环境行政公益诉讼中“不依法履行职责” 认定的三重维度

谢 玲, 车恒科

摘 要: 行政机关“不依法履行职责”之认定贯穿于环境行政公益诉讼制度运行的全过程, 而并非只存在于起诉或诉讼程序中。应从履职范围、履职期限、履职程度三个逐步递进的维度来认定行政机关“不依法履行职责”。环境行政公益诉讼中行政机关的“监督管理职责”应类型化为监督职责与具体微观的管理职责, 不包含抽象宏观的管理职责; 对生效行政决定的履行监督应纳入履职范围; 逾期未回复检察建议应被排除在“不依法履行职责”认定的履职范围之外。履职期限分为程序性履职期限和实体性履职期限, 二者在不同阶段或单独存在或同时并存, 导致不同阶段的履职期限计算规则有所区别。履职程度之认定应考察行政行为与结果二要素, 二者的适用存在先结果后行为的顺位, 且不同阶段各有偏重。

关键词: 环境公益诉讼; 环境行政公益诉讼; 不依法履行职责

中图分类号: D925.313 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2022)04-0027-11

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2022.04.012

一、引 言

自 2017 年《行政诉讼法》正式确立环境行政公益诉讼制度以来, 随着司法实践的发展, 环境法学界关于环境行政公益诉讼的研究重心从制度建构转向制度运行, 日益呈现“精细化”的发展趋势。从制度运行的视角来看, 行政机关“不依法履行职责”之认定既是诉前程序与诉讼程序“双阶构造”承接的基础, 又是诉讼程序中检察机关与行政机关双方争议的焦点。因此, 行政机关“不依法履行职责”之认定在环境行政公益诉讼制度运行中处于关键地位。

然而, 现行立法并未就行政机关“不依法履行职责”提供清晰明确的认定规则, 司法实践中法院亦存在着因认定标准不一致而产生难以判断的适用困境。关于行政机关“不依法履行职责”之认定, 现有研究聚焦于行政机关履职范围、履职期限和履职程度等方面, 并结合最高人民法院(以下简称“最高检”)指导性案例进行了较深入的分析, 但关于履职范围的具体界定、履职期限的计算规则和履职程度的标准选择等仍存在极大争议。受立法中“不依法履行职责”具体内涵表述不明确之影响, 学界倾向于将行政机关“不依法履行职责”的认定指向行政机关收到检察建议后的行政行为, 未能看到行政机关“不依法履行职责”之认定是贯穿于整个环境行政公益诉讼全过程这一事实。由此产生的问题是: 一方面, 学界将研究的重心集中在诉讼程序中“不依法履行职责”之认

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“生态文明视野下自然资源资产产权法律制度研究”(21ZDA091)

作者简介: 谢玲, 法学博士, 广东海洋大学法政学院副教授, xley24@163.com (广东 湛江 524088); 车恒科, 广东海洋大学法政学院研究生

定,尤其是对诉讼程序中行政机关是否充分履职的判断标准给予了过多关注,却忽视了诉前程序中行政机关“不依法履行职责”认定之研究。然而,“实践中,以诉前检察建议结案的占绝大多数,只有极少数进入诉讼程序”^[1]。另一方面,现有研究忽视了行政机关“不依法履行职责”之认定在不同阶段中的演进,也难以在具体履职范围的界定、履职期限的计算和履职程度的判断标准上形成共识。本文将行政机关“不依法履行职责”之认定贯穿于环境行政公益诉讼制度运行的整个过程中,在对行政机关“不依法履行职责”之内涵进行厘定的基础上,从三个逐步递进的维度,探讨履职范围的界定、履职期限的计算和履职程度的标准,澄清一些似是而非的看法,以期对司法适用困境的纾解有所裨益。

二、环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”之概念厘定

在概念上明晰何为“不依法履行职责”是对环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”进行准确认定之前提。笔者以为,对“不依法履行职责”概念的准确理解需要区分传统行政诉讼中的“不依法履行职责”与环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”。

(一) 传统行政诉讼中的“不依法履行职责”

环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”一词是以具象表达的形式出现的,即该词被明确写入2017年《行政诉讼法》第25条第4款的规范条文中。但传统行政诉讼中的“不依法履行职责”则是以抽象集合的形式存在着,即现行行政法以及相关司法解释均未曾明确直接地使用过“不依法履行职责”一词,而是使用如“不依法履行监督职责”^①“不履行法定职责”^②等表述。那么,应当如何厘定以抽象集合形式存在的传统行政诉讼中的“不依法履行职责”,从而以确定其具体所指呢?

首先,要理清“不依法履行职责”与“不履行法定职责”之关系。“不依法履行职责”与“不履行法定职责”之间存在着包含关系。“不履行法定职责”是以不作为方式实施的“不依法履行职责”,是“不依法履行职责”的形式之一。《行政诉讼法》中已多次将“不履行”与“拖延履行”并列^③,2020年《最高人民法院印发〈关于行政案件案由的暂行规定〉的通知》更明确指出“未依法履责、不完全履责、履责不当和迟延履行等以作为方式实施的违法履责行为,均不属于不履行法定职责”^④。可见,未依法、不完全、不当、迟延等情形的“违法履行职责”是以作为方式实施的,与“不履行法定职责”均为“不依法履行职责”。理清“不依法履行职责”与“不履行法定职责”之关系,对于环境行政公益诉讼有重要意义。部分环境行政公益诉讼案件的裁判文书命名中混淆了“不履行法定职责”与“不依法履行职责”之区别,如《德惠市人民检察院诉德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责行政裁定书》^⑤的命名是为适例,该案中被告在收到检察建议后已部分履职,很显然不应将案由表述为“不履行法定职责”,而应该改为“不依法履行职责”。

其次,区分传统行政诉讼中的“不依法履行职责”与“不作为”。在行政法术语中,“不作为”一词有两种理解。其一,“不作为”不体现对行政行为的评价,仅仅作为一种行政方式,与“作为”

① 《行政许可法》第77条,该法2003年通过版本和2019年修正版本均有此表述。

② 《行政复议法》第28条第1款第2项,该法1999年通过版本、2009年修正版本、2017年第二次修正版本均有此表述;《行政诉讼法》第38、72条,该法2014年修正版本、2017年第二次修正版本亦有此表述。

③ 《行政诉讼法》中多次出现“被告不履行或者拖延履行法定职责”的表述,将“不履行”与“拖延履行”并列。如果将“不履行”等同于“不依法履行”,就会出现“不依法履行”与“拖延履行”并列,意味着“拖延履行”不属于“不依法履行”,这一逻辑明显是错误的。所以,只能认为“不履行”与“拖延履行”都是“不依法履行”的形式之一。

④ 参见《最高人民法院印发〈关于行政案件案由的暂行规定〉的通知》(法发〔2020〕44号)。

⑤ 参见吉林省德惠市人民法院(2017)吉0183行初42号行政裁定书。

相对应。在这层意义上,行政行为可基于行为方式分为作为行政行为与不作为行政行为。既然是对一种行为方式的描绘,不作为行政行为还可以进一步分为合法的不作为行政行为与违法的不作为行政行为。即这一语境下的行政机关“不作为”并不当然构成行政违法^[2],自然不一定属于“不依法履行职责”。其二,“不作为”体现对行政行为的否定性评价,即第一种理解的“不作为行政行为”中的违法不作为行为,与“违法作为”相对应。行政机关违法作为,其实就是违法行使职权、违法履行职责等说法的代名词,无疑都属于“不依法履行职责”。这种语境下的“不作为”就是“不履行法定职责”,当然属于“不依法履行职责”。

(二) 环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”

以传统行政诉讼中“不依法履行职责”概念厘定观之,2017年《行政诉讼法》中的环境行政公益诉讼条款,同时存在两类“不依法履行职责”:一类是以具象形式表达、明确规定的“不依法履行职责”,即环境行政公益诉讼独有的“不依法履行职责”;另一类是从“违法行使职权或者不作为”(此处的“不作为”体现对行政行为的否定性评价)这一表述中抽象而成的“不依法履行职责”,是环境行政公益诉讼对传统行政诉讼“不依法履行职责”之承继。2021年《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简称《办案规则》)明确将承继于传统行政诉讼的“不依法履行职责”纳入环境行政公益诉讼的“不依法履行职责”概念范畴之内。因此,环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”,既作为已有的“违法行使职权或者不作为”经检察建议督促转化后的事实行为而存在,也作为包含“违法行使职权或者不作为”的上位概念而存在。

学界近年来将“不依法履行职责”限定为行政机关收到检察建议后的行政行为,试图在此基础上直接探讨如何认定“不依法履行职责”,这一做法正是受到上述条款立法表述不清晰的误导,没有注意到传统行政诉讼与环境行政公益诉讼对“不依法履行职责”概念使用的不同,忽视了行政机关收到检察建议前既有的“违法行使职权或者不作为”行政行为本就属于“不依法履行职责”之事实。检察院起诉行政机关的直接原因是行政机关收到检察建议后不依法履行职责且履职期限届满,但其前提是行政机关在收到检察建议前已存在违法行使职权或不作为等“不依法履行职责”的行政行为。

从制度运行的角度来看,行政机关既有的“违法行使职权或者不作为”(系承继于传统行政诉讼的“不依法履行职责”)是环境行政公益诉讼制度运行的起点,经过检察建议督促“依法履行职责”后,行政机关针对既有的“违法行使职权或者不作为”,应当依法纠正,而行政机关“不依法履行职责”(系环境行政公益诉讼独有的“不依法履行职责”)的,检察院可起诉。因此,环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”,既可以具体表现为行政机关收到检察建议前既有的“违法行使职权或不作为”行政行为,也可以表现为行政机关收到检察建议后“没有依法纠正既有的违法行使职权行为或者没有依法作为”。在最高检第31号指导性案例中,清流县环保局于2014年7月查扣属于危险废物的电子垃圾后,将其转移至不具有贮存危险废物条件的养猪场等地,属于收到检察建议前既有的违法行使职权行为。清流县环保局于2015年7月收到检察建议后至2015年12月,仍未对扣押的电子垃圾和焚烧电子垃圾残留物进行无害化处置,也未对污染者刘文胜作出行政处罚,属于收到检察建议后没有依法纠正既有的违法行使职权行为和没有依法作为^①。

环境行政公益诉讼在检察建议发出前、检察建议发出后至诉讼前、诉讼过程中的每个阶段都需要认定行政机关“不依法履行职责”,否则无法进入制度运行的下一阶段。因此,对行政机关“不依法履行职责”之认定贯穿于环境行政公益诉讼制度运行的全过程,而非只存在于起诉或诉讼程序

^① 参见《最高人民法院关于印发最高人民法院第八批指导性案例的通知》(高检发研字〔2016〕13号)中第31号指导性案例。

中。由于认定主体和制度运行环节的变化，不同阶段的认定会表现出不同的侧重点，但不同阶段均需要从行政机关的履职范围、履职期限和履职程度三个逐步递进的维度进行考察。由于学界混淆了环境行政公益诉讼的三个阶段与环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”之认定的三个考察维度的关系，将司法实践中不同阶段可能表现出不同侧重点的情形，错误地理解为不同阶段对应着不同的考察维度，所以未能揭示出行政机关“不依法履行职责”的可行认定路径。

三、行政机关“不依法履行职责”之履职范围界定

环境行政公益诉讼语境下的“履职范围”，既是检察院可通过环境行政公益诉讼要求行政机关履行职责之范围，亦是行政机关诸多法定职责中得受环境行政公益诉讼制度审查的职责范围。在司法实践中，对此履职范围认定的争议焦点，集中在对行政机关监督管理职责的认定以及对生效行政决定的未履行监督、逾期未回复检察建议是否属于“不依法履行职责”的讨论中，下文分而述之。

（一）监督管理职责之类型化解构

基于2017年《行政诉讼法》第25条第4款的表述，环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”之职责应是行政机关的监督管理职责。按照基本的语义逻辑，监督管理职责可简称为“监管职责”，具体包含监督职责与管理职责两部分。在德惠市检察院诉德惠市朝阳乡政府公益诉讼案的一审中，检察院请求法院确认乡政府不履行对垃圾处理监管职责违法、并判令乡政府立即履行监管职责，德惠市法院认为乡政府只对该事项负有管理职责，其监管职责应由有关行政主管部门行使，遂裁定驳回起诉^①。这一裁定不符合基本的语义逻辑，混淆了“监管”与“管理”的概念，割裂了“监管职责”与“管理职责”的联系。

该案二审法院认为，行政机关对生态环境的行政管理职责包括两部分，一是运用公共权力使用公共资金、组织相关部门对生态环境进行治理，例如垃圾处理；二是运用公共权力对破坏生态环境的违法行为进行监督管理，例如依法制止擅自倾倒垃圾的违法行为。其中，前者不属于司法调整范畴，行政诉讼有权调整的行政行为应当限定在后者的范围内，即《行政诉讼法》第25条第4款的“监督管理职责”应当不包含治理生态环境的管理职责，仅应指依据法律规范的明确授权行使的监督管理职责^②。这一观点体现了对监督管理职责进行类型化解构的思维，关注到了处理现有垃圾和制止倾倒垃圾是两种不同的行政行为，但没有清晰区分监督职责与管理职责，也没有解释清楚为什么处理现有垃圾等治理生态环境的行政行为不属于司法调整范畴。

该案再审中，吉林省高院虽然明确德惠市朝阳乡政府具有环境保护“监督管理职责”，但没有进一步对“监督管理职责”进行内涵解析与类型划分。一方面，吉林高院认为吉林省检察院的抗诉理由成立——抗诉理由之一是将行政机关的职责区分为治理职责和对违法行为的监管职责的观点没有法律依据，但又同意长春中院关于“《行政诉讼法》第25条第4款的‘监督管理职责’应当不包含治理生态环境的管理职责，仅应指依据法律规范的明确授权行使的监督管理职责”的判断，前后矛盾，态度不明。另一方面，吉林省高院仅指出“对于垃圾堆放等破坏乡村环境行为，乡政府应当承担相应的‘监督管理职责’”，却没有明确这一“垃圾堆放”指向的是体现行政机关治理生态环境职责的“垃圾处理”，还是体现行政机关监督管理破坏生态环境的违法行为之职责的“依法制止擅自倾倒垃圾的违法行为”^③。

^① 参见吉林省德惠市人民法院（2017）吉0183行初42号行政裁定书。

^② 参见吉林省长春市中级人民法院（2018）吉01行终49号行政裁定书。

^③ 参见吉林省高级人民法院（2018）吉行再21号行政裁定书。

审视该案审理中与“监督管理职责”相关的争议,笔者认为,对环境行政公益诉讼中行政机关的“监督管理职责”应做如下类型化的解构:监督管理职责分为监督职责与管理职责。(1) 监督职责的判断较为清晰,如作出行政处罚决定、督促相对人改正违法行为、申请法院强制执行等。行政机关履行监督职责的行政行为受到司法调整。(2) 管理职责则较复杂,可分为具体微观的管理职责与抽象宏观的管理职责。其一,在可确定具体环境污染者或生态破坏者的一般环境侵害中,行政机关需履行的是对违法行政相对人的具体微观的管理职责,如要求敦促违法行政相对人对生态环境进行修复等方面的职责。行政机关履行该具体微观的管理职责受司法调整。其二,在行政机关自身违法行使职权造成环境侵害的情形下,行政机关因纠正自身违法行为而需履行的行为都属于其“管理职责”的范围。在最高检第63号指导性案例中,拖市镇政府继续对该垃圾场采取综合整治措施,如进一步组织清运该垃圾填埋场覆土下的各类垃圾、原址采用回填土壤绿化等行为^①,很显然该职责受到司法调整。其三,在历史原因形成的难以确定具体环境污染者或生态破坏者的特殊环境侵害中,行政机关需履行的是抽象宏观的管理职责,如由行政机关负责处理的环境治理、生态修复等职责,此管理职责不受司法调整,德惠市朝阳乡政府案中涉及的乡政府的“垃圾处理”职责是为适例。因此,环境行政公益诉讼中的行政机关“监督管理职责”应包含监督职责与具体微观的管理职责,不包含抽象宏观的管理职责。

(二) 对生效行政决定的履行监督之纳入

行政机关对生效行政决定的履行监督,是指行政机关对行政相对人履行生效行政决定情况的监督,具体而言,是行政机关在作出行政处理决定且该决定生效后,监督相对人履行该决定,在发现相对人不履行(含不完全履行)时以催告的方式督促其履行,并在相对人经督促仍不履行时,以申请法院强制执行、亲自依法强制执行或代履行的方式“执行”该决定。由此引申出:检察院对“行政机关对生效行政决定的履行监督”的监督,可称为检察院对生效行政决定的执行监督。行政机关对生效行政决定的“履行”监督是行政机关对相对人的监督,检察院对生效行政决定的“执行”监督是检察院对行政机关的监督,二者不是一回事。

行政机关对生效行政决定的履行监督是否属于环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”的履职范围,学界存在争议。经检视发现,在行政公益诉讼制度试点前,检察院并无权对“行政机关对生效行政决定的履行监督”进行监督。严格来说,行政公益诉讼制度解决的是检察院对行政机关履行监督管理职责的行为进行监督的合法性问题^[3]。在最高法第137号指导性案例中,剑川县森林公安局于2013年向相对人作出了罚款、责令限期恢复原状两个行政处罚决定后,相对人只履行了罚款的行政决定,一直未履行恢复林地原状的行政决定,该局也未督促相对人履行该决定^②。检察院对此无能为力,直至行政公益诉讼制度实施后,才得以环境行政公益诉讼的方式监督该局履行其对生效行政决定的履行监督职责,实现检察院对生效行政决定的执行监督。可见,有必要将“行政机关对生效行政决定的履行监督”纳入环境行政公益诉讼的履职范围,以实现对其的监督。

有学者提出将“对生效行政决定的履行监督”纳入行政公益诉讼不具有合理性。理由如下:一是诉讼审判是对权利义务的确认为和宣示,而在保证生效行政决定内容实现的执行程序中并不存在权利义务内容的争议。二是现行行政诉讼法已经安排了行政决定的非诉执行监督,检察机关没有必要也不应该提起行政公益诉讼监督。三是对涉及国家利益或社会公共利益的行政决定,可以通过直接赋予检察机关申请法院强制执行的权力,以提高行政非诉执行监督的效率和强度^[4]。对此,笔者不

^① 参见《最高人民法院关于印发最高人民法院第十六批指导性案例的通知》(高检发办字〔2019〕114号)中第63号指导性案例。

^② 参见《最高人民法院关于发布第24批指导性案例的通知》(法〔2019〕297号)中第137号指导性案例。

敢苟同。原因在于：一是该文混淆了行政机关对生效行政决定的履行监督与检察院对生效行政决定的执行监督之间的区别。行政机关对生效行政决定的履行监督的确不存在权利义务内容争议，因为行政决定已经生效，对行政法律关系中的行政主体和行政管理相对人双方而言，其权利义务均是确定的；但在检察机关对生效行政决定的执行监督诉讼中，诉讼法律关系的当事人是检察机关和行政机关，争议的对象是行政机关是否有监督生效行政决定履行的职责、是否依法定方式履行了其监督职责，因此，对该类行政行为的诉讼审判仍然是对权利义务的确认和宣示。二是现行行政诉讼法已经安排的对行政决定非诉执行的监督，是指人民检察院依据人民检察院组织法的授权对人民法院行使行政非诉执行职能活动的监督，其监督对象是人民法院，与检察机关对行政机关的执行监督显然不是一回事。三是在行政机关不履行对生效行政决定的履行监督职责的情况下，直接赋予检察机关申请法院强制执行的权力不可取。暂且不论如此安排是否会真正提高行政非诉执行监督的效率和强度，单就环境行政公益诉讼的功能定位而言，检察环境公益诉讼的目的是敦促行政权的全面及时履行，而不是要取而代之。

总之，将行政机关对生效行政决定的履行监督纳入履职范围不仅具有必要性，而且具有合理性。

（三）逾期未回复检察建议之排除

行政机关应在规定期限内书面回复检察建议，这是《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《联合解释》）第21条第2款明确规定的，但行政机关的这一法定职责是否属于环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”的履职范围呢？对此，有学者认为行政机关回复检察建议的职责因体现程序的独立价值而具有独立性，因而主张行政机关未及时回复检察建议即构成不依法履行职责^[4]。

笔者认为，行政机关逾期未回复检察建议应被排除在“不依法履行职责”之认定所涉及的履职范围之外。理由有三：其一，行政诉讼中作为审查对象的行政行为的类型和范围是法定的。在环境行政公益诉讼需认定的“不依法履行职责”中，行政机关履职的对象是行政管理相对人，所以检察院能够提起诉讼要求法院进行审查的行政行为，只能是行政机关针对相对人的行为。很显然，行政机关回复检察建议的对象为检察院，而此处的检察院无论如何也无法成为行政机关的相对人。其二，环境行政公益诉讼制度的基本功能是对生态环境损害的救济，在行政机关已经依法履行职责的情况下，仅就其逾期未回复检察建议的行为起诉，于生态环境损害救济而言毫无意义，反而是浪费司法资源。其三，《联合解释》第21条第2款的表述已明确体现行政机关“回复检察建议”与“依法履行职责”之间是并列关系。如果将行政机关对检察建议的回复纳入环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”的履职范围，既违背了该条款的行文逻辑，也导致“回复检察建议”作为程序的独立价值被“依法履行职责”的实体价值吸收，实质上否定了“回复检察建议”的职责独立性和程序功能。其实，《办案规则》第82条第1项规定，行政机关“逾期不回复检察建议，也没有采取有效整改措施”才构成不依法履行职责。笔者认为，该规定的重心落在“没有采取整改措施”这一构成要件上，进一步佐证了仅仅是“逾期不回复检察建议”并不构成“不依法履行职责”。

四、行政机关“不依法履行职责”之履职期限再认识

（一）程序性履职期限与实体性履职期限之分

由于学界将环境行政公益诉讼中“不依法履行职责”的认定对象指向行政机关收到检察建议后的行政行为，所以学界对履职期限的讨论也局限在行政机关收到检察建议后应在一定期限内依法履行职责之规定。这个意义上的履职期限是基于检察建议而产生的。但在环境行政公益诉讼中，还存在另一类履职期限，即行政机关不管是否收到检察建议，本身都会因其他行政法律规范的规定而应在一定期

限内依法履行职责,这个意义上的履职期限是基于行政法规定而产生的,与检察建议无关。

1. 基于检察建议而产生的程序性履职期限。根据《联合解释》第21条第2款的规定,行政机关收到检察建议后依法履行职责的期限与其向检察院作出书面回复的期限不完全重合。基于检察建议而产生的履职期限在形式上是固定的,即两个月这一种形态,而回复期限在形式上是不固定的,具有一般情形下的两个月和紧急情形下的十五日两种形态。受该履职期限的固定期限形式外观影响,加之学界将其视为环境行政公益诉讼中唯一的履职期限,引发了关于环境行政公益诉讼中的履职期限时长缺乏科学性的争议。

然而,审视该履职期限的届满后果,可以发现它实质上是行政机关正在积极履职的“进行时”期限,而非硬性要求行政机关終了全部履职行为的“完成时”期限。一方面,对行政机关来说,该期限的届满并非其停止依法履职状态的时间节点。行政机关在该期限届满前未完成全部履职行为的,不能因该期限届满而停止其履职,而应继续履职至完成全部履职行为,否则即构成“不依法履行职责”。另一方面,对检察院来说,该期限的届满使检察院享有提起环境行政公益诉讼的诉权,但享有起诉权并不意味着当然起诉。该期限届满后,检察院继续对行政机关是否构成“不依法履行职责”进行审查,只有经审查后认为行政机关“不依法履行职责”才提起诉讼。对于在该期限内已开始积极履职、虽未在期限届满前完成全部履职行为、但在期限届满后仍积极履职的行政机关,检察院应跟进其履职情况,指导其继续依法履职。

在“‘法莉兰童话王国’违法建设破坏生态环境案”^①中,某公司擅自在黄河滩区建设“法莉兰童话王国”儿童游乐园,检察院于2019年3月21日向行政机关发出检察建议,要求拆除违法建筑设施、有效恢复受损土地生态,行政机关于3月底已积极拆除了公园主体建筑16处房屋,但该公园仍有6万余平方米硬化地面及大量设施需要拆除,工程量较大,行政机关直至6月29日才完成所有拆除、清理等工作。在此期间,行政机关收到检察建议后的两个月履职期限早已届满,但行政机关仍在积极进行相关工作,同时,检察院也未起诉,而是积极跟进行政机关的履职情况,实现检察监督权与行政管理权的有效衔接。

由此可见,对于环境行政公益诉讼中的“不依法履行职责”之认定而言,单独基于检察建议而产生的履职期限为程序性期限。

2. 基于行政法规定而产生的实体性履职期限。在环境行政公益诉讼之外,环境行政监管行为本身基于行政法的规定也存在履职期限,但与上述程序性期限性质及其届满后果不同,该期限可谓实体性履职期限,其届满则意味着行政机关的行政行为必须处于“完成时”。

在行政机关收到检察建议之前的阶段,只存在基于行政法规定而产生的履职期限,不存在基于检察建议而产生的履职期限,这与传统行政诉讼无异。一般情况下,检察院发现环境侵害与行政机关既有的违法行使职权或不作为等“不依法履行职责”行政行为有关联性时,有权且应当发出检察建议督促行政机关依法履职。但是,如果行政机关已开始积极履职,且处于该履职行为的法定履职期限——即基于行政法规定而产生的履职期限,检察院就无权在该履职期限内否定其正在进行的履职行为。

在行政机关收到检察建议之后的阶段,基于行政法规定而产生的履职期限与基于检察建议而产生的履职期限一同存在。然而,两类履职期限的时长往往并不一致。后者现已明确固定为两个月,但前者有短有长,如《政府信息公开条例》第33条规定的行政机关收到申请之日起20个工作日,而《气象行政处罚办法》第32条规定的行政机关立案之日起6个月,甚至还存在不作明确规定的

^① 参见最高检《“携手清四乱 保护母亲河”专项行动检察公益诉讼十大典型案例》中第1号典型案例,网址: http://www.spp.gov.cn/spp/zdggz/201908/t20190829_430279.shtml,最后访问日期2022年6月1日。

情况。两类履职期限之届满往往有先后之分，但在仅有其中一类履职期限届满时，无法立即认定行政机关是否构成“不依法履行职责”，因为时长较短的履职期限届满后，行政机关仍处于另一个时长较长的履职期限之内，其行政行为仍可能暂时不受司法评价与调整。具体而言，基于行政法规定而产生的履职期限与基于检察建议而产生的履职期限因自身期限阻断对方届满而产生的后果是不同的：在前者时限更长、后者将先行届满的情形中，由于后者只是程序性履职期限，并不能决定行政机关收到建议后的行政行为是否构成“不依法履行职责”，导致必须等到作为实体性履职期限的前者届满后再作判断；在后者时限更长、前者将先行届满的情形中，由于作为实体性履职期限的前者已届满，检察院已可以对行政机关收到建议后的行政行为进行认定，但检察院此时因后者暂未届满，即使认定行政机关构成“不依法履行职责”，也暂时无法起诉。

（二）履职期限的计算规则

在行政机关收到检察建议前的阶段，由于只存在基于行政法规定而产生的实体性履职期限，所以只需计算行政机关正在进行的履职行为所对应的法定履职期限是否届满即可。在行政机关收到检察建议后的阶段，由于同时存在两类履职期限，所以需先行判断行政机关收到检察建议后有无开展履职行为。若无，则基于行政法规定而产生的履职期限未被“激活”，可直接计算两个月程序性履职期限是否届满；若有，就要计算该履职行为对应的实体性履职期限是否届满，具体包括两种情形：一是该实体性履职期限的时长长于两个月，那么该实体性履职期限就覆盖了两个月程序性履职期限，可直接计算该实体性履职期限是否届满；二是该实体性履职期限的时长短于两个月或未作规定，那么该实体性履职期限就被时长两个月的程序性履职期限覆盖，可直接计算两个月程序性履职期限是否届满。

具体计算规则如下：（1）实体性履职期限的计算，与传统行政诉讼相同，自行政机关开始履职之日（而非收到检察建议之日）起计算，有符合法定中止或中断计算情形的，依法中止或中断计算，待导致中止或中断计算的事由消失后，继续或重新计算。（2）两个月程序性履职期限的计算，则自行政机关收到检察建议之日起计算，对于法定中止或中断计算的情形（如听证等），同样依法中止或中断计算，在法定情形消失后，再继续或重新计算；对于其他导致行政机关未能于两个月履职期限内完成全部履职行为的情形（如树木生长的自然规律等），不能“无法可依”地自行中止或中断履职期限的计算，而要先计算至两个月届满，进入检察院的审查环节，再由检察院按照《办案规则》第78条的规定判断是否中止审查，如果决定中止审查，则意味着检察院暂未对行政机关收到检察建议后的行政行为是否构成“不依法履行职责”作出认定，从而实质上实现了对两个月程序性履职期限的中止计算，这是在法定中止或中断之外的“实质中止”，是传统行政诉讼没有的、环境行政公益诉讼特有的计算规则。

五、行政机关“不依法履行职责”之履职程度判断

在司法实践中，行政机关完全拒绝履行职责的情形并不多见，尤其是在收到检察建议甚至被诉之后，行政机关往往会作出一定的行政行为。但是，行政机关履职不充分不全面的情形却比较常见。因此，认定行政机关是否存在“不依法履行职责”，除了需要认定行政机关是否拥有相应的行政职权，并考察行政机关在履职期限内是否作出了行政行为之外，还需要进一步考察行政机关的履职是否充分全面。学界对行政机关是否充分履职的判断标准给予了充分关注，但却未形成一致看法，出现了行为标准、结果标准与复合标准之争。不同法院在认定行政机关是否充分履职时也呈现出各自不同的“标准选择”倾向。因此，无论是理论界还是实务部门，在行政机关是否充分履职的判断标准上出现了“公说公有理婆说婆有理”之尴尬。

(一) 行为标准、结果标准与复合标准之争

所谓行为标准是指将行政机关的履职视为一系列连续性的行政行为,行为过程中任何一个环节的失职均构成“不依法履行职责”。该标准着眼于对行政机关行政行为的考察,“行为基准只关注行为过程,至于结果则在所不问”^[5]。所谓结果标准是指将违法行为是否停止、生态环境是否恢复等与环境公共利益相关联的效果作为判断其是否全面充分履职的标准。该标准着眼于行政行为最终的结果是否实质性地维护了环境公共利益,“结果基准则只考虑结果,至于行为过程则在所不问”^[5]。复合标准是指既对行政行为进行考察,也对违法行为是否被纠正、生态环境利益受侵害的状态是否消除之结果进行审查,进而判断行政机关是否全面充分履职。

应该如何认识关于行政机关是否充分履职的标准之争?这些不同标准之间的根本分界点是什么?应该如何取舍,才能为司法实践提供科学可行的指引?

首先,学界在对行政机关是否充分履职的判断标准过度关注的同时,存在着将行政机关是否充分履职的认定等同于环境行政公益诉讼中行政机关“不依法履行职责”认定之倾向。笔者认为,虽然关于行政机关是否充分履职的判断标准是环境行政公益诉讼中庭审的争议焦点,但上述倾向过分夸大了行政机关是否充分履职之判断在整个环境行政公益诉讼中的地位,并人为割裂了环境行政公益诉讼中行政机关“不依法履行职责”的三维认定要素之内在关联。事实上,行为标准、结果标准与复合标准之争指向的是行政机关“不依法履行职责”的履职程度认定,只是履职范围、履职期限、履职程度三维认定体系中的一个考量因素,而非“不依法履行职责”认定标准之全部。行政机关“不依法履行职责”的履职程度之认定,是继履职范围、履职期限这两个认定维度之后对行政行为合法性的进一步判断,其意味着司法权对行政权运行审查强度的递增。

其次,出现上述标准之争和司法适用混乱的原因有二。其一,没有理顺行政行为与结果标准中的“结果”之间的关系。一方面,行政机关不依法履行职责的行政行为会导致生态环境利益受损的状态未消除之结果,这时二者之间是一体两面的关系,行政行为是因,生态环境利益受损是果。另一方面,从生态环境利益受损的状态未消除并不能推导出一定是行政机关不依法履行职责的行政行为所致,除此之外,还有生态损害修复的自然条件限制、行政机关执法资源不足与职权分散等其他客观不能的因素。其二,未能准确把握不同标准之间的根本分界点。学界误认为行为标准只考察行政行为而不问结果,结果标准则只考察结果而不管行为。事实上,适用行为标准的基本前提是存在违法行为未被纠正或生态利益受损状态未被消除之结果,否则根本没有适用行为标准对行政行为进一步考察之必要。同理,结果标准中也并非只关注结果而完全忽视行政行为。因此,行为标准与结果标准的界分点并非只是考察两个要素中的一个,而是在于行政机关在穷尽可能的行政手段之后是否仍然可能被认定为“不依法履行职责”,如果是,则属于结果标准,反之则是行为标准。

(二) 履职程度判断之二要素

由上述分析可以得出以下两个结论:其一,所谓的复合标准并不存在。不仅考察行政机关是否全面充分地履行了法定职责,又考察违法行为是否被纠正或生态利益受损状态被消除之结果的复合标准,在司法实践中是如何呈现的呢?有学者认为,四川自贡市贡井区检察院诉区水务局案^①是选择复合标准的典型案例^[6]。在该案中,法院认为,被告在对五宝镇污水处理设施履行监管职责时,未在提标改造工程建设期间及时采取辅助或临时过渡措施,致污水处理设施出水水质超标情况持续侵害公共利益,从而认定其存在怠于履行法定职责的不当行为。虽然法院的认定既考察了行政机关的行政行为,又关注了结果,但很显然,该案中的结果只是作为未穷尽可能之行政行为的结果而存在的,该案中行政机关被责难的仍然是未充分履职之行为,所以法院遵循的仍然是行为标准。其

^① 参见四川省自贡市贡井区人民法院(2018)川0303行初4号行政判决书。

二，结果标准不可取。如前所述，行政机关不依法履行职责只是生态损害状态存在的原因之一。在行政机关已经穷尽其可能的行政手段之后，仍以生态环境受侵害的结果继续存在为由认定行政机关“不依法履行职责”，这的确是在强人所难，不利于保护行政机关依法履职的积极性。主张应以结果标准来认定行政机关“不依法履行职责之观点”是长期以来存在的全能型政府思维方式延续之结果。在通化市东昌区检察院诉通化市水利局案^①中，法院认为，被告在下发责令改正通知书后，虽经请示由通化市人民政府防汛抗旱指挥部下发了清障令，但对所存在的违法现象并未实质性地消除，故可认定被告未能有效履行监管职责。据此，有学者认为该案采取的是结果标准^[6]。事实上，法院在作出该判断之前花了大量的篇幅来列举被告所拥有的行政职权，并认为对于哈尼河流域存在的筑坝造田等违法行为，被告应依法履行日常监管、行政处罚等职责。但令人遗憾的是，在得出“可认定被告未能有效履行监管职责”这一结论和“所存在的违法现象并未实质性地消除”之间，的确缺失了“被告未继续采取其所拥有的其他行政职权，如罚款、责令限期拆除违章建筑、强制拆除等行政措施”这样的表述。不仅让人误解该案遵循的是结果标准，也影响了该案裁判结果的可接受度。

行文至此，“不依法履行职责”之履职程度的判断标准逐渐清晰起来，行政机关只有在非客观不能而未穷尽其所拥有的行政职权时，才应该成为被责难的对象。以行为标准来判断行政机关的履职程度是否为“不依法履行职责”更为可行。然而，行为标准并非“不问结果”，事实上，行为和结果都必然是“不依法履行职责”之履职程度认定中的判断要素，只是结果是作为行政行为之结果而呈现的，我们将其称之为履职程度判断之二要素。

（三）履职程度判断二要素之适用

1. 先结果后行为之判断顺位。不管是作为环境行政公益诉讼制度运行推动者的检察院，还是作为“不依法履行职责”最终认定主体的法院，在检察建议发出前至诉讼过程中的不同阶段，都会综合行政机关的行政行为与结果两个要素来判断行政机关的履职程度，而非择其一。检察院发动环境行政公益诉讼的目的，是为了督促行政机关救济受侵害的生态环境，只有存在违法行为未被纠正或生态环境受侵害的状态未消除之结果，才有必要进一步考察行政机关的行政行为。因此，行政行为与结果二要素在履职程度判断的适用中存在先后顺位，不同认定主体在环境行政公益诉讼的不同运行阶段，都是遵循先结果后行政行为之判断顺位。

2. 不同阶段对不同要素的偏重。虽然在不同阶段判断行政机关的履职程度，都需要综合考虑其行政行为与结果，但是，在不同阶段对二要素的适用客观上存在偏重。在检察建议发出前的阶段，偏重于结果之考察。该阶段是环境行政公益诉讼制度运行的早期，为了及时实现对受侵害环境的救济，检察院有必要提高在该阶段的效率，以尽快发出检察建议，督促行政机关依法履行职责。相较于需要一一核实的行政行为，结果能以非常直观的形式展示出来，有利于快速作出判断。而在检察建议发出后至诉讼前的阶段，重心逐渐偏向于考察行政行为。检察院在该阶段对行政机关是否“不依法履行职责”的问题进行判断，由此影响的是环境行政公益诉讼是否由诉前程序走入诉讼程序，会涉及检察院和行政机关的胜诉率问题，检察院理应慎重。而在诉讼过程中，则应在关注结果的前提下，重点考察行政行为要素，即全面考察行政机关是否已穷尽可期待的行政行为，从而作出公平的判断。某种意义上，偏重行政行为之结果是“效率优先”的选择，而偏重行政行为则是“公平优先”，它们只是在环境行政公益诉讼制度运行的不同阶段有所侧重而已。

^① 参见吉林省通化市东昌区人民法院（2018）吉0502行初7号行政判决书。

六、结 语

行政机关“不依法履行职责”之认定贯穿于环境行政公益诉讼制度运行的全过程,并非只存在于起诉或诉讼程序中。应从履职范围、履职期限、履职程度三个逐步递进的维度来认定行政机关“不依法履行职责”。行政机关“不依法履行职责”之认定规则的设定,需要从环境行政公益诉讼制度的功能定位出发,既要以实现生态环境损害救济为目标,充分发挥该制度对环境行政权运行监督之功能,又要保护环境行政监督管理部门依法履职的积极性,尊重其履职过程中存在客观不能的事实。

参考文献

- [1] 高杰. 检察公益诉讼制度若干问题思考[J]. 法治研究, 2021(1).
- [2] 章剑生. 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[J]. 中国法学, 2011(1).
- [3] 胡婧. 行政监督管理职责公益诉讼检察监督的限度分析——以2017—2020年行政公益诉讼判决书为研究样本[J]. 河北法学, 2021(10).
- [4] 张旭勇. 行政公益诉讼中“不依法履行职责”的认定[J]. 浙江社会科学, 2020(1).
- [5] 王清军. 作为治理工具的生态环境考评——基于水环境考评制度而展开[J]. 华中师范大学学报(人文社会科学版), 2018(5).
- [6] 王清军. 环境行政公益诉讼中行政不作为的审查基准[J]. 清华法学, 2020(2).

Three Dimensions of Identification of “Failure to Perform Duties According to Law” in Environmental Administrative Public Interest Litigation

XIE Ling, CHE Heng-ke

Abstract: The identification of “failure to perform duties according to law” of administrative organs runs through the whole process of the operation of environmental administrative public interest litigation system rather than in litigation or litigation procedures only. We should identify the administrative organ “failure to perform duties according to law” from three progressive dimensions: the scope of duty performance, the period of duty performance and the degree of duty performance. In environmental administrative public interest litigation, the “supervision and management responsibilities” of administrative organs should be classified into supervision responsibilities and specific micro management responsibilities, excluding abstract macro management responsibilities. The supervision of the implementation of effective administrative decisions shall be included in the scope of duty performance. Failure to reply to the procuratorial suggestions within the time limit shall be excluded from the scope of responsibilities identified as “failure to perform duties according to law”. The performance period is divided into procedural performance period and substantive performance period, which exist separately or coexist at different stages, resulting in different calculation rules of performance period at different stages. The identification of the degree of duty performance should examine the two elements of administrative behavior and result. The application of the two elements has the order of first result and then behavior, and there is a bias in different stages.

Key words: environmental public interest litigation; environmental administrative public interest litigation; failure to perform duties according to law

(责任编辑 周振新)