

【司法制度】

公益诉讼中检察谦抑性原则的理论与应用

潘剑锋

【摘要】检察公益诉讼的顺利开展关乎检察权作用时机、检察权与行政权以及和私人权利关系的互动问题。在公益诉讼的启动上,人民检察院应以检察谦抑性原则为基本要求和追求,避免权力行使突破边界,并与民间代表力量充分协调,呵护民间自治力量的发展。在检察权和行政权关系问题上,应当厘清两类公权力的核心差异,合理划分二者的作用范围和边界,避免权力发生混淆和重叠。在检察权和私人权益的关系中,应当秉承公权行使保障私人权益的理念,注重公共利益和私人利益的均衡,避免绝对追求公益实现,忽视私益保护的情况发生。

【关键词】公益诉讼;检察权;法律监督;谦抑性原则

【作者简介】潘剑锋(1962-),男,福建建瓯人,北京大学法学院教授,博士生导师,中国法学会民事诉讼法学研究会常务副会长(北京 100871)。

【原文出处】《现代法学》(重庆),2024.4.1~19

【基金项目】国家社科基金重大项目“中国特色公益诉讼现代化的理论创新与实现机制研究”(23&ZD164)。

一、问题的提出

自全国人大常委会授权最高人民检察院在部分地区开展检察公益诉讼以来,检察公益诉讼日益蓬勃发展。而随着人民检察院反贪污反渎职职能和职务犯罪侦查职能转移至监察机关,以及公益诉讼检察职能的扩展,人民检察院法律监督职能发生了重大变化。当下,公益诉讼已经成为人民检察院“四大检察”和“十大业务”的重要组成部分。检察公益诉讼的开展,不仅关乎诉讼和司法制度的有效运行,也关乎检察权的行使正当与否。检察权的行使只有符合形式上的合法性和实质上的合法性,才是正当合理的。目前,作为一项新型的法律监督职能,在公益诉讼中如何行使检察权的相关法律规定十分粗疏。除了《中华人民共和国行政诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)以外,目前只有部分单行

法对检察权介入公益诉讼的领域和范围有所规定,其他程序性制度则散见于最高人民检察院和最高人民法院颁布的司法解释、司法解释性质文件和其他规范性文件中。在全国人大监察和司法委员会正式启动检察公益诉讼立法程序、制定检察公益诉讼法立法方案的背景下,人民检察院如何在公益诉讼中正当行使检察权,并与其他公益诉讼代表形成合力共同保护公共利益?公益诉讼中检察权的行使与其他公权力和私人利益相关联,检察权的作用范围应当多大?在公益诉讼中如何合理划分检察权和其他公权力的界限?公益诉讼中人民检察院在保护公共利益的同时,如何避免对私人权益造成不当影响?

上述问题的讨论,涉及检察权的性质和谦抑行使原则、国家—社会一个体之间的关系、不同性质的权力之间的关系以及公权力行使和私主体权

利互动关系等理论问题。本文将以理论分析为基础,揭示实践中存在的问题,提出检察权在公益诉讼中谦抑性行使的具体建议,同时立足于检察权的性质,对检察谦抑性原则加以论述,明确谦抑性原则在公益诉讼中的体现。在此基础上,选取公益诉讼中检察权主要作用的三大领域,即检察权启动公益诉讼的时机、行政公益诉讼诉前程序阶段检察权与行政权的互动、民事公益诉讼中检察权对私人利益的限制,观察检察权的行使是否符合谦抑性原则,以及思考检察权在这些领域中如果违反谦抑性原则行使的要求会带来哪些问题。

二、谦抑性原则在公益诉讼中的体现

1982年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)规定人民检察院为法律监督机关,明确了人民检察院的宪法性质。人民检察院各项具体职能的行使,突出表现其法律监督的属性。随着时代的发展,法律监督职能也发生了变化,但其核心特点,即国家性、专门性、法律性和程序性的特点并没有发生改变。检察权行使谦抑性原则(以下简称“谦抑性原则”)发端于刑法领域,后逐渐扩散至其他公法领域。谦抑性原则的核心要旨有二:其一是作为公权力机关的人民检察院在行使公权力时,不得违法干扰其他国家机构公权力的行使;其二是在行使公权力的同时,要注重保障私人的合法权益。人民检察院法律监督职能体现了谦抑性原则的要求,在公益诉讼中,需要结合公益诉讼的特点,对人民检察院公权制约职能和社会治理职能的谦抑行使,进行具体分析。^①人民检察院在公益诉讼中,应当找准其定位,不能过于主动地行使职权,排挤乃至替代其他公益诉讼代表力量保护公共利益:人民检察院行使公权制约职能时,应当在权力应有的轨道范围内行使,不能越权侵入其他公权力的作用范围;人民检察院行使社会治理职能时,不能因保护公共利益就选择忽视私人利益,引发公共利益和私人利益的紧张关系,削弱公益保护的正当性。

(一)法律监督职能蕴含的谦抑要求

人民检察院各项职能突出体现的是人民检察院的法律监督属性,我们有必要对人民检察院法律监督的特点有个清晰的认识。

1. 法律监督职能的“四性”

近些年进行的新一轮政治体制改革和司法体制改革,给人民检察院各项法律监督职能带来了巨大的冲击和改变。随着人民检察院反贪污和反渎职职能转移至国家监察委员会,以及公益诉讼职能的增加,传统意义上的法律监督职能已经发生了重大变化。当下,法律监督职能包含立案监督、侦查监督、审判监督、执行监督、监所监督和公益诉讼监督等内容。^②笔者认为,相较于其他国家机关的职能,人民检察院的法律监督职能具有如下特点:

第一,法律监督职能具有“国家性”。我国国家权力由人民整体授权给人民代表大会,并由人民代表大会产生其他国家机关,其他国家机关对人民代表大会负责,受人民代表大会监督。人民检察院行使法律监督职能代表的是国家,而不是地方。正因如此,我国宪法才规定人民检察院行使法律监督职能时,依法独立,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。为了确保法律监督职能的实现,国家还在组织原则上对人民检察院进行了特殊安排,规定了检察一体化的组织原则,确保人民检察院在组织体系上为一个共同体。^③

第二,法律监督职能具有“专门性”。在我国,人民检察院是国家专门设置的法律监督机关,法律监督职能的行使具有专门性,具体体现为行使主体的专门性和行使手段的专门性。^④其一,法律监督职能的行使主体只能是人民检察院而不是其他国家机关,其他国家机关虽然也有监督职能,但并不是法律监督。其二,法律监督职能的行使手段具有专门性。人民检察院行使法律监督职能时,有多种专门性手段保障职能的有效行使,例如批准逮捕、提起公诉、发出检察建议、提出再审抗诉等。

第三,法律监督职能具有“法律性”。人民检察院行使法律监督职能的目的是确保国家机关和普通私主体切实遵守和执行法律,以实现国家法治的统一。此处的法律应当包括行政法规,这是因为《宪法》第99条第1款规定地方各级人大需要保证行政法规在本区域内的执行^⑤,作为人大设置的专门从事法律监督的国家机关,人民检察院有必要确保行政法规得到遵守和执行。^⑥

第四,法律监督职能具有“程序性”。人民检察院启动程序,通过一定方式行使法律监督职能,只能是促使相关主体纠正或加以认定,以判断被监督的主体是否存在相应的违法行为和违法后果。也就是说,人民检察院行使法律监督职能具有程序上的意义和价值,原则上并不具有处分实体问题的权力。^⑦

2. 谦抑性原则的基本要求

一般认为,谦抑性概念最早出现在刑事法领域,后经行政法学^⑧、经济法学^⑨等公法部门的引进和采用,逐渐演进为一项公法原则。有学者认为谦抑性原则是指“国家公权力机关,特别是司法机关,在行使权力时要保持克制,要尽量避免与其他机关的冲突以及对于公民生活的过度干预^⑩”。笔者认为该学者的定义基本体现了谦抑性原则的核心价值,但不宜特别强调司法机关的谦抑性,任何一个国家机关行使公权力时均有责任秉承必要、审慎和克制的要求。因此,谦抑性原则是指国家机关在行使公权力时,应当尊重其他国家机关的权力行使,保障私人权益,避免引发权力冲突和对私人权益的不当限制。

从法律监督职能的内容和特点来看,法律监督职能本身即蕴含着充分的谦抑性原则的要求。

第一,从宪法和法律规定来看,法律监督职能包括公权制约职能和社会治理职能两大方面,然而无论是哪一类职能,都不是专属的。在公权制约方面,自1982年《宪法》颁布以来,我国的监督体系得到了极大发展和完善,除前述的法律监督

外,根据宪法和法律规定,我国规定了人大及其常委会的监督、审计监督、监察监督和社会监督。之所以规定不同的监督主体和监督事项,是因为我国宪法在创制人民检察院之时,就明确了人民检察院不是唯一的监督主体,人民检察院的公权制约也不是最高监督。因此,对法律监督的正确定位和评价,应当将其放置于我国宪法和法律规定的监督体系中,判断其与其他监督者的关系,以评估法律监督的独特优势。^⑪凡是有其他监督主体进行有效监督的,法律监督应当保持谦抑,以免造成监督体系的叠床架屋,影响监督效果的实现。在社会治理层面,由于检察权程序性的特点,检察权直接作用的领域相对有限。从法律规定来看,当前人民检察院有支持起诉、提起民事公益诉讼等社会治理职能。然而,无论是支持起诉,还是提起民事公益诉讼,检察权都不具有专属性地位。以民事私益诉讼支持起诉为例,根据《民事诉讼法》第15条的规定,人民检察院和有关国家机关、社会团体、企业事业单位都能够成为私益诉讼的支持起诉主体。可见在社会治理的问题上,人民检察院应当协调好同其他社会治理主体的关系,凡是其他社会治理主体能有效发挥作用的,人民检察院都应当注重权力行使的谦抑性,避免过度介入影响社会治理功效。

第二,公权制约职能的行使,不得干扰乃至替代其他公权力的行使。检察权从本质上说是一种程序性公权力,本身即不具有实体处理的权力,这也是检察权同行政权、审判权等国家权力不同的地方。这就要求人民检察院在行使公权制约职能时,应当秉承谦抑性原则,注意权力作用的范围和边界,不得越俎代庖,违反宪法规定的国家权力分工界限,越权进入其他国家权力运行的轨道领域,凌驾于其他国家权力之上,行使程序权却产生了实体上的判断效果。因此,在诉讼监督的过程中,人民检察院只是针对人民法院和法官的违法行为提出抗诉或检察建议,促使人民法院启动相应的

纠错程序,并不能够必然引发实体结果的改变。^⑫在执行监督的过程中,人民检察院发出的检察建议,同样并非一定能引发相应的监督效果。^⑬

第三,社会治理职能的行使,要注重保护私人权益。中国特色法律体系是以保护权利实现为核心的,社会治理职能的行使必须以保护权利为出发点和落脚点。当社会治理职能的行使对私人权益有影响时,人民检察院同样应当秉承权力行使谦抑性原则的要求,避免对私人权益造成不当限制。在民事诉讼中,人民检察院应当充分认识到民事诉讼基本特征是当事人的自治和处分,人民检察院的支持起诉或提起公益诉讼,应当保持必要的限度,不得违法干涉私主体自由处分实体权利和诉讼权利,也不得破坏当事人诉讼地位实质上的平等。^⑭

(二)公益诉讼中的谦抑性体现

从总体上看,法律监督职能的行使需要遵循谦抑性原则的基本要求。但是法律监督职能是人民检察院各项职能的集中体现,法律监督职能在各个领域的直接作用,仍然需要根据具体职责的内容,与谦抑性原则相互结合。在公益诉讼中,人民检察院公益诉讼职能的行使是有条件限制的,这是因为人民检察院不是唯一的公益诉讼代表主体。人民检察院行使公益诉讼检察职能时,既能够在行政公益诉讼中对公权进行制约,也能够民事公益诉讼中对私人利益加以合法限制。因此,笔者认为,人民检察院在行使检察权时,应当在两个层面秉承谦抑性原则的基本要求,即人民检察院何时行使公益诉讼职能是合适恰当的,不能因积极主动,从而挤压乃至取代其他公益诉讼代表力量保护公共利益;以及人民检察院行使公益诉讼职能时,应当注重协调好与其他公权力和私人利益的关系,避免对其他公权力的行使和私人利益造成不当影响。

第一,谦抑性原则要求人民检察院在公益诉讼启动的问题上,不能因公益诉讼职能的行使,妨碍其他公益诉讼代表主体的权利行使,进而对其

保护公共利益产生不当影响。根据我国法律和司法解释的规定,人民检察院在民事公益诉讼中,社会治理职能的行使有相应的条件限制,只有在法律规定的机关和有关组织没有提起诉讼的情况下,人民检察院才能提起民事公益诉讼。^⑮并且,为了确保法律规定的机关和有关组织充分参与到民事公益诉讼中来,制度上还规定人民检察院需要依法发出公告,督促适格主体提起民事公益诉讼。^⑯当适格主体因调查收集证据、诉讼能力等方面处于弱势地位,难以通过民事公益诉讼有效保护公共利益的,人民检察院也可以通过支持起诉的方式,弥补其诉讼能力的不足,支持其开展民事公益诉讼。^⑰法律和司法解释的规定表明,在民事公益诉讼的问题上,我国具有致力于构建多元化的公益诉讼代表主体,以及培养民间力量参与到公益保护事业中来的意图。这就表明在民事公益诉讼中,人民检察院应当谦抑行使社会治理职能,不能因为自身拥有提起民事公益诉讼的资格和强大的诉讼能力,便不尊重乃至轻视其他主体通过民事公益诉讼保护公共利益;也不能在其他公益诉讼代表主体,特别是有的社会组织因寻求自身利益的实现而未能实现公益诉讼的目的,需要人民检察院予以监督改正时,人民检察院以此为由,排斥相关社会组织提起民事公益诉讼;更不能不通过公告的方式,径直提起民事公益诉讼。

第二,谦抑性原则要求人民检察院在行政公益诉讼中,公权制约职能的行使应当恪守不同国家机关权力的分工界限,不能越权侵入行政权和审判权的作用范围,造成权力错位和混淆的情形发生。行政公益诉讼包括诉前程序和诉讼程序两个阶段,其中诉前程序阶段是人民检察院在特殊的公益保护领域,通过行使公权制约职能对行政机关开展外部监督,促使行政机关对违法行使职权或不作为进行自我纠错,积极履职以保护公共利益。^⑱诉讼程序阶段的启动是因为人民检察院在诉前程序阶段难以通过公权制约职能,促使行

政机关自我纠错,进而选择提起诉讼的方式,由人民法院进行审理,作出判决以督促行政机关依法履职来保护公共利益。与刚性的诉讼程序相比,诉前程序更具有柔和性。诉前程序阶段由人民检察院主导,人民检察院应当避免因公权制约职能的行使,干扰行政机关的自我纠错,侵犯行政机关的专属管理权和自由裁量权。诉讼程序阶段由法院主导,人民检察院和行政机关在诉讼中对争点事项进行举证、质证和辩论后,由人民法院进行裁判。人民检察院虽然有诉讼监督职能,但从根本上讲,诉讼监督主要是对人民法院审判中违法行为的监督,并不直接指向人民法院的审判结果。因此,人民检察院在公益诉讼中应当尊重人民法院审判职能的行使,不能因为追求高胜诉率而干扰人民法院在诉讼程序中的主导权和实体法上的最终判断权。^⑩

第三,除尊重人民法院审判权外,谦抑性原则要求人民检察院在民事公益诉讼中,社会治理职能指向私主体的违法行为时,应当依据公权力对私人权益的限制原理,根据违法行为和违法后果的严重程度,采取与之相对应的措施,切忌针对轻微的违法行为和违法后果,选择过重的法律责任。在民事公益诉讼中,人民检察院通过行使社会治理职能,直接对私主体损害公共利益的行为提起民事公益诉讼以保护公共利益,虽然诉讼进程和结果由人民法院主导和控制,但鉴于审判权启动的被动性的特点^⑪,诉讼案件的选取体现的是人民检察院行使社会治理职能的结果。案件的被选择性对人民检察院社会治理职能的规范行使提出了要求,如果人民检察院在民事公益诉讼中,任意行使社会治理职能,不对私人利益和公共利益进行衡量,就可能导致个案中的被告承担沉重的法律责任,在保护公共利益的同时造成新的不公。

三、谦抑性原则的辅助性:检察权启动时机的备位性

我国公益诉讼代表主体包括社会组织、行政

机关和人民检察院,这一构成体现了代表主体和代表主体力量来源的多元性。作为主要官方代表的人民检察院和民间唯一代表的社会组织的关系互动,能深刻表明人民检察院在公益诉讼中,何时行使检察权介入公益诉讼,体现了对公权力作用的时机要求。在国家力量、社会力量和个体力量关系的问题上,要充分考虑谦抑性原则的辅助性特点。该特点表明,包括个体、社会、国家在内的任何主体,都不具有垄断社会治理的资格。任何主体都应当在适当的位置上进行自我管理。当自治主体无力有效应对事务时,国家力量应当介入其中。我国在公益诉讼代表力量来源的问题上,经历了非制度化时期的民间力量主导,到制度化时期国家力量日渐垄断的转变。国家力量主导公益诉讼,在有效保护公益的同时,也因检察权的不够谦抑引发了系列难题。在人民检察院行使检察权何时启动公益诉讼的问题上,我国应当依据谦抑性原则中的辅助性特点,构建多元化的公益保护力量,只有社会组织 and 行政机关没有或无法通过公益诉讼有效保护公共利益时,人民检察院才能行使检察权参与其中。

(一)辅助性特点与公益诉讼启动力量的协调

诉的利益、私人检察总长、公共信托、当事人适格等理论的发展^⑫,为设置多元化公益诉讼代表提供了理论基础。不同国家和地区依据上述理论的提出和实践的开展,规定包括公民、社会组织、公民拟制团体、行政机关和人民检察院在内的一类或几类主体,有提起公益诉讼的资格。然而,上述理论无法解决来源不同的公益诉讼代表力量如何协调和搭配的问题,即无法划分各自权力(利)的作用领域和边界。谦抑性原则的辅助性特点就是源于并包含有上述辅助性原则的内容。在国家、社会、个体力量关系中国家承担了过多的责任,加重了国家在社会治理中的负担。因此,在公益诉讼中,我们应当根据谦抑性原则的辅助性特点的要求,适当地限制人民检察院的行动,为社会组织

和行政机构留出必要的空间。我们应当认识到,谁能行使公益诉讼的启动权,将案件诉至人民法院,通过审判来解决公益纠纷,体现了公益诉讼代表的力量来源的多元性,以及不同力量启动公益诉讼的优先顺位问题。

我国公益诉讼包括行政公益诉讼和民事公益诉讼,从人民检察院行使职能的角度而言,行政公益诉讼旨在公权制约,民事公益诉讼的目的则是社会治理。无论是行政公益诉讼还是民事公益诉讼,作为国家法律监督机关的人民检察院,都理应遵循谦抑性原则的要求。公益诉讼关系到公益保护问题,对个人、社会和国家的健康运行和良好发展有着深刻影响,并不单纯是国家的一项事业。人民检察院如果通过行使检察权,限制其他主体,尤其是民间主体的自治力量,会产生替代民间代表力量的效果,难以发挥个人和社会在公益保护问题上的积极性。因此,在检察权何时介入公益诉讼的问题上,人民检察院应当与其他主体,尤其是非公权主体充分协作,合理定位其位置。凡是其他主体积极施展力量、启动公益诉讼保护公共利益的,检察权就不应当介入;其他主体力量不够、无法或者没有通过公益诉讼有效保护公共利益时,人民检察院应当采取必要的措施参与其中。^②检察权参与其中起到的是补足性作用,意味着检察权和其他公益保护力量协调搭配,共同保护公共利益。因此,在公益诉讼代表力量协调的问题上,我们应当提防两种不良情形的出现,其一要避免检察权过于主动,限制乃至替代其他公益诉讼代表主体力量;其二要防止其他公益诉讼代表主体力量无法胜任时,人民检察院不引入国家力量介入以保护公共利益。

(二)我国公益诉讼启动力量的变化及其困境

1. 公益诉讼启动力量的变化

在公益诉讼未制度化的时代(1996-2012),因行为人发动的诉讼带有公益性色彩,而被称为“公益诉讼”。20世纪末到21世纪初,我国发生了诸

多受到舆论和大众关注的“公益诉讼”。在这些诸多的“公益诉讼”中,始于1996年丘某东因公用电话亭未执行邮电部在夜间、节假日长话收费半价规定提起的“一块二”官司,开启了民间力量发动公益诉讼的先河,而1997年河南省方城县人民检察院办理的国有资产流失案件,则是第一个以官方力量提起的公益诉讼案件。十余年间,我国涌现了诸多“公益诉讼”案件,这些案件横跨平等权、教育权、环境权益保护、消费者权益保护、国有资产管理、妇女权益保护、未成年人权益保护、纳税人权益保护、农民工维权等领域。^③从总体上看,这些案件有的虽然和私人利益有关系,但公益保护效果更为凸显,更多的案件则与私人利益无关,属于纯粹的公益诉讼案件。与“公益诉讼”案件横跨多个领域相对应的是,“公益诉讼”起诉主体十分多元,具体包括公民、社会组织、行政机关和人民检察院。起诉主体的多元性意味着启动诉讼力量来源的分散性,在众多类型的“公益诉讼”起诉力量中,以公民和社会组织为代表的民间力量发挥着主导性作用。

公益诉讼制度化后,我国首先在立法上排除了公民个人提起公益诉讼的资格,在民事公益诉讼代表主体资格的问题上,我国将其严格限定为法律规定的机关和有关组织,机关为海洋行政管理部门(1999)和人民检察院(2015年试点授权,2017年正式入法),有关组织则被立法限定为符合条件的环境保护组织(2014)、消费者权益保护组织(2013)、国家网信部门确定的组织(2021)。当前,法定的民事公益诉讼开展领域已经达到12个,社会组织能够参与其中的仅限于生态环境保护、消费者权益保护和个人信息保护领域,在其他9个法定领域,社会组织则没有提起民事公益诉讼的资格。在行政公益诉讼代表主体资格的问题上,我国立法直接赋予人民检察院以垄断性的代表资格地位,排除了其他主体提起诉讼的资格。相较于公益诉讼制度化前起诉力量多元化的局面,公益

诉讼制度化后,诉讼发动力量日益呈现出归口化的趋势,民间力量则被逐步边缘化。

2. 公益诉讼启动力量面临的困境

人民检察院基本上掌握公益诉讼启动权,在一定意义上与检察权行使谦抑性原则存在冲突,引发了公益诉讼制度上的困境。

第一,人民检察院成为启动公益诉讼的主力,限制了其他公益诉讼代表力量,尤其是民间公益诉讼代表力量,不利于社会自治的实现。谦抑性原则的辅助性特点表明,凡是个体层面能够解决的,就在个体层面予以解决;凡是社会层面能予以解决的,就在社会层面加以解决。只有当个体和社会无法解决相应问题时,国家才动用国家权力,并以辅助性的角色出现。^④然而,我国立法却在公益诉讼启动的问题上,允许人民检察院排他性启动行政公益诉讼的同时,日益主导民事公益诉讼启动资格,使得民间公益诉讼代表力量逐渐边缘化。这显然不利于个体和社会组织通过自我管理,培养公民意识和公益精神,提高社会治理能力,与“将矛盾解决在民间、解决在基层的价值理念”相背离,也不符合“健全共建共治共享的社会治理制度”的理念。^⑤

第二,人民检察院主要掌握公益诉讼启动资格的同时,因失去了其他类型代表力量的制衡,在开展公益诉讼的问题上,呈现选择性起诉的偏好。谦抑性原则划分了个体、社会和国家在各自领域事务上的界限,任何一个主体都不能替代其他主体,且各个主体之间存在着支撑性的关系^⑥,从而为不同诉求主体的存在提供了可能。在多元诉求主体并存的公益诉讼非制度化时期,公益诉讼涉及的领域不仅多,而且多为引发社会舆论关注的事项,体现了民间力量的分散性、个体性监督和诉求表达的特点。^⑦然而,在公益诉讼制度化时期,人民检察院会有选择地开展部分公益保护领域,如近年来人民检察院大力开展的环境公益诉讼。对于国家未大力推动的公益保护领域,人民检察

院则显得动力不足,而这些中的部分恰恰是社会关注的焦点。长久以往,可能会引发对公共利益认识不同的对立。更为要紧的是,因民间力量对公共利益的保护无法被充分纳入法治化轨道,选择传统的信访和聚集等脱离法治化的救济渠道或成为无奈之举。

第三,人民检察院日益成为启动公益诉讼的唯一力量,会使得人民检察院不堪重负。谦抑性原则禁止国家力量包揽一切事务,公益诉讼涉及公共利益,不是国家、社会、个体在内的任何一个层面能够包揽的事情。人民检察院逐渐包揽公益诉讼启动事项,会导致以下矛盾的出现:国家对公益保护的无限责任和持续投入与人民检察院资源相对不足和人手不够的矛盾。^⑧无限责任意味着国家有可能会加大对社会资源的索取,然而人民检察院资源的相对不足又会导致对公益保护的有限投入,使得人民检察院在公益保护问题上难以赢得全社会的信任和支持。

(三) 公益诉讼启动与检察权的谦抑性

谦抑性原则表明,在社会治理的问题上,个体力量、社会力量和国家力量均有解决社会问题的资格,差异之处在于解决社会问题的能力和顺位。三类力量在社会治理的问题上,彼此协调配合,共同实现社会治理。其中国家力量最为强大,也是整个社会治理的最后一道防线。笔者认为,谦抑性原则的适用需要与本国国情和司法制度相结合,尤其是在我国传统治理路径依赖过多的情况下,更有必要关注我国本土公益诉讼的定位和缺陷,以期在公益诉讼多元启动力量协调的问题上,确保检察权适度谦抑的同时,更符合我国的实际情况。

我国公益诉讼是典型的以国家力量为主导,自上而下的政策实施型公益诉讼。政策实施型公益诉讼的突出特点就是程序的启动由国家予以控制。^⑨然而在公益诉讼启动的问题上,即便从国家治理的视角出发,也无法完全排除民间力量。例如,有学者认为检察公益诉讼涉及公权力和公民

权的衔接和合作。^③有学者认为人民检察院在公益诉讼中,通过履行法律监督职能实现公共利益保护,体现了监督性、程序性、有限性、兜底性、协同性的特点。^④也有学者认为,公益诉讼中检察机关和社会组织、行政机关、审判机关通力合作,共同保护公共利益,并具体表现为一种协同式、监督式、参与式的司法化治理。^⑤从中可以看出,即便当下公益诉讼被定位为是以人民检察院为主导的、在诸多公益保护领域实现落实政策方针和公共政策的新机制,也应与其他主体,如立法机关、行政机关、审判机关、公民和社会组织等通力合作。

我国在公益诉讼启动力量来源的问题上,应当大力引进民间力量。公民和社会组织这类民间力量主体提起公益诉讼能够从自下而上的视角,参与国家公共领域的制度建设,即通过底层视角,实现市民社会与政治国家、市民社会与政治国家内部各项国家权力的理性互动,从而检验和完善现代公共政策。^⑥从本质上来说,民间力量主体提起的公益诉讼由独立、理性、公平、公正且权威的人民法院主导,来自底层的关于公共政策的意见能够在法庭之内得到充分表达,人民法院通过听取不同群体意见,促进不同利益群体的融合,矫正不公正、有失偏颇的公共政策,并以裁判形式形成理性、公正、权威的公共政策。

谦抑性原则意味着人民检察院在何时启动公益诉讼的问题上,检察权的行使应保持相对谦抑性。首先,在人民检察院行使社会治理职能启动民事公益诉讼的问题上,应当继续坚持《民事诉讼法》对于社会组织力量优先发动的顺位规定,并逐步放开对公民力量提起民事公益诉讼的限制。虽然社会组织启动民事公益诉讼存在滥用公益诉讼谋求私益、不当使用公益保护基金等问题,但是我们不应因为这些原因就否定其起诉的顺位价值。实际上,社会组织在民事公益诉讼中表现不佳有诸多原因,例如,社会组织不够独立、制度上

缺乏激励制度安排等。对于这些问题,国家应当予以解决,培养社会自治力量的形成,而不是直接予以否认。其次,关于行政公益诉讼启动力量来源如何设置和配合的问题,应以国家力量为主导,民间力量为补充。行政公益诉讼旨在通过外部监督促进行政机关依法行政,更具有组织激励和政策聚焦的功能。^⑦相较于民事公益诉讼的制度定位,行政公益诉讼更多是一种自上而下落实公共政策的制度安排。在这种情况下,人民检察院通过公权制约主导行政公益诉讼的启动是更加实际的选择。但谦抑性原则理论表明,检察权专属行政公益诉讼的启动不具有合理性。因此,我国也应当允许民间力量参与其中,通过民间力量提起行政公益诉讼,对违法行使职权和不作为的行政机关加以直接监督,以应对检察权专属行使行政公益诉讼启动所引发的诸多问题。对于行政公益诉讼不同启动力量的关系协调问题,笔者认为可以人民检察院代表的国家力量为主,公民和社会组织等民间力量为补充,具体来说可在人民检察院未及时履职的同时,由公民和社会组织行使民间力量,补充性提起行政公益诉讼。^⑧

四、谦抑性原则中的权力分工:恪守检察权的作用边界

行政公益诉讼体现了检察权、行政权和审判权的互动关系。由于长期缺少正式的法律制度,相较于检察权和审判权互动关系的研究成果,有关检察权和行政权的交互关系研究相对滞后。因此,有必要聚焦行政公益诉讼诉前程序阶段检察权和行政权的关系,力求规范公权制约检察权的边界。根据我国的国家权力划分,行政机关行使行政权,检察机关行使检察权。无论是行政权还是检察权,都位列于立法权之下,相互之间处于平级的位置。检察权在行政公益诉讼诉前程序阶段表现为公权制约检察权,体现了检察权对行政权的直接单向监督。检察权如果逾越权力分工界限,会干扰行政权的行使,违反国家权力分工的要

求。实践中,行政公益诉讼个别检察建议就有突破行政权保留事项的界限、侵入行政裁量领域的嫌疑,违背权力分工原理和检察权的谦抑行使要求。人民检察院在行政公益诉讼诉前程序阶段,应当尊重行政机关的首次判断权和裁量权的行使。检察权的谦抑行使,应当将注意力集中在损害公共利益的行政行为上,如适用于公众领域的规范性文件等,并适时推动行政公益诉讼监督事项的拓展。

(一)行政权和检察权的互动

我国国家机关由立法机关、行政机关、监察机关、审判机关、检察机关和军事机关组成。根据宪法关于国家机关任务分工的规定,行政机关行使行政权,检察机关行使检察权。行政权是指“国家行政机关执行国家法律、政策,管理国家内政外交事务的权力^⑧”。与检察权本质上是一项具有法律监督属性的程序权不同的是,行政权主要是一种执行管理性质的实体性权力,实施程序相对宽容,最直接、广泛地作用于国家、社会和个体。与其他权力相比,普通个体和行政权有着最密切、最频繁的联系。在现代社会,行政权还包含了越来越多的准立法权和准司法权,相较于立法权和司法权,行政权呈现出日益扩张的趋势。

正是因为行政权在现代社会作用范围广、扩张性强、程序保障较弱等特点,行政权更容易被滥用,因此,对行政权的监督一直是我国公法上监督的重点。我国对行政权的监督包括人大监督、监察监督、审计监督、审判监督、检察监督和社会监督。其中检察监督主要包括对行政诉讼活动的监督,对判决、裁定和非诉执行的监督,对法定领域行政违法行为和不作为的监督,但在传统上,检察权对行政权的监督比较概括、抽象,缺乏对行政权作用于具体事项上的监督。

行政公益诉讼制度是人民检察院对法定领域行政违法行为和不作为的监督,是办案过程中的监督,是对事的监督,是中国特色社会主义法治建

设中一项极具特色的法律制度。我国人民检察院是人民代表大会制度下为弥补人大监督不足而专门设立的保障法律实施、维护法治统一的专门的监督机关。检察权的法律监督不是人大监督,不具有最高性,本质上是一项“非实体处分”和“非终局”的程序性公权力。^⑨然而,正是因为检察权的这种程序性特征,使得其在运行的过程中,容易脱离法律监督的应有边界而侵入行政权的作用范围,违反检察权谦抑性的行使原则。倘若人民检察院公权制约检察权的行使脱离了应有的边界,违反权力分工的要求,则不仅会干扰行政机关行政权的行使,也会破坏人民代表大会制度下对行政机关和检察机关行使权力的边界划分。^⑩

在行政公益诉讼诉前程序阶段,检察权对行政权的监督是一种单向监督,行政权无法有效制约检察权。这就要求检察权在监督行政权运作的过程中,必须恪守权力的作用边界和检察权行使谦抑性的要求,不得越权侵入行政权作用的领域,不代行行政权。任何情形下,人民检察院不得代替行政机关作出包含行政处罚、行政强制在内的任何行政行为。^⑪对被监督的对象行政机关来说,行政机关不能因检察权本质上是一项程序性监督而不予以重视,行政权应当尊重检察权的行使,故行政机关应当对行政行为或不作为的合法性问题向人民检察院作出说明。

(二)检察建议中检察权逾越权力分工的表现

行政公益诉讼诉前程序阶段,检察权对行政权的判断体现在多个方面,如行政公益诉讼案件的立案、检察建议的制发、行政机关有无依法履职、行政公益诉讼案件是否终结、是否提起行政公益诉讼案件等。以行政公益诉讼检察建议为例,这一类型的检察建议是人民检察院在行政公益诉讼中,向行政机关发出的督促其依法履职的建议。^⑫根据法律和司法解释的规定,检察建议是人民检察院提起行政公益诉讼前,必须履行的程序环节,未经过检察建议环节的行政公益诉讼案件,

不得进入诉讼程序。但是对于人民检察院和行政机关来说,检察建议具有不同的意义。于人民检察院而言,检察建议承载着人民检察院对行政机关有无法定职责的判断、行政机关是否存在违法作为和不作为的判断、以及对公共利益受损情况的判断。对于行政机关而言,收到检察建议意味着行政机关获得了一段“自省”期间,行政机关接受检察建议,依法履行职责以保护公共利益,获得人民检察院认可的,则不进入后续的诉讼环节。可见检察建议是诉前程序极为重要的一环,不仅具有履行程序上的法定性,而且具有公权制约的法律监督属性和行政机关的自我整改属性。

然而在司法实践中,人民检察院对于行政机关自我整改部分的关注,远不如对行政机关公权制约监督部分的关注多,这就导致在检察建议作用边界的问题上,有存在干涉行政机关行政权作用范围的风险。例如有检察官认为检察建议内容针对性不强,缺乏可操作性。^⑪对被建议的行政机关的整改落实要求要有明确说明和具体标准,设置合理的步骤。^⑫诉前检察建议在监督内容上应更加突出说理性,强调可操作性。^⑬整改对策应体现精准性,检察建议书应当列明行政机关需作出整改的具体行政行为,以便被建议的行政机关能够切实有效地实施。^⑭也有学者支持这种看法,认为检察建议在内容上应当包含对行政违法行为的认定,以及行政机关如何履职的具体建议。^⑮笔者认为,这些建议事项、整改措施已经在某种程度上侵犯了行政机关的裁量权。例如在某人民检察院督促某区环保局依法履职案中,矿业公司的开采项目没有向环保部门办理环境影响评价手续,没有配备污染防治设施,也没有经过环保部门验收合格就投入生产,最终造成大气污染。该案中,人民检察院在检察建议中提出了两项建议,第一项是建议环保部门责令该公司停产并依法给予其他行政处罚,若该公司在责令改正期间拒不改正的,则环保部门应当按照《中华人民共和国环境保护

法》(以下简称《环境保护法》)第59条的规定在该企业责令改正之日的次日起,按照原处罚数额按日连续处罚;第二项是针对企业直接负责的主管人员和其他责任人员拒不执行环保部门行政处罚的,环保部门应当依据《环境保护法》第63条的规定,将案件移送公安部门处理。^⑯某区环保局在收到人民检察院的检察建议后,作出了停产停业和行政处罚的决定,有效保护了生态环境利益,使得案件在诉前程序阶段即予以结案。本案中,人民检察院通过详细列举检察建议事项,明确操作步骤,固然引发了环保部门的重视,却侵犯了环保部门的自由裁量权。首先,《环境保护法》第59条规定的按日连续处罚制度,是可以适用而不是应当适用;其次,环保部门为达到执法目标,行政处罚后,若该公司不履行的,环保部门既可以选择申请人民法院强制执行,也可以选择与之达成行政协议。^⑰这就引发了如下矛盾,本案中环保部门的执法手段有很多种,环保部门完全可以根据实际情况选择最适合的措施来制止违法行为,保护生态环境利益。相较之下,一般意义上,人民检察院无论是在专业性还是政策考量上都不如环保部门,人民检察院在环境保护的问题上,教环保部门做事,力不从心的同时也违反了权力分工界限。同时,人民检察院的建议事项是不完全列举,这种情况下环保部门没有按照人民检察院建议事项履职的,环保部门是否属于不依法履职?从本案的处理结果来看,显然不属于不依法履职。

笔者认为,人民检察院在检察建议的问题上,逾越权力分工界限会造成如下问题:第一,会干扰行政机关裁量权的行使,侵入行政权的自留地,影响立法赋予行政机关的职权;第二,会导致人民检察院自身地位的变化,成为新的行政执法自由裁量权的主体,却因没有相应的执法权而无法直接有效地保护公共利益;第三,人民检察院过于关注公益保护效果的实现,会错失丰富法律监督内涵的机遇、弱化监督效果、减少对监督事项的关注^⑱;

第四,人民检察院可能耗费了大量的人力物力资源,却因为不熟悉行政管理事项而避开重要的事实,该纠正的行为没有得到人民检察院的关注。^⑨

(三)权力分工与公权制约检察权的谦抑性

行政裁量意味着行政机关不是僵化地执行法律预先设计的内容,而是在法律的框架下有一定的选择和裁量的范围。立法之所以授予行政机关以裁量权,根本原因就在于立法难以预测未来行政事务面对的多种可能性,行政管理者则要面对不断涌现的新情况和新问题。^⑩因此,在面对复杂的行政管理事务时,选择是否实施行为、决定实施哪类行为、何时实施相应行为以及如何实施相应行为的权力由行政机关掌握。对于可以裁量的行政事项,人民检察院应当保持检察权谦抑性行使原则,轻易不应当介入其中。在行政公益诉讼中,“行政机关的独占判断权、首次判断权、政策裁量权和专业性、政策性、首创性、能动性等属性也应当受到检察机关和审判机关的尊重^⑪”。

笔者认为,人民检察院的检察建议之所以能得到行政机关的重视,不仅是因为检察建议有行政公益诉讼这一后备性程序,更重要的是检察建议是人民检察院谦抑行使检察权的结果,既达到了督促行政机关依法行政的目的,又没有逾越权力分工的界限。为了督促行政机关依法行政,人民检察院应当依据《人民检察院公益诉讼办案规则》第75条第2款的规定,重点说明第3项(公共利益受到侵害的事实)和第4项(认定行政机关不依法履职的事实和理由)的内容,以此来提醒行政机关因不依法履职而导致公共利益受损,督促其开展自我检查,并通过自我管理的方式来达到依法行政的履职效果,进而保护公共利益。因此,若行政机关的违法行为或不作为属于裁量性的行政行为,关于检察建议的部分内容,即《人民检察院公益诉讼办案规则》第75条第2款第5项(提出检察建议的法律依据)和第6项(建议的具体内容)的部分应当予以概括性处理,人民检察院只提出相应

的法律指引,具体的行政整改措施则交由行政机关裁量。若行政机关的违法行为或不作为属于羁束性行政行为,此类行为由于法律对行政行为的要件、内容、方式都作出了具体明确的规定,行政机关只能依法实施行政行为,没有独立判断的空间。对于这类行为,人民检察院可以灵活处理,可以在列明法律依据的同时,选择列明具体的整改措施;也可以直接列明法律依据,不选择列明具体的建议事项,以较为概括的方式建议行政机关依法履职。^⑫

人民检察院在行政公益诉讼中谨慎行使检察权,尊重行政权裁量的同时,并不意味着检察权的行使没有发挥的空间。实际上,将注意力集中在公权制约监督的问题上,能够有效丰富法律监督的内涵。以规范性文件是否可以纳入行政公益诉讼监督事项为例,《中华人民共和国立法法》已经规定了备案审查制度,但是对规章以下的规范性文件,仍然缺乏外部监督性制约机制。规范性文件的审查经常涉及重大政策问题,在实际情形下,司法机关很难直接决定。然而,倘若在行政公益诉讼中,人民检察院不能够对可能违法的规范性文件加以建议或提出审查的请求,则可能使得违法的规范性文件继续存在,导致行政机关继续以此为依据,违法行使职权和不作为,增加救济成本;也会导致社会秩序处于不稳定的状态。

考虑到实践中存在以规范性文件侵害公共利益的情况,如果行政公益诉讼中的监督事项不包括规范性文件,则很难规范行政行为^⑬,也会削弱法律监督效果。也有学者表达了类似的观点。^⑭检察权本质上是一项程序权,不具有直接撤销或改变行政机关作出的不合法的规范性文件的效力。我们固然可以考虑人民检察院通过行政公益诉讼的方式,在诉讼中请求人民法院予以附带性审查,但是问题在于大量的行政公益诉讼案件在诉前阶段即予以解决,因此必须重点考虑人民检察院对可能违法的规范性文件的监督。笔者认

为,在行政公益诉讼中,若行政机关违法作为或不作为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件可能不合法,人民检察院有权在诉前阶段对该规范性文件进行附带性审查。人民检察院认为该规范性文件不合法的,应当向制定机关提出处理建议,从而推动制定机关开展自我审查,实现依法行政。

五、谦抑性原则中的利益衡量:检察权对私人利益的合理限制

在社会治理过程中,检察权行使的直接目的是保护公共利益,最终目的是增进个人的福祉。公共利益同私人利益关系密切,若在保护公共利益的同时,不对私人利益加以考量,则会削弱公共利益的保护效果。人民检察院在司法实践中自上而下执行公共政策、保护公益的同时,有时缺乏对私人利益的考量,提起了一些合法但不够合理的民事公益诉讼案件。社会治理检察权的行使应当是谦抑而不是任意的,只有当保护的公共利益大于被限制的私人利益时,社会治理检察权的行使才具有实质意义上的正当性。

(一)公权实施和私权保护的基本关系

国家意志的作出由各个国家机关表示,由于各个国家机关的任务分工不同,在供给和维护公共利益方面,也履行着不同的职能。在我国,立法机关通过行使立法权的方式,成为公共利益的界定主体;行政机关因行使行政管理权,是公共利益的主要执行主体和供给主体;监察机关通过监察权的行使,确保公职人员的清正廉洁,是公共利益的监察主体;审判机关通过裁判的方式裁断公益纠纷,是公共利益的裁判主体;检察机关行使检察权,通过公权制约和社会治理的方式,监督各项公益得以保护。^⑤

在公益诉讼领域,公共利益由国家利益和狭义的社会公共利益组成。笔者认为,任何一个实体都有其自身利益。从理论上讲,国家利益应当和社会公共利益保持一致性,尤其是在社会主义

的我国,国家利益也代表社会公共利益。因此,国家要实现长治久安,必须要履行必要的社会公共职能,即维护和增进社会公共利益。我国在开展公益诉讼的问题上,保护的是整体的公共利益,即包括国家利益和狭义的社会公共利益。根据笔者前文的分析,我国的关注重点应该是保护狭义的社会公共利益。

与私人利益表现为满足私人的各种客观需要不同的是,有关公共利益的概念一直没有得到有效统一,但公共利益非排他性和开放性的特点,成为其与私人利益最大的区分点。非排他性是指公共利益不为私人所占有,具有公共性的特点;开放性是指公共利益不向特定的主体开放,任何主体都能享有公共利益。也正是因为公共利益非排他性和开放性的特点,很多学者认为公共利益集中表现为不特定多数主体的利益。也就是说公共利益是不特定多数的私人利益的集合。^⑥与公共利益本身是私人利益集合的看法不同,这种认识直接否定了公共利益的独立性。可见公共利益和私人利益的关系十分密切,不存在脱离私人利益的公共利益,完全脱离私人利益的公共利益是没有价值的,公共利益因为维护私人利益而产生。^⑦只保护公共利益,忽视私人利益的公权行使,缺乏正当性。

从本质上说,公共利益和私人利益是对立统一的关系。一方面,公共利益不是凭空产生的。公共利益具有普遍性和稳定性的特点,是私人利益得以发展的基础。因此通常而言,公共利益的增进和维护,对私人利益也有好处。另一方面,在社会资源总量有限的前提下,个体为了私人利益的满足,不断拓展其行为边界,与代表不特定多数主体的公共利益发生矛盾也难以避免。因此,为了保护更大范围和更为重要的公共利益,依法对私人利益进行限制很有必要,但是如果对私人利益的限制达到了不合理的程度,直接否定了私人利益的存在,则会违背保护公共利益的初衷。^⑧这

就意味着人民检察院在民事公益诉讼中,必须谦抑行使社会治理检察权,即在保护公共利益的同时,保持对私人利益的关注,有效平衡二者之间的利益关系,不能有所偏废。

(二)社会治理检察权行使忽视利益衡量的危害

在民事公益诉讼中,人民检察院通过行使社会治理检察权,提起民事公益诉讼,以保护公共利益。这就意味着人民检察院在保护公共利益的同时,在某些情况下不免会对私人利益造成限制。

笔者通过检索案例发现,人民检察院在实践中提起了一些缺少利益衡量的民事公益诉讼案件。例如,在某市人民检察院诉闫某食品安全民事公益诉讼案中(以下简称某市公益诉讼案),被告在制作豆腐的过程中,使用了工业氯化镁作为添加剂。从表面上看,本案被告固然因使用违规添加剂,导致了不特定多数的消费者的人身和财产权益受损,但是在审理案件的过程中,人民检察院明确表示目前尚未有消费者因食用含有工业氯化镁的豆腐,造成人身、财产损害,进而向被告提出索赔的情况发生。这就意味着本案的公共利益虽然受损,但很有限,也没有对消费者的人身和财产造成明显损害。然而,人民检察院却在被告已经承担刑事罚金和被判处有期徒刑的情况下,依然在民事公益诉讼中提出了以销售额为基础的十倍惩罚性赔偿,共计234000元。^⑨本案被告为农民,出生于1976年,在审理时已有52岁,这样的农民依靠做豆腐来维持生活,实属低收入的弱势群体,人民检察院理应充分考虑其主观违法性、传统制作工艺以及行为人的行为目的,但是人民检察院只是考虑了应当维护不特定多数消费者的权益,缺少对私人利益的考量。高额的惩罚性赔偿金不仅让被告难以承担,更会使其陷入无法履行的困顿之中,甚至对其基本生存造成影响。又如在某区人民检察院诉被告谢某某、李某某、徐某某、蔡某某生态环境和资源保护刑事附带民事公益诉讼案中(以下简称某省公益诉讼案),四名被告均为初中

文化水平,出生于1984-1993年之间,因四名被告在禁渔期间使用禁用的工具非法捕捞水产品900克,损害了渔业资源和生态环境,故人民检察院提出了赔偿2385元生态补偿金、在规定地点安放禁渔公益宣传警示牌20块以及赔礼道歉的请求。^⑩本案中,四名被告侵害水生生态环境利益毫无疑问,但是问题在于如此微小的生态环境利益受损案件,人民检察院有没有提起民事公益诉讼的必要?即便有必要提起此类民事公益诉讼案件,那么对被告私人利益的限制是否合理?被保护的公共利益是否大于被限制的私人利益?

笔者认为,以贯彻落实公共政策和法律为出发点的检察民事公益诉讼,对私人利益的考量有所欠缺,进而导致社会治理检察权行使的门槛很低,违反检察权行使的谦抑性要求。也就是说,虽然人民检察院开展这些案件,符合形式上的法律要求,但欠缺实质意义上的公正性。上述两个案件均存在这种情况,某市公益诉讼案中的十倍惩罚性赔偿金名义上是限制了被告的财产利益,但却可能会导致被告生存权这一基本权利受损。在某省公益诉讼案中,被告侵害了生态环境利益,但是生态环境利益只是轻微受损,这种情况下对被告进行私人利益的限制,很难说被保护的公共利益大于被限制的私人利益。人民检察院在民事公益诉讼案件中,若欠缺对私人利益的考量,不仅会导致限制私人利益缺乏合法性,更重要的是还会减损公共利益保护的正当性。在我国,真正对公共利益威胁大的通常是社会上的个别大企业的破坏生态环境、损害消费者利益的行为,人民检察院对这些企业提起民事公益诉讼,让其承担相应的法律责任,才能真正有效保护公共利益,并在社会上形成示范性效应,扩大公益诉讼的社会影响力。

(三)利益衡量和社会治理检察权的谦抑性

人民检察院在民事公益诉讼中,应当注重衡量公共利益和被限制的私人利益,谦抑行使社会治理检察权。对于被限制的私人利益,笔者认为

应当根据私人利益涉及的类型,加以区别看待,一类是私人利益直接关乎基本权利的,另一类是私人利益无关乎基本权利的。基本权利是私主体最为重要的宪法上的权利,对于这部分权利的限制应当更加严格,而对于无关乎私人基本权利的限制,则可以将限制标准和尺度放宽。

第一,当被限制的私人利益关乎基本权利时,应当将公共利益约化为一种基本权利,并将之与被限制的基本权利进行对比,只有前者价值位阶优先于后者时,对后者的限制才是合理的。在公共利益和基本权利的问题上,存在外在限制说与内在限制说两种观点。其中外在限制说认为公共利益是基本权利之外的对基本权利的制约。^④公共利益是与基本权利不同性质的另一类法益,二者无法有效协调统一时,就需要立法者权衡利弊进行取舍。如果立法者选择实现公共利益,就需要从外部对基本权利进行限制。内在限制说认为公共利益是存在于基本权利自身之中的限制。^⑤按照这种理解,个人基本权利的行使有相应的边界,并且不得超越这一边界,而公共利益就是这一边界的具体体现。外在限制说的优势在于逻辑上清晰明确,将公共利益限制基本权利划分为基本权利的构成和对基本权利的限制两个层次。缺陷之处在于很容易形成将外在于基本权利、又可以合法限制基本权利的公共利益看作是优先于个人利益的认识。内在限制说的优势在于公共利益本身就是基本权利的构成要件,而不单独存在于基本权利之外,这就不可能产生公共利益优先于基本权利的认识。缺陷是基本权利的固定范围无法通过单纯的法学探讨得以确定,这可能导致基本权利的保障范围自始就受到严重限制。^⑥笔者认为,对于长期注重公共利益,在一定意义上忽视基本权利保护的我国而言,内在限制说可能自始就会限缩基本权利的范围,不利于对基本权利的保护,相较之下外在限制说更加恰当。这就意味着人民检察院在民事公益诉讼中维护公共利益会限

制私主体基本权利时,应当充分认识到基本权利的防御性和对抗性,即便是人民检察院这一公共利益的国家代表,没有充分的理由也不得对私人基本权利加以限制。具体来说,人民检察院需要采取“质”上的标准加以衡量,即将公共利益化约为另一种私主体的“权利”,进而在私主体基本权利体系内部,对比两种基本权利的位阶。^④

第二,当被限制的私人利益不涉及基本权利时,应当遵循比例原则的做法,确保被保护的公共利益大于被限制的私人利益。比例原则具有三个层次的结构,分别是适当性原则、必要性原则和均衡性原则。其中均衡性原则表明公权力行为者运用手段增进的公共利益,应当大于所造成的损失。这就要求,人民检察院提起民事公益诉讼案件代表的公共利益,应当大于被告代表的私人利益,以使得增进的公共利益大于私人利益的损失。保护公共利益不能成为人民检察院发动民事公益诉讼的唯一理由,作为公权力机关,社会治理检察权若不谦抑行使,将具有随意性的隐患。人民检察院通过民事公益诉讼保护公共利益的同时会依法限制私人利益,因此,合理性应当在于其所代表的公共利益必须大于被限制的私人利益。在衡量公共利益和私人利益的问题上,有学者提出应当考量受侵害权利的属性和种类、权利受到侵害的方式与程度、公共利益的属性和种类、事务的专业性程度。^⑤另有学者提出在公共利益和私人利益均衡性的问题上,可以考量影响性、失衡性、利益重大性。^⑥笔者认为,人民检察院在“量”上比较公共利益和私人利益,在能够计算出公共利益增进数额和私人利益限制数额的情况下,应当直接通过数额差加以抉择。若前者大于后者,则人民检察院发动民事公益诉讼是合理的;若前者明显小于后者,则人民检察院提起民事公益诉讼原则上不具有合理性。但是在一些情况下,公共利益表现为非物质性公共利益,公共利益的计算难以统计,此时人民检察院应当在个案中,综合考虑司法资源的投

人、被告的过错程度、被告的违法行为、被限制的私权利的属性和种类、被保护的公共利益的属性和种类等因素,来衡量被保护的公共利益和私人利益的关系,进而决定是否提起民事公益诉讼。

六、结语

检察公益诉讼制度依法已经运行八年,作为一项新生的诉讼制度,已经得到实务界和学术界的共同关注,有着丰富的研究成果。然而,从人民检察院这一公权力主体运用检察权介入新领域的视角来看,实务界和学术界对检察权正当运作的关注程度显然不够。公益诉讼表明检察权何时作用于该领域以及在作用之时,与其他相关主体行使权力(利)的关系,体现了检察权的规范行使问题。本文揭示了在新生事物面前,尤其应当注重公权力的行使界限,避免公权力越界行使;谨防此类公权力和彼类公权力发生混淆和重叠,消解不同公权力的核心功能;防止公权力在扩展之时,偏离公权行使之基本要求——保障私人权益的实现。我国检察权的本质是法律监督,法律监督具有“国家性”“专门性”“法律性”和“程序性”的特征,本身即蕴含着充分的谦抑要求。谦抑性原则意味着法律监督不是完全专属的;法律监督的运作不得侵犯其他公权力的作用范围;法律监督的运行必须保障私人权益的实现。以检察谦抑性原则为要求,通过观察检察权在公益诉讼中作用的三个领域,即公益诉讼启动时机、与行政权的关系、与私人权益的关系,能够揭示当下检察权在公益诉讼中行使过于主动的问题,以至于检察权的运作限制了其他公益诉讼代表力量的存在、介入了行政权的裁量范围以及过分限制私人利益的问题。人民检察院在公益诉讼中谦抑性行使权力,不是质疑人民检察院在公益诉讼中的主导性地位,更不是否认人民检察院在公益诉讼中发挥的主要作用以及取得的重大成绩,而是确保检察权这一程序性公权力在应有的轨道范围之内运行,并协调好与周边权力和权利的关系,推动检察公

益诉讼更好发展,丰富人民检察院法律监督职能的内涵。检察公益诉讼法基本原则应当包括检察权行使谦抑性原则,这就要求人民检察院在公益诉讼中行使检察权时,要与其他公益诉讼代表力量充分协调;检察权的运行不得侵入行政权的作用范围,应当尊重行政权的首次判断权和行政裁量权;检察权的行使应当注重保障私人权益。笔者认为,检察权谦抑行使具有重大的理论意义和实践价值,这一科学合理的认识能够为检察公益诉讼立法提供一定的借鉴参考。

鸣谢:山东大学法学院博士后郑含博为本文的资料收集作出了贡献。

注释:

①有关人民检察院公权制约职能和社会治理职能的划分,参见傅郁林:《我国民事检察权的权能与程序配置》,载《法律科学》2012年第6期,第177-178页。

②参见朱全宝:《法律监督机关的宪法内涵》,载《中国法学》2022年第1期,第149页。

③参见邓思清:《检察权研究》,北京大学出版社2007年版,第112页。

④参见韩大元:《论检察》,中国检察出版社2014年版,第69-70页。

⑤《宪法》第99条第1款:“地方各级人民代表大会在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行;依照法律规定的权限,通过和发布决议,审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。”

⑥倘若地方人民检察院认为行政法规同宪法和法律相抵触,或者存在合宪性、合法性问题的,应当层报至最高人民检察院,由最高人民检察院依据《立法法》第110条的规定,提请全国人大常委会进行处理。参见刘畅、肖泽晟:《行政违法行为检察监督的边界》,载《行政法学研究》2017年第1期,第38页。

⑦人民检察院法律监督职能的行使,原则上是一种程序性公权力,但是在例外的情况下,具有实体上的处理效果,如审查批捕职能。参见陈瑞华:《论检察机关的法律职能》,载《政法论坛》2018年第1期,第12-14页。

⑧参见张弘:《论行政权的谦抑性及行政法的相应对待》,载《政法论坛》2017年第3期,第90-98页。

⑨参见张占江:《论反不正当竞争法的谦抑性》,载《法学》2019年第3期,第45-59页。

⑩程晓璐:《检察机关诉讼监督的谦抑性》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期,第51页。

⑪参见黄明涛:《法律监督机关——宪法上人民检察院性质条款的规范意义》,载《清华法学》2020年第4期,第26页。

⑫参见程晓璐:《检察机关诉讼监督的谦抑性》,载《国家检察官学院学报》2012年第2期,第53-54页。

⑬参见石春雷、王琦:《民事执行检察监督谦抑论》,载《广西社会科学》2016年第2期,第111-112页。

⑭参见韩静茹:《民事检察权研究》,北京大学出版社2018年版,第264-265页。

⑮根据当前法律和司法解释的规定,人民检察院行使社会治理职能提起民事公益诉讼,不仅要尊重其他主体提起民事公益诉讼的优先顺位,也要位列于私主体提起私益诉讼(英雄烈士近亲属对英雄烈士姓名、肖像、名誉、荣誉受损害提起的私益诉讼)和生态环境损害赔偿诉讼权利人提起的生态环境损害赔偿诉讼之后。

⑯参见《最高人民法院 最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第13条、《最高人民法院 最高人民检察院关于人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼应否履行诉前公告程序问题的批复》以及《人民检察院公益诉讼办案规则》第91条。

⑰参见《民事诉讼法》第58条第2款、《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第11条、《人民检察院公益诉讼办案规则》第100-101条。

⑱参见沈开举、邢昕:《检察机关提起行政公益诉讼诉前程序实证研究》,载《行政法学研究》2017年第5期,第46页。

⑲参见高家伟:《检察行政公益诉讼的理论基础》,载《国家检察官学院学报》2017年第2期,第22页。

⑳参见潘剑锋:《从民事审判权谈民事审判方式改革》,载《法学家》2000年第6期,第79-80页。

㉑参见白彦:《环境民事公益诉讼原告主体资格问题研究》,载《浙江社会科学》2016年第2期,第147-148页;潘梦静、汤树桂:《对民事公益诉讼主体资格的思考》,载《江西社会科学》2005年第9期,第189-190页;葛君:《行政公益诉讼原告资格研究》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2020年第22卷,第37-38页。

㉒参见韩波:《公益诉讼制度的力量组合》,载《当代法学》2013年第1期,第36-37页。

㉓参见徐卉:《通向社会正义之路——公益诉讼理论研究》,法律出版社2009年版,第302-315页;最高人民检察院民事行政检察厅编:《检察机关提起公益诉讼实践与探索》,中国检察出版社2017年版,第33-44页;韩静茹:《民事检察权研究》,北京大学出版社2018年版,第427-439页;黄圆胜:《从公民推动到国家主导——行政公益诉讼变迁反思》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期,第44-45页。

㉔Franz H. Mueller, The Principle of Subsidiarity in the Christian Tradition, 4 The American Catholic Sociological Review 144(1943).

㉕参见习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告(2022年10月16日)》,人民出版社2022年版,第54页。

㉖Franz H. Mueller, The Principle of Subsidiarity in the Christian Tradition, 4 The American Catholic Sociological Review 145-153(1943).

㉗参见黄圆胜:《从公民推动到国家主导——行政公益诉讼变迁反思》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期,第54页。

㉘参见陈杭平、周晗隽:《公益诉讼“国家化”的反思》,载《北方法学》2019年第6期,第76-77页。

㉙参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第200页。

㉚参见刘艺:《论国家治理体系下的检察公益诉讼》,载《中国法学》2020年第2期,第161-162页。

㉛参见胡卫列:《国家治理视野下的公益诉讼检察制度》,载《国家检察官学院学报》2020年第2期,第10-11页。

㉜参见易小斌:《检察公益诉讼参与国家治理的实践面向》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期,第52-57页。

㉝参见华小鹏:《论公益诉讼制度的本质与我国民事公益诉讼权的完善》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2014年第6期,第85页。

㉞参见卢超:《从司法过程到组织激励:行政公益诉讼的中国试验》,载《法商研究》2018年第5期,第32-33页。

㉟也有学者持有类似观点,详情参见唐璨:《公益行政诉讼模式的理论分析与制度化建议》,载《法律科学》2021年第1期,第133页;吕凯、包欣卓:《论行政公益诉讼的原告范围》,载《天津法学》2023年第3期,第63-64页。

③⑥姜明安:《行政法》(第五版),法律出版社2022年版,第40页。

③⑦参见黄明涛:《法律监督机关——宪法上人民检察院性质条款的规范意义》,载《清华法学》2020年第4期,第30-31页。

③⑧参见刘畅、肖泽晟:《行政违法行为检察监督的边界》,载《行政法学研究》2017年第1期,第37-39页。

③⑨参见姜明安:《宏观公法学导论》,法律出版社2021年版,第311页。

④⑩参见黄文艺、魏鹏:《国家治理现代化视野下检察建议制度研究》,载《社会科学战线》2020年第11期,第187页。

④⑪参见潘如新、孟祥沛:《行政公益诉讼诉前程序探索》,载《检察日报》2019年7月11日,第3版。

④⑫参见温建军:《行政公益诉讼应切实强化诉前检察建议》,载《检察日报》2018年7月1日,第3版。

④⑬参见张豪、毛文革:《多举措增强诉前检察建议刚性》,载《检察日报》2021年6月24日,第7版。

④⑭参见马怡梦、王菲:《行政公益诉讼诉前检察建议重在精准》,载《人民检察》2022年第7期,第73页。

④⑮参见王万华:《完善检察机关提起行政公益诉讼制度的若干问题》,载《法学杂志》2018年第1期,第106页。

④⑯最高人民法院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引(生态资源·环境保护领域)》(上册),中国检察出版社2019年版,第55-56页。

④⑰《行政强制法》第5条:“行政强制的设定和实施,应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。”

④⑱参见潘剑锋、郑含博:《行政公益诉讼制度目的检视》,载《国家检察官学院学报》2020年第2期,第28-36页。

④⑲参见王春业:《行政公益诉讼“诉前程序”检视》,载《社会科学》2018年第6期,第98页。

⑤⑩参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第360-361页。

⑤⑪高家伟:《检察行政公益诉讼的理论基础》,载《国家检察官学院学报》2017年第2期,第22页。

⑤⑫参见胡婧、朱福惠:《论行政公益诉讼诉前程序之优化》,载《浙江学刊》2020年第2期,第125页。

⑤⑬参见姜涛:《检察机关提起行政公益诉讼制度:一个中国问题的思考》,载《政法论坛》2015年第6期,第26页。

⑤⑭参见刘艺:《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》,载《法学研究》2018年第3期,第49页。

⑤⑮参见潘剑锋、郑含博:《行政公益诉讼制度目的检视》,载《国家检察官学院学报》2020年第2期,第29页。

⑤⑯参见张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化和实施研究》,载《清华法学》2013年第4期,第8页;肖建国:《利益交错中的环境公益诉讼原理》,载《中国人民大学学报》2016年第2期,第15-16页;梁上上:《公共利益与利益衡量》,载《政法论坛》2016年第6期,第3页;高志宏:《公共利益法律关系的主体论及其功能实现》,载《南京社会科学》2017年第6期,第100页;王景斌:《论公共利益之界定——一个公法学基石性范畴的法理学分析》,载《法制与社会发展》2005年第1期,第132页。

⑤⑰参见王景斌:《论公共利益之界定——一个公法学基石性范畴的法理学分析》,载《法制与社会发展》2005年第1期,第135页。

⑤⑱参见王太高:《公共利益范畴研究》,载《南京社会科学》2005年第7期,第85页。

⑤⑲参见内蒙古自治区赤峰市人民检察院诉闫某侵权责任纠纷案,内蒙古自治区赤峰市中级人民法院(2018)内04民初95号民事判决书。

⑥⑩参见遵义市播州区人民检察院诉谢某某、李某某、徐某某、蔡某某非法捕捞水产品案,贵州省遵义市播州区人民法院(2020)黔0321刑初553号刑事附带民事判决书。

⑥⑪参见[日]芦部信喜:《宪法》,李鸿禧译,元照出版公司2001年版,第112页。

⑥⑫参见李雅萍:《德国法上关于基本权利之限制》,载《宪政时代》1996年第22卷第1期,第24页。

⑥⑬参见张翔:《公共利益限制基本权利的逻辑》,载《法学论坛》2005年第1期,第25-26页。

⑥⑭参见胡锦涛、王锴:《论我国宪法中“公共利益”的界定》,载《中国法学》2005年第1期,第25页。

⑥⑮参见刘权:《比例原则审查基准的构建与适用》,载《现代法学》2021年第1期,第152-154页。

⑥⑯参见蒋红珍:《比例原则位阶秩序的司法适用》,载《法学研究》2020年第4期,第52-53页。