

未成年人保护行政公益诉讼:类型检视与规范路径

■ 梁鸿飞

(南京审计大学法学院,江苏南京211815)

【摘要】未成年人保护牵扯广泛,涵括社会生活的方方面面。与之相应,关乎未成年人保护的公共行政涉及多个行政主体和行政事项。未成年人保护行政公益诉讼旨在通过矫正各式行政违法(包括不作为违法)修复客观法秩序,逐渐推求出适宜未成年人成长发展的社会环境。在司法实践中,检察机关困囿于公共利益的具体认定和判断问题,仍旧遵循利益代表制逻辑,对于未成年人保护以权利救济为要旨,从而导致案件范围碎片化拓展、监督属性模糊、法律责任归咎错位、反向侵蚀客观法秩序等系列性问题,影响了未成年人保护行政公益诉讼的实施。对此,应立足于制度规范的视角,一方面根据未成年人保护的实际问题,以填补秩序漏洞为要旨拓展案件范围,另一方面应当准确区分责任类型、定位责任主体,进而制定专门办案规则,规范检察机关“非正式监督方式”的运用,从而恢复诉讼的秩序意义,以期有环境改塑之效。

【关键词】未成年人保护 行政公益诉讼 检察机关 环境改塑

未成年时期是一个自然人从动物性占主导的婴幼儿成长为社会性占主导的成年人的阶段,这一阶段的根本特征就是不断试错、纠错,最后逐步走向社会化,因而其过程充满了各种内外风险^[1]。在现代社会,风险无处不在,它同生活最密不可分的那些条件(呼吸的空气、食物、衣着和家居)一道,穿梭在曾经加以严格控制的现代性保护区。未成年人因其敏感性、脆弱性更易暴露在经济、文化、政策等系统性交织的风险环境中^[2]。近年来,隐私信息泄露、校园食物中毒、适龄儿童辍学等危害未成年人事件层出不穷,如何改塑社会环境使之适宜未成年人的成长发展乃是愈加紧迫的课题。在一般性行政公益诉讼不足以应对未成年人保护问题的情形下,未成年人保护行政公益诉讼制度应运而生。然而,从理论研究方面来看,相关研究大多以检察公益诉讼制度为基本理论框架,把未成年人保护行政公益诉讼作为其中的一个子集对待,仅注意到了涉及

收稿日期:2024-11-16

作者简介:梁鸿飞,南京审计大学法学院副教授,硕士生导师,南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员,主要研究法理学、行政法学。

基金项目:本文系2024年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“中国特色公益诉讼立法重大问题研究”(课题编号:24JZD032)的阶段性研究成果。

主体的特定性,主张遵照普通行政公益诉讼既有规定予以细化完善;有的研究仅针对未成年人保护行政公益诉讼某一环节、个案作微观研究,理论运用的广度不足^[3]。从司法实践来看,检察机关困囿于公共利益的具体认定和判断问题,仍旧遵循利益代表制逻辑,着力于救济未成年人的主观权利,甚至是超越法律规范保护的利益,从而导致案件范围碎片化拓展等一系列问题,未成年人保护行政公益诉讼的制度实施可谓是秩序意义微渺。因此,本文立足于我国法制体系,着力探讨未成年人保护行政公益诉讼的制度逻辑,在类型化的基础上进行实践检视,最终提出规范化方案。

一、未成年人保护行政公益诉讼的制度逻辑

(一)作为法律修辞的公共利益

2017年,《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)的修订正式确立了行政公益诉讼制度,该法第二十五条列举了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四个案件领域。一直以来,对案件范围做“等内”理解还是“等外”理解,学术界与实务界皆有争议。对于未成年人保护问题,地方检察机关往往是以《行政诉讼法》明确列举的案件领域为名目启动行政公益诉讼程序。譬如,在甘肃省渭源县人民检察院督促该县农村义务教育学校食堂食品安全行政公益诉讼案中,检察机关在对教育部门发出检察建议后,虽然促成了渭源县中小学食品安全问题的整改,但从发现线索到提出检察建议间隔达一年之久,使未成年人长久暴露于食品安全问题的风险之中。由此亦可从侧面印证,未成年人保护行政公益诉讼制度应该根据未成年人群体的脆弱性、敏感性及受到损害之后的不可逆性进行规划与构建,从而逐渐推求出适宜未成年人成长的社会环境。及至2020年《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)第一百零六条正式赋予了检察机关提起未成年人保护行政公益诉讼的权力,该条规定:“未成年人合法权益受到侵犯,相关组织和个人未代为提起诉讼的,人民检察院可以督促、支持其提起诉讼;涉及公共利益的,人民检察院有权提起公益诉讼。”从形式意义上讲,该条款为未成年人保护行政公益诉讼制度奠定了正当性基础,“两高”(最高人民法院、最高人民检察院)根据实践案例制订和校准专门的司法解释可使制度成型完善。然而,问题在于,公共利益如同普罗透斯之面,也被视为可以任意填充的空瓶子,立法者将之作为检察机关启动未成年人保护行政公益诉讼的前提条件,或是为了使未成年人保护行政公益诉讼可以适应社会变迁,但在现实场景中,公共利益的解释与判断问题也构成了未成年人保护行政公益诉讼的限制条件。因此,有人认为,“公共利益”判断标准的模糊制约了未成年人保护行政公益诉讼的受案范围^[4]。如何从体系视角解读与澄清公共利益就成为未成年人保护行政公益诉讼的逻辑起点。

《未成年人保护法》第一百零六条中的公共利益不适宜从一般意义上理解,即所谓的“不特定多数人利益”^[5],而后在此框架下进行具体化的解释与补充。对于未成年人保护行政公益诉讼的实施,公共利益的解释与理解应当立足于法制体系与司法过程,而非在某一理论框架下探讨,否则极易陷入脱离实际的境地。譬如,有人从公共利益与私人利益区分的角度出发,认为监护问题虽然涉及未成年人利益并关涉未成年人的健康成长,但通常只与一个家庭中的未成年

人有关,明显缺乏公共性,因此撤销监护人资格案件不宜作为公益诉讼案件办理^[6]。其实不然,因为在国家利益和私人利益之间根本不可能进行严格精准的界分,两者之间总是相互作用的^[7],未成年人监护问题是否应纳入行政公益诉讼案件范围应视具体情形而定。根据《中华人民共和国民法典》第三十六条规定,民政部门如未在法定情形下向人民法院申请撤销未成年人监护人资格,则属于未履行法定职责,检察机关对此应当启动行政公益诉讼程序。

回归于我国的法制体系,公共利益更多地表现为依循逻辑法条主义基础上国家政策实施的法律修辞,既无需大费周章地探讨其具体内涵或是与私人利益的界分,更没有必要考量在多元化的利益中公共利益所代表的充分性。一方面,公共利益更多的是立法创制与司法介入的法律修辞^[8]。另一方面,在社会主义国家的宪制定位中,检察机关被视为对社会主义法制负有高权监督职能的机关^[9]。“司法中的修辞主要是指遣词造句意义上的修辞,是把词汇运用得更加恰当,而不是充当法律论证和法律论辩的工具。”^[10]检察机关提起行政公益诉讼的正当性来源于法律监督职权,而非公共利益代表的诉讼权利或是说诉讼资格。就此而论,《未成年人保护法》第一百零六条中的公共利益乃是未成年人保护行政公益诉讼实施的法律修辞,在实践中是否涉及公共利益无需做具体性的判断和认定,其间的逻辑是,若行政机关的“乱作为”或“不作为”导致未成年人合法权益遭受侵害或暴露于风险环境之中,检察机关即可启动行政公益诉讼程序。因此,有人认为,对于侵害未成年人权益的行为,负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,妨害未成年人保护的,就可以认定为“损害公共利益”“造成国家和社会公共利益受到侵害”,因而属于行政公益诉讼的范围^[11]。由之亦可推断,未成年人保护行政公益诉讼的制度逻辑并非检察机关在特定场景中将未成年人的利益具体认定为公共利益,并代表他们提起诉讼以获取权利救济,而是通过矫正行政违法(包括不作为违法)修复客观法秩序,进而逐渐推求出适宜未成年人成长发展的社会环境。

(二)作为秩序目标的权利保护

回顾域外关于弱势群体、特殊群体保护的行政公益诉讼案例来看,其最初虽然主要指向主观权利的救济,但随着诉讼范围的扩张,法院系统开始自主转向公共政策的计划者和经理人。譬如美国的斯特尔诉萨凡纳—查塔母县教育局委员会案(Stell v. Savannah—Chatham County Board of Education)^①,该案是由黑人学生提起的且由检察总长参与的旨在破除学校种族隔离政策的公益诉讼,被告是教育行政机关以及学校的负责人。该案的问题焦点是美国教育部等行政机关的指导方针是否在1964年《民权法》所体现的公共政策的范围内。被告辩称,该指导方针要求种族融合,而非取消种族隔离,学校没有积极的融合义务。法院认为,这两个词并没有区别,在制定一项消除种族隔离计划时,应遵循积极融合的准则。亦即,破除种族隔离不仅应符合宪法标准,也要履行《民权法》所体现的融合义务,因此法院要求被告对实施计划进行反复的修订,甚至还包括了禁止在雇佣和酬劳支付方面歧视少数族裔教师。正是诸如此类案例的积累,法院系统拒绝黑人劣等的传统假设对黑人族裔产生了深远的影响,并且导出了“权利”平等的国内法新意识,不仅反映社会价值,而且帮助公众重塑信仰,包括什么是正当的、对事实的观念认知以及

^① 参见 255 F. Supp. 88, 1966.

对未来秩序的期许^[12]。由此,对于社会中普遍歧视黑人的现象,即内化于人们心中弱势群体强加给黑人族裔的卑微低下角色被逐渐消减,从而为黑人群体尤其是未成年黑人群体开拓出一定的社会发展空间。从很大程度上讲,美国法院系统通过司法判决,逐渐推求出更新社会环境的效果并不是源自制度设计,更多是归因于其传统的实质正义价值理念以及之后普遍适用的私人检察总长理论。

回归到我国法制体系,行政公益诉讼源自顶层设计,实质是检察机关履行法律监督职能的重要手段,不可为传统的诉讼法思想所困厄,即使是未成年人权利保护领域,也不能将未成年人的主观权利作为请求权基础,而应始终立足于法律监督原则。因此,无论是检察建议还是司法判决,其重点指向已然与权利救济脱钩,旨在通过修复客观法秩序,逐渐推求出适宜未成年人成长发展的社会环境。从某种意义上说,未成年人保护行政公益诉讼乃是将未成年人权利保护吸收到秩序目标中,无论是对于未成年人的直接利益(如受教育权),还是间接利益(如校园周边的文化环境),因诉讼程序输出的秩序意义而更有治本之效。当然,传统的行政诉讼同样也有权利保护与法律实施相重合的镜像,但这与行政公益诉讼的理路逻辑截然不同。传统行政诉讼的诉讼资格限于与行政行为有利害关系的公民、法人及组织,而由检察机关提起的行政公益诉讼则无利害关系牵扯其中,这也就决定了诉讼的司法聚焦点和审查范围必然不同。传统行政诉讼的司法聚焦点在于公民权利被侵犯事实是否存在及其与行政行为之间的因果关系,行政行为是否违法在很大程度上是附带性审查,同时也存在合法行政活动(如行政检查)导致公民权利被侵犯的情形,而行政公益诉讼的司法聚焦则应在于行政违法本身,这也正是其客观属性所在。传统行政诉讼的司法审查不超越两造纠纷的范围,所审查之行政行为乃是根据权利诉求的直接指向而予以片段化地截取和选定。我国行政公益诉讼应针对各式具有一般性意义的行政活动,由之必然导致司法审查范围的扩大。可见,在传统行政诉讼的框架内,权利保护与法律实施的重合其理路逻辑与民法中的侵权救济类同,权利诉讼是个别的、具体的,附随的司法审查在极其有限的空间内以片段化的方式展开。因此,有学者认为,我国行政诉讼定位的模糊不清以及主观和客观的杂糅交错,会在很大程度上导致规范的效力相抵和结构的整体失衡,这一点已被司法实践所证明^[13]。可以说,诸如未成年人等弱势群体、特殊群体权利保护的行政公益诉讼,借由法律监督的穿针引线将诉讼属性完全更替为客观诉讼,从制度逻辑上改变了“双重曝光”的窘境,亦将主观权利保护吸收到修复客观法秩序的目标中。进一步可推断,未成年人保护行政公益诉讼应是以秩序为目标的客观诉讼,由此,未成年人权利保护的外延在事实层面得以扩张,并且借由司法程序的秩序作业,所谓的“保护”也更加周全。亦可说,未成年人保护行政公益诉讼将未成年人权利救济转换和升级为司法对行政的统制,是以法治化社会治理方式祛除未成年人保护领域的诸多问题。

二、未成年人保护行政公益诉讼的实施类型

(一)秩序行政类型:遏止非法侵害

有人将未成年人保护公益诉讼案件分为人身权、受教育权、消费权益、网络信息权益等数个

类型^[14]。事实上,对于未成年人保护行政公益诉讼的实施而言,既然其制度逻辑是将主观权利保护吸收到修复客观法秩序的目标中,那么则不必要以未成年人容易遭受侵害的具体权利为类型标准,而是应聚焦与之关联的行政类型^[15]。由此,未成年人保护行政公益诉讼的实施才能更加精准地矫正与之相关的行政违法,完整修复客观法秩序。行政类型具有不同的区分标准,以行政目的为着眼点可分为秩序行政与服务行政。秩序行政的目的在于维护社会秩序、国家安全以及排除对公民和社会的非法侵害,而服务行政则指向于干涉社会的畸形发展,为公民提供生存照顾^[16]。关乎未成年人保护的秩序行政可分为以下三个方面。

其一,行政许可领域。行政许可既是赋予行政相对人从事某种行为的资格,同时也将其从事的行为纳入行政监管的视野下。涉及未成年人保护的行政许可往往指向于与之相关的经营许可,在具体实践中又表现为未取得许可或超过许可范围的违法经营,从而脱离行政机关的监管视野,导致行政机关“不作为”,亦使未成年人暴露于风险环境之中。譬如在广东省佛山市禅城区人民检察院校外托管机构行政公益诉讼案^[17]中,检察机关发现二十余家未成年学生托管机构在未取得许可的情况下违法经营,其中还有八家托管机构在未取得食品经营许可证的情况下还附带性提供五十人以上规模的餐饮服务。因此,检察机关向市场监管、教育、公安、住建等多个行政机关制发检察建议,以期形成综合性治理方案,即具有整序功能的行政计划。可见,关涉未成年人领域的行政许可,其风险性和危险性在秩序层面乃是由特定的行业经营脱离监管所致,检察机关对此启动行政公益诉讼程序旨在督促行政机关祛除监管盲区,由此在治理和秩序层面更加有效地为未成年人构筑防御屏障。

其二,行政处罚领域。行政处罚是因为行政相对人违反行政义务,行政机关予以行政处罚是为了维护外在的行政管理秩序。涉及未成年人保护的行政处罚,违反行政义务的行政相对人往往并非直接侵害未成年人权利,而是因为破坏行政管理秩序对未成年人的身心造成不良影响,行政公益诉讼介入其中正是填补司法统制的漏洞。譬如,在江苏省溧阳市人民检察院督促整治网吧违规接纳未成年人行政公益诉讼案^[18]中,检察机关发现部分网吧存在违规接纳未成年人上网、未在入口处显著位置悬挂未成年人禁入标志、未要求未成年人出示身份证件并核对年龄,以及使用成年人身份证帮助未成年人开户上网等问题。因此,检察机关对文化部门制发检察建议,要求其涉案网吧实施行政处罚,并建立长效监管机制。兹后,文化部门、公安部门运用信息技术,对网吧经营管理的后台数据进行实时监控,从根源上遏止网吧接纳未成年人现象。可见,在关涉未成年人的行政处罚领域,检察机关启动行政公益诉讼程序并非仅是要求行政机关实施行政处罚,或是“以罚代管”,而是通过法律责任的“必为”恢复行政义务的“当为”秩序形态。

其三,行政命令领域。与其他行政决定类同,行政机关发出行政命令旨在实现法定的行政目的。这一领域的未成年人保护行政公益诉讼主要表现为行政机关应当作出行政命令却没有作出。譬如在贵州省沿河土家族自治县人民检察院督促履行食品安全监管职责行政公益诉讼案中,检察机关发现该县民族小学等七所中小学周边存在未经备案登记的食品流动摊贩占道经营的情形,售卖的食品不仅存有安全隐患,而且严重影响学校周边的交通安全。因此,检察机关向市场监管部门制发检察建议,要求其发出行政命令,取缔学校周边的食品流动摊贩。兹后,因检察建议制发后治理效果不佳,检察机关正式提起行政公益诉讼,法院判决促成沿河县人民政

府牵头制定《沿河土家族自治县城区校园周边食品安全综合治理实施方案》，组织市场监管、城市管理、公安、教育、街道办事处等多个行政机构进行整序行政作业，为食品流动摊贩划定经营区域，并引导其进行备案登记，使学校周边环境焕然一新。从食品流动摊贩在学校周边经营的禁止性命令到县政府制定行政计划、实施整序行政，行政公益诉讼的监督与激励实效当然值得称道。然而，值得注意的是，依据《贵州省食品安全条例》第四十三条和四十六条的规定，应是先有乡镇政府、街道办事处或城管部门划定临时区域点供食品摊贩经营，而后才有市场监管介入其中实施监督管理，此案若非司法判决激励县政府制定行政计划，行政公益诉讼的实施可能导向事倍功半的境地。

（二）服务行政类型：供给生存关照

在工业和科技兴起的现代国家，生活空间极大扩张，公民个人的生活和发展无法仅依靠自身努力，因此公共行政不再局限于法律规范的执行，也承担起生存照顾的任务，基于服务关系制定统一性规范的需要，在法秩序范畴确证了政府的行政服务义务^[19]。未成年人身心健康和发展空间严重依附外部环境，服务行政的平等性和充分性至关重要。因此，未成年人保护行政公益诉讼亦应介入服务行政类型，从而在法秩序层面保障未成年人的分享权。

其一，公共设施领域。公共设施是指政府提供于公共之用的人和物的设施综合体，如公立学校、公立医院以及博物馆，等等^[20]。未成年人保护行政公益诉讼介入公共设施领域旨在从法秩序层面推求较为均等的公共服务，从而尽可能地填补未成年群体相互间的发展空间差距。譬如，青海省海北州刚察县人民检察院保障未成年人受教育权行政公益诉讼案^[21]。该案缘起于检察机关办理的涉未成年人刑事案件，以此为线索发现存在适龄儿童辍学在家的情况，因此向教育部门制发检察建议，要求其履行法定职责。兹后，检察机关又以非正式监督方式（即所谓的“座谈沟通”）激励教育部门和乡镇政府，从而再传导至县政府，实现对适龄儿童辍学在家情况的问题聚焦，调动民政资源帮助困难家庭，使辍学儿童回归校园接受义务教育。值得注意的是，根据《中华人民共和国义务教育法》第六条的规定，保障农村地区实施义务教育，尤其是保障家庭经济困难的适龄儿童接受义务教育，义务主体乃是县级以上地方政府。在该案中，县政府积极作为的传导性激励来源于检察机关在制发检察建议后与教育部门、乡镇政府的非正式监督对话。亦即是说，在该案中，行政公益诉讼程序演变为推动县政府进行问题聚焦、调动资源的手段，问题虽然得到解决，但是秩序意义没有得到充分确证。

其二，公共用物领域。公共用物是指政府提供于公共之用的公物，道路、广场、公园皆属此类^[22]。未成年人保护行政公益诉讼介入其中，主要是考量政府提供的公共用物是否达到法律规定的完备安全标准。譬如，在山东省成武县人民检察院督促消除道路安全隐患行政公益诉讼案^[23]中，检察机关发现该县各校园周边近三十个道路交叉口未安装交通信号灯及其他附属交通安全设施，导致交通秩序混乱，对未成年学生造成安全隐患。因此，检察机关向住建部门制发检察建议，要求其完善校园周边道路交叉口的交通安全设施。从法理逻辑上说，检察机关乃是依据《中华人民共和国道路交通安全法》第二十五条的规定督促行政机关供给公共用物，使之达到法定的完备安全标准。

其三，社会保障领域。社会保障行政包括对生活贫困者进行生活保障的公共扶助，将生活

贫困者的生存风险分散于社会,以谋求对其救济的社会保险、公共卫生和社会福祉^[24]。相对而言,大部分未成年人不具有自给能力,应对社会风险敏感脆弱,尤其是对于贫困地区的未成年人来说,社会保障行政的覆盖与给付乃是政府义务所在,这也是行政公益诉讼应当介入的领域。譬如,上文已经提及的甘肃省渭源县人民检察院督促县教育局依法监管农村义务教育学校食堂食品安全案。检察机关发现,部分农村义务教育学校食堂存在营养餐管理人员及食品生产经营人员未取得健康证或健康证过期、食堂留样不规范(留样人与送样人均均为食堂承包人)等诸多问题^[25]。因此,检察机关向教育部门发出检察建议,要求其加强对农村义务教育学校食堂食品安全的监管和防控。从表面上看,该案的行政法律监督主要指向于秩序行政。其实不仅如此,该案实质涉及的是政府给予农村义务教育学生的社会福祉问题。根据《学校食品安全与营养健康管理规定》第二十三条规定:“学校自主经营的食堂应当坚持公益性原则,不以营利为目的。实施营养改善计划的农村义务教育学校食堂不得对外承包或者委托经营。”可见,甘肃省渭源县作为营养改善计划的实施地区,县政府及教育部门应当统筹资源、制定计划以保证农村义务教育学校食堂的公益性,各农村义务教育学校作为公共设施则应执行国家法律政策,既不允许以营利为目的经营食堂,更不能将食堂对外承包或委托经营,由之才能形成规范预设的行政给付关系及目的,对于农村义务教育学校的学生才有所谓的“福祉”可言。

综上所述,未成年人保护行政公益诉讼在司法实践中不可避免地涉及服务行政方面,但检察机关方凿圆枘地将其安置在秩序行政的名目下,由于服务行政责任不能被归咎,不仅使治理成效难竟事功,而且诉讼的秩序意义更是微渺。

三、未成年人保护行政公益诉讼的实践问题

(一)碎片化拓展案件范围

前文已论述,一直以来学术界与实务界对《行政诉讼法》第二十五条规定的案件范围做“等内”解释还是“等外”皆存有争议。在司法实践中,未成年人保护行政公益诉讼大多安置在《行政诉讼法》第二十五条明确列举的案件范围名目之下。及至2020年《未成年人保护法》的修订正式确立了未成年人保护行政公益诉讼制度,但是对于公共利益的理解争议致使案件范围仍旧没有形成定于一尊的判断标准。或是因为如此,最高人民检察院颁行的《关于加强新时代未成年人检察工作的意见》明确规定:“对食品药品安全、产品质量、烟酒销售、文化宣传、网络信息传播以及其他领域侵害众多未成年人合法权益的,结合实际情况,积极、稳妥开展公益诉讼工作。”由此,未成年人保护行政公益诉讼的案件范围有了较为具体的重点指向。从个案情况看,未成年人保护行政公益诉讼案件都是以“学校”为中心展开,如学校周边的食品药品、烟酒销售、产品质量、文化娱乐等^[26]。兹后,2021年发布的《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》明确强调,加大未成年人权益保护等重点领域公益诉讼案件办理力度并积极稳妥拓展公益诉讼案件范围。未成年人保护行政公益诉讼案件范围在顶层智识的政治赋能与激励下得到了一定程度的拓展。问题在于,未成年人保护行政公益诉讼的案件范围在概括性规定之外再无突破,司法实践中检察机关往往着眼过微,通过“细枝末节”问题实现案件范围的“创新”拓

展。譬如,河北省滦平县人民检察院推动的文身市场专项整治活动,检察机关针对未成年人文身现象向行业监管部门发出检察建议,并联合卫健、公安、市场监管等部门对经营文身的商业主体进行专项检查,对涉案者责令停业整顿^[27]。首先,未成年人文身问题反映的是一种并不普遍的灰色文化现象,检察机关将之纳入行政公益诉讼案件范围所消费的司法资源与风险防范收益不成正比;其次,《未成年人文身治理工作办法》乃是国务院协调办事机构制定的规范性文件,只具有内部拘束力,在其被升格为行政法规或部门规章之前,检察机关不应据此介入文身行业监管领域;最后,对于各行政部门的专项检查活动,检察机关若是参与其中对检查的措施进行监督,可视为介入广义上的行政裁量,而检察机关联合各行政部门开展专项检查活动则使监督过程暧昧含糊,由非正式的“座谈沟通”转向非规范化的“共同作业”。

未成年人保护牵扯广泛,涵括社会生活的方方面面。与之相应,关乎未成年人保护的公共行政涉及多个行政主体和行政事项,其间既需地方政府负总责,也要相关主体具体操作执行;既有秩序行政祛除违法侵害,也有服务行政供给生活之资和发展资源。因此,未成年人保护行政公益诉讼案件范围拓展应当根据未成年人保护涌现的实际问题,扩张法律监督视野,从中抽绎出明晰的行政法律关系,准确定位行政违法(包括不作为违法)并予以矫正,从而才有秩序修复意义,也才能逐渐形成环境改塑的效果。然而,在司法实践中,无论是介入的领域还是具体的介入方式俱游离于规范之外,案件范围即使得到不断拓展,其所呈现的仍旧是难以拼凑成型的碎片化图景。所以,有人认为,我国未成年人行政公益诉讼司法实践具有泛化、碎片化、模糊化特点,案件范围的泛滥式扩张貌似是对未成年人保护的加强,但如果诉讼标准选择随意、拓展范围模糊不清,显然不利于构建科学的未成年人公益诉讼制度体系^[28]。进一步可推断,在司法实践中,检察机关碎片化拓展未成年人保护行政公益诉讼案件范围为模糊监督属性、责任归咎错位、反向侵蚀客观法秩序等“并发症”埋下了伏笔。

(二) 法律责任归咎双重错位

按照行政目的、实现方式及受法律拘束程度大小为标准,可将行政分类为:秩序行政与服务行政、公权力行政与国库行政、羁束行政与裁量行政^[29]。就修复客观法秩序而言,一方面应当准确判断行政类型,另一方面则是准确定位责任主体。就未成年人保护而言,主要涉及秩序行政与服务行政这一组分类,这在上文已充分论述。在未成年人保护行政公益诉讼的司法实践中,存有责任类型归咎错位和责任主体归咎错位双重问题。由此,涉及未成年人的客观法秩序未能得到修复,未成年人保护行政公益诉讼的实施很可能只是促成了一场浮于表面的运动型治理活动。譬如,福建省福清市人民检察院督促消除幼儿园安全隐患行政公益诉讼案。该案涉及十六所无证幼儿园和一千五百余名幼儿的入园问题。检察机关首先是认定“无证民办幼儿园侵害了众多未成年人的合法权益,侵害的是社会公共利益”^[30],因此可纳入未成年人保护行政公益诉讼案件范围,而后制发检察建议,要求教育部门、街道办事处、乡镇政府取缔无证幼儿园。最终十六所无证幼儿园除三所经过整改获得审批,其余皆被取缔。在该案中,检察机关以无证幼儿园侵害众多未成年人的合法权益为案件范围拓展的正当事由启动行政公益诉讼程序,要求行政机关实施秩序行政,已然逸脱了法律监督原则,呈现出主客观杂糅交错的情境。更重要的是,福清市之所以存有十六家无证幼儿园且涉及一千五百余名幼儿,正是因为服务行政义务的

履行缺失所致。根据《未成年人保护法》第八十四条和《幼儿园管理条例》第四条的规定,幼儿园这类公共设施的供给义务主体乃是地方政府,因此该案中检察机关对于未成年人保护行政公益诉讼的实施存有责任类型和责任主体双重归咎错位的情形。而检察建议所促成的取缔无证幼儿园的结果,也只是治标不治本,浮在未成年人保护问题的表层。

当然,在该案中,检察机关还建议福清市政府建立购买普惠性民办幼儿园教育服务机制,通过财政补助、税费减免等方式减轻幼儿园经营负担,提高保教质量。事实上,在教育部门等行政机关取缔无证幼儿园的秩序行政完成之后,检察机关对地方政府的建议并非作为行政公益诉讼前程序的检察建议,地方政府是否接受建议,只有事实效果,而无法律效力可言,其秩序意义微渺。再者,在该案中,检察机关在正式的检察建议或诉讼程序中要求地方政府履行供给幼儿园的服务行政义务即可,至于是以国库行政或经济辅导的方式履行服务行政义务已不在法律监督的范围内。

(三)反向侵蚀客观法秩序

从行政法的基本原理来说,法治国家的建立有赖于客观法秩序的安定性和可测量性^[31]。现代行政法之所以讲求用规范创造力原则、法律优越原则、法律保留原则,正是为了控制行政,使之在法律范围内运作,从而透过个案拘束力的不断积累形成客观法秩序的安定性。事实上,公民权利的基础保证正是可测量、可预期的客观法秩序,所以也才有信赖利益之说。基于此理,保护未成年人首先要保证客观法秩序的安定性,这也正是法律监督及行政公益诉讼的制度目的所在。问题在于,对于未成年人保护行政公益诉讼,如若检察机关执着于其自主认定的未成年人利益,而无视行政决定的个案拘束力,则会反向侵蚀客观法秩序。事实上,在域外已有类似的经验教训可鉴,有的社会组织以所谓广泛的公共利益为名义不断向政府既定的政策和计划发起挑战,将利益分配包装为伸张正义,使得政府领导被海量诉讼所淹没而无所适从^[32]。

在现代工业文明社会,风险无处不在。未成年人因其脆弱性、敏感性更需周全的保护和风险预防措施,这也正是现代法治的重要课题和发展方向。然而,所谓风险预防措施应当经过实证检验,而后经由立法程序成为普遍性规范,由此可能为未成年人保护提供更加安定的秩序环境。而在未成年人保护行政公益诉讼的司法实践中,有的检察机关将未成年人的心理健康视作可启动诉讼程序的公共利益,又以预防未成年人犯罪为出发点,执着于撤销已有拘束力的行政许可,并指向未来,要求行政机关限缩许可范围。譬如,内蒙古自治区翁牛特旗人民检察院基于2023年的一起未成年人刑事案件向行政机关发出检察建议,督促其依法履职,责令学校周边违规开设的成人用品店限期搬离^[33]。显然,并非限缩行政许可的法律构成要件或合法范围可以防患于未然,可以更加有效地保护未成年人。所谓过犹不及,若是如此为之也会侵蚀客观法秩序、侵犯公民权利。从规范层面来看,《未成年人保护法》第五十八条规定:“学校、幼儿园周边不得设置营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所。”因此,虽然从朴素的道德观念来看校园周边开设成人用品商店显得不适当,但并无法律法规作出禁止性规定,所以不宜作为行政公益诉讼案件进行立案^[34]。反之,如果检察机关对“不适宜未成年人活动的场所”做扩张性解释,将之及至成人用品商店,进而限缩许可的合法范围,则必然会侵蚀客观法秩序的安定性,同时也侵犯了原被许可人的信赖利益。若事事如此,检察机关以未成年人保护的道义

高点不断侵蚀客观法秩序,法的安定性将被司法淹没,行政公益诉讼可能走向歧路。

四、未成年人保护行政公益诉讼的规范路径

(一)以填补秩序漏洞为要旨拓展案件范围

未成年人保护行政公益诉讼并非检察机关代表未成年人利益破除“俘虏剧本”,而是应致力于矫正行政违法(包括不作为违法),逐渐推求出适宜未成年人成长发展的秩序环境。因此,未成年人保护行政公益诉讼案件范围拓展应当以填补秩序漏洞为要旨。

一方面,应将《未成年人保护法》第一百零六条中的“公共利益”理解为未成年人保护行政公益诉讼制度实施的法律修辞,而非限制条件。有人认为,“为解决未成年人公共利益定义的模糊而造成的未成年人检察公益诉讼实施问题,最重要的就是明确未成年人检察公益诉讼中公共利益的外延。”^[35]其实不然,公共利益的外延难以在抽象立法层面被穷尽和廓清,在司法实践中已然可见,各地方检察机关往往是将未成年人的主观权利,甚至是超越法律的文化环境利益,论证为公共利益,兹以构成行政公益诉讼实施的正当事由。由此,检察机关在事实层面如同未成年人利益的代理人,将“公共利益无法定义之问题”转换为“公益诉讼本身也是无法定义”的迷雾中^[36]。这正是未成年人保护行政公益诉讼案件范围拓展呈现出碎片化趋势的重要因由。回归我国法制体系,检察机关是法律监督机关,行政公益诉讼实质上是法律监督权能因现代法治化治理所增设的方式与手段,未成年人保护行政公益诉讼的制度逻辑亦不例外,因此无需过多地关注公共利益的外延,毋宁将之视作法律政策在未成年人保护领域的投影布。

另一方面,应按照未成年人保护的实际情况和法律指引拓展案件范围。从一般层面来说,为了有效应对安全生产、生态环境和自然资源保护等地方治理问题,行政公益诉讼案件范围拓展应当遵循行政过程性规制的逻辑,并深入裁量,由此才能深彻地矫正行政违法,以防诸类治理问题“去而复返”。对于未成年人保护行政公益诉讼案件范围的拓展,则应注重于涉及未成年人保护的治理问题,以填补秩序漏洞为要旨拓展案件范围。譬如,对于校园欺凌、留守儿童监护等问题,形成法律既定而案件范围开放的拓展方式。因此,只要客观法规范具有未成年人保护的指向,且涉及行政职责,检察机关即可相机将之纳入行政公益诉讼案件范围。由此,检察机关既无需粗疏地论证其所认定的未成年人利益属于公共利益(然而,在司法实践中是否可以正式立案,检察机关往往是谨慎地逐级上报),也避免了反向侵蚀客观法秩序的可能。

(二)以秩序化作业塑造法治化治理取向

生态环境的完整修复首先应当进行责任定性,而后确定责任主体^[37]。同理,未成年人保护行政公益诉讼的制度目的在于推求出适宜未成年人成长发展的秩序环境,则应准确地区分责任类型、定位责任主体,两者相互嵌合才能保证司法程序实施秩序化作业,从而使制度实施转向于法治化治理方式,这也与检察机关的法律监督职能相契合。

其一,区分责任类型。对未成年人保护不仅在于防范和遏止非法侵害,更在于有充分安全的公共设施、公共用物供给以及有效覆盖的社会保障。从司法实践来看,未成年人保护行政公益诉讼往往忽略类型化的区分,将服务行政问题安置在秩序行政的名目下。譬如,前文已经论

及的青海省海北州刚察县人民检察院保障未成年人受教育权行政公益诉讼案,检察机关虽然通过非正式的监督方式,借由与教育部门、乡镇政府的“座谈沟通”激励县政府聚焦适龄儿童辍学问题,调动民政资源予以济助,然而并未通过正式监督程序确证县政府的服务行政责任,聚焦散去,问题可能复返。而且,以非正式的监督方式促使地方政府付诸资源、解决问题,其边际效益必然呈递减之势,不足以为未成年人改塑出适宜成长发展的社会环境。因此,未成年人保护行政公益诉讼应当明确责任类型,将服务行政与秩序行政进行准确区分,在正式监督程序中确证地方政府或行政机关的服务行政法律责任。

其二,明确责任主体。从我国行政体制来看,县级政府是最后一级具有完整权威的政权,可以组织调动和整合资源^[38]。对于未成年人保护问题,往往涉及系统性、综合性治理事务,需要地方政府居中负责,整合和协调资源配给。然而,在行政公益诉讼的司法实践中,检察机关通常对法律监督进行自我限缩,只对损害结果进行单向的、线性的回溯性推导,被监督者的行政职责将被泛化,而“势弱级低”的部门最可能成为行政公益诉讼被告^[39]。在未成年人保护行政公益诉讼的司法实践中,检察机关亦是如此。只不过,由于未成年人保护问题的系统性、综合性,检察机关在确定一两个“势弱级低”的行政机关作为责任主体之外,又会通过非正式监督的方式激励其他行政机关,试图以此拼凑系统性、综合性治理的版图,以增强官方力量。如此一来,地方政府逃遁于法律责任之外,未成年人保护行政公益诉讼的监督属性亦模糊不清,其秩序意义自不待言。因此,在法律已经规定地方政府“负总责”的情形下,检察机关应将之作为责任主体。

除此之外,值得注意的是,在未成年人保护方面,为实现特定行政目的而创设的公共设施、公企业也具有一定的行政职能^[40]。因此,公共设施、公企业也可被纳入未成年人保护行政公益诉讼的责任主体范围之内。事实上,从前文提及的斯特尔诉萨凡纳—查塔母县教育局案(Stell v. Savannah-Chatham County Board of Education)可看出,通过确认行政机关和作为公共设施的学校的不同维度的法律责任,从而能够更加周延地保障学生平等的教育权利及其背后的国家民权法律政策。

(三)以专门办案规则限制“非正式监督”

在司法过程中,管理工具的创新不仅在于司法效率的提高,同样需要更加关注司法质量的保证^[41]。未成年人保护问题涉及公共行政的方方面面,关乎多个行政主体和行政事项。基于效率方面的考量,检察机关在特定情形下辅之以“座谈沟通”的方式促使行政机关尽快有效履职,以保证未成年人群体的周全,这无可指摘。问题在于,如同行政私法的泛滥使用会使行政权力“遁入私法”以规避公法原则约束^[42],导致行政肆意,检察机关如果对“非正式监督”形成路径依赖,则会消解或模糊未成年人保护行政公益诉讼的监督属性,即使明确了责任类型和责任主体,依然会使其秩序意义阙如。因此,最高检察机关有必要制定关于未成年人保护行政公益诉讼的专门办案规则,以限制和规范“非正式监督方式”的运用。

在未成年人保护行政公益诉讼程序中,在明确责任类型和责任主体的情形下,“座谈沟通”等非正式监督方式应当是作为辅助方式促进行政效率,从而更加周全地保护未成年人。对于秩序行政,“座谈沟通”应当局限于行政裁量的运用(如校园食品安全问题的行政处罚)、行政计划的措施(如校园周边交通安全的整序行政计划)等方面。对于服务行政,“座谈沟通”应当局限于

地方政府或行政机关在履行服务行政义务上的资源调动或进度推进(如地方政府调动财政资源实施农村义务教育学校的营养改善计划),这也相当于非正式地介入行政计划。

[参 考 文 献]

- [1] 苑宁宁:《未成年人司法的法理证成与本土建设研究》,载《河南社会科学》,2020年第10期。
- [2] 乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性社会》,张文杰、何博闻译,南京:译林出版社2017年版,第34页。
- [3] 张 焱 刘 昊:《未成年人检察公益诉讼制度的构建——以浙江实践为分析样本》,载《中国检察官》,2020年第12期。
- [4][26] 焦洪昌 赵德金:《未成年人检察公益诉讼制度的实践困境与优化路径》,载《浙江工商大学学报》,2021年第2期。
- [5][6] 何 挺 王力达:《未成年人保护公益诉讼中的公共利益》,载《国家检察官学院学报》,2023年第3期。
- [7] 格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾 韬 赵天书译,北京:中国政法大学出版社2012年版,第65页。
- [8] 梁鸿飞:《拓展行政公益诉讼案件范围以解决实质性地方治理问题》,载《兰州大学学报(社会科学版)》,2022年第4期。
- [9] Vera Langer. Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor, *American Journal of Comparative Law*, 1988, (2).
- [10] 陈金钊:《法律修辞方法与司法公正实现》,载《中山大学学报(社会科学版)》,2011年第5期。
- [11] 张宁宇 田东平:《未成年人检察公益诉讼的特点及案件范围》,载《中国检察官》,2020年第12期。
- [12] John Denvir. Towards a Political Theory of Public Interest Litigation, *North Carolina Law Review*, 1976, (6).
- [13] 赵 宏:《保护规范理论的误解澄清与本土适用》,载《中国法学》,2020年第4期。
- [14][28] 高志宏:《未成年人公益诉讼受案范围:实践扩张、理论逻辑与制度选择》,载《政法论坛》,2023年第5期。
- [15] 梁鸿飞:《行政公益诉讼的功能补缺:以秩序为目标的权利保护》,载《新疆社会科学》,2022年第6期。
- [16][29][31][42] 陈新民:《中国行政法学原理》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第27-30、17、35、20页。
- [17] 《佛山检察机关通报八起未成年人保护法律监督案例》, <https://www.fsjcy.gov.cn/site/detail/2022053114205345539012>
- [18][30] 那艳芳 陈 晓 隆 赟:《积极履行公益诉讼检察职责依法保护未成年人合法权益——最高人民检察院第三十五批指导性案例解读》,载《人民检察》,2022年第11期。
- [19] 陈新民:《公法学札记》,北京:法律出版社2010年版,第66-68页。
- [20][22][24][40] 南博方:《行政法》,杨建顺译,北京:中国人民大学出版社2009年版,第32、32、33、24页。
- [21] 《青海省未成年人保护检察公益诉讼典型案例》, <http://www.qh.jcy.gov.cn/c/www/wwwjycys/57271.jhtml>
- [23] 《山东省成武县人民检察院督促消除道路交通安全隐患行政公益诉讼案》, https://www.spp.gov.cn/spp/bhsndn/202205/t20220525_558429.shtml
- [25] 刘 艺:《检察公益诉讼十大优秀案例评述(2019年)》,北京:中国检察出版社2021年版,第141-142页。
- [27] 肖 萌:《滦平县检察院推动开展文身市场专项整治:对未成年人文身说“不”》,载《河北法治报》,2024年8月14日。
- [32][36] Daniel S. Jacobs. The Role of the Federal Government in Defending Public Interest Litigation, *Santa Clara Law Review*, 2003, (1).
- [33] 沈静芳 张熙慧 金兰兰:《成人用品不再与校为邻》,载《检察日报》,2024年6月24日。
- [34] 陈 萍:《未成年人行政公益诉讼初探》,载《中国检察官》,2020年第12期。
- [35] 余 彦:《专门立法视角下未成年人检察公益诉讼制度的完善》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》,2024年第7期。
- [37] 王 晶 向俊宇:《生态环境修复责任性质界定及实现机制》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》,2024年第3期。
- [38] 杨 华:《县乡中国:县域治理现代化》,北京:中国人民大学出版社2022年版,第236页。
- [39] 刘 艺:《行政公益诉讼被告适格的实践分歧与规则建构》,载《清华法学》,2023年第1期。
- [41] 梁鸿飞:《刑事司法现代化:证据标准的功能反思与发展进路》,载《新疆社会科学》,2024年第3期。

(责任编辑:崔 伟)