

# 论预防性检察环境公益诉讼的性质定位

吴凯杰

**摘要:**新冠肺炎疫情暴露了法律在预防环境健康风险上的不足,需要检察环境公益诉讼制度发挥预防功能。目前社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼具有侵权诉讼的性质,在预防环境损害上面临难以克服的局限性。预防性检察环境公益诉讼不应采用侵权诉讼的构造,而应具有执法诉讼的性质,通过监督和协助行政机关实施预防性环境法律制度来实现预防功能。预防性检察公益诉讼易干扰环境风险行政的正常运行,检察机关应采取主动依法监督、尊重行政判断的监督立场,在监督重点上淡化监管热点、专注监管漏洞,在监督模式上以督促执法为主、代位执法为辅。为强化预防功能且坚守监督定位,检察环境公益诉讼制度应当适当扩展受案范围、多方拓宽案件来源、发挥诉前程序的独立价值、重视起诉条件的约束功能,并通过在短期内修改司法解释、长期内制定专门立法来加以实现。

**关键词:**预防性环境公益诉讼;检察公益诉讼;环境风险行政;执法诉讼

**中图分类号:** D925.304 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2021)01-0030-15

**DOI:**10.16493/j.cnki.42-1627/c.2021.01.004

## 一、问题的提出

2020年初,一场突如其来的新冠肺炎疫情席卷全国,给全国人民造成了重大的生命、财产损失。科学研究已经初步证明,蝙蝠、穿山甲等野生动物有很大概率是本次新冠肺炎病毒的来源或中间宿主,因此疫情暴露了现行法律在预防野生动物导致的环境健康风险上存在严重的不足。这种不足不仅存在于立法层面上,更在于法律实施层面。为此,最高人民检察院在疫情发生后迅速下发《关于认真贯彻落实中央疫情防控部署坚决做好检察机关疫情防控工作的通知》,要求“结合公益诉讼检察职能,积极开展源头防控”,“注意野生动物保护中的监管漏洞,积极稳妥地拓展野生动物保护领域的公益诉讼”。面对疫情带来的灾难性后果,如何发挥检察公益诉讼预防环境风险的功能值得深思。

此次疫情只是现代环境风险的一个缩影。环境风险具有不确定性,但一旦发生就可能造成不可逆转的灾难性后果,严重损害生态环境和人类健康。为了妥善地应对环境风险,各国环境法与国际环境法均以预防环境风险为核心价值追求,而非事后救济环境损害<sup>[1]</sup>。我国现行《环境保护法》第5条已规定“预防为主”原则,要求在环境治理中优先采用防患于未然的方式;第39条进一步规定“国家建立、健全环境与健康监测、调查和风险评估制度”,明确对环境健康风险的预防。《土壤污染防治法》第3条进一步规定了“风险管控”原则,明确法律对公众健康风险和生态风险的管

基金项目:博士后科学基金面上资助项目“‘调适性’环境监管决策法理研究”(2019M660343)

作者简介:吴凯杰,法学博士,北京大学法学院博士后研究人员, wukaijie@pku.edu.cn (北京 100871)

控，并建立了风险管控标准制度。环境公益诉讼制度作为环境法的一项重要制度，理应遵循预防原则的要求，允许在生态环境损害结果尚未发生之前，就对具有环境风险的行为提起诉讼，可称之为“预防性环境公益诉讼”。

然而，现行检察环境公益诉讼的制度和实践具有事后救济特征。在环境民事公益诉讼制度方面，依据《民事诉讼法》第55条、《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（下称“检察公益诉讼解释”）第14条，检察民事公益诉讼的受案范围仅包括“损害社会公共利益的行为”，且要求在起诉时提供“行为已经损害社会公共利益的初步证明材料”，未明确纳入“损害社会公共利益重大风险”的情形。环境行政公益诉讼制度同样如此。依据《行政诉讼法》第25条、《检察公益诉讼司法解释》第22条，检察行政公益诉讼的受案范围仅包括“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害”的行政行为，且要求在起诉时提供“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的证明材料”。与制度的事后救济性相一致，在大部分检察环境公益诉讼案件中，环境公共利益的损害已经实际发生，甚至环境危害行为已经完结<sup>[2]</sup>。以最高人民检察院2020年2月发布的《检察机关野生动物保护公益诉讼典型案例》为例，在三起行政公益诉讼案件和三起民事公益诉讼案件中，检察机关介入时受法律保护的野生动物或受伤、或死亡、或已离开它们赖以生存的自然家园，环境风险已成现实。

检察公益诉讼是检察机关的法律监督职能为满足时代需要而生成的制度创新。2019年10月31日通过的十九届四中全会《决定》明确要求，“扩展公益诉讼案件范围”，“完善生态环境公益诉讼制度”。2020年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于构建现代环境治理体系的指导意见》进一步提出，要“加强检察机关提起生态环境公益诉讼工作”。建立预防性检察环境公益诉讼制度，既是公益诉讼案件范围拓展的重要方向，也是加强检察机关法律监督职能的应有之义。现有研究已开始反思当下环境公益诉讼制度的事后救济性<sup>[3]</sup>，关注环境民事公益诉讼中“重大风险”标准的司法认定问题<sup>[4]</sup>，提出应当建立预防性行政公益诉讼制度<sup>[2]</sup>，都具有重要意义。但现有研究对预防性检察环境公益诉讼的性质和定位等根本问题的探讨尚显不足，未能在解决根本问题的基础上进行系统分析。本文将首先分析环境公益诉讼的不同性质及其预防功能，提出执法诉讼的性质更契合预防功能，进而深入分析预防性环境公益诉讼中检察机关对环境风险行政的监督定位，最后尝试结合现行立法和司法解释提出检察机关提起预防性环境公益诉讼的制度保障方案。

## 二、预防性检察环境公益诉讼的执法诉讼性质

环境公益诉讼的功能与其性质紧密相关。若要发挥检察环境公益诉讼的预防功能，须先辨明其性质<sup>①</sup>。环境公益诉讼制度呈现两种不同的性质：第一，运用侵权责任机制救济受损环境公共利益的公益诉讼，可称之为“侵权诉讼”；第二，通过监督和协助行政监管执法来维护客观环境法律秩序的公益诉讼，可称之为“执法诉讼”。目前社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼案件属于侵权诉讼，在预防生态环境损害上具有难以克服的局限性。检察机关提起的预防性环境公益诉讼应具执法诉讼性质，充分发挥环境公益诉讼的预防功能。

### （一）环境公益诉讼的不同性质及其预防功能

在理论上，环境公益诉讼可能具有侵权诉讼与执法诉讼两种性质，区别主要体现在功能定位、受案范围、被告主体、责任承担方式等方面。首先，在功能定位上，侵权诉讼以环境公共利益的恢

<sup>①</sup> 环境公益诉讼既不是民事诉讼也不是行政诉讼，而是一种特别诉讼。参见吕忠梅：《环境公益诉讼辨析》，载《法商研究》2008年第6期，第133页。

复和追偿为己任，而执法诉讼则承担维护客观环境法律秩序的任务。其次，在受案范围上，侵权诉讼针对环境利用行为造成生态环境损害的情形，不以违反法律规定为必要条件，而执法诉讼的原告只能针对违反环境法律规定的行为提起诉讼。再次，在被告主体上，侵权诉讼只起诉环境污染者或生态破坏者，而执法诉讼以起诉行政机关为主，也可直接起诉环境污染者或生态破坏者。最后，在责任承担方式上，侵权诉讼以损害填补责任为主，执法诉讼则以行为纠错责任为主。

我国现行的环境民事公益诉讼仅具侵权诉讼性质，而无执法诉讼性质<sup>①</sup>。仅具侵权诉讼性质的环境民事公益诉讼是我国的独特创造。在国外的环境公益诉讼实践中，有的国家没有环境民事公益诉讼而只有环境行政公益诉讼，如德国<sup>[5]</sup>；有的国家只有执法诉讼性质的环境民事公益诉讼，如美国<sup>②</sup>。环境民事公益诉讼的侵权救济性质之所以在我国生成，是因为生态环境损害的现象比比皆是，而行政机关主导的生态环境损害救济机制又尚未建立，亟需由环境公益诉讼承担救济生态环境损害的任务<sup>[6]</sup>。为实现救济功能，环境公益诉讼制度借用了侵权责任法的主要制度，在此基础上依据环境公益救济的特殊性作了一定的改革和创新。虽然我国环境民事公益诉讼制度的主要功能是救济生态环境损害，但也在预防生态环境损害上进行了拓展。《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》（以下简称《环境民事公益诉讼解释》）允许法定的机关和有关组织对“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为提起诉讼”，并且规定了消除危险、停止侵害、排除妨害等预防性责任承担方式。

与环境民事公益诉讼不同，我国的环境行政公益诉讼具有执法诉讼的性质，但尚未被明确赋予预防的功能<sup>③</sup>。依据《行政诉讼法》第25条、《检察公益诉讼司法解释》第22条，检察机关启动行政公益诉讼程序的条件不仅包括“负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为”，还包括“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害”，且要求在起诉时提供“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的证明材料”。在环境行政公益诉讼实践中，检察机关将“负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为”与“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害”两者理解为相互并列的独立构成要件，并且在两者不一致时以后者为主<sup>[7]</sup>。由于“致使国家利益或者社会公共利益受到侵害”的表述没有明确是否包含“重大风险”情形，检察机关是否能够在生态环境损害结果发生之前起诉尚存疑问。作为最高人民检察院下发给地方公益诉讼检察部门的办案工作规定，《检察机关行政公益诉讼案件办案指南（试行）》要求“办理生态环境领域行政公益诉讼案件，应当先查明生态环境遭受破坏的情形”，“国家利益或社会公共利益受到侵害的事实，即环境遭受污染的过程、事实和程度”，也未能提供对“重大风险”情形起诉的依据。

综上，现行环境民事公益诉讼仅具有侵权诉讼性质，但可对环境损害尚未发生的情形提起预防性诉讼；现行环境行政公益诉讼具有执法诉讼性质，但是否具有预防性尚未获得制度确认。值得反思的是，侵权诉讼是否契合预防生态环境损害的功能追求？检察环境公益诉讼应具何种性质方可有效发挥预防功能？下文将结合当前的环境公益诉讼实践予以分析。

<sup>①</sup> 我国现行环境民事公益诉讼具有侵权诉讼的性质，应当向公法诉讼的定位转变。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。

<sup>②</sup> 美国对违法企业直接提起的公民诉讼被明确定位为一种执法诉讼，受案范围是违反特定环境法律规定的行为，责任承担方式被限定为针对行为纠错的“禁令”和行政罚款性质的“民事罚款”，具有与行政执法类似的效果，并通过诉前通知、勤勉执法等程序避免与行政执法重复。参见巩固：《美国环境公民诉讼之起诉限制及其启示》，载《法商研究》2017年第5期。

<sup>③</sup> 行政公益诉讼并非主观诉讼，而是客观诉讼。参见刘艺：《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》，载《法学研究》2018年第3期。

## （二）侵权诉讼预防功能的局限性

现行《环境民事公益诉讼解释》考虑到预防生态环境损害的需要，在受案范围、责任承担方式等方面对传统侵权责任制度作了创新。目前部分社会组织已据此向法院提起预防性环境公益诉讼，有至少四起案件已获得法院立案<sup>①</sup>。以绿孔雀案为例。原告自然之友认为云南省红河（元江）干流戛洒江一级水电站（以下简称“戛洒江水电站”）的建设运行属于“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为”，将使绿孔雀、陈氏苏铁等珍稀濒危野生动植物种群及其生存区域遭到极大破坏<sup>[8]</sup>。为预防生态环境损害结果的发生，自然之友要求法院判令被告承担“消除危险”责任，立即停止该水电站建设，不得截流蓄水，不得对该水电站淹没区域植被进行砍伐等。

从目前社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼案件来看，受限于侵权责任机制，侵权诉讼的预防功能在受案范围、裁判依据、诉讼效果等方面存在以下局限：

第一，在受案范围方面，“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态行为”标准纳入的环境风险有限。《环境民事公益诉讼解释》第19条沿用侵权法的责任承担方式，只规定了“消除危险”的责任承担方式，考虑到责任承担方式必须法定，对“重大风险”的理解适用应当以“重大危险”为限，需有明显的预知可能性<sup>[9]</sup>。据此，侵权诉讼的受案范围只包括依据诉讼中能够掌握的证据材料和现有的科学技术水平，能够确信将会发生具体环境损害的重大危险。这将导致大量潜藏巨大不确定性风险和灾难性后果的案件被排除在受案范围之外。如在自然之友诉国网甘肃省电力公司环境民事公益诉讼案（以下简称“甘肃弃风弃光案”）中，兰州中院以被告主体不合格为由驳回起诉<sup>②</sup>，根本原因是可再生能源发电与气候变化等环境问题之间因果关系的复杂性与不确定性<sup>[10]</sup>。虽然甘肃高院终审裁定撤销兰州中院的驳回起诉民事裁定，并指令甘肃矿区人民法院审理，但其他法院在面对类似不确定性风险时依然可能秉持兰州中院的立场<sup>③</sup>。又如对于哪种野生动物是引发新冠肺炎疫情的源头等问题，在疫情发生数月后依然未能在科学上得到确定的答案，可推知在疫情尚未发生时更是困难重重，但不能因此就将具有风险的相关行为排除在受案范围之外。

第二，在裁判依据方面，对于环境风险是否存在以及如何救济的实质判断因脱离“法定”依据，而难以达成共识。“具有损害社会公共利益的重大风险”是一个科学判断与利益权衡紧密交织的公共政策问题。不仅需要考察水电开发等环境利用行为对生态环境的负面影响，更需考虑这种负面影响与环境利用行为的经济、社会等正面效益之间的风险权衡。在侵权诉讼中，原告和被告在不考虑相关环境规定的情况下孤立判断，容易陷入各执一词、莫衷一是的争论<sup>[11]</sup>。如在绿孔雀案中，原告和被告就被诉的大坝建设、清库砍伐、蓄水淹没等行为是否对淹没区的珍稀濒危动植物及其生存环境构成重大风险等问题展开争论，涉及高度专业性和利益衡量<sup>[12]</sup>。在没有“法定”依据的情况下，法院作为中立审判机关，缺乏相关专业知识和价值判断标准，难以作出令双方信服的裁判。因此，侵权诉讼的审理进程较为缓慢<sup>④</sup>，沉重的举证责任与漫长的诉讼过程也使得公益原告需要负担极高的诉讼成本，难以对广泛存在的环境风险迅速作出反应。

<sup>①</sup> 这四起已立案的预防性环境公益诉讼包括：第一，绿发会诉雅砻江流域水电开发有限公司案；第二，绿发会诉国家电投集团黄河上游水电开发有限责任公司案；第三，自然之友诉中国水电顾问集团新平开发有限公司、中国电建集团昆明勘测设计研究院有限公司案；第四，自然之友诉云南华润电力（西双版纳）有限公司、中国电建集团昆明勘测设计研究院有限公司案。此外，针对贵阳市观山湖区“未批先建”的“三边工程”，贵阳公众环境教育中心正在考虑提起预防性环境公益诉讼。

<sup>②</sup> 参见兰州市中级人民法院民事裁定书（〔2017〕甘01民初434号）。

<sup>③</sup> 参见甘肃省高级人民法院民事裁定书（〔2018〕甘民终679号）。

<sup>④</sup> 五小叶槭案2015年立案，2019年10月30日才开庭审理，历时近四年时间；绿孔雀案虽然早在2018年8月开庭审理，但直到2020年4月才判决。

第三，在诉讼效果方面，侵权诉讼缺乏与行政监管执法的衔接机制，无法发挥行政机关的专业优势甚至互相干扰。行政机关的专业性和灵活性有助于高效应对环境风险，但侵权诉讼中行政机关只能应法院要求支持起诉或提供参考建议，而无主动履行监管职能之权。由此导致法院需要为了维护公益而勉为其难地进行各种专业判断，而原本负有维护公益职责且具备专业知识的行政机关却置身事外。如在绿孔雀案中，自然之友等五家社会组织曾在获得法院立案后，致函原环境保护部，建议按照《行政许可法》第69条撤销戛洒水电站的环境影响评价批复，同时敦请原环保部自行或指导、监督云南省将绿孔雀栖息地完整地划入生态保护红线，但因缺乏法定请求权利而未获重视<sup>[13]</sup>。法院最终的判决要求被告停止“基于现有环境影响评价下”的水电站建设，但实施环评制度应当是环境行政主管部门的职责，由此可见法院实质上是在越位代行行政机关的职责<sup>①</sup>。

### （三）执法诉讼预防功能的契合性

相较于侵权诉讼，检察机关提起执法诉讼更加契合预防生态环境损害的需要<sup>[14]</sup>。执法诉讼允许原告依据预防性环境法律制度，对环境利用行为人的违法行为或行政机关不依法履职的行为提起诉讼。美国、欧洲等公益诉讼制度发达的国家都是在建立完善预防性环境法律制度的基础上，赋予特定主体提起执法诉讼的权利，以监督和协助行政机关的风险监管执法。如美国的22部联邦环境法律规定了公民诉讼条款，授权原告依据相应的法律规定对具有环境损害风险的行为提起诉讼<sup>[15]</sup>。例如，在田纳西流域管理局诉希尔一案中，美国联邦法院认为修建一个耗资数百万美元的大坝危及一种濒临灭绝的鱼，违反了《濒危物种法》的有关规定，据此要求停止修建行为<sup>②</sup>。在欧洲，《奥胡斯公约》第9条第三款授权公众对违反与环境有关的国家法律的决定、行为或不作为提起诉讼。

相较于侵权诉讼，执法诉讼在发挥预防功能上具有优势，同样体现在受案范围、裁判依据、诉讼效果等方面：

首先，在受案范围方面，执法诉讼可以更早、更广地防范环境风险。经过四十年的发展，我国已经建立起以30余部法律、60余部行政法规、600余部行政规章以及一千二百余部国家环境标准为主的环境法体系<sup>[16]</sup>，为预防环境损害编织了严密的制度之网。检察机关可依据环境规划、环境影响评价、环境标准、环境许可等基本预防性法律制度监督各类存在环境风险的行为，如要求在规划编制时与建设项目开工前进行环境影响评价、在企业排放污染物前获取排污许可证、安装特定排污设备以防超标排污等。检察机关也可以依据其他具有预防功能的法律规范提起执法诉讼，如对前述法院不予受理的甘肃弃风弃光案，可主张电网公司违反《可再生能源法》规定的全额收购义务，要求其“全额收购其电网覆盖范围内可再生能源并网发电项目的上网电量”。事实上，原告自然之友已在民事起诉状中提出被告违反《可再生能源法》等环境法律规定的事实，但因侵权诉讼的性质所限，不能直接据此要求被告纠正违法行为<sup>③</sup>。若能全面地实施现有的预防性环境法律制度，预防环境风险的目标将在很大程度上得到实现。

其次，在裁判依据方面，执法诉讼主要对环境利用行为和行政机关行政行为的合法性进行审查，因此检察机关可以避免直接对公共政策问题作出判断，发挥其在法律解释和法律适用方面的优势和专长，减轻检察机关知识整合与升级的负担<sup>[17]</sup>。以环境影响评价制度为例，我国已颁布《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》等法律和行政法规，还有《环境影响评价公众参与办法》《建设项目环境影响评价分类管理名录》等数量众多且持续更新的规章等规范性文件，建立了细密的实体性和程序性规则体系。从目前预防性环境公益诉讼的实践来

① 参见昆明市中级人民法院民事判决书（[2017]云01民初2299号）。

② 参见TVA v. Hill, 437 U. S. 153 (1978)。

③ 参见甘肃矿区人民法院公益诉讼公告（[2019]甘95民初7号）。

看，若原告能依据环境影响评价制度等预防性制度提起执法诉讼将有助于降低诉讼难度，如在绿孔雀案中，原告自然之友指出戛洒江水电站项目的《环境影响评价报告书》内容不全面且与事实不符，不仅未提及将被淹没的绿孔雀等濒危动物栖息地，且对数量众多的苏铁视而不见、对热带雨林只字未提<sup>[12]</sup>，因此认为“该水电站建设项目的环境影响评价从程序上到实体上均存在重大问题”<sup>[18]</sup>。若原告能据此提起执法诉讼，依据环境影响评价制度的有关程序性与实体性规定来审查环评编制、审批过程的合法性，有助于降低原告证明存在“重大风险”的难度，更加迅速有效地防范环境风险。

最后，在诉讼效果方面，执法诉讼能够充分激发行政机关的专业优势，完善环境风险监管的长效机制。面对执法诉讼，行政机关不能再置身事外，而需要按照预防性环境法律制度赋予的监管职责，积极主动地监管具有环境风险的行为，否则将面临败诉担责的后果。如在绿孔雀案中，法院虽然认可水电站的《环境影响评价报告书》失实且考虑不周、水电站淹没区部分属于《云南省生态保护红线》范围内等违法事实，但由于侵权诉讼的性质所限，未能审查行政机关的环境审批行为是否合法，只是要求被告“按生态环境部要求完成环境影响后评价，采取改进措施并报生态环境部备案后，由相关行政主管部门视具体情况依法作出决定”<sup>①</sup>。相比之下，执法诉讼可监督行政机关依据生态保护红线制度保护绿孔雀栖息地，促使行政机关依据环境影响评价制度审批水电站的环评并监督实施，充分发挥行政机关的主观能动性。不仅如此，执法诉讼将促使行政机关建立环境风险监管的长效机制，而侵权诉讼即使能够达到消除生态环境损害风险的目标，也只是个案救济而无助于制度建设<sup>[11]</sup>。以绿孔雀案和五小叶槭案为例，两个案件的被诉行为类似，都是威胁濒危动植物及其生存环境的水电项目开发行为。若通过侵权诉讼分别予以制止，将无助于预防其他类似的环境风险行为；但若通过执法诉讼促使行政机关完善对环境影响评价制度的监管执法机制，将使其实效超越单个诉讼本身，而能够预防更多的潜在风险行为，无需重复起诉。

### 三、预防性检察公益诉讼对环境风险行政的监督定位

检察机关应当提起具有执法诉讼性质的环境公益诉讼，通过实施预防性环境法律制度来发挥预防功能。由于行政机关是预防性环境法律制度的主要实施者，检察公益诉讼的本质是对环境风险行政的监督<sup>②</sup>。由于环境风险的不确定性、复杂性、广泛性、多因性等特征，各国环境立法赋予行政机关广泛的自由裁量权，允许行政机关依据其专业性、灵活性和高效率来作出监管决策<sup>③</sup>。检察公益诉讼作为检察机关法律监督职能的体现，需要在依法主动防范环境风险的同时，为行政机关的专业、灵活决策提供运行空间。为此，需要明确检察公益诉讼对环境风险行政的监督定位，主要包括监督立场、监督重点和监督模式。

#### （一）监督立场：主动依法监督，尊重行政判断

检察公益诉讼制度的生成源于传统行政诉讼监督功能的被动性与有限性，需要通过引入检察权来加强对行政权的主动监督。在传统行政诉讼中，司法权对行政权的监督是公民权利救济的副产

<sup>①</sup> 参见昆明市中级人民法院民事判决书（[2017]云01民初2299号）。

<sup>②</sup> 公益诉讼检察职能与法律监督的宪法定位具有一致性。参见刘艺：《检察公益诉讼的司法实践与理论探索》，载《国家检察官学院学报》2017年第2期，第10页。

<sup>③</sup> 美国学者已对环境法领域的广泛授权现象进行了深入研究。参见David M. Driesen et al. *Environmental Law: A Conceptual and Pragmatic Approach* (Third Edition), Aspen Publishers, 2016, p. 64; Jerry Mashaw. *Prodelegation: Why administrators should make political decisions*, 1 *Journal of Law, Economics and Organization*, 81 (1985)。

品，如果利害关系人没有起诉至法院，即使行政机关没有依法履职，法院也不能主动启动诉讼程序。随着公共行政的定位逐渐从早期的警察行政转向福利行政与风险行政，行政机关维护公共利益的任务逐渐加重，因行政机关不依法履职而使公益受损的问题日益突出，亟需拓展法院对行政机关的司法监督功能。在此背景下，检察公益诉讼制度的引入解决了因审判权不能自行启动而使司法监督不力的问题，将司法权对行政权的间接监督扩展至直接监督，通过发挥检察权的积极主动性强化了司法权对行政权的监督力度，有助于改变行政权过于强势、司法权相对弱化的格局<sup>[19]</sup>。

检察公益诉讼制度虽然强化了对行政权的主动监督，但没有改变行政权在维护客观法律秩序上的主导者地位。按照检察监督权与行政权的一般关系，检察机关应当从客观环境法律秩序出发，发挥自身在法律解释和法律适用上的特长，识别行政机关在预防环境风险上的法定职责，督促行政机关依法履行职责。在此过程中，检察机关应秉持谦抑的监督立场，尊重行政权的专业性和灵活性，避免代替行政机关作出监管决策。检察公益诉讼以发挥行政权的积极主动性为根本目标，具有法定性、程序性、兜底性等属性。第一，在法定性方面，检察公益诉讼对行政权的监督范围、监督方式等具体内容由法律规定，检察机关不能超越法律规定的权限行使监督权。第二，在程序性方面，检察公益诉讼并不就违法与否作出实体裁判，而是启动一个监督程序，由行政机关自我纠错或由法院作出裁判。第三，在兜底性方面，若能用其他方式监督行政机关依法履职，则无须提起诉讼，在提起诉讼之前，应当穷尽其他法律监督手段<sup>[19]</sup>。

检察机关对环境风险行政的谦抑监督立场不仅取决于检察监督权与行政权的一般关系，还取决于环境风险行政本身的性质。由于环境风险具有不确定性、复杂性、多因性、动态性等特征，立法机关难以事先对风险预防予以详细规定，而行政权因为自身的灵活性、专业性等特征，在预防环境风险上具有相对优势<sup>[20]</sup>。为此，立法机关往往宽泛地授予行政机关环境监管权力，仅以“公众健康”“科学合理”等不确定法律概念给予框架性指导<sup>[21]</sup>。例如，《大气污染防治法》第八条授权生态环境部制定大气环境质量标准，“以保障公众健康和保护生态环境为宗旨，与经济社会发展相适应，做到科学合理”。同样地，美国《清洁空气法》也授权美国联邦环境保护署（EPA）制定“保护公众健康所必须”，并留有“充分的安全余地”的国家环境空气质量标准（NAAQS）<sup>①</sup>。因此，在环境风险监管的语境中<sup>②</sup>，行政权不仅仅是“执行”法律，更具有“决策”的功能<sup>[22]</sup>。在美国货运汽车协会案中，美国联邦最高法院审查了EPA依据《清洁空气法》的上述授权制定NAAQS的行为，该案判决集中反映了美国法院对当代风险监管的审查立场：一方面，美国联邦最高法院未因立法授权过于宽泛而判定《清洁空气法》的授权条款违宪；另一方面，美国法院也未通过对宽泛授权的限缩解释来判定行政裁量违法，可见法院认为行政机关才具有完成风险监管任务所需的专业知识，法院应当将这类政策判断交由行政机关裁量<sup>[23]</sup>。

为发挥检察公益诉讼对环境风险行政的主动监督实效，同时尊重行政权的风险判断，检察机关需要同时处理两方面的关系：一方面是在与行政机关的外部关系上固守自身的监督立场，以环境法律作为监督依据，避免干扰行政权的正常运行；另一方面是在调配监督资源的内部关系上对有限资源进行有效分配，发挥检察机关的法律专长，从而最大化检察监督的实际效果。为妥善处理这两方面的关系，检察公益诉讼需要明确监督重点和监督模式。

## （二）监督重点：淡化监管热点，专注监管漏洞

检察公益诉讼对环境风险行政的监督重点应当视行政机关对监管资源的配置而定。行政机关在配置监管资源时，不仅受到法律规范的约束，还会考虑监管事项的难易程度、监管行为成功的可能

① 参见 Clean Air Act, 42 U. S. C. 7409 (b)。

② 参见 Whitman v. American Trucking Association, 531 U. S. 457 (2001)。

性、监管面临的预算与考核压力、监管的社会效果等方面的因素<sup>[24]</sup>。在这些因素影响下，行政机关对监管事项的资源投入并不必然与监管事项的风险大小保持一致，甚至会在一定程度上偏离预防性环境法律制度的要求<sup>[22]</sup>。在具体表现上，行政机关会在特定时期内就特定监管事项形成监管热点，同时也会由于执法资源有限等因素形成监管漏洞，需要检察机关在选择监督重点时区别应对。

检察公益诉讼应当淡化监管热点。监管热点指风险已充分暴露或已成现实，负有监管职责的行政机关高度重视并积极履行职责的监管执法事项。行政机关为了回应社会公众的普遍诉求，塑造负责任的政府形象，倾向于优先处理重要和紧迫的监管事项，从而形成监管热点。例如，在新冠肺炎疫情防控期间，野生动物的违法交易、食用等行为成为监管热点。2020年1月21日国家市场监督管理总局、农业农村部、国家林草局联合发布《关于加强野生动物市场监管积极做好疫情防控工作的紧急通知》，2月3日国家市场监督管理总局等十部委（局）又联合部署打击野生动物违规交易专项执法行动，各地的相关行政机关纷纷响应。对于监管热点，检察公益诉讼的介入或许能够增强监管力量，但容易偏离检察监督的应有立场。例如，不少地方检察机关投入有限的公益诉讼检察力量，与市场监管、公安等部门一同到农贸市场、超市等地开展巡查检查活动，向经营者、消费者宣传疫情防控知识<sup>①</sup>。在疫情防控期间，党内监督、行政监察乃至舆论监督等多种监督方式足以促使监管部门对监管热点尽职履责，检察机关的过度介入反而可能扰乱行政机关的监管执法安排。

淡化监管热点并不意味着检察机关无需回应社会高度关注、人民群众反映强烈的重大风险，但检察机关对重大风险的回应应当符合检察监督的应有立场。为此，检察公益诉讼应当全面梳理法律规定的环境风险监管事项，识别监管漏洞。检察机关应集中有限力量填补监管空白、监管失调等监管漏洞，以实现检察监督力量的优化配置。

首先，检察公益诉讼应当重点关注监管空白。环境风险的来源十分广泛，环境法律为防范环境风险规定了细密的监管执法事项。但行政机关的监管力量与执法资源有限，难以实现事无巨细的全面监管，导致实践中可能存在监管空白。一类监管空白是行政机关权衡监管资源投入与监管收益之后的理性选择，另一类监管空白则源于行政机关对监管热点的追逐，以及行政机关对易发现、易处理、高回报事项的偏向<sup>②</sup>。后一类监管空白的潜在风险可能超过已获关注的监管事项，需要监督行政机关予以填补<sup>③</sup>。依然以野生动物保护为例，除了猎捕、交易、运输、食用野生动物等在新冠疫情期间成为监管热点的行为之外，破坏野生动物栖息地的行为也会给野生动物的生存带来巨大风险。现行环境法律法规已对此作出规定，如在野生动物栖息地建设工程项目需要事先实施环境影响评价，不得在自然保护区、风景名胜区等保护区域内建设工程项目，以及在建设过程中要采取特定措施减少对野生动物的干扰等。这些违法行为的监管难度高且未获舆论关注，难以获得行政机关的足够重视，但它们对环境的损害风险并不亚于前述监管热点。在行政机关未能依法履行野生动物栖息地保护相关职责的情形下，检察机关应当运用公益诉讼职能进行重点监督，弥补监管空白。但从最高人民检察院在新冠肺炎疫情期间发布的《检察机关野生动物保护公益诉讼典型案例》来看，

<sup>①</sup> 许多地方检察机关在官方微信公众号等媒体平台上以图文并茂的方式重点报道。参见章晨丽：《抗击疫情，青田检察公益诉讼在行动！》，载浙江省青田县人民检察院微信公众号。

<sup>②</sup> 如有研究表明，美国环保署和州绝大多数的正式执法行动都针对违反月平均排放标准的污染源，因为这类违法行为满足“显著不合规”的标准而易于发现和处埋，而很少针对违反日最大排放标准或其他排放标准的污染源，尽管后者导致的持续污染实际上有严重的环境后果。参见GAO, Water Pollution, Many Violations have not Received Appropriate Enforcement Attention, GAO Report (N. GAO/RCED-96023) 10-11 (1996)。

<sup>③</sup> 有学者关注到这一现象的普遍存在，提出基于风险的监管（Risk-Based Regulation）理念，在监管过程中评估监管对象的违规概率与违规对于监管目标的影响，进而将监管资源集中于高风险的监管对象上。参见Julia Black & Robert Baldwin, Really Responsive Risk-Based Regulation, 32 Law & Policy 181, 182-184 (2010)。

围绕野生动物栖息地展开的工作还十分鲜见。

其次，检察公益诉讼还应重点关注监管失调。环境风险的成因复杂、多元，往往需要多个行政机关共同分担监管职责，发挥各自专长，但相互间又常因沟通协调不畅，导致对环境风险的监管失调<sup>①</sup>。在新冠疫情期间，野生动物风险监管领域的监管失调问题暴露无遗。野生动物交易和食用的风险监管涉及林业、农业、市场、公安等多个行政机关。如对于农（集）贸市场、超市、电商平台的野生动物交易，林业部门没有监管权限，市场监管部门有监管权限却缺乏野生动物相关的专业知识，不能有效地识别违法行为。面对这些需要其他行政机关协助且责任不明的监管执法事项，发现案件线索的行政机关倾向于调低其监管优先级别，或消极等待其他行政机关的主动配合，最终导致无人履责的监管漏洞。虽然疫情发生后，多个部门联合发文强调部门协同合作，但风险已成现实，并且这种压力之下的监管合作在热点过去后也难以持续。为促成可持续的风险监管合作协调机制，需要检察机关发挥公益诉讼监督职能，督促和辅助行政机关识别和填补因监管失调而导致的监管漏洞，促进各行政机关在风险监管上的相互协作。

### （三）监督模式：督促执法为主，代位执法为辅

在明确监督重点之后，检察机关还需要明确公益诉讼的监督模式，确定采用何种方式激发行政机关在环境风险监管上的积极性。按照诉讼被告划分，执法诉讼可分为督促执法之诉和代位执法之诉。督促执法之诉是指对违法作为或者不作为的行政机关提起，要求其依法履行职责的公益诉讼。代位执法之诉则是指直接对违法行为人提起，要求其遵守法律规定的公益诉讼。目前的检察行政公益诉讼理论和实践充分肯定了督促执法之诉的必要性，但检察机关还应当有权提起代位执法之诉，采取督促执法为主、代位执法为辅的监督模式。

督促执法之诉主要针对行政机关缺乏执法动力和意愿的情形，通过外部监督力量的介入来排除干扰行政监管执法机制正常运行的不利因素。但行政机关不仅可能缺乏执行环境法律的动力和意愿，也可能因人手不够、经费不足、专业知识有限等原因而缺乏执法能力和资源。在行政机关缺乏执法能力和资源的情形下，仅仅督促监管执法部门依法履责往往无济于事。为此，美国公民诉讼制度允许公民直接对违法排污或破坏环境者提起代位执法之诉，通过法院来实施环境法律。预防环境风险需要监管执法主体持续不断地投入执法资源、更新专业知识，但美国联邦环境保护署等环境监管部门的能力和资源有限，难免存在力所不及的监管漏洞<sup>[25]</sup>。美国国会希望通过建立公民诉讼机制作为公共实施机制的补充，引入公民和社会组织的积极参与来拓宽执法网络、强化执法力量、增加执法资源，确保环境法律能够得到有效实施<sup>[26]</sup>。

基于检察公益诉讼的监督立场和监督重点，代位执法之诉有其正当性与必要性。一方面，代位执法之诉本质上是检察机关法律监督权的体现，符合检察公益诉讼的监督立场。代位执法之诉不同于替代执法之诉，不与行政机关争夺风险监管的主导地位，而是在行政机有力有不逮时为维护客观法律秩序提供底线保障。相较于侵权诉讼，代位执法之诉在发挥预防功能上，同样具有依据环境法律体系对风险预防的各个环节进行监督的优势。另一方面，代位执法之诉对于弥补监管空白、监管失调等监管漏洞必不可少，有助于落实检察公益诉讼的监督重点。当因行政机关的执法能力有限而导致监管空白，或因立法对监管权责的规定不明而导致监管失调时，一味地督促行政机关将无济于事，需要依靠代位执法之诉来弥补监管漏洞<sup>[27]</sup>。

从目前的检察环境公益诉讼实践来看，行政机关无力履行监管执法职责而需要检察机关协助的情形普遍存在。实践中不乏行政机关主动邀请检察机关介入监督的现象。例如，湖北省黄石市西塞

<sup>①</sup> 我国正在推行的生态环境保护综合执法改革正是为了应对这一问题。参见孙振世：《生态环境保护综合执法管理体制的现状、挑战及思考》，载《中国机构改革与管理》2019年第1期。

山区政府主动邀请检察机关介入某一湖泊投肥养殖污染案件，区检察院“向环境保护、水利水产、行政执法等部门发出检察建议，同时与养殖户沟通、释法说理，终于解决了困扰区政府多年的顽症”<sup>[28]</sup>。面对此类情形，最高人民检察院要求地方检察机关秉持“双赢多赢共赢”理念<sup>[28]</sup>，“对于行政机关用尽行政手段，仍然未能有效整治问题的，给予更多沟通协助，而非简单提起（行政公益）诉讼”<sup>①</sup>。可见检察机关在公益诉讼中的角色不局限于行政执法的监督者，同时也需要扮演行政执法的协作者角色。由于环境风险监管领域的监管空白、监管失调等监管漏洞问题突出，在行政机关确因自身能力限制而无法履行法定职责的情形下，不妨允许检察机关直接对违法行为人提起代位执法之诉，确保环境风险得到有效预防。

代位执法之诉虽有其正当性与必要性，但应居辅助地位。一方面，若检察机关不顾行政机关的法定职责，代替行政机关履行职责，放任行政机关的不作为，反而没有尽到监督的责任<sup>[27]</sup>。另一方面，代位执法之诉直接对环境污染者或生态破坏者提起，在客观上需要耗费大量监督资源，因此必须慎重。检察机关应当确认行政机关确实面临自身难以克服的监管阻力后，再行提起代位执法之诉。并且，检察机关应当尽可能地发动行政机关和社会组织等相关主体的力量，为代位执法之诉提供专业支持。

#### 四、检察机关提起预防性环境公益诉讼的制度保障

为实现环境公益诉讼的预防功能，检察机关应有权提起督促执法之诉和代位执法之诉，监督与协助行政机关依法履行预防环境损害风险的职责。在拓展、强化检察环境公益诉讼预防功能的同时，检察环境公益诉讼不应逾越检察监督权对风险行政的监督定位。为此，需要通过合理的制度设计来划定预防性检察环境公益诉讼的运行空间，主要体现在受案范围、案件线索、诉前程序、起诉条件等方面。

##### （一）受案范围的适当扩展

为构建预防性检察环境公益诉讼制度，首先需要拓展受案范围，纳入“具有损害环境公共利益的重大风险”情形。由于预防性检察环境公益诉讼的执法诉讼性质，对于是否构成“重大风险”的判断依据是以预防性环境法律制度为主的客观环境法秩序而非主观权利。检察机关不论提起督促执法之诉还是代位执法之诉，均应以环境法律规定的预防性义务为诉讼依据，不应脱离法定依据对环境风险进行实质判断。从检察公益诉讼的监督立场与监督重点出发，受案范围不可无限扩大，可在以下三个方面适当拓展：

第一，明确可作为诉讼依据的预防性环境法律制度范围。限定预防性环境法律制度的范围有助于将有限的检察监督力量集中配置到亟需加强风险防范的重点领域，尤其是监管空白与监管失调领域，同时避免过度干扰行政机关的优先判断权<sup>[29]</sup>。在美国，只有特定联邦环境法律的特定条款才可以作为公民诉讼的依据，如《清洁空气法》和《清洁水法》只允许对“违反本法所规定的排放标准和限制、特定的许可证及其条款”的行为提起公民诉讼<sup>②</sup>。在确定具体范围时，不仅要考虑特定预防性环境法律制度的预防功能大小，还要考虑法律规定的细致程度、行政监管执法机制的成熟程度、检察机关实施监督的可行性等因素。

第二，优先纳入行政机关的非行政裁量行为。考虑到检察机关在提起预防性环境公益诉讼时面

<sup>①</sup> 最高人民检察院第八检察厅胡卫列厅长在接受采访时表达了这一观点。参见祁彪：《聚焦“四大检察”系列报道之五：做好公益诉讼，为了谁？》，载《民主与法制》2020年第6期。

<sup>②</sup> Clean Air Act, 42 U. S. C. 7604 (a) (1), (3); Clean Water Act, 33 U. S. C. 1365 (a) (1)。

对环境专业能力不足、不易把握监督定位等问题,可以优先将明确违反法律的实体性规定或程序性规定的非行政裁量行为纳入受案范围。此类案件能够充分体现检察机关的法律解释与法律适用专长,对环境专业能力的要求较低,且不会过度干涉行政机关的自由裁量权。典型的非行政裁量行为如在自然保护区违法审批建设项目,实践中许多地方政府为了招商引资与经济发展,明显违反《自然保护区条例》等自然保护区法的禁止性规定<sup>①</sup>。

第三,纳入属于行政规定范畴的抽象行政行为。行政机关发布规范性文件等行政规定的抽象行政行为可能违反上位法的预防性环境法律制度,从而给环境公共利益造成受侵害的风险。由于抽象行政行为的适用范围具有一般性和普遍性,抽象行政行为违法导致的风险监管漏洞较仅适用于特定主体的具体行政行为更加严重<sup>②</sup>。对抽象行政行为的审查范围可与《行政复议法》的规定一致,即排除行政法规、规章和国务院发布的规范性文件,只纳入国务院各部门、地方人民政府及其工作部门等行政主体制定的规范性文件<sup>[30]</sup>。

## (二) 案件来源的多方拓宽

由于预防性检察环境公益诉讼的执法诉讼性质,检察机关以预防性环境法律制度为依据判断行为是否违法,无需对行为是否构成“损害环境公共利益的重大风险”进行实质判断。但由于环境专业能力与监督力量所限,检察机关在环境损害结果尚未出现时获取案件线索的难度依然较大,需要通过多方拓宽案件来源来加以弥补:

第一,对检察机关自身“履行职责中”发现的案件线索作广义解释。《行政诉讼法》第25条规定的检察机关“履行职责中”发现的案件线索不仅包括检察机关在履行公诉、批捕、自侦等职责中发现的案件线索,还应包括人大、政协、党委、政府等机关移送的案件线索和公民、法人、其他组织控告申诉中提供的线索<sup>[31]</sup>。这是因为检察公益诉讼是其法律监督职责的体现,只要发现违法行为便有依法监督的必要,而不论案件线索来源为何。并且,由于案件线索在进入诉讼前还需经历检察机关的调查取证、审查判断、诉前程序等,扩大案件线索来源不必然干扰行政权的正常运行<sup>[32]</sup>。

第二,重视与环境社会组织的沟通合作。从已有的预防性公益诉讼案件可见,环境社会组织非常关注对环境风险的预防,并且具备发现案件线索的专业能力。如在绿孔雀案中,环保组织野性中国最先在野外考察活动中发现案件线索,随后将案件线索移交给自然之友提起诉讼<sup>[33]</sup>。由于检察机关具备提起行政公益诉讼的原告主体资格,环保社会组织也愿意与检察机关合作,克服民事公益诉讼的局限,督促行政部门履行环境风险监管职责。

第三,监督政府与企业依法履行环境信息公开义务。目前许多地方检察机关为了掌握环境污染案件线索,主动实施环境监测等活动。这些举措不仅违背检察公益诉讼的监督立场、增加人力财力成本,而且由于检察机关缺乏环境专业能力与资质,难以确保监测结果的证据效力。但实际上,现有环境法律法规已规定企业与政府公开污染物的排放种类、数量、浓度、方式等环境信息的义务。若检察机关能够监督有关主体依法履行信息公开义务,并将公开的环境信息与企业的法定义务以及行政机关的法定职责相互对照,就能够从中获得案件线索和事实证据,及时预防环境损害的发生。

<sup>①</sup> 典型案例如安徽八公山风景名胜区生态破坏案,目前自然之友已提起环境民事公益诉讼。参见自然之友:《立案!淮南中院受理自然之友提起的八公山生态破坏案》,自然之友公众号2019年10月21日, <https://mp.weixin.qq.com/s/ZCHsqnOhfMnEPovPIAQsCg>。

<sup>②</sup> 典型案例如2019年4月云南省普洱市政府网站公示的《普洱市糯扎渡水电站库区水产养殖业捕捞业管理暂行办法》征求意见稿,允许居民进行不放鱼饵的“生态养殖”,违反《渔业法》等法律的明确规定,导致水体面临污染和生态破坏的重大风险。参见杨桃:《保护糯扎渡库区 普洱市检察官在行动》,云南省人民检察院官方微信公众号2018年3月30日, <https://mp.weixin.qq.com/s/xqRuYduaILo-RENURfxZnw>; 杨健鸿:《她带队办理多个全省第一案——记云南省普洱市检察院第八检察部主任李轶》,《检察日报》2019年10月9日。

### （三）诉前程序的独立价值

诉前程序并非诉讼程序的附庸，而是在预防环境损害上具有独立价值。诉前程序契合检察监督的应有立场，因为它尊重行政自制且能够节约司法资源<sup>[34]</sup>。若检察机关能够通过诉前程序促使行政机关依法履行环境风险监管职责，将无需经历耗时耗力的诉讼程序，有利于及时填补监管空白，避免损害后果的发生。诉前程序还具有协调督促多个职能部门协同履职的独特优势，较诉讼程序更能解决监管失调的问题<sup>[28]</sup>。现行检察公益诉讼制度已规定诉前程序，但主要针对已发生损害后果的情形，需要根据预防环境损害的功能需求加以完善。

一方面，检察建议是诉前程序的核心内容，应有助于行政机关明确自身的风险监管职责并采取相应措施履行职责。诉前检察建议不具有强制性，其实质是提醒行政机关对行政作为或不作为的决定重新进行审慎考量<sup>[30]</sup>，但由于潜在的诉讼威胁，行政机关对待诉前检察建议十分慎重<sup>①</sup>。如统计显示，2019年1月至11月，检察机关向行政机关发出诉前检察建议91124件，行政机关对检察建议的回复整改率达97.65%<sup>[35]</sup>。为避免过度干扰行政机关对风险的判断，检察机关应优先提出警示性检察建议，主要指出违法行政作为和不作为，旨在督促行政主体自行启动纠错程序<sup>[36]</sup>。在此基础上，检察机关和行政机关应围绕检察建议所揭示的问题展开协作交流。在实践中，地方检察机关和行政机关已积极探索公开宣告、圆桌会议、会商研究、支持协助等方式，可以考虑在制度上予以保障。

另一方面，为有效预防损害结果的发生，检察机关还应当有权向法院申请临时禁止令，要求行政机关对环境风险行为依法采取暂时性措施，或责令其暂停作出或执行具有环境风险的行政行为<sup>[2]</sup>。例如，检察机关可要求行政机关暂停审批某种疫源野生动物的人工繁育许可证，或暂停审批某项建设工程的环境影响评价申请。由于风险发生时机的不确定性与损害后果的不可逆转性，任何人都无法确定片刻的迟延将会造成怎样的后果，因此需要在发现风险隐患时立即依法采取措施。欧洲各国从《奥胡斯公约》第9条第四款“有效”预防环境损害的理念出发，重视原告寻求国内法院颁发临时禁止令的权利，通过暂停许可申请程序来有效避免“赢在法院，但输在实践”的后果<sup>[37]</sup>。我国最高人民法院早在2014年发布的《关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有力司法保障的意见》就要求“各级法院在案件审理过程中积极采取司法措施预防、减少环境损害和资源破坏，通过事前预防措施降低环境风险发生的可能性及损害程度”，临时禁止令应为事前预防措施的题中应有之义。

### （四）起诉条件的约束功能

在诉前程序的基础上，起诉条件是避免预防性检察公益诉讼偏离监督定位的另一重要制度。起诉条件是指检察机关在提起公益诉讼时应当满足的条件，以避免检察公益诉讼不当干扰行政权的运行。《行政诉讼法》第25条已规定检察机关在履行诉前程序后，“行政机关不依法履行职责的，人民检察院依法向人民法院提起诉讼”。据此，检察机关在提起公益诉讼前，需审查行政机关是否“依法履行职责”，法院也需以此标准决定是否接受检察机关的起诉。但究竟如何解释“依法履行职责”，目前学界和实务界存在采行为标准、采结果标准或兼采行为标准与结果标准的分歧<sup>[38]</sup>。

在预防性检察公益诉讼中，对行政机关是否“依法履行职责”的判断应采是否“穷尽行政手段”的行为标准而非结果标准<sup>②</sup>。只要行政机关穷尽了行政命令、行政处罚、行政强制等法律赋予的各种行政手段，即使未能有效制止环境违法行为或有效消除环境风险，也不应认为“行政机关不

<sup>①</sup> 实行公益诉讼前后，检察机关检察建议的实际效果形成鲜明对比。参见胡卫列、田凯：《检察机关提起行政公益诉讼试点情况研究》，载《行政法学研究》2017年第2期。

<sup>②</sup> 最高人民检察院副检察长张雪樵在接受采访时表达了这一观点。参见谭畅：《“公益之诉，非追责之诉”：对话最高检副检察长张雪樵》，《南方周末》2019年3月21日，<http://www.infzm.com/contents/146363>。

依法履行职责”。一方面，若行政机关已“穷尽行政手段”而环境风险依然未能消除，即使提起诉讼也于事无补。另一方面，检察机关缺乏对环境风险是否得到有效控制作出实质判断的能力，因而结果标准难以操作。对是否“穷尽行政手段”的判断需要考虑自然环境条件等客观现实因素对行政执法的约束，以及行政强制执行前的复议期限、诉讼期限等法定程序要求。若行政机关未能“穷尽行政手段”，检察机关应当视具体原因决定提起督促执法之诉还是代位执法之诉。若是因为缺乏执法意愿与动力，如行政机关因地方保护主义或规制俘获而不愿尽职履责，检察机关应当提起督促执法之诉；若是因为缺乏执法资源和能力，如行政机关人员经费有限而监管执法任务过重，检察机关应当提起代位执法之诉。

#### （五）从司法解释到专门立法的实现路径

在短期内，最高人民检察院和最高人民法院可以修改《检察公益诉讼解释》等司法解释，释明现行立法规定的检察公益诉讼受案范围包括具有“损害社会公共利益的重大风险”的情形，落实前述受案范围、案件线索、诉前程序、起诉条件等方面的制度设计。在修改司法解释的同时，最高人民检察院可先修改《检察机关民事公益诉讼案件办案指南（试行）》《检察机关行政公益诉讼案件办案指南（试行）》等办案工作规定，纳入预防性检察环境公益诉讼。最高人民检察院的办案工作规定不具有对外的法律效力，但可以统一全国各地检察机关对预防性环境公益诉讼的认识，并且提供具有可操作性的办案指引。

从长期来看，应当修改环境公益诉讼相关立法，明确规定预防性环境公益诉讼制度，可分为三个阶段。第一，在环境单行法中先行建立预防性环境公益诉讼制度。目前，《国家公园法》《自然保护地法》《野生动物保护法》等环境单行法正在制定或修改的过程中。可以借助当下的立法契机，加入有关预防性环境公益诉讼制度的条款，在部分环境保护领域先行探索预防性环境公益诉讼。第二，修改环境公益诉讼制度的现行法律依据。目前，《行政诉讼法》第25条、《民事诉讼法》第55条与《环境保护法》第58条是环境公益诉讼制度的主要法律依据。可以通过分别修改这三部法律的相应条款来建立预防性环境公益诉讼制度，适用于整个环境保护领域。第三，制定专门的环境公益诉讼法。通过制定专门的环境公益诉讼法，整合分散在不同立法中的环境民事公益诉讼规则与环境行政公益诉讼规则，规定环境公益诉讼的受案范围包括具有环境损害风险的行为，建立适应预防性环境公益诉讼特点的诉讼规则。

## 五、结 论

目前社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼具有侵权诉讼的性质，在预防环境损害上存在难以克服的局限性。预防性检察环境公益诉讼不应采用侵权诉讼的构造，而应具有执法诉讼的性质，通过监督和协助行政机关实施预防性环境法律制度来实现预防功能。预防性检察公益诉讼易干扰环境风险行政的正常运行，检察机关应坚守监督定位，采取主动依法监督、尊重行政判断的监督立场，在监督重点上淡化监管热点、专注监管漏洞，在监督模式上以督促执法为主、代位执法为辅。为强化预防功能且坚守监督定位，检察环境公益诉讼制度应当适当扩展受案范围、多方拓宽案件来源、发挥诉前程序的独立价值、重视起诉条件的约束功能，并通过在短期内修改司法解释、长期内制定专门立法来加以实现。

#### 参考文献

- [1] 于文轩. 生态文明语境下风险预防原则的变迁与适用[J]. 吉林大学社会科学学报, 2019(5).
- [2] 王春业. 论检察机关提起“预防性”行政公益诉讼[J]. 浙江社会科学, 2018(11).

- [3] 唐璜. 风险社会下环境公益诉讼的价值阐释及实现路径——基于预防性司法救济的视角[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2019(3).
- [4] 于文轩, 牟桐. 论环境民事诉讼中“重大风险”的司法认定[J]. 法律适用, 2019(14).
- [5] 谢伟. 德国环境团体诉讼制度的发展及其启示[J]. 法学评论, 2013(2).
- [6] 徐以祥. 我国环境公益诉讼的模式选择——兼评环境行政公益诉讼为主模式论[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2017(10).
- [7] 刘超. 环境行政公益诉讼诉前程序省思[J]. 法学, 2018(1).
- [8] 刁凡超. 云南绿孔雀栖息地遭“水电”威胁, 预防性环境公益诉讼获立案[EB/OL]. [http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1762654](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1762654), 2017-08-15.
- [9] 张旭东. 预防性环境民事公益诉讼程序规则思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017(4).
- [10] 刁凡超. 兰州中院驳回自然之友对国网甘肃公司弃风弃光诉讼: 条件不符[EB/OL]. [http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_2364374](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2364374), 2018-08-20.
- [11] 巩固. 环境民事公益诉讼性质定位省思[J]. 法学研究, 2019(3).
- [12] 自然之友. 开庭 | 为了挽救绿孔雀最后的完整栖息地[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/s6Bk1-g7CFuTsR7p0fwn5A>, 2018-08-29.
- [13] 自然之友. 五家环保组织就云南省生态保护红线划定方案致函云南省环保厅[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/kkoXTFSuUbBNc76zLikAEg>, 2017-08-23.
- [14] 吴凯杰. 论预防性环境公益诉讼[J]. 理论与改革, 2017(3).
- [15] 王曦, 张岩. 论美国环境公民诉讼制度[J]. 交大法学, 2015(4).
- [16] 吕忠梅. 论环境法的沟通与协调机制——以现代环境治理体系为视角[J]. 法学论坛, 2020(1).
- [17] 王明远. 论我国环境公益诉讼的发展方向: 基于行政权与司法权关系理论的分析[J]. 中国法学, 2016(1).
- [18] 葛枫. 我国环境公益诉讼历程及典型案例分析——以“自然之友”环境公益诉讼实践为例[J]. 社会治理, 2018(2).
- [19] 姜涛. 检察机关提起行政公益诉讼制度: 一个中国问题的思考[J]. 政法论坛, 2015(6).
- [20] [美]杰里·马肖. 贪婪、混沌和治理——利用公共选择改良公法[M]. 宋功德, 译; 毕红海, 校. 北京: 商务印书馆, 2009.
- [21] 陈海嵩. 环境风险预防的国家任务及其司法控制[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2018(3).
- [22] 曹炜. 环境监管中的“规范执行偏离效应”研究[J]. 中国法学, 2018(6).
- [23] 金自宁. 风险规制时代的授权与裁量——“美国货运协会案的启示”[J]. 法学家, 2014(3).
- [24] 李洪雷. 检察机关提起行政公益诉讼的法治化路径[J]. 行政法学研究, 2017(5).
- [25] Lisa, J., J. K. Jeffery. *Environmental Citizen Suits: Confronting the Corporation*[R]. Washington D. C. : Bureau of National Affairs, 1988.
- [26] Nathan, A. S. Congress should act to define “prevailing party” to ensure citizen suits remain effective in environmental regulation[J]. *Missouri Environmental Law and Policy Review*, 2004(11).
- [27] 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).
- [28] 张军. 最高人民检察院关于开展公益诉讼检察工作情况的报告[EB/OL]. [http://www.spp.gov.cn/spp/tt/201910/t20191024\\_435925.shtml](http://www.spp.gov.cn/spp/tt/201910/t20191024_435925.shtml), 2019-10-23.
- [29] 巩固. 大同小异或貌合神离? 中美环境公益诉讼比较研究[J]. 比较法研究, 2017(2).
- [30] 应松年, 等. 行政诉讼检察监督制度的改革与完善[J]. 国家检察官学院学报, 2015(3).
- [31] 曹明德. 检察院提起公益诉讼面临的困境和推进方向[J]. 法学评论, 2020(1).
- [32] 胡静, 黄黎敏. 检察机关提起的环境行政公益诉讼法律问题研究——基于 37 份裁判文书的实证分析[A]. 于文轩. 环境资源与能源法评论(第 3 辑)[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2018.
- [33] 马荣真. 一场多家环保 NGO 掀起的“绿孔雀保卫战”[EB/OL]. <http://www.infzm.com/contents/139882>,

2018-09-30.

- [34]孙谦. 设置行政公诉的价值目标与制度构想[J]. 中国社会科学, 2011(1).
- [35]祁彪. 聚焦“四大检察”系列报道之五: 做好公益诉讼, 为了谁? [J]. 民主与法制, 2020(6).
- [36]姜涛. 检察机关行政法律监督制度研究[J]. 东方法学, 2016(6).
- [37]Jan, D. *Principle 10 and Access to Justice*[EB/OL]. <http://ssrn.com/abstract=2985277>, 2017-04-28.
- [38]王清军. 环境行政公益诉讼中行政不作为的审查基准[J]. 清华法学, 2020(2).

## Nature and Positioning of Preventive Procuratorate-filed Environmental Public Interest Litigation

WU Kai-jie

**Abstract:** COVID-19 epidemic exposes the drawback of law in preventing environmental and health risks, which demands the preventive function of procuratorate-filed environmental public interest litigations (EPIL). Current preventive EPILs filed by social organizations are tort litigations by nature, and thus face insurmountable limitations in preventing environmental damages. Procuratorate-filed preventive EPILs should not adopt the nature of enforcement litigations but the structure of tort litigations, performing the preventive function through supervising and assisting environmental risk regulation of administrative agencies. Procuratorate-filed enforcement litigations may disturb the normal operation of risk regulation, therefore procuratorates should stick to the supervisory position, including the supervisory standpoint of active supervision by law and respecting administrative judgement, the supervisory priority of downplaying regulatory hotspots and focusing on regulatory loopholes, as well as the supervisory pattern of promoting enforcement first and replacing enforcement second. To achieve a balance between the preventive function and the supervisory position, procuratorate-filed EPILs should properly expand the scope and sources of cases, as well as stress on the independent value of the pre-lawsuit procedures and the requirements to commence a lawsuit, which could be implemented by revising judicial interpretations in the short term and enacting special legislations in the long term.

**Key words:** preventive environmental public interest litigation; procuratorate-filed public interest litigation; environmental risk regulation; enforcement litigation

(责任编辑 周振新)