

# 生态损害行政协商与司法救济的衔接困境与出路

韩英夫, 黄锡生

**摘要:**我国现行立法对生态损害的调处采取的是行政协商与司法救济并举的“双轨制”模式,其在制度运行中面临行政规制与司法裁判间的管辖冲突和衔接困境。通过典型案例的分析发现,既有制度未能为化解生态损害场域中行政与司法间的行权“碰撞”提供明确的规范指引。生态损害行政协商的模糊属性以及传统模式对司法救济的惯性依赖,是导致两者陷入衔接困境之根由。因此,应在释明生态损害行政协商的公权行政属性基础上,将两者衔接规则之探讨回归至行政权与司法权关系的一般理论。循此为进,明确生态损害调处中行政协商的优先规制地位和司法救济的后续监督地位,在此基础上最大限度地发挥两者间制度合力。

**关键词:**生态损害行政协商制度;环境公益诉讼;衔接困境;行政权与司法权关系

**中图分类号:**F205 **文献标识码:**A **文章编号:**1671-0169(2018)01-0030-10

**DOI:**10.16493/j.cnki.42-1627/c.2018.01.005

## 一、问题缘起

2014年修订的《环境保护法》不仅确立了以强化“国家环境保护义务”为特征的环境行政管理体制,而且也架设了环境民事公益诉讼的司法救济渠道。近年来,有关环境行政管理和司法诉讼的相关研讨伴随经济发展、生态恶化以及公众环境权益诉求等议题的持续升温,成为社会舆论和法律改革的重点。相比较而言,探寻两者衔接关系的理论研究一直较为匮乏。这一问题在生态损害场域进一步放大<sup>①</sup>。对此,让我们先来看如下一则案例。2012年4月,国家海洋局与美国康菲石油中国有限公司(简称“康菲公司”)、中国海洋石油总公司(简称“中海油”)达成协议,康菲公司和中海油总计支付16.83亿元人民币,用于赔偿因“蓬莱19-3油田溢油事故”对海洋生态造成的损失<sup>[1]</sup>。2015年7月,中国生物多样性保护与绿色发展基金会(简称“绿盟会”)以原告身份向青岛海事法院提起环境民事公益诉讼,要求康菲公司和中海油承担事故海域的生态修复和赔偿义务,其诉请得到青岛海事法院的立案受理。不难看出,针对“蓬莱19-3油田溢油事故造成生态损害”的相同事由,国家海洋局和绿盟会分别诉诸行政协商和司法诉讼的不同制度模式,寻求对生态损害的修复和赔偿。在生态损害法律救济的整体制度图景中,这一实践背后隐含的是行政协商制度与司法

基金项目:国家社会科学基金重大项目“生态文明法律制度建设研究”(14ZDC029)的阶段性研究成果

作者简介:韩英夫,重庆大学法学院博士研究生(重庆400044);黄锡生,重庆大学法学院教授、博士生导师,西部环境资源法制建设研究中心研究员

<sup>①</sup> 本文所称“生态损害”,是指因环境污染或生态破坏行为所导致的生态环境本身功能之减损,即生态本身的损害,而不包括以环境为介质所导致的个体人身、财产等民事权益之损失。有关生态损害相关概念的界定,参见徐祥民、刘卫先:《环境损害:环境法学的逻辑起点》,载《现代法学》2010年第4期;柯坚:《环境法的生态实践理性原理》,中国社会科学出版社2012年版,第218页。

救济制度的适用关系问题。对这一问题的探讨可以转换为:通过行政协商达成的赔偿协议的法律属性以及对后续司法诉讼程序的效力问题,即司法判断应对行政赔偿协议持何种处置态度。法院究竟是应全然不顾协议效力并径行作出更新判决,还是围绕协议的内容进行有限的审查判断。对这些问题的审慎回答均不应止于环境行政管理或司法诉讼的单一研究框架,其需要我们以全面的观点系统而周延地从理论和制度上加以认真对待。

## 二、生态损害行政协商与司法救济的制度图景

环境污染和生态破坏不仅引致传统的环境侵权损害,也同时或单独构成了对环境或生态系统本身之损害。简而言之,生态损害是指因环境污染或生态破坏行为所造成的生态本身之损害<sup>[2](P6)</sup>。它不同于依循“致害行为—环境媒介—个体权益”路径的传统环境侵权损害,而是表现为“致害行为—生态本身—公共利益”的全新损害形式<sup>[3]</sup>。党的十八届三中全会明确提出对造成生态损害的责任者严格实行赔偿制度,党的十九大提出着重解决突出环境问题,加大生态系统保护力度。在此背景下,生态损害作为有别于传统人身、财产和精神损害的全新损害类型,逐渐成为立法和改革的重点。一时间,生态损害调处的制度供给呈现一种“群雄并起、百家争鸣”的热络景象,也由此造成了不同国家权力和不同制度体系间的衔接问题。通过制度梳理发现,我国现行立法对生态损害的调处采取的是行政协商与司法救济并举的“双轨制”模式,其在制度运行中面临行政调处与司法裁判间的管辖冲突和衔接困境。于此,笔者拟依循行政和司法的不同向度,针对我国近期立法及改革动向展开梳理和评析,以期相对完整地展现我国生态损害救济中行政和司法调处模式的制度图景,从而为下文的分析论证奠定基础。在生态损害行政调处层面,由于制度供给上的缺失,传统行政在生态损害索赔问题上长期处于“失语”状态。这集中表现为环境行政机关的处理权限局限于对违法行为本身采取行政处罚,而无法对违法行为所造成的生态损害后果主张修复和赔偿。为了破解“企业污染,政府买单”的不利局面,2015年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》(以下简称“试点方案”),创设性地规定了生态损害行政协商制度的一般规则。依据《试点方案》的权威界定,生态损害发生后,经国务院授权的省级政府及其部门负责“组织开展生态环境损害调查、验收评估、修复方案编制等工作”,并在此基础上就生态损害的修复与赔偿问题,主动与赔偿义务人进行协商。总体来说,生态损害行政协商制度的引入,为行政机关在传统处罚手段之外提供了一条“公权机关参与协商过程”的独特规范式设计,这对于填补我国长久以来生态损害领域行政调整的制度性缺失具有重要意义;与此同时,行政协商制度中“协商性”条款的设计和表述,也为生态损害领域行政处理与后续司法救济模式的衔接困境埋下了伏笔。在司法救济层面,生态损害领域的司法救济集中表现为时下颇为热络的环境民事公益诉讼制度。随着《民事诉讼法》和《环境保护法》的先后修改,以及2014年最高人民法院《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》、2015年《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》、2015年《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》的相继颁行,符合条件的社会组织、检察机关及行政机关,先后获得了提起环境民事公益诉讼的原告主体资格。从而使生态损害的司法救济进路呈现出一番“百家争鸣”的制度景象,体现市民自治的社会组织、彰显监督权的检察机关以及手握行政公权的政府部门,均可依凭自身原告主体身份就致害行为导致的生态损害后果提起环境民事公益诉讼。在此背景下,《试点方案》有关行政协商处理模式的引入,进一步加剧了生态损害领域不同主体、不同调处模式之间的衔接困境与适用混淆。可以看出,我国现行立法对生态损害的填补和救济采取的是行政与司法“双轨制”的保护模式。政府及其部门主导下的行政协商索赔方式,以及其他主体因生态损害所提起的环境民事公益诉讼,同时存在于生态损害救济的具体场域。由于相关立

法尚处于起步和试点阶段，不同调处模式间的衔接规范尚不完备，由此形成了生态损害领域行政调处与司法救济间的管辖冲突和规范竞合。

### 三、生态损害行政协商与司法救济衔接困境的再思考

在理论层面，环境致害行为所引起的损害后果具有特殊性，即一个具体环境污染或生态破坏行为的发生，可能会引发复合性的法律后果，其既可能通过环境介质使个体权益遭受损害，也可能直接作用于环境要素使生态本身蒙受损失<sup>[4](P14)</sup>。一般来说，在致害行为借由环境要素侵害私主体民事权益的情形中，侵权人与受害人之间将形成一种传统意义上的环境侵权民事赔偿法律关系，《侵权责任法》作为主要的民事实体法律依据当无疑问，该法所规定的责任构成、责任方式、赔偿范围等条款，均可直接适用于此类环境侵权之诉中对民事主体受损权益的填补和救济。然而，当致害行为指向于承载着无主或非私有的环境要素、自然资源和生态系统时，由于受损利益的公共性意味，而可能同时落入环境行政和司法诉讼的调整范围，并形成相对复杂的不同制度体系之间的衔接问题。进一步的，生态损害作为行政协商与司法救济的“共享性要素”，因其上承载的环境公共利益而同时受到两者的共同调整。一方面，宣称对公共利益的维护和实现是行政机关证成自身正当性的基础<sup>[5](P9)</sup>；另一方面，填补和救济环境公共利益同样是环境民事公益诉讼制度的核心关切<sup>[6](P257)</sup>。因此，基于维护环境公共利益的相同考虑，行政机关采取的行政协商方式和其他诉权主体采取的环境民事公益诉讼方式，可能共存于某一具体生态损害案件之中，下面通过三则典型案例来检视我国生态损害领域中行政调处与司法诉讼模式的衔接问题。案件关键内容对比如表 1 所示。

表 1 生态损害赔偿典型案例对照表

事例名称	行政协商	司法救济
事例一：泰州“天价”环境民事公益诉讼案	最初方案拟定为由泰州市环保局就生态损害部分与常隆农化等六家企业进行协商，后因缺乏法律依据未实施。	泰州市环保联合会提起环境民事公益诉讼，法院最终判决赔偿 1.6 亿元环境修复赔偿金；泰州市环保局支持起诉。
事例二：“蓬莱 19-3 溢油案（康菲案）	2012 年，国家海洋局与康菲公司、中海油达成 16.83 亿元赔偿协议，用于修复渤海地区受损生态环境。	2015 年，绿盟会提起环境民事公益诉讼，要求康菲公司和中海油承担事故海域的生态修复和赔偿义务，得到青岛海事法院的立案受理。
事例三：章丘“10·21”重大非法倾倒危险废物案	截止 2017 年，山东省环保厅会同济南市章丘区政府与其中 3 家涉案企业达成赔偿协议，签订了赔偿合同书，赔偿金额共计为 774 万元。	2016 年初，绿盟会向山东省济南市中级人民法院提起环境民事公益诉讼，要求涉案企业赔偿因非法倾倒危险废物对环境造成的损害，用于对当地受污染环境的生态修复。济南市检察院支持起诉。此外，省环保厅对未达成赔偿协议的三家涉案企业，提起生态环境损害赔偿民事诉讼，同时提请法院对行政处理中达成的赔偿协议进行司法确认。

近年来，面对强大的舆论氛围和政治压力，行政机关、公益组织以及司法机关等相关主体，往往倾向于采取更为积极的策略与行动，从而增加了不同制度间摩擦与碰撞的可能。例如，“泰州案”中泰州市环保局虽然提出了与污染企业进行行政协商的初步构想，但因该案发生于《试点方案》颁布之前，因生态损害行政协商制度尚未正式确立而被迫放弃<sup>①</sup>。值得思考的是，如果我们将该案置

<sup>①</sup> 从时间角度来看，该案发生于 2014 年底，早于 2015 年 12 月颁布的《试点方案》。据相关报道，该案发生后，有关生态损害赔偿部分的最初解决方案拟定为由环保机关与六家污染企业进行协商。在案件具体办理中，因考虑到作为执法机关的环保局与企业讨价还价的法律性质不确定、协商结果的法律效力不明，以及企业若不履行应如何处理等现实问题，最终环保机关决定放弃行政协商而直接进行公益诉讼。

于目前制度背景下加以探讨,那么对其处理是否仍然可以越过行政协商调处而径直跳入环境民事公益诉讼的司法环节?又如“康菲案”中,环保公益组织(绿盟会)在行政机关(国家海洋局)已经与涉案企业进行行政协商并达成赔偿协议的情形下,再次基于生态损害的相同事由提起环境民事公益诉讼之做法是否适当?换言之,已经经由行政协商程序处置的生态损害赔偿案件是否具有阻却后续司法诉讼程序的法律效果?再如,在“章丘案”中,行政机关(山东省环保厅)与侵害人之间达成的赔偿协议的法律性质为何?其法律效力是否需要经过司法裁判予以确认或审查?笔者认为,在现行制度体系中探寻生态损害法律救济的一个整体性解决方案之核心在于:在对行政协商行为的法律属性予以探讨和把握之基础上,通过恰当的制度功能定位和构造以妥善解决不同制度间的衔接关系。

#### 四、生态损害行政协商与司法救济衔接困境之根由

##### (一) 行政协商模式含混的法律属性

关联制度衔接问题的探讨须以单个制度法律属性的清晰定位为前提。在生态损害领域,环境民事公益诉讼模式的司法性不言自明,但作为不同于传统环境行政规制方式和司法诉讼救济方式的“第三条道路”,生态损害行政协商的法律属性问题,成为时下学者争论的热点。目前,理论界关于行政协商制度法律属性的争论集中表现为:行政机关与侵害人围绕生态损害所形成的关系,究竟是民事还是行政法律关系。持“民事法律关系说”论者认为,基于代理关系和公共信托理论,行政协商制度是环境行政机关以环境公益代理人之身份参与生态损害行政协商的诉前民事协商程序<sup>[7]</sup>。环境行政部门不再是以行政管理者的身份,而是以平等主体的姿态参与其中,通过意思自治的私法协商达至救济生态损害的最终目标。《试点方案》借由“赔偿权利人”与“赔偿义务人”所构造的主体间对等性民事关系,以及“磋商”、“赔偿协议”等条款表述,似乎与该学说的主张相互呼应。与之相反,在“行政法律关系说”论者的分析框架下,行政协商程序被描述成环境行政机关与赔偿义务人就生态损害修复和赔偿问题所进行的行政磋商,政府的主动协商行为被视为一种体现合作性、弱权性的行政手段<sup>[8]</sup>。基于这一认识,“行政法律关系说”论者主张,协商双方因行政公权的渗透而处于一种非对等性法律地位,双方间的关系超越了平等民事关系之范畴而具有更多的公权行政意味。质言之,“民事法律关系说”和“行政法律关系说”的根本分歧源于对行政机关角色定位的不同理论预设。前者勾勒出一幅环境行政机关基于“权利人”的民事主体身份,就受损的生态环境利益与“义务人”进行平等自愿协商的制度图景,后者坚持行政关系作为公法上行政主体的身份地位,从而展现出垂直法律关系中“监管者”与“被监管者”之间有限“协商”的别样景象。由于《试点方案》本身的试验性和探索性,其对行政协商制度的规定过于抽象和笼统,这导致有关行政协商行为的定性问题仍然存在巨大的学理讨论空间。笔者认为,生态损害行政协商制度法律属性的廓清是理顺其与司法救济调整模式间关系的先决性问题。一方面,如果我们将行政机关与侵害人之间的行政协商关系设定为民事法律关系,则政府及其部门在“生态环境利益本身受损”这一情境中的监管性公权将被全部涤除,从而引发行政权对生态损害之规制力度的削弱和压缩,以及司法权在生态损害调处领域中的大幅扩张;另一方面,如果将行政协商关系设定为具有一定程度协商性特征的行政法律关系,并将其放置在行政机关环境监督管理体系的背景中予以定性,则行政协商将被解释为政府实现环境公益规制目标的行政管理制度的一个环节,进而使行政协商与司法救济的衔接问题回归至行政权与司法权关系的一般性讨论之中。可以说,生态损害索赔过程中行政机关协商行为“或民事、或行政”的含混属性,直接影响了其与司法救济模式的衔接和适用关系。

## (二) 司法救济模式的惯性依赖

当前,在生态损害场域有这样一种制度与实践惯性,即将生态损害问题直接诉诸环境民事公益诉讼进行司法救济。通过前文案例的实证分析不难发现,环境法上有关生态损害的恢复性和填补性救济始终带有一种诉诸司法的惯性倾向。这表现为生态损害法律责任的追究经常会越过行政机关的索赔和调处,而径行跳入环境民事公益诉讼的司法程序(如“泰州案”);抑或是在行政机关已经做出调处的情况下,其他主体仍然会以同一案由再次寻求环境民事公益诉讼制度所提供的司法救济渠道(如“康菲案”);又或者在已经由行政协商程序达成赔偿协议的情况下,行政机关仍会自行启动司法诉讼程序以确认或补强赔偿协议的强制性效力(如“章丘案”)。申言之,这种对以环境民事公益诉讼为主的司法救济模式的惯性依赖存在深厚的、多方面的逻辑理据。

首先,传统行政手段对生态环境利益损害所提供的救济不充分。在《试点方案》出台前,我国生态损害赔偿的行政调整长期处于一种无法可依的空白状态。2014年修订的《环境保护法》虽然明确确立了“损害担责”的基本原则,并在此基础上设定了经营者对所造成的损害依法承担责任的法律条款。但在“法律责任”章节并没有针对生态环境利益本身提供填补性救济<sup>①</sup>,仅于个别单行法中部分规定了填补性的环境法律责任<sup>②</sup>。在此种生态环境损害行政法律责任的立法不完善的情况下,囿于依法行政原则的束缚,环境行政机关在生态损害案件处理中,面对动辄牵涉上亿元利益的社会敏感议题,或是秉承“不出事逻辑”而畏首畏尾<sup>[9]</sup>,或是虽欲干预却有心无力。相比之下,司法诉讼中“不得拒绝裁判”原则是约束法官行为的一条基本准则。这使得即便在立法空白的情况下,法院同样可以通过法律解释和“法官造法”等裁判方法以确保对生态损害进行有效的救济。

其次,以往环境执法的孱弱和疲软造成污染企业“既怕”而又“不怕”环境行政机关。一方面,环境行政机关享有广泛的行政审批权以及罚款、扣押、责令停产等行政处罚权,这使其能够在一定程度上对侵害人形成初步威慑;另一方面,在生态修复和资金赔付问题上,由于行政处罚的最高额度限制,环境行政机关的行政处罚手段对侵害人的威慑具有有限性。因此,行政管理实践中的执法疲软,促使环境行政机关在生态损害案件处理上急于寻求司法权的效力补强,并最终导致了生态损害领域行政调整的全面萎缩和司法救济的过早介入。正如学者指出的:“试图借助民事诉讼机制补充环境行政监管的‘无能’,只会进一步弱化环保机关本应独立承担的监管职责。”<sup>[10]</sup>

最后,司法权的自我确认和扩张进一步强化了司法救济模式在生态损害索赔实践中的正当地位。最高人民法院《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》第26条规定:“负有环境保护监督管理职责的部门依法履行监管职责而使原告诉讼请求全部实现,原告申请撤诉的,人民法院应予准许。”这表明,环境民事公益诉讼的诉讼请求既可以通过行政处理实现,也可以通过公益诉讼程序实现;并在实质上默许了相关诉权主体可以跳过行政处理程序而直接提起环境民事公益诉讼,从而通过司法向侵害人和环境行政机关施加反向压力。于此,司法救济发生了向行政领域的僭越现象,其在一定程度上替代了行政调处并成为了救济生态损害的“第一道防线”。

总体而言,生态损害行政协商与司法救济间衔接困境的深层根由在于行政协商制度含混的法律属性以及对环境民事公益诉讼这一司法救济途径的惯性依赖。其中,生态损害行政协商制度“或民

<sup>①</sup> 《环境保护法》第64条规定:“因污染环境和破坏生态造成损害的,应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。”可见,《环境保护法》仅对于以环境为媒介侵害民事权益的情形明确了责任承担方式,并没有规定与生态本身损害相适应的责任方式。

<sup>②</sup> 例如,《固体废物污染环境防治法》第85条规定:“造成固体废物污染环境的,应当排除危害,依法赔偿损失,并采取恢复环境原状。”2010年修正的《自然保护区条例》第38条规定:“违反本条例规定,给自然保护区造成损失的,由县级以上人民政府有关自然保护区行政主管部门责令赔偿损失。”

事、或行政”的含混属性是两者陷入衔接困境的首要症结。从行政权和司法权关系理论出发, 政府协商行为的定性直接决定了生态损害行政协商与司法救济各自的规制疆域和适用位序。

## 五、生态损害行政协商与司法救济衔接关系的廓清与厘正

### (一) 生态损害行政协商制度法律属性之探讨

“生态环境损害本质上是对社会公众享有的生态公共利益的侵害, 通过公法手段预防、恢复和救济生态环境损害是其应有之意。”<sup>[11]</sup>生态损害行政协商是行政机关为圆满实现保护环境的公法目标, 而吸纳“协商”、“损害赔偿”等民事法律机制对生态环境利益进行的恢复性或填补性救济。就行政协商的制度内核而言, 其精髓在于跳脱既有环境行政法律责任(如行政处罚)之外, 引入补偿性的责任类型, 而这亦是行政机关全面履行环境监管职责的必然要求。生态损害行政协商围绕生态修复和损害赔偿的实施展开, 从责任的规制功能上, 二者均旨在对生态环境本身的利益状态进行恢复或填补。行政协商的利益补偿性和协商性看似是对民事法律中“恢复原状”、“赔偿损失”等民事责任的运用, 进而催生了行政协商行为系民事法律行为的观点。

然而笔者认为, 在生态环境治理中, 环境行政机关运用民事法律机制并吸纳既有的民事责任类型, 并不意味着在行政机关与侵害人之间已经形成了民事法律关系。恰恰相反, 调整目标的公法属性、对生态损害议题催生的变革传统行政手段之需求的回应、环境行政规制主导性地位的立法授权, 以及“政府买单”的实践逻辑, 共同决定了该项制度的公权行政属性。

第一, 生态环境利益的公共性特质决定了其应作为公法上的调整目标, 而无法进行私法上的权利式保护。环境资源属于典型的公共物品, 对于特定的资源要素, 任何个体基于社会成员的身份虽可以主张利益的享有, 却不能对其“拥有”或进行“独占”、“支配”等权利式的主张。更为重要的是, 生态环境利益的存在往往科以个体社会成员维持和改善环境的义务。进一步地, “在传统行政法理论中, 行政权一向被视为公共利益的主要代表, 其基本任务就是保护公共利益。”<sup>[12]</sup>在这一意义上, 生态损害本身的公共属性, 使其必然落入现代行政的公法调整范围。诚如学者所言: “行政的逻辑起点与终极目的在于实现公共利益。”<sup>[13](P6)</sup>无论在“警察国家”时代, 还是在“自由主义法治国家”和“福利国家”时代, 对公共利益的维护与调处乃是现代行政的首要任务<sup>[14]</sup>。在环境保护领域, 20世纪中叶以来伴随环境污染、食品安全、劳工保障以及大规模侵权问题的大量涌现, 人类社会逐渐步入“风险社会”时代。而“行政, 依其性质及作用, 最适于防治危险”之特征, 在调处和维护公共利益事务方面得到大幅扩张和加强。由此, 在生态损害行政协商制度中, 行政机关所欲追求和实现的仍然是“维护和实现环境公共利益”这一公法目标, 行政协商本质上是借用协商性的柔性手段来实现公益维护目标的弱权性行政调整措施。

第二, 生态损害议题的全新特征, 促使传统行政方式和手段必须作出回应性变革。近年来, 我国社会的转型尤其是生态环境问题的深化发展, 引致了行政任务的急剧扩张, 传统行政模式已然难以应景式地解答生态损害救济的全新课程。在环境保护领域, 新型生态损害的出现及其裹挟的损害填补和可协商性特征, 促使现代行政被迫放弃自上而下的传统管制方式, 转而寻求体现平等协商等民事私法精神的弱权性管制方式, 通过重塑政府规制以实现行政目标。就此而言, 当生态环境利益因侵害人的行为而受到损害, 而传统行政手段不足以应对新型生态损害议题并为其提供充分之保障时, 环境行政机关作为治理主体, 其对侵害行为的规制不应限于惩戒和制裁, 更应包括利益的恢复和填补。于此, 笔者意欲澄清的是, 损害赔偿并非是专属于民事责任范畴的责任承担方式, 其填补性和补偿性的运作机理对于生态环境这一公共利益类型仍具备广阔的适用空间。应当说, 从行政权的沿革与变迁角度来看, 有关生态损害的填补和救济乃是现代行政的全新任务。在这一意义上, 生

态损害行政协商制度的确立，正是彰显现代行政生态化变革的制度性产物。

第三，现行法律体系确立了在包括生态损害赔偿在内的环境保护领域中，行政机关的主导性规制地位。我国《宪法》第26条第1款规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。”《环境保护法》第4条和第6条分别规定：“保护环境是国家的基本国策”，“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责”。政府和环境保护主管部门分别是对环境质量负责的责任主体和享有监督管理权的环境规制主体。循此为进，从公权行政的权责对等角度，既然《宪法》和《环境保护法》课以环境行政机关维护环境（生态）公益之公法义务，其必然需要赋予其履行此项职责的、具备完整权能的监管权力。因此，维护和调处生态损害是行政机关的基本职责。在这一意义上，有关生态损害协商行为之公权行政属性的理论确认，既是对上述环境法律条款的适恰解释，也是对传统环境行政责任体系的修正与完善。

最后，从实践角度而言，在《试点方案》颁布前的环保实践中，生态损害的修复和赔偿主要践行着“政府买单”的运行逻辑。“环保靠政府、政府是环境这种公共物品的主要提供者、以政府为主导是我国环境治理的基本原则，这是我国最大的现实。”<sup>[15]</sup>首先，在一般性生态损害事件中，以往的处理模式主要关注于对侵害人的行政处罚以及受影响社会民众的私益补偿问题，关涉公共利益的生态损害一般由当地政府承担治理责任<sup>①</sup>。其次，在突发性生态损害事件中，我国《突发环境事件应急管理办法》仅在应急处置部分规定了肇事企业按照事先备案的“突发环境应急预案”，采取“切断或者控制污染源及其他防止危害扩大的必要措施”，以及通报污染情况信息等应急性义务。对于事件所造成的生态损害及其修复工作，实践中仍然由政府来承担<sup>②</sup>。不难看出，虽然现行立法没有明确规定政府在生态损害领域的调处职责，但环境行政机关却始终践行着“政府买单”的实践逻辑，有关生态损害的修复在实践中被视为行政机关的公法任务和职责范围。

## （二）生态损害行政协商与司法救济关系的厘正

在释明生态损害行政协商的公权行政属性之后，本文有关生态损害行政协商与司法救济衔接困境的学理讨论，亦可转化为生态损害领域中行政权与司法权间适用关系的一般问题。应当说，源于理论抽象的纯粹意义之“三权分立”模式在复杂的社会生活中是不存在的，国家权力分支之间都会有一定的交叉<sup>[16](P358)</sup>。而关于这种权力交叉问题的解决，应当回归至行政权与司法权关系的一般理论，并置于生态损害救济的具体情境中加以展开。

1. 生态损害行政协商与司法救济的适用位序。对生态损害这一公共议题之调处，应遵循“行政规制优先—司法监督行政”的位序安排。第一，行政权相较司法权具有积极的主动性。当前所处的风险社会中，环境问题具有高度的科技性、专业性、多样性和公共性，行政权的主动性和应变性使其更适于处置环境问题，增进环境利益。“行政权是一种管理权，司法权的本质是一种判断权。行政官总是尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案。”<sup>[17]</sup>而司法权遵循“不告不理”原则的被动克制性以及对生态环境损害的个案救济方式，从根本上决定了司法诉讼无法对环境问题进行主动的干预和普遍性地解决。事实上，即便是司法审判所必须遵循的相关立法文本，近年来也呈现出“行政立法”之倾向，立法者由于缺乏专业技术支撑，需要行政机关凭借自身优势和经验进行具有

<sup>①</sup> 根据笔者在调研中了解的资料，重庆市目前的做法是企业污染后，政府针对企业违法行为予以法定范围内的行政处罚，但对违法排污行为造成的生态损害则由政府安排资金进行修复，其或是进行个案的单项整治，或是在污染积累到一定程度后，采取上马大型修复项目的集中整治方式。一些工作人员坦言：“企业污染后仅须缴纳小额的行政处罚款，而对生态本身的损害则由政府来承担，从这一点来讲，企业就已经获利了。”资料来源，重庆大学《生态文明法律法律制度研究》课题组《重庆市“生态损害赔偿磋商制度改革试点工作”调研报告》。

<sup>②</sup> 《突发环境事件应急管理办法》第33条规定：“县级以上地方环境保护主管部门应当在本级人民政府的统一领导下，参与制定环境恢复工作方案，推动环境恢复工作。”

“准确、具体、及时、具有针对性的”细化立法。此外,在风险预防向度上,行政机关对生态损害案件的调处不以损害发生、纠纷形成为前提,而可以在有发生损害风险之虞时,采取更为积极主动的管理行为,从源头上防止损害。这种调整方式上的主动性使行政协商更宜置于优先性的调处顺位。第二,在功能定位上,行政协商模式对生态损害案件的调处效率和专业性解决具有司法救济难以企及的优势。环境行政调处具有反应快捷、程序便捷、实施高效等优势。而行政的专业技术性亦有利于克服生态损害的专业性背景<sup>[18](P23)</sup>,从而促使生态损害议题更为专业、及时之解决。生态损害不同于人身和财产损害,其判定过程往往涉及行政机关制定的技术性规范之运用,“对于这些高度专业性技术性的问题,行政机关比法院有着更好的事实认定能力,法院没有能力去替代行政机关制定技术标准,也没有能力对技术标准的实体内容进行科学判断和政策选择。”<sup>[19]</sup>事实上,传统司法权往往是围绕行政行为的合法性与合理性问题展开审查和判断。从国家权力架构和分权制衡角度来看,司法权具有监督行政权依法行使的制度功能,以此避免生态损害行政协商过程中行政裁量权的滥用,以及随之而来的双方合谋。因此,从宪法层面而言,司法程序的后置性定位对于理顺两者关系、防范行政机关的“规制被俘”具有重要意义<sup>[20](P53)</sup>。第三,从处置生态损害案件适用的实体法依据上,目前主要适用的是行政机关制定的包括技术导则在内的行政法律规范,这些公法规范日益成为司法机关据以判定生态损害的法定衡量标准和重要基础。由于生态环境利益在责任主体、归责原则、因果关系确立、赔偿范围等方面均与人身和财产权益的救济存在根本差异,从尊重国家机关内部职权分工的角度,对受损害的生态环境利益进行救济的规范依据应当授权由具有环境监督管理权限的行政机关制定,而其中技术性导则必将发挥重要的指导作用。例如,2007年国家海洋局发布的《海洋溢油生态损害评估技术导则》对于海洋生态环境的损害提供了具体可操作的评估标准,使得《海洋环境保护法》的实施和执行具备可能性。可以说,生态损害的救济很大程度上是通过法律授权的、行政机关设定的量化数值、指标、标准等技术性规则的适用,来实现对侵害人责任的追究和法律效果的实现<sup>[21]</sup>。如此看来,生态环境利益的实现和维护主要依赖行政权的运转和行使,对该利益本身的恢复性和填补性救济亦应是行政机关监督管理权的权能组成部分。

2. 生态损害行政协商与司法救济衔接关系的模式选择。在我国,行政权与司法权在权力来源上具有“同宗”性质,即“行政机关和司法机关都由人民代表大会产生,向它负责并报告工作。”<sup>[22](P43)</sup>但在具体的社会管理实践中,两者又是相互分工和相互配合的,是一种“同宗之下的相互分开”<sup>[23]</sup>。具体来说,这种“分开”关系主要包含了两种可能:第一,“平行制约”关系。行政调整与司法救济同时作用于生态损害的共同对象,两者对生态损害议题的调整是互相平行和互相制约的。第二,“递进制约”关系。行政调整与司法救济在生态损害调整中存在孰先孰后的位序安排,并且后一序位的调处方式对前一序位的调处方式拥有程序上的制约性权力<sup>[24]</sup>。笔者认为,两者相比之下,我国生态损害行政协商与司法救济的衔接模式应选取后者更为适宜。首先,由于调整对象的同一性,即共同作用于生态损害调处领域,两者之间不可能存在各自为政、互不干涉的绝对平行关系,而必然是存在互相关联和制约的交叉关系。其次,“平行制约”关系虽然肯定了制约的双向性,却忽略了制约的递进性,带有一种强烈的“平分秋色”意味,从而直接抑制了行政管理职能的充分发挥,并隐伏了行政与司法互不买账、相互扯皮的隐患。生态损害领域中行政与司法之间的职能关系不应当是平行的,而应是起伏的“递进制约”关系,即行政作为环境公共利益维护的第一道防线,司法作为后置性的监督和纠错程序。进一步地,在厘清行政权和司法权间的权力特性和功能差异的基础上,应明确二者各自在生态损害方面的任务定位。具言之,一方面,坚持生态损害问题上的行政规制优先原则。在《试点方案》的基础上,进一步对生态损害行政协商制度的法律属性予以明确界定,在环境基本法层面确立“责令修复”和“责令赔偿损失”等恢复性和补偿性环境行政法律责任类型。与此同时,由于环境行政机关责令侵害人承担诸如修复、损害赔偿等法律责任时,

既是以公权力运作为核心对生态环境利益作出处置的过程,又是对与行政相对人相关权益一并调整和处理的程序。于此,应当突出强调行政的社会纠纷调处面向,注重正当程序的构建,以防止公权侵犯私权现象的发生。另一方面,完善环境行政公益诉讼制度。以欧盟地区为例,环境公益诉讼只限于以行政机关为被告的环境行政公益诉讼,社会公众不能直接以造成生态损害的经营者为被告提起相关法律诉讼。在生态环境损害案件中,当社会成员认为行政机关对侵害人的追责行为或行政不作为侵害了生态环境公共利益时,或侵害人认为行政机关的处置行为侵害其自身合法权益时,有权向法院提起环境行政公益诉讼,由法官在现行法律框架内,以法律原则和规则为裁判根据,对行政机关的具体行政行为或不作为进行合法性审查。而审查的主要标准亦应在于环境行政机关是否遵循恰当的行政程序作出行政决策,且是否存在违反法律规范内的底线性权利条款之情形。

## 参考文献

- [1] 中新网. 康菲及中海油为漏油埋单 16.83 亿[EB/OL]. <http://finance.chinanews.com/ny/2012/04-28/3853251.shtml>, 2016-12-20.
- [2] 竺效. 生态损害综合预防和救济法律机制研究[M]. 北京:法律出版社, 2016.
- [3] 吕忠梅. 环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境民事公益诉讼案评析[J]. 中国法学, 2016(3).
- [4] 吕忠梅等. 环境损害赔偿法的理论与实践[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2013.
- [5] [美]罗森布鲁姆, 克拉夫丘克. 公共行政学:管理、政治和法律的途径[M]. 张成福, 等, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2002.
- [6] 吕忠梅. 环境法导论[M]. 北京:北京大学出版社, 2015.
- [7] 王金南. 实施生态环境损害赔偿制度, 落实生态环境损害修复责任——关于《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》的解读[N]. 中国环境报, 2015-12-04(02).
- [8] 张梓太. 填补制度空白, 力促损害担责——对《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》的解读[N]. 中国环境报, 2015-12-8(02).
- [9] 贺雪峰, 刘岳. 基层治理中的“不出事逻辑”[J]. 学术研究, 2010(6).
- [10] 沈寿文. 环境公益诉讼行政机关原告资格之反思——基于宪法原理的分析[J]. 当代法学, 2013(1).
- [11] 柯坚. 建立我国生态环境损害多元化法律救济机制——以康菲溢油污染事件为背景[J]. 甘肃政法学院学报, 2012(1).
- [12] 王明远. 论我国环境民事公益诉讼的发展方向:基于行政权和司法权关系理论的分析[J]. 中国法学, 2016(1).
- [13] 章剑生. 现代行政法总论[M]. 北京:法律出版社, 2013.
- [14] 黄学贤. 公共利益界定的基本要素及应用[J]. 法学, 2004(10).
- [15] 蔡守秋. 从环境权到国家环境保护义务到环境民事公益诉讼[J]. 现代法学, 2013(6).
- [16] 胡建森. 公权力研究——立法权·行政权·司法权[M]. 杭州:浙江大学出版社, 2005.
- [17] 孙笑侠. 司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别[J]. 法学, 1988(8).
- [18] 叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003.
- [19] 宋华琳. 论行政规则对司法的规范效应——以技术标准为中心的初步观察[J]. 中国法学, 2006(6).
- [20] [美]朱迪·弗里曼. 合作治理与新行政法[M]. 北京:商务印书馆, 2010.
- [21] 宋华琳. 论技术标准的法律性质——从行政法规范体系角度的定位[J]. 行政法学研究, 2008(3).
- [22] 应松年. 行政诉讼法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [23] 彭涛. 司法权与行政权的冲突处理规则[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016(6).
- [24] 刘启川. 诉讼外行政权与司法权的关系构造及其路向——以原平县交警与华阴市法院“执法碰撞”为例的展开[J]. 现代法学, 2015(2).

## Connection Dilemma and Outlet between Administrative Consultation and Judicial Relief on Ecological Damage

HAN Ying-fu, HUANG Xi-sheng

**Abstract:** The current legislation of ecological damage is considered as double-track mode. There exists jurisdiction conflict and connection dilemma between administrative regulation and judicial judgment. Through the analysis of typical cases, it is found that the existing legal norm fails to provide clear specification guidance for dissolving the conflict between executive power and judicial power in the field of ecological damage. The root cause of connection dilemma is the fuzzy attribute of administrative consultation and the inertial reliance on environmental civil public interest litigation in judicial relief. Therefore, based on clarifying the public administration attribute of consultation system, we should return to the general theory of relationship between executive power and judicial power to discuss connection rules. Furthermore, it is necessary to exert the combining advantages on the basis of clarifying the priority of administrative consultation and subsequent supervision status of judicial relief in ecological damage regulations.

**Key words:** administrative consultation system on ecological damage; environmental public interest litigation; connection dilemma; relationship between administrative power and judicial power

(责任编辑 周振新)