

论嵌入行政发包制中的行政公益诉讼

——重塑地方治理的理想选择

梁鸿飞¹

【摘要】行政发包制是我国基于客观情况而不得不采用的治理形式。只不过,行政发包制会衍生出难以克服的负作用,地方政府及行政主官为了完成可量化的核心考核指标并向上发出信号往往会逾越轨范、不择手段,因此形成了“治丝益棼”的地方治理困局,而行政体系内的监督和约束方式又无法切实地起到矫正效用。行政公益诉讼借由检察机关按照行政区划设置的层级结构与法律监督的权能属性,可以嵌入到行政发包制之中,对于克服其负作用而言,可谓是“对症下药”。但是,由于检察机关受到行政发包制的反向裹挟,行政公益诉讼的实施样态与理想期待相去甚远。推求理想模式的行政公益诉讼,应当破除横向组织环境对检察机关的吸附和掣肘,并修订统一作业的实施规则和计划。

【关键词】行政发包制 地方治理 检察机关 法律监督

【中图分类号】D915.1 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1006-7426[2021]04-082-020

中央政府具有改造社会的宏大愿景与统一理论体系,自新中国建立至今孜孜不倦地求索创新,才渐次开凿出现代化的国家面貌。但是,由于我国的领土广袤、人口众多以及历史上形成的区域差异、文化差异以及经济差异等,使得国家治理规模庞大与国家治理负荷沉重^[1]。

基于有效治理与减轻中央治理负荷之考虑,在治理形式上不得不选择按照属地原则逐级发包的行政发包制。其具体特征表现为:第一,作为承包方的地方政府享有大量的自由裁量权,甚至是实际控制权;第二,在财政和预算安排上,地方政府承担相当程度上的自我筹资任务,具有财政或预算包干的色彩,从而对地方政府也形成了一定的财政激励机制;第三,在内部控制和绩效考核方面,地方政府面临结果导向的问责与考核,程序和法理的约束相对较少^[2]。

遵循法律规则、尊重私人权利、讲求程序控制乃是行政发包制的弱点和盲区。所以,当行政发包制与政治锦标赛相结合时,地方政府及其行政主官为了完成可量化的核心考核指标并向上发出信号往往会不择手段,偏离中央政策、选择性执法、圈地强拆等行政违法行为已屡见不鲜,在食品药品安全、自然资源与生态环境保护、安全生产等方面更是酿就了“治丝益棼”的地方治理困局。

为了破解地方治理困局,克服行政发包制的负作用,立法机关设置了行政公益诉讼制度,由此开启了行政的外部监督。在制度设计上,选由作为国家法律监督机关的检察机关掌控诉讼阀门,一方面检察机关基本上按照行政区划层层设置。

另一方面,行政公益诉讼属于客观诉讼,诉讼基调应始终是维护法律秩序的圆满和安定。就此而论,可以说,行政公益诉讼借由检察机关的层级结构与法律监督的权能属性嵌入到行政发包制之中,对于克服其负作用而言,可谓是“对症下药”。

¹**作者简介:**梁鸿飞,南京师范大学法学院博士后研究人员,南京信息工程大学法政学院讲师。

基金项目:中国博士后科学基金第67批面上资助项目(2020M671529)

值得关注的议题在于:行政发包制的负作用如何转化为类型化的行政违法?行政公益诉讼嵌入行政发包制的机理及治理进路是什么?行政公益诉讼的实施样态及现实成因是什么?如何将行政公益诉讼推求至理想模式?对于上述议题,本文将依次展开讨论。

一、行政发包制的负作用及法律解码

(一)政策变形:地方化的“俘虏”剧本

美国学者斯图尔特认为,在执行宽泛的立法指令时,行政机关被赋予了自由裁量权,它会不公正地偏向有组织的利益,受到其管理职责范围内的商业企业的全面系统的控制,有时则是被他们收买^[3]。这就是所谓的“俘虏”剧本。

我国的行政发包制同样会催生出地方化的“俘虏”剧本。在行政发包制模式下,地方政府对于中央政策的执行享有大量的自由裁量权,甚至是实际控制权,在解释与细化中央政策时往往会加入自己的利益和算计或是被当地的企业和精英集团捕获^[4],使得中央政策在具体实施时已然严重变形。

譬如,过往的新农村建设政策,这项中央政策的本意在于提升乡村文明程度,改善农民生活水平。然而,在一些地方政府的执行过程中蜕变为征收农村集体土地,以获取和储备建设用地^[5]。

再譬如,乡村振兴政策,这项中央政策的本意在于提升农村综合生产能力,拓宽农民增收渠道,以及缩小城乡之间的生活水平和公共服务差距。然而,经由地方政府的解释与细化,乡村振兴政策被重新塑造为具体化的“合村并居”政策。地方政府通过“合村并居”政策强制拆迁农民住房,从而将节约出的宅基地复垦为耕地,按照耕地占补平衡的要求,可以换取城市建设用地指标,增加土地财政收入^[6]。

新农村建设政策与乡村振兴政策乃是中央政府部署的社会改造计划,同时也是赋予弱势群体的福利与特权,但经由地方政府的解释与细化,反而使得这些弱势群体的住房权与财产权成为被支配与限制的客体。

进一步从法律视角来分析,对于行政征收,《土地管理法》第四十五条与《民法典》第二百四十三条¹皆规定应当以“公共利益的需要”为前提。地方政府在执行新农村建设政策或乡村振兴政策时,如是基于现实需要以更有效率地改善农村居民住房环境而实施征收则无可指摘,但基于增加财政收益之目的开展征收,则与“公共利益的需要”的内容无法契合。

须知,公共利益不仅是一项由行政机关在法定范围内解释的抽象概念,更是一项指引行政活动的法律原则。地方政府所实施的行政征收与“公共利益的需要”的内容无法契合就意味着违背了这一法律原则。

而且,地方政府借以抽象的法律原则或规范概念掩饰行政活动的实质目的,这不仅仅是行政违法的问题,长远地看,更会支解法律并增加其不确定性^[7]。因此,可以看到,过往十余年学界一直在探讨与研究如何缩减公共利益的解释空间以束缚地方政府的行政征收。

地方政府除了会借助中央政策的细化与实施注入自己的意愿或利益,同样会将一些执法活动转换为维护地方利益的武器。譬如,各省对于违规虚假广告的治理案例,其中外省企业的广告占了 90%以上,所谓的处罚虚假广告其实就是变相地保护本地企业和官员的利益^[8]。

从法律角度来解读,这种选择性执法不仅违背了行政法的平等原则,构成了“行政权的恣意”^[9],而且也难以实现法律规定的行政目标。在域外比较成熟的法治国家也存有选择执法的现象。譬如美国,基于立法理念过于理想化,法律规定往往有些过头,因

此需要执法官员结合现实将之调适到切合实际的程度,那么不完全执行法律的现象,也即选择性执法现象不可避免^[10]。

为了防范执法官员滥用行政裁量,一般可通过行政规则与行政计划的制定,以及公开政策的声明将法律调适到切合实际的程度,从而压缩执法官员逐案决定的空间。

就我国而言,地方政府主导的选择性执法本身是因为财政分成与政治锦标赛激励所致,具有地方保护这一明显的目的指向,这种非正式的组织现象导致无法通过制定行政规则、行政计划以及公共政策来限定与建构行政裁量²。

相反,不少专断与违法的行政活动就首先起源于这些限定与建构行政裁量的工具。即使上级行政机关制定了合理的行政规则、行政计划以及公共政策,在地方政府的实际控制权隔绝下,它们或是被片面化、扭曲性地实施,或是被束之高阁,弃而不用。所谓“行政自制”原则并没有形成与实践的空间。

因此,过往行政法学者试图通过行政规则涵括与订立合理的行政裁量基准以限缩行政裁量,并增加法条的操作性,这种学理上的精密构建如同古典自然法学家们对社会契约论的美好想象一般,在实践的考察与检验中就成了空中楼阁。

(二)行政不作为:系列性违法的必然选择

周黎安认为,政治锦标赛乃是与行政发包制相配套的激励机制,它是同一级别的政府官员为了获得政治晋升而相互竞争的博弈,竞赛优胜的标准往往是可以量化的经济增长率,所以GDP成为地方行政官员最为关切的指标^[11]。

可以看到,经济发展往往乃是地方政府及其行政主官的工作重心,普遍流行的招商引资活动经久不息。而环境保护、安全生产、食品安全等属于发包程度高而横向竞争程度低的政府事务,没有反映在官员绩效考核的核心指标上,从而导致资源配置严重扭曲的情况^[12]。简单地说,在行政资源有限的情况下,环境保护、安全生产、食品安全等领域的治理被地方政府消极待之。

事实上,注重GDP增量的政治锦标赛与行政发包制内含的财政激励机制两者之间存有正向关联的互动。一方面,唯有经济发展,GDP增量提升,财政收入才会充盈。同样,只有财政充盈,政府才有资源投入到城市经营之中,供给公共基础设施,从而在招商引资等方面取得优势,反过来促进经济的发展与GDP增量的提升。

这两种激励机制相互配合、相互强化,导致地方政府及其行政主官对有关经济发展与财政收入的事项全情投入,甚至不择手段。譬如,2018年的鸿茅药酒事件,仅仅因为一篇批评药酒功效的网络文章,竟可以引致凉城警方奔走千里,实施跨省抓捕,足以可见地方政府对经济事项的重视度、敏感度。

在“以经济发展为重心”的基调下,地方政府所属的各行政职能部门俱要统一认识,主动投入其中,扫清各类障碍,逾越越轨也在所不惜。而且,在统一基调下,行政职能部门做出的各式违法行为往往表现出接续性、连贯性的特征,从而有效率实现地方政府的部署安排。

环境保护、安全生产、食品安全等领域的治理困局,并非仅仅是地方政府消极待之或是资源配置严重扭曲的结果,而是其为了追求GDP增量和提升财政收入不择手段、超越法度的必然结果,消极对待乃是其延续性的态度表达而已。或是说,对于地方政府,并不具有使之矫正自己一系列行政违法而又妨碍其经济利益的期待可能性。

从法律视角做进一步的分析,由于各类规制事项的复合关联与行政的专业化分工,对于任何一个行政监管对象,往往存有数个行政主体或数个行政事项的互动关联,共同组成一道复杂交错的行政过程。譬如,一座化工厂的建设大致需要经历以下流程:经济行政部门审批→规划部门选址→环保部门环境影响评价批复→国土部门土地出让→规划部门建设用地规划许可与工程规划许

可。

日本学者盐野宏认为,行政过程是复数的行为形式的结合乃至连锁而构成,但它并不单纯以抽象的形式而存在,每个行政过程都是制定法所创立的法体系的实现过程,具有特别的意义和内容^[13]。我国行政的复杂性在于,在地方政府的决策及统一安排下,程序意义上的行政过程的确存在,但每一个节点或是行为形式都可能连续性溢出法律框架之外,最后在行政过程的结果积淀出不可逆的事故。

可以说,涉及的地方经济利益愈大,牵扯的行政事项愈多,行政违法的风险也随之攀升,对法律秩序的震荡与破坏则愈剧烈,最终酿成的损害愈加不可估量。天津港“8·12”特别重大火灾爆炸事故即为典型事例。根据中央政府的事故调查报告可以发现,从严重违反城市规划到违法授予各类行政许可,再到违法审核项目以及项目竣工环境保护验收,最后是诸多事项的行政监管失败,其间牵扯交通运输、城市规划、海关系统、环境保护、安全生产监督、行政审批等数个行政职能部门相互衔接、统一行动。

从这一事故还可以发现,地方政府给定的基调一旦导入行政过程的轨道,任何羁束行为都可以被转换为决定裁量与选择裁量。譬如,依据《港口法》第二十二条第2款之规定,天津市交通运输委员会应当将核发给瑞海公司的《港口经营许可证》向社会公开,接受监督。但是,天津市交通运输委员会并未予以公开,实质上也就是将法律条款中的“应当”变造为“可以”,将羁束行为变造为决定裁量。

再譬如,依据《建设项目竣工环境保护验收管理办法》第十五条第3款之规定,天津市滨海新区行政审批局对瑞海公司的危险货物堆场改造项目竣工组织环境保护验收应当在设计单位、施工单位、环境保护验收监测报告编制单位共同参与的情况下进行,但其在上述单位都未参与的情况下依然组织通过了验收。

也就是说,对于建设项目竣工环境保护验收,是否组织法定要求的单位参与其中,完全在天津市滨海新区行政审批局的自主选择范畴之内。实质上,天津市滨海新区行政审批局乃是将《建设项目竣工环境保护验收管理办法》第十五条第3款中的羁束行为变为选择裁量。³

(三)行政乱作为:一刀切政策的泛滥

地方政府的不作为与乱作为犹如一对“双生子”,见诸各类新闻报道之中。所谓不作为乃是地方政府在政治锦标赛与财政分成体制的双重激励下所做出的一系列违法行为的必然态度选择。而地方政府的乱作为其背后也有着对应的激励因素以及行政违法构成。具体来说,乱作为主要可以分为三种类型。

第一种,应付上级政府及其行政职能部门考核检查的乱作为。在行政发包制模式中,中央政府(委托方与发包方)拥有政策制定与组织设计的最终权威,基层政府(代理方)有责任执行与落实国家政策,省市县政府(管理方与承包方)基于中央政府的授权承担监管职责,督促管理下属基层政府有效地执行国家政策^[14]。

一般而言,当委托方即将验收某个领域的发包任务之时,政治压力即开始层层传导,管理方与承包方在其行政属地范围内进行政治动员与问题聚焦,最终在代理方层面汇聚形成高强度的运动型治理。问题在于,一旦运动型治理机器开启,在高度动员、高度运转的轨道中,极易导致基层官员失控,为开脱责任滥用权力,而且动员力度愈强,偏离趋势愈大^[15]。

譬如,山东省临沂市政府为了应对大气污染治理的考核问责,开始了自上而下运动型治理,临沂市兰山区政府强制餐饮企业停业整顿,蒙阴县政府则用封条将普通民众用于日常生活的灶台进行贴封,禁止使用。

从法律角度来解读,基于治理大气污染的行政目标,政府强制餐饮企业一律停业属于裁量的怠惰,即基于不符合授权目的因

素所为消极性的裁量,也是消极性的裁量滥用^[16]。而政府用封条贴封居民灶台的行为则是没有授权基础,违反了法律保留原则。

第二种,社会治理“创新”的乱作为。在行政发包制模式中,地方政府除了要完成上级政府发包的各项任务之外,还要承担治安维护、交通管理等方面的基本任务。对于这些基本任务,地方政府时常会制定创新性的公共政策予以实施,进而出现乱作为的现象。

推知其因,一方面,地方政府及其行政主官旨在用所谓的“创新”及其成果向上发出信号,另一方面也是为了节约行政成本,提升治理效率。譬如,各地方政府以缓解交通压力、优化城市环境为由制定的“禁摩”政策,不仅限制行政机关发放摩托车牌照许可,而且在市域范围内禁止摩托车通行。

从法律角度来解读,禁止摩托车在市域范围内通行在事实效力上乃是废止了已经做出的行政许可。而每一个行政许可之决定也即意味着创设了一个具体性的法律秩序^[17],如此大规模地废止行政许可实际上是破坏了国家法律秩序的安定性。

再者,即使在客观上存在交通管理的成本压力,那么政府也应当采用指导性、激励性的行政方式予以解决,对摩托车的使用一禁了之,属于消极性的裁量滥用。按照行政法的一般理论,公共政策本是建构裁量的方式之一^[18],但是在行政发包制的模式下,它却成为地方政府滥用裁量的工具之一。

第三种,保护地方利益的乱作为。行政逐级发包与属地管理一直是高度合一的,从而勾勒出较为明晰的属地责任和利益边界,引入政治锦标赛后,行政主官的晋升利益与属地责任、地方利益紧密捆绑,更是将之进一步强化^[19]。所以,地方政府及其行政主官不仅会整合与调动属地内的权力与资源,促进地方利益 4 的实现,对属地外的竞争性利益或可能的不利影响亦防范甚深。

这种过度敏感的防范态势不仅体现在选择性执法等方面,在面对全国性的突发事件时,更会激起行政乱作为。譬如,在 2020 年新冠肺炎疫情期间,无锡市政府制定的“劝返”政策。该政策对广东、浙江、湖南等疫情重于江苏的七个省份的外来务工人员要求暂缓来锡,对擅自来锡者实施“劝返”,若不服从“劝返”则“严肃处理”。

从法律角度来解读,“劝返”政策表见上乃具有行政指导之外观,但其中“严肃处理”的后果设置实质上已经带有恐吓之意味,因此所谓“劝返”及行政指导之外观只不过是行政越权提供掩饰而已^[20]。

具体来说,虽然《突发事件应对法》第四十九条赋予了地方政府在公共卫生事件发生后可采取包括交通管制在内的多项控制措施,但禁止特定省份的公民进入属地明显超越了法律的授权目的和授权范围,已非选择裁量的不尽合理所能涵盖,已然属于裁量的逾越,抵触了法律优越原则。而且,禁止特定省份的公民进入属地既有违行政法上的平等原则,亦有裁量怠惰之成分。

二、行政公益诉讼的嵌入机理及治理进路

(一) 外部监督的启动与国家化掌控

过往至今,中央政府试图通过三种方式克服行政发包制的负作用,以改观地方治理局面。第一种方式,对行政职能部门实行垂直管理。在 2000 年,为了解决地方政府监管不力以及地方保护主义的困扰,中央政府决定将食品药品安全、工商、质检等行政职能部门实行省以下垂直管理,但是这并没有带来自动严格的规则、程序和细节化管理以及长期的监管努力,及至 2008 年这些行政职能部门又回归于“属地发包管理”^[21]。

究其因由,一方面,地方政府仍然掌控行政区域内的信息、人员、执法等监管资源,垂直行政职能部门在行政过程中很难独立地有所作为,很大程度上还是要服从地方政府主导的行政节奏。另一方面,即使实施垂直化管理,这些行政职能部门与地方政府依

然共同归属于行政系统,有着天然的共享经验与组织认同,而且面对上级政府及其对应的行政职能部门的考核与检查,还具有共同的利益联结^[22],这就为两者的“共谋”提供了优越的环境条件。因此,在行政发包制基本结构不变的情况下,试图通过行政内部的调整强化行政监管力度无异于缘木求鱼。第二种方式,设置政治淘汰赛。

政治淘汰赛是在环境保护、安全生产以及社会维稳等领域对地方政府的行政主官实施一票否决式的考核,被否决的行政主官将自动失去晋升的资格^[23]。然而,在实践中,政治淘汰赛的激励强度远不如政治锦标赛,地方政府的行政主官往往愿意冒着输掉政治淘汰赛的风险去追逐政治锦标赛的胜出。

因此,各地方的环境污染问题始终拂之不去,安全生产事故依旧居高不下。第三种方式,设置制约地方政府决定的行政程序。在2019年,中央政府颁行了《重大行政决策程序暂行条例》,规定地方政府的重大行政决策须经由公众参与、专家论证、风险评估以及合法性审查等程序之后才能正式做出、付诸实施。

重大行政决策程序实际上构设了一条微观的行政过程,可以强化行政决定的程序性控制,其中含有的终身责任追究及责任倒查机制也增加了“政治淘汰赛”的激励强度,由此在一定程度上能够抑制地方政府乱作为的冲动。

不过,经由笔者调研发现,由于重大行政决策程序仍然是在行政系统内流转,往往是在地方政府的行政主官定下基调、做出决定之后,再由司法行政机关补充公众参与、专家论证、风险评估以及合法性审查的程序材料,从而将应有的程序控制功能虚置。

可以看到,对于消除行政发包制的负作用,在行政系统内做文章始终无法奏效,因此开启外部监督殊为重要。立法机关于2015年开始铺设行政公益诉讼,以期通过启动司法之轮以有效监督行政,消解地方治理困局。只不过,在制度设计上,诉讼阀门完全由检察机关掌控,因此有学者将之称为公益诉讼的“国家化”^[24]。推知其因,可归为以下三点。

第一,社会自治组织及制约力量阙如。美国乃是行政公益诉讼的发源地,其之所以能够迅速发展成型且可以有效地监督与制约行政机关,一方面是因为法院系统将传统模式中的诉讼资格、案件成熟度、司法管辖范围等限制予以松绑^[25],打破了法律技术上的壁垒。

另一方面则是因为成熟的市民社会已然生成了诸多社会自治组织,这些社会组织能够有效地动员社会力量并构建起初步的利益代表框架,诸如美国公民自由联盟、全美有色人种促进会、塞拉俱乐部等团体组织已经具有了一定的组织能力与诉讼经验^[26]。其间,还有私人公益法律事务所、法律诊所等机构参与襄助^[27]。也就是说,美国社会自治组织具有担纲行政公益诉讼发起人的能力资源与环境条件。

在我国,国家在社会生活中扮演了强势引导者的角色,通过各种正式组织将民众纳入其各类的组织网络中,从而有效地垄断了社会动员的资源^[28]。因此,具有一定组织力量的社会组织通常是行政机关的分支。

譬如,各地的消费者协会一般是在市场监管行政部门的管理之下。赋权行政机关的分支反过来监督与制约行政机关自然是不切实际的。那么,选由作为国家法律监督机关的检察机关掌控行政公益诉讼的阀门无疑较为妥当。

第二,政策实施型司法的信息输入保证。按照达玛什卡的理解,美国属于“协作型”国家,并没有统一的公益理论体系与改造社会之愿景,行政公益诉讼在缘起之初就是以私人权益为诉讼起点,或是将私人权益与公共利益相混同,并非是纯粹地维护立法政策或公共利益。

而我国乃是“能动型”国家,自宪法序言始就布满了改造社会的宏观愿景与基本国策。司法程序被设置为国家政策的实施渠道。“如果把政府视为一个社会的总管,那么司法活动就必须致力于贯彻国家的纲领、执行国家的政策”^[29]。

从实质上讲,铺设行政公益诉讼制度之目的乃是通过矫正地方政府的各式行政违法以修复与整合法律秩序,从而推助国家政策的统一实施,消解地方治理困局。因此,行政公益诉讼的阀门理应交由专门的官方“发起人”(promoter),由他识别理应启动司法机制加以处理的问题,并决定案件输入到司法系统中的最优频率,而容不得私人组织的“瞎搅和”^[30]。因此,可以说,选由检察机关掌控行政公益诉讼的阀门乃是保证诉讼节奏与诉讼主题恰如其分的理想选择。

第三,域外行政公益诉讼的经验教训。根据美国行政公益诉讼的实践经验,由于原告专业知识的缺乏且执念过深,往往会打乱行政机关的专业化部署或延宕其实施进程,对公益保护反而起到负面作用^[31]。譬如,在环保领域,诉讼原告赋予了“污染”以道德邪恶的修辞意义,强烈地反对排污交易政策,最终反而无助于环境质量的改善^[32]。

此外,商业利益代表可能为了对抗竞争对手而诉诸《虚假陈述法》,或者私人团体组织也可能是完全为了自己的经济利益提起诉讼,他们无视诉讼的公共重要性,同时还可能排除了其他人再提起诉讼的机会权利^[33]。

回归于我国的语境,检察机关作为国家法律监督机关,既具有专业的法律知识与丰富的诉讼经验,又不存有追求经济利益的动机。因此,检察机关提起行政公益诉讼一般不会打乱或延宕行政机关的专业化部署,更不会无视诉讼的公共重要性。相反,对于各式行政违法的法律理解,检察机关具有私人组织无可比拟的天然优势。无疑,这也是选由检察机关担纲行政公益诉讼职权的重要因素之一。

有学者认为,检察机关以行政化的方式推行行政公益诉讼,在自上而下的政治压力下,检察机关在试点期间即交出了一份相当完美的“答卷”,但如此表现一来存在数据失真的可能,二来也不见得符合公益诉讼的客观规律^[34]。事实上,这是行政公益诉讼的组织实施问题,而并非是诉讼主体的选择问题。

(二)层级对应式的嵌入与有效信息的保证

自古以来,我国治理规模就颇为庞大,行政发包制亦历史悠远。黄仁宇先生认为,在以明朝为典范的帝国官僚政治时代,数目字管理始终未有成熟,诸如交通通讯、分析统计、调查研究、控制金融等技术手段更为缺乏,国家中枢建立在暧昧含糊的基础之上,各级地方政府也没有足以应付环境变化的实际能力^[35]。

简单地讲,整个行政系统无法对各类信息进行收集、统计、运算及更新,并将之作为各项政策法规的基准参数。在这种情形下,行政发包制仅仅是以人事权为后盾,通过内容不确定的“责任”进行上下之间的连接,国家治理的手段、能力与国家治理规模极不成比例。因此,国家对外采取相对封闭的非竞争性策略,对内则保持“政不下县”的传统。

就数目字管理的各项技术手段而言,我国已然迈向了现代化国家。一方面,电子设施的发展,尤其是互联网技术的普及应用使得数目字管理的各项技术变得更加简捷;另一方面,数目字管理已然被运用到国家治理以及考核评价的方方面面,甚至地方政府的法治建设也可以转化为多维度的数字评价。因此,行政发包制的内容要求与考核标准更加清楚确切,也更具有操作性,国家可以在经济与社会发展中扮演更为积极主导的角色。

然而,周雪光认为,数目字管理的各项技术的成型与普及虽然能够缓解国家治理规模的压力,但是不能自行解决治理中的实质问题。第一,技术手段仍是由人控制的,同一种信息可能有着可作多种解释的模糊性,这就给予地方政府操纵信息的空间罅隙;第二,技术手段也是一把双刃剑,它一方面有助于上级部门推行落实其政策指令,另一方面又给使用技术的下级部门提供了新的谈判筹码,使得治理过程有了更大的不确定性;第三,伴随数目字管理而来的可能是各种僵化的标准,从而降低治理的有效性^[36]。

因此,可以看到,虚报瞒报、共谋现象、一刀切政策等在各省各地屡见不鲜,亦屡禁不止。正如同逻辑工具不能自行对法律条文进行解释或对具体情形进行分类^[37],数目字管理的技术也不能自行消除行政发包制的负作用。相反,在行政发包制模式下,地方

政府可以操纵、滥用数目字管理的技术手段实施共谋, 应对上级政府的考核检查。

再进一步分析, 无论数目字管理的技术手段如何简捷, 各类信息仍旧还是通过行政系统进行收集与流通。在行政发包制模式下, 地方政府被按照属地发包的原则形塑成块状相叠的结构, 再加之规模庞大的等级化行政官僚体制和漫长的管理链条充于其中, 导致信息流动的困难, 由此也形成了上下级政府之间存有信息不对称的格局^[38]。

有人甚至认为, 将数字信息治理技术嵌入传统行政官僚体制的做法, 反而催生和强化了数据孤岛问题^[39]。因此, 中央政府纵然能够使用数目字管理的技术手段为各项政策法令提供准确的基准参数, 但在动态实施的过程中着实难以再用它有效地监督地方政府。

而且, 也只有作为最高委托人的中央政府有充分的激励监督下级, 对于中央政府以下的多层级监督者, 因为信息不对称, 其监督激励效应依次递减^[40]。所以, 权力越是下放到基层, 监督越是困难, 权力被滥用的威胁也就越大。反言之, 如果信息很容易被获得, 那么统治者可以把权力下放而不必担心权力滥用问题^[41]。就此而言, 开启由检察机关掌控阀门的行政公益诉讼制度无疑是“对症下药”。

首先, 检察机关一般是按照行政区划层层设置, 嵌入于各行政区域之中, 对于同级政府的各项活动信息可以即时获取, 对于各式行政违法的法律监督也可以就地开展。其次, 检察系统不同于地方政府是按照法律监督的需要被形塑成条形结构, 因而信息流通较为顺畅。最后, 根据宪制框架的选择, 检察机关属于专门的法律监督机关, 其核心职能就是监督和纠正违法, 维护国家法制统一, 在其系统内不应当存有监督激励依次递减之诱发因素。

在理想模式下, 当检察机关被赋予行政公益诉讼职权, 即等同于将行政公益诉讼嵌入行政发包制之中。一方面, 从制度逻辑上说, 监督和诉讼两者之间存在着内在的联系, 都具有维护法制的作用, 而诉讼是监督的主要手段^[42]。因此, 行政公益诉讼权乃是法律监督的手段类型扩展。

进一步说, 它是行政法律监督将行政发包制中的各式行政违法导向实质司法审查的程序桥梁。另一方面, 检察机关按照行政区划层层设置的条形结构使得信息获取的即时性与有效性能够得到保证, 同时基于法律监督的权能属性也不会存有监督激励依次递减之问题, 从而可以为行政公益诉讼的运转提供充分准确的事实参数。

另外, 在行政发包制中, 对于各式行政违法, 无论是矫正力度还是矫正的精准性, 行政公益诉讼都可输出最佳的方案。另外, 行政发包制会衍生出负作用的主要原因在于, 地方政府享有大量的自由裁量权, 而又缺乏程序控制与法理约束, 行政公益诉讼的实施旨在通过矫正各式行政违法修复法律秩序, 并借由逐案演进之势使自由裁量转换为合法的义务裁量, 其实质正是恢复法理约束与程序控制。如果说政治锦标赛是嵌入行政发包制中的政治激励制度, 那么行政公益诉讼则是嵌入行政发包制中的法律监督制度。

(三) 逻辑法条主义的解码与法律秩序的整合

第一, 拘束性行政计划的违法矫正。无论是中央政府的改造社会政策, 还是地方政府在此基础上自主制定的具体实施政策, 从行政法理论来说, 两者均属于行政计划, 并且形成了上位计划与下位计划的关系。行政计划是指预先确定的目标及有关必要实现手段的主观设计, 具有目标设定性和手段综合性^[43]。

在行政发包制模式下, 对地方政府的下位行政计划进行行政法律监督, 检察机关应从两个方面进行考量。一方面, 检察机关得观察下位行政计划与上位行政计划是否在法律框架内有效衔接, 这乃是法律上的统一性保证。另一方面, 检察机关应当立足于行政计划中目标与手段关系, 借助比例原则考量其合法性。

在此,以前文提及的新农村建设和乡村振兴政策为例予以说明。新农村建设和乡村振兴政策乃是上位计划,地方政府在制定具体性实施的下位计划过程中基于财政利益的考虑而嵌入了行政征收手段,从而具有拘束公民权益的效果,也即拘束性行政计划。对此,检察机关启动行政法律监督介入其中,将之导入行政公益诉讼程序,应做两个方面的法律理解。

一方面,地方政府的行政计划实质目的已然指向财政利益,透过公共利益原则这一棱镜所映射出的法律框架,已然无法与上位行政计划相吻合,而且就政策裁量的判断因素而言,亦有裁量滥用之成分。另一方面,地方政府基于财政利益的考虑,将行政征收作为行政计划的手段,原有的保障公民住房权的行政目标与行政手段已经脱钩,违反了比例原则中的妥当性子原则。

第二,行政过程性规制的法律秩序守护。行政过程既是基于职能分工而自然演绎出的行政规律,亦具有程序性控制的意义。问题是,在行政发包制模式下,由于地方政府对行政过程的基调输入与绝对控制,任何羁束行为都可以被转换为决定裁量与选择裁量,从而导致行政过程的活动轨迹逾越法律框架,蜕变成系列性的行政违法。其间,行政法律关系构造因此更加混沌不清。

将行政公益诉讼嵌入行政发包制之中,在理想模式下,检察机关应当以现实的行政过程为监督对象,通过对现实行政过程的考察,分析其中的各种行为的合法性,并着眼于行政过程中各行为之间以及单一行为的各阶段之间的关联,对整体行政过程进行全面、动态的考察,准确地解码各阶段行政活动的法律构造^[44]。

由之,行政公益诉讼犹如一台高度精密机床,能够输出修复与整合法律秩序的司法产品。同时,检察机关以行政过程为监督对象,事实上就形成了行政过程性规制的监督模式,行政公益诉讼乃是通过行政过程的节点性控制规范其未来走向。从这层意义上讲,行政公益诉讼也算是从外部恢复了行政过程的程序性控制的意义,极大压缩了地方政府主导行政过程的自由空间。

第三,介入行政裁量的越权及滥权矫正。一般而言,错误、违法的行政裁量运用往往体现在个案之中,而公共政策乃是建构裁量的重要工具之一,旨在澄清政府活动的目的并使其条理化,并且能够缩小行政机关及其职员对法律规范的了解与局外人可以了解的内容之间的差距^[45]。

在行政发包制模式下,地方政府却是通过制定公共政策将错误、违法的行政裁量规范为统一行动,以保护狭隘的地方利益,或是短期内有效率地完成某个专项治理任务。这类公共政策实质上是伴有行政裁量运用的行政决定。

就行政法律监督方法而言,检察机关得借助行政裁量理论及行政法原则介入其中进行合法性考量。对于选择性执法政策,检察机关介入其中,应当论证其一是违背了平等原则,二是违背了比例原则中的妥当性子原则,从而发起确认之诉与义务之诉。

对于各式“一刀切”政策,它们的共同违法属性在于裁量怠惰,即不符合授权目的的因素所为的消极性裁量滥用。除此之外,还需对应不同的情形分类提取与标识行政违法因素。

具体而言,应付上级考核检查的“一刀切”政策往往是地方政府对监管事项采取应急措施的行政决定,如果这些应急措施没有遵守授权基础,就违反了法律保留原则,检察机关应当发起撤销之诉或确认之诉。社会治理“创新”的“一刀切”政策乃是地方政府为了追求某一行行政目标而不惜破坏法律秩序安定的行政决定。

对此,私人发起的行政诉讼应诉诸信赖保护原则,而检察机关发起的行政公益诉讼则应诉诸比例原则中的必要性子原则或均衡性子原则,请求法院撤销行政决定。保护地方利益的“一刀切”政策通常表现为地方政府做出的逾越裁量限度的行政决定,检察机关应当诉诸法律优越原则以发起撤销之诉。

当然,公共政策的违法性构成并非定式,关键在于提取与标识其中的行政违法因素。进而,通过判例的积累与演进承载起整合法律秩序的功能。进一步讲,行政公益诉讼并不在于通过数量庞大的个案在全国各地点状式救济所谓的公益损害,而在于嵌入行

政发包制之中,通过逐案啃食、逐案演进为行政决定尤其是行政裁量的运用提供指引、规则、界碑。

三、行政公益诉讼的实施样态及成因分析

(一)逸脱法律监督原则的行政公益诉讼实施样态

首先,目标函数被替代为利益救济,抽象的法律秩序反而更加模糊。对于行政公益诉讼的实施,检察机关的聚焦点仅仅为具体关涉之利益,诉讼的主观意义浓厚,指向法律秩序修复与整合的客观属性则模糊不清、遁于无形。在司法实践中,主要可分为三类:

第一类,将行政规则与法律规范相并列混淆。譬如,白山市人民检察院诉该市江源区卫生和计划生育局及江源区中医院行政附带民事公益诉讼案。此案中,检察机关定着于江源区中医院周边土壤受到污染这一环境利益,将《吉林省医疗机构审批管理办法(试行)》(吉林省卫计委制定的行政规则)与《医疗机构管理条例实施细则》(国务院原卫生部制定的部门规章)共同作为认定行政违法的依据。

从法理逻辑上说,吉林省卫计委制定的行政规则仅具有内部效力,而不能拘束司法机关,当具体的行政违法源于行政规则,应由司法机关一并审查;当具体的行政违法并不源于而是违反了行政规则,则应将之作为参考证据(依此考量行政机关是否违反了平等原则,存有“行政恣意”的情形),而并非将之与法律规范并列,共同作为司法适用的法律渊源。

第二类,将行政计划作为认定行政违法的法律依据。譬如,黄石市下陆区人民检察院诉黄石市下陆区科学技术和经济信息化局案。此案中,检察机关聚焦于鑫森建材厂周边的环境利益,将《下陆区“五小”企业关闭、工业企业重点污染源整治专项行动实施方案》这一行政计划作为法律依据,要求黄石市下陆区科学技术和经济信息化局依法履行职责,切实关闭鑫森建材厂,停止生产。如此一来,对于行政公益诉讼的实施,检察机关扮演的角色并非是嵌入行政发包制中的法律监督者,而是旨在考核检查行政机关完成发包任务的管理方与承包方。

第三类,代表国家利益而忽略法律的适用。譬如,烟台市莱山区人民检察院诉济南市槐荫区经济和信息化局案。此案中,检察机关认为,济南市槐荫区经济和信息化局对企业的申报材料未尽到审查职责,致使不符合项目申报要求的科麟公司违规申领国家中小企业发展专项资金,要求法院判决该局发放专项资金的行政行为违法,并负责予以追回。

事实上,检察机关应当按照《财政违法行为处罚处分条例》第十四条第1项之规定督促财政行政部门追回被违规申领的专项资金,并对科麟公司的虚报行为予以行政处罚,直接起诉槐荫区经济和信息化局乃是行政法律责任归咎错位。

其次,监督视野被限缩于行政过程的末端,以“不履行法定职责”将行政违法笼统概括。通过浏览裁判文书网可以发现绝大部分行政公益诉讼案例为义务之诉,即通过确认行政机关不履行法定职责构成行政违法而督促其履行监管职责。问题在于,在行政发包制模式下,所谓“不履行法定职责”,在此之前可能已有一系列的行政违法作为铺垫。

对于行政公益诉讼的实施,检察机关将监督视角限缩于行政过程的末端,又以“不履行法定职责”将行政违法笼统概括,在宏观层面无法制约地方政府对行政过程的专断控制,在微观层面也谈不上精准地矫正行政违法。

从宏观层面来说,检察机关将监督视野限缩于行政过程的末端,那么就无法通过行政过程的节点控制规则的未来走向,对系列性的行政违法任由其如滚雪球一般,最终酿成不可逆的重大事故。譬如,2019年的江苏响水“3·21”特别重大爆炸事故,根据国务院的事故调查报告,天嘉宜化工有限公司被响水县政府招商引入化工园区,对其重大的风险隐患视而不见,其间存有环保、规划、住建以及安监等行政部门的系列性行政违法,最终酿成重大事故。

检察机关自始至终无所作为。如果说,天津港“8·12”特别重大火灾爆炸事故发生于2015年,行政公益诉讼尚在试点初期,天津市亦非试点区域,检察机关无所作为乃是自始主观不能,而江苏响水“3·21”特别重大爆炸事故发生于行政公益诉讼的全面发展时期,检察机关仍无所作为则是因为监督视野过于狭隘所致。

从微观层面来说,以“不履行法定职责”笼统概括的方式确认行政违法,无论是对行政违法识别与判断的精准度,还是对逐案演进的指导意义,均无所助益。譬如,阳新县人民检察院诉该县水利和湖泊局案。此案中,检察机关认为,阳新县水利和湖泊局查获永泰0158号运输船装运非法开采的江砂,但只予以扣押而不予处罚,属于不履行法定职责。

而阳新县水利和湖泊局回复称,永泰0158号运输船对非法采砂不知情,其仅为赚取运费,且对运砂船处罚与否,执法部门可依据实际情况自由裁量。最终,法院支持了检察机关的主张与请求,判决阳新县水利和湖泊局履行监督管理职责。事实上,检察机关的检察建议及支持其主张的司法判决,都缺乏起码的论证与说理,尤其是对行政机关主张的不予行政处罚处于自由裁量范畴,更未予以充分的回应、辩驳及分析。

从行政法理论来看,阳新县水利和湖泊局对永泰0158号运输船不予处罚之决定表见上乃是决定裁量的运用,其正当性基础在于透过“永泰0158号运输船对非法采砂不知情”这一事实认定而适用行政处罚的有责性原则。

首先,检察机关应依据《长江河道采砂管理条例实施办法》第二十五条之规定,指出运输船舶对非法采砂知情与否已被排除在有责性原则的适用范围之外,所以阳新县水利和湖泊局应按照《长江河道采砂管理条例》第十八条之规定对永泰0158号运输船实施行政处罚,其并没有裁量的余地,不予处罚之决定乃是将其羁束行为变造为决定裁量,有违法律优越原则。

其次,检察机关也得查明属地范围内是否存有统一执法精神的公共政策(在形式上,可能表现为涵括公共政策内容的行政规则)或相沿成习的行政惯例,阳新县水利和湖泊局不予处罚之决定是否是依循公共政策或行政惯例而为之。

经由这两个步骤,可以清晰地标识出不予行政处罚之决定的违法构成,并且能够祛除其背后可能存在的违法性渊源。而以“不履行法定职责”这一笼统概括的方式确认行政违法,实质上乃是一种标签思维的结果,自然也就难以通过逐案的啃食、积累及演进为未来的行政决定提供指引与界碑。

最后,在监督对象的选择与案件范围的拓展上着眼过微,行政公益诉讼的扩张意义微渺。在2017年试点期结束后,行政公益诉讼开始进入了全面发展的阶段,不仅案件数量急剧增加,不少地方检察机关也开始拓展案件范围。但是,由于检察机关着眼过微,行政公益诉讼的实施与发展对于整合法律秩序、祛除行政发包制的负作用而言,可谓是意义微渺。

第一个方面,检察机关将监督对象降级至乡镇政府。从经济发展的角度看,县级政府是公司总部,各乡镇级政府是其分公司^[46]。换言之,县级政府总揽全局,在行政发包制模式下也是最低一级具有属地范围内实际控制权的地方政府,而乡镇级政府只是受其支配、承担协助职能的分支。

经济发展、社会治理、政策实施等行政事务,都是如此。然而,在行政公益诉讼实施的过程中,检察机关只是单列“分支”为监督对象而忽略了其“总部”,这在环境保护领域尤为明显。譬如,武山县人民检察院诉该县城关镇人民政府案。此案中,检察机关认为,城关镇垃圾岭村存在垃圾乱倾乱堆放等问题,依据《环境保护法》《甘肃省农村生活垃圾管理条例》要求镇政府履行监管职责。

事实上,《环境保护法》第六条第2款、第三十三条第2款和《甘肃省农村生活垃圾管理条例》第四条第3款对乡镇政府的环保责任设置乃是倡导性的和协助性的,在其各自的监督管理章节突出的乃是县级以上政府总揽责任,制定行政计划。

法律如此规定,也是因为环境治理需要地方政府在经费、信息及技术等方面统筹计划,乡镇政府并不具有此等资源的支配权^[47]。因此,检察机关将环境保护的监管责任降级至乡镇政府,在法律上属于认识错误,在治理实效的追求上更无异于缘木求鱼。

第二个方面,将行政公益诉讼的案件范围拓展至社会治理问题的细枝末节。行政公益诉讼的案件范围拓展应当是根据行政法律监督的需要,重点关照行政发包制模式下地方政府的“自作主张”及其行政违法的复杂构成,着眼于社会治理问题的细枝末节乃是舍本逐末。

譬如,北京市海淀区人民检察院向区市场监督管理局、区烟草专卖局发出检察建议,要求它们关注与解决校园周边的商店向未成年人售烟的问题,随后这两家行政机关即开展为期一个月的专项整治,对违规经营者立案查处。这乃是检察机关借由行政公益诉讼的前置程序在影响行政计划的内容,但未免着眼过微,最终所促成的也不过是一场动员范围有限的运动型治理罢了。亦可预期,行政机关组织的整治风头一过,必然故态复萌。

总体而言,在行政公益诉讼的实施过程中,检察机关将目标函数设置为利益救济,监督视角限缩于行政过程的末端,以及在监督对象的选择与案件范围的拓展上着眼过微,这三个方面在逻辑上相互耦合、相互支持,随着案件数量的增长演绎形成密集的点状图式。这也表明,行政公益诉讼只是浮于地方治理的表层,未能有效地嵌入行政发包制之中祛除其负作用,因此与理想期待相去甚远。

(二)行政发包制对检察机关的反向裹挟

周黎安认为,在行政发包制模式下,按照属地发包的原则,行政权、人事权、司法权等相关权力统统被“打包”给了第一行政责任人,使得法院和检察院处于行政的控制之下^[48]。实质上,地方政府乃是通过人事权和财政权所组成的实际控制权威,将本应整合地方法律秩序的检察机关整合到地方行政话语体系之中。

1. 人事权方面。

各级地方党的组织部门与同级政府的人事行政部门很大程度上是同构关系,形成了独具特色的地方组织人事系统。而检察系统内部实行行政级别与检察官等级双轨制,当检察人员行政职务和行政级别拟提升至同级地方政府的副局长级别,通常由检察机关的政治部向地方的组织人事系统进行请示与沟通,并接受其考核。此外,基于地方诸类行政事务的需要,检察人员也得接受地方党政组织人事系统安排的调配和交流,甚至有些检察人员被安排参加地方政府的招商引资活动。

可以说,地方政府凭借其在组织人事系统中的权威性话语权,使得检察机关的人事工作与各行政职能部门别无二致。无论是地方检察长异地交流的政治惯例,还是近年来的检察官员额制改革,虽可标示检察人事的特殊性,但仍无法削弱地方政府的实际控制权威。

2. 财政权方面。

第一,按照与行政发包制相匹配的财政分成体制,地方财政承担其行政辖区内的司法支出。^[49]也就是说,地方各级检察机关的法律监督权被默认为地方事权,其支出由地方财政负责。

第二,我国以政府为本位的预算收支科目设置并没有将同级政府的拨款规定为司法机关的收入来源,拨款只能是视作“大政府”的内部行为,只是从政府的一个部门转移到了另一个部门,因此不能算是“政府支出”^[50]。在财政层面,检察机关乃是“从属”于地方政府。

第三,自 1998 年国库管理体制建立以来,实行以国库单一账户为基础的国库集中支付制度,检察机关与各行政职能部门一样仅仅是预算执行单位,而且各项支出还要接受财政部门的监督^[61]。将监督机关的预算与支出交由被监督机关予以计算与监督,这就是嵌入了一项矛盾机制,或是说反向约束机制。

检察机关的法律监督被默认为地方事权,财政层面又“从属”于地方政府,同时还要受到地方政府的财政监督,这三个方面在逻辑上层层递进,又相互耦合、相互强化,共同组成地方政府实际控制权威的另一主要渊源。

通过观察可以发现,在行政发包制模式下,地方政府借由具有丰富控制内容的人事权与财政权,使检察机关在事实层面已然与其行政职能部门相去无几。那么,也就可以进一步理解,行政公益诉讼实施样态的现实成因。具体来说,有以下三点:

第一,共享的经验与观念促使检察机关的立场位移,以致具体关系之利益成为诉讼活动的聚焦点。在行政发包制模式下,地方政府的行政活动具有浓厚的结果导向色彩,其关注和聚焦的乃是具体的地方利益或实际的治理问题,而并非抽象的法律秩序。统一行政活动通常是地方化的公共政策,而非法律规范。这种现象可视为流行于各地方政府之间的非正式的组织文化与行政惯例。

地方政府凭借其区域内的实际控制权威可以调动检察机关及工作人员参与招商引资、企业帮扶、扶贫搬迁等地方行政事务,通过长期的互动与合作,检察机关与地方政府之间自然会提炼出共享的经验与观念^[62]。因此,对于行政公益诉讼的实施,检察机关并没有站在行政法律监督的法理立场上,而是聚焦在具体的利益层面,寻求与地方政府及其行政职能部门的合作解决方案。

可以看到,地方检察机关普遍地与地方政府及其行政职能部门构建“圆桌会议”“协作平台”“河长+检察长”等联动工作机制。经由这些联动工作机制的创立,检察建议这一诉前程序已然被变造为检察机关与地方政府及其行政职能部门的沟通合作渠道,不仅可以有效率地实现问题聚焦,也能够淡化检察建议及行政公益诉讼的监督性质,促使绝大部分行政公益诉讼案件在诉前程序即可解决。就此可说,检察机关的立场位移既是共享的经验与观念使然,也是推动行政公益诉讼实施的“政治智慧”。

第二,与地方政府给定基调的距离保持及监督资源相对短绌,迫使检察机关只能将监督视野限缩于行政过程的末端。从主观方面来说,行政过程的基调往往是由地方政府基于某些利益考虑而设定,若检察机关介入其中,虽然符合行政法律监督的需要,但是实际上乃是反对地方政府的利益考虑,在财政和人事上的束缚羁绊必然会愈加加密,行政公益诉讼的实施开展更难有作为。因此,立足行政过程的末端,将行政违法造成的事实损害等同于案件的成熟性,这无疑是检察机关的“最佳选择”⁵。

从客观方面来说,检察机关的经费保障与行政职能部门并无区别,同时又得参与地方行政事务,可调用的监督资源已然相对短绌,那么实施对行政的过程性规制自然是力不从心。也正是由于检察机关将监督视野限缩于行政过程的末端,所以无法完整地把握行政法律关系的构造,再加之聚焦于具体利益层面的诉讼策略与其相互配合,法律图影更加晦暗不清,最终也只能以“不履行法定职责”笼统概括的方式确认行政违法。

第三,在条块交织的组织环境中,检察机关既必须积极地实施行政公益诉讼,又得谨小慎微选择监督对象和监督范围。根据宪制安排,在检察系统内部实行上级检察机关领导下级检察机关的管理体制,但地方政府在区域内的实际控制权威对检察机关有着强烈的同化、吸附以及约束效应。因此,可以说,检察机关置身于条块交织的组织环境中。在行政公益诉讼的实施过程中,则可以看到,这一条块交织的组织环境所产生的强大张力及扭曲效应。

一方面,自行政公益诉讼试点期开始,最高检察机关即设置指标化的考核督促机制,并派出工作组到省市级检察机关进行调研、指导^[63],而各省级检察机关同时也采取相类似的方法督促下级检察机关积极开展行政公益诉讼工作。就此而论,行政公益诉讼的组织方式本就带有行政发包制的色彩,得益于检察系统内层层传导的政治压力而迅速发展,也正是因为这种自上而下的激励传递,基层检察机关才会主动地拓展案件范围,以向上级检察机关发出“积极作为”的信号。

另一方面,由于受制于地方政府的实际权威,检察机关只能“审慎”地选择乡镇政府或行政职能部门作为监督对象,由此“委婉”地向负总责的地方政府表达问题聚焦诉求,而案件范围的拓展只局限于社会治理问题的细枝末节,从而保证不会触及实质性的地方利益。通过这两方面即可理解,对于行政公益诉讼的实施与拓展,检察机关为什么频繁行动,却又着眼过微。

四、推求理想模式的行政公益诉讼

(一) 祛除行政发包制的反向裹挟影响

行政公益诉讼的实施样态之所以与理想模式相去甚远,很大程度上乃是因为检察机关受到横向组织环境的吸附和掣肘。因此,推求理想模式的行政公益诉讼,首要的是祛除行政发包制反向裹挟,优化检察机关的组织环境。

首先,检察机关的人事权在事实层面回归于系统之内,重塑依法独立行使法律监督权的内在结构。根据我国《宪法》第一百三十四条与第一百三十六条之规定,检察机关是国家法律监督机关,而且依照法律规定独立地行使检察权。因此,从逻辑上讲,在我国的宪制语境中,检察权即为法律监督权,检察机关依法独立行使检察权即为依法独立行使法律监督权。

进一步在宪制层面分析,检察机关独立行使法律监督权又有其内在结构与外在限制。前者指依法独立行使法律监督权的独立性与排他性,主要取决于人事权的设置方式,后者指国家权力机关等机关与检察机关的关系^[54]。

一般而言,基于维护国家法制统一任务的需要,法律监督内在结构乃是由垂直领导这一人事体制所形塑,无论是新中国成立初期的检察制度还是苏联及俄罗斯联邦检察制度俱是如此,相应地,除了最高检察机关须向最高权力机关负责外,地方权力机关对地方检察机关均无外在限制的权能。

就我国目前而言,法律监督权的外在限制已然定型,如果回归传统意义上的垂直领导体制,必然会突破法律框架。因此,可以保留现有的外在限制,在事实层面使检察机关脱离地方组织人事系统的控制。试行检察人员的职级提升由检察系统内的政治部负责。

譬如,在县级检察机关,检察人员的职级拟提升至副科级,则由本级检察机关的政治部向上级检察机关的政治部请示、沟通,并接受其考核,若涉及法律职务再按照《人民检察院组织法》第三十八条之规定提请地方权力机关的常设机构任命。

其次,设立巡回检察机关,优化与巩固依法独立行使法律监督的内在结构。设立跨省级行政区域的巡回检察机关,由其代表最高检察机关领导和考核地方检察机关的法律监督工作,从而强化“条条”之间的领导关系,削弱地方“块块”的吸附性影响。就此而论,巡回检察机关的设立还能够优化与巩固依法独立行使法律监督的内在结构。

事实上,类似的制度创设亦有案可稽。在1998年,中国人民银行的省级分行被撤销,实行跨行政区的大区管理体制,使中央货币政策得以摆脱地方政府的行政干预^[55]。同时,设立巡回检察机关,更能为行政公益诉讼的嵌入实施开拓广阔的空间。

譬如,在行政发包制模式下,属地发包原则强化了地方政府的边界意识,共享水域的省区之间为了各自的经济利益矛盾冲突不断,甚至纵容“以邻为壑”式的排污行为,导致省区交界的水域污染问题日益严重^[56]。巡回检察机关代表最高检察机关介入其中,运用行政公益诉讼职权监督省级政府制定行政计划、履行监管职责,无疑可以打破此类治理困局。

最后,将法律监督权划分为中央财政事权,编设独立的司法预算。在我国的宪制语境中,检察机关乃是司法机关,而法律监督权能的核心任务乃是维护国家法制之统一,无论是权力性质还是权能指向,都应当属于中央事权。然而,在现行的财政体制设计中,不仅使法律监督权成为事实上的地方事权,更将检察机关置于“从属”于地方政府的境地,这在法理逻辑上无论如何是说不通

的。

因此,应当将法律监督划分为中央财政事权,并编设独立的司法预算。在具体路径选择上,可由各级检察机关分别编制本院预算草案并报上级检察机关审查汇总,最终由最高检察机关完成司法预算草案,报最高国家权力机关审批,由中央财政资金予以保障。

(二) 修订统一作业的实施规则和计划

《行政公益诉讼案件办案指南(试行)》(以下简称《办案指南》)可视为行政公益诉讼试点期结束后,最高检察机关基于经验总结制定的实施规则和计划。或是最高检察机关谙悉行政发包制对地方检察机关的反向裹挟影响。

为了有效率地实施与发展行政公益诉讼,《办案指南》的流程内容与基本逻辑大体上与行政公益诉讼的实践样态相耦合。如果能够祛除行政发包制的反向裹挟影响,则有修订《办案指南》之必要,以期重新规范行政公益诉讼的统一作业,助推其嵌入行政发包制之中。

首先,重新规划诉讼程序内容,将司法磨坊加工的谷物由受损公益转换为行政违法。《办案指南》在立案程序中仅是要求,发现行政违法“可能侵害国家利益或者社会公共利益”。然而,后续之程序均强调国家利益或社会公共利益受到侵害的事实,尤其是在起诉程序的设置中,它更是诉讼正式启动的必要条件。

行政公益诉讼普遍被认为是客观诉讼,诉讼的目标是维护客观法律秩序,只是因为行政活动具有一般性意义,因而涉及公共利益。如果将受损公益设置为诉讼程序各环节处理的关键材料,必将进一步鼓励检察机关定着于具体的利益层面实施行政公益诉讼,使诉讼标的的“行政违法”事实的客观属性愈加模糊。

再者,即使是以保护公益为念,办案程序如此设置,那么行政公益诉讼制度仅仅具有事后救济功能,更为重要的事前预防功能付之阙如,由系列性行政违法积淀形成的天津港“8·12”特别重大火灾爆炸事故和江苏响水“3·21”特别重大爆炸事故即为典型例证。因此,最高检察机关应当修订《办案指南》,转换过往的程序立场,将具有一般性意义的行政违法作为司法磨坊加工的谷物。

其次,摒弃画地为牢式的案件范围设定及公式化处理方式,转而强调行政过程的动态观察。在《办案指南》中,重点标注了生态环境、资源保护、食品药品安全、国有财产保护以及国有土地使用权这五个领域的案件,并在范围界定、重点问题以及关联的法律规范这三个方面进行了详尽的列举和说明。

问题在于,《办案指南》如此规划未免过于狭隘和具体,如同在既定范围内设定处理公式一般,相对形式与流程多变的行政活动,会使行政公益诉讼的应对功能趋于僵化,丧失演进的动力。

更何況,在行政发包制模式下,地方政府一旦将偏颇的利益考虑意愿注入行政过程之中,无论是在流程上还是在最终结果上,行政违法性往往会贯穿各类领域。

因此,《办案指南》之中的圈定范围与设定公式之方法无异于画地为牢、自说自话。然而,这却恰好与行政公益诉讼实践中检察机关将监督视野限缩于行政过程的末端的特征在某种程度上相耦合。就此而论,《办案指南》应当对应行政发包制之中的行政过程规律,着重强调检察机关对行政活动实施动态观察,以期获致行政过程性规制的效应,而类型化的处理及指导功能应由案例指导制度承载。

最后,着眼行政发包制中的宏观问题,将限定与建构行政裁量的工具纳入监督范畴之中。一般而言,行政规则、行政计划及公共政策可以用于限定与建构行政裁量。在行政发包制模式下,由于地方政府拥有属地范围内的实际权威,基于经济利益的考虑可能会不择手段,限定与建构行政裁量的工具反而可能成为行政违法的渊源。

譬如,《广东省江门市建设项目环境影响评价文件审批实行承诺制改革试点工作方案》将建设项目的环境影响评价审批纳入许可承诺制的改革范畴,这一涵括公共政策内容的行政规则在一定程度上突破了现行《行政许可法》的程序设计,将原有环境监管领域中行政许可的一票否决功能给架空^[87]。

《办案指南》仅在诉前程序的调查内容方面提及行政规则,而且还是将之作为确认行政机关法定责任的依据。鉴于此,最高检察机关应当修订《办案指南》,着眼行政发包制中的宏观问题,重点关注公共政策、行政规则以及行政计划合法与否。当然,所谓着眼宏观问题,也是建立在动态观察行政过程的基础之上,公共政策、行政规则以及行政计划往往是行政过程的第一步,很大程度上决定了行政过程的走向。

参考文献:

[1]周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店,2017年版,第14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369页。

[2]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[3][美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆,2011年版,第24-25页。

[4]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[5]万江:《政策执行失灵:地方策略与中央态度》,《北方法学》,2014年第6期,

[6]乔金亮:《合村并居,绝不能强制“农民上楼”》,《经济日报》,2020年6月5日,

[7]周佑勇:《行政裁量治理研究:一种功能主义的立场》,法律出版社,2008年版,第4页。

[8]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[9]陈新民:《中国行政法原理》,中国政法大学出版社,2002年版,第40、154、166、237页。

[10][美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义——一项初步的研究》,毕海洪译,商务印书馆,2009年版,第187、113-114、109-114页。

[11]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[12]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017 年版，第 21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247 页。

[13][日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社，1999 年版，第 63 页。

[14]周雪光：《中国国家治理的制度逻辑：一个组织学研究》，生活·读书·新知三联书店，2017 年版，第 14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369 页。

[15]周雪光：《中国国家治理的制度逻辑：一个组织学研究》，生活·读书·新知三联书店，2017 年版，第 14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369 页。

[16]陈新民：《中国行政法原理》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 40、154、166、237 页。

[17]陈新民：《中国行政法原理》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 40、154、166、237 页。

[18][美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义——一项初步的研究》，毕海洪译，商务印书馆，2009 年版，第 187、113-114、109-114 页。

[19]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017 年版，第 21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247 页。

[20]陈新民：《中国行政法原理》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 40、154、166、237 页。

[21]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017 年版，第 21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247 页。

[22]周雪光：《中国国家治理的制度逻辑：一个组织学研究》，生活·读书·新知三联书店，2017 年版，第 14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369 页。

[23]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017 年版，第 21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247 页。

[24]陈杭平、周晗隽：《公益诉讼“国家化”的反思》，《北方法学》，2019 年第 6 期。

[25]Lee Anne Graybeal. The Private Attorney General and the Public Advocate: Facilitating Public Interest Litigation. Rutgers Law Review, Vol. 34, No. 2, 1982.

[26]Robert B. McKay. Civil Litigation and the Public Interest. The University of Kansas Law Review, Vol. 31, No. 3, 1982.

[27]Scott L. Cummings & Deborah L. Rhode. Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice. Fordham Urban Law Journal, Vol. 36, No. 4, 2009.

-
- [28]周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店,2017年版,第14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369页。
- [29][美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社,2015年版,第14、202页。
- [30][美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社,2015年版,第14、202页。
- [31]梁鸿飞:《美国公益诉讼的宪法变迁及其对中国的镜鉴》,《华中科技大学学报》(社会科学版),2019年第4期。
- [32]Jeremy A. Rabkin. The Secret Life of the Private Attorney General. Law & Contemporary Problems, Vol. 61, No. 1, 1998.
- [33]Harold J. Krent & Ethan G. Shenkman. Of Citizen Suits and Citizen Sunstein. Michigan Law Review, Vol. 91, No. 7, 1993.
- [34]陈杭平、周晗隽:《公益诉讼“国家化”的反思》,《北方法学》,2019年第6期。
- [35][美]黄仁宇:《万历十五年》,中华书局,2006年版,第77页。
- [36]周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店,2017年版,第14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369页。
- [37]何勤华:《西方法学史读本》,上海交通大学出版社,2010年版,第122页。
- [38]周雪光:《中国国家治理的制度逻辑:一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店,2017年版,第14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369页。
- [39]马亮:《大数据治理:地方政府准备好了吗?》,《电子政务》,2017年第1期。
- [40]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。
- [41]周黎安:《转型中的地方政府:官员激励与治理》,格致出版社,2017年版,第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。
- [42]孙谦:《设置行政诉讼的价值目标与制度构想》,《中国社会科学》,2011年第1期。
- [43]朱新力、苏苗罕:《行政计划论》,《公法研究》,2015年第1期。
- [44]江利红:《行政过程的阶段性法律构造分析——从行政过程论的视角出发》,《政治与法律》,2013年第1期。
- [45][美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义——一项初步的研究》,毕海洪译,商务印书馆,2009年版,第187、113-114、109-114页。

[46]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017年版，第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[47]陈德敏、谢忠洲：《论行政公益诉讼中“不履行法定职责”之认定》，《湖南师范大学社会科学学报》，2020年第1期。

[48]周雪光：《中国国家治理的制度逻辑：一个组织学研究》，生活·读书·新知三联书店，2017年版，第14-16、91、149-150、230-231、390-392、18、137、369页。

[49]张洪松：《独立、问责和支配的统合：中国司法经费管理体制改革的政治分析》，《思想战线》，2019年第2期。

[50]朱大旗、李帅：《法治视野下的司法预算模式建构》，《中国社会科学》，2016年第10期。

[51]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017年版，第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[52]梁鸿飞：《国家治理体系中的检察机关：组织环境与法理构造》，《法学家》，2020年第4期。

[53]胡卫列、田凯：《检察机关提起行政公益诉讼试点情况研究》，《行政法学研究》，2017年第2期。

[54]田夫：《依法独立行使检察权制度的宪法涵义——兼论重建检察机关垂直领导制》，《法制与社会发展》，2015年第2期。

[55]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017年版，第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[56]周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社，2017年版，第21、14、326、162-166、358、366、362、181、177、66、205、136、97、247页。

[57]卢超：《事中事后监管改革：理论、实践及反思》，《中外法学》，2020年第3期。

注释：

1 这一条款可视为《民法典》中的行政法规范。

2 在我国的行政实践中，行政规则、行政计划及公共政策之间并没有明确的界限，它们可能是复合型的出现，行政计划可具有行政规则的性质，而行政规则和行政计划也会含有公共政策的内容。

3 《建设项目竣工环境保护验收管理办法》于2021年1月已被废止，事故发生时它仍是有效的部门规章。情况认定源自《天津港“8·12”瑞海公司危险品仓库特别重大火灾爆炸事故调查报告》。

4 这里的地方利益主要指关乎地方政府行政主官能否在“政治锦标赛”中胜出的地方经济利益，以及适宜这一利益实现的秩序环境。

5 湖北省孝感市违规建设工程规划许可危害高铁运行安全行政公益诉讼案可视为例外。该案中，检察机关对违法的行政许可

在造成事实损害之前即启动监督程序,具有预防型行政公益诉讼的性质。不过,一方面,该案的检察机关乃是武汉铁路运输检察院,具有一定的跨行政区域性质,所受的行政发包制的反向裹挟影响力相对较小;另一方面,更为重要的是,武汉铁路运输检察院背后有着铁路集团这一高规格的央企力量加持,因此能够在事实损害发生前即启动监督程序。