

2011年卷(下)

中国环境法治

The Environmental Rule of Law

中华环保联合会 主办

【环保法修改专题】

《中华环保联合会关于〈中华人民共和国环境保护法(修正案)〉草案的建议》

【调查研究与案件判解】

《关于审理水资源污染案件相关法律问题的调研报告》

《“环境信息公开公益诉讼第一案”探析》

【环境法前沿问题研究】

《中欧社会生态运动比较》

《从资源法定看国家战略观》

【域外环境法撷英】

欧盟可再生能源指令(Directive 2009/28/EC)评述

2011年卷(下)

中国环境法治

The Environmental Rule of Law

中华环保联合会 主办

主 编	曾晓东	周 珂
副主编	吕克勤	曹明德
	谭柏平	魏晓娟
	马 勇	

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国环境法治. 2011 年卷. 下 / 曾晓东, 周珂主编.
—北京: 法律出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3456 - 0

I. ①中… II. ①曾… ②周… III. ①环境保护法—
中国—文集 IV. ①D922.684 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 075406 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法规出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16
版本/2012 年 5 月第 1 版

印张/15.5 字数/356 千
印次/2012 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3456 - 0

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

【环保法修改专题】

- 关于修改环境法立法目的及相关内容的建议 徐祥民 / 1
- 《环保法》修订应为环保事业主体的有效互动奠定法律基础 王 曦 / 7
- “按日计罚”条款未能进入环境保护法修正案(送审稿)的法律分析 林燕梅 成 功 / 11
- 《环境保护法》修改之我见 傅学良 王灿发 / 49
- 中华环保联合会关于《中华人民共和国环境保护法(修正案)》草案的建议 / 55

【调查研究与案件判解】

- 关于审理水资源污染案件相关法律问题的调研报告 宁波海事法院课题组 / 69
- 中国省域生态文明建设评价报告 韦贵红 / 84
- “环境信息公开公益诉讼第一案”探析 龚 峻 赵京慰 / 109
- 云南省首例环境民事公益诉讼案件审结的现实意义 谭柏平 马 芸 / 116

【环境法前沿问题研究】

- 论加强水域污染司法的重要意义与途径 蔡守秋 / 125
- 中欧社会生态运动比较 周 珂 张卉聪 / 134
- 从资源法定看国家战略观 翟 勇 / 145
- 环境立法成本效益评估的功能与局限 高 敏 / 154

【域外环境法撷英】

- 欧盟可再生能源指令(Directive 2009/28/EC)评述 彭 峰 陈 力 / 162
- 德国污染场地治理的法律基础及对我国的启示 沈百鑫 付 璐 / 171
- 里约+20——有关公众参与的课题及今后展望
- 日本的发展状况及奥胡斯公约 大久保规子 / 190

【环境法学术动态】

环保法修改专题研讨会专家意见摘录 / 200

【环境法五色土】

2011年中国十大环境法治事件 中华环保联合会法律服务中心整理 / 213

美国2011~2012年度十大环境法事例 李 晴 编译 / 225

中国环境法治引证体例 / 238

环保法修改专题

关于修改环境法立法目的及相关内容的建议

徐祥民^{*}

【摘要】在环保法进行修订之际,我们对环保法的立法目的、调整手段、调整范围等概念逐一进行梳理。环境法应该使用多种多样的手段促成人与自然的和谐,而建设生态文明的环境法的最重要的手段,是克服业已存在且愈演愈烈之势的人与自然不和谐的最有效的手段,也是环境法完成其基本任务的最重要的手段。

【关键词】环境保护法修订 立法目的 规划

一个时期以来,我国政界、学界对《中华人民共和国环境保护法》的修改陆续提出了一些具体的建议,而且还提出了系统的修改文本。这些修改建议、方案等涉及《中华人民共和国环境保护法》的许多制度、原则、规范等,但笔者认为,最需要修改的是《中华人民共和国环境保护法》的立法目的。而作为环境保护基本法的环境法的立法目的的修改会要求对其他一些立法原则、法律制度等作相应的修改。

(一) 关于环境法的立法目的

在我国执政党和我国政府(包括立法机关和行政机关)已经牢固树立发展观和生态文明观的历史条件下,我们对环境法的历史使命应当重新加以审视。当我们确信实施科学发展观和建设生态文明符合中国经济社会发展的实际需要、符合解决由发展带来的人与自然冲突的需要、符合当今时代全人类的长远利益的时候,我们应当把科学发展观和生态文明观贯彻到环境法中去,应该用科学发展观和生态文明观指导环境法的修改。如果我们要实施这样的“贯彻”和“指导”,那么,最需要重新思考的就是环境法的立法目的。

不管是1979年的《中华人民共和国环境保护法(试行)》,还是1989年的《中华人民共和国环境保护法》,其立法目的,从文明建设的角度来看,都是推进创造性文明,尤其是物质文明建设。不管是“促进经济发展”,¹还是“促进社会主义现代化建设的发展”,²都是要推进创造性活动,促进更多创造性成果的产生。这符合我国现代化建设的总要求,符合中华民族

^{*} 作者简介:徐祥民,中国海洋大学教授、法政学院院长。

¹ 《中华人民共和国环境保护法(试行)》第二条。

² 《中华人民共和国环境保护法》第一条。

的根本利益的需要。这样的立法目的,或者给环境法设定这样的“任务”¹原本无可厚非。但是,当我们接受了生态文明的文明观之后,在党和国家把生态文明作为建设目标的时候,这样的立法目的就显得不够妥当了。不管是为了在法律中贯彻科学发展观、实现环境法与“全面协调可持续”的科学发展之间的一致,还是为了顺应生态文明时代的一般要求,建设生态文明都应该成为环境法的立法目的或立法目的之一。

根据胡锦涛总书记在中国共产党第十七届全国代表大会上的讲话、《十一五规划纲要》等文件对生态文明的理解和界定,生态文明的核心是“人与自然和谐相处”。²环境法应当把促进“人与自然和谐相处”的生态文明建设作为立法目的。如果接受现行《中华人民共和国环境保护法》对立法目的的表达思路,以建设生态文明为内容的环境法的立法目的可以这样表达:

“为保护和改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害,促进人与自然和谐的可持续发展,制定本法。”

这样的修改方案对现行《中华人民共和国环境保护法》的改动,从字面上来看并不大,仅仅把“促进社会主义现代化建设的发展”改为“促进人与自然和谐的可持续发展”,但这一改动的内涵却是十分深刻的。它是发展观的改变、文明观的改变。

(二)关于环境法调整的事务范围

环境法如果接受立法目的的上述改变,那便自然地提出了改变《中国环境法》的一些基本原则、制度、规范的要求,其中包括改变环境法的基本任务。

“人与自然和谐的可持续发展”把发展限定为“可持续”的发展,并且是以“人与自然和谐”为基本特征的可持续发展。环境法要“促进人与自然和谐的可持续发展”就要努力保证实现“人与自然和谐”。也就是说,环境法应以保证“人与自然和谐”为其基本使命或基本任务。那么这一基本任务的内容是什么呢?答案要从人与自然关系的现状和发展趋势中寻找。人与自然的和谐出现在哪里,环境法的任务就在哪里。

这一判断包含两个层面的内容:第一,人与自然之间的不和谐不等于自然环境出现了不利于人类的状况。不和谐是“相互关系”的不良状态,这种不良状态可能是因为甲方出现了不适于乙方的情况,比如草原沙化这种自然变化,也可能是因为乙方出现了为甲方所不能接受的情况,比如渔业捕捞极度扩张这种人类生产能力的变化。在这个层面,人与自然不和谐的情况,也就是人类当今遭遇的环境问题,其主要有以下四个方面:(1)自然环境不利改变;(2)人口数量大规模增长;(3)开发空间不足;(4)人类需求激剧提高。³第二,自然环境发生的不利变化不只是环境污染和资源减少,而是还包括生态破坏、环境退化。从对人与自然关系中的重要性来看,后两者比前两者更值得关注。

概括起来,环境法的基本任务是处理自然环境不利改变、人口数量大规模增长、开发空

1 《中华人民共和国环境保护法(试行)》把“防治环境污染和生态破坏”、“保护人民健康,促进经济发展”等规定为“中华人民共和国环境保护法的任务”。(见第二条)

2 在科学发展观所包含的全面、协调和可持续这三项核心内容中,最具时代特点的是以人与自然和谐相处为核心内容的可持续发展。(参见我在中央党校所作的题为“从科学发展观看环境法制”的报告)在这个意义上,科学发展观中最具时代特点的内容与生态文明中的人与自然和谐相处是一致的。

3 参见本文第四部分。

间不足、人类需求急剧提高四类环境问题,其中包括环境污染、资源减少、生态破坏、环境退化四类自然环境不利改变。

现行的环境法主要承担了污染防治的任务。现行环境法的核心部分是其第四章“防治环境污染和其他公害”,其他各章节主要都是为污染防治方面的制度、规范服务的。也就是说,现行环境法只把四类环境问题中的一类即自然环境不利变化中的污染防治,纳入处理范围。由此看来,环境法在基本任务方面必须作重大修改。

(三) 关于环境法调整的行为范围

以化解人与自然的和谐为使命的环境法,不仅其所调整的事务范围大大超出了单一的污染防治或者污染防治加资源保护的范畴,而且其调整的行为范围也是大大超过以往环境法设计的调整范围。简单说来,以建设生态文明为立法目的环境法应当把一切人类环境行为¹纳入其调整范围。

环境法之所以要把一切人类环境行为都纳入其调整范围,是因为一切人类环境行为都会对人与自然关系产生影响。人与自然不和谐是人类环境行为造成的不和谐。造成这种不和谐的人类环境行为并非只是某一部分人类行为,而是所有人类环境行为。排污行为、资源开发行为等对人与自然关系的影响尽管比较突出,但它们却不是仅有的影响人与自然关系的行为。普通市民使用电灯会加大能源消耗,普通农民烧火做饭会增加温室气体排放。不管是驾驶“宝马”、“奔驰”在高速公路上奔跑,还是乘坐“空中客车”在空中翱翔,都会促使自然环境走向与人不和谐。在当今时代,不管你是轻轻地使用一点清洁剂、启动一下小型家用电器,还是节俭地吃一口面包、沾一沾番茄酱,都无法回避工业化的影响,都在给自然环境增加压力。²

环境法之所以需要把一切人类环境行为都纳入其调整范围,还因为我们现在能够找到的缓解人与自然之间紧张关系的最可行的出路是建设循环型社会或环境友好型社会。³循环型社会的基本特点是通过从生产到消费等构成对自然无害或低害的人类行为之循环。这个循环由从生产到消费的所有人类环境行为构成。环境友好型社会是人类生产生活中的各种行为都对环境友好的,都有利于缓解人与自然之间的紧张关系的社会。这样的社会也是由所有人类环境行为一起建立起来的。

环境友好型社会建设已经进入《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》,⁴已经写进十一五规划并得到执行。如果说我国最高行政机关依法享有制定行政法规的立法权,最高行政机关制定的行政法规和全国人民代表大会发布的规范性法律文件可以担当法律制度创新的任务,那么,这些已经实现的创新应该及时在环境基本法中固定下来。

1 环境行为,简单说来就是对自然环境构成积极的和消极的影响的各种人类行为。我们以往曾使用过人类环境行为的概念,(参见徐祥民:《从现代环境法的发展阶段看循环型社会法的特点》,《学海》2007年第1期)但未及对这一概念作认真的解说。由于研究主题的限制,本文也无法对环境行为展开论述。这个任务只能留待将来专门讨论了。

2 我们在讨论环境侵权实行无过错责任原则的法理依据时曾提出“原罪说”(参见徐祥民、吕霞:《环境责任原罪说——关于环境无过错归责原则合理性的再思考》,《法学论坛》2004年第6期;吕霞、徐祥民著:《再论环境侵权责任的“原罪”说》,《现代法学》2007年第4期)从人与自然关系的角度看,人的环境行为的确具有这种“原罪”特征。

3 按照上文的总结,与循环型社会法时期的环境法相对应的社会是循环型社会。我国执政党和我国政府文件中的环境友好型社会与循环型社会是相近似的。它们都以避免或化解人与自然之间的矛盾为基本追求。

4 《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》第二(五)条。

从行为对人与自然关系的影响这个角度看问题,最应该纳入环境法调节范围之内的人类行为不是普通民众的消费行为,而是政府决策行为,包括立法行为。¹在这个意义上我国《环境影响评价法》设立规划环评制度²是必要的。按照同一原理,“推行有利于环境保护的经济政策”³这一写在规范程度较低、立法位阶较低的《国务院关于落实科学发展观加强环境保护的决定》中的要求应该纳入我国环境法,并在环境法中作进一步的提炼加工,使之更加规范,更具有普遍适用性。

(四) 关于环境法的调整手段

以一切人类环境行为为调整对象的环境法,其调整手段一定是多样的。

现行《中华人民共和国环境保护法》的主要手段都服务于污染防治,⁴比如,“三同时制度”是要求“防治污染的设施”与“建设项目”“主体工程”⁵之间的同时。不仅如此,包括“三同时”制度在内被曲格平先生称为“三大法宝”的三项制度大致说来都是污染防治制度,或主要用于污染防治事务的制度。再如,“现场检查”制度是“县级以上人民政府环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门”对“管辖范围内的排污单位”⁶实施检查的制度。又如,被曲格平先生认定为“好的、已成熟的制度和措施”之一的企业“环境保护责任制度”是适用于“产生环境污染和其他公害的单位”的制度。⁷

不仅如此,该法设定的环境管理体制就是一个污染防治的管理体制,至少是以污染防治为中心的体制。在曲格平先生看来,该法第7条实现了使“各部门在环保工作中的责任与权限”变得更加“明确”⁸了。而从该条的规定来看,那“明确的责任和权限”除资源保护之外就是“污染防治”。其第1款、第2款使用的“环境保护工作”指向不明确,读者、执法者从这一规定中难以把握到底何谓“环境保护”或“环境保护工作”。其第3款是明确的,而这一明确的规定指出“国家海洋行政主管部门、港务监督、渔政渔港监督、军队环境保护部门和各级公安、交通、铁道、民航管理部门”的任务是“对环境污染防治实施监督管理”。

不管排污收费制度中的收费、“谁污染,谁治理”中的治理等手段在遏制污染行为上多么有效,它们以及其他用于污染防治和资源保护的手段都只能是以建设生态文明为立法目的的环境法的法律手段中的具体种类,而不是其全部。影响人与自然关系的人类环境行为是多种多样的,对于多种多样的环境行为具有影响作用的手段也一定是多种多样的,国家也应该按照效率、公平、人道主义等原则选择对不同的行为能够产生影响的不同的方法。简单地设定“法律责任”,仅仅期待法律加给行为主体的不利后果发挥作用的立法方案显然是不合适的。比如,让消费者选择用再生能源生产的产品无须设定国家刑罚、让居民在环境影响评价制度的运行中发挥作用不应动用警察力量。

1 上文提到的八条建议中的第四条就是建议把环境法建设成可以用来评判政府决策的法。

2 《中华人民共和国环境影响评价法》第二章就是“规划的环境影响评价”。

3 《国务院环保决定》五(二十三)条。

4 之所以把现行《环境法》称为污染防治法,理由之一就是它的主要手段都是用来对付环境污染的。

5 《中华人民共和国环境保护法》第26条。

6 《中华人民共和国环境保护法》第14条。

7 估计该制度中的“责任”的立法原意也是对“环境污染和其他公害”的责任。

8 曲格平:《深化改革,转变职能,提高环境管理水平》,《曲格平文集》(第4卷),中国环境科学出版社2007年版,324~325页。

我国《清洁生产促进法》和《循环经济促进法》已经创造了可以影响人们环境行为的多种方法。实行“从摇篮到坟墓”全过程控制的清洁生产法,其调整手段不能不是多样的。如前所述,我国《清洁生产促进法》仅“引导性、激励性”的手段就有12种之多。《循环经济促进法》的调控体系大概可以概括为“从摇篮到摇篮”,这样的调控体系中的调整手段也一定是多样的,比如“计划”制度(第6条)、“目标责任制度”(第8条)、公民“举报浪费”等“行为”(第10条)制度、“指标”制度(第12条、13条、14条)、“名录”制度(第15条、18条、28条、45条)、“能耗、水耗”“重点监督管理制度”(第16条)、“循环经济统计制度”、循环经济“标准”制度、“能源效力标识”(第17条)、“再利用产品”和“翻新产品”“标识”(第39条、40条)制度、“许可证”制度(第22条)、国家机关“用能用水定额”制度(第25条)、“环境影响评价”制度(第29条)、“财政性资金”“支持”(第43条)、“税收优惠”(第44条)制度、“投资”倾斜制度(第45条)、“价格政策”(第46条)、“垃圾排放收费制度”(第46条)、“政府采购政策”(第47条)、“表彰和奖励”(第48条)。这些措施、手段,不管叫制度、政策,还是办法、机制,大多都是行之有效的。我国环境法应当及时把它们纳入基本法之中,使之形成一个更加科学的制度体系。

环境保护的实践已经创造了其他一些有利于实现人与自然和谐的办法,比如,生态补偿。根据环境法学界所作的研究,这应当是一项可行的措施。环境法应当把这类措施、设计尽可能地法律化。

(五) 关于环境法的规划手段

环境法应该使用多种多样的手段促成人与自然的和谐,但建设生态文明的环境法的最重要的手段应当是规划。我们认为规划是实现人与自然和谐的最重要的手段,是克服业已存在且有愈演愈烈之势的人与自然不和谐的最有效的手段,也是环境法完成其基本任务的最重要的手段。

我们这里所说的规划是作为一种规制、干预手段的规划。规划一般具有以下特点:第一,它是一种决策,具有国家强制性,对有关行为、活动具有约束力;第二,它有明确的方向和目标,目标是设定于一定时期内取得的收获,方向则是阶段目标所服务的更远的目标;第三,它包含为达到阶段目标和长远目标而应采取的方法、步骤、措施等保证手段。我们这里所说的作为环境法保护环境的基本手段的规划最终也需要表现为这样的规划。但是,环境法对规划手段的使用显然不是直接制作这种类型的规划,而是对如何制作规划指出方向、提出任务、提供一般原则、规定限制。根据上述分析,生态文明应当是一切规划的方向,人与自然和谐应当是制定一切规划所当遵循的一般原则。为了确保人与自然和谐,环境法应当对政府提出制定哪些规划,或在何种情况下应当制定何种规划的要求。比如是否应当制定“三北防护林”建设规划、渤海环境治理规划。为了沿着建设生态文明的方向不断前进、尽可能避免人与自然之间不和谐情况的出现或恶化,环境法应当为规划的制定确定若干限制,比如“建设总体布局”不得违反“国土规划”——这是《国土规划编制办法》已经规定的限制。¹

之所以把规划看作环境法实现生态文明建设任务的基本手段,是因为在我国的经济和社会管理中对人与自然关系影响最深刻,且能为政府所掌控的手段是规划。不管是环境保

¹ 《国土规划编制办法》第3条。

护中的“总量控制”原理,还是环保实践所创造的“区域限批”制度,都给规划留出了做功的空间。《十一五规划纲要》确立的主体功能区制度是实现人与自然和谐的一项具有典型意义的规划。¹显然,实行“发展资源环境可承载的特色产业,加强生态修复和环境保护,引导超载人口逐步有序转移”的政策更有利于实现对“限制开发区域”的保护,“实行强制性保护,控制人为因素对自然生态的干扰”,更有利于实现对“禁止开发区”的保护。对这不同区域实行不同的开发和保护政策,能够实现生产发展(主要在优化开发区和重点开发区)和生态保护(主要在限制开发区和禁止开发区)的协调。主体功能区这一规划在化解人与自然不和谐上的作用是任何其他政策工具都难以比拟的。

我们不得不拿《十一五规划纲要》的例子来说明环境法应当把规划当成最重要的手段,而我们的论证承认了一个事实即环境保护法落后于实际制作的规划。这个事实使修改环境法的必要性更加明显。

环境法和国家各项规划之间应有的关系是规划根据环境法制定,环境法关于制定规划的原则、要求等是规划制定的依据。今天的中国环境法已经落后于规划,包括全国“十一五”规划、“十二五”规划等,环境法修改的急迫任务就是抓紧走到规划前头去,为此后将要产生的规划的制定提供原则、要求等。

不过,这里说的落后主要是指《中华人民共和国环境保护法》落后,而不是我国的环境法一概落后。我们注意到,在我国,要求规划的制定服从某种既定的原则、制度已经不存在原理上的障碍。

《国土规划编制办法》第3条规定:

“国土规划是国民经济和社会发展规划体系的重要组成部分,是资源综合开发、建设总体布局、环境综合整治的指导性计划,是编制中、长期计划的重要依据。”

“国土规划确定的国土开发整治任务,根据社会经济发展的需要和国家经济技术力量的可能,分期分批纳入国民经济和社会发展的五年和年度计划,并制定相应的政策、法规、发动群众进行等多种方式组织实施。”

不管是“资源综合开发、建设总体布局”,还是“环境综合整治”都必须以“国土规划”为“指导”,而在“国土规划”与“国民经济和社会发展的五年和年度计划”之间,是“国民经济和社会发展的五年和年度计划”承担“国土规划”“确定的”“任务”,而不是反过来依据“国民经济和社会发展的五年和年度计划”确定国土规划的任务。如果不考虑立法位阶的问题,我们可以说《国土规划编制办法》确定了依法制定国民经济和社会发展规划的法理,并为环境法依照生态文明建设的需要确定制定规划的一般原则、要求,为各项规划的制定提供一般遵循的原则扫除了理论障碍。

¹ 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》确定主体功能区制度本身就是一次规划。这正像《规划纲要》所说,《纲要》“将国土空间划分为……四类主体功能区……规范空间开发秩序……”(第二十章)

《环保法》修订应为环保事业主体的有效互动奠定法律基础

王 曦*

【摘要】《环保法》的修改应该立足于研究法律修订应解决何种问题,明确政府监管行为缺失的法律责任,建立规范和制约有关政府行为制度,为我国环保事业主体的良性、有效互动提供法律保障。

【关键词】环境保护法修改 规范政府行为 良性互动

对《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环保法》)的修订,应当从完善环境法制,推动环保事业的战略角度来看。自2007年以来,我所在的上海交通大学环境资源法研究所领导的一个跨校的联合研究组,对《环保法》的修订作了比较深入的研究,形成了一个关于修订《环保法》的总体思路,并向有关部门提交了《环保法》修订建议稿。本文对这个总体思路作一个介绍。

《环保法》修订的出发点:查明需要以法律修订来解决的问题

对《环保法》修订的研究应当从《环保法》实施的现实情况出发。一般说来,正是因为法律实施中存在需要通过法律修订解决的问题,才有必要根据现实问题对法律进行修订。现行《环保法》规定其立法目的是“保护和改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害,保障人体健康,促进社会主义现代化建设的发展。”我国资源环境状况的现实与这个立法目的形成鲜明对照。就“保护和改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害,保障人体健康”而言,公认的判断是从总体上看我国环境与生态恶化的趋势还没有得到遏制,环境污染和生态破坏有加重的趋势。就“促进社会主义现代化建设的发展”而言,《环保法》的立法目的也没有实现。现实中粗放型的发展方式正在不断地损害着国家可持续发展的物质基础及其对长远发展的支撑能力。正因如此,十七大报告在谈到我国的发展所面临的问题时,指出的第一个问题就是“发展的资源环境代价过大”。在党的十七届五中全会上,中央再次指出,我国发展面临的一个瓶颈是“资源环境约束强化”。“发展的资源环境代价过大”,“资源环境约束强化”,用经济学语言来说,都是比较严重的市场失灵的表现。制定《环保法》是为了建立政府环境管制,克服这种市场失灵。但上述现实状况表明,《环保法》的实施效果不够好,立

* 作者简介:王曦,上海交通大学教授、上海市人民政府参事。

法目的远未实现。因此,对《环保法》进行修订,首先应当找出影响法律实施效果的关键性问题和原因。

法律上对有关环境的政府行为规范与约束不足,是资源环境约束强化的一个重要原因

政府是环保事业中的一个重要的、不可缺少的主体。政府存在的理由之一,就是以管制来克服市场失灵。从这个意义上说,政府是为了克服市场失灵而存在的。但近年来,官方媒体公开曝光的大量环境污染和生态破坏事件,从太湖蓝藻暴发,到陕西“血铅污染”,再到湖南重金属污染、紫金矿业污染和一次又一次的“行政限批”所涉及的事项等,我们得出了一个认识:环境污染或生态破坏事件往往表面上是企业的违法或违规,实际上却与政府的管理缺位或失效有密切的联系。这种政府管理缺位或失效,用经济学术语讲,叫“政府失灵”。通过对三十多个媒体高度曝光的重大环境污染和生态破坏事件的研究,我们将资源环境领域的这种“政府失灵”归纳为两大类。其一是由政府或者政府官员的“积极”行为导致的“政府失灵”,突出地表现为政府在规划经济发展、招商引资、审批建设项目的过程中,只看规划或项目的经济效益和对GDP的拉动效应,却忽视规划或项目可能带来的环境污染或生态破坏。其二是政府的“懈怠”,一般表现为政府或政府官员在履行政府环保职能上的消极和不作为。“失灵”的政府,怎能管好“失灵”的市场?!从大量的环境污染和生态破坏事件中,我们得出的认识是,政府在环保履职中的“失灵”不除,则表现为环境污染和生态破坏的“市场失灵”不止。

环保是政府的一项基本公共职能。为什么大量的环境污染和生态事件揭示政府没有切实地履行这项职能呢?我们认为主要有两个原因。第一个原因是政府所持的发展观不正确——唯GDP发展观。第二个原因跟法律有关,即法律上缺乏规范和制约有关环境的政府行为的制度,这导致唯GDP的发展观在很多地方大行其道。很多地方政府为了地方经济的发展,在招商引资、规划经济和产业发展的过程中,不考虑资源环境的承载能力,最终导致全国性的“发展的资源环境代价过大”和“资源环境约束强化”问题。依法行政是政府施政的信条。但如果法律上缺乏规范和约束有关环境的政府行为的制度,政府有关环境的行政就会出现无法可依的情况,进而出现管理缺位或者失效即“政府失灵”。这就是资源环境领域里“政府失灵”的制度原因。

落实科学发展观,以法律规范和约束有关环境的政府行为

科学发展观是我们应对“发展的资源环境代价过大”和“资源环境约束强化”的强大思想武器。落实科学发展观,除了思想教育以外,还需要制度上的落实。只有从制度上落实科学发展观,政府环保履职中的“失灵”才能从根本上得到克服。从制度上落实科学发展观,是立法者义不容辞的使命。《环保法》的修订可以从“规范”和“约束”有关环境的政府行为两方面进行落实科学发展观的制度建设。

规范政府有关环境的行政决策,从源头上预防环境问题的产生

如上所述,大量的环境污染和生态破坏事件,特别是历次“行政限批”所针对的情况,都表明不少地方政府在经济发展规划、招商引资、建设项目审批等方面存在比较严重的违反或者规避环境保护法律、法规的情况。这些情况往往是由于地方政府在决策时没有正确地平衡经济发展与环境保护两种价值和相关的政府公共职能所引起。

现行政府决策程序的缺点:一是缺乏不同行政职能之间的合理制约和协调,如促进经济发展的职能与保护环境的职能之间的合理制约和协调。所谓“环保局长难当”就是这种现象的一个表述。在很多情况下,政府的环保部门出于专业的和履行环保职能的考虑,看到了政府的决策对环境与资源不利的一面,但由于缺乏制度保障,环保部门很难或不敢表达正确的意见。如果敢于“直谏”,环保局长的位子就往往坐不稳了。二是缺乏透明度和民主性。不少的环境污染或生态破坏事件是由于政府决策缺乏透明和民主造成的。如果在决策过程中,有关部门做好了信息公开和听取当事人和社会的意见的工作,这些事件在环境、经济、社会和政治上的恶劣后果是可以避免的。决策失误是源头上的失误。大量因政府决策失误引起的环境污染和生态破坏事件从反面告诉我们建立科学决策制度的重要性。因此,在规范有关环境的政府行为方面,第一要务是规范政府有关环境事务的决策程序。

胡锦涛同志在党的十七大上的报告要求“推进决策科学化、民主化,完善决策信息和智力支持系统,增强决策透明度和公众参与度,制定与群众利益密切相关的法律法规和公共政策原则上要公开听取意见。”这为我们修订《环保法》、规范政府决策程序指出了方向。规范有关环境的政府行为,应当抓住“决策科学化、民主化”、“完善信息和智力支持系统”以及“公众参与”这三个要点。为此,我们建议在修订《环保法》时,对政府涉环境事务的科学决策作出专门规定。具体而言,建议结合地方上行之有效的做法,在新的《环保法》中规定“环境与发展综合决策制度”、“政府环境保护联席会议制度”、“环境咨询委员会制度”、“有重大影响的行政决定和规划备案制度”和“重大决策建议的环境影响论证制度”。这些制度将从程序上规范政府有关环境的行政决策,保障其科学性、民主性和公开性。

约束有关环境的政府行为,杜绝行政懈怠或乱作为

为了保障政府切实履行环保职能,除了规范有关环境的政府行政决策以外,还需要建立对有关环境的政府行为的约束制度。作为理性的人,政府官员在“唯 GDP 增长率”的政绩考核制度环境中:要么选择以牺牲环境和生态换取 GDP 快速增长,因为只有这样他才会得到比别人更多的职务升迁的机会;要么选择对环境保护职能的懈怠,因为积极地履行环境保护职能对他个人而言不会带来好处,反而可能使他的 GDP 政绩落在别人的后面。监督和制约是一种必不可少的促使政府官员保持勤政和清廉的外部力量。如果没有来自外部的监督和制约,政府官员往往选择懈怠。在有的情况下,甚至选择寻租和腐败。在缺乏监督和制约制度的情况下,上述“积极”的和“消极”的“政府失灵”只会愈演愈烈。因此,在修订《环保法》时,应当根据我国国情和地方上成功的经验,借鉴国外的成功做法,为约束有关环境的政府行为作出制度安排。

就政府环保履职而言,各种监督和制约制度就像悬在官员头上的“达摩克利斯之剑”,起

着确保政府勤勉履行环保职能的重要作用。根据我国和发达国家环境管理实践中的成功经验,我们建议在新的《环保法》增设政府环保履职监督制度。这个制度分为内、外监督两个方面。其中,政府环保履职外部监督制度的内容有:信息公开制度、听证会制度、人民代表大会监督制度和环境公民诉讼制度。政府环保履职内部监督制度的内容有:约谈和环保履职行政建议、上级督办和代办。

突出《环保法》的特殊功能,为我国环保事业主体的有效互动奠定法律基础

修订《环保法》,建立规范和制约有关环境的政府行为的制度,是为了实现一个更高目标——为我国环保事业主体的良性、有效互动提供法律保障。我们从立法目的、法律内容、立法史、《环保法》的“空心化”现象和美国、日本等国家的同类法律的比较等方面,对我国《环保法》的特殊功能进行了比较全面而深入的研究。我们的研究结论:为各类环保法律主体充分发挥作用提供法律保障,是《环保法》这种“环保事业基础法”的一项基本功能。《环保法》应当对环境保护法律关系的各类主体在环境保护事业中的法律地位和作用作出原则性的规定,使这些主体都能够明确自己的地位、角色、权利和义务,在环境保护事业中充分发挥作用,形成有效互动,共同促进环境保护事业的发展。

现行《环保法》和其他环境资源保护法律偏重于对企事业单位和个体工商业者的管理,忽略了对作为管理者的政府的规范和制约,忽略了对作为监督者的“第三方”主体的监督权的保障。这里所谓“第三方”主体,是相对于作为管理者的政府和作为被管理者的企事业单位和个体工商业者而言的。依法对政府和企事业单位与个体工商业者有关环境的行为进行监督和制约,督促它们遵守环境资源保护法律,是“第三方”主体在环境保护法律关系中的主要作用。这类“第三方”主体主要有国家检察机关、国家审判机关和公民、法人(包括在不因从事排污和资源开发行为而处于被监管者地位时的企事业单位与个体工商业者)和其他组织。

由于法律没有对政府和“第三方”主体在我国环保事业和环保法律关系中的地位和作用给予明确、充分的界定和保障,环保事业的三大支柱(政府、企业、“第三方”主体)在我国没有形成良性、有效的互动。大量的环境污染和生态破坏事件及国家不断恶化的资源环境状况表明,在这三大主体中,政府没有很好地发挥管制和克服“市场失灵”的作用;“第三方”主体没有很好地发挥对政府和企业的监督作用;企业在政府监管不力和“第三方”主体监督不力的情况下,则往往以牺牲环境的方式来换取高额利润。因此,我国环境法制建设的当务之急,是尽快完善法律,从法律上进一步明确这三大类主体在环保事业中的地位、作用、权利和义务,并为它们之间形成良性、有效互动提供制度保障。《环保法》的修订,为完成这项伟大使命提供了一个宝贵的契机。

我们提出的关于规范和制约政府有关环境的行政行为的种种建议,都是为了给政府和“第三方”主体在我国环保事业中更好地发挥其作用提供法律保障。我们认为,《环保法》是一部以规范和制约政府环保履职为主的法律。新的《环保法》将同其他的以管制企业等污染者和开发者为主旨的环境资源保护法律并行不悖,各司其职,相辅相成,共同为我国环保事业提供完善的法律保障。我们期望,《环保法》的修订将为以下良好局面的形成奠定法律基础:政府勤勉履行环保职能,企业合法经营不断提高其生产和经营的环境绩效,“第三方”主体依法对政府环保履职和企业环境守法进行有效的监督和制约。

“按日计罚”条款未能进入环境保护法修正案(送审稿)的法律分析

林燕梅 成功*

【摘要】2011年1月《环境保护法》的修订正式启动,引入“按日计罚”条款以增强法律的威慑力曾一度作为此次改法的创新制度进入了环境保护部起草的建议稿和全国人大环资委的草案稿,但是在2011年11月全国人大环资委向人大办公厅递交的送审稿中却被拿下。本文从拟增设的“按日计罚”的内容、立法目的、行政法性质以及与建议中的和现行法律制度的衔接等角度进行分析,初步得出以下结论:未达成对“按日计罚”的适用范围、处罚额度及考虑情节等具体内容的共识是按日计罚条款未能进入送审稿的原因之一;送审稿保留了草案稿中有关限期治理后的“超标收费”与按所造成的危害后果进行处罚的规定与拟增设的“按日计罚”条款存在潜在的冲突是“按日计罚”条款未能进入送审稿的主要原因;除了个别地区外,拟建立的按日计罚制度与目前“超标即违法”的法律责任制度的实践不存在冲突,应能衔接,不应成为立法者否決按日计罚制度的主要原因。本文认为按日计罚制度比目前送审稿建议的限期治理后超标收费与按所造成的危害后果进行处罚更能与现行的法律制度衔接,建议立法者再一次系统分析我国目前环境行政处罚的规则体系,从而设计更为合理的处罚制度,对送审稿进行进一步的修改。

【关键词】环境保护法修订 按日计罚 限期治理超标收费超标即违法

在2007年《水污染防治法》的修订过程中,要求对污染行为采纳按日计罚,以改变“守法成本高、违法成本低”的呼声非常高,引起热议,但最终并未如愿。2011年,全国人大常委会把《环境保护法》修订列入年度立法工作计划,《环境保护法》的修订于2011年1月正式启动,是否应增设按日计罚的处罚方式以强化违反排污者法律责任再一次引起广泛讨论。在2011年2月环境保护部(以下简称环保部)形成的《中华人民共和国环境保护法(修改建议初稿)》(以下简称建议稿)及2011年9月全国人民代表大会环境与资源保护委员会(以下简称全国人大环资委)形成的《中华人民共和国环境保护法修正案(草案稿)》(以下简称草案稿)的修订条文中“按日处罚”的条款都被纳入,虽然内容稍有不同。¹然而据媒体的报道,在2011年11月全国人大环资委向全国人大办公厅递交的《中华人民共和国环境保护法修

* 作者简介:林燕梅,美国佛蒙特法学院(Vermont Law School)中美环境法项目助理主任;成功,中央民族大学中国少数民族地区环境和资源保护研究所博士后。

1 参见《关于征求〈中华人民共和国环境保护法〉(修改建议初稿)意见的函》(环办函[2011]186号)及《关于征求对〈中华人民共和国环境保护法〉修正案(草案稿)意见的函》(皖人常城环[2011]02号)。

正案(送审稿)》(以下简称送审稿)中,按日计罚的条款未能纳入。¹对于大部分的“环保人”而言,这样的结果未免令人失望。大部分观察人士将这一结果的原因归结为“遭到诸多人的反对,认为将导致负担过重而难以承受”,²或“环保优先的理念并没有得到贯彻,立法者担心这一制度会损害经济发展”。³但全国人大环资委汪光焘主任委员就《环境保护法》的修改作的重要讲话指出:按日计罚这一条款,在征求意见中争议比较大,“关键是法律已经规定超标即违法,如何在现行法律所规定的违法责任的基础上建立这项制度,需要继续研究论证”。⁴立法是一个政治博弈的过程,我们当然不能忽略产业界、部门利益和经济主导驱动等因素阻碍潜在有效的环保制度进入立法,但我们也确实需要对拟增设的制度及所提议的条文的法律设计、与现行制度的衔接、实施后可能产生的效果、是否能够达到立法目的等问题进行充分论证。为此,本文从“按日计罚”条款的内容、立法的目的、行政法性质以及与现行法律制度的衔接等角度进行分析,尝试得出“按日计罚”条款未能纳入送审稿的原因并提出对送审稿进一步修改的建议。

一、拟增设的“按日计罚”制度

1. 环保部建议稿和环资委草案稿中“按日计罚”条款的内容

环保部建议稿增设的第45条规定:

“违反本法规定,经环境保护行政主管部门处罚后,违法行为人仍不停止违法行为或者逾期不改正的,环境保护行政主管部门应当对该违法行为人实施按日计罚。按日计罚的每日罚款额度为一万元。计罚期间自环境保护行政主管部门作出责令停止违法行为决定之日起或者责令限期改正的期限届满之日起计算。”

全国环资委草案稿的第41条规定:

“对违反有关法律规定排污,受到环境保护行政主管部门处罚,并被责令改正或者限期改正,逾期不履行行政处罚决定,经催告仍不改正的,作出处罚决定的环境保护行政主管部门,在依法采取行政强制措施的同时,可以自责令改正或者限期改正期限届满之日起,至改正之日止,根据污染物排放总量和污染损害程度,每日处一万元以上十万元以下的罚款;继续超标排污、超总量排污或者继续造成显著不良环境影响的,由作出处罚决定的环境保护行政主管部门报请县级以上地方人民政府责令停产整顿。有关法律规定对逾期不改正行为已经加处罚款的,从其规定。”

与按日计罚相近的概念,在美国称为“每日处罚(Daily Penalty)”,⁵在我国台湾地区称为“按日连续处罚”,⁶顾名思义是每日一张罚单,针对持续性违法行为适用的一种法律责任。目前,美国、加拿大、德国、法国、芬兰、新加坡、印度、菲律宾以及港台地区都纳入了这一制

1 王尔德:《环保法修订稿已上报全国人大“按日计罚”条款消失》,《21世纪经济报道》2011年11月15日,http://www.21cbh.com/HTML/2011-11-15/wMMDcyXzM3OTUwMQ.html。

2 同上。

3 张宝:《环境法上的按日计罚制度》,http://ahlawyers.fyfz.cn/art/321391.htm。

4 汪光焘:《适应新时期发展修改好〈环境保护法〉》,《中国环境报》2011年11月3日,http://www.cenews.com.cn/xwzx/hjyw/201111/20111102_707438.html。

5 参见美国清洁水法第309条的规定(33 USC § 1319,http://www.law.cornell.edu/uscode/text/33/1319)。

6 参见台湾地区的《违反污染防治法按日连续处罚执行准则》(环署水字第0920052095号令)。