

新双重身份论：民事检察公益诉讼制度中 “公益诉讼起诉人”的法理阐释*

王伟¹，任鸿飞²

(1. 中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430000; 2. 西北政法大学 刑事法学院, 陕西 西安 710000)

[摘要] 民事检察公益诉讼制度检察机关角色定位学说可以分为支持原告身份学说和支持法律监督者身份学说, 但尚未有学说专门讨论两种身份能否实质性共存的问题。实践经验表明检察机关办理民事公益诉讼案件具有法律监督者身份, 支撑原告身份学说或法律监督者身份学说的理由又不能完全排斥彼方成立, 因此, 两种身份存在实质性共存的可能。实质平等理念下法律监督者身份是达到两造平衡状态中“普通原告”的需要, 法律监督权与当事人证明权的融合则为二者在“公益诉讼起诉人”涵义内融会贯通提供可能。

[关键词] 民事公益诉讼; 检察机关; 公益诉讼起诉人; 法律监督

[中图分类号] D923.99 **[文献标志码]** A **[文章编号]** 1674-5639(2023)05-0067-09

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2023.05.008

公益诉讼是现代法治国家司法改革中所面临的时代命题, 检察公益诉讼制度作为党中央和习近平总书记亲自决策部署推进的一项重要改革举措, 在习近平法治思想孕育和引领下诞生, 已取得卓越成绩。党的二十大报告通篇贯穿着法治思维、法治精神, 在历届党的全国代表大会报告中, 第一次专章部署“坚持全面依法治国, 推进法治中国建设”, 第一次专门强调“加强检察机关法律监督工作”“完善公益诉讼制度”, 充分彰显了以习近平同志为核心的党中央对法治建设、检察工作、公益诉讼的高度重视和坚强领导。

检察机关在民事公益诉讼中的身份地位问题既是公益诉讼制度基本的理论问题, 在理论界尚有诸多争议; 又是明晰检察机关办理民事公益诉讼案件应有的权力和诉讼权利义务的重要实践问题。解决该问题是持续完善公益诉讼制度、推动公益诉讼工作向纵深发展、贯彻落实党的二十大精神的务实之举。检察公益诉讼制度全面推行6年以降, 司法实践已经积累了诸多经验, 原先检察机关的身份定位学说无法妥当解释检察机关办理公益诉讼案件的实践活动。故而, 现以检察公益诉讼已有实践为基点, 再次检视检察民事公益诉讼制度的身份定位问题, 提出“新双重身份论”, 重新阐释民事检察公益诉讼中“公益诉讼起诉人”的法理内涵。

一、检察机关身份定位学说的理论争鸣

民事检察公益诉讼制度起步伊始, 检察机关以何种身份参与诉讼的问题不仅在实践中困扰一线检察官办案, 也在理论界引起了热烈讨论。直至2018年《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》(2020年对此未做修改, 以下以2020年颁布为准, 简称《检察公益诉讼解释》)明确称其为“公益诉讼起诉人”。然而学界对于检察机关角色定位的理论争鸣并未随着司法解释的明确而尘埃落定, 反而引起更大范围的讨论, 产生了原告说、公诉人说、法律监督说、公益代表人说等多种学说。似乎“公益诉讼起诉人”只是在称谓上明确了检察机关的身份, 而没有厘清检察机关在民事检察公益诉讼中的实质地位。^①

* **[作者简介]** 王伟, 男, 安徽阜阳人, 中南财经政法大学在读博士研究生, 研究方向为刑事诉讼法学; 任鸿飞, 女, 宁夏石嘴山人, 西北政法大学在读硕士研究生, 研究方向为刑事诉讼法学。

① 叶榭平, 邵倩妮. 检察环境民事公益诉讼角色定位与制度优化 [J]. 环境法评论, 2021, (1): 155-172.

(1)“原告说”认为检察机关只能以原告身份参与民事公益诉讼,属于一般民事当事人,不在提起民事公益诉讼上扮演法律监督者的角色。理由在于,一是检察机关的法律监督权属于一般监督,并未拓宽到公民、法人、其他组织的违法行为,因此检察机关不能对损害社会公益的民事主体以法律监督名义提起诉讼。^①二是若检察机关在民事公益诉讼中履行法律监督职能,“既当裁判员,又当运动员”,有失公正,不符合民事诉讼当事人平等的原则性要求。^②三是检察机关在民事公益诉讼中享有与民事诉讼当事人相同的权利义务。如《检察公益诉讼解释》第10条明确规定“可以向上一级人民法院提起上诉”,而非“抗诉”;第8-11条、第14条、第15条和第19条分别规定的“送达出庭通知”“派员出庭宣读诉状”“出示证据与质证”“参与法庭调查”“辩论并发表意见”“提起上诉和撤诉”等事项,均与“普通原告”相同。^③

(2)“公诉人说”认为检察机关提起民事公益诉讼的诉权来源于国家和法律的赋予,具有严格的限制性,与因自然损害而获得的一般诉权有所不同,^④其与检察机关提起刑事追诉程序实现国家刑罚权的诉权类似,是国家公诉主义在民事公益诉讼领域的体现。理由在于,一是因为特定民事和行政领域内侵犯国家、社会和公共利益以及侵犯公民重大权利的案件,检察机关应当进行干预,这是现代检察权的内容之一。^⑤二是因为《检察公益诉讼解释》第10条“公益诉讼起诉人”的身份定位说明了其与一般原告不同;第16条“不允许被告以反诉方式提出诉讼”及第18条“法院可以向检察机关释明变更诉讼请求”体现出检察机关在民事公益诉讼中拥有作为公诉机关的特权。

(3)“双重身份说”认为一方面检察机关应享有和承担诉讼当事人的权利义务,另一方面,检察机关又是诉讼中的监督者,对法院实施裁判有权监督。^⑥理由在于,刑事诉讼活动中检察机关同样处于相同的情形,而检察机关负有客观公正义务,既能顺利完成追诉活动,又能对刑事诉讼全过程进行监督。^⑦

(4)“公益代表人说”认为拥有法律监督职权的检察机关是我国当前公共利益的最佳代表者。^⑧主要是因为“检察机关既有权通过法律监督的途径督促行政执法机关履职,又有权通过公益诉讼的方式起诉公共利益侵权行为人,正是彰显了检察机关作为公共利益最佳代表人”^⑨。

以上4种学说各有其特点和优劣。“原告说”坚持民事诉讼两造平等,这符合民事诉讼程序的基本法理,也是现代民事诉讼构造的核心要义,但忽略了保护社会公共利益的特殊性,也忽视了司法实践与规范文本中检察机关与“普通原告”却有不同诉讼权利义务。“公诉人说”重视社会公共利益的保护,认为检察机关获得的诉权来自国家和法律的赋予,该学说具有明显的逻辑直观性,然而却完全模糊了民事诉讼与刑事诉讼的界限,完全改变了民事诉讼的基本理论却没有提供令人信服的论证。“双重身份说”看似解决了检察机关法律监督机关身份与原告身份的冲突,但仅是对作为法律监督者的检察机关提起民事

① 李浩. 论检察机关在民事公益诉讼中的地位 [J]. 法学, 2017, (11): 168-181; 刘文华. 国家监察体制改革的行政法衔接 [J]. 学术探索, 2021, (11): 75-79.

② 占善刚, 施瑶. 论检察机关的诉讼实施权和角色定位——基于民事公益诉讼本质的思考 [J]. 学习与实践, 2020, (7): 70-79.

③ 占善刚, 王译. 检察机关提起民事公益诉讼的角色困境及其合理解脱——以2018年《检察公益诉讼解释》为中心的分析 [J]. 学习与探索, 2018, (10): 98-105.

④ 刘艺. 检察公益诉讼的司法实践与理论探索 [J]. 国家检察官学院学报, 2017, (2): 3-18+170; 刘艺. 检察公益诉讼的诉权迷思与理论重构 [J]. 当代法学, 2021, (1): 117-127.

⑤ 樊崇义, 白秀峰. 关于检察机关提起公益诉讼的几点思考 [J]. 法学杂志, 2017, (5): 78-86.

⑥ 杜颖. 检察机关提起民事公益诉讼制度研究 [J]. 中国检察官, 2015, (11): 69-71; 汤维建. 检察机关提起公益诉讼试点相关问题解析 [J]. 中国党政干部论坛, 2015, (8): 54-58.

⑦ 张栋祥, 柳砚涛. 检察机关参与行政公益诉讼的角色定位 [J]. 山东社会科学, 2017, (11): 112-118.

⑧ 江伟, 杨剑. 检察机关提起民事公益诉讼若干问题的探讨 [J]. 国家检察官学院学报, 2005, (5): 66-73.

⑨ 刘华英. 检察机关提起民事公益诉讼的制度设计 [J]. 当代法学, 2016, (5): 119-127.

公益诉讼的正当性作以回应,本质上仍承认检察机关属于原告身份。事实上,该学说虽然被称为双重身份说,但并未综合法律监督者身份和“普通原告”身份的特点,该诉讼监督者的身份指向的是诉讼程序而非损害社会公共利益的民事主体,仅具有外观上的“双重”。“公益代表人说”说明了检察机关是目前我国公权力机关架构中保护社会公共利益的最佳选择,但遗憾的是它并未说明检察机关的这种身份之特点,无法在该问题上为检察机关办理案件提供指引,问题又回归到了原点。

身份定位学说的重要意义在于,检察机关是作为“普通原告”,继而根据“普通原告”的诉讼权利义务提起、参与公益诉讼;还是作为法律监督者,享有法律监督者拥有的各种权力,并因法律监督权“改造”民事诉讼而享有一系列与“普通原告”不同的诉讼权利义务。通过分析可以发现,“原告说”与“公诉人说”在该问题上各自处于两方截然不同的立场,“双重身份说”坚定地站在了“原告身份”一侧,仅说明检察机关仍可以对诉讼程序进行监督,“公益代表人说”则未能在该争议需要澄清之原因上提供助力。

以上的学说分析提出一个问题:检察机关提起民事公益诉讼有无可能同时具备原告身份和法律监督者身份,既具有“普通原告”的诉讼权利义务,又享有法律监督者的权力及因此表现出的不同于“普通原告”的诉讼权利义务?该问题逻辑上似乎不能成立,因为检察机关不可能既是“普通原告”又不是“普通原告”,“普通原告”与法律监督者就处于非黑即白的关系,也因此身份地位说学者们往往仅需要完成证成或证伪的工作,论证就自然完成了。^①但也许并非如此,笔者将通过下文的论证说明,首先,检察机关办理民事公益诉讼案件具有法律监督者身份,其次,支撑原告身份学说或法律监督者身份学说的理由均不能完全排斥对方,最后,检察机关法律监督者身份并未突破“普通原告”的语义。因而“普通原告”与法律监督者之间存在着相互融合的中间地带,“公益诉讼起诉人”栖息于此。

二、后验主义导向下法律监督地位的溯因推理

客观主义认识论中经验的状态可以分为先验主义与后验主义,在缺乏充足的实践经验时,以往的四种民事检察公益诉讼身份定位学说只能借由域外经验和少量的我国实践从正向上进行先验的推导。由于作为推导起点的法律规范的模糊性与矛盾性、诉权理论的抽象性、当事人适格理论本身的复杂性、法律监督权范围的争议性等因素,推导出的结果自然存在差异。然而目前民事检察公益诉讼实践的蓬勃发展已然为理论研究提供了充足的经验,从司法实践出发,不难发现检察机关办理民事公益诉讼案件的确具有法律监督者地位。

第一,检察机关办理民事公益诉讼案件可以使用“普通原告”不能的秘密取证措施。检察机关办理公益诉讼案件行使调查取证权,虽然已经明确不能使用人身强制和财产强制措施,^②但是除了人身和财产强制措施之外,规范和实践层面均认可检察机关调查取证可以采用秘密取证手段。如2018年11月海口市秀英区人民检察院永兴海洋检察室使用无人机三次巡查,用于拍摄目标运泥船非法倾废。^③该无人机拍摄视频显示,“运泥船从临时码头开出1海里左右就开始掉头,掉头时船舱底部打开,一边行驶一边倾倒,船后泛起一条黄黄的水带,夹杂着一些塑料垃圾漂浮在海面。”这种监控特定人员及违法犯罪行为的技术手段在刑事诉讼中属于典型的技术侦查措施。再如2016年北京市密云区检察院从国土部门调取密云水库的卫星地图,根据地图精准定位密云水库周边违法建设。^④而《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简

^① 有学者注意到了两种身份融合的可能性,不过未从因应层面予以详尽论证。参见梅傲寒.“法律监督者”与“原告”之间的二重奏——论民事公益诉讼中检察机关“公益诉讼起诉人”的角色定位[J].河南社会科学,2022,(10):42-50.

^② 2020年《人民检察院公益诉讼办案规则》第35条。

^③ 海洋大省:公益诉讼破解海洋生态环境难题[EB/OL].<http://www.nmdis.org.cn/c/2020-12-24/73515.shtml>,2020-12-24.

^④ 简洁,于杰.密云山水的“活地图”[N].检察日报,2022-08-18(08).

称《办案规则》)第36条明确肯定了类似做法。

而普通的民事诉讼中,民事诉讼主体处于平等地位,各自的自由与权利对等,通过侵犯他人的合法权益维护自身权益的取证手段,其合法性自然不被认可。比如虽然当事人可以隐匿身份、跟踪取证,但是仍需使用偷拍、偷录等方式固定证据,此类证据的合法性尚需检验,他人的行程轨迹亦属于个人隐私范畴。再如检察机关不仅可以使⽤无人机航拍、卫星遥感技术以及执法记录仪录像,实践中检察机关还可以根据需要调取视频监控、大数据筛选、跟踪排查。民用无人机的使用却有着严格的审批程序以及飞行限制。^① 检察机关这些可能甚至已经侵犯他人隐私权的秘密取证行为显然并不属于传统的民事原告权利,反而带有强烈的权力色彩,体现出法律监督属性,只能来自于检察机关固有的法律监督权。

第二,检察机关办理民事公益诉讼案件可以联合公安部门、有关行政机关,而“普通原告”不能。一是联合调查,检察机关办理民事公益诉讼案件要求有关行政机关配合,联合展开调查。如检例第111号,检察机关与海洋行政执法人员联合开展特定海域调查行动,在海上截获一艘已倾倒在建筑垃圾正返回临时码头的开底船。二是专项监督,检察机关联合行政机关在民事公益诉讼立案前对辖区内可能损害社会公共利益的行业群体开展专项监督整改活动。如2022年6月初江西省进贤县检察院联合县水利局开展洗车场所非法取用地下水集中整治公益诉讼专项行动,成立联合工作小组,在全县范围内开展地下水资源“拉网式”监督检查,共计摸排县域范围内80余家加油站、洗车店,发现其中10家存在非法取用地下水用于洗车经营的加油站、洗车店。^② 该两种联合有关行政机关的权力也为《公益诉讼办案规则》第45条所规定。

根据《公益诉讼办案规则》第45条规定的“向行政机关上级通报”惩戒措施与《检察公益诉讼解释》第6条规定的“配合”,实践中检察机关办理公益诉讼案件一方面可以与负有监督管理职责的行政机关组成联合调查执法小组共同开展调查活动,保护社会公共利益。^③ 另一方面在办理民事公益诉讼案件时可以直接获取刑事侦查证据与行政执法证据。如检例第164号,江西省浮梁县人民检察院在办理刑事案件时发现公益受损的线索,随即引导侦查机关固定污染环境的相关证据。而“普通原告”向人民法院申请调取刑事侦查证据和行政执法证据尚且困难重重,要求有关行政机关协助其收集民事诉讼证据更是天方夜谭,可见检察机关联合办案与证据协力权力^④同样具有明显的法律监督权色彩,源于其法律监督者身份。

综上所述,检察机关办理民事公益诉讼案件的实践经验已然说明其必然具有法律监督者身份,更重要的是,这样的实践经验更加契合我国保护社会公共利益的权力架构,形成了中国特色公共利益保护方案,具有正当性与合理性。因此民事检察公益诉讼制度中检察机关具有法律监督者身份。

三、以往身份定位学说否定理由之否定

支撑原告身份学说或法律监督者身份学说的理由均不能完全排斥彼方,二者不存在非此即彼的关系。一是因为检察机关在民事公益诉讼中既充当起诉方又充当法律监督者相互矛盾的否定理由已被原双重身份说所解释;二是各自法律规范的支撑理由若意在否定对方则暗含一方需被废除的逻辑;三是检察权范围是否覆盖普通民事主体无关彼方论证是否被否定。

① 2015年《民用无人驾驶航空器系统空中交通管理办法》第5条规定民用无人机视距外飞行均需审批,第7条第五款规定应当汇报飞行计划及目的,第10条规定不得在人口稠密区飞行。同时已有一些学者关注到了民用无人机对隐私权的侵犯问题,如周长军,庞常青. 民用无人机隐私侵权行为的法律规制——一个比较法的分析[J]. 法学论坛, 2019, (6): 85-94.

② 参见郑婷. 江西进贤:督促整治洗车场非法取用地下水[EB/OL]. https://www.spp.gov.cn/spp/dfjcdt/202206/t20220621_560437.shtml, 2022-06-21.

③ 王琦. 论民事公益诉讼中的证据调查协力义务[J]. 政法论丛, 2020, (5): 105-117.

④ 参见检例第164号:江西省浮梁县人民检察院诉A化工集团有限公司污染环境民事公益诉讼案。

(一) 原双重身份说完成的外观矛盾调和

支撑双方学说不能共存的主要理由在于外观上原告身份与检察机关对诉讼程序的法律监督功能不相适应, 原双重身份说足以妥当解释该矛盾。原告身份与诉讼程序法律监督者地位的矛盾调和有两种逻辑, 一是程序分割, 即一审、二审程序与审判监督程序、执行监督程序在判决生效的节点进行分割。检察机关在一审、二审程序中扮演原告身份, 在审判监督程序与执行监督程序中扮演法律监督者身份, 实现两个身份的隔离。二是借鉴检察机关在刑事诉讼中既是公诉机关又是监督机关的经验, 要求其在民事公益诉讼中同样负起客观公正义务, 设置科学的监督机制, 保障其公正履职。笔者认为第二种调和模式更为合理, 也可以适当探索起诉与监督在检察机关内部角色分离, 避免民事公益诉讼的一审、二审程序成为法律监督的缺口。不过该两种调和模式均可对原告身份与诉讼程序法律监督者地位不能共存予以反驳。

(二) 仅能作为支撑理由的规范文本法条

支撑双方学说成立的另一个论证理由是双方观点在规范文本中的法条表现, 然而该理由仅具有支撑作用, 无法排斥对方学说的成立。支持原告身份的学说列举了规范文本中检察机关与“普通原告”相同的权利义务规定 (M), 支持法律监督者学说则列举不同于“普通原告”的规定 (N)。然而该理由仅能支撑己方观点, 而无法证明对方观点一定不成立。理由有二: 一是从既定法律规范视角出发, 如果 M 与 N 是非黑即白、水火不融的关系, 根据现代法理学对法律规则与法律原则的解释,^① 相互冲突的法律规则必然意味着有一方需要废除, M 与 N 一定不能出现在同一法律规则体系中。然而现有法律规范却恰恰相反, M 与 N 不仅同时规定在《检察公益诉讼解释》的不同条文中, 而且如“不允许被告以反诉方式提出诉讼”等区别性规定反而是立法机关深思熟虑的结果, 具有必要性而非疏忽。二是“两种身份之间有中间地带”与“M、N 之间不能共存”两个命题相互矛盾, 因此如果一个命题为真命题, 另一个一定为假命题。那么探究原告身份与法律监督者身份之间有无中间地带的过程, 实际上就是怀疑乃至否定 M 与 N 之间不能共存的过程。因此, 在展开本文的研究时, “M 与 N 之间不能共存”作为产出结果的否定目标应当被先行否定。基于以上两点原因, M/N 成立只能发挥支撑各自学说成立的功能, 并不具有否定对方的功能。

(三) 无关否定的检察权范围

双方学说各自秉持的理由中看似无法调和的就是检察权范围是否拓展到普通民事主体的违法行为, 然而该范围大小实质上同样无法否定另一身份。检察权范围即使拓展到普通民事主体的违法行为, 也无法否定其具有“普通原告”身份。如有学者主张“各类型的公益诉讼均以维护公共利益为核心目标, 而维护公益恰是社会治理型民事检察权的主要职能之一”, 同时他又是原告说的坚定支持者“检察机关作为公益诉讼起诉人与对方当事人平等的享有诉讼权利、承担诉讼义务, 并且在适用法律上一律平等”。^② 反之, 即使检察权并未拓展到普通民事主体的违法行为, 但是检察机关与对方当事人在民事公益诉讼中存在显著的权利差异自然也能说明其具有法律监督者身份。可见, 检察权范围的大小并不能成为原告身份或法律监督者身份否定对方的理由。

综上所述, 原支撑原告身份或法律监督者身份的理由均不具有同时完全排斥另一身份成立的功能, 这说明原告身份和法律监督者身份完全可能在实质上共存, 换言之, 检察机关可能既以法律监督者身份对损害社会公益的普通民事主体进行法律监督, 又以原告身份提起、参与民事公益诉讼。

四、新双重身份说: 法律监督者身份未超脱“普通原告”语义

新双重身份说主张原告身份与法律监督者身份可以兼容, 法律监督者身份并未超脱“普通原告”的语义, 兼容的结果即是“公益诉讼起诉人”的法理内核。原告身份与法律监督者身份的兼容建立在民事

^① 张军. 法理学 [M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2014: 46.

^② 韩静茹. 公益诉讼领域民事检察权的运行现状及优化路径 [J]. 当代法学, 2020, (1): 128-138.

诉讼构造中两造平等的理论基础之上,两造的平等系追求实质正义的平衡,而非权利义务的相同。在追求保护社会公益之价值的语境中,弱化的法律监督权改善了检察机关在办理民事公益诉讼案件时存在证据偏在、对手是强大单位、企业的弱势地位,从而形成实质平等。此外,马克思主义权力观下的权力具有权利属性,法律监督权与民事当事人证明权具有足以相互融合的同质性,这是两种身份可以兼容的深层因由。

(一) 两造实质平等的核心在于赋权与抑制

诉讼两造法律地位平等并非指称权利与义务的一模一样,其在诉讼场域中表现为两种样态的平等:一是作为普遍“人”的形式平等,二是作为正义平衡的实质平等。

1. 建立在对抗而非相同意义上的平等

检视民事、刑事、行政三大诉讼法,不难发现任何诉讼程序中的两造平等绝非绝对意义上的完全相同。刑事诉讼中检察机关作为国家追诉机关,其与作为被追诉人的犯罪嫌疑人、被告人不可能具有相同的诉讼权利义务,二者在诉讼程序中的权利义务表现为强烈的对抗性而非相似性。行政诉讼中亦是如此,行政机关作为被告方,不仅需要提供证明其具体行政行为合法性的证据,而且范围限定在被诉具体行政行为范围,且在诉讼过程中禁止自行向原告和证人收集证据。^①相反,行政相对人作为提起诉讼的一方反而没有诸多限制,行政诉讼的两造权利义务同样完全不同。民事诉讼中有“谁主张谁举证”基本原则,原告方举证如果无法达到证明标准就要承担不利后果,被告方无所作为也可以得到有利判决;此外还有诸多举证责任倒置的例外情形,如产品制造方法发明专利引起的专利侵权,环境污染致人损害引起的侵权,建筑物或其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权等等。同样显示出民事诉讼程序两造权利义务的不同。

可见,诉讼两造的平等并非指称诉讼权利义务的相同。这就提供了一种可能,即使检察机关具有法律监督者身份,只要未损害民事公益诉讼两造平等的关系,就未突破“普通原告”的语义。诉讼两造的平等的真正涵义可以分为两个层面:一是现代法治文明要求的普遍“人”的形式平等,即法谚云“法律面前人人平等”。二是程序正义暗含的平衡正义的实质平等。两种基于对抗的平等为检察机关法律监督者身份在“普通原告”语义中预留了空间。

2. 作为普遍“人”的形式平等

形式平等原则是指不考虑当事人在诉讼过程中的现实地位,“即不关注双方当事人具体权利、义务及责任的配置,而是要求民事诉讼在宏观层面采用使双方获得机会均等的结构”。^②它有两个要点,一是要求抽象的“人”在诉讼构造中获得的机会均等,也就是说民事诉讼构造不能天然的倾向于原告方或者被告方;二是要求普遍的“人”作为诉讼的一方能享受到原告方或者被告方所有的权利,也应当履行所有的义务,例如任何人作为起诉的原告均应当承担举证责任,作为被诉的被告均享有反驳与对质的权利。

3. 作为平衡正义的实质平等

诉讼构造不能天然的倾向于原告方或者被告方只能作为抽象的形式平等,是因为在具体的案件类型中原告与被告是否真正机会均等需要依赖平衡正义的实质平等完成。诉讼的对抗性决定了两造分别具有进攻方与防御方的身份,而在具体的个案中,进攻方与防御方的现实地位可能具有显著不同,实质平等即表现为对弱势的一方给予关照,对强势的一方形成抑制。

基于此民事诉讼发展出了一系列保障实质平等的规则,如文书提出命令、法官释明义务、真实义务以及举证责任的例外。作为平衡正义的实质平等在刑事诉讼与行政诉讼的过程中体现的更加明显,有学者称刑事诉讼的历史就是保障被追诉人权利的发展史,赋予被追诉人足以与追诉机关权力对抗的权利一

^① 《行政诉讼法》第32、33、43条;《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第1条。

^② 林剑锋. 当事人平等原则解释论功能的再认识[J]. 法律科学, 2020, (3): 49-60.

直是刑事诉讼的主旋律, 目的即在于尽可能保证控辩平等。行政诉讼实际上是原告方对行政机关具体行政行为的救济手段, 先前具体行政行为由行政机关基于行为时具有的证据与法律作出, 掌握着对具体行政行为合法性审查所需的所有材料。而行政相对人只是具体行政行为的承受者, 很可能无法获知其所承受具体行政行为的具体原因, 因此在行政诉讼中专门要求行政机关而非原告依据做出决定时的证据证明合法性同样是对实质平等的追求。

(二) 民事检察公益诉讼中的赋权与抑制

实质平等可以通过赋予不同案件类型中弱势者权利或要求强势者承担义务两种方式实现。就民事检察公益诉讼而言, 一是缺少法律监督者身份的检察机关作为“普通原告”处于弱势者的地位; 二是法律监督者的身份往往在检察机关处于弱势者地位时才发挥作用。该两点的论证揭示了法律监督者身份如何使检察机关从处于弱势者的“普通原告”成为达到实质平等“普通原告”。

1. 完全“普通原告”的弱势者地位

检察机关缺乏案件亲历性的证据偏在性, 以及面对的被告可能是强势的企业、单位, 是检察机关在办理民事公益诉讼案件时处于弱势者地位的主要原因。一方面检察机关作为案外人存在证据偏在问题。检察机关并非案件亲历者, 在开启广义的诉讼进程之前, 不掌握任何证据, 所有证据均需重新收集。相较于作为行为实施者的对方当事人, 双方之间存在严重证据偏在现象, 导致检察机关处于弱势地位, 收集证据困难, 且因此产生提起诉讼负担的风险, 因此检察机关若为完全“普通原告”, 处于存在证据偏在问题的弱势者地位。另一方面, 损害社会公共利益的违法民事主体可能是强大的企业、单位。我国民事检察公益诉讼司法实践已经表明, 当损害社会公共利益的民事主体是强大的企业、单位、“利税大户”时, 地方保护主义现象明显。主要有三点表现: 一是地方行政部门的保护^①; 二是地方群众的不配合^②; 三是“两反”部门转隶后检察机关威慑力降低^③。可以说, 就目前拥有法律监督者身份的检察机关而言, 办理较大企业、单位损害社会公共利益的案件尚且困难重重, 遑论完全“普通原告”身份的检察机关。该两点原因决定了检察机关若作为完全“普通原告”, 不仅处于明显的弱势者地位, 而且不可能顺利完成保护社会公共利益的任务。因此, 法律监督者身份的共存是正当且必要的, 它不仅未超脱“普通原告”的语义, 且在实质平等意义上补足了“普通原告”的应有地位。

2. 仅处于弱势地位时体现的法律监督者身份

前文已述, 民事检察公益诉讼中法律监督者身份的两大体现即为秘密取证与联合有关机关办案, 其他情形下检察机关与完全“普通原告”几乎没有差别, 而该两处体现仅在检察机关若为完全“普通原告”处于弱势地位时才得以表现。一是若检察机关能够顺利取得证据, 证据偏在问题能够通过如犯罪侦查程序、群众举报提供等渠道获取并解决, 检察机关自然无需动用作为法律监督者身份表现的秘密取证手段。二是若损害社会公共利益的民事主体并非强大的企业、单位, 检察机关也不必统筹协调, 联合各个机关协调办案。如在民事检察公益诉讼制度推行初期, 我国各个省份的公益诉讼第一案几乎均由检察机关独立办理, 而损害社会公共利益的被告方均是规模很小的个体经营户。^④可见, 法律监督者身份的补足几乎完全发生在检察机关处于弱势者地位的情景下, 补强原告身份应有的实质平等, 而非像支持原告身份的学者们所言会损害民事诉讼的平等构造, 二者融合构成了“公益诉讼起诉人”的真正内核。

^① 如产生严重影响的“中海油渤海湾漏油事故”, 时至今日污染范围、污染程度也未确切答复, 中海油集团亦未受到对等的处罚。

^② 闫晶晶. 四位女代表谈公益诉讼: 建议增强检察机关调查核实权刚性 [EB/OL]. http://news.jcrb.com/jszx/201903/t20190308_1971717.html, 2019-03-07.

^③ 王春业. 论公益诉讼中检察机关的调查取证权 [J]. 浙江社会科学, 2020, (3): 46-52 + 45 + 157-158.

^④ 比如海南环境公益诉讼首案的被告是养鸭户, 福建环境公益诉讼首案的被告是养猪户, 昆明环境公益诉讼首案的被告也是养猪企业。

(三) 表征不同身份之权利的融合可能性

上文论证了法律监督者身份与原告身份在诉讼两造实质平等意义上的融合,然这样的融合还仅体现在不同的程序或诉讼行为之中。在此笔者将说明融合不同身份所体现出的权力(或权利)的融合也是有可能的,两种身份可以在“公益诉讼起诉人”涵义内融会贯通。法律监督者身份的核心是检察权或者法律监督权,原告身份的核心是民事诉讼当事人的证明权,权利与权力最经典的解释是“权利的主体是公民,权力的主体是国家”^①。据此,该两种“权”本质上分别属于国家权力与诉讼权利,若二者无法融合,原告身份与法律监督者身份就无法真正结合,“公益诉讼起诉人”就不过是一个名称,两张皮。但是权利和权力是绝对二元分立的吗?

首先,来看马克思主义诠释权利与权力的经典理论。权利与权力二元分立最著名的文本根据是马克思誉为“第一个人权宣言”^②的美国《独立宣言》中的一段话:“我们认为以下真理是不言而喻的:人人生而平等;人人都享有上帝赋予的某些不可转让的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,人们才在他们之间建立政府,而政府之正当权力则来自被统治者同意的政府。”^③如果再往前追溯,还可以在自然法学说和社会契约论的古典自由主义中找到理论渊源。然而在马克思主义经典作家看来,洛克等人的个人权利是从抽象的人出发,建立在这种个人权利上的国家权力是资产阶级性质的,本质上“全都是资产阶级偏见,隐藏在这些偏见后面的全都是资产阶级利益”^④。在社会主义正义理论中,一切权力属于人民,一切权利同样属于人民,无论国家权力、个人权力,还是其他社会团体权力,本身都是中性的,唯有依法转化为权利才有正当性。社会主义正义理论打破了权利与权力绝对二元分立的模式,认为二者具有互通性并没有本质区别。

其次,第一,对于权力而言,马克斯·韦伯的政治权威理论是政府权力正当化的“权力的特例”,^⑤讨论国家机关的“权”是否均为“权力”有必要对其展开分析。韦伯将权力分为广义与狭义,权威则属于狭义上的权力,“在一个可能标明的人的群体里,让具体的(或者:一切的)命令得到服从的机会。因此,不是任何形式的对别人实施‘权力’和‘影响’的机会”。而广义的权力则指“权力意味着在一种社会关系里哪怕是遇到反对也能贯彻自己意志的任何机会,不管这种机会是建立在什么基础之上”。^⑥正如英国学者安东尼·吉登斯所说:“从这种意义上来说,每一种社会关系,在某种程度上和一般情况下,都属于权力关系。”^⑦第二,对于权利而言,尽管权利学说众所纷纭,莫衷一是,但西方世界的权利观大都肇始于财产权之延展,并最终建成一套成熟的权利体系。^⑧以洛克的《政府论》第五章中“劳动即获得财产”为例,财产权的典型特征即为排他性与支配性。布莱克斯通也认为“财产权是对世间外在事物可主张和实施的独有、专断的支配,并且彻底排除任何个人的干预。”^⑨权利的这种属性,也为其他学说所

① 张光博. 坚持马克思主义权利义务观 [M]. 吉林: 吉林人民出版社, 2006: 71.

② 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯全集: 第16卷 [M]. 北京: 人民出版社, 1964: 20.

③ 《世界各国法律大典》总编译委员会. 美国法典·宪法行政法卷 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1993: 5.

④ 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集: 第2卷 [M]. 北京: 人民出版社, 2009: 33, 47, 42.

⑤ 李玉贞, 杨足仪. 魅力型权威真有魅力吗? ——马克斯·韦伯的政治权威思想探微 [J]. 福建论坛(人文社会科学版), 2021, (1): 96-104.

⑥ 马克斯·韦伯. 经济与社会(上卷) [M]. 闫克文, 译. 北京: 商务印书馆, 1997: 81.

⑦ 安东尼·吉登斯. 资本主义与现代社会理论: 对马克思、涂尔干和韦伯著作的分析 [M]. 郭忠华, 潘华凌, 译. 上海: 译文出版社, 2013: 199.

⑧ 王方玉. 自然、法律与社会: 新兴权利证成的三种法哲学路径——兼驳新兴权利否定论 [J]. 求是学刊, 2022, (3): 114-126.

⑨ 喜佳. 英美财产权理论对我国财产权重构的启示 [J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2009, (4): 78-82.

认可。诺齐克就坚持洛克古典自然法思维模式提出地位权利论; 同样, 英国学者奎因 (Quinn) 持地位论 (status theories), 称每个人都是独立存在者, 这种地位要求每个个体能够通过被尊重其基本权利而获得承认。^① 不难发现, 无论是在财产权理论之下主张权利的支配性, 还是认可权利是地位的一种, 权利学说认可的权利本质上与权力所称“贯彻自己的意志”并无区别, 甚至在现代法治语境下, 来自法律规定获得权威的权利与权力在韦伯的“理性型权威”概念中处于同根同源的地位。

可见, 权力与权利并非绝对的二元分立, 不可融合, 一项“权”并非必然在“权力”或者“权利”之间选择一个范畴, 二者存在基本理论上共通的可能性。目光转回民事检察公益诉讼制度, 法律监督者身份的法律监督权力与原告身份的当事人证明权利也可共通, 法律监督权力体现的权能大可合理地权利化, 成为民事公益诉讼中的诉讼权利, 两种“权”、两种身份便在“公益诉讼起诉人”涵义内合二为一。

五、结语

自民事检察公益诉讼制度写入《民事诉讼法》以降, 检察机关办理民事公益诉讼案件的身份定位问题便在理论界争论不休, 也一定程度上导致实务界检察机关办理案件时无所适从。经过近六年的实践发展, 司法实践中检察机关业已形成了既行使部分体现法律监督色彩的权力, 又以原告身份提起、参与民事公益诉讼的模式, 某种程度上对“公益诉讼起诉人”的实践理解已经超越了学术研究。“公益诉讼起诉人”的法理阐释一方面发现了传统身份定位学说未讨论的议题; 另一方面也是对民事检察公益诉讼实践模式的吸收。“公益诉讼起诉人”内涵作为中国特色检察公益诉讼制度中的重要组成部分, 对其开展的研究有助于保障民事检察公益诉讼制度向好的发展态势, 为进一步发展保护社会公共利益的中国特色方案提供助力, 真正将二十大法治精神付诸于民事检察公益诉讼司法实践。

New Dual Identity Theory: Legal Explanation of “Public interest Litigant” in Civilprocuratorial public interest litigation System

WANGWei, REN Hongfei

(1. School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Hubei, Wuhan, China 430000;

2. School of Criminal Law, Northwest University of Political Science and Law, Shanxi, Xi'an, China 710000)

Abstract: The theory of role positioning of procuratorial organs in civil procuratorial public interest litigation system can be divided into the theory of plaintiff identity and the theory of legal supervisor identity, but there is no theory to discuss whether these two identities can coexist substantively. Practical experience shows that procuratorial organs have the identity of legal supervisor when handling civil public interest litigation cases, and the reasons supporting the theory of plaintiff identity or the theory of legal supervisor identity cannot completely exclude the other party. Therefore, the two identities have the possibility of substantive coexistence. Under the concept of substantive equality, the identity of legal supervisor is the need of “ordinary plaintiff” in the equilibrium state of the two, and the integration of legal supervision right and party’s proof right provides the possibility for the two to integrate in the meaning of “public interest litigation prosecutor”.

Key words: civil public interest litigation; procuratorial organs; public interest litigants; legal supervision

(责任编辑: 杨 恬)

^① 莱夫·韦纳. 权利理论 [M]. 朱振, 刘小平, 瞿郑龙, 译. 上海: 上海三联书店, 2020: 47.