

环境民事公益诉讼性质定位省思

巩 固^{*}

内容提要：民事公益诉讼是为弥补行政执法在社会公益保障方面的不足而创制的一种特殊司法机制，不是传统意义上的民事诉讼，不能照搬传统民事诉讼规则。从国外一般经验来看，环境民事公益诉讼具有严格依法实施、类型化发展、有限适用、行政分权担责、法院有限能动、普通公众参与等特性。在我国，环境民事公益诉讼被定位为侵权诉讼之一种，主要依据司法解释运行，具有法律依据不足、混同“代位执法”诉讼与损害填补诉讼、适用泛化、行政消极卸责、司法过度能动、公众参与不足等弊端。未来应扭转其作为民事诉讼的错误定位，以公法诉讼为指向完善相关制度。就目前法治实践而言，当务之急是修改相关司法解释，妥善拟定民法典侵权责任编相关条款，协调民法一般规则与环境特别立法的关系，科学推进民法典之绿色化。长远来看，应制定专门的环境公益损害救济法，对环境公益诉讼和生态损害赔偿分别作专章规定，前者应囊括民事公益诉讼与行政公益诉讼；后者应综合利用诉讼、磋商、行政执法等多种机制，并以对《生态环境损害赔偿制度改革方案》的立法转化为核心。

关键词：环境民事公益诉讼 代位执法 生态损害赔偿 民法典侵权责任编

环境公益诉讼的兴起是近年来中国环境法治的瞩目亮点之一，其成就有目共睹。^{〔1〕}然而，作为一种新兴的、关乎行政与司法关系重大调整的复杂制度，其实践之路并不平坦。有识之士的诸多指摘，无论是对“环境公益诉讼制度的立法顺序”的质疑，^{〔2〕}还是对“我国环境公益诉讼的发展方向”的疑问，^{〔3〕}无论是对“环保组织提起的公益诉讼之功能定位”的困惑，^{〔4〕}

* 浙江大学光华法学院教授。

本文系国家社科基金重大专项课题“新时代生态环境监管体制的法治创新研究”（18VJSJ039）的阶段性成果，并受“中达环境法学教育促进计划”资助。

〔1〕 参见王旭光、王展飞：《中国环境公益诉讼的新进展》，《法律适用》2017年第6期，第6页以下；巩固：《2015年中国环境民事公益诉讼的实证分析》，《法学》2016年第9期，第16页以下。

〔2〕 王曦：《论环境公益诉讼制度的立法顺序》，《清华法学》2016年第6期，第101页。

〔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》，《中国法学》2016年第1期，第49页。

〔4〕 胡静：《环保组织提起的公益诉讼之功能定位——兼评我国环境公益诉讼的司法解释》，《法学评论》2016年第4期，第168页。

还是有关“环境司法理性不能止于天价赔偿”的呼吁,^[5]以及对“我国环境公益诉讼制度的建构问题与解决对策”的探索,^[6]都具有反思意义,值得认真对待。不过,现有研究多及于一斑而未见全貌,犹待触及根本问题、具整体解释力的系统分析。

笔者认为,当前中国环境公益诉讼的问题并非仅技术层面的细枝末节,而是系统性、方向性的。其根本症结,在于未清楚认识和准确把握公益诉讼作为一种公益救济机制的特殊之处,机械适用传统诉讼原理与规则,不能作出真正契合公益特点的制度安排。总体来看,当前环境公益诉讼理论根基不正,实践效果有限,表象繁荣下不无健康、持续发展之隐忧,急需立法完善。由于我国的环境公益诉讼被依传统标准划分为民事和行政两类,二者在主体、内容和功能方面存在较大差异,篇幅所限,本文仅探讨其中的“民事”部分,也即通常所谓环境民事公益诉讼。

一、“民诉”何以“公益”——一个前提性认识

乍看起来,“民事公益诉讼”概念本身似乎是一个悖论。顾名思义,民事诉讼以保护民事权益为旨归,而在大陆法系,民事权益向来被视为私权、私益,民事诉讼属于典型的私益诉讼,如何能与公益相连结?从实践角度,更为现实的问题是,如果民事公益诉讼是“民事”与“公益”相结合的诉讼,那么其重心到底为何?质言之,其究竟有多少“民事”成分从而需在多大范围内遵循传统民事诉讼的原理与规则,又在哪些方面受“公益”支配从而需在多大程度上进行变通乃至变革?对此,正确的认知还需从私权与公益的差别入手,结合该类诉讼产生的历史过程和运作的现实情境来审视。

民事诉讼是保护民事权利、解决民事纠纷之诉。民事权利的客体利益归属特定主体,为其所独享,故权利人可依其意志自由处分,不受他人干涉。由此形成的“私人自治”,构成私法的“品性”,^[7]也深刻形塑着以解决私权纠纷、保护个体私益为旨归的民事诉讼。具体表现为:案件受理以存在权利侵犯为前提,原告须为自身权利遭受直接侵害者;当事人地位平等,谁主张、谁举证;法院高度中立,不告不理;审判严格围绕诉讼请求展开,以救济原告为中心;法律责任以损害填补为旨归,损失多少填补多少;两造拥有处分自由,可协商结案,从自我利益出发变更诉讼请求或撤诉等。另外,由于仅关乎当事人利益,与他人无涉,故不仅法院应恪守中立,行政机关也应置身事外,一般不得干预。

与私权不同,公益的最大特点恰在于其非专属性。作为与个体相对的概念,公共的本质含义是不特定多数。“对于公共利益的‘受益主体’问题,均只能确定其大致范围,而无法精确地确定其个体对象。”^[8]由于不为任何个体所独有,故也没有任何人——包括当事人双方——可径依其意志对案涉公益进行处分、判断是否“受害”及决定如何救济。法院也不宜独自裁断,否则将成为公益的实际处分者,偏离裁判者必备的中立立场。故就其本

[5] 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244页。

[6] 罗丽:《我国环境公益诉讼制度的建构问题与解决对策》,《中国法学》2017年第3期,第244页。

[7] 参见易军:《私人自治与私法品性》,《法学研究》2012年第3期,第68页。

[8] 刘学在:《民事公益诉讼制度研究——以团体诉讼制度的构建为中心》,中国政法大学出版社2015年版,第50页以下。

质而言,公共利益并不适合通过诉讼加以保护,而应“公事公办”,由通过立法形成的公共意志来决定,^[9]以法律明确规定的公法责任为保障,经由为维护公益而生的公共机构的执法行动来实现。

然而,随着社会的发展,尤其20世纪中叶以来,在竞争、消费、环保、民权等社会领域出现了诸多既影响个人利益又具有社会整体指向的“社会问题”,公益与私益的界限变得模糊,给传统法律救济机制带来挑战。诸如虚假广告、伪劣商品、环境污染等社会问题,既直接影响个体,又因受害者众多、不特定而具有公共属性。对此,民事诉讼与行政执法泾渭分明、各执一端的传统机制应对乏力,捉襟见肘:就私益救济而言,民事诉讼以存在私权侵害为前提且须原告自付成本,但“社会问题”对个人的影响往往不在传统的权利保护范畴,且影响程度往往较小,“不值得”个人支付高昂诉讼成本。就公益保障来说,行政执法高度依赖执法者的能力与意愿,而“社会问题”对政权的直接影响通常较小,但案件数量众多,需要较高投入,还经常存在技术、价值、利益等方面的争议,执法者往往能力不足或缺乏意愿。另外,传统公法责任重在禁限与惩罚,缺乏对损害后果的消除和补救,往往出现即使行为停止、违法者遭受惩罚,受害状态依然存在的情况。在一些后果严重的案件中,执法行动耗资巨大,完全以公共财政支付,由纳税人为违法者埋单,既不公平,也不利于普遍开展。

面对这些问题,许多国家尝试改造传统诉讼规则使之便于对公益问题的处理,通过引入司法力量弥补行政执法之不足,使法官“担负起保护社会福祉的责任”,使诉讼承担起“执行社会政策的角色”,成为现代社会“民事诉讼的社会化”的重要内容。^[10]譬如,在个人受害轻微但受害者数量众多时,授权特定主体“代表”潜在受害者整体进行诉讼,并通过特殊机制“分享”胜诉成果;在公益受到侵害而执法者怠于履职时,赋予本无监管权的特定主体以诉权,通过法院裁判追究违法者责任;借鉴传统民法原理和责任形式,发展出具有损害填补功能的执法手段等。当前,各国普遍存在的一些名称、领域、规则不尽相同但均具有直接公益指向的特殊诉讼,如美国的集团诉讼、公民诉讼、自然资源损害赔偿诉讼,葡萄牙的公众诉讼,荷兰的准公众诉讼,德国的团体诉讼,法国的协会诉讼,意大利的普遍利益诉讼,日本的消费者团体诉讼,巴西的集合诉讼等,都是这一潮流的产物。由于具有直接的公益保障功能,相关责任与民事责任外观相似、功能雷同,故这些诉讼在我国被统称为“民事公益诉讼”,有救济公益的民事诉讼之意。然而,正如其起源所示,这类诉讼生而具有融合民事诉讼与行政执法的“混血”特征,“民事”只是外观和表象,“公益”才是本原和目的。由于此类诉讼并非仅关乎当事人自身,“两造”对诉讼利益没有实体处分权,故无法像真正的民事诉讼当事人那样自由行事,而须受到诸多约束与限制;而法院对公益事务的直接处理往往侵入立法和行政的领地,与执法权产生重叠乃至冲突,已深刻触及传统权力分工,更不得随意进行。故而,此类诉讼要想良好实施,就不能简单照搬“从解决私权争议的角度进行设置与规定的”传统民事诉讼制度,^[11]而必须把握公共利益与公共事务的本质特征,创造真正契合公益特点的特殊规则。

[9] 公共利益只有超脱于任何具体个人意志的“公共意志”能够决定,公共意志只有通过法律才能形成和体现。

[法] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第48页。

[10] 王福华:《民事诉讼的社会化》,《中国法学》2018年第1期,第28页以下。

[11] 廖中洪:《对我国〈民法〉确立公益诉讼制度的质疑》,《法学评论》2012年第1期,第121页。

二、公法诉讼：环境民事公益诉讼的本质与特征

良好环境是典型的社会公共利益。一方面，环境公益具有“主体数量的不特定多数性、客体性质的非排他性（整体联系性、不可分割性）、利益主体对利益客体的共同享用性（或共同受益性、共同需要性）”等公共特征，^{〔12〕}需要国家通过环境立法和执法予以整体保护。另一方面，具体环境问题又往往对特定群体产生更直接的影响，从而在执法行动与相关群体之间建立起利益关联。当执法者履职不力放任损害时，若仍要求受害者等待、忍受，显然不尽合理，尤其在可能危及其生命健康的情况下。此时，受害者诉诸法院、借司法维权，就成为法治社会公民的本能反应与迫切需求，成为现代环境社会运动所着力争取的目标之一。另外，生态环境作为环境公益的现实载体，具有“有体无形”的特点。“有体性”意味着生态环境是由各种客观要素构成的实体，其损害主要以环境质量下降的形式呈现，并随要素受损的存续而持续存在。故对环境公益救济来说，仅仅对致害行为的惩罚和禁限是不够的，修复受损环境才具有根本意义。但是，“无形性”又意味着，生态环境是区别于其构成要素的整体性存在，无法分割和特定化，不能成立传统民法上那种以独占、排他为核心特征的个体所有权，从而也难以当然适用围绕此种权利的救济所建立的民事责任及其保障机制，而是需要突破传统规则，创设具有公共指向的损害填补责任。

环境公益的上述特点，导致其对公益诉讼的需求更为强烈，也使得公益诉讼在环境领域得到更加充分的发展和运用。或因于此，无论在理论上还是实践中，环境领域的民事公益诉讼的数量和热度都远超其他领域。当然，鉴于环境问题的复杂性和国情差异，各国的环境民事公益诉讼制度在具体安排上相当多元，不存在唯一正确的经典模板，但五花八门的表象背后蕴含着诸多共通原理，反映出其作为一种“公法诉讼”的特殊属性与独特规律。

（一）依据法定：严格依法实施

作为一种既涉及程序规则创新又创造实体权益，并触动立法、行政、司法之关系的重要制度，公益诉讼须由国家层面正式立法才有充分合法性，故其首要特征是严格“法定”、依法实施。法定性首先意味着制度渊源的“法律”性。在美国，环境公民诉讼和自然资源损害赔偿诉讼都是通过环境法中的特别条款来确立的。^{〔13〕}在欧洲，许多国家制定了专门立法。^{〔14〕}巴西不仅有民众诉讼法和公共民事诉讼法等程序性立法，在国家环境政策法等实体法中也有特别条款，甚至宪法中也有特别规定。^{〔15〕}其次，法定性意味着立法内容的具体、明确，不仅允许起诉，还须就制度实施中的各种细节问题，包括原告资格、适用范围、起诉条件、诉讼请求与责任形式、证据规则、诉讼处分、判决执行、本诉与其他争议解决机

〔12〕 蔡守秋：《环境公益是环境公益诉讼发展的核心》，《环境法评论》2018年第1期，第28页。

〔13〕 参见巩固：《美国环境公民诉讼之起诉限制及其启示》，《法商研究》2017年第5期，第173页以下；自然资源保护协会（NRDC）中国环境法项目：《自然资源损害救济体系：美国经验及对中国的启示》，载谢玉红、曹明德编：《中国环境法治》2014年下卷，法律出版社2015年版，第165页以下。

〔14〕 如葡萄牙1995年的公众诉讼法，比利时1993年的有关环境保护的诉讼权法，意大利1986年的《关于建立环境部和环境赔偿事务的规定》等。参见李攀萍：《欧洲环保团体公益诉讼及其对中国的启示》，《中州学刊》2007年第4期，第90页。

〔15〕 参见前引〔8〕，刘学在书，第268页。

制的关系乃至诉讼费用分担等作出明确规定。这不仅是为了操作方便，更因为这些内容在实质上关乎公共利益的判断和界定、国家干预的范围和力度、公共资源的倾斜分配以及司法与行政在公共决策中的话语权等重大问题，只有体现全民意志的“法律”才能决定。最后，法定性还意味着实体法依据的公法性或者说“管制性”。公益诉讼不仅涉及程序问题，更涉及公共责任的创制与承担。而在实体法上，对公共利益的确认、保护及相关责任设定主要在公法，故公益诉讼在实体上须依公法裁判，否则将陷入以私法规则处理公共事务、以个人意志界定公共利益的错位与混乱。也正因为此，各国均把行政违法即违反环境法的强制性规定作为公益诉讼的启动前提，围绕环境法律义务的履行来裁判。就此而言，环境公益诉讼仍然是对环境法的一种“执行”，作为其保护对象的环境公益是由法律来具体界定的，其对环境公益的保护是通过对法律规定的落实来具体实现的。

（二）制度类型化：分门别类发展

行政执法在公益救济方面的内在缺陷是公益诉讼兴起的根源，具体分为执法动力不足和损害填补责任缺失两方面。由于这两个问题的具体起因不同，故破解之道也有异，分别导向两种不同的民事公益诉讼，不可混为一谈。

执法动力不足主要源于管制“俘获”，破解之道是打破执法限于“监管者—被监管者”之间的封闭格局，引入由于某种现实原因而更关心环境的社会主体和由于地位相对超然而更能秉公执法的法院作为“预备役”和“第三方”，在执法者不积极履职时起诉违法者，通过判决追究其法律责任，从而起到相当于积极执法的效果。对于此种诉讼，本文称之为“代位执法”诉讼。“代位”意味着其创新之处主要在于原告资格放宽和受案范围拓展，使本无执法权的社会主体获得通过起诉追究违法者责任的“权力”，使本不构成私权侵害的公共事务进入司法审查的范围。“执法”则意味着该类诉讼在责任和功能上并无实质创造，而只是使被告承担其本应依法承担的责任，故法院通常只判处以行为纠错为指向的“停止侵害”类责任而不涉及损害填补，责任内容及力度主要参照法律规定而非原告请求；但须妥善处理与其所“替代”的行政执法的顺位关系，以避免重复为要。

损害填补责任缺失的根源是管制手段不足，即已有责任无法实现损害填补和成本回收。这在本质上是一个立法不足的技术性问题，只要通过立法创制具有损害填补功能的责任形式即可，与由谁发动无关，也不必然是民事责任，更不一定要通过诉讼来实现。在环境领域，对公益的损害填补具体表现为对环境公益的客观载体——生态环境本身——的治理与修复，故又被称为“生态修复”或“环境损害赔偿”。尽管其基本原理与“恢复原状”类似，又部分涉及金钱赔偿，但这种责任以公共利益为指向，依公法的强制性规定而生，并非真正的民事责任，而是一种具有公共责任、法定责任、执法责任特性的公法责任。由于这种责任的履行通常需要巨大的人、财、物投入，较大时空范围的组织和管理，复杂的技术方案选择，以及巨额资金的收取、管理和使用等，由本就负有保护职责且具备专业技术、能力的监管者运用行政权力负责实施，更加名正言顺、便捷高效，故其发动者或者说“索赔人”一般仍为管理部门或地方政府。为追究此类责任而提起的诉讼，实质上是一种“官告民”的行政诉讼，是现代环境监管手段之一。

两类诉讼的区别在美国的环境公民诉讼与自然资源损害赔偿诉讼中得到清楚体现。前者被明确定位为一种“私人执法”诉讼，在原告范围放宽至“任何人”的同时，诉讼请求和责任形式却被限定为针对行为纠错的“禁令”和罚款性质的“民事罚款”，其内容、效果

与执法雷同,并通过诉前通知、勤勉执法等程序避免与执法重复。^[16]以生态修复为目的的后者追究的则是前者所不涉及的损害填补责任,原告是作为“受托人”的联邦环境资源机构、州政府等政府主体。^[17]

在公、私法区别更加分明的欧洲大陆,两类诉讼的差异也更明显。环境公益诉讼主要是行政诉讼。“行政法庭在所有国家的环保团体公益诉讼中都发挥了重要的作用”,但只有“部分国家允许环保团体在民事法庭提起环境公益诉讼”。^[18]在德国,“环境团体诉讼主要是环境行政公益诉讼”,^[19]如需要环境损害填补,环保组织只能起诉监管者,“请求政府命令经营者履行环境损害的恢复义务”,而“不能直接对责任人提起请求恢复或采取适当方式恢复的诉讼”。^[20]2004年发布的作为欧盟各国生态损害赔偿立法指针的《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》(以下简称“环境责任指令”)更清楚地表明了生态损害填补的公法属性及公、私主体的角色差异。该指令明确规定,公共机构为执行主体,只有在“主管机关通过自身或通过第三方代替经营者采取了措施”之后,再由其“向经营者索赔因此而产生的费用”。^[21]而“自然人或法人”只能“要求主管机关根据本指令采取行动”,^[22]而不能直接起诉违法者。正因如此,有学者认为,该指令建立的乃是“一个由公共机构管理的成本分担系统”。^[23]在个别允许社会主体提起生态损害填补诉讼的国家,其也只是作为政府诉讼的补充。如在意大利,政府拥有第一顺位的环境损害赔偿请求权,只有在政府不积极行动时,环保团体才可“提起本应当由市或者省政府提起的损害赔偿诉讼,损害赔偿所得归属被代替的机关”。^[24]法国虽然没有顺位限制,环保组织的起诉被视为“和地方政府分享追究环境损害责任的执法资格”,^[25]但主体限于满足特定条件的极少数协会,范围限于被诉行为构成犯罪的严重违法情形,属于特殊情况下对执法权的有限放宽。

(三) 有限适用:范围、主体特定

作为一种个案操作、成本高昂的司法机制,公益诉讼不是可随意启动、普遍适用的常规手段,而是迫不得已时才出场的“替补队员”。对此,各国均在受案范围、原告资格等方面进行限定,以确保其适用于重大、必要情形,具体又因诉讼类型而异。

从理论上讲,有“管制俘获”的可能就有“代位执法”的必要,故代位执法诉讼的适用较为宽泛,存在环境管制的具体领域均有可能。但司法处理公共事务的能力毕竟有限,故现实

[16] 参见前引[13],巩固文,第174页以下。

[17] 在联邦层面是环境资源相关管理机构(如海岸警卫队之于海洋自然资源、环保署之于海岸自然资源),在州层面则是州的环境机构或特别设立的专门部门。参见前引[13],自然资源保护协会(NRDC)中国环境法项目文,第181页以下。

[18] 前引[14],李攀萍文,第91页。

[19] 谢伟:《德国环境团体诉讼制度的发展及其启示》,《法学评论》2013年第2期,第112页。

[20] 陶建国:《德国〈环境损害预防及恢复法〉评介及启示》,《中国环境管理干部学院学报》2015年第2期,第9页。

[21] 《欧盟〈关于预防和补救环境损害的环境责任指令〉》,王轩译,载王军、沈四宝主编:《国际商法论丛》第9卷,法律出版社2015年版,第400页。

[22] 同上文,第410页。

[23] [英]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》,张一心、吴婧译,商务印书馆2017年版,前言第5页。

[24] 罗志敏:《意大利对普遍利益的司法保护及对我国的借鉴意义——以原告资格为中心》,《比较法研究》2006年第1期,第94页。

[25] 前引[4],胡静文,第172页。

中各国往往仍基于各种实际因素加以限定。在美国,虽然迄今至少已有 21 部联邦环境法规定了公民诉讼条款,^[26]但仍有一些领域没有规定从而排除适用。^[27]而在原告资格方面,尽管立法采取“任何人皆可起诉”的夸张表述,但原告仍要受到“事实损害”等多重规则的限制。^[28]从实际效果来看,这些规则发挥着过滤案件、保持司法弹性、防止虚假诉讼、便于司法操作、维护权力分立等功能,对公民诉讼的良好运行不可或缺。在欧洲,“很多国家只在有限的范围和一定程度上允许环境公益诉讼的存在”,并通过立法规定有诸多要求。^[29]

由于生态修复受损害的可恢复性、可计量性、技术成熟度等因素影响,且实施成本很高,故相关诉讼的适用范围更窄。在美国,自然资源损害赔偿集中于海洋、水体和土地领域,损害须源于石油或法律明确规定的特定“危险物质”,限于法定的可赔情形,^[30]且损害须达到严重程度。为此,立法规定了“前评估”程序以确保“将自然资源损害程度并不严重的污染事件筛选出来”。^[31]对欧盟各国来说,对“环境责任指令”的立法转化是其生态损害填补立法的主要动力,而该指令本身的适用范围即相当局限,仅限于为其他相关欧盟指令所调整的受保护的物种及其栖息地、水及土地。^[32]在主体方面,此类诉讼的原告基本上都是本身肩负监管职责的“受托人”或“主管机关”。

(四) 行政优先:部门分权担责

公益维护是行政机关的首要职责,即使在公益诉讼中,亦不得完全免除其职责。在代位执法诉讼中,公民原告的出场是以行政的消极退让为前提的,但在案件审理过程中也有一系列制度设计保障监管部门的参与和作用。譬如,美国的环境公民诉讼通过诉前通知、勤勉执法保障行政处理优先,原告起诉前须至少提前 60 日告知监管部门和州政府,只要后者在此期间积极执法,法院即不得受理。在审判阶段,监管部门也可通过“官方干预”和“国家利益保护”条款介入诉讼过程,对和解协议提出建议甚至否决,从而对案件处理发挥实质影响。^[33]而生态修复诉讼本来就是由监管者实施的一种执法手段,行政作用更加突出。在美国,自然资源损害救济通常分为“前评估——制定修复计划——实施修复计划——后评估”四个阶段,每一阶段均离不开作为“受托人”的政府主体的组织、评估、测算、管理和监督。^[34]当情况紧急而责任不明或责任人拒绝行动时,“受托人”要亲自组织或委托他人实施,以至于公共资金成为修复费用的最大来源。^[35]在欧洲,依“环境责任指令”,当需要采取预防或补救措施但经营者拒绝行动时,主管机关可以自行采取措施,嗣后再向经营者追讨费用。^[36]

[26] 参见陈冬:《美国环境公民诉讼研究》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 21 页以下。

[27] 参见前引〔13〕,巩固文,第 174 页。

[28] 同上文,第 171 页以下。

[29] 参见前引〔14〕,李攀萍文,第 90 页。

[30] 参见刘静:《略论美国自然资源损害赔偿范围》,《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 2 期,第 159 页以下。

[31] 前引〔13〕,自然资源保护协会(NRDC)中国环境法项目文,第 178 页。

[32] 参见前引〔21〕,王轩译文,第 402 页以下。

[33] 参见巩固:《大同小异抑或貌合神离?中美环境公益诉讼比较研究》,《比较法研究》2017 年第 2 期,第 109 页以下。

[34] 参见前引〔13〕,自然资源保护协会(NRDC)中国环境法项目文,第 177 页以下。

[35] 美国 1981-2007 年间用于土壤修复的超级基金项目支出有近六成来自税收、财政拨款等公共资金。参见贾峰等:《美国超级基金法研究:历史遗留污染问题的美国解决之道》,中国环境出版社 2015 年版,第 223 页。

[36] 参见前引〔21〕,王轩译文,第 402 页以下,第 407 页以下。

主管机关是诉讼发动者和修复实践的主导者。

（五）司法中立：法院有限能动

在公益诉讼中，法院很大程度上扮演着公共利益处分者的角色，具有“准行政化”色彩，故更为“能动”，除在案件受理、调查取证等方面拥有更大自由外，还须拥有灵活处理案件的适当手段。在此方面，源于英美衡平法、内容灵活、具有行政命令意味的“禁令”成为首选。禁令使法官可以在很大程度上摆脱传统责任形式的僵化，结合案情对被告作出更加灵活、具体的要求，并有良好的监督机制和严厉的执行责任保障，^[37]几乎成为环境公益诉讼的必备手段。在美国环境公民诉讼初期，禁令曾是唯一可用的责任形式。而在大陆法系国家，公益原告的各种“不作为”请求也主要是通过申请法院禁令来实现的。

不过，司法能动性的发挥以不影响法院的中立立场、不逾越司法权的固有边界为前提，其中依“法”裁判和行政分担是两大基本要求。依“法”裁判要求法院严守法的解释者、适用者之身份而避免成为法的创造者，侵夺立法权。为此，法官在作出是否构成公益侵害、可付出多大代价进行救济等判断时，应把“法定”——管制法的具体规定——作为出发点和落脚点，避免抛开立法径行自我判断。譬如，在位列美国十大环境法案例之首的“田纳西流域管理局诉希尔案”中，环保组织以保护一种名为鳟鲑鱼的濒危物种为由，诉请法院确认一座耗资数千万、耗时近十年且已基本完工的大坝违法并禁止其完工。美国联邦最高法院并没有陷入媒体炒作的所谓“小鱼与大坝”之争，直接对损益均极难量化的濒危物种与公共设施进行价值比较，而是围绕美国濒危物种法这一核心立法的具体规定进行分析，得出“国会颁布该法的明显意图是阻止和逆转物种灭绝的趋势，不论要付出多大的代价”的认识，^[38]从而作出支持原告的判决。

行政分担要求法院工作集中于法律判断，而把操作性、技术性问题交给监管部门，尊重其专业意见，发挥其专业优势，同时也减少对司法资源的消耗。在代位执法诉讼中，禁令虽然由法院颁发，但在执行及后续监管过程中可通过“接管人”制度借助行政力量，“避免法官陷入需要持续关注的复杂的技术问题”。^[39]在生态损害赔偿诉讼中，法院则主要确定责任主体及费用分担等法律问题，而损害评估、方案编制、修复实施、后续监督、评估验收等操作性事务，主要也都是由监管部门来承担的。

（六）公众参与：利益相关者充分参与

环境公益的真正归属者是公众，无论双方当事人还是法院，都没有独自处分涉案公益的实体权利，故诉讼不能像真正的民事诉讼那样封闭进行，而须充分的公众参与，通过决策的民主性增加处理过程的合法性，通过对公众意见的听取和与相关群体利益的平衡增强处理结果的合理性。需要特别指出的是，这里的“公众”，不仅仅也不主要指抽象意义上的一般群众，而是自身利益受案件直接影响的特定群体（如污染项目所在地居民），也即所谓“利益相关者”。在美国，环境公民诉讼的和解协议必须告知相关公众并向其提供“评议”

[37] 参见巩固、陈瑶：《以禁令制度弥补环境公益诉讼民事责任之不足——美国经验的启示与借鉴》，《河南财经政法大学学报》2017年第4期，第50页以下。

[38] 参见汪劲、严厚福、孙晓璞编译：《环境正义：丧钟为谁而鸣——美国联邦法院环境诉讼经典判例选》，北京大学出版社2006年版，第183页。

[39] Jeffrey G. Miller, *Citizen Suits: Private Enforcement of Federal Pollution Control Laws*, John Wiley & Sons, 1987, p. 82.

的机会,充分听取其意见。^[40]被告可通过自愿承担一些不属于其法定义务但对当地环境有实益的“附加环境项目”获得公众谅解,以换取责任减免。^[41]在自然资源损害赔偿救济的实施过程中,无论“修复意向通知书”“修复计划”的制定、“修复方案”的选择还是修复的具体实施,法律都有明确的公众参与要求,以确保利益相关者对案件处理发挥实际影响。^[42]在德国,其环境损害预防及恢复法也特别强调“在环境行政机关确定恢复措施时,公民(包括环保组织)有权参与决定程序并发表意见”。^[43]欧盟“环境责任指令”更是明确赋予“受到或可能受到环境损害影响的”自然人或法人以“行动请求权”。^[44]

三、侵权诉讼:中国环境民事公益诉讼的定位及其不足

对诉讼之“民事”属性的重视和强调,是中国环境民事公益诉讼的突出特征。根据一种在理论界和实务界都颇具代表性的观点,我国环保不力的原因之一在于民事责任缺失,即使污染者受到惩罚,其所致损害也得不到弥补,因为传统诉讼制度下没有人可以对公共环境的损害提起民事诉讼。^[45]在此认识下,环境民事公益诉讼被定位为一种原告资格扩张的侵权诉讼,在环境受损时由特定主体作为“代表”提起诉讼以追究加害者的民事责任,通过民事责任的填补功能实现对环境公益的救济。对此,笔者简称为“侵权诉讼论”。

侵权诉讼论体现了“环境有价,损害担责”“谁污染谁治理”的现代环境治理观,具有相当的正确成分,但却忽略了公益与私益、公产与私产在现代法秩序中的性质差异,遗忘了在法律世界里公共利益主要通过公法机制加以调整和保护,以及公法本身可以、应当且更有利于应对大规模、系统性生态环境损害。^[46]由于几乎完全抛开以公法规范为主要构成的现行环境法,孤立地看待环境损害并将救济希望仅寄于诉讼一途,从本为救济私权而生的传统民法中寻找依据和灵感,从民事诉讼的角度进行定位和设计,最终导致环境民事公益诉讼以私法规则处理公共问题的扭曲和错位。这种扭曲和错位既超越司法限度,给法院施加了诸多其难以胜任的任务,又使得公益诉讼与作为环境保护常规机制和主要手段的行政执法产生诸多重叠甚至冲突,导致环境治理体系整体混乱并难以普遍实施和可持续发展。

(一) 立法不足,脱离“法定”

在侵权诉讼论看来,对环境公益进行司法保护的法律障碍主要在于原告资格及相关程序机制,而不涉及实体问题。一旦突破这一障碍使案件进入法庭,后续即可依传统民事诉讼规则自动运行,无需特别立法。即使因诉讼的公益特性需要一些特殊规则,也不超越现行法的调整范围,通过司法解释略加变通即可解决。由此,环境民事公益诉讼的制度展开

[40] 参见上引 Jeffrey G. Miller 书,第 89 页。

[41] See Kristi M. Smith, *Who's Suing Whom?: A Comparison of Government and Citizen Suit Environmental Enforcement Actions Brought Under EPA Administered Statutes, 1995 - 2000*, 29 Colum. J. Env't'l L. 359 (2004).

[42] 参见前引 [13], 自然资源保护协会 (NRDC) 中国环境法项目文, 第 178 页以下。

[43] 前引 [20], 陶建国文, 第 8 页。

[44] 前引 [21], 王轩译文, 第 410 页。

[45] 参见别涛:《环境公益诉讼立法的新起点——〈民法法〉修改之评析与〈环保法〉修改之建议》,《法学评论》2013 年第 1 期,第 101 页。

[46] 参见谭冰霖:《环境行政处罚规制功能之补强》,《法学研究》2018 年第 4 期,第 155 页以下;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,第 24 页以下。

是：先通过民事诉讼法第55条的原则性规定为在环保领域放松原告资格作出铺垫，再通过环境保护法第58条授予环保组织起诉资格，最后通过《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》（法释〔2015〕1号，以下简称“环境民事公益诉讼解释”）对细节问题作具体规定，构建起系统制度。检察机关提起环境民事公益诉讼也大抵如是。此路径的最大优势是节约立法资源，快速启动实践。然而，环境民事公益诉讼的法律障碍非仅原告资格而已，其良好运行需要诸多应由法律加以规定的重要规则，否则其合法性将面临挑战。

第一，制度创新依据不足。民事公益诉讼的运行需要诸多涉及扩张法院权力、创设特殊责任、协调司法与行政关系等重大问题的特殊规则，应由法律规定。尤其是“环境民事公益诉讼解释”第18-24条规定的“生态环境修复”“替代性修复”“承担生态环境修复费用”“生态环境服务功能损失赔偿”等，已超出传统民事责任范畴，实为对全新法律责任的创设。实践中普遍开展的“刑事附带民事公益诉讼”，^{〔47〕}其法律依据也不无疑问。

第二，公益判断脱离“法定”，缺乏权威，难成共识。传统民事诉讼保护的民事权益源于私法，可相对独立于公法规定。在侵权诉讼定位下，环境民事公益诉讼的救济对象也被认为可脱离公法规定而独立判断，故在起诉条件方面，民事诉讼法第55条和环境保护法第58条都直接使用“损害社会公共利益”的表述，未有任何“法定”要求。由此，环境公益是否受损以及如何救济这一本应由立法抉择的公共问题，在司法实践中几乎任由原告和法官依直觉判断，从而极易陷入各执一词、莫衷一是的争论。譬如，在引起广泛关注的“自然之友、绿发会诉常隆化工、常宇化工、华达化工污染土地案”（以下简称“常州毒地案”）中，^{〔48〕}对于一块受到污染但已由政府收储并实施应急处置、风险得到初步控制且规划用途已发生改变的土地，是否仍然存在足以支持起诉的“损害社会公共利益”、是否一定要恢复到“原状”才算是充分救济，如没有“法定”这一指针，抽象、孤立地加以判断，几乎难有共识。实践中出现的一些为保护珍稀生物所提起的案件，^{〔49〕}被诉的水电开发项目是否“损害社会公共利益”也并不直接等同于项目对这些物种有无负面影响，而在于这种影响与水电开发的经济、社会等效益之间的权衡，其本质是一个公共政策问题，不应在不考虑相关保护性立法及具体决策过程的情况下孤立判断。

第三，生态环境私产化，于法无据。无论诉讼由谁启动，责任判定终需实体法依据。在侵权诉讼定位下，环境侵权相关规范成为法院裁判的主要依据。实践中，侵权责任法有关环境污染责任的规定几乎成为环境民事公益诉讼裁判的必备条款，《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》（法释〔2015〕12号）第18条也明确规定了其对环境民事公益诉讼的适用关系。然而，如果环境公益损害可引起侵权责任，那么其逻辑前提只能是公共利益属于民事权益，生态环境属于民事权利客体，但是此点无论

〔47〕 此已成为检察机关环境民事公益诉讼的重要形式。据统计，2018年1-12月，检察机关在生态环境领域提起民事公益诉讼和刑事附带民事公益诉讼共计1732件。参见陈媛媛：《探索独具特色的检察公益诉讼制度》，《中国环境报》2019年2月19日第8版。

〔48〕 参见江苏省高级人民法院（2017）苏民终232号。

〔49〕 参见李林：《中国“绿发会”提起首例保护濒危植物公益诉讼》，《中国青年报》2015年9月18日第4版；《开庭：为了挽救绿孔雀最后的完整栖息地》，搜狐网，http://www.sohu.com/a/251523296_712190，2018年12月30日最后访问。

依法律还是法理，都难获支持。在法律层面，侵权责任法第2条明确规定其适用前提是“侵犯民事权益”，并进一步把“本法所称民事权益”界定为“人身、财产权益”。具有整体指向、不可分割、难以物化的生态环境并非传统民法上的财产，更没有被规定为任何民事主体所有，又何来相关民事责任？从法理上讲，如果民法规范可以直接保护公共利益，将既颠覆民法作为一种私法的性质定位，又为以私法规则和原理处理公共事务大开方便之门，冲击公私法分立的现代法治根基，恐为法治大厦所难以承受。

（二）类型化思维缺失，制度建设混沌、错位

代位执法诉讼与生态损害填补诉讼的针对问题、制度原理、实施主体、责任形式和价值功能等均有重大差异，是两类制度，应分别建设。然而，在侵权诉讼论影响下，我国的环境民事公益诉讼制度完全从财产救济角度进行设计，只要构成损害，即可综合运用各种责任手段，并不区分行为纠错还是损害填补，从而在实质上将代位执法诉讼与生态损害填补诉讼混为一谈，造成诸多混乱与错位。

第一，公益原告与常规公益“代表”之间关系不清，顺位不明。依侵权诉讼论，民事公益诉讼原告是作为受损环境公益的“代表”而起诉。但如果这样的话，似乎难以理解为何作为环境公益常规“代表”的监管部门反倒没有这种诉权。难道环保组织仅因其章程、年限、无违法记录等原因，或者检察机关因其法律监督机关身份，就比专为环保而设、负有法定监管职责的环保部门更能“代表”环境公益？在生态损害填补类责任中，此问题更加突出。依中共中央、国务院于2017年12月17日联合发布的《生态环境损害赔偿制度改革方案》（以下简称“改革方案”），生态环境损害赔偿由省、市人民政府通过“磋商”机制来进行，此时的地方政府当然也应是“代表”公益而非为一己之私而行动。但是，当政府和公益原告这两类“代表”的意愿和行动不一致时，究竟谁更能代表公益？这并非理论上的杞人忧天，而是实践中急需解答的现实问题。譬如，在“绿发会诉山东金城重油化工等五被告案”（以下简称“金城重油案”）中，在环保组织于2016年针对被告倾废所致环境损害提起公益诉讼之后，山东省人民政府又对五被告启动“生态损害赔偿”程序且与其中三名被告“磋商”成功，并于2017年8月起诉另外两名未“磋商”成功的被告，但政府提出的诉讼请求与环保组织之前的诉请并不完全相同。^[50]对此，该如何解决？如果没有代位执法诉讼与生态损害填补诉讼的区别意识，认识不到两类诉讼与不同主体的“亲缘”关系，则终难有圆满解答，实践处理也殊不统一。^[51]

第二，不同公益原告之间关系不清，顺位不明。依现行法，环保组织、检察机关以及海洋环境监管部门都有针对环境公益损害的诉权，那么，这些原告之间关系如何？当其意愿和行动出现分歧时，应何者优先？此在侵权诉讼论框架下似乎也只能陷入“谁比谁更能

[50] 参见《五被告当庭均表示政府已磋商完毕，法院应驳回绿会诉讼请求！绿会济南章丘危废案庭审记录》，中国生物多样性保护与绿色发展基金会官网，<http://www.cbegdf.org/NewsShow/4857/7175.html>，2018年12月30日最后访问。

[51] 在“金城重油案”中，法院中止了对先受理的环保组织提起的环境民事公益诉讼的审理，优先审判政府在后提起的诉讼；在对政府诉讼作出判决后，再审理环保组织提起的诉讼，并且只审理政府诉讼未涵盖的部分诉讼请求。参见中国生物多样性保护与绿色发展基金会官网，<http://www.cbegdf.org/NewsShow/4857/7272.html>，2019年5月8日最后访问。但在案情雷同的“重庆市政府、重庆两江志愿服务发展中心诉重庆藏金阁物业管理有限公司、重庆首旭环保科技有限公司环境污染责任纠纷案”（重庆市第一中级人民法院（2017）渝01民初773号）中，法院则把环保组织与政府列为共同原告。

代表公益”的抽象比较，近乎无解。只有在区别两类诉讼的前提下，才能正确认识和妥善处理这些问题。

在环保组织与检察机关之间，二者的“非监管者”身份决定了其只应提起代位执法诉讼，故更适合“代位执法”者应当优先。现行法的规定却正相反。民事诉讼法第55条把“没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况”作为检察机关起诉的先决条件，司法解释更要求检察机关在诉前发布“拟提起公益诉讼”公告，只有发布公告30日内没有环保组织起诉时方可起诉，^[52]意在尊重其他原告的诉权。然而，普通民事诉讼旨在保护私益，原告为拥有处分自由、强调“自治”的实体权利人，国家一般不应干预，故检察机关居于后位。但代位执法诉讼本身是为保护公益而设，是执法者履职不能时的“补充”，发挥的正是法律监督功能，当然应该检察机关优先。现行法似乎认为环保组织比本身属于公共机构、作为法定监督机关的检察机关更能发挥监督职能，逻辑不通。就客观条件而言，检察机关也显然比社会组织更有监督的能力和资源。

在海洋领域，海洋环境保护法第90条第2款规定，“破坏海洋生态、海洋水产资源、海洋保护区，给国家造成重大损失的”，由海洋环境监管部门“代表国家对责任者提出损害赔偿要求”。该条规定的是公益诉讼抑或私益诉讼，是否意味着对其他原告提起民事公益诉讼的排除，理论观点多样，实践处理不一。^[53]其实，若有两类诉讼的区别意识，问题即可迎刃而解。就内容、功能来看，该类诉讼明显属于生态损害填补诉讼，是海洋环境保护法在传统执法手段之外针对海洋环境严重受损的特殊情形所创立的一种具有损害填补功能的新型手段，优先由监管部门行使理所当然。但这并不意味着对其他主体公益诉讼的全面排除。一方面，在海洋领域还存在着“损害赔偿”以外的其他救济形式，现行法并未提及，从而仍对其他主体保持开放。另一方面，如果把生态损害索赔视为一种执法手段，则在海洋部门怠于履职也即该起诉而不起诉时，由其他主体补充起诉、代位履职，理论上也未尝不可，只是需要法律明确授权，并确保海洋部门的第一顺位为前提。

第三，环境民事公益诉讼与其他公法机制的关系不清、顺位不明。依传统理论，民事责任与公法责任可同时适用，作为实施机制的民事诉讼与行政执法、刑事诉讼亦可并行不悖。在民事诉讼定位下，对已经公法机制处理并受到行政乃至刑事处罚的案件再行公益“追诉”，也被视为理所当然甚至成为环境民事公益诉讼的一大特色。然而，民事诉讼与公法机制之所以能够并行，原因在于救济对象和功能不同，前者救济个人而后者救济抽象公众（或称国家、社会），前者填补而后者惩罚，故彼此不可替代。但公益诉讼本身即为救济公益而设，其责任是个人因损害公益而向社会承担的代价，生而具有公共属性，且现行环境法中也不乏具有损害填补功能的责任，故其与其他公法机制并非截然不同，不可独立并用。否则，对环境公益救济就有机制混杂、彼此干扰的风险，对被告则有重复担责的不公。正确的处理乃是根据相应机制的责任内容和实际功能进行具体分析，以避免重复、行政优

[52] 参见《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》第13条。

[53] “绿发会诉康菲石油中国有限公司及中海油海洋生态破坏案”获得受理，但在“大连环保志愿者协会诉中石油海洋污染案”“重庆两江志愿服务发展中心等诉广东世纪青山镍业等海洋生态破坏案”中，法院均以原告不适格为由驳回环保组织的起诉。参见金煜：《“康菲溢油”重大事故环境公益诉讼首立案》，《新京报》2015年7月26日第A09版；大连海事法院（2015）大海立初字第5号；广东省茂名市中级人民法院（2016）粤09民初122号等。

先、司法补充为原则进行衔接，其前提仍在于区别两类诉讼。

第四，胜诉资金的归属与支配不明。环境公益诉讼胜诉资金由谁支配、如何管理，法律规定不明，实践做法不一。进入地方财政由政府管理、进入法院指定的账户由其支配使用、进入环保专户由环保部门管理使用、设立公益基金由环保组织申请使用，实践中都有尝试，各有利弊。但无论哪种，从侵权诉讼论角度均难以圆满回答的是，为何起诉阶段可充当公益代表的原告在胜诉之后就不能再“代表”了？对此，也只有从两类诉讼的区别出发，才能区分不同情形，作出多元化的安排。

（三）适用过于宽泛，导致“选择性”与“异化”

在环境影响无处不在的工业社会，不经法律“过滤”、不受法定约束的“环境公益损害”使几乎一切环境活动都可能引发公益诉讼，从而注定只能“选择性”实施。而主要从环保专业性和组织控制角度设计的现行原告资格，^[54]不要求甚至刻意排除原告与案件的实际利害关系，导致无法确保诉讼具有真实的对抗性及充分的环保动机。由此导致的情形是，适格原告在起诉方面拥有广泛自由，可“随心所欲”地选择被诉对象，更加剧了诉讼的“选择性”，其突出表现在原告对“公法旧案”的追捧和案件分布的严重不均。^[55]“选择性”的最大弊端在于无法形成常规威慑，缺乏真正的制度意义。如果一方面由个别被选中的被告承担沉重责任，而另一方面，大量类似行为者注定不会被起诉从而无须担责，则难免在实现个案正义的同时带来整体意义上的不公。另外，诉讼一旦“被选择”，不就法论法地处理案件争议而附加其他功能，就难免走向“异化”，偏离正轨甚至背离其初衷。此在生态损害填补诉讼方面体现得尤为明显。

生态损害赔偿的重要性毋庸置疑，但作为一种成本高昂、技术复杂、负担沉重的特殊机制，各国均在有限范围内谨慎使用，其并非环境治理的常规手段。但在我国，在以损害填补为旨归的侵权诉讼定位下，生态损害赔偿被视为民事公益诉讼的主要手段甚至核心功能，在恢复原状的名义下被普遍推行；没有恢复可能或不需要实际修复的，也可适用“替代性修复”；在各国均极少适用的“生态服务功能损失”也获得无条件支持。由此，生态损害赔偿几乎成为环境民事公益诉讼的标配，环境民事公益诉讼也几乎成为生态损害赔偿诉讼的同义语。就司法实践来看，生态损害赔偿已被广泛运用于环境资源各领域，甚至包括了无修复可能、各国均未涉足的大气。在有“雾霾诉讼第一案”之称的“中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气环境污染责任纠纷公益诉讼”（以下简称“德州大气案”）中，法院即判处被告赔偿因非法排放大气污染物所致的生态损害2198万。^[56]此后，“各地法院受理的大气污染案件呈爆发式增长”。^[57]在“绿发会诉深圳市速美环保有限公司、浙江淘宝网络有限公司大气污染案”中，原告诉请销售机动车污染控制装置的商家及网络交易平台赔偿因帮助尾气检测作弊所致的生态环境损害修复费用1.5亿元。^[58]而在一

[54] 环境保护法第58条对环保组织提出了登记级别、环保专业性和守法情况三方面要求；民事诉讼法第55条对检察机关则未作任何资格限制。

[55] 参见前引〔1〕，巩固文，第24页以下。

[56] 《全国首例大气污染公益诉讼案宣判，企业被判赔偿2198万》，中国新闻网，<http://chinanews.com/sh/2016/07-20/7945677.html>，2018年12月30日访问。

[57] 前引〔1〕，王旭光等文，第11页。

[58] 参见《“年检神器”助车辆过关，淘宝及商家被诉承担1.5亿环保费》，网易新闻，<http://news.163.com/16/1027/15/C4D5FQ90000187VE.html>，2018年12月30日最后访问。

起因地方政府和村委会移栽古枣树引发的案件中,法院判令被告赔偿因枣树死亡所致“生态环境受到损害至恢复原状期间的服务功能损失3616818.9元”,以“用于本案的生态环境修复或异地公共生态环境修复”。^[59]这些颇具想象力的“损害”与“修复”,动辄百万甚至上亿的天价赔偿额,固有良好新闻效应,但其环保实效却不无疑问。各种经由简单公式推算、既无实际修复行动可资助又无具体受害对象能受偿的“损害赔偿”,实际上已异化为一种“罚款”。与之形成强烈对比的是,真正的环境侵权诉讼即个人因污染所致人身、财产损害而提起的诉讼中的赔偿责任却极严苛。譬如,在一起引起广泛关注的儿童血铅案中,只有诉讼时血铅含量仍达中毒状态的个别受害者获赔数千元的医疗费用及1万元的精神抚慰金,而其他受到污染侵害但未达中毒状态的儿童则未获任何赔偿。^[60]

(四) 行政消极卸责

在侵权诉讼定位下,环境民事公益诉讼被认为与执法无关,故现行法未建立执法衔接机制,也没有为监管部门设定诉讼权责。“环境民事公益诉讼解释”对“负有环境保护监督管理职责的部门”只规定了其支持起诉、得到案件受理通知以及在费用难定时提供参考意见,^[61]监管部门基本处于消极、被动的边缘化角色。其不当之处在于:

第一,诉前无须行政处理,浪费资源,角色错位。环境案件专业性强,在环境民事公益诉讼中,由于原告不够“专业”和“专注”,所能发现和独力解决的往往都是一些事实清楚、损害明显、关系简单的案件。此类案件由行政处理更便捷、高效,不经执法而直接诉讼,对各方而言都是一种资源浪费。

第二,诉讼与执法平行、重叠,不无干扰。判令停止侵害的公益诉讼与常规执法内容雷同,与后者并用则将导致重复执法。譬如,在“德州大气案”中,在被告已被监管部门“责令全部停产整治、停止超标排放废气污染物”的情况下,法院仍受理案件并判令停止侵害,可能引发系列问题。^[62]从法理上说,在环保部门作出生效处罚的情况下,法院再就同一事项作出类似处理,也有损国家权威,违背“官方行动的一致性”这一法的“内在道德”。^[63]判令恢复原状、赔偿损失的公益诉讼则与具有生态损害填补功能的行政执法重叠,^[64]更与依“改革方案”开展的生态环境损害赔偿不无冲突。此在前述“金城重油案”中也有典型体现。而在“常州毒地案”中,该案起诉阶段即面临着“在地方政府正在着手履行行政职责发挥生态损害救济功能时,人民法院是否有必要受理本案以实现司法救济”的问题。^[65]该案二审判决以不属于法定免责事由为由否定相关环境法规的司法适用效

[59] 焱鸢:《全国首例古树名木环境公益诉讼案今天公开宣判》,搜狐网, http://www.sohu.com/a/213343414_100001695, 2018年12月30日最后访问。

[60] 参见“上诉人易某某1、易某某、谭某某、韦某、谭某某1、胡某、陈某某、毛某某、雷某、徐某1、徐某、张某某、黄某某等十三人与上诉人衡阳美仑颜料化工有限公司环境污染责任纠纷案”,湖南省衡阳市中级人民法院(2015)衡中法民四终字第272号。

[61] 参见“环境民事公益诉讼解释”第11条、第12条、第23条。

[62] 例如,如果被告未停止排污,是按拒不履行生效处罚处理,还是按拒不履行民事判决处理,抑或同时构成两者?如果被告不服,是否须分别提起行政诉讼与民事上诉?如果后续两诉结果不一致,则如何执行?另外,如果行政处罚与法院判决要求“停止侵害”的具体内容不同,则应以何者为准?

[63] 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第23页以下。

[64] 参见前引[6],罗丽文,第256页以下。

[65] 同上文,第245页。

力，^{〔66〕}更造成与行政处理的冲突。

第三，监管部门无实质介入权，专业优势无从发挥，法定职责无从承担。对于案件的处理，监管部门只能应法院要求提供参考建议而无主动出击之权，该建议的“参考”效力也不甚明确；在调解、和解或撤诉等方面，监管部门也无权介入；对于裁判的执行，监管部门亦无配合实施的义务和责任。由此导致的情形是，在案件审理中，并无专业优势的司法机关绞尽脑汁地进行各种技术判断，而作为专业机关、“对本行政区域环境保护工作实施统一监督管理”^{〔67〕}的监管部门却往往隐身、失语。在执行环节，监管部门的缺位更导致判决生效之日往往成为法院陷入麻烦之时——胜诉资金支配、修复责任落实、执行效果评估、验收与后续监管等都需要巨大成本，非法院所长，而“应当对本行政区域的环境质量负责”^{〔68〕}的地方政府及相关部门却坐享其成、袖手旁观。这种审判机关与行政机关的职责错位，既是对各方资源的浪费，又与其各自的职责、身份相偏离，无益于分工配合、协调互补的环境治理整体格局。

第四，遮蔽问题根源，干扰制度建设。实践中，对于一些已经行政处理但实效不佳或线索明显但得不到及时处理的案件，民事公益诉讼往往立竿见影。但这种解决多是个案式的零敲碎打，而非制度上的根本解决；其效果更多来自于公益诉讼的符号功能和新闻效应所形成的政治压力，而非依循法治规律的常规治理。环境公益主要靠公法救济，这是世界各国的共通做法和普遍经验，也是现代环境法得以脱离民法独立发展的根本原因。就现状来看，我国环境立法经过三十多年发展，已建立起较细密的制度、规定了较丰富的责任方式和执法手段，如果严格执行，应足以应对多数常规案件。一个案件如经行政执法但仍实效不佳，原因往往在于生效处罚得不到执行，而依现行法，环保处罚的强制执行权正在于法院，与判决的执行并无二致。如果执行问题得到解决，再行起诉并无必要；如果执行问题不解决，通过判决再重申一遍与已有处罚类似、本可直接申请执行的责任，效果上并无实益，策略上则极不经济。至于那些损害明显但得不到行政处理的案件，主要原因在于执法者怠于履职，其首选也应是通过行政公益诉讼迫使其积极履职。而那些执法者虽积极行动但仍不能充分救济公益的特殊情形，也即为学者所诟病的“罚款顶破天仍便宜了当事人”的“法律尴尬”，^{〔69〕}其真正根源在于法律责任规定的不足，即立法未确立具有损害填补功能的责任形式。其解决之道在于完善环境立法，确立公法性的生态损害修复与赔偿制度，明确赋予执法者追究此类责任的权力与责任，而不是另起炉灶，在实体法不加规定的情况下，直接由普通主体通过所谓的民事诉讼来实施。

（五）司法全面主导，过于能动，力不从心

司法的公正和权威源于其中立地位。尽管法院在公益诉讼中的确需要更加能动，但其仍须保持起码的中立和克制，否则将动摇其公正性和权威性。环境诉讼的专业性和公益诉讼的公共性也注定了法院在此类案件处理上的局限性，法院必须借助监管部门和公众力量。但在现行制度下，法院在环境民事公益诉讼中全面主导案件审判，深度介入诉讼过程，亲

〔66〕 参见前引〔48〕。

〔67〕 环境保护法第10条。

〔68〕 环境保护法第6条。

〔69〕 参见竺效：《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》，《法学》2007年第3期，第6页以下。

自处理专业问题,与其中立立场不无偏离,也常常超越了其能力范围。

第一,裁判脱离“法定”,法院成为“准立法者”。由于公益判断不受“法定”约束,法官常常抛开立法进行判断,成为环境公益的实际界定者。在“常州毒地案”中,两级法院均直接从案涉地块是否存在环境风险——有无污染物留存——的事实角度来判断应否受理,而未将土地的客观状态与其规划用途及相关法规、标准相联系。^[70]该案二审判决在无论《土壤污染防治行动计划》还是《污染地块土壤环境管理办法》均明文规定“土地使用权依法转让的,由土地使用权受让人或双方约定的责任人承担相关责任”的情况下,^[71]仍直接依侵权责任法裁判,排除了国家通过公法性规定所明确表示的特殊意志,值得商榷。

第二,深度介入诉讼过程,成为“准原告”。由于立法不足,又不能任由原告自由处分,“环境民事公益诉讼解释”在诉讼请求、证据收集、反诉、调解、和解、撤诉等方面赋予法院诸多本应由原告行使的特殊权利,^[72]甚至在赔偿费用“难以确定时”也由法院“合理确定”,^[73]对原告认可的不利事实和证据,法院也可“不予确认”。^[74]可以说,从案件受理、诉讼请求确定到事实查明和证据收集,再到责任确定、案件了结乃至胜诉资金的使用、支配,法院都深度“介入”,成为决定者、发动者甚至行动者。

第三,直接处理专业问题,成为“准监管者”。由于监管部门对公益诉讼既无实质介入之权,也无配合执行之责,故审判与执行几乎完全由法院独力承担。诸多事实性、技术性问题由不具备专业能力的法官直接处理,既浪费司法资源,也难保权威、高效。或因此,法院在实践中发展出诸多变通手段,如依“专家证人”进行事实判断,用“虚拟成本法”计算赔偿额,笼统地要求“停止侵害”或“恢复原状”,采用各种简便易行、效果直观的“替代性修复”。^[75]这些极为宽泛、灵活的变通,降低了诉讼的精准度和确定性,法律依据不明,实施规范不足,实效难以验证,使公益诉讼在很大程度上成为一种象征性的惩罚机制,合法性与合理性均不无挑战。

(六) 公众参与不足

侵权诉讼定位也使得普通公众被排除于民事公益诉讼程序之外,现行法几乎未对诉讼过程中的公众参与作出任何具体规定。尤为吊诡的是,由于我国公益诉讼理论特别强调案涉公益在抽象意义上的公共性,甚至把诉讼的公益性等同于原告与案件利益的无涉性,刻意排除原告与案件的利害关系,导致受案件直接影响、与诉讼息息相关者(如诉争项目所在地居民)只能作为旁观者等待与案件处理无实质利害关系的公益代表代为发声、维权,这显然不甚合理,也背离了公益诉讼作为一种公众参与机制的本质。当然,实践中,“有的地方法院邀请环保组织、公民个人对修复过程及结果进行监督,形成了公众参与的监管机制”,^[76]值得肯定,但这只是部分法院的探索,尚无法律保障。而且,从理论上说,这种

[70] 参见前引〔48〕。

[71] 《污染地块土壤环境管理办法》(中华人民共和国环境保护令第42号)第10条第4款;《土壤污染防治行动计划》(国发〔2016〕31号)第21条。

[72] 参见“环境民事公益诉讼解释”第9条、第14条、第15条、第17条、第25条、第26条、第27条。

[73] 参见“环境民事公益诉讼解释”第23条。

[74] 参见“环境民事公益诉讼解释”第16条。

[75] 如异地补植、劳役代偿、设立生态修复基地、环保技改折抵等。参见前引〔37〕,巩固等文,第68页。

[76] 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138页。

做法与侵权诉讼论的内在逻辑也是不甚契合的。不改变深具私法底色的侵权诉讼定位，作为公法机制的公众参与就终难在民事公益诉讼中得到名正言顺、全面系统的构建。

四、回归“法定”：环境民事公益诉讼的完善方向与当务之急

公益诉讼是个好东西，但只有在适当时机以适当形式用在适当地方，方得其所。为此，妥善处理其与环境法及其实施机制的关系，让两者相互协调、配合而不是排挤、干扰，借力打力而不是另起炉灶，是公益诉讼机制的基本前提和应然立场。就此来看，以与公法机制的平行、独立为预设的侵权诉讼论先天不足，必须摒弃。明确环境民事公益诉讼作为公法诉讼的性质定位，确立其与其他公法机制的本质同一性和分工配合意识，区别代位执法诉讼与生态损害填补诉讼，按照“依法实施、分类发展、执法优先、司法补充”的原则进行制度安排，是制度完善的根本方向；其首要任务和基本路径是加强立法，补足法律短板。由于涉及问题众多，立法完善将是一个复杂的系统性工程，需统筹规划、稳步推进，篇幅所限，无法详述。下文仅结合立法实践就若干重要问题谈几点建议，既解燃眉之急，也为制度的长远发展锚定方向、勾勒框架。

（一）修改“环境民事公益诉讼解释”，形成实质性的“公法诉讼”规则

“环境民事公益诉讼解释”虽非立法，但内容具体、明确，针对性强，且修改相对容易，值得认真对待。在特别立法难以一蹴而就的情况下，可先通过修改“环境民事公益诉讼解释”构建起实质上的“公法诉讼”规则，以扭转实践方向，提供正确指引。

第一，引入“违法性”要件，既适度限缩受案范围，又在诉讼与环境法之间建立起直接连结，使环境民事公益诉讼成为保障环境守法的补充性手段。对此，技术上只要对环境保护法第58条规定的“污染环境、破坏生态，侵害社会公共利益的行为”作限缩性解释，把“违反法律规定”作为行为构成的要件之一即可实现。

第二，明确对环境侵权法的“参照适用”。环境民事公益诉讼不是民事诉讼，不能照搬侵权规则，但其基本原理和制度内容与侵权诉讼大量重合，实践中仍需大量“借用”侵权规则。对此，“环境民事公益诉讼解释”的正确处理是明确规定“参照适用”环境侵权相关规定，从而既为适用提供合法性，又明确公益诉讼的特殊之处，为各种例外处理和特殊规则留下伏笔。

第三，有限探索环保“禁令”。公益损害须由公法责任救济。“环境民事公益诉讼解释”在民事责任外衣下实施公法责任，存在名不副实、合法性欠缺、保障机制不足、执行责任乏力等问题，应借鉴他国经验，构建具有行政色彩、更加灵活权威的司法“禁令”制度来补足。当然，独立的禁令制度须由法律创设，但民事诉讼法第100条的保全制度可在一定程度上发挥“禁令”的功能，并已为个别法院所实践。^[77]对此，“环境民事公益诉讼解释”应高度重视，充分利用，把“造成或可能造成严重环境损害”解释为启动保全的条件之一，结合环境公益救济的现实需要对“责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为”的具体

[77] 参见邢琳：《北京市首发大气“污染”禁令到底怎么禁》，搜狐网，http://www.sohu.com/a/165593220_391265，2018年12月30日最后访问。

形式作出细致规定,并明确操作程序。

第四,依“法”、谨慎、有限实施生态修复责任。一是删除“环境民事公益诉讼解释”第20条中的“恢复原状”字样,使“修复生态环境”与传统民事责任脱钩,为后续立法将之作为独立的诉讼请求和责任形式做好铺垫。二是限缩适用范围,明确应“依法”进行,把“法定”作为该类责任适用的前提。对于没有实体法依据的领域和行为,暂不判令生态修复类责任,而只追究停止侵害类责任,从而在实质上形成代位执法诉讼与生态损害填补诉讼的区分。三是扩大对“法定”的识别范围,把现行环境法中具有生态损害填补功能、包含消除、治理、恢复等恢复性内容的行政责任条款作为生态修复责任判决的实体法依据。^[78]如此,既解决该类责任的实体合法性问题,又在事实上打通公益诉讼责任与环境执法责任的区隔,从源头上消除将二者相互独立所必然导致的重叠。四是严格依“法”实施。具体案件中的环境状态是否恢复、如何恢复、恢复到什么程度,都应依相关法条的具体规定,综合表述用语、立法目的和适用情境去推知,而非抛开立法从宽泛的生态系统角度作抽象思考。五是借助“禁令”推行。在“生态修复”性质不清、依据不明等问题解决之前,^[79]尚不宜在判决中明确将之作为一种独立的法律责任形式来对待。对此,可充分利用前述“禁令”制度,把“修复生态环境或承担相关费用”作为法官可责令被告“作出一定行为”的具体内容。

第五,建立执法衔接机制。一是诉前礼让执法优先,“环境民事公益诉讼解释”应要求法院收到起诉材料后立即通知监管部门并留出合理时间(如两个月),在后者逾期未采取执法行动时再正式立案。二是建立审判咨询、会商机制,使监管部门能够更加方便、直接地参与诉讼,就案件处理提供专业意见。三是对执行进行分工,明确监管部门在方案制定、过程监督、验收评估等方面的义务和责任,发挥其专业优势,也促使其切实承担法定职责。

第六,建立公众参与机制。一是利用人民陪审员法第16条第3项有关生态环境保护案由人民陪审员占多数的七人合议庭进行审判的规定,细化陪审员的遴选与工作机制,确保充分反映公众意愿。二是在“环境民事公益诉讼解释”第23条规定的“合理确定”生态修复费用的参考因素中增加“公众意见”。三是在“环境民事公益诉讼解释”第25条的“调解、和解协议”条款中增加有关听取和回应公众意见的规定,并突出“利益相关者”的地位。四是增加案件执行方面的公众参与规定,尤其在初始的“方案确定”和最终的“验收”环节,均应把公众意见作为重要参考。

(二) 科学推进民法典绿色化,为构建公法性的生态损害赔偿制度奠定基础

生态损害赔偿属于公法责任,应由公法规定,但这并不意味着民法典无可作为。毕竟,损害填补向为民事责任之所长,而生态损害赔偿兼具恢复原状和损害赔偿的原理和外观,其实施不可避免地涉及对部分民法规范的“借用”,民法典完全失语的结果只能是放任当前把该责任误作民事责任对待的错位。正确处理是对之作出特别规定,在提供合法性的同时明确其非纯粹民事责任的特殊性,理顺民法规范与公法规范的适用关系,为特别法中的具体构建奠定基础 and 框架。主要可有两方面举措:

[78] 环境法中的“恢复性行政处罚责任”条款,可参见前引[46],谭冰霖文,第156页;前引[6],罗丽文,第257页以下;张宝:《生态环境损害政府索赔权与监管权的适用关系辨析》,《法学论坛》2017年第3期,第17页以下。

[79] 参见前引[76],吕忠梅等文,第125页以下。

一是在物权编中确立生态环境的“公共财产”地位，为生态损害赔偿责任的确立提供实体法基础。如果生态环境不是“财产”，相关修复、赔偿就如无本之木，无以立足；但其显然又不同于传统民法中作为私权客体的一般财产，否则也无特别立法之必要。实际上，生态环境的法律定位应为公物，但由于我国目前尚无此类立法，鉴于生态环境的重要地位及其损害赔偿实践的迫切需求，有必要在民法典中先行规定。为此，可在物权编“一般规定”部分增加一条特别规定，明确生态环境的“公共财产”属性，并为其确立“依法保护”的基本原则，为相关责任的设定提供财产法上的基础和依据。^[80]

二是在侵权责任编对生态损害赔偿作原则性规定，确立制度框架，强调依法实施，既为确立这种特殊责任提供来自基本法律的依据，又为特别法的具体构建、灵活处理留下充分空间。从最新公布的民法典侵权责任编草案二次审议稿（以下简称“二审稿”）及其立法说明来看，立法者已经认识到“对生态环境本身的损害”和“对民事主体的人身、财产损害”之间存在差异，接受了学界有关“应当对破坏生态环境造成的社会公共利益、国家利益损害责任和造成的民事主体人身、财产损害责任进行分别规定”的建议，^[81]并作出相应安排——前者适用新增的第1010条和第1011条规定的“生态修复与赔偿”，后者则适用第1004条的“侵权责任”。如此处理，在形式上避免了私益责任与公益责任适用同一条款的尴尬，并对公益责任施加违法性限制，从而初步建立起与公法的连结通道，具有明显进步性。不过，“二审稿”对两类责任的区分仍不够彻底，对生态损害赔偿作为公法责任的认识和处理尚有不足。从第1010条和第1011条的规定来看，其与公法的连结——“违反国家规定造成生态环境损害”“法律规定的机关或者组织”——仅指涉原因行为和求偿主体，在责任的产生与适用方面并未为特别法发挥作用留下多少空间。这意味着，“二审稿”中的生态损害赔偿仍然是一种可直接依私法规定而生、可普遍实施的民事责任，从而既无助于消除前文指出的适用“泛化”之弊，又无法与现行环境法中的各种恢复性责任条款相衔接。更有甚者，其封闭性、断语式的表述和民法典作为基本法律的高位阶反而在实际上压缩了仅为一般法律的环境法的调适空间，排除了立法者通过单行法对不同领域具体问题具体分析、依实际情况灵活变通的可能。而如果立法者认为有了这两条概括的原则性规定，生态损害赔偿在法律层面的立法任务即告完成，遮蔽或延宕本为正途的特别立法，则更是害莫大焉。

有鉴于此，笔者认为，侵权责任编中的生态损害赔偿条款应以“依法实施”为核心，作必要的修改，全面畅通与公法的连结，把特别法的具体规定作为具体责任实际产生和据以实施的根本。在技术上，这种处理并不困难，只要把第1010条和第1011条中的“有权请求”改为“可依法请求”，把最终决定权交给特别法即可。如此，既契合生态损害赔偿的公法责任本质，在通过民法典确立制度根基和基本框架的同时在具体内容上仍保有相当的开放性，把实质内容留给特别法去斟酌确定和填充；又无损民法作为私法的性质和本分，在严守实质上的公私法之别的前提下科学地推进民法典绿色化。

（三）制定环境公益救济法

环境民事公益诉讼也好，生态损害赔偿也罢，都是具有创新性的公法机制，都需要特

[80] 详见巩固：《民法典物权编“绿色化”构想》，《法律科学》2018年第6期，第128页以下。

[81] 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》，转引自搜狐网，http://www.sohu.com/a/289029349_169411，2019年2月1日访问。

别立法。就世界普遍经验来看,此类立法主要有两种模式:一是各环境单行法中的特别条款,二是统一的综合性专门法。前者具有因地制宜的优势,便于根据各领域实际作灵活变通;但需要修补多部立法,往往缓不济急。就我国当前快速、全面推进环境公益诉讼与生态损害赔偿的现实需要来看,制定一部同时包含这两类制度、兼具实体性与程序性的“环境公益损害救济法”,当为首选。

在公益诉讼方面,应把环境行政公益诉讼也纳入进来,通过立法创制特别规则,建立真正符合行政公益诉讼本质的“客观诉讼机制”。^[82]实际上,民事公益诉讼与行政公益诉讼在案由、目的、功能及内容等方面有大量重合,应尽量合并审理、一体解决;不宜合并的,也应建立衔接机制,尽量协调配合,避免重复重叠。^[83]把二者放在同一立法中统筹安排,更加方便、高效。在此方面,《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》已有积极探索,其体例结构,可堪借鉴。而无论民事公益诉讼还是行政公益诉讼,都需要立法对原告资格、适用范围、起诉条件、诉前程序、诉讼时效、诉讼请求与责任形式、审理规则、审判程序、证据规则、诉讼处分、费用分担、判决执行、部门权责、公众参与以及本诉与其他公益救济机制的顺位关系等作出细致规定。而在明确公益诉讼的“代位执法”本质、通过特别程序礼让行政执法优先、通过限定的责任形式确保公益效果的前提下,再把适格原告限缩在少数“代表”之上,就失去了必要。由此,学界呼吁已久的环境行政诉讼向社会组织开放、两类公益诉讼均向公众开放的建议,亦可付诸实践,从而扭转当前日益严重的“公益诉讼国家化”倾向。^[84]

在生态损害赔偿方面,立法应在民法典第1010条和第1011条规定的框架基础上,对相关具体问题如适用范围、启动条件、责任主体、索赔权人、构成要件、免责事由、承担方式、资金管理、鉴定评估、修复方案、赔偿范围、实施程序、执行监督、效果评价、信息公开、公众参与乃至强制保险、修复基金等作出具体规定,建立切实可操作的制度体系。应确立以修复为核心的理念,慎用替代性修复,避免单纯的金钱赔偿。应确立“有限实施”思想,只在有可能和必要的领域适用,排除大气等尚难修复的领域及成本—收益不成比例的情形,规定必要的责任限制或豁免。注重实施过程的公开透明和公众参与。在实施机制方面,立法应综合利用诉讼、磋商、行政执法等多种手段,既发挥各自优势,又明确实施顺位,建立衔接机制。对此,应树立行政处理优先的思想,把生态修复纳入地方政府的职责范围,突出行政机关的主体责任,明确司法的辅助角色,形成政府主导、司法补充、行政处理优先、公益诉讼兜底的多层次立体式格局。

需要特别注意的是,“改革方案”突出地方政府在生态损害填补方面的主体作用和主导地位,强调发挥以“磋商”为具体形式的行政手段的作用,明确了“主动磋商,司法保障”的角色分工和先磋商后诉讼的顺位安排,强调“信息共享、公众监督”,已描绘出清晰的公法性生态损害赔偿制度框架,应为立法确认和转化。及时吸纳国家政策,通过细密规则保障落实,这也是公益损害救济立法的基本路径和应有之义。当前,该方案实施的最大障碍

[82] 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49页以下。

[83] 参见巩固:《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》,《浙江工商大学学报》2018年第5期,第27页以下。

[84] 参见陈杭平:《公益诉讼“国家化”的反思》,《中国社会科学报》2018年8月29日第5版。

在于立法不足。无论剑指公益的“赔偿”，还是作为行政契约的“磋商”，都极具创新性，需要法律的授权和规范；而制度的各具体细节，如权责分配、执行监管、资金管理与使用、对赔偿协议的司法确认和强制执行、与公益诉讼的顺位衔接等，也都是需要法律规定的重大创新，不是仅仅通过对侵权法的“借道”和相关司法解释、规章、政策的“探索”所能实现的。在法律缺位的情况下，各地不得不通过地方立法甚至政策性文件进行自我授权，各种“办法”“方案”“通知”成为追究责任、实施制度的主要依据，合法性不无疑问，并造成各行其是的混乱，不仅实践举步维艰，更隐含法治侵蚀的代价。正本清源，回归立法正途，“启动环境责任专门立法，明确环境侵害的各种法律后果，建立系统的专门环境法律责任制度，为生态环境损害提供完整的法律依据”，^[85] 势在必行，应尽快提上日程。

Abstract: The civil public interest litigation is a special judicial mechanism created to make up for the lack of administrative law enforcement in the field of social public welfare. It is not a traditional form of civil litigation, and cannot apply the traditional civil litigation rules. Judging from the general experiences of the world, environmental civil public interest litigation has the characteristics of strict implementation in accordance with law, typed development, limited applicability, administrative decentralization, limited discretion, and broad public participation. In China, environmental civil public interest litigation is considered as one type of tort litigation mainly based on judicial interpretations, with such shortcomings as insufficient legal basis, confusion of “subrogation law enforcement” litigation with compensation litigation, generalization of application, administrative negative responsibility, excessive judicial discretion, and inadequate public participation. In the future, China should rectify the incorrect positioning of civil public interest litigation as a civil lawsuit, and take public law litigation as the correct direction to improve related systems. Considering the current rule of law practice, it is imperative for China to revise the relevant judicial interpretations, appropriately deal with the relevant provisions in the Civil Code, coordinate the relationship between the general rules of civil law and special environmental legislation, and scientifically promote the greenization of the Civil Code. In the long run, China should adopt a special Environmental Public Interest Damage Relief Law that contains separate chapters on environmental public interest litigation and ecological damage compensation. The former should include civil public interest litigation and administrative public interest litigation. The latter should comprehensively make use of various mechanisms, such as litigation, consultation, and administrative law enforcement, and make the best of the Plan for the Reform of the Ecological Environment Damage Compensation System to achieve legislative transformation.

Key Words: environmental civil public interest litigation, subrogated enforcement, ecological damage compensation, the Part of Tort Liability in Civil Code

[85] 吕忠梅：《为生态损害赔偿制度提供法治化方案》，《光明日报》2017年12月22日第2版。