

环保约谈：一种新型环境法实施制度

张 锋^{1,2}

(1. 上海财经大学 法学院, 上海 200433; 2. 中共上海市委党校, 上海 200233)

摘 要: 环保约谈制度契合了环境违法行为公共性、专业性和复杂性的特点, 具有风险预防、协商沟通和多元共治的功能。以往关于环保约谈的研究主要基于对抗式法律实施范式的视角, 缺乏协商式法律实施范式的视角, 缺乏对两种范式的利益假设、行为特点、认知能力、归责原则等进行比较。围绕协商型环境法实施范式的内涵和特点, 文章系统分析了环保约谈制度面临的参与性失衡、协商性失调和程序性失范等瓶颈, 以协商型环境规制的多元参与、公共协商、程序法定等主要原则为指引, 构建我国环保约谈的参与性制度、协商性制度和程序性制度等具体路径。

关键词: 环保约谈; 环境法; 实施范式

中图分类号: DF432.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2018)04-0141-12

一、引 言

2014年5月, 国家环境保护部制定了《环境保护部约谈暂行办法》, 对环保约谈的概念、启动原因、约谈程序、约谈实施主体、约谈列席主体以及责任机制作了明确的规定。环保约谈是指环境保护部约见未履行环境保护职责或履行职责不到位的地方政府及其相关部门有关责任人, 依法进行告诫谈话、指出相关问题、提出整改要求并督促整改到位的一种行政措施。^①基于类型化的视角, 环保约谈主要分为以下三类: 按照环保约谈事由的不同, 分为预警性约谈和诫勉性约谈; 按照约谈对象的不同, 分为体制内约谈和体制外约谈; 按照环保约谈是否公开, 分为公开约谈和非公开约谈。

当前直接研究环保约谈制度的成果不多, 主要集中在行政约谈领域。如: 从民主、协商、服务视角, 认为行政约谈制度存在违法设定法律责任、相对人的权利义务不明确等问题, 需要对其进行法治化构建^②; 基于形式理性的工具价值视角, 行政约谈存在立法冲突、操作程序规定过于简单、不确定法律概念适用及相关人权利救济途径缺失等问题, 需要消除法律规范之间的冲突、细化约谈重点环节的规定、加强对不确定法律概念的司法审查和拓宽行政救济的途径等^③。行政约谈细分为决策参谋型、纠纷协调型、违法预警型、执法和解型、督办处罚型五种模式, 并

收稿日期: 2018-01-16

基金项目: 国家社会科学基金课题(11CFX047); 2017年度全国党校系统重点调研课题。

作者简介: 张 锋(1979—), 男, 安徽涡阳人, 上海财经大学法学院博士研究生, 上海市委党校副教授, 上海市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心研究员。

①《环境保护部约谈暂行办法》第2条第1款规定: 本办法所称约谈, 是指环境保护部约见未履行环境保护职责或履行职责不到位的地方政府及其相关部门有关负责人, 依法进行告诫谈话、指出相关问题、提出整改要求并督促整改到位的一种行政措施。

②徐永涛、林树金:《我国行政约谈的理论基础及法治化》,《东岳论丛》2014年第12期。

③杨杰、庞鹏:《形式理性视角下行政约谈机制研究》,《探索》2016年第1期。

出现了强制化、过度化的异化倾向,亟须纳入法治化轨道^①。

环保约谈制度的研究成果集中在环保约谈的内涵、功能、价值、问题、路径等方面。如将环境行政约谈制度作为一种新型环境行政方式,提高了政府环境执法的效能,重塑了政府的环保责任体系。环保行政约谈是现代环境行政中解决“命令控制困境”的路径选择,同时也是实现“服务型政府”定位的制度设计^②;环保约谈实施的是单向性偏向较大、行政机关与相对人地位的平等性失衡严重和约谈过程中的协商性等问题。应采用平行式的运行模式,赋予行政相对人提起启动环保行政约谈的权利,强调行政约谈应遵守公益优先、预防优先、自愿协商、公开以及损害救济原则。^③生态行政约谈制度与传统行政方式和法律制度不同,它是超越工业社会之上的合作型社会制度,应赋予生态行政约谈制度更为丰富和深刻的新内容、新地位与新功能^④。

学界运用协商理论研究环境治理的代表性成果主要有:认为环境治理需要公众、政府、市场等多元主体的协商合作,保证环境利益导向性、过程商议性、权力制衡性和参与平等性,应推动治理结构转型,强化过程的公共性,发挥契约的作用,实现环境领域的协商理性^⑤;认为环境协商民主机制是建立环境治理主体良性互动的途径,环境协商实现“造法”功能,为环境法的理念、原则和制度创新提供合法性来源,建立和完善相应的程序机制,保障政府、企业和公众、社会团体以平等的身份参与环境民主协商^⑥;认为回应型环境风险法律规制能解决环境风险的突发性、系统性、复杂性等问题,通过协商式环境民主规范体系、程序主义运作规范体系以及舆论话语媒介规范体系,摆脱环境风险规制的预判困境和权力滥用危机^⑦;认为环境法实施应强化公共实施与私人实施相结合与衔接,并提出完善的具体路径^⑧;认为协商民主理论是环境公众参与制度的理论基石,能够有效指引环境公众参与制度的改革和创新,并从主体、过程、程序、决策等环节建构协商民主视域下环境公众参与制度^⑨。

以上研究成果主要集中在行政约谈的法律性质、法治化途径、约谈类型化等方面,为深化研究环保约谈提供了基础和方法。而关于环保约谈的研究主要集中在内涵、功能、目标、机制和路径等方面,大多是按照传统法律实施理论和范式进行研究,将环保约谈制度放在传统的对抗式法律实施范式的视域下,该范式已经很难适应我国环境规制面临的新形势和新挑战。关于运用协商理论研究环境规制(治理)的成果,多是具体应用协商民主理论来分析环境规制(治理)面临的问题与对策,缺乏对环境法实施范式创新的研究视角,缺乏基于不同环境法实施范式下具体环境规制制度的实证分析,缺乏对环境风险突发性、环境违法行为特殊性和环境法实施复杂性的整体性考量,不利于《环境保护法》的有效实施。

本文的创新点有:一是对我国环保约谈制度规范性文件的综合考察。论文选取中央、省、地市、县四级环保约谈规范性文件为研究样本,通过对环保约谈制度进行文本分析,论述环保约谈制度作为协商式环境法实施范式的特点和功能。二是对环保约谈制度研究范式转换的创新。本文主要从环境法实施范式的比较入手,跳出传统对抗式环境法实施范式的窠臼,从利益假

①孟强龙:《行政约谈法治化研究》,《行政法学研究》2015年第6期。

②郭少青:《环境行政约谈初探》,《西部法学评论》2012年第4期。

③郑雅莉、何伟日:《纠偏与规制:试论环保行政约谈制度的完善》,《成都行政学院学报》2016年第2期。

④黄爱宝:《生态行政约谈制度:创新价值与完善方向》,《江苏行政学院学报》2013年第6期。

⑤秦鹏、唐道鸿:《环境协商治理:理论建构与实现路径》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2017年第7期。

⑥周珂、腾延娟:《论协商民主机制在中国环境法治中的应用》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2014年第6期。

⑦董正爱、王璐璐:《迈向回应型环境风险法律规制的变革路径》,《社会科学研究》2015年第4期。

⑧刘水林、王波:《论环境法公共设施与私人实施的结合与衔接》,《甘肃政法学院学报》2011年第6期。

⑨刘超:《协商民主视域下我国环境公众参与制度的疏失与更新》,《武汉理工大学学报》(社会科学版)2014年第1期。

设、行为特点、认知能力以及归责原则四个维度来比较对抗式与协商式法律实施范式的差别,从协商式环境法实施范式的新视角对环保约谈制度进行研究。三是提出了完善中国特色的环保约谈制度的思路与建议。环保约谈制度不仅符合协商式环境法实施范式的要求和内涵,发挥协商式环境法实施的功能,同时也应充分发挥我国环境治理领域党政同责、央地协同和条块互动的体制、资源和文化优势,构建具有中国特色的新型环境法实施制度。

二、环境法实施范式的比较与选择

文章从利益假设、行为特点、认知能力及归责原则四个维度来比较对抗式和协商式实施范式的区别,结合环境违法行为的特点,论述环境法实施范式应从对抗式转向协商式,环保约谈是一种协商式环境法实施制度。

(一)利益假设维度

对抗式强调法是对个人利益的保护,认为个人利益是所有利益的起点和落脚点,公共利益、社会利益、整体利益都是对个体利益的集聚。个人利益的假设认为人的利益是绝对的,具排他性、竞争性,^①并且个人利益的假设也带来权利意识的发展。对抗式实施范式以个体权利为出发点,强调认真对待权利^②,认为权利本身具有不可分性,权利主体之间基于利益的绝对性导致权利的冲突性和对抗性,需要对抗式的法实施范式来矫正和补救。这种理性的假设强化了法律实施的对抗性,认为即使出现侵害个体利益的行为,也可以通过理性的处罚、矫正来恢复权利。^③

而协商式法律实施范式认为利益具有整体性、不确定性和关联性。其一,利益的整体性。协商式法律实施范式所要保护的利益具有公共物品的特点,具有消费的“非排他性”和“非竞争性”,是一种公共利益,它具有整体性、不可分性,它可能是一种系统、状态或者均衡。^④其二,利益的不确定性。随着技术的发展和风险社会的来临,法律保护的利益呈现多元化趋势,很多利益本身就是一种风险,具有突发性、不确定性和不可知性,现有的科学或法律很难对其进行充分的理性建构。其三,利益的关联性。利益的公共性表现为利益上的关联性,尤其是表现为风险的利益,具有流动性、代际性和互构性,它不是一种稳定的、固定的和单向的利益,而是一种处于动态变化中的关联性利益。^⑤基于利益的整体性、不确定性和关联性假设,就需要加强利益主体之间的协商、沟通、合作和互动,逐步实现从个体理性到公共理性、从个体利益到公共利益、从个体权利到社会权利的转变。

(二)行为特点维度

对抗式法律实施范式契合了传统违法行为的特征。其一,违法行为的确定性,违法主体、违法行为、侵害的客体、因果关系都具有确定性,只有行为的确定性才能保障威慑、处罚、制裁等对抗式工具发挥作用。其二,违法后果的有限性。对抗式法律实施目标是矫正、恢复和惩罚,只有适用的违法行为后果是有限的,违法者才有能力承担相应的法律责任,才能通过对抗式的工具实现权利的救济和利益的矫正。同时,违法后果要具有可计量性,可以通过货币化的方式予以测量,将受侵害的利益恢复到原始状态。其三,可预期性。违法行为只有具备可预期性,是建

① 迈克·费恩塔克:《规制中的公共利益》,戴昕译,中国人民大学出版社2014年版,第87页。

② 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社2008年版,第217页。

③ 詹姆斯·博曼:《公共协商:多元主义、复杂性及民主》,黄湘怀译,中央编译出版社2006年版,第93页。

④ 乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第221页。

⑤ 安东尼·吉登斯:《失控的世界:风险社会的肇始》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第76页。

立在违法者个体理性的支配下实施的,对违法行为产生的后果有清晰的认知,并能够预测自己的违法行为与违法后果、承担责任之间的因果关系,这样才能发挥对抗式法律实施的制度效用。^①

而协商式法律实施范式针对的行为具有公共性、不可预期性、双效性。其一,行为的公共性。协商式法律实施范式是回应具有公共性问题的行为,这种行为不是以个体利益、个人权利和个体理性为分析基础的,而是以一种集体的利益、社会的权力和公共的理性为逻辑起点的,它具有公共性的特点。如大量具有公共物品和准公共物品的存在,这种消费的非排他性、非竞争性带来行为的公共性,这样的违法行为不能简单适用对抗制模式,更多的应采取合作、协商、沟通、参与、公开等方式规制。其二,行为的不可预期性。协商式法律实施范式要面对的行为具有突发性、不可预知性和不可预期性,人类的理性程度还不能清楚地把握行为的不利后果,或者这种后果带来的损害是巨大的、不可恢复的和不可逆的,需要规制协商的方式,全过程、全方位、全要素地开展协商、参与、互动和共治,强化风险的预防和控制。^②其三,行为的双效性。这种行为是当前经济社会发展过程中不可避免的,它一方面具有积极的作用,另一方面又有负外部性,可能会给人们的生产、生活和生态带来不利影响。针对具有双效性的复杂行为,单纯依靠对抗制的模式实施,往往很难奏效,因为它不是一种“非此即彼”的行为选择,而是一种共生共容共存的行为,需要转变执法的范式,探索更多的合作性执法的机制,才能真正解决问题。^③

(三) 认知能力维度

对抗式法律实施范式是以人的个体利益为中心,以人的无限理性为前提,以绝对权利为载体,强调违法行为的确定性、关联性、有限性和可预期性,是建立在人类认知能力的无限性的基础上的。在传统的农业社会和工业社会时代,人类面对的大量的矛盾、冲突和纠纷多具有静态性、常态性和稳态性,认为人类的认知行为能力是无限的,假设人类在决策时,能够拥有充分的信息和完备的技术知识,能准确把握行为可能带来的风险与责任,并为自己的违法行为后果承担法律责任。

而协商式法律实施范式的产生是基于风险社会的背景,尤其是随着科学技术的突发猛进,大量新技术、新事物、新制度层出不穷,这些新的行为已经远远超出人类个体的认知能力,个体理性假设的基础发生了巨大的变化,导致传统的针对个体理性、个体利益、个人权利的对抗式法律实施范式失灵,需要创新法律实施的范式,法律实施的范式转向以合作、协商、预防和共治为核心要求的协商式范式。^④协商式法律实施模式反对纯粹的利益、无限的理性和绝对的权力,认为人的理性是有限度的,认知上存在盲点和误区,在很多方面人类的理性更多地表现为“致命的自负”^⑤。尤其在“人为风险”^⑥领域,即使是专家学者的观点也不一定代表绝对的真理,人们实现对风险的规制不仅需要理性的建构,还需要公众、专家、监管机构之间的协商、合作和沟通,需要形成一种公共理性、风险文化和集体认同^⑦,人类认知能力的有限性是协商式法律实施制度的基础。

①刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,《法学研究》2014年第3期。

②迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘刚译,载刘刚《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第98页。

③莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,陈霄译,载刘刚:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第151页。

④伊森·里布:《美国民主的未来:一个设立公众部门的方案》,朱昔群、李定文、余艳红译,中央编译出版社2009年版,第82页。

⑤哈耶克:《致命的自负》,冯克利等译,中国社会科学出版社2000年版,第206页。

⑥乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第103页。

⑦毛里西奥·帕瑟林·登特里维斯:《作为公共协商的民主:新的视角》,王英津等译,中央编译出版社2009年版,第71页。

(四)归责原则维度

对抗式法律实施范式的归责原则主要是一种过错责任、事后责任,这是由于对抗式实施范式是以个体利益为中心,以个人理性为前提,以个体权利为载体,强调人的无限理性和认知能力,违法行为人能对自己的行为做出准确的判断,能预测行为将产生的法律后果,并能对相应的法律后果承担责任,所以,对抗制范式主要采取过错责任、事后责任的归责原则。^①主要包括威慑、恐吓、制裁、问责等,强调实施主体与实施对象之间的冲突、不信任、不合作,以公权力为后盾的强制力来推动法的实施,突出公权力的行政高权、单向实施和责任惩罚。^②

而协商式法律实施范式主要通过协商、参与、沟通、互动等方式推动对违法行为的规制,强调规制过程中主体的平等、利益的平衡、有效的协同,从而达到合作型规制,降低法实施的成本,提高法实施的效果。协商式法律实施范式是以违法行为的不确定性、突发性、不可逆性、不可预期和修复性为前提的,它对人的认知能力要求很高,违法行为导致的后果远远超出行为人的偿还能力,针对这样的行为,归责原则的目标是实现风险的预防和控制,强调事前的预防,要通过许可、标准、信息、参与、协商、合作、自治等工具实现事前的风险防控和归责原则。^③

环境具有公共物品的属性,从环境违法侵害的对象来看,由于环境风险流动性、累积性和扩散性,环境违法事实上侵害了全体公众的环境公共利益^④;从环境违法的损害影响来看,环境违法损害的不仅是当代人的利益,还会影响人类未来发展的利益;从环境违法侵害的客体来看,环境违法行为侵害的是一种环境系统的和谐,这种系统本身具有不可分性、整体性、协调性。^⑤环境损害具有突发性、风险性、不可预期性及不可逆性,这些突发型和累积型的环境违法行为都是很难预期的,违法行为人可能根本无法预料自己行为后果的严重性,也缺乏赔偿、修复环境后果的能力,针对环境损害的归责原则更适宜风险预防原则。环境违法行为具有很强的专业性,人类对环境损害的认知能力存在严重的不确定性,甚至专家都不能对当前的一些新兴环境污染行为做出科学的评判,如核辐射的后果、基因突变的影响、重金属超标的危害等。所以,环境法实施范式应逐渐由对抗式转向协商式。

环保约谈制度作为一种新型的协商式环境法实施制度,它具有三个方面的特点和功能:

其一,风险防控。从环保约谈的时机和原因来分析,环保约谈启动时间是地方政府、部门未履行环境监管行为或者履行环境监管行为不利,或者是企业出现环境违法行为,还没有造成严重的后果的时候,是一种风险防控制度;从环保约谈的实施主体和对象来分析,环保约谈的实施主体是各级环保部门、政府及相关权力部门,约谈的对象是下级人民政府、环保相关部门以及企业,这种纵向行政权力关系有利于强化对环境违法主体的风险威慑。

其二,协商沟通,即环保约谈的实施主体之间的沟通。环保约谈将环境法实施中的权力主体纳入环境法实施的制度化平台,强化国家环保部、地方政府、组织部门、监察部门、检察院等权力主体之间的信息沟通;环保约谈的实施主体与约谈对象之间的沟通,以双方的共识与合意做基础达成环保契约(环保整改方案),提高环境法实施政策的可接受性、认同性和有效性。

其三,多元共治。环保约谈制度环保部门、地方政府以及环保企业、人大、政协、环保行风监督员、公众和媒体的参与,让多元主体在环保法实施过程中表达自己的诉求,提高契约的科学

①刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,《法学研究》2014年第3期。

②植草益:《微观规制经济学》,朱绍文、胡欣欣等译,北京:中国发展出版社1992年版,第109页。

③凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2009年版,第137页。

④凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2009年版,第163页。

⑤凯斯·R·孙斯坦:《最差的情形》,刘坤轮译,中国人民大学出版社2010年版,第65页。

性、民主性和合法性；人大、政协、环保行风监督员以及公众、媒体的社会性监督，多元主体参与环保约谈制度，不同主体之间的信息沟通、共享促进多元主体的合作治理。^①

三、环保约谈制度存在的问题

我国环保约谈制度作为一种协商型环境法实施制度，初步体现了协商型法律实施范式的内涵要求和功能特点，但对照国外发达国家的实践经验，还存在参与性失衡、协商性失调和程序性失范等瓶颈问题。

（一）参与性失衡

参与是协商式环境法实施制度的基础，只有环境法实施过程中相关利益主体的广泛参与、全程参与和平等参与，才能保证环保约谈制度功能的发挥，实现约谈主体的多元性、约谈契约的平等性、约谈过程的参与性。荷兰是采取自愿性环境协议方法推动节能和减排时间最早、覆盖面最广、执行效果最好的国家之一，其主要做法有：一是工业协会的参与。荷兰政府与工业协会经过两年多的磋商，于1992年签订了减排二氧化碳的长期协议（LTA），目标是使2000年全国二氧化碳的排放量比1989年减少3%—5%。二是环境企业的积极参与。到1996年，约占荷兰工业能源消费90%的1 000家公司参与了自愿协议。2001年12月，荷兰政府还针对中等规模的能源用户与16个部门的520家企业签署了新一轮的长期协议（LTA-2），协议期限为2001—2012年。三是完善的政策激励。与自愿协议相配套，政府承诺不再采取新的、更严厉的节能或减排法规，减免节能投资税，给予一定的经济补贴，允许企业可以在相对灵活的时间内采取相对灵活的方式方法完成节能减排目标等。经估算，在1989—2000年期间，自愿性环境协议的实施为荷兰工业部门带来的经济效益每年高达7亿欧元。^②

当前，我国环保约谈还存在以下不足：其一，环保约谈参与主体的广泛性不够。环保约谈参与主体的广泛性还不够，尤其是环保社会组织、环境第三方机构以及环保专家学者的参与，还没有被吸收到环保约谈制度中来。并且环境违法与环境损害又涉及很多环境专业领域的知识和技能，具有很强信息门槛、专业壁垒和信息成本，缺乏环保专业机构和人士的参与，易造成环境法实施中主体之间信息的不对称。其二，环保约谈参与的全程性不足。参与应该贯彻环保约谈制度的始终，这样才能保障全过程、全环节、全链条的协商，实现环境法实施的公共理性。但是实践中，环保约谈制度往往在约谈环节规定了相关利益主体的参与，但是环保约谈实施前、实施后都缺乏社会公众的参与，环保约谈制度的优势不易发挥。^③其三，环保约谈参与的法治化不强。参与是环境法实施的前提和条件，只有广泛的参与、充分的参与和制度化的参与才能保障环保约谈制度的功能发挥。当前，环保约谈实践中，对参与主体、程序、环节、内容和方式缺乏规范化的构建。根据中央、省、市、县四级环保约谈规范性文件的分析，对环保约谈参与性的规范内容较少，不够具体全面系统。

（二）协商性失调

协商是环保约谈制度的核心要素，只有充分有效的协商，才能实现环境治理公共领域中的公共理性、重叠共识和认同精神。但实践中环保约谈制度还存在以下不足：

^①乌多·迪·法比欧：《环境法中风险预防原则的条件和范围》，陈思宇译，载刘刚：《风险规制：德国的理论与实践》，法律出版社2012年版，第166页。

^②生延超：《环境规制的制度创新：自愿性环境协议》，《华东经济管理》2008年第10期。

^③塞拉·本哈比：《走向协商模式的民主合法性》，载塞拉·本哈比：《民主与差异：挑战政治的边界》，黄湘怀、严海兵译，中央编译出版社2009年版，第80页。

其一,约谈主体的协商性不足。当前,我国环保约谈制度实践中,主体之间协商的广度、深度都未达到协商式的制度目标。如环保约谈启动时缺乏足够的协商,约谈过程中也更多的是环境法实施主体的单方面的整改意见,被约谈方往往是被动地接受整改意见,按照约谈实施主体的要求开展整改,主体之间平等协商成分较低,除了个别规定约谈企业时,采取沟通交流、分析讲评等方式进行协商,而在约谈结束后更多的是对被约谈对象的监督整改,很少重视约谈制度中多元主体的全过程协商。^①

其二,约谈契约的合意性不够。环保约谈作为一种新型的协商式环境法实施制度,它根植于平等主体之间的协商、沟通和合作,约谈实施主体与约谈对象之间更多体现为一种平等的权利主体关系。这样才更能激发双方主体的积极性。当前实践中,环保约谈不管是体制内的约谈还是体制外的约谈都更多体现为一种主体关系的不对等性,强调上级环保部门、政府对下级环保部门和政府以及环保部门和政府对环境企业的优势地位,以整改方案为契约载体的协商合意不够。

其三,缺乏协商型机制。环境法协商式实施制度的作用机制的重点应该是协商型机制^②,而分析当前我国中央、省、市、县四级环保约谈的规范性文件,关于如何推动环保约谈的作用机制更多地表现为威慑型机制、监督型机制和责任型机制。这虽然契合当前我国环境领域违法的严重性和执法的特殊性的需要,短期会有一些的效果,但是这些威慑型机制、监督型机制和责任型机制还是更多地建构在对抗式环境法实施范式内,强调行政高权、高压恐吓以及责任追究,并没有领会协商型环境法实施制度的优势和特点。

(三)程序性失范

程序是协商式法律实施的保障,没有程序的协商将会走向“无政府主义的深渊”或者“极权主义的游戏”。美国规制性协商机制是采用协商委员会的形式,使那些与政府规制有明显利害关系的利益主体参与协商过程,力求通过协商促进利益主体的共识,并将协商作为法定程序的实施机制。规制性协商的主要流程:一是前协商阶段,包括是否采用规制性协商程序,行政机关自身的考虑要素,召集人确定规制性协商适用的协助,《意向公告》发布后公共评论和代表申报的影响等内容。二是协商阶段,包括协商委员会的组建和运作,独立促进人的提名和选择,协商委员会通过协商形成报告等内容。三是后协商阶段,包括补充工作和协商委员会终止等。也有学者指出应该继续保留后协商阶段的协商委员会等相关机构和组织,保障规章执行过程中的参与、制约和监督。美国协商性规制高度重视规制部门、利益相关者之间协商的程序、环节、流程,以《协商制定规则法》的形式推动规则制定过程中的参与、协商和救济。^③

当前我国环保约谈制度存在以下程序性不足:

其一,缺乏参与的程序性的规范。当前,环保约谈的实践中,哪些主体可以参与环保约谈,需要提供哪些环保约谈的相关信息,如何参与到环保约谈之中,在环保约谈的过程拥有哪些权利和义务,这些都存在严重的不足,缺乏程序性的规范,可能会导致约谈契约的合法性危机,不利于实现环保约谈作为一种新型的环境法实施制度的目标。

^①乔亚舒·科恩:《协商民主的程序与实质》,载塞拉·本哈比:《民主与差异:挑战政治的边界》,黄湘怀、严海兵译,中央编译出版社2009年版,第102页。

^②笔者为了更好地地区分环保约谈制度的作用机制,将其类型化为威慑型作用机制、监督型作用机制、责任型作用机制以及协商型责任机制。笔者认为作为协商式环境法实施制度的环保约谈更应该体现为一种协商型的作用机制,这样才符合环境法协商式实施制度的理论基础和范式要求。

^③蒋红珍:《治愈行政僵化:美国规制性协商机制及其启示》,《华东政法大学学报》2014年第3期。

其二,缺乏主体间协商程序。环保约谈过程中缺乏充分的协商互动,主要表现为上级环保部门和政府单方面地指出被约谈方存在的环境违法违规问题,被约谈方只能对整改意见进行表态,而缺乏主体间的协商、沟通和互动,不利于形成各方主体对环境问题共识,协商的公共理性价值不易实现。^①

其三,缺乏救济的程序。环保约谈作为一种环境法实施的制度,不管是针对行政主体的体制内约谈,还是针对企业的体制外约谈,都会对被约谈对象的利益产生实质性的影响,尤其是针对企业的约谈,可能会对企业的声誉、品牌和经营带来不利的影响。按照“有权力就有救济”的原则,亟须完善环保约谈的救济制度。如果对环保约谈不服,可以提出行政复议和行政诉讼,并对环保约谈行为导致的不利后果承担责任,相关环保约谈实施主体与负责人应承担相应的法律责任。

四、完善环保约谈制度的路径

围绕我国环保约谈制度存在的参与性失衡、协商性失调和程序性失范等瓶颈问题,下文将论述环保约谈制度的主要原则,完善环保约谈的参与性制度、协商性制度和程序性制度。

(一) 环保约谈制度的主要原则

基于协商式环境法实施范式的内涵和要求,环保约谈制度应具有三大原则:其一,多元参与原则。环保约谈制度将体制内相关环境法实施主体以及体制外的利益主体纳入环境治理的制度性平台,尤其是社会公众、媒体代表的参加,拓展了利益主体的环境利益参与、诉求、表达和监督,推升了环保约谈制度的民主性、科学性和合法性。其二,公共协商原则。环保约谈不管是体制内的约谈还是体制外的约谈^②,都具有环境实施主体与实施对象之间的协商沟通,虽然具体实践中协商的主体、程序、内容等还存在不完善的地方,但是实施主体之间、实施主体与实施对象之间以及实施主体、实施对象与列席主体之间还是存在协商的元素,不仅仅致力于共识,也强化认同,甚至妥协。环保约谈制度实施是针对已经触发环境违法违规或者履职不力的行为,但还没有酿成严重的环境事件和环境事故,尤其是针对环境企业的预防性约谈,都是在环境事件、事故和重大环境损害发生之前采取的环境行政措施,有利于环境保护的事前预防、风险防控。^③其三,程序法定原则。环保约谈制度涉及多元主体的参与,形成环保约谈实施主体、列席主体、约谈对象之间一系列法律关系。如针对环境企业的约谈,对环境企业的利益产生很大的影响,特别是环境利益相关的公众,他们的参与程序、协商程序都需要进行规范和保障^④。

(二) 完善环保约谈制度的路径

1. 健全环保约谈的参与性制度

其一,拓展环保约谈参与的主体。环保约谈的实施主体需要分层设计,在地市级层面继续坚持政府、环保部门、组织部门和监察部门外,还可以将检察院吸纳进来,发挥检察院作为环境公益诉讼主体的制度优势。环保约谈的参与主体,在继续坚持人大代表、政协委员、环保行

^①詹姆斯·约翰森:《支持协商:关于某些怀疑的思考》,载约·埃尔斯特:《协商民主:挑战与反思》,周艳辉译,中央编译出版社2009年版,第93页。

^②关于环保约谈的类型,笔者将环保约谈进行类型化处理,将环保约谈分为体制内约谈和体制外约谈、诫勉性约谈和预警性约谈以及公开性约谈和非公开性约谈,是为了更好地研究不同环保约谈类型的特点和内涵。

^③富兰克·H·奈特:《风险、不确定性和利润》,王宇、王文玉译,中国人民大学出版社2005年版,第138页。

^④伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈岩译,法律出版社2012年版,第236页。

风监督员以及公众和媒体外,探索将环保社会组织 and 专家学者吸收进来,充分发挥第三方力量 and 专业技术人员在环保约谈中的作用,提高环保约谈制度的民主性、科学性和公正性。当前,亟须引入环保社会组织参与环保约谈,既可以提高环保约谈的公共性、公信力和专业性,也有利于发挥环保社会组织作为环境公益诉讼主体的法律功能。

其二,贯穿环保约谈参与的全过程。根据当前环保约谈的制度实践以及各级环保约谈的规范性文件,相关利益主体的参与主要在实施环节,亟须构建环保约谈之前以及环保约谈之后,相关利益主体如何制度性参与的规范内容。威慑型环保约谈作用机制是通过体制压力的传导和党政同责的推动,形成心理威慑,其目标是让各级环保部门、地方政府及环境企业不敢违反环境法律法规;监督型环保约谈作用机制是通过人大代表、政协委员、环保行风监督员、公众、媒体等社会主体的参与性监督,其目标是让各级环保部门、地方政府及环境企业不能违反环境法律法规;责任型环保约谈作用机制是通过整改责任、按日计罚、挂牌督办、区域限批、流域限批等责任性政策工具,其目标是让各级环保部门、地方政府及环境企业不敢违反环境法律法规;协商型环保约谈作用机制主要通过协商、沟通、合作、合意和契约的方式,其目标是让各级环保部门、地方政府及环境企业不想违反环境法律法规。

其三,提升环保约谈参与的法治化程度。推动《环境保护法》修改,增加环保约谈的具体内容,明确针对行政主体的约谈和企业的约谈的不同条件、程序、责任、救济等内容,做到有法可依,提高约谈制度的合法性和权威性。在法律不能得到很快的修改的情况下,可以通过环保部门规章的形式先行立法,改变当前《环境保护部约谈暂行办法》作为规范性文件的法律位阶不高的局面,为地方完善环保约谈制度规范提供指导和示范。^①

2. 完善环保约谈的协商性制度

其一,完善约谈实施主体之间的协商制度。完善环保约谈实施主体之间的权力责任的合理配置,发挥环保约谈实施主体之间信息沟通、资源共享和功能互补的作用。环保约谈将环境法实施中的权力主体纳入环境法实施的制度化平台,有利于对环境违法行为的综合规制,有利于降低环境法实施的成本,提高环境法实施的社会效益。尤其是一些地市将检察院纳入环保约谈的实施主体,可以有效地将环保约谈制度与环境公益诉讼制度衔接,发挥检察院作为环境公益诉讼主体的制度优势。

其二,完善约谈实施主体与对象之间的协商制度。改变当前环保约谈实施主体单方面的强势局面,规定被约谈对象在环保约谈中享有的权利和承担的义务,允许被约谈对象对环保约谈实施主体的约谈事由、整改意见进行解释、沟通和说明,力求最大限度地提高环保约谈的协商性。^②传统的环境法实施模式主要基于私权利主体之间的对抗式的实施模式,是建立在双方主体的对立、对抗、不信任、不合作、不认同的基础上的。由于环境违法行为及环境损害的特殊性,必须发挥协商制环境法实施制度的优势,重构实施主体与对象之间的协商、沟通、合意和契约,提高环境法实施的可接受性和回应性。不管是针对体制内主体的环保约谈还是针对体制外主体的环保约谈,都体现了“约”和“谈”的意蕴。尤其是针对私权利主体的环境企业约谈,更应充分尊重私权利主体的合法权益,将约谈中的平等协商、谈判沟通、合意自觉等元素体现出来,提高环境企业遵守环境法律法规的主动性、自觉性和自发性。如《杭州市余杭区环境保护局企业约谈暂行规定》。可以发现其在表述上的特殊性,如“通过沟通交流、分析讲评等方

^①约翰·S·德雷泽克:《协商民主及其超越:自由与批判的视角》,丁开杰译,中央编译出版社2009年版,第85页。

^②伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈岩译,法律出版社2012年版,第139页。

式”^①，这就体现了约谈的协商性、平等性、双向性、互动性。

其三，明确环保约谈参加主体的协商制度。环境违法行为具有系统性、扩散性、跨区域性以及代际性，推动环境法的实施需要环境监管主体之间协作、协同和协调，需要建立制度性的多元主体沟通协商机制。环保约谈中要听取环保约谈相关利益主体的诉求、观点和意见，让多元主体共同参与到环境治理的结构中来。环保约谈制度中吸纳环保企业、人大、政协、环保行风监督员、公众和媒体等多元主体的参与，让利益主体在环保法实施过程中表达自己的诉求，发表自己的观点，对环境违法及环境损害做出自己的判断，制度化参与环境法实施，有利于激发社会主体的积极性、主动性和创造性，提高契约的科学性、民主性和合法性。环保约谈制度实现人大、政协、环保行风监督员以及公众、媒体的社会性监督，人大、政协可以发挥参与性监督作用，媒体可以发挥舆论的监督约束作用，公众可以发挥举报、起诉的作用，共同实现对环境违法和环境损害的监督。^②

3. 建构环保约谈的程序性制度

其一，参与性程序制度。建构环保约谈相关主体的参与性制度，尤其是约谈列席对象的参与性制度，明确列席主体参与时点、范围、重点、内容等，真正发挥环保约谈激活社会共治的功能。重点要制定完善环保利益主体监督环保约谈整改意见实施落地的程序性规定，如果环境企业不履行环保约谈的整改意见，公众、媒体、社会组织、环保行风监督员抑或人大代表、政协代表如何参与对环境企业的监督制约，参与的形式有哪些？

其二，协商性程序制度。建构环保约谈中保障约谈实施主体之间、约谈实施主体与对象之间以及约谈实施主体、对象以及列席主体之前的协商性程序内容，关于协商的环节、流程、规则、形式等，保障环保约谈程序的规范性。亟须完善环保约谈的参与主体协商性程序制度，如在环保约谈启动前如何参与协商，在环保约谈实施过程中如何参与协商，在环保约谈实施之后又如何参与协商，保障环境利益相关主体能够全过程的参与环保约谈制度。

其三，救济性程序制度。环保约谈作为一项行政措施，对相关利益主体的权力（利）、责任（义务）产生实质性影响，需要建构环保约谈的救济性程序。建议在规范环境约谈程序的同时，强化对环保约谈救济的程序性规范，尤其是针对环境契约的约谈，应创设企业提出行政复议、行政诉讼的权利，如果环保约谈给企业带来损害的，应当追究环境约谈主体的责任，以此来保障企业的合法权利。^③

五、结 语

环保约谈是一种符合协商式范式要求的新型环境法实施制度，自实施以来，取得了良好的成效。以国家环境保护部的约谈为例，自2014年5月出台《环境保护部约谈暂行办法》至2017年4月，环保部约谈了19个省市，40个城市的负责人，包括一些大型国企负责人。^④数据显示，环保约谈有力地推进了《环境保护法》的实施，强化了地方政府的属地监管责任，遏止了一些区域化、流域性、行业性、系统性的严重突出的环境违法问题，激发了地方政府和环境企业开展环境治理的自觉性、主动性和创造性。但是，受我国传统对抗式法律实施范式的影响与环境行政

①《杭州市余杭区环境保护局企业约谈暂行规定》第2条第1款：本规定所称约谈，是指由区环保局会同属地镇街对环境违法违规企业法定代表人，通过沟通交流、分析讲评等方式，就企业存在的问题提出整改要求，并督促落实整改。

②奥斯特罗姆：《公共事务的治理之道》，余逊达译，上海三联出版社2000年版，第103页。

③史蒂芬·布雷耶：《打破恶性循环：政府如何有效规制风险》，宋华琳译，法律出版社2009年版，第90页。

④孙秀艳：《诫勉+预警，环保约谈促治污》，《人民日报》2015年9月12日第009版。

监管体制的约束,我国环保约谈制度还更多地依赖威慑型机制、责任型机制和监督型机制,还没有充分发挥协商式法律实施制度中协商型机制的作用,协商、沟通、合作、预防、参与、共治等核心功能尚须进一步完善。但从未来发展的趋势分析,随着环境风险加剧,针对以风险、公害和公共物品为特征的环境风险规制,环保约谈制度将会具有更广泛的应用空间和实践价值。

主要参考文献:

- [1] 凯斯·R·孙斯坦. 风险与理性——安全、法律及环境[M]. 师帅译,北京:中国政法大学出版社,2005.
- [2] 詹姆斯·博曼. 公共协商、多元主义、复杂性与民主[M]. 黄湘怀译,北京:中央编译出版社,2006.
- [3] 蔡守秋. 生态文明建设的法律和制度[M]. 北京:中国法制出版社,2017.
- [4] 郑少华. 环境与资源保护法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2000.
- [5] 王树义. 环境法私人实施研究[M]. 北京:中国社会科学出版社,2017.
- [6] 单飞跃,卢代富. 需要国家干预:经济法视域的解读[M]. 北京:法律出版社,2005.
- [7] 王全兴. 经济法基础理论研究[M]. 北京:中国检察出版社,2002.
- [8] 刘水林. 经济法基本范畴的整体主义解释[M]. 厦门:厦门大学出版社,2006.
- [9] 胡苑,郑少华. 从威权管制到社会治理——关于修订《大气污染防治法》的几点思考[J]. 现代法学,2010,(6).
- [10] Khanna M. Non-mandatory approaches to environmental protection[J]. *Journal of Economic Surveys*,2001,15(3):291-324.
- [11] Joshi S, Krishnan R, Lave L. Estimating the hidden costs of environmental regulation[J]. *The Accounting Review*,2001,76(2):171-198.
- [12] Raeymaeckers P, Kenis P. The influence of shared participant governance on the integration of service networks: a comparative social network analysis[J]. *International Public Management Journal*,2016,19(3):397-426.

Environmental Protection: A New Implementation System of Environmental Law

Zhang Feng^{1,2}

(1. School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China;
2. Shanghai Administration Institute, Shanghai 200233, China)

Summary: The environment-friendly interview system corresponds to the characteristics of public nature, professionalism and complexity of environmental violations, and has the functions of risk prevention, consultation and communication, and pluralistic co-governance. Previous research on environmental interviews are mainly based on the perspective of antagonistic law enforcement paradigm, lack of the perspective of negotiated legal implementation paradigm, and lack of comparison between the two paradigms of interest hypothesis, behavior characteristics, cognitive ability and imputation principle. From the perspective of interest hypothesis, the antagonism emphasizes that law is the protection of individual interests, and believes that the assumption of individual interests holds that the interests of human beings are absolute, exclusive and competitive; the negotiation believes that interests are related, systematic, inseparable and uncertain. From the perspective of behavior characteristics, the antagonism has the certainty of

illegal behaviors, the limitation of illegal consequences, and the expectation; the negotiation believes that illegal behaviors are also public and unpredictable, and have double effects. According to the analysis of cognitive ability, the antagonism takes the individual interests as the center, the infinite rationality as the premise and the absolute right as the carrier, emphasizing the certainty, relevance, finiteness and anticipation of the illegal behaviors are based on the infinity of human cognitive ability; the negotiation is based on the background of risk society, in which the traditional paradigm of antagonistic law enforcement aiming at individual rationality, individual interests and individual rights is out of order, and the paradigm of law enforcement is turned to cooperation, consultation, prevention and co-governance. According to the analysis of imputation principle, the antagonism mainly adopts the imputation principle of fault liability and post liability; the negotiation realizes the imputation principle of risk prevention by means of licensing, standards, information, participation, consultation, cooperation and autonomy. Focusing on the connotation and characteristics of the implementation paradigm of negotiated environment law, this paper systematically analyzes the bottlenecks such as participatory unbalance, negotiated imbalance and procedural anomie faced by the environment-friendly interview system, which embodies the inadequacy of participants in the environment-friendly interview, the lack of participation through the whole process, and the lack of legalization of the participation; the sexual structure is not balanced; participatory procedures, negotiated procedures and relief procedures are anomie. Guided by the principles of pluralistic participation, public consultation and procedure legation, the participatory system, the consultative system and the procedural system of our country's environmental protection are constructed. The participatory system includes: expanding the main body of the participation of environment-friendly interview, running through the whole process, improving the legalization degree. The consultative system includes: perfecting the consultative system between the subjects of implementation, perfecting the consultative system between the subjects and the objects of implementation, and clearing the consultative system of participating subjects. The procedural system includes: the participatory procedural system, the negotiated procedural system and the relief procedural system. With the intensification of environmental risks, the environment-friendly interview system will have more and more extensive application space and practical values for environmental risks regulation characterized by risks, public hazards and public goods.

Key words: environment-friendly interview; environmental law; implementation paradigm

(责任编辑: 倪建文)