

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.03.019

欢迎按以下格式引用:李爱年,刘爱良.论检察机关提起公益诉讼的权力属性及职权配置[J].重庆大学学报(社会科学版),2016(3):142-150.

Citation Format: LI Ainian, LIU Ailiang. On features and distribution of the power of procuratorate to bring public interest litigation[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2016(3):142-150.

# 论检察机关提起公益诉讼的 权力属性及职权配置

李爱年<sup>1</sup>,刘爱良<sup>1,2</sup>

(1. 湖南师范大学法学院,湖南长沙 410081;2. 郴州市中级人民法院,湖南郴州 423000)

**摘要:**检察机关提起公益诉讼的核心问题是权力属性及职权配置的宪法问题。立足于中国特色社会主义检察机关的宪法定位与检察监督制度发展的历史经纬,检察机关提起公益诉讼的权力属性不是法律监督权的宽泛解释,也不是诉讼监督权的自然延伸,而是检察机关通过提起诉讼的方式行使一般监督权。检察监督的改革创新为一般监督权的续造提供了新的契机。而权力属性为一般监督权的定位也为检察机关提起公益诉讼的职权配置,尤其是在监督方式、监督程序以及监督内容的制度设计上提供了新的路径。

**关键词:**检察机关;公益诉讼;权力属性;一般监督权

**中图分类号:**DF84 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2016)03-0142-09

## 一、问题的提出

2015年7月1日,十二届全国人大常委会第十五次会议作出《关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》,授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点。根据最高人民检察院公布的《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》(以下简称《试点方案》),北京、内蒙古、吉林等13地检察机关在各自辖区对检察机关提起民事、行政公益诉讼开展为期2年的试点。就在全人大和最高人民检察院授权试点、发布方案的同时,著名环境法学者吕忠梅教授撰文《八问检察院试点环境公益诉讼》,向最高人民检察院试点检察机关提起公益诉讼提出了是否需要重新定义环境公益诉讼、如何理解“民事公益诉讼”和“行政公益诉讼”、诉前程序为何设置、检察机关在公益诉讼中的诉讼地位、检察机关的诉权与职务犯罪侦查权、起诉权的关系等8个问题,并认为“在检察机关提起环境公益诉讼的试点过程中,到底需要解决哪些问题,或者需要在哪些方面进行‘探索’,是直接关系到制度建设成败的大事,必须有清醒的认识”<sup>[1]</sup>。事实上,围绕着检察机关能否提起公益诉讼,如何提起公益诉讼的问题,法学界的争议一直不断<sup>①</sup>。较多的学者从保护社会公益的现实需要、检察机关的宪法地位和职权特点、国外公益诉讼的成功经验以及国内各地检察机

修回日期:2016-03-17

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“我国流域生态补偿法律制度建设研究”(12AFX014);湖南省教育厅重点项目“我国流域生态补偿法制理论与实践——以湘江流域为例”(12A086)

**作者简介:**李爱年,女,湖南师范大学法学院教授,博士研究生导师,主要从事环境法学基础理论与环境法学制度研究;刘爱良,郴州市中级人民法院法官,湖南师范大学法学院环境法博士研究生。

<sup>①</sup>在知网内输入“检察”“公益诉讼”进行全文检索,5年内(2011-2015年,其中2015年截止日期为10月15日)所得结果(含期刊论文、硕博论文、会议报纸论文,不含专著)为8899篇,按发表年度2011-2015年的分组结果分别为1667、2168、1817、1514、1733篇。

关的探索等方面为检察机关提起公益诉讼提供合理性支撑并为制度构建、程序设计提出了诸多建议<sup>②</sup>。但是也有部分学者认为;检察机关的法律监督地位并非当然地包括提起公益诉讼的权力,检察机关提起公益诉讼有违法理;诸如环境污染等社会问题从更深层次分析是有法不依的执法危机,用检察监督掩盖执法漏洞,这并非治本之策;检察机关提起公益诉讼在现有法律框架找不到依据;作为法律监督机关的检察机关提起公益诉讼会破坏民事诉讼和行政公益诉讼既有的诉讼机制<sup>[2-3]</sup>。考察这些观点,其立论基础两个共同点:其一,对于检察机关提起公益诉讼的关注集中在“公益诉讼”上,很多观点的争议,事实上是对“公益诉讼”这一从国外舶来品的制度本身的分歧;其二,对于检察机关提起公益诉讼的分析视角集中在环境保护法学或者诉讼法学的视角,许多分歧基于对环境问题的根源和诉讼结构的平衡的探讨。笔者认为,检察机关提起公益诉讼的研究与公益诉讼或者环境公益诉讼的研究有着本质的不同,公益诉讼制度或者环境公益诉讼制度说到底都是一个制度移植或者再造的问题,只是一个诉讼法或者环境法问题。检察机关是中国宪法规定的法律监督机关,属于人民代表大会制度所分授的权力体系的重要一环,检察机关提起公益诉讼的赋权一方面会打破现有宪政格局下的权力分工,另一方面公益诉讼所针对的对象既包括损害社会公共利益行为的单位和个人,也包括相关负有监督管理职责的行政机关。这就牵涉到法律监督权与公民基本权利、法律监督权与行政权之间的侵入与衡平的问题。因此,检察机关提起公益诉讼的核心问题是一个十分严肃的宪法问题,首先要解决这个职权如何定性,如何配置,如何实现与相关权力体系的协调问题。如若不然,所有的在环境法和诉讼法框架内的讨论都可能会遭遇宪法和人民检察院组织法等宪法性法律的否决。对于检察机关提起公益诉讼研究的关注点应在“检察机关”而不是“公益诉讼”。如果能从检察机关的宪法定位、法律监督的历史经纬、检察权的实现方式以及检察机关与其他国家机关之间的权力分工、配合与监督关系中去探寻检察机关提起公益诉讼权利属性及其对职权配置的合理定位,那么这便为检察机关提起公益诉讼的正当性、合法性的理论之争提供了一个新的解释路径,也能为中国检察机关提起公益诉讼的制度化和规范化提供宪法依据和改革指引。

## 二、对三种关于检察机关提起公益诉讼权力属性观点的批判

任何权力的设定都必须在宪法和法律中得到明确而清晰的授权,这是“法无授权不可为”<sup>③</sup>这一法治原则的基本要求。中国《立法法》第8条第(二)项也明确规定“各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权”只能制定法律。因此,检察机关能否提起公益诉讼必须解决授权问题。法律授权一方面来自直接的授权条款,另一方面来自对现有授权条款的合理解释。《人民检察院组织法》第5条以列举的方式规定了检察院的职权,三大诉讼法对这些职权的行使有进一步明确的规定。那么检察院提起公益诉讼的职权能否直接找到授权条款,还是从现有职权中得到合理解释,抑或只能设定新的授权?对这个问题的研究,国内学者涉及极少,部分学者在检察机关提起公益诉讼制度构建(或者程序设计)的论述中有提及检察机关提起公益诉讼的权力属性,概括起来主要有三种观点:(1)检察机关提起公益诉讼的权利性质是“法律监督权”的自然延伸<sup>[4]</sup>;(2)认为检察机关提起公益诉讼是“公诉权”作扩大解释;(3)检察机关提起公益诉讼的性质就是诉讼监督权监督方式的修正。

笔者认为,这三种观点都具有其天然的缺陷。

### 1. 法律监督权说

有学者认为,检察机关提起公益诉讼可以从现有宪法和诉讼法中找到直接授权条款,其理由主要是:(1)《宪法》第129条规定了中国各级人民检察院国家法律监督机关的宪法定位。该条款赋予了人民检察院法律监督权。检察机关实施民事公益起诉权正是行使其法律监督权的体现;(2)《民事诉讼法》第15条规定了支持起诉的原则。人民检察院作为国家法律监督机关针对侵害民事公益行为提起诉讼符合支持起诉的原则。(3)《刑事诉讼法》第77条第2款规定,人民检察院在公诉过程中,发现侵害国家财产的,可以一并提起刑事附带民事诉讼。这说明检察机关提起民事诉讼行使法律监督权有直接法律依据<sup>[4]</sup>。

<sup>②</sup>这方面成果非常多,较新的成果可参见徐日丹、贾阳《依法履职稳步推进公益诉讼改革试点工作——最高人民法院相关负责人解读〈检察机关提起公益诉讼改革试点方案〉》(《检察日报》2015年7月3日第2版);彭本利《检察机关参与环境公益诉讼的合理性及制度构建》(《吉首大学学报(社会科学版)》,2015年第5期);徐以祥《检察机关提起环境公益诉讼的现实需求与制度构架》(《检察日报》2015年7月24日第3版)。

<sup>③</sup>2014年,李克强总理在国务院第二次廉政工作会议上强调,对市场主体,是“法无禁止即可为”;而对政府,则是“法无授权不可为”。

笔者不赞同这种观点。首先,《宪法》第129条规定检察院是国家法律监督机关,这是对检察机关宪法地位的表述,而不是检察机关的职权条款,根据权无法授不可为的法治原则,在宪法定位之下,检察机关的具体职权必须有明确具体的规定(事实上,在我们国家也没有“法律监督权”这种表述,“法律监督权”更多地出现在学术界作为一种法律监督机关宪法地位的抽象性描述)。因此,符合检察机关宪法定位(或者说符合“法律监督权”特质)只是具备了授予检察机关行使该职权的可能性,但是从可能变成现实之间还需要立法机关基于政治结构、法治状况、国情实际等多方面的权衡来予以设定或者取消具体职权,不能简单地以提起公益诉讼符合检察机关的宪法定位就自然引申为授权条款,这不符合基本的权力运行逻辑。其次,尽管民事诉讼法第15条确实规定了支持起诉原则,但是这一法律原则由于与其他条文没有形成逻辑、配套的系统,违背了法典的总则与分则、原则与具体规定的协调运行结构,而呈现出“结构性错误”<sup>[5]</sup>,并且此处的支持起诉与提起诉讼有明显差异,支持起诉应当是为当事人起诉提供便利,并不能代当事人提起诉讼,而提起诉讼则是享有诉权的主体直接启动诉讼程序,将检察院支持起诉与检察院提起诉讼等同起来不合适。再次,《刑事诉讼法》规定了在国家财产遭受损失时可以提起附带民事诉讼,但是该规定具有诉讼程序的限定性,附带民事诉讼的赔偿是因为犯罪行为而引发的,刑事诉讼中的处理,与检察机关在刑事诉讼中的公诉人身份具有千丝万缕的联系<sup>[6]</sup>,不能简单地将规定在刑事诉讼中特定情形下提起附带民事诉讼的权力推演至民事诉讼或者行政诉讼领域。

事实上,我们只要简单地考察中国检察院职能的历史发展就能够非常明了地知道现行法律框架并未授权检察院提起公益诉讼的职权。1954年检察院组织法第4条规定地方各级人民检察院职权时,其中第(六)项就明确了地方各级检察机关有权通过提起或者参与民事诉讼的方式来保护重大的国家利益、社会公共利益以及人民利益<sup>④</sup>。1979年检察院组织法修订时将检察院提起民事诉讼的职权予以取消,直到现在也一直一直没有恢复。1982年修订民事诉讼法时,当时草案的立法原则中赋予了检察机关提起民事诉讼的权力,但是在正式颁布的条文中,该条被取消<sup>[7]</sup>。从检察院职权的立法沿革看,从有授权到取消,从草案中建议到正式条文中“拿掉”,我们可以明确知晓在目前的法律框架中检察院没有提起公益诉讼的职权。

## 2. 公诉权说

很多学者认可检察机关提起公益诉讼在现有法律框架中并无直接授权。因此,有学者选择从检察机关现有法律职权进行引申作为检察机关提起公益诉讼的权力基础或者法律依据。根据现行《检察院组织法》第5条规定,人民检察院行使如下5项职权:(1)对国家安全犯罪及严重破坏法律实施犯罪的检察权。(2)法律规定的检察机关自侦案件的侦查权。(3)对于公安机关侦查案件的审查批捕权以及侦查监督权。(4)刑事案件的公诉权;对法院审判活动监督权。(5)刑事裁决的执行及监所监管活动的监督权。目前,学者主要从第(4)项中的公诉权与对行政诉讼、民事诉讼的诉讼监督权解释推衍检察机关提起公益诉讼的权力属性。“公诉权说”的理由主要是:(1)检察权是一种复合型权力,既包括公诉权又包括诉讼监督权,检察机关提起公益诉讼不能与诉讼监督权兼容,那么检察机关提起公益诉讼的权力属性就应是公诉权。(2)公诉权是启动审判程序的一种程序性权力,提起民事公益诉讼是公诉权的一种表现形式<sup>[8]</sup>。

在进行法律解释时,我们要保持法律的整体性,要真实地反映立法者或宪法创制者的意图。如果法律解释不遵循严格的规则,法律本身极易被解构<sup>[9]</sup>。检察机关提起公益诉讼能否从公诉权得到解释或者推衍,这似乎不是非常难厘清的问题。因为现代意义上的公诉,无论是大陆法系还是英美法系国家,公诉都指向指控犯罪,追究刑事责任,其本质就是以国家名义提起刑事诉讼,所以被称为国家追诉主义<sup>[10]</sup>。中国宪法未明确规定检察机关公诉权的内涵与外延,但是《检察院组织法》和《刑事诉讼法》在涉及“公诉”一词的用语时,都明确限定在“对于刑事案件提起公诉,支持公诉”。可以说,现代意义上的公诉权理论和我国现有法律框架内公诉权规范都将“公诉权”严格限定在刑事诉讼领域,将公诉权扩展至民事、行政诉讼没有理论支撑与法律依据。

## 3. 诉讼监督权说

认为检察机关提起公益诉讼的权力属性是诉讼监督权的主要理由是《行政诉讼法》第10条规定了检察院对行政诉讼实行法律监督的原则,但是该原则的落实受到监督范围、方式上的局限,法律规定的监督对象

<sup>④</sup>由于中国行政诉讼法于1989年才颁布实施,所以当时还没有行政诉讼。

仅仅包括人民法院的判决、裁定,监督方式也只有通过审判监督程序提出抗诉。明确检察机关可以提起行政公益诉讼,对于丰富诉讼监督方式,落实诉讼监督权意义重大<sup>⑤</sup>。

中国《民事诉讼法》第14条与《行政诉讼法》第11条都确认了人民检察院对民事诉讼和行政诉讼享有诉讼监督权,但是这一职权需要通过监督对象、监督方式和监督手段等具体规定予以配合才能起到监督效果。目前,在行政诉讼法和民事诉讼法上,对于监督对象比较明确的都是对于人民法院已经发生法律效力发现确有错误的民事或者行政判决、裁定,监督方式都是通过审判监督程序抗诉。监督对象、方式的局限性导致检察机关对民事、行政诉讼监督缺乏可操作性,因此受到众多学者的批评。但是,是否因为这种原则与具体规定脱节就因此得出可以从检察机关对行政、民事诉讼的监督方式与监督对象的改进中引申出提起公益诉讼的职权,笔者不赞成这种观点。因为检察机关作为法律监督机关,其宪法地位和职权配置是由人民代表大会制度下行政权、司法权、检察权、军事权之间的分工、配合与监督关系决定的<sup>[11]</sup>。检察机关对人民法院审判活动(刑事、行政、民事)的监督权,其权力内核是检察机关通过行使监督权实现对司法机关审判权的制约,进而起到防止司法腐败,维护司法权威和法制统一的作用<sup>[12]</sup>。中国《人民检察院组织法》对于诉讼监督权的规定也明确是对法院审判活动是否合法实行监督。因此,无论监督范围做怎样的改进,诉讼监督的对象只能是人民法院的审判活动,即人民法院的判决、裁定是否确有错误,人民法院的审判程序是否违法或者审判人员审理该案件时是否有贪污受贿、徇私舞弊的枉法裁判行为。如果允许检察院提起公益诉讼,那么监督对象就不是人民法院,而是公民、法人和行政机关等诉讼当事人,这与检察机关诉讼监督职权配置的初衷相违背。因此,诉讼监督权的权力制约功能决定了诉讼监督权不能为检察机关提起公益诉讼提供权力属性依归。

### 三、检察机关提起公益诉讼权力属性的应然状态——一般监督权

从以上的分析可以看出,现有法律框架既无检察机关提起公益诉讼的直接授权条款,也很难从检察机关现有法定职权中合理解释出提起公益诉讼的职权。检察机关提起公益诉讼的职权就必须寻求宪法法律予以新设。往返流盼中国检察机关的宪法定位与职权变迁,笔者认为检察机关提起公益诉讼的权力属性应当是一般监督权。

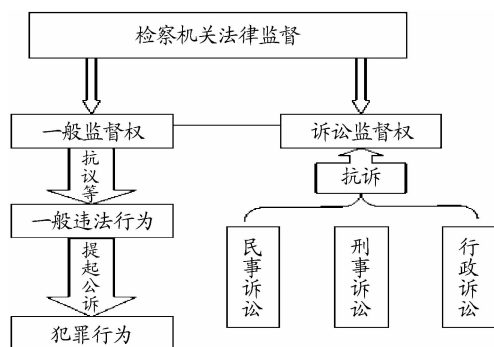


图1 权力架构图

一般监督权最早起源于前苏联<sup>⑥</sup>。列宁在《论“双重领导”与法制》等系列文章中系统阐述了社会主义法律监督理论,即检察院是专门法律监督机关,与行政机关分立,不受任何地方影响,监督国家法律的执行与遵守。在列宁的检察监督思想指导下,1936年《苏联宪法》和《苏联检察院组织法》规定,苏联检察总长对各部和各部所属的各机关以及全体公职人员和全体苏联公民是否确切遵行法律负最高的监督责任。检察机关通过追究被告人的刑事责任和抗议国家机关违反法律做出的决定等方式实施立法监督、执法监督、司法监督及守法监督。由此开创了社会主义一般监督权的立法先河。需要指出的是,这里的一般监督权不是抽象意义上“法律监督权”的对等物,而是检察机关对立法、执法、司法机关全面监督职权的概括性描述。可以确定地说,一般监督权是苏联检察机关的灵魂与核心,其权力设计初衷是:检察机关作为法律监督机关,是人民主权宪政原则下分授的重要权力体系,享有对立法、执法、司法和守法领域任何决策、行动、计划、行为的监督权。以违法程度不同,对于一般违法行为通过抗议、建议、支持起诉、提起诉讼的方式实现监督;达到犯罪程度的,则通过行使职务犯罪侦查权、公诉权予以制裁。随着监督专门化理念的深入,一般监督权中的司法监督作为监督专门化内容从一般监督权中独立出来,称之为诉讼监督权,由此也就形成了一般监督权与衍生的诉讼监督权共同构成苏联检察机关的核心职权,权力架构如图1所示<sup>[13]</sup>。

新中国成立后,中国充分借鉴苏联检察监督制度,构建了中国的一般监督权法律框架。彭真同志在向

新

<sup>⑤</sup>虽然该观点只谈及行政诉讼,但是事实上对于民事诉讼同样适用。参见姜明安《行政诉讼中的检察监督与行政公益诉讼》(《法学杂志》2006年第2期)。

<sup>⑥</sup>有学者提出俄国的一般监督权早在彼得一世创建检察机关的时候就已经提出,但是囿于当时的历史条件,检察机关只是封建帝制时期的监督尝试,其目的是维护沙皇统治,与民主共和制下的检察监督有显著区别。因此,这里仍然以前苏联的一般监督权为源起。

全国人大作《人民检察院组织法(草案)》说明时明确指出中国检察制度受列宁检察监督思想的影响而确立。1954年《宪法》第81条规定,最高人民检察院对国务院各部委、地方各级国家机关及其工作人员和广大人民群众是否守法进行监督。在宪法上确认了检察机关的一般监督权。同年颁布的《检察院组织法》对检察机关一般监督权的权能及行使方式进一步具体化。其具体权能主要反映在三个方面:一是监督国家机关决议、行动的合法性。检察机关发现有关国家机关的决议、行动、计划与法律相违背,有权提出抗议。二是监督国家机关工作人员和普通公民一般违法行为。对于公民违法,有权提起或者参与涉及公共利益与人民利益的重要民事诉讼。对于国家工作人员的违法行为,检察机关有权要求其纠正。三是针对犯罪行为提起公诉。对于公民、单位的犯罪行为提起公诉,如果公职人员行为触犯刑法,检察机关有权侦查并提起公诉。

根据《试点方案》的规定,检察机关提起公诉包含两个方面的内容:一是民事公益诉讼,主要针对环境污染、制售假冒伪劣食品与药品等损害社会公共利益的行为提起公益诉讼;二是行政公益诉讼,主要针对环保部门、国有资产保护部门、土地使用权出让主管部门违法行使职权或者不作为致使国家和社会公共利益遭受损失,可以向人民法院提起行政公益诉讼。前者针对的是自然人和法人损害社会公益的违法行为,属于守法监督范畴,后者针对的是行政机关违法行政、行政不作为的行为,属于执法监督范畴,这种强化对执法和守法领域一般违法行为的监督理念与一般监督权对一般违法行为的权力行使高度契合。另外,从检察权的历史经纬看,1954年《检察院组织法》第3条第(六)项对检察机关提起民事诉讼的规定也可以认为是检察机关提起公益诉讼权利属性属于一般监督权的确认。因此,检察机关提起公益诉讼的权力属性就是针对公民和行政机关一般违法行为通过提起诉讼的方式行使一般监督权。

当然,对于检察机关提起公益诉讼的权利属性的确认必须厘清一个核心问题,那就是检察机关提起公益诉讼作为一般监督权行使方式是否与民事、行政诉讼的行使能够并行,正如吕忠梅老师所质疑的“民事诉讼是‘民告民’,行政诉讼是‘民告官’,都是典型的私益诉讼。但检察机关提起‘民事公益诉讼’是‘官告民’,提起‘行政公益诉讼’是‘官告官’,这与民事诉讼和行政诉讼有本质差别。如果说,因为有了‘公益’目的,就可以改变民事诉讼和行政诉讼的本质,那么,如何处理完全不同的两类诉讼之间的关系,这不仅仅是一个‘名称’问题,而是关系到诉讼机制、诉讼权利、诉讼规则、诉讼资源、诉讼结果等基础理论问题”。这个观点也是众多反对检察机关作为原告提起公益诉讼的一个主要理由。事实上,这种观点是建立在“私法诉讼说”上的一种传统观点,这种学说最早由德国历史法学派代表性人物萨维尼提出,其观点是:在当事人适格上,要求只有法律上的直接利害关系人才有资格提起;在诉的利益上,要求诉讼只能就自己权益提起诉讼,排除公共利益;在诉讼功能上,将诉权定位于对权利的保障,必须以原有的实体权利(至少是主观上的)的存在和受到侵害为基础<sup>[14]</sup>。但是,该种学说有其历史局限性,它把民事诉讼(行政诉讼)作为民事实体权益的一个发展阶段(或者是民事实体权益的组成部分),忽略了诉讼法的公法价值和独立地位,颠倒了诉讼法和实体法的关系<sup>[15]</sup>。实际上,诉权既不是民事实体权益的内容或者发展阶段,其价值也不限于启动诉讼程序。随着自由主义国家观的产生和法治思想的发展以及社会公益保护的需要,公益诉讼理论逐步兴起。公益诉讼是指国家机关、社会团体以及公民根据法律的授权为保护社会公共利益免受不法侵害而向法院提起诉讼的权利。公益诉讼理论至少在三个方面突破了传统诉权的理论框架:首先是公益诉讼中适格当事人(原告)的扩张,公民个人、社会团体、利害关系人、国家机关都可以提起诉讼;其次是诉的利益的突破,公益诉讼认为诉的利益既包括私益,也包括公共利益;最后是诉讼功能的突破,认为公益诉讼是一种基于公力的救济权,但同时更是一种积极的参与权,或者更透彻地说,这种权利的行使是一种政治行动<sup>[16]</sup>。正是基于这种诉权理论,世界各国公益诉讼立法在民事诉讼与行政诉讼领域不断发展。中国《民事诉讼法》与《环境保护法》引入公益诉讼制度即是对公益诉讼理论的认可。因此,在对待检察机关提起公益诉讼中监督权与诉权之间的关系问题上,我们需要把握三点:第一,公益诉讼理论是私法诉讼理论的有效补充,公益诉讼的诉权理论基础是公益诉讼理论,中国已经引入了公益诉讼制度,对于诉权理论的理解,包括对公益诉讼所引发的对民事诉讼、行政诉讼的诉讼结构、诉讼机制、诉讼归责等方面带来的制度变迁,都要在传统诉权理论基础上有全方位的更新;第二,检察机关提起公益诉讼是一般监督权的行使方式之一,这种监督权行使的对象、目的、范围与公益诉讼的适格当事人、诉的利益以及诉讼功能的突破一脉相承,不能基于传统诉权理论将检察机关的监督权与诉权行使对立起来;第三,检察机关提起公益诉讼,由于其自身的法律地位与资源优势,会对民事诉讼、行政诉讼的诉讼结构、诉讼机制产生一定的冲击,但是这种冲击会因为受到目的正当性

(必须为了社会公益)、范围法定性(必须在法律授权的范围内行使)、程序规范性(必须遵循法定的程序)等方面的多重限定而大大缓和。这正如检察机关行使公诉权(刑事)一样,检察机关代表国家指控被告人,我们不能苛责两者地位与资源的悬殊,因为在刑事诉讼的制度设计中,既有惩治犯罪的职权,又有人权保障的职责,两者是平衡的。

#### 四、中国一般监督权的取消及其弊端分析

1954年宪法和检察院组织法确立一般监督权,并为地方人民检察院提起公益诉讼提供了直接的法律依据。但是,各地检察机关未来得及全方位开展司法实践,随着政治运动的开展,一般监督被扣上“右倾”帽子,被“挂起来,备而待用”<sup>[17]</sup>。文革期间,一般监督权被彻底取消,甚至整个检察机关都被撤销。1978年检察机关得以复建,但是在重新修订人民检察院组织法的过程中,虽然检察机关定位仍然是国家法律监督机关,但检察机关的一般监督权却被取消,检察机关直接提起民事诉讼的职权也随之撤销,检察机关的法律监督被严格限定在对犯罪行为的监督和对诉讼的监督。对此,曾主持1979年《人民检察院组织法》修订的彭真同志有过解释,他认为检察机关对各级国家机关及公职人员行使一般监督权是一项非常繁杂的工作,以检察机关现有力量不可能完成这一使命,检察机关应将精力集中在对犯罪行为的追究上,至于国家机关及其工作人员的一般违法行为,可以交由纪检监察部门去完成<sup>[18]</sup>。

必须承认,一般监督权的确存在监督范围与监督方式过于宽泛,极易导致检察机关的一般监督权被滥用的制度风险<sup>[19]</sup>。即使在前苏联法学界,对此也多有批评之声,认为应当对一般监督的范围作出合理的限制。但是,作为列宁法律监督思想中尤为核心的组成部分,一般监督权有其科学而合理的精神内核,仅仅因为其存在一些制度风险就直接加以否定,会造成更加严重的问题:一是人民检察院法律监督机关的性质与职权名不副实。法律监督机关的性质定位是以列宁的法律监督思想为内核的,而建筑在这一指导思想之上的是检察机关被赋予的一般监督权与诉讼监督权两大核心权能。甚至可以说,没有一般监督权就没有社会主义检察权独立的理论基础和现实需要。在保留一般监督权的宪法框架下,公诉权不仅仅是国家追诉权,它还转变为一般监督权的行使方式,统摄于法律监督体系之内。相反,一旦一般监督权被取消或者解构,保留的公诉权就成为检察权的全部内容,与诉讼监督权并列为检察机关法律监督权的核心,违背了一般监督权的运行逻辑。这也是造成中国理论界对“法律监督权”“检察权”“公诉权”的内涵长期争议不休的根本原因<sup>[20]</sup>。二是检察机关权力制约功能被解构。人民主权原则是社会主义国家在政权组织形式上的基本遵循,中国人民代表大会制正是人民主权原则的集中体现。在人民代表大会制度分授的权力结构中,行政机关、司法机关、军事机关、法律监督机关的职权相互配合和制约。检察机关制约功能通过一般监督权来实现。但是,检察机关的一般监督权如果被解构,只保留对犯罪行为监督的公诉权,而将对一般违法行为的监督权交由立法机关或者纪检监察部门行使,这一方面导致大量的损害社会公共利益的违法行为很难得到纠正,另一方面,将执法机关的一般违法行为交由行政监察机关进行内部监督,最终难免落入既当裁判员又当运动员的尴尬境地。三是检察机关独立存在的必要性被质疑。国家机关工作人员因为犯罪需要追究刑事责任的数量微乎其微,而对绝大多数的一般违法行为,检察机关却束手无策,由行政机关内部监察自律。既然行政机关内部能够自律,何不取消检察机关,而将极少数犯罪行为的监督权也交给纪检监察部门<sup>[21]</sup>。

#### 五、中国一般监督权的续造及其对检察机关提起公益诉讼职权配置的限定

当前,中国环境污染日趋严重,国有资产大量流失,食品药品安全事件频发,国家和社会公共利益被侵害的现象非常普遍。而行政机关的一些乱作为、不作为现象得不到遏制,作为国家和社会公共利益代表的检察机关监督疲软肯定是造成这些现象的根源之一。党的十八届四中全会提出,检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为,应该督促其纠正。探索建立检察机关提起公益诉讼制度,为续造中国检察机关的一般监督权提供了决策动力。在人民检察院没有一般监督权的情况下,其他各项职权均很难形成完整的权力体系和必要的监督能力,与其绝对取消,不如相对限缩,这是学界较为通行的观点<sup>[22]</sup>。俄罗斯在放弃前苏联检察制度时,对前苏联时代一般监督权并没有彻底抛弃,而是引入必要的权力制约机制对其进行改造,这为我们的续造路径提供了历史镜鉴。

##### 1. 监督范围的限定

一般监督权的弊端之一就是监督范围宽泛,包括几乎所有的立法、执法、守法行为。这种宽泛的范围,既不利于实现监督,又会增加一般监督权被滥用的风险。因此,一般监督权的范围必须受到限制。从中国

宪法、《立法法》及《各级人民代表大会常务委员会监督法》对立法行为(包括规范性文件审查权)的监督权设置可以得出,立法行为的监督专属各级人大及其常委会。检察机关的一般监督权范围,应当排除对立法权(包含规范性文件审查权)的监督。从权力制约与权利保护的法治原则来说,检察机关对公民守法行为的监督介入过泛,会导致公民权利受到极大程度的压制,检察机关会演变成“特务机关”。这就要求,检察机关对于守法的监督应当保持相当程度的审慎,对于犯罪行为之外的一般违法行为应限定在公民行为造成社会公共利益严重受损的情况下方可启动。检察机关一般监督权的范围应当限定在执法监督和特殊情况下的守法监督之内,对于范围之外的其他行为,检察机关的一般监督权不应涉足。这也为检察机关提起公益诉讼的职权配置提出了要求。从《试点方案》所确定的检察机关提起公益诉讼的范围看,对于民事公益诉讼的范围规定为“对于民事公益诉讼的范围是污染环境、制售假冒伪劣食品、药品等损害社会公共利益的行为”。笔者认为,检察机关提起民事公益诉讼,属于一般监督权的守法监督。虽然“方案”对于守法监督的领域限定在社会公益领域,但是对于违法程度未作限定,这就可能使检察机关对所有环境保护、食品药品安全、消费者权益保护等领域的违法行为都启动监督权。这不符合一般监督权对于守法监督的审慎原则,也很难实现有效监督。从目前检察机关提起的民事公益诉讼的案例看,大多属于此类情形,难免背负“作秀”之嫌。因此,《试点方案》所规定的“损害社会公共利益的行为”应当在违法程度上进行限定,应当限定为“严重损害社会公共利益的行为”,至于这里的“严重”采用何等标准,应当由司法实践的探索来逐步明确。对于行政公益诉讼来说,《试点方案》确定的范围为“环境保护部门、国有资产管理部门、土地使用权出让主管部门有违法行使职权或者不作为,致使国家和社会公共利益遭受损失”。这里的“违法行使职权或者不作为”可否解释为“制定规划”“发布规范性文件”等抽象行政行为,如某县政府作出引进淘汰、落后产能的决定,这种决定显然是违法行使职权,也必然造成环境状况恶化,但是对于这种行为能否纳入到检察机关提起公益诉讼的范围之内,笔者持否定的观点。因为行政机关的抽象行政行为除了行政机关自身的监督系统之外,还有立法机关的立法监督。检察机关应当将监督对象确定为具体行政行为,提起公益诉讼的范围也应当限定在具体行政行为之列。

## 2. 监督程序的限定

检察机关是“程序性”的法律监督机关。检察机关一般监督权的行使必须依照法定的程序,并且这种程序不具有终局和实体意义<sup>[23]</sup>。因为前苏联及中国建国初期的一般监督权赋予了检察机关“无处不在、无所不能”的权力,这就必然引发对“检察机关滥用监督权”的质疑。“检察机关监督一切,那谁来监督检察机关”?如果检察权任性行使,那么就违背了权力制约的基本精神。因此,一般监督权在监督方式上必须引入制约机制。俄罗斯对检察机关一般监督权监督方式的改造思路值得借鉴,其思路是既要强化检察机关一般监督的效力,又要体现权力之间的配合,还要使其受到司法审查的控制<sup>[13]</sup>。从这个意义上说,一般监督权的监督程序至少应该在两个方面上予以限定:第一,监督程序的层次性限定。中国行政机关与法律监督机关之间既有各行其是的分工,又有相互监督的制约,还有相互协作的配合<sup>[24]</sup>,监督程序应当体现一定的层次性,如先可以通过检察建议、纠正违法通知书等方式督促行政机关、违法公民或者单位依法履行职责或义务,如果监督对象仍然不予改正,则可以采取支持起诉、提起诉讼等方式;如果达到了犯罪的程度,还可以采取职务犯罪侦查、提起公诉等方式。这种监督方式的层次性一方面避免了监督权的高位运行与被动性、事后性的不足,更重要的是这种监督方式更能为监督对象所接受,能够起到预防违法犯罪的作用。第二,监督程序的非终局性。即检察机关行使一般监督权的方式不具有终局性或实体性处理问题的效力。检察机关的检察建议对于监督对象来说,是可以执行也是可以不执行的。而检察机关的支持起诉、提起诉讼乃至提起公诉,都必须通过审判机关的审查,只有法院的生效裁决才具有终局性的效力。因此,检察机关提起公益诉讼作为一般监督权行使方式的一种,也必须在监督程序上体现层次性和非终局性。就层次性而言,《试点方案》规定了民事公益诉讼的诉前程序“应当依法督促或者支持法律规定的机关或有关组织提起民事公益诉讼”。这在某种程度上体现了监督方式的层次性,即避免检察权力直接干预,尽量通过行政管理或者社会组织治理的方式维护公益。但是这种层次性体现得并不彻底,或者说未能从根本上体现违法行为的自纠和预防机制。应当首先通过向违法公民或者单位发出检察建议,建议其自动履行义务。从行政公益诉讼来说,其层次性体现在发现违法行政行为后,先通过检察机关督促其纠正违法。这种层次性就体现得较为明显,既能体现检察机关对行政机关的制约,又能体现检察机关与行政机关共同促进公益的配合。就非终局



性而言,检察机关无论提起民事公益诉讼,还是行政公益诉讼,都必须接受人民法院的司法审查,是否支持检察机关的诉讼请求,由法院最终裁判。《试点方案》对于非终局性的设计存在一个极大的弊端是,只从监督权的制约性要求,否决了被告的反诉权,没有从监督权的非终局性确认被告的上诉权。检察机关作为原告提起诉讼,其诉讼如果法院不予支持,这便体现了审判权对一般监督权的制约;但是如果检察机关的请求得到支持,无论是从检察机关的诉讼能力还是从本地检察机关通过司法监督权对本地法院所形成的潜在胜诉压制力来说,目前的司法实践中,检察机关提起公益诉讼的胜诉率几乎是百分之百。如果不确认被告的上诉权,检察机关提起公益诉讼一裁终局,必定胜诉的局面事实上就是确认了检察机关。提起公益诉讼的终局性,这是对权力制约原则的破坏。要改变这种局面,就必须确认被告对于法院所作出的一审裁判有上诉权。

### 3. 监督内容的限定

一般监督权核心任务是确保国家的法律得到执行和遵守。因此,检察机关的一般监督权的监督内容在执法监督上应限定在对行为合法性的监督上,不能包括对合理性的监督内容。因为所有的行政裁量都是法律授权的结果,根本不存在不受法律拘束的裁量<sup>[25]</sup>。并且合理性本身是一个难以量化的弹性指标,出于对监督权滥用的警惕,检察机关对行政自由裁量权进行合理性审查也必须受到充分的监督和制约,在行使一般监督权的过程中应当主动回避合理性问题的监督<sup>[26]</sup>。而对于守法监督而言,监督内容的限定应避免公权力的监督对公民、法人正常的生产、生活产生冲击,应将监督限定在环境污染、制售假冒伪劣食品和药品、严重侵害消费者权益等领域。因此,对于检察机关提起公益诉讼而言,在行政公益诉讼中,监督内容的限定性主要体现在合理性审查排除问题方面。因为至少在《行政处罚法》中存在“行政处罚显失公正”的合理性问题。而《试点方案》所规定的“违法行使职权或者不作为”是否包含合理性问题尚不明确。笔者认为,检察机关提起公益诉讼应当明确排除对行政机关违背合理行政原则问题的监督。而在民事公益诉讼中,监督内容的限定性应体现在监督领域的限定上,《试点方案》目前的领域是界定环境污染、制售假冒伪劣食品和药品、严重侵害消费者权益等领域,将来也不能轻易扩大。

### 参考文献:

- [1] 吕忠梅. 吕忠梅:八问检察院试点环境公益诉讼[DB/OL]. [2015-11-01]. <http://www.h2o-china.com/news/227101.html>.
- [2] 王蓉,陈世寅. 关于检察机关不应作为环境民事公益诉讼原告的法理分析[J]. 法学杂志,2010(6):68-70.
- [3] 熊明. 检察机关不宜成为民事公益诉讼的主体——以新修订的民事诉讼法为视角[J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报,2013(2):63-65.
- [4] 王琦,崔声波. 检察机关民事公益起诉权探究[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2009(3):283-290.
- [5] 廖中洪. 我国民事诉讼法基本原则规定的问题及其重构设想(上)[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2002(5):53-58.
- [6] 晁岳强. 人民检察院在刑事附带民事诉讼中的法律地位问题[J]. 山东审判,2013(5):45-46.
- [7] 徐运平. 民事公益诉讼待立法[N]. 人民日报,2003-01-22(13).
- [8] 何燕. 检察机关提起民事公益诉讼之权力解析及程序构建[J]. 法学论坛,2012(4):130-137.
- [9] 田成有,李来孺. 重构还是超越:法律解释的客观性探询——以德沃金和波斯纳的法律解释论为主[J]. 法制与社会发展,2003(1):57-63.
- [10] 姜伟. 公诉制度的历史沿革和发展趋势[J]. 浙江社会科学,2002(4):72-80.
- [11] 郑贤君. 论检察权与行政权的关系[J]. 河南社会科学,2011(6):10-14.
- [12] 傅郁林. 我国民事检察权的权能与程序配置[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2012(6):176-185.
- [13] 雷小政. 往返流盼:检察机关一般监督权的考证与展望[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2012(2):75-82.
- [14] 李红燕. 探析公益诉讼[J]. 理论界,2005(2):90-91.
- [15] 江伟,邵明,陈刚,等. 民事诉权研究[M]. 法律出版社,2002:9-13.
- [16] 单锋. 公益诉讼论[J]. 河北法学,2007(3):141-145.
- [17] 甘雷,谢志强. 检察机关“一般监督权”的反思与重构[J]. 河北法学,2010(4):190-195.
- [18] 刘松山. 彭真与1979年人民检察院组织法的制定[J]. 甘肃政法学院学报,2015(1):47-57.



- [19]徐益初. 实践中探索中国特色的检察制度[J]. 国家检察官学院学报, 2005(1): 154 - 158.
- [20]周叶中, 叶正国. 我国宪法检察制度若干关键问题辨析[J]. 四川师范大学学报(社会科学版), 2015(2): 49 - 61.
- [21]夏邦. 关于检察院体制存废的讨论[J]. 法学, 1999(7): 47 - 48.
- [22]韩成军. 人民代表大会制度下检察机关一般监督权的配置[J]. 当代法学, 2012(6): 31 - 37.
- [23]韩大元, 刘松山. 论我国检察机关的宪法地位[J]. 中国人民大学学报, 2002(5): 69 - 77.
- [24]郑贤君. 论检察权与行政权的关系[J]. 河南社会科学, 2011(6): 10 - 14.
- [25]谭炜杰. 行政合理性原则审查强度之类型化——基于行政诉讼典型案例的解析与整合[J]. 法律适用, 2014(12): 49 - 54.
- [26]张守增. 论行政诉讼合理性审查的引入及标准[N]. 法制日报, 2008-05-11(12).

## On features and distribution of the power of procuratorate to bring public interest litigation

LI Ainian<sup>1</sup>, LIU Ailiang<sup>1,2</sup>

(1. School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, P. R. China;

2. Intermediate People's Court in Chenzhou, Chenzhou 423000, P. R. China)

**Abstract:** The core issue on public interest litigation instituted by procuratorate is a constitutional problem about the features and distribution of procuratorial power. Based on procuratorial power's position in Constitution of the People's Republic of China and process of development and transformation for procuratorial supervision system in China, the features of procuratorial power to bring public interest litigation is neither an excessively broad interpretation of legal supervision power nor an extension of litigation supervision power, but the exercise of procuratorate's general supervision power. The reform and innovation of procuratorial supervision creates a new opportunity for resurrecting and updating general procuratorate's supervision power. Featured as general supervision power, procuratorial power to bring public interest litigation can be distributed more appropriately. Because of this, system design in supervision way, supervision process and supervision content will be more proper.

**Key words:** procuratorate; public interest litigation; power property; general supervision power

(责任编辑 胡志平)