



生物多样性行政不作为的司法审查

高利红 张艺萍

Judicial Review of Administrative Omissions on Biodiversity

GAO Lihong ZHANG Yiping

在线阅读 View online: <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.4212>

您可能感兴趣的其他文章

Articles you may be interested in

[行政裁量行为的合理性审查研究](#)

Research on the Rationality Judicial Review of the Administrative Discretion Actions

北京理工大学学报(社会科学版). 2018(6): 147 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.2634>

[论环境规制中的法院角色——从环境公益诉讼的模式选择说开去](#)

Research on the Role of Court in Environmental Regulation—Thinking From the Mode Selection of Environmental Public Interest Litigation

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(1): 141 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.2682>

[论宪法中的行政诉讼权](#)

On the Administrative Litigation Right in the Constitution

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(5): 144 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.2221>

[中国社会的司法回应论纲——“诉求—回应”互动模式的视角](#)

A Compendium on the Judicial Response of Chinese Society

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(2): 153 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.1525>

[基于技术多样性的专利申请人与审查员的引证行为差异](#)

Citation Behavior Differences between Patent Applicants and Examiners from the Perspective of Technology Diversity

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(1): 97 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.3722>

[行政诉讼履行法定职责实体判决论——以“尹荷玲案”为核心](#)

The Study of Substantive Judgment to Perform Statutory Duty in the Administrative Procedure Law—With the Case of YIN Heling as the Core

北京理工大学学报(社会科学版). 2018(2): 132 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.1147>



关注微信公众号，获得更多资讯信息

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.4212

生物多样性行政不作为的司法审查

高利红, 张艺萍

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

摘要: 中国司法实践面临着生物多样性相关立法分散、规制目标不明确的现实困境。法院在审查生物多样性行政不作为案件时, 对生物多样性损害的审查欠缺针对性; 在对行政不作为是否违法的判断中, 法院的司法审查内容不全面、审查强度不一致, 通常倾向于采用结果标准, 以生态环境损害的实然结果作为判断行政不作为是否违法的标准, 这种高强度审查方式客观上违背了职权法定原则。因此, 对于生物多样性行政不作为司法审查的完善, 应将生物多样性指标纳入司法证据, 以保证全面且有针对性地审查生物多样性损害; 应采取过程性审查方法, 对行政不作为中的裁量行为进行全面检视来判断行政不作为是否违法; 同时以司法尊重原则为导向合理调整司法审查的强度。

关键词: 生物多样性; 行政不作为; 司法审查; 环境公益诉讼; 司法尊重

中图分类号: D912.6

文献标志码: A

文章编号: 1009-3307(2022)02-0061-10

生物多样性是人类赖以生存和发展的基础, 是关乎人类可持续发展的关键要素, 也是生物种质资源研究的核心利益载体。1992年, 中国率先签署和批准了《生物多样性公约》, 其后建设性参与《名古屋议定书》和《卡塔赫纳生物安全议定书》。通过对相关政策和行动的落实, 中国有力地推动了生物多样性保护工作。在法律法规层面, 通过完善物种资源的保护与监管、生物安全以及生态损害赔偿法律法规, 使得法律体系得以健全^[1]。环境行政公益诉讼理论的逐渐成熟和相关立法上的不断突破, 也为生物多样性损害提供了司法保护路径。然而生物多样性所特有的环境公益性、损害结果的次发性和隐蔽性特点, 使其在司法实践中未得到应有的保护, 同时在理论研究中也未得到足够的重视。

通过案例统计可知, 行政不作为是当前中国生物多样性行政违法的主要表现形式。在司法实践中, 中国缺乏对生物多样性行政不作为这类新型案件司法审查的可操作性标准, 导致司法审查不合理^[2], 呈现出“生物多样性保护非主流化法治保障”^[3]的实然状态。在学术理论上, 学界则主要集中在环境行政不作为的构成要件以及裁判标准的研究^[4-5], 未进一步探讨生物多样性行政不作为的司法审查。针对目前生物多样性行政不作为司法审查中存在生物多样性损害审查欠缺针对性、生物多样性行政不作为违法审查不全面和审查强度不一致的问题, 法院在审查中, 应当将生物多样性指标纳入司法证据, 以作为认定生物多样性损害的标准或参考, 应当运用过程性审查对行政裁量过程进行全面且严格的检视; 同时以司法尊重为导向, 合理调整司法审查强度, 进而确保生物多样性行政不作为审查结果的合理性。本文旨在通过对生物多样性保护司法案例进行审视, 分析司法审查的现状和不足, 以探寻完善路径, 健全生物多样性行政不作为违法的审查规则, 提高裁判结果的可预见性和公正性, 实现司法对生物多样性的有效保护。

一、生物多样性行政不作为司法审查之不足

本文以“生物多样性”或“环境”为关键词并以“行政案件”作为限定范围进行检索, 对生物多样性类型案件进行筛选, 在中国裁判文书网上共搜集到57个案例, 主要包括森林、草原等生态系统破坏类案件和动植物自然资源破坏类案件。总体而言, 森林、草原破坏类案件数量占绝大多数, 濒危野生动植物类案件则占比较小, 外来物种入侵和生物安全威胁类案件未见一例。而进入诉讼程序的案件数量不多, 且主

收稿日期: 2021-12-10

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“完善生态环境保护执法与司法衔接机制研究”(20ZDA090)

作者简介: 高利红(1970—), 女, 教授, 博士生导师, E-mail: ghlaw@126.com; 张艺萍(1990—), 女, 博士研究生, E-mail: 934781953@qq.com

要以生态系统破坏类案件为主,这也从侧面反映出以司法权监督行政权这一重要监督职能还未有效地发挥。以已有生物多样性行政不作为案例为对象,对司法审查制度的总体运行进行检视,主要存在以下三点不足:一是对生物多样性的审查欠缺针对性。生物多样性损害与生态环境损害存在差别,而法院通常以环境损害的审查代替生物多样性损害的审查。二是生物多样性司法审查内容不全面。法院基于对环境公益的保护,将生态环境损害的实然状态作为行政不作为违法的认定标准,忽略了对行政裁量行为的全面审查,特别是忽略了阻却因素对行政机关依法全面履职的影响。三是生物多样性司法审查强度不一致。体现在各个法院因立场不同而采取不同的审查强度,但总体上呈现出高强度审查的特征。总之,法院为了确保生态利益的实现,倾向于判决行政不作为违法或者行政机关继续履行法定职责,导致行政机关在生物多样性行政不作为案件中败诉成为常态。

(一)生物多样性审查欠缺针对性

当前,生物多样性保护法律体系虽已基本建成,但生物多样性立法散见于法律条文之中,未能有效整合,加之立法目标也未明确规定^[6],造成司法适用的现实困境,主要表现为法院对生物多样性损害的审查欠缺针对性,其主要包括以下三个方面:

一是对濒危物种和生态系统的审查囿于环境标准的框架之内,法院多是对环境损害进行审查,没有针对性地审查生物多样性损害。其一是对濒危物种破坏的审查,未进一步了解物种衰退、基因破坏的情况。比如在一起诉英山县自然资源和规划局不履行法定职责案^[1]中,英山县自然资源和规划局对四棵县级保护古树未采取有效的保护措施,而法院主要根据检察机关的诉求进行审查,认为行政机关的“保护措施并未达到检察机关的预期效果”,判决行政机关继续履行职责。本案中的一级古树无论从生态保护还是物种遗传层面都至关重要,但法院并未提及古树名木保护不全面可能对生物多样性造成的影响,同时检察机关也未积极提供相关证据。其二是对生态系统破坏的审查,未进一步审查生境平衡、物种栖息地破坏的情况。如在公益林损害的行政不作为相关案例中,法官在判决书中多会提及“生态公益林对国土生态安全、生物多样性保护和经济社会可持续发展具有重要作用”^[2]。仅以此来表述公益林的生态功能,未进一步审查生物多样性的损害情况。不难看出,法院倾向于以环境标准代替生物多样性标准,这虽在一定程度上保护了生物多样性,但也体现其局限性。

二是未审查生物多样性指标的科学证据。如在一起诉点军区环境保护局不依法履行法定职责案^[3]中,村民在从事生猪养殖业时,“未建设污染防治配套设施即投入生产,养殖废水未经有害化处理即从沿江排污口向长江直接排放的情况,造成环境污染,”而点军区环境保护局对这一情况未进行监管。检察机关借助畜禽养殖废水的监测报告,以报告中各项指标均超过《畜禽养殖业污染物排放标准》的标准值来证明行政机关未依法履职,最终法院采纳了这一科学证据,认为“沿江三个排放口的水质尚未达到国家规定的排放标准,环境污染也未得到彻底治理,故被告应继续履行监管职责”。而法院却未对长江污染造成的生物多样性损害申请鉴定评估,忽略了流域污染对生物多样性造成的严重后果。长江中下游是重要濒危鱼类的栖息地,其水质污染造成野生动物赖以生存的栖息地环境恶化、食物资源锐减,极易导致物种灭绝,长江中的白鱀豚在2007年被宣布功能性灭绝,目前江豚也仅剩一千头左右^[7]。因此,法院未将生物多样性指标的科学证据纳入参考范围,仅参照污染物检测等相关的环境标准,不利于全面评估动植物及其栖息地的损害现状,也不利于及时采取有效的保护措施。

三是不重视生物多样性生态功能区的司法审查。生物多样性保护是生态功能区类型之一,目前中国共划分43个生物多样性保护功能区,分布面积达全国陆域面积的23.09%^[8]。从已有案例可知,无一例是关于生物多样性保护功能区的行政案例。通过学者对2011—2019年13个国家重点生物多样性保护功能区的维护生态功能状况进行综合评估,表明近十年来,生物多样性维护国家重点生态功能区以人口迁出为主,总体呈现利好的状态,但是人口密度和路网建设使得人类干扰指数增加,导致生态系统孤岛化和破碎化^[9]。因此,仅仅局限于对森林、草原等生态系统的保护以及加大对自然保护地的保护,很难应对

① 湖北省浠水县人民法院〔2020〕鄂1125行初144号判决书。

② 福建省浦城县人民法院〔2017〕闽0722行初1号判决书。

③ 湖北省宜昌市点军区人民法院〔2017〕鄂0504行初1号判决书。

当前生物多样性生态功能区的严峻形势。而司法监督对生物多样性生态功能区保护的不重视,也是导致生态压力增大的重要原因之一。

(二)行政不作为违法审查不全面

生物多样性行政不作为包括不完全作为和完全不作为两种情形,由于诉前程序发挥了检察监督职能以督促行政机关依法履职,因此大多数案件主要集中在不完全作为的情形上,即行政机关未完全履行保护生物多样性的法定职责,行政机关是否全面履职成为生物多样性行政不作为案件的争议焦点。法院在审查时,主要参照四要件说来对行政不作为进行具体认定。从主观上看,行政主体具有怠于履行作为义务之主观意志,且排除不可抗力等非主观意志能够左右的因素造成的作为可能性欠缺;从客观上看,主要表现为行政机关在程序上有所不为,而且该不为已经逾期^①。虽然认定规则较为统一,但是对不可抗力等客观阻却因素的审查明显不足,行政机关也会因阻却因素的客观性提出抗辩。

在搜集到的57个案例中,其中有26例行政机关提出抗辩,请求驳回检察机关“确认行政机关未全面履职违法”的诉求,同时在抗辩中表明自身在主观上未怠于履职,极力证明因客观原因导致在检察期限内履职不能。而从判决结果上看,在这26个案例中行政机关全部败诉,据统计,法院判决行政机关违法的裁判结果有6例,继续履行法定职责的裁判结果有12例,而违法且继续履行法定职责的裁判结果有8例,行政机关均受到了法院的负面评价。由此可见,行政机关所提出的阻却因素并未成为法院衡量行政机关是否全面履行法定职责的关键。行政机关在辩诉中提出的阻却因素,主要分为以下四类:

第一,部门间的程序性衔接。其一是涉及职能部门的衔接。如在一起诉琼海市自然资源和规划局不履行法定职责案^②中,行政机关认为“其中3宗违法占地案件清理难度较大,只能移送给琼海市综合行政执法局执行并跟进执行情况,且仍在按照整治方案持续推动会山保护区的管理和整治工作”。其二是涉及行刑衔接。如在一起诉固阳县自然资源局不履行法定职责案^③中,行政机关认为“没有及时恢复被破坏的土地是因为案件已经移送公安局,继续履程序上存在障碍”。可以看出,行政机关即使积极履行职责,也会受到程序性事项的阻碍。

第二,生态修复的规律性和专业性。其一是受植被生长周期的影响。比如在一起诉大安市畜牧业管理局不履行法定职责案^④中,行政机关督促违法相对人积极履职,而“当时已经进入冬季,植被恢复原貌困难,某某公司已保证来年春天将离地沟恢复原貌”。又如在另一起诉珲春市林业局不履行法定职责案^⑤中,行政机关认为“栽种树木受季节气候的影响,恢复原状的期限必然较长,这是自然条件决定”。其二是植被修复的专业性因素。如在一起诉安宁市林业局不履行法定职责案^⑥中,行政机关提出“已对项目负责人进行约谈,要求严格按照施工方案执行,制定水土保持方案,弃土应堆放在弃土场,滑坡地段应当制定治理方案,并要求将治理和恢复方案上报市林业局”。由此可知,植被修复不仅极大地受生长周期、季节和气候的影响,并且对于大面积植被破坏需要通过制定专业方案才能实施修复。这些因素都使得恢复原状无法在短期内实现,也造成了行政机关无法完全履行职责的局面。

第三,超越职责与权限范围。由于近两年部门职责改革使得环境行政权责进一步细分,导致环境行政权力更为分散。相当一部分生物多样性行政不作为是由于行政权责划分不清,行政机关互相推诿而导致行政机关怠于履职。如在一起诉武穴市自然资源和规划局不履行法定职责案^⑦中,行政机关认为“市林业局虽然已经并入市自然资源和规划局,但是一直对外加挂林业局的牌子,因此林业局才是适格被告。”正因如此,市自然资源和规划局在收到检察建议之后未积极督促违法相对人恢复林地。

第四,限制因素。主要表现为基层执法经费匮乏、执法人员不足和基层执法环境恶劣等情况。如在一起诉普洱市思茅区农业农村局不履行法定职责案^⑧中,行政机关提出,“在执法中容易受到地方民众的

① 海南省第一中级人民法院〔2019〕琼96行初274号判决书。

② 内蒙古自治区达尔罕茂明安联合旗人民法院〔2020〕内0223行初14号判决书。

③ 吉林省大安市人民法院〔2018〕吉0882行初3号判决书。

④ 吉林省延吉市人民法院〔2018〕吉2401行初10号判决书。

⑤ 云南省昆明铁路运输法院〔2017〕云7101行初33号判决书。

⑥ 湖北省武穴市人民法院行政〔2020〕鄂1182行初116号判决书。

⑦ 云南省普洱市思茅区人民法院〔2020〕云0802行初86号判决书。

干扰,加之执法人员严重不足,经费无保障等,后续工作难以开展。”又如另一起诉林业局不履行法定职责案^①中,行政机关“因资金拨付未到位,导致未补植,错过最佳植树时期”。因此,基层执法困境在一定程度上限制了行政机关及时履行法定职责。

从以上阻却因素类型来看均为客观事由,但是行政机关是否全面履行法定职责应在个案中作具体判断。而法院是否采纳以上阻却因素基本为否定态度,据统计,这26例案件中,其中有9例法院为部分采纳态度,法院会肯定行政机关部分履职的情况;而另外17例法院则为不予采纳态度,未支持行政机关的辩护意见。因此,即使行政机关提出抗辩,法院也不会完全采纳行政机关的辩护意见,通常仅以生态环境是否处于损害的实然状态来认定行政机关是否全面履行法定职责。较为明显表明法院态度的一起案件中,法院认为“毁坏的林地已经补种,表明水务局在一定程度上履行了监管职责,但是水土保持林的防护功能仍未恢复,因此水务局仍然要继续履行恢复林地功能的职责”^②。可以看出,法院倾向于保障生态环境功能的修复,意图以司法裁判督促行政机关履行相应职责,以使生态环境功能得到完全恢复。但是,只要生态环境处于损害状态,法院就会对行政机关的抗辩事由采取弱审查或者不审查,让行政机关承担相应的法律责任。但这种合目的审查方式有可能造成负面效果,行政机关可能对检察建议产生排斥,敷衍履职或者放弃履职,或是为了达到检察建议的要求不计成本地完成,造成履职流于表面。

(三)行政不作为审查强度不一致

在生物多样性行政不作为司法审查中,从法院的审查结果来看,法院为了保障生态利益的实现,以生态环境损害的实然状态作为判断标准,整体采取了高强度审查模式;从法院对行为的审查来看,法院并非一味地否定行政机关履职,而是因立场不同而采取了不同的审查强度。

一是从法院的审查结果来看,采取了高强度审查模式。在57个案例的审判结果中,有10例判决结果为违法;29例判决结果为违法+继续履行法定职责;17例判决结果为继续履行法定职责;另有1例为撤诉案件,则主要是受政策变化影响。在这一起案件中,省政府下达文件明确规定“禁止在和龙市明岩水利枢纽工程征占地范围内新栽多年生经济作物和林木”^③,导致违法相对人无法继续补种树木,考虑到违法相对人之前已积极补种,虽存活率低,但在不损害公共利益的情况下,检察机关作了撤诉处理。总体上,从判决结果来看,行政机关几乎全部败诉。虽然有17例没有判决行政不作为违法,但行政机关仍然受到了司法上的负面评价。因此,在审查强度方面,法院对行政不作为违法的审查,呈现出与传统案件截然相反的态度。在传统行政案件中,法院对行政机关更加尊重,在法律适用的冲突上更加宽容^④。但是在生物多样性行政不作为案件中,则以生态环境损害的实然结果作为行政不作为是否违法的裁判标准,体现出法院为了保障生态利益而采取的高强度审查模式。可以看出,法院“积极司法”忽略了行政机关本身是公共利益的执行者和捍卫者这一角色,而是将其视为直接侵权的主体^⑤,导致污染主体认识的错位,这与“谁污染谁治理”的传统环境治理理念相偏离。

二是法院在行为判断上,审查强度呈现出模糊性的特征,各法院因立场不同而作出不同强度的审查。在部分情况下,法院对行政机关的履职情况予以充分肯定,比如在一起诉环保局不履行法定职责案中,市检察院主动撤回了继续履行法定职责这一诉求,一审法院也未判决行政不作为违法。但随后该案上诉到二审法院,检察机关的诉求之一是认定行政机关未完全履行法定职责的情形违法。延吉市中级人民法院却认为,“确认违法是行政机关继续履行职责的基础,仅确认违法没有独立的诉讼价值,该主张对环境公益保护并没有实际意义,公益诉讼制度的目的也并非一定要通过诉讼程序来实现”^⑥,最终驳回了上诉人的请求。该案中,一审法院和二审法院对确认行政不作为是否违法都保持严谨的态度,就如一审法院所表述的,“公益诉讼制度的价值并非通过检察机关的胜诉率和司法裁判的数量作为唯一判断标准,各方应尽法定职责,并非一家之事。”^⑦但是在大多数案件中,法院却将履行环境保护的职责强压给

① 贵州省江口县人民法院〔2018〕黔0621行初1号判决书。

② 云南省昆明市呈贡区人民法院〔2018〕云0114行初91号判决书。

③ 吉林省延吉市人民法院〔2019〕吉2401行初145号裁定书。

④ 吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院〔2018〕吉24行终114号判决书。

⑤ 吉林省敦化市人民法院〔2017〕吉2403行初12号判决书。

行政机关,在审查中未充分尊重行政机关裁量权的行使。比如一起诉林业局不履行法定职责案^①中,行政机关考虑到村民的经济利益,在恢复植被时试图采用村委会提出的异地补种的恢复方式,但法院在审查后,确认被告昆明经济技术开发区林业局作出的“同意大冲社区居委会关于异地恢复林地要求”报告的履职行为违法。行政执法本身存在大量的裁量空间,并且裁量行为有利于行政监管职能的有效发挥,法院却直接对行政执法过程中的裁量行为予以否定,此种做法难言妥当。

由此,在生物多样性行政不作为审查中,对于行政机关履行法定职责的行政行为,审查强度基于各个法院的立场不同而存在差异,而总体上,法院未充分尊重行政机关环境执法的自由裁量权。但从制度设计来看,行政机关、检察机关和法院这三者在环境公益诉讼机制中应共同完成生态利益保护的目标,不仅仅是行政机关一家的职责。

二、生物多样性司法审查不足的原因探析

通过对生物多样性司法审查不足的原因分析,中国生物多样性司法保护总体上处于初级保护阶段。从技术层面来看,中国生物多样性相关的科学研究成果未被司法机关吸收和利用;从规范层面来看,由于中国目前生物多样性行政不作为的审查在环境行政公益诉讼制度之中运行,环境行政公益诉讼制度的不完善也直接影响生物多样性司法保护的效果。

(一)生物多样性概念未充分转化为技术性规范

“生物多样性”是生物(动物、植物、微生物)与环境形成的生态复合体以及与此相关的各种生态过程的总和,包括物种、基因和生态系统三个层次。其以最广泛和最具包容性的术语来强调保护生态环境的重要性,目标是为了保护生物多样性、可持续利用生物多样性组成部分以及公平分享利用遗传资源。几乎所有生物都被纳入《生物多样性公约》(以下简称《公约》)保护的范围之内,而在缔约国义务方面却稍显宽松,各缔约方仅需根据各国不同的经济条件和能力,分别“尽可能酌情”^[13]拟定具体条款以履行缔约方义务。但生物多样性一词是将各学科思想集合而缺乏精准性的词语,各国立法几乎不可能将其量化^[14],中国立法同样面临这样的困境。

从中国履行公约的情况来看,自加入《公约》30多年,中国生物多样性立法已基本完成,生物多样性保护被中国多部法律所吸收,以原则性和专门性条款的形式予以确认。但现行生物多样性保护法律体系存在立法目的孤立、立法形式分散等特征^[15]。在法律层面,比如《中华人民共和国草原法》《中华人民共和国野生动物保护法》均在第1条将维护生物多样性作为立法目的,而《中华人民共和国森林法》第28条则将维护生物多样性视为森林资源的重要功能之一,生物多样性在各个部门法中的内容与适用都有所差异。从地方条例来看,2018年云南省人大在全国率先颁布了《云南省生物多样性保护条例》,仅在第35条笼统规定:对于违反生物多样性保护规划和该条例中涉及的行为,相关主管部门的直接负责人应当予以处罚。表明行政机关的违法责任单一。其后颁布的《湘西土家族苗族自治州生物多样性保护条例》未规定责任条款,总体而言,地方条例的宣示性意义更大。从立法来看,近年来中国生物多样性主流化进程加快,但是由于生物多样性立法目标不明确,导致行政机关和司法机关均未能全面和有效地保护生物多样性,也凸显出生物多样性指标相关的科研成果未被充分吸收和利用。

生物多样性的自然科学属性非常突出,且生物多样性指标可以直观反映出生物多样性的情况。目前,中国已划定生物多样性保护优先区域,全国共35个^[16],建设了生物多样性综合观测站对生物多样性情况进行长期监测,并且地方以县为单位对区域生物多样性进行不定时监测。已有较为成熟的检测技术和方法,并且有大量检测数据作为支撑。在2021年推进国家生态质量监测网络的建设中,首次将生物多样性指标纳入生态质量综合评价指标框架^[16],以引导地方政府加强对生物多样性的保护。

而生物多样性指标并未作为司法证据予以适用。在司法实践中,由于生物多样性这一生态概念未转化为技术性规范,导致法院通常选择放弃审查生物多样性损害,而仅审查生态环境损害的情况,直接规避了审查的难度。在2021年10月18日最高人民法院发布的《最高人民法院关于新时代加强和创新环境

^① 云南省昆明市呈贡区人民法院〔2017〕云0114行初36号判决书。

资源审判工作、为建设人与自然和谐共生的现代化提供司法服务和保障的意见》中,第二点中明确表示,“要切实维护生物多样性,打击各类破坏野生动植物资源犯罪、非法贸易、依法审理涉生物多样性司法保护案件,依法保护珍贵濒危野生动植物栖息地生态环境。”由此可见,最高人民法院仅强调了对物种与栖息地的保护,并未涉及生物多样性系统化和科学化保护的措施,体现出司法机关对生物多样性的科学性还未充分认识,也集中表明,目前中国对生物多样性的司法保护仍处于初级保护阶段。

(二)生物多样性公益保护机制不完善

生物多样性保护在环境行政公益诉讼制度中得到保障,但目前环境行政公益诉讼制度不健全主要表现为以下两点:一是环境行政公益诉讼的裁判标准未明确。从中国法院裁判标准的相关规定来看,在《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》第25条规定,法院应参照《中华人民共和国行政诉讼法》70条、74条、75条的相关内容,针对不同违法情形作出不同的判决。对生物多样性行政不作为的司法审查,以合法性审查为裁判标准,符合行为标准的审查逻辑。但是在《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)中,法院需坚持预防为主原则、恢复为主原则来落实以生态环境修复为中心的损害救济制度,该工作规范从内容上看则更偏向于结果标准。因此,在立法上对生物多样性行政不作为的认定没有明确的法律规范指引,而生物多样性行政不作为的研究成果较少,且主要集中在传统行政不作为上。法院在缺乏理论指导与规范指引的情况下,很难形成统一的裁判标准。二是诉前程序影响审判程序。检察机关作为公共利益的代表,依职权监督行政机关履职。从已有案例的裁判结果来看,除了检察机关主动撤诉之外,其余案件检察机关均为胜诉,检察机关与法院均以生物多样性损害的实然状态作为判断标准。检察机关的监督职能发挥实则对法院的审查产生了影响,在诉前程序中,对行政机关违法履职或未完全履职的情况,检察机关有首次判断权。也正是检察机关在法律层面上被赋予了判断行政行为性质的“权威性”,导致法院倾向于采纳检察机关的判断意见,更偏向于肯定检察机关的诉求。就如上文分析,此合目的性审查偏离了司法审查所应遵循的依法裁判理念,能动司法在生物多样性行政不作为案件中表现尤为明显,一定程度上重构了行政权与司法权的关系,造成司法权凌驾于行政权之上的局面。

三、生物多样性行政不作为司法审查的完善

生物多样性行政不作为案件具有复杂性、科学性、公益性等特点,正如波斯纳所说,在风险社会下,法院面临越来越多的“复杂性挑战”^[17],这也给司法审查带来诸多困难。司法本身有其局限性,法院囿于司法裁判的个案裁量,无法形成普遍性规则来加以广泛的适用;同时,由于司法审查诉讼成本较高,不能像行政机关一样充分地执行环境公共政策。而环境行政公益诉讼发轫于行政监督程序,是行政监督程序在司法中的延续和扩展,在追求环境保护实效的同时,应尊重行政法治的一般逻辑^[18]。因此,法院审查生物多样性行政不作为时,不能用它对目的性、经济性和平衡性等方面的裁量,来替代行政机关的相应裁量^[19]。而中国法院对生物多样性行政不作为的司法审查,以生态环境损害的实然结果为认定标准,政策性导向较为明显,偏离了合法性审查的规范意旨,不利于行政不作为违法的合理认定。因此,对生物多样性行政不作为的审查,应从以下三个方面来完善:一是充分认识生物多样性的科学性,将生物多样性指标纳入司法证据;二是运用过程性审查,严格检视行政不作为的违法性,将阻碍因素放置行政裁量过程之中,结合行政机关的抗辩事由充分而全面地审查;三是司法尊重原则为指导,尊重行政专长,合理调整司法审查的强度。

(一)生物多样性指标纳入司法证据

生物多样性保护在既有环境法律保护框架之内,对野生动植物以及生态系统均有相应的保护性法律规范。但为了更好地落实生物多样性保护的目标,应对生态环境和生物多样性二者进行区分。生物多样性与环境所涵盖的内容既有交叉,又有不同的侧重点,主要体现在生物多样性保护更侧重于物种的多样性保护,其目的是为了保障物种和基因的多元化延续,而环境保护更侧重于人类生存环境的保障。从自然科学角度而言,生物多样性指标是区分二者的关键。

生物多样性功能指标检测是通过评定某一区域生物的丰富度、均匀度进行的科学评价^[20],一些国家已经建立了国家生物多样性监测与评价体系,如德国生物多样性国家战略指标(BfN, 2008),南非生物多样性评价指标(DEAT, 2009)等^[21]。中国目前有《生态环境状况评价技术规范》《区域生物多样性评价指标》《生物多样性相关传统知识分类、调查与编目技术规定》(试行)以及共发布了13项生物多样性观测技术导则等一系列技术规范。在县域生物多样性评价中,主要涉及6个指标,包括野生维管束植物丰富度、野生动物丰富度、生态系统类型多样性、物种特有性、受威胁物种的丰富度以及外来物种的入侵度,这6个指标还不能全面和综合地判断生物多样性的状况,理想的评估指标应涵盖生物多样性各个层次及所有属性特征,因此有学者在综合考虑生物多样性面临的问题、政策法律体系、资金支持以及公众意识等基础之上,甄选出26个评价指标来完善中国生物多样性的监测。其中影响型指标和响应型指标^①的增加,有利于对某一区域的生物多样性状况给予更为客观的评价。从监测技术来看,已形成物种、群落和生态系统的全方位、立体化的监测格局,网络数据成为大数据源,生物多样性监测网络的建设极大促进了联网监测与核心监测指标体系的统一^[22]。并且,生态环境的检测技术更为成熟,可以为生物多样性司法审查提供技术支持。因此,在司法中采纳生物多样性指标作为科学证据有其正当性和科学性。

目前生物多样性指标还未成为司法审查生物多样性损害的参考标准之一,因此,法院在认定生物多样性损害时,为了弥补证据方面的不足,可以通过专家咨询意见、监测数据报告等作为支撑手段来辅助认定生物多样性损害,同时在必要时聘请具有相应司法鉴定资质的专业机构来进行科学检测。

(二)过程性审查的运用

对行政行为的实质性审查不是去考量、推测行政机关的意志问题,而是审查行政裁量过程有没有发生偏差^[23]。法院对行政不作为违法的认定,是基于行政行为与法定职责之间的因果关系,而不是基于行政行为与生态环境损害之间的关系。因此,为了有效地避免司法审查中因果关系的混乱,法院可采取美国司法实践中常用的审查方式——过程性审查。

过程性审查起源于20世纪30年代初,经济危机之后,美国政府开始探索由“夜警国家”模式向“福利国家”模式转变,行政机关由被动转为主动,行政机关开始突破形式法治的限制,主动干预市场和经济,导致行政职能的不断扩张。此时,由于行政权急剧膨胀使得三权分立受到冲击,司法权无疑加大对行政权的控制,而法院如果采取实质性审查,很难应对工业社会中不断出现的技术问题和法律问题,因此其采取了实体性审查与程序性审查的折中方法,以过程性审查对行政权进行更为巧妙的司法控制,从而保证了行政权与司法权的制衡。过程性审查的本质是探索决定者的思维过程,即法院更加注重行政机关作出行政行为的解释说明过程^[24],行政机关在作行政解释时,既要说明该规则的立法目的,又要解释行为选择与目的之间的合理性^[25]。持该观点的代表人物之一莱文塔尔法官(Judge Leventhal),他在撰写的判决书中宣称:“对于行政行为的程序瑕疵,法院应当进行严格检视(hard look review),根据行政解释适度且详细地审查行政行为的合理性,不应以细微的程序瑕疵否定行政行为。”^②随后,美国著名行政法学家劳森(Gary Lawson)将其概括为“过程性审查”(process review)。

过程性审查具有广泛的适用性,在美国司法实践中从最初的政策性决定向一般行政行为扩张,而之所以具有泛用性,是因为其立足于一种特定的法律解释,“法将××判断授权给行政机关”,不管被授权的行政行为是否为裁量行为,都可以运用过程性审查。它既保证了实体审查,克服了审查复杂性行政行为的阻碍,又不至于仅以过程审查而导致审查不足^[26]。因此,当法律没有对行政机关作出明确而具体的行为指示时,过程性审查更适合被法院所适用。

由以上可知,过程性审查更加注重行政机关的解释说明,即使行政行为存在裁量瑕疵,行政机关也不能直接否定行政行为,应对行政行为进行全面检视。而法院是否采纳行政解释,要看行政机关作出的行政行为是否考虑了相关因素^[27]。因此,在生物多样性行政不作为中运用过程性审查,在很大程度上可以避免法院审查不全面的局面。通常被法院忽视或者否定的阻却因素是裁量瑕疵的一部分,应将其放在

① 笔者把生物多样性指标分为四类,包括压力型指标、状态型指标、响应型指标和影响型指标,影响型指标为碳储量与生态系统生产力,响应型指标为生态规划的编制与实施、生物多样性保护相关资金的投入、公众意识与参与等。

② Boston Television Corp. v. FCC. 444 F.2d 841(1970)。

整个行政裁量过程之中,如果认定为客观阻却事由,那么即使在生态环境损害未得到全面恢复的情况下,只要行政行为在合理范围之内,也不应认定行政机关存在违法不作为^[28]。同时,过程性审查的适用也有利于法院对行政机关是否履行法定职责给予更为客观的判断。

(三)司法尊重的适用

当行政机关因客观原因而不能完全履行法定职责时,应当认定行政机关“作为”,而不能认定其“不作为”^[10]。通过对行政行为的过程性审查,行政机关在诉讼中的阻却因素将会得到更为合理的审查。但是在司法实践中,由于审查强度不合理也可能导致事实认定和法律适用上的偏差。司法机关通常对生物多样性行政不作为采取高强度审查,即以生态环境损害的实然结果判断行政不作为违法与否,导致行政机关几乎全为败诉。而在具体法律问题和事实问题的审查中,则呈现出审查层次的随意性和模糊性,导致依法行政受到冲击,降低了法律的可预见性和确定性。从比较法的视角来看,美国司法实践中司法尊重原则(judicial deference)的全面适用,使得立法机关与司法机关形成监督制衡但又密切合作的结构,虽然中国与美国的司法体制存在巨大差异,但是司法尊重原则在司法审查中运用的灵活性和调适性,对于完善中国生物多样性行政不作为司法审查机制有一定的借鉴意义。

司法尊重原则是美国行政法领域中的重要原则之一。司法尊重包含两层含义。一是司法重视。司法重视又称斯基德莫尊重,是指法院对行政机关作出的高度专业性解释应当予以重视,并可以降低行政解释一致性的要求。持该论点的代表人物之一是杰克逊法官(Justice Jackson),他在撰写的判决书中对自己采纳行政解释的理由作了详细说明,“行政机关相较于法院而言在专业性上更具有优势,体现在其具有更为丰富的经验和更强的调查取证能力,虽然法院不受行政解释的约束,但是却可以用行政解释作为参考。当行政解释具有说服力时,应当对此解释加以重视。而法院只需判断行政解释是否更全面、更专业、更合理。”^①二是司法顺从。司法顺从又称雪佛龙尊重,是指法院在审查中,当某一法律规范在立法中不明确时,法院应将这一法律规范的解释权让与行政机关,此时法院需降低司法审查强度,仅审查行政解释的合理性。该论点的代表人物之一是斯蒂文斯大法官(Justice Stevens),他在撰写的判决书中宣称:“首先应判断国会是否已经对这一争议作出了具体的规定,如果国会立法明确,那么审查就止步于此,法院和行政机关都需要服从国会清晰的立法意图;如果法院认为国会没有直接处理争议的问题,法院此时也不能轻易地运用法律对该争议进行解释,而是需要审查行政机关的解释是否在法律规定的权限之内。”^②雪佛龙案件改变了美国法院对法律问题全面审查的局面,将其转变为与事实审查问题审查类似的理性主义审查模式。

随后,雪佛龙尊重在大量案件中得到适用,成为法官们最常使用的司法审查原则,但也带来了一个问题——非正规的行政解释是否可以适用雪佛龙尊重?在2001年麦德^③案中,斯卡利亚法官(Justice Scalia)对这一问题作出了明确答复,他在撰写的判决书中宣称:“海关决定关税分类的函件是否获得雪佛龙尊重,应首先运用雪佛龙尊重第一步,判断国会是否将规范解释权授权给行政机关,如果法律没有明确表明国会打算授权海关发布具有法律效力的函件,则无法适用雪佛龙尊重。但海关决定关税分类的函件具有专业性和经验性,其在某一特定领域的说服力,法院应给予斯基德莫尊重。”他认为非正规的行政解释不能获得雪佛龙尊重,但基于行政机关的行政专长可获得斯基德莫尊重。

从美国长期的司法实践来看,不论是对行政解释还是非行政解释,或者是从行政解释中抽离出的行政专业性因素,法院在审查时,都会适当采取不同审查强度,给予行政机关一定程度的尊重。通常影响司法审查强度的因素主要有以下三点:一是立法机关的意图。在雪佛龙尊重第一步,法院首先判断立法机关的意图,分析行政机关是否得到了概括性授权。一般而言,立法机关授权范围越大,司法尊重的程度越高。而法院在判断授权程度时,通常考量授权条款的概括性程度,概括性越大,则立法授权的程度越高,反之立法给予行政机关的授权就越小,行政机关的裁量空间也越小。此时法院在审查时,应将审查强度调整在维护立法边界的范围之内,以合理性审查为限。二是行政专业性。行政专业性通常是指行

① Skidmore v. Swift & Co. 323 U.S. 134 (1944).

② Chevron U.S.A. v. NRDC. 467 U.S. 837 (1984).

③ U.S. v. Mead Corp. 533 U.S. 218 (2001).

政专长,即行政实务部门在执法过程中积累的实务经验和专业技能,但法院对行政专长的尊重并不是绝对的,而是由专业知识的复杂性决定。比如在环境案件中,随着司法专门化的发展,全国各地法院内部设立了环境资源审判庭,使得法院在审查环境问题时扫除了较多知识性障碍。因此,法院只有在自身对此领域无法深入了解,但又涉及对行政行为专业性的判断,应以斯基德莫尊重来降低对行政行为的司法审查。三是不同权利类型。权利位阶表现出两种或者两种以上的权利相互冲突,但是权利位阶并不是确定的,其具有非整体的确定性,权利高低判断不是简单的权利排序,而是必须结合具体的条件和事实,进行价值判断^[29],公共利益不一定高于个人权利,此时法院必须通过个案进行价值衡量。通常而言,权利高低和重要性程度都依赖于法官的价值判断,但是从客观上来看,宪法层面的基本权利高于一般法定的权利,而未在法律层面确认的权利则位阶更低。因此,当行政机关本身在职权范围内履行职责时,基于法律授权、行政专业性以及权利位阶等,法院应尊重其自由裁量空间来调整审查强度,仅审查行政裁量行为是否合理或者可以接受,而不用进一步判断实质合法性。

司法尊重原则采取了“多因素权衡”,针对个案中不同情况进行衡平和调适,以保障个案的公平。这种“多因素”的司法审查,适应了风险社会中不断出现的新情况和新问题。因此,中国在生物多样性行政不作为的司法审查中,可以借鉴美国司法审查中的司法尊重原则,来改善中国目前生物多样性行政不作为司法审查强度畸轻畸重的局面。法院以司法尊重原则为导向,合理采取不同的审查强度,当行政机关获得法律概括性授权时,其拥有了更大的裁量空间,司法审查强度则应降低;在行政专业性领域,除因裁量权逾越或者滥用导致行政判断显著欠缺合理性外,应以合理审查为限;对于权利类型以及其他因素,则需要法院综合判断,以确保行政权与司法权达到一个较佳的平衡点。

四、结论

司法作为保护生物多样性的最后一道防线,是完善中国生物多样性保护的必要手段。因此本文立足于中国的司法实践展开研究,通过研读57个生物多样性行政不作为的司法案例,总结出目前中国生物多样性行政不作为司法审查的不足,并据此反思和矫正。本文研究发现,由于中国生物多样性立法存在着概念定义不清晰、法律规定分散未整合以及相关配套制度不完善的问题,导致生物多样性损害未得到有效和全面的司法保护。法院在审查生物多样性损害时,通常以生态环境损害代替生物多样性损害,导致生物多样性损害审查欠缺针对性,同时在生物多样性行政不作为的司法审查中,存在着违法审查不全面以及审查强度不一致的问题。因此,一方面,法院应当引入生物多样性指标作为科学证据予以参考,对个体生物损害以及森林、草原等生态系统损害审查时,全面审查生物及其栖息地的功能性、遗传性以及多样性,以提高司法审查的科学性和完整性;另一方面,法院运用过程性审查对行政行为进行全面检视,同时以司法尊重原则为导向合理调整司法审查强度,以完善生物多样性行政不作为的裁判规则。

生物多样性灭绝是人类在风险社会下面临的新情况和新危机,对这一危机的法治救济刻不容缓,而在司法保障方面也应予以重视。从目前司法保护生物多样性的情况来看,由于立法不明确导致法律适用不足的问题凸显,造成了法院过度审查的局面,因此有必要对生物多样性行政不作为司法审查的完善路径进行探究。而更有益的研究视角是转向司法权与行政权关系本质的探讨,思考现有生物多样性保护机制下行政机关与司法机关的职能定位,不仅有助于补缺生物多样性保护机制的理论基础,还有利于实现制度设计在理论上的相承、逻辑上的自洽。

参考文献:

- [1] 新华社. 中国发布联合国生物多样性峰会中方立场文件《共建地球生命共同体:中国在行动》[EB/OL]. (2020-09-21). http://m.xinhuanet.com/2020-09/21/c_1126520996.htm.
- [2] 余德厚, 蒋文玉. 论行政诉讼司法审查的强度[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2020, 41(6): 90-96.
- [3] 孙佑海. 生物多样性保护主流化法治保障研究[J]. 中国政法大学学报, 2019(5): 38-49+206-207.
- [4] 李清宇. 危险防止型环境行政不作为的审查标准研究[J]. 法律适用, 2021(9): 74-82.
- [5] 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, 14(2): 129-142.
- [6] 秦天宝. 中国生物多样性立法现状与未来[N]. 中国环境报, 2021-10-19(03).

- [7] 新华网. 农业农村部: 长江江豚减少、仅剩约1012头 [EB/OL]. (2018-07-25)[2021-11-08]. http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/25/c_1123171998.htm?Baik.
- [8] 环境保护部, 中国科学院. 全国生态功能区划: 修编版 [R/OL]. (2015-11-13). http://www.mee.gov.cn/gkml/hbb/bgg/201511/t20151126_317777.htm.
- [9] 栗忠飞, 刘海江. 2011和2019年生物多样性维护型国家重点生态功能区状态及变化评估 [J]. 生态学报, 2021, 41(15): 5909-5918.
- [10] 周佑勇. 行政不作为构成要件的展开 [J]. 中国法学, 2001(5): 64-73.
- [11] 俞祺. 行政规则的司法审查强度: 基于法律效力的区分 [M]. 北京: 法律出版社, 2018: 65.
- [12] 李瑰华. 行政公益诉讼中行政机关“依法履职”的认定 [J]. 行政法学研究, 2021(5): 33-40.
- [13] 环境保护部. 中国生物多样性保护战略与行动计划: 2011—2030年 [EB/OL]. (2010-09-17)[2021-12-21]. https://www.mee.gov.cn/gkml/hbb/bwj/201009/t20100921_194841.htm.
- [14] BOSSELMAN F. A dozen biodiversity puzzles [J/OL]. ResearchGate, (2004-12). https://www.researchgate.net/publication/228203757_A_Dozen_Biodiversity_Puzzles.
- [15] 段帷帷. 系统性生物多样性保护法律体系的定位与构建 [J]. 中国环境管理, 2021, 13(4): 16-20.
- [16] 北京日报. 生态环境部: 首次将生物多样性指标纳入生态质量综合评价指标框架 [N/OL]. (2021-05-26)[2021-12-15]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1700795116054612599&wfr=spider&for=pc>.
- [17] 理查德·波斯纳. 波斯纳法官司法反思录 [M]. 苏力, 译. 北京: 北京大学出版社, 2014: 67.
- [18] 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): 49-68.
- [19] 弗里德赫尔穆·胡芬. 行政诉讼法 [M]. 莫光华, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 423.
- [20] YANG Q, LIU G, CASAZZA M, et al. Three dimensions of biodiversity: new perspectives and methods [J]. *Ecological Indicators*, 2021, 130: 108099.
- [21] 李果, 吴晓蕾, 罗遵兰, 等. 构建我国生物多样性评价的指标体系 [J]. 生物多样性, 2011, 19(5): 497-504.
- [22] 刘德团, 马永鹏. 植物多样性监测研究进展 [J]. 应用生态学报, 2020, 31(2): 667-673.
- [23] 余凌云. 行政法案例分析与研究方法 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2019: 264.
- [24] 刘东亮. 过程性审查: 行政行为司法审查方法研究 [J]. 中国法学, 2018(5): 122-140.
- [25] SCOTT A K. Depoliticizing judicial review of agency rulemaking [J]. *Washington Law Review*, 2009, 84: 419-489.
- [26] 王天华. 行政裁量与判断过程审查方式 [J]. 清华法学, 2009, 3(3): 96-108.
- [27] LAWSON G. Outcome, procedure and process: agency duties of explanation for legal conclusions [J/OL]. ResearchGate, (1996-12). https://www.researchgate.net/publication/295618820_Outcome_procedure_and_process_Agency_duties_of_explanation_for_legal_conclusions.
- [28] 刘卫先, 张帆. 环境行政公益诉讼中行政主管机关不作为违法及其裁判的实证研究 [J]. 苏州大学学报(法学版), 2020, 7(2): 68-77.
- [29] 林来梵, 张卓明. 论权利冲突中的权利位阶: 规范法学视角下的透析 [J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2003(6): 6-14.

Judicial Review of Administrative Omissions on Biodiversity

GAO Lihong, ZHANG Yiping

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan Hubei 430073, China)

Abstract: Judicial practice in our country is facing the real dilemma of fragmented legislation related to biodiversity and unclear regulatory goals. When the court reviews cases of administrative omissions on biodiversity, the review of biodiversity damage lacks pertinence; in judging whether administrative omissions are illegal, the content of judicial review by courts is incomplete and inconsistent in intensity, and the results are usually adopted. The standard is to use the actual results of ecological environment damage as the standard for judging whether the administrative omission is illegal. This high-intensity review method objectively violates the principle of statutory powers. Therefore, for the improvement of judicial review of administrative omissions of biodiversity, biodiversity indicators should be included in judicial evidence to ensure a comprehensive and targeted review of biodiversity damage; a procedural review method should be adopted to deal with administrative omissions. a comprehensive review of the discretionary behavior of the government should be conducted to determine whether the administrative omission is illegal, and at the same time adjust the intensity of judicial review reasonably based on the principle of judicial respect.

Keywords: biodiversity; administrative omission; judicial review; environmental public interest litigation; judicial respect

[责任编辑: 孟青]