

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.05.011

我国生态环境损害赔偿立法:模式与难点

赵 小 姣

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

摘 要:生态环境损害担责的常态化需求、制度面临的合法性危机及政策转向构成中国生态环境损害赔偿制度立法的时机。基于生态环境损害的公共性,我国应采取独立环境损害论,遵循国家环境保护义务为逻辑进路,制定《生态环境损害救济法》,构建生态环境损害赔偿制度。《生态环境损害救济法》的科学定位既要考虑与环境保护法律之间的异同,又要兼顾与其他法律之间的调适与衔接,以维持不同法律的立法空间,同时应聚焦于损害赔偿由私法向公法的移转、行政权和司法权关系的协调、赔偿磋商性质的明晰及两诉本质的厘清等难点问题,从而构建行政命令优先、磋商前置与诉讼兜底的多路径并存的生态环境损害救济规则。

关 键 词:生态环境损害赔偿;《生态环境损害救济法》;环境保护义务
中图分类号: D 922.68 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-3758(2020)05-0081-09

The Legislation of Compensation for Ecological Environment Damage in China: Modes and Difficulties

ZHAO Xiao-jiao
(Law School, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)

Abstract: The normalized demand for ecological environmental damage responsibility, the legitimacy crisis of the system, and the shift of policies constitute the timing of China's legislation on ecological environmental damage compensation system. Based on the public nature of ecological environmental damage, China should formulate the *Ecological Environmental Damage Relief Law* which adopts the theory of independent environmental damage, and follows the logic of national environmental protection obligations to build ecological environmental damage compensation system. To maintain the legislative space of different laws, the scientific orientation of the *Ecological Environmental Damage Relief Law* must consider the similarities and differences between the law and environmental protection laws, and should also consider the adjustment and convergence with other laws. At the same time, it should focus on difficult issues such as the transfer of damage compensation from private law to public law, the coordination of administrative power and judicial power, the clarity of the nature of compensation consultation and the clarification of the nature of the two suits. In this way, the eco-environmental damage relief rules of the coexistence of multi-paths that include the priority of administrative orders, the up-fronting of consultations and the last option of litigation are constructed.

Key words: ecological environment damage compensation; *Ecological Environment Damage Relief Law*; environmental protection obligation

近年来,我国无论是突发性的还是累积性的生态损害事件都开始进入高发期,环境问题可谓是“旧账未还又添新账”。为破解生态环境损害救济不力或政府善后的困局,生态环境损害赔偿制度改革应运而生,从2015年七省市的试点到2018年《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《改革方案》)在全国的推行。然而生态环境损害赔偿案件并未发生“井喷”的现象,与我国当前生态环境损害问题严重、迫切构建损害赔偿制度的需求相悖逆。究其根本,“摸着石头过河”的生态环境损害赔偿制度推进的首要掣肘在于立法不足。在建设生态文明法治的大背景下,完善生态环境损害赔偿立法是契合一切制度构建于法有据的法治要求。为此,从生态环境损害赔偿立法时机的把握为起点,以有关立法模式的选择研究为基础,剖析我国生态环境损害赔偿制度立法的难点问题,希冀推进我国生态环境损害赔偿立法及环境法治进程。

一、生态环境损害赔偿立法的时机把握

立法时机的判断标准包括社会的客观需求、法律的漏洞诱因及政策的经验支撑三个方面。就生态环境损害赔偿立法而言,生态环境损害担责的常态化需求是法律生成的动因,制度创设的合法性危机是推动立法的直接原因,政策文件转向法律规范是制度改革的应有之义。换言之,我国生态环境损害赔偿立法的时机已然成熟,应当加以把握。

1. 生态环境损害担责的常态化需求是法律生成的动因

当前中国处于全面社会转型期,社会转型催生诸多社会风险,置身于这一背景下,渤海湾溢油污染、腾格里沙漠污染事件、常州外国语学校毒地污染事件等一系列生态环境损害事故接踵而至,社会公众和生态系统都面临前所未有的挑战与风险。掩卷而思,生态环境损害事故频发的“症结”源于制度的缺陷:一方面,基于生态环境损害的公共利益性,传统民事责任对生态利益的保护和救济存在无法克服的局限;另一方面,在自然资源所有权人及管理者双重身份的驱动下,出于效率价值的追求,国家倾向于依赖行政处罚等手段以保护和救济生态损害,以所有人身份追究侵害行为

人责任的途径鲜少适用,但是行政处罚的额度受法律限定,即使“顶破天”也无法对生态环境损害提供完整、充分的救济。此外,司法实践表明,以填补生态环境损害为目标的环境民事公益诉讼在追求环保效果最大化的同时要兼顾成功率和社会效果,在如上因素的制约下使得诉讼具有选择性,突出表现为“公法旧案”的追捧和案件分布的严重不均,这种偶然性的追责可能造成许多类似的环境损害行为因未进入选择视野而无需担责,不仅无法形成常规性威慑,更偏离了制度的正轨^[1]。可见,我国存在迫切构建常态化的生态环境损害赔偿制度的社会需求,而“社会需求是法律生成的动因”^[2]。在生态文明建设和绿色发展的背景下,立法者应以整体主义视角回应社会对救济生态环境损害的立法诉求,通过立法保障的生态环境损害赔偿制度构筑起一道足以震慑潜在的生态环境危害行为人的正义的长城,从而破灭行为人通过违法获利的精于算计的幻想^[3]。

2. 制度创设的合法性危机是推动立法的直接诱因

现行法律中关于生态环境损害赔偿制度仅在《海洋环境保护法》有所规定,但海洋生态环境损害赔偿被排除在《改革方案》规定的适用范围之外。各省份通过“平移”《改革方案》的方式制定地方政策性文件以推进该制度,地方立法的自我授权在引发合法性存疑的同时,更是造成该制度发展的混乱^[4]。根据我国《立法法》第8、9条的规定,诉讼制度属于法律绝对保留事项,唯有全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律可对其明确规定,而当前《改革方案》创设生态环境损害赔偿诉讼制度,这种违反法律绝对保留原则的做法,必然会使该制度陷入合法性和正当性的图囿之中^[5]。

江苏省高级人民法院《关于生态环境损害赔偿诉讼案件的审理指南(一)》、上海市高级人民法院《关于审理政府提起生态环境损害赔偿民事案件的若干意见(试行)》、最高人民法院《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(简称《若干规定》)等一系列司法意见的出台,既表明我国的生态环境损害赔偿制度正在逐步规范化,亦表明生态环境损害赔偿立法具有现实的紧迫性。实践证明,凡是以立法形式推进改革、改革事项于法有据的,改革措施推行都较为顺利,改革意图也能较为圆满地实现,在取得较好的社会效益的同

时为改革的进一步推进打下良好的基础。毋庸置疑,在依法治国的语境下,唯有通过法律的“立”方能实现该制度改革的“破”,通过顶层设计和统筹规划以摆脱合法性困囿的困境,从而在法律正当性和社会实效性的维度里发挥该制度之善治目的。

3. 政策性文件转向法律规范是制度改革的应有之义

作为实现社会治理的两种非常重要的正式制度安排,政策和法律各有优势。在制度的改革探索阶段具有灵活性、应时性及便捷性等特点的政策性方案更为适宜,而在制度的建构阶段应选择稳定性、统一性及权威性的立法方案以巩固改革成果及通过顶层设计以引领改革进程。一方面,《改革方案》的出台拉开了我国生态环境损害赔偿立法研究的序幕,其清晰地勾勒出生态环境损害赔偿制度的框架,并已由七个试点省市向全国范围予以推行,在实践中取得的改革成果亟待立法确认和巩固。另一方面,生态环境损害赔偿制度实践与改革的预设相距甚远。截至2019年12月,全国法院共审理生态环境损害赔偿诉讼案件73件,这与我国严峻的生态环境损害现实不符,主要源于该制度存在诸多疑问尚待立法予以厘清与规范:如何优化政府索赔权与监管权之间的关系,以避免出现“司法角色行政化”的现象;如何衔接针对同一生态环境损害事实提起的生态环境损害赔偿诉讼与环境公益诉讼之间的关系(简称“两诉”),以回应司法实践操作中索赔主体混乱及司法资源浪费的诘问;如何定位生态环境损害赔偿磋商的法律性质,以阐释借助司法确认保障磋商协议法律效力的正当性的质疑。可见,生态环境损害赔偿制度仍处于“摸着石头过河”的政策推动型改革阶段,在法律缺位的情况下,改革与法治长期处于紧张状态,在一定程度上损害了法律的权威性,并可能导致“改革就是要突破现有法律”的认识误区。在依法治国的语境下,有必要推动生态环境损害赔偿的立法,通过顶层设计对社会现实和改革进程进行主动谋划、前瞻规划和全面推进,从而保障生态环境损害赔偿制度的全面推进及其功能的发挥。

综上所述,身处生态环境损害高发期的中国,《改革方案》的出台表现出较强的应急型法制的实用主义特点,而生态环境损害赔偿法律规范的缺失将阻碍生态文明建设和绿色发展的落实。因

此,我国应积极把握生态环境损害赔偿的立法时机。同时,“法治的理想必须落实到具体的制度和他技术层面,没有具体制度和技术的保障,任何伟大理想都不仅不能实现,而且可能出现重大失误”^[6]。因此,一项积极、有效地预防和救济生态环境损害的制度的构建取决于未来立法模式的选择。

二、生态环境损害赔偿立法的模式选择

生态环境损害赔偿立法模式是指为实现立法目标,在生态环境损害赔偿立法过程中立法机关所采取的方法、结构、体例及形态的总称,旨在将生态环境损害赔偿制度从政策上升为规范形态。故生态环境损害赔偿立法的核心是选择侵权损害论模式还是环境损害论模式,选择权利模式还是义务模式,以及选择综合模式还是分散模式。

1. 侵权损害论模式与环境损害论模式

根据立法选择的损害论之不同,生态环境损害赔偿立法模式分为侵权损害论模式和环境损害论模式。侵权损害论模式是将生态环境损害纳入“大一统”的侵权损害论,在《民法典》中的侵权责任编专门规定生态环境损害赔偿责任,旨在借助民事填补责任的优势实现维护环境公共利益之目的。环境损害论模式是通过环境法构建独立的环境损害论以回应生态文明建设背景下严峻的生态环境损害问题,旨在维护生态系统的完整性及各环境要素的平衡。最近通过的《民法典》在侵权责任编部分单章规定了生态修复责任及赔偿范围、惩罚性赔偿等内容,其是民法规则体系对于当下中国突出的生态问题的积极回应。事实上,法国在民法典中通过侵权责任条款生态化的方式以实现传统侵权责任与生态环境损害赔偿责任的衔接,然而实践与预期的效果相距甚远。追根溯源,法国采取的侵权损害论模式缺乏对生态环境损害赔偿制度的整体性考量,无法达到有效和充分填补损害的功效^[7]。因此,鉴于民法典的私法属性,无论绿色原则或生态利益在民法典实现何种程度的植入,只是一定程度上对某些具体的环境问题的外围性适应,在应对生态环境损害赔偿问题上只能是“协奏曲”。

为此,生态环境损害应寻求以社会公共利益为本位的环境法对其加以调整与救济,理由如下:

一是作为生命共同体的“山林水田湖草”各要素在形态和功能上共生共存、不可分割,故生态系统具有整体性,应尊重和保护整体生态系统的完整和良好状态;同时,保持生态系统的平衡必须尊重并保护整个生态系统的完整和各个组成部分之间关系的平衡^[8]。二是生态环境损害主要源于经济主体在谋求私益的过程中实施了污染或破坏生态环境的行为,要保护生态环境需要发挥公法机制的作用,对私法契约自由进行严格限制方能维护环境公共利益。三是生态系统处于不断的物质循环、能量流动、信息传递过程中,任何一个环境要素都不是民法意义上的“物”,因此对于生态系统无法“恢复原状”^[9]。综上,基于生态环境的公共属性,生态修复过程中需要公权主体的介入,这已超出民法规则的射程范围,要全面有效地解决生态环境损害问题应构建独立的环境损害责任论以设计生态环境损害赔偿制度,不断强化环境法的作用以维护环境公共利益。

2. 权利模式和义务模式

根据立法所依托的索赔权来源之不同,生态环境损害赔偿立法模式分为权利模式和义务模式。前者认为环境与自然资源是一体两面的关系,生态环境受损后政府可依自然资源国家所有权提起诉讼;后者认为政府提起生态环境损害诉讼的目的是救济生态环境以维护环境公益,本质是其积极履行环境保护义务的执法行为。《改革方案》所遵循的是权利模式的解释路径,通过将环境要素及生态系统特定化为物权的客体,从而间接地实现观照环境要素的生态价值之目的。这一解释路径看似合理,实则存在诸多逻辑无法自洽的问题:第一,自然资源无法完全涵盖生态环境,将自然资源损害与生态环境损害划等号存在逻辑难以周延的问题,而且物权法上对自然资源的保护重在经济价值,即使某种程度上救济到其生态价值,也是保护财产利益的“反射利益”。第二,我国对自然资源所有权的设定包括国家所有权和集体所有权,倘若政府仍是集体所有的自然资源受损生态价值的适格权利索赔主体,存在抹杀集体组织的索赔主体资格之嫌^[10]。第三,空气、阳光等环境要素并未规定国家所有,其在受到损害时将会因无法特定化为物权上的“物”而将政府这一权利人排除在外,此时谁能作为适格的索赔主体对其生态价值进行救济呢?据此,这种套用自然资源国家所有权的外衣以填补生态环境损害的

路径存在难以弥合的理论裂隙,如循此逻辑进路安排生态环境损害赔偿制度可能会给环境司法乃至环境法治造成不可忽视的漏洞。

“生态损害实质上涉及的是公法问题,只不过在这类公法中保留了一些私法概念,如因违反以环境保护为目的之法的赔偿责任。”^[11]为此,应另辟蹊径从生态环境的公共性为制度建构的原点,使生态环境损害赔偿制度回归到公法领域,将宪法规定的国家环境保护义务作为政府索赔权的正当性来源。根据《宪法》第9条第2款、第26条第1款规定国家的环境保护目标条款,并导出相应的国家环境保护义务,同时《宪法》第89条第6款中增加了国务院“领导和管理生态文明建设”的职能,在这个意义上,政府作为索赔人提起的生态环境损害赔偿磋商或诉讼是通过行政权与司法权的合作与配合以达到维护环境公共利益之目的。耶林曾言,如果以维护社会秩序为目的,个人“主张权利”就是权利人“对社会所负的义务”,即以维护环境公共利益为目的时,政府索赔权的行使本质上是对共同体的责任和义务^[12]。故政府提起生态环境损害赔偿究其实质是其履行环境保护义务的延伸,旨在弥补行政执法救济生态环境损害的不足,遵此逻辑进路,方可作为政府作为赔偿权利人提供理论充分性和逻辑一致性的解释路径,从而通过“全覆盖”的问责以保证生态文明建设的国家目标落实到位。

3. 综合模式和分散模式

根据立法的体例之不同,生态环境损害赔偿立法模式分为综合模式和分散模式。综合模式是指对生态环境损害赔偿问题相关的各类关系进行整体性规定,具体包括生态环境损害赔偿权利人和义务人、生态修复责任、磋商及诉讼规则等内容。如美国的《综合环境反应、赔偿和责任法》(又称《超级基金法》)、德国的《环境损害法》及西班牙的《环境责任法》等,在考量自身国家政治、法律等现实因素的基础上通过专门立法进行制度设计,尽管具体规则有所差异但立法方向一致。分散模式是指基于环境要素的不同,聚焦于各环境单行法的修订的方式设计各具特色的生态环境损害赔偿责任条款及其适用规则,旨在有针对性地破解各环境要素损害救济无力的困境。例如我国2020年修改通过的《固体废物污染环境防治法》规定了政府及其指定部门可与行为人进行磋商,要求其承担生态环境损害赔偿赔偿责任。

分散模式便于设计契合各环境要素特性的具有针对性的责任规则及相关行政部门的监管职责,从而完成其在生态环境损害救济领域填补立法空白、完善环境法治的使命。但是该模式存在如下弊端:一方面,生态环境损害具有整体性、系统性、复合型特点,分散规定模式可能会引发当前生态环境损害赔偿制度改革实践中难以确定索赔主体和陷入救济不力的双重困境。另一方面,不同类型的生态环境损害具有共性,这会导致各单行法关于生态环境损害责任规定陷入重床叠架的困局,徒增立法资源消耗。为此,将生态环境损害赔偿制度分散规定于各单行法中,不但难以实现生态环境救济制度的统一与协调,反而会加剧单行法体系存在的结构性矛盾。

综合模式包括环境基本法专章规定模式和专门立法模式。有学者指出,“基于生态环境的公共利益属性,关于生态环境损害赔偿的内容于《环境保护法》中规定更加妥适”。《环境保护法》作为环境保护领域的基本法,在该法中增设和修改现有法律条文作出立法回应,能促进生态环境损害赔偿问题的有效解决。毋庸置疑,该模式是一种立法成本较低的选择方案。但《环境保护法》囿于基本法的功能定位,对于制度设计会限于一种提纲挈领和宣示性说明的规定,难以从整体上安排生态环境损害赔偿制度。此外,现行《环境保护法》修改于2014年,从1989年制定到第一次修改历经25年,基本不具备在短期内再次修改的可能性。

较之而言,专门立法模式能针对生态环境损害赔偿的整体性布局作出立法回应,通过设计具体的法律规则以保障生态环境损害赔偿制度的持续推进。其一,生态环境保护是需要政府与市场共同作用的领域,这意味着,生态环境保护需要具有私法性质的法律规范,同时也需要私法射程之外的公法规范。唯有通过专门立法,方能契合生态环境损害赔偿制度融合公私法规范的需求。其二,基于生态环境损害赔偿制度建构关涉实体性规则和程序性规则,难以在民法典或《环境保护法》中全部落实,环境单行法分散规定模式更是会造成立法重叠,消耗立法资源。倘若从立法资源考量,该模式存在立法成本较高的不足之处。为此,我国应采取独立环境损害论,以国家环境保护义务为逻辑进路,制定一部既包含实体与程序规则,又融合公私法性质的综合性专门法律。

三、生态环境损害赔偿立法的难点克服

上文详细地分析了我国生态环境损害赔偿立法时机的把握和立法模式的选择,在此基础上应聚焦于立法的难点,譬如如何协调好行政权与司法权的关系、合理定位赔偿磋商的性质及“两诉”之衔接适用等,唯有克服这些难点,方能实现对生态环境保护的高效性。基于兼顾实体和程序性规则及整体主义视角救济生态环境损害的要求,较之于《生态环境损害赔偿法》《环境责任法》《环境纠纷处理法》等法案名称,选择《生态环境损害救济法》这一法案名称更为妥适。

1. 明确《生态环境损害救济法》的定位

一部法律的立法空间及其适用范围取决于其法律定位准确与否。我国《生态环境损害救济法》的定位应有两个层面:在内部层面,应厘清该法与《环境保护法》《水污染防治法》《土壤污染防治法》等现行环境保护法律的关系,以明确其在环境保护法律体系中的地位;在外部层面,应调适与民法典、行政法、侵权责任法、民事诉讼法等相关法律中关于生态环境保护的规范,以保持各自的法律适用空间。

就内部系统而言,《生态环境损害救济法》的定位应当置于我国环境保护法律体系中讨论。环境保护法律体系是一个重要且独立的法律门类,且各国基于环境问题的国情与保护环境的实践也构成了各自的环境保护法律体系。以美国为例,环境保护法律体系的轮廓大致为:以规定环境保护的基本与核心问题的《国家环境政策法》为统帅,以保护单向环境要素的《清洁水法》《清洁空气法》《有毒物质控制法案》等法律为核心,以兼具行政命令、和解及诉讼等多样化救济方式的《超级基金法》等法律为保障。相较之,我国的环境保护法律体系还存在诸多立法空白,尚未勾勒出完整的环境保护法律体系,最为显著的是缺乏对生态环境损害赔偿制度的立法。

一方面,《生态环境损害救济法》与《环境保护法》的关系是特别法与一般法、下位法与上位法的关系,即该法的制定必须贯彻《环境保护法》确立的基本原则和精神,调整环境污染或生态破坏行为、社会及国家对生态环境损害救济的法律关系,从而实现生态修复责任的有效落实。另一方

面,《生态环境损害救济法》与《水污染防治法》《土壤污染防治法》《固体废物污染环境防治法》等单行法律既相互独立,又联系紧密。当前的各单行法在生态环境损害赔偿责任方面基本处于空白状态,使得各环境要素的修复缺乏法律规范的保障,更是成为生态环境损害赔偿制度推进的掣肘。因此,《生态环境损害救济法》应在补强各单行法不足的基础上,对生态环境损害赔偿制度进行全局性、整体性地把握,从而保障该法立法的初衷及契合高效性保护生态环境的需求。

就外部系统而言,《生态环境损害救济法》中的责任规则、诉讼规则等内容不可避免地会与民法典、行政法、民事诉讼法等法律存在调适与衔接的部分,如若出现重叠与冲突的部分,反而会增加立法的困难与立法成本。首先,《民法典》侵权责任编已规定生态修复责任、赔偿范围及惩罚性赔偿制度的适用,未来在立法过程中要实现与民事法律的衔接。其次,如何确保生态环境损害赔偿责任的落实,有赖于诉讼规则的具体设定,当前的诉讼法中并未规定生态环境损害赔偿诉讼规则,这是亟需解决的重要问题之一。最后,要正确处理该法与行政法及刑法中相关制度的协调与配合,包括“责任人不明”的政府赔偿、犯罪人承担生态修复责任作为量刑情节从宽处理是否于法有据等。

2. 《生态环境损害救济法》的设计要点

第一,立法应实现损害赔偿由私法向公法的移转。随着公法介入损害赔偿领域的程度越来越高,损害赔偿呈现出私法向公法转移的趋势。生态环境损害赔偿立法要充分认识到公法和私法的目标并不一定是相互排斥的,在环境政策实施中二者都有重要的作用^[13]。具体而言:①要以整体性和系统性视角看待生态环境损害问题,因为其是生态环境损害赔偿立法的根基与逻辑起点,如果未触及生态环境损害问题根源的规则设定必然无法脱离制度困境的命运。②不能依靠生态环境损害赔偿孤军奋战实现生态环境的保护,要注重责任社会化与行政补偿责任的运用,充分发挥在法律世界里公法机制调整和保护生态环境的优势。③生态环境损害赔偿磋商与诉讼规则不应从私法的角度进行设计,否则会造成以私法规则救济生态公共利益的扭曲和错位,并与现行执法机制产生诸多重叠甚至冲突,从而导致生态环境损害救济机制的混乱。

第二,立法应协调好行政权和司法权的关系。一直以来,行政机关以保护环境公共利益为基本职责,旨在发挥其行政权的作用促进环境公共政策的实施。然而当前实践探索的生态环境损害赔偿诉讼表明司法机关扮演着生态环境公共利益的处分角色,在强调司法能动性的同时容易引发司法权对行政权限范围的侵犯。因此,生态环境损害救济立法在制度设计时必须协调好行政权和司法权间的关系,以保证该制度的合法性和正当性,从而保障环境法治在法治基本准则的道路上健康发展。具体而言,一方面,行政权优先。生态环境损害赔偿的本质是维护公共利益,故应优先在行政权的权限范围内解决,即穷尽行政执法手段方能启动诉讼程序。原则上司法能动性的发挥应在不逾越司法权的固有边界和不影响中立立场的基础上处理生态环境损害问题。另一方面,尊重各自优势的发挥。基于专业性、灵活性和效率等优势,行政机关对法律事实的判断往往更加便利准确^[14],如行政部门负责生态环境损害的确认、评估、修复方案及修复责任的监督等;而司法机关则擅长于解决法律适用问题,如责任主体的确定及费用分担等问题。行政和司法的优势比较决定着司法权对行政权的干预程度。

第三,立法应明晰赔偿磋商的性质。生态环境损害赔偿磋商是为完善我国环境法治建设而创设的一项新的治理手段,但是其实践效果有限,追根溯源,赔偿磋商的法律性质尚不明晰。从顶层设计的视角来看,构建生态环境损害赔偿磋商制度的前提是应明晰其法律性质,方能在此基础上制定技术层面的规则,否则将可能出现系统性和方向性的问题。当前,我国关于赔偿磋商性质的说法众说纷纭,“民事磋商说”认为,赔偿磋商具有一定的公法特色,但是磋商双方是以平等、协商的方式共同参与修复方案的制定,达成的磋商协议亦是民事协议^[15];“行政磋商说”认为,赔偿磋商具有公权行政属性,其是行政机关借用平等协商等私法精神以克服行政管制“萎靡”,从而实现公法目标的一种协商行政行为^[16];“混合磋商说”认为,磋商程序启动前行政机关进行的损害调查、鉴定评估及制定修复方案等工作是其公权行使的表现,在赔偿磋商过程中及协议的履行阶段,行政机关是与赔偿义务人进行平等协商的民事主体^[17],这些对其性质的诸多指摘的研究具有反思意义。

要合理定位赔偿磋商的法律性质,应围绕安

排该制度的目的进行展开。诚如耶林在《法律中的目的》一书中曾言明,“所有在法律之泥土上的一切,都是被目的所唤醒的,而且是因为某一个目的而存在,整个法律无非就是一个独一的目的创造行为”^[18]。遵循该逻辑进路,我国创设生态环境损害赔偿的本质是履行宪法序言规定的“美丽中国”之目的,通过行政机关与行为责任人积极协商以承担生态修复责任的法律过程来实现,但不能以借用私法领域的民事合意的这种表面“平等性”否定其公法性本质;其一,生态环境的公共利益属性决定了其理应是纳入公法规制范畴,而维护公共利益是行政机关的首要任务,这要求行政机关不得肆意处分赔偿事宜,这与私法上的自由处分原则相区别;其二,赔偿磋商的全过程都是在公权力主导的背景下运行的,即使磋商过程中存在平等协商行为,但双方合意行为指向的最终目的是修复生态以维护环境公共利益。为此,赔偿磋商的本质是行政机关与赔偿义务人在“弱行政权”下体现合作精神的行政协商,是对传统“命令—控制”型行政执法机制无法填补生态环境损害的缺陷的弥补。

第四,立法应厘清两诉的本质。实践中,针对同一生态损害事实可能会同时引发功能重叠的生态环境损害赔偿诉讼和环境民事公益诉讼,不仅使得实践效果有限,而且易造成司法资源的浪费。《若干规定》的第16、17和18条明确了生态环境损害赔偿诉讼先行于环境公益诉讼进行审理,以及二者可以同时提起合并审理,表面上似乎解决了两诉的衔接与矛盾,实则使两诉陷入一种更为混乱的困局。

从制度生成的角度来看,两种诉讼的兴起分别源于执法动力不足与损害填补责任缺失。环境公益诉讼旨在弥补执法不足,通过监督和敦促地方政府及其环保职能部门积极履行环保职责来推动企业遵守环境法。司法实践中,该制度存在职能错位与扭曲的现象,其借助司法机关将监督矛头转向企业等私主体进行替代环境执法,使得本应积极履行环保职责维护环境公益的环境监管部门成了旁观者,本应恪守司法谦抑的法院却不得不主动承担维护环境公益的行政职能^[19]。实际上,环境公益诉讼的正轨是建立环保组织或检察机关督促生态环境部门勤勉执法的环境行政公益诉讼制度,而非追究企业等私主体生态环境损害赔偿责任的环境民事公益诉讼制度^[20]。生态环

境损害赔偿诉讼旨在填补生态环境损害,其是在已有行政管制手段无法满足损害填补功能的情况下而创设的救济制度。生态环境作公共利益的载体,使得生态修复责任以公共利益为指向,同时基于生态环境损害调查、鉴定评估及修复方案的高度专业性的要求,作为负有环境保护义务的行政机关理应作为适格赔偿权利人提起诉讼以追究行为人的赔偿责任。故赔偿诉讼制度实质上是政府履行环境保护义务的延伸,属于创设新的环境治理手段以维护公共利益。基于如上两种制度的本质区别,我国在立法时应进行类别化的诉讼制度设计,促使两诉回归正轨,从而最大程度发挥维护环境公共利益的功能。

四、《生态环境损害救济法》的内容设计

在明确生态环境损害救济立法的定位及设计要点后,立法的核心命题应聚焦于如何从整体性和全局性视角设计和规划这项制度,既要集行政执法、磋商及诉讼等多种救济程序于一体,又要兼顾赔偿责任、责任社会化及公共补偿责任的规范设计,避免陷入头痛医头、脚痛医脚的境地。

1. 总则

科学合理的立法目的和原则是保障立法质量的前提。一是明确“为预防和修复生态环境损害,保障公众健康,维护公共利益,推进生态文明建设,促进绿色发展”的立法目的。二是立法原则“体现着法的本质和根本价值,是整个法律活动的指导思想和出发点,构成法律体系中的灵魂,决定着法的统一性和稳定性”^[21]。立法应确立符合生态承载力原则,为保证生态损害及时有效地得到救济应确认生态修复优先原则,为保障磋商协议的合法化与科学化应确认公众参与原则。

2. 生态修复责任规则

生态损害修复责任是促使损害担责实现的重点。①借鉴美国《超级基金法》中关于责任主体的规定,将为污染责任者提供贷款的金融机构、对其控股或者参股的单位和个人、向其提供投资保险的机构纳入生态环境损害责任人的范围,使其对生态环境损害修复承担连带责任。②基于生态损害的可恢复性及实施成本的考量,明确责任承担方式应遵循生态修复责任为主,金钱赔偿为例外原则,这样既强调了责任人的修复责任,又兼顾了

法律的可操作性。③惩罚性赔偿。应以制止主观恶性较大的侵害行为为目的,对于违反保护环境、防止污染的强制性规定,造成生态环境损害的应给予惩罚性赔偿,赔偿数额根据违法期限、违法程度、损害情况及后续风险等因素确定赔偿数额。④生态环境损害评估鉴定制度。生态环境损害的认定具有较强的专业性,这就要求生态损害评估必须遵循一定的规范,包括生态环境损害鉴定标准、鉴定意见的效力、评估机构的资质管理、鉴定评估机构的法律责任等内容,进而保证生态环境损害修复工作的顺利开展。

3. 生态环境损害责任社会化规则

风险社会下,基于正义价值的考量,有必要形成风险分散或分担机制以减少损害救济成本,以避免许多企业陷入经济危机或破产的风险,从而在根本上提高生态环境损害的救济效率。①生态环境责任保险是避免因损害数额过大导致责任人无法足额赔偿损害或濒临破产风险的制度措施。值得强调的是,责任保险的适用范围具有有限性,当前承保的主要对象应是对环境存在重大风险的高危险性、高污染性的企业^[22]。②生态损害共同基金是对未投保生态环境责任保险或超过保险人责任限额外的情形而适用的一种比较可行的方案。生态损害危险性企业应建立强制性的“行业性生态损害共同基金”;非危险性企业可建立“综合性生态损害共同基金”,二者共同构成完整的生态损害共同基金。

4. 公共补偿责任规则

基于环境保护职责,政府应当发挥其在生态环境损害赔偿制度中的补充主体作用。立法中应设立公共补偿责任规则,当造成生态环境损害的责任人破产或责任人不明时,由政府通过生态损害补偿基金制度承担修复生态环境责任。

5. 损害纠纷解决规则

生态环境损害纠纷解决规则是促成损害担责实现的关键,立法应创设补救性行政命令优先、磋商前置与诉讼兜底的多路径并存的生态环境损害救济规则。①补救性行政命令。基于生态修复的专业性和技术性及时性的及时性,无论是发生急性生态损害或累积性生态损害时,应优先使用补救性行政命令责令违法行为人防止损害扩大或进行生态修复等,行政部门也可直接采取行政代履行的方式进行损害救济^[23]。但是行政命令无法解决生态服务期间功能损害和不能修复的损害

的赔偿,还需依赖于磋商和诉讼机制作用的发挥。②磋商机制。磋商机制在立法时应主要明确如下几点:一是面对生态环境损害救济紧迫性的需求,“磋商前置、诉讼御后”的方式能避免诉讼时间冗长,更及时、有效地救济生态损害。二是根据赔偿磋商的公权属性应将磋商协议视为一种行政契约,当赔偿义务人拒绝履行协议时,根据《行政强制法》第50、53条规定,行政机关可强制代履行或申请法院强制执行,从而确保将生态环境修复与赔偿责任落实到位。三是赔偿磋商程序中引入环保组织、律协等第三方主体,这样既可弥补政府治理环境的理性不足,又能增强赔偿协议的社会可接受性。值得强调的是,磋商过程中双方主体要考虑责任人的经济能力、成本效益最优化、生态修复方案的可行性等因素,但政府或其授权的行政部门应有明确的界限,既不能降低生态修复的标准,更不能免除责任人的赔偿责任。③诉讼机制。诉讼机制包括生态环境损害赔偿诉讼和环境公益诉讼。一方面,面对行政命令无法解决生态服务期间功能损害和不能修复的损害的赔偿,依赖磋商机制无果的情形下提起诉讼。另一方面,立法应确立生态环境损害赔偿诉讼优先、环境公益诉讼补充的顺位安排,通过层层递进的索赔机制的设计实现维护环境公益利益之目的。具体而言:第一,政府应在穷尽一切行政执法手段后,且在磋商未果的情况下提起生态环境损害赔偿诉讼,这是其履行环境保护义务以维护环境公共利益的应然选择。无论是在磋商前或磋商中环保组织提起的环境民事公益诉讼,还是磋商未果时政府提起诉讼的同时,环保组织再行提起公益诉讼的,法院都不应受理。第二,当政府存在不积极执法且未进行磋商或诉讼时,检察机关或环保组织应通过诉前通知及提起环境行政公益诉讼以督促政府依法履职或提起索赔。第三,当如上各种机制仍无法督促政府依法履行或提起索赔时,社会组织或检察机关方可提起环境民事公益诉讼以追究行为责任人的赔偿责任。

参考文献:

- [1] 巩固. 2015年中国环境民事公益诉讼的实证分析[J]. 法学, 2016(9):16-33.
- [2] 周永坤. 法理学——全球视野[M]. 4版. 北京:法律出版社, 2016:230.
- [3] 竺效. 反思松花江水污染事故行政处罚的法律尴尬——以生态损害填补责任制为视角[J]. 法学, 2007(3):6

- 15.

[4] 竺效. 生态损害公益索赔主体机制的构建[J]. 法学, 2016(3):3-12.

[5] 郭海蓝,陈德敏. 省级政府提起生态环境损害赔偿诉讼的制度困境与规范路径[J]. 中国人口·资源与环境, 2018(3):86-94.

[6] 苏力. 送法下乡——中国基层司法制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011:1-2.

[7] 竺效. 论生态损害综合预防与救济的立法路径——以法国民法侵权责任条款修改法案为借鉴[J]. 比较法研究, 2016(3):15-29.

[8] 王灿发. 论生态文明建设法律保障体系的构建[J]. 中国法学, 2014(3):34-53.

[9] 吕忠梅. “生态环境损害赔偿”的法律辨析[J]. 法学论坛, 2017(3):5-13.

[10] 史玉成. 生态环境损害赔偿制度的学理反思与法律建构[J]. 中州学刊, 2019(10):85-92.

[11] 克雷斯蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法:下卷[M]. 焦美华,译. 北京: 中国法制出版社, 2010:79.

[12] 刘卫先. 从“环境权”的司法实践看环境法的义务本位——以“菲律宾儿童案”为例[J]. 浙江社会科学, 2011(4):60-67.

[13] 马克·韦尔德. 环境损害的民事责任——欧洲和美国法律与政策比较[M]. 张一心,吴婧,译. 北京:商务印书馆, 2017:169.

[14] 王明远. 论我国环境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):49-68.

[15] 李兴宇. 生态环境损害赔偿磋商的性质辨识与制度塑造[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2019,19(4):44-56.

[16] 黄锡生,韩英夫. 生态损害赔偿磋商制度的解释论分析[J]. 政法论丛, 2017(1):14-21.

[17] 刘莉,胡攀. 生态环境损害赔偿磋商制度的双阶构造解释论[J]. 甘肃政法学院学报, 2019(1):37-46.

[18] 吴从周. 概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史[M]. 北京:中国法制出版社, 2011:127.

[19] 廖建凯. 生态损害救济中环保组织的错位与归位——以“中国绿发会诉中铝民事公益诉讼案”为切入点[J]. 求索, 2017(10):130-137.

[20] 王曦. 论环境公益诉讼制度的立法顺序[J]. 清华法学, 2016(6):101-114.

[21] 迈克尔·D. 贝勒斯. 法律的原则——一个规范的分析[M]. 张文显,译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996:469.

[22] 窦海阳. 环境损害事件的应对:侵权损害论的局限与环境损害论的建构[J]. 法制与社会发展, 2019(2):136-154.

[23] 徐以祥. 论生态环境损害的行政命令救济[J]. 政治与法律, 2019(9):82-92.

(责任编辑:王 薇)



(上接第 48 页)

[19] Lin Y H, Chen C F. Passengers' Shopping Motivations and Commercial Activities at Airports—The Moderating Effects of Time Pressure and Impulse Buying Tendency [J]. Tourism Management, 2013,36:426-434.

[20] Ümit T, Hüray F, Alkin T, et al. Assessing the Severity of Panic Disorder and Agoraphobia: Validity, Reliability and Objectivity of the Turkish Translation of the Panic and Agoraphobia Scale (P&A) [J]. Journal of Anxiety Disorders, 2002,16(3):331-340.

[21] Strömbäck C, Lind T, Skagerlund K, et al. Does Self-control Predict Financial Behavior and Financial Well-being? [J]. Journal of Behavioral and Experimental Finance, 2017,17:30-38.

[22] Gallagher C E, Watt M C, Weaver A D, et al. “I Fear, Therefore, I Shop!” Exploring Anxiety Sensitivity in Relation to Compulsive Buying [J]. Personality and Individual Differences, 2017,104:37-42.

[23] 陈春花,尹俊. 组织文化研究的演化路径、知识图谱及研究展望[J]. 外国经济与管理, 2019,41(11):70-85.

[24] 雷兵. 网络零售生态系统种群成长的系统动力学分析[J]. 管理评论, 2017,29(6):152-164.

[25] Yan Yuwei, Huang Chuanchao, Wang Qian, et al. Data Mining of Customer Choice Behavior in Internet of Things Within Relationship Network[J]. International Journal of Information Management, 2020,50(2):566-574.

[26] Erdem T, Swait J. Brand Credibility, Brand Consideration, and Choice[J]. The Journal of Consumer Research, 2004,31:191-198.

[27] Johnson Z S, Mao H, Lefebvre S, et al. Good Guys Can Finish First: How Brand Reputation Affects Extension Evaluations[J]. Journal of Consumer Psychology, 2019, 29(4):565-583.

[28] Thomson M, Macinnis D J, Park C W. The Ties That Bind: Measuring the Strength of Consumers' Emotional Attachments to Brands [J]. Journal of Consumer Psychology, 2005,15(1):77-91.

[29] 李晓,屠采颀. 中国消费者的延迟购买偏好是如何反转的?——计划行为视角[J]. 经济管理, 2011,33(12):10-17.

(责任编辑:王 薇)