

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.06.010

欢迎按以下格式引用:梁鸿飞.中国行政公益诉讼的法理检视[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(6):92-101.

Citation Format: LIANG Hongfei. On administrative public interest litigation of China from the perspective of jurisprudence[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition),2017(6):92-101.

中国行政公益诉讼的法理检视

梁鸿飞

(南京大学法学院,江苏南京 210093)

摘要:近10余年来,无论是学界还是实务界皆对公益诉讼这个命题关注有加,尤其是对行政公诉,大量研究成果系统性地介绍了西方国家的行政公诉机制。但是,中国的检察机关从权力性质上讲是司法机关,从功能定位上说是宪法所专门规设的法律监督机关。如果置法治语境于不顾,强行赋予检察机关以不符宪法定位的公益诉讼人身份,不仅存在着难以克服的滥诉风险,而且由此带入行政公益诉讼程序中还会引发诉讼本身的异变,继而生成一系列不利于公益保护的负面效应。然而这并非检察机关刻意为之,归根到底还是法律监督疲软无力的问题。所以,为了行政公益诉讼的良好实施还需回到原点,在司法改革的背景下进一步完善法律监督机制及其运行架构。

关键词:行政公益诉讼;法律监督;司法改革**中图分类号:**D925.11**文献标志码:**A**文章编号:**1008-5831(2017)06-0092-10

为贯彻落实党的十八届四中全会关于探索建立检察机关提起公益诉讼制度的改革要求,最高人民检察院于2015年7月2日发布了《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》(以下简称《方案》)。《方案》决定在北京、江苏、安徽等13个省、自治区、直辖市开展公益诉讼改革试点,自此拉开了中国检察机关提起公益诉讼的序幕。

事实上,近10余年来,无论是学界还是实务界皆对公益诉讼这个命题关注有加,尤其是对行政公益诉讼,大量研究成果系统性地介绍了西方国家的行政公益诉讼机制,也纷纷提出了中国化的构想与建议。公益诉讼可分为民事公益诉讼与行政公益诉讼,而后者之所以能成为人们目光的聚焦之处,无非是因为在诸如环境保护、国有资产保护以及国有土地出让等行政机关负有监管责任之领域,由于行政违法现象的频发致使“公地悲剧”不断上演,公共利益不断被侵损与蚕食,又因追诉主体的缺位而推助形成了行政领域的法外飞地与滋生腐败的湿润土壤。是故,当笔墨之中的行政公益诉讼落入凡间自然给予人们如保护公益、制约行政以及抑制腐败等诸多期许。这些期许恐怕很大程度上来源于人们对域外经验的总结与认知。就现实情况而言,由于政治体制不同与法治文化的差异,中国并无可能像西方国家那样赋予检察官以公共利益代理人身份这样一种简约的技术性处理就可促使行政公益诉讼合理有效地实施。由《方案》出台后的相关案例来看,行政公益诉讼在实施过程中的确存在着相应的问题,如不认真对待并加以解决,终将有失制度建构的意义。

修回日期:2017-06-05**基金项目:**最高人民检察院检察理论研究课题“检察独立与惩戒机制法治化研究”(GJ2015C31);江苏省灌云县人民检察院委托研究课题“检察机关对行政执法的监督”**作者简介:**梁鸿飞(1988-),男,安徽滁州人,南京大学法学院博士研究生,主要从事法理学与民商法学研究。

一、身份上的错位:公益诉讼人身份隐有滥诉之风险

(一)公益诉讼人身份不符宪法之定位

一般认为,行政公益诉讼是“检察机关认为行政行为侵犯了公共利益,以自己的名义提请法院对该行政行为予以审查的诉讼”^[1]。问题在于,中国的检察机关应当以什么名义提起诉讼,或者说在诉讼中的身份是什么。对于这个问题,很多人直接根据域外经验不加思索地认为中国检察机关与西方一样是基于公共利益的代理人身份提起诉讼的。事实上,西方的检察机关或检察官本源上只是国王的代理人,而后随着资产阶级革命的爆发,人民主权理念被奉为圭臬,检察官才嬗变为公共利益的代理人。亦即,检察官之公共利益代理人的称谓是西方国家开启宪政之治后的具体表征,也是其法治文化的组成部分。那么,基于这样一种历史渊源和法治文化,自然可以从公共利益的代理人这个身份延伸出检察官的公益诉讼权。例如英国,“为了公共利益而采取行动是检察总长的专利,他的作用是实质性的、合宪的,他可以自由地从总体上广泛地考虑公共利益。因而他可以自由地考虑各种情形,包括政治的以及其他的”^[2]。可以说,正是公共利益代理人的丰富内涵赋予了检察官在诉权领域较多的自由选择。中国的法治语境中,仅仅是为了契合行政公益诉讼的“公益”主题及塑造表见上的正当性,以架空国家的历史渊源与法治文化而强行赋予中国检察机关以公共利益的代理人身份无疑在逻辑与语境上都存有不能自圆其说的重大缺陷。如有人就认为:“检察机关在公益行政诉讼中的身份应是公益的代表,如果简单地以法律监督机关的身份出现在公益行政诉讼中,体现不了公益诉讼特点。”^[3]显然,这种不顾现实语境,仅以西方公益诉讼的特征来界定中国检察机关诉讼身份的论证方式与那种以三权分立语境下的司法权特征来反证中国检察机关不是司法机关的逻辑进路别无二致,在逻辑上都犯了本末倒置的错误。就概念之中的价值取向而言,行政公益诉讼当然是为了保护公共利益,此无可指责。但是,价值取向只能决定行政公益诉讼之法律概念建构的现实功能,而无法据此赋予检察机关超越宪制框架与法治文化的特殊身份。亦即,我们不能通过将检察机关包装成公共利益代理人的方法奠定其禀有行政公诉权的正当性。

既然西方检察机关的公共利益代理人身份非随意拟设,那么中国检察机关以何种身份提起行政公益诉讼还应从检察制度本身的历史渊源方面进行考察。中国的检察制度移植于苏联,其初衷是为了有效地维护法制的统一,故而在宪法上将检察机关设为专门的法律监督机关。法律监督的本义是监督法律的统一实施或遵守,法律监督机关则意指监督法制的机关^[4]。然而,又由于法律监督权本质上仍是程序性的权力,所以“检察机关法律监督职能的有效行使是不能脱离开具体的诉讼职能的”^[5]。亦即,“监督和诉讼两者之间存在着内在的联系,都具有维护法制的作用,诉讼是监督的主要手段,而监督又可以通过诉讼来实现”^[6]。简言之,诉讼职能乃是法律监督的重要组成部分,不可或缺。在苏联语境中,法律监督的伸张主要倚赖一般监督权的广泛存在,而一般监督权的实现方式包括:因国家工作人员或普通公民的违法行为侵损国家或劳动人民利益时,可以提起民事诉讼或直接参与民事诉讼^[7]。可见,前苏联检察机关以诉讼之法保护国家利益本质上还是法律监督运转的具体表现。而且,苏联检察机关为保护国家利益提起诉讼是鉴于国家机关工作人员或普通公民的违法行为与受损国家利益之间的因果关系,而不是简单地从维护公共利益的角度出发而理所当然地成为适格的诉讼主体。就当下而言,承袭苏联衣钵的俄罗斯在检察制度方面依然保留着以一般监督权为核心的法律监督传统,所以当行政行为涉嫌违法,侵犯众多公民的权利与自由,或者基于其他原因而导致侵权行为造成重大社会影响时,检察长向法院提起的是立足在法律监督权能中的行政违法诉讼^[8],这种诉讼的提起旨在矫正行政违法或消除违法之根源,只不过与之直接相关的公民权益救济定着在诉讼目的之上。中国检察机关提起的行政公益诉讼与苏联的民事诉讼以及与俄罗斯的行政违法诉讼有些许差别,但是就法律监督这一功能上的宪法定位而言并无本质上的区别。也就是说,在中国,行政公诉权作为检察机关诉权类型的扩展实质上还是为了满足法律监督的需要,并且也只立足在此权能之中^①。再者,“在‘议行

①《方案》在提纲挈领的目标和原则部分就强调:“立足法律监督职能。坚持检察机关职能定位,把握提起公益诉讼的条件、范围和程序,既强化对公共利益的保护,又严格规范行使检察权。”

合一’的社会主义国家,政权体制采取的是人民代表大会制的政权结构模式”^[9],检察机关具体监督权能的添设需要最高权力机关的背书与授权,故而最高人民检察院制定的《方案》是在得到全国人大常委会授权之后才得以正式颁布,具有规范性的效力。不过,在此,全国人大常委会也只是为检察机关的法律监督权能增设一个具体权能,不可说是超越宪法为检察机关重新塑造一个角色——公益诉讼人。

可见,行政公诉权乃是立足在法律监督权能之中,检察机关是以法制统一守护人的身份提起行政公诉。《方案》虽然明确了这一要旨,但却又赋予检察机关以公益诉讼人之身份。所谓公益诉讼人与前面所提到的公共利益代理人别无二致,这种方凿圆枘的身份赋予实质上是在模糊原本清晰的宪法定位,不仅存在着两种身份在法理逻辑上难以自洽的问题,而且不免有长期演化后据公益诉讼人之身份滥用诉权的风险。

(二)公益诉讼人身份的滥诉风险

“如同‘正义有着一张普洛透斯似的脸’一样,公共利益也有着一张普洛透斯似的脸”^[10]。所以,“公共利益的外延具有不确定性,不同国家、不同时期对公共利益的理解各不相同,各国允许提起行政公诉的范围也宽窄各异”^[11]。中国《方案》较为谨慎地规定了检察机关提起行政公诉主要集中在生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权等这些“公地悲剧”频繁上演的重灾区。然而,即使如此,公共利益的不确定性、抽象性程度并不会因此而有所消减,这些领域内的公共利益也都不可能穷尽列举,其中的内容、范围以及形态等皆如同弹簧一般可以被无限拉长。将原本作为法制统一守护人的检察机关拟化为公益诉讼人,自然会本能地筛选辨别何为公共利益以及是否受到侵害,一方面徒增检察机关的工作负荷;另一方面,更重要的是,极大地挤压了法律监督原则。

《方案》出台后的首例国有资产保护行政公诉案,即甘肃省酒泉市肃州区工信局未严格按照《淘汰落后产能中央财政奖励资金管理办法》审核把关,使得不符合条件的企业(即原酒泉市兴盛纸品厂)获得奖金44万元,嗣后甘肃省财政厅要求相关财政部门予以追缴,肃州区人民检察院据此认为肃州区财政局不履行行政监管职责,致使国有资产仍处于受侵害状态,于是向玉门市人民法院提起行政公益诉讼。事实上,所谓国有资产仍处于受侵害状态源于肃州区工信局的行政给付违法(即违反《淘汰落后产能中央财政奖励资金管理办法》这一部门规章),而肃州区人民检察院根据甘肃省财政厅要求相关财政部门追缴并上交省厅的行政命令就对区财政局提起行政公诉来说显然不妥。一方面,上级财政部门对下级财政部门的行政命令乃是行政内部关系,并非属于法律监督据以考量的范畴;另一方面,财政部门本身没有明确的国有资产监管职责,更何况此案国有资产流失是由区工信局的违法行政行为所致,肃州区财政局就更不应负有相关的法律责任。从此案可见,肃州区人民检察院固然还没有直接表现出筛选辨别公共利益的自主性,但其过于注重国有资产流失这一利益层面的问题,未能完全从法律监督的角度出发,忽略作为违法行政行为的肃州区工信局而径直起诉与之无任何法律关联的肃州区财政局,就颇有滥用诉权之嫌虞,也无疑说明了公益诉讼人身份对于法律监督原则的挤压效果。

其实这起关于国有资产保护的行政公诉案的案情本身并不复杂,其中的法律关系亦较为明晰,然检察机关的诉权行使却有脱离法律监督轨道的迹象,显露出滥诉之端倪。那么,在国有资产的市场经营与国有企业的改制、合并以及分立等领域,国有资产必然要承受一定的市场风险,不可能永远保盈持泰,如果检察机关不是从法律监督的角度出发,而是据以公益诉讼人身份对国有资产消减的“不法”与“不幸”不加区分而滥用诉权无疑是在倒逼负有国有资产监管职责的行政机关乃至与之相关的行政机关动用行政资源干涉市场的竞争环境,以保证国有资产免于任何“不幸”。如此,不啻为以牺牲良好市场环境的公共利益换取国有资产的保值、增值,非“舍本逐末”不能评价。所以说,行政公益诉讼的良好实施首先需要检察机关立足于法律监督权能,而据以公益诉讼人身份则极易破坏原本的机理结构,形成滥诉之势。

在公益诉讼方面,过往之研究可谓是“言必称西方,动辄说借鉴”。事实上,即便是从域外经验来看,“在中欧、东欧国家,公益诉讼的实施本就有有助于巩固法治”^[12]。在法治未臻成熟的国家,尤需通过公益诉讼尤其是行政公益诉讼填补、修复法秩序的缺口,进而助力于法治的发展,这当然也是在为公共利益的葆有与实

现创造最为基本的秩序环境。检察机关是守护法制统一的法律监督机关,就此而言,赋予检察机关行政公诉权只是延展其守护人角色的职权而已,再重塑一个公益诉讼人身份无疑是在画蛇添足。

二、实施中的异变:司法“共谋”倾向扭曲行政公诉之本义

(一)程式上的偏颇:司法“共谋”消解伦理说服力

博登海默认为,“我们很难想象,一个现行有效的行政法律制度在未规定法院或某种其他公正机构及裁判庭对政府官员的行动至少做一种有限的审查的情况下,就能防止政府官员任意滥用权力的现象”^{[13] 384}。与民众利益息息相关的行政权极易被滥用,这一先验性的假设似乎已经成为了人们普遍性的心理倾向,而中国近年来以消费公共利益为代价的大量行政违法现象无疑是在经验性地反复确证这一先验假设。正因如此,国家权力机关才延展了检察机关的法律监督权,试图以行政公益诉讼来填补行政监督机制的缺口。然而,从逻辑上讲,不能因为行政违法现象的频发就推定一切行政行为皆有违法之嫌,一切行政行为皆有吞噬公益之倾向。相反,“在行政法传统模式下,行政机关依据代表民众合意的立法机关授权做出决定,本身就是从根本上维护了公共利益,它的合法性及公益性来自立法机关”^[1]。而且,基于行政法的信赖保护原则,我们应该对行政行为进行有效推定,这实质上也是社会公益与安定秩序的根本保证。是故,作为司法机关的检察机关提起行政公诉,尤需谨防将行政主体“滥权违法”之“前见”注入诉讼程序中,以免未审先判,引发司法程式上的偏颇,使诉讼丧失法治意义上的伦理说服力。

通过《方案》出台后首例行政公益诉讼案看,上述之隐忧着实已经开始显现。山东省庆云县人民检察院在履行职责中发现,山东庆云庆顺化学科技有限公司自2008年8月以来,在未通过建设项目环保设施竣工验收的情况下,违法生产,排放大量污水造成环境污染,庆云县环保局在监管过程中存在违法行为。在发出检察建议无果的情况下,庆云县人民检察院于2015年12月16日对庆云县环保局依法提起行政公诉,最终庆云县人民法院判决庆云县环保局批准企业试生产及试生产延期的行政行为违法。从表象上看,此案的确实现了人们先前赋予行政公益诉讼机制的功能期待——行政违法得以矫正,公共利益得到救济。然而,细加探析就可发现其中的问题。山东省人民检察院新闻发言人、宣传处处长徐安江就此案接受中国青年报记者采访时透露,“庭前,省、市、县三级院与法院多次召开庭前会议,就相关问题进行沟通协调;同时,统筹谋划协调大量固废、废酸处理等系列问题,确保案件办理扎实,案外处理妥善,实现最佳效果”^[14]。一方面,省市县三级检察机关与审理该案的县级审判机关进行沟通协调,无疑是对审判机关施加影响与压力,以谋求立场上的一致性;另一方面,在庭前会议之同时,检察机关已与审判机关统筹谋划污染物的处理问题,这就暴露出未审先判之痕迹,此乃司法“共谋”无疑。

检察机关强行捆绑审判机关,形成未审先判的司法“共谋”,如此确能营造出司法权共同制约行政权之表现,然行政公益诉讼会因司法程式上的偏颇而丧失法治意义上的伦理说服力。由此,也足可见公益诉讼人身份与司法机关这两个要素相结合所产生出的化学反应效果。不过,司法程式的偏颇只是肇端,其后更有进一步的辐射后果——法律作业的荒废与权能界限的突破。

(二)法律作业的荒废:葆有公共利益的工具体系失灵

公共利益伴随着民族统一—国家进入民主立宪时代应运而生,其作为一项连贯国家与社会的流行价值仍需借助一定工具体系才能获得具体的形式与内容。一般而言,这一体系由“法律、政策以及政府的外向行政行为等基本工具构成;而在法律、政策以及行政行为所构成的工具体系中,法律具有最高性,政策其实是法律的临时性形态,而行政行为也需要依法展开,也就是说,整个工具体系所应贯穿的是‘法律的精神’”^[15]。显然,在整个工具体系运作过程中,“法律的精神”能否得到有效之贯彻往往决定了公共利益能否实现以及实现程度。不过,贯彻“法律的精神”并非像表象上的合法合规那么简单,实质在于准确地阐明、实现法律的规范意旨,在客观方面需要精密的法律作业铺陈其中,在主观方面则需要操作工具体系的权力主体认真地对待法律。

政府的行政行为——葆有公共利益的基本工具——在实践中以“行政执法”的面貌出现。所谓行政执

法就是行政机关将法律从文本规定转换为人们的实际行为规范,即以行政权来实现法律的规范意旨^[17]。然而,问题在于,一方面法律规范的载体乃是文字,而由文字组成的文义往往是抽象、复义的,所以法律对于社会关系的规范范围与调整意向并不是显而易见且确定无疑的;另一方面,行政法所调整之社会关系纷繁复杂,涉及到社会的各个领域,再精进的立法技术也难以克服成文法的空缺结构。所以,在行政执法的过程中,如要准确地实现法律的规范意旨,势必需要行政机关对相关的法律条文以及其中的法律概念进行解释。行政机关在行政执法中进行的“法律解释”一般而言是适用法律的个案解释,即在将法律条文适用于个案的具体事实时对相应法律条文的含义和适用范围的阐释^[16]。此外,在一些诸如税捐的特殊行政领域,上级行政机关为了法律的统一适用以及简化大量的行政作业,往往用法律解释来具体化不确定的法律概念,以统一见解,其实施方式是在组织内部制定行政规则^{[17][20]},这就是我们通常所说的抽象行政行为。可见,对于行政执法而言,无论是针对个案的具体行政行为还是覆及一般的抽象行政行为都需要行政机关进行法律解释的作业,此乃行政工具对实现公共利益的必要保证。

有人认为,行政行为就是“行政的意思表示”^[18],在行政执法过程中,行政机关基于法律解释形成的法律见解必然充盈在行政的意思表示中。由是,行政行为亦可视为行政机关的法律见解表达。那么,在行政公益诉讼视角下,所谓检察机关发现负有公益保护职责的行政机关涉嫌违法行政亦可理解为:在担负保护公益之责的行政领域,检察机关不认同行政机关在处理具体个案或制定行政规则时表达出的法律见解,并认定这种法律见解违背了法律原本的规范意旨进而直接导致公益受损。当检察机关将它的“认定”诉诸法庭之后,审判机关是在关联具体法律事实,运用法律解释等法律方法阐明法律的规范意旨的基础上,判断相互哪一方的法律见解更符合法律的规范意旨。又由于保护公益此一价值取向已经建构在行政公诉的概念以及系争法律的规范中,所以在行政公益诉讼的司法场景中,审判机关在阐释相关法律法规的规范意旨时应取向于保护公益这一基本价值,依此作为裁判考量的决定性因素以推求出我们利用规范所追求的目的——公共利益的葆有。

可见,行政公益诉讼是检察机关将其与行政机关之间不同的法律见解交由审判机关裁决的诉讼,而见解与裁决的背后铺陈着大量的法律解释作业在诉讼的前后始终,或者说行政公益诉讼本应就是一项各权力主体站在各自法律立场上的法律技术性作业。是故,无论葆有公共利益的行政工具是否失灵(违法),通过行政公益诉讼这一司法程序,检察机关应当向法庭提交精炼而又不失完整的关于公益保护的法律问题,而审判机关旨在用法律方法在个案中描绘出公共利益的有形脸谱,以“法律的精神”照亮公共利益的阴影暗区。反过来说,即使在假定行政工具失灵的情况下,如果作为守护法律最后一道防线的司法者也可借由行政公益诉讼程序脱离法律立场“擅离职守”,那么就等于是将“法律的精神”从葆有公共利益的工具体系中彻底抽离。

(三) 权能区分的突破:公共利益得以存续的宪法秩序失调

公共利益的政治坐标是民主宪政体制,正常的宪法秩序是公共利益得以继续与葆有的基本前提,此乃自明之理。一般而言,“由宪法所规设的三类国家权力,即立法权、(行政)执法权、司法权,皆有实现公共利益的功能”^[19]。不过,规设的逻辑就是国家权力的组织化,而组织原则一方面乃是权能的基本区分,使国家治理免于专断;另一方面则是各权能的有序衔接,使国家权力蔚为整体,免于离散。对这一原则的坚守关系到宪法秩序的根基稳定,也决定了公共利益存续之可能。

从权能区分的角度出发,立法权是以法的形式表达公共利益,而行政权则是以执法的方式葆有公共利益,司法权则是候补于行政权。唯当行政权在执法过程中偏离法律的规范意旨,致使公益失落,司法权才会启动程序,予以矫正。由此可见,行政主体实质上才是公共利益的直接责任主体,这也就不难理解作为行政组成部分的西方检察机关缘何可以自由地考虑公益问题。就行政公益诉讼的形式而言,检察机关与审判机关所监督与审判的对象是作为行政主体之法律见解表达的行政行为。只不过,因为行政行为与公共利益的关联性,经由司法程序中的法律解释作业,公益保护问题与行政行为的法律评价问题相互渗透对方,依审判

机关根据解释系争法律做出的裁判内,公益保护问题与行政行为的法律评价问题便在这个限度内合而为一^{[17]304}。最终,审判机关运用法律解释、法律推理以及法律论证等法律方法结合关联的法律事实审视检察机关与行政主体之间不同的法律见解并做出判断,为行政执法中的公益保护任务提供法律说明书。不过,按照宪法的权能区分原则,公益保护这一任务最终还是应回落到行政主体,由司法者用法律方法描绘出的公益脸谱最终还需通过行政执法予以制作成型。唯有各权力主体各司其职,行政机关甘愿谦卑服从司法判决,并按其指示认真落实,而司法机关有守有为,尊重行政自治,不于案外擅加干涉,依此才有望形成丝丝相扣的公共利益保护体系。在此秩序环境下,前面所提到的葆有公共利益的工具体系才有现实意义,而公共利益的司法救济或者说行政公益诉讼本身才会进一步发挥出积极性的宪制层面意义。

反之,如若司法者超越权能边界,越俎代庖,在权力秩序上则会渐次呈现出竞争性、离散化的状态,这种秩序状态不单单是瓦解各权力主体关于公共利益的法律共识,更严重的是会打破宪法秩序的有序性、统一性,整个国家权力就无法对公共利益事项做出可以付诸实施的有效决断。山东省人民检察院新闻发言人在介绍首例行政公益诉讼案时说“统筹谋划协调大量固废、废酸处理等系列问题,确保案件办理扎实,案外处理妥善,实现最佳效果”。检察机关与审判机关统筹谋划本应由行政机关指示企业做出的污染物处理问题,并且明确表示要做到“案外处理妥善,实现最佳效果”,这无疑已经突破了权能区分的界限,本质上就是在扰乱既定的宪法秩序。若案案如此,久而久之,公共利益之命运如何则自不待言。

三、客观属性的残缺:司法机关无法把握具有一般性意义的行政行为

司法救济的历史表明,行政诉讼的最初目的主要不在于保护行政相对人的权益,而在于监督和维护行政机关依法行政,这在大陆法系与英美法系国家都是如此^[20]。只不过随着民众权利意识的兴起,行政诉讼的焦点开始转为个人的主观权利,诉讼的性质随之发生了转变,法庭所关注的问题不再仅是行政行为合法性的问题,而是“新的主观性法律状态是否破坏或者改变了旧的主观性法律状态,而提出诉求的那个人必须是直接受到该行政行为影响的个人”^{[21]140-141}。如此,司法机关既要救济公民之主观权利,又需维护客观法律秩序,以行政行为为诉讼标的的诉讼势必发生类型的分化,即分为主观之诉与客观之诉。简单地说,当“行政行为违反了客观的法律规则而侵犯了公共利益和客观法律秩序时,提起的诉讼为客观诉讼,例如越权之诉;而行政行为仅仅侵犯了原告所独享的权利,此时提起的诉讼为主观诉讼,例如行政赔偿诉讼”^[22]。

显然,在主观诉讼中,由于行政行为仅仅侵犯了公民个人所独享的权利,诉讼目的也就对应地局限于救济公民的个人权益。在客观诉讼中,虽然诉讼标的仍是行政行为,但是诉讼目的转为维护客观的法律秩序。然而,问题是,在主观诉讼中,侵犯了公民个人所独享的权利的行政行为往往也是违法行政行为,严格来讲也是破坏了客观的法律秩序,且公民权益与公共利益之间亦难以划定绝对的客观界限,那么究竟该如何准确地区分主观诉讼与客观诉讼呢?在行政诉讼领域,区分的关键在于判断行政行为是否具有一般性的意义,所谓具有一般性意义是指行政行为不是针对特定的行政相对人,而是“对所有公民——特别是那些在该行政部门所管理的社会领域内活动的人——产生影响”^{[21]141}。亦即,具有一般性意义的行政行为是指向职责领域的事,由此与公共利益直接相连,因而导入客观诉讼。所以,有人就将客观诉讼归纳为“对事不对人”的诉讼种类^[23]。笔者认为,客观诉讼具有两个显著的特征:一是行政行为涉嫌违反了客观的法律规则,有损法律秩序与法制统一;二是行政行为具有一般性的意义,进而涉及到公共利益。就这两个特征结合《方案》^②来看,首先,行政机关违法行使职权或负有法定责任义务而不予作为,就意味着行政机关的行政行为违反了客观的法律规则;其次,行政机关因其行政行为造成国家和社会公共利益受到损害,且公民、法人和其他社会组织与之没有直接利害关系,由此可知,此类行政行为必然具有一般性的意义故而直接涉及公共利益。是故,可以论断:行政公益诉讼不同于行政相对人为维护自己利益而进行的“主观诉讼”,它是一种以监督行

②《方案》对行政公益诉讼的表述是:“检察机关在履行职责中发现生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,造成国家和社会公共利益受到侵害,公民、法人和其他社会组织由于没有直接利害关系,没有也无法提起诉讼的,可以向人民法院提起行政公益诉讼。”

政违法行为为目标,以救济公共利益为价值主旨的“客观诉讼”^[6]。如果说主观性的行政诉讼是公民为权利而斗争的价值彰显,那么可归纳为客观诉讼的行政公益诉讼则是法律监督机关为法律权威而努力的现实表征。

主观诉讼与客观诉讼是一种学理上的认知与分类,未必一定要在成文法中予以明确。法国作为这种理论的发源地在成文法中并未明确将行政诉讼分类为主观诉讼与客观诉讼,但法院在审理中却分别有着与之对应的诉讼程序与诉讼规则^[23],救济公民权利与维护法律秩序之目标皆能在司法程序中充分地实现。就中国行政公益诉讼而言,主要还是司法机关对于具有一般性意义的行政行为的完整把握。如前面所提,行政行为的一般性意义决定了行为本身与公益直接相连。从某种程度上说,这种一般性意义乃诉讼是否属于客观诉讼的决定性因素,所以狄骥亦将行政行为的一般性意义称为一种客观属性^{[21][41]}。换言之,司法机关只有完整地把握具有一般性意义的行政行为,诉讼的客观属性才能完整无缺。依此,诉讼目的及其价值取向才有实现的可能。

具体说,中国的行政公益诉讼是检察机关立足于法律监督权能提起的,诉讼目的指向维护法制的统一和法律秩序的安定,公益的司法救济则定着在这一诉讼目的之上,而之所以有着定着的状态其原因就在于行政行为具有一般性意义,与公益直接相连,这种相连同时也是法律解释应当取向于公益保护价值的关联性条件。亦即,具有一般性意义的行政行为乃是救济公益的价值取向可以定着在维护客观法律秩序这一诉讼目的之上的适格载体。是故,检察机关提起行政公益诉讼,一方面当然要初步认定行政主体以其法律见解为据而实施的行政行为涉嫌违法,另一方面则是要判断行政行为是否具有一般性意义,而对行政行为是否具有一般性意义的判断不仅仅是指《方案》中提及的生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让等行政行为指向的领域问题,还应当涵括行政行为的类型问题。众所周知,行政行为可分为具体行政行为与抽象行政行为,两种类型皆可具有一般性意义,而后者尤甚。犹如狄骥所言:“这种客观性的行政行为是不计其数的,因为它们包括所有以法令或规章形式作出的行为。从实质性的角度看,它们当然相当于制定法;但是从形式的角度看,它们仍然处于‘越权行为’之诉的适用范围内,因为他们毕竟是来自行政官员的。”^{[21][41]}显然,具有反复适用性的抽象行政行为势必具有更加浓厚的一般性意义或者说客观属性。从目前的《方案》与《行政诉讼法》看,对于抽象行政行为,即通常所说的行政规范性文件,检察机关既无权起诉,审判机关也无权直接裁断其是否合法。亦即,司法机关无法完整地把握具有一般性意义的行政行为,行政公益诉讼的客观属性亦必然随之残缺不整,而维护客观法律秩序的目的以及保护公共利益的价值取向能否完全有效地实现则可想而知。就此而言,由《方案》与《行政诉讼法》所初步架构的行政公益诉讼机制颇有画地为牢的意味。

事实上,无论是从频发的行政违法现象看,还是从刚刚讨论的检察机关尚无法完整把握具有一般性意义的行政行为来说,其背后反映的都是法律监督疲软无力的问题。所以,检察机关才会试图以公益诉讼人身份间接地扩展权限,并且捆绑审判机关形成司法“共谋”,依此来弥补法律监督方面的供给缺失。有鉴于此,我们还是应当回到原点来解决问题,即着手完善法律监督机制,否则,行政公益诉讼的实施还是逃离不了“头痛医头,脚痛医脚”的窠臼,终究无法根治公益流失的顽疾。

四、回到原点:立足于法律监督的完善

(一) 修补断裂的法律监督机制

根据法律监督机理,各类具体的监督方式并非是没有交集的平行线,而是相互协作、环环相扣,进而在实践中共同推求出法律监督这一有机组合的整体。倘若某一环节出错,某一具体权能缺失都将导致整体裂缝,法律监督的实效自然有所减损,法制的“统一”性也就难以保全。反过来说,只有在法律监督机制整体性完善的情况下,衍生于法律监督的某一具体监督方式才能得到其他关联监督权能的协作与支持,依此,才能发挥监督实效。如在苏联的语境下,由于检察机关面临着统一的任务,所以按照法律专业分工原则所建立的业务处(一般监督处、侦查监督处、刑事审判监督处等)就必须在工作中取得全面而密切的协作联系,一

般监督处发现具有犯罪特征的违法行为就会通知侦查监督处,而侦查监督处发现不具有犯罪特征的一般违法情况则反过来通知一般监督处,刑事审判监督处发现侦查工作的缺点应当通知侦查监督处^[24]170-171。从历史经验看,这种协作联系得以精密化的关键在于依凭覆及一切法律实施领域且监督手段多元化的一般监督权的广泛存在,这就使得检察机关领导侦查、实施公诉与监督诉讼活动合法性等职权在实际运行中呈现互相融合的状态,并自然而然地都被认为是维护法制统一的具体体现^[7]。从某种程度上说,一般监督权驱动了相对完善的法律监督机制。也由此,任何一项具体性监督权能的实施才显然精准得当。行政公益诉讼既然在法理上是衍生于法律监督的一种具体监督方式,那么其维护客观法律秩序之目的、救济公益之价值取向能否圆满实现首先还是取决于法律监督机制的完善与否。

中国宪法虽然在原则上宣谕检察机关是法律监督机关,但检察机关的具体职能却都局限在诉讼监督的范畴。亦即,检察机关空有法律监督机关这一名分。这也是检察机关重建已近40年,而法律权威始终不彰的重要缘由。不幸的是,人们对于检察机关的理解似乎也就习惯性地局限在诉讼监督的范畴。所以,对于“公地悲剧”的频发,人们只认识到是追诉主体的缺失,故而还是从诉讼监督的角度出发想当然地将检察机关包装为公益代理人,而看不到公益无端流失根本上乃是法律监督内部断裂,退变为诉讼监督的后果。要知道,法律监督的名分固然可以为行政公诉提供正当性渊源,但局限于诉讼监督的权能其根本无力供给基本的支持与协作,导致的结果就是检察机关向审判机关提交的有关公益的法律问题难以完整、充分,或是根本无力提交相关问题。譬如,行政公益诉讼案件的线索发现以及对于线索真实性的初步核实需要依托涵括较广的一般监督活动^③,有时也要从与行政违法密切相关的职务犯罪侦查活动中获取相关信息。再譬如,因为行政公益诉讼涉及公共利益,需要大量的调查取证,但是公共利益受侵害的事实与行政行为之间因果关系的证据,大都掌握在行政机关手里,这就需要检察机关具有相应的调查取证权^[27]。

显然,这些权力绝非诉讼监督所能涵盖,需要整体有力的法律监督才能提供支持。最高人民检察院其实也认识到了这方面的问题,2016年发布的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》一方面强调了负责公益诉讼案件的民事行政部门与职务犯罪侦查部门之间的协作与配合;另一方面也自我赋予了对行政机关的调查取证权。不过,对于职务犯罪侦查活动,检察机关起诉之前的线索发现、调查取证等相关问题无一不完全依赖党内纪律检查机关的“双规”措施,检察机关的“两反”部门所承担的实质工作不过是对纪律检查机关所移交的案件材料进行司法程式化的处理,这种法定职能对于非正式程序的路径依赖本身就是法律监督断裂为诉讼监督的苦果。在这种状态下,更遑论职务犯罪侦查活动可以为行政公益诉讼提供多少有力的支持。而且,颇具讽刺性意义的是,为了化解这种法治语境下的尴尬,正在构建的国家监察体制就意欲将“两反”职能彻底从检察机关抽离。而对于调查取证权的赋予,《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》不同于《方案》,并没有经过最高权力机关的背书,从属性上说,只是检察系统内部的规则,这种自我赋权并不能对行政机关产生客观上的规范拘束力。上述仅为问题之一隅,但管中窥豹,足可知,倘若法律监督仍旧局限在目前的诉讼监督范围内,行政公益诉讼无论是对于纠正行政违法还是对于公益救济而言皆不可能取得预期的效果,难免再次陷入尴尬之境。总之,法律监督疲软所导致的不断上演的“公地悲剧”催生出了行政公益诉讼,而行政公益诉讼的有效实施又反过来要求修补断裂的法律监督。

从行政公益诉讼这个新开的窗口,不难发现,检察维度的司法改革应着重于一般监督权的回归,锻造相对完善的法律监督机制。当然,在这里,“一般监督权的回归不是说将监督权泛化,监督范围没有界限、不分领域,而是围绕权力违法的频发地带尤其是重灾区适当扩展法律监督的范围,强化法律监督的权能,使法律监督名副其实且有的放矢”^[28]。可以说,倘若目前的司法改革始终不重视法律监督机制的完善,那么在宏观领域,则将无力助推法治中国的进程;在中观领域,改革之路实则是歧路亡羊;微观领域,无法圆满地实现关于行政公益诉讼的功能期待。

③一般监督活动就包括检察机关对于行政机关命令、决定以及行政规范性文件的审查(检查)权。参见谢鹏程《(前)苏联检察制度》(中国检察出版社,2008年版第111-116页)。

(二)完善法律监督的运行架构

行政公益诉讼是通过司法程序救济因行政违法而导致的公益流失,这固然是司法者适用法律、解释法律的过程,但这一过程始终都要直面掌握资源优势的行政机关。过往至今,无论是检察机关还是审判机关总是面临着地方势力尤其是地方政府有意无意间的干涉、侵蚀以及压制,司法机关对于一些“敏感”案件的办理也不得不接受地方政府的“指示”“调处”。正是基于这样的经验性认识,检察机关才会试图捆绑审判机关,形成司法“共谋”,以这种“以毒攻毒”的方式抵御地方政府的压力。

当下的司法改革也是在着力于提升司法机关对于地方势力干扰的免疫力,而提升的具体路径却是效仿过往工商、质检等行政部门省级统管模式。如此设计未免太过粗疏,改革效果不仅难至预期水平,而且还有适得其反的风险。事实上,化解司法地方化的问题就是在落实宪法第216条与第131条的司法权独立原则。笔者认为,除却独立的司法预算制度,围绕司法权能的特征进行精心设计应是重中之重。法律监督权能的履行不仅需要检察机关站在法律的立场上,“更要站在较为宏观的国家法制统一的立场上”^[26]。所以,所谓检察独立应是整体性的外部独立。依据苏联的经验,其是以施行垂直领导体制来成全检察机关的整体外部性独立^④,地方势力面对富有整体性与统一性的检察体系根本无缝可钻。而历史也证明,正是因为这种垂直领导体制以及独立的联邦预算制度对于法律监督权能的有效保障,才使得苏联检察机关在维护国家法制统一方面留下了光辉的业绩^[26]。有此借鉴,本源就是移植于苏联的中国检察制度在司法改革中与其局限于人财物省级统管这种不尴不尬的层次,毋宁回归于垂直领导体制,这既是回应法律监督权能的客观需要,也是对历史传统的尊重与继承。

不难发现,当法律监督机制相对完善,检察机关就无需以公益诉讼人身份间接地扩展权限;当法律监督权能配之以整体性独立的运行架构,检察机关就无需捆绑审判机关为司法权加持。至此,行政公益诉讼的实施才会回归到矫正行政违法、救济公共利益的正轨上来。

参考文献:

- [1]温辉.行政公诉的理论基石[J].国家检察官学院学报,2009(3):120-127.
- [2]王太高.论行政公益诉讼[J].法学研究,2002(5):42-53.
- [3]蒋皓.特定情况检察机关可作公益诉讼原告[N].法制日报,2014-12-11(05).
- [4]宋小海.法律监督考[J].浙江学刊,2014(3):138-144.
- [5]沈丙友.公诉职能与法律监督职能关系之检讨[J].人民检察,2000(2):13-15.
- [6]孙谦.设置行政公诉的价值目标与制度构想[J].中国社会科学,2011(1):151-163.
- [7]雷小政.往返与流盼——检察机关一般监督权的考证与展望[J].法律科,2012(2):75-82.
- [8]韩成军.苏联、俄罗斯行政执法检察监督对我国的启示[J].河南社会科学,2015(11):25-32.
- [9]刘根菊,官欣.华东政法学院学报[J].俄罗斯联邦检察权的改革及借,2004(4):82-87.
- [10]王太高.公共利益范畴研究[J].法学研究,2005(7):82-87.
- [11]王晓,任文松.论检察机关的行政公诉制度[J].社会科学研究,2013(6):75-79.
- [12]Daniel-Stefan Paraschiv. Public Interest Litigation in Europe[J]. Contemporary Readings in Law and Social Justice, 2011, 3: 122-127.
- [13]E. 博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004.
- [14]新华网.全国首例行政公益诉讼案件背后:检察机关如何介入[R/OL].(2016-09-13)[2016-10-15].http://news.xinhuanet.com/gongyi/2016-09/13/c_129278781.htm.
- [15]张康之,张乾友.考察公共利益发生的历史[J].江海学刊,2009(2):97-104.
- [16]姜明安.行政执法的功能与作用[J].湖南社会科学,2004(1):158-167.
- [17]黄茂荣.法学方法与现代民法[M].北京:法律出版社,2007.

④在苏联,总检察长有权领导和指挥各级检察长履行法律监督职责,有权将一个检察长的职权转交另一个检察长行使;在任免程序方面,总检察长有权直接任免各加盟共和国、边区、省、自治共和国、自治省的检察长,州、区和市的检察长也需由加盟共和国检察长提请总检察长加以批准和任命。参见谢鹏程、任文松《苏联检察制度对我国的影响》(《河北法学》2010年第7期195-199页)。

- [18]汪厚冬. 论行政法上的意思表示[J]. 政治与法律, 2014(7):54-65.
- [29]Declan McGrath. Public Interest Privilege. Dublin University Law Journal[J]. 2000,22:75-90.
- [20]张坤世, 欧爱民. 现代行政诉讼制度发展的特点——兼与我国相关制度比较[J]. 国家行政学院学报, 2002(5):52-58.
- [21]狄骥. 公法的变迁[M]. 郑戈译, 北京:中国法制出版社, 2010.
- [22]马立群. 主观诉讼与客观诉讼辨析——以法国、日本行政诉讼为中心的考察[J]. 中山大学法律评论, 2010(2):249-264.
- [23]于安. 行政公诉的公益诉讼与客观诉讼问题[J]. 法学, 2001(5):16-17.
- [24]谢鹏程. 前苏联检察制度[M]. 北京:中国检察出版社, 2008.
- [25]姜涛. 检察机关提起行政公益诉讼制度:一个中国问题的思考[J]. 政法论坛, 2015(6):15-29.
- [26]梁鸿飞. 中国语境:关于司法公信问题的法理省察[J]. 长白学刊, 2017(1):76-82.

On administrative public interest litigation of China from the perspective of jurisprudence

LIANG Hongfei

(*Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, P. R. China*)

Abstract: In last ten years, academic circle and judicial circle are both interested in public interest litigation. Specially, a large number of researches present western system of administrative public interest litigation. However, China's procuratorates are judicial authorities, and their function is legal supervision. In China's legal context, the identity of public interest agent of procuratorates is incompatible with the spirit of the constitution. It will initiate indiscriminate lawsuits and then mutation of lawsuits, and give rise to a set of negative influences. However, all of these problems are not procuratorates' intention. That procuratorates cannot obtain the power of censoring abstract administrative act illustrates the weakness of legal supervision. So, we ought to improve the system of legal supervision and its framework in the background of judicial reform.

Key words: administrative public interest litigation; legal supervision; judicial reform

(责任编辑 胡志平)