

本卷要目

论文

【毕雁英】

行政不作为的司法治理研究

【王磊 谢宇】

论《香港基本法》解释实践对人大释宪的启示

【邓可祝】

合作型环境行政公益诉讼

——我国环境行政公益诉讼发展的一种可能路径

【徐琳】

平等性原则在法国公共服务基本法中的适用性问题研究

【邹奕】

行政诉讼中合法性审查与合理性审查的关系之厘定

【路平新】

比例原则视野下的创新技术规制

——以“快播”系列案件为例

【温学鹏】

信访法治化中的权利义务配置

【李广德】

临床试验数据造假的法律规制

——以法律责任的配置与完善为线索

警察法专题

【苏宇】

当代中国警察行政法研究的三个基本问题

【史全增】

民营化视角下辅警的法律地位和职责范围研究

案例研习

【颜冬锐】

公共利益要件的司法确认

——以确认违法判决中的判决倾向为角度

【张亮】

高校学位授予要件之区分审查论

——对指导性案例39号的质疑与反思

【蔡培如】

均衡性原则司法适用解读及适用路径的精致化构造

——以四个案例为出发点

域外精英(译文)

【林肯·卡普兰 著 任肖容 宋华琳 译】

法律学人中的奥林匹克神:

凯斯·桑斯坦和现代规制国家

【Martin Eifert 著 蒋振馨 译】

行政法的概念化

——法律保护还是规制进路

【蔡佩如 王子晨 译】

欧盟行政程序模范规则

◆ ◆
姜明安/主编
北京大学宪法与行政法研究中心/主办

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL.19

行政法论丛

第19卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第19卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW

REVIEW VOL.19

■ 姜明安 / 主编

■ 教育部人文社科重点研究基地

北京大学宪法与行政法研究中心 / 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛. 第19卷 / 姜明安主编. —北京: 法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9930 - 9

I. ①行… II. ①姜… III. ①行政法学—文集 IV.
①D912.101 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 212430 号

行政法论丛(第19卷)

姜明安 主编

责任编辑 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 21.5 字数 324 千

印次 2016 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9930 - 9

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

北京大学宪法与行政法研究中心简介

北京大学宪法与行政法研究中心成立于1999年12月，原名北京大学公法研究中心，2002年10月改为现名。中心下设两个子研究中心：北京大学法学院公众参与研究与支持中心、北京大学法学院软法研究中心。本中心前身为二十世纪五十年代初成立的北京大学法律学系宪法教研室，八十年代发展为宪法与行政法教研室，1981年11月获得硕士学位授予权，1985年12月获得博士学位授予权。已故著名比较宪法与行政法学家龚祥瑞教授、已故著名宪法学家亦即现行宪法和港澳基本法起草人之一的肖蔚云教授，是本中心的学术前辈。目前，本中心学术梯队素质优良、结构合理。其中，有我国著名公法学家、现任中国人权研究会会长、行政法“平衡理论”创始人和软法研究的积极倡导者罗豪才教授；另有中青年学术骨干姜明安（中心主任）、张千帆、王磊、湛中乐、王锡锌、沈岍、陈端洪等。

地址：北京市海淀区颐和园路5号

邮编：100871

电话：86-10-62760063

传真：86-10-62760063

电邮：pkupubliclaw@126.com

《行政法论丛》编辑委员会

主 任：罗豪才

委 员：（按姓氏笔画排序）

王锡锌 王 磊 甘超英 张千帆

沈 岍 陈端洪 姜明安 湛中乐

彭 鐔

本卷执行编辑：

彭 鐔 路平新 谢 宇 蔡培如

卷首语

●深入推进政务公开,加强法治政府建设

姜明安

本卷组稿和编辑期间,党中央和国务院就政务公开连续发布了两个重要文件:先是中共中央办公厅、国务院办公厅于今年年初印发了《关于全面推进政务公开工作的意见》,之后国务院办公厅紧接着于2016年4月2日又印发了《2016年政务公开工作要点》。可见党中央、国务院对政务公开的重视,可见政务公开在当下国家治理和法治国家、法治政府建设中的重要地位和作用。有鉴于此,本卷卷首语特就政务公开所涉有关问题谈点看法。

政务公开是政府信息公开进一步的扩展和深化。政务公开的“政务”涉及国家行政权的整个运作,包括行政决策、行政立法、行政执法、行政监管的整个过程,从而政务公开的主体比政府信息公开的主体更为多元。政务公开不仅包括行政权运作形成的静态信息的公开,而且包括行政权运作过程的动态活动的公开,从而政务公开内容比政府信息公开的内容更为广泛。政务公开不仅包括政府主动公开政府信息与公民、法人和其他组织依申请主动获取政府信息,而且还包括政府通过各种形式、途径将政务活动向公众开放,使公众能通过直接参与政务而影响和监督政务,从而政务公开的方式比政府信息公开的方式更多样化。

由于政务公开的主体、内容和方式比政府信息公开更多元、广泛、多样化,因此,政务公开对于法治政府建设有比政府信息公开更为重大、深远的意义和作用。这主要表现在下述四个方面:

其一,政务公开有利于保障社会公众参与国家治理,实现国家治理现代化。现代国家治理不同于传统的国家管理,它必须依赖政务公开才能运作。首先,现代国家治理的主体是多元的,它既包括作为传统国家管理

主体的政府,也包括作为传统国家管理相对人的公民、法人和其他组织,如社会团体、行业协会、基层自治组织以及现代社会不断生长和发展的NGO、NPO。这些新型治理主体参与国家治理,显然不仅需要政府信息公开,也需要整个政务活动的公开。政府信息公开只能保证其知政,政务公开才能保障其知政参政。其次,现代国家治理的目标是人民的权利、自由和幸福,要使人民有获得感。获得感不仅仅是源于物质生活的富足,更源于政治上的当家做主。人民的这种主人感、获得感只能在政务公开的政治生态环境中形成、深化,仅有政府信息公开显然是不够的。再次,现代国家治理的手段、方式是合作、协商、柔性,而不同于传统国家管理手段的单方性与强制性。现代国家治理越来越多地运用行政指导、行政合同、协议以及其他软性治理手段和方式。这些软性治理手段、方式的运用在很大程度上依赖政务公开;或以政务公开为前提,或以政务公开为保障。没有政务公开,现代国家治理的手段、方式难于实际和有效运作。

其二,政务公开有利于保障现代参与民主和协商民主的运行,推进社会的转型和进步。传统的议会民主是“传送带”民主:人民通过选举把“民意”传递给议员、议会,议会通过法律、决议、决定把“民意”传递给政府,政府通过执行议会制定的法律、决议、决定,实现“民意”。对于这种传统的民主,仅要求有政府信息公开的保障即可。而对于现代民主——参与民主和协商民主来说,仅有政府信息公开是不够的,还必须有动态的,事前、事中的政务公开,如决策过程公开、立法过程公开、执法行为公开,等等。没有政务公开,社会公众不可能有效参与决策、立法和执法,不可能有效地与政府就决策、立法、执法的有关事项展开协商、讨论、辩论。没有政务公开,政府就不可能广泛地了解 and 听取社会公众的意见、建议和主张,更不可能将社会公众的意见、建议、主张反映和体现在决策、立法和执法之中。因此,没有动态的,事前、事中全过程的政务公开,参与民主和协商民主根本无法运作,而没有参与民主和协商民主,社会转型和进步的目标就无法实现。

其三,政务公开有利于全面推进依法治国,建设法治国家。依法治国,建设法治国家是我们党和国家决心推进的一项宏伟工程。这项工程有着多方面的目标和任务:国民的人权获得有效的保障和尊重;国家公权力,特别是行政权得到有效的监督和制约;腐败得到有效的遏制和消减;

社会公平正义得到有效的维护和彰显等。这些目标和任务的实现哪一项都离不开政务公开,都必须依赖政务公开。就尊重和保障人权而言,只有政务的决策和执行公开,国民才可能了解政府和政府官员对人权的态度和政府行为对人权的影响,才可能监督政府和政府官员,促其加强对人权的尊重和保护。就对公权力的监督、制约而言,只有政务公开才能织就关住公权力的制度笼子。只有织就了关住公权力的制度笼子,才能防止政府和政府官员的任性、恣意,使之不能乱作为或不作为,因为一旦乱作为或不作为即随时可能被质询、问责。就反腐败而言,政务公开较政府信息公开的作用更全方位,更具立体性,更有利于形成不易腐、不敢腐、不能腐的社会政治环境;就社会公平正义的维护和彰显而言,政务公开不仅有利于防止公权力偏私、公权力寻租、公权力为少数人利益服务或为特权阶层利益服务,以保障社会公平正义的条件、屏障,而且有利于让社会公平正义呈现出以让全体人民看得见的一种形态展现,从而提高政府的公信力,增强人民对依法治国、建设法治国家的信心。

其四,政务公开有利于保障创新、协调、绿色、开放和共享五大发展理念实现,促进全面建设小康社会。中共十八届五中全会提出了创新、协调、绿色、开放和共享五大发展理念。要实现这五大发展理念,同样需要推进政务公开。因为,只有政务公开,才能保障政府的发展决策最大限度地接受人民群众的监督,以防止产生和形成违反五大发展理念的决策,将可能违反五大发展理念的决策阻遏在议决和形成阶段,不致让其出台为害;只有政务公开,才能保障政府的整个政务运作过程公开透明,只要其行为一违反五大发展理念,即随时可被问责、纠正,不致让其酿成大祸、灾难;只有政务公开,才能促使政府和政府官员在政务运作过程中积极贯彻实施五大发展理念,防止其不作为,其一旦为官不为,懒政、庸政,随时可能被撤换、罢免,不致让其长久地尸位素餐,妨碍国家五大发展理念的实现,耽误全面建设、建成小康社会的日程,影响“两个一百年”宏伟目标的实现。

为了深入推进政务公开,落实中央《关于全面推进政务公开工作的意见》(以下简称《意见》),国务院办公厅进一步制定和发布了《2016年政务公开工作要点》(以下简称《要点》)。《要点》非常具体、务实,特别具有问题意识,特别具有针对性和可操作性。如果《要点》确定的各项公开目标、任务、措施及对各部门的分工都能很好落实,我国政务公开一定会取

得重大成效,并对经济发展、社会稳定、民生改善和法治政府建设发挥重要的保障和促进作用。

政务公开工作的重中之重是增强公开的实效。为此,《要点》紧紧围绕党中央、国务院的重大决策部署和人民群众的重大关切,确定了2016年政务公开的重点。政务公开涉及的范围非常广泛,要做的事,要推进的项目非常之多,我们不可能在一年之内做好推进政务公开所有要做的事,推进政务公开所有应推进的项目。要真正保障政务公开的实效,我们只能逐步、扎实、稳妥地推进;每年根据当时的国情,设定当年全国政务公开的若干重点事项、重点项目,在照顾全面的基础上有重点地推进。同时,全国各个地方、各个部门也都应根据各自的省情、部情、市情等设定各自政务公开的若干重点事项、确立应推进的若干重点项目予以推进。只有这样,通过五年、十年不懈的努力,我们才能真正实现我国政务运作的全面和深度公开,并使之制度化、常态化和发挥最大的实际效用。

《要点》确定2016年政务公开的重点有以下4项:一是推进权力清单、责任清单,以及市场监管、政务服务等方面信息的公开;二是推进经济社会政策、市场准入负面清单、政府投资的重大建设项目、公共资源配置、减税降费、国有企业运营监管等方面信息的公开;三是推进扶贫、社会救助、就业创业、保障性住房、棚户区改造和农村危房改造、环境保护、教育、卫生、食品药品安全等方面信息的公开;四是推进政府决策、政策执行落实情况 and 财政预决算的公开。

为了保障政务公开的实效,《要点》不仅确定了2016年政务公开的上述重点,而且对于重点公开的各个领域,确定了相应的重点公开项目和具体要求,以增强可操作性和保证实际贯彻落实。例如,在政务服务公开方面,《要点》特别要求公开居住证申领条件、程序、居住证持有人享有的基本公共服务和便利等信息;在决策公开方面,《要点》特别要求各级行政机关特别是市、县两级政府要积极实行重大决策的预公开;在扶贫工作信息公开方面,《要点》特别要求贫困地区建立扶贫公告公示制度,确保扶贫对象看得到、看得懂、能监督;在政府和社会资本合作(PPP)项目信息公开方面,《要点》特别要求公开政府和社会资本参与方式、项目合同和回报机制、项目实施情况等;在国有企业运营监管方面,《要点》特别要求对国有企业改制重组、产权交易、增资扩股等方面信息的公开和结果公示;在教

育信息公开方面,《要点》特别要求公开义务教育划片工作的程序、内容、结果、随迁子女入学的办法、入学流程、证件要求和办理方式等。

为了保障政务公开的实效,《要点》特别强调政务公开的过程公开和动态公开(而非仅仅的静态信息公开)。例如,关于政府及其工作部门权力清单和责任清单的公开,《要点》要求“及时动态更新”;关于行政审批、职业资格的公开,《要点》要求及时公开“清理规范后保留”的事项;关于行政执法公开,《要点》要求通过国家企业信用信息公示系统及时“归集并公示”“行政许可的准予、变更、延续、撤销,以及行政处罚、抽查检查和企业严重违法失信等信息”;关于政务服务公开,《要点》要求“推动政务服务事项由实体政务大厅向网上办事大厅延伸,逐步实现服务事项在线咨询、网上办理、电子监察”;关于市场准入负面清单公开,《要点》要求及时向社会公开“试点过程中,市场准入负面清单的调整事项、依据和结果”;关于减灾救灾信息公开,《要点》要求“定期发布全国核定灾情、救灾工作进展、救灾资金物资调拨使用等情况”;关于生活饮用水水源水质信息公开,《要点》要求“地级以上城市人民政府每季度应向社会公开饮用水水源、供水厂出水、用户水龙头水质等饮水安全状况”;关于积极回应社会关切方面,《要点》要求对于特别重大、重大突发事件,应在事件发生后“24小时内举行新闻发布会”,等等。

为了促进政务公开的实效,《要点》还规定了4项专门保障措施:其一,做好政策解读、回应社会关切。为此,要更好发挥媒体的作用,加强对政策的同步解读,政府和政府部门主要负责人应带头解读政策,另外,应加强热点舆情收集、处置、回应和突发事件信息的发布;其二,提高政务公开工作制度化标准化水平。推进政府信息主动公开基本目录建设,进一步明确重点领域、重点行业公开的主体、内容、时限、方式等;其三,提高政务公开工作信息化集中化水平。制定出台全国政府网站发展指引,增强政府门户网站发布信息、解读政策、回应关切、引导舆论的功能;其四,提高政务公开队伍专业化理论化水平,并将政务公开工作全面纳入政府绩效考核体系,所占分值权重不应低于4%。

为了保障2016年政务公开目标、任务的实现和取得扎扎实实的实效,保障党的十八大确定的2020年基本建成法治政府目标的实现,我们必须认真执行和全面落实《意见》和《要点》规定的上述各项措施。

《行政法论丛》稿约

《行政法论丛》为北京大学宪法与行政法研究中心（教育部人文社会科学重点研究基地主办的法学专业集刊，每年出版一卷。经过多年的发展，现已成为中国人文社会科学引文索引（CSSCI）来源集刊。

论丛设基础理论研究、专题研究、外国行政法、方法论研究、判例分析、读书札记、新书推介、学术动态等栏目。

二

论丛实行双向匿名审稿制度。通过初审的稿件隐去作者身份信息后交由审稿人评审并提出评审意见。评审意见分为无条件接受、修改后接受或无条件退稿等，并附评审意见。论丛对来稿原则上不做字数限制，只以稿件的学术水准和学术规范作为是否采用的标准。

三

论丛采用学术刊物通行的注释体例。来稿须注明事先未在任何纸面和电子媒介上发表，并注明作者身份和有效联系方式。其他语言的翻译稿需同时邮寄原文稿，并附作者或出版者的翻译许可（包括电子邮件）。

四

论丛出版后即奉送每位作者样书。

《行政法论丛》热忱欢迎海内外投稿，来稿请寄：

北京市海淀区颐和园路5号（100871）

北京大学宪法与行政法研究中心《行政法论丛》编辑部

电邮：pkupubliclaw@gmail.com

电话：010-62760063

目录

卷首语

深入推进政务公开,加强法治政府建设 / 姜明安	1
-------------------------	---

论文

行政不作为的司法治理研究 / 毕雁英	1
论《香港基本法》解释实践对人大释宪的启示 / 王磊 谢宇	27
合作型环境行政公益诉讼	
——我国环境行政公益诉讼发展的一种可能路径 / 邓可祝	42
平等性原则在法国公共服务基本法中的适用性问题研究 / 徐琳	62
行政诉讼中合法性审查与合理性审查的关系之厘定 / 邹奕	82
比例原则视野下的创新技术规制	
——以“快播”系列案件为例 / 路平新	107
信访法治化中的权利义务配置 / 温学鹏	118
临床试验数据造假的法律规制	
——以法律责任的配置与完善为线索 / 李广德	140

1
目
录

警察法专题

当代中国警察行政法研究的三个基本问题 / 苏宇	159
民营化视角下辅警的法律地位和职责范围研究 / 史全增	175

案例研习

公共利益要件的司法确认	
——以确认违法判决中的判决倾向为角度 / 颜冬锐	195

高校学位授予要件之区分审查论

——对指导性案例 39 号的质疑与反思 / 张 亮

216

均衡性原则司法适用解读及适用路径的精致化构造

——以四个案例为出发点 / 蔡培如

237

域外撷英

法律学人中的奥林匹克神:凯斯·桑斯坦与现代规制国家

/ 林肯·卡普兰 著 任肖容 宋华琳 译

254

行政法的概念化

——法律保护还是规制进路

/ Martin Eifert 著 蒋振馨 译 彭 鐸 校

270

欧盟行政程序模范规则 / 蔡培如 王子晨 译 彭 鐸 校

285

●行政不作为的司法治理研究^{*}

毕雁英^{**}

引言

每个众所期盼的长假过后,就会有类似“游客在旅游城市挨宰”的新闻跃升舆论的焦点。在20世纪80年代末,青岛就有一条远近闻名的海鲜一条街,因其价格较高,对外地人宰客现象严重,“蛤蜊按个数卖”,便有“杀人街”之称。1992年的电视连续剧《杀人街的故事》就曾纪实性地描述了“杀人街”上的宰客的场景;2008年11月,《济南日报》曾报道,有游客在青岛路边烧烤摊吃烧烤,结账加起来竟高达18,000多元,产生巨额餐费的原因就是因为摊主收费时不是按串而是按每片肉15元到20元结账。报警后,经派出所调解,最终仍按18,000元付款结账;2012年,在国内旅游胜地三亚海鲜大排档“宰客门”事件中,消费者点的三个普通海鲜菜被宰近4000元。相关政府部门在事发后也曾开展打击行动,但却无法阻止此类新闻的重复上演。如何遏制和消减此类恶性宰客事件,消费者报警,警察能够无所作为吗?谁来负责维护市场价格的公正?谁来维护消费者的人身与财产安全?相关的职能部门可以坐视不理吗?

^{*} 本文系国家社科基金项目“政府履职行为懈怠的重新界定及其治理”(编号:13BFX042)和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“行政程序法典化研究”(编号:13JJD820001)的阶段性研究成果。

^{**} 国际关系学院法律系教授,法学博士。

作者感谢在撰写本文期间,北京市四中院程琥副院长、国务院法制办宋继红、上海市人民政府法制办郭新梅的意见和交流,在此一并致谢。

根据市场经济下的法治原则,凡是卖家没有公开明示价格的商品,如果向消费者索要的价格超出市场均价,均不能支持,否则即构成价格欺诈或强卖行为。对于此类违法事件相关政府职能部门应当积极执法予以纠正,而不是仅做个旁观者,也不能总是让消费者依赖于媒体公开压力下迟迟到来的事后纠正。

最近几年,曾经以“滥作为”为突出表现的行政违法形势,出现了微妙而深刻的变化,“滥作为”问题在一定程度上有所减弱,但行政不作为、失职渎职等违法现象却日益凸显。这种现象突出表现在三方面:一是一些部门已出现由原来的“争权力”,到开始“推权力”的苗头;二是在行政复议和行政诉讼案件中,诉政府部门尤其是行政执法机关的行政不作为案件明显增多;三是因行政机关和公务员疏于履行职责造成各类责任事故频发,其危害性不亚于、有时更甚于“滥作为”。翻开报刊,几乎每件涉及政府行为违法以及不当的事件背后,都能看到同一个影子——行政不作为,尽管它有时轮廓鲜明,有时隐约可见。无论是令人震惊的环境污染案件、各类食品、药品安全事件,还是旅游城市的霸王宰客行为,恶意欠薪行为,乃至道路交通领域的滥罚款现象,在其发生或治理的过程中,行政不作为既是导致违法者逍遥法外的重要原因,同时也是行政违法的表现形式。从当今的行政执法现状来看,行政不作为所导致的行政违法和不当,已经超越了曾经备受关注的“滥作为”,并时而与“滥作为”紧密交织在一起,成为损害人民权益、制约社会经济发展、危害社会稳定的土壤。

与整治懒政、惰政相适应,涉及行政不作为的诉讼案件数量同比在逐渐增长。分析其原因,主要体现在以下几个方面:

第一,改革措施尚不系统、不彻底,行政机关之间的职能既有重叠、交叉,也有衔接上的漏洞和空白。尽管机构改革已经陆续启动了多年,但仍未完成,而且显然还将继续探索,在这个过程中一些机构的人员或者组织被调整或者合并,但新机构之间基本职能的衔接没有设计好。有些领域过渡和摸索阶段的时间拉得过长,导致某些地方某些领域的市场监管的效果较差,甚至发生了倒退的现象。^① 某些领域行政机构的设置不尽合

^① 在一些地方的机构合并、改组过程中,例如工商、食药和质检等机构的合并,出现了普遍的职能空档,一些过去有专门机关的负责的监督职能退变为无人监管负责的状态。

理,分工不清、职责不明,有些行政机关趋于充当权力的享受者,而努力排斥需要承担责任的那部分重叠角色,造成责任真空;行政执法人员在其所扮演的角色与个人无益或相悖时,在主观上不愿意承担工作责任。或者有些行政机关平日高举“建设服务政府”的旗帜,但是一到有问题出现的时候,不少政府部门最先想到的不是“服务”,而是“别出事”。这些因素,在客观上会导致社会监管出现漏洞,公职人员推卸个人责任。

第二,立法和政策的不明确。首先,我国大量的法律、法规没有对行政行为的方式、时效等作出明确规定,加之我国《国家赔偿法》也没有明确规定行政不作为损害要承担赔偿责任,使得一些行政机关随意不作为。这是不作为行政诉讼上升的一个根本原因。其次,有些法律、法规或规章之间出现规范冲突或管辖权交叉,令行政执法人员无所适从。最后,设计政策缺少长远的科学性论证,目标不清,经常处于变动状态,政策的内容缺少联系性,甚至相互矛盾,基层执法人员无所适从。

第三,行政机关及其执法人员的执法偏差。一方面,一些行政机关执法具有一定的趋利性,对自身有利的争相管辖,而对自身无利的则推诿塞责,导致行政执法出现无人管的地带。另一方面,一些行政执法人员业务素质不高,对职权的理解出现偏差,没有依法履行其法定职责;有的行政执法人员对法律、法规缺乏应有的了解,对自身的法定职责拿不准,不知道自己究竟该不该管。

第四,监督的力度不够。过去在实践中对行政机关的监督更偏重对作为行为的监督,而对不作为行为缺乏有效的监督措施。加之行政不作为带有较强的隐蔽性,失职渎职表现为不积极履行职责、消极应付,而且不作为行为与危害结果的发生又往往存在一定的时间间隔,这也增加了监督的难度。

因而如何监督和治理行政不作为,追究失职渎职者的法律责任将会是今后理论与法治实践的难点和重点。

一、关于行政不作为界定的分歧

科学地判定行政不作为行为,是治理行政不作为的前提。事实上,许多行政不作为行为游离在法律监督体系之外的主要原因在于,目前无论是在理论上、立法上还是执法实践中对行政不作为的内涵诸要素还存在

不同的理解。

我国的行政法学理论中,行政不作为主要是指行政主体本负有某种职责义务,在应当作为且有可能作为的情况下,却消极地不履行法定义务的行为。这种认识与美国学者的看法基本一致。美国学者认为,行政不作为可以发生在行政机关没有采取预期行动的任何场合。在多数情况下,它是指行政机关对于违法或者有违法嫌疑的行政相对人拒绝作出法定的命令或者禁令。例如,环境保护机构拒绝依据《洁净空气法案》(Clear Air Act)对污染制造者作出禁令。^②

据此,一般在理论上认为行政不作为的概念具有以下法律内涵:

第一,行政不作为的实施者是行政主体。在我国,行政主体主要是指国家行政机关和法律法规授权的组织。

第二,行政不作为主要是违反了法定的作为义务。即行政主体具有相关职责,但在现实中没有履行法定职责。一般认为,法定义务的“法”主要指的是法律、法规,有时也认为应包含规章,而对于行政主体违反其他规范性文件规定的义务,是否构成行政不作为还有不同认识。

第三,在行政不作为中,行政主体应当履行的法定作为义务应该是有可能履行的义务,不可能履行的义务则不包括在内。如警察接到报警前往犯罪现场,在正常到达现场的过程中,犯罪行为实施完毕,则警察不应对其犯罪后果承担不作为的责任。

第四,行政主体没有在法定期限内履行法定职责。

尽管在理论上对行政不作为的内涵要素已经达成上述几项共识,但是在实践中,对行政不作为的具体判定仍然存在分歧,值得进一步分析和研究。

分歧之一,行政主体的义务是否仅来源于法律、法规和规章?

行政主体的法定义务当然主要来源于法律、法规、规章,但实际上,在现实生活中,仅仅依据法律、法规和规章往往难以确定某些行政职责的具体归属或主体,有必要将规章以下的规范性文件作为确定行政主体作为义务的依据。当然,规范性文件并不是作为义务的一种独立来源,而是法

^② Lisa Schultz Bressman, *Judicial Review of Agency Inaction: an Arbitrariness Approach*, *New York University Law Review*, November 2004, Vol. 79, p. 1657.