

论行政不作为违法

朱新力*

行政法学界热切关注行政不作为违法^[1]始于我国行政诉讼法的颁布。的确,无论是行政责任的认定、司法审查的进行,还是行政违法理论的健全、系统行政法学体系的完善,都离不开对行政不作为违法的正确理解。与需要相比,目前关于行政不作为违法的内涵认识分歧较大;对行政不作为违法构成要件的理论研究几乎是空白;行政不作为违法与司法裁判的关系更是仁者见仁,智者见智。本文的写作将围绕上述问题展开。

一、行政不作为违法的内涵

就当前中国学界对行政不作为违法的界定概括起来主要有下列观点:^[2]第一种,行政不作为是指行政主体依行政相对人的合法申请,应当履行也有可能履行相应的法定职责,但却不履行或者拖延履行的行为形式。^[3]第二种,行政不作为是行政机关不履行法定职责的行为。^[4]第三种,行政不作为是行政主体负有作为的法定义务而在程序上消极的不为状态。^[5]第四种,行政不作为违法是指行政机关在方式或内容上有积极作为的义务,但其不为的状态。^[6]

仔细分析上述各类观点,我们不难发现它们或多或少有下列问题:

第一,探讨行政不作为违法的内涵首先必须区别作为行为与不作为行为、行政作为行为与行政不作为行为、行政作为违法与行政不作为违法三组概念及其层次差别。从逻辑上说,上述

* 杭州大学法学院副教授。

[1] 因为论证的需要,本文囿于讨论具体行政行为中的行政不作为违法,但是文章前两部分的结论同样适用于抽象行政行为的行政不作为违法;文章的最后一部分主要服务于现行的司法审查制度。

[2] 这里归纳的只是有代表性的观点。事实上,除下述四处外,其它意思相近的表述还有不少。比如,罗豪才主编的《中国行政法教程》(人民法院出版社1996年版,第324页)认为,行政失职是指行政机关或其公务员具有法定的某项职责,行为消极地不履行该项职责的行为。排除公务员这一主体,这里的行政失职实际上就是行政不作为违法。

[3] 罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第168页。

[4] 黄曙海主编:《行政诉讼法100问》,法律出版社1989年版,第79页。

[5] 此观点最初由吴偕林在《关于不作为行政行为与不作为行政案件范围的思考》(《行政法学研究》1995年第1期)一文中全面提出。后由周佑勇在《论行政作为与行政不作为的区别》(《法商研究》1992年第5期)一文中进一步完善。

[6] 详见陈小君、方世荣:《具体行政行为几个疑难问题的识别辨析》,载《中国法学》1996年第1期。

三组概念之间呈级差表现并具有层层包含关系,而三组概念内部又相互排斥,并以完全性属概念构成种概念。据此,如果我们在讨论本课题时,把行政不作为违法等同于行政不作为,甚至不作为,必然造成基本概念上的混乱。笔者认为,在讨论行政主体不履行应履行的积极义务的违法行为时,最好用行政不作为违法概念,因为行政不作为在目前并未约定俗成指行政不作为违法。

第二,根据法理学上的基本原理,法律义务有积极义务和消极义务之分(或分为作为义务与不作为义务),行政不作为违法简单定义为行政主体不履行法定义务,必然导致象越权等行政机关不履行消极义务的行为也被归入行政不作为违法之列的窘态。第三和第四种观点避免了此种错误。

第三,不履行行政作为义务的状态是否都构成行政不作为违法?对此,第一种观点已经强调,即行政主体即使有法定作为义务,但因客观条件无法履行的,并不构成行政不作为违法。当然,第一种观点把行政不作为违法限定在行政主体必须依相对人的合法申请,有能力履行法定作为义务而不履行状态,显然人为缩小了行政不作为违法的内涵。正如有的学者指出,“行政机关的许多法定义务即使没有相对人申请也是客观存在并必须积极履行的。”^[7]

第四,把行政不作为违法的主体限于行政机关显然不符合中国的实际情况。在我国,虽然履行行政作为义务的主体主要是行政机关,但法律、法规也把部分行政权授予非行政机关的组织行使,这些组织在行政公务活动中无正当理由不履行积极的法定义务的状态,也同样构成行政不作为违法。

第五,如何区分行政作为违法与行政不作为违法?第三、第四种观点提出了自己的看法,他们或者以行政法定作为程序为标准,或者以行政法定作为方式和内容为标准。值得一提的是,这两种观点都是近期学界在批判以往简单处理行政不作为违法内涵基础上产生的观点。第四种观点认为:法律意义上的作为与不作为一方面是行政方式问题,不作为表现为不作出一定的动作或动作系列;另一方面也反映为内容问题,当一行为在方式上不为时,它肯定是不作为;当一行为在方式上是作为时,它可能是作为,也可能是不作为,行为在外部形态上有动作,而实质内容却要表达不做,它仍是不作为。比如,对符合条件的申请许可证的公民拒绝颁发许可证就是一种不作为。而行政不作为违法则是法律规定行政机关有积极作出一定行为的义务,而它没有履行该义务去作出,这叫未履行法定职责的不作为。第三种观点却认为,作为与不作为的划分是就行为的方式而言的。“拒绝行为”虽然在内容上是“不为”,而且从实体上也有可能是不真正依法履行法定职责,但就行为形式而言却是一种积极的作为形式。所以,行政作为与不作为的区分,应从程序方面认定,只要行政主体作出了一系列实质性程序行为,即表现出积极的作为行为状态,无论该行为在实体内容上是“为或不为”,都应该是行政作为。反之,就是行政不作为。当然,另一方面,作为与不作为仍然要以行政主体负有的法定义务为标准,只有行政主体负有作为的法定义务而在程序上消极不为时,才构成行政不作为违法。笔者认为,产生上述两种观点的二个共同原因是:1. 受法理学中对作为与不作为区分标准影响。法理学界通常以行为方式为标准把法律行为分为作为行为与不作为行为。作为行为是指“行为人以积极的、直接对客体发生作用的方式进行的活动,表现为作出一定动作或动作系列”。^[8]不作为是指“行为人以

[7] 陈小君、方世荣:《具体行政行为几个疑难问题的识别析》,《中国法学》1996年第1期。

[8] [9] 张文显:《法理学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1983年版,第152页。

以消极的、间接对客体发生作用的方式所进行的活动,往往表现为不作出一定的动作或动作系列”。^[9]第三、四种观点都不约而同引用上述标准并完全、不完全地将它作为区分行政行为违法与不作为违法的标准。但是,两种观点均忽视了这样一个事实:《法学基本范畴研究》一书在对作为与不作为下了基本定义之后,紧接论述道:“行为者如果不履行积极义务,未作依法应作之事,或者违反消极义务,作了依法不该作的事情,就构成违法行为”。这里张文显教授是用法定义务,而不是以行为方式为标准区分作为违法与不作为违法的。法理上区分作为与不作为是为了从行为方式上认识法律行为的需要,而区分作为违法与不作为违法除认识法律行为外,更重要的是分清行为者的责任、确定救济方法。第四种观点虽在法定方式义务之外,增加了法定内容义务标准,但这种内容是以整个行为结果为核心的,比起法定义务标准来,它仍然会挂一漏万。

2. 受行政诉讼法有关条文的直观影响。行政诉讼法颁布后,我国多数学者认为,就行政行为的受案范围而言,涉及行政主体应作为而不作为的大致有三类案件,即行政许可案件,人身权、财产权保护案件和抚恤金案件。^[10]尤其是行政诉讼法第54条第3项关于“被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行”的规定。显然这是第四种观点产生的重要缘由。相比之下,第三种观点间接对立法提出了批判,认为象对相对人的申请予以明示拒绝的行为是一种作为行为,对这种行政行为,人民法院应按合法行政行为的五项标准对其进行审查,作出维持或撤销判决(必要时可同时作出重作判决),而不是作出强制履行判决。^[11]笔者认为,从司法审查中裁判的种类出发研究行政作为违法与不作为违法存在重大缺陷,行政诉讼法第54条第3项规定只表明对“被告不履行或拖延履行法定职责的”,法院应作出履行判决,它不能反证,只有被告不履行或拖延履行法定职责才是行政不作为违法。行政作为违法与不作为违法的区别并非单纯为了司法裁判的需要。另外,作为违法与不作为违法是是与非的互相排斥关系,它穷尽所有的违法行政行为,也即一个行政行为的某方面违法不是作为违法,就是不作为违法,象滥用职权、超越职权、违反法定程序等都将在作为违法与不作为违法这一层面上作解体性的归类。所以,我们完全可以看到,一个省略法定重要程序步骤的违法行为,法院以违反法定程序加以撤销,而不是以不履行法定职责为由作出强制履行判决。对违法的不作为行政行为来说,法院可以有选择地采用不同判决。综上,考虑种类划分上的科学性和完整性,考虑种类划分的全面意义,区分行政作为违法与不作为违法只能以特定的法律义务为标准,按照行政主体在行政行为某一要素上所处的状态来确定。

基于以上分析,笔者认为,行政不作为违法是指行政主体(通过其工作人员)有积极实施法定行政作为的义务,并且能够履行而未履行(包括没有正确履行,下同)的状态。此定义需作下列说明:首先,行政不作为违法不等于身体的静止。传统法理观念总是按行为的物理性质,即身体的动静来区分作为和不作为,认为行为是基于意思决定而为之身体动静,出于身体运动的动作为作为,由于身体的静止为不作为。这种理解不适合对行政不作为违法下定义,因为许多行政不作为违法并非无身体运动,有时甚至身体运动极为激烈。比如,公安局长用激动的语言拒绝为被拐卖的儿童提供保护。其次,行政不作为违法以行政主体有法定的行政作为义务为前提。所谓“法定的”是指有法律根据的意思;所谓义务是指法定义务。义务有法定义务、道德义务、习惯义务之分,违反不同义务带给行为人不同后果。行政不作为违法违反的义务必须是法

[10] 详见行政诉讼法第11条第1款第4、6、7项。

[11] 周佑勇:《论行政作为与行政不作为的区别》,《法商研究》1996年第5期。

律上的行政义务。再次,行政不作为违法以行政主体没有履行法定作为义务为必要条件。“没有履行”不是因客观原因如地震、水灾、火灾等不能履行,而是行政主体有履行能力,但它故意(如拒绝)未履行,因疏忽未履行,或因认识上的错误而未履行。最后,行政不作为违法是一种状态,它可能表现为整个行政行为处于一种不作为违法情形,也可能仅表现为某个行政行为的某处或几处呈行政不作为违法情形。由于判断违法与否通常由结果开始倒溯性进行检验,所以,行政行为的存在是前提条件。但是当行政主体对某个应该作出的行政行为什么也不作时,这种违法虽不具有物理的行为性,但从法学上说,它仍然是一个具有法律意义的行为。^{〔2〕}

二、行政作为义务^{〔3〕}

(一)行政作为义务的来源

按照行政法治原则的基本要求和权利义务对等原则,既然行政权力是法定的,行政主体及其工作人员的行政义务当然也由法律预先设定。问题是:行政作为义务是否只来源于法律的规定?一定的法律行为是否会引起行政作为义务?如何从法律规定中识别行政作为义务?法律直接规定的行政主体及其工作人员的职责,^{〔4〕}当然是行政义务;法律明确规定为行政主体及其工作人员的职权的条款^{〔5〕}是否也体现了行政作为义务?法律字面含义未明确行政行为性质(职权或职责)的条款^{〔6〕}是否隐含了行政作为义务?以行政相对人行政法权利或义务形式出现的法律规范是否也包含有行政作为义务?^{〔7〕}上述疑问实质上均属于行政作为义务的来源问题。笔者认为,构成行政不作为违法的行政作为义务只能是法律义务,其来源主要有以下四类:

1. 法律直接规定的行政作为义务

法律规范按其性质,可以分为义务性规范、禁止性规范和授权性规范。义务性规范也叫积极义务规范,是要求社会关系参加者必须作出一定行为的法律规范。如对符合申请条件的受害人,公安机关有提供人身权或财产权保护的法律规定。禁止性规范,指规定不为一定行为或抑

〔2〕关于这一论述可参考刑法学界有关不作为犯罪行为的详细论述。有兴趣的读者可阅读陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第9章第2节第1题及相关资料。

〔3〕行政不作为违法的构成要件有三,一是行政主体及其工作人员依法具有特定的行政作为义务;二是行为人具有作为的可能性;三是行为人没有履行或没有全面履行。三构成要件在前题中已有论述,本题只对难度较大的行政作为义务展开讨论。

〔4〕如,经国务院批准,由卫生部于1989年2月27日发布的《中华人民共和国药品管理法 实施办法》第4条关于“国务院卫生行政部门主管全国药品监督管理工作,其主要职责是:(一)执行《药品管理法》及其办法;(二)起草有关药品监督管理的法规,制定配套的单行办法;(三)颁布《中国药典》和药品标准……”的规定,自然是国务院卫生部的行政义务。

〔5〕如《中华人民共和国大气污染防治法》第15条关于:“环境保护部门和其他监督部门有权对管辖范围内的排污单位进行现场检查……”的规定,就是一个职权条款。

〔6〕如《中华人民共和国文物保护法》第8条关于“保存文物特别丰富、具有重大历史价值和革命意义的城市,由国家文化行政主管部门会同城乡建设环境保护部门报国务院核定公布为历史文化名城”的规定即为一例。

〔7〕如《中华人民共和国渔业法》第26条关于“任何单位和个人,在鱼、虾、蟹、贝幼苗的重点产区直接引水、用水的,应当采取避开幼苗的密集期、密集区,或者设置网栅等保护措施”的规定,是否意味着行政主体对违反本义务的相对人有监管职责?

制为一定行为的规范。如行政机关不得泄露行政机密的法律规范。授权性规范是允许主体作一定行为或要求他人作一定行为的规范。三种规范都以指引人们行为为己任,但义务性规范和禁止性规范(两者也可合称为广义的义务性规范)^[8]同为羁束性规范,即行为人没有自主选择的余地,或者必须做,或者不能做,行为指向非常明确,而授权性规范则允许主体自由选择。由上可见,法律正面规定的行政作为义务只能来自(狭义的)义务性法律规范,禁止性法律规范中不可能出现行政作为义务,授权性法律规范也不能正面体现行政作为义务。义务性法律规范在我国行政法律规范中占有相当比例,因为非常明显,这里不再作进一步论述。法律经常用“必须”、“应当”等命令性字眼表达行政作为义务。

2. 法律间接体现的行政作为义务

间接体现的行政作为义务,是指法律规范字面上不直接表达为行政主体及其工作人员职责的行政作为义务。基于职权与职责相统一原理,任何行政职权都相伴产生一定的行政职责,所以授权性规范也是行政作为义务的来源。有的学者根据行政职责与行政职权不可分离的特点,指出因职权所生的具有共性的行政职责有:履行职务,不失职;遵守权限不越权;正确行使裁量权,不滥用职权;正确适用法律、法规,避免适法错误;重事实和证据;遵守法定程序,防止程序违法;遵循合理原则,防止行政不当。^[9]笔者认为,行政职权中所体现的行政职责与行政职权本身并不完全具有等值性——职权即职责,职责即职权。职权中体现的职责因对象不同,内容有别。如税务机关依法强制对某公民征税,针对该公民,这是税务机关的行政职权(使纳税人服从税务机关意志的权力);对国家来说,这又是行政职责(依法征税的义务)。鉴于行政职权依裁量余地存在与否可分为羁束行政职权和自由裁量行政职权的原理,羁束行政职权中所体现的行政职责与职权本身具有同质性,即人们从此角度看是职权,从另一角度看是职责,两者的大小一致。但是,自由裁量行政职权中所体现的行政职责与职权本身并不等同,它是以行政合法原则和行政合理原则为共同要求的。对自由裁量行政职权的外在界限来说,行政行为需承担不越权即不超越自由裁量权的行政职责;对自由裁量行政职权的内在空间来说,行政行为应承担的是保持相当合理性的行政职责。有很多途径和材料可以用作判断此种职责,比如行政主体的惯常做法,其它同类行政主体的通常做法,非立法性行政规范性文件的要求,行政主体行使自由裁量权时的动机与目的,行政主体行使行政自由裁量职权时的过失程度,自由裁量行政行为结果是否显失公正等。上述分析表明,所有授权性法律规范中均隐含相应的行政职责,而其中很大部分是行政作为义务。另外,除直接规定行政职权的法律规范能间接体现行政作为义务之外,行政相对人行政法上的权利义务规范也隐含行政主体及其工作人员的行政职责,多数情况下,这种行政职责都以职权或职责形式重复性地规定在法律条文之中。

3. 先行行为引起的行政作为义务

先行行为引起的行政作为义务是指由于行政主体先前实施的行为,使相对人某种合法权益处于遭受严重损害的危险状态,行政主体因此应采取积极措施防止损害发生的作为义务。比如,行政主体因要求某公民作证而引起的对该公民根据需要采取适当保护措施的义务,就是先行行为引起的作为义务。需要说明的是,这里的先行行为既可能由合法行为引起,也可能由违法行为引起;既可能由作为行为引起,也可能由不作为行为引起。

[8] 详见孙国华主编:《法理学》,法律出版社1995年版,第281页以下。

[9] 胡建森主编:《行政法教程》,法律出版社1996年版,第81页以下。

4. 合同引起的行政作为义务。行政主体利用合同进行行政活动是现代国家追求民主行政的一种表现。行政主体因订立行政合同所生权利义务是行政法上的权利和义务,其中包括行政作为义务。例如计划生育合同中规定行政主体一方无偿向对方提供计划生育工具的合同义务就是行政主体的行政作为义务。行政合同引起的行政作为义务以合同有效为前提,行政主体订立的民事合同不产生行政作为义务。

(二) 行政作为义务是一种现实的义务

行政不作为违法中的义务不仅是一种作为义务,而且必须是一种现实的作为义务。现实作为义务是与抽象作为义务相对应的概念。抽象作为义务是法律规范层面上的作为义务。比如,法律规定公安机关应受害人及其家属的申请有解救被绑架者的义务。现实作为义务是具体条件已经产生,行政主体必须立即履行的作为义务。上例中,如被拐卖妇女李某向某县公安局求救,该县公安局即因当事人处在人身危害之中而必须立即采取营救措施的义务就是现实的作为义务。这种区别告诉我们,现实作为义务都附有一定条件,在确认行政不作为违法时,必须把特定作为义务与一定条件联系在一起考虑,如果具体条件不成立,现实作为义务就不会产生。

(三) 在具体行政行为领域,行政不作为违法构成要件中的作为义务必须是一种特定的行政作为义务

特定行政作为义务与一般行政作为义务是两个对应概念。一般作为义务是行政主体及其工作人员依法必须承担的对社会和国家而非特定个体的行政作为义务。《中华人民共和国大气污染防治法》第2条中关于“国务院和地方人民政府必须将大气环境保护工作纳入国民经济和社会发展规划,合理规划工业布局,加强防治大气污染的科学研究,采取防治大气污染的措施,保护和改善大气环境”的规定就是国务院和地方人民政府对国家和社会全体应尽的行政作为义务。有时这种一般作为义务甚至可能是一种行政责任。特定作为义务是行政主体行政职责的不履行将直接导致特定行政相对人合法权益受损的作为义务。分清法律上的一般作为义务和特定作为义务有利于法院在受理、审理、裁判行政不作为违法案件时采用不同的标准,作出正确的决断。如法院应拒绝受理一公民对市容卫生主管部门没有管理好市容提起的诉讼,因为(就我国目前状态)只有特定作为义务领域,才存在相对人的起诉权。再如,法院无法判决一个没有履行好一般性作为职责的公安机关(象寻找所有违法者并予以必要的处罚)承担赔偿责任。当然,如果一般性作为义务一旦变得足够具体,法院就应该以特定作为义务对待。比如,法院应保护治安案件中的受害人要求公安机关履行对侵害人进行制裁的职责的诉讼请求。

三、行政不作为违法与履行判决的关系

由于行政诉讼法规定了三类非常明显的行政不作为违法案件,即行政许可案件,人身权、财产权保护案件和抚恤金案件,人们已经习惯于把行政不作为违法案件与履行判决联系在一起,认为两者之间有一种必然的因果关系。其实,这是一种误解。履行判决作出与否主要取决于当事人是否符合法定规格的诉讼请求和法定判决条件。

当起诉人针对某个他认为具有行政不作为违法因素的具体行政行为提起诉讼时,他可选择提起撤销之诉(要求法院撤销违法的具体行政行为或者宣告违法的具体行政行为无效,或者

要求法院撤销违法具体行政行为的同时判令被告重作具体行政行为), 确认之诉^[20](要求法院确认具体行政行为违法), 赔偿之诉(要求法院确认具体行政行为违法并对他因此造成的损害给予赔偿), 变更之诉(要求法院变更违法的具体行政行为), 履行之诉(要求法院确认具体行政行为违法并判决被告履行有利于原告的法定职责)。^[21]基于行政不作为违法可能发生在某一个具体行政行为的某个要件、几个要件, 甚至全部要件上, 起诉人往往会选择最有利于自身权益获得保障的诉讼请求, 比如, 一个遗留告知与听取申辩程序的罚款决定, 起诉人通常不会提出要求被告履行告知与申辩程序的履行之诉, 出于对自身利益的最佳保障, 他通常会选择撤销之诉。再比如, 行政机关未能全面履行保护相对人人身权的案件中, 起诉人通常不会仅仅要求法院确认行政机关未全面履行保护职责的行为违法, 他同时还会请求法院判令被告全面履行保护职责, 即同时提起履行之诉。

有了起诉人符合法定条件的诉讼请求, 经法庭审查证实具体行政行为中确实存在行政不作为违法情形之后, 法院作出何种判决必须符合行政诉讼法第 54 条有关判决种类和条件的规定。分析法条, 笔者认为, 在存在行政不作为违法的行政案件中, 行政诉讼法是以违法行为是否具有结论性的内容为基础标准确立判决种类的。当一个有积极内容的具体行政行为在根据(法律根据或事实根据)、程序、内容或职权上存在行政不作为违法时, 法院应当根据主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、滥用职权中的一个或数个不作为违法理由撤销被诉具体行政行为并在必要时一并作出命令被告重新作出具体行政行为的判决。^[22]当一个无结论性内容的具体行政行为在行为的一个、几个或全部构成要件上存在行政不作为违法时, 法院应判决被告在一定期限内履行。这里的行政不作为违法就是行政诉讼法第 54 条第 3 项概括的“被告不履行或者拖延履行法定职责”的行政不作为违法。它们的具体含义是: 不履行是指无法定理由过了法定期限仍未见行政主体作出具有积极内容的具体行政行为。其原因如故意不履行, 因误解未履行, 疏忽大意忘记履行等。^[23]拖延履行是指行政主体无法定理由在法定自由裁量时限内应该履行而未履行的非常不合理的具体行政行为, 它属于滥用职权性的行政不作为违法。这种拖延既可能出于故意, 也可能出于疏忽或误解, 它包括: 出于不良动机或非法定动机的故意拖延; 考虑不该考虑的因素而拖延, 没有考虑应该考虑的因素而拖延; 从结果上看拖延已显失公正等。^[24]认定拖延履行不作为违法至关重要是对合理期限的掌握。国内有识之士已对法定裁量期限或缺乏法定期限情况下的合理期限作了广泛探讨, 形成了参照说、推定说、约定说、比较说、紧急说等几种学说。^[25]笔者认为这些学说在确定行政主体是否构成拖延履行的行政不作为违法方面都有重要参考价值, 但其判断权属于法院, 而且这是一种司法自由裁量判断权。

在行政不作为违法与履行判决的关系问题上, 以往学术争论激烈的一个重大问题是: 当行

[20] 这一诉讼请求没法找到直接的行政诉讼法根据, 但是, 笔者认为, 其最终表现为法院确认某个具体行政行为违法的确认之诉已隐含在行政诉讼法的精神之中, 法院完全可以从判决种类中推理出确认判决的存在。

[21] 这里的讨论均在假设行政诉讼为主观诉讼的前提下进行。

[22] 对于因不作为违法引起的显失公正的行政处罚, 法院也可以作出变更判决。对于因不作为违法引起的行政赔偿纠纷, 法院还可以作出赔偿判决。

[23] 这里的不履行不包括有的法律领域规定的超过法定期限不履行法定职责视为拒绝履行的情况。

[24] 详见拙作:《滥用职权的新定义》,《法学研究》1994 年第 3 期。

[25] 姜明安主编:《行政诉讼与行政执法的法律适用》, 人民法院出版社 1995 年版, 第 461 页以下。

政主体对相对人依法要求履行职责的请求作否定性结论(通常表现为拒绝履行),而事实上行政主体应该履行此种作为职责时,法院能否作出一个强制履行判决?习惯性地将有行政不作为违法的行政案件与履行判决相同,使许多学者要么把行政不作为违法作缩小解释以适应履行判决的需要,如把行政不作为违法理解成限于程序上或形式上应作为而未作为;^[26]要么对行政不作为违法作适当“扩大”解释以适应起诉人诉讼请求和履行判决的需要,如把行政不作为违法理解成或者是程序上或者是内容上应作为而未作为。^[27]从理论上说,履行判决的确必须以行政不作为违法成立为前提,但不能据此得出结论:对构成行政不作为违法的具体行政行为,法院只能作出履行判决。判决种类的确定和选择完全是一国根据可能和需要作出的立法选择。比如在日本,行政案件诉讼法第3条第5款规定“行政厅对基于法令的申请,本应在适当期限内作出某种处分或裁决,但未作出,从而引起当事人提起要求确认这种违法的诉讼”。这里,日本只把基于申请应作出处分或裁决但行政主体未作出的行政不作为违法纳入不作为的违法确认之诉,并且这种诉讼中法院不能“命令(行政主体)应作出某种行为”即作出强制履行判决。^[28]不同于日本,美国法律规定,复审法院“应强制履行(行政主体)非法拒绝履行或不当延误的机关行为”。^[29]在第五上诉法院的一个判例中,当一雇主请求工人赔偿委员会举行审讯以便作出裁决,遭委员会否决时,法院签发了强制令,强制行政机关给予审讯。^[30]这个案例说明,在美国,当行政机关对相对人的申请作出一个否定性结论时,法院可以对行政机关作出强制履行判决。在英国,行政机关不履行法律规定的义务也是越权。行政机关不履行义务可以采取多种形式,包括不行使权力在内。英国法院监督行政机关履行义务的手段主要是执行令。司法实践中特别引人注目的不作为案件是不行使自由裁量权违法,如不作任何决定,不正当地委托其他机关行使自由裁量权,自己不考虑一贯根据其他机关的意见作出决定,用契约束缚自己的自由裁量权等。英国法院甚至认为行政机关不正当地行使自由裁量权也是没有行政自由裁量权,法院可以发出执行令,命令行政机关按照法律的规定行使自由裁量权。当然,执行令的前提是,申诉人必须先向被诉机关请求履行法定的义务遭拒绝。^[31]至此我们不难得出这样的结论:日本法律没有授予法院作出强制履行判决的权力,^[32]对于无结论性内容的行政不作为违法,法院充其量只能作出不作为违法确认判决。相比之下,美国法律授权法院可作出强制履行判决,但其范围相当有限,即构成此判决的违法理由必须是行政机关违法不作出行政行为或基于相对人的申请违法作出否定性内容的行政行为。范围最广的是英国,英国法院已经抛弃了执行令是最后或补充的救济手段的传统见解,认为执行令是强迫履行公法上义务的正常手段,即使存在其它救济手段,法院也可以发执行令。

紧接前题所产生的又一重大问题是履行判决的内容。对此,目前主要有原则判决说、具体

[26] 吴偕林:《不履行法定职责行政案件之探析》,载《行政审判疑难问题新论》一书,人民法院出版社1996年版,第314页以下。

[27] 前引[25],姜明安主编书,第12章。

[28] [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第260页以下。

[29] 《世界各国法律大典》总编译委员会主持编译:《美国法典》,第五篇第七章第706条,中国社会科学出版社1993年版。

[30] 可参阅[美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第572页以下。

[31] 详见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第170页以下。

[32] 有日本学者认为,这是保留了立法者就司法权与行政权之间关系的旧时代的理解。

判决说和情况判决说三种代表性观点。原则判决说认为,强制履行判决的内容只能是要求行政主体在一定期限内履行法定职责,而不能对行政主体如何履行职责提出要求,否则即有司法权侵入行政权之嫌。具体判决说认为,强制履行判决当然包括要求行政主体为一定行为的具体内容,包括履行事项、履行要求、履行期限及履行具体数额,否则会损害诉讼效益,导致重复诉讼。情况判决说认为,不同的行政不作为违法需要不同的履行判决内容。通常对涉及给第三人设定义务或涉及行政自由裁量权的不作为,应运用原则判决说;对涉及给予相对人受益性、羁束性的行政不作为,应运用具体判决说;对相对人申请不合法,而行政主体未答复的,只能适用原则判决说。^[63]从立法角度分析,这是一个立法应该明确规定的司法内容;但从理论层面分析,这关系司法权对行政权监督的尺度。现代行政的复杂程度已使传统的机械分权原理失去市场,我们虽无法完全赞同黑格尔“存在即合理”的名言,但从不少国家都已通过立法或判例确立司法变更权的实践情况看,^[64]授予法院作出具有具体内容的履行判决并不存在理论障碍,况且不少国家也有正面规定法院可以作出含具体内容的履行判决的立法。如1960年的前联邦德国行政法院法第113条第4款即规定“如果违法地拒绝采取行政行为或者不作为,因此使告诉人的权利受侵害,当案件已可作出判断之时,则法院宣告行政官署有责任从事受请求的职务行为。不如此,法院宣告该官署应重视法院的法律见解,向告诉人作出答复”。^[65]但是,从行政诉讼法的规定及其精神分析,笔者认为,我国法院不应该拥有作出具有具体履行内容的判决的权力,这是由这些案件的性质和法院审查程度决定的。前述已经分析,我国法院作出履行判决的前提条件是:依相对人的申请,行政主体本应履行法定作为职责,并且可能履行但没有作出具有结论性内容的履行作为义务的行为。此类案件法院审查的重点是行政主体是否应作出一个履行法定作为职责的义务,而不是怎样作为。尽管相对人可能会提出要求法院判决被告怎样作为,但由于法院很难有精力、技术等审查行政主体应作出作为行为的各项构成要件,从而正确作出含怎样作为的强制履行判决,所以免为其难地让法院仅作出强制被告作出具有结论性内容的判决是符合诉讼本质要求的。比如,在一个相对人要求行政机关作出复议决定的案件中,法院针对行政机关的不作为违法最好只作出一个强制行政机关履行作出复议行为的判决,如果要作出一个要求被告如何作出复议决定的履行判决,法院很难胜任,因为行政机关作出一个复议决定是一个非常复杂的发现事实适用法律的过程,法院恐怕没有这样的精力和能力。在某种程度上这也会游离行政诉讼作为司法审查制度的宗旨。当然,强制履行判决中必须有明确的履行期限,至于怎样的期限合理则又是一个司法自由裁量的问题,主要应综合考虑各项因素,以可能和适度为原则。

必须指出的是,笔者上述分析并不妨碍立法明确要求法院根据无结论性内容的行政不作为违法行为对被告作出具有具体内容的履行判决,果真如此,司法审查必然是一种全面审查。

[63] 详见张尚 主编:《走出低谷的中国行政法学》,中国政法大学出版社1991年版,第549页;前引[25],姜明安主编书,第465页以下。

[64] 参见江必新:《行政诉讼问题研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第22章。

[65] 根据该条款可以提起强制履行之诉,详见胡建森:《中国行政法》,中国政法大学出版社1993年版,第221页。