



《中山大学法律评论》
第9卷·第1辑(2011)

编者按语

本辑主题：法治主义与司法治理

作为人类社会探索治理之道的历史成就，法治主义寄托了人们设计美好生活图景的政治理想。法治主义追求普遍的服从和良好的法律，强调法律的至上和司法的最终解决，不仅作为一种政治理想的图景，也作为一种植根于生活的实践。本辑关注法治主义照应下的法律实践与司法治理。本辑由四个单元构成：第一单元的论文栏目，组织了“法律实践研究的交叉学科视野：法律经济学（二）”；第二单元的评论栏目，组织了“法治主义与法律的‘跨国’实践”和“法治主义与‘异化’的司法”；第三单元的论坛栏目，组织了“环境、公益与司法治理：基于广州水域污染诉讼案件的讨论”；第四单元的阅读经典栏目，组织了“霍布斯、洛克与梅因”。

论 文 法律实践研究的交叉学科视野：法律经济学（二）

过去的三十年，中国法学界充斥着各类语义模糊的宏大话语，包括有关围绕法治的讨论，高屋建瓴的叙事风格成为绝大多数法学家身上不可磨灭的印记。这不难解释，为何注重细节、强调精确的法律经济学一进入中国，就受到异乎寻常的欢迎。对早已厌倦了传统法学知识类型的中国法律工作者来说，法律经济学具有独特的学术魅力。不过，将法律经济学的吸引力完全归结于知识的“审美疲劳”，显然有失公允。事实上，法律经济学的欣欣向荣，首先应归功于其自身的理论价值。它的存在意义，不在于为学者提供诸如“交易费用”、“制度成本”等时髦标签以炫耀其学术“羽毛”，而在于代表了一种新的思考路径——面向法律实践个案的实用主义。它改变的不仅仅是正义观念本身，还包括“运送”正义的方式。我们倡导迈向法律实践研究的法学与经济学的交叉学科图景，这当然不是智识偏好或学术旨趣这么简单；更重要的是，对公共政策、集体行动或国家立法的法律经济学思考，的确会得出和以往大不一样的结论。这样的例子不胜枚举，远的如奥尔森教授的天才论文《独裁、民主与发展》中“‘朕即国家’的君主有提供公共物品的充分激励，因而‘国王必须万岁’”的罕见语调，近的则有张五常先生《给国务院的重大建议》中“应允许富豪老板打骂职工、吃喝娱乐、嫖宿幼女等微小的违法，这样才能留住企业”的惊人论断，莫不令人瞠目结舌。然而，细细品味，又可发现背后的某种合理之处。我们无意对此辨明是非对错，但我们始终坚信，多元化、精细化的法学研究进路是百利而无一害的。围绕有关法治主义的讨论，同样不应只有一种话语、只用一种视角、只有一种进路。哲学家罗素曾经说过：“参差多态乃幸福之源。”这句话用来

描述未来中国法学研究的图景，仍然恰如其分。上一辑，我们组织了“法律实践研究的交叉学科视野：法律经济学”的主题研讨，本辑延续这一话题，以“违约金的性质”和“大学生救人事件”为例继续展开讨论，构成“法律实践研究的交叉学科视野：法律经济学（二）”。

近年来，伴随着民法典制定进程的推展，物权法和侵权法成为民法学研究的热点，而原先作为民法学“显学”的合同法却鲜有优秀作品诞生。实际上，合同法有许多基础性理论问题值得探讨，尤其是借助经济学等其他学科的方法论来寻求新的“知识增长”。杨志利先生的《违约金的性质》正是以违约金的性质为对象、以法律经济学为方法展开的一次颇显研究功底的学术努力。文章揭示，违约金是违约选择权的当事人定价，其性质是当事人约定的违约价格。法定违约救济措施性质为法定违约价格，违约金为当事人约定的违约价格，两者意在向违约方施加成本以促进效率合同行为。以此为基点，作者对传统的赔偿性违约金和惩罚性违约金的二分法提出了质疑，从合同福利最大化的角度论证了二者的同质性，藉此求证出违约金调整原则的理想状态，并初步揭示了作为合同法理论根本性问题的合同法福利目标以及违约道德性的问题。

在转型中国，经济发展在激发人们金钱欲望的同时，也加剧了民众对“礼乐崩坏”的担忧。这一时期，社会对公共道德的诉求比以往任何时候都更为强烈，这容易使一切公众话语都沦为泛化的“道德声音”的附庸。王凤涛先生的《道德解释的经济学谬误——反思“大学生救人事件”的道德话语》，将批判的矛头直指这一现象，揭示其道德解释一直试图掌握大众话语的主导权，并以各种方式对法律解释施加影响的背后。文章在观察公众对“大学生救人事件”的谈论后发现，道德话语掌控了整个事件的叙述、包装和解释，利他主义成为公众评价的指导思想。作者揭示，救人者的行动逻辑却是经济利益考量，无论“见义勇为”也好，“见危不救”也罢，都是个体权衡自身成本与收益的结果。因此，破解救助难题的钥匙，既不在于道德说教，也不在于政府职能完善，而在于合理的分配风险。

评论 （一）法治主义与法律的“跨国”实践

约近八百年前在英国订立的《大宪章》规定，凡自由民，非经其同级贵族之依法裁判，或经国法判决，皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放或者加以任何其它形式的损害。二百余年前在美国通过的《权利法案》规定，任何人，未经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由和财产。就在新中国建国前一年，国际社会通过的《世界人权宣言》宣称，鉴于对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础，鉴于对人权的无视和侮蔑已发展为野蛮暴行，这些暴行玷污了人类的良心，而一个人人享有言论和信仰自由并免于恐惧和匮乏的世界的来临，已被宣布为普通人民的最高愿望，鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护。就在新中国改革前两年，国际社会生效的《公民权利与政治权利国际公约》重申，确认这些权利是源于人身的固有尊严，只有在创造了使人人可以享有其公民和政治权利，正如享有其经济、社会和文化权利一样的条件的情况下，才能实现自由人类享有公民及政治自由和免于恐惧和匮乏的自由的理想。旨在保障人的自由和固有尊严、彰显法治精义的正当法律程序原则，其走向普适性的历史实践告诉我们，法治主义包含着某些人类共同的挑战和课题，揭示着某些人类共同的理想和愿望。我们无法否认的是，尽管作为“地方性知识”的法律与特定的国家主权和国情紧紧联系在一起并因此表现为各自的法治进程与实践模式，但是，法治主义是存在某种同质性、普适性的东西的，是可以形成一定共识的。这直接导致了法律的“跨国”实践，既促进了不同法域之间相互法律的学习、借鉴、输送和移植，又加速了不同法域之间法律上的接触和一些为国际社会所普遍认同的规则的形成。本单元“法治主义与法律的‘跨国’实践”试图揭示和讨论的，正是法治主义照应下法律的“跨国发展”的

现象、趋势和命题。

如何探寻实践法治的资源，无疑是这一命题下尤为根本性的论题。贺卫方先生、苏彦新先生、徐忠明先生和任强先生的《法治及其西方资源》，以独特的谈论和对话的形式，集中讨论了西方赖以产生法治的基础和条件、传统中国为何难以产生法治、当下法治建设的资源如何寻找的问题。作者们在对话式的交流中揭示，谈论以人权保护与限制权力为核心的法治要跟西方联系在一起，西方有英美法系以司法理性为主轴的法治模式和大陆法系以立法理性为主导的法治模式。纵观历史，西方何以产生法治，中国缘何难以产生法治，跟社会分工、流动性、利益多元化、市场结构、城市发展、中间阶层、市民社会、自治、分权、规则意识、幽暗意识、政教分离、思想控制、国家意志、法律知识传播、法律职业教育等因素上的差异有关。当我们把视野放宽，站在传统与现代之间，承认中国的发展与转型最终要走向现代性，必然要否弃传统社会治理的一些东西，走向法治社会。从借鉴的角度来说，我们应当更多地从传统汲取教训，从西方法律文化中摄取经验，学习和借鉴西方法律知识，包括制度、实践和理论，并认真汲取本土法律实践中产生的各种经验，予以理论上的提炼，将其溶入法律制度。此外，还必须警惕对西方法治文明的不积极与抵制态度；警惕对市场经济发展较晚的我国的法治建设太急；提升本国法学家对来自不同法系的规则的采撷与整合的能力；当心在转型社会与财富重新洗牌的时代法治成了那些获取不义之财的新贵们的正当性的辩护根据；寻求创造对法律职业的社会需求；等等。

在法治主义的世界大潮中，法律甚至也可以成为“技术”和“产品”在全球进行“输送”。晚近这一法律的“跨国发展”的大体趋势，就是从西方向东方的“输送”。比如，苏联解体以后，西方国家对东欧、蒙古等后苏联时代国家进行了大规模的法律输送。魏磊杰先生的《后苏联时代的法律输送：行为逻辑、问题及最新动向》揭示了这种跨国的法律输送的行为逻辑、存在的问题及最新的动向：后苏联时代法律输送的主要问题在于输出国往往轻视或者忽视受援国既有的社会、政治、经济以及文化语境，缺少必要的输入国参与机制和讨论机制，急于事功，以致所谓“仓促移植综合症”，使许多国家法治改革效果不彰。借鉴以往的经验教训，西方国家对这类国家进行法律援助的方式近来渐趋呈现三类引人瞩目的转变：渐趋崇尚回应型与协作型的法律输入方式；渐趋重视地方性知识所具有的价值；渐趋采用中立性、技术性以及统一性的模式进行法律输出。作者揭示，不论这些趋势呈现何种具体样态，在实质上皆可被归因于一种语境导向型法律输送认知的更新，这种认知更新可能有利于在更大程度上践行统治集团对域外法律文化所一直秉持的“中体西用”的移植态度。如能利用此种利好趋势，并善加引导，发挥后进优势，便可望成就最佳的移植效果，进而开创未来中国法律变革的美丽新世界。

作为体现晚近法律的“跨国发展”尤为显著的样本，日本在行政法领域围绕法治主义展开的讨论，一定程度上体现了东亚各国法治中具有普遍性的大陆法系和英美法系的交错现象。闫尔宝先生翻译的盐野宏教授的《法治主义与行政法——在日本的展开》，集中探讨了法治主义这一日本行政法学基本原理在十九世纪九十年代之后法治改革背景下所遇到来自英美法系法的支配原理的挑战，以及如何回应该挑战的问题。作者的基本观点是：虽然法治主义需要随着社会的发展而不断变更其内容，但并不能因为国家立法和行政现实的变化就轻易得出需要用英美国家的法的支配原理来取代法治主义原理的结论。通过采用一定的分析方式，法治主义原理可以解释和吸纳一些新的法学问题，如确立程序法治主义观念以解决行政程序问题，改正行政诉讼立法以充实法治主义原理所固有的权利救济内容等，其基础性地位依然具有稳定性。当然，对于行政过程中的国民参与问题，法治主义原理也存在难以整合的局限。作者还指出，包括日本在内的原本不存在固有的近代法发展史的东亚各国，如何实现与外国法的交流一直就是近代化开始以来的课题，东亚各国的法学研究人员不应只满足于从外国法的“坍塌”中“剪裁”欧美各国的法律制度。

作为世界上一体化程度最高的区域，欧盟在法律的“跨国”实践上表现尤为突出。肖永平先生与邓瑾女士的《论欧盟法中跨国企业集团破产的管辖权》，以当前全球金融危机导致跨国企业集团破产案件激增为时代背景，探讨了欧盟范围内确定跨国企业集团破产案件管辖权的两个层次：基于债务人“主要利益中心地”的管辖与基于债务人“营业所”所在地的管辖。文章结合诸如戴斯特集团案、租赁租车国际公司案等近年来具有代表性的跨国企业破产案件，通过规范、实证和比较的分析方法，揭示了在行使跨国企业集团破产管辖权的同时对“主要利益中心地”和“营业所”所在地的确定最为关键。最后，作者提出了开放式的结论：对于“主要利益中心地”的确定，欧盟成员国在实践中逐步发展起来的“命令和控制标准”或“总部职能标准”值得关注，但在各国司法实践中仍然存在冲突，有待于欧洲法院作出更详尽的解释，必要时给予适当的指导意见和建议；对于“营业所”所在地这个连接因素的确定适宜采用狭义的解释方法，这有利于减少冲突，明确属地破产程序的管辖。

作为体现法律的“跨国”实践的又一典型，世界贸易组织下设的争端解决机构所作的裁决的效力问题，同样非常值得探讨。赵海乐女士的《论DSB裁决在美国的案外效力及其对中国的启示》，围绕DSB裁决在当事国国内法律体系中的效力认定问题展开讨论。该问题一直受到WTO成员方的高度关注，以欧盟为例，欧盟法院经历了将DSB裁决法律效力与WTO协议直接效力相联系到不赋予DSB裁决直接效力的过程，而美国国内法则明确规定DSB裁决本身不具有直接适用性。作者指出，DSB裁决对国内法律产生影响的唯一渠道，是通过立法程序写入国内立法，法院在做出判决时可以考虑DSB裁决的逻辑，但DSB裁决此时的效力并不高于学者著述或外国判例，至多只具有说服力。此种观点在美国国际法学界得到相当的认可。文章通过对大量WTO案例的比较考察，论证了中国应当汲取欧美实践经验，在国内法中明确规定DSB裁决不具有案外效力，并建立自己的DSB裁决分析与吸收制度，同时，建议面对美国行政机关做出的违背先前DSB裁决的行为，如果我国当事人试图获得救济，比较可行的办法是由我国政府出面，在主权国家的层面就贸易保护问题进行磋商与协调。

评 论 （二）法治主义与“异化”的司法

四百年前发生在英格兰的大法官爱德华·柯克与国王詹姆斯一世的那场论战，至今影响深远，其中演绎的信念与至理，成为对法治主义的经典诠释。“国王不应服从任何人，但应服从上帝和法律”，柯克援引布莱克斯通的名言，道出的正是对法治主义的坚定信念；柯克用来回应国王的“国王无权审理任何案件，所有案件无论民事或刑事，皆应依照法律和国家惯例交由法院审理”，从更深一层揭示的，正是法治主义照应下司法独立的品格、特有的地位和神圣的使命。现代法治国家被誉称为“司法国家”，其命意即在于揭示法治主义所蕴含的司法审查裁判方式的意义和司法最终解决的原则。然而，在具体背景下，在法治的进程，日常运作中的司法也常常面临各种各样的困惑，呈现诸多背离信仰法治的人们所期许的面相，挣扎在被异化的边缘。“异化”的司法一层又一层地考问着法治主义实践的程度。本单元“法治主义与‘异化’的司法”试图讨论并揭示的，正是法治兴，则司法正；司法异化，则法治失灵。顺便说明的是，本单元围绕这一命题的五篇稿件，实际上也构成了我们所倡导的“迈向法律实践研究的交叉学科图景”的又一次努力：法律与社会学。

在人类社会解决冲突的历程，当复仇、决斗被代之以诉讼这一文明的模式，其所表征的不仅是司法的意义、司法的使命，更是法治的意义、法治的未来。当私力救济走向公力救济，从肆虐的杀戮走向付诸规则之治，就如学者格罗索在《罗马法史》中所言，“这很富有象征地表现出司法权在其起源之处的意义。”刘志松先生和于语和先生的《血色的正义之始——读〈以眼还眼〉》，借助对威廉·米勒教授的《以眼还眼》的品阅和评论，揭示道，冲突的解决自古就是人类社会所面对的一项深刻主题，其历史大抵经过了从私力到公力的变迁。具体

地讲，复仇是几乎所有初民社会都曾广泛使用的纠纷解决方式，在复仇的历史中，从毫无规则的杀戮到逐渐出现对复仇进行限制的规则，公平观念也在血淋淋的背后悄然孕育着；随着社会的发展和文明的进步，复仇受到限制，第三人主持的决斗成为纠纷解决的方式，其虽仍是私力救济，但初步蕴含了公力救济的影子，那就是诉讼；当诉讼取代复仇、决斗成为纠纷解决的基本方式，就标志着冲突解决模式从私力走向了公力。这便是“血色的正义之始”，它从一定视角诠释了法治的需要、司法的意义。

到了现代社会，作为考察法治主义实践程度、衡量法治化的一个视角，远不止于是否采用了司法的方式那么简单，而是司法是否独立地存在，公正地运作，有效地实践着法治的使命。蔡斐先生的《“狡猾”的法院：司法运作中压力转移现象透视》，将视野定位在了当下中国的司法，从极具法社会学和法律政治学意味的视角，揭示了正在为独立而战的司法所表现出来的一种非常有意思的现象：面对重重压力、无奈的压力转移和“狡猾”的面孔。在现实司法实践中，法院面对来源广泛的外部不正当干预，构成了当代中国司法难以承受之重，在多重压力之下，法院往往采取了既有被动的也有主动的多种手段进行压力转移。“压力转移”的行动与现象，实际上是中国当下司法场域中各种权力合力作用的结果，它既是法院的一种无奈，也是一种策略，一种嵌在政治和权力复杂网络之中的“挣扎”，往往是一种官僚之间采用的斗争方式，部分地具有为司法独立而战的因子。作者也指出，尽管其中具有诸多的可被批判成分，但是批评不能解决问题，我们需要的是一种建构，如若可能，我们可以从“压力转移”现象切入，探寻协调司法运作规范性与现实适应性之间两者相互过渡的中介。

当独立性受到挑战的司法面对“压力”，其结果不仅表现为独特的“压力转移”，更多地还将发生“自然”的“异化”，从而对法治主义理想带来了冲击。高通先生的《论疑罪处理原则——以疑罪从无的异化为视角》，进一步将视野定位在了当下中国的司法，讨论了司法具体运作中棘手的“疑罪处理”，揭示面对压力的司法所表现出来的“疑罪从无的异化”。文章指出，即便最完美的司法程序也不能避免疑罪的出现，但一国对疑罪案件处理的态度却反映了其法治化水平的高低。考察当下的中国，法律上确立了“疑罪从无”的原则，但这一体现现代法治理念的原则在具体的司法实践中却不断被异化，出现“疑罪从有”、“疑罪从轻”、“疑罪从撤”、“疑罪从挂”等变异形式。“疑罪从无”的异化给犯罪嫌疑人、被告人乃至国家、社会都带来严重的负面影响。在这里面，不仅传统思想在作祟，而且政治大局意识、司法机关自身利益考量、被害人家属的诉求以及社会公众散发的“民意”等种种法外因素，都在一定程度上影响着“疑罪处理”的走向，导致了一项体现法治主义理想的原则被异化的结果。

虽然说当下中国的司法正在为独立而战，然而，独立仍不是司法的终极目标，法治主义理想照应下的司法，需要时刻背负着公正的使命。但如若法治主义关照不足，司法治理必将面对困惑，发生异化。谢锐勤先生的《不可能的任务：冤案的发现与证明》，再一次将视野定位在了当下中国的司法，从佘祥林案件当时语境出发，同样以极具法社会学意味的分析手法，揭示了一种处在法治初级阶段的司法治理的困惑与局限。作者指出，佘祥林冤案的发生，既不是教条主义所宣称的法律程序没有得到遵守，也不是泛道德化话语所指称的一系列机关办案人员缺乏正义感和同情心，而是在制度环境上源于当时中国司法的政法传统和治理化特征，在社会条件上源于缺乏足够的财政力量保障新兴科技在基层司法中的普遍运用。因此，作为“异化”的极端表现，“冤案”既是特定的制度环境与政法治理逻辑下的产物，也是特定的科技与经济发展水平下的产物，“冤案”的发现与证明似乎成为一项“不可能的任务”。如今反思，“冤案”的防治，一方面要看到这种治理逻辑的不足与局限，一方面要提高科技水平和财政保障，走向日常监控型国家和现代治理模式，补给司法以足够的法治主义关怀。

大约是四个月以前，发生在中国里村的双方当事人围绕一起“偷鸡纠纷”而展开的“叫骂”，其中演绎的行动逻辑与治理困惑，也许从另一个角度、从更深一层，再次启发了我们

围绕法治主义与“异化”的司法的思考和讨论，特别是针对当下中国的法治与司法。王聪先生笔下的“乡村偷鸡纠纷”，根本没有进入司法的领域，其解决方式实际上仍是一种私力解决冲突的逻辑，在这个过程中，我们丝毫没有感受到司法是需要的，这又是何种状况的法治呢。

《“主位”视角下的乡村秩序——对一起乡村偷鸡纠纷的透视》将视野定位在了当下中国并未启用司法治理的一起日常生活中的纠纷——发生在里村的“偷鸡纠纷”，作者以极具法社会学、法人类学意味的手法，运用“主位研究方法”，对这起细小事件进行了“深描”与“凝视”，揭示了作为一种纠纷解决方式的“叫骂”。文章指出，多年来这类事件的解决方法并未发生质的变化，成为当地一种“习惯性”的纠纷解决方式，这和改革开放以来处于边陲的里村特定的时空背景、自然环境、社会结构和生活逻辑息息相关。偷鸡纠纷在里村社会背景下的解决方式、过程、内在逻辑及其理论意蕴，展现了乡村自生秩序是如何生成的。随着国家权力日益向农村深入，乡村秩序的生成机制必将受到影响，但借此契机可能促使“次生秩序”的生成。正如作者最后所憧憬的，“在‘道路刚刚通向城市的’里村，‘叫骂’作为一种解纷方式将会渐渐淡出人们的视野”，我们期待着，到那时候，中国的法治与司法将是何等景象。

论坛 环境、公益与司法治理：基于广州水域污染诉讼案件的讨论

新中国过去三十年来的法治建设，似乎容易遭受如此的评价：只是开始为法治穿上了法律的外衣。当我们在为中国特色社会主义法律体系基本形成而欢欣鼓舞之余，我们是否意识到我们一直主要只是在致力于“有法可依”，“看上去很美”的立法未见得是“良好的法律”，更不意味着被有效地付诸实践。作为法治主义理想不得不关照的另一端，“弱势”的司法，本来对于法治的实践意义重大，却频频遭受“冷遇”、“失宠”甚至“挤压”，体现法治主义的司法最终解决原则未能得到充分实践，司法治理未能发生其对于法治主义的独特贡献。以环境法治为例。从1979年《环境保护法（试行）》的通过开始，我国环境法律体系建设的历程已逾三十年，至今形成了30多部法律、60多部法规、600多部规章和地方性法规的庞大体系。但是，我国的环境质量却呈现出“局部好转、整体恶化”的态势。环境治理固然是一个与政策、经济、地理、气候、人文等诸多因素密切相关的系统工程，但不可否认，良好的环境立法与有效的司法审查乃是重要的制度性因素。制订出台的一系列环境法律如何得到有效遵行，如何借助环境执法、司法治理等机制实现环境治理的理想目标，一直是理论界和实务部门的重大困扰。我国环境法律规范主要分为两类，一是排污者的行政义务，二是环境侵权规范。因此，环境法律实施的司法机制只有环境侵权诉讼和对不服环境执法机关行政命令和行政处罚的行政诉讼。这意味着，推动环境法律实施的动力来源往往只有环境执法机关和环境污染的受害者。值得庆幸的是，当前，环境公益诉讼的实践和理论热议，标志着推动环境法律实施的社会资源从行政部门主导转向寻求司法和“草根社会”的支持，并因此推动环境法治框架的完善和发展。有鉴于如此的理论考量，在如此背景下，本单元组织了“环境、公益与司法治理：基于广州水域污染诉讼案件的讨论”。

为了深入研究环境污染公益诉讼，推动和完善环境公益的司法治理，中山大学法学院与广州海事法院合作开展了一项实证性的研究。以法学教授李挚萍女士和法官詹思敏女士为首的科研团队，对广州海事法院1991年以来审理的环境公益诉讼案件进行整理、归纳、分析和研讨。课题组收集到34个由行政机关、渔业协会和渔业集体经济组织提起的海洋环境污染索赔案件，经筛选确定了其中14个为水域污染公益诉讼案件，形成研究的样本。课题组揭示，环境公益诉讼是近年来的热门话题，人们关注的焦点是由检察院及非政府组织提起的环境公益诉讼，然而，在实践中已经有相当数量的由行政机关提起的环境公益诉讼，这类公益诉讼实际上已经涉及公益诉讼中各种重要的理论和法律适用问题，很有现实意义。广州海事法院自20世纪90年代以来，已经受理了十几起水域污染公益诉讼案件，这些案件由各类

行政机关及检察院所提起,主要目的是为了救济国家海洋环境资源和生态利益损害,实践对环境公益的司法治理。作为研究成果的《实践中的水域污染公益诉讼——广州海事审判相关案件(1991-2009)研究报告》,基于科学有效的实证研究方法,从环境公益司法治理的实践出发,从原告资格、诉讼请求、救济形式、举证责任、损害鉴定、归责原则、法律适用诸基本方面展开实证分析,这些分析涵盖了环境公益诉讼必须解决的主要理论和司法治理中不得不面对的种种问题。经过研究,课题组并不认同环境公益诉讼尚无法律依据的观点,海事法院审理了诸多公益诉讼案件说明,大部分公益诉讼的出现是实施现行法律的结果,当然也有少部分案件体现了法院的司法能动性,挖掘现有的法律和制度资源非常重要,在没有充分利用已有的法律和制度资源之前,动辄提出制定新的法律或者修改现有法律的建议是不现实的。当然,公益诉讼中的一些难题也必须通过修改和制定新的法律才能从根本上解决,如公益诉讼原告资格的要求、原告类型及排序、环境损害的救济范围、环境公益诉讼的程序规则、环境资源损害的鉴定机构和鉴定方法等。文章跳出“应然”研究的窠臼,采用价值中立的实证方法,“实然”客观分析了原告、被告和法院对当前环境公益诉讼适用法律的理解,以此为基础,提出的制度完善建议,才更具促进制度演进的实质贡献。

当前环境公益的司法治理面对的一个具有前提性、根本性的重大问题,就是如何确定适格的原告和被告。值得引以深思的是,在当前,不管理论观点,还是司法实践,竟然出现了原告和被告“易位”的现象,有的案例是环境执法机关或检察机关起诉排污者,有的案例则是污染受害者起诉环境执法机关,甚至有的案例还有非常明显的“人为制造”的痕迹,这是非常吊诡的。为此,基于广州水域污染诉讼案件的讨论,我们进一步组织了另外三篇稿件,特别聚焦于环境公益诉讼中的诉讼主体问题,以期将环境、公益与司法治理的讨论引向深入。

广州海事法院的法官詹思敏女士和辜恩臻女士的《我国环境公益诉讼原告主体资格再探析——以诉权理论为分析视角》,遵循实体权利确定诉权的理论,指出环境公益诉讼原告主体资格的确定应依据民事诉权理论,重点在于应使实体权利能够得到司法的保护,并且使诉权能够得到合法、有序的行使,实体权利义务主体行使相应的诉权是首要的、通常的诉权行使方式,在实体权利义务主体不适合行使诉权的情况下考虑诉讼担当。因此,作者主张行政主管部门、检察机关、环保组织可以在其职权或所代表的权利范围内行使对应的诉权,个人仅可以在与其有关的利益范围内提起广义的环境公益诉讼,对于具体争议是否享有诉权,取决于是否具有可司法保护的利益或权利。在诉权冲突的情形下,应设立督促起诉等配套程序。可见,哪些主体享有原告资格取决于这些主体的何种环境利益应该获得司法保护,这显然也是“环境、公益与司法治理”的题中应有之义。

以检察官暨中党先生为首的广州市番禺区人民检察院课题组,考察了全国范围一系列检察机关提起环境公益诉讼的典型案件,如山东德州乐陵市检察院诉金鑫化工厂违法排污案、四川阆中市检察院诉群发骨粉厂污染环境案、贵州贵阳市检察院诉熊金志、陈廷雨、雷章三人环境公益民事诉讼、广东广州海珠区检察院诉新中兴洗水厂违法排污案等,并结合其自身的司法实践,如广东广州番禺区检察院诉番禺东涌东泰皮革染整厂海域陆源污染案,从较为实证的视角出发,围绕检察机关提起环境公益诉讼的问题展开研究。作为其研究成果的《检察机关提起环境公益诉讼制度研究》,以检察机关作为公共利益的代表作为立论依据,揭示了检察机关提起环境公益诉讼的必要性、可行性与正当性及理论基础和法律依据,并在考察国内检察机关提起环境公益诉讼的实践以及美国、英国、德国、法国、印度等域外环境公益诉讼制度的基础上挖掘其中的成功经验,进而对如何在我国构建检察机关提起环境公益诉讼制度提出一些具体的设想,包括起诉前案件的受理及审查、起诉后案件的审理、判决后的执行及救济等系统的程序设置。同时,文章也对当前的环境公益诉讼提出一些现实的担忧,比如,环境公益诉讼在我国尚未成为一个法定用语,而仅仅是一个学术用语;理论上虽然检察机关可以通过提起环境行政公益诉讼的方式来保护环境,但如此做法在现实中没有实践意义,

其对环境附有保护职责的行政机关或者其他公共权力机构没必要通过提起行政诉讼的方式督促其履行环境保护职责，作为法律监督机关完全可以通过行使法律监督职能，例如刑事立案监督、渎职侵权犯罪的查处等多种方式进行监督。在此基础上，作者们表达了对推动环境公益司法治理的深深的责任感和殷切的期待。

相映成趣的是，法学教授矫波女士的《水环境公益诉讼中的国家与社会》，从政治国家和公民社会的宏大关系出发，提出了“社会告国家”的观点，认为环境公益的主体就是社会，维护环境公益首先是国家的责任，而不是权力。因此，环境公益诉讼的原告应该是“公民社会”，被告是相关国家机关。文章揭示，中国日益严重的水污染实质是社会矛盾的自然折射，而国家基本制度的正当性有助于为个体行为提供指引，并为社会纠纷的解决提供母体性价值。在法治理念下，公民社会是政治国家存在的基础，私权利是公权力的来源和运作目的。水环境公益诉讼是为公民社会保护水环境而设置的重要法律制度之一，其中的“公益”主体不指向国家，也不指向国家和社会，而是直接指向社会。在此前提下，维护环境公共利益首先是社会主体的权利而不是义务；相应地，维护环境公共利益首先是国家的责任而不是国家的权力。水环境公益诉讼制度是以社会权利制约国家权力的有效途径，其制度内核是以公民社会为原告，以相应的国家机关为被告，以维护环境公共利益为目的。

阅读经典 霍布斯、洛克与梅因

法治作为一种治国方略和意识形态其理论的形成与发展有其自身的历史，而融汇成法治理论思想长河的源流离不开无数智者先贤辛勤的理论思考。作为智慧的造物、理性的建构，法治思想大厦的每一砖每一瓦都早已超越了时空，化身为经典，继续启蒙着后学之士。我们需要阅读经典，因为不如此，我们不足以保证知识的增长，也不足以继续思想的批判。作家小泉八云说：“不要买那只读一遍不能使人重读的书。”又说，“与其读一百部好书，不如将五十部重读一遍。”显然，越是经典的，越是值得反复阅读的。霍布斯、洛克作为启蒙时代思想家的代表，其《利维坦》、《政府论》较早论证了政府建立的法理与治理逻辑。梅因作为十九世纪晚期历史法学派的集大成者，其《古代法》中“从身份到契约”的命题也早已为学界所公认。斯人，斯言，我们都已熟悉，但经典的魅力乃在于它的深邃和洞见，令人仰之弥高，钻之弥坚，值得反复体味。一方面固然面对同样的《汉姆雷特》，千人可以有千解，但更重要的是，灰色的理论之树常常会因常青的生活体验而在阅读观感上开发新枝。重读霍布斯、洛克、梅因，温故而知新，何乐而不为？

时亮先生的《论“自然状态”：洛克对霍布斯的继承和修正》，对霍布斯及洛克的“自然状态”理论进行探讨，指出了后者对前者的继承和发展的关系。文章的论证思路在于通过对比霍布斯与洛克论述的“自然状态”与人、法、理性、契约等关系的论述以及通过分析理论倾向的细节来区分二者理论的重大差别。论证中的核心问题是，洛克是如何对霍布斯“自然状态”理论的继承和修正从而使霍布斯推演出的绝对主权论过渡到洛克的有限政府说的。文章分析抓住了几个关键点：一是霍布斯和洛克的“自然状态”学说都预设了自然状态下个人自我保全的自然权利的绝对优先性，但洛克将自然权利与人们在宗教观念上对上帝的普遍义务进行了整合，从而弱化了霍布斯理论中将自然权利绝对化的破坏性；二是霍布斯和洛克对自然状态下自然法的界定是存在着重大差异的，前者局限于个人的自我保全这一自然权利范围，而后者从宗教教义的角度给自然法的内涵增加了自然状态下个人之间彼此保全的维度；三是霍布斯与洛克在理解“自然状态”与“战争状态”两者关系上的重大差异，霍布斯将二者论证为同一，洛克则将“自然状态”滑向“战争状态”的危险理解为一种可能性而非必然性，并且使“战争状态”与“自然状态”和“政治社会”形成一种交叉叠合的结构，甚至没有绝对否定“战争状态”的合理性。最后，作者甚至还从洛克的“战争状态”理论中解读出

公民反抗权的理论依据，认为公民在“政治社会”中对政府的反抗权的理据来自于裁判机构腐化情况下人们有类同于“战争状态”下自我保存之战争权。这样一种说法，相对于传统观点对社会契约论理解的反抗权来自公民与政府立约时的部分自然权利保留，以及生命、自由、财产等自然权利相对于裁判权的优位性理论来说，颇具新意。

时亮先生的《“从身分到契约”：梅因说什么？》论述了两个论题：一是梅因《古代法》之关于社会运动的著名公式“从身分到契约”公式能否适用于梅因写作年代之后的世界，以及此公式能否适用于中国、印度等梅因所谓“停滞性社会”的问题。二是梅因的“从身分到契约”公式的理论意涵究竟为何？“身分”和“契约”所指何意？对于第一个问题，作者首先辨析了梅因著作中“进步性社会”和“停滞性社会”这一对概念的外延。认为其划分标准乃在于社会普遍观念对于“社会先前信念”（习俗、惯例等）的不同态度，前者灵活而开放，后者保守且盲从。认为这一对概念的划分界定了梅因公式适用的空间范围，因梅因这一公式正是其考察“进步性社会”而得出的，所以梅因只将其适用于“进步性社会”。但作者在后文的论述中认为这一公式对于中国也是可以适用的。关于梅因公式适用的时间范围问题，作者首先分析了中国读者对《古代法》文本中“到此为止”一词的可疑解读，指出梅因在《古代法》英文原文中使用此词的本意并无界定其公式的运用时段之意，他只是以此表明了西方史学家“不预测未来”的严谨治学态度而已。而通过分析，作者认为梅因公式对于十九世纪中期以后的中西社会也是同样适用的。对于第二个论题，作者对梅因公式中“身分”一词内涵的分析十分精到，指出梅因所指古代社会的“身分”借以确立的根据乃在于社会成员依托于一定的社会阶层或集体而获得的具有先天性质的成员资格，此一成员资格曾表现为公民权体系、市民权体系、家长权体系。在这些体系中，社会成员的个人的主体资格不被承认，其个体人格消弭于城邦或家族之中。而梅因所指之“契约”并非指契约本身，而是指契约主体的个体性。梅因所指社会运动“从身分到契约”的发展过程主要是指社会运动主体经历了一个从家族或其他集体到个体的转变过程。

对霍布斯、洛克、梅因经典著作的阅读能够使我们重新认识古人，并欣赏其思想的火花。“人是会思想的芦苇”，正因其有思想，才于脆弱之中显得高贵，帕斯卡如是言。哲人已逝，仅存其言，奉为经典，以为不朽。《左传》载古人叔孙豹说真正的不朽乃是：“太上有立德，其次有立功，其次有立言，虽久不废，此之谓三不朽。”学者以立言为功德并传为经典。后学者可于经典之中对话古人，更可以“为往圣继绝学”为不朽之志。谁知，再过三十年、四百年、八百年，法治的思想和理论又将被推向怎样的至高点。