

环境民事公益诉讼中停止侵害责任 适用研究

胡 静^{*}

内容提要 环境民事公益诉讼的预防功能通过停止侵害判决实现。停止侵害判决应适用于未来行为。停止侵害责任的构成要件包括行为发生的可能性和行为损害社会公益。环境民事公益诉讼是执行法律义务的公法诉讼,停止侵害判决应以相应的行政法律规范为基础并考虑司法的特点。法院应当同时适当兼顾行政机关的思维,广泛收集与行为和后果有关的信息,使判决不受原告诉讼请求的束缚。对于行为已经实施的情形,法院可以站在行政机关的角度预先拟制一个行政决定,然后再结合司法的特点调适得出判决内容。对于行为尚未实施的情形,当行为已经获得准备阶段的行政许可时,法院应依照行政法律规范对该许可进行审查并作出以未来行动方案为内容的停止侵害判决。

关键词 环境民事公益诉讼 停止侵害 预防性责任 侵权禁令

目 次

- 一、引言
- 二、环境民事公益诉讼和停止侵害的特点
- 三、行为已实施情形下停止侵害责任的构成和内容
- 四、行为已实施情形下停止侵害判决和行政决定的关系
- 五、行为尚未实施情形下的停止侵害责任
- 六、结论

^{*} 中国政法大学民商经济法学院教授。本文系 2023 年度国家社科基金一般项目“法典化时代生态环境修复责任的体系化研究”(项目批准号: 23BFX193) 的阶段性成果。

一、引言

按照《民事诉讼法》第58条的规定及其司法实践,环境民事公益诉讼由社会组织 and 检察机关提起。根据《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》第18条的规定,对污染环境、破坏生态,已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的行为,原告可以请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、修复生态环境、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任。其中,停止侵害、排除妨碍、消除危险是预防性责任,而司法实践中多数环境民事公益诉讼案件旨在实现恢复性责任,如修复或支付修复费用等,只有少数案例包括实现预防性责任。

恢复性责任和预防性责任体现了诉讼的不同功能。有些学者从预防损害后果的角度,提出预防性公益诉讼的概念。^①按照这个逻辑,诉讼可区分为恢复性诉讼和预防性诉讼。但是,同时容纳恢复性责任和预防性责任的诉讼却无法整体归入预防性诉讼或恢复性诉讼。严格意义的预防性诉讼指仅要求被告承担预防性责任的诉讼。其实,只要诉求包括预防性责任,诉讼就具有预防功能。因此,以预防和恢复为标准划分诉讼类型意义有限,着眼于责任形式对预防性责任进行法技术层面的研究则更具法律实益。按照一般认识,停止侵害侧重从行为人的角度要求停止正在进行中的行为,而排除妨碍、消除危险不拘泥于行为正在进行,侧重对受害人的关注。鉴于这种区分来自不同的角度,上述几种责任在内容上难以绝对分开。有学者主张,上述三种责任形式体现了对损害的预防,是广义上的停止侵害,可以用统一的预防侵害禁令来代替,在判决时明确预防侵害的内容即可。^②而且,对停止侵害作宽泛解释,有利于获得域外经验如美国禁令制度的支持。因此,本文中的停止侵害指向广义的停止侵害即预防性责任。

对需要行政监管的行为造成社会公益损害或者具备造成社会公益损害风险而产生的纠纷,是通过行政程序还是民事诉讼追究责任历来存在争议。妨害排除请求权和妨害防止请求权如成立,是通过民事诉讼还是行政法途径主张?^③有学者认为,按照传统行政法的要求,行政的功能主要在于防御、消除危险,^④就预防和减少损害的作用而言,公法的作用大于私法^⑤。还有学者认为,让侵权法发挥次要作用可能是合理的做法。^⑥笔者也认为预防功能主要应由行政法承担。在我国已经发展出环境民事公益诉讼的前提下,本文不讨论这类争议适合通过何种程序解决,而是直接在民事诉讼框架下对有关问题进行讨论。

① 参见张旭东:《预防性环境民事公益诉讼程序规则思考》,载《法律科学》2017年第4期;李丹:《国家治理体系中预防性环境公益诉讼的规范构造》,载《法学评论》2023年第2期。

② 参见丁海俊:《预防型民事责任》,载《政法论坛》2005年第4期,第127页。

③ 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第232页。

④ 参见王贵松:《风险行政的预防原则》,载《比较法研究》2021年第1期,第52页。

⑤ 参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第54-58页。

⑥ See Willem H. Van Boom, *On the Intersection between Tort Law and Regulatory Law – a Comparative Analysis*, in Willem H. Van Boom, Meinhard Lucas & Christa Kissling eds., *Tort and Regulatory Law*, Springer-Verlag/Wien, 2007, p.425.

近些年来,我国环境民事公益诉讼中出现了以“绿孔雀案”为代表的适用停止侵害的若干案件。其中,少数案件的判决书未就预防性责任的成立进行单独说理,而是将其作为恢复性责任的附带品;多数案件的判决书虽然将恢复性责任和预防性责任分开论述,但一般不会自觉对停止侵害责任构成要件是否成就进行系统说理。法官在适用停止侵害责任时缺乏规范性和统一性,也往往依循传统的民事诉讼思路,对于所涉的行政法律问题采取回避态度,导致有关争议得不到有效解决。这一现实凸显了研究环境民事公益诉讼中停止侵害责任适用的必要性。现有的研究主要集中在预防性责任的功能、必要性、法律属性、制度框架、责任承担方式、程序规则以及造成社会公共利益损害“重大风险”的司法认定等方面,侧重外部和局部研究,在法技术层面对停止侵害责任适用的本体研究相对薄弱。本文拟在环境民事公益诉讼是执行法律义务的公法诉讼的定位之下,对不同类型的案件中停止侵害责任的构成要件、责任内容进行分析,从法理层面探究停止侵害判决与行政决定之间的关系,主张法院在适用停止侵害责任时适当能动,同时兼顾行政机关的思维。

二、环境民事公益诉讼和停止侵害的特点

如何理解“环境民事公益诉讼”和“停止侵害”会影响对于环境民事公益诉讼中停止侵害责任的适用研究的结论。环境民事公益诉讼的性质界定是厘清停止侵害责任和行政决定之间关系的必要根据,而停止侵害责任所适用的行为的特征描述是分析停止侵害责任之构成与内容的前提。

(一) 环境民事公益诉讼是执行法律义务的公法诉讼

美国以污染者为被告的公民诉讼是我国环境民事公益诉讼制度设计参考的重要蓝本,其具体工具是强制令(禁令),^⑦美国联邦法院的禁令旨在预防未来的损害和修复环境,但不包括金钱的执行^⑧。这类诉讼是迫使企业遵守环境法规定的一种法律手段。^⑨按照美国相关法律,针对污染者的公民诉讼只有在行政机关不予执法时才由法院受理,因此,该公民诉讼相对行政执法居于递补执行的地位。^⑩

根据《民法典》第1234条的规定,环境民事公益诉讼旨在追责“违反国家规定”的行为,系运用民事诉讼程序实施环境法律规范、追究违法行为。各国均将行为人违反环境法的强制性规定作为公益诉讼的启动前提。民事公益诉讼旨在令被告承担行政法

^⑦ 参见王曦:《美国环境法概论》,武汉大学出版社1992年版,第198页。

^⑧ See Catherine A. Kellett, *The Future of the Environmental Enforcement Injunction after Ohio v. Kovacs*, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol.13:397, p.428 (1986).

^⑨ 参见王曦、张岩:《论美国环境公民诉讼制度》,载《交大法学》2015年第4期,第31页。

^⑩ 参见胡静:《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》,载《法学评论》2016年第4期,第169页。

律规范规定的责任,因而是公法诉讼。该定位确立了制度安排和完善的根本方向。^⑪环境民事公益诉讼无关执行内容,仅涉及执行机制的创新。基于同样的事实和法律,即便在不同的执行机制之下,原则上应该适用大致相当的法律效果。换言之,适用停止侵害实质上应达至与行政决定相当的效果,但其形式上又被限定为判决,那么停止侵害判决与行政决定之间必然呈现“剪不断”的关系,本文试图对此予以厘清。

根据《民法典》第1234条的规定,违反国家规定造成生态环境损害,生态环境能够修复的,国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。该条属于请求权规范(主要规范),但在适用中需要对“国家规定”加以明确。“国家规定”是辅助规范,辅助规范的功能是进一步明晰主要规范的构成要件或法律效果^⑫。“国家规定”这类辅助规范就性质而言,属于行政法律规范。在案件审理中,法院并非仅就原告提出的特定请求权基础进行审查,而是审查与请求内容有关的所有可能的请求权基础,原则上不受原告选择的特定请求权基础的约束。当事人也没有义务选择请求权基础,只需要提出请求内容,裁判者有责任为其寻找规范支持。^⑬因此,运用环境民事公益诉讼追究责任时,法院应当主动寻找合适的行政法律规范依据,在行政法义务与责任法定的基础上,结合司法的特点,判断和认定被告责任的构成与内容。

(二) 停止侵害适用的行为是可重复的行为

预防性民事责任一般适用于针对绝对权的持续性侵害行为。^⑭持续性意味着重复发生是常态。《民法典》第995条和第1167条均规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险等预防性责任。对人格权适用预防保护是基于人格权的重要性和此前被告侵犯人格权的习惯性。在知识产权、反不正当竞争和物权法律关系领域,重复侵权是棘手问题。^⑮侵犯知识产权和不正当竞争往往发生在经营性活动之中。物权请求权针对侵犯物权圆满状态的行为,并不要求损害发生,且通常发生在地理毗邻的情形下。德国物权法在妨害防止请求权的构成上,要求有重复发生的危险。^⑯另外,英美法中的禁令或强制令起源于衡平法,是自由裁量的救济措施,最常适用于持续侵入他人土地或妨害的案件。^⑰综上所述,经营性活动和地理毗邻容易导致重复行为的发生。生态环境损害一般是行为人从事经营性活动如生产活动、自然资源开发活动(均伴随排污行为)的结果。经营活动的特点及其与周边生态环境的地理毗邻性导致行为具备重复发生的可能。

⑪ 参见巩固:《环境民事公益诉讼性质定位省思》,载《法学研究》2019年第3期,第130-143页。

⑫ 参见吴香香:《请求权基础——方法、体系与实例》,北京大学出版社2021年版,第7页。

⑬ 参见前注⑫,吴香香书,第29页。

⑭ 参见前注②,丁海俊文,第129页。

⑮ 参见曹志勋:《停止侵害判决及其强制执行——以规制重复侵权的解释论为核心》,载《中外法学》2018年第4期,第1071页。

⑯ 参见王洪亮:《论侵权法中的防御请求权》,载《北方法学》2010年第1期,第52页。

⑰ 参见[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,第149页。

（三）停止侵害的判决可以适用于未来发生的行为

停止侵害请求权针对未来行为提出要求,停止侵害请求权的成立并不需要有实际损害的发生,而要有发生损害的可能。已经造成损害后果并非停止侵害责任成立的必备条件,而仅作为判断是否“具有损害社会公共利益重大风险”的证据。

当行为人已经行动且未停止时,停止侵害判决具备当下的执行力;而当行动发生但已经停止或尚未行动时,停止侵害的判决并不具备当下的执行力。在后一种情形下,如果仅仅着眼于当下的执行力,法院就没有必要判决停止侵害。当然,如果赋予停止侵害判决以规范未来行为的效力,在行动发生但已经停止或尚未行动时,法院仍然可以判决停止侵害。笔者赞成赋予停止侵害判决以规范未来行为的效力,具体理由如下:

第一,停止侵害判决适用于未来的行为有利于节省司法成本。如果判决仅具有当下执行力,判决之后当事人停止侵害,此后再重复行为,很容易规避停止侵害的判决。在德国民事诉讼中,妨害排除请求权以给付之诉形式加以主张。^⑮ 给付之诉旨在实现权利义务,给付判决有执行力。^⑯ 在停止侵害之诉中,即便最初侵害行为产生的纠纷获得了最终解决,但更具有预防意义的是对未来行为的规制。在覆盖行为范围上,德国法的思路是停止侵害判决的效力原则上没有时间的限制,即当事人在判决生效后不特定的时间内均受判决的约束,实体法另有规定(如知识产权的保护期限)的除外。^⑰ 在德国,法律赋予不作为和排除危险的判决以面向未来的强制执行力,原告可据此有效阻止被告未来的行为对其权利的妨害。相比而言,在意大利,由于不作为之诉的判决没有被赋予这种强制执行力,其实践意义几乎丧失殆尽。^⑱ 若未来发生的侵害行为无法被停止侵害的判决效力范围所覆盖,则侵害行为再次发生时,原告不得以该判决作为执行依据申请强制执行,而只能另行起诉,这会导致判决形骸化。^⑲ 如果停止侵害判决具有面向未来的效力,那么只要将来出现与生效判决所禁止的行为完全相同、在类型上相同或者在实质上相同的行为,就会被生效判决所禁止。

第二,我国环境民事公益诉讼实践中有运用停止侵害判决规范未来行为的案例。在“新郑市薛店镇人民政府与中国生物多样性保护与绿色发展基金会等环境民事公益诉讼上诉案”中,一审法院认为,薛店镇政府及花庄村委会未办理移栽手续而移栽花庄村枣树的行为虽已结束,但在薛店镇范围内存在大量枣树且多数树龄较长,“为防止后续薛店镇政府等继续非法实施破坏生态的行为”,判令薛店镇政府及花庄村委会停止继续实施非法移栽或者采伐枣树的行为。^⑳ 鉴于被告侵害行为已经停止,该判决只有被理解为适用于未来的行为才合乎逻辑。在“恩施自治州建始磷厂坪矿业有限责任公司与重庆市

^⑮ 参见前注③,鲍尔、施蒂尔纳书,第240页。

^⑯ 参见张卫平:《民事诉讼法》(第6版),法律出版社2023年版,第204页。

^⑰ 参见前注⑮,曹志勋文,第1084页。

^⑱ Cfr. Gerhard Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, Band 79, 1975, § 7 Rn. 126.

^⑲ 参见王慧:《论预防性环境民事公益诉讼永久禁止功能的实现》,载《政法论丛》2022年第1期,第99页。

^⑳ 参见河南省高级人民法院(2018)豫民终344号民事判决书。

绿色志愿者联合会环境污染公益诉讼纠纷上诉案”中,二审法院认为,“在不能确保恢复生产不会再次造成环境污染的前提下,应当禁止其恢复生产,如此才能有效避免当地生态环境再次遭受污染破坏,亦可避免在今后发现上诉人重新恢复违法生产后需另行诉讼的风险,减轻当事人诉累、节约司法资源”^{②4}。显然,在法院看来,重复发生侵害行为后另行诉讼并不可取,因而可以合理推论,法院主张停止侵害判决具备规范未来行为的效力。

第三,我国的立法实践正在探索赋予停止侵害判决面向未来行为的效力。按照2022年6月提请全国人大常委会审议的《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》第197条的规定,被执行人依据规定执行后,再次违反不作为或者容忍义务的,人民法院可以根据申请执行人的申请再次强制执行。其背后的逻辑即判决效力指向未来。

停止侵害责任指向未来的行为,这些行为对于未来利害关系者的影响才是问题的关键。停止侵害固然可以适用于尚未停止的侵害行为,但与侵害行为是否已经停止没有必然关联,判令停止侵害的基础是存在损害发生的风险。既然判决面向将来,法官在论证判决主文时需要考虑的就不是在最初侵害行为发生时有效的法律,而是裁判时有效的法律。^{②5}

三、行为已实施情形下停止侵害责任的构成和内容

根据《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》第18条的规定,停止侵害责任的构成要件是具有损害社会公共利益的重大风险。其可以分解为两个要件:行为具有发生(包括首次发生和再次发生)的可能;行为一旦发生则会损害社会公共利益。需要指出的是,因果关系并不是停止侵害责任的构成要件。因果关系判断适用于损害发生后的恢复性救济,如赔偿损失、修复生态环境等。“果”指实际损害后果,只有“果”存在,因果关系才有所依附,因果关系的判断才有意义。对于已经造成生态环境损害后果的情形,因果关系是恢复性责任的构成要件。当然,已经造成损害的事实在评估侵害行为再次发生的可能性和社会公益损害时也会发挥重要作用。

《最高人民法院关于审理环境公益诉讼案件的工作规范(试行)》第32条事实上将停止侵害区分为停止行为和改善行为。停止行为具体表现为停止排污、停止建设、停止生产经营,或者停止生产、使用国家明令禁止生产、使用的农药等,改善行为具体表现为采取减少排污量至排放标准之下、增建和改善污染防治设施以及限定排污设施的运行时间等。^{②6}停止行为和改善行为的判决均是在寻找一种有利于协调或权衡各方利益、促进

^{②4} 重庆市第二中级人民法院(2016)渝02民终772号民事判决书。

^{②5} 参见前注^{①5},曹志勋文,第1074页。

^{②6} 《最高人民法院关于审理环境公益诉讼案件的工作规范(试行)》第32条第1款规定:“经审理认为被告行为属于环境保护法第六十三条规定情形之一的,人民法院可以判决被告停止排污、停止生产经营、停止建设或者停止使用国家明令禁止生产、使用的农药等侵害行为。”第2款规定:“被告实施环境保护法第六十三条规定以外污染环境、破坏生态行为的,人民法院可以判决被告采取限期治理、减少排污量至排放标准之下、增建和改善污染防治设施以及限定排污设施的运行时间等措施。”

社会公共利益的行为模式。停止行为适用的情形有两类,第一类是行为本身被法律所禁止,第二类是行为虽未被法律禁止但依法需要经过许可而行为人未获得许可。上述情形下的利益衡量在立法层面就发生了,执法和司法层面一般遵循立法即可,无需再进行实质性的利益衡量。改善行为适用于经过许可有权实施但实施过程中违法的行为,其利益平衡发生在个案中。

(一) 行为发生的可能性评估

从现有司法实践来看,在不支持停止侵害请求权的判决中,有的法院的理由是被告已经实施了整改或改造,高频次检查中未发现违法排污,没有再次发生侵害的可能,如“中华环保联合会等诉湖北雄陶陶瓷有限公司等大气污染民事公益诉讼案”^{②7}、“北京市朝阳区环友科学技术研究中心、缙云县壶镇表面精饰厂环境污染责任纠纷民事公益诉讼上诉案”^{②8}以及“金华市绿色生态文化服务中心与威海海澄水务有限公司环境污染民事公益诉讼案”^{②9};有的法院依据被告已经停产或处于破产清算阶段的情况,认为没有再次发生侵害的可能,如“中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司环境污染民事公益诉讼纠纷案”^{③0}、“中华环保联合会与阳城县富宁化工有限责任公司环境污染责任纠纷一审民事案”^{③1}以及“重庆两江志愿服务发展中心与安徽淮化集团有限公司环境污染民事公益诉讼纠纷案”^{③2}。

在支持停止侵害请求权的判决中,法院往往因被告未提供证明设备停止运营的相应证据或监测数据,而认为仍然存在再次发生侵害的可能,如“郑州新力电力有限公司与山东环境保护基金会大气污染责任纠纷上诉案”^{③3}和“北京市丰台区源头爱好者环境研究所、金华市绿色生态文化服务中心与被告深超光电(深圳)有限公司环境污染民事公益诉讼案”^{③4}。

由上可知,在法院看来,已经停产意味着没有侵害发生的可能。未停产的行为理论上存在再次发生侵害的可能,因为“侵害源”继续存在。法院一般从是否已经整改、是否经检查未发现违法、是否履行守法义务等方面判断再次发生侵害的可能。这些方面共同组成了行为人在侵害行为实施之后的守法记录。从这个意义上看,法院根据行为人当下的守法记录观察未来的守法意愿来评估侵害再次发生的可能性,虽然存在一定风险,但具有合理性。

(二) 损害社会公共利益的判断

对于已经实施的行为是否适用停止侵害,除了要评估行为是否有未来发生的可能

^{②7} 参见湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01民初6127号民事判决书。

^{②8} 参见浙江省高级人民法院(2020)浙民终847号民事判决书。

^{②9} 参见山东省高级人民法院(2021)鲁民终2334号民事判决书。

^{③0} 参见山东省德州市中级人民法院(2015)德中环公民初1号民事判决书。

^{③1} 参见山西省晋城市中级人民法院(2017)晋05民初35号民事判决书。

^{③2} 参见安徽省淮南市中级人民法院(2021)皖04民初50号民事判决书。

^{③3} 参见河南省高级人民法院(2019)豫民终1592号民事判决书。

^{③4} 参见广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初3509号民事判决书。

性,还需要判断该行为如果延续(行为未停止)或再次发生(行为已停止),是否会损害社会公共利益。由于行为已经实施,对行为未来结果的判断可参考行为已然造成的结果进行,这与行为尚未实施情形下的判断有所不同。

1. 损害社会公共利益的判断的形式标准

上文相关判例中,法院并未单独考虑行为是否损害了社会公共利益,仅对行为是否可能再次发生进行判断,背后隐含的逻辑是:污染者行为只要违反行政法律规范即具备行政违法性(本文语境下行政违法仅指相对人违法,不含行政主体违法),则当然损害社会公共利益。事实上,并不存在可确定的、先验超然的“公共利益”,社会中存在的是不同个人和团体的独特利益。立法过程体现的是彼此冲突的利益团体之间的妥协。行政机关为所有正当利益提供表达或代表的平台,通过协商达成妥协,这个过程和立法过程没有实质区别。^⑤社会公共利益是各方利益达至平衡的一种状态和格局。行政法律规范本身就是利益协调和平衡的产物,行政决定是个案中利益协调和平衡的结果。这意味着,行政法律规范和行政决定是利益平衡的秩序格局的表征,其本身就代表了公共利益。公共利益存在于可靠和可预测的公共法律管理之中。^⑥因此,违反行政法律规范和未履行行政决定的行为即构成行政违法,法官可以推定该行为侵害社会公共利益。

在“北京市朝阳区自然之友环境研究所诉中石油云南石化有限公司环境污染责任纠纷案”(即“绿孔雀案”)中,法院认为,“要求全面停止案涉项目建设的环境影响评价报告已经取得国家环境保护主管部门的批复同意”,《关于中国石油云南1000万吨/年炼油项目环境影响报告书的批复》等“证据材料不能说明‘有社会公共利益受到损害’或‘被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险’”。^⑦在“中国生物多样性保护与绿色发展基金会、华北路桥建设集团有限公司等侵权责任纠纷上诉案”中,二审法院认为,“判断被上诉人是否应当承担侵权责任,关键在于被上诉人是否违反国家规定造成生态环境损害,即是否有行政机关批准被上诉人砍伐林木、占用草地,是否存在上诉人在上诉状中主张的被上诉人超越审批范围砍伐林木、占用草地的事实,如果没有行政机关的批准,或者被上诉人超越了批准范围砍伐林木、占用草地,则认定为有过错,应当承担侵权责任,否则就不应当承担侵权责任”^⑧。根据上述裁判逻辑,被告只要获得行政许可且符合行政许可的规定,就不应承担停止侵害的责任。

行政合法能否阻却停止侵害请求权,涉及公法和私法对同一行为的评价差异。公法和私法性质不同,对同一行为的评价也不完全一致,符合公法规则的行为在私法上受到负面评价是正常现象。^⑨行政合法不构成对救济个人利益的损害赔偿请求权的抗辩,符合公法规定的行为也可能在私益诉讼中承担赔偿责任。但在公法中被认可的行为,不宜

^⑤ 参见[美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,商务印书馆2011年版,第67-68页。

^⑥ See Brian J. Preston, *Injunctions in Planning and Environmental Cases*, Australian Bar Review, Vol.36:84, p.93 (2012).

^⑦ 参见云南省高级人民法院(2017)云民终417号民事裁定书。

^⑧ 河南省高级人民法院(2020)豫民终321号民事判决书。

^⑨ 参见宋亚辉:《食品安全标准的私法效力及其矫正》,载《清华法学》2017年第2期,第171页。

再受到公法的非难,公法的评价应该具有统一性和融贯性。环境民事公益诉讼虽然适用民事诉讼程序,但以追究公法责任为目的。获得许可且遵循许可的行为符合公法的价值,不应当承担公法上的责任。对于经过行政许可的造成生态环境损害后果的行为,法律救济的损害应该是在剔除掉行政许可接受的损害之后的剩余部分。行政机关既然许可行为人为人实施生产活动或自然资源开发活动,自然就接受行为人在许可范围内的行为所造成的生态环境损害的后果,对于此后果不应追究其公法责任。

2. 损害社会公共利益的判断的实质要素

在环境民事公益诉讼中,行为的行政违法性成为判断其是否损害社会公共利益的形式标准,这虽然大大减轻了法院在个案中对行为损害社会公共利益的说理负担,但也遮蔽了社会公共利益判断的实质因素。虽然环境民事公益诉讼不需要在责任构成中具体分析实质因素,但其中蕴含的实质因素会对责任的内容发挥作用,尤其是对停止侵害的请求是否获得支持具有至关重要的影响。停止侵害请求权不管是出现在私益诉讼还是公益诉讼中,都离不开利益衡量。同公益诉讼直接以行政违法作为行为损害社会公共利益的形式标准不同,私益诉讼以保护个人权益为主,行政违法仅是考量责任构成的因素之一。在民事公益诉讼中的实质因素被遮蔽的情况下,对私益诉讼的观察分析有利于洞察损害社会公共利益判断的实质因素。

近年来我国有关停止侵害的环境私益诉讼的案件数量不多,多数集中在噪声纠纷,且法院在是否支持停止侵害上的说理较为薄弱。经归纳发现,法院提到的影响因素有行为对受害人利益的影响和行为的合法性。在“刘再清、黄菊惠等与江苏宁某高速公路股份有限公司噪声污染责任纠纷案”中,法院认为“长期处于高噪声环境下的居民,身心健康势必受到不良影响和一定程度的损害”,从而判令行为人采取措施减轻交通运输噪声影响。^{④①}在“吴某与北京仁和燕都房地产开发有限公司噪声污染责任纠纷案”中,二审法院驳回原告要求房地产开发公司安装全封闭隔音屏的请求的理由之一是“涉诉房屋所在项目取得了各种合法手续”^{④②}。

日本对于公害案件损害赔偿请求和停止侵害请求,都要求行为具有违法性(侵权法上的违法性不同于行政违法性)。违法性的判断标准是忍受限度。忍受限度判断的考量因素有:侵害行为的样态、受侵害利益的种类和程度、地域性(符合当地通常的利用方式)、是否遵守行政管制基准、采取防止损害措施的难易程度以及公共性等。损害赔偿和停止侵害的请求中违法性判断要素基本相同,但鉴于二者请求内容不同,各要素的重要性程度存在差异。^{④③}在日本的大多数学者和司法工作者看来,停止侵害行为的成立要件比损害赔偿更为严格。^{④④}公共性事业通常指社会性较高的事业,如交通运输或者市政事业等,其本身就具有公共利益的成分。法院在赔偿责任和停止侵害责任的判定上对公共

^{④①} 参见江苏省江阴市人民法院(2020)苏0281民初231号民事判决书。

^{④②} 北京市第三中级人民法院(2022)京03民终7678号民事判决书。

^{④③} 参见于敏:《日本侵权行为法》(第3版),法律出版社2015年版,第541-542页。

^{④④} 参见冷罗生:《日本公害诉讼理论与案例评析》,商务印书馆2005年版,第143页。

性事业的评价存在差异。公共性事业损害的是部分居民的利益,这一部分居民的赔偿请求一般会得到法院认可,但停止侵害请求一般不被法院支持。^{④④}在停止侵害责任的判定上,当事人行为的公共性成为法院不支持停止侵害责任成立的重要理由。^{④⑤}在日本地方审判中禁令制度的要件判断一般考虑如下因素:是否存在实质性损害、当事人的利用方式是否为当地通常的方式、当事人是否采取了防止损害的对策、加害行为是否具备公共性及公共性的程度大小、是否履行环境影响评价手续和对居民说明等程序、是否违反法规、(关于日照妨害的)加害人与受害人的先住后住关系。^{④⑥}

判断是否适用停止侵害责任方式,普通法一般遵循“均衡的衡平”原则,对受害人遭受损害的严重性和行为人行为的效用予以衡量。根据美国《侵权法重述》,判断损害严重性的因素有:损害的程度、损害的性质、法律赋予被侵犯的此类使用或享受的社会价值、被侵犯的特定使用或享受与该地区性质的适合程度以及受害人为避免该损害所承受的负担;判断行为效用的因素有:法律赋予该行为的主要目的的社会价值、该行为与该地区性质的适合程度以及防止或避免该侵犯的不可行性。^{④⑦}

虽然《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》规定的是保全措施而不是停止侵害责任,但禁止令保全措施的内容实质上就是停止侵害,同样具有预防损害的效果,因而该规定可作为理解停止侵害判决的参考。根据该规定,人民法院决定是否作出禁止令应当考量的因素包括:(1)被申请人污染环境、破坏生态行为被行政机关依法处理后是否仍继续实施;(2)被申请人污染环境、破坏生态行为对申请人合法权益或者生态环境造成的损害是否超过禁止被申请人一定行为对其合法权益造成的损害;(3)禁止被申请人一定行为对国家利益、社会公共利益或者他人合法权益产生的不利影响。该规定体现了对申请人利益、被申请人利益和公共利益的衡量。

综上,法院对于是否支持停止侵害请求权需要考虑三方面的因素:一是行为的状态,即行为是否遵守行政管制、利用方法的地域性(当地通常采用该利用方法)、行为带来的利益以及公共性。二是行为侵害的利益,即发生侵害的种类、性质以及程度。对于受侵害的环境利益的判断应当具有一定的前瞻性,因为污染或破坏环境后果的发生相对于行为存在滞后性。三是改善行为的可行性。法院在决定支持什么样态的行为模式时,需要考虑采取防止损害措施的难易程度或技术上、经济上的可行性,比较多种方案,评估替代方案。

(三) 停止侵害的内容

停止侵害包括停止行为和改善行为。停止行为的责任适用于实施了法律禁止的行为或者未获得许可的行为,履行方式是不作为,内容清晰明确。司法实践中停止侵害内

^{④④} 参见前注^{④②},于敏书,第541-542页。

^{④⑤} 参见[日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第267页。

^{④⑥} 参见刘明全:《环境司法中预防性责任方式的分层建构》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第84页。

^{④⑦} 参见《侵权法重述第二版:条文部分》,许传玺、石宏、和育东译,法律出版社2012年版,第354-355页。

容的确定一般发生在改善行为的情形下。

1. 停止侵害内容是利益平衡的结果

在私益诉讼中,法院往往一方面驳回原告停止侵害的请求,另一方面支持原告的损害赔偿请求。按照《德国民法典》第 906 条的规定,假如妨害超过合理可期待的限度,侵害土地所有人对土地符合当地通常方式的使用或者土地收益,即便土地所有人有忍受的义务,也可以请求适当的金钱补偿。根据德国《联邦污染控制法》第 14 条,在排放行为获得许可后,相邻关系人对排放行为不得主张私法上排除妨害与妨害防止的请求权,但可以请求采取措施以及损害赔偿。根据《荷兰民法典》第 6 编第 168 条第 1 款的规定,法官可以基于维护重大社会利益而容忍某一侵权行为,判决驳回禁止该行为的请求权,但并不排除受害人获得赔偿的权利。

关于停止侵害责任是否成立的判断标准,美国发展出“均衡的衡平”的原则,旨在对被害与加害两方当事人的一切事项进行双重比较衡量,维护产业活动、经济发展与居民生活安宁、生命健康和舒适环境之间的平衡。^{④⑧}与此同时,美国还出现了以损害赔偿代替停止侵害命令(damages in lieu of injunction)的理论与实践,对于具有继续性、反复性的私人生活妨害,在依据“均衡的衡平”原则不发布停止侵害命令时,法院支持被告对原告的损害进行赔偿。法院也可就原告请求的一部分,准许发布停止侵害命令,而其余部分准许赔偿而非停止侵害。^{④⑨}

综上,私益诉讼中因社会公共利益的考量而遭到拒绝的停止侵害请求权可能转化成补偿请求权。如果行为造成公益损害,在仅涉及民事公益诉讼的情况下,因为公益无法专属于个人,补偿的适用没有余地,只能是通过调适或改善惠及公众。

在澳大利亚“Warringah Shire Council v. Sedevic 案”中,法官指出,公共利益存在于“有序地开发和利用环境”之中。^{⑤⑩}但是,开发环境的经济利益也需要被考虑。以下两个美国案例都不是判决直接关闭工厂,而是要求被告运用“最佳可得技术”(best available techniques)优化行为来解决问题。“McCarty v. Natural Carbonic Gas Company 案”涉及一个排放二氧化硫的公司。虽然法庭认为不论被告承担的成本有多高,禁止性救济是有正当理由的,并没有要求被告承担不合理义务,并且认为公司可以利用无烟煤或者利用现代设备如烟罩处理机等设备加以解决。“Strobel v. Kerr Salt Company 案”则涉及一条遭受制盐业严重污染的小溪。该案的救济方式不是关闭工厂,而是要求被告采取在小溪的上游建立水库、提高对盐水以及盐类物质泄漏的预防措施,以预防或者减少污染。^{⑤⑪}

“具有损害社会公共利益的重大风险”的判断不仅需要考虑环境利用行为对生态环

④⑧ 参见王明远:《美国妨害法在环境侵权救济中的运用和发展》,载《政法论坛》2003 年第 5 期,第 37 页。

④⑨ 参见罗丽:《环境侵权侵害排除责任研究》,载《河北法学》2007 年第 6 期,第 114 页。

⑤⑩ See Brian J. Preston, *supra* note 36, 93.

⑤⑪ 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》,载《河南财经政法大学学报》2017 年第 4 期,第 51 页。

境的负面影响,也需考虑环境利用行为的经济、社会等正面效益,并进行权衡。^{⑤2}

2. 停止侵害内容的确定

我国司法案例中改善行为内容的确定一般考虑行为人已经采取的措施和行为人是否有权实施。在“赵爱校、冯计所等噪声污染责任纠纷案”中,二审法院结合行为人已经进行降噪施工的情况,确定完成降噪的期限。^{⑤3}在“吴某与北京仁和燕都房地产开发有限公司噪声污染责任纠纷案”中,二审法院驳回原告安装全封闭隔音屏的请求,理由之一是行为人“无权在该路段设置声屏障”。^{⑤4}

改善行为包括改善措施的制定、准备和实施,内容因个案而异,根据事实的变化进行调整,很难自始至终是一致且具体明确的。根据《最高人民法院关于审理环境公益诉讼案件的工作规范(试行)》第31条的规定,人民法院应确保裁判内容具有可执行性,便于监督;裁判不仅要确定被告应承担的责任类型,还要确定其履行责任的方式、程序、标准和时限等。该规范强调判决内容的具体性和明确性,因而就发生了改善行为的内容应抽象还是具体的争议。

在域外私益诉讼实践中,对停止侵害内容的确定也是一个难题。在日本部分案例中,法院以抽象的停止侵害请求诉讼即使胜诉也无法强制执行为由,判决驳回诉讼请求。不过,有迹象显示法院正改变立场,倾向于对抽象的停止侵害请求也予以支持。^{⑤5}停止侵害判决面向未来的特点决定了停止侵害呈现动态性。因而,停止侵害的内容具有一定的抽象性,原告在起诉书中和法院在判决书中一般很难确定停止侵害的方式。拉伦茨认为,如果经过法律适用的三段论推理得到的法律后果尚具抽象性,有必要再进行一次三段论推理以进一步具体化法律后果:(1)被告应负的抽象义务;(2)为履行该抽象义务应采取某具体措施;(3)被告有采取某具体措施的义务。^{⑤6}第二个三段论的大前提是法律适用三段论的结论即对待决事实应适用停止侵害,小前提是履行停止侵害必须采取某措施,这项判断以技术知识、社会经验为基础。第二个三段论的推理留待执行阶段进行。在德国的司法实践中,原告只要在起诉书中声明被排除的妨害或者被防止的妨害,法院在判决中只要载明采取必要措施防止将来的重大妨害即可。排除或者防止妨害的措施只有在强制执行时才能确定。^{⑤7}面对抽象的停止侵害判决时,有必要突破审执分离原则,在执行阶段,法官根据案件情况确定被执行人的具体给付义务。^{⑤8}判决主要确定改善行为应实现的目标(如符合排污许可证排污),而将具体措施留待执行环节确定。鉴于停止侵害判决面向未来,对于每一次违反停止侵害判决的行为予以执行时,具体措施应根

⑤2 参见吴凯杰:《论预防性检察环境公益诉讼的性质定位》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第33页。

⑤3 参见河南省鹤壁市中级人民法院(2022)豫06民终934号民事判决书。

⑤4 参见前注④1,北京市第三中级人民法院(2022)京03民终7678号民事判决书。

⑤5 参见前注④9,冷罗生书,第56-57页。

⑤6 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第351页。

⑤7 参见王洪亮:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社2011年版,第185-186页。

⑤8 参见前注②2,王慧文,第102页。

据执行时的法律和事实加以确定。

当然,停止侵害的具体措施的确定必须遵循比例原则,符合适当性、必要性和狭义比例三个子原则,^⑨必须有助于预防生态环境损害发生、对个人权益的侵害最小、获得的收益超过成本。比例原则是行政法基本原则,从这个面向也可以透视停止侵害的行政性格。

四、行为已实施情形下停止侵害判决和行政决定的关系

(一) 停止侵害判决与行政命令的关系

行政命令具有终止违法行为和恢复合法状态的效果,^⑩不适用于已经结束的违法行为。对于已经停止的行为,可以适用停止侵害判决。

在普通法国家,普通法院以损害赔偿为原则,衡平法院的救济手段则具有多样性并呈现行政性格,二者形成了鲜明对照。^⑪停止侵害请求权应当理解为排除违法侵害,实现应然的法律状态。^⑫甚至有学者认为,侵权禁令的推广适用将在很大程度上补充乃至至于替代行政执法,成为风险社会公共治理的新动力。^⑬停止侵害的判决与行政命令所具有的恢复合法状态的补救性功能相契合。在奥托·迈耶看来,执行是公权力在法律或多或少的规范之下使法律发生实际作用的活动,而司法和行政都是在执行法律。^⑭

环境公害的侵害排除如全面停产、部分停产、禁止工厂建设、防治污染设施的建设和改善、缩短作业时间以及改变作业方法等,主要通过行政手段和民事手段来实行。^⑮有学者认为,环境行政执法中的责令限制生产、停产整治,责令停止生产或使用,责令停业、关闭,责令停止建设等执法方式与环境民事公益诉讼中的停止侵害在功能上存在重复,环境民事公益诉讼的诉讼请求实质上是对行政处罚、行政命令的转化。^⑯笔者认同这种思考方向。具体到环境民事公益诉讼中的停止侵害,其所对应的是以改正行为为内容的预防性行政命令,而不包括修复生态环境等恢复性行政命令。

有判决认为如果行政机关对有关问题已经处理,法院就无需处理。如在“北京市丰台区源头爱好者环境研究所与山东安丘国裕再生资源有限公司、山东柠檬生化有限公司环境污染责任纠纷一审民事案”中,法院认为,“原告所诉被告国裕公司应停止侵权的诉讼请求,因相关环保主管部门的处理决定中已经明确包含了责令停止生产的内容”,故

^⑨ 参见董岩:《环境公益损害救济诉求下排除危害责任的解释论分析》,载《法学论坛》2020年第3期,第158-159页。

^⑩ 参见胡静:《我国环境行政命令体系探究》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2017年第6期,第84页。

^⑪ 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第156页。

^⑫ 参见前注⑩,于敏书,第538页。

^⑬ 参见杨彪:《侵权禁令与执法替代:风险社会公共治理的新思路》,载《法制与社会发展》2017年第4期,第6页。

^⑭ 参见[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第58页。

^⑮ 参见王明远:《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第200页。

^⑯ 参见张辉:《环境行政权与司法权的协调与衔接——基于责任承担方式的视角》,载《法学论坛》2019年第4期,第149页。

对原告该项主张,法院不予处理。^{⑥7}这也反映停止侵害与预防性行政命令具有相同功能。

(二) 停止侵害判决与行政许可的关系

在行政法中,违法行为可区分为两类:第一类是违反禁止性规定的行为或者依法需要许可但未取得许可的行为,第二类是违反许可的行为。违反禁止性规定的行为包括使用国家明令禁止生产、使用的农药等,依法需要许可但未取得许可的行为包括未经环评审批擅自开工建设、环保设施未经验收擅自投产、无排污许可证排污等。第一类行为的行为人并无采取行为的权利,法院判决停止行为即可,也不发生处理判决与行政许可之间关系的问题。以下重点讨论第二类行为即违反许可的行为,其涉及停止侵害与行政许可间的关系。

行政许可一般被认为是授益行为,被许可人是否实施许可是其自由,通常不发生执行问题。不过,如果许可涉及附款或者费用,便有执行问题。^{⑥8}附款中的负担,指授益性行政行为附带地要求被许可人作为、容忍或者不作为的义务,因而其具有执行的必要。环评审批(实质是开工建设许可)、排污许可、开发自然资源许可等均附有义务,因而有执行问题。停止侵害判决也具有面向未来的执行效力。

对于获得许可但违反许可的行为如何适用停止侵害责任,需要考虑停止侵害判决和行政许可的关系。该问题涉及行政行为对法院的拘束力。民事诉讼或刑事诉讼一般会尊重行政行为。法院如果有疑问,从实践和理论看,解决的办法有三种:第一是向行政机关提司法建议;第二是中止诉讼,解决行政行为的合法性后再作判决;第三是自行审查,依法独立审判。^{⑥9}在本文语境下,法院通常会采取第三种做法,即直接作出判决。

1. 环境私益诉讼中停止侵害判决与行政许可的关系

作为对未来行为的约束,私益诉讼和公益诉讼中的停止侵害并无效果上的实质性区别。在私益诉讼中,虽然两造对抗格局使得对原告的权益保护会被突出,但也处于调和各方利益的框架之下,因而法院最终作出的停止侵害判决的内容也是利益衡量的结果。在这个意义上,私益诉讼中停止侵害判决和行政许可的关系可以作为参考。具体将以德国的法律实践和理论作为考察对象。

在德国,普通法院原则上不得对高权行政活动的实施或者撤销进行裁判,不得通过对私法关系的裁判侵害行政行为的存续力。^{⑦0}不过,这仅仅是原则,并非所有的许可都可以对抗排除妨害和防止妨害等停止侵害的请求权。建筑法上的许可以及营业许可(酒类)不能排除防御性物上请求权的行使。但是,排放许可以及水权许可等具有排除防御性物上请求权的效力。^{⑦1}在德国,若许可被颁发,根据《德国民法典》第903、906、

^{⑥7} 参见山东省潍坊市中级人民法院(2019)鲁07民初1087号民事判决书。

^{⑥8} 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第2卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第42-43页。

^{⑥9} 参见余凌云:《行政法讲义》(第3版),清华大学出版社2020年版,第287-288页。

^{⑦0} 参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第184页。

^{⑦1} 参见前注^{⑤7},王洪亮书,第180-181页。

1004 条,在某些情形下不能请求停止经营已经获得许可的设施,只能请求采取保护性预防措施或者损害赔偿(《联邦污染控制法》第 14 条)。^⑦《联邦污染控制法》第 14 条禁止当事人针对经过许可的设施经营提起以停止营业为内容的排除妨害与妨害防止的民事诉讼,但可以请求采取措施和损害赔偿。因此,德国普通法院对于获得某些特定许可的行为不能判决停止,但可以判决采取措施和赔偿损失。不能判决停止的原因在于:第一,在某些设施的许可程序中,一定程度上已经预防性地观照了相邻权的法律关系。依据《联邦污染控制法》第 9 条和第 10 条第 3、6、7、10 款的规定,邻人应当被邀请参加许可申请程序。^⑧第二,经事先审查后颁发的许可所创造的经济价值不能因为民事法院判决而被摧毁。^⑨第三,由于民事判决并未直接对行政许可进行合法性审查,因而,民事判决并不评判或否定许可的正确性和合法性,至多排除或限制其执行力。以排污许可为例,排污许可颁发时基于当时的预测载明预期的污染物排放量,在该时间节点缺乏实际产生的排污量信息。因此,即便行为人获得许可,法院仍然可以根据实际排污量进行调适,判决采取预防措施以及损害赔偿。

2. 违反许可的行为

一般性违反许可和严重违反许可的行为会对应不同的法律后果,应当分开处理。对于一般性违反许可的行为,停止侵害判决就是去侵害化或改善行为,使其符合许可。法律通常规定行政机关可以课以停产整治、限制生产等责任要求行为人遵守许可载明的条件。有法官认为,对于被告超标排放可能损害社会公共利益的,法院可以判令其减少排放以符合排污许可证的要求,但不宜判令其停止排污,尤其对于停止生产这一类措施更应慎重适用。^⑩对超过许可排放浓度或排放量排放污染物、未按照排污许可证规定控制大气污染物的无组织排放、污染物排放口位置或者数量不符合排污许可证规定、污染物排放方式或者排放去向不符合排污许可证规定等行为,法院可以判决改善行为以符合排污许可证载明的要求。为实现个案正义,对停止侵害责任具体内容的明确界定,法官享有自由裁量权。^⑪这种自由裁量在未颁发许可的情形下更为宽松。如果针对的行为涉及已经存在的许可,法官行使自由裁量权就应受到更大的限制,应该参照有关法律法规如《排污许可管理条例》的相关规定和具体许可证如排污许可证的内容进行裁判。

对一般性违反许可的行为,法院判决的改善行为应以回归许可证的要求为目的,以停产整治、限制生产等为基础,结合个案进行调适。改善行为采取的方式可能是配备减排设施或者治理设施、减少排放量、缩减排放时间等。

对严重违反许可的行为而应课以吊销许可、停产、关闭等法律责任的,法院可以判决

^⑦ 参见前注③,鲍尔、施蒂尔纳书,第 548 页。

^⑧ 参见前注③,鲍尔、施蒂尔纳书,第 547-548 页。

^⑨ 参见前注③,鲍尔、施蒂尔纳书,第 548 页。

^⑩ 参见郑学林、林文学、王展飞:《〈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〉的理解和适用》,载《人民司法》2015 年第 5 期,第 25 页。

^⑪ 参见前注④,刘明全文,第 85 页。

停止行为,而不宜直接判决吊销或撤销许可。理由有二:第一,行政机关并非诉讼当事人,缺乏自我辩解的机会,因此,不宜在民事诉讼中直接否定行政决定;第二,吊销或撤销许可仅是实现停止行为的手段,停止行为判决则可直接实现停止行为。

3. 停止侵害判决与许可的区别

虽然停止侵害判决和许可均具有规范当事人未来行为的功能,但二者也存在明显的区别。大体而言,行政机关针对不同个案能够在解释理念上保持一致性;法院针对不同个案在解释理念上则呈现差异性。^⑦行政许可事先清晰规定行为标准,更强调义务标准的统一性;停止侵害则事后模糊勾勒行为标准,因在事中产生更多的信息,故更具灵活性和弹性。^⑧颁发行政许可较为依赖普适性的管制标准(如排放标准),并结合行为实施前获取的信息进行判断,因而更多基于预测。比较而言,违反许可的行为实施后提供了更多的信息尤其是有关行为实施和后果的客观情况的信息。法院可以根据每个行为人的行为风险高低,风险控制能力和事故的严重程度,为其“量身定做”最佳的行为谨慎标准,^⑨因为每一个侵权案件都可能有所不同^⑩。从这个意义上,行政许可是第一次分配权利义务,是基于预测的事前分配;停止侵害判决根据已经实施的行为、新情况的发生等对行政许可规定的权利义务加以调整,可谓第二次分配权利义务,属于事中分配。

法院通过停止侵害判决,以设定许可的法律法规为基础,结合许可之后发生的事实对许可中的权利义务加以调整,这在实质意义上属于变更原行政许可。

五、行为尚未实施情形下的停止侵害责任

行为尚未实施是指作为目的行为的生产活动、自然资源开发活动未实施,但准备行为已经展开。对于尚未准备的行为,因为缺乏行为发展方向的信息,并不存在预防的问题。对于进入准备阶段的行为,停止侵害的内容针对可能导致侵害的准备行为。环境法中的准备行为一般也需要许可。例如,作为目的行为的排污许可(排污和生产开发活动相伴发生)以通过环评审批为前提,环评审批之后开展的开工建设就构成了准备行为。未经环评审批开工建设(未经许可)或者虽经环评审批但违反环评审批开工建设(虽经许可但违反许可),建设行为本身可能会造成生态环境损害,构成行为违法,因而可以作为独立的行为被纳入行为已经实施的情形处理。在获得准备行为许可且行为人无违反许可的情形下,停止侵害的内容是改善准备行为,如在开工建设的情形下改善建设方案。在责任构成上,仍然是两要件:行为发生的可能性和损害社会公共利益。

^⑦ See Matthew C. Stephenson, *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice between Agencies and Courts*, Harvard Law Review, Vol.119:1035, p.1038 (2006).

^⑧ 参见朱虎:《规制法与侵权法》,中国人民大学出版社2018年版,第38页。

^⑨ 参见宋亚辉:《社会性规制的路径选择——行政规制、司法控制抑或合作规制》,法律出版社2017年版,第164-167页。

^⑩ 参见[美]丹·B.多布斯:《侵权法》(上册),马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第9页。

（一）行为发生的可能性评估

对于尚未实施的行为,只要计划正常进展行为就会发生的,法院通常认为行为有发生可能。对于即将发生的损害,如果法律仅仅赋予公民赔偿权而不使其有机会制止即将发生的损害,这是难以接受的。^{⑧1} 侵权责任的(潜在)受害者可以在存在迫在眉睫的非法行为的情况下提出禁令要求,^{⑧2} 对于造成的生态环境损害的情形亦然。是否提前干预的关键在于目的行为发生的可能性。处在不同环节的准备行为导致目的行为发生的可能性存在差异。已经通过环评进入开工建设阶段的行为推进到生产开发或排污的可能性非常高,相关案例如“绿孔雀案”^{⑧3} 和“恩施自治州建始磷厂坪矿业有限责任公司与重庆市绿色志愿者联合会环境污染公益诉讼纠纷上诉案”^{⑧4}。我国司法实践中也有仅仅处在项目科研阶段、尚未实施环评即被起诉的案例,如“中国生物多样性保护与绿色发展基金会与雅砻江流域水电开发有限公司环境民事公益诉讼案”^{⑧5}。理论上,此类行为进展到生产开发或排污环节的可能性相对更低,待准备行为发展到经过环评审批之后再起诉更为妥当。

（二）损害社会公共利益的判断

由于行为尚未实施,对是否损害社会公共利益的判断只能基于对行为方案的评估,这涉及法院对行政机关颁发的准备阶段的许可如环评审批的审查。

在“绿孔雀案”中,生态环境部门作出批复,原则同意《环境影响报告书》中所列建设项目的性质、规模、地点和提出的各项环境保护措施,据此,该案行为人的开工建设建立在环评审批基础之上。不过,法院判决,“立即停止基于现有环境影响评价下的戛洒江一级水电站建设项目”,待建设单位“按生态环境部要求完成环境影响后评价及备案工作后,再由相关行政主管部门视具体情况依法作出决定”。法院判决的主要理由如下:(1)水电站的淹没区是绿孔雀的栖息地,一旦该栖息地被淹没,对该区域绿孔雀生存“所产生的损害将是直观估计预测且不可逆转的”;(2)“现有建设方案没有采取任何针对性的保护措施也显现了消除重大风险的迫切性”;(3)“众多数量的极危物种陈氏苏铁此前未进行过环境影响评价”。这三条理由均指向环境影响评价的结论。该案中,法院指出了《环境影响评价报告书》的质量问题,并在一定程度上否定了《环境影响评价报告书》和环评批复确定的建设方案。^{⑧6}

对建设项目环评的要求体现在环境影响报告书的内容和编制要求等方面。根据《建设项目环境保护管理条例》第8条的规定,建设项目环境影响报告书应当包括下列七项

⑧1 参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,张新宝审校,法律出版社2004年版,第159页。

⑧2 See Meinhard Lukas, *Tort and Regulatory Law in Austria*, in Willem H. van Boom, Meinhard Lucas & Christa Kissling eds., *Tort and Regulatory Law*, Springer-Verlag/Wien, 2007, p.30.

⑧3 参见前注③7,云南省高级人民法院(2020)云民终824号民事判决书。

⑧4 参见前注②4,重庆市第二中级人民法院(2016)渝02民终772号民事判决书。

⑧5 参见四川省甘孜藏族自治州中级人民法院(2015)甘民初45号民事判决书。

⑧6 参见前注③7,云南省高级人民法院(2020)云民终824号民事判决书。

内容: (1) 建设项目概况; (2) 建设项目周围环境现状; (3) 建设项目对环境可能造成影响的分析和预测; (4) 环境保护措施及其经济、技术论证; (5) 环境影响经济损益分析; (6) 对建设项目实施环境监测的建议; (7) 环境影响评价结论。尽管环境保护是环评制度的关注焦点, 但我国现行相关环境立法不仅没有排斥反而容纳了对多元价值和利益的权衡。无论是环评审批的整体制度定位还是程序设计都已经超越单一的环保考量, 而一并考虑了企业逐利动机、环评机构的可靠性、受影响的居民权益等相关因素; 而且审批内容和审批标准均体现了综合考量环保与环保措施的经济代价等其他相关因素的要求, 如环评报告书包括“建设项目对环境可能造成影响的分析和预测”“环境保护措施及其经济、技术论证”和“环境影响经济损益分析”等内容。^{⑧7}在建设项目审批流程中, 经济部门或产业发展部门对于建设项目带来的经济利益也进行评估和审批。一系列建设项目环境影响评价技术导则如《建设项目环境影响评价技术导则总纲 (HJ2.1-2016)》规定了编制建设项目环境影响评价文件的原则、规定、工作程序、工作内容及相关要求。

环境立法为环境影响评价文件的质量提供制度保障。《生态环境部建设项目环境影响报告书 (表) 审批程序规定》体现了生态环境部将环境影响报告书 (表) 编制内容、编制质量是否符合有关要求作为审查对象。根据《环境影响评价法》第32条的规定, 建设项目环境影响报告书、环境影响报告表的严重质量问题表现为: 基础资料存在明显不实, 内容存在重大缺陷、遗漏或者虚假, 环境影响评价结论不正确或者不合理等。该条也规定了对建设单位和评价单位的处罚。在“绿孔雀案”中, 环评报告书遗漏对陈氏苏铁的环评、现有建设方案缺乏针对性的保护措施, 均属于《环境影响评价法》第32条规定的严重质量问题。

法院对尚未实施的行为作出的停止侵害判决事实上指向目的行为 (如蓄水发电) 的准备行为, 判决应建立在对于环境影响评价文件和环评审批的审查之上, 而上述审查应遵循或参照现有的环境立法和技术导则。

(三) 停止侵害判决和行政许可的关系

在“绿孔雀案”中, 法院判决, “立即停止基于现有环境影响评价下的戛洒江一级水电站建设项目”, 待建设单位“按生态环境部要求完成环境影响后评价及备案工作后, 再由相关行政主管部门视具体情况依法作出决定”。^{⑧8}在“恩施自治州建始磷厂坪矿业有限责任公司与重庆市绿色志愿者联合会环境污染公益诉讼纠纷上诉案”中, 法院判决“立即停止对巫山县千丈岩水库饮用水源的侵害, 重新进行环境影响评价”^{⑧9}。上述判决结果实质上运用民事判决的方式将争议的决定权还给了行政机关。如果由法院自身解决争议, 则需要同时适当兼顾行政机关的思维。

在被告并未发生违法行为 (如违反环评审批) 的情形下, 停止侵害判决的实质是司法机关叫停行政机关颁发的准备行为的许可。原告提起民事诉讼挑战行政上已经被决

^{⑧7} 参见金自宁:《我国环评否决制之法理思考》,载《中国地质大学学报 (社会科学版)》2019年第2期,第14-15页。

^{⑧8} 参见前注^{③7},云南省高级人民法院 (2020)云民终824号民事判决书。

^{⑧9} 前注^{②4},重庆市第二中级人民法院 (2016)渝02民终772号民事判决书。

定的问题,系要求对行政决定进行“间接审查”。^{⑨①}但是行政机关却并非诉讼当事人,没有机会为自己的行为辩解。法院应尽可能还原行政机关作出行政行为的事实、依据,克服行政机关没有机会辩解的弊端。

经过比较法院作出裁判和行政机关作出决定的考量因素发现,环境影响评价报告书的七项内容与上文中行为已经实施情形下损害社会公共利益的三方面判断因素高度契合。建设项目概况属于行为样态;建设项目对环境可能造成影响的分析和预测、环境影响经济损益分析属于行为侵害的利益;环境保护措施及其经济、技术论证属于改善行为的可行性。行为的改善或调适,直接影响到项目是否会获得批准。

因此,法院对处在准备阶段的行为将来实施后是否会造成社会公共利益损害的判断,应该依托准备阶段获得的行政许可如环评审批,在对行政许可进行司法审查的基础上找到替代行政许可的行为方案,这个行为方案构成停止侵害判决的内容。

六、结 论

传统诉讼结构严格限定在双方当事人之间,而公法诉讼结构是发散的、不确定的,并不限于当事人之间。^{⑨②}环境民事公益诉讼要求法院应当适度能动,视野不能局限于原被告双方之间的争议,而应该观照更广泛的利益。

对于停止侵害请求权的审理,法院应广泛收集与当事人行为和行为后果有关的信息,而不宜限于双方当事人提供的证据。法官不能仅仅基于双方辩论的核心作出判断,而有必要考虑相关的间接事实。^{⑨③}对此,美国法律实践发展出的裁决性事实和立法性事实区分的理论可资借鉴。裁决性事实指特定案件中发生的与当事人有关的事实。立法性事实指带有普遍性而非局限于特定个人或少数人的事实,是帮助决定法律、政策和裁量问题的普遍性事实,^{⑨④}是与法律推理和法律制定过程有关的事实^{⑨⑤}。这种区分理论将法院作出判断所需要的事实分为描述当事人行为的特殊性事实和构成当事人行为背景的一般性事实。前者包括行为实施的地点、内容、方式、时间以及有无许可等,后者包括行为影响的范围、受影响的各项环境要素状况、周边的人口分布、人群活动规律、当地社会经济状况等。只有完整收集上述信息,法院才能科学评估当事人的行为对社会公共利益的影响。

环境民事公益诉讼执行的内容和行政执法大致相同。私益诉讼以救济原告为中心,严格围绕诉讼请求展开,但民事公益诉讼责任内容及力度主要参照法律规定而非原告请

^{⑨①} 参见[英]卡洛尔·哈洛、理查德·罗林斯:《法律与行政》(下卷),杨伟东译,商务印书馆2004年版,第1136页。

^{⑨②} See Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol.89:1281, p.1302 (1976).

^{⑨③} 参见前注^{⑨②},王慧文,第99页。

^{⑨④} 参见于立深:《行政立法性事实研究》,载《法商研究》2008年第6期,第28-29页。

^{⑨⑤} 参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第38页。

求。^⑨环境行政法律规定为司法裁判提供了更多法律规则的参照和衔接。^⑩法院作出判决时不应受限于原告的诉讼请求。为防止司法恣意,法院需要受到作为实体规范的行政法律规范的制约,即以“法定性”制约“能动性”。面对环境民事公益诉讼中行为已经实施的情形,因为当事人行为违法,法院可以将自身置于行政机关的立场、依照行政法律规范预先拟制一个行政命令,然后结合司法的特点作出相应调适。面对行为尚未实施的情形,在被告已获得许可开展准备行为时,法院应当对该许可的作出依照行政法律规范进行审查,对于不合法之处进行实质调整,也即变更行政许可,获得行为方案。

Abstract: The preventive function of environmental civil public interest litigation is achieved through the cessation of infringement judgments. The judgment of cessation of infringement is future-oriented. The elements of liability for cessation of infringement include the possibility of the act occurring and the act damaging the public interest. Since environmental civil public interest litigation is a public law litigation that enforces legal obligations, the judgment of cessation of infringement should be based on the corresponding administrative legal norms and take into account the characteristics of justice. The court shall take due account of the thinking of the administrative organ, and collect extensive information related to the act and its consequences, so that the judgment shall not be bound by the plaintiff's claims. In the case where the act has been carried out, the court may draft an administrative decision from the perspective of the administrative organ and then adapt it to the judicial characteristics to arrive at the content of the judgment. In the case where the act has not been carried out, the court should review the permit in accordance with the administrative law and deliver a judgment of cessation of infringement about the future course of action.

(责任编辑:刘海林)

^⑨ 参见前注⑪,巩固文,第131页。

^⑩ 参见刘长兴:《生态环境修复责任的体系化构造》,载《中国法学》2022年第6期,第108页。