

生态环境损害赔偿治理中行政代履行的体系展开

——基于公法治理模式的分析

范伟

(中国政法大学法律硕士学院,北京 100088)

摘要:统筹推进生态环境损害赔偿对于健全生态环境治理体系,深化生态文明体制改革具有重要的推动作用。当前,以“公法权利,私法操作”为核心理念的生态环境损害赔偿制度本质上是一种私法治理模式下的制度设计,其混淆了宪法学意义上的自然资源国家所有权与民法学意义上的自然资源国家所有权,无法完全满足生态环境损害赔偿的现实需要。为了确保生态环境损害问题得到及时且有效的治理,政府必须承担更为关键的角色,生态环境损害赔偿治理迫切需要公法治理模式的补强。在行政主导的公法治理模式中,环境行政代履行以行为义务不变与履行方式转化为功能定位,契合生态环境损害有效治理与及时治理的双重目标。环境行政代履行应当立足生态环境损害的特殊性,遵循行政权的运行规律,从适用范围、代履行主体的确定、过程控制、权利保障等方面构建具体的内部规则体系。此外,对于生态环境损害无法确定责任人的情形,行政机关应当运用公共财政资金承担兜底性责任,随着科技的进步,一旦责任人在法律上得以明确,之前垫付的公共财政资金应由责任人偿还;对于生态环境损害无法修复的情形,行政机关应当积极运用行政权开展替代性修复工作。

关键词:生态环境损害;公法治理模式;行政代履行;生态环境修复

中图分类号:D922.68

文献标志码:A

文章编号:1671-4970(2024)06-0101-11

党的二十届三中全会提出深化生态文明体制改革,对健全生态环境治理体系,完善精准治污、科学治污、依法治污制度机制,统筹推进生态环境损害赔偿等作出了新的重要部署。生态环境损害赔偿作为污染防治中的关键环节,其制度设计及实践运行影响着生态环境保护的整体效果。生态环境损害得到及时且有效的治理是深入推进生态文明建设、构建现代环境治理体系的必然要求。当前,我国以私法治理模式构建的生态环境损害赔偿制度体系不足以回应实践中的生态环境保护需要。本研究认为,生态环境损害是对环境公共利益的破坏,生

态环境损害修复本质上是一种公法责任,因此生态环境损害赔偿亟须公法治理模式的补强。在此背景下,环境行政代履行制度的功能归位与体系展开,可以作为一把“利器”推进生态环境损害有效治理与及时治理双重目标的实现。

一、生态环境损害赔偿治理中公法模式的正当性阐释

“防治结合”是我国生态环境保护遵循的基本原则之一,其在《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)中的规范表述为“预防为主、综合治理”。有学者基于环境保护原则与环

引用本文:范伟.生态环境损害赔偿治理中行政代履行的体系展开——基于公法治理模式的分析[J].河海大学学报(哲学社会科学版),2024,26(6):101-111.

基金项目:国家社会科学基金重大项目(22&ZD138);中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(24CXTD10)

作者简介:范伟(1991—),男,副教授,博士,主要从事行政救济法学、行政法学研究。E-mail:fanwei0611@126.com

境法原则的二元区分,认为“预防为主、综合治理”在学理层面及未来环境法典中应当表述为预防为主原则^[1]。笔者认为,在生态环境保护中危害预防尤为重要,但损害治理同样不可或缺,“预防为主、综合治理”在学理上可表述为防治结合原则,即“国家在环境保护工作中采取各种预防措施,防止开发和建设活动中产生新的环境污染和破坏,而对已经造成的环境污染和破坏要积极治理。”^[2]防治结合原则既注重源头面向的生态环境危害预防,又注重事中事后面向的生态环境损害治理,且强调两者之间相互促进、相得益彰。

1. “公法权利,私法操作”为核心的私法模式反思

我国生态环境损害赔偿制度体系是以“公法权利,私法操作”为核心理念展开具体构建的^[3],该理念遵循生态环境损害虽是一个公法领域的问题,但应当通过私法方式予以治理这一观点。笔者认为,既有的生态环境损害赔偿制度体系主要是基于生态环境损害“有效治理”之一元目标进行的立法设计,带有明显的“权利损害—司法救济”色彩,本质上是一种私法治理模式,亟须公法治理模式的补强。

一方面,“损害担责”之法律责任的学理解构与制度设计,具有“重金钱赔偿,轻行为义务”的倾向,无法完全实现生态环境损害有效治理的目标。就学理解构而言,“损害担责”指向环境法律责任的观点已经得到学界普遍肯认,但具体的责任方式尚存争议。其中,狭义说承继了域外“污染者付费”的观点,认为责任方式是经济责任、付费责任,主要目的在于实现污染者外溢环境成本的内部化^[4];广义说结合我国环境保护政策对“污染者付费”进行了学理拓展^①,细分为“污染者负担”“开发者保护”“破坏者恢复”“利用者补偿”“主管者负责”等具体内容^[5],认为责任方式包括恢复环境、修复生态或者支付上述费用的法定义务^[6]。但是,“负担”“担责”与“付费”仍然存在简单画等号的情况,如有学者认为:“污染者付费,亦称污染者负担,指污染环境造成的损失及治理的费用应当由排污者承担,而不应转嫁给国家和社会。”^[7]就制度设计而言,受前述狭义说以及“负担”“担责”与“付费”简单等同的观点影

响,既有生态环境损害赔偿制度具有明显的“重金钱赔偿,轻行为义务”倾向。“损害赔偿”与“赔偿损失”内涵相同^[8],在侵权责任体系中仅指向金钱赔偿的责任方式。以“损害赔偿”为字眼进行制度表述,存在不当限缩生态环境损害责任方式的风险。更为严重的是,依照侵权责任的一般理论,金钱给付完毕,责任人的损害赔偿责任即告消灭。此时,“既不要求责任人对损害进行修复,又无法对收取赔偿金的相关主体行使赔偿金进行规制”^[9],这势必影响生态环境损害有效治理目标的实现。

另一方面,“公法权利,私法操作”模式下的生态环境损害赔偿制度和环境民事公益诉讼制度也无法完全实现及时治理的目标。就模式选择而言,“公法权利,私法操作”的模式本质上是一种私法治理模式。从“公法权利”的文字表述看,该模式混同了宪法学意义上的自然资源国家所有权和民法学意义上的自然资源国家所有权,实质上是将国家视为一个因占有自然资源而获取利益的纯经济组织^[10]。生态环境损害本质上是一种环境公共利益的破坏,及时性理应成为生态环境损害治理的重要价值追求。就制度实施而言,在生态环境损害赔偿制度的实施过程中,若赔偿权利人与赔偿义务人达成赔偿协议,赔偿权利人需要申请司法确认。不履行或未完全履行经司法确认的赔偿协议,赔偿权利人可向人民法院依法申请强制执行。如果赔偿权利人与赔偿义务人无法达成赔偿协议,则需提起生态环境损害赔偿诉讼。而生态环境损害赔偿诉讼实质上是环境民事公益诉讼的子类型,其与环境民事公益诉讼具有同质性。通过梳理发现,既有的生态环境损害治理皆需寻求司法的支持,其或是协议效力的确认,或是纠纷的实体判决。但是,司法奉行不告不理原则,其无法积极主动介入生态环境损害治理,且法官大多欠缺环境科学相关的专业知识,在诉讼程序中的事实认定及判决作出后的执行监督中,都需参考检测或监测报告、鉴定评估报告等资料。与行政效率相比,司法效率相对较低,不

① 参见《关于环境保护若干问题的决定》(国发〔1996〕31号)。

利于受损害的环境公共利益得到及时治理。

综上所述,基于“有效治理”一元目标展开的生态环境损害赔偿制度具有先天局限性,其所提倡的“公法权利,私法操作”本质上是一种私法治理模式,在实践中存在有效性不足与及时性缺位的双重困境。对此,有必要修正生态环境损害赔偿模式,以回应生态环境治理有效性及时性的双重价值追求。

2. 公法治理模式的理论证立

在有效治理与及时治理双重目标指引下,生态环境损害赔偿亟须补强行政主导的公法模式。行政主导的公法治理模式是一项由行政机关依法行使行政权主导下的治理模式,其并非传统公法与私法二元分立结构下私法治理模式的对立面,而是政府主导下“多元共治”环境治理体系的具体体现,其实施具有理论正当性。

一方面,生态环境损害赔偿的逻辑起点是公法学意义上的“责任”,而非民法学意义上的“权利”。生态环境具有公共性、社会性和公益性等特征,是一种典型的公众共有物。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第26条以及第9条第2款规定,国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害;国家组织和鼓励植树造林,保护林木;国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物;禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。可知,生态环境损害本质上是对由共同体所享有的环境公共利益的破坏。因此,生态环境损害责任是对生态环境共同体成员所承担的一项责任和义务,生态环境损害赔偿的目的是及时且有效地恢复、修复受损害的环境公共利益。

另一方面,行政的本质是对公共利益的集合、维护与分配^[11],公法治理模式应以行政主导。在《宪法》规定的国家权力结构框架下,行政机关是公共利益的首要维护者,当公共利益受损时,应首先仰赖行政机关依法履行职责^[12]。生态环境损害赔偿的模式选择应当以自然资源国家所有权在公法学意义上的内涵为基准,即对于自然资源的利用、生态环境损害的治理等,应当运用国家公权力进行积极的干预^[13]。因此,生态环境损害的公法治理模式,应当以宪法为依据,通过立法授权,由行政机关

依法行使行政权,及时有效地恢复受损害的环境公共利益。

当然,行政主导的公法治理模式不具有排他性,即行政机关并不独占生态环境损害赔偿权力。在国家权力结构框架下,当行政机关违法履职或者不作为时,检察机关可以启动行政公益诉讼检察监督或者违法行政行为检察监督进行介入。“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。”^[14]此外,行政主导的公法治理模式亦需要社会公众的参与,这是“多元共治”环境治理体系的必然要求,也是生态环境保护的应有之义。

二、生态环境损害公法治理模式下行政代履行的强化

在公法治理模式下,生态环境损害的责任承担不仅需要关注应然层面的“损害赔偿”,也需要兼顾实然层面的“义务实现”。也就是说,生态环境损害赔偿“最重要的救济手段不是损害赔偿,以各种手段修复被污染、破坏的生态环境才是最迫切、最主要的需求”^[15]。其中,行政代履行是“义务实现”的主要替代方式。

1. 公法模式“行为义务优先”原则下的行政代履行

在坚持公法责任论的前提下,生态环境损害的责任方式应当是“行为义务优先”原则下多层次结构:第一层次的责任方式是生态环境损害限制义务,即生态环境损害发生时,责任人应当采取停止侵害、排除妨碍等方式限制和防止生态环境损害继续扩大。第二层次的责任方式是生态环境修复义务,修复义务以生态环境损害可以修复为前提,责任人应当修复至生态环境受损前的基线水平或生态环境风险可接受水平。修复义务是对传统民事侵权责任方式中“恢复原状”的借鉴,在公法治理模式下,需要对这一私法概念进行公法性改良。第三层次的责任方式是生态环境替代性修复义务,替代性修复义务以生态环境损害无法修复为前提,责任人以生态环境及其服务功能等量恢复为标准积极履行替代修复义务。关于替代性修复的方式,实践中已探索出“建设教育基地”“异地补

植”“增殖放流”以及技术改造与赔偿责任结合的“技改抵扣”^①等多种途径。在公法治理模式下,需要对替代性修复方式的实践探索进行选择吸收与体系化调适。需要说明的是,“行为义务优先”原则下生态环境损害责任方式的层次性结构,并非排斥“金钱损害赔偿”的责任方式。需要在公法责任论的前提下,对私法治理模式中“金钱给付完毕,责任即告消灭”的法律效果进行公法性改良,以契合生态环境损害有效治理与及时治理的双重目标。

“行为义务优先”原则有助于生态环境损害及时且有效治理双重目标的实现,但责任人不能及时履行行为义务是实践中的常见问题。鉴于生态环境的公共性、生态环境损害治理的紧迫性与专业性,在一定条件下,需要对行为义务设置替代性的履行方式,以确保具有优先性的生态环境损害限制义务、生态环境修复义务能够及时且有效的履行。此处替代性的履行方式,即指向生态环境损害公法治理模式下的行政代履行(以下简称“环境行政代履行”)。

2. 环境行政代履行的功能定位

环境代履行的功能定位在学界尚存争议,主要集中于责任人之行为义务是否改变、转移的问题。其中,肯定说主张代履行后责任人的行为义务发生了改变,即责任人的行为义务转化为了更易于执行的金钱义务。如,有学者结合费用负担认为:“对代履行的替代履行义务功能的认识,不能脱离费用的负担,没有费用的负担,便无法体现为金钱给付义务的转化。”^[16]而否定说则认为,责任人的义务并不因为代履行而改变。如有学者认为,“环境义务人的履行责任并不因替代履行而消灭。”^[17]

笔者认为,肯定说的观点混同了公法与私法中的代履行制度。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第524条第2款规定了私法中的代履行制度,即“债权人接受第三人履行后,其对债务人的债权转让给第三人……”对此,有学者认为:“民法中的第三人代为履行制度给我们以启示,为解决客观上的履行不能,在行政法中也完全可以设计相类似的代履行制度。”^[18]也有学者认为,对于意定的债权转让,达成合意时即可发生债权转让的效

果;对于法定的债权转让,法定转让事由发生时产生债权转让的效果^[19]。因此,受民法中第三人代为履行制度的影响,环境代履行中责任人的行为义务亦发生向金钱义务转化的效果,时间点为行政机关作出代履行决定之时或者行为义务之内容实现之时。

需要注意,行为义务与行为义务指向的内容并非同一事物,责任人的行为义务转化说实质上混同了行为义务与行为义务指向的内容。笔者认为,环境行政代履行的功能定位应当是责任人的行为义务未发生改变,仅履行的方式发生转化。结合环境行政代履行中环境行政机关、行政相对人、第三人三方主体的关系可对此做具体分析。首先,环境行政机关与行政相对人存在行政法律关系。依照环境行政代履行制度的推进过程,环境行政机关先后作出履行行为义务的行政决定和代履行的行政决定。其次,环境行政机关与第三人之间存在行政法律关系。实践中,通过签订行政协议的方式,环境行政机关将行为义务之内容交由第三人代履行,同时对第三人代履行的过程进行监督和管理。第三人代履行完毕后,代履行的费用应当由环境行政机关支付。最后,行政相对人与第三人之间不直接发生法律关系。第三人在代履行具体实施过程中应当具有附随义务,遵循最小损害原则和诚实信用原则。行政相对人对第三人实施的代履行也应当具有一定的容忍义务。

综上,环境行政代履行的功能定位应当确定为责任人的行为义务不变与履行方式转化,即行为义务的履行责任不会因为替代履行而消灭,行为义务的内容可由行政机关或第三人代为实施,责任人应当承担一定的金钱给付义务。

3. 环境行政代履行的规范依据

环境行政代履行制度的规定主要散见于《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)和环境单行法。其中,《行政强制法》第50条规定:“行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定,当事人逾期不履行,经催告仍不履行,其后

① 参见江苏省高级人民法院(2014)苏环公民终00001号民事判决书。

果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的,行政机关可以代履行,或者委托没有利害关系的第三人代履行。”环境单行法中,《中华人民共和国土壤污染防治法》(以下简称《土壤污染防治法》)《中华人民共和国防洪法》(以下简称《防洪法》)《中华人民共和国森林法》(以下简称《森林法》)《中华人民共和国水污染防治法》(以下简称《水污染防治法》)等均就环境行政代履行作出规定。如《土壤污染防治法》第94条规定:“地方人民政府生态环境主管部门或者其他负有土壤污染防治监督管理职责的部门责令改正……拒不改正的……委托他人代为履行……”不过,环境行政代履行制度的既有研究认为,在权力授予层面,《行政强制法》第50条的规定不构成行政代履行制度的普遍授权,在环境领域中仍然需要其他法律的另行授权,如在作为环境基本法的《环境保护法》中对环境行政代履行制度进行统一授权和规定^[20]。在权力行使层面,《行政强制法》第50条对行政代履行的规定是一种任意性规则,基于对“可以”表述的解读,行政机关对于是否实施行政代履行拥有自由裁量权^[21]。

笔者认为,《行政强制法》第50条应当为我国行政代履行制度的“总则性”条款,环境单行法对环境行政代履行的具体规定应当视为“分则性”条款。具体理由有三:

首先,从规范分析层面讲,《行政强制法》第50条属于典型的职权性规则,显著区别于单一的授权性规则和义务性规则。权利往往与个人利益关联,而职权只能代表国家和社会公共利益,“职权一词不仅意味着法律关系主体具有从事这种行为的资格或能力,而且也意味着他必须从事这一行为,否则便成为失职或违法。”^[22]由此可得,作为职权性规则的《行政强制法》第50条,兼具授权性规则和义务性规则的特征,既通过法律的形式授予行政机关代履行的职权,同时又明确行政机关在符合一定条件的情况下具有组织实施代履行的义务。

其次,就行政代履行的权力授予而言,《行政强制法》第50条应构成对行政机关代履行职责的普遍授权,环境行政履行无须环境单行法的另行授权。该观点可以从《行政强制法》

的立法原意中得到进一步佐证,对于行政代履行的制度设计,立法者未采取“只能由法律设定代履行”和“具有强制执行权的行政机关才能实施代履行”的设计思路,而是将代履行的适用范围限定在“做好事”事项,即“后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源”的情形^[23]。

最后,就行政代履行的权力行使而言,在裁量权缩减至零的情况下,行政机关应当履行代履行的法定义务。从规范种类层面讲,《行政强制法》第50条属于义务性规范中的裁量性义务规范,其中包含代履行决定和代履行方式两个方面的裁量。根据《行政强制法》第50条的规定,相关条件同时满足时,将发生代履行决定的裁量收缩(也称裁量限缩至零)^[24],即“可以”转化为“应当”,行政机关具有作出代履行决定的法定义务,否则便构成失职或违法。但是,此时行政机关对于代履行的方式仍有自由裁量权,既可以自己代履行,也可以委托第三人代履行。

在明确《行政强制法》第50条对行政代履行普遍授权与权力行使的规范意涵的基础上,可知《行政强制法》与环境单行法构成一般法与特别法的关系,即二者分别构成环境代履行制度的一般法依据和特别法依据。在具体适用上,行政机关可遵循《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第103条之规定^①,优先适用环境单行法对于环境代履行制度的规定。

三、环境行政代履行的实践困境

环境行政代履行制度作为行政主导下公法治理模式的一把“利器”,在实践中并没有发挥应有作用,甚至饱受一线环境执法人员诟病。通过梳理发现,环境行政代履行制度的实践困境既与环境领域的特殊性有关,也与制度自身的一般性问题相关联。

1. 环境行政代履行在环境领域的特殊性问题

作为“总则性”条款的《行政强制法》第50

①《立法法》第103条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”

条在环境领域具体适用时,主要存在3方面的问题:第一,既有立法无法完全涵盖生态环境损害修复的担责方式。《行政强制法》第50条规定的“排除妨碍、恢复原状”等责任人之行为义务,从法解释学角度无法完全包含责任人之生态环境损害修复义务。第二,生态环境损害责任人难以确定的情况下无法适用行政代履行制度。根据《行政强制法》第50条的规定,行政代履行的适用以责任人明确为基本前提,但实践中,生态环境损害的责任人存在法律上难以确定与事实上难以确定两种情形。前者如污染者取得排污许可证后的“合法排污”,该污染者依法不承担行政法律责任,即在法律上无法被认定为生态环境损害责任人;后者如生态环境损害存在较为普遍的“多因一果”情况,客观上难以精确定生态环境损害责任人^[25]。第三,现行的生态环境损害赔偿制度带有明显的“权利损害—司法救济”色彩,行政权空间受到司法权的严重挤压。实践中环境行政机关以私法权利主体的身份参与其中,极度仰赖司法权的作用^[26]。受该政策导向下私法治理模式的影响,环境行政机关丧失运用行政权开展生态环境损害治理的内在动力,这也是环境行政代履行制度难以推行的根本原因。

2. 环境行政代履行中代履行制度的一般性问题

行政代履行制度内在的不确定性和精细化不足对其在具体环境领域中的实际运用效果产生负面影响,存在的问题主要有:第一,代履行人的确定规则作为一项任意性规范,缺乏明确的确定标准和程序。就确定标准而言,何种情况下应当由行政机关自己实施代履行,何种情况行政机关应当委托第三人实施代履行并不明确;就确定程序而言,第三人实施代履行的情况下,如何通过一定的条件设置和程序规范确定最优的第三人亦不明确。正如有学者担忧的那样:“如果随意指定第三人,既不利于对相对人权益的保护,也会降低行政机关的公信力。”^[27]第二,代履行费用性质不明致使追索效果不佳。代履行费用的性质在学界众说纷纭,主要有“公法债权说”“私法债权说”“混合债权说”“转化说”四种观点。受此影响,对代履行费用

的追索存在民事诉讼程序^①、民事公益诉讼^②、人民法院非诉强制执行程序^③以及生态环境损害赔偿诉讼程序等多种路径。代履行费用的性质与追索路径难以统一致使实践效果大打折扣。第三,行政机关在行政代履行中的监督管理缺位,主要集中在过程面向中对第三人代为实施行为义务之内容的监督管理,以及结果面向中对代履行费用的追索以及监督管理。第四,代履行违法的权利救济与保障不足,主要集中在面向行政相对人的权利救济与保障,以及面向第三人的权利救济与保障。

四、环境行政代履行的内部规则体系构建

环境行政代履行内部规则的科学化与体系化构建,是彰显制度功能定位并弥合应然与实然间隙的重要路径,也是通过行政主导的公法模式开展生态环境损害治理工作的必然选择。以实践问题为导向,以行政权力运行规律为遵循,环境行政代履行的内部规则体系可以从适用范围、主体确定、过程控制、权利保障等方面展开具体建构。

1. 适用范围:生态环境损害限制义务与可修复损害的修复义务

环境行政代履行适用范围,主要包括生态环境损害限制义务和损害可以修复的生态环境修复义务两种情形。至于无法确定责任人的生态环境损害和无法修复的生态环境损害两种情形则无法纳入环境行政代履行制度中,需要立足生态环境损害公法治理的整体性另行制度设计。一般而言,社会现象或问题的回应存在解释论和立法论两种路径与方法,在顺位上,解释论优先于立法论,即“未穷尽现行法的解释空间之前不轻言修法”^[28]。环境行政代履行适用范围的完善,需要通过解释论的方式调适生态环境损害限制义务,通过立法论的方法明确生态环境修复义务。

就生态环境损害限制义务之解释论调适而

① 参见山东省聊城市东昌府区人民法院(2020)鲁1502民初162号民事判决书。

② 参见甘肃矿区人民法院(2019)甘95民初4号民事判决书。

③ 参见河北省晋州市人民法院(2019)冀0183行审3号行政裁定书。

言,第一,通过对立法原意的探究,《行政强制法》对行政代履行制度的规定(含立即代履行)^①,构成对行政机关代履行职责的普遍授权。环境行政机关可以通过代履行的方式开展生态环境损害治理,以积极的权力行使履行《宪法》确定的环境保护义务。第二,《行政强制法》第50条规定的“排除妨碍、恢复原状”等行为义务在法解释学层面可以包含生态环境损害限制义务。也就是说,生态环境损害发生时,责任人应当采取停止侵害、排除妨碍等方式限制和防止生态环境损害继续扩大。第三,结合法律规范和生态环境损害治理实践,生态环境损害限制义务主要通过环境行政机关作出责令恢复原状、责令限期治理、责令改正等决定予以外现。如《防洪法》第56条规定:“……围海造地、围湖造地、围垦河道的,责令停止违法行为,恢复原状或者采取其他补救措施……既不恢复原状也不采取其他补救措施的,代为恢复原状或者采取其他补救措施……”

就生态环境修复义务之立法论明确而言,第一,在行政强制法框架下,生态环境修复义务无法通过解释论的方法纳入《行政强制法》第50条规定的“排除妨碍、恢复原状”等行为义务。第二,在民法典框架下,《民法典》第1234条规定的“修复责任”和“自行或者委托他人进行修复”,不构成对公法视野下生态环境修复义务的立法授权。理由有三:在制度属性上,《民法典》第1234条带有较为明显的私法色彩,“有权请求”的表述便是明证;在责任方式的关系上,生态环境修复责任应当超越民法上的恢复原状责任,两种并非简单的并列关系^[29];在适用空间上,《民法典》第1234条的适用“限于与环境私益损害共存之生态环境公益损害的救济。”^[30]第三,解释论方法受阻的情况下,生态环境修复义务需要立法论方法的积极回应。笔者认为,可以在《行政强制法》第50条中增加“生态环境修复”的表述,与“排除妨碍、恢复原状”等行为义务并列。其中,本处的“生态环境修复”义务限于生态环境损害可以修复的情形。至于生态环境损害无法修复的情形,其替代性修复工作已然超出“行为义务不变与履行方式转化”之行政代履行制度的功能定位,需要另行制度设计。

2. 主体确定:代履行人的确定标准与选择程序
在环境单行法没有明确限定的前提下,环境行政代履行的主体确定应当以第三人代履行为原则,以行政机关自己代履行为例外。

首先,在代履行人的确定与选择有明确法律规定的前提下应从其规定。《行政强制法》第50条应当作为我国行政代履行制度的“总则性”条款,环境单行法对环境行政代履行的具体规定应当视为“分则性”条款。根据《立法法》第103条关于法律冲突适用的规范指引,环境单行法对环境代履行人有特别规定,适用环境单行法的规定。其中,环境单行法限定行政机关自己代履行的则由行政机关履行,如《森林法》第81条规定:“……由县级以上人民政府林业主管部门依法组织代为履行……”;环境单行法允许第三人代履行的则可由第三人履行,如《水污染防治法》第85条规定:“……环境保护主管部门可以指定有治理能力的单位代为治理……”

其次,在代履行人的法律规定为裁量性规则时,应当以第三人代履行为原则,以行政机关自己代履行为例外。如此设计的理由主要有三:第一,防止没有强制执行权的环境行政机关通过自己代履行的方式绕开向人民法院申请强制执行的规制,以达到“直接强制”的目的。第二,环境行政代履行的实施具有一定的营利属性,为了防止环境行政机关在其中既扮演监管者又扮演实施者,需要确立第三人优先为代履行人的原则。第三,生态环境损害限制义务及修复义务具有极高的专业性和行业门槛,由第三人(如专业环保企业等)代为实施行为义务之内容,能够更好地促进生态环境损害及时治理与有效治理双重目标的实现。

最后,对于代履行为为第三人的选择程序,可以通过提取地方实践中的有益经验进行规范与完善。第一,环境行政机关可以通过公开招标的方式,事先选定一定数量的候选代履行人。鉴于生态环境修复工作的专业性,可以按照环境要素的类型分别选定候选代履行人。第二,在具体的生

①《行政强制法》第52条规定:“需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物,当事人不能清除的,行政机关可以决定立即实施代履行;当事人不在场的,行政机关应当在事后立即通知当事人,并依法作出处理。”

态环境损害发生后,环境行政代履行的实施条件成熟时,环境行政机关可以在候选代履行人中随机抽选确定正式的代履行人代为实施确定的义务之内容^①。第三,建立代履行人实施效果的评估机制,对候选代履行人进行动态调整与优化。

3. 过程控制:环境行政代履行的程序规范

在生态环境损害治理过程中,过于强调生态环境损害治理的紧迫性是环境行政代履行程序规范面临的主要挑战。如有学者指出:“环境问题的特殊性要求在环境污染发生时应尽快进行处置,过于烦琐的程序不适合环境问题的特殊性”^[31]。对于生态环境的损害治理,不能以牺牲公平正义为代价盲目地追求效率。结合实践中的问题,可以在以下几个方面予以完善。

第一,限定立即代履行的适用范围。明确生态环境损害可以修复的修复义务不得适用环境立即代履行,生态环境损害限制义务(如消除危险、排除妨害等义务)在符合法定条件的情况下可以适用环境立即代履行。与生态环境的损害限制相比,生态环境修复是一个相对长期的阶段性过程,不符合《行政强制法》第52条规定的“需要立即”之规范要求^②。

第二,优化环境行政代履行中的催告程序。催告程序在整个环境行政代履行制度中有两种属性,一是作为代履行之前置程序的催告,二是作为代履行实施程序的催告^[32]。根据《行政强制法》的规定及行政程序的学理分类,两种催告程序皆属于法定程序。违反法定程序的行政行为将发生确认违法或者判决撤销的法律后果^[33]。对此,环境行政机关在推进环境行政代履行制度实施过程中,不得绕开催告程序直接作出代履行决定或者实施代履行。但是,考虑到生态环境损害治理紧迫性的要求,在确保行政机关履行催告程序后,可就催告期限进行一定程度的优化,如经行政相对人的明示意思表示,自己无法履行义务或者需要代履行的,可以发生催告期限加速完成的法律后果。

第三,确立代履行费用的事后缴纳机制。当前,《行政强制法》与环境单行法只规定代履行费用由责任人承担,但未规定何时缴纳。纵观域外立法例,既有预先收缴的规定,也有事后收缴的规定。关于何时缴纳的问题,应松年认

为:“事先征收,会给义务人造成心理压力,促其履行义务,这就起了类似于执行罚的作用;事后征收,便于结算,避免因事先预收而多退少补。”^[34]笔者认为,环境代履行费用属于公法上的意定之债^[35]。在及时治理与有效治理双重目标导向下,生态环境损害的责任方式应当提倡“行为义务优先”原则,代履行的费用缴纳问题不构成恪守行为义务优先原则的阻却事由。换言之,环境行政机关应当实施环境行政代履行制度,率先对受损害的环境公共利益展开损害限制、损害修复工作。至于代履行的费用可以事后收缴,即便责任人存在缴纳的困难,其亦可以与环境行政机关达成分期缴纳的协议。

第四,明确环境行政机关在代履行实施中的监管职责。若环境行政机关自己实施代履行的,其应当邀请无利害关系的第三人到场见证或者通过行政执法仪记录代履行全过程,以增强行政执法的公信力;若第三人实施代履行的,环境行政机关应当有两名执法人员到场监督,并通过行政执法仪记录代履行全过程。在代履行实施完毕后,环境行政执法人员应当组织行政相对人、见证人、第三人等相关人员在执法文书上签字或者盖章。

4. 权利保障:环境行政代履行违法的救济机制

构建完备且无漏洞的权利保障机制,是环境行政代履行内部规则体系构建的重要内容,其主要包括行政相对人面向的环境行政代履行违法救济和代履行为第三人面向的环境行政代履行违法救济。

就行政相对人面向的环境行政代履行违法救济而言,一方面,在环境代履行实施过程中,应增设声明异议机制。所谓声明异议,即执行异议或者关于执行方式之异议,是指在执行程序终结前,“对于执行机关所为一定行为或不行为,请求其变更或者撤销之意思表示。”^[36]笔者认为,鉴于生态环境损害限制义务代履行造成的部分效

①《厦门市环境保护局行政执行实施办法(试行)》第8条规定:“环保分局对每一类行政执行项目组织代执行时,应组织3家以上实施单位,每次组织代执行时随机抽取。”

②《行政强制法》第52条规定:“需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物,当事人不能清除的,行政机关可以决定立即实施代履行;当事人不在场的,行政机关应当在事后立即通知当事人,并依法作出处理。”

果具有不可逆转性,可增设声明异议机制,允许行政相对人在环境代履行实施过程中有权向环境行政机关就代履行的方式方法、费用、期限等事项提出声明异议。当然,除非环境行政机关认为需要中止执行的,行政相对人之声明异议不影响环境行政代履行的继续实施。另一方面,在环境代履行执行终结后,完善行政救济机制。代履行为第三人的,其虽与行政相对人之间不产生法律关系,但是代履行人事实上是基于行政协议对行政相对人的行为义务内容开展工作的,在外部应当将环境行政机关与代履行人视为一体。因此,代履行人实施的环境代履行侵权的,行政相对人应当通过行政救济渠道以环境行政机关为行政复议被申请人或者行政诉讼被告寻求权利救济。当然,代履行人存在重大过失的,环境行政机关在承担法律责任后,可以向该代履行人追偿。在特殊情况下,第三人作为代履行人超越代履行范围,或假冒行政机关进行代履行的,应考虑适用表见代理制度,在符合表见代理构成要件的情况下,由行政相对人向环境行政机关进行追责,反之则由第三人自行担责^[37]。

就代履行为第三人面向的环境行政代履行违法救济而言,一方面,在环境代履行实施过程中,应增设妨碍排除请求机制。代履行为第三人的,其并非基于行政权力实施具体的环境行政代履行,为了确保环境行政代履行的实际效果,促进生态环境损害及时治理与有效治理目标的实现,建议增设妨碍排除请求机制。即在环境代履行实施过程中行政相对人进行不当阻挠、妨碍的,第三人有权向环境行政机关请求排除妨碍;环境行政机关经审查认为构成阻挠、妨碍的,应当运用行政权排除妨碍。另一方面,在环境代履行执行终结后,完善代履行费用的追索机制。获得代履行费是第三人从事代履行活动的主要动力和目标。鉴于环境行政机关与行政相对人、环境行政机关与第三人之间的行政法律关系,当代履行费用产生纠纷时,第三人可以基于行政协议申请行政复议或者提起行政诉讼,请求环境行政机关支付环境代履行费用;若行政相对人拒不缴纳环境代履行费用的,环境行政机关可以申请人民法院强制执行。当然,环境行政机关未收缴或者未足额收缴代履

行费用,不构成其拒绝或者拖延向第三人支付代履行费用的正当理由,环境行政机关应当先行承担该费用,事后再向行政相对人追缴。

五、代结语:生态环境损害无法确定责任人与损害无法修复情形的公法应对

生态环境损害本质上是对环境公共利益的破坏,及时性与有效性理应成为生态环境损害治理的重要价值追求。以“公法权利,私法操作”为核心的生态环境损害赔偿制度体系本质上是一种私法治理模式,其混同了宪法学意义上的自然资源国家所有权与民法学意义上的自然资源国家所有权,导致实践中存在着有效性不足与及时性缺位的困境。生态环境损害修复本质上是一种公法责任,生态环境损害治理应当从私法治理模式回归到行政主导的公法模式。环境行政代履行制度以责任人行为义务不变与履行方式转化为功能定位,契合生态环境损害有效治理与及时治理的双重目标。展望未来,环境行政代履行制度的体系构建可以从4个方面具体展开:一是明确环境行政代履行适用范围为生态环境损害限制义务以及生态环境损害可以修复的修复义务;二是确立以第三人优先为代履行人的原则性规定,并明确代履行人的选择标准与程序;三是明确环境行政代履行的程序规范与行政机关的监管职责;四是保障行政相对人和第三人的权利,建立健全环境行政代履行违法的救济机制。

对于生态环境损害无法确定责任人与损害无法修复等超出环境行政代履行适用范围的情形,应当另行展开针对性公法治理与应对。

就前者而言,生态环境损害无法确定责任人情形下的损害限制及修复义务本质上仍然是一种公法责任,应当在行政主导的公法治理模式下予以回应。基于国家环境保护义务的规范意涵,应当首先仰赖行政机关依法履行职责。行政机关应当运用公共财政资金对无法确定责任人的生态环境损害承担兜底性责任^①,此时,

^① 美国亦有类似的做法,根据《超级基金法》第104条的规定,“当污染物或者致污物发生释放或者存在向环境释放的实质威胁,且该污染物或者致污物可能即将对公共健康或者福利造成实质危险时”,总统有权采取清除、修复及其他必要的行动保护公共健康、福利或者环境。

生态环境损害的修复义务已向环境行政机关发生转移。随着科学技术的发展,若该生态环境损害的责任人在法律层面上得以确定,损害治理过程中垫付的公共财政资金应当由确定的责任人承担。

就后者而言,行政机关应当运用行政权开展生态环境损害无法修复情形下的替代性修复工作。结合既有的生态环境损害赔偿制度实践,生态环境损害无法修复情形下的公法调适与应对主要包括:在事前阶段,环境行政机关应当积极运用行政权(如基于污染源数据监测的行政调查)^[38]或委托有关机构对生态环境损害、损害无法修复等事实及损害赔偿数额等进行专业鉴定与评估,并进行综合性的行政案件事实认定。在事中阶段,环境行政机关与责任人在充分沟通协商的基础上签订生态环境损害赔偿协议^[39]。若责任人未按照行政协议内容履行的,环境行政机关可对责任人进行催告,催告后仍不履行的,作出要求其履行协议的行政决定;在该行政决定法定救济期限届满后仍不履行的,环境行政机关可以申请人民法院强制执行。在事后阶段,环境行政机关应当加强协同合作^[39],结合生态环境损害情况,通过行政协议的方式委托第三人开展替代性修复工作。

参考文献:

[1] 曹伟. 环境法典基本原则条款构建研究[J]. 中国法学,2022(6):113-133.

[2] 吕忠梅. 环境法[M]. 北京:法律出版社,1997:61.

[3] 吕忠梅课题组. “绿色原则”在民法典中的贯彻论纲[J]. 中国法学,2018(1):5-27.

[4] 世界银行. 1992 年世界发展报告——发展与环境[M]. 北京:中国财政经济出版社,1992:77.

[5] 蔡守秋. 环境资源法教程[M]. 北京:高等教育出版社,2004:120.

[6] 竺效. 论中国环境法基本原则的立法发展与再发展[J]. 华东政法大学学报,2014,94(4):4-16.

[7] 周珂,谭柏平,欧阳杉. 环境法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2013:33.

[8] 崔建远. 论归责原则与侵权责任方式的关系[J]. 中国法学,2010(2):40-50.

[9] 林潇潇. 论生态环境损害治理的法律制度选择[J]. 当代法学,2019,33(3):126-136.

[10] 王旭. 论自然资源国家所有权的宪法规制功能[J]. 中国法学,2013(6):5-19.

[11] 叶必丰. 行政法的人文精神[M]. 北京:北京大学出版社,2005:106-108.

[12] 林莉红. 论检察机关提起民事公益诉讼的制度空间[J]. 行政法学研究,2018(6):55-66.

[13] 巩固. 自然资源国家所有权公权再论[J]. 法学研究,2015,37(2):115-136.

[14] 陈海嵩. 生态环境损害赔偿制度的反思与重构——宪法解释的视角[J]. 东方法学,2018(6):20-27.

[15] 吕忠梅,窦海洋. 修复生态环境责任的实证解析[J]. 法学研究,2017,39(3):125-142.

[16] 刘磊. 免费代履行之检视——以类型思维为中心[J]. 甘肃政法学院学报,2017(2):137-149.

[17] 李义松,周雪莹. 我国环境行政代履行制度检视[J]. 江海学刊,2021(1):141-149.

[18] 刘平,程彬,王天品. 代履行制度的法律关系辨析——兼论民事法律制度在行政法中的引入[J]. 政府法制研究,2008(8):1-28.

[19] 王利明. 论第三人代为履行——以《民法典》第524 条为中心[J]. 法学杂志,2021,42(8):1-16.

[20] 竺效,丁霖. 论环境行政代履行制度入《环境保护法》——以环境私权对环境公权的制衡为视角[J]. 中国地质大学学报(社会科学版),2014,14(5):94-102.

[21] 付士成,郭婧滢. 行政代履行执行体系的建构——以生态环境治理领域为例[J]. 政法学刊,2020,37(3):5-15.

[22] 沈宗灵. 权利、义务、权力[J]. 法学研究,1998(3):3-11.

[23] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 中华人民共和国行政强制法解读[M]. 北京:中国法制出版社,2011:161-162.

[24] 王天华. 裁量收缩理论的构造与边界[J]. 中国法学,2014(1):125-143.

[25] 王欢欢. 城市历史遗留污染场地治理责任主体之探讨[J]. 法学评论,2013,31(4):124-131.

[26] 徐以祥,马识途. 生态环境损害预防与救济中的行政代履行:功能定位与规范调适[J]. 中南大学学报(社会科学版),2022,28(2):93-105.

[27] 莫于川. 行政强制操作规范与案例[M]. 北京:法律出版社,2011:140.

[28] 车浩. 立法论与解释论的顺位之争[J]. 现代法学,2023,45(2):175-196.

[29] 张宝,殷佳伟. 替代性修复责任司法适用的反思

与调适[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2022, 21(4): 49-59.

[30] 彭中遥.《民法典》中生态环境损害代修复制度之探析[J]. 中国高校社会科学, 2022(1): 60-69.

[31] 马识途. 环境法行政代履行探析[J]. 西南林业大学(社会科学版)[J]. 2021, 5(5): 90-94.

[32] 梁玥. 代履行催告程序的概念厘定与价值探讨[J]. 社会科学辑刊, 2013(5): 68-73.

[33] 梁君瑜. 行政程序的三分法与司法审查[J]. 法学家, 2017(3): 45-58.

[34] 应松年. 论行政强制执行[J]. 中国法学, 1998(3): 9-22.

[35] 王青斌. 行政不履责司法审查体系链的构建[J]. 中国社会科学, 2023(11): 24-44.

[36] 杨与龄. 强制执行法论(最新修正版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 171-172.

[37] 任沫蓉. 论行政法中表见代理的法律后果[J]. 行政法学研究, 2023(2): 158-167.

[38] 林莉红, 任沫蓉. 污染源自动监测数据在行政执法法中的运用及限度[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2022, 21(3): 74-84.

[39] 黄德春, 于利华, 程常高. 流域合作治污与环保宣传动态协调策略[J]. 水利经济, 2022, 40(5): 29-33.

The System Performed by the Administrative Council in the Governance of Ecological Environmental Damage: Analysis Based on Public Law Governance Model /FAN Wei (School of Juris Master, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Coordinated advancement of ecological environment damage compensation plays an important role in improving the ecological environment governance system and deepening the reform of the ecological civilization system. Currently, the ecological environment damage compensation system, which is centered on “public law rights, private law operations,” is essentially a system design under a private law governance model. However, it confuses the concept of state ownership of natural resources in the constitutional sense with that in the civil law sense, failing to fully meet the practical needs of ecological environment damage governance. To ensure timely and effective governance of ecological environment damage issues, the government must play a more critical role, and ecological environment damage governance urgently needs the strengthening of a public law governance model. Under the administrative leading public law governance model, the environmental administration’s performance is transformed into functional positioning with the unchanged obligations and performance methods, which fits the dual goals of effective governance and timely governance of ecological environmental damage. Looking forward to the future, the performance of environmental administrative agencies should be based on the particularity of ecological environmental damage, and follow the laws of administrative power as the follow-up rules of administrative power. It is constructed from the aspects of the scope of application, the determination of the subject, the process control, and the protection of rights. In addition, in cases where the person responsible for ecological damage cannot be determined, administrative agencies should bear the fallback responsibility using public financial funds. With the advancement of technology, once the person responsible is legally clarified, the public financial funds previously advanced should be repaid by the responsible party. For cases where ecological damage cannot be restored, administrative agencies should actively use their administrative powers to carry out alternative restoration work.

Key words: ecological environment damage; public law governance mode; administrative agent performance; ecological environment restoration