

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.014

欢迎按以下格式引用:金涛,吴如巧. 检察行政公益诉讼制度的公正性检视[J]. 重庆大学学报(社会科学版),2020(4):
184-195. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.014.**Citation Format:** JIN Tao, WU Ruqiao. On the fairness of administrative public interest litigation system of procuratorate organ [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(4):184-195. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.04.014.

检察行政公益诉讼制度的公正性检视

金涛,吴如巧

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:检察行政公益诉讼虽为保护公共利益而生,但在本质上仍然是一种诉讼,在程序规则构造上理应遵循公正原则。目前我国法律和相关司法解释只对检察行政公益诉讼制度作出了原则性规定,尚存在检察机关角色定位模糊、诉讼启动条件具体标准缺乏、举证责任分配规则不明晰等影响诉讼公正性的因素,急需从限制检察机关的恣意性、确保程序的科学性和法官的中立性、保障程序的平等性及行政机关的参与性等方面补强该程序在公正性方面的欠缺,以确保检察行政公益诉讼制度的建构符合诉讼的本质及规律。

关键词:检察机关;行政公益诉讼;程序规则;标准;公正

中图分类号:D925;D926.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2020)04-0184-12

一、问题的提出

检察行政公益诉讼制度的建立有其必然性,是公益诉讼制度发展以及公益保护迫切需要和治理力量推动的必然结果。在我国,“公益诉讼”概念萌发于20世纪90年代,主要源于对社会公共利益保护的需要以及国外公益诉讼知识经验的传入^[1]。在司法实务方面,在公益诉讼制度正式入法之前,就已经出现少量有别于传统诉讼的案例,在这些案例中,原告所提出的诉讼请求具有较为明显的维护社会公共利益的色彩,因而被称为“公益诉讼”。比如1996年,福建市民丘建东因当地邮电部门未执行夜间长途电话半价收费规定,把邮电局告上法庭,获得1.2元电话费返还,这起案件被誉为我国“公益诉讼第一案”^①。此后,在推进依法治国、依法行政的大背景下,人们依法维权的意识

修回日期:2020-04-28

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目“环境行政公益诉讼路径研究”(18SFB3025);重庆大学中央高校基本科研业务费面上项目“新媒体时代司法回应舆论干预对策研究”(106112017CDJXY080006)

作者简介:金涛(1975—),男,重庆人,重庆大学法学院博士进修生,Email:343014592@qq.com;吴如巧(1981—),男,安徽淮南人,重庆大学法学院教授,博士研究生导师,法学博士,主要从事诉讼法学、司法制度与证据法学研究。

①参见:《“中国公益诉讼第一人”丘建东十年维权路》(http://finance.ce.cn/law/home/scroll/200707/13/t20070713_12159950.shtml)。

不断增强,解决“公地悲剧”、环境资源等公益侵害问题日益成为广泛共识,同时,鉴于传统诉讼制度在保护国家利益和社会公共利益方面的不足或不能,以保护公益名义所提起的诉讼案例,尤其是生态环境、消费者权益、国有土地使用权出让、国有财产保护等领域的新型公益诉讼案例日益增多。正是在这样的背景下,检察机关进入了公众、学界及政界的视野,因为他们比其他主体更适合充当这个重要角色,更有能力和优势担当这个重大职责使命^②。

中共第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,其中明确提出要“探索建立检察机关提起公益诉讼制度”,在会上,习近平总书记就这个问题作了专门说明^③,这是我国从政治上确立推动检察公益诉讼制度发展的一个鲜明标志。2017年6月27日,全国人大常委会在总结检察机关提起公益诉讼两年试点工作经验基础上,对《行政诉讼法》进行了修改,在其中专门增加了检察机关提起行政公益诉讼的条款,在我国立法上第一次确立了检察行政公益诉讼制度。2018年2月最高人民法院和最高人民检察院联合出台了《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《两高解释》),为我国检察行政公益诉讼的实施提供了明确的规范参照。

从修改之后的《行政诉讼法》及相关司法解释的规定来看,检察机关是当前能够提起行政公益诉讼的唯一合法主体,其他主体均不具备起诉资格。此外,相关规定还赋予了检察机关向有关行政机关发出检察建议的权力,并将这种权力嵌入了行政公益诉讼程序中。不难发现,此种制度安排已经基本上颠覆了传统行政诉讼“民告官”“主观诉讼”等理论^④。而两高共同出台《两高解释》后,检察机关和审判机关在行政公益诉讼实务中也日益形成以保护公益为共同目标的相互沟通、配合、支持的紧密工作关系;同时,自检察行政公益诉讼试点工作开始,出现了检察机关胜诉率极高,几乎达到100%胜诉的现象^⑤。这些现象,一方面充分反映了检察行政公益诉讼在促进行政机关依法行政、严格执法,以及保护公共利益方面所发挥的重要作用;但另一方面也不能不让人质疑——建立在公益保护基础上的检察行政公益诉讼,是否存在检察权捆绑审判权而有违宪法精神或诉讼规律之嫌^[2]?换言之,检察监督权和检察行政公益诉讼权在诉讼领域的合璧运行,会否产生诉讼构造失衡、行政权受到过度或不合理干预、腐败等风险?是否有必要对检察行政公益诉讼程序规则的公正性

②正如习近平总书记在致第二十二届国际检察官联合会年会暨会员代表大会的贺信中指出,检察官作为公共利益的代表,肩负着重要责任;中国检察机关是国家的法律监督机关,承担惩治和预防犯罪、对诉讼活动进行监督等职责,是保护国家利益和社会公共利益的一支重要力量;由检察机关提起公益诉讼,有利于优化司法职权配置、完善行政诉讼制度,也有利于推进法治政府建设。中国政法大学终身教授,博士研究生导师,中国行政法学研究会名誉会长应松年认为:“由检察机关提起公益诉讼,有效弥补了实践中一些损害国家利益和社会公共利益案件无人提起诉讼的问题,对于维护国家利益和社会公共利益,监督和促进行政机关依法行政,具有重要作用。”

③参见《习近平关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》。习近平总书记指出:“在现实生活中,对一些行政机关违法行使职权或者不作为造成对国家和社会公共利益侵害或者有侵害危险的案件,如国有资产保护、国有土地使用权转让、生态环境和资源保护等,由于与公民、法人和其他社会组织没有直接利害关系,使其没有也无法提起公益诉讼,导致违法行为缺乏有效司法监督,不利于促进行政机关依法行政、严格执法,加强对公共利益的保护。”

④《行政诉讼法》第25条第4款规定:人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、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,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。

⑤参见《关于奖励在全国检察机关公益诉讼试点工作中作出突出贡献的集体和个人的决定》:“截至2017年6月,各试点检察机关共办理公益诉讼案件9053件……提起诉讼案件1150件……起诉案件中,审判机关判决结案437件,全部支持检察机关的诉讼请求。”(检察日报微信公众号,《公益诉讼试点两年,这些检察院检察官贡献突出受到表彰》,最高人民检察院,2017-11-30。https://mp.weixin.qq.com/s/?__biz=MzA4MjQ5MzIzNQ%3D%3D&idx=2&mid=2650481373&scene=21&sn=9758e29ee8f28d7ddb2ff26343dca25)。

加以检视,以避免违背诉讼的本质和规律?在检察公益诉讼案件数量日益增多的现实情况下^⑥,前述问题值得警惕。正如有学者所指出的,试点期间,检察机关提起公益诉讼案件全部胜诉,这并不符合诉讼规律^[3]。

提出以上问题并不是主观臆断,而是源于对检察行政公益诉讼产生背景、诉讼与公益保护之间的关系、有关程序规则以及当前司法实务等多方面的思考和分析^⑦,主要目的是希望能从另一个维度对检察行政公益诉讼制度的相关程序规则加以检视,以保证在尊重和遵循诉讼制度的本质和基本规律的前提下,使检察行政公益诉讼制度的功能价值得以充分发挥,进而使具有中国特色的检察公益诉讼制度能够朝着正确方向健康发展。

二、检视基础:公益诉讼的本质及其程序公正性标准问题

(一) 公益诉讼的本质问题

诉讼的本质是社会主体为了解决纠纷而进行的交涉与最终达成的合意^[4],争议性、中立性、公正性是诉讼的本质属性,缺少其中任意一个属性,都不构成现代意义上的诉讼。许慎在其著作《说文解字》中提出:“诉,告也;讼,争也……以手曰争,以言曰讼。”从字面上看,“诉”=“言”+“斥”,意思是指提出或发出排斥对方的言论,也就是控诉、告发或者控告对方;“讼”=“言”+“公”,意思是指将彼此之间各执一词而相持不下的争辩、纠纷等提交给公共权力机构,以期在公共权力机构处得到公平、公正的裁断,而“言”则是诉讼各方对所争辩事物(原型)所作的语言文字表达(模型)。在西方人的观念中,诉讼则是指法庭处理案件与纠纷的活动过程或程序。一般认为,“诉讼”这一概念是日本古代从我国学去并赋予其现代意义,而我国在清朝末年时又从日本的法律术语中转引回来的。自此以后,我国在法律上即明确用“诉讼”这一概念来表示“打官司”,也就是由一方告诉、告发或控告,并由国家的权威机构(官府)来解决控诉方与被告方的争议或纠纷的一项活动^[5]。

结合前述分析,我们可以对“诉讼”这一概念作如下界定,即诉讼就是国家专门(司法)机关在双方当事人等诉讼参与人的参加下,依据法律赋予和规定的权限和程序,解决当事人之间具体纷争的活动。从这一概念出发,可以发现,当事人双方的纠纷或争议是产生诉讼的前提,此为诉讼的争议属性,没有争议就没有启动诉讼的必要;诉讼必须有一个当事人双方共同认可的、权威的裁判者即法院或法官,而法院或法官在诉讼中必须保持中立,不偏向任何一方,此为诉讼的中立属性,否则就不会被当事人双方共同认可,诉讼也就失去了正当性基础或存在的价值意义;诉讼必须按照法定的程序规则进行,而程序规则对当事人双方必须公正,此为诉讼的公正属性,诉讼程序规则不公正,就难以保证诉讼的正常进行,难以保证法院或法官的中立和权威。所以,无论是什么性质或种类的诉讼,包括传统的行政诉讼、刑事诉讼、民事诉讼,抑或较为特殊的公益诉讼,都必须具备这三个本质属性,否则就不成其为诉讼。就检察行政公益诉讼而言,无论其具有什么样的新特点,也无论与传

^⑥参见最高人民检察院工作报告(第十三届全国人民代表大会第一次会议,曹建明,2018年3月9日)。2015年7月起在13个省区市860个检察院开展为期两年的试点,办理公益诉讼案件9053件。2017年6月全国人大常委会修改《民事诉讼法》和《行政诉讼法》,正式确立检察机关提起公益诉讼制度;2017年7月以来,检察机关办理公益诉讼案件10925件(<http://www.spp.gov.cn/spp/gzxx/index.shtml>)。

^⑦关于检察行政公益诉讼在试点中所显露出的若干问题,可参见孔祥穗、王玘、余积明《检察机关提起行政公益诉讼试点工作调研报告》(《行政法学研究》,2017年第5期87-98页)。

统行政诉讼有多大的差异,其始终还是一种诉讼,亦必须符合诉讼的本质和规律^⑧。

公益诉讼的本质问题不仅仅是诉讼的本质问题,还涉及一个重要命题,即:能否把公益诉讼简单理解为“为了公益保护的诉讼”?这需要对诉讼与公益保护的关系问题进行辨析,只有把这个命题搞清楚,才能真正理解公益诉讼的本质问题,从而为检察行政公益诉讼制度的建构提供正当性基础,这也是进一步展开讨论其程序公正性问题的内在逻辑。

诉讼不是天然地为了保护公益而存在的,定纷止争、维护秩序是它存在的首要价值和现实意义,无论是保护公益还是保护私益,无论是谁提起诉讼,它都追求中立和公正,这是由诉讼的本质和规律所决定的^[6]。但同时,保护公益可以通过诉讼来实现,在这里诉讼成为了维护公益的一种手段或途径。程序法理论认为,在利益受到损害时,受害者有权向法院起诉,请求司法救济,这是诉讼制度的功能和价值之一。公益诉讼在我国的出现和发展,固然体现了对公共利益加以保护的紧迫需要,但如下问题仍然值得追问,是否只有或必须依靠诉讼手段来保护公益?在所有保护公益的手段中,诉讼应该居于什么顺位?对这些问题的回答,能让我们更加清晰地认识诉讼与公益保护之间的关系。

从我国宪法和法律的有关规定看,目前公益保护制度的总体框架已经基本形成^⑨。而从公益保护的主体和途径看,依据宪法和法律的有关规定,人大机关可以借助立法权和监督权的行使来实现对公益的保护,行政机关可以借助行政权的行使来实现对公益的保护。此外,检察机关可以通过行使检察权或法定诉权实现公益保护,审判机关可以通过行使审判权实现公益保护,社会组织和团体可以依照法定诉权实现公益保护,公民可以通过信访、举报等途径实现公益保护,媒体则可以通过对破坏公益行为的曝光实现公益保护。不难发现,能够保护公益的主体和途径很多,诉讼只是保护公益的手段或途径之一。因为诉讼处在终局性的地位,是社会矛盾纠纷化解的最后一道程序,公益诉讼在实现公益保护的各种手段或途径中理应处于最末顺位。检察机关启动行政公益诉讼程序应秉持最后救济要件,亦即只有在行政手段和私益行政诉讼均缺位的时候,才能够考虑采用行政公益诉讼这一“最后救济”手段,以避免在社会转型时期由于盲目的公益保护热情,无节制地使用行政公益诉讼,枉费司法资源^[7]。

综上所述,公益诉讼不应被浅显地理解为“为了保护公益的诉讼”,这样的理解在逻辑出发点上就把“诉讼”矮化为一种手段或途径,似乎“诉讼”天然应该服从或服务于“保护公益”,从而忽视了“诉讼”本身更为根本、更为重要的使命和价值,即保持中立、追求公正、定纷止争、维护秩序。特别是公正价值,离开它,依附于诉讼的诸多司法功能包括“保护公益”便无从谈起。正确的理解应该

^⑧参见高家伟《检察行政公益诉讼的理论基础》(《国家检察官学院学报》,2017年第2期19-29页)。文章提出检察行政公益诉讼有三大理论基础,即分权制衡原理、公益有限原理和诉讼类型化原理,这些理论有助于确立检察公益诉讼制度有效运行的基本原则,明确完善检察公益诉讼制度的基本思路,丰富和完善有关司法解释的内容。

^⑨我国目前公益保护制度没有集中统一规定,但涉及国家利益和社会公共利益的有关内容在法律中已有体现。《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”《刑法》第2条明确规定其任务是“用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以……保护国有财产和劳动群众集体所有的财产……”。行政法律规范的重要功能之一就是保护公共利益,如《环境保护法》针对环境公益保护,第6条第2款规定:“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责。”第10条规定:“国务院环境保护主管部门,对全国环境保护工作实施统一监督管理;县级以上地方人民政府环境保护主管部门,对本行政区域环境保护工作实施统一监督管理。”第58条规定:“对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼……”《行政诉讼法》第25条第4款和《民事诉讼法》第55条亦对公益诉讼制度作了明确规定。

是,公益诉讼是“公益保护需要”与“诉讼”的结合,而这个结合有其内在的要求,即以尊重“诉讼”自身性质和规律为基础,并且在穷尽公益保护其他手段或途径的前提下,依靠“诉讼”作出具有终局意义的裁判。至于裁判的结果是否能够达到保护公益的目的,这对于“诉讼”本身而言,不是它的责任或使命,也不应成为其关注的焦点。

(二) 公益诉讼程序的公正性标准问题

检视检察行政公益诉讼制度的公正性,必须将关注点置于程序公正性问题上,也就是说判断其程序规则是否公正的标准是什么?在这个问题上,不同的人有不同角度的体会和理解,的确很难给出一个“放之四海而皆准”的真理般的答案来,能在一定的历史时期、一定的时代条件下,在一定群体中形成一个比较普遍的共识就很不容易了。

根据笔者目前收集学习的文献资料看,对于法律程序公正性及其标准的研究总体上还是形成了不少共识。季卫东教授认为程序公正性的实质是排除恣意因素,保证决定的客观正确^[8]。龚祥瑞教授认为,“公正”从法律上看有三点最基本的要求,即法院不偏听偏信;法院告诉当事人受控事由;法院允许当事人为自己申辩^[9]。孙笑侠教授认为,现代法治社会中程序公正的实现,要求程序须具备六大属性,即:民主性、控权性、平等性、公开性、科学性和文明性。离开了这六方面,程序公正将难以实现^[10]。陈桂明教授认为,程序公正要素包括以下五方面内容,即:程序规则科学、法官保持中立、当事人双方地位平等、诉讼程序透明、司法机关权力受到制约与监督^[11]。肖建国教授认为,诉讼程序公正最低标准的确立,应当从如下两个方面着手:(1)诉讼架构。其实现标准包括法官中立原则和当事人平等原则。(2)动态过程。其实现标准包括程序参与原则、程序公开原则和程序维持原则^[12]。李祖军教授认为,在程序公正的诸项内容中尤为重要是程序主体地位的确立与强化、以诉讼主体确信的事实为定案依据、审判者中立的立场^[13]。

综上观点,笔者认为,检察行政公益诉讼程序公正性标准的确立,应当根据公益诉讼的本质或诉讼与公益保护的关系,采用平等原则、中立原则、民主原则、公开原则、科学原则。这些原则在中外学界早已有过深入的探讨,积累了大量的实践和理论素材,具体内容可参见以上引用的有关学术资料,在这里就不再作过多赘述,只简要说明一下个人对这些原则内涵的理解,以便于对本文进一步展开论述。具体而言,平等原则是指程序对于当事人双方在身份地位、权利义务的规定上给予同等的尊重和关注;中立原则是指通过程序的规定能够使法官在任何时候、任何条件下都不偏向双方当事人任何一方;民主原则是指程序构造上应该让当事人双方有足够的、充分的表达或交流机会,防止“恣意”;公开原则是指程序应该是在“阳光下”“公众看得见”的方式下进行,接受社会监督;科学原则是指在运用科学技术、增强合理性、提高效率等方面为程序公正提供支撑,确保还原案件的事实真相,进而作出正确的判决或裁判。

三、规则检视:检察行政公益诉讼制度公正性的相关影响因素

(一) 检察机关的身份及其对程序规则公正性的影响

一是检察机关在诉前程序中的身份。《行政诉讼法》第25条第4款和《两高解释》第21条第2款,均明确了检察机关提起行政公益诉讼的诉权,同时也明确了检察机关提起行政公益诉讼的前置条件或诉前程序。检察机关是宪法规定的法律监督机关,依照法律规定行使检察权。在《行政诉讼法》中规定检察机关提起行政公益诉讼的前置条件或诉前程序,其实质是检察权的嵌入^[14],用以补

强检察机关对行政机关依法履职的法律监督。由此不难发现,检察机关在行政公益诉讼诉前程序中的身份应该是法律监督机关,其行使检察权的方式是依法发出检察建议,并以此督促行政机关依法履行职责。

二是检察机关在诉讼程序中的身份。根据《行政诉讼法》和《两高解释》的有关规定,检察机关提起的行政公益诉讼只要符合有关起诉条件,人民法院就应当登记立案。在诉讼中,检察机关的身份是“公益诉讼起诉人”,这一点也被前述司法解释所明确^⑩。从理论上讲,自人民法院受理检察机关提起的行政公益诉讼之日起,就进入了区别于诉前程序的诉讼程序,而在这里检察机关的身份发生了变化,从诉前程序中法律监督机关的身份变为了诉讼当事人或原告。这种身份的转变是由诉讼程序构造的基本原理所决定的。在行政公益诉讼的程序架构中,“控辩审”三种角色分别由检察机关、行政机关、审判机关扮演,尽管检察机关和行政机关都是公权力机关,但他们作为诉讼参与人在程序法上具有平等的诉讼地位,也平等地享有诉讼权利、履行诉讼义务。对于审判机关来说,检察机关作为原告方当事人,行政机关作为被告方当事人,二者在适用法律上完全平等,在诉讼程序中不应存在一方地位高于另一方的情况,二者的不同不过在于对案件事实和法律运用的看法存在分歧而已。强调双方当事人享有平等的诉讼地位,意味着只要检察机关是以当事人身份参与诉讼而不是在监督诉讼,其就不能再以法律监督机关的身份去对待作为被告的行政机关,而必须接受程序法上关于当事人的平等安排。因此,检察机关在诉讼程序中的身份与诉前程序中的身份相比,二者性质明显不同,若仅以“公益诉讼起诉人”对检察机关的身份加以笼统规定,显然不妥。

三是检察机关身份问题对诉讼公正性的影响。如前所述,在诉前程序中,检察机关的身份是法律监督机关,行使法律赋予的监督权;在诉讼程序中,检察机关的身份理应是原告方当事人,依照法律规定行使当事人的诉讼权利并履行当事人的诉讼义务。此外,根据《行政诉讼法》的相关规定,检察机关亦有权对行政诉讼程序实行法律监督^⑪。检察机关身份的多重性是否会对诉讼的公正性造成影响,是一个值得分析的问题。首先,在诉前程序中,检察机关是监督者,行政机关是被监督者,他们之间的法律地位显然是不平等的。按照现有规定,检察机关对行政机关提出检察建议基本不受限制,而行政机关只有接受监督的义务,但问题在于,若检察机关滥发检察建议或者检察建议本身存在问题,由谁来监督纠正?抑或行政机关对检察建议提出异议时该向谁申诉?前述问题在现有规定中都没有答案,这就使我们不得不从平等原则、民主原则的角度对诉前程序规则设计的公正性问题产生质疑。其次,当检察机关以“公益诉讼起诉人”身份提起行政公益诉讼并进入诉讼程序之后,其角色定位仍然是模糊的,学界和实务界目前对此也是莫衷一是,存在“原告当事人”“公诉人”等多种不同的认识,而不同的认识显然会对审判程序规则构造的平等性产生影响^⑫。此外,检察

^⑩《两高解释》第4条规定:“人民检察院以公益诉讼起诉人身份提起公益诉讼,依照民事诉讼法、行政诉讼法享有相应的诉讼权利,履行相应的诉讼义务,但法律、司法解释另有规定的除外。”

^⑪《行政诉讼法》第11条规定:“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。”

^⑫一种观点认为,检察机关在行政公益诉讼中是行政公诉人。这种观点认为,检察机关是法律监督机关,在诉讼中不是一方当事人。与检察机关在刑事诉讼中以(刑事)公诉人的身份相对应,在行政诉讼中其是在作为行政公诉人提起。检察机关在三大诉讼中的目的是一致的,都是维护国家利益和社会公共利益,其起诉是履行职务行为,诉讼的目标不是胜诉而是维护法治统一和司法公正。另一种观点认为检察机关应该作为行政公益诉讼的原告。这种观点认为,检察机关提起公益诉讼,其身份与公民、法人或其他组织因为自身合法权益提起诉讼并无不同。为自身合法权益提起诉讼的为私益原告,检察院为公共利益提起诉讼是公益原告。一般认为,不同的定性影响到检察机关在行政公益诉讼中的程序设置。具体可参见李洪雷《检察机关提起行政公益诉讼的法治化路径》(《行政法学研究》,2017年第5期54-57页)。

机关角色定位的模糊亦会对法官的中立性产生不利影响。在检察机关法律监督权的压力下,法官在诉讼过程中可能会更关注检察机关的意见,而对被告当事人的意见关注不够。若真的出现这种情形,三方诉讼架构的重要内容之一——审判中立——将难以获得保障,诉讼的等腰三角结构也将退化为线性结构,诉讼的公正性更将成为无源之水^[15]。

(二) 诉讼启动条件具体标准的缺乏对公正性的影响

一是对行政机关“不依法履职”缺乏具体认定标准,具体程序规则不符合民主原则和科学原则,将影响审判的统一、公正。行政机关“不依法履职”是检察机关提起行政公益诉讼的必要条件之一^⑬,但现有制度对于怎样才算是“依法履职”,并没有相应的认定标准或规范。这一现实将会使检察机关、行政机关及法院认识上的分歧不可避免,给承办法官带来认定上的困难,并可能造成不同地方相似案件判案标准不统一、结果迥异的不良后果。这里问题的关键,在于没有明确“依法履职的程度”是依照行为意义上的标准来判断,还是依照效果意义上的标准来判断,缺乏相应的程序规则。前者只要行政机关就某个案件依法采取了相应措施,即可认定为“依法履职”;而后者不仅要求行政机关具有依法采取措施的行为,还必须对采取措施的效果作出肯定性评价。典型案例如贵州省贞丰县人民检察院诉被告兴仁县环保局行政不作为案^⑭。这里同时也涉及另一个问题,即行政机关依法履职和检察建议回复的时限问题,相应的程序规则也与民主原则和科学原则不符。《两高解释》第21条第2款将行政机关依法履职并作出书面回复的时间确定为2个月以内,紧急情形下的回复时间为15日以内。从“依法履职”的行为意义标准看,2个月的时间偏长,不利于及时防止公益侵害或保护公益;而从“依法履职”的效果意义标准看,2个月的时间有可能远远不够,因为即使行政机关及时依法采取了措施,也不一定能在2个月的时间内绝对保证效果,比如,复杂或重大案件的办理需要调查取证、行政处罚、行政复议或行政诉讼的时间较长,行政执法对象的不配合或逃逸影响办案效果,生态环境公益损害的恢复需要较长时间,行政机关履职会受到自然条件的限制,行政机关的履职行为需要经过一定的法定程序,某些执法案件需要多个相关部门的配合^[16]。总之,若“依法履职”认定标准不确定,缺乏民主、科学的程序规则,将对检察行政公益诉讼程序规则的公正性造成较大的影响,既不利于维护审判的权威性,也不利于对公共利益的保护。

二是“国家利益或者社会公共利益受到侵害”的识别标准不明导致选择性司法不公等问题,有违程序科学性原则。《两高解释》第21条第1款规定了检察机关对行政机关发出检察建议的前提,是行政机关违法行使职权或者不作为,并且导致国家利益或者社会公共利益受到了侵害。这也是检察机关启动行政公益诉讼的必经程序和必要条件。“行政机关违法行使职权或者不作为”的情形,在定性上应该不难作出正确的判断;但对于“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害”的情形,目前尚没有具体的识别标准,即国家利益和社会公共利益损害达到何种程度以及多大范围,检察机关就可以提起行政公益诉讼,明显有违程序科学性原则。同时,因缺乏统一标准,容易导致各地检察机关选择性司法,出现“抓住谁办谁”的“恣意”情形,使被诉行政机关和相关企业产生不公平

^⑬《两高解释》第21条第3款规定:“行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”

^⑭参见贵州省普安县人民法院行政判决书(2017)黔2323行初字第3号。此案中,被告行政机关兴仁县环保局虽然履行了日常监督管理、现场检查、责令停止违法行为、限期改正、处以罚款、向本级政府报告停业或关闭等法律、法规所规定的几乎所有程序及措施,但贞丰县人民检察院仍以贵州融华集团投资有限责任公司兴仁下山镇远程煤矿产生的生态污污染依然存在为由,提起了环境行政公益诉讼(尽管从客观上讲,被告兴仁县环保局对此已无能为力,如矿山生态恢复缓慢等原因)(<https://www.lawxp.com/case/c40041884.html>)。

感和对抗情绪,进而削弱行政公益诉讼的教育功能^[17]。这个问题同时也是法官在判案中涉及举证责任分配、证明标准确定的一个难题。

三是检察建议缺乏具体规定导致诉讼程序规则构造失衡。根据《行政诉讼法》和《两高解释》的有关规定,诉前检察建议是检察机关提起行政公益诉讼的必要条件,而行政机关是否落实检察机关提出的检察建议,就成了行政公益诉讼启动与否的关键。而目前对“检察建议”只有原则性规定而缺乏具体操作程序或规范,这在司法实务中可能出现一些问题,进而有违程序的平等原则、民主原则、公开原则,从而对诉讼的公正性造成影响。一方面,对于检察机关而言,其对提出检察建议具有绝对的主动权和主导权,如要不要提出、什么时间提出、对谁提出、提出建议的具体内容等,由于没有具体规定,检察机关完全可以按照自己的理解来操作,难免滋生随意性、主观性、选择性问题,甚至会存在权力寻租或腐败的风险。另一方面,对于行政机关而言,检察建议的对象、内容、要求等无论是否合法、合理、符合实际,其都没有法定的争辩权利或途径,只能照单全收,全部落实,对检察建议的回复亦须与检察机关达成合意,否则就有可能被其提起诉讼,这一点对于行政机关而言显然有失公平。

(三) 诉中程序有关规则问题对公正性的影响

一是举证责任分配规则不明晰有违科学性原则,不利于审判的公正性。检察行政公益诉讼的证明责任应按照何种规则予以分配,是遵循传统分配规则,还是按照特殊分配规则,目前尚未有明确规定;学术界对该问题也存在多种不同观点^⑤。在这种情况下,只能按照新修改的《行政诉讼法》和《两高解释》的有关规定来理解。《行政诉讼法》第34条第1款规定:“被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。”作出该规定的正当性基础是证明的方便、效率原则。不难理解,行政机关对自己作出的行政行为是最清楚也是最容易提供证据的一方。参照这一原则,在检察行政公益诉讼中,理应由行政机关提供自己“依法履职”的证据。然而问题在于,行政公益诉讼比传统行政诉讼要多一个证明环节,即对“国家利益或者社会公共利益受到侵害”的证明,这个举证责任该由谁来承担,《行政诉讼法》和《两高解释》均没有作出明确规定。《两高解释》第22条^⑥对检察机关提起行政公益诉讼时应当提交的材料作出了规定,这一规定里虽然出现了“证明材料”字样,但其只是法院受理、登记立案所需,是否可直接依据该条规定,认为应当由检察机关承担“国家利益或者社会公共利益受到侵害”这一事实的证明责任,目前仍然存在争议,这样的程序规则不符合科学原则。

二是《两高解释》第24条规定在适用上存在瑕疵,涉及中立原则和科学原则问题,影响了审判

^⑤学术界当前对行政公益诉讼举证责任如何配置,大体有三种观点:第一种观点认为,行政公益诉讼不应突破传统行政诉讼“举证责任倒置”规则;第二种观点认为,行政公益诉讼应当遵循“谁主张,谁举证”的规则;第三种观点认为,因检察机关相比传统行政诉讼原告具有更强的抗辩能力,故应在实质上加重被告的举证责任,从而更好地证明其行政行为是否合法。从试点的情况来看,虽然根据《实施办法》的规定,检察机关仅对证明起诉符合法定条件和履行了诉前程序的内容承担举证责任,但在多数案件庭审过程中,检察机关实际承担了较重的举证责任,在法律正式实施过程中,举证责任的状况也大致如此。关于不同观点的详细论述,可参见林仪明《我国行政公益诉讼立法难题与司法应对》(《东方法学》,2018年第2期156-157页)。

^⑥该条规定:“人民检察院提起行政公益诉讼应当提交下列材料:(一)行政公益诉讼起诉书,并按照被告人数提出副本;(二)被告违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的证明材料;(三)检察机关已经履行诉前程序,行政机关仍不依法履行职责或者纠正违法行为的证明材料。”

程序的公正性。《两高解释》第24条^①的规定在适用中存在如下三点瑕疵,可能会对案件的公正审判造成影响。第一,在符合“案件审理过程中诉讼请求全部实现”这一要求的前提下,如果检察机关既不撤回起诉,也不变更诉讼请求,此时法院该作何处理?是否可以判决驳回检察机关的诉讼请求?对这一问题的回答既涉及能否提高审判效率、节省司法资源,也涉及对原告检察机关、被告行政机关的公正对待问题,其实质是给程序科学原则、中立原则带来不确定性。第二,该规定中的“原行政行为”究竟是指哪一个时间段的行政行为?这里可以有两种理解,一种是检察机关发现被诉行政机关违法行使职权或者不作为,并提出检察建议前的行政行为;一种是行政机关在收到检察建议书之日起2个月后的行政行为。在司法实务中法官该判哪一种情形下的“原行政行为”违法,不明确,同样侵蚀中立原则。第三,不管是哪一种情形下的“原行政行为”,既然案件审理过程中检察机关的诉讼请求已全部实现,此时若仍然判行政机关违法,则有可能挫伤行政机关及时依法履职、纠正违法行为的积极性和主动性,不利于对公共利益的保护,有违程序科学原则。

四、对策建议:补强检察行政公益诉讼程序的公正性

(一) 限制检察机关的恣意性

1. 改进和明确检察机关在程序规则中的角色定位

检察机关在程序规则中的恣意性从根本上讲源于检察机关的法律监督机关身份。而在行政公益诉讼司法实务中,检察机关的角色定位对程序规则构造、法官判案以及结果的公正性都有着十分重要的影响。因此,从诉讼程序公正性的角度讲,应该进一步明确检察机关的角色定位。尽管目前对此存在争议,但从公益诉讼的本质和程序公正出发,首先应将检察机关在诉讼程序规则中的角色明确定位为“原告”身份,而不宜采取“公益诉讼起诉人”这种“犹抱琵琶半遮面”的定位方式,这样只会增加检察机关的恣意性。其次,根据《行政诉讼法》第8条“当事人在行政诉讼中的法律地位平等”的规定,建议将《行政诉讼法》第11条“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督”修改为“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督,但作为当事人参与诉讼的情况除外”。并对《两高解释》作出相应修改,以避免检察机关在诉讼程序中同时担任当事人与监督者的身份混同的问题。最后,在《行政诉讼法》审判监督程序一节中,应明确“检察行政公益诉讼案件的审判监督程序另行规定”,并在《两高解释》中就有关监督程序规则作出细化规定,以区别于检察机关对传统行政诉讼的监督程序规则。

2. 规范诉前检察建议的实施程序规则

诉前检察建议是检察机关行使检察权的重要手段,也是提起行政公益诉讼的必要前提条件,容易产生恣意性。为了规范检察权在诉讼领域的正确行使,避免检察机关滥诉和选择性司法,有必要制定有关诉前检察建议的具体实施办法或规范性文件,解决对“监督者”的监督问题。对此建议:(1)明确启动检察建议的具体条件和内控程序。包括《行政诉讼法》和《两高解释》中明确规定的条件及其调查取证程序,由经办人形成提出检察建议的报告并层层审核把关,由检察机关主要领导审签同意后方可对行政机关提出检察建议。(2)出台实施办法前应公开征求各方意见。检察建议涉

^①该条规定:“在行政公益诉讼案件审理过程中,被告纠正违法行为或者依法履行职责而使人民检察院的诉讼请求全部实现,人民检察院撤回起诉的,人民法院应当裁定准许;人民检察院变更诉讼请求,请求确认原行政行为违法的,人民法院应当判决确认违法。”

及国家利益和社会公共利益,不是某几个部门的事情,出台实施办法前应当公开征求包括行政机关、审判机关和社会各方面的意见,并报全国人大常委会审查备案,以体现检察建议的严肃性、科学性、合法性和民主性。(3)在实施办法中应明确规定检察建议提出后的公开方式。为了有效监督“监督者”,应对检察建议通过公告、网络、登报等方式进行公开,接受人民群众监督,让检察权在“阳光下运行”。

(二) 确保程序的科学性 & 法官的中立性

1. 明确行政机关“依法履职”的认定标准

在诉前和诉中程序中均会涉及对行政机关“依法履职”的认定,它既是检察机关启动行政公益诉讼的判断依据之一,也是诉中庭审举证阶段的一个重要判断依据。在司法实务中,往往存在行政机关认为自己已经“依法履职”,而检察机关认为行政机关并没有完全“依法履职”的现象。出现这一现象的主要原因,在于缺乏统一的认定标准,特别是未能明确应当是行为意义上的“依法履职”,还是效果意义上的“依法履职”。在行政法律规范中,一般都明确规定了行政机关对某个公益保护领域的监督管理职责,以及对违法行为应当采取的行政处罚措施,因此,从行为上判断行政机关是否“依法履职”是有法可依且比较容易的。而从效果上判断行政机关是否“依法履职”,在实际操作中则会存在两方面的问题:一方面,因行政机关履职效果的显现可能需要较长时间,因此可能会导致检察机关取证时间较长,延误公益保护时机,也会增加庭审的难度;另一方面,在行政机关完全“依法履职”后,公益损害是否得到了有效制止、减轻,受损害的环境是否获得了及时恢复、补偿,缺乏客观的评判标准,评判主体亦不明确。综合前述情况,在实践中采取“行为标准”来判断行政机关是否“依法履职”较为妥帖,亦较为可行。

2. 建立公益损害科学评估程序机制

国家利益或者社会公共利益是否受到侵害,这一点既决定了检察机关能否提起行政公益诉讼,也是法院在诉讼中必须查明的一项重要事实,其结论的重要性不言而喻。因此,应尽快建立相应的科学评估程序机制,为司法实务操作提供技术支撑。根据诉前、诉中程序对评估结果的不同要求,可以分两个步骤对“国家利益或者社会公共利益是否受到侵害”开展评估。第一个步骤是在诉前程序中,评估由检察机关组织实施,只要发现行政机关存在不“依法履职”的情形,同时存在公共利益受到侵害的现象或初步事实,即可作出“国家利益或者社会公共利益受到侵害”的初步评估意见,并以此作为提起行政公益诉讼的依据。这主要是从保障检察机关及时履行检察权,以提高保护公益的效率角度考虑。第二个步骤是在诉中庭审举证质证环节,根据检察机关提供的初步评估意见,由审判机关委托第三方机构依据有关法律法规和标准,对公益是否受到侵害以及受损程度的情况作出评估意见,最后由法官依据评估意见并综合考虑双方质证的情况作出最终判断。这主要是从诉讼程序的科学原则、中立原则角度考虑。

3. 进一步明确和完善举证责任分配机制

《行政诉讼法》和《两高解释》这两部法律规范均未就行政公益诉讼中检察机关和行政机关如何承担举证责任进行明确,这是目前在司法实务中困扰法官们的一个重要问题,直接影响程序规则的中立性和科学性。基于行政公益诉讼和传统行政诉讼的不同点和共同点,综合考虑“客观诉讼”特点、举证能力、诉讼请求内容、举证方便及效率原则等,建议对检察行政公益诉讼的举证责任进行如下分配:一是检察机关应围绕其诉讼请求全面提供各种初步证据材料,主要包括提起行政公益诉讼时应当提交的

证明材料^⑧,其中,检察机关应当对已经依法履行诉前程序即提出检察建议的情况负有结果意义的举证责任。二是行政机关应围绕“已作出行政行为”或“行政行为合法”提供证明材料,并负有结果意义的举证责任。三是由审判机关委托第三方机构对“公益受损情况及是否与行政行为之间存在因果关系”作出评估意见,并综合双方提供的有关证据和质证情况作出判断。

4. 进一步修改完善《两高解释》第24条的相关规定

出于提高行政公益诉讼效率、节约司法资源,提高行政机关依法行政或纠正违法行为的积极性和及时性的考虑,同时为了便于法官保持中立性,应当明确以下程序规则,即:在行政公益诉讼程序中,法院经过审理,查明被告行政机关确实已经纠正了违法行为,或者确实已经依法履职,此时应认定检察机关的诉讼请求已经全部获得实现。根据诉的利益理论^[18],无论检察机关是否愿意撤回起诉,人民法院此时都应当作出终结案件的裁定,而不应再确认原行政行为违法。检察机关提起行政公益诉讼的主要目的,就是督促行政机关依法履职、保护公益,这个目的达到之后就应当息讼,这也是法律以教育为主原则的具体体现。同时,对于行政机关来说,终结案件的处理结果给了其改过自新的机会,有利于保护其主动、依法履职的积极性。

(三) 保障程序的平等性及行政机关的参与性

1. 在诉前程序中增加磋商程序规则

当检察机关在履行监督职责时,若发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有资产保护等涉及公共利益的领域中,负有监管职责的相关行政机关违法行使职权或不作为,并由此导致国家利益或者社会公共利益受到损害的,应当在向该行政机关发出检察建议之前,与行政机构先就公益保护有关问题进行平等磋商,充分保证行政机构合法表达、解释与沟通的权利,能够达成合意,则将磋商结果报法院确认;未达成合意的,检察机关依法发出检察建议。在磋商程序中,可规定必要时请本级政府或人民调解机构介入居中调解,增强磋商的效果。这在实践过程中已经有类似的经验,不过是检察机关主动上门与行政机构以沟通的方式进行而已,事实证明,一般情况下能够提高公益保护的效率和效果。

2. 在诉讼程序中增加司法调解程序规则

当人民法院按照有关规定受理检察机关提起的行政公益诉讼案件时,可以先对双方进行庭前调解,充分听取双方陈述和意见,能够在不损害公益的条件下促成双方解决争点、达成合意方案的,形成调解协议;双方不能达成合意的,依法进行审判程序。这样的程序规则设计,既是给予行政机关充分参与程序的机会,也有利于促进行政机关充分判断案件的走势,及时、及早纠正违法行为并采取保护公益的措施。

参考文献:

- [1] 胡云红. 比较法视野下的域外公益诉讼制度研究[J]. 中国政法大学学报, 2017(4): 16-40, 158.
- [2] 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.
- [3] 刘超. 环境行政公益诉讼判决形式的疏失及其完善: 从试点期间典型案例切入[J]. 浙江工商大学学报, 2018(5): 35-45.
- [4] 夏锦文, 史长青. 交涉与合意: 论诉讼的本质: 一种诉讼法哲学探析[J]. 南京社会科学, 2006(9): 98-106.

^⑧《两高解释》第22条规定:“人民检察院提起行政公益诉讼应当提交下列材料:(一)行政公益诉讼起诉书,并按照被告人数提出副本;(二)被告违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的证明材料;(三)检察机关已经履行诉前程序,行政机关仍不依法履行职责或者纠正违法行为的证明材料。”其中第(二)、第(三)项为检察机关起诉时应当提交的证明材料。

- [5]王艳,袁继红. 刑事诉讼法[M]. 杭州:浙江大学出版社,2007:2.
- [6]马贵翔. 诉讼本质之思辨:从探求真相到实现程序正义的内在逻辑[J]. 甘肃政法学院学报,2008(1):18-27.
- [7]邢昕. 行政公益诉讼启动标准:基于74份裁判文书的省思[J]. 行政法学研究,2018(6):136-144.
- [8]季卫东. 法律程序的意义:对中国法制建设的另一种思考[J]. 中国社会科学,1993(1):83-103.
- [9]龚祥瑞. 行政诉讼法的重大意义[J]. 群言,1989(3):39-41.
- [10]孙笑侠. 两种程序法类型的纵向比较:兼论程序公正的要义[J]. 法学,1992(8):7-11.
- [11]陈桂明. 诉讼公正与程序保障:民事诉讼程序之优化[M]. 北京:中国法制出版社,1996:12-15.
- [12]肖建国. 程序公正的理念及其实现[J]. 法学研究,1999(3):5-23.
- [13]李祖军. 论程序公正[J]. 现代法学,2001(3):92-98.
- [14]沈岿. 检察机关在行政公益诉讼中的请求权和政治责任[J]. 中国法律评论,2017(5):75-82.
- [15]汪建成. 论诉讼监督与诉讼规律[J]. 河南社会科学,2010(6):12-17.
- [16]刘超. 环境行政公益诉讼诉前程序省思[J]. 法学,2018(1):114-123.
- [17]王银轩. 检察机关提起行政公益诉讼的障碍及其克服[J]. 人民法治,2018(5):48-52.
- [18]黄忠顺. 论诉的利益理论在公益诉讼制度中的运用:兼评《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第19、21、24条[J]. 浙江工商大学学报,2018(4):19-29.

On the fairness of administrative public interest litigation system of procuratorate organ

JIN Tao, WU Ruqiao

(Law School, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: Although the public interest litigation of procuratorate administration emerges for the protection of public welfare, its essence is still a kind of litigation, and its procedural rules should follow the principle of justice. At present, the law and judicial interpretations only stipulate the principle of the procuratorate administrative public interest litigation system, but there are still some factors that affect the fairness of the litigation, such as the vague role of the procuratorate organ, the lack of specific standards for the initiation of the litigation, and the unclear distribution rules of the burden of proof. It is urgent to strengthen the fairness of the procedure from the aspects of restricting the arbitrariness of procuratorate organs, ensuring the scientificity of procedure and the neutrality of judges, guaranteeing the equality of procedure and the participation of administrative organs, so as to ensure that the construction of procuratorial administrative public interest litigation system conforms to the nature and law of litigation.

Key words: procuratorate organ; administrative public interest litigation; procedural rules; standard; justice

(责任编辑 胡志平)