

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.09.004

欢迎按以下格式引用:谢玲.生态损害行政矫正的概念厘定及功能界分[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(5):188-197. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.09.004.



Citation Format: XIE Ling. On the concept determination and function division of ecological damage administrative redress [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(5):188-197. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831. fx. 2019.09.004.

# 生态损害行政矫正的概念厘定及功能界分

谢玲

(广东海洋大学 法政学院,广东 湛江 524088)

**摘要:**环境法学不少研究者们所指称的生态损害“行政救济”一词,在行政法学的概念体系中具有不可通约性,应当被表述为生态损害行政矫正而非生态损害行政救济。生态损害行政矫正重在预防、制止和惩罚生态损害行为中发挥着基础性功能,但无论从救济的功能类型、救济的强度还是损害矫正的对象范围来分析,生态损害行政矫正都有其功能限度。“行政权优先”原则并不适合生态损害的填补性救济领域,仅仅依靠完善生态损害行政矫正途径无法实现对生态损害的充分救济。唯有矫正运用行政权进行生态损害救济的概念表达,并合理定位生态损害行政矫正的功能,方可理顺生态损害不同救济路径之间的关系,实现生态损害行政矫正与生态损害司法救济的有效对接和功能互补。

**关键词:**生态损害;行政矫正;行政救济;生态损害行政矫正;功能限度

**中图分类号:**D922.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2020)05-0188-10

## 一、问题的提出

作为不特定多数人所享有的“共同之善”,生态利益之维护曾长期依赖代表公共利益的行政主体通过行政权的运行来实现。但随着环境利用与生态保护关系中利益冲突与纠葛的复杂化及冲突程度的加剧,仅仅依靠传统的行政手段已经无法实现对生态损害的充分救济。环境行政权运行的不足不仅促使单一的命令服从型环境行政管理向参与型、民主型环境行政治理转变,而且导致司法权在生态利益问题上的角色发生了急剧转换。通过扩展与强化司法权来应对生态利益维护中的行政失灵,已经成

修回日期:2019-09-12

**基金项目:**教育部人文社会科学基金青年项目“我国海洋生态损害的司法救济制度研究”(16YJC820036);广东省哲学社会科学“十二五”规划2015年度学科共建项目“海洋生态损害司法救济制度研究”(GD15XFX03);广东海洋大学2014年度人文社会科学研究重点项目“我国海洋生态安全预警法律机制研究”(校科技[2015]2号)

**作者简介:**谢玲(1977—),女,湖南岳阳人,法学博士,广东海洋大学法政学院副教授,硕士研究生导师,主要从事环境资源法学研究, Email: xlcy24@163.com。

为环境公共治理中一个不争的法律事实。环境法学界普遍认同运用司法权对生态损害进行救济和运用行政权对生态损害进行救济是生态损害救济的两条基本路径。

然而,专门以生态损害救济为已任的环境公益诉讼制度之确立并未对生态损害的法律救济带来学界所热切期待的效果。不仅环境公益诉讼案件的数量屈指可数,而且行政权与司法权在生态损害法律救济中的权限划分和功能定位亦出现了冲突与混乱。在此背景下,主张以“责令生态损害赔偿”、创新“行政职权民事化”<sup>①</sup>等方式来扩张与完善行政执法权,以充分发挥环境行政权的主导作用来实现生态损害之充分救济的观点甚为流行。实践中生态损害国家索赔中的行政磋商机制也大有架空颇费周折才构建起来的环境公益诉讼制度之势。

到底应当如何定位运用行政权实现生态损害救济的功能以及如何划分行政权与司法权在生态损害法律救济中各自的权限?这一问题又重新摆在了环境法学研究者的面前并成为研究的热点。然而,为环境法学者们所忽视的一个前提性问题是:不少环境法学者明确或隐含表达的“生态损害行政救济与司法救济相协调”之“行政救济”是否能与行政法中作为行政法基本概念之一的“行政救济”一词在内涵上相吻合?如果不能,生态损害“行政救济”的现有研究如何被现行行政法研究所接纳而融入行政法的理论框架之中?而不仅仅只是成为又一个环境法学界不顾法学基本理论而无法与其他相关部门法学进行交流对接的自说自话之概念?概念使用上的混乱会导致一些无谓的纷争并直接影响生态损害救济中行政权的功能定位。在明确概念表述的前提下,需要进一步追问的是:生态利益的公共利益属性决定了生态损害的法律救济应遵循“行政权优先”之原则,但“行政权优先”原则是否在生态损害救济的所有领域均有优先适用的正当性?是否依靠完善和创新生态损害环境行政法律制度就可以完全实现生态损害之充分救济?笔者认为,只有矫正通过行政权运行救济生态损害的概念表达并合理界定生态损害行政矫正的制度功能及其限度,才能使环境法学界对该问题的研究与行政法基本原理进行有效对接,也才能理顺各种不同救济途径之间的关系,以实现生态损害多元化救济制度之间的有效对接与功能互补。

## 二、概念厘定:生态损害行政矫正而非生态损害行政救济

### (一) 环境法学研究中的生态损害“行政救济”

就笔者收集的资料来看,不少环境法学研究者表述中的生态损害“行政救济”,是“表现为环境监管部门运用行政权力,要求生态损害责任人停止损害生态的行为、采取避免生态损害扩大的措施,以及及时修复受到损害的生态环境”<sup>[1]</sup>。即将环境行政监管部门运用行政权对生态损害行为的制止、纠正与惩罚或者是对责任主体的行政责任之追究称之为生态损害“行政救济”。从此种意义上使用生态损害(或环境损害)“行政救济”一词的情形在不少环境法学者的学术论文中存在<sup>②</sup>。如张宝在《生

<sup>①</sup>由行政机关提起生态损害索赔磋商或民事诉讼均为“行政职权民事化”主张之表现。参见: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14-21页)。

<sup>②</sup>笔者在中国知网用“行政救济”一词在全文中检索,并在结果中用“生态损害”一词进行二次检索,共收集到cssci和核心期刊论文61篇(加上了转引原文5篇,检索时间为2019年5月13日)。通过逐篇核对,发现其中有6篇属引用他人“行政救济”一词的表述,14篇论文对“行政救济”一词没有解释而无法准确判断其具体所指,剩下的16篇论文在“行政救济”一词的使用上与行政法上的使用保持一致,而25篇论文则是从运用行政权对生态损害行为的制止、纠正与惩罚的意义上使用“行政救济”一词。虽然这一检索不能精确展示环境法研究者对生态损害行政救济一词使用的全貌,但以研究质量整体上相对更高的核心期刊论文为研究对象,更能说明在环境法学界,的确较普遍存在从此种意义上使用生态损害“行政救济”一词的情形。

态环境损害政府索赔权与监管权的适用关系辨析》一文中,将《水污染防治法》中規制企业事业单位违法造成水污染事故的行政处罚、行政命令、行政强制等法律责任,等同于生态环境损害的“行政救济模式”<sup>[2]</sup>。马腾在《我国生态环境侵权责任制度之构建》一文中,将我国生态损害的公法救济体系分为行政救济和刑事救济两部分,并直接将生态损害行政救济等同于行政处罚<sup>[3]</sup>。吴鹏在《最高法院司法解释对生态修复制度的误解与矫正》一文中提出,“在环境公益保障制度的设计中,行政救济应当作为首选途径”,他所指的行政救济是“环境行政执法”<sup>[4]</sup>。王岚在《论生态环境损害救济机制》一文中,将环境行政处罚、责令改正型环境行政责任、环境行政强制均纳入“生态环境损害之行政救济模式”<sup>[5]</sup>。笔者在论述环境公益诉讼的性质与类型界分时也曾从此种意义上使用过“环境公益的行政救济”一词<sup>③</sup>。然而,随着对生态损害法律救济问题研究的深入,笔者发现,被环境法学界普遍认可的生态损害行政救济中的“行政救济”一词存在误用嫌疑,因为在行政法学界,“行政救济”有其特定的内涵,而并非行政监管部门运用行政权对生态损害行为的制止、纠正与惩罚<sup>④</sup>。

## (二) 行政法学中的“行政救济”

法学体系中的救济在本质上是一种权利,即当实体的权利或法律利益受到侵害时从法律上获得自行解决或请求司法机关及其他机关给予解决的权利。民事救济与行政救济是依法律救济方法的不同而进行的两种基本区分。“行政救济可以通过向更高级的行政官员或大臣申诉取得,也可以通过向特殊的行政机关或法庭、仲裁庭提出申诉而取得”<sup>[6]</sup>。

我国法学界对行政救济一词的适用,最初源于对行政诉讼这一救济方式的关注。在早期的研究中,有不少研究者将行政救济直接等同于行政诉讼。随着研究的不断深入以及对我国行政救济实践经验的总结提升,有关行政救济概念与特征的认识逐渐丰富起来。目前行政法学界对行政救济的基本特质已经达成共识:“凡对于违法或不当的行政行为加以纠正,或对于因行政行为而遭受财产损失的人给予弥补的制度,都属于行政救济。”<sup>[7]</sup>但研究者对具体如何细致地来界定行政救济的概念与确切范围却有着不同的观点。一种观点认为,行政救济“是指行政管理相对人在其合法权益受到行政机关的违法失职行为侵犯后依法提出申诉,由有监督权的行政机关按法定程序对其予以救济的一种法律制度”<sup>[8]</sup>。这一定义将行政救济的实施主体限于行政机关,而将司法机关实施的行政诉讼界定为司法救济。此处的“行政救济”是作为与“司法救济”相对应概念而提出的。另一种观点认为,行政救济“是指公民的权利和利益,受到行政机关侵害时或可能受到侵害时的防卫手段和申诉途径;也是通过解决行政争议,纠正、制止或矫正行政侵权行为,使受损害的公民权利得到恢复,利益得到补救的法律制度”。此为广义上的行政救济概念<sup>[9]</sup>。还有学者主张“行政救济是指有关国家机关依法审查行政行为是否合法、合理,并对违法或不当行政行为予以消灭或变更的一种法律补救机制”<sup>[10]</sup>。这一观点将行政救济泛化为监督行政,其能涵括的范围就更为宽泛了。亦有学者提出“行政救济是公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为造成自己合法权益的损害,请求有关国家机关给予补救的法律制度的总称”<sup>[11]</sup>,主要包括了行政复议、行政诉讼、行政仲裁和信访等制度。

行政救济是一个学理概念而非法定用语,不同国家源于其政治制度及法律传统之差异,对这一概

<sup>③</sup>参见: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》(《现代法学》,2015年第6期第108-116页)。

<sup>④</sup>随着环境法学研究的不断深入,环境法学研究的跨学科特征会日益彰显,那么基本概念使用上出现失误的几率也可能随之增加。笔者认为,针对出现的失误及时进行矫正方为科学的治学态度。

念的理解与界定存在差别。即使在我国,如前所述,学者们对行政救济一词的准确界定和具体范围之理解亦有不同。但这些不同并不意味着行政救济是可以被任意定义和适用的概念。任何一个学理概念在其产生之初可能存在较多争议,却会随着适用时间的推移而逐渐沉淀出一些被学界普遍认可的合理特质。行政救济一词亦是如此。尽管有关行政救济的范围和具体形式有着多种观点,但法学界对行政救济的如下基本特征已经达成共识:(1)行政救济产生的原因是行政管理相对人的合法权益因行政主体的行政行为而受到或可能受到了损害,从而产生了一个行政争诉。(2)行政救济是对行政管理相对人的救济,即行政救济权的享有主体是行政法律关系中的行政管理相对人而非行政主体。(3)行政救济矫正的对象是行政行为,即对行政管理相对人的合法权益造成或可能造成损害的行政行为。

### (三) 环境法学研究中的生态损害“行政救济”一词之误用

很显然,环境法学界不少学者所指称的生态损害“行政救济”的确不符合行政法学界已达成共识的有关行政救济的一般定义与基本特征。在行政法学界,行政救济是指对行政管理相对人因行政行为受到损害之救济,而环境法学者们所表述的生态损害“行政救济”则是指在生态损害后果已经出现或可能出现时,环境行政部门运用行政权对生态损害行为的预防、矫正与惩罚。虽然二者都使用了行政救济一词,但具体所指已相去甚远。其一,从产生原因看,行政法学中的行政救济的产生源于行政管理相对人的合法权益因行政主体的行政行为而受到或可能受到损害;而环境法学者所表述的生态损害“行政救济”之“行政救济”产生的原因,却是存在于环境行政管理相对人违法的生态损害行为。其二,从救济的对象看,行政救济是对行政管理相对人的救济,即行政救济权的享有主体是行政法律关系中的行政管理相对人;而环境法学者表述中的生态损害“行政救济”的享有主体为拥有行政权的行政主体。其三,从矫正的对象看,行政救济矫正的对象是行政行为,即对行政管理相对人的合法权益造成或可能造成损害的行政行为;而环境法学者论及的生态损害“行政救济”所要矫正的对象是环境行政管理相对人违法的生态损害行为。前者是公权力主体的行为,后者为私主体的行为。

行政救济一词是行政法学界的一个基本概念,同时也越来越多地被环境法学界的学者们所使用,但同一个词出现在两个不同部门法学中的内涵与具体指向却出现了质的差别。那么,必须明确的一个问题是,到底何种用法更符合“救济”一词之本源?何种界定更符合基本法理,更具有合理性呢?笔者认为,环境法学界学者们表述中的生态损害“行政救济”或“环境行政救济”是对行政救济一词的误用。理由如下:(1)从语义上分析,“救济是由法律所提供的矫正损害之手段”。行政主体对行政管理相对人的生态损害行为的处理的确保护了生态利益,也属于对生态损害行为之矫正。因此,运用行政手段保护生态利益可以纳入广义的生态损害救济范围,但并不能直接将其等同于生态损害的行政救济。救济在本质上是一种纠正或者减轻性质的权利,是侵犯了第一性权利而产生的第二性权利。虽然无论是私主体所导致的生态损害,还是行政主体对行政管理相对人所造成的损害,均产生了一个可以作为救济产生前提的损害或有损害之虞的事实。但是,行政主体对行政管理相对人因违法造成生态损害行为的处理(如行政处罚),当属行政执法行为。此时行政主体拥有的是行政权力而非权利,因此不宜将这一不具有权利本质的行为称之为“行政救济”。(2)行政救济是行政法学的一个基本学理概念,行政法学界对这一概念的使用和研究早于环境法,环境法学界最近几年才开始较频繁地使用“行政救济”一词。作为一个快速发展的新型部门法学,环境法学的研究在理念上可以有大胆创新以体现环境法的“革命性”,但在法学术语的使用上又应当严肃认真地考证,在一些约定俗成的基本概念与核心范畴的使用上尤甚。唯有如此方能避免一些人为的歧义与无谓的纷争,使环境法学与其他部门法学的研究能

有效地沟通与对接。

#### (四) 生态损害行政矫正概念之厘定

虽然行政主体对行政管理相对人的生态损害行为之处理不能称为生态损害行政救济,但如前所述,这一处理行为的确发挥了预防、制止生态损害的发生及损害的扩大,保护生态利益之功能,当属法律所提供的矫正损害之手段。那么,应当如何表述这一通过行政权运行实现对生态损害进行救济的方式呢?

首先,行政主体运用行政权对生态损害行为的制止、纠正与惩罚,即运行行政权对生态损害实施救济的行政行为只是行政主体实施环境行政监管的部分行政行为,而不能包括所有的环境行政监管行为。通过行政权的运行对生态损害实施救济的行政行为所针对的对象是已经或可能造成生态损害的相对人之行为,而非针对全部环境行政管理相对人的所有环境行政监管行为。这一生态损害救济方式的发生需要具备两个基本条件:一是存在一般主体的生态损害行为并发生了生态损害后果(依风险预防原则,存在生态损害之虞的重大风险事实亦在矫正之列);二是行政行为对生态损害行为的纠正与惩罚客观上产生了救济生态损害的效果。环评报告的审批、排污许可证的发放等环境监管行为就不在之列。所以,如果用宽泛的环境行政监管或者环境行政执法显然无法准确地表达这一生态损害的救济方式。

其次,也许是意识到使用生态损害“行政救济”一词来表述与生态损害司法救济相对称的救济路径不妥,有研究者使用了“环境行政规制”一词来表述运用行政手段对生态损害之救济<sup>⑤</sup>。行政规制作为近年来在行政法学界兴起的一个新概念,虽然其内涵和外延还存在一些模糊之处,但依行政法学界主流的观点,行政规制在内容上包括了制定行政法规规章等规范、制定相关具体政策和具体的市场干预等行为<sup>[12]</sup>。显然,环境行政规制的概念与生态损害后果发生或有发生之虞时运用行政手段对生态损害进行救济的内容相去甚远。

基于上述分析可知,在当前的行政法学研究领域,的确无法找到一个能与环境法中所欲表达的、通过行政主体对行政管理相对人的生态损害行为之处理来实施生态损害救济这一内涵相契合的现成概念。笔者认为,可以借用作为刑罚执行方式的“社区矫正”中的“矫正”一词,将这一生态损害的救济方式称之为生态损害行政矫正。理由如下:(1)“矫正”一词在语义上为纠正之意,而运用行政权对造成或可能造成之生态损害的救济,首先就表现为对行政管理相对人之生态损害行为的制止和纠正。(2)社区矫正是指“将符合法定条件的罪犯置于社区内,由专门的国家机关在相关社会团体、民间组织和社会志愿者的协助下,在判决、裁定或决定确定的期限内,矫正其犯罪心理和行为恶习,促进其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动”<sup>⑥</sup>。其功能既包括了对犯罪行为的惩罚和预防,也包括了对犯罪行为人犯罪心理和不良行为的制止和纠正。社区矫正的功能范围与运用行政权对生态损害行为的惩罚、制止、纠正、预防功能不谋而合。因此,可以借用“社区矫正”中的“矫正”一词,将运用行政权对生态损害的救济方式称之为生态损害行政矫正。

那么,应该如何界定生态损害行政矫正的内涵与外延呢?所谓生态损害行政矫正,是指因相对人违反行政法义务而要求其补充履行应有义务或对相对人的人身、财产、精神施加负担进行惩罚以及强

<sup>⑤</sup>如韩英夫、黄锡生在《生态损害行政协商与司法救济的衔接困境与出路》(《中国地质大学学报》(社会科学版),2018年第1期30-39页)一文中就使用了“环境行政规制”一词来表达与环境司法诉讼救济相对称的生态损害救济方式。

<sup>⑥</sup>最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于在全国试行社区矫正工作的意见》司发通〔2009〕169号,2009-09-02。

制的行政决定行为。由于这一生态损害的救济是由行政主体来实施的,所以将其称之为生态损害行政矫正,从而与生态损害的司法救济相对称。

行政决定行为可以依功能的不同而划分为基础性行政行为 and 保障性行政行为。基础性行政行为旨在直接落实法律规定的应有权利义务。行政命令是最具代表性的基础性行政行为,依行政命令发生的时间为划分标准,可以将行政命令区分为引导性行政命令和补救性行政命令。前者发生在相对人的违法行为发生前,旨在事前引导;后者在相对人违反或怠于履行法定义务之后发出,旨在要求相对人补充或重新履行先前义务,属事后补救性行政行为<sup>⑦</sup>。而保障性行政行为是对违反法定义务的相对人所给予的责难与惩罚,包括行政处罚和行政强制。生态损害行政矫正以相对人违反行政法义务为前提,包括了行政决定中的补救性行政命令和保障性行政行为。因此,从外延上看,生态损害行政矫正的方式分为两类:一类是责令停止(包括责令停止生产或者使用、责令停止建设、责令停止试生产、责令停止违法)以及责令限期建设配套设施、责令重新安装使用、责令限期拆除、责令限期治理等补救性行政命令。另一类是警告;罚款;责令停产整顿;责令停产、停业、关闭;暂扣、吊销许可证或者其他具有许可性质的证件;没收违法所得、没收非法财物;行政拘留等行政处罚和行政强制<sup>⑧</sup>。

唯有科学界定通过行政手段救济生态损害这一路径的概念表述,方可对生态损害这一救济路径的研究与行政法学的相关理论进行有效对接,也才能厘定这一救济方式的合理范围,并对生态损害行政矫正的功能进行恰当定位。

生态利益的公共产品属性决定了生态损害的法律救济应遵循“行政权优先”原则。然而,当生态损害的后果已经发生或有发生之虞时,“行政权优先”原则是否在生态损害救济的所有领域均有优先适用的正当性?尤其是在生态损害的填补性救济中,是否也应当贯彻“行政权优先”原则?是否可以仅仅依靠完善和创新生态损害环境行政法律制度就可以完全实现生态损害之充分救济?通过行政权的运行实现生态损害救济的功能到底有没有限度?

### 三、功能界分:生态损害行政矫正的功能及其限度

#### (一) 生态损害行政矫正的功能

生态产品供给的私人选择失灵为行政权介入环境管理提供了正当性。在传统的公益与私益二元保护的路径安排下,政府为生态利益保护之当然代表。当生态损害已经发生或有损害之虞时,首先应当是负有职责的行政部门通过行政处罚、行政命令等行政矫正措施,纠正与惩罚生态损害行为,预防生态损害发生或制止已经发生的损害及损害之扩大。此为生态损害法律救济路径中的“行政权优先”原则。生态损害行政矫正对生态损害进行救济的优势,一方面体现在生态损害行政矫正反应迅速、高效便捷,能够对已经或可能的生态损害提供及时高效的救济;另一方面,生态损害具有十分明显的科学技术性。实践中对于损害的发生以及损害程度的判断,均需要动用大量的资源以提供科学技术的支持。相对于司法部门,环境行政监管部门拥有明显的技术优势,对生态损害的事实判断及生态修复复杂性的把握更具有专业性。与此同时,贯彻“行政权优先”原则亦符合司法是维护社会公平正义的最后一

<sup>⑦</sup>此处的补救并非民事责任中的填补,而是相对人应尽而未尽义务之重新履行。一般为积极的作为义务,如责令重新安装使用。

<sup>⑧</sup>行政命令与行政处罚的关系事实上在现行立法和司法实践中都存在混乱,理论界对此问题也存在不同的观点。笔者赞成以“是否对相对人课以了新的义务”作为区分的标准,例如,以“责令”形式出现的行政决定如果只是要求相对人补充或重新履行原义务则为行政命令,如果在原义务之外给相对人增加了新义务则为行政处罚。

道防线之共识。

具体而言,生态损害行政矫正对生态损害之救济功能,主要体现为对生态损害后果的预防以及对生态损害行为的阻却与惩罚。

首先,生态损害行政矫正可以预防生态损害后果的发生以及防止已经发生之损害的扩大。由于环境与生态系统的整体性,生态损害一旦发生,可能因扩散而导致损害后果难以控制,且事后的修复成本巨大甚至无法修复,因此风险预防和损害预防原则成为环境法的一项基本原则。行政监管部门拥有应对风险与预防损害的设备、资金与技术,同时,生态损害行政矫正较之于其他手段具有反应快速的优势,这些都决定了生态损害的预防性救济主要应当用生态损害的行政矫正方式来实现。

其次,生态损害行政矫正可以及时纠正、制止相对人正在发生的生态损害行为,阻却其行为继续存在。这一功能主要由补救性行政命令来承担。与发生于相对人履行法定义务前直接要求相对人履行特定义务的引导性行政命令不同,事后补救性行政命令以相对人违反或怠于履行法定义务为条件,行政主体要求相对人补充或重新履行该法定义务,以阻却生态损害行为、保护生态利益。如责令限期建设配套设施、责令重新安装使用、责令限期拆除等行政命令的目的正是为了纠正正在发生的生态损害行为。

再次,生态损害行政矫正的另一项极其重要的功能是惩罚生态损害的责任主体。这一功能主要通过行政处罚等保障性行政行为来实现。行政处罚是环境行政监管中使用频率最高的一种行政处理,以相对人存在违反法定义务为前提。行政处罚意味着对行为人的一种责难或制裁,行政处罚作用的对象并非先前的法定义务,而是课以相对人额外的新义务。环境行政监管主体正是通过行政处罚等保障性行政行为惩戒造成生态损害的责任人,并对潜在的违法者进行威慑。

总之,肩负着生态利益维护之使命的环境行政监管主体,通过积极主动的行政执法,既可以预防可能产生之损害,也可以制止与惩罚已经发生之损害行为。生态损害行政矫正正在生态损害救济中的优势及其基本使命,决定了在预防损害后果、阻却与惩罚生态损害行为的救济领域,应当优先适用以行政权为主导的行政矫正途径。但问题在于,“行政权优先”原则是否在生态损害救济的所有领域均有优先适用的正当性?是否仅仅依靠完善和创新生态损害行政矫正方式就可以完全实现生态损害之充分救济?

## (二) 生态损害行政矫正的功能限度

(1) 生态损害行政矫正正在生态损害救济能力上存在局限。从实证的角度考察,由于生态损害行为在大多数情况下是合理性行为的副产品,其行为的产生源多面广,再强大的行政执法权也会存在执法资源不足的问题。“从管理学的角度来看,即使行政主体始终代表生态利益并勤勉履行职权,其行政决策也有可能存在失误”<sup>[13]</sup>。从人性假设理论出发,行政监管者并非纯粹追求公共利益的“生态人”,他们也是追求私人利益、部门利益最大化的“经济人”,当行政主体的自身利益与公众的生态利益之间缺乏关联时就可能缺乏严格执法动力。所以,无论生态损害行政矫正措施如何完善,也无法仅仅依靠生态损害行政矫正实现对生态损害的充分救济。

(2) 生态损害行政矫正正在规制对象上亦存在局限。生态损害行政矫正的规制对象为行政管理相对人,即主要限于规制私主体的生态损害行为,而对公权力主体的生态损害行为则无能为力。然而,一个不容忽视的事实是,在多数情况下,私主体的生态损害行为背后,往往夹杂着行政主体怠于履行职权的影子。我国环境行政主体受监管体制、权力配置等诸多因素的影响,主观上执法意愿不足,客观上也

难以有效行使行政权力以实施生态损害救济,“不出事逻辑”、运动式环境执法、“以权代法”现象在环境行政权的运行中并不少见。另一方面,政府决策失误等不当行政行为本身亦成为环境污染与破坏的另一个原因,这些不当行政行为有时造成的损害后果甚至比私主体的生态损害行为更为严重。然而,公权力主体的生态损害行为并不在生态损害行政矫正的规制范围之内,因此,仅仅依靠生态损害行政矫正无法实现对生态损害的充分救济。

(3)通过完善或创新生态损害行政矫正无法实现对生态损害的填补救济。认识到现行行政矫正对生态损害填补救济的无能为力,不少研究者提出,可以通过完善或创新环境行政责任形式来实现对生态损害的填补救济。代表性的观点包括:(1)有学者提出政府作为“公共利益的当然代表,理应作为生态环境损害赔偿救济的第一性主体”<sup>[14]</sup>,主张设立“责令赔偿生态环境损害”这一行政责任形式弥补现有行政手段对生态损害填补救济的不足<sup>⑨</sup>,并将责令赔偿认定为与责令改正行政行为类似的一种不同于行政处罚的补救性行政命令措施。这一观点并不能成立。因为第一,从政府是公共利益的当然代表出发,只能推导出政府是通过运用行政权来维护公共利益的责任主体,并不必然推导出政府就“理应作为生态环境损害赔偿责任追究的第一性主体”。第二,设立责令赔偿这一主张的实质是欲借用行政手段实现生态损害民事救济之目的,但“生态环境损害的民事法律救济问题,本质上属于生态公共利益的私法救济问题”<sup>[15]</sup>。责令赔偿这一责任形式无法被归为行政决定的现有类型中而得到妥善安放。首先,责令生态损害赔偿的功能是填补而非惩罚,所以不能将其归入行政处罚的范围;其次,生态损害侵害的是社会公共利益,依据的是行政法律规范而非民事法律规范,所以责令生态损害赔偿不同于普通的行政主体责令承担民事责任形式,后者属于具有居间性的行政裁决;再次,责令停止生产、责令重新安装使用等责令改正所针对的对象是损害行为本身,其功能是纠正制止违法行为,而责令赔偿针对的对象是损害后果而非损害行为本身,其功能是填补,二者在制度功能上有很大的差异,责令赔偿不能归入责令改正等补救性行政命令的范围。更为重要的是,由于生态损害赔偿一般数额巨大,责令赔偿对相对人的权利有重大影响,若与行政命令等同视之,则既不属于行政处罚也不属于行政裁决的责令赔偿,既不能适用听证等重大行政处罚等程序,又不能适用行政裁决的准司法程序。行政命令属单方行政行为,赔多少、怎么赔均可由行政主体单方面决定。那么,试问相对人的权利如何得以保障?更何况,当行政处罚权与民事填补的责令赔偿权集于一身时,又如何保证行政主体不会“以罚代赔”“以赔代罚”,或者以一种行政责任的承担减轻另一种责任的承担呢?毕竟,使用频率最多的行政处罚款与责令赔偿这一责任形式均属于相对人承担的财产上的不利益。第三,这一主张过分夸大了生态损害行政矫正的功能,可能会进一步混淆原本已经出现混乱的生态损害行政责任与民事责任之功能界分。生态损害民事责任的承担与传统民事责任的承担有诸多的不同<sup>⑩</sup>,对生态损害民事责任特性的认识不清导致已有环境民事公益诉讼判决中出现了民事责任与行政责任的混同<sup>⑪</sup>,并引发了学界对环境行政权与司法权错位之质疑。而设立责令赔偿这一主张可能会使这一问题愈演愈烈。第四,责令赔偿并非一个新的环境行政责任形式,在早期的环境保护单行法中已有规定,但一些单行法在后来的修订

<sup>⑨</sup>张宝在《生态环境损害政府索赔权与监管权的适用关系辨析》一文中亦持同样的观点。

<sup>⑩</sup>如传统民法中的“停止侵害”往往通过侵权人的不作为方式即可实现,但生态损害民事责任中的“停止侵害”却在大多数情况下需要违法者的积极作为方可达成,如停止污染可能需要重新安装排污处理设施或对污染物进行无害化处理等一系列积极行为,更重要的是,这些责任承担的最终效果需要负有监管职责的行政主体的监管配合。

<sup>⑪</sup>有关论述参见: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16-33页)。

中对此作出了修改<sup>⑫</sup>,应该也是随着认识的深入发现这一责任形式的不妥。(2)陈太清提出应在改良行政处罚款的基础上将行政处罚款界定为对公益损害的填补,以行政处罚款来主导生态损害救济,不仅让行政处罚发挥其惩罚与预防功能,而且应让其实现其填补功能<sup>⑬</sup>。这一观点同样不能成立。第一,行政处罚款与损害赔偿作为两种不同性质的法律责任,法律对其功能和适用方式都有不同的设定。罚款作为一项惩罚性法律责任着眼于行为的可责罚性,主要目的是为了惩戒,罚款的数量与违法情节、主观恶性、损害后果相对应;赔偿作为一项填补性法律责任着眼于行为所造成的损害后果,主要目的是弥补损失,赔偿的数量一般以损害后果为依据,即损失多少赔多少。所以,虽然这两种责任形式均会带来责任人的财产减少,但这两种责任形式不同的功能与适用方式决定了二者只能并存而不能用行政处罚款替代损害赔偿。第二,按现行行政法“收支两条线”的有关规定,行政处罚款应当上缴国库,而非直接用于生态修复,所以行政处罚款无法实现损害填补之功能。

综上,虽然上述观点均试图通过扩大行政矫正的功能以弥补当前生态损害填补性救济的不足,然而,不同的制度有其不同的功能定位,对行政矫正制度的过度推崇并突破其功能限度,不仅不能实现其强加的功能,反而可能导致不同制度之间功能的错位,并影响该制度原有功能之正常发挥。

#### 四、结语

为不少环境法研究者们所指称的生态损害行政救济应当被表述为生态损害行政矫正。环境监管行政主体在生态损害救济中的优势及其基本使命,决定了在生态损害法律救济中应当贯彻“行政权优先”原则;同时,我国环境行政权在整个行政权力体系中的弱势地位以及现行环境行政监管的不足也意味着强化环境行政权、完善生态损害行政矫正制度有其现实意义。但强化环境行政权并不意味着忽视其他主体发起生态损害救济的诉求与积极性,并非重新回到依靠政府单打独斗的老路上去。“行政权优先”原则也不是意味着在生态损害救济的所有领域都适合由行政主体来发挥主导作用。生态损害行政矫正生态损害救济的方式、救济的能力及救济的对象上均存在局限,即生态损害行政矫正有其功能限度,仅仅依靠完善和创新生态损害行政矫正制度无法实现对生态损害的充分救济。

生态损害行政矫正制度的功能无法到达之处恰恰是生态损害司法救济应当作为之处。相对于生态损害行政矫正,生态损害司法救济的确存在费时长、运行成本高等问题,但生态损害司法救济能将公权力主体的生态损害行为纳入规制范围并在生态损害救济中发挥“监督管理者”之独特功能;同时,将生态损害的填补救济交由司法救济来实现,可以让生态损害责任民事的归民事、行政的归行政,从而缓解行政权与司法权在生态损害法律救济中权限划分和功能界分上的张力和冲突。

#### 参考文献:

- [1] 廖建凯. 生态损害救济,环保组织扮演什么角色? [J]. 环境经济, 2016(27): 95-99.
- [2] 张宝. 生态环境损害政府索赔权与监管权的适用关系辨析[J]. 法学论坛, 2017, 32(3): 14-21.
- [3] 马腾. 我国生态环境侵权责任制度之构建[J]. 法商研究, 2018, 35(2): 114-123.

<sup>⑫</sup>如 1983 年的《海洋环境保护法》、1985 年的《森林法》等都有责令赔偿规定,但修订后的这两部法均修改了这一责任形式。

<sup>⑬</sup>“行政处罚款对环境损害的救济不仅体现在可以此增加行为人的违法成本,制止和预防违法上,而且体现在国家可用罚没之款用于环境保护和生态再造上”。并认为我国的环境违法罚款事实上也在发挥环境损害填补功能。(有关论述参见:陈太清《行政处罚款与环境损害救济——基于环境法律保障之力的反思》(《行政法学研究》,2012 年第 3 期 54-60 页)。

- [4] 吴鹏. 最高法院司法解释对生态修复制度的误解与矫正[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2015, 15(4): 46-52.
- [5] 王岚. 论生态环境损害救济机制[J]. 社会科学, 2018(6): 104-111.
- [6] 戴维·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 光明日报出版社, 1988: 764.
- [7] 林莉红. 香港的行政救济制度[J]. 中外法学, 1997, 9(5): 33-41.
- [8] 韩德培. 人权的理论与实践[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995: 699.
- [9] 张树义. 行政法学新论[M]. 北京: 时事出版社, 1991: 235.
- [10] 叶必丰. 行政法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996: 222.
- [11] 林莉红. 行政救济基本理论问题研究[J]. 中国法学, 1999(1): 41-49.
- [12] 江必新. 论行政规制基本理论问题[J]. 法学, 2012(12): 17-29.
- [13] 谢玲. 再辨“怠于行政职责论”: 就环境公益诉讼原告资格与曹树青先生商榷[J]. 河北法学, 2015, 33(5): 123-132.
- [14] 况文婷, 梅凤乔. 论责令赔偿生态环境损害[J]. 农村经济, 2016(5): 30-34.
- [15] 柯坚. 建立我国生态环境损害多元化法律救济机制: 以康菲溢油污染事件为背景[J]. 甘肃政法学院学报, 2012(1): 101-107.

## On the concept determination and function division of ecological damage administrative redress

XIE Ling

(*Law and Politics School, Guangdong Ocean University, Zhanjiang 524088, P. R. China*)

**Abstract:** The term ecological damage “administrative relief” referred to by many researchers in environmental law has irreconcilability in the concept system of administrative law and should be expressed as ecological damage administrative redress rather than ecological damage administrative relief. Ecological damage administrative redress plays a fundamental role in preventing, stopping and punishing ecological damage behaviour. However, no matter from the functional types of relief, the intensity of relief, or the range of objects to be corrected, ecological damage administrative redress has its functional limit. The principle of “administrative power first” is not suitable for the compensatory relief field of ecological damage, and it is not possible to realize the full relief of ecological damage only by improving the way of ecological damage administrative redress. Only by redressing the expression of the concept of ecological damage relief by using administrative power and reasonably locating the function of ecological damage administrative redress, can we straighten out the relationship among different paths of ecological damage relief and realize the effective interface and functional complementarity of ecological damage administrative redress and ecological damage judicial relief.

**Key words:** ecological damage; administrative redress; administrative relief; ecological damage administrative redress; functional limit

(责任编辑 胡志平)