

# 检察机关提起行政公益诉讼的 法治化路径

李洪雷

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720 研究员,  
宪法与行政法研究室主任;法学博士)

**摘要**：全国人大常委会对《行政诉讼法》的修改决定，为检察机关提起行政公益诉讼提供了法律依据。在检察机关提起行政公益诉讼试点进程中，法律界对于一些问题存在较大的争论，包括检察机关在公益诉讼中的地位，检察机关提起行政公益诉讼的范围等等，这些争论并未因全国人大常委会通过修法决定而终结。有必要对这些争论意见加以梳理总结，以期有助于进一步推进检察机关提起行政公益诉讼的法治化进程。

**关键词**：检察机关；行政公益诉讼；法治化

**中图分类号**：DF74 **文献标识码**：A **文章编号**：1005-0078 (2017) 5-052-11

为加强对国家利益和社会公共利益的保护，2015年7月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会决定，授权最高人民检察院在生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让、食品药品安全等领域开展提起公益诉讼试点。

2017年5月23日，中央全面深化改革领导小组第三十五次会议审议通过了《关于检察机关提起公益诉讼试点情况和下一步工作建议的报告》，认为在试点期间检察机关办理了一大批公益诉讼案件，积累了丰富的案件样本，制度设计得到充分检验，正式建立检察机关提起公益诉讼制度的时机已经成熟，要在总结试点工作的基础上，为检察机关提起公益诉讼提供法律保障。

2017年6月27日，第十二届全国人民代表大会常务委员会通过了决定，对《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国行政诉讼法》进行修改，将公益诉讼载入其中，为人民检察院提起行政公益诉讼和民事公益诉讼提供了诉讼法的依据。

在检察机关提起行政公益诉讼试点过程中，法律界对于相关问题存在较大的争论，这些争论并未因为全国人大常委会通过修法决定而终结。本文试图对这些争论意见加以梳理、总结，并提出个人的观点，希望有助于进一步推进检察机关提起行政公益诉讼的法治化进程。

## 一、检察机关提起公益诉讼的立法模式

如何为检察机关提起公益诉讼提供法律保障？对此法律界主要存在四种观点：

第一种观点认为，应当制定一部统一的《公益诉讼法》，将民事公益诉讼和行政公益诉讼在该法中加以统一规定。

第二种观点则认为，应当由全国人大常委会采用“决定”的形式授权全国检察机关提起公益诉讼，在授权决定中对公益诉讼作出原则性和框架性规定，具体细节由最高法和最高检确定。<sup>①</sup>

第三种观点认为，应当及时启动《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的修改工作，在其中分别规定检察机关提起民事公益诉讼和行政公益诉讼的基本原则和制度，同时对于试点中所暴露出来的一些技术性、细节性问题，利用法律的修改程序加以完善。

第四种观点赞同修改诉讼法的建议，但考虑到修法的任务紧迫，公益诉讼的制度实践中又存在诸多问题，因此在两大诉讼法中可对公益诉讼只做概括的授权性规定，具体规则由最高人民法院和最高人民检察院通过司法解释的方法加以规定。

制定统一的《公益诉讼法》，对公益诉讼全过程进行整体设计，有利于凸显公益诉讼的特殊性，并且在最高人民检察院制定的《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》（以下简称《最高检实施办法》）和最高人民法院制定的《人民法院审理人民检察院提起公益诉讼案件试点工作实施办法》（以下简称《最高法实施办法》）均是將民事公益诉讼和行政公益诉讼规定于同一个实施办法中，也为这一方案提供了经验。

但这一方案存在若干缺陷：

其一，统一的《公益诉讼法》要求将行政公益诉讼和民事公益诉讼统一规定在一部法律之中，而这两种公益诉讼差异太大，不适合规定在一部法律之中。在最高院和最高检的实施办法中，均将检察机关提起民事公益诉讼和行政公益诉讼分别加以规定，并且并未设置统一的总则性规定，也反映了这两种公益诉讼之间的差别非常之大，难于建构统一的规范。

其二，在《行政诉讼法》、《民事诉讼法》之外制定《公益诉讼法》，将会导致公益诉讼和《民事诉讼法》、《行政诉讼法》之间的有机联系被割裂。检察机关提起行政公益诉讼和提起民事公益诉讼，与一般的民事诉讼和行政诉讼制度相比，尽管有其特殊性，但在管辖、证据、审理等方面也存在众多的共性，将会导致行政诉讼和民事诉讼法典的残缺不全，不利于法律的体系化。

其三，如果制定《公益诉讼法》，其中不应单纯规定检察机关提起公益诉讼的情况，还应包括社会团体、个人等提起公益诉讼的情况，而对于后者目前各方面尚存在较大争议，立法时机并不成熟。

<sup>①</sup> 这两种观点可参见赵红旗：《从长远考虑应制定公益诉讼法》，载 2017 年 5 月 2 日《法制日报》第 010 版。

第二种观点从避免公益诉讼工作在试点期满后因缺乏法律依据而中断的考虑出发,有其合理性。因为依《立法法》规定,《行政诉讼法》和《民事诉讼法》的修改必然要耗费时日,而授权期限即将届满,如何避免在法律修改过程中试点地区公益诉讼工作的中断,是必须考虑的问题。但是这种方案除了因为授权决定本身的粗疏会导致法律不稳定性外,还有一个严重的合法性难题。根据《立法法》第8条规定,人民法院和人民检察院的产生、组织和职权以及诉讼和仲裁制度属于法律保留的事项,根据第9条的规定,司法制度属于法律绝对保留的事项,不得授权其他机关规定。检察机关提起公益诉讼,是司法制度的内容,如果说在试点阶段全国人大常委会授权最高人民检察院制定相关规则,尚勉强可以接受,而在全国全面实施时,其核心制度必须要通过法律加以规定,才符合《立法法》的规定。

基于对前两种方案存在问题的分析,笔者认为,较为妥当的方式是尽快启动《行政诉讼法》和《民事诉讼法》的修改准备工作,在两部诉讼法中分别对检察机关提起公益民事诉讼和公益行政诉讼加以规定。为避免在法律修改过程中试点地区相关工作的中断,全国人大常委会可作出决定,要求在法律修改进行过程中原试点地区的相关试点继续进行。但有关方面最终选择了第四种方案。这种方案的优势在于为行政公益诉讼和民事公益诉讼在全国范围展开及时地提供了诉讼法上的依据,不足之处在于,将公益诉讼的核心制度不在法律中加以规定,实质上委由两高通过司法解释加以规定,与《立法法》的法律保留规定之间仍存在一定的距离。因此,全国人大常委会作出的修法决定,仍应当被视为过渡时期的对策,将公益诉讼制度的核心内容规定在两大诉讼法之中,应当作为立法机关努力的目标。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,以凸显检察机关提起公益诉讼的特殊性。

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,以维护合法权益作为主要目的,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,并且是官告官,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,这种差异不仅体现在具体规则的设计上,也需要在篇章结构上得到体现。否则,如果将检察机关提起公益行政诉讼的特殊规则插入现在的章节之中,将会导致法律结构上的支离破碎。当然,集中式规定也有其弊端,就是导致相关规定游离于行政诉讼制度运行的一般过程之外,这一缺陷可以通过在安排相关条文顺序时遵循行政诉讼制度运行逻辑的方式予以一定程度的弥补。

## 二、检察院在公益诉讼中的地位

关于检察院在提起行政公益诉讼中的地位,是实践中存在激烈争论的焦点问题。全国人大常委会的修法决定中对此未予明确。最高法和最高检的实施办法中,均规定“人民检察院以公益诉讼人身份提起行政公益诉讼。”

但是,如何理解“诉讼人”存在较大的争议。对此主要有两种观点:



一种观点认为，检察机关是行政公诉人。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。

另一种观点是作为原告。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，而检察院为公共利益提起诉讼是公益原告。<sup>①</sup>

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。<sup>②</sup>

(1) 关于出庭检察官是否要出具检察长授权委托书的问题。

原告说认为需要出具，而行政公诉说则认为，根据检察制度和检察权运行的特点，不需要出具，理由是：

首先，检察官的出庭行为都是职务行为，而不是普通当事人的委托代理行为。

其次，检察官之间、上下级检察机关之间在履行职务上是可以替代的。在诉讼过程中，如果检察院认为有必要，可以更换检察官。

(2) 关于能否以传票方式告知检察机关的问题。

原告说认为可以，而行政公诉说则认为，传票不仅具有一定的强制性，而且附带一定的法律后果，即如果不按时到庭，可以拘传。这两个方面的法律意义都不适合于作为公诉人的检察机关。可参照刑事诉讼中的做法，用“通知”。

(3) 检察机关认为在公益诉讼中法院裁判错误的，应当是进行“上诉”还是“抗诉”？

原告说认为，应该是上诉。而行政公诉说则认为是抗诉，其理由是：检察机关是国家的法律监督机关，它不是自诉人而是公诉人，它的诉讼行为不是为维护自身利益而是为维护国家利益和社会公共利益，不是为胜诉而是为维护法治统一和司法公正。

笔者认为，讨论检察机关在公益诉讼中的地位应当注意澄清一些模糊的认识。

其一，行政公诉人和原告这两种定位的关系。公诉人的本来涵义，只是代表国家、为了公共利益提起诉讼，从这个角度而言，行政公诉人与（公益）原告二者之间并不存在本质性的冲突。只不过目前学术界对行政公诉人概念的理解，绝对多数都是建立在类比刑事诉讼程序的基础上，并从而否认检察机关的当事人（原告）地位，将公诉人和原告这二者

<sup>①</sup> 还有一种观点认为，检察机关是作为公益代表人提起行政公益诉讼。这种观点认为，检察机关提起行政公益诉讼是基于法律的守护人的身份，站在维护社会公益的立场上提起诉讼。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》，载《政法论坛》2015年第6期。

<sup>②</sup> 参见谢鹏程：《如何认识检察机关在公益诉讼中的地位》，载2016年12月11日《检察日报》第003版。应当说明的是，谢鹏程教授尽管认为检察机关在公益诉讼中的地位是公诉人，但他同时也认为检察机关是“特殊原告”。这种观点有其合理性，但从他对检察机关作为公诉人以及“特殊原告”之特殊性的论述来看，将他作为公诉人说的代表更为合适。

加以截然对立。

另一方面,关于检察机关在刑事诉讼中的定位其实也存在很大的争论。传统观点认为,检察机关在刑事诉讼中代表国家进行公诉,是国家为行使刑罚权专门设立的机关,具有法律赋予的强制处分权,并且负有客观性义务,与民事诉讼的原告迥然不同,不属于诉讼当事人。<sup>①</sup>在我国,通说认为,检察机关兼具公诉人和法律监督机关双重性,因此检察机关不是刑事诉讼的当事人,而是具有特殊地位的国家机关,行使着对审判是否合法运行的监督职能。但也有观点认为,为保证控辩平等,应当让检察机关“当事人化”,检察机关与被告一样,在刑事诉讼中都是当事人。<sup>②</sup>检察机关不能“既当运动员又当裁判员”,这与诉讼规律存在矛盾。而在我国刑事诉讼制度实践中,检察机关在诉讼中的所谓法律监督机关地位,主要体现为抗诉上,与上诉和申请再审并无实质区别,可以认为是公诉权的衍生和题中应有之义。<sup>③</sup>而单纯就检察机关承担公诉职能来看,将其作为承担控诉职能的当事人(原告)其实并无不可。有学者一方面赞成检察机关当事人化,认为从检察官在刑事诉讼中承担控诉职能,<sup>④</sup>负责提起公诉并通过提出证据、陈述意见等活动推动诉讼发展的角度说,检察官发挥着控诉原告的作用,居于当事人地位;但另一方面强调不应将检察官完全等同于民事诉讼的原告,要将客观公正义务作为检察官当事人化的底限,也即检察官基于国家司法官之立场公正地进行诉讼。

其二,实践中的一些认为与检察机关在公益诉讼中法律地位密切相关的问题,可能是出于误解。例如,对于出庭检察官是否要出具检察长授权委托书的问题,其实与其是公诉人还是原告的定位没有必然的联系:出庭检察官为履行职责,受国家检察机关委派参加诉讼活动,无论其是作为公诉人还是原告,都无需授权委托书。可资参考的是,行政机关工作人员受被告行政机关委派参加行政诉讼活动,也无需授权委托书。再如,能否以传票方式告知检察机关的问题,也与检察机关是原告还是公诉人也无必然的联系。那种认为“传票不仅具有一定的强制性,而且附带一定的法律后果,即如果不按时到庭,可以拘传”的观点,其实是一种误解,不按时到庭确实会有法律后果,但这种法律后果并不是拘传,而只是按照撤诉处理。<sup>⑤</sup>

基于以上考虑,笔者认为,检察机关在行政公益诉讼中的地位以确定为公益原告为妥,

<sup>①</sup> 林山田:《别迷失在主义的丛林中——为职权原则与调查原则申冤》,载《台湾本土法学》1994年第1期。

<sup>②</sup> 我国台湾地区“刑事诉讼法”将检察官、自诉人和被告三者同列为当事人,有的刑事诉讼法学论著把检察机关看做刑事诉讼的原告,并且把民事诉讼的当事人能力引进到刑事程序之中。参见林山田:《别迷失在主义的丛林中——为职权原则与调查原则申冤》,载《台湾本土法学》1994年第1期。

<sup>③</sup> 检察建议是另一个体现,但检察建议并不具有法律上的拘束力。

<sup>④</sup> 谢佑平、万毅:《检察官当事人化与客观公正义务——对我国检察制度改革的一点反思》,载《人民检察》2002年第5期。

<sup>⑤</sup> 《行政诉讼法》第58条规定:“经人民法院传票传唤,原告无正当理由拒不到庭,或者未经法庭许可中途退庭的,可以缺席判决”。

这样既可以避免陷入刑事诉法学界对检察机关在诉讼中地位的争议，同时又可以根据检察机关提起公益诉讼的特殊性，为检察机关设定特别的规则。与此相关，检察机关对于一审判决，应当是上诉而非抗诉，检察官出庭不需要授权委托书，可以对检察机关传票传唤出庭。

### 三、关于检察机关提起行政公益诉讼的受案范围

全国人大常委会授权决定授权最高人民检察院在生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让、食品药品安全等领域开展提起公益诉讼试点，而在最高检的实施方案中对行政公益诉讼的范围予以了限缩。其第 28 条规定：“人民检察院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。”其中未明确列举食品药品安全领域，主要考虑是在食品药品安全领域一般存在具有直接利害关系的公民、法人或者其他组织，无需检察机关提起行政公益诉讼。但是，在食品药品安全领域存在的一些行政违法行为，例如行政主管部门对于违反广告法的虚假宣传行为如果怠于查处，则无论是消费者还是竞争人提起诉讼都存在困难，而其社会影响又比较广泛。在实践中，很多食品药品案件背后都有行政不作为或乱作为的因素，这在监察系统在办理涉及食品药品安全的民事公益诉讼中也有体现。因此，不应把食品药品安全领域排除在外。全国人大常委会的修法决定中规定：“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。”将食品药品安全明确列入行政公益诉讼的受案范围，是恰当的。

但这一规定在适用中还存在的问题是：这里的“等”是“等外等”还是“等内等”？

一种观点认为，这里的“等”是“等内等”。检察机关提起行政公益诉讼是一项制度创新，具有较强的政策性，应合理把握其推进节奏。尽管经过两年的试点，取得了很多的经验，但仍然存在很多障碍和难题，应当有所为、有所不为，必须逐步完善，不应该贪多求快。

另一种观点认为，这里的“等”是“等外等”，检察机关提起行政公益诉讼的范围应当大幅拓展。检察机关提起公益诉讼，其依据在于检察机关作为“法律监督机关”的宪法地位。法律监督既是检察机关的职权也是其职责，应作用于各个行政领域，与之相应，检察机关提起行政公益诉讼的范围也应拓展于所有的行政管理领域。

笔者同意修法决定中的“等”是“等外等”的主张，但同时认为，应注意检察机关提起行政公益诉讼的范围并非是一个法律逻辑问题，而是具有较强的政策性。尽管我国《宪



法》规定，检察机关是法律监督机关，但对其如何理解和解释一直存在较大的争论，立法机关在对《宪法》中政策性较强的规定进行具体化时，具有较大的判断余地和选择空间。从“八二宪法”实施以来的实践来看，无论是检察院组织法还是三大诉讼法，对于“法律监督机关”的理解都是相对狭窄的，实践证明也是符合中国国情的。在目前阶段，尤其是正在进行的监察委体制改革对检察院的职能构成巨大冲击的情形下，过于宽泛的理解“法律监督机关”是不合适的。因此笔者认为，检察机关提起公益诉讼的范围，不应局限于明确列举的“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”领域。但另一方面，由于检察机关提起公益诉讼试点时间不长，若大幅扩张其范围，时机尚不成熟，在实践中可以适当拓展其范围，把一些问题突出、人民群众反映强烈的行政管理领域中的行政违法行为，例如把规划领域和公共建设领域的行政违法，不当使用政府财政资金的行政违法，不当设置与维护公共设施的行政违法，等等，纳入检察机关提起公益诉讼的范围。

与受案范围相关的一个问题是，在最高检的实施办法中要求，检察机关就行政违法行为提起公益诉讼，不仅要求该行政违法造成国家和社会公共利益受到侵害，还要求“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”。这一限制对于有效配置其执法资源、突出公益诉讼的重点具有一定的合理性，但将其作为强制性的要求，存在很大的问题。

其一，没有直接利害关系并不必然导致无法提起行政诉讼。根据《行政诉讼法》第25条的规定，“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼”，可见《行政诉讼法》并不要求具有直接利害关系的人才可以提起行政诉讼。

其二，最高检实施方案规定的目的，可能是为了体现行政公益诉讼的补充性，优先采取公民、法人或者其他社会组织提起行政诉讼的方式来监督违法行政行为，以避免检察机关执法资源的浪费。但是在大量的需要提起行政公益诉讼的案件中，并不是不存在具有直接利害关系的公民、法人或者其他组织，而是因为种种原因这些公民、法人或者其他组织没有提起行政诉讼，这有可能是公民、法人或者其他组织在法律知识、掌握资源方面受到限制，或者是对与行政机关对峙存在顾虑，等等。

因此，今后在修改完善相关司法解释时应对这一规则予以修正。为了体现公益诉讼的补充性，规定检察机关提起行政公益诉讼前，在存在利害关系人并且符合其他提起行政诉讼法定条件时，检察机关可告知利害关系人提起诉讼，如果利害关系人不提起，则检察机关可以提起行政公益诉讼。

如果在检察机关提起公益诉讼后，利害关系人又提起行政诉讼的，只要符合法定的起诉条件，法院仍应受理，因为私益诉讼和公益诉讼尽管针对的是同一个行政行为，但当事

人不同，不属于重复诉讼。<sup>①</sup>但是法院受理案件后，应中止审理以等待公益诉讼的结果。

#### 四、关于检察机关对行政机关的尊让

行政机关的行政行为违法包括作为违法与不作为违法。对于作为违法，大多存在利害关系人，而不作为违法，则很多时候不存在利害关系人，从而也就难于提起私益诉讼。从实践来看，检察机关提起行政公益诉讼的案件，大多数是关于行政机关的不作为违法。行政不作为违法与行政行为违法相比有其特殊性。这是因为行政执法中存在的一对重大矛盾，是违法行为的大量存在和执法资源的有效性之间的矛盾。行政机关永远不可能对所有违法行为展开调查、作出处理。而对于如何有效地配置执法资源、实现执法收益的最大化，行政机关的判断相较于法院和检察院的判断，要更占据优势。<sup>②</sup>除此之外，行政机关是否采取执法措施，可能还要考虑采取执法行为的社会效果，以及执法行为成功的可能性等等诸多复杂因素。在各国的行政诉讼制度中，对于原告提起不作为诉讼，大多进行严格的限制，其中一个重要的目的就在于保护行政机关在执法资源配置和执法程序启动方面的自主性。因此，在允许检察机关有权提起行政公益诉讼的同时，也应当同时注意不对行政机关的这种主动性构成不当的干预。因此，未来在《行政诉讼法》中，可以规定将检察机关提起行政公益诉讼的案件，限于行政违法行为给国家和社会公共利益造成严重侵害的情形。

与此相关的一个问题是是否要在《行政诉讼法》中规定行政公益诉讼不得调解？我国1989年《行政诉讼法》规定，行政诉讼不得调解。但在实践中遭受冲击，大量案件以协调名义结案，名为协调实为调解。

2014年修改《行政诉讼法》时，为了强化行政诉讼解决纠纷的功能，在第60条规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。但是，行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解。调解应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”但是，最高人民检察院实施方案第48条明确规定：“行政公益诉讼案件不适用调解。”其出发点可能是基于行政公益诉讼案件涉及对公共利益的保护，从而不适用调解。但是实践中对于何为公共利益，特别是如何协调相互冲突的公共利益，往往并无一义的答案，甚至经常存在激烈的争论，在检察机关和行政机关对于公共利益的理解和协调存在较大争议时，应当允许有调解的空间存在。因此，对于检察机关提起公益诉讼的，适用《行政诉讼法》的一般规定即可，无需为其确立专门的禁止调解的规则。

#### 五、关于检察机关提起行政公益诉讼的案件线索

最高人民检察院实施办法中要求，人民检察院对于履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不作为，可以提起行政公益诉讼。

<sup>①</sup> 张卫平：《重复诉讼规制研究——兼论“一事不再理”》，载《中国法学》2015年第2期。

<sup>②</sup> 参见美国联邦最高法院在 Heckler v. Chaney 案（470 U.S. 821（1985））中的判决。



如何理解这里的“履行职责”？对此有不同的观点。<sup>①</sup>

一种观点认为，这里的“履行职责中”发现的案件线索，仅指检察机关在行使《人民检察院组织法》、《刑事诉讼法》中明确规定的公诉、批捕、自侦等职责过程中所发现的案件线索。

另一种观点认为，“履行职责中”发现的案件线索，除了前述之外，还应包括人大、政协、党委、政府等机关移送的案件线索和公民、法人、其他组织控告申诉中发现的线索，因为检察机关的重要职能是法律监督，接受以上主体转交的线索是履行法律监督职能的体现，也是履行职责的应有范畴。<sup>②</sup>

在实践中，有的检察院积极借助行政执法和刑事司法信息共享平台，对重点领域的行政执法信息进行排查，对可能侵犯国家和社会公共利益的执法行为列出线索清单。<sup>③</sup>北京市石景山区检察院出台《开展行政公益诉讼线索摸排工作的实施方案》，要求民行检察部门加强与案件管理、职务犯罪侦查等业务部门的联系和沟通，促进建立案件线索双向移送机制；加强与区政府法制办的沟通，深入了解各行政执法单位的执法状况；走访区环保局、区国土分局等行政执法单位，了解各单位的执法难点和盲点；制作宣传手册，到社区宣讲法治，促进行政公益诉讼深入人心，拓展案件线索来源。<sup>④</sup>

最高检实施办法之所以要求对人民检察院“履行职责中”发现的行政违法行为提起公益诉讼，是担心一些地方的检察机关四处撒网、主动出击，干扰行政机关的正常执法活动和行政管理秩序。

全国人大常委会的修法决定将“履行职责中”写入《行政诉讼法》之中，应该也是基于相同的考虑。笔者认为，检察机关提起公益诉讼面临的主要问题，并非是检察机关管得太多、太宽，而是很多检察机关对这项工作存在畏难情绪，或是囿于自身执法资源等方面的限制，缺乏积极性。在检察机关的反贪反渎职能划转监察委之后，这方面的问题可能会更加严重。因此，在目前阶段还是应积极鼓励检察机关提起公益诉讼为主要目标。而在之前的实践中之所以有极少数检察机关过于积极地寻求行政公益诉讼案件线索，主要还是因为在试点地区，检察机关提起行政公益诉讼被作为一项政治任务，检察机关面临着一些政治上、管理上的压力，并不具有长期性和全局性。在未来的司法解释中，建议对于“履行职责中”可以作较为宽泛的界定，既包括检察机关在查办相关案件中发现问题线索，也包括人大、政协、党委、政府等移送的案件线索，以及公民、法人、其他组织控告申诉中提出的案件线索等，但检察机关不宜对行政机关的执法活动进行主动检察，否则不仅可能

<sup>①</sup> 2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出：“检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为，应该督促其纠正。探索建立检察机关提起公益诉讼制度。”

<sup>②</sup> 秦前红：《检察机关参与公益诉讼的问题与出路》，载《政治与法律》2016年第11期。

<sup>③</sup> 《安徽检察院三管齐下摸排公益诉讼案件线索》，载2015年7月24日《检察日报》第001版。

<sup>④</sup> 《北京市石景山区检察院：摸排行政公益诉讼线索》，载《检察日报》2016年4月3日第02版。

干扰行政机关的正常执法活动，也不利于有效配置检察机关有效的执法资源。

## 六、检察机关提起行政公益诉讼中的举证责任

我国《行政诉讼法》第34条规定，行政诉讼中被告承担举证责任。目前法律界不少人认为，这一规定不应适用于检察机关提起行政公益诉讼，但在检察机关提起行政公益诉讼的案件中，举证责任到底应当如何配置，尚缺乏深入研究。讨论这一问题的前提，是首先要对《行政诉讼法》第34条被告承担举证责任的规定有合理的解释。

诉讼中的举证责任包括客观举证责任与主观举证责任。客观举证责任是指在案件审理终结后，对争议事实的真伪仍然无法判断而法院又不能拒绝裁判的情况下由谁来承担不利的后果。既然在任何类型的诉讼中都存在争议事实真伪无法判断的情况，则客观举证责任在任何类型的诉讼中也都必然存在。而主观举证责任则是一种推进程序进行的责任。并非所有类型的诉讼中当事人均承担主观举证责任。

在辩论原则下，当事人固然要承担举证责任，但在职权调查原则下，既然法院具有依职权调查收集证据的义务，则当事人不承担主观举证责任，尽管其可能具有一定的协力义务。中国行政诉讼的模式所采取的是单方面的职权原则，也即法院可以依职权调查证据，但这仅限于对原告私人有利的证据，而不包括对被告行政机关有利的证据。从而，在行政诉讼中，原告不承担主观举证责任，仅被告承担主观举证责任。因此，如果将《行政诉讼法》第34条中的举证责任是指主观举证责任，则这一观点是合理的。那么是否可以将第34条中的举证责任理解为客观举证责任？很多学者都是这样主张的。但是，作为民事诉讼通说的法律要件分类说，建立在“维持现状”原则基础之上，即从保护法律状态的目的出发，主张谁要求法律所确保的现存状态发生变更，即应承担关于相关构成要件事实存在的责任。法律要件分类说在一定程度上反映了各类诉讼的一般规律，在原则上也应适用于行政诉讼，但其纯粹从法律规定的形式出发的思考方式并不适合于缺乏统一法典的行政法领域的法律争议，因此应当加以适当的调整和修正。<sup>①</sup>

根据上文对现行《行政诉讼法》第34条规定的解读，笔者认为，在检察机关提起公益诉讼的案件中，有关客观举证责任的分配，没有实质的差别，应围绕授予行政机关职权（职责）的相关法律规定加以确定。<sup>②</sup>

但是在主观举证责任的分配上则有所不同。在私益诉讼中适用单方面职权主义的依据在于，被告行政机关的举证能力强于原告。而检察机关和行政机关同样作为国家机关，在举证能力上没有根本性的差异，因此在诉讼模式上应适用一般辩论主义，法院保持客观中立的态度，法院不应收集证据支持任意一方当事人。因而，《行政诉讼法》第34条主观举

<sup>①</sup> 李洪雷：《行政法释义学》，中国人民大学出版社2014年版，第384页。

<sup>②</sup> 行政公益诉讼以撤销诉讼为主、给付诉讼（请求行政机关履行法定职责之诉）和确认诉讼为辅，而在行政公益诉讼中，较大比例的是针对行政机关不履行法定职责的给付诉讼。而大体而言，在给付诉讼中，原告需要承担更多的举证责任。

证责任恒定由被告行政机关承担，在检察机关提起公益诉讼的案件中就失去了存在的合理性。

由于在辩论主义下，主观举证责任是客观举证责任的“投影”，从而在公益诉讼中，首先应当根据相关实体法规范等确定客观举证责任的配置，然后由承担客观举证责任的一方首先承担主观举证责任，对自己所主张的要件事实予以初步的证明（本证），如果达到了一定的举证程度，则主观举证责任转移至对方当事人，对方当事人可以提出反证，如此循环往复，主观举证责任在双方当事人之间来回转换。如果在辩论结束后，法官仍对要件事实无法形成心证，也即该要件事实处于真伪不明状态时，则由本证方也即承担客观举证责任的一方承担败诉的风险。<sup>①</sup>

The Legalization of Procuratorial Organ  
Initiating Administrative Public Interest Litigation

LI Hong-lei

(Institute of Law at the Chinese Academy of Social Sciences, Beijing, 100720)

Abstract: The Standing Committee of the National People's Congress has amended the Administrative Procedure Law and provided the legal basis for procuratorial organ initiating an administrative public interest litigation. During the pilot process of procuratorial organ initiating an administrative public interest litigation, there are heated debates over some legal problems, such as the status of the procuratorial organs in public interest litigation, the scope of procuratorial organ initiating administrative public interest litigation, etc. These debates didn't disappear with the APL's revision. This essay summarizes the related arguments and puts forward some reflections, in hope of promoting the legalization of the administrative public interest litigation.

Key Words: Procuratorial Organ; Administrative Public Interest Litigation; Legalization

(责任编辑：刘 莘)

<sup>①</sup> 参见陈刚：《证明责任问题研究》，中国人民大学出版社2000年版，第48页。