

民事公益诉讼的基本模式研究

——以中、美、德三国为中心的比较法考察

肖建国*

内容提要 民事公益诉讼模式取决于一国的法律传统和司法政策,新模式的导入为民事诉讼形式的创新提供了契机。在目前代表人诉讼被搁置、集团诉讼短期无引入可能的背景下,我国民事公益诉讼应采取民事公诉为主导,实验性诉讼、团体诉讼和公民诉讼为补充的模式选择路径。具体建言是:确立实验性诉讼、拓展民事公诉和团体诉讼的适用范围、引进公民诉讼。

关键词 公益诉讼 集团诉讼 实验性诉讼 团体诉讼 公民诉讼 民事公诉

以民事诉讼所保护的权利、利益的性质为标准,民事诉讼一般有私益诉讼和公益诉讼之分。当然,这并非一种严格的学理分类。从各国的情况看,私人为了公共利益而提起的诉讼近年来不断增加,这种状况被比较法学者认为是民事诉讼今后最主要的发展,这种变化可能给民事诉讼的形式和特性带来巨大的变化。^① 在中国,自1996年1月出现第一起公益诉讼至今,^② 公益诉讼在中国的发展已逾十年。近年来,随着一些公益诉讼案例的出现并引起广泛的社会关注,公益诉讼逐渐成为理论界、司法界、市井百姓讨论的热点话题,并且日益频繁地出现于各种媒体报道中。公益诉讼不仅被理解为保护那些超越了个体利益、私人利益之公共利益的诉讼形式,有时也用于指称一种承认纸上的法与实践中的法之间存在差距的法律观念,即当法律对某个特定群体规定了一定的保护措施后,正式条款可能由于逃避、漠视或者敌意而无法发挥作用时,司法介入就有助于确保遵循现存的规则 and 标准。公益诉讼(Public Interest Litigation)当前已成为一个符号、一种大众性的话语机制,通过公益诉讼改变公共讨论的主题,给予缺乏权利保护手段的人以关注和声音,提出新的改革目标。对于那些被边缘化的群体而言,公益诉讼有时是进入政治生活的惟一或者最不昂贵的入口,为他们参与社会治理提供了合法的途径。^③

一、群体诉讼中的集团诉讼模式

德国公法学者莱斯纳认为,基于现代社会生活现象的多样性,不能将公益与私益视为相反的概念,

* 中国人民大学法学院副教授、法学博士。

① 从比较法角度分析通过民事公益诉讼的英文研究文献主要有: Mauro Cappelletti, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, in *Access to Justice: Promising Institutions* 767 (Alphen aan den Rijn/ Milan, Sijthoff and Noordhoff/ Giuffrè, Vol. II of the Florence Access to Justice Project Series, M. Cappelletti & J. Weisner eds., 1979) 以及 Mauro Cappelletti, *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution*, in *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives* 513 (Vol. III of the Florence Access to Justice Project Series, M. Cappelletti & B. Garth eds., 1979) 以及 Fisch, *European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany*, 27 *American Journal of Comparative Law* 51, 1979.

② 目前的公益诉讼既包括涉及侵害公民的平等权、受教育权、环境基本权等类型的行政公益诉讼,也包括消费者维权、环境侵权等民事公益诉讼(参见中国社会科学院法学所公益法研究中心:《中国公益诉讼发展状况报告》,载第三届东方公益诉讼论坛文集《公益诉讼的本土化》,2006年8月)。如消费者知情案、三毛钱入厕案、郝劲松“发票”系列案、松花江环境污染案、银联卡跨行查询收费案等。

③ See Helen Hershkoff, *Public Interest Litigation: Selected Issues and Examples*, 佟丽华,白羽:《和谐社会与公益法——中美公益法比较研究》,法律出版社2005年版,第196页。

两者应是相辅相成、并行不悖的概念。多数人的私益可以形成公益,公益由私益组成,不能绝对地排除私益。其中,有三种私益,可以升格为公益:一是不确定多数人的利益。二是具有某种特别性质的私益等于公益,如涉及私人的生命及健康方面的私人利益。国家保障私人的生命、财产和健康,就是公共利益的需求。保障这些私益符合公益的目的。三是通过民主原则,将某些居于少数的私人利益形成公共利益。^④ 莱斯纳所提到的三种可以上升为公共利益的私人利益的确具有启发性,能够为我们分析私人诉讼与公共利益的关系提供理论上的支持。笔者认为,尽管公共利益是个不确定的法律概念,^⑤ 它和私人利益不可等量齐观,私益与公益相冲突,而且服从于公益。因为公益是团体的利益,团体由多数人组成,位阶高于个人,而且公益持续的时间比私益更加久远。不过,也要看到,公益与私益也存在紧密的联系,部分私益诉讼能够直接实现公益目标,因而可以上升为公益诉讼。这一点在群体利益保护的诉讼中表现得特别明显。

(一)扩散性利益的司法保护与公益诉讼

所谓“扩散性利益”(diffuse interest),即事先没有任何的关系而只是基于特定的事实原因才产生联系的人共同拥有的一种超越个人的不可分的利益。^⑥ 这种利益相对于个人的利益而言具有整体性的特征,它不是一种单纯的利益的集合,而是多个人共同享有的一种利益。比如享受洁净空气的利益、获得真实的广告的利益、享受安全产品的利益等。这种利益都是属于社会上的每一个人,都不属于特定的个人或者机构,它实际上包含着一种社会公益的性质。^⑦

因扩散性利益的争议引发的诉讼,日本学者往往称之为“现代型诉讼”^⑧。现代型诉讼的当事人人数众多,具有集团性或扩散性,并且大多是因为被告的活动而受到加害或加害危险的市民(消费者、居民);与此相反,被告则主要为国家、公共团体或大企业等。现代型诉讼的显著特性在于,原告对被告的诉讼请求的内容,不仅包括损害赔偿,还包括预防性禁令。前者通过向人数众多的受害人支付巨额赔偿金(惩罚性赔偿、制裁性赔偿),给原告以经济性刺激和资助律师费用等作用,来发挥抑制损害的功能;后者非常明显地体现出预防侵害的诉讼动机,近年来数量上呈不断上升趋势,在司法救济法上出现了由损害赔偿转向预防性禁令的口号。德国汉堡大学H·盖茨(Hein Kotz)教授在描述现代型诉讼时指出:“原告不仅主张自己的利益(多数的场合是很小的权利),而且还尝试排除与原告处于同一立场的利益阶层的人们的扩散的片断性利益的侵害(但从整体来看,或许并不是那么广泛的侵害),这是该诉讼的特点所在。换言之,这种诉讼的对象不是以私人权益为中心的私人之间的纠纷,而是针对某种公共政策的存在方式的不服。”^⑨

现代型诉讼给民事诉讼制度的发展提出了新的挑战。日本著名法学家新堂幸司教授精辟地指出:如果说传统民事诉讼的争执焦点是当事人之间的个别权利义务,完全属于私益的话,那么,现代型诉讼

④ 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第200页。

⑤ 公共利益概念的特征在于它的不确定性,属于典型的不确定法律概念。将公共利益概念视为不确定法律概念是德国的通说。其不确定性主要表现在利益内容和受益对象两个方面。参见前引④,第212页。

⑥ 张伟和:《巴西的集团诉讼制度》,载《人民法院报》2005年4月29日。

⑦ 意大利著名比较法学家莫诺·卡佩莱蒂指出:随着现代社会的复杂化,单单一个行动就致使许多人或许得到利益或许蒙受不利的事件频繁发生,其结果使得传统的把一个诉讼案仅放在两个当事人之间进行考虑的框架越发显得不甚完备。……就是这些大量的受害者的可能性成为当今这个时代的一大特征。See Mauro Cappelletti, *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparative Contribution*, in *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives* 513 (Vol. III of the Florence Access to Justice Project Series, M. Cappelletti & B. Garth eds., 1979)。

⑧ 与传统诉讼相对应的“现代型诉讼”一词非常盛行,但其内涵并不明确,其外延也非常模糊,日本学者一般将其与环境权诉讼、公害诉讼、消费者诉讼、公民权诉讼、社会福利关系诉讼等联系起来,公益诉讼是其中的重要组成部分。参见[日]新堂幸司:《现代型诉讼及其作用》,载《基本法学(七)》,岩波书房1983年版,第308页;[日]小岛武司:《现代型诉讼的意义和特质》,载陈刚主编:《自律型社会与正义的综合体系——小岛武司先生七十华诞纪念文集》,陈刚、林剑锋、段文波等译,中国法制出版社2006年版,第139页以下。

⑨ [德]海茵·盖茨:《公共利益诉讼的比较法鸟瞰》,载[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,法律出版社2000年版,第66页。

中的争点则表现在社会化方面。^⑩在这种诉讼中,私的利益和公共利益处于紧张、交错的状态,民事诉讼的意义随着这种双重性而左右摇摆:要么过于强调公共利益而忽视了私益的保护,要么过分重视私益的实现而错过了革新诉讼程序制度、超越传统裁判观念的契机。

基于现代型诉讼在范畴上与公益诉讼有着诸多重合之处,中国民事诉讼法学理论也接受了现代型诉讼这个概念,不过更多地是从公益诉讼的意义上理解现代型诉讼,因此除了要求在普通的诉讼程序的框架内对于法律解释和程序运行作一定的特别考虑之外,还存在修改法律或制定新的法律来创造新的程序形式的需要。在消费者维权诉讼、环境污染诉讼、涉及国有资产保护等案件中,原告的诉讼请求既包括纯粹私益性的金钱赔偿,也包括公益性的诉求,如要求停止生产、停止排污、禁止夜间飞行等禁令请求,或者要求被告为或不为一定的行为等请求。后一类诉求不仅救济了原告,也使同原告处于相同或相似地位的利益阶层获得保护。从这个意义上说,扩散性利益的诉讼属于私益诉讼与公益诉讼的交叉,是可以上升为公益保护的私益诉讼的类型。

例如在1996年中国公益诉讼第一案中,原告丘建东因一公用电话亭未执行邮电部“夜间、节假日长话收费半价”的规定,多收了0.6元,于是援引《消费者权益保护法》第49条向法院起诉,要求公用电话亭给予加倍赔偿,诉讼标的1.2元,并要求公用电话亭摘下旧的、未载明半价规定的资费表,赔礼道歉。这就是在中国引起巨大反响的“一快二”官司,它颠覆了传统的关于民事诉讼的理解,丘建东也被誉为“中国公益诉讼创始人”。在“一快二”官司中,丘建东不仅主张自己的利益(尽管数额很小),而且旨在排除与他处于同一状况的利益阶层,即相同情形下的公用电话消费者的扩散性利益的侵害。因此,丘建东无疑扮演了类似美国的“私人检察官”的角色。换言之,这种诉讼的性质不是以私人权益为中心的私人之间的纠纷,提起的目的是为了更广泛的公众或者团体的利益。

(二)集合性利益的司法保护与公益诉讼

“集合性利益”(collective interest),也是超越个人并且是不可分的,它属于先前在相互之间就有特定法律关系的特殊团体,在成员的身份上也比扩散性的利益要确定。比如,一家学校向入学的学生收取不正当的费用、一家医疗机构拒绝对某种特殊的病人进行治疗等。在这种案件中,原、被告之间的成员都是比较确定的,在他们之间也存在某种特殊的实体法律关系,如合同关系等。被告实施行为的法律后果对全体成员都是相同的,法院必须针对共同的问题作出一个统一的判决。^⑪

扩散性利益和集合性利益的司法保护在民事诉讼中多表现为群体利益的诉讼保护。作为特定或不特定的多数人利益,群体利益既有一般私权主张在规模上的扩张,也有与其他群体乃至公共利益相冲突的特殊主张,同时也存在一部分新型的具有很强公益性的诉求。^⑫与群体利益的保护对应的诉讼形态是美国的集团诉讼(class action)或中国的代表人诉讼。在多数人诉讼中,人数众多的一方益诉求往往相同或者相似,一旦与对方发生争议,很容易形成一个临时性的利益集团,在代议制下,其诉求会被政党所代表的利益集团所考虑,成为社会决策、资源分配和纠纷解决中重要的考量因素。但是群体利益未必等同于公共利益,集团诉讼未必就等于公益诉讼,集团诉讼的公益性作用未必就是其惟一的使命和目标。在有关集团诉讼的理论中,对于集团诉讼是否就是公益诉讼,集团利益是否等于社会公共利益存在着激烈的争论。将集团诉讼视为私人执法手段的原因,在于集团诉讼所提供的衡平法救济。英美衡平法的一个基本原则是,违法者不得从自己的违法行为中获利。^⑬在集团诉讼中,通过高额的惩罚性赔偿以及运用政府收缴、降价、主张者分配、消费者信托基金等类似性救济制度迫使被告吐出所有的非法收入,并将其施惠于受害者集团的所有个人,包括没有提出申请的那些人。即使具体的个人可能没有享受

^⑩ 前引⑧,新堂幸司书,第320页。

^⑪ 前引⑥。

^⑫ 范愉:《集团诉讼问题研究》,北京大学出版社2005年版,第183、401页。

^⑬ See Kerry Barnett, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 Yale L. J. 1591, June, 1987.

到任何直接的利益,但社会整体却因此受益;并且也可以使经营者意识到,给众多受害人者造成微小损害的违法行为不再是有利可图的,从而防止他们今后继续从事类似行为。因此,集团诉讼具有预防违法行为的功能。从这个意义上说,集团诉讼具有公益诉讼的某些特质,引起了大陆法系国家的关注,理论上关于集团诉讼能否向大陆法系国家移植的争论,从来就没有停止过。

目前主要存在两种观点:一种观点对移植集团诉讼保持比较乐观的态度,认为美国的集团诉讼是值得其他国家借鉴的一种制度,尤其能够促进弱势者获得正义。其代表人物是佛罗伦萨和斯坦福大学伟大的比较法学家莫罗·卡佩莱蒂以及著名的法学者格瑞特·豪厄尔等人,他们积极支持集团诉讼,认为它是一种值得外国引用的制度。^⑭不过,卡佩莱蒂和豪厄尔等人并没有就此进行细致的论证。另一种观点则认为,无论是要在大陆法系国家引进美国的集团诉讼,还是将其在国际层面加以推广,都必须持谨慎的态度。美国学者理查德·欧·福尔克(Richard O. Faulk)系统地论证了这个问题。他认为,在美国之外引进集团诉讼制度存在三个难以克服的障碍:^⑮

首先,在美国之外的体系中引进集团诉讼的必要性是值得怀疑的。对大陆法系国家而言,普遍的规制和公共机构的主动实施,通常就足以解决群体性争议,尤其是在有的国家还可以通过附带诉讼的形式顺便解决私人请求。因此,对大多数欧洲大陆法系国家而言,集团诉讼都是没有必要的。

其次,集团诉讼实践依赖于衡平法原则和法院的裁量性确认及实施,而根深蒂固的大陆法原则反对创设并实施集团诉讼。大陆法系传统上不信任司法独立,也不鼓励司法创造,因此无论从概念上还是从文化上讲,大陆法系的法官都不适于行使美国集团诉讼制度中法官所必需享有的自由裁量权。

第三,单个国家(例如欧盟的一些国家)选择性适用美国的集团诉讼规则,不利于阻止当事人和律师为创造“跨国集团诉讼”而“选择法院”的行为。

关于美国式集团诉讼能否移植他国的争论还会长期存在,并且是各国立法者不得不面对的问题。出于对集团诉讼滥用的担忧,集团诉讼在普通法国家的前途仍然备受争议:一些普通法国家如英国则拒绝了美国式集团诉讼概念,而是倾向于一种更为保守的“团体诉讼”程序,而在其他国家,如澳大利亚和加拿大,已经采取甚至更自由化的美国式集团诉讼。在大陆法系国家,引进美国式集团诉讼的努力始终没有停止过。尽管有反对的声音,集团诉讼的立法尝试或学者倡议在欧洲一些国家,日本、韩国等亚洲国家一直存在,^⑯韩国国会还于2003年12月22日通过、2005年1月1日分步骤施行《证券集团诉讼法》。但截止到2006年4月该法施行一年多以来,韩国没有出现一起证券集团诉讼案件,法律界建议适用股东代表诉讼替代证券集团诉讼,从一个侧面说明韩国实施集团诉讼的条件尚未成熟。因此,任何试图在其他国家引进集团诉讼制度的方式都必须予以最谨慎的对待,并充分意识到各国的司法系统受到文化的限制、集团诉讼制度内在地具有被滥用的可能性以及在该国司法系统允许国外集团诉讼的后果。^⑰

集团诉讼也曾引起中国学者的广泛关注和讨论,不过最终立法者并没有采纳美国式的集团诉讼制度,原因在于“不声明退出集团就视为参加”(opt out),这种运行集团诉讼的规则依赖强有力的集团成员

^⑭ See Geraint Howells and Rhoda James, *Litigation in the Consumer Interest*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Fall, 2002.

^⑮ See Richard O. Faulk, *Armageddon through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution*, in Charles E. F. Rickett and Thomas G. W. Telfer (ed.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, 2003. 转引自钟瑞华:《美国消费者集体诉讼初探》,载《环球法律评论》2005年第3期。

^⑯ 日本自上世纪60、70年代以来民事诉讼法学界中具有英美法学术背景的学者就呼吁引进美国式集团诉讼,民间认士还草拟了集团诉讼法案,如日本公明党《集体代表诉讼法案》、《东京第一律师协会公害对策委员会集团代表诉讼法案》等(参见张卫平:《诉讼架构与程式——民事诉讼法的法理分析》,清华大学出版社2000年版,第388页以下)。韩国从1990年代早期开始,学术及实务界就展开了关于证券集团诉讼机制利弊的讨论,反对引进集团诉讼的言论一度占据舆论上风。后来由于有总统卢武铉的鼎力支持,立法机关的态度才发生了改变(参见汤欣:《私人诉讼与证券执法》,载《清华法学》2007年第3期)。

^⑰ 前引⑮,钟瑞华文。

信息沟通机制作为保障,如第三人未得到有效的集团诉讼通知,因而无法明确表示脱离集团诉讼时,集团诉讼的发起和法院判决的效力于不经意间约束到了不知情的第三人,违反了正当程序原理。虽然美国联邦民事诉讼规则第23(e)规定,根据法官的裁量,集团成员可以有二次退出权,似乎可以弥补集团诉讼中程序保障不足的问题,但在我国程序保障水平普遍较低、当事人程序参与能力较差的背景下,“opt out”制度并非可取的选择。相比之下,英国式集团诉讼(group litigation)和法国的代表人诉讼采用的“不声明参加就非集团成员”的opt in制度更具合理性,在这种机制下判决只能约束那些明确表示愿意加入集团或者在集团登记册中进行登记的受害人。因此,为了解决大规模的群体性纠纷,我国《民事诉讼法》专门在第54、55条中规定了opt in式的代表人诉讼制度。中国的立法者在共同诉讼的延长线上理解代表人诉讼,认为代表人诉讼只不过是为了便于迅速、经济地解决纠纷的需要,由多数人推选代表人或与人民法院商定代表人的方式进行诉讼,被代表人的多数人承受代表人诉讼的后果,法院的判决不仅对代表人有效,而且对被代表的多数人也发生效力。被代表的多数人必须是法院已知的或在法院登记的受害人。对于我国民事诉讼法第54条、55条中关于代表人诉讼制度的分析,也应当区别对待,不宜在代表人诉讼和公益诉讼之间直接划等号。不过,这并不妨碍我们对代表人诉讼所具有的公益性目标的理解。

(三)个人同类性利益的司法保护与公益诉讼

所谓“个人同类性利益”(homogeneous individual interest),是一种个人利益的集合,和我们通常说的普通共同诉讼中个人享有的利益比较相似,集团成员因为有相同的事实或法律争议而拥有相同或相似的诉因,在他们之间也仅仅存在相似的利益,为了使诉讼简捷迅速才合并审理的。这种诉讼本质上为私益诉讼,是一种集约化的处理私益纠纷的诉讼类型,即便以代表人诉讼的形式提起,也不能笼统地称之为民事公益诉讼。

但是,对于这种类型的群体性纠纷,我国民事诉讼法和民事审判实践也在一定条件下赋予了私益诉讼以维护公共利益的功能。具体方式是将起诉时人数不确定的代表人诉讼的判决效力扩张到没有参加诉讼的第三人。《民事诉讼法》第55条规定:“对于起诉时人数不确定的代表人诉讼,人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的,适用该判决、裁定。”该规定与《英国民事诉讼规则》19.12如出一辙,在民诉法学理论上称为判决效力的扩张。判决效力之所以能够扩张到未参加诉讼的第三人,是因为第三人与代表人诉讼中的多数人具有共同的法律和事实问题,具有相同或相似的诉讼请求,为避免法院就相同问题作出矛盾判决,立法者采取了允许后诉者“搭便车”的办法给予救济;事实认定上明确了前诉判决对第三人的预决效力,法律适用上则规定了后诉审理法官受前诉判决中法律适用的限制。这种判决效力的扩张在实验性诉讼中得到了广泛运用。

二、实验性诉讼模式

实验性诉讼(test action, test claim, test suits),也称示范性诉讼(model case, model action),分别系英美法系和德日等大陆法系国家的称谓,名异而实同。对于有共同法律和事实问题的群体性纠纷,法院可以从已经受理的大量集合性、扩散性或个人同类性利益诉讼案件中选择一宗或多宗案件进行试验性诉讼,法院对试验性诉讼所作出的判决,对于其他有共同法律和事实问题的群体纠纷具有拘束力。这种公益诉讼形态目前在英美和大陆法系国家都获得了立法或判例上的认可。

德国对于具有相同或相似法律问题和事实问题的群体性诉讼采用了实验性诉讼形式,立法者设立此制的根本动机在于解决“非个人利益”(non-individual interest)的争议。在实验性诉讼中,如何找到一个愿意为了其他原告的利益而承担诉讼风险的原告,成为主要的难题。即便为解决资金风险而由受害者群体临时设立的消费者组织愿意负担实验性案件的费用,也无济于事,因为德国法长期以来规定只有律师设立的组织才能代表受害人起诉。即使私人原告愿意成为实验性诉讼的首席原告(lead plaintiff),德国的

程序法也不允许将实验性案件判决的效力扩及其他正在系属中的或拟起诉的同类案件中。2002年,德国通过了新的法律,赋予公共资助的消费者组织代表消费者起诉的权利,或者消费者组织依据消费者诉前进行的请求权让渡而提起诉讼。诉讼视情况可以是单纯的实验性诉讼,也可以是集合性诉讼。如果受损害的一方当事人人数太多而且容易识别,那么这些人有权授权给消费者组织代表他们提起诉讼。此际,判决对所有受害人产生既判力(res judicata)。另一方面,如果非经消费者授权而提起实验性诉讼的话,终局判决仍然不能对未直接参加诉讼的人产生约束力。不过,如果判决是由联邦最高法院作出的,则另当别论,因为联邦最高法院的判决尽管缺乏法律上的约束力,但事实上在其他法院处理相似案件时仍被遵守。该规定的缺点是适用范围很窄,仅限于“保护消费者利益有必要”的情形。^⑬

2003年10月约14,447名股东分别向法兰克福地方法院起诉德国最大的电信公司德国电信,原告要求被告赔偿因其在发行股票时作虚假陈述所造成的损失。尽管法院受理后发现每个诉讼请求在事实和法律方面具有相似性,由于每个案件的当事人均有要求听审的权利,法院对其中一个或数个案件的判决对其他正在系属中或即将起诉的同类案件不产生既判力,因此法院必须对每个案件进行审理,这不仅加大了法院的工作负担,而且受害当事人并不能获得快速的救济。德国电信案促使立法者不得不对大规模诉讼案件作出回应。^⑭鉴于法兰克福地方法院受理的“电讯诉讼案”带来的挑战,提高投资者的投资信心、方便诉讼,2005年德国制定了《投资人示范性诉讼法》,其初衷是为了应对众多投资人针对同一个被告提起的赔偿诉讼案件给法院造成的审理困难。^⑮根据该法如果每个案件在事实问题或法律问题上具有相似性,那么的法院在实验性诉讼中对共同事实问题和法律问题所作的判决将对其他案件产生既判力。当投资人的诉讼请求符合以下两种情况之一时可以适用实验性诉讼程序:因错误陈述、误导性陈述或不完全陈述产生的损害赔偿请求和请求被告根据《证券收购和接管法》(SATA)履行合同义务。因此该法可能涉及到的诉讼主体包括证券发行者、其他投资的要约人、投资银行及其高级管理人,还包括其他对信息披露负责任的机构或自然人和《证券收购和接管法》规定的出价人。

按照《投资人示范性诉讼法》的规定,在一审程序中,受害的投资者仍然要分别起诉。但是对于所有起诉同一个证券发行者的案件法院享有绝对的管辖权。法院受理后,原告或被告都可以申请适用示范性诉讼程序。当事人申请时要对全部诉讼的共同事实问题或法律问题陈述,证明进行示范性诉讼具有必要性。法院许可申请后要在联邦公报的电子网站上登记并公开。^⑯示范性诉讼基本按照德国《民事诉讼法》的规定进行,但《民事诉讼法》中的第91a、278、306、348—350、379条除外。要启动示范性诉讼程序至少要向州中等法院提出十个以上的申请,州法院对示范性诉讼具有绝对的管辖权,并有权从众多案件的原告和被告中各选择一个示范性诉讼的原告和被告,其他的当事人可以有利害关系的当事人的身份参与到实验性诉讼中。州法院对实验性诉讼的当事人的指定不具有争辩性。有利害关系的当事人在实验性诉讼中享有广泛的程序性权利,如可以提出主张也可以进行抗辩,只要这些主张和抗辩不与实验性诉讼的原告或被告陈述或行为相矛盾。在实验性诉讼结束前法院都要依职权中止其他诉讼,因为这些诉讼受实验性诉讼的判决既判力约束。虽然法院作出中止诉讼裁定前要听取当事人的意见,但是所作的中止诉讼裁定不能上诉。只有当全体利害关系人同意,示范性诉讼原告和被告才能达成和解。州法院对实验性诉讼所作的判决和裁定对判决确定前提起的其他诉讼具有既判力,前提是法院通知其他利害关系人到庭听证,无论该其他利害关系人是否在实验性诉讼中主张异议。其他待决案件

^⑬ See Astrid Stadler, *Public Interest Litigation in Germany*, *Seminar Materials on Private Litigation for Public Interest*, 2006—12—9.

^⑭ 在美国,德国电信案是以美国集团诉讼的方式和解结案。See Smith, Heather, *Shareholders, unite! Class actions are verboten in Germany, but the rules may soon relax*. *American Lawyer* 27. 5 (May 2005): 124(1). 在德国,德国电信案是以示范性诉讼的方式进行审理的。

^⑮ 此外,德国还同时制定了另一部法律《股东诉讼法》(*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*) (UMSG)

^⑯ 在联邦公报电子网站上有专门的一个栏目“Klageregister”对示范性诉讼程序申请作登记。

的具体事实或法律问题,如赔偿数额,必须单独审理。^②

尽管《投资人示范性诉讼法》只适用于证券诉讼领域,即实验性诉讼并未成为民事诉讼程序中的一种普遍制度,但是该法大大地方便了投资人提起诉讼。通常来说,每个证券赔偿请求的数额较小,但是证券赔偿诉讼却是复杂的——审理时通常需要专家证人出庭作证。根据德国《民事诉讼法》第379条规定,证人作证费用要由承担举证责任的当事人预先支付,因此投资人提起证券赔偿诉讼要承担极大的风险。根据《投资人示范性诉讼法》所有的原告分担实验性诉讼的费用,这样减少了原告的诉讼负担。对于法院来说,由于一方人数众多的群体诉讼缩减为一对一的实验性诉讼,在经过一次听审(必要时进行一次证据调查),州法院就会针对那些待决案件的所有共同争点作出一个宣告判决,不服该判决的可以上诉到联邦法院以资救济,否则所有当事人均受实验性案件宣告判决的约束,^③因此法院审理工作负担也相对减少,通过实验性诉讼可以达到快速审理的目的。

在日本,对于公害损害赔偿诉讼案件,法院有时采取只对其中部分案件先行诉讼,对其余案件的审理期日作出“暂停指定”,并在证据调查结束后对全部案件一并进行判决的做法。当然,这种做法建立在法院和当事人合意的基础上,不存在损害当事人程序保障权的问题。如果当事人间有进行实验性诉讼或示范诉讼之合意,只就部分案件提起诉讼,即使其他诉讼案件没有被系属,也可以认为对其有判决效力的扩张;或者应当认为,对于其他诉讼案件来说,至少作为契约上的效果,有关实体法上的承认等之类的义务已经有效成立。^④日本著名学者小岛武司教授通过调查发现,在公益诉讼中当事人有意采取实验性诉讼战术的情况屡见不鲜,其最终目的是为了获得上诉审尤其最高法院作出的有利判决。最高法院的判决以当事人各方在实验性诉讼中展开的充分论争为基础,所以不仅在内容上具有很强的说服力,而且其中不少判决理由将成为后案的判断标准。因此,当事人在实验性案件提交最高法院后,若认为接受不利的判决已成定局,由于此时不能奢望对方当事人同意撤诉或进行诉讼上的和解,所以时常将放弃或承认请求作为最后一招,以达到阻止败诉判决引起的波及效力之目的。^⑤但是,可以运用诚实信用原则等一般性法理,认定这种放弃或承认请求的诉讼战术属于无效。

在英国,实验性诉讼判决效力也存在着对第三人的扩张问题,《英国民事诉讼规则》19.13 案件管理规定:管理法院可以作出指令,从集团登记中选择进行一宗或多宗试验性诉讼,以及指定一方或多方当事人的律师作为原告或被告的首席律师(lead solicitor)。19.15 试验性诉讼(test claims)规定:试验性诉讼也可以达成和解。如法院已指令集团登记中的某宗诉讼作为试验性诉讼,而该诉讼已和解的,则管理法院可作出命令,将集团登记诉讼的其他诉讼列为试验性诉讼,法院在原试验性诉讼作出的任何命令,对所替换的试验性诉讼具有拘束力。^⑥可见,英国实验性诉讼的判决结果在整体上对以后的案件有实质性约束力,而不是就若干事实、法律争点进行的判决具有拘束力。与我国实行判决效力扩张的代表人诉讼形式不同的是,实验性诉讼主要采用单一诉讼,有时也采取共同诉讼形式。

我国现行法律没有规定实验性诉讼,不过,司法实践中,出现了类似于实验性诉讼制度的“系列案件”的拆案处理、分批审判制度。^⑦例如,在轰动全国的“中小股东诉大庆联谊虚假陈述民事赔偿案”中,哈尔滨市中级人民法院先于2002年10月开庭审理了三名股东的民事索赔案,此后,哈尔滨市中级人民法院将第二批456名原告投资者分为若干个组,于2003年至2004年间先后多次开庭审理该“系列案

^② See Burkhard Schneider, *Country Reports: Europe, Europe: Germany: Germany's Proposed Capital Investors' Model Proceeding Law May Require Revision To Achieve Goals*, 11 World Sec. L. Rep. 5 (May 2005) [Hereinafter referred to collectively as "World Sec. L. Rep."].

^③ See Astrid Stadler, *Public Interest Litigation in Germany*, *Seminar Materials on Private Litigation for Public Interest*, 2006—12—9.

^④ [日] 小岛武司:《民事诉讼法理基础》,有斐阁1988年版,第191页以下。

^⑤ 前引③陈刚主编书,第143页。

^⑥ 《英国民事诉讼规则》,徐昕译,中国法制出版社2001年版,第93—94页。

^⑦ 前引⑫第45页。

件”,2004年8月作出一审判决。^②又如2006年北京市朝阳区人民法院在处理“珠江绿洲案”时,针对珠江绿洲小区的几十户购房者诉开发商违约,即未按照合同约定提供市政自来水和市政生活用电,要求开发商履行合同并赔偿损失的请求,朝阳区法院选择一户购房者诉开发商的案件作为实验性案件予以处理,并作出判决。该判决对于在朝阳区人民法院等候审理的其他几十户原告诉同一被告开发商违约案件无疑具有示范性意义;对于朝阳法官来说,判决的约束力自不待言;对于等待审理的其他当事人来说,判决的预期结局已经昭然若揭。可见,实验性诉讼在引导公众行为方面的公益价值是无庸置疑的。

当然,分案处理不等于实验性诉讼,而是我国代表人诉讼被决策者搁置后的一种替代性的做法,其中蕴涵着制度创新的契机。“上帝关上一道门,必然打开一扇窗。”理论上,开门与开窗并不矛盾,代表人诉讼与实验性诉讼也能同时并存。在尝试实验性诉讼时,代表人诉讼仍然可以发挥其独特的价值。我国代表人诉讼近年来在司法实践中很少适用,往往被法院拆分为个别诉讼或若干共同诉讼形式,其原因有很多,^③最根本的是法院在国家权力体系中的边缘化地位和法院内部行政化的司法行为评价机制,迫使法院(官)过分关注甚至顾虑审判的社会效果,法官要缝合法律与社会之间的断裂面,合法的判决如果引起了社会的剧烈震动、造成了群体性上访等社会不稳定的事件,也是决策者所不允许的,于是出现了法院系统内部对于代表人诉讼形式的一致排斥,这是法院系统基于“自我保护意识”下的集体行动的逻辑。当然,关闭代表人诉讼的大门的同时开放实验性诉讼途径,对我国当前的诉讼制度建设而言未尝不是好事,毕竟相对于代表人诉讼,实验性诉讼有简化诉讼形式、大大节约法院和当事人诉讼成本的优势。法院和当事人有目的地进行试验性诉讼,其着眼点在于对类似案件的波及效果以及诉讼经济性。这种带有投石问路性质的公益诉讼,在当事人看来可以节约诉讼费用,提高胜算;在司法机关看来,判决会引起连锁反应并决定一系列相关诉讼的结果,产生变法的“多米诺骨牌”效应。^④但也要看到,实验性诉讼作为近年来出现的一种新的诉讼形态,在解决大规模的群体纠纷上仍存在着一些理论上甚至宪法上的障碍。^⑤例如,根据程序保障理论,任何人未经正当的法律程序,法院不得作出对其不利的判决。而实验性诉讼的魅力恰恰在于一对一的实验性诉讼的判决效力扩及于第三方,因此必须从理论上对此作出妥当的说明。我们看到,德国、日本和英国的实验诉讼制度大都建立在所有受损害的当事人同意的基础之上;不仅同意在实验性案件审理期间,法院将自己的诉讼案件搁置,而且同意实验性诉讼判决的效力能够扩张到自己的诉讼案件中。德国法还虚构了一个第三方当事人参加诉讼的拟制场面,即伴随着实验性诉讼的进行,案件被搁置的第三方当事人可以通过互联网平台和新建的电子操作的诉请登记册向审理实验性诉讼的州法院提供事实和证据,与法院进行信息交流。不过,法院不能阻止第三方积极参与实验性诉讼。如果第三方欲影响实验性诉讼的结果而参加到诉讼中来,那么诉讼形式又可能回复到多数人诉讼(multi-party litigation)的状态。^⑥而这违反了立法者规定实验性诉讼制度的初衷。因此,我国在引进实验性诉讼时,如何确立一个既符合法理,又足具操作可能的新诉讼形态,值得进一步思考。

三、团体诉讼模式

团体诉讼(verbandsklage)是一种赋予某些团体诉讼主体资格和团体诉权,使其可以代表团体成员提起、参加诉讼,独立享有和承担诉讼上的权利义务,并可以独立作出实体处分的专门性制度。团体诉

^② 郭锋:《大庆联谊股东诉讼案与中国证券民事赔偿制度的构建》,载《法学杂志》2006年第1期。

^③ 傅郁林博士认为有三个原因:一是司法独立资源欠缺,法院深感力不从心;二是指标管理功利计算,法院付出得不偿失;三是立案程序超职权主义,政府或社会组织直接干预。参见傅郁林:《群体性纠纷的司法救济》,载 <http://article.chinalawinfo.com/article/user/article-display.asp?ArticleID=27004>, 下载时间2007年1月11日。

^④ 季卫东:《“牙防组”事件公益私诉启示》,载《财经》2007年第11期。

^⑤ 德国基本法第103条规定了当事人的听审权、正当程序保障权,据此,任何人都不受法院判决的约束,除非他得到参与诉讼、参加听审、提供事实和证据、进行法庭辩论的机会。

^⑥ See Astrid Stadler, *Public Interest Litigation in Germany, Seminar Materials on Private Litigation for Public Interest*, 2006-12-9.

讼最初是作为替代行会的自治性调整机制而设立的,此后主要调整的领域扩大到了《反不正当竞争法》、《降价法》、《反对限制竞争法》、《一般交易条件法》、《手工业法》等,^③德国学者在阐释团体诉讼的理论基础时,尽管有诉讼担当说、不作为请求权说、起诉义务说和民众诉讼说等不同的观点,但基本的共识是:团体诉讼是以维护团体的共同利益或整体利益为本旨的停止侵害之诉或撤销之诉,有制止违法和预防保护的功能,事关公共利益。同时,德国团体诉讼明确将团体利益与其成员的个体利益区别开来,由于二者的诉权并不相互排斥或完全重合,因此不会因为提起团体诉讼而对其成员的个人诉权造成侵蚀。^④正如谷口安平教授所说,德国的“立法机关在直接涉及公共利益的问题上,一方面没有无条件地赞成行政机关强化自己权限来加以对付,另一方面也不像美国的集团诉讼那样采取通过动员个人的利益动机来实现公共目的的战略。团体诉讼可以说是居于两者之间的一种制度。”^⑤

在维护公共利益上,团体诉讼具有与生俱来的独特品质。团体诉讼被严格限定为公共利益之诉讼,同时也带来了其效力的有限性,即对于小额分散损害与大众损害,团体诉讼的适用就存在着局限性,不如美国的集团诉讼和我国的代表人诉讼更为有效。在我国,《民事诉讼法》之后出台的一些法律开始借鉴德国团体诉讼制度,依据法定诉讼担当理论,增加了若干例外的规定,即,当诉讼标的之权利义务归属主体不可能或不适于进行诉讼时,由法律规定的应当对归属主体负有保护职责的人或者财产管理人进行诉讼担当。^⑥目前我国以维护公共利益为目的之诉讼担当主要有如下类型:

1. 集体合同争议中的工会

2001年《工会法》第20条、2007年《劳动合同法》第56条规定工会可以作为集体合同争议的当事人。工会代表职工与企业以及实行企业化管理的事业单位进行平等协商,签订集体合同。企业违反集体合同,侵犯职工劳动权益的,工会可以依法要求企业承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以向劳动争议仲裁机构提请仲裁,仲裁机构不予受理或者对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。

2. 维护业主共同利益的业主委员会

2003年颁布、2007年修订的《物业管理条例》赋予业主委员会为维护业主共同利益而起诉的资格。根据《物业管理条例》的规定,业主委员会是业主大会的执行机构,自选举产生之日起30日内向物业所在地的政府主管部门备案,行使召集业主大会、监督管理规约实施、代表业主与物业服务企业签订物业服务合同、协助物业服务企业履约及完成业主大会授权事项等职责。对于涉及业主共同利益的事项,如物业服务企业违反合同约定损害业主公共权益;业主大会决定提前解除物业服务合同,物业服务企业拒绝退出的;物业服务合同终止时,物业服务企业拒绝将物业管理用房和《物业管理条例》第29条第1款规定的资料交给业主委员会以及其他损害全体业主公共权益的情况,业主委员会作为广大业主的诉讼担当人,有提起民事诉讼的资格。一些地方人大及其常委会通过的物业管理法规也规定了业主委员会

^③ 前引⑫第231页。

^④ 前引⑫第233—234页。

^⑤ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第198页。

^⑥ 北京大学法学院傅郁林副教授2006年10月29日在清华大学法学院小型研讨会上主张,社会团体的诉权需要细化:对于政府操纵的社会团体,由于实行了归口管理,接受政府的指派和指令行事,由其提起公益诉讼,不如直接交给人民检察院统一行使诉权,防止扯皮,还能有利于法律适用的统一。而对于民间团体可以网开一面,赋予其诉权。

具有当事人的资格。^{③⑤} 最高人民法院发布的批复^{③⑥}和一些地方的高级人民法院的生效判决已经肯定了业主委员会的团体诉讼主体资格。^{③⑦}

我国法院之所以承认业主委员会的原告资格,理由是:第一,各国立法中,对共用物业拥有管理权的是由业主组成的管理团体,而不是业主个体;因共用物业管理引起的诉讼,只能由享有管理权的主体作为当事人,而单个业主仅享有成员权,不能独立行使管理权和决定权,对侵害管理权的行为就不能单独提起诉讼。例如,日本《建筑物区分所有法》第57条规定,请求停止违反共同利益的行为,应由管理组合法人依据集会之决议提起诉讼。该规定排除区分所有人的个人诉权。第二,业主具有个体分散性和意志多元性特点,当其公共权益受到侵害时,需要一个机构代表全体业主行使诉讼权利,而业主委员会具有组织性和稳定性,能够胜任该工作。第三,业主的请求往往具有某些共通性,赋予业主委员会以诉权,可以提高纠纷解决的效率和效益,防止业主以相同的事实和理由起诉,避免出现群体纠纷和一事二理现象发生。^{④⑧} 考虑到业主委员会不具有独立的财产,无法自行承担民事责任,为了避免业主委员会作为独立诉讼主体造成权利义务的不对等,规定业主委员会只具有原告的资格,不能作为被告。法院判决业主委员会依法履行职责的,由业主委员会承担责任,涉及财产支付责任的由全体业主共同承担。该制度确立后,在业主维权方面发挥了重要作用。中国各地先后发生了多起引起社会广泛关注的业主委员会诉物业管理公司的案例。其中,北京美丽园小区业委会诉北京鸿铭物业公司案颇具代表性。

然而,否定业主委员会提起团体诉讼资格的声音和做法在高法的复函出台前后,也是存在的。主要理由是:业主委员会不是真正的权利享有者和义务承担者,与争议无直接利害关系,业主的权益受到侵害时,应由真正的权利人业主作为适格原告或采取群体诉讼的方式;业主委员会是业主大会的执行机构,未经业主大会讨论决定,业主委员会无权自行决定是否提起诉讼等事关业主重大利益的事项;业主委员会没有自己的财产,不能独立承担民事责任,不符合民事诉讼法第49条和最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第40条所规定的其他组织的条件。^{④⑨} 否定说能够获得部分法院的认同,并不在于理论上的雄辩性,而在于它的实践效果,即它可以避免出现法院对业主委员会作出不利判决而业主们又不接受该判决的现象。

还要说明的是,2007年颁布的《物权法》第83条^{④⑩}并没有对审判实践中存在的业主委员会对物业的诉讼主体资格予以确认,仅明确了业主委员会对业主的诉讼主体资格。对于物业损害业主共同权益的纠纷,由业主作为原告提起诉讼,并可以依据民事诉讼法第54条关于代表人诉讼的规定,推选代表人进行诉讼。立法机关之所以暂不规定业主委员会对物业提起团体诉讼的资格,主要有两个原因:一是业主委员

③⑤ 2002年《重庆市物业管理条例》第22条第十项规定,业主委员会根据业主大会的决定,代表全体业主参加因物业管理活动发生的诉讼。2004年《武汉市住宅区物业管理条例》第4条规定,业主委员会代表全体业主,依照本条例规定选聘物业管理企业,对住宅区物业和业主的共同事务今年系管理和服。该规定明确将物业管理权交由业主委员会行使,因侵害管理权而产生的纠纷,业主委员会是当然的诉讼当事人。

③⑥ 最高人民法院2003年8月20日《关于金湖新村业主委员会是否具备民事诉讼主体资格请示一案的复函》(〔2002〕民立他字第46号)指出:“金湖新村业主委员会符合‘其他组织’条件,对房地产开发单位未向业主委员会移交住宅区规划图等资料、未提供配套设施、公用设施专项费、公共部位维护费及物业管理用房、商业用房的,可以自己名义提起诉讼。”

③⑦ 2003年《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见(试行)》第7条和2004年《重庆市高级人民法院关于确认业主委员会在物业管理纠纷案件中诉讼主体资格的指导意见》均规定,依法成立的业主委员会在物业管理活动中,为维护业主的公共利益,可以自己的名义行使诉权。

④⑧ 参见北京市高级人民法院编:《审判工作规范》,法律出版社2006年版,第131—132页。

④⑨ 费汉定:《论业主委员会的民事诉讼主体资格》,载万鄂湘主编:《司法能力建设与司法体制改革问题研究——裁判方法与法律适用》,人民法院出版社2006年版,第1008页。

④⑩ 《物权法》第83条规定:“业主应当遵守法律、法规以及管理规约。业主大会和业主委员会,对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费或者损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为,可以依法向人民法院提起诉讼。”

会没有独立的财产,难以承担败诉后的民事责任;二是目前许多小区没有成立业主大会或业主委员会。^⑬当然,根据2007年8月《国务院关于修改〈物业管理条例〉的决定》第11条第7项的规定,只要业主大会决定将提起团体诉讼的职能这一“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”授予业主委员会,则业主委员会行使团体诉权则无任何理论和实践上的障碍。

3、投资者保护组织、消费者协会、环境保护组织的团体诉讼资格

除了上述情形外,扩大我国团体诉讼的适用范围,将团体诉讼扩张到包括投资者保护组织、消费者协会、环境保护组织在内的组织、其他公益团体,也是理论上和实践上基本形成共识的一个问题。在证券法和公司法领域,通过非营利组织来发动对于公司、证券违法行为的团体诉讼,在日本、韩国和我国台湾地区已经获得立法的承认,成为推进公司治理和证券执法的替代机制。^⑭在消费者权益保护领域,学者也建议引入团体诉讼模式,赋予消费者协会、行业协会以及其他公益团体以诉讼主体资格;同时,通过对团体章程、诉讼请求的限制等,将团体诉讼严格限制在公共利益领域。^⑮在环境保护领域,除了学者的呼吁外,决策者也开始认识到团体诉讼对于环境执法的重要性。实际上,目前我国的环境公益诉讼立法已初露端倪。例如,2002年颁布的《环境影响评价法》第11条就提出了“公众环境权益”的概念,2006年国务院发布的《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》第27条指出:“发挥社会团体的作用,鼓励检举和揭发各种环境违法行为,推动环境公益诉讼。”这是中国官方文件第一次正式出现和认可“公益诉讼”这个概念,意义极为重大。对私权性环境权的多元化诉讼保护,可以促进环境行政执法,制裁污染行为人,从源头上解决违法成本低,守法成本高的社会问题,形成“环境保护,人人有责”的公民意识。基于以上事实,本文认为,不排除在我国的环境法律中率先落实团体诉讼的可能。

四、公民诉讼模式

公民诉讼(citizen suits),即民众诉讼、纳税人诉讼,指由无直接利害关系的公民提起的公益诉讼。其突出特点是起诉主体的非直接利害关系性。任何人只要其利益受到了所指控的违法行为的不利影响就具备了原告资格,不局限于具体的合法权益或财产受到损害的特定人。

近代自由主义民事诉讼法典所确立的民事诉讼,虽然本质上属于一种私益诉讼,采用当事人对席辩论、法官居中裁判以及辩论主义、处分权主义的私益诉讼的机理,但关于私益诉讼的目的和功能上从来都不否认民事诉讼具有维护公共利益的价值:解决纠纷、维护社会秩序。因为任何社会冲突在性质上都意味着社会关系的紧张或断裂,而民事诉讼不仅具有熨平创伤、修复关系的作用,而且可以证实法律的实效性,使潜在的违法者不敢染指违法行为。在美国的诉讼法律文化中,公共利益历来就经常是通过私人诉讼方式实现的,“公共政策得到执行的最佳方式是通过私人提起民事案件的形式显现”。^⑯从这个意义上说,只要提起传统意义上的民事诉讼,就可以维护公共利益;传统民事诉讼和公益诉讼之间的差别,本身可能是一种错觉。在大多数领域,为实现私人利益而努力的个人不乏其人,法律上没有必要采取特殊的措施来帮助个人到法院获得司法救济并以此考查法律的实效性。但是,在其他领域,法律虽然规定了违法行为及制裁手段,不过,作为取缔违法行为手段的私人诉讼很少或无人使用,其原因多种多样:在小额大量的侵权诉讼中,每个人的损害并不是很严重,个别地寻求法律救济被认为没有意义,或没有足够的资金提起诉讼又无法获得法律援助;或者诉讼涉及复杂的事实关系或疑难法律问题,诉讼费用成本

^⑬ 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第192页。

^⑭ 参见汤欣《私人诉讼与证券执法》和王文宇:《证券团体诉讼——台湾的法律与实践》,载清华大学《私人诉讼与公共利益学术研讨会文集》,2006年12月9日。

^⑮ 参见王洪亮:《消费者诉讼模式的选择与构建》,载清华大学《私人诉讼与公共利益学术研讨会文集》,2006年12月9日。

^⑯ [美]史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍:《美国民事诉讼的真谛》,法律出版社2002年版,第226页。

远远高于预期的收益,会使一些潜在的原告失去提起诉讼的兴趣,甚至被告获得比原告更多的利益。^⑭在现代社会中,个人日渐暴露在集团性侵害之下而无足够的金钱或地位向司法机关起诉,除非法律上专门设定消除集团性侵害的、实现公共利益的手段和方法,否则无法期待通过私人诉讼来监督法律的实施。

基于当事人之间个别的、具体的私法上请求的传统原告资格概念过于狭隘、严格,不能充分适应现代社会公共利益保护的要求,可以为公共利益辩护的人的概念应当随着法律制度的发展而相应地扩大。^⑮特别是在环境公益诉讼中,是否允许个人在没有表面证据证明其为受害者的情况下可以提起民事诉讼,与传统的当事人适格理论密切相关,总的趋势是扩大原告适格的范围。

公民诉讼首先在行政公益诉讼中得到了发展。行政法理论认为,“倘若限制公民只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。”^⑯“在出现官吏的违法行为时,为了制止这种违法行为,国会可以授权一个公共官吏,例如检察总长,主张公共利益提起诉讼,这时就产生了一个实际存在的争端。同时,国会也可以不授权一个官吏提起诉讼,而制定法律授权私人团体提起诉讼,制止官吏的违法行为。这时,像检察总长的情况一样,也有一个实际的争端存在。宪法不禁止国会授权任何人,不论是官吏或非官吏提起这类争端的诉讼,即使这个诉讼的唯一目的是主张公共利益也可以。得到这样授权的人可以说是一个私人检察总长。”^⑰美国法院从1940年的桑德斯兄弟广播站判例和1943年的纽约州工业联合会诉伊克斯案件中发展出作为私人检察长的公民诉讼制度。此后,在美国各州以及联邦制定法中明文规定可以在广泛范围内采用公民诉讼。^⑱日本在《行政案件诉讼法》中也规定了公民诉讼,具体包括与公职选举有关的诉讼、与直接请求有关的诉讼、居民诉讼、基于《宪法》第95条的居民投票的诉讼、有关最高法院法官的国民审查的诉讼。其他国家往往仅在若干例外场合承认这种诉讼方式。

我国《民事诉讼法》第108条将“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”作为起诉的条件之一。要求原告与本案有直接利害关系,意味着当事人只能为了私人利益而起诉,对于涉及社会公共利益的事项无权起诉。因此,这种规定客观上限制了诉权主体的范围,虽有利于避免滥诉现象的发生,但另一方面也使得民事诉讼制度在保护民事权利、维护社会秩序上过于僵硬,不能解决司法实务中存在的特殊问题。我国现行民事司法实践也严格执行传统的当事人适格理论,对于无直接利害关系的人提起的诉讼予以驳回或者不予受理,更有甚者,根本不予收案。^⑲限制原告为“直接利害关系人”,本意是防止“好管闲事”的人滥用诉权、增加法院的负担,但由此也带来了公共利益维护上的主体缺位,同时引发了许多值得深思的深层次问题。例如,对于诉权滥用的担心是否过于夸张?民事诉讼中能否通过限制公民诉讼的范围来防范可能的诉权滥用现象?^⑳在利益衡量上,对侵害公共利益行为进行制裁

^⑭ [德]海茵·克茨:《公共利益诉讼的比较法鸟瞰》,载[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,法律出版社2000年版,第67—68页。

^⑮ 参见王明远:《论环境权诉讼——通过私人诉讼维护环境公益》,载清华大学《私人诉讼与公共利益学术研讨会文集》,2006年12月9日。

^⑯ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第199页。

^⑰ *Sae Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes*, 134F. 2d 694(2d Cir. 1943), 转引自前引⑮,第627—628页。

^⑱ 在环境法领域“公民诉讼”条款滥觞于1970年的《清洁空气法》,其后的1972年《清洁水法》、《海洋倾废法》、《噪声控制法》、1973年《濒危物种法》、1974年《深水港法》、《安全饮用水法》、1976年《资源保全与恢复法》、《有毒物质控制法》、1977年《露天采矿控制与复原法》、1978年《边缘大陆架法》以及1986年《超级基金修正及再授权法》中也确立了该制度。

^⑲ 例如,松花江污染事件发生后,北京大学法学院三位教授及三位研究生向黑龙江省高级人民法院提起的环境民事公益诉讼案,就面临不予收案这一结局。不予收案比法院拒绝受理更加恶劣,因为对于后者,当事人不服的,还有上诉救济手段。

^⑳ 为了有效地防止原告滥用诉权,影响行政行为的效率,各国在开放公民诉讼的途径时也限制其适用的范围。如日本的公民诉讼限于选举资格、居民诉讼等5种形式,美国的“私人检察官”理论也往往只在一般纳税人、普通消费者、同业竞争人、共同环境居住者当中发挥效应。参见郑春燕:《论民众诉讼》,载《法学》2001年第4期。

的必要性与诉权滥用的可能之间究竟如何取舍? 本文认为, 视公民诉讼为洪水猛兽而一概排斥的态度是不恰当的, 在我国当前其他公益诉讼主体严重缺位以及行政执法严重不足的情况下, 开放公民诉讼对于环境保护、消费者维权等是非常必要的。在立法上修改民事诉讼法第 108 条第(一)项, 拓展“直接利害关系”的内涵, 软化对当事人适格的限制, 或者干脆放弃“直接利害关系”当事人的概念, 为我国建立公民诉讼制度提供法律依据。

“公共利益无小事”、“维护公共利益, 人人有责”, 类似的宣传口号凸显了决策者公益保护上的政治总动员, 也为公益诉讼主体适格范围的扩张提供了政策空间。以代表人诉讼为载体, 或者通过搭私益诉讼便车的方式实现公共利益, 固然可取, 但并没有穷尽公益诉讼的所有型态。在理论和实践中, 还存在着许多成本更低、效果更好的形式, 如公民诉讼、团体诉讼(并不一定限定为法人团体)等以预防权利侵害为主要目标的公益诉讼。在当前行政执法明显不足的情况下, 如何充分发挥私人诉讼的潜能, 进一步开放民事公益诉讼的大门, 这是一项宏大的公共政策问题。

五、民事公益诉讼模式

当私权的滥用侵害了社会公共利益, 危及到公法秩序的安宁时, 由公共利益的代言人——检察院或行政机关代表国家进行追诉, 在近代的“国家无为而治论”下往往是不可能的, 即使某些国家有所规定(如法国 1806 年民事诉讼法典), 也只是限制在非常狭窄的范围内。

(一) 国家作用的两种理论

现代社会对国家的作用进行了重新认识, 有两种不同的观点: 一是国家积极作为论。这是 20 世纪德国的一种团体主义思潮。强调国家要积极地以追求公共利益作为国家的任务, 国家有义务促使人民获得最大的幸福, 国家负有广泛的责任, 追求公共福利、促进经济成长及文化振兴, 成为“福利国家”、“服务国家”、“照顾国家”。该思想的渊源在于当时民生凋敝、经济颓败, 人民无法依靠自己的力量获得幸福, 只能依赖国家以公力来达成民众的愿望。西方社会广泛认同的是, 在当今福利国家里, 应该保护因类似决定而受到影响的人和集团的利益。^{⑤4}

二是国家辅助性理论。这是德国经济复苏, 人民收入大增之后出现的新自由主义思想。20 世纪 70 年代初, 德国著名宪法学者彼德斯提出了辅助性理论。认为实现公共利益是国家责无旁贷的绝对任务。但是, 这种国家追求、实现公共利益的行为, 必须在社会的个人, 凭自己的努力无法获得利益, 因而也无法获得公益时, 才能为之, 所以是一种次要的补充性的辅助行为。这种见解的根源, 是基于对现代极权国家的恐惧与排斥。^{⑤5}

“国家积极作为论”和“国家辅助性理论”明显不同于否定国家主动追求公益的“国家无为而治论”, 都强调国家在实现公共利益上的广泛责任。据此, 作为国家代表的检察院或行政机关提起民事公益诉讼就具有了理论上的根据。德国学者海茵·克茨指出, 除了私人 and 民间团体提起公益诉讼外, 理论上还允许一些专门的政府机关为保护消费者利益和环境权等而提起禁令之诉或宣告之诉。^{⑤6}

在大陆法系国家, 检察长和政府机关往往被赋予提起民事、行政公益诉讼的诉权。^{⑤7} 检察长是社会公众的代表, 可以依职权提起公益诉讼, 或者根据公民的请求允许该公民向法院提起诉讼。如果检察长不同意该公民向法院提起公益诉讼, 法院不仅不能受理该公民的起诉, 也无权调查检察长为什么拒绝公民向法院起诉的要求, 同时法院无权撤销检察长的拒绝决定。但如果起诉人是地方政府时, 就不必获得检察长的同意, 可以以自己的名义直接向法院起诉, 以保护和促进本地区居民利益。

^{⑤4} 前引⑨, 第 69 页。

^{⑤5} 参见前引④, 第 188—189 页。

^{⑤6} 前引⑨, 第 92—93 页。

^{⑤7} 参见前引⑩张卫平书, 第 328 页。

英国为了更好地维护某一部分人的合法权益,赋予某些机构以诉权,例如英国的“平等机会委员会”是根据1925年的《性别歧视法》(Sex Discrimination Act)成立的专门机构,该机构可以对有歧视的做法、广告、压力、指示等提起诉讼,以消除歧视。“种族平等委员会”是根据《种族关系法》(Race Relation Act)成立的,该机构也有权对涉及种族歧视的有关公益事项向法院提起诉讼。除了赋予某些机构以诉权外,英国还赋予某些特殊公职人员如公平交易局局长、专利局局长和公共卫生监察员等以特别诉权。这种诉权并非为了维护自己的利益,而是为了维护社会公众的利益。公平交易局局长设立于1973年,有权在垄断法领域、消费者保护领域中对侵害消费者利益的行为提起诉讼,有权向法院申请禁令,即责令销售者停止实施侵害消费者利益的行为。^③在美国,联邦交易委员会(Federal Trade Commission)也被授予提起不作为请求或损害赔偿请求的诉权。由于赋予上述机构和公职人员特别的诉权,使这些领域里的群体性纠纷可得到有效的解决,也就无需采取集团诉讼的方式来解决。当然,除了提起公益诉讼外,政府机关还可通过否认法律规定的许可、过度征税、执行刑事处罚等手段实现法律的目标。

(二)中国的立场与实践

1. 检察院提起的民事公诉

在我国,检察机关居于法律监督者的特殊的宪法地位,法律监督是检查机关根据宪法授权,依法行使检察权,保障国家法律统一、正确实施的专门性活动。公诉权、对职务犯罪的侦查权和对普通刑事犯罪案件侦查的指导及监督权、对诉讼活动和执行活动的监督权等具体职权,是法律监督权的基本内容和形式。检察机关进行法律监督,既可以通过诉讼的方式进行,也可以通过非诉讼的方式进行。其中,检察机关基于国家授权或法定情形,代表国家利益或社会公共利益对某些民事公益案件向法院起诉或参与诉讼的权力,即民事公诉权。公诉权的行使本质上都是以公益为基础的,并不以刑事公诉权为限,还包括民事公诉权和行政公诉权^④,通过民行公诉权的行使促进民法、行政法在我国的实施。可以说在学术层面上,由检察机关统一行使公诉权以监督法律的实现,学者中虽仍有反对的声音,但法学界目前基本上达成了共识。

但是就立法层面而言,现有的法律还没有正面规定民事和行政公诉权。《人民检察院组织法》中规定的“公诉”、“公诉权”特指刑事公诉,而未包含民事和行政公诉。《刑事诉讼法》仅仅授权检察院可以提起附带民事公诉。该法第77条规定:“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的,在刑事诉讼过程中,有权提起附带民事诉讼。如果是国家财产、集体财产遭受损失的,人民检察院在提起公诉的时候,可以提起附带民事诉讼。”该条赋予检察院提起附带民事诉讼的公诉权,即当国家财产、集体财产因被告人的犯罪行为而遭受损失时,人民检察院在提起刑事公诉的同时可以提起附带民事公诉。《民事诉讼法》第14条只是重申了检察院的民事审判监督权,第15条允许人民检察院对损害国家、集体或者个人民事权益的行为支持受损害的单位或者个人起诉的权利,均未明确检察院的民事公诉权。在官方文件中最先提到和规定民事公诉制度的是2006年国务院发布的《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》第19条,决策层在该条中首次倡导“研究建立环境民事和行政公诉制度”,为人民检察院今后开展民事和行政公诉工作指明了方向。

从我国民事检察实践来看,从1991年至今,各地人民检察院依据宪法、民诉法的精神以及学理见解,单独提起了不少民事公诉案件,最高人民检察院也曾一度将民事公诉作为全国检察机关民事检查监督的重点之一,鼓励和倡导各地检察院大胆进行民事公诉制度的试点,此间也出现了不少成功的案例。民事公诉的范围主要集中在国有资产流失案件、环境污染案件中的停止侵权之诉、制止垄断行为和不正当竞争行为的案件以及其他损害国家或社会公共利益宜由检察机关提起诉讼的案件(如国旗案件)。李浩

^③ 参见沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中信出版社1991年版,第158—160页。

^④ 参见何文燕:《检察机关民事公诉权的法理分析》,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集,法律出版社2005年版,第126页。

教授对国有资产流失案件中赋予检察机关民事公诉权的原因进行了中肯、缜密的分析,他指出:^⑩

在国有企业改制过程中,造成国有资产流失是通过合同这一合法形式完成的,由于交易双方存在着恶意串通,并且国有企业负责人和受让产权的私营企业主都是交易的受益人,因此他们肯定不会要求去确认合同无效。国有企业的(行政)管理部门一般也不会去要求法院确认合同无效。国企负责人侵吞国有资产一般都有周密的计划,把各个环节做得天衣无缝,因此当地政府的主管部门很难发现其中的问题。再加上改制又是符合中央确定的改革精神的,因此政府有关部门很容易受蒙蔽,同意上报来的改制计划。改制完成后,即使有人举报改制中国有资产流失,政府有关部门也不会去深究,因为改制方案是经过他们审查并批准的,查出问题来等于是往自己脸上抹黑。国有企业的职工虽然利益受到直接的损害,但他们在法律上并不能代表国有企业,所以也无权向法院提起诉讼。而如果没有人向法院提起诉讼,主张转让资产,合同无效,受让人占有国有资产便仍然是一种合法的占有,流失的国有资产就无法追回。赋予检察机关提起诉讼的权力是解决这一问题的有效办法。检察机关是国家的法律监督机关,维护国家利益和社会公共利益、消除违法状态是其本来的职责。检察机关有法定的调查权,与产权转让又无利害关系,因而能够通过独立、公正的调查取证查清造成国有资产流失的重重黑幕。

实践中,检察机关在对国有资产流失案件提起民事公诉方面进行了积极的探索,已取得了积极的效果。1997年发生的全国首例民事公诉案即为国有资产流失案件。该案的案情是:河南省方城县工商局将一处国有房产违规低价出售给汤某。方城县检察院为阻止国有资产流失,以原告身份于7月1日起诉,请求法院确认国有资产买卖合同无效;12月3日县法院判决,支持检察院诉讼请求,并确认两被告间的买卖合同违法无效。判决后两被告没有上诉,判决在法定时间生效,方城检察院挽回国有资产流失的行动达到预期目的。这次诉讼引起最高检察院的重视,被评价为全国检察系统十年中八大事件之一,也为日后各地检察机关提起民事公诉提供了范例。在近年发生的“民事公诉”案中,各检察机关的诉讼活动大都采用了方城检察院的模式。^⑪

但是,与国务院对于环境民行公诉的积极立场相比,近年来“两高”的态度却不约而同地趋于消极。最高人民法院对于人民检察院提起民事公诉的态度由暧昧转为明朗化,认为人民检察院提起的民事公诉案件,人民法院没有受理的法律依据。^⑫ 最高人民检察院目前已经叫停了各地试验中的民事检察公诉。这也反映出决策者在检察机关行使民事公诉权上的意见分歧和摇摆不定。

2 政府机关提起的公益诉讼

在中国,由政府机关通过提起公益诉讼的方式维护国家利益和社会公共利益,学术界普遍持反对的观点。人们认为,按照我国现有国家机关权力结构和职能分工,行政机关是国家和社会公共事务的管理者,是社会公益的代表,公众利益受到侵害时,应当由行政机关通过行政执法予以追究。为了对社会进行管理,国家设置了为数众多的行政管理机关,几乎每一项社会事务都有相应的行政机关来进行管理。相对人实施了损害国家利益或社会公共利益的行为,自有负管理职责的行政机关进行追究。这些负管理职责的行政机关不仅人员多,而且与被管理的相对人距离近,他们能够发现违法行为并且及时进行追究。由行政机关通过行政执法追究违法者的责任,相对于民事诉讼而言是一种更有效率的制度安排。这种观念的确有一定的道理,但是,在行政机关管理的社会公共事务中,有些涉及到与公共事务有关的私权关系和私权争议,如果简单粗暴地动用行政管理权来处理这类事务,会严重损害相对人的实体利益

^⑩ 李浩:《关于民事公诉的若干思考》,载《民事行政诉讼中检察权配置问题专家研讨会专家发言提纲》,2005年8月30日。

^⑪ 最近几年,各地先后出现了几起典型的环境民事公诉案例,并取得积极效果,值得关注。如山东省德州市乐陵市人民检察院,针对污染环境的金鑫化工厂,2003年4月22日提起环境民事公诉,请求法院判决停止侵害、排除妨碍、消除危险。同年5月9日,乐陵市人民法院作出判决,要求金鑫化工厂自行拆除污染设施、停止侵害、消除妨碍、消除危险。

^⑫ 2006年11月在全国法院立案审判实务座谈会上,最高人民法院副院长苏泽林指出:“近年来出现了作为国家法律监督机关的人民检察院以原告身份提起的民事诉讼。对于此类诉讼,目前人民法院尚无受理的法律依据。”另见苏泽林:《关于立案审判专业化的若干问题》,载《人民法院报》2006年11月30日。

和程序利益;另外,行政机关的辖区范围是特定的,对于超越该行政辖区的公共事务无法行使管理权限。在这种情况下,由行政机关作为原告提起民事公益诉讼,则能克服行政管理权自身的局限性,既实现了对社会公共利益的保护,又有效地兼顾了私人利益,同时还不与行政管理职能发生冲突,可以起到弥补行政执法不足的辅助作用。

2004年最高法院公布的一起典型判例确立了政府机关作为原告提起民事公益诉讼的新机制。在黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂、中央电视台、北京北辰购物中心侵害民间文学艺术作品著作权纠纷案^③中,被告对原告赫哲族乡政府是否有权以自己的名义提起对赫哲族民间音乐作品保护的诉讼问题提出置疑,成为一、二审诉讼的首要争点。两审法院均认为,世代在赫哲族中流传、以《想情郎》为代表的音乐曲调,属于民间文学艺术作品,应当受到法律保护。涉案的赫哲族民间文学艺术作品是赫哲族成员共同创作并拥有的精神文化财富。它不归属于赫哲族某一成员,但又与每一个赫哲族成员的权益有关。该民族中的任何群体、任何成员都有维护本民族民间文学艺术作品不受侵害的权利。赫哲族乡政府是依据我国宪法和法律的规定在少数民族聚居区内设立的乡级地方国家政权,可以作为赫哲族部分群体公共利益的代表。故在符合我国宪法规定的基本原则、不违反法律禁止性规定的前提下,赫哲族乡政府为维护本区域内的赫哲族公众的权益,可以以自己的名义对侵犯赫哲族民间文学艺术作品合法权益的行为提起诉讼。被告关于赫哲族乡政府不具备原告诉讼主体资格的理由不能成立。

从确立政府机关提起民事公益诉讼的诉权这个角度看,上述判例的价值是不可估量的。因为维护不特定多数人的利益可以是公共利益,维护穷人、农民工、少数族裔等少数人的需要和利益也属于公共利益。我国宪法将民族区域自治作为国家的一项基本政治制度,规定各少数民族聚居的地方实行区域自治,设立自治机关,行使自治权。实行民族区域自治,体现了国家充分尊重和保障各少数民族管理本民族内部事务权利的精神,体现了国家坚持实行各民族平等、团结和共同繁荣的原则。2001年修订的《民族区域自治法》第38条赋予“民族自治地方的自治机关……保护民族的名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产,继承和发展优秀的民族传统文化”的重大职责。在本民族自治地方,自治机关直接行使区域自治权即可实现法律的宗旨,但在自治地方之外发生的侵害本民族重要历史文化遗产和民族传统文化的行为,惟有通过提出民事公益诉讼才能达成法律的目标。

五、公益诉讼模式选择中的国家作用与私人执法的关系

各国在纯粹的私益诉讼之外,分别形成了各具特色的民事公益诉讼模式,例如美国式集团诉讼和公民诉讼模式、英国式集团诉讼和实验诉讼模式,德国的团体诉讼和实验诉讼模式,以及中国的代表人诉讼和检察机关的民事公诉模式等等。我们注意到,各国在通过民事诉讼实现公共利益方面,尽管存在法律文化传统的差异,仍然呈现出若干共性。比如,各国多采用私法性的、多元化的、竞争性的模式来保护公共利益,而单一性的、非竞争性的、公法性公益保护方式仅局限于少数国家或者某国的特定领域的事项。由于承认多个主体的民事公益诉权,每个被赋予公益诉权的个人、组织或机构理论上都有权以自己的名义独立提起公益诉讼,因此,针对同一个被告有可能形成平行诉讼(parallel proceedings)的局面。尤其在我国,私人公益诉讼与国家机关提起的公益诉讼并存,以及多个私人共享公益诉权的情况下,对于多重适格的原告,如何安排其诉权行使的顺序以解决民事公益诉权竞合?对于法院已经受理的涉及公益的诉讼,是否允许同时向其他法院起诉(一事两诉)?是否允许原告撤诉?是否允许被告反诉?是否允许双方当事人和解?法院审理公益诉讼案件,采取对抗制还是职权主义?等等,这些问题直接关系到公益诉讼程序的理性设计和良性运行。

对上述问题可以从三个层面来分析:其一,私人公益诉权与国家机关的公益诉权并存时,二者究竟孰优孰劣;其二,多个私人共享公益诉权时,如何进行制度安排;其三,人民法院审理公益诉讼案件是否

^③ 该案的具体案情,可参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第7期。

适用职权主义。

江伟教授在其主持的《中华人民共和国民事诉讼法修改建议稿》(第三稿)中确认检察院和政府机关提起公益诉讼的资格。该专家建议稿第28章“公益诉讼”第396条规定:“在受害人没有提起诉讼或者很难确定受害人的情况下,人民检察院、其他国家机关为维护公共利益,可以对实施侵害人提起禁止侵权、赔偿受害人损失的民事诉讼。”^④不过,当检察院和政府机关同公民、其他组织、社会团体均有提起公益诉讼的权限时,究竟依据国家积极作为论还是国家辅助性理论来合理划分诉权的边界、防止滥诉,涉及到国家作用的发挥问题。本文认为,鉴于检察机关在我国宪政中的法律监督者的特殊地位,以及检察机关作为国家利益和社会公共利益的代表者、维护者和实现者的职能角色,同时考虑到检察机关在收集证据、调查证据的权限、担负诉讼成本的能力和进行诉讼所必需的法律专业素养等方面具有优越于享有公益诉讼权的个人、民间组织机构这一事实,应当授予检察机关第一顺序行使公益诉讼权的资格。检察机关提起民事公诉的行为,构成阻断其他个人、组织机构就同一被告行使公益诉讼权的法定障碍事由;但检察机关撤诉的,不影响其他诉权主体另行起诉。在民事公诉中,除非有助于维护公共利益,否则检察机关不得与被告和解。

至于检察机关与政府机关公益诉讼的关系,学理上有不同观点。有的学者认为,行政机关是国家和社会公共事务的管理者,也是社会公益的代表,由行政机关通过行政执法或提起公益诉讼来维护公共利益比检察机关更为可取,因为检察机关数量与人员有限,检察资源相对短缺,难以主动、及时发现各类侵害国家和社会公益的民事违法行为。如果授予检察机关优越于行政机关提起公益诉讼的地位,难免会造成公益保护上的低效率。^⑤本文不同意这种观点。在我国,行政机关虽有数量多、分工细致、专业性强的优势,但总的来说,在关涉社会公共利益的行政执法方面,普遍存在着执法供给严重不足的问题,行政机关因其自身的职责所在,当问题发生时为避免承担甚至推卸执法责任,尽可能地文过饰非,提起公益诉讼的动力不足,不能期待行政机关在提起民事公益诉讼上有超越检察机关的积极性。而检察机关尽管暂时因法律依据不明确而停止了民事公诉的试点,但检察机关内部长期酝酿着提起民事公诉的热情,而且全国民事行政检察监督部门已经吸纳了不少法律人才,实践中也积累了有益的经验,提起民事公诉的条件已经成熟。因此,在与行政机关公益诉讼权发生竞合时,检察机关的民事公诉权应置于优先的顺位。

当检察机关与政府机关不行使公益诉讼权时,个人、组织机构可以提起公益诉讼。在我国,尤其要鼓励私人积极发动公益诉讼,这是因为法律的实现需要国民的参与,私人在多大程度上期待并积极行使其自身权利以促进法律目的之实现,体现了一个国家法律的发达和民主程度。由于私人的公益诉讼权处于同一个位阶,彼此没有先后优劣之分,如多个私人依法共享公益诉讼权时,就应当由最先起诉的人作为当事人,其他享有公益诉讼权者不得另行起诉,但可以加入到已经起诉的案件中,成为共同原告,他们享有相同的诉讼权利。当最先起诉者为检察机关或者行政机关时,享有公益诉讼权的私人也可以参与该公益诉讼案件中,有权实施诸如陈述事实、提供证据等诉讼行为,但不享有处分实体权利的诉讼权利,如放弃、变更诉讼请求,承认对方请求,与对方达成和解协议等。

德国法对于私人公益诉讼中原告多重适格的处理方式值得借鉴。^⑥德国法根据原告的诉求区分单纯的禁令救济与包含禁令在内的混合救济。对于诉请法院发布禁令的公益诉讼,当某一原告的禁令请求获得法院支持,即法院向被告签发了禁令时,由于违反禁令会遭受藐视法庭的处罚,其他有资格的原告诉就丧失了另行救济的诉的利益,因此其他人不得针对同一法律问题再行诉讼。不过,如果原告提起的公益诉讼除了诉请禁令外,还基于《不公平商业交易法》(the Unfair Commercial Practices Act)中的利润

④ 江伟主编:《中华人民共和国民事诉讼法修改建议稿(第三稿)及立法理由》,人民法院出版社2005年版,第298页。

⑤ 参见前引③。

⑥ See Astrid Stadler, *Public Interest Litigation in Germany, Seminar Materials on Private Litigation for Public Interest*, 2006-12-9.

穷尽(skimming-off excess profits)规则请求收缴被告所获得的非法利润时,情况就稍微有所不同了。这类争议有可能出现两个或两个以上的适格原告都以同一被告违反消法或竞争法提起“利润穷尽”之诉的情形。至于民事责任,被告只承担一次。根据德国法律的规定,这类案件中所有起诉的主体构成共同原告。考虑到被告取得的非法利益收缴后将上缴国库,不存在胜诉后如何在多个原告之间分配利益的问题,因此,共同原告的设置在程序上和实体上均无什么障碍。鉴于原告是为了维护公共利益而提起诉讼的,原告的处分权受到限制,某一原告对其权利的处分不能影响、约束其他适格原告对同一被告的公益诉权。

另外,公益诉讼与一般民事诉讼的重大区别是公益诉讼涉及到国家利益和社会公共利益,在程序模式上有别于以解决私权争议为依归的一般民事诉讼,人民法院在公益诉讼中拥有更大的职权,行使司法权更为积极,在程序原理上不受辩论主义的限制。如法官的裁判可不受当事人诉讼请求的限制;当事人自认的事实也应接受人民法院的审查,并不当然地成为法院裁判的基础;当事人不主张的事实,如果事关公共利益的维护,法官也可以审理;法官可以突破一般民事诉讼的局限依职权主动调查收集证据,其调查证据的范围并不仅限于当事人申请调查的范围,等等。公益诉讼程序采职权主义,是各国民事诉讼法的通例。

总之,民事公益诉讼模式取决于一国的法律传统和司法政策,新模式的导入必然会为民事诉讼形式的创新提供契机。当前,在我国代表人诉讼被搁置、美国式集团诉讼短期无引入可能的背景下,中国民事公益诉讼应采取民事公诉为主导,实验性诉讼、团体诉讼和公民诉讼为补充的模式选择路径。具体建言是:确立实验性诉讼、拓展民事公诉和团体诉讼的适用范围、引进公民诉讼。

Abstract: The choice of models of the civil public interests litigation depends on legal tradition and judicial policy in one country. Introduction of a new model offers a chance creating a brand-new type of civil litigation. So far in China, the representative action has been of limited utility and introducing the American style class action is out of possibility in short term, when it comes to the civil public interests litigation, public suit should be the major type with the test case, Verbanksklage and citizen suit as the supplementary ones. The conclusion is as followed: building up the test case mechanism; enlarging the scope of the civil public suit and Verbanksklage; introducing the citizen suit

(责任编辑:李仕春)