

构建行政公益诉讼的客观诉讼机制

刘 艺 *

内容提要：我国行政诉讼鲜明的主观诉讼特征，致使行政公益诉讼很难自然生长出来。2017年行政诉讼法修正，正式确立了由检察机关提起的行政公益诉讼制度，构建和发展具有客观诉讼特征的行政公益诉讼机制势在必行。2015年7月起开展的两年行政公益诉讼试点实践，已经呈现出诸多客观诉讼的特征：以违法造成实际损害为起诉条件并以实质合法性为审查标准，诉讼前置程序发挥督促执法功效，受案范围从行政行为扩展到行政活动，主要提起责令履职之诉，确认之诉次之。构建我国行政公益诉讼制度的客观诉讼机制，仍需在受案范围、审理规则、立案程序、审理程序、期限、判决类型等方面突出其客观诉讼特征。

关键词：行政诉讼 行政公益诉讼 客观诉讼

引 言

2017年6月27日行政诉讼法的修正，从立法上正式确立了由检察机关提起行政公益诉讼的制度。这标志着行政公益诉讼从局部试点正式走向全面实施。

公益诉讼是指，针对侵害国家利益或者社会公共利益的行为，当法律上没有直接利害关系的主体，或者是有直接利害关系的主体但其不愿提起诉讼时，由法律授予没有直接利害关系的特定主体提起的非自利性诉讼。在我国行政诉讼制度中，公益诉讼长期处于缺位状态，这主要是因为我国对行政诉讼的功能定位一直有“抑客扬主”的倾向，注重向主观诉讼维度拓展而忽视了客观诉讼维度。从1989年行政诉讼法第1条规定中本可以推导出行政诉讼的“双重目的”，但官方与民间都认同行政诉讼“民告官”的定位，限制了授权特定主体提起公益诉讼的可能性。2014年行政诉讼法修正，并未触动行政诉讼“民告官”的传统功能定位。检察机关提起行政公益诉讼是“官告官”的诉讼，是一种客观诉讼。它既不

* 西南政法大学教授。

本文为国家社科基金重点项目“检察机关提起行政公益诉讼的理论反思与制度构建研究”（编号：15AFX009），国家社科基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”（编号：17@ZH014）的阶段性成果。

符合“民告官”的定位,也不符合主观诉讼的特性。2017年行政诉讼法的修改虽确立了行政公益诉讼的基本框架,但在行政诉讼基本定位未进行实质变更的情况下,行政诉讼不利于公益保护的短板势必更加明显。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,因此仍需进一步建构行政公益诉讼的客观诉讼机制。

当然,学界关于我国行政诉讼制度中缺乏公益诉讼的原因,以及公益诉讼与客观诉讼的关系的理解,并未形成共识。从已有研究来看,公益诉讼和客观诉讼经常被视为同义词,研究重点集中在借助客观诉讼机制将公益诉讼原告资格授予公民这一问题上;学界并未关注到客观诉讼除了可救济具体受损公益之外,还具有维护法制统一(制度公益)的功能。如有学者指出,我国公益诉讼缺位是由于行政诉讼“保障和监督行政机关依法行使行政职权”的目的,主要通过保护公民、法人和其他组织主观权利实现。^[1]有学者认为,我国行政诉讼本来就是客观诉讼,我国行政裁判的类型与审查核心均符合客观诉讼的特征。^[2]亦有学者从实证角度考察,指出我国行政诉讼诉讼请求的主观性与法院审判的客观性使得行政诉讼在构造上呈现出一种扭曲的“内错裂形态”。^[3]这些研究普遍关注了主观诉讼与客观诉讼、公益诉讼与私益诉讼的区分,却忽视了客观诉讼与公益诉讼的区分与关联。而构建行政公益诉讼的客观诉讼机制,首先需要辨明公益诉讼与客观诉讼的关系,再结合我国已经开展的行政公益诉讼试点经验,搭建符合中国国情的客观诉讼框架。

一、客观诉讼及其与公益保护的关系

通说认为,客观诉讼理论由法国学者莱昂·狄骥创立,后经德国、日本学者借鉴,成为大陆法系行政诉讼法学的重要构件。^[4]从性质角度看,大部分国家中的客观诉讼或者公益诉讼都是一个抽象概念,是对诉讼制度中某些机制和特性的总结和概括,而很少有独立的制度。从实践角度看,客观诉讼主要体现为大陆法系国家的公法诉讼,尤其是行政诉讼中的一种诉讼机制。因法国客观诉讼最具代表性,并且有明显的公益保护叙事线索,分析其机制特征有助于认清客观诉讼的基本面貌。

(一) 客观诉讼以公益保护为其固有目的

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,其客观法思想既是对19世纪法兰西国家形态变迁的理论回应,也深受涂尔干社会学理论的影响。^[5]狄骥认为,近代建立在个人主义观念之上的法学理论和法律制度是18世纪自然法学说的产物,它假设了人是抽象的、先于社会存在的,但事实上,人生来就处于各种社会关系的包围之中,根本

[1] 参见于安:《行政诉讼的公益诉讼和客观诉讼问题》,《法学》2001年第5期,第16页。

[2] 参见梁凤云:《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。

[3] 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》2013年第4期,第34页。

[4] 参见蔡志方:《欧陆各国行政诉讼制度发展之沿革与现状》,载《行政救济与行政法学》(一),台湾三民书局1993年版,第3页;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5页;前引[1],于安文;前引[3],薛刚凌等文;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》,《湖北警察学院学报》2013年第12期等。

[5] 参见刘艺:《行政法的功能主义之维》,载《宪法与行政法论坛》第4辑,法律出版社2010年版。

没有抽象的主体，建立在主体和主观权利之上的法律制度是不真实的。狄骥从社会学视角出发，认为法律直接由社会生活产生，“法律规则都是自然而然存在的”，这样的法律就是“客观法”。〔6〕公共利益生发于社会中的客观法，但公共利益的具体所指仍需要由某个主体来确定，即贯彻卢梭公益观念，只能由公共权力根据作为一个整体的共同体的需求来决定，并通过法律——公意之表达——自上而下地贯彻实施，平等约束每一个人。因此，只有通过制定法律才能确定何为公共利益。法国学者将此称为意志主义的公共利益观。在法国公法中，法律代表公共利益，违反法律的行为就是损害公共利益的行为，而纠正该违法即维护了公共利益。法国法上的单方行政行为正是维护客观法秩序的行为。区别于需要多方当事人达成合意的行政合同，单方行政行为只需行政主体作出意思表示即发生效力。单方行政行为包括具体行政行为和抽象行政行为，两者都是在贯彻实施公共利益。如果这些行为违反了法律的规定，就对公共利益造成了损害，因而监督单方行政行为的合法性，就是在保障公共利益。〔7〕狄骥客观诉讼理论的核心，是通过当事人起诉违法行政行为，达到维护法律所确立的客观规范体系之目的。构建客观诉讼维护客观法，是因为国家乃政治权力演变的客观产物，受客观法的约束，也必须要维护客观法。〔8〕授权当事人起诉的目的，不是为了维护当事人自己的权益，而是为了维护整体的客观规范体系。〔9〕所以，法国的客观诉讼是一套审查法律规则是否合法的诉讼。〔10〕

（二）客观诉讼原告的个人利益需与公共利益紧密关联

根据狄骥的理论，客观诉讼的原告范围应该足够宽泛才能形成广泛的监督。〔11〕然而，原告范围过宽可能导致全民诉讼，〔12〕或者导致一项已经被直接相关主体接受的单方行政行为被间接相关主体提起争议，从而让客观法律秩序永远处于受争议的状态。〔13〕因此，客观诉讼的原告资格虽然宽泛，但并非任何人针对违法行政行为均可以提起诉讼，还是要求原告具有诉的利益。通常，只有当事人的具体利益在足够特殊的条件下受到该单方行政行为足够直接且确定的影响时才具有客观诉讼的原告资格。所谓“足够特殊的条件”，是指单方行政行为对当事人造成的后果足以使该当事人被清晰地界定为特殊的利害关系人，这是避免导向全民诉讼的前提条件。〔14〕例如，纳税人就无权起诉国家增加开支的决定，否则必然会导致全民诉讼。〔15〕实践中，对“足够直接且确定的影响”的理解比较宽泛。远足运动爱好者有权起诉市镇作出的禁止在本市镇范围内停放野营车的决定，即便该远足运动爱好者

〔6〕 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第56页。

〔7〕 See Pierre-Laurent Frier & Jacques Petit, “Droit administratif” 7e édition, Montchrestien Textenso éditions, 2012, pp. 212 - 213.

〔8〕 [法] 莱昂·狄骥：《公法的变迁·法律与国家》，郑戈、冷静译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第11页。

〔9〕 涂尔干认为：“法律的首要性质就是社会性，它的目的绝对不是什么诉讼人的利益。”参见[法]涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第75页。

〔10〕 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第667页。

〔11〕 前引〔8〕，狄骥书，第151页。

〔12〕 全民诉讼是指向全体民众开放的、对所有行政行为都可以提起的诉讼。参见张莉：《当代法国公法制度、学说与判例》，中国政法大学出版社2013年版，第293页。

〔13〕 前引〔7〕，Pierre-Laurent Frier等书，第312页。

〔14〕 同上书，第214页。

〔15〕 CE. 23 novembre 1988, Dunont, R. 418.

从未在该市镇居留,但由于其在未来可能到该市镇居留,法国最高行政法院认为其利益受到了足够直接且确定的影响。而一个药品的普通消费者,如不能提供使用过某药品的证据,就无权起诉规定该药品在药店内如何分类的部长令。^[16]司法实践采取了折衷的做法:一方面,诉的利益不局限于相对人的个人权利受到影响;另一方面,也避免当事人仅基于维护公共利益的理由提起诉讼。因此,法国客观诉讼的原告分为两类:一类是个人利益受到直接损害的相对人;另一类是当某种群体利益受影响时,则由旨在维护相关群体利益的社团或机关作为原告。但是,客观诉讼不包括上下级权力机关之间关系的诉讼。公务员也不能起诉该机构的组织措施,只要这些措施没有损害他们的权益。^[17]

(三) 客观诉讼的判决类型以恢复和保护代表公益的客观法秩序为导向

法国客观诉讼在诉的分类、判决类型等机制设计方面,具有明显的公益保护导向。从客观诉讼类型起源来看,第三共和国时期的法国依据拉菲利埃的理论,将行政诉讼案件区分为简单宣布无效的案件和涉及完全司法权的案件。狄骥从公务观念出发,否定拉菲利埃的理论,因为起诉“越权行为”的案件已经不再是辅助性的。^[18]尤其是这种诉讼方式使公民得以更加广泛而又直接地参与到保障公共权力良性运作的事业中,而不必通过选举议员来制定一般性规则这种迂回曲折的方式。任何利害关系人,哪怕只是与这种行为之间有一种道德性的、间接的关系,都可以向行政法院提出起诉。^[19]启动客观诉讼的四种事实分别是:存在对一项授权行为的违反、对正式法规的违背、滥用权力或者违反基本法律。^[20]可见,建立客观诉讼的目的不再是保护公民个人的主观法律地位,^[21]而是为了维护客观法律规则。法律规则中所包含的公益具有普通性和抽象性,更适合用客观诉讼的方式来保护。因此,识别客观诉讼的关键,在于是否侵犯了需要维护的客观法秩序和普遍的公共利益。

在判决方面,法国的客观诉讼以撤销诉讼为主。国内对法国撤销之诉的介绍较多,此不赘述。值得注意的是,法律^[22]明确规定,一般行政审判机关都有权向行政主体发出命令以督促其执行,并在必要时可以附带执行罚。具体包括以下两种情况:第一,如果生效裁判本身已经蕴含了行政主体需要执行的确切内容,当原告提出请求时,行政法官可以向行政主体发出命令明确指出其应该如何执行,并可以同时规定执行期限和执行罚;第二,如果在生效裁判中行政主体仍有如何具体执行的选择空间,那么行政法院的裁判中可以规定重新作出行为的期限,并在原告提出请求时,向行政主体发出命令要求其重新作出行为,此时同样可以规定执行罚。^[23]这些新增判决类型都旨在增强判决执行客观法律的功效。可见,客观诉讼具有保护法律所确立的客观秩序的目的和功能,这与主观诉讼偏向于救济有

[16] CE. 29 décembre 1995, Bercher, DA 1996, n°102.

[17] 参见 [法] 古斯塔夫·佩泽尔:《法国行政法》,廖坤明、周洁译,国家行政学院出版社2002年版,第297页。

[18] 前引[8],狄骥书,第151页。

[19] 同上。

[20] 同上。

[21] 同上。

[22] 这里主要指,关于行政领域以及要求公法人执行判决而发出的逾期罚款的80-539号法律(Loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public),关于民事、刑事和行政诉讼程序及审判机关的组织的95-125号法律(Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative)。

[23] Pierre Laurebt Frier, Jacques Petit, Droit administratif, 8e édition, LGDJL extension édition, p. 530.

着明显的不同。^[24]

综上,从法国情况来看,客观诉讼更注重维护制度公益,原告的个人利益需与公共利益具有关联性才能获得提起客观诉讼的资格。原告的个人利益或者群体利益只是用来启动维护客观规范秩序的动力,而非客观诉讼追求的目的。

二、试点期间行政公益诉讼呈现的客观诉讼特征

2015年7月1日,十二届全国人大常委会第十五次会议作出《关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》(以下简称“授权决定”),授权最高人民检察院以生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权转让、食品药品安全等领域为重点,在北京等13个省、自治区、直辖市的87个市级检察院、759个基层检察机关开展提起公益诉讼试点。两年试点期间,我国行政公益诉讼表现出了明显的客观诉讼特征,主要集中在以下几个方面。

(一)行政公益诉讼以违法造成实际损害为起诉条件并以实质合法性为审查标准

根据“授权决定”中“遵循相关诉讼制度的原则”的要求,试点工作应遵循行政诉讼法中关于合法性审查的相关规定。然而,试点中检察机关提起行政公益诉讼案件的起诉标准、人民法院对行政公益诉讼案件的审理标准,都明显与行政诉讼法的已有规定不同。这些“突破”反映了司法实践与既有规范之间的内在冲突。

首先,《检察机关提起公益诉讼试点方案》(高检发民字[2015]2号,以下简称“试点方案”)规定的起诉条件与行政诉讼法第49条规定的普通原告起诉条件并不相同。检察机关提起行政公益诉讼必然是行政行为已经造成了公益的实际损害,因此,应当提供行政行为违法或者不作为造成公共利益受到具体损害的初步证据。在环境行政公益诉讼案件中,检察机关需提供专业机构或环保专家组给出的鉴定意见,以证明环境污染造成的损害等情况。^[25]提起资源保护类行政公益诉讼案件也是如此,如在林木资源保护案件中,需提交受侵害林木资源属国有林地或公益林及受损害林地面积的证据材料。在国有土地出让和国有资产保护领域,则需提交行政机关应收缴而未收缴国有土地出让金,或者违法发放而未收回财政补贴等公共利益受到直接损害的证据。另外,检察机关提起行政公益诉讼之前必须经过诉前程序,即需向适格主体发出检察建议,督促其在30日内纠正违法行为或者履行法定职责。基于此,检察机关提起行政公益诉讼时还需要提交已经履行诉前程序,但行政机关仍拒不履职或者拒不纠正违法行为的证据。总体来说,检察机关提起公益诉讼的条件明显高于行政诉讼法规定的起诉条件。

其次,检察机关认定的行政机关违法情形通常有两种,即“违法行使职权”与“不履行法定职责”。在司法实践中,“不履行法定职责”又可具体划分为两类。一是法律明确规

[24] 国内有学者提出,法国客观诉讼和主观诉讼的划分标准只是根据诉讼中法官所解决的问题为准,而德国和日本是从诉讼目的、制度功能来区分来主观诉讼和客观诉讼的。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。

[25] 例如,针对绥德县环保局未对绥德县火车站在饮用水水源保护区内擅自设置排污口的行为履行职责,绥德县检察院提交了专业环境检测机构出具的检测报告。见榆林市绥德县人民检察院诉绥德县环境保护局行政公益诉讼案(绥检民行公诉[2016]1号)。

定了行政机关的作为义务,但行政机关“不依法行使职权”,包括行政机关不作为或者不正确履行法定职责、^[26]行政机关拒绝作为或者不完全履行作为义务、^[27]行政机关未依法继续履行职责^[28]等几类情形。二是法律对行政机关职责规定不清晰或立法上没有明确规定该职责应由行政机关承担,但检察机关认为行政机关若积极作为可以挽回国家利益和社会公共利益的损失或者促成行政任务完成,而行政机关不作为的情形。由此来看,行政公益诉讼追究的“不履行法定职责”的范围也比传统行政法学说中认定的范围更大。^[29]例如,在个案中,国土部门坚持认为,土地执法是一项综合事务,法律只授权国土部门作出行政处罚决定,没有授予其强制执行的权力,而且根据《国土资源行政处罚办法》第35条的规定,国土资源部门没有强制执行的权力,作出处罚决定后应当移交给同级财政部门处理,或者拟订处置方案报本级人民政府批准后实施,因此,国土部门不执行行政处罚不属于违法。^[30]检察机关则认为,根据《国土资源行政处罚办法》第35条、第45条和《国土资源违法行为查处工作规程》的规定,国土资源部门还可以采取其他制止措施,而国土部门既不与财政等部门协商执法问题,也未在法定期限内申请法院强制执行,就可以认定为不履行法定职责。^[31]在安徽省芜湖市无为县国土资源局怠于履行职责案中,国土资源局回函检察机关称,国土部门认为非法盗采造成的地质环境破坏不适宜对照《矿山地质环境保护规定》执行,因为《矿山地质环境保护规定》是针对经过依法批准的合法采矿企业造成的环境破坏而制定。^[32]检察机关则认为,根据《安徽省矿山地质环境保护条例》第3条、第13条、第22条、第37条、第42条的规定,任何单位和个人因矿产资源勘查开采等活动造成矿山地质环境破坏的,均应恢复治理,县级以上国土资源主管部门对治理恢复情况负有监督检查职责,因此确认无证盗采的环境破坏问题仍属于国土部门的职责,国土部门放任不管属于不履行法定职责。由此可见,检察机关认定“是否履职”的依据并不局限于法律规定,还要求行政机关依据法律原则和精神从实现行政任务角度积极履行职责、纠正其怠于执法行为。这是一种结果导向的转变:出于切实保护公益的需要,行政公益诉讼扩展了“合法”的涵义。法院对行政公益案件的审查也不局限于形式合法性,还依据过错原则进行实质合法性审查。比如,行政机关若以无法律规定为由不履行法定职责,但该不作为行为在结果上却明显有失公正或者造成了具体的重大损害,法院也可以建立实质违法性、可归责性和损害因果关系在内的实质合法性审查原则。^[33]

再次,在经过诉前程序之后是否需要提起公益诉讼的问题上,检察机关需要判断行政机关在收到检察建议后,是否依法履职以及作出的行为是否合乎法律的要求。此时,检察机关仍然坚持形式合法性为辅、实质性合法性为主的判断标准。如果行政行为已达到实质

[26] 见安宁区检察院诉安宁区市容环境卫生管理局行政公益诉讼案(安检行公诉〔2016〕01号)。

[27] 见西安市未央区检察院诉西安市国土局行政公益诉讼案(未检行公诉〔2016〕1号)。

[28] 见辉南县人民检察院诉辉南县林业局行政公益诉讼案(辉检行公诉〔2016〕1号)。

[29] 传统行政法学说认为,怠于履行职责是指公务组织及其工作人员依其职责,对公民、法人或其他组织有特定的作为义务,但在有能力、有条件履行的情况下,不履行、拖延履行或者不完全履行作为义务的情形。参见沈岷:《论怠于履行职责致害的国家赔偿》,《中外法学》2011年第1期。

[30] 见《关于汉阳区检察院土地执法检察建议书整改工作的请求》(阳土资源规〔2016〕28号)。

[31] 见江岸区人民检察院诉武汉市国土与资源局行政公益诉讼案(岸检行公诉〔2016〕2号)。

[32] 见无为县国土资源局《关于对非法盗采造成地质环境破坏进行恢复治理的情况说明》。

[33] 见福建清流县人民检察院诉清流县环保局行政公益诉讼案(清检行公益〔2015〕1号)。

合法标准, 就不再起诉; 不能达到实质合法标准, 则需要提起诉讼。从具体案例中可知, 行政机关不仅要履行政程序上的职责, 检察机关还会考量行政机关纠正违法行为或者履行职责的期限、勤勉程度、是否穷尽所有法定手段, 以及履职的实际效果等。例如, 在北京市平谷区人民检察院诉平谷区园林绿化局一案中, 在 2015 年 1 月 24 日至 2015 年 5 月 10 日期间, 北京梨林沟旅游开发有限公司先后三次因毁坏林木被平谷区园林局作出罚款、责令补种等内容的行政处罚。相对人三次被处罚的罚款均已缴纳, 但并未补种树木, 园林局也并未依法申请人民法院强制执行或代为履行。检察机关认为园林局的行为属于逾期不履行行政处罚。再如, 界首市辖区内出现许多非法驾校培训基地、练车场, 这些驾校培训基地、练车场在未取得任何用地审批等合法手续的情况下实施了硬化土地、建设坡道等违法行为, 甚至在农用地上进行建设, 造成部分土地性质改变, 破坏了土地资源。界首市人民检察院向界首市国土资源局提出多项检察建议, 要求其依法责令涉案当事人对已经被破坏的土地资源、尤其是耕地资源采取恢复原状等补救措施。2016 年 9 月 6 日, 界首市国土资源局书面回复: 截止目前, 由所在乡镇街道组织拆除或自行拆除的违法练车场设施, 除提请法院强制执行 3 宗之外已基本处理到位。2016 年 12 月, 人民检察院跟进监督时发现仍有两个自然村的非法练车场未完全恢复原状, 据此对行政机关不依法履行法定职责的行为提起了行政公益诉讼。

综上, 试点期间行政公益诉讼案件实际上将“形式合法性”审查标准拓展到了“维护客观法秩序”的层面。考虑到司法成本的高昂和既判力的有限使得通过司法维护客观法秩序的方式存在先天的局限, 人民法院或者检察院在办理公益诉讼案件之外, 若定期将行政公益诉讼中发现的立法空白或者漏洞向立法机关汇报, 以推动相关法律的修改, 可以进一步促进客观法律秩序的完善。

(二) 诉讼前置程序具有督促履行职责的功效

一般行政诉讼无需经过诉讼前置程序(需要复议前置的情形除外), 而检察机关提起行政公益诉讼还需经过向行政机关发出检察建议的诉前程序。这一制度设计类似于美国公民诉讼条款中设置的限制公民直接诉讼的情形。在美国, 原告提起公民诉讼前, 应送达公民诉讼通知书给政府。只有政府在送达之后的 60 天(也有法律规定为 90 天)内不采取司法或者行政行动控诉违法行为时, 公民的诉讼才会被法院受理, 否则公民不能正式提起诉讼。这种情形被称为“诉前政府行为对公民诉讼的解除效果”。^[34] 这一规定确定了行政机关执法的优先性, 也使得其他主体提起的公益诉讼具有补充法律实施之功效。

行政公益诉讼诉前程序表明, 在公共利益保护方面, 政府执法优先于最终的司法救济。客观诉讼的目的在于维护或恢复客观秩序, 所以机制设计也应优先考虑秩序维护的效率。通过司法保护公益终归无法避免冗长、高成本等弊端。因而, 这样的设计也遵从了司法治理规律与成本效益原则。从试点实践来看, 检察机关的诉前程序效果很好。截止 2017 年 6 月底, 各试点地区检察机关办理诉前程序行政公益诉讼案件 7676 件, 提起行政公益诉讼案件 1029 件。履行诉前程序后, 行政机关主动纠正违法行为的案件为 5162 件。^[35] 除去未到

[34] See James M. Hecker, *The Citizen's Role in Environmental Enforcement: Private Attorney General, Private Citizen, or Both?* 8 *Natural Resources & Environment* 31-62 (1994).

[35] 见《检察机关公益诉讼试点工作 2017 年 6 月份情况通报》, 高检办字 [2017] 178 号。

一个月回复期不便于归类的984件案件,通过诉前程序促成行政机关纠正违法的比例为77.13%。在未授予检察机关提起公益诉讼的诉权之前,检察建议缺乏实效性和强制性的问题已为共识;^[36]通过试点,有了诉讼程序的威慑力,诉前程序的监督效果得到大幅提升。诉前程序和提起诉讼可视为两种监督手段,发挥着不同的功效。

(三) 行政公益诉讼受案范围从行政行为扩展到行政活动

要完成立法科以的行政任务,行政机关通常需要采取包括行政行为、准行政行为或者事实行为在内的多种行政活动才能实现。如果行政活动违法,检察机关的起诉可能会指向多个行政机关,也可能指向一个行政机关的多个行政行为。但是,我国行政诉讼法的判决类型是针对单个行政行为而设计的。比如,行政诉讼法第72条规定的履行职责判决和行政诉讼法第74条规定的确认判决都只能单独使用。据此,在国有财产保护案件中,如果既涉及国有土地出让合同执行问题,也涉及国土部门在颁发相关证件时的违法问题,就不能在一个诉里面既提起履行追缴国有土地出让金义务的诉求,又提起撤销违法颁发证件的诉求,只能一事一诉。但试点期间,确认违法和责令履行职责的两个诉讼请求通常是一并提出的,绝大多数案件都将确认违法作为提起责令履行职责的充分条件,检察机关通常是针对行政不作为提起确认违法之诉,而为了达到法律实施的目的,又一并提出责令行政机关履行法定职责的诉讼请求。当然,两种判决能否同时适用也存在一定争议。如在甘肃白银市白银区人民检察院诉白银市住房和城乡建设局行政公益诉讼一案中,法院在2017年11月1日做出判决时指出,白银市住房和城乡建设局督促白银市市政工程管理处提前完成西大沟污水管网配套工程,让污水散排问题得到彻底治理,因此,检察机关在一年以前起诉确认行政机关未在相关路段建设城镇污水集中处理设施及配套管网不作为行为违法,并责令行政机关履行法定职责的请求,缺乏事实根据和法律依据,判决驳回公益诉讼人的诉讼请求。该案中,法院对于住房和城乡建设局在提起诉讼前明显怠于履行职责的问题未进行法理判断,对检察机关提出的确认违法诉讼(因开庭时间延期让行政机关可以充分履行职责,检察机关只能在开庭期间将责令履行职责诉求变更为确认违法)以驳回方式予以处理。检察机关则认为,虽然案件审理期间行政机关完成了污水管网配套建设,责令履职的诉讼请求已经实现,但作出确认违法判决仍有意义。法检两家的分歧,正是根基于主观诉讼和客观诉讼的立场差异。主观诉讼的救济功能仅停留在诉求的实现层面,而客观诉讼则不仅要纠正正在发生的违法行为,还要通过确认判决定性以前发生的违法行为,避免同类违法行为再次发生,从而维护法律的权威。

(四) 行政公益诉讼中检察机关主要提起责令履职之诉

从法国的情况来看,客观诉讼以撤销诉讼为主。而从两年的公益诉讼试点情况看,检察机关主要提起责令履职之诉,确认之诉次之,提起撤销之诉的比例反而最小。根据“试点方案”,行政公益诉讼判决类型有撤销判决、确认判决和履行职责判决。试点期间,截至2016年12月,笔者收集到的318份生态环境和资源保护类起诉书中,检察机关提起撤销之诉的行政公益诉讼案件有5件,请求责令重新作出行政行为的有4件,请求确认违法的有1

[36] 参见崔晓丽、李小荣:《制发检察建议过程中存在的问题与应对》,《法学》2009年第3期;姜伟、杨隽:《检察建议法制化的历史、现实和比较》,《政治与法律》2010年第10期;周彬彬:《检察建议简论》,《人民检察》2013年第13期。

件,请求确认违法并履行职责的案件有290件,请求履行职责的有18件。造成这种情况的原因主要包括:(1)试点方案将检察机关发现公益诉讼线索界定于“履行职责中发现”。对于行政机关不严格执法的案件,若行政相对人不告发,检察机关无法获知,因此,案件线索并不充分。(2)即使行政违法行为造成公益受损,是否应该撤销仍需考虑诸多因素。如行政机关对违反法律规定的行为只作出罚款决定而不采取责令停产等能力罚,可能是考虑了企业发展等外部因素。检察机关不了解执法情况,不宜代替行政机关直接做出判断,也不能在只掌握初步证据的情况轻易提出撤销之诉,除非出现行政违法行为造成公益损害正在持续扩大或者会造成无法挽回的损害等特殊情形。(3)撤销违法行政行为可能涉及重作行政行为将加重公民负担的情形。实践中,检察机关提起撤销之诉,通常是因为行政机关适用法律法规错误,如本应采取罚款、没收违法所得两项处罚手段,却只作出了一项。提起这类撤销之诉,虽然符合依法行政和过罚相当原则,但必然会让已经生效的行政行为失效,且针对行政相对人的违法行为重新作出行政处罚必然会影响法的安定性。考虑到行政公益诉讼的监督原则与法的安定性原则之间的冲突,以及是否需要建立监督不得加重处罚原则等问题仍需进一步研究,检察机关较少提起撤销之诉。

从检察机关提起的为数不多的撤销诉讼案件来看,撤销诉讼的功能也并未停留在纠正行政机关已作出的违法行为,还会直接面对违法的行政执法潜规则或者违法惯例。这些潜规则和管理可能因立法原因造成,或者因长期违法而被视为合法,通过撤销之诉对其进行改变,有利于推动立法改革、促进执法改良。试点期间的第一起行政公益诉讼案,就是针对环保局多次违法颁发试生产许可证使污染企业合法化的行为提起的诉讼。根据环境保护法第41条的规定,建设项目时需要同时设计、同时施工、同时投产污染防治设施。对此,《建设项目环境保护管理条例》《建设项目竣工环境保护验收管理办法》又规定了例外情况,即在无同时建设污染防治设施的情况下也可以试生产,但只能颁发一次试生产许可证。山东庆云案中的庆顺化学科技有限公司是当地政府引进的一家重污染企业。企业从投产开始就达不到环评标准,当地环保局却连续三次为其颁发试生产许可,最后直接以罚代管,把违法企业当成合法企业来管理。^[37] 该案起诉后,国家环保部出台了停止颁发试生产许可证的公告,要求环境保护主管部门不再进行建设项目试生产审批。^[38] 可见,我国行政公益诉讼不论在案内还是案外都发挥了维护客观法律秩序的功效。

三、关于我国行政公益诉讼精细化构建之建议

尽管行政诉讼法(2017年修正)规定了行政公益诉讼的范围和诉前程序,却并未能建构一整套公益诉讼程序。除了受案范围、诉前程序之外,行政公益诉讼程序仍需要遵循现行行政诉讼法关于司法审查密度、既判力、执行力以及诉讼程序等方面的规定。由于现行行政诉讼法无法回答检察机关调查权、起诉条件等问题,为了应对试点结束之后两高司法解释未出台的空窗期,最高人民检察院下发通知,要求各地继续适用试点期间相关司法解

[37] 见山东庆云市检察院诉庆云市环保局行政公益诉讼案(庆检行公诉[2015]1号)。

[38] 见环境保护部公告(2016年第29号)。

释。2018年3月2日,最高人民法院和最高人民检察院《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“两高联合解释”)正式实施。该司法解释不仅把试点期间相关司法解释规定的内容予以全面吸收,还解决了检察机关在公益诉讼中的身份问题,但并未太多凸显行政公益诉讼的客观诉讼特性。当然,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。笔者认为,只有抓住如何更好地通过司法裁判维护客观法律秩序这个关键问题,才能有效推动行政公益诉讼制度的精细化构建,实现行政公益诉讼制度与客观诉讼机制的融合。

(一) 充分认识行政公益诉讼具有客观诉讼维度的重要意义

在德国公法学中,制度性保障的主要对象是那些先于宪法和法律存在的传统制度的核心内容,如婚姻、家庭、财产所有制等。这些制度所关联的核心利益是不能通过立法进行修改的,因此具有极强的客观性,按常理应从客观诉讼角度进行保护。我国公益诉讼所保护的特定范围的公益与社会主义基本制度密切相关,从全国人大常委会授权检察机关提起公益诉讼的四个公益诉讼领域来看,其中的国有土地出让、国有资产保护领域(特别是矿藏、水流)是宪法明确规定由国家独占的公益,适宜用客观诉讼来保护。至于环境、食品药品安全方面等利益,即便可通过主观权利方式进行救济,也会有大量的剩余利益难于得到保护,如享受良好环境的利益。虽然环境权的“权利本位论”已是环境法研究者的集体意识,但学者们对环境权主体是环境本身、人类整体、国家、单位或者公民的相关争议从未停息。^[39]我国未在宪法上确定环境权,却明确了国家有保护和改善环境的义务。^[40]从世界范围看,即便在环境权已经法律化和主观化的国家,也存在环境利益公共化和客观化的命题。^[41]对环境利益的侵害,通常同时包含对环境公益和环境私益的侵害。如果侵权行为确定、因果关系明析,完全可以通过私益救济方式予以保护。但是,私人提起环境污染侵权诉讼时无法主张环境被污染后的恢复、修复等费用,以及恢复期间环境减损的价值,也就是说无法通过私益诉讼保护被污染环境功能减损的价值。

在个案中精确析出主观权利也存在一定难度,特别是有些利益并未权利化,如规划违法涉及的景观利益等。如果只强调保护主观权利,僵化适用现行法,反而可能忽视现实利益格局,走向概念化和保守化。实际上,在个体利益、群体利益和社会公共利益冲突明显而相关立法滞后的背景下,如果只是片面强调权利保护或者片面强调既有法律体制的稳定,反而极易导致法律无法获得认同,并进一步加剧社会矛盾。

强调行政公益诉讼的客观诉讼维度,可以进一步推动各类公益诉讼朝纵深发展。从诉讼启动机制看,我国公益诉讼可以客观诉讼为基础,继续扩大提起公益诉讼主体范围,加大维护法制秩序的力度。从功能角度看,公益诉讼的客观诉讼特性可以进一步突破现行行

[39] 参见蔡守秋:《论环境权》,《金陵法律评论》2002年第1期;陈泉生:《环境权之辨析》,《中国法学》1997年第2期;吕忠梅:《论公民环境权》,《法学研究》1995年第6期;杨朝霞:《环境权的理论辨析》,《环境保护》2015年第24期;吴卫星:《环境权主体之探析——国内法层面的考察》,《南京大学法律评论》2004年第2期。

[40] 见宪法第26条、第22条第2款。

[41] 例如,日本最高法院将一直被认为是主观上利益的景观利益,加上“具有客观利益的良好景观”这一限定条件才使之受法律保护,收缩了关于景观利益的主观性讨论。参见[日]大塚直:《环境诉讼中保护法益的主观性与公共性(序说)》,李硕译,载《法学思潮》第4卷第2辑,第4页。

政诉讼法局限于主观诉讼的权利救济和纠纷解决功能，增强行政公益诉讼的沟通和法律实施功能。从公益保护范围上看，客观诉讼机制可将公益保护范围从保护受损的具体公益拓展到保护既定的制度公益。由于我国缺乏宪法争议的司法解决机制，宪法审查的功能大部分由行政诉讼承担，因此，突出公益诉讼和客观诉讼的重合特征，可以促进社会主义法制统一，维护现行宪法法律权威。

（二）建构行政公益诉讼的客观诉讼机制的具体建议

2018年2月8日施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中新增的一些内容已经解决了客观诉讼机制中的部分问题，如司法解释中关于合并审理的规定，可以化解检察机关针对行政活动违法提起诉讼时必须一事一诉的问题。“两高联合解释”则确立了行政公益诉讼兼具救济和监督这两项客观诉讼特征，并首次明确指出行政公益诉讼的特殊任务和目的，确立了行政公益诉讼的首要任务是维护宪法法律权威。不过，要充分体现公益诉讼的客观诉讼特征，仍需从受案范围、审理规则、立案程序、审理程序、判决类型等方面进一步完善公益诉讼司法解释。

1. 在受案范围方面，应该明确规定，“人民检察院认为行政行为或者行政活动致使国家利益或者社会公共利益受到损害的，有权提起诉讼”“人民检察院认为行政行为所依据的规范性文件不合法，在提起行政公益诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查”，以凸显行政公益诉讼审查规则合法性的属性。

2. 在审理规则方面，应建立审判职权主义的相关规则。人民法院对行政公益诉讼案件的审查标准为实质合法性，当检察机关和行政机关都有证明责任时，人民法院应该放弃当事人主义的审理模式，而采用审判职权主义。我国可以借鉴法国和德国客观诉讼的调查原则，采用纠问式调查方式，让法官依职权主动调查案件事实，主导行政公益诉讼的庭审活动，必要时法官可以不依赖于双方当事人进行“查证”。^[42]应该明确规定，“在公益诉讼中人民法院为维护公共利益，应依职权主动调查证据，不受当事人主张的拘束，审判长应当引导当事人就行政行为或者行政活动的合法性进行辩论”“审判长应向当事人发问或告知，要求其陈述事实、提供证据；其陈述事实或者提供证据不足时，应责令其阐明或者补充”。

3. 在立案程序方面，不应因形式性的原因为行政公益诉讼设置立案障碍。应该明确规定，“公益诉讼案件符合起诉条件的，人民法院应当登记立案。立案后，人民法院若发现公益诉讼案件不符合起诉条件，应当告知检察机关补充材料”。这样可以防止审判机关通过驳回起诉、不予受理等方式限制检察机关行使公益保护职责，也可监督人民法院是否依法开展了对行政公益诉讼案件的实质合法性审查。

4. 在审理程序方面，建议增加行政公益诉讼庭前会议的相关规定。刑事诉讼法（2012年修正）规定了庭前会议程序，但民事诉讼法、行政诉讼法尚未设置该项制度。试点期间，行政公益诉讼案件多数都召开了庭前会议。从实践情况来看，检察机关与和行政机关在庭前会议中通常能在诚实互信，充分沟通的基础上，陈述案件事实，对是否依法履职等核心问题交换意见，有利于过滤不当诉求、明确庭审焦点问题。

5. 应明确规定提起行政公益诉讼的期限。行政公益诉讼要求行政机关需要实质性的履

[42] 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543页。

职。可以考虑将试点期间诉前程序的一个月回复期,改为两个月的履职期,给行政机关留下较为充足的履职时间。这样既可以避免造成有利害关系人愿意提起诉讼而检察机关提前对行政违法行为提起诉讼的情况发生,也可以防止行政机关无限延长回复期导致检察机关无法履行公益保护职责。此外,行政公益诉讼起诉期限不需要遵循行政诉讼法第46条的限制,因为该条是以告知直接利害人为计算起诉期限的起点,而检察机关与行政行为并没有直接利害关系,无法计算其“知道或者应当知道”的时间节点。应该以提出诉前检察建议的时间开始计算起诉期限,一般应在提出检察建议的四个月之后提起诉讼。鉴于“两高联合司法解释”并未对行政违法行为的发现期限明确予以规定,建议规定,“检察机关有权对2年内发生的行政违法或者不作为案件提起公益诉讼,但涉及重大国家利益或者社会公共利益受损的情况除外”,以维护法律安定性。

6. 在判决种类方面,应该重新确立行政诉讼中确认判决、撤销判决、责令履行职责判决之间的关系。应该明确规定,“人民法院在作出撤销判决时,可以判决被告重新作出行政行为或者责令被告采取补救措施”,赋予人民法院根据案情选择更有利于维护客观法秩序的判决种类的权利。再者,应该规定,“人民检察院提起公益诉讼的诉求成立,且证据充分,人民法院应判决被告作出人民检察院诉求内容的行政行为或者行政活动;如果人民检察院的诉求成立,但适用法律、法规、规章的意见不明确或者明显错误,人民法院应判决被告依法履行相关职责”。这样规定,可以防止人民法院采取驳回诉讼请求的方式来逃避承担公益保护的职责。

Abstract: Theoretical controversies over objective litigation is a significant cognitive cause giving rise to the long absence of administrative public interest litigation in China. After the system of administrative public interest litigation brought by the procuratorate has been established by legislation, relevant theoretical researches and supporting mechanisms need to be improved. In the two-year pilot program, the system of administrative public interest litigation brought by procuratorial organs has already displayed many characteristics of objective litigation, such as taking substantive illegality as the standards of prosecution and review of administrative public interest litigation, defining public interest litigator as both the prosecutor and supervisor, using pretrial proceedings as a highly effective means of supervising law enforcement, giving procuratorial organs both the general investigation power and the responsibility for persuasion, and so on. However, there are still some deeply rooted problems in the relation between reform and rule of law. In the construction of the procuratorial administrative public interest litigation mechanism, China should highlight the protection of the objective order as one of the purposes of public interest litigation. Meanwhile, principles of objective litigation should also be highlighted in such aspects as the purpose of litigation, scope of accepting cases, jurisdiction, trial rules and types of judgment.

Key Words: administrative litigation, public interest litigation, objective litigation
