

# 设置行政公诉的价值目标与制度构想

孙 谦

**摘 要：**中国正处于社会转型期，社会矛盾和利益纠纷呈高发态势，通过厉行法治，保证行政权正确行使，是预防、减少和妥善应对社会风险的良策。由于行政诉讼在制度架构方面的缺陷，其制度功能发挥并不充分。设置行政公诉制度，应当成为完善行政诉讼制度的一个重要选择。它具有监督和促进依法行政、引导市民社会生成、化解社会矛盾等多方面的价值，也是完善中国特色检察制度的应有之义。建立行政公诉，应当从理念和制度建构等不同层面予以设计。

**关键词：**行政公诉 依法行政 检察权 权力制衡

作者孙谦，法学博士，最高人民检察院副检察长，吉林大学教授（北京 100726）。

中国正处在现代化进程中的社会转型期。从总体上看，中国政局稳定，经济快速发展，社会全面进步，各种关系基本协调，社会基本和谐。然而，随着社会转型过程的加速，社会生活的各个方面也在发生着结构性的变化，由此带来很多新的矛盾和隐患：因贫富差距、城乡差距、社会保障、劳动就业等民生问题引发的社会矛盾不断出现；因企业改制、土地征收、房屋拆迁、环境保护等原因导致的利益纠纷时有发生，构建社会主义和谐社会面临着严峻的挑战。这些社会矛盾和问题的产生原因是多方面的，解决这些社会矛盾和问题也需要采取综合性措施，但是最根本、最有效的措施就是厉行法治，实施依法治国的方略，使法治调整和化解社会矛盾的作用得以切实发挥。在厉行法治、推进依法治国的进程中，加强对行政权的监督制约，促进依法行政是其中的难点和关键。从现实情况看，行政机关的滥用职权和失职、渎职等行为是导致和激化诸多社会矛盾的主要原因；同时，相当数量的行政违法行为又难以及时得到纠正。行政诉讼是通过司法程序对行政权进行监督制约的一项重要法律制度，但由于制度设计方面的缺陷，“行政诉讼制度在权力制约方面显得相当力不从心”，<sup>①</sup>其应有的制度功能并未充分发挥，当事人通过诉讼渠道解决行政纠纷的途径并不顺畅，导致一些行政相对人寻求上访、闹访甚至采取群体性冲突的方式来表达诉求。因此，弥补我国行政诉讼在启动诉讼方面的缺失和不足，不仅是当务之急，而且对国家法治的推进具有长远的意义。笔者认为，赋予检察机关提起行政公诉的权能是一种具有制度价值的构想。所谓行政公诉，是指在没有适格原告的情况下，检察机关认为行政机关的行为违反了有关法律规定，侵害公民、法人和其他组织的合法权益，损害国家和社会公共利益，依照行政诉讼程序向法院提起诉讼，提请法院进行审理并作出裁判的活动。

<sup>①</sup> 杨海坤：《对于摆脱〈行政诉讼法〉实施困境的反思》，《行政法学研究》2009年第3期。

## 一、设置行政公诉制度的价值

### (一) 有利于中国权力监督制约体制的进一步完善

任何一项法律制度的创设和生发都蕴涵着一定的根据,返回制度的历史原点,从源头上探究制度的本来面目,有助于发现制度背后的特性,并对当下具有重要的启示意义。从世界各国行政诉讼制度发展史看,设立行政诉讼的初衷并不主要是为了保障公民权益,而首先是为了维护客观法律秩序,协调司法权与行政权的关系。“司法救济的历史表明,行政诉讼肇始于客观之诉,即最初目的主要不在于保护行政相对人的权益,而在于监督和维护行政机关依法行政,这在大陆法系与英美法系国家都是如此。”<sup>①</sup>有“行政法母国”之称的法国行政审判制度建立的直接动因在于行政与普通法院的对立,目的在于排斥封建的法院对行政的干预,维护和促进行政职能的实现。“不惟大陆法系,在司法审查制度产生源头的英国,司法审查所广泛使用的各种救济手段,即特权令状制度,其最初目的也是为了维持各级公共机构的效率和行政秩序。”<sup>②</sup>而我国则与欧陆略有不同,在人民代表大会根本政治制度下,按照司法权与行政权分工制约的原理,我国行政诉讼制度的基本宗旨在于保护公民的权益不受来自行政机关的非法侵犯,监督和保障依法行政,建立起“以权力制约权力”的法律监督机制。行政公诉制度正是在不断改进和完善行政诉讼制度的基础上凸显其必要性的。

就检察机关对行政机关监督制约的现状而言,行政执法人员严重违法构成相关职务犯罪时,检察机关可以进行刑事侦查和追诉。但是,相对于大量的行政违法行为,行政犯罪<sup>③</sup>毕竟只占相当小的比例。目前检察机关对行政权的监督仅仅限于行政犯罪,而对大多数行政违法行为没有监督权。行政诉讼法虽然对检察机关在其中的监督作用作了原则规定,但只有抗诉一种监督手段,存在间接性、滞后性等缺陷。事实上,行政执法多年来一直游离于国家检察机关法律监督的视野之外。基于中国行政诉讼制度的现状,<sup>④</sup>如果没有检察机关提起公诉,那么将有相当大量的行政违法行为没有适格原告提起行政诉讼,从这个意义上说,游离于检察监督之外实际上也意味着游离于行政诉讼制度的监督体系之外。因此,由检察机关采用诉讼形式,利用国家检察权力启动审判,通过检察权和审判权两种权力的合理运用,发挥司法的政策引导功能和强制威慑功能,从而实现司法权对行政权的制约,这是十分必要的。行政公诉以检察权这种公权力集中公意,代表公益,独立于行政权之外行使对行政行为的监督职能,开辟出检察权启动审判权监督行政权的途径,也是完全可行的。<sup>⑤</sup>

### (二) 有利于引导和推动中国市民社会的生成和发展

“市民社会的出现,使权利观念向前迈进了一大步。”<sup>⑥</sup>这一结论如果推及到当下中国的社会

① 张坤世、欧爱民:《现代行政诉讼制度发展的特点——兼与我国相关制度比较》,《国家行政学院学报》2002年第5期。

② 孔繁华:《行政诉讼性质研究》,博士论文,武汉大学,2006级。

③ 即行政机关及其工作人员在行政权行使过程中的犯罪行为,如玩忽职守罪、滥用职权罪等。

④ 长期以来,在行政诉讼领域,行政相对人“不愿告、不敢告”的现象十分普遍。多年来,全国法院行政案件一直徘徊在每年10万件左右,这与现实生活中大量存在的行政违法行为以及公众对违法行政行为的广泛不满形成鲜明对照。

⑤ 参见田凯:《行政公诉论》,北京:中国检察出版社,2009年,第43页。

⑥ 张康之、张乾友:《对“市民社会”和“公民国家”的历史考察》,《中国社会科学》2008年第3期。

建设中来认识,也具有适用的价值。通过行政诉讼制度的确立,对遭受行政违法行为侵害的社会权利与利益给予尊重和保护,将起到倡导和普及权利的作用,从而极大促进市民社会的生成和发展。

市民社会是西方政治哲学中的一个重要概念,它与“国家”概念相对应。马克思对市民社会有精辟的论述。<sup>①</sup>他强调“现代国家的自然基础是市民社会以及市民社会中的人……现代国家既然是由于自身的发展而不得不挣脱旧的政治桎梏的市民社会的产物,所以,它就用宣布人权的办法从自己的方面来承认自己的出生地和自己的基础”。<sup>②</sup>在中国,市民社会这一概念受到学术界的重视,还是近十几年来随着市场经济的建立和发展而出现的事情。在1949年建国后到改革开放前,我国实行的是计划经济体制以及与之相适应的高度集权的政治体制,国家和社会的高度一体化特征相对明显,在政府的职能定位上,体现为一种无所不包的全能型政府,而社会并没有真正的独立性。随着经济体制改革特别是社会主义市场经济体制的确立,国家在强调政府职能转变,实行政府和企业分开、政府和社会分开的同时,着力培育和壮大独立的市场经济主体,这些举措客观上加快了中国市民社会的生成和发展。中国共产党第十六次代表大会提出了构建社会主义和谐社会的战略构想,把社会建设提高到一个新的高度,不断强调要尊重和保障人民群众的主体地位,这为中国的“市民社会”建设赋予了丰富的时代内涵。

市民社会的构建,就是要确立国家与社会的良性互动关系,其核心是对社会以及构成社会的人(包括自然人和组织)的独立性、主体地位和权利的尊重。其中,社会主体与行政机关的关系无疑是最为基本的关系。要在制度层面承认和确立社会主体特别是自然人的主体地位,发挥其在监督和制约行政权方面的作用。从域外的历史经验看,公民自觉地通过法律渠道,运用司法权监督制约行政权,正是市民社会发展的重要途径之一。但从中国行政诉讼法实施20年来的实际情况看,行政诉讼这项具有推动市民社会构建的制度,发挥的作用十分有限。在实践中,基于诉讼的成本和证据要求以及所耗费的时间和精力等因素,绝大多数公民都是宁愿采取上访的方式而不愿意采取行政诉讼的方式来实现自己的诉求。实证研究的结果也表征了这一点。有学者利用2005年在中国28个省份调查所得的一项综合社会调查数据(CGSS2005),对中国行政纠纷的分布及中国公民如何有针对性地进行纠纷解决的制度选择进行定量研究。研究表明,针对行政纠纷,现阶段中国公民的法律意识并不淡漠,但现实中却大多经常性地采取司法程序及准司法程序之外的渠道解决纠纷。公民对中国行政纠纷解决存在事实上的“双轨”制度需求,即,对通过司法(或准司法)渠道和党政渠道解决纠纷有同等程度的需求。<sup>③</sup>这说明,在大多数公民心目中,对于司法权监督行政权的力度和效果还是存有疑虑的。而当这种疑虑成为一种普遍的社会心态时,人们自然更多地寻求比法律更加有效的解决方式,对权力、权威的依赖就成为必然,从而丧失对自我主体地位的维护,离市民社会和法治也越来越远。这种司法对行政监督不力的主要原因在于行政诉讼在制度设计层面的若干不足——尤其是公民、法人和其他社会组织在没有能力与违法的行政行为相抗衡的情况下缺乏相应的救济。要达到社会的法治化,就应当从法律上设计一种科学的制度,使损害国家和社会公共利益的行为都能通过最后的诉讼途径获得救济。事实上,当某一地方出现比较多的行政纠纷案件而没有有效的途径供相对人投诉,或者虽然能够投诉但进入了处理程序却没有获得制度支持时,就会损害公民对社会主义法治的

① 参见伍俊斌:《马克思市民社会理论评析》,《福建论坛(人文社会科学版)》2010年第6期。

② 《马克思恩格斯全集》第2卷,北京:人民出版社,1957年,第145页。

③ 参见程金华:《中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角》,《中国社会科学》2009年第6期。

信念。理想的行政诉讼制度，应当能够为公民提供有效的救济，确保公民不受违法、不公的行政行为侵害。如果经由行政诉讼制度能够保障公民的正当权益，公民对社会主义法治的信仰就会更加坚定。<sup>①</sup>

有学者指出，由于历史和现实的原因，中国法治化进程主要是政府主导、政府与社会互动的模式。<sup>②</sup> 因此，在市场经济发育尚不成熟，民主化进程有待推进，社会自治能力较为欠缺的情况下，在不排斥社会对法治的推动力前提下，国家在某些领域运用一定的强制力来规制经济与社会的法治建设很有必要。在中国现阶段，没有政府主导，仅靠社会规范和社会力量来推进法治，将会延宕这一进程的实现，同时还可能因各种矛盾冲突使法治化过程耗费过多社会资源。赋予检察机关提起行政诉讼的职能，使检察权作为一种公权力进一步介入行政诉讼，体现了国家对于行政诉权的尊重和引导，更重要的是，这种公权力的介入和引导是在法律的框架下，通过司法程序实现的，它不仅体现了一种法律上的人文关怀，而且也是对法治精神的尊重和弘扬，对于市民社会法治进程有着示范和引领作用。同时，从现代行政法的发展看，很多国家行政诉讼的主体都呈现出多元化。“倘若限制公民只有在权利受到侵害时才能起诉，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，不符合现代行政法发展的趋势。”<sup>③</sup> 检察机关提起行政诉讼，体现了市民社会与国家之间的良性互动、权利与权力的制约及功能耦合关系，从而对市民社会的培育具有重要的引导、推动作用。

### （三）有利于化解冲突，对社会矛盾发挥“减压阀”的作用

近年来，因房屋拆迁、农民负担、企业改制、社会保障、环境保护等引发的行政争议较多，往往涉及面广、人数众多、矛盾尖锐。一些行政行为不仅损害了公民、法人和其他社会组织的合法权益，也在不同程度上影响着社会的稳定和安全。调查表明，在行政纠纷解决过程中，五分之一左右的被访者表示其行动策略是容忍。这个数值是相当高的，而在被问及其真实意愿时，只有十分之一左右的被访者视容忍为首选途径。这表明，中国公民事实上不那么愿意容忍。对此的解读是，那些不愿意容忍而事实上容忍了行政纠纷的公民是有相当大的怨气的。一些法律社会学家的研究表明，“怨气”或者“讨说法”往往是中国底层公民采取固执或激烈行动的根源。众多个体公民的积怨如果未能适时疏导，往往可能因为不相关的意外事件而诱发大规模的群体性事件。<sup>④</sup> 从这个意义上讲，行政纠纷解决机制的建设，也是疏导公民“泄愤”的制度需要。但是，目前的纠纷解决制度体系显然并不令人乐观。行政诉讼作为一种行政纠纷解决机制的作用并没有充分发挥。<sup>⑤</sup> 因此，需要从制度设计层面重新予以思考。在没有适格主体提起行政诉讼的情况下，由检察机关针对行政纠纷提出检察建议、提起行政公诉，将有利于公民权利救济渠道的畅通，对社会矛盾和冲突起到“减压阀”的缓冲作用。

### （四）有利于整合对行政权的监督资源，实现制度效益最大化

政治制度的发展与建构，须基于和充分利用本国已有的政治资源，才可能稳定地、持续地

① 谭宗泽：《行政诉讼结构研究：以相对人权益保障为中心》，北京：法律出版社，2009年，第186页。

② 孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，《中国社会科学》2006年第1期。

③ 王名扬：《英国行政法》，北京：中国政法大学出版社，1987年，第199页。

④ 程金华：《中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角》，《中国社会科学》2009年第6期。

⑤ 需要说明的是，笔者并非主张社会纠纷主要依靠诉讼制度来解决。对此，笔者赞同刘莘教授的观点，利用诉讼这一法律渠道解决冲突，“我们并非鼓励人们去打官司，我们是鼓励人们利用合法途径解决问题。利用合法途径解决问题的人越多，社会积累矛盾就越少，社会就更和谐安定。”参见刘莘：《行政诉讼是纠纷解决机制》，《行政法学研究》2009年第3期。

以较低成本实现较高政治绩效。在我国，对行政权监督制约的制度、机制是多种多样的，“却还处于一种未经整合的状态”，其中行政诉讼具有“技术性、程序性和中立性”的制度特点和优势。<sup>①</sup>我国的检察制度是一项具有中国特色的政治和司法制度，检察机关是国家的法律监督机关，它渊源于人民代表大会的监督权，是由国家权力机关的监督职能派生的专门监督职能。而提起公诉恰是检察机关履行其法律监督职能的基本手段和途径。因此，建立检察机关提起行政诉讼制度，使本来已具有监督职能、专司公诉职责的检察机关更加充分地运用行政诉讼的制度优势，发挥对行政行为的监督作用，从而完善对行政行为的司法审查，将是对我国现有的行政诉讼制度和检察制度在权力监督功能方面的有效整合，有利于实现制度效益的最大化，是完善中国监督体制的有益突破。

与此同时，从中国的法治实践看，由其他公权力主体来承担行政公诉职责并不可行。由权力机关来承担提起行政公诉这样具体的监督职能，不仅与中国权力机关的性质定位不符，而且也力不从心。其他的行政机关或行政组织，由于都共同属于同一个大的行政系统，难以克服其作为内部监督的天然缺陷，使监督的可行性、监督的效能及社会公众的认同和信赖度大打折扣。现实生活中大量的违法行为在行政管理环节中就没有得到行政机关的及时监督和纠正，<sup>②</sup>更难以想象由行政机关通过行政公诉来挑战行政机关自身的违法行为。而我国的检察机关是人民代表大会之下“一府两院”的组成部分，是独立于行政机关和审判机关的，它相对地超然于行政机关的违法行为，在行政机关滥用权力、不作为等情形下，由检察机关承担起对行政违法行为的法律监督职责，将比较严重的行政违法行为诉诸法院，启动审判，更具有现实可行性。检察机关还可以综合运用检察建议、提起行政公诉、对职务犯罪进行侦查等多种监督方式，能够最优化地实现对违法行政行为监督制约的资源配置。

## 二、行政公诉符合中国检察权的内在逻辑

检察机关作为国家的法律监督机关，对行政权力行使的合法性进行监督是法律监督的应有之义。根据我国宪法规定的检察机关的性质和地位，检察机关应当享有广泛的监督职能，其中，对诉讼活动进行监督则是检察机关最基本的职能。但比较检察制度与刑事、民事、行政三大诉讼，不难发现，检察制度与行政诉讼制度有着更为相近的制度背景、理念和目标。现代意义上的检察制度和行政诉讼制度的诞生标志着人类对分权、权力监督和制约等权力运行规律的认识都达到了新的高度。同时，不断强化对公民权利的保障功能，是法治发展的共同规律，也是检察制度和行政诉讼制度共同的发展趋势。把两者结合起来，有效地发挥行政诉讼检察制度的功能，检察制度和行政诉讼制度就可以起到互为促进的作用，保障各自价值目标的实现。<sup>③</sup>

① 喻中：《权力制约的中国语境》，济南：山东人民出版社，2007年，第189页。

② 类似的例子是大量存在的，如2009年初，山西省晋城市国土资源局经过调查，确认当地亚美大宁公司煤矿的主斜井、副斜井、进风斜井全部建在相邻的山西金能源有限公司金海煤矿矿区范围内，随即发出通知书责令其改正违法行为，立即停止开采，接受查处。然而，通知书发出后，亚美大宁煤矿一天也没有停产。晋城市国土资源局将有关情况函告市安全生产监督局、煤矿工业局、煤矿安全监督局和阳城县人民政府，这些单位竟无一对亚美大宁公司的违法行为采取任何措施。参见《山西亚美大宁能源有限公司合资方频频违法违规该谁管》，《人民日报》2009年5月15日。

③ 有学者认为，把行政诉讼（只）视为一种诉讼程序，从与民事诉讼、刑事诉讼的比较之中，获得对行政诉讼制度本身的理解，这种横向的比较分析方法本无可厚非，……但它却无法积攒行政诉讼自己的话语，更无法解释行政诉讼特有的现象。参见余凌云：《行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗？

### (一) 公诉权是检察机关实现法律监督职能的基本形式

提起公诉是世界各国检察机关共同的基本职能,也是最本源意义上的检察权。因为检察机关本来就是通过控审职能分离,专司起诉职能而出现的。无论是大陆法系、英美法系还是苏联社会主义法系的检察机关,其起诉权都不局限于刑事诉讼领域,在民事、行政领域都享有广泛而完整的起诉权。“现代诉讼的基本理论认为,检察机关在诉讼中,最突出、最主要的职责是代表国家、公众把被告人(刑事被告人、民事被告人、行政被告人)的违法行为和违法事实提供给法院,要求其依法进行审理和裁判,并对审理的过程以及裁判的结果进行监督。”<sup>①</sup>不管这种归纳的准确性如何,有一点则是确定无疑的,即提起诉讼是检察机关参与诉讼活动的重要方式和基本职能之一。

社会主义国家检察机关是国家的法律监督机关。但检察机关法律监督职能的实现,并不是对被监督行为的合法性直接进行裁决,而是通过诉讼行为获得司法裁决实现的。当检察机关发现违法行为时,并没有直接处置的权力,但可以通过把案件提交法院审判,实现对违法行为的监督。这一过程实际上是检察机关将法律监督具体化为诉讼程序中的起诉权的过程。这种转化的根据,就是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,诉讼是监督的主要手段,而监督又可以通过诉讼来实现。对此,社会主义法律监督理论的奠基者列宁有十分精辟的论述,他指出,“一般是用什么来保证法律的实行呢?第一、对法律的实行加以监督。第二、对不执行法律的加以惩办。”<sup>②</sup>对于检察机关法律监督的内容,列宁作了这样的论述:“检察长的唯一职权和必须作的事情只有一件:监视整个共和国对法制有真正一致的了解,不管任何地方的差别,不受任何地方的影响。检察长的唯一职权是把案件提交法院判决。”<sup>③</sup>这段精辟论述把法律监督和提起诉讼二者统一起来,说明了提起诉讼是实行法律监督的形式和手段。因此,人民检察院的诉讼监督职能与追诉职能是不可分割地联系在一起的,否定了追诉或公诉职能的法律监督性质,也就从根本上否定了检察职能的法律监督职能性质。

### (二) 公诉权应当而且能够拓展到行政诉讼之中

中国《行政诉讼法》规定的行政诉讼受案范围,仅局限于行政相对人认为侵犯了自己合法权益的部分具体行政行为,更多的行政行为被排除在司法审查之外。这一局限使得法院对行政行为的监督受到很大限制。与中国行政诉讼制度的结构性缺陷相映照的是,现实生活中存在着大量的责任缺位的行政违法行为:一是行政机关不主动履行法定职责,损害国家利益、社会公共利益而又无人起诉的行为;二是行政行为有利于相对人,侵害国家和社会公共利益,相对人不起诉的行为;三是受害人为不特定多数,公民、法人和其他社会组织不愿告、不敢告或无力起诉的行为,等等。由法院的中立性、被动性和不告不理原则所决定,这些行为无法进入审判程序,法院也就无法对这些违法行政行为进行审判。在这种情形下,由于提起诉讼主体的缺位直接导致了行政责任的缺位。

从利益保护的角度,原告资格限制过严,导致对公共利益保护的机制性缺失。有专家认为,20世纪80年代以后的中国法律在加强个体利益保护的同时却走向另外一个极端,那就是忽视公

① ——《透视行政法的支架性结构》,《清华法学》2009年第1期。笔者认为,只有走出狭隘的诉讼视野,从国家宪政层面以及行政诉讼制度与检察制度相互结合的视角,才能不断地摆脱余凌云教授所说的行政诉讼在学术研究和实践中产生的困境。

② 湛中乐、孙占京:《论检察机关对行政诉讼的法律监督》,《法学研究》1994年第1期。

③ 《列宁全集》第2卷,北京:人民出版社,1959年,第253页。

④ 《列宁全集》第33卷,北京:人民出版社,1957年,第326页。

共利益。表现在行政诉讼制度中,忽略了通过行政诉讼保护公共利益的程序。<sup>①</sup>现实生活中存在大量公益被侵犯而得不到司法救济的情况,尤为典型的是环境污染和破坏、土地开发中的不合理利用、公共工程审批和招标过程中的违法行为、政策性价格垄断等。<sup>②</sup>中国的《人民检察院组织法》第2条规定了检察机关保护各种利益包括国家、集体利益的任务。同时,法律监督和维护公共利益在性质上是完全一致的。因此,由检察机关作为公共利益的代表,担当起维护公共利益的职责,是与其法律监督的职能定位完全契合的。

违法行为是否应予纠正,在民事纠纷和行政纠纷中具有不同的容忍限度。民事纠纷属于权利自治范围,民事侵权行为是否必须纠正,通常取决于权利人的意志。但是,行政违法行为是否应予纠正,并不以行政相对人的意志为转移,即并非相对人愿意容忍其违法,行政机关或行政行为就可以违法。为忠实履行宪法规定的法律监督职责,“检察机关作为独立行使监督权的国家机关是监督行政的权威机关,它不仅应当在出现公务罪案时对行政权加以控制,而且可以在任何时候对行政权的运用进行监督。”<sup>③</sup>但问题是,依据法治原则,所有的公权力都必须有合法、正当的权力来源,即公权力的行使需要有法律的明确授权,法无规定不得为。虽然肩负着国家法律监督机关的法定职责,但面对大量的行政违法行为却没有相应的监督权力和机制,无法实施具体的监督,这就使检察机关在社会生活中处于极其尴尬的地位,正如有学者所言:“就如同头戴一顶华丽的大帽子,手中却只拿着一根拐杖。”<sup>④</sup>《人民检察院组织法》先于《民事诉讼法》和《行政诉讼法》制定,虽然立法的滞后性使得民事和行政诉讼检察监督的内容没有在《人民检察院组织法》中反映出来,但《行政诉讼法》第10条对检察监督原则作了与刑事诉讼法相类似的规定:人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。这是作为专门法律监督机关的法律监督权的应有之义。因此,完全有理由认为,这种法律监督权在行政诉讼中运用时同样应该是完整的、全面的。从立法层面赋予检察机关提起诉讼的权力,既体现了检察监督的独立性和完整性,又体现了通过司法程序解决问题的现代法治精神。<sup>⑤</sup>

在分权制衡的司法体制之下,无论是审判权还是检察权,都是不完整的权力结构,只有彼此结合,方能实现诉讼的目的和任务。因此,有必要赋予检察机关特定情形下对行政违法行为提起行政诉讼的权能,将担负专门监督职责的检察机关引入对行政行为的监督体制之中。这对于完善行政责任体系,实现对行政权的有效监督,推进依法行政意义深远。

### (三) 行政诉讼制度有丰富的域外经验可资借鉴

建立行政诉讼制度符合行政诉讼制度发展的规律,海外有不少类似制度可资借鉴。从世界范围看,不断放宽原告的起诉资格,不仅对行政相对人给予充分的救济、同时扩大对公共利益的保护,是行政诉讼制度发展的一个内在规律。“只给有资格的诉讼当事人以救济,这历来是获取救济的重要限制……在私法中,这个原则可以从严应用。在公法中,只有这个原则还不够,因为它忽略了公共利益的一面。”“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

① 《寻求依法制约公共行政权力的有效途径——中葡“公共行政监督的理论与实践”学术研讨会综述》, <http://kyhz.nsa.gov.cn/kyhy/20010701.htm>, 2010年10月6日。

② 蔡虹、梁远:《也论行政公益诉讼》,《法学评论》2002年第3期。

③ 胡建森:《公权力研究》,杭州:浙江大学出版社,2005年,第331页。

④ 梁玉霞、沈志民:《走向公平正义——浅谈法律监督的意义与局限性》,《广州大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

⑤ 周汉华:《行政诉讼法修改中检察权的定位》,最高人民法院民事行政检察厅编:《民事行政检察指导与研究》(总第3辑),北京:法律出版社,2005年,第133页。

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。”<sup>①</sup>在具体制度的建构中,不少国家赋予不同的主体、甚至公民提起公益诉讼的资格,如日本的民众诉讼<sup>②</sup>等。但检察长一般被认为有当然的起诉权。特别是在英美法系国家,并未区分民事诉讼和行政诉讼的程序,代表政府或公共利益提起诉讼是检察长的基本职能之一。在英国,检察总长不仅是公诉权的原始的享有者,而且这种公诉权是广泛的,不受干预的。“为了公共利益而采取行动是检察总长的专利,他的作用是实质性的、合宪的,他可以自由地从总体上广泛地考虑公共利益。因而他可自由地考虑各种情形,包括政治的及其他。”<sup>③</sup>“公共利益只能由检察总长代表公众在民事诉讼中得到伸张。检察总长就此类决定的自由裁量权不可以在法院中接受司法审查。”<sup>④</sup>在美国,检察长不仅可以提起公诉,还可以授权其他人员以他的名义提起诉讼,这就是“私人检察总长”理论。<sup>⑤</sup>换言之,在理论上,维护公益的起诉权,即公诉权是检察总长专属的,其他人员的起诉权是来源于检察总长的。在德国,《行政法院法》明确规定,以检察长作为公益代表人。<sup>⑥</sup>比较有代表性的是俄罗斯的制度。因为我国检察制度受到苏联社会主义检察制度的重大影响,苏联解体后,俄罗斯持续进行着司法改革,检察制度已经发生了很多变化,但检察机关的基本职能并没有特别大的变化。根据《检察机关法》第35条、36条和39条的规定,检察长参加法院各类案件(包括刑事案件、民事案件、仲裁案件和行政案件)的审理,在法庭上作为国家公诉人;为了捍卫由法律予以保护的社会利益和国家利益,可以在诉讼程序的任何阶段介入案件审理。<sup>⑦</sup>2002年7月生效的《俄罗斯联邦行政违法法典》还“显著地扩大了检察长在追究行政违法行为人责任领域的活动范围”,根据该法第284条规定,在对俄罗斯联邦宪法的遵守情况和对俄罗斯联邦境内生效的法律执行情况实施监督时,检察长还有权提起俄罗斯联邦行政违法法典或俄罗斯联邦主体法律规定其责任的关于任何其他行政违法行为的案件。<sup>⑧</sup>

### 三、设置行政公诉制度的具体构想

目前,在立法上,中国《行政诉讼法》中关于行政诉讼检察监督有两个条文,总则第10条规定:“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督”,分则第64条规定:“人民检察院对人民法

①③ 威廉·韦德:《行政法》,楚建译,北京:中国大百科全书出版社,1997年,第364、263页。

② 公民可以以选举人的身份通过诉讼手段制约公共权力机构的行为。参见盐野宏:《行政法》,杨建顺译,北京:法律出版社,1999年,第430页。

④ A. W. Bradley and K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London: Longman, 13edn, 2003, p. 732. 类似的制度还包括“用公法名义保护私权之诉(relator action):即当检察总长在别人要求禁制令或宣告令或同时请求这两种救济时,为阻止某种违法而提起的诉讼,这两种一般用于捍卫私人权利的救济转而成为保护公共利益的公法救济。该程序的基础是国家利益,是为了维护普遍的公共利益而维护法律。国家有责任阻止公共机构对权力的滥用,因此国家总有这方面的起诉资格,而私人原告可能因为他不比社会中任何别人在该事情上有更多的利益而被拒绝给予救济,这时检察总长可以应请求将他的名字出借给请求人。参见威廉·韦德:《行政法》,第257—267页。

⑤ 该理论20世纪40年代就通过判例确立。法院认为,为保护公共利益,国会可以授权检察总长提请法院审查行政行为,也可以通过法律授权其他人员以私人检察总长的身份提起行政诉讼。参见王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社,1995年,第619—623页。

⑥ 德国《行政法院法》第35条规定:“在联邦法院内任命一名检察长,以维护公共利益。”第36条规定了高级行政法院和行政法院内的公益代表人制度。

⑦ 参见IO. E. 维诺库罗夫主编:《检察监督》(第7版),刘向文译,北京:中国检察出版社,2009年,第284页。

⑧ 参见IO. E. 维诺库罗夫主编:《检察监督》(第7版),第343—352页。



院已经发生法律效力的判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权按照审判监督程序提出抗诉。”这样的规定主要问题在于:造成了“总则规定的检察机关诉讼监督权力的广泛性和分则规定的具体监督方式的狭窄性之间的矛盾”,<sup>①</sup>使行政诉讼实行法律监督的范围规定得不够明确、具体,行政检察监督的内涵和外延不甚明确。<sup>②</sup>因此,为了解决行政诉讼中检察监督的不完善性和间接性,使司法权真正对行政权形成有效的监督制约,我们应在立法层面通过构建行政诉讼制度,逐步解决这一问题。

### (一) 理念的转变: 社会控制与权力制衡并重

中国共产党第十六次代表大会报告中指出:“我们党历经革命、建设和改革,已经从领导人民为夺取全国政权而奋斗的党,成为领导人民掌握全国政权并长期执政的党;已经从受到外部封锁和实行计划经济条件下领导国家建设的党,成为对外开放和发展社会主义市场经济条件下领导国家建设的党。”<sup>③</sup>党执政地位的确立,社会条件与环境的改变,必将带来党的执政理念、方式、目标与任务的转变,检察工作也必须实现相应的转变。

从理论层面,中国的人民代表大会制度更能体现人民主权的原则和权力制衡的要求,是适合中国国情的根本政治制度。但从实践层面看,人大制度并没有得到很好的落实。其中的原因是多方面的,具体到检察制度,从法律规定来看,检察权一直具有权力制衡和社会控制两大功能,这种制度设计,既符合历史传统,又适应现实需要。但是,我国检察制度的“混滑性格”,模糊了其人大制度下的权力制衡本质,特别是由于建国初期紧张的国内外形势,运用检察权镇压敌对势力的破坏、维护法制的统一,成为新生人民政权必然的现实选择。基于这种历史思维惯性,人们对检察机关始终强调的是“公检法”一体的社会控制功能,而忽视了法律监督作为社会主义制度下“权力制衡”的本质和功能。实务中则体现为强化批捕、起诉,实施“严打”,“快捕快诉”,打击刑事犯罪成为检察机关的首要任务。革命任务向建设任务的转变、夺取政权向依法治国的转变,要求及时转变检察工作指导思想。基于社会稳定和法制统一的需要,过于强调检察权社会控制功能的旧观念,已经不适应社会主义市场经济和民主法治的发展。必须及时更新观念、与时俱进,让法律监督回归“权力制衡”的本源——通过对行政活动和审判活动的监督,实现权力制衡,保障公民权利,促进社会民主。

在中国设置行政诉讼制度,首先要求在理念上将检察机关的功能由单一的社会控制调整为以权力制衡为主、兼顾社会控制。<sup>④</sup>事实上,在建国伊始,参照苏联等国家的司法实践经验,中国检察机关的职权之一,就是代表国家公益,参与重要民事和行政案件。1949年12月制定的《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》第3条规定:检察机关的职权之一是“对于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼,均得代表国家公益参与之”。1951年9月制定的《中央人民政府最高人民检察署暂行组织条例》第3条和《各级地方人民检察署组织通则》第2条规定:最高人民检察署、各级地方人民检察署“代表国家公益参与有关全国社会和劳动人民利益之重要民事案件及行政诉讼”。这说明,检察机关参与行政公诉案件,在中国的检察制度史上是有立法例的,随着民主政治和法治的发展,现在时机成熟了,可以考虑恢复。

### (二) 提起行政诉讼的范围

行政公诉的范围是建立行政公诉制度的一个核心问题。行政公诉范围的设定要贯彻有利于

① 杨立新主编:《民事行政检察教程》,北京:法律出版社,2002年,第93页。

② 参见胡卫列:《行政诉讼检察制度若干问题研究》,博士后出站报告,吉林大学法学院,2008年。

③ 《全面建设小康社会 开创中国特色社会主义事业新局面》,北京:人民出版社,2002年。

④ 参见金波:《对法律监督的重新认识》,《法律监督的理论与实务》,北京:中国检察出版社,2005年。

司法资源的合理配置、有利于监督行政权同时保障行政权的有效行使、有效保护公共利益又要防止滥诉等原则要求。基于此,检察机关提起诉讼的行政案件主要应当包括以下几类:

1 需要代表国家提起的行政诉讼案件。在国家利益受到具体行政行为侵犯,具有保护国家利益的相关主体(如国有企事业单位)疏于履行职守时,检察机关有权作为国家的代表提起行政诉讼。主要包括国有资产受到毁坏、侵占或流失等严重侵害的案件;造成自然资源严重破坏的案件;垄断市场、干扰社会经济正常发展的案件。

2 引起社会严重公害的案件。社会公害主要是指对大气、水流所造成的严重污染以及噪音等。因行政机关的作为或不作为造成的环境污染,严重影响到不特定多数人的身、财产安全,检察机关作为社会公益代表提起行政诉讼,是终止和预防此类公害事件的有效途径。

3 行政决定有利于直接的行政相对人,侵害国家和社会公共利益,相对人不起诉的案件。<sup>①</sup>

4 有利于保护弱势群体、维护社会正义的行政诉讼案件。弱势群体由于缺乏相应的物力、财力且社会地位较低,其应当享有的合法权益容易被忽略。弱势群体成员的合法权益在遭受到行政行为的侵犯时,有的是无能力提起诉讼,有的是迫于权力的压力不敢提起诉讼。检察机关作为国家的法律监督机关,对于公民、法人和其他社会组织不敢起诉或放弃起诉而又损害行政相对人合法权益的,可以参照中国刑法第 98 条的规定,以国家名义向法院提起诉讼。<sup>②</sup>

### (三) 行政公诉的基本程序

行政公诉程序是指检察机关在决定和提起行政公诉过程中应当采取的工作步骤。

1 前置程序。前置程序是根据行政公诉的特点而必须设立的一个前提性程序。有学者认为,环境公益诉讼的目的在于“督促执法而非执意与主管机关竞赛或令污染者难堪”,<sup>③</sup>事实上,其他类型的行政公诉案件也大体如此。如果行政机关在检察机关提起公诉前能及时纠正违法行为,行政公诉目的即已实现。建立诉讼前置程序,一是能够防止滥诉,节约司法资源;二是体现了对行政自制的尊重;<sup>④</sup>三是采取非诉形式解决社会矛盾,有利于促进社会和谐。行政公诉的诉讼

① 比较典型的案例:2005 年 11 月 13 日,中国石油天然气股份有限公司吉林石化分公司双苯厂发生爆炸事故,并引发震惊中外的松花江污染公共事件。除去相关责任人员受到了党纪、政纪处分外,国家环保总局对肇事单位作出了罚款 100 万元的处罚,而污染事件直接经济损失高达 6908 万元之巨;间接损失——如果算上精神损失、政治影响——难计其数。参见温辉:《行政公诉的理论基石》,《国家检察官学院学报》2009 年第 3 期。

② 参见杨曙光等:《行政执法监督的原理与规程研究》,北京:中国检察出版社,2009 年,第 433 页以下。

③ 叶俊荣:《环境政策与法律》,北京:中国政法大学出版社,2001 年,第 249 页。

④ 行政自制是一种主动性和自律性的控制。随着市场经济的发展、民主政治的成熟、行政规模的扩大,以行政指导、行政合同、行政扶助等为代表的非强制行政行为日益成为政府管理社会、服务人民的重要手段。非强制行政行为大多具有简便性、灵活性、应急性、温情性等个性,相对于处罚、强制、命令为内容的强制性行政行为而言,它具有权利义务内容的协商性、行为主体意志的互动性及行为的自觉履行性等特征。对此类行政行为,各国法律通常只做出抽象性的原则规定,而且即使发生危害行政相对人权益的情形,法律也排除了通过诉讼予以救济的可能,如不具有强制力的行政指导、行政居中调解行为不得起诉,在法律规则和司法监督作用有限的情况下,必然考虑对其实施行政的自我约束和引导。参见崔卓兰、卢护锋:《行政自制之生成与构建探讨》,《社会科学战线》2009 年第 1 期。从检察机关对行政执法的监督方式来看,是一种集教育、建议、提起或支持诉讼、职务犯罪侦查等多种手段为一体的模式,这种模式是一种温和主义的监督模式,体现了监督行政与尊重行政自制的统一。而行政自制对于促进官民和谐乃至整个社会和谐、防止行政权的异化、节约监督行政的成本等方面具有重大的现实意义。

前置程序的基本方式是检察机关在初步调查的基础上向行政机关发出检察建议。也有学者提出赋予检察机关对行政机关提出司法质询权,若检察机关向行政机关提出行政违法的司法质询时,由法律规定行政机关应该在某一合理的期限内予以答复,如果行政机关不予以答复或延误答复的期限,行政机关及负责人应承担相应的法律责任。<sup>①</sup>当然,这种建议或质询权并不要求行政机关必须按照检察机关的意见作为。因为对于检察监督权而言,其本质是一种程序性的权力,即便是公诉权,在法律上唯一具有强制性效力的仅是启动审判程序而已,关于实体的裁断权仍为法院享有。作为行政公诉的前置程序,检察机关作出的检察建议,其实质是提醒行政机关对行政决定重新进行审慎的考量。检察机关不能代替行政机关变更或撤销它认为违反法律的行政行为,也不能要求行政机关直接作出某个行为。如果检察机关被赋予了这样的实体处分权,检察监督权同样也面临着擅断或滥用的风险。

2 诉前程序。诉前程序包括受理、立案、审查、决定是否提起诉讼等几个方面。受理是指对案件线索的接受。检察机关提起行政诉讼的案件来源主要有:(1)公民、法人和其他社会组织对行政违法行为的控告、检举和申诉;(2)国家权力机关交办的案件;(3)舆论监督反映出的问题,等等。

立案是检察机关对行政诉讼案件行使检察权的起点。一般而言,应具备以下条件:(1)存在严重行政违法行为,并且这些违法行为造成的危害后果或社会影响是严重的。在一定情况下,还包括行政行为明显违法,可能导致严重的危害后果或社会影响。检察机关只是监督法律实施的一个专门机构,不可能对法律实施中所有主体的所有违法行为进行监督,只能对关系到法制统一的严重违法行为进行监督,为法律实施提供一种最低限度的又是最有力的监督保障;(2)属于检察机关提起行政公诉的管辖范围;(3)具有由检察机关作为国家公诉人提起行政公诉的必要。应当明确指出的是,设置检察机关的行政公诉权,必须体现司法的谦抑理念。“艰巨的社会责任感和高度的自我克制,构成司法活动的最基本特征。”<sup>②</sup>只要有适格起诉主体,就不需要检察机关提起行政公诉。只有在没有相应主体起诉,或者检察机关的检察建议等方式不足以阻止违法行为的情况下,才能用公诉权抗衡。因此,检察机关的行政公诉权具有补充性的特征,公诉权的补充性并不是指在抗衡行政违法行为中居于次要地位,而是指相对于相对人的起诉权与检察机关的检察建议等柔性行为而言,公诉权作为强制性启动行政诉讼司法审查程序的一种诉讼活动,是抗衡行政违法的最后手段。换言之,公诉权介入行政诉讼的深度和广度应该是最后的,它不仅不排除其他一切对行政违法进行监督和救济的可能渠道和手段,更不是要包办对行政违法进行监督和救济,相反,它为采用其他手段进行权力监督和权益保护留出了优先适用的机会和空间。同时,发展行政公诉制度,同样必须进一步整合和优化包括权力机关监督、行政机关监督和舆论监督等在内的各种监督资源,形成对行政违法行为监督的合力。

审查是指检察机关对受理的行政案件进行审核和鉴别的过程。行政公诉案件的审查内容应当包括:(1)行政违法事实是否存在;(2)行政对象的权益是否确实受到侵害;(3)确认行政违法行为的证据是否确实、充分;(4)是否符合提起行政公诉的条件。

决定是否提起行政公诉是在审查的基础上,作出提起或不提起行政公诉的决定。对于决定提起行政公诉的案件,由检察官制作行政起诉书,代表人民检察院向人民法院提起行政诉讼;对于不符合提起行政公诉的案件,则视情况作出不起诉、暂不起诉或撤销案件的决定。

① 杨曙光等:《行政执法监督的原理与规程研究》,第427页。

② 周汉华:《论行政诉讼中的司法能动性》,《法学研究》1993年第2期。

3 诉中程序。诉中程序主要是指检察机关在提起行政公诉后, 参与法庭行政诉讼审判程序的过程。诉中程序按先后依次为: (1) 阅卷并制作阅卷笔录; (2) 调查和核实有关证据; (3) 出庭。其中包括宣读行政起诉书; 出示书证、物证和视听资料; 宣读鉴定结论和勘验报告; 对出示的证据进行询问和质证; 发表出庭意见并进行必要的辩论; (4) 对法庭判决裁定是否合法进行监督。

4 诉后程序。诉后程序主要是指检察机关对行政公诉案件裁判结果的承受问题。如果法院不支持检察机关的诉讼请求, 对于一审裁判, 检察机关认为确有错误的, 可以向上一级人民法院提出抗诉, 同时将抗诉书抄送上一级人民检察院。上级人民检察院如果认为抗诉不当, 可以向同级人民法院撤回抗诉, 并且通知下级人民检察院。对于生效的裁判, 法院不支持检察机关的诉讼请求, 一般表现为对行政行为的维持, 换言之, 原有的行政法律关系并没有变更, 没有相关的利害关系人的实体利益因为检察机关的行政公诉及其随后的“败诉”而受到影响。因而不存在“不利”后果需要承担的问题。同时, 由于检察机关是代表国家利益或公共利益起诉的, 根据检察监督权的性质, 其提请法院启动行政审判程序, 对可能存在问题的行政行为进行审查的目的已经实现, 可以认为已经履行了法律赋予的法律监督职责, 自应尊重和接受人民法院的终审判决。

如果人民法院的裁判支持检察机关的诉讼请求, 撤销或变更了行政行为, 则其判决的“不利”后果主要由行政机关承担。在这种情况下, 检察机关还可以根据行政公诉过程中了解和掌握的情况, 就完善相关的行政管理、追究有关责任人的行政或法律责任以及防范类似情况的发生, 向作出行政行为的行政机关或其上级行政机关或其他有权机关, 提出检察建议。

总之, 行政公诉不同于行政相对人为维护自己利益而进行的“主观诉讼”, 而是一种以维护国家和公共利益、监督行政违法行为为目标的“客观诉讼”。在中国建立行政公诉制度, 实际上引入了一种新的诉讼类型, 它与中国现有的行政诉讼类型在目的、主体和结构上都有很大的不同, 因此需要研究和设计有利于实现其独特诉讼目的的程序, 单独规定在行政诉讼法中。

#### (四) 与行政公诉制度密切相关的问题

1 关于在立法上增加法院“禁令判决”问题。所谓“禁令判决”, 就是法院判令行政主体停止即将侵害或者正在持续侵害国家利益、社会公共利益及相对人权利的行政行为的判决形式。这种判决形式的优点在于, 有助于克服目前行政诉讼无法救济那些即将侵害或者持续侵害国家利益、社会公共利益及相对人权利的情况。中国现行行政诉讼法强调事后性, 即只能对已经现实发生的行政行为提起行政诉讼, 而把即将侵害国家利益、社会利益及相对人权利的行政行为排除于行政诉讼的受案范围。事实上, 有些行政行为如果得到实施或进一步实施, 将给国家利益、社会公共利益及相对人的权利造成无法挽回的重大损失。借鉴国外特别是英美法系国家“禁止令”等形式, 增加“禁令判决”, 与行政公诉相衔接, 在检察机关、行政相对人等发现正在进行行政违法行为时, 不延迟地请求法院作出“禁令判决”, 对于避免或减轻违法行政行为的损害是十分必要的。

2 关于保障审判权、检察权依法独立行使的问题。行政行为进入司法审查的视野之后, 行政机关就成为司法审查的对象。从理论上说, 行政机关从行政主体身份向行政诉讼被告身份转换应当具有自觉性, 这种自觉性观念将为行政诉讼排除行政权力干涉提供重要的基础。法院审查的是行政机关作为行政主体时实施的具体行政行为, 行政主体身份一旦转化为被告身份, 被诉行政行为就已经固定化。即在行政诉讼“立体三角形”结构中, 禁止行政权在行政诉讼阶段对特定事项的作为资格成为必然。行政诉讼结构中, 只有行政被告而没有行政机关, 法院借口

行政干预而放弃司法监督权的事实也不复存在。<sup>①</sup> 这种理想状态同样适用于检察机关。然而，作为行政诉讼程序的启动者之一，检察机关面临的实际压力可能比法院更大。由于社会结构关系的互动性，行政诉讼制度是否能够实现其预设功能，与外部环境密切相关，甚至在某种程度上及某些场合下具有决定性的意义。如果该制度的原理、程序规则不能抵御外来的不当影响，那么，美好的法律原则和制度都将是一纸空文。因此，研究如何更好地保障检察权和审判权依法独立行使，是一个不可回避的重大问题。

3 关于妥善处理行政诉讼与民事诉求之间关系的问题。在很多的群体性行政诉讼中，相对人针对具体行政行为提起诉讼，寻求公平与正义，实际上其深层次诉求可能与表面上的诉讼请求存在距离。例如，在因征收土地引起的土地登记群体性行政诉讼中，表面上，相对人是请求法院撤销被诉的土地登记行为，而实质上是想通过行政诉讼的方式，尽快足额地获得土地补偿款。此等情况下，如果由检察机关提起行政诉讼，如何理顺检察机关提起的行政诉讼与民事诉求之间的逻辑关系，如何妥善处理司法的有限性与涉诉相对人深层次诉求之间的矛盾，是一个重大的现实问题。此外，就纯粹的民事公益诉讼而言，民事督促起诉的方式在社会上有此需求，实践效果较好，一定程度上显示出检察机关是位于“监督”的主体；而在还没有从理论和实践上完全厘清检察机关在民事诉讼过程中的性质地位之前，对检察机关提起民事公益诉讼，不宜盲目探索。<sup>②</sup> 笔者赞同这种观点。

行政诉讼从理论研究和完善，到制度设计和建构，再到司法探索和实践，有不少困难和阻力。其中，最大的问题在于传统的思维方式和行为模式。虽然已经把依法治国、建设社会主义法治国家作为治国的基本方略写进了宪法，但是依法治国、依法执政、依法行政的法治理念并没有普遍地、牢固地确立起来。对于行政纠纷，通过行政手段、其他非法律的手段甚至运动的方式进行解决，依然具有普遍性。建立行政诉讼并通过司法审查的手段来解决行政纠纷，对行政权力进行监督，在观念上还有一定的阻碍。同时，如何理解在社会主义制度下法律监督体系的建构，检察机关在其中的职能、定位和范围，公诉职能与法律监督职能的协调一致等问题，都需要进行理论和制度的创新、完善。人民检察院如何恪守“理性、平和、文明、规范”的执法理念，防止将行政诉讼理解为根治行政违法行为的根本途径，秉持司法谦抑的原则，客观理性地认识行政诉讼在促进依法行政中的作用，避免出现行政诉讼的滥用，都是司法改革实践中必须解决的理论和实践命题。在中国，设置行政诉讼制度任重而道远，对于行政诉讼的研究和探索需要更多的法学家、社会学家和法律工作者共同推进。

〔责任编辑：孙 麾 李树民〕

① 参见谭宗泽：《行政诉讼结构研究：以相对人权益保障为中心》，第192页。

② 参见王鸿翼：《谈民事行政检察权的配置》，《河南社会科学》2009年第2期。

Using data from the "Survey of Social Networks and Occupational Experience in Chinese Cities in 2009" on five cities (Guangzhou, Shanghai, Xiamen, Jí'nan and Xí'an), this paper examines factors influencing Chinese urban workers' patterns of job mobility and acquisition of economic status in the post-reform era. The results show that workers with more or less education are in different parts of a segmented labor market and have completely different paths to economic status acquisition. For poorly educated workers, job mobility is one of the most important factors in improving their income; human capital variables (years of schooling and work experience) have no effect on income. By contrast, job mobility has no effect on the income of highly-educated workers, whose income stratification is most affected by human capital. This research reveals the two-track model of the urban workers' acquisition of economic status in different labor markets in transitional China.

**(9) The Establishment of the Administrative Public Prosecution System: Its Value and Institutional Construction** *Sun Qian* • 151 •

China is in a period of social transformation which sees a high incidence of social clashes and interest conflicts. A sound strategy for preventing, reducing and properly handling social risks is to strictly enforce the rule of law and ensure the appropriate use of administrative power. Due to structural defects, administrative litigation has failed to give full play to its institutional function. Establishing a system of administrative public prosecution should be regarded as an important option for improving the administrative litigation system. It will play a role in monitoring and promoting law-based administration, fostering civil society and resolving social conflicts, and is also a necessary measure for perfecting the prosecution system with Chinese characteristics. The system will need to be planned at both the theoretical and the institutional level.

**(10) The System of Boards of Directors: Its Origin and Evolution and China's Learning Experience** *Deng Feng* • 164 •

Three features are dominant in corporate legislation and legal practice throughout the world: the separation of ownership and control and director primacy; the collegial model; and the board's ultimate responsibility for corporate actions. These principles also determine most derivative rules of corporate board. Property rights (incomplete contract) theory has overlooked these legal principles, and the structure-function perspective and relational contract theory can provide an explanation of their rationality but not of their origin. According to political-historical theory, boards were established to ensure the independence of the organization. In the course of corporate evolution from "public" to "private," the three principles took root in legal institutions. China's understanding of corporations is associated with financing and profits and hampered by traditional conceptions and a focus on corporate functions. Since the concept of corporation was first introduced into late Qing China, China has maintained a quite restricted understanding of the system of boards of directors, and this is reflected in current law. Political theory should be incorporated into our understanding of this institution.

**(11) The History of Literary Families: A Reconstruction** *Mei Xinlin* • 177 •