

## 民事公益诉讼中公益损害认定的困惑与思考

吕德均 罗斗

**【摘要】**近年来,破坏生态环境和资源、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为时有发生,人民群众对检察机关保护公共利益的需求和期望也越来越强烈。然而检察机关在办理民事公益诉讼案件中存在公益损害难以准确认定等难点、堵点,导致检察机关的公益诉讼监督工作陷入困境,在一定程度上制约和影响了公益诉讼工作质效。本文就民事公益诉讼中公益损害认定存在的问题进行了总结,对公益损害认定难的原因进行了认真分析,并提出了解决问题的对策建议。

**【关键词】**公益诉讼 损害价值认定困惑 对策建议

现实生活中,生态环境和资源保护、食品药品安全等领域侵害社会公共利益的事件时有发生,甚至会出现“企业污染、政府买单、群众受害”现象。检察机关作为“公共利益代表”,依照法规提起公益诉讼,让损害公益者承担民事赔偿责任,以维护社会公共利益。但在司法实践中如何认定公益损害,却成了检察机关在司法办案中的一大难题。

## 一、民事公益诉讼中公益损害认定存在的问题及困惑

(一)鉴定样本提取难。公益损害性质和赔偿数额认定需要对公益损害样本进行司法鉴定。但由于样本种类存在复杂多样性,提取时技术性要求很高,对办案人员的专业性和取样设备都具有较高要求。检察机关具备这一要求的专业技术人员非常少,甚至严重缺乏,取样设备不多甚至没有,办案过于依赖相关检测、鉴定机构。

(二)检测鉴定机构选择难。检察机关办理民事公益诉讼公益损害案件时,往往需要选择通过国家有关部门审批,具有检测、鉴定资格,并且在行业内具有一定知名度的检测、鉴定机构。然而,社会中鉴定机构存在数量不足、鉴定费用高、鉴定周期长等特点,检察机关面临可供选择的困境。

(三)损害鉴定费用过高。公益损

害的鉴定,特别是生态环境损害鉴定费用往往较高,有的环境污染案件,鉴定费少则二三元,高则五六万元甚至十万元,如检察机关办理的一起医疗废物破坏生态环境案中,经鉴定被污染土壤的修复费需要4.7万元,但鉴定费就需要10万元,远高于修复费用。

(四)公益受损数额难以确定。由于社会公共利益具有不特定性和无边性,而鉴定的目的在于对不特定主体受侵害的利益进行量化和计算,这使得公益损害认定从一开始就具有相当大的难度。如文物和文化遗产类、自然资源类公益诉讼案件中,许多自然遗迹、历史文物往往具有唯一性和不可替代性,这类公共利益遭到破坏后很难依照一定的标准进行评价。

## 二、民事公益诉讼中公益损害认定难的原因分析

(一)人力及经费保障不足。一方面,检察机关技术力量不足,严重缺乏能够开展公益损害检测、鉴定的人员。办案人员较少经过专业的检测、鉴定训练并取得相应资质,就是简单地对于样本提取应当遵循的程序规范都不是完全了解,加之收集污水、固废、废气等需要的专业仪器设备有所欠缺,一定程度制约了样本提取及检测、鉴定工作的开展。另一方面,经费保障不足制约检察机关自身开展公益损害认定。虽然经人民法院判决胜诉后,鉴定费用可以由违法行为人承担,但在办案中,需要检察机关先行垫付,若经鉴定没有造成社会公共利益损害,检察机关仍然需要承担鉴定费。而检察机关每年办理的民事公益诉讼案件数量较多,要负担大额的检测、鉴定费,就目前的财政状况,检察机关难以承受。

(二)群众的公益保护意识不强。由于社会公共利益具有主体不特定性和无边性,往往与公民、法人和其他社会组织没有直接利害关系,或者对个体侵害程度较小未引起足够重视,当某项公共利益受到损害时,由于公民个体受教育程度不同,对相关法规不熟悉或不了解,缺乏自我保护意识

和公益理念,一般不会想到固定对方的违法证据,造成证据短期内灭失,难以找回和计算公益损害的数额。如食品安全领域案件,消费者在购买猪肉时,回家后发现猪肉已经腐坏具有臭味,首先想到的处理办法就是找到商户要求退换,而向监管部门或者检察机关反映或者举报的少之又少,待监管部门开展行政执法或者检察机关开展公益诉讼调查取证时,腐坏的猪肉已被销毁,证据已被毁灭,给监管部门和检察机关固定证据带来困难。

(三)违法行为人反侦查意识增强。由于微信、支付宝等移动支付平台的兴起,人们在进行交易时,通常采用移动支付,给检察机关调查取证时固定证据带来了便利,但也有些违法行为人反侦查意识较强,在交易完成后,立即或定期将微信等收支记录删除,检察机关调查取证时难以准确计算其违法所得。如生产销售不符合食品安全标准的豆芽等农产品的案件,农户在生产豆芽的过程中加入禁止添加的添加剂,检测出有毒有害物质,损害了社会公共利益。但作为最常食用的蔬菜之一,农户在销售豆芽时一般不会制作销售票据,调查时只能以微信等支付平台的收款记录作为认定销售金额的依据,若行为人将其删除,将导致无法准确认定销售金额,影响提起民事公益诉讼效果。

(四)鉴定程序较为繁琐。司法鉴定机构从签订合同、提取样本到出具鉴定结论,有的要经过样本风干、污染物化验、拟定鉴定报告等过程,少则一个月,多则几个月,程序较为繁琐,周期过长,造成了一些案件鉴定结论未出来,相关受损公益已被损害公益者先行修复或自然修复。如河流污染的案件,由于河水的自净功能,鉴定意见还未作出,被污染水体及淤泥已被稀释,自然修复了,一定程度影响检察机关办理民事公益诉讼中公益损害案件的质效,损害公益者得不到应有的惩罚。

## 三、民事公益诉讼中公益损害认定问题的思考

(一)加大专业技术培训力度,提

高公益损害认定的能力。检察机关采取“请进来”或“走出去”的方式加强技术培训,提高自身对公益损害的认定能力和水平。一是邀请专家就样本提取、污染源初步识别、现场勘验、无人机驾驶等相关知识的培训与实际操作训练,提高早期发现和公益损害认定调查取证的能力及规范化水平;二是走出去向先进的兄弟检察院学习,借鉴好的经验用于自身办案实践,减少不必要的人力物力投入,从而提高公益损害认定的能力和水平。

(二)建立公益鉴定机构体系,破解检测鉴定机构选择难题。制定全国性的公益诉讼公益鉴定机构目录和鉴定评估规范标准,以此作为各个地方和各个鉴定机构开展经营活动的依据。行政主管部门加强鉴定机构资质管理,规范鉴定机构从业行为,杜绝鉴定不规范、收费标准不统一等现象。

(三)拓展公益损害认定方式,增强公益损害认定的时效性。检察机关在办理民事公益诉讼案件时,对于疑难复杂的认定问题,通过认真考察了解,选择多家检测、鉴定机构进行技术水平和鉴定费用对比,择优选择委托单位,确保检测、鉴定机构可靠性和检测、鉴定结果的准确性。对于简单的认定问题,可以借助“外脑”,借助特邀检察官助理、行政机关内部鉴定机构进行评估确认。同时,检察机关可以配置快检设备,对一些环境污染源、食品药品中有害成分进行快速检测,及时开展公益损害认定,切实保护公共利益。

(四)进一步规范收费标准,合理确定鉴定费。公益损害鉴定难问题在实践中也困扰着民事公益诉讼工作的开展,各地检察机关也在积极探索解决方案,但一些疑难复杂的公益损害鉴定,还是要依赖于第三方检测,鉴定机构才能完成,由此带来的收费随意、检测、鉴定费用过高问题依然存在。因此,应加强顶层设计,规范收费标准,相关部门要督促检测、鉴定机构合理确定鉴定费,减轻基层办案负担。同时也可以由政府牵头,探索建立公益诉讼保护基金,支付民事公益诉讼损害鉴定费用。

(作者单位:毕节市人民检察院)

中医药作为我国独具特色的卫生资源,是医药卫生事业不可或缺的重要组成部分,且中医独有的简便、价廉、安全等特色优势更受广大农村老百姓青睐。但因利益驱动、监管不力等原因,导致部分地区存在中医药店无证行医、药材来源不明、贮藏不当等问题,严重威胁广大农村老百姓用药安全。

## 一、农村地区中医药服务现状及存在的问题

(一)农村地区中医药行业无证行医与百姓需求之间的矛盾问题

由于城乡经济发展不平衡,部分地区存在医疗资源分配不合理、供给不足等问题,致使看病难、看病贵的问题在农村地区尤为突出。导致部分偏远农村地区存在中医医生在未取得中医医师资格也未办理医疗机构审批手续的情况下开设中医药店为患者进行诊疗,给广大农村患者带来极大的安全隐患,且严重地扰乱了正常医疗管理秩序。因此,对于在保障百姓就医方便、安全的同时,如何有效规范农村地区中医药行业成为当前一个重要社会问题。

(二)农村地区中药材来源安全问题

中药材作为中医治疗的重要手段,其质量对药效有重要影响,质量问题包括来源、储存等方面。在广大农村地区,中药材的来源主要由医师自己采收或是向药农收购,再通过自己简单加工而成。通过此种方式获得的中药材,一方面因利益驱动可能存在弄虚作假,以次充好,重金属、农残超标等问题。另一方面是中药材在使用过程中一旦发生用药安全问题,将很难进行溯源,医生也将陷入被动局面。因此,通过上述方式获得的中药材的质量、效果、安全等均无法保障。

(三)农村地区中药材贮藏问题与西药相比,中药材的贮藏要求更为严格,中药材在贮藏过程中由于贮藏条件不当可能影响中药材的质量,进而影响到治疗效果。中药在贮藏过程中因温度、湿度、时间长短等原因致使中药极易发生各种变化。但由于相关单位对农村地区中药材的贮藏缺乏有效监管,很多中药房对中药材贮藏条件并不重视,贮藏方式方法不规范,存在乱堆乱放、虫蛀、发霉等问题,中药变质非但起不到治病效果,还有可能造成用药不良反应,影响患者身体健康。

## 二、解决农村地区中医药存在问题的对策和建议

随着中医药的不断发展和普及,中药的应用范围不断扩大,中药管理已成为医院药物管理中的重要组成部分。为规范中医药管理,建议从以下几个方面进行完善,共同促进中医药行业健康发展。

(一)加速推进完善中医药立法

有法可依是行政执法的前提条件,在中医行业涌现出的诸多新问题需要更加细化的法律条款内容帮助执法。目前我国关于中医药领域的法律法规主要有《中华人民共和国中医药法》《中华人民共和国药品管理法》等,大多数法律法规规定了西药又规定了中医,且只有少数是专门针对中医药的法律法规。例如对于采集中药材的只规定应当符合国家有关技术规范,但对于私自采收和加工的并未作出处罚规定,同时对于质量监测方面也缺乏相应的监管制度,因此建议结合我国中医药发展现状加快立法修法,制定更加细化、完善的法律法规。

(二)相关监管部门疏堵结合引导中医药行业

加强对中医药行业的监管,提供一系列政策支持农村地区中医药事业发展,组织对农村地区中医进行培训,确保使用的中药材、中药饮片质量、安全,为临床用药的有效性和安全性提供保障。同时加大对农村地区中医药行业支持,提高农村地区医生待遇,让更多的中医医生愿意到农村地区工作,从而解决农村地区医疗资源匮乏的问题,也让无证行医失去滋生的土壤。积极建立预防、监管和惩治体系,畅通信息共享、线索移送等机制,行业主管部门要对中医药行业规范诊疗、中药材生产、经营等实施常态化监督,对发现的无证行医、中药材质量等问题,相关行政部门要及时查处。

(三)检察机关加强对中医药行业法律监督

根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》的规定,检察机关在药品安全领域发现损害社会公共利益的,可以向人民法院提起公益诉讼;发现行政机关违法行使职权或者不作为,应当及时向行政机关发出检察建议,督促其依法履行职责。因此,检察机关可以从行政公益诉讼和民事公益诉讼两个角度来加大对中医药行业的法律监督,依法能动履行公益诉讼检察职能,对严重违法侵害消费者权益、扰乱正常医疗管理秩序的无证行医、出售存在质量安全的中药材等问题依法提起民事公益诉讼,并予以惩罚性赔偿,对侵权人及潜在违法者产生震慑作用,以检察履职促进农村医疗水平持续提升发展。

(作者单位:织金县人民检察院)

## 农村地区中医药服务现状及检察公益诉讼保障机制研究

张丽梅

## 警惕以“非遗保护”之名行“文化入侵”之实

## ——以非遗技艺“唐菓子”为例

孙瑜

文化作为软实力,是一国综合实力中基于军事和经济“硬实力”之外的另一重要组成部分,文化领域更是成为政治斗争和意识形态较量的重要领域。因此,我国历来重视对非物质文化遗产的传承与保护。据《中国文化报》第9517期第5版专题报道:截至2022年9月,我国共公布5批1557项国家级非遗代表性项目,国家、省、市、县四级非遗代表性项目名录认定数高达10万余项。然而,累累硕果之下却暗藏危机。2022年电视剧《梦华录》的热播,让“唐菓子”进入大众视线,部分网友认为,剧中所展示的点心根本不是中国古代传统点心“唐菓子”,而是日本以练切技艺所制作的日式点心“和果子”。后来,云南省昆明市西山区一条“唐菓子”非遗保护宣传视频的出现,更是进一步提高类似话题热度。基于此,本文将就“唐菓子”为例解析文化入侵问题。

## 一、被以倭代唐的非遗技艺——唐菓子

(一)非遗技艺“唐菓子”名录申请情况

据报道,2019年8月9日,天津市河东区《关于公布第八批区级非物质文化遗产代表性名录通知》,在传统技艺项目中的第18条是“传统糕点(唐菓子)制作技艺”;2022年3月17日,昆明市西山区《关于公布第五批区级非物质文化遗产项目代表性传承人的通

知》,在传统技艺项目也有“唐菓子”的制作技艺。

(二)“和果子”≠“唐菓子”

据相关资料显示,现有所谓非遗“唐菓子”的制作方式,是以白芸豆、糯米粉、新鲜水果为主要材料,用豆沙外皮和内馅的搭配,通过揉、捏、剪、叠等手法和一套名为“练切”的工具做出精美造型的菓子。首先,根据《中国百科全书·蔬菜卷》显示,“白芸豆”于“16世纪由西班牙人和葡萄牙人带到中国。”而当时我国正值明末清初。明末清初才传入中国的“白芸豆”不可能是“唐菓子”的原材料。

此外,我国唐代定都长安,当时全国重心在北方,北方盛产小麦,故小麦也应当成为当时的主食,因此糯米粉的使用也并不符合唐史。其次,制作“唐菓子”需要用三角棒、挑针、圆勺子等小工具在果子球形表面描绘花鸟凤月,这里所列举的小工具就叫“练切”,根据世界大百科全书记载,“练切”的出现是在日本江户时代(即1603—1868年),当时我国正值明末清初,用明末清初才出现的技艺制作的糕点却被赋予“唐菓子”的称呼,也不符合史实。最后,根据现有出土文物,可佐证真正的“唐菓子”应是以小麦为原料,经过后续炸、蒸、烤、煮等烹饪手法制作而成。

## 二、文化入侵的原因

(一)文化特性所致

文化作为语言和文字的总和,因

其看不见摸不着的特性使其入侵形式多样且极具隐蔽性,旨在潜移默化改变特定族群的关于某类认识或某件事的集体共识以达成转化。例如:“同志”,《国语·晋语四》中解释为“同德则同心,同心则同志。”我国因艰苦壮烈的反帝反封建、反侵略斗争及新中国建设的艰难历程,更是赋予“同志”更为高尚、美好的意义。然而,现在的“同志”在某些文化的传播下,一度成为某种特殊群体的代名词在年轻人中广泛流传,扭曲我国青年人对“同志”的共识。

(二)相关职能部门不作为

以非遗制作技艺“唐菓子”为例,因相关职能部门的不作为、乱作为,导致明明是日本的东西却得以在我国以非物质文化遗产的名头大肆宣传,无疑助长了文化入侵。其次,近年来在我国横行的倭风影视剧,导致我国传统文化被进一步挤压生存空间。最后,以“毒教材”为例,若非有家长将其曝光在网上,不知此类从插图到内容的“毒教材”会影响到我国多少年幼的孩子,此种动摇我国教育之本的行为,也是监管部门失职所致。

(三)文化自信不够深入

历史证明,一个民族,只有物质和精神都富有,才能自尊、自信、自强地屹立于世界民族之林。党的十八大以来,习近平总书记多次提到“文化自信”,我们也确实大力宣扬传统文化,以实际行动来增强文化自信和文化自信。但“唐菓子”与“和果子”“汉

服”与“和服”“个人英雄主义”与“集体英雄主义”,看着部分网友不闻不问、固执己见地争论,深感要想增强国民文化自信任重道远。

## 三、意见与建议

文化兴则国运兴,文化强则民族强,为增强文化自信,建议从以下几个方面改进。

(一)在历史文化上开展拨乱,面对易混淆的,相关部门应及时查证并向民众科普,从官方到民间做好宣传引导,让更多民众看到传统文化,不致被牵着鼻子走;

(二)大力挖掘中国传统故事精神内核,将其运用到影视、动画、音乐等文化创作中,讲好中国故事,传播好中国文化,让民众在娱乐中认识传统文化,在潜移默化中坚定文化自信;

(三)应加强对相关网络平台的监管,并引导民众理智面对社会热点,面对涉及影响政府公信力的社会热点时,相关职能部门应及时辟谣和通报,积极应对群众关切;

(四)对于因职能部门不作为、乱作为而导致国家利益和社会公共利益受到侵害的,可从公益诉讼检察的角度督促职能部门履职。因监管不力而导致的文化乱象,可由检察机关公益诉讼部门督促相关监管部门及时整改,尽可能避免文化入侵,为我国文化自信建设贡献司法检察力量。

(作者单位:织金县人民检察院)