

## 作者简介

张全，男，1984年生，现为天津市第一中级人民法院行政庭助理审判员。《因他人违法导致职工伤亡的应当认定为工伤》发表于最高人民法院行政审判庭主编的《中国行政审判案例》第2卷，中国法制出版社2011年8月版；《论管理相对人行政犯罪》获全国法院系统第二十四届学术讨论会优秀奖和天津市二等奖；《论政府信息公开案件的阶梯性审查——以司法审查强度为视角》在中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会2014年年会中获优秀奖；《裁判时机成熟时，法院应直接判决给付内容》发表于国家法官学院案例开发研究中心编《中国法院2016年度案例》（劳动纠纷），中国法制出版社2016年5月版。

# 论行政不作为案件的司法审查强度

——基于最高人民法院发布的行政不作为十大案例

## 论文提要：

修订后的行政诉讼法进一步明确了将“监督行政机关依法行使职权”作为一项立法目的，但在司法实践中，行政不作为的问题依然突出，为此，最高人民法院发布了行政不作为十大案例，案例集中体现了行政不作为的表现形式，如何审查行政不作为，对于解决行政不作为，实现上述立法目的均具有重要的意义。

本文从行政不作为十大案例入手，从案例所涉领域、裁判方式、结案方式等方面进行对比分析，从中总结出行政不作为案件在裁判方式、

裁判尺度等方面存在的问题，并以此为导向进行分析。在解决问题之前先行解决了两个前提性问题：行政不作为的识别、司法审查强度理论。对于行政不作为的识别，笔者主要从正反两个方面进行分析，反方面，采用行政不作为与相近概念对比的方式，正方面，采用直接总结行政不作为的特点的方式，基于此，总结出行政不作为识别标准。对于司法审查强度问题，笔者主要吸取大陆法系和英美法系在司法审查强度方面的有益经验，总结出适用我国的方式。在此基础上，结合开篇提出的问题，利用两个前提，总结出对于行政不作为案件的审查应当采用裁判方式与审查强度有机结合的方式进行审查。（全文共计 8831 字。）

### **主要创新观点：**

本文的创新观点主要体现在以下几个方面：

观点一：紧密结合审判实际，从案例中发现问题。文章分析了最高人民法院发布的行政不作为十大案例中存在的裁判方式不一、履责尺度不一、责令履责的期限不一。

观点二：汇总并梳理了行政不作为在理论上的识别标准，结合审判实践总结出适用于审判实践的识别标准：正推+反推。

观点三：引入司法审查强度理论，借鉴域外的司法审查强度理论，总结出适合于行政不作为的审查强度：独立判断、弱尊重、强尊重。

观点四：实现行政不作为裁判方式与审查强度的有机结合，采用图表的方式直观的体现出何种裁判方式采用何种的审查强度。

观点五：以行政不作为审查强度为切入点，推动审查强度标准化及

司法权对行政权的有效监督。

以下正文：

## 引言

行政不作为作为依法行政的反面典型，在行政执法实践中涉及领域广泛，表现形式多样，对于行政相对人的权益影响亦较大，成讼率较高。该类案件作为行政诉讼案件的重要组成部分，在司法实践中也遇到了种种问题，如何界定行政不作为？采用何种标准判断？不同行政不作为情形下各种裁判方式如何合理适用？判决履行职责情形下如何正确处理司法权与行政权的关系等问题，此类问题的有效应对，有助于裁判尺度的统一，亦有助于引导行政机关依法行政。

## 一、问题的引出：行政不作为案件裁判中存在的问题

### （一）行政不作为十大案例简要梳理

编号	案件名称	裁判结果	所涉行政领域	上诉情况
1	张恩琪诉天津市人力	一、市社保基金中心于本判决生效之日	劳动和	未上诉

	资源和社会保障局、天津市社会保险基金管理中心	起三十日内对原告请求作出处理并将结果书面告知原告，在规定期限内不履行的，从期满之日起按日处 70 元罚款；二、驳回原告其他诉讼请求。	社会保障	
2	张凤竹诉濮阳市国土资源局	一、确认被告对原告要求查处违法占地申请未予受理的行为违法；二、限被告于本判决生效之日起按《土地违法案件查处办法》的规定履行法定职责。	土地	国土资源局上诉
3	彭某诉深圳市南山区规划土地监察大队	判决区监察大队于判决生效之日起三个月内对南山区某小区 A 座 901 房的违法建设问题依法继续作出处理。	城建	彭某及区监察大队
4	钟华诉北京市工商行政管理局通州分局	判决被告在十五个工作日内就原告举报事项履行移送职责，驳回原告其他诉讼请求。	工商	通州工商分局
5	王顺升诉寿光市人民政府	判决被告于本判决生效之日起 60 日内责令褚庄村村委会向原告限期公开相关村务信息。	政府信息公开	未上诉
6	沈某、蔡某诉南通市公安局开发区分局	判决确认被告未在法律规定的期限内作出行政处罚决定行为违法	治安	未上诉
7	兰州宏光驾驶员培训服务有限公司诉兰州市城关区城市管理行政执法局	裁定准许原告撤回起诉。	城建	
8	赵永天诉凤阳县武店镇人民政府	判决确认被告不履行危房改造申请审核职责行为违法。	行政其他	未上诉
9	艾立仁诉沈阳市卫生和计划生育委员会	责令市卫计委对艾立仁的举报申请重新作出具体行政行为。	计划生育	艾立仁
10	张美华等五人诉天水市公安局麦积分局	二审调解结案	行政赔偿	双上诉

## （二）梳理中发现的问题

### 1、裁判方式不一

裁判方式不一是行政不作为案件梳理中发现的一个问题。这里的裁判方式不一是指同一裁判方式下是否应该涵盖其他裁判方式，如案例 1 中，采用了判决履行法定职责+罚款+驳回其他诉讼请求的方式，再如案例 2 中，采用了确认违法+判决履行法定职责的方式。

事实上，行政诉讼法对于不同的行政不作为作出何种裁判做出了规定：（1）判决履行职责。被告不履行法定职责，通常情形下，法院判决被告在一定期限内履行。（2）确认违法。被告不履行或者拖延履行法定

职责，判决履行没有意义的，法院判决确认违法。（3）裁定准许撤回起诉。原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，人民法院可以裁定准许撤诉。（4）调解。符合行政诉讼法第六十条规定情形的不作为，可以进行调解。

但在实际操作中还是出现了裁判方式不一的问题，可否复合适用，如何准确、统一的适用上述判决方式，仍是司法实践面临的一个问题。

## 2、履责尺度不一

人民法院根据行政诉讼法第七十二条的规定可以作出履责判决，但对于该判决的具体判决尺度并未作出规定，也就出现了履责尺度不一的情形。梳理中发现，存在着三种不同的裁判尺度：一类为**仅判决其履责**，如案例 1 张恩琪诉天津市人力资源和社会保障局、天津市社会保险基金管理中心不履行法定职责案中，法院在分析行政机关的行为后，作出市社保基金中心对原告请求作出处理并将结果书面告知原告的判决，而对于如何作出处理，未介入。再如案例 3，法院仅是判决区监察大队对南山区某小区 A 座 901 房的违法建设问题依法继续作出处理。案例 9，同样如此。一类为**判决其按照法律规定履责**，如案例 2 张凤竹诉濮阳市国土资源局行政不作为案，法院判决被告按《土地违法案件查处办法》的规定履行法定职责。一类是**明确履行何种职责**，如案例 4，钟华诉北京市工商行政管理局通州分局行政不作为案，法院判决被告就原告举报事项履行移送职责；再如案例 5，法院判决被告寿光市人民政府责令褚庄村村委会向原告限期公开相关村务信息。

## 3、责令履责的期限不一

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二条的规定，人民法院可以判决被告在一定期限内履行。但对于如何确定期限则没有作出明确的规定，上述案例也体现了这一点，一类是**未明确履行期限**，如案例 2，限被告于本判决生效之日起按《土地违法案件查处办法》的规定履行法定职责，案例 9 为责令市卫计委对艾立仁的举报申请重新作出具体行政

行为。一类则是明确了履行期限，但期限不统一。如案例 1，履行期限为该判决生效之日起三十日内，案例 3 的履行期限为判决生效之日起三个月内，案例 4 则是判决被告在十五个工作日内就原告举报事项履行移送职责。但对于期限如何准确把握仍是司法实践面临的一个问题。

## 二、问题解决的前提一：行政不作为的识别

厘清上述行政不作为案件中出现的问題，首先需要解决何谓行政不作为，这是讨论其他问題的前提。当然，这个前提是基于一审判实践，即将逻辑起点定位于行政诉讼受案范围之内。对于解决这个前提性问題，笔者认为可以采用反推+正推的方式。

### （一）反推：行政不作为与其他概念的区别

概念乃是解决法律问題所必需和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚和理性地思考法律问題。<sup>①</sup>而解决概念的问题，就是要将概念所指向的行为从其他行为中区分出来，正如哈特在《法律的概念》中所述“定义，诚如该语词所指示的，最初所指的就是在某类事物和他类事物之间划定界限或做区分的问题，这个界限乃是通过个别独立的语词在语言上所做的划分。”<sup>②</sup>同样，要明确行政不作为的概念，就要将行政不作为从其他行为中区别开来。

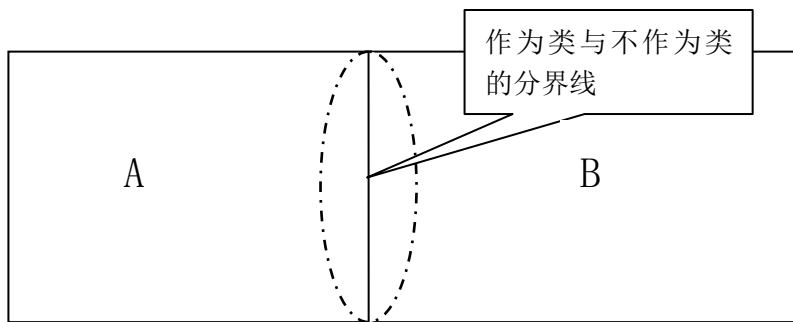
#### 1、行政不作为与行政作为的区别

行政行为分为作为类行政行为和作为不作为类行政行为，通常情况下，作为类行政行为与不作为类行政行为为同一位阶的法律概念、相互排斥。但是在司法实践中出现了模糊领域，从不同的角度理解，行为的定性出现了偏差，如明确拒绝行政相对人的申请，从某种角度理解，行政机关已经作出了动作—拒绝，但从另一个角度理解，没有针对行政相对人的申请作出答复，又属于不作为。如下图所示：

---

①（美）E·博登海默：《法理学—法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 486 页。

②（英）哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2011 年版，第 13 页。



注：A 为作为类行政行为；B 为不作为类行政行为；虚线环形区域为模糊区域。

对于行政不作为与行政作为的区别，笔者认为应当从以下几个方面进行区分：

首先，是否有积极的行为。行政不作为的通常表现形式是消极的不为，而积极的作为往往构成了行政作为，因此是否有积极的作为是判断行政作为与行政不作为的一个主要的区分标准，当然，这个标准不能适用于所有情形，如对于明确的拒绝行为的判断，引用该标准就不易判断。

其次，是否基于当事人的申请。按照一般通识，行政不作为适用于依申请的行政行为，即在申请人提出申请的情况下，行政主体负有实体或程序上的作为义务，在不履行该义务的情况下，才构成不作为。<sup>③</sup>从行政诉讼法第四十七条的规定来看，行政不作为在很大程度上是基于当事人的申请，当然也有例外。

最后，是否有肯定的意思表示。为或不为在很大程度区别于行政机关是否作出了肯定的答复，这个区分标准能够解决行政机关明确拒绝当事人的申请是否属于行政不作为的问题。

对于行政不作为与行政作为的区分应当综合适用上述标准进行判断，而不能孤立的分析。

## 2、行政不作为 ≠ 不履行法定职责

有观点认为，不履行法定职责与行政不作为属于相同的概念，二者是对相同行为或者现象的概况提炼，区别只在于不履行法定职责为行政诉讼法所明确规定，是一个法律概念，行政不作为则更像一个理论概念。

<sup>③</sup>闫尔宝：《行政行为的性质界定与实务》，法律出版社 2010 年版，第 136 页。

④同时，浙江省高级人民法院行政审判庭《关于审理诉不履行法定职责行政案件基本情况的调查报告》中，即对法定职责存在多种解释，即法律法规规章的规定、规范性文件的规定、行政承诺的设定以及行政合同的约定等作为行政职责的来源，<sup>⑤</sup>在此意义上，行政不作为与不履行法定职责属于同一概念。

另，行政诉讼法的规定也容易使人产生不履行法定职责等同于行政不作为的假象。行政诉讼法第十二条第（六）项采用了履行法定职责的概念，第七十二条亦采用了不履行法定职责概念的表述。此外，在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四条中采用的也是不履行法定职责的表述。但在《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》第五十六条第（一）项采用了不作为的表述。

笔者认为，不履行法定职责≠行政不作为。首先，从字面来看，不履行法定职责注重的是职责法定，若法律未规定行政机关有相应的职责，则行政相对人要求其履行该职责，其理由就不成立。其次，不作为的概念要大于不履行法定职责的概念，行政不作为的范围比不履行法定职责更为宽泛，不仅包括不履行法定职责，还包括行政机关不履行其他义务的情况，诸如在先承诺的义务、行政合同确定的义务以及因其自身行为引起危险的义务等。<sup>⑥</sup>最后，行政诉讼法修订后的规定可以看出行政不作为的概念不同于不履行法定职责，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二条第一款第（二）项采用了“请求判决行政机关履行法定职责或者给付义务”的表述。

## （二）正推：行政不作为的界定标准

对于如何界定行政不作为，在理论界有两种观点：程序说、实质说。

---

④闫尔宝：《行政行为的性质界定与实务》，法律出版社2010年版，第128页。

⑤浙江高级人民法院行政审判庭：《关于审理诉不履行法定职责行政案件基本情况的调查报告》，载《行政执法与行政审判》2003年第1辑，第170页。

⑥江苏省高级人民法院行政庭：《关于审理行政不作为案件汇中的几个问题》，载《行政执法与行政审判》2003年第一辑，第180页。



程序说认为，不论行政主体有无特定作为义务，凡程序上不作为就构成不作为。<sup>⑦</sup>表现形式就是形式上不为。实质说认为，行政不作为是行政主体消极地不履行一定义务的行为，但应区分方式上的不为与内容上的不为。方式上有“为”而内容“不为”，则形式上有“为”，而实质上“不为”，也应属于行政不作为。<sup>⑧</sup>

对行政不作为采用不同的界定标准，将直接影响到不履行法定职责的范围，若采用程序说，明示的拒绝行为将不属于行政不作为的范畴，因行政机关已经在程序上作出了意思表示，反之采用实质说，则明示的拒绝行为仍属于行政不作为的范畴。

笔者认为对于行政不作为的界定应采用实质说。首先，采用实质说，尊重了当事人的诉求。行政诉讼法的起诉标准仍然采用的是主观说，根据行政诉讼法第二条第一款的规定，在原告看来只要未按照其要求作出相应行为即构成不作为。在此情形下，将拒绝作为排除在外，与原告的诉求不对应，且与上述行政诉讼法的立案标准不对应。其次，采用实质说，有助于减少诉累，同时有助于纠纷的解决。对于行政不作为的案件，按照行政诉讼法第七十二条的规定，可以直接判决行政机关履行法定职责，避免了撤销重做可能导致的重复、循环诉讼。最后，将否定性拒绝行为认定为行政不作为是一种趋势。如德国行政法第42条第1项规定，原告有权提起课以义务之诉，请求行政法院判决被告行政机关作出某一遭拒绝的或未答复的具体行政行为；第113条第5项规定，如果行政机关“拒绝作出有关具体行政行为或对有关具体行政行为的申请未答复属于违法，原告权利因此受到侵害的，法院可在裁判时宣判行政机关有义务作出被申请的行政行为。在其他情况下，法院宣判有义务依照法律意见给予原告答复处理”。日本和我国台湾地区的行政诉讼法也有类似的规定。<sup>⑨</sup>

<sup>⑦</sup>江苏省高级人民法院行政庭：《关于审理行政不作为案件汇中的几个问题》，载《行政执法与行政审判》2003年第一辑，第178页。

<sup>⑧</sup>徐晓君、方世荣：《具体行政行为的几个疑难问题的识别研析》，载《中国法学》1996年第1期，第50页。

<sup>⑨</sup>闫尔宝：《行政行为的性质界定与实务》，法律出版社2010年版，第134-135页。

### 三、问题解决的前提 2：司法审查强度

裁判尺度及履责程度是否统一在很大程度上取决于司法审查强度。审查强度所要解决的是司法权对行政权的纵向审查问题，即对已经纳入诉讼程序的行政行为将受到何种程度的监督和审查，法院如何看待行政机关在行政程序中作出的认定，能否以自己的判断来代替行政机关的判断，这种司法对行政行为的干预的纵深范围成为司法审查的强度。<sup>⑩</sup>但现行法下，并未对司法审查强度作出规定，对此，我们可以借鉴国外的做法。

#### （一）参考：国外的司法审查强度

就行政诉讼而言，国外的司法审查强度按照法系的不同，大致可以分为英美法系上诉审式的司法审查强度和大陆法系行政上级式的司法审查强度。

##### 1、英美法系的上诉审式的审查强度

英美法系中，司法审查情形最相似的对等物就是上级法院等级中的上诉审。<sup>11</sup>这主要与英美法系重视程序有关。

英国作为英美法系对行政行为司法审查的起源地，其运作的基本原则是管辖权错误原则（jurisdictional error doctrine）。该原则最早是由上级法院监督治安法院和下级法院奉行的原则。由于治安法院和下级法院与上级法院本质属于同一司法系统，上级法院只在治安法院和下级法院的行为“涉及管辖权”错误时才能进行审查，也即意味着它只要求下级法院既不能从事没有授予它的权力，也不能拒绝从事已授予它的权力，仅此而已。对于被控行为所涉及的管辖权以内的事项，法院仅进行程序性审查。<sup>12</sup>19 世纪后期，随着社会发展，当行政机关成为管理社会的重要机关后，法院对行政机关的控制基本仍沿袭了对下级法院的审查原则和方法，逐步用越权原则替代了错误管辖权原则，拓宽了审查范

<sup>⑩</sup>江必新：《司法审查强度问题研究》，载《法治研究》2012 年第 10 期，第 3 页。

<sup>11</sup>应松年：《当代中国行政法》（下卷），中国方正出版社 2005 年版，第 1812 页。

<sup>12</sup>应松年：《当代中国行政法》（下卷），中国方正出版社 2005 年版，第 1812 页。

围。尽管如此，从根本上说越权原则并没有超越错误管辖权原则的理论框架，二者基本旨趣相同。<sup>13</sup>英国的审查原则决定了司法权对行政权的审查强度为上诉审式的审查强度，即：凡对涉及确定行政机关权限问题，法院有完全的审查权，而对于行政机关权限内的事项法院不能行使审查权，行政机关在此范围内享有自主权。<sup>14</sup>

美国司法审查的主要原则是区分事实问题和法律问题，然后适用不同的审查标准。对法律问题的审查，由法院组织法律专家进行。法律知识是法官的特长，法院对法律问题审查的范围和决定的权力比较大，甚至可以用法院对法律问题的结论代替行政机关的法律结论。对于事实问题的审查适用另外一种标准。事实问题的正确裁定需要专门知识和经验，这是行政机关的特长。法院对于事实问题一般尊重行政机关的裁定，不能用法院的意见代替行政机关的意见。<sup>15</sup>这与英国的司法审查强度有相似之处，不同的问题采用不同的审查强度，避免过多的干预行政机关的自由裁量权。

## 2、大陆法系的行政上级式的司法审查强度

大陆法系中，行政案件由行政法院审理，这与英美法系有着大的区别。行政法院的设置理念与行政法官地位的特殊性决定了对行政案件的司法审查有着自身的特色。首先，从设置理念上，他们认为“行政诉讼就是行政本身”，因而行政机关与司法机关相互独立，即意味着普通法院不能干预行政<sup>16</sup>。这种设置理念，决定了审查强度比较强，具体审查上也可以体现这一点，如德国《行政法院法》第86条规定，法院依职权调查案件；调查中应传唤参与人。调查不受参与人提供的陈述及查证申请的约束……主审法官有义务要求诉讼参与人消除形式瑕疵，对不清楚的申请予以澄清，提出有益的申请，补充不充足的事实陈述，作出所有对确认及判断案件有意义的声明。可以看出，行政法院可以替代行政机关依

13应松年：《当代中国行政法》（下卷），中国方正出版社2005年版，第1812页。

14应松年：《当代中国行政法》（下卷），中国方正出版社2005年版，第1812页。

15王名扬：《美国行政法》（下册），中国法制出版社2005年版，第672页。

16应松年：《当代中国行政法》（下卷），中国方正出版社2005年版，第1813页。

据自己的调查作出判断，而不是过多的依赖和尊重行政机关的判断。其次，从行政法官的地位来看，行政法官兼具行政和司法的双重性。如在法国，最高行政法院成员，属于司法部领导，但不是司法审判官，不享有司法法院所具有的特别保障。行政法官的地位，在理论上说，和其他文职行政官员相同，受公务员一般地位法的支配，但行政法官又受该职系特别地位法的支配，在职业保障方面，比一般行政官员优越。<sup>17</sup>行政法官的地位也决定了其行使审查职权时，更倾向于行政上级式的审查，审查强度要比英美法系要强。

## （二）借鉴：行政不作为案件中的三种审查强度

不同法系中司法权的地位决定了审查强度的不同，英美法系中，注重的是司法权从外部对行政权的监督，审查轻度较弱，但对于诸如权限问题、法律问题等“专属领地”审查强度较强，而在大陆法系中，行政法院的特殊地位——与行政机关处于同一系统内，决定了其审查强度非常强。

相对于两大法系的特点，我国的司法权和行政权的行使都是在人大的监督下行使，有其特殊性，但我们可以分别借鉴大陆法系及英美法系的优势，结合行政不作为案件的特殊性，区分不同问题采用不同的审查强度。笔者认为，对于行政不作为的司法审查可以按照强度不同分为独立判断、强尊重、弱尊重。独立判断，法院依法独立作出判断，不考虑行政机关的行为，该强度往往适用于法律适用领域。强尊重，法院对于行政机关的行为予以尊重，尤其在法律规定明确的情形下，要体现司法权对行政权的尊重。弱尊重，法院考虑行政机关的意见，但该意见并非作出裁判的唯一考量，还要综合其他因素作出裁判。

## 四、问题的解决路径：裁判方式与审查强度的有机结合

对于行政不作为案件的审查强度的应用，笔者认为应当结合裁判方式进行分析，不同的裁判方式往往对应着不同的审查强度。如下图所示：

---

<sup>17</sup>王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第609页。

审查强度 \ 裁判方式	裁定	调解	判决		
			不作为是否成立	法律明确规定下的履责判决	法律原则性规定下的履责判决
独立判断	↓			↓	
弱尊重			↓		
强尊重		↓			↓

### （一）裁定对应的是独立判断

裁定解决的是程序性的事项，并未涉及实体问题，此种情形下的审查属于人民法院的“自留地”，人民法院具有独立的判断权。行政诉讼法及司法解释对于裁定的适用范围作出了规定，行政不作为案件的审查同样受到上述规定的限制。

对于裁定适用中应注意的两个问题：一是行政不作为案件的起诉期限的起算点，另一个是行政不作为案件中原告未申请情形下的处理。

对于第一个问题应当区别对待，通常情形下，应在履行法定职责期限届满后开始计算，但是特殊情形下，如《中华人民共和国行政诉讼法》第四十七条第二款规定，公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关不履行的，提起诉讼不受前款规定期限的限制。此种情形下，起诉期限应当自被拒绝之时开始起算，而不应再等待两个月。

对于第二个问题，笔者认为应当适用裁定而非判决。首先，行政不成立的成立需以申请为前提，若未申请，行政机关无法做出回应，这类问题属于程序性审查的问题，而非实体审查的问题；其次，《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》第五十六条第（一）项规定的情形并不包括未提出申请的情形。因判决针对的是实体问题，而是否提出申请是程序性的问题，只有进入实体审查，在判断其申请不成立的理由不成立时，才适用上述规定。最后，《最高人民法院

关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第三条的规定也体现了这一点。

## （二）调解对应的是强尊重

法院对于调解的审查采用的是强尊重，即只要双方当事人的调解不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

行政诉讼法第六十条规定了调解的适用情形，在不作为案件中同样存在调解的情形，如不予赔偿等。法院对调解的审查表现为强尊重但并不表示不进行审查，尤其要注意两点：一是调解是否是当事人真实意思的表示，这是法院审查的一项重点。这体现在两个方面，一个方面原告方是否是基于外力而达成的调解，即非自愿达成的调解；另一方面是否非当事人自身意思表示，现实中出现了家属自称当事人的代理人而与行政机关达成调解意愿，最终经法院核实非当事人自身意思表示而未予准许。二是调解不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，尤其要注意审查行政机关在进行调解过程中是否存在损害国家利益、社会公共利益的情形。

## （三）判决情形下的弱尊重及强尊重

判决作为法院处理实体问题的主要方式，体现着司法权对行政权的监督，如何处理法院的审查强度，直接影响着行政机关的后续行为。

### 1、行政不作为是否成立的弱尊重

起诉被告不作为理由是否成立是不作为案件审查的核心，对此问题上，严格来说就是一个法律适用问题，法院具有相对独立的判断权，但考虑行政机关作为的方式的灵活性，应当对于行政机关的处理予以适当的尊重。具体审查中，笔者认为应当从以下几个方面进行审查：

首先，原告要求行政机关做什么？这个问题，套用“三段论”就是小前提。该问题体现了原告的诉求，也是行政不作为案件审查的起点。在这个问题的审查上，法院具有独立的判断权，主要处理原告此前的要求与诉讼时的要求是否一致，如果一致则进入下一步的审查，即被告是

否作出了行为。如果不一致则又翻转到第一步的程序性审查中。

其次，法律是如何规定的。这是“三段论”中的大前提，法律适用在行政诉讼中属于法院的“专属领地”，亦具有独立的判断权。结合原告的诉求及被告的举证，分析原告诉请针对的法律关系应当适用何种法律及法律的规定是什么？

最后，行政机关是否做了以及做了什么？这是“三段论”中的结论，在这个问题的处理上，法院审查要尊重行政机关，尤其在法律规定相对模糊的情形下。但这种尊重仅是弱尊重，说到底法院要在这里判断“是”或“非”的问题，尊重的是行政机关所谓的作为是否能够让法院形成内心确信。

## 2、判决履责情形下的审查强度

判决履责作为行政不作为案件最后的结尾，判决的强度直接影响到行政机关的下一步行为，甚至影响到行政机关以后类似问题的处理。

首先，法律明确规定情形下的独立判断。经过审查，行政机关存在不作为的情形，如此情形下，在法律有明确规定情形下，法院应当直接根据法律规定判决行政机关履责，这种情形下，法院对于行政机关的行为直接作出判决，不给予行政机关自由裁量权。如案例 4、法院判决被告在十五个工作日内就原告举报事项履行移送职责。

其次，法律规定相对原则情形下的强尊重。对于法律未明确规定行政机关如何操作，而行政机关又未作出行为的情形下，应当体现对行政机关的尊重，如案例 3，法院判决区监察大队于判决生效之日起三个月内对南山区某小区 A 座 901 房的违法建设问题依法继续作出处理。案例 9，责令市卫计委对艾立仁的举报申请重新作出具体行政行为。再如《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第九条第一款规定，被告对依法应当公开的政府信息拒绝或者部分拒绝公开的，人民法院应当撤销或者部分撤销被诉不予公开决定，并判决被告在一定期限内公开。尚需被告调查、裁量的，判决其在一定期限内重新答复。

## 结语

行政不作为案件的审查涉及到司法权与行政权的关系，审查过严，将限制行政权的行使，降低行政效率，但有助于规范行政权的行使，审查过松，则可能导致行政机关自由裁量权的滥用，但有助于提高行政效率。该类案件的审查应当区别对待，不宜搞“一刀切”，应结合具体的审判实践，总结审查强度的细化标准，进一步促进裁判标准化。