

环境公益诉讼中“公益”的识别与认定

——一种反向排除的视角

张宝, 潘鸣航

(中南财经政法大学法学院, 湖北武汉, 430073; 中国人民大学法学院, 北京, 100010)

摘要: 如何认定环境公益诉讼所救济的“环境公益”一直存在较大争议。从正面直接定义环境公益的概念极具难度与抽象性, 但可以通过其与“私益”相区分的本质特点, 采用反向排除的方法认定其范围, 即先区分损害行为是环境污染行为还是生态破坏行为, 再区分损害对象是对环境本身的损害还是对人的损害, 最后区分损害结果是实害、具体危险还是抽象危险, 构建从“损害行为—损害对象—损害后果”三要件递进排除能够通过私益诉讼得到救济的对象, 进而识别出损害环境公益的具体表现。

关键词: 环境公益诉讼; 私益诉讼; 三要件递进排除法; 反向视角

中图分类号: D922.68

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)02-0037-09

2012年修订的《民事诉讼法》因应时代的需求, 首次在法律层面规定了公益诉讼条款, 为环境公共利益的保护提供了一条重要途径。2014年修订的《环境保护法》以及2015年最高人民法院出台的《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》对环境民事公益诉讼的原告资格和诉讼程序进行了细化, 建立了环保组织提起环境民事公益诉讼的制度。2017年6月, 全国人大再次修改《民事诉讼法》和《行政诉讼法》, 正式确立了检察机关提起公益诉讼的制度。鉴于“公益”是一个高度抽象和不确定的法律概念, 科学界定其内涵和外延一直是学界孜孜以求的目标。但迄今为止, 对于何为“公益”, 仍然缺乏一个被人们普遍接受的定义。“公益”被认为有着一张“普罗透斯似的脸”(a protean face), 令人难以捉摸^[1], 以至于成为一个“只可以被描述而无法对其进行定义”的概念^[2], 也决定了法律在对公益进行界定时只能使用一些“标准”(standard), 而无法使用“明线规则”(bright line rule)^[3]。我国亦不例外。尽管“公共利益”在各种立法文件中一再出现, 但鲜见对公共利益的具体界定。上述关于公益诉讼的法律和司法解释, 也基本集中在对公益诉讼原告资格和诉讼程序的规定上, 对于何为“公益”、如何认定“公益”则语

焉不详, 导致实践中有些本可以通过传统私益制度解决的案件却披上了“公益诉讼”的外衣, 造成公益诉讼的稀释和泛化。职是之故, 本文从反向排除的视角, 试图为法官排除“非公益诉讼”建立一些“标准”, 从而促进对环境公益诉讼制度的正确理解和适用。

一、问题的提出: 基于三起案例的考察

自2007年年底贵阳法院“环保两庭”(贵阳中院环保审判庭和清镇法院环保法庭)设立以来, 对环境公益诉讼的探索就一直是环境司法专门化实践的重心。2015年1月1日新《环境保护法》生效后至2016年12月31日, 全国法院共受理社会组织和试点地区检察机关提起的环境公益诉讼一审案件189件, 审结73件。其中, 环境民事公益诉讼一审案件137件, 环境行政公益诉讼一审案件51件, 行政附带民事公益诉讼一审案件1件^[4]。但细察后不难发现, 这些诉讼多是直接从原告资格过渡到责任追究, 鲜少涉及系争对象是否属于“公益”、是否应当提起公益诉讼。兹举三例说明。

案例1: 某社会组织诉某高速公路公司噪声污染

收稿日期: 2017-10-09; 修回日期: 2017-12-12

基金项目: 司法部国家法治与法学理论研究项目“环境诉讼特别程序研究”(14SFB30044)

作者简介: 张宝(1983—), 男, 安徽颍上人, 法学博士, 中南财经政法大学法学院副教授, 主要研究方向: 环境法, 侵权法; 潘鸣航(1995—), 女, 福建泉州人, 中国人民大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 环境法学

责任纠纷环境民事公益诉讼案^①。

从2007年4月起,某高速公路沿线五个自然村的部分村民多次向当地政府反映交通噪声污染问题,政府部门要求某高速公路公司在部分区域安装声屏障,但声屏障尺寸、标准不一,部分居民家中的晚间噪声仍超过国家标准。2014年3月,某社会组织接到群众举报后,向法院提起环境公益诉讼,要求被告立即采取措施,消除噪声污染的危害。法院受理后,在调查监测基础上主持制定调解方案,确认由被告限期采取降噪整改措施。

案例2:某市环保局诉深圳市某运输公司等四被告环境污染损害赔偿案^[5]。

2016年7月11日下午,一辆深圳牌照货车与一辆河南濮阳牌照槽罐车相撞,导致槽罐车中的苯液燃烧并泄漏。为防止污染扩散,市环保局先行垫付资金,委托专业危废处置公司于次日妥善处理了现场残留的废苯、含苯废水和受苯污染的土壤50余吨,共支付处理费用合计60余万元。同年10月,市环保局针对两车所属运输公司及保险公司提起诉讼,请求四名被告依法赔偿该污染事故环境修复费用60余万元。

案例3:五律师诉京津冀政府不履行环境保护法定职责案^[6]。

2016年12月19日和20日,京津冀三地的五名律师分别向三地有管辖权的中级法院起诉三地人民政府,其诉讼请求为:第一,确定被告不正确履行防止和治理辖区内大气污染职责违法;第二,责令被告在合理期间治理辖区内空气质量到平均良好状态;第三,赔偿原告购买防雾霾的口罩款人民币65元;第四,责令被告向原告书面赔礼道歉,赔礼道歉的文字应经原告同意并在京津冀的主要报纸、网络上登载7日;第五,被告支付原告精神损害抚慰金人民币9999元整;第六,三被告对原告的第三、四、五项国家赔偿请求责任承担连带责任。

对于案例1,其典型意义被概括为“属于涉及人员众多的环境公益诉讼案件,即涉及临近沪宁高速公路五个自然村村民及过往公众不特定多数人享受安静环境的公益”^[7]。问题是,“涉及人员众多”是否就当然构成“公益”?“过往公众”是否构成可诉的“公益”?对于案例2,市环保局的行为实际上属于《行政强制法》上的立即代履行,对于代履行产生的费用,由环保局来提起民事公益诉讼,其必要性和正当性何在?^②对于案例3,在雾霾来源不清、机理不明,各种污染物叠加排放、各地相互迁徙扩散,难以区分责任主体和份额的前提下,尽管雾霾防治涉及不特定多数人乃至全体国民的健康利益,但其是否可以作为环境

公益诉讼的客观范围?或者说应以什么样的方式进入公益诉讼?由此更需进一步追问:“公益”这一不确定法律概念的具体化是否有迹可循?如果不能从正面加以定义和列举,是否可以从反向梳理出一些应予排除的规则?

二、为什么要进行反向认定?

(一) 生态环境上所附着利益的复杂性

如前所述,对“公益”的看法可谓言人人殊,难以定论。从学术史角度看,对于何谓“公益”的争论由来已久。公共利益的界定方式主要有两个学术传统:一是以卢梭为代表的公意论传统,认为公共利益是共同体存在所必需的一元的、抽象的价值,是一种整体性公共利益观;二是以边沁为代表的功利主义传统,认为公共利益就是个人利益的总和,公共利益最终都可以还原为个人利益,因而是一种分布式公共利益观^[8]。这两种学术传统,实际上都是由“人”的观点出发进行的界定,如果用学界在讨论公共利益时常用的指称,二者实际上分别指向“人的共同利益”(“共益”)和“众多人的利益”(“众益”)^[9]。对于“共益”属于公益,学界应无异议;但“众益”是否可以列入公益范畴,无论学理还是实践,似乎并不统一。

典型如消费公益诉讼。《民事诉讼法》第55条在诉讼类型上除了列举“污染环境”外,还规定了“侵害众多消费者合法权益”的行为。对此行为的性质,肖建国教授等认为,消费公益诉讼既保护消费领域内的不特定第三人的利益,也保护众多特定消费者的合法权益。前者对应着扩散性利益,属于典型的公益诉讼(公益诉讼);后者对应着集合性利益和个人同类性利益,在通常情况下并不表现为纯粹的社会公共利益,而更多地体现为集约化解决群体性纠纷(众益诉讼)^[10]。张卫平教授则认为,只有不特定主体所享有的社会公共利益所引发的纠纷才能纳入公益诉讼的客观范围,而在侵害众多消费者合法权益的纠纷中未必一定存在侵害社会公共利益的行为^[11]。换言之,众益诉讼并不能等同于公益诉讼。之所以发生此种争议,在刘学在教授看来,是因为我国学界通常将团体诉讼作为公益诉讼的下位概念,而事实上,团体诉讼既可以作为保护公共利益的重要制度形式,也可以作为保护特定群体的集团性利益(即特定群体的私益)的诉讼形式^[12]。然而,“不特定多数人的利益”仍然是一个不确定法律概念,“众多”概念在什么时候才会从“量变”(个体到多数)过渡到“质变”(从特定的多数到不特定的多数),也仍然缺乏能够直接适用的标准。

相较于其他侵害类型, 环境侵害引发的利益冲突更为复杂, 主要缘于其在传统“人—人”的社会关系中加入了生态环境这一媒介, 从而使法律调整的对象扩充为“人—环境—人”。人们通常认为, 环境侵害通过环境介质的污染或自然环境的破坏再到作用于其中的人, 所造成的损害除了人的损害和财产的损害(“对人的损害”)外, 还表现为对环境要素乃至生态系统的损害(“对环境的损害”)。以危害人群健康突出的环境重金属污染为例, 其造成的损害类型大致包括以下几种: ①污染物质排放到环境中造成环境介质污染, 如工厂排放废水造成河流污染, 是为“对环境本身的损害”; ②对暴露在受污染环境中的特定受体造成的直接损害, 如河流污染造成沿岸养殖户渔业损失或罹患疾病, 是为“对人的损害”; ③对暴露在受污染环境中的不特定受体造成的损害, 如雾霾使不特定人群罹患疾病的风险显著增加, 同样是“对人的损害”。就个案来看, 环境侵害结果往往会表现为以下两种形式: 一是既有“对人的损害”, 又有“对环境的损害”, 这是一种混合损害; 二是只有“对环境的损害”, 而没有“对人的损害”, 即“纯生态损害”(pure ecological damage)或“环境本身的损害”(Damage to the Environment per se)^{[13][214]}。

针对这双重损害, 多数环境法学者, 如吕忠梅教授^[14]、蔡守秋教授^[15]、竺效教授^[16]等认为环境公益诉讼需要应对的是“对环境本身的损害”, 甚至有学者直接主张, 针对经由环境媒介而生的人身、财产等损害提起的诉讼属于传统诉讼的范畴, 环境诉讼就等同于环境公益诉讼^[17]。也有学者主张两者都应该成为环境公益诉讼的救济对象, 对环境本身的侵害是对环境公益的间接侵犯, 对公众的财产、健康等利益的损害是对环境公益的直接侵犯^[18]。而程序法学者多认为, 并不存在独立于人之利益的环境利益, 对环境本身的损害以及对不特定第三人的损害是从不同角度描述相同的损害事实。前者侧重于直接遭受损害的客体, 后者彰显间接遭受损害的主体, 预防和修复生态损害说到底还是为了确保不特定多数人得以(继续)享有生态服务功能, 二者具有共通性^[19]。在笔者看来, 这仍然是涉及对“不特定多数人利益”这一不确定概念的理解差异: 在抽象层面上, 如果上升到“问题与主义之争”的高度, 程序法学者实际上是秉承“人类中心主义”思维, 认为在法律框架内, 所有的损害都可归结于“人的损害”。环境法学者则认为存在相对独立于“人的损害”的生态损害, 而存在生态损害, 未必一定有“人的损害”。换言之, “环境法益”具有独立性。在具象层面上, 程序法学者指称的“不特定多数人利益”, 实

际上是相对于特定的人身、财产权益而言, 这种利益缺乏特定的主体来主张, 因而需要超越直接利害关系理论为其进入司法保护提供路径。而环境法学者指出的不特定多数人利益, 除了涵盖常规意义上的不特定多数人的人身、财产权益外, 实际上还涵盖了区域、国家、跨国乃至跨世代的“不特定多数人的利益”。

但是, 这种抽象解读仍然无助于实践中对环境公益的识别与认定。立法与司法解释虽对“公益”类型和范围有了一定程度的发展, 但仍停留在概括性规定的层面, 未能明确哪些利益属于公共利益。地方实践虽试图对环境公益诉讼类型进行列举^⑧, 且着重于从生态系统角度来表明环境利益的“公共性”, 但其列举的部分案件类型尤其是污染类案件, 仍无法作为判别某类案件是否属于公益诉讼的标准, 司法实践中仍高度依赖法官对个案的具体判断。对于这样一个“罗生门式”的概念, 从立法上进行正面定义和建立统一适用的标准极具难度。那另辟蹊径, 从反向排除的视角, 建立识别和认定环境公共利益的方法和程序, 也许更能解决问题。

(二) 反向排除的基点: 厘清环境公益诉讼的建制功能

特别需要明确, 在公益诉讼产生之前, 环境公共利益并非没有维护的途径。从各国法律规定来看, 环境公益的直接维护者实际上是行政机关, 但行政机关可能基于主观或客观因素产生规制过度或不足的状况。基于大陆法系以主观公权利为基础的保护规范理论, 如果一部法律完全是为了实现公共利益而没有规定以保护个人利益为目的, 此时, 该法实施给私人带来的利益被称为“反射性利益”, 以区别于私人可以寻求司法救济的“法律上的利益”, 无直接利害关系者不能诉至法院维护公益。因而, 从发生学上讲, 环境公益诉讼作为晚近兴起的现代型诉讼类型之一, 实际上有着特殊的功能定位: 首先, 政府被定位于环境保护的主导者, 并被赋予了广泛的职权来保护环境; 其次, 当政府怠于履行环境保护职责时, 应当允许特定国家机关和公众来提起行政诉讼以监督政府勤勉执法, 也应当允许公众直接对污染者提起民事诉讼来弥补政府职能的缺位。从这个意义而言, 公益诉讼并非环境公益保护的首要机制, 其目的也不是另行设立一套与传统诉讼机制平行的渠道, 而是作为政府履行环境保护职责的监督机制和补充机制。罔顾公益诉讼的这个前提, 就会导致明明可以通过传统渠道得以解决的问题却偏要披上“公益诉讼”的外衣, 不仅造成法治运行体系的混乱, 同时也可能因为公益诉讼具有先天的“道德制高点”从而对企业乃至法院形成一种“裹

挟”，丧失公益诉讼的应有功能。

明确环境公益诉讼的补充和兜底功能，就不难总结出排除公益诉讼适用的基本规则：如果通过行政权能够预防和阻止违法行为对生态环境及公众健康和财产的伤害，则因不符合穷尽行政权救济原则而不能提起公益诉讼；如果所侵害的利益在传统私益诉讼的框架内能够得到救济，就没有必要提起公益诉讼。质言之，公益诉讼主要解决不特定多数人利益遭受损害或者存在损害的现实危险时找不到直接利害关系人充当适格主体的技术难题，如果案件没有起诉资格之障碍而可以利用现有的制度加以解决，则不被认为是公益诉讼^[20]。在明确上述规则的基础上，以下继续讨论反向认定的具体方法。

三、反向认定的方法： 三要件递进排除法

反向认定的基本思路确定后，就要确定反向排除的基本要素。根据损害行为、利益主体、结果的不同，可构建从“损害行为—损害对象—损害结果”三个要件递进排除能够通过私益诉讼得到救济的对象，进而甄别出真正的环境公益诉讼。

(一) 行为要件：区分“拟制型污染”和“实质型污染”

环境侵害的原因行为具有二元性，包括环境污染行为和生态破坏行为。环境污染是指人的活动向环境排入了超过环境自净能力的物质或能量，从而使自然环境的物理、化学、生物学性质发生变化，产生了不利于人类及其他生物的正常生存和发展的影响的现象。而生态破坏是指人类不合理地开发利用环境的一个或数个要素，过量地向环境索取物质和能量，使它们的数量减少、质量降低，以致破坏或降低其环境效能、生态失衡、资源枯竭而危及人类和其他生物生存与发展的现象^[21]。生态破坏的致害过程一般遵循“过度索取—生态系统失衡—受体危害”。与环境污染行为相比，生态破坏的直接损害后果是生态系统失衡，其所造成的危害时空尺度更大、不确定程度更高、对象更为不特定^{[13][201]}。因为损害在短时间内难以显现，加上政府和行为人都将进行一定程度的经济补偿，从而使受害人利益受损的观念淡化，立法上也忽视了这一损害形式^[22]。尽管如此，生态破坏行为所带来的生态环境失衡与长期潜伏的隐患一旦显现，其危害后果并不亚于环境污染，甚至可能因为被长期忽视，会产生意料不到的严重后果。而且生态破坏没有直接受害人，无法通过私益诉讼得到救济，更应该将之认定为环境

公共利益受损的行为表现，纳入环境公益诉讼的救济范畴。但污染环境行为是否会引发公共利益受损则需进一步考量。

通说认为，污染环境行为可以被抽象为“过度排放—环境介质污染—受体危害”，相应地，环境损害也可以分为“对环境的损害”及“对人的损害”，且前者是后者的必经阶段。按照上述逻辑，如果出现受体危害的结果，即便是特定的人身、财产权益损害，也因为存在“对环境的损害”而可以提起公益诉讼。这一逻辑，显然是建立在所有“污染”行为均有着相同的致害机理的预设之上。但细察不难发现，这一预设很难站得住脚。从环境科学上来看，环境污染可以区分为物质污染和能量污染。物质污染的过程，首先体现为污染者在生产、经营、使用、消费的过程中所排放的化学物质或病原微生物对环境介质造成了实质性的损害，进而引发暴露于其中的动植物或人群受到损害。但对过量的声、光、热、辐射等能量引发的能量污染，则环境介质仅仅是一种传输媒介，并未产生实质性的损害，本质上是一种污染的“拟制”。故笔者曾将物质污染和能量污染分别称之为“实质型污染”和“拟制型污染”，主张依此作为环境侵权类型化的基础^[23]。两者的区分如表1所示。

表1 实质型污染与拟制型污染的区别

区分点	实质型污染	拟制型污染
是否造成环境介质污染	是	否
是否具有空间扩散	区域性乃至全球性	不连续性
是否具有累积性与潜伏性	长期潜伏性	瞬时性
对生态环境的损害	有	无
对人的损害	众多乃至不特定	个体或者少数
污染感知度	客观存在	主观感受
危害程度	高(乃至不可逆)	低(损害随行为停止)

从表1不难看出，以噪声污染为代表的拟制型污染并不会对生态环境造成实质性损害，只会对特定区域内的人身或者财产权益产生不良影响，完全可以由受害者通过私益诉讼解决。即便人数“众多”，也可以通过代表人诉讼进行应对。而实质型污染必然会造成“对环境的污染”，而生态环境属于一种公共利益(öffentliches Gut)，具有开放性与利益人多数性，可以由任何人使用消费，而不具有竞争性和排他性，不能归属(Zuweisung)于任何权利人格体^[24]，故应成为公益诉讼的典型样态。

(二) 对象要件: 区分国家所有者权益与社会公共利益

向自然界过度索取或者过度排放的行为, 首先造成环境介质污染或者生态系统失衡(“对环境本身的损害”), 再对暴露于其中的受体尤其是人/人群产生影响(“对人的损害”)。通过前述对环境污染和生态破坏的致害过程分析, 可以发现二者都必然会造成对环境的损害, 而“对人的损害”是否会发生则根据具体情况的不同有所差异。也就是说, “对人的损害”和“对环境本身的损害”有可能同时存在, 形成“混合损害”; 也有可能只存在对环境本身的损害, 而尚未发展成对人的损害, 即“纯生态损害”(pure ecological damage)或“环境本身的损害”(Damage to the Environmental per se)^{[13][214]}。由于环境要素亦通常通过自然资源形式表现出来, 而我国法律对多数自然资源权属又作出了规定, 这就涉及到当“有主自然资源”与“无主生态环境”重叠时的公益认定问题。

例如, 我国《宪法》《物权法》等法律规定了土地、森林、山岭、草原、矿藏、水流、野生动植物等自然资源属于国有, 由国务院代表国家行使所有权。污染环境和破坏生态毫无疑问会带来自然资源的损害, 而根据物权效力理论, 作为所有权主体的国家有权要求恢复所有权的圆满状态。若允许政府以自然资源损害名义提起诉讼, 则此诉讼显然并非为克服无直接利害关系障碍的公益诉讼, 也因此有学者将之归结为基于物权诉讼的私益诉讼^[25]或者说国家环境利益诉讼^[26]。但是, 生态环境和自然资源毕竟是两个不同的概念, 当生态环境作为自然资源的面向出现时, 更强调的是其经济属性和利用价值, 在法律层面主要体现为宪法上的财产权及民法上的物权制度。且在某种程度上说, 传统以财产权保障为中心的法律体系正是导致环境问题日益严重的制度原因。因而, 通过自然资源损害来容纳生态损害, 不过是通过客体物(自然资源)所具有的经济价值间接救济生态价值, 本质上仍然属于财产损害的“反射利益”。其间的区别如表 2 所示。

表 2 有主自然资源与无主生态环境的区别

区分点	自然资源	生态环境
有无具体权利人	有	无
利益属性	生产性利益	生存性利益
规制重心	经济价值	生态价值
规制途径	公、私法结合	公法主导
诉权基础	所有权或用益物权	诉讼信托或诉讼担当

不难看出, 正是由于生态环境组分或者要素同时附着了经济价值与生态价值, 为通过资源物权保护生态环境提供了一条可能的通道。但是, 这种“借壳生蛋”的模式也存在不少问题。例如, 国家环境利益很难涵盖社会公共利益。如大气上并未设定所有权, 土地上则还存在集体所有权, 这些环境要素受到污染时, 国家自然资源所有权便很难作为请求权基础。更为关键的是, 由于生态环境保护的主要途径是政府主导, 政府及其职能部门具有广泛的职权来预防和矫正违法行为。在通过行政执法途径更为直接、迅捷、有效的前提下, 不去激活法律上赋予的广泛权力, 监督行政权的正确行使, 转而允许行政部门作为民事原告来提起诉讼, 难免有“行政职权民事化、司法职权行政化”之嫌, 也难逃脱“裁判员”与“运动员”角色不分的诟病。加之目前立法上已经建立了检察机关和社会组织相互配合和衔接的环境公益诉讼制度, 再试图设立国家环境利益民事诉讼, 其必要性与正当性需要被慎重考虑。故在认定环境公益时, 宜以社会公共利益吸收国家环境利益^④, 国家(尤其是政府)享有的是公共权力, 主要通过行政手段来维护社会公共利益, 当政府没有正确履行或怠于履行职责, 或者政府行政权不能覆盖时, 且不能通过私益诉讼达到相同目标时, 方有环境公益诉讼存在的必要。

(三) 结果要件: 区分具体危险和抽象危险

传统的损害概念实际上包含了实害和危险。危险指向的是实害的可能性, 根据现实可能性和抽象可能性的区分, 危险概念被区分为具体危险和抽象危险。环境侵害造成的实害结果是指侵害行为已经造成实际的损害后果。基于环境损害的二元性, 如果已经造成环境污染或者生态破坏的实际结果, 即便尚未造成特定或不特定的人身、财产损失, 亦可以视为产生了实害结果。从目前的实践来看, 绝大多数环境公益诉讼都是针对已经实际发生的环境污染或者生态破坏而主张生态修复或替代性赔偿。但是, 如果“对环境的损害”仍是一种可能性, 是否可以提起公益诉讼, 学界则存在分歧。如李艳芳教授等认为环境公益诉讼除了已经造成损害外, 还应包括有造成环境损害的现实危险^[27]。周珂教授等则认为, 以外在于人格的环境状态为内容的利益, 缺乏可证成有关主体在法律上“享有”此项利益的法律事实, 难以进行充分的推论证明此类利益可以在与行为人行为自由的利益衡量中占据优势, 从而被侵权法确认保护, 而且预防性救济对行为人而言负担较大, 民事救济并非实现修复生态损害目的的唯一途径^[28]。从实践层面来看, 《民事诉讼法》第 55 条和《环境保护法》第 58 条均是采用实害结果

的表述方式,2015年出台的环境民事公益诉讼案件司法解释则进一步将“损害社会公共利益”细化为“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”,如何认定重大风险仍需进一步探究。换言之,抽象危险与现实危险是否都应纳入环境公益诉讼的范畴?

在环境法上,实害和具体危险通常被合称为“危害”。“危害”是指环境侵害影响到人身和财产的一种状态,除了已经确定发生的损害,危害更多是指向一个具体而现实的危险,这种现实的危险如果不加以阻止与排除,将转化为实际损害^[29]。对于何谓“具体危险”,则通过“经验法则”(empirical rule)^⑤加以判断。也就是说,这种危险必须是:①根据现有经验可以预测的;②客观存在而非想象的;③损害发生具有高度可能性的状态。质言之,危险概念预设了对于损害发生的因果关系有明确的认识,并且可以从这个关系中得知损害的发生应该由谁来负责。而抽象危险,通常被称之为“风险”,强调的是损害发生的不确定性,即对于某一行为是否会引发某一损害,在科学上亦缺乏定论。其间的区别如图1所示。

环境法是典型的预防型法律部门,根源于环境损害的时空大尺度性、潜伏性、危害严重性、难以逆转性等特征。这意味着,预防而非补救,应成为环境公益诉讼追寻的首要目标。尽管我国当前严峻的环境污染和生态破坏状况为环境民事公益诉讼进行生态修复和求偿提供了“沃土”,但从防患于未然角度,环境公益诉讼亦应实现从事后补救到事前预防的“战略转移”。具体危险因其具有的客观性、因果性、现实性、向实害转化的现实可能性、转化条件的充分性、规范性等特征^[30],在传统民事诉讼领域基本上被等同于实害,或者说具有损害发生的现实可能性与高度盖然性^[31],自然应当被作为环境公益诉讼的对象。但是,基于多重因素考量和利益权衡,对于抽象危险,无论

是对不特定多数人的威胁还是对环境本身的抽象危险均应被排除在公益诉讼的范围之外。

诚如叶俊荣先生所言,“环境问题的高度科技背景和广度利益冲突,常使环境决策于未知之中,并引发广泛的利益冲突,环境政策与法律因之具有浓厚的利益权衡与‘选择’性格”^[32]。环境损害后果尽管对生态环境及人身、财产带来威胁,作为其原因行为的生产经营活动却并不具有社会责难性,将具体危险纳入受案范围以防患于未然具有合理性,但如果行为的因果性在科学上并不确定,或者危险无法由特定的主体来负责,过早地以“损害环境公共利益”的理由介入市场领域,对行为人和社会而言都不啻于结果责任的回归。并且,司法并非解决所有问题的唯一途径,抽象危险是否会转化为具体危险或实害的不确定性极高,是否对其进行规制,留待立法和行政加以应对更为合适。

(四) 小结

综上,尽管环境公共利益是一个难以清晰定义的概念,但通过厘清环境公益保护的既有渠道以及环境公益诉讼的建制功能,可以采用反向排除的认定方法,从“损害行为—损害对象—损害后果”三个要件,递进认定环境公共利益受损的具体表现。第一步,应先区分是损害行为、生态破坏行为还是环境污染行为,如果是环境污染行为,区分是拟制型污染还是实质型污染。如果是实质型污染或者生态破坏行为,则进入第二步,区分损害对象是“对环境的损害”还是“对人的损害”。如果是“对环境的损害”,则进入第三步,区分损害结果是实害结果、现实危险还是抽象危险。最终可以得出,对特定人的损害和对有主自然资源的损害都是对私益的损害,可以通过私益诉讼寻求救济;对无主生态环境造成的实害结果和现实危险都是对公益的损害,可以通过公益诉讼寻求救济。其基本程序如图2所示。

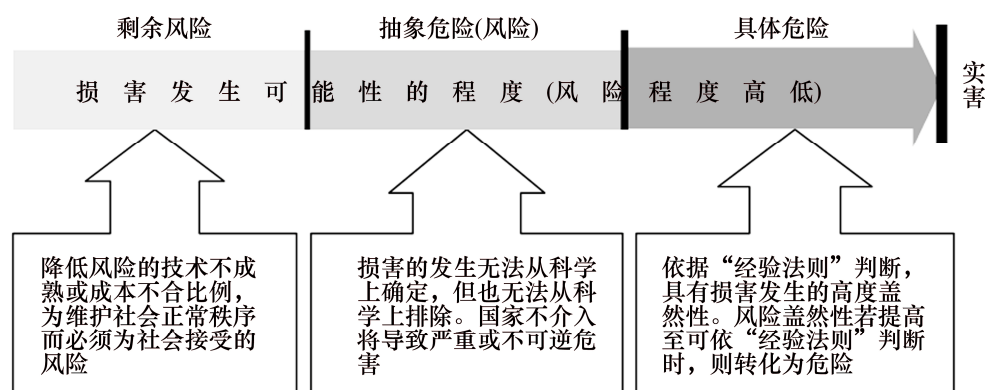


图1 具体危险与抽象危险的区分标准

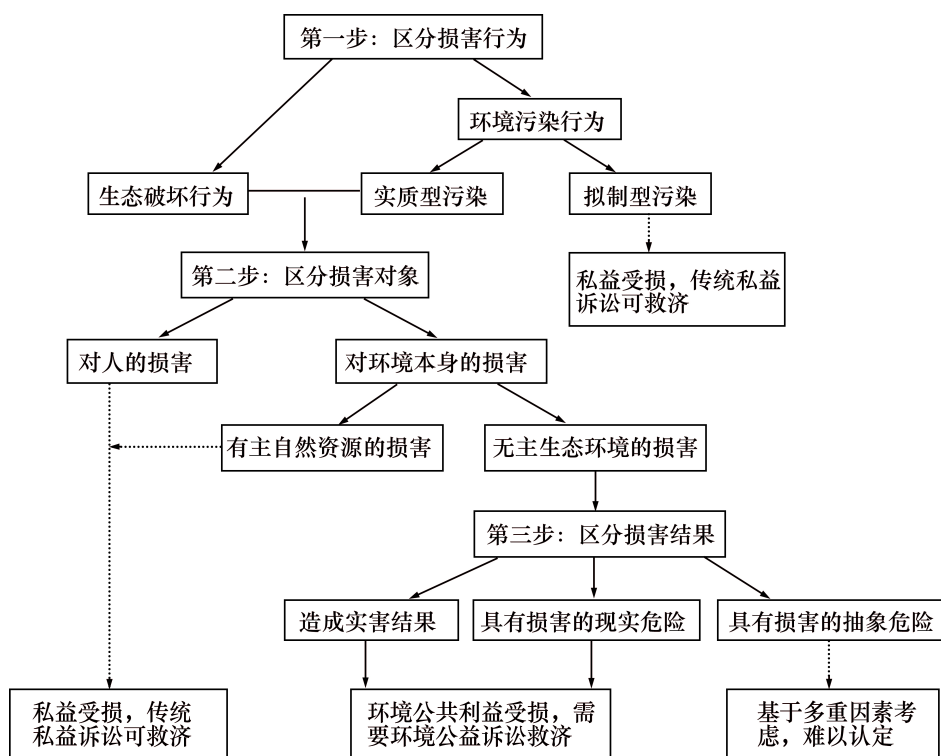


图2 “三要件递进排除法”的适用路径

四、三要件递进排除法的实践检验

“三要件递进排除法”是从反向视角提出的一种环境公益识别和认定的方法，但这种方法是否有助于促进法官对环境公益诉讼制度的正确理解和适用，还需经得住个案的检验。故以下通过对本文第一部分提出的三个案例的分析，来验证这一方法的可行性。

案例1中，在论证高速公路噪声污染对沿线居民造成影响属于公益时，受案法院也明白沿线五个自然村部分村民的利益最多属于“众益”，因而额外提出了“过往公众不特定多数人”这一概念，表明法院认识到“不特定多数人利益”方属于公益的范畴。但是，根据本文提出的行为要件标准，造成污染属于典型的“拟制型污染”。其既未造成“对环境的损害”，也不具有学界概括的环境侵害“多因性、潜伏性、扩散性、累积性、不可逆性”等特征，本质上是一种“感觉型妨害”，影响范围通常局限于相邻不动产之间，影响过程也是瞬时性的，在环境中不发生累积，污染行为一旦停止，损害也即消失。因而，无论是加害主体还是受害主体，都较容易确定，无需通过公益诉讼进行救济^[33]。正如我国台湾地区学者陈慈阳教授所言，“如从环境法所对抗乃人为对环境的破坏观点出发，噪音

管制法规虽会对人之健康造成影响，然却非如同其他环境破坏之类型会对生态造成侵害，基本上非属环境法领域，而应直接隶属于健康卫生法规之内涵。然却因一般认知为噪音管制亦属环境保护之一部分，所以立法者亦规定噪音管制作为环境法制内容。所以可称为由立法者所‘拟制’之环境法规”^[34]。至于“过往公众”，在本案中不仅不是“不特定的受害人”，反倒扮演着“不特定加害人”的角色。从本案过程来看，上述五个自然村部分村民一直在就噪声污染进行投诉，但并未诉至法院提起侵权之诉；某环保组织在接到投诉后提起民事公益诉讼，其诉讼请求也完全能够为私益诉讼所涵盖，由其提起诉讼，实际上是“取代”了私益诉讼，难以契合公益诉讼“补充而非替代”的建制功能。

在案例2中，根据《行政强制法》第52条之规定，需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物，当事人不能清除的，行政机关可以决定立即实施履行；当事人不在场的，行政机关应当在事后立即通知当事人，并依法作出处理。同时，根据该法第51条规定，除法律另有规定外，代履行的费用按照成本合理确定，由当事人承担。当事人不缴纳的，按不履行金钱给付义务，行政机关申请人民法院强制执行。本案中，该市环保局在采取代履行措施后，弃现行行政强制执行程序于不顾，转而“摇

身一变”成为民事公益诉讼原告。即便说民事公益诉讼胜诉后被告拒绝履行的,环保局仍需申请法院强制执行,徒增讼累,也很难说符合环境公益诉讼需要穷尽行政权救济的建制功能。

较为复杂的是案例3。雾霾实际上是一种复合型大气污染的俗称。目前雾霾来源不清,机理不明,加上气象的影响,各地的污染物排放“贡献”相互叠加,发挥综合影响效应,难以区分各自的排放量和污染影响,责任主体和份额都不清楚^[35]。尽管我国已经开展雾霾对人群健康效应的监测和研究,但尚无法揭示雾霾对人体健康的具体危害^[36]。换言之,雾霾目前仍是一种抽象而非具体危险。从个人角度而言,如果受害人不能主张其与他人相比受到特殊与特定的侵害,则不能构成环境侵权;从不特定多数人角度来说,这种威胁尚未特定化,是一种不确定的风险,因而决定了行政而非司法才是应对这类问题的合适渠道。行政机关主要通过信息披露、标准、许可等命令控制型手段以及可交易的许可证等市场化手段加以规制^[37]。相应地,司法审查也是针对行政机关的上述“特定”职权或行为,而非抽象的政府环境质量负责制,否则,符合条件的机关或者社会组织就可以针对任何抽象的污染状况起诉政府及其职能部门。从目前的司法实践看,被称为“首例雾霾公益诉讼”的中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气污染公益诉讼案也是“名不符实”,其指向对象是该公司超标排放二氧化硫、氮氧化物及烟尘超标的情况,此类针对特定企业特定污染物质排放的诉讼,明显是一种具体危险,相较于此前的无论是私益诉讼还是公益诉讼均无特殊性。

综上,司法是一种极其昂贵的资源,公益心也是一种极其稀缺的资源,不应予以滥用。环境公益诉讼作为晚近兴起的现代型诉讼类型之一,着力解决的是传统制度所无法周延保护的公共利益主体缺位问题。从发生学上看,环境公益诉讼不是另行设立一套与传统诉讼机制平行的管道,更不是对传统诉讼渠道的替代,而仅仅是作为政府执法机制和传统诉讼机制难以有效保障社会公共利益时的补充,这就要求公益诉讼只能在穷尽所有救济渠道后方能提起。就此而言,目前我国司法实践中存在的公益诉讼泛化甚至取代环境执法和私益诉讼的倾向,实际上是偏离了公益诉讼的建制目的,需要反思与修正。

注释:

① 参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡环公民初字第1号

民事判决。

- ② 目前正在进行的生态环境损害赔偿制度改革的核心也是绕开行政执法程序尤其是代履行程序,允许政府及其职能部门针对生态环境损害提起民事诉讼。这一做法带来的相关问题,笔者已撰文进行了初步分析。参见张宝:《生态环境损害政府索赔权与监管权的适用关系辨析》,《法学论坛》2017年第3期,第14-21页。
- ③ 如2015年贵州省高级人民法院发布的《关于推进环境公益诉讼审判工作的若干意见》以明确受案范围的形式对何种行为属于环境民事公益诉讼进行了列举,规定人民法院受理以下10类环境民事公益诉讼:(1)危害水资源、水生生态系统安全案件;(2)危害大气环境安全案件;(3)危害土地环境安全案件;(4)危害矿产资源安全案件;(5)危害地质构造安全案件;(6)危害森林、草原等陆生生态系统安全案件;(7)危害珍稀动物、植物安全案件;(8)固体废物污染案件;(9)放射性污染、噪声污染、光污染案件;(10)其他危害环境公共利益的民事案件。参见贵州省高级人民法院:《关于推进环境民事公益诉讼审判工作的若干意见》, <http://www.guizhoucourt.cn/gfxwj/1310.jhtml>。
- ④ 当然,在国际法层面,社会公共利益则可能体现为国家利益。
- ⑤ 所谓经验法则,通俗地说,无外乎常识、日常生活经验、社会情理,即人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。参见张卫平:《认识经验法则》,《清华法学》2008年第6期,第7-8页。

参考文献:

- [1] 杨华权,崔贝贝.论反不正当竞争法中的公共利益[J].北京理工大学学报:社会科学版,2016(3):121-128.
- [2] 蔡志方.行政救济与行政法学[M].台北:学林文化事业有限公司,1998:526.
- [3] 兰燕卓.论城市控制性详细规划变更的实体要件[J].行政法学研究,2013(2):119-124.
- [4] 孙莹.最高法发布环境公益诉讼典型案例[EB/OL].http://china.cnr.cn/gdgg/20170307/t20170307_523641881.shtml, 2017-03-07/2017-07-01.
- [5] 廖原.高安市环保局依法向4家企业提起环境公益诉讼[EB/OL].http://www.ycepb.gov.cn/zwgk/xsqdt/201701/t20170124_491464.html, 2017-01-24/2017-07-01.
- [6] 三地律师起诉京津冀政府治理空气污染不力违法[EB/OL].<http://www.erhainews.com/n3366705.html>, 2016-12-21/2017-07-01.
- [7] 江苏省高级人民法院典型案例.江苏法院2014年环境资源典型案例[EB/OL].<http://www.jsfy.gov.cn/jdal/dxal/2014/12/03160201897.html>, 2014-12-03/2017-07-01.
- [8] 吕普生.集合式利益、分布式利益抑或复合式利益?——公共利益本质问题论争的学术史考察[J].江汉论坛,2015(7):60-66.
- [9] 陈懿.环境司法正义论[D].北京:中国政法大学,2011:49-50.
- [10] 肖建国,黄忠顺.消费公益诉讼中的当事人适格问题研究[J].山东警察学院学报,2013(6):5-11.
- [11] 张卫平.民事公益诉讼原则的制度化及实施研究[J].清华法

- 学, 2013(4): 6-23.
- [12] 刘学在. 消费者团体诉讼的当事人适格问题之再探讨[J]. 武汉大学学报: 哲学社会科学版, 2015(4): 74-83.
- [13] 张宝. 环境侵权的解释论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.
- [14] 吕忠梅. 环境公益诉讼辨析[J]. 法商研究, 2008(6): 131-137.
- [15] 蔡守秋. 论环境公益诉讼的几个问题[J]. 昆明理工大学学报, 2009(9): 1-8.
- [16] 竺效. 论环境民事公益诉讼救济的实体公益[J]. 中国人民大学学报, 2016(2): 23-31.
- [17] 阮占江. 环境诉讼的特别程序探索——2016 年度环境司法论坛在长沙举行[N]. 法制日报, 2016-12-7(12).
- [18] 陈亮. 环境公益诉讼研究[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 107.
- [19] 肖建国. 利益交错中的环境公益诉讼原理[J]. 中国人民大学学报, 2016(2): 14-22.
- [20] 林莉红. 公益诉讼的含义和范围[J]. 法学研究, 2006(6): 148-150.
- [21] 吕忠梅. 论环境侵权的二元性[N]. 人民法院报, 2014-10-29(8).
- [22] 吕忠梅, 张宝. 环境问题的侵权法应对及其限度[J]. 中南民族大学学报: 人文社会科学版, 2011(2): 106-112.
- [23] 张宝. 环境侵权归责原则之反思与重构[J]. 现代法学, 2011(4): 89-96.
- [24] 张卫平. 民事公益诉讼原则的制度化及实施研究[J]. 清华法学, 2013(4): 6-23.
- [25] 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: 27.
- [26] 常纪文. 环境公益诉讼需解决八个问题[N]. 经济参考报, 2014-9-3(6).
- [27] 李艳芳, 李斌. 论我国环境民事公益诉讼制度的构建与创新[J]. 法学家, 2006(5): 101-109.
- [28] 周珂, 林潇潇. 论环境民事公益诉讼案件程序与实体法律的衔接[J]. 黑龙江社会科学, 2016(2): 116-122.
- [29] 张宝. 基于健康保障的环境规制——以《环境保护法》修订案第三十九条为中心[J]. 南京工业大学学报: 社会科学版, 2014(3): 35-43.
- [30] 董泽史. 法学中危险概念的哲学建构[J]. 天津行政学院学报, 2017(2): 89-95.
- [31] 叶名怡. 论侵权预防责任对传统侵权法的挑战[J]. 法律科学, 2013(2): 121-131.
- [32] 叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 133-134.
- [33] 张宝. 关于噪声污染是否满足公益诉讼提起条件的探讨[J]. 环境保护, 2015(5): 59-61.
- [34] 陈慈阳. 环境法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 58.
- [35] 常纪文. 雾霾污染找谁买单——公益诉讼的法律困境和立法希望[N]. 经济参考报, 2014-3-19(6).
- [36] 孙维哲, 王焱, 唐小哲, 等. 雾霾对人群健康效应研究: 现状与建议[J]. 中国公共卫生管理, 2016(2): 166-169.
- [37] 宋华琳. 风险规制与行政法学原理的转型[J]. 国家行政学院学报, 2007(4): 61-64.

Identification of “public interest” in environmental public interest litigation: A reverse perspective

ZHANG Bao, PAN Minghang

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China;
School of Law, Renmin University of China, Beijing 100010, China)

Abstract: It is controversial to identify the “environmental public interest” of the environmental public interest litigation. The concept of environmental public interest is abstract and difficult to be defined directly. But through the essential characteristics of the distinction between “environmental public interest” and “private interests”, we can use reverse exclusion to affirm the range of “environmental public interest”. It means that firstly we should distinguish environmental pollution from ecological damage, and then confirm whether it is the damage to environment or to human, and finally confirm the consequences of damage that actually have occurred. Through the three elements of “damage behaviors - damage objects - damage consequences”, we can progressively exclude the objects which can be relieved by private interest litigation, and then recognize the specific manifestations of environmental public interest.

Key Words: environmental public interest litigation; private interest litigation; progressive exclusion by three elements; reverse view

[编辑: 苏慧]