

## 【公益诉讼】

# 公益诉讼的法理基础

王福华

**【摘要】**以公共利益为审理对象的公益诉讼既是纠纷解决活动,也是公众参与公共事务的政治活动,要反映特定政治道德和伦理,获得法理支持。个人主义诉讼机制深受自由主义浸润,其蕴含的当事人自我决定及程序保障理念成为公益诉讼制度发展的羁绊,经局部改良形成的家长式诉讼仍无法解决公益保护与公益代表间的根本性矛盾。以社群主义与公民共和主义为代表的共同体主义,虽从共同体价值和公共空间角度证成了集体程序的正当性,特别是商谈主义为公益诉讼制度提供了全新的程序理念、框架与裁判方式,但“公共善”理念的抽象性限制了其理论价值。以人民为中心的发展思想和人类命运共同体思想,为新时代我国公益诉讼制度注入了价值根据和政治伦理。在此基础上,合理吸收各政治哲学思想,可促进公益诉讼制度实现诉讼民主、正当程序、诉讼效率等诸价值。

**【关键词】**公益诉讼;自由主义;社群主义;共和主义;以人为本

**【作者简介】**王福华,上海交通大学凯原法学院教授。

**【原文出处】**《法制与社会发展》(长春),2022.2.59~81

公益诉讼制度发源于西方国家,<sup>①</sup>兴盛于二十世纪八十年代,当今已成为保护共同体利益、推动公共政策和保护弱势群体利益的重要制度,是全球性的司法创新成果。近十年来,我国公益诉讼制度发展迅猛,引人注目。2012年,在《中华人民共和国民事诉讼法》(下文简称《民事诉讼法》)确立民事公益诉讼制度之后,2017年分别修改的《民事诉讼法》与《中华人民共和国行政诉讼法》(下文简称《行政诉讼法》)拓宽了公益诉讼领域,形成了民事公益诉讼与行政检察公益诉讼并重的格局。2021年7月1日起实施的《人民检察院公益诉讼办案规则》标志着检察公益诉讼实现了制度化。丰富的公益诉讼实践呼唤着制度的理论化,在法律与政治两个层面推进公益诉讼进一步贴近社会和政治生活,形成有中国特色的公益

诉讼制度体系。

公益诉讼是国家保护公共利益的程序机制,作为诉讼对象的公共利益的特殊性加剧了程序上的复杂性。众所周知,公共利益广泛存在于公法与私法领域,并且是一个界定困难、适用混乱和目标繁杂的问题,由于难以形成社会共识,时常给司法和公共行政过程带来困扰。在很多情况下,公共利益只是被当作不同利益的公分母看待,从而与国家利益、社会利益、公共福利等概念相交错,被复杂化为法哲学问题。在这种背景之下,只有从公共利益的属性、结构和规范功能入手,分析其哲学基础、历史发展及在不同时代和社会经济条件下的应用,才可以揭示其本质。同样,公益诉讼制度中也充满法哲学命题。传统的公益诉讼制度研究通常聚焦于谁

有资格提起公益诉讼、诉讼范围如何划定、诉讼流程如何设计等具体而微的问题。但实际上,公益诉讼过程蕴含着极其丰富的法学与政治价值问题,时常引发各种理论冲撞,引起人们在诉讼过程中就生活的原则性问题展开较量,<sup>②</sup>争论时常被升级为“文化战争”(culture war)。相较之下,我国公益诉讼制度能够最大程度地聚集社会共识,使得公益诉讼在立法与实践两个层面被顺利推进。尽管如此,有关公益诉讼的源头性问题,例如,公益诉讼的价值何在,何种公益诉讼模式才是好的或正确的,公益诉讼制度运作如何获得更多的社会认可等等,这些问题事关制度的正当性和道德性,需要我们在法理层面挖掘其本质。

### 一、公益诉讼的法理之维

公共利益是一个灵活、动态的概念,其内容主要是在政治和社会层面上被定义,因而作为解决公共利益争议的公益诉讼就必然要在一系列关键理论上回应价值判断的难题:在制度目的上,公益诉讼如何兼具程序保障和协商对话功能,在公益纠纷解决中既保护诉权又促进社会和谐;在审判对象上,公益诉讼如何平衡个人利益与公共利益保护,在质与量两个方面终局地实现正义;在诉讼过程中,公益诉讼如何缓和程序与集体程序之间的紧张关系,在“零售式司法”与“批发式司法”之间寻求均衡;在诉讼结果上,公益诉讼如何去追求法律价值与政治价值的双赢,扩大纠纷解决的社会效益效果和政治效果,等等。

#### (一)公益诉讼制度目的的法理

公共利益是一种“模糊、难以察觉但控制一切的考虑因素”,其合法性被强制性地证成,这使得公益诉讼制度深陷于政治结构之中。<sup>③</sup>就国际经验看,公共利益是社会普遍接受的价值观,公益诉讼解决的是有关价值观的争议,而非单纯的法律事实争议,因此需要接受政治哲学的伦理规范。例如,社会与政治领域的人权保障、扩大公众参与、改善经

济条件、鼓励基层赋权、法律改革以及促进政府问责等公益诉讼案件,都是法律问题与政治问题相互杂糅的纠纷。我国近十年的公益诉讼案件主要集中于环境资源保护、消费者权益保护、食品药品安全、国有资产保护、自然遗迹保护以及特定人事(例如青少年、英烈、婚姻无效、家庭暴力、虐待等)的诉讼等领域,检察公益诉讼更是被视为以法治思维和法治方式推进国家治理体系和治理能力现代化的重要制度设计。换言之,公益诉讼不仅是解决社会纠纷的途径,也是一种行政活动或者一种贯彻国家政策的过程。<sup>④</sup>中外经验也表明,司法机关在评估公共利益时,都会自觉或不自觉地将身处的文化背景、意识形态和政治环境投射到其含义中。人们发现,即使是最有道德的人也会将自己的公共利益观点强加于人。由此反映出,公益诉讼制度是在当代法理学各种思潮相互激荡的背景下发展起来的。法律与政治因素的交错导致了公益诉讼制度构建中的多重紧张关系:个人利益保护与公共利益保护的紧张关系、私人诉权与集体诉权的紧张关系、自由主义程序与集体主义程序的紧张关系等等。公益诉讼制度像一座冰山,浮于水面上的一小部分就是形形色色的公益诉讼实践,隐藏于海水之下的是内涵丰富的制度与理论,前者易于被观察,而后者却易被忽视。

在历史上,法学家们一直试图从法学和政治学两个角度来理解公共利益与公益诉讼。在庞德看来,公共利益是“涉及政治组织社会的生活,并以政治组织社会名义提出的主张、要求和愿望”。社会利益同样是“涉及文明社会的社会生活,并以社会生活的名义提出的主张、要求和愿望”。<sup>⑤</sup>基于其特性,公共利益包含着社会基本价值观的冲突,纠纷的解决也超越了“案结事了”的层次,最终的裁判不仅要定分止争,还要针对权利的意义和效果作出价值判断,“政治司法化”和“司法政治化”构成了公益诉讼的双重面孔。总之,公共利益是国家立法的重点,也是具

有可适用性的法律规范,作为其保护形式的程序机制——公益诉讼和司法审查也被认为是其内在的组成部分。

从实体角度而言,公益诉讼制度的目标在于追求实质正义和社会正义。公共利益受到侵害,主要因违反宪法和法律规定,对基本权利造成公共伤害。作为权利救济的综合性程序,公益诉讼最为直接的实体目的就是确认、恢复和实现公共利益,维护社会对法治社会及司法制度的信心。上述目标又有不同的导向,形成不同类型的公益诉讼:第一是抽象利益导向型公益诉讼。这种公益诉讼也被称为“纯粹性公益”诉讼,以保护不特定多数人的利益为目标,争议的公共利益具有纯粹性、不可分性,作为诉讼标的之公共利益没有特别指向,典型者如单纯请求恢复生态的环保案件。我国公益诉讼立法规定的就是抽象利益导向型的公益诉讼制度。第二是共同体利益导向型公益诉讼。这类公益诉讼也被称为“集合性公益”诉讼,其诉讼标的为“共同利益”而非纯粹公共利益,诉讼结果虽在原则上仅约束共同体内部成员,但利益效果具备一定意义上的不可分性和扩张性。<sup>⑥</sup>解决这类纠纷的群体诉讼制度(集团诉讼、团体诉讼和选定代表人制度),由于对社会大众具有特殊意义或利益,提出了具有广泛性和重要性的公共问题,<sup>⑦</sup>因此也属于公益诉讼的具体形式。第三是弱势群体利益导向型公益诉讼。这类公益诉讼将目的设定于保护弱势群体的利益,公益诉讼是弱势群体权利保护的武器。当社会公众由于无知、贫穷、恐惧或缺乏有组织的努力而无法获得法律保护时,公益诉讼就成为必需品。<sup>⑧</sup>一些发展中国家(例如印度、巴西和印度尼西亚等国)将社会保障、健康、教育纠纷等社会经济权利纠纷作为公益诉讼的主要内容,赋予社会经济权利以“可诉性”,这意味着公益诉讼范围的扩张。

从程序角度而言,公益诉讼除了具有成本低、回应社会问题迅速和影响力大这样的程序优势外,还

具备两个程序功能:第一是程序保障功能。这是公益诉讼制度最基本的程序功能。公益诉讼制度通过公益代表和法定诉讼担当机制,为那些没有亲自参加诉讼的个人提供程序保障,使他们受益于公益诉讼的结果,以平衡程序参与和程序保障之间的关系。各国公益诉讼制度都有这样的基础功能。第二是协商对话功能。协商对话建立在程序保障基础之上。公益诉讼不仅仅是一个诉讼请求及诉讼主张的证成过程,也为诉讼主体及全社会提供充分对话、协商的空间,为社会成员参与重大问题的解决留下充裕的公共空间,借助于这样的综合性正义体系实现社会和谐,增进社会团结,凝聚社会共同意志。南亚次大陆国家普遍以这样的理念作为发展公益诉讼的旗号,引发了社会关注。

## (二)公益诉讼审判对象的法理

在通常情况下,诉讼只解决法律争议,然而公共利益争议却倾向于将政治领域中的权利争议转移到司法机关,进入公益诉讼的场域。<sup>⑨</sup>无论是审判对象(诉讼标的)的确定,还是裁判结果的作出都要严格依据法律,并充分考虑公益诉讼的社会整合和价值重建功能。但是,很少有实体法给出关于公共利益的明确界定,无法逐一列举哪些情形属于公共利益,哪些情形不属于公共利益。<sup>⑩</sup>这表明公共利益的判断依据并非实体法,或者说主要不是实体法,由此在一个方面加重了公益诉讼原告的论证义务。在起诉时,他们就要主张何为公共利益、公共利益受损害的事实以及因果关系,并要举证加以证明。<sup>⑪</sup>审查这些要件也会加重法院的负担,法院就必须对公共利益的有无、公益诉讼是否被滥用以及公益受损害的结果进行判断。而判断的依据除了法律之外,还必须重点考虑社会政策、国家机构职能等因素。以消费者保护案件为例,美国仅仅将消费者保护视为政策层面的问题而非公共利益问题,欧盟国家同样在司法上对应否将这类案件涉及的内容作为公共利益而犹豫不决,多数欧盟国家倾向于将消费者保护作为

“次宪法”原则,而非明确的公共利益。<sup>⑫</sup>显然,公益诉讼制度的功能设计就必须着眼于法律价值与政治价值两个层面,反映整个社会的期待,满足国家将诉讼置于政治视角之下进行观察和处理的愿望。这样一来,公益诉讼就具有了双重意义,其既是一个诉讼过程,也是一个政治过程。

公益诉讼审理对象的确定,是司法机关代表国家进行公共排序的结果。相较而言,纯粹公共利益肯定应被置于最优先地位,由法定的机关、组织乃至个人提起公益诉讼。但非纯粹公共利益也同样重要,民事诉讼法通常为该类利益的保护设置代表人诉讼、团体诉讼、集团诉讼、示范诉讼等制度。<sup>⑬</sup>这些程序与狭义公益诉讼的共性在于:通过削弱传统诉讼对原告资格的限制,让那些超越诉讼当事人个人利益的公共利益,通过审理和判决服务于更广泛的公众。换言之,公共利益的范围及其排序,决定着公益诉讼制度的内涵与外延,不仅不特定多数人的利益属于公益诉讼的审判对象,而且那些因同一侵权行为受害的集体利益也应被纳入公益诉讼之射程。因此,各种群体诉讼机制连同公益诉讼制度,在二十世纪六十年代被英美国家组合为“公益法”(public interest litigation),用于解决新类型的环境问题、社会问题、产品责任问题、竞争法争议和其他公共利益纠纷。

### (三)公益诉讼过程的法理

自由主义政治哲学塑造了当事人主义诉讼模式。这种模式以充分发挥个人智力和道德能力,以及尊重个人价值、重视个人自我实现为中心,体现了自由主义的价值标准。然而,在二十世纪六十年代之后,全球范围内的诉讼制度随着自由主义的退场而变得复杂,公共利益对于秩序的构建和维护具有重要意义。<sup>⑭</sup>由于传统个人程序的法理难以应对,无法为公益诉讼提供道德性论证,在传统私益诉讼的基础上形成的诉讼目的论、诉权论、构造论、标的论以及既判力论等理论,不能当然用以诠释公益诉

讼中的相关问题。<sup>⑮</sup>这样一来,就必须转变司法理念,由个体主义转向集体主义,让“维护法律和平”和保护“整个法律秩序”成为程序法的指导思想,为公益诉讼制度的发展破除障碍。

公益诉讼制度的发展主要得益于两方面立法的突破。第一,放宽公益诉讼起诉人(原告)的诉讼资格,使没有受到法律上损害的组织或个人也可以起诉,这样公益诉讼才能启动。在这方面,普通法国家走在了前列。美国联邦最高法院在二十世纪五十年代开始允许原告为了维护他人的权利进行诉讼,随后采取了更宽松的“特殊或足够利益”标准。二十世纪七十年代,丹宁勋爵推动了英国当事人制度的变革,传统上的原告必须是合法权利受到侵害而遭受损害的人,必须对纠纷有足够的利益,修改后的标准是:只要起诉人有足够证据证明存在诉讼利益,就可以寻求司法救济。我国也采纳了该思路。2015年,最高人民法院在民事环境公益诉讼司法解释中,取消了原告必须与案件有直接利害关系的规定。<sup>⑯</sup>第二,通过缓和程序规则的刚性规定,为公益诉讼清除障碍。各国公益诉讼形成这样的共识:通过放弃严格的、正式的程序,让司法机关将社会热点问题作为公益诉讼处理。改革方向是简化公益诉讼程序,例如,将检举或申诉状视为起诉状,法院可依职权启动公益诉讼程序,放宽传统管辖规则以利于弱势群体提起诉讼,公益诉讼判决是否发生既判力取决于诉讼请求的性质及案件事实等。上述措施在公益诉讼构建中被概括为“形式服务实质”原则。

个人程序向集体程序的转变,无疑适应了公共利益司法保护的客观需要,也折射出自由主义失去对诉讼程序制度的支配地位,而被社群主义和共和主义取代的现实。这样的转变还塑造了公共利益与个人利益保护的新格局:诉讼程序中的个人自治与自我决定要让位于集体程序中的代表机制与判决扩张机制。这样的变化实乃大势所趋,尽管自由主义政治哲学家顽固地反对这样的转变。<sup>⑰</sup>

#### (四)公益诉讼结果的法理

传统诉讼采双方当事人对立的构造,双方当事人在诉讼中对立争执,诉讼结果也仅针对本案的法律关系作出,原则上仅拘束双方当事人,对其他人不发生效力。但公益诉讼打破了这些陈规旧律,不但诉讼范围由法院和当事人共同决定,救济方式也必须具有灵活性、前瞻性和特定性,救济的结果要对相关社会成员具有重要意义。因此,在救济方式上发生了革命性变化:救济不是强制性的,而是商谈的结果;判决并不意味着司法介入的终止,司法机关在诉讼终结后仍要参与到相关事件之中;司法机关不是被动的,而是积极能动的,其责任不仅在于对事实的认定,还要妥善组织和决定诉讼过程,确保结果的公正和可行性。<sup>⑧</sup>

显而易见,上述变化突破了传统的程序法框架,是政治价值对程序法进行的重塑。这主要表现为:首先,公益诉讼及其结果属于公共产品。在政治角度,法院及诉讼制度一直被视为一种公共物品,或者更确切地说,是一种政治公共物品。<sup>⑨</sup>公益诉讼的公共物品属性更为明显。由于行政机关未必是专业机构,履行行政职能时可能偏离法律,公益诉讼作为一种纠错机制具有监督行政机关履行法定职责的功能,这无疑加强了公益诉讼的公共服务功能。其次,公益诉讼制度为缺乏参与行政决策机会的民众提供参与机会,使他们能够参与行政问责的司法过程,展示自己的社会价值,实现社会正义。在客观上,公益诉讼过程就是一个在公共空间进行协商的过程,公益诉讼判决则被注入鲜明的公共物品属性,不但约束公益诉讼的原告与被告,判决效果还会扩张到一般社会成员那里,满足社会全体(或多数人)需要。即使公益诉讼败诉,其裁判仍具有公共物品的价值,至少会使社会成员免费获得有益的诉讼信息,免于再起诉,无疑避免了错误成本的支出。<sup>⑩</sup>最后,公益诉讼不以输赢论结果。有观点认为,如果公益诉讼不是以判决结案,而是通过调解、和解或谈判途径解

决,会减损该制度的公共产品价值。但实际上,公益诉讼在结果上并没有真正的赢家和输家,因为在形式上,公益诉讼各方主体参加到公益诉讼之中是为了参与解决特定公共问题,而非仅争议孰胜孰败。换言之,公益诉讼的结果完全是谈出来的,而不是打出来的。

总之,公益诉讼制度的构建必须建立在特定的法理基础上:一方面,有什么样的法理基础,就有什么样的公共利益判断标准及公益司法保护机制,法理基础对公益诉讼具有决定性的塑造作用。另一方面,战略性地运用公益诉讼也会推动实体法和社会政策的及时完善,激发有意义的社会变革,可弥补立法及行政执法的短板,使司法保持对社会问题的敏感,缩小与社会问题的距离。

## 二、个人程序与自由主义

在类型学意义上,诉讼程序可被分为个人程序和集体程序两个类型。个人程序就是严格执行当事人主义模式的诉讼类型,确定审判对象及提供诉讼资料都是当事人自己的责任,诉讼结果也由当事人自己承担,传统民事诉讼属于这种类型。集体程序则是专门解决大型纠纷的诉讼程序,是保护公共利益或群体利益的特殊程序,包括公益诉讼这一“纯粹性公益”诉讼类型,以及群体诉讼(代表人诉讼)、示范诉讼等“集合性公益”诉讼类型。<sup>⑪</sup>集体程序涵盖的范围虽广,但有其共性:引入了诉讼代表机制,由法定或意定的代表人代表未参加诉讼的群体成员(class of non-parties)提起并进行诉讼。无论是公益诉讼还是各种形式的群体诉讼,其判决具有扩张效力,对被代表且未参加诉讼的当事人发生法律效力。在法理基础上,个人程序与自由主义理论相对应,集体程序则与共同体主义相映成趣。自由主义诉讼观捍卫着正当程序理念,但其保守性也构成公益诉讼制度发展的羁绊,这为集体主义诉讼观的发育提供了契机,使其在当事人适格、判决效力相对性等关键点上能够挣脱自由

主义诉讼观的束缚,为公益诉讼制度的发展提供了理论基础。

### (一)公益诉讼与个人程序

个人程序契合了自由主义政治哲学思想,深受自由主义规范性主张的支配。自由主义强调了正当程序在诉讼制度中的优先性,这在当事人主义诉讼模式中有最突出的表现——诉讼利益是个人的,诉讼是当事人自己的事情,他们自己的诉讼权利在诉讼过程中居于最优先地位。至少在民事程序场域中,无论是诉讼的进行还是诉讼资料的提供,都是当事人自己的责任,处分原则和辩论原则被推到诉讼程序的核心位置。前者承认提起民事诉讼的自由,后者则支持在法律案件中提出个人的理由和论据的自由。在这两个诉讼原则的支配下,当事人在诉讼中的作用比法院更重要、更直接,也更具有决定性意义。

当然,自由主义框架下的个人程序绝非意味着自私自利、不择手段的利己主义,它所强调的是当事人的自我决定的重要价值。对此,即便是注重共同体精神和公共利益的集体程序,或者是社会主义国家的诉讼法,也都必须强调以当事人自治或自我决定作为自己的基础。个人程序受自由主义诉讼观支配,强调自我发展、个人的独特性,以及实现个人欲求和目标的必要性,这就是正当程序的法理学基础。在自由主义看来,公共利益和个人利益的区别是复杂且细微的,当把公共利益提供给某个人时,它必然也同时自动地为同一社群的其他成员所享有。但与集体主义诉讼观相比较,自由主义坚信个人程序已经足以保护个体权利,当事人行使自己的诉讼权利就可以实现对个体权利的救济,也会间接地实现对公共利益的保护,集体程序只会破坏个人程序中的当事人自治。

个人程序的理念在哈耶克的自由至上主义、罗尔斯的平等自由主义、诺齐克的权利至上自由主义理论中都可以找到价值依据。哈耶克认为,真正意

义上的个人主义最终要维护个人独立的价值和尊严。拯救和捍卫自由的社会秩序,归根结底是要捍卫个人自由。<sup>②</sup>因此,司法必须奉行中立的自由主义立场,应该扮演被动的角色,让纠纷个体行使他们自己的诉讼权利,以实现私权保护和程序保障。罗尔斯的平等自由主义,虽然强调了社会分配正义,关注保护弱势群体的基本自由和权利(以机会平等和差异补偿为内容的“第二正义原则”),似乎突破了个人程序,为集体程序的发展提供了机会,但实际上,“第一正义原则”(最大的均等自由原则)仍被置于“第二正义原则”之上,私权保护仍高于公益保护,集体程序仍要服从于个人程序,个人对公益保护过程和结果仍具有决定权。诺齐克的权利至上自由主义则更加保守,主张“个人拥有权利,有些事情是他人和团体都不能对他们做的,做了就侵犯他们的权利”,提出“再分配等于盗窃”理念。<sup>③</sup>“最小国家”秉承的最少干预原则,实际上是在否定公益诉讼的正当性。总之,自由主义政治哲学将正当程序奉为诉讼制度的终极真理,专注于个人而遗忘了社群。尽管马克思主义政治哲学已经迫使西方政治哲学家修正观点,以公正地分享资本带来的利益,罗尔斯、德沃金关于资源平等的政治哲学似乎已经发生了这种变化,但在根本上,当代自由主义政治哲学无力摆脱“形式自由”的痼疾。对于公益诉讼制度而言,自由主义理论显然忽略了资源占有不平等对于权利保护的客观影响,削弱了公共利益保护的必要性。一个明显的事实是:在任何一种自由主义正义理论中,弱势群体的权利保护能力低下的事实并不会得到改变。

自由主义对公益诉讼制度的禁锢来自两个方面:第一,僵化的当事人适格理论使公益诉讼难以发动。公益诉讼当事人的适格问题,强调的是对特定的公共利益的保护,谁可以以原告的诉讼地位起诉、应诉以及请求法院作出判决,或者依据什么标准将不适格的当事人排除在公益诉讼之外,防止滥用公

益诉讼。自由主义政治哲学对上述问题给出的是消极解释,它以保护个人权利为出发点,主张在公共利益受侵害的情况下,个人权利仍居于优先地位,个人诉权优先于集体诉权。换言之,诉讼对公共利益可能产生的任何影响,都必须基于更具体、狭义的案件所主张的个人利益。<sup>②</sup>第二,自由主义无法正确阐释公共利益中的程序保障机制。在自由主义看来,如果诉讼过程和结果完全由他人(法定组织或团体)主导,公共利益享有者或者特定群体成员们并没有亲自参与诉讼,却让其承受诉讼后果,这显然不符合程序保障原则,尤其与自由主义的核心价值——自治理念相悖,私人强烈维护公共利益的正当动机往往会被认为是有意恶意的。<sup>③</sup>自由主义政治哲学抵制公益诉讼制度,这是一种自我价值维护的需要。在自由主义理论看来,裁判结果并不是在当事人自己的诉讼活动中形成的,公益诉讼裁决的效力必定会超越实际参加诉讼程序的当事人的范围。<sup>④</sup>没有参加公益诉讼的社会成员要受到公益诉讼判决的拘束,这意味着判决既判力的相对性被突破,诉讼中“个人主义最后的庇护所”将不复存在,这无疑会严重冲击自由主义的诉讼观,因此必然招致自由主义理论的攻击。

## (二)公益诉讼与功利主义

从古至今,诉讼资格(*locus standi*)问题始终是公益诉讼改革的聚焦点。罗马法秉持思想解放精神,推动了“大众诉讼”的发展。然而,公元五世纪末以后,随着盎格鲁撒克逊法的入侵并采纳严格的诉讼资格标准,“大众诉讼”不复存在,其被抛弃的逻辑是:在利害关系的当事人标准之下,谁有诉权谁就可以起诉,无利益即无诉权,没有一个人可宣称自己对公共利益享有诉权,也就没有一个人可以发动公益诉讼。因此,放宽当事人适格标准成为公益诉讼制度发展的不二选项。二十世纪下半叶,英国的丹宁勋爵重新阐释了诉讼资格的内涵,认为“权利受害”的范围很广,不应被限制,所有权利遭受损害而有冤

情的人都属于这样的人。<sup>⑤</sup>与此同时,随着扩散性利益保护的需要,公益诉讼开始了全球范围的复兴,原告适格的标准从严格走向缓和,这样的革命性变化显然是功利主义政治哲学被重拾起来的结果——公益诉讼制度应该能够给社会带来最大化效益,增加全体社会成员的幸福。显然,公益诉讼的当事人资格难题是“公共利益”本身所带来的,对公共利益不同的界定决定着公益诉讼制度不同的设计思路。时至今日,人们仍像在边沁(Jeremy Bentham)时代一样讨论着公共利益的初始问题:它是否指称大多数人利益或社区利益?是不是一个统一概念?这也注定了公共利益及其保护机制被作为一个法理学问题看待。

以边沁为代表的功利主义者偏爱从个人主义立场来界定公共利益,认为公共利益就是“个人利益的聚合”。他的一句名言就是:“社区不过是由其成员组成的虚构团体,社区利益则是其成员利益的总和。”<sup>⑥</sup>休谟则对公益作出这样的概括:“正义之所以得到赞许,确实只是为了它有促进公益的倾向”。<sup>⑦</sup>穆勒则把“功利”或“最大幸福原理”当作道德基础的信条主张,认为行为的对错与它们增进幸福或造成不幸的倾向成正比。<sup>⑧</sup>在功利主义者看来,如果一个行为倾向于促进它所影响的最大多数人的最大幸福,那么这个行为就是善的。<sup>⑨</sup>这样的价值判断显然有力支持了公益诉讼的制度构建。相较于个别诉讼或诉讼合并,公益诉讼在社会公共利益保护上显然更能使社会成员或特定群体成员的功利总和达到最大值,能为他们创造最大幸福,其法律与政治价值优势显著。

马克思主义理论对功利主义提出了批判,认为它将事物本身的“善”作为根据,而离开了目的论的支持它就无法为道德行为找到根据,全部的道德论证也就无处落实。<sup>⑩</sup>中外实践也充分证明,功利主义政治哲学只给公益诉讼带来非常有限的道德性。首先,功利主义强调的是个体权利保障让位于公益诉

讼,后者优先于前者,这无疑又会削弱个体权利的司法保护,难以圆满地回答如何从制度上保证立法符合公共利益的问题,因此无法为公共利益保护提供思想支持。其次,功利主义将判断公益诉讼能否最大限度地提高社会整体的幸福感的权力,交给了立法者或司法者,使公益诉讼按照功利主义原则运作,从而让公益诉讼蜕变为一种“家长式诉讼”——由强势机关或组织、团体代表社会或群体起诉,个人的选择机会则被压缩,个体权利甚至成了工具性物品,其唯一用处是追求整个团队的幸福。<sup>③</sup>由此可见,公共利益与个人利益保护间的紧张关系,在功利主义那里无从获得根本性解决。

### (三)公益诉讼中的代表问题

自由主义政治哲学在形式上将“人民意志”奉为共同利益的直接源泉,相应地,直接民主(direct democracy)被视为实现公共利益的最为适当的方式。<sup>④</sup>但显然,公共利益是一个非常复杂的问题,无法以直接投票的方式来作出决定,只能以代议制途径来解决,因此,多数人决策原则被普遍用作确定公共利益的客观基准。

在程序法上由谁来代表社会或公共利益也是一个民主问题。关于公益诉讼的法律规定的组织、机关可以提起公益诉讼,但这样的一般性规定并非意味着这些组织、机关就一定能够成为特定案件的适格原告。首先,在原告提起公益诉讼时,公共利益及受损害群体的状况尚不明确,无法判断他们是否为一个统一体以及群体规模,这意味着法律规定的公益诉讼原告所代表的“群体权益”的伸缩性极强,只有在具体事由下才可能界定其性质。<sup>⑤</sup>其次,如果说并不存在一个具体的叫作公共利益的客观存在物,而只存在抽象的公共利益的话,那么由程序法抽象地赋予某类主体,并不会使他们当然地获得对具体公益案件的代表资格。因此,除了抽象的法定赋权之外,适格原告必须具备代表的适当性、充分性这一条件。代表关系之所以是公益诉讼原告适格的必要

条件,乃在于现代社会不可能由所有公民组成庞大集团来直接参加诉讼进程,司法实践更不会允许全民诉讼这样一种形态的存在,即由全体社会成员亲自参与关于事实的诉讼辩论和处分行为。特别是,现代自由理念也不会强迫公民去参与诉讼。那么,如何确定公益代表,以及如何改善代表的适当性和充分性就是个问题。

在立法上解决代表问题的途径有如下几个:第一,由法律授权的公益团体(包括民间及半官方两种类型)代表公益提起诉讼,例如消费者权益保护组织和环境保护公益组织。第二,由法律授权行政机关或检察机关代表公益提起公益诉讼。例如,美国联邦贸易委员会可就违背反托拉斯法的竞争行为和侵害消费者利益的行为提起诉讼,再如我国检察机关提起的公益诉讼。第三,由具有共同利益的个人提起具有公益性质的诉讼,典型者如诉讼代表人、集团诉讼和示范诉讼中的原告(代表)代表其他当事人进行诉讼。

问题在于,立法机关并不参与具体问题的解决,在立法上授权相关组织提起公共利益,无法考虑到如何保障那些没有团体或组织代表的社会成员的利益(非集团化利益)。这一问题的难点在于,公益的代表必须满足诉讼民主的要求——它们属于“非选举式代表”或“自我授权代表”,并没有从被代表者那里获得直接的授权,但却要代表他们,其正当性就成为问题。尽管可用诉讼担当理论解释,赋予非权利主体以提起诉讼的权利,也就是诉讼实施权。但在自由主义者看来,诉讼当事人的自我决定(处分权)在诉讼中仍是完全的道德存在,由相关机关或组织强行代表群体利益,便是对自我决定价值的否定,无异于把社会成员当作小孩或者动物,而不是当作共同体中的完整成员。<sup>⑥</sup>正如自由主义者所宣称的那样:任何团体都有权利通过民主方式推进某项议程,但说服自己的同胞是一回事,在没有民主多数的情况下强加自己的观点则是另一回事。<sup>⑦</sup>因此,公

共利益代表的充分性,决定着公益诉讼结果的正当性。如果原告缺乏充分的代表性,公益诉讼的结果便难言正当。

首先,法定诉讼担当与公共利益代表是两个问题,仅凭程序法授权并不足以使机关或组织获得对具体公益事项的代表权。发生公益侵权之后,公共利益的代表通常并不是唯一的,谁的代表性更加充分,属政治价值判断问题——国家机关是由民意机关按照民主程序选举组成,表明法定机关完全有权代理本辖区公共利益。但这仅是抽象规范,并不代表其真正能代表具体的公共利益,因为选民和公益受害群体并非同一群体,政治选举出的代表与公益代表也非同一。换言之,如果将公共利益视为一个“实体”,被代表的社会成员的个人利益都可能被其吸收,那么诉讼中的个人自治也将不复存在,个人的利益不过是更大有机体中的一个要素而已,这是自由主义政治哲学所无法接受的。因此,群体诉讼的诉讼代表人推举实际上采用的是民主选举程序,<sup>③</sup>公益诉讼或团体诉讼限于被代表人无法选举,因此对其代表资格作出了限制:第一,将人数规模作为确定公益代表的基础标准,以一定的人数规模起诉为基础,然后将案件作为公益诉讼案件并确定代表人。<sup>④</sup>第二,要求团体有优良的记录,至少不存在违法情形,这也是增强代表适当性的举措。

其次,法定机构或组织提起公益诉讼,受害个人的诉讼权利的保障也会面临着代表悖论问题,即受害者“既不在场又以某种方式在场”(not present yet somehow present),公益诉讼的原告并非其推举的,被代表的社会成员无法对代表人(组织或团体)展开问责。而且,资源和禀赋上的差异又会导致弱势群体更能获得这种自我授权的代表,代表也多由精英担任,在表达普通大众的偏好上难免会有扭曲。<sup>⑤</sup>以消费公益诉讼为例,消费者是否有真正的诉讼意愿、消费者是否愿意选定某个消费者保护组织代表

其提起公益诉讼都不甚明确。但可以明确的是,消费公益诉讼中代表不特定消费者的消费者组织有其外部边界,一旦超出这个边界,其代表行为就不再有效。在实际上,我国司法解释为检察公益诉讼和消费公益诉讼规定的管辖条款,<sup>⑥</sup>便是在地域要素上为检察机关和消费者协会确定代表标准,增加代表公共利益的充分性或适当性。

最后,家长式诉讼可在一定程度上解决公共利益的代表问题,但不能在根本上解决该问题。家长式诉讼也被称为父权诉讼,是由特定的国家机关(检察机关或行政机关)提起,以保护独立于特定个人利益以外的一般性利益(*general interests*),超越个人而为政府本身利益的诉讼形式。<sup>⑦</sup>在这种诉讼中,国家机关作为公益代表就像父母照看家庭成员一样,依职权采取诉讼行动,例如,根据掌握的线索立案、依职权调查证据等,同时提供家长式人文关怀。它预设了这样的前提:即使当事人个人有权作出程序选择,但代表人能更好地保护他们的权利,比当事人自己更了解如何维护权利。然而,在自由主义理论看来,家长式诉讼不过是一种外部施加的力量,只能在自由主义框架内存在——每一个正常的成人都应该享有必须被他人尊重的、一定范围的自我决定权,只有在人们无法保护自己利益的情况下,家长式诉讼才具有正当性。正因如此,美国有些法院认为,如果可以提起私权诉讼以请求损害赔偿时,则不得提起父权诉讼。也有判例见解坚持各州的利益系附着于个人利益。<sup>⑧</sup>总之,在自由主义看来,由外在的力量按照当事人并不支持的价值去支配当事人,并不会使其生活变得更好,<sup>⑨</sup>反而可能创造出一些无意义的诉讼,这可谓西方公益诉讼制度的一种负向示范。

总之,公益诉讼制度中的公共利益、诉讼主体、程序过程、判决效力等问题,都体现着个人主义与集体主义诉讼观念的对峙、排斥和互动。自由主义捍卫了正当程序理念,但也给公益诉讼制

度制造了障碍。它揭示了个体诉讼与集体诉讼之间的紧张关系:公益诉讼会使社会成员失去对诉讼过程及结果的影响,进而危及诉讼结果的正当性。社会成员们也许对正进行的公益诉讼毫不知情,或者表现出一种“理性的不关心”状态,这些都会成为影响公益诉讼效能的重要因素。正因如此,自由主义和个人程序必须在合理限度内消解这样的弊端,例如,缓和原告适格标准,以保证“非集团化利益”的适格代表能够有效参与到诉讼中。再如,尽量保持法定诉讼担当的规定与涉讼群体范围上的一致性,也就是特定群体的公益诉讼应由最具有代表性的组织作为代表,作为适格原告。同时,对于那些本来对诉讼正义不感兴趣的人,能够给予说明,<sup>⑤</sup>通过发布公告落实诉讼公开和诉讼参与理念,给他们留下自我决定空间。这些措施在很大程度上保证了公益诉讼中的程序保障,也给我国提供了启示,公益诉讼制度的构建应注重保障社会成员和群体成员的知情权,强化程序保障,<sup>⑥</sup>以缓和我国公益诉讼制度中个人程序与集体程序之间的紧张关系。

### 三、集体程序与共同体主义

二十世纪下半叶,伴随着工业化和全球化进程,呈现出大量新型的、社会的、集体的、分散的权利和利益,实体法的保护对象则由个体权利转向集体权利。这同时要求司法救济在手段和形式上进行调适。正是在上述背景下,自由主义诉讼思潮不断从诉讼领域退却,甚至在诉讼制度中视为有害的道德观念。与此同时,在共同体主义(社群主义)的推动下,集体主义诉讼观得以孕育形成,推动了诉讼制度“从个人到社会的正当程序”的转变,公益诉讼制度由此兴盛。当然也须注意,社群主义和共和主义作为集体程序的法理基础,虽在局部填补了自由主义的虚空,为公益诉讼制度找到一定根据,但并未摆脱自由主义的窠臼,其与自由主义在诉讼领域内的斗争不过是二者内部的一场辩论而已。

对于我国公益诉讼制度的构建而言,这一制度仅具有参考意义。

#### (一)公益诉讼与社群主义

集体程序是共同体主义政治哲学塑造的结果。汉娜·阿伦特的古典共和主义、哈贝马斯的社会批判理论以及桑德尔、麦金太尔的共同体主义(社群主义、社团主义)都是共同体主义的重要理论分支。他们倡导正义原则不仅应从特殊共同体或传统中人们共同信奉或广泛分享的那些价值中汲取道德力量,而且正义原则取决于它们所服务的那些目的的道德价值或内在善,<sup>⑦</sup>也就是“善优先于权利和正义”。因此,国家和社区等共同体价值和公共利益所保护的理念就被置于优先地位。“共同体(社会)第一,个人第二”成为支持公益诉讼发展的口号。与此同时,还必须通过商谈来消除人们在维护公共利益时被欺骗的危险,为此,需要将商谈和民主意见作为程序合法化的唯一来源。<sup>⑧</sup>社会批判理论有关公共领域是公民自由讨论公共事务、参与政治的活动空间等主张,充实了公益诉讼的内容,提出了有别于程序保障的程序理念和框架。

在诉讼发展史上,社群主义政治哲学最早被作为公益诉讼的外援性理论,为其增加合法性论证。尽管社群主义形成于近几十年,但集体程序的政治哲学却可以追溯到罗马法时代,当时即有“任何人都可为他自己,也可为他人起诉……为了人民,为了自由,为了监护”的规定。<sup>⑨</sup>17世纪以来发展起来的代表理论,将代表与代理人观念以及代替他人行动的观念联系起来,为“大众诉讼”(actio popularis)制度开辟了道路——任何公民对损害公共利益的行为都可以提起诉讼,这为构建起代表型的诉讼制度,例如公益诉讼、诉讼担当和诉讼代理制度,提供了正当性依据。集体程序或大型诉讼的政治价值也被进一步阐释为:人类是社会动物,为了更大的社会利益就必须去维护社会结构,共同体的利益就需要被尊重和保护。

在社群主义看来,诉讼中的个人主义不应是绝对的,当事人作出自我决定存在着一种前提条件——个人自由与福祉只有在共同体中才得以可能实现,因此要根据公共意愿限制个人自主决策,最大程度地保护公共利益。具体表现为:第一,主张将一般事务的决定权赋予整个社区而非个人,强调决策的民主性,个人自主权不能与社区的决策权相脱节,人们选择行动的动机通常来自社区的经验。<sup>⑤</sup>第二,决策在客观上存在着好与坏之分,政府有责任制定政策促进全社会的“美好生活”,引导社会走向预定的理想目标。为此,个人的偏好就必须受到约束,最大限度地追求社会利益。这样,自由主义的“权利政治”就应被“共同利益的政治”所替代,或者至少前者要得到后者的补充。<sup>⑥</sup>基于上述分析,社群主义主张平等重于自由,公益保护重于私权保护,公益诉讼重于私益诉讼。这样的公共排序对于公共利益及其保护方式有着巨大影响,为其注入了价值根据。

但社群主义理论在强调社群价值的同时,忽视了个人的成长和发展,这给公益诉讼制度带来道德性论证的新难题。公益诉讼虽赋予团体、组织以提起公益诉讼的合理性,解决了公益诉讼的原告适格问题,但也易于忽视个体当事人的权利,往往以公益为名将兼具公私利益的内容拒之门外。<sup>⑦</sup>因此,社群主义支配下的公益诉讼就必须将诉讼民主作为弥补机制,在程序进行中为个人自治及自我决定留下空间和机会。反之,如果缺乏对个人的基本尊重,那么公益诉讼中的诉讼民主概念最终都会变得前后矛盾。

## (二)公益诉讼与共和主义

与社群主义一样,共和主义也是对自由主义政治哲学的矫正,是一种平衡和抑制个人主义的政治哲学理论。据汉娜·阿伦特考证,古希腊的人们已开始区分家庭生活和城邦生活两种生活方式,前者是经济的生活方式,后者是政治的生活方式,前者

属于私人领域,后者属于公共领域,<sup>⑧</sup>也就是共和主义的雏形。当代公民共和主义理论,则被认为是种族主义、神学主义和反性别歧视等道德原则的混合物。<sup>⑨</sup>经过卡斯·桑斯坦(Cass Sunstein)和弗兰克·米歇尔曼(Frank Michelman)的阐释,公民共和主义理论转向致力于通过协商追求公共利益,由此超越了自私、多元化的狭隘个人利益,<sup>⑩</sup>概括起来就是“个人利益服从公共利益”。在公民共和主义看来,这是化解公民唯私主义综合症和政治参与冷漠症的途径,公民通过积极参与公共生活,来体现他的公民美德。<sup>⑪</sup>

当代公益诉讼制度从公民共和主义获得了正当性支持,典型者如美国的公民诉讼制度——公民对政府环境等方面的决策有异议,可以根据行政法规对政府官员追究行政责任。在州政府或者联邦政府违反了相应环境法规,或者其他私人违反环境法时,公民和非政府组织有权依据公民诉讼的条款提起诉讼。<sup>⑫</sup>我国学者的观点也契合了公民共和主义的主张,建议赋予每一个公民享有保卫公共资产、公共财富不被侵吞的共和权利(republican rights),以共和权利驱动公民参与政治生活,促使公民正视大量公共资产、公共财富被侵吞的严峻事实,呼吁公民积极行动起来保卫它们不被侵吞。<sup>⑬</sup>公民承担起一种富于参与精神、公共关怀和公民品德的积极角色,参加到公益诉讼之中并发挥作用。在公民共和主义理论看来,公民积极参与公共生活,享有诉求表达的动力和机会,是发展公益诉讼的基本条件。

在西方法理学体系中,公民共和主义对于公益诉讼制度发展提供了有力支持。首先,公民共和主义激发了公民参与公益诉讼。在公民共和主义者看来,一方面,公民的政治参与是美好生活一部分,公益诉讼作为社会参与的一种形式,也构成了美好生活的组成部分,这是公民积极身份激励的结果。另一方面,与选民的观点更一致的机关(特

别是检察机关)比其他公益组织具有更强的正当性,因此,由这些机关发起的公益诉讼被视为理想的公益诉讼模式。因为,公民是国家真正的统治者,民选官员则是他们的代理人,国家机关具有更强的公信力。其次,公民共和主义为公益诉讼的参与协商机制提供了正当化依据,它支持了二十世纪九十年代初从“以投票为中心”的民主理论到“以对话为中心”的民主理论转向,在公益诉讼领域倡导了“慎议民主理论”(deliberative democracy)。<sup>⑤</sup>这对于公益诉讼制度的构建而言,理论贡献巨大。因为程序启动要有更广泛的代表,程序的进行要有更多的参与,程序结果要体现更多的协商而不是两败俱伤。

作为公益诉讼制度的价值评价标准,共和主义理论同样存在弊病。第一,它主张追求个人利益有害无益,而无论是以个人为基础还是以群体为基础。对此,共和主义学者也不得不承认,若要使社区民主正常运作,个人就必须保留自己自治的空间。至少,个人在努力参与民主运作程序中必须拥有自主权。亦即每个人都是“具有一个应该展示或表达自己的感觉和直觉的独特核心”,群体在很多方面只是增加主权者权利的载体。<sup>⑥</sup>第二,公益诉讼中集体主义诉讼观的影响越大,诉讼中的个人主义因素也就越弱,个体当事人为自己权利进行辩护的机会也就越少。过度强调公共利益,无疑会威胁甚至破坏自由主义的政治和法律价值观,削弱权利保护与程序主体权。西方国家受意识形态驱动的环保主义者常常滥用公益诉讼资源,造成另一种形式的公益损害,<sup>⑦</sup>他们在很大程度上都是打着公益的旗号,绑架社会和群体,其实质是损害了公共利益。

### (三)公益诉讼与协商理性

现代社会是人类命运共同体。作为法律概念的公共利益既是一个统一概念,同时在不同学科或部门法之中也有相对独立的地位并发挥不同功

能,这让公益诉讼实践变得复杂多样,它必须考虑公共利益的具体情况,以及不同地区和不同部门的不同立场。这意味着,共同体的各种利益只有在持续而有效地参与行政机关与司法机关的决定时才能得到保护,因此,行政程序与司法程序都应为社会参与保留通道。公益诉讼作为协作、解纷及完整性的司法机制,<sup>⑧</sup>承担了价值意识引导与纠纷解决的双重责任,我们更应该使这个通道畅通无阻。

在诉讼内部,商谈机制提供了一种新型的诉讼理念、程序构造和裁判方法,无论是在程序过程方面还是在裁判结果方面,这都有效地增强了公益诉讼的正当化机能。首先,商谈机制对于促进公益诉讼结果正当化,保障社会成员参与、合作和协商具有重要作用。这一机制被概括为公益诉讼的“非裁判主义”特征,即不以非此即彼的判决结果为依据。对此,哈贝马斯的商谈道德和商议民主理论,给人们提供了在商谈过程中自我立法的程序以及这种自我立法的正当性。<sup>⑨</sup>其次,公益诉讼中的对话或商谈可为当事人表达主张、提供资料和表达意见提供机会,将商谈结果作为程序上合作的成果来对待,并在此基础上形成裁判。<sup>⑩</sup>实践经验表明,公益诉讼在一些西方国家和发展中国家的实践中,已超越了纠纷解决层面,而以一种司法能动主义角色来扮演弥补民主制度的失败,尽管司法机关既没有这个权力,也无法实现这个目标。<sup>⑪</sup>在商谈理论者看来,代表虽然是被选举、推举出来的,但必定会远离自己的选民。人们要参与政治就必须亲力亲为,亲自表达和行动,通过公益诉讼中的参与、协商和对话,实现社会的民主参与和治理。

在诉讼外部,商谈主义对于司法权威也具有格外重要的意义。首先,通过公众参与实现社会正义。印度最高法院在 Fertilizer Corporation Kamagar Union 案件中首倡了“参与式”公益诉讼模式,不但公益诉讼的原告资格在程序启动时便会得到承认,诉

讼中的个人也拥有参与实质性集体决策程序的自主权,通过发表意见来影响诉讼结果。美国学者特鲁贝克(Louise G. Trubek,也译为托乌尔贝克)进一步提出了市民正义的观点,认为在当事人资格制度、律师费用制度、法律服务制度等具体制度背后,公众对“市民正义”(civil justice)抱有热望,所有市民应拥有参加共同生活的充足机会,所有市民必须拥有参加公共领域的充分而平等的机会。而公众参与的难点,在于如何为那些“无代表利益”提供保障,进而将这些利益纳入决策过程之中。公益诉讼在这方面的贡献,就在于通过扩展传统“诉讼资格”解决了“无代表利益”的保护问题,为公益诉讼中的民主参与提供了途径。其次,通过协商对话实现理性正义。公益诉讼通过扩展传统的诉讼资格,保证了“无组织的利益”得到法定组织、团体的代表,实现参与式正义,这是发挥公益诉讼协商功能,实现“参与式正义”的前提条件。基于这一目标,提起并进行公益诉讼的资格应获得认可,不但相关组织和团体拥有代表公共利益的诉讼资格,公民的诉讼资格也应逐步放宽。此外,协商民主理论也为在整体上保护群体的利益提供了途径,例如劳动者权益保护、未成年利益保护、妇女权益保护等等,都可以借助于民主协商机制获得解决。通过增强代表的处分性,增加协商对话的合法性,在司法解决与街头正义(自力救助)这两个竞争者中,我们期待人们倾向于前者,放弃暴力行动,实现理性正义。最后,通过社会参与机制扩大协商效果。公益诉讼中的诉讼参与,就是通过原告、被告及其他诉讼参与人乃至各方社会力量在公益诉讼中的共同参与,促进司法与社会的良性互动与优势互补,促进实现公共利益的最大化。<sup>⑥</sup>这钝化了公益诉讼的对抗性,而使公益诉讼成为商谈的场域。公益诉讼各个主体要共同努力来解决问题,在司法机关的组织下展开对话与协商,所有当事人都应该本着合作、解决问题的精神来进行诉讼。无论是在诉前程序中还是在

诉讼过程中,都要秉持合作与解决问题的精神,通过协商达到保护公共利益的目的。

#### 四、新时代我国公益诉讼的法理基础

我国的公益诉讼起步较晚,但发展迅速,并很快形成鲜明特色。公益诉讼制度之所以在维护人民权益、增进人民福祉方面取得显著成绩,一方面是坚持马克思主义和以人民为中心的发展思想的成果,另一方面也是摆脱西方自由主义道德观束缚和影响的结果。与自由主义和共同体主义等理论相同的是,马克思主义也致力于为现实生活及其制度的正义性进行规范和辩护。但与自由主义等正义理论不同,马克思主义立足于超越性的平等理想,站在无产阶级和人民大众的立场上,强调一切为了人民,一切依靠人民,全心全意为人民谋利益,这就是我国民事诉讼法学的根本立足点和出发点。<sup>⑦</sup>换言之,在公益诉讼政治价值判断上,马克思主义倡导了不同于自由主义的平等主义理论,坚持自由、自我实现和人类共同体等普遍道德价值理念。

在道德信念上,马克思主义并非与自由主义截然对立,而是继承了启蒙思想家的自由、平等、博爱的道德理想,并将它们看作是最为基本的道德规范,让“人能够自由地、自主地决定自己的事情”。<sup>⑧</sup>但与自由主义的形式主义论证方法又有根本区别,马克思主义强调了以人为本原则、整体性原则、公平性原则。以人为本原则贯彻于公益诉讼,表现为对于侵害公益的行为提供有效司法救济,在根本上保障人的生存与发展。整体性原则表现为在根本上消除原告资格障碍,赋予法定的机关、组织提起公益诉讼的权利,突出国家在公益保护方面的责任,重视各层次的共同体利益。公平性原则表现为尊重当事人的程序主体权、选择权,强调公益和私益的统一,既要注重公益保护,又要注重个体权利保护;<sup>⑨</sup>既要保护集体诉权,也要保护个体诉权。<sup>⑩</sup>

##### (一)以人为本的公益诉讼

对于我国公益诉讼制度的构建而言,西方自由

主义与我国传统民本思想相割裂,无法成为展开政治评价的基本依据。我们需要立足于法治传统和自身国情,在法学理论层面回答公益诉讼制度的道德性追问,推进国家治理体系与治理能力的现代化。

首先,均衡处理公益保护中的矛盾关系。公共利益是现代民主政治国家的产物,社会公共利益只有通过民主与法治的途径才能实现。构建我国新时代公益诉讼,就是将保护社会共同体利益作为目标之一,通过纠纷解决来巩固社会共同体。在这一过程中,社会共同体的利益与社会政策紧密联系,通过司法资源平等化,发挥公益诉讼在利益分配、利益增进、利益整合、利益落实等方面的作用,促进人的“自由而全面发展”。为此,我国公共利益的保护实践一方面着眼于立法环节,在各部门法中明确公共利益的范围与内容,特别是加强了国有资产、民生、环保、文化遗产保护、劳动争议及弱势群体保护等领域的公共利益保护立法。另一方面,在公益诉讼实践中,司法机关妥善处理了各类公共利益与其他利益的关系,按照比例原则合理地平衡“决定性公共利益”与“平行性公共利益”的关系,在公益保护的重要性与可行性之间实现均衡。

其次,注重通过公益诉讼实现公平正义。公共利益的实现通常是若干相互竞争的公共利益之间的妥协。这一过程要以实质平等为取向,而不是以形式平等为目的,这是马克思主义思想关于平等思想的基本要求,也是通过司法工作反映人民意志、得到人民拥护、维护公平正义、弘扬美德义行、促进社会和谐的社会主义良法善治的基本要求。<sup>①</sup>我国的公益诉讼制度关注了公共利益和个人利益之间的结构性关系,将个人程序与集体程序有机结合,对人们的利益予以平等关照,实现实质平等。在公益诉讼中贯彻“公民权利优先”“弱势群体优先”“多数人得利”原则,具体落实以

人民为中心思想,推动公益诉讼向“战略影响诉讼”(strategic impact litigations)方向发展。在程序保障方面,让那些从未实际参与诉讼的人真正享受到诉讼利益,进而让司法对全社会的价值作出权威分配,<sup>②</sup>落实发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享的思想。

再次,反对形式主义的公益诉讼。坚持以人民为中心的发展思想,强调的是公益诉讼制度的实效性,反对“象征性司法”及司法民粹主义。这可以从以下两个方面解释:其一,防止公益诉讼被异化为“象征性司法”。如果公益诉讼的象征意义大于实践价值,就会造成公益诉讼制度的空转。如果公益诉讼判决无法得到执行,就会损害公益诉讼制度的权威。在当下实践中,一些机关或组织提起的公益诉讼虽频频胜诉,但实际的社会效果与法律效果不明显。其二,杜绝无价值的公益诉讼。西方经验表明,大量的无价值公益诉讼不仅无法造福于社会,还可能会贬低权利本身的价值。一些有关生命权的公益诉讼的泛滥,导致了包括食物权、教育权、健康权、住所权等一大批所谓社会权利的公益诉讼。这些诉讼欺骗了西方公众,误导了相当多的弱势群体,反复制造从众效应,浪费了司法资源。我国公益诉讼制度的发展尤其要引以为戒,避免这种司法民粹主义倾向,明确区分公共利益和“公众关心的事情”之间的界限,不为迎合社会热点而发动或受理缺乏诉讼利益的案件,避免制度空转,维护司法权威。

## (二)整体性的公益诉讼

与社会公共利益的保护一样,保护群体或团体的“共同体”利益,是公益诉讼制度的重要领域。我国公益诉讼制度简化了诉讼关系,由法定机关或组织代为起诉,体现了公益诉讼的整体性。如上所述,共同体主义中的社群主义和共和主义以“共同的善”为出发点,论证了共同体价值在培养公民德行、增强公民意识、激发爱国主义方面发挥重要的

指导作用。<sup>⑭</sup>我国的社会利益与共同体利益具有一致性,共同体并不是外在于社会而存在着的。<sup>⑮</sup>因此,对共同体价值的保护,是我国公共利益保护的重要组成部分,也是公益诉讼的目的所在。在当代社会,人们具有多元利益,相互共生相互依存,公益诉讼制度当然要指向增进社会共同体意识,保障人民民主,维护社会公平正义,保障人民平等参与、平等发展权利,充分调动人民积极性、主动性、创造性。<sup>⑯</sup>基于此,我国公益诉讼制度要进一步落实人类命运共同体思想,实现全社会的和谐共处和共同发展。

首先,扩大公益诉讼的受益面,使其惠及整个社会。扩散性利益属于社会利益,是最为典型的公共利益,很难通过私法手段获得保护。<sup>⑰</sup>因此,一方面要扩大公共利益的可诉范围,将目前公益诉讼的受案范围扩大,例如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、未成年人保护、自然遗迹和风景名胜保护等。进一步拓宽新权利的扩张与保护领域,例如,社会保障权、居住权、网络平台监管等,让公益诉讼提供实质的、真正的平等和社会正义。另一方面,扩散性利益保护的难点在于缺乏适合的诉讼代表或不能被充分代表。<sup>⑱</sup>因此,与扩大公益诉讼案件的范围相适应,公益诉讼的渠道也应拓宽。参照国际惯例及我国司法实践需要,代表人诉讼、团体诉讼、示范诉讼程序都应被纳入集体程序范畴,整体性地由以个人主义为中心的诉讼机制转向“以人为本”的集体程序,实现扩散性利益救济的多元化。

其次,坚持全民共享的法治理念,推进公益诉讼的公众参与。当代中国这一诉讼发展的基本逻辑是:通过以合作、共识为基本要素的协商民主,实现公共利益保护,让全社会共享公益保护的成果。第一,贯彻“全民共享”理念,切实保护不特定多数人的利益,最大程度聚集人民群众的个人利益,形成公共利益的整体性、多元化保护,让公益诉讼惠

及全体人民。第二,通过公益诉讼贯彻“全民共享”理念,保障人民各方面合法权益,发挥公益诉讼在社会生活方面的整合和规范作用。尤其是重点发展民生类公益诉讼(健康医疗、教育等)和环境公益诉讼,把人民对美好生活的向往作为目标,服务于全体人民生活状况的改善。第三,通过贯彻“共建共享”理念,推动人民群众参与公共利益保护过程,共同维护公共利益,共享公益保护的成果,充分调动人民群众的积极性,参与国家与社会事务的管理。

最后,加强弱势群体保护,发挥公益诉讼制度在平衡社会利益方面的功能。建立公益诉讼制度,保护弱势群体合法权利,实现社会正义,已经成为一些发展中国家公益诉讼的首要任务。<sup>⑲</sup>我国在首部《民事诉讼法》制定之前,就开始坚持社会化诉讼观念,如果有权利的主体因无力、不愿、不敢或其他原因不起诉,或是国家、集体或公民个人的正当权益受到侵害却无人起诉,检察机关可以提起诉讼。<sup>⑳</sup>自从我国《民事诉讼法》与《行政诉讼法》规定公益诉讼制度之后,公益诉讼的实践也始终围绕着弱势群体保护这一重点而展开。正义不是“强者的利益”,不能对弱势群体的诉求无动于衷,去放任“限制性正义”。我国在实现社会公平正义及建设法治国家、保障人权的进程中,就是要让所有公民接近司法,让社会弱势群体享受到公益保护的红利。

### (三)公益诉讼制度的伦理标准

公益诉讼并非诉讼的常规状态,其更多地介入了政策制定等政治因素。正因如此,它在西方国家饱受诟病,背离传统的法律权威的司法能动主义,以及公众将法院视为处理政治议题的机构,使得人们担心公益诉讼制度威胁到了议会乃至民主制度,因此,学者们谴责法庭无法无天,公众也在抱怨法庭“将精英阶层所支持的决议强加给所有人”。<sup>㉑</sup>这一问题的实质是,公益诉讼如何恪守政治伦理?公益诉讼制度的最低标准在于合乎法

理原则。一方面,宪法或政治结构要为公益诉讼提供依据、解释和支持;另一方面,公益诉讼要落实宪法所蕴含的社会正义精神。总之,政治伦理在公益诉讼制度的发展中应发挥规范诉讼主体的作用。

首先,恪守权力分工原则。公益诉讼制度建立在政制基础上。实现公共利益是行政机关的宪法义务,司法机关也是协助者,能够帮助行政机关破解管理难题,提高治理能力,完善治理体系。<sup>④</sup>西方国家通常将公益诉讼作为司法审查的手段,体现司法审查强度。我国的立法将行政公益诉讼作为督促行政机关正确履职的手段,具有辅助性、补充性特点。即便检察机关提起行政公益诉讼,也要以行政机关履职行为不能有效维护公益为前提条件。而且在执法效能角度,检察机关提起公益诉讼肯定是最费时费力的一种,并不符合经济与效率原则。尤为重要的是,如果公益诉讼被过于频繁地使用,也会造成行政机关懒政和惰政的后果。因此,如果存在有效的替代救济措施,公益诉讼就不应轻易启动。如果行政部门已着手处理,司法机关就不应展开平行调查。总之,公益诉讼制度的构建必须遵循权力分工原则,体现分权和制衡原则,司法机关不能越界干涉立法及行政活动。

其次,充分发挥司法能动作用。与通常诉讼不同,司法机关在公益诉讼中扮演着司法能动的角色。在诉讼进行方面,《民事诉讼法》及相关司法解释规定了司法机关要履行诉讼告知义务、变更诉讼请求和诉的合并的释明义务等内容,并采取职权进行主义。在事实发现上,则采行证据调查中的职权主义,强化庭审中的诉讼指挥权。司法能动使公益诉讼成为全新的诉讼模式,并体现出如下技术特征:案件的审理不应受过去特定事实的限制,可对当前问题展开调查;不采取对抗式诉讼模式,司法机关在组织和塑造公益诉讼上发挥能动作用;案件处理结果采用具有前瞻性、灵活性和补救性的救济方法。

此外,还宜将行为保全制度与公益诉讼结合起来,由法院依职权裁定被告为一定行为或不为一定行为,例如关闭污染企业或让合规企业重新开放等等。救济方式则可由当事人协商,而限于损害赔偿。即便是公益诉讼案件判决或处理完成后,司法机关也要“回头看”,继续发挥行政司法作用,形成可持续的公益司法保护机制。

再次,增强检察机关代表公益的充分性。检察公益诉讼属于公共执法机制。中共中央2021年8月印发的《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》将人民检察院定位于保护国家利益和社会公共利益的重要力量,突出了公共执法的特点。显然,立法明确了何为公共利益,但也为司法机关(尤其是检察机关)提供了“宣布公共利益是什么”的权力,司法机关的知识、经验以及职责值得这样的权力托付。问题在于,在本质上,任何通过代表方式的表述都不能被视为社会意愿的真实表达,公共利益的判断需要社会公众的参与。基于客观需要,我们宜借鉴政治代表的标准,增强法定授权与代表公益之间的关联,使检察机关的权力建立在社会基础之上。此外,还可通过一定的协商机制解释公益代表的合理性。例如,建立人大监督与检察公益诉讼协调工作机制,通过代表与选民的对偶代表关系,提升公益诉讼代表的充分度。<sup>⑤</sup>在此基础上,建立有效的衡量机制,确保公益诉讼必须能够满足法律目的(必要性);确保公益诉讼与法律制度相一致(适宜性);确保公益诉讼结果的负面影响小于积极结果(经济性)。至于有多少人支持公益诉讼,或者其影响有多大,都不那么重要。

最后,弱化刑事手段在公益诉讼中的作用。检察公益诉讼属于“公共执法”,在实践中,这种公权力在公益诉讼中扮演了极为重要的作用,刑事追诉成为推进公益最重要的手段,刑事附带民事公益诉讼发展十分迅速。<sup>⑥</sup>相形之下,由相关组织、团体提起的民事公益诉讼寥寥无几,也表明公益诉讼的社会

途径不够畅通的现实状况。按照立法设计,检察机关只应是发动公益诉讼的补充性角色,<sup>④</sup>在没有“私人执法”资源的情况下检察机关方可以提起公益诉讼。基于法治原则,上述角色定位不应被改变,将公益诉讼的实施权还给社会,这由诉讼民主价值与诉讼效率价值所决定:一是通过公民诉讼提升公民管理社会事务和参与公共事务的基本技能,通过提起、参与公益诉讼,使他们能够以协商和妥协的理念,采取兼容性的参与行动,拒斥对峙性的参与,<sup>⑤</sup>促进社会和谐。二是借助公民诉讼机制弥补公益诉讼制度空隙。当下的检察公益诉讼虽具有制度优势,但也具有行动迟缓、缺乏灵活性和效率、成本高昂等问题。为此,有必要一方面发挥社会组织、团体在实施诉讼方面的作用,尝试公民协助检察机关提起公益诉讼的做法,<sup>⑥</sup>推动社会自我救治功能的完善。另一方面,考虑到我国社团制度不甚发达的现实,立法上宜增加“私人执法”机制,将公民诉讼纳入公益诉讼体系。<sup>⑦</sup>通过上述两个途径,在根本上弱化刑事手段在公益诉讼中的威慑作用,营造良好的营商环境,更多地体现公益诉讼的社会化特点,促进社会和谐。

### 结语

公共利益不仅是立法基准,也是法律适用基准,实体法与程序法对公共利益及其保护都提出了相当高的要求。与这种高要求相比,当代公益诉讼制度理论还相当薄弱。在这样的背景下,超越单纯的技术性讨论而着眼于从“元理论”层面深化对公益诉讼制度的探讨,找到公益诉讼制度构建的原则和逻辑,无疑具有重要的意义。在过去的几十年中,法理学作为“元理论”为公益诉讼的立法与实践源源不断地提供了各种总体性的、综合性的思想资源,对于论证公共利益及其保护的正当性发挥了重要作用。

西方法理学诸理论都在试图建立一元正义准则体系,让自己的学说排他性地为政治活动提供规范

性论证。但在事实上,建立大一统标准的努力是徒劳的,无论是柏拉图追求的永不过时、永不改变的“客观标准”,还是对公益诉讼进行个人主义阐释的功利主义、社群主义、共和主义,实际上每种学说都无法为公益诉讼提供切实的价值判断标准。相形之下,马克思主义作为公益诉讼制度的思想资源,不但为建立一个公平、安全、和谐的社会提供了正义基准,也为公益诉讼制度的构建提供了正义基准。马克思主义法理学所揭示的公益诉讼的政治价值与政治原则,要求我们在完善公益诉讼制度的构成中立足于社会经济条件,遵循以人民为中心的政治哲学思想和人类命运共同体思想,同时博采众长,吸收自由主义的正当程序理论、社群主义的保护共同体价值理论、共和主义的公共空间理论以及商谈主义的对话理论等合理因素,更多地关注民主价值,兼顾公益与个人权利保护,使公益诉讼制度更加公平、透明、具有可预测性,更有利于问责,有效地保护公共利益,成为公民、社会与国家之间沟通、联络的社会整合机制。

### 注释:

①罗马法中即有“大众诉讼制度”,公民是民众的组成部分,可以通过大众诉讼捍卫公共利益及自己的利益。在《沃斯体流斯法》之前,只允许因公益以他人名义起诉,其事由是为了人民、自由和监护。后来,《沃斯体流斯法》把诉讼代理从涉及公益者为限扩展到兼包公益和私益的情形,例如被俘、为国出差以及这些人的被监护人被盗的情形。被代理的是这些人的私事,但这些人是因为国家的利益不能料理自己的私事的,因此带有公益的性质。参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第541页。

②See Rick Bicwood, Public Interest Litigation, Lexis Nexis, 2006, p.123.

③卢梭(Jean-Jacques Rousseau)在其《社会契约论》中论证

了“普遍意志”的命题,认为人们之间的广泛的共识并不能产生公共利益,即使他们追求的“利益总和”具有一致性,彼此的利益也会存在差异,因此,公共利益的形成是困难的。至于何种利益对全民有益,须由人民作出解释。See Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract*, Dover Publications, 2003, p.25.

④参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第153页。

⑤薛克祥:《经济法的定义》,中国法制出版社2003年版,第191页。

⑥丁宝同:《民事公益侵害阻断程序研究》,商务印书馆2020年版,第104页。

⑦See Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2006, p.449.

⑧See Ferdous Rahman, *Public Interest Litigation in Legal World, An Analysis and Evaluation*, Lap Lambert Academic Publishing, 2012, p.13.

⑨See Paul Rishworth, "Human Rights- From the Top", *Political Quarterly*, Vol. 68, No. 2(April-June, 1997), p.171.

⑩公共利益在法律规范中的作用可分为三类:(1)积极性条款,即期待立法者及其他国家权力机构能以积极之作为来促进公益的实现;(2)消极性条款,即将公共利益作为限制人们行为的理由,防止公益受到侵害;(3)中性条款,即不对公益之增进采取积极或消极的态度,而纯粹以中性出现。参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),三民书局1992年版,第131页。

⑪例如,在“江西省上饶市人民检察院诉张某某等三人故意损毁三清山巨蟒峰民事公益诉讼案”(最高人民检察院指导性案例第114号)中,检察机关这样论证:自然遗迹和风景名胜是环境的组成部分,属于不可再生资源。具有代表性的自然遗迹和风景名胜的生态服务价值表现在社会公众对其享有的游憩权益和对独特景观的观赏权益。任何对其进行破坏的行为都是损害人类共同享有的环境资源、损害社会公共利益。在损害数额的确定上则采取了条件价值法,作为法院审理案

件的参考依据。

⑫See Luboš Tichý, Michael Potacs(ed.), *Public Interest in Law*, Intersentia, 2021, p.288.

⑬我国是少有的对公益诉讼进行专门立法的国家。相形之下,团体诉讼是德国伸张公共利益的主要形式,通过提起不作为之诉,保护一般交易消费者及普通消费者的权利;韩国将消费者团体诉讼视为公益诉讼。

⑭参见胡鸿高:《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,《中国法学》2008年第4期,第58页。

⑮参见段厚省:《环境民事公益诉讼基本理论思考》,《中外法学》2016年第4期,第889页。

⑯参见《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释[2015]1号)第1条。

⑰See Martin H. Redish, *Wholesale Justice, Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*, Stanford Law Books, 2009, p.89.

⑱参见汤欣主编:《公共利益与私人诉讼》,北京大学出版社2009年版,第243页。

⑲See Erlis Themeli, *The Civil Justice System Competition in the European Union: The Great Race of Courts*, Eleven International Publishing, 2018, p.156.

⑳2021年8月,公益社会组织“新探健康发展研究中心”提起行政公益诉讼,主张“中华”“人民大会堂”等烟草商标违反了《商标法》的相关规定,请求国家知识产权局依法撤销。该公益社会组织认为,以这些名称命名的烟草,易使公众对烟草的质量、产地等产生误解。该公益诉讼被一审法院驳回起诉。

㉑群体诉讼虽由个人提起,但也具有惩罚、威慑和制止被告的违法行为等附带后果,客观上也是保护公共利益的集体程序。当然,群体诉讼与公益诉讼存在差异,例如:(1)群体诉讼是在传统对抗制诉讼框架下进行的,在诉讼模式上既非完全的当事人主义,也非完全的职权主义;公益诉讼则是在诉讼模式上彻底否定了对抗制诉讼模式。(2)群体诉讼的原告一方往往是权利受到侵害者,此外诉讼中还有潜在的受害者,而公

益诉讼中的原告权利并未受到损害,其诉讼目的仅在于为公众寻求法律救济。See Martin H. Redish, Wholesale Justice, Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit, Stanford Law Books, 2009, p.30.

②②参见周德明:《当代西方政治哲学》,江苏人民出版社2016年版,第47页。

②③参见[美]罗伯特·诺齐克:《无政府、国家和乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第1页。

②④See Martin H. Redish, Wholesale Justice, Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit, Stanford Law Books, 2009, p.30.

②⑤参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第275页。

②⑥参见[意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕等译,清华大学出版社2005年版,第413页。

②⑦See Khalid Yahya, A Brief of Public Interest Litigation, Concept, Evolution, Procedure, Prospects(Focused on South Asia, Particular in Bangladesh), Lap Lambert Academic Publishing, 2012, p.25.

②⑧[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第15页。

②⑨[英]休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆1981年版,第662页。

③⑩参见[英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,上海世纪出版集团2007年版,第7页。

③⑪参见[英]霍布豪斯:《社会正义纲要》,曾一璇译,商务印书馆2020年版,第4页。

③⑫参见王新生:《马克思政治哲学研究》,科学出版社2018年版,第105页。

③⑬See Richard A. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", The Journal of Legal Studies, Vol. 8, No. 1(Jan., 1979), pp. 103-140.

③⑭See Lubos Tichy, Michael Potacs(ed.), Public Interest in Law, Intersentia, 2021, p.35.

③⑮参见张陈果:《论公益诉讼中处分原则的限制与修正》,《中外法学》2016年第4期,第905页。

③⑯参见[加]威尔·金里卡:《当代政治哲学》,刘莘译,上海译文出版社2015年版,第270页。

③⑰See Rick Bicwood, Public Interest Litigation, Lexis Nexis, 2006, p. 1.

③⑱《民事诉讼法》规定的群体诉讼中,代表人推举程序为:当事人人数众多在起诉时确定的,可以由全体或部分当事人推选代表人;推选不出代表人的当事人,可以另行起诉。当事人人数众多在起诉时不确定的,由当事人推选代表人;当事人推选不出代表人的,由法院推荐候选人并与原告协商;协商不成的,由法院依职权指定代表人。

③⑲我国《证券法》第95条第3款规定:投资者保护机构受五十名以上投资者委托,可以作为代表人参加诉讼。在德国,除由公共财源资助之的消费者中心外,提起消费者团体不作为诉讼的社团法人必须有社员75人以上。我国台湾地区的公益社团法人或财团法人提起公益诉讼,其社员人数底线为500人以上,授权人数为20人以上,且为书面授予诉讼实施权。

④⑩参见聂智琪、谈火生编:《代表理论:问题与挑战》,广东人民出版社2018年版,第18-19页。

④⑪参见《人民检察院公益诉讼办案规则》第14条和《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第3条之规定。

④⑫参见沈冠伶:《消费者团体诉讼之再构建》,载许政贤等编:《团体诉讼专题研究》,元照出版公司2019年版,第122页。

④⑬参见沈冠伶:《消费者团体诉讼之再构建》,载许政贤等编:《团体诉讼专题研究》,元照出版公司2019年版,第122页。

④⑭参见[加]威尔·金里卡:《当代政治哲学》,刘莘译,上海译文出版社2015年版,第275页。

④⑮参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版,第113页。

④⑯参见《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第18条、《最高人民法院关

于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第9条和《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第5条之规定。上述三个司法解释都强调,人民法院认为原告(人民检察院)提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的,可以行使释明权要求原告变更或者增加诉讼请求。

④7参见王新生:《马克思政治哲学研究》,科学出版社2018年版,第233页。

④8参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第45页。

④9参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第541页。

⑤0See Robert C. Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*", *Harvard Law Review*, Vol. 103, (1990), p.685.

⑤1参见[加]威尔·金里卡:《当代政治哲学》,刘莘译,上海译文出版社2015年版,第269页。

⑤2参见张旭东:《环境民事公益诉讼并行审理的困境与出路》,《中国法学》2018年第5期,第280页。

⑤3参见周德明:《当代西方政治哲学》,江苏人民出版社2016年版,第72页。

⑤4See Linda Kerber, "Making Republicanism Useful", *Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 8(1988), p.1665.

⑤5See Cass Sunstein, "Beyond the Republican Revival", *Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 8(1988), p.1539; Frank Michelman, "Law's Republic", *Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 8(1988), p.1493.

⑤6参见任剑涛:《论积极公民——共和主义与自由主义的公民定位分析》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期,第7页。

⑤7参见齐树洁等:《美国公民诉讼的原告资格及其借鉴意义》,《河北法学》2009年第9期,第161页。

⑤8参见肖滨:《让公民直面“res publica”:当代共和主义塑造积极公民的战略性选择》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2006年第6期,第50-51页。

⑤9参见曾纪茂:《共和主义与公民参与——评金里卡〈当代政治哲学〉中关于共和主义的评述》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期,第66页。

⑥0参见[日]小島武司:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第17页。

⑥1See Steven P. Croley, *Civil Justice Reconsidered, Toward a Less Costly; More Accessible Litigation System*, New York University Press, 2017, p.2.

⑥2See James Fowkes, "Civil Procedure in Public Interest Litigation: Tradition, Collaboration and the Managerial Judge", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 1(2012), p.239.

⑥3参见王晓升:《从实践理性到交往理性——哈贝马斯的社会整合方案》,《云南大学学报(社会科学版)》2008年第6期,第30页。

⑥4参见段厚省:《诉审商谈主义论纲:一种基于法律商谈理论的诉讼构造观》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2011年第5期,第22页。

⑥5See Ferdous Rahman, *Public Interest Litigation in Legal World, An Analysis and Evaluation*, Lap Lambert Academic Publishing, 2012, p.130.

⑥6See Ferdous Rahman, *Public Interest Litigation in Legal World, An Analysis and Evaluation*, Lap Lambert Academic Publishing, 2012, p.52.

⑥7参见宋朝武主编:《民事诉讼法学》(第二版),高等教育出版社2018年版,第6页。

⑥8参见王新生:《马克思政治哲学研究》,科学出版社2018年版,第96、101页。

⑥9《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》第17条规定了个体权利救济优先原则,即“人民法院受理因同一损害生态环境行为提起的生态环境

损害赔偿诉讼案件和民事公益诉讼案件,应先中止民事公益诉讼案件的审理,待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后,就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求依法作出裁判”。

⑦《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第288条规定了“另行起诉”制度:人民法院受理公益诉讼案件,不影响同一侵权行为的受害人提起诉讼。《人民检察院公益诉讼办案规则》第90条第1款第(2)项的规定也充分尊重了受害人的诉讼权利,即“生态环境损害赔偿权利人与赔偿义务人经磋商达成赔偿协议,或者已经提起生态环境损害赔偿诉讼的”,人民检察院应当终结案件。

⑧参见《习近平法治思想概论》编写组:《习近平法治思想概论》,高等教育出版社2021年版,第14页。

⑨自2021年6月1日起,新修订的《中华人民共和国未成年人保护法》开始施行。该法第106条规定:未成年人合法权益受到侵犯涉及社会公共利益的,检察机关有权提起公益诉讼。2021年8月,北京检察机关对腾讯公司的一家子公司提起诉讼,指控该公司侵犯了“未成年人的合法权益”,并发布通知:法律规定的机关和有关组织提起诉讼的,人民检察院可以支持起诉。拟提起民事公益诉讼的机关和社会组织可以在本公告发出30日内将有关情况书面反馈给该检察院。

⑩参见马俊峰、马乔恩:《构建人类命运共同体的历史性研究》,人民出版社2019年版,第35页。

⑪德国学者斐迪南·滕尼斯在十九世纪末区分了共同体与社会的差异:共同体是持久的、真实共同生活,社会却只是一种短暂的、表面的共同生活。与此对应,共同体本身应当被理解成一个有生命的有机体,社会则应当被视作一个机械的集合体和人为的制品。参见[德]斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会》,张巍卓译,商务印书馆2019年版,第71页。

⑫参见《十八大以来重要文献选编》,中央文献出版社2016年版,第789页。

⑬参见汤欣主编:《公共利益与私人诉讼》,北京大学出版社2009年版,第186页。

⑭See Stefan Wrba, Steven Van Uytsel, Mathias Siems, *Collective Actions, Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* Cambridge University Press, 2012, p.9.

⑮See Ferdous Rahman, *Public Interest Litigation in Legal World, An Analysis and Evaluation*, Lap Lambert Academic Publishing, 2012, p.7.

⑯参见常怡主编:《新中国民事诉讼法学研究综述(1949-1989)》,长春出版社1991年版,第96页。

⑰See Rick Bicwood, *Public Interest Litigation*, Lexis Nexis, 2006, pp. 101, 104, 105.

⑱参见最高人民检察院法律政策研究室编:《公益诉讼指导性案例实务指引》,中国检察出版社2019年版,第23页。

⑲上海市宝山区人民检察院探索了公益诉讼观察员制度,聘请部分人大代表、政协委员、人民监督员等为办理公益诉讼案件提供线索、参与协助开展公益诉讼工作。参见最高人民检察院法律政策研究室编:《公益诉讼指导性案例实务指引》,中国检察出版社2019年版,第67页。

⑳据统计,2017年7月至2021年6月,检察机关处理了19695件公益诉讼案件,包括民事公益诉讼案件17356件(含刑事附带民事公益诉讼案件15320件,占全部民事公益诉讼案件的88%)。参见《检察公益诉讼:以诉的形式履行法律监督本职——最高检第八检察厅负责人就检察公益诉讼起诉典型案例答记者问》,《民主与法制时报》2021年9月17日,第2版。

㉑《民事诉讼法》第58条第2款规定:在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下,人民检察院可以向人民法院提起诉讼。《人民检察院公益诉讼办案规则》(2021年7月1日起施行)第2条规定:“人民检察院办理公益诉讼案件的任务,是通过依法独立行使检察权,督促行政机关依法履行监督管理职责,支持适格主体依法行使公益诉权,维护国家利益和社会公共利益,维护社会公平正义,维护宪法和法律权威,促进国家治理体系和治理能

力现代化。”

⑯参见任剑涛:《公共的政治哲学》,商务印书馆2016年版,第518-519页。

⑰在这方面,法国的“纳税人诉讼”或者英国的“关系人诉讼”(relator action)提供了可资借鉴的经验。参见[意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕等译,清华大学出

版社2005年版,第397页。

⑱我国立法并未完全排除“公民诉讼”。《信托法》规定公益信托应当设置信托监察人,信托监察人有权以自己的名义,为维护受益人的利益,提起诉讼或者实施其他法律行为。其中就包括了公益信托诉讼,这也是公民诉讼的一种具体形式。

## Jurisprudential Foundation of Public Interest Litigation

Wang Fuhua

**Abstract:** Public interest is an inherent part of legal norms, whose formation, performance and function reflect specific ideology and political environment. Therefore, the public interest litigation with the public interest as the trial object is both the dispute settlement activity and the political activity in which the public participates in public affairs, requiring to reflect particular political morality and ethics and obtain the regulations and defense from specific political philosophy as well. The individualistic litigation mechanism is deeply infiltrated by liberalism, and the idea of self-determination of parties and procedural guarantee contained in it has become the fetters of the development of public interest litigation system. The mode of paternalistic litigation partially modified still cannot solve the fundamental contradiction between public interest protection and public interest representation. Although the communitarianism represented by communalism and civic republicanism justifies the collective procedure from the perspective of community value and public space, especially the discourse theory provides brand-new procedural idea, frame and mode of judgment for public interest litigation, the abstractness of "public good" limits its theoretical value. The people-centered idea of development and the idea of a community with a shared future for mankind provide value basis and political ethics for China's public interest litigation system in the new era. On this basis, reasonable absorption of various political philosophies can promote the public interest litigation system to realize the values of litigation democracy, due process, litigation efficiency, etc.

**Key words:** Public Interest Litigation; Liberalism; Communitarianism; Republicanism; People-Oriented