

履行行政职责的作为可能性

林鸿潮*

内容提要：有关行政机关履职评价的既有理论和制度，聚焦于对作为义务和结果回避可能性的考察，而未真正涉及对行政机关作为可能性的讨论。相关理论假定，立法已经解决了行政职责和行政能力的匹配问题，或相关权责安排已通过民主立法程序得到正当化。但是，我国立法机关对行政资源的配置并不享有实质上的决定权，目标与能力不匹配的行政任务在我国法律中大量存在。要准确评价行政机关的履职状况，在考察作为义务、结果回避可能性之外，还需将分散在机构编制管理、预算、规划等体系中的行政资源配置情况进行“拼组”，综合考虑行政资源的可及性、充足性及其与行政任务的匹配度，确定对行政机关作为可能性的合理预期。在不（完全）具备作为可能性的情况下，应结合行政机关是否采取了替代性履职方案、是否积极调剂其他行政资源、是否合理调节了公众预期等因素，最终评价其履职情况并确定其责任。

关键词：行政职责 可问责性 行政不作为 作为可能性

引言

2022年1月，国务院公布了对河南郑州“7·20”特大暴雨灾害（简称“7·20”灾害）的调查报告，认定了地方党委政府及其有关部门的责任，纪检监察机关对郑州市委书记、市长等90名公职人员进行了问责。^{〔1〕}“7·20”灾害调查是中华人民共和国成立以来第一次由国务院组织的、针对特大灾害的调查评估，开创了重要先例。关于上述责任的认定，国务院调查组相关负责人在答记者问时提到“三个区分开来”，即“把客观上的不可抗力与主观上的不作为区分开来、把能力素质不足与不負責任区分开来、把法规标准缺失与职责任务安全规定不落

* 中国政法大学法治政府研究院教授。

本文系国家社科基金一般项目“自然灾害综合防治立法研究”（19BFX180）的阶段性成果。

〔1〕 其中，中央纪委问责郑州市委书记（属中管干部），河南省纪检监察机关问责89名公职人员。参见《河南郑州“7·20”特大暴雨灾害调查报告》，<https://www.mem.gov.cn/gk/sgcc/tbzdsgdcbg/202201/P020220121639049697767.pdf>，2022年7月13日最后访问；《河南省委原常委、郑州市委书记徐立毅因河南郑州“7·20”特大暴雨灾害被问责》，《人民日报》2022年1月22日第5版；《河南严肃查处郑州“7·20”特大暴雨灾害相关责任人：公安机关对8名涉案人员立案侦查并依法逮捕，纪检监察机关严肃问责89名公职人员》，http://www.xinhuanet.com/legal/2022-01/21/c_1128287516.htm，2022年9月3日最后访问。

实区分开来”。〔2〕由此产生了几问题：政府面对客观上的不可抗力，履职到何种程度才是尽职？能力素质不足可以作为政府履职不力的抗辩理由吗？法规标准的缺失如何影响对政府履职状况的评价？这些问题并不容易回答，其背后涉及一些更为根本的追问：行政的可问责性来自何处？法律对政府履职情况的评价应当包括哪些层次？在这些层次中，基于能力的作为可能性是否应予单独考虑？

在评价行政机关履职情况的各种情境中，不乏对“可能性”的讨论。但是，仔细推敲便可发现，这些讨论要么指向作为义务，要么指向行政目标无法达成这一消极结果的“回避可能性”，并不真正涉及基于行政能力的作为可能性，最多只触及其中个别枝节问题。只有个别学者注意到组织资源、财政资源、监管工具和监管目标之间的匹配性等因素对政府履职能力的影响，并认为在评价政府的履职水平时应适当考虑这些因素。〔3〕大多数人默认了这样一个前提：法律为行政机关设定的职责目标与其履职能力是基本匹配的；只需要在法律上确认行政机关具有作为义务，并排除那些不具有结果回避可能性的情形，最多在特殊情况下将与作为可能性相关的个别问题纳入考虑，行政任务的可问责性便得以证成。〔4〕但是，上述前提并不可靠，行政目标与行政能力明显不匹配的情况，即不对称的行政任务，在法律上广泛存在。而且，我国的法律在为行政机关设定一项职责时，大多时候并不同时在组织、预算、物资等方面解决其能力匹配问题。此种情况下，仅凭行政行为法上的规定，并不能完整地证成行政任务的可问责性，还需另行单独考虑行政机关的作为可能性。〔5〕那么，如何判断行政机关的作为可能性？引入作为可能性这一维度，将对评价行政机关的履职产生何种影响？这正是本文尝试回答的问题。

本文将按照以下逻辑展开：首先在行政可问责性的评价结构下明确作为可能性的地位，并讨论其为何被忽视，接着通过对法律上不对称行政任务的分析，讨论将行政机关作为可能性纳入分析视野的必要性，最后提出判断作为可能性的基本框架，讨论作为可能性的引入对行政机关履职评价的影响。

一、消失的行政机关作为可能性

行政的可问责性，指的是行政机关就其职责履行状况接受有关主体评价，并在履职不力的情况下以各种形式承担责任的该当性。长期以来，这一问题被放在“委托—代理”的垂直关系之下讨论。〔6〕那么，仅仅因为在多重“委托—代理”关系形成的权力链条中，位于上端的机关或者个人向下端设定了某个行政目标，下端的机关或个人为了实现这个目标所实施的行动及结果就具备了可问责性吗？政治学对该问题的回答或许可以止步于此：“问责是指委托方和

〔2〕《国务院调查组相关负责人就河南郑州“7·20”特大暴雨灾害调查工作答记者问》，《光明日报》2022年1月22日第3版。

〔3〕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》，《法商研究》2018年第5期，第30页。

〔4〕行政法学在讨论行政可问责性的构成问题时，很少直接使用“可问责性”这一概念，而是根据履职情境的不同，将相关问题放在行政机关“不作为”“不履行法定职责”，或者行政官员的“失职失责”等概念下讨论。

〔5〕有研究指出，我国的行政行为法实际上承担了部分行政组织法功能。但是，这种组织法功能主要是指建立行政机关之间的横向关系规则，而不是解决行政资源的配置问题。参见叶必丰：《行政组织法功能的行法机制》，《中国社会科学》2017年第7期，第109页。

〔6〕参见马骏：《政治问责研究：新的进展》，《公共行政评论》2009年第4期，第28页。

代理方之间的一种关系，即获得授权的代理方（个人或机构）有责任就其所涉及的工作绩效向委托方作出回答。”〔7〕“‘委托—代理’关系内设着必然的责任关系，……委托人将权力授予代理人，代理人就必须按照授权要求向委托人负责，替其承担起决策和执行等过程中的责任；否则，就会受到追责。”〔8〕法学则需要继续考虑其他因素。法律因为一个“人”没有做到某事而造成不利后果从而给予其非难，既需要此“人”基于其社会角色应当做此事，也需要此“人”基于其能力禀赋能够做此事，还需要外部条件容许该“人”做得到此事。法律从“人”的社会角色出发抽象出“作为义务”，从能力禀赋出发抽象出“作为可能性”，从外部条件出发抽象出“结果回避可能性”，用于在不同层面上决定责任的构成或者免除。在民法上讨论不作为侵权、〔9〕在刑法上讨论不作为犯都是如此，〔10〕在行政法上评价政府职责的履行也不应例外。对于行政机关及其工作人员来说，一项行政任务的问责性应当包含三个要素：负有作为义务、具备履职能力、外部条件允许。作为义务可以通过行政机关或其工作人员的应然角色在不同层面上确认，如诉诸政治上人民与政府的关系、法律上立法与行政的关系、科层制中上级与下级的关系、伦理上专业人员与职业道德的关系。〔11〕在法律层面，这些理由又可以细化为法律规范、行政规范、行政行为、行政契约、先行行为等。〔12〕这方面的研究早已汗牛充栋，也非本文主题所在，故不作展开。至于如何判断作为可能性和结果回避可能性，既有讨论不多，且二者易被混淆。

在行政法上，需要评价政府履职状况的情境有很多，如各种形式的督查督察、定期或不定期的绩效评估、由突发事件引发的专项调查、因相对人申请行政救济而引起的个案审查等。在此，仅对迄今为止学理讨论最为充分的两种情境加以考察：一种是行政不作为之诉中对行政机关履职的评价，另一种是领导干部问责中对行政官员履职的评价。〔13〕

（一）行政不作为之诉中对作为可能性的讨论

通常认为，法院在行政诉讼中判断被告是否构成不作为，主要考察三个方面：一是作为义务是否存在，二是被告是否具有作为可能性，三是被告是否已经作为。

对于被告作为可能性的讨论，可以用最典型的、所谓裁量收缩为零的纯粹不作为进行考察。在该问题的学术脉络中，学者们的观点大致是相似的。例如，王和雄将作为可能性的构成要件归纳为五个方面：被害法益之重大性、危险之迫切性、危险发生之预见可能性、损害结果之回避可能性、规制权限发动之期待可能性。〔14〕深入推敲便可发现，上述构成要件讨论的都不是基于行政能力的作为可能性。其中，第四项要件讨论的是结果回避可能性，其余四项讨论的都是行政机关在具体情境中对是否作为有无裁量余地，实际上仍属于判断作为义务的范畴，解决的还是当不当为，而非能不能为的问题。并且，判断这几项要件的依据也并不是行政机关

〔7〕 J. M. Shafritz, *The Facts on File Dictionary of Public Administration*, New York: Facts on File Publications, 1986, p. 9.

〔8〕 陈朋：《容错与问责的逻辑理路及其合理均衡》，《求实》2019年第1期，第50页。

〔9〕 参见冯珏：《安全保障义务与不作为侵权》，《法学研究》2009年第4期，第65页。

〔10〕 参见曲新久主编：《刑法学》，中国政法大学出版社2022年版，第86页。

〔11〕 See B. S. Romzek, *Where the Buck Stops: Accountability in Reformed Public Organizations in Patricia*, San Francisco: Jossey-Buss, 1998, p. 197.

〔12〕 参见章志远：《司法判决中的行政不作为》，《法学研究》2010年第5期，第20页以下。

〔13〕 行政诉讼追究的是法律责任，领导干部问责追究的是政治责任。由于本文是从整体上探讨作为可能性对行政履职评价的影响，责任性质上的差别并不影响讨论。

〔14〕 参见王和雄：《论行政不作为之权利保护》，三民书局1994年版，第297页以下。

的作为能力,而是一般的社会观念。〔15〕在这一问题上,无论日本学者的代表性观点,〔16〕还是经章志远进一步简化后形成的危险预见可能性、避免损害发生可能性、公权发动期待可能性“三要件”说,〔17〕论证结构也都是相似的。而作为行政可问责性的一个独立层次,与作为义务、结果回避可能性并列的作为可能性,指的是行政机关在现实资源和能力条件约束下,实际履行其作为义务的可能性。此外,还有不少学者直接将作为可能性等同于结果回避可能性,集中于讨论不可抗力等因素对行政不作为的违法阻却;〔18〕或者将作为可能性转换为行政机关是否具有裁量空间、继续履职是否尚有意义、履职是否符合比例原则等其他问题来讨论。〔19〕

有关行政机关是否已经作为的讨论,也容易与对作为可能性的讨论相混淆。这些讨论的焦点在于,审查标准应采取行为说、结果说,还是折中说。学者主张行为说或者折中说的一项重要理由是,行政目标的实现受到很多复杂因素的影响,并不完全取决于行政机关的努力,在需要相对人配合的情况下尤其如此。如果行政机关穷尽了法律所赋予的手段,即使未能(完全)达成保护特定法益的目的,仍应认为其已经履行了职责。〔20〕相对于普通行政诉讼以特定对象的权利救济为首要目标,行政公益诉讼更接近于在一般意义上监督政府职责的履行,监督的目标指向行政活动的实质合法性,监督的范围也更加广泛。〔21〕在这种情况下,行政机关履职行为和履职结果之间的关系更加复杂,故公益诉讼领域更多主张行为说、〔22〕折中说。〔23〕这些讨论看似与行政机关的履职能力有关,实际指向的却并非作为可能性,而是结果回避可能性。因为上述讨论本身已经承认了一个前提,那就是行政机关能够采取法律赋予它的那些行政手段,即能够作为,至于穷尽这些手段之后仍无法实现对特定法益的保护,指的正是不具有结果回避可能性。

由此可见,在行政不作为之诉的司法审查标准问题上,学者们的讨论集中在行政机关的作

〔15〕 参见王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析——以危险防止型行政为中心》,《法学评论》2009年第3期,第112页以下。

〔16〕 对于日本学者代表性观点的归纳,参见胡建森、杜仪方:《依职权行政不作为赔偿的违法判断标准——基于日本判例的钩沉》,《中国法学》2010年第1期,第41页。

〔17〕 参见前引〔12〕,章志远文,第22页以下。

〔18〕 参见石佑启:《试析行政不作为的国家赔偿责任》,《法商研究》1999年第1期,第48页;周佑勇:《行政不作为构成要件的展开》,《中国法学》2001年第5期,第69页;沈岍:《论可复议的行政不作为》,《华东政法大学学报》2011年第5期,第22页;毕雁英:《行政不作为的司法治理研究》,载姜明安主编:《行政法论丛》第19卷,法律出版社2016年版,第13页;吕忠梅、黄凯:《探索“行政不作为”公益诉讼新规则——“睢宁油泥案”评析》,《中国法律评论》2020年第5期,第128页。

〔19〕 参见朱新力:《行政不作为违法之国家赔偿责任》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2001年第2期,第82页;杜仪方等:《行政不作为的监督与救济研究》,载上海市行政法制研究所编:《政府法制研究》(内部资料)2017年第9期(总第301期),第32页以下。

〔20〕 参见胡婧、朱福惠:《论行政公益诉讼诉前程序之优化》,《浙江学刊》2020年第2期,第125页以下;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39页;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》,《行政法学研究》2022年第2期,第102页。

〔21〕 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43页以下。

〔22〕 参见刘超:《环境行政公益诉讼诉前程序省思》,《法学》2018年第1期,第122页;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75页;华德波:《论行政公益诉讼中行政机关“尽责履职”的界定——以最高检指导性案例第49号为切入点》,载《“检察指导性案例应用”研讨会论文集》(2021年6月24日,河南郑州),第438页。

〔23〕 参见陈德敏、谢忠洲:《论行政公益诉讼中“不履行法定职责”之认定》,《湖南师范大学社会科学学报》2020年第1期,第59页;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141页;王红建:《论行政公益诉讼中不履行监督管理职责的认定标准》,《河南财经政法大学学报》2022年第1期,第9页。

为义务和任务失败的结果回避可能性上，而跳过了介于两者中间的作为可能性环节，或仅以作为可能性之名讨论前面两个问题。以消防救援机构在一场暴雨引起的水灾中所面临的若干情境为例，可以更清楚地发现既有的理论认识能够回应和不能回应什么问题。有关作为义务的讨论，有助于在如下情形中排除行政机关的责任：初期雨势不大，有居民因房屋漏水求助于消防救援机构，后者认为情况尚不紧急而未迅速行动（因法益欠缺重大性、危险欠缺紧迫性），不料该房屋因建筑质量不合格而迅速倒塌（因事出意外而缺乏危险预见可能性）；有行驶在隧道中的车辆遇水熄火，车主求助于消防救援机构，后者建议先行弃车逃生，车主不舍爱车而坐待救援终至溺亡（因能够自主逃生而缺乏公权发动期待可能性）。有关结果回避可能性的讨论，则有助于在如下情形中为行政机关免责：消防救援机构接到洪水中被困居民的求助电话，闻警即动，但因水势太大而救援失败，或因道路阻断而未及时救援。但是，上述理由均难以回答下述情形中的免责问题：由于求助的居民太多，消防救援机构人员不足，很快就无人可派。至于人员为何不足，原因多种多样，可能是编制不足，也可能是缺乏经费，还可能是因职业危险性太高而应聘者寡或辞职者众；消防救援机构的接警席位有限（设置更多席位在绝大多数情况下将大量闲置），由于求助者太多，大部分人连电话都无法拨入。郑州“7·20”灾害中就出现了这样的情况。当天，119接警台高峰时段的拨入电话等候超过2600个，110接警台的等候电话超过1000个。^[24]那么，在以追责问责为导向的灾害调查中，如何看待这些因素对地方政府及其官员责任分配的影响呢？尽管“7·20”灾害的调查组对此颇为清醒，“三个区分开来”就包括“把能力素质不足与不負責任区分开来”，但这样的原则在当前的行政法理论和制度框架之下能够获得支撑吗？这些问题都指向了长期被忽视的行政机关作为可能性。

（二）领导干部问责制中对作为可能性的讨论

不少学者主张，如果要求党政领导干部在履行职责的过程中作出正确决策，已经超出了其认识能力，即使最终事实证明其判断错误，也应免除或者减轻其责任。^[25]毫无疑问，行政机关在履行职责时，找到正确履职方案、作出正确决策的认识可能性，构成其作为可能性的一部分，因为只有以认识可能为先导，后续的履职行为才有意义。但是，讨论官员在行政决策中的认识能力，所触及的只是行政作为可能性的一个枝节。首先，在常规情况下，讨论官员履职不力的责任，并不需要考虑认识可能性，因为直接执行法律就可以“输出”履职方案。只有在面临一些具有复杂性、不确定性或者长远性的行政任务时，才需要通过决策来选择方案。^[26]其次，官员的认识能力只是影响行政机关认识可能性的因素之一，如决策信息系统、辅助决策技术、专家团队等，也会影响行政机关的认识可能性。

更为重要的一点是，即使在那些需要将官员的认识能力纳入考虑的例子中，这一因素也只是构成行政机关作为可能性的一个常量，而非变量。人们往往假定每个官员具有该层级官员通常的认知水平，甚至只假设其具有常人的认知水平，据此评价在特定行政决策环境下要求其作出正确判断是否强人所难。^[27]至于每个官员实际上的认知水平如何，并不影响这种评价的结果。然而，行政机关作为可能性的其他构成方面，却需要被作为由行政资源决定的变量看待，

[24] 相关数据来源于2021年9月3日笔者在郑州市公安部门和消防救援机构的访谈。

[25] 参见韩春晖：《行政决策终身责任追究制的法律难题及其解决》，《中国法学》2015年第6期，第90页；谭达宗：《重大行政决策终身责任制的法律责任定位》，《中国行政管理》2016年第8期，第25页以下。

[26] 参见林鸿潮：《党政机构融合与行政法的回应》，《当代法学》2019年第4期，第56页。

[27] 参见徐国利：《论行政问责的责任与归责原则》，《上海行政学院学报》2017年第1期，第30页。

且这些变量在具体情境下的“值”将影响对行政机关履职情况的评价。总之，在领导干部问责中，将官员的认识能力作为一个考虑因素，同将作为可能性完整地纳入行政可问责性的构造中，还有很大距离。前者的分析路径对于解决后者并不能提供多少启示。

无论在行政不作为之诉中，还是领导干部问责中，又或者在其他评价行政机关履职状况的场景中，作为一个独立评价层次的作为可能性都没有出现。究其原因，在学者们看来，这不是一个需要解决的问题。^[28]相应的理由是，在制定法律时，关于如何根据行政机关的实际能力设定适当的行政目标，或如何根据既定的行政目标配置必要的行政资源，立法机关已经进行了充分考虑并作出了恰当安排。即使立法机关没有这样做，相关的权责安排也已经通过民主立法程序得到了正当化，没有继续讨论的余地了。因此，在评价行政机关的履职状况时，学者们默认了法律所设定的行政目标和行政机关的能力至少是基本匹配的。但是，这样的前提可靠吗？对此，有必要讨论如下两点问题：法律在设定行政职责时，是否确实做到了使行政任务与行政能力相匹配；如果没有做到，仅凭法律上有关行政职责的规定，能否证成这项行政任务的可问责性。

二、法律上的不对称行政任务

“法律不强人所难”，这是富勒提出的法律的八项内在道德之一，且已成为了一句法谚。^[29]将这句话套用到行政领域，意味着法律所设定的行政职责应当与其实际能力相匹配，法律只能要求政府去做它能做得了的事情。相应地，也应该以这样的标准评价政府及其官员的履职状况，并决定有关责任的分配。这一点看起来理所当然，但实际上立法机关很难对政府的能力作出准确评估，即使立法机关能够做到，也总是习惯于从规范主义层面出发对政府职责提出应然性要求，并常常自觉不自觉地把一些美好愿景或者前瞻性目标带入法律当中。法律在设定行政职责的时候，总会或多或少地高估政府的能力。在评价政府履职状况时，如果目标与能力的差距不显著，忽略作为可能性不会引起太大争议；即使存在争议，运用法律解释技巧，也可以将差距弥合到一个可以接受的范围之内。但是，法定行政目标和政府实际能力的差距有时过于显著，以至于二者之间明显不对称，此时问题就会出现。那么，这些“强人所难”的不对称行政任务是如何进入法律的呢？

第一，有些行政任务属于国家的核心职能，政府履行这些职能的结果攸关其正当性，比如为国民提供基本安全保障。^[30]政府能够将这种职能履行到何种程度，受许多因素影响，具有很大不确定性。但是，为了增进人民在政治上的认同，立法机关总是倾向于按照最佳愿景来描述这些任务。例如，应对自然灾害被认为是国家的天然职责之一，灾害的类型、规模和频率等特征，在一定程度上塑造了不同国家的规模、地缘特征和文化特质，并能深刻影响国家盛衰和政权兴替。古代中国在“天人感应”“天人合一”观念的支配下，将自然灾害同统治者的德性与气运相挂钩，将发生天灾看作是对统治者的谴责或者预警。^[31]统治者不但需要全力应对灾害，还常常就灾害的发生自谴、罪己。^[32]经过现代理性的祛魅，附着在自然灾害上的政治隐

[28] 参见杜忆方：《从“三鹿事件”看我国行政不作为赔偿的法律空间——兼论〈国家赔偿法（修正案草案）〉的相关规定》，《现代法学》2009年第3期，第157页。

[29] 参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第83页以下。

[30] 参见王贵松：《论法治国家的安全观》，《清华法学》2021年第2期，第27页。

[31] 参见夏明方：《继往开来：新时代中国灾害叙事的范式转换刍议》，《史学集刊》2021年第2期，第16页。

[32] 参见郗文倩：《汉代的罪己诏：文体与文化》，《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期，第57页。

喻早已被剥离，但应对自然灾害的国家义务并没有改变。立法机关考虑这一问题的角度是，国家在应对自然灾害方面已经获得了很多经验教训，通过总结正反两个方面的实践经验，可以形成已知的最佳方案，法律应当将其固定下来，而政府的职责就是按照这些方案全力以赴，以获得应对灾害的最佳效果。虽然不能断言任何一个地方的政府在任何一次灾害的应对中都达不到这样的要求，但普遍性地要求每个地方的政府在每一次灾害应对中都按照最佳方案行事，肯定是一种奢求。

第二，在某些领域，政府一定时期内的治理失败导致其合法性受损，为了重新取信于民、修复合法性，政府会对这个领域的治理许诺一个很高的新目标。^[33]在此背景下制定的法律，有可能将这种许诺转化为对政府的明确要求。刑法学所说的“象征性立法”，指的就是国民因担忧某种风险而产生了对国家治理能力的不信任感，为重塑国民信心，国家通过制定刑法介入风险治理，但该刑法规范实际上并无适用的可能。^[34]行政法上也存在类似现象，差别只在于，刑事领域的“此种立法不追求刑罚规范的实际效果，而更多的只是为了表达立法者的某种姿态与情绪、态度与立场”，^[35]而行政领域的这种立法并非完全不追求实际效果，只是实施难度很大。例如，我国中小学校车安全问题一度十分严峻，特别是2011年的甘肃正宁校车事故引起重大社会关切。在这一背景下，2012年出台的《校车安全管理条例》对学校 and 校车服务提供者提出了全面、细致、严格的要求，同时赋予县级以上地方政府及其教育、交通、公安等部门以监管职责，并为其设定了严厉的责任。但是，按照当时很多地方的实际条件，无论学校还是其他校车运营单位，都远不具备按照《校车安全管理条例》要求提供校车服务的条件，相应地，地方政府及其部门也无法按照该条例进行监管。2010年，教育部在回复全国人大代表周洪宇的提案时就曾谈到，“如果在全国范围内的学前和义务教育阶段购买校车，政府需要投入3000亿的预算，且一年的运行、维护费用为1500亿元”，这4500亿的费用是政府难以承担的。^[36]

第三，不同地区拥有的公共资源相差悬殊，国家立法机关又视推广先进经验为己任，^[37]由于“后进地区”没有能力完全照搬“先进地区”的较高标准，如果立法“步子迈得太大”，某些行政目标在相当一段时间内就会成为可望而不可及的不对称行政任务。^[38]例如，20世纪八九十年代，在当时的《消防条例》没有要求的情况下，苏南等地的一些乡镇就开始自主建设专职消防队。1998年制定的消防法在第27条中对此作出授权，规定乡镇人民政府可以根据当地经济发展和消防工作的需要，建立专职消防队、义务消防队，承担火灾扑救工作。2008年修订后的消防法对乡镇人民政府建立专职消防队提出了强制性要求。但是，当时全国很多地方都不具备相应财力，乡镇专职消防队缺建率很高。以云南省为例，直到十年之后的2018年，每个乡镇

[33] 这里的“合法性”是政治学意义上的，即“一种政治统治或政治权利能够被统治的客体证明是正当的和符合道义的，从而自愿服从或认可的能力与属性”。参见[美]杰克·普拉诺等：《政治学分析辞典》，胡杰译，中国社会科学出版社1986年版，第40页。

[34] 参见魏昌东：《刑法立法“反向运动”中的象征主义倾向及其规避》，《环球法律评论》2018年第6期，第55页。

[35] 刘艳红：《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》，《政治与法律》2017年第3期，第37页。

[36] 参见陈旭：《人大代表呼吁校车管理立法》，《人民法院报》2011年12月17日第7版。

[37] 在中国，将先进地区的创新经验上升为国家法律是十分重要的制度扩散机制。参见朱旭峰、赵慧：《政府间关系视角下的社会政策扩散——以城市低保制度为例（1993—1999）》，《中国社会科学》2016年第8期，第115页。

[38] 参见前引[3]，卢超文，第31页。

(街道)平均也仅拥有0.8支专职消防队,而该省最新提出的达标时间则是2024年。^[39]

需要指出的是,上述的不对称行政任务指的并不是行政资源在政府系统内部的错配,而是法律设定的职责目标超过了政府整体上的能力,它们不可能通过在内部理顺政府事权和支出责任,或者调剂权限和人员配置得到解决。如果这些规定并不真正用于评价政府的履职状况,或者作出的评价不与任何形式的责任相关联,也不会成为问题。它们可以被看作立法对行政的理想化期待,也就是富勒所说的作为愿望的道德,而不是作为义务的道德。^[40]人们还可以将其视为徐徐图之的长期目标,这种目标是否实现,最多被放在一个较长时间尺度下被温和地评价,比如权力机关的执法检查,或者服务于法律修订的后评估。不过,当需要运用这些法律规定去评价政府的履职情况,并将评价结果同具体组织或个人的责任联系在一起时,问题就会接踵而来。

首先,行政机关可能采取避责策略。当行政机关承担的任务艰巨又面临问责压力时,就会发展出五花八门的避责策略,^[41]如隐瞒信息。^[42]“7·20”灾害调查报告提到,郑州市政府(市县乡三级)曾在不同阶段瞒报死亡失踪者139人。那么,政府为何瞒报?唯一合理的解释就是,政府担心严重的人员伤亡表明其应对灾害不力,刻意隐瞒部分信息。这背后更深层的原因则在于,应对重大自然灾害是一项压力极大且履职要求很高的任务,地方政府一旦自我判断灾害损失超过了上级或公众能够接受的水平,就会因惧怕问责产生强烈的瞒报动机。这也恰恰解释了郑州市的瞒报行为为何如此严重且固执,一是市县乡三级政府不约而同都进行瞒报;二是在中央领导同志多次要求、省委省政府严厉催问,甚至国务院调查组进驻后仍不如实报告,直至上级不断施加压力且证据线索不断浮现之后,才“挤牙膏”式地报完全部死亡失踪人数。^[43]另外一种常见的避责方式是,行政机关将完成任务变为“消灭”任务,或者至少“消灭”那些可能暴露其履职情况的信号。在校车安全治理上,有些地方政府就采取过这样的做法。校车安全形势一度严峻的基本背景是,21世纪以来全国中小學生数量逐步减少,地方政府大规模“撤点并校”,造成部分中小學生必须依靠校车上下学;而许多地方无力提供合格的校车服务,故事故频发。随着《校车安全管理条例》施行,地方政府压力陡增,又很难按照条例的要求进行严格监管。一些地方政府为了避责便中止了“撤点并校”,甚至恢复了一些已经撤并的学校;更多的地方立即停运了不合格的校车,迫使一些学生不得不乘坐更加不安全的摩托车、三轮电动车上下学。^[44]

其次,诱发行政机关利益交换式的“捆绑”履职。行政任务与资源的不匹配曾经造成执法行为的极端化扭曲,如暴力执法。^[45]而随着这些做法在日益严密的监督问责体系下逐渐消退,一些更加隐蔽的方式取而代之,如将那些无力履行的行政职责与其他职责捆绑在一起,通

[39] 参见《云南省人民政府办公厅关于进一步加强政府专职消防队伍建设的实施意见》(云政办发〔2018〕17号);《云南:省政府审议通过〈加强基层消防力量建设工作实施方案〉》, <https://www.119.gov.cn/article/49TeZ8CpN6f>, 2022年9月3日最后访问。

[40] 参见前引〔29〕,富勒书,第6页以下。

[41] 参见倪星、王锐:《权责分立与基层避责:一种理论解释》,《中国社会科学》2018年第5期,第131页以下。

[42] 参见赖诗攀:《问责、惯性与公开:基于97个公共危机事件的地方政府行为研究》,《公共管理学报》2013年第2期,第26页。

[43] 参见前引〔1〕,《河南郑州“7·20”特大暴雨灾害调查报告》,第11页以下。

[44] 参见侯猛:《从校车安全事件看国家的给付义务》,《法商研究》2012年第2期,第31页以下。

[45] 何兵曾以城管执法为例对暴力执法作过生动描述。参见何兵:《城管追逐与摊贩抵抗:摊贩管理中的利益冲突与法律调整》,《中国法学》2008年第5期,第161页。

过与监管对象“合作交换”达成监管目标。对于一些偶发、零散的安全事项，行政机关无力监管，就会将监管对象在这些方面的合规水平与其他利益绑定，换取其遵守规定。比如，对符合要求者在办理其他审批事项时给予方便，在提供给付性利益时优先考虑，反之，则设置一些障碍、减少一些机会，或者进行拖延。^[46] 这些做法看似巧妙，行政机关略施小计就履行了原来难以完成的职责，无本获利；其实质则是滥用职权，既扭曲了法律的实施秩序，又诱发了道德风险，对法治造成了隐蔽而长远的破坏。

最后，行政机关设法限缩自身职责，导致法律权威受损。当法律赋予行政机关某些完成难度巨大的行政任务时，后者为了减轻压力，将千方百计运用各种策略限缩自身职责，直至这些职责最后看起来同其能力基本匹配为止。有大量工具可供行政机关达到上述目的，如以实施法律的名义制定的规章或行政规范性文件，在行政机关主导下出台的国家标准或者行业标准，按照年度、季度分解的行政执法计划，各种与行政执法相关的目录或清单等。例如，按照特种设备安全法规定，质量技术监督部门（2018年机构改革后并入市场监管部门）负责特种设备安全的监督管理，其范围涵盖生产（包括设计、制造、安装、改造、修理）、经营、使用、检验、检测各环节。而实际情况是，除了质量安全，质量技术监督部门对其他与特种设备有关的安全问题都缺乏监管能力。对此，该部门多次修订《特种设备目录》，不断缩小自身监管范围。2022年1月通过的《特种设备事故报告和调查处理规定》，进一步将事故类型限缩为因特种设备质量和违规作业造成的事故，而将其他类型的特种设备事故全部排除。由于备案审查制度乏力，这些做法大多不会得到纠正。^[47] 经过这些方式的层层限缩，站在行政机关的角度，最后确实做到了任务和能力的匹配，使一些法律上不切实际的规定具备了可操作性。但是，行政机关用这样的方式自我“减负”，对法律权威的损害不亚于不执行法律。

上文的讨论很容易导向几种一般性的呼吁：一是呼吁政府转变职能，还权于市场和社会，使既有的行政资源能够与政府职责相匹配；二是呼吁提高立法科学水平，希望立法机关在设定行政职责时倍加注意任务与能力的平衡，并据此检视和修订那些存在问题的现行法；三是呼吁提高行政能力，要求政府增加投入、充实人员，以充分满足履职需要。但是，笔者并不打算这样做，因为太多的原因可以使这些愿望落空，让这样的呼吁显得苍白无力。本文接下来要讨论的问题是：在政府职能和行政资源给定，立法上广泛存在着目标与能力不对称的行政任务的情况下，能否在对行政机关的履职评价中引入作为可能性，通过合理免除或者减轻行政机关及其官员的责任，纾解实践中的困境。

三、被肢解的行政可问责性及其复原路径

在行政法上，对行政可问责性的描述可以追溯到权责一致原则，其内涵包括两个方面：一是行政机关因为法律赋予其职权而必须承担对应的责任；二是法律在要求行政机关承担一定职责时，应当授予其必要条件。^[48] 如果将这里的必要条件分拆为行政权力和行政能力的话，那么，权责一致原则基本上揭示了行政可问责性的构造。行政机关因被赋权而必须担责，这回答

[46] 参见陈家建、张洋洋：《“非对称权责”结构与社区属地化管理》，《社会学评论》2021年第3期，第158页。

[47] 参见王锴、刘焜昊：《现状与问题：地方备案审查制度研究——以31个省级地方为例》，《江苏行政学院学报》2018年第3期，第134页。

[48] 参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法学》，法律出版社2009年版，第45页。

了作为义务的问题。设定行政职责必须同时授予权力和配置能力，这分别回答了结果回避可能性和作为可能性的问题，因为授权不足将导致行政机关即使穷尽手段也难以达成目的，能力不足则导致其连法律赋予的手段都无法采取。在行政法的原则体系中，其他原则主要指向行政权，权责一致原则在指向行政权的同时，也指向立法权。按照这一原则的要求，立法机关在设定一项行政职责时，为了保证其具备可问责性，应当满足三个条件：清晰地描述职责的承担者；进行必要授权；配置行政资源使其形成足够的力量。

考察我国的行政法制可以发现，立法机关致力于满足上述前两个条件，而对第三个条件通常只给予象征性回应。在议行合一体制下，作为国家权力机关的人民代表大会具有全权性，当然可以为行政机关设定任务、分配职权和配置资源。^[49]人财物资源是形成行政能力的“硬要素”。^[50] 在我国立法实践中，法律在设定行政任务的同时也确实会对这些资源的配置作出一些规定，不少立法还专门安排了诸如“保障措施”或“监督与保障”一类的章节。但是，稍加推敲即可发现，法律对这些问题的规定大多是高度概括的，有的甚至只象征性地稍加提及。这样的模糊化处理是立法机关有意为之吗？对于如此重要的问题，法律似乎不应“留白”；是立法机关缺乏明确安排这些资源的理性能力吗？也不是。在很多其他国家的立法中，可以看到法律在设定一项行政职责时，对行政资源的详细安排占据了大量篇幅，有时甚至达到不厌其烦的地步。国内也早有学者提出，行政组织法应当充实有关财政、人员等要素的规定，^[51]应当解决行政任务与行政组织手段之间的匹配问题，为达成行政任务提供组织体系上的保障。^[52]真正的原因在于，立法机关对行政资源的配置并不享有实质上的决定权，这些权力被多个不同系统所分享，进而造成行政任务的问责性无法单独依靠法律来证成。

对于行政能力构成中“人”的因素，主要通过机构编制管理制度确定。全国和县级以上行政区域设立机构编制委员会，并以党政合署的形式设立机构编制委员会办公室，同时作为本级党委、政府的下属机构，实际上由本级党委领导，归口本级党委组织部门管理。包括行政机关在内的党和国家机关、事业单位等组织的职能配置、内设机构和人员编制，在党委领导下，由机构编制委员会统筹负责，以部门（单位）“三定”规定的形式确定。“三定”规定原则上以本级党委办公厅（室）文件形式印发，或者由党委办公厅（室）、政府办公厅（室）联合发文。经批准发布的“三定”规定是机构职责权限、人员配备和工作运行的基本依据，必须严格执行。^[53]对机构编制管理工作的调整，主要适用《中国共产党机构编制工作条例》及其配套规则。国务院部门的“三定”规定性质上是党内法规，^[54]相应地，地方政府部门的“三定”规定属于党内规范性文件。机构编制管理制度是行政组织法的一部分，^[55]但其实际制度规则目前呈现出与行政组织的国家法律并行的状态，其运行过程也具有内部化的特征。

对于行政能力构成中“钱”的因素，根据预算法的规定，国家权力机关对财政预算进行审查批准并监督其执行，监督的主要方式是行使有关撤销权。^[56]由于缺乏实质性的预算控制

[49] 参见杜强强：《议行合一与我国国家权力配置的原则》，《法学家》2019年第1期，第13页。

[50] 参见汪永成：《政府能力的结构分析》，《政治学研究》2004年第2期，第108页。

[51] 参见郑春燕：《行政任务变迁下的行政组织法改革》，《行政法学研究》2008年第2期，第35页以下。

[52] 参见贾圣真：《行政任务视角下的行政组织法理学革新》，《浙江学刊》2019年第1期，第181页。

[53] 参见《“三定”规定制定和实施办法》（2020年9月10日中共中央政治局常委会会议审议批准，2020年11月23日中共中央办公厅发布）第4条、第5条、第22条。

[54] 参见秦奥蕾：《党内法规与国家立法关系中的机构编制法定化》，《法学论坛》2021年第6期，第48页。

[55] 参见应松年：《行政机关编制法的法律地位》，《行政法学研究》1993年第1期，第45页。

[56] 参见预算法第20条、第21条。

权，特别是缺乏最重要的预算修正权，^[57]国家权力机关对财政预算方案只能行使“全是”或“全否”的判断权，而实际结果必然是选择“全是”。^[58]曾有一项针对专家学者、部分人大代表和预算工作者开展的问卷调查显示，“人大是否能够独立科学地作出预算决策”这一评价项目仅得2.5分，“人大是否拥有较大的预算控制权”这一评价项目得3.5分（满分均为10分）。^[59]“行政组织的整体控制安排，正需要有严格的预算与经费控制来补充、补强。然而，目前我国粗放、宽松、随意性较大的行政组织经费管理方式，恰恰无法担此重任。”^[60]在立法层面，尽管很多法律规定了财政保障措施条款，但这些条款大多都停留在“政府应当采取财政措施，保障某工作所需经费”之类的原则性要求上。目前，以教育领域的部分法律，如教育法、义务教育法、职业教育法，对经费保障的规定最为详细。例如，教育法对财政性教育经费支出占国民生产总值的比例、财政支出总额中教育经费所占比例、教育财政拨款的增长、在校生均教育费用的增长提出了原则性要求，并对教育经费单独列支、教育专项资金的设立、教育费附加的开征和统筹管理等有所规定。^[61]但是，这样的立法在整个法律体系当中只占了极小一部分。

对于行政能力构成中的其他因素，如物资、装备、工程、技术等，法律上的保障性规定相对于预算经费的规定来说，密度更低，内容也更粗疏。这些大体上可以归为“物”的范畴的行政资源，除了部分通过行政机关的日常性开支转化而来，其最重要的部分主要是通过各种“项目”建设形成的，而这些“项目”又主要是在各种发展规划中确定下来的。以其中最为关键的专项规划和区域规划为例，这些规划提出了一定时期（通常为五年）某个领域的经济发展或社会建设目标，以及有关人民政府及其部门为了实现这些目标而承担的任务。为了保障这些目标和任务的实现，规划通常会用一个专门篇章或者专栏设立一系列重大“硬项目”，对这些项目的投入及其建设成果的应用，构成了一定时期内行政机关履行相关领域职责的重要“硬件”保障。而国家权力机关只对框架性的“国民经济和社会发展规划纲要”进行审查和批准，赋予其法律约束力，^[62]对决定各种具体资源配置的专项规划和部门规划等并不过问，后两者实际上是在“各相关部门—发改部门—党委政府”的闭环架构下起草、审查、修改、审议通过的。

传统公法学理论反对在评价行政的合法性时将行政资源纳入考虑。“在作出行政行为时须假设具备支持其执行的财政能力，如果此时还要考虑执行所需的费用，法治原则将无法得到保障”，“对于一般的行政法律规范而言，立法者留出裁量空间的目的并非希望行政主体考虑财政国家的因素，而仅要求其将法治国家的因素予以衡量”。^[63]不过，这样的观点仍需建立在如下前提之上：立法机关为行政机关设定某项任务时，已经为其匹配了相应资源，由此完成了对其可问责性的完整构建。本来，判断行政应具备之能力确实应从立法机关处着眼，行政机关既不能自行决定其规模或者自行发展成员，更不能自行征敛或自谋营生以获取资财。但是，上

[57] 预算法没有规定预算修正权，一些地方性法规规定了预算修正权，但实际行使过这一权力的只有广东省、上海市闵行区、浙江省温岭市等个别地方。参见吴园林：《我国省级人大预算监督制度建设40年：改革及其完善》，《经济研究参考》2019年第19期，第98页以下。

[58] 参见林慕华、马骏：《中国地方人民代表大会预算监督研究》，《中国社会科学》2012年第6期，第78页。

[59] 参见魏陆：《人大预算监督效力评价和改革路径选择》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2015年第1期，第70页。

[60] 杨伟东：《推进行政组织管理的法治化》，《中国行政管理》2014年第6期，第15页。

[61] 参见教育法第55条至第58条。

[62] 参见郝铁川：《我国国民经济和社会发展规划具有法律约束力吗？》，《学习与探索》2007年第2期，第100页；徐孟洲：《论经济社会发展规划与规划法制建设》，《法学家》2012年第2期，第45页。

[63] 陈征：《简析宪法中的效率原则》，《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2014年第4期，第115页。

文的分析表明,我国的立法机关并不实际拥有行政组织方面的全权,行政资源的配置被分解到不同的权力系统中完成。立法机关只设定行政职责,但不配置行政资源,此种脱节削弱了法律以可问责性为核心对行政组织进行合法性控制的能力。^[64]换句话说,构成行政任务可问责性的一部分要素——行政机关的作为可能性——被“肢解”了。这就意味着,仅凭法律上与这项行政任务相关的那些条款——对职责的明确、对行政机关的授权、对行政能力保障的粗疏规定——并不足以完整证成其可问责性。无论在司法审查、行政问责,还是其他场合中,直接适用立法机关制定的“不完整之法”去评价行政机关的履职状况并决定责任的分配,将导致种种谬误。此时,要想准确、合理地评价一项行政职责的履行状况,只能采取“拼图”的方式,将规定行政机关职责和权力的各种规范,加上那些散布于机构编制管理、预算、发展规划等体系中的行政资源配置情况组合在一起,才能将这项行政任务可问责性的结构完整地复原出来。这样做并不意味着放弃控制行政合法性的规范主义立场而迁就于现实,而恰恰是在坚守政府履职评价中的可问责性这一正当化内核。

在机构编制管理、预算、规划等体系中“拼装”行政机关的作为可能性,需要综合考虑人财物各要素并充分注意其相互间的制约关系。“人”的因素,即编制规模,是行政组织最基本的能力构成,也是考虑预算资金分配的基础性因素;而实际财力不足又可能反过来使行政组织无法获得合格人员的充实。大额资金的分配常常与发展规划中的“硬项目”绑定在一起,但空有财力却因项目未能纳入规划而无法形成“硬件”的情况也不少见。因此,行政机关的履职能力往往取决于这些因素所组成的“木桶”中“最短的那一块木板”。只有找到这块“最短的木板”,兼顾考虑其他“木板”的长度,再与法定的行政目标相对照,才能够判断行政资源的可及性、充足性及其与行政任务的匹配程度,形成对行政机关作为可能性的合理预期。

四、引入作为可能性之后的履职评价

将作为可能性拉回行政机关履职评价的体系当中,至少要完成对如下三个问题的建构:对作为可能性的合理期待水平、判断作为可能性的依据、不(完全)具备作为可能性时的责任分配。

(一) 对作为可能性的合理期待水平

作为可能性指向的并不是一个非此即彼的结果——能或者不能,而是指向一种程度,即行政机关在既定资源约束条件下履行职责所能达到的水平。作为可能性并不对应一个固定值,而是对应一个空间,它的上限是行政机关所能做到的最佳水平,下限是其所应做到的最低水平。把作为可能性作为一个重要维度引入对行政机关履职状况的评价中,应该将其定义在哪一个水平上呢?宪法上有关基本权利保护水平的讨论可以为此提供一些启发,因为两者指向的都是国家对公民所负积极作为义务的履行程度,只是讨论的层面有所不同而已。^[65]

[64] 参见前引[52],贾圣真文,第182页。

[65] 宪法学者主要在立法和司法层面讨论基本权利的国家保护义务(参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期,第57页以下)。也有学者认为,基本权利受保护权的效力直接及于行政活动(参见李海平:《基本权利的国家保护:从客观价值到主观权利》,《法学研究》2021年第4期,第53页)。按照这种理解,有关基本权利国家保护水平的结论,可直接适用于本文讨论的行政职责履行的部分情形(指向基本权利保护的那一部分)。

针对基本权利保护的立法义务，宪法学者对德国联邦宪法法院在判决中使用的禁止保护不足概念进行了阐发，其基本论点包括：第一，为了保护基本权利，立法机关应当选择有效的手段（之一），这些手段不必是全部的或者最强有力的，但应该能达到宪法要求的最低保护标准；〔66〕第二，禁止保护不足是对立法机关提出的最低要求，并不禁止其采取更高强度的保护方案；第三，最低保护标准应当根据被保护人的“期待可能性”来确定，在现代科学和技术认知的基础上，以当前社会的通常接受度和容忍度为标准进行客观理性考量，如果立法机关的不作为或者不更多作为对被保护人而言具有“期待可能性”，就应认为立法机关满足了禁止保护不足原则的要求。〔67〕

需要说明的是，上述宪法学者在借鉴刑法上“期待可能性”一词讨论基本权利的保护水平时，可能有不经意的误用。刑法上所讲的期待可能性，是指期待行为人在当前社会伦理条件下作出适法行为的可能性；〔68〕至于其在客观能力约束下作出适法行为的可能性，指的其实是作为可能性。不过，也正因如此，这些在“期待可能性”名下得出的研究结论，恰恰可以为讨论行政机关的作为可能性提供启发。〔69〕

第一，在“宪法—法律—行政”的权力秩序中，评价下一权力位阶对上一位阶所提出要求的实现水平时，确定一个最低要求是必要且适宜的。如果宪法就基本权利保护向立法机关提出高强度、精细化的要求，立法机关将不堪重负。但是，“受保护权的规则属性和国家保护义务的最低限度有效性，意味着国家保护义务的履行具有一定的底线要求”。〔70〕在立法与行政的关系上，也存在着相似情形。

第二，对最低要求的确定应当诉诸实践理性。禁止保护不足原则指出了被保护人能够容忍立法机关不（更多）作为的底线，这种心理上的期待看似一个主观标准，在操作上却不得不诉诸实践理性将其客观化，需要在现有的科学认知条件下按照一般理性人的标准予以考虑确定。类似地，对于行政机关履职所应达到的最低水平，同样应当诉诸实践理性，根据行政资源的配置情况，按照社会通常的理解，对这些资源所能形成的作为能力确定一个合理预期。

第三，最低要求在理论上可以容纳完全的不作为。“理论上讲，禁止保护不足原则的保护下限可达至允许立法者完全不作为。”〔71〕这里的完全不作为，主要就是指囿于能力而实在做不了什么。如果这样的情况仍在受保护人的合理期待范围之内，则仍应认为立法机关没有违反禁止保护不足的要求。类似地，行政机关作为可能性的下限，也可能下探到“完全无能为力”的地步，如果法定的行政目标确实远超政府实际能力，政府根本履行不了这样的职责，在客观理性的视角下，应认为政府的不作为属于应当容忍的范围。

对政府履职情况的评价常常同责任分配联系在一起，目的是确定行政机关及其官员应当被追究还是免除或者减轻责任。这样的评价标准只能是一种下限标准，也就是确认行政机关在现

〔66〕 参见〔日〕小山刚：《基本权利保护的法理》，吴东镐等译，中国政法大学出版社2021年版，第88页。

〔67〕 参见陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》，《法学研究》2021年第4期，第67页以下。

〔68〕 参见劳东燕：《罪责的客观化与期待可能性理论的命运》，《现代法学》2008年第5期，第56页。

〔69〕 对于行政职责的履行来说，由于行政程序上公务回避制度的存在，大多数情形下无需直面期待可能性难题，只在个别极端情况下才会碰到伦理问题，需要考虑期待可能性。比如，履行某项职责需要工作人员在缺乏保护的情况下冒生命危险，此时可以认为对其履职缺乏期待可能性。

〔70〕 前引〔65〕，李海平文，第52页。

〔71〕 前引〔67〕，陈征文，第63页。

有条件下至少应该做到什么,即找到那些“作为义务的道德”。不过,这绝不意味着在此之上不存在任何其他更高的标准。法律或者上级可以确定一些更高标准,即“作为愿望的道德”,去激励集体或官员在有限条件下创造性地工作,为人之所不能为。只不过,这样的标准已经同责任分配无关,而是与擢升、荣誉和官声等联系在一起。

(二) 判断作为可能性的依据

由于履行行政职责的作为可能性受如下因素影响,这些因素应成为判断行政机关作为可能性的主要依据:

第一,行政资源的可及性。在极端情况下,行政资源可能完全不具有可及性。更多的情况则是,因行政资源匮乏导致资源可及性变差,虽不至于造成行政职责完全无法履行,但会严重影响履职效率。例如,为了保证火灾救援的及时性,根据消防法和城乡规划法制定的国家标准,对不同区域消防站设置的数量和等级有明确要求。但是,受财力所限,大多数地区的消防站缺建率都比较高。2021年全国人大常委会在对消防法的执法检查中发现,“全国仍有907个县(市、区)和开发区尚未组建消防救援站,全国城市消防站缺建40%以上,市政消火栓欠账率近15%。农村地区公共消防基础设施欠账更为严重”。^[72]一个区域的消防站、消防栓缺建,不意味着其完全无法获得火灾救援,因为还可以从其他区域临时调集增援,但肯定意味着该区域获得火灾救援的及时性将大大降低,而及时性对于火灾救援来说至为关键。在行政资源没有可及性,或者可及性较差的情况下,对行政机关作为可能性的合理预期只能大幅降低。

第二,行政资源的充足性。在某些情况下,行政机关拥有履职所需的一定资源,并能高强度地运用这些资源,但由于资源总量不足,行政机关的作为可能性也会受到显著影响。^[73]仍以火灾救援为例,全国人大常委会的执法检查报告表明,国家综合性消防救援队伍编制员额仅占全国人口的0.137‰,远低于发达国家平均水平,与发展中国家(0.3‰-0.5‰)相比也有较大差距。全国已建成并投入使用的消防站中还有631个没有编制、2837个达不到最低人员编配标准。2020年,国家面向高校应届毕业生计划招录消防干部3000名,实招852名,计划完成率仅26.7%。很多地方用劳务派遣方式招用政府专职消防员,导致“同工不同酬”,招不来、留不住的问题严重。2020年,青海省首次面向社会公开招聘政府专职消防员,按计划招满的424人中,仅一年即陆续退出99人,占招录计划的23.3%。^[74]行政资源不足必然影响履职效果,与此相应,也应降低对行政机关作为可能性的期待。

第三,行政资源与行政任务的匹配度。在某些情况下,行政机关看似拥有履行职责必需的资源,但这些资源所形成的能力与行政机关承担的行政任务并不(完全)匹配,这一点在判断作为可能性时也应考虑。“7·20”灾害之后,笔者到郑州市防汛抗旱指挥部作过调研访谈。调研发现,该市拥有由干部、军队、民兵、群众组成的各类防汛抢险救援队伍,人员总数多达9万人,且这些人员接受过简单的训练,可以胜任水利工程(大坝、水库)抢险任务。然而,在“7·20”灾害中,主要任务却是救援落水人员。水下救援技能需要经长时间专业训练方能具备,在北方地区成规模地训练水下救援队伍又受到很多条件限制。在这种情况下,对于当地

[72] 张春贤:《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国消防法〉实施情况的报告》(2021年12月21日),<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/68395014bd2e438a9eb8e85e4132da64.shtml>,2022年7月13日最后访问。

[73] 参见王青斌:《论执法保障与行政执法能力的提高》,《行政法学研究》2012年第1期,第53页以下。

[74] 参见前引[72]。

成功救援遇险人员的合理期待也不得不降低。

(三) 不(完全)具备作为可能性时的责任分配

如果直接借鉴民法上的不作为侵权,或者刑法上不作为犯的归责方式,在上文分析的基础上不难得出这样的结论:如果行政机关未能(充分)履行某项法定职责,根据对其作为可能性的判断,当能够合理期待其履行该职责时,该机关需要承担相应责任;反之,应当减轻直至免除其责任。但是,行政机关履行职责的情境,相对于一般人履行作为义务来说要复杂得多,尤其是,基本公共服务的供给不足将破坏政治信任、政府形象、社会信任,^[75]不能因政府履职能力不足便轻言免责。在行政机关不(完全)具备作为可能性的情况下,对其不履行职责的责任认定,还需要结合其他因素进一步判断。

第一,是否存在并采取了替代性的履职方案。行政机关因不具备作为可能性而无法(完全)履行某项职责,并不等于其无法通过任何方式(部分)实现行政目标,而只是意味着目标的实现程度可能没有法律所期望的那样充分而已。如果存在替代性方案,只有行政机关采取了切实措施,在法律上才可以缓和对其未能履行原职责的否定性评价。例如,因政府财力不足,导致部分区域消防站缺建,但通过在较大区域内配置一部分机动力量,仍可部分缓解救援压力。

第二,是否在紧急情况下调剂了其他行政资源。我国的法律虽然将各个行政机关拟制为独立承担责任的主体,实际上它们只是科层化的国家行政系统中的代理者,并无独立利益。^[76]尽管行政系统内部不可能日常性地“取有余以补不足”,但在紧急情况下进行个别化的资源调剂则是可能的。这种做法的正当性无法通过行政法上一般性的职务协助获得解释。职务协助解决的是因行政机关的组织性拆分和分工所产生的行政任务履行的非经济性问题,^[77]协助者最后仍要向求助者主张费用。^[78]而在此处讨论的情形下,求助者本就无力承担费用。但是,在社会主义国家“集中力量办大事”“全国一盘棋”的理念指引下,我国的法律建立了许多行政资源跨区域、跨部门紧急无偿支援的机制。^[79]因资源匮乏而在应急职责的履行上不(完全)具有作为可能性的机关,应当积极创制或者参加到这样的机制中去,并在必要时寻求支持。只有这样,在行政机关因资源不足而未能(充分)履行某项应急职责时,方可缓和其责任。

第三,是否合理调节了公众对行政机关履职水平的预期。行政机关在能力与行政目标不对称的情况下,常常运用实施规则、执法计划、标准、指南等,将自身职责“细化”到其基本能够胜任的地步。如果这种做法并非“明目张胆”地直接缩减行政机关的职责范围,“只是压缩了有关法律规定的开放特质、可变性空间”,^[80]将法律上宽泛而艰巨的目标“拉回到地面”,使之与其能力基本匹配,可以视为一种务实性安排。这样做的另一个好处是,事先调节了公众的预期,有助于缓和公众因行政机关未能达成法定目标所形成的不满。在这种情况下,可以根据这些实施规则、执法计划、标准、指南限缩之后的职责目标来评价行政机关的履职状

[75] 参见史宇鹏、李新荣:《公共资源与社会信任:以义务教育为例》,《经济研究》2016年第5期,第99页。

[76] 参见薛刚凌:《行政主体之再思考》,《中国法学》2001年第2期,第32页以下。

[77] 参见金健:《论应急行政组织的效能原则》,《法学家》2021年第3期,第88页。

[78] 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版股份有限公司2004年版,第898页。

[79] 例如,突发事件应对法第7条规定的上级政府扩大响应、第52条规定的跨区域请求支援、第60条规定的上级政府支援恢复重建等制度。此外,我国对各种应急救援力量中最骨干的部分,采取的也是可以应各地政府请求灵活跨区域调度的国家准垂直化管理方式。

[80] 余凌云:《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》,《中国法学》2012年第4期,第131页。

况。在郑州“7·20”灾害调查中，调查组负责人所提出的第三个“区分开来”，即“把法规标准缺失与职责任务安全规定不落实区分开来”，其中的“法规标准”指的就是各种用于“细化”行政职责的文本。而这第三个“区分开来”的言下之意，就是如果这些法规标准不缺失的话，便可作为衡量“职责任务安全规定”是否落实的标准。如果行政机关有条件制定这样一些“法规标准”来调节公众预期而没有制定，又因为其不（完全）具备作为可能性而未能（充分）履职，则应追究其责任。

综上，评价行政机关的履职状况并决定履职责任的分配，应当在行政可问责性的结构下按照如下步骤展开：（1）判断作为义务是否存在，包括寻找规范依据和在具体情境中分析行政机关的裁量余地；（2）如具有作为义务，则进一步判断是否具有作为可能性；（3）如具有作为可能性，则根据职权配置（是否授权不足）和客观条件（是否存在不可抗力等）判断结果回避可能性。其中，对作为可能性的判断又应遵循如下步骤：（1）从机构编制、预算、发展规划等方面了解行政资源配置情况；（2）与法定的行政目标相对照，根据行政资源的可及性、充足性及其与行政任务的匹配性等维度，按照通常的社会观念，判断行政机关在此种资源约束条件下履行职责的作为可能性。在假定存在结果回避可能性的前提下，作为可能性的判断结果将影响对行政机关及其官员的责任认定。具备作为可能性而不（充分）作为的，应当承担责任。不（完全）具备作为可能性，且有上文提及的存在替代性履职方案、有可能紧急调剂其他行政资源、能够预先调节公众预期等若干情形，并采取了相应措施的，应减轻直至免除责任；未采取相应措施的，仍承担原应承担的责任。不（完全）具备作为可能性，也不存在上述情形的，应当按程度免除或者减轻责任。不过，如果这种情况产生了严重的社会影响，则在领导干部问责这一履职评价方式中，基于问责制的民意回应功能和适用于政治责任的结果归责原则，有关领导干部仍应承担政治责任，但可以有所减轻。^{〔81〕}

结 语

就法律对作为可能性的评价而言，行政机关和民法、刑法上的“人”以及行政法上的行政相对人有着重要区别。一个自然人的作为能力，要么是先天具备的，要么是后天习得的，一个组织的作为能力是由发起者、投资者提供的各种资源转化而来的，总之是“自备”的，而非“他赋”的。法律所需要做的，是为这些“人”的作为能力设定一些能够被广泛接受的预期，进而判断他们在各种情境下的作为可能性。如果某些“人”的能力实际上达不到法律所设定的预期，法律也不应改变既有的设定以免除或限定其责任。行政机关则不同，构成其作为能力的各种资源必然是“他赋”的，而这个“他者”就是立法机关。立法机关在设定行政职责时，理应同时为行政机关配置必要资源，否则，就应该调整对行政机关作为可能性的预期，进而调整责任分配方式。在我国，这一问题的呈现方式更加特殊。立法机关并不配置行政资源，行政资源的配置被分解到若干其他权力系统中去完成。这样一来，要公正地评价某项行政职责的履行情况，就必须经历一系列复杂步骤。尽管这样做费时费力，仍远胜于粗暴地跳过作为可能性这一环节。“责不在于重，而在于必。”^{〔82〕}如果直接拿着法律所设定的行政目标去评

〔81〕 参见林鸿潮：《公共危机管理问责制中的归责原则》，《中国法学》2014年第4期，第284页。

〔82〕 江必新：《论问责追责》，《理论视野》2015年第1期，第11页。

价行政机关的履职情况，就等于抛弃了行政可问责性的正当化框架，不仅不会对行政机关及其官员产生正确激励，还会反过来扭曲其行为。

郑州“7·20”灾害国务院调查组提出的“三个区分开来”，部分暗合了评价行政机关履职状况时应当遵循的一系列规则。“把客观上的不可抗力与主观上的不作为区分开来”，揭示了分析结果回避可能性的必要；“把能力素质不足与不责任区分开来”，对应着对作为可能性的探讨；“把法规标准缺失与职责任务安全规定不落实区分开来”，意味着应在不（完全）具备作为可能性的情况下，调节公众预期。本文以此为切入点，从分析法律上的不对称行政任务及其成因入手，“重新发现”了在评价行政职责的履行时被遗忘的“作为可能性”，并努力勾勒其体系。不过，将立法上的不足作为前提性的给定“环境”，对履职评价方式和责任分配规则进行矫正，只是纾解现实困境的务实“近策”。长远来看，唯有改革机构编制、预算、规划等体制，使立法机关实际获得行政组织法上资源配置的全权，并努力提高立法水平，使行政目标与行政能力相匹配，方能治本。这一思路涉及一系列国家权力体制上的重大变革，非短中期能见其成，只能将其作为留待缓缓图之的“长策”，另作讨论。

Abstract: The existing theories and systems related to the performance evaluation of administrative organs focus on the investigation of the duty of act and the possibility to avoid the consequence, but do not really involve the discussion of the possibility of act. Relevant theories assume that the problem of the match between administrative duties and administrative capacities has been solved by legislation or that relevant power and responsibility arrangements have been justified through democratic legislative procedures. However, Chinese legislature does not have the substantive power to decide on the allocation of administrative resources and there are many administrative tasks in Chinese law whose goals and capacities do not match. To accurately evaluate the performance of an administrative organ, in addition to examining the duty of act and the possibility to avoid the consequence, it is also necessary to integrate the allocation of administrative resources scattering in the system of organization management, budget, planning and so on, comprehensively consider the accessibility and adequacy of administrative resources and their degree of match with administrative tasks, and determine the reasonable expectation of the possibility of act of the administrative organ. In the case of impossibility or incomplete possibility of act, the duty performance of an administrative organ should be evaluated and its liability should be determined in light of such factors as whether it has adopted an alternative performance plan, whether it has actively requested other administrative resources, and whether it has reasonably adjusted public expectations.

Key Words: administrative duty, accountability, administrative omission, possibility of act
