

# 生态环境损害救济 协商机制之类型化调适

高利红 俞虹帆

**摘要:**我国生态环境损害救济体系中存在行政执法与生态环境损害赔偿二元路径,其中均设有行政机关与行为人之间的责任协商机制,即行政执法和解、生态环境损害赔偿磋商制度。两类协商机制的目标同为实现生态环境修复,但两者因介入节点、可协商责任范围不一致,规范基础的差异过大,破坏了生态环境损害救济的公平性。随着生态环境损害赔偿责任中违法性要件的重申,应以其为区分标准对协商机制进行类型化调适。合法情形下,协商机制宜作为行为人与行政机关间的利益平衡渠道,对生态环境损害救济责任如何分配进行协商;违法情形下,行政执法路径中法定可协商空间相较于政府索赔路径被限缩,应将协商介入节点提前至行政决定阶段、适当扩大可协商责任范围,以寻求生态环境损害救济协商机制的统一性。

**关键词:**生态环境损害;协商机制;环境法;行政执法

DOI:10.13658/j.cnki.sar.2026.02.006

**作者简介:**高利红,法学博士,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师;

俞虹帆,中南财经政法大学法学院博士研究生。

中图分类号:D922.68

文献标识码:A

文章编号:1008-1569(2026)02-0148-12

当风险社会的变迁导致各国通过公私法协同的方式实现保护生态环境的目标,我国环境法規制也逐渐采用更为柔和的协商机制。<sup>①</sup>使用“协商机制”的理据,在于“机制”一词可以将不同的法律制度,以目的为分类标准归于不同的协商类型之下,是一种法解释学与法政策学相融合的概念工具,而不只是协商行为这类节点性的概念。<sup>②</sup>协商机制采用非强制方式促进行政机关与相对人进行互动,是对行政权边界与私益让渡空间的精细平衡。建立起公权力与私权利的交互场域,是环境法面向行政管理实践过程、注重规制效能的体现。<sup>③</sup>统观学界的研究,多集中于

**基金项目:**国家社会科学基金项目“生态环境监管执法尽职免责机制研究”(项目编号:22BFX133)。

① 张宝:《规制内涵变迁与现代环境法的演进》,《中国人口·资源与环境》2020年第12期。

② 黄宇骁:《行政法学总论阿基米德支点的选择》,《法制与社会发展》2019年第6期。

③ 向往、秦鹏:《生态环境损害赔偿诉讼与民事公益诉讼衔接规则的检讨与完善》,《重庆大学学报》(社会科学版)2021年第1期。

磋商制度的法律属性、<sup>①</sup>磋商协议的司法确认问题、<sup>②</sup>磋商与诉讼程序的衔接、<sup>③</sup>参与主体的角色定位<sup>④</sup>等方面,少有对协商机制的整体性研究,且现有研究多聚焦于违法情形下的协商机制,对合法情形下的协商机制关注不足。实际上,协商一致并达成协议的情形不仅包括生态环境损害赔偿磋商,还包括在行政执法过程中的强制执行和解。截至2025年12月31日,《生态环境法典(草案三次审议稿)》第1072条明确行为人承担生态环境损害赔偿责任需以“违反法律规定”为前提,生态环境损害赔偿责任的“违法性”要件得以重申,生态环境损害救济协商机制不应仅存在于违法情形中,在合法情形中也具备重要的补充功能。基于此,有必要在现有协商机制运行的基础上,对不同场景下的协商机制进行类型化,并据此完善和细化相应的规则。

## 一、生态环境损害救济协商机制的功能紊乱

生态环境损害指因污染环境、破坏生态造成环境要素和生物要素的不利改变,以及上述要素构成的生态系统功能退化,而并非传统环境侵权中对人身或财产的伤害。我国对于生态环境损害的救济,早期是通过环境单行法的行政执法路径,确立了“行政命令+代履行”的行政应对模式;后来构建了以政府部门作为赔偿权利人的生态环境损害赔偿制度,通过磋商流程或者提起生态环境损害赔偿诉讼要求赔偿义务人担责,由此形成了“行政执法—政府索赔”的二元救济路径。在二元救济路径中,均存在行政机关与行为人进行协商并达成一致签订协议的情况,但行政执法路径中的执行和解仅发生于强制执行阶段,与政府索赔路径中关于责任分配和修复方式的磋商存在本质不同,且协商介入节点、可协商责任范围的差异,可能导致同一类生态环境损害行为,却因行政机关选择了不同救济路径,出现行为人所获磋商空间不同的问题。这种因路径选择差异而产生的协商空间不一致的状况,本质上反映了当前生态环境损害救济协商机制的功能紊乱。

### (一) 协商机制紊乱的具体表现

#### 1. 开启协商的节点不一致

我国生态环境损害救济协商机制分见于政府索赔和行政执法路径。在生态环境损害赔偿过程中,“磋商先行”作为重要原则贯穿于各类立法和规范性文件中。根据《生态环境损害赔偿改革方案》以及《生态环境损害赔偿管理规定》第19条的相关规定,赔偿权利人及其指定的部门或机构,经调查发现生态环境损害需要修复或赔偿的情形下后启动磋商程序。磋商凭借其与赔偿义务人平等对话的特性,能够以更符合赔偿义务人意愿的方式促进生态环境修复

① 王莉、许微:《生态环境损害赔偿磋商制度法律属性的再识别——以协商行政理论为视角》,《河南财经政法大学学报》2023年第1期。陈俊宇、徐澜波:《生态环境损害赔偿磋商协议之性质厘定与司法效果》,《当代法学》2022年第6期。吴真、李雪:《生态环境损害赔偿磋商协议的行政契约属性》,《吉林大学社会科学学报》2021年第5期。

② 吴英姿:《论生态环境损害赔偿磋商协议的司法确认》,《清华法学》2023年第5期。

③ 冯汝:《生态环境损害赔偿制度与环境公益诉讼制度的关系》,《大连理工大学学报》(社会科学版)2021年第5期。别涛、刘倩、季林云:《生态环境损害赔偿磋商与司法衔接关键问题探析》,《法律适用》2020年第7期。

④ 高玮维、杨柏翠、古剑:《检察院参与生态环境损害赔偿磋商的空间与角色选择》,《中国环境管理》2023年第3期。康京涛、何丽:《生态环境损害赔偿磋商第三人的角色失调与定位——基于15省份磋商办法与十大典型案例的分析》,《中国环境管理》2022年第3期。

或损害赔偿措施的高效执行,是顺应相对人需求的“应人”法治意涵的体现,<sup>①</sup>从而成功办结了众多生态环境损害赔偿案件。在行政执法过程中,《行政强制法》第 42 条明确了行政强制执行和解的相关规定,即当行为人不履行法定义务时,行政机关在实施强制执行过程中,在不损害公共利益和他人合法权益的前提下,可以与行为人就执行方式或履行期限达成执行协议。尽管该法条未直接使用“协商”一词,但通过对执行协议内容的规定,实质上体现了协商的过程与精神。

然而,这两种路径启动协商的节点并不相同,行政执法路径中的协商介入时间相较于政府索赔路径更为滞后。在政府索赔的过程中,磋商介入的时点具有灵活性,《生态环境损害赔偿管理规定》第 19 条和 21 条明确规定了开启磋商的时点为进行损害调查后,但实践中也存在磋商提前介入的情况。例如,我国生态环境部公布的第二批生态环境损害赔偿磋商十大典型案例“贵州省遵义市某公司未批先建生态环境损害赔偿案”中,双方在案件损害调查阶段同步启动磋商程序,此举有利于尽快达成赔偿协议,及时开展生态环境修复,从而避免损害进一步扩大,该经验也为《贵州省生态环境损害赔偿案件办理规程(试行)》所吸纳。在行政执法路径中,《行政强制法》将开展执行和解的时间锚定在强制执行阶段,只有发生了行为人不履行义务的情形,行政机关实施强制执行时,才可与行为人进行协商并达成协议。此前行政机关调查事实、作出决定的过程无涉协商,相较于政府索赔路径,协商介入的节点更晚。

## 2. 可协商责任范围的差异

行政执法路径相较于政府索赔路径而言,可协商的责任范围更为单一。行政执法路径中对行为人分阶段履行义务和减免执行罚进行协商,这只是政府索赔路径中可协商的补救性责任和惩罚性责任其中的一类。具言之,依照《行政强制法》第 42 条规定,和解协议内容被严格限定为两类:一是“可以约定分阶段履行”,可以是对原定履行任务的分解,可以是履行时间上的宽限;二是“对当事人采取补救措施的,可以减免加处的罚款或滞纳金”,也即对自己主动履行义务而采取相应补救措施的当事人,双方可协商减轻执行罚的强度甚至完全取消。

政府索赔路径中,对赔偿义务人补救性责任和惩罚性责任的协商限制较少。2017 年 12 月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》中,赔偿权利人可与赔偿义务人进行磋商的事项包括“损害事实和程度、修复启动时间和期限、赔偿的责任承担方式和期限等具体问题”;2022 年 4 月,生态环境部印发的《生态环境损害赔偿管理规定》第 22 条限缩了可磋商的范围,去除了对“生态环境损害事实和程度”的协商,规定为“修复方案、修复启动时间和期限、赔偿的责任承担方式和期限等具体问题”。就具体的责任承担方式而言,不仅可以对补救性责任,如生态环境修复责任和赔偿责任进行协商,也可以约定惩罚性赔偿责任。补救性责任层面,实务中本着“损害事实不协商、赔偿金额不让渡、执行方式可商议”的思路,就赔偿义务人的执行方式(如修复方案、修复启动时间和期限、赔偿的责任承担方式和期限等)进行磋商。例如 2023 年 10 月,《生态环境部公布第三批生态环境损害赔偿磋商十大典型案例》中“山东省南四湖流域全盐量硫酸盐超标排放生态环境损害赔偿系列案”便彰显了“损害事实不协商、赔偿金额不让渡、执行方式可商议”的原则理念。惩罚性责任层面,磋商空间包括惩罚性赔偿的计算倍数、履行期限和方式等细节。例如常德市澧县闸口碎石场生态环境损害赔偿

<sup>①</sup> 范忠信:《中华法系的法治思想资源及其现代省察》,《世界社会科学》2024 年第 5 期。

案中,通过磋商会议,赔偿义务人共赔偿生态损害赔偿金、惩罚性赔偿及评估鉴定费用 79.05 万元。<sup>①</sup>《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》中规定,惩罚性赔偿金额一般不超过两倍,司法机关对于确定惩罚性赔偿的倍数方面具有弹性空间。对于责任承担能力不足的义务人,也可经由磋商采取分段实施、替代实施等方式。<sup>②</sup>政府索赔路径中关于补救性责任和惩罚性责任承担方式的磋商,相较于行政执法路径中分阶段履行义务和减免执行罚的和解,可协商范围更广泛。

## (二) 协商机制紊乱导致的后果

相较于政府索赔路径,行政执法路径中行政机关的法定协商权能被极大程度地限缩,法定的正式协商空间不足,对于提高执法效能的作用甚微,可能导致大量行政活动转向非正式协商渠道。行政执法实践中,虽未在正式规范中明确体现,非正式协商却成为实际操作中一种常见的方式。例如,贵州省遵义市某公司未批先建生态环境损害赔偿案中,贵州省生态环境厅通过“先行磋商”避免生态环境损害的进一步扩大。<sup>③</sup>上海市浦东新区 3 家公司违法倾倒泥浆生态环境损害赔偿案中,浦东新区生态环境局在正式磋商前召开“预磋商会议”,在调查阶段与赔偿义务人沟通使其先行实施清淤工作,避免雨水管道内的大量泥浆溢入河道造成更严重的污染,有效防止损害进一步扩大。<sup>④</sup>由此可见,此类“先行磋商”与“预磋商会议”实为行政机关在正式启动正式协商前,针对清除或控制污染物及致害因素扩散等措施所进行的非正式协商,并且未产生具有法律约束力的正式协议。

非正式协商具有改善执法效果的作用,但在实践中常出现行政机关与违法者共谋导致环境治理不佳的情况。例如针对 G 镇粉浆水治理的过程中,当地政府为了平衡各方利益,会与村民进行“共识式变通”,对打粉大户适当“开口子”,但此举往往会加剧村庄的环境污染。<sup>⑤</sup>在乡村企业污染监管执法实践中,由于企业环境违法行为具有复合性特征,环境执法过程中常面临组织执行能力不足或专业知识受限的困境。此外,执法组织间的关系制约也使得行政机关的处罚依据容易受到各种社会关系或协商情况的影响,从而作出一些权宜性和策略性的选择。例如,赣南橙县某公司经常采用非正式途径与当地环保局协商罚款事宜,以此降低企业的违法成本,但这种行为对当地生态环境造成了更加负面的影响。<sup>⑥</sup>而且,能够与执法部门建立联系并开展协商的企业,相比其他企业往往能够获取更高的利润,这种状况催生了权力寻租现象,进而破坏了市场竞争的公平性。由此可见,过度依赖非正式协商执法方式,会不断挤压法定执法的生存空间,不仅扰乱了法治的稳定性,也损害了市场竞争的公平环境。因此,有必要为行政机关配备合理且高效的正式协商工具,防止行政执法过程向非正式协商方式倾斜。<sup>⑦</sup>

① 常德市人民政府:《我市首次磋商落实生态环境损害惩罚性赔偿制度 碎石场破坏生态环境赔偿 79 万元》,2021 年 7 月 5 日, [https://www.changde.gov.cn/cdzc/cdyw/content\\_845605](https://www.changde.gov.cn/cdzc/cdyw/content_845605)。

② 高利红:《生态环境损害惩罚性赔偿严格审慎原则之适用》,《政治与法律》2023 年第 10 期。

③ 中华人民共和国生态环境部:《关于印发第二批生态环境损害赔偿磋商十大典型案例的通知》,2021 年 12 月 27 日, [https://www.mee.gov.cn/xxgk/xxgk/xxgk06/202112/t20211227\\_965379.html](https://www.mee.gov.cn/xxgk/xxgk/xxgk06/202112/t20211227_965379.html)。

④ 中华人民共和国生态环境部:《生态环境部公布的第三批生态环境损害赔偿磋商典型案例》,2023 年 10 月 13 日, [https://www.mee.gov.cn/ywgz/fgbz/sthjshpczd/202310/t20231013\\_1043094.shtml](https://www.mee.gov.cn/ywgz/fgbz/sthjshpczd/202310/t20231013_1043094.shtml)。

⑤ 耿言虎、王少康:《折中治理:高风险约束情境下基层政府政策执行的策略研究——以 G 镇粉浆水治理为例》,《中国行政管理》2022 年第 4 期。

⑥ 王裕根:《基层环保执法的运行逻辑》,中南财经政法大学博士学位论文,2019 年,第 86-87 页。

⑦ 侯佳儒、马识途:《生态环境损害救济中协商机制规范的反思与调适》,《内蒙古社会科学》2023 年第 4 期。

### (三) 协商机制紊乱的成因分析

生态环境损害救济协商机制紊乱的根本原因在于其救济路径的公私二重性,这种路径的二元分化导致了相应协商规则的差异性。早期对生态环境损害通过传统行政救济方式进行,以责令停止违法行为、限期采取治理措施和罚款为主,但难以因应生态环境损害的填补性需求。例如,环境单行法中关于“责令修复受损生态环境”的立法条款相对有限,且仅适用于部分生态环境损害情形,而“责令赔偿损失”的相关规定尚不完善,难以有效弥补那些无法修复的生态环境所遭受的损害。<sup>①</sup>另外,行政罚款规定的法定最高限额难以筹集足额的生态环境损害修复资金,无法全面覆盖生态环境损害救济的需求。<sup>②</sup>因此,生态环境损害的私法救济路径日益受到重视,通过适用民事侵权法中的恢复原状、赔偿损失等责任承担方式,以应对生态环境的修复与赔偿责任。在实务层面,对于生态环境损害赔偿的法律性质,普遍倾向于将其界定为民事属性。例如,环境保护部相关负责人认为赔偿权利人与义务人进行平等协商的过程,并非行政法律关系而是民事关系。<sup>③</sup>又如,最高人民法院环境资源审判庭有关负责人曾撰文指出:“磋商采取平等协商方式,权利处分的合意性使磋商程序具有了私法属性,排除了行政强制性。”<sup>④</sup>随着2020年《民法典》第1234、1235条将生态环境损害修复和赔偿责任纳入其中,正式建立起私法方式救济生态环境损害的进路。

生态环境损害责任既可通过民法路径进行索赔,也可通过环境单行法中的行政执法救济途径获得支持。这种双重救济途径导致我国法律体系中对生态环境损害的救济形成了生态环境损害赔偿与传统行政执法二元并行的格局,进而使调整协商机制的规则出现分化——政府索赔路径中的磋商制度参照民事诉讼法相关规定,而行政强制执行和解制度则适用行政法相关规定。这种因对法律属性认知差异导致的规则分立,正是造成协商机制功能紊乱的根本原因所在。

## 二、生态环境损害救济协商机制类型化之理路

“行政执法—政府索赔”二元救济路径的适用,均围绕行为人违法致损的情形展开,而对于行为人遵守法律法规但仍导致生态环境损害的,如何救济的规范基础尚且缺位。根据我国立法规定和司法实践,生态环境损害责任的承担不同于传统环境侵权责任,应以违法性为要件,作为内在标准对生态环境损害救济协商机制进行类型化。

### (一) 类型化标准:违法性要件之回归

在《民法典》出台之前,我国原《侵权责任法》(已废止)第65条规定了环境私益侵权责任,却未涉及生态环境损害的救济,司法实践为了解决此问题,对原《侵权责任法》第65条“造成损害的”进行了扩大解释,将其理解为包含生态环境损害在内的损害,进而生态环境损害责任也

① 我国现行环境法中,规定责令恢复原状的只有《海洋环境保护法》第82条、《环境影响评价法》第31条、《长江保护法》第87条等部分单行法规定。

② 张金晓:《生态环境损害私法救济的法理证成与规范适用》,《法学评论》2025年第1期。

③ 王金南:《实施生态环境损害赔偿制度 落实生态环境损害修复责任——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。

④ 武建华:《从五个方面完善生态环境损害赔偿磋商机制》,《人民法院报》2018年9月12日。

随环境私益侵权责任适用无过错归责原则。<sup>①</sup> 审判机关对于生态环境损害责任是否适用无过错归责原则也尚未达成统一,例如内蒙古某检察院诉达旗某煤矿生态破坏案,法院裁判不论行为人有无过错,均应对其污染、破坏造成的损害承担责任,适用无过错原则;在北京朝阳自然之友诉江苏J发电公司环境民事公益诉讼案中,裁判语句中明确出于行政信赖原则,承担生态环境修复责任需以违法性为要件,而不应适用无过错责任。<sup>②</sup>

《民法典》第1234、1235条明确了生态环境损害责任的承担以“违反国家规定”为前提,生态环境损害责任的归责原则应不再适用无过错原则。另外,《生态环境法典(草案三次审议稿)》第1072条也明确提出构成生态环境损害赔偿的前提为“违反法律规定”,此规定既是法理层面的重申,也是制度精细化的结果。此间存在“违反法律规定”和“违反国家规定”的二元区分,需探寻两者内涵的区别和其后法理。针对“违反国家规定”的解释存在狭义说和广义说,其中狭义说认为“国家规定”是指国家法律、行政法规、国务院规章以及国家标准;而广义说认为除了狭义说所述内容外,也包括地方性法规和规章、地方标准,<sup>③</sup>具有立法权的相关机构发布的决定、命令也应纳入。<sup>④</sup>“国家规定”的本质是设置相关行为主体的合规义务,因此对此种规范体系的解释不应过窄,适用广义说较为适宜。<sup>⑤</sup>“违反法律规定”的内涵在《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》第5条中得到明确,即包括违反法律、法规、规章等规定,而不包括违反其他国家规定的情形。由此可见,“违反法律规定”相较于“违反国家规定”的规定范围更为限缩,因此视其为一种抬高责任门槛的立法技术表述,从而避免生态环境损害赔偿落入重罚主义的窠臼。<sup>⑥</sup>

生态环境损害责任宜采用违法性作为客观要件,而不同于传统环境侵权归责原则的原因体现为两方面:第一,当事人主体的地位差异。在环境侵权诉讼中,加害人与受害人之间存在经济实力、信息获取能力、诉讼能力等多方面的不对等。在生态环境损害案件中,索赔主体是作为赔偿权利人的政府相关部门,相较加害企业具有高权地位,可以通过行政监管优势对生态环境损害事实进行调查、评估等,并且在经济、技术、信息、诉讼能力等方面均处于优势地位,若全盘适用无过错归责原则,一方面不合理地加重了企业负担,另一方面消解了政府部门本应履行的调查职责。第二,实现正义的理论基础不同。法律责任的设置本质为“权益保护”与“活动自由”两种对立价值间的调适问题,调适的逻辑在于实现正义。在环境侵权案件中,环境危险所有人或持有人获得利益,负担危险是其应有之义,并且赔偿责任范围可以预计,加害企业得以通过商品价格机制或责任保险机制予以分散,但受害人并无分散损害之途径。为加强对社会弱者的保护,即使加害企业并未违反国家规定,将损害的承担义务分配予加害企业是“分配正义”的体现。而在生态环境损害赔偿责任中,并不存在处于弱势地位的受害人,适用违法性要件更为恰当,此为“矫正正义”理论的体现。

① 周虹:《论生态环境损害责任的归责原则——以环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼相衔接为视角》,《法律适用》2023年第6期。

② 秦天宝、段小红:《生态环境损害责任归责原则的适用困境与完善路径》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2025年第5期。

③ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中国民法典适用大全·生态环境卷》(一),人民法院出版社2022年,第88-89页。

④ 余耀军、李解玉:《生态修复责任私法实现之限定》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2024年第3期。

⑤ 徐以祥:《生态环境损害预防性侵权责任的规范构造》,《中国法学》2025年第5期。

⑥ 罗丽、王耀伟:《生态环境侵权惩罚性赔偿的适用问题研究》,《大连理工大学学报》(社会科学版)2024年第2期。

相较于环境污染侵权诉讼对于违法性要件的否认态度,生态环境损害责任跳出了两造主体间的二元对立,从社会整体财富流动层面上采取宽宥的立场,利用违法性要件要求受害人在经营者遵守国家规定的情形下,作出一定限度的利益妥协进而实现超越零和博弈的社会整体性利益增进。<sup>①</sup> 不同于传统环境侵权法上的无过错责任,应当明确生态环境损害赔偿责任的归责应以违法性为客观构成要件,只有行为人实施了污染环境或者破坏生态的行为,且该行为违反国家规定时才承担责任。

## (二)合法情形下协商机制之功能限定

合法与否的判定标准,在于企业主体是否遵守国家或地方所规定的环境义务,并取得相应的行政许可或授权。合法情形下导致生态环境损害的主要原因通常包括三类:一是因规划不当、经营主体过于密集以及缺乏区域总量控制,二是由于缺乏相关环境标准或环境标准制定不合理,三是因违法行政许可或授权而造成生态环境损害。

前两类情形属于规范层面的问题,后一类情形属于具体行政行为违法,是否撤回需要行政机关对所涉利益进行全面考量。责任承担上,行政法的信赖保护原则为行为人提供了合理抗辩依据,其核心是保护“私人基于行政行为所创设法律关系稳定性的信任”,<sup>②</sup>本质是在行政法律关系中对占据弱势法律地位的行政相对人的权益保护。如果经营主体在遵守规定的情形下,仍需要承担生态环境损害赔偿的费用,相当于承担了不合理的双重成本,也无疑是为行政机关的失职开脱。实践中已有案例明确了合法情形下行为人责任的豁免,例如青海某公司的废液排放场造成了生态环境污染,但由于 2024 年 1 月排放场已获得用地批复,排放行为合法,因此不开展基本恢复,只需恢复 2008 年至 2023 年未合法化期间废液排放行为造成的生态系统服务功能期间损害。<sup>③</sup>

虽然在立法层面行为人无需担责,但仍有学者认为可以要求行为人承担生态环境损害赔偿。环境价值的内容来自人的主观意识判断,具有社会性。<sup>④</sup> 政府在制定环境标准或作出具体行政许可决定时,往往考虑多方面因素和社会经济的整体发展需要,而非完全依赖科学判断,因此环境标准仅仅体现最低环境水平限定规则。在严格责任的要求下,行为人应“主动提高行为的生态环境安全性,更谨慎有效地防范生态损害的发生”。<sup>⑤</sup>

在合法情形下,协商机制能够通过行政机关与行为人的协商,在行为人自愿的情况下促使其主动承担环境义务。我国早已运行多年的自愿性环境协议制度,为合法情形下的协商机制构建提供了有益样本。在自愿性环境协议中,政府与企业一致达成高于环境立法标准的环境目标,企业虽然承担了更严格的环境义务,但也相应获得一定的优惠和奖励。但自愿性环境协议着重于事前环境行政管理,而非事后的生态环境损害救济。在此背景下,构建合法情形下的生态环境损害救济协商机制,可以通过柔性沟通的方式,激励行为人选择比环境标准要求更为合适的行为方式,弥补环境标准或具体行政许可决定在生态环境保护上的不足。行为人主动承担环境义务的激励因素,不仅来自政府承诺的优惠和奖励,也来自资本市场、社会公众、供应链

① 唐克:《破解生态环境损害赔偿制度违法性困境的伦理学自觉》,《中国高校社会科学》2022 年第 4 期。

② 黄智杰:《论行政诉讼情况判决中的信赖利益保护》,《苏州大学学报》(法学版)2025 年第 1 期。

③ 青海省海西蒙古族藏族自治州中级人民法院(2024)青 28 民特 5 号。

④ 尤明青、张雨薇:《作为信息规制工具的全球盘点:历史演进、理论逻辑、规范意蕴》,《理论月刊》2025 年第 4 期。

⑤ 竺效:《生态损害综合预防和救济法律机制研究》,法律出版社 2016 年版,第 133 页。

等外部力量的监督。<sup>①</sup> 企业在面对外部力量的环保压力时,将更主动承担环境保护与绿色创新的义务,以此维护企业绿色形象与社会声誉。<sup>②</sup> 但需明确合法情形下的协商,其性质并非法律责任的追究,而是基于行为人社会责任、公众参与和合作治理理念的补充性机制。

### (三)违法情形下协商机制之功能承接

协商机制与生态环境损害救济之间本质上是手段和目的层面的关系,若要确定二元协商机制的功能承接,首先需要明确“行政执法—政府索赔”二元救济路径的功能定位。在违法情形下“行政执法—政府索赔”的二元救济路径中,行政机关的执法主体身份与赔偿权利人身份产生了竞合,其针对同一损害行为应当如何选择不同路径的适用?针对以上问题,有学者主张行政机关可以通过自由裁量选择适用行政执法抑或政府索赔救济路径。<sup>③</sup> 然而行政职权具有不可处分性,行政机关不得随意放弃或者抛弃行政职权,否则就构成行政不作为的风险。例如在我国《水污染防治法》《土壤污染防治法》等环境单行法中,规定了行政机关应当责令污染者消除污染、修复生态环境,并视情形采取代履行措施,此时行政机关不具备进行民事索赔的权力,且不履行上述法定职责将构成行政不作为。

在水污染和土壤污染等有法律明确规定的场合,针对政府索赔与行政执法适用的冲突,可以将执法权与索赔权进行分割,将政府索赔路径作为行政执法路径的兜底机制。政府索赔路径本质上是一种“公法性质、私法操作”的公共利益保护请求权,来弥补行政路径中“责令修复+代履行”机制在应对生态环境损害时的不足,本质上仍是环境行政执法的延伸。因此政府索赔和行政执法路径较为合适的分工为:针对需要消除污染、控制风险扩散以及能够进行实物修复的情形,由行政机关通过行政执法路径督促行为人采取措施;针对不能实物修复的场合,则由赔偿权利人通过政府索赔路径寻求金钱赔偿或者替代性修复。<sup>④</sup> 我国实践中也秉持此类思路,在生态环境部发布的第三批生态环境损害赔偿磋商典型案例中,在无法进行实物修复的情形下,所达成磋商协议内容均包括承担生态环境损害赔偿金,部分案例约定了替代性修复措施和其他措施。<sup>⑤</sup>

## 三、合法情形下协商机制的补充规则构造

无论是抽象行政行为还是具体行政行为导致行为人行为合法的情形造成生态环境损害,行政机关均应承担生态环境损害救济责任。此时协商机制作为补充程序,行为人可自愿承担部分生态环境损害救济责任。导致生态环境损害的不当法律法规或行政违法行为,应先通过行政内部决策进行修正,穷尽行政救济手段后方可通过诉讼进行审查。

### (一)合法情形中行为人的豁免规定

行为人依照行政许可进行生产、排放但导致生态环境损害的,行政机关应决定使其不承担责任。我国已有相关政策文件明确了此规则,例如《生态环境损害赔偿管理规定》第18条第5

① 唐国平、孙洪锋:《环境问题在会计学领域的研究与发展》,《新文科教育研究》2024年第2期。

② 袁宝龙、王劲:《政府环境注意力对企业绿色创新质量的影响研究——来自中国高耗能制造业上市公司的证据》,《财经理论研究》2026年第2期。

③ 王小钢、宋丽蓉:《生态环境损害赔偿磋商、诉讼与检察公益诉讼》,《中华环境》2018年第6期。

④ 张宝:《生态环境损害政府索赔制度的性质与定位》,《现代法学》2020年第2期。

⑤ 中华人民共和国生态环境部:《生态环境部公布第三批生态环境损害赔偿磋商十大典型案例》,2023年10月13日, [https://www.mee.gov.cn/ywgz/fgbz/sthjshpczd/202310/t20231013\\_1043094.shtml](https://www.mee.gov.cn/ywgz/fgbz/sthjshpczd/202310/t20231013_1043094.shtml)。

款明确将“赔偿义务人依法持证排污”作为可以不启动索赔程序的一种情形。欧盟也有类似规定,例如 2004 年欧盟发布的《关于预防和救济环境损害的环境责任指令》(Directive 2004/35/EC)第 8 条,明确规定了“根据国家法律法规明确授权并符合授权情形的行为”而产生的环境损害,成员国可以允许行为人不承担责任,为索赔与否提供了可自由裁量的空间。2008 年颁布的《法国环境法典》(Code de l'environnement)第 L161-1 条中规定的合规豁免情形,包括已获欧盟法规授权的活动。<sup>①</sup> 欧盟各国,即使是针对平等主体间侵权的严格责任,也将行政授权或者许可视为抗辩事由。

欧洲各国出台的法律凝聚了欧洲学术界和司法界专家的共识。2005 年正式公布的《欧盟侵权法原则》(Principles of European Tort Law, PETL)中,提炼出了欧盟各国秉持的框架性原则, PETL 的第 7:101 条规定的合理抗辩的事由包括得到合法授权,如得到许可。<sup>②</sup> 鉴于传统侵权中双方主体地位平等,而生态环境损害赔偿案件中行为人相较于政府部门处于弱势地位,对行为人的权益保护相较于传统侵权责任中的行为人理应更有必要,传统侵权中的合理抗辩事由当然应适用于生态环境损害赔偿案件中。换言之,行为人援引行政许可作为免责事由乃法理和事理的必然要求。

同时,行政法上信赖利益保护原则也为行为人的豁免以及协商机制的建构提供了理据。《行政许可法》第 8 条第 1 款体现了信赖利益保护原则,即行为人依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。但第 2 款规定了例外情形,即当行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,作出许可所依据的客观情况发生重大变化时,行政机关可以变更或撤回已经生效的行政许可。立法用语上的“可以”意味着授予行政机关裁量权,即在对相关各方利益进行全面权衡后,作出存续保护抑或财产保护的决策,这也是构建协商机制的正当性基础。

## (二)生态环境损害救济责任的协商分配

在合法情形下,行为人的行为仍有可能导致生态环境损害或生态环境风险。例如我国《环境保护法》《环境影响评价法》《建设项目环境保护管理条例》《规划环境影响评价条例》中相关规定未确立强制性的环境影响评价标准,实践中生态环境承载力数值及其核算等工作也较为随意,导致一些企业即使依法履行了环境影响评价程序,也无法保证在生产活动中不造成环境污染。<sup>③</sup> 合法情形下建造的工程也有生态环境损害的风险,例如宁夏地方政府大力推进的“黑山峡水利枢纽”,大坝开发工程的建设将会淹没大片优质耕地、古村落和古长城等珍贵历史遗迹,以及引发大地震的活跃断层问题。即将淹没的黄河干流处,也是诸多黄河珍稀特有鱼类重要的原生栖息地,大坝的建设会对生物多样性造成威胁、引发生态环境危机。

对于此类合法情形造成生态环境损害或风险的行为,应建立起行政救济过程中的协商机制,而非在未穷尽行政救济手段时便进入司法救济环节。实践中因合法情形下的行为符合政府制定的环境标准,无法通过行政执法与政府索赔路径获取有效救济,原告往往通过提起预防性环境民事公益诉讼的方式,转而诉诸司法救济,但对于生态环境危害行为可否免责,也势必使得司法机关被迫陷入科学价值判断与公共政治选择的判断中。何况司法机关倾向于重新将生态环境危害行为的最终判断权交予行政机关。例如我国具有典型意义的预防性环境公益诉讼

<sup>①</sup> Legifrance, Code de l'environnement, available at: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006074220/LEGISCTA000019279177/#LEGISCTA000019280482](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074220/LEGISCTA000019279177/#LEGISCTA000019280482) (last visited July 28, 2025).

<sup>②</sup> 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则 文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社 2009 年版,第 173-179 页。

<sup>③</sup> 薄晓波:《〈民法典〉视域下生态环境损害归责原则及其司法适用》,《中州学刊》2021 年第 3 期。

“绿孔雀案”中,被告新平公司虽然取得了行政许可建设项目,但法院认定戛洒江一级水电站淹没区对绿孔雀栖息地及热带雨林整体生态系统存在重大风险,判决项目停止建设并开展环境影响后评价,待被告按照环保部门要求完成环境影响评价及备案工作后,再由相关行政主管部门视具体情况依法作出决定。<sup>①</sup>

在合法情形下通过建构协商机制赋予行政机关与行为人、第三人对话的空间,能将首次判断权从司法机关交还给行政机关,从而促使行政机关穷尽行政权来进行全面调查,这是环境案件的特殊性要求。<sup>②</sup>我国目前正处于社会转型加速期,在导致生态环境损害或风险的行为和事件中,有大量非直接相关利益者的卷入,往往利益结构复杂,包括环境公共利益、当事人的信赖利益以及其他相关利益,协商机制能为各利益相关方提供平等对话与提出诉求的平台,可以增强利益衡量的全面性和相关主体的可接受性。<sup>③</sup>但须明确,在合法情形下行为人仍具有豁免权,行为人主动承担责任应以自愿协商为前提;若其不愿或仅部分承担,应当由环境主管机关承担最终补充责任。2000年9月欧盟委员会发布的《环境责任白皮书》中,也将欧盟法规授权的排放行为导致损害的情形作为抗辩事由,同时肯认了行政机关的补充责任。在行为人没有义务承担补救责任的情况下,要求成员国环境主管机关采取生态环境损害补救措施。<sup>④</sup>

### (三)审查导致生态环境损害的行政行为

行为人在获得行政许可的情形下仍造成生态环境损害的,应区分行政行为是否因行政机关的过错造成,即行政机关是否违法使用职权或存在不作为的情形。当行政机关有过错时,可以通过两种途径进行修正:(1)公民、法人或者其他组织认为行政行为侵犯其合法利益的,可以提出行政复议申请或是行政诉讼。对于环境公共利益的保护在顺位上应体现“行政优先,诉讼兜底”原则。例如在卢红等204人诉杭州市萧山区环境保护局环保行政许可案中,被告区环保局违反行政程序超常规审批建设项目,牺牲人民群众的环境权益作出《审查意见函》,同意该项目在萧山规划许可的区域内实施。两地居民对相关主管部门审批的可行性研究报告不服,在提起行政复议后又提起行政诉讼。最后法院判决,撤销被告作出《审查意见函》的行政行为。<sup>⑤</sup>(2)检察机关向相应行政机关提出检察建议或提起诉讼。根据《行政诉讼法》第25条第2款,人民检察院发现负有监督管理职能的行政机关违法行使职权或不作为的,应对行政机关提出检察建议督促其履职,行政机关不依法履职的可以提起行政诉讼,通过司法环节撤销违法行为或是确认行为违法。

虽然行政机关的许可行为无过错,但作出决定时所依照的国家规定滞后,无法约束新的环境风险,仍导致了生态环境损害。此时首先应当通过行政内部进行修正,环境行政机关需在严格的实体和程序法治原则之下,立即作出环境行政决策进行改进,例如启动环境影响后评价、环评技术复核等措施依法撤销原有行政许可或批复,并在立法权限范围内修订不合理的规范性文件。

当通过行政内部修正程序仍无法弥补生态环境损害时,可以通过司法救济来监督行政机关的行为。司法救济路径主要分为两类:(1)社会组织提起环境民事公益诉讼进行修正。从立法

① 云南省高级人民法院(2020)云民终824号民事判决书。

② 高利红、张俊生:《环境行政执法与司法衔接中权力运行的优化》,《湖南师范大学社会科学学报》2024年第3期。

③ 陈涛:《转型与拓展:中国环境社会学十年观察(2013—2023)》,《新文科教育研究》2024年第2期。

④ European Commission, *White Paper on environmental liability*, 2000, p. 17.

⑤ 最高人民法院:《人民法院环境保护行政案件十大案例》,2015年2月16日, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/13331.html>。

规定和司法实践看,我国目前有权提起环境行政公益诉讼的主体仅为检察机关而不包括社会组织,尽管《行政诉讼法》25 条第 1 款赋予了除行政相对人外其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织的起诉资格,但该法第 12 条规定的受案范围中不包括行政机关导致社会环境公益受损的行为。因此,社会组织无权提起环境行政公益诉讼,只能将监督的矛头转向企业等私法主体,通过提起预防性环境民事公益诉讼展开对依法行政行为的监督。<sup>①</sup> (2) 检察机关督促行政机关而提起的环境行政公益诉讼。检察机关提起环境行政公益诉讼时,不仅可以监督行政机关履行职责,也可以一并提出对规范性文件的审查。审查标准应为合法性审查,也即审查文件制定主体、制定程序和适用范围等合法性要件。行政机关依据规范性文件作出具体行政行为后,法院的决定效力仅限于规范性文件的相关条款能否作为判断依据,而无权直接对该规范性文件或所涉条款的效力作出判断。如若相关条款经法院审查不合法,法院向规范性文件的制定机关提出处理建议,并可抄送同级人民政府或上一级行政机关。

综上所述,在合法情形下对于生态环境损害的救济,应构建起行政机关与行为人间协商机制,行为人可以自愿承担超出环境标准外的环境义务,对于行为人不愿承担或部分承担的,由行政机关承担最终补充责任。同时,进一步审查与修正导致生态环境损害的相关规定以及具体行政行为。

#### 四、违法情形下协商机制的规范统合

在目前的立法框架下,同一损害行为在政府索赔路径和行政执法路径中的协商空间不一致,行政执法路径中的法定可协商范围相较于政府索赔路径被大大限缩,应对行政执法路径进行调整,主要包括以下两方面。

##### (一) 行政执法路径中协商的启动时点应提前

根据《行政强制法》第 42 条,执法和解启动的情形为行为人不履行义务、行政机关即将进行强制执行时,再就行为人应如何执行进行协商,而非在行政机关最初决定执行方式时开启协商。至此,从行政决定的作出到最终的执行阶段,立法均未授予行政机关协商的权限,执法和解的启动时间被严格限制。行政机关处于执法的第一线,对如何救济生态环境损害更为了解,如果在立法层面限制过多,反而会影响行政执法的效能。若将协商介入节点调整至行政决定阶段甚至调查启动阶段,而非强制执行前,既符合行政救济高效性、应急性需求,又能与政府索赔过程中磋商的介入节点保持一致,从而推动协商机制整体的体系化。

但应明确,不同于政府索赔路径中的磋商,行政执法路径中的协商并不是强制性前置程序。在政府索赔路径中行政机关没有命令权,而行政执法路径中行政机关享有命令权,在法律许可的情况下,行政机关对作为与不作为以及怎样作为有进行选择的权力,能决定如何对生态环境损害开展及时、有效的救济。<sup>②</sup> 协商过程往往需要充足时间,若强制前置协商会影响应急处置措施的采取。因此协商在行政执法路径中并不是强制性要求,只是为了更为高效地应对纷繁复杂的执法情形,行政机关对于是否开启协商具有自主裁量权。

<sup>①</sup> 张百灵:《预防性环境行政公益诉讼的理论基础与制度展开》,《行政法学研究》2021 年第 6 期。

<sup>②</sup> 余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民公安大学出版社 2013 年版,第 31 页。

## (二) 行政执法路径中可协商责任范围应扩张

在经历生态环境损害事实调查周期后,环境污染的数量、种类和程度可能有所变更,需赋予行政机关视情况变更的决策空间,而不仅限于对原有执行方式的分阶段履行以及减免执行罚两类方式。对于补救性责任而言,其约定内容应与政府磋商路径一致,可对生态环境损害救济的责任承担方式、期限等进行协商,而非仅限于原有义务的分阶段履行一种形式。对于惩罚性责任的承担,行政执法路径中只规定了对减免执行罚的协商,应参考政府磋商路径中对惩罚性赔偿的约定,将行政处罚的减免也纳入可协商范围之内。以此体现所调整协商关系的需求和客观规律,形成法律体系形式上的和谐统一。<sup>①</sup>

行政执法和解的运行机理在于面对执法困难、执法纠纷等影响执法顺利开展的情况,由执法主体作出适度的执法退让,减免处罚就是其中一种。<sup>②</sup>例如《行政处罚法》第32条原则性地规定,行政机关可根据违法行为人的表现,在法定行政裁量范围内选择从轻处罚、减轻处罚等量罚方式,此种行政裁量权实则是一种执法和解,只是没有通过签订行政协议而是以单方行政决定的方式实现。在行政处罚过程中,行为人与行政机关之间就违法性质、程度、处罚种类和幅度等问题进行交涉,行政机关以相对人愿意积极配合、自行纠正、努力补救等为条件,在行政裁量的法定限度内予以一定的宽限处理,使得双方关系由单一的命令—控制型转变为积极合作型,实际上也是对和解方式的运用。因此,将行政处罚的种类和幅度纳入可协商责任范围,不仅能与政府索赔路径中的可协商范围达成一致,也承接了行政处罚法中的裁量性规范。

## 结 语

“协商行政”主张以问题为导向革新行政手段,采用非强制方法与公民、法人和其他组织相互协商互动,以有效应对社会福利和环境治理等公共命题。生态环境损害救济协商机制作为协商行政下的产物,与生态环境损害救济构成一体两面的关系。生态环境损害责任作为公法责任,进入《民法典》后面临法律属性定位不明的问题,进一步导致生态环境损害救济过程中规则适用的模糊化。在此情形下,协商机制本身具备的公私法融合属性,导致其适用规则更加模糊和混乱,对协商机制进行类型化具有现实需求。在明确构成生态环境损害责任需满足违法性要件后,以违法性为内在标准明确合法情形和违法情形下协商机制的不同功能。合法行为造成生态环境损害的案例时有发生,此时协商机制的构建可调适行为人信赖利益与环境公共利益间的张力,弥补传统公私法分野下规制的不足。违法情形下的协商机制可以克服传统命令—控制型行政救济的短板,以平等商谈的模式决定救济方式。在违法情形下,协商机制在政府索赔和行政执法两类路径中均有体现,但协商机制的规范基础不统一,影响了生态环境损害救济路径的公平选择和适用。故将协商机制按照合法—违法、政府索赔—行政执法路径进行类型化后,依照不同类型进行协商规则的补充与调适,以期实现生态环境损害救济协商机制的类型化和体系化。

[责任编辑:童传轩 于若水]

<sup>①</sup> 宋方青、李炳辰:《地方立法之真:理论意涵、实践问题与完善》,《世界社会科学》2025年第1期。

<sup>②</sup> 方世荣、白云锋:《行政执法和解的模式及其运用》,《法学研究》2019年第5期。