

# 论公益诉讼中处分原则的限制与修正

## 兼论《新民诉法解释》第 289、290 条的适用

张陈果\*

**摘要** 借助诉讼标的理论和请求权学说,分析公益诉讼中“请求权”与“诉权”分离的困境,得提出发展“诉讼担当学说”、借鉴“诉讼管理学说”,以界定民事公益诉讼处分原则限制的“度”与“量”。其目的,一是督促诉权主体勤勉于法定诉讼担当、救济原初请求权人;二是防止滥诉、诈诉的公共秩序保留;三是补救行政失灵,补强现代公共治理。其上,尤需考虑我国目前公益诉讼动力不足、准入门槛较高,鼓励“立法”变成“活法”的需要。诉权主体公信度越高、法定适格越严,与原初请求权人联系越紧密、信息越畅通,处分自由越大;诉赔额越大、赔偿分配透明度越小,公权机关参与越深,行政措施强制性越大,处分自由越小。防御型请求权的处分自由大于补偿型请求权。对《新民诉法解释》第 289、290 条就公益诉讼撤诉、调解、和解的严格限制,并能活用理论标尺、分层解释适用,将赋予公益诉讼“准出”相对灵活的方案,为法院减负,并反向促进公益诉讼制度付诸实践。

**关键词** 群体诉讼 公益诉讼 处分原则 新民诉法解释

\* 德国不来梅大学法学院研究人员。法兰克福大学 Peter Gilles 教授,已故的 Manfred Wolf 教授启发了本文最初论点的形成。南昌大学胡学军教授、河南大学吴泽勇教授审阅了本文的第一稿、第二稿、第六稿和第七稿。此前的版本曾在河大第三届青年论坛宣读,并因此而得益于国际关系学院许可教授、中国政法大学纪格非教授的评议和指点,亦得益于霍海红、刘明生、袁中华、曹志勋、百晓锋、吴俊等朋友的帮助和评论,在此一并致谢。

## 一、问题的提出：处分原则之限制对公益诉讼的基础性意义

公益诉讼,或称群体诉讼,是传统上两造民事诉讼的对立面,以“复杂当事人制度”和“集合型诉讼机制”为特征。<sup>〔1〕</sup>近年来,《消费者权益保护法》《环境保护法》相继修订,最高人民法院设立环境资源审判庭、通过《环境公益诉讼司法解释》和《新民诉法解释》,<sup>〔2〕</sup>最高人民检察院公布《检察机关提起公益诉讼试点方案》,实践中也开始出现大规模公益诉讼案例,<sup>〔3〕</sup>公益诉讼的探讨迎来了新的契机。而处分原则,自上世纪末渐为我国继受以来,已成为通说意义上的民事诉讼主导原则。<sup>〔4〕</sup>按照处分原则,诉讼启动、展开和结束的各个环节,原则上都应以当事人的处分行为为转移,排除法院职权干预。<sup>〔5〕</sup>然而,“处分原则在公益诉讼中要受到限制,甚至不予适用”的理念,我国学者对此着墨不多,似乎已成共识、无需赘述。例如,张卫平认为,“公益诉讼作为一种特殊的民事诉讼,不仅当事人处分原则受到限制,辩论原则也将受到限制。这种限制体现在,一般民事诉讼中的自认制度不适用于公益诉讼”。<sup>〔6〕</sup>肖建国认为,示范诉讼契约有弱点,要通过法院职权决定的示范诉讼予以弥补。<sup>〔7〕</sup>刘毅、张谷认为,针对我国当事人法律素养和诉讼能力较低的国情,应由法院依职权选定一个或多个案件作为示范案件。<sup>〔8〕</sup>值得注意的是,《新民诉法解释》第289条、290条分别规定了对公益诉讼调解、和解结案以及对原告撤诉的审查监督。“民事公益诉讼中处分原则受到限制”这一理念,正式落实为司法机关必须遵循的实证法制度。

但在笔者看来,上述观点和司法解释的渊源,迄今并无学理上的充分说明。一方面,当下公益诉讼制度讨论的初衷,是中国语境和中国问题,而我国对公益诉讼和民事处分

〔1〕 张陈果: *Kollektiver Rechtsschutz nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG)*, Cuvillier Verlag Göttingen, 2010, S.1-5。

〔2〕 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,2015年1月30日颁布,2015年2月4日起施行。

〔3〕 如泰州市环保联合会向泰州中院起诉江苏常隆农化有限公司等6家企业,获赔环境修复费1.6亿,《公益时报》2014年9月23日报导。对我国公益诉讼司法实务的梳理详见下文第三部分。

〔4〕 参见张卫平:“民事诉讼基本模式:转换与选择之根据”,《现代法学》1996年第6期,页4;张卫平:《诉讼架构与程式》,清华大学出版社2000年版,页164;《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,清华大学出版社2004年版,页286;江伟、刘荣军:“民事诉讼中当事人与法院的作用分担——兼论民事诉讼模式”,《法学家》1999年第3期,页18;韩波:“民事诉讼模式论:争鸣与选择”,《当代法学》2009年第5期,页133。

〔5〕 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, Verlag C.H. Beck Muenchen, § 76, Rn.1-4。

〔6〕 张卫平:“民事公益诉讼原则的制度化及实施研究”,《清华法学》2013年第7期,页6、21。

〔7〕 肖建国、谢俊:“示范性诉讼及其类型化研究”,《法学杂志》2008年第1期,页33、37。

〔8〕 刘毅、张谷:“示范诉讼及其在我国审判实践中的运用”,《人民司法》2009年第11期,页44、50。

原则的学理研究,最初却是以译介不同法系的比较法资源为起点的。<sup>〔9〕</sup>在探讨群体诉讼的具体制度——例如诉讼启动、推进和结束的主动权时,简单引进某国现成的制度样本,或者不顾各国样本的具体历史语境而将其短兵相接,都不足取。这不仅不符合我们探讨问题的初衷,还可能使得规则无法回应实务而沦为纸面法。当然,立足我国国情的司法实证研究,或是梳理构成要件、研读案例模型的解释论(或称法教义学)研究,都将为中国的公益诉讼制度提供更坚实的土壤。但尚在试点阶段,诉讼实践本身的阀门才刚刚开启,因此目前看来,带着一种中国问题意识,以深入语境的比较法进路剖析成熟工业国家在相似历史时期对同一制度问题的探讨,不仅有所裨益,而且也不得不然。<sup>〔10〕</sup>毕竟,这些纷繁芜杂的具体制度背后都存有某种共通性——其源头毋宁是各国为解决现代性问题、力推诉讼制度现代性转型的尝试。

鉴于“民事诉讼处分原则”的母国是德日等大陆法系国家,笔者拟借鉴大陆法系国家、特别是其母国德国对这一具体问题的学理探讨。我们将看到,“群体诉讼上处分原则的取舍”作为研究的切入点,有“牵一发而动全身”的意义。笔者试图回到“处分原则”的源头,通过对原初概念的解读,借助诉讼标的理论和民事诉讼请求权学说,解析团体诉讼诉权来源的正当性基础(本文第二部分);并在这一结论的基础上,结合我国的司法实务与司法解释,界定处分原则在公益诉讼中限缩与修正的标尺,以此解释我国相关的制度铺设(本文第三部分)。相信透过这样的说理,除了有助于未来我国公益诉讼庭审模式、证据规则、执行制度等具体问题的研究,更有望为讨论我国诉讼法学迄今悬而未决的一些基本问题,例如公益诉讼的适格主体及其法定顺位,<sup>〔11〕</sup>提供一个可能的支点或者一些有益的线索。<sup>〔12〕</sup>

〔9〕 处分原则,最初是上个世纪九十年代,以德日等大陆法系诉讼法学为理论支持,进入我国民事诉讼法学研究的视野,并逐渐成为指引我国民事审判方式改革的红线。参见王亚新:“论民事、审判经济方式的改革”,载王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,页1—30;王亚新:“民事诉讼中的依法审判原则和程序保障”,载王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,页31—49,页41;季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社2000年版,页384—392。而公益诉讼,则是同一时期、最初以英美法系的“环境公益诉讼”和“经济公益诉讼”等具体形态译介到我国的。参见陶红英:“美国环境法中的公民诉讼制度”,《法学评论》1990年第6期,页61;韩志红、阮大强:《新型诉讼:经济公益诉讼的理论与实践》,法律出版社1999年版,页55—68。

〔10〕 群体诉讼上迄今较为详尽的比较法研究,参见肖建国:“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”,《中国法学》2007年第5期,页129;吴泽勇:“群体性纠纷解决机制的建构原理”,《法学家》2010年第5期,页81;吴泽勇:《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,即将出版,感谢作者惠赐手稿。

〔11〕 新《民事诉讼法》颁布以后,诉讼法学界对民事群体诉讼的争点仍集中在“原告资格”这一问题上:争点尤其在于公民个人是否能以自己的名义提起民事群体诉讼,检察机关和行政机关应否享有民事群体诉讼的诉权,社会组织提起诉讼应当符合何种条件,公民个人、社会组织、国家机关作为诉讼主体的顺位应当如何安排等,参见张卫平,见前注〔6〕,页6;韩波:“公益诉讼制度的力量组合”,《当代法学》2013年第1期,页31。

〔12〕 鉴于本文论题围绕民事诉讼处分原则展开,行政公益诉讼不在探讨之列。

## 二、处分原则在公益诉讼中受到限制的法理

### (一)“两造诉讼”之“处分原则”与公益诉讼的天然抵牾

在单个、具体的两造民事诉讼中，“诉讼”是一方当事人向另一方透过法庭程序主张请求权的过程，是双方当事人之间“武器均等”的进攻与防御。诉讼在双方当事人之间展开的特征被称为“当事人原则”。遵循当事人主义理念，大陆法系民事诉讼发展出“辩论原则”<sup>〔13〕</sup>和“处分原则”两大核心原则。“处分原则”奠定了当事人主义的核心与基调，要求在诉讼展开的各个阶段，民事诉讼当事人都有权对诉讼标的——诉讼请求进行处分，包括决定是否处分、如何处分。<sup>〔14〕</sup>简言之，处分原则的涵义是“当事人”有权处分其“请求”。据此，民事诉讼实为一种请求权之争，使得争执在实体法的概念体系中获得理解，并在两造诉讼的程序空间中限定和展开。按照处分原则的要求，诉讼启动阶段，原则上只有请求权人才能提起诉讼并成为当事人；诉讼进行阶段，两造平等对抗，当事人有权放弃某一部分诉讼请求，也可以接受对方当事人的认诺；在诉讼结束阶段，当事人可以决定是否撤诉、是否以及如何调解、是否上诉。不难发现，和“两造诉讼”的法律拟制一样，处分原则也和实体法上的“私权自治”原则密切相关，是自由主义私法理念在诉讼法上的投射。此类观念常常被看作构成现代法治根基的基础理念。

然而，面对群体诉讼，“处分原则”的土壤——“私权自治”和“两造诉讼”都遭遇解构。“私权自治”理念首先变成相对的了：随着大量生产和大量消费时代的来临，社会的集成化程度(massification)加剧，社会纠纷不再只涉及个体，而是常常涉及一群人、一类人或一个阶层的人。西方社会发展到“福利国家时期”，劳工保护、租赁者保护、消费者权益保护和环境保护，成为法律调整各大社群之间矛盾的新主题，并促使法律秩序进行自我更新。这一时期，“私法的目标不再是保障个体自由，而转向实现社会公正”，<sup>〔15〕</sup>私法的功能不再限于为市场创设条件，而转向排除市场带来的环境污染、食品安全、消费者侵害等社会弊端。<sup>〔16〕</sup>由此出现了“私法

〔13〕 德国民事诉讼理论上的辩论原则(Verhandlungsmaxime)也被称为“提出原则”(Beibringungsmaxime)，指法官裁判受当事人提出的证据和事实资料之约束，Ekkehard Becker—Eberhard, Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes, in Kamil Yildirim (Hrsg.) Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Istanbul 2001, S.15—35.

〔14〕 张陈果，见前注〔1〕，页127；Rosenberg/Schwab/Gottwald，见前注〔5〕，§ 76，Rn. 1. 德国在诉讼标的上的各个学说，将诉讼标的的分别理解为“诉讼请求”“请求权”“二分肢”，但都不否认实体请求权(Anspruch)是其核心构成要素。

〔15〕 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 1992, S.479.

〔16〕 Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S.18.

的公法化”“权利的社会化”和“责任的社会化”等趋势。私权自治的理念也不再是绝对化的了。<sup>[17]</sup>面对新型纠纷,一种社会思潮认为,在大规模侵害纠纷和小额分散性侵害案件中,实体法上的受害者在诉讼中也是弱势群体,在程序法上需要通过“大诉讼”来加以补强。<sup>[18]</sup>与之相应,民事诉讼法也出现了社会化倾向。保护弱势群体的群体诉讼的兴起,正是“民事诉讼社会化”的标志性事件,甚至被认为是社会福利国家达到顶峰的象征。<sup>[19]</sup>

同时,“两造诉讼”的法律预设群体诉讼机制上也遭遇失灵。<sup>[20]</sup>在诉讼的各个阶段,处分原则的运行基础都在动摇。例如,在诉讼启动阶段,小额分散性侵害的受害者通常保持理性的不关心,缺乏提起诉讼的动力。这一问题甚至在欧洲引入团体诉讼机制多年以后仍然存在。<sup>[21]</sup>又如,在诉讼结束阶段,一旦突破防御性救济而涉及补偿性救济,如美国的集团诉讼,极易出现“和解勒索”和“和解勾结”,<sup>[22]</sup>这使得集团诉讼成为一种广遭诟病的制度。<sup>[23]</sup>可见,处分原则的限制不可避免。但另一方面,处分原则却不能抛弃。无论是集团诉讼、团体诉讼、示范诉讼或是由公权机关提起的公益诉讼,其制度设计的初衷并不重在阻吓或惩罚违规者,而毋宁在于补偿权利人受到侵犯的法益,补强现代社会弱势群体的诉讼势差,性质上仍然是私法上的权利救济。只要其以民事请求权为指向(例如停止侵权、恢复原状、赔偿损害),就无法脱离民事诉讼的框架;而处分原则作为传统民事诉讼的母基,就无法背离。因此,处分原则在群体诉讼中限制的度与量,就显得非常关键。

## (二)分析工具:“诉讼标的”与“请求权学说”

上文已经论及,民事诉讼处分原则,指的是对“诉讼标的”的处分。而“诉讼标的”的一个核心因素是诉讼请求。诉讼标的学说的各个流派,无论是“旧实体说”还是逐渐成为通说的“二分肢说”,都不否认请求权是其重要的构成要素。<sup>[24]</sup>要厘清群体诉讼中处分原则的限度,关键问题在于,诉讼主体是否、以及在多大程度上可以支配以“请求权”为指向的诉讼标的。因此,下文的探讨以此作为分析工具来展开。

“请求权”在我国的法律语境下首先是一个实体法概念,其内涵和外延都极为深广。民法上的请求权既包含基础性的民事实体权利,如合同履行请求权,也包含派生的权利或救济性权利,如因侵权行为而产生的停止侵害请求权和损害赔偿请求权。请求权是“实体权利”和“诉

[17] 中文文献对此的论述参见梁慧星:“从近代民法到现代民法”,《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1977年版,页245。

[18] Maoro Cappelletti, *the Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989, p.25.

[19] Ibid., at 216.

[20] 张陈果,见前注[1],页90—96。中文文献对此问题的分析详见吴泽勇:“群体性纠纷解决机制的建构原理”,见前注[10],页82—84。

[21] 吴泽勇:《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,见前注[10],页93、156。

[22] 集团诉讼多数情况以和解而告终,参见Samuel Issacharoff, Richard A. Nagareda, “Class Settlement under Attacks”, 156 *University of Pennsylvania Law Review*, 1650 (1720)(2008)。

[23] 耿利航:“群体诉讼与司法局限性——以证券欺诈民事集团诉讼为例”,《法学研究》2006年第3期,页63。

[24] Rosenberg/Schwab/Gottwald, 见前注[5], § 76, Rn. 1.

权”的必要连接点。请求权从实体法上的主观权利(subjektives Recht)导出,后者包括绝对权利(物权)和相对权利(债权)。德国法上,“请求权”是连接民法和民事诉讼法的核心概念,最初由温德沙伊德于1856年提出。<sup>[25]</sup>最终落脚于民法典的“请求权”概念,<sup>[26]</sup>同时也是民事诉讼法典“诉讼标的”的基础因素。处分原则包含的诸多实质内容,都围绕其展开,例如,“反诉”的标准在于是否提出独立、相反的诉讼请求。“认诺”或“弃诉”的客体,是其诉讼请求。<sup>[27]</sup>

在一般的个体民事诉讼中,实体权利、请求权和诉权三者的主体是重合的,在法律逻辑上也呈现出因果链条关系。例如,遭受盗版侵权的受害人,因其享有著作人身权和著作财产权(实体权利),依法享有停止侵权、损害赔偿等实体请求权。这些实体请求权可以通过行使诉权、获得胜诉判决来实现。2012年《民事诉讼法》第55、119条规定,除法律规定的机关和有关组织提起的公益诉讼案件之外,只有与本案存在直接利害关系的公民、法人和其他组织才享有以自己的名义提起民事诉讼的主体资格。这一条文遵循“实体权利——请求权——诉讼实施权”的因果链条加以规定,但又为打破这一链条留下了解释空间。我们知道,在公益诉讼中,有权提起诉讼的主体通常并非利益关系人和实体权利所有人。由社会组织或公权机关提起的公益诉讼,实际上是两造当事人之外的第三人提起的诉讼。这时,诉权主体和实体权利主体发生分离。围绕这一问题,我国学者围绕“诉讼担当学说”,从诉讼主体论的角度已经积累了较为丰富的比较法资源,为进一步的研究奠定了良好的基础。<sup>[28]</sup>但对群体诉讼中具体制度进行纵向的条分缕析,还有待展开。分析“处分原则在群体诉讼中的限制”,尤其是传统上坚守当事人主义的大陆法系国家在学理上如何解释这一问题,将全面展示现代型诉讼与传统民事诉讼对立的根源。我们将要发现,处分原则和公益诉讼的矛盾在于:对不属于自己请求权范围的客体进行处分,其正当性何在。对此,大陆法系民事诉讼法学在过去几十年来陆续出现不同的观点和流派。为了给本文的立论提供较为周详的视野,下面有必要先介绍一下这些学说。

### (三) 争鸣:群体诉讼“请求权”与“诉权”的合法性来源

群体诉讼主体对缺乏实际利害关系的诉讼标的提出诉讼,对其合法性来源的解释,在德国实体赋权说、程序赋权说、国家请求权说、诉讼管理说等不同学说。<sup>[29]</sup>各学说对于“群体诉

[25] 时值罗马法在德国复兴和继受,潘德克吞体系(Pandektenrecht)初步形成,Bernhard Windscheid主张以此取代罗马法上“诉”(actio)的概念而引入一种实体性的、区别于诉权的权利。Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, S.4.

[26] 请求权的概念最终落脚于《德国民法典》第194条。该条规定,“向他人请求作为或者不作为的权利(请求权 Anspruch),受消灭时效(Verjährung)的制约”。

[27] 尽管诉讼标的学说存在“旧实体法说”“新实体法说”“二分肢说”等不同流派,但都不否认,“请求权”是诉讼标的的最原初和最基本的要素。例如德国民事诉讼法典第261条对诉讼系属(Rechtshängigkeit)的规定,系整部诉讼法典判断诉讼法律关系成立的核心条文,该条第2款明文即指向“请求权”。详见 Rosenberg/Schwab/Gottwald, (Fn.5), § 92, Rn. 8-17.

[28] 肖建华:“群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究”,《中外法学》1999年第2期,页227;沈岷:“如何为公益而战”,《工人日报》2015年7月18日05版;黄忠顺:“论公益诉讼与私益诉讼的融合——兼论中国特色团体诉讼制度的构建”,《法学家》2015年第1期,页19。

[29] 张陈果,见前注[1],页52-99。

讼中处分原则的限制”，也有各自一脉相承的解释。被授权提起公益诉讼的机关和组织，在多大程度上享有处分之自由，取决于其诉权来源的合法性在多大程度上可以自圆其说。

### 1. 实体赋权说——处分原则适用说

“实体赋权说”认为，公益诉讼上处分原则应不加限制地予以适用。<sup>〔30〕</sup> 据此，团体诉讼的开始、进展和结束，都应当以起诉团体的意志为转移。此种观点甚至认为，法院不得在当事人所提诉讼请求的范围之外依职权增删其诉讼请求，也不能依职权调取证据。<sup>〔31〕</sup>

“实体赋权说”又分为两个分支，一是“自己实体请求权说”，<sup>〔32〕</sup> 这种观点认为公益诉讼的主体拥有自己的请求权。<sup>〔33〕</sup> 他们决定起诉、将诉权让渡、撤诉或是庭外和解，都是对属于自己的实体请求权的一种处分行为。这和处分原则的内涵完全相符。但问题在于，提起公益诉讼的团体，果真拥有属于自己的实体权利吗？因虚假广告损害消费者利益而起诉的消费者团体，对排污企业请求其停止侵权、修复环境的环保组织，其对系争事实的法益，果真拥有受法律保护的、“一己之私”的实体权利吗？按照大陆法系“请求权来源”的法理，实体权利是“请求权”的母基，而“请求权”如同“实体权利”的子女。<sup>〔34〕</sup> 这一观点在大陆法系的民法学说里根深蒂固：脱离了实体权利的民事请求权难以单独存在。<sup>〔35〕</sup> 正如我们知道的那样，公益诉讼所捍卫的“公益”，例如公平的竞争秩序，良善的自然环境、受尊重的消费者权益，多是脱离了某个特定主体的、抽象而散播的法益。将这些趋近于公益的利益说成是起诉主体的实体权利，显得牵强附会。既然不存在一己之实体权利，请求权也就是无源之水、无本之木。诚然，“自己实体请求权”有利于问题的简化。但这种处理如果“张冠李戴”，对平行当事人的实体权利也最易造成伤害。

“实体赋权说”的另一个分支是“请求权移转说”，认为诉权主体是透过“诉讼信托”而从众多分散的受害者那里让渡了实体请求权。<sup>〔36〕</sup> 这一观点主要针对的是补偿性公益诉讼。但其

〔30〕 同上注，页 54。

〔31〕 *Peter Ulmer/ Hans Erich Brandner/ Horst-Diether Hensen* (Hrsg.), *AGB-Gesetz, Kommentar zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8. Aufl. 1997, § 15, Rn. 19.

〔32〕 *Gerlach*, *Münchener Kommentar BGB*, 3. Aufl. 1993, § 15 AGBG, Rn. 3.

〔33〕 这一学说近来较受推崇，尤其在德国《不作为法》（全称《消费者权益法及其他法上的不作为之诉法》，*Unterlassungsklagengesetz*）第 3 条修改之后。立法者启用通常对实体请求权的“享有”（*zustehen*）这一措辞，而删除了（被授权团体）“可以提起诉讼”这一措辞。有学者认为这是立法者对群体诉讼“自己请求权说”的定论，参见周翠：“民事公益诉讼的功能承担与程序设计”，《北方法学》2014 年第 5 期，页 95。然而，“自己请求权说”在德国不能建立首尾一致的制度逻辑，例如对于多次追诉的处理、对于既判力的规定，都不能给出令人信服的解释。详见张陈果，见前注〔1〕，页 56 以下。

〔34〕 *Karl Thiere*, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, 1980, S. 287.

〔35〕 *Planck*, *BGB-Kommentar Anm. 5 f. vor § 194*, S. 506; *Eick Schmidt*, *Verbraucherschützende Verbandsklage*, *NJW* 2002, S. 25, S. 28.

〔36〕 我国学者对诉讼信托理论的论著详见汤维建、刘静：“为谁诉讼，何以信托”，《现代法学》2007 年第 1 期，页 168 以下；齐树洁：“我国公益诉讼主体之界定——兼论公益诉讼当事人适格之扩张”，《河南财经政法大学学报》2013 年第 1 期，页 78 以下。

又面临另一些问题。诉讼信托分为法定诉讼信托和意定诉讼信托。对于前者,强行将直接利害关系人的实体权利移转给非直接利害关系人,似乎可以避免授权手续的繁琐,有简化诉讼程序的作用。但它在某种意义上严重限制、甚至剥夺了直接利害关系人的实体权利,有违实质公平。例如,将损害赔偿请求权授予消费者组织,实际受害人可能既不能参加诉讼程序,又难以对消费者组织实施诉权的行为予以必要限制。另一方面,意定诉讼信托要面临一大难题,即请求权移转的可能性。在群体诉讼所需要面对的那些侵害中,受害人通常人数众多,且极为分散。按照传统的诉讼信托理论,起诉团体只有获得了受害人的书面委托,才能代为行使诉权。当个别侵害本身微不足道时,受害人常常缺乏动力来完成这种授权。即便团体发出“收集请求权公告”,能够收集到的请求权数量也相当有限。此外,胜诉之后,赔偿金的计算和分配也相当复杂,在诉讼效率上可能大打折扣。因此,这一学说真正适合的案件类型也非常有限。以此来解释群体诉讼中处分原则的适用,也就显得立论不足。

据此,以实体赋权说推导出群体诉讼中处分原则的完全适用,是有失片面的。

## 2. 程序赋权说——“诉讼担当”与处分原则限缩的最初线索

对群体诉讼主体适格的另一种解释是“诉讼担当说”,认为有起诉资格的主体,是通过法律拟制而获得抽象公共利益群体在诉讼上的代理权。<sup>[37]</sup> 依据这一观点,群体诉讼的主体只有对程序性诉讼请求的处分权。处分原则的限制以起诉团体的法定或意定“诉权代理权”为界标,以不伤害被代理人的实体请求权为底线。“诉讼担当说”从德国发端,被日本及我国台湾地区继受,至今仍是大陆法系解释群体诉讼原告资格的通说。在这一学说的母国——德国,其代表是法兰克福大学民法学 Manfred Wolf 教授和民事诉讼法学的 Peter Gilles 教授。Wolf 认为:团体诉讼的原告,其诉讼资格的合法性源于其对某个社会群落集体权益的“代理”。<sup>[38]</sup> Gilles 在此基础上提出,群体诉讼上有诉讼资格的团体,例如消费者团体,工商业团体、手工业者联合会,是依据民事诉讼法上的法定诉讼担当 (Prozessstandschaft) 来获得诉讼代理权的。<sup>[39]</sup>

这一观点在较长时间内,被德国诉讼法学界认为朝着理论困境的出口迈出了一大步。然而批评的声音也不绝于耳:“团体诉讼的原告”和“群体利益的主体”之间,真的存在法定或意定的代理关系吗?以消费者权益为例,它可能是具体的个体权益——例如某个特定产品致害案件的受害人;可能是多数且特定的一个群体——例如因某节动车车厢事故都受到人身伤害的乘客;可能是不特定多数的社会群落——例如因不同频次和用量食用毒奶粉而不同程度遭到健康损害的婴儿;甚至因为事关国民健康等公共政策,而上升到抽象意义上的公共利益。因此,消费者毋宁是一种社会角色,消费者就是“你我他”。作为诉讼担当说出发点的那种“群体

[37] 张陈果,见前注[1],对诉讼担当说的总结,页67以下,对诉讼担当说的批评,页81以下。

[38] Manfred Wolf, Die Klagebefugnis der Verbände, Ausnahme oder allgemeines Prinzip?, S.20.

[39] Peter Gilles, Prozessrechtliche Probleme von Verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZP 98 (1985).



权益”，伸缩性极强，只有在具体事由下才可能界定其性质。上述四种情形，除第一种以外，后三种情形都可能发生公益诉讼。而任意一个符合法定条件的消费者团体，和如此多义善变的“消费者权益”之间，要认定存在代理关系，似乎欠缺更为细致的说理和分类。因为，“诉讼担当”的前提是，实体权利的原初主体——即“被代理人”的具体界定。而后者在公益诉讼中本身较为抽象。<sup>〔40〕</sup>此外，在公益诉讼的实践中，提起诉讼的主体往往是因自己的意愿、以自己的名义来起诉并参与诉讼行为的，从外观上看来并不存在所谓的代理关系。

虽然诉讼担当说在学理上有所缺陷，但它至少为限制处分原则的尺度提供了最初的线索。法律在一定的条件下赋予特定主体提起公益诉讼的资格，并不等于承认其实体请求权。对于处分原则的标的，在“诉讼请求”这一分枝上，群体诉讼的原告通常可以处分。但这一处分行为，不得伤害直接利害关系人的实体请求权。利害关系人保留其实体请求权，在必要时仍然可以参与诉讼活动，对诉讼标的进行处分，且不构成重复诉讼。利害关系人的处分权，较之团体诉讼原告的处分权，两者的关系在“诉权代理”理论的框架内获得解释，并予以调整。

### 3.“国家的请求权”——处分原则摒弃说

与我国当下热议的“行政机关与检察机关之公益诉讼担当”相呼应，<sup>〔41〕</sup>大陆法系诉讼法学也有一种观点认为，群体诉讼原告告诉权的合法性，源自国家的民事请求权；<sup>〔42〕</sup>诉权主体拥有的，正是这种“国家请求权”的“法定代理权”。这一观点发端于图宾根大学的 Wolfgang Marotzke 教授，他主张将国家视为公共利益的合法代表。这一观点进而主张由行政机关（或检察机关）提起其职权范围内的公益诉讼。<sup>〔43〕</sup>英美法上某些群体诉讼和这一模型十分契合，典型的例子是英国公平交易局，依据《公平交易法》《误导性广告审查规则》和《消费者合同公平条款规则》，对违法行为人提起诉讼。<sup>〔44〕</sup>另一个例子是瑞典法上的消费者专员（Konsumentombudsman）。消费者专员是作为全体消费者利益的代表、由国家任命、并有一定任期的法律家。根据瑞典的《市场法》和《产品安全法》，他们代表国家行使“监督”和“干预”职能，并可以

〔40〕 德国诉讼法学界内部对这一学说的批评，详见 *Thiere, Karl Thiere, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess*, 1980, S.311; *Panajotta Lakkis, der kollektiver Rechtsschutz der Verbraucher in der Europäischen Union - dargestellt an der Verbandsklage nach dem AGBG, dem UWG und dem griechischen Verbraucherschutzgesetz*, S.120.

〔41〕 《海洋环境保护法》第 90 条授予海洋环境监管部门代表国家对海洋环境污染行为提起民事诉讼。《刑事诉讼法》第 99 条授权检察机关在提起公诉的同时，可以为保护国家财产和集体财产提起附带民事诉讼。

〔42〕 *Anspruch des Staates*, 详见张陈果，见前注〔1〕，页 113 以下。

〔43〕 Wolfgang Marotzke, *Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage aus § 13 UWG*, ZP 98 (1985) 160, 188 f.

〔44〕 *Reinhard Ellger, die Bündlung gleichgerichteter Interessen im englischen Prozess*, in: Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Hein Kötz/Dietmar Baegte, *Die Bündlung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999, S. 123 ff.

在专门的市场法庭提起保护消费者诉讼。<sup>[45]</sup>按照“国家请求权说”，上述诉讼中的原告，作为政府职权部门，是代表国家在行使其请求权。

从“国家请求权”出发，通常推导出“处分原则摈弃说”，强调职权主义。公权机关作为原告，从根本上改变了民事诉讼“对抗—判定”的结构，形成“官告民”这一较为罕见的诉讼格局。这时，处分原则的适用缺乏根基。德国法上有极少数类似的情形，公权机关可以不问当事人意愿以自己的名义提起民事诉讼。例如检察机关依据《婚姻法》第24条可以提起确认婚姻无效之诉；<sup>[46]</sup>最高劳工局依照《家庭劳工法》第25条可以为劳动者提出请求支付后续工资的诉讼。上述例外情形，通常认为处分原则要加以限制，而以职权探知原则加以取代。<sup>[47]</sup>

然而，“国家请求权说”在大陆法系诉讼法学中屡遭驳斥。历史上，大陆法系对公权机关提起公益诉讼，态度一直就较保守。原因有二：其一，法理上认为，行政机关首先应当通过行政监管来履行职能，而不是通过诉讼。这符合行政机关在三权分立结构中的位相，也能保证其主动和高效的干预。直接由行政机关、检察机关提起公益诉讼，被认为是一种不必要、不经济的制度设计。其二，国家民事请求权说混淆了国家作为公法上主体与私法上主体的角色。作为“请求权”基础的“主观权利”（实体权利），其核心涵义在于划分“你和我”，在于界定私的支配领域。逻辑上来讲，只有当国家对某一法益，例如“消费者权益”，确实能支配、控制和占有时，国家才有相应的民事请求权。然而，“很多事物虽由国家充当所有人，但却被绑定在特殊的公共使用空间而使国家丧失了实际支配的能力”。<sup>[48]</sup>此时，国家享有的所谓“民事请求权”恐怕是无源之水、无本之木。下面的例子可以来说明这种混淆的误区所在：公共采购中，国家作为买受人支付了价款以后，享有请求交付货物的请求权以及在货物出现瑕疵时退货、补充履行和损害赔偿的请求权。如果出现纠纷，国家以私主体的身份提起民事诉讼。但是，这和国家在公共治理中为维护清洁优良的环境、公平有序的竞争、国民健康和安全等方面作为“公主体”角色并不相同。后者与其说是一种“权利”或“请求权”，毋宁说是一种国家对其公民所承担的“职责”和“义务”。因此，认为国家对竞争秩序、环境保护和消费者权益这些公益享有支配和占有地位，从而享有“国家请求权”，可以委派公权机关提起民事诉讼，在逻辑上难以自洽。在解释论上，以此推导出“处分原则摈弃说”和“职权探知主义”，根基也就并不牢靠。

#### 4.“诉讼管理学说”——处分原则的折衷和诚信原则

诉讼管理学说，即认为群体诉讼实为一种客观规则控制手段，旨在公共治理。据此，群体诉讼被认为是一种不问诉讼主体与客体具体联系的、为达到某种社会调控手段而由法律赋予

[45] *Andreas Mom*, Landesbericht Schweden, in: Hans-Wolfgang Micklitz/ Astrid Stadler, das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster 2005, S. 517 f.

[46] *Wolfram Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 119.

[47] *Roland Michael Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz (Jus Privatum), 1998, S. 199.

[48] *H.-J. Papier*, in *Achterberg/Püttner/Württemberg* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht I, S. 842.

特定主体诉讼干预职能的“他益诉讼”。〔49〕这一学说被认为是得益于公法学说的传授。〔50〕在公法上,环保团体为环境公益提起的行政诉讼,其制度设计的初衷,是监控环保法律的运行。〔51〕《环境保护法》赋予特定团体一种公共管理职能,以诉讼为工具来干预公共生活。公益诉讼乃是借助诉讼来实现某种公共治理目的——这被称为诉讼管理学说。〔52〕公法上另一个以团体诉讼来实现诉讼管理职能的例子是《残障人士平等权益保障法》第13条,以团体诉讼来监控反歧视政策的实施,例如残障人士专用通道等公共设施的维护情况。但上述团体诉讼,传统上属于公法范畴,民事诉讼法学鲜有论及。

借助民事诉讼来实现超越个体的利益,之所以通常存在理解上的障碍,首先是因为历来公法与私法分疏的定式与成见。〔53〕民事诉讼法虽以私权利救济为其内容,其本身在性质上却仍属于公法。将上述公法学理上“诉讼管理说”推及目前“私法”范畴内的民事群体诉讼,可以得出下列推论:消费者群体诉讼,并不局限于补偿消费者的具体损失,而旨在以诉讼机制来规范市场主体的行为,促成良性竞争秩序的形成;反垄断私人诉讼、反不正当竞争法上的团体诉讼则是旨在纯化市场秩序、保护合规范的自由竞争。〔54〕此类诉讼管理功能,虽服务于公法上的目的,但却是通过特定主体主张其民事请求权来实现的。诉讼管理学说认为,公益诉讼中的诉权主体是否为请求权主体,并非最为关键的问题;特定条件下给特定主体赋权,是出于公共秩序和执法效率的考虑。此即“私法的公法化”“民法的社会化”在民事诉讼上的反应。据此,公益诉讼实为私人利益(主观权利)和公共利益(客观权利)相互融合与互动的场域。传统上以私权利救济为中心的两造民事诉讼格局被彻底打破,而呈现多重利益格局。因此,植根于自由主义民事诉讼法的处分原则,也理应加以重构。

上述观点的一个佐证是德国2002年债法改革的一个特例:旨在保护消费者、控制霸王条款的《一般交易条款法》〔55〕被腰斩——实体法部分被编纂到民法典第305条以下,而其程序法部分关于团体诉讼的条文,被单列为《不作为法》。学界经过漫长的讨论,无法在《民事诉讼法典》中为“团体诉讼”找到合适的位置。学者们认为,团体诉讼的理念和制度都和传统民事诉

〔49〕 Wahrnehmung fremder Interessen durch ex officio—Repräsentation, vgl. Axel Halfmeier, Zur sozialen Funktion des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003.

〔50〕 环保公益诉讼在德国由《联邦自然保护法》,在欧盟由2003年“环境保护公共参与指令”加以规制(Richtlinie 2003/35/EG, Abl. EU 2003 L 156, 17)。

〔51〕 Axel Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 217

〔52〕 Christian Calliess, Die Umweltliche Verbandsklage nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes, NJW 2003, S. 97 ff.

〔53〕 Axel Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 199.

〔54〕 德国《反限制竞争法》(GWB)第33条和34(a)条规定的特定团体可以提起的诉讼。

〔55〕 《一般交易条款法》,另一译法为《一般商业条款法》,见吴泽勇:《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,见前注〔10〕,页21—31。

讼法典的体系存有根本冲突。<sup>[56]</sup>

“诉讼管理学说”主张,群体诉讼应突破传统民事诉讼“对抗——判定”的格局,脱离传统诉讼法解释学以“诉讼标的——请求权——诉权”链条为限的分析工具。这一观点认为,处分原则是1877年《民事诉讼法典》编纂时在特定情境下引入的,是“自由主义民事诉讼”的理念,而非现代“社会的民事诉讼”理念;应当打破群体诉讼中处分原则的主导地位,以职权主义原则、诚实信用原则对其加以改写和修正。这一学说的逻辑推导,则是广义辩论主义的改写、处分原则的重构,以及协同主义的提出。<sup>[57]</sup>这种观点的预设是,民事诉讼的目的除了保护私的主观权利之外,还应当维护“客观权利”,即公共利益、公共秩序等法益。因此,公益诉讼被认为是典型的“客观规则控制手段”,服务于公共治理。

诉讼管理学说认为,现代型民事诉讼应适用协同主义,以职权干预、诚实信用原则来修正和重构处分原则。虽然这在大陆法系诉讼法学界至今仍未成通说,但它却逐渐在司法实务中引起关注。德国联邦最高法院较为晚近的判决,就表达了对这一学说的关注和敬意。这在下文具体制度展开的部分,还会提及。

#### (四)小结

以“诉讼标的”和请求权学说为分析工具来界定群体诉讼主体的诉权来源,进而推导处分原则的边界,上述四种学说分别得出不同的结论。“实体赋权说”是一种法律拟制,但不符合群体诉讼中“请求权”与“实体权利”相分离的现实,可能损害实际受害人和平行诉讼当事人的诉讼权利。“国家请求权说”虽然在立论上屡遭驳斥,但对于特定领域的公益纠纷,例如公权机关提起的反垄断诉讼、环境公益诉讼,存在进一步探讨的空间。“诉讼担当说”在承认实际利害关系人请求权的前提下,透过法定或意定的诉权代理关系,以“诉权的让渡”来解释群体诉讼的主体适格。该学说在立论上虽存有缺陷,但对诉讼团体的诉权正当性给出了较为合理的解释。诉讼管理学说较为新颖,也较为激进,对大陆法系的民事诉讼法学、甚至整个公法与私法的构造都是一种挑战,其出现的理论背景相当深广和复杂,超出了本文篇幅的承载。但其提出的民事诉讼中公益和私益相融合的多重利益格局,对于处分原则的重构,有其启发性。

有鉴于此,借鉴诉讼担当说,吸收诉讼管理说的合理内容,将为处分原则的基调和边界提供较为完备的理论支持。应当注意到,公益诉讼的主体并非实体请求权人,而只是诉权代理人,其对诉讼标的进行处分,应当在“诉讼代理关系”合法有效的限度内进行。诉讼团体如果滥用诉讼代理权,例如无故放弃请求权、和被告达成显失公平的和解协议、诈诉、和解勒索,损害实际利害关系人请求权,法官可以依照“表见代理”“越权代理”的法理,进行职权干预,判定其诉讼行为无效。群体诉讼损害涉及面越广、受害人越分散、社会影响越大,公益特征就越明显,

[56] 张陈果,见前注[1],S.1—3, S. 12 f.

[57] 协同主义(Kooperationsmaxime), Peter Gilles, *Verfahrensfunktion und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidung im Zivilprozess*, in *Festschrift für Schiedermaier*, 1976, S. 183 f. 中文文献参见任重:“民事诉讼协同主义的风险及批判”,《当代法学》2014年第4期,页111。

原初请求权人与诉讼客体之间、原初请求权人与诉权代理人之间的关系就越抽象、越疏离,职权干预的必要性就越强,处分原则的适用就愈要限制;相反,在受害人数相对集中、单个受害者损害较大的群体纠纷中,原初请求权人与诉讼个体之间的关系就越具体、越紧密,就愈加应当保护这些主体的诉讼参与权与诉讼处分权。此外,“处分原则和职权主义、诚信原则应有必要的融合与互动”,不仅合理,而且在具体的制度构建中已经有所反映,这在下文的具体制度体现的部分,还要论及。<sup>[58]</sup>

### 三、公益诉讼处分原则“限缩”与“重构”的制度体现 ——《新民诉法解释》第289、290条的解释

传统上的两造民事诉讼,处分原则尤其体现在当事人在开始和结束诉讼程序上的自由。因此,在探讨处分原则限制与重构的制度体现时,笔者有针对性地选择以下两点展开分析:即以中德两国为制度样本,探讨公益诉讼中的诉讼的提起阶段和诉讼结束阶段各环节上,处分原则是如何受到“限缩”与“重构”的。笔者深知,从规范路径和经典理论研究过渡到对既有规范的解释,既不能脱离我国(目前尚属有限的)司法实务经验,亦不能罔顾既有制度和社会规范环环相扣形成的特定语境。因此,将上文分析、筛选而形成的理论模型运用到具体的制度安排中,应立足于我国已有的公益诉讼实践,及特定社会结构和制度模型的横向对比。

#### (一) 现有规范可能存在的问题

值得注意的是,《新民诉法解释》和《环境民事公益诉讼解释》<sup>[59]</sup>的制度安排,体现出较强的职权主义色彩,大幅限制当事人的处分权。例如,《新民诉法解释》第285条和《环境民事公益诉讼解释》第12条关于受诉法院对行政主管部门的告知制度,《环境民事公益诉讼解释》第9条关于法院对原告释明并变更诉讼请求的规定,第10条关于环境公益诉讼制度的公告和主观合并制度,第16条关于对原告自认的限制——大都强调法院对公益诉讼的职权干预,甚至对原告的监督。

职权主义在公益诉讼的结束阶段尤为突出:依照《新民诉法解释》第290条,“公益诉讼原告在法庭辩论终结后申请撤诉的,法院不予准许”。第289条则对公益诉讼的调解和和解问题作了三方面规定:第1款规定当事人可以和解,法院可以调解。第2款规定调解、和解协议在审查确认前的公告制度。第3款规定当事人的调解、和解协议不损害国家利益、公共利益和他人合法权益时,法院审查并出具调解书予以确认。从文义上看,当事人的处分自由极为有限:法庭辩论一旦终结,撤诉即一律不再准许;而一旦开始调解、和解,相关协议内容则需要通过公告程序和法院的审查确认,制作调解书结案。判决书和调解书皆为有强制执行力的裁判文书。

[58] 详见本文第三部分。

[59] 《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,发布于2015年1月6日,次日生效。

细思这两个条文,公益诉讼“自行和解撤诉”等其他弹性的“准出”可能性,被完全截断。

对此,笔者的关注点在于,按照上文的理论框架,这些规则的设计受否合理,或者可能存有哪些问题?这些问题在我国的司法实务中是否已经出现,或者可能出现?立足于我国司法实践,借助理论模型的对比和推演,如何总结一套合理、允当的裁量标准,为法律适用提供理论支持?

首先,直接从职权主义出发、强调法院对原告的监督,对处分原则作一刀切的否弃,这在“准入”高门槛、诉讼动力不足的前提下,可能产生两方面问题:一方面,诉讼本身耗时费力,一旦起诉即被绑定、而毫无松动的余地,可能打击起诉的积极性,致使制度用不起来。另一方面,原告对诉讼风险会过于敏感,没有十足的把握不敢起诉,或仅选择重大侵害行为起诉,小额分散性侵害则得不到救济;而前者往往由行政干预即可解决问题,最终使得公益诉讼的立法目的落空。其次,以损害赔偿为目的的公益诉讼,即使职权干预,也仍旧可能无法提供具体可控的执行方法,落实原初请求权人的损害填补。再次,公权机关事先已采行政救济、而后提起公益诉讼的,法院等于动用司法资源协理行政监管职能,这是否有必要且更高效,值得深思。最后,法院对双方当事人的和解、调解协议进行违法性审查并出具调解书,似乎截断了当事人庭外和解撤诉的可能。<sup>[60]</sup>一方面,这样处理可能过于绝对,从而反向打击起诉的积极性。另一方面,如果审查调解、和解协议的难度超出了法院的实际承受能力,各方缺乏妥协、折衷的处理方案。

接下来,笔者拟考察上述制度在我国司法实务中运行的基本情况及相关问题。通过相关的案例检索,仔细考察新《民事诉讼法》第55条施行以来的司法实务,就会发现法院在公益诉讼中处理的问题或对象范围中,包含了种种性质相异的情形。<sup>[61]</sup>

## (二)实务中的相关状况

诉讼的提起阶段,司法实务中尚未出现限制当事人意愿合并审理同类案件或示范诉讼的案例。因此在起诉阶段,对当事人处分权的限制目前集中体现在“原告是否公益诉讼适格主体”的判定。鉴于这也是各大学说历来最为关心、争议也最大的问题,不妨对我国实务中的相关状况先作一番整理:

社会组织作为原告起诉的公益案件,原告适格问题是诉讼准入的难关。例如,“北京市自然之友环境研究诉环境污染责任纠纷”一案,法院认为,环境研究所就其宗旨和业务范围而言,并非专事环保公益活动的社会组织,缺乏原告资格。<sup>[62]</sup>又如,镇江市渔政监督支队诉某公司下属轮船排放苯酚导致长江水体污染、渔业资源受损一案,法院认为“渔政监督支队”是事业法

[60] 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民出版社2015年版,页769。

[61] 下文梳理我国司法实务部分的案例,其判决书来自“无讼案例”和“中国裁判文书网”两个数据库。相关裁判文书检索、整理共83份,以文书落款期日为准,考据截止至2015年11月。

[62] 参见江苏高院二审(2015)苏环公民诉终字00001号。

人单位,并非《民事诉讼法》第55条规定的“有关组织”,没有资格起诉。<sup>[63]</sup>此外,对同一社会组织的原告资格认定,在各地法院尚有混乱和分歧,例如“中华环保联合会”是否为《民事诉讼法》55条所言之“有关组织”,无锡中院予以肯认,海南省高院、北京市二中院和北京高院则持相反态度。<sup>[64]</sup>其中海南省高院认为,“法律规定的机关和有关组织”应理解为“法律”预先规定的组织,而非由法院根据具体情况加以判断的范畴;原告章程所述的公益诉讼职责与义务,仅对内具有约束力,不能作为其“法定”适格的依据。北京高院则认为,2012年《民事诉讼法》修订以后,在环境诉讼领域应由行政监管部门代表国家对责任方提出损害赔偿请求,而中华环保联合会的原告资格缺乏法律明文规定,故不予承认。

自然人作为原告提起公益诉讼,理论上仍有争议,但司法实务中对其诉讼资格多不予认定。<sup>[65]</sup>由行政机关、检察机关提起或支持起诉的公益诉讼,其主体适格问题在实务中争议较小。

在公益诉讼的展开和结束阶段,就法院对当事人处分权干预的各种情形,则呈现以下特征:

其一,对撤诉自由的限制。某消费者协会提起的公益诉讼,诉讼进程中,原告接受了被告的停止侵权承诺并申请撤诉,法院开庭审理其申请后裁定准许。<sup>[66]</sup>附条件地承认原告的撤诉自由,似乎与《新民诉法解释》第290条严格限制的精神相悖,但其包含了如下两点考虑:首先,原告作为公益性社会组织,成立时间长、组织结构透明度高,公益性职能显著。<sup>[67]</sup>依照法定诉讼担当的原理,其作为法定诉讼代理人的社会公信度也较高,其勤勉履行公益诉讼职能的可能性也较大。相应的,其处分权也予以放宽。其次,本案仅涉及停止侵权、消除侵害等防御性民事请求权,而不涉及损害赔偿等补偿性救济。这时,滥诉和诈诉的可能性较小,对原告撤诉的限制也可适当减缓。此种情况下,第290条的“严格限制撤诉”的尺度,也有适当调适的余地。

[63] 参见武汉海事法院(2015)武海法立字第00001号民事裁定书。

[64] 有的法院认定其为有公益诉讼资格的“有关组织”,如“中华环保联合会与宜兴市江山生物制剂有限公司环境污染公益诉讼纠纷一案民事判决书”(无锡市中级人民法院一审(2014)锡环公民初字第2号);有的法院则持相反观点,如“上诉人中华环保联合会因与被上诉人海南天工生物工程有限公司水污染责任纠纷一案民事裁定书”(海南省高级人民法院二审(2013)琼立一终字第155号)。

[65] 但在判断上也有不甚清楚或相互矛盾的情形。例如个人在电信服务合同纠纷、信用卡纠纷等公益诉讼中附带提起公益诉讼时,法院对其公益诉讼主体资格多持否定态度,如北京市北京二中院二审(2013)二中民终字第15379号;又如烟台市芝罘区人民法院一审(2014)芝民社一初字第268号;相异的情况是,消费者个人提起的关于质量问题和产品责任的公益诉讼,有法院回避被告提出“原告作为自然人主体不适格”的抗辩而直接进入实质审理程序,实际上消极承认了自然人提起公益诉讼的资格,如广州市中院(2014)穗中法民一终字第3920号。

[66] 如“广东欧珀移动通信有限公司与上海市消费者权益保护委员会一案一审民事裁定书”(上海市一中院一审(2015)沪一中民一(民)初字第9号);又如“天津三星通信技术有限公司与上海市消费者权益保护委员会一案一审民事裁定书”(上海市一中院(2015)沪一中民一(民)初字第10号)。

[67] 据原告上海市消费者权益保护委员会主页信息显示,该委员会成立于1998年,专事消费者维权等公益活动,其主任由上海市十三届人大常委会副主任担任其,副主任分别由上海市政府副秘书长和工商局副局长担任, <http://www.315.sh.cn/about/default.aspx?id=15>, 最后访问日期:2015年12月4日。

其二,对调解、和解的干预。某行政主管部门提起、检察机关支持起诉的环境公益诉讼,<sup>[68]</sup>被告此前已承担刑事责任;庭审过程中法院主持调解,调解协议内容与原告诉求一致,法院仍对双方协议的内容进行合法性审查,予以确认之后制作调解书结案。该案实为公权力机关导入、公权力行为前置的附带民事诉讼的。相应的,其结案完全呈现出《新民诉法解释》第 289 条“严格审查”的职权主义色彩。

其三,某环境民事公益诉讼,法院判定被告(某排污企业)执行相关行政部门的监管措施,否则以扰乱法庭秩序论,按《民事诉讼法》第 111 条处罚。<sup>[69]</sup> 据此,法院实际动用司法资源来补足行政监管,这在我国“大政府”的治理格局下,结局耐人寻味:行政救济尚不能贯彻,民事救济又在多大程度上能比前者更加及时和高效呢?为节约珍贵的司法资源而不作无谓的重复治理起见,公益诉讼在“准出”上似乎还有更为精细、合理的解决方案,留待下文探讨。

其四,在诸多环境民事公益诉讼案例中,法院判决依职权增补、重构了原告的诉讼请求。例如,原告提出损害赔偿请求的,法院判决被告按月提供修复当地环境的劳务(总数若干小时),以抵偿其损害赔偿力所不能及的部分;又如,对原告提出的损害赔偿请求,判决被告立即支付 60% 到指定的环境公益账户,其余 40% 延期一年,以其技术改造、修复环境,且一年内不受行政处罚为条件,凭行政监管部门的证明到法院申请抵扣。<sup>[70]</sup> 可见,由于公益诉讼的社会性和公共性,其判定结果不限于传统民事诉讼中对原告诉求予以支持、部分支持或加以驳回的消极态度。环境公益诉讼的结果指向未来,又往往涉及生态损害修复、环境综合治理等长程、渐进的解决方案。因此,判决主文可能超越、重构原告的诉求;法院根据案情需要、考虑被告履行判决的现实可能性,需要权衡各方利益,超越当事人处分权做出合意判决,甚至引入第三方(行政监管部门或其委托的组织)对被告履行判决进行监督。此即诉讼管理学说、协同主义对处分原则修正与重构的场景。这与有学者言说的“非诉理论的实体之维”,在内容和理念上均有些许契合:<sup>[71]</sup> 即,公益诉讼的裁判并不囿于原告的诉讼请求,而旨在协调多方利益、重新型构当事人之间的新的权利义务;因此,司法过程中法院要完成更多行政性而非司法性的工作,重在协调、斡旋、主导各方达成最佳的处理方案。

由此看来,公益诉讼上法院与多方当事人之间的位相与互动、牵制与博弈,仅凭“事关公共利益,应予职权干预”的“一刀切”方案,恐怕还欠缺更为精密的理论分析,也缺乏更为弹性、灵活的“准出”安排。虽然实务中的问题只能说初露端倪,以解释学路径分析所需的相关案例资

[68] 如“安宁市国土资源局起诉并由安宁市人民检察院支持起诉被告戴望相、班志华、李绍奎、张洪新、杨勇、毕加文环境污染责任纠纷一案”(昆明市中级人民法院一审(2011)昆环保民初字第 4 号)。

[69] 例如“中华环保联合会与宜兴市江山生物制剂有限公司环境污染公益诉讼纠纷一审民事判决书”(无锡市中级人民法院一审(2014)锡环公民初字第 2 号)。

[70] 如“江苏省连云港市中级人民法院(2014)连环公民初字第 00001 号民事判决书”;“常州市中级人民法院一审(2014)常环公民初字第 2 号”;“江苏省高级人民法院二审(2014)苏环公民终字第 00001 号”。

[71] 吴俊:“环境公益诉讼的程序再造”,《华东政法大学学报》2015 年第 6 期,页 49—50。邱联恭:《司法之现代化与程序法》,三民书局 1992 年版,页 326—327。



源也显得不足。但是,这样的分析为下文进行横向规范比较、并在此基础上对规则的合理性解释作进一步探讨,提供了支点。

在此之前,首先要明确一个问题,即,我国公益诉讼中处分原则限制与重构之制度规范,其目的何在。对此,最高人民法院对《新民诉法解释》的阐释显得语焉不详,<sup>[72]</sup>而学者对此的探讨亦浅尝辄止。<sup>[73]</sup>笔者认为,相关制度铺设应服务于四点主旨:其一,防止诉权主体侵蚀公益主体的实体请求权,督促其勤勉、有效、合理地履行诉讼担当职能(诉讼代理关系内的勤勉义务)。其二,防止诈诉、和解勒索等滥用公益诉讼的行为(公共秩序保留)。其三,针对行政失灵,协理行政机关执法,补强现代公共治理,以达臻多头利益制衡与共赢的局面(补强公共治理)。最后,处分权限制的尺度,仍需考虑到我国公益诉讼动力不足、诉讼准入门槛较高的现状,鼓励制度用起来(从“立法”到“活法”)。以上四端,在适用、解释相关制度时,均应有所考虑。假设目前的制度安排尚难达成这些目标,则应借助上文分析所得之理论模型,弥合制度安排与规范目的之间的距离。需要说明的是,案例归纳显示,目前我国由自然人和公权机关提起的公益诉讼,在诉讼准入上分歧较小;而“有关组织”提起的公益诉讼,正在发展壮大的阶段,将来也应成为主流。<sup>[74]</sup>因此,下文以“有关组织”提起的公益诉讼为重点展开论述。

### (三)理论解释制度:处分原则限制与重构的“度”与“量”

为了起到对制度整体进行比较分析的直观效果,笔者对中德两国的公益诉讼、团体诉讼各自的适格原告、适用领域、请求权基础之相关条款、请求权类型及其内容,分别对比、并总结到一张表格(“表一”)。

在诉讼准入上,德国法上的情况大体如下:团体诉讼的适格主体,包括普通社会团体和公共财政支持的、准公共性质团体。<sup>[75]</sup>团体诉讼的请求权基础、诉讼的准入门槛由各单行法分别规定。市场竞争和消费者保护领域的团体诉讼资格,每年由司法部牵头,审查、统计到一张表格、上报欧盟并逐年更新。<sup>[76]</sup>原告起诉时,可以此作为自己有诉讼资格的证据。<sup>[77]</sup>但其

[72] 第289条限制公益诉讼调解结案的条文主旨表述为:“……社会公共利益是不可处分的,原则上应禁止和解、防止利益勾兑。考虑到经济发展和化解矛盾的需要……应当在严格审查的基础上予以准许”。又如《新民诉法解释》第290条限制原告撤诉的条文主旨表述为“……是公益诉讼实现社会公共利益的特点所决定的”,参见沈德咏主编,见前注[60],页769、771。

[73] 见前注[6]、[7]、[8]。

[74] 周翠,见前注[33],页95。

[75] 包括由公共财政支持的准官方消费者组织,例如“柏林消费者中心联邦团体”“巴登——符腾堡州消费者中心”以及行业协会,如手工业者联合会、工商业者联合会。

[76] 《不作为法》(Unterlassungsklagengesetz—UKlaG)第4条第1款。登记事项包括团体的名称、地址、登记法院、登记号及章程目的。详细程序见张陈果,见前注[1],页79—92。《不作为法》中文译文见吴泽勇,《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,见前注[10],附录2,页233—234。

[77] 《不作为法》(Unterlassungsklagengesetz—UKlaG)第3条第1款第1项。

是否在此表中登记在列,是其享有诉权的充分非必要条件。〔78〕这样,全德团体诉讼的主体资格,通过事前规制来保证其专门化、专业化,在数量和质量上都较为集中,有利于程序透明和诉讼高效。这时,绝对地限制团体的处分自由并无必要。正如联邦最高法院判决所指出的——“没有人应被强迫到法庭上为公益而战斗到底”。〔79〕我国目前对适格主体的事前公共核准机制负之阙如,完全交由法院个案判断,易出现混乱或矛盾的情形:对同一社会组织的诉讼适格,各地法院判断不一;〔80〕法院因其他因素不愿启动诉讼而以主体不适格为由驳回起诉等。这对于公益诉讼在我国的发展,形成了制度上的准入障碍。

目前我国有资格提起公益诉讼的社会组织,消费者团体限于《消费者权益保护法》(2013年10月25日修订)第47条规定的中国消费者协会及省级消费者协会,门槛较高。而有权提起环境公益诉讼的社会组织,据《环境保护法》(2014年4月24日修订)第58条以及《环境公益诉讼解释》第2条,是指依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记、专门从事环保公益活动五年以上且无违法记录的社会组织。其包括:根据《社会团体登记管理条例》《民办非企业单位登记管理暂行条例》《基金会管理条例》成立的社会团体、民办非企业单位、基金会等。〔81〕中德两国有诉权的社会组织,其基本情况的对比参见“表二”。

表一 中德民事公益诉讼(团体诉讼)主体与标的等基本情况对照表

	中国民事公益诉讼	德国民事团体诉讼
适格原告	法律规定的机关和有关组织	社会组织和团体
自然人是否适格	否〔82〕	否〔83〕
行政机关是否适格	是	否
检察机关是否适格	是	否
环保组织是否适格	是	否〔84〕

〔78〕 《不作为法》(Unterlassungsklagengesetz—UKlaG)第3条第1款第2项、第3项。例如对霸王条款和侵害消费者权益行为可以起诉的公益团体,统一逐年登记并更新。

〔79〕 BGH 22.6.1993, GRUR 1993, 895。

〔80〕 见前注〔64〕。

〔81〕 沈德咏主编,见前注〔60〕,页763;吴俊,见前注〔71〕,页41—43。

〔82〕 尽管在学理上仍有争议,但从《民事诉讼法》第55条“法律规定的机关和有关组织”的字面含义来看,没有“等”的措辞,不宜扩大解释为自然人。上文我国司法实务的相关分析也表明,自然人在我国现阶段一般不能提起公益诉讼。

〔83〕 这里仅指传统上主张民事请求权和准民事请求权(“撇去不法收益”请求权)的团体诉讼(Verbandsklage),排除自然人的适格。但“公民诉讼”(Popularklage),若以原告的诉因超越一己私利加以界定,其适格主体其实更广。德国法上不乏自然人亦可起诉的情形,例如任何人可以提起的专利无效之诉。

〔84〕 德国的环境公益诉讼不属于民事诉讼,而是行政诉讼。例如环保组织可以诉行政主体的行政不作为,请求其履行职责。但环保组织以民事公益诉讼请求环境侵权的企业承担赔偿责任,此等环境公益诉讼“民事损害赔偿请求权”在德国法上于法无据。

适用领域	消费者保护、环境保护		霸王条款规制、消费者保护、反不正当竞争、著作权保护
民事请求权基础之相关条款	消费者保护〔85〕	《合同法》第40条;《侵权责任法》第15条,第41—47条;《消费者权益保护法》第48—55条;《产品质量法》第40—44条;《广告法》第56条;《价格法》第41条;《食品安全法》第147—148条;《药品管理法》第93条等	《消费者权益法及其他法上的不作为之诉法》第1、2、2a条;《反不正当竞争法》第8、10条等〔86〕
	环境保护	《环境保护法》第64条连同《侵权责任法》第15条及以下,65条及以下;《环境民事公益诉讼解释》第18条;《海洋环境保护法》第90条等	无〔87〕
请求权类型	防御型;补偿型		防御型〔88〕
请求权内容	停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等		停止侵害、撤销霸王条款、撤去不法收益〔89〕

〔85〕 消费者保护,可能分别涉及违约纠纷、或违约与侵权的竞合;也可能涉及市场规制,如欺诈性广告的相关规定。消费者,是与经营者相对的概念;从后者处购买并消费某一商品或某种服务者,即“消费者”。消费者保护被称为“市场规制法的圣经”,涵摄极广。以违约论,包括大批量格式性使用的消费借款合同、支付服务合同、中介合同、旅游合同,远程教学合同、法律服务合同;与此相关,还包括(大规模)产品责任纠纷(侵权与违约的竞合);以市场规制论,也包括《广告法》和《反不正当竞争法》的竞争纠纷。

〔86〕 具体条文内容详见吴泽勇:《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,见前注〔10〕,附录2,页232以下,附录3,页239以下。

〔87〕 见前注〔84〕。

〔88〕 德国团体诉讼暂未规定团体的损害赔偿请求权,因为,学理上认为损害赔偿应当给予实际受损害的原初请求权人。这也反证了上文的立论,采“诉讼担当说”比“自己请求权说”更为允当之处。尽管德国在2005年《投资者示范诉讼法》第1条规定了针对虚假信息等的“损害赔偿请求权”和基于《有价证券收购法》而产生的继续履行请求权(Nacherfuellungsanspruch),但考虑到该示范诉讼的范本是《行政法院法》第93a条,且其并不关涉团体和社会组织提起的诉讼,因此这里不归于“团体诉讼”的范畴。

〔89〕 德国《不正当竞争法》上第10条规定,适格原告可以请求被告将不法收益上缴国库。因赔偿的流向并不是请求权人而是国库,该请求权的法律性质历来争议颇大。中文文献详见吴泽勇:《欧洲群体诉讼研究——以德国法为中心》,见前注〔10〕,页69—72。

表二 中德民事公益诉讼(团体诉讼)适格“社会组织/团体”之相关情况对照表

	中国公益诉讼	德国团体诉讼
基本类型	法律规定的机关和有关组织	社会组织和团体
	省级(含)以上消费者协会〔90〕	按司法部法定程序预先登记、逐年核准的合法机构
	设区的市级以上人民政府民政部门登记且五年以上无违法记录的社会组织(社会团体、民办非企业单位、基金会)	市场主体自治组织、自由职业者团体
		工商业协会、手工业者协会
适格“社会团体”登记之基本条件〔91〕	规范的名称和相应的组织机构;固定的住所;与其业务活动相适应的专职工作人员	(其章程确定)通过咨询和解释活动保护消费者利益
	有50个以上的个人会员或者30个以上的单位会员;个人会员、单位会员混合组成的,会员总数不得少于50个	成员中包含同一领域活动的团体,或75名以上的自然人
	五年以上无违法记录	至少存在一年以上
	有合法的资产和经费来源,全国性的社会团体有10万元以上活动资金,地方性的社会团体和跨行政区域的社会团体有3万元以上活动资金;有独立承担民事责任的能力	
公共核准机制	法院个案判断	非强制性事前核准制(司法部);法院个案判断

通过以上两个表格的对比可知,社会组织提起公益诉讼的,消费者公益诉讼的适用领域其实很广。据《新民诉法解释》,消费者公益诉讼的条件,一是“被告实施了侵害消费者权益的行为”,二是受害消费者“人数众多”,十人以上即可,人数可以特定或不特定。照此,表一所列中国法上请求权基础的相关条文,凡涉及“十人以上”消费者利益的,都可能提起公益诉讼。〔92〕然而,公益诉讼的主体门槛,在我国可谓相当之高。首先来看消费者公益诉讼的适格主体,在我国仅含中国消费者协会和省一级消费者协会。前者由国务院批准成立,后者由省级人民政府批准成立,全国适格的消费者协会总数为三十几个。

〔90〕 《消费者权益保护法》第47条。

〔91〕 该项比较的是我国《社会团体登记管理条例》第10条关于社会团体成立登记的基本条件和德国《不作为法》上第4条对“合法机构”预先登记确立其诉讼资格的基本条件。

〔92〕 沈德咏主编,见前注〔60〕,页753—754。

对比分析“可以提起公益诉讼的社会团体”之成立登记要件与德国事先登记核准“合法机构”的基本条件,可以发现,我国社会团体的登记门槛也要比德国高出很多。而德国即使在这样的门槛下,仍因“制度没有用起来”而被学者诟病。以消费者团体为例,学者认为其要求的苛刻性主要体现在“最少75个自然人会员”和“通过咨询和解释活动保护消费者利益”这两点之上。制度运行的实践表明,前一个要求使得私人发起成立消费者团体难度较大,后一个要求使得为了某一次起诉而专门成立消费者团体的想法变得不现实。<sup>[93]</sup>加之其请求权类型仅限于防御型,团体不能提起损害赔偿请求权,对德国团体诉讼执行的负面评价主要在于其诉讼动力不足、对诉讼风险过于敏感、缺乏经费来源等。对比来看,我国消费者公益诉讼的阀门相当窄小,诉讼本身耗时耗力,吃力不讨好,有权提起诉讼的消协必然甚为谨慎。消费者公益诉讼在实践中发挥功效的空间,实际上会相当有限。值得注意的是,在团体诉讼动力不足的情况下,越是限制社会组织的处分自由,其愈加不敢、不愿启动公益诉讼。这一点是中德团体诉讼中普遍存在的一个问题。

以上是从主体因素的角度所作的考量。此外,根据上文梳理所得的理论模型,“相关组织”处分自由的限制程度,尚需综合考虑其他各项因素:

首先,借鉴“法定诉讼担当说”来拿捏处分原则的边界。其一,在规范层面上,应考察原告社会组织的资质、结构和公信力。社会组织成立时间越长、其组织结构透明度越高,公益职能越专业,在法律拟制上,其作为法定诉权代理人的社会公信力也就越高,其勤勉履行诉权担当职能的可能性就越大。相应的,其处分权也应愈加予以尊重。法院对其处分行为的审查和控制,其必要性也愈小。<sup>[94]</sup>其二,在事实层面上,要考察个案中起诉的社会组织与实体请求权主体之间“诉权代理关系”的紧密程度。这又包含两个因素的考量,一是侵权行为或违规(欺诈)合同的波及面、受害人的分散程度、单个受害人损害的强弱程度;二是受害人之间、受害人整体(请求权主体)与代为起诉的社会组织(诉权主体)之间,两个向度上的信息畅通的程度。后者与公益诉讼之公告程序的效率和效果息息相关。<sup>[95]</sup>例如,假若2011年我国动车事故中受侵害者<sup>[96]</sup>(家属)联合或委托某组织提起公益诉讼,其单个损害的程度较大,受害人相互间的信息畅通程度相对较高、实体请求权人与诉权代理人之间的紧密程度也较强。相较之下,“毒奶粉事件”如若提起公益诉讼,受害者单个损害也很大,但受害人之间的信息畅通程度较

[93] Axel Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, Mohr Siebeck, 2006, S. 369-370.

[94] 例如前注[66]、[67],“上海市消保会提起的公益诉讼”,法院对其撤诉申请的处理。

[95] 《环境公益诉讼解释》第10条规定了立案之日起五日内公告案件的制度。

[96] 《新民诉法解释》第284条规定对损害“众多”消费者权益的行为,可以提起公益诉讼。该条起草过程中有两种意见,一种认为“众多”仅指“不特定多数”,另一种“众多”就是人数多,与消费者特定或不特定无关。司法解释决定采取第二种意见,认为只要受害的消费者达到数量众多,“受害人数不应少于十人”,即可采用公益诉讼制度。沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,页753。动车事故或毒奶粉事件,类似德国法上“大规模侵害”,1980年代以后成为群体诉讼机制进一步发展的关键领域。

低,实体请求权人与诉权代理人之间的紧密程度也较弱。<sup>[97]</sup>这两个例子接近于德国1980年代以后出现的“大规模侵害”。<sup>[98]</sup>在制度上判断当事人之处分自由的尺度时,应将补偿原初请求权人(直接利害关系人)的损失作为侧重点,据其与诉权组织之间的诉讼代理关系,灵活处理。例如,代表受害人利益起诉的主体提请撤诉或和解时,有原告大会的,需要获得原告大会的同意。缺乏此种合意的达成时,由法院判决。与此例相反,被告因排污行为造成多条河流水体污染,则受害人分布较分散、相互间信息畅通程度较低、单个损害或较小、或强弱不等,纠纷的公益特征就特别明显。<sup>[99]</sup>由此,诉权代理人(公益诉讼原告)与实体请求权主体(实际利害关系人)的关系就越抽象、越疏离。此时,法院职权干预的必要性就越强,社会组织的撤诉、和解的处分自由就愈要限制。

其次,借鉴诉讼管理学说试探公益诉讼处分原则限制的深浅:公益诉讼的制度定位,在于补强现代公共治理,实现客观规则利益。<sup>[100]</sup>因此,诉讼结果毋宁旨在一种面向未来的、达臻多头利益制衡之共赢局面的“重构”。以此观之,判决主文在多大程度上可以超越、重塑原告的诉讼请求,和解协议与调解书之合法性在多大程度上要受法院审查和监督,不妨考虑以下三端:其一,原告请求权是防御性的(停止损害、排除妨害、恢复原状请求权)抑或补偿型(损害赔偿请求权)的。前者诈诉、滥诉、和解勒索的可能性相对较小,后者则相反。前者对当事人处分自由的限制应酌情减少;后者如涉及巨额赔偿、且赔款走向缺乏透明、有序的方案时,对撤诉与和解的监督均应加强。其二,要考虑公权机关在诉前、诉中与执行阶段的参与程度和功能承担,以及司法行为与行政行为的互动。公权机关的参与程度越高,行政行为的强制性越大,作为原告的社会组织之处分自由就越小。其三,要考虑诉讼结局从长远看来是否有利于公益的复苏与保存,被告的承受能力与现实可能性等,而以诚信原则、利益平衡原则来修正处分原则。

对公益诉讼处分原则限制尺度的各相关因素,为起到一目了然的效果,在“表三”中一并列

[97] 目前我国的公益诉讼的适用范围,在解释论上认为暂限于消费者权益保护、环境保护两大领域。动车事故、毒奶粉致害事件,可以解释为《消费者权益保护法》第40条规定的“消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的在购买商品时其合法权益受损害”的情形。动车事故受害人解释为“交通服务”的消费者,“毒奶粉致害”的受害人理解为存有质量瑕疵“奶粉”的消费者。两个案例都存有违约与侵权关系的竞合。两个案例中受侵害的消费者人数均超过十人,符合《新民诉法解释》第284条“人数众多”的条件。同上注。

[98] 大规模侵害(Großschäden),指大量人群因同一事实原因遭受的一系列、连续性的损害,包含工业事故、生产和制造责任、海洋及环境污染、大规模公共交通事故等等。由于单个损害较大,“大规模侵害”的处理模式,与“小额分散性的普通消费者诉讼”的处理模式,两相区别。德国有学者认为,大规模侵害的救济机制,在民事程序中还未规定时,可以用行政诉讼中的指定代表人、示范诉讼制度予以救济。Harald Koch, Lektionen des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsprozesses für Zivilprozess im Deutschen Recht, in Peter Gilles (Hrsg.), Effiziente Rechtsverfolgung, Deutsche Landesberichte zur VIII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987, Berlin 1987, S. 77 ff.

[99] 例如“泰州市环保联合会与江苏常隆农化有限公司、泰兴锦汇化工有限公司等环境污染责任纠纷一案”(江苏省高级人民法院(2014)苏环公民终字第00001号)。

[100] 我国学者对公益诉讼制度定位的比较法分析参见周翠:“民事公益诉讼的功能承担与程序设计”,见前注[33],页95。

出。我们知道,处分原则边界的拿捏,并不限于诉讼的提起和结束这两个阶段。因此,本文总结的理论模型与考量标准,也可能在更广的范围上为法律适用提供参考。例如,起诉阶段的公告制度、证据规则与证明责任的分配、庭审程序的具体设计、既判力的规则等。鉴于传统上民事诉讼的处分原则集中体现在当事人结束程序的自由度上,而这也是本文最初问题的源起,因此,下文仍旧以《新民诉法解释》第 289 条、第 290 条为例,对其解释和适用加以论述。

表三 公益诉讼处分原则限度所应参照之各因素一览表

理论	指标	因素	处分自由“正相关”	处分自由“负相关”
法定诉讼担当说	公益诉讼主体	公信度	成立时间、组织结构透明度、公益职能专业性	
		法定门槛	成员总数多;单位会员级别高、个数多;经费来源充足;独立承担民事责任的能力强	过去五年内违法记录
	诉权代理关系的紧密程度	损害情况	单个个体受损害程度	违规、侵权行为的波及面
		信息畅通程度	公告程序的效率和效果	
			相关政府信息公开的程度	
诉讼管理学说	请求权类型	防御型	停止侵害、排除妨碍、恢复原状	
		补偿型	赔偿走向的透明度;赔偿金分配的透明度	赔偿额度
	公权机关参与程度及其功能	诉前	公权机关不介入	已有行政命令、行政处罚、或刑事追诉
		诉中		检察机关支持起诉
		诉后		公权机关监督执行

(四)《新民诉法解释》第 290 条的适用(对撤诉的限制)

通过上文的分析,公益诉讼中原告撤诉的自由度,首先与其本身的资质和诉讼适格关联最大,此其一。其二,依据前文总结的理论模型,影响其撤诉自由的各项因素,应参照“表三”来权衡。针对具体案件中各因素出现相制衡、甚至相矛盾的具体情形,应统筹全局、量化分析、综合判断。

由于我国目前的公益诉讼的主要问题仍在于诉讼动力不足、制度没有用起来,制度准入上已经是高门槛,准出上不宜作“一刀切”的否弃。因此,《新民诉法解释》第 290 条的适用,不妨

区分具体情况：其一，现阶段，消费者公益诉讼的主体适格的门槛较高，其处分权相对也应予以尊重。相反，有起诉资格的环保组织，其公益诉讼之主体适格的门槛尚未达成共识，对其处分权的限制在现阶段也是必要的。法院对起诉团体的适格，应在程序性审查环节（“诉之准入”环节）加以考察。原告适格的具体情形，是影响其撤诉自由的重要指标。其二，在综合考察原告适格的具体情形以及“表三”所列各项因素之外，以庭审辩论终结为时间点，分别对待原告的撤诉申请。在庭审辩论终结前申请撤诉的，除非有违反法律的情形需要依法处理，法院可以裁定准许。庭审辩论终结后申请撤诉的，如各项指标综合分析显示其需要法院加大职权干预的，可裁定不予准许，事实已经查清、具备判决条件的，由法院判决；如各项指标综合分析显示无须法院强力职权干预的，裁定不予准许撤诉，但可以由法院主持调解，适用《新民诉法解释》第289条的规定。<sup>[101]</sup>

#### （五）《新民诉法解释》第289条的适用（对调解与和解的限制）

《新民诉法解释》第289条对公益诉讼的调解、和解的审查和监督，和德国群体诉讼的相关理念和内容都甚为契合。后者原则上允许调解结案，但对调解、和解的内容和形式都加以限制，却为例外的处理方案留有余地。如上文所述，适用第289条时，在学理的层面上，亦可参照“表三”所列的诸项因素灵活掌握法院职权干预调解、和解结案的尺度。在具体操作时要回答的问题有两个：第一，所谓“不损害国家利益、公共利益和他人合法权益”的判断标准是什么；第二，当双方当事人彼此妥协、改变原初的诉讼请求而达成新的条款或补偿方案时，法院在多大程度上有义务审查其合法性。

问题一涉及对和解、调解协议审查确认的具体标准。试以欺诈性格式条款侵害消费者权益的公益诉讼为例，当事人双方固然能以调解协议结案，但应禁止在调解中“反言”，即禁止承认、接纳之前自己在诉讼程序中已经攻击过的被告的欺诈性条款。这体现出诚信原则对处分原则的修正。至于双方如能重新协商，达成取代涉诉条款的妥协方案，应当认为，新方案不得违反法律的禁止性规定。相应的，法院审查确认并制作调解书，对这一替代方案是否违法，应做出大致的判断。这一点在德国诉讼法学理论界和联邦最高法院已经达成共识。<sup>[102]</sup>诚然，调解书反映的首先是当事人双方的合意，并不直接体现法院的评价。但由于调解书由法院依职权制作，是有强制执行力的执行项目，因此调解书的内容不得违反强制性法律规定，也不得违反诚信原则的要求。

问题二与此相关，即法院对其审查确认应达到何种程度。一方面，诚信原则约束的不仅是两造当事人，也约束法官。据此，法官应尽其最大的注意义务来审查并制作调解书。仍以欺诈性格式条款侵害消费者权益的公益诉讼为例，法官在做出任何可能直接形成执行项目（例如调解书）的裁判时，须严格审查和解、调解协议的内容。否则，明知调解内容违法却仍然制作调解书，与明知判决有错而制作判决书，两者在执行程序的实际效果是一样的。但是，处分原则修正的底线，在于诉讼效率所容许的可能性。当对和解、调解协议的合法性审查超出了法官的最

[101] 对该条的解释与适用参见下文。

[102] Zöller/Stöber, ZPO, 19. Aufl. 2012, § 794 Rn. 8; BGHZ 51, S. 141, S. 143f.



大负担能力<sup>[103]</sup>时,可以不予确认。此时,法院可以酌情作两种处理:其一,如果认为出具判决书更有利于社会公共利益,判决的条件也成熟的,径行判决。其二,法院审查认为大致并不违反法律的禁止性规定,但法官审查确认的能力不及,或执行条件尚不成熟时,可以不予制作调解书。对当事人的协议持保留态度,但不以“调解书”的形式赋予和解、调解协议以强制执行力,仅以“决定”的形式就此加以说明。这样解释的结果是,在特定的前提下,公益诉讼的当事人在一定程度上保有和解结案的自由。换言之,《新民诉法解释》第289条第3款第二句,不妨解释为“可以”性质的条款。根据具体情况,法院审查确认以后所体现的裁判文书,可以是“调解书”或“判决书”,也可以是对当事人和解、调解协议不予制作调解书的“决定”。这样解释,在“准出”上放宽对当事人处分自由的限制,一方面符合民事诉讼中法院消极中立的制度定位,另一方面留给当事人更多灵活的处理空间。当事人是公权机关和相对人的,必要时仍将本应由行政机关事前规制的事项交还给行政系统,为司法资源减负;当事人是社会组织、自然人和法人的,在特定条件下为其保留自行和解的空间而并不赋予其强制执行的效力,但会反向促进其提起公益诉讼的积极性,促使公益诉讼的制度付诸实践。

#### 四、结论

至此,围绕“公益诉讼上处分原则限制与重构”这一问题,借用诉讼标的与请求权学说的分析工具,兼采比较法和解释论的论证路径,从“学理——制度——适用”三个层面逐一分析,笔者希望本文形成的下述论点能逐渐在学界达成共识:

其一,在公益诉讼主体诉权来源的各大学说中,吸收“诉讼担当说”的合理部分,借鉴“诉讼管理说”,作为界定处分原则限制尺度的学理依据。处分原则限缩和重构的尺度,并非以公益之名、凭职权主义“一刀切”即可解决的问题,而毋宁一个需要作司法政策之考虑、制度解释之权衡的“活”的问题。在民事公益诉讼的大框架内,处分原则的限制,一是旨在督促诉权主体勤勉履行法定诉讼担当职能,救济原初请求权人的损失;二是防止滥诉、诈诉的公共秩序保留;三则旨在补救行政失灵,补强现代公共治理。而制度适用最为重要的一个考虑应当是,我国目前公益诉讼动力不足、诉讼准入门槛较高,需要鼓励制度从“立法”变成“活法”。

其二,确立理论模型、明确规范目的之后,界定社会组织提起公益诉讼中处分原则的“度”与“量”,不妨考虑以下因素:公益诉讼主体的公信度与法定适格门槛越高,处分自由越大;诉权主体与原初请求权人之间的联系程度越紧密,信息畅通的程度越大,处分自由越大;防御型请求权的公益诉讼,当事人处分自由应大于补偿型请求权的公益诉讼;请求损害赔偿的数额越小、赔偿走向与分配方案透明度越大,处分自由越大;公权机关在诉前、诉中和执行阶段的参与

[103] 例如德国联邦最高法院认为,针对垄断行为提起的团体诉讼,在诉讼中事实问题本身都存在重大疑惑时,庭审事实查明尚因鉴定等环节耗费巨资、旷日持久,在调解中更不能强求法官单枪匹马、在短期内判断调解书的合法性,因此审查确认如确实超越了法官实际的审查能力,其在制作调解书时可以免除“合法性判断”的职责。BGH 22.5.1975; BGHZ 65, 147, 150 ff.

程度越大,处分原则越应加以限制。

最后,根据上述分析,《新民诉法解释》第 289、290 条关于对当事人撤诉以及调解、和解进行限制的规定,可以为我国公益诉讼的“准出”,在一定的前提下予以相对灵活的解释。公益诉讼的结案文书,可以是“调解书”或“判决书”,也可以是对当事人和解、调解协议不予制作调解书的决定。通过在“准出”上放宽对当事人处分自由的限制,一方面符合民事诉讼中法院消极中立的制度定位,为司法系统减负,另一方面留给当事人更灵活的处理空间,反向促进其提起公益诉讼的积极性,促使公益诉讼的制度在实践中进一步展开。

---

**Abstract:** This paper discusses the modern collective action and *inter alia*, the limited application of the principle of disposition, which is a fundamental rule in traditional civil procedure law of civil law countries. It does this by comparing the essential difference between the traditional civil litigation and the modern collective action. The latter has broken through the “*inter partes*” pattern of the former. This note seeks to analyze the legitimacy of the group plaintiffs’ right of action on the ground of the theories of “matter in dispute” and the “legitimacy of the claim” in civil procedure jurisprudence. It suggests adopting the “standing to sue doctrine” and “objective right control theory” as a framework to define the extent and boundaries when applying the principle of disposition in modern collective litigation. The bottom line is that the right of action of collective plaintiffs shall not injure the claim of the original party *de facto*. In light of this, the principle of disposition shall be restructured by the principle of *ex officio* and the principle of *bona fide*. The legality of the standing of the administrative body as plaintiff to bring collective actions, as proposed by the Chinese legislator recently, is in this sense questionable.

**Key Words:** Collective Litigation; Public Interest Litigation; Principle of Disposition; Interpretative Guidelines of New Civil Procedure Law

---

(责任编辑:傅郁林)