指行政机关在收到检察建议后积极作为尽心履职,但在内容或者形式程序上存在瑕疵。该瑕疵并不能否认行政机关的积极履职行为。相较于未有效履职,履职但有瑕疵又前进了一步,如果说未有效履职中行政机关可能在主观上没有重视检察建议和其自身应当履

①参见(2021)辽0402行初33号行政判决书。

②参见(2018)晋1102行初76号行政判决书。

③参见(2019)辽0881行初101号行政判决书。

④参见(2020)内0626行初3号行政判决书。

⑤参见(2018)晋1102行初77号行政判决书。

行的职责,履职但有瑕疵的情形则不是这样。履职但有瑕疵可能是行政机关因大意而忽视某个程序,抑或履职中对某项职责有所疏漏,但无论如何此种情形下行政机关还是没有做到形式上的完全依法履职。比较典型的案例是北京市平谷区人民检察院诉北京市平谷区园林绿化局怠于履行代为补种法定职责一案中^①,北京市平谷区园林绿化局在接到检察建议后加强森林资源保护力度,在全区内组织开展打击破坏森林资源专项行动,并筹备在下个雨季委托有资质的专业造林施工单位代为补种,所需费用由被处罚单位梨树沟公司承担,即积极开展履职行动。但由于实施代为补种行为前还应当依法进行催告等程序,而催告等程序的实施并不受季节因素的影响,因此北京市平谷区园林绿化局存在程序瑕疵,所以不能认为其完全履行了法定职责。

(四)未及时履职

未及时履职与不履行有一定联系,未及时履职即在行政机关收到检察建议后的一段时间内没有采取履职行为。但二者最大的区别在于不履行往往直到法院作出裁判时行政机关仍处在“不履行”状态;未及时履职则是行政机关在诉讼过程中已经积极采取了措施进行履职,甚至在法院作出裁判前恢复了国家利益或社会公共利益受损的状态。从未履职到未有效履职再到履职但有瑕疵,行政机关的履职状态越来越积极,但其始终没有摘掉不履行法定职责这项“帽子”。而未及时履行则不一定被认定为“不履行法定职责”,倘若行政机关在诉讼过程中通过积极履职使国家利益或者社会公共利益得到保护,那么则不宜再作出履行判决,如果检察机关此时不撤诉,则仅需对之前行政机关不依法履职的行为确认违法即可。海城市人民检察院诉海城市自然资源局不履行法定职责一案就是未及时履职的体现^②。行政机关在诉讼过程中虽积极履职但直到法院即将作出判决时行政机关仍无法修复受损之公益,那么则会被认定为不履行法定职责。

(五)不回复检察建议的处理

前文已述,回复检察建议是行政机关法定职责的内容,不回复检察建议构成“不履行”。那么不回复检察建议可否单独作为不履行法定职责的依据?通常来讲行政机关在接到检察建议后当认真纠错勤勉履行,若既不回复检察建议也不履行,则检察机关随之会提起诉讼。“不回复”和“不履行”行为都可以成为行政机关不履行法定职责的依据。若出现行政机关在收到检察建议后,并没有在法定期间内回复但实际履行了职责并消除国家利益或者社会公益的受损状态,是否可以单独就不回复检察建议判定行政机关不履行法定职责?在珲春市人民检察院诉珲春市国土资源局公益诉讼案中^③,法院对此的态度是否定的。事实上回复检察建议是一种法定职责与不回复检察建议不单独构成不履行法定职责并不冲突,行政机关虽未书面回复检察建议但已通过实际行动履行,并挽救受损的公共利益符合行政公益诉讼的目的性,是一种默示的回复,不应再就未回复检察建议单独起诉。故行政公益诉讼案件中如果行政机关存在

^①参见(2017)京0117行初19号行政判决书。

^②参见(2019)辽0381行初328号行政判决书。

^③参见(2018)吉24行终104号判决书。

不回复检察建议的情况,法院可以据此认定其没有履行法定职责或是履行法定职责不全面,但不应将不回复检察建议单独作为行政机关不履行法定职责的依据。

四、结果标准的反思:充分考虑抗辩事由与因果关系

根据《最高人民法院关于审理环境公益诉讼案件的工作规范(试行)》第五十三条,行政机关作出了足以保护公共利益的行为,但国家利益或社会公共利益仍处于受侵害状态,此时检察机关若提起行政公益诉讼人民法院应当受理。对于此条款,有学者表示反对,认为这是对结果标准的僵化理解^[25]。事实上对于行政机关积极履职的案件,从行为标准已不能判定其不履行法定职责。非行政机关自身因素导致公益受损状态持续的案件进入法院没有太大意义。原因在于,一方面行政机关已经尽职尽责无法从行为上对其苛责,即无法对行政机关的行为作出确认违法判决因为行政机关不存在错误;另一方面也很难作出履行判决,因为此时公共利益受损状态可能已经无法弥补,即使作出履行判决也没有意义反而有损司法权威。如果案件中行政机关没有通过履职行为使国家利益或者社会公益恢复圆满状态,行政机关往往会声称其已经履行了法定职责并给出相关证据,或者提出抗辩事由即其不履行法定职责的原因在于某些因素影响自身的履行行为导致没有恢复公益受损状态。此时对于行政机关是否作出足以保护公共利益的行为需要进行主观判断。对于行政机关的抗辩是否予以认可将会决定着是否认定行政机关属于不履行法定职责。

(一)抗辩事由的消极适用

纵观裁判文书网近两千个案例,行政机关对于自己依法履职的抗辩事由可谓五花八门,从中提炼出积极的抗辩事由即只要行政机关有证据证明存在积极抗辩事由的情形法院就要认定行政机关已经尽力,似乎不太可能。因为个案的情况不尽相同,难以有个统一的积极标准来确定行政机关已经完全履行了职责,同时行政机关是否积极履职是需要根据其“法定职责”进行判断,因此从正面找到行政机关的抗辩事由不切实际。但是可以确定哪些理由不能作为行政机关的抗辩事由,即行政机关一般不能将这些理由作为自己没有履行法定职责的原因,此为抗辩事由的消极适用。

1. 刑事移送

很多案件行政机关都将案件已经移送到公安机关作为自己不履行法定职责的抗辩事由,这样是不妥的。根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,行政执法机关对于涉嫌犯罪的案件移送司法机关立案侦查后不能作出人身罚或财产罚,而对于申诫罚和行为罚则不受限制^[25]。最高人民检察院《关于深入开展公益诉讼试点工作有关问题的意见》第十二点:“行政相对人的违法行为同时触犯行政法律法规规章和刑法,且已经移送公安机关处理或已经追究刑事责任责任的,如果行政机关存在没有依法正确履行职责的情况,检察机关可以进行监督,符合提

起行政公益诉讼条件的,应当提起行政公益诉讼。”这意味着虽然案件移送“减轻”了行政机关的责任,但行政机关仍需根据法定职责对违法者进行处罚。此外,若刑事判决已经对违法者作出“行为罚”(通常在附带民事判决中出现),则需要对违法者执行判决的情况加以监督,然而法院对此的监督力度有限。行政机关需要在职责范围内继续对违法者进行监督,以确保国家利益和社会公共利益的实现。海城市人民检察院诉被告海城市自然资源局不履行法定职责一案中^①,海城市自然资源局在违法者受到行政处罚后没有履行职责,包括在收到检察建议后亦是如此。直到在诉讼过程中才责令违法者补种林木是未及时履职行为。盖州市人民检察院诉盖州市自然资源局怠于履行恢复林地生态环境法定职责一案^②,盖州市自然资源局也是因违法者受到刑事追诉后以此为抗辩理由直到法院作出判决时仍没有履职,是完全的不履职行为。

2. 机构改革等自身原因

以机构改革等行政机关自身内部原因作为抗辩事由的情形一般不能够成立。除了机构改革类似的抗辩事由还有行政机关人手不够、经费不足等。原因在于行政机关既是管理者也是服务者,享有行政权的主体以提供公共服务为基本职责^[26]。行政机关由于自身原因无法履职或者无法有效履职致使国家利益和社会公共利益处于受损害状态中,那么行政机关无疑是失职的。这样的抗辩事由会使得政府的公信力下降,会使民众对行政机关依法行政的能力产生怀疑。滦南县人民检察院诉滦州市自然资源和规划局怠于履行林地监管管理职责案中^③,滦州市自然资源和规划局辩称“由于机构改革以及调查权限和调查技术等方面的客观原因,被告的工作一直没有突破性的进展”,因此滦州市自然资源和规划局一直没有实质性履职。行政机关在面临此种困难的时候不能“知难而退”,应当寻求解决方案,可以是制定规划并提交上级审批或是采取代履行等方法,而不是因为存在难度便不再积极履职。

3. 自然条件等客观因素

乌拉特中旗人民检察院诉乌拉特中旗林业和草原局未依法履行行政管理法定职责案中^④,乌拉特中旗林业和草原局称新冠疫情影响其履职,法院并没有采纳该抗辩事由,仍认定该局为不履行法定职责。诸如季节、气候、新冠疫情等客观条件势必会对行政机关依法履职带来困扰和阻碍,此时行政机关往往会产生畏难情绪而履职不到位。乌拉特中旗林业和草原局在答辩中也默认了自己不积极履职这一事实,并声称接下来会采取措施保护受损的国家利益和社会公共利益。自然条件等客观因素未必就一定不能成为抗辩事由,如果是不可抗力或者行政机关已经竭尽全力后仍无法克服客观情况带来的影响,则可以认为行政机关已经履行了职责。若行政机关仅仅以自然条件等原因作为自己不积极履职的“遮羞布”,则无法成立。

①参见(2019)辽0381行初328号行政判决书。

②参见(2019)辽0881行初101号行政判决书,类似案件参见(2020)内0223行初14号行政判决书。

③参见(2019)冀0224行初9号行政判决书。

④参见(2020)内0824行初2号行政判决书。

4. 单纯的履职行为

单纯的履职行为也是行政机关在抗辩事由中经常用到的理由。单纯的履职行为指行政机关将自己采取的行政行为(通常在收到检察建议后)作为自己积极履职的表现,而不问此种行为是否是自己尽心尽力履职,这种履职往往不能达到实际效果,国家利益和社会公共利益受损害状态没有得到修复。单纯的履职行为与前述行为要件的联系较为紧密,其核心在于行政机关在主观上没有积极履职,更多的是在敷衍了事、做一些表面工程,这种单纯的履职行为也不能作为抗辩事由。

(二)因果关系的谨慎确定

在行政公益诉讼案件中,行政机关的败诉率很高,在90%以上^[27]。这其中不乏行政机关尽力履职仍被认定为“不履行法定职责”的情形。抚顺市东洲区人民检察院诉被告抚顺市生态环境局履行法定职责一案中^①(以下简称“抚顺案”),抚顺市生态环境局在收到检察建议前便对石油泄漏的情况进行积极履职,收到检察建议后在主观上重视,客观上积极履职对违法者作出处罚的同时不断督促其履行,还采取了其他配套行动,但由于石油污染的特殊性公益受损状态无法达到立竿见影的效果。法院在裁判过程中认可了行政机关的积极履职,仍根据“尚未达到环境污染消除”的结果标准认定其“未能全面依法履行监管职责”,并作出履行判决。但并不是所有行政机关“力尽而未达目的”都会被认定为不履行法定职责,在珲春市人民检察院诉珲春市国土资源局不履行法定职责一案中^②(以下简称“珲春案”),经过二审终审虽然公益受损状态没有解除,但法院认定珲春市国土资源局依法全面履职并驳回检察机关诉讼请求。

检察机关提起行政公益诉讼的根本目的在于保护国家利益和社会公共利益,同时督促没有依法履职或者没有积极履职的行政机关及时纠正不当行为,切实保护公益。上述抚顺案,行政机关已经在采取积极措施,只是由于自然规律及案件特殊情况无法使受损害公益立马恢复。对于类似情形检察机关事实上没有提起行政公益诉讼的必要,仅需等待在行政机关的勤勉履职下消除公益受损状态即可。反之,如果检察机关根据公益受损状态提起了行政公益诉讼,法院也不应认定行政机关没有履行法定职责。这不但打击行政机关的积极性,同时也是司法权过度干预行政权的体现,浪费了司法资源。对于检察机关提起的行政机关“力尽而不能”的案件,法院可以参照珲春案认定行政机关履行了职责并判决驳回检察机关的诉讼请求。在法院审理过程中,对行政机关的“力尽”审查应当坚持两个判断标准:一是行政机关的履职态度即行政机关是否积极履职,这是主观要素;二是因果关系,即行政机关的抗辩事由与公益受损状态仍未解除之间是否具有因果关系。换言之,如果行政机关尽最大努力履职仍无法使得受损公益恢复圆满状态则可以认为其抗辩理由成立。因果关系的考量是对单纯适用结果标准的修正,如果行政机关从行为标准判断并不存在不履行法定职责,而仅因结果标准就作出“不履行”的判

①参见(2020)辽0402行初68号行政判决书。

②参见(2018)吉24行终104号行政判决书。

定,那么行为标准的存在也将没有意义,法院对行政机关的行为审查也成了“无用功”。

五、结语

对于不履行法定职责的判断标准,虽目前仍有行为说、结果说以及“行为—结果”说之争,但本质上没有完全意义上的单独行为说或者单独结果说。行为说中有掺杂对公益受损是否恢复结果之考量,结果说中也会审查行政机关的履职行为。对行为标准应当进行类型化这样才方便法院进行裁判。由于行政公益诉讼并没有彻底摆脱行政诉讼的体系,对于判定标准的构建应当首先考虑传统行政诉讼下的标准与内容,再结合行政公益诉讼自身的特殊性加以类型化析出。判断行政机关是否履行了法定职责,首先应审查行政机关的行为,看其是否是未履职、未有效履职、履职但有瑕疵或是未及时履职,如果认为行政机关在行为要件上已尽力履职,但公益此时仍处受侵害中,则要充分考虑行政机关的主观态度、抗辩事由以及其抗辩事由与公益仍处于受损状态间是否具有因果关系。在这样的标准下对行政机关是否依法履职的判断才最为客观和准确。

参考文献

- [1] 卢超.从司法过程到组织激励:行政公益诉讼的中国试验[J].法商研究,2018(5):25-35.
- [2] 刘超.环境行政公益诉讼诉前程序省思[J].法学,2018(1):114-123.
- [3] 刘艺.构建行政公益诉讼的客观诉讼机制[J].法学研究,2018(3):39-50.
- [4] 崔瑜.行政公益诉讼履行判决研究[J].行政法学研究,2019(2):136-144.
- [5] 代杰,徐建宇.行政公益诉讼中行政机关不依法履行职责抗辩事由研究——基于159份判决书的实证分析[J].江西理工大学学报,2020(4):26-36.
- [6] 李明超.论行政公益诉讼中“不履行法定职责”的认定规则[J].社会科学战线,2020(3):275-280.
- [7] 刘加良.行政公益诉讼中被告依法履行职责的判断标准及其程序应对[J].国家检察官学院学报,2022(2):148-160.
- [8] 张旭勇.行政公益诉讼中“不依法履行职责”的认定[J].浙江社会科学,2020(1):67-76+157-158.
- [9] 周佑勇.行政法原论[M].3版.北京:北京大学出版社,2018:379.
- [10] 薛刚凌.行政诉讼法修订基本问题之思考[J].中国法学,2014(3):229-246.
- [11] 刘艺.检察公益诉讼的司法实践与理论探索[J].国家检察官学院学报,2017(2):3-18+170.
- [12] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].3版.北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2007:597.
- [13] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].5版.北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011:527.
- [14] 梁凤云.新行政诉讼法讲义[M].北京:人民法院出版社,2015:429.
- [15] 江必新,梁凤云.最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2015:214.
- [16] 梁君瑜.行政诉讼履行判决的构造与边界[J].北方法学,2021(4):103-116.
- [17] 江必新.中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015:484.
- [18] 王春业.行政公益诉讼“诉前程序”检视[J].社会科学,2018(6):94-103.
- [19] 魏琼,梁春程.行政公益诉讼中“行政机关不依法履行职责”的认定[J].人民检察,2019(18):61-65.

- [20] 胡卫列,迟晓燕.从试点情况看行政公益诉讼诉前程序[J].国家检察官学院学报,2017(2):30-48+170-171.
- [21] 何海波.行政诉讼法[M].2版.北京:法律出版社,2016:263.
- [22] 中海雅园管委会诉海淀区房管局不履行法定职责案[J].最高人民法院公报[J].2004(5):393-397.
- [23] 李瑰华.行政公益诉讼中行政机关“依法履职”的认定[J].行政法学研究,2021(5):33-40.
- [24] 江必新.中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:中国法制出版社,2015:65.
- [25] 张袁.行政公益诉讼中违法行政行为判断标准的实践检视与理论反思——以1021起裁判样本为考察对象[J].行政法学研究,2022(2):93-103.
- [26] 江国华.中国行政法(总论)[M].武汉:武汉大学出版社,2017:45.
- [27] 刘艺.检察公益诉讼败诉案件中的客观诉讼法理[J].行政法学研究,2020(6):37-50.

The Construction of Judgment Standard of "Failure to Perform Legal Duties" in Administrative Public Interest Litigation

Wu Huajun Rong Jinkun

(Law School of Wuhan University, Wuhan, Hubei 430072)

Abstract: The style of administrative litigation in China is dominated by ordinary administrative litigation, supplemented by administrative public interest litigation. Compared with the traditional administrative litigation, the administrative public interest litigation has the purpose of protecting the public interest and the objective legal order, the procuratorial organ is the main body of the prosecution, the litigation procedure presents a "two-level structure", and the judgment has the effect on the world. Due to its particularity, the core of non-performance of statutory duties has also changed. The "non-performance" should be classified as non-performance, non-performance, performance with defects, non-performance in time and non-response to procuratorial suggestions. In addition to laws, regulations, rules and normative documents, the scope of legal responsibilities also includes the "three fixed plans" and the list of powers. To judge whether the administrative organ has performed its statutory duties, we should first judge whether the administrative organ has performed its statutory duties from the elements of conduct. If the administrative organ has done its best in the elements of conduct, it should determine whether it performs its duties according to the causal relationship between the defense of the administrative organ and the state of public welfare damage, rather than directly deny it through the result standard.

Key Words: Objective litigation; Failure to perform statutory duties; Standards of conduct; Result standard; Grounds for defense

(责任编辑:易晓艳)

