

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.05.008



欢迎按以下格式引用:邓可祝.论环境行政公益诉讼的谦抑性——以检察机关提起环境行政公益诉讼为限[J].重庆大学学报(社会科学版),2021(5):217-229. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.05.008

Citation Format: DENG Kezhu. On the modesty of environmental administrative public interest litigation: Limited to environmental administrative public interest litigation filed by procuratorate[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2021(5): 217-229. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2020.05.008.

论环境行政公益诉讼的谦抑性 ——以检察机关提起环境行政公益诉讼为限

邓可祝^{1,2}

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044; 2. 安徽工业大学 公共管理与法学院, 安徽 马鞍山 243005)

摘要:检察机关提起环境行政公益诉讼,是促进行政机关履行环境保护职责的重要方式。环境行政公益诉讼涉及检察机关、法院和行政机关三个机关,需要处理好司法权与行政权之间的关系。一方面,环境司法具有能动性,容易导致司法权与行政权之间的冲突;另一方面,基于司法有限性与环境法行政实施的特征,需要重视司法谦抑性问题。而如何认识环境行政公益诉讼的谦抑性,需要从理论和实践的维度进行分析。在检察机关提出环境行政诉讼时,应当尊重行政机关的首次管辖权、重视行政公益诉讼的诉前程序、尊重行政自由裁量权、重视行政不能问题。当然,这种谦抑并不是绝对的,为有效发挥行政公益诉讼的功能,应当把握好这种谦抑性的限度,通过明确强制诉讼范围、确定实体性裁判的要件、尊重诉讼和解等方式来处理司法谦抑与司法监督的关系。

关键词:环境行政公益诉讼;司法谦抑;谦抑要求;谦抑限度

中图分类号:D922.63;D925.3

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2021)05-0217-13

目前,我国行政诉讼效果不彰,司法功能尚未得到有效发挥。在这一背景下,是否需要提倡司法谦抑性,是一个极具争议的问题。有学者认为当下我国司法的主要矛盾,是司法的消极、退让和定分止争功能的缺失,而不是司法对其他权力(和权利)的不当侵蚀^[1]。有的学者认为在我国当前行政诉讼条件下,强调行政诉讼的司法谦抑,难免贻笑大方^[2]。从这些学者的观点看,目前研究司法谦抑性似乎有无病呻吟之感。

但随着环境行政公益诉讼的发展,检察机关能动性增强,对行政机关的影响越来越大,例如,在一些检察机关提起的环境行政诉讼案件中,检察机关不考虑行政机关的能力限度,一味要求行政机关履行职责,不考虑司法权与行政权的界限,要求行政机关履行职责必须达到司法机关的标准。此

基金项目:国家社会科学基金一般项目“风险规制视域下预防性环境公益诉讼研究”(20BFX168)

作者简介:邓可祝,重庆大学法学院,安徽工业大学公共管理与法学院, Email:dkzhu2007@163.com。

时,检察机关的行为已经开始超越限度,司法谦抑性问题就成为需要考虑的问题:一方面,谦抑是司法的内在品质,不能因为行政诉讼效果不彰而放弃对这一品质的重视,有人认为虽然司法需要积极作用,但在高等教育行政诉讼中司法机关仍然要坚持谦抑与自制^[1];另一方面,我国目前的环境行政公益诉讼是以检察机关为原告而提起的诉讼形式,这一诉讼形式,改变了传统私益诉讼的诉讼结构,原告的诉讼地位大大增强,导致现有的行政公益诉讼案件,基本上是原告胜诉,行政机关败诉,这与私益诉讼的原告较低的胜诉率形成了鲜明的对比。在这一背景下,如果检察机关与法院过于积极主动,就容易导致对行政权的不当干预,反而不利于环境治理。目前,我国法院和检察院的自利性日趋明显,都非常重视自身在社会治理中的积极作用,导致司法权过于能动。因此,强调环境司法的谦抑性相当必要。

一、谦抑性溯源

谦抑性肇始于刑法领域,主要包括以下内容:一是刑法调控范围的有限性。刑法只能作为最后的一种手段来加以运用。日本刑法学家平野龙一认为刑法具有补充性,只有穷尽了各种民事手段仍不能解决问题时,才考虑以刑法的手段来加以适用^[3]。这正是从刑法的谦抑性方面作出的判断。二是刑事责任的从轻性。在必须利用刑法手段对违法行为加以制裁时,应尽量规定较轻的刑事责任,如果能利用财产罚的方式,就不需要用人身罚,能利用较短的刑事期限,就不需要用较长的期限,废除或者是严格限制死刑等。三是刑法适用的适度性。谦抑性不仅体现在刑事立法中,还体现在刑事司法过程之中。即刑法适用中的谦抑性,包括刑事司法过程中的立案、侦查、起诉、审理、判决等一系列程序和制度中所蕴涵和体现的谦抑^[2]。

谦抑性也是司法的一个重要特征。司法谦抑主要表现在刑事、民事审判及判决上,后又扩及各个领域^[4]。司法谦抑性产生的原因,在于其自身的属性——中立性。司法权要获得权威,就必须得到人们的尊重,而要获得尊重,则必须体现出其公正性,所以司法的中立性是保证其公正性的基本条件。在历史上,尤其是法定证据主义时代,司法受到诉讼程序的严格约束,也强化了其中立性和谦抑性^[5]。谦抑性是司法的整体特征,在公法诉讼中(包括行政诉讼和宪法诉讼)表现得尤为明显。因为公法诉讼涉及国家机关之间的权力分工与权力制衡,法院需要小心翼翼地维护与其他公权力的平衡,避免与其他权力特别是行政权力之间产生过度的对抗。美国的司法审查制度,司法权对其他权力的监督方面体现出较高的权威,但也非常强调司法的谦抑,例如通过政治问题、行政行为未成熟等理由将案件排除出审查的范围之外。美国联邦最高法院大法官哈兰·费斯克·斯通说过:“只要政府违宪的立法与执法行为可以接受司法审查,那么,对于此种审查权的唯一制约只能是我们的自我约束。”^[6]这种自我约束,其实就是司法的谦抑。

这里的司法,不仅是指法院,也包括检察机关。检察机关是否属于司法机关,存在着不同的见解,有的认为其具有行政性,有的认为其具有司法性,也有的认为其具有双重属性。但现在主流学者认为检察机关主要具备司法机关的特性^[7],本文也将检察机关作为司法机关。对司法谦抑性的研究,也包括检察机关的行为。

二、环境行政公益诉讼谦抑性的原理

环境行政公益诉讼,是我国目前正在快速兴起的一种公法诉讼,属于客观诉讼。与主观诉讼相比,这类诉讼具有较多的特殊性。既具有一般行政诉讼的特点,也具有环境行政公益诉讼自身的特

点。关于前者,主要体现为司法有限性的要求,即司法有限性决定了环境行政公益诉讼必须是谦抑的;关于后者,主要体现为行政法实施由行政机关主导的特殊性,也就是说,在环境法的实施中,司法机关应尊重行政机关对环境法的实施行为,避免过度地干预行政机关对环境法的实施。

(一) 司法有限性对司法谦抑性的要求

在行政私益诉讼中,司法有限性是一个非常重要的特性。主要体现在两个方面:一方面,体现为司法权对行政权的尊重,即如何处理司法权与行政权的关系,表现为司法审查范围的有限性、司法审查强度的有限性^[8],因为行政权乃是国家权力的重要一环,行政机关具有相关领域的专业性且专司行政权,司法机关理应对此有所尊重^[9]。另一方面,体现为法院尊重相对人的诉讼处分权,即如何处理司法权与诉讼当事人处分权的关系。在这方面,我国司法实践与立法存在一定的差距,一是行政诉讼撤诉问题,我国修改前后的《行政诉讼法》都规定原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定;但在我国的司法实践中,对于原告撤诉,法院的审查一直非常宽松,甚至法院还会动员原告撤诉^[10]⁷¹,撤诉审查制度几乎是名存实亡;二是行政和解(调解)问题,我国1989年的《行政诉讼法》规定行政案件不适用调解,但在司法实践中出现了大量的和解,在和解后原告向人民法院申请撤诉,人民法院并没有进行干预,修改后的《行政诉讼法》第60条规定部分案件可以调解,为行政诉讼调解提供了更大的空间。这些现象形成的原因,一是我国行政诉讼制度在整体上的困境,法院在这一困境面前的妥协^[10]⁸⁴;另一方面也体现了司法对相对人处分权的尊重,主观性行政诉讼具有私益性,法院对原告撤诉和和解的尊重实质上是尊重当事人诉讼处分权。因此,行政诉讼司法有限性,主要体现为司法的谦抑性。

公益诉讼是一种客观诉讼,与主观诉讼相比,其最大的特点是诉讼主体、诉讼范围、审理方式都呈现出法定性。作为客观诉讼,公益诉讼的理论依据是共和主义。即在国家对公共事务进行垄断的前提下,对法律的实施和公共利益的维护,主要依赖于法定的机关,只有国家明确规定了一些公共事务管理行为的起诉权时,特定的主体才有资格提起诉讼。在原告资格方面,各国就存在一定的特别性规定,即原告资格在于单行法律的特别规定赋予,并不以“法律上的利益”为判断标准^[11]。由于法律规定了诉讼的范围,这一制度也强调了对行政法律秩序的维护,在诉讼范围和诉讼事由方面,都受到了一定的限制,从而也体现出了其谦抑性。

作为客观诉讼,环境行政公益诉讼的原告是检察机关,法院居中进行裁判。检察机关与法院都是司法机关,这样就形成了两个司法机关共同对付行政机关的诉讼结构。就法院而言,法院的有限性可能比在主观诉讼更为严格。例如,受案范围更加严格,审理时需要更加尊重行政机关的行政管辖权,尊重行政机关的裁量权。关于这一点,我国的法院有清醒的认识,如在“德惠市人民检察院诉被告德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责上诉案”中,法院认为由于司法机关与上级机关的职能和作用并不完全相同,司法机关无权对所有的行政行为进行监督和规制。行政公益诉讼的提起,应受行政诉讼法受案范围的限制^[12]。其实,这就是对行政公益诉讼受案范围的限定,表明公益诉讼的受案范围的有限性。

(二) 行政实施主导性对司法谦抑性的要求

从环境法实施角度看,环境法的实施具有以行政机关为主导的特点。环境行政公益诉讼本质上是环境法一种实施方式,即环境法的司法实施方式;在环境法的实施方式中,司法实施只是其中很小的一部分,环境法的实施主要依赖于行政实施。司法机关秉持谦抑性,尊重行政机关的决定,也具有其必然性和必要性。

环境法实施方式,有行政实施、司法实施,也有私人实施(也称为私人执法)。这些不同的实施

方式,在环境法的实施中发挥了各自的功能。从行政公益诉讼的发展看,其目的是通过公益诉讼来强化环境法的司法实施,似乎侧重于司法实施,但从现实结果看,行政公益诉讼的效果并不明显。无论是环境行政公益诉讼,还是环境民事公益诉讼,这些诉讼都是一种司法实施,这些实施都只具有补充作用,即公益诉讼起到了补强作用,是监督行政机关的实施中存在的怠权或者滥权的现象^[13]。可见,环境公益诉讼是对行政执法的补充,环境法主要依赖于行政机关的实施。

最后,行政实施具有主动性和系统性。法院对于法律实施依赖于原告的起诉,所谓“无原告无诉讼”,因此具有被动性,而行政机关的实施是一种主动而积极的实施;司法实施只是个案式的解决方式,对于环境保护这样具有一定普遍性的问题具有滞后性,不利于展开全局性的环境保护;司法机关由于人员和精力的限制,没有能力与机制大范围地实施环境法。行政机关不仅可以主动式执法^[14],而且具有人力财力等方面的优势。这样的实施具有全面性、系统性,体现了行政机关对于环境法实施具有全局性的把握能力。正是由于这些原因,现代环境法这样的社会性规制得以大量出现,而不是依赖于环境侵权、环境犯罪这样的司法途径来保护环境,虽然环境司法仍然在发挥着其应有的作用。

其次,行政实施具有较强的政策性。现代司法也具有贯彻公共政策的职能,达玛什卡根据司法的功能,将司法分为两大类,一类是政策实施型司法,一类是纠纷解决型司法,我国无疑是前者^[15]。但在政策实施方面,行政机关仍然具有司法机关所不具备的优势,即它的主动性、全面性和深入性,而且就法律的实施而言,现代行政机关的政策实施能力与水平也优于司法机关,强调行政对环境法实施的优先性,就在情理之中。司法实施虽然也有政策性要求,即“司法权是国家政治权力的一个分支,所履行的是政治治理职能,裁判解决的又是现实生活中实际发生的法律争议,裁判中必然需要讲政治和讲政策”^[16],但不可不论的是,司法更重视的是纠纷的解决,在政策实施方面存在天然的不足。美国行政法学家斯图尔特曾指出:让法院承担全面的制定社会和经济政策的责任,与宪法预设是完全相悖的^[17]。可见,由行政机关来实施公共政策,更加具有可行性。

最后,行政实施具有专业性。环境法的实施具有很强的专业性,例如环境影响评价制度、环境监察与环境处罚等方面,行政机关具有比法院更强的专业能力。有学者指出,在美国的一些食品安全案件中,法官认为食品安全管理的立法本意是以源头管理为基本核心,以风险为管理基础,由政府、从业者与消费者共同撑起食品安全的责任。食品安全的主导力量是政府及其职能部门而非法院^[18]。与食品安全相似的是,环境管理也是一种以风险管理为基础的领域,环境管理的主导力量仍然是政府而非法院。

因此,即使是针对行政机关的行政公益诉讼,司法机关仍然要尊重行政机关的实施权,体现出一定的尊让与谦抑。

三、环境行政公益诉讼谦抑性的基本要求

公益诉讼的谦抑性体现了其客观诉讼的特点,也符合环境法实施的基本特征。

(一) 尊重行政机关的首次管辖权

首次管辖权关系到行政机关和法院对具体事项的管辖权限问题。当法院和行政机关对事项都有原始管辖权时,由行政机关首先行使管辖权,法院只在行政机关作出决定后才进行审查;或者本来属于法院管辖的案件,由于某个问题和行政决定有关,法院等待行政机关作出决定以后,才就全案进行判决^[19]。

确定首次管辖权的原因,主要是行政机关在具体事项方面的管理具有相应的优势。随着积极

行政时代的到来,行政机关的管辖事务越来越多,甚至在一些传统的需要对法律加以解释这样的传统上由法院加以管辖的事项,也开始出现了行政机关的介入,正如美国学者桑斯坦所言,行政机关正在成为司法机关^[20]。确定首次管辖权,需要考虑不同的因素,例如在2015年5月一个案件中,美国法院认为是否适用首次管辖权需要考虑以下4个因素:(1)解决问题的需要;(2)已经被国会置于专门监管机构的管辖范围之内;(3)根据法令将产业或者行为置于综合监管权力管辖;(4)在管理中需要专业性和统一性的事项^①。可见,确定首次管辖权,主要考虑的是行政权与司法权之间的不同性质。

首次管辖权的确定存在两种情形:一是基于法律的明确规定;二是法院尊重行政机关的专业技术性。从前者来看,出于公共政策的考虑,立法者会明确将一些事项将交由行政机关首先处理。例如在行政诉讼上,许多国家都强调穷尽行政救济后,才能向法院起诉。我国在《行政复议法》中,对于土地等自然资源的权属争议,规定了行政复议前置程序,相对人不能直接提起行政诉讼,这些做法都是基于公共政策的考虑。从后者来看,法院在行政诉讼的审理过程中,即使没有法律的规定,也需要尊重行政机关的专业判断,尊重行政机关的首次管辖权。由于行政机关在许多事项上具有专业技术性,由他们对一些事项进行首次处理,可以很好地发挥其专业技术性,而且也为将来可能的司法审查奠定了基础,以便有效地发挥司法审查的优势。从理论上说,法官作为法律专家对于法律问题有最后决定权,仅在部分事实上需要尊重行政机关的判断;但在现实的行政领域,法律和事实问题难解难分,行政专业知识和长期实践积累起来的行政经验对于进行正确的衡量来说不可或缺^[9],正是由于存在这样的专业差异,法院一般是尊重行政机关的首次管辖权,“复审法院必须对行政机关的事实认定以及对其实施的法律所作解释给予尊重”^[21]。

在环境行政公益诉讼中,检察机关与法院都需要尊重行政机关对环境事件的处理,只有行政机关的处理存在明显违法情形并且可能造成严重后果时,才可以对行政机关的行为进行司法审查。

(二) 重视环境行政公益诉讼的诉前程序

与首次管辖权相对应,在环境行政公益诉讼中应该重视诉前程序问题。诉前程序是行政公益诉讼制度的重要组成部分。作为现代环境公益诉讼的发源地,美国的环境公益诉讼制度明确要求原告在起诉前应向被告(一般是行政机关)告知自己将要提起诉讼的决定,一旦行政机关做出一定的行为,原告就不能再提起诉讼。在我国,根据司法解释的规定,检察机关在提起行政公益诉讼之前,应当向行政机关提出自己的主张,要求行政机关履行职责,如果行政机关在规定期限没有作出决定,或者是作出的决定没有达到履行职责的基本要求,检察机关才可以提起环境公益诉讼,否则法院不予受理或者是驳回起诉。可以说,行政公益诉讼的诉前程序是行政公益诉讼谦抑性的一个重要表现,蕴含了两个基本原理:一是行政机关首次管辖权原理。如前所述,行政机关对于职权范围内的事项,具有首先的管辖权,其他机关应尊重行政机关的首次管辖权。二是诉前程序体现了尊重行政机关自我纠错机制的原理。正如学者所言:诉前程序这种“外部监督+自我纠错”的模式,能够更有效地促进两大国家机关的沟通^[22]。在诉前程序中,告知程序可以引起行政机关对相关事项的重视,纠正在行政执法中存在的问题,避免司法机关的过度干预,节约国家成本。在现代国家治

^①Stacy Sciortino, et al. v. PepsiCo, Inc., 108 F. Supp. 3d 780 (N. D. Cal. 2015) [EB/OL]. [2019-04-25]. <https://casetext.com/case/sciortino-v-pepsico-inc>.

理中,法治是存在成本的,必须考虑制度运行的成本,“理想的法治秩序应当是守法加上必要的配合执法,司法则致力于纠正守法和执法的偏差,从而将法治运行的成本最小化”^[23]。如果没有诉前程序而直接起诉,法院对行政机关的行为进行审查并作出判决后,还要依赖于行政机关的履行职责;而通过诉前程序的告知,可以促进行政机关的执行,节省了社会的整体成本。

在检察机关履行诉前告知程序后,会出现不同的结果:一是行政机关不予理睬;二是行政机关做出履行职责的行为,检察机关比较满意,不予起诉;三是行政机关做出了履行职责的行为,但检察机关不满意,仍然坚持起诉。现在常见的情况是,行政机关认为已经履行了职责,但检察机关认为行政机关是形式上的作为而实质上仍然是不作为。这就需要对行政机关的行为属性加以判断。行政机关的行为,会出现行政裁量权、客观不能以及政策考虑等情形。这些都体现了行政机关的专业性与权威性,体现了行政机关对职责的判断,也需要司法机关尊重行政机关的判断,保持相应的谦抑性。

但基于目前严格环境执法的背景,司法机关与行政机关往往会出现不同的见解。因此,必须确定一定标准来判断行政机关是否履行了其职责。例如可以考虑从“行政机关是否超越回复期限”“相关侵权行为是否持续”“行政机关是否依据法定职责采取措施”等角度进行综合考虑^[22]。在考虑到这些因素后,对于不履行或者不完全履行环境职责,并可能对环境造成损害或者可能造成严重损害的,司法机关可以提起环境行政公益诉讼。

可见,环境行政公益诉讼的诉前程序,不仅是一个程序性的要求,也反映了司法权与行政权之间的关系,体现了司法的谦抑性与能动性的辩证统一,需要在环境司法中加以准确的把握。

(三) 尊重行政机关的裁量权

尊重行政裁量权是公益诉讼谦抑性的重要体现。行政公益诉讼,体现出法院、检察机关、行政机关的三方关系。而这三方关系中,比较复杂的是如何处理行政裁量权问题。裁量是现代行政的基本特征,在现代行政中居于核心地位。对于裁量权的态度,往往决定了司法审查的强度。行政机关在法律规定的范围内具有一定的自由处置权,例如对于执法方式、执法手段的选择,包括环境处罚时,行政机关与相对人的和解。在现代社会中,通过协商的方式来实现柔性行政,也是一种裁量手段与方式。美国行政法学界对此很早就有讨论,认为许多政策性决定,例如追查违法行为不力、与受管制企业协商制定行政政策、发生诉讼后双方的私下和解等属于非正式程序,传统的控制模式一般并不适用^[17]。可以说,从某种程度上说,只要法律没有禁止的,行政机关都可以加以处理。但在当前严峻的环境形势下,我国社会对于环境执法,偏重于严刑重罚,而忽视了环境执法中的合作^[24],对处罚较轻行政行为,表现出严重的不信任和不尊重,这就需要考虑到司法谦抑问题。

就目前的司法实践看,检察机关认为行政机关的一些灵活性不符合实行最严格环境保护的政策,未达到严格环境执法的要求,对行政机关宽松或者柔性的环境执法持否定态度。从严格法律实施来看,检察机关的看法无可厚非,但这会极大地削弱行政机关的裁量性,不符合环境法实施的特点。对检察机关提起的诉讼,法院必须审查行政机关的裁量行为是否在法律的限度之内,这涉及司法审查的强度问题。美国法院的谢弗林尊重原则值得我国法院的重视。根据谢弗林尊重原则,法院对行政行为的审查分两步:一是看法律的规定是否明确,如果法律的规定是明确的,则行政机关必须严格按照法律的规定去做,这实际上是羁束性行政行为的要求;二是如果法律的规定不够明

确,则尊重行政机关的专业判断,实际上是裁量性行政行为的要求,但裁量性行政行为的行使也存在一定的要求,即行政机关的行为不能恣意、滥用自由裁量,要体现在行使的目的与行使的程序方面的要求。因此,对于行政行为的审查,要从法律依据、行使目的与行使程序的角度来看,一般情况下应当尊重行政机关的裁量权,如果存在滥用自由裁量权的情形,法院也应当予以审查,而不是一味地尊重。

公共政策是行政机关作出裁量的重要依据,在严格执法的政策背景下,如果行政机关没有严格执法,这一公共政策是否可以作为法院推翻其行政行为的依据,这是一个相当复杂的问题。一般而言,对于公共政策的判断,行政机关更有其优势,虽然不能排除法院对公共政策的适用——实际上也无法排除法院对公共政策的适用,但在公共政策的适用上,还是应当尊重行政机关的首次裁判权,只要不存在滥用裁量权的情形,法院应予以尊重。

所以,在行政裁量权的运用上,只能是排除滥用职权的标准,而不能以司法机关自己的判断来重新衡量行政机关行为的限度,即使在公共政策的背景下,也必须尊重行政机关公共政策方面的裁量权。例如在“德惠市人民检察院诉被告德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责上诉案”中,对于行政机关职权的行使问题,法院认为,对于如何合理安排公共资金、如何分阶段建设垃圾处理设施、如何关停环境污染企业等对生态环境进行治理的行政管理职责,目前并不属于司法调整的范畴。可谓是司法谦抑、尊重行政裁量的典型表达。

(四) 重视行政不能作为行政机关的免责事由

行政不能,是指因为法律或者客观事实的原因,导致行政机关不能履行职责的现象,包括法律不能与客观不能。对于行政不能行为,司法机关应当给予相应的尊重,而不能强制要求行政机关必须履行职责。

所谓法律不能,是指根据法律规定,行政机关无法履行职责。具体包括:(1)法律规定的期限。例如我国大部分法律都规定审查或审批公示的最低期限,在这一期限内行政机关不得做出一定的行为;另外,一些行为还需要其他行为(例如公示、鉴定行为)作为基础,这些行为的时间也必须排除在法定的期限之外。(2)法律规定不够明确。典型的是法律规定了行政机关的职责,但没有规定相应的权限,行政机关无法有效履行职责。例如,重庆市首例行政公益诉讼案“荣昌区检察院诉古昌镇政府不依法履行环境监管法定职责案”就反映出这方面的争议。在这起案件中,检察机关要求镇政府履行环境保护综合监管职责,整治养殖业污染,消除对周边及河流环境造成的不利影响,但镇政府并没有完全达到检察机关的要求,于是检察机关提起了行政公益诉讼^[25]。但该案中,《畜禽规模养殖污染防治条例》赋予了环保部门对禁养区建设养殖场的行政处罚权,并没有赋予镇政府行政处罚权,镇政府没有履行职责的相应权力。基于依法行政的要求,镇政府无法利用强制性权力来履行对养殖场进行关闭与搬迁的职责。在行政法中,对于行政机关的权限要求非常之高,没有法定权限做出的行为是无效行政行为,这在2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法适用解释》)中已有明确规定。与此相关的是“德惠市人民检察院诉被告德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责案”,在该案中,虽然行政规范性文件在地方性法规的基础上明确了乡镇政府的管理职责,但该文件仍未明确乡政府应当如何具体履行的内容^[12]。这样,行政机关的具体权限无法加以确认,最终法院认为行政机关的行为不构成不履行职责。

在这些案件中,虽然法律规定了行政机关具有监管职责,但由于没有同时赋予其执法权,就导致了无法履行职责的情形,实际上构成了法律不能。要解决这类的法律不能,无法通过检察机关提起公益诉讼的方式来强制行政机关履行职责——因为行政机关无法履行,当然也无法作为环境行政公益诉讼的被告,而应该通过其他的方式来加以解决:一是乡镇政府提起公益诉讼的方式。乡镇政府虽然没有执法权,但是可以通过公益诉讼的方式请求法院执法,虽然现在有关环境公益诉讼的原告不包括行政机关,但完全可以通过法律解释的方式来扩大其范围;二是由具有执法权的环保部门委托乡镇人民政府执法,从而解决乡镇政府没有执法权限的问题。2021年修改的《行政处罚法》已经有条件地授予乡镇人民政府的处罚权,可以有效地解决这一问题。(3)由于法律规定导致行政机关无法履行职责的情形。出于一定的目的,法律可以对行政机关行使职权加以限制,此时,行政机关虽然具有相应的权限,但却在一定条件下无法行使,这也是法律上的不能。例如要求消防部门保留一定数量消防车作为应急储备,此时,即使存在报警,这些储备消防车也不允许出警。这实际上就是法律规定的不能。

所谓客观不能,是指基于客观情形行政机关无法履行职责的情形。行政机关履行职责需要具备一定的物质条件,例如人员、设施、技术。由于财力或者是政策原因,导致行政机关必然无法履行职责,这便构成了客观不能。导致行政机关客观不能的原因主要有巨大的工作量、疑难问题、资金支持和人员配备不足、组织结构和管不善、耗时的决定程序、司法审查、管理和预算局的审查、故意的迟延等情况^[21]。

(1)执法资源的有限性。行政机关的执法人员和执法资源总是有限的,行政人员的不足体现在行政人员的质和量上^[21],而行政资源的有限性,体现在执法物力上的不足。这些都会影响环境执法的效果。我国现有的企业数量巨大,而环境执法机关的人力、物力有限,环保机关无法有效地对企业行为进行及时监察。环保机关无法及时发现企业的违法行为,即使发现了也无法及时查处,除了主观原因外,主要是由于我国执法能力存在不足。执法能力不足,会严重制约行政机关的执法,导致行政不能。例如在“德惠市人民检察院诉被告德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责案”中,被告镇人民政府认为,时间历史上遗留下的大量垃圾,仅仅在一个时间点让答辩人短时间内彻底解决的确是勉为其难。要将垃圾彻底运走清除可能要费时几个月甚至更长的时间,如果到汛期时垃圾仍然没有清运完成,那么就会对周边以及下游城市造成开放性的污染^[12]。这实际上就是一种客观不能,司法机关必须尊重这种行政不能。

在涉及客观不能问题时,司法机关也需要尊重行政机关的实际情况,保证谦抑性,避免因司法裁判而导致的新的不公平,否则法院的裁决并不能真正解决问题。例如印度法院曾经作出了关于公共汽车的判决,但由于政府的财力无法解决问题,法院的判决导致整个交通运输的瘫痪^[26]。

(2)技术方面的有限性。一些机关缺乏应有的技术,也会导致其行为无法及时完成,造成行政迟延。在“威宁彝族回族苗族自治县人民检察院诉威宁彝族回族苗族自治县金钟镇人民政府确认行政行为违法并履行法定职责行政公益诉讼案”中,法院虽然要求被告必须履行处理垃圾场的职责,但考虑到要彻底解决被告辖区内的垃圾管理问题,需要在经费、技术、时间等方面同其他相关单

位进行协调,本院确定给被告一定期限完善相关工作^②。这也是考虑到行政机关在技术上的不能而给予的尊重。而在“德惠市人民检察院诉被告德惠市朝阳乡人民政府不履行法定职责案”中,乡政府认为无法及时地处理垃圾,主要是自身无法达到法定的标准来处理,而且,如果没有专业的垃圾运输车辆,在长途的运输中难免会有垃圾遗落渗漏,造成二次污染^[12]。由于存在这样的困难,所以没有及时地履行职责。这一主张也得到了法院的认可。这些案件说明,如果由于客观上的技术原因导致无法履行职责,法院也应该予以尊重,即使要求行政机关履行职责,也必须考虑到这些技术上的原因,给予行政机关必要的准备时间。

(3)政策性的因素。在以行政主导实施环境法时,行政机关存在着大量的执法政策空间。行政机关基于经费、技术、工作重点,甚至是与企业之间的合作关系等因素的考量来决定其实施策略时,必然会包含有公共政策的考虑。对于这些公共政策要素,司法也需要给予尊重,即保证谦抑性的要求。具体包括:一是检察机关尊重行政机关对公共政策的考虑;二是法院在判决时,只能要求法院在一定的期限内达到相应的标准。

四、环境行政公益诉讼谦抑性的限度

重视环境行政公益诉讼制度中司法的谦抑性,并不代表司法机关就完全被动地尊重行政机关的实行为。行政公益诉讼制度本身具有能动性的特征,例如印度的环境行政公益诉讼,具有非常明显的能动性。我国的环境公益诉讼可以说是一个从无到有的过程,司法机关也在改变被动的地位,积极介入环境治理的事业之中,呈现出一定的司法能动主义的趋势。因此,在强调谦抑性原则时,不能忽视谦抑性的限度问题,过度强调谦抑性原则,会导致司法功能的丧失。我国行政诉讼曾经有过这方面的教训,我国法院曾经将许多类型的行政案件排除在行政诉讼范围之外,虽然有其合理性的一面,例如基于公共政策的原因,一些问题可能更适合政治性解决,但也引起了较多的批评。因此,环境行政公益诉讼一方面应当坚持谦抑性的要求,另一方面也需要考虑司法谦抑的限度,避免过度谦抑而丧失了司法对行政的监督与纠偏功能。

(一) 确定环境行政公益诉讼的强制性范围

2017年修改的《民事诉讼法》规定对危害社会公益利益的行为,检察机关“可以”提起公益诉讼。而同时修改的《行政诉讼法》规定对危害社会公共利益的行为,检察机关“应当”提起行政公益诉讼。如果简单地加以比较,似乎是行政公益诉讼没有选择的余地,但在行政公益诉讼中,检察机关仍然有大量的裁量权。目前,我国检察机关提起环境公益诉讼的热情较高,其中主要原因是检察机关自上而下的一种强制性要求,甚至是通过各地进行起诉数量比赛的方式来推进行政公益诉讼的发展。长期来看,这一做法很难持续,将来可能出现检察机关怠于提起环境公益诉讼的现象。

为了避免检察机关在行政公益诉讼方面的过度谦抑,需要确定强制性的环境行政公益诉讼范围,明确检察机关提起环境公益诉讼的职责,避免检察机关也陷于“怠于履行职责”的状况。具体而言:首先,将行政公益诉讼划分为强行诉讼范围和任意诉讼范围。强行诉讼范围应为严重损害或威胁社会公共利益的行为;任意诉讼范围则是指上述重大疑难案件以外的案件^[27]。对于强行性诉讼

^②贵州省普安县人民法院、威宁彝族回族苗族自治县人民检察院诉威宁彝族回族苗族自治县金钟镇人民政府确认行政行为违法并履行法定职责行政公益诉讼案(<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=3182c6a7-de71-47b4-98e7-a7b30172a2f6&KeyWord=>)。

范围,检察机关必须提起诉讼,而对于任意性诉讼范围,检察机关可以加以裁量,以不起诉为原则,以起诉为例外。

其次,通过一定的立法技术对强制起诉的范围加以界定。例如,可以采取概括加列举的方式规定强行诉讼范围,对启动程序和职能进行具体规定^[23]。在概括性方面,规定对于严重损害或者威胁环境公共利益行为必须提起环境行政公益诉讼。这一界定方法具有包容性较强的特点,但也存在具有抽象性的缺点,因此,可以确定一些更加具体的标准。例如,可以借鉴无效行政行为为理论来对此加以处理。无效行政行为,是指存在重大而明显违法的行为,任何人、任何时候都可以不予尊重。2018年的“行政诉讼法适用解释”对此已经有所界定,与本文相关的无效行政行为包括:“(三)行政行为的内容客观上不可能实施;(四)其他重大且明显违法的情形。”虽然这一解释对无效行政行为的界定有一定的概括性,但仍然具有一定的借鉴意义。这一司法解释涉及的是主观诉讼方面的无效行政行为,也可以适用于客观诉讼方面的无效行政行为。对于环境行政公益诉讼这类客观诉讼来说,无效行政行为是具有重大社会危害性的行为,也包括重大而明显的违法和行政行为的内容客观上不可能实施的行为。重大而明显的违法,是指可能对环境产生有害的行为,包括环境决策行为,也包括具体的环境执法行为;而内容上不可能实施的行为,则为两个情况:一是行政机关对相对人的决定在内容上无法实施,例如在2017年我国北方大规模实施煤改气活动,由于客观条件的限制,导致大量地区无法按要求完成改造任务;二是上级行政机关对下级行政机关的要求,在内容上无法实施。

除了根据性规定外,还可以通过列举的方式,规定强制起诉范围条件。例如,参考突发环境事件的分类将涉案范围广、人数多、金额大、影响深、后果重的疑难案件确定为强行诉讼范围^[27]。这样,就可以较容易确定环境行政公益诉讼的范围,从而减少检察机关的裁量负担。

最后,可以确定一些排除范围。主要包括行政不能的范围,具体是指行政机关的法律不能与客观不能的情形。当行政机关基于客观原因无法履行职责时,检察机关不可以对其提起公益诉讼,现在许多的环境行政公益诉讼,都是履行职责之诉,检察机关往往要求行政机关履行环境职责,但正如前述,在许多案件中,作为被告的行政机关存在法律不能或行政不能的情形,此时要求他们履行职责就超出了行政机关的职权范围。因此,需要将此时的履行职责诉讼排除于行政公益诉讼的范围。

在强制范围之外的行为,是否需要提起环境行政公益诉讼,可以交由检察机关进行裁量。当然,根据司法谦抑性原则,检察机关应当考虑行政机关的专业技术性与行政裁量性,以确定可以起诉案件的范围。

(二) 确定环境行政公益诉讼的实体判决要件

目前的环境行政公益诉讼,主要涉及行政机关履行职责问题。在这类案件中,检察机关起诉要求行政机关履行职责,需要法院作出相应的判决。

根据司法谦抑性的要求,法院不能直接作出实体性判决,而应当作出程序性判决。但对于履行职责判决而言,法院作出程序性判决后,还需要行政机关重新做出一定的行为,相对人不服需要再行提出救济,这样会延误许多时间,导致损害性后果的发生,在环境治理领域尤为如此。而实体性判决可以确定行政机关的义务,发挥司法判决的预防性作用,及时有效地保护环境,体现出司法的

积极能动功能。但实体性判决与行政判决的基本特性存在一定的冲突,会过度干预行政权力的运行,违反了权力分工与权力合作的原则。如何处理程序性判决和实体性判决之间的关系,已经成为法学理论与实践中的重要问题,这在许多案件中已经得到了体现,例如前述的要求行政机关在治理垃圾处理场时应当达到一定标准的判决,就是一种实体性判决。

由于实体性判决与谦抑性原则存在一定的冲突,需要对这一实体性权力加以限制。主要的做法是:(1)对判决形式的方式加以限制。在客观诉讼判决方面,各国存在着共同之处,即以程序判决为主。例如,法国的客观诉讼以撤销诉讼为主。一般行政审判机关都有权向行政主体发出命令以督促其执行,并在必要时可以附带执行罚^[28]。这主要是尊重行政机关的法律实施权,体现了司法的谦抑性。(2)对实体性判决的适用条件加以严格界定。为了体现公益诉讼的谦抑性,实体性判决的条件主要有“一般要件”,即“申请理由成立,事实清楚,法律规定明确”;“特别要件”,即“只能得出一个处理结论”——“法效果唯一”二者缺一不可^[29]。例如在“尹荷玲案”中,法院就是基于这样的判断来作出的实体性判决^[29]。在这些条件中,最重要的就是法效果的唯一性。法院只有在考虑到各种因素后,能得出唯一性的法效果时,才可以作出实体性判决。(3)考虑实体判决的阻却事由问题,主要是考虑行政机关客观不能的情况。行政机关在环境监督过程中,经常会面临人力、财力不足,技术条件不够成熟的情况。如果一概强制其履行职责,会过度加重行政机关的压力,导致行政机关不顾一切地予以实施时,出现新的不公正。此时,检察机关与法院应当考虑到行政机关履行职责的有效性,更多地作出程序性判决,而不是实体性判决;即使是实体性判决,也应当给予合理的期限,而不能追求表面上行政机关立即履行职责的效果。这就必须尊重行政机关在履行自身职责方面的一些规范,例如行政机关关于检查的频次、检查的强度等方面的要求,虽然这只是行政机关内部的一些规定,但法院对此也应当予以足够的尊重。只有行政机关完全怠于履行职责时,才需要作出较为明确的实体性判决,并且规定明确的期限。

(三) 重视环境行政公益诉讼制度中的和解制度

在环境行政公益诉讼中,存在着谦抑性的要求,保持谦抑的一个重要方面是和解制度。行政诉讼的和解体现了现代合作型司法的发展趋势,即“在多中心主义的程序运作框架之下,原、被告双方不再是消极、被动地听从于人民法院的安排,而是更加频繁地通过合意解决纠纷”^[30]。通过和解制度,双方(检察机关与行政机关)或三方(检察机关、行政机关与法院)之间对行政机关处理的事实与理由进行磋商,确定行政行为是否合法的界限。和解不仅发挥了行政公益诉讼监督行政机关的作用,也可以发挥其沟通协商的功能,更好地促进环境治理的发展。一般而言,在行政诉讼和解制度中,主要是基于双方之间的合作关系,而在环境行政公益诉讼中,不仅存在双方合作关系的考虑,还需要考虑行政机关的职权要素,即尊重行政机关对事实与法律的判断,体现出谦抑性的要求。

作为客观诉讼,一方面,和解应当受到一定的限制,法院应当对和解协议予以审查或者是公开,以对和解进行监督;另一方面,和解更好地体现了谦抑性要求,与主观诉讼相比,客观诉讼的双方之间更具有平等性,其协议内容也就更加具有合意性^[31]。和解意味着检察机关与行政机关之间可以形成一种良性互动关系,检察机关可以与行政机关进行协商,共同协议履行职责的方式和要求,既尊重了行政机关的实际,又促进了行政机关履行职责。

当然,在保持司法谦抑性的同时,也需要重视对行政机关的监督与控制。在合作的同时,保持

最低限度的对抗,只有当检察机关要求与行政机关履行环境保护职责,行政机关拒绝合作或者合作明显不符合法律要求时,检察机关才向法院提出公益诉讼^[32]。在这时,仍然需要坚持和解的制度要义,体现出司法的谦抑与能动。

参考文献:

- [1] 耿宝建. 高校行政案件中的司法谦抑与自制[J]. 行政法学研究, 2013(1): 93-98.
- [2] 李富民. 浅析行政诉讼中的司法谦抑[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2011(1): 83-86.
- [3] 陈兴良. 刑法理念导读[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 21.
- [4] 陈云生. 论司法谦抑及其在美国司法审查制度中的实践[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2005, 13(5): 16-20.
- [5] 刘澍. 论司法之谦抑品格[J]. 国家检察官学院学报, 2007, 15(4): 69-76.
- [6] 胡晓进, 任东来. 保守理念与美国联邦最高法院: 以 1889-1937 年的联邦最高法院为中心[J]. 美国研究, 2003, 17(2): 48-72, 4.
- [7] 龙宗智. 论检察权的性质与检察机关的改革[J]. 法学, 1999(10): 2-7, 22.
- [8] 马怀德. 行政法与行政诉讼法[M]. 修订本. 北京: 中国法制出版社, 2007: 395.
- [9] 俞祺. 行政规则的司法审查强度: 基于法律效力的区分[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [10] 何海波. 实质法治: 寻求行政判决的合法性[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [11] 林莉红, 马立群. 作为客观诉讼的行政公益诉讼[J]. 行政法学研究, 2011(4): 3-15, 144.
- [12] 吉林省长春市中级人民法院. 政府不履行生态治理职责不属于行政诉讼受案范围: 德惠市检察院诉朝阳乡政府不履行环保监督管理职责案[EB/OL]. (2018-04-20)[2019-04-25]. <https://dy.163.com/v2/article/detail/DK8F35250516DSPP.html>.
- [13] 黄锡生, 谢玲. 环境公益诉讼制度的类型界分与功能定位: 以对环境公益诉讼“二分法”否定观点的反思为进路[J]. 现代法学, 2015, 37(6): 108-116.
- [14] 王波. 规制法的制度构造与学理分析[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 80.
- [15] 李大勇. 行政诉讼司法政策原理论[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 3.
- [16] 孔祥俊. 裁判中的法律、政策与政治: 以知识产权审判为例[J]. 人民司法, 2008(13): 24-27.
- [17] 理查德·R. 斯图尔特. 美国行政法重构[M]. 沈岍, 译. 北京: 商务印书馆, 2011: 180.
- [18] 沈小军. 食品安全案件审理中法官的适度谦抑[J]. 法学, 2018(2): 182-192.
- [19] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 659.
- [20] 凯斯·R. 森斯坦. 烟草是药吗: 作为普通法院的行政机关[C]//宋华琳, 译. 法大评论(2). 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 314.
- [21] 理查德·J. 皮尔斯. 行政法[M]. 苏苗罕, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 918.
- [22] 沈开举, 邢昕. 检察机关提起行政公益诉讼诉前程序实证研究[J]. 行政法学研究, 2017(5): 39-51.
- [23] 李艳芳, 吴凯杰. 论检察机关在环境公益诉讼中的角色与定位: 兼评最高人民检察院《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》[J]. 中国人民大学学报, 2016(2): 2-13.
- [24] 邓可祝. 重罚主义背景下合作型环境法: 模式、机制与实效[J]. 法学评论, 2018(2): 174-186.
- [25] 陈小康. 重庆江津法院公开宣判一起行政公益诉讼案[N]. 人民法院报, 2018-05-31(3).
- [26] 张淑兰. 印度的环境政治[M]. 济南: 山东大学出版社, 2010: 212.
- [27] 张林鸿, 罗男. 检察机关在公益诉讼制度中的角色担当: 以贵州省 51 个真实案例为样本[J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2018(1): 113-120.
- [28] 刘艺. 构建行政公益诉讼的客观诉讼机制[J]. 法学研究, 2018(2): 39-50.
- [29] 于洋. 行政诉讼履行法定职责实体判决论: 以“尹荷玲案”为核心[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2018(2):

132-140.

[30] 章志远. 开放合作型行政审判模式之建构[J]. 法学研究, 2013(1): 87-106.

[31] 邓可祝. 环境行政公益诉讼和解制度研究[J]. 法治研究, 2016(5): 101-112.

[32] 邓可祝. 合作型环境行政公益诉讼: 我国环境行政公益诉讼发展的一种可能路径[J]. 行政法论丛, 2016(1): 42-61.

On the modesty of environmental administrative public interest litigation: Limited to environmental administrative public interest litigation filed by procuratorate

DENG Kezhu^{1,2}

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China; 2. Public Administration and Law Schools, Anhui University of Technology, Ma'anshan 243005, P. R. China)

Abstract: Procuratorate bring environmental administrative public interest litigation, which is an important way to promote administrative organs to fulfill their environmental protection duties. Environmental administrative public interest litigation involves three organs: procuratorates, courts and administrations, and the relationship between judicial power and administrative power needs to be handled well. On the one hand, environmental justice is proactive, and it is easy to cause conflicts between judicial power and administrative power; on the other hand, based on the characteristics of judicial limitation and administrative implementation of environmental law, attention should be paid to the problem of judicial modesty. How to understand the modesty of environmental administrative public interest litigation needs to be analyzed from the theoretical and practical dimensions. In environmental administrative litigation filed by procuratorates, we should respect the first jurisdiction of the administrations, the pre-litigation procedures of the administrative public interest litigation, the administrative discretion, and the issue of administrative inability. Of course, this modesty is not absolute. In order to play the role of administrative public interest litigation effectively, we should grasp the limitations of this modesty, by clearly defining the scope of mandatory litigation, determining the requirements of substantive judgments, and respecting litigation settlement, to deal well with the relationship between judicial modesty and judicial supervision.

Key words: environmental administrative public interest litigation; judicial modesty; modesty requirements; modesty limitation

(责任编辑 胡志平)