

# 制度供給不足下行政公益訴訟爭議問題研究

何永福\*

## 一、引言

在全國人民代表大會常務委員會授權檢察機關試行公益訴訟並總結公益訴訟經驗後，中國通過增訂《行政訴訟法》第 25 條第 4 款<sup>1</sup>正式確立了行政公益訴訟制度。2018 年 2 月最高人民法院、最高人民檢察院出台了《關於檢察公益訴訟案件適用法律若干問題的解釋》<sup>2</sup>(簡稱《解釋》)，對行政公益訴訟適用進行細化規定。但《解釋》單獨規定行政公益訴訟的條文也僅有五條，沒有對行政公益訴訟中適格的被告、認定行政機關履行職責的標準、證明責任等問題作出具體的規定，缺乏明確的實體和程序規則。從實踐來看，上述問題又往往成為行政公益訴訟庭審中爭議的焦點問題。本文從制度規定和實踐運作兩個方面對上述爭議問題進行分析論述，提出應採取準確確定適格的被告、構建合理的行政機關履行職責的認定標準和證明責任等措施，進一步完善內地行政公益訴訟的相關制度，以確保其有效運作。

## 二、關於適格被告的問題

關於適格被告問題，主要涉及兩個問題：一是如何判斷被告具有監督管理職責，二是在同一行為既違反行政法又違反刑法時，如果行政相對人被處刑罰，作為被告的行政機關能否再對行政相對人進行行政處罰。

### (一) 關於如何判斷被告具有監督管理職責的問題

根據《行政訴訟法》第 25 條第 4 款規定，適格被告為生態環境和資源保護、食品藥品安全、國有財產保護、國有土地使用權出讓等領域負有監督管理職責的行政機關，但《行政訴訟法》《解釋》以及《檢察機關行政公益訴訟案件辦案指南(試行)》<sup>3</sup>(簡稱《指南》)均沒有對監督管理職責進行界定。

筆者在中國裁判文書以“行政案件”、“行政公益訴訟”為關鍵詞，裁判日期為 2018 年 1 月 1 日至 2018 年 7 月 31 日為檢索條件檢索出 79 個案件，並閱讀每一個案件。從檢索的案例來看，實務中作為被告的行政機關是否負有監督管理職責往往成為行政公益訴訟中的爭點，且不同的法院對行政機關的監督管理職責有不同的看法。如有的法院根據《環境保護法》和《水污染防治法》的相關規定，

\* 珠海市人民檢察院檢察官

認為“鄉鎮人民政府是農村垃圾治理的實施主體，被告歇馬鎮政府對本行政區生活廢棄物的處置、垃圾填埋場的運行等具有綜合治理和管理職責”<sup>4</sup>，從而認定歇馬鎮政府為負有監督管理職責的行政機關。<sup>5</sup> 上述判決似乎將鄉鎮人民政府的農村垃圾治理和管理職責等同其對農村垃圾的監督管理職能。有的法院認為：“通常意義上講，行政機關對生態環境行政管理職責包含兩方面的含義：一是運用公共權力使用公共資金，組織相關部門對生態環境進行治理，如霧霾治理、垃圾處理和‘小廣告’清理等；二是運用公共權力對破壞生態環境的違法行為進行監督管理，如依法制止生產企業排放大氣污染物的違法行為、依法制止擅自傾倒垃圾的違法行為以及依法制止張貼‘小廣告’的違法行為等。對於如何合理安排公共資金、如何分階段建設垃圾處理設施、如何關停環境污染企業等對生態環境進行治理的行政管理職責，目前並不屬於司法調整範疇；目前行政訴訟有權調整的行政行為應當限定在行政機關運用公共權力對破壞生態環境的違法行為進行監督管理的範圍內。”<sup>6</sup> 該法院基於上述論述，認定“朝陽鄉政府是否履行清理垃圾的職責不受行政訴訟法調整；朝陽鄉政府不是履行對破壞生態環境的違法行為進行制止和處罰的監督管理職責的責任主體”，進而裁定駁回檢察機關的上訴。第二個判決明確《行政訴訟法》第25條第4款中規定的監督管理職責“僅應指行政機關依據法律、法規或者規章的明確授權行使的監督管理職責”，不包括行政機關“運用公共權力使用公共資金，組織相關部門對生態環境進行治理”的管理職責。

上述兩個判決分歧點在於監督管理職責是否包括行政管理職責。對何種行政行為應納入行政公益訴訟的範圍，應結合《行政訴訟法》第2條及第12條、13條等綜合判斷。《行政訴訟法》第2條明確只能對行政行為而不是之前的具體行政行為提起行政訴訟。第12條進一步明確了可提起行政訴訟的12種情形，包括行政處罰、行政強制、行政許可、自然資源確權決定、徵收徵用決定和補償決定等作為行為，還包括行政機關不答覆、拒絕履行職責等不作為行為。雖然《中華人民共和國行政訴訟法釋義》一書中認為行政行為包括作為、不作為、事實行為及行政機關簽訂、履行協議的行為，不包括行政機關的規範性文件<sup>7</sup>，但《行政訴訟法》第12條規定的行政訴訟範圍“除傳統具體行政行為之外，不作為與雙方行為行政協議明確在肯定列舉的情形中，但是沒有涵蓋全部執法決定類型，也沒有出現事實行為、重大行政決策行為”<sup>8</sup>。“政府制定與經濟和社會發展相關的重大舉措，制定與教育、醫療衛生、城市交通管理、勞動就業相關的重大措施，政府進行重大項目投資，政府進行垃圾場選址，政府決定引入PX項目建設等，對受決策影響公眾有重大影響，但難以納入現有的行政行為體系中予以規範。”<sup>9</sup> 從《行政訴訟法》的上述規定來看，行政機關的行政管理行為不是《行政訴訟法》的受案範圍。

台灣地區通過《行政訴訟法》第9條<sup>10</sup>和《空氣污染防制法》《水污染防治法》《土壤及地下水污染整治法》《廢棄物清理法》《環境影響評估法》《海洋污染防治法》等構建環境行政公益訴訟制度。如台灣地區《空氣污染防制法》第81條第1項規定：“公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告行主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於行使職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。”台灣地區《水污染防治法》第72條第1項、《土壤及地下水污染整治法》第54條第1項、《廢棄物清理法》第72條第1項、《環境影響評估法》第23條第8項、《海洋污染防治法》第59條第1項等也作了類似規定。從上述規定來看，台灣地區行政公益訴訟的範圍為行政處分、事實行為，類型主要有課予義務訴訟、

一般給付訴訟兩種。課予義務訴訟係“請求行政法院判令主管機關為一定之行政處分，例如科處罰鍰、限期改善、命其停工或停業、撤銷操作許可證、命其歇業等”；一般給付訴訟係“請求行政法院判令主管機關為行政處分以外之事實行為，例如實施檢查或鑑定、代為清除處理之措施或進入公私場所採樣或檢測等”。<sup>11</sup> 無論是行政處分還是事實行為，都是要求行政機關對行政相對人採取的措施，而不是在沒有行政管理相對人的情況下行政機關自己應為的措施。提起行政公益訴訟目的是為了“督促行政機關，促使其確實、迅速執行法規之規定，藉以達到貫徹法律，維護公益之目的”<sup>12</sup>。

德國法律將行政行為界定“當局處理公法範圍內的單獨事項，以產生直接外部法律效力的命令、規定或者其他高權措施”，其構成要素有“處理要素、高權要素、具體要素、當局要素和法律效力要素”。<sup>13</sup> 鄉(鎮)政府處理治理其轄區內垃圾等職責，不能直接產生外部法律效力，不能認定其為行政行為，因而不應納入到行政公益訴訟的範圍。根據《行政訴訟法》第 12 條規定，並借鑑台灣地區行政公益訴訟的經驗，應僅將行政機關為維護公共利益應對行政相對人採取的行政處分或事實行為納入到行政公益訴訟的範圍，從而進一步明確行政公益訴訟的受案範圍。同時，根據最高人民法院的相關判例，進一步明確行政公益訴訟適用對象只能是直接行使監督管理職責的行政機關，從而將“上級行政機關對下級行政機關、本級人民政府對所屬工作部門的內部監督行為”<sup>14</sup>排除在行政公益訴訟案件的範圍內。

## (二) 關於行政罰與刑罰競合時判斷行政機關是否具有監管職責的問題

雖然《指南》規定：“對於行政機關回覆本案已經過刑事處罰，不應再進行行政處理的，辦案人員應繼續查找法律、行政法規則等規定，如查實行政機關還可以通過繼續履行行政監管職責有效保護國家利益或者社會公共利益的，應當提起行政公益訴訟”<sup>15</sup>，但也沒有明確以甚麼標準來認定刑罰後應進行行政處罰。

在上述的從中國裁判文書網中檢索出來的 79 個行政公益訴訟案件來看，當行政相對人的行為既違反行政法的規定又違反刑法的規定時，行政機關對行政相對人是否應作出行政處罰成為行政公益訴訟中當事人雙方爭議較大的一個爭點，且法院對此類爭點沒有形成一致的裁判標準。在壽縣人民檢察院訴壽縣林業局行政公益訴訟案件<sup>16</sup>中，行政相對人孫某因濫伐林木罪被法院判處緩刑一年、罰金一萬元。公益訴訟人壽縣人民檢察院認為孫某在判決生效後沒有補種樹木，被告壽縣林業局沒有對孫某作出行政處罰，致使被濫伐的資源沒有得到及時有效的恢復。壽縣林業局基於以下理由請求法律駁回公益訴訟人的訴訟請求：一是“刑事處罰與行政處罰是矛盾關係與非包含關係，孫賢輝因濫伐林木已經被追究刑事責任，就該行為不應再作出行政處罰”；二是在孫某已判刑的情況下，“現行法律、法規和規章沒有規定應當再給予其行政處罰”；三是因孫某所濫伐的為用材林且林木所佔用的土地為一般林用地，“不能認定孫賢輝的濫伐行為導致公共利益受到侵害，如果作出補種樹木的處罰決定”，因土地流轉期限即將屆滿也不具備執行條件。壽縣人民法院全部採納壽縣林業局的意見，認定在孫某已因濫伐林木被判處刑罰的情況下，“壽縣林業局再對該侵害同一法益的行為作出行政處罰缺乏法律的明確規定”，從而駁回壽縣人民檢察院的訴訟請求。在延川縣人民檢察院訴子長縣林業局行政公益訴訟案件<sup>17</sup>中，李某雖因失火罪被判處緩刑 3 年，但沒有對燒毀的林木進行補種。子長林業局辯解在法院已對李某判處刑罰的情況下不能再對李某作出行政處罰。法院認定“因法律沒有明確規定追究刑事責任後，可以免除林業行政主管部門的監督管理職責”，從而作出責令子長縣林業局對李某失火毀

林的行為履行管理、監督法定職責的判決。在宿城區人民檢察院訴沐陽縣農業委員會行政公益訴訟案件<sup>18</sup>中，第三人仲某因盜伐林木罪被法院判處刑罰，公益訴訟人認為被告沒有對第三人仲某盜伐林地保護利用規劃範圍內的林木行為作出行政處罰。被告則辯稱：“仲某某因盜伐林木行為被追究刑事責任後再對其處以責令補種樹木等行政處罰與現行行政處罰法以及兩法銜接制度相違背，亦違反一事不再罰原則。”法院則認為“刑事責任和行政責任均是公法上的責任，但其性質不同，現行法律法規均未規定對於同一違反行政法上義務的違法行為在追究刑事責任後，不得再承擔行政責任。對於此種情形下行政責任與刑事責任的具體適用，應當區別對待，即當行政責任內容與刑事責任內容具有相同的法效果時，因刑事責任是最嚴厲的制裁措施，如行政責任已先行承擔，則在刑事責任中應予以折抵；如刑事責任已先行承擔，則刑事責任吸收行政責任。當行政責任內容的法效果與刑事責任內容的法效果不同時，行政責任與刑事責任應分別適用。”因仲某已被追究有期徒刑、罰金和追繳違法所得的刑事責任，故不得再對仲某處於罰款和沒收違法所得的行政處罰，但根據《森林法》，被告應責令仲某補種盜伐株數十倍的林木，為羈束性行政行為，且該行政行為不是行政處罰而是行政命令，不能被刑事責任所包含和吸收，從而法院判決被告應在判決生效之日 60 日內對仲某作出責令補種十倍盜伐林木的行政處理處理決定。

在法院已對第三人作出刑罰後行政機關能否對第三人再作出行政處罰的問題，本質上涉及行政不法與刑事不法的區分理論及“一行為不二罰”原則。有關行政不法與刑事不法的區別，存在着“質的區別說”、“量的區別說”和“質量混合理論”等三種理論。<sup>19</sup>“質的區別說”認為行政罰與刑罰在本質上不具有同質性，行政罰是“對行政命令的不服從，並不具有倫理上的非難性”，而“刑罰所觸犯的是具有社會‘倫理非價判斷’的良知誠命”，因此兩者可以並行適用。<sup>20</sup>“量的區別說”認為“刑事不法與行政不法並無本質上的不同，僅有量的高低差別而已。具體來說，行政違反行為係對於法律所保護較為輕微的侵害，對於法益較為嚴重的侵害，才會具有刑的‘可罰性’。”<sup>21</sup>也即當第三人已被法院判處刑罰時法益已受保護或制裁目的已實現，不需要行政機關再對第三人實施行政罰。“質量混合理論”認為“刑法不法與行政不法二者各有其本質相異之核心部門，但在其彼此交錯之邊緣部分，則僅為量的差異而已。”<sup>22</sup>“目前德國學理上通說多係以聯邦憲法法院所提出之質量混合理論為相關論證之出發點，但若就其說明內容以觀，則似有偏向量的區別說之趨勢。”<sup>23</sup>在臺灣地區有學者認為以“量的區別說”為通說，且何種行為應受行政罰或刑罰屬於立法政策，與刑事不法或行政不法的本質無必然聯繫。<sup>24</sup>筆者贊同“量的區別說”理論。從《森林法》第 39 條、《環境保護法》第 35 條和 43 條等規定來看，內地有關生態環境的立法是依行為的輕重而分設立行政罰與刑罰，這說明是採用“量的區別說”來區別行政處罰與刑罰。

既然以“量的區別說”，則在行政處罰與刑罰競合時，可能適用“一行為不二罰”原則。“一行為不二罰，指人民一次之違法行為，國家機關不得科以兩次以上之處罰。”<sup>25</sup>《德國基本法》規定對於一行為不得給予兩次刑罰，台灣地區大法官認為“必須在‘行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的’不同下”才可以對一行為進行兩次行政處罰。<sup>26</sup>台灣地區《行政罰法》第 26 條規定：“一行為同時觸犯刑事法律及違反行政上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告者，亦得裁處之。前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。”其立法理由為刑罰與行政罰同屬對不法行為的制裁，且刑罰具有較強的懲罰性和更符合正當

程序的要求，因而應優先適用刑罰。“惟若因處罰之種類、性質截然不同，基於不同之法規目的、維護公共秩序之作用等行政目的，對於罰鍰以外之沒入或其他種類處罰，仍得並以裁處。”<sup>27</sup>

在棗莊永幫橡膠有限公司訴山東省棗莊市國家稅務局稅務行政處罰案中，山東省棗莊市國家稅務局發現棗莊永幫橡膠有限公司涉嫌犯罪移送公案機關後仍以涉嫌偷稅對該公司作出罰款 520 萬多元的行政處罰。後法院以虛開增值稅專用發票罪判處該公司罰金 150 萬元，判處該公司總經理宗某有期徒刑 15 年。法院認為根據《行政處罰法》第 28 規定，對同一違法犯罪行為，原則上只能給予一次人身罰或財產罰，不能重複適用。山東省棗莊市國家稅務局在移送刑事案件後對永幫橡膠有限公司作出罰款的行政處罰屬於“程序違法，適用法律錯誤”，判決撤銷該行政處罰。<sup>28</sup> 中國行政處罰種類包括警告、罰款、沒收違法所得、沒收非法財物、責令停產停業、暫扣或者吊銷許可證、暫扣或者吊銷執照、行政拘留等，刑罰種類包括管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑、死刑、罰金、剝奪政治權利、沒收財產等，只有行政拘留和拘役、有期徒刑、無期徒刑、死刑同屬於人身罰，罰款與罰金、沒收財產同屬於財產罰，因而不得重複適用。但其他種類的行政罰與刑罰不屬於同種類型，可以合併適用。

在行政罰與刑罰競合時，應採用“量的區別說”來界定行政罰與刑罰。在區別行政罰與刑罰的基礎上，明確行政機關可以對第三人作出與刑罰不種類的行政罰。例如，在上訴人響水縣林業局不服(2017)蘇 0924 行初 8 號行政判決上訴案件<sup>29</sup>中，法院認為“責令補種樹木係林業主管部門的法定職責，屬林業行政處罰中特有的行為罰，與刑法規定的濫伐林木罪刑罰種類不能折抵”，刑事判決不是行政機關作出行政處罰的必然前提，行政機關應根據法定程序對行政違法行為進行調查並決定是否作出行政處罰。

### 三、關於行政機關是否已全面履行監管職責的認定

根據《行政訴訟法》的規定，行政機關未依法履行監管職責表現為行政機關違法行使職權或者不作為，致使國家利益或者社會公共利益受到侵害，但是法律和相關司法解釋沒有明確何為違法行使職權或不作為。根據《行政訴訟法》第 70 條規定，可以從主要證據不足、適用法律法規錯誤、違反法定程序、超越職權、濫用職權、明顯不當等六個方面來審查行政機關是否違背職權。但是，上述“合法性審查根據缺乏理論的統一性和邏輯上的連貫性，造成學理解釋上的尷尬和司法實踐中的混亂”，在實踐中應從“主體合格、事實有據、條件符合、程序正當、處理得當”等方面對行政行為的合法性進行審查。<sup>30</sup> 有學者認為行政機關不作為除了“包括傳統理論歸納的拖延、拒絕、不予答覆外，還應包括未作為、假行為、弱作為等形式。”<sup>31</sup>

從行政公益訴訟的實踐來看，違法行使職權的案件較少，絕大多數都是不作為的案件。不作為主要表現為顯性的不作出行政處罰或不採取措施對行政處罰加以執行等隱形的不作為。由於法律和相關司法解釋沒有明確行政機關不作為的判斷標準，行政公益訴訟中原告與被告對行政不作為判斷標準的不一，使行政機關是否存在不作為成為內地行政公益訴訟中一個較為常見的爭點。從檢索到的 79 件行政公益訴訟案件來看，行政不作為的判定難點在於行政機關是否全面履行職責，特別是在恢復生態環境的案件中。《指南》不僅將不履行職責、未完全充分履行職責等情況規定為行政機關未依法履行職責，而且明確在特定情況下應根據客觀因素及行政機關履行職責的實際行為來認定行政機關是否依

法履行職責，具有一定的可操作性和指引作用。行政機關未依法履行職責的情形主要有：行政機關收到檢察建議後，明確表示不進行整改的；行政機關雖回覆採納檢察建議並採取整改措施，但實際上行動遲緩、敷衍應付、沒有作為的；行政機關僅部分糾正行政違法行為的；行政機關雖採取了履職措施，但履職仍不完全、不充分，無法達到監管目的，且沒有進一步行使其他監管職權等情形。對於行政機關已經依法啟動行政處罰的立案、調查等程序，尚處於作出行政處罰的法定期限內，則應看其是否在法定期間內作出行政處罰決定，是否存在客觀障礙，不能一概認定為未依法履行職責。對於一些特殊情形，如恢復植被、修復土壤、治理污染等，行政機關主觀上有整改意願，但由於受季節氣候條件、施工條件、工期等客觀原因限制，行政機關無法在檢察建議回覆期內整改完畢的，應當繼續跟進調查。行政機關回覆將採取明確可行的措施，制定有詳細的計劃和目標，並積極準備前期工作的，檢察機關應對方案的可行性進行審查，必要時可以諮詢專業人員的意見，認為方案切實可行的，暫不提起行政公益訴訟；如在合理期限內仍未整改到位，國家利益或者社會利益持續處於受侵害狀態的，應當提起行政公益訴訟。

從檢索到的行政公益訴訟案件來看，法院主要是以國家利益或社會公共利益是否仍受侵害及行政機關是否履程序義務來認定行政機關是否依法及時履行職責。在開平市人民檢察院訴開平市環境保護局行政公益訴訟案<sup>32</sup>中，雖然被告在訴訟過程中通過合同委託相關單位將危險廢物進行清挖、無害化處理等，但上述行為不足以證明填埋場及其周邊環境已達到有效消除涉案污染的事實，從而認定被告僅履行部分法定職責，判決被告對第三人收集和傾倒涉案危險廢物的行為繼續履行法定職責。在利津縣人民檢察院訴利津縣環境保護局行政公益訴訟案<sup>33</sup>中，法院認為雖然被告收到《檢察建議》後履行了部分職責，但是，在訴訟過程中，“崔向征違法存放危險廢物處仍沒有設置危險廢物識別警示標誌，存放的危險廢物亦未得到規範化、無害化處理，周邊環境持續遭受污染，社會公共利益持續受到傷害”，從而判決被告繼續履行對該危險廢物處置工作的法定監管職責。在濠江區人民檢察院訴濠江區農林水務局行政公益訴訟案<sup>34</sup>中，第三人未經國土和林業等主管部門批准，擅自在省級生態公益林地建設墳墓退遷點，致使該林地受到大量毀壞。在訴訟過程中，被告對第三人下達林地再次整改復綠通知，第三人及時補種林木。後被告還制定造林復綠項目監管工作措施，並多次對第三人整改復綠情況進行現場檢查、監管。第三人補種林木經汕頭市林業科學研究所評估認定各項質量指標達到設計要求。法院認為“雖然被告在公益訴訟起訴人起訴後履行監管職責，但至今被毀林地尚未恢復原狀，恢復已遭破壞的森林植被生態需要一定時間，在這段時間內需要被告持續督促監管，才能確保生態的恢復”，因而判決限被告在判決生效之日起 60 天內履行監管第三人植樹復綠、限期恢復林地原狀。在鐵西區人民檢察院訴四平市林業局行政公益訴訟案<sup>35</sup>中，法院認為“被告四平市林業局對所涉案林地因難以恢復原貌而採取了異地造林的監管措施。但因苗木生長週期所限，現異地造林的結果尚未完全展現”，判決責令被告依法履行監管的法定職責。在平谷區人民檢察院訴平谷區園林綠化局行政公益訴訟案<sup>36</sup>中，被告認為怠於履行職責指的是“主觀上不重視或惡意地拒絕履行”，當時正處寒冬不適宜補種樹木，且已給出了具體可行補種方案，原告以被告未在收到《檢察建議》一個月內代為補種為由認為被告怠於行使職責是對行政公益訴訟的僵化理解。法院認為在第三人未按被告下達的《責令補種樹木通知書》所限定的期限內履行補種樹木義務的情況下，收到《檢察建議》後被告仍然沒有按照《行政強制法》的規定履行催告、送達代履行決定書等等程序，且實施上述程序不受季節的影響，“屬怠於履行法定職責的不作為行為，違反法律規定”。在訴訟過程中，被告委託的公司補種了樹木，並

經法院現場確認所補種的樹種、數量符合《責令補種樹木通知書》的規定，原告也當庭撤回判令被告履行代為補種樹木的訴訟請求。法院最後判決確認被告未依法強制執行的行為違法。<sup>37</sup>

從上述判例來看，實踐中法院往往以國家利益或公益利益是否仍受損害為標準來認定行政機關是否依法及時履行職責。由於造成國家利益和社會公益的原因具有多樣性，並非所有受到損害的國家利益和社會公益都可以得到恢復，如生態環境受到損害的案件，以損害結果恢復為導向的審查標準不符合自然規律，對行政機關履行職責提出了過高的要求。應以行政機關是否履行法定職責為標準來認定國家利益或社會利益是否侵害。“行政糾正違法行為，是履行職責的外在表現形式；行政機關通過積極履職而實現對污染環境與破壞生態行為的制止與苛責，進而實現對環境公益的保護與救濟，是履行法定職責的內在效果。”<sup>38</sup> 也就是說一旦行政機關糾正了違法行為或依法履行職責，就可推定國家利益和社會利益受到保護。如果行政機關違法程序輕微，沒有對國家利益和社會利益產生實質損害的，也不能僅因輕微違法程序的行為而被認為沒有及時依法履行職責。

#### 四、關於證明責任的問題

《行政訴訟法》及《解釋》均沒有明確提及行政公益訴訟案件的證明問題。《解釋》第 24 條只是規定檢察機關應提供被告不履行職責致使國家利益或社會利益受到損害及在檢察機關已履行訴前程序後行政機關仍不依法履行職責或者糾正違法行為的證明材料，並在附則中明確解釋沒有規定的事項適用行政訴訟法以及相關司法解釋的規定。《行政訴訟法》第 34 條規定：“被告對作出的行政行為負有舉證責任，應當提供作出該行政行為的證據和所依據的規範性文件。”行政機關對作出行政行為的合法性承擔證明責任。但是，由於行政公益訴訟與普通行政訴訟存在着區別，行政公益訴訟在本質上為客觀訴訟，而普通行政訴訟在本質上為主觀訴訟，且作為行政公益訴訟起訴人的檢察機關比作為行政訴訟的原告更具有較強的證據調查能力，由行政機關承擔證明行政行為合法性的責任能否適用行政公益訴訟中存在疑問。《指南》明確行政機關應對行政行為的合法性承擔舉證責任，而檢察機關應對起訴符合法定條件、行政機關違法行使職權或不作為致使國家利益或社會利益受到侵害、檢察機關發出《檢察建議》後行政機關仍未依法履行職責承擔提供證據的責任。<sup>39</sup>

從實踐來看，各地法院對行政公益訴訟證明責任的看法不一。有的法院認為應由行政機關承擔依法履行職責和生態環境已得到恢復的證明責任。在開平市人民檢察院訴開平市環境保護局行政公益訴訟案<sup>40</sup>中，法院認為應由有資質的第三方對危險廢物的填埋場進行生態環境鑑定評估，以確定危險廢物所損害的生態環境是否得以恢復，被告自行委託的第三方機構進行單一危險物檢測報告不足以證明受到危害的生態環境得到恢復，“開平市環保局也未能提供其他充分證據足以證明涉案填埋場及其周邊環境已達到修復治理完成並經驗收合格標準的事實，且在涉案固體廢物仍未按前述約定進行安全、環保、無害化處理的情況下，難以辨別國家、社會公共利益是否不再遭受不法侵害，開平市環保局應依法承擔舉證不能的相應不利法律後果。”有的法院認為應由行政機關承擔依法全面履行監管職責的證明責任。在渭縣人民檢察院訴渭縣住房和城鄉建設局行政公益訴訟案<sup>41</sup>中，雖然被告已將部分排污口併入污水管網，解決了部分污染生態環境的問題，但法院認為“截止法庭辯論終結前，被告渭縣住建局向法庭提交的證據不能證明其已完全履行了將涉訴排污口併入污水管網的監督管理職責”，從而

判決責令被告在判決生效之日起六個月內依法繼續全面履行涉案排污口併網建設與污水管理的監管職責。在朝陽區人民檢察院訴朝陽區農業局行政公益訴訟案<sup>42</sup>中，被告作出了責令第三人補種林木的行政處罰決定書，並提供照片證明第三人已在相鄰地方按規定數量和要求補種林木，認為其履行了法定職責，但法院認為被告所提供的補種林木的照片，因不能顯示具體方位和拍攝時間，且檢察機關對第三人的調查筆錄不相符，在沒有其他證據印證的情況下，不能證明照片上的林木就是第三人被種的林木，因而判決被告依法履行恢復被破壞森林資源的法定職責。

行政機關承擔證明生態環境已得到修復的證明責任與從結果上認定行政機關依法履行職責的觀點具有一定關係，但前面已論述不能用國家利益和社會公共利益得以恢復的結果來認為行政機關已依法履行職責，讓行政機關承擔過重的證明責任。

《行政訴訟法》第34條明確了被告具有證明其作出的行政行為具有合法性的責任；第36條明確原告在起訴被告不履行法定職責的案件中具有證明其向被告提出申請的責任，在被告應當依職權主動履行法定職責的或原告因正當理由不能提供證據的可以免除原告的證明責任。最高人民法院認為在行政訴訟中原告應承擔被指控的行政行為是否存在、該行政行為是否由被告實施等事項的證明責任。<sup>43</sup>由此可見，違法行使行政職權與行政不作為的構成要件不同，兩者的證明責任要件也就不同。

在行政公益訴訟中，也涉及違法行使職權和不作為兩種行為，因而兩種行為的行政公益訴訟證明責任也應有所不同。<sup>44</sup>對於違法行使職權的行政公益訴訟案件，由行政機關證明其作出的行政行為具有合法性和已依法履行職責是一種合適的選擇。即使檢察機關比行政訴訟的原告擁有更強的調查取證權，但畢竟不是行政案件當事人，“難以獲得基於案件當事人的親歷性才能獲取的案件全部信息”<sup>45</sup>，從有利發現案件真實的角度來看，行政機關對其行政行為合法性和依法履行職責承擔證明責任具有正當性。作為行政公益訴訟起訴人的檢察機關應當就符合起訴條件等有關的事實負證明責任，具體來說，檢察機關應承擔下列事項的證明責任：一是被告為適格的行政機關，二是被訴的行政行為存在，三是被訴的行政行為由被告實施，四是經過訴前程序，五是國家和社會公共利益受到侵害。對於不履行職責的行政公益訴訟，檢察機關應證明下列事項：一是被告為適格的行政機關，二是被告具有履行職責的法定義務，三是經過訴前程序，四是國家和社會公共利益受到侵害。被告應該證明其已依法履行職責。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 《行政訴訟法》第25條第4款規定：“人民檢察院在履行職責中發現生態環境和資源保護、食品藥品安全、國有財產保護、國有土地使用權出讓等領域負有監督管理職責的行政機關違法行使職權或者不作為，致使國家利益或者社會公共利益受到侵害的，應當向行政機關提出檢察建議，督促其依法履行職責。行政機關不依法履行職責的，人民檢察院依法向人民法院提起訴訟。”
- <sup>2</sup> 該司法解釋共27條，其中第1-12條為一般規定、第13-20條為民事公益訴訟規定、第21-25條為行政公益訴訟規定、第26、27條為附則。
- <sup>3</sup> 最高人民檢察院2018年3月印發此指南。

- <sup>4</sup> 見(2018)鄂 0626 行初字 5 號判決書。需要說明的是，本文中所有行政公益訴訟判決均來源於中國裁判文書網：<http://wenshu.court.gov.cn>，2018 年 8 月 1 日訪問。
- <sup>5</sup> 在(2018)吉 0203 行初字 1 號判決書中，法院認為“公益訴訟人請求判決令江密鎮政府依法履行垃圾管理職責的訴訟請求符合法律規定，本院予以支持”。
- <sup>6</sup> 見(2018)吉 01 行終 49 號判決書。
- <sup>7</sup> 信春鷹：《中華人民共和國行政訴訟法釋義》，北京：法律出版社，2014 年，第 8-9 頁。
- <sup>8</sup> 王萬華：《新行政訴訟法中“行政行為”辨析》，載於《國家檢察官學院學報》，2015 年第 4 期。
- <sup>9</sup> 同上註。
- <sup>10</sup> 《行政訴訟法》第 9 條規定：“人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。”
- <sup>11</sup> 李建良：《環境公民訴訟的訴訟類型與程序要件——美麗灣渡假村環評公民訴訟裁判綜合評析》，載於《台灣法學雜誌》，第 211 期。
- <sup>12</sup> 張文郁：《淺論行政訴訟之公益訴訟——兼評最高行政法院判決 101 年度判字第 980 號》，載於《月旦裁判時報》，2014 年第 2 期。
- <sup>13</sup> 于安：《德國法上行政行為的構成》，載於《中國法學》，1999 年第 5 期。
- <sup>14</sup> 見(2016)最高法行申 1820 號判決書。
- <sup>15</sup> 見《檢察機關行政公益訴訟案件辦案指南(試行)》第一部分第四點第 1 項。
- <sup>16</sup> 見(2018)皖 0422 行初字 2 號判決書。
- <sup>17</sup> 見(2018)陝 0622 行初字 2 號判決書。
- <sup>18</sup> 見(2017)蘇 1302 行初 348 號判決書。
- <sup>19</sup> 陳文貴：《從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯》，載於《法令月刊》，2007 年第 11 期。
- <sup>20</sup> 許育典：《行政罰與刑罰的競合》，載於《月旦裁判時報》，2010 年第 3 期。
- <sup>21</sup> 同上註。
- <sup>22</sup> 陳信安：《再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心(下)》，載於《興大法學》，2014 年第 16 期。
- <sup>23</sup> 同上註。
- <sup>24</sup> 吳庚：《行政法之理論與實用》，北京：中國人民大學出版社，2005 年，第 296 頁。
- <sup>25</sup> 王兆鵬：《刑事訴訟法講義》，台北：元照出版公司，2010 年，第 934 頁。
- <sup>26</sup> 同註 20。
- <sup>27</sup> 蔡震榮、呂倩茹：《行政罰與刑事罰之界限——以食品安全衛生法修正為例》，載於《法令月刊》，2015 年第 7 期。
- <sup>28</sup> 中華人民共和國最高人民法院行政審判庭編：《中國行政審判指導案例》(第一卷)，北京：中國法制出版社，2010 年，第 69-74 頁。
- <sup>29</sup> 見(2018)蘇 09 行終 119 號判決書。
- <sup>30</sup> 何海波：《行政行為的合法要件》，載於《中國法學》，2009 年第 4 期。
- <sup>31</sup> 楊小群：《行政不作為形式及其違法性》，載於《重慶工學院學報》(社會科學版)，2009 年第 1 期。

- <sup>32</sup> 見(2017)粵0704行初370號判決書。
- <sup>33</sup> 見(2018)魯0522行初5號判決書。
- <sup>34</sup> 見(2016)粵0515行初5號判決書。
- <sup>35</sup> 見(2018)吉0302行初1號判決書。
- <sup>36</sup> 見(2017)京0117行初19號判決書。
- <sup>37</sup> 同類的判決還有(2017)京0117行初18號、(2017)京0117行初20號等。
- <sup>38</sup> 劉超：《環境行政公益訴訟訴前程序省思》，載於《法學》，2018年第1期。
- <sup>39</sup> 見《檢察機關行政公益訴訟案件辦案指南(試行)》第一部分第四點第6(3)項。
- <sup>40</sup> 見(2017)粵0704行初370號判決書。
- <sup>41</sup> 見(2017)甘1102行初7號判決書。
- <sup>42</sup> 見(2017)吉0104行初54號判決書。
- <sup>43</sup> 見(2016)最高法行申2907號判決書。
- <sup>44</sup> 有學者提出：“在作為類的行政公益訴訟中，檢察機關需要證明履行訴前程序發出了檢察建議，以及國家利益或社會公共利益處於受侵害狀態，由行政機關承擔其履行職行為的合法性。在不作為的行政公益訴訟中，檢察機關需要證明：(1)人民檢察院履行了訴前程序；(2)相關行政機關負有法定監督職責，也即行政機關具有相應的作為義務；(3)行政機關拒不糾正違法行為或者不履行法定職責；(4)國家利益或者社會公共利益處於受分割狀態。”見徐全兵：《檢察機關提起行政公益訴訟的職能定位與制度構建》，載於《行政法學研究》，2017年第5期。
- <sup>45</sup> 萬進福：《行政公益訴訟中的舉證責任分配》，載於《人民法院報》，2017年9月27日，第6版。