

行政诉讼履行法定职责判决论

——基于《行政诉讼法》第54条第3项规定之展开

章剑生*

内容提要 《行政诉讼法》第54条第3项中的“不履行”是指行政机关以一种消极方式不作任何意思表示之状态,与“不予答复”相当;而“拖延履行”则是行政机关在法定时间或者合理时间内不作出终结行政程序的行政为之状态。在履行法定职责判决方式上,《行政诉讼法》规定中只有“程序性裁判”之内容,但基于为行政相对人提供经济、实效的行政救济之理念,未来在《行政诉讼法》修改时,应当例外承认履行法定职责判决中“实体性裁判”的合法性。“行政不作为”并不当然构成行政违法,它不等于“不履行法定职责”。对“拒绝履行”之行政行为,应当适用撤销判决再加重作判决。为了减少行政相对人将来可能遭受的“诉累”,法院可以在重作判决的主文中为行政机关添加若干限制性“指示”。对实务中出现的“拒绝履行”若干变种的加以讨论,则有助于法院正确适用履行法定职责之判决。

关键词 履行法定职责 行政不作为 拒绝履行 不履行 不予答复

一、问题的由来

1989年制定的《行政诉讼法》第54条第3项规定:“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。”这是行政诉讼中法院作出履行法定职责判决的基础规范。2000年最高人民法院公布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干解释》)第60条后段规定:“人民法院判决被告履行法定职责,应当指定履行的期限,因情况特殊难以确定期限的除外。”第57条第2款第1项规定:“被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的”,法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决。这是司法解释对履行法定职责判决的两条补充性规定。上述“一主二补”的法律规范共同构成了法院作出履行法定职责判决之依据,与履行法定职责判决有关的问题——无论是学理上还是实务中——都是围绕着这三个法律规范而展开的。

自从《行政诉讼法》实施以来,有关法院如何适用履行法定职责判决的讨论,虽然没有成为一个引人注目的学术“热点”,但相关的争议却一直未息。^①有关履行法定职责判决的“指导性案件”也在《最高人民法院公报》上得以公布,^②此举可以被看作是最高人民法院意在统一各地法院对这个问题的认识;有的地方高级人民法院还为此专门制定了《关于审理履行法定职责行政案件若干问题的规定》,旨在规范与指导下级法院正确审理此类行政案件。^③但是,到目前为止,这些努力并不能止息与此相关的

* 浙江大学光华法学院教授、博士生导师。

本文为国家社会科学基金重大项目“学习实践科学发展观重大问题研究——以人为本与中国法制发展”(课题编号08&ZD001)的前期研究成果。

① 相关观点参见杨海坤、章志远:《行政诉讼法专题研究述评》,中国民主法制出版社2006年版,第548-540页;贺荣主编:《行政执法与行政审判实务——行政裁决与行政不作为》,人民法院出版社2005年版,第272页以下;江勇:《关于浙江省审理履行法定职责行政案件基本情况的调查报告》,载《法律适用》2003年第8期;等等。

② 如彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案,载《最高人民法院公报》2003年第5期。

③ 如2003年浙江省高级人民法院行政庭《关于审理履行法定职责行政案件一些具体问题的意见》,载江勇、管征:《行政审判实务问题研究》,中国法制出版社2009年版,第271-274页。

争议。

这个争议表面上是《行政诉讼法》第54条第3项的解释与适用问题,但实质上则涉及到法院尊重行政机关的首次判断权以及司法审查权的边界如何确定。从现有的学术成果看,《行政诉讼法》的立法者在写第54条第3项时,当时的行政法学并没有为他们提供可以圆通这个问题的法理。然而,他们是根据何种法理写下了这个法条的呢?今天没有基本立法资料可以帮助我们找到这个答案。^④但是,问题却摆在了我们面前。

我们必须承认,至少在司法实务中,当对某一法律规范解释产生争议时,我们尚未形成遵循统一法律规范解释方法之共识,各方当事人都是基于获得“有利于自己”裁判结果的立场来解释法律规范,即使法院有时也会如此作业。所以,在许多个案中法律规范的内容失去了客观性和安定性,它们成了权势面杖高压之下的湿面团。对于《行政诉讼法》第54条第3项如何适用问题,比如“拒绝”是否属于“不履行法定职责”?“拖延履行”如何界定?法院能否作实体性裁判?等等之争议,基本上都可以归结于上述原因所致。现代社会中,国家法律禁止“私力救济”。^⑤所以,当行政机关不履行或者拖延履行法定职责影响行政相对人合法权益时,不是认可行政相对人“私力救济”的权利,而是赋予其有向国家设立的法院请求判令行政机关履行法定职责之程序性请求权,以实现权利的救济。就程序法面向而言,这可以成为行政诉讼法规定履行法定职责判决的法理基础。本文将论点聚焦于《行政诉讼法》第54条第3项的法律规范之上,就履行法定职责判决的适用、裁判方式的进路以及履行法定职责判决与撤销判决之间的区别、关系展开论述,以期协调规范与现实之间的冲突。在方法论上,本文将引入个案分析,试图基于个案提供的素材,将《行政诉讼法》第54条第3项以及另外两条司法解释之法律规范的内容予以客观化。

二、履行法定职责判决的适用情形

根据《行政诉讼法》第54条第3项规定,履行法定职责判决适用的情形是“不履行”和“拖延履行”。在实务中,如何界定“不履行”和“拖延履行”之概念,无论从法院角度还是基于行政相对人、行政机关的立场都是极为重要的。这是因为,对于法院而言,它涉及到履行法定职责判决如何正确的适用;对于行政相对人而言,它涉及到他的诉求能否获得法院的支持;对于行政机关而言,它涉及到它该不该站在被告席上接受法院的审判。所以,厘清履行法定职责判决的适用情形,实益重大。

(一)“不履行”

作为一个法律用语,从内容上,不履行可以分为程序上不履行和实体上不履行;从行为状态上,不履行可以分为积极不履行和消极不履行。可见对于“不履行”的解释,可能因为解释者所持的立场不同,结论各异。

关于“不履行”的界定,有一种观点认为:“所谓不履行,又称拒绝履行,即行政机关以默示的或明示的方式,否定合法申请人的申请。”^⑥但这种“否定合法申请人的申请”究竟是程序上抑或实体上,言者不甚明了。对此称之为“拒绝履行说”。这一观点的缺陷是把不履行解释为“拒绝履行”,其结果可能产生如下法律体系内在的矛盾:(1)《行政诉讼法》第11条中有关“不予答复”情形,是否存在于该法第54条第3项规定之中?如果是,它属于“不履行”吗?如果作肯定回答,依照此观点,“不履行”又称“拒绝履

^④ 立法资料整理收集工作一直是我们立法工作中的弱项,法律解释方法中的“历史解释”有时无“历史”可依据,对法律统一适用是有负面影响的。

^⑤ “所有国家无一例外都是社会权力的垄断者,其首要行为都是禁止人们实施自力救济。”[斯洛文尼亚]儒攀基奇:《刑法——刑罚理念批判》,何慧新等译,中国政法大学出版社2002年版,中文版序。

^⑥ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社/高等教育出版社2007年版,第597页。相同或相似的观点还可以参见蔡小雪:《行政审判中的合法性审查》,人民法院出版社1999年版,第170页;叶必丰:《行政法与行政诉讼法》(第三版),武汉大学出版社2008年版,第429页。

行”,但《行政诉讼法》第11条却把“不予答复”和“拒绝履行”作相提并论,这又该如何解释呢?反之,如果“不予答复”情形不存在于第54条第3项中,那么对“不予答复”之情形法院又当作何种判决呢?^⑦(2)如果有“拒绝”行政行为存在,如行政机关作出“不予许可决定书”之后,法院再判令被告履行法定职责,则如何解释它与“拒绝”行政行为“存续力”之间的矛盾呢?因为,被诉的那个“拒绝”行政行为在法律上没有被消灭之前,行政机关如依照法院履行法定职责判决再作与被诉的那个“拒绝”行政行为一致的行政行为,有何意义?如果不一致,那么行政机关对行政相对人同一请求作出不同的、且有效的答复,不仅违法,而且行政相对人也会无所适从。当然,笔者也注意到了这一观点中有“合法申请人的申请”之表述。令笔者生疑的是,《行政诉讼法》第54条第3项中的“不履行”是否可以限缩为是针对“合法申请人的申请”,而排除“不合法申请人的申请”之情形呢?对于上述疑问,笔者未见到持此观点的论者作进一步展开的解释。不过,这一观点的可取之处在于,它为行政相对人提供了更为经济、实效的法律救济,即法院可以直接判决行政机关针对行政相对人的申请作出行政行为。另一种观点认为:“履行义务判决适用于行政机关不作为的行政行为。对于行政机关拒绝相对人申请的作为的行政行为,应适用撤销拒绝行为的判决,并可判决行政机关重新作出具体行政行为。”^⑧笔者也持这一观点。^⑨对此笔者称之为“不予答复说”。这一观点的优点在于避免了行政诉讼法体系内规范之间的矛盾,同时,用“存续力”理论解释这个问题也能获得自洽。它的不足之处正是“拒绝履行说”的优点。

其实,对“不履行”解释而获得的不同结果取决于解释者的立场。如前所述,这两种观点都承认《行政诉讼法》第11条中的“不予答复”属于“不履行”,分歧在于“不履行”是否要接纳该条中与“不予答复”并列的“拒绝履行”。“拒绝履行说”在解释法规范时关注实体,取向于如何经济、实效地保护行政相对人的合法权益,不太在意此解释能否在行政诉讼法体系内保持规范上一致性,所以,将“拒绝履行”强行塞进“不履行”之中;^⑩“不予答复说”的解释态度重在程序,取向于要消除行政诉讼法体系内因解释而产生的规范上的矛盾,尊重立法者的本意,所以,将“不履行”限于“不予答复”,而把“拒绝履行”划出履行法定责任判决的适用情形之外。换一个角度来说,如果基于程序的视角,拒绝履行不属于“不履行”,^⑪反之如果基于实体的要求,那么拒绝履行之法律效果对于行政相对人而言,等同于“不履行”。这两种观点的主要分歧大致如此。

依笔者之见,本题争议的核心是如何处置“拒绝履行”。如果我们不以为行政相对人提供经济、有效的救济之解释取向,那么,在行政诉讼法规范意义上的“拒绝履行”,其行为状态上可分为消极拒绝履行和积极拒绝履行。前者是指行政机关没有作出行政行为,其法律效果与“不予答复”相当;而后者是指行政机关作出了行政行为。基于体系解释的逻辑,《行政诉讼法》第54条第3项中的“不履行”,应当

^⑦ 如《行政诉讼法》第11条第5项规定:“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”。

^⑧ 林莉红:《行政诉讼法学》(修订版),武汉大学出版社2001年版,第204-205页。相同或相似的观点还可以参见方世荣、石佑启主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第484页;罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第179页。

^⑨ 参见章剑生:《判决重作具体行政行为》,载《法学研究》1996年第6期。

^⑩ 最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第12条规定:“被告无正当理由拒绝原告查阅行政许可决定及有关档案材料或者监督检查记录的,人民法院可以判决被告在法定或者合理期限内准予原告查阅。”这一规定可以看作是这种学术观点对司法实务的影响。令人费解的是,该司法解释的第11条规定:“人民法院审理不予行政许可决定案件,认为原告请求准予许可的理由成立,且被告没有裁量余地的,可以在判决理由写明,并判决撤销不予行政许可决定,责令被告重新作出决定。”它把“不予行政许可决定”划出了“拒绝履行”之范畴,并规定适用撤销加重判决之方式。在笔者看来,不予行政许可决定属于拒绝履行之下位概念,是下文论及到的积极拒绝履行。

^⑪ 在张春生不服北京市东城区城市管理监察大队城管监察行政答复案中,法院认为:“虽然东城区城管大队提出102室住户拒不接受调查询问、拒绝配合查处工作,使其工作无法顺利进行,同时主张其正在履行职责,但综合考察本案事实以及张春生提交投诉书的时间、其对东城区城管大队提起行政诉讼的过程,本院认为,认定东城区城管大队是否履行法定职责,不应以其是否正在履行法定职责为标准,而应以其是否作出最终的行政决定为依据。故东城区城管大队的辩解理由不能成立。”北京市东城区人民法院《行政判决书》([2006]东行初字第36号),载《中国审判案例要览》(2007年行政审判案例卷),中国人民大学出版社/人民法院出版社2008年版,第196页。

收缩为“不予答复”,即一种消极的拒绝履行法定职责,把“积极拒绝履行”排除在《行政诉讼法》第54条第3项的适用范围之外,从而消解与《行政诉讼法》第11条之间的紧张关系。^⑫在《行政诉讼法》第11条中,当“拒绝履行”、“不予答复”同时在场时,前者必须限缩为积极拒绝履行,否则在内容上会与后者重叠。对于“积极拒绝履行”之行政争议,如果法院采用撤销判决再加重作判决,似乎并不符合现代行政法的发展趋势,为行政相对人提供经济、实效的法律救济。要解决这个问题,只能寄望于对行政诉讼法的修改,或者如果法院在判决行政机关重新作出行政行为时,附加若干实体性内容限制,这也是一种解决问题的进路。无论如何,尊重既定法律规范是法律权威形成并得以提升的基本前提。

(二)“拖延履行”

“拖延履行”是“不履行”的一种特殊情形。它在客观上表现为没有明示回绝行政相对人的申请,也没有对该申请作出肯定或者否定的意思表示,致使其申请在法律上一直处于不确定的状态之中。它有意思表示,但没有终结行政程序的法律效果。关于“拖延履行”界定,有一种观点认为:“所谓拖延履行,是指行政机关在合理的时间内不履行其行政法上的义务,不对相对人的申请作出明确的答复。”^⑬这里的“合理时间”应当解释为,当行政机关行使职权没有法定期限时,应当在一个“合理时间”内行使。^⑭比如,《治安管理处罚条例》(已失效)没有规定治安处罚从立案到作出处罚的期限,实务中一些地方公安机关或者法院通过规范性文件或者个案裁判,确定了治安管理处罚作出的“合理时间”。^⑮这种观点将“拖延履行”的拖延期限限定于发生在“合理时间”之内。至于法定期限范围内是否存在“拖延履行”的情形,则语焉不详。另一种观点认为:“所谓‘拖延履行’,是指行政机关对于法律、法规未明确规定履行职责的有关事项故意拖延办理,或者对于某些紧急事项不及时办理(虽未超过法定期限)。”^⑯此一观点的前段与前一种观点表述基本相同,后段将在法定期限内“紧急事项不及时办理”也作为“拖延履行”的情形之一,扩大了前一种观点中“拖延履行”的范围。不过,此种观点强调了“拖延履行”应当具有主观故意要件,实务中也有个案可以支持这一观点。^⑰

⑫ 一个来自实务的观点应当重视:《若干解释》第39条中的不履行“应是指行政机关自接到当事人要求履行法定职责的申请之日起,未在60天内作出明确的最终结论并告知当事人的不作为行为;反言之,在60日内作出明确的最终结论并告知当事人的行为,则为履行法定职责的作为行为。”潘建明等:《规划局构成不履行法定职责吗?》,载《行政法学研究》2006年第2期。

⑬ 前引⑧,罗豪才主编,第179页;前引⑥,姜明安主编,第598页。相同或相似的观点还可以参见杨解君主编:《行政诉讼法学》,法律出版社2000年版,第270页;应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版,第265页。相关案例如在姜济庸、姜淑凤、姜淑媛诉衢州市文化局不履行文物保护鉴定职责行政争议案中,再审法院(浙江省高级人民法院)认为:“衢州市文化局作为主管文化、文物工作的行政部门,具有组织文物鉴定小组对涉案文物进行鉴定的职责。姜济庸、姜淑凤、姜淑媛于2002年6月向衢州市文化局提出对该天后街3号古建筑进行鉴定的申请,衢州市文化局接受申请后一直未组织鉴定,却于2002年8月5日作出‘届时再组织市文物鉴定专家组鉴定’的衢市文函(2002)4号《关于答复姜济庸等人有关申请的函》,属拖延履行法定职责。”江勇:《姜济庸、姜淑凤、姜淑媛诉衢州市文化局不履行文物保护鉴定职责行政争议案评析》,载江必新主编:《行政执法与行政审判》,2004年第2集(总第10集),法律出版社2004年版,第141页。

⑭ 在重庆利海物业有限公司诉重庆市土地房屋管理局不履行法定职责上诉案中,法院认为:利海公司“多次向市土地房屋管理局请求纠正发证行为,1998年6月23日,市土地房屋管理局不仅收到利海公司向其提交的《关于请求撤销渝国用(1997)字第045号国土证的报告》,而且亦收到国家土地管理局(1998)国土函字第7号函。市土地房屋管理局作为土地管理的法定机关,对国家土地管理局(1998)国土函字第7号函提出的问题及建议有义务重新研究处理,对土地管理相对人利海公司的申请,亦应当在合理期间给予明确答复,但市土地房屋管理局始终未对利海公司的申请作出明确答复,且没有法律所规定或认可的理由,已构成拖延履行法定职责。”最高人民法院《行政判决书》([2000]行终字第2号)。

⑮ 如梁家宏诉上海市公安局徐汇分局拖延履行法定职责案, http://blog.tianya.cn/blogger/post_show.asp?BlogID=200431&PostID=3114022,访问时间:2010年12月30日。

⑯ 前引①,江勇文;罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第252页。相同或相似的观点还可参见马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第422页;陈骏业:《不履行、拖延履行法定职责的一种学理阐释》,载《法商研究》2004年第2期。

⑰ 在许祥富诉北京市丰台区物价局不履行法定职责案中,法院认为:“丰台区物价局在接到原告的举报后,一直与原告保持电话联系,告知其举报案件的进展情况,并就该类收费问题进行调研、请示。由于当时相关法律法规不明确,其在最初答复时没有形成明确的结论性意见,但不能因此认定其主观上有拖延履责的故意。原告关于被告拖延履行履责的主张,没有事实依据,不能成立。”北京市丰台区人民法院《行政判决书》([2003]丰行初字第00049号)。

笔者认为,上述两种观点均有不周延之处。“拖延履行”本质上属于消极性质的滥用职权且尚未作出行政行为。在“法定期限”内因行政机关有何时行使职权的裁量空间,所以在“法定期限”内也存在着“拖延履行”可能发生的情形。第一种观点未能将其纳入,为其明显之缺陷。后一种观点将故意作为认定“拖延履行”之主观要件,可能会增加原告的证明责任,或者加大法院认定的难度,不利于保护行政相对人的合法权益。刑法上“滥用职权”之罪的确有主观故意要件,但把它引入行政法未必妥当。¹⁸ 所以,本文认为,“拖延履行”是指行政机关在法定期限或者合理期限内不作出可以终结行政程序的行政行为之状态。

(三) 相关的问题

1. 迟到的行政行为

即行政机关在超过法定的或者合理期限后作出的行政行为。¹⁹ 对于此类行政行为的性定,以及将其归于“不履行、拖延履行法定职责”之范畴,在行政法理论上应无异议,唯对它的处理在实务中却有着不同的方式。有的法院认定它是违法的行政行为。如在王子健要求中华人民共和国卫生部履行法定职责案中,法院认为:“王子健不服山东省卫生厅作出的医疗事故处理通知书,向卫生部提起的行政复议申请,符合《行政复议条例》的规定,卫生部应在法定期限内予以审查。但卫生部在收到王子健的复议申请后,超过法定期限 70 余天才作出《复议申请不予受理通知书》,违反了法定程序。”²⁰ 有的法院针对被告在行政诉讼过程中作出的行政行为一并加以合法性审查,并视审查结果作出相关的判决。如在沈阳甘露饺子馆诉沈阳市房产局不履行法定职责一案中,被告在诉讼过程中作出书面答复,不予注销该房产证。法院认为:“一审法院为避免诉累,并结合甘露饺子馆的诉讼请求,决定对沈阳市房产局不予注销重型商社房产证的行为进行审查,无明显不当。对此,甘露饺子馆在一审庭审过程中,亦未提出异议。故一审法院无需再判令沈阳市房产局未在法定期限内答复甘露饺子馆注销房产证申请的行为违法。……原审判决驳回甘露饺子馆的诉讼请求,结论正确。”²¹ 这种处理方式具有强烈的“实用性”,客观上的确也有“避免诉累”之功效,但对照《行政诉讼法》的相关规定,则有违诉讼法上“不告不理”原则之嫌。

对于迟到的行政行为如何处理,涉及到立法政策的安排,有时更需要在多元利益中予以平衡。本文提出的方案是,如果迟到的行政行为在实体上具有合法性,且有利于行政相对人的,宜作确认违法之判决,承认它具有“违法但有效”之法律效果;²² 反之应当撤销之。²³

2. 拟制的行政行为

即指基于法律规定,将行政机关不履行或者拖延履行法定职责的事实,产生如同其已经履行法定职责一样的法律效果。它与默示行政行为的不同之处在于,“拟制之特点,在于以无为有,不容反证推翻;而默示或推断,则只系将不明显或不明确之行政处分,本于证明之程序,以确定行政处分之存在而已。亦即拟制行政处分之制度,具有形成行政处分存在之效果,而默示或推知之行政处分,本于证明程序,只生确认行政处分存在之事实而已。”²⁴ 如《行政许可法》第 50 条第 2 款规定:“行政机关应当根据被许可

¹⁸ 如有学者认为:“行政主体的主观状态如何不影响无理拖延的成立。也就是说,无论拖延者出于什么动机或无特别动机,也不论行政主体是直接故意还是间接故意,法律上都推定为无理拖延。”前引⑧,方世荣、石佑启书,第 484 页。

¹⁹ 相关论文有,蔡子方:《论迟到之行政处分》,载其著:《行政救济与行政法学(二)》,台湾三民书局 1993 年版,第 259 页以下;尤春媛:《“迟到之具体行政行为”的法律责任与救济》,载《河北法学》2000 年第 1 期。

²⁰ 朱世宽:《行政机关履行法定职责应符合履责期限的要求》,载前引①贺荣主编书,第 332 页。

²¹ 沈阳市中级人民法院《行政判决书》([2006]沈行终字第 19 号)。

²² 许宗力教授认为:“基本上,如果行政机关的‘迟到处分’是准其所请,则法院应以欠缺权利保护必要为由驳回其诉;反之,倘是驳回其请求,则不影响其诉讼提起的适当性,可由法院继续审查。”翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,台湾五南图书出版公司 2004 年版,第 98 页。

²³ 也有学者认为:“法院应当考虑作出迟到的行政行为对于相对人的合法权益有无影响以及判决对于相对人的合法权益有无不利影响。在这两个标准同时具备的情况下,即法院对没有造成相对人不利影响的迟到的行政行为作出维持判决,并不损害相对人的合法权益。”江必新、梁凤云:《行政诉讼法理论与实务》,北京大学出版社 2009 年版,第 1184 页。

²⁴ 蔡子方:《拟制行政处分制度之研究》,载前引①蔡子方书,第 183 - 184 页。

人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”^⑤此为拟制行政行为的立法例。

何种事实可以被拟制为行政行为,这通常是立法政策制定者所考虑的问题。如在《行政许可法》第50条第1款情形下,即“被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的,应当在该行政许可有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。”如果被申请的行政机关在被许可人行政许可有效期届满30日之后既不同意,也不否定,那么被许可人原先合法权益在法律上就会陷于不确定状态,进而可能会波及相关联的法律关系出现不稳定状况;即使之后被许可人可以通过复议、诉讼程序进行权利救济,但因这种权利救济的“不及时性”,它不能为被许可人提供有效的法律保护。基此,法律与其赋予被许可人进行法律救济的权利,不如直接作出有利于被许可人的规定,将行政机关这种“既不同意,也不否定”的事实直接拟制为“准予延续”之行政行为。如此,行政机关在这种情形下不为“法定职责”,也就不属于“不履行或者拖延履行法定职责”之情形了。

三、履行法定职责判决的裁决方式

在行政诉讼中,原告的诉讼请求对法院司法审查权的范围并没有实质性的限制。也就是说,原告的诉讼请求内容既不能限制法院的审查范围,法院也不能判如所请给出原告在诉讼请求中指向的裁判方式。在给予原告何种裁判方式上,法院有着绝对的裁判选择权。当然,法院的“绝对的裁判选择权”也只能行走在《行政诉讼法》的框架内,不能为了某种所谓的“崇高”的目的而脱逸法律规范的约束。对于履行法定职责的裁判方式,学理上历来有程序性裁判和实体性裁判两种方案可供选择。本质上,履行法定职责判决需要法院更为主动地行使司法审查权,对“履行法定职责”之要件的事实是否存在,依职权进行调查、核实,以确定原告的诉讼请求是否成立。针对原告提出的“履行法定职责”之诉讼请求,法院究竟给予何种裁判方式,法学理论、法律规范与实务之间存在着一定的差异,不可不察。

(一) 程序性裁判

程序性裁判是法院判令被告在一定期限内履行法定职责。至于履行法定职责的具体内容,法院不作指定或者限定,由行政机关在行政程序中依法决定。如有学者认为:“如果确认不履行职责行为存在,无异于判令被告履行职责。我们认为,这涉及行政机关与司法机关权力划分问题。对于行政机关拖延履行法定职责的,法院只能审查行政机关在一定期限内没有对相对人的请求作答复是否合法,而答复的内容即是否应给予相对人执照,属于行政机关职权,要由行政机关来审查相对人是否符合法定条件,法院不能代替行政机关作出决定。对于行政机关拒绝相对人请求的,法院认定拒绝违法,则可撤销行政机关的决定,并判决被告重新作出行政行为。由于行政机关不能根据同一事实和理由作出同一决定,因此,行政机关事实上将会作出满足相对人请求的决定。所以,不必由法院代替行政机关在判决中作出决定。”^⑥这种观点学理上称之为“尊重行政机关的首次判断权。”它在行政法学界基本上是一种主流观点,尽管它在实务中已经受到了质疑。依照这种观点,《行政诉讼法》第54条第3项中的“判决其在一定期限内履行”。这种裁判方式被解释为“程序性裁判”。

在实务中,程序性裁判在履行法定职责案件中并不少见。如在李红娃诉汝州市温泉镇人民政府不履行法定职责一案中,法院裁判主文是:“限被告汝州市温泉镇人民政府在判决书生效后六十日内对原告李红娃所申请解决土地使用权的争议作出具体行政行为。”^⑦在史艳红诉荥阳市人事劳动和社会保障局不履行行政受理法定职责一案中,法院裁判主文是:“被告荥阳市人事劳动和社会保障局于本判决生

^⑤ 相同的规定还有如《集会游行示威法》(1989)第9条规定:“主管机关接到集会、游行、示威申请书后,应当在申请举行日期的二日前,将许可或者不许可的决定书通知其负责人。不许可的,应当说明理由。逾期不通知的,视为许可。”

^⑥ 张步洪、王万华:《行政诉讼法律解释与判例述评》,中国法制出版社2000年版,第433页。

^⑦ 河南省汝州市人民法院《行政判决书》([2004]汝行初字第013号)。

效之日起三十日内履行对史艳红的事实伤害进行工伤认定的法定职责。”^⑳这两个案件的裁判主文是纯粹的“程序性裁判”，它们对行政机关在执行法院判决时如何履行法定职责没有给出任何“指示”。《行政诉讼法》第54条第3项当时的立法本意是否就是如此，尚需作进一步考证。在王汉斌作的《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》（以下简称《行政诉讼法（草案）》）中，今天重读这段文字还是很有意义的：“人民法院审理行政案件，是对具体行政行为是否合法进行审查。至于行政机关在法律、法规规定范围内作出的具体行政行为是否适当，原则上应由行政复议处理，人民法院不能代替行政机关作出决定。”^㉑所以，从历史解释的角度看，这种纯粹的“程序性裁判”可能最接近于当时的行政诉讼立法本意。

（二）实体性裁判

随着行政诉讼实务的深入，或者是行政诉讼权利保护有效性观念的扩展影响，法院开始在一些履行法定职责案件中，小心翼翼地拓宽了司法审查权的范围，在裁判主文中有意或者无意地添加一些具体“指示”，或者对被告履行法定职责作一些期限之外的限制，突破程序性裁判的法律框架。如在彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案中，法院裁判主文是：“被告上海市工商行政管理局应于本判决生效之日起三个月内，履行对上海有线电视台戏剧频道2000年8月16日20时播出的专题报道节目是否构成违法医疗广告进行调查处理的法定职责，并将结果告知原告彭学纯。”^㉒又如在汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案中，法院裁判主文是：“责成被告当涂县劳动局依法对当涂县建材公司遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查，并在两个月内对原告汤晋本人作出书面答复。”^㉓这两个案件的裁判主文清楚地显示，它们并非是纯粹“程序性裁判”，而是越来越靠近“实体性裁判”了。又，这两个案件是公布于最高人民法院公报上的“指导性案件”，具有一定的导向性，至少它们也能反映出最高人民法院对这个问题的基本态度。^㉔

法院判令被告在一定期限内履行法院明确指定的法定职责，被告没有裁量空间，即为实体性裁判。对于法院在履行法定职责案件中能否作出“实体性裁判”，行政法学理上向来是不承认的。^㉕在中国台湾地区，如果法院在课予义务之诉中认为“已到裁决程度”，即行政机关就当事人申请已经没有裁量或者判断余地时，法院可以直接判令行政机关作出特定内容的行政行为。这是“权利实效保障”推出的当然法理。^㉖法国1995年2月8日的法律赋予行政法院在法令设定的一定条件下，可以附带地命令行政机关另为行政行为或命有权行政机关根据确定之形式手段作成行政行为，以确保行政法院之判决被确实执行。^㉗不过，法国这种裁判方式是以撤销判决为前提，与我国撤销判决附加重作判决相似。所以，在功能上笔者以为撤销判决附带重作判决与履行法定职责判决之相同的，只有适用条件不同而已。在日本，“《行政案件诉讼法》设置了撤销诉讼拘束有关行政厅的规定（33条），要求行政厅应该依照判决宗旨采取行动。即由于作出了申请拒绝处分的撤销判决，因而行政厅对于再次申请，必须在依据判决的

^⑳ 河南省荥阳市人民法院《行政判决书》（〔2004〕荥行初字第14号）。

^㉑ 王汉斌：《〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》，载《最高人民法院公报》1989年第5期。

^㉒ 前引②，彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案。

^㉓ 汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案，载《最高人民法院公报》1996年第4期。

^㉔ 《人民法院改革纲要》（1999-2003）规定：“从2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”《人民法院改革纲要》（2004-2008）规定：“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件，规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”

^㉕ 前引⑬，罗豪才、应松年主编书，第252页以下；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465页以下；等等。

^㉖ 参见中国台湾地区《行政诉讼法》第200条。另还可以参见德国《行政法院法》第42条第1项和第113条第5项之规定。

^㉗ 吴秦雯：《鸟瞰法国行政法学之发展——国家角色转变之面向：单方管制迈向多元合作》，载台湾行政法学会主编：《行政契约之法律/各国行政法学发展方向》，台湾元照出版公司2009年版，第239页。

宗旨的同时予以考虑。”^{⑤⑥}

《行政诉讼法》第54条第3项没有明确“实体性裁判”规定,^{⑤⑦}那么,我们是否可以从解释出法院有权作“实体性裁判”的依据呢?的确,在“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”中,立法者对于法院裁判的主文内容,只有“在一定期限内履行”,而没有“如何履行”之表述。结合前述《行政诉讼法(草案)》中的那段文字,笔者认为,将《行政诉讼法》第54条第3项规定限缩解释为“程序性裁判”是比较合适的。

但是,在过去20年的行政诉讼实务中,法院履行法定职责诉讼中作出实体性裁判的个案并不少见。除上述最高人民法院公布的两个“指导性案例”外,还有如“指导性案例”中杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责一案的判决主文是:“自本判决生效之日起六十日内,被告天津市服装技术学校颁发原告杨宝玺的毕业证书,第三人天津纺织集团(控股)有限公司予以协助办理。”^{⑤⑧}在各地法院审理的案件中,如在刘幸诉北京市海淀区国土资源局和房屋管理局不履行法定职责案中,法院认为:“董洪川作为签约人购买北京理工大学公有住宅房屋,其与刘幸已经全部履行了交纳购房款的义务,并已实际居住使用,该房屋产权来源清楚,基本符合登记颁证条件。”于是判令被告“于本判决生效后2个月内对原告刘幸的申请核准登记,并颁发房屋权属证书。”^{⑤⑨}在封红艳诉南京市劳动和社会保障局不依法履行法定职责案中,法院裁判主文是“第三人自判决生效后三日内,将原告封红艳的名单及在该单位失业情况报南京市劳动和社会保障局社会保险经办机构备案,被告在接到备案后七天内为原告办理领取24个月失业保险金手续。”^{⑤⑩}在阮春鸣诉温州市房产管理局不履行法定职责一案中,法院的裁判主文是“责令被告温州市房产管理局于本判决生效后60日内,履行撤销设定在原告阮春鸣坐落温州市黎明中路22弄26-3号房屋产权上的抵押登记(温房押字第962583号)的法定职责。”^{⑤⑪}等等。上述个案出现的事实,透露出如下信息:基于行政救济的实效性、经济性之理念,在履行法定职责案件中例外地承认“实体性裁判”在实务中已经没有障碍。但是,《行政诉讼法》第54条第3项的确没有所谓“实体性裁判”之立法原旨,法院的上述“实体性裁判”有僭越法律规范之嫌。解决问题的基本路径是《行政诉讼法》第54条第3项必须作出修改:原则上为程序性裁判,例外则可作实体性裁判。

四、相关问题的展开

(一) 履行法定职责判决与“行政不作为”

1. “行政不作为”的由来

在行政法学术史上,1990年《行政诉讼法》实施后第一本由罗豪才、应松年教授主编的高等学校法学试用教材《行政诉讼法学》中,有关“履行判决”部分并没有提及“行政不作为”之概念。^{⑤⑫}1994年由王连昌教授主编的高等政法院校规划教材《行政法学》中,在行政行为分类部分也没有“行政作为和行政不作为”之区别。^{⑤⑬}可以推断,在当时行政法学主流或者通说中,尚未有“行政不作为”之概念的位置。最早提及“行政不作为”的是张焕光、胡建森两位教授合著的《行政法学原理》,^{⑤⑭}它是作为行政行为的一种分类内容提出来的。在1993年罗豪才教授主编的《中国司法审查制度》一书中,它用专章讨论了对

^{⑤⑥} [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第60页。

^{⑤⑦} 李广宇:《行政诉讼履行判决的三个问题》,载《人民法院报》2007年4月26日。

^{⑤⑧} 杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责案,载《最高人民法院公报》2005年第7期。

^{⑤⑨} 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([2003]海行初字第67号)。

^{⑤⑩} 江苏省南京市白下区人民法院《行政判决书》([2002]白行初字第74号)。

^{⑤⑪} 浙江省温州市鹿城区人民法院《行政判决书》([2007]鹿行初字第172号)。

^{⑤⑫} 前引⑤,罗豪才、应松年主编书,第252页以下。

^{⑤⑬} 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第119页以下。

^{⑤⑭} 张焕光、胡建森:《行政法学原理》,劳动人事出版社1989年版,第228页。

行政不作为的司法审查。^{④⑤}之后,行政不作为之概念开始在行政法学研究中被不断使用,并有多篇专题论文发表。^{④⑥}

2. 与“不履行法定职责”的关系

《行政诉讼法》中没有“行政不作为”之用语,但《若干解释》中在四个条文中使用了行政“不作为”,^{④⑦}同时有一个条文使用了“不履行法定职责”。^{④⑧}最高人民法院在2001年的一个批复中,也使用了“不履行法定职责”。^{④⑨}由此引出了“不作为”与“不履行法定职责”之间究竟是一种什么关系之问题。既然最高人民法院在同一个司法解释中同时使用了“不作为”和“不履行法定职责”两个概念,那么我们有理由推断在最高人民法院的意识中,这是两个不同的法律概念。既然如此,那么,它们的不同之处在哪里呢?下面这一观点,给我们划出了两者之间的不同之处:“作为与不作为的划分,应当以行政机关的义务是作为义务还是不作为义务,对义务的态度是积极还是消极为标准。行政机关明确拒绝行政相对人的申请、请求或者不予答复、拖延答复的,都属于不履行‘法定职责’的行为。行政机关明确拒绝行政相对人申请、请求的,其态度上是积极,同时法院可以判决撤销这类行政行为,故不宜将这类行政行为划入不作为行政行为;行政机关对行政相对人申请、请求不予答复或拖延的,其态度上是消极的,因没有作出任何行为,所以法院无法判决撤销不予答复或者拖延,将这种情况化为不作为行政行为从理论上讲更为科学。《若干解释》中的不作为就是后一种观点。”^{⑤⑩}依照这一观点,我们可以得到的结论是,“拒绝履行”是“不履行法定职责”,“不予答复”、“拖延履行”是行政“不作为”。然对照《行政诉讼法》第54条第3项规定,将“不予答复”、“拖延履行”划出“不履行法定职责”,显然与之相悖。此观点可采价值不高。

在学理上,也有的观点是把行政不作为等同于不履行法定职责。如“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。”^{⑤⑪}还有的观点只对其作出一个定义,而没有明确两者之间是否存在等同关系。如“行政不作为是指行政主体依法负有为一定行为的义务,但却在程序上消极的不为任何行为或者虽然在程序上有受理的意思表示,但就实体问题一直不为任何的意思表示的行政活动样态。”^{⑤⑫}面对最高人民法院的《若干解释》,前一种观点显然是站不住脚的,后一种观点把“不予答复”和“拖延履行”划入“行政不作为”,造成概念上的重叠与混乱。本文认为,“行政不作为”与“不履行法定职责”之间的关系应作如下构建:

(1)行政不作为不等于行政违法。^{⑤⑬}在实务中,如行政相对人向工商行政管理局申请企业质量体系认证,工商行政管理局认为这不是自己的法定职责,所以,一直没有给予任何书面回复,行政相对人诉请法院判令工商局履行法定职责。经法院审理认为,企业质量体系认证是质量技术监督局的法定职责,应当判令驳回诉讼请求。与此不同的是,行政机关不履行法定职责则当然构成违法。这里可以延伸讨论

^{④⑤} 前引⑧,罗豪才主编书,第168页以下。

^{④⑥} 如朱新力:《论行政不作为违法》,载《法学研究》1998年第3期;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。

^{④⑦} 参见《若干解释》第22条、第27条第2项、第50条第4款和第56条第1项。

^{④⑧} 参见《若干解释》第57条第2款第1项。

^{④⑨} 最高人民法院在《关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》(法释[2001]23号)中认为:“由于公安机关不履行法定行政职责,致使公民、法人和其他组织的合法权益遭受损害的,应当承担行政赔偿责任。在确定赔偿的数额时,应当考虑该不履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。”

^{⑤⑩} 蔡小雪:《行政复议与行政诉讼的衔接》,中国法制出版社2003年版,第143页。

^{⑤⑪} 前引⑧,罗豪才主编书,第168页;马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善》,中国政法大学出版社2004年版,第340页以下。

^{⑤⑫} 前引①,贺荣主编书,第274页。

^{⑤⑬} 也有学者认为,行政不作为的性质必定是违法的。参见熊菁华:《行政不作为问题探讨》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版,第247页。

的问题是,行政机关对于不属于自己法定职责范围内事项,是否有回复行政相对人给予释明的义务?本文认为,如果这种回复释明之义务已经法定,则属于其法定职责。如《政府信息公开条例》第21条第3项规定:“依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的,应当告知申请人,对能够确定该政府信息的公开机关的,应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式。”在本规定情形下,行政机关如果不“告知”,应当构成“不履行法定职责”,而不是行政不作为。

(2)行政不作为的应为之依据,既可以是法定职责,也可以是行政义务,但不履行法定职责的应为依据,则限于法定职责。这种行政义务可能来自行政机关已经作出的某一行政行为,如行政承诺。行政机关不兑现行政承诺,构成行政不作为,但不宜划入不履行法定职责。从这个意义上说,行政不作为应大于不履行法定职责之范围。

(二)拒绝履行:履行法定职责判决抑或撤销判决?

1. 拒绝履行宜适用撤销判决附加重作行政行为判决

拒绝履行是以一种积极作为的方式拒绝履行法定职责。由于它存在着一个行政行为,所以宜适用撤销判决并附带重作判决。^⑤如果拒绝履行满足了撤销判决的条件,但由于法定原因不宜撤销的,可以考虑驳回诉讼请求和确认违法的判决。对于“拒绝履行”之行政行为,如果法院适用履行法定职责判决,则需要解决行政行为存续力的问题。也就是说,如果法院不用撤销判决把“拒绝履行”从法律上加以消灭,又判令行政机关对行政相对人的请求再作出一个行政行为,那么行政相对人的同一申请在法律上会存在两个相冲突的行政行为。但是,在尚未解决法理上的障碍之前,出于给行政相对人更为经济、实效的行政救济之考虑,并为减少行政相对人可能的“诉累”,法院可以在重作判决中为行政机关添加若干限制性“指示”,强制行政机关的“重作行为”必须遵循法院的引导,不必非得违背法理与规范,导入履行法定职责之判决。这或许也是一条可以突出重围之路。不过,实务中虽然已经意识到这个问题,但具体的做法仍然值得商榷:

(1)司法个案。如在刘幸诉北京市海淀区国土资源和房屋管理局不履行法定职责案中,被告对原告的申请作出暂不予登记的口头答复。法院经过审理后判决:“责令被告北京市国土资源和房屋管理局于判决生效后2个月内对原告刘某的申请核准登记,并颁发房屋权属证书。”^⑥在这个案件中,“暂不予登记”应当是终结登记程序的一个行政行为,它是一个履行法定职责的行为,至于它是否合法,那是另一个层面的问题。不能因为它不合法,就认定为它是不履行法定职责;也不能因为它没有满足申请人要求,就认定为它是不履行法定职责。所以,在这个案件中法院判令其履行法定职责,有很多的商榷空间。

(2)司法解释。最高人民法院2009年公布的《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第11条规定:“人民法院审理不予行政许可决定案件,认为原告请求准予许可的理由成立,且被告没有裁量余地的,可以在判决理由写明,并判决撤销不予许可决定,责令被告重新作出决定。”又第12条规定:“被告无正当理由拒绝原告查阅行政许可决定及有关档案材料或者监督检查记录的,人民法院可以判决被告在法定或者合理期限内准予原告查阅。”在这里,“不予行政许可决定”是被当作行政机关作出了一个行政行为,故适用撤销判决加重作判决;“拒绝原告查阅”则被当作行政机关没有作出行政行为,故适用履行法定职责判决。同样都是行政机关作出了一个明确的意见表示终结了行政程序,没有满足申请人的要求之情形,为什么适用不同的判决类型予以处理呢?为什么“不予行政许可决定”就不能作为“拒绝履行”的一种情形呢?其实,这仅仅是文字表述不同而已,本质上就是“拒绝履

^⑤ 也有学者在“撤销拒绝行为原则上并不妥当”前提下,认为“原告为了防止被诉行政机关将来就此设置许可,而向法院提出撤销行政机关拒绝行为,法院应当撤销该拒绝行为,是谓通过撤销诉讼实现预防性诉讼之效果。此外,还有诸如原告基于一定的事实理由,已经无法请求行政机关作成行政行为或者现在没有作成行政行为的意图,原告亦可通过撤销行政机关的拒绝行为,保有将来可能的许可利益。”前引②,江必新、梁凤云书,第1184页。

^⑥ 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([2003]海行初字第67号)。

行”。

2. 拒绝履行的若干变种

在阅读裁判文书过程中,笔者发现实务中“拒绝履行”在个案中已经发生了若干变种,与原汁原味的“拒绝履行”确有貌合神离之乱象。关注这些乱象,有助于我们进一步厘清“拒绝履行”之边界。

(1)“推脱法定职责”。它本质上属于不履行法定职责,法院可判决其限期履行法定职责。如在陈祖兴诉松江县房产管理局拒绝履行法定职责案中,被告认为原告查处第三人在企业自管公房内搭建违法建筑的行为,不属于被告的法定职责,作出了建议原告到其厂房管部门申请处理的函。法院在审查后认为,此法定职责属于被告,即判令撤销函复决定,判令被告在判决生效后的3个月内履行法定职责。^⑤

(2)“不正确履行”。有学者认为,以行政机关在程序上有没有作出具体行政决定,把所有有关职责履行的情况分为不履行和没有正确履行。^⑥ 不正确履行是依照合法性审查标准所获得的结论,在本质上它是一种违法的履行法定职责的行为,所以,对于“不正确履行”法院应当适用撤销判决并附带重作判决。

(3)“未实际履行”。行政机关以某种行为方式代替履行法定职责,构成“未实际履行”。在汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案中,法院认为:“物资局是人民政府的一个部门,对其主管的建材公司遵守劳动法律、法规的情况有权进行监督,但是无权对违法行为进行处理。当涂县劳动局把要求查处违法行为的来信批转无处理权的物资局去处理,自己既不履行监督检查的职责,也不向物资局了解监督的结果如何,并且不给来信人答复,不能认为其已履行了法定职责。如果允许行政机关对自己主管业务范围内收到的公民来信,只要批出后就可了事,就可以认为履行了职责,再不必检查、落实和给来信人作出答复,那么,法律赋予公民的检举、控告权利就会形同虚设。”^⑦如将这种“形已履行而实未履行”的情形,划入已经履行法定职责,那么行政机关又多了一个逃避履行法定职责的籍口。

(4)不完全履行。在刘昌全诉温州市公安局鹿城区分局履行法定职责行政争议一案中,法院认为:“原告刘昌全因琐事与瞿薇薇夫妇发生纠纷、扭打后,被告温州市公安局鹿城区公安分局虽已及时立案查处,调查取证,并组织过双方当事人调解,但被告还未全面、完整的履行作出处罚的法定职责,应予以继续履行,原告刘昌全要求主管公安机关依法追究加害人法律责任的诉讼请求,本院予以支持。”^⑧对于不完全履行,如果在法院裁判之日行政机关尚未完全履行,则法院应当判令履行法定职责;如果在诉讼过程中完全履行,由法院可视具体情况作驳回诉讼请求判决或者确认违法判决。

六、结 语

履行法定职责判决是《行政诉讼法》规定的一个重要的主判决,其正确适用事关行政相对人权利实效性保护问题。《行政诉讼法》关于履行法定职责的规定,即使《若干解释》作了若干补充性规定,但在现代行政法发展的趋势下仍尚有不合之处。这就需要从为行政相对人提供实效性权利保护角度,对相关《行政诉讼法》规定进行修改。

我国《行政诉讼法》尚未接受大陆法系国家行政诉讼类型化之诉讼模式,但学理上的讨论却并不少见。^⑨ 这种理论研究拓宽了行政法学的视野,具有反思性功能,但目前并无法律规范支持,属于理论建

^⑤ 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(行政卷)(下),中国法制出版社2000年版,第906-910页。

^⑥ 前引①,江勇文。

^⑦ 汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案,载《最高人民法院公报》1996年第4期。

^⑧ 温州市鹿城区人民法院《行政判决书》([2002]鹿行初字第33号)。

^⑨ 如章志远:《行政诉讼类型构造研究》,法律出版社2007年版;吴华:《行政诉讼类型研究》,中国人民公安大学出版社2006年版;赵清林:《行政诉讼类型研究》,法律出版社2008年版;以及梁风云:《行政诉讼判决之选择适用》,人民法院出版社2007年版等。

构(更多的则是大陆法系相关理论的重述)。在民事诉讼尚未完成诉讼类型化之前,作为民事诉讼的特别诉讼程序,行政诉讼类型化似乎为时尚早。况且,在诉讼类型化之外,并不是不存在完善我国行政诉讼制度之进路。或许,行政诉讼判决方式类型化之方案,在已有20年司法实务的基础上,它更加适合我们的“国情”。

Abstract: “Non – performance” of “Administrative Procedure Law” Article 54, paragraph 3 means the executive authorities in a negative way without any intention, and “no answer”; and “delayed discharge” is a situation that the statutory or administrative organ do not end the administrative procedures within a legal or reasonable period of time. In the way of judgment to perform statutory duty, the “Administrative Procedure Law” only contains “procedural judge” in content, however it based on philosophy of administrative relief for the administrative counterpart to provide economic, effective. When “the Administrative Procedure Law” is revised in the future, it should recognize the “substantive judgment” legitimacy of judgments to perform duties as an exemption. “Administrative omission” does not of course violate administrative law; therefore it is different from “non – performance statutory duties.” To the “refusal to perform” administrative act, the Court should annul and redo the judgment. In order to reduce the possible “tired litigation” of administrative counterpart, the court can add certain restrictive “instructions” for administrative organ in redo judgment. It is helpful that pay attention to the situations like “refusal to perform” for the Court to fulfill its statutory duty to judge correctly.

(责任编辑:吴 雷)