本版编辑：澹 雅
E-mail：t4@studytimes.cn
Tel：010—62805118

司法改革

检察机关提起公益诉讼亟须厘清的几个问题

□ 刘 艺

今年7月1日，全国人大常委会授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作。7月2日，最高人民检察院公布《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》（以下简称“《试点方案》”）。检察机关作为“国家力量”登上了公益诉讼的舞台，我国公益诉讼进入了一个新的发展阶段。

目前，法院审理民事公益诉讼的依据日趋完善。相形之下，检察机关提起行政公益诉讼的规范体系还须积极建设才能满足试点工作的需要。《试点方案》仅原则性规定了检察机关提起行政公益诉讼的案件范围、诉讼参加人、诉前程序、提起诉讼、诉讼请求等内容。具体实施办法仍须细化。

实施办法的制定需要破解诸多理论和实践的难点。尤其在行政公益诉讼领域，检察机关提起诉讼势必对现有诉讼法理和既有规定形成一定冲击。当前亟须厘清以下几个方面的问题。

检察机关提起公益诉讼增强了行政诉讼法保护客观法律秩序的功能。1989年《行政诉讼法》颁布以来，行政诉讼是“民告官”的观念就开始普及。但“民告官”是对行政诉讼原、被告恒定特征的宽泛描述，而非对行政诉讼功能的限定。只有行政机关依法行使职权，客观法律秩序才能顺利实现。新修改的《行政诉讼法》尽管没有直接将维护法律秩序作为立法目的，但其确立的“监督行政机关依法行使职权”这一目的本身就蕴含着通过诉讼维护法律秩序的功能。检察机关基于法律监督职能提起行政公益诉讼，督促行政机关纠正违法行为或者履行法定职责，既是为了保护公共利益，也是一种保护客观法律秩序的活动。在以审判为中心的诉讼结构中，法官掌控诉讼进程，为寻求公正而做出裁判。但在行政诉讼的实践中，法院或法官容易受到行政权的干预和影响。检察机关提起行政公益诉讼一定程度上促进了诉讼提起人、被告、法官之间力量的平衡，缩小了行政诉讼原、被告地位与能力的差异，构建了更均衡的诉讼结构。这种诉讼结构进一步落实了宪法中检察机关是法律监督机关的规定，也能更有效地维护客观法律秩序。

检察机关提起公益诉讼改变了行政诉讼法当事人的概念。我国诉讼制度采用日本法模式将诉讼实施权与当事人适格等同。这种做法与德国存在差异。德国的民事诉讼制度严格区分了当事人适格与诉讼实施权。随着我国民事诉讼制度的发展，特别是民事公益诉讼制度的建立，当事人适格理论在管理权或处分权方面进一步延展，增加了诉讼担当理论，这为民事公益诉讼原告适格问题提供了基础。我国《行政诉讼法》脱胎于《民事诉讼法》，经2014年修改后其原告资格仍然恪守利害关系理论。很明显，检察机关不能直接依据行政诉讼法的规定提起诉讼。经全国人大常委会授权后，检察机关在行政公益诉讼中的身份来自于法律认可的诉讼担当，其行使的是诉讼实施权。因此，检察机关提起行政公益诉讼不应适用《行政诉讼法》第25条第1款和3款的规定。此外，根据《行政诉讼法》中利害关系当事人概念，检察机关也不能归入当事人范围。提起公益诉讼的检察机关不是诉讼中普通一方，而是代表国家政权履行相应职责。《试点方案》将检察机关视为公益诉讼人，而非提起诉讼的原告是非常合理的。相应地，行政诉讼的当事人范围也应扩展为原告、公益诉讼人与被告三类。随着公益诉讼的开展以至相关理论研究的深入，行政诉讼的当事人概念将会逐步从利害关系人概念向程序当事人概念转变。

检察机关在履行职责中发现公益诉讼线索的情形应适当放开。党的十八届四中全会《决定》、习近平总书记关于十八届四中全会《决定》的说明和《试点方案》都将检察机关提起公益诉讼的线索限定在“履行职责过程中发现”。检察机关既非行政行为的相对人，与行政行为也没有利害关系，很难在第一时间获得行政违法行为正在或者已经造成了对国家利益和社会公共利益侵害的线索与信息。为此，有必要适度放宽“履行职责”的范围。最高人民检察院2015年2月16日正式印发实施的《关于深化检察改革的意见（2013—2017年工作规划）》（2015年修订版）中将“履行职责”界定为检察机关在履行职务犯罪侦查、批准或者决定逮捕、审查起诉、控告检察、诉讼监督等职责。这表明公民、法人或者其他组织可通过申诉、控告和举报方式向检察机关提供公益诉讼线索。这种方式既遵循了规范保护理论又是对宪法授予公民的申诉权的保障。除此之外，新闻媒体曝光的案件因可能涉及渎职问题，检察机关通过自侦权进行调查时，若发现相关线索，可由反贪反渎部门向民事行政检察部门进行案件线索移送。调查处理国家权力机关交办、转办的案件也是检察机关履行法律监督职能必须承担的任务。检察机关应建立案件线索的归口机制，将控告检察部门、案件管理部门或者反贪反渎部门发现的线索及时移送给民事行政检察部门受理。

防止检察机关滥用提起公益诉讼权力应建立几项基本制度。《试点方案》规定“经过诉前程序，……检察机关可以提起行政公益诉讼”。“可以”意味着检察机关享有是否提起公益诉讼的自由裁量权。如何监督检察机关正确行使此项权力呢？这个问题可分解为两方面。一是检察机关发现公益诉讼线索后的裁量权该如何监督的问题。比如针对公民、法人或者其他组织申诉、控告或举报的行政公益诉讼线索，检察机关应遵循宪法保障公民申诉权和行政法中裁量限缩为零的基本原则，对申诉、控告或举报进行特定的处理，采取一定措施全部予以回复。这一做法与检察机关处理针对刑事、民事、行政案件的申诉、控告和举报时所采取的手段一致。二是如何防止检察机关选择性起诉或者报复性起诉的问题。检察机关发现行政违法行为线索后是否提起行政公益诉讼受诉前程序、起诉条件等因素的影响。在符合这些条件的情况下，如何防止检察机关不当提起公益诉讼呢？

首先，应确立受理的合理标准。受理的合理标准是指，检察机关提起行政公益诉讼除了符合《行政诉讼法》第49条的规定之外，还应提供行政违法行为对不特定多数人或者国家权益造成了损害的初步证明。为了达到合理标准，检察机关在调查行政违法行为时应着重在主张事实的充分性和救济主张的合理性方面收集证据。

其次，法院若不支持检察机关提起的行政公益诉讼，宜用判决方式驳回诉讼请求，而不宜以裁定方式驳回诉讼。检察机关是代表国家提起行政公益诉讼，如果人民法院认为其提起的诉讼请求达不到合理标准或者不足以保护国家利益和社会公共利益，应向检察机关释明变更或者增加相应的诉讼请求。审理过程中，人民法院若认为检察机关的诉讼请求不成立，应以驳回诉讼请求的方式判决。这种裁判方式既能更好地维护检察机关的权威，也可以更加明确具体地防止检察机关滥用相关权力。

最后，检察机关提起行政公益诉讼时，申请人民法院裁定行政行为停止执行的或者采取保全措施的，若造成利害关系人现实、直接的损害，人民法院、人民检察院应承担国家赔偿责任。检察机关为防止国家利益和社会公共利益损害发生或者扩大，有权向人民法院提出停止行政行为执行或者财产保全等申请。人民法院对于可能因被告一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成国家利益或社会公共利益损失的案件，有权裁定保全或者责令被告作出一定行为或者禁止其作出一定行为。这当中，检察机关申请有错误的，或人民法院的裁定错误的，相应主体应赔偿被申请人或者利害关系人的损失。这体现了公益诉讼重点保护公共利益但也依法保护私人利益的精神。



依法治国

科学考核 法治建设

□ 孟 涛

党的十八届四中全会《决定》提出，“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容，纳入政绩考核指标体系”。对法治中国建设而言，党委政府是最重要的推动力量，相应的法治考核可以发挥最强有力的指挥棒作用。但目前来看，法治建设考核的进展显得较为迟缓。

出现这种迟缓的原因，最主要有两个。一是经济领域的考核，例如GDP增长、财政收入的增长，仍然是最重要的考核指标，对党政机构的影响远大于其他领域的考核，法治考核未被置于应有的高度。二是法治考核太难，很容易引起争议。经济社会领域可以根据各种量化统计指标来考核，而法律领域的量化统计数据不仅相对较少，而且往往很难直接用于考核。例如：立法数量的增长，并不能直接反映立法的质量水平；公安机关破案率的高低，也不能直接与社会治安状况的好坏画等号；法院审判结案数量越多，也不能直接反映公民的权利得到了很好的救济，倒是有可能表明该地纠纷数量过多、社会秩序混乱、法治效果不彰。如何设计科学合理的法治考核方案，是考验我国党政管理的一大难题。

随着我国逐渐进入“经济新常态”，以经济建设为中心的考核体制，将逐渐转向以经济、社会和法治考核共同主导的新型体制。如何设计法治考核的问题，近来常被党政机构问及。对此，学界研究多年的“法治评估”方案往往成为直接的参照系。然而，笔者认为，有必要区分“法治评估”与“法治考核”。法治评估针对的是某个国家或地区的整体法治状况，由非政府组织推动实施，评估的是法治的效果，由法治效果的直接感受者（主要是社会公众）或者是了解实际情况的专业人士来评估，评估的结果不具有约束力。我们提出法治考核，针对的是党政机构推行的法治建设工作；评估不仅包括效果，还有工作方法、工作体制等；党政专门机构负责进行考核，考核结果具有约束力。因此，不能直接把法治评估等同于法治考核。我们需要明确法治考核的种种特殊性，才能对症下药、一一攻克。

法治考核的特殊性，首先在于法治建设是一个内部“自相矛盾”的悖论体系：一方面要维护现有法律制度的权威性，另一方面又要突破现有的法律秩序、实现法治建设的增量发展。因此，在理论上，法治建设由两大环节组成：“立法”和“守法”，分别对应法律秩序的改革与维护。党委和人大承担了更多的“立法”功能，政府承担了更多的“守法”功能，司法机构几乎是一个彻底的“守法者”。对于不同的功能，需要设定不同的考核目标和考核方法。“立法”功能的考核，重在激励其高质量的产出，考核方法采取“加分”的方式。“守法”功能的考核，旨在维护现有的法律秩序，考核方法采取“减分”的方式。目前，我国关于法治的相关考核，主要是针对“守法”功能的，以后应该增加“立法”功能的激励性考核，才能适应法治建设的需求。以上这些，是我国法治建设考核的总体原则。

其次，法治考核的目标内容和指标设计存在着特殊性。现代国家的法律本质上是一种治理工具，法治也是一种治理方式，服务于政治、经济、社会等领域的终极目标。因此，法治建设本质上也就是一种治理工具建设，实现权力的充分制约、权利的充分保障即可，不必再进一步追求经济的高速增长、人民的收入提高等实质目标。这就决定了法治建设主要是建设各种程序机制，例如民主决策、参政议政、公开透明、公正审判，等等。因此，法治建设的目标主要是这些程序性制度，诸如“党委的民主决策”“政府的公开透明”“公民参政议政”“审判公平高效”等。这些和经济建设目标、社会建设目标都有着明显的差异，后者主要是各种实质性内容，例如经济总量增长、养老保险的全覆盖，等等。

就指标而言，其一般分为客观指标和主观指标。所谓客观指标，是对某一客观事实的反映，例如诉讼量、犯罪率、立法数量，等等；主观指标反映人们对客观社会现象的感受，例如安全感、满意度，等等。经济建设考核和社会建设考核基本上依赖于各种客观指标，例如进出口增量、产业增加值、义务教育生均办学条件标准达标率。受此影响，当前我国政府和学术界普遍存在着“重视客观指标、排斥主观指标”的倾向，似乎“客观指标”能够避免所有的争议。客观指标确实很重要，但是在法律领域，直接反映“法治”的客观指标微乎其微，而且客观指标也难以避免伪造、篡改等问题。由于这些原因，国际法治评估的指标几乎都是主观指标。主观指标可以通过科学的调查方法，全面反映法治各个领域的状况，弥补客观指标的严重匮乏。

再次，法治考核的主体也具有特殊性。我国官方的考核一般由党政机构的专门部门，例如组织部、人事局、政治部组织实施，相关机构的工作人员担任考核主体。目前，法治考核也沿用了这种模式，一些地方组建了依法治省（市）办，承担专门的法治考核任务。这种沿用传统模式的考核方法，自有其优越性。但是，对于法治考核而言，更适宜于采取“开门考核”的方式。经济领域、社会领域有着各种统计数据，官方考核部门根据这些统计数据就可以作出考评结论。法治建设领域的相关统计数据却很少，考核部门从事考核的“主观性”色彩又比较突出，其考评结论的公信力会受到较大影响。为了保证考核结论的客观性和公平性，最好是邀请专家或公众参与考核。“开门考核”是一种民主程序机制，也是符合法治思维、适应法治建设的新举措，值得大力推广。

不过，有些“开门考核”的具体细节有必要进一步修正。例如，几乎所有的党政部门都倾向于设定“公众满意度调查”，以体现考核的民主性。广大公众是党政机构职能工作的直接感受者，完全有资格直接评价政府工作的情况，例如政府办事的效率、法律执行的效果，等等。但是，将公众参与考核局限于各种“满意度”，就存在问题了。公众满意度调查仅仅反映了公众的某种主观情绪，测不出具体的现实问题，弱化了评估考核所具有的诊断价值。通过科学的抽样调查或访谈等调研方式，考核部门完全可以了解公众对法治建设领域的整体感受和意见。对于公众不了解的法治专门事项，例如法院审判等，可以由了解相关情况的专家或干部评估。

总之，相对于我国现行的考核体制而言，法治考核的原则、目标、指标、主体都具有特殊性。只有认清这些特殊性，法治考核才可以科学合理地展开。

议政论法

教育考试立法：依法治考的新起点

□ 魏修文

2015年6月，江西发生高考替考事件，考试舞弊现象又一次引发社会关注，教育考试立法问题也再次进入公众视野。习近平总书记强调，“各级领导干部要提高运用法治思维和法治方式，深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力，努力推动形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的良好法治环境，在法治轨道上推动各项工作”。教育考试领域也要办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法。《国家中长期教育改革与发展规划纲要（2010—2020年）》明确，要制定有关考试的法律，推进依法治教。《国务院关于深化考试招生制度改革的实施意见》也提出，健全教育考试招生的法律法规，提高考试招生法制化水平。教育考试事业改革发展需要法律制度保驾护航，教育考试立法已成为依法治考的新起点。

教育考试立法的现状

目前，我国尚未制定教育考试专门法律，有关规定散见于《教育法》和《高等教育法》的某些条款。行政法规和地方性法规层面，主要有两部：一是国务院于1988年颁行的《高等教育自学考试暂行条例》，对自考这种教育制度作出详尽规定；二是2007年重庆市人大常委会制定的《重庆市国家教育考试条例》，规定了高考等国家教育考试相关事项。部门规章层面，教育部于2004年颁发、并于2012年修订了《国家教育考试违规处理办法》，该办法对高考、研考、成考、自考等国家教育考试的违规行为及其责任作出明确规定。

我国教育考试立法现状有两个不足。首先，立法层次不高，缺乏专门法律，仅有法规和部门规章。其次，规定比较分散，规制重点和范围界定不同，尚未形成一个完整的教育考试法律体系。

立法、执法、司法、守法是法律运行的完整环节，立法的不足势必减损法律运行的成效。近些年，对考试舞弊处罚偏轻、震慑不足的问题已广为社会诟病，成为教育考试法制不健全的明证。一方面，社会民众对考试公平公正的渴求不断增强，另一方面，教育考试立法步态蹒跚，难以发挥应有作用，这已成为教育考试事业发展的一大障碍。要破解这一问题，推进教育考试立法是不二之选。

教育考试立法的难题

如何选择推进模式。教育考试立法主要有两种模式：“先一般法、后特别法”和“先特别法、后一般法”。前者是指先制定考试法作为考试活动的一般法，然后制定教育考试法等特别法；后者是指先制定教育考试法律法规，待条件成熟再制定考试法。

如何定位考试权。考试是为测量人的知识、智力或技能，由考试举办者对被试者进行评价的活动。考试权是考试相关主体依法享有的权能与利益。考试权是考试活动的重要元素，但考试权是公权力还是私权利，适用何种规则，教育考试的特点和类型有哪些，这些是考试法律理论与实践的基础性问题，也是教育考试立法的难点。

如何处理教育考试立法与考试机构改革发展的关系。目前，我国存在“国家级—省级—地市级—县级”四级教育考试机构体系，除县级机构外，其他各级考试机构一般为本级教育行政部门的直属事业单位。按照现行法规政策，各级考试机构负责本地域范围内的国家教育考试，上级与下级考试机构是业务指导关系。当前，各级考试机构正贯彻落实事业单位分类改革的要求，并深入推进考试招生制度改革。当此之时，统筹好考试立法与考试机构改革发展的关系更为不易。

如何规制考试违规行为。近年来，社会公众对考试公平的期待提高，但高科技团伙舞弊猖獗，使高考等大规模、高利害考试面临的安全风险日益增大，对考试违规行为的法律规制却明显滞后。一是法律规范层级低，专门规定仅有一部部门规章；二是法律责任轻，对考试作弊除涉及国家秘密外，一般仅处以取消成绩、限考等处罚，很少涉及刑事责任，对违规行为的震慑力有限。

破解教育考试立法难题的对策

先行制定教育考试专门法的推进模式更可行。考试类别复杂多样，制定考试法作为一般法，需要抽取各类考试的共性，归纳其一般性，并协调不同考试主体的利益，难度之大可想而知。相比起来，就目前的理论研究与实践情况看，“先特别法、后一般法”的模式既能满足实际需要，也更容易实现。当然，如果制定法律的目标不能一步到位，由国务院出台条例也未尝不可。

认清和把握好教育考试的特点。与职业准入、职业评价等考试相比，教育考试有其自身特点。首先，其基本功能是选拔、评价，发挥以考促学的作用。其次，作为不同教育阶段的有机衔接，教育考试反映了教育制度和教育体制的水平与质量。再次，其应试者大多为在读学生。

从教育考试的类别入手，定位考试权的属性，界定国家教育考试。根据设立依据，是否具有强制性或垄断性等，教育考试可划分为国家教育考试和社会考试。前者依据国家法律法规设立，具有强制性，评价结果因法律法规而获得认可，如高考；后者根据社会需要应运而生，不具有强制性或垄断性，其评价结果因自身竞争力获得社会认可，如计算机等级考试。就社会考试而言，考试权更多表现为私权利，举办者是考试服务的提供方，被试者是消费方，两者间是民事关系。但国家教育考试的举办者与被试者并非平等主体，而是管理与被管理的关系。尤其是考试违规处罚时，举办者的公权力主体色彩更为明显。再从经费性质看，国家考试体现国家意志，举办者提供公益服务，要向被试者收取行政事业性收费。因此，国家教育考试中的考试权宜界定为公权力。但是，强调国家考试的公权力属性，并非否定考试机构的服务性；在大力倡导和践行服务型政府的当下，事业单位受托或代行部分公共管理职能，对其如何强调服务都不为过。

统筹协调好教育考试立法与考试机构改革发展之间的关系。教育考试立法是在事业单位改革与教育考试招生制度改革的背景下进行的。一方面，要按照考试招生制度改革要求，明确考试机构的专业化发展方向。另一方面，应统筹好各级考试机构的改革类别。从机构职责、经费性质看，各级考试机构的改革类别不宜差别太大，宜协调好各级机构的改革定位，建设好教育考试机构。

进一步加强考试违规行为的规制。首先，制定考试违规专门法律法规，或者增订法律条款。前者如考试舞弊单项法律法规，后者如通过刑法修正案，增加考试舞弊相关罪名和刑责。其次，完善个人诚信等综合治理手段，净化考试的社会环境。整治考试舞弊，不能“头疼医头”，要多管齐下，目前正在推行的考生诚信档案记录就是有益的尝试。再次，探索改革考试形式，充分运用高科技手段，提高考试安全水平。近些年，计算机化考试形式的推广、教育考试国家题库、国家教育考试管理与服务平台以及国家教育考试标准化考点建设等举措的实施，正形成保障考试安全的强大合力。