

社会资本参与生态环境损害修复的 实践困境与路径优化

马洪,车弈孜

(上海财经大学法学院,上海 200082)

[摘要]《国务院办公厅关于鼓励和支持社会资本参与生态保护修复的意见》(以下简称《意见》)为社会资本参与“责任主体缺失的生态环境损害”修复提供了基本的规范依据,然而,社会资本无法完全替代环境行政机关的独特作用,厘清二者的功能边界并规范其交互行为尤为必要。既有研究多基于环境行政机关与社会资本之间协作与制衡的宏观视角,无法有效应对社会资本参与生态环境损害修复中生态环境信息共享受阻、利益协调机制缺位、参与程序失范与回报路径规范程度不足等实践困境。对此,兼顾现代环境治理主体多元化的共性与生态环境损害修复的个性,从畅通生态环境信息共享、构建利益协调机制、规范参与程序与优化回报路径等四重维度探求环境行政机关与社会资本之间动态的复杂关系就显得尤为重要。

[关键词]生态环境损害修复;社会资本;责任主体缺失;治理主体多元化

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2024.01.017

一、引言

《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》(法释[2015]1号,以下简称《解释》)第20条第2款首次明确使用“生态环境修复”这一表述,^[1]并将其作为《民法通则》《侵权责任法》中“恢复原状”的扩充性解释。^[2]2017年《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《方案》)以“生态环境损害赔偿”制度进一步拓展了生态环境损害的司法救济方式。《民法典》第1234条、1235条分别确定了生态环境损害修复责任与生态环境损害赔偿责任的权利主体、义务主体及适用条件,为生态环境损害的司法救济提供了明确的实体法依据。^[3]学界以《方案》与《民法典》第1234条、1235条为规范基础,从生态环境损害修复责任与生态环境损害赔偿责任的适用规则、^[4]生态环境损害修复责任的法律性质、^[5]生态环境损害修复责任履行的可行性等视角对生态环境损害的司法救济展开研究。^[6]值得注意的是,《方案》与《民法典》第1234条、1235条仅适用于责任主体明确且

作者简介:马洪,法学博士,上海财经大学法学院教授、博士生导师,上海财经大学浙江学院院长;车弈孜,上海财经大学法学院博士研究生。

客观存在的生态环境损害,责任主体缺失的生态环境损害无法得以适用。既有研究对责任主体缺失的生态环境损害关注不足,尽管有学者已经意识到此类生态环境损害亟待修复的现实紧迫性,^[7]但对此缺少系统且具有针对性的研究。

《意见》旨在引入社会资本对责任主体缺失的生态环境损害予以修复,社会资本参与生态环境损害修复契合现代环境治理主体多元化理论的同时提出了新的问题——如何以优化社会资本参与路径为目的导向,规范社会资本参与生态环境损害修复机制中不同环境治理主体之间的交互行为?以现代环境治理为理论框架,对环境治理主体间协作与制衡的研究多是从宏观视角对环境治理主体之间的结构性矛盾予以反思与重构,^[8]缺少对生态环境损害修复内生性特征的关注。^[9]生态环境损害修复项目及方案如何在环境行政机关内部形成,进而以何种方式在不同环境治理主体之间高效共享?以增进环境公益为指向的社会资本参与生态环境损害修复机制,环境行政机关与社会资本在内外条件约束下,如何基于不同立场进行利益博弈?如何规范社会资本进入生态环境损害修复领域的参与程序?如何围绕生态环境损害修复所需金额设计回报方案以激励社会资本参与?上述问题的核心在于对生态环境损害修复内在特征的理性回应。因此,优化社会资本参与生态环境损害修复路径需要在宏观层面关注不同环境治理主体之间协作与制衡的同时,兼顾微观层面生态环境损害修复异于其他环境问题的内在特征。

现代环境治理的共性与生态环境损害修复的个性共同构成本文的分析框架。笔者在系统性检视社会资本参与生态环境损害修复实践的基础上,^[10]从生态环境信息共享、利益协调机制、参与程序与回报路径等四个维度揭示环境行政机关与社会资本之间复杂的交互关系——“显性而暂时的合作”与“隐性且持久的冲突”。本文旨在以社会资本参与生态环境损害修复为实践场域,探求环境行政机关同社会资本协作与制衡的动态平衡及可行路径,进而对社会资本参与生态环境损害修复提供些许的方法论指引。

二、责任主体缺失与社会资本参与生态环境损害修复

(一)“责任主体缺失的生态环境损害”界定

责任主体缺失的生态环境损害是本文论证的逻辑起点,因此,有必要厘清何为责任主体缺失的生态环境损害及其具体类型。《民法典》第1234条语境下,生态环境损害是指环境权利与环境法益受损所产生的一种不利益状态,^[11]与人身损害、财产损害共同构成环境侵权的法律后果。^[12]生态环境损害的成因仅限于环境侵权,自然灾害被排除在外。《意见》与《民法典》第1234条在规范定位层面存在显著差异,前者通过引入社会资本的方式填补生态环境损害修复中责任主体的缺失,后者旨在对明确且客观存在的环境侵权人科以生态环境损害修复的民事法律责任。生态环境损害成因并非《意见》适用与否的决定性因素,因此,对责任主体缺失的生态环境损害内涵及外延的考察应当突破《民法典》第1234条,向自然灾害成因的生态环境损害拓展。

《方案》将生态环境损害界定为“因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤、森林等环境要素和植物、动物、微生物等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”。^[13]“污染环境”“破坏生态”等规范表达将《方案》的适用对象限定为环境侵权成因的生态环境损害。是否所有环境侵权成因的生态环境损害均可适用《方案》予以救济?《方案》工作内容部分明确其适用条件——存在明确的赔偿义务人,对于赔偿义务人灭失的情形,《方案》并未作出例外规定。因此,针对环境侵权成因的生态环境损害,如果存在赔偿义务人灭失的情形,则无法适用《方案》。《民法典》

第1234条规定：“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”。根据该条款，侵权人明确存在是其适用条件，侵权人灭失的情形无法适用。就环境侵权成因的生态环境损害而言，《方案》与《民法典》第1234条在司法适用层面存在共性——赔偿义务人（侵权人）明确存在，如果赔偿义务人（侵权人）灭失，则应当由规范定位于填补生态环境损害责任主体空缺的《意见》予以调整。

生态环境损害并不必然来自侵权行为，^[14]同理，亟待修复的生态环境损害应当包含环境侵权成因与自然灾害成因两种类型。相较于环境侵权成因的生态环境损害，自然灾害成因的生态环境损害自始不存在《方案》与《民法典》第1234条语境下的赔偿义务人（侵权人），即法律责任主体。自然资源国家所有权视域下，自然灾害成因的生态环境损害被《意见》参与内容部分界定为“政府支出责任为主”是生态环境损害责任主体缺失的必然选择。^[15]换言之，“政府支出责任为主”的责任界定并不妨碍将自然灾害成因的生态环境损害纳入责任主体缺失的生态环境损害范畴，相反，前者以后者为逻辑前提。

综上所述，《意见》框架内责任主体缺失的生态环境损害共有两种类型：一是赔偿义务人（侵权人）灭失的环境侵权成因的生态环境损害，二是自然灾害成因的生态环境损害。

（二）社会资本参与生态环境损害修复的必然性

如何理解社会资本参与生态环境损害修复机制中的社会资本？某种意义上，生态环境损害修复的本质属性——生态产品供给，决定了《意见》框架内社会资本的诠释路径。生态产品供给兼具自然性与社会性的双重面向，^[16]环境要素动态关联的自然性面向需要通过拓展修复主体范围及类型来实现，重构受损社会关系的社会性面向必然要求生态环境损害修复参与主体的多元化。^[17]因此，对社会资本应当作扩大解释，结合《意见》的规范定位，现代环境治理框架内的非政府环境治理主体均可纳入《意见》语境下社会资本的范畴。

社会资本参与生态环境损害修复是环境治理现代化尤其是治理主体多元化在生态环境损害修复领域的具体适用，因此，将其置于环境治理现代化框架内予以考察有助于发现其必然性根源。现代环境治理强调环境治理权力在治理过程中“不再以自上而下的单一向度方式运行，而是在彼此确立并认同共同目标的基础上，通过建立合作、协商的伙伴关系，进而谋求对社会性公共事务实施上下互动的管理过程”。^[18]合作型环境治理在明确治理目标的基础上推动环境行政机关实现从唯一环境治理主体向环境治理主体之一的结构性转型，^[19]公众、企业与社会组织等潜在环境治理力量在环境治理主体意识层面的觉醒加速了这一进程。不可否认的是，环境行政机关在合作型环境治理中仍然发挥着主导性作用，但并非大包大揽，亦非承担无限责任。^[20]从建构有限政府的视角看，主导性作用的功能定位充分体现了环境行政机关对自身环境行政权力边界及环境治理能力的清晰认知。

“绝大多数国家都从污染的扩散策略（形式上以市场为基础的法律）转变为直接的管制控制（实体上的管制性法律），然后进一步演变成为一种更为复杂的政策路径，包括建立与私人市场合作性关系（反思性、治理的法律）。”^[21]生态环境损害修复的整体性不仅体现在待修复环境要素之间的动态关联，更表现为环境治理主体之间的分工与协作，“建立与私人市场合作性关系”充分表明环境治理尤其是生态环境损害修复需要不同环境治理主体之间的整体性协作。^[22]“作为一种公共产品或准公共产品，环境问题具有鲜明的广泛性、动态性、复杂性等特征，单纯依靠政府机制、市场机制抑或是社会机制去解决环境问题难免失之偏颇，无法有效实现供需平衡，全球生态环境的恶化与生态危机的蔓延充分证实了这一点。”^[23]环境行政机关与社会资本在生态环境损害修复领域各具所长，前者在生态环境

信息共享、国土空间资源规划与自然资源利用规划等方面具有天然的制度性优势,后者在技术及资金方面对环境行政机关而言是有效补充。社会资本参与生态环境损害修复能够在极大程度上减轻环境行政机关的财政负担,^[24]同时以参与者身份实现对环境行政机关的全过程监管,充分提升生态环境损害修复的透明度,避免单一修复主体利益偏好的极端化。

三、社会资本参与生态环境损害修复的实践困境

生态环境损害修复兼具自然性、社会性双重面向的内在特征为社会资本的深度参与提供了理论可能与实践空间,然而,社会资本参与生态环境损害修复实践表明社会资本的潜能未能得到有效开发与释放,与《意见》的既定目标相距甚远。诚然,生态环境损害修复高度的科学性、复杂性及不特定性等固有特征在无形中为社会资本参与设置了较高的准入标准,在一定程度上影响其相对优势的发挥,但是修复主体之间持续性的张力则在更深层次影响社会资本参与生态环境损害修复的实践效果。因此,对社会资本参与生态环境损害修复实践的系统性检视应当准确把握不同修复主体之间的复杂关系。

(一)生态环境信息共享受阻

1. 生态环境信息存储的碎片化

生态环境信息共享的必要性基于两个客观事实:生态环境信息存储的碎片化与生态环境损害修复内生的整体性需求,前者作为生态环境信息共享的现实背景,后者构成生态环境信息共享的逻辑起点。^[25]《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》)第2条规定:“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”环境行政机关履行行政管理职能以环境要素之间的内在差异为出发点,各环境行政机关仅在其职权范围内收集、整合与存储相关生态环境信息。申言之,环境行政机关分散化的权力配置是生态环境信息碎片化存储的制度性根源。^[26]“信息孤岛”“数据烟囱”等现象在环境行政机关之间的普遍性存在严重制约了生态环境信息的开放共享,^[27]生态环境损害潜在的影响范围不以行政区划为界的固有特征更是在无形中放大了上述困境。

基于环境要素之间的动态关联,通常情况下,同一生态环境损害会导致多种环境要素不同程度地受损,而生态环境损害修复需要将不同环境要素之间的动态关联予以整体性考量,因此,生态环境信息跨主体共享对生态环境损害修复而言具有基础性、前提性意义。环境行政机关权力配置分散所导致的生态环境信息碎片化存储与生态环境损害修复内生的整体性需求之间构成巨大张力,直接影响生态环境信息在不同环境治理主体之间的共享效率。

2. 生态环境信息共享主管机关选取不当

生态环境损害修复项目的选取及方案的编制高度依赖经过整合、准确且全面的生态环境信息,因此,生态环境信息共享机制中主管机关的选取与确立尤为重要。《条例》第3条第3款明确“县级以上地方人民政府办公厅(室)是本行政区域的政府信息公开工作主管部门,负责推进、指导、协调、监督本行政区域的政府信息公开工作”。生态环境信息共享实践严格遵循上述规范逻辑,即由地方政府作为主管机关,在收集、整合相关生态环境信息的基础上选取生态环境损害修复项目并编制相关方案。不可否认的是,地方政府在打破环境行政机关之间信息壁垒以回应生态环境损害修复内生的整体性需求方面展现出独特的制度性优势。值得追问的是,地方政府作为主管机关能否充分照顾到不同类型生态环境损害修复之间天然的内在差异?

《意见》重点领域部分基于生态环境损害修复的内在差异对其予以划分,^[28]旨在为生态环境损害

修复实践提供类型化指引。就如何选取生态环境信息共享主管机关而言,《意见》与《条例》存在差异化的观察视角,前者从微观视角观察不同类型生态环境损害修复之间的细微差异,并以此为出发点确定生态环境信息共享的主管机关,后者从宏观视角审视政府信息公开的全过程,将地方政府确立为政府信息公开的主管机关。以江西省寻乌县“生态修复+N”治理废弃稀土矿山为例,^[29]寻乌县打破原来的碎片化治理格局,成立山水林田湖草项目办公室,通过统筹各类财政资金和成立生态基金,以小流域为单元,一体化推进区域内“山水林田湖草路景村”等多要素整体修复、系统治理。山水林田湖草项目办公室与待修复生态环境损害之间的匹配度是否能够满足该修复项目中生态环境信息共享的个性化需求?笔者对此持怀疑态度。生态环境损害修复内部的差异性应当作为生态环境信息共享主管机关选取的逻辑起点,《意见》的规范逻辑未能在生态环境信息共享主管机关选取实践中得以遵循,在此意义上,实践逻辑与规范逻辑之间存在较大差距。

3. 生态环境信息跨主体共享难度大

社会资本参与生态环境损害修复的路径优化与打破环境行政机关在生态环境信息供给方面的垄断地位、提升生态环境信息透明度是同步的。^[30]实践中,社会资本对作为生态环境信息重要载体的生态环境损害修复项目及方案缺少必要的了解渠道。与此同时,环境行政机关在生态环境信息主动公开过程中存在公开范围模糊、延迟回复等顽疾,进一步加剧了社会资本获取生态环境信息的难度。从时间维度来看,社会资本了解生态环境信息通常始于生态环境损害修复项目及方案编制完成之时,社会资本未能以生态环境信息共享为制度工具深度参与生态环境损害修复项目的选取及方案的编制,^[31]进而导致生态环境信息共享的工具属性被进一步削弱。

生态环境信息共享局限于环境行政机关向社会资本流动的单一向度。作为环境治理主体之一的社会资本深刻地影响生态环境信息的生成、收集与整合,某种意义上,社会资本而非环境行政机关是生态环境信息最初的生产者。然而,生态环境信息共享的双向性特征在社会资本参与生态环境损害修复实践中被忽视,遑论在二者之间构建值得信任的生态环境信息共享路径。以现代环境治理为视角,社会资本对生态环境信息共享无法施加实质性影响的根源在于环境行政机关否认社会资本在结构意义上与其具有平等的主体性地位。

(二) 利益协调机制不健全

1. 利益协调平台缺位

现代环境治理视域下,不同治理主体在价值取向、利益诉求及运行逻辑层面存在显著差异,利益协调平台为识别、协调不同治理主体之间源于上述差异的潜在利益冲突提供了可能。就社会资本参与生态环境损害修复而言,环境行政机关基于绩效压力追求最大程度地修复受损生态环境,作为理性经济人的社会资本则寻求生态环境损害修复中经济利益的最大化。^[32]尽管《意见》参与程序部分明确“涉及相关主体利益的,应当协商一致”,然而在生态环境损害修复实践中,社会资本合理的利益诉求未能在生态环境损害修复的核心文本——生态环境损害修复项目及方案中得以体现。环境行政机关的价值取向在较大程度上替代了社会资本的利益诉求,显然,利益协调平台缺位是上述困境的重要成因。

以环境治理进程为视角,利益协调平台缺位源于管制型环境治理的历史惯性。环境行政机关作为管制型环境治理中实质意义上唯一的治理主体,对其行政命令的服从在极大程度上遮蔽了其他潜在环境治理主体合理的利益诉求。环境治理主体的单一消解了利益协调平台存在的必要性,不同环境治理主体之间的利益冲突在某种程度上因利益协调平台事实上的缺位而被忽视。^[33]环境行政机关的强势地位从管制型环境治理延续至合作型环境治理,形式意义上社会资本同为环境治理主体之一,

然而其未能在实质意义上影响生态环境损害修复。现代环境治理无法在弱化环境行政机关主导性、基础性地位的前提下运行,但这并不意味着环境行政机关的利益诉求等同于所有环境治理主体利益诉求的总和。

2. 外部视角的缺失

环境行政机关与社会资本之间的利益冲突并未因利益协调平台事实上的缺位而消失,相反,二者之间始终处于一种紧张状态。^[34]如何理解生态环境损害修复中社会资本的作用是疏解上述紧张状态的核心。实践中,环境行政机关将社会资本定位于填补地方政府修复受损生态环境资金缺口,社会资本俨然处于附属地位,与现代环境治理对环境治理主体之间内部关系的要求不符。^[35]此种定位下,环境行政机关与社会资本之间的利益冲突与协调必然呈现内部化、封闭式特征,二者之间源于价值取向差异的张力因外部视角的缺失而无法得到有效缓解,零和博弈的困局更是在所难免。

进一步讲,外部视角缺失与生态环境损害修复内在特征之间存在错配现象。首先,生态环境损害修复的生态效益、社会效果具有“溢出效应”。其利益识别、协调机制应当呈现开放式特征,将受生态环境损害修复影响的潜在主体的合理利益诉求纳入考量范畴,外部视角缺失无法确保生态环境损害修复参与主体与受影响主体在利益诉求层面的一致性。其次,生态环境损害修复的整体性与不可分割性。^[36]此处的整体性具有两层内涵:一是以具体生态环境损害修复项目为客体的整体性,环境要素之间动态、协调的整合为其目标指向;二是具体生态环境损害修复项目作为生态环境保护整体中不可分割的一部分。无论是前者抑或后者整体性的实现,均需要外部视角的实质性介入。最后,生态环境损害修复的社会性面向强调修复并重构受损的社会关系,因此,有必要将生态环境损害修复置于更广阔意义上的社会关系框架中予以考量。外部视角的缺失使得生态环境损害修复着眼于特定环境要素的恢复,忽视了修复受损社会关系的潜在可能。

(三) 参与程序失范

1. 社会资本准入门槛的降低

《意见》参与机制部分明确了社会资本参与生态环境损害修复程序,然而其相关规范较为笼统,可操作性不强。实践中,环境行政机关对如何选取社会资本拥有较大的自由裁量空间,进而造成社会资本准入门槛的实质性降低。以河南辉县市“五龙山响水河乡村旅游度假区”废弃矿山生态修复及开发利用为例。^[37]该案例采取“政府主导、政策扶持、社会参与,景观式治理、市场化运作”模式,辉县市政府“依据法律法规给予最大的政策支持,并积极构建融资平台,协调市内优势企业入股”,“协调市内优势企业入股”意味着市内优势企业的参与并未经过充分竞争,相反,辉县市政府在优势企业参与生态环境损害修复的过程中起到决定性作用。

以社会资本构成类型为观察视角,“内蒙古巴彦淖尔市乌梁素海山水林田湖草生态保护修复”较之上述案例更加具有参考价值。^[38]本案中,巴彦淖尔市政府授权政府平台公司作为实施机构,并代表政府方出资。政府平台公司对本项目的投资、建设、运营和基金管理进行公开招标,确定投资人为六家国企与一家民企组成的公司联合体。笔者在对社会资本参与生态环境损害修复案例收集整理过程中发现,过半都存在国企或者央企的身影。^[39]诚然,国企与央企相较于民企而言具有强大的资金与技术优势,但如此高的占比是不是严格遵守社会资本参与程序的必然结果?进一步讲,《意见》旨在通过充分竞争的筛选机制广泛吸纳不同类型社会资本进入生态环境损害修复领域,以回应其影响范围广泛的基本特征。实践中,参与生态环境损害修复的社会资本性质与构成是不是以《意见》规范定位为目标导向,尽可能拓展社会资本类型的结果?

2. 监管机制失效

社会资本参与生态环境损害修复为环境行政机关与社会资本之间构建双向监管机制提供了结构意义上的初步可能。通过对上述案例的分析不难看出社会资本对环境行政机关的准入政策、公开竞争及合同签订等事项能够进行一定程度的监管。值得追问的是,此种监管的质量如何?是否存在较大的提升空间?实践中,社会资本受到环境行政机关单方面监管较多,掣肘于监管力量薄弱与监管意愿不足,社会资本无法对环境行政机关作出实质性监管,进而降低了参与程序的透明度,并最终反映在生态环境损害修复质量上。^[40]应然的内部双向监管沦为实然的环境行政机关单向监管,其本质与管制型环境治理无异。社会资本参与程序的监管体系是否应当适度外部化?在充分肯定环境行政机关与社会资本以参与程序为核心构建的双向监管体系较之管制型环境治理具有进步性的同时,需要看到其局限性——封闭式的监管架构,引入第三方监管以扭转二者力量差异所导致的监管不平衡尤为必要。

(四) 回报路径规范程度不足

1. 社会资本功能的实质性弱化

《意见》关于社会资本回报路径共有三种方案:一、采取“生态保护修复+产业导入”方式,利用获得的自然资源资产使用权或特许经营权发展适宜产业;二、对投资形成的具有碳汇能力且符合相关要求的生态系统,申请核证碳汇增量并进行交易;三、通过经政府批准的资源综合利用获得收益。三种回报路径得以展开的前提是对生态环境损害修复所需资金的量化。^[41]相关案例中,^[42]对生态环境损害修复所需资金如何确定涉及较少,多是社会资本以固定额度投资参与生态环境损害修复。利用社会资本技术及资金的相对优势对受损生态环境予以修复,进而围绕所需资金设计回报路径,势必会面临两个棘手的难题:一是如何确定生态环境损害修复标准,二是如何计算生态环境损害修复所需资金。^[43]实践中,生态环境损害修复引入社会资本旨在填补环境行政机关修复受损生态环境的资金缺口,而非充分利用社会资本的技术优势,换言之,社会资本功能在生态环境损害修复实践中被实质性地限制与弱化。现代环境治理框架内,环境治理主体之间的相对优势应当被充分挖掘与释放,上述困境显然是环境行政机关对社会资本功能理解不充分的必然结果。修复程序烦琐、利益涉及广泛、技术要求严格的生态环境损害修复,其修复标准及所需资金时刻处于动态变化之中,因此,如何回应其动态性是设计回报路径的关键。实践中之所以对社会资本功能作出实质性限制,本质是对生态环境损害修复标准有意识地逃避。

2. 社会资本话语权缺失

《意见》回报路径部分暗含这样一种预设:环境行政机关与社会资本基于差异化运行逻辑的合理诉求在环境公益的框架内应当被充分尊重。社会资本的引入不应改变生态环境损害修复的本质——生态产品供给,在此前提下,是否应当赋予社会资本以更多的自主选择空间?实践中,回报路径基本呈现因地制宜的样态,譬如“生态修复+湿地公园”“生态修复+绿色园林”“生态修复+土地整治”等,契合《意见》对生态环境损害修复生态产品供给的规范定位。不无遗憾的是,回报路径中社会资本普遍存在话语权缺失的实践困境,环境行政机关设计回报路径的逻辑起点是国土空间资源规划及自然资源利用规划,社会资本的合理诉求并未被视作重要考量因素纳入设计过程,其选择空间被不断压缩,导致《意见》回报路径部分形同虚设。环境行政机关将回报路径视为实现生态环境保护目标的手段而非连接社会资本与生态环境损害修复之间的桥梁。回报路径在很大程度上决定了社会资本参与生态环境损害修复意愿的大小及有无,话语权缺失的实践困境抑制了相当数量潜在社会资本的参与意愿。

四、社会资本参与生态环境损害修复的路径优化

对社会资本参与生态环境损害修复实践的系统性检视充分表明,社会资本主体性地位的偏离以及对生态环境损害修复本质特征认知的不足在极大程度上制约了社会资本潜能的发挥。因此,优化社会资本参与路径应当以环境治理主体多元化理论为指引,在充分认识生态环境损害修复本质特征的基础上,重构环境行政机关与社会资本之间的多元互动关系,尤其是正视社会资本的主体性地位。

(一) 畅通生态环境信息共享

1. 生态环境信息内部共享

划定生态环境信息共享范围与确定恰当的主管机关共同构成生态环境信息内部共享的实践基础,二者以具体生态环境损害修复项目及方案为前提。生态环境损害修复项目及方案兼具技术指南、信息载体之属性,应当作为生态环境信息内部共享的核心文本。《意见》重点领域部分以类型化思维将生态环境损害修复分为自然生态系统保护修复、农田生态系统保护修复、城镇生态系统保护修复、矿山生态保护修复、海洋生态保护修复等五大类。以环境要素内在差异为区分标准的分类对生态环境损害修复项目及方案的编制而言具有重要的方法论意义,同时为生态环境信息内部共享主管机关的选取提供了较为明确的路径指引。相较于地方政府作为生态环境信息共享主管机关,以《意见》重点领域部分的规范逻辑为基准的选取方式更加具有针对性。^[44]明确具体的生态环境损害修复项目及方案,能够框定与待修复生态环境损害相关的生态环境信息范围,进而有效地提升生态环境损害修复项目与主管机关之间的匹配度,为后续的生态环境信息内部共享奠定坚实的组织基础。

《意见》重点领域部分对生态环境损害修复项目的分类仍然略显粗糙,以农田生态系统保护修复为例,可进一步细分为农田水利生态系统修复、农田土地生态系统修复、农田生物生态系统修复等。生态环境损害修复实践应当以《意见》重点领域部分的精细化、类型化修复理念为指导,适当地突破其具体规定,探索更为适合待修复生态环境损害的分类可能。环境行政机关围绕具体生态环境损害修复项目收集、归纳及整合相关生态环境信息,能够克服生态环境信息碎片化存储背后的制度逻辑——环境行政权力的分散,打破行政区域、环境行政机关之间的信息壁垒,进一步提升生态环境损害修复项目及方案编制的效率。

2. 生态环境信息外部共享

“政府的角色是确保恰当的信息的产生、传输和交换。”^[45]环境行政机关将生态环境损害修复项目及方案所涉及的生态环境信息及时、准确且全面地向社会资本及利害关系人披露,有助于环境行政机关与社会资本以生态环境信息共享为制度工具,在不断地反馈过程中修正自己的行为。^[46]生态环境信息外部共享机制中,应当以“最大限度公开原则”约束环境行政机关的自由裁量权,^[47]尽可能地拓展社会资本了解生态环境信息的渠道与范围。《条例》第13条明确除该《条例》第14、15、16条规定的政府信息外,其余政府信息应当公开,生态环境信息显然不属于上述条款所规定的范围。因此,当生态环境信息处于可公开可不公开的模糊状态时,应最大程度予以公开,充分保障生态环境损害修复领域社会资本的参与权与知情权。

构建生态环境信息服务平台,整合并发布生态环境损害修复项目及方案、自然资源资产配置方案、各类指标转让及支持政策。生态环境信息外部共享不以其完整状态为必要前提,从环境行政机关收集相关环境要素损害信息到生态环境损害修复项目及方案的编制,应当动态更新以确保生态环境信息公开的常态化、规范化。生态环境信息服务平台能够大幅提前社会资本获取生态环境信息的时

间节点,充分挖掘生态环境信息外部共享的工具属性,允许社会资本合理的利益诉求以文本方式实质意义上进入生态环境损害修复项目及方案。^[48]

(二)优化利益协调机制

1. 构建利益协调平台

生态环境损害修复项目及方案作为参与各方利益表达的最终载体,兼具技术性与社会性双重面向,修复客体的选取、修复范围的确定等内容深刻影响后续的修复工作,将其编制过程转换为环境行政机关与社会资本之间磋商与博弈的平台能够大幅提升生态环境损害修复项目及方案在修复实践中的接受度,进而确保生态环境损害修复社会性的实现——修复主体的多元化、利益博弈的公开化及参与程序的透明化。具体而言,明确生态环境损害修复项目及方案编制过程工具属性的不同面向,实践中,上述过程被简化为生态环境损害修复技术性面向的实现,忽视其社会性面向的潜在可能。^[49]生态环境损害修复项目立项、论证及征求意见等程序性事项对后续的生态环境损害修复实践产生较大影响,因此,需要将社会资本介入的时间节点予以前移,确保生态环境损害修复项目编制过程中社会资本的全过程参与。^[50]较之生态环境损害修复项目,生态环境损害修复方案更为直接地关系到环境行政机关与社会资本之间的利益博弈。以何种方式修复?修复标准如何确定?技术性问题的实质是环境行政机关与社会资本基于利益偏好差异的权衡取舍,因此,生态环境损害修复方案的编制过程同样需要转换为参与方的利益协调平台。

2. 规范利益协调规则

将生态环境损害修复项目及方案编制过程转换为利益协调平台,为环境行政机关与社会资本之间的合作提供了形式意义上的可能,实质上约束双方行为并确保生态环境损害修复本质属性——生态产品供给的实现,则需要规范利益协调规则作为制度保障。

以内部视角论,规范双方利益博弈需要以确立环境行政机关主导性地位为必要前提,现代环境治理强调治理主体结构意义上的平等,^[51]但此种平等绝不意味着对环境行政机关主导性地位的否定。从可行性视角否定现代环境治理中环境行政机关的唯一性是强化环境行政机关主导性地位的前提,申言之,合作型环境治理而非管制型环境治理中强调环境行政机关的主导性地位才是有意义的。因此,明确环境行政机关主导性地位的同时应当切实保障社会资本合理利益诉求的实现,反之,退化为管制型环境治理的潜在风险则不可避免。“全球治理经验表明:治理绝非意味着政府的隐退,一个强有力的政府恰恰是保障治理有效性的基础性条件,强调治理绝非意味着贬低或削弱政府在公共管理中的作用,主张去国家中心化的治理模式已被实践所证明是难以获得成功的。”^[52]合作型环境治理视域下,对环境行政机关主导性地位的强调源于生态环境损害修复的本质属性——生态产品供给,该属性的实现需要以环境行政机关在生态环境信息共享、国土空间规划等方面的绝对优势为基础保障。^[53]

以外部视角论,环境行政机关与社会资本之间的利益博弈呈现内部化特征,克服此种倾向的核心在于以功能主义视角重新审视社会资本参与生态环境损害修复。生态环境损害修复在恢复受损生态环境的同时也在重构受损社会关系,无论是从自然性抑或社会性视角均应当将生态环境损害修复视为一个整体。^[54]外部视角的缺失导致环境行政机关与社会资本着眼于各自的利益诉求,忽视生态环境损害修复作为一个整体的可能性,在无法妥当处理双方利益冲突的情况下,“1+1<2”的实践难题难以避免。当然,外部视角并不意味着无视环境行政机关与社会资本在利益诉求及价值取向层面存在较大差异的客观事实,而是以修复受损生态环境与社会关系为逻辑起点,兼顾双方利益的实现。外

部视角的实质性介入同样需要以确立环境行政机关主导性地位为前提,在此基础上,引导参与主体将利益博弈过程置于修复受损生态环境及社会关系的整体性框架内。

(三)规范参与程序

1. 严格社会资本准入

参与程序的制度功能之一是筛选潜在社会资本,即社会资本准入,因此,优化社会资本准入作为规范参与程序的切入点较为合适。社会资本准入的优化需要从两个方面入手:拓展社会资本类型与严格筛选社会资本。拓展社会资本类型与现代环境治理框架内生态环境损害修复的主体多元化要求具有内在的高度一致性。社会资本尤其是民企参与生态环境损害修复的动因在很大程度上基于生态环境损害修复的回报路径,即预期利益。因此,拓展社会资本类型应当围绕生态环境损害修复的回报路径展开。^[55]实践中,环境行政机关将社会资本视为生态环境损害修复资金差额的有效补充,社会资本多样化的合理诉求被有意地忽视,进而形成示范效应,导致更多的潜在社会资本不愿而非不能参与生态环境损害修复。正视生态环境损害修复中社会资本合理的利益诉求并明确其功能定位是拓宽社会资本类型的核心。环境行政机关应当充分认识到社会资本与其在运行逻辑层面存在较大差异的客观事实,事实上,正是此种内在差异构成生态环境损害修复领域引入社会资本的必要性。在此基础上,环境行政机关应当摆脱管制型环境治理的历史惯性,从社会资本视角审视生态环境损害修复参与程序的准入功能;以现代环境治理主体多元化为理论背景,摒弃以工具主义思维定位社会资本的传统做法,正确认识社会资本在生态环境损害修复中的主体性地位;以合作而非对抗的方式寻求与社会资本在生态环境损害修复实践中利益共享、风险共担的可能空间。

实践中,民企在同等条件下无法与央企及国企开展公平竞争,凸显了环境行政机关在社会资本类型选取方面的偏好。约束参与程序中环境行政机关的自由裁量权是克服上述弊病的关键,以确保民企与央企及国企能够站在同一起跑线。统一的准入标准与公开透明的竞争程序能够有效地缩减环境行政机关在社会资本类型选取方面的自由裁量空间。不同类型社会资本适用统一准入标准有助于构建以提升社会资本整体质量为目的的参与程序,引导修复能力强、资金储备充裕的社会资本进入生态环境损害修复领域。竞争程序的公开透明从动态运行视角规范社会资本参与程序,以确保预期生态环境损害修复质量而非社会资本类型成为参与程序中社会资本的准入标准。

2. 强化内外部监管

强化参与程序的监管功能存在两种路径:内部构建实质性双向监管与外部监管的有效介入。社会资本参与生态环境损害修复已然具备监管环境行政机关的可能,然而此种内部监管仍然存在较大的提升空间。基于管制型环境治理的历史惯性,生态环境损害修复参与程序中环境行政机关对社会资本的监管较为严格,环境行政机关在招标、竞标等程序性事项中的话语权压制了社会资本的声音,因此,构建实质性双向监管应当由约束环境行政机关行为与提升社会资本监管能力两部分构成。明晰环境行政机关监管权力的制度边界是其合法、合理监管的必要前提,确保环境行政机关全程全面依法监管,严格规范环境行政机关在社会资本参与生态环境损害修复程序中的自由裁量权。从环境治理主体协作与制衡的视角,充分肯定内部监管机制中社会资本的主体性地位,提升社会资本话语权以赋予其更多的监管权力,以缓和环境行政机关强势地位所导致的内部监管不平衡。

外部监管的必要性源于内部双向监管与环境行政机关天然的强势地位之间的结构性矛盾,双向监管始终存在沦为环境行政机关单向监管的潜在风险,外部监管的有效介入能够从程序及实体层面平衡环境行政机关与社会资本之间监管力量的悬殊。如何选取外部监管主体?如何规范外部监管理程

序?如前文所述,地方政府在协调环境行政机关之间潜在利益冲突方面具有独特优势,此种优势源于地方政府的“中立性”,进而确保以地方政府为核心主体的外部监管能够成为内部监管的有效补充。地方政府对社会资本参与生态环境损害修复程序部分予以严格审查,以中立身份监督环境行政机关的权力运行,确保环境行政机关的自由裁量权在法律法规授权的范围内,增强社会资本准入程序的透明度。同时对内部监管中的弱势主体——社会资本予以一定程度的政策倾斜,以确保社会资本对环境行政机关的监管从形式迈向实质,在此过程中,需要明确内部监管与外部监管的功能边界,避免出现外部监管替代内部监管的情形。

(四)优化回报路径

1. 拓展社会资本功能

客观且全面地认识、评估社会资本,理性分析其相对优势,摆脱环境行政机关的工具主义思维是实质性拓展社会资本功能的认识论基础。环境行政机关对环境行政权力边界及自身生态修复能力的清晰认知共同构成社会资本进入生态环境损害修复领域的重要前提,然而,上述认知并未延续至生态环境损害修复实践。环境行政机关有意识地弱化社会资本功能,将其定位于生态环境损害修复资金差额的有效补充,^[56]忽视社会资本在生态环境损害修复中的主体性地位,进而在极大程度上限制社会资本功能的发挥。需要明确的是,作为生态环境损害修复的重要参与主体,社会资本的介入是全方位、多角度的,资本、技术、信息乃至理念的交互方才契合《意见》拓宽生态环境损害修复主体的规范目的。较之环境行政机关,社会资本较为显著的相对优势是资金充裕,然而作为环境治理主体之一,其潜力应当被充分挖掘与释放,不应局限于资金面向。

生态环境损害修复标准的确定性并不意味着其修复过程的非动态性,相反,根据环境要素之间的动态关联、修复过程的进展等进行动态调整是常态。回报路径作为沟通社会资本与生态环境损害修复的桥梁,因生态环境损害修复过程的动态性而具有了不稳定的特质。某种意义上,充分利用社会资本技术优势必然导致回报路径的不稳定,实践中,社会资本以固定投资参与生态环境损害修复,缺少不稳定的潜在可能。挖掘并充分利用社会资本的技术优势,一方面需要在现行框架内,保持回报路径的基本前提——生态产品供给,另一方面需要以生态环境损害修复标准为导向,允许社会资本以技术方式参与修复实践,严格把握生态环境损害修复目标的同时,明晰生态环境损害修复过程的灵活性,并在此基础上动态调整回报路径。利用资金优势与挖掘技术优势之间并不是非此即彼的紧张关系,二者之间如何选择需要从生态环境损害修复的整体性出发,当然,此种视角建立在环境行政机关承认社会资本环境治理主体性地位的前提之上。

2. 提升社会资本话语权

社会资本话语权的缺失在较大程度上源于环境行政机关对社会资本定位的偏离,因此,明确社会资本定位是提升回报路径中社会资本话语权的必要前提。宏观层面,社会资本是现代环境治理框架内不可或缺的环境治理主体之一;微观层面,社会资本在生态环境损害修复领域扮演重要角色。某种意义上,以国土空间规划及自然资源规划为逻辑起点编制的生态环境损害修复项目及方案,正是社会资本定位偏离的必然结果。生态环境损害修复项目及方案编制过程中,需要正视社会资本的环境治理主体地位,兼顾国土空间规划与社会资本合理诉求,将社会资本意愿作为重要考量因素纳入设计过程。

《意见》工作原则部分提出“畅通社会资本参与和获益渠道,创新激励机制、支持政策和投融资模式,激发社会资本投资潜力和创新动力”。《意见》参与方式部分应当被视为框架性、基础性规范,允许社会资本围绕《意见》规定的三种回报路径发挥创造性,探索回报路径更多的潜在可能。回报路径兼

具激励社会资本参与、确保生态环境损害修复生态产品供给本质属性实现等制度功能,后者构成前者实现的必要前提,因此,提升社会资本话语权应当以生态产品供给作为外部约束。在明确生态产品供给本质的基础上,允许社会资本突破《意见》相关规定探索新的回报路径,譬如生态旅游、经济林与河道保护等产业。

五、余 论

《民法典》生态环境保护条款与《方案》对存在明确责任主体的生态环境损害提供了较为完善、妥当的司法救济途径。责任主体缺失的生态环境损害应当如何予以救济的重要课题在理论研究中长期处于边缘地带,《意见》的出台为此类生态环境损害修复的司法实践与理论研究提供了重要的契机。社会资本参与为责任主体缺失的生态环境损害修复的理论研究赋予了更加丰富的内涵与更为多元的可能空间。社会资本参与生态环境损害修复视域下,环境治理主体多元与生态环境损害修复特质的并存与交叉既是机遇又是挑战,对相关的理论研究提出了更高的要求。

笔者以社会资本参与生态环境损害修复实践为出发点,兼具宏观视角与微观视角分析环境行政机关与社会资本在生态环境信息共享、利益协调、参与程序及回报路径等四个维度的合作与博弈,实现研究进路的拓展。从以下几个方面为社会资本参与生态环境损害修复实践提供指引:强化生态环境信息共享的双向性以打破环境行政机关对环境信息的垄断性占有;构建利益协调平台并规范利益博弈规则以回应现代环境治理对治理主体结构性平等的理论诉求;严格社会资本参与程序以约束环境行政机关在社会资本类型选取方面的自由裁量权;细化生态环境损害修复回报路径以充分挖掘社会资本的潜在功能并提升其话语权。

注释:

- [1]《解释》第20条第2款,“人民法院可以在判决被告修复生态环境的同时,确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用;也可以直接判决被告承担生态环境修复费用”。
- [2]吕忠梅、窦海阳:《修复生态环境责任的实证解析》,《法学研究》2017年第3期。
- [3]徐以祥:《〈民法典〉中生态环境损害责任的规范解释》,《法学评论》2021年第2期;吕忠梅、窦海阳:《以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系》,《中国社会科学》2020年第2期。
- [4]任洪涛、唐珊瑚:《论生态环境修复责任与生态损害赔偿责任的衔接与适用——以〈民法典〉第1234条、1235条为研究视角》,《中国政法大学学报》2022年第2期。
- [5]李犇萍:《生态环境修复责任法律性质辨析》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2018年第2期。
- [6]胡静、崔梦钰:《二元诉讼模式下生态环境修复责任履行的可行性研究》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2019年第6期。
- [7][41]朱晓勤:《生态环境修复责任制度探析》,《吉林大学社会科学学报》2017年第5期;邱玉梅、李卓:《论生态环境修复责任制度的完善》,《时代法学》2020年第2期。
- [8][18][51]田千山:《生态环境多元共治模式:概念与建构》,《行政论坛》2013年第3期。
- [9][32]周伟:《生态环境保护与修复的多元主体协同治理——以祁连山为例》,《甘肃社会科学》2018年第2期。
- [10]自然资源部国土空间生态修复司2020年7月印发的《社会资本参与国土空间生态修复案例(第一批)》;江西省自然资源厅2022年4月印发的《江西省国土空间生态修复典型案例(第一批)》;江西省自然资源厅2023年6月印发的《江西省国土空间生态修复典型案例(第二批)》;河北省自然资源厅办公室2022年8月印发的《社会资本参与国土空间生态修复案例》。
- [11]张新宝:《侵权责任构成要件研究》,北京:法律出版社,2007年,第121页。
- [12]吕忠梅:《“生态环境损害赔偿”的法律辨析》,《法学论坛》2017年第3期。
- [13]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》,适用范围部分对“生态环境损害”作出界定。
- [14]王立争、王金香:《民法典中的生态环境修复责任》,《天津法学》2020年第3期。

- [15]王树义、李华琪:《论我国生态环境损害赔偿诉讼》,《学习与实践》2018年第11期。
- [16][49]任洪涛、严永灵:《论我国生态修复性司法模式的实践与完善》,《西南政法大学学报》2017年第4期。
- [17]唐绍均:《论环境污染第三方治理的制度梗阻与激励规制》,《政法论丛》2021年第5期。
- [19]丁霖:《论生态环境治理体系现代化与环境行政互动式执法》,《政治与法律》2020年第5期。
- [20]张文明:《“多元共治”环境治理体系内涵与路径探析》,《行政管理改革》2017年第2期。
- [21][美]奥利·洛贝尔:《新新政:当代法律思想中管制的衰落与治理的兴起》,成协中译,罗豪才、毕洪海编:《行政法的新视野》,北京:商务印书馆,2011年,第137页。
- [22]谭斌、王丛霞:《多元共治的环境治理体系探析》,《宁夏社会科学》2017年第6期。
- [23][52]詹国彬、陈健鹏:《走向环境治理的多元共治模式:现实挑战与路径选择》,《政治学研究》2020年第2期。
- [24]王名、邢宇宙:《多元共治视角下我国环境治理体制重构探析》,《思想战线》2016年第4期。
- [25]孟鸿志、张运昊:《大数据时代政府信息公开制度的变革与走向》,《法学论坛》2021年第4期。
- [26]唐兴盛:《政府“碎片化”:问题、根源与治理路径》,《北京行政学院学报》2014年第5期。
- [27]刘权:《政府数据开放的立法路径》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。
- [28]《意见》重点领域部分将生态环境损害修复分为自然生态系统保护修复、农田生态系统保护修复、城镇生态系统保护修复、矿山生态保护修复及海洋生态保护修复等五大类。
- [29]江西省自然资源厅2022年4月印发的《江西省国土空间生态修复典型案例(第一批)》。
- [30][40]谌杨:《论中国环境多元共治体系中的制衡逻辑》,《中国人口·资源与环境》2020年第6期。
- [31]胡业飞、孙华俊:《政府信息公开与数据开放的关联及治理逻辑辨析——基于“政府—市场—社会”关系变迁视角》,《中国行政管理》2021年第2期。
- [33][50]杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,《法学研究》2019年第4期。
- [34]江国华:《PPP模式中的公共利益保护》,《政法论丛》2018年第6期。
- [35]刘超、吕稣:《自然保护区共同治理机制的定位与构造》,《东南学术》2023年第5期。
- [36]徐忠麟:《我国环境法律制度的失灵与矫正——基于社会资本理论的分析》,《法商研究》2018年第5期。
- [37]2020年7月自然资源部国土空间生态修复司印发的《社会资本参与国土空间生态修复案例(第一批)》,本案是其中的第五个案例。
- [38]2020年7月自然资源部国土空间生态修复司印发的《社会资本参与国土空间生态修复案例(第一批)》,本案是其中的第七个案例。
- [39]刘梦祺:《政府与社会资本合作中政府角色冲突之协调》,《法商研究》2019年第2期。
- [42]“唐山市东湖片区生态修复”案例,该项目采取PPP模式,合同总投资577829.07万元;“矿区‘橙果飘香’赋能脱贫攻坚”案例中,萍乡市芦溪县共吸引社会资本投资5000万元。
- [43]杜健勋:《“修复生态环境”的法律适用研究——基于对《民法典》第1234条的理解》,《学术界》2021年第11期。
- [44]徐军、何敏:《生态环境修复责任的法律困境与制度突破——以生态环境损害赔偿制度改革为视角》,《青海社会科学》2019年第6期。
- [45]Stewart, R. B, “A New Generation of Environmental Regulation”, *Capital University Law Review*, 2001, 29(1), p. 131.
- [46]梁甜甜:《多元环境治理体系中政府和企业的主体定位及其功能——以利益均衡为视角》,《当代法学》2018年第5期。
- [47]耿宝建、周冕:《新条例制度环境下政府信息公开诉讼的变化探析》,《中国行政管理》2020年第2期。
- [48]何渊:《政府数据开放的整体法律框架》,《行政法学研究》2017年第6期。
- [53]王泗通:《协同共治视角下的环境治理现代化——基于地方环境政策修正利益主体的博弈分析》,《河海大学学报(哲学社会科学版)》2023年第4期。
- [54]窦海阳:《生态环境损害责任的体系解释与完善——以生态环境法典编纂为视角》,《中国法律评论》2022年第2期。
- [55]巩固:《激励理论与环境法研究的实践转向》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期。
- [56]王遥、王文翰、王文蔚等:《以多元基金模式破解我国生态保护修复资金困境》,《环境保护》2020年第12期。

[责任编辑:刘 璠]