

· 上海市高校法学一流学科环境资源法丛书 ·

Study on Legitimacy of Administrative

Decision-making Process Related to

Environmental Effects

环境行政决策 程序的正当化研究

谢海波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海市法学高原学科环境资源法建设项目

Study on Legitimacy of Administrative

Decision-making Process Related to

Environmental Effects

环境行政决策 程序的正当化研究

谢海波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

环境行政决策程序的正当化研究 / 谢海波著. -- 北京: 法律出版社, 2018

(上海市高校法学一流学科环境资源法丛书)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2523 - 5

I. ①环… II. ①谢… III. ①环境保护法—行政执法—研究—中国 IV. ①D922.680.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 174130 号

上海市高校法学
一流学科环境资
源法丛书

环境行政决策程序的正当化研究
HUANJING XINGZHENG JUECE
CHENGXU DE ZHENGDANGHUA YANJIU

谢海波 著

策划编辑 冯雨春
责任编辑 李沂蔚
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

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 李景美

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 17.5

字数 235 千

版本 2018 年 8 月第 1 版

印次 2018 年 8 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2523 - 5

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在我国的环境治理中，政府是一个关键的角色。在前些年我和我的团队从事环保法修改研究的时候，曾经通过大量的案例和理论研究，对规范和制约有关环境的政府行为的必要性和紧迫性做过论证。当时，我们提出了“政府失灵不除，市场失灵不足”的论断。鉴于规范和制约政府行为的关键在于规范和制约政府的决策，这里我们可以进一步说：“政府决策失灵不足，市场失灵不止。”多年来，我国法学界一直呼吁制定一部行政程序法。现在国务院有关部门正在酝酿制定《重大行政决策程序暂行条例》。这部著作应时而生，以“环境行政决策程序正当化”为中心论点，抓住了我国环境治理中的一个关键主体的关键行为，其理论和现实意义不言自明。

这部著作提出，“环境行政决策程序正当化”指的是“使环境行政决策程序符合生态伦理的道德化要求和程序正义的法律化要求”。对此我十分赞同。围绕着这个中心论点，作者从道德化和法律化两方面展开了一系列的论述，其中不乏原创性的闪光点。以下聊举一二：环境行政决策程序“是环境行政决策的步骤、方式和顺序……是由行政决策程序（主程序）和

环境考量程序（决策支持程序）构成的二元结构决策程序”；环境行政决策程序是“非传统的行政程序”；环境行政决策程序在行政程序类型中的“应然定位”，即它应为主要行政程序，应为外部程序（对社会的程序），不能简单地用抽象或具体行政行为来概括，应为事前程序，应是强制性程序；环境行政决策程序的最终目的是促进可持续发展；环境行政决策程序的功能是控权以防止政府失灵和风险预防；环境行政决策程序的正当化应当以保障公众参与环境行政决策权为中心；环境行政决策程序的工具性价值：促进环境公正、提升环境价值、维护社会稳定；环境行政决策程序分为环评程序和风险评估程序；当前我国环境行政决策程序正当化面临的三大问题：行政决策权与环境考量义务的分离、权利的程序保障不足、法制化基础不足；环境行政决策程序正当化的标准、原则、权利体系结构、法律价值追求；中国环境行政决策程序正当化的实践、反思与建构；如此等等，不一而足。

这些亮点不仅有助于研究者正确认识环境行政决策程序正当化命题，而且有助于立法者和行政者正确认识环境行政决策程序的伦理价值和法律价值（程序正义）。

这部著作言之有物，论述的是一个无论从理论上，还是从实践上看都是一个真命题的命题。它言之有据，以法理学和行政法的基本原理作为提出的新观点的基础和源泉。它思路清晰，层层递进，逻辑清楚。它要言不烦，文字简练，可读性强。它旁征博引，可见作者认真学习过了不少重要的基础性著作。

总之，无论从选题上，还是从内容上和写作上看，这部著作都堪称我国关于环境行政决策程序问题的一部优秀著作。在这个选题上，这部著作属于认识比较深入的一部。瑕不掩瑜，我认为这部著作在环境行政决策程序的生态伦理化方面的论述还可以加强。此外，作为非传统的行政程序，环境行政决策程序如何与传统的行政程序如规划和建设项目决策程序相融合，也是可以补充论述的一个重要问题。但这也许需要另外的研究和另外的论文表达。

这部著作的原型是几年前谢海波写作的博士学位论文。他在读博期

间参加了我领导的《环境保护法》修改研究。借此机会我对他表示感谢。

将这部书稿与几年前的学位论文比较，可见作者自获得博士学位以来一直没有松懈，努力地在学业上钻研并取得了新的进步。作为导师，我为之感到十分欣慰。

特作此序，与作者共勉。

王 曦

2018年6月2日于闵行家中

前 言

人类与自然环境共存于同一个地球，构成了整个世界。人类的生活品质有赖于经济发展和物质文明的发达，人类的生活环境与健康有赖于环境保护和生态文明的发达。经济增长与环境保护之间如何取舍或平衡是摆在人类面前的两难选择。政府是国家政策的主要制定者和执行者，对人类社会生活享有广泛的行政决策权。实践证明，政府的行政决策往往直接影响到人类生活环境和生态环境。与其等决策失误造成严重环境恶果之后进行补救，不如事先通过正当程序控制决策过程，预防决策失误，避免环境恶果的出现。因此，环境法应由传统环境法转向现代环境法，由重视事后补救、事中管制转向重视事前预防。作为事前预防制度的环境行政决策程序问题成为现代环境法的重要内容之一。

因政府行政决策程序不当，常常引发各种环境群体性事件，导致环境行政决策程序面临各种正当化危机：一是政府行政决策权与环境考量义务的分离。例如，有的享有行政决策权的政府机关，无须承担环境考量义务，政府经济发展部门的职责主要是考虑发展问题，而政府环境考量义务主要由政府的环境保护主管部门承担。二是环境问题在科学上的不确定性与政

府决策的必要性。人类认识和解决环境问题能力的有限性与政府负有解决环境与发展问题的责任，要求必须作出决策以解决现实遇到的问题。三是利益冲突性与政府决策的公正性。环境问题涉及不同的利益团体。企业或产业界利益集团、公众、环保组织之间存在利益冲突，需要政府行政决策保持公正，然而，环境问题上容易出现“政府失灵”问题。因此，如何实现环境行政决策程序的正当化成为现代环境法的重要课题之一。

环境行政决策程序是一种非传统的行政程序，具有行政程序的法律性质和行政程序的基本特点，但又有其自身的特殊性。其特殊性表现在环境行政决策程序是一种复合程序。环境行政决策程序是由主行政决策程序与环境考量程序组成的二元结构。环境考量程序具有不同的种类即环境影响评价程序、战略环境评价程序、环境风险评价程序和环境与发展综合决策机制等。以往的立法和研究往往将主决策程序与环境考量程序二者分开，使本为一体的程序无法得以整体呈现，无法科学认识环境行政决策过程。本书将二个程序统一，视为一个整体即环境行政决策程序进行研究，以窥见环境行政决策程序问题的全貌。

正当化是一个提供正当性的行动。环境行政决策程序正当化是行政机关行使行政决策权时履行环境考量义务和遵循程序正义原则，为实现经济社会可持续发展目标，就可能对环境造成重大影响的拟议行为，做出决定所应遵循的步骤、顺序、方式和时限的过程。为了实现可持续发展战略目标，环境行政决策程序应成为促进可持续发展目标实现的制度工具。环境行政决策程序的行政程序基本属性决定了其程序性原则应符合正当行政程序的原则，即行政公正原则、行政参与原则、行政比例原则和说明理由原则。环境行政决策程序的环境考量义务的特殊行政程序性质决定了其实质性原则应将行政决策权与环境考量义务相统一。无论主行政决策程序，还是环境考量程序，都应当以保障公众程序性环境权利（包括获取信息的权利、参与决策的权利、诉诸司法的权利）为中心构建政府的环境行政决策程序义务。

从程序法律的功能视角，本书专门分析了环境行政决策正当化的积极功能和消极功能。消极功能是程序控权的法治功能，积极功能是环境

风险的预防功能。从程序二元价值观的功能视角看，环境行政决策程序正当化建立了程序二元价值观，程序工具主义价值在于促进环境公平、提升环境价值、维护社会稳定。程序本位主义价值在于人的尊严、决策理性和正统性。

理论的类型化分析有助于加深对研究对象的认识。根据环境考量义务主体与环境考量程序的类型不同，本书尝试将环境行政决策程序分为基于EIA的一体式类型、基于EIA的分体式类型、非基于EIA的一体式类型和非基于EIA的分体式类型四种理论模型，通过对这些理论模型的分析，我们能够更加理性地看到环境行政决策程序中不同的环境考量义务主体与不同类型的环境考量程序的组合可以产生的不同作用及其利弊。

“他山之石，可以攻玉。”本书还专门以正当化原则为视角，研究了美国《国家环境政策法》所创造的环境影响报告程序（EIS）制度。这项制度开创了现代环境法律制度的先河，为世界各国普遍效仿，并且成为环境行政决策程序正当化的典范。美国环境行政决策程序模式属于EIA一体模式，通过《国家环境政策法》《CEQ条例》与《联邦行政程序法》等立法规定，较好地构建起环境行政决策程序正当化的法律制度体系，值得借鉴。

本书分析当前我国环境行政决策程序法治薄弱问题，认为未来环境行政决策程序正当化的重构应当主要从三个方面入手：第一，通过行政决策程序和环境考量程序改革，将行政决策权与EIA程序统一；第二，通过正当程序改革，以保护公众环境权利为中心，构建正当环境行政决策程序制度体系；第三，通过法律化改革，制定《国家环境政策法》与《行政程序法》，完善环境行政决策程序的法律体系。

由于目前国内环境法领域几乎还没有专门系统的有关环境行政决策程序方面研究。本书作为对环境行政决策程序研究的一种尝试，呈现给读者。由于本人学识尚浅，书中的错误和不足之处，请各位读者和同仁批评指正。

目 录

第一章 环境行政决策程序之界定:非传统的 行政程序 / 001

第一节 环境行政决策之基本理论 / 001

一、决策的基本认识及其传统观点 / 001

二、法学界对行政决策法律规制的主张 / 004

三、环境决策基本问题与环境行政决策的
法律表达 / 010

第二节 环境行政决策程序之实质与形式 / 018

一、环境行政决策程序之实质 / 018

二、环境行政决策程序的形式 / 020

第三节 法律性质:一种非传统的行政程序 / 045

一、传统行政程序的理论特征及其影响分析 / 046

二、环境行政决策程序:非传统的行政程序 / 055

第二章 环境行政决策程序正当化之意义、 目标与功能 / 059

第一节 正当化之意义阐释 / 059

一、“正当化”的界定及其“危机” / 059

二、道德化:环境行政决策伦理转向生态中心论 / 061

三、法律化:环境行政决策的正当法律程序 / 063

第二节 目标定位:实现可持续发展制度工具 / 073

一、可持续发展的一般理论 / 074

二、中国的可持续发展战略与有关环境行政决策程序的建立 / 076

三、可持续发展:环境立法目的的发展演变 / 077

第三节 程序控权:正当化之消极的法治功能 / 082

一、程序控权的法治功能 / 082

二、环境问题的“政府失灵”理论 / 084

三、环境行政决策程序在环境法治中的控权作用 / 085

第四节 风险预防:正当化之积极的预防功能 / 086

一、风险预防原则与环境行政决策程序的挑战 / 086

二、环境行政决策程序对环境风险的预防作用 / 088

第三章 环境行政决策程序正当化之适用标准、原则与权利体系构造 / 091

第一节 适用标准:综合性程序正义标准 / 091

一、贝勒斯综合性程序正义理论中正当程序的“五项”适用标准 / 091

二、环境行政决策适用正当程序:以贝勒斯程序正义理论的解释 / 093

第二节 实质性原则:行政决策权与环境考量义务之统一 / 095

一、行政决策权:行政决策权与行政裁量权属性 / 095

二、环境考量义务理论证成 / 097

三、行政决策权与环境考量义务统一的思想:《我们共同的未来》
的规定 / 100

四、行政决策权与环境考量义务统一的立法实践 / 102

第三节 程序性原则:正当行政程序 / 105

一、行政法上之正当程序原则的形成 / 105

二、正当行政程序之原则及其制度体系构成 / 107

第四节 公众环境程序性权利体系构造 / 113

一、公众参与环境行政决策权利的国际法渊源 / 114

二、公众参与环境行政决策程序的理论基础 / 117

三、公众参与环境行政决策程序性权利的谱系构造 / 119

四、公众参与环境行政决策权利体系的立法例 / 126

五、正当行政程序原则及其制度与公众程序性环境权利之“耦合” / 130

第四章 环境行政决策程序正当化之法律价值追求 / 133

第一节 程序二元价值观 / 133

一、法与“价值”之意义 / 133

二、法律程序的二元价值观：程序工具主义和程序本位主义 / 134

三、环境行政决策程序的二元价值观 / 135

第二节 程序工具主义价值 / 136

一、促进环境正义 / 136

二、提升环境价值 / 138

三、维护社会稳定 / 139

第三节 程序本位主义价值 / 140

一、尊严价值 / 140

二、理性价值 / 141

三、正统性价值 / 142

第五章 环境行政决策程序正当化之类型分析 / 144

第一节 类型化思维与标准划分 / 144

一、法律哲学与类型化思维 / 144

二、环境行政决策程序的类型化标准：二元标准划分及其前提 / 146

第二节 四种类型之理论模型 / 148

一、基于 EIA 的一体式类型 / 148

二、基于 EIA 的分体式类型 / 150

三、非基于 EIA 的一体式类型 / 151

四、非基于 EIA 的分体式类型 / 153

第六章 环境行政决策程序正当化之域外经验考察：基于美国分析 / 155

第一节 美国《国家环境政策法》的制度创新：环境影响报告程序 / 155

一、美国《国家环境政策法》的意义 / 155

二、美国《国家环境政策法》的主要内容 / 156

三、美国《国家环境政策法》的制度创新：环境影响报告程序 EIS / 157

四、美国《国家环境政策法》环境影响报告的全过程 / 158

第二节 美国 NEPA 实质性原则：行政决策之环境考量义务 / 160

一、环境考量义务的法律规定 / 160

二、行政决策权：课以环境考量义务的行动 / 162

第三节 美国 NEPA 程序性原则：程序正义制度设计 / 162

一、美国《国家环境政策法》决策过程 / 163

二、基于 EIA 一体式类型的环境行政决策程序的正当化 / 164

三、环境行政决策程序中的行政公正原则：行政法法官 / 165

四、环境行政决策程序中的行政参与原则：公告评论程序 / 166

五、环境行政决策程序中的行政比例原则（合理性原则）：替代方案 / 171

六、环境行政决策程序中的说明理由原则：机构决策记录 / 172

七、环境行政决策程序的司法审查 / 173

第七章 中国环境行政决策程序正当化之实践 / 176

第一节 中国政府环境决策体系的基础架构 / 176

一、中国现行决策体制的特点分析 / 176

二、中国现行行政决策主要形式和体系分析 / 177

三、中国环境行政决策程序正当化的实践问题 / 179

第二节 现行中国环境行政决策程序的行政法规范要求 / 179

一、现行行政决策程序的行政法规范要求：正当行政程序和程序性权利 / 180

二、现行行政决策程序规范的决策事项范围：从地方层面的法规规章考察 / 185

三、现行行政决策程序的规定：五大法定程序及具体制度构成 / 190

四、现行行政决策程序中环境考量程序的法规范要求：环境风险评估程序 / 197

五、我国地方政府法规文件对环境行政决策程序的类型化定位：非 EIA 分体式类型 / 202

第三节 现行中国环境行政决策程序的环境法规范要求 / 204

一、现行环境行政决策程序的环境法规范要求 / 204

二、现行环境行政决策程序实质性原则规范分析 / 212

三、现行环境行政决策程序性原则的规范分析 / 214

四、现行公众参与环境行政决策的程序性权利的规范分析 / 220

第四节 当前中国环境行政决策程序的运行实践:典型案例 / 227

一、PM_{2.5} 纳入《环境空气质量标准》 / 227

二、四川什邡环境群体性事件 / 231

三、宁波镇海 PX 项目事件 / 233

第八章 中国环境行政决策程序正当化之反思与重构 / 235

第一节 当前中国环境行政决策程序正当化的反思 / 235

一、行政决策权力与环境考量义务的分离:现行环境行政决策程序模式之反思 / 235

二、权利的程序保障不足:环境行政决策正当程序与公众环境权利之反思 / 238

三、法制化基础不足:行政程序立法与环境行政决策程序立法之反思 / 240

第二节 未来中国环境行政决策程序正当化的重构 / 242

一、EIA 模式改革:行政决策行为与环境影响评价程序的统一 / 242

二、正当程序改革:以保护公众环境权利为中心构建正当环境行政决策程序制度体系 / 244

三、法律化改革:完善环境行政决策程序的法律体系 / 247

参考文献 / 248

后 记 / 260

“风险肯定源于人们的重大决策，各种风险其实是与我们人类的决定有着密切的联系，今天的风险就是昨天决策的结果，今天的决策正在产生明天的风险，并且今天的一项决策可能会毁灭我们人类赖以生存的这颗星球上的所有生命。”^{〔1〕}

——乌尔里希·贝克

第一章 环境行政决策程序之界定： 非传统的行政程序

第一节 环境行政决策之基本理论

环境行政决策是环境行政决策程序研究的逻辑起点。环境行政决策涉及决策学、行政学和法学等学科的基本理论。明确决策、行政决策和环境决策的含义和性质及分析相关理论观点是研究环境行政决策问题的前提。

一、决策的基本认识及其传统观点

（一）决策的基本认识

“决策”概念在中西方都有之，而且自古有之。但人们对决策概念的理解不一，对决策意义的把握也

〔1〕 [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第21页。

各不相同。

1. “决策”的词源考证

“决策”一词，在中国，最早出现于先秦时期的著作《韩非子》。《韩非子·孤愤》篇中所言：“智者决策于愚人。”在楚汉时代，韩信也提出过“决策东乡，争权天下”的思想。“决策”作为现代管理学中的一个术语，首先出自美国。“决策”的英文被称为“decision - making”，意思为作出决定。

2. 决策的意义考察

从不同的角度理解，决策具有不同的意义。人们一般在三种意义上使用“决策”概念。其一，决策是过程。即决策是一个包括发现问题、确定目标、设计方案和在几种方案中做出最后的选择的一系列过程。其二，决策是方案的最终定夺。即决策被视为从若干设计方案中进行最终确定。其三，决策是具有风险的选择。决策被视为在不确定的、存在一定风险的情况下，冒险地进行选择。综上所述，决策是为解决特定问题，通过备选方案的比较，从中选出较好的解决问题的方案。决策是一种较为正式且重要的抉择过程或者抉择结果。我们应当辩证地认识决策，其实决策是一体两面的，从静态上看，决策是决定的结果；从动态上观之，决策是作出决定的全过程。

3. 决策的类型区分

决策是人类社会存在的一种普遍的实践活动。根据决策主体的不同，决策一般可以分为个人决策、企业决策和政府决策。关于个人决策，我国经济学家于光远先生曾言，决策就是个人处理生活小事的决定。至于企业决策，最具代表性的观点就是第十届诺贝尔经济学奖获得者西蒙（Herbert A. Simon）博士的观点。他认为“管理就是决策”。^{〔1〕}这一论断反映出管理活动与决策论的紧密关系。西蒙创立了适用于企业的现代化的决策理论。政府决策通常指的是政府部门或者行政机关做出的，旨在处理公共事务所进行的决策。本书探讨的就是政府决策，而且

〔1〕 [美] 赫伯特·A. 西蒙：《管理决策新科学》，李桂流等译，中国社会科学出版社1982年版，第2页。

是与环境保护有关的政府决策问题。

4. 决策的构造

决策的构造一般是由决策主体、决策对象和决策工具三大要素构成的。(1) 决策主体，即决策者，一般包括个体、集体和社会总体。从现代科学技术和经济社会发展的趋势来看，集体作为基础主体占据了更大的比重。(2) 决策对象是指人的行为可以对其实施影响的客体系统。决策对象一般包括自然界、人类社会和人的精神等领域的事物及行为。(3) 决策工具主要指决策所必需的决策信息、决策方法与决策手段。信息是对客观事物的反映，是主体认识客体的中介和桥梁。决策方法与决策手段是决策主体在决策过程中必要的辅助工具。^{〔1〕} 通过以上决策构造分析可以看出，决策是由决策主体、决策对象和决策工具三大要素构成的有机整体。

5. 决策的特性分析

无论何种决策都存在一些共性，或者说共同特征。决策共性的主要表现如下：^{〔2〕} (1) 目的性。决策不可能漫无目的地进行，决策活动要以问题或需求的明确性为前提。(2) 选择性。决策活动具有人类理性计算活动的性质，对各种方案要进行取舍，并要求在经过权衡和比较之后选择最优的行动方案。(3) 过程性。完整的决策活动需要经过信息收集、目标确定、方案设计以及方案选择等一系列过程，任何决策都不可能是瞬间完成的。

(二) 关于决策的研究范畴归属的传统观点

传统观点认为，决策属于行政管理学的研究范畴。决策理论形成于20世纪中叶。决策研究先是在军事和企业管理中，第二次世界大战之后才把决策理论引入行政管理。早期行政学家对决策问题的理解比较狭隘。他们认为：首先，决策是一种单纯的“政治”行为，即国家权力机关的职能范围只包括正确表达人民的意志和决定国家应该做的事情。其次，行政机关只是涉及执行问题，无权做出决策，行政机关的任务仅限

〔1〕 吕永龙、贺桂珍主编：《现代环境管理学》，中国人民大学出版社2009年版，第45～46页。

〔2〕 丁煌：《行政学原理》，武汉大学出版社2007年版，第157页。