

对我国“消费公益”独立构造的反思

段厚省

(复旦大学法学院,上海 200438)

摘要:我国消费公益诉讼以众多消费者之消费私益受到侵害为其条件,从《民事诉讼法》第58条和《消费者权益保护法》第47条的规范表述和规范逻辑来看,消费公益实际上寄生于消费私益之中。最高人民法院在相关解释中将消费公益与消费私益进行区分构造,面临的一个困境就是消费公益概念的抽象化与空洞化,以至于在个案中对消费公益诉讼之具体请求权的主张,必须借助于有关消费私益救济的规范才能具体化,从而导致消费公益诉讼与消费私益诉讼在诉讼请求上的重叠性。解决问题的理性思路是将消费公益复归众多消费者的集合性私益,参照退出制的集团诉讼,并按照法定诉讼担当原理,对现有的消费公益诉讼进行程序构造。同时扩张消费公益诉讼的外延,将消费者之代表人诉讼也纳入消费公益诉讼的范畴之下,同时对消费领域的公益确认诉讼和公益示范诉讼等进行探索。

关键词:公益诉讼;公共利益;消费公益

中图分类号:D925.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2023)05-0079-13

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2023.05.006

Reflection on the Independent Construction of “Consumer Public Interest” in China

DUAN Housheng

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: The consumer public interest litigation in China is conditional on the infringement of the private interests of many consumers. From the normative expression and logic of Article 58 of the Civil Procedure Law and Article 47 of the Consumer Rights Protection Law, we see that consumer public interest is actually parasitic among consumer private interests. The Supreme People's Court distinguishes between consumer public interest and consumer private interest in relevant interpretations, which leads to a dilemma of abstraction and emptiness of the concept of consumer public interest, so that the claims for specific cause of action of consumer public interest litigation in individual cases can only be concretized by virtue of the norms of consumer private interest relief, which result in the overlap of consumer public interest litigation and consumer private interest litigation in claims. The rational approach to solving the problem is to restore consumer public interest to the collective private interests of many consumers, to refer to the opt-out mechanism of group litigation, and to construct the existing consumer public interest litigation procedures according to the principle of legal litigation responsibility. At the same time, the law should cover the scope of consumer public interest litigation to include consumer representative litigation within the scope of consumer public interest litigation. Furthermore, we should explore public interest recognition litigation and public interest demonstration litigation in the consumption field.

Key words: public interest litigation; public interest; consumer public interest

收稿日期: 2023-02-20

作者简介: 段厚省,男,教授,博士生导师,法学博士,主要从事民事诉讼法学、证据法学和民法请求权理论的研究。

一、问题的提出

笔者近日参加了一个有关公益诉讼的研讨会,研讨的内容是:针对某些商家虚标电器产品节能参数从而欺骗消费者的行为,某地消费者协会(以下简称消协)欲提起消费公益诉讼。就欲提起的公益诉讼,该消协不仅希望主张停止侵害、排除妨碍、消除危险和赔礼道歉等请求权,而且希望进行“等外探索”,向各违法经营者主张惩罚性赔偿请求权。此外,针对某一商家销售伪劣保健品的行为,该消协又欲代表人数不确定的消费者提起“消费者集体诉讼”,亦是希望同时主张不作为或者作为请求权以及损害赔偿请求权和惩罚性赔偿请求权。然而该消协又明确表示,即使对“消费者集体诉讼”探索成功,亦无能力就胜诉后所获赔偿金向被代表的消费者进行分配,仍拟将该部分赔偿金用以维护消费公益。

我们可以发现,就该消协在公益诉讼探索中所欲主张的惩罚性赔偿请求权,在法理上面临的一个主要追问是:消费公益诉讼原告所主张的惩罚性赔偿的请求权基础何在?如果是参照性援引保护消费私益的救济性规范来确定消费公益的请求权基础,那么消费公益诉讼所要保护的“消费公益”如何与众多消费者之私益进行界分?因为在我国消费公益诉讼的规范表述中,消费公益之遭受侵害,乃是以众多消费者或者众多不特定消费者合法权益遭受侵害为其前提条件。^①也就是说,消费公益乃是寄生于众多消费者私益之上或者隐身于众多消费者私益之中的一种利益。若认为消费公益乃为众多消费者之私益的集合,那么消费公益在本质上便等同于众多消费者之私益。如此,消费公益与消费私益即不能并存。若消费者就其私益损害提起私益诉讼,该诉讼所得损害赔偿金额即不能纳入消费公益诉讼之损害赔偿金额之中,私益诉讼所主张的消极不作为请求权或者积极作为请求权也不得在消费公益诉讼中被重复主张;若消协提起消费公益诉讼,则消费者亦不能再基于同一事实提起消费私益诉讼。然而《最高人民法院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》(法释[2016]10号,2020年修正,以下简称《消费民事公益诉讼解释》)第9条和第10条的规定以及最高人民法院相关人士对消费公益诉讼之“公共利益”的立场来看,是将消费公益诉讼之“公益”与众多不特定消费者之集合性或发散性私益区分对待的。在区分对待的情况下,既然众多不特定消费者之消费私益并非消费公益,那么对众多不特定消费者之私益的侵害,如何使消费领域之“公共利益”也同时遭受了侵害?遭受侵害的公共利益又到底为何?

针对这一问题,《消费民事公益诉讼解释》并未给出明确的答案。不过在2016年4月24日也就是《消费民事公益诉讼解释》出台后,最高人民法院时任民一庭负责人曾就此进行解答:“消费领域的社会公共利益一般为人数众多且不特定的消费者共同利益,且该利益具有社会公共利益属性。如果经营者虽然损害了众多消费者的合法权益,但损害体现为消费者个体损害上,并不必然侵害社会公共利益……但如果经营者不仅侵害众多消费者合法权益,还同时侵害不特定消费者合法权益,则此时损害不仅表现为私人个体利益损害,还往往体现为对社会公共利益的侵害……此种情况下,众多不特定消费者权益的受损,会产生对市场诚信经营秩序的破坏,导致社会公共利益受到损害。”^{[1][2]9-18}据此解答,当经营者侵害的不仅是众多消费者合法权益,而且是不特定消费者合法权益时,就会同时构成对消费私益与消费公益的侵害。前者乃是众多不特定消费者的集合性或发散性私益,后者应是“市场诚信经营秩序”。此外,《消费民事公益诉讼解释》出台后,最高人民法院时任专委杜万华主编了对该《消费民事公益诉讼解释》的释义性文献,其中也对消费公益到底为何进行了探讨。但是从探讨的内容来看,只是为消费公益独立构造进行辩护,反复强调侵害众多不特定消费者合法权益的行为必须同时侵害了社会公共利益才能提起消费公益诉讼,而对于独立构造后的消费民事公益诉讼中的消费公益为何,并未给出比前述民一庭负责人更加清晰的界定。以至于释义性文献的作者自己也意识到了独立构造后的消费公益无法明确化和具体化的问题,只好将问题留给承

^①《民事诉讼法》第58条和《消费者权益保护法》第47条规定的是“众多消费者”,《最高人民法院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》(法释[2016]10号,2020年修正)第1条将其范围缩小为“众多不特定消费者”。

办具体案件的法官,让“法官根据案件的具体情况、根据所处时期的公共政策、民意和道德标准加以斟酌和裁量”^{[2]43-46}。因此我们在这里所能得出的一个结论是,迄今为止最高人民法院对于独立构造后的“消费公益”究竟为何,相对来说比较明确和具体的表述实际上就是“市场诚信经营秩序”。

但是,对“市场诚信经营秩序”这种具有高度抽象性的表述,如何在具体的消费公益诉讼中将其具体化?或者说,如何将“市场诚信经营秩序”所遭受之损害具体化?因为根据《民事诉讼法》(以下简称《民诉法》)第122条第3项的规定,原告起诉要有“具体的诉讼请求和事实、理由”,此即具体化主张与具体化陈述原则。依此要求,原告在提起消费公益诉讼时,应就消费公益所受侵害,提出具体的诉讼请求和事实、理由,如此就必须对公共利益以及公共利益所遭受的侵害进行具体化。然而一旦要进行具体化,就必须依《民法典》及《消费者权益保护法》(以下简称《消法》)中针对消费私益诉讼的规范来进行。原因仍然是,《民诉法》第58条和《消法》第47条是以众多消费者合法权益遭受损害作为消费公益遭受侵害的前提条件,《消费民事公益诉讼解释》第1条是以众多不特定消费者合法权益受到侵害或者有遭受侵害的危险作为消费公益遭受侵害的前提条件。如此一来,经具体化后的消费公益所遭受的损害,不过是对消费私益所遭受的损害的等额复制,即消费私益所遭受之损害为多少,消费公益所遭受的损害即为多少。消费公益无法独立于消费私益进行损害赔偿数额的计算,意味着消费公益无法独立于消费私益而进行具体化。实际上,即使是消极不作为或者积极作为的请求权,也与消费私益诉讼共享着相同的请求权基础。消费公益与消费私益之间的这种关系若不能厘清,《消费民事公益诉讼解释》将消费公益与众多不特定消费者之集合性与发散性私益进行区分就是不成功的,而在这种区分构造的基础上所建构的消费公益诉讼制度及其实践的合理性也终究得不到证成。以前述某地消协企图进行实践探索的案件为例,如果消协所提起的消费公益诉讼与其欲代表消费者提起的“消费集体诉讼”之间在诉讼请求上没有任何差异,那么经营者因一个总括的侵权行为,为什么要被两次提起民事诉讼?如此既不符合责任承担上的比例原则或者过罚相当原则,亦与民事诉讼一事不再理的原则相悖。

以下,笔者将围绕着消费公益的界定问题,展开探讨。

二、我国消费公益之规范表述的内在逻辑

我国消费民事公益诉讼的制度框架,大致由《民诉法》第58条、《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》(法释〔2015〕5号,2022年修正,以下简称《民诉法解释》)第282—289条、《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》(法释〔2018〕6号,2020年修正,以下简称《两高公益诉讼解释》)第1—20条、《消法》第37条第1款第7项和第47条、《消费民事公益诉讼解释》、《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2013〕28号,2020年修正,以下简称《食品药品规定》)第17条第2款、《个人信息保护法》第70条、《未成年人保护法》第106条和《反垄断法》第60条第2款构成。^①但需要说明的有3点。一是《个人信息保护法》第70条所规定的公益诉讼,可能是消费公益诉讼,也可能不是消费公益诉讼。依规范逻辑,如果是众多不特定消费者在进行消费活动的过程中被侵害了属于消费者个人的信息,则因违反《消法》第29条规定和落入《消费民事公益诉讼解释》的规制范围,可由消协提起消费公益诉讼。二是《未成年人保护法》第106条所规定的公益诉讼,如果涉及《消法》上的权利保护,并落入《消费民事公益诉讼解释》的规制范围,则也可能属于消费公益诉讼;与消费无关的,则不属于消费公益诉讼,仅检察机关可以起诉。三是《反垄断法》第60条第2款所规定的公益诉讼,如果涉及《消法》上的权利保护,并落入《消费民事公益诉讼解释》的规制范围,则也可能属于消费公益诉讼;与消费无关的,则不属于消费公益诉讼。

^①检察机关根据《英雄烈士保护法》第25条第2款规定提起的公益诉讼,在性质上已经不是消费民事公益诉讼,此处不论。

其中,《民事诉讼法》第58条第1款规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”这一条文并未对环境公益和消费公益作出定义,仅是将污染环境和侵害众多消费者合法权益的行为,界定为损害社会公共利益的行为。该条第2款关于检察机关提起公益诉讼的规定在表述上与此类同。这一条规定所涉及的环境公益,原本就是不特定的人所享有的不可分的统一的利益,该利益在私法上不属于任何一个私人所有,因此《民事诉讼法》第58条对其不作定义性规定,并不会带来理解上的困难。又因为环境公益乃为固有的公共利益,不属于任何一个私人所独享,当其受到侵害时,在民事方面的救济途径,当然应当是环境公益诉讼。对此,学界和实务界并无实质性分歧。然而消费公益则有不同。首先,消费者是民法上的私主体,其在消费过程中所享有的利益乃是私益,而非公益。但是根据《民事诉讼法》第58条的规定,侵害众多消费者合法权益的行为就是损害社会公共利益,即“消费公益=众多消费者合法权益”。依此逻辑,消费公益乃是众多消费者之发散性消费私益的集合或者叠加,而不是独立于消费私益的独立的公共利益。

《消费民事公益诉讼解释》第1条大致沿袭了《民事诉讼法》第58条的表述,但有两点变化:一是在“众多消费者”之“众多”后面增加了限制词“不特定”,是缩小了消费公益诉讼适用的案件范围;二是将侵害从现实的侵害扩张到现实可能造成损害的危险,扩大了消费公益诉讼的客观范围。就前一限缩性修改而言,未见其法理依据何在。若众多特定消费者之集合性或发散性私益不构成消费公益,那么为什么众多不特定消费者之集合性私益或发散性私益就构成消费公益?就后一扩张性修改而言,从原《民法通则》第134条和现行《民法典》第179条将消除危险作为民事责任形式加以规定,《消费者权益保护法》第18条、第19条对经营者危险警示义务进行规定,《产品质量法》第26条第1项对经营者的危险禁止义务和警示说明义务的规定来看,此一扩张仍然在相关法律规范之含义的射程范围内。也就是说,从《消费民事公益诉讼解释》第1条的规定来看,是将“消费公益=众多消费者合法权益”这一等式转化为“消费公益=众多不特定消费者合法权益”。这一转化体现了最高人民法院希望消费公益摆脱消费私益之枷锁而进入纯粹公益领域的意图。之后,《消费民事公益诉讼解释》在第9条、第10条和第16条将消费私益与消费公益平行并列规定,落实了这一意图。说明在最高人民法院看来,消费公益与众多不特定消费者之集合性或发散性私益之间是相互并存而不是相互取代的关系。也就是说,某一侵害众多不特定消费者权益的行为,可能同时侵害消费公益和众多不特定消费者之消费私益,而不是说前者由后者质变而来,从而可以取代后者。根据最高人民法院时任民一庭负责人所表达的立场,即使是众多且不特定的消费者利益受损,该利益也未必具有公共利益属性。只有侵害行为“会产生对市场诚信经营秩序的破坏”,才意味着会“导致社会公共利益受到损害”,对此所提起的诉讼才是消费公益诉讼。对于众多不特定消费者之私益受到的损害,可通过代表人诉讼展开程序,而非提起公益诉讼^[1]。然而以上观点不但没有澄清何谓消费公益,反而使得我们对消费公益的认识产生更多困惑。例如,如果说消费公益就是市场诚信经营秩序,那么市场诚信经营秩序所规范的对象就是经营者和消费者之间的交易行为。就此而言,即使是侵害单个消费者的不法经营行为,也是在破坏市场诚信经营秩序,为何针对这种不法经营行为就只能提起消费私益诉讼而不能提起消费公益诉讼?如果说侵害单个消费者的合法权益同时也是对市场诚信经营秩序的破坏,那么侵害众多特定消费者或者不特定消费者合法权益的经营行为,当然更是对市场诚信经营秩序的破坏,为何最高人民法院相关人士却认为即使在这种情况下,也可能不构成对市场诚信经营秩序的破坏、不是对消费公益的侵害,而只能依代表人诉讼展开程序?那么,在最高人民法院的观点里,侵害众多不特定消费者合法权益的行为达至何种情形,才构成对市场诚信经营秩序的破坏?关于这一点,最高人民法院并没有给出清晰的答案。

在笔者看来,最高人民法院不可能对上述追问给出清晰、准确的回答。原因乃在于《民事诉讼法》第58条在其规范表述上存在这样一个逻辑,就是将侵害消费公益建立在侵害消费私益的基础之上。就如我们在前面已经指出的,根据《民事诉讼法》第58条的规定,只要侵害众多消费者私益,就构成对消费公益的侵害。也就是说,侵害众多消费者私益乃是侵害消费公益的充分且必要的条件。对侵害消费公益的行为进行这样的一种规范构造,意味着消费公益与环境公益存在本质区别。在环境公益之情形,环境公益被侵害,并不以环境私

益遭受侵害为前提,甚至导致环境公益遭受侵害的行为,未必会造成环境私益的侵害。反过来说,即使大规模侵害环境私益的行为,也未必会造成对环境公益的侵害。例如,排放污水导致大量养殖户的鱼塘遭受污染,造成养殖损失,却未必构成对江河湖海等公共水体环境的污染,未必损害环境公益;而在荒无人烟的大漠建立工业生产基地,向没有居民的沙漠排放污水,公共环境遭到严重破坏,却未对任何私人利益造成损害。换言之,环境公益和环境私益原本就是可以区分开来的(虽然在特别情形下环境公益和环境私益之间也会发生重叠,但是这种重叠的利益在法律上和事实上都可以作出区分)。①而在消费公益中,情形则有不同:消费私益当然可以独立存在,但消费公益却不能独立存在,它天生就与消费私益不可分割——侵害消费私益的行为未必会侵害消费公益,而侵害消费公益的行为一定会首先侵害众多消费者的私益。既然侵害消费公益的前提是侵害众多消费者私益,那么在具体的消费公益诉讼中,要将消费公益从消费私益中剥离开来而独立构造,就会遭遇一个两难境地:要么掏空消费私益的内容,将之填充到消费公益的内涵之中;要么保留消费私益的内容,使消费公益仅有一个概念的空壳,而无任何实在内容。对于所谓“市场诚信经营秩序”这样一种原本是行政法和刑法所保护的法益,我们甚至连它在民法上的具体内容是什么都无法确定,更难确定它在个案中的具体内容。这就必然使消费公益概念陷入抽象性与空洞性困境。

三、消费公益独立构造的抽象性与空洞性困境

利益界定天生要求一定的具体性。尤其是在诉讼中,只有具体的利益才能被具体地表达,才能具体化诉讼请求和事实理由,才能满足民事诉讼之诉讼要件的要求。展开来说,所谓利益,乃是在主客二分的哲学认识论下,对客体与主体之间关系状态的一种描述。具体而言,利益是指客体对于主体所体现出的有用性和有利性。因此,利益本身就是一个带有功利性和主观性的概念。因此利益并非全是事实领域的概念,亦是价值领域的概念。客体之于主体体现为一种善时,是为利益;客体之于主体体现为一种恶时,是为不利益。所谓利害关系,就是指客体与主体之间的利益关系与不利益关系。由此可见,利益概念与具体的客体和具体的主体密不可分。离开具体的客体和具体的主体,就没有利益与不利益可言。进而,利益既然是具体的客体与具体的主体之间的一种价值判断上的关系状态,就意味着利益具有很强的主观性,与具体的主体的需求和偏好密不可分。也许有人会争论说利益不完全是主观的事物,有时候主体在主观上认为客体于其有利,但客体在客观上可能于其不利;反过来,主体在主观上认为客体对其不利,但客体在客观上可能于其有利。但这种所谓客观上的有利与不利,乃是基于“上帝视角”的判断,或者基于事后的回顾性检讨所进行的总结。在具体的生活世界中,主体对于客体之利益与不利益的即时判断,总是主观的。利益所具有的这种客体与主体之间价值关系的本质,使得我们很难从抽象的角度谈论具体的利益与不利益。

利益的这种主观性与具象性,对于我们定义和判断私益并无阻碍,因为我们总是在某种具体的情形下对私益进行判断,这种情形下私益的主客体双方都是具体的,主体的需求和偏好也是可以具体确定的。但是,当我们要定义公共利益时,就会遭遇一些困难。因为利益的主观性和具象性意味着我们难以离开具体的主体和具体的客体来判断利益关系,而公共利益所涉及的主体和客体却是具有一定抽象性的公共主体和公共客体。这种存在于主体与客体之上的双重抽象性,使我们在界定公共利益时陷入困境,导致公共利益概念在大多数时候都只是一种抽象表达,而无法具体化。尤其是,公共主体不仅具有抽象性,其在公共层面的需求和偏好如何,于判断上乃至表述上都有不一。因为公共主体之公共性如何,与公共主体的范围有关,与我们对公共主体的界定标准有关,而这些标准并非完全确定。还有,公共主体的利益需求和价值偏好

①在理论层面,环境公益和环境私益虽然较易界定,但是在环境公益诉讼的实践中,也存在公益界分的难题。例如在因污染集体经济组织具有所有权土地范围内的土壤所引起的环境公益诉讼中,环境公益与集体经济组织的环境私益之间如何界分,亦有相当难度。更典型的是,国家享有所有权的自然资源遭受侵害所引起的诉讼,尤其是海洋污染引起的诉讼,国家作为所有权主体所享有的利益与环境公益之间是何种关系以及如何界分,在环境公益诉讼的实践中较少有人争论,但在理论上一度存在分歧。

如何,亦具有相当的抽象性,非私人主体之利益需求与价值偏好的简单叠加。此外,公共利益关系中的公共客体本身之公共性的范围如何,也会影响到我们对公共利益的判断。简单来说,在由“公共主体”“公共需求”和公共需求所指向的“公共客体”这三个要素所构成的公共利益关系模式中,该三个要素均具有一定程度的抽象性,这种抽象性使得我们在日常语言中所说的公共利益,实际上都只是一种抽象的表达,这种表达欠缺法律上的实践价值,不能构成具体的权利义务关系。也正因如此,学界对于公共利益的界定也始终存在分歧。

而民事诉讼亦要求诉讼主体和诉讼客体都是具体而特定的,即使是公益诉讼也必须满足这种具体化的要求,才能启动诉讼程序。所以在能够进入诉讼程序的公共利益关系中,公共主体、公共需求和公共客体必须是具体的。以环境公益为例,就公共主体而言,虽然享受环境公益的主体存在不确定性,但是立法可以将环境公益诉讼之诉权以诉讼信托的方式赋予具体的主体,例如检察机关和符合条件的环保组织。这是环境公益之公共主体的具体性。就公共客体而言,是具体时空中的范围和内容都确定的生态环境;就公共需求而言,是符合生存所需要的环境状态,这种需求又可进一步具体化为维持生态环境原状而不被破坏。正是环境公益在公共主体、公共需求和公共客体上的具体性,才使得环境公益可以具体化,也才可以通过民事诉讼程序来对环境公益进行保护。然而在消费公益诉讼中,若将消费公益独立于消费私益而进行构造,虽然在公共客体不具体的情况下,我们可以将承担保护义务的主体具体化为国家以及自我设定保护义务的组织例如消协,那么公共客体与公共需求能否具体化?消费公共利益的公共客体是什么?如果说是“市场诚信经营秩序”,这显然是太过抽象的表达,哪怕是构成市场诚信经营秩序的任何一部法律例如《消法》都比它具体。是不特定消费者的合法权益吗?那似乎已进入消费私益的范畴之内。是消费者购买的具体产品或者服务?这也是消费私益所指向的对象。可见,消费公益关系中的公共客体实质上无法具体化。那么,不特定消费者对“市场诚信经营秩序”的公共需求是什么?是人身安全、财产安全还是物质或者精神上的其他某些需求?这些也是无法具体化的。可以说,一旦我们将消费公益关系中的公共需求和公共客体具体化,就必然进入消费私益的范畴,而不再属于消费公益。分析至此,我们可以得出的一个结论是,如果将消费公益独立构造,与它相关的公共需求和公共客体就都无法具体化。因此,即使我们将消费公益诉讼之实施权信托于具体的国家机关或者符合条件的社会组织,但是这些国家机关或者社会组织所要保护的独立于消费私益的消费公益为何,却仍然无法具体化。在无法具体化消费公益的情况下,如何提出具体的诉讼请求和事实、理由?从迄今为止的消费公益诉讼实践来看,只能借助消费私益,基于消费私益所遭受的侵害来主张消费公益的诉讼请求和事实理由。这就导致笔者在下文将要讨论的消费公益在规范构造上对消费私益的寄生性,进而导致消费公益诉讼之诉讼请求与事实理由沦为消费私益诉讼之诉讼请求的集合性或者叠加性镜像。

实际上,最高人民法院在《消费民事公益诉讼解释》中将消费公益独立构造后,也曾对独立构造消费公益的必要性进行了说理,但他们的说理太过苍白,没有任何说服力。例如他们认为:首先,从目的解释出发,《民事诉讼法》第58条对公益诉讼的规定采取“具体列举+概括规定”的模式,在概括规定中加上了“损害社会公共利益”的限制,所以侵害众多消费者个人权益的行为只有符合“损害社会公共利益”时才属于消费公益诉讼适用范围;其次,从体系解释角度,消费公益诉讼是为了弥补司法救济和行政救济制度的不足而设立,不宜取代其他救济方式;^①最后,从司法实践角度出发,区分公益诉讼与私益诉讼的基本条件也是最核心的条件为“社会公共利益受到损害”,司法实践中相对成熟的环境民事公益诉讼就是以此作为区分标准,消费民事公益诉讼也应如此区分^{[2]44-45}。上述三个理由均不成立。首先,《民事诉讼法》采“列举+概括式规定”的模式,正说明其所列举的情形也就是“侵害众多消费者合法权益”的行为,就是“损害社会公共利益”的行为,而无须再附加独立的“侵害社会公共利益”的条件;其次,消费公益诉讼弥补现有救济手段不足的定位,并不意味着要对消费公益进行独立构造,如果其他救济手段有效,那自然不用启动消费公益诉讼;最

^①此处应是指不宜取代人数不确定的代表人诉讼制度。

后,前已指出,环境公益诉讼之环境公益天生就是独立的且与环境私益可以区分的,这一点与消费公益诉讼领域以“众多消费者合法权益受到侵害”作为提起消费公益诉讼的条件存在根本区别。也正是因为最高法院对消费公益进行独立构造是不成立的,所以在具体到公益诉讼的判断标准时,最高人民法院也不得不承认:“‘众多’为损害社会公共利益判断的形式标准之一,‘不特定’为损害社会公共利益判断的实质标准之一。”^{[2]40-41}也就是说,最高人民法院自己对损害社会公共利益的判断,也不得不寄生于对侵害众多不特定消费者集合性私益的判断上,否则无法避免消费公益独立构造后的抽象性与空洞性。

四、消费公益独立构造的私益寄生性

由于将消费公益独立构造存在抽象性与空洞性困境,而与民事诉讼之具体化陈述的要求不符,导致最高法院在《消费民事公益诉讼解释》中不得不依托有关消费私益的规定,来对消费公益进行具体化界定。我们可以发现,《消费民事公益诉讼解释》第2条在罗列可以提起消费公益诉讼的情形时,除了受害对象是众多不特定消费者,侵害消费者的行为与《消法》所列之侵害消费私益的情形无异。其中,“提供的商品或者服务存在缺陷”,是对《消法》第18条第1款第一句规定的违反;“提供的商品或者服务可能危及消费者人身、财产安全,未作出真实的说明和明确的警示,未标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生方法的;对提供的商品或者服务质量、性能、用途、有效期限等信息作虚假或引人误解宣传的”,是对《消法》第18条第1款第二句和第20条第1款的违反;“宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院、景区、体育场馆、娱乐场所等经营场所存在危及消费者人身、财产安全危险的”,是对《消法》第18条第2款规定的违反;“以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式,作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理规定的”,是对《消法》第26条第2款的违反。至于《消费民事公益诉讼解释》第2条所列之兜底条款,即“其他侵害众多不特定消费者合法权益或者具有危及消费者人身、财产安全危险等损害社会公共利益的行为”,虽在《消法》中无对应条文,但除去“众多不特定消费者”之表述后(此一兜底条款之后段规定并未使用“众多不特定消费者”而仅使用了“消费者”,但能够危及消费者的“危险”,其所危及的当然是不特定的消费者),亦与侵害消费私益之情形无异。换言之,《消费民事公益诉讼解释》虽然将消费公益与消费私益区分,却不得不借助侵害消费私益的法律规定来对侵害消费公益的情形进行描述。

《食品药品规定》亦如此。通篇是对经营者侵害消费私益的规制,所列经营者侵害消费者合法权益的各种行为,均是对消费私益的侵害;所列消费者的权利,亦是对消费私益的保护。然而《食品药品规定》在第17条第2款直接规定:“法律规定的机关和有关组织依法提起公益诉讼的,参照适用本规定。”参照什么?无非是参照经营者侵害消费者私益的行为构成与责任认定,以及消费者为保护消费私益所享有的权利。也就是说,在食品药品领域的消费公益诉讼中,消费公益也是不得不寄生于消费私益之中,没有自己独立的内涵与外延。实际上在具体的诉讼中也不可能离开消费私益所遭受的侵害而独立判断出消费公益所遭受的侵害,或者离开消费私益所遭受的损害而独立计算出消费公益所遭受的损害。

为什么消费公益不得不寄生于消费私益之中?其原因就在于,《民诉法》第58条和《消法》第47条在有关消费公益诉讼的规范逻辑上,首先是要求经营者侵害了消费者私益,其次是被侵害的消费者私益在规模上扩张到众多消费者私益,然后却省略了或者说直接越过“消费公益”的概念,从被侵害的众多消费者私益突然跳跃到消费公益诉讼,而许可省一级消协和检察机关(仅限于食品、药品领域侵害众多消费者合法权益的情形)提起消费公益诉讼。以思维导图来显示就是:“消费私益→众多消费者私益→消费公益诉讼”,而不是:“消费私益→众多不特定消费者私益→消费公益→消费公益诉讼”。换言之,在《民诉法》第58条和《消法》第47条的规范逻辑中,是直接将众多消费者私益等同于消费公益,而未为独立的消费公益留下任何位置。简单来说,《民诉法》第58条和《消法》第47条的规范逻辑是:“消费私益→众多消费者私益=消费公益→消费公益诉讼”,独立的消费公益概念乃是最高法院在《消费民事公益诉讼解释》中生造

出来的。如果根据《民事诉讼法》第58条和《消法》第47条的逻辑也就是“众多消费者私益=消费公益”,那么消费公益诉讼中原告进行具体化陈述并无障碍,将有关消费私益遭受侵害的情形乘以众多消费者即可,在违法行为认定和损害后果之计算上亦无不能克服之障碍,按照经营者销售商品或者服务的总量和总价作为基数,按照法律规定、司法鉴定或者司法评估进行计算即可。然而若坚持消费公益的独立性,将其与消费私益进行区分构造,却又不得不依托有关消费私益遭受侵害的规定来计算消费公益所遭受的损害,则必然使消费公益与众多消费者之集合性或发散性私益所遭受的损害重合,而使消费公益成为消费私益之镜像。

于此我们需要追问的是,如果将消费公益进行独立构造后,在诉讼中仍然要依托消费私益予以具体化,那么将消费公益进行独立构造的实益是什么?支持独立构造的立场无法回答这一追问。

五、消费公益独立构造的法理悖论

我们知道,保护公益不仅仅有民事诉讼一个途径,实际上刑事诉讼与行政处罚是比民事诉讼更为直接而有力的保护公共利益的手段。但是在刑事诉讼和行政处罚所到达不了的地方,民事公益诉讼就有了发挥其作用的空间。这就是民事公益诉讼制度存在的必要性。例如我们在前面提到的环境民事公益诉讼,就有着这样一种必要性。在环境公益遭受侵害时,虽然行政处罚和刑事诉讼都可以令侵权人停止侵害、排除妨碍和消除危险,但是环境公益所遭受的损害无法通过行政罚款和刑事罚金得到补偿,也无法通过禁止性命令得到修复。所以需要环境民事公益诉讼,来为受到损害的环境公益获得足够的赔偿,并通过环境民事公益诉讼责令被告人修复被损害的环境。这就是创设环境民事公益诉讼制度所要达到的目的。但是,就消费公益而言,若对其进行独立构造并将其界定为市场诚信经营秩序,那么行政处罚的手段更为直接,也更为有效。尤其在实践中探索消费公益诉讼较多的食品药品领域,对于侵害消费者利益的违法经营行为的行政处罚非常严厉。比如,根据《食品管理法》第123条的规定,对于所列侵害消费者利益的违法经营行为,除了没收违法所得和违法生产经营的食品,没收用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品,如果违法生产经营的食品货值金额不足1万元的,并处10万元以上15万元以下罚款;货值金额1万元以上的,并处货值金额15倍以上30倍以下罚款;情节严重的,还可以吊销许可证,并可以由公安机关对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处5日以上15日以下拘留。请读者诸君注意,这里的“货值金额十五倍以上三十倍以下罚款”,已经远远高于消费民事诉讼中按照售价最高10倍计算的惩罚性赔偿金,更不要说没收违法所得、违法生产的食品和用于违法生产经营的工具、设备和原料等。再请读者诸君注意,根据这一条的规定,违法生产经营的货值尚不足1万元的时候,即可启动行政处罚程序。这意味着行政处罚程序的启动标准并不高。除了《食品安全法》,《药品管理法》第115条、第116条和第117条都作了类似的规定,并且还有更加严厉的处罚,比如,侵害消费者之违法经营行为情节严重的,吊销药品生产许可证、药品经营许可证或者医疗机构制剂许可证,10年内不受理其相应申请;药品上市许可持有人为境外企业的,10年内禁止其药品进口。此种长期禁止进入相关领域的惩罚,可以说是极其严厉的。由上观之,通过行政处罚来保护消费公益,在手段和效果上都更加直接、有力。

但是,若依民事诉讼程序来保护此一独立构造的消费公益,那么在市场诚信经营秩序遭受损害后,其损害后果到底如何,难以通过金钱量化。在不能通过金钱量化损害后果的情况下,消费公益诉讼原告将难以证明其是否遭受损害,从而也无充分依据来主张惩罚性赔偿金。此种情况下,消费公益诉讼原告依法只能主张消极不作为的请求权或者积极作为的请求权,例如停止侵害、排除妨碍和消除危险等,或者主张确认格式条款无效的消极确认之诉权。也许这也正是最高人民法院在《消费民事公益诉讼解释》第13条仅规定此类请求权和消极确认之诉权的原因(至于赔礼道歉这样的请求权,实际上仅具有道德意义,不具有法律意义。尤其就公共利益而言,其主体不会遭受精神伤害,赔礼道歉不会产生精神治愈效果。《消费民事公益诉讼解释》在第13条第1款列上这样的责任形式了无实益)。这些消极不作为和积极作为的请求以及消极确认的主张,完全可以通过市场监管部门的行政手段来满足。若是经营者违法行为性质严重,还可以通

过刑事手段来达到上述目标。若是经营者违法行为性质轻微,甚至达不到需要给予行政处罚的严重程度,那么消费者通过私益诉讼也可以主张消极不作为或者积极作为的请求权和消极确认之诉权,令经营者停止侵害、排除妨碍、消除危险,以及宣告侵害消费者合法权益的格式合同或格式条款无效,而且消费私益诉讼中的惩罚性赔偿亦可发挥对经营者的惩戒作用。这就意味着:如果我们将消费公益与消费私益区分构造,那么就没有必要创设消费公益诉讼制度;如果我们将消费公益与众多不特定消费者之集合性私益合一构造,那么消费公益诉讼在本质上就是集合性消费私益诉讼,而不是纯粹意义上的消费民事公益诉讼。这就是将消费公益进行独立构造的法理悖论。

然而最高人民法院似乎并未意识到上述法理悖论,不仅在《消费民事公益诉讼解释》中将消费公益独立构造,而且在食品药品消费领域开创了参照消费者私益遭受侵害时的损害赔偿计算方法,允许消费公益诉讼原告向被告主张惩罚性赔偿金。前曾提及,《消费民事公益诉讼解释》在第13条第1款中并未规定损害赔偿的民事责任,却在停止侵害、排除妨碍、消除危险和赔礼道歉这四个民事责任形式后面加有一个“等”字。在该解释出台后,最高人民法院时任专委杜万华在解读第13条第1款时,指出“在明确列举请求权类型后面加一个‘等’字作为保留,为将来法律修改及司法实践进一步发展后,消费民事公益诉讼的请求权类型扩张预留空间”^[2]³³。对此,理论界和实务界有人理解为最高人民法院的意图是在时机成熟后可以进行等外探索,判令被告承担损害赔偿责任。但是我们必须看到的是,因为最高人民法院将消费公益解读为抽象的市场诚信经营秩序,使得对侵害消费公益所造成的损失无法进行具体化计算,所谓“等”外探索存在法理障碍。不过,最高人民法院在《食品药品规定》第17条第2款规定消费公益诉讼参照适用《食品药品规定》后,在食品药品领域,消费公益诉讼原告向被告主张惩罚性损害赔偿,似已消除障碍。其原因在于,《食品药品规定》第15条规定:“生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,依据食品安全法等法律规定向生产者、销售者主张赔偿金的,人民法院应予支持。生产假药、劣药或者明知是假药、劣药仍然销售、使用的,受害人或者其近亲属除请求赔偿损失外,依据药品管理法等法律规定向生产者、销售者主张赔偿金的,人民法院应予支持。”那么食品药品领域的公益诉讼原告依据《食品药品规定》第17条第2款规定,就可以直接参照上述第15条规定,援引《食品安全法》第148条第2款和《药品管理法》第144条第3款规定,无须证明消费公益遭受实际损失,而仅根据被告销售价款之总额,最高可以乘以十倍,计算出惩罚性赔偿金,向被告进行主张并获得法院支持。上述制度安排,导致经营者除因一个违法行为,在承担私益诉讼的补偿性赔偿和惩罚性赔偿之外,还要在公益诉讼中再承担一次惩罚性赔偿,与此同时亦不能免除其在行政领域乃至刑事领域受到的惩罚,尤其行政罚款和刑事罚金在金额计算上亦相当严厉。此种制度安排是否偏离比例原则或者过罚相当的原则,这里暂且不论,需要反思的是这种制度安排内部的法理悖论:发动消费民事公益诉讼的前提是众多不特定消费者的合法权益遭受侵害,而凡侵害众多不特定消费者合法权益的违法经营行为,其在性质上一定已经严重到需要动用行政手段乃至刑事手段的程度(至少从目前的实践来看,食品药品领域的消费公益诉讼,主要是刑事附带民事公益诉讼)。然而在行政手段和刑事手段已经完全可以恢复市场诚信经营秩序的情况下,却又通过民事公益诉讼来提起停止侵害、排除妨碍、消除危险等消极不作为和积极作为的请求权,乃至主张惩罚性赔偿金,来达到恢复市场诚信经营秩序的目的。那么,在行政手段和刑事手段已经恢复市场诚信经营秩序的情况下,消费民事公益诉讼之诉的利益何在?也许有人会说,可以按照民事优先,先民事、再行政然后再刑事的顺序来确定公益保护的途径。我国已有学者提出类似观点^[3]。但是,对经营者进行行政监管是行政监管部门的法定职责,对构成犯罪的违法经营行为进行刑事立案也是刑事司法机关的法定职责,无论检察机关和消协是否提起消费民事公益诉讼,行政机关和刑事司法机关都不能放弃或者怠于履行职责。换言之,在将消费公益独立构造为市场诚信经营秩序后,对于因侵害众多不特定消费者之合法权益而破坏市场诚信经营秩序的违法行为,行政手段(甚至刑事手段)必然会启动,从而消费民事公益诉讼必然会失去诉的利益。在失去诉的利益后,即使已经启动的消费民事公益诉讼,也应撤回起诉或者裁定驳回起诉,终结程序。

综上分析,将消费公益进行独立构造并将其界定为市场诚信经营秩序,会因其内在固有的悖论,导致

消费民事公益诉讼制度的死亡。

六、从抽象消费公益向集合性与发散性消费私益的回归

前述法理悖论,皆由最高人民法院在《消费民事公益诉讼解释》中将消费公益独立构造所引起。既然悖理之处是消费公益独立构造,那么消除悖理的路径就是放弃消费公益的独立构造,将消费公益界定为众多消费者的集合性或发散性私益。只有在这一界定下,消费公益诉讼制度才有存在的必要。因为在侵害众多不特定消费者合法权益的情形,消费者的合法权益及其所遭受的损失都具有发散性特征,虽然众多消费者所遭受的损失累计起来可能金额巨大,但单个消费者所遭受的损失则相对较小。如果每一个消费者都不得通过单独的私益诉讼来主张权利,其在诉讼程序中所耗费的时间、精力乃至物质成本都较高,相较于成本支出,胜诉后的收益则较少,以至于大多数消费者选择默默隐忍而不愿意起诉。如果全部的消费者都各自提起私益诉讼来维权,则总和的诉讼成本巨大,而累计的诉讼收益就相对较少。而如果众多消费者通过人数不确定的代表人诉讼制度来维权,则一方面因为我国加入制的代表人诉讼决定了能够作为共同原告起诉的人数有限,不足以对被告形成足够的威慑,难以制止被告继续进行侵害消费者合法权益的行为;另一方面也因为大多数的受害消费者出于搭便车的心理,不愿意加入诉讼来分担成本,导致诉讼成本主要由积极发动诉讼的消费者承担,从而削弱其提起诉讼的动力。这种缺乏激励机制的人数不确定的代表人诉讼制度,不足以应对众多不特定消费者利益遭受侵害的难题。这实际上也是我国代表人诉讼制度确立以来适用较少,几近休眠的根本原因。此种情况下,将众多不特定消费者利益界定为消费公益,根据诉讼担当的原理,创设消费公益诉讼制度,由检察机关和消费者组织来提起诉讼,请求不法经营者履行消极不作为或者积极作为义务,向全部受害者赔礼道歉,并就全部不特定消费者所遭受的损失请求赔偿,可以显著降低诉讼成本,提高诉讼收益,增强诉讼的威慑效力。如此可弥补纯粹消费私益之诉和人数不确定的代表人诉讼制度的不足,一方面惩戒违法经营者,另一方面为利益遭受损害的众多不特定消费者提供救济。也许这正是《民法典》第58条和《消法》第47条将消费公益诉讼的规范逻辑表达为“消费私益→众多不特定消费者私益=消费公益→消费公益诉讼”的根本原因。

实际上,立法者在《民法典》中确立公益诉讼的基本制度时,并未明确将消费公益从众多消费者之集合性或发散性私益中剥离出来进行独立构造。因彼时学界对公共利益和公益诉讼的概念与内涵均存分歧,立法者对消费公益乃至公共利益为何,于认识上亦存困惑。比如认为“公共利益既是私益的集合体,与私益相关联,但又不等同于私益,有时具有抽象性、宏观性等特点”,“公益诉讼纠纷所涉及的损害往往具有广泛性、严重性和长期性”。在涉及消费公益诉讼时,则是直接将“损害众多消费者利益”认定为侵害公共利益。同时,立法者也承认:“一些问题需要法官在实践中摸索解决,如‘公共利益’的判断标准问题等,这实际赋予了法院和法官相当大的自由裁量权。”^[4]这说明,在《民法典》第58条确立消费公益诉讼的原则性规定时,实质上是将消费公益界定为众多消费者之私益的集合,是众多消费者之消费私益的集合经由量变到质变的过程,而进化为消费公益;是最高人民法院在制定《消费民事公益诉讼解释》时,将消费公益从众多不特定消费者之集合性与发散性私益中剥离开来,进行独立构造。前曾提及,在将消费公益独立构造后,由于无法将独立的消费公益具体化,最高人民法院也不得不承认审理个案的法官对“社会公共利益”的判断具有一定的自由裁量权,并声称为规范法官的自由裁量权,在《消费民事公益诉讼解释》第2条归纳了消费领域中“社会公共利益”的类型^[1]。然而正如前文所指出的,这些归纳无非是对消费者私益受到侵害之情形的复制,无非是将具体消费者所受到的侵害替换为众多不特定消费者所受到的相同类型的侵害而已。这意味着,最高人民法院将消费公益进行独立构造的努力是不成功的。

目前,学界对于消费公益的界定仍然没有统一意见,但是在涉及惩罚性赔偿时,形成了比较统一的立场,就是惩罚性赔偿请求权应当属于受害的众多不特定消费者,而不是对独立构造的抽象的消费公益的救济。例如黄忠顺教授在研究消费公益诉讼时即指出:“消费者协会在公益诉讼中请求被告支付的惩罚性赔

偿金,实际上是所有受害消费者可以通过个别诉讼请求被告支付的惩罚性赔偿金的总额。”^[5]学者颜卉认为,惩罚性赔偿金是基于消费侵权法律关系产生的一种民事责任形式,依理应当属于不特定的广大消费者所有。^[6]学者杜乐其认为:“在我国消费公益诉讼中,虽然原告由法定消费者组织或机关担任,但其所保护和救济的利益仍然是众多不特定消费者的利益,因此,当其主张损害赔偿责任时,仍以众多不特定消费者遭受损害为计算依据。只是因找寻、识别和证明单个受害消费者及其具体损失的高昂成本,故通常以被告销售金额或违法所得作为计算损失的替代性依据。”^[7]刘学在教授也持上述立场,但是他的观点与前述各位学者的观点略有不同。在他看来,既然惩罚性赔偿请求权不属于公益诉讼原告,那么就应当通过其他的私益诉讼形态来主张,或者以任意担当的方式,授权给有权提起公益诉讼的主体来主张。在剥离惩罚性赔偿后,公益诉讼应仅限于主张那些具有预防性质的不作为请求权^[8]。但是这里必须指出的是,如果说因侵害众多不特定消费者而产生的惩罚性赔偿请求权应当归属于受到侵害的众多不特定的消费者,那么因此而产生的具有预防性的、不作为的请求权也应当归属于受到侵害的众多不特定的消费者。此种情况下,将因同一侵权行为所产生的不同的具体的请求权分别归属于不同的主体来主张,显然有悖法理。更加合理的解决路径,就是将消费公益界定为众多消费者的集合性私益,而将此种集合性私益遭受侵害所产生的请求权,以法定诉讼担当的方式,授权给具有公益诉讼提起资格的主体包括检察机关和消协来主张。如此一来,我们就不会在消费公益诉讼之原告是否为法律意义上的和实践意义上的消费者、消费公益是否遭受实际损失、消费公益诉讼原告是否可以主张补偿性损害赔偿请求权和惩罚性损害赔偿请求权等问题上陷入法理困境,而可以令公益诉讼原告除了可以主张消极的不作为的请求权(停止侵害),也可主张积极的作为请求权(排除妨碍、消除危险、赔礼道歉),还可主张补偿性损害赔偿请求权和惩罚性损害赔偿请求权。依此路径,公益诉讼胜诉后,补偿性损害赔偿和惩罚性赔偿金均归属于消费者,我们关注的重点就可以放在赔偿金的管理使用和分配上,而不必纠结消费公益为何以及在消费公益诉讼中如何主张具体的请求权。

综上分析,从抽象消费公益向众多消费者之集合性与发散性私益的回归,是理顺消费公益诉讼之理论与制度逻辑,回归消费公益诉讼以诉讼信托的制度安排来保护众多消费者合法权益之初衷的理性选择。也许有人会说,在将消费公益界定为众多消费者私益后,消费公益之“公益性”体现在何处?为什么还需要有消费公益诉讼的制度安排?笔者对此的回答是,消费公益的“公益性”就体现在它是众多尤其是众多不特定消费者的合法权益,而不是个别消费者的私益;消费公益诉讼的制度实益就在于,当没有其他适当的诉讼途径来救济众多消费者遭受侵害的合法权益或者通过其他的诉讼途径在成本上、效率上和保护范围上难以为众多消费者提供最大程度的救济时,消费公益诉讼可以成为一种最优的选择。

七、消费公益诉讼之内涵与外延的重构

为什么最高人民法院在《消费民事公益诉讼解释》中对消费公益与消费私益进行区分构造?依笔者愚见,其原因有二。第一个原因是,《民法》第58条将侵害众多消费者合法权益的行为与污染环境的行为并列在一个条文中列举,并在“等”字后以统一的概括性规定“损害社会公共利益”来收尾,使得一些人误将消费公益与环境公益进行类似理解,认为既然环境公益与环境私益可以区分构造,那么消费公益与消费私益也应区分构造。最高人民法院出台《消费民事公益诉讼解释》后,在时任专委杜万华主编的解读《消费民事公益诉讼解释》的文献中明确表达了这样的思路。该文献在讲到区分公益诉讼与私益诉讼的基本条件是“社会公共利益受到损害”时,特别举例说:“目前司法实践中,相对成熟的民事公益诉讼主要体现为环境民事公益诉讼,该类诉讼起诉条件为‘已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态行为’,即也以损害社会公共利益作为环境公益诉讼条件。”^{[2]45}这种无视消费公益与环境公益之本质区别,僵化照搬环境公益诉讼来理解消费公益诉讼的思路,显然是最高人民法院将消费公益与众多不特定消费者集合性私益与发散性私益区分构造的主要原因。最高人民法院将消费公益独立构造的第二个原因应该是,通过强调“损害社会公共利益”抑制有资格提起消费公益诉讼的主体无序发动消

费公益诉讼的冲动,将消费公益诉讼放置在代表人诉讼之后,使其仅能作为一种补充性诉讼途径存在。这种情况下,由于独立构造的消费公益的高度抽象性,如何认定经营者是否构成对消费公益的侵害,就由法院来斟酌裁量,法院可以将斟酌裁量作为过滤性手段,将一部分诉讼阻挡在法院的大门之外。关于这一点,最高人民法院在前述解读性文献中也有表露^{[2]45}。关于第一个原因,由于最高人民法院对消费公益与环境公益之本质区别缺乏正确认识,这种理解上的错误当然不能成为支撑独立构造消费公益的充分理由;关于第二个原因,也就是对消费公益诉讼制度被滥用的担忧,原本就与消费公益是否是一种独立的公共利益无关,为预防制度滥用而扭曲规范意旨,就好像为了不让小孩子多吃糖而强行说糖不是糖。本末倒置,其谬大矣。从目前消费民事公益诉讼的实践探索中所暴露的一些问题来看,^①对独立构造消费公益的做法进行反思和检讨,将我们对消费公益的认识,回归到众多尤其是众多不特定消费者之集合性私益或发散性私益,已经有其必要。

为此,我们有必要回顾一下肖建国教授早在2007年就发表的观点。当时,肖教授将美国和德国的民事公益诉讼进行了比较考察,对我国应确立何种公益诉讼制度模式提出了建议。他认为:“公益与私益存在紧密联系,部分私益诉讼能够直接实现公益目标,因而可以上升为公益诉讼。这一点在群体利益保护的诉讼中表现得特别明显。”在这样的思路下,肖教授认为扩散性利益的司法保护、集合性利益的司法保护等都可以是公益诉讼。此外,实验性诉讼(示范性诉讼)、团体性诉讼、公民诉讼和民事公诉等,在域外也都是在公益诉讼的范畴下展开的。他建议我国民事公益诉讼采民事公诉为主导,实验性诉讼、团体诉讼和公民诉讼为补充的模式^[9]。现在回过头来看,如果当时立法者采纳肖建国教授的观点,一方面未必会引发公益诉讼领域的滥诉现象,因为事实证明,发动和展开公益诉讼程序需要较大的时间成本、人力物力成本以及较强的专业知识,不是任何人都有能力也有意愿为了维护众多消费者的合法权益而进行诉讼的;另一方面也不必对消费公益进行不同于众多消费者之集合性或者发散性私益的独立构造,不会产生消费公益诉讼在当下所遭遇的规范困境与理论困境。但亡羊补牢,其时未晚。我们现在更新对消费公益诉讼的理解还不迟。

基于以上分析,我们应当将一切能够保护众多消费者之合法权益的诉讼,皆纳入消费公益诉讼的范畴之下。即使有的诉讼是由消费者私人基于维护私益而提出,但如果客观上有利于众多消费者合法权益,当然也同时具有消费公益诉讼的性质。也就是说,一个诉讼可以具有私益和公益的双重性质。例如对于理论界和实务界都争议很大的职业索赔人知假买假问题,最高人民法院在《食品药品规定》第3条坚持最初立场,规定:“因食品、药品质量问题发生纠纷,购买者向生产者、销售者主张权利,生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的,人民法院不予支持。”其原因就在于,职业索赔人虽然在主观动机上是为自己谋取利益,但客观上有利于打击不法经营者,维护市场诚信经营秩序,进而维护众多消费者合法权益。因此职业索赔人提起的消费私益诉讼,客观上有维护消费公益的效果,将其纳入消费公益诉讼的范畴之下,亦无可。尤其是,消费私益诉讼所主张的消极不作为请求权和积极作为请求权,客观上亦有利于众多消费者合法权益。从此角度看,消费私益诉讼中原告所主张的消极不作为请求权和积极作为请求权,亦具有保护消费者公益的意义。这是其中一例。另外一个例子是,《证券法》第95条第3款所规定的特别代表人诉讼制度也具有明显的公益性质。因为投资者保护机构仅持有被告一手股票,与做出虚假陈述等侵害投资者合法权益的被告之间仅存在微弱的直接利害关系,其提起诉讼的目的显然是维护众多投资者合法权益,而不是为了自己的利益提起诉讼。如果把中小投资者界定为金融消费者的话,甚至中小投资者保护机构提起的特别代表人诉讼,也具有消费公益诉讼的性质。以上例子说明,将消费公益独立于众多消费者集合性与发散性私益进行构造,并将消费公益诉讼局限在为了保护独立构造的消费公益而

^①例如在消费公益诉讼中是否可以对《消费民事公益诉讼解释》第13条第1款所规定的民事责任方式进行“等”外探索,是否应支持补偿性损害赔偿和惩罚性赔偿金,以及如何认定补偿性损害赔偿和惩罚性赔偿金等问题上,各地法院认识混乱,学理几乎一边倒地批判,等等。

提起的诉讼,不仅有悖于法理,也落后于法治国家的社会治理需求。

沿着以上思路,我们可以发现,《民事诉讼法》第58条和《消法》第47条中规定的消费公益诉讼,在规范逻辑上与证券特别代表人诉讼类似,大致相当于退出制的集团诉讼,只不过消协和检察机关的原告资格来源于法律规定,属于法定的诉讼担当。在这种机制下,公益诉讼原告所主张的消极不作为的请求权和积极作为的请求权,属于被保护的众多消费者。公益诉讼原告亦可主张补偿性损害赔偿请求权和惩罚性赔偿金的请求权,这两种请求权当然也归属于众多消费者,胜诉所获利益当然亦归于众多消费者。此种情况下,消费公益诉讼和私益诉讼不可并存。消费者提起私益诉讼的,公益诉讼在诉讼请求中应扣除该私益诉讼原告主张的金额;而作为或者不作为的请求权,则宜由消费公益诉讼原告来主张。至于在公益诉讼胜诉所获利益是否要进行分配以及如何分配,则是另外一个问题。如果要分配,可再确立相应的分配机制;如果因遭受损害的消费者私益太过分散,以至于分配所需要的成本太高,消费者实际分配到的利益也过于琐屑,也可以不做分配,可设立相应的消费公益基金,或者直接归入常设性的消费公益基金,用以保护众多消费者的合法权益。为尊重消费者处分权益,法定担当公益诉讼之诉权的组织或者机关,可以在起诉前发出公告,敦促消费者通过个人的私益诉讼、共同诉讼、人数确定的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼,维护自身合法权利。在无人起诉的情况下,或者相关私益诉讼不能覆盖的主观范围和客观范围下,再提起消费公益诉讼。公告可利用现有信息网络科学技术,通过不同媒介,在最大范围内发布,尽量使消费者都能获知,以最大可能保障消费者的程序选择权。此外,仅主张消极不作为请求权或者积极作为请求权的公益诉讼、公益确认之诉和示范诉讼亦是可以尝试的诉讼形态。在消极不作为(主张停止侵害的请求权)或者积极作为(主张排除妨碍或者消除危险的请求权)之诉中,公益诉讼原告只需就消极不作为或者积极作为的请求权进行主张,在判决作出后,消费者可在判决所确认的事实基础上,就各自所遭受的具体损害起诉主张补偿性损害赔偿请求权和惩罚性赔偿金,此种诉讼当然也可以共同诉讼和代表人诉讼的形态进行。在公益确认之诉,是公益诉讼原告仅就被告的侵权事实提起确认之诉,为消费者提起给付之诉预先固定事实,减轻消费者提起给付之诉的证明负担。在示范诉讼,公益诉讼原告先就个别案件提起示范诉讼,为消费者在后提起维权诉讼提供先例指引,并同时减轻其证明负担。总之,在将消费公益回归到众多消费者之集合性或发散性私益后,我们就在公益诉讼领域打开了一个新世界,可以将各种有利于保护众多消费者合法权益的诉讼形态纳入公益诉讼的范畴之下,从而更加周全地保护众多消费者合法权益,维护市场诚信交易秩序。

参考文献:

- [1] 罗书臻. 积极稳妥推进消费民事公益诉讼构建和谐公平诚信消费市场秩序——最高人民法院民一庭负责人就消费民事公益诉讼司法解释答记者问[N]. 人民法院报,2016-04-26(3).
- [2] 杜万华. 最高人民法院消费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,2016.
- [3] 汤维建. 检察公益诉讼实施模式研究[J]. 学术交流,2023(1):25-42.
- [4] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 民事诉讼法修改决定条文释义[M]. 北京:中国法制出版社,2012:46-56.
- [5] 黄忠顺. 惩罚性赔偿消费公益诉讼研究[J]. 中国法学,2020(1):260-282.
- [6] 颜卉. 消费公益诉讼惩罚性赔偿金归属研究[J]. 兰州大学学报(社会科学版),2020(3):76-83.
- [7] 杜乐其. 消费公益诉讼惩罚性赔偿解释论[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2022(1):119-136.
- [8] 刘学在,尹思媛. 消费民事公益诉讼:实践困境与突破路径[J]. 广西社会科学,2022(11):98-108.
- [9] 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[J]. 中国法学,2007(5):129-146.



(责任编辑 张伟 郑英龙)