

公益诉讼的时代困境及其内在价值

20世纪末21世纪初,中国社会基本上实现了小康社会,成就了一项可圈可点的历史功绩。与此同时,以维护社会公共利益为主要目标的公益诉讼(Public interest litigation)在这一时期逐渐兴起,并呈现出新生事物才有的那种良好发展势头。在公益诉讼这一总体性概念之下,公益法、公益律师、公益法律组织、公益上书、公益法实践、公益法律制度等新词汇和范畴陆续进入到人们的视野当中,成为法学理论新的研究对象,对性别公益诉讼、行政公益诉讼、环境公益诉讼等专门领域的研究已经产生了明显的效果。2005年国务院在《关于落实科学发展观加强环境保护的决定》[国发[2005]39号]文件中首次出现了“环境公益诉讼”的字样;一些检察机关实验性地从事公益诉讼活动,虽然有争议,但也增强了公益诉讼的正当性气氛。那么,究其是什么因素导致了公益诉讼在我国的兴起和发展呢?这与我们所处的社会背景以及所面临的时代困境有关。本文着重从宏观上分析我国公益诉讼得以生成的社会氛围和历史条件,以此讨论公益诉讼的价值趋向以及改善制度品质的理性方法。

一、弱者、困境与不平等

公益诉讼往往与弱者这一群体紧密相关,因而也被认为是弱者的武器之一。弱者是以这样或那样的形式陷入困境的人,通常包括被社会边缘化的人、实质上脆弱的人以及物质上贫困的人等,为这些人群提供人道、物质的或法律上的援助有助于改善他们的生存状况和人生际遇。不过,在一个利益和价值多元化且相互冲突的社会中,作为弱者的人群往往是相对的,强者愈强,弱者愈弱的现象固然依旧突出,但在一个不公正的社会和法律制度面前,人人都可能成为弱者或潜在地弱者。凡是弱者都是陷入困境而成为人生、历史或时代的受害人,为此需要救赎、救助或救济。在这里首先有必要明确和区分三种意义上的人的困境:人生困境、历史困境和时代困境,不同的困境决定了不同的社会主题和历史任务,也决定了公益诉讼的价值趋、作用范围及其局限性。

人生困境是高级别、终极意义上的困境,这也是莎士比亚那个著名的命题所揭示的:存在或者不存在。在追问人生意义和价值方面,人生困境显示了对人生意义的理解和审视能力。处于人生困境的人徘徊于美与丑、崇高与卑俗、不朽与腐败等价值矛盾体当中或不能自拔。破解人

生困境的钥匙似乎总与死的问题相关,有关复活、重生和来世的观念和理论就是与生死相关的话语。人生的困境犹如生命的组成部分,无它则无前行的动力,有它也会迷失前行的方向。

历史困境则是长时段的结构困境,它揭示了社会历史结构对人的行为的结构性和规范性条件。布罗代尔认为时间和结构对长时段历史制度具有决定性作用,包括地理、环境和经济等因素,这种颇具唯物论思想的历史观形成了“历史之盘”,人则是历史之盘中一个个走动的“丸”。盘与丸的关系,即“横斜曲直,系于临时,不尽可知。而必可知者,是丸不能出于盘也。”^[1]一旦结构性制度形成,人就如同盘中之丸,虽可以纵横运转,却不可以超出盘之界限,如同人在地球上受万有引力规律的支配,人的思想情感依托其身体器官一般。走出历史之盘的方法正是帕森斯所言的“哲学上的突破”,哲学上的突破最终形成了新的历史之盘,发展出黄仁宇先生所说的“大历史”。

时代困境是历史困境下的具体困境,它包含了人生困境和历史困境,但主要是历史困境的延续和展开。用时代困境的方法不能解决人生困境,也不能替代历史困境。百年来,在历史困境的背景下,中国的时代困境因具体的历史阶段不同而呈现出不同的主题。按照李零先生的总结,这些主题分别是要解决“挨打”和“挨饿”的问题。毛泽东解决了中国人挨打的局面,邓小平解决了中国人挨饿的局面,前者使中国人建立了现代意义上的民族国家,确立了中国主权的国际法地位;后者则使中国人摆脱了普遍意义上的饥谨,基本上解决了温饱问题。但是,无论民族独立还是小康社会都不是摆脱时代困境的最终目标,也不意味着走出了时代困境。共和制的难题和问题依然存在,人民当家作主和人们自主追求幸福的最终目标还没有完全实现,换言之,民族独立和小康社会只是解决民主问题的条件和前提,一种可欲的历史结构的目标还没有完成。

中国改革开放完成了“让一部分人先富起来”的路线,但并没有立即开创出“共同富裕”的最终承诺。20世纪90年代中期,全国居民的基尼系数已经达到了0.4以上的高点水平,到21世纪初期进一步上升到0.5左右的特高值。2001年至2003年间,中国经济以每年接近10%的幅度增

[1]《棋经十三篇》。

长,而13亿人口中最贫穷的10%人群实际收入却下降了2.4%。^[2]中国低收入群体的收入增幅低于高收入群体,导致收入不平等加剧。更为严重的是,这种主要由财富不平等引发的问题逐渐扩展到文化、法律、政治等领域,在社会中形成了数量不大却不可忽视的特殊利益阶层,加剧了人与人之间的不平等现象,这种不平等表现于地区之间、城乡之间以及百姓与官员之间。不平等是一种时代之病,人人感受到了痛楚,中国目前正处于由不平等所带来的时代困境当中。不平等造就了一种悖论式的结构,在这个结构中,所有的人似乎都深陷其中并沦为彼此的人质。从对腐败的痛恨、富人财产合法性的追问到群体性事件的频频发生,都预示着后改革开放时期进入了新的时代困境。

二、公益诉讼与社会实验工程

公益诉讼不能解决人生困境和历史困境,它是理性方法解决时代困境的方法之一。公益诉讼假定人人都是平等的社会主体,人人都应当在同等条件下得到相同的对待,它通过个案的形式实验政治和制度品质。公益诉讼的一个标准叙事乃是,要以良法为依据,通过司法的途径追求社会平等,建构正义的社会结构,它相信只有在这一正义结构内,任何人才有平等和安全的保障,成为体制的受益者。公益诉讼秉承了依法斗争的理念,这也是为什么公益诉讼在中国的兴起不过十几年的时间,但它一经出现就产生了所有时代关键词才有的理论和实践效果的一个重要原因。

公益诉讼言表达了实现平等的社会理想的理性方法,这种方法也是科学的理性方法。就一项科学活动而言,首先要提出一个假设,假设当然是有条件的,而假设的提出和条件的设置无不是人的好奇心使然;其次这个假设是否成立应当要进行试验,试验或用证伪的方法或用证实的方法。如果假设的提出是所有科学实验的前提,那么,重要的是要有提出假设命题的社会条件和制度环境,换句话说,需要一个提出假设和检验假设的自由的社会氛围,即使这个假设看上去与成例或先例相冲突以及一开始听上去有多么荒诞不经。从提出一个假设,到对这个假设的推定和检验,都是在可以把控的条件下进行的。科学相信,由试验所产生的结果可以在同等条件下获得,并能够在同样条件下反复适用。因此,不是否定假设本身,而是不断修改和迎合试验的条件就成为科学的关键,即使要否定假设本身,也应当是在反复试验之后才能得知。相应地,那种未经实验并否定假设的行动往往不仅违背了科学精神,也是对科学的背叛。

有关社会科学的实验同样是以个案的形式出现的。

就中国的具体实践而言,20世纪70年代末确立了改革开放的起点,也确立了改革开放的总的精神,这个精神就是以实验的方法推动社会的进步和人民的幸福。改革开放之初,真理标准作为一种最初的科学发展观的抽象表达极大地解放了思想,解除了束缚人们头脑的条条框框,为可能有条件提出的各种“假设”提供了社会气氛。但是,我们不能忘记另外一条主线,即平反冤假错案对启动改革开放所带来的巨大推动作用,它如同药引子使改革开放的药方产生了功效。为了启动平反冤假错案的大幕,胡耀邦主持召开了一系列的“疑难案件座谈会”,对一些典型的、重大的冤假错案进行分析和讨论,从实际效果上看,胡耀邦是改革开放之初中国社会的法官。如果说没有真理标准问题讨论思想解放就没有改革开放,同样地,没有大规模的平反冤假错案也就没有改革开放。因此,平反冤假错案是一场空前浩大的权利救济,它通过个案的形式使受到侵犯的权利得到有效的救济,成功消解了凝聚在中国社会上空的冤情疑云,让正义的阳光重新温暖人间。“两案”的审理是政治走向法律化的有益尝试,也是通过个案的形式实现社会正义的典范,这两方面也带来了自建国以来(甚至更早)中国社会最大的一次社会和解运动,让社会在未经流血和暴力的情况下达到有机团结。

作为一项实验性工程,公益诉讼假设一些制度上的原因而给人们造成了损害,而且这种损害可能剥夺了潜在的不特定人的利益。只要有足够的理由认为,提起公益诉讼的人不是单纯地为了自己的利益,那么通过法庭的这种诉讼就是公益诉讼。即使经过法庭审理最终认为在场的原告请求乃是不成立的,也不能否定公益诉讼的过程价值。有时候,公益诉讼呈现给世人的是不同于议会场景意义上的公共领域,它通过一个吸引众人注意力的事件并且把它法律化,在法庭上开辟了一个特殊的公共领域。在这个特殊的公共领域中,在场的原告与不在场的原告以及相关的利益人发生了共鸣或争议,同时在场的法官与不在场的法官同时或分别地对案件做出判决。形式意义上的判决是在场的法官做出的,他们主要根据形式法律并且兼顾实质正义原则对公益诉讼原告请求做出肯定或否定的裁定。有理由相应,实质意义上的判决乃是由不在场的法官做出的,这些“法官”或许不具备形式法律的知识或者完全忽视了形式法律的要求,但是他们可以根据朴素的正义观、情感以及常理为公益诉讼做出合乎正义的结论。

世界上没有抽象的正义,只有具体的正义。正义的社会制度就是在个案的正义中完善和发展起来的。如果科学救国强国在今天还是一个不错的口号,那么,以个案推

[2]世界银行:“贫困评估报告”,初步结论,载国务院扶贫办官网,http://www.cpad.gov.cn/data/2006/1230/article_332245.htm,2006年12月30日发布。

动社会进步的司法治国也应当是题中应有之义。从世界角度看,17世纪以来世界上产生了两个帝国,一个是英国,一个是美国。就它们对世界的影响力和控制力而言,美国就是过去的英国,英国就是现在的美国,只是在这个意义上,近代以来的世界格局基本上未曾发生过变化。美国之所以能够成功地从英国手中接过控制全世界的指挥棒,其中一个重要原因就是不断进行试验性改革,推行一套有助于社会改良的实用主义哲学观,而其所采用一个方法就是通过一个个司法案例及时、有效修正每一个特殊时期所亟需的社会发展准则,始终使社会处于充满活力的有秩序的自由探索状态。这种方法论意义上的经验足以给世人启示。公益诉讼假设某种制度上的原因而给人们造成了损害,而且这种损害剥夺了潜在的不特定人的利益,使他们不会因为自己的缘故而成为时代的受害人。

三、公益诉讼的内在价值

与其他解决社会矛盾的方法相比,公益诉讼显示了它的独特价值。时代对平等的诉求要求我们建立一个正义的或接近正义的社会制度。达到这个目标的方法很多,其中公益诉讼作为试验性的、以个案形式出现的行动有助于整个社会以理性的方法解决社会矛盾。以往人们对一个理想社会制度的追求要么诉之于疾风暴雨式的革命,要么求助于游行、示威等对抗性强的街上运动或群体性事件以及其大众文化式的抵制行动,但破坏性有余而建构性不足。美国是最早发起公益诉讼的国家,公益诉讼在美国的出现是美国民权运动方式的一个重大转折点,它把民权运动从大规模的街上运动引入到了法庭上,用多数人(包括反对者)更愿意看到的方式解决社会矛盾。公益诉讼使得民权运动的性质发生了变化,这种转换至少避免了战争、起义、武装斗争等革命的暴力方法,也有效避免了游行、示威等较为激烈的做法。民权运动的这种变化,一方面使民权运动得以在法治的轨道上运行,另一方面也为其他类型的社会冲突的解决提供了范例。如果人们还承认几乎所有的革命都是为了推翻不平等的制度,并为了建立平等的制度,那么发源于美国的公益诉讼则成功地让那些有革命思想的人们掌握了新式武器,换句话说,革命的思维虽然还存在,但革命已经失去了它固有的手段。^[3]

公益诉讼是法庭政治,而不是街头政治当然也不是山头政治,这一切都是由公益诉讼的内在价值决定的。寻找正当性是所有社会科学及其实践的首先价值,公益诉讼也不例外。最高法院江必新副院长从外在价值角度勾勒了公

益诉讼五方面的“独特价值”:第一,建立公益诉讼制度是节约资源、保护环境、改善生态的迫切需要;第二,建立公益诉讼制度是维护国家利益和保护国有资产的迫切需要;第三,建立公益诉讼制度是维护市场经济秩序的迫切需要;第四,建立公益诉讼制度是打破市场垄断、行业垄断和地区封锁的迫切需要;第五,建立公益诉讼制度是健全纠纷解决机制的迫切需要。^[4]这种讨论无疑提升了公益诉讼在司法实践中的地位和价值,也更加贴近中国的现实情况。在这里我将从内在价值谈论公益诉讼的价值,它们分别是:把政治法律化、把事件案件化和把对抗理性化。

(一)政治法律化

公益诉讼作为一项治理事业在方法上是独特的,而有别于其他政治方法。公益诉讼遵循的是规则之治,把道德权利转化为法律权利,实施的是具体法治的路线。政治是关于权力分配及其制约的学问、策略和技术,在某种程度上,它就是控制与反控制他人的力量规则。在保卫公共利益方面,公益诉讼要求对有损于它的一切权力,尤其是政治权力和经济权力展开反控制的司法路径的方案。在静态意义上,政治法律化把一切权力行为都纳入到立法的框架范围之内,使得一切权力的取得、运行和配置都服膺于法律的最高准则,这也是法治理论的基本要义。但在动态的意义上,法治是通过一个个案以司法的方式实现的,倘若把权利也看作一个权力的一种体现的话,无论是权力之间、权力与权利之间还是权利之间的斗争都是以个案通过司法过程来维系的。

(二)事件案件化

公益诉讼的优点之一就是要把纠纷引入到一个可以遵循和明确的管道之中,用言词和逻辑的力量消除和代替力量和暴力的逻辑。托克维尔对美国的社会学考察,得出了这样一条结论:“在美国,几乎所有的政治问题迟早都要变成司法问题。因此,所有的党派在它们的日常论战中,都要借用司法的概念和语言。”^[5]革命、街上运动等都是范围不等的群体性事件,它们程度不等加剧了人与人之间的紧张关系。所有的群体性行为在初始阶段往往以事件形式出现,为了避免发生新的群体性事件或不至于扩大化已经发生的群体性事件,就需要包括公益诉讼在内的新的纠纷解决机制。

(三)对抗理性化

公益诉讼借助于诉讼的形式确立了理性抗争的品性。把事情闹大因而形成那种“大乱大治”的局面正是对抗的非理性化表现。在一系列对抗的形态中(如游戏、赌

[3] 贺海仁:“域外公益诉讼的缘起及其启示”,载《环球法律评论》2010年第4期。

[4] 江必新:“论公益诉讼的价值及其建构”,载《人民法院报》2009年10月29日。

[5] 【法】托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1996年版,第310页。

博、博弈、竞争、竞技、诉讼、抗议、战争等),理性的对抗形式必然在一个对抗者都认可的框架内进行,倘若对抗的行为离开了这个框架,对抗本身也就消灭了。

政治法律化、事件案件化、对抗理性化的“三化”原则在总体精神上是与依法治国的治国方略相一致,也应当成为新时期治国理政的重要指导方针。不过,上述的“三化”原则仍需要具体的行动来完成,对此,公益诉讼的以下实验性能具有重要的实践价值。公益诉讼就如同一块试金石,具体的测试制度的良性程度,我们将测试的目标归结为以下三个方面。

第一,试错

试错的方法针对的是明显的不合理不公正的社会制度,比如孙志刚案挑战的是不合时宜的收容审查制度。制度不合理在很多情况下是由于政治惯例形成了自身难以克服的惰性,以致制度的更替不能与时俱进,从而使原本合理的变得不合理,原本正义的变得不正义。此外,现代社会的议事程序和官僚主义所形成的强化机制也使得某些有为的当权者的“内在需要”,这也是为什么在美国有些公共服务机构鼓励权利受到侵害的人起诉自己原因之一。

第二,试对

在中国的语境下,由于种种原因,在制度的大家族中有一些“中看不中用”的法律条款和规定。例如宪法第45条规定:中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。这个条款涵盖了社会保障制度的大部分内容,如养老、医疗、残疾等。一个公民倘若年老、生病或丧失了劳动力,既有向国家要求救济的宪法权利,也有向社会要求救济的道德权利,与此相应,宪法义务设定了国家作为义务主体不得不为、不可不为的法律属性。公益诉讼的目的之一就是让这些条款活起来,用起来,达到制定它们当初的目的,把政治家的法律变为法律人的法律,把不当真的法律变为当真的法律。

第三,试新

权利是发展的,根据社会进步所产生的新的法律关系能否以权利来界定和衡量则需要有探索新领域的功夫和勇气。这种情况通常是指人权法律既未禁止也未明确肯定的事项。例如,同性恋者组成家庭的问题就涉及他们缔结婚姻是否构成一项新的权利。在我国的司法实践中,新的权利往往和一项可以被法院接受的案由紧密联系在一起,因此,细化案由以及开拓新的案由都可以促进权利的发展。

以上所讨论公益诉讼的试错、试对和试新方法都具有相对的意义,而且它们彼此之间相互关联和相互转化,在整体上可以共同为作为实验性案件的公益诉讼提供了方法上的正当性,增添科学理性的品质。

四、参与公益诉讼的平等资格

公益诉讼在实践中的迅猛发展暴露了公益诉讼理论上的不足,这也反映了人们对公益诉讼认识上的偏差以及误解。10多年来,以公益法律组织和公民为主体公共利益维护者以社会公共利益为出发点,运用法律武器,本着依法维护弱势群体的原则,在环境保护、消费者权益、平等权保护、资源损害、市场垄断等领域发挥了重要作用,为有效化解群体性事件,维护社会和谐和稳定做出了应有的贡献。由于受制于《民事诉讼法》第108条的限制以及人们对公益诉讼缺乏正确认识,公益诉讼常常因为不被法院受理而步履维艰。正在审议中的民诉法修改草案规定了“社会团体”可以作为原告向人民法院提起诉讼,这既是对我国公益法实践的肯定和总结,也提升了非政府组织维护公共利益的合法性地位,具有重要的制度创新价值。然而,草案中同时赋予“有关机关”公益诉讼原告资格却值得商榷。根据我国有关法律和政治惯例,机关主要指立法机关、司法机关和行政机关。立法机关和机关中的人民法院因其自身的特殊职责不能成为公益诉讼的原告。“有关机关”的立法表达最有可能的应是行政机关和司法机关中的人民检察院。事实上,某些地方的行政机关和地方人民检察院以这样或那样的形式参与到公益法领域中,为维护公共利益的做出了一定的贡献。然而,行政机关和人民检察院等“有关机关”虽然可以是维护公共利益的重要力量,它们作为国家机关也负有维护公共利益的职责,但不宜被法律直接赋权以公益诉讼原告资格的形式维护公共利益。

(一)行政机关和人民检察院通过行使法定职权维护国家利益,已经具有了维护公共利益的功能

行政机关和人民检察院是国家的法定机关,拥有法律和法规规定的职权和职责。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》,地方各级人民政府是所属各级人民代表大会的执行机关,拥有执行法律、法规、规章和命令的职责。根据《人民检察院组织法》,人民检察院是刑事案件的公诉机关、法律监督机关和直接受理的刑事案件的侦查机关。行政机关依法行政、人民检察院依法履行法定职责充分体现了我国社会主义国家的人民意志和利益,行政机关和人民检察院全面、正确、有效地履行其法定职责是对公民利益、国家利益和公共利益负责和维护的具体表现。行政机关和人民检察院维护公共利益的特殊职责是由宪法性文件确定的,是我国社会主义国家制度的组成部分。如果赋予行政机关和人民检察院新的法定职权,应当属于《立法法》第8条第2、7和9款规定的事项,这将引起我国国家机关职权结构的重新调整和配置。

(二)行政机关和人民检察院作为公益诉讼的原告既缺乏宪法性法律依据,也必然与现行法律制度不一致或

相冲突

1.大量的公益诉讼案例显示,侵犯公益利益的原因和行为虽然多种多样,但行政机关的违法行为,特别是行政机关的不作为违法是导致公益利益不能得到有效维护的重要因素。在渤海康菲溢油事件中,作为法定机关的国家海洋局北海分局负有行政调查权和处罚权,在漏油事件发生初应迅速有序的依法展开污染海洋区域环境的调查,出具认定或处罚通知书,在受处罚人要求听证的情况下组织听证,最终完成对受处罚人的行政处罚行政程序。在国家海洋监督管理部门的调查、组织听证和实施处罚的过程中,相关的环境评估依据、事实真相以及预后措施等呈现在公众面前,为直接受害人和潜在受害人进一步维权提供初步证据和基础。然后,从2011年6月第一次漏油至今,国家海洋局北海分局未能采取程序或实质的行政措施,反而放弃或越过其法定职责,准备以民事诉讼原告的身份提起“公益诉讼”。国家海洋局北海分局这种“弃法”行为是失职的表现,涉嫌行政不作为违法。《海洋环境保护法》第90条第2款赋予国家海洋监督管理部门“提出损害赔偿要求”的权力应理解为代表国家利益的特殊程序,是在行使其固有的行政权之后的后置程序,且该程序既不能排斥其他主体提起私益或公益诉讼,也不是非要进入民事诉讼程序不可。即使国家海洋监督管理部门就此提起民事诉讼,也是代表国家行为的“国家诉讼”,而不能不加区别地称之为“公益诉讼”。

我国社会主义法律体系已经形成,这将极大地改善我国依法治国的制度环境。然而,正如吴邦国委员长在十一届全国人大常委会第二十次闭幕会上所指出的那样,有些领导干部和公职人员“在实际工作中不按法律办事、另搞一套”是凸显“食品安全、征地拆迁、环境保护等”问题的重要因素。需要警惕的是,在地方保护主义和部门利益还不能完全消除的情况下,不加限制的授权行政机关作为公益诉讼的原告有可能成为地方或部门保护主义新形式,对来自公民和非政府组织提起的公益诉讼产生非竞争性地抑制或阻碍作用。可以设想,在某地发生的侵犯公共利益的事件中,人民法院只能受理一起针对侵害人的公益诉讼,在公民、社会团体和行政机关都提起公益诉讼的情况下,人民法院当会首先受理来自行政机关提起的公益诉讼,而排斥社会团体尤其是公民和NGO提起的公益诉讼。

2.人民检察院的法律监督者身份影响了人民检察院参与公益诉讼的中立性和公正性。根据《民事诉讼法》的规定,人民检察院有权对民事审判活动实施法律监督,有权提起抗诉。但是,在一起由人民检察院作为原告的公益诉讼案件中,人民检察院既是民事诉讼的一方当事人,也是高于审判机关的法律监督者,将会极大地影响人民法院审判的独立性。

出于同样的原因,人民检察院由于在人、财、物等方面受制于地方,难免受到地方保护主义的影响,如果一起公益诉讼的被告是地方行政机关或地方人民政府,人民检察院是否能够持有中立、客观的立场仍然是有疑问的。

与各国公诉机关的职权相比,人民检察院由于拥有法律监督权、某些刑事案件的侦查权和抗诉权而成为最有权力的国家机关,这一切都充分保障了人民检察院通过行使其固有的法定职责维护国家利益并间接维护公共利益的目的,而毋须在人民检察院的法定职权之外在享有公益诉讼的职权。事实上,在分工负责的原则指导下,人民检察院对公益诉讼案件实施法律监督不失为维护公共利益的有效方式。

(三)行政机关和人民检察院享有公益诉讼原告资格与公益诉讼原理相悖,也不符合公益诉讼国际惯例

公益诉讼是任何有公益爱心的人为了公共利益,以诉讼的方式,向法院提起的特殊的诉讼活动。公益诉讼突破了传统诉讼法原理,赋予公民、法人和其他组织以原告主体资格,弥补因损害公共利益而产生的救济缺陷问题。在公益诉讼较为发达的美国、南非和印度等国家,虽然没有通过立法赋予公民和社会团体原告的诉讼资格,但通过法院的自由裁量以案例的形式承认和支持公民和社会团体作为公益诉讼的原告资格。

在此,有必要澄清人们对公益诉讼的三大误解。

第一,公益诉讼的被告既有可能是公民和法人,也有可能行政机关或具有行政执法权的机构。如前所述,行政机关的作为或不作为违法是引发公益诉讼的一个重要因素。作为特殊诉讼的公益诉讼,既指特殊的民事诉讼,也指特殊的行政诉讼,这意味着公益诉讼不仅要《民事诉讼法》中予以规定,保护民事公共利益,也要在今后的《行政诉讼法》中得以确立,保护行政公共利益。行政公共利益包括行政规划、行政公产、公共服务、国有资产保护、行业竞争、自然资源、公共工程建设、政策性行政垄断、产品质量监管、环境监管、医疗损害等领域。因此,认为公益诉讼只发生在民事领域而忽视行政领域的看法是片面的。

第二,应当谨慎区分个人利益、国家利益和公共利益的概念和界限,这有利于理解像人民检察院这样的国家机关职责所在。个人利益、国家利益和公共利益是相关又有区别的概念,实践证明,在个人利益和国家利益之外还存在着较为独立的公共利益。行政机关和人民检察院在特殊情况下提起的民事或行政诉讼是维护国家利益的方式,但不能称之为公益诉讼,这是由它们的性质和职责决定的。例如,美国的司法部代表国家在反垄断、环境保护等方面起诉有关的个人或企业,但这是为了国家利益的国家行为,虽然这种行为也间接地维护了公民的个人利益和公共利益,但还不能称为公益诉讼。

第三,《民事诉讼法》修正草案对公益诉讼的规定只是放宽了第108条原告诉讼资格的限制,是对第108条“有直接利害关系”规定的修正,没有也不可能通过本次修正案改变行政机关和人民检察院的职责及其分工。《民事诉讼法》第108条规定,原告应是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。什么是与案件有直接利害关系的主体在学界和司法界多有争论,但随着社会的进步和观念的转变,把直接利害关系做扩大化的解释从而赋予法人和其他组织以原告主体资格已经在司法实践中开始形成。中华环保联合会在江苏和贵州省的两起环保公益诉讼就是通过司法解释完成了原告的身份转化。重要的是,《民事诉讼法》第108条规定的“公民、法人和其他组织”虽然也可以包含“有关机关”,但“有关机关”只是在特殊情况下才作为民事诉讼的原告出现。

因此,在立法主导思想上,应当确立以“公民和民间或社会组织公益诉讼制度为主,有关机关公益诉讼为补充”的公益法律制度体系。需要着重指出的是,在建立和完善公益诉讼制度的过程中,授权“有关机关和社会团体”公益诉讼原告资格不应在实践中变形走样,造成有些机关和团体垄断公益诉讼、排斥公民或NGO等主体参与公益诉讼等尴尬局面,以致损害公民政治参与的热情和积极性,削弱公益法实践在我国发展过程中的民主原则和氛围。

(四)建议修改《民事诉讼法》第108条规定,在总体上放宽民事诉讼的原告资格,赋予人民法院认定公益诉讼及其原告资格的自由裁量权

立法在本质上要反映大多数人的意志和利益,但在具体立法上仍要照顾立法过程中的利益均衡和社会效果的合理性。考虑到受理和审理公益诉讼还缺乏经验,相关前提性法律和法规的配套修法工作还未展开,为了保障公益诉讼的健康发展,如果在“谁可以作为公益诉讼的原告”不能达成一致意见,可考虑在修正案中不直接规定“有关机关、社会团体可以向人民法院提起诉讼”等条款,而是把第108条修改为“原告是与本案有法律上的利害关系的公民、法人和其他组织”,这样的规定既有条件地放宽了起诉条件,满足了人们对公益诉讼制度的期待,也为公益诉讼的继续完善留下了探索的实践空间。换句话说,在制度设计上暂不特别赋权也不间接限制某类主体的公益诉讼主体资格,关于什么是公益诉讼、什么不是公益诉讼交由具体实践中的人民法院和民众来判断,在动态实践中杜绝公益诉讼被垄断、被滥用或被误用情况的发生,以进一步增强公益诉讼的民主功能。

五、结语:公共利益与最小化苦难工程

在某种程度上,公益诉讼是关于苦难和受害人的实践

理性活动,在各种自然灾害和社会风险面前,人人都是有受害人或潜在的受害人。20世纪最伟大的哲学家之一的波普尔反对一种盲目的带有大多数人暴政色彩的功利主义幸福观,这种理论认为只要实现大多数人的最大快乐的社会就是良治,也是正义的社会的标志。这在方法论上是很成问题的。首先,它隐含了大多数人的快乐可以在制度上忽视少数人的痛苦,或者可以把大多数人所取得的快乐匀出一点弥补痛苦的少数人的潜在逻辑。人们的快乐之源及其快乐的内容都是不相同的,复杂多质的个体快乐并不能构成一个完整的“大多数人的幸福”,尤其是一个人的痛苦并不会被另一个人的快乐所抵消。其次,痛苦是看得见的并且在道德诉求上需要得到改善,并不存在增进一个处境不错的人的幸福的要求。换句话说,雪中送炭比锦上添花更能体现人类的道德以及品质。减少、分摊或消除苦难而不是增进幸福更为清晰表达了一种改善人类命运实际的明智方法。波普尔总结到,或许不是一种要求获得幸福快乐的权利,因为并不存在使一个人幸福快乐的制度手段,而是一种在能够避免的情况下要求不被造成不幸的权利。假如他们遭受苦难,他们有权利要求给以所有可能的帮助。因此,零星工程将采取寻找社会上最重大最紧迫的恶行并与之斗争的方法,而不是追求其最大的终结的善,并为之奋斗的方法。为此,波普尔建议,把功利主义的口号“目的在于为最大多数的人谋求最大的幸福”(即“最大化幸福”)替换为“让所有人遭受最少量的可以避免的痛苦”(即“最小化苦难”)。^⑥在所有造成苦难的原因中,因制度之恶给人造成的困难历来被认为罪恶之首。制度之恶系统、持续、广泛地侵害受其支配的人的利益,而受害人自身难以反抗或消除,孔子因此认为“苛政猛于虎”。在任何社会的任何发展阶段都会存在这样一些吃人或伤人的老虎,它们或者一开始就是恶的,或者随着社会的发展因未能与时俱进而从原初的善法蜕变为恶法。因此,公益诉讼的全部要旨就在于消除制度之恶,在这个意义上,公益诉讼有别于一般的法律援助活动。公益诉讼的确并不能立即给人幸福,但它通过理性的非暴力的方法以个案的形式消除具体制度上的不公正现象。公益诉讼之所以不是革命的方法的重要原因,就在于它并不反对现有制度基本构成,也不采用以暴制暴的革命方法。革命的方法在民主共和的大气候业已形成的情况下被证明是无效的行动,在这种气候之下,革命的方法就是反革命的方法,公益诉讼就是被发现的克服革命情结的反革命方法,因而解决新的时代困境的理性方法。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

[6][英]波普尔:《开放社会及其敌人》(第一卷),陆衡等译,中国社会科学出版社2008年版,第292-293页及其页下注的相关阐释。