

法社会学视野下的中国公益诉讼

林 莉 红

(武汉大学 法学院, 武汉 430072)

摘 要:目前中国公益诉讼的基本类型可以分为自益形式、他益形式、法律援助形式和检察机关提起形式等,不同类型的诉讼应对不同的需要,各有利弊。这些诉讼的开展标示着公益诉讼的基本理念是公共利益、人权保护、社会发展和公众参与;同时,其有效形成需要社会具备维权自觉性、司法能动性、主题社会性和学者律师的积极性。

关键词:公益诉讼;诉讼法;民权运动

中图分类号: D90- 052 D925 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002- 462X(2008) 01- 0119- 07

公益诉讼是目前中国法学理论界和实务部门争论较多的一个热门话题。由于研究者视野和角度的不同,对何为公益诉讼,以及某一个案件是否属于公益诉讼,仍然存在颇多争议。公益诉讼作为一种广受社会关注的新的法律现象,法社会学视野的研究或许有助于我们厘清思路,消除分歧,进而构建对话与交流的平台。

一、公益诉讼的含义

(一)对公益诉讼含义的不同理解

直观地说,公益诉讼是指为了维护社会公共利益而进行的诉讼。虽然目前学界、媒体和实务界关于公益诉讼的定义大同小异,但学术研究成果在谈到公益诉讼时往往表述为当事人“提起”的诉讼,这实际上隐含了对参与诉讼、代理诉讼的排斥。因此,由于使用者的出发点不同,在公益诉讼的范围与表现上,还是存在着较大的差异。在认同公益诉讼基本定义的前提下,争论的焦点是,公益诉讼的外延是什么,哪些情况属于公益诉讼。反复讨论的问题有两个:其一,什么是公共利益;其二,谁可以提起诉讼。也有其他一些争论,如公益诉讼一词最早产生于哪里,国外究竟有无公益

诉讼,日本的居民诉讼是不是公益诉讼,德国的公益代表人诉讼究竟是否发挥作用等^[1]。笔者认为,当今中国学者、律师和媒体在使用公益诉讼一词时,存在以下三种理解:

1 “公共利益+诉讼”意义的公益诉讼。这种公益诉讼,将含有“公共利益”内容的诉讼都称为公益诉讼。“公益诉讼是任何组织和个人根据法律授权,就侵犯国家利益、社会公益的行为提起诉讼,由法院依法处理违法行为的司法活动。”^[2]并且还认为,古罗马即已存在公益诉讼,检察机关提起的刑事公诉也属于公益诉讼。这一点,可以从在对公益诉讼进行研究的若干成果中,将外国法中的类似制度作为公益诉讼看待而得到证明。一些关于公益诉讼的研究都将德国行政法上的公益代表人制度、日本行政法上的民众诉讼等作为公益诉讼,更是认为公益诉讼起源于罗马法。^①这显然仅仅是在“公益”与“诉讼”的意义上理解与使用公益诉讼这一概念。

2 诉讼法意义的公益诉讼。这是从诉讼法角度进行理解和研究的一种诉讼形式,也可以说是客观诉讼的一种新的类型,即原告起诉并非由于自己的权利受到某种直接的侵害,而是为了客观的法律秩序或抽象的公共利益。在这种诉讼类型的案件中,原告与案件利益关系的特殊性(主要是因为缺乏足够的利益关系联结),导致了在传统诉讼中,原告的诉讼存在起诉资格障碍,并进而产生一些诉讼法技术上的问题,如诉讼中的处分权、法院裁判之拘束力等问题。作为一种新型诉讼,这类公益诉讼的形成需要立法对相关问题予以规定和明确,尤其是要赋予某些主体对并未直接侵犯自己权益的行为提起诉讼的权利。在这个

① 参见韩志红《公益诉讼制度:公民参加国家事务管理的新途径》,载《中国律师》1999年第10期;颜运秋《公益诉讼理念研究》,中国检察出版社2002年版,53页。

② 参见曾献文《我们需要怎样的公益诉讼制度》,载《检察日报》2005年12月13日。

收稿日期:2007- 06- 20

作者简介:林莉红(1964-),女,江苏射阳人,教授,博士生导师,法学博士,从事诉讼法学、行政法学研究。

意义上理解,如果案件没有起诉资格的障碍而可以利用现有的制度加以解决,则不被认为是公益诉讼。正因为如此,有学者在讨论公益诉讼时毫不迟疑地将“进津费”、“如厕费”、“列车发票”等案件排除于公益诉讼之范围。^②

3 民权运动意义的公益诉讼。民权运动意义的公益诉讼发源于美国,并伴随美国 20 世纪中期兴起的民权运动而在六七十年代得以兴盛,以后在英国、印度等国都有良好的运用。今天中国的大多数律师、民间组织、媒体是在这个意义上使用公益诉讼一词。不过,这里说民权运动意义的公益诉讼,并不意味着笔者认为当今中国已经出现民权运动,而只是在公益诉讼一词的使用上,具有民权运动之意义。从这个角度理解公益诉讼,关注的是社会转型时期之利益多元化背景下尚未被主流意识关注的问题,强调案件对于社会的影响,基本理念是公共利益、人权保护、社会变革和公众参与。其外延范围也非常宽泛,可以包括为了维护公共利益而提起或者参与诉讼的所有情形。

尽管可以将目前关于公益诉讼的含义理解为上述三种,但实际上,这三种理解之间并非有截然之界限,更不应该说是不同的公益诉讼。首先,使用者往往并未明确地意识到这一点,很多时候也是混用。比如在比较研究时,将各国不同历史时期之相关制度作为公益诉讼对待,而在研究中国的制度建构时又使用诉讼法意义的公益诉讼。其次,各种理解都是建立在公益诉讼是对公共利益的维护之诉的基础之上,因而从范围上看,也不可能有所外延上的截然区分,需要突破起诉资格之障碍的案件更具有民权运动意义之公益诉讼的典型特点。而对外国法的研究,对于论证中国需要建立公益诉讼制度也是非常必要的。

(二)对公共利益的理解

公共利益是一个非常难以界定的概念。一般认为,公共利益是指为社会全部或者多数成员所享有的利益,公共利益具有整体性和普遍性的特点,涉及不确定的多数受益人的利益。限于研究重点,本文无意对公共利益所包含的极其复杂的内涵进行研究,只在已有研究成果的基础上说明三个观点:

1 公共利益是指社会公共利益,其不同于国家利益和政府利益。尽管在很多时候,公共利益与国家利益、政府利益是交织在一起的,但是,基于研究问题的角度和制度建构的需要,不应该认为公共利益就是政府利益或者国家利益。

2 公共利益与私人利益相对立,但二者又密切相关。公益与私益的关系是一般性与特殊性的关系,既是相互关联的,又是有矛盾的,但同时也

是可以转换的。“公益是由私益组成的,故不能绝对的排除私益。依 Leisner 之见,有三种私益可以升格为公益:第一,是‘不确定多数人’的利益。这个‘不确定多数人’之利益必须是由民主的原则来决定,而这个民主原则,必须要经过‘立法程序’。第二,具有某些性质的私益就等于公益。这种特别性质的私益就是指私人的生命及健康方面的私人利益,国家保障私人的生命、财产及健康,就是公益的需求。第三,可以透过民主原则,对于某些居于少数的‘特别数量的私益’,使之形成成为公益。如工会的利益、贫民的利益等。第一种‘公益’是最通常的公益内涵,第二种‘公益’的解释对于理解公法、尤其对理解刑法和刑事公诉制度有一定的指导意义。第三种‘公益’的内涵实际上在社会法中被广泛采用。”^{[2]19}

3 不同的公共利益之间也可能存在矛盾和冲突。如环境保护与经济发展之间的矛盾、公民迁徙自由与社会治安之间的矛盾、公民言论自由与名誉权保护之间的矛盾等。如何协调这些重大的公共利益之间的矛盾和冲突,是对人类智慧的巨大考验。因此,对公共利益的理解不能极端化,不能只强调某一公共利益而忽视其他的公共利益。

二、公益诉讼的种类和理念

尽管可以从不同角度对公益诉讼进行范围上的区分,如从诉讼性质上可以分为民事公益诉讼、刑事公益诉讼和行政公益诉讼,从案件性质上可以分为环境、拆迁、土地、劳动权、教育权等若干不穷尽的分类,但这只是一种从法律到法律的规范分析方法,对揭示公益诉讼之社会现象并无多大实际意义。笔者认为,法社会学视野下的公益诉讼,从更广泛的社会参与角度分析了公益诉讼之社会现象,探讨了与此现象相关的社会生活主体对于公益诉讼的运用。从当事人参与诉讼的情况来分析公益诉讼的范围,似乎更能揭示公益诉讼的内涵与特征,更能展示公益诉讼的种类与范围。从参与公益诉讼的方式和主体来看,大致有以下四种情形需要加以分析:

(一)当事人作为原告提起的诉讼

就原告与被告的行为是否具有直接的利害关系,公益诉讼的原告还可分为两种情况:

1 他益形式的公益诉讼。原告起诉完全是为了公共利益,与个人利益无关,或者说无直接的个人利益。当然,由于私益与公益的不可分性,任何公益都可能包括私益。但是,在这类案件中,原告的私益往往存在于宽泛的公益之中而基本上被法律所忽略。因此,其诉求或者是针对抽象的规定,或者是被告没有依法履行自己的义务,或者是社

会整体的利益遭受侵害,甚至是法治受到破坏的情况。这种情况下的公益诉讼,可称其为“他益形式的公益诉讼”。由于提起诉讼的原告与被告的行为或者决定没有直接利害关系,或者不被认为具有利害关系,案件往往因为法院认为原告无起诉资格而被驳回。如严正学诉浙江省椒江市文体局不作为案,金奎喜诉杭州市规划局违法规划案,施建辉、顾大松诉南京市规划局违法审批案等等。可以提起他益形式公益诉讼的原告,从制度设计上说,可以是公民个人,也可以是公益法组织,还可以是检察机关。

2 自益形式的公益诉讼。在这类案件中,原告是违法行为的众多受害者中的一个。作为受害者,原告与案件具有利害关系,其起诉的目的是为了维护公共利益。为了解决起诉资格之现行法上的障碍,自己作为一个受害者而提起诉讼,或者使自己成为一个受害者而起诉。就直接的利益关系而言,特别是就经济利益而言,原告提起和进行诉讼往往是得不偿失的。这种情况暂且称其为“自益形式的公益诉讼”。这类案件最早见诸媒体的大概是丘建东诉福建省龙岩市电信局收费案,后来陆续出现的还有乔占祥诉铁道部春运价格上浮案、葛锐诉郑州铁路分局如厕收费案、黄金荣诉铁道部火车票强制保险案等。在这些案件中,原告都表现为直接的“受害者”,与被告的行为之间具有利害关系,这些案件都被法院受理。

无论自益形式的公益诉讼还是他益形式的公益诉讼,都是当事人以自己的名义提起的诉讼。从这类案件的公益性目的来看,二者并无本质区别。但现实情况是,由于起诉资格问题,法院在是否受理问题上确有不同做法,因而有加以区分并进行研究的必要。

(二) 律师或公益法组织工作人员作为诉讼代理人参加的诉讼

这类诉讼是当事人为了自己的利益参与诉讼,与案件具有利害关系,并且由于案件涉及法律争端的特殊性,或者案件所反映问题的普遍性,受到关心公共利益保护的律师或者公益法组织的关注和支持,律师个人或者组织的工作人员作为当事人的诉讼代理人参与诉讼。这类诉讼往往引起社会的广泛关注,一方面是由于案件本身的性质和特点,另一方面也由于诉讼代理人的特殊身份,如大学教授、著名律师等,或者是其不同于一般商业性律师的、不以收取办案报酬为目的参与案件代理的公益法动机。由于案件的性质和特点,代理人代理案件的目的不是为了赢利;同时,这些有一定地位和影响的人代理案件,又扩大了案件的影响,突现了案件的特点。这类案件类似美国的

有影响的诉讼 (Impact litigation)。^① 中国目前很多民间公益法组织在受理案件时就会考虑到本案对于同类案件的影响,或者案件对于改变法律、影响社会的作用。由于律师或公益法组织代理的这类案件一般采取法律援助的形式,故称之为“法律援助形式的公益诉讼”。在这类公益诉讼中,律师和公益法组织所代理的大多是原告,但并不限于原告,某些情况下也可能代理被告或者第三人等诉讼主体参与诉讼,如认为被冤屈的刑事被告,或属于特定弱势群体的被告等。法律援助形式的公益诉讼,与自益形式、他益形式的公益诉讼之间并没有明显的区分,而经常可以采取混合的形式。某些采取自益形式的公益诉讼案件,原告也聘请公益法组织或者著名学者、律师担任代理人。从策略上考虑,为了能够形成诉讼,公益法组织或者律师、学者有时候也“需要”一个当事人去提起诉讼,而他们的目的都是为了维护社会公共利益,个人因为诉讼活动的开展甚至在某些方面还要做出一定的牺牲。因此,既是自益形式,也有法律援助性质。

(三) 检察机关作为公益代表人提起的公益诉讼

在讨论公益诉讼的过程中,特别是在诉讼法学界讨论他益形式的公益诉讼的困境以及如何构建中国的公益诉讼机制时,人民检察院在公益诉讼中可能发挥的作用被人们屡屡提起。近年来,有不少学者提出,应当由检察机关作为公共利益的代表人提起公益诉讼,虽然在法律上尚缺乏相关规定,但检察机关在一些关乎国家、社会、集体利益的案件中提起或参与诉讼的事例也不少。

(四) 其他形式的公益诉讼

近年来,除了诉讼活动,一些公益法组织和个人还在开展一些其他形式的公益活动,由此也衍生出另一个问题,公益诉讼是否只限于诉讼活动?代理行政复议、仲裁,进行游说、上书全国人大要求对违宪的法律进行审查等,是否属于公益诉讼?笔者认为,这些行为不是公益诉讼,将这些行为称为公益法活动似乎更为贴切。公益法活动是一个包含公益诉讼在内而限于公益诉讼的更为宽泛的概念。除了包括前述活动,还可以包括普法宣传、政策推动、人权教育等多种形式的活动。而公益诉讼,既然使用诉讼一词,还是应当意味着运用

① 所谓有影响的诉讼,是指个案的审理对国家的立法、司法、观念等方面产生积极影响的诉讼。其实,影响性诉讼是社会对某个诉讼案件的评价。对于公益法组织而言,可能以战略性诉讼 (strategic litigation) 来称谓会更准确和达意。

现有的诉讼机制解决相关问题。此外,具有公共利益因素和社会影响、却非法律援助性质的案件,即诉讼代理人收费案件是否可以属于公益诉讼,则因其涉及复杂的价值判断和路向引导而尚需研究。中国目前正处于社会转型时期,基于市场经济形势下舆论对社会风气的引导作用,支持权利受到侵害的当事人提起的公益诉讼应当以法律援助案件的形式出现,即诉讼代理人不应当从中营利。因为这类案件如果被认为是公益诉讼案件,其判断标准就只有案件的公益性,而公益性本身又是一个很难认定的标准。由于公益与私益的不可区分性,如果将其作为公益诉讼,那么公益诉讼之范围就难免过于宽泛,而过于宽泛的概念也就失去了意义。如代理拆迁案件,尽管可能对每一个当事人收取的费用不高,也是在为弱势群体服务,但由于当事人人数众多,代理这样案件的律师的收入还是很可观的。这种情况下,不能将其称为公益诉讼。

以上若干情形,之所以被表述为公益诉讼,或者与公益诉讼相提并论,显然是由于这些案件标示着某些共同的理念。这些理念包括:

1 公共利益。从公共利益角度分析,公益诉讼的提起者、参与者都不是为了一己的利益。在这类案件中,当事人的动机可能不同,但都是为了实现抽象的公共利益,维护客观的法律秩序。一般而言,当事人为公益诉讼的进行而付出的经济成本往往大大超过胜诉可能获得的经济收益,也就是说当事人提起诉讼的目的并不是为了维护自己的个人经济利益。在某些案件中,为了解决起诉资格问题,也是由于个人利益与公共利益的不可分性,当事人有可能采取以自益为形式,以他益为目的的诉讼策略。

2 人权保护。从人权保护角度来看,公益诉讼始终以关注人权保障与弱势群体保护为视角。人权保障涉及的是一个普遍的泛化问题,很多时候并不以人数的多少为标准。公益诉讼中的公共利益涉及人权保障,代表每个人的人权保障问题。当前中国出现的公益诉讼,多是在环境保护、消费者权益保护、未成年人权益保护等领域,所关注的都是社会的弱势群体。强和弱是相对的概念,公益诉讼关注的对象都是在社会变革时期相对于强势的政府、组织、企业而言,处于相对弱势一方人群的利益。

3 社会变革。公益诉讼最重要的理念是社会变革。公益诉讼的提起者和参与者一般都有着强烈的改变现行法律或者制度的意愿,因为公益诉讼案件可能在某个领域产生一定的社会影响。这种影响包括:平等与人权理念得到张扬、现行法律

得以执行、政府义务与职责得以实现、社会问题得到关注、有缺陷的法律规定得以修改、公共政策与措施得以改进等等。也有一些案件,当事人遇到的不是法律问题,不是某一项具体的法律规定或者法律制度需要修改或改进的问题,而是体制和法治环境问题。对体制和法治环境的触动,更加困难,更具有促进法治、影响社会的作用,因而也更加具有社会变革的意义。

4 民主参与。传统民主主要是议会民主,公众通过议会参政议政,通过议会监督行政、控制行政。但这只是一种间接民主的形式,如卢梭所言:“人民只有在投票时才是主人,投票完毕便成为权力的奴隶。”^[3]随着社会的发展和文明的进步,尽管议会民主仍然是民主的主要形式,但公众越来越多地要求直接民主,而物质条件的改善也使得直接民主的实现变得具有现实性。公益诉讼的实质是公民通过日常的司法制度和诉讼活动,参与社会管理,维护公共利益。因此,公益诉讼是司法民主的体现。这种直接民主,应该是当代社会民主参与的一种重要形式。

三、公益诉讼的条件

公益诉讼的形成,需要具备一定的社会历史条件。所谓形成,不仅是指其出现,更重要的是指其能够被法院受理、审理、裁判并产生实际的社会影响。这种条件包括:

(一)维权自觉性

公益诉讼的形成首先需要有愿意为了社会正义挺身而出的当事人和律师。公益诉讼的关键词是“公共利益”和“诉讼”,所谓诉讼就是需要有人提起的,否则不成其为诉讼。而提起诉讼的人不是为了自己的利益,或者参与诉讼的人付出劳动不是为了自己的私利,而是为了客观意义上的公共利益,这就需要有维权的自觉以及行动的勇气。

(二)司法能动性

公益诉讼的形成需要有具独立性的司法体制和具有正义感的法官,司法要能动地应对社会发展的需要和积极地探索个案在法律框架内的合理解决。传统的诉讼利益理论认为,只有那些自身权利受到威胁的人才会有资格获得救济,其他任何人在法院面前都没有这种资格,而公益诉讼显然需要对传统的诉讼利益理论进行适当的调整并做出新的解释。就中国目前的情况来看,最主要的应该是放松对原告主体资格的限制,结合案件情况做出适当的处理,如确认判决、变更判决的合理使用,扩张判决的效力等。法律是相对静止的,而社会是发展的。为了维护公共利益,需要司法站在社会正义与公正的一边,能动地应对社会的需

要。在“让司法获得变革社会的力量”^①之前,首先需要司法具有变革社会的力量。

(三)主题社会性

公益诉讼主题的社会性,意味着这类诉讼能够引起社会的强烈关注,其包含的公共利益、人权保护和社会变革的含义能够引起社会的广泛共鸣,从而促成诉讼目的的实现。这包含两个方面的内涵:其一,公益诉讼案件本身就包含极其鲜明的社会性,所揭示的往往是转型时期带来的社会问题,涉及广泛的群体;其二,这类诉讼要达致预期目的和良好效果,必须有社会公众的广泛介入和积极参与,也包括媒体的宣传。

(四)学者、律师的积极性

学者和律师在公益诉讼中的作用是不能忽视的。这种作用不仅表现在学者和律师敏锐地意识到公共利益保护的重要性,并为其出谋划策,提供理论支持,更表现在学者和律师身先士卒,积极投身其中,或依托公益法组织,或以个人身份,为具有公共利益性质的案件提供代理和咨询服务。没有学者与律师的参与,公益诉讼是很难形成实际社会效果的。

四、对不同形式公益诉讼的评析与运用

(一)自益形式的公益诉讼

自益形式的公益诉讼,利弊明显。这类案件在实体法上的内容各异,在此不做评述。在诉讼法上,这类案件目前可以说是没有障碍的。这类诉讼符合传统的诉讼理论,原告与案件具有利害关系,对于提起的诉讼,法院不得拒绝审判。但也正因为其符合传统的诉讼理论,其判决效力拘束于具体的个案,往往是当事人付出很高的成本,效果却很难评估。有的案件即使原告获得胜诉,但诉讼目的仍然难以实现。如葛锐诉郑州铁路分局收取如厕费一案,虽然法院判决原告胜诉,然而被告郑州铁路局火车站候车室厕所收费依旧。这类案件能否达到公益诉讼的目的取决于很多因素,被告的态度、媒体的倾向、法院的权威等,都具有极大的影响。采取自益形式的公益诉讼的领域非常宽泛,其典型特征 is 个人受害即群体受害,群体受害也即个人受害。如消费者权益保护、环境保护、公共服务领域等。由于他益形式的公益诉讼目前所遇到的法律障碍尚没有解决,因此,目前应当尽量采取自益形式的公益诉讼,以自益为形式,以他益为目的。对这种形式的公益诉讼,需要探讨的一个重要问题就是判决效力的扩张。作为案件当事人的原告,提起诉讼的目的是为了维护处于相同情况下一大批人的利益,那么在原告获得胜诉判决后,判决的效力是否可以及于相同情况?

换言之,相同案件的当事人是否不必要再行起诉就可享有判决的内容?例如不合理的收费被法院判决为违法并责令返还后,是不是应该具有两层含义:一是该案被告不得继续此项收费;二是其他未起诉的受害人也可以以法院判决为依据主张返还。

(二)法律援助形式的公益诉讼

法律援助形式的公益诉讼,目前在法律上的障碍也不大。由于中国的司法制度没有实行强制律师代理,在民事诉讼、行政诉讼中都允许公民代理,因此,一些公益法组织,如民间法律援助组织、大学或者研究机构的人权法中心等可以派员代理这类案件。法律援助形式的公益诉讼是当前应当着力提倡的。

律师和公益法组织在这类案件中的作用,可以被界定为提供诉讼代理服务。这基本上还是基于现实法律规定而对律师和公益法组织采取行动策略的建议。但是,对于公益法组织是否可以代替私益受到侵害的当事人提起诉讼,则是需要加以讨论的另一个问题。从直观上看,某些案件中的利益关系明显表现为私益受到侵害,并且案件有直接的受害者,比如刑讯逼供案件,但受害者本人没有起诉或者不愿意起诉,其他人或者公益法组织是否可以代替受害者起诉?这种情况下,案件本身所包含的利益关系是非常复杂的,少数弱势人群的利益可能是特定的。但是,从社会法的角度来看,基于我们每个人都可能成为弱者,案件背后也包含着前面提到的公益与私益关系转换的第三种情况,因而也可以说是公共利益受到侵害。问题是,如果其他人或者组织可以代替直接受害者提起诉讼(以自己的名义或者以当事人的名义),那么,所遇到的法律问题则似乎更加复杂。除了起诉资格问题以外,实体权益的处分、诉讼结果的承担等都需要在理论上和法律制度上做出合理的解决。所以,笔者认为,对于这种情况,法律制度的建构应当慎重。而由于尚无法律加以规定,公益法组织和律师也不宜办理这类案件。

(三)他益形式的公益诉讼

他益形式的公益诉讼属于诉讼法意义的公益诉讼,即指当事人纯粹是为了维护客观的法律秩序或维护公共利益的需要,对无关自己利益的事项,认为行为人的行为违法而提起的诉讼。这是

① 参见蒋安杰《公益诉讼让司法获得变革社会的力量》,载《法制日报》2003年9月4日。不过笔者认为,通过公益诉讼,司法可以实现社会变革。但是,公益诉讼首先需要司法具有变革社会的力量,而公益诉讼本身无法让司法获得力量。

最为狭义的公益诉讼,也是学界讨论较多的公益诉讼形式,目前在诉讼法上的法律障碍明显。从诉讼法角度研究公益诉讼,具有以下特征:第一,不要求原告与被告的行为之间具有主观的利害关系;第二,提起诉讼的目的是实现客观的法律秩序和公共利益;第三,提起诉讼的原因是认为被告的行为违法。实践中,确实存在这样一些争端,其典型特征是违法的行为有直接的受益者,而没有直接的受害者。如城市规划领域行政机关违法审批行为、国有资产流失中某些机构或者组织违法失职行为、土地开发中的不合理利用、公共工程的审批招标发包等。在传统的诉讼法理论与规范之下,这些争端如果不解决诉讼法上的障碍,就不可能成为诉讼案件,也难以解决审理中的问题。在这类案件中,原告确实并非被诉行为的直接受害者(因为这类争端中根本就没有直接受害者),起诉不是由于与被诉的行为之间具有主观的利害关系,而是为了实现客观的法律秩序和公共利益,因而案件往往由于法院认为原告无起诉资格而遭到驳回。

依照《布莱克法律大辞典》的解释,原告资格是指某人在司法性争端中所享有的将该争端诉诸司法程序的足够的利益。传统诉讼法理论认为原告起诉必须与争端具有一定的利益关系,其目的是为了避免滥诉、司法资源浪费以及被告受到无端纠缠和社会资源的浪费。但是,立法是否应当考虑在社会转型时期,赋予某些主体为维护社会公共利益而提起诉讼的权利,这也是诉讼法学界关于公益诉讼问题讨论的缘由。这个意义上的公益诉讼需要解决的诉讼法理论问题很多,目前在法律上的障碍明显。归纳起来,未来在民事诉讼、行政诉讼立法中,需要解决以下问题:

1 起诉资格问题。起诉资格实际上是一个涉及不同主体之间利益衡量的问题。例如在政府权力行使的领域,起诉资格条件的合理运用,一方面可以阻止法院受理无利害关系的当事人提起的诉讼,以保护行政权免受法院的任意干涉;另一方面也是给予普通民众监督权力的权利,实现司法民主,以此与滥用行政权力的行政机关相抗衡。因此,在立法上和实践中如何对待起诉资格,是一个需要理论探讨与制度设计的问题。显然,公益诉讼中的原告起诉资格需要放宽,放宽到何种程度,是对特定类型案件放宽还是对特定主体放宽,是否需要设置一个可以过滤和筛选一部分案件的诉前程序等等,都需要立法做出明确规定。

2 诉讼请求与处分权问题。在这类诉讼中,由于原告非直接利害关系人,因而不存在私益诉讼中基于当事人意思自治原则而具有的处分权,

即使有,也应当受到极大的限制。与处分权相关的首要问题是,由于争议的诉讼标的关乎社会公共利益,原告提出的诉讼请求是否应当有所限制,诉讼类型是否应当只限于确认诉讼、形成诉讼,而非给付诉讼?而与诉讼请求相关,原告对案件争议的实体性问题有无处分权,可否撤诉,能否和解?在公益诉讼中,“原告不仅仅是为自身起诉,而是为集体,为一个集团或亚集团起诉;正是这一集团而不只是当事人必须恢复其‘集体性权利’的享有。因而,观念上的当事人的义务以及法院监控的责任就变得更加严格了。一方面,当事人不能自由地‘处分’争议的集体权利;另一方面,法官有责任确保:当事人的程序行为是、且在整个诉讼程序中皆保持为公共事业的‘胜任的捍卫者’。”^[4]显然,公益诉讼中当事人的、尤其是原告的处分权应当受到限制。

3 司法审查的力度。与当事人的处分权相关联的是,司法审查的广度和深度,或者说裁判权的范围与大小。在审理过程中司法权能动性的大小如何掌握?

4 诉讼费用。公益诉讼案件是否依然收取诉讼费用?可否缓、减、免?败诉后的诉讼费用如何负担?

5 激励机制。是否需要设置对于提起或者参与公益诉讼的当事人的激励机制?是否可以将胜诉后所得到的赔偿额按照一定比例奖励给当事人?如美国联邦民事欺诈索赔法案规定的告发人诉讼,允许个人代表美国政府起诉任何收到或使用政府资金并从中获利的个人或实体(包括州和地方政府)的欺诈行为,并按照所得赔偿额的一定比例给予奖励。^①

6 滥诉的预防机制。由于原告资格条件的放宽,在形成公益诉讼的同时也可能发生滥诉,造成司法资源的浪费,还可能使得无辜的被告陷入诉讼的麻烦之中,从而带来社会资源的浪费。在今天新闻媒介日益发达的背景下,滥诉权甚至可能成为不正当竞争的一种手段,造成被诉企业和组织的名誉、信誉的重大损失。设置预防滥诉的机制也是必要的。

立法可以考虑将公益诉讼限制为非给付诉讼,这样,原告的诉讼请求就只能是确认违法、停止侵害、消除危害等,不可能提赔偿损失之诉讼请求,因而也就没有对赔偿问题的处分权之应用,司法审查的力度以及诉讼费用的负担等问题也可以迎刃而解。从诉讼法角度来看,这其实是有必要的。之所以需要立法解决起诉资格问题,是由于传统诉讼法上利害关系的限制。而针对抽象公共利益提起的诉讼,显然不存在对提起诉讼的个人

进行赔偿的问题。如遇需要赔偿之情形,就应当认为具有利害关系,而可以采取传统诉讼法上之普通诉讼或集团诉讼的形式。

(四)检察机关提起诉讼形式的公益诉讼

从技术上说,检察机关提起公益诉讼同样需要诉讼法加以规范和授权,在此不赘。问题的关键是,在授予提起公益诉讼的权利时,立法如何在普通民众与检察机关之间做出选择。笔者认为,即使立法规定检察机关作为公共利益的代表者和维护者有权提起公益诉讼,也要考虑赋予普通民众提起公益诉讼的权利。这是因为:第一,检察机关作为国家机关,也会发生滥用权力和懈怠职守的情况。第二,检察机关作为国家机关,天然地会更多地考虑国家利益,而在某些情况下,国家利益与社会公共利益并不一致。实践中,检察机关提起公益诉讼关注的往往是国有资产流失等问题,这类诉讼虽然也关涉公共利益,但其中公民权利保护的意义却非常微弱。第三,就中国目前的情况来说,在变革的局势和多元化的时代背景下,与比较保守的检察机关比,普通民众对于维护自身权益的强烈愿望、某些社会精英所具有的敏锐观察力和社会正义感,使得他们更可能站在维护社会公共利益行动的第一线。对于负有社会正义感和责任心的公民来说,正如笔者在几年前就发出过的感慨和呼吁:“把权力监督机制的启动权赋予他们比赋予那些手握权力而无关自身痛痒的专门机关将更有实效。”^[5]

关于他益形式公益诉讼、检察机关提起诉讼形式公益诉讼与诉讼法意义的公益诉讼的关系问题,人们的观点和立法的态度可能存在相当大的不同,即诉讼法意义的公益诉讼可能仅指这里提到的他益形式的公益诉讼,也可能仅指检察机关提起诉讼的公益诉讼,还可能将这两种形式的公益诉讼都包含在其中。目前,一些学者、特别是诉讼法学者多是在这个角度上进行研究,包括近年来多篇硕士学位论文和博士学位论文,研究和探

① 参见刘卉《美国公益诉讼全方位保护公众利益》,载《检察日报》2004年11月23日。

讨的也主要是这类问题,尤其是原告资格问题。事实上,从维护公共利益之诉讼目的角度而言,什么是公益诉讼,或者公益诉讼是什么,并非是一个需要过多加以讨论的问题。具有公共利益、人权保护、社会变革和公众参与意义的诉讼,都是公益诉讼。尤其重要的是,公益诉讼需要的是积极行动,而不是坐而论道。但是,对于出现的对公益诉讼的其他理解,也需要进行相关的制度建构。正是由于有不同的理解,以及对事实的争论,才需要我们做出相应研究,这其中,需要积极行动的公益诉讼与期待制度建构的公益诉讼,既有各自之重点,又有密切之关联。

就中国的现实情况而言,社会问题的出现和社会发展的现实推动了公益诉讼的实践,而蓬勃发展的实践却面对相对滞后的立法与理论研究,公益诉讼须在理想与现实之间寻求联结的路径。对于广大关心公共利益保护的律师、学者和公益法组织而言,清醒的认识和理性的分析是非常重要的。这种分析应当在两个层面上进行:一是现有的法律规定层面,即实然角度,分析我们可以如何做,应当如何做。二是在理论层面,即应然角度,分析如何做出制度设计,如何提出立法倡议。如果在实务操作中不顾现行法律的规定去追求应然的效果,提起所谓的公益诉讼,是不能够解决现实问题的。

参考文献:

- [1] 章志远.行政公益诉讼热的冷思考[D].2005年10月15-16日苏州大学“公益诉讼、人权保障与和谐社会国际学术研讨会”会议提交论文.
- [2] 颜运秋.公益诉讼理念研究[M].北京:中国检察出版社,2002
- [3] 卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1980 125.
- [4] 卡佩莱蒂 莫.比较法视野中的司法程序[M].徐昕,王弈,译.北京:清华大学出版社,2005 412.
- [5] 林莉红.一个神圣的字眼——监督权力的权利[J].法学评论,2001(3):160.

[责任编辑:朱 磊]