

# 生态环境损害赔偿制度的反思与重构

——宪法解释的视角

陈海嵩\*

---

---

**内容摘要:**生态环境损害赔偿制度是我国生态文明体制改革的重要组成部分,其发展过程体现出“渐进型”的法治发展道路,具有鲜明的中国特色。然而,目前生态环境损害赔偿制度将“物权化”的自然资源国家所有权作为理论渊源,在法理基础和科学基础上均存在不足,也不符合国务院机构改革的最新趋势;在实践中,生态环境损害赔偿面临着与其他制度的冲突与重叠难题。基于生态环境损害的公共性特质,应当从宪法的高度和法律秩序的整体角度加以重新审视。国家环境保护义务和作为“公权”的自然资源国家所有权共同构成了生态环境损害赔偿制度的宪法依据,是我国生态文明建设新形势下实现国家环境保护义务的新方式、新途径。国家权力的多元化行使方式,为生态环境损害赔偿制度的争议问题提供了具有理论一贯性和逻辑一致性的解释,对该制度的进一步完善指明了路径。

**关键词:**生态环境损害赔偿 生态环境损害 生态文明体制改革 国家环境保护义务

---

---

## 一、生态环境损害赔偿的制度演进

在我国法治发展的历史视野中,中国环境法治一直面临着“立法不足、执法不力、司法无力”的系统性问题,不能适应生态文明建设的紧迫现实需要,亟待加以法治转型与制度创新。这方面的典型代表是生态环境损害赔偿制度。如何对造成公共性生态环境损害的责任人进行追责和索赔,及时修复受损的生态环境,在我国环境法律中并未有明确规定。<sup>[1]</sup>2015年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》(以下简称《试点方案》),并经由国务院批准,在吉林、贵州等省份进行生态环境损害赔偿制度改革试点。随后,试点省份分别制定相应的实施方案加以落实,并展开了相应实践。<sup>[2]</sup>2017年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《改革方案》),正式在全国范围内予以推行生态环境损害赔偿制度,并要求在2020年前初步完成;原先的《试点方案》予以废止。

\* 中南大学法学院教授,博士生导师。

本文系2018年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“生态文明语境下环境法的体系化发展”的阶段性成果。

[1] 吕忠梅:《“生态环境损害赔偿”的法律辨析》,《法学论坛》2017年第3期。

[2] 据统计,试点省份共形成相关规范性文件75项,开展生态环境损害赔偿案件27件,涉及总金额共4亿元。参见谢佳游:《生态环境损害赔偿制度改革如何推进》,《中国环境报》2018年1月10日,第1版。

在法治发展的整体视角中,生态环境损害赔偿制度隶属于近年来我国环境司法改革,其以新型民事诉讼类型的创设(生态环境损害赔偿诉讼)为后盾和保障,<sup>[3]</sup>辅之以赔偿权利人(地方政府)与赔偿义务人的协商(生态环境损害赔偿磋商),实现环境公共利益的维护与生态系统的修复。从制度生成方式看,生态环境损害赔偿制度是我国生态文明体制改革的重要组成部分,是在缺乏明确法律依据的情况下基于全面深化改革的要求而创设的新型诉讼制度及诉讼类别,具有鲜明的中国特色和创新意涵。从制度演进路径看,对比《试点方案》《改革方案》可见,生态环境损害赔偿制度经历了一个发展的过程,体现出“渐进型”的法治发展道路。从制度创新的角度看,生态损害赔偿制度对原有环境法律制度的突破与革新,包括两个主要方面:

1.赔偿权利人的扩展。在2015年《试点方案》中,生态环境损害赔偿权利人是经国务院授权后的试点省级政府,并可指定相关部门或机构负责具体工作。而在2017年《改革方案》中,赔偿权利人的范围得到了扩展,包括经国务院授权的省级、市地级政府(一般地级市和直辖市所辖的区县级政府)。同时,《改革方案》细化了跨行政区域生态环境损害问题的管辖权规则,即:省域内跨地级市行政区划的生态环境损害案件,由省级政府管辖;跨省域的生态环境损害案件,由相关省级政府协商确立管辖权。

2.生态环境损害赔偿协议的法律效力。2015年《试点方案》中规定赔偿权利人根据鉴定评估报告,可以同赔偿义务人进行磋商并达成赔偿协议,但没有明确该赔偿协议的法律效力。2017年《改革方案》对此进行了专门规定:赔偿权利人和赔偿义务人经磋商达成的赔偿协议,可以依照民事诉讼法向人民法院申请司法确认;司法确认后的赔偿协议具有强制执行的法律效力。

## 二、生态环境损害赔偿制度的理论困境

创设生态环境损害赔偿制度的出发点,是针对传统上“企业污染、群众受害、政府买单”的困境,解决生态环境损害的利益代表人和索赔主体缺失问题,并通过民事诉讼的方式使责任人承担生态环境损害的赔偿责任。这正是前述《试点方案》和《改革方案》所持的基本立场,即生态环境损害赔偿并非行政法律关系而属于民事关系,政府作为代表生态环境的民事权利人而参与其中;<sup>[4]</sup>这里所谓的“民事权利”,则被认定为《宪法》第9条及《物权法》所规定的“自然资源国家所有权”。在2016年6月最高人民法院发布的《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》中,也认为生态环境损害赔偿诉讼是基于“自然资源国家所有权”而提起的民事诉讼。<sup>[5]</sup>

按照这一制度逻辑,生态环境损害赔偿制度的理论基础在于“利用民法原理思考自然资源所有权的制度建设问题”,将国家所有权界定成私法所有权的一种专门类型,以物权法作为主要法律渊源。然而,将私权意义上的“自然资源国家所有权”作为生态环境损害赔偿制度的主要理论依据,不仅混淆了我国宪法上国家所有权和民法上国家所有权相互间的本质区别,使国家成为通过占有自然资源获取利益的纯经济组织,<sup>[6]</sup>将社会主义公有制意义上的“国家所有”异化为私有制意义上的个人私利;也忽视了学界对单纯从“民事权利”角度看待我国宪法上“国家所有”条款的强烈批判,忽视了“国家所有权”物权实现机制面临的诸多困境,及其与传统民法原理的诸多不相兼容之处,<sup>[7]</sup>体现了实用

[3]根据《试点方案》和《改革方案》的规定,获得国务院授权的地方政府及其指定部门均有权对生态环境损害赔偿义务人提起诉讼,适用民事诉讼程序。

[4]参见王金南:《关于〈生态环境损害赔偿制度改革试点方案〉的解读》,《中国环境报》2015年12月4日,第2版。

[5]该《意见》第19项要求:“应当认真研究基于自然资源国家所有权提起的生态环境损害赔偿诉讼案件的特点和规律”,这显然是将自然资源国家所有权作为该案件的基础。

[6]参见王旭:《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》,《中国法学》2013年第6期。

[7]相关研究参见谢海定:《国家所有的法律表达及其解释》,《中国法学》2016年第2期;巩固:《自然资源国家所有权公权再论》,《法学研究》2015年第2期。

主义的思路(为解决生态环境损害“权利人缺位”而借用民法所有权的外壳)而隐含着极大的理论缺陷。就生态环境损害的本质而言,其是对环境公共利益的破坏,所涉及的是公法问题,只不过在这类公法中保留了一些私法概念。<sup>[8]</sup>从生态学角度考察,“自然资源”不能完全涵盖生态功能,生态功能的损害表现为生态价值,自然资源损害往往表现为经济价值。<sup>[9]</sup>可见,对“物权化”的自然资源国家所有权加以简单套用,表面上解决了生态环境损害“索赔主体”的现实问题,但在法理基础和科学基础上均存在不足,给环境司法乃至环境法治的逻辑自洽性及制度整体性造成了不可忽视的漏洞。

退一步说,即使“物权化”的自然资源国家所有权能够成立,行使该“权利”的主体也不必然归属于地方政府。根据2018年3月出台的国务院机构改革方案,由新组建的自然资源部统一行使全民所有自然资源资产所有者职责,着力解决自然资源所有者不到位的问题。<sup>[10]</sup>根据这一顶层设计,行使自然资源国家所有权的主体是“条条”(各级自然资源部门)而非“块块”(地方政府)。机构改革的目标,正是改变传统上由地方政府事实上行使自然资源所有者职责,造成国家利益受损、生态环境破坏等问题,<sup>[11]</sup>交由单一部门(自然资源部门)加以统一行使和负责。可见,如果以“物权化”的自然资源国家所有权为基础,由地方政府作为生态环境损害的所谓“赔偿权利人”,这与前述机构改革的精神不相吻合。为与当前生态文明体制改革的整体趋势相符,目前生态环境损害赔偿“地方政府磋商——起诉”的制度设计显然需要全新角度的解释。

### 三、生态环境损害赔偿制度的实践困境

从生态环境损害赔偿制度的实践看,由于单纯私法意义上的“损害—救济”思路缺乏对生态环境公共性的考虑,目前“单兵突进”的生态环境损害赔偿制度无法形成救济生态环境损害的整体性制度框架,更是面临着制度冲突与重叠的难题:就制度冲突而言,主要是在相同诉讼标的和诉讼目的情况下,如何处理其与环境公益诉讼的关系;就制度重叠而言,主要是如何处理其与环境监管执法的关系,回答“行政职权民事化”的诘问。<sup>[12]</sup>有学者指出,由行政机关(地方政府)作为原告提起生态环境损害赔偿诉讼混淆了行政权与司法权,使得在环境公益领域实际上衍生出两套机制类似、功能重叠的法律程序,<sup>[13]</sup>形成制度体系上的“叠床架屋”。

对生态环境损害赔偿的试点情况进行分析,有助于更为全面地研究这一问题。如在贵州省,2017年1月,经省政府委托,省环保厅作为赔偿权利人对违法倾倒废渣的两家公司进行生态环境损害赔偿磋商,并达成赔偿协议,包括综合整治和生态修复费用757万元,应急处置费用134万元,环境损害鉴定评估费用11万元;2017年3月28日,贵州省清镇市法院作出司法确认书,对该生态环境损害赔偿协议的法律效力予以确认。这是全国首份生态环境损害赔偿司法确认书。<sup>[14]</sup>针对企业的环境违法行为(未办理手续而违法倾倒废渣),本案中责任追究的方式是进行生态环境损害赔偿磋商,规范依据仅为前述《试点方案》。但考察现有立法可见,有两种方式均可以追究该环境违法行为人的责任:一是针对非法倾倒危险废弃物的违法行为,由当地环保部门进行执法追究行政法律责任;<sup>[15]</sup>二是针

[8][德]克雷斯基安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),张新宝等译,法律出版社2001年版,第483页。

[9]刘倩:《环境法中的生态损害:识别、本质及其特性》,《环境与可持续发展》2017年第4期。

[10]王勇:《关于国务院机构改革方案的说明》,第十三届全国人民代表大会第一次会议,2018年3月13日。

[11]邓琦:《组建自然资源部 有利于追责生态资源破坏》,《新京报》2018年3月14日,第A05版。

[12]参见侯佳儒:《生态环境损害的赔偿、移转与预防:从私法到公法》,《法学论坛》2017年第3期。

[13]参见王明远:《论我国环境公益诉讼的发展方向》,《中国法学》2016年第1期。

[14]张杰:《首份生态环境损害赔偿司法确认书发布》,《中国环境报》2017年4月10日,第8版。

[15]《固体废物污染环境防治法》第55条规定,产生危险废物的单位,必须按照国家有关规定处置危险废物,不得擅自倾倒、堆放;第77条规定,无经营许可证或者不按照经营许可证规定从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动的,由县级以上人民政府环境保护行政主管部门责令停止违法行为,没收违法所得,可以并处违法所得三倍以下的罚款。

对该违法行为造成的环境公共利益损害,由符合条件的环保组织或检察机关提起的环境民事公益诉讼,承担相应的民事责任。<sup>[16]</sup>显然,在本案中,生态环境损害赔偿磋商(诉讼)与已有的环境民事公益诉讼发生了冲突,并与已有的环境行政执法产生了重叠,这在表面上解决了“损害者担责”的问题,但并未实现环境公共利益的整体保护,反而在一定程度上用不具严格规范效力的规范性文件“架空”了已有法律的规定及其适用,与法治精神相违背。

另外,如何认定生态环境损害赔偿磋商的性质,及其如何与司法程序相互衔接,也是实践中暴露出的难题。对试点省(市)的实证调查表明,由于环境公益诉讼改革试点(实施机关分别为最高人民法院与最高人民检察院)与生态环境损害赔偿制度改革试点相互间的“条块分割”,与生态文明体制改革其他制度之间也缺乏统筹协调,导致基层政府对生态环境损害赔偿改革缺乏积极性。<sup>[17]</sup>2017年底公布的《改革方案》并未解决这一问题,而是泛泛规定了“生态环境损害赔偿制度与环境公益诉讼之间衔接等问题,由最高人民法院与有关部门根据实际情况制定指导意见予以明确”,实际上是回避了这一问题。这进一步暴露出当前生态环境损害赔偿制度改革在理论基础上的不充分和制度建构的不完善,亟需摆脱对物权化“国家所有权”的简单套用,并从新的角度重构生态环境损害赔偿制度的法理支撑。

#### 四、基于宪法秩序的生态环境损害赔偿制度重构

为解决前文所揭示的理论与实践困境,我们需要从宪法的高度和法律秩序的整体角度重新审视生态环境损害赔偿制度,对其进行新的解释。此研究进路的目的在于:基于“生态文明入宪”<sup>[18]</sup>所确立的宪法价值秩序与相应国家任务,以及宪法对其他部门法的辐射作用,运用“基于合宪性控制的环境善治”思路,对生态环境损害赔偿制度进行宪法解释,使我国宪法强化生态环境价值及相应规范体系在生态环境损害问责的具体过程中“效力最大化”,展示宪法教义学对法律实践的解釋性效用。正如凯尔森所言:“一个法律之所以有效力的唯一理由就是它在宪法所规定的方式下创立”。<sup>[19]</sup>从宪法实施的角度看,需要将本次“生态文明入宪”的规范含义,运用在环境法治的具体领域(生态环境损害赔偿),对相关争议性问题给出合理解释,进一步完善生态环境损害赔偿制度。从“一般原理”到“具体陈述”的演绎过程,也正是本次修宪中所增加生态文明相关条款的具体适用过程,符合法理上的规范适用要求。<sup>[20]</sup>

##### (一)生态环境损害赔偿的理论基础及宪法依据

从本质上看,“生态环境损害”是对生态环境资源的破坏或减损,生态环境损害赔偿的实质是一个将环境资源污染者或生态破坏者的外部成本内部化的过程,与具体的人身与财产权利损害没有直接联系。大气、水、海洋、森林等环境和自然资源是不特定多数人共同享有的“公众公用物”,具有非竞争性而非排他性,不能归属于私人权利的对象,也不属于我国法律规定的公民所有财产。由此,唯有

[16]2014年修改后《环境保护法》第58条规定,对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,符合条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼;2017年修改后《民事诉讼法》第55条第2款规定,人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、损害社会公共利益的行为,在其他机关和组织不提起诉讼的情况下,可以向人民法院提起诉讼。

[17]参见於方等:《生态环境损害赔偿制度改革任重道远》,《中国环境报》2017年12月19日,第3版。

[18]2018年3月11日,第十三届全国人大第一次会议审议通过了《中华人民共和国宪法修正案》,对我国现行1982年《宪法》进行了重要修改;“生态文明入宪”是本次修宪的重要内容之一,在《宪法》序言第七自然段中增加了“推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展”的表述。

[19][奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第175页。

[20]魏德士指出,只有对相关法律规范进行和谐的解释后,法律适用才是有意义的。参见[德]魏德士:《法理学》,丁小春译,法律出版社2005年版,第60页。

将“生态环境损害”的公共性、社会性特质作为理论认识的基石及制度建构的原点,方符合生态环境损害赔偿制度的内在规律性;这也是简单套用“物权化”的自然资源国家所有权及私力救济机制,致使生态环境损害赔偿制度面临困境的根本原因所在。根据现代法治国的基本精神,作为法律基本范畴的“权利”来源于个人的自然权利,是法律对个体合法权益的认可与保护,个体是权利存在的基础与前提;“关心基本权利就是关心它们所表达的个人主义”。<sup>[21]</sup>强调环境公共利益法律保护的重要性,并不意味着将国家作为环境公共利益的当然主体,只是因为环境利益不具有由个体所独享的特质而是由共同体成员所共享。<sup>[22]</sup>在这个意义上看,地方政府以赔偿权利人的身份提起的生态环境损害赔偿诉讼或磋商,显然不是为了维护某一个体的利益,也不能简单地归结为“国家”这一主体的利益,而是为了通过恢复受损的环境资源及生态系统功能来实现公众共享的环境公共利益,其提起诉讼的所谓权利并不能还原为特定的、可为单个主体所独有的环境资源,实际上是该主体(地方政府)对广大公众所承担的一种责任。正如有学者指出,如果以实现社会秩序、维护公共利益为目的,个体行使权利的行为在本质上已经不属于权利范畴,而是对共同体的责任与义务。<sup>[23]</sup>

因此,基于生态环境损害的公共性特征,对生态环境损害赔偿制度的理解应当回归到以维护公共利益为宗旨的一国宪法秩序之中,将其视为国家权力积极履行国家环境保护义务,落实生态环境责任追究原则的一种方式,也是履行《宪法》序言第七自然段中所规定的生态文明建设“国家根本任务”、实现“美丽中国”的题中应有之义。在这一意义上,国家环境保护义务的履行是有效追究生态环境损害责任、实现环境公共利益最为核心的途径,也是宪法上国家义务的本质所在。<sup>[24]</sup>法教义学分析表明,我国《宪法》第26条和第9条第2款共同构成了环境保护的“国家目标条款”,对包括立法、行政、司法在内的国家公权力具有约束力,是国家环境保护义务的宪法依据。<sup>[25]</sup>同时还应注意到,我国《宪法》第9条第1款和第2款之间存在紧密联系和逻辑关联,共同构成了我国自然资源立法和实现自然资源多元价值的宪法依据。<sup>[26]</sup>为强化生态环境损害赔偿制度的法律效力,还应当将《宪法》第9条第1款“国家所有”的规定作为补充,在“宪法性公权”的意义上定位该款所规定的“自然资源国家所有权”,即界定为国家对自然资源的利用进行积极干预的公权力,是国家意志在自然资源领域的贯彻。<sup>[27]</sup>

综上所述,国家环境保护义务和作为“公权”的自然资源国家所有权,共同构成了生态环境损害赔偿制度的宪法依据,具体包括《宪法》第9条和第26条。这为生态环境损害赔偿制度的具体建构提供了基本框架。

## (二)生态环境损害赔偿中国国家权力的适当行使

可见,生态环境损害赔偿本非根源于主体针对生态环境及自然资源所拥有的“所有权”,而是为实现“美丽中国”的国家目标而对受损的环境资源及生态系统进行保护、修复,是我国生态文明建设新形势下实现国家环境保护义务的新方式、新途径。在具体适用上,关键在于如何理解《改革方案》中对“赔偿权利人”<sup>[28]</sup>的相关规定,确认生态环境损害赔偿过程中正当行使国家权力的要求。

[21][美]贝思·J.辛格:《实用主义、权利与民主》,王守昌等译,上海译文出版社2001年版,第5页。

[22]朱谦:《环境公共利益的法律属性》,《学习与探索》2016年第2期。

[23]刘卫先:《从“环境权”的司法实践看环境法的义务本位》,《浙江社会科学》2011年第4期。

[24]国家义务是为了创设并满足有利于公民实现最美好生活的条件,履行相应的义务,恪尽相应的责任。参见蒋银华:《论国家义务的理论来源:现代公共性理论》,《法学评论》2010年第2期。

[25]陈海嵩:《国家环境保护义务的溯源与展开》,《法学研究》2014年第3期。

[26]焦艳鹏:《自然资源的多元价值与国家所有的法律实现》,《法制与社会发展》2017年第1期。

[27]参见巩固:《自然资源国家所有权公权再论》,《法学研究》2015年第2期。

[28]在2015年的《试点方案》中,相应表述为“试点地方省级政府经国务院授权后,作为本行政区域内生态环境损害赔偿权利人”;在2017年的《改革方案》中,相应表述调整为“国务院授权省级、市地政府(包括直辖市所辖的区县级政府)作为本行政区域内生态环境损害赔偿权利人”。

需要指出的是,为应对现代社会不断涌现的公共治理问题,国家目标及其任务的履行并不仅仅由国家机关加以完成,而是在“国家—社会”关系中出现了权力多元化与社会化的发展趋势。在这一制度结构中,公共权力不仅仅包括国家权力,还包括社会公众和社会组织的社会权力等,同时国家权力可以通过委托或授权等方式转移给其他主体加以行使,通过多种方式对公权力履行国家环境保护义务的方式进行优化,这已经在我国环境法治的实践中得以展开。<sup>[29]</sup>国家权力行使主体与方式的多元化,构成了我们理解国家环境保护义务在具体法律秩序中展开方式的制度背景,进而对生态环境损害赔偿制度中的争议问题作出解释:

1.所谓“赔偿权利人”的法律定位。在我国现有立法中,仅有《海洋环境保护法》第89条第2款对海洋环境监督管理部门“代表国家对生态环境损害责任人提出损害赔偿”进行了规定,在实定法上缺乏生态环境损害赔偿的总体性法律依据。根据《立法法》的相关规定,国家机关的职权只能制定法律或授权国务院制定行政法规,<sup>[30]</sup>因此特定国家权力的授权行使适用严格意义的法律保留原则,即必须有明确的法律依据(包括狭义上的“法律”和“行政法规”)。显然,由于缺乏明确的法律依据而不符合宪法上法律保留原则的要求,前述《试点方案》和《改革方案》中“国务院授权”的表述不能认定为“授予国家权力并自行行使”,只能认定为特定职权的委托,即为了推进生态文明建设、实现“美丽中国”的国家目标,中央政府委托地方政府对本行政区域的生态环境损害问题进行责任追究并对受损生态环境予以恢复。在这一意义上,前述《试点方案》和《改革方案》中“赔偿权利人”的概念显然是受到“物权化”的自然资源国家所有权理论之影响,缺乏法理基础及规范依据,不能根据文件中“赔偿权利人”的表述而当然地认为相应地方政府由此获得了请求赔偿的民事权利。

2.生态环境损害赔偿中的行政权与司法权。在2018年3月修宪中,《宪法》第89条第6项新增国务院“领导和管理生态文明建设”的规定。从法教义学分析,该规定是在生态文明建设国家目标的规定基础上,进一步明确主要由国务院(行政机关)承担推进生态文明建设的职责,在一定程度上分享了生态环境保护的立法权限。<sup>[31]</sup>可见,行政机关因其专业性、主动性而在实现国家环境保护义务中具有特殊地位,相较于其他国家机关(立法机关、司法机关)而言发挥着更为重要的作用。因此,政府需在生态环境损害赔偿中担负主要责任;换言之,对生态环境损害行为予以问责、恢复生态系统功能,正是行政机关“领导和管理生态文明建设”的题中应有之义。为实现生态环境损害“责任严惩”之目标,首要途径是政府及其主管部门(环保部门)运用行政权力进行执法,对相关违法行为人课以行政处罚、行政强制等行政法律责任。这是由宪法上不同国家权力的分工及相应国家机关功能差别所决定的。然而还应当看到,由于我国环境立法的法律责任规定存在不系统、可操作性差等问题,行政违法责任远不足以抵消环境违法的收益,以至于出现了“守法成本高,违法成本低”的现象。2014年《环境保护法》在修订中加入了“按日连续计罚”的制度,目的在于提高环境违法成本。但是研究表明,目前的“按日连续计罚”制度在适用范围、罚款数额等方面仍然有诸多缺陷,只能缓和却无法彻底改变违法成本低的问题。<sup>[32]</sup>同时还需注意的是,传统的行政制裁手段建立在事件总体概观及事实与评价之区分上,缺失这些要素,就无法满足决策理性的要求;在不确定条件下作出的决定,就无法适用行政决定的明确性要求,这是实现环境保护与风险控制国家任务中所出现的状况。<sup>[33]</sup>可见,行政处罚、

[29]参见郭道晖:《权力的多元化与社会化》,《法学研究》2001年第1期;陈海嵩:《中国环境法治中的政党、国家与社会》,《法学研究》2018年第3期。

[30]《立法法》第8条规定,下列事项只能制定法律;……(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权。该法第9条规定,本法第8条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规。

[31]具体分析参见张翔:《环境宪法的新发展及其规范阐释》,《法学家》2018年第3期。

[32]相关文献参见徐以祥、梁忠:《论环境罚款数额的确定》,《法学评论》2014年第6期;鄢德奎、陈德敏:《〈环境保护法〉按日计罚制度适用问题研究》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2016年第6期。

[33][德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第153页。

行政强制等传统秩序法意义上的行政手段隐含着行为与后果之间的确定性因果关系,并通过行政合法性与合理性原则对行政权力加以控制。这就表现为立法中对行政处罚量化标准(数额、倍数或数量)的明确规定,以实现法的安定性、保障相对人权益。然而在生态环境损害中,损害行为与致害后果之间往往并不存在明确的线性因果关系,具体的受损数额及生态修复费用在很多情况下也难以得到确定标准和准确计算,而是需要通过技术方法予以评估。<sup>[34]</sup>从生态学意义上看,生态系统不可能完全“恢复原状”,生态环境修复是对生态系统的人工改造及相应社会工程,涉及国家整体战略层面,因此生态环境修复责任须采取综合的创新措施加以实现。概言之,公法生态环境损害的公法救济存在天然缺陷与局限性;<sup>[35]</sup>从我国应对现代风险社会大规模侵权的损害救济制度实践来看,行政主导型损害救济机制一直未能形成完善的赔偿规则和合理的追偿机制,亟待加以填补。<sup>[36]</sup>

因此,为克服单纯行政手段在生态环境损害问责上的局限性,避免生态文明建设的国家任务目标被人为落空,当一般意义上的环境执法及法律责任不足以满足特定情况下生态环境修复之需时,有必要辅之以司法手段,以个案裁量的方式予以补充,实现生态环境损害问责的“全覆盖”。该制度安排的正当性在于顺应现代行政法中权力行使方式的多样化趋势,在传统行政手段不敷使用时通过司法方式实现行政目的。在上述制度结构中,如果政府直接对生态环境损害责任人提起所谓“损害赔偿之诉”,就意味着对自身核心职能(环境监管与执法)的放弃,也混淆了行政权与司法权在我国宪法框架中的分工,属于“公法义务与向私法逃逸”,具有通过私法形式规避公法约束的危险,<sup>[37]</sup>违背了宪法的国家权力分工、逾越了行政权与司法权在宪法秩序中的功能边界而构成行政不作为。只有在穷尽行政手段仍然无法实现填补环境资源损失、恢复生态环境功能的情况下,政府提起生态环境损害赔偿诉讼方具有合理性,应视为特殊情况下政府为实现生态文明建设的宪法委托而采取的特别措施。在这一意义上,《试点方案》和《改革方案》中“赔偿权利人可直接提起诉讼”之规定在正当性上有所欠缺,需要补充更为细化的前置性要件,合理定位生态环境损害赔偿过程中的行政权和司法权。

3.生态环境损害赔偿磋商的法律定位。为实现行政机关在生态文明建设上所担负的特殊宪法责任,各级政府应穷尽一切手段来实现生态环境损害责任的追偿及生态环境的修复。2015年《试点方案》中所创设的“生态环境损害赔偿磋商制度”,无疑是实现该目的的重要制度创新。2017年《改革方案》中明确了经磋商形成的生态环境损害赔偿协议具有强制执行效力,但并未明确磋商本身的法律属性问题。针对生态环境损害赔偿磋商的性质,学者们有不同观点:“行政磋商说”认为地方政府与赔偿义务人之间的磋商属于行政协商手段,是行政机关借用私法领域的协商与填补机制来维护环境公共利益的新方式;<sup>[38]</sup>“民事磋商说”则认为该制度是一种有别于行政管理的生态环境损害救济新途径,磋商当事人尽管有一方是政府,但两者之间是平等的民事关系,达成的赔偿协议是民事合同。<sup>[39]</sup>

生态环境损害赔偿磋商的合理定位,需围绕生态环境损害赔偿制度所欲实现目的而展开。正如耶林所言,法律是人类意志的产物,受到“目的律”的支配,与受“因果律”支配的自然法则有本质区别;目的是一切法律的创造者。<sup>[40]</sup>如前所述,生态环境损害赔偿目的在于维护环境公共利益,是通过

[34]根据环保部2014年制定的《环境损害鉴定评估推荐方法(第II版)》,生态环境损害评估方法包括替代等值分析方法和环境价值评估方法。实践中较常运用的评估方法是“虚拟治理法”,即按照现行的治理技术和水平,评估治理排放到环境中的污染物所需要的支出,乘以相应的虚拟系数后得出生态修复费用。

[35]马腾:《我国生态环境侵权责任制度之构建》,《法商研究》2018年第2期。

[36]张力:《大规模侵权损害救济机制探析》,《法治研究》2017年第1期。

[37]由于公法规范对主体的控制和约束程度较高,因此存在行政机关“向私法逃逸”、通过私法形式规避公法控制的危险,需要对此加以严格限制。参见程明修:《行政私法》,《月旦法学教室》2002年创刊号。

[38]参见黄锡生、韩英夫:《生态损害赔偿磋商制度的解释论分析》,《政法论丛》2017年第2期;张梓太:《生态环境损害赔偿纠纷处理机制探析》,《中国环境报》2017年12月21日,第3版。

[39]罗丽:《生态环境损害赔偿磋商与诉讼衔接关键问题研究》,《武汉理工大学学报(社会科学版)》2017年第3期。

[40]杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第62—63页。

明确赔偿责任人实现生态环境修复的法律过程,其宪法依据是生态环境保护领域的国家义务,受到《宪法》序言中“美丽中国”建设国家目的之约束。据此,生态环境损害赔偿本质是国家权力为履行“美丽中国”国家任务而展开的制度实践,磋商只是为实现该目标其中的一个环节,尽管借用了一定的民事法律机制,但不能以表面上的“平等性”而否定生态环境损害赔偿制度的公共性本质。另外,由于涉及较大范围内的公共利益,生态环境损害赔偿磋商并非单纯双方通过协商达成合意的过程,必然受到监督以防止环境公共利益再次受到损害,这也证明“磋商”所蕴含的是公共性而非私益性。

因此在本质上,生态环境损害磋商制度是为了弥补传统“命令—控制”型行政手段在责任追究范围上的缺陷而创设的一种行政机关履行国家环境保护义务的新方式。其在性质上属于行政协商,体现出现代行政“多元合作治理”的精神,也是行政机关针对生态环境损害问题予以的制度回应。根据这一制度设计,地方政府针对生态环境损害问题,拥有调查、鉴定、评估的权力,通过主动与责任者进行磋商迫使其承担完全意义上的赔偿责任;经磋商一致达成赔偿协议后,地方政府或其指定部门有权对协议执行情况进行监督。在磋商不成或责任人不履行赔偿协议的情况下,地方政府应当通过各种方式支持、鼓励符合条件的社会组织提起环境民事公益诉讼,发挥司法保障功能。只有在上述途径均无法实现的情况下,为履行行政机关在生态环境保护上的宪法责任,地方政府方可发挥“委托—代理”关系中代理方的剩余控制权,借用损害赔偿的民事规则向责任人予以追偿,是特殊情况下通过私法途径实现国家环境保护义务的特别形式。在此问题上,德国公物法上“在公法支配权下适用私法制度”的经验可资借鉴。<sup>[41]</sup>如此,将生态环境损害赔偿制度纳入了环境公共利益保护的整体框架内,具有理论一贯性和逻辑一致性。

## 结语:生态环境损害赔偿制度向公法的回归

根据2015年党中央、国务院发布的《关于推进生态文明建设的意见》和《生态文明体制改革总体方案》,生态环境损害赔偿制度是实现生态环境保护“责任严惩”的重要措施,在我国生态文明体制改革中具有重要地位。从近年来生态环境领域全面深化改革的整体进展看,在“生态文明绩效考核和责任追究”领域取得了最为突出的成绩,有力地促进了政府对环保责任的履行以及环境法的实施。<sup>[42]</sup>生态环境损害赔偿制度不能脱离我国生态文明体制改革的整体进程而“独善其身”,相关制度建构必须在全面深化改革“顶层设计”以及现行法律秩序的框架中加以考虑。本文研究表明,“生态环境损害”的公共性、社会性特质应当成为生态环境损害赔偿制度建构的出发点,应当在以维护公共利益为宗旨的一国宪法秩序之中加以认识,将其视为国家权力积极履行国家环境保护义务的一种新的方式;相应学术讨论也应当直面《试点方案》和《改革方案》在理论基础和概念运用上的不足,回归到公法学视域中对生态环境损害赔偿制度展开相应研讨,在“生态文明入宪”所确立的价值秩序中完善生态环境损害责任追究的制度体系,推进我国生态文明体制机制改革的深入进行。

[41]参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第474—480页。

[42]陈海嵩:《生态文明体制改革的环境法思考》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2018年第2期。