

# 通过行政公益诉讼推进法治政府建设

——以检察机关如何判断行政机关依法履职为视角

柴峥涛（浙江省温州市人民检察院检察长）

林 华（中国政法大学习近平法治思想研究院副院长、教授）

党的二十大报告指出：“加强检察机关法律监督工作。完善公益诉讼制度。”从监督内容划分，检察机关的法律监督工作主要有对“事”的监督和对“人”的监督。对“事”的监督恰恰是对“人”的监督的前端环节，若被监督主体不履职，对隐患问题不重视、不整改，有可能就会变成大问题、大事故，就会涉及领导责任和个人责任问题，就会延伸到对“人”的监督问题。因此，在行政公益诉讼这一典型的督促履职之诉中，检察机关如何判断行政机关依法履职是一个重要问题，贯穿于行政公益诉讼的诉前程序和诉讼程序。同时，检察机关如何判断行政机关依法履职，也是衡量行政机关行政行为合法性的重要标准，是深入推进依法行政、加快建设法治政府的重要倒逼机制。因此，推动检察机关科学规范地认定行政机关是否履行法定职责，对于完善行政公益诉讼制度，推动各类监督有机贯通、相互协调，加快推进法治政府建设具有重大的现实意义。

## 一、立场分析：行政机关依法履职判断标准的学理争议

在理论上，关于行政机关是否依法履职的认定标准，有行为标准、结果标准和综合标准之分。一是行为标准说，即认为主要看行政机关是否充分、及时采取了法定监管措施。二是结果标准说，即认为主要看国家利益或公共利益是否得到有效保护。三是综合标准说，即认为需要兼采行为和结果双重标准来综合认定。

现实生活中，检验和区分行为标准和结果标准的困境是：当行政机关已经根据检察建议依法全面履行了法定职责，但利益受侵害的状态仍然未完全消除，这是否构成“不依法履行职责”？<sup>①</sup>若回答“是”，即认为应根据结果来监督，则采取结果标准说；若回答“否”，即认为即使损害后果仍存在，也应根据行为情况来具体认定，则采取行为标准说。

在实践中，要立案调查行政公益诉讼案件，

<sup>①</sup>张旭勇：《行政公益诉讼中“不履行法定职责”的认定》，载章剑生等主编：《行政法判例百选》，法律出版社2020年版，第292页。

行政公益诉讼办案部门要调查行政机关的法定职责、权限和法律依据,调查行政机关不依法履职的事实,调查国家利益或者社会公共利益受到侵害的事实及状态。<sup>②</sup>即在实践中,只要不能同时满足行为和损害结果两个要件,检察机关就不会进行监督。特别是在环境资源领域,消除公共利益受侵害的状态不可能一蹴而就,“不依法履职”的判断一般要结合行为时具体情况来认定,因此,实践中的做法总体上倾向于采取行为标准说。当然,此时若认为,可以根据结果来倒推其行为履职到位与否的,则是结果标准;若检察机关认为需结合行政机关行为时的具体情形来探究行为时其是否“全面充分履行职责”的,则还是行为标准。

总之,除以结果来推定不全面充分履职的特殊情形外,其他观点基本上认为需结合行为时的具体情况认定,即侧重于行为标准说。正是因为要结合具体情况来认定行政机关行为时的状况,因此,检察机关与行政机关对“行政机关是否履职到位”的判断争议,往往更加具体,更富实践特征。

## 二、现状检视:行政机关依法履职判断标准的实践分歧

为了全面把握检察机关如何判断行政机关依法履职,还需通过系统梳理日常办案实践中的争议类型,进一步厘清实践中各方对于行政机关依法履职判断中容易陷入的误区或分歧。下面重点对行政机关有无职责职权、有无履行条件或是否客观上无法履行到位等情况进行具体分析。

(一)行政机关以未明确职责、自己无职权为由,对被认定为不依法履职提出异议。以文物和

文化遗产保护为例,一方面,现行法律法规只对相当等级的文物规定具体详尽的保护措施,实践中多处文物和文化遗产因未被列入保护监管范围,导致保护缺乏具体法律依据。另一方面,法律法规对传统古村落缺少专门规定,实践中只能依照文物、非物质文化遗产和历史文化名村保护法律法规的规定以及各地所制定的实施办法、地方性法规等相关条款进行保护,保护力度不足。

(二)行政机关以职能交叉、自己难履职或责任不在自己为由,对被认定为不依法履职提出异议。《人民检察院公益诉讼办案规则》第72条规定,人民检察院认定行政机关监督管理职责的依据为法律法规规章,可参考行政机关的“三定”方案、权力清单和责任清单等。但在实践中,随着党和国家机构改革的深入推进,加上一些改革授权后下级行政机关承接上级行政机关的相关执法权,导致改革后的行政执法部门职能和“三定”方案职责,与原先法律法规规定的职责内容不吻合,导致履责主体不统一。<sup>③</sup>不少案件反映出行政监管部门职能交叉、监管脱节、配合不充分等问题。比如,在文物保护领域,对既属于革命文物又属于烈士纪念设施的,文物管理部门和退役军人事务局缺乏沟通合作,修缮效果欠佳,加上市级革命文物的保护工作由街镇履行属地责任,对市级文保单位的修缮维护、建设范围内施工许可等需层层转报审批,严重影响日常管理、修缮和保护;对民间寺庙、宗祠等与红军有渊源,但又不属于烈士纪念设施、未列为文保单位的红色军事史迹管理存在空白,退役军人事务、文物管理等部门存在争议。又如,在“三无”船舶整治上,通航水域船舶管理由海事局负责,渔业船舶管理由农业农村局主要负责,农用保留船舶管理由属

<sup>②</sup>参见《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》,上述内容体现在“检察机关行政公益诉讼案件办案的一般程序”中“诉前程序”的调查内容等规定要求中。

<sup>③</sup>林华:《通过依法执政实现依法行政的制度逻辑》,《政法论坛》,2020年第6期。

地乡镇政府负责，但实践中对船舶性质一般很难绝对区分，通航水域和非通航水域难有绝对界分，导致海事、农业农村、属地街镇等监管部门执法权限、边界不清晰，同时水源管理部门作为一线日常巡查主体，不具备执法主体资格，发现违法问题时只能移送，难以形成整治合力。

（三）行政机关以信息壁垒、自己不知情为由，对被认定为不依法履职提出异议。以电动车道路交通安全为例，根据职责划分，电动三轮车无牌、无证上路由交警部门负责监管，产品质量安全则由市场监管部门负责监管。交警部门查获的无牌电动三轮车大多不具备CCC证书，交警部门仅有权对驾驶人进行处罚，无权对销售点进行处罚。相关部门尚未形成移送和联防联控机制，加上市场监督管理部门对销售点源头监管不到位，导致大量无牌电动三轮车上路。比如，在办理精神残疾人持有机动车驾驶证案件时发现，根据规定，当机动车驾驶人员出现癫痫等疾病时，应注销驾驶证。车辆管理部门信息系统无法直接显示已申领驾驶证人员身体状况是否变化，且未与医院、残联等信息联网，即使车辆管理部门主动进行核查，也不能及时发现这些人员同时持有精神残疾人证和机动车驾驶证，安全隐患较大。

（四）行政机关以人力物力资金短缺为由，对被认定为不依法履职提出异议。目前不少行政机关的执法监管任务日趋繁重，有限的人力编制和财力保障难以适应量大面广的任务。比如，红色军事文化史迹保护涉及文物管理部门、退役军人事务局、属地乡镇等部门。一方面，以L区为例，文物保护工作由文化和广电旅游体育局下设的文保所负责，仅2名工作人员；承担大部分红色军事文化史迹管理工作的属地街镇，工作内容繁杂，隐患发现不及时、管理维护不规范等情况较突出。另一方面，红色军事文化史迹具有独特性和专业性，维养、修缮费用远高于普通建筑。W县每

年专项拨付日常管理维护的仅有一处官方革命烈士墓，T县每年财政预算投入的革命文物配套资金仅10万元，修缮费用和人员工资都由此资金支付，难以满足维护需求。又如，在涉窨井盖损坏污损道路交通安全公益诉讼案件中，主管部门为综合行政执法局，维修资金却归乡镇统筹处置，需两个主体合力解决，综合行政执法局对发现的问题难以立整立改。

（五）行政机关以存在介入因素、应有宽限期为由，对被认定为不依法履职提出异议。行政机关将自身不依法履职的原因归类于外部介入因素等情况是常见情形，认为介入因素存在直接影响依法履职。比如，在生态环境和资源保护领域，个别行政机关认为，恢复植被、修复土壤、治理污染等修复补偿手段受季节气候、施工条件等客观因素限制，难以在短时间内获得明显成效，若未给予一定宽限期，难以在短期内对恢复情况进行判断。

（六）行政机关以虽未整改到位但已穷尽措施为由，对被认定为不依法履职提出异议。行政机关是否全面履职的最终判断标准为行政机关是否穷尽行政监管手段。对何为“穷尽行政监管手段”，标准不尽统一。有的认为，行政监管手段必须是法律、法规、规章等正式法律规范明确赋予的监管手段。有的认为，还包括法律虽未明确规定但行政机关有能力采取的其他手段。还有的认为，应包含法律原则和法律精神所要求的可用手段。在2021年温州市检察机关跟进监督的547件案件中，涉及“穷尽行政监管手段”认定的有32件，占比5.85%；对诉前检察建议应落实到什么程度的不同把握，直接影响对行政机关是否依法履职的判断。

### 三、未来进路：行政机关依法履职判断标准的完善建议

针对理论上的争议和实践中的分歧，为了建

构相对统一、确定的行政机关依法履职判断标准，为检察机关如何判断行政机关依法履职提供更具操作性的指引和规则，提出以下完善建议。

（一）推进检察公益诉讼立法，强化法治合力。党的二十大报告强调“完善公益诉讼制度”，这既是对公益诉讼检察实践的充分肯定，同时也是对公益诉讼检察工作的更高期许和要求。公益诉讼检察制度全面推开五年多来，我国公益诉讼检察事业从点到面、从小到大、从弱到强，取得了良好效果，并在发展中逐渐形成公益司法保护的“中国方案”。但在实践中也有碰到一些问题，如：公益诉讼范围在不断拓展，如何增强其体系性和可预期性；公益诉讼程序虽然案件少，但作为公益之诉，与一般民事、行政诉讼作为私权之诉毕竟在保护目的方面有所不同，公告等程序如何处理，如何梳理其特殊性；公益诉讼案件大量在诉前程序化解，如何衡量其整改效果，防止行政机关敷衍回复、虚假回复，如何在立法上明确行政机关对检察建议的回复义务并予以细化，值得思考；公益诉讼损害赔偿金的处理，是确保公益诉讼取得预期效果的重要环节，如何规范值得梳理。因此，在其他主体提起公益诉讼制度尚未发展成熟之时，可以对较为完善的检察公益诉讼先行立法，以“重点列举+概括兜底条款”方式罗列检察公益诉讼范围，明确行政机关检察建议回复义务，优化行政机关依法履职判断标准，切实倒逼行政机关依法履职尽责，加快推进法治政府建设。

（二）明确不履行职责的类型，细化判断标准。有观点认为，单一的结果标准不适应实践情况，单一的行为标准似乎也不够清晰明确，应对行政机关是否依法履职的行为进行类型化建构，为后续相关履职判断提供法律依据的寻找和匹

配。比如，对“作为但违法”，应遵循“谁作出谁主管”原则，以是否超越权限、违法行使职权为审查重点，不盲目对规范性文件扩大解释，从级别、地域、权力事项、程序流程等维度综合考虑；对“完全不作为”，应以“谁主管谁负责”为原则，除判断行政机关是否具有义务职责外，也关注行政机关选择问题；对“未有效作为”，应以“穷尽监管手段”为原则，着重把握效力边界，结合案情判断行政机关是否已采取能采取的所有措施，重点审查行政行为充分性和全面性；对“未及时作为”，应重点审查时效性。<sup>④</sup>

（三）厘清行政机关职责演变，锚定责任主体。在确定拟开展行政公益诉讼领域涉及的行政机关时，检察机关针对近年来机构改革涉及面广、机构职能变动大的情况，根据法律法规或规章以及机构“三定”方案，评估监督管理职责的历史嬗变，确定监管部门职责。

（四）剖析多重监管背景下因果关系，明确监督难点。一方面，在单一监管背景下对行政机关履职行为判断时，责任主体明确，工作重点即放在行政机关履行监督管理职责的法律依据和相关参考规定。另一方面，对于多重监管或交叉监管背景下的行政机关履职行为判断，要确定监督管理职责的主要承担者。如能找到明确法律法规，发现能牵头推动行政机关依法履职的，则可直接跟进监督；对无法通过法律释明的，特别是在大综合一体化改革后，有些领域存在行政监管职责和实施处罚职责的分离情况，有的存在上级行政机关以行政委托和行政授权方式明确由下级行政机关行使职权的情况。对此，根据《行政诉讼法》第25条第4款规定，行政机关违法行使职权或不作为致使国家利益或社会公共利益受到侵害的，人民检察院提出检察建议，进而提起行政公益诉

<sup>④</sup>张袁：《行政公益诉讼中违法行政行为判断标准的实践检视与理论反思——以1021起裁判样本为考察对象》，《行政法学研究》，2022年第2期。

讼。这里所谓的“致使”，在多重监管背景下，就是要明确哪个行政机关该对该国家或社会公共利益受损结果负责，其实也涉及因果关系的判断问题，类似于民法侵权法或刑法中多因一果的关系。即该行政机关不履职的情况，是否是导致国家利益或社会公共利益受损的法律意义上的主要原因。若是，则应作为被监督主体，可参照既有司法判例、惯常做法予以确定，实践中也有视具体情况对数个行政机关分别立案的情况。

（五）结合常识常理常情进行实质性甄别，判断行政机关是否全面及时充分履职。在判断行政机关履职是否“全面及时充分”时，很多人是从国家或社会利益受损来推定职责履行不到位，即以结果来倒推，但一味地以结果是否得到修复为标准，来判断行政机关是否全面及时充分履职，太过于苛刻。有学者指出，要在结果标准中追加客观性因素。即在国家利益或社会公益利益受损事实的前提下，要考虑该结果是否具有修复可能等因素评价上，这是在客观层面启动追诉程序的前提。<sup>⑤</sup>重点从两个层次把握：一是对公益受损事实的发生和治理，是否存在气候条件、治理方式等客观因素的影响或制约；二是如果存在其他因素的中间障碍，那么这种客观障碍能否改变修复可能性，包括短期修复可能和长期修复可能，从自然条件、审批手续、其他部门配合等维度进行评判。其实，这类似于刑法上判断是否存在主观故意或过失的情况一样，应属于“能为而不为”“应为而不为”，是为过失。因此，与其说这是在客观标准中追加客观性因素，还不如说是在行为标准中对行为人主观状态的实质性认定，即认定行政机关在特定场景下有无履行可行性。检察机关要直面行政资源的有限性，在判断是否依法充分履

职之前，可通过勘验现场、询问行政机关相关人员、调取行政机关的执法卷宗等，查明客观情境，进行实质性甄别，对行政机关主观上有整改意愿，但因客观障碍导致无法履职、迟延履行或整改方案无法推进的，不宜评价为不依法履职，在一定条件下可以考虑对特定类型案件设立宽限期，这样才能真正有效督促行政机关依法行政。<sup>⑥</sup>

（六）加大人力物力财力投入，强化行政机关履职保障。一是破除部门间信息壁垒。要消除信息孤岛，实现信息业务横向顺畅协同流转。如安全生产监管涉及方方面面，要整合各类安全生产数字化平台，深度融入基层治理“四个平台”，通过建立健全跨部门的数字化联动协同响应机制，实现数据共享、动态预警，提升监管效率。二是强化人力财力支持。即充实基层人员力量，提供充分经费与人力保障。如考虑将文保列入财政预算，设立专项文保经费；设立文保基金，拓宽文保经费来源渠道。招引或培养文保专业人才，加强专业指导和培训，增加力量薄弱地区的人员配置，探索社会力量参与文保工作。三是规范执法制度。要建立健全行政执法工作规则、执法管理规范等制度，规范办案流程，明确办案时限，提高办案效率。要开展执法人员全员轮训，强化执法人员执法程序意识，强化作风纪律整改，全面提升执法人员综合素质，有效推进依法行政。

（七）强化磋商沟通和质量评查，倒逼提升检察监督能力。当前，一方面，在公益诉讼审查报告中，对于前述在多重监管情况如何判断责任主体、在履职环境较为复杂的情况下如何判断是否穷尽监管手段等核心问题，不少检察官受限于办案时间、办案能力，往往语焉不详或论证说理“浅尝辄止”，也缺乏必要的实践案例参照。另一方

<sup>⑤</sup>张袁：《行政公益诉讼中违法行政行为判断标准的实践检视与理论反思——以1021起裁判样本为考察对象》，《行政法学研究》，2022年第2期。

<sup>⑥</sup>陈德敏、谢忠洲：《论行政公益诉讼中“不履行法定职责”之认定》，《湖南师范大学社会科学学报》，2020年第1期。

面，检察机关对于行政机关是否依法履职的判断，依法不需要照会行政机关或者征询行政机关当时履职情况和主要理由，这样也容易导致因信息不对称而导致认定是否依法履职不当。因此，针对行政管理的复杂性，要从以下几个方面提升检察监督的专业性。一是强化与行政机关磋商制度的适用。2020年，最高人民检察院、浙江省人民检察院对探索行政公益诉讼诉前磋商程序提出了要求，后来又相对淡化。主要难点在于如何处理好刚性监督与柔性司法的关系问题。要在不搞虚假监督、不作监督交易的基础上，对行政机关违法情节轻微等情形的行政公益诉讼案件，采用诉前磋商这样的“柔性”机制督促行政机关依法履职，这样有利于在诉前程序实现维护公益目的。另外，在案件办结后，也可通过召开圆桌会议、同堂培训等形式，邀请行政机关、社会团体等面对面交流办案得失、进行综合复盘，查看是否遗漏重要事项、检察机关提出的依法履职判断是否到位精准等。二是坚持在复杂案件中引入有专门知识的人。公共利益是否确实得到保护的判断，涉及复杂专业知识，需要引入具有专门知识和丰富经验的第三方机构或者人员，参与公益诉讼办案活动。<sup>⑦</sup>这样才能确保办案过程的可靠性。三是以自觉接受外部监督来强化监督质效。实践中，行政机关是否整改到位，仅凭书面审查回函、走访调研现场无法作出准确判断，检察机关所作的判断也还是有争议。因此，可以邀请人大代表、政协委员参加公益诉讼办案效果评估，特别是邀请其对行政机关是否治理完全、检察机关作出行政机关不依法履职判断的精准性进行评价，增强公信力。四是将传统案件质量评查拓展至行政公益诉讼案件。传统的案件质量评查大多只对刑事、民事案件进行评查，但在公益诉讼案件量大幅增加、案

件化办理程度日益明确的情况下，将行政公益诉讼案件作为案件质量评查重点的条件已经成熟。2022年以来，温州市检察院已参照刑事案件评选办法，开展了公益诉讼瑕疵或不合格案件的评选。要重点围绕被监督单位履职情况材料收集是否全面、行政机关违法履职判断是否准确、检察机关论证说理是否到位等事项对行政公益诉讼案件进行质量评查。

（责任编辑：朱腾飞）

<sup>⑦</sup>王燕、谭乐鹏：《行政机关不依法履行职责的认定标准》，《中国检察官》，2021年第21期。