

初论行政公诉创制与发展 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_88_9D_E8_AE_BA_E8_A1_8C_E6_c122_486415.htm 行政公诉是一种检察官针对侵犯公共利益的违法行政行为而提起的诉讼类型，从国外行政公诉的发展过程看，这种诉讼之所以由检察官提起，是基于其公益代表人角色的定位；行政公诉能够弥补传统行政诉讼仅仅由利害关系人发动的局限，从而更有利于公共利益的维护；同时，这一制度也填补了审判权监督行政权时“不告不理”的空白，有利于检察权配合审判权以实现对行政权的监督。当公共利益受到侵犯时，由公民个人以其弱小的势力提起行政公益诉讼与强大的政府公力相对抗而寻求救济，这在公力救济不发达的背景下还情有可原，但当检察官作为公共利益代表人的势力发展到足够强大时，其就应当作为维护公益、控制约束政府行为的主导力量。当然，检察官提起行政公诉无须以剥夺公民的诉权为前提。深入考察国外的行政公诉制度不难发现，这一制度基于检察官的公益代表人身份而产生，它弥补了传统行政诉讼对公共利益保护不力的缺陷，并强化了检察权、司法权对行政权的监督。

一、检察官定位公益代表人催生行政公诉检察制度从诞生发展至今，不同国家的检察制度都有其自身特质，但其社会公益代表、法律守护人的身份和客观超然的地位却是一致的，这一点在大陆法系国家表现得尤为明显。检察官一般站在客观立场，追求案件事实真相，审查案件并进行诉讼，同时兼顾方方面面的利益，处于利益衡量的中枢地位。检察官负有客观、中立、全面维护公共利益的义务，是社会正义的探求者、

追寻者和实现者，也是公共利益的最最终弘扬者。客观、公正正是检察官活动的基本原则，也是现代检察制度发展的必然要求。1. 检察官产生伊始是国王利益的代言人，但随其发展，逐渐演变为国家和公共利益的代表人。法国是现代意义上检察制度的发源地，13世纪以后，法国国王设立代理人职位，代理国王办理私人事务，并可以代表国王在法院提起民事诉讼，随着刑罚观念的发展和王权的扩张，国王代理官开始参与追诉并逐渐扩大其追诉权的范围。到法国大革命初期，上述国王代理官已经演变为公益代表人即检察官，成为国家官员的一种，在刑事案件的审理中独占了公诉权，以国家公诉人身份对罪犯提起诉讼，并且有指挥监督预审法官和执行判决的权限，负责维持公共秩序，维护公共利益。[1]“法语中检察官一词的‘procureur’，其法源就出自前述的国王代理官（procureur de roi）。正如这一法源所表示的那样，procureur不仅指追诉官而且也指公益代表人。[2]”英国检察制度也是从国王的法律代理人演化而来的。从公元13世纪开始，英王开始派律师代替他起诉。1461年，国王律师更名为总检察长，同时设置“国王的辩护人”，1515年，国王的辩护人更名为副总检察长。之后，世界大多数国家相继建立了自己的检察制度，但在内在品质上，都具有了国家公诉人和公益代表人的身份定位。在德国，检察官居于“法之看守人”的地位，具有实现并维持法治国家之历史性、社会性的意义。[3]沙皇俄国检察官甚至被称为“沙皇的眼睛”，是国家的诉讼代表，也是法律的守护神。从检察制度的起源和发展上看，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，都把维护国家利益、公共利益作为检察官的核心价值理念。正如美

国辛普森一案的辩护律师德肖维茨所说：“他们（指检察官）代表的是法律与秩序、他们代表受害者与人民或者州政府、他们抗诉罪人??至少在大部分的情况下是这样的。他们是公仆；他们站在真理与天使的那一边。[4] 2. 检察官公益代表人的角色突出体现在刑事领域。我们注意到，尽管检察官最早是国王（后来演变为国家）的民事利益代理人，但是其得到迅速发展并最终确立国家权力结构中国家和公共利益代言人的地位，还是得益于检察官在刑事领域发挥的重要作用。在刑事诉讼领域，检察官是公益的代表，是以社会公益的名义进行诉讼活动。但由于检察机关不是这种公诉权的所有人，因此不能像民事诉讼中的原告那样任意处分它，而是得站在客观公正的立场上进行行使。检察官发现被告人不应当起诉的，就不应提起控诉；已经提起的控诉有错误的，检察官就应当通过撤回、追加或变更起诉等方式予以更正。检察官客观公正的维护公共利益在大陆法国家自不待言，即使在英美法国家也有很好的实现。如在英国，普通法判例和律师行为守则均规定检察官不能不惜代价地谋求胜诉。控方律师对被告人负有公正义务并应当公正行事。英国法官阿沃瑞先生指出，检察官不应当追求不利于被告人的裁决，他们应该进入协助实现正义的执法者的角色。英国现行的《律师行为守则》规定，控方律师不应当千方百计地试图获得定罪，他不应当把自己视为一方当事人出庭。他应当公正无偏地向法庭展现构成控诉案件的全部事实，并应当在本案可能出现的所有法律问题上协助法庭。在加拿大，检察官不是一个律师而是一个“司法官员”，他负有客观公正行事的义务。[5]加拿大最高法院的兰德法官指出：“刑事诉讼的目的不是获得

定罪，而是在陪审团面前提出检察官考虑的与被控为罪犯的内容相关的可信证据。检察官有责任保证所有因素的可获得性法律证据被提出：它应被施加其合法力量而被坚定地执行，但它也必须被公平地执行。检察官的角色排除了任何赢和输的观点，其功能不是像民事诉讼带有较大的个人责任性色彩，其所肩负的而是一种公众责任。他们应怀着一种对司法程序正直、严肃、公正的坚固信念而有效执行。” [6] 3. 检察官公益代表人角色贯穿于刑事、民事和行政诉讼领域，成为构建行政公诉的源动力。尽管国外的检察官主要在刑事领域发挥作用，但其从来都没有放弃过在民事、行政领域维护公共利益的功能，民事公诉、行政公诉就是检察官维护被侵害公益的法定形式。尤其是进入现代以来，涉及国家和公共利益的纠纷案件空前地增多，在此背景下，国家本位与社会本位的思潮开始超越个人本位主义的传统思想，体现到民事和行政诉讼环节，个人权利自治的思想开始和公序良俗原则相结合，相应地检察官在维护公益方面的地位和作用开始加强。检察官作为“最高法律秩序和道德的代表者”，在一些国家的民事、行政诉讼领域过去已经发挥作用的，将更加广泛和深入地去保护公共利益，而过去尚未介入民事、行政诉讼中的国家，也开始逐步建立涉及国家利益和公共利益的民事公诉和行政公诉制度。截止目前，世界上很多数国家的法律都有检察机关提起或者参与民事、行政诉讼的条款。例如美国、英国、法国、德国、日本、意大利、俄罗斯、罗马尼亚、保加利亚、波兰、南斯拉夫、阿尔巴尼亚、蒙古、越南、朝鲜、秘鲁、比利时、希腊、瑞典、瑞士、澳大利亚、巴西、阿根廷、芬兰、委内瑞拉、哥斯达黎加、斯里兰卡、布

隆迪、乌干达、突尼斯等国，都在法律或判例中规定有检察机关提起或参与民事、行政诉讼的内容。[7]

二、行政公诉弥补行政诉讼的制度缺陷

行政诉讼的产生在于给民众一个救济渠道，一旦受人民委托从事公共事务的政府反过来侵犯公民合法权益，人民就可以诉诸法院，要求司法对行政违法行为予以审判。这里面存在一个利益的权衡，也是一场力量的博弈。民众可以在多大程度上把行政行为告上法庭，使自己的合法权益得到救济，同时又不影响政府高效有序地履行政府职能。这就产生了行政诉讼的原告资格问题，这一范围的大小体现行政权与司法权利益均衡的结果。如英国行政法最初认为：法院可以驳回“在最早阶段就能看出司法复审申请人根本没有利害关系，或没有足够利害关系的案件”，以便“防止好管闲事者、狂热者和其他恶作剧者的滥用”。[8]法院还认为不对救济进行限制，法院将会被诉讼所淹没，并且“没有个人权利争议的各方当事人也不能把案件的辩论进行的美好”。[9]早期的立法者认为，不对原告资格进行限制的话，那么就会妨碍行政机关的工作，削弱行政效率。[10]这一阶段行政诉讼在原告资格上规定比较严格，“法律上利害关系”理论是这一时期的主流学说，此学说以“权利”是否受到侵害，作为判断个人是否享有排除违法行政请求权的根据。法国行政法通说认为“可以肯定，起诉人与被诉行政行为的利害关系是原告资格的真正内容”。[11]明治时期的日本行政诉讼法将原告资格限定为“由于行政厅的违法处分，其权利受到损害者”。将“权利直接损害”与否作为行政诉讼原告资格的判断标准，其缺陷是十分明显的，尤其不适应民权张扬和公共利益增加的当今社会发展趋势，也忽略了检察

官在国家权力结构中具有公共利益代表人的重要作用。随后，人们逐渐认识到作为公法的行政法“倘若限制公民在权利受到侵害时才起诉，不仅混淆公法关系和私法关系的性质，而且过分束缚法院对公共机构违法行为的监督，不符合现代行政法之发展趋势”。[12]英国法官也认识到“法律必须设法给没有利害关系或没有直接利害关系的居民找到一个位置，以便防止政府内部的不法行为，否则没有人能有资格反对这种不法行为”。[13]于是，1977年英国最高法院规则在修改后的第53号命令第3条规则第5款中规定申请司法审查的起诉资格如下：“申请司法审查必须根据法院的规则得到高等法院的同意。高等法院不能同意，除非法院认为申请人对于申诉事项具有足够的利益。”[14]这个规定代表着“利益受到影响”标准开始在行政诉讼中萌芽并逐渐站稳脚跟。美国、日本等国家也相继做出调整，美国“行政法上的任何方面都没有有关原告资格方面的法律变化迅速。在最近几年，原告资格的栏杆大大降低了。在过去的十年中，过去通行的严格限制原告资格的观念让位了，代之而起的是正在发展中的观念日益频繁地打开了司法复审行政行为的大门”，[15]根据国会法律，原告资格标准为原告须受到侵害或不利影响，即原告须为利害关系当事人。美国法院通过解释宪法和法律，通过裁决争端，形成自己的原告资格规则。原告资格的标准是受不利之影响，即以“利益范围”为标准。根据该标准，“当事人的利益，不需要是法律特别规定或特别保护的利益，只要有可能主张处于法律规定的或调整的利益范围之内，在这种利益受到侵害时，就可请求司法保护。[16]这种调整使得过去和违法行为没有直接利害关系的公民、非政

府组织、检察官开始有权提起诉讼，原来的那种行政诉讼受案范围过于狭隘、原告资格限制过严的局面得到改善，没有直接利害关系人的公共利益开始走入行政诉讼救济的视野。行政公诉制度从无到有，从弱小到壮大，从个别到普及，这一发展历程显示出来公民对公共利益保护的觉醒，弥补了传统行政诉讼中对公共利益受损漠不关心的制度缺陷，使公共利益开始得到公力的有效保护。在西方国家，行政公诉制度十分重要，有的国家甚至是一种启动行政公益诉讼的唯一渠道，有的是一种前置程序，有的则是检察官、公民、非政府组织均可启动行政公益诉讼。在英国，检察总长垄断了对公共利益的保护，民众只有通过向检察总长申请，经过检察总长的同意，才能对侵害公益的违法行为提起诉讼。英国检察总长提起的行政公诉对于公共利益的保护十分宽泛，虽然在1978年的《法院规则》中有这样的规定：“起诉权的验证方法是申请人必须是在与申请有关的问题上有充分利益”，这一看似与以往对原告资格限制并无差异的规定，却由法官对一则案例所作的说明与解释，使得该条款对于英国行政公诉的范围规定大大拓宽了。丹宁法官通过英国国会议员布莱克本先生的案例加以说明：布莱克本先生跑到英国上诉法院说某街区的许多商店都在出售色情读物，而警察局在处理案件中有拖延，出于对其孩子的关心，他欲起诉警察局，要求他们采取行动，而警察局长以其没有充分利益为由反对起诉。但是，丹宁法官认为：“如果公共权力机构犯了误用权力罪，谁可以来法院起诉？布莱克本先生是伦敦市民，他的妻子是纳税人，他的儿子可能因看色情读物而受不良影响，如果没有充分利益，那么，伦敦的任何其他公民也就没有这种利

益，每个有责任感的公民都有权利确保法律得到实施，这本身就是他为确保法律得到实施而要求法院颁发调卷令、训令时的充分利益”。[17]即使是在“私人检察长”制度盛行而导致公民提起行政公益诉讼极为发达的美国，检察官提起行政公诉仍然是极其重要乃至某些法律规定的首要选择。

2007年4月2日美国联邦最高法院以五比四结果对“马萨诸塞等州诉国家环保署案”作出裁决，裁决原告资格成立。此案原告是马萨诸塞州、加州等十余个州政府的检察官，连同“地球之友”、“绿色和平”等十来个环保组织，起诉国家环保署在汽车尾气排放的管制上不作为。联邦最高法院的四位保守派法官的反对意见，也集中在原告的起诉资格上：原告不是直接受伤害者，不具备起诉资格。联邦最高法院的多数意见认定，马萨诸塞州的清洁空气立法和管制，由于联邦环保署的不作为而受到伤害，因此马萨诸塞州是具备起诉资格的。而在20多个原告组织中，只要有一个被认定具备起诉资格，此案就能成立。于是，此案不存在起诉资格的障碍，最高法院作出了对原告有利的裁定，此案的胜诉被称为美国近年重要的对环保问题影响最大的案件。

三、行政公诉重在监督行政权

行政权是国家权力中最具主动性的部分，与公民的关系也最为直接。一切有权力的人都容易滥用权力。随着国家对社会生活的全面介入，公民权利遭受行政权的不法侵害实属难免。面对强大的行政权，若缺少完善的司法救济渠道，对公民合法权利的保护和对行政权滥用的控制都是不可能做到的。因此自自然法思想家以来，以权力制约权力始终被看作监督和控制公权力的一个极其有效的手段。现代国家的检察官作为公共利益代表人介入行政公益诉讼，在更加有

利于公共利益保护的同时，更重要的是，这一制度改变了过去只有个人提出行政诉讼，以个人弱小力量对抗作出违法行政行为的强大政府力量的不对称局面，而由检察官出面作为公力部门对抗政府的违法行政行为，这样去取得的效果将更佳。“检察机关提起行政公诉的根本意义不仅仅在于对法院的监督，而更主要的是在于对政府活动的监督”。[18] 1. 英美法系检察官直接提起行政公诉来强化对行政权的监督。行政公诉在英国也被称为“以公法名义保护私权之诉”，指检察总长为阻止某种违法在别人要求禁止令或宣告令或同时请求这两种救济时而提起的诉讼。根据英国行政法规定：“检察长的职责是保护国家和公共利益，为保护国家和公共利益，检察长有责任代表公共利益监督行政机关的行为并提起诉讼。”如果公共机构超越了议会法律授予它的权力范围，但是没有对任何个人造成损害，也不会立刻发生危害或者造成不可挽回的后果，只有检察官才能代表国家向法院起诉，法律授权给予检察官，以防止该公共当局的越权。“特别救济不仅是为了私人利益，而且是为了公共利益而存在，它是公法制度的核心。检察总长也能按照公共利益的需要行动”。[19] 司法实践中，总检察长有权参加涉及到公共权利和利益并受到颁布训诫令或宣誓保护的行政诉讼案件；检察官参加法院审理有关选举权的案件；总检察长有权参加因公共机构的越权行为而损害公民权益和社会公共利益的行政诉讼案件；总检察长对于公民告发的行政诉讼案件，经核实以后可以授权公民以总检察长的名义提起行政诉讼。美国为了监督行政权又不至于因司法权的滥用而影响行政权，法律规定在不存在行政违法纠纷的时候，国会不能授权任何人提起诉讼，

以决定法律是否违宪或官吏的行为是否越权。但是在出现官吏的违法行为时，为了制止这种违法行为，国会可以授权一个公共官吏，例如检察总长，主张公共利益提起诉讼，这就为美国检察官大量参与涉及公益的行政诉讼奠定了基础。美国行政公诉多以总检察长名义提起，总检察长是美国政府、各州政府的首席法律官员，是联邦政府和州政府机构及立法机关的法律顾问和公共利益的代表。美国法第28卷第518条第2款明确规定：“联邦总检察长可参与争议他认为美国的利益要求他参与以及认为美国感兴趣的任何民事或行政案件。”最高法院判例也确定了一些重要的原则，如“无论什么时候，被指控的行为影响到整个国家利益，涉及到宪法要求关心的国家事务，或涉及到国家有确保全体公民平等权利的义务等，联邦总检察长都有权提起民事、行政甚至刑事诉讼。[20]”这一规定在美国的反欺骗法、反垄断法和环境保护法中都有具体体现，而且制定了相应的规范程序。[21]

2. 大陆法系国家的检察官通过参与行政诉讼、上诉等方式监督违背公益的违法行政行为。尽管德国最早建立行政公诉制度，19世纪末德国巴伐利亚邦于行政法院内设立检察官，负责对政府活动的违法行为提起行政公诉。[22]但在现代德国，检察官直接提起的行政公诉制度演变为检察官参与行政诉讼来实现对行政权的监督。德国《行政法院法》第35条第一款规定：“在联邦行政法院中设有一名检察官，为维护公益，该检察官可以参与在联邦行政法院中的任何诉讼。但不包含纪律惩罚审判庭的案件以及军事审判庭的案件。该联邦行政法院检察官听命于政府。”对于行政法院违背公益的判决，不论原、被告是否同意，参与诉讼的检察官有权径自提起上诉，

要求变更。[23]该法第36条第一款又规定：“根据州政府法规规定的准则，高等行政法院或行政法院内各设一名公益代表人，可一般或就特定案件授权该代表，代表州或州机关。

”德国联邦行政法院的检察官作为公共利益代表人尽管不能提起诉讼，但可以参与诉讼，他们的任务在于维护国家和州的公共利益。到目前为止，德国有巴登-符腾堡州、拜恩州等七个州运用授权设立了公益代表人。[24]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，从法律秩序之维护方面来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，避免因思虑不周致浪费程序；对机关提供各项法律情报与咨询意见。[25]在法国，检察机关有权参与所有的行政诉讼案件，在行政法官对行政案件最后审理、判决前，可先进行一次审查。而且，由于行政法院及行政机关的争议文件都由其转交，检察机关因而得以了解全部行政诉讼案件内情。检察官在行政法院内，有权对诉讼案件的实质性和法律问题进行全面审查，提出自己的独立意见，对判决结果发生重大影响。在权限争议法院，检察官也可以陈述自己意见。[26]3. 以前苏联为代表的社会主义国家检察制度除具备行政公诉权外，对行政行为还拥有最为深入和广泛的一般监督权。这些国家的检察机关定位于法律监督机关，即“列宁所揭示的检察权，其职能是广泛的，是实行包括刑事、民事和行政的全面法律监督……属于一种广泛、普遍的法律监督权”。[27]对行政行为一般监督

权也是社会主义检察制度一大特色，检察机关有权对行政行为合法性实行监督，对违法行为直接向行政机关或其上级机关提出抗议，要求纠正。除了一般监督权外，检察机关参与和监督行政诉讼的范围权力也很大。如前南斯拉夫法律规定：如果某一项行政行为违反法律，检察长有权提起行政争议的诉讼程序，如果检察长发现违宪性或违法性的案件，他有权向南斯拉夫宪法法院提起关于评定合宪性和合法性的诉讼。[28]【注释】[1]杨诚，单民．中外刑事公诉制度[M]．北京：法律出版社，2000：151．[2]日本法务省刑事局．日本检察讲义[M]．北京：中国检察出版社，1981：2．[3]黄东熊．中外检察制度之比较[M]．台北：文物供应社，1986：13．[4]张建伟．检察官应遵守特定的司法礼仪[N]．检察日报，2006-10-20．[5]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[J]．人民检察，2002（5）．[6][加]柯特?T?格雷弗斯，西蒙?N?维登-琼斯．当前刑事诉讼中存在的问题探讨[A]．外国刑事诉讼法探微．北京：法律出版社，2001．[7]参见李忠芳，王开洞．民事检察学[M]．北京：中国检察出版社，1996；郭成伟．外国司法制度概要[M]．南京：江苏人民出版社，2001；杨立新．民事行政检察教程[M]．北京：法律出版社，2002；陈业宏，唐鸣．中外司法制度比较[M]．北京：商务印书馆，2000；陈健民．检察院组织法比较研究[M]．北京：中国检察出版社，1999；张智辉，杨诚．检察官作用于准则比较研究[M]．北京：中国检察出版社，2002等．[8]、[9]、[13]、[19][英]威廉?韦德．行政法[M]．北京：中国大百科全书出版社，1997：379、365、223-224、365、367．[10]、[11]、[12]、[14]王

名扬．法国行政法[M]．北京：中国政法大学出版社，1997：679、679、199、199．[15][美]伯纳德·施瓦茨著．徐炳译．行政法[M]．群众出版社，1986：419．[16]陈泉生，张梓太．宪法与行政法的生态化[M]．北京：法律出版社，2001：330．[17][英]丹宁．法律的训诫[M]．杨百揆等译．北京：法律出版社，1999：130．[18]武乾．试论行政公诉[J]．法学评论，1995（5）．[20]金明焕．比较检察官制度概论[M]．北京：中国检察出版社，1993：278．[21]江伟，刘家辉．美国民事诉讼法[M]．北京：法律出版社，1983：36．[22]清水登．金已澜译．行政法泛论[M]．北京：商务印书馆，1912：16．转引自武乾．试论行政公诉[J]．法学评论，1995（5）．[23]胡建森．十国行政法比较研究[M]．北京：中国政法大学出版社，1993：223．[24][德]弗里德赫尔穆·胡芬．行政诉讼法[M]．莫光华译．北京：法律出版社，2003：53．[25]蔡志方．行政救济与行政法学（三）[M]．学林文化事业有限公司，1998：553．[26]徐德刚．宪政视野下的行政检察监督制度论析[J]．湖南科技大学学报(社会科学版)，2006（9）．[27]孙谦．检察论丛[M]．北京：法律出版社，2004：70．[28]潘汉典译．南斯拉夫检察制度[J]．法学译丛，1979(2)．100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com