

生态环境损害责任诉讼的实践倾向与应然展开

林潇潇

内容提要:生态环境损害责任诉讼是相关主体根据法律或国家规定授权,针对已发生或可能发生的生态环境损害,以损害的直接责任人为被告提起的诉讼,与广义的环境民事公益诉讼基本相同。此类诉讼在实践中呈现出“侵权责任倾向”,导致一系列问题。环境具有整体性、系统性,其所承载的权益形态是环境公益。由于环境公益在权益归属、受保护状态、受损情形、损害程度方面的不确定性,其司法救济难以按照侵权法处理,而应通过原初、实质性利益衡量确定救济的程度及方式。法院应依裁决具体纠纷之职权,在法治框架下进行司法裁量。参照“二次证明”理论确立的利益衡量框架,在面对已发生的或潜在的生态环境损害两类典型场景时,法院应分别在相应条件下采取补救规则和预防规则。

关键词:环境公共利益 生态环境损害责任诉讼 二次证明 补救规则 预防规则

林潇潇,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

为克服传统行政责任与侵权制度难以充分救济生态环境损害的问题,我国着力发展依托诉讼的生态环境损害应对制度。近年来,生态环境损害责任诉讼成为规范创设最为活跃的领域之一,并形成颇具体量的诉讼类型。但在理论上,围绕诉因类型、权益性质、损害类型、救济方式等问题仍充斥着针锋相对的观点。这使诉讼当事人难以对诉讼结果形成稳定预期,裁判者对如何适用法律存有疑虑,导致此类诉讼难以发挥预期作用。

随着司法实践对生态环境损害补救问题复杂性的充分展现,学界对生态环境损害责任诉讼的理论反思已深入实体法律关系。相关研究或从应然角度反思诉讼实践并讨论以公法或特别法为依托建构生态环境损害补救制度,^[1]或力图证成以侵权法为蓝本的生态环境损害责任诉讼实然制度设计的合法、合理性,^[2]为澄清相关问题提供有益思路。但

[1] 参见巩固:《环境民事公益诉讼性质定位省思》,《法学研究》2019年第3期;刘长兴:《生态环境修复责任的体系化构造》,《中国法学》2022年第6期;张宝:《环境法典中民事责任的定位与构造》,《环球法律评论》2022年第6期;林潇潇:《论生态环境损害治理的法律制度选择》,《当代法学》2019年第3期等。

[2] 参见徐以祥:《〈民法典〉中生态环境损害责任的规范解释》,《法学评论》2021年第2期;曹明德:《〈民法典〉生态环境损害赔偿条款法理辨析》,《法律科学》2022年第1期。

前者普遍认为后者的理论尝试将因调整客体与调整手段的内在矛盾陷入悖论;后者则指出前者并未充分消解实然制度发展思路和实践倾向的合理性。争议原因可能是生态环境损害责任诉讼的实证思路很难在传统法理论中妥善安置,这也从相应诉讼实践所涌现的问题中得到直觉性的反复印证。然而,前者对既有制度与实践的反思往往点到为止,不免存在不够彻底或过于激进之嫌。易言之,目前从规范解释角度对实证条件下生态环境损害责任诉讼裁判应如何开展的研究尚不深入。本文就此立论,关注当前裁判者“应如何判”“能如何判”,包括裁判依据的合理选取和正确适用,这既是反思现有诉讼制度的基本前提,也是探讨如何完善我国生态环境损害补救制度体系的理论基点。

一 生态环境损害责任诉讼的基本界定

本文中生态环境损害责任诉讼指相关主体根据法律或国家规定授权,针对已发生或可能发生具体生态环境损害,以损害直接责任人为被告提起的诉讼。此类诉讼并非新型规范现象,其范围主要包括由社会组织、检察机关提起的(狭义)环境民事公益诉讼和由政府或其指定部门提起的生态环境损害赔偿诉讼。使用新术语的原因是环境公益诉讼规范现象的发展使传统表达体系不敷使用,难以准确便捷地指示相应对象。第一,相关概念群的内部关系需予明晰。环境公益诉讼类型随着规范发展日渐丰富,以直接规范依据为标准,一般分为环境民事公益诉讼、生态环境损害赔偿诉讼、环境行政公益诉讼,该划分被最高人民法院采用,有一定正式性。从发生学上看,前二者指向表现为生态环境损害的具体环境公益损失,与以行政机关为被告,保护抽象、制度公益,为维护法律秩序、实现法律实施目标,以责令履职、确认、撤销违法行政等为诉求的环境行政公益诉讼差异明显。^[3]但前二者没有正式的上位概念,理论上与环境行政公益诉讼区分十分繁琐。第二,原有表达不能充分实现思维经济。为示区分,一些研究以狭义的环境民事公益诉讼指代第一类诉讼,以广义的环境民事公益诉讼指代前两类诉讼。此类表达确能实现区分,但不断叠加的定语使表达冗杂化,不能便捷地完成指示任务。第三,抽象的“公共利益”不利于明确诉讼定位。传统“环境民事公益诉讼”概念以“公益”为核心,缘于后者内涵的原则性,人们对公益诉讼有了不同的功能期待。^[4]加之《民事诉讼法》中公益诉讼规定的原则性,当事人便对诉讼客观范围存有想象空间,易言之不但具体生态环境损害构成对环境公益的侵害,不确定能否致害的环境违法行为也在抽象意义上侵害了公益,有提起公益诉讼的可能。因此实践中出现了大量关注行为违法性而非具体损害的民事公益诉讼,如“电击

[3] 行政公益诉讼属于客观诉讼,主要救济普遍、抽象的制度公益,功能与被告机关的法定职责密切相关。参见刘艺:《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》,《法学研究》2018年第3期,第42-46页。实证条件下,行政机关仅在有限情况下可以对具体生态环境损害实施不充分的修复,故环境行政公益诉讼尚不能保证对生态环境损害的直接充分补救。当前我国环境公益诉讼形成了侧重保护制度公益的诉讼和意在补救具体损害的诉讼的二元格局,二者各有分工,可以在理论分析和制度设计上区别对待。当然,笔者认同环境行政公益诉讼具备补救具体生态损害、救济具体公益损失的制度潜力。

[4] 参见肖建国、黄忠顺:《环境公益诉讼基本问题研究》,《法律适用》2014年第4期,第8页。

蚯蚓案”^[5]“虐待大象案”^[6]等。此类案件符合民事公益诉讼的外观,但不同于面向具体生态环境损害的诉讼。而以“公益”为基础的概念无法有效将其排除,明确指代范围。

“生态环境损害责任诉讼”概念则可精准聚焦,准确表达立法意图,直击环境公益保护薄弱环节。首先,保护抽象公益的诉讼与保护具体公益的诉讼存在性质差异。前者以纠正违法、恢复被扭曲管理秩序为直接目的,故其客观范围、办理逻辑、诉讼功能均异于后者。故新概念应显示与环境行政公益诉讼的区别,并排除私主体“代位执法”诉讼的想象空间。其次,补救因具体生态环境损害造成的公益损失是立法者在民事诉讼程序中确立环境公益诉讼的目的。“只有不特定主体所享有的社会公共利益所引发的纠纷才能纳入公益诉讼的客观范围”,^[7]将该论述实体化,对不特定多数人的权益损害可还原为生态环境损害,即对无主环境的具体不利影响。^[8]发生学上,正是“塔斯曼海轮案”“松花江污染案”等案件暴露出传统行政和侵权责任不能有效补救受损环境,使国家正视当时法制的不足,开始考虑推动公益诉讼补强短板,故环境本身遭受的损害才是环境民事公益诉讼应救济的环境公益损害,^[9]落实“原因者负担”原则补救受损环境是创设此类诉讼的初衷。再次,狭义环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼的区别体现在起诉主体等形式层面,但本质上是同类诉讼,应有统一的表达方式。后者虽在名义上“借道”国家所有权,并在最高院的统计中与前者区别,但二者均对具体损害发起,在诉讼客观范围、诉讼请求、责任形式等实质方面共性显著,实属同类,^[10]应适用统一的实体规则。二者在适用范围、相关立法和司法实践的共性可作证明。申言之,对二者的人为区分是规范发展过程中偶然产生的现象,二者亟待整合。最后,此类诉讼可称为“生态环境损害责任诉讼”。前揭以“公共利益”为基础的表述不能有效排除旨在查举环境违法的诉讼。相应称谓应突出其与具体生态环境损害的关联,又基于生态环境损害应对的特殊性,应弱化此类诉讼与赔偿的关联。借鉴全国人大宪法和法律委员会将生态环境损害修复、赔偿责任统称为“损害生态环境责任”的表达,^[11]可名之“生态环境损害责任诉讼”。综上,本文以“生态环境损害责任诉讼”概念统摄狭义环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼两类实证规范现象。

二 生态环境损害责任诉讼实践中的“侵权责任倾向”

(一)“侵权责任倾向”的实践表现

全国法院受理的生态环境损害责任诉讼案件数量已从 2016 年度年均 200 余件增至

[5] 该案原告和主审法院在本案中主要关注案涉行为的违法性,由此推定生态环境损害存在。参见广东省珠海市人民法院(2020)粤04民初129号民事判决书。

[6] 参见云南省高级人民法院(2024)云民终2号民事判决书。

[7] 张卫平:《民事公益诉讼原则的制度化及实施研究》,《清华法学》2013年第4期,第8页。

[8] 参见徐祥民、邓一峰:《环境侵权与环境侵害——兼论环境法的使命》,《法学论坛》2006年第2期,第13页。

[9] 参见竺效:《论环境民事公益诉讼救济的实体公益》,《中国人民大学学报》2016年第2期,第30页。

[10] 参见刘长兴:《环境损害惩罚性赔偿的公法回应》,《政治与法律》2023年第10期,第38页。

[11] 参见全国人民代表大会宪法和法律委员会:《关于〈民法典侵权责任编(草案)〉修改情况的汇报》。

2023 年度 6013 件。^[12] 诉讼实践表现出明显的“侵权责任倾向”,具体有三方面表现。

第一,普遍利用侵权法规范处理。由于《民事诉讼法》公益诉讼条款的程序性和原则性,相关诉讼实践长期缺乏实体法律依据。^[13] 为此国家制定《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》(下称“《环境民事公益诉讼解释》”)《生态环境损害赔偿制度改革方案》(下称“《改革方案》”)《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》等作为补充。此类规则在实体层面普遍以侵权法理为基础,以侵权法律规则为“解释对象”,在制度框架、要件构造、责任形式、概念表达上采用侵权法逻辑和话语。《民法典》将关于生态环境损害责任的规定安排在侵权责任编第七章也似确认该认识。这些规则成为主要裁判依据,为“侵权责任倾向”奠定基调。

第二,将生态环境损害判断作为事实认定问题。延用侵权案件处理逻辑,关于生态环境损害的判断被转化为“损害结果”要件是否该当的问题,被视为不需经法律判断的事实认定,主要体现为:一是生态环境损害几乎等价于任何环境原生状态的不利变化。性质上,损害对象可为土地、水体、大气、森林、草原、湿地、动植物、景观;程度上,对自然状态的轻度扰动、案发时已恢复的污染,^[14] 均被认定构成损害。二是认定生态环境损害时大量采用只能证明事实判断的科学证据。笔者统计的 58 件判例中有 52 件采用科学证据。

第三,责任形式上表现为侵权责任,并事实上形成对赔偿的倚重。此类诉讼实践中法院判令被告承担的责任形式包括停止侵害、赔偿损失、恢复环境原状或修复损害、赔礼道歉等。其中,尽管理论上有不同看法,恢复环境原状或修复损害在实务中长期被视为恢复原状责任在特殊领域的表现。故此类诉讼实践往往表现为对侵权责任的直接或类推适用。但同时,赔偿诉求和判决无疑在侵权法实践中占据压倒性比例,损害赔偿与其他责任形式在规范性质上不分主次,却在实践中有了轩輊分殊。这由侵权责任倾向推及生态环境损害责任诉讼实践,使“赔偿生态环境损失”成为主流担责方式。笔者统计案件中判令赔偿生态环境损害的案件数为 49 件,占比 84.5%。而《改革方案》直接将政府请求填补生态环境损害的制度命名为“赔偿制度”更是该实践惯性的另一直观表现。

(二)“侵权责任倾向”的主要问题

侵权责任倾向有其产生的现实原因、体制因素和制度基础,并在一段时期内有效缓解生态环境损害补救实践需求大量存在和实体法律供给不足间的矛盾。但该倾向的内蕴风险未受应有检视,在实践中表现出诸多严重问题。

第一,机械适用侵权规则,裁判普遍说理不足、法律适用混乱。在侵权责任倾向下,多数判决或适用侵权法律规则,^[15] 或直接援引相关司法解释。^[16] 但侵权法相关规定难以涵摄生态环境损害事实,直接套用法条原文得出判决结论的做法,未展现完整的法律论证

[12] 参见最高人民法院:《中国环境资源审判(2023)》,第 6 页。为考察此类诉讼实践,笔者以北大法宝数据库收录的相关案件为样本,考虑案件的代表性和样本数量,将取样范围限定为最高人民法院、高级人民法院审理的案件。以“环境损害”为关键词,检索得“普通案例”法律文书 91 件,人工筛选剔除同事件案件、未进入实质审理阶段的裁定或调解等文书,得有效判例 58 件。

[13] 参见巩固:《公法责任视角下的土壤修复——基于〈土壤污染防治法〉的分析》,《法学》2018 年第 10 期,第 64 页。

[14] 参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终 75 号民事判决书。

[15] 参见重庆市第一中级人民法院(2017)渝 01 民初 773 号民事判决书。

[16] 参见山东省德州市中级人民法院(2015)德中环公民初字第 1 号民事判决书。

过程,缺乏足够的合理性支撑。^[17] 由此衍生的另一负面效果是法院屡屡通过裁量对责任后果进行“创新性”调整,^[18] 而判决中未加充分说明,有司法任性之忧。^[19] 前述问题与侵权责任倾向对生态环境损害法律关系性质的掩盖直接相关。

第二,生态环境损害判断的“事实化”和相关实体法律标准的缺失导致生态环境损害认定缺乏明确阈值限制,使大量轻微环境干扰涌入司法程序。生态环境损害是社会评价下环境的不利变化,载体的复杂性、综合性使其表现形式具有多样性、多层次性,难以准确感知、测度,同时因人类合理利用环境的必然性与正当性,损害判断不可避免带有一定价值属性。故技术术语难以提供准确内涵,而当前法律规范也未对生态环境损害概念进行明确限制或指引。^[20] “环境权益”在特定情况下被视为绝对性权益,生态环境损害认定被简化为环境相对其原有状态是否产生负面变化的事实判断:原告将环境受到的任何违法负面扰动视为损害,而相关“指控”也易获法院认可。最终大量如小规模违法猎捕、^[21] 虐待动物^[22] 等轻微环境干扰涌入司法程序。如此一则案件数量的大量增长无法带来同比例的环境质量改善,并挤压检察机关办理涉严重生态环境损害复杂案件的精力;二则“潜在案件”的巨量化对检察、审判机关的处理能力提出严峻挑战,可能导致选择性办理,使法律实施更多地受偶然因素驱使,^[23] 影响行为人的规范性预期。

第三,生态环境损害问题的事实化认识使专家意见可以对损害的有无及程度进行全面判断,这实质上已超出事实判断范畴,涉是此类证据不应置喙的带有法律适用性质的价值判断领域。但专家技术判断与审判者法律判断的价值追求未必相同。以野生动物受损为例,为补救野生动物灭失损害,法院应重点判断受害生物在其种群和生境中的生态功能。而技术专家的评估一般根据《野生动物及其制品价值评估方法》计算动物及其制品价值。但该办法依 2016 年《野生动物保护法》第 57 条制定,而动物及其制品价值在该法中主要作为计算罚款的基数,评估办法主要考虑罚金相对违法所得可产生足够的威慑,故所得价值不需反映受损动物的生态价值。故专家依技术规范开展的评估并不能满足生态环境损害责任诉讼的需求。以“虚拟治理成本法”“旅行成本法”等方法评估时同样存在此类问题。尽管如此,生态环境损害评估高企的技术门槛使法官难以有效审查专家意见,对其科学性、公平性、可接受性进行实质性把控。^[24] 申言之,事实化认识导致对技术专家

[17] 参见吕忠梅等著:《环境司法专门化:现状调查与制度重构》,法律出版社 2017 年版,第 71 页。

[18] 如江苏省高级人民法院(2014)苏环公民终字第 1 号民事判决书中允许责任人进行技术改造抵扣部分责任。

[19] 参见吕忠梅:《环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析》,《中国法学》2016 年第 3 期,第 263 页。

[20] 参见吕忠梅、窦海阳:《修复生态环境责任的实证解析》,《法学研究》2017 年第 3 期,第 128 页。

[21] 如重庆市渝北区人民法院(2019)渝 0112 刑初 1704 号刑事判决书、安徽省徽州区人民法院(2020)皖 1004 刑初 83 号刑事判决书、云南省安宁市人民法院(2020)云 0181 刑初 484 号刑事判决书,均为被告非法捕捞少量渔获。

[22] 原告认为被告驯养的大象受其非法虐待“使生态环境受到损害”。参见云南省高级人民法院(2024)云民终 2 号民事判决书。

[23] 参见何江:《为什么环境法需要法典化——基于法律复杂化理论的证成》,《法制与社会发展》2019 年第 5 期,第 59 页。

[24] 法院难以审查土壤污染案件中专家提出的补救方案,只能接受。参见贵州省高级人民法院(2020)黔民终 893 号民事判决书。如专家采用“虚拟治理成本法”量化损害,法院通常只核定排污量或调整环境敏感系数,对更根本的评估方法科学性则无从置喙。参见广东省高级人民法院(2019)粤民终 2169 号民事判决书。法院无力审查并不当然证明专家意见的正确性,却恰恰提示技术语言遮蔽价值判断的司法风险。

的依赖,进一步形成专家对此类案件关键决策的知识垄断,在关键裁判环节限制了法院基于规范目的、公平正义进行利益衡量的机会,可能影响裁判的合理性、公平性。

第四,金钱赔偿为主的担责方式一定程度上导致责任失能。如前所述,在侵权责任倾向影响下金钱赔偿在事实上成为此类诉讼最常见的责任形式。^[25] 这可能从两方面导致责任失能:其一,在当前的制度和技术条件下,生态环境损害程度的货币化评估带有明显主观性,且既有评估技术内含的价值追求未必匹配责任诉讼,所得赔偿金额不能准确反映损害补救的资金需求。其二,赔付资金缺乏透明、规范、高效的使用渠道,难以用于补救案涉损害。实践中赔偿金主要通过非国库和国库两类渠道管理。非国库渠道缺乏具体的资金监管规则,使用主体、使用目标、监管程序等要求的缺失将使相关机关因顾虑财政风险而怠于开展补救。而财政部、生态环境部、两高等机关虽发布文件完善国库管理,但其中存在的适用范围规定不一、^[26] 公众监管程序规定不足等问题仍制约了资金的使用强度,且赔偿金纳入一般公共预算后主要用于综合环境改善而非具体生态环境损害补救。最终结果是责任的执行多“止于赔偿”,未能发挥其应有制度功能。

第五,追究违法“替代”损害补救,导致制度目标漂移。在侵权责任倾向认识下,形式违法性被认为是生态环境损害责任的构成要件。该要求首先反映在 2015 年的相关文件中,^[27] 并最终体现在《民法典》生态环境损害责任条款关于“违反国家规定”的表述中。但由于违法便于考察,实践中甚至出现仅以违法与否推定损害状态的趋势。^[28] “尽管环境已自净/达标,但违法(排污)行为客观存在,不能否定损害存在”这类论证在判决书中多有出现。^[29] 当然鉴于违法行为与生态环境损害结果之间的高度盖然性,法律不排斥二者间的事实推定。但当生态环境损害不是一种“过程性事实”,其具体状态是确定责任程度的决定性因素时,利用推定放松对案涉环境状态的考察内蕴的法律风险需审慎研判。一旦受损环境的客观状态不作为讨论生态环境损害责任的必要前提,该责任与补救损害间的关系也就愈发疏离,将直接导致其作为后果责任的规范定位逐步含糊,有偏离环境补救初衷、异化为资金筹措借口的风险。^[30] 同时,这也使其与以预防违法为主要目的、以行为情节为核心要件的行政处罚不再泾渭分明,两类实践特征近似的责任叠加冲击一事不再罚原则的危险不可不察;而该责任一旦与行政处罚“部分混同”,前者的高度裁量性是否会在实质上构成对处罚法定原则的消解也应慎察。

综上,生态环境损害责任诉讼实践表现出规则适用混乱、评价标准模糊、司法裁量缺失、责任形式失能、制度目标漂移等诸多问题,影响制度实效、制约其长远发展,问题的产

[25] 包括直接判令被告“赔偿环境损失”,及要求被告赔偿与具体环境补救方案脱钩的“环境修复措施费用”。

[26] 如依《生态环境损害赔偿管理规定》,主要在环境损害无法修复的情况下,赔偿金上缴国库;而依《生态环境损害赔偿资金管理办法(试行)》,在损害可以修复但责任人未完全履行修复义务的情况下,赔偿金也上缴国库。

[27] 规定“违反法律法规”造成生态环境损害的主体应当担责。参见《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》。

[28] 据统计,以行为违法推定环境损害事实的情况在相关案例中出现率约为 54%。参见刘静:《生态环境损害赔偿诉讼中的损害认定及量化》,《法学评论》2020 年第 4 期,第 157 页。

[29] 参见云南省高级人民法院(2022)云民终 399 号民事判决书。在环境自净情况下,自然恢复期间可能存在生态服务功能临时性损失,但前案例所评价的环境损害并不限于此类损失。

[30] 参见王小钢:《生态环境修复和替代性修复的概念辨析——基于生态环境恢复的目标》,《南京工业大学学报(社会科学版)》2019 年第 1 期,第 42 页。

生与借道侵权法存在密切联系。^[31] 故应反思此类诉讼所保护权益性质和侵权法救济逻辑间的关系。已有学者指出生态环境损害不是私主体民事权益遭受不利后果的表现,^[32] 生态环境损害责任与环境侵权责任具有不同的法律性质。^[33] 如借道侵权法的救济渠道被否定,则应重新考虑此类诉讼在两个层面的应然展开:一是诉讼路径,即为权益开展司法保护的基本方向;二是裁判规则,即实证条件下法院“应当”且“能够”以何种方式和程度处理此类诉讼。此类责任所保护利益的本质属性将为诉讼路径的确定提供根本性指引,并沿后者明确的方向“发现”更为具体的裁判规则。

三 生态环境损害责任的保护权益与诉讼的应然展开路径

法律秩序赋予生态环境损害事实特定意义以实现相应制度的规范功能。这种意义在规范世界中将生态环境损害转换为对特定权益的侵害。权益的救济路径在此基础上衍生。故生态环境损害责任所保护权益的性质,决定法院审查的形式与边界。

(一) 环境公共利益:生态环境损害责任保护的权益性质

生态环境损害责任诉讼针对的是无归属环境的损害,所保护的权益属于公共利益。生态环境是生物和非生物要素通过交互作用联结而成的有机系统,在与人类社会的互动关系上具有显著特性。其一,惠益的多样性。生态为人类提供供给服务、文化服务、调节服务及支持服务等生态系统服务,^[34] 以多样的功能满足不同人的多种需求,这决定了生态价值的多元性。其二,其与人类社会的互动关系极为复杂,难以充分认识。这由生态环境内部结构的复杂性及其惠益的多样性所决定。加之环境效应影响深远,部分服务功能具有非物质性、抽象性,因此难以被人类充分认识,与其他利益不可通约,这为其价值的精确量化带来了极大困难。其三,环境影响具有广泛性和非排他性。环境影响,尤其是支持服务、调节服务所产生的非物质性、根本而深远的影响,难以由特定主体采取措施阻断或排他,相应生态服务由受影响主体均等享有。

法秩序力图将生态环境的利用与保护转化为特定权益的行使与救济,最初我国曾尝试借鉴并引入域外环境私权理论,将环境权理解为个体使用和享受自然环境条件的权利,^[35] 将生态环境损害转化为对个人“环境权”的侵害,使行为人承担侵权责任。该理论是生态环境损害问题最直观的权益转化路径,曾获我国司法实践有限认可。但实践与理论发展揭示了环境私权理论存在的权利主体泛化、权利内容不清、权利主张不明、权利公益性过强等问题。^[36] 即便在理论发源地日本,司法机关也未据此支持补救性责任,该理论随着专门性制度的发展而偃旗息鼓。^[37] 环境私权理论在我国的影响力日趋式微。

[31] 参见巩固:《公法视野下〈民法典〉生态损害赔偿条款解析》,《行政法学研究》2022年第6期,第45页。

[32] 参见李承亮:《侵权责任法视野中的生态损害》,《现代法学》2010年第1期,第63页。

[33] 参见张新宝:《民法分则侵权责任编立法研究》,《中国法学》2017年第3期,第68页。

[34] See Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*, Island Press, 2005, p. 40.

[35] 参见蔡守秋:《环境权初探》,《中国社会科学》1982年第3期,第33页。

[36] 参见巩固:《环境权与环境法制再思考》,《华东政法大学学报》2009年第4期,第129页。

[37] 参见张挺:《日本生态环境损害的民事责任:私法的意义与界限》,《法治研究》2022年第2期,第119-130页。

在反思私权理论的基础上,公有制下的国家所有权为环境提供了第二条权益转化路径。我国宪法明文规定自然资源公有制,民法进而规定自然资源国家和集体所有权,其中前者具有更广泛的运用空间。理论界尝试以超越个体的公权组织为权利主体,以自然资源乃至生态环境为客体建构所有权,作为生态环境损害责任请求权的基础权利。该理论具备形式法理基础,可将拟议损害转换为对特殊主体的侵害,由政府代表国家行权便于实施,已有文件明确采纳。^[38] 相对私权理论,该理论的解释力更为强大,但其存在以下核心矛盾。第一,宪法国家所有制条款排斥对环境设定具体所有权。宪法规定自然资源属于国家即全民所有是对所有制的规定,该公有归属关系是一种整体、抽象的描述和规定,意义在于确认此类“生产资料”“不能被设定为任何法律意义上特定主体的所有权客体”,此处“国家”是抽象的全民而非凌驾于公民之上的实体,否则将违背前述宪法规定。^[39] 第二,作为所有权客体的自然资源不等于环境。能够作为特定主体所有对象的自然资源是可特定化、具有经济价值的环境要素。国家所有权不能覆盖环境整体,尤难处理抽象环境服务。^[40] 第三,传统所有关系和自然资源公有权试图调整的社会关系存在结构差异。成熟于商品经济中的所有权概念带有强烈个人主义色彩,主要处理权利主体与其他主体的“对外”关系,而以公权组织为主体的公有权主要调整组织与成员间的“对内”关系。“公有权”与所有权的规范功能是否相同并非不言自明。总之,所有权带有的强烈的意志实现意味、国家与政府间的密切关联、行政部门与公众利益不完全一致,提示着“国家所有权”理论的内蕴风险。因此,该思路远非完善。

前述权益转化路径所遭遇的理论困境,本质上源于个人、国家等具体主体权益观念与主体意志的密切关联内在地不适配于生态环境作为权益载体的公共性特征。故厘清环境应然的权益转化路径,应充分考虑并吸纳权益事实载体的公共性。围绕环境与相关主体的关系,可尝试描述环境承载的公共性权益。其一,权益关系的共同性。作为权益基础的利益关系是数量、范围不特定的众多意志主体和特定环境单元^[41]间的关系,这些意志主体形成的群体可称为环境利益共同体。其二,客体的整体性。环境单元的整体状态决定了环境利益共同体中所有成员的利益状态。就生态服务尤其是抽象服务而言,环境单元无法被细分为相互独立、由意志主体个体支配的单位。即意志主体对环境单元的影响及其整体,必将影响共同体中其他成员。其三,利益实现的选择性。不同主体对环境状态有不同需求,同一主体在不同时期对环境状态也有不同需求,不存在一种满足任何人需求的环境状态,各需求难以比较,故确定对共同体“最有利”环境状态的客观标准对人类智识提出严峻挑战。而环境在特定时点只能处于特定状态,故只能选择性实现具体意志主体的利益。其四,“权益主体”的抽象性。作为受法律保护的利益本身或利益的实现方式,

[38] 如最高人民法院将之称为“基于国家自然资源所有权提起的生态环境损害赔偿诉讼”。参见《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为推进生态文明建设与绿色发展提供司法服务和保障的意见》。

[39] 参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,《中国法学》2016年第2期,第89页。

[40] 参见张忠民:《论生态环境损害赔偿制度的法理基础和规范构造》,《现代法学》2024年第4期,第139页。

[41] 环境单元指对外独立于其他环境因素、具有独立生态价值,对内由环境因素有机结成的整体系统。

在权益形成的法律空间中权益主体的意志相对于他人居于独立的支配地位。^[42]碍于权益与主体意志的密切关联,就环境单元整体不存在一个当然、合法、公平地具备以自身意志决定环境状态的能力的具体主体。单个民事主体对环境不应存在任何主观权利。^[43]这种公共权益只能属于环境利益共同体这类“抽象主体”。综上,如将此类权益理解为受法律认可、实现以“决定环境状态”为内容的意志的能力,那么这种“意志”应是公正的公意形成机制产生的群体意志或共同体的抽象意志。

以此为基础,从诉讼结构角度也可基于损害应对和纠纷拟制对环境公益形成更为直观的理解。生态环境损害表现为环境单元系统功能的衰减,会无歧视地对环境利益共同体成员产生不同程度的影响,即影响涉及数量不确定的主体。又由于环境影响的阶段性,生态环境损害对某些主体的民事权益已造成实害,而对共同体中的其他主体只有潜在威胁。该意义上生态环境损害是一种切实威胁不确定多数人民事权益的中继性不利状态。该状态有引发广泛损害的高度盖然性,决策者认为存在提前干预的必要;同时该状态附着于物质载体即环境单元,故决策者将此类状态拟制为公共利益受损,从而将不确定的私益受损转化为相对确定的公益受损,从而拟制出公益代表与致害人的纠纷。

(二)生态环境损害侵权救济路径的否定

立基前述讨论,结合侵权法救济逻辑,可揭示其能否救济环境公益。“侵权法既是一部关于有责任的法律,也是一部有关无责任的法律”,^[44]旨在合理分配损失。在当代社会背景下,该制度以致害人为主要责任主体,以“损害”为补救对象,原则上采取完全补救,并以货币化赔偿为最主要的责任形式。制度设计反向约束适用边界,“只有当它避免了过分苛严的责任时,才能作为有效的、有意义的和公正的赔偿体系运行”。^[45]侵权责任遵循内在救济逻辑,通过特定成立条件的设置,适应前述规范特点并发挥相应规范功能。在此需讨论从保护客体角度对侵权责任的限制,即得受侵权法保护的权益范围。

侵权法如将保护范围泛化为一切利益,则不啻禁止一切社会关系变动。塑造侵权法时立法者需在宏观层面协调一般行为自由和受害人权益保护。“受保护权益”是立法者为侵权责任设置的第一个控制阀。由立法者从泛泛的利益干扰中选择出的“可救济(权益)损害”,是其利益衡量的结果。^[46]理论上多将权益得受保护的原因归结为其重要性和明确性或公示手段,^[47]认为权益的受保护程度取决于价值、定义精确程度、明显程度。^[48]具体而言,受保护权益具有以下性质。一是重要性。权益应对民事主体的生存或社会发展有重要意义。二是利益归属明确。主要保护民事主体的固有利益,^[49]此类利益

[42] 参见方新军:《权利概念的历史》,《法学研究》2007年第4期,第94页。

[43] 参见[德]冯·巴尔著:《大规模侵权损害责任法的改革》,贺栩栩译,中国法制出版社2010年版,第81-83页。

[44] W. V. H Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 14th edition, Sweet & Maxwell, 1994, p. 3.

[45] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2004年版,第1页。

[46] 参见张新宝:《侵权责任法立法的利益衡量》,《中国法学》2009年第4期,第176、183页。

[47] 参见谢鸿飞:《气候变化侵权责任的成立及其障碍》,《政治与法律》2022年第7期,第6页。

[48] 参见欧洲侵权法专家小组:《欧洲侵权法基本原则》,于敏译,《环球法律评论》2006年第5期,第620页。

[49] 参见王泽鉴著:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2018年版,第361页。

是特定主体的利益,主体对利益客体状态的支配不会对其他主体的利益水平产生直接影响,利益关系相对封闭。三是受保护状态明确。对主体“最理想”的权益或其客体状态是较为明确的。如物权客体无瑕疵、人格完整等。四是受损情形明确。卡多佐在否定第三人纯粹经济损害过失责任的判词中指出,在侵权救济中承认此类不确定权益可能导致“一种在不确定时间使不确定群体承担不确定数量的责任”。^[50] 故受保护法益应足以明确受损范围,特定不法行为只能对确定范围内的主体造成拟议权益的损害,所生损害不超出合理预见范围。五是损害程度明确。权益损害结果可依合理、可接受的方式实现货币化。如物权侵害可转化为购买替代品或进行修复的成本,生命、身体、健康权侵害可由康复成本及收入损失替代;即便性质上无法直接货币化的精神损害,因经济补偿可消解痛苦的普遍现象,结合利益归属的明确性,货币化也可接受。^[51]

与侵权救济机制相对应,权益的重要性是施以救济的必要条件;权益归属明确决定了是否申请救济由权益主体自决,补偿权益主体即可恢复扭曲的社会关系;权益归属、受保护状态、受损情形的明确性决定了完全填补损害的安全性,及以完全填补为上限主体自决利益状态的正当性;损害程度明确则证成货币赔偿责任是权益主体的正当选择。申言之,受保护权益特性规定了侵权救济方式,后者也限定了前者的范围。权益筛选标准体现了内蕴于立法的利益衡量逻辑,应在司法中沿用。对照而言,环境公益除重要性与受保护权益相当,权益归属、受保护状态、受损情形、损害程度的明确性均有不同程度的欠缺,表现出框架性;权益客体价值的不可通约性使生态环境损害程度难以明确,对货币化赔偿提出巨大挑战,加之主体的抽象性,对生态环境损害的货币化亦难具哪怕是精神损害赔偿般的可接受性;环境公益关系的共同性、客体的整体性、利益实现的选择性则消解其受保护状态及受损情形的明确性,并进而涤除完全填补的安全性。如果说前述特性仅使环境公益干扰缺乏当然的违法性,尚可能通过行为违法辅证完全填补责任的话,环境公益关系的共同性和主体的抽象性则几乎从根本上排除此类责任的适用可能;前述特性突破了权益归属明确性,使归于“受害者”的补救在逻辑上难以实现。因此,环境公益非但不属于民事权利,视其为受侵权法保护的其他利益亦有障碍,侵权规则构建的权益保护方案不能对其适用。

比较法上,生态环境损害应对也表现出去侵权化趋势。1993 年欧盟委员会《关于补救环境损害绿皮书》(*Green Paper on Remedying Environmental Damage*)提议以民事侵权责任为基础建立综合环境损害补救机制,相关决策机构沿此思路开展后续工作;而在 2000 年《环境责任白皮书》(*White Paper on Environmental Liability*)中,委员会放弃侵权路径而转向公法责任,并最终于 2004 年颁布以行政机制为依托应对环境损害的《环境责任指令》(*Environmental Liability Directive*)。^[52] 思路转变的原因既包括成员国间的侵权法传统难以统一,更在于欧盟立法机关从美国立法经验中认识到行政机制处理此类公益保护事

[50] *Ultramares Corporation V. Touche, Niven & Co.*, 255 N. Y. 170 (1931).

[51] 参见王泽鉴著:《人格权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 415-417 页。

[52] See Lucas Bergkamp, Barbara Goldsmith, *The EU Environmental Liability Directive*, Oxford University Press, 2013, pp. 10-11.

务的合理性。^[53] 美国也出现相应趋势。美国在生态环境损害救济领域延续了倚重司法审查的传统,法院在形式上进行最终判断。从功能比较角度,美国应对此类损害的民事诉讼主要包括环境公共信托(public trust)诉讼、环境公民诉讼(citizen suit)、“超级基金法”(Superfund)诉讼及自然资源损害(natural resource damage)诉讼。^[54] 早期的公共信托诉讼要求司法权对此类损害进行实质判断,而后随着成文法逐渐主导损害补救,前者逐渐被后三类促进法律实施、寻求司法确认的诉讼所替代,其俨然是行政机制的延伸,与侵权诉讼大异其趣。^[55] 法国则相对特殊。为补充《环境责任指令》适用范围的局限性,2016年法国在《民法典》“合同外责任”副编中新增8个条文确立针对环境损害的民事责任机制,形成了司法与行政相互补充的混合模式。法国民法对损害的开放式规定降低了环境损害纳入民法体系的障碍。但法国法院在解释相关法律条款时相对审慎,且新增条款对原告资格的限定、所坚持的实际修复优先原则以及可供参考的行政性规范在实体、程序方面的相对完备性,表明民事责任机制只能作为法国以实施欧盟指令为目标的整体法律变革中“有益的‘协奏曲’”,^[56] 未从根本上突破传统欧盟模式的基本利益配置逻辑。

(三)生态环境损害责任诉讼的应然展开路径

环境公益的框架性决定以之为保护对象的生态环境损害责任诉讼的特殊性,现有诉讼的规范性分类难以为其准确定性。立足解释论,此类诉讼应理解为法院依其宪法职责和程序法授权开展的新兴诉讼类型,爱其不能适用侵权法,立法上缺乏直接、既成的权益保护方案,法院应求诸抽象法规范并承担起原初性的利益衡量工作,从而完成具体情景下的初始利益分配,形成政策判断并予以适用。具体展开如下。

第一,法院对生态环境损害诉讼的审理需求诸抽象法规范进行法律续造。关于此类诉讼的审理,实体法并未为法院提供直接、明确的指引。就生态环境损害纠纷的实体法律关系处理,在缺少可直接适用的具体规则的情况下,司法的解释适用对象需转向法律精神或原则等抽象法规范,在其基础上进行具体规则续造。法律续造通过直接或在类比近似制度的基础上阐释法原则,确定系争事务的裁判规则。第二,法律续造需通过利益衡量完

[53] See Gerd Winteret et al., Weighing up the EC Environmental Liability Directive, 20 *Journal of Environmental Law* 163, 165 (2008).

[54] 环境公共信托诉讼是指以环境资源为信托财产、政府为受托人、公众为委托人和受益人展开的诉讼,国家和公众可分别基于普通法和衡平法上的财产权保护环境资源,其要义是赋予公众挑战政府不当决策的机会。See Richard J. Lazarus, Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resource: Questioning the Public Trust Doctrine, 71 *Iowa Law Review* 631, 645-646 (1986). 环境公民诉讼是在立法授权的特定领域,公民得对违法行为提起,以纠正被告违法行为、命令行政机关履行法定职责、处以民事罚金为方式的诉讼。后两类诉讼则是美联邦《超级基金法》(Superfund Act)、《油污法》(Oil Pollution Act)等成文法规定的,在行为人怠于履行行政机关依法作出的关于清理及补救环境损害、恢复自然资源损害的行政命令时,由联邦司法部长或相关行政部门代表政府提起要求相对人履行行政命令或承担补救费用的诉讼;在立法确认及补充普通法公共信托规则的基础上,自然资源损害诉讼得以展开。See Marisa J. Mazzotta et al., Natural Resource Damage Assessment: The Role of Resource Restoration, 34 *Nature Resources Journal* 153, 155-157 (1994).

[55] 尽管这些非刑事诉讼在普通法传统下仍被称为“民事诉讼”(civil suit)。参见[美]杰弗里·C.哈泽德,米歇尔·塔鲁伊著:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社1998年版,第29页。

[56] 竺效:《论生态损害综合预防与救济的立法路径——以法国民法典侵权责任条款修改法案为借鉴》,《比较法研究》2016年第3期,第24页。

成。在拟议议题下,可参考实证制度、尤其是侵权法为贯彻法原则而对各类型权益的处理方案,确定环境公益的司法救济的展开方向。具言之,在应对由明确加害人所造成不利情况的制度谱系中,由侵害绝对权利、侵害其他合法利益到侵害包括环境公益在内的非民事利益,受害的不确定性逐次增加。对权利的救济可直接适用侵权法;合法利益虽同样通过侵权责任救济,但为弥补其不确定性,需借助利益衡量强化特定侵权要件的权重。延此逻辑,对于原则性、框架性的环境公益,当实证法中缺乏既成的权益保护方案,关于其“是否救济、如何救济、救济多少”的问题,需回归原初性的利益衡量,在具体情境下完成初始的利益分配。第三,法院需要进行实质性的利益衡量,形成裁判规则。决定环境公益载体状态涉及不特定主体利益的初始分配,这种对竞争性利益的平衡是实质性的,并贯穿责任成立、责任方式和责任程度的判断始终,最终形成表达为具体裁判规则的权益保护方案。

需补充,前述判断不与《民法典》对生态环境损害责任的规定相冲突。《民法典》侵权责任编虽在第 1234 条、第 1235 条规定了生态环境损害责任,但其并未提供完整的责任构成要件:其一,“违反国家规定”将管理性规范引致责任判断之中;其二,关键在于不确定概念“生态环境损害”的引入,该概念高度抽象且难以客观化,^[57]环境公益的受保护状态难以确定,故“生态环境损害”不等于事实性的环境干扰及已教义化的“他人损害”,其判断需价值因素的实质性介入。因此该规定确定生态环境损害责任的实现原则,但责任判定所需的具体利益衡量工作仍留待裁判完成。

四 生态环境损害责任诉讼的裁判规则

法院审理生态环境损害责任诉讼应以利益衡量为基础,决定环境公益受损与否、救济方式及救济程度。这不意味着裁判者能不受限制地将对正义和常识的直觉付诸判决,而应为判决寻找法律上的理由,^[58]即发现“正确”的裁判规则。裁判规则与利益衡量呈现出一体两面的密切关系,其实质面向是司法确认的利益分配方案。理论上可先明确利益衡量的基本框架,类型化所涉及的典型场景,最后具体讨论可适用于个案的裁判规则。

(一) 利益衡量的基本框架和典型场景

黑克指出,法律命令是对利益冲突的决定,制定法的目的所展现的只是获胜的利益。但是,法律规范的具体内容、目的满足的程度,却取决于失败的利益的分量。法官的任务是保护制定法认为值得保护的利益整体,立法者所作的利益评价优于法官的个人评价,法官需根据利益的要求来服从法律。^[59]故裁判者在裁判中进行利益衡量应全面考虑冲突的生活需求,既决定在个案中支持哪项利益,还需在考虑反对利益的前提下决定对后者的保护程度及方式。不同的利益保护方案及其适用条件构成各裁判规则的具体内容。

[57] 目前《改革方案》和《生态环境损害鉴定评估技术指南总纲》对“(生态)环境损害”进行了界定,但二者“并非正式法律,也未经法律授权,……并非生态损害赔偿条款的权威解释,不应直接适用”。巩固:《公法视野下〈民法典〉生态损害赔偿条款解析》,《行政法学研究》2022 年第 6 期,第 52 页。

[58] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社 2018 年版,第 202 页。

[59] 参见[德]菲利普·黑克著:《利益法学》,傅广宇译,商务出版社 2016 年版,第 13-29 页。

我国未对涉及环境公益损害补救的利益冲突设定全面、具体的实证制度。^[60] 缺乏直接的强制性规范依据时,裁判可依托麦考密克的“二次证明”理论论证法律推理的合法性与正当性。麦氏指出法院在社会共同体中的权威性源自其对立性利益仲裁人的身份,这要求法官适用恰当、有效的法律规则裁决争议。个案中“用尽”由法定程序制定或认可的法规则仍无法解决问题时,裁判者需通过二次证明框架识别并证成裁判所欲适用的规则。^[61] 该框架包含后果主义论辩及一致性协调性论辩两个基本要素,前者要求法官考量各潜在裁判规则可能引发的情势,借助正义、常识、公共政策、便利或权宜等标准权衡拟议规则的可欲性;后者则强调拟议规则不能与有拘束力的规则相抵触,应与法律体系中的核心原则相协调。^[62] 在涉及环境公益冲突规则的后果主义论辩中应运用比例原则,检验规则的合目的性、必要性及合比例性,使其既能达成所欲保障的公益目的,又不对公民权益造成不必要的减损,并保证社会福利的增进。^[63] 前述要求可作为利益衡量的基本框架。

生态环境损害责任诉讼中的环境公益利益冲突,在已发生环境损害与存在环境损害危险两种场景中呈现不同样态,应分别分析。这在比较法上多有体现。美国《超级基金法》等立法区分重在预防的清理措施和消除危险措施,与重在事后救济的补救措施;司法实践中,环境公共信托诉讼的主要功能是将可能造成环境损害的公共决策送还政治机关,或对危险行为颁布司法暂禁令(judicial moratorium)或即时禁令(immediate ban),^[64] 而补救性诉求则主要由其他三类有成文法基础的诉讼实现,法院通过向公众开放司法程序作为政治决策的补充。^[65] 而欧洲的《环境责任指令》将环境损害应对被分为预防和补救两阶段配套不同的机制和程序,两类场景所涉利益冲突不同,应采取的裁判规则也有所差异,故应作为两类典型场景分别衡量。

(二) 涉及已发生生态环境损害的利益衡量

在已发生环境损害的场景下,冲突的利益是公众的环境公益与行为人的行为自由、财产权利。根据所支持利益及支持程度的不同,法院就环境损害的处理可能创设并适用的规则主要有:补救规则,即要求被告采取措施补救受损环境,包括支付具体补救措施的实施成本;赔偿规则,即要求被告向原告进行单纯的经济赔偿。

1. 赔偿规则的检视

基于救济法的基本精神,所采取的救济措施应以弥补生态环境损害所造成的公益损

[60] 我国现行多部法律对特定环境要素或区域的修复、保护进行了规定,如《水污染防治法》《土壤污染防治法》《森林法》《湿地保护法》《长江保护法》中关于责令治理、修复、恢复的规定。但其中除《土壤污染防治法》针对土壤损害补救规定了较为具体的启动条件、修复标准、开展程序外,其他规定的相关内容均有不足。如《水污染防治法》相关规定的内容是控制或消除污染,《森林法》相关规定则旨在林业生产条件或森林资产的恢复,与生态状态的恢复略有不同;《湿地保护法》的相关规定缺少明确的启动条件和开展程序,难以操作;《长江保护法》第87条、第88条规定的功能是损害的预防而非补救等。关于生态环境损害补救的具体规范在我国立法中相对缺位。

[61] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2018年版,第64、67、120页。

[62] 参见[英]尼尔·麦考密克著:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2018年版,第124-128页。

[63] 参见张翔:《公共利益限制基本权利的逻辑》,《法学论坛》2005年第1期,第26页。

[64] 参见[美]约瑟夫·L. 萨克斯著:《保卫环境:公民诉讼战略》,王小钢译,中国政法大学出版社2011年版,第102、149、166页。

[65] See Joseph L. Sax, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention, 68 *Michigan Law Review* 471, 558-559 (1970).

失为目的。由于环境公益在权益归属、受损程度方面的不确定性,此类损害既难以直接转换为其他形式,也无法在观念上被“享有者”同意的等价方式间接替代。故该目的之实现难以借助价值转化的路径。实践也表明与具体补救措施脱钩的赔偿规则无法充分保证环境公益的弥补,不满足合目的性,不宜采取。需重申,该论断只是排除与具体环境补救措施无关的单纯的经济赔偿。相关判决仍可允许被告赔偿由他人代为补救受损环境的实施成本来代替自行补救,但这体现的是补救规则而非赔偿规则。

《民法典》第 1235 条要求对无法修复的“生态环境功能永久性损害”进行赔偿。司法实践中一般将此类损害解释为无法通过本地原种等量修复回复到基线条件的损害,但参酌比较法经验,此类损害虽无法通过基本修复恢复,却可以通过异地异质异量的补充修复来弥补受损的生态功能,故可通过对修复措施的广义解释限缩“永久性损害”的范围。^[66]

2. 补救规则的证成及适用条件

补救规则以补救生态环境损害为目的,具有合目的性。在必要性审查中,补救规则应证明自身是实现目的的最优方案,故应展现在特定适用条件下相对于维持现状或国家补救的优势。首先,行为人具有合法合理利用环境的权利或自由,故只有当其行为造成的环境干扰达到不可接受的程度,才构成生态环境损害,才有必要补救受损环境。比较法上该要求一般反映为立法确认的严重性,如在美国的自然资源损害诉讼中,值得补救的自然资源损害限于可观察(observable)或可测量(measurable)的、经由法定程序识别的不利变化,^[67]而欧盟《环境责任指令》第 2 条 1(a)项直接将重大性(significant)强调为环境损害的要件。在判断不可接受性时,法院需参酌环境干扰的对象性质、规模、自然恢复可能性及其公共影响的性质与程度等因素,并参照事发地的环境质量标准、有无经公共决策确定的特殊生态定位或目标、相关方的利益要求等因素,进行综合判断。^[68]其次需证明损害由行为人补救的合理性。合理化的关键在于行为人的形式违法性:基于环保合作原则,国家负有确定环保目标及目标实现规范的职责,基于国家信用,仅当行为人违反国家制定规范造成生态环境损害时才能要求其采取补救措施,^[69]如行为人遵守相关规范,即便所造成损害有补救必要,也宜由国家采取行动。该要求已被《民法典》第 1234、1235 条确认。

基于合比例性考虑,补救措施原则上以回复基线条件为限。由于环境公益的重要、难以充分认识和精确转化的属性,该阶段不严格要求定量比较补救的生态效益和经济成本。对通过必要性审查的损害,采取措施将其恢复至损害未发生的应然状态原则上不认为过当。该项审查可以限制行为人被要求超额修复而承担额外成本的可能。

[66] 参见张宝:《环境法典中民事责任的定位与构造》,《环球法律评论》2022 年第 6 期,第 49 页。

[67] 这些实体和程序要求由国会授权制定的《自然资源损害评估规则》(Natural Resource Damage Assessment)规定。See James S. Jr. Seevers, NOAA's New Natural Resource Damage Assessment Scheme: It's Not about Collecting Money, 53 Washington and Lee Law Review 1513, 1539 (1996)。

[68] 应指出,该判断需要专家意见的适当辅助。但因利益衡量视角下生态环境损害问题的规范性本质已得揭示,故专家意见的运用范围得以限缩,前述相关实践问题得以避免。具言之,现阶段技术专家只应就环境干扰的程度、恢复措施等事实问题进行客观描述,损害是否存在、损害赔偿额因不属于纯粹的事实判断,技术专家不得自行论断。法院应在综合判断过程中发挥主导作用,以自身对法原则的理解择取综合判断中的自己无法回答的事实性问题,请技术专家辅助解决。如是则前文技术专家垄断生态环境损害判断关键决策的问题得以解决。

[69] 参见巩固:《公法视野下〈民法典〉生态损害赔偿条款解析》,《行政法学研究》2022 年第 6 期,第 52 页。

在前述条件约束下补救规则不与既存具体规则相冲突,具备一致性。就协调性而言,该规则基本反映“原因者负担”原则的要求,但为进一步与法治的系统性要求相协调,还需从两方面加以补强。其一是向公共决策程序开放。如前述,法院对生态环境损害责任问题的审查涉及利益的初始分配,为弥合公共理性与环境问题不确定性间的间隙,法院应突破封闭的审判程序,向更能反映公意的公共决策程序开放,如对原告主张能否充分代表公意进行审查等。^[70] 其二是保证判决的可检验性和可接受性。裁判权的本质是判断权,当需要借助法律续造提供合理性基础时,呈现法律续造过程就是保证判决可检验性和可接受性的基础,故法院在其判决中应体现其利益衡量和规则发现的过程。

综上,采取补救规则的条件可概括为以下几点:一是生态环境损害重大或不及时补救将造成不可接受的损失;二是损害系行为人因违法造成;三是补救措施能达到预计效果且不超出矫正受扭曲社会关系之必要;四是法院应对原告主张的公意代表性进行审查,并在判决中充分展示规则形成过程。

(三) 涉及潜在生态环境损害的利益衡量

当环境尚未受实际损害但已面临现实、具体的威胁时,权衡的主要是公众环境公益受损的可能性与相关行为自由。此时法院可采预防规则,即针对行为人实施或计划实施的可能造成生态环境损害的行为,通过制止行为或限制行为实施方式化解具体的环境危险,预防损害发生。该规则有机会经由后果主义、一致性、协调性论辩得到二次证明。

首先,预防规则旨在预防可能发生的生态环境损害,化解迫切的环境威胁,可以促使公共规制提前介入,更有效地维护环境公益。其次,预防规则所约束的主要是行为人的行动自由,相对于要求其补救损害而言,对其造成的经济负担较小,在该规则所维护的巨大而具体的环境公益面前,此类利益损失必要且可接受。再次,在采取预防规则时,裁判者只需处理拟议行为与可能造成的生态环境损害之间的不确定性,不需面对损害评估及救济方案方面的不确定性。相对前一场景中的多重不确定性,裁判者更可能对单一不确定性问题进行妥善处理,故可期待其适用预防规则妥当保护环境公益而不假外求。最后,预防未然生态环境损害中的利益冲突较小、事实关系相对简单,故审判效率较高,又因在诉讼过程中运用保全、诉中禁令可及时对环境危险实施干预,故不易出现由于诉讼导致环境形势恶化、诉讼目的实现成本增加的情况。故此,预防性规则具有后果上的可欲性。

在面对公益的抽象危险或风险时,法秩序一般通过确认相应行为违法,并规定行政或刑事责任进行一般预防。此举不必然消弭对公益的具体危险。在该意义上,针对具体危险的预防规则与前者实现体系上的耦合,二者互为补充,不相抵触。同时,《民法典》和《民事诉讼法》规定的人格权禁令和行为保全制度也为预防规则提供了适用或类比的基础。^[71] 在环境公益受到具体威胁的情况下,司法机关要求采取必要的预防措施,不违背一致性要求。由于生态环境损害的严重性及不可逆性,环境法体系将“预防为主”作为其基本原则。该原则强调预防损害的产生是环境规制的重点,预防规则可以视作该原则在司法中的具体化。故此预防规则可经受协调性论辩的检验。

[70] 如《人民陪审员法》要求对公益诉讼使用七人合议庭,但引入有限人民陪审员不能充分应对环境公益问题。

[71] 参见秦天宝:《〈民法典〉背景下环境保护禁止令的法教义学展开》,《政法论丛》2022年第1期,第78、83页。

大陆法系中旨在保护公共利益的诉讼主要表现为禁令型诉讼;^[72]针对环境公益侵害的预防规则也在美国环境公共信托诉讼中有所体现。我国《环境民事公益诉讼解释》已确认预防性诉讼,司法实践中也开始出现适用预防性规则的判例,^[73]为预防规则在生态环境损害责任诉讼中的发展打下基础。

综上,预防规则的适用应遵循下述准则。首先,拟议行为应对环境公益造成具体且迫切的威胁,是在可预见的一段时间内,在持续性过程中,经证实具有充分的盖然性将导致损害发生的危险。诉讼不宜以对环境公益具有抽象危险性的行为为对象,以免造成司法权不当扩张。该方面生态环境损害责任诉讼不同于行政公益诉讼。其次,诉讼仍应针对不可接受的生态环境损害,如对珍稀濒危物种生存的显著威胁、其他严重的环境污染或生态破坏等。如可能产生的环境干扰是可接受的,则无需加以干预。需指出,鉴于生态环境损害预防的优先性以及预防成本的相对经济性,对于可能发生的生态环境损害以定性判断为已足,最终呈现的效果可能是预防规则的适用范围较之补救规则为宽。最后,法院应结合具体案件事实确定有效、必要、适当的预防措施。

五 结 语

法院在审理生态环境损害责任诉讼时应在利益衡量的基础上采取预防规则和补救规则。由于二规则所应对场景不同,其最终的适用效果可能呈现出“错落有致的类型化体系”。^[74]一方面由于补救规则的适用场景面临更高的不确定性,故其证成需要一定公共决策程序的补强,而行政部门作为监管者既在民意基础上具有优势,也可更方便地运用听证等反映公众意见的制度工具,故其补救诉请的公共性一般相对显著;且行政部门一般根据《改革方案》行动,其中对生态环境损害的严重性有较为明确的要求,其主张也更契合补救规则中必要性的要求。故行政部门较之非监管者具有先天优势和便利条件,相关诉请也更可能在实践中得到实现。另一方面,预防规则所面对的事实和规范的不确定性并未显著超出司法理性的处理能力,可在相对传统的司法程序框架下解决,故非行政部门的诉求也能在实践中得到较好支持。由此,实践中可能呈补救责任由监管者主导,预防责任多为非监管者主张,且后者案件数量较多的形势。该结果主要受实践因素的影响,而非规范上对不同主体有所“分工”,并不改变生态环境损害责任诉讼整体上同属一类的判断。廓定作用范围,认识自身局限,生态环境损害责任诉讼可以明确自身在生态文明制度体系中的定位,为协调相关制度、填补制度空间提供准确的规范条件。

[本文为作者主持的 2022 年度国家社会科学基金青年项目“法典化视角下生态环境损害救济责任体系研究”(22CFX071)研究成果。]

[72] 参见吴俊:《民事公益诉讼的实体性分析》,《国家检察官学院学报》2023 年第 3 期,第 62 页。

[73] 参见最高人民法院(2021)最高法民申 3881 号民事裁定书;四川省甘孜藏族自治州中级人民法院(2015)甘民初字第 45 号民事判决书。

[74] 参见巩固:《公法视野下〈民法典〉生态损害赔偿条款解析》,《行政法学研究》2022 年第 6 期,第 57 页。

Environmental Damage Litigation: What It Is and What It Ought to Be

[**Abstract**] An environmental damage litigation (EDL) is a litigation filed by a competent authority against a defendant directly responsible for an actual/potential environmental damage. In general, it is equivalent to civil environmental public interest litigation in a broad sense. In practice, EDLs account for a large proportion of environmental litigations and present a clear “tendency towards tort liability”, the manifestation of which includes regarding environmental damage determination as a factual determination issue and the widespread application of tort law norms and tort liabilities. Despite its specific practical rationality and certain positive effects, this tendency has led to undeniable problems such as confusion in the application of law, ambiguity of environmental damage, defunctionalization of judicial judgment, alienation of institutional purpose, and failure of liabilities. The integrity and systematicity of the environment lead to its diversity of benefits, difficulty in recognition, extensiveness, and non-exclusivity of impact in its interaction with human society. As a result, the rights and interests it carries are environmental public welfare, rather than civil rights or interests. Due to the uncertainty of environmental public welfare in terms of attribution, status of protection, and the circumstances and degree of damages, the remediation of environmental damages should be realized not by resorting to tort law directly, but by an interest-balancing pathway. What a court does in an EDL is not merely apply written laws but make an authorized judicial discretion within the framework of the rule of law. In the face of two typical scenarios of actual/potential environmental damage, a court should take the interest balancing framework established by the second-order justification theory as a reference, apply the rule of remediation or the rule of prevention under corresponding conditions, and exclude the application of the rule of compensation. In scenarios where environmental damage has already occurred, courts should apply the rule of remediation under the following conditions: (1) the environmental damage is substantial or delay in intervention would result in unacceptable losses; (2) the damage arises from wrongful acts attributable to the actor; (3) the remedial measures can achieve anticipated outcomes without exceeding the necessity to rectify distorted social relationships; (4) courts must rigorously scrutinize the plaintiff’s standing in representing public interest and explicitly demonstrate the rule-formation process in judgments. In cases involving potential environmental damage, courts should adopt the rule of prevention under the following conditions: (1) the conduct poses a concrete and imminent threat to environmental public interests; (2) the risk involves unacceptable environmental damage; (3) the preventive measures are effective, necessary, and proportionate.

(责任编辑:余佳楠)