

本卷要目

特稿

【孙谦】

设置行政公诉的价值目标与制度构想

聚焦——侦查讯问同步录音录像

【樊崇义】

侦查讯问录音录像若干问题的理性思考

【兰跃军】

讯问全程同步录音录像制度哲理之维

【詹复亮】

镜头下的讯问制度及技巧研究

【张品泽】

讯问全程录音录像规范化建设研讨会综述

检察理论

【张智辉】

诉讼监督问题研究

【杨迎泽 薛伟宏】

人民检察院组织法回顾

【张兆松 张利兆】

论检察权监督制约机制构建之路径选择

【廖大刚】

当代检察官职业伦理的价值及实现研究

检察实务

【杨耀杰】

论职务犯罪侦查中“侦查势”与“侦查力”的构建

【刘壮 罗猛 袁春华 汪蕾】

职务犯罪案件中恢复性司法理念之借鉴

【苗生明 韩哲】

起诉必要性审查的提倡及判断标准

——相对不起诉案件的归纳和演绎

【王彪 张超】

逮捕的实质要件研究

【杨春雷 杨成军】

公诉业务层级负责制研究

挂职视野

【田宏杰】

生命之思：挂职感怀

博士论坛

【孙宝民】

死刑检察监督制度研究

域外检察

【王志坤】

一体：一个中德的比较

PROSECUTION REVIEW VOL. 16 ◆ 孙谦 / 主编

检察论丛

第16卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第16卷

检察论丛

PROSECUTION

REVIEW VOL. 16

■ 孙 谦 / 主编

■ 石少侠 胡卫列 / 副主编

图书在版编目(CIP)数据

检察论丛. 第16卷 / 孙谦主编. —北京: 法律出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2614 - 5

I. ①检… II. ①孙… III. ①检察学—中国—文集
IV. ①D926.3 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207084 号

检察论丛(第16卷)

孙 谦 主 编
石少侠 胡卫列 副主编

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 15 字数 441 千

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2614 - 5

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【特稿】

孙 谦

设置行政公诉的价值目标与制度构想 (1)

【聚焦——侦查讯问同步录音录像】

樊崇义

侦查讯问录音录像若干问题的理性思考 (24)

兰跃军

讯问全程同步录音录像制度哲理之维 (40)

詹复亮

镜头下的讯问制度及技巧研究 (61)

张品泽

讯问全程录音录像规范化建设研讨会综述 (97)

【检察理论】

张智辉

诉讼监督问题研究 (115)

杨迎泽 薛伟宏

人民检察院组织法回顾 (142)

张兆松 张利兆

论检察权监督制约机制构建之路径选择 (168)

廖大刚

当代检察官职业伦理的价值及实现研究 (207)

【检察实务】

杨耀杰

论职务犯罪侦查中“侦查势”与“侦查力”的构建 (226)

刘 壮 罗 猛 等

职务犯罪案件中恢复性司法理念之借鉴 (245)

苗生明 韩 哲

起诉必要性审查的提倡及判断标准

——相对不起诉案件的归纳和演绎 (267)

王 彪 张 超

逮捕的实质要件研究 (294)

杨春雷 杨成军

公诉业务层级负责制研究 (330)

【挂职视野】

田宏杰

生命之思:挂职感怀 (359)

【博士论坛】

孙宝民

死刑检察监督制度研究 (388)

【域外检察】

王志坤

检察一体:一个中德的比较 (435)

特 稿

编者按:《中国社会科学》2011年第1期发表了最高人民检察院副检察长孙谦的署名文章,题目是“设置行政公诉的价值目标与制度构想”,现予以全文转载,以飨读者。

设置行政公诉的价值目标与制度构想*

孙 谦**

目 次

- 一、设置行政公诉制度的价值
- 二、行政公诉符合中国检察权的内在逻辑
- 三、设置行政公诉制度的具体构想

中国正处在现代化进程中的社会转型期。从总体上看,中国政局稳定,经济快速发展,社会全面进步,各种关系基本协调,社会基本和谐。然而,随着社会转型过程的加速,社会生活的各个方面也在发生着结构性的变化,由此带来很多新的矛盾和隐患:因贫富差距、城乡差距、社会保障、劳动就业等民生问题引发的社会矛盾不断出现;因企业改

* 该文刊于《中国社会科学》2011年第一期,现本刊予以转载。

** 孙谦:最高人民检察院副检察长,法学博士、教授、博士生导师。

制、土地征收、房屋拆迁、环境保护等原因导致的利益纠纷时有发生,构建社会主义和谐社会面临着严峻的挑战。这些社会矛盾和问题的产生原因是多方面的,解决这些社会矛盾和问题也需要采取综合性措施,但是最根本、最有效的措施就是厉行法治,实施依法治国的方略,使法治调整和化解社会矛盾的作用得以切实发挥。在厉行法治、推进依法治国的进程中,加强对行政权的监督制约,促进依法行政是其中的难点和关键。从现实情况看,行政机关的滥用职权和失职、渎职等行为是导致和激化诸多社会矛盾的主要原因;同时,相当数量的行政违法行为又难以及时得到纠正。行政诉讼是通过司法程序对行政权进行监督制约的一项重要法律制度,但由于制度设计方面的缺陷,“行政诉讼制度在权力制约方面显得相当力不从心”,^①其应有的制度功能并未充分发挥,当事人通过诉讼渠道解决行政纠纷的途径并不顺畅,导致一些行政相对人寻求上访、闹访甚至采取群体性冲突的方式来表达诉求。因此,弥补我国行政诉讼在启动诉讼方面的缺失和不足,不仅是当务之急,而且对国家法治的推进具有长远的意义。笔者认为,赋予检察机关提起行政公诉的权能是一种具有制度价值的构想。所谓行政公诉,是指在有适格原告的情况下,检察机关认为行政机关的行为违反了有关法律规定,侵害公民、法人和其他组织的合法权益,损害国家和社会公共利益,依照行政诉讼程序向法院提起公诉,提请法院进行审理并作出裁判的活动。

一、设置行政公诉制度的价值

(一)有利于中国权力监督制约体制的进一步完善

任何一项法律制度的创设和生发都蕴涵着一定的根据,返回制度的历史原点,从源头上探究制度的本来面目,有助于发现制度背后的特性,并对当下具有重要的启示意义。从世界各国行政诉讼制度发展史看,设立行政诉讼的初衷并不主要是为了保障公民权益,而首先是为了维护客观法律秩序,协调司法权与行政权的关系。“司法救济的历史表明,行政诉讼肇始于客观之诉,即最初目的主要不在于保护行政相对

^① 杨海坤:“对于摆脱《行政诉讼法》实施困境的反思”,载《行政法学研究》2009年第3期。

人的权益,而在于监督和维护行政机关依法行政,这在大陆法系与英美法系国家都是如此。”^①有“行政法母国”之称的法国行政审判制度建立的直接动因在于行政与普通法院的对立,目的在于排斥封建的法院对行政的干预,维护和促进行政职能的实现。“不惟大陆法系,在司法审查制度产生源头的英国,司法审查所广泛使用的各种救济手段,即特权令状制度,其最初目的也是为了维持各级公共机构的效率和行政秩序。”^②而我国则与欧陆略有不同,在人民代表大会根本政治制度下,按照司法权与行政权分工制约的原理,我国行政诉讼制度的基本宗旨在于保护公民的权益不受来自行政机关的非法侵犯,监督和保障依法行政,建立起“以权力制约权力”的法律监督机制。行政公诉制度正是在不断改进和完善行政诉讼制度的基础上凸显其必要性的。

就检察机关对行政机关监督制约的现状而言,行政执法人员严重违法构成相关职务犯罪时,检察机关可以进行刑事侦查和追诉。但是,相对于大量的行政违法行为,行政犯罪^③毕竟只占相当小的比例。目前检察机关对行政权的监督仅仅限于行政犯罪,而对大多数行政违法行为没有监督权。《行政诉讼法》虽然对检察机关在其中的监督作用作了原则规定,但只有抗诉一种监督手段,存在间接性、滞后性等缺陷。事实上,行政执法多年来一直游离于国家检察机关法律监督的视野之外。基于中国行政诉讼制度的现状,^④如果没有检察机关提起公诉,那么将有相当大数量的行政违法行为没有适格原告提起行政诉讼,从这个意义上说,游离于检察监督之外实际上也意味着游离于行政诉讼制度的监督体系之外。因此,由检察机关采用诉讼形式,利用国家检察权力启动审判,通过检察权和审判权两种权力的合理运用,发挥司法的政

① 张坤世、欧爱民:“现代行政诉讼制度发展的特点——兼与我国相关制度比较”,载《国家行政学院学报》2002年第5期。

② 孔繁华:“行政诉讼性质研究”,武汉大学博士学位论文,2006年。

③ 即行政机关及其工作人员在行政权行使过程中的犯罪行为,如玩忽职守罪、滥用职权罪等。

④ 长期以来,在行政诉讼领域,行政相对人“不愿告、不敢告”的现象十分普遍。多年来,全国法院行政案件一直徘徊在每年10万件左右,这与现实生活中大量存在的行政违法行为以及公众对违法行政行为的广泛不满形成鲜明对照。

策引导功能和强制威慑功能,从而实现司法权对行政权的制约,这是十分必要的。行政公诉以检察权这种公权力集中公意,代表公益,独立于行政权之外行使对行政行为的监督职能,开辟出检察权启动审判权监督行政权的途径,也是完全可行的。^①

(二)有利于引导和推动中国市民社会的生成和发展

“市民社会的出现,使权利观念向前迈进了一大步。”^②这一结论如果推及到当下中国的社会建设中来认识,也具有适用的价值。通过行政公诉制度的确立,对遭受行政违法行为侵害的社会权利与利益给予尊重和保护,将起到倡导和普及权利的作用,从而极大促进市民社会的生成和发展。

市民社会是西方政治哲学中的一个重要概念,它与“国家”概念相对应。马克思对市民社会有精辟的论述。他强调“现代国家的自然基础是市民社会以及市民社会中的人……现代国家既然是由于自身的发展而不得不挣脱旧的政治桎梏的市民社会的产物,所以,它就用宣布人权的办法从自己的方面来承认自己的出生地和自己的基础”。^③在中国,市民社会这一概念受到学术界的重视,还是近十几年来随着市场经济的建立和发展而出现的事情。在1949年建国后到改革开放前,我国实行的是计划经济体制以及与之相适应的高度集权的政治体制,国家和社会的高度一体化特征相对明显,在政府的职能定位上,体现为一种无所不包的全能型政府,而社会并没有真正的独立性。随着经济体制改革特别是社会主义市场经济体制的确立,国家在强调政府职能转变,实行政府和企业分开、政府和社会分开的同时,着力培育和壮大独立的市场经济主体,这些举措客观上加快了中国市民社会的生成和发展。中国共产党第十六次代表大会提出了构建社会主义和谐社会的战略构想,把社会建设提高到一个新的高度,不断强调要尊重和保障人民群众的主体地位,这为中国的“市民社会”建设赋予了丰富的时代内涵。

^① 参见田凯:《行政公诉论》,中国检察出版社2009年版,第43页。

^② 参见伍俊斌:“马克思市民社会理论评析”,载《福建论坛》(人文社会科学版)2010年第6期。

^③ 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1957年版,第145页。

市民社会的构建,就是要确立国家与社会的良性互动关系,其核心是对社会以及构成社会的人(包括自然人和组织)的独立性、主体地位和权利的尊重。其中,社会主体与行政机关的关系无疑是最为基本的关系。要在制度层面承认和确立社会主体特别是自然人的主体地位,发挥其在监督和制约行政权方面的作用。从域外的历史经验看,公民自觉地通过法律渠道,运用司法权监督制约行政权,正是市民社会发展的重要途径之一。但从中国《行政诉讼法》实施 20 年来的实际情况看,行政诉讼这项具有推动市民社会构建的制度,发挥的作用十分有限。在实践中,基于诉讼的成本和证据要求以及所耗费的时间和精力等因素,绝大多数公民都是宁愿采取上访的方式而不愿意采取行政诉讼的方式来实现自己的诉求。实证研究的结果也表征了这一点。有学者利用 2005 年在中国 28 个省份调查所得的一项综合社会调查数据(CGSS2005),对中国行政纠纷的分布及中国公民如何有针对性地进行纠纷解决的制度选择进行定量研究。研究表明,针对行政纠纷,现阶段中国公民的法律意识并不淡漠,但现实中却大多经常性地采取司法程序及准司法程序之外的渠道解决纠纷。公民对中国行政纠纷解决存在事实上的“双轨”制度需求,即,对通过司法(或准司法)渠道和党政渠道解决纠纷有同等程度的需求。^①这说明,在大多数公民心目中,对于司法权监督行政权的力度和效果还是存有疑虑的。而当这种疑虑成为一种普遍的社会心态时,人们自然更多地寻求比法律更加有效的解决方式,对权力、权威的依赖就成为必然,从而丧失对自我主体地位的维护,离市民社会和法治也越来越远。这种司法对行政监督不力的主要原因在于行政诉讼在制度设计层面的若干不足——尤其是公民、法人和其他社会组织在没有能力与违法的行政行为相抗衡的情况下缺乏相应的救济。要达到社会的法治化,就应当从法律上设计一种科学的制度,使损害国家和社会公共利益的行为都能通过最后的诉讼途径获得救济。事实上,当某一地方出现比较多的行政纠纷案件而没有有效的途径供相对人投诉,或者虽然能够投诉但进入了处理程序却没有获

^① 参见程金华:“中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角”,载《中国社会科学》2009 年第 6 期。

得制度支持时,就会损害公民对社会主义法治的信念。理想的行政诉讼制度,应当能够为公民提供有效的救济,确保公民不受违法、不公的行政行为侵害。如果经由行政诉讼制度能够保障公民的正当权益,公民对社会主义法治的信仰就会更加坚定。^①

有学者指出,由于历史和现实的原因,中国法治化进程主要是政府主导、政府与社会互动的模式。^② 因此,在市场经济发育尚不成熟,民主化进程有待推进,社会自治能力较为欠缺的情况下,在不排斥社会对法治的推动力前提下,国家在某些领域运用一定的强制力来规制经济与社会法治建设很有必要。在中国现阶段,没有政府主导,仅靠社会规范和社会力量来推进法治,将会延宕这一进程的实现,同时还可能因各种矛盾冲突使法治化过程耗费过多社会资源。赋予检察机关提起行政诉讼的职能,使检察权作为一种公权力进一步介入行政诉讼,体现了国家对于行政诉权的尊重和引导,更重要的是,这种公权力的介入和引导是在法律的框架下,通过司法程序实现的,它不仅体现了一种法律上的人文关怀,而且也是对法治精神的尊重和弘扬,对于市民社会法治进程有着示范和引领作用。同时,从现代行政法的发展看,很多国家行政诉讼的主体都呈现出多元化。“倘若限制公民只有在权利受到侵害时才能起诉,不仅混淆公法关系和私法关系的性质,而且过分束缚法院对公共机构违法行为的监督,不符合现代行政法发展的趋势。”^③ 检察机关提起行政诉讼,体现了市民社会与国家之间的良性互动、权利与权力的制约及功能耦合关系,从而对市民社会的培育具有重要的引导、推动作用。

(三)有利于化解冲突,对社会矛盾发挥“减压阀”的作用

近年来,因房屋拆迁、农民负担、企业改制、社会保障、环境保护等引发的行政争议较多,往往涉及面广、人数众多、矛盾尖锐。一些行政

① 谭宗泽:《行政诉讼结构研究:以相对人权益保障为中心》,法律出版社2009年版,第186页。

② 孙笑侠、郭春镇:“法律父爱主义在中国的适用”,载《中国社会科学》2006年第1期。

③ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第199页。

行为不仅损害了公民、法人和其他社会组织的合法权益,也在不同程度上影响着社会的稳定和安全。调查表明,在行政纠纷解决过程中,五分之一左右的被访者表示其行动策略是容忍。这个数值是相当高的,而在被问及其实意愿时,只有十分之一左右的被访者视容忍为首选途径。这表明,中国公民事实上不那么愿意容忍。对此的解读是,那些不愿意容忍而事实上容忍了行政纠纷的公民是有相当大的怨气的。一些法律社会学者的研究表明,“怨气”或者“讨说法”往往是中国底层公民采取固执或激烈行动的根源。众多个体公民的积怨如果未能适时疏导,往往可能因为不相关的意外事件而诱发大规模的群体性事件。^①从这个意义上讲,行政纠纷解决机制的建设,也是疏导公民“泄愤”的制度需要。但是,目前的纠纷解决制度体系显然并不令人乐观。行政诉讼作为一种行政纠纷解决机制的作用并没有充分发挥。^②因此,需要从制度设计层面重新予以思考。在没有适格主体提起行政诉讼的情况下,由检察机关针对行政纠纷提出检察建议、提起行政公诉,将有利于公民权利救济渠道的畅通,对社会矛盾和冲突起到“减压阀”的缓冲作用。

(四)有利于整合对行政权的监督资源,实现制度效益最大化

政治制度的发展与建构,须基于和充分利用本国已有的政治资源,才可能稳定地、持续地以较低成本实现较高政治绩效。在我国,对行政权监督制约的制度、机制是多种多样的,“却还处于一种未经整合的状态”,其中行政诉讼具有“技术性、程序性和中立性”的制度特点和优势。^③我国的检察制度是一项具有中国特色的政治和司法制度,检察机关是国家的法律监督机关,它的权力渊源于人民代表大会的监督权,

① 程金华:“中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角”,载《中国社会科学》2009年第6期。

② 需要说明的是,笔者并非主张社会纠纷主要依靠诉讼制度来解决。对此,笔者赞同刘莘教授的观点,利用诉讼这一法律渠道解决冲突,“我们并非鼓励人们去打官司,我们是鼓励人们利用合法途径解决问题。利用合法途径解决问题的人越多,社会积累矛盾就越少,社会就更和谐安定。”参见刘莘:“行政诉讼是纠纷解决机制”,载《行政法学研究》2009年第3期。

③ 喻中:《权力制约的中国语境》,山东人民出版社2007年版,第189页。

是由国家权力机关的监督职能派生的专门监督职能。而提起公诉恰是检察机关履行其法律监督职能的基本手段和途径。因此,建立检察机关提起行政诉讼制度,使本来已具有监督职能、专司公诉职责的检察机关更加充分地运用行政诉讼的制度优势,发挥对行政行为的监督作用,从而完善对行政行为的司法审查,这将是对我国现有的行政诉讼制度和检察制度在权力监督功能方面的有效整合,有利于实现制度效益的最大化,是完善中国监督体制的有益突破。

与此同时,从中国的法治实践看,由其他公权力主体来承担行政公诉职责并不可行。由权力机关来承担提起行政公诉这样具体的监督职能,不仅与中国权力机关的性质定位不符,而且也力不从心。其他的行政机关或行政组织,由于都共同属于同一个大的行政系统,难以克服其作为内部监督的天然缺陷,使监督的可行性、监督的效能及社会公众的认同和信赖度大打折扣。现实生活中大量的违法行为在行政管理环节中就没有得到行政机关的及时监督和纠正,^①更难以想象由行政机关通过行政公诉来挑战行政机关自身的违法行为。而我国的检察机关是人民代表大会之下“一府两院”的组成部分,是独立于行政机关和审判机关的,它相对地超然于行政机关的违法行为,在行政机关滥用权力、不作为等情形下,由检察机关承担起对行政违法行为的法律监督职责,将比较严重的行政违法行为诉诸法院,启动审判,更具有现实可行性。检察机关还可以综合运用检察建议、提起行政公诉、对职务犯罪进行侦查等多种监督方式,最优化地实现对违法行政行为监督制约的资源配置。

^① 类似的例子是大量存在的,如2009年初,山西省晋城市国土资源局经过调查,确认当地亚美大宁公司煤矿的主斜井、副斜井、进风斜井全部建在相邻的山西金能源有限公司金海煤矿矿区范围内,随即发出通知书责令其改正违法行为,立即停止开采,接受查处。然而,通知书发出后,亚美大宁煤矿一天也没有停产。晋城市国土资源局将有关情况函告市安全生产监督局、煤矿工业局、煤矿安全监督管理局和阳城县人民政府,这些单位竟无一对亚美大宁公司的违法行为采取任何措施。参见“山西亚美大宁能源有限公司合资外方频频违法违规该谁管”,载《人民日报》2009年5月15日。

二、行政公诉符合中国检察权的内在逻辑

检察机关作为国家的法律监督机关,对行政权力行使的合法性进行监督是法律监督的应有之义。根据我国宪法规定的检察机关的性质和地位,检察机关应当享有广泛的监督职能。其中,对诉讼活动进行监督则是检察机关最基本的职能。但比较检察制度与刑事、民事、行政三大诉讼制度,不难发现,检察制度与行政诉讼制度有着更为相近的制度背景、理念和目标。现代意义上的检察制度和行政诉讼制度的诞生标志着人类对分权、权力监督和制约等权力运行规律的认识都达到了新的高度。同时,不断强化对公民权利的保障功能,是法治发展的共同规律,也是检察制度和行政诉讼制度共同的发展趋势。把两者结合起来,有效地发挥行政诉讼检察制度的功能,检察制度和行政诉讼制度就可以起到互为促进的作用,保障各自价值目标的实现。^①

(一)公诉权是检察机关实现法律监督职能的基本形式

提起公诉是世界各国检察机关共同的基本职能,也是最本源意义上的检察权。因为检察机关本来就是通过控审职能分离,专司起诉职能而出现的。无论是大陆法系、英美法系还是苏联社会主义法系的检察机关,其起诉权都不局限于刑事诉讼领域,在民事、行政领域都享有广泛而完整的起诉权。“现代诉讼的基本理论认为,检察机关在诉讼中,最突出、最主要的职责是代表国家、公众把被告人(刑事被告人、民事被告人、行政被告人)的违法行为和违法事实提供给法院,要求其依法进行审理和裁判,并对审理的过程以及裁判的结果进行监督。”^②不

^① 有学者认为,把行政诉讼(只)视为一种诉讼程序,从与民事诉讼、刑事诉讼的比较之中,获得对行政诉讼制度本身的理解,这种横向的比较分析方法本无可厚非,……但它却无法积攒行政诉讼自己的话语,更无法解释行政诉讼特有的现象。参见余凌云:“行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗?——透视行政法的支架性结构”,载《清华法学》2009年第1期。笔者认为,只有走出狭隘的诉讼视野,从国家宪政层面以及行政诉讼制度与检察制度相互结合的视角,才能不断地摆脱余凌云教授所说的行政诉讼在学术研究和实践中产生的困境。

^② 湛中乐、孙占京:“论检察机关对行政诉讼的法律监督”,载《法学研究》1994年第1期。

管这种归纳的准确性如何,有一点则是确定无疑的,即提起诉讼是检察机关参与诉讼活动的重要方式和基本职能之一。

社会主义国家检察机关是国家的法律监督机关。但检察机关法律监督职能的实现,并不是对被监督行为的合法性直接进行裁决,而是通过诉讼行为获得司法裁决实现的。当检察机关发现违法行为时,并没有直接处置的权力,但可以通过把案件提交法院审判,实现对违法行为的监督。这一过程实际上是检察机关将法律监督具体化为诉讼程序中的起诉权的过程。这种转化的根据,就是监督和诉讼两者之间存在着内在的联系,都具有维护法制的作用,诉讼是监督的主要手段,而监督又可以通过诉讼来实现。对此,社会主义法律监督理论的奠基者列宁有十分精辟的论述,他指出,“一般是用什么来保证法律的实行呢?第一、对法律的实行加以监督。第二、对不执行法律的加以惩办。”^①对于检察机关法律监督的内容,列宁作了这样的论述:“检察长的唯一职权和必须作的事情只有一件:监视整个共和国对法制有真正一致的了解,不管任何地方的差别,不受任何地方的影响。检察长的唯一职权是把案件提交法院判决。”^②这段精辟论述把法律监督和提起诉讼二者统一起来,说明了提起诉讼是实行法律监督的形式和手段。因此,人民检察院的诉讼监督职能与追诉职能是不可分割地联系在一起的,否定了追诉或公诉职能的法律监督性质,也就从根本上否定了检察职能的法律监督职能性质。

(二)公诉权应当而且能够拓展到行政诉讼之中

中国《行政诉讼法》规定的行政诉讼受案范围,仅局限于行政相对人认为侵犯了自己合法权益的部分具体行政行为,更多的行政行为被排除在司法审查之外。这一局限使得法院对行政行为的监督受到很大限制。与中国行政诉讼制度的结构性缺陷相映照的是,现实生活中存在着大量的责任缺位的行政违法行为:一是行政机关不主动履行法定职责,损害国家利益、社会公共利益而又无人起诉的行为;二是行政行为有利于相对人,但侵害国家和社会公共利益,相对人不起诉的行为;

① 《列宁全集》(第2卷),人民出版社1959年版,第253页。

② 《列宁全集》(第33卷),人民出版社1957年版,第326页。

三是受害人为不特定多数,公民、法人和其他社会组织不愿告、不敢告或无力起诉的行为,等等。由法院的中立性、被动性和不告不理原则所决定,这些行为无法进入审判程序,法院也就无法对这些违法行为进行审判。在这种情形下,由于提起诉讼主体的缺位直接导致了行政责任的缺位。

从利益保护的角度,原告资格限制过严,导致对公共利益保护的机制性缺失。有专家认为,20世纪80年代以后的中国法律在加强个体利益保护的同时却走向另外一个极端,那就是忽视公共利益。表现在行政诉讼制度中,即忽略了通过行政公诉保护公共利益的程序。^①现实生活中存在大量公益被侵犯而得不到司法救济的情况,尤为典型的是环境污染和破坏、土地开发中的不合理利用、公共工程审批和招标过程中的违法行为、政策性价格垄断等。^②中国的《人民检察院组织法》第2条规定了检察机关保护各种利益包括国家、集体利益。同时,法律监督和维护公共利益在性质上是完全一致的。因此,由检察机关作为公共利益的代表,担当起维护公共利益的职责,是与其法律监督的职能定位完全契合的。

违法行为是否应予纠正,在民事纠纷和行政纠纷中具有不同的容忍限度。民事纠纷属于权利自治范围,民事侵权行为是否必须纠正,通常取决于权利人的意志。但是,行政违法行为是否应予纠正,并不以行政相对人的意志为转移,即并非相对人愿意容忍其违法,行政机关或行政行为就可以违法。为忠实履行宪法规定的法律监督职责,“检察机关作为独立行使监督权的国家机关是监督行政的权威机关,它不仅应当在出现公务罪案时对行政权加以控制,而且可以在任何时候对行政权的运用进行监督。”^③但问题是,依据法治原则,所有的公权力都必须有合法、正当的权力来源,即公权力的行使需要有法律的明确授权,法

① “寻求依法制约公共行政权力的有效途径——中葡‘公共行政监督的理论与实践’学术研讨会综述”,载 <http://kyhz.nsa.gov.cn/kyhy/20010701.htm>, 2010年10月6日访问。

② 蔡虹、梁远:“也论行政公益诉讼”,载《法学评论》2002年第3期。

③ 胡建森:《公权力研究》,浙江大学出版社2005年版,第331页。

无规定不得为。虽然肩负着国家法律监督机关的法定职责,但面对大量的行政违法行为却没有相应的监督权力和机制,无法实施具体的监督,这就使检察机关在社会生活中处于极其尴尬的地位,正如有学者所言:“就如同头戴一顶华丽的大帽子,手中却只拿着一根拐杖。”^①《人民检察院组织法》先于《民事诉讼法》和《行政诉讼法》制定,虽然立法的滞后性使得民事和行政诉讼检察监督的内容没有在《人民检察院组织法》中反映出来,但《行政诉讼法》第10条对检察监督原则作了与刑事诉讼法相类似的规定:人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。这是作为专门法律监督机关的法律监督权的应有之义。因此,完全有理由认为,这种法律监督权在行政诉讼中运用时同样应该是完整的、全面的。从立法层面赋予检察机关提起诉讼的权力,既体现了检察监督的独立性和完整性,又体现了通过司法程序解决问题的现代法治精神。^②

在分权制衡的司法体制之下,无论是审判权还是检察权,都是不完整的权力结构,只有彼此结合,方能实现诉讼的目的和任务。因此,有必要赋予检察机关特定情形下对行政违法行为提起行政诉讼的权能,将担负专门监督职责的检察机关引入对行政行为的监督体制之中。这对于完善行政责任体系,实现对行政权的有效监督,推进依法行政意义深远。

(三)行政公诉制度有丰富的域外经验可资借鉴

建立行政公诉制度符合行政诉讼制度发展的规律,海外有不少类似制度可资借鉴。从世界范围看,不断放宽原告的起诉资格,不仅对行政相对人给予充分的救济,同时扩大了对公共利益的保护,这是行政诉讼制度发展的一个内在规律。“只给有资格的诉讼当事人以救济,这历来是获取救济的重要限制……在私法中,这个原则可以从严应用。在公法中,只有这个原则还不够,因为它忽略了公共利益的一面。”“法律必须设法给没有利害关系或没有直接利害关系的居民找到一个位

① 梁玉霞、沈志民:“走向公平正义——浅谈法律监督的意义与局限性”,载《广州大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

② 周汉华:“行政诉讼法修改中检察权的定位”,载最高人民法院民事行政检察厅编:《民事行政检察指导与研究》(总第3辑),法律出版社2005年版,第133页。