

# 论检察建议的监督属性

## ——以行政公益诉讼中行政机关执行检察建议为视角

张晋邦

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**摘要:**厘清检察建议能否构成行政机关作为义务的来源,是行政公益诉讼制度正确运作的前提,其有赖于行政作为义务理论的深入认知。我国行政作为义务来源理论经历了形式主义论和实质主义论的分野,又可分别细化为严格形式主义、完全形式主义、司法实质主义、立法实质主义四种观点。但它们均秉持行政作为义务认定中的“直接效力原则”,即在内容上应以是否可以直接对行政相对人产生行政法效力为准,在主体上应以是否为宪法分权机关所作出的对行政机关产生直接法律拘束力的行为为准。检察建议具有监督属性,其不直接为行政机关设定法定职责,不具备刚性的法律效力和可预期的在先效力,不直接介入行政法律关系,不属于行政法调整范围。因此,诉前程序中行政机关不执行检察建议,不宜认定为行政不作为,也不宜认定为具有将行政作为违法转化为行政不作为的作用,而检察建议的程序性义务内容则宜认定为具有司法性的法律义务。

**关键词:**检察建议;监督属性;行政作为义务;行政公益诉讼;诉前程序

**中图分类号:**DF3 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2018)06-0071-08

2017年6月27日,第十二届全国人大常委会第二十八次会议通过决议,对原《行政诉讼法》第二十五条作出修改,决定在原第二十五条第三款后增加一款作为第四款:“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”<sup>①</sup>由此正式在法律上确立了人民检察院提起行政公益诉讼前必须向相关行政机关发出检察建议的诉前程序。检察机关只有在发出检察建议后,认为相关行政机关仍未依法履行法定职责,致使国家利益或者社会公共利益尚处于受侵害状

态的,才可以提起行政公益诉讼。在这一机制中,如何对该款第二项“行政机关不依法履行职责的”进行认定,具有重要意义<sup>②</sup>。行政机关不执行检察建议是否构成行政不作为,或者说检察建议能否构成行政机关作为义务的来源,成为准确认识诉前程序法律效力、正确定位行政公益诉讼司法审查边界的关键。

### 一 问题的提出

如果认为检察建议的相关内容构成行政机关的作为义务,那么行政机关在收到检察建议前所处于的不作为状态,以及收到检察建议后未按要求回复或整改的行为状态,均有可能被认定为不作为而被法院判处违法。学界有观点认为,由于诉前程序的督促作用和程序分流效果,“行政机关未履行法定职责”即我们通常理解的“行政不作为”已成为行政公益诉讼的最主要

收稿日期:2018-08-16

基金项目:国家社科基金“研究阐释党的十九大精神”专项课题“健全党和国家监督体系研究”(18VSI051)的阶段性成果。

作者简介:张晋邦(1990—),男,苗族,湖南沅陵人,厦门大学法学院宪法学与行政法学专业博士生,主要研究兴趣为检察与监察制度、两岸及港澳法制、经济宪法与行政法。

案由。这一观点指出：“即便是原先以作为形式损害公益利益的行政违法行为，由于诉前程序的设置，重新赋予了行政机关针对原先的违法行为自我纠错的机会，但不纠正自己违法侵害公益的行为，会导致被提起诉讼的法律后果，并承担相应的法律责任。在这里，柔性的检察建议因为后续提起公益诉讼的法律后果，使自身具有了一定的刚性，并向行政机关提出了纠错这一新的作为要求。就行政机关而言，自我纠错，虽然表面上是一种机会，具有权利的性质，但实质上成为一种新的职责，不履行也会构成不作为。在这个意义上，诉前程序起到了将行政作为违法转化为行政不作为的作用。”<sup>[1]</sup>可见，这种观点将行政机关不执行检察建议的行为纳入行政不作为的来源之中，实际上是主张对行政机关作为义务的认定在范围上从广，在要求上从严，是一种广义的作为义务观。

由检察机关提起行政公益诉讼制度是我国检察制度的重要特色。由于检察建议与行政公益诉讼审查起诉在启动程序上的连续性和启动基准上的实质关联性，对行政不作为从严从广进行认定和归纳的观点，呼应了检察机关提起行政公益诉讼试点以来诉前程序所起到的巨大监督实效，具有重要的现实意义。有观点担忧，如果否定检察建议的相关内容对于行政作为义务认定的影响，可能使得检察建议的制度刚性和监督效果大打折扣，自公益诉讼试点以来重新激活的检察建议制度有复归于沉寂之忧，通过诉前程序督促行政机关履行法定职责，从而推进法治政府建设的顶层设计亦有可能悬空。

但值得注意的是，行政作为义务作为一个法律概念具有其特定的内涵和边界，诉前程序的法理定位与其制度功能不可混为一谈。持过于宽泛的作为义务观，认定检察建议直接构成行政作为义务的来源，在规范上有可能造成行政作为义务概念的混乱，混淆行政不作为与司法不作为的基本界限，在宪制上也有可能强化司法机关以司法审查侵蚀行政管理职权的趋势，使司法机关越位承受庞大的社会治理职责，从而造成国家宪制失序，背离行政公益诉讼制度的初衷。因此，检察建议是否构成行政机关作为义务来源，需要回归行政作为义务的基本原理进行界定。

## 二 形式主义(实定法主义)的行政作为义务论

行政作为义务的来源属于重要的基础理论问题，学界关于行政作为义务来源较早便形成了较为明确的理论认知，且经历了一定的变迁，呈现出从形式主义的作为义务来源论到实质主义的作为义务来源论的发展

趋势。但行政作为义务的来源并非行政法研究热点，只有较少的学者进行过相关论述，从而长期缺乏整理归纳。早年的行政法学说较为主张从形式角度出发认识作为义务的来源，这主要是根据职权法定的理论，认为行政机关奉行依法行政原则，其权利义务关系均应由实定法的形式予以规范，亦可以称之为实定法主义的作为义务来源论。其内部又可以根据对实定法的理解和法定作为义务归纳范围的不同，作严格形式主义和完全形式主义的区分。

### (一)严格形式主义的行政作为义务论

持这一观点的学者认为<sup>①</sup>，作为义务是认定行政不作为的前提，是指“行政主体在进行行政管理活动中，基于特定的事实和条件而产生的依法应为一定行政行为的具体法律义务”<sup>[2]</sup>，主要具有法律性、行政性和应为性的特点。社会规范维度的义务类型多种多样，但构成行政不作为的义务较为独特。只有法律义务才具有国家强制力，才能引起一定的法律后果，因此行政作为义务的法律性决定了其必然来源于法律规范的规定。又由于它区别于民事义务，主要是在行政管理活动中，行政主体及其工作人员运用行政权力而发生的一种义务，违反该义务将承担不利的行政法律后果。因此行政作为义务的行政性决定了其主要产生于行政管理领域中<sup>[2]</sup>。

具体而言，根据相应的梳理，这一观点认为，作为义务的来源主要包括以下几种。(1)法律规范直接明确规定的作为义务。也就是按照相应法律规范明确规定，行政主体以及行政工作人员应该作出某种行政行为。如果行政主体及其工作人员不依法作出相应行为，则构成行政不作为。(2)行政行为直接设定的作为义务。行政行为是行政主体作出的产生行政法效果的权力行为。无论是抽象性行政行为还是具体性行政行为，无论是单方行为还是双方行政行为，由于行政行为自身的法定性，致使其产生相应的作为义务。行政行为作出之后，既可能形成某种权利，也可能产生某种义务。这种义务的设置对象有可能是行政主体及其工作人员本身，也可能是行政相对人，也有可能是下级行政主体及其工作人员。(3)先行行为引起的间接作为义务。先行义务引起的作为义务，并非是先行行为本身直接设定的作为义务，而是由于行政机关的先行行为使得某种行政相对人的合法权益处于遭受严重损害的状态，行政机关因而必须有义务采取相应措施进行补救，以阻止可能的危害后果的发生。因此先行行为的作为义务是一种救济性的保护义务，与前述行政机关

直接设定的行为作为义务不同。在这里值得指出的是,根据作为义务法定性的理解,是对行政相对人法定权益的保护需要催生了先行行为的作为义务。如果行政相对人的权益虽处于危险状态,但未得到法律明确确认和保护,则难以推定先行行为能够产生作为义务。(4)其他作为义务。如人民法院对相关行政案件所作的裁判一旦发生法律效力,也可为被告的行政主体设定相应的行政作为义务。可以认为,法院在行政诉讼中作出的生效法律裁判,对行政机关而言具有终局性和强制性的特点,因而可以产生行政作为义务。

严格形式主义的行政作为义务来源论主要在是否直接产生行政法效力的意义上讨论行政作为义务的来源,认为行政作为义务具有法定性的基本特点,但同时强调了法定形式的严格性和有限性,作为义务具有的直接性和实体性。无论是法律明确列举的作为义务、已生效的法律裁判对行政机关设定的作为义务、行政行为自身法律效力产生的作为义务,还是先行行为内蕴的对行政相对人的法定权益进行保护的职责设定的作为义务,都体现了这一特点。简言之,即认为行政作为义务是一种具有直接性、实体性并且必须由法律明确规定的义务。

## (二)完全形式主义的行政作为义务论<sup>①</sup>

与严格形式主义的行政作为义务论相似的是,完全形式主义的行政作为义务论同样认为“行政不作为违法必须以行政主体具有法定义务为前提。这种法定义务是法律上的行政作为义务,不是其他义务”<sup>[3]</sup>。但在作为义务法定性的基础上,该观点进一步认为作为义务的法定性并不局限于直接性和实体性法律规定,而是认为,行政作为义务在规范形式上可以源于法律规范明确规定,也可以源于法律规范的隐含性规定,还可以源于一些规范性法律文件。在义务类型上,作为义务既包括行政机关的实体性行政职责,也包括了行政机关在履行法定行政职责时需要遵守的法定程序义务。在义务形态上,作为义务可以源于行政终局性行为,也可以源于过程性和部分性的行政行为<sup>[3]</sup>。可见,完全形式主义的行政作为义务论扩宽了作为义务的形式来源,相关归纳更为全面完整。较之于严格形式主义的行政作为义务论,完全形式主义的行政作为义务论具有三方面的发展。

第一,将作为义务的形式来源从法律的直接规定扩展到部分间接规定上。主张行政作为义务的规范来源主要有三个方面。(1)义务性法律规范直接规定的行政作为义务。可以认为,在法理上,禁止性法律规范

主要体现的是一种不作为义务,授权性法律规范主要体现的则是权力性规范,行政机关有作为与否的裁量空间,因此均不能正面体现行政作为义务,法律正面体现的行政作为义务仅来源于狭义的直接义务性规范。(2)行政机关法定职责与行政相对人法定权益间接体现的行政作为义务。根据权责对应的原理,可以认为授权性法律规范内在地隐含着相应的行政职责,这些行政职责大部分是行政作为义务。行政相对人在行政法上的法定权益,也隐含着行政主体的相应职责,也对应着相应的行政作为义务。(3)行政性规范性文件所规定的行政作为义务<sup>[4]</sup>。

第二,对行政行为引起作为义务的来源从实体行为扩展到程序行为上。即认为行政合同行为亦引起作为义务,行政主体在订立行政合同时亦产生相应的作为义务。正如相应观点指出的是,行政契约行为与民事行为存在本质区别,行政契约的基础是行政主体具有相应的法定职责,行政主体是根据职责范围的内容向行政相对人发出合同要约,行政相对人据此决定是否接受要约并作出承诺。因此行政契约行为的法律基础不是意思自治而是法治原则,行政合同中行政主体的作为义务并非约定结果,而是先定于行政主体法定职责存在,而这种法定职责同样来源于法律规范的规定<sup>[3]</sup>。

第三,对先行行为引起作为义务的原理解释从权益法定过渡到行为法定上,更贴近形式法治的要求。所谓先行行为引起的作为义务,指的是由于行政主体先前实施的行为,使得相对人的某种合法权益处于遭受严重损害的危险状态,行政主体因此具有相应的作为义务,采取相应的措施防止危害后果发生。但完全形式主义的行政作为义务来源论认为,先行行为引起的作为义务是一种行政附随义务,这种行政附随义务主要以先行行为具有法定作为义务为依据,附随于先行行为随机产生,并非仅由于先行行为使得行政相对人处于危险状态中。即只要先行行为是根据法律规定作出,则其引起的附随义务同样属于行政作为义务,至于这种先行行为是否引起行政相对人本身是否处于危险状态则并非考察的重点。因此,无论行政相对人的权益是否为法律所明文规定,具有法律依据的先行行为均引发作为义务<sup>[3]</sup>。

## 三 实质主义(实证法主义)的行政作为义务论

### (一)从形式主义到实质主义的行政作为义务论

通常情况下,作为义务都是由命令规范予以设定,因此早期的行政作为义务理论大多对行政机关的作为

义务持一种形式主义的职责观。对于行政主体而言,根据行政法治的必然要求,行政义务来源其职责,而行政主体的职责必须具有法律依据。相对于行政法律责任,如果行政职责没有明确的法律依据,那么行政主体就不能承担由此产生的法律后果。现实中行政主体职责因行政行为形式的不同而变化多样,但行政作为义务贯彻的仍然是义务法定原则<sup>[3]</sup>。在这里,义务法定主要被理解为义务法律实定。

但实定法中,关于行政不作为的法律规定具有狭隘性、滞后性和模糊性的缺陷,使得形式主义的作为义务观并不能够良好地回应现实需要。实定法上关于行政不作为的明确规定主要是《行政诉讼法》第十二条第六款。根据该款规定可知,因“申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复”而提起行政诉讼的,人民法院应当受理。但该条规定至少具有以下几个方面的问题。第一,该条规定将行政不作为的司法救济主要局限在人身权财产权之中,使得其他利益难以得到救济;第二,该条规定为行政不作为的司法救济设定了申请条件,即行政机关不履行法定职责的,行政相对人必须经过申请环节方可起诉,这就将行政机关依其法定职责应当主动作为而不作为的情况排除出不作为认定中;第三,该条规定主要将行政机关的法定职责局限于保护性职责之中,这是一种秩序行政的理念,但事实上除了风险抵御职责以外,行政机关还具有给付行政的法定职责,司法实践中很多时候是行政机关本身给付行政的不到位或不作为带来了行政相对人合法权益的递减。由此可见,形式主义的行政作为义务来源论强调作为义务的法定性,争议的无非是法律规定的全面与否的问题。但行政诉讼法等法律对于不履行法定职责的救济规定实际上偏于收缩,较为狭隘,影响了行政不作为的合理认定。

更重要的是,法理上“法定职责”是一个非常广的概念,几乎等同于行政职权。行政诉讼法和相关的司法解释长期对于法定职责缺乏明确的界定,由于现代社会行政权的不断扩大,行政主体资格早已外溢到授权行政组织和其他社会公共行政组织中,而基于公权力管理目标的实现和公益维护的目的,行政机关本身的行政行为也出现了扩张趋势,任何行政职权几乎都含有法定职责的意蕴。形式主义的作为义务来源论由于实定法规定本身的模糊性和滞后性而失去了回应激增的行政不作为的能力。比如行政机关作出的先行的事实行为或者缔约行为,有可能对行政相对人的事实

利益或者信赖利益造成损失,理应采取措施积极进行防止或挽回,但形式上难以寻求到明确的法律依据。

因此,实质主义的作为义务来源论主张采用一种规范实证主义观念,将行政机关的作为义务的梳理从法律的形式规定扩展到实际运作,即只要是行政机关所实施的实质上能够直接增减行政相对人的权利义务,调整行政相对人的行为,影响行政相对人的利益,进而引起行政机关与行政相对人权利义务关系变化的抽象性或具体性的法律行为,均可以被认定为行政机关作为义务的来源。

由于有的学者侧重于从司法实践中考察行政作为义务的实质来源,有的则侧重于从立法形成中考察行政作为义务的实质来源。因此,按照实证法上对行政作为义务来源所作概括的不同,可以作司法实质主义的作为义务来源论与立法实质主义的作为义务来源论的区分。

## (二)司法实质主义的作为义务论<sup>⑤</sup>

这一观点的主要内容可以概括为五个方面。(1)法律法规规定中能明确作为司法审查的行政作为义务。法律法规对行政机关作为义务进行的规定中,既包括了相对明确和详尽的规定,即较为详细地规定了行政主体的作为义务、履行条件和救济途径;也包括了概括式规定,即对于某一些事项仅作出较为笼统、抽象和空泛的一揽子式的规定。对前者,法院应当视行政机关裁量权的大小而作出是否具有明确履行内容的判决,对其中行政机关具有较小裁量权的,甚至可以直接作出具有明确内容的判决。对待后者,人民法院不宜直接就履行的具体内容作出判决。由于行政诉讼是行政救济的最后途径,这也就意味着,法律法规中对行政作为义务进行了明确详细规定的才具有可司法审查性,这部分行政作为义务将通过法院裁判而具有实效。概括式的法律规定由于其行政裁量权过于泛化,难以接受司法审查,故而难以在司法上产生具有实效性的行政作为义务。(2)特定行政机关因负有特定公共役务而产生的特定行政作为义务。指公权力机关由于其从事某项特定公共役务而依法要履行的一定作为义务。由于这些作为义务通常涉及公民重大人身财产权利,义务机关具备其他公权力机关不具备的专业优势,因此即使没有法律的明确规定,司法实践中一般认为行政机关亦应当积极履行相应义务。(3)行政机关因订立行政合同及作出行政承诺等契约行为产生的行政作为义务。对于符合行政目标且属于公权力范畴的事项,均得允许缔结行政合同。行政承诺可以是公权力

机关单方行为作出的允诺,也可以是公权力机关应相对人申请而产生的承诺。只要符合一定条件,公权力机关的承诺就应当兑现,否则也视为行政不作为。(4)行政机关因先行行为引起的行政作为义务。公权力机关对自己的行为可能产生的危险有采取积极措施进行防止的义务,这种义务即是先行行为义务。对于先行行为的司法审查重点不在于对该行为作出违法性评价,而在于审查先行行为产生的结果是否“超出了合理范围并增加了行为之外的危险”。只要先行行为产生了危险源的监督义务,无论合法与否,均存在防止危险发生的行政义务。(5)信赖利益引发的行政作为义务。行政机关是公益的代表,公权力机关在作出某项行政行为时,与相对人已经形成了信赖,因信赖利益产生的给付义务和附随义务,行政机关均应遵守<sup>[5]</sup>。

### (三)立法实质主义的作为义务论

持这一观点的学者认为,在认定公共行政主体的作为义务时,在规范上,不能奉行机械的法条主义立场,需要考察法律规范、行政惯例等多种来源或依据。在主体上,行政不作为的主体从学理上而言是实际上具有行政职权的主体,主要是“行政机关、其他公共行政组织及其工作人员,以及受委托履行行政公务的个人”<sup>[6]</sup>。从实际行动的角度分析,行政不作为的主体主要包括具有独立法人人格的行政机关、法律法规规章授权履行公共行政职能的非行政机关组织、受行政机关委托履行公共行政职能的行政机关或者非行政机关组织、授权组织或受委托组织的工作人员、受行政机关委托履行行政公务的个人<sup>[6]</sup>。

因此能够构成特定作为义务的来源主要有六个方面。(1)所有具有约束力的抽象性法律规范中直接规定的作为义务。不仅包括了立法意义上的法律法规或者规章,也包括立法机关、司法机关和行政机关在适用法律的过程中根据全国人大常委会授权决议所作的解释性规范,还包括公共行政组织制定的具有外部约束力的其他规范性文件。(2)法律规范的间接规定,主要是通过法律解释导出的有关行政相对人权益保障的特定作为义务。即在法律规范并未直接规定作为义务的情况下,通过一定的法律解释方法,从缺乏直接规定的法律规范中解释出其隐含的作为义务。并且,“无论是依据法律规范的直接规定,还是依据对法律规范的解释,都应该导出法律规范设定的是旨在保护或增进个人或组织具体权益的特定作为义务,而不应该错将单纯为了社会公益或秩序的作为义务解释为特定作为义务”<sup>[6]</sup>。(3)公共行政组织的自我约束性规定中基于信

赖利益须平等保护所产生的作为义务。公共行政实务中,行政组织会在法律规范的要求以外为自身设定更多的作为义务,以期能够更加公正、高效、负责的完成职责。只要这种自设的行政义务是公开的,而且不违反明确的法律规范,就应该得到公共行政组织和个人的遵守。诚信原则要求公共行政信守承诺,对行政相对人正当的信赖利益予以保护。平等原则要求公共行政在同等情况下履行同等对待义务。诚信原则和平等原则是公共行政组织自我约束性规定构成作为义务的重要法理基础。(4)行政惯例。行政惯例也称行政先例,“是公共行政组织在同一或具有同一性的事项上,长期、连续且反复实行而形成的习惯性措施”<sup>[6]</sup>。如果存在确实且合法的行政惯例,根据平等原则,这一行政惯例就会产生拘束效力。该行政惯例内若内含公共行政组织的作为义务,如果公共行政组织未能依循惯例,则构成行政不作为。(5)合同。“在现代国家,公共行政组织为实现法律为其设定的公务目标,还有可能选择与公民、法人或其他组织签订公务合同的方式。合同成立生效后,公共行政组织就必须履行合同约定的作为义务,否则,也构成行政不作为”<sup>[6]</sup>。(6)公共行政组织的先行行为。公共行政组织在先实施的先行行为,如果使得行政相对人的合法权益处于危险状态,相应地,行政组织负有相应的作为义务,即采取积极措施排除危险,防止相应损害发生。这里同样不强调对先行行为合法性的评价,而主要看重先行行为对于相对人权益的实质保障<sup>[6]</sup>。

## 四 检察建议不构成行政作为义务的来源

### (一)行政作为义务来源既有理论的共性

行政作为义务的来源理论经历了从严格形式主义到完全形式主义,再到实质主义的发展,实质主义中又可以分为偏向司法的总结或偏向立法的总结。但形式主义的行政作为义务来源论与实质主义的行政作为义务来源论并非截然对立的关系,而是存在着诸多的共性与联系。如二者在行政作为义务来源的归纳上,均主张法律法规中直接明确的义务性规定、其他规范性文件中的义务性规定、行政机关特定的法律职责或役务、行政合同及承诺以及具有合法依据的先行行为等构成行政作为义务的来源。二者之间的不同:一是是否将关于行政机关的某些特定公法行为也纳入行政作为义务的来源,主张形式主义的学者认为产生特定公法效力的公法行为如司法裁判等可构成作为义务来源,主张实质主义的学者则认为违法的先行行为、信赖利益以及行政惯例等特定行政行为均构成行政作为

义务的来源;二是二者均主张法律法规中直接明确的义务性规定、规范性法律文件中的义务性规定、行政机关特定的法律职责或役务、行政合同及承诺以及具有合法依据的先行行为等构成行政作为义务的来源,但对他们的归纳依据并不相同,前者注重作为义务来源的形式性,后者注重作为义务来源的实体性。

可见,关于行政作为义务来源的差异性认识,实际上主要是围绕着对行政作为义务的核心前提即“法定职责”中“法”的不同理解而产生。实质主义的作为义务来源论不是对形式主义作为义务来源论的否定,而是针对其容纳范围的狭小而作出补充和延续,他们的主要差异在于对法律渊源持有实定法和实证法的区分,但仍然具有相同的理论基础,即行政作为义务的来源形式虽然可能各不相同,但其精髓均是“直接效力原则”,即都坚持行政作为义务主要存在于行政机关与行政相对人之间的法律权利义务配置,都坚持将是否能直接引起行政相对人权利义务关系变化作为判定是否对行政机关科以作为义务的主要标准,是行政作为义务来源论的“直接效力观”。这种行政作为义务来源的直接效力观以义务实定为核心,以义务实证为拓展。义务实定是作为义务质的规定性,义务实证则旨在增进或者保护特定个人或组织的具体权益,义务实证不能逾越行政法治的基本精神,否则将会造成作为义务的漫无边际,从而突破行政机关与行政相对人权利义务关系这一行政法的核心调整范畴。

进一步来看,无论是实定法观念下的作为义务理论,还是实证法观念下的作为义务理论,它们都主要将行政机关的作为义务来源归纳为立法机关的行为(直接或间接的法律法规或规范性法律文件以及相应的法律解释)、司法机关的行为(法院生效的司法裁判、因授权而对法律适用所作的司法解释与检察解释)或者行政机关的行为(因授权而对法律适用所作的行政解释、特定的先行行为、具有信赖保护义务的行政行为、特定的行政役务或职责、行政机关的自我约束、行政机关长期形成的惯例等)。这就意味着能够对行政机关科以法定职责的,主要是基于民主逻辑建立的宪法分权机关所作出的对行政机关产生直接法律拘束力的行为。无论是立法机关、司法机关,还是行政机关本身,都直接与行政机关产生权力制衡和分配关系。如果与行政机关不能构成这种直接的权力制衡或分配关系,就难以对行政机关直接科以作为义务。

## (二)检察建议不符合行政作为义务来源理论

检察机关作为宪法规定的法律监督机关,依法对

行政机关履行法定职责行使监督权。检察建议作为检察机关法律监督权的重要形式,发挥了重要作用,但从行政作为义务来源理论的基本内涵来看,其不宜被认定为是行政机关作为义务的来源。

第一,行政作为义务来源必须能够直接产生行政法效力。从检察机关的职权行使方式来看,检察机关对行政机关行使监督权具有事后监督、柔性监督、程序监督的特点。监督不意味着凌驾,按照司法权的谦抑性,行政机关是第一顺位的社会公益代表人,司法机关应当对行政机关的裁量权予以适当尊重。检察建议代表的是检察机关对某一行政职责的理解和判断,检察建议效力的间接性决定了其不宜成为行政作为义务的来源。

第二,行政作为义务来源必须具备刚性行政法效力。检察建议不同于检察解释,不具有既定力,其既不具备直接为行政相对人增设或删减行政法权利义务的效力,也不直接为行政机关设定实体性的行政法权利义务。检察建议的实体内容仍然必须以行政法对行政机关权利义务的相关设定为依据,因此检察建议柔性的软法特征决定了其不宜被认定为行政作为义务的来源。

第三,行政作为义务来源必须能够为行政机关预设行政职责。这意味着行政机关只可能对具有可预见性的职责承担作为义务。无论是根据义务法定原则还是义务实定原则,行政作为义务都是一种实在的法律义务,其预设于国家法或者实证法之中,实现于预设的假定条件具备之时,检察机关不为行政机关设定新的行政职责,也就无从成为行政作为义务的来源。

第四,行政作为义务来源产生的是行政机关与行政相对人之间的相对义务。这就意味着行政作为义务主要产生于行政机关与行政相对人之间,是行政法律关系之内产生的权力分配,其法律关系具有内部性、相对性和特定性。有观点认为,在宪法理论上,权力制约的主要方式有权力监督与权力制衡,但二者并不相同。监督是一种外部权力关系,是不同性质权力之间的相互制约,是设立异质机构对某一权力的行使进行监察督促。制衡是内在的权力分配,是将原本为完成同一性质任务的权力分别授予两个或两个以上的主体,使各方履职的同时相互制约,亦称为分权制衡<sup>[7]</sup>。可以指出,检察建议是检察机关对行政机关行使监督权的体现,对行政机关仅构成外部的权力制约,并不直接调整行政机关与行政相对人的权利义务关系。行政公益诉讼虽然意味着对行政机关客观公益义务的强调,但

检察建议作为诉前程序,其基准在为司法审判接纳以前,不生成普遍的公法秩序,难以介入行政机关与行政相对人之间的特定法律关系之内。

第五,行政作为义务来源产生的是调整行政法律关系的行政法义务。检察建议主要是检察机关对行政机关的法律监督,二者之间产生的是一种司法性的宪法关系。在行政公益诉讼中,按照诉前程序的设置,行政机关具有及时回复检察建议的义务。如果行政机关未在规定的时限内回复检察机关而社会公益仍然处于受侵害状态的,检察机关有提起公益诉讼之权。但需注意的是,检察机关与行政机关不是行政法关系,不受行政法的调整。行政主体事实上具有多种法律身份,如其在民事合同中的不作为,就只能被科以一种怠于履行的民事责任;其在单位犯罪的刑法关系中,就只能被认定为刑事违法<sup>⑥</sup>。

因此,行政机关应当及时回复检察建议的义务,应当被看成是一种司法性的法律义务。在行政公益诉讼中,行政机关对于检察机关检察建议的不予回复、迟延履行或拒绝履行,不宜直接等同于行政机关对行政相对人所作出的不予回复、迟延履行或拒绝履行,应当认定为司法不作为,而非行政不作为。在收到检察建议后,行政机关怠于根据检察建议进行整改的行为,与

来的行政违法或者不作为是两个独立的法律行为,不宜认为检察建议具有将行政机关的违法作为转化为行政不作为的作用。事实上,根据目前最高检发布的第八批指导性案例来看,检察机关提起的有关行政机关怠于履行职责的公益诉讼的司法实践仍然坚持了将行政作为违法或不作为,与是否回复检察建议进行两分的做法。行政机关及时回复检察建议但未实质履行职责或履行职责不到位的,仍有可能被认为违法<sup>⑦</sup>。

## 五 结语

厘清检察建议是否构成行政作为义务的来源,对于回应近年行政公益诉讼兴起以来诉前程序法律效力的争议,合理看待检察建议对于督促行政机关履行法律职责的作用,正确理解检察建议对司法裁判所具有的影响具有重要意义。检察建议的制度定位与制度实效不可混为一谈,检察建议的法律效果应该另辟途径认识。如果盲目认定检察建议直接构成行政作为义务的来源,不仅将在法理上突破行政作为义务的合理内涵、造成行政法基本概念的混乱,并将在宪制上打破行政机关的行政优位、损伤检察机关谦抑的司法定位,从而造成法律监督权的滥用,给司法机关带来不必要的负担。

本文写作过程中得到厦门大学法学院朱福惠教授及王建学副教授的指导和帮助,谨表谢忱,但文责自负。

## 注释:

- ①参见2017年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》。
- ②由于行政机关“不依法履行职责”与行政机关“不作为”两个概念在行政法学理论和实践中基本处于混用的状态,为表述便利,本文统一将行政机关不履行法定职责以行政(机关)不作为替代。
- ③有关严格形式主义的行政作为义务论的学术观点,以周佑勇教授所作的一些论述较具代表性,主要见于其所著的《行政不作为构成要件的展开》,载《中国法学》2001年第5期。
- ④有关完全形式主义的行政作为义务论的学术观点,以王世涛教授及朱新力教授所作的一些论述较为具有代表性,主要参见:王世涛《论行政不作为侵权》,载《法学家》2003年第6期;朱新力《行政不作为违法之国家赔偿责任》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2001年第2期。
- ⑤有关司法实质主义的作为义务来源论的学术观点,以梁风云博士所作的一些论述较为具有代表性,主要见于其所著的《论实质意义上的行政作为义务》,载《人民司法》2006年第1期。有关立法实质主义的作为义务来源论的学术观点,以沈岍教授所作的一些论述较为具有代表性,主要见于其所著的《论可复议的行政不作为》,载《华东政法大学学报》2011年第5期。
- ⑥关于行政机关能否构成单位犯罪的主体,刑法理论中存在争议。此处以现行《刑法》第30条规定为准,采构成说。相关争议可参见马克昌《“机关”不宜规定为单位犯罪的主体》,载《现代法学》2007年5期。
- ⑦根据2017年1月最高检发布的第八批指导性案例来看,如在“吉林省白山市人民检察院诉白山市江源区卫生和计划生育局及江源区中医院行政附带民事公益诉讼案”中,江源区人民检察院发出检察建议后,江源区卫生和计划生育局虽然发出整改通知并回复,并通过向江源区人民政府申请资金的方式,促使区中医院污水处理工程投入建设,但江源区中医院仍通过渗井、渗坑违法排放医疗污水,导致社会公共利益持续处于受侵害状态,致使一审法院仍判令江源区卫生和计划生育局履行监督管理职责。在“福建省清流县人民检察院诉清流县环保局行政公益诉讼案”中,清流县环保局虽对检察建议作出回

函,但未切实履行其依法管理并及时处置危险物的法定职责,仍被一审法院判处违法。可见行政职责的判定具有独立的标  
准,并不依赖于检察建议的转化。

### 参考文献:

- [1]胡卫列,迟晓燕.从试点情况看行政公益诉讼诉前程序[J].国家检察官学院学报,2017,(2).  
[2]周佑勇.行政不作为构成要件的展开[J].中国法学,2001,(5).  
[3]王世涛.论行政不作为侵权[J].法学家,2003,(6).  
[4]朱新力.行政不作为违法之国家赔偿责任[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2001,(2).  
[5]梁风云.论实质意义上的行政作为义务[J].人民司法,2006,(1).  
[6]沈岩.论可复议的行政不作为[J].华东政法大学学报,2011,(5).  
[7]夏正林.与制衡相对的监督控权模式,包括监督与监察两种不同方式——监察、监督与制衡[N].北京日报,2017-04-24(15).

## Supervision Attribute of Procuratorial Suggestions

——From the Perspective of Administrative Inspections in Administrative Public Interest Litigation

ZHANG Jin-bang

(Law School, Xiamen University, Xiamen, Fujian 361005, China)

**Abstract:** It is the premise of the correct operation of the administrative public interest litigation system to clarify whether the procuratorial suggestions constitute the source of the administrative agency's obligations. It depends on the deep understanding of the administrative theory of obligations. China's administration as a source of obligation has experienced the distinction between formalism and substantivism, and can be refined into four concepts: strict formalism, complete formalism, judicial substantivism, and legislative substantivism. However, they all uphold the "direct effect principle" in the administrative determination of obligations, i.e., whether the content Would be possible to directly exert administrative law effects on administrative counterparts, and whether the body should be made by the constitutional decentralization authority. Acts that impose direct legal binding force on the executive authorities shall prevail. The procuratorial proposal has supervisory attributes. It does not directly set statutory duties for the administrative organs, does not have rigid legal effects, does not have predictable prior effects, does not directly intervene in administrative legal relations, and does not fall within the scope of administrative law adjustment. Therefore, in the pre-litigation procedure, the administrative organ does not implement the procuratorial suggestion, and should not be identified as an administrative inaction, nor should it be deemed to have the effect of transforming the administration into an administrative inaction. The procedural obligation of the procuratorial proposal should be considered judicial legal obligations.

**Key words:** procuratorial suggestions; supervision attributes; administrative as an obligation; administrative public interest litigation; pre-litigation procedures

[责任编辑:苏雪梅]