

立法研究

对我国《民事诉讼法》确立公益诉讼制度的质疑

廖中洪*

内容提要:在《民事诉讼法》中设置公益诉讼制度,不仅从立法体例的角度看有欠科学,世界各国的民诉立法均没有这种体例,以及这种立法体例背离了世界各国民事诉讼程序设置的历史发展趋势,而且由于公益诉讼中的“公共利益”难以确定,故这种立法体例也极易导致司法审判中适用的混乱。为此,我国对于公共利益的司法救济应当采用什么样的立法模式,还须做更为深入的研究与理论论证。

主题词:《民事诉讼法》修改 公益诉讼 程序设置

就目前修改《民事诉讼法》的有关学理观点而言,在我国《民事诉讼法》中设置民事公益诉讼制度似乎已成定论,权威学者们提出的立法建议稿无一例外地都把公益诉讼程序的设置作为了这次《民事诉讼法》修改的主要内容之一。此前公布的《民事诉讼法修正案(草案)》中亦有关于公益诉讼的安排。对于这种立法修改倾向及其相应的立法建议,笔者认为,虽然在我国现实的社会条件下加强对社会公共利益的保护是十分必要的,但是,采用在《民事诉讼法》的修改中,确立公益诉讼制度的立法方式来强化对于公共利益的保护,却是值得研究的。

一、这种立法体例不科学

立法体例,作为法律对于所涉内容的体系化、系统化规定及其立法表现形式,从其科学性的角度上看,至少涉及到两个方面的基本内容:一是法律有关整个规定的结构、体例,即对于不同内容在分类、排列、组合及其先后顺序安排上的规范性与逻辑性;二是法律规定所涉各项内容之间,以及每一项具体内容与整部法律及该部法律基本特征之间的协调与吻合。

在现实的立法过程中,任何一部法律及其相应的规定,要能够有效地解决实际问题,都必须有的放矢的针对所要解决的问题,即矛盾的特殊性作出规定。换言之,“科学研究的区分,就是根据科学对象所具有的特殊的矛盾性”。“如果不研究矛盾的特殊性,就无从确定一事物不同于他事物的特殊本质,就无从发现事物运动发展的特殊原因,或特殊的根据,也就无从辨别事物,无从区分科学研究的领域。”^①从法律所调整的社会关系的特定性以及规范程序制度设置的科学性、合理性角度上讲,《民事诉讼法》作为司法上解决民事私权争议以及进行民事私权救济的程序性法律,其所设置的各种程序制度,理所当然的应当与所要解决的民事争议的私权性质和所要救济的民事权利类型相一致。如果该法律的规定及其相应程序制度的设置脱离了所规制矛盾的特殊性,就难以保证立法规定的科学性。即从立法体例科学性的角度上看,《民事诉讼法》所规定的内容与设置的程序,应当切实反映该法律的一般规律,符合该部门法律的基本特征。换言之,如果从立法体例的角度上看,若在《民事诉讼法》这一解决民事私权争议的法律规范中,设置了某些与解决私权争议性质无关的制度及其程序性规定,这种立法形式不仅与主导该法设置的基本诉讼法理不合,而且从立法体例的角度上看,也易于引起整个程序体系的混乱,故而是非科学、不合理也是不恰当的。

任何一部法律规定及其立法体例的科学性,不仅与整部法律的结构以及对不同内容的分类、排列、组合的规范性与逻辑性有关,而且与所要解决的矛盾以及规制问题的特殊性也存在直接的联系,因而对于任何一部法律而言,不论它是什么类型以及具备什么样的特征,从立法体例科学性的角度上看,要求的都不仅仅是法律规定在结构、体例、形式上的规范性与逻辑性,而且立法所规定的各项内容之间,以及每一项内容与该部法律的基本特征之间还必须协调一致,不生矛盾。

* 西南政法大学教授,博士研究生导师。

① 毛泽东《矛盾论》,载《毛泽东选集》,人民出版社1966年9月版,第297页。

从上述角度看,在我国《民法》中设置民事公益诉讼制度的做法显然是不科学或存在重大问题的。其原因不仅在于,公益诉讼制度在性质上乃是作为对公共利益进行救济的司法程序,立法上设置该制度的目的所要解决的基本问题与一般民事诉讼几乎完全不同,而且该类程序与一般民事诉讼程序在类型、性质以及适用的诉讼法理上存在重大差异,即《民法》作为针对私权争议进行司法救济的程序法律规定,不仅整部法律都是从解决私权争议的角度进行设置与规定的,以及奉行的是“无利益即无诉权”的基本诉讼规则,而且与以维护公共利益为使命的公益诉讼在诉讼目的、功能以及程序机制及诉讼构造,诸如:原告人的主体资格、证据规则的适用、调解与和解的适用、撤诉与反诉的适用、诉讼时效的计算、诉讼费用的交付等方面都存在重大的差异,甚至完全不同,因此可以说其不仅与《民法》作为私权救济之程序性法律的基本特征相距甚远,而且与《民法》有关私权救济的基本特征也不相吻合。因而,如果立法上硬要把这两种无论在性质、内容以及程序构造与适用原则、诉讼机理上都完全不同的诉讼程序强行规定在同一个法律之中,不仅从立法体例的角度上看是不协调、不合理与不恰当的,而且这种明显基于实用主义考量所进行的立法(即采用本质上是用于解决私权纠纷的法律,却来确立、规定对于公共利益施以司法救济的内容)也是极不慎重、极不科学的。

二、世界各国的民诉立法中均没有这种体例

从世界各国民诉立法所规定的内容、体例以及修改、完善与发展的角度来看,均没有在民诉立法中设专章对民事公益诉讼程序作出规定,申言之,也即没有任何一个国家在民诉法典中采用公益诉讼程序与民事诉讼程序混合编辑的立法体例。

从世界各国有关民诉立法的内容与立法体例上来看,由于历史渊源、立法技术、司法传统与人文环境上的差异,各国立法中对有关程序的设置及其立法体例显然不尽相同,甚至存在较大的差异,例如,有些国家的民事诉讼法典在诉讼程序的设置与立法体例上不仅包括了通常诉讼程序与强制执行程序,而且还包括了仲裁程序;而有些国家的民事诉讼法典在立法体例与诉讼程序的规定上,却仅限于一般的通常诉讼程序;还有些国家在民事诉讼法典的立法体例上,除设置和规定了通常诉讼程序之外,还设置和规定有独立于通常诉讼程序或曰与通常诉讼程序并列存在的家事诉讼程序、证书诉讼与票据诉讼程序;更有些国家甚至将一些传统上通常置于民事诉讼法中的公示催告程序、人事诉讼程序、民事执行程序、民事保全程序等置于民事诉讼法之外,由不同于民事诉讼法典的独立的单行法律加以规定。基于现代程序设置理念和程序设置思想,一些国家甚至在民事诉讼法典之外还独立设置有《小额诉讼程序法》、《非讼程序法》以及专门的《民事调停法》等有关程序法律制度。^②

但不可否认的是,不论世界各国的民事诉讼立法在有关程序的设置及其立法体例上有多大的差异,他们的民事诉讼法典在有关诉讼程序的规定及其立法体例的设置上,都有一个不容忽视的共同特点,即所有国家民事诉讼法典中所设置以及规定的都是关于解决私权纠纷的程序性规定。换言之,迄今为止,在民事诉讼法典中设置民事公益诉讼程序,或者说在民事诉讼法典中将公益诉讼程序与一般私益诉讼程序混合编辑的立法体例,还绝无仅有!

不仅如此,从世界各国有关民事诉讼立法修改完善的历史发展的角度上看,随着经济的发展,社会资源的耗费、环境污染的加重、消费者权益的侵害、社会群体利益保护的缺失,社会公共利益的保护问题均日趋突出,其公共利益的司法救济也随之成为一个十分迫切的社会问题,然而即便是在如此严峻的社会现实条件下,各国在有关民事诉讼法典的修改完善过程中,也都没有采用在民事诉讼法典中增设民事公益诉讼程序的方式来解决这一问题。例如,《德意志联邦共和国民事诉讼法》自从1877年制定以来,为了适应解决纠纷的需要,已经修改了100多次,^③但是,《德意志联邦共和国民法》至今仍然没有对民事公益诉讼程序作出明确规定。

^② 有关立法体例上的这些不同特点,请参见《德意志联邦共和国民事诉讼法》、《法国新民事诉讼法典》、《日本新民事诉讼法》的立法体例。

^③ 据统计,德国自1877年《民事诉讼法典》颁布以后至1999年12月17日,共修改了95次(参见谢怀栻译《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社,译者前言部分,第3页)。1999年12月17日以后,又于2000年、2001年、2002年、2003年、2004年、2005年、2006年,多次针对律师执业的范围、法院调解的强制性前置程序、欧洲货币的变化、当事人的法定听证权,以及法院系统电子文件的管理等内容,对《民事诉讼法典》进行了修改和完善,为此,德国《民事诉讼法典》从1877年颁布至今,就被修改的次数而言,已经达到了100多次。

这里需要说明的是:笔者并不认为世界各国民事诉讼程序立法上没有的内容,我国就不能规定,而是想提出一个在我国《民事诉讼法》修改完善中应当深入思考的问题,即为什么世界各国在有关民事诉讼法典的修改完善过程中,均不对民事公益诉讼程序作出明确规定?对于这一问题的回答,如果从资料论证的角度上看,应当说是十分复杂也十分困难的。然而,如果从民事诉讼程序立法的基本理论与立法技术的角度上看,却是不难理解的。换言之,世界各国民事诉讼程序立法之所以如此,这绝不是世界各国民事诉讼程序立法上的疏忽,而显然是有其深层次的理论原因与立法技术上的考量。

三、这种立法体例背离了民事诉讼程序设置的发展趋势

从大陆法系国家和地区现代民事诉讼程序设置发展的基本趋势上看,这种立法体例也是有问题的。所谓现代民事诉讼程序设置的基本立法趋势,指的是世界各国有关民事诉讼程序设置在体例、方式与特征上的发展动向与方向。这种动向与方向作为世界各国在民事诉讼程序立法的长期实践中对于程序立法客观规律认识的进一步深化及其经验的总结,不仅表现了现代民事诉讼程序立法在体例与基本特征上的发展、变化,以及较之传统立法在思路与方式上更为科学、合理,同时也是我国民事诉讼程序立法中应当予以充分重视与关注的问题。从民事诉讼程序立法发展的情况来看,现代民事诉讼程序设置最为明显的特点与趋势,就是由“大一统”的程序设置体例、方式,向“分别设置、单独立法”的程序设置方式转变。

所谓“大一统”的立法体例与立法方式,指的是在有关程序制度的设置上,不论民事诉讼法的基本性质、类型,所要解决问题的特殊性、特定性与针对性,以及所设程序制度的基本类型与性质,将不同类型、不同性质的各种程序制度笼统规定在民事诉讼法典这一部法律中的立法体例与立法方式。在近现代民事诉讼程序立法中,这种程序设置体例与方式最主要的代表,乃是1806年的法国《民事诉讼法典》与1877年的《德意志联邦共和国民事诉讼法》。

法国《民事诉讼法典》与《德意志联邦共和国民事诉讼法》,在立法体例与程序制度的设置上,不仅将解决争讼事件的程序与解决非讼事件的程序,以及诉讼程序与执行程序混合规定在《民事诉讼法》里,而且将“仲裁”与“诉讼”这两种完全不同类型与性质的纠纷解决机制及其程序制度作为民事诉讼法的基本内容而规定在民事诉讼法典内,^④这种立法体例就其类型与性质而言,显然不属于富有针对性、个别化的立法体例模式,而属于“大一统”的程序立法体例与模式。

民事诉讼程序制度及其立法体例的设置,以发现真实、推进诉讼进程和保障裁判公正、经济、迅速地作出为目标,要实现或接近这一目标,便须在立法上根据民事纠纷的不同特点和司法救济的需要,有针对性地设置不同的程序制度,以及从立法体例的角度,分门别类地进行立法规定,这已是世界各国民事诉讼程序立法的一个基本原则。这一原则作为一个质朴的道理,在逻辑上也是无须证明的“公理”。为此,大陆法系国家和地区传统上在一部民事诉讼法典之内,或者说从民事诉讼程序立法的角度上看,企图采用一部民事诉讼法典来全面规范所有纠纷解决程序的立法体例与法典编纂形式,其在立法方式上的正确性和合理性是颇值得研究的。

首先,从立法指导思想的角度上看,这种立法体例及其程序规定方式是不正确的,因为不同性质、不同类型的程序各自在解决纠纷的方式、方法上的特殊性,客观上决定了需要通过设立不同法律、法令的方式进行规范。

其次,从立法体例的角度上看也是不现实的,因为,没有哪一部民事诉讼法典在内容上可以包罗所有的纠纷解决程序。

再次,从法典编纂立法技术的角度上看也是有问题的,其问题表现在,将性质、类型与适用的程序法理都不尽相同的程序,以及缺乏内在联系的内容纳入同一部民事诉讼法典的立法体例之中,不仅会使得我国《民事诉讼法》在有关问题的规定上难以建立起必要的逻辑联系,而且在立法体例上也形成了不同性质、类型与适用不同诉讼法理的各个程序之间,各自为政,难以协调的立法体例特征。为此,从民事诉讼法典中各种程序以及各个部分的规定之间应当具有关联性、逻辑性的角度上看,这种将一些与民事诉讼法典的基本特征缺乏内在逻辑联系的程序纳入我国《民事诉讼法》的立法体例或曰法典编纂方式,显然是不科学的也是缺乏技术性的。其不仅不符合民事诉讼法典各个程序制度相互之间应当具有同质性与相关性的要求,而且将会致

^④ 请参见罗结珍译《法国新民事诉讼法典》,中国法制出版社1999年版;谢怀栻译《德意志联邦共和国民事诉讼法》,中国法制出版社2001年版。

使我国《民事诉讼法》所规定的内容十分的庞杂、臃肿。

最后,从大陆法系国家民事诉讼程序立法历史发展的角度上看,随着民事诉讼程序理论的发展,以及民事诉讼程序立法技术的日趋成熟,现代大陆法系国家有关民事诉讼程序的立法,无论是体例上还是有关法典的编纂上,均已出现了重大转变。目前这种转变最为突出的是日本有关民事诉讼程序的立法。

在大陆法系国家民事诉讼程序立法的进程中,从历史发展的角度上看,相对于法国、德国而言,日本有关民事诉讼程序的立法不仅在法国、德国之后,而且,最初的日本《民事诉讼法》在立法体例上,也基本是按照德国1877年的《民事诉讼法》加以制定的。然而,随着历史的发展以及日本民事诉讼程序法学理论研究的不断深入,日本在有关民事诉讼程序制度的立法设置及其法典编纂的指导思想上,却出现了与法国、德国的民事诉讼程序立法指导思想几乎完全不同的主张与观点。按照日本著名学者三月章教授的观点“规定民事诉讼程序的是民事诉讼法(1890年法律第29号)。但该法典的前部分(第一编至第五编第二项)均为民事诉讼程序的规定。在1979年民事执行法(法律第4号)制定之前,有关强制执行、公示催告程序以及仲裁程序也都分别由民事诉讼法的第六、第七及第八编予以规定。这种法典体系纯属德国民事诉讼法的翻版。”^⑤“将第六编以后的内容都纳入民事诉讼法,这在法典体系上并没有必然性。”^⑥同时,针对日本旧《民事诉讼法》在程序制度的设置及其法典编纂上的有关问题,三月章教授还指出“可以预见,将来民事诉讼法典的体系结构仍将有所调整。与此有关的还有,目前,民事诉讼法中依然保留着原法规定的公示催告程序和仲裁程序,如此类规定仍然如目前的形态那般继续留在该法典中,则问题将日趋严重。因为,公示催告程序和仲裁程序的规定必须力求不断地现代化,所以,同民事执行法和民事保全法般,从民事诉讼法典中分离出来,而制定成单独的法典的做法比较妥当。而且,从法典的体系结构角度分析,最后也应将公示催告程序及仲裁程序从民事诉讼法中分离出去。”^⑦

由以上日本著名学者的观点可见,基于不同的程序立法思想,日本在有关民事诉讼程序制度的设置上,已逐渐抛弃了大陆法系国家“大一统”的传统立法体例及法典编纂方式,转而采用了“分别设置、单独立法”的程序设置方式。

所谓“分别设置、单独立法”,指的是在程序制度的设置方式及其民事诉讼立法的立法体例上,将以争讼为基本特征的审判程序与其他程序制度分别设置、独立规定的立法体例与立法方式。在这种立法体例及其法典编纂思想的指导下,日本《民事诉讼法》以及有关民事诉讼的整个法律规范体系,与传统西方大陆法系国家的有关立法体例及其立法结构相比已出现了较大的变化。这种变化不仅表现在日本的现行《民事诉讼法》在立法体例及其有关诉讼程序制度的规定上,主要涉及的是关于审判程序的规定以外,还将西方大陆法系国家通常一并纳入民事诉讼法典中加以规定的人事诉讼程序、家事诉讼程序、非讼案件的程序、调解程序、保全程序、强制执行等等程序,从传统的民事诉讼法典中分离出来,单独设置为独立于《民事诉讼法》的法律、法规。例如:日本于1898年颁布的《人事诉讼程序法》和《非讼案件程序法》、1947年颁布的《家事审判法》、1951年颁布的《民事调停法》、1979年颁布的《民事执行法》以及1989年颁布的《民事保全法》等。

历史地看,大陆法系以法国、德国为代表的传统立法体例及法典编纂方式,鉴于当时立法技术及其程序编纂学理研究上的局限,虽然有其必然性,但是,如果就民事诉讼程序设置及其法典编纂的科学性、合理性而言,却是有问题的。因为民事诉讼程序的设置以及法典的编纂,乃以发现真实、推进诉讼进程和保障裁判的公正、经济、迅速为目标,要实现或接近这一目标,就应该在立法体例上和法典的编纂上,根据民事纠纷的不同特点和司法救济的需要,以及诉讼法理适用上的差异,有针对性地设置不同的程序制度,并采用分别立法的法典编纂模式,这样不仅有利于不同程序法律规范的适用,有利于不同类型纠纷的解决,也有利于特定民事诉讼法律规范的编纂,并具有法律规范编纂上的科学性、合理性。申言之,也即在民事诉讼程序制度及民事诉讼法典的编纂上,传统的“大一统”民事诉讼程序立法方式,将所有的民事诉讼程序制度笼统地规定在同一个法典之中的立法体例,不仅十分庞杂,互不协调,且法典的编纂也缺乏技术性。而日本有关法典编纂中审判程序与其他诉讼程序分别设置、独立规定的立法体例与方式,以及根据解决纠纷的特定需要采用分别规定、单独立法的方式,有针对性地设置不同的程序法律,从而构建起了各自独立且富有针对性的民事诉讼

^⑤ [日]三月章《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版有限公司1974年版,第24页。

^⑥ 前注^⑤,[日]三月章书,第24页。

^⑦ 前注^⑤,[日]三月章书,第24、25页。

法律、法规体系,而且有关诉讼程序制度的设置、规定以及有关法典的编纂也富有技术性,符合现代民事诉讼法律的编纂要求。

同时,从立法应当富有技术性、科学性的角度上看,日本现行《民事诉讼法》的立法体例及法典编纂,根据所要解决争议的不同性质、类型,采用分别设置不尽相同的民事诉讼程序的基本指导思想,以及富有针对性、特定性地采用分别设置不同民事诉讼程序的立法体例,不仅在立法指导思想上与大陆法系国家传统的“大一统”民事诉讼程序立法的指导思想有了很大的不同,以及与传统大陆法系国家民事诉讼程序立法中的综合性、混合式立法体例及法典编纂模式有了较大的差异,而且,从民事诉讼程序立法应当科学、合理的角度上看,应当说日本的现行民事诉讼程序立法也代表了大陆法系国家民事诉讼程序立法体例及法典编纂的历史发展方向与发展趋势。而在我国《民事诉讼法》的修改过程中,不顾公益诉讼程序的类型与性质,将其纳入民事诉讼程序立法的做法,不仅在立法观念上与“分别设置、单独立法”的程序设置方式及其现代程序立法意识与指导思想不相吻合,而且,从现代民事程序立法体例的角度上看,显然也是一种倒退。

四、公益诉讼中的“公共利益”难以确定

公益诉讼作为维护“公共利益”而专门设置的诉讼类型,保护“公共利益”不仅是设置这种诉讼程序制度的根本目的,以及这种诉讼与一般民事诉讼的基本区别,同时也是这种诉讼最为本质的特征。为此,公益诉讼之程序制度的构建,不仅与“公共利益”存在直接的联系,而且“公共利益”的基本特征及其相关问题,实质上决定了公益诉讼程序制度的构建,或曰程序机制的设置。

然而,什么是“公共利益”?就近十几年来我国学术界对于这一问题的讨论而言,可以说不仅不同学科的学者之间因为研究视角上的差异,存在着不尽相同的认识与理解,^⑧而且即便是从民事诉讼法学的研究视角上看,对于这一问题的理解也大相径庭。申言之,也即我国民事诉讼法学界对于这一问题的认识不仅观点不一,而且颇为繁杂。

例如,有观点认为“所谓公益诉讼,是指当国家行政机关、企事业单位或有关团体的行为违反了有关法律规定,侵害了国家利益或社会公共利益时,公共利益的代表人(检察机关、其他国家机关或社会团体)依法向法院提起诉讼,要求法院进行审理并作出裁判的诉讼活动……公共利益包括国家利益和社会公共利益,具有公共性、整体性和不确定性。”^⑨有观点却认为“把国家利益并入社会公共利益是对市民社会与政治国家这两个概念的混淆。”并由此指出“所谓的社会公共利益是指以社会公众为利益主体的,涉及整个社会最根本的法律原则、道德的一般原则及隐藏于它们之后的与时代相适应的公平正义观念。”^⑩还有观点认为:“公益诉讼是指特定的国家机关、组织和个人,根据法律的授权,对违反法律、法规,侵犯国家利益、社会利益或者其它不特定法人和自然人利益的行为,向法院起诉,由法院依法追究其法律责任的活动。”公益诉讼中“原告不仅主张自己的利益,而且还试图保护与原告处于同一状态的人们的利益,这种诉讼不是以私人利益为中心,而是针对某种公共政策进行的诉讼。”^⑪

在上述有关公益诉讼所涉“公共利益”基本含义的阐述中,第一种观点中所谓的“公共利益”,显然指的是国家利益、社会利益;第二种观点中所谓的公共利益,指的是以社会公众为利益主体的利益,不包括国家利益;第三种观点中所谓的公共利益,不仅包括了国家利益、社会利益,而且还包括了其它不特定法人和自然人的利益。

“公共利益”含义多重且难以确定的特征,不仅导致了学界对于公益诉讼基本含义理解上的差异,也直接影响到了有关公益诉讼程序机制的设置。从目前有关专家关于民诉法立法建议稿的内容来看,这一问题就十分的明显。

《〈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》第396条在有关“公益诉讼”的立法建议中规定“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、其它国家机关为维护公共利益,可以对实施侵害的人提起禁止侵权、赔偿受害人损失的民事诉讼。社会团体在得到受害人授权的

^⑧ 法学其他学科学者对于“公共利益”内在含义与外在范围的理解,请参见有关公共利益的专题讨论,载《人大报刊复印资料·宪法与行政法》2005年第1期;2005年第5期。

^⑨ 邓思清《论建立公益诉讼制度的必要性和可行性》,载《西南政法大学学报》2007年第1期。

^⑩ 金彭年、蒋奋《再论社会公共利益的法律保护》,载《时代法学》2007年第1期。

^⑪ 张晓勇、孟平凡《中国公益诉讼中的案例指导问题》,载《河北学刊》2007年第3期。

情况下,也可以提起前款规定的诉讼。”^⑫《〈中华人民共和国民事诉讼法〉(修改草案)专家建议稿》第21章在“检察院提起的公益诉讼程序”第379条的立法建议中规定“人民检察院对侵害国家利益和公共利益的行为,可以向人民法院提起民事公益诉讼。公民个人对侵害社会公共利益的行为,可以向人民检察院申请提起民事公益诉讼。”^⑬《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(第一稿)》第19章在第483条有关“公益诉讼”的立法建议中规定“当行为危及或侵犯了社会公共利益时,可能因行为而遭受不利影响的人可以提起要求禁止或撤销行为的诉讼。在行为受影响的人没有提起前款诉讼的情况下,检察机关可以提起。”^⑭

上述专家建议稿虽然都从立法建议的角度,对于自己所理解与定义的公益诉讼作出了相应的规定,然而从诉讼与司法审判实务的角度来看,这些立法建议无疑都存在一个重大的缺陷,即既没有从立法规定的角度,对于“公共利益”的内在含义予以明确,也没有从诉讼程序设置的角度,对于公益诉讼的受案范围与受案条件作出明确规定。换言之,从程序制度构建的角度上看,虽然诸专家建议稿都把公益诉讼规定为维护“公共利益”的诉讼,即维护“公共利益”既是这类诉讼最为本质的特征,也是适用这种诉讼程序制度的前提条件,然而对于什么是“公共利益”?以及从诉讼实务以及司法审判的角度上看,怎么确定原告人提起的案件是否涉及以及属于“公共利益”?即对于公益诉讼案件的受案范围与受案条件,都没有做出明确的立法建议与具体规定。

由于诸立法建议稿均没有从立法规定上具体对“公共利益”的基本含义予以明确,以及从程序制度的角度对公益诉讼的受案条件与受理范围作出明确规定,而现实社会生活中,不论是环境污染、产品质量、证券交易、行业垄断、劳动纠纷、土地权属争议、选民资格纠纷、空难及重大交通事故、教育权纠纷、抚养权纠纷、生产与出售伪劣有毒食品、买卖婚姻,甚至一些特殊的合同纠纷等,可以说都从不同角度以及不同程度上涉及到“公共利益”问题,为此,诸立法建议稿的这种规定是有问题的。

首先,从立法体例的角度来看,对公益诉讼的立案标准及其受案范围如果不从立法上予以明确,则在现实的社会生活中,由于“公共利益”具有内在含义抽象、模糊,外延范围广泛、复杂的特征,因而基于这种立法建议所设立的公益诉讼,就其性质与类型而言,实际上就会成为一种“口袋型诉讼”,即凡是不属于私益纠纷,以及与被告没有直接利害关系的任何案件都可以往里装,也都可以适用这种诉讼程序,从而极有可能导致公益诉讼适用范围上的不当扩大,从而有违这种诉讼程序设置的初衷。

其次,从立法技术的角度来看,这种立法规定之形式也不符合审判规律与审判要求,不仅审判实务中难以操作施行,而且由于不同审级、不同地区法院乃至不同法官们对于“公共利益”的不同理解,故而在案件受理以及司法审判的诸环节,也极易导致公益诉讼案件受理与司法裁判适用上的较大混乱。

最后,从大陆法系国家和地区以及我国“法规出发型”的司法审判模式来看,其问题也是严重的。“法规出发型”作为大陆法系国家和地区以及我国审判实践中,严格按照法律规定予以施行的司法审判方式,法律程序规定本身是否清楚、准确、具体、周详与完备,不仅是审判实践中法官正确适用程序规则的前提条件,也是保证司法裁判公正、正确的必要条件。换言之,如果法律程序规定本身抽象、笼统、模糊不清,不仅易于引起认识、理解上的歧义,从而导致程序适用上的混乱,也难以保证司法裁判的正确与公正。

由上可见,上述立法建议不仅在有关公益诉讼的立法体例与立法技术上有问题的,而且按照这种立法规定形式,在我国“法规出发型”的司法审判模式之现实条件下,其问题也是十分严重的。然而,为什么这些立法建议稿都不对公益诉讼的受案范围或者标准作出明确规定呢?细想起来,显然与“公共利益”内在含义的复杂性、多重性以及不确定性存在直接的关系。换言之,不是诸专家建议稿都没有考虑到,也不是专家建议稿不愿意对公益诉讼的受案范围或者受案标准予以明确,实在是由于“公共利益”内在含义过于复杂、广泛,因而从立法建议的角度难以作出十分明确、具体的规定,不得已而采取了这种看似作了规定但实际上又

^⑫ 中国人民大学法学院《民事诉讼法典的修改与完善》课题组《〈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》,人民出版社2005年版,第64页。

^⑬ 杨荣馨教授主持的《〈中华人民共和国民事诉讼法〉(修改草案)专家建议稿》,中国法学会民事诉讼法学研究会主办、清华大学承办的《民事诉讼法》修改系列研讨会会议资料(一)2011年4月16日。

^⑭ 张卫平教授主持的《中华人民共和国民事诉讼法修改草案建议稿(第一稿)》,中国法学会民事诉讼法学研究会主办、清华大学承办的《民事诉讼法》修改系列研讨会会议资料(一)2011年4月16日。

等于没规定的貌似抽象式、“灵活”式的规定形式来解决这一问题。即由于公益诉讼直接涉及的“公共利益”具有多重性与不确定性,从立法技术的角度要对公益诉讼的受案范围及其受案条件予以明确,不仅实在是有很大的难度,甚至可以说几乎没有可能性。申言之,只要是以这种内在含义抽象、模糊,外在范围复杂、广泛且难以确定的内容来构建特定诉讼程序,就必然会产生这种问题。

对此有必要进一步说明的是,鉴于“公共利益”本身具有抽象、复杂、多重以及从立法的角度难以明确作出规定与限定的特征,为了解决这一问题,在“公共利益”的认定上,目前有一种观点企图采用将“公共利益”交由法院认定的方式来解决。例如《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(第一稿)》第484条在关于“公益诉讼的认定”中规定“是否侵犯社会公共利益,由人民法院依职权根据案件本身的性质作出判断,不受当事人诉讼请求的限制。”^⑤对于这种立法建议之观点,笔者认为也是值得研究的。因为我国《民事诉讼法》就其性质而言并不仅仅是法官的法,作为参与诉讼的各方主体(包括审判主体即人民法院)之诉讼行为都必须遵守本法规定的诉讼程序。在诉讼案件的受理上,为了保证司法救济的公平与公正,公益诉讼的受案范围与受案条件不仅理应在立法上予以明确,而且在形式上还应当公开、明了。换言之,对于“公共利益”能否进行司法救济,即可否立案受理这一重大问题的取舍标准与条件,立法上不予明确而完全交由人民法院自行决定的立法方式与形式,不仅不符合公共利益之司法救济即公益诉讼案件受理条件、标准应当公开、明确的客观要求,而且将“公共利益”这种直接涉及案件受理与否问题的认定完全交由法官判断,而由于各地以及各级法官素质上的参差不齐和认识上的不尽相同,从而易于导致同类案件在不同地区诉讼受理上的差异,故有失法律的严肃性与统一性。

由上可见,由于公益诉讼中的核心内容——“公共利益”具有内在含义抽象、模糊以及外在范围复杂、广泛故而难以确定的特征,因而无论是从立法上对“公共利益”之内在含义加以明确的角度,还是从民事诉讼立法体例、立法技术以及我国法官当前基本司法模式的角度上看,在《民事诉讼法》中设置公益诉讼程序都是不恰当,也是十分困难的。大概这也正是世界各国均不在其民事诉讼法典中规定、设置民事公益诉讼程序制度的一个重要原因。

综上所述,无论是从法律规定的科学性、各国有关公益诉讼的立法体例、世界各国民事诉讼程序设置发展的基本趋势,以及公益诉讼所涉“公共利益”的基本特征,还是大陆法系与我国法官基本司法模式的角度上看,在《民事诉讼法》中设置公益诉讼程序都是不恰当的。

这里需要进一步说明的是,笔者虽然不赞同在《民事诉讼法》中设置民事公益诉讼程序制度,但是并不反对对公共利益的司法救济与保护。同时,还认为在对公共利益的司法救济上,我国应当采用什么样的立法设置模式,应当做更为深入的研究与理论论证。换言之,对于公益诉讼这种目前世界各国都还处于探索阶段的新颖司法救济方式,不仅在我国的制度构建中需要进行深入的研究与严格的理论论证,而且在没有深入研究以及严格理论论证的条件下,就贸然选择在《民事诉讼法》这种本质上以解决私权纠纷为目的的法律中加以规定的立法模式,不仅不能较好地解决对公共利益施以司法救济的程序设置问题,以及从立法思路上看具有十分明显的实用主义的立法特点,而且这种立法的缺陷必然会导致一系列不当的后果。这在中国法制化建设中不是没有教训的。从我国十几年来民事司法改革与民事诉讼法修改的实际情况来看,由于客观上缺乏经验,主观上过于急躁,研究与论证不够从而致使某些改革措施的制定以及民事诉讼法的修改存在偏差,以至于不符合解决纠纷的实际需要,不符合司法审判规律的情况,不仅是客观存在的,也是不容忽视的。

为此,对于公共利益之司法救济这种当今世界各国都面临的高难度的重大理论与实践问题,在中国今天的现实语境中,怎样构建及其设置是需要我们做更为深入的研究、思考与严格的理论论证的。

(责任编辑:赵 钢)

^⑤ 见《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(第一稿)》,中国法学会民事诉讼法学研究会主办、清华大学承办的《民事诉讼法》修改系列研讨会会议资料(一) 2011年4月16日。