

职权主义非讼法理在民事公益诉讼中的适用

石春雷

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

摘要: 非讼法理是解决非讼程序的支配性原理, 职权主义非讼法理是其重要组成部分。为了突出民事公益诉讼区别于传统诉讼的显著特征, 更好地实现诉讼价值, 维护社会公益, 审理民事公益案件时通常会部分引入职权主义非讼法理。具体体现在: 职权干预主义的部分适用, 包括法院释明权的行使和被告反诉权的排除; 职权探知主义的部分适用, 包括法院依职权调查事实、收集证据以及当事人负担真实陈述义务; 职权进行主义的部分适用, 包括被告负担强制答辩义务, 调解、和解、撤诉的限制以及行为保全和执行程序的职权启动。

关键词: 民事公益诉讼; 职权主义; 非讼法理

中图分类号: DF72

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)02-0050-09

一、问题的提出

为了科学合理地处理不同性质的民事案件, 妥善化解民事纠纷, 满足社会治理的需要, 立法设置了诉讼程序和非讼程序两种基本的解决民事纠纷的法律程序。在两种类型的程序中, 分别存在不同的支配性原理, 即诉讼法理和非讼法理。^[1] 对非讼法理的内涵, 不同学者理解不一, 综合来看主要包括: 职权主义、不公开审理主义、书面兼言词审理主义、缓和的直接审理主义。其中, 职权主义非讼法理是本文关注的范畴, 其内涵可以界定为: 在法官主导的诉讼程序中, 以国家权力为中心、公共利益为导向、诉讼效率为指引、发现实质真实为目标, 通过适当限制当事人权利来实现诉讼价值的一种正当程序法理。职权主义非讼法理具体包括职权干预主义、职权探知主义和职权进行主义三个方面的内容。严格来讲, 三种职权法理是相互独立的, 有其各自的作用领域。其中, 职权干预主义强调法院对当事人处分实体权益的控制, 职权探知主义强调法院对调查事实和收集证据的控制, 二者均属实体形成范畴; 职权进行主义则强调法院对程序性事项的控制, 属于程序进行范畴。将职权主义划分为上述三个相对独立的子项, 主要是以当事人与法官在具体诉讼事项上的不同权限为基础, 实践操作中既

可单独适用, 也可同时适用。

2012年修正的《民事诉讼法》在普通诉讼程序中引入了公益诉讼程序, 理论上讲, 依照立法体例, 应当适用诉讼法理审理民事公益案件。但作为一种新类型的诉讼, 民事公益诉讼带有传统诉讼模式抑或解纷模式不能容忍的新要素, 完全适用诉讼法理难以求得符合其基本要求的裁判结果, 难以实现民事公益诉讼的价值目标。为了有效化解立法设计与实践需求不一致的局面, 就需要抛弃一部分传统诉讼中的程序法理和审理规则, 根据具体情况, 跨领域地交错适用诉讼法理与非讼法理, 形成适合于公益诉讼这种特定案件的特定审理方式。既然是将非讼法理适用于诉讼程序, 理当以诉讼法理的适用为主, 同时辅之以非讼法理, 即在诉讼程序中, 兼用非讼程序的某些原理。非讼法理贯穿于程序审理的始终, 但并不是每个环节都需要引入非讼法理。民事公益诉讼中, 职权主义非讼法理在适用上既符合现有的制度实践, 也存在进一步扩大适用的空间和可能, 有必要从理论上进一步梳理, 更好地指导审判实践。

在民事公益案件审理过程中, 法院职权主义适用于哪些具体程序事项以及如何适用, 现行法律有部分规定, 最高人民法院也出台了一系列审理规则, 既有统领性的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》), 也有针对性的《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题

收稿日期: 2016-11-04; 修回日期: 2016-12-14

基金项目: 国家社科基金一般项目“法治中国视阈下的司法与政治关系研究”(14BFX002)

作者简介: 石春雷(1988-), 男, 湖北红安人, 厦门大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 民事诉讼法学

的解释》(以下简称《环境民事公益诉讼解释》)、《关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《消费民事公益诉讼解释》)。但上述规定既不够细化也不够明确,尤其是本文将要探讨的法院职权主义非讼法理在民事公益诉讼中的适用问题。除了已有的法律规定外,当然也有尚未进入立法者视野的领域。本文的研究既有归纳总结现有法律、司法解释规定下法院在审判实践中适用职权主义非讼法理审理民事公益诉讼案件的具体情形,也作出了一些突破现有法律规定在民事公益诉讼程序中强化法院职权主义的设想。在对具体问题的分析上,引用了域外国家的立法和理论,以期从比较法的视角为我国民事公益诉讼审理规则的完善提供借鉴。现行民事诉讼法及相关司法解释有哪些规定涉及到职权干预主义、职权探知主义和职权进行主义的适用?立法还需进一步构建哪些对应的制度以保障民事公益诉讼的妥善处理?上述制度的具体适用路径为何?下文将一一展开论述。

二、职权干预主义在民事公益诉讼中的适用

所谓职权干预主义,是指当私权纠纷超越特定主体的私人利益而涉及不特定第三人或多数人利益,与国家利益或社会公共利益相关时,为了有效保护后者,而在解纷过程中限制当事人通过诉讼行为处分实体性权益,充分发挥法院依职权干预诉讼的程序理念。在现代意义的民事诉讼法律制度中,诉讼程序的构建以处分权主义为原则,而非讼程序的构建则更多的是采用职权干预主义。涉及社会公共利益的案件中,从维护社会公共利益的角度出发,当事人在诉讼程序的各环节不充分享有诉讼权利,而是处于权利被排除或受限制的状态。法院不必局限于当事人提出的诉讼标的和诉讼请求,而是可以发挥职权作用,超出或替换当事人确定的诉讼标的或诉讼请求作出裁判。简单来讲,民事公益诉讼中适用职权干预主义,实质上就是要采用缓和的处分权主义。从国外相关规定和我国司法解释可以归纳出职权干预主义在民事公益诉讼中的适用,主要是通过允许法院在必要情形下行使释明权和限制当事人的反诉权两方面来实现。

(一) 法院释明权的行使

释明权是大陆法系民事诉讼制度上的概念,是一种带有职权主义色彩的权力。20世纪80年代以后,德、日等国对传统的当事人主义诉讼理念进行改造,强调法官在诉讼程序中的释明权。^[2]《德国民事诉讼法》第139条第1款规定:“审判长应当使当事人就一

切重要的事实作充分的说明,并且提出有利的申请,特别在对所提事实说明不够时要加以补充,还要表明证据方法。为达此目的,在必要时,审判长应与当事人共同从事实上和法律上两方面对于事实关系和法律关系进行阐明,并且提出发问。”^[3]《日本民事诉讼法》第149条第1款规定:“审判长为了明了诉讼关系,在口头辩论的期日或者期日之外,就有关事实上及法律上的事项对当事人进行发问,并且催促其进行证明。”^[4]可见,如果诉讼中当事人主张和陈述的意思不明确、不充分、不适当时,法院有权对其进行询问和提醒,启发当事人予以澄清、补充、更正。^[5]《环境民事公益诉讼解释》第9条和《消费民事公益诉讼解释》第5条均规定,原告提起的诉讼请求不足以保护社会公共利益时,法院可以依职权向其释明,以变更或增加诉讼请求。司法解释规定的法院释明针对的是原告的诉讼请求,实质上指向了与诉讼请求密切相关的诉讼标的。虽然很多学者认为诉讼请求与诉讼标的是等值的,但这只是一种狭义上的理解。^[6]严格来讲,诉讼请求有别于诉讼标的,二者的关系可以概括为:诉讼请求是诉讼标的基础,诉讼标的决定诉讼请求。在具体的诉讼类型中,严格区分这两个概念,既便于明确原告的诉求,也便于法院的审理。

环境民事公益诉讼是一种侵权之诉,诉讼标的是原、被告之间争议请求法院审判的环境权侵权法律关系。这种类型的公益诉讼,诉讼标的是唯一的,且不可变更,法院只能对原告提出的诉讼请求进行释明。依据《环境民事公益诉讼解释》第18条,原告可以请求被告承担的侵权责任包括预防性责任、恢复性责任、赔偿性责任三种形式,原告应视具体案件情况提出诉讼请求。环境公益诉讼专业性强,有时原告并不具备相关领域的知识,在确立诉讼请求时难免会出现疏漏。特别是损害社会公共利益的环境侵权行为正在发生时,首先应当要求被告停止侵害,防止生态环境损害的进一步扩大;其次应当尽可能要求被告恢复原状,在生态环境遭受实质性损害的情况下,将其恢复到损害发生前的状态和功能;最后,应当要求被告赔偿生态环境在修复期间的服务功能损失,甚至可以要求被告就侵害生态环境的行为向社会公众赔礼道歉。上述责任方式既有时间上的递进,也有价值上的侧重,综合运用,才能有效保护生态环境。原告如果单纯请求被告承担某一种或某几种责任而放弃其他主张,可能难以实现通过诉讼制止正在发生的侵害公益的行为或修复、补偿已经遭受损失的社会公益的目的,公益诉讼的制度价值就难以实现。司法实务中面临这种状况时,就需要法院向原告释明,以变更或增加诉讼请求。

通常来讲,侵害众多消费者合法权益的公益诉讼是一种侵权之诉,但也不排除违约之诉的可能,如2012、2013年度中国十大公益诉讼中的“当当网取消消费者网上定单违约案”和“南京‘天下公’文化公司诉苏州莫泰酒店有限公司因维稳导致违约案”。典型的侵权型公益诉讼,一般不会与违约之诉竞合,而违约型公益诉讼中,则可能出现与侵权之诉竞合的现象。在后一类型的公益诉讼中,诉讼标的既可能是原、被告之间争议请求法院审判的消费侵权法律关系,也可能是消费合同违约法律关系。在侵害众多消费者合法权益的案件中,法院认为原告确定的诉讼标的不恰当,可以依职权作出变更。如原告提起违约之诉,认为被告的行为违反了消费合同的约定,请求被告承担继续履行、采取补救措施、赔偿损失等诉讼请求。通过审理,法院认为合同损害社会公共利益,可以依职权主动判决合同无效。如果法院认为提起违约之诉不能有效保护社会公共利益、侵害行为得不到及时制止的,可以向原告释明,告知其提起侵权之诉。此时,法院的审理和裁判就突破了原告诉讼标的的限制。无论诉讼标的是否作出变更,如果法院认为原告提出的诉讼请求不足以维护社会公共利益,同样可以像环境民事公益诉讼中一样,依职权主动干预,示意原告作出变更或追加,否则可依职权主动调整后作出裁判。

在民事公益诉讼中,如果由原告自行确定诉讼标的,可能导致社会公共利益得不到完全、有效的保护。无论是哪种类型的公益诉讼,法院认为原告提出的诉讼标的和诉讼请求不能有效保护社会公共利益时,都可向其释明。经法院释明后,原告如果不作出变更或追加,法院可不受诉讼标的和诉讼请求的限制,依职权超出或替换原告的诉讼标的和诉讼请求作出裁判。

(二) 反诉权的排除

反诉制度是民事诉讼中的一项重要制度,但大陆法系和英美法系国家判断反诉能否成立的标准并不一致。关于反诉的主体,英美法系国家并不要求反诉的原告必须是本诉的被告、反诉的被告必须是本诉的原告。美国民事诉讼中的共同原告和共同被告之间可以提起本诉和反诉,英国民事诉讼中被告如果认为不但需要对原告而且需要对其他人提出反请求,那他就其反请求可以引进附加被告。^{[2](218-219)}按照英国《最高法院规则》015r3(1),只在下列情形下允许合并诉讼当事人:“反请求被告主张他人与原告就反请求的标的共同承担责任或反请求与被告主张的对该第三人的请求与主请求的标的有联系。”^[7]德国判例与学理上认为,满足“牵连性”要件时,第三人也可以成为反诉当事人。反诉必须具备牵连性是大陆法系国家的普遍立法例,

《德国民事诉讼法》第33条第1款规定:“反诉,可以向本诉的法院提起,但以反诉请求同本诉中主张的请求、或者同对本诉请求提出的防御方法有牵连关系者为限。”^{[3](6)}《日本民事诉讼法》第146条第1款规定:“被告以与本诉标的的请求或者防御方法有关联的请求作为标的为限,可以在口头辩论终结之前,向本诉系属的法院提起反诉。”^{[4](70)}我国传统法学理论界也是通过牵连性来判断反诉是否成立的。

在民事公益案件审理过程中,对当事人(被告)实体权益处分权限制的另一突出表现就是反诉权的排除。普通私益诉讼中,当事人提起反诉,是向法院提出保护其合法权益的请求,如果当事人提起的反诉符合法律规定,法院就应当保护其反诉权。但在民事公益诉讼中,即使当事人提出的反诉符合法律规定的形式要件,但基于原告身份的特殊性以及公共利益的考虑,法院也不会受理。《环境民事公益诉讼解释》第17条和《消费民事公益诉讼解释》第11条的规定就明确在这两种类型的案件中,法院不受理被告以反诉方式提出诉讼请求。司法解释主要是考量民事公益诉讼中的原告只是公众利益的代表人,依法律授权而提起诉讼,其与被告之间不存在直接的关联,也就不符合“牵连性”要件。2012年《民事诉讼法》修正前,有关民事公益诉讼中被告能否提起反诉的讨论就已经在理论界展开,民事公益诉讼程序没有入法前,理论界主要关注检察机关提起公益诉讼中被告的反诉问题。有学者从民事公益诉讼具有特殊性的角度论证了被告不能提起反诉^[8],有学者则从检察机关代表国家和社会公共利益提起民事诉讼仍应遵循民事诉讼程序基本法理的角度论证了被告可以提起反诉^[9],形成了两种截然不同的观点。2012年《民事诉讼法》修正后《环境民事公益诉讼解释》和《消费民事公益诉讼解释》出台前,也有学者就民事公益诉讼被告反诉问题展开过探讨。该学者以环境民事公益诉讼为视角,分析了民事公益诉讼中被告可能提出与公益诉讼相关的诉求并不符合反诉条件。^[10]环境和消费民事公益诉讼案件的司法解释均明确了被告不能提起反诉,不论立法者是基于何种考量,其最终采纳的仍然是大陆法系牵连性要件,这一规定体现的是对被告处分权的限制,是职权干预主义在民事公益诉讼中的具体适用。

三、职权探知主义在民事公益诉讼中的适用

所谓职权探知主义,是指在民事案件审理过程中,由法院发挥主导作用,代为主张案件解决所需事实,

代为调查收集案件审理所需证据材料，不受当事人事实主张和证据提出限制的一种程序法理。现代民事诉讼程序以辩论主义为原则，而与辩论主义相对应，民事公益案件和包含公益性质的民事非讼案件采用职权探知主义，其基本内涵表现在以下三个方面：第一，诉讼过程中当事人未主张或主张后又撤回的事实，法院可依职权展开调查，并可以此作为裁判依据。第二，诉讼过程中当事人之间没有争议的事实，不论自认与否对法院都不产生拘束力。当事人对事实的自认不能替代证据，法院应当依职权查明案件事实，只有经法院调查的证据，才能作为定案依据。第三，诉讼过程中当事人未申明和提出的证据，法院可依职权调查收集，并判断是否采用，举证不仅仅是当事人的责任，也是法院的义务。^[11]简而言之，民事公益诉讼适用职权探知主义，实质上就是要采用有限的辩论主义。

考虑到公益诉讼案件的特殊性以及当事人双方力量悬殊、信息不对称等特点，英国环境公益诉讼案件的受理、审查、调查取证等，都由法官主导，法院可以采取指令、命令、令状等措施调查事实，收集证据。印度曾为英属殖民地，其法律制度深受英国影响，为减轻原告的举证负担，在环境公益诉讼制度中建立了调查委员会制度，将案件事实的调查权委托给调查委员会。^[12]印度《民事诉讼法》和《证据法》规定的诉讼模式是對抗制，但在公益诉讼中法院职权性调查和各方协作的色彩非常明显。以“M. C.麦塔律师诉印度恒河流域市政机构环境污染公益诉讼案”为代表，能够直观地感受到法官在处理公害案件时，可以出于个人希望掌握第一手资料的考虑而进行实地考察，实际上承担了调查员的角色，这也是印度公益诉讼中司法能动的体现。^[13]大陆法系国家法官在公害案件中的职权作用则更加突出。可见，在民事公益案件审理过程中，强调法官依职权探明案件事实已成为一种趋势。法院不仅可以依靠职权调查事实和收集证据的方式发现案件真实，还可以随时询问当事人，通过当事人真实陈述义务的履行来促进事实的探明。

（一）依职权调查事实

事实方面，民事公益诉讼中，原告主张权利产生的事实是用来支持其诉讼请求的利己事实，是实现诉讼请求的基础。对于原告没有主张或是主张后又撤回的事实，法院认为其有利于发现案件真实的，可以依职权收集，并可以将其作为定案依据。对于当事人之间没有争议的事实，法院也不可直接作为裁判依据，而仍需依职权调查其真伪以决定是否采用。即使当事人在诉讼中对案件事实所作出的自认，也不构成诉讼上的自认，不对法院产生约束力。特别是原告在诉讼

中对案件事实作出的不利于己的承认，法院审查后认为损害社会公共利益的，应当不予确认。对于原告主张不利于被告的事实，证明这些事实所需的证据应当由被告持有或有证据证明被告持有，而被告拒不提供的，法院可以推定原告的主张成立。此时，法官就是在以基础事实作出自由心证，通过行使自由裁量权进行事实推定。对于涉及社会公共利益的案件事实，当事人没有主张而法院又没有依职权主动收集，导致案件作出错误裁判的，可以考虑作为上诉或再审的法定理由。此外，按照约束性辩论原则的基本要求，法院作为裁判依据的基本事实必须经过法庭辩论程序，否则该事实不能作为裁判依据。但是在民事公益诉讼中，法院适用职权裁量法理审理案件，可以在当事人主张之外依职权调查收集事实，并可以此作为裁判依据。在这种情形下，没有必要一定要通过双方的辩论程序，法院裁判的事实并不一定要来源于当事人。^[14]

（二）依职权收集证据

证据方面，依据《环境民事公益诉讼解释》第14条第1款的规定，法院审理环境民事公益诉讼，在必要条件下，可以依职权主动调查收集证据。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第13条也明确，涉及社会公共利益的事实，即使当事人间没有争议，法院也可以责令当事人提供有关证据。可见，在民事公益诉讼中，法院对证据的审查认定不以当事人提出为限。为了维护公共利益的需要，法院可以依职权主动调查收集证明案件事实所需的证据。这样做，一方面是为了尽可能去发现案件真实，另一方面也是为了节省诉讼时间，及时制止损害行为。《环境民事公益诉讼解释》第11条还规定，法院可以通过委托鉴定的方式减轻原告的举证责任，同时允许检察机关、社会组织等机构为原告起诉提供支持和帮助，以适当平衡原、被告间的举证能力。借助国家和社会力量给予民事主体间的诉讼以外在支持，在世界许多国家的立法和司法中都得到体现。^{[2](155)}为了保障当事人顺利调查、收集和提出证据，缓解证据偏在矛盾，《民事诉讼法解释》还针对证据在对方当事人控制下而其又拒绝提供的情形，规定了当事人的文书提出义务。这也是当事人通过法院向对方当事人收集证据的一种手段。德、日两国民事诉讼法中均规定了文书提出命令制度，《德国民事诉讼法》第142条第1款规定：“法院可以命令当事人一方提出他所引用的而又存在他手中的文书，以及家谱、地图、设计图纸和其他图纸等。”第143条规定：“法院可以命令当事人提出他所占有的、与本案件的辩论与裁判有关的文书中的各种文件。”^{[3](37-38)}《日本民事诉讼法》在第

219—222条分别规定了当事人有权申请提出文书、负文书提出义务的要件、申请文书提出命令的书状样式以及为特定文书提出而设的程序,并在第223条第1款规定:“法院认为申请提出文书命令有理由时,应对文书持有人以裁定命令其提出。在此种情况下,如果在文书中有没有必要作为证据调查的部分或有没有提出义务的部分时,除去这些部分,可以命令其提出。”第224条和225条则规定了违反文书提出义务的处罚措施。^{[4](86-89)}可见,为解决当事人之间证据上的不对等,德、日两国的立法建立了完善的文书提出命令制度。而反观我国,虽然《民诉法解释》第112条吸收了大陆法系国家文书提出命令制度,但针对的义务主体仅限于案件当事人,而不包括当事人以外的第三人,在适用范围上作出了限制。同时,司法解释的规定较为粗浅,没有细化控制文书的当事人在哪些条件下应当提交文书,也没有规定对方当事人不服提交文书裁定时的救济途径,更重要的是,没有规定持有文书的当事人违反文书提出命令时,法院可以认定对方当事人所主张的需要以该文书证明的事实为真实这一法律后果。这些先天的缺陷有待在实践中逐步完善。

可以看出,在民事公益诉讼中,法院注意到原、被告之间诉讼地位的不对等,不再只是被动地接受当事人提供的证据而居中裁判。如果坚持传统的辩论主义,由于处于弱势地位的原告举证能力不足,势必会造成必要证据缺失,最终导致社会公共利益遭受损失。因此,传统的辩论主义法理受到一定的限制,法院为追求真相可以依职权主动介入原、被告的举证质证活动中。与职权调查收集事实的情形类似,按照约束性辩论原则的要求,法院裁判的证据也应当经过当事人的言词辩论,没有经过言词辩论的证据不能作为定案依据。但由于立法上没有固定质证的法律效力,所以法院依职权审理民事公益诉讼时,即使当事人没有提出的证据,也包括没有经过质证的证据,法院都可以作为裁判的依据。“职权主义诉讼模式下的诉讼并非没有证据质辩,但这种质辩只是法院发现真实的手段和方法,是一种信息来源和渠道。因此,质辩程序不是约束法院的程序,没有经过质辩的证据只要法院认为真实便可作为定案依据。”^{[14](166-167)}

(三) 当事人真实陈述义务

民事公益诉讼中,为了发现案件真实,法院除了依职权查明事实和收集证据外,还可以随时询问当事人,这也是法院发挥职权作用主动探明案件事实的重要方式。从国外立法来看,《德国民事诉讼法》第138条第1款规定:“当事人应就事实状况为完全而真实的陈述。”^{[3](36)}《日本民事诉讼法》不仅在207条第1款

规定了法院询问当事人时可以要求其宣誓,更在第209条规定了违反宣誓义务的罚款处罚。^{[4](84-85)}这些规定足以表明当事人在诉讼中须负担真实陈述义务。我国《民事诉讼法》虽然规定当事人的陈述是法定证据,但《证据规定》又对当事人陈述这一证据在审核认定上作出限制,需结合其他证据才能认定案件事实而不能单独使用。有观点认为,当事人与案件结果有直接的利害关系,他们向法院所作的陈述是不可信的。因而,不赞成将当事人的陈述视为一种证据,也即否认上述立法中证据性当事人陈述的规定。^[15]但是,这种观点无疑具有片面性。

除了证据性陈述外,当事人陈述还有其他目的,有的是回应对方当事人主张,向法院说明案件真实情况,有的是应法院要求对先前陈述作出补充等等。以上陈述在内容上虽然都与案件事实相关,但并非都具有证据价值。对于复杂的民事公益案件而言,无论何种目的的陈述,对于发现案件真实都具有重要作用,需要法官发挥职权作用,充分加以利用。民事公益诉讼中,当事人的陈述应当遵守真实义务,具体包括:第一,完全陈述义务,当事人要将所了解的有助于查明案件事实的情况完全提供给法院而不得故意隐瞒;第二,真实陈述义务,当事人要遵守诚信原则,不得作虚假陈述,不得故意歪曲事实误导法院;第三,及时陈述义务,当事人要及时提出事实主张及理由,及时回应法院的询问,不得故意拖延诉讼,造成诉讼迟延;第四,具体陈述义务,当事人的陈述要详细具体,不以大概为满足,要为法院查明事实提供方便。^[16]此外,在民事公益案件审理过程中,可以考虑借鉴大陆法系国家有关法官询问权的规定,明确法官在诉讼程序的任何阶段,都可以随时询问当事人。对于经通知无正当理由拒不到庭接受询问的当事人,法院可以拘传且可以罚款;当事人拒绝法院的询问或对法院的要求不作为时,法官可依自由心证,发挥职权以裁量待证事实之真伪。通过这种强制手段,督促当事人履行真实陈述义务,减轻法院负担。

四、职权进行主义在民事公益诉讼中的适用

所谓职权进行主义,是指民事诉讼过程中主要程序性事项的推进,是由法院决定或主导的;诉讼进程中,当事人虽然也负有诉讼促进义务,但程序推进的主导权掌握在法院,当事人只是起到辅助性作用。当事人进行主义强调的是当事人对于关系到诉讼程序启动、续行和终结的程序性事项的处分权。当事人依据

任意规范而享有程序选择权或处分权具体体现在：“一方面，对于管辖权、撤诉、和解书等事项，双方当事人可以合意行使选择权，达成诉讼契约；另一方面，对于是否起诉或撤回起诉、是否上诉或撤回上诉、是否申请或撤回申请等事项，当事人一方可以单独行使选择权。”^[17]与当事人进行主义不同，在职权进行主义中，为了提高诉讼效率，法官不是被动、消极地适应当事人的诉讼行为，而是主动、积极地推动程序性事项的进程。在民事公益案件审理过程中，法院负有防止公益受损的职责，因此，当事人的意思自治会受到限制，而由法院依职权推进诉讼程序的进行。当然，采取职权进行主义并不是要否认当事人促进诉讼的义务。民事公益诉讼中，当事人和法院均负有促进诉讼的义务，这里所强调的是当事人处理诉讼程序性事项可能侵害到社会公共利益时，法院不能被动、消极地放任这种行为，而应当主动进行干预，主导诉讼进程。法院并不干涉所有程序事项，而只干涉关系到诉讼程序启动、续行和终结这类可能影响社会公共利益的程序事项，这种干涉是部分干涉，而非全面干涉。从学界的讨论和立法的规定来看，需要采用职权进行主义的程序事项主要有以下几个方面。

（一）被告强制答辩义务

审判程序中，案件符合起诉和受理条件，法院立案后，首先就涉及到被告提出答辩状的问题。两大法系国家一般认为答辩是被告的一项义务，但对不答辩的后果规定不同，英美法系国家采取缺席判决制度，而大陆法系国家采取答辩失权制度。^[18]《美国联邦民事诉讼规则》第8条第4款规定，在应答诉答文书中对必须回答的诉答文书中的主张不予否认的，视为自认。^[19]《奥地利民事诉讼法》第243条规定，被告必须在第一次期日中对原告的起诉状提出相应的答辩状，否则将丧失抗辩权。^[20]我国《民事诉讼法》第125条对被告提交答辩状作了期限上的规定，但同时又作出被告不提交答辩状不影响法院审理的规定。民事公益诉讼中，为了更快地推进诉讼进程，应当对传统的答辩制度作出修正。实际上，我国民事诉讼法学界长期以来主流观点一直认为提交答辩状是被告的权利而非义务。^[21]近年来，这种观点不断受到挑战，特别是在公害案件审理中。被告是否提交答辩状，对原告合理应诉、法院准确归纳争议焦点以及防止突袭裁判都具有重要作用。普通诉讼案件中，被告提交答辩状究竟是一项权利还是一项义务可能尚有讨论的余地，但在民事公益诉讼中，原、被告诉讼地位天然的不平等，此时如果仍将被告提交答辩状视作一项权利，明显加重了这种不均衡的局势，不利于诉讼目的的实现。

在民事公益案件审理程序中，我国应确立答辩失权制度，将答辩作为被告的一项诉讼义务加以规定。这有利于促进诉讼公正，实现诉讼效率，更好地保护双方当事人平等的诉讼权利。^[22]如果被告在法定的期限内不答辩，也应当承担不利的诉讼后果。同时，还可以考虑确立不应诉判决制度。立法上明确规定被告负有强制答辩的义务，如果被告在法定答辩期间不予答辩而又无正当理由，法院应根据原告的申请作出不应诉判决，满足原告的诉讼请求。^[22]这样一来，被告就必须积极主动地参与到诉讼程序中来，就原告的诉求表达立场，提出攻击和防御方法，配合法院查明事实，达到提高诉讼效率的效果。

（二）调解与和解的限制

职权进行主义法理在民事公益诉讼中的适用还体现在对当事人调解与和解的限制。调解与和解后以调解书结案，意味着当事人可能需要放弃部分诉讼请求，做出适当妥协。日本在解决民事公益诉讼案件时，十分重视调解制度的应用。《日本民事调解法》规定，法院受理民事公益诉讼案件后认为适当时，可以依职权将案件交付调解程序处理，但只是在争点和证据整理已经完毕的阶段，如果双方当事人不同意交付调解才能阻止法院的这项决定。^[23]而在我国的民事公益诉讼中，立法者认为原告只是国家或社会公共利益的代表，并不是实体权益的享有者，无权自行处分任何权益。因此，原则上民事公益诉讼不得进行调解与和解。当然，这一原则也存在例外。从《民诉法解释》第289条和《环境民事公益诉讼解释》第25条的规定可以看出，特殊情况下，经过严格的法定程序，确定不至于损害社会公共利益并经过双方当事人同意，可以通过调解与和解的方式结案。立法之所以作出这样的规定，原因在于进入诉讼领域的民事公益案件通常都要定格于某一具体类型，如民事诉讼法所列举的污染环境公益诉讼和侵害众多消费者合法权益公益诉讼。不同类型公益诉讼保护的公共利益有所不同，但都只是整个社会公共利益中的一部分，某一具体公益案件中各种公共利益发生冲突时，涉诉公共利益有时就需作出适当妥协。^[24]但即使法律允许民事公益诉讼在特殊情况下可以调解或和解结案，当事人仍然不能自由处分该关涉程序是否终结的事项，最终的审查决定权由法院掌握。法院发现调解或和解协议违反社会公共利益的，不予出具调解书，案件恢复原状。上述做法也可以找到比较法上的依据。在美国，大部分民事公益案件都是通过和解结案，而法院在和解程序中具有不可或缺的地位。“美国14环保社团等诉电力公司环境污染案”以被告支付40多亿美元解决其所造成的环境污染问

题和解结案,法院在其中发挥了主导性作用。^{[13](3-8)}此外,“美国贝尼尔·比尔等6421名原告诉杜邦公司环境侵权集团诉讼”也是一起典型的和解型集团诉讼,案件中,原、被告形成和解动议后,向法院提交和解方案,法院对和解协议的合理性、公平性作出审查,然后决定是否批准。最终法院慎重考量各方利益后附条件地批准了和解协议,案件得以妥善解决。^{[13](145-149)}可见,美国公益诉讼中的和解,也要受到法院限制。

(三) 撤诉的限制

如前所述,撤诉是关系到诉讼程序终结的程序性事项。传统民事诉讼中,当事人在宣判前提出撤诉申请的,法院有权裁定是否受理,这已经体现出法院在该事项上对诉讼进程的主导权。民事公益诉讼中,法院对当事人的撤诉申请干预更加强烈,当事人在该事项上完全丧失主动权。《民诉法解释》第290条和《环境民事公益诉讼解释》第26条都对诉讼系属中,在经过了法庭辩论这一旨在核实证据、查明案情的重要庭审阶段后原告的撤诉作出了限制,这种情形下,原告不可以任意行使撤诉权。权利如果没有限制,必然导致滥用。民事公益诉讼中,法院为了防止原告私下与被告进行交易,谋取私利而损害社会公共利益,严格限制原告以撤诉的方式终结诉讼程序。法庭辩论结束后法院不允许原告撤诉,如果是在法院开庭审理前,被告积极采取补救措施,法院审查后认为公共利益不会遭受损失的前提下,才可以允许原告的撤诉申请。可见,立法对于民事公益案件的撤诉与通常案件的撤诉作出了不同的规定,完全否定了法庭辩论结束后原告的撤诉权。这主要是因为,宣判前,法庭调查、法庭辩论已全部完成,法院已掌握案件事实和证据,原、被告及法院已经为诉讼支出了财力、物力和时间,法院只需考虑诉讼结果而无需过多考虑诉讼效益。此外,社会公共利益是不可随意处分的,除非公共利益已经全部得到实现,否则不允许以撤诉的方式终结诉讼。当然,如果是开庭审理前,原告的撤诉符合法律规定,法院基于诉讼效益的考量,可以允许原告的撤诉申请。无论如何,在撤诉这项可以终结诉讼程序的事项上,法院享有完全的控制权,职权裁量法理得到充分显示。

(四) 行为保全与执行程序的职权启动

在程序启动和进行方面,法院享有职权主导的程序还包括行为保全程序。行为保全是2012年修正《民事诉讼法》新增加的一项措施,与财产保全相对应。其目的是防止将来的判决不能执行或难以执行,避免当事人或利害关系人遭受不应有的损害或进一步损害。民事公益案件往往重大、复杂且疑难,案件进入诉讼程序后需要经过漫长的审理周期才会得出结果,

而社会公共利益的保护却又迫在眉睫,损害一旦造成可能就难以恢复。“相较于审判程序,行为保全程序具有迅速便捷性,能由法院迅速规制当事人的纷争状态,避免损害发生或继续扩大。”^[25]普通民事诉讼中,行为保全程序原则上依当事人申请启动,法院认为必要时也可裁定启动,这体现出法院对程序的干预;行为保全通常采取对审模式,赋予申请人和被申请人言词辩论的权利,法院在此基础上作出裁定,以达到严格的程序保障;当事人或利害关系人申请行为保全,法院通常要求申请人提供担保,否则驳回申请。民事公益诉讼中行为保全的相关规定应当与普通民事诉讼有所区别:法院发挥职权作用,主动审查,依据案件情况判断是否有必要启动行为保全程序,当然这并不是否认当事人和利害关系人的程序启动权,而是更加强调法院的主动权和决定权。行为保全可采取单方审理的模式,法院只需听取申请人的陈述,结合案件本身自由裁量,无需询问被申请人的意见即可作出裁定,以发挥保全程序快捷的功能。考虑到原告的特殊性以及担保资金不易确定,无论是当事人申请还是法院裁定的行为保全,出于利益上的衡量,申请人都可免除担保义务。

除了审判程序外,职权进行主义法理也适用于民事公益案件的执行程序。从现行法律的规定来看,执行程序一般依当事人申请启动,特殊情况下由法院依职权移送执行机构执行。但民事公益案件不仅涉及个人私益,更多的是涉及社会公共利益,法院作为国家审判机关,有责任保证民事公益诉讼目的的最终实现。判决生效后,法院应积极主动监督判决的执行,如发现在判决规定的履行期限内,被告不履行判决义务而原告又怠于申请时,可不等原告申请,直接通知被告履行判决义务,并通知原告对被告履行情况进行监督。^[26]通过职权启动执行程序,可以保障生效裁判所确定的权益尽快得到落实。

五、结语

从程序法理的适用上看,民事案件的审理存在完全适用诉讼法理、完全适用非讼法理、部分适用诉讼法理部分适用非讼法理三种情形。分别适用两种程序法理的民事案件又可分为两个类别:一是主要适用诉讼法理,同时辅之以非讼法理的审理方式;二是主要适用非讼法理,同时辅之以诉讼法理审理的方式。即通常所说的诉讼案件非讼化处理与非讼案件诉讼化处理。从上文的分析可知,民事公益案件的审理需要视

具体情形分别确定程序法理，跨领域地交错适用两种不同的程序法理，尤其是职权主义非讼法理在诉讼程序中的适用。当然，程序法理交错适用过程中，仍应以诉讼法理为主，辅之以非讼法理，以此促成案件的快速、妥当解决。概括而言，非讼法理在民事公益诉讼中的适用就是要强调法院的职权作用，突出法院在诉讼程序中的主导性地位。

法院审理民事公益案件时，依案件展开的逻辑顺序，第一步面临的是案件中的讼争事项，如讼争主体是否适格、是否存在社会公共利益遭受损害的行为等。对于这些事项，法院应当适用诉讼法理加以解决，处分权主义、辩论主义、当事人进行主义等诉讼法理便应适用于此。在肯定了公益诉权后，关于原告的诉求、公益受损的事实与证据、诉讼进程的推进、裁判的执行等事项，法院可以发挥职权作用，主动干预诉讼事项，通常的诉讼法理就会受到限制。也就是说，在中国语境下，法院审理民事公益案件，适用的是诉讼程序，依据的程序法理是诉讼法理，但是在一些具体事项上，为了追求公益诉讼价值目标的实现，需要部分引入非讼法理，辅助诉讼程序的展开。至于在诉讼程序的哪些阶段、哪些具体事项上需要非讼法理的介入，非讼法理介入的程度又如何，除了立法有明确规定的，则由法官自由裁量。考虑到诉讼程序的公平与公正，立法应当尽可能明确民事公益案件的审理规则，在具体制度构建上凸显出非讼法理的适用，通过精细化的立法，缩小法官自由裁量的空间，规范案件的审理。

当然，职权主义非讼法理适用于民事公益诉讼过程中，也要注意当事人的程序保障，否则民事公益诉讼判决就缺乏正当性基础。程序保障的实质就是听审请求权保障^[27]，也就是说，程序事项关涉原告、被告、共同诉讼人、诉讼代表人、受裁判效力约束的第三人等受裁判效力影响所及当事人的人身权和财产权时，以上主体在诉讼程序上应被予以尊重，享有程序主体地位；对于案件基本事实、证据材料及法律上的见解等可能影响裁判结果的重要事项，应当赋予当事人充分的陈述和辩论机会；就当事人之陈述及所提出之资料，法院负有审酌义务，并在此基础上做出裁判。^[28]不论民事案件适用何种程序处理，也不论审理过程中适用何种程序法理，当事人在程序系属中均有权主张听审请求权的保障。当法院强化审判职权，主动干预依诉讼程序审理的民事公益案件时，当事人的很多程序性权利将遭到限制甚至排除。此时，为了维护程序正义，增加裁判结果的可接受性，避免公权力的扩张对私权利造成损害，对当事人听审请求权的保障就显

得尤为重要。“各国对听审请求权内容界定不完全一致，但都认可听审请求权是一项程序性权利，旨在强调当事人程序主体性地位。”^[29]概括而言，听审请求权主要包括以下几个方面：受通知权、陈述权、证明权、突袭性裁判禁止请求权、意见受尊重权等，总之，非讼法理在民事公益诉讼中的适用是有限度的，必须充分保障当事人的程序基本权，才能更好地实现民事公益诉讼的价值目标。

参考文献：

- [1] 杨荣馨. 民事诉讼原理[M]. 北京：法律出版社，2003：654.
- [2] 最高人民法院环境资源审判庭. 最高人民法院关于环境民事公益诉讼司法解释理解与适用[M]. 北京：人民法院出版社，2015：137-138.
- [3] 谢怀栻. 德意志联邦共和国民事诉讼法[M]. 北京：中国法制出版社，2001：36-37.
- [4] 白绿铉. 日本新民事诉讼法[M]. 北京：中国法制出版社，2000：71.
- [5] 最高人民法院民事审判第一庭. 民事诉讼证据司法解释的理解与适用[M]. 北京：中国法制出版社，2002：7.
- [6] 张卫平. 论诉讼标的及识别标准[J]. 法学研究，1997(4)：56-67.
- [7] 沈达明. 比较民事诉讼法初论[M]. 北京：中国法制出版社，2002：506-507.
- [8] 江伟，杨剑. 检察机关提起民事公益诉讼若干问题探讨[J]. 国家检察官学院学报，2005(5)：66-73.
- [9] 廖中洪. 检察机关提起民事诉讼若干问题研究[J]. 现代法学，2003(3)：130-137.
- [10] 刘澜平，向亮. 环境民事公益诉讼被告反诉问题探讨[J]. 法律适用，2013(11)：63-67.
- [11] 廖中洪. 制定单行《民事非讼程序法》的建议与思考[J]. 现代法学，2007(3)：131-138.
- [12] 徐祥民，胡中华，梅宏. 环境公益诉讼研究——以制度建设为中心[M]. 北京：中国法制出版社，2009：203-204.
- [13] 杨严炎. 外国环境公益诉讼和集团诉讼案例评析[M]. 北京：法律出版社，2014：78.
- [14] 张卫平. 转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析[M]. 北京：法律出版社，2007：166.
- [15] 柴发邦. 民事诉讼法通论[M]. 北京：法律出版社，1982：210.
- [16] 齐树洁，王晖晖. 当事人陈述制度若干问题新探[J]. 河南省政法管理干部学院学报，2002(2)：61-66.
- [17] 邵明. 民事争讼程序基本原理[J]. 法学家，2008(2)：112-120.
- [18] 刘秀明. 我国强制答辩制度的构建探析[J]. 湖北社会科学，2011(4)：153-155.
- [19] 白绿铉，卞建林. 美国联邦民事诉讼规则证据规则[M]. 北京：

- 中国法制出版社, 2000: 24.
- [20] 胡胜, 陈莺. 我国民事诉讼中应建立答辩失权制度[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2008(6): 141-151.
- [21] 蔡彦敏, 张珺. 答辩状及提交答辩状行为的性质定位——兼论民事审判方式改革[J]. 中山大学学报(社会科学版), 2000(1): 115-122.
- [22] 王琦. 答辩失权制度在我国的构建[J]. 贵州社会科学, 2011(3): 117-120.
- [23] 李卓. 公益诉讼与社会公正[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 169.
- [24] 汤维建. 评司法解释中的公益诉讼[J]. 山东社会科学, 2015(7): 53-59.
- [25] 郑贤宇. 论行为保全制度的构建——以公益诉讼为视角[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2012(5): 83-89.
- [26] 刘学锋, 马黎. 环境民事公益诉讼程序的法院职权干预[J]. 人民司法, 2014(15): 45-48.
- [27] 刘敏. 论非讼法理在小额诉讼程序中的适用[J]. 清华法学, 2011(3): 39-45.
- [28] 沈冠伶. 诉讼权保障与裁判外纷争处理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 12.
- [29] 任凡. 听审请求权研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 34.

Application of doctrine of non-litigation legal in civil litigation

SHI Chunlei

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Non-litigation legal theory is to solve the dominant theory of non-litigation proceedings, of which the theory of non-litigation is an important part. In order to highlight the distinguishing features of the civil public interest litigation which are different from traditional ones so as to better realize the litigation value and to maintain the social public welfare, the civil public interest cases are usually introduced into the non-litigious legal theory. Specific embodiments can be found in partial application of, first, the power of inquisitorial intervention which includes the execution of court interpretation power and defendant counterclaim; second, the power of investigative doctrine which includes the court ex officio investigation, evidence collection and the burden of the parties to the true statement of obligations; third, the power to carry out the right of interpretation of the right of the court which includes the obligation of the defendant to enforce the obligation of defense, mediation, reconciliation, withdrawal of the lawsuit, and the commencement of the procedure for the preservation and enforcement of acts.

Key Words: civil public interest litigation; inquisitorial system; non-litigation legal theory

[编辑: 苏慧]