

# 论诉的利益\*

廖永安\*\*

**【摘要】** 诉的利益是大陆法系民事诉讼中一个重要理论问题,是衡量民事审判权作用范围的核心基准。本文围绕诉的利益内涵之界定、诉的利益的本质与功能,以及诉的利益的衡量等问题展开了深入探讨,并结合我国司法实践中存在的问题提出了相应的立法建议。

**【关键词】** 民事审判权 作用范围 核心基准 诉的利益

**【Abstract】** Profit of actions is a very important theoretic issue in civil procedure of continental legal system, and it is the basic core standard to measure imperium civile's utilizing range. This essay probed into the definition to connotation of the profit of actions, its essence and function, and the problem of measure for profit of actions, etc. Meanwhile, related legislative suggestions were offered combined with problems existing in judicial practice of our country.

**【Keywords】** imperium civile; utilizing range; core standard; profit of actions

在大陆法系国家,诉的利益既是当事人行使诉权的要件,同时也是法院进行民事实体裁判的前提,处于钩连实体法与程序法的中间位置。正基于此,当事人诉权的行使空间与审判权的作用范围才可能得以有机地协调。我们衡量一国诉讼制度的科学性,一个重要的方面,就是看它能否将具有诉的利益的案件都有效地纳入了司法保护的视野。因为

如果审判权的作用范围小于诉的利益的范围,当事人的权利就有失去审判保护之虞,同样,如果审判权的作用范围大于诉的利益的范围,将势必造成审判权与其它权力之间的不当摩擦与冲突。因此,对诉的利益展开研究,具有极为重要的理论与实践意义。

## 一、诉的利益内涵之界定

民事诉讼作为保护权利和解决纠纷的衡平机制,它的产生是基于当事人对司法救济的需要。因此,如同在制定民事实体法时必须要考虑利益一样,在运用诉讼程序解决民事纠纷时,也有利益衡量的问题。<sup>①</sup>“无利益即无诉权”,在民事诉讼开始时,法院正确地衡量诉之利益,对于启动民事诉讼程序实现对民事权利的救济就显得至关重要。具体来说,所谓诉的利益是指当民事权利受到侵害或者与他人发生民事纠纷时,需要运用民事诉讼予以救

济的必要性与实效性。

对于诉的利益的称谓,大陆法系各国不尽相同,法国称“利益”,德国称“权利保护必要”或“权利保护利益”,奥地利称“诉讼前提”,日本、葡萄牙、澳门等称“诉的利益”。在大陆法国家,有学者将诉的利益理解为适用法律终局性地解决对立当事人之间具体的权利义务纠纷,有的则理解为法院判决带给原告的法律上的好处——以法院权威

\* 本文为廖永安教授主持的国家社科基金项目“民事审判权作用范围研究”(05CFX023)的阶段性成果。

\*\* 湘潭大学法学院教授。

① 王福华著:《民事诉讼基本结构》,中国检察出版社2002年版,第267页。

性的认定来巩固原告的权利。根据德国民事诉讼理论,诉的利益是诉讼要件之一,只有具备这种利益,才有提起诉讼的可能;如果在诉讼程序中没有这种利益,或者这种利益已经消失,那么其结果就是驳回诉讼。<sup>②</sup>在日本学界,山木户克己教授主张,“诉的利益乃原告谋求判决时的利益,即诉讼追行利益,这种诉讼追行利益与成为诉讼对象的权利或者作为法律内容的实体性利益以及原告的胜诉利益是有区别的,它是原告所主张的利益(原告认为这种利益存在而作出主张)面临危险和不安时,为了去除这些危险和不安而诉诸于法的手段即诉讼,从而谋求判决的利益及必要,这种利益由于原告主张的实体利益现实地陷入危险和不安时才得以产生。”<sup>③</sup>另一位日本学者兼子一教授则认为,诉之利益是诉权的要件,判断一个请求是否具有正当的利益必须从两个方面来进行:一是请求本身从性质上具有以判决确定的一般性的适当性(权利保护资格),二是原告对请求具有要求判决的现实必要性(保护权利利益)。<sup>④</sup>按照法国传统民事诉讼理论,诉的利益具有以下特征:(1)它是一种“确实的”与“具体的”利益;(2)它是法律上的正当利益;(3)它是“已经产生的”、“现时的”利益。<sup>⑤</sup>我国台湾民法理论认为,诉的利益,又可称为权利保护利益或权利保护必要,它是指原告要求法院就私权主张予以裁判时所必须具备的必要性。相对上述学说而言,澳门民事诉讼法有关诉的利益

的表述更加宽泛,根据其民法第72条的规定,“如果原告需要采用司法途径为合理者,则有诉之利益。”

按照大陆法系的传统观点,诉的利益有广义和狭义之分,就广义的诉的利益而言,一般认为包括下列三种情形:<sup>⑥</sup>(1)该诉讼当事人系为获得本案判决所必要者(当事人适格)。(2)该请求具有适合受本案判决之一般资格(权利保护资格)。(3)原告就该请求有求为判决之必要者。其中(1)为主观的诉之利益之问题,(2)(3)为客观的诉之利益之问题。上述三者虽有一定程度之差异,但有时亦难有明确之区别。对此,法国民事诉讼理论认为,诉讼“利益”与诉讼“资格”是两个相邻的概念。司法判例对这两个概念的区分并非始终都很清楚。其所以如此,是因为这两个概念都与作为其基础的“法律上的特定权利”有关;“利益”必须是正当的利益(intérêt légitime),而诉讼“资格”则揭示了将“受到侵害的权利”与“诉权”结合起来的联系。<sup>⑦</sup>并且认为,按照所涉及的是普通诉权还是要求具备特定资格的诉权之不同,资格与利益这两个概念之间的关系就将颠倒过来。要求具备特定资格的诉权中,利益在相应情况下是对诉讼资格的证实,而在普通诉权中,资格出自利益。<sup>⑧</sup>因此,本文如无特别说明,仅以狭义的诉的利益展开探讨。

## 二、诉的利益的本质与功能

### (一) 诉的利益的本质

关于诉的利益的本质,目前主要存在三种学说:(1)国家的利益。此说认为民事诉讼设置之目的,无非求将私的纠纷或私权为公的解决或确认,

而囿于国家有限的人力、财力,自不得不筛选有解决必要及利益者,始为进一步之处理,以节省劳费。因此,判断诉之利益有无,应该从国家的立场为出发点,此为通说。(2)当事人的利益。此说认

<sup>②</sup> 王福华:《两大法系中诉之利益理论的程序价值》,载《法律科学》2000年第5期。

<sup>③</sup> [日]山木户克己:《诉的利益之法构造——诉的利益备忘录》,《吉川追悼文集》(下),第73页。转引自谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第159页。

<sup>④</sup> [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》(新版),白绿铨译,法律出版社1995年版,第51页。

<sup>⑤</sup> 张卫平、陈刚:《法国民事诉讼法导论》中国政法大学出版社1997年版,第70—73页。[法]让·文森 塞尔日·金沙尔著:《法国民事诉讼法要义》(上),中国法制出版社2001年版,第154—159页。

<sup>⑥</sup> 吕太郎:《诉之利益判决》,载《民事诉讼法之研讨》(四),台湾三民书局有限公司1993年版,第416页。

<sup>⑦</sup> [法]让·文森、塞尔日·金沙尔著:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第150—151页。

<sup>⑧</sup> [法]让·文森、塞尔日·金沙尔著:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第167—168页。

为民事诉讼设置之目的,乃在权利保护,而权利保护之必要之概念,即在避免求为权利保护者之恣意,因此,是否有保护利益,应从当事人的利益状态,透过诉讼法的客观的价值判断后,予以决定。或认为民事诉讼设置之目的,无非在保障当事人抗争之程序得以充分实施。因此,是否有诉的利益,应从当事人有无此抗争利益为核心。而此抗争利益之有无,尤应将当事人于诉讼外或诉讼前之纷争过程,交涉过程予以考量。(3) 国家、原告、被告的利益。此说认为民事诉讼既系透过国家公权为私的纷争之解决,自不得不考虑此公的利益,惟于何种情形下,始允许当事人利用此一制度,又关系到原告私权保护是否充分,以及被告如何免于不必要应诉之烦之问题,亦不应将当事人之利益排除在外。而此国家之利益与当事人之利益,或当事人之原告与被告间之利益均难免冲突,因此,在决定是否诉的利益时,应同时注意此三种利益之调和。<sup>⑨</sup> 就上述三种学说而言,我国有学者认为,第一种较为妥当。因为个案中法官对诉的利益的判定实际上反映出法院在是否接纳原告所提交上来的争议并将其转入正式的审判程序这一问题上的态度。而将哪些私人纷争纳入到司法调控的体系中来,这纯粹是国家的一种利益权衡和价值判断,这种判断结果最终以抽象的立法以及法官具体的司法呈现出来。并且认为,正是基于这种国家利益观,才会出现“诉的利益”这一说法。因此,诉的利益本质上始终是一种基于国家立场的利益观,判断诉的利益之有无的决定性因素是国家意志。<sup>⑩</sup> 对于上述观点,我们认为有待于进一步商榷。从历史沿革来看,在 action (诉权) 时代,尚无诉之利益这一观念,在十九世纪以后有了确认之诉制度后,诉的利益始被提出加以讨论。至二十世纪后,诉的利益不再仅扮演消极的机能,已逐渐发挥其扩大法院之功能。因此基于

扩大法院之解决纷争功能及加强一般人民接近法院,请求法院为本案判决之要求,诉的利益的衡量,不应仅从诉的利益的消极机能予以观察,而应进一步由积极的面向来观察。<sup>⑪</sup> 由此不难看出,在现代社会,诉的利益乃从国家利益及国家诉讼制度之目的论,渐渐发展至由原告之利益为其理论基础。当然,作为居中裁判者的法官来说,其作为诉的利益的有无的衡量者,其除原告之利益外,对被告利益之影响,亦应一并加以考虑。在我国,由于长期受权力本位与国家本位的立法和司法理念之影响,在民事诉讼受案问题上历来显得过于保守,司法的功能未能得到有效的发挥,再加之诉讼政策的不合理性以及法院在社会中“自主性”的缺失,<sup>⑫</sup> 致使许多本应受理的案件长期被拒之门外,当事人的诉权得不到应有的尊重和保护。在法治国家的体制下,其司法组织即法院对国民之权利保障,乃整个国家社会秩序之根本,宪法上有关司法救济之诸规定及其相关基础法理,则对于诉讼参与者或其利害关系人,赋予法治国家应有之公正程序。<sup>⑬</sup> 为了使国民的合法权益得到切实的保障与维护,各国宪法纷纷肯认了国民的裁判请求权,从而为当事人诉权的行使提供了宪法依据和保障。诉权的宪法化表明,在法无明文规定的情况下,不得对当事人的诉权予以任意限制和剥夺。而在我国,由于国家本位、权力本位思想的根深蒂固,司法实践中随意限制和剥夺当事人诉权行使的现象仍十分突出,“起诉难”仍是我国司法实践中一个亟待克服和解决的问题。正基于此,我们认为,在诉的利益的衡量上,急需以最大限度保护当事人的合法权益为其出发点 and 立足点,以逐步消除司法实践中权力本位和国家本位之不良影响,进而不断扩大法院的受案范围,切实维护当事人的正当权益。

## (二) 诉的利益的功能

<sup>⑨</sup> 吕太郎:《诉之利益之判决》,载《民事诉讼法之研讨》(四),台湾三民书局有限公司1993年版,第417页。

<sup>⑩</sup> 参见常怡、黄娟:《司法裁判供给中的利益衡量:一种诉的利益观》,载《中国法学》2003年第4期。

<sup>⑪</sup> 参见《民事诉讼法之研讨》(四),台湾三民书局有限公司1993年版,第431—432页。

<sup>⑫</sup> 在我国,由于现行体制的因素,法院自身的合法性与正当性还有赖于其它各种各样的权力形态(如立法,乃至行政机关)的评价与认可。而在法院始终无法“自主”的情况下,自然也就无法形成一个系统而严密的“自足”的法官解释体系,特别是在是否对特定的原告给予司法救济这样一个举足轻重、利益攸关的问题上,势必要在其中加进来一些其它外来的评价基准。如个别地方政府或政府部门以“红头文件”的形式规定某些民事纠纷只能向某政府主管部门请求解决,不得向法院提起民事诉讼,而法院亦以当地政府的“红头文件”为依据,不予受理该类民事纠纷等就是这一状况的最好说明。由此不难看出,在21世纪的中国,构筑一个独立的强有力的司法权力是极其必要的。

<sup>⑬</sup> 参见邱联恭著:《司法之现代化与程序法》,台湾三民书局1992年版,第18页。

如前所述,诉的利益就其本质而言,往往是国家和原告、被告利益平衡的结果。因为民事诉讼既然是国家设立的,是国家运用公权力的领域,就不得不考虑其中国家的利益。国家基于设立民事诉讼制度的目的及其实现的考虑,通过诉的利益(当然还通过权利保护资格,以及当事人适格等)界定国民可以行使诉权的范围。同时,民事诉讼制度的存在和设置也是基于保护权益和解决民事纠纷的考虑,因此不得不考虑使用这一制度者(诉权主体)的利益,一方面国家法律赋予国民使用这一制度的权利(诉权),从中获得使用制度所带来的利益,另一方面禁止原告滥用这一制度从而避免对方当事人(被告)不必要的应诉以维护其合法权利和正当利益。迄20世纪前,诉的利益主要扮演着消极功能,加之受概念法学的深远影响,在诉的利益衡量方面,也严格受制于民事实体法。在这一阶段,诉的利益的机能主要在于限制原告之起诉,兼免被告无端应诉。

进入20世纪后,民事纠纷和民事诉讼领域发生了众多变化,尤为明显的是大量的现代型纷争和诉讼的出现,像消费者保护的纷争、公害纷争、交通事故纷争、劳资纷争,有关产品制造者责任或跨国交易的纷争等都属于这类的纷争型态。这类纷争事件如何获得权利救济或妥当解决,往往攸关整个社会的生活环境品质,或者影响多数被害人的生存权利,事属非常重大。而且,这种纷争事件的事实争点常牵涉到许多复杂的因素,应同时就诸间接事实一并予以考量,始能作成判断。这些都与近代的所谓依法裁判有所不同,因为在近代的裁判,通常法官所审理的是所谓固有的诉讼事件,其以当事人间特定的权利义务之存在及其范围为审判对象,原则上可责由当事人主张、举证该当于某法规之要件事实曾发生过,法官也只要就此事实,依三段论法为裁判即可,法官无需考虑上述种种因素。因此,对于现代型纷争来说,显有扩大法官自由裁量权的需要,并依据社会需要、主流价值取向、公共政策等因素来进行诉的利益的衡量,决定是否将其

纳入民事审判权作用的领域。即对于诉的利益的衡量,不应从其消极功能而应由其积极功能的角色来进行。具体来说,诉的利益的积极功能主要表现为以下几个方面:(1)保障当事人接受裁判的权利,防止法院推诿民事裁判义务的承担。如前所述,诉的利益是启动权利主张进入诉讼审判过程的关键,从积极功能的角色来衡量诉的利益,无疑有助于当事人裁判请求权的充分实现。(2)约束法院在受理案件时的恣意行为。在我国目前的司法实践中,起诉难,受理更难的现象仍十分普遍,法院动辄以实体法没有具体规定为由,不予受理,使争议状态的实体权利处于无权利保护的真空状态,在民事权利的救济领域,实体法和程序法脱节开来。因此,从诉之利益角度寻找答案,对起诉在权利保护的必要程度方面进行衡量,有助于将法官的恣意缩小到最小的限度。(3)促进新的民事权利的形成。诉的利益,就其定位来看,应居于诉讼法与实体法之架桥之地位,其作用就在于作为判断应否将客观的法形成主观的法的依据。即将不具有诉的利益的民事纠纷排斥于诉讼之外,而将具有诉的利益的民事纠纷吸收于诉讼之内。对于日照权、环境权等“形成中的权利”而言,在实体法尚无明确规定的情况下,正当利益享有者需要运用诉讼来判断其利益的有无,如果仅仅从“权利既成”(权利在法律上已经客观存在)的角度来考虑诉的利益的话,这种“形成中的权利”将没有诉讼救济的机会。相反,如果从积极的角度来思考和衡量诉的利益的话,这种“形成中的权利”将会因被赋予诉的利益而可获得诉讼救济的机会。而“形成中的权利”如果获得法院裁判的承认,则成为新的(法律)权利。可见,诉的利益在判决或诉讼生成权利方面具有不可或缺的作用,因为是诉的利益将“形成中的权利”引入诉讼之中。对此,谷口安平先生认为,“诉的利益概念就是掌握着启动权利主张进入诉讼审判过程的关键,也就是通过诉讼审判而创制实体法规范这一过程的重要开端”。<sup>⑭</sup>

<sup>⑭</sup> 参见[日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第181页。

### 三、诉的利益之衡量

#### (一) 诉的利益之衡量领域

诉的利益是当事人行使诉权的基本要件,也是法院判断是否进行实体审理的前提。根据有些学者的观点,向法院提起诉讼,并不一定要求(当事人的)某种主观权利受到侵害,从这一意义上,“有诉讼利益”恰恰是可以向法院提出诉讼请求的首要条件。<sup>⑤</sup>但是,“利益”这一概念本身并不很明确,其也有各种各样的形式,因此往往需要法官依据其自由裁量权对之进行衡量。在民事诉讼中,法官对诉的利益的判定或衡量是在两个不同层面上进行的,首先是原告与法院(或国家)之间,其次是原告与被告之间。<sup>⑥</sup>(1)原告与国家之间的利益衡量。该衡量直接涉及的内容,就是是否有必要以提供本案司法裁判的形式给予当事人以救济。就政府职能而言,提供司法救济乃属于“组织公共物品之供给”。而任何一种公共物品的提供都是需要政府为之付出相当程度的成本的,尽管有时作为受益者的私人也须为此支付一定的费用,比如民事诉讼中当事人往往需支付一定的诉讼费,但是就整体而言,政府在公共物品上所承担的义务是主要的,这一点毋庸置疑。然而,从总体上看,包括政府财政在内的社会资源总是呈现出某种稀缺性,政府总是会力求在各公共物品的提供之间谋求一定的平衡。所以,在社会资源总量不变的前提下,政府在某一公共物品(包括执行司法职能的法院)方面的投入不可能过多地倾斜。为此,法官在判断原告是否具有诉的利益时,就必然要考虑对其争议进行审判会不会造成司法资源的浪费,将该纠纷纳入司法程序处理是否是适当的或最佳的选择,从而以此来保证司法的效用,维护纳税人整体的利益,民事诉讼法中诸多关于禁止起诉或不予受理的规定,往往就是这种利益衡量的结果与体现,如关于重复起诉的禁止、确定判决的效果等即是。(2)原告与被告之间的利益衡量。诉的利益,除了反映法院对原告和国家之间的相关利益衡量之外,还反映了法官对原告与被告之间的相互关系或利益状态的考察与评价。

对原告而言,其是基于一定的利益追求而提请法院在其与被告之间作出本案裁决,也就是说,原告试图通过司法裁判来获得其欲求的某种利益。因此,只要法院准予原告所提交的争议进入实体的审理程序,就可以说是原告的一种“胜利”。而对于被告而言,基于应诉的强制性,致使原有的生活常态发生改变并陷入一种不安定感,并且还须为此付出大量的劳力、财力和时间。因此为了防止原告的滥诉而给被告造成不应有的损失,法官在判断诉的利益的有无时,不能不在原告获得司法裁判与被告生活安宁、不受无端干扰这两种利益之间予以适当平衡。

#### (二) 诉的利益的衡量标准

如上所述,诉的利益的衡量是多层面综合考虑的结果,但是,在具体的司法实践中,到底以什么为标准来确定诉的利益呢?对此,大陆法系和英美法系采取了截然不同的态度。在传统上,大陆法系民事诉讼奉行“实定法的确定”的原则,即从制定法出发进行裁判,并以制定法作为裁判的法律依据;英美法系民事诉讼贯彻“自然正义”的思想,即通过对案件事实进行法的评价,从案件中发现法,并以此作为裁判的法律依据。正因如此,大陆法系的诉的利益以制定法为确定标准;英美法系的诉的利益是通过法官自由裁量决定的,对于这一点,在十九世纪的概念法学时代体现尤为明显。对此,美国著名法学家梅利曼教授曾明确指出:大陆法系国家的法学著述均十分强调法律的确定性。虽然在任何法律制度中,“确定性”都是追求的目标,但“确定性”在大陆法系国家获得了至高无上的价值,它已成为毋庸置疑的信条,成为最为基本的目标。依据“确定性”的要求,法官不得创造法律;立法应当完整、清晰、逻辑严密;法律的解释和适用应该尽可能成为“自动”实现法的“确定性”过程。而在英美法系国家,法的“确定性”虽然也得到了一般观念上的承认,但普通法的“确定性”有

<sup>⑤</sup> 参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔著:《法国民事诉讼法要义》(上),中国法制出版社2001年版,第151页。

<sup>⑥</sup> 参见常怡、黄娟:《司法裁判供给中的利益衡量:一种诉的利益观》,载《中国法学》2003年第4期。

三个特点：首先，普通法系的“确定性”通常是依据更实用的观念来认识的，并没有把它奉为信条。“确定性”的范围有一定限制，这就是“确定性”必须是可能的。其次，普通法系国家通过赋予司法判例以法律效力来实现“确定性”，而这些在大陆法系的理论中是不允许的。再次，在普通法系中，“确定性”是作为与“灵活性”相对立的法律原则而存在的，彼此互相制约。<sup>①</sup>对于大陆法系的上述理念和做法，如果说在十九世纪尚有其合理性的话，那么进入二十世纪后，其合理性日益遭到了人们的质疑，尤其是随着大量现代型纠纷的出现，制定法的缺陷日益明显。与此相适应，传统的概念法学受到了批判，自由法学运动得以兴起。在此背景下，诉的利益已不再仅扮演消极的机能，而且还具有扩大法院功能之效用。对此，正如有的学者所指出的，“原告所援引的权利是否存在，这并不是其请求是否可以受理的一项条件，因为要准许受诉法院从实体上审查是否存在权利，而如果诉讼请求被法院宣告‘不予受理’，那么这种实体上的审查也就不可能再进行。”<sup>②</sup>事实上，“在某种程度上已经固定的这些法律关系之外，还有一个更不明确的区域，那就是‘公共自由’(Liberté publique)或‘私人自由’(Liberté privée)的区域，其中，某些自由正在逐步转变成‘真正的权利’；而当某种自由受到侵害时，我们并不能真正地说(在这种情况下)就是‘某种主观权利受到了侵害’；这时，诉权所制裁的是对某种‘义务’(devoir)的违反；由于有受到损害的利益，所以法律同意给予‘进行补救的诉权’。”<sup>③</sup>我国作为具有大陆法系传统的国家，在判断诉的利益有无时，民事实体法固然是其基本标准，但同时，又不能仅限于民事实体法的规定，它还应当涵盖宪法和其他部门法赋予法律主体的权益，尤其是宪法所保障的诉讼权、自由权、财产权、平等权、生存权等基本权利的理念，如何透过

诉讼法的适用，运作来获得实现，就成为诉讼法包括民事诉讼法学今后的重要课题。<sup>④</sup>在我国现阶段，民事经济实体法律还很不完善，民事实体法所规定的权利也比较抽象、笼统，这一切都会给法院判断诉的利益带来诸多困难，尤其随着大量现代型纠纷的出现，这种困难将更为明显。在此情形之下，法官应当基于对多种因素的考量而作出是否有诉的利益判断，从而决定是否进行实体审理，从而发挥法院裁判之政策形成机能。对此，正如有的学者所指出的：“处在迅速转型时期的实体法律不可能对一些急需解决的东西作出迅速的回应，立法程序的启动和进行缓慢，不能在短时期内就公共政策提供明确的指引，民事审判权应当在这一领域有所作为。”<sup>⑤</sup>正因如此，我们认为，我国司法实践中对于某些新类型的案件，法院简单地以法无明文规定为由而予以拒绝受理的做法是值得深刻反思的。

根据日本著名民事诉讼法学者新堂幸司的观点，诉的利益是为了考量具体请求的内容是否具有进行本案判决之必要性以及实际上的效果(实效性)而设置的一个要件。<sup>⑥</sup>它以通过本案判决使纠纷得以实效性地解决为内容，当当事人欠缺此种利益时，起诉则会遭到法院驳回的诉讼要件。与当事人适格一样，诉的利益是需要根据具体诉讼的状况，并紧密结合请求的内容来作出判断的诉讼要件。<sup>⑦</sup>具体来说，法官在衡量和判断诉的利益有无时，需考虑的主要因素有以下两项：<sup>⑧</sup>(1)社会主流价值取向，即一定社会意识形态当中占据主流地位并已发展成熟的，固定的道德信念及价值观，它能够决定社会绝大多数人的行为选择方向以及行为模式。对此，台湾学者杨日然先生将其归为三类：一是“宪法明白表示的各种价值，宪法保障的各种自由、权利，这些代表我们整个法律秩序最重要的一个价值”，二是“我们常讲到的一般人的观念和社会的通念。

<sup>①</sup> 参见[美]约翰·亨利·梅利曼著：《大陆法系》(第二版)，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第48—49页。

<sup>②</sup> 参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔著：《法国民事诉讼法要义》(上)，中国法制出版社2001年版，第152页。

<sup>③</sup> 参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔著：《法国民事诉讼法要义》(上)，中国法制出版社2001年版，第153页。

<sup>④</sup> 江伟：《市场经济与民事诉讼法学的使命》，载《现代法学》1996年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见王福华著：《民事诉讼基本结构》，中国检察出版社2002年版，第288页。

<sup>⑥</sup> 参见新堂幸司：《新民事诉讼法》，弘文堂平成10年，第172页。转引自[日]高桥宏志著：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第281页。

<sup>⑦</sup> 参见[日]高桥宏志著：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年版，第281页。

<sup>⑧</sup> 参见常怡、黄娟：《司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观》，载《中国法学》2003年第4期。

一般人对这些利益冲突或是究竟把什么利益看作比什么利益为重,或是一般人的社会伦理道德观念,那么这种所谓社会通念,也是我们法官去发现法律时一个很主要的依据,很主要的指标”,三是“法律的基本原理原则”,例如法律保护经济弱者,重视交易安全,诚实信用原则等,也是“法官从事利益衡量时必不可缺少的标准之一”。<sup>⑤</sup> 上述分类从不同的角度说明了社会主流价值取向在当时社会所具有的无可置疑的正义性,因为只有能够体现社会整体正义的东西才能被纳入到法律秩序当中并得以宪法化和原则化,法官在进行利益衡量时,理所当然应将其作为必须斟酌的因素。(2) 公共政策。就公共政策本身而言,它由某种公共权威(主要是指广义的政府)在一定的历史时期和环境条件下制定,目的在于解决当时存在的公共问题。<sup>⑥</sup> 而所谓公共问题,按照美国学者詹姆斯·安德森的解释,是指与那些“影响有限,只涉及到一个或少数几个人的、私人问题相对的、影响广(包括不直接相关的人有影响)的问题”。<sup>⑦</sup> 与稳定保守的法律制度不同的是,公共政策,以信息的形式出现,其制定及推行必须与迅速演变的社会生活同步,在社会生活当中具有明显的动态调节作用;而且作为政府平衡社会利益冲突表达和维护公共利益的重要工具,公共政策一旦制定并执行,便会立即在一定范围内改变社会原有的利益格局,使社会资源重新整合,人们的行为模式也将因此而发生一些转变。政府公共政策的制定,本身就是社会需求的反映。而法官在判定当事人诉的利益有无时,以公共政策为考量因素,则是及时回应社会需求的表现。然而,在司法审判实践中,要使法官在进行诉的利益衡量时,既能对社会公共政策作出灵敏的反映,又符合社会主流价值趋向至少需满足以下两个方面的要求:(1) 建立一支高素质的法官队伍。诉的利益的衡量是一个多层面、多因素的综合判断过程,这无疑对法官提出了更高的要求。法官不仅要具备较为系统的法律专业理论修养,而且要有较强的实际工作能

力;不仅要有敏捷的思维判断能力和社会洞察力,而且要有良好的心理素质和反应能力。更为重要的,法官要有良好的个人品德修养、能坚持原则,依法办事,秉公断案,不受外界的干扰。(2) 构建一个强有力的司法权力,确保法院和法官的独立和自主。在我国,法院在社会中一直未能获得应有的“自主性”,在很多问题上,法院自身的合法性与正当性还有赖于其它各种各样的权力形态的评价与认可。即使在法院内部,也未能免受行政管理模式的干扰和影响。在是否认可原告享有诉的利益,进而给予司法救济这样一个举足轻重、利益攸关的问题上,势必要在其中加进来一些其它外来的评价基准。正因如此,我们认为,构建一个独立的、强有力的司法权力,对于科学合理的认定诉的利益,进而切实加强对当事人合法利益的保护是不可缺少的一个基本前提。

### (三) 诉的利益衡量之程序保障

诉的利益的认定,不仅关涉法院所代表的国家立场和被告之利益,同时也关涉到原告是否有接近法院、平等使用诉讼制度的机会。假使诉的利益认定发生了差错,会被剥夺掉使用法院的机会,剥夺宪法所保障的平等权和诉讼权。因此,我们认为,在诉的利益的认定上,应给予当事人足够的程序保障,以彻底地防止发生突袭性裁判。

在大陆法系国家,为了防止在诉的利益的认定上出现突袭性裁判,将诉讼成立要件与诉讼要件予以明确区分,并给予相应的程序保障。在学理上,诉讼成立要件通常指提起诉讼的条件,通常包括起诉状载明事项、诉讼费用的缴纳等,在一些情形下,起诉状是否送达被告也是诉讼成立要件之一。不具上述条件,法院可以以诉讼不成立驳回诉讼,导致起诉的不受理。对上述诉讼成立要件的审查,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,均只是形式审查,这样,可以使尽可能多的纠纷和争端纳入诉讼系属的范畴,从而为当事人提供充分的程序保障。

<sup>⑤</sup> 参见杨日然:《判决之形成妥当性与实质妥当性》,载杨日然:《法理学论文集》,台湾月旦出版社股份有限公司1997年版,第551页,转引自胡玉鸿:《利益衡量与社会需求》,载《法商研究》2001年第3期。

<sup>⑥</sup> 参见卢坤建:《公共政策释义》,载《中山大学学报》2001年第4期。

<sup>⑦</sup> 参见[美]詹姆斯·安德森:《公共决策》,唐亮译,华夏出版社1990年版,第66—67页。转引自卢坤建:《公共政策释义》,载《中山大学学报》2001年第4期。

就大陆法系民诉理论来说,通常认为诉的利益是诉讼要件之一。所谓诉讼要件,是在已经开始的诉讼程序中调整的,并非诉讼的成立要件,而只不过是为了作出本案判决的前提要件。<sup>②</sup>如果经审查,发现缺少这种条件则以判决形式驳回起诉,称为“诉讼判决”,从而区别于针对案件实体内容做出的所谓“本案判决”。总之,大陆法系民事诉讼的受理程序只是停留在对诉状形式的简单审查上,而对诉讼要件的审查则在案件审理过程中进行。在发现缺少诉讼要件时,即不再进行或停止进行对案件的实体审理。客观地说,大陆法系国家和英美法系国家上述诉讼程序结构,均为诉的利益的审查与认定提供了广阔的程序保障空间,从而可以有效地防止在诉的利益的认定上发生突袭性裁判。至于诉的利益的审查到底采辩论主义,还是依职权进行,向来有不同的观点。<sup>③</sup>但一般认为,由于诉的利益涉及国家与原、被告之利益,故法官在就诉的利益有无加以判断之过程中,要让涉足该程序之主体即当事人,有表明陈述意见之机会,法官于判断时,应将其法律见解加以公开。<sup>④</sup>

在我国并无大陆法系国家“诉讼成立要件”与“诉讼要件”之区分,我国现行民事诉讼法关于起诉条件的规定实际上已涵盖了大陆法系国家诉讼要件的规定。根据我国现行民事诉讼法第108条的规定,起诉必须符合下列条件:(1)原告是与本案有直接利益关系的公民、法人和其他组织;(2)有明确的被告;(3)有具体的诉讼请求和事实、理由;(4)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。从上述诉讼当事人条件来看,要求原告与本案有利害关系,自然就要求法院对其实体进行审查。“属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖”,虽说从表面上看是程序问题,但实际上

法院主管和法院管辖也与实体有直接的关系。不对案件进行实体上的审查,尤其是诉的利益的审查,往往无法解决主管和管辖问题。对此,有学者认为,我国民事起诉立案(受理)的最主要的问题是实体审理前移的问题。<sup>⑤</sup>而将案件的实体审理以起诉审查的方式前移,必然导致立案过于严格,不利于公民、法人或其他组织行使诉权。实践中所存在的所谓起诉困难问题,其实质就是受理或立案的门槛过高。加之我国法院在受案的范围上,基于政治等因素的考虑,往往表现得异常谨慎,以致通常用带行政性质的会议文件对案件的受理与否作出规范。同时,审判组织受到的外来的权力干扰也是当事人的诉权得不到有效保护的重要原因。此外,实践中一些法官对起诉条件的误认,更进一步强化了立案阶段的实体审理。例如民事诉讼法第108条规定:“有具体的诉讼请求和事实、理由”。强调的是诉讼请求和事实、理由是否具体的问题,而不是有无的问题,而有的法官在审查起诉时,对此则按“有无”的认知来进行审查。因此,在实践中,法院往往在立案中就要求当事人提供相关证据证明这些事实和理由的真实性。最典型的就是要求当事人提供证据原件。

从法院的角度来看,严格的立案审查有助于防止浪费司法资源。但从程序法上讲,立案中的受理审查仅仅限于诉讼的程序性要件,而不应当涉及实体部分;实体审查前置必然阻碍当事人行使诉权,使其难以获得司法保护。此外,由于立案审查是无需经诉讼主体之间的对抗性辩论和法庭的开庭审理就可以作出决定,无疑大大弱化了当事人诉讼程序的保障。在我国,法定的审查起诉的期限为七日,在这一过程中,起诉主体可能遭遇两次不予受理的“风险”,一次可能是在递交诉状时,被以

<sup>②</sup> 参见[日]兼子一、守下守夫著:《民事诉讼法》(新版),白绿铨译,法律出版社1995年版,第50页。

<sup>③</sup> 如有的认为,诉之利益事涉公益,为法院应依职权调查之事,不得由当事人任意处分。有的则认为,诉的利益,不但为关系国家负担之问题,对于被告而言,关系其能否减轻负担,对于原告则涉及是否能方便利用国家制度之利益,因此,不能单纯由国家立场考虑,何况所谓公益与职权调查是否有关原值得怀疑。诉讼实务上,法院对于诉的利益是否具备,多仅作初步审查,若当事人未提出争执时,亦少依职权调查与确认,故学说上仍认为诉之利益实具有诉讼抗辩之性质。何况诉之利益发生之原因事实与实体法之关系至为接近,如由法院依职权调查,恐有涉及本案判断之虞,因此,通说均认为,诉的利益之原因事实,应适用辩论主义,由当事人提出,从而,当事人对于诉之利益之问题未特别争执,而法院即为原告之诉有无理由之本案判决者,不但在理论上可行,恐亦为实务上之惯例。参见吕太郎:《诉之利益之判决》,载《民事诉讼法之研讨》(四),台湾三民书局有限公司1993年版,第422页。

<sup>④</sup> 参见《民事诉讼法之研讨》(四),台湾三民书局有限公司1993年版,第432页。

<sup>⑤</sup> 参见张卫平等著:《司法改革:分析与展开》,法律出版社2003年版,第222页。

口头或通知的形式告知所提之诉不能进入司法程序,<sup>②</sup>一次可能是经过七日的审查后,被法院裁定不予受理。由此可见,立案机构对起诉的审查权实为审判权的组成部分,但却没有给予当事人相应的程序保障,从而可能会使当事人的权利在不公平的机制下丧失。正基于此,我们认为,正确的做法应当是:对于当事人的起诉,仅仅从起诉的形式要件进行审查。起诉的形式要件最主要的就是诉讼请求和对方当事人指向是否明确。对于起诉上的瑕疵,法院可要求其消除,实在不愿意消除的,可驳回。在立案受理后,对于不符合诉讼要件的,法院可以“诉讼判决”的方式驳回。<sup>③</sup>此外,为了加强对当事人诉权行使的程序保障,我们认为,法官在对诉讼要件,尤其是诉的利益进行判断时,应将其法律见解予以公开,并在裁判文书中充分表述其认定理由。这对于防止法官滥用审判权具有不可低估的作用。

上述程序结构功能与机理的转换,必将对我国当今立案制度改革产生深远的影响。如今,我国审判方式改革方兴未艾,其中立审分离与大立案的改革举措正在全国各级法院铺开。根据1997年最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第七条,立案工作的范围,即统一民事、经济、行政案件立案,统一刑事自诉案件,民事、经济、行政上诉案件和检察院对一审的刑事判决裁定的抗诉案件立案登记,统一对再审案件及检察院按照审判监督程序提起抗诉的案件的立案登记。随后,最高人民法院在总结全国的立案工作成绩的基础上,在1999年9月8日《关于全国法院立案工作座谈会纪要》中,统一明确并扩大了立案机构的职责范围,扩充的职责有:诉前保全、证据保全、审限跟踪督办、信访、监督指导等。2003年2月,在济南

召开的第一次全国立案工作会议上,对立案庭的工作范围进行了探讨,认为当前的立案机构主要承担了三项职能:一、二审案件立案受理及与立案直接相关的程序性工作;申诉和申请再审案件的审查立案、负责信访工作;组织和实施审判流程管理。由此可见,目前立案庭既从事了部分司法行政性事务工作,又行使了一定范围内的审判权。其中审判权具体表现为:(1)对各类一、二审案件的审查,有权裁定驳回起诉或不予受理;(2)对管辖权争议案件的审查和裁判;(3)对申诉和申请再审案件进行实体审查,可以作出提审和指令再审的裁定、决定或驳回申诉。并以此将立案庭定位为审判机构。我们认为,我国目前的“大立案”改革举措有违当事人诉权的保护,立审分离的思路和做法是“实体审查前移化”的产物,而立案机构的专门化无疑将会进一步强化这种观念和实务需要,作为专门化立案机构必然强化自己的“本职工作”,为了强调自身的存在价值,会自然而然地从实体审理的大“蛋糕”中分切一块。由此,我们认为,“大立案”的改革举措实为我国审判方式改革的一大误区,有违诉讼运行的基本规律。为此,有学者提出,基于弱化立案审查的基本思路,不宜设置专门的立案机构。起诉、上诉、申诉等的受理工作都可以通过法院的“柜台式”值班机构加以完成。立案庭这样专门机构的设立,会大大影响法院工作效率。如果弱化了起诉、上诉的审查,立审分立就没有什么实际意义。而且通过立审分立来实现对审判员的制约也没有实际意义。在既存的立案制度下,与其说是制约,还不如说进一步扩大了司法腐败的一面。因为腐败是权力的影子。<sup>④</sup>

(责任编辑:汤维建)

<sup>②</sup> 在我国,法院惯常采用“口头告知”或通知的方式,对当事人的起诉不予受理,此类情况在基层人民法院和中级人民法院普遍存在,这严重侵害了当事人的程序利益。

<sup>③</sup> 在德国和日本民事诉讼法中,对于以程序理由或实体理由驳回原告之诉,在裁判形式上,均以判决为之,并无明显不同。与我国大陆和台湾地区,严格区别为裁定或判决而不同。因此,在我国台湾地区的民法上,原告之诉欠缺诉之利益时,究竟应以何种形式裁判,亦有重要意义。

<sup>④</sup> 参见张卫平等著:《司法改革:分析与展开》,法律出版社2003年版,第224页。