

司法判决中的行政不作为

章志远*

内容提要：对最高人民法院公布的80个行政不作为典型案例的实证分析表明，在行政不作为构成要件的把握上，人民法院业已形成了作为义务源自何处、有无现实作为可能以及是否已经作为的三重判断基准。这不仅修正了法律文本中义务来源单一化和不作为表现形态片面化的规定，而且通过个案特殊情境中危险预见可能性、避免损害发生可能性和公权发动期待可能性的权衡，建立了危险防止型行政不作为的判断标准。在行政不作为司法裁判方式的选择上，人民法院大体上形成了履行判决、确认判决和驳回诉讼请求判决三足鼎立的格局。不同类型判决的具体适用，有助于妥善处理司法独立判断、尊重行政裁量及私权有效保障的三重关系。

关键词：行政不作为 司法审查 判断基准 裁判方式

一、研究缘起与样本说明

“行政法的首要特征就在于它是一个处于持续不断变化中的学科。”〔1〕回顾各国行政法的发展历程，人们不难发现，行政法宛如一面时代的魔镜，映照出它所规制的社会生活的全貌。在奉行“最少干预最好政府”的自由法治国时代，行政的任务局限于消极地维持社会秩序和安全，行政法的使命则在于防范行政权的滥用侵害到个人权益；而在奉行“最多给付最好政府”的社会法治国时代，行政的任务除了秩序维护之外还需主动为个人的生存与发展提供各类给付，行政法的使命则从单纯保障私益不受侵犯发展到促成公共福祉的增进。〔2〕伴随着行政任务的多样化和复杂化，民众公权概念亦由侵害行政为中心时代的违法排除请求权嬗变为给付行政为中心时代的行政介入请求权。于是，行政不作为便成为现代行政法上的重要议题。

我国行政法学界对行政不作为问题的热切关注始于行政诉讼法的颁行。尤其近十年来，行政不作为业已成为国内行政法学研究中最为热门的课题之一。〔3〕我国法院系统新近也对行政不作

* 苏州大学法学院暨东吴公法与比较法研究所教授。

〔1〕 Bernard Schwartz, *Some Crucial Issues in Administrative Law*, 28 *Tulsa Law Journal* 793-794 (1993).

〔2〕 参见叶俊荣：《行政法案例分析与研究方法》，台湾三民书局1999年版，第9页以下。

〔3〕 笔者于2010年7月1日在CNKI中国知网的“中国期刊全文数据库”以“行政不作为”为关键词对1990—2010年间发表的法学论文进行检索，结果为928，其中2000—2010年结果为868，占93.53%；以“行政不作为”为题名进行检索，结果为420，其中2000—2010年结果为372，占88.57%。

为问题给予了异乎寻常的关注。^{〔4〕}综观既有的学术研究，论者大多表现出明显的语义学分析偏好，着力从概念解释的角度分析行政不作为的理论内涵、构成要件和表现形式，并附带探讨行政不作为的司法救济和赔偿责任，甚至还有论者主张以“怠于履行行政义务”或“怠于履行公共职能”取代“行政不作为”。^{〔5〕}这些研究对于丰富行政不作为理论、概括行政管理领域内的不作为现象乃至指导人民法院的行政审判活动都有一定的现实意义。不过，中国本土化行政不作为理论的建构固然离不开法教义学的阐释和外国经验的介绍，但更需要对本土司法经验与智慧的总结和提炼。如果研究者将目光投向我国的司法实务，就不难看出基层法院行政法官既没有拘泥于现行行政诉讼法的规定，也没有完全受制于行政法理论学说的束缚，而是在有限的制度空间内通过个案累积能动地拓展了行政不作为案件的受案范围，生成了行政不作为的判断基准，丰富了行政不作为的裁判方式。

本文拟通过阅读司法实践中若干行政不作为的典型判例，勾勒行政不作为案件在当下中国司法审查中的真实图景，进而提炼行政不作为判断基准和裁判方式的本土司法经验。鉴于《最高人民法院公报》和《人民法院案例选》所刊载行政案例具有权威性、典型性和指导性，已日益成为我国行政法学研究的重要素材，本文所运用的案例全部来自于这两个系列的文本。笔者通过检读发现，截止到2009年底，《最高人民法院公报》上公布的近90个典型行政案例中，涉及行政不作为的有8个；《人民法院案例选》上公布的近900个典型行政案例中，涉及行政不作为的有72个。这80个典型行政不作为案例涉及政府、公安、工商、劳动、卫生、民政、司法行政、国土资源、规划、房管、教育、财政、建委、学校、邮电局等24类国家行政机关和法律法规授权组织，比较全面地反映了目前司法实践中行政不作为案件的现状，构成了本文的基础性研究资料。

总体上看，在这80个行政不作为案例中，法院以判决方式结案的比例和原告胜诉的比例都大大高于全国行政案件的平均水平。其中，以履行判决结案的38个，以确认判决及赔偿判决结案的12个（含1个案件通过调解赔偿），以驳回诉讼请求判决结案的15个（含1个案件同时给予原告经济照顾），以维持判决结案的4个，裁定驳回起诉的6个（含1个案件同时发出司法建议、1个案件被撤销并继续审理），裁定不予受理的1个，撤诉的4个（含3个因被告改变原告主动申请撤诉的）。统计结果表明，原告胜诉有56个，占70%。其中，在以公安机关为被告的12个案件中，原告胜诉9个，占75%；在以一级人民政府为被告的18个案件中，原告胜诉15个，占83.3%。

过高的胜诉率或许在一定程度上降低了这些案件的代表性，但也从一个侧面反映了人民法院在行政不作为案件司法审查上的能动主义立场，进而契合了本文提炼行政不作为司法审查本土经验的旨趣。在下文的研究中，笔者将通过对这80起典型行政不作为案件法院裁判过程及判决结果的分析，试图捕捉以下富有价值的信息：人民法院在具体个案情境中是如何认定被告构成行政不作为的？在这种复杂的司法决断作出的背后，人民法院究竟动用了哪些智识资源？人民法院的行动逻辑是否能够上升为具有普适性的司法判断基准？人民法院在认定被告构成行政不作为之后又是通过何种裁判方式积极回应原告诉求的？哪些方式更有助于原告权益的切实维护且又能够合理消解司法权僭越行政权的质疑？这项研究的展开有望通过司法经验元素的引入，形成能够有效解决中国行政审判难题的行政不作为理论。

〔4〕 例如，最高人民法院公布的2010年19项重点调研课题中唯一的行政审判课题就是“行政不作为诉讼”，参见《人民法院报》2010年1月29日。此外，最高人民法院2010年主办的全国法院系统第22届学术讨论会的主题是“审判权运行与行政法适用问题研究”，其中的分论题之一就是“行政不作为的合法性审查标准”。

〔5〕 参见杨小军：《怠于履行行政义务及其赔偿责任》，《中国法学》2003年第6期；林卉：《怠于履行公共职能的国家赔偿责任》，《法学研究》2010年第3期。

二、行政不作为的司法判断基准

尽管行政不作为在行政法学理上是一个聚讼纷纭的概念,但司法实务所理解的行政不作为却并未与学理完全吻合,甚至也没有机械固守行政诉讼法第11条第1款的规定。^{〔6〕}综观行政审判实践中的典型案例,司法实务视野中的行政不作为指的是行政主体不履行作为义务的状态,至于作为的义务从何而来、有无作为的现实可能、究竟是否已经作为,则是个案之中具体的司法判断问题。从本文所考察的80起典型行政不作为案件来看,人民法院大体上已经形成了“作为义务源自何处——有无现实作为可能——究竟是否已经作为”的三重判断基准。这些基准不仅适用于较易判断的“许可满足型行政不作为”案件,同样能够适用于相对复杂的“危险防止型行政不作为”案件。

(一) 作为义务源自何处

“行政不作为之违法,乃请求国家赔偿及其他行政救济之要件,而所谓行政不作为之违法,即是指违反作为义务之谓,故如何导出作为义务实为行政不作为是否违法之判断前提。”^{〔7〕}关于作为义务之来源,人民法院在行政审判中通过具体个案的累积形成了作为义务来源多样化的格局,在很大程度上消除了“行政不作为就是不履行法定职责”片面理解的影响。

1. 源自法律规范。“职权法定”是现代行政法的基本原则,法律规范自然是行政机关作为义务最重要的来源。按照我国现行的立法体制,这里的法律规范包括法律、法规和规章。从具体的规定模式上看,既有法律规范直接设定行政机关负有某种特定的作为义务,也有法律规范通过授予行政机关某种职权或职责间接规定作为义务,甚至还可通过授予行政相对人某种请求权来间接规定行政机关的作为义务。例如,在“汤晋诉当涂县劳动局不履行人身权、财产权法定职责案”中,法院对被告的作为义务作了比较完整的推断:首先,根据劳动法第88条第2款有关“任何组织和个人对于违反劳动法律、法规的行为有权检举和控告”的规定,原告汤晋认为建材公司违反劳动法律、法规,损害了自己的合法权益,写信要求查处,是行使公民的正当权利;其次,根据劳动法第9条第2款有关“县级以上地方人民政府劳动行政部门主管本行政区域内的劳动工作”的规定,原告汤晋向当涂县劳动局投诉是适当的;再次,根据劳动法第85、86、91条的规定,当涂县劳动局有责任也有权力对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督、检查和处理;最后,根据劳动法第87条的规定,物资局作为政府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。至此,法院认为,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,不能认为其已经履行了法定职责。否则,法律赋予公民的检举、控告权利就会形同虚设。^{〔8〕}在另一起因原告投诉所在单位违反劳动法超时加班而要求劳动行政机

〔6〕我国行政诉讼法第11条第1款第4、5项分别规定了两类行政不作为案件,即“认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照,行政机关拒绝颁发或者不予答复的”和“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”。前者可称之为“依申请型行政不作为”或“许可满足型行政不作为”;后者虽也有“申请”字样,但行政主体的作为义务却是基于某种法定事实而非相对人的申请而发生,因而实则“依职权型行政不作为”或“危险防止型行政不作为”。一般来说,前者的判断因法律规范有明确规定而较为简单,而后的判断则因个案情境的差异而更加复杂。从最高人民法院公布的典型行政不作为案例来看,法院所受理的“依职权型行政不作为”案件已经大大超越了“保护人身权、财产权”的狭小范围,申请工商机关查处违法医疗广告或查处不正当竞争、申请科技局组织科技成果鉴定、申请镇政府撤销虚假婚姻登记、申请财政局等行政机关甄别企业性质等新型案件不断涌现,反映出人民法院在行政不作为案件审理上罕见的能动主义立场。

〔7〕王和雄:《论行政不作为之权利保护》,台湾三民书局1994年版,第280页。

〔8〕《最高人民法院公报》1996年第4期。

关查处的案件中，受案法院也对劳动行政机关的作为义务做了类似的司法阐释。^{〔9〕}

2. 源自行政规范。在我国，各级各类国家行政机关出于行政管理的需要，都会发布大量的行政规范。就行政法治主义的立场而言，这些行政规范当然不能在法律之外自我授权，但并非不能为行政机关自身设定特殊的作为义务。事实上，行政机关的这种自设拘束更符合给付国家时代对积极行政的需要。在很多典型行政不作为案件中，法院都坚持将行政规范看作作为义务的重要来源。例如，在“溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案”中，二审法院最终认定溆浦县邮电局负有开通“120”急救专用电话的义务，该义务是由湖南省卫生厅、湖南省邮电局（1997）15号文件《关于规范全省“120”医疗急救专用电话管理的通知》所设定的。^{〔10〕}在“中国光大银行诉武汉市人民政府不履行法定职责案”中，一、二审法院都认为，依据国发（2000）15号《国务院批转财政部国家计委关于进一步加强外国政府贷款管理若干意见的通知》的规定，武汉市人民政府对已实行重组、改组的转贷款项目负有确定债务人和担保人的法定职责。^{〔11〕}在“安子龙诉蔚县财政局等五单位甄别企业性质不作为案”中，受案法院也认为，根据国家财政部、国家工商管理总局、国家经济贸易委员会和国家税务总局1998年3月24日下发的《关于印发〈清理甄别“挂靠”集体企业工作的意见〉的通知》的规定，地方财政等行政部门负有甄别集体企业性质的法定职责。^{〔12〕}从这些新类型的不作为案件来看，法院大多已将“法定义务”中“法定”的外延拓展至行政规范，无疑是值得关注的司法新动向。

3. 源自行政行为。就内容而言，很多行政行为都为相对人设定了某项具体的权利，只要该行为没有经过正式程序被撤销，作出该行为的行政机关就必须受其拘束，自觉履行该行为所课予的义务，以保障相对人对该行为的信赖利益。可见，行政机关的作为义务也可以直接来源于其自己所作的行政行为。在“林曦诉福州市台江区人民政府拒绝履行拆迁后安置住房法定职责案”中，二审法院认为，台江区人民政府在建海新村拆迁改建工作中，根据拆迁政策作出的《关于唐登福、林曦拆迁房屋安置的通知》确认林曦享有拆迁安置的权利，是具体行政行为的表现形式，具有法律效力。台江区人民政府在作出这一通知后两次为林曦安排了过渡房，至今没有经法定程序作出否定或撤销该拆迁安置通知的决定，因而该通知仍然是有效的。为此，台江区人民政府自然就应该履行为林曦合理安置住房的义务。^{〔13〕}相比较一审法院以林曦不符合《福州市建设拆迁安置办法》规定的安置条件而否定台江区人民政府负有履行职责义务而言，二审法院的阐释和判断更为合理，有助于原告正当权益的切实维护。

4. 源自行政契约。尽管行政契约在行政法学者与民法学者之间曾经发生过激烈碰撞且至今还未有统一认识，但在公共治理实践中却得到了越来越广泛的运用。透过有限的司法实务，人们同样能够看到在司法判决的字里行间充盈着法官对行政契约的默认乃至遵从。在“李文英请求泸州市江阳区卫生局履行行政合同安排工作案”中，一、二审法院都认为，原告与被告签订的行政合同有效，被告在签订行政合同后，已经按合同约定将原告协调安排到乡镇卫生机构就业，用人单位未予接受原告，其责任不在被告，被告已按行政合同履行了义务。^{〔14〕}对作为义务源自行政契约的

〔9〕“仇亚东等诉广州经济技术开发区劳动和社会保障局不履行法定职责案”，参见最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2005年第2辑，人民法院出版社2006年版，第448页以下。

〔10〕《最高人民法院公报》2000年第1期。

〔11〕《最高人民法院公报》2004年第10期。

〔12〕最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2000年第4辑，人民法院出版社2001年版，第336页。

〔13〕最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选·行政卷·下》（1992—1999年合订本），人民法院出版社2000年版，第963页。

〔14〕最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》（2004年行政·国家赔偿专辑），人民法院出版社2005年版，第336页以下。

认可，不仅提升了行政契约在现实生活中的实际地位，也拓展了行政不作为案件的受案范围。

5. 源自先行行为。按照我国台湾学者王和雄先生的理解，“作为起因性不作为乃系因行政之作为造成违法或危险之状态在先，而未阻止其结果发生于后之情形，其本质乃作为与不作为相结合致全体过程发生疏忽，并非典型之行政不作为情形。”^{〔15〕}这种由行政机关自身的某种先行行为而引起的作为义务也是比较常见的情形，往往表现为行政机关负有一种更为严格的义务。在涉及公安机关的12起典型行政不作为案例中，有2例即是特殊作为义务源自先行行为的情形。其中，在“刘桂兰诉昆明市公安局官渡分局不履行法定职责行政赔偿案”中，一、二审法院均认为，被告接警将被他人殴打致伤的杜文华带到派出所之后，在特定的环境中便负有监护伤者的责任。但是，被告在杜文华一直未清醒的8个多小时里，没有积极采取相应的救助措施致使杜文华死亡，构成了行政不作为。^{〔16〕}在该案中，被告积极救治的作为义务即来自于其将伤者抬至派出所的先行行为。在“何川江诉成都市公安局成华分局行政不作为案”中，二审法院认为，成华分局下属派出所的民警将治安纠纷双方安排在同一办公室进行调解，双方具有矛盾激化、引发新纠纷的危险，民警具有保障双方安全、避免和阻止危险发生的义务。但是，办案民警却在没有采取相应防范措施的情况下离开了办公室，致使双方发生冲突，何川江受伤。被告的行为是未完全履行职责，构成了行政不作为。^{〔17〕}在该案中，被告防范冲突升级的作为义务即来自于其将纠纷双方安排在同一办公室进行调解的先行行为。

值得注意的是，作为行政不作为判断基准之一的“作为义务”必须是一种现实而非抽象、特定而非一般的义务。在“宋国云等九人诉国土资源部等六部委不履行监督管理职责案”中，一、二审法院均认为，被起诉的六部委在法律规范层面确实存在监督下级机关违规行为的抽象作为义务，但这种义务不是现实的特定的行政作为义务，上级行政机关怠于履行该监督管理职责不构成行政不作为。同时，这种监督管理只是行政机关内部的一种层级监督行为，对相对人的权利义务并不产生实际影响。因此，法院作出了不予受理的裁定。^{〔18〕}

（二）有无现实作为可能

是否存在特定的作为义务只是行政不作为司法判断的第一重基准。当某个行政机关具有特定的作为义务时，接下来的判断基准就应当是具体个案中有无作为的现实可能。以颁发证照为表现形式的许可满足型行政不作为而言，因存在法定期限和实体审查标准，有无现实作为可能的判断比较容易。相比之下，以行政机关是否严格履行监管职责避免损害发生为表现形式的危险防止型行政不作为的判断则更为复杂。作为一类最典型的行政不作为形态，危险防止型行政不作为是指“行政机关对于存在于自然界或社会上之危险及第三者行为所生之危险，未能适当行使规制或取缔权限致生损害的行为”。^{〔19〕}随着2005年“松花江水污染事件”和2008年“三鹿奶粉事件”等公共安全事件的发生，追究监管部门不作为责任的呼声渐起。^{〔20〕}新近发生于深圳的“太空迷航事件”中，追究相关监管部门的不作为责任也引起了媒体的关注。^{〔21〕}

危险防止型行政不作为的第二重判断基准——有无现实作为可能之所以异常复杂，其原因在于法律往往赋予了行政机关针对个案具体情形作出相应处置的裁量余地。为此，在司法审查中，法院

〔15〕 前引〔7〕，王和雄书，第279页。

〔16〕 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2007年第2辑，人民法院出版社2007年版，第471页。

〔17〕 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2007年第3辑，人民法院出版社2008年版，第455页。

〔18〕 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2007年第1辑，人民法院出版社2007年版，第477页以下。

〔19〕 前引〔7〕，王和雄书，第279页。

〔20〕 参见曾姗：《松花江污染事件是否存在行政赔偿的法律空间——从行政不作为违法的角度看》，《法学》2006年第2期；张素华：《论行政不作为侵权的责任承担——以三鹿奶粉事件为中心的研究》，《法学评论》2010年第2期。

〔21〕 参见黄秀丽：《“太空迷航”能否被惩罚性赔偿》，《南方周末》2010年7月8日。

就必须深入具体的个案情境，通过对法律规定、公众期待、行政执法能力、客观条件等相关因素的综合考量，最终对行政机关有无作为的可能作出合乎个案实情的准确判断。在我国，公安机关是最重要的危险防止机关之一。最高人民法院曾于2001年7月专门针对“李茂润诉四川省阆中市公安局不作为案”作出批复，首次明确承认了公安机关行政不作为的赔偿责任。在司法实践中，公安机关行政不作为案件也一直占据较大比重。就本文所考察的80起典型行政不作为案件而言，除去以一级人民政府为被告的18件外，在以具体行政部门或授权组织为被告的62件案件中，公安机关为被告的有12件，居于榜首。在这12起公安机关行政不作为案中，有5起案件都因公安机关对自然界、社会及第三人所生危险未履行规制权限致损而发生。深入分析这5起行政不作为案件中法院对“有无现实作为可能”的情境判断，无疑能够提炼中国式危险防止型行政不作为司法判断的智慧。

表1 人民法院对危险防止型行政不作为之情境判断

案件来源	案件名称	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	判断结果
《最高人民法院公报》2003年第2期	卢琛琰诉卢氏县公安局110报警不作为行政赔偿案	凌晨3时,知情人两次拨打110报案,被告完全能够预见财物被盗的结果	作案人作案长达20多分钟,110接警后有足够时间出警,避免财物被盗损害的发生	失主不在门市部无法自救,依据社会通念也不能苛求知情人制止,只能期待公安机关到现场查处	不作为的行为违法
《人民法院案例选》2003年第1辑	解风歧因呼图壁县公安局不履行法定职责造成其子被杀害要求行政赔偿案	三名警察接报出现场后,目睹精神病人持刀行凶,完全能够预见群众生命受严重威胁的危险	从当时环境、警力情况看,三名警察如抓住行凶者跪地拍打自己头部的有利时机将其制服,能够避免损害发生	面对处于发狂状态、攻击性特别强的精神病人持刀行凶,被害人无力自救,只能期待警察择机制服	属不作为违法
《人民法院案例选》2003年第4辑	刘彩勤等诉资兴市公安局不履行法定职责申请行政赔偿案	派出所接到报案后,能够预见到可能发生报复行凶的损害后果	从接警到刘蜀湘被捅致死仅半小时左右,被告如及时出警,有可能避免死亡结果发生	加害一方人多势众,受害者势单力薄无法自救,只能期待警察出警施助	被告行为构成不履行法定职责
《人民法院案例选》2004年行政·国家赔偿专辑	张志发申请上海市公安局普陀分局行政赔偿案	派出所接警之后及时出警,依当时现场情况难以预见醉酒倒地者会死亡,也难以预见家属会久候不至	警察采取了走访邻居、查明身份、多次且及时通知家属、看护现场、久候家属之后通知120急救中心等积极救助措施,难以避免死亡结果的发生	通知家属是警察处理醉酒者的惯用做法,家属知悉情况后无正当理由未及时赶到,延误了自救时机	被告已履行法定义务,不构成不作为
《人民法院案例选》2008年第1辑	方某某诉广州市公安局白云区分局行政不作为及请求国家赔偿案	派出所两次接警之后都及时赶到现场,依外观特征根本无法判断方某处于病重状态	警察出警之后采取了问话、搀扶、提供饮食、联系家属等积极而合理的救助措施,无法避免死亡结果的发生	按照社会通念,不能苛求不具备医学专门知识的警察作出专业的医学判断,死者本人及其身为医生的家属也延误了自救时机	被告已履行法定职责,不存在不作为的情形

王和雄先生在总结日本法上有关危险防止型不作为构成学说及判例的基础上,提出应从“被害法益之对象性、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及规制权限发动之期待可能性”等五个方面加以综合判断。^{〔22〕}就表1所考察的5起典型行政不作为案件来说,所侵害法益的重要性和紧迫性自不待言,最为重要的判断还是围绕另外三个要素展开。其中,危险预见可能性是指行政机关对于危险的发生能够预见或者具有容易预见的可能性;避免损害发生可能性是指行政机关通过采取相应的防止措施避免所预见损害的发生;公权发动期待可能性是指仅凭被害者的个人努力无法排除危险而根据社会通念期待行政机关发动公权进行规制。

在上述5个典型案例中,除“卢琛琰案”因被告接警后无任何理由而没有出警较易判断构成行政不作为外,其余4个案件中警察或与报警者有过正面接触并作出初步回应,或及时赶赴现场采取了一系列积极防止措施但仍然发生了伤亡后果,因而更难判断究竟是否构成行政不作为。尤其是“解风歧案”,警察究竟是否具有制服行凶者的机会与可能,必须立足当时的现场环境和力量对比作出相对合理的判断。正如该案二审法院在判决中所言:“上诉人呼图壁县公安局的民警李会枝在执行职务时,明知精神病人甘忠茂持利器有很大的危害,却没有在甘忠茂跪下用刀拍打自己头部的有利时机将其制服,导致其将被害人解平砍伤致死。这应认为是公安机关不履行法定职责所造成的伤害后果,上诉人应依法承担赔偿责任。”^{〔23〕}可见,司法实践在危险防止型行政不作为构成要件判断上坚持了综合权衡原则。

具体来说,人民法院对危险防止型不作为“有无现实作为可能”要件的情境判断是三阶式的:首先,行政机关是否能够预见到危害结果的发生,这需要结合案件当时的客观情况和行政机关自身的认知能力加以判断。例如,在“刘彩勤案”中,马杜前往派出所报案时已经说明了对方可能会报复打架的情况,因而值班民警完全能够预见到可能发生报复行凶的损害结果。其次,行政机关能否通过规制权限的行使避免损害结果的发生,这需要结合时间是否及时、处置是否积极等因素进行考量。例如,在“张志发案”及“方某某案”中,警察都及时赶到现场,并根据现场情况和执法惯例采取了一系列积极的救助措施,可以说已经最大限度地履行了法定职责,按照生活常理,这些积极的救助措施是能够避免其可能预见的损害结果发生的。最后,被害人自身是否无法排除危险发生进而只能期待行政机关行使规制权限,这需要结合被害者自救的可能性、一般社会通念等因素加以分析。正如“张志发案”一审法院在判决中所言:“本案在张朱明醉酒倒地事件中,其亲属接到救助电话后理应积极作为,然无任何理由在两小时内仍未到现场,不仅自己延误对亲属醉酒后的救助时间,还误导了处警民警对醉酒者采取进一步措施的判断。”^{〔24〕}

(三) 究竟是否已经作为

在作为义务源自何处、有无现实作为可能均获得肯定判断之后,行政不作为是否构成的最后判断基准就是究竟是否已经作为。这涉及作为与不作为界限的认定以及不作为的具体表现形态。在我国行政法学理上,一种流行的观点认为应当从形式意义上理解行政不作为,并将明确拒绝的行为视为否定性作为而排除在行政不作为之外。^{〔25〕}从对当事人充分有效救济以及法定职责的全面准确理解上来看,这种做法或许并不可取。“行政不作为的类型以行政机关消极的不为任何行为(即单纯不作为)最为普遍,但从人民权利保护的观点来看,行政机关积极拒绝人民的请求,对人民而言在结果上与单纯不作为并无任何差异,因为人民所得到的都是零。”^{〔26〕}其实,最高人

〔22〕 前引〔7〕,王和雄书,第297页以下。

〔23〕 最高人民法院应用法学研究所编:《人民法院案例选》2003年第1辑,人民法院出版社2003年版,第446页。

〔24〕 前引〔14〕,最高人民法院应用法学研究所编书,第478页。

〔25〕 参见周佑勇:《论行政不作为》,载罗豪才主编:《行政法论丛》第2卷,法律出版社1999年版。

〔26〕 蔡茂寅:《论行政不作为之救济问题——以行政争讼形式之检讨为中心》,载《行政诉讼论文汇编》第1辑,台湾“司法院”1998年印行,第246页。

民法院在 2004 年 1 月 14 日下发的《关于规范行政案件案由的通知》中已经解决了上述认识问题。根据该通知的规定，不作为类案件案由的确定方法是：以“诉”作为此类案件案由的第一个构成要素；以行政主体的类别作为第二个构成要素；以不履行特定行政职责或义务作为第三个构成要素。鉴于行政诉讼法第 11 条已将拒绝履行和不予答复作为不履行法定职责的两种表现形式，因而拒绝作为无疑属于行政不作为类案件。在本文所考察的 80 个典型行政不作为案件中，有多起案件就因拒绝颁发毕业证及学位证、不予接收教师、无故停发抚恤金、不予法律服务执照注册、拒绝办理独生子女证、不予幼儿园登记注册、拒绝安置住房等拒绝作为而引发。

除了较易判断的拒绝作为、不予答复及拖延履行之外，司法实践中还存在其他一些行政不作为的具体表现形态。尤其是在危险防止型行政不作为的认定过程中，“没有实施防止危害的行为”和“没有实施最终防止危害结果发生的行为”即是两种典型的不作为表现形态。在“陈芝英等因上海市公安局静安分局对羁押人在被关押期间因病未及时治疗而致死亡申请行政赔偿案”中，法院认为，被告因“未采取及时有效治疗措施致羁押人死亡”应承担赔偿责任。^{〔27〕}至于后者，其主要表现就是行政机关虽然已经实施了一定的行为，但该行为并没有有效防止危害结果的发生，因而还不能算作完整的作为（即不完整作为），类似于有的学者所概括的“形式作为而实质不作为的行政行为”。^{〔28〕}

在《人民法院案例选·行政卷·下》（1992—1999 年合订本）中，有 3 例起诉规划局不作为的典型案件。这 3 起案件都因要求规划局查处违章建筑保障原告相邻权而生，且被告都采取了相应的措施，但最终仍被法院认定为不作为。

表 2 不作为表现形态之一的不完整作为之判断

案件名称	是否立案 组织查处	是否作出 处理决定	是否送达 告知原告	是否督 促履行	是否申请 法院执行	是否属于 不完整作为
王宗孝诉连云港市规划局不履行规划管理职责案	√	√	×	×	×	√
刘秀兰诉沈阳市皇姑区规划土地局不履行规划管理职责案	√	×	×	×	×	√
张福康诉上海市徐汇区规划土地管理局不申请人民法院强制执行案	√	√	√	√	×	√

在上述 3 个典型案例中，人民法院对不完整作为的判断是立足于行政活动的过程展开的，凡是行政活动过程中某一环节缺失的即可认定为不完整作为。除此以外，法院也注意从行为的内容上来判断作为的完整性。例如，在“绩溪县黄山塑胶制瓶厂诉绩溪县建设委员会不履行法定职责案”中，被告抗辩已于 2005 年 1 月 14 日向拆迁人康达公司发出了《关于妥善处理房屋拆迁中有关问题的通知》，告知康达公司依法处理好与原告在房屋拆迁中的有关问题，主张其已经履行了职责。一审法院认为：“该通知从内容上看，不具有对违法拆迁行为作出相应处理并责令停止不合法拆迁行为等履行职责的实质内容，故被告的抗辩主张不能成立。”二审法院也认为：“该通知发出后，康达

〔27〕 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2001 年第 2 辑，人民法院出版社 2001 年版，第 419 页。

〔28〕 “所谓形式作为而实质不作为的行政行为是指行政主体虽然启动了行政程序但是并未实质性地履行法定义务的行为，其主要表现为行政主体方法、措施、手段不当，或者未尽到注意义务，或者根本就没进行实质性行为，且从常理上就便于认知的行政行为。”黄学贤：《形式作为而实质不作为为行政行为探讨——行政不作为的新视角》，《中国法学》2009 年第 5 期。

公司并未停止其违法行为，故该通知内容不具有对违法拆迁行为予以处理的内容。”〔29〕可见，就没有实施最终防止危害结果发生的行为这一最为复杂的行政不作为表现形式而言，不仅有行为过程视角的客观判断，还有行为内容及结果视角的主观判断。正是通过这种主客观标准相结合的个案情境判断，行政不作为的具体表现形态才得以丰富起来，进而有效弥补了现行法律在这一问题上的片面化规定。

三、行政不作为的司法裁判方式

行政不作为案件的裁判涉及司法独立判断的维护、行政机关裁量的尊重及相对人私权的有效保障等三个重要的价值维度。除裁定不予受理、驳回起诉及撤诉外，法院在典型行政不作为案件中实际动用了履行判决、驳回诉讼请求判决、确认违法赔偿判决及维持判决等四种判决形式。鉴于维持判决与依诉请裁判法理相冲突，此类判决在行政不作为案件中并无多少适用空间。〔30〕因此，在行政不作为案件司法裁判方式的选择上，人民法院大体上形成了履行判决、确认违法赔偿判决和驳回诉讼请求判决三足鼎立的格局。当然，在典型行政不作为案件的处理过程中，法院时常也会采取比较灵活的方式化解纠纷真正实现“案结事了”。例如，在“孙庆龙诉新化市教育局等不履行办理入学及进编手续法定职责案”和“谢启川诉龙岩市国土资源局限期履行职责案”中，法院虽然分别作出了驳回起诉裁定和驳回诉讼请求判决，但为充分保护行政相对人合法权益，还及时向两案被告发出司法建议，起到了保护原告利益和规范行政执法的实际效果；〔31〕在“席福宗诉笃忠乡人民政府不履行法定职责案”中，法院在判决驳回原告要求增加定补的诉讼请求之外，还从实际出发判决被告给予原告经济照顾、继续给予原告优待，实现了办案法律效果与社会效果的统一。〔32〕

（一）特定内容与一般内容之履行判决

履行判决一般是法院在行政不作为业已构成且作为义务仍有履行的必要时，根据当事人的诉讼请求而作出的。就当事人提起行政不作为诉讼的现实目的而言，大多是希望法院以判决形式命令行政机关作出其已申请并遭受拒绝或根本未予实体决定的行政行为。正如我国台湾学者黄锦堂先生所言：“由行政法院直接判决行政机关必须做成一定内容之行政处分，对当事人而言，可免去不精确（夜长梦多）之苦，也可防患行政机关假借事实调查而绝地反攻，从而就国家总体资源之配置而言系属有效之设计；除此之外，由行政法院以客观第三人之立场就此类型之案件直接加以裁判，长年以往，也可收去除行政机关滥权或恣意之功效。”〔33〕在本文所考察的80个典型行政不作为案件的裁判中，履行判决是其中最主要的一种判决方式。

履行判决中最为关键的问题就是法院应当如何确定行政机关履行职责的内容。一旦处理不好，其结果要么侵犯到行政机关的裁量自由，要么难以有效保护当事人的合法权益甚至增加诉累。在这个问题上，德国课予义务诉讼中的“裁判时机成熟”理论提供了较为可行的解决思路。根据德国行政法院法第113条第5款的规定，应以“案件成熟”（亦称“裁判成熟”）作为课予义务判决的要件。具体言之，凡是案件已经达到可裁判的程度，法院即可作出命行政机关做成原告所申请内容的行政行为；反之，如果案件尚未达到可裁判程度，法院只能作出命行政机关遵照其法律见解对于原告作出相应决定。前者通常被称为“命为处分判决”，后者则被称为“命为决定

〔29〕 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选》2006年第3辑，人民法院出版社2007年版，第458页以下。

〔30〕 早在数年前，直接参与《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》起草工作的甘文法官就曾指出：“驳回诉讼请求的判决形式应当进一步扩大，在条件成熟的时候，最终替代维持判决。”甘文：《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》，中国法制出版社1999年版，第159页。

〔31〕 前引〔14〕，最高人民法院应用法学研究所编书，第189、262页。

〔32〕 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2000年第1辑，人民法院出版社2000年版，第335页。

〔33〕 黄锦堂：《德国课以义务之诉之研究》，载《行政诉讼论文汇编》第一辑，台湾“司法院”1998年印行，第318页。

判决”或“答复判决”。〔34〕至于裁判时机成熟的内涵，主要是指案件所有的事实与法律要件均已具备：一方面，案件事实已经明确，即“该案之法律要件有关之事实客观上均已达到明确之程度，从而行政法院可以就之加以判决”；另一方面，原告所申请的行为是羁束行政行为，或者虽是行政裁量行为但“裁量已缩减为零”。〔35〕

表3 人民法院作出履行判决时针对裁判时机是否成熟的判断

案件来源	案件名称	事实明确	羁束行为	裁量行为	判决内容
《人民法院案例选·行政卷·下》1992—1999年合订本	郑小榕诉三明市梅列区计划生育局拒绝为其办理独生子女证案	√	√	×	梅列区计划生育局应在判决送达之日起5日内为郑小榕办理其子黄可镇的独生子女证
《人民法院案例选·行政卷·下》1992—1999年合订本	王秀英诉合江县参宝乡人民政府不予发给《五保供养证书》案	√	五保供养对象 √	五保供养内容 √	限被告在接到王秀英申请后一月内发给其《五保供养证书》并落实五保供养内容
《人民法院案例选·行政卷·下》1992—1999年合订本	张福康诉上海市徐汇区规划土地管理局不申请人民法院强制执行案	√	√	×	责令被告在判决生效后15日内履行申请执行的法定职责
《最高人民法院公报》2005年第7期	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案	学籍 √ 学位证书相关材料 ×	毕业证书 √ 派遣手续 √	学位证书 √	被告在判决生效之日起30日内向原告颁发大学本科毕业证、在判决生效之日起60日内召集本校学位评定委员会对原告的学士学位资格进行审核、在判决生效之日起30日内履行向当地教育行政部门上报原告毕业派遣的有关手续的职责
《人民法院案例选》2000年第1辑	陈明扬诉古蔺县玉田乡人民政府不予发放军属优待金案	√	√	×	被告在判决生效后一个月内发放原告应得的1998年度军属优待金200元和两次立功奖金200元
《人民法院案例选》2003年第1辑	朱秀梅诉如皋市人民政府不依法履行颁发房屋所有权证案	√	√	×	责令被告在判决生效之日起30日内向原告核准颁发房屋权属证书
《最高人民法院公报》2005年第7期	杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责案	√	√	×	被告自判决生效之日起60日内颁发原告毕业证书

〔34〕 受德国立法的影响，我国台湾地区新行政诉讼法第200条也作出了与此极为类似的规定。该条第3项规定：“原告之诉有理由，且案件事实明确者，应判令行政机关作成原告所申请内容之行政处分。”第4项则规定：“原告之诉虽有理由，惟案件事实尚未臻明确或涉及行政机关之行政裁量决定者，应判令行政机关遵照其判决之法律见解对原告作成决定。”

〔35〕 参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第443页以下；吴绮云：《德国给付行政诉讼之研究》，台湾“司法院”1995年印行，第66页以下。

就本文所关注的38个行政不作为案件的履行判决而言,其间也充斥着对裁判时机是否成熟的艰难抉择。总体上看,法院在是否作出具有明确履行内容的判决上表现出明显的审慎态度。在38个履行判决中,有特定内容的仅5个,有一般内容的31个(含1个有特定内容的一审履行判决被二审改变的),另有2个为混合型判决。

在上述7个典型的具有特定内容的履行判决中,最值得称道的就是“田永案”。法院在该案中对裁判时机是否成熟的把握颇有可圈可点之处:首先,法院通过对案件事实深入而详细的调查,分析得出原告学籍并未被取消的结论。既然原告具有学籍,那么被告自然就有义务根据有关教育法律规范的规定给原告颁发相应的学历证明,以承认其具有相当学历。换言之,此时不仅案件事实已经明确,而且颁发学历本身属于必须严格遵照法律规定做出的羁束行政行为。其次,按照学位条例的有关规定,大学本科生在毕业后可以授予学士学位。鉴于学士学位的授予尚牵涉到对毕业生毕业成绩、毕业鉴定等诸多材料的审核,原告究竟是否完全符合学士学位的授予条件还需要经过必要的审查。换言之,此时不仅案件事实尚未完全明确,而且被告对是否颁发学士学位证还享有裁量权,显然不能直接做出课予义务判决。最后,按照《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》的相关规定,高校有义务将取得大学毕业资格的毕业生的有关资料及时上报所在地教育行政主管部门,以供其审查和颁发毕业派遣证。既然原告田永具有学籍,能够取得大学毕业资格,那么被告就有责任将其材料上报当地教育行政主管部门。换言之,此时不仅案件事实已经明确,而且办理派遣手续本身属于必须严格遵照法律规定做出的羁束行政行为。“田永案”中法院对裁判时机是否成熟的三重判断,较好地处理了尊重行政机关裁量自由与有效保障行政相对人合法权益之间的关系,其间蕴涵了弥足珍贵的本土司法智慧。

在38个履行判决中有2个经过二审作出的改判同样值得关注。上表中的“郑小榕案”一审判决是“被告梅列区计划生育局应在判决生效之日起10日内履行为原告郑小榕办理独生子女证的法定职责”,这实际上是仅具有一般内容的答复判决。按照这一判决,原告是否能够取得独生子女证尚无法确定,其合法权益自然得不到有效保护。有鉴于此,二审法院以一审判决“用词不准确”为由直接改成具有特定内容的履行判决。^[36]在“林惠明诉厦门市公安局同安分局不履行法定职责案”中,一审法院作出了具有明确内容的履行判决,即“被告应于判决生效之日起一个月内对违反治安管理人吕贯彻作出处罚决定”。二审法院在肯定原审认定的主要事实清楚、证据充分的同时,以一审判决主文“直接要求上诉人对吕贯彻作出处罚决定不当”为由将其改为“上诉人于判决生效之日起一个月内履行法定职责”的答复判决。^[37]这种审慎处理恪守了司法权的边界,表现出对公安机关处理治安纠纷所拥有的裁量自由的充分尊重。两个案件一、二审判决的内容虽然截然不同,但都反映出二审法院对个案裁判时机是否成熟、是否需要尊重行政裁量的准确把握,无疑是中国式履行判决裁判时机问题司法实务经验的生动体现。

(二) 驳回诉讼请求判决的具体适用情形

驳回诉讼请求判决是《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》第56条新增的一类判决形式,适用的情形之一就是“起诉被告不作为理由不能成立的”。驳回诉讼请求判决的增加弥补了现行行政判决方式的不足,尤其是避免了行政不作为不能成立时不得不选择维持判决的尴尬。不过,由于《解释》本身并没有就“不作为”及“不作为理由不能成立”作出明确的界定和列举,不作为案件中驳回诉讼请求判决的具体适用就几乎完全依赖于司法机关的自觉。

在本文所考察的80起典型行政不作为案件中,法院除了在15个案件中针对不作为理由不能成立使用了驳回诉讼请求判决外,还在其他一些案件中驳回了原告的某些特殊诉讼请求,从而使这

[36] 前引[13],最高人民法院应用法学研究所编书,第614页。

[37] 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2003年第2辑,人民法院出版社2003年版,第398页以下。

一判决形式得到了较为灵活的运用。本文所关心的是，司法实务究竟发展出哪些“不作为理由不能成立”的情形？深入解读 15 个典型不作为案件驳回诉讼请求判决的理由，能够归纳出这一判决方式的具体适用情形。

表 4 驳回诉讼请求判决的具体适用情形

适用情形	案件名称及来源
被告无特定作为义务	中国光大银行诉武汉市人民政府不履行法定职责案(《最高人民法院公报》2004 年第 10 期) 张南山诉惠州市劳动局不履行法定职责案(《人民法院案例选》2001 年第 2 辑) 谢启川诉龙岩市国土资源局限期履行职责案(《人民法院案例选》2004 年行政·国家赔偿专辑) 宣杏花等诉上海市长宁区城市规划管理局要求履行法定职责案(《人民法院案例选》2000 年第 1 辑) 席福宗诉笃乡人民政府不履行法定职责案(《人民法院案例选》2000 年第 1 辑)
原告不符合许可条件	锦云公司诉株洲市建工局不履行法定职责案(《人民法院案例选》2002 年第 1 辑) 贺龙国不服江苏省司法厅、灌南县司法局拒绝履行法律服务执照注册行为案(《人民法院案例选》2000 年第 4 辑)
被告已履行作为义务	李文英请求泸州市江阳区卫生局履行行政合同安排工作案(《人民法院案例选》2004 年行政·国家赔偿专辑) 韦调庆要求上海市社会保险事业基金结算管理中心履行法定职责案(《人民法院案例选》2004 年行政·国家赔偿专辑) 仇亚东等诉广州经济技术开发区劳动和社会保障局不履行法定职责案(《人民法院案例选》2005 年第 2 辑) 安溪正浩印刷有限公司诉安溪县人民政府等不履行开闸泄洪管理职责并请求行政赔偿案(《人民法院案例选》2005 年第 2 辑) 北京东方旭煜商贸有限公司诉海淀区劳动和社会保障局不履行送达法律文书职责案(《人民法院案例选》2008 年第 4 辑) 陈定等诉厦门市土地管理局、房地产管理局不予发放房屋所有权证、土地使用权证案(《人民法院案例选·行政卷·下》1992—1999 年合订本)
被告已实施合理救助措施	张志发申请上海市公安局普陀分局行政赔偿案(《人民法院案例选》2004 年行政·国家赔偿专辑) 方某某诉广州市公安局白云区分局行政不作为及请求国家赔偿案(《人民法院案例选》2008 年第 1 辑)

从上表可以看出，驳回诉讼请求判决既能够适用于许可满足型行政不作为案件，也可以适用于危险防止型行政不作为案件。就司法实践所形成的四类具体适用情形而言，基本上都是围绕行政不作为的三重判断基准所展开的。值得玩味的是，在“李文英案”、“张志发案”、“东方旭煜商贸有限公司案”中，受案法院驳回诉讼请求判决的作出并没有依照《解释》第 56 条第 1 项“起诉被告不作为理由不能成立的”的规定，而是选择依照《解释》第 56 条第 4 项“其他应当判决驳回诉讼请求的情形”的规定；在“方某某案”中，受案法院则同时根据《解释》第 56 条第 1 项和第 4 项的规定作出了驳回诉讼请求判决。其中，“李文英案”因行政合同纠纷而生，“张志发案”及“方某某案”因危险防止义务而生，“东方旭煜商贸有限公司案”则因证明标准难以确定而生。法院在这些案件中对判决依据的微妙适用，实际上反映出当下司法机关在行政不作为内涵和范围的理解上仍然存在分歧。^[38] 尽管法院通过个案不断扩大了行政不作为的案件范围，但受

[38] 虽然《解释》第 56 条第 4 项作为“兜底条款”的确有存在的必要，但既然第 1 项已经明确了“起诉被告不作为理由不能成立的”，二者自然属于并列关系。为此，针对不作为案件所作的驳回诉讼请求判决理应依照第 1 项作出。

制于现行行政诉讼法文本的限制性规定,法院在案件审理和判决过程中依旧流露出十分矛盾的心态。也许,这正是社会转型时期地位孱弱的行政法官既想在有限的制度空间中能动司法、发展法律,又担心遭受质疑、踟躇前行复杂心态的真实写照吧。

(三) 基于比例原则与补充原则之赔偿判决

除了履行判决和驳回诉讼请求判决之外,确认违法及赔偿判决也是行政不作为案件一类常见的判决方式。在这类判决中,如何确定行政机关的赔偿数额是最为关键的问题。尤其是在行政不作为与第三人或受害人加害行为并存的情况下,如何实现行政机关与危险制造者之间公平的责任分担进而最终确定国家赔偿的具体数额,自然就成为行政不作为案件司法审查所无法回避的问题。鉴于行政不作为赔偿与民事侵权赔偿交织案件责任分担的复杂性,新近修订的国家赔偿法和刚刚施行的侵权责任法对此都只字未提。目前唯一的规范依据就是最高人民法院2001年7月17日正式公布的《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》。《批复》规定:“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。”就字面意义而言,该《批复》确立的是按比例分担赔偿数额的原则,体现了国家赔偿“不可不赔、不可多赔”的一贯立场。

表5 危险防止型行政不作为案件中行政赔偿数额的分担

案件来源	案件名称	损害成因	诉讼请求	数额分担
《人民法院案例选》2001年第2辑	陈芝英等因上海市公安局静安分局对羁押人在被关押期间因病未及时治疗而致死亡申请行政赔偿案	死者哮喘病复发;公安机关未及时采取有效措施	判令被告赔偿10万元	判决被告赔偿9万元
《人民法院案例选》2003年第4辑	刘彩勤等诉资兴市公安局不履行法定职责申请行政赔偿案	他人持刀行凶;公安机关没有出警	要求被告赔偿354302.4元	原告之子死亡并非被告直接造成的后果,被告只应承担部分赔偿责任,双方达成被告赔偿54000元的调解协议
《人民法院案例选》2003年第1辑	解风歧因呼图壁县公安局不履行法定职责造成其子被杀害要求行政赔偿案	精神病人持刀行凶;公安机关未履行法定保护职责	要求被告赔偿104036.1元	原告要求赔偿不尽合理,判决被告赔偿30000元
《最高人民法院公报》2003年第2期	卢琛琰诉卢氏县公安局110报警不作为行政赔偿案	他人实施盗窃;公安机关没有出警;原告没有派人值班或照看	要求被告赔偿全部损失25001.5元	公安机关未及时出警使原告有可能避免的损失没能得以避免,应对被盗损失承担相应责任,赔偿25001.5元损失的50%,即12500.75元
《人民法院案例选》2007年第2辑	刘桂兰诉昆明市公安局官渡分局不履行法定职责行政赔偿案	被他人殴打;民警未积极实施救助	要求判令被告赔偿277214元	根据不作为对死亡结果的相应作用及该不作为行为的程度,认定公安机关承担20%的责任,赔偿49142元

在本文所关注的典型行政不作为案件中，有 12 个案件是以确认违法判决结案的，这其中包含了 8 个赔偿判决。巧合的是，5 个案件的赔偿判决都是针对公安机关的行政不作为而作出的。同样富有研究价值的是，这 5 个案件中都存在危险制造者（第三人的违法犯罪行为造成损害）或受害人自身疾病的原因。因此，分析这 5 个案件中法院对公安机关不作为赔偿数额的确定，大体上就能够看出司法实务在这一问题上的倾向性做法。

在表 5 所列 5 个典型案件中，除“陈芝英案”的判决是在《批复》公布之前作出外，其余 4 个案件的赔偿结果都是在《批复》公布之后作出的，因而都贯彻了按比例分担赔偿责任的原则。其中，“卢琛琰案”及“刘桂兰案”的赔偿判决直接确定了行政机关承担的责任比例；“刘彩勤案”及“解风歧案”的调解协议或赔偿判决虽然没有直接表明具体比例，但赔偿结果的得出都是基于法院对比例原则的考量。而且，在两案的评析中，编写法官都表达了对按适当比例确定固定赔偿金额做法的认可。尤其是在“解风歧案”的评析中，编写人甚至以“不近人情”的口吻写到：“即使甘忠茂（行凶的精神病人）的监护人完全没有赔偿能力，被告呼图壁县公安局也只是承担与其不履行法定职责行为在损害发生过程中所起作用的相应的行政赔偿责任。也许法院正是考虑了这一点，对原告提出赔偿各项损失 10 万多元的诉讼请求，只是给予了部分支持。”^[39]与之形成鲜明对照的是，在《批复》公布之前作出的“陈芝英案”的判决评析中，编写人则认为：“我国国家赔偿实行的是违法原则，而不适用民法中的过错原则，故不能以死者生前已患病为由而减少被告的赔偿责任，仅承担部分赔偿费用的情况。”^[40]

从这 5 个典型行政不作为案件赔偿判决的粗略梳理中，不难看出《批复》施行以来对司法实务所产生的重大影响。《批复》的作出固然有一定的补缺意义，但其合理性却不无疑问。正如有学者所指出的那样：“不履行职责的行为是损害结果的条件原因，其作用总的来说就是条件，在‘条件’名义下是没有程度区分的。没有程度区分的‘条件’，又怎么作为确定不同数额的国家赔偿呢？”^[41]《批复》可能带来的最大负面影响就是无法有效填补当事人的实际损失。尤其是在危险防止型行政不作为案件中，如果存在危险的直接制造者无法寻觅、已经死亡或根本无力赔偿的情形时，坚持适用《批复》必然会陷受害者于雪上加霜之境。很显然，这种结果对受害者来说是极不公平的，也不利于唤醒行政机关的危险防范意识。

按照侵权行为法的一般原理，在危险防止型不作为案件中，损害结果往往是由危险的制造者直接造成的，行政机关的不作为只是损害得以扩大或者没有避免的外部条件，因而危险制造者与不作为行政机关之间是一种非真正连带责任关系。^[42]与成因相同和目的一致真正连带责任相比，行政机关的责任因违反危险防止义务而生，危险制造者的责任则因违反不得加害他人义务而生，二者分属不同性质的责任，自然就无法按照一定的比例来分担责任。比较可行的策略是行政机关承担补充性责任，即由危险制造者（直接侵害者）首先承担赔偿责任，当其无力赔偿或者只有部分赔偿能力时由行政机关全部赔偿或者针对不足部分给予赔偿；如果行政机关承担了全部赔偿责任，则其保留行使对危险制造者的追偿权。按补充原则承担赔偿责任的最高宗旨就在于确保受害者能够及时获得足额赔偿，实现赔偿法“损失填补”的基本理念。从节约国库支出、震慑违法犯罪、提升危险制造者的责任意识上看，肯定行政机关全额赔偿之后的追偿权都是非常必要

[39] 前引 [23]，最高人民法院应用法学研究所编书，第 449 页。

[40] 前引 [27]，最高人民法院应用法学研究所编书，第 421 页。

[41] 前引 [5]，杨小军文。

[42] “所谓非真正连带责任，是指当多数行为人对一个受害人实施加害行为，或者当基于不同行为人的不同行为而致使受害人的权利受到损害，则各个行为人产生的同一内容的侵权责任，各负全部赔偿责任，并因行为人之一的履行而使全体责任人的责任归于消灭的侵权责任形态。”杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社 2004 年版，第 564 页。

的。当然，混合侵权下行政赔偿与民事赔偿的顺位安排、程序设计、责任承担、制度衔接等问题的最终解决还有赖国家赔偿法、侵权责任法的进一步完善。

四、结 论

“每一种行政法理论背后，皆蕴藏着一种国家理论。”^{〔43〕}行政不作为理论研究的兴起正是福利国家时代已然到来的生动注脚。在服务型政府观念不断推进的当下中国，为民众提供行政不作为时的救济途径已经成为所有行政领域的重要课题，由此也就不难理解为什么行政不作为问题吸引了行政法学者如此热切的关注。

与流行的法教义学分析范式所不同的是，本文的研究立场是司法的、实证的和面向基层的。通过对80个活生生的典型行政不作为案件的分析，大致可以管窥原生态的行政不作为现实图景。在行政不作为是否构成的判断基准上，在不作为侵权的有效救济上，法院展现了难得的能动主义姿态，实实在在地推动了行政不作为理论在司法实践中的进一步发展，为行政不作为的理论研究和制度设计提供了难得的鲜活素材。本文的讨论无意放大法院在行政不作为案件处理中的能动角色，但作为文章的分析结论，尚可简要归纳为如下三点：

第一，身处社会急速转型、社会纠纷频发的时代，中国的行政法官在“积极回应行政争议”、“力求案结事了”精神的指引下，在有限的制度空间内能动地扩大了行政不作为案件的受案范围，有效克服了现行法律规范滞后性的负面影响。大量新类型不作为案件的受理、作为义务来源多元化的发展、司法建议等灵活处理方式的采纳即是明证。

第二，在行政不作为的判断基准上，中国的行政法官并没有完全受制于法律规范和理论学说的双重束缚，基于实质主义立场创造性地演绎了“作为义务源自何处”、“有无现实作为可能”以及“究竟是否已经作为”的三重判断基准。尤其是通过个案特殊情境中危险预见可能性、避免损害发生可能性和公权发动期待可能性的权衡，初步构建了危险防止型行政不作为的分析框架，为行政不作为理论模型的重塑提供了弥足珍贵的本土司法经验。

第三，在行政不作为裁判方式的选择上，中国的行政法官大体上塑造了履行判决、确认判决和驳回诉讼请求判决三足鼎立的格局。在保持司法相对独立判断的前提下，对行政机关的裁量自由表现出充分的理解与尊重，显示了比较娴熟的司法审查技术。在事关当事人合法权益遭受不作为侵犯能否获得有效司法保护上，受制于最高司法机关批复的影响，基层行政法官明显流露出瞻前顾后的复杂心态，预示着相关领域制度变迁的急迫。

Abstract: As an important and controversial topic in administrative law, administrative inaction has attracted many scholars in China. They analyze the definition, structure and remedy of administrative inaction from legal dogmatic angle. This research approach may be helpful to understand administrative inaction, but it also neglects native judicial practices. In fact, many judges from grassroots people's courts have accepted and heard some new administrative inaction cases beyond contemporary statutes and theory. This article therefore collected eighty typical cases relating to administrative inaction in the Bulletin of the Supreme People's Court and the Selected Cases of People's Court in order to sum up the wisdom of Chinese judiciary.

〔43〕 [英] 卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》，杨伟东等译，商务印书馆2005年版，第1页。

As to the ingredients of judging administrative inaction, administrative judges have developed triple standard including the origin of the obligation of agency action, the possibility of agency actual action and whether the agency acted or not. In addition to legal norms, the obligation of action can also originate from administrative rules, administrative contracts, administrative actions and former decisions. As to the possibility of actual action, some typical cases have identified three aspects, i. e., the risk prediction possibility, the damage avoidance possibility and the anticipation of the public. Administrative inaction may have different appearances, so the judgment of whether the agency acted or not should combine both subjective and objective aspects based on individual cases.

According to contemporary judicial practices, there are three different judgment forms for court to adjudicate, i. e., judgment for performance, judgment for dismissal of the claim, and judgment for infraction confirmation and compensation. In order to give a suitable judgment, administrative judges should deal with the relationship between the relative independent review and the deference to agency discretion. These fresh native judicial experiences conquest the outdated statute provision and the rigid theory, so we can own our specific contribution to identify and resolve administrative inaction.

Key Words: administrative inaction, judicial review, standard of judgment, mode of judgment

本刊启事：关于引注

近年来，随着学术规范意识的不断提高，作者来稿中的引注尤其是外文引注日渐增多，本刊编辑在审读及加工稿件时核实引注准确性的工作难度亦随之加大。为避免差错，贯行学术规范，特告示如下：

一、引注以必要为限。

二、请作者对所引用外文书刊之封面、版权页、被引用内容所在页先行复印，以备来稿为本刊采用时检阅。如有可能，请附该外文资料作者之简介。

另请尽可能减少外文资料之“转引”。

三、请勿引用互联网上发表的学术观点。必须引用官方网站所载的官方文件或其他网站对事实的权威报道的，请注明详细网址及最后登陆时间。

《法学研究》编辑部