

# 法治国家和风险社会理念下的环境治理机制

沈百鑫

(亥姆霍兹环境研究所, 德国莱比锡 D04103)

**摘要** 面对现代环境问题,我国环境治理需要以法治国家和风险社会理念为基础进一步完善。法治国家要求立法、行政与司法的长期稳定、系统有效运作,而风险管理需要以科学技术进步为基础,对风险有及时认知和科学评估,两方面都是人类社会可持续发展的理念支撑。现代环境行政法首先强化了直接行政监管,不断加强对私权干涉的程度,而且扩展了现代环境规划制度,还创新了环境影响评估制度,同时针对现代环境问题的源头:经济上的外部性,针对性采取多种经济手段。此外在风险沟通和信息公开以及加强程序性权利上,公众参与制度进一步得到细化。这些环境治理行政手段既继承了国家传统行政机制,又都基于法治国家与风险管理理念予以补充,以更有效地、针对性地实现现代环境保护。

**关键词** 法治国家; 风险社会; 环境风险管理; 环境监管机制

中图分类号: X321

文章编号: 1674-6252(2016)02-0073-06

文献标识码: A

DOI: 10.16868/j.cnki.1674-6252.2016.02.073

## Environmental Risk Management under the Rule of Law and the Risk Society

Shen Baixin

(Helmholtz Gesellschaft UFZ, Leipzig Germany D04103)

**Abstract:** In the modern environmental governance, China face two challenges: the rule of law and social risk management. The rule of law requires long-term, stable and systematic as well as effectively function of legislation, administration and justice. The risk management needs to be based on Science and Technology Advancement, new knowledge and assessment methods to risks. Response to modern environmental governance, the administrative law firstly strengthens the direct administrative supervision, and then continues to deepen the interference degree of private rights, furtherly expands the modern environmental planning system, and lastly innovates the environmental influence assessment system. As to the source of modern environmental issues: economic externality simultaneously takes a variety of targeted economic instruments. Moreover, in the risk communication, information disclosure and the strengthening of procedural rights, the public participation institution has been further refined. These administrative measures on environmental governance are required a systematically combined application under comprehensive consideration of the rule of law and risk management.

**Keywords:** rule of law; the risk society; environmental risk management; administrative institutions

### 引言

中国在环境保护政策与立法上,与世界发达国家在时间上相距并不远。在1972年联合国第一次人类环境会议的影响下,一年后中国就召开了第一次环境保护会议,并于1979年颁布了《中华人民共和国环境保护法(试行)》。经过长达四十多年的发展,发达国家的环境恶化基本实现了好转与恢复(当然面对着大量风险未知的新科技,环境问题将一直伴随着人类发展),但我国还没有实现真正的控制与扭转。究其原因,除了我国环境保护现在才真正从外生型向内生型转变,环境法治的宪法性基础问题仍未真正解决外(见《论我

国环境法治的宪法基础》,载《国土资源情报》2015年第5期),还缺少从传统行政监管向基于法治国家与风险社会理念下的现代环境治理机制的转变。本文就此展开初步讨论,首先对法治国家与风险社会提出基本认识,然后对于传统行政手段向现代环境治理机制的发展提出看法。

### 1 法治国家与风险社会理念

#### 1.1 法治国家原则

法治国家理念的核心是通过法律来保障人类社会的自我决定,规范国家在个人自由利益上实施统治(加以限制)

的约束性与限制力,在很大程度上是开放的市场经济体系本身的自然需要。法治国家理念的中心任务是对私益的认可和界限,并基于公平原则加以保护和排序,以及以法律明确规定的程序保障合理性<sup>[1]</sup>。法治国家原则重点强调三方面:①从保障个人自由实质出发,规范不同法律利益秩序;②合理限制国家统治权的实施(范围和方式);③强调程序性规范的重要性。具体表现在国家权力的划分、依法行政、合理性原则、确定性原则、法的不溯及既往、司法保障以及实体公正。法治的实质其实是长期的知识积累、渐进的制度演进和稳定的发展。它是国家向现代治理转型、实现可持续发展必然要面对的挑战。环境法治下的长效环境保护,在中国语境下,自然需要考虑到法治国家的理念。

环境法的实质仍然是对秩序、公平、安全及正义这些基本法律价值的保护,它致力于恢复和保障秩序、维护公平与正义,并重新获得安全感。虽然快速发展的自然科学和工业科技促进了经济发展,并推动了人文精神、社会与政治解放,但同时也带来了众多不确定性:经济和社会发展的不确定性、知识与科技的不确定性、环境资源使用的不确定性,甚至人类整体的发展和生存也因为自然环境恶化变得不确定,众多不确定性为传统利益平衡和安全保障带来巨大挑战。因此,在这种知识化、工业化、全球化和信息化的社会发展大背景下,秩序、正义与安全在保护程度、保障尺度范围,在时间与空间的跨度以及在考量因素上都超越了传统法的利益平衡范畴,除了私益间平衡外还包括代际间的和国家间的利益平衡。因为在传统法律中对人类共同生存的自然家园,缺少有效的法律治理机制,所以环境法治就是在法治国家的理念下,需要调整传统的法律规范与权益体系,将自然生存条件的保障纳入到人类迄今为止最有效的治理机制——法治的框架内。

## 1.2 风险社会下的规制

在现代社会,人类面临的危险除了来自未知自然界的威胁外,更多是来自人类社会自身。在工业化以及智能化的影响下,风险更多被认为是社会在增进福祉与生活水平同时,社会自身制造的副产品,即就个人而言是由自己或第三人的决定导致的风险。在这种更为复杂的现状下,防卫与预防不仅是个人事务,更要求国家在政策与法律上的积极应对。

现代环境保护已经超越了危险防卫(Gefahrenabwehr),进一步要求将危险预防、风险引导甚至部分还将剩余风险也纳入考量范围。危险预防(Gefahrenvorsorge)是指针对危险门槛以外的不利影响,在危险门槛前设立一定的安全区域,针对小概率事件下,对可避免的损害或聚合影响,能够在时间和空间上获得能动性。当生活经验和科学认知不能对致因关系(如对于生物医药试验或基因技术的使用)提供预见,但不能排除存在重大的不可恢复的不利影响时,国家就要承担风险引导(Risikosteuerung)。对此,即使立法者已经作出基本

规定,基于对现状的不确定和处理方式的失误,仍然要求行政机关有高超的引导技巧。对风险的处理本身就意味着风险,对风险引导的风险较大时,则为剩余风险(Restrisiko)。除了行政法上的引导机制外,还需要考虑间接引导,比如民事责任法上的规定。而程序法上的规定需要强化利益相关人、公众与科学界之间“风险交流(Risikokommunikation)”机制<sup>[2]</sup>。

## 1.3 现代环境行政法

现代环境保护政策与法律当然不是一时间建立起来的,在现代环境法确立之前,各国法律中均可找到与自然环境保护相关的个别规范,尤其是工业化进程中,严格的危险责任和出于公共利益保护而采取的积极的警察干预权都对环境保护起到一定影响,但从西方国家在20世纪发生的重大污染事件可知,零散点状的制度是远远不够的。到了20世纪70年代,西方发达国家大多系统全面地建立了独立的环境行政法。环境私法中的权利保护和侵害责任规定,只能有限且多在事后起到防范效应,因此更要求国家作为共同福祉和基本权利捍卫者采取积极措施,建立系统的行政监控程序体系,恰当地限制人类对环境的使用权益,才能合理地保障人类生存自然基础。在环境问题上,一方面,已存在的环境污染问题都不是短时间内能解决的,无论是采取污染事后治理措施还是建立事先预防机制;另一方面,许多所谓的“危害”都是滞后进入社会意识中,这些可能的危害尤其需要从国家长期政策与法律层面进行干预与监管。这并不否认个人与社会在现代环境治理中起着不可或缺的作用,但更强调了国家在环境保护中的主导作用。

环境保护法适用预防原则,即需要对传统法律权益保护界限以及法律干涉强度予以适当调整,充分利用规划手段,创新有利环境保护的程序性权利,以环境质量目标制度补充传统的排放标准制度,以确保整个社会发展的可持续性。基于国家在现代环境保护上负主要责任及其积极介入,现代环境法的主要内容是环境行政法,即国家通过禁止规定、审批许可、税费和补贴等经济激励、信息公开等手段对个人和企业的自由和权利进行法律约束,甚至直接规定义务,同时也规定了政府在这方面的权力与职责(制定规划、审批、监管与监控信息、公开、公众参与等)。因此,为解决现实的环境问题,环境法不断推动并创新着行政法的理论与实践,它是行政法中最具有创新能力法律部门。

## 2 环境法治的意义

对“依法行政”的理解,尤其是在风险社会里,并不意味着完全严格地依照“行政法律规定”。因为在法律规范之间也具有层级与冲突,而且行政与法律的关联程度也有不同,可以区分为“依法”行政和“法无明确规定”的行政。在“依法”行政下,法律的关联程度具有

不同强度：可以是严格遵照的，即行政必须依照法律规定的事实条件进行；也可以是相对宽松的，即行政保留一定的裁量空间。而对于“法无明确规定”的行政，行政机关可以依其预设和创新开展行动。但这仍必须遵守一般法律的限制和约束，如权限规定、基本权利、行政法的一般原则等<sup>[1]</sup>。

同样，环境保护的合法性要基于宪法对其保护边界的考量。任何一种公法上的任务因基于事先对各项国家任务的限制，都只具有部分的合法性，即它们只适用在法律明确规定的有效领域<sup>[2]</sup>。作为对传统权利与自由的限制，国家防范特定的环境危害行为，持续将国家进行干涉的门槛从危险防卫提前到风险和剩余风险控制环境相关的私权和效力正不断流失，国家加强对环境物使用权分配上的垄断，以及作为行为引导工具的税费机制都限制了个人的自由与财产权利，从自我负责的行为个体日益沦为基于生态动机加以干涉的客体<sup>[4]</sup>。尽管环境保护仍然是遵循保障自由与基本权利的途径，但与传统的自由保障与权利保护法律框架处于一种紧张的互动关系中。法律保护环境利益的核心途径依然是传承传统权利保护途径，只是在利益平衡考量上进一步扩展，是更大范围内的公平和自由。面对现代环境问题，社会整体利益的再平衡是现代国家和现代国家一个长期性的重要任务。

也正是基于环境法治的特征，一方面，需要保证法律的稳定性和安全性，以及对行为的可预期性，特别需要基础法律的稳定；但另一方面，因为环境科学的快速发展，以及环境治理的急迫任务，需要及时应对与更新，所以需要对环境法不断加以修订。由此也决定了环境法规范的多层次性，一方面，为保证法律的连续性，在基本法律上采用个别条款更新的一揽子立法手段；另一方面，又通过法律附件和授权制订的行政法规和行政规章来对具体监管细节加以规范；在此基础上，通过迅速进步的认知不断更新环境标准，同时大量使用短、中、长期不同的规划手段。

环境法制度涉及的范围远大于环境行政法制度，环境法的主要制度还可以包括环境私法、国家对任务的自我承担（如绿色采购）以及环境刑事规范等。在环境行政法范围内，有传统行政安全监管制度，环境法也有自我创新，如环境影响评估、环境质量达标制以及排放权证交易等。环境法的发展创新着一般行政法的理论<sup>[5]</sup>。现代环境法要求在对自然生存环境和人类健康造成危害之前作出应对，以及以结果导向型的积极改善环境质量，这些都需要新的行政措施，但同时也暴露出了环境法律实施不力的缺陷<sup>[6]</sup>。这些环境行政法制度往往不是单独的，而是整合为工具包综合使用<sup>[7]</sup>。

### 3 主要行政管理机制在法治国家和风险社会理念下的发展

环境问题不仅局限于环境领域上，更涉及到社会发

展与政治稳定以及民族生存延续的问题。面对我国严峻的环境挑战，有人认为是市场失灵，也有人认为是国家治理失灵。但它更是一种系统性失衡，是中国社会在工业化、城市化与全球化的浪潮中从原先状态向新状态过渡中的各个方面的结构失衡，而新平衡的建立同样需要各个方面的协同。其中，以环境治理机制为代表的国家治理能力是核心体现。改善环境治理机制，重要的是基于法治国家与风险社会的理念，贯彻环境预防原则，强化以环境许可为核心的环境行政监控体系，并以经济性手段为有效补充。在此基础上，以信息公开、公众参与以及环境司法保障作为提升行政管理机制效率的保障。

#### 3.1 环境规划

环境问题的系统复杂性、不确定性以及污染物在空气、水和土壤以及动植物间可转移性，要求环境治理具有更有效的制度设置，尤其需要借助规划工具<sup>[8]</sup>。尽管在国家治理中早有规划和计划手段，但环境法推进和发展了规划制度。没有环境规划制度，环境保护很难实现预防原则和综合保护原则<sup>[7]</sup>。规划制度对传统行政管理在空间与时间尺度、管理事务对象范围和利益信息来源以及事后评估等方面的扩展，使行政机关针对复杂的环境事务拥有更强的决策能力，更灵活的决策空间。专业规划和综合规划，都要从现状出发，对未来一定时期内特定事务从多方利益角度进行综合评估，它甚至为将来具体行政行为的合法性与合理性提供一定的框架基础<sup>[7]</sup>。

规划在法律效率上具有多样性，一般简单规划可作为行政内部规章和指南，具体规划则具有法律、法规、章程和行政文件的效力<sup>[7]</sup>。同时，规划机制不仅是实体性规定，更是程序性规定。程序公开并保证足够公众参与的环境规划，实质上是利益表达的多元化。保障不同参与程度的公众有一定的司法诉权，依法保障公共利益与私人利益的平衡，是法治国家要求的必要救济手段。规划过程中程序公开在一定程度上是信息收集与评估的重要途径，因为充分的信息是制定良好规划的前提<sup>[6]</sup>。环境规划只是规划的一种，环境利益是其核心衡量因素，还要遵循可持续发展的原则。作为一种治理工具，规划实施中与规划完成后还需要评估机制来保障规划的有效性、承继性以及规划实施的责任问题。

因为规划的法律效力不是很明确，现实中大量规划存在着架空法律的嫌疑。特别是在国家层面上，除了与国家五年规划同步的国家环境保护五年规划外，规划大量增加，还有《重点流域水污染防治专项规定》、《国家水体污染控制与治理科技重大专项》、《大气污染防治行动计划》和2015年颁布的《水污染防治行动计划》，以及在制定中的《土壤污染防治行动计划》等。在规划与法律的衔接、专业规划与空间总体规划、环保专业规划与环境相关的其它专业规划间的利益衡量方面，众多问题涌现，尤其是就规划制定和批准的合理性、规划的实

施程序与制度保障、规划的事后评估以及规划的可诉性问题,都迫切需要进一步的理论研究。在实践中有人提出“多规合一”,但这不是解决规划混乱的最好办法,因为专业化分工是社会整体趋势,加强规划的系统协调性才是关键。而且除了在实体内容上的综合考虑外,程序性规定日益被重视,因为它是保障各种利益诉求的必要工具。尽管空间总体规划和其它专业规划在环保方面,不像环保规划将环境保护利益置于优先地位,但非环保规划中的环境利益考量对环境保护有着重要意义。

### 3.2 直接行政监管

若按行政任务的实现方式不同,可将行政种类划分为治安(秩序)行政、服务行政、税费行政、需求行政、财产行政和经营行政<sup>[2,9]</sup>。治安行政主要致力于影响个人行为,包括防卫型行政(消极行政)(die bewahrenden Ordnungsverwaltung)和引导型行政(积极行政)(die gestaltenden Ordnungsverwaltung)<sup>[2]</sup>。环境保护法的规范起点是治安行政,即基于警察治安法上由行政机关予以直接执行的强制和禁止性规范<sup>[6,7]</sup>。直接的行为引导机制最初源于行政治安法律,在我国《治安处罚法》中仍可找到有关噪声防治的规定。但在现代环境行政法中,环境利益一方面以集体的公共利益,另一方面以相关人的直接法定利益,甚至还有以环境本身的保护为法定利益,在传统的法律权益体系中得到系统化地承认。

治安行政规范具有统一性和确定性的特征,执行中在行为的可估计性上,有利于法规的切实履行。环境法在抓手上,必然是以保护基础性法律权利不受侵犯为起点。尤其是在危险防卫意义上,尽管较为死板的统一性规范会对国民经济的效率产生一定影响,但通过一定的自由裁量授权和引导性激励政策,环境法中的治安监管仍然是核心机制。

作为风险预防的环境法主要体现在不同严格程度的准入监管上,包括作为事先准入管理公告、登记、一般预防性审批与严格豁免型特许等许可制度和强制性干涉措施以及不同强度的监控体系。对此,环境许可制度不仅是事前的,更是事中、事后的,即包括许可后检查和补充规定以及在违反许可条件下的撤回。在许可保留的预防型禁止下,当满足所有法律要求的条件时,个人有基本权利赋予的要求批准许可的权利主张,而在许可保留的豁免型禁止下,这种例外性特许大部分处于行政裁量权下;而且对于行为是否原则上许可或禁止,举证范围和举证责任也不同。另外在行为违法下,对于行为性质的认定也有区别,违反豁免型禁止许可的行为通常导致更严重的结果<sup>[2]</sup>。

审批许可制度的核心是对申请人关于物质、产品、设施(项目)以及场所的从业、开设和经营行为的行政许可制度。许可保留实质上是将相关的解释责任由行政机关转移给申请人,并在时间上予以前置<sup>[9]</sup>。强制干涉

措施包括禁令、责令关闭和消除危害,对已批准行政许可的,可撤销或撤回许可。因为环境问题其实最终还是技术性问题,在明显性或严重性判断上,必须要依赖更为明确的规定,因此除了《环境保护法》以及环境各部门法外,促进环境治理的可操作性的条例和行政法规,包括技术标准,显得尤为重要。在法治国家和风险社会理念下,它是科学判断和合理性判断向合法性判断的衔接关键,即在一定程度上技术标准才是环境行政裁量的核心。在监控事务上,以现代网络信息技术为支撑,需要有完整的国家监控网络,同时与企业自身的环境监控互为补充,以及行政机关称职的检查核查干涉权限。

环境事务上的行政监管已从传统的审批许可发展到长期监控以及采取更严格的直接干涉措施,由此致使企业经营义务不断增加。在环境法上即使已授予的许可,也只具有有限的效力,尤其体现在长期实时的监管和监控,以及环保部门可以根据技术发展和科学认知以及环境目标提升,事后追加一定附属条件<sup>[6,10]</sup>。我国《行政许可法》第八条既在第一款规定了行政许可的一般性法律效力,同时也在第二款中明确规定,“行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”。在此,不仅行政法是“宪法的具体化”,行政也是“作为的宪法”,行政同样受到当时的政治、社会、经济、技术和文化方面关系的影响;不仅对于事实的认知和发展,而且对于预设和期待都紧密相关<sup>[3]</sup>。因此可以说现代环境行政许可制度,是需要进一步贯彻法治国家与风险社会理念的。

而且,同样是出于对法治国家的尊重和对风险社会的应对,环境法规范为保障执业和经营自由与权利,以及促使经济稳定、减少经营风险,在环境监管领域甚至发展出一种新型行政关系,即合作治理关系,从整体上促进了环境行政执法的效率。体现在环境法上,国家对于有风险、基于现有认知还有不确定因素的行政事务,不再对权利地位与现状赋予长期、严格的法律保护,而是对可能的风险,国家在行动和选择可能性上留有更多自由空间。在具体的程序与制度上包括有期限性的许可、事后作出的补充要求、允许突击检查、监测、报告与整改义务以及事后监管,这些制度是对传统治安秩序法上监管的补充与创新。相应的,设施经营者处于一种动态的基本义务情形下,这样一种基本义务要求经营者基于技术或科学的先进程度来预防环境不利影响<sup>[6]</sup>。同时,在程序中和行政关系上,经营方和行政机关甚至是一种契约合同与合作协商的地位关系。尽管对环境直接行政监管的固定统一(缺少灵活性)对国民经济会产生一定的低效率,但从危险防卫的角度出发,根据其干涉自由和权利的不同强度,仍然是不可缺少的<sup>[6]</sup>。

环境行政法有两个难点,一是环境相关的私法与公法权利义务的竞合,二是在环境行政法上专业的行政审

批许可制度与较为综合的行政许可制度的竞合。这都体现在环境许可制度上，它本身是一种复杂的行政决定程序，涉及到危险防卫、风险预防和资源保护以及对于环境物使用的合理分配。多种利益冲突、涉及的多种利益相关者以及风险决策中的未确定性，决定了环境许可程序的复杂性<sup>[6]</sup>，这也是风险交流程序所要求的。风险与危险认知是以科学知识的进步为前提条件的，但也需要认识到，对风险和剩余风险的行政规制其实也在一定程度上带来了社会风险，而对这种风险的容忍又为行政权限的扩张创造了一定条件。

### 3.3 环境影响评估（包括政策评估）

环境影响评估的目的是对法律明确规定的公共或私人项目或一定规划与计划，事先综合地调查、确定以及评估对环境的影响，将评估结果供项目审批的行政机关决定时以及供项目或计划修改时尽早予以考虑<sup>[7]</sup>。进行评估的实质，一方面是为科学决策或决定提供知识与信息基础，另一方面也是行政机关将一定的决策风险转移，包括向申请人的转移，或者与社会共同承担相关风险，即环境影响评估更多是程序性规定，要求公众参与，通过决策程序的透明化更好的避免环境风险。通过环境影响评估的多方参与和程序公开，又促进公共行政的公开化并由此保证其合理性，有利于综合理念和预防原则的实现，以及通过科技专业知识来决定法治国家与风险社会在具体情形中的合法性、合理性界限，环境影响评估也因此成为环境法中的一项重要制度。但环境影响评估报告对行政机关并不具有法律约束力，只是行政决定的信息材料之一。环境影响评估机制在我国的实质问题是政府在相关的知识拥有或者知识获取途径上存在不足，即知识型官僚和行政智囊力量的不足导致在具体情形中科技知识力量的不对称，因此环境影响评估意见书不能形成更切合行政机关自身的判断，从而丧失了对危险与风险判断的行政权威。

### 3.4 行政治安（警察监管）

在一般行政法与刑法之间还有一层内容，即行政治安处理或警察监管。尽管环境法作为现代行政激励引导理念的重要实践领域，但除了规划、审批、检查等行政行为外，当防卫急迫的环境危害行为出现时（不同于风险预防，这是一种直接的危险防卫，但还没有达到刑法处理程度），源自治安和警察法上直接、强制性行为干涉规范（repressives Einschreiten）的传统机制仍然影响深远。对此部分的内容在法律文本上也并不统一，有些规定在具体的行政行为中作为应对措施，在我国行政法规范中更多是被单独作为“法律责任”章节予以规定，但就其本质作为行政处罚、行政裁决或者行政强制，都只是具体行政行为的一种<sup>[8]</sup>。这种一般性强制规范可以看作是兜底性的规范，但因为缺乏可操作性，需要有关部门环境法中具体规范提供可操作的细化规定，具体细化利益、情形以及技术阈值。没有强制和命令手段，环境保护不可能真正实现<sup>[9]</sup>。尤其是在我

国大量守法成本高、违法成本低法律现状造成严重污染环境的现实下，具有十分重要的意义。我国的环境保护事业还处在危险防卫、危害排除与风（危）险预防之间，重要的是阻止环境进一步恶化，在此现实背景下，环境监察与其它相关的环境专门治安力量（水政、林业监察、土地监察）以及公安警察之间的合作与协调十分重要。也正基于此，对于风险社会中的风险预防是有前提基础的，即首先是对危险防卫有着十分完善的保障，风险预防才能开始突现并进一步得到实现。

在《治安管理处罚法》上一般的危害防卫条款与环境法中的治安管理规定是一般法与特殊法之间的关系，在特殊法中有规定时适用特殊法规定，而当环境法中没有规定，治安危险又现实存在时，要适用《治安管理处罚法》中的一般性规定。而且基于行政的及时性特征，当立法与司法都不能及时针对现实国家急迫危险或风险做出应对时，作为独立的行政权还具有一定的行政保留，即尽管没有明确法律，行政机关仍然有积极的行政行为权力。现实中急迫需要解决的一个问题是环境监察和水政监察以及国土监察的定位问题，它们是否属于治安警察力量，或者对公安机关作扩大解释，或者将环境监察与水政监察收编到公安机关中，实践中大量联合执法也正是说明了在法律规定上的不足。

对于环境法中的环境行政处罚，除了不成系统和与一般治安法相冲突外<sup>[12]</sup>，还有一些深层的不易察觉的内在自相矛盾。比如《环境保护法》中第59条规定经营者违法排放污染物处以罚款，拒不改正时按日连续罚以及第60条中的限制生产与停产整顿，对此尤其是针对排放许可审批（其中的豁免型许可）的内在矛盾，因为没有许可就没有经营资格，就不存在还有合法生产的时间余地，即罚款和限制生产及停产整顿都不是相当的行政处置方式，更应当以强制阻止生产为基本。这可能也是我国环境许可制度一直不能成为环保法中有效核心制度的内在原因之一。

### 3.5 以经济手段为代表的间接行政治理手段

与直接行政监管相对的是间接行政治理手段，以经济手段为主，同时也包括国家环境信息制度及国家与企业间的协议性手段。经济手段的优点主要是其灵活性与企业主体积极参与程度，但同样也要看到其在透明性、行政干涉的确定性和有效性以及制度设计的复杂性上的不足。环境保护的经济手段是基于经济理性与提高环境物的利用效率为出发点的。经济手段包括优先推荐，如环保认证和纳入政府采购清单等、排放权证、环境税费、环境补贴、环境保险等。同样属于经济手段还有排放证书交易制度，实践比较多的是二氧化碳排放证书交易，对于水权交易仍需有必要谨慎的疑虑。对于此类人为创设的市场，它有效运作的基础，首先是这种权证交易对不同区域的环境影响具有同质性，其次人为市场的基础是严格的行政监管为基础的，没有严格的行政监管，这个市场基础就不存在。

在直接行政监管中，行政机关占着绝对主导地位，而

在间接行政治理手段中, 尽管行政机关一直或隐或现地参与其中, 但起着相对次要的作用, 体现了企业和社会环境治理中的共同合作原则。首先在企业组织体系中, 环境任务由专人负责, 由此不仅能较好地实现企业的环保责任, 便利企业与行政机关的信息交流与合作, 而且能将专业的环保知识落实到企业的生产经营中。另外, 还有企业自愿的企业环保认证和审计体系以及一定范围内的环保许可证交易体系。总体来说, 间接环境治理手段相对能较灵活地符合市场经济内在机制, 能弥补直接行政监管的不足, 但没有以直接行政监管为基础, 间接环境治理手段会失去框架与其所谓的优势, 所谓的市场与价格都只有基于监管有效的前提下才能真正实现的, 尤其在中国, 受外国环境法的影响, 多种监管手段缺少时间上的成熟秩序, 间接环境治理手段在没有有效的直接环境行政监管基础上很难实现在发达国家一样的同等效力。

### 3.6 公众参与

公众参与已经成为环境保护制度的重要组成部分。首先, 基于实体性环境权还不能在宪法和法律层面得以锚固, 而环境相关的程序性权利日益得到重视。其次, 公众参与是环境任务作为国家与社会共同承担原则的体现, 虽然国家在环境保护中起着核心的作用, 但公众参与是重要的支持与补充。信息公开与公众参与是国家监管与社会自治在环境保护事务上的互动, 是国家治理制度上发展, 也是对传统行政法的创新。另外, 公众参与是信息收集的一种方式, 不仅在对特定生活环境的关注观察角度, 公众参与能提供行政机关更多的环境变化信息, 而且在涉及环境的政府行为中, 公众参与能保证政府对不同公众利益的全面平衡。在多层级的国际和国家治理体系中, 通过保障公众对基层政府在切实执行中央政府法律的监督, 公众参与能保证国家法制的统一。在此意义上, 公众是环境法律统一实施的有力保障。

这些环境机制间不是独立的, 而是需要综合运用, 以实现最大效率地保护环境利益。此外还有环境协议、第三方治理、行业标准与目标、企业自身组织的环境管理机制(环境保护委托责任人、环境监控体系、环境证书)等。但需要指出的是, 在这些制度中直接的行政监管仍然是最基本的, 其它环保行政制度在很大程度上都是对直接行政监管的补充。而且除了行政监管机制外, 还需要环境私法和环境刑法的协同与系统应对。

## 4 结论

解决环境问题同实现法治国家一样是向现代国家转型必须要跨越的坎<sup>[13]</sup>, 是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。国家需要以法治国家和风险社会的理念, 重建并保障一种面对新的环境威胁下宪法框架内的价值体系、人类尊严、自由和法治安全及社会平等。对我国而言, 一方面依然面临着经济与社会发展的重要

任务, 另一方面在法律理论与法治理念上仍处在起步阶段, 因此在现代环境保护、法治国家以及风险社会的理念上, 更多都停留在概念上, 或者刚在社会实践中开始呈现, 可以说是从外生型向中国社会内生的转型中。也同样, 在环境行政治理机制上还不能真正贯彻法治国家和风险社会的理念。这首先需要在理论上正确阐释其间的发展趋势, 为现代环境治理机制有效实现环境保护提供理论基础, 本文正是这样一种尝试。

## 参考文献

- [1] Schmidt - Assmann E. Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee - Grundlagen und Aufgabender Verwaltungsrechtlichen Systembildung[M]. 2nd ed. Berlin Heidelberg: Springer, 2006.
- [2] Erichsen H U, Ehlers D, Burgi M, et al. Allgemeines Verwaltungsrecht[M]. 14 th ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2010.
- [3] Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht[M]. 17th ed. München: C. H. Beck, 2009.
- [4] Michael K. Droht der autoritätökologische Staat?[M]// Hubertus Baumeister. Wege Zum Ökologischen Rechtsstaat, Umweltschutz ohne Öko-Diktatur. Tausenstein: E. Blotner, 1994: 42-47.
- [5] Hoffmann-Riem Wolfgang. Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe[J]. Archiv des öffentlichen Rechts, 1990, 115(1990): 400-447.
- [6] Eifert. Umweltschutzrecht[M]// Friedrich Schoch. Besonderes Verwaltungsrecht. 15th ed. Berlin: De Gruyter, 2013: 547-660.
- [7] Kloepfer M. Umweltschutzrecht[M]. 2nd ed. München: C. H. Beck, 2011: 81.
- [8] WKöck. § 37 Pläne, Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II [M]. München: C. H. Beck, 2013: 1392.
- [9] 翁岳生. 行政法(第三版)[M]. 台北: 元照出版公司, 2006: 26-26.
- [10] Schmidt R, Kahl W. Umweltrecht[M]. München: C. H. Beck, 2010: 23.
- [11] 叶必丰. 行政行为概述[M]// 姜明安. 行政法与行政诉讼法. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [12] 沈百鑫. 论《环境保护法》的进一步完善[J]. 中国政法大学学报, 2015, (02): 93-114.
- [13] 李林. 实施依法治国的特点和需要解决的问题[J]. 法学, 1998, (09): 1-8.