

等领域建立和实行了公益诉讼制度。

2. 确立公共权利的宪政保护原则。在宪法转向社会本位以后,公共利益受到了高度重视和保护。特别是在福利制度兴起以后,个人利益与公共利益更是紧密地结合在一起。为了适应这一变化,原来由宪法和宪政重点保护的个人的权利也在宪政理论上和宪政制度上扩展成为公共权利或集体权利。这一权利体系的确认至关重要,按照传统的“有权利必有救济”的宪治、法治原则,公众享受公共利益的权利,也应当和必须予以宪法和法律上的保护。

3. 重新定义和扩展诉讼原告的适格性,以适应公益诉讼的需要。传统诉讼有关诉讼资格和诉讼利益等有关“享有诉讼权的一般条件”,由于受到法律上的严格限制,显然并不适合公益诉讼对诉讼原告资格放宽的要求。就西方国家的经验来说,通常是通过判例和单项制定法这两种方式解决的。通过判例,英国逐步确立了“相关人诉讼”原告资格,美国在20世纪40年代初发展出“私人检察总长”的制度。在单项立法方面,美国除较早的谢尔曼法和克莱顿法(1914年)外,80年代以后的反欺骗政府法和联邦采购法等,都规定受害人、检察官、任何个人和组织都有资格提起对公共性违法行为的公益诉讼。法国的新民事诉讼法典明确规定任何协会和个人都有权以保护公益为目的提起公益诉讼。

4. 建立和发展了一些全新的公益诉讼形式或模式:(1)集团诉讼;(2)相关人诉讼;(3)抽象行政行为的行政诉讼;(4)宪法诉讼;(5)实行亲民、便利和有利于节约司法资源的诉讼程序原则;(6)倡导和鼓励司法能动主义。

### 三、中国宪法和宪政语境下的公益诉讼

在中国的宪法和宪政语境下,有关公益诉讼的以下几个方面是我们应当而且必须予以关注的。

1. 充分认识中国宪法和宪政对公益诉讼制度建构的法律规范和调控作用。现行宪法在国家的民主政体,法治原则,公民基本权利和人权保护,公民广泛在社会、经济、政治、法律等事务中广泛的民主参与权,对国家、集体、公共利益的重点保护原则、对国家、集体、私人财产的保护等等规定,都可以视为建构中国公益诉讼的基础性规范。

2. 正确处理公益诉讼建制与改革探索的关系。在当前关于公益诉讼建制的热点讨论中,有人呼吁尽快制定公益诉讼法。这种思路应当肯定,并应努力推动国家立法机关尽快采取有关的立法步骤。但是当务之急,是充分利用改革开放的大环境和创造的条件,通过司法改革,不断地加以探索和总结。这不仅能够满足当前对公益诉讼的迫切需要,也为国家今后的立法活动积累宝贵的经验。当前由国家检察机关和民间热心人士连续发起公益诉讼的行为,就值得给予特别的肯定和鼓励。

3. 应重点发展集团诉讼。在中国当前应努力创造条件发展集团诉讼,以更大的诉讼力对抗对公共利益和权利造成损害的违法行为。为此,需要进行必要的宪政改革,使更多的社会组织、团体得以合法建立并赋予特定社会群众利益代表者的资格和公益诉讼提起人的适格性。此外,也需要在法律援助、律师制度等方面进行必要的改革。

4. 公益诉讼作为远景课题,应纳入宪法监督和违宪审查的理论与实践的大课题之中重点予以关注和研究。

## 行政公益诉讼中的两大认识误区

章志远\*

近年来,伴随着一系列具有轰动效应的公益诉讼案件的发生,我国行政法学界掀起了行政公益诉讼研究的热潮。学界同仁几乎倾其全力论证中国行政公益诉讼制度建立的必要性、可行性与紧迫性,

\* 苏州大学法学院副教授。

增设行政公益诉讼的具体条款也写入了行政诉讼法(修改建议稿)中。“行政公益诉讼”这一中国行政法学者所独创的概念,短短几年时间就取得了话语霸权地位。然而,深入考察当下行政公益诉讼的理论与实践,不难发现其中存在大量认识上的误区,亟需从理论上予以澄清。限于篇幅,笔者拟就“行政公益诉讼是国外通例”及“检察机关最适宜作为原告提起行政公益诉讼”等两个具有广泛影响的学术观点进行剖析,试图通过揭示这些认识上的误区促进行政公益诉讼问题的研究健康发展。

#### 误区之一:行政公益诉讼是国外通例

在当下有关中国行政公益诉讼制度建构理由的论述中,一种十分流行的论证思路是:域外各法治发达国家均已建立了行政公益诉讼制度,其先进经验证明了中国建立行政公益诉讼的可行性。其实,深入考察西方法治发达国家在行政诉讼客观化过程中所建立的相关诉讼制度,不难发现,“行政公益诉讼是国外通例”是一个伪命题,其间反映了我国学者对西方国家有关制度的误解甚至曲解。

第一,德国的公益代表人制度与所谓的行政公益诉讼是两种截然不同的法律制度。德国的公益代表人——无论是设在联邦行政法院的检察官还是设在高等行政法院及地方行政法院的公益代表人——只能参与诉讼,却不能提起诉讼。他们的任务在于维护“公益”,且所代表的只能是州或州的行政机关这一层级以上的公共利益。到目前为止,德国仅有巴登—符腾堡州、拜恩州等七个州运用授权设立了公益代表人。至于乡镇及其他实体利益的代表,则尚未引起重视。<sup>[1]</sup>可见,德国的公益代表人制度仅具有形式意义,并不是普遍适用的制度。根据我国台湾学者蔡志方先生的考证,德国公益代表人的职责主要包括四项:协助法院适用法律,确定与具体化法律、提供学术情报、协助斟酌法律之精神、辅助法官、弥补法院经验之不足、担保法院办案之不疏忽;在诉讼程序中代表大众,即代表沉默之多数,从法律秩序之维护,以保护大众之法律利益;减轻法院负担,协助法院迅速审理案件,避免因考虑不周致浪费程序;对机关提供各项法律情报与咨询意见。<sup>[2]</sup>从实际担负的职责上看,这一制度与国内学者所言的为了维护公共利益而向法院提起行政诉讼的所谓的行政公益诉讼制度大相径庭。

第二,法国的越权之诉并不是简单地为了维护公共利益而提起的行政诉讼。尽管“越权之诉的主要目的在于保证行政行为的合法性,是行政法治原则的重要保障,是对事不对人的客观诉讼”,但是,越权之诉在当代越来越具有主观因素,因为申诉人必须在利益受到损害时才能提起越权之诉,越权之诉同样具有保护申诉人利益的作用。而且,从申诉人提起越权之诉要求撤销行政决定的利益来看,既包括集体利益和公共利益,也包括个人利益。<sup>[3]</sup>就后者而言,实际上是一个纯粹的个人为了私益而提起的行政诉讼;就前者而言,实际上是一种类似于“集团诉讼”及“机关诉讼”的诉讼形态。

第三,日本的民众诉讼与机关诉讼仅仅是一种立法政策选择的结果。根据日本现行《行政诉讼法》第42条的规定,只有“法律上有特别规定”的情况下,方能提起民众诉讼及机关诉讼。作为民众诉讼典型形式的住民诉讼,实际上是一种融主观诉讼与客观诉讼于一体的新型行政诉讼形式。而机关诉讼目的在于解决“国家或公共团体机关相互间的职权纷争”,本质上属于行政权内部的纠葛,并无多少公共利益的成分。正如有的学者所言:“这些诉讼并不当然地归属于法院管辖,只是从政策角度分析,由司法权来解决更为合理、更为妥当时,在有法律予以承认的范围内,才例外地允许提起诉讼。”<sup>[4]</sup>

#### 误区之二:检察机关最适宜作为原告提起行政公益诉讼

在有关行政公益诉讼启动问题的讨论中,检察机关有权代表公共利益提起行政诉讼的主张得到

[1] 参见[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53页。

[2] 参见蔡志方:《行政救济与行政法学》(三),台湾学林文化事业有限公司1998年版,第553页以下。

[3] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第669、676页。

[4] 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第726页。

了最为广泛的认可。<sup>[5]</sup>支持者的理由大致包括:我国公民素质、法制意识均难以适应行政公益诉讼的要求,赋予公民个人提起行政公益诉讼的原告资格可能造成滥诉;我国大量的社会团体程度不同地具有官方背景,难以独立地代表社会公共利益;提起行政公益诉讼是检察机关作为法律监督机关的题中应有之意;各国均从立法上授予检察机关行政诉讼领域的公诉权,检察机关提起行政公益诉讼业已成为世界性规律;等等。<sup>[6]</sup>实际上,在现行政治体制之下,人民检察院是最不适宜提起行政公益诉讼的主体,检察机关介入行政公益诉讼面临着诸多理论及现实上的障碍,具体理由如下:

第一,中西检察体制殊异,域外的经验无法在中国简单复制。在三权分立思想的指引下,西方各国通过设立议会、政府和法院分别执掌立法、行政与司法大权,检察机关在国家权力系统中并不具有独立地位,绝大部分只是作为行政职权的组成部分或附设于法院,或与行政机关合而为一。行政权正是通过检察机关来监督和制约司法审判权,因而检察机关从来都是政府的代表,是公共利益的维护者。就其法律地位而言,检察院作为政府的一个部门行使起诉权正是政府诉权的体现。我国的检察体制是参照前苏联模式建立起来的。按照一切权力属于人民的原则,我国的检察机关与行政机关之间并无隶属关系,它由人民代表大会产生并对其负责。因此,在“一府两院”的体制之下,检察机关与行政机关之间是相互独立的。正是由于检察体制的根本不同,西方国家检察机关代表政府提起公益诉讼的做法在我国难以推行。

第二,检察机关提起行政公益诉讼必然导致自身的角色冲突。在我国,当检察机关提起行政公益诉讼时,就同时取得了原告及法律监督者的双重身份。这种双重角色决定了检察机关在行政公益诉讼案件中将要承担起起诉和法律监督两种截然不同的诉讼职能,这在行政诉讼的运作中是无论如何不能圆通的。一方面,作为法律监督者,检察机关应当具有中立性、超然性,独立于法院和当事人之外对行政诉讼进行客观公正的监督;另一方面,作为趋利避害的个体,检察机关绝不希望自己的起诉导致失败,会不遗余力地动用各种手段证明其主张以求得法院的认同,因而难以维持其超然、中立的角色。在双方诉讼地位悬殊的情况下,行政机关就难以相信法院裁判的公正性。因此,被告提起上诉或申诉的可能性将随之增加,其结果不仅加重了法院的负担,也影响了行政机关的效率和权威。反之,当检察机关败诉时,则又因其同时拥有上诉权和抗诉权,极易使案件无休止地继续审理下去,直至取得对其有利的判决。

第三,检察机关提起行政公益诉讼逾越了行政诉讼检察监督的应有边界。任何国家权力的行使都有其法定边界,行政诉讼中的检察监督权亦不例外。现行行政诉讼法在总则中原则性地规定了检察机关有权对行政诉讼实行法律监督,但这并不意味着检察机关可以无所不在、无所不能。检察机关在对行政诉讼实施法律监督时必须认真处理好与审判机关和诉讼当事人的关系,即检察监督不能干预审判权和当事人诉讼权利的正当行使。一般来说,法律监督是一种单向的、具有某种潜在强制力的行为,监督者往往站在一种比较超脱的立场上对被监督者的违法行为进行监察督促。检察机关提起行政公益诉讼不仅会造成检察监督权的膨胀,进而破坏既有的国家权力配置格局,而且还会对法院产生无形的压力,最终导致司法判决公正性的缺失。如果片面赋予检察机关享有提起行政公益诉讼的权力,行政审判的独立性将被部分消解,民众对诉讼公正和司法权威的信心也将随之动摇。

由此可见,只要检察权的法律属性不变,因检察机关提起行政公益诉讼而引发的检察权与审判权、行政权之间的矛盾就不可能得到缓解。为此,在我国宪法对检察权性质进行重新定位之前,检察机关提起行政公益诉讼应当慎行。

[5] 在2005年8月30日由最高人民法院召开的“民事行政诉讼中检察权配置问题”研讨会上,与会的20多位资深法学专家一致认为:检察机关介入公益诉讼是法治社会的需要,应当尽快通过修改民事诉讼法和行政诉讼法,确立检察机关介入公益诉讼的法律地位。参见陈卉:《检察机关介入公益诉讼:必要且可行》,《检察日报》2005年9月9日。

[6] 关于检察机关提起行政公益诉讼的理由,可参见陈丽玲等:《检察机关提起行政公益诉讼之探讨——从现实和法理的角度考察》,《行政法学研究》2005年第3期。