

“行政公益诉讼中行政机关不作为的认定及履行”检索报告

【作者简介】燕少伟，浙江大学光华法学院 2020 级法律硕士（非法学）

【指导教师】魏立舟，浙江大学光华法学院

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

一、 引言

（一）选题出发点

1、现状：公益保护和法治政府建设的需求

个人利益之外，存在着涉及不特定主体的国家和公共利益（以下简称“公益”）。关于公益的理论，源于利益格局和国家社会形态的不同，古今中外各国的认定不尽相同，如法国人相信，由公权力根据作为一个整体的共同体的需求做出的决定就是公益的表现，公益决定的形式就是法律，因此遵守法律就是维护制度公益。¹英美国家的公益格局与界定则不同，他们一般认为并不存在独立于个人利益而存在的公共利益，公共利益就是个人利益之和。²基于中国传统“家国一体”的政治结构和“社会”意识的近代晚觉醒，³我国的公益大体上可以分为三个层面：国家独占的公益⁴、归属于特定群体的公益⁵和分散的社会公益⁶。归属于特定群体的公益可细化为群体内个人的利害关系，从而得到保护；国家公益和分散的社会公益，则通常由国家行政机关在履行职责时予以代表。

行政机关作为公益的代表，在公益受到损害时理应冲到保护的第一线。但现实情况是，在我国的反贪反腐的力度不断加大的社会大背景下，地方各级行政机关秉持着“不做不错，少做少错”的行政思维，滋生了懒政思想，怠于保护公共利益。同时，近年来，国有资产流失严重、国有土地使用权出让乱象频发，污染

¹ 转引自 Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, "Droit administratif" 7^e édition, Montchrestien Textensoéditions 2012, p212-213.

² 转引自 [英] 迈克·费思塔克：《规制中的公共利益》，戴昕译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 229-271 页。

³ 转引自康有为：《大同书》，中华书局 1935 年版，第 356 页。

⁴ 如国有经济、国有土地、自然资源等规定由国家享有的利益。参考《宪法》7、9、10 条的规定。

⁵ 如妇女、儿童、农民工等弱势群体的利益。参考《宪法》45、48、49 条的规定。

⁶ 如生态环境、文化遗产、食品药品安全等利益，是最为广泛的公共利益。

生态环境,危害食品药品安全等侵害社会公共利益的事件时有发生。在当下国有经济转型发展和生态环境保护成为“五位一体”总体布局的大背景下,公益保护呈现的矛盾引起了社会各界的强烈关注。

2014年12月23日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对深入推进依法行政,加快建设法治政府提出了完整的、体系化的要求。决定中提出了要探索建立检察机关提起公益诉讼制度。⁷同年,习总书记在关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明中提出了十个重点问题,第九个就是探索建立检察机关提起公益诉讼制度。⁸

2、局限:传统行政诉讼在上述两领域的缺陷

从公益保护的角度看,传统行政诉讼的性质和程序设计均缺乏实现公共利益的保护的途径,具有局限性。我国目前的行政诉讼,是以保护行政相对人权利的撤销诉讼为中心建立起来的。对于当前行政诉讼的性质,学界存在一定的观点争议。有学者认为,从保障公民合法权益这一核心目标及行政相对人在诉讼中能够提出主观的诉讼请求这一角度而言,行政诉讼属于主观诉讼。⁹但有学者认为,我国当前的行政诉讼属于客观诉讼,我国行政裁判的类型与审查核心均符合客观诉讼的特征。¹⁰也有学者认为传统行政诉讼是割裂式的诉讼,请求的主观性和司法审查目的的客观性使得行政诉讼在构造上呈现出一种扭曲的“内错裂形态”。¹¹还有学者认为,传统行政诉讼属于公、私益混合的行政诉讼模式。“解决行政争议”这一立法目的决定了行政诉讼应该是一种私益诉讼。但是,在“监督行政机关依法行使职权”这一立法目的之下,导出的“人民法院审理行政案件,对行

⁷ 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,第四部分、第(二)项优化司法职权配置。

⁸ 全会决定提出,检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为,应该督促其纠正。作出这项规定,目的就是使检察机关对在执法办案中发现的行政机关及其工作人员的违法行为及时提出建议并督促其纠正。

在现实生活中,对一些行政机关违法行使职权或者不作为造成对国家和社会公共利益侵害或者有害危险的案件由于与公民、法人和其他社会组织没有直接利害关系,使其没有也无法提起公益诉讼导致违法行为缺乏有效司法监督,不利于进依法行政、严格执法,加强对公共利益的保护。由检察机关提起公益诉讼,有利于优化司法职权配置、完善行政诉讼制度,也有利于推进法治政府建设。

⁹ 参见于安:《行政诉讼的公益诉讼和客观诉讼问题》,《法学》2001年第5期,第16页。

¹⁰ 参见梁凤云:《行政诉讼法修改的若干理论前提——从客观诉讼和主观诉讼的角度》,《法律适用》2006年第5期,第72页。

¹¹ 参见薛刚凌、杨欣:《论我国行政诉讼构造:“主观诉讼”抑或“客观诉讼”?》,《行政法学研究》2013年第4期,第34页。

政行为是否合法进行审查”，进而确立“诉判分离”的诉讼模式，又使得行政诉讼兼有公益诉讼的功能。¹²

公益的权利主体具有弱指向性，当公益受到侵害时，以保护公民个人权利为目标的主观诉讼或者说私益诉讼并不适用。因为缺乏法律上的利害关系，公民无法作为适格的诉讼主体，请求司法对公益予以保护，也就造成公益保护的“虚位主体”。无论是从传统行政诉讼的性质争议，还是就我国现有的行政诉讼程序的设计而言，公益保护的目的在于现有的行政诉讼体系中都是难以得到实现的。

从监督行政机关依法行政的立法目的看，无论是在过去还是当下，这一目的的实现都尚有欠缺。1989年的《行政诉讼法》确立了“保证人民法院公正、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”三大目的。但后来实际的运行中，监督行政机关依法行使职权的的目的基本上成为了一种理想的追求，维护行政机关依法行使职权才是成为当时的基本共识。正如有学者指出：“在过去十多年的反思过程中，理论界和实务界几乎形成了一个基本共识，那就是行政诉讼‘维护和监督行政机关依法行使行政职权’中‘维护’这一立法目的，给实务作了一种很不好的方向性引领，行政诉讼裁判常常在法律上定纷，但事实上不能止争。”¹³

2014年修改的《行政诉讼法》删去了“维护”一词，同时添加了“解决行政争议”一目的，行政诉讼法的立法目的更加多元化。更加多元化的立法目的及司法审查本身的局限性，在现代行政国家语境下——权力分立结构位移、行政过程格外重视、政府规制理论兴起，¹⁴监督行政机关依法行政变的困难重重。仅依靠公民、法人、其他组织等行政相对人提起行政诉讼，法院进行审查，难以实现对行政机关行为的全面监督。

3、新局：行政公益诉讼和不作为行为选择

如前所述，2014年12月23日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了建立检察公益诉讼的制度。2015年，全国人大常委会通过《关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》（以

¹² 参见章剑生：《行政诉讼“解决行政争议”的限定及其规则——基于《行政诉讼法》第1条展开的分析》，《华东政法大学学报》，2020年第4期，第97页。

¹³ 同上引

¹⁴ 参见朱新力，宋华琳：《现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起》，法律科学（西北政法学院学报），2005年第5期，第40页。

下简称《授权决定》），授权最高人民检察院在广东等 13 个省（区、市）就生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让、食品药品安全等领域开展提起公益诉讼试点。

随后，最高人民检察院发布《检察机关提起公益诉讼试点方案》（以下简称《试点方案》），检察机关提起民事公益诉讼和行政公益诉讼的试点同时开展。

2015 年年底最高人民检察院第十二届检察委员会第四十五次会议通过《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》；2016 年年初最高人民法院审判委员会通过《人民法院审理人民检察院提起公益诉讼案件试点工作实施办法》。两部《办法》共同为试点期间、试点地区进行探索提供指引。

两年试点结束，2017 年修改《中华人民共和国行政诉讼法》在第二十五条第四款规定了行政公益诉讼制度。“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为，致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的，应当向行政机关提出检察建议，督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的，人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”行政公益诉讼制度正式确立。

行政公益诉讼虽然确定，但只是两年短期试点后的初创。条文中有许多内容亟待理论上的解释，违法行政行为的认定便是一核心问题。从地位上看，违法行政行为的存在既是启动行政公益诉讼诉前程序的前提条件，也是启动行政公益诉讼诉讼程序的必要条件。不作为属于违法行为中的一种类型，在行政公益诉讼中的地位极其重要。不作为理解存在的争议会牵涉到行政机关、检察机关和法院三方主体，背后涉及到行政和司法之间的界限问题。如行政机关如何界定自己的作为义务范围，检察机关有没有过度干涉行政权独立行使之嫌，人民法院到底该采取怎样的不作为认定标准。

在行政机关懒政背景下，行政公益诉讼中行政不作为案件占相当大的比例。根据现有数据可知，在开展公益诉讼试点的两年内，办理的不作为类行政公益诉讼案件数量为 6532 件，占试点期间行政公益诉讼案件总数的 77.08%。¹⁵高占

¹⁵ 参见最高人民检察院民事行政检察厅：《检察机关提起公益诉讼实践与探索》，中国检察出版社 2018 年版，第 69 页。

比的案件既强调了“不作为”的重要性，也为后续的案例分析提供了大量的素材。

最后，不作为的研究尚缺乏深入透彻的共识性成果。现代行政法学虽以行政行为为中心构建了庞大的理论体系，但这个体系中的行政行为仅以行政作为为蓝本，而很少将行政不作为纳入视野。传统行政不作为在理论界和实务界还没有达成完全统一的想法和共识，更遑论行政公益诉讼中的不作为。

（二）选题的价值

1、理论价值

本选题的理论目的在于结合行政公益诉讼制度的特殊性，论证出关于不作为概念的清晰界定，以供未来制度完善参考。

当前理论关于“不作为”认定存在两方面的问题：一是专门研究行政公益诉讼中不作为的文献不多，关于不作为的研究主要仍是传统行政诉讼；二是行政公益诉讼中相关语词概念模糊不清，虽该制度中以不作为为题的文献数量不多，但相关概念的文献中常会涉及到与不作为的连接和区分。如行政公益诉讼中的不履行法定职责、不依法履行职责、依法履行职责、违法行政行为等概念，论证过程中都会涉及到不作为。

考虑到行政公益诉讼“客观诉讼”的性质及法条中限定在“特定领域”“监管职责”下的范围，行政公益诉讼中的不作为与传统的不作为内涵存在差异。但是不作为的内涵及外延究竟指引向何方，目前仍然没有明确的观点。笔者希望通过梳理以往传统的不作为理论，结合行政公益诉讼的性质及法条限定，综合比较制度中其他相关的语词概念，提出关于行政公益诉讼的认定观点。

2、实践价值

本选题的实践目的在于立足前述理论价值的基础上，提出认定不作为的“四阶层”步骤和系统性解决政机关履行职责难问题的建议。实现行政公益诉讼保护公共利益、监督行政机关、约束司法职权三者的有机统一。

鉴于行政公益诉讼的试点始于2015年，制度正式入法于2017年，距今五年，尚属新制度。且试点期间，为快速推进行政公益诉讼的试点工作，在行政政策导

向下，检察机关内部层层政治把控、外部设立联动性的政治机制，¹⁶导致司法裁判中的规范性分析不足，法官的司法裁量恣意性大。产生的问题是行政公益诉讼中不作为的认定标准严重不一，区域矛盾、判决含混的现象时有发生。试点结束，司法裁判的规范性分析逐渐加强，但对于不作为的认定仍差异较大。这又引出了另一个问题——不作为的审查基准尚未统一。基于逻辑，在不作为概念界定的前提下，才可以确定相对统一的审查基准。因此，笔者在理论上提出不作为的界定后，根据当前实务（尤其是试点结束后）判例的现状，试图提供一套新的不作为认定步骤。这是选题的实践价值之一。

不作为审查认定结束，涉及到两次履行，首先是诉前程序中检察机关提出的履行，其次是诉讼程序结束后法院判决的履行。然而这两阶段的履行实践中都存在问题。行政职责的难以履行的原因多种多样，如行政体制的“条块关系”、监管工具与监管目标之间的不匹配、区域经济水平导致的监管资源不足、法定固定的履行期限不符合行政实践的复杂性、履行判决的细化忽视行政机关的自主权……¹⁷但这些观点都只是聚焦在某一阶段，某一领域上，缺乏对行政机关职责履行的系统性梳理分析。因此笔者试图在总结这些各阶段、各领域的履行难的基础上，提出促进行政机关实践中能够履行职责的建议。此为实践价值之二。

二、 中文检索报告

对此选题的思考，缘起于近五年最高人民法院发布的一系列指导性案例，因此本中文检索报告首先从案例的梳理开始。两高的判例梳理结束，笔者后面的思路导向了两处方向，一是继续梳理其他层级法院的案例，完整且体系化的将相关案例类型化；二是阅读学术文献，进一步思考和理解两高判例的裁判要旨和说理。经过思考，笔者认为，案例的理解和吸收要建立在对相关领域知识体系搭建完成的基础上，两高的案例数量虽少，但足够精华。笔者目前对两高的判例尚未吃透，盲目继续梳理其他案例，无异囫圇吞枣，空费时间。因此，第二部分则是

¹⁶ 如广东省人民检察院成立的的公益诉讼领导小组；安徽省人民政府成立的行政公益诉讼工作联席会议；吉林省人民检察院则专门制定的《公益诉讼试点工作推进不力问责办法》都是行政政策导向下的试点政治机制。

¹⁷ 参见卢超：《从司法过程到组织激励：行政公益诉讼的中国试验》，《》，2018年第5期，第30—31页；德一丹：《行政公益诉讼中不履行法定职责的认定》，郑州大学硕士论文，2020年5月；曹淑娴：《行政公益诉讼中不作为的认定》，上海师范大学硕士论文，2020年3月。

梳理相关的学术观点。阅读文献的过程中，笔者逐渐意识到行政公益诉讼制度在我国属于新兴制度。2015年开始试点，2017年正式入法。其试点过程及立法后，相关立法、司法机关对此制度进行过多次的调整，体现为一系列规范性文件。不了解历史，就难以了解现在，因此笔者第三部分为梳理相关法条，完成的展现该制度从政策性文件到法律的过程及之间的变动。

（一）相关案例

笔者以“行政公益诉讼”为关键词在北大法宝上进行检索，参照级别限定在“指导性案例”，共出现12个判例，最高人民法院的指导性案例1件，最高人民检察院的指导性案例11件。12个判例中，与行政不作为有关的有11件，仅检例63号为行政机关违法行使职权。按照案例编号顺序由低到高分别为：“检例第30号、¹⁸检例第31号、¹⁹检例第32号、²⁰检例第112号、²¹检例第113号、²²检例第115号、²³检例第141号、²⁴检例第143号、²⁵检例第144号、²⁶检例第145号²⁷和指导案例137号²⁸。

笔者的选题为行政公益诉讼中行政机关的不作为，因此重点关注不作为判例。11个不作为的案例，初步可以分为四种类型：不处理违法行为、不督促强制执行、不自行处理和不充分作为。检例113、115、141属于不处理违法行为，检例30、32、112和指导案例137属于不督促强制执行、检例31、112属于不自行处理、检例143、144、145属于不充分作为。

不处理违法行为是指行政机关了解案涉主体违法行为，但怠于履职，不对违法行为进行立案、调查、作出决定。113号的高铁桥下违法修建塘坝影响铁路安全、115号传统村落肆意拆建影响村落生态环境、141号商业公司侵犯儿童个人信息中行政机关均存在了解违法行为但对行为不予处理的情况，因此属于不作为。

¹⁸ 湖北省十堰市郧阳区人民检察院诉郧阳区林业局行政公益诉讼案

¹⁹ 福建省清流县人民检察院诉清流县环保局行政公益诉讼案

²⁰ 贵州省锦屏县人民检察院诉锦屏县环保局行政公益诉讼案

²¹ 江苏省睢宁县人民检察院督促处置危险废物行政公益诉讼案

²² 河南省人民检察院郑州铁路运输分院督促整治违建塘坝危害高铁运营安全行政公益诉讼案

²³ 贵州省榕江县人民检察院督促保护传统村落行政公益诉讼案

²⁴ 浙江省杭州市余杭区人民检察院对北京某公司侵犯儿童个人信息权益提起民事公益诉讼北京市人民检察院督促保护儿童个人信息权益行政公益诉讼案

²⁵ 福建省福清市人民检察院督促消除幼儿园安全隐患行政公益诉讼案

²⁶ 贵州省沿河土家族自治县人民检察院督促履行食品安全监管职责行政公益诉讼案

²⁷ 江苏省溧阳市人民检察院督促整治网吧违规接纳未成年人行政公益诉讼案

²⁸ 云南省剑川县人民检察院诉剑川县森林公安局怠于履行法定职责环境行政公益诉讼案

不督促执行是指行政机关已经作出违法行为的处理决定,但未能继续跟进保证决定的实施,行政机关要不自己不强制执行,要么不申请法院强制执行,最终都导致违法行为破坏的公共利益无法恢复。30号判例中湖北省十堰市郟阳区林业局作出处罚决定后未保证行政相对人恢复被破坏的林业、32号判例中贵州省锦屏县环保局对石材环境污染产生的影响并未要求行政相对人消除、137号判例中云南省剑川县森林公安局仅作出处罚决定后续所有行为都不再监管,亦属于行政不作为。

不自行处理指行政机关不再要求行政相对人去处理公益损害,而是肩负着用自身机构本身的权力和工具消除公益的损害,但行政机关懈怠履行,不进行处理。

31号判例中福建省清流县环保局本应当自行处理掉危险废物燃烧带来的环境污染,但其推脱责任,不进行解决。112号判例中江苏省睢宁县环保局在危险废物倾倒在本地行政区域内是应当主动处理掉危险废物,消除环境污染,但其以不属于本地管辖为借口怠于处理污染。

关于最后一点不充分作为的认定,笔者个人持质疑态度。不充分作为是指行政机关虽然已经立案、调查、处理,也已经持续跟进督促执行,但受制于违法行为本身的复杂性,难以在短期内或者永久性的消除公益损害危险,因此属于不作为。不充分作为是近两年新出现的实务认定情形,相对于前三种不作为,不充分作为对行政机关提出了更高的履职行为要求,体现了司法系统对行政公益诉讼保护公益的制度目的的价值偏向。143、144、145中涉及到的幼儿园、网吧、食品安全等领域公益损害情形都是现实中多次处理但又会多次发生,事实上难以彻底根除的公益问题。笔者个人认为,将这些领域中的公益损害完全归结给行政机关,由行政机关承担责任,有失公平。

(二) 学术观点

以“行政公益诉 不作为”在中国知网“主题”处检索,完全符合主题的文献共12篇,期刊8篇、硕士论文4篇,博士论文0篇。考虑到文献量偏少,笔者扩大检索范围,纵向以“行政不作为”“不履行法定职责”为题进行检索;横向以“行政公益诉讼 不履行法定职责”“行政公益诉讼 不依法履行职责”“行政公益诉讼 违法行为”,进行检索文献量剧增。以“行政公益诉讼 不履行法定职责”为题的文献共6篇,“行政公益诉讼 (不)依法履行职责”为题的

文献共 5 篇，以行政公益诉讼“违法行政行为”为题的文献共 3 篇。同时以“行政不作为”“不履行法定职责”为题的文献数不胜数，出于效率考虑，笔者选取了引用和下载靠前的文献，约 11 篇。

行政公益诉讼中不作为的特殊性、认定标准、履行问题涉及到“行政公益诉讼”“客观诉讼”“行政不作为”“不履行法定职责”“不依法履行职责”等概念之间的关系。因此就这些相关概念的理论，浅述如下。

公益诉讼并非新事物，检察机关探索公益保护的实践也历史悠久。上个世纪我国的检察机关便在职能上经历了“原告民事诉讼”“督促提起诉讼”“检察公益诉讼”三个阶段。现在的公益诉讼可以说是检察机关职能的回归。²⁹关于行政公益诉讼的概念，现有文献多是在行政公益诉讼制度确立前，主要是沙盘模拟性的定义，典型特点是将行政公益诉讼的资格设定成三元模式，对现今行政公益的制度参考性不大。³⁰

对于客观诉讼和公益保护，西南政法大学教授刘艺认为，“狄骥通过客观法理论将公益保护与客观诉讼紧密关联在一起，其客观法思想既是对 19 世纪法兰西国家形态变迁的理论回应，也深受涂尔干社会学理论的影响”，“因法国客观诉讼最具代表性，并且有明显的公益保护叙事线索，分析其机制特征有助于认清客观诉讼的基本面貌。”³¹因此，她从客观诉讼目的、原告资格判定、判决类型适用三个方面介绍客观诉讼，并结合中国公益诉讼试点时期的特征，提出日后我国公益诉讼的修法建议。武汉大学法学院教授林莉红、西南政法大学讲师马立群则提出，“在大陆法系国家，较为典型的客观诉讼有德国的规范审查之诉、机构之诉、利他的团体诉讼，日本的机关诉讼和民众诉讼。在大陆法系国家，并不存在‘行政公益诉讼’一词，客观诉讼事实上扮演着维护公共利益和客观法律秩序的职责。然而，并不是所有的客观诉讼类型都是围绕保护抽象的公益而建立的，

²⁹ 参见刘艺：《检察公益诉讼的司法实践与理论探索》，《国家检察官学院学报》，2017 年第 2 期，第 4—7 页。

³⁰ 如王太高认为：行政公益诉讼是指公民、法人或其他社会组织针对损害社会公共利益的行为提起的行政诉讼，蔡虹、梁远认为：行政公益诉讼是指当行政主体的违法行为或不行为对公共利益造成侵害或有侵害之虞时，法律容许无直接利害关系人为维护公共利益而向法院提起行政诉讼的制度，强降雨、周刚认为：行政公益诉讼是指当行政机关或其他公权性机构的违法行为或不行为对公共利益造成侵害或有侵害之虞时，法律容许无直接利害关系人为维护公共利益而向法院提起行政诉讼的制度，张晓玲认为：行政公益诉讼是指根据法律的规定享有起诉资格的当事人，基于维护公共利益的目的，对违法或不当侵犯公共利益的行政行为，提起行政诉讼的活动。

³¹ 参见刘艺：《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》，《法学研究》，2018 年第 3 期，第 40 页。

其中机关诉讼、规范审查诉讼则更侧重于维护宪法体系内的权力制衡，而德国利他的团体诉讼与日本的民众诉讼，则与他益形式的公益诉讼内涵较为接近，但并不完全等同”³²。因而将客观诉讼与维护公共利益相连接，并进一步指出，“我国的行政诉讼制度在性质及目的上，与德国和日本法较为接近，从制度层面比较，我国学者所指的行政公益诉讼，与日本的民众诉讼最为接近”。所以林莉红、马立群以日本法为背景，介绍主观诉讼、客观诉讼的概念，并同时介绍客观诉讼在日本的制度实践，以此提出对我国行政公益诉讼构建中“启动模式”“诉讼类型”“构成要件”等制度的建议。

关于传统行政诉讼中的行政不作为，概念本身即存在争议。实务中，1999年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中首次出现了“行政不作为”这一表述，但我国当前的法律法规、司法解释并没有对不作为的概念、内涵、表现形式等进行明确规定。同时，学术界也对行政不作为有各种各样的界定。如周佑勇认为，行政不作为是指行政主体负有某种作为的法定义务，并且具有作为的可能性而在程序上逾期有所不为的行为，行政不作为应包括作为义务的存在、作为之可能性和程序上的逾期不作为三个要件。³³黄学贤教授认为行政不作为应分为作为性行政不作为和不作为性行政不作为来理解，以解决行政监督体系在理论乃至实践中表现十分严密但是大量违法行为又无法得到有效遏制的情况。³⁴同时，针对于周教授等认为应当从形式上理解行政不作为，而将形式上作出行为意思表述，但实质上属于不作为的拒绝行为视为作为的观点，章志远教授等则认为这种做法并不可取，行政机关明确拒绝请求在结果上与单纯不作为并无任何差异。³⁵此外，不作为还涉及到两个相关的概念：不履行法定职责、不依法履行职责，尤其是两者与行政不作为的关系，学界讨论也颇多。如黄学贤教授提到无论是学界还是实践部门，常常将行政不作为等同于行政主体不履行法定职责。³⁶陈骏业认为，作为履行判决法定前提的不履行、拖延履行法

³² 参见林莉红，马立群：《作为客观诉讼的行政公益诉讼》，《行政法学研究》，2011年第4期，第4—5页。

³³ 参见周佑勇：《行政不作为构成要件的展开》，载《中国法学》2001年第5期，第46页。

³⁴ 参见黄学贤：《形式作为而实质不作为行政行为探讨——行政不作为的新视角》，载《中国法学》2009年第5期，第8页。

³⁵ 参见章志远：《司法判决中的行政不作为》，载《法学研究》2010年第5期，第2页。

³⁶ 参见黄学贤：《形式作为而实质不作为行政行为探讨——行政不作为的新视角》，《中国法学》，2009年第5期，第41-52页。

定职责，与行政不作为违法乃表象与本质的关系。³⁷尹昌平法官认为，“不履行法定职责即所谓的行政不作为案件，其内涵来源于行政诉讼法，即《行政诉讼法》第十一条第四项认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝履行或者不予答复的；第五项申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。”³⁸

对于传统行政诉讼中的不依法履行职责，学界的普遍观点是在法律法规中，不依法履行职责常被用作行政机关违法行政的兜底性条款的表述中。³⁹而涉及到行政公益诉讼中的不依法履行职责，主流是产生了两种对立的观点。两派的分歧点在于检察建议的职责是否构成不依法履行职责中的职责。一派学者认为检察建议的职责是程序性的义务，不构成依法履行职责中的职责。如魏琼、梁春程认为需要“从形式与实质标准上划分‘不予答复’检察建议仅是‘形式的不作为’，而实际‘拒绝履行’法定职责才是典型‘实质不作为’”。⁴⁰李瑰华认为行政公益诉讼的“依法履职”应是依法纠正行政机关违法行使职权或不作为。⁴¹也有学者认为检察建议的职责构成不依法履行职责中的职责，如施立栋教授认为。“由于诉前置程序的特殊安排导致对行政不作为的认定与传统行政诉讼就存在差异。‘检察建议’具有要求实现一定效果，实质上成为一种新的职责”。⁴²在此主流观点之外，还有学者关注点放在执行上，认为当前的行政公益诉讼“全链条式”监督理念不符合诉执两分的诉讼理念，不履行法定职责不应包含执行的部分。如

³⁷ 参见陈骏业：《不履行、拖延履行法定职责的一种学理阐释》，《法商研究》，2004年第2期，第33—39页。

³⁸ 参见尹昌平：《审理行政机关不履行法定职责案件若干问题探讨》，《行政法学研究》，2002年第2期，第76—78页。

2017年《行政诉讼法》中为第十二条第三、六、十项。

³⁹ 如《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》第五十一条：公安机关、有关部门和业务主管单位及其工作人员在境外非政府组织监督管理工作中，不履行职责或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法追究法律责任。

《中华人民共和国海洋环境保护法》第九十三条 海洋环境监督管理人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，造成海洋环境污染损害的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《中华人民共和国文物保护法》第七十八条 公安机关、工商行政管理部门、海关、城乡建设规划部门和其他国家机关，违反本法规定滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，造成国家保护的珍贵文物损毁或者流失的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第三十条 监督检查部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露调查过程中知悉的商业秘密的，依法给予处分

⁴⁰ 参见魏琼、梁春程：《“行政机关不依法履行职责”的认定》，《人民检察》2019年第18期，第61-65页。

⁴¹ 参见李瑰华：《行政公益诉讼中行政机关“依法履职”的认定》，《行政法学研究》，2021年第5期，第35—36页。

⁴² 参见施立栋：《论行政公益诉讼的起诉期限》，《浙江社会科学》，2020年第1期，第77-85页。

张旭勇认为行政机关“不依法履行职责”的职责范围不应包括行政处理决定作出之后的督促履行、强制执行或申请法院强制执行等职责。⁴³

涉及到行政公益诉讼中不作为的审查标准，学术界并没有明确的观点，实务界也乱象频出。整体上仍采用传统不作的三层次认定方式，但一些地方法院会有自己额外的审查点。不作为的审查涉及到四个方面：主体资格，义务来源，作为可能性和作为行为标准，笔者重点论述行为标准。学界现有文献中，不作为行为的认定标准分为行为标准、结果标准和综合标准三大阵营。秉持行为标准的学者，如刘超指出，判断被诉机关是否履职应秉持“行为标准”，只审查行为本身，而不考虑履职的目标和效果是否达到，只要被诉主体采取履职措施则属于依法履职。⁴⁴支持结果标准的学者，如沈开举、邢昕，从行政公益诉讼的目的出发，认为应坚持“结果标准”，注重对行政行为结果的审查，即判断行为效果是否彻底消除国家利益或公共利益受损的事实。⁴⁵相比于行为和结果的各执一词，互不相让，中立的综合标准得到越来越多学者的支持。如王春业指出，需要结合行为本身和行为效果一起定量、定性分析。⁴⁶王清军教授提出适用更为严格的“复合审查基准”，将行政机关履职过程和最终公益保护结果的实现结合来看。⁴⁷

最后是不作为的实际履行，不作为的履行有两个阶段，第一阶段是诉前检察建议，第二阶段是诉后履行判决中。诉前检察建议中，学者们普遍提出的观点是履行期限过于死板，与实践中行政机关行政实事务的复杂性难以对应，导致事实上难以履行。如张旭勇认为，表面上看，行政公益诉讼和私益诉讼都规定了行政机关两个月的履职期限，符合法制统一性原则。但是，学界普遍质疑行政公益诉讼中行政机关两个月履职期限的科学性、合理性。⁴⁸诉后履行判决中，学者们认为中国履行判决的适用与国外差异较大，应衡量好判决履行、确认违法、判决

⁴³ 参见张旭勇：《行政公益诉讼中“不依法履行职责”的认定》，《浙江社会科学》，2020年第1期，第69页。

⁴⁴ 参见刘超：《环境行政公益诉讼判决形式的疏失及其完善——从试点期间典型案例切入》，《浙江工商大学学报》2018年第5期，第35-45页。

⁴⁵ 参见沈开举、邢昕：《检察机关提起行政公益诉讼诉前程序实证研究》，《行政法学研究》，2017年第5期，第39-51页。

⁴⁶ 参见王春业：《论公益诉讼中检察机关的调查取证权》，《浙江社会科学》，2020年第3期，第46-52页。

⁴⁷ 参见王清军：《环境行政公益诉讼中行政不作为的审查基准》，《清华法学》，2020年第2期，第129-142页。

⁴⁸ 参见张旭勇：《行政公益诉讼中“不依法履行职责”的认定》，《浙江社会科学》，2020年第1期，第71页。

撤销三者之间的关系。⁴⁹同时，对履行判决中，各地法院判决内容详略不一的问题及背后涉及的司法审查和行政机关职权的界限，学者也提出了相应的思考。

（三）规范性文件

关于规范性文件的梳理，涉及约 13 份文件，4 份政策性文件，9 份规范性法律文件，按时间顺序排列如下：2014 年 2 份文件——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》；2015 年 4 份文件——《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》《对关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼改革试点工作的决定草案的说明》《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》；2016 年 1 份文件——《人民法院审理人民检察院提起公益诉讼案件试点工作实施办法》；2017 年 2 份文件——《行政诉讼法》《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)》；2018 年 1 份文件——《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》；2019 年 1 份文件——《关于在检察公益诉讼中加强协作配合依法打好污染防治攻坚战的意见》；2020 年 1 份文件——《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》；2021 年 1 份文件——《人民检察院公益诉讼办案规则》。为方便梳理，笔者以围绕 2 个核心内容，对上述 13 份文件进行归纳。

首先是对行政公益诉讼中不作为概念特殊性的认定。从相关规范性文件各历史版本看，2015 年通过的《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》和《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》第二十八条均规定：“人民检察院履行职责中发现生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为。”对于违法行为消极履行表现形式的用语是不作为。随后，2016 年通过的《人民法院审理人民检察院提起公益诉讼案件试点工作实施办法》第十一条规定：“领域负有监督管理职责的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织违法行使职权或不履行法定职责。”对于违法行为消极履行表现形式的用语则是不履行法定职责，该用语首次出

⁴⁹ 参见刘艺：《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》，《法学研究》，2018 年第 3 期，第 50 页。

现于本条款中。随后，2017年的《行政诉讼法》第二十五条、2018年的《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》、2020年的《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第二十一条、2021年的《人民检察院公益诉讼办案规则》第六十七、六十八、七十、七十四条等条文中，关于违法行政行为消极履行表现形式的用语均为不作为。纵览行政公益诉讼形成过程中的这7份文件，6份文件中的规定都是不作为，只有2016年最高法的《试点工作实施办法》出现了不履行法定职责的表述。排除存在立法技术的疏漏，综合考虑两高应对行政公益诉讼保持一致理解，故对于本规定中“不作为”“不履行法定职责”的用语，也应做同一理解。

其次，倘若承认不作为的概念与不履行法定职责作同一理解，则“法定职责”中的法亦具有特殊性。传统行政诉讼的法定职责，职责来源为法律、法规、规章。而在检察公益诉讼中，学术和实务界均对“法”作出扩大解释，认为“法”还包括其他规范性法律文件。如《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》(2018)规定：“行政机关的职权范围，除法律、法规、规章确定的法定职责外，还应当参考地方政府制定发布的权力清单和涉及行政机关职权、机构设置的文件等；该行政机关在履行职责过程中常用的法律、法规、规章、内部规则、操作指南、流程指引及技术标准等；该行政机关对某一违法行为进行查处的法律依据、程序流程、处罚条件、适用情形及处罚措施等；不同行政机关存在职能或者权限交叉时各自的分工及职责。”《人民检察院公益诉讼办案规则》第七十二条规定，人民检察院认定行政机关监督管理职责的依据为法律法规规章，可以参考行政机关的“三定”方案、权力清单和责任清单等。

(四) 检索心得

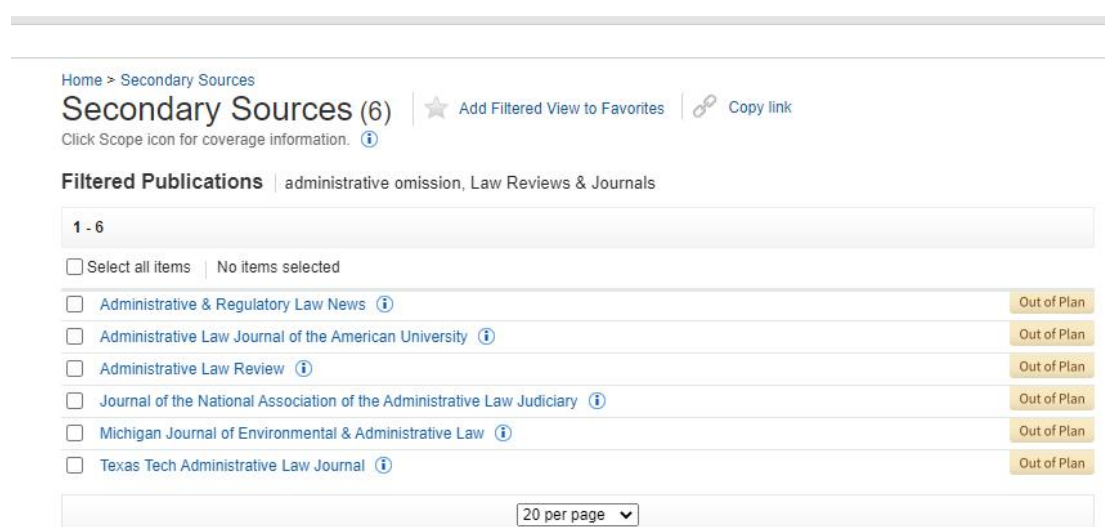
在此次检索过程中，笔者主要使用了三个数据库：北大法宝以检索法条和判例，中国知网以检索期刊和硕士论文，裁判文书以检索具体裁判文书内容。

概而括之，本中文检索部分主要是运用关键词扩展和反向工程的方法。笔者将在案例研读过程中看到的裁判要旨作为关键词，首先在裁判文书网进行检索，了解法院具体的判决；然后就相关的知识体系在中国知网上以关键词为目标，检索《法学研究》《中外法学》《行政法学研究》等核心期刊，对该语词背后的知识点进行扩展延伸。同时，笔者也使用反向工程的方法，在阅读核心期刊的时候，

标注核心论证所引用的参考文献，尤其是在阅读硕博毕业论文时，文章开头的文献综述和参考文献往往凝聚了作者精心挑选的本领域的所有相关文献。笔者将这些文献统一收集，然后进行筛选，能够积累出类型化、系统化的参考文献。

三、 美国法检索报告

根据现有中文文献的梳理可知，在比较法领域关于不作为的规定中，大陆法系和普通法系差异明显。美国法中不作为的规定体现在 1946 年的《联邦行政程序法》中：“行政行为包括行政规章、行政裁决令、决定、许可、制裁和救济行为的全部或一部分，行政机关所采取的其他类似的行为及其否定行为和不作为的全部或一部分。”因此此处，笔者本将从该条文入手，检索美国领域内关于该条文中不作为论述的经典文献。然，笔者外文检索水平的确有限，未能检索到满意的期刊文章。笔者在 Westlaw 首页 SecondarySources 处点击进入，在 By Type 处选择 Law Reviews & Journals，随后在左侧 Search by title 处输入“Administrative omission”，检索结果如下：



The screenshot shows the Westlaw Secondary Sources search results page. At the top, it indicates 'Home > Secondary Sources' and 'Secondary Sources (6)'. Below this, there are options to 'Add Filtered View to Favorites' and 'Copy link'. The search criteria are 'administrative omission, Law Reviews & Journals'. The results are displayed in a table with 6 items, all marked as 'Out of Plan'. The items are:

Item	Status
<input type="checkbox"/> Administrative & Regulatory Law News	Out of Plan
<input type="checkbox"/> Administrative Law Journal of the American University	Out of Plan
<input type="checkbox"/> Administrative Law Review	Out of Plan
<input type="checkbox"/> Journal of the National Association of the Administrative Law Judiciary	Out of Plan
<input type="checkbox"/> Michigan Journal of Environmental & Administrative Law	Out of Plan
<input type="checkbox"/> Texas Tech Administrative Law Journal	Out of Plan

At the bottom of the results, there is a pagination control showing '20 per page'.

笔者就这六种类型逐一点进去阅读标题，除去第一类新闻外，剩余 5 部分期刊的内容浩如烟海。笔者简单浏览每个页面前 10 的文章抬头，发现其内容多是围绕美国传统的行政诉讼及不作为，暂时没有找到涉及到公益领域的文献（或许是笔者检索方法不对）。目前而言，笔者无法形成一份有效的美国法检索报告。

四、 总结

基于中国国家社会形态和利益格局，我国的公益通常由行政机关予以代表，但在地方各级行政机关懒政免错的思维和国有经济转型发展、生态环境日益重视的背景下，公益保护呈现出了巨大的矛盾。传统的行政诉讼因为性质本身存在的争议和程序设计产生的公益保护的“虚位主体”，导致难以实现公益保护和充分监督行政机关依法行政的目的。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了建立检察公益诉讼的要求，后经两年试点和期间一系列的立法，2017年试点结束，行政诉讼法修改，行政公益诉讼制度正式入法。短暂的试点和欠缺的规范性文件导致这一制度许多内容亟待解释。行政公益诉讼制度是两阶段的程序，行政不作为作为该制度中诉前程序的前提条件和诉讼程序的必要条件，地位重要。实务中，不作为的案件占比非常高。试点期间的案例中，不作为占77%；两高发布的12个指导性案例，11个是关于不作为的。

中文检索报告以法条文背景、以文献为基础，以案例为补充。案例选取了12个指导性判例，并将其类型化。文献中，考虑到行政公益诉讼中不作为的研究相对较少，本文采取纵向、横向扩展的方式，建立概念间的坐标系，对不作为进行定位。因此涉及到“行政公益诉讼”“客观诉讼”“行政不作为”“不履行法定职责”“不依法履行职责”等相关概念的一并梳理。规范性文件中，梳理了从2014年到2021年7年时间，国家公权力机关关于行政公益诉讼的制度创设和完善，并围绕其中的两个关键性概念进行梳理，理清文献和案例的背景逻辑。

外文检索报告拟以《联邦行政程序法》为关键条文，检索相应的期刊。然在实际检索过程中，受制于语言和方法的局限，报告未能有效检索出需要的文献。这将是笔者日后重点突破的领域。

所谓检索，就是寻找前人的肩膀，并站在上面远眺。如老师所言，检索只是工具，目的是服务写作本身，不能将检索目的化。不过当前学生的检索水平仍有待提高，以学生就春夏学期准备开题的经历来说，在个人时间有限的情况下，正确的文献检索及合适的阅读方法，的确能够大幅度的提升开题报告准备的效率。