

独立行政公益诉讼法律规范 体系之构建

王春业*

摘要 在诉讼目的、提起主体、受案范围、举证责任、诉前程序等方面,行政公益诉讼都与普通行政诉讼有巨大差异。行政公益诉讼虽被置于《行政诉讼法》之中,但后者无法为前者提供一套有效的适用规则。必须在《行政诉讼法》之外另行构建独立的行政公益诉讼规范体系。主观诉讼与客观诉讼之分为构建行政公益诉讼法律规范体系提供了理论基础。《行政诉讼法》所确定的行政诉讼具有主观诉讼倾向,以权利救济为目的;而行政公益诉讼则是典型的客观诉讼。为此,有必要建立以客观诉讼为基础的独立行政公益诉讼法律规范体系,制定专门的行政公益诉讼法,明确行政公益诉讼特有的内容,对诉前程序进行适度司法化,并建立预防性行政公益诉讼,为行政公益诉讼量身定做法律依据。

关键词 行政公益诉讼 主观诉讼 客观诉讼 行政公益诉讼法

检察机关提起行政公益诉讼是一项具有中国特色的诉讼制度,经过两年试点后在2017年修改的《行政诉讼法》中得到确认。然而,行政公益诉讼制度运行中却遇到法律规范不足问题,《行政诉讼法》难以作为行政公益诉讼的法律规范依据。因此,如何为行政公益诉讼构建适合其特点的法律规范体系,是当下行政公益诉讼制度良性发展迫切需要解决的问题。目前,虽然学界对行政公益诉讼研究成果不少,但对行政公益诉讼制度要不要从《行政诉讼法》中独立出来,是否要为行政公益诉讼提供以及如何提供一套专门的法律规范体系,则关注不够。〔1〕

* 河海大学法学院教授。本文系2021年江苏省社科基金项目“国家治理现代化视域下检察公益诉讼制度完善研究”(项目编号:21FXD002)的阶段性研究成果。

〔1〕 刘艺教授在《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》一文中已关注到行政公益诉讼的客观诉讼特性,并对其精细化构建提出建议。参见刘艺:“构建行政公益诉讼的客观诉讼机制”,《法学研究》2018年第3期,第43—50页。但是,行政公益诉讼是否需要从《行政诉讼法》中独立出来,是否和如何构建专门的行政公益诉讼法律体系,该文没有进一步研究。

一、独立行政公益诉讼法律规范体系构建的必要性

行政公益诉讼虽然被表述为《行政诉讼法》的一个条款,但不能因此混同行政公益诉讼和普通行政诉讼。实际上,无论是理论还是实践方面,两者都存在巨大差异,使得适用于普通行政诉讼的《行政诉讼法》难以适用于行政公益诉讼,也使得行政公益诉讼难以真正融入《行政诉讼法》框架。

(一)《行政诉讼法》与行政公益诉讼的不相融

《行政诉讼法》对行政诉讼程序、规则等都作了详细规定,但这些规定大多不能适用于行政公益诉讼,体现在以下几方面。

1. 行政诉讼目的不能涵盖行政公益诉讼目的

《行政诉讼法》第1条对行政诉讼明确了四个目的,^{〔2〕}除第一个目的外,其他三个目的与行政公益诉讼的目的^{〔3〕}几乎都没有关联性。首先,就解决行政争议的目的而言,行政诉讼所要解决的行政争议是行政机关与相对人之间的争议;而行政公益诉讼中行政机关与检察机关之间不存在行政争议。或者说,解决行政争议并非行政公益诉讼的目的。其次,就保护相对人合法权益的目的而言,行政公益诉讼以维护国家利益和社会公共利益为目的,检察机关本身不是相对人,在诉讼中并没有自己单位的利益;而且行政公益诉讼也不以保护相对人合法权益为目的,尤其是所维护的公共利益经常与相对人的个人利益不一致,有时甚至相反,比如责令行政机关对某污染企业作出处理时,就可能减损了该企业的权益或科以其更多的义务。再次,就监督行政职权行使的目的而言,对行政诉讼使用的是“监督”,而对行政公益诉讼使用的是“督促”。“监督”较为宽泛,甚至可以说是解决行政争议、保护相对人合法权益目的的副产品;而“督促”更体现了有限性、时限性、内容的具体性和依据的明确性。有限性是指在维护国家利益或社会公共利益方面,行政机关是具体的实施主体,而检察机关只是一个督促的角色,不可越俎代庖,只能通过提起行政公益诉讼这种有限的督促方式,促使行政机关履行法定职责;时限性即要求行政机关必须在一定期限内履行职责,不能无限期拖延;内容的具体性即检察机关要求行政机关必须尽快消除正在持续的对公共利益的侵害行为,而不是抽象地履行职责;依据的明确性即要求行政机关应当按照检察机关所发出的检察建议来履行具体职责。因此,行政诉讼与行政公益诉讼属于不同的诉讼类型,《行政诉讼法》所规定的诉讼目的并不适用于行政公益诉讼,也无法包容行政公益诉讼的目的。

〔2〕 即保证人民法院公正、及时审理行政案件;解决行政争议;保护公民、法人和其他组织的合法权益;监督行政机关依法行使职权。

〔3〕 行政公益诉讼的目的有两个:一是维护国家利益或者社会公共利益;二是督促行政机关依法履行职责。

2.对行政诉讼原告的要求难以适用于检察机关

按照《行政诉讼法》的规定,行政诉讼的原告是行政行为的相对人或其他利害关系人,他们在诉讼之前就已经通过行政行为而与行政机关建立起行政法律关系。因此,在行政诉讼中,原告是自身合法权益受到行政机关侵害的利害关系人,是为了自己的利益而诉讼。而行政公益诉讼中的检察机关,在诉讼之前与行政机关之间不存在法律关系,行政机关的行政行为没有对检察机关产生任何不利影响。检察机关也不是为了自己利益而进行诉讼。此种情况下,围绕行政法律关系当事人以及利害关系而设计的行政诉讼原告制度,很难适用于行政公益诉讼。

3.行政诉讼受案范围不适用于行政公益诉讼

《行政诉讼法》对行政诉讼规定了明确的案件受理范围。尽管《行政诉讼法》修订将具体行政行为改为行政行为,但从其所列举的行政行为类型看,仍然是对相对人产生法律效果的具体行政行为,往往只涉及个体合法权益。这些行政行为很少涉及国家利益或社会公共利益,似乎很难直接作为行政公益诉讼的受案范围,因此,行政诉讼的受案范围与行政公益诉讼没有多大关系。从具体规定及实践来看,行政公益诉讼受案范围并不都是具体行政行为,不以相对人权利义务为标准,甚至在许多情况下没有相对人。是否纳入行政公益诉讼范围,要看是否对国家利益或社会公共利益造成侵害。为此,无论是试点期间还是正式实施期间,行政公益诉讼都有自己单独的受案范围,在实践中行政公益诉讼范围也呈现出逐步扩大的趋势,^{〔4〕}而且与《行政诉讼法》中所规定的受案范围几乎没有关联性。

4.行政诉讼举证责任不适合行政公益诉讼

首先,普通行政诉讼是以行政违法为主设计举证责任规则,再加上考虑到原告弱势的一面,故规定由行政机关对行政行为合法性承担主要举证责任,原告则承担较轻的举证责任。而行政公益诉讼是以行政不作为为主要违法形式,因此,举证责任制度设计的重点也与普通行政诉讼有所区别,改变了普通行政诉讼举证责任倒置的制度设计,检察机关在其中要承担更多的举证责任。

其次,即使是行政不作为案件,行政公益诉讼也与普通行政诉讼中的不作为有明显不同。普通行政诉讼中的行政不作为,相对人是直接参与者,损害的是相对人的利益,相对人对此过程也最清楚,需要其提交曾向行政机关提出申请的证明材料;而行政公益诉讼中的行政不作为,检察机关没有参与其中,也不是不作为行为的受害者,检察机关无法像普通行政诉讼原告那样提交曾经申请的相关证明材料。

再次,检察机关还要承担普通行政诉讼当事人所没有的举证责任。比如要对国家利益或社会公共利益的性质进行举证、对其所受到的侵害后果提供证据、对行政机关负有法定职责进行举证。

〔4〕《英雄烈士保护法》第25条第2款将“侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉”的事项纳入了公益诉讼范围,进一步扩大了公益诉讼的范围。

5.行政公益诉讼条款与整部《行政诉讼法》难以融合

目前,行政公益诉讼的法律依据主要体现在《行政诉讼法》第25条第4款,^{〔5〕}然而,该条款在整部《行政诉讼法》中并不协调。第25条是关于行政诉讼原告的规定,第1款是关于相对人以及其他利害关系人的原告资格,第2款、第3款是关于原告资格转移问题。而第4款关于行政公益诉讼的内容则非常复杂,既规定了检察机关可以作为提起诉讼的主体,即行政公益诉讼主体资格,还规定了行政公益诉讼范围、所针对的被告违法情形以及诉前程序等,与前3款单纯规定原告主体资格在结构上并不一致,实际上已经打破了前3款的架构,除了体现检察机关具有起诉人地位外,其他内容则成为不协调的内容。

可见,行政公益诉讼虽然被规定在《行政诉讼法》中,但实际上与普通行政诉讼具有很大差别,甚至可以说是不同性质的事物。《行政诉讼法》没有为行政公益诉讼提供一套相适应的诉讼规则,普通行政诉讼制度的很多规则无法直接适用于行政公益诉讼。

(二)实践中行政公益诉讼运行法律依据严重匮乏

《行政诉讼法》中虽然用了一个条款规定行政公益诉讼,但并没有为行政公益诉讼构建一套完善的制度,无法解决行政公益诉讼的诉讼原则、案件管辖、审理程序、举证责任分配、判决类型、检察机关调查核实权等问题,也由此出现了行政公益诉讼在法律框架上和实践中形成了不同做法的两张皮现象。

为了解决行政公益诉讼规范适用问题,自行政公益诉讼试点以来,相关规定不断出台。例如,从2015年7月的《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》、2015年12月的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》,直到行政公益诉讼入法后2018年3月两高的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下称《公益诉讼解释》),都试图建立一套适合行政公益诉讼的规范,以解决行政公益诉讼法律规范匮乏问题。然而,这些文件和司法解释,与《行政诉讼法》存在较大不同,反映了司法实践对现有法律规范的冲突。这些探索性文件不仅都是权宜之策,而且其合法性也值得商榷。

首先,司法解释合法性问题。司法解释是对法律适用过程中相关问题的应用性解释,要紧密围绕法律条文本身进行解释。然而,两高对行政公益诉讼相关问题的解释,却出现了超出法律本身规定的解释。比如,对检察机关公益诉讼起诉人身份的界定、案件管辖问题、检察机关举证的规定、撤回起诉的规定、判决类型的规定等,都超出《行政诉讼法》的规定,也使得司法解释本身合法性存在问题。

其次,办案指南的合法性问题。实际上,除了司法解释试图弥补《行政诉讼法》规定的不足

〔5〕 其规定:“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。”

外,最高检还出台了相关指南,例如《检察机关行政公益诉讼案件办案指南(试行)》,对管辖、立案、诉前程序、支持起诉、提起诉讼、二审、执行、诉讼监督等做了较为详细的规定。然而,这些规范的法律依据何在?其合法性基础何在?该指南不过是检察机关内部工作规则,但许多内容涉及对公民权利义务的处分,尤其关于调查取证方面的规定,甚至超出了《公益诉讼解释》对检察机关调查核实权的规定。如果说在试点期间采取规范性文件探索行政公益诉讼运行规则,还有情有可原,但不宜在行政公益诉讼正式入法且全面运行后仍然采取这种办法。

可见,行政公益诉讼虽然在《行政诉讼法》中已有规定,似乎有了法律依据,但由于行政公益诉讼不同于《行政诉讼法》中以个人利益保护为基础的普通行政诉讼,就不得不在《行政诉讼法》之外寻找适用规则。正如有学者所言,只是在“民告官”制度上修改一两个条文无法解决“官告官”在实践中存在的诸多问题。^{〔6〕}更何况这些法外规则本身的合法性也存在问题。为此,必须构建独立的行政公益诉讼法律规范,为其提供法律基础和依据。

二、独立行政公益诉讼法律规范体系构建的可行性

构建独立的行政公益诉讼法律规范体系,是因为行政公益诉讼与普通行政诉讼之间存在巨大差异,而主观诉讼与客观诉讼的分类理论可以为构建独立的行政公益诉讼法律规范体系提供理论证成。

(一)主观诉讼与客观诉讼的分类

大陆法系在行政诉讼类型上有主观诉讼与客观诉讼之分。最早作出此种实质性分类的是法国的莱昂·狄骥(Léon Duguit),^{〔7〕}他将行政诉讼分为两类:一类是行政机关违反普遍适用的规则和法律,这便是客观诉讼;二是争议的问题违反原告独享的某些权利,这便属于主观诉讼。^{〔8〕}需要说明的是,此种分类尽管较早由法国学者提出,但法国法律本身却并未规定这种分类方式。而这种分类理论经过德、日等国的借鉴与发展,成为大陆法系行政诉讼法学的主流观点。为了进一步理解主观诉讼与客观诉讼的内涵,不妨从相关国家的诉讼制度中加以考察。

德国行政诉讼体现了以主观诉讼为主、客观诉讼为辅的特点。^{〔9〕}其主观诉讼强调原告

〔6〕 参见练育强:“‘官告官’障碍应尽快排除”,载《解放日报》2017年12月5日,第10版。

〔7〕 也有学者认为,在法国,最早对行政诉讼进行类型化区分的学者是拉法利埃,他根据行政法官的审查权限,将法国行政诉讼分为四类:撤销之诉、完全管辖权之诉、解释之诉和惩罚诉讼。这种根据行政法官审查权限进行的诉讼分类,被法国学者称为行政诉讼的形式分类。参见成协中:“论我国行政诉讼的客观诉讼定位”,《当代法学》2020年第2期,第76页。

〔8〕 参见(英)L·赖维乐·布朗、(英)约翰·S·贝尔:《法国行政法》(第5版),高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社2006年版,第172页。

〔9〕 《德意志联邦共和国基本法》第19条第4款规定:“任何人之权利受官署侵害时,得提起诉讼。”这一规定奠定了德国以个人主观权利保护为核心的诉讼制度基础和框架。

“自己的权利”的资格标准,强调公民自身利益受侵害时的自我权利救济,而非为他人或公共利益。相反,“如果行政行为虽然客观上是违法的,但原告自身的权利并未因此受到侵害,那么其诉讼就不具备理由”。^[10]当然,德国也有客观诉讼,主要表现为:一是协会之诉,协会提起行政诉讼不是为了协会自己的利益,而是为了成员的利益或为了公众利益;二是规范审查之诉,是公民针对相关章程、规章、法规的审查之诉,“只要规范客观上是违法的,审查请求就具备理由;而无须检查主观上的权利侵害存在与否”。^[11]

日本“行政诉讼原则上应当是主观诉讼——这是日本各界的共识,也符合《行政事件诉讼法》的文本”。^[12]“其主观诉讼性质不仅体现在诉讼入口的设定上,还体现在行政诉讼案件审理时对原告主张的限制上。”^[13]原告提起行政行为诉讼必须与自己法律上存在一定的利益关系,否则法院不予审查。同样,日本也有少许的客观诉讼,最典型的就是民众诉讼和机关诉讼,其目的不是为了权利救济,而是着眼于维护公共利益和法秩序。

从上述分析可以看出,关于主观诉讼与客观诉讼各国并无统一的界定标准。法国以诉讼标的的性质为出发点,认为“主观诉讼的诉讼标的是违反主观的法律规则和法律地位的行为,而客观诉讼的诉讼标的是违反客观的法律规则和法律地位的行为”。^[14]法国更关注诉讼标产生的法律状态,其中,主观诉讼的范围包括行政合同诉讼、行政主体赔偿责任诉讼;而撤销之诉则是典型的客观之诉,是对事不对人的诉讼。日本以诉讼目的为出发点,以“权利利益保护”与“法律维持”之何者为首要目的而进行区分,主观诉讼以权利利益保护为首要目的,客观诉讼则以法规维持为首要目的。^[15]由于界定标准不同,即使同一诉讼,各国对其定性也不同,比如同样是撤销之诉,在法国被认为是客观诉讼,而在日本则被当作主观诉讼。

在我国,对主观诉讼与客观诉讼的界定也有不同观点,有学者认为两者的差异在于诉讼的目的和法律争议的性质;^[16]有学者则以诉讼目的、诉讼规则、诉讼标的、审理规则、判决种类、判决效力等作为判断指标。^[17]但主流观点多以诉讼目的为标准,认为主观诉讼主要围绕当事人的权利展开,以保护私权为目的,仅有个人利益者才能起诉;而客观诉讼则致力于营造良

[10] (德)弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第434页。

[11] 同上注,第472页。

[12] 王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第25页。

[13] 姚腾越:“德、日、法行政诉讼性质浅析——以主观诉讼和客观诉讼的二分为视角”,《研究生法学》2014年第3期,第114页。

[14] 马立群:“主观诉讼与客观诉讼辨析——法国、日本行政诉讼为中心的考察”,载谢进杰主编:《中山大学法律评论》(第8卷第2辑),法律出版社2010年版,第252页。

[15] 参见林素凤:“日本民众诉讼与我国公益诉讼”,载曾华松大法官古稀祝寿论文集编辑委员会:《义薄云天·诚贯金石:论权力保护之理论与实践——曾华松大法官古稀祝寿论文集》,台北元照出版有限公司2006年版,第612页。

[16] 成协中,见前注〔7〕,第78页。

[17] 参见薛刚凌、杨欣:“论我国行政诉讼构造:‘主观诉讼’抑或‘客观诉讼’?”,《行政法学研究》2014年第3期,第32—34页。

好的行政秩序，^{〔18〕}所保护的是客观法律秩序和普遍的公共利益，提起主体多元化，有时即使是没有直接的利害关系者，也可以提起诉讼。^{〔19〕}

（二）行政公益诉讼与普通行政诉讼属于不同诉讼类型

在我国，尽管行政公益诉讼与普通行政诉讼都被置于《行政诉讼法》中，但两者实际上属于不同性质的诉讼。

1. 我国行政诉讼的主观诉讼倾向

在行政公益诉讼写入《行政诉讼法》之前，对《行政诉讼法》所确立的行政诉讼到底是主观诉讼还是客观诉讼，也有不同观点。有人认为我国行政诉讼兼具主观与客观相混合的情形，^{〔20〕}甚至有人认为我国行政诉讼就是一种客观诉讼。^{〔21〕}其实，判断一种诉讼属于何种类型，应当进行综合判断，不能仅从形式上判断，而应从实质上进行判断。可从以下几方面对我国行政诉讼性质进行考察：一是从内涵上看，我国行政诉讼是相对人认为行政机关及其公职人员侵犯其合法权益而提起的，“是在回应相对人权利救济诉求的基础上产生的”，^{〔22〕}是一种以个人权利救济为目的的诉讼，符合主观诉讼的特点；二是在受案范围上，我国行政诉讼的受案范围都是以侵犯相对人利益的各种具体行政行为作为表述方式的，所列举的每一个行政行为都是可能对相对人合法权益造成侵害的行为；三是对诉讼原告资格的规定，以“利害关系”作为判断标准，体现了利益救济的特点，是典型的主观诉讼。

有人认为我国行政诉讼具有客观诉讼的特点，其主要理由是行政诉讼也有“监督行政机关依法行使职权”的目的。^{〔23〕}实际上，这是对行政诉讼目的的一种误读。在行政诉讼目的中虽然写了监督行政的目的，但在其他条款中表现并不明显，只是相对人权利救济过程中的一种副产品，最多属于间接的监督，而不是一种直接的监督，不能据此认定行政诉讼的客观诉讼特点。即使新修订的《行政诉讼法》将规范性文件附带审查写入其中，但该附带性审查的结果并不属于裁判的内容，只是在裁判理由中作出说明，法院只是向制定机关提出建议，对规范性文件的制定机关几乎没有约束力，行政机关的不理睬也不会对其产生不利后果，因此，我国的规范性

〔18〕 参见马怀德：“保护公民、法人和其他组织的权益应成为行政诉讼的根本目的”，《行政法学研究》2012年第2期，第12页。

〔19〕 参见王贵松：“信息公开行政诉讼的诉的利益”，《比较法研究》2017年第2期，第20页。

〔20〕 认为我国行政诉讼既不是完整意义上的主观诉讼，也不是完整意义上的客观诉讼。薛刚凌等，见前注〔17〕，第29页。

〔21〕 例如，梁风云、邓刚宏等将我国行政诉讼定性为客观诉讼。详见梁风云：“不断迈向类型化的行政诉讼判决”，《中国法律评论》2014年第4期，第153页；邓刚宏：“论我国行政诉讼功能模式及其理论价值”，《中国法学》2009年第5期，第59页。

〔22〕 马立群，见前注〔14〕，第260页。

〔23〕 梁风云法官认为，客观法律价值主要在于法院在行政诉讼中承担维护客观法律价值的功能，主要是维护公共利益之谓。在法院与行政公权力机关的定位上，体现为一定的监督和支持功能。监督就是通过个别行政案件的审理，规范同类案件的适法条件，并通过司法建议等方式纠正行政公权力行为。梁风云：“行政诉讼法修改的若干理论前提——从客观诉讼和主观诉讼的角度”，《法律适用》2006年第5期，第72页。

文件附带性审查还算不上真正意义上的客观诉讼。^[24]

可见,我国《行政诉讼法》中的行政诉讼实质上是主观诉讼,或者说其主观诉讼特征更为明显,其核心是权利救济,是在对相对人诉求回应的基础上建立的。正如姜明安教授所言,“解纷、监督和救济,在此三种功能和作用中,救济无疑是行政诉讼最基本的功能和作用”。^[25] 于安教授也说:“1989年《行政诉讼法》确立的行政诉讼制度属于主观诉讼制度。”^[26] 尽管经过了2014、2017年的两次修改,但行政诉讼仍然没有摆脱以往立法的路径依赖,仍然是一种以个人权利救济为主要特点的诉讼,主观诉讼定位并未发生实质性改变,“我国行政诉讼在功能定位上更偏向于主观权利救济功能的判断应更为妥当”。^[27] 李洪雷教授则对修订后的《行政诉讼法》作出了更加明确的评价:“我国现行《行政诉讼法》所规定的行政诉讼,其基本性质是民告官的主观诉讼,……而检察机关提起行政公益诉讼,是以维护、监督依法行政为主要目的,属于客观诉讼,……二者在起诉资格、举证责任、程序进行等方面都存在重大的差异。”^[28] 司法实践也体现了此种倾向。正如最高人民法院在刘广明案中指出:“现行行政诉讼法在确定原告主体资格问题上,总体坚持主观诉讼而非客观诉讼理念,行政诉讼首要以救济原告权利为目的。”^[29]

2. 我国行政公益诉讼的客观诉讼特点

实际上,我国行政公益诉讼自始就具有客观诉讼的特点,集中体现为:一是所保护利益的公益性。“狄骥通过客观法理论将公益保护与客观诉讼紧密关联在一起。”^[30] 我国“公益诉讼最核心的目的是保护公益,最基本的出发点是能够回应社会各界,特别是人民群众对侵害公共利益的一些行为的关切”,^[31] 而且“除了可救济具体受损公益之外,还具有维护法制统一的功能”。^[32] 二是检察机关是唯一的提起主体。作为提起的主体,检察机关本身就具有法律监督职责,在行政公益诉讼中,检察机关代表国家,对行政机关违法或不作为行为进行监督,在诉讼中没有自己的利益,与境外在提起主体上常常是公民或相关组织相比,我国行政公益诉讼的客观诉讼特点更为突出,是典型的官告官,是检察监督权与行政权的关系,完全区别于主观诉讼

[24] 需要说明的是,在德国,针对相关章程、规章以及州法律以下的其他法规的审查之诉属于客观诉讼,但德国的规范审查之诉不同于我国对行政规范性文件的附带审查,前者并不审查申请人的权利是否受到某一规范的侵害,不关注申请人的个人权利救济,而我国规范性文件附带审查是出于对原告权利救济的需要。

[25] 姜明安:“行政诉讼功能和作用的再审视”,《求是学刊》2011年第1期,第84页。

[26] 于安:“发展导向的《行政诉讼法》修订问题”,《华东政法大学学报》2012年第2期,第101页。

[27] 伍昉:“从行政诉讼功能定位看类型化发展——以主观诉讼、客观诉讼为分析视角”,《湖北警官学院学报》2013年第12期,第147页。

[28] 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,第54页。

[29] 最高人民法院(2017)行申169号行政裁定书。

[30] 刘艺,见前注[1],第40页。

[31] 详见《官方解读检察机关提起公益诉讼制度入法》,载中新网,http://www.chinanews.com/gn/2017/06-27/8262960.shtml,最后访问日期:2021年12月20日。

[32] 陈丽芳、郑璐:“论客观诉讼之行政公益诉讼”,《西部学刊》2019年7月上半月刊,第64页。

中民告官的关系。

其实,在我国行政公益诉讼建立之前后,相关学者对其诉讼性质就进行了探讨。较早时期,林莉红教授就提出作为客观诉讼的行政公益诉讼的观点,主张“借鉴域外主观诉讼与客观诉讼区分理论,可以建构我国的行政公益诉讼,并丰富我国行政诉讼类型”。^[33]而在行政公益诉讼制度正式建立后,刘艺教授通过实证考察,更加明确地提出,行政公益诉讼呈现的客观诉讼特征,是“基于客观诉讼逻辑”,且“不论在案内还是案外都发挥了维护客观法律秩序的功效”。^[34]

正是由于属于不同的诉讼类型,《行政诉讼法》不适用于行政公益诉讼的问题日趋明显。必须基于客观诉讼的逻辑,重新构建行政公益诉讼的法律规范体系。

(三)迈向以客观诉讼为基础的行政公益诉讼法律规范体系

“主观诉讼与客观诉讼在行政诉讼中发挥着不同的结构功能,其区分实益在于立法中应根据各自的性质而设计不同的诉讼程序规则。”^[35]“客观诉讼要求对行政诉讼的许多程序作出不同于主观诉讼的相应变化和特别的制度安排,包括受案范围、当事人的起诉资格、审判组织的结构、法官审查行政行为的范围和方式,特别是法院在证据调查查明事实中的职能、法院判决的种类和对生效判决的执行程序等诸多方面。”^[36]因此,以主观诉讼为基础而制定的《行政诉讼法》,无法包容以客观诉讼为特点的行政公益诉讼,“要在主观诉讼特征明显的行政诉讼程序中嵌入一整套客观诉讼机制,必将对传统的行政诉讼观念和制度产生巨大的冲击”。^[37]为此,“行政公益诉讼只有基于客观诉讼逻辑,才能得到清晰阐述和良性发展”,^[38]才能真正实现行政公益诉讼的初衷。因此,行政公益诉讼必须从普通行政诉讼中独立出来,建立专门的行政公益诉讼法律规范。

值得注意的是,我国检察机关是作为唯一提起行政公益诉讼的起诉人,本身就具有法律监督职责,不仅与普通行政诉讼原告有较大区别,也与境外客观诉讼的原告有很大不同。后者在起诉时有的可以适用主观诉讼原告的相关程序、规则等,将其放置于同一部法律之中进行规定未尝不可。例如,德国为公民权利进行救济的主观诉讼与为公共利益的协会之诉、规范审查之诉的客观诉讼,除了诉讼主体有差异之外,在诉讼程序、诉讼规则等方面,都基本相同,因此,将其置于同一的《行政法院法》之中作出规定,是完全可以的,而且更节约立法成本。然而,我国检察机关提起的行政公益诉讼,在适用程序、适用规则等方面无法直接适用普通行政诉讼的程序、规则等,而是正在创造一套规则,在这种情况下,如果还将两者置于同一《行政诉讼法》之

[33] 林莉红、马立群:“作为客观诉讼的行政公益诉讼”,《行政法学研究》2011年第4期,第3页。

[34] 刘艺,见前注[1],第47页。

[35] 马立群,见前注[14],第250页。

[36] 于安:“行政诉讼的公益诉讼和客观诉讼问题”,《法学》2001年第5期,第17页。

[37] 刘艺,见前注[1],第48页。

[38] 刘艺,见前注[1],第40页。

中,不仅对行政公益诉讼本身的实施不利,而且对普通行政诉讼制度的实施,也是一种干扰。

事实上,一些国家在对主观诉讼与客观诉讼有了认识之后,也逐步建立起两套诉讼机制,以便对相关案件进行审理。例如,作为英美法系代表之一的英国,本来没有主观诉讼与客观诉讼之分,但随着其诉讼制度的发展,出现了普通救济诉讼和特别救济诉讼,前者属于个人权利救济,相当于主观诉讼,后者是对各地治安法官的监督,是一种公法救济,相当于客观诉讼。在认识到这两者差异后,英国便将具有客观诉讼性质的特别救济诉讼独立出来,成为单独的司法审查程序,适用专门的程序、时效、起诉资格、审理方式等,“以有效地实现不同的诉讼目的”。〔39〕法国的成文法中虽然没有明确主观诉讼与客观诉讼的类型,但在实践中,针对两种不同的诉讼类型,法院适用了不同的诉讼程序和诉讼规则。而日本以及我国台湾地区,虽然在《行政诉讼法》中也对行政公益诉讼作出了规定,但只是原则性规定,并同时明确具体诉权的享有由法律作出特别规定,以体现与主观诉讼的区分。

三、独立行政公益诉讼法律规范体系的构建方案

(一)规定行政公益诉讼特有的诉讼原则

诉讼原则是一部法律的重要内容,对该部法律的实施具有重要指导作用,可以弥补法律规定的不足。不同的诉讼类型都有自己的诉讼原则,普通行政诉讼对行政行为进行合法性审查的原则在行政公益诉讼中不再适用。〔40〕行政公益诉讼必须具有自己特有的诉讼原则。其中的两个原则应当为:一是保护国家利益或社会公共利益原则。这是其区别于普通行政诉讼的典型特征,也是行政公益诉讼的基本前提。二是公共利益得到完全恢复的实质性审查原则。普通行政诉讼对行政行为采取的是合法性审查原则,所谓合法性审查是指合乎法律规范的规定,是一种形式意义的合法性审查,体现为:证据是否确凿,适用法律、法规是否正确,是否符合法定程序,是否存在超越职权、滥用职权、明显不当等情形,是以法律文本来衡量行政行为符合法律规定的程度。而行政公益诉讼中大多数是行政不作为的案件,无法按照这个原则进行审查,而且即使行政行为在形式上是合法的,但如果国家利益或社会公共利益受到侵害且未得到彻底消除,仍应按照行政机关未履行法定职责对待。从这个意义上讲,行政公益诉讼关注的不仅仅是行政行为形式上的合法性问题,更关注国家利益或社会公共利益是否得到恢复或侵害行为是否得到彻底消除的实质合法性;不仅从法律规定上审查行政行为的合法性,还要从国家利益或社会公共利益是否得到全面恢复的现实来考察;不限于对行政行为本身的合法性审查,更关注行政行为之外的国家利益或社会公共利益是否得到完全救济,其合法性的内容和范围

〔39〕 薛刚凌等,见前注〔17〕,第32页。

〔40〕 参见田一博:“应当设计独立的行政公益诉讼制度”,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第S1期,第73页。

更为宽泛。

(二)厘清行政公益诉讼特有的受案范围

对行政公益诉讼受案范围,有过固定式和开放式之争,前者以具体列举为特征,后者则以概括式为特征。实际上,如何表达这种争议源于受现行行政诉讼受案范围模式的影响。本文认为,由于行政公益诉讼重点关注的是国家利益或社会公共利益,因此,其受案范围的设计也应具有自身特点。

首先,继续采取以领域名称为范围的肯定式列举方式,并逐步扩展。领域名称不再关注具体的行政行为,而是关注公共利益可能发生的领域,这种受案范围的设计,更符合行政公益诉讼受案范围的特点。目前,除了已有的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范围外,还要把已经较为成熟的文化遗产保护、不当设置与维护公共设施、规划等领域,明确列入行政公益诉讼范围。除了明确列举之外,还可以使用一个兜底条款,即法律法规规定的可以提起行政公益诉讼的事项。这意味着是随着行政公益诉讼实践不断发展,会有越来越多的领域事项进入行政公益诉讼范围,达到对行政权行使的广泛监督。^[41]应当允许地方人大对较为成熟的事项采取“决定”的方式将之纳入公益诉讼范围,并逐步向全国推广。目前已经有十多个省级人大通过专项决定方式将某些事项纳入了公益诉讼范围,将案件范围拓展到十多个领域。^[42]

其次,要明确将非具体行政行为列入受案范围,与领域受案范围形成互补。与主要是将具体行政行为作为受案范围的普通行政诉讼不同的是,行政公益诉讼所监督的并非都是具体行政行为,有许多是针对准行政行为、行政事实行为,甚至是抽象行为,只要侵害国家利益或社会公共利益的行政相关行为,都可以逐步纳入行政公益诉讼范围,而不能拘泥于行为的性质。

(三)在管辖方面体现行政公益诉讼特色

《行政诉讼法》没有对行政公益诉讼管辖问题有所涉猎,而普通行政诉讼管辖并不适合行政公益诉讼;《公益诉讼解释》只规定:“基层人民检察院提起的第一审行政公益诉讼案件,由被诉行政机关所在地基层人民法院管辖。”为此,应当设计行政公益诉讼特有的管辖制度。

首先,在地域管辖方面。由于检察机关只能对本地行政机关进行监督,不像普通行政诉讼那样,原告还可以对外地的行政机关提起诉讼,因此,在行政公益诉讼中,行政违法或不作为的行政机关,很少是检察机关所在地以外的行政机关;而且从发生的案件来看,都具有“本地性”特点。换言之,行政公益诉讼的地域管辖往往就是同一地的检察机关、行政机关和法院“三机关合一地”,一般不会出现普通行政诉讼的共同管辖、移送管辖等纷繁复杂的管辖情形。还值得注意的是,“三机关合一地”的地方往往也是国家利益或社会利益受到侵害的地方,为此,行政公益诉讼可以继续采取地域管辖原则,但要以国家利益或社会公共利益受到侵害所在地的

[41] 参见王春业:“论行政公益诉讼范围的‘等外等’解读”,《浙江学刊》2019年年第6期,第103页。

[42] 参见朱宁宁:“积极慎重稳妥拓展公益诉讼案件范围”,载《法制日报》2019年11月23日,第1版。

法院作为管辖法院。

其次,在级别管辖方面。与普通行政诉讼相比,由于检察机关的特殊地位,外在干预较少,行政公益诉讼没有普通行政诉讼那样非要强调高级别的法院管辖。提起行政公益诉讼主体一般是行政机关所在地的检察机关,但也可以是其上级检察机关,尤其是检察机关实行一体化办案,即使案件在层级比较低的法院审理,也可以采取由上级检察机关作为提起诉讼的起诉人或派员参加方式来解决地方干预问题。为此,除非某些案情非常重大案件由更高级别的法院审理更为合适外,仍然可以采取由基层法院管辖第一审行政公益诉讼案件。

再次,建立案件管辖协商制度。由于检察机关与法院都属于司法机关,在管辖方面,还可以就某些管辖问题进行沟通协调,对于案情重大需要更高级别的或其他地方的法院来审理,或极少数跨行政区划的案件,^[43]由检察机关与法院协商具体管辖的法院,以解决管辖中的新问题。

此外,行政公益诉讼也不存在所谓经过复议的案件的管辖问题。

(四)设计行政公益诉讼特有的举证责任分配规则

在行政公益诉讼中,举证责任主要在检察机关与行政机关之间进行合理分配,要设计出专门针对行政公益诉讼的证据规则。

就检察机关举证责任而言,首先,其应当对所保护利益的公益性进行举证。在已发生的案例中,虽然很少有被告对此提出质疑,但行政公益诉讼必须坚持公益性原则,检察机关应当对此进行举证,以防止检察机关为了自己单位的利益而滥用诉权。其次,检察机关应对被告具有法定职责进行举证。对于不作为的案件,检察机关应证明相关行政机关具有法定职责,检察机关通过此类举证,以便精准地确定被告;而对于行政机关违法行使职权的案件,检察机关无需举证,仍由行政机关承担举证责任。再次,对造成的损害事实以及侵害行为仍在持续等,检察机关要进行举证。此外,检察机关还需对经过诉前程序进行举证。

就行政机关举证而言,对于作为的案件,仍然采取举证责任倒置的举证规则,而对于绝大多数行政不作为的案件,行政机关的举证责任是:首先,行政机关要对不能履行的客观原因进行举证,以达到免除或减轻法律责任的目的。其次,举证证明其已经履行了法定职责,尤其是在履行的充分性方面进行举证,包括违法行为得到了有效制止、受损利益得到了全面恢复、行政机关已经用尽了可以采用的法定履职手段,^[44]而不是仅仅履行职责的举证。再次,要证明已在诉前程序中及时反馈或已落实了检察建议。其中,在作

[43] 跨行政区划案件的管辖问题,尤其是实践中出现的检察机关、行政机关、审判机关所在地分离的特殊问题。

[44] 最高人民检察院副检察长张雪樵认为:“如果行政机关穷尽了法定的履职手段,也就是说公益损害、不能救济,可能是立法滞后、客观原因,这种情形就不宜再对行政主体进行督促,也没有必要再去把行政机关告上法庭。”陈媛媛:“探索独具特色的检察公益诉讼制度”,载《中国环境报》2019年2月19日,第8版。

为的案件中,行政机关要证明已经纠正了违法行为,重点放在纠正的彻底性;在不作为案件中,行政机关举证的重点应放在履行的充分性方面,而不是履行的有与无。

(五)规定行政公益诉讼特有的起诉和受理制度

就起诉环节而言,首先,行政公益诉讼案件没有复议环节,不存在普通行政诉讼关于复议案件起诉的要求。其次,对行政公益诉讼案件也不存在普通行政诉讼的起诉时限要求,因为保护国家利益或社会公共利益没有时间的限制,只要侵害行为或损害后果仍然存在,即使是一些历史遗留的后果,也需要进行纠正或恢复。再次,行政公益诉讼有诉前程序这个必经的前置程序。

就受理环节而言,行政公益诉讼是否要采取立案登记制度,值得探讨。立案登记制度的实行,有其特殊的背景和前提,主要是由于行政机关的干预而导致法院的立案难问题,通过“改革法院案件受理制度,变立案审查制为立案登记制,对人民法院依法应该受理的案件,做到有案必立、有诉必理,保障当事人诉权”。^[45]但对于检察机关提起行政公益诉讼而言,这些背景与前提都不存在,法院不予受理的相关情形,在行政公益诉讼中也不复存在。因此,行政公益诉讼仍然需要采取传统的审查立案方式,由法院在审理之前进行一次把关,可以达到节约司法资源的目的,也可以有效防止检察机关对诉权的滥用。

(六)行政公益诉讼审理过程中相关问题的处理

在行政公益诉讼案件审理过程中,第一,应实行检察机关的当事人化。尤其是检察机关对案件不服的,应当适用上诉,而不是抗诉,这与作为诉讼监督的检察机关的法律地位有所不同,以确保法院对案件事实的查清和公正裁判。第二,诉讼期间对行政行为的处理要有利于防止公共利益的进一步损害。由于行政公益诉讼涉及公共利益,没有个人利益或单位利益在其中,为此,对于行政违法行为,要实行以停止执行为主的制度;对于行政不作为的行为,检察机关可以请求法院发出执行令状,要求行政机关先于执行,以防止侵害和损害的进一步扩大。第三,在案件审理过程中,检察机关可以根据案件情况作出变更诉讼请求或撤诉,人民法院应当准许。第四,调解的特殊内容。普通行政诉讼有限调解主要适用于行政赔偿、补偿及行政机关裁量权的案件,而这些情形只在相对人身上才出现,在行政公益诉讼中不存在此类问题。但行政公益诉讼也应当有自己可以调解的领域,那就是在由于客观情况或历史遗留问题等而导致行政机关无法在短期内将公共利益完全恢复到侵害前的状态时,检察机关可以与行政机关就恢复的时间或阶段达成协议,从而使案件得到终结。第五,不必设置简易程序。在《行政诉讼法》中,简易程序所规定的条件,都是发生在相对人身上,而不会在检察机关那里出现,而且如果案件真达到了“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”的条件,在诉前程序就已经解决,不会再到诉

[45] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。

讼程序中。第六,对关联案件可以合并审理,^[46]解决诉讼中必须一事一诉的困境,为行政公益诉讼一并解决更多问题奠定基础。

(七)采用行政公益诉讼特有的判决形式

由于注重对原告诉讼请求的回应,《行政诉讼法》规定了多种判决形式。^[47]行政公益诉讼具有公益性特点,其判决也应主要围绕行政机关的行为及公共利益展开,但不应涉及到对提起主体的评价问题,而《行政诉讼法》中所规定的判决形式大多数并不适合行政公益诉讼,即使名称相同的判决形式,在内涵上也应有所区别。首先,行政公益诉讼不宜采取驳回起诉或诉讼请求的判决。正像前文所言,对证据材料不足的,可以采取退回检察机关补充的方式来解决,待符合条件后再受理。其次,不必采取撤销判决。行政公益诉讼最终目的是使公共利益得到维护或恢复,仅仅对行政行为的撤销无法达到行政公益诉讼目的,也没有任何意义,而促使行政机关积极履行法定职责,尽快使被侵害的公共利益恢复到原初状态才是最终目的。再次,少用确认违法判决。对行政公益诉讼而言确认违法至多只具有宣示性意义,而没有实质性意义,因为,如果只确认违法而没有督促行政机关履行法定义务,则难以达到对国家利益和社会公共利益保护的目,而促使行政机关积极履行职责,本身就可以涵盖确认违法行为;而且《行政诉讼法》所规定的确认违法适用的情形都不适合行政公益诉讼。同样,给付判决、确认无效判决、采取补救措施、赔偿判决、补偿判决、变更判决等,都不适合行政公益诉讼特点。

根据行政公益诉讼案件的特点,要以国家利益或社会公共利益的维护作为核心要素来设计判决的形式。为此,一审裁判的形式可作如下设计:一是未侵害公共利益判决。主要是针对侵害的利益不是国家利益或社会公共利益的情形而作出的判决,这种评价不是针对提起诉讼的检察机关,而是针对公共利益的情形,既达到了不支持检察机关诉讼请求的目的,也不至于使得检察机关陷于尴尬境地。二是纠正违法行为判决。所针对的是行政违法行为侵害了国家利益或社会公共利益而判决行政机关纠正的情形。三是履行判决。针对的是行政机关没有履行法定职责或履行法定职责不充分等而判决其履行或充分履行的情形等。需要注意的是,这里即使使用了履行判决,也与《行政诉讼法》中的履行判决具有不同含义,后者是要求行政机关对相对人作出某种行政行为,而前者则不是针对相对人,甚至在没有相对人时作出履行行为。四是一案采取多个判决形式。《行政诉讼法》中所规定的判决形式是针对单个行政行为作出的,而且,一个案件往往只适用一种判决形式,即一案一判决,很少将两种判决形式运用于一个案件中。但行政公益诉讼是以维护国家利益或社会公共利益作为最终目的,其所针对的行为不一定是一种违法行为或一种不作为行为,有时也不一定都是具体行政行为。因此,在所作出

[46] 目前尽管有相关司法解释对此作出规定,但这已经超越了法律文本的本来含义,必须通过完善相关立法的方式来解决其规范依据问题。

[47] 《行政诉讼法》(2017年修正)第69—78条规定了11种裁判形式,包括驳回诉讼请求、撤销判决、重作判决、履行判决、给付判决、确认违法判决、确认无效判决、采取补救措施、赔偿判决、补偿判决、变更判决等。

的判决形式中,一切也应以恢复国家利益或公共利益为目的,并不能拘泥于一种判决形式,即使确认违法或确认无效的,也应当有督促行政机关恢复国家利益或社会公共利益的判决形式。

(八)对诉前程序进行适度司法化

诉前程序是行政公益诉讼特有的一种前置、必经的程序,对于促进行政机关自我纠错、节约司法成本都具有一定意义。“检察机关通过提出检察建议督促行政机关依法履行职责,增强了行政机关依法行政的主动性和积极性。”^[48]但《行政诉讼法》关于诉前程序只有一句话,即在起诉前,“应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责”。而对诉前程序该如何操作,则没有作出进一步规定。司法解释对诉前程序作了进一步解释,规定了行政机关在收到检察建议之日起2个月内和紧急情况15日内书面回复。在实践中,诉前程序应当如何操作,各地做法不一。随着行政公益诉讼案件的增多,这种诉前程序也暴露出不少缺陷,主要体现为诉前程序本身的行政化色彩过浓,呈现单向性结构,没有其他当事方的积极参与。在提出检察建议之前,检察机关是基于“在履行职责中发现”行政违法或行政不作为,并据此向行政机关提出检察建议,这期间查找证据和作出判断,都是检察机关一方的单方行为;在检察建议向行政机关发出后,行政机关是否依法履职、履职是否达到了充分程度,也是由检察机关单方作出判断,而没有给行政机关以辩解的机会。随着案件的增多,单向性诉前程序也加重了检察机关调查取证的负担,一定程度上影响了办案积极性,因此,诉前程序适度司法化的呼声不断涌现。

所谓诉前程序适度司法化,就是适度引入审判程序中的司法元素,按照司法方式运行,构建具有司法特点的诉前程序机制,尤其是要建立诉前程序对审听证制度。^[49]具体而言,可以分为两个阶段:一是在检察建议提出之前阶段,检察机关发现行政机关有违法或不作为情形时,在进行必要的调查取证后,即举行由调查人员作为一方,行政机关作为另一方,没有参与案件的检察机关其他人员作为主持人的三方构造,由调查人员与行政机关围绕行政机关是否违法或不作为进行必要的举证质证后,检察机关据此作出判断并向行政机关发出检察建议。通过对审听证,检察建议有了坚实的事实依据,也增强了检察建议的说服力。二是在检察建议发出后的阶段,对于行政机关是否履行检察建议以及履行的程度,同样举行由办案部门与行政机关之间的举证质证,并由没有参与案件的其他部门作为主持人,通过双方的对审听证,充分了解行政机关履行检察建议的情形,以决定是否向法院正式提起行政公益诉讼。可见,“司法化程序的核心要素是主体之间的关系结构”,^[50]诉前程序的适度司法化是双方当事人两造对抗,检察机关以一种更为客观的视角,查清案件事实,为是否发出检察建议、发出怎样的检察建

[48] 曹建明:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉和〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,第十二届全国人民代表大会常务委员第二十八次会议,2017年6月22日。

[49] 参见王春业:“论行政公益诉讼诉前程序的改革——以适度司法化为导向”,《当代法学》2020年第1期,第96页。

[50] 左卫民:“司法化:中国刑事诉讼修改的当下与未来走向”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期,第153页。

议、是否决定提起行政公益诉讼提供坚实的事实基础。至于诉前程序适度司法化是否会影响效率,本文认为不会。实际上,在诉前程序中,检察机关为了弄清案件事实情况,也通常与相关行政机关多次沟通,而通过诉前程序的适度司法化,通过两次听证,就可以将案件事实查清,更有利于提高办案效率。

(九)建立行政公益诉讼的预防性诉讼制度

我国行政诉讼不仅具有主观诉讼的特点,而且也具有事后救济的特点,强调行政行为的成熟性。“行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段,即已经达到成熟的程序,才能允许进行司法审查。通常假定行政程序达到最后决定阶段才算成熟。”^[51]这是在损害发生后对相对人损失进行的救济。然而,行政公益诉讼保护的是国家利益或社会公共利益,利益涉及范围广、人数多,特别是一些重要利益具有受损后难以弥补的特点,如果采取事后救济的方式,等待损害发生后再进行救济,其后果将十分严重,即使救济了,也难以弥补所受侵害或难以恢复到损害前的状态。预防性诉讼的重要功能就是在损害尚未发生但可能发生的情况下而预先提起诉讼,以阻止损害的出现或发生。“正因为行政公益诉讼所保护利益的特殊性,利益对象的普遍性,因此,保护应以预防保护为主,而不是以损害发生后的事后保护为主,更不能允许眼睁睁地看着国家利益或社会公共利益即将发生危害而束手无策或坐等发生或视而不见,因此,应当允许检察机关提起预防性行政公益诉讼,达到预防或提前制止危害的发生,防患于未然。”^[52]对此,应当将那些公共利益尚未受损但可能受损的案件纳入保护之中,构建预防性行政公益诉讼,并对其适用的情形、提起的时机、裁判的形式等作出明确规定。

四、独立行政公益诉讼法律体系构建的立法模式

独立行政公益诉讼法律规范体系,可能的立法模式有以下选择:^[53]一是在《行政诉讼法》设立行政公益诉讼专章;^[54]二是制定专门的行政公益诉讼法。

对于第一种立法模式,正如上文所论证的那样,由于现行《行政诉讼法》是以权利救济为主要导向的主观行政诉讼,更多的是对相对人诉求的回应,其所有制度的设计都围绕着相对人的权利救济展开的,难以包容具有客观诉讼性质、以维护国家利益和社会公共利益为己任的行政公益诉讼,因此,即使在《行政诉讼法》设立专章规定行政公益诉讼,仍然无法解决两种诉讼的

[51] 王名扬:《美国行政法(下)》,中国法制出版社2005年版,第637页。

[52] 王春业:“论检察机关提起‘预防性’行政公益诉讼制度”,《浙江社会科学》2018年第11期,第54页。

[53] 在行政公益诉讼入法之前,曾有过多种主张,其中包括制定统一的《公益诉讼法》,将行政公益诉讼与民事公益诉讼在该法中统一规定。这种主张显然只关注到了“公益诉讼”,而没有厘清民事公益诉讼与行政公益诉讼的巨大差异,将两者置于一个法之中,更会造成适用上的新障碍。

[54] 李洪雷认为,未来在《行政诉讼法》中,应就检察机关提起公益行政诉讼以专章加以规定。李洪雷,见前注[28],第54页。

不相融问题,不仅不利于行政公益诉讼制度的建构和发展,也破坏了现有的行政诉讼整体架构,是一种不科学、不合理、不协调的立法模式。第二种立法模式虽然是较为合适的选择,但问题是:专门的行政公益诉讼法与《行政诉讼法》之间是何种关系?对此,必须加以解决。

实际上,对行政公益诉讼与行政诉讼之间的关系,一直存在争论,包容性理论和独立性理论就是两个具有代表性的理论,两种理论又可进一步细分。^[55] 本文认为,即将制定的行政公益诉讼法,并不是与《行政诉讼法》毫无关联,而应作为《行政诉讼法》的特别法。^[56] 由于行政公益诉讼也是以行政机关作为被告,并以促进行政机关依法履职为目的,因此,与行政诉讼并非完全没有共通性,也有某些可以共同适用的程序规则;而且,《行政诉讼法》已经将行政公益诉讼写入其中,没有必要再从中剔除该条款。又由于两种诉讼在诉讼性质、内容、程序构造、诉讼机理等方面存在较大差异,可以制定专门的《行政公益诉讼法》,作为《行政诉讼法》的特别法,对《行政诉讼法》第 25 条第 4 款进一步落实。如此可以较好地界定《行政公益诉讼法》与《行政诉讼法》间的关系。

《行政公益诉讼法》的内容应当包括:对行政公益诉讼所保护的公共利益界定、诉讼提起主体及其特有的转移规则、管辖制度、受案领域范围及其扩展方式、诉前程序及其与诉讼程序的衔接、诉讼程序、检察机关的调查核实权、举证责任配置规则、判决形式运用、预防性诉讼提起的条件等;此外,还要明确《行政公益诉讼法》没有规定的内容,可以适用《行政诉讼法》的相关规定,或采取直接指明可以适用的行政诉讼法的条款。当然,立法要对两高关于公益诉讼司法解释中的内容加以吸收,以节约立法成本,其中包括行政公益诉讼起诉人身份的明确、检察建议期限制度、检察机关诉讼的撤回制度等。同时,要对两高司法解释中的行政公益诉讼管辖制度、检察机关调查核实制度、登记立案制度、判决形式等进行必要的改造,使之符合行政公益诉讼制度的特点。

在制定《行政公益诉讼法》基础上,还应做好相应的司法解释,对相关条款进行细化,提高其可操作性。此外,还要按照行政公益诉讼法的要求,完善其他相关法律,比如,《检察院组织法》中增加检察机关调查权的条款,《检察官法》中增加检察官开展行政公益诉讼的权利与义务等。

由此形成的行政公益诉讼法律规范体系为:一是以《行政诉讼法》第 25 条第 4 款为基础,

[55] 其中,包容性理论又有两种观点,一种认为,行政公益诉讼内嵌于我国行政诉讼制度之中,另一种认为,需要通过修改我国《行政诉讼法》的方式予以确立;独立性理论也可分为“彻底独立性理论”和“部分独立性理论”两类。参见练育强:“争论与共识:中国行政公益诉讼本土化探索”,《政治与法律》2019 年第 7 期,第 138—140 页。

[56] 在罗马法中,对某个一般规范加以变通的个别规范,即由于特殊原因而表现为一般规范的例外的个别规范,为个别法(特别法);与此相对应,在狭窄的例外范围之外适用的一般规则(原则),为共同法(一般法)。罗马法学家保罗对个别法的定义为:个别法是立法当局为某种功利而引入的违背法的一般规则的法。参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社 2004 年版,第 267 页。

这也是连接普通行政诉讼与行政公益诉讼的纽带性条款,体现一般法与特别法之关系;二是以特别法《行政公益诉讼法》及其司法解释为骨干,这是行政公益诉讼的基本法律,也是行政公益诉讼法律规范体系的最核心、最主要部分;三是以其他相应配套法律法规为补充,包括检察院组织法、检察官法等。由此可形成完整的行政公益诉讼法律规范体系,为行政公益诉讼提供更加明晰的法律依据。

Abstract: In many aspects, such as the purpose of the lawsuit, the initiating party, the scope of accepting the case, the burden of proof, and the procedure before the lawsuit, public interest administrative litigation is greatly different from ordinary administrative litigation. Although public interest administrative litigation is currently regulated by the Administrative Litigation Law, the latter cannot provide a set of proper rules for the former. Public interest administrative litigation has to be based on laws other than the Administrative Litigation Law. The classification of subjective litigation and objective litigation provides the theoretical foundation for the development of the law on public interest administrative litigation. Administrative litigation is a kind of subjective litigation and aims at grievances relief, while public interest administrative litigation is a typical objective litigation. Therefore, it is necessary to formulate the public interest administrative litigation law based on objective litigation, in order to lay out special contents of the public interest administrative litigation, to properly judicialize the pre-litigation procedure, and to establish the preventive public interest administrative litigation, so that the legal basis for public interest administrative litigation can be tailor-made.

Key Words: Public Interest Administrative Litigation; Subjective Litigation; Objective Litigation; Law of Public Interest Administrative Litigation

(责任编辑:彭 鐸)