

论行政公益诉讼中的司法谦抑性

张 敏

(河南大学 法学院, 河南 开封 475001)

摘要: 行政公益诉讼涉及行政机关、检察机关和法院三个机关, 以及行政权和司法权两种权力的运用。行政机关、检察机关和法院分别实施行政权、司法监督权和司法裁判权, 共同保护公共利益。行政公益诉讼必须坚持司法谦抑性, 凸显检察权行使限度和司法审查的强度。司法谦抑性要求检察机关尊重行政机关初次判断、重视行政公益诉讼诉前程序、尊重行政裁量权、理解风险社会下行政规制的局限性、考虑行政不能作为以及贯彻行政监督优先于检察监督。

关键词: 行政公益诉讼; 司法谦抑性; 检察权; 检察监督; 行政监督

中图分类号: D922.114 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-5639 (2022) 04-0018-10

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2022.04.004

Judicial Modesty in Administrative Public Interest Litigation

ZHANG Min

(Law school, Henan University, Kaifeng, Henan, China 475001)

Abstract: The administrative public interest litigation involves three organs and the application of two kinds of power, including administrative power and judicial power. Administrative organs, procuratorial organs and courts exercise executive power, judicial supervision power and judicial judgment power respectively to protect the public interest jointly. Administrative public interest litigation must insist judicial modesty to highlight the limit to exercise prosecutorial power and the strength of judicial review. Judicial modesty requires procuratorial organs to respect the initial judgment of the administrative organs on the facts and legal issues, to pay attention to the pre-litigation procedure of administrative public interest litigation, to respect the administrative discretion, to understand the limitations of administrative regulation under the risk society, to consider the administrative failure, to put the administrative supervision prior to procuratorial supervision.

Key words: administrative public interest litigation; judicial modesty; the procuratorial authority; procuratorial supervision; administrative supervision.

2017年的《中华人民共和国行政诉讼法》将公益诉讼制度正式上升为国家法律制度, 赋予检察机关公益诉讼起诉人资格。检察机关提起行政公益诉讼, 被告为行政机关, 这就改变了传统的行政诉讼结构, 成为典型的“官告官”之诉, 涉及行政权、检察监督权与司法裁判权的关系。在制度运行中, 权力机关之间的界限日益凸显, 涉及检察机关与行政机关对履行职责的不同认识问题、法院裁判

对于行政权行使的介入程度以及法院和检察机关之间的关系。这是制度运行中值得深入研究的问题, 而司法谦抑性则是关联以上问题的核心。对检察机关是否属于司法机关, 各国存在不同见解。在英国和美国, 检察权隶属于行政权; 在德国和法国, 检察权具有准司法性; 在我国, 检察权兼具司法权和行政权属性, “实质上是带有行政色彩的司法权”^[1], 当今的检察改革应当注重“去行政化”,

收稿日期: 2022-03-14

基金项目: 河南省哲学社会科学规划项目“人工智能在行政领域运用的风险防范法律问题研究”(2021BFX015); 河南省教育厅法治专项“我国《未成年人保护法》的实施问题与对策研究”(2021FZ038)。

作者简介: 张敏(1976—), 女, 河南鹤壁人, 副教授, 硕士生导师, 博士, 主要从事行政法与政府治理研究。

强调其司法性。行政公益诉讼实质上是检察机关对行政行为进行监督以实现公益，从权力来源、权力行使和制度安排来看，检察权都体现为司法运行模式。

目前，行政法领域对司法谦抑性的研究主要侧重于法院司法裁判权的谦抑性，对行政公益诉讼中检察机关检察监督权行使的谦抑性研究较少。^①^{[2]1-14, [3-4]}行政公益诉讼制度的本质在于保护公共利益，并通过检察机关的监督权和法院的裁判权实现，因检察监督权和法院裁判权均具有司法性，故检察机关和法院都应遵守司法谦抑性。本文侧重探讨检察机关的司法谦抑性。

一、“司法谦抑性”必须登场： 由一组案例谈起

行政公益诉讼制度经试点到立法确立，在维护社会公共利益方面发挥了重要作用，但实践中也存在着一些问题，检察机关败诉即为典型。这里的败诉采取的是广义理解，主要包括法院对检察机关的诉讼请求不予支持或仅部分支持；裁定不予立案或驳回起诉；一审法院裁定驳回起诉或判决驳回起诉，检察机关不服提起上诉，二审法院裁判发回重审后再审时检察机关撤诉；行政机关已履职，检察机关不撤回诉讼，法院认为无继续审理必要进而终结诉讼的案件。^[5]本文基于对中国法律文书裁判网和北大法宝法律数据库的100多个行政公益诉讼案例之考察，结合相关典型案例分析检察监督权不当行使的三种情形及败诉原因。

（一）检察机关不当行使司法监督权的情形

1. 取代行政权，置身于执法前线

案例一：在“安徽省芜湖县检察院诉被告南陵县城管局其他性质管理行为违法案”^②中，安徽省芜湖县城管局因临时设建筑垃圾堆放点对环境造成恶劣影响，县环保局向被告发函要求其消除影响，县环保局、水务局发函要求被告制止其非法行为。县检察院在履职中发现被告未按照环保、水务

局的要求进行整改，便向被告发出检察建议，在被告未在法定期限内书面回复后，遂提起行政公益诉讼。此案中，行政监督已经开展，检察监督此时已无介入的必要性，检察监督只是行政监督的一种补充监督方式。

针对本案被告，检察监督未必比行政监督更有效。检察机关对法律关系的认识还存在偏差，县城管局的违法行为并未利用公权力，只是作为相对人身份存在，若县环保局或水务局未制止其违法行为，检察机关有权向水务局或环保局发出检察建议，并依法提起行政公益诉讼。本案中检察机关向城管局发出检察建议并提起行政公益诉讼，是适用法律不当，超越了权限，把自己置身于执法前线。

2. 检察建议的内容超越行政机关的法定职权

案例二：在“云南省建水县检察院诉县人防办怠于履行法定职责案”^③中，建水县人民检察院向县人民法院提起行政公益诉讼，请求确认县人防办未收缴防空地下室易地建设费违法，判令其向某公司追缴该项建设费及欠缴利息。法院审理认为，行政机关在起诉后已将建设费收回，但其追缴利息行为并无明确的法律依据，不属于其职责，故检察院不能责令行政机关履行该职责，判决驳回其相应的诉讼请求。

3. 忽略了行政机关履行不能的客观因素

案例三：2018年9月，延边朝鲜族自治州中级人民法院针对“珲春市人民检察院诉市国土资源局不履行法定职责案”^④的上诉，做出行政判决，驳回上诉人（原审公益诉讼起诉人）确认违法的诉讼请求。案件的起因为当事人王某、周某等自2014年起非法采矿并出售，致使生态环境遭到破坏。珲春市检察院在2016年3月向该市国土资源局发出检察建议，督促其依法行使职权，要求王某等人停止危害公共利益的非法行为。国土资源局收到检察建议后立刻向市政府汇报，联系其他相关部门实地考察，并且委托专业机构（工业地质勘查中心）勘察鉴定，于2016年6月23日向检察院出

①前者的相关研究，参见参考文献[2]；后者的相关研究，参见参考文献[3]、[4]。

②参见〔2017〕皖0221行初字第6号行政判决书。

③参见〔2017〕云2524行初字第2号行政判决书。

④参见〔2018〕吉24行终字第104号行政判决书。

具相关案件说明,并向省国土资源厅执法局汇报案件进展。随后,市检察院以国有矿产资源仍遭受破坏,市国土资源局未适当履职为由提起行政公益诉讼。法院经审理认定,市国土资源局接到检察建议后及时向上级汇报,且积极采取了相应措施,主客观上均不存在“不依法履行职责”行为。

本案中,行政机关在收到检察建议后,责令当事人停止违法行为并修复生态,但生态资源的破坏具有不可逆性,很难在两个月内修复。最终,法院肯定了行政机关对检察建议的执行,对检察机关的上诉予以驳回。

(二) 检察权的不当行使彰显司法谦抑之必要

从制度运行实践看,行政公益诉讼是“官告官”的诉讼制度,检察机关很少败诉或被裁定驳回,但以上案例的裁判结果值得我们反思。

1. 各权力机关对“是否适当履职”存在判断偏差

行政公益诉讼中权力机关因专业认知或信息不对称等原因导致的判断偏差,特别是对检察建议的执行是否适当,行政机关、检察机关和司法机关存在不同判断,体现了该制度的复杂性,更凸显了检察权的定位及行使问题。

上述案例二中,检察建议的要求超出了行政机关的法定职责,被判决驳回;案例三可归为因不可抗力导致的行政机关履行不能,这两种情形均导致行政机关不能充分执行检察建议,并对行政机关“是否适当履职”的认定构成实质性影响。对此,行政机关、检察机关和法院存在认识偏差。行政机关对检察建议的执行,侧重于履职本身,认为因行政不能作为无法完全消除影响,无法否认其已积极履职。检察机关对诉前检察建议的执行更偏重于结果审查,即公共利益受侵害状态是否停止并予以修复,对履职本身考察较弱。法院则审查行为和结果两方面,并不因行政不能作为否认其适当履职。

2. 检察机关应合理把握司法权与行政权的界限

对“是否适当履职”认识偏差的背后是深层次的权力运行问题。检察机关对司法权和行政权的界限把握不当,忽视了客观因素,要求行政机关履职达到相当标准,在一定程度上,“检察机关的行为已经开始超越限度”^[3]。因此,“司法谦抑性”

必须登场,尊重行政机关的首次判断。检察机关审查行政机关对诉前检察建议执行时,应严格遵守权力界限,全面客观判断其是否依法履职。对此,除了判断公共利益的受侵害状态,还应对行政机关履职行为本身予以审查,查明是否存在行政不能和其他客观情况。^[6]当然,针对环境行政公益诉讼(案例三),收到检察建议后两个月的履行期限是否足够值得进一步讨论。

在当前的立法框架下,检察机关在行使司法监督权时应尊重行政机关的判断权,考虑行政不能作为的因素,更不可冲到执法前线代替行政权。唯其如此,才能有效地促进行政公益诉讼目的之实现。“司法谦抑性”应作为行政公益诉讼中的基本原则,指导司法权合法合理运行,达至行政公益诉讼制度目的之实现。

二、司法谦抑性的内涵和理论基础

(一) 司法谦抑性的内涵

司法谦抑,也称司法克制,“是指司法机关在裁判案件的过程中,应当隐忍、克制行使司法权的冲动,尊重社会自我的净化作用,尊重包括行政机关在内的其他国家机关在法律规定的裁量权范围内行使权力的方式、幅度的选择权和决定权。”^[2]司法谦抑源自刑法领域,体现在刑事立法和刑事司法的整个过程中,包括刑法调控范围的有限性、刑事责任的从轻性以及刑事司法的适度性。之后,司法谦抑性逐渐发展到宪法和行政法等公法领域。

司法谦抑的提出基于权力分工理论。英国思想家洛克最早提出立法、行政和对外权分立,法国思想家孟德斯鸠提出经典的三权分立理论并在美国宪政体制中得以体现。不管是西方的“三权分立”还是我国的权力分工合作,当今民主国家政治均实行分权原则。分权的本质是制约权力的恶性膨胀,因为“绝对的权力导致绝对的腐败”;更深层次上看,“分权的目的在于权力的分立而在于使权力得到更好的分配。”^[7]

在我国,人民代表大会及其常务委员会行使立法权,政府及其部门行使行政权,检察机关行使司法监督权,法院行使司法裁判权。各权力主体依法行使职权履行职责,发挥专业优势,才能在权力分

工的基础上实现权力的有效运行，达至国家构建与发展目的，并最终实现人权保障。根据我国的宪法和法律规定，行政权受司法权的监督，但同时两种权力之间又存在边界，否则，司法权就会超越行政权，混淆两种国家权力。

（二）司法谦抑性的理论基础

1. 司法谦抑性根植于司法权的性质

传统司法权的目的在于定纷止争，在行政公益诉讼中，检察机关行使司法权的目的在于监督行政行为以促使公益的实现，即实现司法监督权。司法权的本质为判断权^[8]，司法监督权和司法裁判权一样都是对案件进行判断，而判断权的行使基于专业技能和正义原则，这在一定程度上具有能动性，在公法诉讼中尤为明显，因为公法诉讼涉及不同权力的关系及界限。司法权行使的能动性可能会超越界限，违反权力分工理论，“洛阳种子案”即为典型。

因此，司法裁判权和司法监督权的行使都应保持客观中立性，司法只有客观中立才能获得一定的权威，其司法行为和司法裁判才能得以遵守和执行，进而实现其司法目的。因此，司法权的实行应保持谦抑性，如果司法不遵守谦抑原则，则无力承担相应的责任。

2. 司法谦抑性体现为司法权对其他权力的尊重

英国行政法把礼让（comity）原则和权力分横、辅助性原则、法治原则并列。“礼让是一个公权力机关应有对其他行使公权力的机关的尊重”，在英国仅仅分权被认为是不够的，每个公权力机关的权力行使都应与其他公权力机关所分配的权力相容。其1689年颁布的《权利法案》第9条要求了礼让原则，“议会进程中的言论自由和争辩不应在任何法院或议会外的任何地方所侵犯（impeached）或质疑”，凸显了司法权对立法权的尊重。^[9]

司法权的实施具有内在的正义性，在一定程度上司法是正义的最后一道防线。相比行政权，司法更接近正义，但是为何司法权要尊重行政权呢？其主要原因在于，相对于行政决定和行政规制方面，行政机关更专业。司法确实能代表人民，更有利于解决争端，但是司法权的设计并不是用以解决多元行政目的的，因此司法权应当尊重行政权。

3. 行政专业技术性和行政自制要求司法谦抑性

随着行政国家的出现与发展，行政事务呈现出多样化和复杂化面向，对政府管理能力提出挑战，由“管理”到“治理”更是现代法治国家建设之必需。在社会治理状态下，公共利益的实现最终要依靠行政机关依法行政实现。行政机关在权力行使过程中具有很强的行政自制性。从主体上看，行政事务的多样性需要多部门的行政机关基于不同的专业技术性进行管理；从内容上看，行政管理领域存在大量的不确定法律概念，只有行政机关才能对各个领域的行政管理进行更专业的判断和裁量；从程序上看，现代行政法往往通过相对复杂的行政程序以保障权力合法行使，行政权基于“官僚性”和程序性能够予以掌控。

当今社会科技突飞猛进，信息管理、算法、人工智能将更多地出现在行政管理领域，必然要求行政管理必须具备一定的科学性。行政行为的信息化同时对检察机关的司法监督也提出挑战，因此，检察机关需积极应对，在实施司法监督权时应保持一定的克制性，尊重行政自制，因为“不恰当的立法监管和司法监督对于行政而言就是一种拖累。”^[10]

三、行政公益诉讼中司法谦抑的制度特质

习近平总书记指出：“由检察机关提起公益诉讼，有利于优化司法职权配置、完善行政诉讼制度，也有利于推进法治政府建设。”^[11]作为公益诉讼起诉人，检察机关对行政机关行使职权进行监督，履行的是司法职权，应遵循司法谦抑性，这是由行政公益诉讼的特质决定的。

（一）司法监督权：行政公益诉讼中司法谦抑的本质

在我国，检察机关在我国宪法中的定位为法律监督机关，其对行政权的监督通过行政公益诉讼制度体现出来。在行政公益诉讼中，检察监督权的行使体现为人民性和监督性。人民性为检察权来源之根本，即检察权来自人民并最终回归于人民，其回归方式为通过公益诉讼制度保障公共利益之实现。

行政公益诉讼中检察权的实质为司法监督权，其目的是监督行政权合法行使。其一，检察机关通

过提起检察建议指出行政执法中的问题,促进各行政部门进一步沟通协作,形成工作合力,解决涉及环境保护、公共卫生安全等涉及公共利益的群众难题。其二,检察机关通过检察监督倒逼行政执法行为规范化,提高行政机关办案质量。其三,检察机关的角色定位为行政权的监督者,体现在其提起公益诉讼的目的在于公共利益,而非得到相应赔偿。在一般行政诉讼中,对于无效判决或确认违法判决,被告应当依法承担相应的赔偿责任,原告获得相应的赔偿。而根据2018年最高人民法院和最高人民检察院出台的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《两高解释》)相关规定,行政公益诉讼中的类似情形发生时,作为行政公益起诉人的检察机关并不会因此获得赔偿,这也反证了检察权之司法监督权的定位。

行政公益诉讼中,检察机关行使司法监督权的途径是发出检察建议与提起行政公益诉讼。检察监督权是对法院司法裁判权的有益补充,司法监督权具有“不告不理”的司法性,行政公益诉讼的启动也限于“履职”过程中发现行政违法或行政不作为。与司法裁判权相比,在维护公益时又具有一定的主动性,作为起诉人提起诉讼即为体现。

司法监督权的权力属性决定了检察监督权具有司法谦抑性,即不是代替行政权力或过多干预行政权的直接行使,而是在尊重权力分工基础上提出检察建议或督促之诉。但是,检察机关对公共利益的保护也是有局限的,公共利益保护最终依赖于行政权的合法行使,利用政府行为克服公共物品领域的市场失灵和经济外部性。正如有学者所言,针对公共利益,“应当由在性质、职能、地位和资源上适合的国家机关分别负责采取相应的维护措施。对检察机关而言,通过公益诉讼的方式所应和所能维护的公共利益也是有限的。”^[12]因此,检察机关既要依法主动行使监督职能,又不能跨越自身检察职权的界限。

(二) 客观诉讼:“恢复性法”秩序的建构

学界普遍认为行政公益诉讼为“客观诉讼”,检察机关提起诉讼是为了维护客观的法秩序,是基于公共利益之维护,而非基于起诉人个人利益。而客观诉讼的法社会学理论基础还未引起学界的关

注。“法律的首要性质就是社会性,它的目的绝不是什么诉讼人的利益。”^{[13]75}基于法律“社会性”的判断,社会学家涂尔干认为法律表现了“社会团结”的主要形式,不同的法律类型对应了不同的社会团结类型,“压制性法”对应“机械团结”,一定程度上引起社会离心力;“恢复性法”对应“有机团结”,一定程度上促进社会向心力。与“压制性法”强调分散的法律制裁不同,恢复性法的目的不在于惩罚,而在于“恢复原貌”,充分发挥法的作用,实现法秩序的建构。^{[13]31-92}恢复性法本身包含一种确定的法律系统,与宪法、民法、商业法一样,行政公益诉讼即为其中的一部分。正如基于劳动分工的团结称为“有机团结”一样,基于权力分工的行政公益诉讼制度之目的是实现社会的“有机团结”,形成行政权、检察权和审判权的合力,促进社会向心力,保障人民群众利益,提升人民幸福感。

因此,行政公益诉讼制度的目的并非压制行政权的行使,而是通过司法监督恢复法秩序之建构,进而保障公共利益,其制度建构必须充分尊重和考量行政权在维护公共利益方面的优先地位。检察机关和行政机关的关系并非对抗性的,检察机关所采取的是检查建议的督促手段,其根本目的并不是提起诉讼,而是敦促行政机关积极履职,因此,检察机关应保持谦抑性。法院和行政机关也并非是完全的对抗,而是通过对检察机关提起的行政公益诉讼进行司法裁判,要求法院客观中立,保持谦抑性,严格依照事实和法律进行裁判,而不能对行政机关或是检察机关进行任何偏袒或超越。

(三) “公共利益”的不确定性:检察权应尊重行政判断与裁量

检察机关提起公益诉讼的前提是公共利益受到侵害,而公共利益是典型的不确定法律概念,“存在于法律要件之中,需要通过法律解释或价值判断对其含义予以具体化的法律概念,而不确定法律概念的解释特别是在具体案件中的适用存在很大的困难。”^{[14]130}对基于不确定法律概念做出的行政决定,司法权可否审查并在多大程度上进行审查呢?对此,1955年巴霍夫提出了判断余地理论,“行政机关通过适用不确定的法律概念获得了一种判断余

地，即独立的、法院不能审查的权衡领域或判断余地。”^[14]¹³⁴因此，对于行政机关基于判断余地做出的行政决定，司法权的行使不能逾越，只能审查该领域的界限是否得到遵守。

在行政公益诉讼中，检察机关行使检察监督权的前提就是基于公共利益保护，面对公共利益的不确定性，行政机关很显然获得了一定的判断余地。对行使司法监督权的检察机关而言，也应遵守判断余地理论，尊重行政判断和裁量。对于案件涉及的公共利益，事实要件内容的不确定性致使检察机关和行政机关对其认识也会不同。在认识不同时，检察机关应尊重行政机关对事实要件的首次判断，因为行政机关基于专业技术获得一定的判断余地。在发出检察建议后，行政机关在法定期限内履职并积级作为，检察机关一般不宜再进一步介入。

（四）监督与督促之诉：中国特色社会主义法治制度的要求

在我国宪法制度中，权力机关之间的关系呈现出“制约”和“合作”的两种维度。一方面，权力机关之间通过监督进行制约；另一方面，权力机关通过分工合作提高制度效率。这与西方宪法制度中的“三权分立”凸显制约弱化合作进而导致低效是完全不同的。

首先，行政公益诉讼是监督之诉，检察机关对行政机关提起公益诉讼是中国特色的社会主义法治制度。在英、美、法、德、日等国家的公益诉讼制度中，检察机关一般为行政机关，行使行政权，对于公害等，检察机关提起的公益诉讼一般为民事诉讼。而我国的行政公益诉讼制度具有典型的中国特色，正如最高人民检察院副检察长张雪樵所言：“真正的对于行政机关提起的公益诉讼制度……是我国首创，也是我们司法文明的骄傲。”^[15]

其次，行政公益诉讼是督促之诉，检察机关在提起诉讼前发出检察建议是我国宪法制度中权力分工合作的体现。这是检察权人民性的体现。通过检察监督权的行使规范行政执法，充分发挥“行政自制”，实现“执法为民”，最终保障公共利益。

最后，新时代司法改革中检察权发展趋势需要检察监督权保持谦抑性。新时代司法改革中，检察权呈现收缩之势，反贪反渎被剥离出来，检

察机关回归司法机关的“消极性”“保守性”的趋势已呈现。^[16]故此，检察监督权行使应发挥司法谦抑性。

四、行政公益诉讼中司法谦抑的体现

当前行政公益诉讼制度运行实践中，检察权的行使一定程度上体现了司法谦抑性，主要表现在线索来源与检察建议前置、举证责任和听证制度、依法撤诉等几个方面。

（一）线索源自履职与检察建议前置：行政公益诉讼启动之程序要求

根据《行政诉讼法》第25条第4款，行政公益诉讼启动前提为“人民检察院在履行职责中发现”这种附带职责扩展模式，即案件线索来自履职中，凸显了行政公益诉讼立案中检察机关的司法谦抑性。《两高解释》规定了“检察建议前置”的程序，通过检察建议督促行政机关依法履行职责，行政机关应当在收到检察建议书之日起两个月内依法履行职责，并书面回复。只有在督促无果时向法院提起诉讼，而不是在公益受到侵害之时即可启动检察公益诉讼。检察机关在启动诉讼程序前向行政机关发出检察建议，是对行政权和行政主体的尊重。作为必经的前置程序，通过检察建议督促行政机关主动纠正违法行政行为或不作为，依法履职，给予其自我监督、自我纠错的机会，在内部解决问题，实现“行政自我约束”^[17]。这不仅避免了诉讼之中的权力对抗，且能够更有效地实现公益维护之目的，提升监督实效。

诉前程序的设置是司法克制主义的体现，能够节约司法资源。行政公益诉讼制度从试点到国家法律制度，案件数量快速攀升。如果对所有危害公益的行为都提起诉讼的话，作为唯一的起诉主体，检察机关将不堪重负。且诉讼的时间成本、经济成本、人力资源成本都比较高，在诉讼过程中，损害程度可能会加深，造成更大的公益损失。

（二）举证责任与听证制度：检察权司法谦抑的制度保障

一般的行政诉讼中，由被告承担举证责任，原告仅承担最基本的初步证明责任。而在行政公益诉

讼中,作为司法监督主体的检察机关因其具有证据采集的优势,在提起诉讼时,作为公益诉讼起诉人负主要的举证责任,其举证责任的承担基于调查权的合法行使。向法院提交的证据主要是证明行政机关未适当履行检察建议,公共利益受损情形依然存在。如果出现检察机关调查工作不扎实,对公共利益受损认定有问题、越权从事司法监督权等情况,检察机关应承担败诉风险。

2010年10月出台的《人民检察院审理案件听证工作规定》中明确了人民检察院办理公益诉讼案件等在“事实认定、法律适用、案件处理等方面存在较大争议,或者有重大社会影响的”经检察长批准,可以召开听证会。听证会制度体现了检察机关行使职权时的谨慎、克制。对公益诉讼案件的听证会,要求一般公开举行,通过公众参与提升办案质量,体现了司法监督权的行使对公共利益这一不确定法律概念进行判断的谨慎性和司法监督权内在的人民性。

(三) 依法撤诉:司法谦抑促进诉讼效率的提高

在“通化县检察院诉国家税务总局通化县税务局怠于履行税收征收管理职责案”^①中,因国家税务总局通化县税务局已经履行法定职责,公益诉讼起诉人的诉讼请求全部实现,通化县人民检察院做出撤回起诉书,法院认为案件审理期间,被告已履行法定职责,使国家利益得以挽回,裁定准许撤回起诉。该案的依据是《两高解释》中撤诉制度的规定。撤诉制度给予了行政机关自我纠错的机会和尊重,并节约了司法资源,提高了诉讼效率。

“迟到的正义非正义”,诉讼效率的提高能够最大限度地接近正义,并促进司法资源最优配置。在我国经济高速发展,纠纷激增导致司法资源紧缺的背景下,用较少的诉讼成本达至公共利益维护最大化符合《民法典》绿色原则,用节约的司法资源最大程度地满足社会经济发展和人民生活需求,

有利于化解当前社会主要矛盾,促进法治政府建设及远景目标的实现。

五、司法谦抑性对检察监督的进一步要求

检察机关在行政公益诉讼中的谦抑性基于对检察职权的正确认识,即检察权的行使合法合理并具有一定限度;即职权行使的目的定位凸显公共利益、职权行使合法合理、对行政机关执行检察建议的行为予以全面考察,提起行政公益诉讼应谨慎。检察权行使的限度为尊重行政首次判断权、考虑行政不能作为等各种因素。

(一) 以“公共利益”为核心:谦抑性要求检察机关立案需谨慎

因为行政公益诉讼是客观诉讼,保护的是公共利益,所以其受案范围必须有法律依据,对于“公共利益”的外延必须有理有据。上海市检察院副检察长许祥云认为,检察机关应遵循司法谦抑性规律,“不能将私益或部分群体的利益混同于社会公益,更不能有包揽全局、包打天下的想法。”^[18]《行政诉讼法》第25条规定了四种法定公共利益,即:生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地权出让等,此种“等”在理论上被认为是“等外等”,行政公益诉讼的制度实践也证明了这一点。根据《英烈保护法》的有关规定,“英烈名誉荣誉保护”被纳入受案范围,根据2021年修订的《未成年人保护法》,未成年人的保护亦纳入行政公益诉讼范围,被称为“4+2”领域。

制度实践中,“等”外领域正不断扩大,“饮用水安全监管”“违法取水”“客家围屋保护”“消防安全问题”“无证办幼儿园”正逐渐纳入行政公益诉讼受案范围^②。当然,这些“等”外公益诉讼是有理有据的,可通过概念范畴或间接联系的方法与“等内”所列事项相联系。如“饮用水安

^①参见〔2020〕吉0521行初第10号行政裁定书。

^②相关案例依次为:“湖北省赤壁市人民检察院诉赤壁市水利局怠于履行饮用水安全监管职责案”“山东省庆云县人民检察院诉庆云县水利局怠于履行监管职责案”(案例来自北大法律信息网);刊载于2020年9月29日《重庆晨报》文章:《重庆市人民检察院第一分院联合两江新区消防救援支队深入全区中小学开展中秋国庆节前消防安全检查》;福清市检察院登载的“福清幼儿园被暗访!16家无证幼儿园被清理整顿”(案例来自正义网)。

全监管”与“等内”中的“食品”具有很强的关联性，从解释学的角度看，可把饮用水纳入食品范畴，且饮用水与“生态环境和资源”也密切相关。^[19]同理，“违法取水”也可进行以上推理。而“客家围屋”则是“等外”的扩展，可以纳入“文化遗产保护”的范畴，“无证办幼儿园”可归入“未成年人保护”，当然属于公共利益范畴。

检察机关在“等”外领域监督履职中应保持谦抑性，充分尊重行政机关在维护公共利益的优先地位，实现行政自制。检察机关本身无力对所有行政行为均开展监督，并可能会干扰行政权的正常行使。因此，检察机关在司法监督中必须把握好权力边界，不能越权越位，不能冲入行政执法第一线甚至取代行政机关履职。2020年最高人民检察院出台《关于积极稳妥拓展公益诉讼案件范围的指导意见》（下称《指导意见》）指出，要“积极、稳妥办理安全生产、公共卫生、生物安全、妇女儿童及残疾人权益保护、网络侵害、扶贫、文物和文化遗产保护等领域公益损害案件。”行政公益诉讼新领域案件的立案要件必须同时具备四个要求：第一，公共利益遭受严重侵害或存在重大侵害危险，大众反映强烈；第二，侵害行为有明显的违法性；第三，现行行政执法制度无力解决公共利益受侵害；第四，无其他适格主体提起诉讼，且传统行政诉讼无法有效保护公共利益。对新领域案件的立案条件要求从严把握体现了司法谦抑性。

（二）提高检察建议的科学性和办案人员能力：谦抑性要求合法行使检察权

一方面，科学的检察建议能够保障司法监督的可行性。检察建议制发不科学的问题自试点以来长期存在。如：“延吉市人民检察院诉延吉市环境保护局、延边恒盛建材有限公司不履行法定职责案”^①中，因冰雪时节存在各种客观障碍的情况下，检察机关要求行政机关迅速清理粉煤灰的检察建议不具有现实性。不切实际的检察建议可操作性难度极大，会影响行政机关执行检察建议的积极性，消极应对，不进行实质性履职，对于涉及多部门执法的难题，不主动沟通协调，难以形成工作合

力。故此，应提高检察建议的切实可行性。具体举措有二：其一，加强调查核实，提高检察建议的准确性，突出检察建议的针对性；其二，通过研判案例指导制度纠正认识偏差，提高检察建议质量，通过“以案释法”达至行政公益诉讼制度的“双赢多赢共赢”之格局。

另一方面，加强检察机关专业队伍建设，提高办案人员办案能力和业务水平，以适当把握司法监督权的限度。首先，各级检察机关应进一步优化人才资源配置。合理调整人员岗位配置，将具有实践经验和专业知识的检察人员放在监督前线，特别是将经验丰富的犯罪侦查人员充实到检查监督部门，能够促进案件的诉前解决。对案件多发地区，可设立专门的行政公益诉讼内设机构。其次，坚持“引进来和走出去”战略，进行省际、市际以及区际的相互交流，提高检察官业务水平。最后，针对疑难复杂案件，加强各机关的协同办理，善于建立并运行人才库，通过专项小组分工协作共同攻坚。

（三）公共利益受损区分：谦抑性要求检察机关审慎判断“适当履职”

检察机关对行政机关执行检察建议的履职行为需审慎审查，进而判断公益是否仍处于受损状态。因公共利益是典型的不确定概念，其法定事实要件的内容很难把握，故此，对公共利益受损的审查是法律适用中的难点之一。“在个案适用中只有在谨慎、全面考虑、评估和权衡各种观点的情况下才能做出明确的决定。”^{[14]133}这就需要检察机关与法院对个案中公益受损情况、原因及修复状态进行研判。一般而言，修复受损公益便成为终结诉讼程序的必要条件。但是环境生态资源的受损短期内很难挽回，这就要求检察机关审慎判断公共利益受损的程度，进而判断行政机关是否“适当履职”。

在判断公共利益受损情况时，检察机关应区分公共利益损失程度，对于国有资产等可挽回的公共利益损失，行政机关应尽力追回；对于环境污染等不可逆转的公共利益损失，行政机关应最大限度地

^①参见〔2018〕吉24行终字第114号行政判决书。

降低损失,如环境污染案中,在诉前阶段责令违法行为人切断污染源并停止侵害行为,或者责令其限期购买排污治理装置并进行整改。检察机关应审慎判断、根据公共利益受损程度和性质对行政机关是否适当履职进行判断。对此,检察机关可引入“专家辅助人”(专业机构与专家),借助于专家的知识理性对公共利益受损程度进行专业评估,对行政机关是否“适当履职”进行综合衡量。当然,专家鉴定费用是一笔不小的开支,特别是针对环境行政公益诉讼,动辄达至数十万甚至百万,这是有待进一步探讨的问题。

(四)“行为+结果”的判断标准:谦抑性要求考虑行政不能

当前实践中,针对检察建议的履行,检察机关一般采用“结果”判断标准,行政机关在接到检察建议后,是否采取措施并最终消除公共利益受侵害的风险或修复公共利益为其评判标准。该标准的采用使得检察机关忽略了行政不能的客观因素,因此导致检察机关败诉。实践中,该标准不断得到修正,“行为”因素得以被考虑。如在“山东省庆云县人民检察院诉庆云县水利怠于履行职责案”中,法院认为,行政机关在收到检察建议后履职是否到位应从三个方面判断,即“采取有效措施制止违法行为”“全面及时运用行政监管手段”“国家利益或社会利益得到有效保护”。其中,“运用行政监管手段”应该是基于“行为”,“全面及时”则要求主观上无迟延,客观上运用了行政处罚、责令停产停业等多种行政手段。

基于实践需求,针对行政机关是否适当履行检察建议,学界明确提出必须坚持“行为+结果”的判断标准^[20]。结果标准凸显国家利益和公共利益的实际保护状态,同时,行为标准尊重了公共利益的本质特征和行政权的限度。公共利益关涉国家和社会大众的生存和发展的基本利益,具有重大性,涉及不特定多数人,涉及公权与私权的限度。行政机关在执行检察建议时,涉及自然资源的修复等重大利益时,会有行政不能作为的情形或其他客观情况。特别是在当前的风险社会下,行政规制还具有一定的局限性。检察机关对此应保持克制态度,进行客观判断,充分发挥谦抑性,考虑行政机

关履职时的行政不能。具体而言,检察机关应尊重行政机关充分履职的限制条件。

(五)行政监督优先于检察监督:谦抑性要求对“成熟”行政行为提起公益诉讼

成熟原则指“行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段,即已经达到成熟的程序,才能允许进行司法审查”^[21],检察机关发出检察建议或提起行政公益诉讼针对的是行政机关,而非违法行为人(行政监督案件的行政相对人),在行政监督尚未完成甚至尚未启动之时,此时的行政行为尚不“成熟”,检察监督不能够提前介入。

根据《指导意见》,行政公益诉讼案件立案,要求诉讼主体上采取穷尽原则“无适格主体可提起诉讼”,且难以通过传统行政诉讼有效实现公共利益保护。这就明确了行政监督和检察监督的关系,行政监督应优先于检察监督,只有当行政权监督不能启动或未启动之时,提起行政公益诉讼的检察监督程序的启动才是必需的。因为,行政监督能够有效促进行政机关依法行政,“检察监督则依赖于行政机关的自我纠错和证据的初步收集、法院是否受案及具体的审理和执行等,因而在监督体系中次序靠后。”^[22]司法谦抑性要求对“成熟”行政行为提起公益诉讼。因此,应正确理解检察权的司法监督性,不可将其误用为行政执法权。

六、结语

行政公益诉讼涉及行政机关、检察机关和法院三个权力机关,行政权与司法权两种权力。在行政公益诉讼中,检察监督权是制度规范高效运行的“阿基米德支点”,应合法规范行使。基于检察权司法性的面向,检察机关应尊重客观规律,保持司法谦抑性,合理把握检察权行使的限度,促进行政自制。司法谦抑并不意味着消极被动,基于检察权人民性的一面,行政公益诉讼中,检察机关应依照职权积极主动合法行使司法监督权,维护社会公共利益。只有积极性和谦抑性达至动态平衡,才能充分体现行政公益诉讼兼具监督之诉和督促之诉的双重功能。并贯彻《民法典》绿色共享原则,节约司法资源,共享改革红利,体现中国特色行政公益诉讼的制度优势。

[参考文献]

- [1] 崔永东. 检察人员司法责任制体系的构建及其与检察权属性之间的关系 [J]. 上海大学学报, 2017 (5): 1-12.
- [2] 黄永维, 郭修江. 司法谦抑原则在行政诉讼中的适用 [M] // 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭. 行政执法与行政审判: 第79集. 北京: 中国法制出版社, 2020: 1-14.
- [3] 邓可祝. 论环境行政公益诉讼的谦抑性: 以检察机关提起环境行政公益诉讼为限 [J]. 重庆大学学报, 2020 (5): 217-229.
- [4] 李东阳. 检察机关提起行政公益诉讼的谦抑性 [D]. 成都: 四川师范大学, 2020.
- [5] 刘艺. 检察公益诉讼败诉案件中的客观诉讼法理 [J]. 行政法学研究, 2020 (6): 37-50.
- [6] 刘超. 环境行政公益诉讼诉前程序省思 [J]. 法学, 2018 (1): 114-123.
- [7] 凯尔森. 法与国家的一般理论 [M]. 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2003: 303.
- [8] 孙笑侠. 司法权的本质是判断权: 司法权与行政权的十大区别 [J]. 法学, 1998 (8): 34-36.
- [9] ENDICOTT. Administrative law [M]. Oxford: Oxford university press, 2018: 20.
- [10] 卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义 [M]. 刘俊祥, 等译. 北京: 法律出版社, 2000: 319.
- [11] 习近平. 关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明 [J]. 求是, 2014 (21): 16-23.
- [12] 高家伟. 检察行政公益诉讼的理论基础 [J]. 国家检察官学院学报, 2017 (2): 19-29.
- [13] 涂尔干. 社会分工论 [M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2000.
- [14] 毛雷尔. 行政法学总论 [M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- [15] 孙谦, 童建明, 张雪樵, 陈国庆, 等. 法治中国说·大检察官说 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2019: 152.
- [16] 贾永健. 中国检察机关提起行政公益诉讼模式重构论 [J]. 武汉大学学报, 2018 (5): 154-163.
- [17] 蒋玮, 李震. 检察公益监督的诉前建议适用及效力论 [J]. 西部法学评论, 2019 (2): 21-29.
- [18] 徐日丹. 公益诉讼“等”外探索, 等来哪些变化 [N]. 检察日报, 2020-11-05 (5).
- [19] 杨建顺. 扩展检察行政公益诉讼范围和路径的积极探索 [J]. 中国法律评论, 2020 (5): 140-147.
- [20] 藤艳军. 检察机关一审败诉行政公益诉讼案件实证研究 [J]. 社会治理, 2019 (9): 77-87.
- [21] 王名扬. 美国行政法 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 642.
- [22] 周辉, 陈默. 行政公益诉讼案件立案审查的实践、问题与化解 [M] // 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭. 行政执法与行政审判: 第72集. 北京: 中国法制出版社, 2020: 194.

