第22卷第1期 北京理工大学学报(社会科学版) Vol.22 No.1
2020年1月 JOURNAL OF BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY (SOCIAL SCIENCES EDITION) Jan.2020

DOI:10. 15918/j. jbitss1009-3370. 2020. 2682

论环境规制中的法院角色
——从环境公益诉讼的模式选择说开去

何江
(重庆大学 法学院，重庆 400044)

摘 要：环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼的相继法治化，滋生出一种通过诉讼方式维护环境公益的程序竞合,并引发了现实中的模式选择难题。"扬"环境行政公益诉讼"抑"环境民事公益诉讼的模式选择主张,根源于学界对法院承担环境规制职能的忌惮。实际上,在"夜警国家""福利国家"和"风险社会",法院以私人讼争裁决者为底色,根据社会情势变迁还承担了环境规制制衡者和环境规制替代者的角色。法院的环境规制替代者角色可以从"代理彩票理论"中得到证成,加之法院和政府在环境规制中存在优势和功能互补的特性,双方的合作规制成为一种"次优选择",这也就决定了环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼"二元并重"才是环境公益诉讼的应然模式选择。

关键词：法院；环境民事公益诉讼；环境行政公益诉讼；模式选择；环境司法

中图分类号：DF46 **文献标识码**：A **文章编号**：1009-3370(2020)01-0141-09

一、程序竞合、模式选择与法院角色

环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼(简称"两诉")的相继入法,终结或者说暂时平息了学界关于"两诉"的适格原告、诉讼参加人地位、诉讼成本分担、诉讼收益分配、救济方式选择等问题的争论。然而"两诉"的相继法治化却出乎意料地带来了"公共政策的意外后果",即针对同一环境公益侵害事实,当其既符合环境民事公益诉讼也符合环境行政公益诉讼的起诉条件之时,应当如何选择。此即学界热议的环境公益诉讼模式选择问题。

(一)程序竞合是诱发模式选择之根源

从诉讼标的来看,环境民事公益诉讼旨在调整平等主体间的环境民事法律关系,环境行政公益诉讼旨在调整不平等主体间的环境行政法律关系①[1]。由此派生出"两诉"不同的主体、客体、内容和功能,也就使"两诉"呈现出几乎完全不同的面相。之所以在"两诉"之间产生模式选择之争,盖因"两诉"所救济的根本利益——受被诉违法行为侵害的环境公共利益——是等同的[2],由此塑造出以诉讼方式救济环境公共利益的程序竞合。

以实践中最常见的私主体污染环境为例。维护公共利益乃行政之出发点,当私主体污染环境损害社会公共利益之时,往往也意味着行政管理上存在疏漏或不足,由此导致环境民事公益诉讼起诉条件的满足成为触发环境行政公益诉讼的充分非必要条件。此时,针对私主体造成的环境公益损害,适格原告将面临路径选择:(1)以负有监管职责的政府部门为被告向法院提起环境行政公益诉讼,要求政府部门责令污染责任人停止非法排污、进行限期治理、消除污染或支付相关费用,以行政责任为内核的路径概括为"法院—政府—责任人"的间接规制路径。(2)以污染责任人为被告向法院提起环境民事公益诉讼,要求污染责任人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状或赔偿损失,以民事责任为内核的路径概括为"法院—责任人"的直接规制路径。围绕环境公共利益维护这一核心议题,无论是基于行政责任还是民事责任的名义作出的处理,在实际内容和客观功能上都是趋同的,即最终都指向对环境侵害的惩罚、矫正和填补[2]29。由此,"两诉"的相继法

收稿日期：2018-09-27
基金项目：中国法学会部级课题"能源革命的立法表达"(CLS(2017)D159);重庆市研究生科研创新项目"环境风险预警的法治化构建"(CYB18050)
作者简介：何江(1990—),男,博士研究生,E-mail:hejiang@cqu.edu.cn

①检察机关提起的环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼在形式上分别呈现出"官告民"和"官告官"的特性。但是黄锡生、谢玲认为,根据诉讼法原理,公权力主体作为环境公益诉讼的起诉主体时,是以降格为"凡市民"中一分子的身份而提起诉讼的,在诉讼中其仅能发挥职业优势而不能行使职权优势,因此检察机关作为原告提起的公益诉讼并未突破民事诉讼"民告民"和行政诉讼"民告官"的本质。

治化使适格原告面临着一种通过诉讼方式维护环境公益的程序竞合，即无论是启动环境行政公益诉讼，抑或启动环境民事公益诉讼，二者在维护环境公共利益这一核心目的上是殊途同归的。

学界对于“两诉”因程序竞合诱发的模式选择问题形成了多种观点。

1.环境行政公益诉讼为主模式论。环境民事公益诉讼通过强化司法权和要求行政权配合司法权，法院超越和取代环保部门，成为环境公共事务的第一顺位保护者，而环保部门则沦为提供科学技术等专业性支持的辅助者，容易造成司法权对行政权的不当干涉，从而有损行政权与司法权之间的合理分工和权力平衡；环境行政公益诉讼旨在督促环保部门依法行政，并不会产生法院挤占行政机关权力空间的问题，因此应当成为环境公益诉讼的主导模式[1]115[3–4]，极端观点甚至认为“民事公诉①实无必要”[5]325。

2.环境民事公益诉讼为主模式论。“两诉”有主次之分、轻重之别，二者之间，应当以民事公益诉讼为原则，以行政公益诉讼为例外。在“福利国家”和“给付行政”的背景下，行政权几乎渗透到社会生活的每个角落，出现侵害民事公益的领域一般都有相对应的行政主管部门，倘若以此为划分标准而提起行政公益诉讼，则所有公益诉讼都将是行政公益诉讼。行政乏力是催生环境民事公益诉讼之缘由，倘若强调环境行政公益诉讼的绝对优先，相当于将问题又重新推给了本就执行不能的行政部门，由此造成公益维护的迟滞和乏力。环境民事公益诉讼为主的诉讼格局有利于将诉讼的矛盾焦点聚焦于实施侵权行为的被告身上，从而有利于受损的环境公共利益得到尽快恢复[6–7]。

3.二元并存论。综合考量中国的司法结构、环境公益诉讼产生的背景、环境公益诉讼承载的制度功能以及现实中环境公益诉讼的实施情况等因素，环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼二元并存才是中国环境法治发展完善的理性选择[8–9]。

4.融合论。环境公益诉讼的诉讼标的是原告所代表的普遍的环境公益与被告所体现的具体的环境私益之间的诉争，作为一种特别的诉讼，不宜进行民事和行政公益诉讼的二元分隔，应当参考美国的公民诉讼建立统一的环境公益诉讼制度[10]。

环境公益诉讼的模式选择之争至今仍在持续发酵。当前的讨论忽视了这一论题的初始预设，而径直向公益诉讼的司法结构、制度功能和实施情况等“表象”做功，这种“隔靴搔痒”式的辩驳注定难以产生令人信服的结果。找到各种观点的根本分歧，从根源上破解环境公益诉讼的模式选择问题。

(二)法院角色是决定模式选择之关键

“规制”有广义和狭义之分，广义的规制是指私人和公共机构(立法、行政和司法机关)依据一定的规则对构成特定社会的个人和构成特定经济的经济主体活动所进行的行为[11]。狭义的规制是指政府或国家依法律的授权或规定，对经济、社会进行的调控监管。考虑到“规制”的本质及其在当下兴起之应有含义是政府规制[12]，因此本文采狭义说，环境规制特指政府对环境行为的调控监管，环境规制中的法院角色则是指在政府规制之外，法院对环境治理产生的影响。法院在政府主导的环境规制中的角色定位是模式选择之争产生的根源，也是破解模式选择之关键。

环境行政公益诉讼在本质上是法院借助司法审查制约环境行政权行使的制衡机制。环境行政公益诉讼制度得以建立的前提是，政府负有对环境公益进行维护的法定职责。在此基础上，环境行政公益诉讼的核心功能是通过“监管环境监管者”促使负有监管职责的行政机关依法履职[13]。这一功能定位从《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》中亦可看出。根据该司法解释，法院在环境行政公益诉讼中可以作出的判决方式包括确认违法、责令采取补救措施、重新作出行政行为、限期履行和判决变更。除因行政处罚明显不当可以判决变更外，其余可供选择的判决方式均未赋予法院直接作用环境侵害民事主体的权力，而是通过判决负有环境监管职责的行政机关以依法履职的行政责任，来间接达到维护环境公益之目的。可见，法院在环境行政公益诉讼中更多地充当的是“导火索”的作用，“引燃”政府积极、正确履职才是其核心要义，因此环境行政公益诉讼的制度创设并未突破由政府规制环境风险的传统模式。法院借环境行政公益诉讼督促、制约行政机关依法行政的职能可称之为法院的环境规制制衡者角色。

“(民事)公益诉讼与民事纠纷有着根本的不同，民事纠纷的本质是‘私益’，所谓‘公益’的属性，本身就

①根据受益主体是否特定，诉讼可以分为公益诉讼与私益诉讼；根据诉讼法律属性的不同，可以分为民事、行政和刑事诉讼；根据起诉主体是否是公诉机关，可以分为公诉和自诉。因此，“民事公诉”是公诉机关提起的民事公益诉讼之简称。

决定了公益纠纷不属于一般民事纠纷。”[14]4 换言之，环境民事公益诉讼与普通的民事侵权诉讼具有本质区别，法院在两种诉讼中承担的角色是截然不同的。在环境民事公益诉讼中，职权主义加持的法院对环境公共利益案件的受理、裁判和执行，已经构成对环境行政权的直接行使，由此法院超越和取代环境行政机关成为与政府比肩的直接规制者。“环境行政公益诉讼为主模式论”对环境民事公益诉讼的贬抑，正是源于后者对法院角色的实质转变。例如，王明远认为，“环境民事公益诉讼的制度设计，尽管在表面上模仿了民事诉讼程序，其内核却是行政执法程序”[3]56。“在我国目前的法律及司法解释中，存在将诉讼程序视为保护公益的一种行政手段的倾向”[15]。环境民事公益诉讼“实际上是将环境保护的行政责任部分的转嫁给司法机关……对于法院而言，则是‘司法角色行政化’。”[16]254 概言之，“我国的环境（民事）公益诉讼相当于另起炉灶地建立了一套与政府执法相平行的制度。”[17]可见，在“法院—政府—责任人”的三方关系中，环境行政公益诉讼构建出“法院监督—政府执法—责任人守法”的间接规制模式，而环境民事公益诉讼则构建出“法院执法—责任人守法”的直接规制模式。法院越俎代庖地直接行使环境规制职权的现象可称之为法院的规制者角色，在政府主导环境规制的语境下，法院则构成了环境规制的替代者角色。

法院充当制衡者进而督促环境行政机关依法行政的角色定位具有“三权分置”理论的坚实支撑，因此环境行政公益诉讼的正当性和实效性也就连带地得到了证成。此时，环境公益诉讼模式选择的关键，就在于法院的环境规制替代者角色是否具有理论上的正当性和实践上的可行性。倘若答案是否定的，则“环境行政公益诉讼为主模式”将得到证成；倘若答案是肯定的，则“环境民事公益诉讼为主模式”或“二元并存模式”会得到验证。现有理论多从司法实用主义的角度去理解法院承担环境规制职能的现象，认为受司法能动、生态文明建设等政治号召的“裹挟”，法院成为了在特定时期针对特定任务开展“运动式执法”的协助者，作为实用主义的产物，这种现象本身并无理论证成的必要性和可能性。将法院的规制者角色视为无需理论证成的实用主义产物之观念乃一种思维上的怠惰，忽视了现实背后的深刻逻辑。有必要另外论证法院在环境公共事务中的作用之增长，乃一种“新常态”还是“新的反常态”。

二、法院在环境规制中的角色演进

任何国家都有三种权力，分别是由议会行使的制定、修正或废止法律的立法权力；由行政机关行使的维护公共安全、防御侵略的行政权力；以及由法院行使的惩罚犯罪或裁决私人讼争的司法权力[18]155。当前学界对法院充当环境规制替代者的忧虑与质疑，就源于对法院乃私人讼争之裁决者的刻板印象。

（一）作为私人讼争裁决者的法院

环境问题肇始于 18 世纪 60 年代的第一次工业革命，对环境规制中的法院角色考察以此为起点。(1)环境问题：第一次工业革命引发的生态环境问题呈现出点源污染为主、品类单一、规模可控等特征[19]7。(2)环保意识：社会的环保意识正处于萌芽阶段，沉醉在生产力进步的人类社会对生态环境质量的需求尚处于较低层面。(3)行政模式：18 世纪中期至 20 世纪 30 年代是西方各国在国家形态上遵循“夜警国家”的时代，在“小政府，大市场”的古典自由经济学思想统摄下，西方国家普遍将行政权限制在“有限行政”和“被动行政”之中[3]58。不那么紧迫的环境问题与不那么主动的行政风格两相叠加，结果是，政府非常谨慎地将未突破社会容忍限度和环境容量的生态环境问题上升到政府的规制议程。

点源污染问题确实造成污染源附近居民切实权利的侵害，在市场失灵和政府不作为的双重背景下，调和利益冲突的法院就被推到了环境治理的最前沿。公众被赋予在环境污染造成人身、财产损害之时提起侵权之诉的私益诉权，如 1804 年《法国民法典》第 674 条、1811 年《奥地利民法典》第 364 条以及1896 年《德国民法典》第 906 条，均将“不可量物侵入”作为民法上的相邻关系纠纷交由法院处理。无公私法划分传统的英美法系国家在同一时期借助“私人妨害理论”，确立了针对污染侵权提起损害赔偿和侵害排除的默示诉因[20]。借助侵权诉讼中的停止侵害、排除妨碍等兼具公益属性的判决与执行，法院借助个案裁判实际上起到了环境问题局部治理的效果，鲜有国家就生态环境问题出台周延的行政法令或建立专门的监管部门，法院实际上承担了此阶段环境治理的主要任务。“在美国相当一段历史时期里，美国没有联邦层面的环境成文法。环境违法行为主要是在普通法律下以妨害之诉的方式进行私力诉讼来规范的。”[21]132 但是个案裁判推动环境治理的边际效用会在诉讼的边际成本等于社会的边际收益时达到最优，一旦环境问题个案启动的司法成本大于社会所得收益，集体性的环境管制就会成为必然选择。

(二)作为环境规制制衡者的法院

从“夜警国家”过渡到“福利国家”,社会背景发生了深刻变化。(1)环境问题:为小范围、低强度和低频率的环境问题量身设计的侵权责任机制,在大范围、高强度和高频率的生态环境损害面前全线失守。局部的生态环境问题逐渐勾连、恶化成为全局性的生态环境灾难,大规模公害事件开始困扰西方工业发达国家,并在 20 世纪 60 年代达到高峰[22]1。(2)环保意识:1962 年《寂静的春天》激活了公民的环保意识并引发了现代的环保运动,“在那个时代,将‘远离风险的自由’看作是政府提供适当保护的权利构成的观念,越来越成为一种常识”[23]13–14。(3)行政模式:20 世纪 30 年代经济大萧条席卷全球,各国开始摈弃“夜警国家”模式所遵从的“消极行政”,取而代之的是“福利国家”模式所倡导的“积极行政”,良好的环境品质日益成为政府应当提供的一项重要的公共产品[3]60。加上行政规制所具有的专业性、主动性、低成本和高效率,使政府对于环境问题的因应更具规模优势。于是人们重回“社会契约论”所构建的理论模型,主张由政府作为环境公共利益的当然代表者,通过政府的行政执法来维护环境公共利益[24]72。

在环境问题加剧、环保意识增强和行政模式转换的共同作用下,各国环境问题开始出现“治理上移”。如美国 1969 年出台《联邦环境政策法案》,并于 1970 年成立联邦环保局;日本 1967 年出台《公害对策基本法》,并于 1971 年成立环境厅;德国 1974 年出台《联邦公害防治法》,并于同年成立联邦环保局。中国 1973 年出台第一部环境保护行政法规——《关于保护和改善环境问题的若干规定》,并于 1974 年成立了国务院环境保护领导小组。面对种类繁多、不断翻新的生态环境问题,立法制约行政的“传送带模式”在环境规制中不敷使用,因为立法者不得不在立法时留下大量的授权条款和不确定性法律概念,从而保障行政机关能够对瞬息万变的环境规制需求作出及时反映。在环境法律的宽泛授权下,各国政府通过设立专责机构、扩充监管人员、制定标准和技术、添设规制工具、强化监管责任等方式,成为环境治理中名副其实的主导者。一方面,法院出于对行政机关专业性的尊重,逐渐转变“以法院为中心的环境问题应对模式”[16]245,从台前走向幕后,仅对环境行政规制的“漏网之鱼”进行私益维权性质的个案裁判。法院的私人讼争裁决者身份不曾改变,但是在公权力的介入下,法院在维护环境实体公益中的作用实际上是弱化了。另一方面,强势的环境行政规制附带了行政裁量权过大进而侵蚀法治所保障的自由空间等弊端[16]259,加之立法权对行政权的制约在“专家模式”下大打折扣,于是司法审查成为制衡行政裁量权过大的最终防线。此时基于维护环境制度公益之需要,就形成了法院在环境规制中的另一个角色,即环境行政规制的制衡者角色,旨在通过对环境行政进行司法审查,保障环境行政权的合法、合理行使[3]61。

(三)作为环境规制替代者的法院

20 世纪 80 年代,随着社会发展的驱动力从“我饿”转向“我害怕”,人类社会就进入到“风险社会”[25]57。(1)环境问题:一方面,核辐射、基因食品、气候变化、生物多样性等跨国界、不可逆的环境问题不断涌现;另一方面,发达国家在发展过程中对环境的破坏性影响仍未消除,而发展中国家因引进发达国家淘汰的落后工业设备而带来环境污染和资源破坏的双重压力[19]9。(2)环保意识:一方面,基于公众对现代环境事故灾难性后果的愈发恐惧,政府逐渐从末端治理走向风险预防,即使在没有科学证据证明损害后果确实会发生的情况下,政府也被要求采取行动,防患于未然;另一方面,在复合型环境风险面前,“多安全才够安全”的疑问时常在科学界亦无定论,“决策于未知”成为环境行政不得不面临的问题。基于政府已经难以充当全能的代理人角色,让直接受风险影响的利害关系人参与到立法、行政或司法程序,就成为“风险行政”时代背景下的新生主题。(3)行政模式:一方面,基于“风险行政”的需要,政府在风险评估、风险预警、风险管理等环节获得更加全面且深入的赋权,但环境保护与私权保障之间存在着难以调和的内在张力,强势的环境行政对私权的冲击引发愈来愈多的争议和质疑,由此使政府本身日益成为亟需制衡的对象;另一方面,被寄予厚望的环境行政规制附带了僵化、繁琐、低效、昂贵、抑制创新、效果递减、无针对性等弊病,往往陷入规制过度和规制不足的双重窘境[16]14。“生态环境整体恶化趋势仍未得到根本遏制”的现实是中国环境行政规制效果不彰的有力注脚。考虑到对环境行政规制的过度依赖,实际上弱化了公众对其自身生态环境进行保护的能力和神圣职责,而诉讼又是公众发挥自身效能最有力的工具,于是重拾对法院的信任和依赖似乎变成了唯一解,法院也就由此开启了向环境规制替代者的转型。

为了补足环境行政规制之不足并回应公众参与的时代需求,各国立法机关普遍对环境司法进行了改造:实体法方面的改造包括过错或违法性要件的改造、无过错责任适用范围的扩大、因果关系要件的改造以

及责任承担方式与责任数额的改造；程序法方面的改造包括起诉资格的扩大、举证责任的优化以及诉讼费用的分摊等事项[24]97–104。从整体视角审视，法院借助侵权法实际上获得了与环保部门借助管制法获得的类似的环境规制职能：环境民事公益诉讼的确立使法院的规制事项从环境私益扩展到环境公益，环境诉讼禁令制度、预防性诉讼制度的推行使司法规制的效能从事后威慑转变为事前预防，恢复性司法的实践则使法院的规制手段从“法条至上”转变为随机应变[26]，凡此种种，不一而足。维护环境公益、进行事前预防、灵活规制风险等事项长期是环保部门作用的场域，法院凭借对环境案件受理、裁判和执行的实体法和程序法改造，日益成为与环保部门“分庭抗礼”的——虽然是饱受争议的——环境规制者。

以私人讼争裁决者为底色，法院在“福利国家”和“风险社会”，实际上获得了环境规制制衡者和环境规制替代者的新角色。通过扩张和强化司法权来应对生态环境保护中的行政失灵已然成为当下环境公共治理中的一个法律事实。但是“是”与“应当”之间隔着一个“休谟问题”，法院借助侵权法承担环境规制职能的现象，并不能当然证成法院环境规制者角色的正当性。

三、法院环境规制替代者角色的理论证成

（一）“代理彩票理论”下的法院职能新解

降低公共风险是公权力难以回避的职责，其中，立法机关一方面面临着如何设计妥适的法律制度来规制公共风险，另一方面，立法机关还必须决定由行政还是司法机关来实施该制度。由于缺乏充分的信息，立法机关事先并不能准确预判谁是最理想的规制者，因此立法机关面临的选择就犹如“买彩票”。这一抉择过程即所谓的“政策彩票难题”[27]或“代理权彩票难题”[28]。倘若立法机关将代理权授予行政机关，则意味着立法机关选择了行政规制路径；相反，则意味着选择了司法规制路径[24]6。

“代理彩票理论”的立论基础在于，法院能够释出与政府类似的规制效果。具体而言，行政规制的作用原理是政府以社会效益最大化为原则，事先构建社会必须遵守的行为规则，并对违反规则的行为进行惩处，从而规避或者缓解有损社会福利的行为发生。司法规制的原理是法院通过事后的责任赋予为同类的风险行为进行“定价”，倘若“价格”符合社会效益最大化目标，那么理性经济人根据自身的成本——收益分析作出的对策行为，将最终有利于规避或减少行为人的同类风险。更为重要的是，法院裁判所形成的社会评价会对其他社会成员产生警示教育作用，加深其他主体对社会秩序规则和要求的认知，从而减少行为人“无意识违法”的可能[29]31。“代理彩票理论”认为，在产生社会激励这一节点上，自上而下的环境行政规制与自下而上的环境司法规制实际上相交了，无论风险行为人基于“命令—控制”中的公权力威慑而伏法，还是基于“赋权+救济”中的私法责任承担而理性“算计”，最终都将产生促使风险行为人从事符合社会效益最大化行为的效果[30]。考虑到环境司法的事后规制会对风险行为人产生事前的影响，所以侵权责任就被理解为事后版的“命令—控制”工具。

区分行政机关和司法机关实施的社会性规制，在理论和实践中已成为普遍现象。市场失灵是行政规制的必要而非充分条件，“这是公共控制的两种方法——私人实施权利的普通法制度和直接公共控制的行政制度——之间的选择，而且这种选择应在具体情况下依其优劣而定。”[31]540 在《食品安全法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《广告法》《道路交通安全法》等社会性规制领域，都存在立法者一方面通过设立专门的行政机关来规制公共风险，另一方面又授予当事人以起诉资格从而通过司法裁判的方式来实现社会性规制的做法。由此看来，学界所谓的公法私法化、私法公法化、公私法相互工具化等现象，实为行政规制路径与司法规制路径因功能趋同而出现的交替演化现象[24]2。

相较而言，环境领域的行政和司法协同规制显得更为普遍和深入。“如果没有这两个系统（指司法规制和行政规制）的相互协同作用，在环保领域对正在进行的违法行为进行亡羊补牢和对潜在违法的防微杜渐，（美国的环保成绩）能否达到现在的程度是很值得怀疑的。”[21]129“将社会治理决策权从立法和行政机关转移到司法机关，借助司法权的中立性和权威性推动治理进程，加强司法对社会进程的干预，在晚近几十年已成为普遍趋势。”[9]171 此外，德国、美国、意大利、荷兰、挪威、波兰等国均将法院通过侵权法与行政机关通过管制法获得的环境规制成效等同看待，认为两种规制路径都能起到预防和治理环境损害的效果[32]103–387。中国在环境治理的议题上似乎展现出比其他国家更加强调司法本位的倾向。以生态环境损害救济为例，根据“代理彩票理论”，立法者在决定将生态利益纳入法益的保护范畴之时，还需要在行政机关和法院之间进行代理权赋予的抉择。欧盟于 2004 年发布《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》，赋予政府以责令赔偿生态环境

损害的行政权力,可以视为立法机关将生态环境损害救济的代理权授予了政府。与此相反,中国于 2015 年发布的《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》规定,对于生态环境损害的救济,由作为索赔主体的行政机关借助诉讼的方式通过法院裁判予以解决。换言之,在生态环境损害救济这一议题上,中国摈弃了行政规制而选择了司法规制路径。

此时也就不难理解为何美国侵权法学者格林感慨“侵权法是变相的公法”[33],为何英国学者哈耶克驳斥“那种认为唯有公法服务于普遍利益,私法只保护个人私利的观点,乃是对是非的完全颠倒”[34]209,为何德国学者耶林呼吁“为权利而斗争是一种权利人对自己的义务”[35]12,盖因私法责任中蕴含着治理社会的力量。在“代理彩票理论”的视域下,法院借助侵权法实际上获得了与政府借助管制法获得的路径有别但功能趋同的环境规制职能。社会规制权的分配应当是立法者在行政规制与司法规制路径间基于社会效益最大化原则作出的理性抉择。因此,与其说当前的环境司法改革使法院突破了其应有的职能范围,毋宁说立法者将环境治理的部分代理权赋予了法院从而激活了法院本就具备的社会规制职能。但是法院具备社会性规制职能并不代表环境规制应当由其主导,世界各国的理论和实践也证实,针对包括环境规制在内的社会公共事务,行政规制更具规模优势。

(二)法院与政府的环境规制路径之比较

自上而下的环境行政规制与自下而上的环境司法规制,在为当事人设定最佳注意激励的运作方式上存有差异。这些差异决定着法院和政府在环境规制议题上各自的优劣,也进而影响着二者在环境规制中的职能配置和制度设计。

1.政府在环境规制中的比较优势

首先,政府在批量处理环境风险上具有比较优势。较之于事后反复起诉才能达到环境治理成效的司法规制模式,事前的行政规制具有处理环境风险的规模优势。其一,政府在标准设立上具有比较优势。“小的机构可能缺乏动机或者资源来投资研究发现最佳的注意等级是什么……因此,通常允许政府本身做最佳技术的研究工作更加有效率。”[32]446-447 其二,政府在环境监测上具有比较优势。理论上讲环境风险事故中的当事人拥有比环保部门更多的环境信息,但是当环境风险对人身、财产的不良影响难以通过当事人的感官直接察觉时,当事人拥有信息优势的假设就会被扭转过来。此时,由环保部门统一监测并发现违法行为反而比当事人的单独监测更具效率和成本优势。其三,政府在环境法律执行中具有规模优势。司法规制的事后性与个案裁判使法院在环境法律实施中具有非效率性,这可谓是司法规制的“结构性缺陷”。相比之下,环境行政规制具有事前预防不可逆环境损害以及规制同类环境损害反复发生的规模优势。其四,环境行政规制在推广规制信息上具有规模优势。司法规制的威慑作用源于个案裁判的社会影响,对于超脱事外的第三人而言,这样的威慑信息往往有点神秘。相反,环境行政规制设立的标准、责任等信息比侵权责任具有更高的公众形象,也就更有利于制裁和标准信息在风险制造者中流动[32]428。

其次,政府在应对技术性问题上具有比较优势。较之于企业或行政机关可能存在的“法盲”问题,法院极有可能因处理技术性问题而出现“科盲”现象。环境规制领域的风险评估、损害认定、因果关系判断等存在极强的科技关联。环境行政规制机关基于工作的需要,往往会在特定岗位安排相应的环境技术专家,或设立专门的环境技术鉴定或环境研究机构,以配合环境行政规制的实施[24]160。而且由于长期与被规制领域或行业接触,环境行政规制机关能够收获关于被规制行业更多的了解。在环境问题的处理中,环境行政规制机关可以将凭借专业优势得出的风险评估、损害认定和因果关系判断等结论适用于所有受害者,这就可以避免环境司法规制可能出现的因重复鉴定而增加社会运行成本的问题。

最后,政府在提升环境规制强度上具有比较优势。司法裁判发挥规范效应需要具备一定的前提,包括但不限于私人诉讼能够顺利启动,诉讼成本较之于收益相对低廉,法官能够根据规制政策的需要进行裁判且裁判结果能够得到完全执行[24]106-107。然而环境司法规制的威慑效应可能基于下列因素而落空:一是由于“被告消失问题”,法院不予受理案件等因素导致侵权诉讼难以启动;二是环境损害强烈的外部性与诉讼费、律师费、鉴定费等高额诉讼成本形成反差,使原告缺乏起诉激励;三是当预期的损害赔偿比加害者个人财富要大得多时,加害者往往仅会采取必要的注意来避免和他财富大小相同的事故,此时的侵权责任就难以为加害人提供削减风险的最佳诱因[32]443。在上述情形下,环境司法规制将难以对加害人产生可置信的威慑。相较而言,政府通过施加预防性举措、非金钱制裁、市场机制等手段,可以有效提升环境规制强度。

2.法院在环境规制中的比较优势

首先,法院在减小规制人员机会主义倾向上具有比较优势。环境行政规制中的规制人员与相对人基于单向的隶属关系塑造出以命令—服从为内核的“线性结构”。由于规制人员的规制行为将直接影响相对人的成本—收益结构,因此相对人有极大的激励去支付不高于规制实施成本的“租金”以寻求与规制人员达成“猫鼠合谋”。同时,环境行政规制的“线性结构”使第三方监督变得困难或成本高昂,从而强化或放大了规制人员的寻租偏好。较之于环境行政规制的“线性结构”,环境司法规制中的原告、被告和法官形成了一个相互对抗、互相制约的三角形,由此型塑出环境司法规制的“三角结构”。在“三角结构”中,掌握公权力的法官仅处于居中裁判的地位,任何举动都将被相互对抗的双方当事人所关注、监督和牵制[24]162−163。因此,较之于环境行政规制的“线性结构”,环境司法规制所构建的“三角结构”更有利于降低规制人员的机会主义倾向。

其次,法院在信息获取上的比较优势。环境行政规制机关承担着繁重的信息获取压力:第一,在事前规制的情况下,政府需要获取特定地区的环境容量、行业污染水平以及辖区公众对环境风险的可接受程度等信息,在完整、准确地获取上述信息的基础上才可能设计出符合成本收益分析的规制措施和规制强度。第二,当环境违法行为发生后,环境行政规制机关需要获取环境违法行为发生与否、危害范围、危害程度等信息才有可能启动环境行政规制程序。然而上述信息多属于被规制者掌握的“内部信息”,逃避规制的强大激励将激发被规制者的策略行为,从而极大地增加环境行政规制机关获取有效信息的难度。较之于主动限制或禁止风险的政府,司法规制的一个“结构性”特征是司法规制的被动性,即法院无需主动实施规制,而是借助当事人主动披露信息以实现对环境风险的治理。环境司法规制的被动性带来的信息优势在于:一方面,分散各处的权利人基于维护自身权益的强大激励,建构出一张“天网恢恢疏而不漏”的环境监测网络,从而极大地增加了环境相关信息的供给数量;另一方面,司法举证规则的存在使虚假信息难以通过相互对抗的对方当事人的质证,进而增强了法院所获取的环境信息的质量[24]157−158。因此,较之于主动收集信息的政府,坐等当事人主动披露信息的法院更具信息收集上的比较优势。

再次,法院在个案判断灵活性上具有比较优势。基于削减环境行政成本的考虑,世界各国普遍通过划定环境领域的“善良家父标准”来对涉环境行为进行“一刀切”处理。由此带来的规模优势自不待言,但其弊端亦不容小觑。环境标准一般是根据区域经济状况、生态环境、生产能力等因素的平均水平设定而成。但一方面,对于辖区内技术水准较高的企业,其在政府设定的最佳技术标准中“沉睡”,从而造成环境行政规制衍生出阻碍技术创新、激发逆向选择的负面效应;另一方面,对于辖区内技术水准偏低的企业,往往会被政府设定的最佳技术标准“宣判死刑”,从而造成相关市场出现垄断和寡头现象,最终阻碍市场发育和技术更新[36]。相较而言,环境司法规制否认管制遵守抗辩,因为“如果遵守管制标准或者许可证将自动引起责任免除的话,潜在的加害人将没有动机投入比管制要求他的更多注意”[32]454。而且环境行政标准作为一种“政治选择的结果”,仅构成对行政相对人普遍适用的“社会最低规制标准”,而事后的侵权责任才是为每一个被规制者量身定做的“社会最优规制标准”,这也是《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条否认污染者管制遵守抗辩的原因所在。可见,较之于遵从形式法治从而或多或少地显示出“一刀切”问题的环境行政规制,环境司法规制不受公法标准的制约,在个案判断上更具灵活性优势。

最后,法院在职权配置清晰性上具有比较优势。中国环境规制领域存在较为严重的职权配置不清问题,多元规制机构之间时常出现规制事项交叉重叠、相互掣肘与推诿、重复监管或监管漏洞等问题。2018 年中共中央印发《深化党和国家机构改革方案》基本形成了自然资源管理与生态环境保护分立的管理体制,然而“九龙治水”般的环境职权配置紊乱问题仍然存在。国家发改委(国家能源局)、自然资源部(尤其是下属的国家林业和草原局)、水利部、农业农村部与生态环境部的职责仍然存在交叉重叠的模糊地带。与环境行政权力的复杂结构相比,基层、中级、高级和最高人民法院有着与行政区划相吻合的、清晰的管辖权配置。最高人民法院推动的环境民事、行政和刑事诉讼“三审合一”,以及探索建立的与行政区划适当分离的环境资源案件管辖制度,更是在法院内部和法院之间扫清了职权配置不清的隐患。

四、结语:环境治理的“第三条道路”

环境行政公益诉讼构建的实质,是通过发挥法院的环境规制制衡者角色,督促负有环境监管职责的行政机关依法履行行政职权。环境民事公益诉讼构建的实质,是在传统由政府主导的环境规制之外,另行构建

一套由法院在特殊情形下直接行使环境规制职权的执法程序,由此型塑出法院的环境规制替代者角色。自上而下的环境行政规制并非环境治理中的“万能药”,自下而上的环境司法规制也非环境治理中的“洪水猛兽”。环境行政规制与环境司法规制均不具有单独进行环境治理的绝对优势,二者优势互补的结构性特征使环境规制应当跳脱政府主导的成见和禁锢,政府与法院的合作规制作为环境规制的“第三条道路”应当成为一种“次优选择”,这也就决定了环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼“二元并重”才是环境公益诉讼的应然模式选择。

从规制路径上来看,“两诉”存在优势互补的特性。政府主导的环境规制在批量处理环境风险、应对技术性问题、提升环境规制强度等方面具有比较优势。行政人员的机会主义倾向极有可能造成上述比较优势全部落空,环境行政相对人对环境信息的隐匿、伪造或窜改也可能阻断环境行政规制的启动或实施,环境行政规制的“一刀切”处理可能造成社会运行成本的上升,环境行政规制职权配置的不清晰可能诱发行政部门之间争权诿责的负面情形。环境行政规制的缺陷正好是环境司法规制发挥作用的主要场域,环境司法规制中的“三角结构”可以有效制约规制人员的机会主义倾向,公民维护自身权益的强大激励能够有效提升法院获取环境信息的数量和质量,法官的个案裁量能够有效避免“一刀切”处理存在的规制不足或规制过度问题,环境司法规制的清晰职权配置则可以规避职能部门之间的重复监管或监管漏洞问题[24]179-180。可见,环境行政公益诉讼借司法审查保障政府依法行政使其具有独立价值自不待言,但是法院基于在环境规制中规避寻租行为、激活公众参与、避免“一刀切”等制度优势,法院借环境民事公益诉讼承担环境规制职能亦具有独立存在之意义。

从规制功能上来看,“两诉”具有功能互补的特征。“两诉”皆以维护环境公共利益为根本目的,但是在具体的制度建构中,二者也承载着不尽相同的制度功能。具体而言,由于中国并未赋予政府以责令赔偿生态环境损害的行政权力,政府所享有的“罚款”“责令改正”等行政手段无法起到损害填补的功能。此时,借助环境民事公益诉讼对受损生态环境的赔偿可以起到损害填补和责任补充之功能。相应地,在环境行政公益诉讼中,以监督政府依法履职为要旨,“确认违法”等判决形式使其具有环境民事公益诉讼所不具备的启动“政治问责”之功效。换言之,环境民事公益诉讼与环境行政公益诉讼在总体上构成程序竞合,但是在一些特定情形和某些方面,“两诉”具有差异性和不可替代性,从而需要“两诉”的二元并存以发挥各自的互补优势,进而共同服务于环境公益保护[2]30。

“环境行政公益诉讼为主模式”和“环境民事公益诉讼为主模式”都存在以偏概全的问题,忽略了法院在环境公益诉讼中同时兼具制衡者和规制者双重角色;建议借鉴美国公民诉讼的方式将“两诉”融合为统一环境公益诉讼的做法,因触及中国固有之司法体制而面临转轨成本过高的问题。相较而言,“两诉”的二元并存将是中国环境公益诉讼的应然模式选择。实践中的“行政附带民事公益诉讼”①是“两诉”因程序竞合和优势互补而出现的妥协产物,也是“二元并存模式”在中国司法实践中的生动体现。通过附带诉讼的方式进行合并审理、同审同判,不仅有利于发挥“两诉”各自之职能优势,又有利于化解因程序竞合而带来的重复审理等司法成本高昂问题,有望成为解决环境公益诉讼模式选择的可行方案。总体而言,环境公益诉讼模式选择的程序建构,仍然是极具现实意义的未竟之课题。

参考文献:

[1] 黄锡生,谢玲. 环境公益诉讼制度的类型界分与功能定位——以对环境公益诉讼“二分法”否定观点的反思为进路[J]. 现代法学,2015(6):108-116.

[2] 巩固. 检察公益“两诉”衔接机制探析——以“检察公益诉讼解释”的完善为切入[J]. 浙江工商大学学报,2018(5):27-34.

[3] 王明远. 论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析[J]. 中国法学,2016(1):49-68.

[4] 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.

[5] 赵颖,巴图. 民事公诉抑或行政公诉——兼论检察监督之重新定位[C]//别涛.环境公益诉讼. 北京:法律出版社,2007.

[6] 汤维建. 行政公益诉讼与民事公益诉讼可相互转化[N]. 检察日报,2015-06-08(3).

[7] 何莹. 民事公益诉讼与行政公益诉讼的程序衔接问题研究[C]//第十四届国家高级检察官论坛论文集. 国家检察官学院、中国

①实践中已经出现两例环境行政附带民事公益诉讼的案例,分别是吉林省白山市人民检察院诉白山市江源区卫生和计划生育局及江源区中医院行政附带民事公益诉讼案,以及内蒙古自治区呼和浩特市检察院提起的关于呼和浩特市某区林业局不依法履行职责行政附带民事公益诉讼案件。

人民大学法学院,2018:11.
[8] 徐以祥. 我国环境公益诉讼的模式选择——兼评环境行政公益诉讼为主模式论[J]. 西南民族大学学报(人文社科版),2017(10):86-94.
[9] 杜辉. 环境司法的公共治理面向——基于“环境司法中国模式”的建构[J]. 法学评论,2015(4):168-176.
[10] 张忠民. 论环境公益诉讼的审判对象[J]. 法律科学,2015(4):115-122.
[11] 植草益. 微观规制经济学[M]. 朱绍文,译. 北京:中国发展出版社,1992.
[12] 史际春,冯辉. “规制”辨析[C]//史际春. 经济法学评论. 北京:中国法制出版社,2017:6.
[13] 梁君瑜. “诉权层次论”视域下的行政诉权要件探析[J]. 北京理工大学学报(社会科学版),2018(5):129-136.
[14] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 北京:法律出版社,2016.
[15] 许尚豪. 如何保持中立:民事公益诉讼中法院的职权角色研究[J]. 政治与法律,2017(9):13-23.
[16] 张宝. 环境规制的法律构造[M]. 北京大学出版社,2018.
[17] 巩固. 大同小异抑或貌合神离? 中美环境公益诉讼比较研究[J]. 比较法研究,2017(2):105-125.
[18] 孟德斯鸠. 论法的精神(上册)[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1961.
[19] 汪劲. 环境法学[M]. 北京:北京大学出版社,2014.
[20] 王明远. 美国妨害法在环境侵权救济中的运用和发展[J]. 政法论坛,2003(5):35-41.
[21] 乔纳森·特利. 私人总检察官在环境法执行过程中的作用[C]//汤欣. 公共利益与私人诉讼. 邓海峰,黎明,译. 北京:北京大学出版社,2009.
[22] 汪劲,田忙社. 环境法学[M]. 北京:中国环境科学出版社,2001.
[23] 凯斯·R·孙斯坦. 风险与理性[M]. 师帅,译. 北京:中国政法大学出版社,2005.
[24] 宋亚辉. 社会性规制的路径选择[M]. 北京:法律出版社,2017.
[25] 乌尔里希·贝克. 风险社会[M]. 何博闻,译. 南京:译林出版社,2004.
[26] 王慧. 环境民事公益诉讼案件执行程序专门化之探讨[J]. 甘肃政法学院学报,2018(1):116-126.
[27] STEPHENSON M C. Legislative allocation of delegated power:uncertainty,risk,and the choice between agencies and courts[J]. Harvard Law Review,2006,119(4):1035-1070.
[28] VERMEULE A. The delegation lottery[J]. Harvard Law Review,2006,119(4):105-111.
[29] 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京:法律出版社,2015.
[30] KOLSTAD C D,ULEN T S,JOHNSON G V. Ex post liability for harm vs. ex ante safety regulation:substitutes or complements? [J]. American Economic Review,1990,80(4):888-901.
[31] 理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析[M]. 蒋兆康,译. 北京:法律出版社,2012.
[32] 威廉·范博姆,迈因霍尔德·卢卡斯,克丽斯塔·基斯林. 侵权法与管制法[M]. 徐静,译. 北京:中国法制出版社,2012.
[33] GREEN L. Tort law public law in disguise[J]. Texas Law Review. 1960(38):1-13.
[34] 弗里德里希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由(第 1 卷)[M]. 邓正来,译. 北京:中国大百科全书出版社,2000.
[35] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]. 郑永流,译. 北京:法律出版社,2012.
[36] 谭冰霖. 环境规制的反身法路向[J]. 中外法学,2016(6):1512-1535.

Research on the Role of Court in Environmental Regulation

—Thinking From the Mode Selection of Environmental Public Interest Litigation

HE Jiang

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: The successive legalization of environmental civil public interest litigation and environmental administrative public interest litigation has fostered a process of competition for maintaining environmental public welfare through litigation,and triggered a real problem of mode selection. The mode selection of “developing” environmental administrative public interest litigation and “suppressing” environmental civil public interest litigation is rooted in the academic community’s taboo against the court’s environmental regulation function. In fact,in the “night watchman state”,“welfare state” and “risk society”,The court plays a fundamental role in resolving private litigation,at the same time,it plays the role of the regulator and Substitutor of environmental regulation according to social changes. The role of the court as a substitutor of environmental regulation can be proved from the “The Delegation Lottery Theory”,the complementary nature of government and court makes the cooperative regulation a “second-best choice”,which in turn determines the duality of environmental administrative public interest litigation and environmental civil public interest litigation should be the mode selection of environment public interest litigation.

Key words: court; environmental civil public interest litigation; environmental administrative public interest litigation; mode selection; environmental justice

[责任编辑:箫姚]