



“绿色发展新理念与生态问题地方立法比较”
研讨会

论文集
COLLECTION

主办:
西南政法大学

承办:
重庆市地方立法研究协同创新中心
西南政法大学地方立法研究院
西南政法大学西部生态法研究中心
中山大学法学院

2016年10月
中国·重庆

目 录

(按姓氏首字母排序)

1. 生态与环境地方立法比较研究.....但彦铮 何峻卉 (1)
2. 环境法律实现一般论——以司法专门化与地方立法为主线.....杜健勋 (22)
3. 生态红线有效落地的地方立法检视
——以淄博红线立法项目的开展为背景.....韩振文 (31)
4. 地方立法权的司法权界限
——从《广东省环境保护条例》第十九条合法性问题展开.....李锦辉 (42)
5. 关于生态环境保护地方立法的探索与思考——以桂林市为例...李日升 (51)
6. 广州市环境立法的经验及展望.....李挚萍 (53)
7. 构建生态文明社会的法律路径思考.....马洪超 (57)
8. 环境法律制度的运行困境及其出路——基于制度主体的视角...孟 甜 (61)
9. 从冲突到融合：生态红线制度在环境治理中的优化路径.....莫张勤 (77)
10. 关于地方循环经济立法的若干问题——以浙江省为例.....钱弘道 (88)
11. 《重点生态功能区生态补偿立法研究》成果要报.....任世丹 (99)
12. 样本分析与制度完善：地方环境实施性立法研究.....徐以祥 李兴宇 (105)
13. 创设性地方环境立法研究.....薛艳华 (129)
14. 地方政府间协议立法的问题与对策
——以两广西江绿色走廊的环境保护为例.....余 俊 (160)
15. 环境公益告发立法的理论辨正与制度完善.....余 彦 (170)
16. 设区市人大及其常委会开展地方立法面临的问题与对策.....张纯河 (189)
17. 我国宪法中环境国策条款的规范与实施论.....张 震 (196)
18. 论环境保护地方立法权限范围
——基于国家结构形式的解释论分析.....周晓然 (218)

生态与环境地方立法比较研究

但彦铮 何峻卉*

摘要：本文通过对生态与环境立法的概念、理论基础、国内外立法实践等的梳理和比较分析，针对重庆独有的生态环境特点和环保地方立法的现状，提出根据重庆市的具体市情，加快推进生态文明制度地方立法，及时出台重庆市关于加快绿色发展促进生态文明建设的法规性决定；加快推进生态资源保护制度方面的地方性法规的立法进程；加快速度修订地方环境保护条例，进一步完善和细化环境保护基本法律制度；适时推进环保单项地方立法等立法建议。希冀对构建完善的生态环境保护地方性法规制度有所助益。

关键词：生态；环境；地方立法；比较

我国正处于工业化中后期和城镇化加速发展阶段，发达国家一两百年间逐步出现的环境问题在我国集中显现，部分地区环境污染严重，生态系统退化，生态环境比较脆弱。为了从源头上扭转环境污染生态破坏等环境恶化趋势，近年来，党中央和国务院加强了对环境保护的关注。党的十八大做出了把生态文明建设放在突出地位，纳入中国特色社会主义事业“五位一体”总布局的战略决策。十八届三中全会提出加快建立系统完整的生态文明制度体系。十八届四中全会要求用严格的法律制度保护生态环境。同时，中共中央、国务院出台了《关于加快推进生态文明建设的意见》。

鉴于生态与环境立法在推进生态文明建设中具有重要作用，笔者就生态与环境地方立法进行比较分析，希冀对地方立法提供助益。

一、生态与环境立法概述

(一) 生态及“生态”立法

生态（ecology）一词源于古希腊 *oikos*，原意指“住所”或“栖息地”，现在通常是指生物的生活状态，包括生物在一定的自然环境下生存和发展的状态，以及生物的生理特性和生活习性等。1866 年，德国生物学家 E. 海克尔(Ernst Haeckel)

*但彦铮：重庆市人大法制委主任委员。何峻卉：重庆市人大常委会法制工委法规一处副处长。

提出生态学的概念，后又衍出生态哲学、生态伦理学、生态经济学等。

法律生态化，是指以生态文明为导向，以当代生态学原理为理论基础，以维护环境权益和促进可持续发展为目标，按照生态系统管理的基本要求，对现行环境资源立法体系进行改造的趋势和过程。而实施法律生态化的过程，就是“生态”立法的过程。“生态”立法，即制定生态法。有学者认为，生态法是反映当代生态学新理论、新理念，旨在保护和改善环境，维护生态平衡和生态安全，合理开发和可持续利用自然资源，建设环境友好社会与和谐社会，促进人与人和谐相处和人与自然和谐相处，保障经济、社会和生态可持续发展的各种法律规范和法律表现形式的总称¹。笔者以为，切合我国国情，生态立法是立法机关为了保障生态资源与经济、社会可持续发展，通过制定法律法规来规范人、社会与生态资源的关系的法律行为。

（二）“环境”及其环境立法

环境（environment）是指周围所在的条件，既包括以大气、水、土壤、植物、动物、微生物等为内容的物质因素，也包括以观念、制度、行为准则等为内容的非物质因素；既包括自然因素，也包括社会因素；既包括非生命体形式，也包括生命体形式。我们通常所称的环境就是指人类的环境。人类环境习惯上分为自然环境和社会环境。自然环境亦称地理环境，是指环绕于人类周围的自然界，包括大气、水、土壤、生物和各种矿物资源等。

法学上的环境立法，主要针对自然环境而言。根据《中华人民共和国环境保护法》，“本法所称环境是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、野生生物、自然遗迹，人文遗迹、风景名胜区、自然保护区、城市和乡村等。”这就是把人类以外的生物要素和非生物要素都看作人类的环境。因此，笔者以为，所谓环境立法，即制定环境法，是指基于对自然资源和环境的保护，以及污染防治的需要，立法机关通过制定法律法规来规范人与环境的关系的法律行为。但必须强调的是，环境立法仅限于直接的自然保护、限制自然资源的使用，并不是包含环境的法律都是环境立法。例如：对环保产业的税收立法，属于税法而不是环境法。

（三）生态与环境立法理论研究综述

¹ 蔡守秋、吴贤静：《从环境法到生态法：修改环境保护法的新视角》，110 网页，<http://www.110.com/ziliao/article-205585.html>

1. 生态立法理论研究

概括而言，学术界对生态法研究的理论基础主要有：可持续发展理论、生态（环境）学理论、生态伦理学理论、生态经济学理论、风险社会理论、综合生态系统管理理论等。关于这些理论，学者们有着不同的理解。比如，我国有的学者将可持续发展理论的定义，在国际社会的广泛共识的“既满足当代人的需要，又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展”¹理论的基础上作了如下补充，即可持续发展是“不断提高人群生活质量和环境承载能力的、满足当代人需求又不损害子孙后代满足其需求能力的、满足一个地区或一个国家需求又未损害别的地区或国家人群满足其需求能力的发展”。杨京平教授则认为环境生态学的根本目的是维护生态圈的正常功能，改善人类生存环境，并使两者间得到协调发展²。因此，环境生态学理论就是为了推进可持续发展，阐明人与环境间相互作用的机制和效应以及解决环境问题的生态途径的科学的理论。在西方的人类中心主义的生态伦理学和非人类中心主义的生态伦理学两大派别为人类或者非人类哪个的道德地位优越于其他物种问题争论不休的背景下，胡孝权等中国学者从伦理学的视角审视和研究人与自然的关系，他们认为，应当建立一种新型的可持续发展的生态伦理观，它的实质是指人与人之间、人与自然之间的互利共生、协同进化和发展，包括自然、经济、社会的可持续发展三个基本的方面，强大社会的发展是复杂系统的整体推进、不断优化的过程³。也就是说，生态伦理学理论是一门以“生态伦理”或“生态道德”为研究对象的应用伦理学，核心在于人类应放弃算计、盘剥和掠夺自然的传统价值观，转而追求与自然同生共荣、协同进步的可持续发展价值观。生态经济学是 20 世纪 50 年代产生的由生态学和经济学相互交叉而形成的一门边缘学科，我国的生态经济学家普遍认为，生态经济学理论旨在促使社会经济在生态平衡的基础上实现持续稳定发展，要切实重视和正确对待“人口、资源、环境和发展”之间的密切相关、互相制约、互相促进的关系⁴。关于风险社会理论，以贝克、吉登斯等人为代表的制度主义者，提出生态危机、

¹ 参见 1987 年世界环境与发展委员会公布的报告：《我们共同的未来》。

² 杨京平，《环境生态学》，化学工业出版社，第一版（2006 年 5 月 30 日）。

³ 胡孝权，《走出西方生态伦理学的困境》，北京航空航天大学学报，第 17 卷第 2 期（2004 年 6 月）。

⁴ 1980 年，联合国环境规划署召开了以“人口、资源、环境和发展”为主题的会议。会议充分肯定了上述四者之间的关系是密切相关、互相制约、互相促进的，并指出，各国在制定新的发展战略时对此要切实重视和正确对待。同时，环境规划署在对人类生存环境的各种变化进行观察分析之后，确定将“环境经济”（即生态经济）作为 1981 年《环境状况报告》的第一项主题。

全球经济危机以及跨国恐怖主义网络所带来的全球性风险是在政治层面爆发的，它们不一定取决于事故和灾难发生的地点，而是取决于政治决策、官僚机构以及大众传媒等¹。因此，在风险社会，要“再造政治”以应对风险。至于综合生态系统管理理论，其渊源发端于 1935 年英国生态学家 Tansley 提出生态系统概念、20 世纪 30 年代末 Lindeman 提出的“百分之十定律等。我国生态学家马世骏、王如松(1984)提出了社会—经济—自然复合生态系统理论和相应的生态规划方法²。目前，已基本形成了产业生态管理、城镇生态管理、区域生态管理、生态基础设施管理等几个分支研究领域。

而实务界对生态法的研究的理论基础主要为：可持续发展理论、生态（环境）学理论和综合生态系统方法理论等。笔者以为，综合生态系统方法理论实际上已包含了学术界其他有关生态的理论，可以作为生态立法的基础。主要原因是，这种方法具有综合性、科学性和和谐性，它强调人与自然和谐相处，可持续发展的理念，更加适应我国国情需要。

此外，从生态立法理论的主要渊源来看，既有国际生态法的主要渊源来自国际条约和国际惯例，也有国内制定法和学者的研究。国际条约中，从环境保护的关联度来看，可以分为二类：一是直接利用或者调整有关自然资源的条约，如 1982 年《联合国海洋法公约》、2003 年《非洲自然与自然资源保护公约》；二是不包含环境保护的规范，但能间接自然保护措施实施，如类似 1985 年《南太平洋无核区条约》等有关维和、国际安全和裁军领域的条约。而国内生态法的渊源主要源于国家对森林、海洋等制定的专项法律法规和学术界的一些研究。如人民大学周柯教授 2001 年出版的《生态环境法》、福州大学郑少华教授著的《生态主义法哲学》、中国政法大学曹明德教授 2002 年出版的《生态法原理》等等。这些学者的主要思想是建立一个综合的生态法系统法律体系或者建议制定一部综合生态法等等。

2. 环境立法理论研究

学术界普遍认为，环境立法理论与生态立法理论的理论基础非常类似，都包含了可持续发展理论、生态（环境）学理论、综合生态系统管理理论等，只是研究重点由“生态”转向“环境”。比如，环境立法中的可持续发展理论，在于保

¹ 张雪冰，高飞，《风险社会视域下的社会问题研究》，东方企业文化·百家论坛，2013 年 3 月。

² 马世骏、王如松，《社会-经济-自然综合生态系统》，生态学报，1984 年 4 月。

护环境、消除贫困、促进繁荣的世界可持续发展。“可持续发展成为时代最强音而被广泛接受，并逐步成为各国指导经济、社会发展的总体战略”¹。

关于环境立法理论的实际构成，学术界有公害说、资源利用说、污染防治说、环境保护说四种意见。国外多数国家也采用了环境法的提法，如美国、英国、法国等。我国环境法学作为一个独立的分支学科发展是在 20 世纪 80 年代初，最初为单纯的环境保护法，偏重于对环境的保护。但大家普遍认为，环境法的任务并不只限于对环境的保护，还包括对环境质量的改善，而我国“环境保护法”这一称谓则只见“保护”，不见“改善”，未能全面概括环境法的任务，为此目前已趋向于使用“环境法”或“环境与资源保护法”这一称谓。如重庆大学的陈敏德教授认为，环境与资源保护法学（人们通常简称为环境法学）主要是由环境保护法基本理论和资源利用法基本理论这两大部分构成的。

实务界对于环境立法的理论研究较少，但一般基本认可可持续发展理论为环境立法的理论基础，同时基于加强防治，加强管理的需要，在环境立法时，往往将包含资源在内的环境合理开发利用和保护、污染防治等内容全面纳入。如 2015 年修订的环境保护法。

此外，由于环境法的理论来源渠道较多，包括环境侵害与环境法理论的发展、宪法理论的拓展、环境法理论的完善、行政法理论的改造、民法理论的补充、刑法理论的深化、诉讼法理论的更新、科技法理论的调整等等，使得环境立法内容更为丰富。

3. 生态法与环境法理论争论的焦点

近年来，学术界对生态法与环境法理论有三种不同认识，一种认为生态法涵盖了环境的概念，应当用“生态法”这个名称取代“环境法”、“环境保护法”和“环境与资源保护法”；一种认为环境与资源法可以并存，各自为政，又相互照应；还有一种认为环境法是个大的概念，它已经将生态和自然资源的保护纳入，应当沿袭这一理念。以上三种不同意见的焦点在于生态、资源、环境保护的关系。笔者认为，从字面，三者为不同的概念。但从生物学上看，三者之间有重合。比如大生态（系统）可以包含各种自然资源和环境。自然资源中也含有各种生态群落（系统）和自然环境。而大环境中也可以包含生态系统和自然资源。可见，三者

¹ 参见陈泉生：《可持续发展与法律变革》，法律出版社 2000 年 9 月版。

的关系是不能分离的。环境保护是生态文明建设的主阵地，加强环境保护是推进生态文明建设的根本途径¹。笔者以为，从法律实施的角度出发，现阶段用环境保护法概念，在维护法制统一，加强污染防治、环境和资源保护方面比较实际、可行，法律规定缺失之处，可以采取有关自然资源生态立法或者生态文明制度建设立法等内容予以补充，从而形成“大环境”立法。

二、生态与环境立法实践

（一）国外生态与环境立法实践

现代各国生态保护领域的立法，主要涉及自然保护、环境污染防治、部分自然灾害防治救助等方面。但除俄罗斯和东欧成为自然保护法，突出生态的概念外，大多数国家没有将生态与环境严格区分，这在环境法的称谓上有所体现。如美国，多称为“环境立法”、“环境法”或“环境政策法”。西欧国家多为污染控制法，前西德称为“干扰侵害防护法”；前东德为“国土整治法”。日本称之为公害法。虽然各立法称谓有所不同，但有一个共同的转变趋势，即由规定环境保护的专项法规逐渐向综合法规转变，由重污染治理逐渐向重污染源预防和控制转变、由多采用行政手段逐渐向市场机制过渡转变、由多采用与工业协商解决纠纷向法律强制手段转变、由环境保护管理的单打独斗向共同防治转变。

比如美国的环保基本法《国家环境政策法》首创了一项对预防环境损害有重大作用因而被各国效仿的制度，即环境影响评价制度，在立法中十分重视成本效益分析以及技术的可行性和经济的合理性。澳大利亚联邦政府与各州地区及地方政府协会共同签署了《澳大利亚政府间环境协定》，协调全面环境活动。英国的《污染控制法》，对空气、水、噪声和固体废物采用综合管理控制措施，取得了比较显著的效果。日本《公害对策基本法》，以法律手段全面推行防治公害的对策，该法被认为是第一部国家级环境污染防治法。其中该法提出的适时修改环境标准和照顾中小企业的措施值得我们深思。新加坡的法律对生活环境的卫生质量提出了很高要求，如等等。而俄罗斯及东欧一些国家的“自然保护法”则包括了环境保护、名胜古迹保护和自然资源保护等，在确立生态安全、公民生态权利和义务、生态文化建设、生态鉴定制度等方面上有其独特的见解。比如《俄罗斯联邦环境保护法》和《俄罗斯联邦生态评估法》是环保基本法律。俄罗斯环保法对

环境权进行了特别规定，即每个人都有权享有良好环境的权利，保障每个人享有的良好的生活条件。同时要求保证良好环境的持续发展；保护、恢复和合理利用自然资源是保护环境和维护生态安全的必要条件；资源的有偿使用原则和环境污染破坏的补偿原则；环保监督的独立性原则；对计划中的经济活动和其他活动有可能产生的生态危害进行预先评估；在决定开始进行经济活动和其他活动时必须对其做环境影响评估；必须根据环保技术标准检查项目情况；在项目计划和实施阶段优先保护自然生态系统，自然景观和整体环境的原则；根据环保标准要求尽量利用最佳技术工艺，确保有关活动的有害影响降至最低；保护生物多样性原则等等。¹

国外生态与环境立法特色条款表

国家	代表法规	特色条款（摘录）
美国	国家环境政策法	第 4332 条 2 (3) 对人类环境质量具有重大影响的各项提案或法律草案、建议报告以及其他重大联邦行为，均应当由负责经办的官员提供一份包括下列事项的详细说明：①拟议行为对环境的影响；②提案行为付诸实施对环境所产生的不可避免的不良影响；③提案行为的各种替代方案；④对人类环境的区域性短期使用与维持和加强长期生命力之间的关系；⑤提案行为付诸实施时可能产生的无法恢复和无法补救的资源耗损。在制作详细说明之前，联邦负责经办的官员应当与依法享有管辖权或者具有特殊专门知识的任何联邦机关进行磋商，并取得他们对可能引起的任何环境影响所做的评价。该说明评价应当与负责制定和执行环境标准所相应的联邦、州以及地方机构所做的评价和意见书的副本一并提交总统与环境质量委员会，并依照美国法典第五章第 552 条的规定向公众公开。这些文件应当与提案一道依现行机构审查办法的规定审查通过。

¹ 主编：袁杰，《中华人民共和国环境保护法解读》，中国法制出版社，2014 年 5 月第 1 版。

¹ 刘丽，《英国饮用水保护的法律问题研究》，豆丁网，<http://www.docin.com/p-989931807.html>

国家	代表法规	特色条款（摘录）
英国	环境法	<p>第三十三节 关于污染控制的一般职责 第1条 环境机构的污染控制权起到防止、减少、补救或者缓减环境的污染必要作用。第2条 出于下述任一目的，环保机构必须对污染相关信息进行加工（不论这种信息、是机构通过观察得到的，还是通过其他方式获取的）：</p> <p>1. 促进污染控制职能的实施； 2. 可使环境机构对环境污染的一般状态形成观点。第3条 如果国务大臣要求这样做的话： 1. 机构必须对现有的或者潜在的环境污染水平的影响或者可能的影响进行评价（不论是一般的评价或者是出于要求所规定的目的的评价）；并将它的观点报国务大臣。 2. 机构必须编制并向国务大臣递交关于下述内容的报告：（1）筛选机构认为可以用来防止、减少、补救或者减缓环境污染影响的方案，不论是一般的或者是出于要求所规定的；（2）鉴别环保机构按照前述第1目所筛选的方案的费用与利益。第4条 环保机构将制定防止、减少、补救或者缓减环境污染影响的规划。第5条 在本节中，与环保机构相关的“污染控制权”和“污染控制职能”分别指依照下列法律的权力或者职能； 1. 1906年《制碱工厂管理法》； 2. 1951年法第三部分、1965年《河流污染防治（苏格兰）法》及1974年《污染控制法》第一部分、第一（A）部分和第二部分； 3. 1974年《工厂健康与安全法》第一部分； 4. 1989年《污染控制（修正）法》； 5. 1990年法第一部分、第二部分和第二（A）部分； 6. 1993年《清洁空气法》第19节； 7. 1993年《放射性物质法》； 8. 依照1972年《欧洲委员会法》第2节第2条制定的与污染相关的规定。</p>
日本	公害对策基本法	<p>第九条第三款 对于已经规定的环境标准，应经常进行必要的科学的研究，必要时应予修改。同时，要求政府应努力采取适当而有效的综合防治公害措施，以保证环境符合上述标准。</p> <p>第二十四条第一款 国家和地方应努力采取必要的金融和税收措施，鼓励企业修建和改进公害防治设施。”</p> <p>第二款 在采取前款措施时，应特别照顾中小型企业。</p>
德国	环境信息法	<p>第2条 本法适用的环境信息是：1.由第3条第1款规定的联邦、州、社区、协会或其他法人所掌握的环境信息。2.执行环境保护任务的法人或自然人，他们处在有关部门监督之下。</p> <p>第4条 根据第2条第2项，人人都有权从主管部门或其他法人获取环境信息。主管部门可以根据申请发布信息，允许保护环境的档案被查阅，开通多种信息渠道。</p> <p>获得信息的其他要求不受影响。</p>

国家	代表法规	特色条款（摘录）
	污染控制法	<p>第27条第一款 需要审批的设备经营者有义务向主管部门作出报告，说明大气污染的种类、数量、区域和时间的分布情况，释放出来的条件（即排放说明）。每两年要根据最新情况，对排放说明进行修改、补充。</p>
新加坡	公共环境卫生法	<p>第六节 所有人和占用人保持与其房屋相连的私人街道清洁的职责 第1条 与任何私人街道毗邻的任何房屋的所有人和占用人应当对该街道中可以通过或者有权通过的与他们的房屋面对的、相邻的、相连的包括人行道在内的直至街道中心的部分进行合理可行的适当的扫除、清洁和洒水，收集并清除发现的每一种垃圾和污秽。</p> <p>第2条 任何房屋的所有人和占用人应当负责保持房屋周围、与房屋相连的人行道、后院、庭院和方院的清洁，做到无垃圾、无污秽或其他物质，或水的蓄积。</p> <p>第3条 行政长官可以通过书面通知要求负有前述第1条和第2条责任的人员按照通知规定的时间清扫、清洁并喷洒这些街道，收集和清除街道上的垃圾、污秽和其他物质。</p> <p>第七节 街道上的垃圾箱 第1条 行政长官可以负责在公共街道和私人街道上适当、方便的位置上以及他认为适当的场所提供和放置任何数量的临时处置垃圾的垃圾箱和盛放容器。</p> <p>第2条 任何人不得或者允许将兽粪、人体排泄物、工业废弃物、厩棚垃圾或者园地垃圾堆放在这些垃圾箱或者盛放容器内；但小草、小枝叶及其他可以合理容纳的类似物质构成的园地垃圾可以放置在这些垃圾箱或者盛放容器内。垃圾与粪便的清除</p> <p>第八节 行政长官可以利用垃圾收集和清除系统 第1条 行政长官可以随时将他认为适于收集和清除大粪、垃圾和各种废物的任何系统应用于他可以确定的区域内的所有房屋。</p> <p>第2条 应用这种系统的区域内的每一房屋的占用人必须对大粪、垃圾或者废物的清除和收集交付规定的费用。</p>

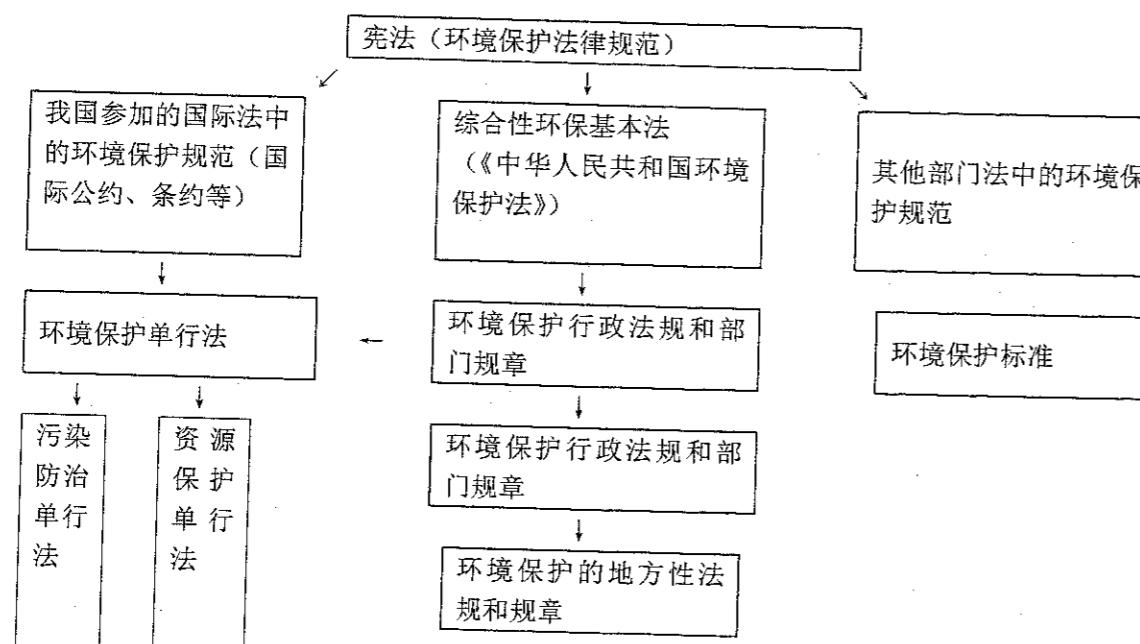
（二）我国的环境立法实践

1. 国家立法实践

近年来，我国的环保立法实践主要体现在宪法的部分条款和制定的单行法规上。首先，我国宪法确立了环境保护的基本政策和指导原则，这是国家环境保护活动的宪法基础，也是环境与资源保护立法的宪法依据。如宪法第26条第1款

规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。”这表明环境保护是国家的一项基本职责。宪法第9条、第10条、第22条分别规定了自然资源的所有权、合理利用土地资源，以及国家对名胜古迹、珍贵文物和其他重要的历史文化遗产的保护等。其次，围绕环境和资源保护，制定了一系列的单行法规，包括对环境进行综合调整的法律，如环境影响评价法、清洁生产法、节能法等；单项自然资源法；各类水、大气等资源污染防治法和特殊自然环境保护法等，如关于自然保护区、风景名胜区、自然遗迹等的法律法规。除了全国人大或其常委会颁布的大气、水、固体废弃物和噪声污染防治法以及海洋环境保护法等五部污染控制法和土地管理法、水法、森林法、草原法、矿产资源保护法、野生动物保护法、渔业法、水土保持法、防沙治沙法、等九部自然资源保护法外，还有为数众多的行政法规、地方立法，仅环境标准就有360项之多。

中国环保立法体系的构成



2. 地方人大立法实践

各地根据地方的生态短板和加强环境保护的需要，主要针对加强生态文明制度建设、加强环境保护、加强自然资源保护、加强污染防治等方面，进行了一些积极探索。

一是环境地方实施性立法。根据环境保护法、大气污染防治法、水污染防治法等，北京市、天津市、上海市、重庆市、青海省等多地地方人大进行了实施性立法。这些地方性法规主要根据地方实际，除补充细化上位法规定外，积极总结了地方在绿色发展、环境监督管理以及各类污染源防治措施等方面好的方式和做法，将之上升为法规规定予以巩固落实。如2007年《重庆市环境保护条例》首创了“按日计罚”制度，即对于违法排污单位，受罚后被责令改正而拒不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以自责令改正之日起，按照原处罚数额按日连续处罚。2014年，全国人大在修订《中华人民共和国环境保护法》时，充分肯定了这一做法，将按日计罚原则纳入第五十九条¹进行规范，并明确地方性法规可以根据环境保护的需要，增加按日连续处罚的违法行为的种类。新修订的《上海市环境保护条例》提出绿色发展概念，突出源头防治，从改变生产生活方式推进生态环境保护，强调社会共治，信息公开和公众参与以及实行最严格的环境保护制度，实现源头严防、过程严管、后果严惩。其中，还创新提出了环境污染防治协议制度，规定环保部门可以与相关排污单位签订污染防治协议，明确提出严于国家和地方的有关标准排放、改良技术消减排放以及申请排放国家和本市未制定排放标准的污染物等，收到社会好评。

二是生态地方创制性立法，此项地方立法一般为两类，一类是生态文明制度地方立法，另一类为特定生态环境、自然资源类地方立法。

第一类主要立法目的是为了保护生态环境，促进可持续发展，将地方生态文明制度建设纳入法制化、规范化轨道。如贵阳市、福建省、厦门市、杭州市等地人大先后制定了生态文明建设促进条例或者促进生态文明建设的决定²。这些地

¹ 《中华人民共和国环境保护法》第五十九条 企业事业单位和其他生产经营者违法排放污染物，受到罚款处罚，被责令改正，拒不改正的，依法作出处罚决定的行政机关可以自责令改正之日起，按照原处罚数额按日连续处罚。

前款规定的罚款处罚，依照有关法律法规按照防治污染设施的运行成本、违法行为造成的直接损失或者违法所得等因素确定的规定执行。

地方性法规可以根据环境保护的实际需要，增加第一款规定的按日连续处罚的违法行为的种类。

² 参考《福建省人大常委会关于促进生态文明建设的决定》、《贵州省生态文明建设促进条例》、《厦门市经济特区生态文明建设条例》、《杭州市生态文明建设促进条例》等

16.7.3
45
94

方性法规或者法规性决定主要围绕树立生态文明理念、制定生态规划、发展生态经济、保障生态安全、生态环境保护、生态补偿机制、环保诉讼等方面进行规范。比如《贵阳市促进生态文明建设条例》围绕“促进”和“保障”做文章，创设了舆论监督、生态环境和规划建设监督员、区域限批和生态环境保护指标一票否决等制度，对生态环境的保护和生态产业的发展，以及生态补偿、生态环境保护责任追究等相关制度执行等刚性约束和积极规范。

第二类是资源保护地方立法。此类法规，主要根据国家风景名胜区管理条例、旅游条例、环保类法规对当地的地方自然资源和人文遗迹进行地方立法，予以重点保护。如《陕西省秦岭生态环境保护条例》创新采用区域综合立法方式，提出了植被保护、水资源保护、生物多样性保护的生态概念，引入环境区域规划制度、功能区划制度、投融资制度等，针对矿产资源、交通设施开发、建设城镇乡村建设、旅游设施建设生态环境保护等突出问题，提出了可操作性较强的规定，并对生态环境保护补偿机制和补偿范围、原则等在法规中进行了明确。为了合理开发、综合利用、有效保护盐湖资源，青海省制定了《青海省盐湖资源开发与保护条例》，对矿产审批权限作了明确规定，强调了统一规划、规模开发，确立了地质灾害评估制度和动态监测制度，并在行政处罚和强制措施上作了可行的规定。《云南省国家公园管理条例》率先实现了国家公园管理体制地方立法，遵循科学规划、严格保护、适度利用、共享发展的原则，采取政府主导、多方参与、分区分类、定期综合评估等管理方式，加强了具有国家或者国际重要意义的自然资源和人文资源特定区域的保护。

（三）比较分析

从前面分析可以看出，地方人大虽然在环境保护实施性地方立法的数量较多，但在生态保护创设性地方立法的探索也较多。一方面，环境保护实施性地方立法为整个地方环境质量奠定了基础，另一方面，生态保护创设性地方立法对改善地方环保立法理念，对特定区域环境保护的保护改善也起到了促进和补充作用，两者相互存，缺一不可。从法律实务者的角度出发，笔者以为，在大环境保护概念下，进行地方立法，应当注重在综合环境保护实施性地方立法的基础上，立足地方生态短板，制定相关单行性法规，共同构建生态环境保护地方性法规制度。

三、关于重庆市生态与环境地方立法的几点思考

（一）重庆环境及生态与环境地方立法现状

重庆位于中国内陆西南部、长江上游地区，地跨东经 $105^{\circ}11' \sim 110^{\circ}11'$ 、北纬 $28^{\circ}10' \sim 32^{\circ}13'$ 之间的青藏高原与长江中下游平原的过渡地带，地质地貌复杂，山地、丘陵众多，江河纵横、群山环抱，境内江河纵横，水网密布。

2013年9月13日至14日，综合考虑重庆人口、资源、环境、经济、社会、文化等因素，中共重庆市委四届三次全会专题研究部署了重庆市功能区域划分和行政体制改革工作，将重庆划分为都市功能核心区、都市功能拓展区、城市发展新区、渝东北生态涵养发展区、渝东南生态保护发展区五个功能区域。至此，重庆区域发展战略迈入4.0时代。由此，重庆地方立法也应当相应考虑五大功能区特点，有针对性地提出生态与环保地方立法对策，从而形成重庆的生态环境保护地方性法规制度。

截止2016年9月30日，重庆市共有地方性法规205件，涉及生态与环保地方立法62件，占法规总数的30.2%。其中，环保类基本地方性法规1件，即《重庆市环境保护条例》（1998年5月29日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第九次会议通过）；各类资源环境、城乡建设类地方性法规33件，如《重庆市长江三峡水库库区及流域水污染防治条例》、《重庆市矿产资源管理条例》等，其他21件地方性法规中也有相关涉及环境保护的内容，如《重庆市燃放烟花爆竹管理条例》、《重庆市长江防护林体系管理条例》、《重庆市城市园林绿化条例》、《重庆市森林建设促进条例》等；审查批准的民族地方的单行条例涉及环境保护的8件，如《秀山土家族苗族自治县锰矿资源管理条例》、《秀山土家族苗族自治县殡葬管理条例》、《彭水苗族土家族自治县城乡建设管理条例》、《石柱土家族自治县酉阳土家族苗族自治县饮用水水源保护条例》、《彭水苗族土家族自治县旅游条例》等。

目前，为了进一步加强对我市环境的保护，重庆市人大正在着手修订《重庆市环境保护条例》和制定《重庆市大气污染防治条例》、《重庆市村镇供水条例》、《重庆市大足石刻管理条例》等。可以看出，我市的生态环境保护地方性法规制度基本形成。

重庆涉及生态与环境保护法规一览表

(非城乡建设、资源环保类)

序号	法规名称	备注
1	重庆市爱国卫生条例	2003年5月29日重庆市第二届人民代表大会常务委员会第三次会议通过 多数条款涉及环境保护
2	重庆市实施全民义务植树条例	1998年3月28日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第八次会议通过 根据2010年7月23日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改部分地方性法规的决定》修正 多数条款涉及生态资源环境保护
3	重庆市绿化条例	1998年3月28日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第八次会议通过 根据2010年7月23日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改部分地方性法规的决定》修正 多数条款涉及生态资源环境保护
4	重庆市长江防护林体系管理条例	1998年5月29日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第九次会议通过 根据2010年7月23日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改部分地方性法规的决定》修正 多数条款涉及生态资源环境保护
5	重庆市林地保护管理条例	1998年5月29日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第九次会议通过 根据2010年7月23日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改部分地方性法规的决定》修正 多数条款涉及生态资源环境保护
6	重庆市森林建设促进条例	2010年7月23日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第十八次会议通过 多数条款涉及生态资源环境保护
7	重庆市森林防火条例	2011年9月22日重庆市第三届人民代表大会常务委员会第二十六次会议通过 多数条款涉及生态资源环境保护
8	重庆市植物检疫条例	1999年3月26日重庆市第一届人民代表大会常务委员会第十五次会议通过 多数条款涉及生态资源环境保护
9	重庆市动物防疫条例	2013年7月24日重庆市第四届人民代表大会常务委员会第四次会议通过 多数条款涉及生态资源环境保护

序号	法规名称	备注
10	重庆市燃放烟花爆竹管理条例	第一条 为了减少环境污染，保障国家、集体和个人财产安全，保护公民身心健康，创造良好的工作、生产、生活环境，根据《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国消防法》、《民用爆炸物品安全管理条例》等法律、行政法规，结合本市实际，制定本条例。 第五条 下列区域或场所禁止燃放烟花爆竹：（一）区县（自治县）级以上国家机关办公场所；（二）车站、码头、机场、商场及其他人口密集场所；（三）重要军事设施、仓库、市级以上文物保护单位等；（四）加油（气）站等存放易燃易爆物品的场所及周边一百米范围内；（五）医院、幼儿园、敬老院、疗养院等；（六）教学、科研单位的办公、教学、科研场所；（七）法律、法规、规章规定或者各级人民政府明令禁止用火的其他区域或场所；（八）市或区县（自治县）人民政府规定禁止燃放烟花爆竹的其他区域或场所。禁止燃放烟花爆竹的场所及其周边具体范围，由产权或使用单位设置明显的禁放警示标志，并负责看护。
11	重庆市水上交通安全管理条例	第十条第二款第四项：（四）按照《重庆市长江三峡水库库区及流域水污染防治条例》的规定防止污染通航水域水体。 第十七条第二款：按照国家规定必须取得船舶污染损害责任、沉船打捞责任保险文书或者财务保保证书的船舶，应当随船携带其副本。
12	重庆市殡葬管理条例	第九条第三款：运送遗体须进行必要的技术处理，确保卫生，防止污染环境。 第十一条第二款：提倡植树、深埋不留标志和抛撒的方式处理骨灰。具体实施办法，由区县（自治县）人民政府制定。
13	重庆市突发事件应对条例	第一条 为了预防和减少突发事件，控制、减轻和消除突发事件引起的社会危害，规范突发事件应对活动，保护人民生命财产安全，维护国家安全、公共安全、环境安全和社会秩序，根据《中华人民共和国突发事件应对法》及有关法律、行政法规，结合本市实际，制定本条例。 第三条 本条例所称突发事件，是指突然发生，造成或者可能造成严重社会危害，需要采取应急处置措施予以应对的自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。 第三十九条 受到自然灾害危害或者发生事故灾难、公共卫生事件的单位，应当按照规定立即报告，并立即启动本单位的应急预案，组织人员开展自救互救，撤离危险区域，控制危险源，封锁现场或者危险场所，并采取措施防止危害扩大。

序号	法规名称	备注
14	重庆市旅游条例	<p>第十六条 旅游业发展规划应当符合经济社会发展总体规划，与土地利用总体规划、城市总体规划、文物保护规划、生态保护规划和相关行业发展规划相协调。</p> <p>旅游景区开发建设规划应当符合土地利用总体规划、城市建设总体规划和生态保护建设规划，并与旅游业发展规划、旅游专项规划相协调。</p> <p>第二十一条 利用自然保护区等自然资源开发旅游项目，应当遵守有关法律、法规、规章的规定，采取相应的保护措施。</p> <p>风景名胜区以及由规划确定的其外围保护地带内的各项建设项目，不得破坏景观、污染环境、妨碍游览。</p> <p>第二十七条 旅游者进行旅游活动时应当履行下列义务：</p> <ul style="list-style-type: none"> (一) 遵守法律、法规和社会公德，尊重民族风俗习惯和宗教信仰； (二) 保护旅游资源和生态环境，爱护文物、古迹和旅游设施； (三) 文明旅游，遵守旅游秩序和安全、卫生管理规定； (四) 旅游活动中发生纠纷或安全事故，应当协助调查，配合旅游经营者防止损失扩大； (五) 履行旅游合同约定的义务。
15	重庆市实施《中华人民共和国野生动物保护法》办法	<p>第五条 野生动物的保护管理，实行加强资源保护、积极驯养繁殖、合理开发利用的方针，鼓励开展野生动物科学的研究。</p> <p>任何单位和个人都有保护野生动物资源的义务，对侵占或破坏野生动物资源的行为，都有权制止、检举和控告。</p> <p>第六条 市和区县（自治县）人民政府应当把保护、发展和合理利用野生动物资源纳入国民经济和社会发展计划。</p> <p>第八条 保护管理野生动物资源所需经费，在市和区县（自治县）人民政府野生动物行政主管部门的年度经费中列支，纳入同级财政预算。</p> <p>建立野生动物保护发展基金制度。</p> <p>第十三条 市人民政府应在国家和市重点保护野生动物的主要息繁衍地区和水域划定自然保护区。在野生动物资源遭受严重破坏或资源贫乏的地区，由县级人民政府划定限期性的禁止猎捕区。分布零散的珍稀野生动物，由所在地的县级人民政府明令保护。</p> <p>自然保护区的范围和用途，未经原批准机关批准，不得改变。</p> <p>在自然保护区内禁止猎捕。</p>

序号	法规名称	备注
16	重庆市实施《中华人民共和国渔业法》办法	<p>第三条 市和区县（自治县）人民政府应当把渔业生产纳入国民经济计划，采取措施，加强水域、滩涂的统一规划和综合利用；鼓励渔业科学技术研究，推广先进技术；保护渔业生态环境，合理利用渔业资源，促进渔业的可持续发展。</p> <p>第十三条 从事养殖生产应当保护水域生态环境，科学确定养殖密度，合理投饵和使用药物，不得造成水域的环境污染。</p> <p>第三十二条 禁止任何单位和个人向渔业水域倾倒废渣。工业废水和城市生活污水排入渔业水域的，应当符合国家规定的标准。</p> <p>第三十三条 因污染渔业水域环境造成渔业损失的，由市和区县（自治县）人民政府渔业行政主管部门或者其所属的渔政渔港监督管理机构依照《中华人民共和国水污染防治法》的有关规定进行调查处理。</p> <p>在天然水域发生污染事故时，任何单位和个人未经批准不得进入污染区域进行捕捞。</p>
17	重庆市河道管理条例	<p>第十六条 河道治理应当以河道保护利用规划为依据，遵守国家防洪标准和有关技术要求，兼顾上下游、左右岸的关系，提高河道的防洪、供水、灌溉、航运等综合能力。</p> <p>河道治理应当注重生态修复，将工程措施与生态措施相结合，综合采取水系连通、堤防绿化、水土保持、湿地保护、排污通道和排污口整治等治理措施。</p> <p>城市规划区的河道治理工程，应当与城市景观、休闲娱乐、历史人文等功能相结合。</p> <p>封盖集水面积两平方公里以下的河道，其防洪标准应当在所在城镇防洪标准基础上提高一个以上防护等级。</p>
18	重庆市盐业管理条例	<p>第六条 对盐矿资源的开发实行统一规划、合理布局、计划开采、综合利用的原则，禁止对盐矿资源的乱开滥采，防止盐矿资源浪费。</p> <p>第八条 在勘查、开采其他矿种等作业中发现盐矿资源的，勘查、开采单位应立即采取有效保护措施，防止盐矿资源损失破坏，并及时报告市盐业行政主管部门。</p>
19	重庆市酒类商品管理条例	<p>第六条 从事酒类商品生产的单位或个人必须符合下列条件：(一) (二) (三) …… (四) 符合卫生、环境保护的有关规定……</p>
20	重庆市港口管理条例（正在修订中）	<p>第二十三条第二款：港航管理机构应当依法制定辖区港口危险货物重大事故应急预案、生产安全重大事故的旅客紧急疏散和救援预案以及预防自然灾害预案，建立健全港口生产安全重大事故的应急救援体系。</p>

序号	法规名称	备注
21	重庆市航道管理条例	<p>第二十七条 港区内禁止下列行为：（一）放置障碍物；（二）向港区水域倾倒泥土、砂石和其他固体废物；（三）违反有关规定排放超过规定标准的有毒、有害物质；（四）在港区水域内从事养殖、种植和捕捞活动；（五）损坏港区内的公共标志、港口公用基础设施；（六）擅自在港区从事采掘、爆破、挖砂等活动；（七）影响港口安全、作业和破坏、污染港区的其他行为。</p> <p>第二十八条 禁止下列侵占、破坏、损害航道和航道设施的行为：（一）在通航水域内设置渔具、种植水生植物或者水产养殖，影响航道安全畅通的；（二）在航道范围内倾倒砂石、泥土、弃物、弃渣、垃圾以及其他废弃物的；（三）破坏整治建筑物、航标、标志牌等航道设施的；（四）在航道边坡、航道边坡外侧五米以及航标周围二十米范围内堆放物料、建造房屋，在航标周围二十米范围内设置非交通标志标牌的；（五）在航道保护范围内违规建设建筑物、构筑物或者其他设施的；（六）占用主航道水域过驳作业的；（七）其他侵占、破坏、损害航道和航道设施的。</p>

（本表数据截止时间为 2016 年 9 月 30 日）

（二）推进生态与环境地方立法的几点建议

从重庆地方立法现状看，环保地方立法较多，生态地方立法较少。为了弥补生态短板，保护生态多样性，促进可持续发展，笔者建议：

1. 加快推进生态文明制度地方立法

党的十八届三中全会提出，“建设生态文明，必须建立系统完整的生态文明制度体系，用制度保护生态环境”。为进一步加强我市生态文明建设，推动我市经济社会可持续发展，笔者建议在修订《重庆市环境保护条例》的同时，制定《重庆市关于加快绿色发展促进生态文明建设的决定》。

在决定中，建议重点体现六方面内容：一是增强生态文明建设的使命感和责任感；二是加强生态文明建设的组织领导和制度建设；三是建立和完善生态文明建设的保障机制；四是加强生态文明建设交流与合作；五是积极引导社会公众参与生态文明建设；六是营造良好的生态文明建设法治环境。

2. 加快推进生态资源保护制度地方立法

据了解，重庆市共有金佛山、缙云山等 58 个国家级和省级自然保护区，总面积为 89 万公顷，占全市面积的 10.82%。虽然，我市自然资源保护区较多，已

有的地方性法规，如《重庆风景名胜区条例》、《重庆市旅游条例》等，多数偏重于利用管理，在保护生态多样性、预防地质灾害防治、生态修复等方面力度不够，针对性不强，建议参考其他省市的立法实践，制定保护为主，适度开发，节约资源，永续利用的自然资源保护条例，弥补我市环保法规的结构性缺陷。如制定《重庆市武隆喀斯特自然遗产保护区条例》等。

建议在条例中，规范以下几个方面：一是建立自然保护区统一监管机构，加强生态环境综合保护管理和合理开发利用；二是加强地质灾害评估制度和动态监测制度建设，并在行政执法等措施上作切实可行的规定；三是大力推进林业生态建设，提高森林覆盖率，科学调整林种树种结构，提高森林涵养水源、净化空气、防灾减灾能力。此外，有鉴于目前各地自然保护区管理中存在资源与生态环境领域产权之间界限不清，制度不健全，政府自然资源的公共管理职能与自然资源市场的运营机制也尚未明确区分等问题，为避免各主要资源管理部门既作为资源资产的代理人参与市场运作，又作为行政管理者监督市场¹既当裁判者又作运动员”情况发生，加强监督管理效果，建议各主要资源管理部门仅在自然保护区，以行政管理者监督市场，市场运作，而授权自然保护区统一监管机构进行管理。

3. 加快修订环境保护地方立法，完善相关环境保护制度

近年来，我国重新修订完善了环境保护法等一系列环境保护法律、法规，环保标准和监管方式、处罚力度大幅度加强，且现今环保工作面临严峻的污染防治等新问题，因此应当加快修改完善《重庆市环境保护条例》。

根据上位法的规定，结合我市实际，建议：一是修改完善相关环境保护基本制度，如监督管理机制的环境监测制度、环境影响评价制度、重点污染物排放总量控制制度和区域限批制度、排污许可制度、环境保护目标责任制和考核评价制度、生态环境保护补偿机制和环境信息公开制度等。二是坚持问题导向，深入分析我市各种污染产生的原因，切合实际，抓源头治理，有针对性地提出治理措施。比如，针对夜间噪声污染，在条例中作类似高、中考期间，禁止在考场周围一百米区域内进行产生环境噪声污染的作业的禁止性规定，同时完善在噪声敏感建筑物集中区域需要夜间抢修、抢险作业的报告程序，明确夜间作业的原因、时段、作业点、使用机具的种类、数量以及施工场界噪声最大值及建设等有关部门

¹ 参考杨海龙、崔文全，《资源与生态环境产权制度研究现状及“十三五”展望研究》，《环境科学与管理》，2013 年 11 月。

的证明。三是统筹协调、平衡好环保基本法与环保单行法规的关系问题，将统一的、综合的、基本的制度程序在环保条例中规范，不重复规定环保单行法规已作相关规定的内容。

4. 适时推进环保单项地方立法

我市环保单项地方立法，主要包括污染防治实施性立法（如我市正在制定的《重庆市大气污染防治条例》）和各种资源立法（如《重庆市水资源管理条例》、《重庆市矿产资源管理条例》），有鉴于目前我国正在修订完善各种污染防治法律的现状，因此，在现阶段，我市环保单项地方立法的主要精力应放在制定贯彻实施各种污染防治法律上，比如制定水污染防治条例或者土壤污染防治条例等等。

以目前我市正在修订的《重庆市大气污染防治条例》为例。据了解，我市大气污染的大气污染物主要是 PM2.5、PM10、二氧化硫、二氧化氮、一氧化碳、臭氧，而造成大气污染的主要污染源是工业及能源、机动车船、扬尘、生活及其他大气污染。因此，在制定大气污染条例时，应当坚持问题导向原则，建议在条例中着重做好四点：一是将大气环境保护工作纳入国民经济和社会发展计划，合理规划产业布局和城市建设，保证环境保护资金投入，保护和改善大气环境；二是加强科技创新，调整优化产业结构、加快调整能源结构等，抓好源头治理工作；三是总结近年来我市改善大气质量行之有效具体措施，将其上升至法规，如《重庆市尘污染防治办法》等环保规章、规范性文件执行多年的控制扬尘的好的做法和经验进行归纳总结等；四是细化上位法严格执法的原则性措施，使基层更好操作。此外，还要根据综合行政执法体制改革的需要，为进化上位法修改和相关综合行政部门执法留下空间。如规定由环保部门或者“其他负有环保监督管理职责”进行行政处罚等等。

参照制定大气地方立法的先例，我们在今后根据《中华人民共和国环境保护法》、水或者土壤污染防治法和国务院水、土壤污染防治行动计划（水十条）（土十条），制定地方相关实施性法规中，也要做好衔接：一是坚持综合治理突出共同防治；二是严格地方标准实行总量控制；三是根据实际，建立生态补偿机制；四是突出重点领域加强源头治理；五是加强事故预防做好应急处置等等。

结语

环保工作的特点决定了环境保护地方立法的重要意义。无论生态立法也好，

环保立法也罢，都必须根据地方的环境条件、经济发展程度、公众诉求等，制定可行的环境保护具体制度或操作规则，目的只有一个，推进环境法律制度的完善，推动环境污染状况的改善，切实改善我们的环境质量。

环境法律实现一般论

——以司法专门化与地方立法为主线

杜健勋*

摘要: 司法的主要功能主要在于维护社会秩序与社会公正,保障权利,并以此维护法律权威与控权。合法、独立与平等是司法的基本原则,环境司法是环境法律制度实现的最后法治保障,是环境正义彰显的制度功能,是环境利益分配的矫正机制。论文基于环境司法专门化的理论逻辑与制度结构,认为处理复杂与专业的环境司法问题,通过利益衡量是其基本方法,环境法庭乃至巡回法庭(院),是环境司法专门化理路的基本路径,以此,确保环境法律公正实现与环境司法结果真实。

关键词: 环境司法专门化; 法律实现; 利益衡量; 环境法庭

三十年来,中国制定了大量的环境政策与三十多部环境与资源保护法律以及大量的环境保护行政法规,规章等规范性文件和环境标准,制度和法律日趋完善。中国的经济取得了长足的进步,年均经济增长率达到了10.1%,但是经济的高速发展却伴随着环境状况的不断恶化。一方面环保法律“批量产出”,环保投入持续增长,环保机构不断升格;另一方面环境恶化的总体趋势尚未得到遏制,环境形势依然严峻,环保压力继续加大。从1979年至2010年三十年里,环境污染和生态破坏在不断加剧,以城市为中心的环境污染继续扩大,并向乡村蔓延,生态破坏趋势未能减缓,生物多样性衰退显著。经济合作组织2007年对中国环保的绩效评估报告也认为:加速的经济发展、工业化和城市化对环境造成了日益严峻的压力,对人体健康造成了极大损害并导致了资源的过度开发。¹经济高速发展和环境状况不断恶化之间的矛盾说明,中国的环境保护法律和政策并未得到有效实施和执行。

法律的生命不在于形式的完美,而在于实现。法律规范的要求,只有在实际生活中获得实现时,才能起到应有的作用。通过法院的司法即是法律的基本价值的实现,也即是法律实现。“在现代社会,居于权利体系中的实体权利与程序化

作者简介: 法学博士,西南政法大学经济法学院副教授。

¹ 经济合作组织编:《环境绩效评估:中国》,曹东等译,中国环境科学出版社2007年版,第3页。

的救济权利已经成为两种彼此相依的权利。”¹司法的主要功能主要在于维护社会秩序与社会公正,保障权利,并以此维护法律权威与控权。合法、独立与平等是司法的基本原则,环境司法是环境法律制度实现的最后法治保障,是环境正义彰显的制度功能,是环境利益分配的矫正机制。日本学者最先将利益衡量引入了司法过程,由于环境问题的复杂性与专业性,环境执法的特殊性等,环境司法中的利益衡量方法明显不同于其它诉讼中的应用。环境诉讼应当以专门化为路径,相应地,环境司法应当专门化,建立环境法庭乃至巡回法庭(院),确保环境司法结果的真实。

一、司法专门化的环境法律实现逻辑

法律实现是指“在国家强制力的维护下,把表达着统治阶级利益得以实现的社会关系模式的法律规范,转化为现实的法律关系。其直接形式是法的规范要求转化成了人们的行为,权利被享用了,义务被履行了,禁令被遵守了。”²是将“权利从价值判断的应然领域转化为实然领域。”³“通过法律实施活动,把法律规范中体现立法者有关权利和义务的要求和意图转化为社会现实生活中的权利和义务,从而建立牢固的法律秩序。”⁴是将“具体的法律关系转化成客观的社会现实,是法律规范所包含的客观的权利和义务,通过主体的法律行为,在具体的法律关系中转化成为现实的、主观的权利和义务。”⁵法律实现是法律生命的体现,立法如果得不到实现则会引起法律体系的混乱和法律权威的下降,通过法律实现,形成对权利的保障和为社会稳定发展提供前提。⁶法律实现是比立法和法律制度结构更为重要的法律运作过程,但是法律实现严重依赖立法的良善和法律制度结构的周严。

只有反应社会客观状况,并为社会普遍接受的良法才是需要实现的法律。“如果立法先天不足,执法、司法、守法就不可避免地会出现大量问题;如果立法存在问题,司法越是公正,问题就可能越严重。”⁷因此,法律的真正生命力来自于法律的社会有效性,来自于在社会生活中人们对法律接受和认同的广度、深度、

¹ 李步云:《宪法比较研究》,法律出版社1998年版,第372页。

² 黄建武:《法的实现:法的一种社会学分析》,中国人民大学出版社1997年版,第15页。

³ 程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,第301页。

⁴ 赵震江主编:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第307页。

⁵ 郑成良:《现代法理学》,吉林大学出版社1999年版,第345页。

⁶ 周永坤:《法理学——全球视野》,法律出版社2000年版,第360页。

⁷ 周旺生:“中国立法五十年”,载周旺生主编:《立法研究》(第1卷),法律出版社2000年版,第51页。

强度与持久度，来自于多元利益主体法律过程中博弈和达成均衡的利益展示度与普遍接受力，一句话，法律的真正生命力来自于对法律的信仰，而信仰的基础正是法律生成的程序正义性与结构合理性。“当我们证明某法律是正义的、促进自由的、理性的，或简单地说是‘好的’法律，守法的可能性就比较大。反之，则比较小。”¹“已经有人估计，如果没有形成自发性服从，政府靠强制在任何时候最多只能执行全部法律规范的 3-7%。”²也就是说，法律良善与否与法律实现之间存在显著的相关关系，当利益各方经过博弈达成利益均衡，上升为法律理性为人们提供行为预期时，就存在法律实现的良好基础，社会的守法就是一种自觉。“法律就像是疫苗，向社会的‘有病’环境进行注射后，会起医疗作用，促使它们恢复健康。”³当遇到法律事实时，法律程序便自动启动，运转良好的法律进程为行为主体提供行为的指南与为社会提供秩序的保证。

在现代社会中，法律越来越体现为一种有目的的实践，一种利用规则对社会进行的治理。在法律实现的进程中，守法是一种习惯，执法与司法是国家公权机关对通过法律对社会施加影响，是将分配正义的立法进行制度落实，或者是正义的二次分配。环境法律实现就是环境利益分配的实现，是环境区分利益请求得到关照的过程，其重点是环境执法开展与环境司法的专门化。⁴

传统上，三段论推理是司法过程的主要方法，司法过程即是适用法律，通过将司法行为化约为一个适应法律的模式，运用法律规则于具体的案件事实中，得到判决结果。也就是说，通过规范的大前提，对应于法律事实的小前提，判决结果自动生成，即韦伯称之为“法律自动售货机”——“人们从上面放进事实和费用，以便让它从底下吐出判决和说明理由。”⁵在法律不完备⁶与社会生活日益复

1 [德]马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 37(导论)页。

2 [德]柯武钢、史漫飞：《制度经济学——社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆 2000 年版，第 167 页。

3 [美]安·塞德曼、罗伯特·B. 塞德曼：《法律秩序与社会改革》，时宜人译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 39-40 页。

4 杜健勋、陈德敏：“环境利益分配：环境法学的规范性关怀——环境利益分配与公民社会基础的环境法学辩证”，载《时代法学》2010 年第 5 期。

5 [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》(下卷)，林荣远译，商务印书馆 1997 年版，第 206 页。

6 “不完备法律”理论是由伦敦经济学院的许成钢和美国哥伦比亚大学法学院的皮斯托所提出，该理论认为，除合同之外，法律也是内在不完备的，或是因为法律存在空白（即法律不能处理特定的损害行为），或是因为法律条款的开放性质（即法律的边界未清晰地加以限定），法律也可能由于有意设计而具有不完备性，即使高度明确的法律也是不完备的，因为它必定会遗漏一些影响裁决未来案件的相关问题。在法律不完备时，如果不阐明法律的含义，则无法用之断案。解释现有法律，适应环境变化，并把它扩大适用于新案例的权力称为“剩余立法权”，“剩余立法权”可由立法者保留，也可授予法庭或监管者。参见卡塔琳娜·皮斯托、许成钢：“不完备法律（上）”，载《比较》(第三辑)，第 111-136 页。

杂的今天，三段论的司法过程受到越来越多的质疑。波斯纳指出，“我们必须把三段论的合法性同它的真实可靠性，即产生真实结论的力量，区分开来。真实可靠性不仅取决于具体的三段论，而且取决于其前提是否真实。”¹考夫曼认为，“任何情况下都不会仅仅只有形式逻辑的因素，法官从来都不是‘仅仅依据法律’引出其裁判，而始终是以一种确定的先入之见，即由传统和情境确定的成见来形成其判断。”²因此来看，司法过程的三段论推理过程的正确性并不能保证推理结果的真实性。面临“明希豪森——三重困境”——无穷地递归（无限倒退）、循环论证和武断地终止论证。³基于对三段论逻辑机械化的纠正，利益衡量始进入司法过程，利益衡量不但是一种司法方法，也是一种价值标准，这就引起了逻辑的混乱，对此的解决方案是引入法律论证理论。

在法律解释过程中，法官必须为自己的选择与综合命题进行论证，以说明其选择该解释结果的理由；对于相互矛盾的法律，法官应对其协调解决的命题进行合理论证；对于法律空白或者对于实在法的修正，法官需要进行法律论证等。⁴

“论证是指通过提出一定的理由来支持某种主张、陈述、判断的正确性。法律论证是指通过提出一定的根据和理由来证明某种立法意见、法律表述、法律陈述、法律学说和法律决定的正确性与正当性。”⁵“狭义的法律论证一般是指司法裁判过程中法官、律师或当事人等就案件事实与法律进行论辩，追求合理裁判的过程。”⁶这也就是说，“往往一个法学上之判断‘先有结论，再找理由’，这些结论也常常是透过直觉产生。但是只要这个结论可以经由逻辑严谨的步骤加以证立，当初这个结论是如何产生的并不重要。”⁷

1973 年，德国宪法法院第一审判庭发布的一项决议中规定：“所有法官的司法裁判必须‘建立在理性论证的基础上’。”⁸就环境司法来说，由于在一个结构断裂的社会中，环境区分利益形态各异，冲突的利益形态进入最后的制度防线司

1 [美]理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 55 页。

2 [德]考夫曼：《后现代法哲学——告别演讲》，米健译，法律出版社 2000 年版，第 21-22 页。

3 [德]罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 222-223 页。

4 陈金钊：“法律论证的理论探寻”，载《东岳论丛》，2005 年第 1 期。

5 葛洪义：“试论法律论证的源流与旨趣”，载《法律科学》2004 年第 5 期。

6 焦宝乾：“国内法律论证研究综述”，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》，北京大学出版社 2006 年版，第 224 页。

7 颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 138 页。

8 [德]罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，德文版序。

法过程之中，对环境利益的衡量、解释、协调、能动、修正等都需要法官法律论证的证立，而这一过程需要专门的环境与法律知识，需要在“敞开的体系中论证”¹，需要跳脱价值与事实的二分，“目光在事实与法律规范间‘来回穿梭’是法律适用的普遍特征。”²需要解释的进路，而解释“始终是一种创造性的行为”³，由此，“法律方法论的重心亦由此移至对法律文本的理解及其论证的合理性、正当性、妥当性基础之探求，进而凸现出论证在法律领域所起的重要作用。”⁴案件审理的目的“不在于结论的完美、惟一与最终，毋宁在于，为共存于社会中的人们寻找一种脚踏实地、符合为胜冲突解决的措施。”⁵环境法是一种“回应型法”，更多地回应社会需要，环境司法应当将环境案件置于社会结构大背景之中来予以衡量，而不是就事论事，一案论一案，还有，环境利益冲突平衡大多在现有司法中无经验可循，所有这些，都要求环境司法专门化。

二、通过利益衡量的环境法律实现方法

法律实现本身也是一种妥协，在保障人权的前提下，法律应当实现的是社会中各个博弈参与者的“共赢”而非“俱损”。概念法学如考夫曼所描述的，“一为法官不许造法，二是法官也不许在法律上沉默，即禁止造法和禁止法律沉默，在逻辑上必以第三种信条为前提，即制定的法律秩序是一个封闭的无漏洞之整体。”⁶19世纪末20世纪初，概念法学开始遭遇诘难。耶林认为法律的目的是我们适用法律、解释法律的最高指导准则，强调对社会生活中现实利益的关注，因此，法官不能只是机械地根据法条的字面含义来理解、适用法律，而应当在充分考虑法律目的的基础上适用法律。自耶林开始的自由法运动，“强调法律每每因立法者之疏忽未预见，或情况变更，而发生许多漏洞，此时法官即应自由地去探求活的法律”⁷也就是说，“不仅应尊重法条之文字，抑亦应兼顾立法者之意旨”⁸因为，“精确的法律认识，法律的可计算性，根本不曾有过而且将来也不会有，它永远

¹ [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第128页。

² [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第296页。

³ [德]加达默尔：《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版，第389页。

⁴ 陈金钊等：《法律解释学》，中国政法大学出版社2006年版，第297页。

⁵ 朱庆育：“修辞学与法律思维”，载戚渊等：《法律论证与法学方法》，山东人民出版社2005年版，第164页。

⁶ [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第116页。

⁷ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第64页。

⁸ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第65页。

只是一种乌托邦。因此，也没有任何封闭的‘公理式的’法律体系，而只有一种开放的‘集合论点式的’体系”。¹由此，司法过程进行利益衡量，它是指，“法官在阐释法律时，应摆脱逻辑的机械规则之束缚，而探求立法者于制定法律衡量各种利益所为之取舍，设立者本身对各种利益已衡量，而加取舍，则法义甚明，只有一种解释之可能，自须尊重法条之文字。若有许多解释可能性时，法官自须衡量现行环境及各种利益之变化，以探求立法者处于今日立法时，所可能表示之意思，而加取舍。斯即利益衡量。换言之，利益衡量乃在发现立法者对各种问题或利害冲突，表现在法律秩序内，由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断。”²因为就法律的本质而言，“法律产生于存在于事物之间事实的一些关系……规则的含义体现在它们的渊源中，……体现在社会生活的迫切需要之中。……当需要填补法律的空白之际，我们应当向它寻求解决办法的对象并不是逻辑演绎，而更多是社会需求。”³

能动司法是指，“认同法官在司法裁判过程中按照自己关于公共政策以及其他现象的个人观点来主导判决的作出，在理念上倾向于寻找各种有违宪法的行为，从而容易忽视遵从先例的原则。”⁴“能动主义的法官有义务为各种社会不公提供司法救济，运用手中的权力，尤其是运用将抽象概括的宪法保障加以具体化的权力去这么做。”⁵至于中国的语境来说，能动司法就是，“法官不应仅仅消极被动地坐堂办案，不顾后果地刻板适用法律；在尚处于形成进程中的中国司法制度限制内，法官可以并应充分发挥个人的积极性和智慧，通过审判以及司法主导的各种替代纠纷解决方法，有效解决社会各种复杂地纠纷和案件，努力做到‘案结事了’，实现司法的政治效果、社会效果和法律效果的统一。”⁶由此，能动司法是较利益衡量或法律认证宽泛得多的司法行为，并且，能动司法在英美国家的司法语境中是一个有争议并且目前是更多被诟病的司法态度。⁷国内学者大多持审慎的态度或保留的态度，如有学者认为，“能动司法作为外来词，既不具有中

¹ [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第117页。

² 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第175-176页。

³ [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第75-76页。

⁴ Black's Law Dictionary. St. Paul: West, a Thomson Business, 2004, p. 862.

⁵ [美]克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁？》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第3页。

⁶ 苏力：“关于能动司法与大调解”，载《中国法学》2010年第1期。

⁷ Sterling Harwood, Judicial Activism: A Restrained Defense, Austin & Winfield Publishers, 1996; Christopher Wolfe, Judicial Activism, 2nd ed., Rowman & Littlefield Publishers, 1997; Mark Sutherland, Judicial Tyranny: The New Kings of America Amerisearch, 2005.

国当下司法理论和实践中所指称的那种本土性的含义，在一般意义上也与中国司法权的整体布局和司法权运作的一般模式不相契合，而且也有碍于当下我们立足于中国的司法制度和实践、探索中国自己的司法理论的努力。”¹“司法的长处在于就个案做出合理判决，一般是矫正已经发生的个案中曾发生的不公。法院和法官缺乏足够的涉及社会公共政策的知识和信息，也没有足够的内外研究机构和人员来获取这类知识和信息——除非把法院变成另一个政府。因此总体而言，法院即使有心办事，有心办好事，也比宪法确定的法律政策制定机关更可能出错，办不了事还不是大问题，问题是办坏了事。”²

针对环境司法来说，通过法律论证，采用利益衡量是基本的司法适用，作为一种司法的环境司法，“从性质来说，司法权自身不是主动的。要想使它行动，就得推动它。”³环境司法具有特殊性，环境司法需要专门化，但环境司法不能主动界入环境法律过程，“法院不得对于未向其诉求的事项有所作为。”⁴所以，环境司法专门化是环境法律论证下的环境利益衡量，而非环境司法能动。

三、环境法律实现的司法路径——环境法庭

环境司法专门化的途径之一就是设立环境法庭，配备环境法律专业人员，专门审理有关环境资源案件。美国佛蒙特环保法庭成立于 1990 年，1995 年开始处理所有土地利用与规划案件，并于 2005 年进行扩大，处理州立土地利用与环境许可证的案件；澳大利亚新南威尔士州土地与环保法庭是 1980 年 9 月根据 1979 年土地与环境法建立的，是世界上第一个专门审理环境法案的法庭，级别与新南威尔士州最高院等同。对环境、发展、建筑和规划纠纷具有排他的审判权，并且还对一定范围的行政决策、执行、规划相关的民事权利和违反一些环境法行为的处罚权具有司法审查的权力。⁵新西兰环境法院是新西兰环境问题处理机制一体化的核心载体，是专事环境问题的专门法院，其地位相当于地区法院。环境法院由环境法官、候补环境法官、环境专员、副环境专员组成。⁶瑞典在全国 5 个区域设立了环保法庭，同时还设立了国家环保最高法庭，专门审理环境案件，

¹ 张志铭：“中国司法的功能形态：能动司法还是积极司法？”，载《中国人民大学学报》2009 年第 6 期。

² 苏力：“关于能动司法与大调解”，载《中国法学》2010 年第 1 期。

³ [法]托克维尔：《论美国的民主》（上册），董果良译，商务印书馆 1988 年版，第 110 页。

⁴ 贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 108 页。

⁵ 丁晓华：“澳大利亚的土地和环境法院”，载《上海政法学院学报》2005 年第 2 期。

⁶ 沈跃东：“可持续发展裁决机制的一体化——以新西兰环境法院为考察对象”，载《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2008 年第 3 期。

并鼓励公众参与环境保护。¹菲律宾最高法院在 2008 年 1 月指定 117 个法庭作为“绿色长廊”计划，分为一审法庭和二审法庭。最高法院和审判学会对这些法庭审理人员进行专门的技能培训。环保法庭有权力处理至少 14 种环境法律所涉及的几乎所有类型的环境案件，包括环境保护的每个部分。²

近年来，我国各地也相继了许多环保法庭，特别是 2007 年 11 月，贵阳市中级人民法院成立了环境保护审判庭，其辖区内清镇市人民法院成立了环境保护法庭；2008 年 2 月，南京市建邺区成立环境保护巡回法庭；2008 年 5 月，无锡市中级人民法院成立环境保护审判庭及辖区内环境保护合议庭；2008 年 8 月，常州市新北区人民法院成立环境保护巡回法庭，2008 年底，昆明市中级人民法院、玉溪市中级人民法院成立环境保护审判庭。³这些专门化的环境司法机构的成立，为环境司法专门化作出了有益的探索，通过专门环境法庭，能够更好地保证环境案件审判的公正性。环境司法中涉及的不仅仅是司法裁判，更多的是社会问题，多方利益的较量与衡量需要专业知识的把握与协调，需要法律论证的证立与说服，专门化的环境司法机构可以增强人们对环境法律的信任，使公众愿意接受并且主动执行环境案件的判决，维护环境司法的权威，同时，也减少了环境案件判决的执行成本和环境行政监管的费用。

在成立专门化的环境法庭的基础上，根据环境诉讼的特点与我国环境社会问题的结构型特征。环境司法专门化机构设置应当打破地区与区域限隔，除了基层环境法院或环境法庭之外，应当设立类似美国巡回法院的司法体系，成立地区环境巡回法院，区域环境利益诉讼、城乡环境利益诉讼和群体环境诉讼都不是一个行政区域内的司法行为所能裁决的。“无论什么样的纠纷解决制度，在现实中其解决纠纷的形态和功能总是为社会的各种条件所规定的。”⁴因为要保护弱势地区与群体的环境利益不受侵犯，就不能只限于地区的环境审判，一方面，环境污染的发生往往是跨地区的区域性的，另一方面，受害群体也具有不确定性。环境司法专门化不但是惩治环境污染的基本组织保证，也是环境利益分配法律实现的制

¹ 周子勋：“期待环保法庭发挥更大作用”，载《中国环境报》2008 年 4 月 23 日，第 2 版。

² 李成思等：“环保法庭，能否走得远？”，载《中国环境报》2009 年 7 月 28 日，第 3 版。

³ 李成思等：“环保法庭，能否走得远？”，载《中国环境报》2009 年 7 月 28 日，第 3 版。根据青年学者张宝的统计，目前全国共有环境保护审判组织包括各级法院审判庭、合议庭、巡回法庭等 134 个。参见张宝：“我国环境保护审判组织概览（截至 2013 年 4 月 30 日）”，载 <http://ahlawyers.fyfz.cn/b/172083>。最后访问日期：2013 年 6 月 3 日。

⁴ [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 21 页。

度保证，期待通过环境司法的专门化实现环境利益的公正分配。

四、暂时的结语

“中国现代化两难症结真正的和根本的要害，在于国家与社会之间没有形成适宜于现代化发展的良性结构。”¹在国家主义的支配下，环境保护就容易成为国家以及地方政府的“私事”，从而放逐了对公民环境权益的维护，其本质在于国家利益和公民利益的在一定程度上的不一致性。显然，转型时期中国环境保护法的实现不能够仅仅依靠政府及其相关主管部门来进行，而是需要社会力量参与进来，矫正国家权力的异化。就环境保护相关法律的实现而言，从以政府为主体、以权力为中心的法律实现体制向以政府和公民为主体、以权力和权利的互动为中心、构建私权与公权竞争实施的法律实现体制转变是必要而且十分迫切的，实现这种转变的实质就是构建一种环境法实现的公民积极参与模式。

一项理想的法律制度本应该是保障人权、保护公民自由、预防犯罪、维持或创造良好社会秩序的，但是，为什么现实中的一些法律非但未能达致其本来的目的，反而成为加剧甚至产生新犯罪的法律动因？因此，不断追问法律何以实现，不仅是我们法律人的使命，也是我国迈向法制国度的当务之急。司法过程就是一种制度化的法律论证实践，通过司法程序进行环境利益分配的制度保障，是法律论证的正式程序。在环境司法中，法官通过法律论证的环境利益衡量，矫正或重新分配环境利益，使环境区分利益请求得到满足，环境司法的专门化是保证这一通道的可行正确途径。

¹ 邓正来：《市民社会理论的研究》，中国政法大学出版社2002年版，第3页。这里的“中国现代化两难症结”，是指一方面要维持国家政权在现代化推进过程中的权威以保证一定的社会秩序和政府运用及动员社会资源的能力，另一方面又要实现政治权力的现代化转型，防止政府权威因不具有外部社会制约或因社会失序而出现向传统回归。

生态红线有效落地的地方立法检视

——以淄博红线立法项目的开展为背景

韩振文*

摘要：生态红线保护作为一项生态文明建设的系统性创新工程，需要采取多种手段统筹推进，而最重要的前提工作在于创设并健全相应的红线保护法律体系。故以地方立法为突破口，可以视为实现红线制度有效落地进而加快生态文明建设的理想进路。以淄博红线立法项目的开展进程为背景，来具体检视生态红线地方立法的规划步骤及改革措施，可以发现红线地方立法面临的主要问题在于立法明确多规融合是否可行、红线管控区域的监管与协调、监管主体的目标责任考核、生态补偿配套制度、立体化监测与应急机制、红线区域的调整程序、公众参与环节、功能红线与要素红线统筹等。对此红线地方立法需要在实地调研与科学论证基础上，结合本地实际情况进行实体与程序上的创建完善。这种样本的选取探讨或许能为红线制度得扎实落地与试点全面推开提供一个典型例证，进而在理论上证成红线地方立法经验的可复制可推广。

关键词：生态红线；地方立法；环境保护；生态文明；

一、问题的提出

当前我国生态系统退化与环境污染问题日益突出，生态环境呈现日益恶化趋势，已严重威胁到国民的生存和发展。如何强化生态系统的整体性保护，化解资源环境崩溃的严峻风险，切实保障国家生态安全，已成为全社会持续关注的焦点问题。而恰恰我国生态保护（功能）红线制度正是在这样的时代背景下，提出的生态环境治理与绿色协调发展的一项创新举措，已上升至生态文明建设的国家战略高度并被新修订的《环境保护法》所确认。新《环保法》第29条第1款明确规定“国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线，实行严格保护”，这就为建立系统、完备的生态红线制度提供了政策合法性基础。对此从“国法”的解释论层面看，这里的生态保护红线指的是以维护自然

*作者简介：韩振文（1987—），男，山东滨州人，法学博士，山东理工大学法学院讲师，浙江大学法学博士后科研流动站研究人员。主要研究方向为司法的认知科学、立法学。

生态系统的可持续承载力与动态平衡，服务、保障国家和区域内生态安全与民众身心健康为基本价值取向，在重点生态功能区、生态环境敏感区、脆弱区以及禁止开发区等特定区域合理划定的最低生态保护基线。它划定的标准为按不同区域的生态主体功能所划分的严格空间边界和管理限值，从而不同于环境质量红线与资源利用红线。当然，目前有关生态红线制度的上位法法律规定仅为原则性、宣示性的条文，本身仍缺乏明确的规范效力，其适用的可操作性及实施效果较差，并且相应地配套保障措施和红线管控办法十分匮乏，¹特别是缺乏专门的下位法如地方性法规、政府规章等予以细化规范，这些缺陷漏洞导致区域生态空间蚕食严重，极大制约了红线制度在全国范围内的尽快落地。基于此规范化困境，地方有立法权限的政府在红线保护立法上的具体构建与细化落实是弥补以上短板的有效途径。在我国现有法律体系框架与顶层制度设计范围内，有关生态红线的地方性实验立法尚处于起步阶段，对此进行积极填充的空间还很大，需要进一步因地制宜地探索并积累经验，避免走弯路。本文拟以淄博市生态红线立法项目的发展过程为例，具体检视生态红线地方立法的规划步骤及改革措施，并深入探讨立法调研面临的主要问题与制约因素，希冀为该制度得扎实落地与试点全面推开提供一个典型例证，进而在理论上证成红线地方立法经验的可复制可推广。

二、生态红线地方立法的步骤及举措

生态功能红线制度的完善协调，离不开规范性司法解释与地方立法的有效支持。做好地方立法工作可以视为实现红线制度有效落地进而加快生态文明制度建设的理想进路。目前，江苏、浙江、广东、福建、天津、沈阳、深圳、武汉、大连等省市均制定了专门的红线保护地方立法，以此确保生态功能不降低、面积不减少、性质不转换。实践证明以上地区取得了较好的生态预防与修复效果，明显改善了生态环境质量，具有一定的示范意义。这也是优先考虑制定《淄博市生态功能红线区域保护条例》主要原因所在。对此，我们首先需要实证观察一下淄博市生态红线立法的相关背景，主要包括它的规划阶段及草案结构。2015年10月10日淄博市人民政府法制办公室和山东理工大学法学院正式签署《淄博市生态环境保护委托立法协议》，后经多方论证《淄博市生态环境保护条例》修改为《淄

¹ 相应地配套措施和管控办法主要由产业环境准入标准、人口与企业退出机制、环境风险防控机制、自然资源产权与用途管制、生态补偿与损害赔偿制度、生态检察监督制度、生态考核与越线追责制度、监测预警、联动执法、公众参与、第三方（市场）治理、资金保障等构成的全方位、立体化体系。

博市生态功能红线区域保护条例》。受山东省和淄博市红线规划出台进度的影响，立法进程在一定程度上受到影响。基于2016年7月4日淄博市生态功能红线范围划定的结束，¹为了保证项目按期按质结项，有必要对各个阶段的工作进度作出调整安排，同时提出淄博市生态红线立法的基本草案。

（一）淄博红线立法项目的规划阶段

1、调研阶段

（1）时间：（2016年7-8月）

（2）工作总体思路

对外考察+对内摸底+项目撰写+征求意见

（3）对外考察（2016年7月）

对沈阳、江西、深圳等兄弟省份生态红线立法制度选择性展开调研，对其立法模式和本土经验加以了解掌握，以资淄博市立法工作有效开展。

（4）对内摸底（2016年7月-8月上旬）

生态功能红线是对空间环境进行整体性保护的最低警戒线。从法律解释论的视角分析，我国现有的法律体系框架内，空间意义上的生态功能红线应由明确法律依据的保护区域组成，目前主要包括：世界文化与自然遗产、自然保护区、风景名胜区、森林公园、地质遗址保护区、水利风景区、湿地区域、饮用水水源保护区、水产种质资源保护区、公益林地、水源涵养区、洪水调蓄区、河道保护区等区域立法。根据环境要素结合现有的环境管理体制，该阶段在政府法制办和环保局配合下，以实际问题为导向对淄博市上述相关部门展开实地调研。期间，撰写完整调研报告，供人大及相关职能部门审议。

（5）项目撰写（2016年8月）

在调研报告提交后的反馈信息及时整改基础上，消化吸收相关资料，梳理并分析淄博在空间生态功能区域管理过程中存在的问题，结合上位法力所不逮之处，将其原则性规定细化至我市生态功能红线保护立法中来。确保8月底前撰写完成我市生态功能红线立法草案。

（6）征求意见（2016年9月-10月）

生态功能红线立法草案初稿完成，即进入公众参与环节。9月份接受利益相

¹ 《淄博市生态红线划定方案》最终确定淄博市省级生态红线区总面积990.46 km²，占全市面积的16.61%；市级生态红线区总面积1161.14 km²，占全市面积的19.47%。

关部门和我市社会各界的意见表达。除了本地相关职能部门意见反馈之外，计划在10月份就草案召开专家座谈论证会，拟通过走出去或请进来的方式，邀请高吉喜教授（环保部南京环科所所长）、徐祥民教授（中国环境法学会副会长）、肖国兴教授（华东政法大学教授，水法、能源法起草专家）等知名学者把脉淄博市生态功能红线保护条例的制定工作。

2、起草阶段

(1) 时间（2016年7-8月）

(2) 工作总体思路

厘清法规+立足淄博+找准症结+群策群力

(3) 厘清法规（2016年7-8月）

生态红线制度的推行，关键在于以国家强制力为后盾确保法律法规的实施。因而要梳理国家、山东省、淄博市生态功能空间保护既有的法律法规，在不违反上位法的基础上，通过淄博市生态功能红线保护条例对现有法律层面原则性规定和空白加以补足和细化，务必保障我市红线立法这种“强约束力”的有效性和可操作性。

(4) 立足淄博（2016年7-8月）

在调研和资料梳理的基础上，结合淄博生态环境实际，在现有法律框架内构思《淄博市生态功能红线区域保护条例》，重点围绕我市森林公园、水源地、风景名胜区、基本农田、湿地、自然和人文遗迹等环境要素制定起草，突出淄博特色。

(5) 找准症结（2016年7-8月）

环境要素的多样性和生态整体特性决定了空间环境保护问题的解决需要全过程管理和多种手段的介入，因此草案的指导思想系：在经济发展与环境保护相协调的理念指引下，按照生态系管理的要求，通过部门牵头，分工负责；分级管控，用途管制；公众参与，生态补偿等措施予以统筹管理推进。找出上述环节中上位法存在的不足，立足淄博实际，通过地方立法加以补充完善，增强法律的可操作性。以期有效化解我市的生态环境问题。

(6) 群策群力（2016年8月）

在政府法制部门协助下，各环境要素职能部门问题反馈基础上，发挥团队优

势，集中精力完成草案起草工作。结合课题负责人白洋副教授的专业优势和前期准备工作，执笔负责条例起草和协调工作。起草过程中涉及立法理论、技术等问题的由法理学博士韩振文和刘佳老师予以协助解决；治理环节过程中涉及的行政规制措施和理论问题，由行政法学博士刘晓源予以协助；救济问责环节相关措施和理论问题，由民法专家郑承友教授和诉讼法博士徐德臣予以协助。

3、征求意见（2016年9月-10月）

(1) 时间：(2016年9月-10月)

(2) 工作总体思路

公众参与+问题汇总+解答修正

(3) 公众参与（2016年9月）

公民、法人和其他组织依法享有获取环境信息、参与和监督环境保护的权利。根据《政府信息公开条例》规定，及时、全面、有效地公开草案全文信息，公开征求社会各界意见，接受各界质询和监督。

(4) 问题汇总（2016年10月）

对于各界提出的质询和建议，集中汇总梳理。将总结出的问题分门别类，逐一调研论证，为作出科学全面的解答做好前期准备工作。

(5) 解答修正（2016年10月）

在充分论证调研基础上，及时解答各界的质询。对于存在问题，及时整改修正。

4、审议阶段

(1) 时间：(2016年10月-)

(2) 适时将《条例（草案）》提交市政府，市人大审议。

(二)《淄博市生态功能红线区域保护条例》的草案结构

借助科学技术划定红线区域后，需要起草相应的法律法规来坚守这一“安全生命线”。根据立法论，需要从实体和程序两个方面，有针对性地在相应领域进行法律修改与制度完善，提升生态红线制度的法治化程度。^[1] 在2015年修正的《立法法》和现有环境法律法规指引下，结合淄博市实际情况，《淄博市生态功能红线区域保护条例》草案（具体内容参见附件）将在实体和程序两方面予以规定完善，整体轮廓初步考虑设定为以下章节：

第一章 总则

立法目的
概念界定
适用范围
适用原则
第二章 监管主体
管理主体
部门职责
第三章 红线划定
划定程序
红线调整
调整程序
第四章 管控措施
管控类型
一级管控
除外情形
二级管控
允建条件
共同禁限
退出措施
补充措施
第五章 目标考核
考核机制
具体措施
红线评估
第六章 配套措施
公众参与
生态补偿
生态建设
产业准入
监测预警
联动执法

第七章 法律责任

法律责任
行政处罚
民事责任
职务责任

第八章 附 则

其他
实施

三、生态红线地方立法调研的主要问题与制约因素

生态红线地方立法在落地过程中存在诸多制约性因素，比如划线空间范围的交叉重叠、规章政策间的矛盾冲突、管控区域分割式监管的扯皮、生态补偿和绩效考核制度不完善、公众参与渠道不通畅等弊端，导致生态红线很难平稳落地。针对这些现实问题只有做好客观实地立法调研，才能提出有针对性解决方案。自2015年8月开始，在淄博市环保部门牵头，其他政府和部门协力配合下，经不懈努力，编制完成了《山东省淄博市生态红线划定方案（初稿）》、《淄博市生态红线图集》和《淄博市生态红线区块勘界方案》，预计2016年12月底前编制并印发《淄博市生态红线保护规划》。基于淄博市红线编制规划年底出台，前期的立法调研工作亦应当及时跟进。淄博市红线立法调研本着循序渐进的思路，以调研发现的实际问题为导向，与相关职能部门展开对接工作。

（一）立法调研的职能部门范围

地方立法红线由“虚线”变“实线”离不开相关职能部门的协调配合。如何处理和解决好各职能部门之间在生态功能区、生态脆弱区、生态敏感区履行职能的关系，是生态红线制度地方立法必须面对的。^[2]根据我市生态红线划定方案，将市区范围内的风景名胜区、森林公园、饮用水水源保护区、重要水源涵养区、重要湿地、生态公益林、洪水调蓄区、历史和自然遗迹等区域纳入生态保护功能红线。根据既有的生态空间管控法规规定，各区人民政府是本辖区内生态红线区域保护的责任主体，各相关部门依照各自职责及相关法律法规，对主管的生态红线区域实施管理、监督和考核。具体为：自然保护区、饮用水水源保护区由环保部门负责，城市湿地公园由住建部门负责，森林公园、湿地公园（不包括城市湿

地公园)、重要湿地、生态公益林、重要渔业水域由农业部门负责，地质遗迹保护区(包括地质公园)由国土部门负责，洪水调蓄区、重要水源涵养区、清水通道维护区由水利部门负责，风景名胜区、生态绿地由园林部门负责。通过厘清法律，明晰相关职能部门后，红线立法进程中涉及的上述区域的相关问题，即可及时展开对接和调研。

(二) 立法调研的主要问题

生态红线立法要对区域内整体生态环境进行多层次保护，涉及多个政府部门，相关利益错综复杂。立法的主要职能除了需要明晰各自的职责范围外，还需要通过具体管控措施和配套制度的加以保障。根据前期先进省市生态红线立法进程中出现的问题，结合淄博实际，此次调研团队拟以问题为导向展开，与相关职能部门沟通对接，务必保障我市红线工作不仅要民主科学“划得住”，更应通过法律手段调整多主体通力配合来“守得住”。

问题一：立法明确多规融合是否可行

生态环境保护的关键在于预防，红线制度能否发挥应有之效，必须和现有的规划制度(主体功能区划、国民经济发展规划、城乡规划、土地规划等)进行衔接和协调。建议立法明晰生态功能红线与国民经济发展综合规划、主体功能区划、土地利用总体规划、城市发展规划的融合与衔接。如，在空间主体功能区划中明确红线区域，并在土地规划中改革现有的土地用途类型，即在原有的农用地、建设用地和未利用地类型之外，加入生态保护用地类型，将其作为划定红线时的重要参考依据，并以此作为协调不同部门间生态用地的基础标准。此外，划定红线区域时必须考虑国道省道等重大公共基础设施的用地问题，应与交通、水利、国土等部门统筹协调，在红线区域范围内公路界桩两侧划定一定缓冲地带，用于道路扩建及路政建设等用地需求。

问题二：红线管控区域的监管与协调

地方立法必须依照上位法明确各职能部门的监管范围和职责。由于红线管理进程中情形的复杂多样，可能出现的部门间扯皮等情形，地方立法是否考虑设立专门的生态红线领导小组对各部门进行统一协调，实施分类分级差异化管理和控制，以避免扯皮现象发生。此举亦可有助于各部门在宏观的红线管理工作中信息共享及联动执法等事宜的开展，保护生态服务功能的系统性。

一级管控全面禁止一切建设行为，二级管控区有限度的开发建设，相关退出机制地方立法是否应予以明晰？如，一级管控区已建成的项目的关停、清理、拆除工作下一步如何展开？二级管控区有限度的开发建设，是否已或考虑制定环境负面清单，明确禁止准入的行业名单。

问题三：监管主体的目标责任考核机制

生态环境具有较强的公共物品属性，政府对环境公共物品管理进程中离不开目标责任考核机制加以监督制约。我市生态红线各级政府目标责任如何考核评价？是否应该以生态保护红线区为重点专门编制自然资源资产负债表？在上述理念指引下，红线地方立法应规范化相关考核机制，是否可以考虑其他地市立法经验，采取如下措施：一是，总结自评。各级政府制定红线区域保护年度评估报告进行总结自评，并上报上一级政府；二是，政府各职能部门对主管的红线区域进行考核并上报本级政府；三是，将政府及各相关部门考核结果作为各级领导干部红线保护绩效评估的重要依据，向社会公布，接受公众监督。

问题四：生态补偿配套制度的考量因素

生态补偿是实现红线区域生态功能目标必不可少的制度配套，但是现有法律体系中尚未确立该项制度，当前正处于摸索试点阶段。建立利益共享的生态补偿制度，地方立法中是否应明确“谁来补”、“哪些补”、“怎么补”、“补多少”等核心问题。当前的实践探索过程中，生态补偿实施方式主要以纵向财政转移支付和政府间横向补偿协议两种模式展开，以体现生态红线划定的公平原则与不同地区间的生态正义。红线区域的生态补偿在此基础上，是否可以考虑如下措施细化：第一，禁止开发区域。对处于该区域内的群众和单位，其所遭受的经济损失和搬迁等费用直接进行补偿；对区域内的地方政府财政收入予以补偿；对区域内的生态保护建设项目及公共基础服务能力建设予以配套补偿；对该区域的生态环境监管能力建设给予补偿；第二，限制开发区域。对该区域内的生态保护建设项目予以直接补偿；对于该区域的政府和群众因生态保护而发展受限所遭受的损失予以一定比例的配套补偿；对于该区域内的环境保护基础设施的建设运营予以配套补偿；对于该区域内人群的向外迁移予以补偿。

问题五：明确立体化监测与应急机制

红线区域生态功能的坚实实现离不开有效的监测手段予以保障。生态红线地

方立法是否应当明晰，相关职能部门生态保护红线区域的遥感监测，负责监控、评估和信息发布，建立信息共享机制？以及立体化空间监测预警机制如何开展？

问题六：红线区域的调整程序问题

生态红线应当是一切生产行为的高压线，红线区域范围的变动应当慎之又慎，否则难以有效保障生态保护目标的实现，必须程序上通过地方立法明确限制。如果通过科学评估发现具有重要生态功能及保护价值的空间区域不在目前法定的保护区域内，就需要经过法定程序对保护区域的范围进行调整，将其纳入正式的“红线”范围内。^[1] 变动调整程序如何启动需要调研后明晰，以充分保障公众的生态法益与环境权利。

问题七：红线立法的公众参与环节

在生态红线的划定上，虽然有上位法和部门规章的依据支持，但公众参与还存在强制性保障措施缺乏、程序原则可操作性差，缺乏对公众意见的接受采纳情况的反馈机制保障等弊端。必须大力提倡公众参与，广泛征求公众意见，充分考虑公共利益诉求，比如健全公众全过程参与生态红线制度实施的相关规定，建构有序高效的公众参与模式，从信息公开、程序完善、反馈及时三个方面提高公众参与的实效等，从而得到公众最大限度上的认同、支持和共同遵守，提高生态红线的科学性和合理性，确保生态红线能够“划得定”、“守得住”。^[3] 通过调研，立法中明晰公众参与的细则规定，制定公众参与的相关激励措施，引导公众参与生态红线的划定和保护工作，以弥补现有法律短板。

问题八：功能红线与要素红线统筹

生态功能红线、环境质量底线、资源利用上线三类红线之间的关系需要厘清。如何有效统筹三条红线的协同推进，需要各职能部门密切配合。建立三条红线间信息共享平台，推动联合执法，应当是有效路径方式。在各职能部门调研过程中，亦需要统筹考虑上述问题，以资地方立法所需。

四、结语

生态红线保护作为一项生态文明建设的系统性创新工程，需要采取多种手段统筹推进，才能保障生态红线真正有效落地，实现建设生态文明社会的良好愿景。在划线、守线的多种手段中，最重要的前提工作在于创设并健全相应的红线保护法律体系。而无论从立法成本收益还是生态环境的地域差异角度分析，红线立法

以地方为突破口，具备内在合理性与符合环境科学的分异规律。生态红线地方立法的探索对于构建一种新型环境治理模式意义重大。纵观全文，以淄博红线立法项目的开展进程为背景，来具体审视生态红线落地的地方立法情况，可以发现生态红线地方立法应在大量实地调研与科学系统论证基础上，结合本地的实际情况进行实体与程序上的创建完善，才能保证生态红线的类型适当、边界明确、管控合理、配套措施完备以及责任考核科学。

地方立法权的司法权界限

——从《广东省环境保护条例》第十九条合法性问题展开

李锦辉*

摘要：不越权是对地方立法的基本要求，然而在地方立法实践中由于各种因素经常造成地方立法越权的情形。这种越权立法不仅仅出现在上下位法之间，也出现在立法与司法部门之间。为了防止地方立法权对司法权的僭越，除了加强立法机关自身建设外，还应当在立法过程中加强与司法部门的沟通，加强第三方参与。

关键词：地方立法权；司法权；越权；第三方参与

一、对《广东省环境保护条例》第十九条合法性的质疑

2015年1月13日广东省第十二届人民代表大会常务委员会第十三次会议通过了《广东省环境保护条例》。这是《中华人民共和国环境保护法》通过之后的首部地方性环境保护条例。除此之外，这部法律引人注目的焦点之一在于广东省人大通过时对其第十九条进行了单独表决。而第十九条引起争议的地方在于它规定了司法部门的管辖制度：“建立与行政区划适当分离的环境资源案件管辖制度，设立跨行政区划环境资源审判机构，审理跨行政区划环境污染案件。”这一规定实际上涉及到了一个立法权界限的问题：地方立法机关是否有权力规定司法机关的审判组织构架？

这是个事关原则的关键问题。如果省级人大并没有可以规定司法机关的审判组织构架的权力，广东省人大第十九条规定就直接违反了上位法，行使了本来应该由司法部门行使的权力，构成了越权。而从《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国法院组织法》的各项相关规定来看，《广东省环境保护条例》第十九条的确有越权的嫌疑。

(一) 从上位法律条文的明文规定来看，省级人大并没有规定司法部门审判组织构架的权力

作为国家根本大法的《中华人民共和国宪法》第一百二十八条仅规定：地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。这一规定中的“负责”意义是很明确的，并在宪法中加以明确，即司法机关每年定期向地方各级人大报告工作，接受人大对其工作的监督，包括各种人事任免，但并没有规定人大有权对司法机关内部审判组织构架进行干预的权力。相反，作为根本法的宪法明确的是：人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。（第一百二十六条）这当然不是说法院和人大权力分立，但从法律的规定来看，权力机关和司法机关的分工是明确的，权力机关对司法机关监督的范围和方式是有限的，而权力机关对司法机关的监督并不包括设定司法机关的审判组织构架。

从另外一部上位法《中华人民共和国法院组织法》的明文规定也可以看出，司法机关的审判组织构架问题是属于司法机关的权力。《中华人民共和国法院组织法》第二章系统规定了设置审判庭的各种权限。其中：基层人民法院设置审判组织构架的权力为：可以设刑事审判庭、民事审判庭和经济审判庭，庭设庭长、副庭长。（第十八条）基层人民法院根据地区、人口和案件情况可以设立若干人民法庭。（第十九条）中级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭，根据需要可以设其他审判庭。（第二十三条）高级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭，根据需要可以设其他审判庭。（第二十六条）最高人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭和其他需要设的审判庭。（第三十条）专门人民法院的组织和职权由全国人民代表大会常务委员会另行规定。（第二十八条）从《中华人民共和国法院组织法》对法院审判组织机构构架权限设置的规定中，可以看出：设置各级各类审判庭的权力由地方各级法院掌握，可以根据需要自行进行一定限度的调控。唯一能够设置人民法院的组织和职权的权力机关是全国人大常委会，这一职权来源于全国人民代表大会最高国家权力机关的属性。但很明显，地方权力机关不可能拥有全国人民代表大会和全国人大常委会的权力。因此，在地方权力机关层面，法院的审判组织机构构架应当属于司法部门自身职权。

(二) 从《立法法》第八条规定的法律保留事项来看，人民法院和人民检察院的产生、组织和职权是专属全国人大及其常委会的专属立法权

如果说《宪法》和《法院组织法》并没有明确规定法院设定审判组织构架的

*广东海洋大学法政学院副教授，广东省立法研究所研究员。

权限的话，那么《中华人民共和国立法法》第八条则从另一个角度否定了地方立法机关决定审判组织构架的可能性。《立法法》第八条第一款第二项规定：“下列事项只能制定法律：……（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权”。

该条条文的意思就更加明显。人民法院的产生、组织已经由《法院组织法》进行了明确规定。虽然《法院组织法》并没有明确说设立审判机构的权限属于人民法院，但基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院设定各种审判机构的权限都写进了《法院组织法》，而“建立与行政区划适当分离的环境资源案件管辖制度，设立跨行政区划环境资源审判机构”不正是规定地方人民法院设定各种审判机构吗？从这一上位法条文来分析，《广东省环境保护条例》第十九条超越了权限，规定了属于只有全国人大及其常委会规定的只属于人民法院职权事项这一事实就更加明显。

（三）从司法机关的效率和法制统一的价值目标来看，司法机关的审判组织构架问题交由司法机关自行处理更合理

在法院运作的实际情况中，各种法庭的设置、撤销实际上是很常见的情形。例如以前常见的经济审判庭现在在大多数人民法院已经被民事审判庭取代。在广州、深圳设置的知识产权庭规模需要一扩再扩，甚至出现了房地产、金融、涉外贸易庭。^①而在偏远地区中级法院可能设置一个知识产权庭就绰绰有余。由于各地情况千差万别，各级各地法院受理的各种类型案件数量和复杂程度差异巨大，设置几个民事审判庭、刑事审判庭、行政审判庭在各地有很大的差异，不可能也不必要一刀切地进行规定。审判庭如何设置的问题更多的是法院内部人力、物力、财力资源如何合理分配，更好地完成审判工作，维护法律秩序的问题，对于这种千差万别的资源调配问题，立法机关很难有精力对其进行深入了解，而司法机关身在一线，显然更清楚如何能够更有效地设置审判组织构架，利用有限的司法资源，把设置审判组织构架的权力交给司法机关自行决策无疑是更合理的。

（四）从各地以及全国各地设立环境保护审判机构的立法和司法实践来看，由地方性法规规定司法机关的审判组织构架这一方式也并未获得其他同级立法机关的认同

2015 年新修订的《中华人民共和国环境保护法》通过后，广西壮族自治区新修订的《广西壮族自治区环境保护条例》也没有跟进采用设定司法机关职权的条款。而纵观全国各地制定的环境保护条例，并没有其他地方性法规把设置环境法庭写进地方性法规。截止到 2013 年，已有 16 个省（区、市）设立了 134 个环境保护法庭、合议庭或者巡回法庭，^②但没有任何省份在自己制定的地方性法规中对设立法庭作出规定。而这些法庭的设置，都是法院自己的决定。当然，这些环境保护法庭、合议庭或者巡回法庭的设立有很多是在执行各自省份的环境保护条例更严格的环境保护规定，但法院为了更好地执行各自的环境保护条例而决定设立环境保护法庭、合议庭或者巡回法庭并不意味着设置法庭的权力属于地方省级立法机关的权限。而最高人民法院也在 2014 年设立了环境资源审判庭，而最高法院设立该法庭并不是因为全国人大在《中华人民共和国环境保护法》中对最高人民法院的审判机构作此规定，（虽然全国人大制定的法律从理论上来说有权如此规定），而是因为根据《中华人民共和国法院组织法》，最高人民法院本身就具有此项职权。

（五）从地方如果可以设置审判组织构架带来的可能后果来看，也不应该把此项权力划归地方立法机关

司法机关不仅承担着执行地方立法的任务，还承担着维护全国法制统一和法律公平公正的义务。这维护全国法制公平公正任务的重要性毫无疑问要比执行地方立法设定的任务重要。正是因为全国法制统一的重要性，民族区域自治制度中并不包含司法自治。民族自治地方的司法制度完全与非民族区域自治制度高度一致，《中华人民共和国民族区域自治法》中仅有的两条规定民族自治地方司法机关的规定中，第一条涉及司法机关职权的规定仅仅是明确民族区域司法机关如何与上下级司法机关衔接的问题，一条涉及少数民族审判使用的语言问题。民族自治地方也没有设定法院审判组织构架的权力，如果要变更全国适用的法律，必须要经过严格的审批程序。既然自主权比普通省份大得多的民族自治区域都没有决定司法机关审判组织构架的权力，普通身份的省份的人大机关又从何获得大于民族自治区域的设定司法机关审判组织构架的权力？

另一方面，在省级地方设立跨区域的专门管辖法院将会带来一系列的问题：

^① 参见舒眉：《上海：金融法庭试验》，载《南方周末》2011 年 11 月 11 日版。

^② 人民网：《最高法：16 省市设立 134 个环境保护法庭》，2014 年 7 月 3 日。

此种专门管辖法院层级如何设定？对其判决不服如何救济？这些问题都涉及到司法部门上下左右衔接的问题，甚至有可能触动《法院组织法》的其他问题，造成违反或变相违反《法院组织法》以及其他相关法律的后果。同样，如果准许地方立法机关自己设定审判层级，变更审判构架，将会造成法院体系更加复杂混乱，法院可能要花更大的精力去维系这种复杂的法律结构，这很有可能对司法产生不利的负面影响。有学者指出：目前正在开展的司法体制改革的思路即在于司法权的逐渐上收（省以下直管仅为阶段性目标），但这显然与地方立法权放开的改革在趋势上互为龃龉，从而对国家体制改革大局的制度合力形成极大内耗。^③而如果地方立法权如果再节外生枝，任意对国家司法机关发号施令，恐怕只会进一步加剧这两种制度改革之间的紧张。从这一角度考虑，地方立法机关在地方性法规中设定司法机关审判组织构架也是值得商榷的。因此，从各方面来对《广东省环境保护条例》第十九条进行分析，其合法性都是令人存疑的。地方立法机关可能不适当超越了《中华人民共和国立法法》规定的立法权限，造成了越权立法。

在现实生活中，地方立法越权干涉司法部门权力的事例并非个案。曾经有地方性法规甚至直接越过罪刑法定的原则将某些行为规定为犯罪。如《福建省普及初等义务教育暂行条例》第5条规定：阻挠女学龄儿童的父母（抚养人），情节恶劣构成犯罪的，按虐待妇女儿童罪论处。这种直接在地方性立法中规定犯罪的行为不仅仅是赤裸裸地对国家专属立法权的侵犯，也是对司法部门司法判定权的侵犯。^④在较长时间内，各地政府甚至人大曾经轮番出台过各种地方性法规，对上访人员设定各种行政甚至刑事处罚。这类地方性法规不仅仅僭越了立法权的界限，同时也僭越了司法权的界限。如此众多的立法僭越司法权事件足以说明立法权越权干涉司法部门权力的问题并没有受到立法部门足够的重视，这种越权立法才会不断地在全国各地不断重复出现。

另一方面，司法部门在司法过程中，也有可能不适当超越自身权限干涉立法部门的职权。最典型的就是2003年曾经引起轩然大波的发生在河南的洛阳种子案。^⑤在这一案件中，司法部门不适当超越法律对自身权力的限制，冒然否

^③郑毅：《对新〈立法法〉地方立法权改革的冷思考》，载《行政论坛》2015年第4期。

^④刘倩：《立法责任考论》，烟台大学硕士论文，2008年。

^⑤2003年，洛阳市汝阳县种子公司与伊川县种子公司发生合同纠纷，洛阳市中级人民法院对此案进行审理。在审理过程中，伊川公司同意对汝阳公司进行赔偿，但在赔偿损失的计算方法上却与汝阳公司存在差异。汝阳公司认为，玉米种子的销售价格应依照国家《种子法》的相关规定，按市场价执行；伊川公司则认为，应当依据《河南省农作物种子管理条例》确定的政府指导价进行赔偿。承办法官、时年30岁、拥有刑法学

硕士学位的李慧娟在提交审委员会讨论后作出判决：“《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效，而河南省物价局、农业厅联合下发的《通知》又是依据该条例制定的一般性规范性文件，其与《种子法》相冲突的条款亦为无效条款。”

对于立法越权问题，理论和实务界更多关注的是下位法僭越上位法权限规定的越权问题，却容易忽略掉立法部门和司法部门之间越权的问题。考虑到2015年《中华人民共和国立法法》修改后，全国设区的市都获得了立法权限，虽然立法法对设区的市的立法权作了限制，把设区的市的立法权限定在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护三个方面，并将省级人大常委会审批设为其生效条件，但考虑到新获得立法权的诸多设区的市立法人才稀少，立法能力不足，设区的市立法越权干预司法的风险将会变得越来越大，这在一定程度上会挑战我国法制的统一。^⑥为了防止立法权不适当干预司法，保护我国法制体系的完整与上下统一，从理论上重视这一问题，在实践中做好制度设计，防范立法干预司法权实属必要。^⑦

二、立法权越权的成因及防范的三条途径

与充满人为因素的行政干预司法不同，在很大程度上，地方立法干预司法权的出现在很多情况下都是无意识的。而这种无意识的僭越与我国立法关于司法权与立法权之间有一定的模糊性有关。关于成文法的一个错误印象就是：法律永远是清楚的。但事实是：法律永远是不够清楚的。即使是在美国这样宪法主要以规定三大部门权限为主的国家，直到今天，关于地方立法与联邦立法的权限问题仍然在联邦最高法院不断进行争议。^⑧同样，中国的地方立法权限和司法权限也不是静止不动的，而是随着时代的变迁不断变化的。虽然宪法对立法机关和司法机关的权限作了大致清晰的划分，但在细节上的模糊仍然难以避免。如上文所述的审判机构设置权限归属就是个宪法没有明确的问题（虽然在理论上存在着由全国人大常委会可以加以解释的可能，但在实践中，很难指望通过全国人大常委会的

硕士学位的李慧娟在提交审委员会讨论后作出判决：“《种子法》实施后，玉米种子的价格已由市场调节，《河南省农作物种子管理条例》作为法律阶位较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效，而河南省物价局、农业厅联合下发的《通知》又是依据该条例制定的一般性规范性文件，其与《种子法》相冲突的条款亦为无效条款。”

^⑥秦前红：《地方立法权主体扩容利弊》，财经网，2015年3月15日，<http://opinion.caixin.com/2015-03-15/100791320.html>

^⑦反过来就司法干预立法的可能性而言并不大，因为司法部门越权更有可能是通过判例进行，而我国的大陆法体系决定了上级法院的判例并不就此形成对后来判决以及下级法院的拘束，因此，此类越权一般都是个案，不可能产生类似美国联邦法院判决否定立法的效力。2003年河南种子案后，全国不再有此类判决。

^⑧郝丽芳：《美国联邦司法政治研究》，南开大学，中外政治制度博士论文，2013年。

运作来更进一步明确划定这二者之间的界限)。伴随着国家体制的大小各种变革,立法机关的权限实际上也是在不断调整之中的。因此,我们认为:防范地方立法权僭越司法权应当采取的思路和方法更多的应当从以下方面着手:

(一) 地方立法机关应当不断加强对自身立法权限的理论研究

细节上的模糊是一个所有成文法律都无法避免的问题,因此,立法权不跨越司法权界限这一任务更多地首先还是不得不依靠地方立法机关自身在立法过程中加以防范。而为了在立法中避免跨越司法权界限,立法机关需要不断保持对这一问题的关注。然而,保持对某一理论问题的关注是需要时间、精力和能力的。就目前地方立法的实际工作情况而言,要求新获得立法权设区的市开展此类理论问题研究,长久保持对一个理论问题的关注是不现实的。设区的市由于人力、物力和精力的局限,把大部分的精力都投入到了完成基本立法工作中,很难再腾出手来开展此类理论研究。因此,一个较为实际可行的办法是,在人力、物力和研究能力较强的省级立法机关开展此类研究,并将此类研究成果应用到对设区的市的地方性法规的审查中去。这样就既节约了重复研究的成本,也提高了效率,并且可以从源头上防止立法权对司法权的僭越。

不过,从上文《广东省环境保护条例》的规定来看,恰恰是省级立法机关制定的地方性法规出现了越权的可能,这说明省级立法机关对此问题的关注不多。因此,省级立法机关首先自己要重视对这些重大理论问题的关注,另一方面,在对自身和设区的市的立法进行审查时,除了现在在审查中实施的严查行政许可,严查行政处罚之外,还可以设立严查涉及司法部门条款的准则。

(二) 加强与司法部门的协调与合作

立法不仅仅是一个部门的事情。立法的民主性和科学性是法律得以实施的重要保证。地方立法的基本特点限定了地方立法更多的偏向行政管理法,地方性法规更多的涉及到的是地方行政部门的权责,因此,在地方立法实践中,各级行政部门参与的程度和热情都远高于司法部门。对比而言,地方立法部门对司法部门的权责涉及的较少,一般涉及司法部门的规定仅限于严重违反地方性法规达到犯罪程度时加以规定,而涉及到犯罪时适用的主要还是国家相关法律,很少能以到地方性法规作为定案依据,因此,司法部门对参加地方性立法的积极性并不高。虽然各设区的市在制定地方性法规时会征求地方司法机关的意见,但一般获得的回

复较少,有没有回复以及回复意见的认真程度取决于空闲时间和精力的多少。这种情形对于防止立法权僭越司法权限是不利的。

要想让司法机关在立法中发挥更大的作用,更好地预防地方立法僭越司法权,需要立法机关形成慎重对待司法权的心态,一方面,地方立法机关在涉及到司法职权的配置、使用时应当把征求司法部门的意见作为必要的一环。另一方面,司法机关作为专业法律部门,应当对自身的职责有明确的认识,也要对于不断变动的权力界限问题保持关注。司法部门应当意识到如果立法权对自身权限的干预带来的各种麻烦,在涉及到司法机关权限的问题上投入更多的关注。在有可能涉及到立法和司法权限的问题上主动发声,两方互动才能更好地避免立法僭越司法权的问题的出现。

(三) 重视立法过程中第三方专家的作用,充分发挥第三方立法智库的作用

“只在此山中,云深不知处”是人类认知的常态。第三方参与立法的最大好处之一就在于能够突破立法者自身的视野局限,注意到难以注意到的问题。此外,由于第三方往往是技术专家,其观点的专业性可以得到保障;又由于第三方与立法所涉及主体没有利害关系,更容易从中立的视角对立法中存在的问题进行客观公正的分析,正是因为第三方评估的独立性和专业性,为提高地方立法质量提供了制度性和技术性支撑。^⑨党的第十八届四中全会决定将第三方参与引入立法环节,而且扩展到事前的立法评估和事中的委托起草法律法规草案。实际上,第三方参与起草法律法规草案已在一些地方进行了试点。例如,为了克服立法背后的“部门利益扩张”,广东省人大常委会每年根据年度立法计划,将专业性强、群众关注度高的法规项目统筹安排委托给9个地方立法基地。该省人大常委会2013年、2014年委托第三方起草法规草案共7项,占两年立法工作计划法规项目的21%。^⑩这一做法取得了良好的效果,并已经逐渐在全国推广。但值得注意的问题是:在广东省通过《环境保护条例》之前也邀请诸多专家和机构对其进行了第三方立法评估,而专家学者们争议的焦点问题之一恰恰就是第十九条的合法性问题。虽然有不少专家和立法基地对此问题提出了质疑,最终使条文以表述比较含糊的方式出现,并特别对其进行单独表决,似乎想借此解决掉其合法性问题,但正如前文论证所述,恐怕并未实现其目的。如何更好地发挥第三方专家的作用,

^⑨喻文光:《通过第三方参与立法保障立法的科学性与民主性》,载《行政管理改革》2015年第2期。

^⑩《委托第三方起草法规草案将常态化》,载《南方日报》2014年11月3日版。

还需要在理论和实践中进一步探索。

三、结语

地方立法权扩大到设区的市是大势所趋。中国经济改革的成功就是中央向地方政府不断下放权力所取得的成功。中国社会经济快速发展更是高度依赖于地方层面的制度创新。¹¹ 授予设区的市地方立法权力是发挥地方主动性、积极性的最好的方法之一。立法权扩张的积极意义是不容忽视的，但其有可能对立法体系带来的冲突也是不可忽视的。这些冲突可能发生在各个方面。虽然《立法法》设立了不越权的基本原则要求来防止此类冲突对国家法制体系带来的负面影响，但由于法律体系本身的复杂性，法律表述本身的模糊性以及各种人为因素的干预，这一看似简单的要求实际上并不容易达到。立法理论界和实务界更容易注意到的是上下级位阶立法之间的越权，却很容易忽视立法部门和司法部门之间的界限。而这种类型的立法僭越随着设区的市立法在全国大规模的逐步展开必定会越来越多，现在是认真对待这一问题的时候了。

关于生态环境保护地方立法的探索与思考

——以桂林市为例

(发言提纲)

李日升*

一、桂林地方立法实践的开启

桂林市位于广西东北部，与湖南接壤。是漓江、湘江等多条河流的发源地。面积 2.78 万平方公里，户籍人口 526 万。是驰名中外的国际旅游名城，国家第一批历史文化名城。国家旅游改革综合试验区、国家服务业综合改革试验区。以桂林山水为首的“中国南方喀斯特”入选世界自然遗产名录。桂林市在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面有着非常迫切的地方立法需求。2015 年 8 月 1 日，桂林市取得地方立法权后，积极推进地方立法。第一部地方性法规《桂林市石刻保护条例》已于 2016 年 8 月 31 日审议通过。第二部地方性法规《桂林市市容与环境卫生管理条例》正在审议中。在取得地方立法权以前，桂林市参与了自治区人大常委会关于《漓江流域生态环境保护条例》的立法工作，开始涉足生态环境保护立法工作。

二、生态保护立法与环境保护立法的迫切性

桂林山水风光举世闻名，得益于生态保护和环境保护，是历代中央领导支持、市委政府坚持、人民群众维持的结果。从 70 年代邓小平同志提出保护漓江开始，漓江两岸的工矿企业陆续关停外迁。2010 年习近平同志视察桂林时指示要保护好漓江的生态环境，桂林决定为了保护漓江，在临桂再造一个桂林。同时广西人大常委会启动了《漓江流域生态环境保护条例》的立法工作。桂林市生态和环境质量一直位于广西第一。人民群众为保护漓江作出了巨大牺牲，山区很多群众尚未脱贫。由于没有工矿业，桂林市的财政一直很困难。近年来，群众为了脱贫致富，在漓江流域乱砍滥采、乱种乱养，严重威胁了漓江流域脆弱的喀斯特地质地貌。在市区粗暴野蛮生产，市区空气质量从广西第一跌至广西倒数第一。经济发展

* 郑永年：《中国的行为联邦制：中央-地方关系的变革与动力》，东方出版社 2013 年版第 1 页。

* 广西桂林市人大法制委主任委员。

展与环境保护的矛盾冲突日益凸显。自治区和桂林市近年再三强调“生态立市”的理念，生态保护和环境保护成为桂林市地方立法日益迫切的任务。

三、生态立法与环境立法需要理论突破

我们认为，环境立法与生态立法是有区别的，发展是不平衡的。前者以保护人居环境为目的，立法理论和实践比较成熟，治理范围小，财政投入较小，容易见成效见政绩。后者以保护自然资源为目的，立法理论和实践起步较晚，治理范围大，财政投入巨大，牵涉面广，难度很大，不易见成效见政绩。前者近利、后者远功，地方立法的动力有别，投入也有别。受重视不同，发展也有别。但是生态立法与环境立法不应当是对立矛盾的，应当成为“联防联治”的治理模式。以桂林为例，生态保护的重要性和迫切性越来越得到认同。由于上游生态环境恶化，水量减少，枯水期市区江面环境卫生越来越差，桂林必须投入巨资修建水库为漓江补水。由于上游种养失序，市区的饮用水源受到威胁。人居环境是生态环境中的一部分，生态环境不好，人居环境难保。生态保护和环境保护一样，需要在理论上有所突破，要成为地方政府和地方立法机关的治理理念和治理方式。

四、生态环境立法的难点和关键是生态补偿立法

法治是经济社会发展的产物，立法必须与经济基础相适应。生态立法必须考虑财政能力。以桂林为例，漓江流域生态环境保护条例对流域内居民、企业的行为作了很多禁止性规定，限制和改变了他们的传统生产生活方式，影响了他们的经济收入，因此设定了生态补偿机制。但条例于2012年12月1日开始实施四年多，生态补偿的具体办法等配套措施仍未出台。生态补偿无法真正到位，一些居民和企业依然我行我素。条例的实施无法实现预期效果。

广州市环境立法的经验及展望

李擎萍*

一、广州市环境立法的发展

广州市是我国最早享有地方立法权的城市，也是改革开放的前沿阵地，其环境立法起步早、发展快，在广东省乃至全国都有重要的影响。其特色表现在：

1. 立法体系全、全面应对环境问题。广州的环境立法包括综合性立法和单行立法，在综合性立法方面有《环境保护条例》（1996），在污染防治立法方面颁布了《大气污染防治规定》（2003）、《饮用水水源污染防治规定》（2010）、《固体废物污染防治规定》（2000）、《环境噪声污染防治规定》（2001）、《机动车排气污染防治规定》（2007），在自然保护方面制定了《流溪河流域保护条例》（2014）、《生态公益林条例》（1997），在城市环境管理方面制定了《市容环境卫生管理规定》（2011）、《水城市容环境卫生管理条例》（2014）、《绿化条例》（2012）、《公园条例》（2014）、《建筑废弃物管理条例》（2012）等，目前正在起草城市垃圾分类和湿地管理方面的立法。

2. 勇于面对难题、敢为风气之先。广州作为全国最大的都市之一，最早面临由于城市迅速扩张、更新改造，经济快速发展而导致的一系列环境问题。广州市政府、市人大没有懈怠人民赋予职责，积极进行立法应对。如大气污染方面，上世纪90年代始，由大规模的城市建设、生产建设活动导致的城市扬尘、大气颗粒物、机动车尾气污染等已经非常突出。2003年《大气污染防治规定》修订时，就新增了多条防治扬尘及颗粒物污染的条款，如要求建筑工地周边设置不低于二米的符合规范的围蔽设施；在建的三层以上的建筑物设置楼体围障；施工工地实行硬地化；施工期间每天定时对施工工地洒水、清除余泥渣土。进行市政道路施工的单位，应当在工地周边设置不低于二米的围蔽设施。进行市政道路、管线敷设工程施工的单位，应当对余泥渣土采取遮盖等防尘措施，及时清理和冲洗路面余泥渣土；工程竣工后二十四小时内应当将余泥渣土清理完毕。城市机械清扫路段的清扫保洁应当实行喷淋、洒水作业，其他人口集中地区和公共场所的

*中山大学法学院教授、广州市人大常委会法制委员会委员。

清扫保洁作业，应当采取防治扬尘污染的措施等。法规实施后，城市扬尘、颗粒物污染得到较好的控制，改变了城市的面貌和形象，此外，广州市还制定了专门的《广州市机动车排气污染防治规定》，率先执行新的机动车排放标准和汽油标准。近年来，当雾霾在全国肆虐时，广州的空气质量反而在改善。立法的先行使人民群众得到真正的实惠。

3. 反映区域需求、体现广州环境特色。广州地处珠江下游出海口，水系发达，但是水质很差，出现水质性缺水，20世纪80年代末开始，广州西部饮用水水源地受到严重污染、其他水源地也告急。在治水方面首要任务是保障饮用水安全。所以，广州于1987年制定《饮用水源污染防治条例》，该《条例》于1992年、1996年、2010年被多次修改，有效地保护了广州的饮用水源地。为了保护广州的母亲河（同时也是广州的重要饮用水源）--流溪河，广州市人大于2014年制定了《流溪河流域保护条例》，该《条例》要求在流溪河流域实行最严格的保护措施，如在流溪河干流河道岸线和岸线两侧各5000米范围内，支流河道岸线和岸线两侧各1000米范围内，禁止新建、扩建下列设施、项目：(一)剧毒物质、危险化学品的贮存、输送设施和垃圾填埋、焚烧项目；(二)畜禽养殖项目；(三)高尔夫球场、人工滑雪场等严重污染水环境的旅游项目；(四)造纸、制革、印染、染料、含磷洗涤用品、炼焦、炼硫、炼砷、炼汞、炼铅锌、炼油、电镀、酿造、农药、石棉、水泥、玻璃、火电以及其他严重污染水环境的工业项目；(五)市人民政府确定的严重污染水环境的其他设施、项目。广州市2015年开始根据该《条例》开展流溪河流域水环境整治，已取得阶段性成果。

二、广州地方环境立法存在问题

广州市的环境立法取得了显著的成就，但也存在较为突出的问题。当然有些存在问题并非广州独有，也许是地方环境立法共同面临的问题。

首先，体系及条文与国家及省立法重复多，地方特色及操作性仍然不足。广州的环境立法体系齐全，与国家及广东省的环境立法在体系、结构、内容方面有较大的重合度，缺乏明显的地方特色，导致实践中大量的条款没有被使用，也无使用之必要。

其次，立法不能以时俱进，许多法规、制度严重滞后。立法制定出来后不能以时俱进，大量的条文过时、不仅不能发挥作用，而且成为障碍。《广州市环境

保护条例》颁布于1996年，国家《环境保护法》于2014年修订后，与国家立法和现实需要差距甚远。《广州市大气污染防治条例》最近一次修订是在2003年，对于我们今天面临的机动车尾气污染、PM2.5污染、挥发性有机物污染等缺乏应有的应对。《广州市环境噪声污染防治条例》最近一次修订是在1996年，对于群众反映强烈的公共场所噪声污染、生活噪声污染、道路交通噪声污染等考虑不足，没有提供有效的措施。此外，广州也缺乏有关生态保护方面的一些重要立法。总的来说，广州环境法制的短板也明显存在。

第三，还未能摆脱部门立法的影响。环境立法往往围绕环境管理需要进行，缺乏全局观念。基本局限于“就事论事”，法规的指引性、前瞻性不足，法律手段单一，较多运用行政法律手段，较少运用经济手段和司法手段。

三、新时期完善地方环境立法的思考

通过以上分析，广州地方环境立法仍然存在短板，补短板当然需要及时立新法、修旧法。但是更重要的是找准地方立法的方向及作用空间，制定完善广州真正需求、真正有用的法。虽然国家环境法律法规体系和内容已经较为完备，地方立法空间有限，《立法法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等的出台，对地方立法的约束限制较多，但是国家立法供给仍然不足为地方环境立法提供了作为的空间，当前地方特色和实际可操作性仍然是地方环境立法追求的价值目标和生命力，地方性是地方立法的灵魂，没有地方性的地方立法是无谓的立法。广州市的环境立法的完善上，将来应该更为注重本地区特殊环境区域保护、特殊环境要素的保护、特殊环境需求的满足。不必贪大求全，多在国家立法规定抽象模糊的地方下功夫，进一步完善生态保护、生态红线控制与管理、第三方治理、环保产业发展、公众参与等方面立法。

中国的十三五规划提出未来的环境保护工作以环境质量改善为核心。国家和地方环境管理和环境立法都需要围绕这个核心进行转型，环境质量改善为目标导向的立法更为注重公众环境需求的满足以及公民环境权的实现，更注重环境质量达标及考核，更强调对政府的环境问责，更重视环境质量维护、环境风险预防、环境损害救济和环境修复等制度建设。我国的环境立法传统上以环境管理权为核心，由于过多强调政府的行政管理权，公民的环境权被淡化甚至掩隐，又由于公民环境权的缺如或虚弱，政府的环境管理权的内容缺乏合理的目的和价值取向的

引导，其行使也会缺乏有效监督和制衡，从而导致异化甚至变质。在我们以往政府环境问责机制中，普遍存在“重企业主体责任，轻政府监管责任”、“重基层直接责任，轻部门主管责任”、“重环保主管部门责任，轻环保分管部门责任”、“重环境监管责任，轻党政领导责任”等问题，因此，在地方环境立法上要树立改善环境质量应该以保护公民环境权作为根本目的的理念，完善环境质量目标责任制、考核机制和问责机制。

创新制度和措施也是地方可以努力的方向。中国是发展中国家，不可能拿出那么多的钱投入于环境污染治理，更多地是要靠制度和创新去解决问题。我们过去的法律管制手段过于死板，缺乏灵活性，政策和标准往往一刀切，未能有针对性地考虑各个单位的特殊性。随着技术创新和环保实践的发展，应该首先转变环境管理理念，以环境质量改善为核心，以风险控制为目标。允许各个地方和单位采取不同的技术路线和管理方式来实现目标。以欧盟为例，为了实现温室气体控制目标，欧盟及其成员国过去都非常重视完善其可再生能源发展政策及目标，过去十几年，各国纷纷提出了本国不同时期可再生能源在一次能源中的占比目标，并且作为强制性目标推行，但是现在随着温室气体控制目标的日益明确，特别是2015年《巴黎协议》的签订和生效实施，他们也在检讨是否有必要既要求成员国制定强制性的温室气候减排目标，也要求他们制定强制性可再生能源目标，因为后者是为实现前者而服务，如果成员国有更符合成本效益的方法和路径，为什么一定在采用可再生能源替代的方式呢？相同的疑问也出现在中国环境管理的许多领域。中国各地在节能减排的实践中探索出许多世界领先的减排技术和方法，如燃煤发电超低排放技术，其污染物排放水平已经达到甚至优于燃烧天然气的水平，如此一来，为什么一定要用天然气全面代替煤炭呢？在不与上位法冲突的前提下进行地方环境立法的创新仍然有较大的空间及价值。

构建生态文明社会的法律路径思考

马洪超*

文明是人类改造世界的物质成果和精神成果的总和，是社会进步和人类开化进步状态的标志。生态文明，是“文明”一词涵义中的应有之意。生态文明，又可称为环境文明或绿色文明。胡锦涛总书记在党的十八大报告中提出“大力推进生态文明建设”，把生态文明建设作为中国共产党的重要任务专章提出，也是基于生态文明的内涵是可持续发展的基础。

一、生态文明的解读

（一）生态文明的内涵

学者对于生态文明内涵的解读，从理论上分析，主要是对文明形态和理论维度的理解不同。当下对于生态文明内涵的理解分野，一种是从文明的纵向发展形态上分析，将生态文明定义为是与原始文明、农业文明、工业文明并列的一种文明形态；一种是从文明的横向构成进行解读，将生态文明看作是与物质文明、精神文明、政治文明共同构成文明的整体。从生态理论维度的角度，也有两种理解：一种是从自然生态系统的维度，把人类社会系统看成是自然生态系统的一个组成部分，主要探讨人类社会与自然的和谐关系；一种是从人类社会发展的维度，主要探寻人与自然和谐共处的方式方法。

（二）生态文明的意义

构建生态文明作为中国共产党的重要任务，缘于生态文明的建设，具有关乎人民福祉、关乎民族未来及社会长远发展的意义。

第一、生态文明源于人类对生态危机的深层次反思，同时又表现为摆脱生态困境、寻求解决出路所进行的一种文明探索活动。它以解决人与自然以及人与人（社会）的生态矛盾、实现人与自然以及人与人（社会）之间的生态和谐为核心，以实现社会的可持续发展为目标，以人的思维观念和思维方式的转变为精神支撑，以生产方式和生活方式的生态化转变为手段，以相应的社会调控机制为制度保障。

*马洪超：男，1977年，河北邢台，环境与资源保护法学博士，河北大学政法学院教师。

第二、生态文明作为一个复合性概念，内容丰富，既有物质性，又有精神性，同时包含制度性的内容。物质性的内容包括为实现人与自然和谐而进行的生产方式、经济运行方式和生活方式的改造及其成果。精神性的内容主要是人类部分精神文化成果与生态文明相重合，如生态自然观、生态伦理观和生态文化等；制度性的内容包括为有效调控人与自然、人与人（社会）的生态关系而建立起来的重要制度，体现生态价值和代际补偿的资源有偿使用制度和生态补偿制度。

二、生态文明的发展现状

生态文明，在我国部分领域已经实施。生态文明的建设，主要是生态制度的建设，当一种意识经过制度的约束、规范和提升，就会向人的意识自觉维度靠拢，当生态文明的意识在公民的思维中形成定式，生态文明的建设就会趋于成功。

（一）生态文明制度

对于相关生态文明的制度，在我国规范的法律条文中多有体现，早在1999年的《国家环境保护总局关于加强农村生态环境保护工作的若干意见（环发[1999]247号）》和《全国生态环境建设规划（1999年1月国务院常务会议讨论通过）》中，都提出了生态文明建设。在地方相关的条例文件中，也有很多体现，如《海南省建设规划纲要（1999年7月30日海南省第二届人民代表大会常务委员会第八次会议批准）》等，都把生态文明建设作为要求做了规范。包括刚刚修改的《中国共产党章程》，也把生态文明建设同经济建设、政治建设、文化建设、社会建设并列起来，做为中国共产党的建设目标，这必然会影响中国生态立法的进程。

（二）生态文明理念

胡锦涛总书记在中国共产党的十八大报告中，把生态文明建设做为专章提出，是中国共产党对生态环境危机感认识的体现。今后五年中，生态文明建设将成为中国数千万党员的明确任务；生态文明，将会影响我国多数人的意识。建设美丽中国，意识的改变是最主要的，当多数人产生生态危机感，自觉为生态文明建设付出努力来应对危机时，生态文明建设的框架也就基本形成。

三、构建生态文明的法律路径

生态文明从整个生态的高度，来阐释自然、人与社会之间的复杂关系；以相

互联系、相互作用的系统化和非线性的方法，解释人与人、人与自然之间的相互依赖、相互发展的关系，以及生态平衡、生物多样性等对人与自然的重要意义；用竞争与和谐的思想，说明作为人与自然之间的主要作用形式——人类实践活动，不仅是人与自然相互竞争的表现，也是人与自然实现和谐共处的根本途径。生态文明不仅是对自然的本质和一般发展规律的科学总结，更体现为一种属人的特性和价值关怀。生态文明本质上是一种辩证自然观和文化自然观，它既是马克思主义自然观的当代发展，也是生态文明的必然要求及其对人类自然观变革的重要成果。对于生态文明的发展，应当符合自然规律要求，又能推动社会的可持续发展。

（一）依法构筑生态文明建设载体

任何理念的发展，都不可能是空中楼阁，必须有坚实的基础，也就是适合生态文明建设的载体。生态环境，就是生态文明的载体，依法建设良好的生态环境，就是在构建生态文明，生态文明除了传统的内容外，应当赋予其新时代气息。

（二）依法用能

胡锦涛总书记在十八大报告中把节约资源看成是保护生态环境的根本之策，其原因就在于资源的有限性。美国经济学家肯尼斯·鲍尔丁受宇宙飞船的启发，认为地球就像是一艘在宇宙中飞行的宇宙飞

船，要靠不断消耗自身有限的资源而生存，如果人们不合理地开发资源和破坏环境，这艘“飞船”就会因耗尽自身的有限资源而走向毁灭。人类如果不让地球的资源耗尽，达到可持续发展的目的，必须不断重复利用其有限的资源，保持内部良好的环境，人类才可能延长这个系统的运转寿命，并在其中生存下去。对于生态文明形式下的能源消耗，则以‘减量化、再利用、资源化’为原则，以低消耗、低排放、高效率为基本特征，符合可持续发展理念的经济增长模式，是对‘大量生产、大量消费、大量废弃’的传统增长模式的根本变革。”这种变革，也是生态文明建设最直接的动力。是追求可持续发展的一种必然反应和有效尝试。这种方式可以很好的协调环境保护、资源节约和经济发展的关系，是一种平衡经济、社会与环境资源之间关系的新型发展模式，也是建设生态文明的一种外在的表现形式。

（三）恢复生态系统

恢复生态系统是建设生态文明的有效方式，生态文明追求经济社会与环境的

协调发展，这就要求经济的发展对生态系统的干扰必须是在自然生态的承载能力范围内。在生活方式上，生态文明倡导人们追求的不应是过度消费和对物质财富的过度享受，而是一种既满足自身需要又不损害生态环境的生活。这就要求建立合理社会消费结构，克服异化消费，使绿色消费成为人们生活的新目标、新时尚。

但是，在过去的传统发展过程中，已经对生态系统的完整性产生了破坏性的影响，有些影响甚至是无法恢复。但是，恢复生态系统功能，是生态文明建设的题中应有之意。只有在逐步恢复生态系统功能的过程中，生态文明建设才会逐渐形成，二者是一种唯物的辩证关系，相辅相成，只有在生态系统的功能基本恢复后，生态文明建设的目的才会逐步实现。

（四）生态文明法律制度的完善

加强生态文明宣传教育，增强全民节约意识、环保意识、生态意识，形成合理消费的社会风尚，营造爱护生态环境的良好风气。同时，完善生态文明制度，以制度推进生态文明建设，同时保障生态文明建设成果。其中，生态补偿制度已经形成系统的理念，在相关法律规定中有所体现。但是，建设生态文明的其它相关制度的完善，应当加快建设步伐。具体如节能奖励制度的实施，加快推动河北省内国家万家企业名单中企业的节能改造，促进“碳金融”制度的实施，推动河北省内碳交易试点工作，督促公民自觉地珍爱自然，更加积极地保护生态，努力走向社会主义生态文明新时代。

环境法律制度的运行困境及其出路 ——基于制度主体的视角

孟甜*

摘要：制度供给缺陷、制度实践异化与公众参与缺失导致了环境法律制度供给与实践运作背离的困境。政府、企业、社会公众等环境法律制度主体的行为选择是主体间利益互动的结果，决定了环境法律制度的实际效果。因此，需要促进政府、企业、社会公众等主体间的良性互动。环境多元共治为制度主体的良性互动提供了新的思路，在多元共治理念下，重新安排政府、企业、社会公众等主体间的权利义务，并通过协商民主的方式建构主体合作的框架，打破传统的“监管者—被监管者”的法律运行结构，在环境法律制度创制和实施过程中确立多元共治，以促进环境法律制度的有效运行。

关键词：环境法律制度；运行困境；制度主体；环境多元共治

随着公众环境意识的提高和信息获取的增多，环境问题越来越得到社会各界的关注。从目前发生的环境群体性事件来看，环境问题很容易转化为社会问题，成为不同主体利益表达的突破口，超越单纯的经济、社会、科学技术等层面，被建构为“政治问题”。¹伴随着多中心、交互式的公共治理模式的兴起，多元利益主体要求更多的参与到环境治理过程之中，表达和实现自己的利益诉求。这意味着传统的单中心、单向度的政府环境管理模式，向多主体的环境多元共治模式转变，并对传统的环境法制提出了挑战。

环境法律制度依靠国家的强制力调节环境治理过程中的社会关系，调整和规范人们的行为方式。国家垄断了环境法律的创制和实施。虽然在政府推动下，我国的环境法制迅速发展并不断完善，力图设计出先进、优越的法律制度。但是从现实情况来看，“我国制定的大量环保政策以及环保法律法规并未取得良好的实践效果”²。制度供给与需求间的背离，“事实”与“规范”间的张力，似乎是无

*作者简介：孟甜，(1987—)，男，山东潍坊人，法学博士，西南政法大学经济法学院，研究方向：环境与资源保护法学。

¹冉冉：《环境议题的政治建构与中国环境政治中的集权—分权悖论》，载《马克思主义与现实》2014年第4期。

²汪劲：《中国环境法治失灵的因素分析——析执政因素对我国环境法治的影响》，载《上海交通大学学报

法回避的问题。人们解决此问题的思路通常是通过进一步回应社会问题使制度得到完善。从理论上这是正确的，但是还不够。如果仅仅如此就忽略了制度主体的努力，忽视了制度的设计和实施通常是人们选择的结果。特别是在公共治理之下，当事人、利益相关人、社会公众等主体试图打破封闭的制度设计和实施框架，要求在环境治理过程中享有更多的知情权、参与权、表达权和监督权，参与到环境法律制度的设计和实施过程中。环境法律制度得到遵守，以相关主体对其合法性的承认和认同为前提，才可能从主体的意识转化为行为。作为涉及到多方利益的环境法律制度，其制度设计与实践效果受到政府、企业、社会公众等主体价值选择和行为方式的深刻影响。特别是在公共治理背景下，政府、企业、社会公众等主体关系的变化会进一步推动环境法律制度变迁。

一、环境法律制度运行困境：供给与需求的背离

自《中华人民共和国环境保护法(试行)》于 1979 年颁布实施开始，中国的环境法治至今已经历了 30 多年时间，环境立法蓬勃发展，到目前为止，已经基本形成了一个多层次、体系较为完整的环境法律制度体系：包括基本法《环境保护法》，单行法律或特别法如自然资源法、环境污染防治法、防灾减灾法生态环保法、节能减排法、资源循环利用法等，另外还包括行政法规规章、地方性法规。从数量来看，我国有 26 部现行的环境资源法律，50 余部行政法规；另外，“还有 660 余项相关的地方法规、部门规章和政府规章，国家环境资源标准 800 多项，占全部中国法律的 10%左右，环境行政规则占全部行政法规的 7%左右”¹。可见，门类相对齐全、机构较为完整已成为我国环境法律体系的一大特色，且作为独立的法律部门，环境法律体系已经成为中国特色社会主义法律体系的一个重要组成部分。

总体来看，改革开放后，我国环境法学相较于其他传统法学发展更为迅速，“这主要是中国环境问题的严重性和解决问题的迫切性的必然要求，同时也是整个中国法制推进的必然结果”²。环境资源法律体系的建立，使得保护环境与节约资源等行为有了合法依据，为中国的环境管制提供了法律基础，中国的环境与

¹ 哲学社会科学版》2012年第1期。

² 黄锡生，史玉成：《中国环境法律体系的架构与完善》，载《当代法学》2014年第1期。

² 王灿发：《迅速发展的环境保护法制》，载蔡定剑，王晨光主编《中国走向法治 30 年》，社会科学文献出版社 2008 年版，第 309 页。

资源保护领域基本上实现了“有法可依”，促进了国家环境管理的法制化，为公众的合法环境权益提供了有效保障。而环境资源法律体系的完善在协调经济发展与环境保护、促进生态文明建设以及维护人与自然可持续发展方面发挥了不可估量的作用。

虽然中国的环境资源法律体系日趋完善，但是无论是从政府公布的环境公报还是从公众的日常感观来看，中国的环境状况并没有发生明显的好转：雾霾问题、水污染、土地重金属污染等事件频发，生态破坏严重，资源紧缺问题依然没有得到解决。根据学者的研究，1997 年至 2013 年间，我国全面层面的生态环境质量呈现下降趋势。¹环境法律的完善并没有使环境问题得到有效的遏制和解决。环境法律制度供给不能满足实践需求，制度设计的目的与实施效果发生了背离。要分析这种困局的产生原因，既要从内部的制度设计方面进行反思，也要对制度实践以及公众参与等外部推动因素进行考察。

(一) 制度供给的缺陷

制度供给的缺陷，主要表现为制度供给的不完备与制度设计的不合理，不能符合实践的要求。环境资源问题的复杂性和环境风险的增多使制度供给难以完全满足环境新问题解决的需要。就目前的环境法律体系而言还存在很多缺失的地方，例如中国缺乏对重大环境决策的环境影响评价制度；环境法律责任主体制度的不足，地方政府也可能是环境侵权责任主体；公民环境权利保障的缺失，例如对公民环境权利的法律确认的缺失以及环境权利救济的不足等。制度供给的不完备具体体现为：①相关内容的缺失，没有对现有和可以预测的环境问题作出相应的法律回应；②环境制度设计缺乏细节设置，缺乏可操作性，即虽然有相关规定，但是由于缺乏法律具体细节的设置使其难以操作。

环境制度设计不合理表现为：一是现有的制度设计与环境资源问题的特点不符。例如环境纠纷解决制度的设计，没有完全适应环境纠纷的高成本、高专业性等特点，导致大量的环境纠纷没有通过法律的形式得到有效的解决。二是环境制度设计的利益部门化倾向。从当前的环境法律体系完善程度来看，中央政府和立法机构在环境法律制度建设方面做了很多工作。但是由于构成我国环境法律体系的法律、法规在立法过程中受到政府各部门、各地区之间利益博弈的影响，许多

¹ 吕雄鹰：《我国生态环境质量的变化与地区差异分析》，《统计与决策》2015年第1期。

部门、地区的立法存在明显的“利己化”倾向，导致这些法律、法规规章的制度设计和价值追求并不总是以公众的环境利益为根本目标。例如，《环境影响评价法》第三十一条规定，“建设单位未依法报批建设项目环境影响评价文件，或者未依照本法第二十四条的规定重新报批或者报请重新审核环境影响评价文件，擅自开工建设的，由有权审批该项目环境影响评价文件的环境保护行政主管部门责令停止建设，限期补办手续。”这是环境立法特意给环评“未批先建”的企业留下一个“法律漏洞”。缺乏充分的民主参与，使部分环境法律仅迎合了“部分利益主体”的要求。三是制度设计效率优先对公权力维护公平职责的违背。在改革开放后我国经济发展的起步时期提出的“效率优先、兼顾公平”原则对经济社会的发展起到了重要的推动作用，并在一定程度上影响了法律制度的设计。例如以城市为中心的环境污染防治法律体系的设计，缺乏对农村环境问题的关心。在公众公民意识、权利意识和环境意识发展的今天，这种制度设计的思想应该被摒弃。

（二）制度实践的异化

中国环境行政体制具有统一管理和部门分工负责管理相结合的特点，各部门之间相互独立，但又存在相互重叠和制约之处。要想确保行政权力的正确行使，首先要理顺上下级以及各部门之间的关系，从环境资源法律制度的实践看，“九龙治水，群龙无首”的现象在环境行政执法中非常普遍。这既有环境行政执法体制“碎片化”的原因，也有环境行政执法部门本身的不足，和环境部门外部的制约。这些因素导致了环境法律制度实践运行的异化。

首先，环境行政执法体制的“碎片化”。从纵向来看，是中央和地方的环境权力分化导致的执法不足。中央无法直接进行环境管理，只能将环境治理任务分解给下级政府。但是地方政府又受到经济目标考核制的影响，为了经济的发展而放任企业污染环境，或是选择性执法。从横向来看，环境行政部门对环境问题的统一监管只是理论上的，其在法律上就将环境问题人为的切割为多个方面。如城市的扬尘污染防治由环境部门统一监管，但是导致扬尘产生的房屋拆迁由房管局管理，采石有国土部门管理，运输由市政和交通运输部门管理，扬尘清洁由环卫部门管理。环境执法体制的“碎片化”导致了环境制度无法有效的实施。

其次，环境行政执法部门本身的不足。面对大量的环境问题，环境执法人员数量明显不足，而且法律素质的缺失导致对环境立法的内容以及精神领会不透

彻，对环境问题往往“以罚款代治理”。另外，环境执法随意性导致执法标准不统一，影响了环境执法的权威性。

第三，外部行政权力的干预。地方政府与企业的利益合谋是当前经济目标考核制下一种普遍的社会现象，为了经济的发展而放任企业污染环境这一行为虽然被当作问题已经提出很久，但是并没有得到有效的解决。¹环保行政主管部门等纠纷解决主体都在不同程度上受到地方政府的影响，在环境纠纷解决中做出利于地方政府以及企业的结果就在所难免。“针对民众的诉求，政府应该采取何种态度和行为方式来应对，这将直接关系着是否能够实现对公众诉求权利的救济以及救济的程度，产生的结果在因采取的态度和方式不同可能大相径庭、天壤之别。”²

（三）公众参与的低效

公众参与是公民个人或团体，依照宪法或法律赋予的权利和手段，按照一定的程序和方式，参与到国家政治社会生活中，以实现对政府决策活动或行为的影响，是制度主体实现对制度推动的方式。从环境保护方面看，公众是环境政策和环境行为的直接利益相关者，能够最直接的感受到环境法律政策的效果，再加上“政府失灵”、“市场失灵”等因素，公众参与在环境保护中不可缺少。

公众参与在环境保护中的价值已经被认同，希望可以参与立法以防止环境立法决策的利益集团化，参与法律实施以防止制度运行的异化。公众参与一直被诟病的缺乏法律具体规定的问题随着《环境保护法》的修订完善和《环境保护公众参与办法》的出台，也逐步得到改善。但是其理想效果短期之内还未显现。从环境公众参与长期表现来看，其在环境法律制度运行中成效较低。

首先，环境公众参与范围依然有限。理想的公众参与贯穿环境立法、执法、司法的全过程，并得到了立法的承认，如《环境保护公众参与办法》第二条规定“公民、法人和其他组织参与制定政策法规、实施行政许可或者行政处罚、监督违法行为、开展宣传教育等环境保护公共事务的活动”，为环境公众参与提供了直接依据。但是在实践中，立法、执法、司法等过程的参与依然不足，这既有法律缺失的原因，如现行法律中缺乏对工作参与立法的具体规定，因此，社会公众仅能参与环境立法的社会征求意见阶段，难以参与到起草、论证等过程之中；也有政府规避和排斥公众参与而导致，如大量的环境影响评价中对公众参与的漠

¹ 孟甜：《环境纠纷解决机制的理论分析与实践检视》，载《法学评论》2015年第2期。

² 蔡彦敏：《对环境侵权受害人的法律救济之思考》，载《法学评论》2014年第2期。

视。

其次，环境公众参与深度不足。美国学者雪莉·阿恩斯坦提出“公民参与阶梯理论”，公众参与根据方式被分为低档次的参与、表面层次的参与、高层次的表面参与和合作型参与等不同的层次，¹以划分公众参与的程度。我国大部分的环境公众参与还停留在获取环境信息，在网络上发表相关意见等层次，缺乏有效参与的渠道和方式，再加上个体的“分散化”与权能不足，导致环境公众参与层次较低、深度不足，难以真正在环境法律制度运行中发挥作用。

制度供给、制度实践和公众参与三个方面的不足并非独立存在，而是相互联系、相互影响的，环境制度设计的不完备和不合理，给制度实践运行造成了困难，并阻碍了公众的有效参与；公众有效参与的缺失，使制度设计和运行缺乏有效的监督和支持，不利于制度的完善与运行；制度运行的异化导致了环境制度社会缺乏有效的运行反馈，使其难以通过社会回应来完善制度设计，也影响了公众参与的热情和认同感。人们对环境法律制度的信任和预期因为上述三方面困境而大打折扣，导致环境法律制度的供给与制度实践发生背离，环境资源法律体系难以完全满足社会的需求。

二、制度主体视角下环境法律制度运行困境解读

“所谓制度主体，就是推动社会制度产生、作用和变迁的各种推动者，也是制度逻辑的主要承载者。从这个意义上说，任何制度都是制度主体的制度；而任何制度的生变，又都是制度主体需求和实力变化的规则表达。”²环境法律制度主体有政府、企业、社会公众等，政府享有环境权力，履行环境职责，在制度的设计和运行中具有重要作用，其他主体主要是作为制度遵守者，享有环境权利，承担环境义务。政府通过环境法律制度运行进行环境管理，其他主体对于环境法律制度的实践具有一定的选择性。环境法律制度的生成与实践就是各个主体博弈、

¹ Sherry Arnstein 提出了八种公众参与的方式，按公众参与的程度由低到高分别为：操纵(Manipulation)、训导(Therapy)、告知(Informing)、咨询(Consultation)、展示(Placation)、合作(Partnership)、授权(Delegated Power)、公民控制(Citizen Control)。并进一步将其分为四个层次和阶段：第一，低档次的参与，政府通过操纵、训导等方式主导参与过程，被描述为“无参与”；第二，表面层次的参与，包括“告知”和“咨询”，是政府把信息告知参与者，或公开听取参与者意见，这种层次的参与在信息上单方面流动的，参与者并无选择权；第三，高层次的表面参与，即通过将参与方案“展示”给参与者并听取信息，但保留组织最后的决定权力；第四，合作型参与，参与者可以与权力持有者进行“合作”，再进一步的“授权”和“公民控制”层次，参与者可以在特殊规划和项目方面支配决策机构。参见[美]雪莉·阿恩斯坦：《公民参与的阶梯》，载《美国规划设计学院学报》1969年卷35，第4号。转引自：安德鲁·弗洛伊·阿克兰：《设计有效的公众参与》，蔡定剑主编：《公众参与：欧洲的制度和经验》，法律出版社2009年版，第294-295页。

² 王耀海：《制度演进中的法治生成》，中国法制出版社2013年版，第35页。

协商、合作的过程，各主体在经过环境权力（权利）的冲突与妥协之后，才能形成集体行动。在这过程中，各主体的权力（权利）行使、环境意识、法律意识都会对环境法律制度运行造成影响。制度供给缺陷、制度实践异化与公众参与缺失等环境制度供给与实践运作背离的原因，可以通过制度主体的视角进一步分析更深层次的内容。

（一）制度主体

在传统的环境管理模式下，环境法律制度运行，制度主体呈现一种“监管者—被监管者”结构，政府制定和实施法律，是监管者，企业、社会公众遵守法律，是被监管者。不同的制度主体在环境法律制度运行中有不同的地位和作用，其影响着制度的创制与实施。

1. 政府

政府是环境法律制度的制定者、执行者，在环境法律制度运行中起着主导作用。理论上，政府是环境公共利益的代表，通过行使环境权力维护环境公共利益。政府的环境权力来自于宪法和法律的授权，具体包括：①制定环境规范的权力，即依据宪法和法律，制定关于环境管理的规范性文件、保护环境和利用资源的规划以及各类环境标准等。②管理环境公共事务的权力，包括依法管理各类环境与资源开发利用活动，落实有关环境管理的法律制度，进行相应的环境管理。③处理环境行为的权力，即对违反环境法律法规的行为主体进行法律制裁，并处理各种环境纠纷。④进行环境监督的权力，包括对各种破坏资源和污染环境的行为进行监督。¹政府通过有效监管的方式促进法律运行，起着主导作用。首先，政府能够利用权威来进行环境治理，破除环境保护中的各种阻力；其次，政府具有强大的动员能力和组织能力，能够使环境问题在短期之内得到改善和解决。

在法律中，政府被假定为始终具备公共理性，其行为最终目的在于增进环境公益。但是，在实践中，政府被分化为中央政府、地方政府、政府部门、政府工作人员等不同利益主体，导致政府在法律制度制定、实施过程中的利益倾向并不完全一致。如中央政府与地方政府，中央政府制定环境法制政策，委托地方政府执行。但是地方政府受到经济发展等压力，在执行中会对法律“变通”和“悬置”，

¹ 具体论述参见史玉成：《环境利益、环境权利与环境权力的分层建构——基于法益分析方法的思考》，载《法商研究》2013年第5期。

进行选择性执法。¹再如环境立法的“利益部门化”；政府俘获行为²；环境行政部门权力重叠、边界不清，导致执法体制“碎片化”；政府与企业“合谋”等现象。由此导致环境法律制度供给不足和实践异化。

2. 企业

企业是环境法律制度的遵守者和支持者。企业是社会产品的生产者，同时也是污染的产生者，在环境法律运行中是“被监管者”。理想状态下，政府通过法律约束和激励企业的行为，企业通过取得许可等方式服从和遵守法律制度，支持政府的工作。但是在实际中，企业经常为了取得利益最大化，采取各种方式规避法律的监督约束，呈现一种“对抗”状态。有时候，在政府与企业的利益一致时，政府与企业会通过合作促进环境保护，也可能会通过“政企合谋”规避法律。

3. 社会公众

社会公众也是环境法律制度的遵守者和支持者，也是社会产品的消费者，同时也被建构为监督者。社会公众可以分为社会组织和公民个体。公众对法律的普遍服从和遵守是环境法律制度有效实施的重要条件，但是公众的守法程度与环境意识、法律意识、成本-收益比较以及对法律制度的认同等因素都有密切关系。公众也是法律的支持者和监督者，希望通过公众参与的方式，促进法律的完善，监督政府、企业的行为，促进法律的有效实施。公众的行为受到主体权能、参与渠道、主体意识等影响，公民个体缺乏有效的组织，其利益主张难以在环境法律制定及实施中体现，社会组织也未承担起公众利益代言人的角色，没有起到个体利益组织化的效果。

（二）制度主体的互动

环境法律制度的运行效果，不仅体现在制度的完备性等方面，更加受制于企业、社会公众等主体的遵守意愿，从观念转化为行为的动力，对法律的认同和支持等方面。制度主体的行为选择是主体间利益互动的结果，它最终决定了参与主体对各自本源价值目标的实现情况，³决定了环境法律制度的实际效果。在“监管者—被监管者”结构下，环境法律制度的运行困境与制度主体的互动息息相关。

¹ 杜辉：《论制度逻辑下环境治理模式之转换》，载《法商研究》2013年第1期。

² 政府俘获（State Capture），是一种腐败形式，指的是企业通过向政府官员提供私人报酬来影响法律、规则和规章制度的选择和制定。参考乔尔·S·赫尔曼，叶谦：《宾建成转型经济中对抗政府俘获和行政腐败的策略》，《经济社会体制比较》2009年第2期。

³ 赵修华：《参与主体行为对新型农村合作医疗制度实施效果的影响分析》，载《农村经济》2008年第4期。

1. 政府与企业的互动

在环境保护中，企业作为重要主体，可以通过遵守法律、自我规制、与政府合作等方式促进环境治理。但是作为以利益最大化为目标的市场主体，依靠自愿遵守法律往往难以实现。所以，保护环境资源的社会行为只能通过政府行为——政府管制、经济支持与激励等方式体现出来。¹在“监管者—被监管者”结构中，政府与企业的利益既有冲突也有一致的可能。

政府以保护环境公益为职责，与企业作为污染者有着冲突对抗关系。政府以环境法律政策为工具，规制企业行为。企业面对政府，在经济利益引导下，可能会通过各种方式规避法律。当然，政府与企业的利益也有一致的可能，为了保障环境质量共同合作努力。但是也有双方为了共同的经济利益而“合谋”，政府对企业进行“地方性保护”。由此导致法律的实践异化。

当政府与企业间的合理互动关系受到冲击，就会导致环境法律制度的实践异化，影响相关制度主体——社会公众的合法环境权益。

2. 政府与社会公众的互动

政府与社会公众在环境保护根本上是一致的，都是为了改善环境质量，维护更好的生活生存环境。政府通过环境法律制度的制定和实施，规制环境污染，给公众提供清洁舒适的生活生存环境，并引导公众积极参与环境保护。如果环境法律制度得到合理制定和有效实施，公众作为最大的受益方，也会积极支持政府工作，对环境法律制度高度认同，自觉遵守环境法律制度，积极履行环境义务，监督政府与企业的环境行为。双方相互信任，共同合作，相互配合支持，促进环境法律制度运行。然而，环境法律制度的实践情况表明，理想与现实存在较大差距。

第一，政府难以实现完全的理性。政府在推动环境法治的过程中，难免会出现利益集团化、地域化倾向，特别是环境法治的实现要求政府的行政要接受社会公众以及其他部门的监督，政府由于多重角色的重合造成，难以真正实现公正的监督。其次，随着中国环境资源问题的增多，政府作为单一治理主体难以完全应对问题的方方面面，再加上权威体制实践的异化等问题的出现，传统的环境法治推动模式已经无法满足现阶段解决环境问题的需要。以制度主体的视角，单一治理主体主导的制度设计与运行，势必会与其他主体的利益发生冲突，无法表达所

¹ 王天普等：《环境保护视角下的企业与政府行为选择——基于对中国电子信息产业的分析》，载《中国行政管理》2009年第5期。

有主体诉求的制度无法得到有效认同。

第二，公众对环境法律制度认同性不足。法律认同是环境法律法规能否得到良好的实践重要因素。因此缺乏法律认同的法治是可怕的，因为“对于全体社会公众而言，这样的‘法治’不过是一个完全异化的‘他者’，一个彻头彻尾的怪物。对这样的一个怪物，社会公众心存畏惧而不会认同，结果可能便是法治的意义尽失而徒具形式”¹。以环境纠纷解决制度为例，由于政府制度设计的缺失及实践效果的不足，影响了民众对环境纠纷解决制度的认同感，导致对非制度化/非诉纠纷解决方式的偏爱，进一步表现为行政方式的偏好，信访不信法，私力救济的大量使用等。大量的环境纠纷解决缺乏规范化的制度引导，使得非规范化纠纷解决方式不断出现，影响了社会稳定。²

第三，公众环境意识、法律意识不足。意识指导行为，公众的参与行为受公众意识的支配，而公共环境意识的觉醒将会更好地推动公众环境参与机制发挥其作用，而前者的成长是后者有效运作的前提，公众自觉的环境意识与公众环境参与机制之间相互催动，相互影响。然而，“我国公众环境意识的低下与公众参与机制运作的低效率却表现出双向制约关系”³。一方面中国公众已经了解到环境保护的重要性、必要性，对中国面临的环境问题有所了解，并且对目前的环境保护状况不满意，另一方面对于自身应该如何做来参与到环境保护之中，以及能否真正的参与到环境保护之中还有所欠缺，公众主动了解环保知识、参与环保活动行为略显不足。公众的环境科学知识的匮乏导致了对环境状况的认知主要依靠直接感观，在缺乏明显外在表现或是重大的环境污染事件之前，公众难以主动的了解环境状况、判断环境污染的严重程度，缺乏预防意识。

第四，公众的“政府依赖症”。这种“政府依赖症”主要表现为万事依靠政府，很少能有在脱离政府管理下自我完成、自愿完成的环境事务。我国环境保护工作主要依靠政府的管理，虽然环境非政府组织等有所发展，但是在中国目前所发挥的作用甚微。这种“自上而下”环境保护推动形式鲜明区别于西方发达国家的由公众推动环境保护工作向前发展的“自下而上”模式。这表明，“我国公众与政府在解决环境问题上呈现出二元分离形态”⁴。“在环境保护运动中，公众更多

¹ 姚建宗：《信仰：法治的精神意蕴》，载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

² 孟甜：《环境纠纷解决机制的理论分析与实践检视》，载《法学评论》2015年第2期。

³ 彭峰：《中国环境法公众参与机制研究》，载《政治与法律》2009年第7期。

⁴ 韩广，杨兴，陈维春：《中国环境保护的基本制度研究》，中国法制出版社2007年版，第364页。

的选择依赖政府，缺乏主观自觉性，不能正确定位自己在解决环境问题时的角色。”¹这种依赖型的环境意识难以真正的转化为环境保护的行为，然而要想完全改变这种情况，并非一朝一夕可以完成。

第五，公众权利基础不足，难以制约政府环境权力。“环境执法过程中存在着明显的权力-权利失衡”²。环境权力作用强大，在西方国家，由于公众的环境权利意识浓厚，以及环境权利行使和保障救济机制的完善，可以通过“权利”的行使有效限制环境权力。但是在我国，公众环境意识和法律意识不足，缺乏积极争取和行使环境权利的观念，再加上我国环境权利行使和保障救济机制的不完善，环境维权成本过高，民众存在“搭便车”心理等，导致了我国公众环境权利意识淡薄，无法通过积极行使环境权利来限制和监督环境权力。

3. 企业与社会公众的互动

企业是社会产品的生产者，社会公众是消费者，社会公众的需求引导着企业的生产。所以，公众的环境意识与绿色消费的观念会在一定程度上促进企业的环境保护行为。同样，如果公众追求奢侈消费、过度消费，可能会加剧企业的环境污染行为。公众既是企业履行生态责任的直接受益者，也是企业不履行生态责任的直接受害者。³因此，社会公众需要监督企业的环境行为，并且通过直接沟通、网上曝光等方式促进企业的环境治理。根据学者研究，当地居民对企业排放污染物严重程度的认识越清楚，并且采取有关措施，则企业环境保护的意愿越强。说明当地居民对企业的环境保护意愿和污染行为具有较强的影响，能够起到积极的监督作用。⁴

但是在现实中，公众对企业的环境监督行为实践受到个体利益、主体意识等影响，其主动行为并不多，往往是当公众的环境权益受到企业侵害时，公众才会被动的参与监督。

三、解决环境法律制度运行困境的可行路径：多元共治

环境法律制度的有效运行，来自于政府、企业、社会公众等主体上下之间的有效互动。单纯由政府依靠国家强制力量推动的环境法制运行，忽视法治内涵的

¹ 鄢斌：《公民环境意识的变迁与环境法的制度调整》，载《法学杂志》2007年第3期。

² 王彬辉：《论环境法的逻辑嬗变：从“义务本位”到“权利本位”》，武汉大学博士论文，2005年。

³ 倪珊等：《生态文明建设中不同行为主体的目标指标体系构建》，载《环境污染与防治》2013年第1期。

⁴ 李建强等：《企业环境保护意愿影响因素实证分析》，载《资源与产业》2013年第2期。

法律精神、意识与观念成分，并不能转化为民众的内在观念和自我行为，其发展难于持久和稳定，并可能在推行法治的过程中陷入法律工具主义与法律虚无主义的困境之中，就会造成对法律社会公共职能和权力约束功能的无视，继而沦落为单纯的统治工具被放弃。政府作为制度主体，其行为并不是始终基于公共理性，其有自利性的内在秉性，需要通过其他主体的外在监督等方式促进制度的创制和实施。社会公众的参与也不应停留在被动、表层的参与层次，通过法律政策塑造其主体意识，引导其环境保护行为，增强其制度遵守的主动性，并进一步参与到环境法制运行之中。打破现有的“监管者—被监管者”环境法律制度运行结构，转向多元主体构成的共治模式，制度主体进行角色转换，政府、企业、社会公众等多元主体共同参与到环境法律制度的创制和实施过程中，形成合力，促进环境善治的实现。

（一）多元共治的现实意义

环境法律制度的完善和有效实践，需要加强制度主体的互动，特别是在公共治理背景下，不能局限于制度主体两两之间的互动，而是需要建构一个各个制度主体“自由进入、平等交流、表达诉求、协商对话”¹的系统平台，主体发挥各自功能和优势，通过对话、竞争、妥协的合作机制，促使共同利益的形成，采取集体行动，形成集体决策结果，建构一种多元共治的环境法治模式。

多元共治的环境法治模式是现代治理理论的一种现实体现。现代治理理论的提出是为了代替传统的“统治”的观念，其要求各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务，强调政治国家与公民社会之间、政府与非政府之间、公共机构与私人机构之间能够实现强制或自愿下的合作。治理以“善治”为目标，希冀达到公共利益最大化的社会管理的情形，政府与公民对公共生活进行合作管理。多元共治的环境法治模式要求政府与公民积极履行自己的职责和义务，在此基础上，互相合作，达致环境善治的目标。

多元共治模式有利于提高环境法律制度的科学性和合法性。在多元共治框架下，制度主体可以在平等自由的前提下，参与到环境法律制度的创制和实施过程中，通过有效的沟通协商，形成超越自我利益的公共理性。这一方面确保环境法律制度在内容上的科学性和完备性，另一方面有利于提升其政治合法性，所有

的法律遵守者也是法律的制定者，对共识形成的环境法律制度具有良好的认同，有利于环境法律政策得到普遍的自愿遵守。

多元共治模式有利于不同主体环境利益诉求的充分表达，减少环境冲突。在多元共治框架下，制度主体可以自由平等理性的对话、讨论、审议，以各种途径和方式参与到环境法律制度的创制和实施过程中，公众可以在平等基础上充分表达自身的利益诉求形成共识，可以有效减少环境利益冲突。

多元共治模式有利于弥补单一主体推动环境法治的不足，实现各个主体之间优势互补，有利于环境善治的实现。

（二）多元共治的定位及要求

与其他治理理论的要求不同，本文主张现阶段的多元共治的环境法治模式是以政府为主导，政府、企业、社会公众积极合作的共治模式，而非其他学者在讨论治理问题时完全要求政府与其他主体平等的治理模式。这是由中国目前的现状决定：首先，政府主导的路径依赖。无论是环境保护，还是其他的公共服务，或是政治实践中，政府一直具有主导性，集中掌握了公共权力，虽然可以在合作共治中让其“放弃”部分权力给其他主体，但是要其实现与其他主体的完全平等，还是难以实现。其次，政府在资源掌握等方面更具有优势。政府一直具有主导的话语权和资源，民间力量缺乏主动性、资源、力量或者合法性，使其在环境公共服务中缺乏政府的优势。第三，政府在环境公共服务履行上具有强制性，其他主体多是鼓励性的。提供环境公共服务是政府的职责，如果不承担，则要承受相应的不利后果，但是其他主体的环境义务更多的是鼓励性的，要求公民等主体主动承担多于法律要求之外的责任，是一种更高的要求。

1. 转变传统观念，确立多元共治理念

虽然环境治理已经成为当前社会的要求，但是传统环境管理模式的路径依赖依然存在。特别是我国“全能政府”的观念阻碍着多元共治的建构。因此，政府必须转变思想和理念，在环境治理为企业与公众等主体提供合作治理的制度环境，并通过规划、引导、商谈、协调和服务等方式为直接从事环境治理的主体提供支持，聚合起环境治理的合力；企业也要转变传统的“对抗式”的被动管理思想为“主动式”的环境治理理念，积极承担社会责任，通过与政府合作、自我规制等方式促进环境法律的实施；公众需要增强环境责任意识，变被动守法为主动

¹ 王名等：《社会共治：多元主体共同治理的实践探索与制度创新》，载《中国行政管理》2014年第12期。

参与。

2. 建构多元共治制度框架

我国的环境法治已经开始由单一主体向多元共治转变，最大的体现就是2014年修订的《环境保护法》中，对政府、企业、公民个体、社会组织和新闻媒体等主体都有相关规定，希望各个主体在环境治理中共同参与，建立政府、企业和社会公众多元共治、社会参与的环境治理体系。但是对于如何处理各主体之间的关系，通过何种程序实现合作治理等内容还没有明确规定。因此，需要在法律中进一步明确各主体在环境法律制度制定和实施中的权责。

其一，政府“让权”与公众“扩权”。在多主体合作共治环境治理框架中，要求政府在保持“主导”的同时，让渡部分权力给其他主体，并建立提供有效的参与平台，允许和鼓励企业、社会公众等主体积极参与这个框架中，通过“自上而下”的动员使多元主体能够以制度化的方式参与其中。在目前社会公众环境参与权利基础上，进一步发展其在环境立法中参与权，扩展社会公众参与立法的范围，丰富参与形式。还要赋予公众环境公益诉讼主体资格，提高其保护环境公益的权能。

其二，确立多元主体在环境法律制度制定和实施中合作方式——协商民主的引入。代议制民主是当前制度主体参与环境法制运行的基本安排，但是其存在“精英化”代表性不足、合法性缺失等问题，在公众权利意识不断增强的今天，增加多元主体直接参与的方式，需要引入协商民主的制度安排。协商民主是平等、自由的公民在公共协商过程中，提出各种相关理由，说服他人，或者转换自身的偏好，在广泛考虑公共利益的基础上利用公开审议过程的理性指导协商，从而赋予立法和决策以政治合法性的民主治理模式。¹协商民主为多元主体提供了合作方式。

在环境法律制度制定过程中引入协商民主。政府提供环境立法参与的渠道和平台，引导公众参与立法起草、论证的全过程，通过多元主体的立法辩论、听证等方式，转换自身的偏好，形成超越自我利益的公共理性。使立法成为多元主体经过协商后的共识性结果，增强立法的科学性和合法性。

在环境法律制度实施过程中引入协商民主。通过环境行政机关与行政相对人

¹ 陈家刚：《协商民主引论》，载《马克思主义与现实》2004年第3期。

有效地协调沟通，使行政相对人在协商过程中能够充分表达自己的意见，降低双方对抗程度，并提高环境行政执法决定的科学性、人本性以及可接受性，并通过多元主体的公开参与，对其过程进行有效监督。

3. 健全信息公开制度

信息获取是多元主体有效沟通交流的前提，目前我国已经建立了环境信息公开制度，但是还存在公开范围较窄、信息公开不及时等问题，阻碍了多元主体的参与共治。需要进一步完善信息公开的法律，拓展环境信息公开的范围，完善环境信息公开的监督机制。

4. 建构环境公民身份，培育环保组织

环境公民身份是“公民权利和责任在环境公共治理与决策中的体现与扩展”¹，在公民环保意识不足的情形下，要让公民、社会组织等主体积极主动的参与到多元共治之中，必须积极建构环境公民身份，通过法律引导，培养主体的环境意识、法律意识和公民意识，培育环境公民，增强环境保护的主动性，这“将有助于扭转官方主导下公民主体意识缺失的消极局面，进一步突破传统的国家和社会高度同质、同构的总体性社会结构，达致公民参与和国家治理的环境善治格局，推动中国社会由官主民从走向官民共治”²。培育环保组织，提高其在环境保护中的作用和地位，发挥其作为政府和公众中介的沟通作用，实现对公民个体利益的有效组织。

四、结语

“无论法是如何被建构起来或怎样被发现，力图使它们行之有效，总是‘立法者’的理想追求。”³然而法律的理论与实践、理想与现实之间的分裂，似乎是一道无法愈合的伤口。我们必须面对法律的理想与现实的差距问题，不断的反思以促进其完善。制度主体作为制度产生、作用和变迁的推动者，其行为对制度变迁具有重要作用。制度主体的互动影响着其制度实践效果。政府、企业、社会公众等环境法律制度主体的行为选择是主体间利益互动的结果，决定了环境法律制度的实际效果。因此，必须通过法律保障政府、企业、社会公众等主体间的良性

¹ 秦鹏：《环境公民身份：形成逻辑、理论意蕴与法治价值》，载《法学评论》2012年第3期。

² 秦鹏：《环境公民身份：形成逻辑、理论意蕴与法治价值》，载《法学评论》2012年第3期。

³ 郑永流：《法的有效性与有效的法——分析框架的建构和经验实证的描述》，载《发展与社会发展》2002年第2期。

互动，¹也通过主体间的良性互动促进环境法律制度的完善。环境多元共治为制度主体的良性互动提供了新的思路，也为环境法制提出了新的挑战。需要在多元共治理念下，转换政府、企业、社会公众等主体的角色，重新安排主体间的权利义务，并通过协商民主的方式建构主体合作的框架，打破传统的“监管者—被监管者”的法律运行结构，在环境法律制度创制和实施过程中确立多元共治。

从冲突到融合：生态红线制度在环境治理中的优化路径

莫张勤*

摘要：生态红线自2014年写入《环境保护法》到2016年首部地方立法《武汉市基本生态控制线条例》的问世，呈现出与现行环境法律体系不相融合的问题。以往的环保法以单一环境要素展开制度设计，而生态红线以生态空间整体性作为管治对象，此乃冲突的症结所在。它作为新观念新制度，从环境政策转向具体法律制度必须向当前环保法提出更新的内在需求。生态红线制度与环保法的融合须考究两者耦合基础与系统规划方法，具体措施可分为两个维度：治理的质量（如何治理）和治理主体类型（即谁拥有决策权力与承担责任的问题）。

关键词：生态红线；生态系统；善治；法治化

一、问题的提出

社会生活中有诸多环境问题，不是每个环境问题都可以成为法律规范的焦点。法律调整的现实问题、解决社会矛盾需要通过法律“格式化”的路径，也就是把环境关系转换成为法律关系。^[1]通过对环境法律规制问题的梳理，环境法律在分别应对环境污染、生态破坏之后，继而转向—保护和管制生态空间。^[2]2013年，十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》专章划定生态保护红线，建立国土空间开发保护制度。此处所提及的国土空间主要分为生态空间、生产空间和生活空间。其中生态空间作为生态红线的上位概念，能够矫正以环境要素为核心构建的环境法律体系，这种生态空间理念落实从生态红线为起点。生态红线又称生态保护红线，生态控制线，是指为了维护生态安全与完整生态框架，依据生态系统的特征、结构和功能而划定的以提升生态功能为目的严格管控边界。生态红线成为2015年《环境保护法》的创新制度，林业局、环保部、水利部等部门纷纷划定各自的红线，掀起一股“红线”高潮。我国目前生态红线出现最严重的问题是空间交叉，管理重叠，责任模糊，难免陷入各部门划红线、抢项目、争资金的怪圈。生态红线的难落地，深究根源在于其与传统环保法立法理念与管理模式存在冲突与不相融合。生态红线产生的直接契机来源于生

* 王曦：《环保主体互动法制保障论》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2012年第1期。

* 莫张勤，女，(1986—)，浙江海宁人，西南政法大学博士生，主要研究方向：环境与资源保护法学。

态危机，它作为环保法的创新制度被寄予厚望。它更像一个稚气未脱的少年，带着勃勃生气，向传统环境法律制度和理念提出了挑战，过去被人们称道的以环境要素作为环保法立法和管理依据正在受到整体性生态空间的重新审核。生态红线制度试图探寻当前环保法立法完善而执法不力的内在根源，促进传统环境法律理念的发展，成为生态环境保护领域的重大战略决策和制度创新。^[3]

二、生态红线制度对传统环境法律理念的挑战与革新

（一）以环境要素为核心构建环境法律体系的弊端

一方面，以环境要素为核心展开的环保法破坏了生态系统的完整性。在自然主导下，诸多环境要素构成一个完整有机整体，任何生态系统都是一个相对独立的整体。生态系统的各个部分都是整体的一部分，而各个环境要素不具有生态系统所具有的特征，不同的环境要素之间相互联系、相互制约、相互作用，形成整个生态系统。生态系统所显现的结构与功能，并不是各个环境要素结构与功能的简单叠加。以环境要素构建的环保法使各个要素之间分割开来，它破坏了生态系统的完整性，不能以特定状态的最佳组合秩序构成生态系统整体的最优化。^[4]

另一方面，以环境要素为规制对象使生态管理碎片化。2016年《武汉市基本生态控制线条例》（以下简称《条例》）规定，环保部门负责生态红线内环境保护工作；水利部门负责生态红线区域江河湖库等水资源的保护和管理工作；林业部门负责森林、林地、绿地、自然保护区等保护与管理工作；农业部门负责农业发展、新农村建设工作等。这种多个部门共同作用于同一个生态红线区，不同权力通过对空间的纵向分割造成同一空间碎片化的管理；同一个生态红线区有可能横跨不同的行政区域，通过对空间的横向切割破坏了完整生态系统。其结果是：第一，每个部门对生态红线区的差异化利益诉求和规制方式把完整的生态系统被权力肢解成为碎片，围绕自己所负责领域制定目标并实施管理，于是出现前文所说的红线争相划地怪圈，生态系统整体目标无人关注。第二，生态红线区的边界划分须按照行政区划，无法确保生态系统的完整性，易形成“生态孤岛”。第三，生态红线区内部各部门权责配置严重不匹配，生态保护责任大的权力主体却仅有较小权力，拥有强势权力主体却不承担明确的生态保护责任。

（二）生态红线制度对现行环境法律制度的革新

首先，生态红线制度突破环境要素的单一性和分离性。根据生态系统的“物

物相关”律，各环境要素之间的钳制、磨损可能导致某种功能的消减退化。生态红线区不同于其他的环境保护区，它作为不可触碰生态底线，其重要性、敏感性、脆弱性的特征凸显。环境要素之间缺乏联系中介或信息沟通不畅将导致生态红线总体目标无法实现。因此，生态红线强调的是由诸多环境要素组成的整体空间，改变了单一环境要素所展开的制度设计现状，这样可以从生态系统整体性出发，考虑各个要素之间的关联协调而综合设计制度以保护生态红线区域。

其次，生态红线制度转变现有环境管理模式。事实证明环境法律制度以单一的环境要素进行规制，并没有取得良好的效果。生态红线制度的提出使环境问题开始转向整体的生态系统与生态空间的管治。生态红线不再以某一环境要素“污染”或者“破坏”作为衡量标准，而是以生态空间与生态系统的整体性保护作为标准，这也正是生态红线与现有环保法的冲突所在。生态系统虽然也包括对水、草原、森林、大气等诸多环境要素，但是其内容并不是《环境保护法》所列举的简单集成概念，而更加注重这些要素之间的相互作用、相互影响的关系。生态红线区域若想得到较好的保护，事实已证明传统以环境要素作为分类的管理模式并不能取得满意的效果，介于生态红线的突出重要性与急迫性必须采用统一部门的管理模式，这也契合生态文明与生态理性对环境法治提出的生态整体性需求。

最后，有利于环境保护实施成本的降低。在实践中生态红线区域划定重叠，一个区域既被划定为自然保护区，又被定为风景名胜区，这种现象是因为审批程序和管理部门的不同造成的，这种划定既不合理也不科学，在一定的程度上影响对生态红线区域的保护。这种以环境要素作为规制对象设立庞大的环境法律体系并成立大量的管理部门，各部为了执行环境管理，即会制定相关的环境标准以及添置大量设备，导致为了执行某个环境风险的最后一步而重复耗费大量的人力物力，各部门难以从整体上考虑规制效果。生态红线应从整体性出发，创建以政府为统筹，以环保部门为单一主管部门管理模式，不仅大大降低生态红线的落地成本，还有效管理生态系统，实现生态安全。

三、生态红线制度与现行环保法的融合基础与方法

（一）生态红线制度与环保法的融合基础

1. 生态红线制度与环保法共同原则—风险预防原则

虽然生态红线作为新制度与现行环境法之间存在某种冲突关系，但它并不是“革故鼎新”的概念，它深深埋藏在环保法律精髓之中，有着丰富的理论渊源根基。生态红线的本质内涵包含了最低限度的生态安全保障，也即对生态风险的宏观把控，这与环保法秉持的风险预防原则遥相呼应，在生态红线制度设计承认风险预防原则是具有重要意义的。^[5]风险预防原则即政府在处理生态环境问题上，当存在足够的证据证明可能会引起严重生态损害风险时，政府不能以损害不能被证实而作为不采取行动的正当理由。^[6]

早在20世纪70年代，风险预防原则就得到了国际法律与政策的承认，2007年《IUCU应用风险预防原则开展生物多样性保育和自然资源管理指南》中指出，风险预防原则应以法律与政策作为载体，建立资源配置充实的机构对环境决策和生态管理的风险和不确定性进行研究。生态红线是用来保护国家生态安全与维护人类生命安全等重大且不可逆向修复的法益，当出现知识有限不能完全证明生态风险时，这种不确定性不能成为生态红线制度不采取行动的借口。从某种意义上分析，风险预防原则为生态红线制度提供了预测、避免和减轻自然环境威胁的基本政策基础，生态红线制度本身蕴含了环保法中的风险预防原则。

2. 生态红线制度与环保法共同实施标准—生态承载力

可以说环保法是生态承载力的法律。地球上任何生命体的生存、发展与活动都离不开生态环境作为支撑，维护生态系统的持续承载是保障生态系统各生物正常生长发育与人类持续发展的最基本条件，人类要想持续生存下去，就必然离不开资源的供给，而资源和环境容量都是有限的。因此，基于危情下提出生态红线就是用生态承载力的方法精算出保护地以维护生态安全，保障人类的可持续发展。

生态承载力是指生态系统的自我维持与调节的能力，资源与环境子系统的容纳能力及其可维持的社会经济活动强度和具有一定生活水平的人口数量。^[7]生态承载力可分为—资源承载力（基础条件）、环境承载力（约束条件）和生态弹性力（支持条件）。资源承载力的大小直接取决于对资源的利用方式和手段，利用的方式不同，产生的效果就不同。在生态红线维度对资源的利用方式是根据适度资源承载力的原则，即在不危害生态系统的前提下考虑资源与环境的双重效益。环境承载力主要关注的是环境子系统所承受的污染物数量和可支持的经济规模

与相应的人口数量。生态红线制度通过对环境承载力的分析得出是否适合人类居住还是应建立无人区，若适合人类居住应采用怎样的生产生活方式，是否应建立分类管控区等。生态弹性力是生态系统的可自我维持、自我调节及其抵抗各种压力和扰动的能力大小。生态红线制度弹性力对生态系统具有重要作用，因为任何生态系统都不是孤立存在的，它必须与其他生态空间联系在一起，任何生态系统也不是静止不动的，而是随时承受各种压力而变化发展。生态弹性度高，表明人类的活动余地就大，可选择的机会就多，可承受自然灾害等冲击力就高。生态红线的脆弱区、敏感区和禁止开发区等区域生态弹性力低，表明人类活动余地就小，可选择机会就少，可承受自然灾害等冲击力就低。可见，以生态承载力为划分标准是生态红线与环保法上通用方法。

3. 生态红线制度与环保法的前期基础—耕地红线

工业革命以后，人口迅猛增长、城市化的无序扩张与耕地面积日趋减少，导致严重威胁我国粮食安全与生态安全。面对饥饿和贫困，政府高度重视土地粮食生产。于是生物学家和人类学家把承载力应用到人类生态学中，用以研究土地到底能容纳多少人口，并在2006年《全国土地利用总体规划纲要（2006—2020年）》提出了18亿亩耕地红线，这一目标也体现在“十二五”规划中和《土地管理法》。

这是“红线”在环保法上的第一次实践，并从概念到真正划定经历了10余年时间，用具有法律效力的约束指标来保护耕地、保护粮食安全。十八届三中全会提出“生态红线”并以《环境保护法》的形式确定下来，不得不说是“红线”的二次再战。耕地红线本身也是基于对自然资源利用、人类生存质量及安全为出发点提出的概念，其属于广义上的生态红线范畴。^[8]生态红线统一的制度设计并未出台，但是耕地红线在区域补偿办法、划定原则、划定程序和绩效考核体系为红线的制度安排提供了有益经验。因此，在现有环境法律制度下实行生态红线在理念、方法和经验上都给予了充分的准备，也为作为新制度的生态红线融入环保法做了良好铺垫。

（二）生态红线制度与现有环保法融合方法—系统规划

生态红线制度并不是孤立存在的，与其他环境法律制度相互联系、相互作用，但却又相互冲突。系统规划为解决两者冲突关系提供一个有效方法。所谓系统规

划是现有国家法律制度层面上开展生态红线管理规划，以生态系统的整体性、生态红线的优先性、法律制度的融合性为契点来实现生态安全的一种有组织方式。这种方法要求生态红线的实施与土地、渔业、森林、陆地与海洋资源利用相配合，与旅游业等经济发展相关的公共政策工具相兼容。

系统规划被国际社会广泛运用，起初较早应用于生态保护地的管理，它的目标是使国家保护地体系可取特点的最大化。根据世界保护地委员会（IUCN-WCPA）的解释，保护地是：基于国家密切关注的价值判断，规定的保护地优先次序；保护地与其他相关陆地与海洋的保护关系，保护地不同类别之间的关系；对保护地应采用战略性的高度视之；规定保护地的关键参与者之间的关系；保护地覆盖范围是否恰当；预测现有和未来的可能影响。^[9]

参照国际做法，在生态红线框架下引用系统规划方法以解决以下问题：（1）在处理生态红线制度与土地规划、建设用地规划等经济问题上，应以生态红线规划作为优先次序。（2）生态红线区与现行已有法律保护的生态区域之间的关系。（3）生态红线制度关键参与者之间的关系。（4）生态红线覆盖范围与管理是否存在缺陷，具体如下：

第一，在处理生态红线制度与经济发展问题上，系统规划经过分析生态安全与社会经济的权衡，建立短期与长期目标下的发展优先次序、资源分配和总体预算，有步骤、有计划落实生态红线制度。第二，在处理生态红线区与之前保护地问题上，系统规划的目标是建立与其他保护地全面的、融入性的生态体系或网络，这种系统和网络包括生态红线立法之外的土地利用规划、森林保护法、野生动植物保护法等。生态红线区是这个网络中最为严峻、最急切需要保护的代表性区域，它可能包含在现有环境法律制度已保护的生态保护区范围，有可能与之交叉，也有可能是空白。第三，生态红线制度关键参与者之间的关系上分为两类，一类是生态红线划定主体、管理主体和担责主体，如上文所说红线划定主体多样，导致管理混乱、责任不到位、浪费行政资源的现象严重。系统规划应按照生态空间划分原则以生态系统整体性为出发点建立统一的划分主体、管理主体与担责主体，并制定编制和监督负责人。另一类利益相关方或者受影响的社区和居民，他们通过对当地环境资源的了解，能为红线管理提供重要信息。社会选择的参与以保证法律制度与政策规划的公平合理性。第四，生态红线单元与范围组成上，系统规

划认为生态红线应与周围陆地景观和海洋景观相结合，全面考虑生态连通性的可能，建立连接红线的生态廊道，以便连通生态过程、植被分布、濒临和脆弱物种栖息地以及其他生态环境。生态红线的划定取得了土地、水、矿产等特定机会，但如果使保护地的选择和管理完全独立于其他区域，且并没有能力基于生态安全的贡献应对周围建设活动，很可能因外部威胁而无法保障红线实施。在系统规划的方法下设计和管理保护地和生态廊道，使之远离污染、物种入侵和人为破坏，那么保护地系统就是最成功的。^[10]概言之，系统规划确定生态红线保护的优先级和需要保护的生态功能，以及在选址、设定边界和管理模式上，提供了合适的尺度，有利于排除生态红线对当前和远期危险的外部因素，结合土地利用规划、环境影响评价、重要生态功能区划等配套措施融入环境法律体系之中。

四、生态红线制度与现行环保法融合的路径优化

生态红线制度与现行环保法的融合主要体现在对生态红线治理选择方面，治理的选择不仅影响红线的具体落实措施，还决定了与环境法律制度的匹配程度。世界自然保护联盟将保护地的治理分为两个维度：治理的质量（如何治理）和治理的主体类型（谁治理）。这两个维度应用于我国生态红线的管治方面可进一步转换为善治与谁治理逾越生态红线的问题（即谁拥有决策权力与承担责任的问题）。

（一）善治

善治主要考虑生态红线制度应如何治理的问题，它通过政府、企业、社会团体和公众等多元互动实现对生态空间的共同治理，根据不同地域敏感度、重要度、脆弱度等因素划定红线，并对不同红线区域的空间控制与发展提出相应的实施措施。这个理论表明生态红线的管制与善治不同，对生态红线的管制是政府利用法律法规及其他规范性文件对生态保护地进行制约，而善治是通过社会不同力量之间的权力平衡，涉及到同一层级政府之间、不同层级政府或社会发展主体之间的权力互动关系，是对不同利益平衡协调的过程。管制强调的是政府作为主导，自上而下的垂直线性的控制、命令。而善治是政府、企业、社会团体和公众等各种利益之间的相互协商，是横向的合作网络关系，它转变了传统的政府干预或纯市场调节模式，将政府的部分权力让渡给个人、社会团体、非政府组织等，更强调多元主体在生态红线区域治理中的紧密参与，共同在国家重点生态功能区、生态

环境敏感区和脆弱区等区域发挥积极的调节作用，通过沟通、协调和合作来解决矛盾冲突的社会治理模式。善治作为生态红线制度设计和管理过程的一部分，必须将这些理念与原则转换为适当的法律形式，通过社会公平正义、信息公开与公众参与的规定将它们落实到立法当中。

社会公平正义。生态红线所包含的公平正义体现了法的平等与正义两种基本价值，正如美国法理学家博登海默所言：“平等乃是一个具有多种不同含义的多行概念。它所指的对象可以是政治参与的权利、收入分配的制度，也可以是不得势的群体的社会地位和法律地位。它的范围涉及法律待遇的平等、机会的平等和人类基本需要的平等。”，“正义则是把我们的注意力转到作为规范大厦组成部分的规则、原则和标准的公正性与合理性之上。”^[11]生态红线制度设计上必须体现公平正义，生态红线区所在的地区、部门和个人履行了额外的保护环境义务，并被剥夺了通过经济摆脱贫困的机会；而受益主体在享受更高质量生态环境的同时并没有承担额外的义务，这显然有失公平，违背了权利义务对等性的法理学原理。因此，在生态红线立法中必须实现受益地区向生态红线区、开发地区向禁止开发区、受益主体向受损主体进行补偿，才能保证社会公平正义的实现。

信息公开制度。生态红线信息公开制度有利于促进政府决策的透明度，这种透明度不但提高了公众及时接收和酌情请求的能力，以及作为利益相关方实质参与红线建设能力，而且完善了生态红线制度建立的合法性、问责性和公正性。政府公开化程度决定知情权的实现程度。^[12]因此，政府应建立两个体系以满足公众获取红线信息，一是公众请求和接受信息机制，包括信息的范围、形式、政府作出回应的时间以及其他合理要求。特别是政府或者其他实体对生态红线的科学报告和数据分析的信息，与监理或管理生态红线的决策的信息，涉及公共资金的计划草案审查过程的评论信息。当然，也应当包含生态红线拒绝披露的相关信息标准与指南，如涉及正在进行的司法或者行政程序部分、现有生态红线保护区域某种濒临灭绝的物种野外生活或被圈养的地方、生态红线区的重要商业资源在临时保护前公开可能被非法利用等。二是用来建立政府记录与分发机制，以便政府能够及时发布未经请求的信息。由法律明确规定政府应公开的文件、草案及终稿等，并且指明负责发布的主体、发布时间、方式和范围。随着科技的发展和互联网的广泛运用，公众可以通过电子数据库或网络在线查询有关生态红线的资料。

例如政府发布某个区域划定为生态红线区的提案、生态红线的管理措施的草案与终稿、涉及红线保障资金的来源与监管等。

公众参与制度。善治在生态红线制度中的运用前提是承认和重视社会认识论中规范性作用，对知识生产和组织的预测与诊断，处理好专家和新手的关系。专家对生态红线权威的合法性辩护首先需要经受“政治化”的考验，即将专家意见至于新手和大众的质疑和批判之中，然后再“去政治化”，维持对专家意见的支持与信赖。生态红线的划定与管理是专家经过反复论证的结果，其具体落实与适用的过程都需要公众参与。《条例》规定政府应采取措施加强对生态红线保护和管理的宣传，社会公众以各种形式参与红线保护工作，对表现突出者，政府应当给予表彰奖励。它有效的监督和制约政府，有利于生态红线管理过程的正当性和民主性。

（二）生态红线主体治理类型

生态红线主体治理类型主要研究的是谁做决策与谁承担生态红线管理责任的问题。生态红线制度的决策主体有政府、红线区管理机构、原住民、企业以及宗教机构等。生态红线难落地很大程度上源自各个权力机关与所承担的责任不匹配，理应承担红线责任的管理机构并没有决策权，对保护区内拥有核心主导权力的地方政府、拥有事实支配权的原住民的法律责任不明。

政府。在上下级政府之间，新《环境保护法》规定生态红线保护责任由中央和地方政府负责。区域之间由于空间资源稀缺性以及空间功能外溢性，伴随着空间资源竞争而产生矛盾、不协调和不和谐的空间关系。^[13]上下级政府之间亦存在职权与责任不符的矛盾。地方政府出于属地管辖等原因对生态红线负有主要的管理职责，因此中央政府把责任委托给地方政府的同时应当保障其资金、人员、设备等以促使责任与权力对等。在政府与其所属职能部门之间，政府对生态红线的制度保障需要具体的职能部门实现，相关的职能部门的管理需要政府统筹安排，两者相互依存，互相支撑。

红线区管理机构。从《条例》来看，生态红线区归属不同的管理机构进行治理。由于现行环境法律体系只是对各个部门具体职责进行笼统的规定，并没有涉及专门调整多部门之间的利益冲突问题，导致各管理部门权责不清，交叉重叠，各图所利，遇到责任相互推诿，碰见利益一窝而上。对于现行环境法律体制难解

之题，应在生态红线区成立专门的管理机构，配备专业技术人才，保障生态红线管理资金，负责红线区具体管理工作。

原住民。IUCN 和国际保育社会在保护地问题上推广新治理方法采用原住民和地方社区参与陆地或海洋区域的治理，在此区域他们拥有所有权或资源使用权并长期承担保育管理工作。^[15]在我国生态红线区采用把原住民赶出保护区，建立大量无人区的做法，但并没有遏制生态环境的进一步恶化。生态环境与人类是一个相互制约、相互作用的过程。生态红线可采用适当的激励机制吸纳原住民作为生态保护的捍卫者对红线区域的劳作并给予经济报酬；其他原住民也可自愿选择生态补偿、生态迁移等方式离开红线区。

企业。生态红线在不违背主体生态功能的前提下，可适当开发，建立旅游、科研、休闲娱乐等。企业取得资源开发、旅游经营权时应遵守相关的法律法规，但由于红线区域管理部门长期的资金不足加之开发利用符合当地政府与管理机构的利益诉求，因此在实践中企业得到了政府默许或者违规违法的特权。生态红线制度规定政府主管人员的法律责任同时应突出企业违反生态红线理应承担的法律后果。

宗教机构。某些生态红线区设立在甘南藏族自治州等少数民族聚集区，宗教机构通常在这些区域会拥有一小片的山林支配权。这类机构可利用宗教教义或先古遗训劝导信徒保护生态环境，也有可能存在旅游开发与宗教活动过程中破坏红线的管理与建设。生态红线应采用因地制宜，结合当地的特殊情况，利用生态习惯法引导宗教机构及原住民树立红线意识。生态习惯法作为一种与宗教信仰相关且世代传承的自发规范，有时候它的影响力比国家制定的法律更有威慑力。综上，生态红线制度与现有环保法融合过程必须通过红线参与的大众化、红线管理的民主化、红线决策的科学化和认知权威的合法化加以实现。

参考文献：

- [1] 刘超.环境法的人性化与人性化的环境法武汉[M].武汉：武汉大学出版社,2010.103.
- [2] 刘超.生态空间管制的环境法律表达[J].法学杂志,2014,(5):25-30.
- [3] 陈海嵩.生态红线的规范效力与法治化路径[J].现代法学,2014,(4):85.
- [4] 候爱敏.权力•空间视野下的生态环境建设与管理[M].南京:东南大学出版社,2016.4.
- [5] 曹明德.生态红线责任制度探析—以政治责任和法律责任为视角[J].新疆师范大学学报,2014,(6):73.
- [6] Patricia Birnie & Alan Boyle,International law and the Environment,Oxford University Press,2002,p.120.
- [7] 高吉喜.可持续发展理论探索—生态承载力理论、方法与应用[M].北京:中国环境科学出版社,2002.15.
- [8] 朱前涛.耕地红线与生态红线概念比较[J].中国土地,2015,(3):25.
- [9] Davey,A.G.1998.National System Planning for Protected Areas.WCPA Best Practice Protected Area Guidelines Series NO.1.Gland and Cambridge:IUCN.Available at <http://data.iucn.org / dbtw-wpd / edocs / PAG-001.pdf>.
- [10] World Resources Institute(WRI).2005.Ecosystems and Human Well-Being:Biodiversity Synthesis.Washington,DC:Island Press,P10.
- [11] 蒋姐.自然保护地参与式生态补偿机制研究[M].北京:法律出版社,2012.73.
- [12] 刘畅.刍议公众环境知情权的实现—简评新《环境保护法》之相关规定[J].河北法学,2015,(10):186-188.
- [13] 程进.我国少数民族生态脆弱区域空间冲突及治理机制研究[M].北京:经济科学出版社,2015.7.
- [14] [美]巴巴拉•劳瑞（著），王曦、卢锐、唐瑭（译）.保护地立法指南[M].北京:法律出版社,2016.94.

关于地方循环经济立法的若干问题

——以浙江省为例

钱弘道*

循环经济是根据可持续发展的要求，建立生产、流通、消费各环节的流程反馈系统，达到资源利用效果的最大化、废弃物排放的最小化和生态效益的最优化的经济发展模式。它是一种建立在物质不断循环利用基础上的生态经济，它组织成“资源-产品-再生资源”的物质反复循环流动的过程，极大地提高了资源的利用率，有着极其深刻的生命学理论基础。面对循环经济这一崭新经济增长模式的推行，法律必须有充分的回应，否则循环经济的发展会遇到障碍。循环经济地方立法活动一方面要遵循《中华人民共和国循环经济促进法》、《清洁生产促进法》和《固体废物法》等上位法，科学衔接与循环近经济相关的法律法规，另一方面要根据地方实际情况进行创新，实现条文的可操作性。

一、主体责任和共同责任

（一）主体责任

主体责任制度强调责任主体，要求在责任主体明晰的情况下承担相应的法律责任。

强化政府作为责任主体的地位，发展循环经济，需要政府干预。因为市场主体在获利动机的驱使下，在决定不同层次的生产、投资、消费等活动时，往往只从自身的角度考虑成本和收益，而对经济活动所需的环境资源和所产生的社会后果却没有折合成与该市场主体有关的成本和收益。发达国家发展循环经济的实践表明，政府在循环经济发展中充当着主导的角色，必须充分发挥政府的优势，明确政府责任，运用行政手段，克服市场缺陷，从上到下来推动循环经济发展，构建循环型社会。日本的《资源有效利用促进法》规定“政府和地方公共团体须确保为实施本法所需的资金和设施，在购物时优先购买再生产品，支持相关技术开发，努力加深国民对本法的理解”。德国在强调企业和公众责任的同时，更注重

国家在循环经济发展中的作用。由于循环经济的科技研发和前期投入很多，很多经营都是甚至不盈利的，纯粹由企业和公众来承担所有费用，两者的积极性肯定不会很高，因此强调政府的扶持作用尤其必要。在德国，政府设立了专门的垃圾监督回收机构，并通过实施垃圾许可证制度等，以满足循环经济发展要求。要使循环经济顺利、有效的运作，需要政府为其“保驾护航”，采取一系列的保障措施：政策保障、资金保障、技术保障。

在充分比较国内循环经济立法中政府责任的相关规定，可以发现，《大连市循环经济促进条例》对政府责任的规定过于原则化，缺少对发展循环经济具体环节中政府责任的规定，且在违反规定时仅规定了“市人民政府有关部门和区（市）县人民政府不履行本条例规定职责的，依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。”缺乏可操作性。《山西省循环经济促进条例》则对政府的责任作了详细的规定，从队伍建设、发展规划到企业生产过程中的监督管理。《深圳市循环经济促进条例》着重强调政府编制规划的责任，不仅要制定循环经济发展的总体规划，而且要制定节约能源、节约用水、节约用材、节约用地及废弃物

处理、再利用等专项规划。并且规定了规划中应当包括的具体内容。笔者认为，在追究政府部门责任的同时，更要注重的是改正政府不依法履行监督管理职责的行为。这样才能使政府起到监督作用。

建立以生产者为主的责任延伸制度。《循环经济促进法》已经对生产者有了相关的义务规定，但从现实的角度来看，这些义务更多的是指导性的义务。地方立法应该明确规定政府、生产者和公众各自在发展循环经济中的权利和义务。此处的生产者既包括合法的生产者也包括非法的生产者，同时也包括了产品的进口商。值得注意的是，由于浙江省民营企业较多，其发展已经成为浙江省经济发展的亮点之一，但民营企业的迅速发展在带动经济发展的同时，使我省的环境状况面临着更加严峻的形势。以生产者为主的责任延伸制度，将对引导浙江省企业发展方向，明确企业在促进循环经济发展中的责任起到尤为重要的作用。

在传统的法律领域，产品的生产者只对产品本身的质量承担责任，现代生产者还应依法承担产品废弃后的回收、利用、处置等责任。也就是说，生产者的责任已经从单纯的生产阶段、产品使用阶段逐步延伸到产品废弃后的回收、利用和处置阶段，相应地对其设计也提出了更高的要求。这种生产者责任延伸制度在一

作者简介：钱弘道，浙江大学法学院教授，《中国学术年鉴》常务副主编，中国比较法学研究会副会长。

些国家立法中得到了确立，并经实践证明具有积极意义。如德国的《限制废车条例》，规定汽车制造商有义务回收废旧车，日本《促进循环型社会形成基本法》中，要求企业采取必要的措施，在产品使用后成为循环资源时，自觉进行循环利用，并有义务对循环资源进行处理，这样就明确了企业的责任。充分比较国内循环经济立法，可以看出，《大连市循环经济促进条例》对于企业责任，更多的是引导，而缺少明确的责任规定，其使用更多的是“鼓励”、“尽可能”等引导性词语，而缺少“应当”等明确性更强的词语。而且对于企业运营的具体环节中的涉及循环经济发展状况的规定较少。甘肃省由于其矿产资源较丰富，根据这一地方性特色，《甘肃省循环经济促进条例》加强了对开采加工矿产资源的企业规定，并创新性的规定了“资源型企业应当按政策足额提取矿山环境治理恢复保证金，用于矿山生态环境的恢复治理，支持资源循环利用产业”。同样，山西省的矿产资源也很丰富，《山西省循环经济促进条例》对开采加工矿产的具体环节作了详细的规定。《深圳市循环经济促进条例》的优点在于其规定了“企业和其他组织应当根据本行业的实际情况对员工进行循环经济知识教育培训”。因为企业发展循环经济，最终的落实者为企业员工，因此对员工进行循环经济知识教育培训将对企业的发展起着基础性的作用。其它地方性条例缺乏对企业在这一方面责任的规定。《陕西省循环经济促进条例》虽然对生产实心粘土砖、使用不符合国家规定的燃油发电机组或者燃油锅炉、餐饮业经营者违反规定提供一次性筷子等具体的行为规定，但也未能从整体上上升为一种制度原则，因为过于细化而不能照顾全面。

企业是循环经济发展的重要源头，企业本身应该加强责任建设，如实披露相关信息有利于政府监管部门总体把握能耗进度。

（二）共同责任

《循环经济促进法》中确立了以生产者为主体的共同责任制度。以生产者为主体的共同责任制度，就是以生产者责任延伸为重点，同时规定了包括产品销售者、消费者所应承担的义务。

这一责任制度既不同于欧盟所确立的生产者延伸责任（EPR）制度，又有别于美国所采取的产品全程管理（PS）模式。生产者延伸责任制度，其主要强调的是生产者就其生产的产品在整个生命周期对环境的影响所应承担的责任。生产

者对于所生产的产品必须延伸至原材料的选用、产品设计、产品生产、废弃产品的回收和循环利用与最终处理阶段，以实现环境保护和资源的节约与合理利用。此制度将促进循环经济发展的法律责任全部施加于生产者身上，加重了生产者的负担。而产品全程管理模式虽然要求生产者、销售者和消费者等产品生命周期内的所有参与者在各个阶段内承担责任，但是其主要依靠这些主体的自愿行动和利益相关方协商来进行推行，缺乏有效的实质性奖惩措施。就美国的实践来看，此模式很大程度上意味着生产者不需要承担除传统责任外其他额外的责任。

我国在借鉴国际通行做法的同时，融合了两种模式的优点。

浙江省地方立法在继承上位法立法精神的同时，结合本省实际，对于以生产者为主体的共同责任制度应进行进一步深化，增加实施该制度的一些具体措施，使其更具可操作性。

秉承上位法的基本制度，把对产品的循环回收利用的责任主体扩大到销售者、消费者等主体，让所有能够接触到产品的社会成员都加入到循环经济的实践中，同时增加具体的实施措施，以法律的强制手段推动全社会来共同发展循环经济。

循环经济的发展，离不开社会公众的广泛参与。地方立法中应充分考虑全社会的参与程度，建立了以消费者为主体的公众参与制度，争取能够调动社会成员尤其是消费者的积极性，共同促进资源的循环利用。建立以消费者为主体的公众参与制度，将以往单单由生产者参与的循环经济活动，延伸到包括消费者、销售者和其他组织在内的整个社会，在全社会营造出一种节约资源的氛围。

二、循环经济规划和管理

（一）循环经济规划

循环经济规划，是指有关政府部门制定的推进循环经济发展的全面而长远的规划。循环经济规划制度是指对循环经济规划的制定、法律效力及其实施的一整套法律规范体系。循环经济规划是循环经济发展的主要依据，是开展一切社会经济活动所应遵循的基本准则。中央在《国务院关于加快循环经济发展的若干意见》中，已经对发展循环经济的主要问题做出了原则规定和要求。各级政府应当把发展循环经济作为编制有关规划的重要指导原则，用循环经济理念指导经济发展规划的制定。

目前，我国循环经济规划出现了多种不同的模式。例如，辽宁省提出了“3+1”模式；江苏结合生态省建设制定了发展循环型工业、循环型农业、循环型服务业和循环型社会的专项规划；山东提出了发展循环经济的“点、线、面” 和“八创建活动”模式；贵阳市提出了“一个目标、两个环节、三个核心系统和八大循环体系”战略框架，建立和采取了“政府主导、规划先行、制度建设、立足生产、转变观念”的循环经济建设和推进体系。然而，循环经济规划在我国并没有形成既定的规范体系。概括而言，存在两种形式：第一种是制定专门的循环经济规划，设定循环经济的目标和指标，提出发展循环经济的任务、重点和措施等。第二种形式是在总体规划、区域规划和一些专项规划中融入循环经济的理念、原则，增设部分章节和内容，出台或者不出台循环经济实施方案。

（二）循环经济园区管理

当今世界循环经济的四种模式主要有：1) 杜邦模式——企业内部的循环经济模式；2) 以丹麦卡伦堡工业园区为典型代表的工业园区模式；3) 德国包装物双元回收体系；4) 日本的循环性社会模式。国外并没有专属的循环经济园区的建设，但它们的工业园区的建设领先我们很多。

浙江省于 2007 年成为全国发展循环经济的试点省。在此背景下，省委、省政府按照发展循环经济的要求，作出了大力发展战略部署，如出台《循环经济发展规划编制指南》、《浙江省循环经济试点实施方案》等多部文件。浙江省将工业循环经济视为循环经济的主体和核心，先后公布了浙江省工业循环经济示范园区的三批名单，逐步推进“减量化、再利用、资源化”的工业循环经济的发展。

浙江省现阶段的循环经济产业集聚区、循环经济试点基地和工业循环经济示范园区建设在产业结构方面不是十分理想。只有进一步推动循环型产业集群集聚发展，创建专属的循环经济园区，构建循环经济主导产业链，进而加快发展生态循环农业、引导发展循环型服务业、积极培育支持循环经济发展的新兴产业、强化资源回收与综合利用，进一步推进资源节约与集约利用、深化污染减排和清洁生产、加强应对气候变化能力建设、倡导绿色消费，才能真正形成全省循环经济产业模式。在空间布局上，应更加依托全省各地现有产业基础以及循环经济的比较优势，加大循环经济发展的空间整合力度，在各地已建园区内强化区域合作、

资源共享和设施共建，着力形成“四核五区”的循环经济空间布局，增强全省范围内循环经济发展的整体竞争力。

（三）循环经济技术、工艺和设备名录

循环经济技术、工艺和设备名录制度是指政府主管部门制定给予政策扶持的循环经济技术、工艺和设备目录并定期更新的制度。该制度符合技术革新和市场经济的需求，有利于循环经济的发展。循环经济技术、工艺和设备的扶持发展名录为政府扶持发展循环经济，对循环经济企业在金融、土地、税收等方面优惠政策提供了重点扶持对象。产业目录的制定和更新主要是发展改革部门的职责，2012 年 6 月，国家发展和改革委员会、环境保护部、科学技术部、工业和信息化部颁布了《国家鼓励的循环经济技术、工艺和设备名录（第一批）》，在这之前，国家发改委、科学技术部等部门也针对循环经济发展的技术、工艺和设备颁布实施了一系列重点扶持目录。然而，由于更新周期较长、内容不贴近浙江省实际等原因，无法紧跟循环经济技术革新的脚步，不能较好地服务于浙江省循环经济的发展。因此，需要省人民政府发展和改革行政主管部门会同有关部门定期根据浙江省实际情况以及循环经济技术发展情况更新循环经济技术、工艺和设备扶持发展名录。

浙江省相较于全国，不仅在技术研发上处于较为领先地位，而且其产业类型也有自己独特的地方特色。例如对于很多重金属的回收利用因为不在国家颁布的工艺目录中而无法得到政策优惠。企业经过大量的资金、人力投资对新技术进行研发和运用，却由于该技术、工艺或设备不在国家重点扶持的名录中而无法得到政府的政策扶持，这种情况会大大抑制循环经济企业对技术的革新，从而不利于循环经济的长远发展。

在全国其他省市的循环经济促进条例中，对循环经济技术、工艺和设备扶持发展名录定期更新的规定并不多见。山西、深圳等循环经济立法领先的地区对于该名录的区域化规定和定期化更新并没有予以提及。只有《甘肃省循环经济促进条例》第十四条提到：“省人民政府发展和改革行政主管部门应当会同有关部门，定期制定发布发展循环经济产业指导目录和发展循环经济技术、工艺及设备导向目录，指导循环经济发，引导社会应用先进适用的循环经济技术、工艺和设备。”

(四) 循环经济绩效评价和考核

绩效评价和考核制度是借用管理学上的概念。循环经济绩效评价和考核是指在循环经济发展过程中，相关部门可以建立循环经济的考核体系，把相关主体的实施情况作为政府考核的一项重要内容。绩效评价制度对于科学评价并积极促进循环经济发展具有重要意义。为有效推进循环经济的发展，改变各地重经济增长轻资源和环境保护的做法，必须在法律上建立切实有效的目标考核制度。

三、减量化、再利用和资源化

(一) 减量化优先原则

减量化是循环经济的重要内容，指在生产、流通和消费等过程中减少资源消耗和废物产生。在减量化的多种定义中，以“全过程多级减量”最能体现可持续发展的基本思想和我国环境管理的基本原则。该定义包括源头减量化、中间减量化和末端减量化三个子系统，把生态设计、清洁生产、可持续消费、资源再利用和垃圾的分类收运、综合处理融为一体，从系统论的理论出发，对垃圾多级减量化进行全过程控制，以达到减量的最佳效果。循环经济的根本目标是要求在经济流程中系统地避免和减少废弃物，因而从输入端加以控制的减量化原则，是循环经济的第一优先原则，再生利用只是减少废物最终处理量的途径之一。

西方发达国家发展循环经济一般侧重于废物再生利用，而我国《循环经济法》则强调减量化优先的原则。

减量化原则要求在生产过程中通过改进管理技术，找出能够节约使用物质和节省能量消耗的方法，减少进入生产和消费过程的物质和能量流量。这就需要人们树立尽可能减少利用自然资源和减轻废弃物处理压力的消费意识和观念，尽量选择购买耐用的高质量的和能循环利用的产品。要求人们改变消费至上的生活方式，由过度消费向绿色消费转变，从追求环境不友好的物质品牌向追求崇尚环境友好的生活方式转化。

(二) 资源消耗和废物排放限额管理

浙江作为“资源小省”和“经济强省”，资源与环境的制约十分严峻，而工业循环经济是循环经济的主体和核心，是浙江省经济转型、节能减排工作的主要载体。资源消耗和废物排放限额管理制度着力对能耗高、污染重、影响我国循环经济发展工业行业和重点企业明确提出节能减排的约束性要求。因为企业是循

环经济发展的重要的源头，为了保证节能减排的各项规划目标得以实现，当前和今后一个时期对重点行业的高耗能、高耗水企业进行重点管理是十分必要的。抓住了这些重点企业，就等于抓住了资源节约和循环利用的关键。

《循环经济促进法》中规定：“发展循环经济应当在技术可行、经济合理和有利于节约资源、保护环境的前提下，按照减量化优先的原则实施。”在《循环经济促进法》中，减量化作为一般规定，对各省循环经济立法都有指导作用。此外，陕西、广东、大连、重庆和甘肃等地的循环经济促进条例中均有专门一章对减量化的内容进行规定。陕西省增加了第三十六条交通减量化和第三十四条照明节能；广东省对生产领域资源消耗的限制规定较少，着重于对包装和消费领域的规定；大连市主要对建筑业规定较多；重庆市缺少对服务型行业的限制管理；甘肃省对节水方面规定较多，节能、节地方面涉及的内容较少。各省市的循环经济立法都突出其省特色，不足的是各省市立法中均无对国家机关及使用财政性资金的其他组织规定节能节水。

相比之下国外的循环经济立法主要侧重于资源的再利用上。德国是世界上最早实施循环经济的国家之一，其循环经济法制建设也走在世界的前列。

(三) 垃圾减量化和处理

垃圾从减量到处理是一个系统，即包括垃圾的源头减量(Reduce)、重复使用(Reuse)和回收(Recycle)，因此循环经济条例关于垃圾的规定既可见于减量化环节，也可见于再利用和资源化环节。

德国在垃圾减量化及资源化方面实行了一整套措施，建立了垃圾分类回收系统，建立包装物等资源垃圾的回收再利用系统，建立家庭垃圾分类收集系统，用经济手段促进垃圾的减量化和资源化，对部分产品征收生态税，实行垃圾处理收费制，实行押金制度，利用和开发资源化技术建设资源垃圾分选，处理和再生利用设施。在德国，大多数城市都按户征收垃圾处理费，有一部分城市开始试用计量收费制，即按废物的种类与数量收取不同的费用，通过垃圾收费的方式，直接将循环经济落实到每户人家中，使循环经济的参与者从企事业单位扩展到普通大众，成为了国民日常生活必须要考虑的一部分，这些国家对于循环经济的政策与经验都值得我国循环经济立法的参考与借鉴。

美国不仅是经济超级大国，也是垃圾超级大国，每年产生的垃圾废物多达

654 亿吨，在垃圾无害化处理技术比较成熟的今天，积极推进垃圾的减量化和资源化已成为美国废物行政管理部门的着眼点。为积极推进垃圾的减量化和资源化运动，美国实施了一系列的政策：一是源头减量，二是循环再生，三是积极促进再生制品的使用促进垃圾的再循环，四是积极开发和应用垃圾资源化实用技术。

90 年代初，加拿大颁布了垃圾减量化策略主要是对居民垃圾及工、商和公共机构垃圾实施 3R 法规。根据 3R 法规，包装生产企业和进口商必须尽量减少包装材料的使用，各地方政府、社会公众组织和企业最晚不得超过 1996 年 7 月开始参与回收再利用项目的活动。3R 制度还要求居民人数超过 5000 的自治市提供垃圾回收和家庭堆肥服务；居民人数超过 50000 的自治市必须通过社区堆肥来减少树叶和庭院垃圾的产生。

我国现行城市生活垃圾污染防治立法的不足的主要表现为：城市生活垃圾减量化、资源化未能成为立法的主要方向；现行法律规定过于原则，不利于实际操作；现行法律确立的管理体制不利于走出城市生活垃圾污染防治工作困境，法律规定本身不完善等。要使城市生活垃圾减量化，必须通过各种适当的方法和技术来实现，如分流废弃物必须通过适当的资源化利用技术才能重新利用，生活垃圾的预处理技术的应用可以使原生生活垃圾减量等。苍南县于 2011 年 10 月份在凤阳乡顶堡村开建首座太阳能垃圾减量化处理站，占地约 200 平方米，目前建有 4 个仓，投用后每天可处理生活垃圾 2 吨，实现可降解生活垃圾降解率 92%，项目试用期满后将在其他山区农村推广。

浙江省建筑施工企业资本运作水平闻名全国，资本利润率、资本利税率多年居全国首位。浙江省的建筑行业所处的地位充分显示了浙江省要发展循环经济，建筑行业的废物管理是势在必行的。对建筑垃圾的有效管理可以促进浙江省建筑行业在浙江省循环经济的发展中发挥重要作用。

（四）再利用和资源化

再生资源产业是循环经济模式中极为关键的一环。资源的再生利用是一个产业的废弃物可以作为另一个产业的原材料，一个生产过程的废弃物可以作为另一个生产过程的原材料，一个产品的废弃物可以作为另一个产品的原材料，从而形成不同的产业链。再生资源实际是再生后的废弃资源，它是指人类在生产和消费

过程中已经失去原有使用价值或未认识其使用价值而废弃的各种社会产品或其排泄品的总称。包括各种固体、液体和气体的废弃物。如果把各种废弃物加以回收、加工和利用，将实现废弃物的再生。再生资源的回收利用是以物资不断循环利用的经济发展模式。传统经济运行方式遵循一种由“资源消耗—产品工业—污染排放”所构成的物质单向流动的开放式线性经济。在这种经济运行方式中，人类通过对资源的粗放型经营和一次性利用，实现经济的数量型增长，这种经济生产高消耗、高产量、高废弃的现象直接造成了对自然环境的恶性破坏。按照生态规律利用自然资源和维持环境容量，重新调整经济运行方式，实现经济活动生态型转化的循环经济，是人类社会经济发展历史的一次突破性转变，也是实施可持续发展战略的重要途径和有效方式。

再生资源回收利用是实现资源永续利用的重要措施。积极推进再生资源回收利用，将大量社会生产和消费后废弃的资源回收利用，可以减少对原生资源的开采，提高资源综合利用率；既节约了大量的资源，又推动了经济增长方式由粗放型向集约型转变。因此，大力提高再生资源回收利用水平，是促进资源永续利用的重要措施。同时，再生资源回收利用是治理污染，改善环境的必然要求。积极推进再生资源的回收利用是治理污染的重要措施。随着我国综合国力的增强和居民生活水平的提高，人们对城市环境质量的要求会越来越高，国家将进一步加大环境污染综合治理的力度，这将为再生资源回收利用的发展创造有利的条件和良好的社会环境。

现行的《环境保护法》没有再生资源回收利用方面的相应规定。1995 年出台的《固体废物污染环境防治法》第 3 条仅是规定了固体废物的减量化、资源化和无害化原则，第 17 和第 18 条仅分别规定了包装物和农用薄膜的回收利用问题。2002 年出台的《清洁生产促进法》围绕企业的清洁生产进行了一些相关的规定，如第 9 条规定了发展循环经济，促进企业之间在资源和废物综合利用等领域进行合作，实现资源的高效利用和循环使用问题；第 10 条规定各级政府和有关主管部门向社会提供可再生利用的废物供求信息和服务；第 13 条规定了节能、节水、废物再生利用等环境与资源保护方面的标志和标准的制定问题；第 16 条规定了政府优先采购和鼓励公众购买节能、节水、废物再生利用等有利于环境与资源保护的产品的问题；但这些规定还不能够涵盖诸如主要工业废弃物、农业废弃

物、废包装、废塑料、废玻璃、废旧家电、废旧电子产品、建筑废物、食品垃圾、废旧汽车及其配件等大宗废物的专业性循环利用问题。

《重点生态功能区生态补偿立法研究》成果要报

任世丹*

主体功能区的定位，从最初的“规划”（《“十一五”规划纲要》）上升到“战略”（《“十二五”规划纲要》），并最终落实为生态文明制度体系的重要组成部分之一（《十八大报告》）。“区域分工”的管理理念在避免“公地悲剧”的同时深化了区域环境与经济利益之间的冲突。建立稳定、长效的区域生态补偿机制，方能真正将“绿水青山”变成“金山银山”。在此背景下，本课题获批 2012 年度国家社科基金项目。经过近四年的研究，本课题取得了实质性进展。以下将从“现实需求”、“主流对策思路及问题”、“课题组对策建议及可行性分析”、“本课题成果应用转化建议”四个方面简要汇报本课题的研究成果：

一、现实需求

2010 年 12 月 21 日国务院印发《全国主体功能区规划》，确定包括大小兴安岭森林生态功能区等 25 个地区为国家级限制开发的重点生态功能区、已有的 1443 处国家自然保护区域以及今后新设立的国家自然保护区域为国家级禁止开发的重点生态功能区。截至 2015 年 7 月，我国地方各省、自治区、直辖市、新疆生产建设兵团编制的省级主体功能区规划也已全面完成。应不应该对重点生态功能区进行生态补偿，尽管是补偿对策研究的基础，但是目前基本上不存在争议。如何补偿，才是当前亟待研究和解决的问题。

财政转移支付和市场化补偿是两种主要的补偿路径。财政转移支付补偿模式的最大问题是财政补偿资金不足；而市场化补偿模式有利于拓宽补偿资金的来源，但市场化补偿模式的运行至少需要两个条件，即完备的市场和相应的立法。我国重点生态功能区和贫困地区具有高度相关性，西部地区省份省级纵向财政转移支付补偿模式令其财政“捉襟见肘”。鉴于此，党的十八大三中全会、2014 年新修订的《中华人民共和国环境保护法》以及中共中央、国务院印发的《生态文明体制改革总体方案》均要求推动地区间建立横向生态补偿制度。如何建立地区间横向生态补偿制度，是当下区域生态补偿对策研究中的重点领域。

*任世丹，西南政法大学应用法学院副教授。

二、主流对策思路及问题

(一) 主流对策思路

目前，我国已经制度化的以及正在通过实践探索开展生态补偿制度建设的七大领域分别是森林、草原、湿地、矿产资源开发、海洋、流域和重点生态功能区。其中，市场化补偿机制相对成熟的是流域生态补偿。浙江省最早尝试开展所辖上、下游市之间的“水权交易”。水权交易建立的思路是流域生态系统服务功能价值在协商基础上的定价及交易。由于流域生态补偿与区域生态补偿主体类似，目前区域生态补偿研究大多依照流域生态补偿的路径开展。本人曾参加过一次重庆市区域生态补偿研究课题组的中期考核评审会，该课题组对重庆市五大功能区生态系统服务功能价值分别进行了测算，并在此基础上得出初步研究结论：生态系统服务功能价值亏损的地区应补偿生态系统服务功能价值盈余的地区，补偿的标准按照生态服务功能价值的差额换算，从而通过地方立法构建生态补偿法律关系。

(二) 存在的问题

首先，上述主流对策思路存在科学性问题。区域一般是若干个生态系统的组合，是与生态服务相关的最复杂的一个尺度。区域生态系统服务价值涵盖了区域内各生态要素的生态服务价值。我国目前是将重点生态功能区生态补偿与森林、草原、土壤等自然要素生态补偿并列设置的。这也意味着，重点生态功能区提供的生态服务与重点生态功能区内森林、草原、河流、土壤等自然要素的生态服务必须能够区分。然而，抛开区域所有自然要素单独测算区域生态系统服务价值是无法实现的。

其次，上述主流对策思路存在正当性问题。我国现行《森林法》、《草原法》、《矿产资源保护法》、《水土保持法》均建立了相应的生态补偿制度。在我国自然资源国家所有权制度框架下，自然要素生态补偿的受偿主体一般是作为自然资源所有权主体代表的地方各级人民政府或主管部门。既然无法区分重点生态功能区提供的生态服务与重点生态功能区内森林、草原、河流、土壤等自然要素的生态服务，那么在现有生态补偿体系框架下，补偿支付主体既承担森林、流域等生态补偿支付义务，又承担重点生态功能区生态补偿支付义务，两者有重复负担之嫌；补偿受益主体亦享有双重受偿权利，缺乏正当性依据。

由此可见，重点生态功能区生态补偿与流域生态补偿看似相似，其实存在本

质区别：前者是复合生态要素的组合，后者是单一生态要素。拟依照流域生态补偿制度构建的思路以生态系统服务功能价值为基础构建地区间横向生态补偿制度难以成功。

三、课题组对策建议及可行性分析

(一) 课题组对策建议

生态补偿制度的一般构建思路是：环境利益“外溢”——“外溢”利益的弥补。正如上文中的分析，这一思路对于区域生态补偿难以适用。鉴于此，本课题组另辟蹊径，从“权利——权利剥夺——利益损失——利益弥补”的思路提出对策建议。事实上，“被动式环境变迁中环境剥夺问题”以及“环境政策导致的环境权利转移中的损失补偿”一直是国外生态补偿相关研究的重要议题。

1. 什么权利？

土地发展权。土地发展权被认为是从土地所有权中分离出来的一种物权，是通过土地利用的纵深扩展或用途变更来谋取更大发展增益的权利（陈柏峰，2012）。对于任何国家或者民族来说，无论那里的法学理论或法律是否明确确认或者设置了这项权利，也无论那里的法学理论或法律如何称呼这项权利，土地发展权一直是土地所有权的重要组成部分（程雪阳，2014）。我国法学界目前主要通过土地发展权理论探讨土地增值收益的正当分配问题。课题组从相反视角——“土地发展权损失补偿”——将之与区域生态补偿联系在一起。在法律实践中，区域利益被让渡给“政府”代理，即区域政府是区域生态补偿主体。而作为土地国家所有权代表的区域政府也享有区域土地发展权。

2. 重点生态功能区土地发展权的限制或剥夺

主体功能区划战略实施后，被划为重点生态功能区内的土地虽然没有被物理侵入和使用，但是其开发利用权却受到相关管制法规的限制，构成管制性准征收。

3. 土地发展权“剥夺”导致的特别牺牲

若不存在国土空间开发管制，在每个区域都享有自主选择土地利用方式及开发强度的权利的情势下，任何一个区域都会选择最大限度地利用其生态环境资源开展工业化、城镇化建设从而实现最大经济效益。然而，在国土空间开发管制下，重点生态功能区内土地的经济性功能受到限制或剥夺，与其他主体功能区相比，构成一种特别牺牲。

4. 特别牺牲之利益补偿

潜在的补偿支付主体对区域生态系统服务功能价值的科学性及双重支付义务的正当性存在质疑，相比之下，他们较能认可权利“剥夺”之下的特别牺牲。服务总是一个相对的概念，只有支付主体认可服务存在方能达成协议。本课题组的对策建议为双方补偿合意达成的可能性提供了意识基础。

简言之，区域生态补偿是在主体功能区划背景下，通过土地发展权从生态功能区向开发区转移，带动资金做相反流动，以此落实对生态功能区的生态补偿。依据这一思路，本课题组对省（或直辖市）域内区域生态补偿制度的初步设计如下：

1. 区域生态补偿采取市场化模式，更确切地说是“政府+市场”的模式。其中，“政府”，具体指省（或直辖市）人民政府，省（或直辖市）人民政府负责立法、土地发展权的确立及初始分配、建立“土地发展权交易银行”、具体补偿协议的指导与协调等工作；“市场”，指的是市场化交易方式，而市场化交易主体（包括支付主体和受偿主体）为县级人民政府。

2. 具体的流程：首先，由省（或直辖市）人民政府依据本地生态环境承载能力、经济社会发展潜力以及社会、经济、生态保护目标确定土地发展权总量，并在公共服务均等化的基础上进行区域分配；其次，各功能区依照不同的发展政策要求和实际需要，出售或者购买土地发展权指标，依照双方协议享有权利并承担相应的义务。

3. 区域生态补偿制度的实施与各功能区约束性政策有机协调，意即，开发区不得因为购买土地发展权指标而降低其应达到的生态环境质量约束性目标。

区域生态补偿制度的构建需要生态学、经济学、管理学、法学等多个学科的共同努力。本课题研究主要是从立法的视角进行探索。但是，特别需要指出的是，相应的立法是该制度功能得以实现的必要条件。补偿的主体、方式、补偿资金的结算与用途管理等等均需要立法予以明确规定并保障实施。

（二）可行性分析

国外及国内在相同领域或不同领域均有类似的实践并较为成功，这为本课题对策建议的实施提供了可行性依据。当然，对于国外相关制度及其实践，纯粹的“拿来主义”显然行不通，有必要做本土化“改良”；对于国内相关实践显现出来的

问题，本课题组在对策设计时特别注意探寻相应的解决措施。

1. 美国的土地发展权转移制度

美国的土地发展权归属于土地所有权人，政府为了保护城市郊区的耕地或其他环境敏感区往往向土地所有者购买发展权，或者允许所有权人将发展权转移至可开发区。但其发展权流转一般限定在一定区域范围内。各州转让机制各不相同，如有的设发展权市场，或由中介商公开买卖或由政府将土地发展权征收后再转让给开发商、有的将发展权证券化。

2. 重庆市“地票”交易制度

作为国务院批准的统筹城乡综合配套改革试验区，重庆市开展了城乡建设用地增减挂钩试点。依据《重庆市农村土地交易所管理暂行办法》的规定，地票实质上就是城乡建设用地增减挂钩指标，地票交易就是指标交易。尽管存在一定问题，但该制度对于耕地保护、增加农民收入、缓解城市建设用地紧张等具有积极意义。

四、本课题成果应用转化建议

2013年9月，中共中央重庆市委四届三次会议研究部署了重庆市功能区域划分和行政体制改革工作，在综合考虑人口、资源、环境、经济、社会、文化等因素的基础上，重庆市划分为都市功能核心区、都市功能拓展区、城市发展新区、渝东北生态涵养发展区和渝东南生态保护发展区五个功能区域。其中，渝东北生态涵养发展区和渝东南生态保护发展区就是重庆市重点生态功能区。2015年11月17日中共中央重庆市委四届七次全体会议通过的《中共重庆市委关于制定重庆市国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》（以下简称“《规划建议》”）中明确要求“完善五大功能区域发展战略配套政策体系，构建区域协调发展新机制。”可见，本课题组的成果与该《规划建议》相关要求是非常契合的。

与此同时，重庆市具有探索生态补偿地方立法先河的必要性和可行性，本课题组也能为重庆市的生态补偿政策及立法提供些许智识贡献：

1. 必要性

目前，除了浙江、江苏等个别东部经济发达省份出台了关于生态补偿以及省域范围内区域生态补偿的规范性文件之外，大多数省份没有相关规范性文件。西部的生态环境质量关系到全国生态环境安全。在国家编制的《全国城镇体系规划》

文本中，重庆是五大“国家中心城市之一”，理应成为西部地区的“排头兵”。尤其在推进五大功能区发展战略的“十三五”期间出台重庆市生态补偿地方性立法能发挥显著的积极作用。

2. 可行性

本课题组的研究成果部分借鉴了重庆市的地票交易制度，在制度设计理念及操作层面均具有相似之处。尽管重庆市地票交易制度还存在不完善的地方，但是该制度的创新性和效用是不容置疑的。鉴于本课题研究成果与重庆现行地票制度的相似性，按照本课题组的对策建议构建重庆市域范围内的地区间横向生态补偿制度不存在“落地”方面的障碍，具有较大的可行性。

样本分析与制度完善：地方环境实施性立法研究

徐以祥 李兴宇*

摘要：地方环境实施性立法是我国地方环境立法的重要组成部分，其立法质量的良莠，决定着我国环境保护法律实效的各个方面。通过对全国地方环境实施性立法进行样本选取与分析，可以看出，我国地方环境实施性立法在立法体例，立法内容、调整手段、法律责任设置、立法成本效益分析等方面均存在不同程度的问题，针对地方环境实施性立法过分注重与上位法体系与结构的对应性、重复上位法，操作性弱、地方特色不明显，针对性不足等问题，建议有关部门正确认识地方环境实施性立法的功能，针对不同情形选择恰当的立法体例；正确处理“不抵触”与“地方特色”之间的关系；强化立法调研与论证，量化“良法”标准；准确把握地方环境实施性立法的立法时机。惟其如此，才能真正实现地方环境实施性立法的目的与功能。

关键词：地方环境实施性立法；样本分析；制度完善

我国域内各地自然条件差异明显，各区域经济和社会发展水平也存在较大差异，导致环境问题产生的原因、表现形式、解决方法及步骤均有所不同，因而中央环境立法不能完全采用统一立法的方式对各地具体的环境保护进行全面规范，而只能从宏观和普遍意义上最大可能地为我国的环境保护提供最基本的法律依据，具体的环境保护工作则需要各地根据当地环境特性制定更为细致的地方性环境法规、规章，以调整复杂多样的生态法律关系。环境实施性立法是地方环境立法最为重要的组成部分，其立法质量的良莠，直接关系着中央环境立法能否因地制宜地有效施行，也关系着地方环境保护法律实效的各个方面，因此，对相关法律、法规、规章等样本进行选取与分析，梳理出我国当前在环境实施性立法方面存在的不足，不仅存有理论上的价值，更具有现实的意义。

一、地方环境立法的类型界分

根据《立法法》第 73、82 条的规定，按照立法事项性质的不同，地方环境

*徐以祥（1974—），男，云南牟定人，西南政法大学经济法学院教授，环境法博士生导师。主要从事公法与环境法学研究。

李兴宇（1988—），女，四川内江人，西南政法大学经济法学院，环境资源法专业 2013 级研究生。

立法可以分为三种类型，即实施性立法、自主性立法和先行性立法。自主性立法是指，立法的范围属于地方性事务，需要制定地方性法规、规章的事项，其针对性强、地方色彩鲜明，充分体现地方文化、风俗以及社会和经济结构的特性。如《湘西土家族苗族自治州凤凰历史文化名城保护条例》（2011修订）、《重庆市长江三峡水库库区及流域水污染防治条例》（2011修订）。先行性立法是指，除法律专属事项规定的事外，对于国家尚未制定法律或者行政法规的事项，地方根据自身具体情况和实际需要，先制定的地方性法规。如《湖南省湿地保护条例》（2005）、《河北省水权确权登记办法》（2014）等。实施性立法则是指，为执行中央法律、行政法规的规定，地方根据本行政区域的实际情况，对中央法律、行政法规已经规定的事项作具体规定的地方性法规、规章的立法活动，如《重庆市环境保护条例》（2010修订）、《贵阳市大气污染防治办法》（2005）等。其中，地方环境实施性立法，因其细化、补充中央环境立法的特殊功能，因而在地方环境立法中占据着重要地位。

二、地方环境实施性立法的功能定位

如前所述，地方环境实施性立法是指，为执行中央环境法律、行政法规的规定，地方根据本行政区域的实际情况，对中央环境法律、行政法规已经规定的事项作具体规定的地方性法规、规章的立法活动。地方环境实施性立法是依据国家法律规定的权限制定法的活动，是中央环境立法的延伸，因此，其所有内容和程序在符合国家法律“不抵触”的前提下，还须实现其细化、补充之功能，具体而言，该功能可分为两个部分：

（一）可操作性功能

地方环境实施性立法旨在结合本地的自然环境情况和经济、社会条件，将国家的环境立法予以细化。由于我国各地的自然环境条件差异较大，社会经济发展水平也不同，故中央在环境立法过程中采取了“宜粗不宜细”原则，只对一些最基本的、最普遍的环境问题做出规定。这就需要在地方环境实施性立法中将其予以具体化，并在立法权限内加以补充和完善。因此，地方环境实施性立法不仅需要遵守一般的立法原则，还必须考虑到本地区的自然环境和地理条件，最大可能地使国家法律中的规范具体化，使地方环境立法尽量起到对国家环境立法的执行和补充作用，从而保证法律、行政法规的原则规定在本行政区域内得到更好的贯彻实施，以实现法律、法规的实效性，若地方环境实施性立法不能保证其实效，那么这些立法就只能是流于形式的规则条文，形同虚设。

（二）地方特性功能

地方环境实施性立法最核心的任务与功能即在于具体细化上位法，使上位法更具操作性，而这种操作性实现的关键又在于要结合各地实际情况，满足各地实际需求，努力实现地方特色。地方特性不仅是实施性立法功能的集中体现，也是实施性立法得以实施的重要条件。因此，并非只有地方自主性立法才需要体现地方立法的“地方特性”，“地方特性”是地方性法规、规章的身份标志，也是地方性法规、规章得以存在的理由，无论是地方环境自主性立法、还是地方环境实施性立法，其本质均是要体现地方环境问题的特殊性，以此才能达到地方立法的目的。故，地方立法机关在维护国家法制统一的基础上，应当充分发挥主动性、积极性，在立法职权范围内，针对地方环境问题的特殊性，按照当地环境污染和资源利用的现状、当地环境保护的需要以及环境保护规划的安排，决定地方环境实施性立法的规划、计划、立法项目和具体安排，使地方环境实施性立法更具地域特性。

然而，目前出台的各种环境地方性法规、规章是否都是严格针对本行政区的实际需要和具体情况而制定；是否实现了其可操作性与地方特性之功能；在立法对象与规制范围方面是否存在不恰当的偏废情形；在立法体例与内容方面是否存在重复、抄袭、虚设，造成立法资源浪费；是否应出台更为明确可行的制定标准来指导地方环境实施性立法的起草、审核与通过。这些都是目前地方环境实施性立法最核心的问题所在。下文将在对我国目前地方环境实施性立法现状进行数据分析、比较分析的基础上，对这些问题作出解答。

三、地方环境实施性立法的立法时机

地方环境实施性立法是为执行上位法而制定的，以更好地实施上位法，这是制定地方环境实施性立法的基础条件。由此，可以将其制定的情形分为两类：1. 环境上位法中相关内容明确规定了地方制定相应的环境实施性立法之情形；2. 环境上位法中未明确要求地方制定实施性立法，仅原则性规定地方人大或政府的职责，需要地方进行实施性立法予以细化之情形。

(一) 环境上位法中，明确要求地方人大或政府制定或可以制定实施性法规、规章的情形列举

法律、法规名称	具体条文
《环境保护法》	第 59 条第 3 款
《海洋环境保护法》	第 5 条第 5 款
《城乡规划法》	第 3 条第 1 款
《环境影响评价法》	第 36 条
《固体污染防治法》	第 49 条
《大气污染防治法》	第 4 条第 1 款
《土地管理法》	第 5 条第 2 款
《水法》	第 55 条
《草原法》	第 48 条
《渔业法》	第 23 条
《煤炭法》	第 27 条
《矿产资源法》	第 16 条
《野生动物保护法》	第 14 条
《野生植物保护条例》	第 22 条
《水土保持法》	第 23 条第 2 款
《自然保护区条例》	第 11 条第 3 款、第 43 条

中央环境法律、法规中有关地方制定环境实施性立法的规定，分为两类，一类是授权性质的，规定地方“可以”定实施办法或管理办法。如《环境保护法》第 59 条第 3 款规定：“地方性法规可以根据环境保护的实际需要，增加第一款规定的按日连续处罚的违法行为的种类。”《煤炭法》第 27 条规定：“省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会可以根据本法和国务院的规定制定本地区煤炭生产许可证管理办法。”授权性的规定，属于地方自主选择内容，是否需要制定相应的实施性规定可以根据地方的实际需要来确定，如若上位法可以满足地方环境问题对立法的需求，则可不必再制定实施性立法；如若上位法施过于原则，不能满足地方环境实践对立法的需求，则可制定地方环境实施性法规、规章。另一类是职责性质的，即要求地方人大或政府制定相应的实施性法规或具体办法来保障法律、法规的贯彻实施。如《草原法》第 48 条规定：“国家支持依法实行退耕还草和禁牧、休牧。具体办法由国务院或者省、自治区、直辖市人民政府制定。”

《野生植物保护条例》第 22 条规定：“地方重点保护野生植物的管理办法，由省、自治区、直辖市人民政府制定。”职责性的规定，表明地方人大或政府应当严格按照法律、行政法规的明确要求和范围，制定相应配套的实施性法规、规章，以保证法律、行政法规得到遵守和执行。

(二) 环境上位法中，未明确要求地方人大或政府制定实施性立法，仅原则性规定地方人大或政府的职责，需要地方进行实施性立法予以细化的情形列举

法律、法规名称	具体条文
《环境保护法》	第 18 条、第 26 条、第 30 条、第 31 条、第 37 条、第 47 条、第 49 条、第 53 条
《大气污染防治法》	第 5 条、第 23 条、第 32 条、第 73 条、第 86 条第 3 款、第 93 条
《水污染防治法》	第 8 条、第 44 条、第 48 条、第 61 条、第 64 条
《水法》	第 8 条、第 16 条、第 23 条、第 25 条、第 33 条、第 36 条、第 42 条、第 50 条
《海洋环境保护法》	第 6 条、第 20 条、第 21 条、第 27 条

以 2014 年新修订的《环境保护法》为例。新《环境保护法》增加了许多法律制度与条款，需要地方人大或政府及时进行环境实施性立法，以对上位法作出回应。如第 18 条：“省级以上人民政府应当组织有关部门或者委托专业机构，对环境状况进行调查、评价，建立环境资源承载能力监测预警机制。”因此，地方立法机构应当明确“有关部门”与“专业机构”的资质条件，进行“调查、评价”所应遵循的标准、程序、步骤，并以立法的形式确定适合本地区的“环境资源承载能力监测预警机制”。第 26 条规定：“国家实行环境保护目标责任制和考核评价制度。县级以上人民政府应当将环境保护目标完成情况纳入对本级人民政府负有环境保护监督管理职责的部门及其负责人和下级人民政府及其负责人的考核内容，作为对其考核评价的重要依据。考核结果应当向社会公开。”因而，地方立法机构应根据本地区情况，确定环境质量指标和生态环境建设保护等内容，增强责任书内容拟定的科学性、有效性；明确实施过程中的操作方法及法律

责任形式；建立环保问责、监督自查等制约机制；并通过建立相应的信息公开保障机制来进一步增强考核的社会性与透明度，促进公众主动参与到环境保护中。

第30条规定：“开发利用自然资源，应当合理开发，保护生物多样性，保障生态安全，依法制定有关生态保护和恢复治理方案并予以实施。”因而，地方环境立法应依据当地自然环境与生态状况，及时就生物物种、生态系统、遗传基因多样性问题，各有关管理机构生态安全保障权限、职责与灾害、自然灾害应急机制及其后果的消除等问题进行立法，并根据当地环境破坏程度与生态特性对生态恢复治理的主体、手段、程序、公众参与方式以及相应配套机制等作出规定。

四、地方环境实施性立法存在的问题

在对地方环境实施性立法进行梳理与分析的过程中，总结出以下几方面的不足：

（一）在立法体例方面存在的问题

1.过分注重体系与结构的对应性

长期以来，我国地方环境实施性立法存在的一个问题即是，过分注重其完整性、结构性以及与上位法的对应性。这种过于追求与上位法的对应性直接导致了地方环境实施性立法的趋同性。以河北省、山西省、甘肃省、江苏省、湖北省、湖南省、云南省、海南省、四川省、贵州省、吉林省、山东省、广东省13省《环境保护条例》为例。其中，前8个省的《环境保护条例》基本沿袭了《环境保护法》的体系与结构，而未根据本省的具体情况作出相应改变；四川省、贵州省对其立法体系与结构做了少许改动，如《四川省环境保护条例》第四章并未沿袭《环境保护法》第四章“防治污染与其他公害”，而是将之调整为“建设项目环境管理”；相较而言，吉林省、山东省、广东省则根据本省的具体情况，对《环境保护条例》的体系与结构作出较大的改动，以《广东省环境保护条例》为例，其根据本省的实际情况，将第五章调整为“环境保护经济政策”，这在地方环境立法中是鲜有的，充分体现了广东省相关管理部门在应对环境保护方面的技巧与特色。类似的现象还出现在各地区的其他单行立法中，如《大气污染防治条例》、《水污染防治条例》等。

此外，地方环境实施性立法除了纵向层面的趋同性之外，在横向层面，也存在缺乏基本的“本土”立法调研，重复其他省市的体系与结构来制定本辖区地方

环境立法的现象。

章节名称	第一章	第二章	第三章	第四章	第五章	第六章	第七章	第八章	第九章
《环境保护法》(1989)	总则	环境监督管理	保护和改善环境	防止环境和其他公害	法律责任	附则			
《河北省环境保护条例》	总则	环境监督管理	环境保护和改善	环境污染防治	法律责任	附则			
《山西省环境保护条例》	总则	监督管理	防治环境污染与其他公害	保护和改善环境	法律责任	附则			
《甘肃省环境保护条例》	总则	管理职责	环境监督管理	保护和改善生态环境	防治环境污染和其他公害	法律责任	附则		
《江苏省环境保护条例》	总则	环境监督管理	保护和改善环境	防治环境污染和其他公害	法律责任	附则			
《吉林省环境保护条例》	总则	机构与职责	环境监督管理	保护和改善环境	防治大气污染	防治水污染	防治其他污染	法律责任	附则
《山东省环境保护条例》	总则	保护和改善环境	管理与监督	污染物排放总量控制	防治新污染	污染的治理	法律责任	附则	
《广东省环境保护条例》	总则	监督管理	防治污染与其他公害	保护和改善环境	环境保护经济政策	法律责任	附则		
《四川省环境保护条例》	总则	环境监督管理	保护和改善环境	建设项目环境管理	防治环境污染和其他公害	奖励与处罚	附则		

2.在清洁生产、循环经济及环境经济政策等方面立法稍显不足

目前，我国地方环境实施性立法的内容涉及综合性环境保护、污染防治、河流流域及湖泊环境管理、海洋环境管理、清洁生产循环经济、环境监管、环境经济政策、生态保护、能源利用与保护、自然资源保护等众多领域。当前的立法实践中，成绩最为突出的是在污染防治、生态保护、自然资源保护方面，其无论是在立法数量还是立法质量方面，都在相当程度上达到了可操作性、地方特性等立法要求。

以生态保护与自然资源方面立法为例，自2012年中央提出“大力推进生态文明建设”的战略决策以来，地方立法机构逐渐从环境污染治理立法模式转向了可持续发展立法模式，加大了地方在生态保护与自然资源保护方面的立法，比如，

《甘肃省森林公园管理条例》(2012)、《甘肃省水土保持条例》(2012)、《贵州省水土保持条例》(2012)、《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》(2013)、

《黑龙江双河国家级自然保护区管理条例》(2013)、《河北省实施〈中华人民共和国水土保持法〉办法》(2014)、《福建省水土保持条例》(2014)，这些地方立法都是在“生态文明建设”的号召下对中央相关立法的细化与补充。

然而，地方在清洁生产、循环经济及环境经济政策等方面立法却稍显不足。在清洁生产方面，目前只有云南省、天津市等少数省市出台了《清洁生产促进条例》、山西太原市出台了《绿色转型促进条例》；循环经济立法方面，仅贵州省贵阳市出台了《建设循环经济生态城市条例》；在环境经济政策方面，目前地方立法涉及较多的是排污收费、节能减排，如《广东省排污费征收使用管理办法》、《陕西省节约能源条例》，而在基金、生态补偿、绿色贸易与采购、污染责任保险、环境信用评价等方面，仅有少部分省市在其综合性立法文件中一笔带过，也并没有对其进行更为细致的规定，因而一定程度欠缺操作性，如，《安徽省环境保护条例》第22条、《江苏省环境保护条例》第14条、《广东省环境保护条例》第61条、第62条、《贵州省生态文明促进条例》第48条。此外，在农村环境保护（农村养殖业污染、生活污染基础设施建设、环境监测）、第三产业环境管理、跨区域污染处理、电子垃圾、有毒化学品的控制与管理、生物安全、野生植物保护等方面，地方立法也鲜有涉足。

(二) 在立法内容上存在的问题

1. 重复上位法，操作性弱

具体化，可操作性是地方环境实施性立法首要应实现的目标。由于我国各地的自然环境条件差异较大，社会经济发展水平也不同，故中央在环境立法过程中采取了“宜粗不宜细”原则，只对一些最基本的、最普遍的环境问题做出规定，如在《环境保护法》、《环境影响评价法》等综合性环境保护法律和各单项污染环境防治法中，确定了公众参与，征求专家和公众意见，对环境监督管理人员违法失职行为的监督、检举和控告等法律制度，但规定得都比较原则，这些都是地方环境立法的空间。但在实践中，地方环境立法还存在诸多不足，具体化与可操作性目标的实现仍然任重道远。

由于法规众多，本文仅以部分省市的《水污染防治条例》、《环境保护条例》相关立法条文为例，作样本分析。

第一，以北京市、河北省、浙江省、山东省、河南省、湖北省六省市的《水污染防治条例》相关法条为例。

《水污染防治法》第8条规定：“县级以上人民政府环境保护主管部门对水污染防治实施统一监督管理。交通主管部门的海事管理机构对船舶污染水域的防治实施监督管理。县级以上人民政府水行政、国土资源、卫生、建设、农业、渔业等部门以及重要江河、湖泊的流域水资源保护机构，在各自的职责范围内，对有关水污染防治实施监督管理。”这其实是条抽象性规定。原因在于，各个地区的部门设置与分工会有些许的差别，因此，该条并没有对“各自的职责”内涵进行清晰界定，而是交由地方环境立法根据本地区的实际情况予以明确。换言之，这一条规定实为模糊规定，在实践中难以得到贯彻执行，需要各地在立法时明确各主体的职责范围，便于实际操作和相应的责任承担。然而，通过对各省市的《水污染防治条例》相关法条进行分析，可以看出，许多省市环境立法并没有做到这一点。北京市、河北省、浙江省、山东省、河南省五省的《水污染防治条例》(第5条、第3条、第5条、第4条、第6条)事实上只是重复了《水污染防治法》的立法内容，基本没有作任何改动，致使这一条仍是原则性规定。仅有2014年刚修订过的湖北省《水污染防治条例》注意到该问题，并通过细致的立法区分了县级以上人民政府环境主管部门、水行政主管部门、农业主管部门、城乡建设相

关主管部门、卫生主管部门、国土资源主管部门、交通主管部门、林业主管部门各自的职责范围，避免了用“各自职责范围”来笼统确立政府职责。

法律、法规名称	具体条文
《水污染防治法》	第 8 条
《北京市水污染防治条例》	第 5 条
《河北省水污染防治条例》	第 3 条
《浙江省水污染防治条例》	第 5 条
《山东省水污染防治条例》	第 4 条
《河南省水污染防治条例》	第 6 条
《湖北省水污染防治条例》	第 10 条、第 11 条

第二，再以吉林省、湖北省、贵州省、河北省、安徽省、广东省等省市《环境保护条例》相关法条为例。

《环境保护法》(1989)第 12 条规定，“县级以上人民政府环境保护行政主管部门，应当会同有关部门对管辖范围内的环境状况进行调查和评价，拟订环境保护规划。”2014 年新修的的《环境保护法》第 13 条规定，“县级以上地方人民政府环境保护主管部门会同有关部门，根据国家环境保护规划的要求，编制本行政区域的环境保护规划，报同级人民政府批准并公布实施。环境保护规划的内容应当包括生态保护和污染防治的目标、任务、保障措施等，并与主体功能区规划、土地利用总体规划和城乡规划等相衔接。”无论是新、旧法条，表述均较为原则，需要地方法律予以细化。但纵观全国各省（市）的环境保护条例，大部分只是在简单重复上位法，并没有对环境保护规划的制定主体、内容、形式、制定程序、公众参与、执行监督、环境影响评价等问题予以细化。如《吉林省环境保护条例》第 18 条规定：“各级环境保护行政主管部门应会同有关部门对本辖区的环境状况进行调查和评价，拟订环境保护规划。”这样的规定与上位法一样，过于原则，在实践中难以得到贯彻执行，地方环境实施性立法并没有达到应有的目的。湖北省、贵州省、广西自治区、新疆自治区的相关规定的内 容也基本与上位法无异，没有起到实施性立法的目的。除此之外，甘肃省、山西省、四川省、云南省以及天津市的《环境保护条例》采用的立法形式为，将“环境保护规划”作为环境保护主管部门的一项职责进行规定，而未单独设置条文规范“环境保护规划”。

相比之下，只有少部分地区立法对上述事项进行了部分明确，比如，河北省、安徽省、广东省等地区的环境立法。《河北省环境保护条例》强调“环境保护规划应当突出重点区域、流域的污染防治，加大资金投入。环境保护规划的制定或者修订，应当采取论证会、听证会等形式，广泛征询社会各界意见。”《安徽省环境保护条例》明确了环境保护规划制定、修改的程序，并要求“采取论证会、听证会、公开征求意见等形式征求有关单位、专家和公众意见。环境保护规划报审批机关批准时，应当附具对有关单位、专家和公众的意见采纳或者不采纳的说明。”《广东省环境保护条例》(2004)细致规定了“环境保护规划”的内容、制定与修编、经费、性质、监督检查等问题进行了规定(第 11 条至第 16 条)。2015 年广东省人大常委会对《广东省环境保护条例》进行了修订，修订后的《环境保护条例》第 8 条至 10 条规定了“环境保护规划”的编制、修改程序、形式，并要求“上报审批的环境保护规划应当附有公众意见以及对公众意见采纳和不采纳情况的说明。”这些具体化的立法一定程度上增强了地方环境立法的操作性。

除此之外，《广东省环境保护条例》(2015)因地制宜，实行环境质量领导责任制和环境保护目标责任制，推行自然资源资产离任审计和生态环境损害责任终身追究制(第 6 条)；建立与行政区划适当分离的环境资源案件管辖制度，设立跨行政区划环境资源审判机构，审理跨行政区划环境污染案件(第 19 条)；实行生态激励型财政机制，环境污染责任保险制度，建立企业环境信用制度等环境保护经济政策(第 57 条至第 62 条)；增加对未经批准擅自拆除、闲置防治污染设施等四种按日连续处罚行为的种类(第 79 条)。这些新规定都紧跟新《环境保护法》的诸项规定，具有相当的可操作性，值得全国各地立法借鉴。

法律、法规名称	具体条文
《环境保护法》	89 年版第 12 条 (14 年版第 13 条)
《吉林省环境保护条例》	第 18 条
《湖北省环境保护条例》	第 30 条
《贵州省环境保护条例》	第 11 条
《广西壮族自治区环境保护条例》	第 9 条
《新疆维吾尔自治区环境保护条例》	第 11 条

法律、法规名称	具体条文
《甘肃省环境保护条例》	第 11 条第 2 款（类似的立法模式：《山西省环境保护条例》（第 8 条第 2 款）、《四川省环境保护条例》（11 条第 2 款）、《天津市环境保护条例》（第 14 条第 2 款）、《云南省环境保护条例》（第 12 条第 4 款、第 13 条第 3 款）
《河北省环境保护条例》	第 6 条
《安徽省环境保护条例》	第 12 条、第 13 条、第 14 条
《广东省环境保护条例》 (2015)	第 8 条、第 9 条、第 10 条

地方性环境立法最突出的问题就在于立法内容多与上位法重复，没有真正对上位法进行细化，达到实施性立法的目的。这个问题广泛存在与环境立法的各个领域，《大气污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》中也不例外，限于此类问题的相似性，仅以上两类法律、法规作出分析对比，以期引起地方环境立法机构的重视。

2. 地方特色不明显，针对性不足

“时空有宜”律是地方环境实施性立法的生态学基础，我国幅员辽阔，自然环境复杂多样，区域生态差异明显，这就决定了我国的地方环境实施性立法需要立足于本地实际情况，充分考虑地域特点以进行有针对性的地方特色立法。地方环境实施性立法存在的价值就在于解决地方实际问题，这是环境立法的内在要求，也是地方立法的价值所在。

如前所述，当前我国地方环境实施性立法实践中，还存在诸多事项不恰当的偏废状况，在农村环境保护（农村养殖业污染、生活污染基础设施建设、环境监测）、第三产业环境管理、跨区域污染处理、电子垃圾、有毒化学品的控制与管理、生物安全、野生植物保护等方面立法较为不足。不仅如此，某些地方所谓的特色性立法也“名过其实”。我国各地区的江河、湖泊、森林、自然人文遗迹等地区差异明显，各地本应充分考察各地自然生态环境的特性，进而展开有针对性的具体保护措施，但目前各地区的相关法条中，并未体现出地区的生态差异性，仅笼统规定将对生态保护有重要作用的区域划为生态保护区或风景保护区，下图选取了 12 个省市地区的《环境保护条例》中的相关法条，可以看出，纵向对比，与《环境保护法》第 29 条“高度雷同”；横向对比，与其他省市法条“整齐划一”，这种既无操作性，更无特性的立法条文，实难称得上是有针对性的“特色立法”，

却有立法浪费之嫌疑。

法律、法规名称	具体条文
《环境保护法》	89 年旧版第 17 条（14 年新版第 29 条）
《海南省环境保护条例》	第 27 条
《贵州省环境保护条例》	第 23 条
《山东省环境保护条例》	第 10 条
《黑龙江环境保护条例》	第 30 条
《云南省环境保护条例》	第 32 条
《四川省环境保护条例》	第 18 条
《吉林省环境保护条例》	第 35 条
《河北省环境保护条例》	第 18 条
《安徽省环境保护条例》	第 30 条
《广西壮族自治区环境保护条例》	第 17 条
《内蒙古自治区环境保护条例》	第 16 条
《辽宁省大连市环境保护条例》	第 55 条

除此之外，通常被认为很有本地特色的关于特殊区域环境保护的有关规定，往往也是仅将本辖区内重要区域的名称列出，而未作实质性的特殊性规定。如《湖南省环境保护条例》第 16 条规定，“按水域功能区划保护湘江、资江、沅江、澧水和洞庭湖及其他水域，使水质符合规定用途的水质标准。”这样普遍缺乏针对性的具体保护措施，很难说有什么地方特色和可操作性可言，其他省环境保护条例相关条文基本上也只是改变特殊区域地名，鲜有针对特殊地域环境的具体化规定。

法规名称	具体条文
《湖南省环境保护条例》	第 16 条：“按水域功能区划保护湘江、资江、沅江、澧水和洞庭湖及其他水域，使水质符合规定用途的水质标准。”
《云南省环境保护条例》	第 28 条：“切实保护一切水体不受污染和破坏，保持和恢复水质的良好状态，保护的重点是滇池、洱海、泸沽湖、抚仙湖、星云湖、杞麓湖、异龙湖、阳宗海、程海和南盘江、金沙江水系。”

法规名称	具体条文
《江苏省环境保护条例》	第 23 条：“重点保护长江江苏段、太湖、洪泽湖、滆湖、阳澄湖等水域的水环境，综合整治运河江苏段、太湖、淮沂水系和里下河等水系的污染。”
《海南省环境保护条例》	第 31 条：“各级人民政府应当加强科学规划，保护、恢复和发展森林资源。严禁采伐尖峰岭、霸王岭、吊罗山、黎母山、五指山、鹦哥岭、阿陀岭、七仙岭和其他区域的热带天然林。严禁采伐水源林、沿海防护林。” 第 36 条：“合理开发利用水资源，合理开采地下水。保护和改善南渡江、万泉河、昌化江、陵水河、宁远河、太阳河、珠碧江等江河和松涛水库等大中型水库的生态环境，维持江河、水库的合理水位，维护水体的自然净化能力和水质，防治水污染，保护水资源。”

而目前在风景名胜区立法上则体现出“一山一法”、“一河一法”的立法模式，尽管与以往立法相比，这种立法模式确实在国务院《风景名胜区条例》的基础上对地方风景名胜区做出了更为详细的规定，但从具体的环境保护措施规定来看，特色并不突出，缺乏对地方地理与人文特性的充分论证，也存在立法文件之间的简单比较与立法重复。以湖南省为例，这种情形广泛存在于《湖南省南岳衡山风景名胜区保护条例》、《湖南省良山风景名胜区保护条例》、《湖南省武陵源世界自然遗产保护条例》、《湘西土家族苗族自治州凤凰历史文化名城保护条例》、《湘西土家族苗族自治州小溪国家级自然保护区条例》、《湘西土家族苗族自治州猛洞河风景名胜区保护条例》的相关条文中。¹因此建议地方立法机关在选取这种立法模式时，尽量对本区域的特殊情形作充分的调研与论证，以使得这些专门性的立法能够“名副其实”。

（三）地方环境实施性立法调整手段较为单一，缺乏多样性

这一点主要体现在多运用行政手段，且重行政命令等强力手段而轻行政协议、行政指导等非强力手段；忽视市场机制与经济手段，经济刺激手段运用不够充分。

¹肖爱，唐江河：《“两型社会”建设中的地方环境立法转型——以湖南省地方环境立法为例》，《吉首大学学报》。2012年第3期。

第一，实施机制多运用行政手段，行政手段中多运用行政命令等强力手段而轻行政协议、行政指导等非强力手段。

我国大部分地方环境实施性立法受行政部门的影响，从而使得地方环境实施性立法很难避免以对行政相对人的管理为核心。这一点可从地方环境法规、规章名称中含以“管理”二字的立法数量中可见一斑：从列入本文研究范围的 890 项地方环境法规中，大部分法规名称中含有“管理”二字，规章中亦是如此，足以见得在地方环境立法中行政气息之浓厚。具体到法律条文，则主要表现在立法中所规定的环境保护制度和措施，大都以行政管理制度和措施为主，立法中所规定的实施机制与执法手段，也多为行政命令等强力手段，鲜有行政协议、行政指导、行政服务等非强力手段的运用，而这些“软”行政手段与强力手段相比，则更有利于行政管理主体与相对人之间建立一种合作关系，从而达到较低成本，提高行政效率。

以环境行政协议为例，目前地方环境实施性立法中运用得较多的环境行政协议类型是上级政府和下级政府之间，政府与政府各部门之间，政府有关部门和企业之间广泛签订的环境保护责任书，如《贵州省环境保护条例》（第 3 条）、《河北省环境保护条例》（第 11 条）中均有规定。实践中也存在诸多环境行政协议试点工作，如 2003 年在国家发改委和美国能源基金会的支持下，山东省开展了节能自愿协议试点工作；2005 年南京环保局与中国石化扬子石化股份有限公司、宝钢集团、上海梅山钢铁有限公司等 6 家企业签署了开展自愿协议环境管理示范合作备忘录，采用自愿协议环境管理模式以调动企业的自觉性和主动性，积极履行环境责任，降低环境成本。但尽管环境行政协议广泛应用到环境管理当中，对于环境行政协议的相关概念、类型、具体内容、订立程序等在地方环境立法上却没有明确规定，使得众多环境行政协议的存在缺乏法律依据，而无法对其进行依法管理，这种立法上的滞后极大限制了环境行政协议的具体运用。

第二，经济刺激手段运用不够充分。

长期以来，地方环境实施性立法倚重“命令和控制式”的行政手段解决环境问题。诚然，运用行政命令手段能够较快改善环境质量，但这种手段推行环境保护措施的成本较高，而随着向市场经济的转变和多种经济主体的发展，单靠行政手段已远不能解决环境污染问题，而需要更多地利用基于市场机制的多种经济刺

激手段。环境管理的经济刺激手段很多，包括税收、排污收费、财政、补贴、信贷等经济政策，排污交易、环境保护基金、环境保险、环境标志等环境管理制度。环境管理的经济刺激手段不仅在降低环境成本方面存在优势，而且更能促进污染防治技术的进步与更新，在管理和执行上也更具灵活性。¹当前地方环境立法在环境经济手段上作了许多有益的探索与试点工作，但尚不够完善，没有形成一个完整的环境经济政策体系，其功能优势在我国的环境保护工作中也尚未充分发挥。

就当前的地方环境立法而言，部分地区的环境立法在运用经济刺激手段方面较为突出。以《重庆市节约能源条例》（2007）、《贵州省生态文明建设促进条例》（2014）、《广东省环境保护条例》（2015）为例，这三项地方环境立法均对运用经济刺激手段进行环境管理作出了相应规定。《重庆市节约能源条例》（2007）规定，列入国家或本市节能产品（技术）推广目录的产品，享受国家和本市规定的税费优惠政策（第22条）；从事节能培训、节能产品（技术）开发与推广、节能技术工程设计和咨询、节能技术服务的单位和个人，享受国家规定的税费优惠政策和金融扶持优惠政策（第23条）；与节能相关的科研、技改建设项目享受国家规定的税费优惠政策（第24条）。《贵州省生态文明建设促进条例》（2014）规定，省人民政府应当建立健全自然资源资产产权制度和用途管制制度，编制自然资源资产负债表；制定有利于生态文明建设的资源有偿使用、绿色信贷、绿色税收、环境污染责任保险、生态补偿、环境损害赔偿以及碳排放权、排污权、节能量、水权交易等环境经济政策。逐步划定自然资源资产产权，并进行确权登记（第48条）。《广东省环境保护条例》（2015）第五章专章规定了“环境保护经济政策”，要求各级人民政府应当加大环境保护财政投入，建立政府、企业、社会多元化的环境保护投融资机制，并对生态优化区域实行以鼓励生态发展为基本导向的生态激励型财政机制（第57条、第58条）；建立健全市场化的节能减排机制，逐步推行居民阶梯式电价、水价制度，对符合规定条件的重大节能减排工程项目和重大节能减排技术开发、示范项目给予补助或者贷款贴息等支持（第59条）；逐步建立和完善排污权有偿使用和交易制度，逐步实行排污指标的有偿取得和有偿转让（第60条）；建立和实施环境污染责任保险制度（第61条）。这些运用经济

激励手段进行地方环境立法的典型值得其他地方环境立法的借鉴。

值得注意的是，鼓励运用经济刺激手段，是改善地方环境立法的有效途径，但强调经济刺激手段的运用，不等于也不应该减少行政命令等行政手段的运用，此二者功能各有优势，应在具体的环境管理事项中各有侧重，且根据经济刺激手段本身所存在的污染权分配以及其不确定性问题，使得我们必须对其运用有所节制。¹因此，必须正确协调此二者的关系，只有加强环境行政管理与环境经济手段的综合运用，才能共同促进环境资源保护目标的实现。

（四）法律责任设置有偏失

地方环境法律责任设置的偏失可以从两个方面来理解，一是对行政相对人法律责任的配置，过分倚重财产罚，相对忽略非财产罚在提高环境违法成本中的重要作用；二是过多强调行政相对人的法律责任，忽视管理部门及其负责人的法律责任。

第一，目前我国地方环境实施性立法在责任设置方面，仍以罚款等财产罚为主。以《重庆市环境保护条例》为例，该《条例》针对行政相对人的16个法律责任条款中，每一条均设置了对不同违法程度的违法行为的罚款数额，而对于申诫罚、行为罚的规定则相对较少。尽管财产罚在提高环境违法成本方面确有成效，但其局限性也相当明显，如财产罚功能的发挥与受罚人财产水平直接相关，同样的罚款数额对不同财产水平的受罚人的预防和威慑功能是不同的；财产罚具有直接和短期的处罚效应，对行为人的行为和能力没有直接的限制，其是否能够长期有效地引导行为人的积极地守法还面临许多不确定的因素。而实践中往往还存在立法所确定的罚款数额低于违法行人的违法收益的现象，以使其法律效果大打折扣。故在肯定财产罚的地位的同时，不应忽略其局限性，而应充分发挥申诫罚、行为罚等非财产罚在提高环境违法成本中的重要作用。具体而言，首先，不可忽视申诫罚的重要功能。“警告”这一行政处罚类型，虽然单独使用在提高违法的主体的环境违法成本方面的功能有限，但如果和违法信息公开、环境信用评价结合在一起，其在提高违法成本方面的功能也不可小视，如可将违法行为人的警告处罚进行公开，对其声誉形成压力以制约其行为，同时还可将其所受的警告处罚计入其社会诚信档案，并通过立法使得社会诚信档案与其营业、贷款等事项

¹ 周小光：《环境保护经济刺激手段的缺少与重构》，2007年全国环境资源法学研讨会论文集。

¹ 周小光：《环境保护经济刺激手段的缺少与重构》，2007年全国环境资源法学研讨会论文集。

相关联，从而促使其严格自身行为。目前，各地区正逐步加大对各类企业，特别是重点污染企业的信息公开制度、环境信用评价制度的建立，广东省、重庆市、浙江省等地区相继颁布了有关环境影响评价机构信用等级的管理办法，¹这将对于申诫罚的运用大有裨益；其次，行为罚通过直接限制或剥夺违法主体某一方面的行为能力和资格，在提高违法主体的违法成本方面的功能更是行政罚款所不能替代的。目前，我国环境法律法规规定的行为罚的种类包括：责令停产整顿，责令停产、停业、关闭，暂扣、吊销许可证或者其他具有许可性质的证件。然而，行为罚的种类还有必要进一步扩张，比如，企业违反相关的环境法律义务，将受到业务范围缩小、商业机会剥夺等行政惩罚，而这些行政惩罚所具有的长期负面经济效应，在提高企业的环境违法成本，预防环境违法行为方面的功能更是直接的财产罚所不能替代的，会超过直接的经济处罚的效应。

第二，过多强调行政相对人的法律责任，忽视管理部门及其负责人的法律责任。首先，就目前的地方环境立法而言，尽管越来越多的地方环境立法强调管理部门及其负责人的法律责任，但更多的法律责任仍是指向行政相对人，如《河北省大气污染防治条例》关于法律责任的 9 条规定，唯有第 33 条是约束环境保护监督管理人员的，且只针对滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等行为，这样的责任配置方式在地方环境法规规章中并不鲜见，2014 年新修订的《环境保护法》第 68 条详细列举了环境保护管理部门及其负责人承担法律责任的具体类型，建议地方环境立法能及时根据上位法对相应的法规规章进行修订。

其次，对于实践中大量存在的环境行政不作为行为的法律规制，地方环境立法也少有涉及。在实践中，某些环境污染案件和自然资源破坏案件实与环境行政部门不依法履行职责即环境行政不作为有关，为了应对这一现象，国家监察部与环保总局于 2006 年共同颁布了《环境保护违法违纪行为处罚暂行规定》，以针对国家行政机关及其工作人员的环境行政不作为进行法律规制。遗憾的是，地方环境立法鲜有对该《暂行规定》中关于环境行政不作为条款进行细化，仅有少部分地方环境立法对环境行政不作为行为的法律责任作出了规定，如《重庆市环境保护条例》（第 114 条）、《广东省环境保护条例》（第 63 条）。新《环境保护法》第

68 条明确规定了行政主体“依法应当作出责令停业、关闭的决定而未作出的；应当依法公开环境信息而未公开”等环境行政不作为行为的法律责任，进一步表明对环境行政不作为进行法律规制的必要性，因此，也建议各地方环境立法部门在今后的制定与修编过程中，能及时对该方面法律问题作出回应。

（五）地方环境实施性立法成本效益分析重视不够

目前部分地方在制定地方环境实施性法规、规章时，并未对立法过程的经济性进行充分的论证和调研，而是“效仿”国家环境立法或是其他省市的环境立法。如 1992 年广州市从保护环境的角度出发，颁布了《广州市销售燃放烟花、爆竹管理规定》，这一首创性的地方法规在当年取得了良好的实施效果，此后深圳、青岛等地区也颁布了类似的禁放规定，但却并未取得同样的实施效果，之后禁放规定在许多城市里遇到极大执法阻力，随后几年里，以沈阳、安阳为代表的许多城市又纷纷全部或部分取消了禁放规定。这种情况在地方环境立法中并非个例，因此，地方环境立法必须重视对立法成本效益的分析。

成本效益分析是经济学上的重要概念，立法成本效益分析，是指对立法过程进行成本和收益比较，以判定立法支出所耗费的资源与其收益的对比关系，从而决定对立法应否配置或配置多少资源。¹具体到地方环境立法而言，就是指地方政府对其环境立法建议项目的必要性、可行性、立法成本（程序成本、监督成本、实施成本、经济成本和社会成本等）、立法效益（时间效益、经济效益、社会效益等）进行事前调研和跟踪调查，以决定是否立法，如何立法。²在市场经济条件下，注重提高立法效益是地方环境立法的必然选择。注重立法成本效益分析最早实行于美国并为西方国家广为采用，2004 年我国国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》也明确指出：“积极探索对政府立法项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度。”实践中，已有一些地方环境立法开始试行立法成本效益分析，并取得了很好的效果。如 2009 年实施的《四川省雷电灾害防御管理条例规定》，就是一部先经过立法成本效益分析再实施的地方政府规章，其评估结论表明，这部“防雷规章”实施后产生的经济、社会效益将十分明显，立法、执法、守法成本都很低。这种注重立法成本效益分析与评估的立法方式提高了法规规章的经济性与实效性，值得各地方环境立法学习。

¹ 广东省环境保护厅.《广东省环境影响评价机构信用信息公开管理办法（试行）》（2012）；重庆市环境保护局.《重庆市环境影响评价机构信用评价管理办法（试行）》（2013）；浙江省环境保护厅.《浙江省环境影响评价机构信用等级管理办法（试行）》（2014）。

¹ 此处的“成本效益分析”更多是指立法前的成本分析。

² 刘少军：《立法成本效益分析制度研究》，北京：中国政法大学出版社，2011 年版，第 121-266 页。

五、地方环境实施性立法的完善建议

（一）正确认识地方实施性立法功能，针对不同情形选择恰当的立法体例

地方环境实施性立法的价值基点在于其细化实施功能，实施性法规并非是对上位法的再次重复或汇编，而应是本着解决本地实际情况的任务和目的对上位法的规定进行细化补充，以保证上位法的规定在本区域内能得到遵守和执行，维护国家立法的尊严和权威。要实现这一目标，地方立法机构就不能过多地追求立法数量而忽视立法质量，而应在法规、规章制定过程中展开深入细致的调查、研究，充分考虑本地区的自然环境和地理条件，并认真加以归纳、论证，最大可能地使国家法律中的规范具体化，使地方环境立法尽量起到对国家环境立法的执行和补充作用，从而保证法律、行政法规的原则规定在本行政区域内得到更好的贯彻实施。

而对于如何选择恰当的地方环境立法体例而言：

首先，当前地方环境实施性立法主要采用的体例有：条例、规定、实施办法（实施细则）¹、规则²四类。具体而言，条例是“比较全面、系统的规定某一方面事项的法规”，主要包括立法目的、范围、机构职责和奖惩条款等。一般而言，创制性立法比较适合采用这种体例，但从各地区的实施性立法实践来看，采用“条例”这种体例的情形较多，如各地区的《环境保护条例》，这就导致了部分地方环境实施性立法在体例上的“全面”的走向，从而无法避免部分条款对上位法照搬重复情形的产生。规定是“对某一方面的事项作出的专项规定”。实施办法是“对上位法的规定作出具体的、操作性强的规定的法规”。³因此，对于需要解决的问题比较多，内容涉及面比较广的地方环境实施性地方立法，建议逐渐选择“实施办法”和“有关规定”这两种体例，在制定的过程中尽量摒弃原则性条款，除为衔接或其他必要目的外，尽量不再重复上位法条文。

其次，随着近年各地方环境立法体系的渐臻完备，要求地方制定全面的法规、规章的情形越来越少，上位法更多地是要求地方立法就某一方面的具体问题制定实施性法规或者具体办法。因此，地方应当考虑按照上位法的授权要求制定针对具体问题的单项实施性法规或者具体办法。单项实施性法规的内容集中，目的明

¹政府部门制定的一般叫做细则，人大及常委会的立法一般统称为实施办法。

²适用于对某项程序性活动或者某种特定行为准则加以规范的法规，目前主要用于规定人大或常委会内部的程序性事项。

³林琳：《对实施性地方立法重复上位法现状的原因分析和改善设想》，《人大研究》，2011年第1期。

确，不仅能有效地解决某个领域的特定问题，还能尽量减少没有实际意义的重复条款。节制是立法者的美德，地方立法贵在“精”而不在于条文语句的“繁复”。如《上海市古树名木和古树后续资源保护条例》全文只有29条，却做到了言简意赅并具有相当的可操作性，值得各地区借鉴。

（二）正确处理“不抵触”原则与“地方特色”关系

宪法、立法法和地方组织法对制定地方性法规、规章不得同宪法、法律、行政法规相抵触的规定是明确的。“不抵触”原则即是指不应与法律、法规的精神、原则和具体规定相冲突。然而在实践中，地方立法机构多对该原则进行简单、机械的理解，认为“不抵触”原则就是要把地方性法规、规章的内容局限于宪法、法律和行政法规的既有规定，从而导致地方环境立法照抄照搬上位法，缺乏地方特色现象的发生。

“不抵触”原则确为“不可与法律、法规的精神、原则和具体规定相冲突”之意，但“不抵触”原则并不是不顾本地具体情况和实际需要的照抄照搬上位法的规定，更不是禁止地方立法机构根据地方本地区的实践情况和特殊环境作出“特色性立法”。前文已申明，地方环境实施性立法最核心的任务与功能即在于具体细化上位法，使上位法更具操作性，而这种操作性实现的关键又在于要结合各地实际情况，满足各地实际需求，努力实现地方特色。强调地方特色，并非指各地方的法规、规章不能有相似之处，更不是指语言、文字的差别，而是指相对于法律、法规，地方性法规必须在本地方的具体情况和实际需要方面有显著的地方适用性。“地方特色”是地方性法规、规章的身份标志，是衡量地方立法质量和价值的基本标准，也是地方性法规、规章得以存在的理由，无地方特性的地方实施性立法，很难将之称之为“地方立法”。

《立法法》第72条规定：“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。”可以看出，立法法在规定“不抵触”原则这个前提之前，先规定了“根据本行政区域的具体情况和实际需要”这一条件。因此，“不抵触”与“地方特色”是并行不悖的，两者之间不应作不恰当的偏废。只有在地方环境立法的立项、起草和审议的全过程中正确认识和理解“不抵触”原则与“地方特色”之间的关系，才能在地方环境实施性立法实践中既维护国家

法制的统一，又使得制定的地方性法规符合地方的需要，解决地方的实际问题。

（三）正确把握地方实施性立法的立法时机

前文已述，地方环境实施性立法功能在于执行中央环境法律、行政法规的规定，地方人大和政府应根据本区域的实际情况，对上位法已经规定的事项作具体规定。但值得注意的是，如有新的法律、法规颁布，地方应在法律、法规施行一段时间后再研究是否需要制定实施性法规，而非立即启动立法程序。原因在于新法律、法规规定的原则、制度和具体要求能否解决实际问题需要一段时间的实践检验。在法律、法规出台后，地方立法机构首先要做的是研究如何落实法律、法规的规定，开展针对法律、法规执行情况的调研、论证，并注意关注社会各界对法律、法规有关规定的评价，在此基础之上，再来研究确定是否有必要制定本地的实施性法规。而在法律、法规进行重大修订的情形，地方已有的实施性法规、规章则可能会面临两种情形，一是，若地方已有的实施性法规、规章内容已被修订后的上位法全面替代或主要制度、措施与之存在严重冲突，其所存在的价值意义已经基本丧失，此时，地方人大或政府应及时主动废除现有的实施性法规、规章，根据修订后的上位法规定执行，至于是否还需要制定新的实施性法规、规章，则要经修订后的法律、法规施行一段时间后再作研究。二是，已有的实施性法规与修订后的上位法之间只存在部分内容上的冲突，已有的实施性法规、规章还存在相当的价值，此种情况下，应当及时启动法规、规章合法性评估及修编程序，对于必须修改的内容尽快按照法制统一原则的要求进行修改，避免法规、规章适用的混乱。

（四）优化立法主体结构，保障参与主体立法地位

地方环境立法主体可归纳为立法职权主体和立法参与主体两大类。立法职权主体是依法或经授权而有权制定、修改、补充、解释或废除法规、规章的机关或特定个人；立法参与主体是指不享有法定的立法职权，但是应该或实质上参与立法活动并对立法产生重要影响的国家机关、社会组织或个人。《立法法》第5条规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”社会组织和民众与环境利益与保护息息相关，环境立法更应该体现其意志，因此不可忽视立法参与主体的积极作用。

然而在实践中，受到行政部门专业性或“强势”行政权力的影响，立法参与

主体的参与能力很容易被边缘化，其对专业行政部门及相关企业或行业的规制效力也常因此被削弱。故优化地方环境立法权，充分保障立法参与主体参与地方环境立法的各项权益显得十分必要。具体途径是要建立起严谨、透明的地方立法程序，完善立法规划和听证制度，保障公众参与和提交议案、批评和监督立法等权益，严禁政府相关部门垄断对法案的起草与审议，并架空立法的调研、论证环节，以免造成“地方立法成为相关部门之间权力和利益的再分配，在法规草案中不适当当地扩大本部门的权益”。¹同时，还应着重鼓励专家学者运用其专业特长和知识参与立法，他们的参与对保障环境立法的地方特色与可操作性、超越部门利益和狭隘地方利益，“能够发挥其不可替代的功能”。²

（五）增强地方环境实施性立法调研、论证实效，量化“良法”制定标准

首先，地方环境实施性立法调研、论证是决定立法项目是否具有必要性、可行性、操作性的关键。目前，座谈会、论证会、通过网站征集意见以及省内外调研等方式，已常被地方环境立法调研、论证所采用。立法在不同阶段都需要开展相应的调研论证工作，但目前，立法各阶段不同主体的调研论证职责尚不够明确，不同阶段调研论证成果的整合机制亦不够完整，除此之外，调研论证的对象是否具有广泛性、代表性与针对性，调研结果是否具有实效性，也没有客观可行的标准予以评价。这是在今后的地方立法过程中要重点解决的问题。

地方立法调研、论证是改进立法工作机制的重要探索，是加强立法实效的重要机制创新。建议在立法准备阶段，应进行充分的调研，以掌握相关数据资料，全面了解本地、其他省市相关情况以及国家立法趋势。提案资料中应包括有关调研论证报告，详细介绍本地情况、其他省市可借鉴的经验、国家立法动态。在立法审议阶段，应当重点审查调研论证报告的真实性，着重论证实施性立法的必要性、可行性，并在审议意见报告中就核实情况和论证结果进行说明。在立法整个过程中，尽量实现调研论证信息资源的整合与共享，避免重复劳动，从而通过立项论证工作切实提高对实施性法规立法时机与可操作性的科学把握。

其次，《立法法（专家稿）》第23条规定：“凡是属于实施国家法律的行政法规，或实施法律和行政法规的省级地方性法规，一般不需要全面摘抄法律和行政

¹ 盛宝璋：《略论地方地方中部门化倾向的成因及对策》，载李步云主编《立法法研究》，湖南人民出版社1998年版，第174页。

² 吕忠梅：《地方环境立法中的专家角色初探——〈珠海市环境保护条例〉修订为例》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》，2009年第6期。

法规的有关规定，可以根据本省的实际情况，进行补充和细化，以避免引用或解释不当而造成法律上的歧义”。该条文即是针对地方重复立法而作出的必要限制，尽管《立法法》最终并未采纳该条意见，但该条的法律意义是值得肯定的。介于此，笔者建议一定程度量化“良法”标准，使地方性立法机关依据立法的“良法”标准评价、检测立法成果，避免立法的随意性和盲目性，制定出优良的地方性法规、规章，使其立法工作有效地达到最佳效果。具体而言，“良法”标准应包括以下几方面：1.确立地方立法的可操作性原则。即所立之法必须具有操作性和针对性，而不必过分追求立法体例的对应。2.界定重复立法的形式。照搬照抄、拼凑或部分文字改动均属重复立法，因此，建议在界定重复立法形式时可采用列举加概括的规范模式。3.量化“重复立法”标准。若地方立法不可避免地引用上位法或其他省市相关立法的结构与条文，应在法案草案中作出解释和说明；量化重复比例，根据工作中遇到的实际情况制定具体的比例要求，确保比例值科学合理。4.违反量化标准后的处理程序。这是该标准设计的核心，在起草或审议过程中若发现重复立法现象，根据不同情形规定不同处理程序：对于违反量化标准但数量不多、不影响法规整体质量的重复立法现象，可要求即时修正；对于违反量化标准且数量较多，严重影响法规、规章的整体质量，可退回相关部门进行修改，若再次修改后仍无法达到要求的，可规定更换起草机构等。

创设性地方环境立法研究

薛艳华

摘要：2015年修订的《立法法》赋予设区的市享有对环境保护的立法权限，扩大了地方立法主体范围，亦为环境立法确立了一条新的地方立法途径。为更好规范与指导地方进行环境立法，创设符合地方实际情况的环境保护制度规范，就需要对现行地方环境立法的有益经验予以深入剖析。在总结创设性地方立法经验的基础上，遵循环境保护立法的宗旨，回应客观形势需求，进行重点创新性环境法律制度的构建，推动环境保护事业与环境法律制度的发展。

关键词：地方；环境立法；创设性；自主性

一、创设性地方环境立法的一般理论

所谓地方环境立法是指省级或省级以下拥有地方立法权的机关，在所辖区域内，以不特定的人或事为管理对象，为防治污染、保护和改善环境而制定的具有普遍约束力的规范性文件的行为。¹地方环境立法是我国法律体系的重要组成部分，随着环境问题的日益严重和人们环保意识的逐渐觉醒，地方环境立法在我国的法律体系中占据着越来越重要的地位。根据《立法法》第72条、73条、82条规定，地方性法规规章的三方面立法事项在环境保护领域可分为执行性地方环境立法、自主性地方环境立法、创制性地方环境立法三类。

执行性地方环境立法、自主性地方环境立法、创制性地方环境立法三类同属于地方环境立法，因自主性地方环境立法、创制性地方立法二者突出特点表现为具有创设性，故二者可统称为创设性地方环境立法。所谓的创设性地方环境立法，与执行性地方环境立法相对应的，是指国家尚未或正在酝酿立法而先行立法实验或依据地方特有且不具普遍性的环境问题，地方立法主体在其职权范围内所进行地方立法。其特点如下：首先，其立法呈现“自下而上”运行模式，其诞生的法律规范更直接、真实反映地方环境保护的利益诉求；其次，其立法内容包含了制

作者简介：薛艳华(1989—)，女，福建福州人，西南政法大学博士研究生，研究方向为环境法、资源法。

¹ 靳辉：《辽宁省地方环境保护立法现状及对策研究》，载《环境管理》，2011年第9期。

度性、综合性、自主性地方环境立法等。其中制度性地方环境立法通常以国家政策文件为导向，进行地方制度创新的专门性立法，而后中央以非专门性的综合立法方式对该制度加以原则性规定与确认，据此推而广之全国各省市进行执行性地方环境立法；综合性地方环境立法则集中在循环经济、清洁生产、生态文明、激动车等方面，并与国家政策指导息息相关；自主性地方环境立法更侧重其“地方事务性”特点，主要集中地方特有的自然资源、生物多样性等而开展地方立法工作，其自主性立法价值集中体现在其制度的创新。立法的法律位阶因其所涉资源、生态、区域的地区特色而异。

执行性地方环境立法与创设性地方环境立法之间既有共同点，也存在着区别。相同点是都坚持贯彻宪法和法律、行政法规的精神。执行性地方环境立法在宪法和法律、行政法规的范围内进行具体细化。创设性地方环境立法是在与宪法和法律、行政法规不抵触的情况下进行地方创新立法。不同点主要体现在地方性法规的条款设置和内容方面。执行性地方环境法规主要是对已有的法律、行政法规进行具体化和细化，因此执行性地方环境法规多数以实施细则或是条例的形式出现，条款设置相对较为简单。而创设性地方环境法规主要是对上位法尚无规定的事项进行立法创新，因此在条款设置方面必须要全面；在内容方面，创设性地方环境法规是对于中央尚未立法的又同时属于地方事务的进行立法，内容比较全面，具有浓烈的地方特色与创新性。¹

就一般理论而言，创设性地方环境立法追求三性：体系和谐性、内容针对性和运行有效性；对应其遵循的基本原则：“不抵触、有特色、可操作”。就具体实践而言，其一，我国环境立法指导思想交叉并存着三种理论预设：经济人、社会人和生态人，虽然这三种人性预设在西方是先后出现的，但在我国却交织在一起，这在环境保护领域的表现尤为突出。我国目前正处于经济发展的上坡期，如何将有限的力量用于维护社会公平和生态利益，成为立法者面前的一大难题。而地方环境立法处于问题世界的第一线，如何在环境保护领域做到合法性前提下的适应性与创新性，地方人大与政府应该有何作为，就成为了值得研究的问题。²其二，我国地方环境立法成果并不理想，、创新性与特色性不足，与地方环境保护的实

际需要还有一定的距离。如在中央《环境保护法》统领与指导下，全国绝大多数省份都相应制定了地方环境立法，但是对于该法中的原则性规定缺乏相应的创新性制度试行，未能充分发挥地方立法能动性，推进全国制度创新发展。因此，在环境污染问题日益严重的形势下，总结创设性地方环境立法的经验，深入探讨与研究地方环境立法的遵循原则、未来重点研究方向，就显得尤为重要。¹尤其在2015年刚修订的《立法法》背景下，创设性地方环境立法研究更具紧迫性与必要性。

二、创设性地方环境立法的积极贡献

创设性地方环境立法是立足本地实际，对地方环境保护事务进行有效的、综合性管理的重要措施。立法不仅仅是一种为社会成员和社会组织设定或规定行为规范的法律行为，而且是对中央或地方事务进行有效的、宏观的、综合性管理的重要措施和手段。²地方因其地理位置、生态环境、自然资源、社会经济发展等因素具有较大的差异性，在管理地方环境事务过程中发现对某些事务、领域，中央立法缺位且亟待立法解决，就应本着有效管理与处理地方环境事务的刚性需求，将创设性地方环境立法作为有效管理地方环境事务的重要措施或手段，积极、主动、依法行使创设性立法权，实现管理效能的最优化。笔者以1678部环境保护地方性法规规章为梳理文本，将创设性地方环境立法经验进行类型化分析。

（一）地方综合性创制立法为国家层面综合性的解决某一类环境问题积累经验

以1678部环境保护地方性法规规章为梳理文本，全国地方立法主体在其立法权限范围内主要对综合环境保护、污染防治、河流流域及湖泊环境管理、海洋环境管理、清洁生产循环经济、环境监管、环境经济政策、自然资源与生态保护、能源利用等十大类进行积极有益的探索。地方综合性创制立法包含两大类，一类属于部分地方先行进行立法创新，在各方面条件成熟后，现行中央环境立法已对其加以确认与推行；另一类则还属于地方先行先试阶段，尚未上升至中央层面立法，还有待经验的积累、时机成熟及其他条件的具备。

1. 地方先行试点，中央进行确认的立法例

¹ 葛群：《地方立法的类型及其创新》，载《天水行政学院学报》2014年第2期，第63页。

² 张德森、刘琦：《中国环境立法的地方经验——以武汉和深圳为例》，载《长江论坛》，2009年第3期，第54页。

¹ 孙路王建廷：《广东省地方环境立法现状分析》，载《产业与科技论坛》，2014年第18期，第40页。

² 陈军：《地方政府立法权研究》，中国法制出版社2012年版，第36页。

(1) 循环经济地方立法

中央立法前地方先行立法	中央立法	中央立法后地方施行立法
《贵阳市建设循环经济生态城市条例》(2004年11月)	《循环经济促进法》(2008年8月)	《大连市循环经济促进条例》(2010年6月)
《重庆市人民政府关于发展循环经济的决定》(2005年3月)		《陕西省循环经济促进条例》(2011年7月)
《厦门市人民代表大会常务委员会关于发展循环经济的决定》(2005年10月)		《甘肃省循环经济促进条例》(2012年3月)
《深圳经济特区循环经济促进条例》(2006年3月)		《山西省循环经济促进条例》(2012年5月)
		《广东省实施〈中华人民共和国循环经济促进法〉办法》(2013年1月)
		《武汉市实施〈中华人民共和国循环经济促进法〉办法》(2013年7月)
		《江苏省循环经济促进条例》(2015年9月)
		《天津子牙循环经济产业区管理办法》(2013年4月)

走循环经济之路，是后发地区摆脱“先污染、后治理”的老路，保护生态环境的必由之路。循环经济作为一种新的发展理念，对传统的经济发展理念、资源利用模式和环境治理方式进行了重大变革，其以生态学理论、系统理论和协调理论为指导，以资源的高效利用和循环利用为核心，以“减量化、再利用、资源化”为原则，以低消耗、低排放、高效率为基本特征，通过循环经济把清洁生产、生态工业、生态环境保护等措施整合起来，实现“资源—产品—再生资源”的闭环式经济流程，具有提高资源和能源利用效率、最大限度地减少废物排放、保护生态环境等优势，这些优势决定发展循环经济能够摆脱资源型城市发展的困境。发展循环经济可从根本上消除资源型城市长期以来经济与环境之间的尖锐冲突，推动传统经济向适应可持续发展要求的环保型经济转变，具有重大的现实意义和战略意义。¹为此，我国地方环境立法先于中央立法进行了积极有益探索。以贵阳市为例，该市循环经济立法在全国占有非常重要的地位，可以说开创了全国循环经济立法的先例。贵阳市结合自身多年来建设循环经济的探索和努力，于2004年11月1日制定了《贵阳市建设循环经济生态城市条例》，系全国最早的循环经济地方立法。《贵阳市建设循环经济生态城市条例》，分为总则、规划、实施、法律责任共四章33条，对各级政府在循环经济建设中的职责、循环经济生态城市建设总体规划的编制原则、内容、程序、各级政府实施规划的职责、垃圾分类处

理、绿色消费、绿色采购等，进行了原则性规定，在国家的循环经济立法中写下了浓墨重彩的一页。后来国家出台《循环经济促进法》和其他地区的循环经济地方立法，如《厦门市人民代表大会常务委员会关于发展循环经济的决定》、《深圳经济特区循环经济促进条例》等无不受到该条例的影响。¹

通过对上表的分析可知，在中央进行循环经济专门性立法前，地方环境立法已出现了4部创设性立法。从法律位阶上看，其中3部均是由地方人大及其常委会审议通过，属于地方性法规，仅重庆1部是由地方政府审议通过，属于地方政府规章。从立法主体上看，4部均为较大市地方立法。在中央专门性循环经济立法后，地方实施性立法共计8部，均属地方性法规，其中5部为省级法规，3部为市级法规。

(2) 清洁生产地方立法

中央立法前地方先行立法	中央立法	中央立法后地方施行立法
《太原市清洁生产条例》(1999年10月29日)	《清洁生产促进法》(2002年6月29日制定通过，2012年2月29日修订通过)	《云南省清洁生产促进条例》(2006年5月25日) 《南京市促进清洁生产实施办法》(2006年8月28日) 《杭州市强制性清洁生产实施办法》(2007年12月10日) 《天津市清洁生产促进条例》(2008年9月10日) 《湖南省实施〈中华人民共和国清洁生产促进法〉办法》(2009年9月27日) 《山东省清洁生产促进条例》(2010年7月30日)

清洁生产是指不断采取改进设计、使用清洁的能源和原料、采用先进的工艺技术与设备、改善管理、综合利用等措施，从源头削减污染，提高资源利用效率，减少或者避免生产、服务和产品使用过程中污染物的产生和排放，以减轻或者消除对人类健康和环境的危害。作为推进产业结构调整、转变经济增长方式的重要手段，清洁生产对于太原加快率先转型跨越发展，实现经济社会与资源环境协调健康发展具有重要意义。清洁生产是污染防治的最佳模式，倡导从源头做起、预防为主、全过程控制最终目的是节能降耗、减污增效，实现经济、环境和社会效

¹ 李冬梅：《资源型城市地方性循环经济立法研究——以山西省为例》，载《生态经济》2010年第12期，第84页。

¹ 藏兴东：《地方环保立法存在的问题及对策——以贵阳市地方环保立法实践为例》，载《人民论坛》2011年第3期，第62页。

益的统一。1998 年,太原市被联合国环境规划署和中国环境与发展国际合作委员会确定为我国第一个清洁生产示范城市,同时被国家经贸委和国家环保总局确定为第一个清洁生产试点城市。以此为契机,太原市于 1999 年在全国率先颁布实施了我国第一部清洁生产地方性法规——《太原市清洁生产条例》,建立起推行清洁生产的组织机构和技术队伍,制定了有利于清洁生产发展的政策法规,并先期在冶金、煤炭、焦化、建材、化工、电力等重点行业及产业园区开展清洁生产试点工作,积极探索清洁生产有效发展模式。¹2002 年 6 月 29 日全国人大常委会通过了《清洁生产促进法》,此后云南、南京、杭州、天津、湖南、山东六个省市进行了清洁生产促进地方立法。

通过对上表的分析可知,在 2002 年全国人大常委会进行清洁生产专门性立法前,地方环境立法立法已出现了创设性立法,但仅有太原市 1 个较大市进行地方性法规立法。2002 年中央《清洁生产促进法》施行后,施行性地方立法随即展开,从法律位阶上看,其中 3 部均是由地方人大及其常委会审议通过,属于地方性法规,仅重庆 1 部是由地方政府审议通过,属于地方政府规章。从立法主体上看,4 部均为较大市地方立法。在中央专门性循环经济立法后,地方实施性立法共计 8 部,均属地方性法规,其中 5 部为省级法规,3 部为市级法规。

(3) 机动车排污地方立法

省份	地方立法	效力等级
山西	《太原市机动车排气污染防治办法》(1999年8月26日制定,2008年12月17日修订) 《大同市机动车排气污染防治条例》(2013年2月22日)	地方法规 地方法规
湖北	《武汉市机动车安全技术和环保检验监督管理办法》(2013年11月4日) 《武汉市机动车排气污染防治条例》(2014年9月17日)	地方规章 地方法规
黑龙江	《齐齐哈尔市机动车排气污染监督管理办法》(2000年8月2日) 《哈尔滨市机动车排气污染防治条例》(2010年5月21日)	地方规章 地方法规
云南	《昆明市机动车排气污染防治条例》(2013年10月31日)	地方法规
西藏	《拉萨市机动车污染物排放监督办法》(2010年6月11日)	地方规章
江苏	《徐州市机动车排气污染管理办法》(1998年9月22日) 《江苏省机动车排气污染防治条例》(2001年10月26日制定,2013年11月29日修订)	地方规章 地方法规

¹ 武非平:《太原清洁生产发展现状、问题及对策》,载《价值工程》2015年第5期,第282页。

省份	地方立法	效力等级
浙江	《杭州市机动车排气污染防治条例》(2010年4月21日) 《浙江省机动车排气污染防治条例》(2013年11月22日) 《抚顺市机动车排气污染防治条例》(2010年11月3日) 《宁波市机动车排气污染防治管理办法》(2010年11月15日)	地方法规 地方法规 地方法规 地方规章
山东	《大连市机动车辆尾气污染综合防治的有关规定》(1996年10月5日) 《淄博市机动车排气污染防治监督管理办法》(2000年4月7日) 《青岛市机动车排气污染防治管理办法》(2004年6月30日) 《山东省机动车排气污染防治规定》(2013年10月8日) 《青岛市机动车排气污染防治条例》(2007年10月19日) 《济南市机动车排气污染防治条例》(2009年7月21日)	地方规章 地方规章 地方规章 地方规章 地方法规 地方法规
广东	《广州市机动车排气污染防治规定》(1997年9月26日制定,2007年3月29日修订) 《深圳经济特区机动车排气污染防治条例》(2004年4月16日制定,2012年6月28日修订) 《广东省机动车排气污染防治条例》(2000年5月26日制定,2010年6月2日修订)	地方法规 地方法规 地方法规
天津	《天津市机动车排放污染物管理办法》(1990年2月1日制定,1998年1月7日修订) 《天津市机动车排气污染防治管理办法》(2012年1月30日)	地方规章 地方规章
四川	《成都市非机动车管理条例》(2014年6月26日) 《四川省机动车排气污染防治办法》(2012年12月4日)	地方法规 地方规章
安徽	《安徽省机动车排气污染防治办法》(2014年7月9日) 《淮南市机动车排气污染防治办法》(2011年12月12日) 《合肥市机动车排气污染防治办法》(2013年11月29日)	地方规章 地方规章 地方规章
宁夏	《银川市机动车排气污染防治条例》(2011年5月25日)	地方法规
福建	《厦门经济特区机动车排气污染防治条例》(2011年10月26日) 《厦门市防治机动车辆噪声污染规定》(1996年9月24日制定,2007年9月30日修订)	地方法规 地方规章
江西	《江西省机动车排气污染防治条例》(2013年7月27日) 《南昌市机动车交通噪声污染防治办法》(1998年8月17日制定,2009年3月21日修订)	地方法规 地方规章
辽宁	《辽宁省机动车污染防治条例》(2013年9月27日) 《大连市机动车排气污染防治条例》(2013年10月25日) 《大连市机动车排气污染防治管理办法》(2004年10月8日) 《沈阳市机动车排气污染防治管理办法》(2008年6月2日)	地方法规 地方法规 地方规章 地方规章

省份	地方立法	效力等级
云南	《昆明市机动车排气污染防治条例》(2013年10月31日)	地方法规
湖南	《长沙市机动车辆尾气污染防治管理办法》(2000年3月13日)	地方规章
	《湖南省机动车排气污染防治办法》(2001年2月12日制定, 2004年6月23日修订)	地方法规
	《长沙市机动车排气污染防治条例》(2009年8月28日)	地方法规
青海	《西宁市机动车排气污染防治管理办法》(2009年10月20日)	地方规章
内蒙古自治区	《内蒙古自治区机动车排气污染防治办法》(2003年7月14日)	地方规章
广西壮族自治区	《南宁市机动车排气污染监督管理暂行规定》(1998年12月30日制定, 2005年5月23日修订)	地方规章
	《广西壮族自治区机动车排气污染防治办法》(2013年4月28日)	地方法规
吉林	《吉林省城市机动车排气污染防治条例》(2002年5月31日)	地方法规
	《长春市机动车排气污染防治管理办法》(2010年10月29日)	地方规章
海南	《海口市机动车排气污染防治办法》(2003年4月23日)	地方法规
河南	《郑州市机动车排气污染防治管理办法》(2012年8月27日)	地方规章
	《洛阳市机动车排气污染防治办法》(2012年9月12日)	地方规章
河北	《河北省机动车排气污染防治办法》(2012年11月22日)	地方规章
	《邯郸市机动车排气污染防治条例》(2009年8月25日)	地方法规
甘肃	《兰州市机动车排气污染防治管理暂行办法》(2013年1月4日)	地方规章
新疆	《乌鲁木齐市机动车排气污染防治管理办法》(2006年12月4日)	地方规章
贵州	《贵阳市机动车排气污染防治管理办法》(2010年2月8日)	地方规章
重庆	《重庆市机动车排气污染防治办法》(2010年3月1日)	地方法规

截至 2014 年年底, 我国机动车保有量达 2.64 亿辆, 其中汽车 1.54 亿辆。全国有 35 个城市的汽车保有量超百万辆, 北京、成都、深圳、天津、上海、苏州、重庆、广州、杭州、郑州 10 个城市超过 200 万辆。在机动车激增的同时, 机动车排气所造成的污染问题更显突出。因此, 机动车排放已经成为一些大城市的第一大空气污染源, 控制机动车排气污染已成为我国城市大气污染防治的重点工作之一。机动车尾气所造成的环境污染及其危害性已经引起社会各界的广泛关注。在中央立法层面, 唯一一部中央部门规章——《汽车排气污染监督管理办法》(2010 年 12 月 22 日修订) 外, 无任何机动车排污立法且将立法规制对象限为汽车, 实质上中央仍未有一部专门性机动车立法。而据笔者统计, 从地方性立法数量来看, 有关机动车地方性环境法规规章共计 65 部。其中, 地方法规 33

部, 地方政府规章 32 部。从全国省市立法模式看, 一是进行专门性的机动车排放污染监督管理地方法规或规章。由于目前国家现有法律法规中涉及机动车尾气污染防治的内容, 相对比较原则, 在执法中不便操作, 为保证执法到位, 确实起到控制尾气污染的作用, 各地共计 30 个省市特以政府令等形式设立《机动车排气污染防治办法》, 如江苏省、辽宁省、广州市等均有机动车尾气污染防治地方立法; 二是通过综合性大气污染防治立法细化机动车环境立法。如北京市、上海市、甘肃、陕西 4 地方虽然没有专门尾气立法, 但其《大气污染防治法》实施办法对尾气的管理内容相当详尽, 操作性相当强。

2. 地方已经先行试点, 中央尚未立法的立法例

(1) 生态文明建设地方立法

省份	地方立法	效力等级
贵州	《贵阳市促进生态文明建设条例》(2009年10月16日)	地方法规
	《贵州省生态文明建设促进条例》(2014年5月17日)	地方法规
福建	《福建省人民代表大会常务委员会关于促进生态文明建设的决定》(2010年5月27日)	地方法规
	《厦门经济特区生态文明建设条例》(2014年10月31日)	地方法规
广东	《珠海经济特区生态文明建设促进条例》(2013年12月26日)	地方法规
青海	《青海省生态文明建设促进条例》(2015年1月13日)	地方法规

党的十八届三中全会强调“建设生态文明, 必须建立系统完整的生态文明制度体系, 用制度保护生态环境”。在全面实施推进依法治国的大背景下, 通过地方立法推进生态文明建设法制化进程, 对于推动美丽中国建设意义重大。对于生态文明建设相关理论问题的探讨也已由“是否建”过度到了“如何建”的阶段。从生态文明建设的法制化视角来看, 其主要任务便在于如何通过法律手段指引、评价、强制和教育政府、企业及个人, 以使其作出合目的性的生态化行为选择。与中央尚未制定相关生态文明建设专门性立法相比, 全国贵州、福建、广东、青海四省已进行了地方专门性立法, 充分发挥地方立法能动性。以贵州省贵阳市《贵阳市促进生态文明建设条例》为例, 该条例是全国第一部促进生态文明建设的地方性法规。贵阳市通过“综合性地方生态法规+各环境要素法规”的方式, 形成了贵阳市特有的生态城市法规体系。在 20 世纪 90 年代以后, 贵阳市逐步针对水、大气、森林、绿地、噪声等环境要素制定了相应的地方法规加以保护, 并力促制

定统揽性的生态法规。2009年10月，贵阳市人大常委会通过了《贵阳市促进生态文明建设条例》这一综合性的生态保护法，将各个单行的生态和环境保护法律“串联”起来。该《条例》如同生态文明法规体系的“主骨架”，以尊重和维护自然为前提，以现有的法规体系为基础，不仅明确生态文明的发展目标、保障机制、责任追究等制度和措施，更确立起统一监管、整体保护管理的法律规定，加上已有的十余部生态法规，形成贵阳市特有的生态文明法规体系雏形。该条例对人民法院设立环境保护法庭以及审判、检察机关办理环境资源案件中应当适时向行政机关或者有关单位提出司法、检察建议作出了规定。该条例第二十四、二十五条还规定环境公益诉讼，是全国首个规定环境公益诉讼的立法性文件。从上述地方立法统计可知，生态文明作为近年来党中央文件政策的提倡重点，但是地方先行性立法数量却极少，共计6部，且均属于地方性法规。从促进生态文明建设的立法内容看，所涉领域包括了污染防治、自然资源、生态保护等综合性领域。

(2) 应对气候变化地方立法

省份	地方立法	效力等级
青海	《青海省应对气候变化办法》(2010年7月23日)	地方规章
山西	《山西省应对气候变化办法》(2011年7月12日)	地方规章

全球气候变化深刻影响着人类生存和发展，是全人类共同面临的重大挑战。几十年来，世界各国不断加深认知、不断凝聚共识，在《联合国气候变化框架公约》及其《京都议定书》等国际公约框架下，积极开展应对气候变化领域制度建设和政策创新。特别是近年来，立法保障逐步成为应对气候变化的重要举措，且相关制度建设的工作重心逐步从国际谈判、国家政策落实到地方行动。地方层面受气候变化影响的差异性较大，应对基础能力不一，可掌控调控手段不如国家层面丰富，立法条件千差万别，但地方减缓和适应气候变化的需求性和迫切性更强烈，与各地发展阶段、产业结构、生活方式、人口规模、自然条件和资源禀赋等因素密切相关。开展地方应对气候变化立法的时效性和针对性更强，可为当地生态文明建设提供系统化制度保障，以促进发展转型，提升能源资源效率，增强绿色竞争力，实现清洁低碳增长。¹2008年，我国启动省级应对气候变化方案项目，旨在通过地方战略和行动来贯彻落实国家方案，这也标志着气候变化正式进入地

¹ 赖力，徐建荣，顾芗，曹明德：《地方应对气候变化立法现状和关键问题初探》，载《江苏大学学报（社会科学版）》2013年第5期，第28页。

方实践层面。对此，各地均加强了全局性工作部署，成立应对气候变化工作领导小组，制订省级应对气候变化方案，完善相关管理体制和工作机制。在这一工作背景下，部分省市开创了以法律手段来规范和保障应对气候变化的先河：2010年10月，青海省人民政府颁布了中国第一部应对气候变化的地方政府规章《青海省应对气候变化办法》；2011年7月，山西省政府正式印发了由山西省发展改革委、山西省气象局制定的《山西省应对气候变化办法》。同时，江苏、湖北等地也着手开展了前期研究。从我国现已颁布的地方性法律法规来看：其一，中西部立法多，东部立法少。基于国家进一步推动地方应对气候变化立法的统筹考虑，我国需要将地方性立法试点工作从中西部地区拓展到沿海地区；从生态敏感区（青海）和能源主产区（山西）发展到制造业发达区。其二，上述省份的立法都是在“十一五”制定省级应对气候变化方案的工作背景下实施的，处于地方应对气候变化工作刚起步、地方控制温室气体排放任务还未下达时期，相关法律系统性和目标导向性均不足，难以适应低碳发展前沿形势，与国家控制温室气体排放和适应气候变化的最新战略导向也难以匹配。¹ 2014年9月17日，国务院通过了《国家应对气候变化规划（2014-2020年）》，并就该规划作出了相关指导意见。故而，应对气候变化应是未来地方立法的领域之一。

(3) 城市垃圾管理地方立法

省份	地方立法	效力等级
北京	《北京市人民政府关于加强垃圾渣土管理的规定》(2007年11月23日)	地方规章
	《北京市生活垃圾管理条例》(2011年11月18日)	地方规章
福建	《福建省厦门市城市生活垃圾管理办法》(2004年11月12日)	地方规章
广东	《广东省城市垃圾管理条例》(2001年9月28日)	地方法规
	《广东省广州港港区船舶垃圾接收处理管理规定》(1999年2月4日)	地方规章
	《广东省广州市城市生活垃圾分类管理条例》(2011年1月14日)	地方规章
	《广东省深圳市餐厨垃圾管理办法》(2012年6月13日)	地方规章
广西	《广西南宁市城市建筑垃圾管理办法(2012)》(2012年2月23日)	地方规章
海南	《海南省城镇生活垃圾处理费征收使用管理办法》(2009年9月21日)	地方规章
	《海口市建筑垃圾管理条例》(1993年6月3日)	地方规章
河北	《河北省邯郸市建筑垃圾处置条例》(2012年5月22日)	地方法规
	《河北省石家庄市餐厨垃圾管理办法》(2006年12月14日)	地方规章

¹ 赖力，徐建荣，顾芗，曹明德：《地方应对气候变化立法现状和关键问题初探》，载《江苏大学学报（社会科学版）》2013年第5期，第29页。

省份	地方立法	效力等级
河南	《河南省洛阳市餐厨垃圾管理办法》(2013年1月11日) 《河南省洛阳市城市建筑垃圾管理若干规定》(2011年10月21日)	地方规章 地方规章
黑龙江	《黑龙江省哈尔滨市城市建筑垃圾管理办法(2010)》(2010年8月27日)	地方规章
湖北	《湖北省武汉市建筑垃圾管理暂行办法》(2011年4月25日)	地方规章
湖南	《湖南省长沙市餐厨垃圾管理办法》(2010年12月8日) 《湖南省长沙市城市垃圾管理办法(1998修正)》(1998年2月17日)	地方规章 地方规章
吉林	《吉林省吉林市城市建筑垃圾管理办法》(2010年12月16日) 《吉林省长春市城市建筑垃圾管理办法》(2011年7月19日)	地方规章 地方规章
江苏	《江苏省南京市城市生活垃圾处理费征收管理办法》(2008年6月24日) 《江苏省南京市城市生活垃圾袋装管理暂行规定》(1995年1月1日) 《江苏省南京市生活垃圾分类管理办法》(2013年4月1日) 《江苏省苏州市餐厨垃圾管理办法》(2009年4月7日) 《江苏省苏州市城市建筑垃圾管理办法》(2005年11月23日) 《江苏省徐州市城市建筑垃圾和工程渣土管理办法》(2003年6月6日) 《江苏省徐州市市区生活垃圾袋装管理办法》(1998年8月18日)	地方规章 地方规章 地方规章 地方规章 地方规章 地方规章 地方规章
江西	《江西省南昌市餐厨垃圾管理办法》(2014年4月29日) 《江西省南昌市城市生活垃圾管理办法(1997修正)》(1995年9月2日)	地方规章 地方规章
辽宁	《辽宁省大连市餐厨垃圾管理办法》(2013年12月4日) 《辽宁省沈阳市城市袋装生活垃圾管理条例》(1994年8月19日)	地方规章 地方规章
内蒙古	《内蒙古呼和浩特市餐厨垃圾无害化处置管理办法》(2011年5月4日)	地方规章
宁夏	《宁夏银川市建筑垃圾管理条例》(2013年7月31日)	地方法规
青海	《青海省西宁市城市建筑垃圾管理办法》(20120821) 《青海省西宁市垃圾管理条例》(1994年1月20日)	地方规章 地方规章
山东	《山东省青岛市城市建筑垃圾管理办法》(2002年12月2日)	地方规章
山西	《山西省大同市城市建筑垃圾管理办法(2005修订)》(2005年10月10日)	地方规章
上海	《上海市城市生活垃圾收运处置管理办法(2010修正)》(2010年12月6日) 《上海市促进生活垃圾分类减量办法》(2014年2月11日) 《上海市建筑垃圾和工程渣土处置管理规定》(2010年10月25日)	地方规章 地方规章 地方规章
四川	《四川省成都市建筑垃圾处置管理条例》实施办法》(2013年12月26日) 《四川省成都市餐厨垃圾管理办法》(2012年5月25日) 《四川省成都市城市生活垃圾袋装管理办法》(1998年8月20日)	地方规章 地方规章 地方规章
天津	《天津市城镇生活垃圾袋装管理办法》(2010年11月8日) 《天津市建筑工程渣土管理规定》(1993年5月10日)	地方规章 地方规章
新疆维吾尔自治区	《新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市城市建筑垃圾管理办法》(2002年8月14日) 《新疆乌鲁木齐市餐厨垃圾处理管理办法(2010修订)》(2010年3月1日)	地方规章 地方规章

省份	地方立法	效力等级
治区	《新疆乌鲁木齐市城市生活垃圾处理费征收管理办法》(2006年12月4日)	地方规章
浙江	《浙江省杭州市城市生活垃圾管理办法》(2012年9月14日) 《浙江省宁波市建筑垃圾管理办法》(2011年5月19日) 《宁波市城市生活垃圾袋装收运管理规定》(1996年9月13日)	地方规章 地方规章 地方规章
重庆	《重庆市餐厨垃圾管理办法》(2009年7月13日) 《重庆市城市生活垃圾处置费征收管理办法》(2011年7月18日) 《重庆市城市水域垃圾管理条例》(2003年6月2日)	地方规章 地方规章 地方规章

城市垃圾是指城市居民日常生活丢弃的家庭生活垃圾包括有机、无机和危险品如干电池、突光灯管等与人们吃喝有关的厨房有机垃圾及公共场所垃圾、环卫部门道路清扫物包括绿色植物残骸，如草坪除草、树木剪枝、落叶、纸品、塑料制品和坐土等及部分建筑垃圾的总称。目前我国正处于飞速的发展过程中，在经济发展和城市化水平提高的同时，城市垃圾的不断增多也正逐渐成为困扰广大城市居民与影响环境的一大难题。城市垃圾呈现出数量急剧增多、种类复杂、分布不均匀、分类回收率低等特征。一般城市垃圾产量与城市工业发展水平、城市规模、人口增长速度成正比。¹正因如此，中央与地方对城市垃圾管理问题进行积极立法探索。据笔者统计，地方有关于城市垃圾专门性立法共计 57 部，其中地方法法规 3 部，其余均为地方规章。而在 2007 年 4 月 28 日城乡建设部颁布的专门性立法《城市生活垃圾管理办法》之前，部分地方已进行创设性地方环境立法，如重庆、广东、海南、河北、福建等省市对水域垃圾、生活垃圾、餐厨垃圾、建筑垃圾、港区船舶垃圾等先于中央进行创设性立法，为中央立法积累经验与奠定立法基础。而后，多数地方省市都进行了上述 5 个类别的垃圾进行专门性立法，共计 36 部。概言之，从地方立法数量来看，在 57 部专门性立法中，创设性立法 21 部，占现有地方立法 37% 左右；从具体垃圾分类立法看，所涉类型包括了水域垃圾、生活垃圾、餐厨垃圾、建筑垃圾、港区船舶垃圾等，其中水域垃圾、港区船舶垃圾立法仅分别为重庆市与广州港区所特设的，具有鲜明的地方特色性；从制定主体上看，57 部地方法规规章中仅有 3 部是属于地方人大及其常委会制定的法规，其余 54 部均为地方规章，法律位阶较低；从制定省市来看，该地方立法涵盖了全国 26 个省市，立法覆盖面大。

¹ 张宝杰：《城市生态与环境保护》，哈尔滨工业大学出版社 2002 年版，第 218 页。

(二) 地方制度性创新立法为国家层面的制度创新积累经验

地方生态环境和社会经济发展的非均衡性，导致综合性立法下环境保护的多样性需求。由此，地方着力于制度创新立法有利于解决地方非均衡性与现实需求的矛盾。其中地方先于中央进行地方制度性创新，亦同地方综合性立法划分标准加以梳理。

1. 地方先行试点，中央加以确认的制度性创制立法例

(1) 生态保护红线制度地方立法

中央立法前地方先行立法	中央立法	中央立法后地方施行立法
《江苏省生态红线区域保护规划》(2013年8月)	《环境保护法》(2014年4月修订新增)第29条第一款规定：“国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线，实行严格保护。”	《江苏省南京市生态红线区域保护监督管理和考核暂行规定》(2014年11月)
《天津市生态用地保护红线划定方案》(2014年2月)		《辽宁省沈阳市生态保护红线管理办法》(2014年12月)
《江苏省南京市生态红线区域保护规划》(2014年2月)		

自2011年国务院颁布《关于加强环境保护重点工作的意见》提出划定生态红线任务后，环境保护部于2012年3月召开了全国生态红线划定技术研讨推进会，2014年4月新《环保法》新增生态保护红线制度的原则性规定。但生态保护红线制度纳入国家法律层面进行强制性推进，为时尚短，在很多省份和城市仍处于刚刚起步阶段或研究落实阶段，还没有进入实质性生态保护红线规划编制或规范性制度建设阶段。在中央立法推行前，部分地方立法已有一定进展，如江苏省在2009年编制《江苏省重要生态功能保护区区域规划》的基础上，于2013年8月发布了《江苏省生态红线区域保护规划》，其后南京市、南通市等江苏大部分省辖市，已经以政府文件的形式颁布了市级层面的生态红线保护规划，并努力实现与市级层面其他相关规划的融合，江苏省该项工作走在了全国的前列。¹但在划定和实施生态保护红线过程中，由上表笔者粗略统计可知：第一，生态保护红线制度相关法律、法规和规定等重要基础性文件尚少。除江苏省、天津市率先在中央立法前进行制度探索外，零星的福建省、辽宁省两省在中央原则性立法指引下作出立法回应外，其他省及较大市均对此制度未作出任何地方立法。第二，

¹ 闫志利：《生态文明视域下河北沿海地区湿地农业发展转型研究》，载《中国环境管理干部学院学报》2013年第2期，第17-20页。

省市两层面在制度探索中困难诸多。省级层面只能更多依据《环保法》第29条原则性规定、环保部文件《国家生态保护红线——生态功能基线划定技术指南（试行）》。而在市级层面，不同城市各有特性，且重在生态红线保护制度的真正实施与协同融合，在红线划定、规范管理、资金补偿等实践过程中还存在一些问题。¹

(2) 生态补偿制度地方立法

中央立法前地方先行立法	中央立法	中央立法后地方施行立法
《贵州省贵阳市生态公益林补偿办法》(2007年8月)	《环境保护法》(2014年4月修订)第31条规定：“国家建立、健全生态保护补偿制度。国家加大对生态保护地区的财政转移支付力度。有关地方人民政府应当落实生态保护补偿资金，确保其用于生态保护补偿。国家指导受益地区和生态保护地区人民政府通过协商或者按照市场规则进行生态保护补偿。” 《水污染防治法》(2008年2月28日)第7条规定：“国家通过财政转移支付等方式建立健全饮用水水源保护区和水库、湖泊、江河上游地区的水环境生态保护补偿机制，为饮用水水源保护区和水库、湖泊、江河区域获得生态补偿提供了法律依据。” 《民族区域自治法》(2001年2月28日修订)第66条规定：“国家对民族自治地方为国家生态平衡、环境保护作出贡献的行为给予一定的利益补偿，为国家对区域政府实施生态补偿提供了法律依据和借鉴。”	《江苏省苏州市生态补偿条例》(2014年5月) 《江苏省苏州市生态补偿条例实施细则》(2015年8月)

生态补偿领域既包括已经制度化的森林、草原、自然保护区和重点生态功能区、海域以及矿山等领域，也包括正在通过实践探索生态补偿制度建设的湿地、水资源和水土保持、区域、流域等领域。就目前所统计的生态补偿地方创设性环境立法探索中，唯有贵州省贵阳市于2007年对该制度在森林领域进行地方立法探索。2014年修订通过的《环保法》第一次明确生态补偿制度，以此为背景，江苏省苏州市陆续出台了《江苏省苏州市生态补偿条例》、《江苏省苏州市生态补偿条例实施细则》两部地方立法，应该是对中央立法中生态补偿制度积极响应。从以上我国生态补偿制度的立法状况来看：其一，尽管我国有省市制定了地方生

¹ 李文青、王芳、朱小曼、俞欣、刘海滨：《城市层面推进生态保护红线管理机制对策分析》，载《中国环境管理干部学院学报》2015年第1期，第21页。

态补偿法规规章，但是我国生态补偿规定政出多门，所涉领域广泛，未形成统一的法律体系将不利于地方开展具体可操作性生态补偿活动；其二，由于各省市的差异性，其生态补偿具体内容所涉的标准、方式也各不相同，配套制度、管理体制间的协调等问题均需结合当地特色进行立法探索。仅有国家层面的立法为依据而开展地方生态补偿实践活动，实难完全适应地方生态保护和社会经济发展的需要。

（3）环境保护教育地方立法

中央立法前地方先行立法	中央立法	中央立法后地方施行立法
《宁夏回族自治区环境教育条例》（2011年12月） 《天津市环境教育条例》（2012年9月）	《环境保护法》（2014年4月修订）第9条第二款规定：“教育行政部门、学校应当将环境保护知识纳入学校教育内容，培养学生的环境保护意识。”	《河南省洛阳市环境保护教育条例》（2014年10月） 《哈尔滨市环境教育办法》（2015年3月）

我国环境教育立法是环境保护形势发展、改变环境教育现状的需要，也是加强生态文明建设、贯彻依法治国方略的需要。目前，据统计已有4个省市进行了地方环境教育立法，这些经验可以为我国其他省市环境教育立法提供借鉴，也为国家开展环境教育立法奠定基础。加之，我国40多年来对环境教育的实践和探索，环境教育立法已具备很高的可行性。¹宁夏回族自治区2007年率先提出制定环境教育地方立法，作为我国首部创设性环境教育地方立法，自治区人大、政府高度重视，环境保护部给予了大力支持和指导，社会各界广泛关注。经过5年努力，2011年12月1日宁夏回族自治区第十届人民代表大会常务委员会第二十七次会议审议通过了《宁夏回族自治区环境教育条例》，并于2012年1月1日正式施行。《条例》包括几项主要内容：一是理顺环境教育体制机制；二是在实施全民环境教育的基础上，突出重点人群、重点单位的环境教育；三是明确了环境教育经费、人才、教材、设施等方面的保障措施，规定县级以上人民政府应当定期向本级人民代表大会常务委员会报告环境教育工作情况，接受监督检查。2012年9月天津市人大常委会审议亦通过《天津市环境教育条例》。中央立法则于2014年4月在新修订的《环保法》中对该制度进行原则性规定，将其上升至

¹ 陈妍凌：《推动环境教育立法 促进生态文明建设——环境保护部环境教育立法研讨会发言摘要》，载《中国环境报》2014年11月18日，第004版。

国家立法层面。河南省洛阳市、哈尔滨市在地方与中央的原则性指导下，分别制定各自市级环境教育制度地方立法。环境教育制度形成了地方立法先行——全国立法——推行全国（或部分）地方立法的专门性立法模式。

2. 地方先行试点，中央尚未立法的制度性创制立法例

（1）排污权有偿使用与交易制度地方立法

省份	地方立法
江西	《太原市二氧化硫排污交易管理办法》（2002年9月） 《太原市二氧化硫排污交易管理办法》（2008年修订）
贵州	《贵阳市大气污染防治办法》（2005年6月）
浙江	《浙江省水污染防治条例》（2008年）
江苏	《无锡市水环境保护条例》（2008年） 《南京市主要污染物排污权有偿使用和交易管理办法（试行）》（2015年1月）
黑龙江	《哈尔滨市二氧化硫排污权交易暂行办法》（2011年10月）
四川	《成都市排污权交易管理规定》（2012年5月）
湖北	《湖北省主要污染物排污权交易办法》（2012年8月）
湖南	《湖南省主要污染物排污权有偿使用和交易管理办法》（2014年1月）
河南	《河南省主要污染物排污权有偿使用和交易管理办法》（2014年7月）

排污权交易制度作为一种利用市场进行环境规制的手段正受到越来越多的关注。该项制度对我国环境保护发展具有积极的意义。首先，该制度的确立有利于较好的协调经济发展与环境保护的矛盾，从而为人类最终解决环境问题创造条件。其次，该制度的确立为实现环境立法理念由“末端治理”走向“源头及全程控制”奠定基础。再次，该制度的确立为我国民法实现生态化积蓄了立法资源。最后，该制度的确立对民事权利体系的完善具有重要意义。¹目前，大部分地方排污权交易试点往往根据一般的行政规范性文件进行，没有地方性法规规章依据，这样就导致排污权交易活动缺乏法律法规。截止2015年，排污权有偿使用与交易的相关地方立法共计11部，其中3部是以综合性立法予以确立排污权交易制度，其余8部则以专门性地方立法加以确立。其他地方的排污权交易制度则以一般规范性文件非正式立法的形式进行试点，如江苏、上海等地区。我国已进行排污权交易试点十多年，但是制度的运行及立法进程却十分缓慢。例如，江苏省在二氧化硫排污权交易政策研究与实践中一直走在全国前列，但近几年少有成

¹ 邓海峰：《排污权——一种基于私法语境下的解读》，北京出版社2008年版，第100-103页。

功的交易发生。水污染物的排污权交易国内做得比较早也比较好的应该是上海黄浦江流域水污染物 COD 的排污权交易，但据了解，COD 排污权交易在黄浦江流域近几年已经停止了。¹从我国地方环境立法及地方实践情况可知：其一，我国排污权交易制度在地方立法层面，存在综合性立法与专门性立法两种模式，且存在地方立法数量少，实施效果差等问题；其二，在制度构建方面，存在环境监测体制、排污交易市场尚不健全，排污交易价格确定方式不明确等障碍。

(2) 政策环境影响评价制度地方立法

省份	地方立法
广东	《深圳经济特区环境保护条例》(2009年7月修订)第11条规定：“实行政策环境影响评价制度。法规、规章和规范性文件实施后可能对环境产生重大影响的，起草单位在起草时应当组织进行环境影响评价，并形成政策环境影响评价说明书。环保部门负责召集由有关政府代表和专家组成的审查小组，对政策环境影响评价说明书进行审查，并出具书面审查意见。政策环境影响评价说明书和审查小组的书面审查意见应当作为制定政策的重要依据。对应当报送而未报送政策环境影响评价说明书及其书面审查意见的政策，不予审议、审查。对本条所列由政府起草的法规、规章和规范性文件进行环境影响评价的具体办法由市政府另行制定。”

政策战略环境影响评价（简称“政策环评”）是战略环境影响评价在政策层面上的应用，或者说是以政策为对象的战略环境影响评价。与规划环境影响评价和建设项目环境影响评价相比，政策环评无论评价对象还是评价内容都更加复杂。就评价对象而言，政策环评在广义上可以涵盖我国环评法“一地三域”、“十个专项”之外的所有决策。从评价内容来讲，政策环评除了常规的资源环境影响评价外，还要把公众参与、体制改革、理念宣传、能力建设等作为重要内容。政策环境评价制度的确立有利于实现我国可持续发展的迫切需要，弥补对项目环境影响评价的缺陷以及保障政府科学决策、民主决策的实施。该制度目前在中央与地方立法层面均未有专门性立法规定，中央 2014 年修订《环保法》对该制度未作出明确的规定，地方 2009 年《深圳经济特区环境保护条例》先于中央立法，确立了政策环境影响评价制度，开了我国对政府政策和法律、法规草案进行环境影响评价的先河，同时也为我国修订《环保法》、《环境影响评价法》提供了可资借鉴或参考的经验。此后，政策战略环评的地方立法缺乏前进动力，对于该制度的地方立法未有进展，需进一步进行地方创设性立法以适应和推动环境保护事

¹ 吴卫星：《排污权交易制度的困境及立法建议》，载《环境保护》2010年第12期，第37页。

业。

(3) 门前三包责任制度地方立法

省份	地方立法
辽宁	《本溪市“门前三包”责任规定》(1994年9月)
广东	《深圳市辖区三包管理责任制实施办法》(1996年8月)
北京	《北京市“门前三包”责任制管理办法》，(1999年3月)
江西	《南昌市人民政府关于市容环境卫生门前三包责任制实施办法》(2005年5月)
内蒙古	《呼和浩特市市容环境卫生“门前三包”责任制管理办法》(2006年3月)
青海	《西宁市市容环境卫生“门前三包”责任制管理办法》(2007年12月)
福建	《福州市“门前三包”责任制管理办法(试行)》(2010年8月)
湖北	《武汉市“门前三包”责任制管理办法》(2013年4月)
宁夏	《银川市门前“三包”责任制管理办法》(2014年6月)

门前三包制度作为城市管理发展过程中的一项重要措施，在城市管理中发挥着独特的作用。“门前三包”是指临路(街)所有的单位、门店、住户将担负起一定范围的市容环境责任，承担一定的城市管理任务。门前三包制度以其不可替代的优越性，在我国现今相当一部分城市中仍得到了广泛的推广和应用。从纵向立法来看，我国中央立法层面未对该制度作出原则性或专门性规定；地方立法层面则对该制度进行专门性立法。从横向立法来看，门前三包责任制度的专门性立法均属于地方政府规章，省级法规未有涉及。从立法数量来看，享有地方立法权的较大的市从过去的 49 个扩大至全部 282 个设区的市，而目前门前三包责任制度仅有 10 个城市进行创设性地方立法，所占比例低，立法数量少。

(三) 地方自主性的立法有效应对国家环境立法不能有效的地方特殊的生态环境问题

我国各地的自然环境差异很大，特定的自然资源、地理位置、社会经济条件等因素构成独特的区域生态系统。具有可操作性和地方特色的立法是地方环境立法追求的价值目标和生命力，各地纷纷结合本地实际情况立法，进行了有益的自主性地方环境立法尝试，所立之法基本都体现了浓厚的地方特色。例如作为全国闻名的“森林之城”、“避暑之都”的贵州，拥有得天独厚的大规模环城林带，其对“森林、树木、水资源”保护的立法数量就很多，占据了相当的比例。纵观我国 34 个省份的自主性地方环境立法多围绕着本地方特有的自然资源、特殊区域等要素进行相关立法。所谓的自然资源是自然界形成的可供人类利用的一切物质

和能量的总称。按照不同的分类标准的不同的分类，按其形成条件、组合情况、分布规律等的地理特征，可以分为矿产资源（地壳）、气候资源（大气圈）、水资源（水圈）、土地资源（地表）、生物资源（生物圈）五大类。¹纵观我国现行自然资源法律体系可知，自然资源保护主要包括了主要包括了土地资源、水资源、矿产资源、森林资源、草原资源、野生动物资源、海洋资源、大气（气候）资源等方面。特殊区域是指在科学、历史、文化、教育、美学、旅游、保健等方面具有特殊价值，并受到国家法律特殊保护的各种天然的和经过改造的自然因素的总称。²按照我国现行环境法律体系规定，特殊自然区域主要包括了自然资源保护区、风景名胜区、森林公园、自然遗迹地、人文遗迹地、地质公园、湿地、海洋（海域、水域、流域）特别保护区、禁猎区、禁渔区等。笔者对全国 31 个省市进行的自然资源、特殊区域及其他资源保护的梳理。

我国疆域广阔，人口众多，各省市的地理环境、生态环境和自然资源分布状况极不一致，经济文化发展水平也极不平衡，这就是我国当前最大的地方实际。多样化的客观情况使得各地事务表现出较大的差异，对其进行调整的地方立法也因此呈现出多样性、差异性和复杂性。首先，我国疆域辽阔、生态复杂、气候多样、资源丰富导致中央立法不能对其作出全面的规定，而地方立法则成为应对复杂多样的自然地理环境与自然资源状况的最优选择。在 1678 部地方环境立法中，所涉自然资源保护、特殊区域保护及其他资源共计 400 多部，占地方环境立法总比例 25% 左右。可以说，自主性地方环境立法实质上是为了弥补国家立法在某些方面的不足，及时解决地方生态保护、自然资源等问题而制定具有地方特色的立法。比如针对贵阳市“两湖一库”、花溪、环城林带等重要的生态保护区，分别制定了《贵阳市红枫湖百花湖阿哈水库行政处罚委托暂行规定》、《贵阳市阿哈水库水资源环境保护条例》、《贵阳环城林带建设保护办法》、《贵阳市花溪景观保护和管理规定》等地方性法规和规章。³其次，多样化的客观情况使得各地事务表现出较大的差异，对地方环境立法具有直接导向作用。如云南省其地理位置、历史文化、自然资源、民族众多等地方特色，导致其在自然资源、特殊区域保护及其他资源方面的地方立法数量多且丰富，该地的自主性地方环境立法均围绕着本

¹ 蔡守秋主编：《环境资源法教程》，高等教育出版社 2010 年第 2 版，第 275 页。

² 吕忠梅主编：《环境资源法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 222 页。

³ 文永辉、曾璟：《贵阳市地方环保立法的特色与完善》，载《凯里学院学报》2011 年第 2 期，第 35 页。

地的自然特色而开展的。最后，在特殊资源的立法方面，各省市地方立法呈现出立法态度差异性。如气候资源的地方环境立法的省份仅有安徽（《安徽省气候资源开发利用和保护条例》）、内蒙古（《内蒙古自治区气候资源开发利用和保护办法》）、贵州（《贵州省气候资源开发利用和保护条例》）、山西（《山西省气候资源开发利用和保护条例》）、西藏（《西藏自治区气候资源条例》）、四川（《四川气候资源开发利用和保护办法》）、广西（《广西壮族自治区气候资源开发利用和保护管理办法》）、江苏（《江苏省气候资源保护和开发利用条例》）8 个对此做出了积极回应，其他省市并未对此作出任何规定，对该气候资源的地方立法态度较为保守。

三、创设性地方环境立法未来完善方向

（一）遵循的基本原则

1. 树立地方立法的能动理念，以问题为逻辑起点开展地方立法

地方环境立法成功与否，质量高低与地方立法能动性息息相关。尤其是创设性地方环境立法更须充分发挥地方能动性。开展创设性地方环境立法，一是要树立地方立法的引领和推动观。即发挥地方立法作为上层建筑重要组成部分对经济基础的能动作用。体现为在发挥立法的规范、确认等顺应作用基础上，发挥地方立法对环境保护发展的引领和推动作用。二是树立地方立法的先行和创造观。即发挥地方立法对完善中国特色社会主义环境法律体系的能动作用。除执行性立法应对上位法进行“二次创造”外，还应以创制性地方立法的形式，对国家法律法规没有作出规定而当地急需解决的环境问题及时予以规范，充分发挥地方立法拾遗补缺、担当“试验田”的作用。

于此同时，创设性地方环境立法是没有上位法作为立法依据，甚至也没有其他省市等立法经验作借鉴。因此，在进行创制性立法时，应以问题为中心并借助逻辑工具对其进行把握，建立立法参照和实现立法定位。其一，提出问题。找准立法所要解决的问题。选择现实亟需且符合地方立法权限的项目，尤其是找准影响地方环境保护的关键问题进行立法。其二，分析问题。找准立法所要调整的社会关系。立法所要解决的问题，应能转化为法律上的调整对象，并能以责权利这一法律特有的范畴予以规定。其三，解决问题。找准立法所要创设的主要法律规范。¹

¹ 涂青林：《地方特色立法原则实现的难点与对策》，载《立法时空》2013 年第 11 期，第 22 页。

2. 坚持制度创新为主导，提高地方立法效率

在地方存在自然和社会经济发展的非均衡性，由此产生地方环境保护呈现出较强的非同构性。除中央普适性的法律外，地方立法应通过多元化制度创新设计满足各地发展非均衡性和非同构性的现实需求。概言之，地方立法的本质与核心就是用制度设计的创新，来有针对性地解决那些客观存在的非均衡性和非同构性的问题。所谓的制度创新，一般是指制度安排的积极变动和替换。¹这种积极变动和替换，在地方立法中就是探索成本最小化、效用最大化地解决当地具体问题的制度设计。²“法律以最小限度的浪费来调整各种社会关系，就对文明有利，具有一种哲学的价值”。³因此，提高地方法规制度设计的效率，应成为地方立法特色的内在追求。

具体应用于环境保护领域，则地方环境立法应着力于创设符合当地实际情况的环境保护制度性立法规范。所谓制度性地方环境立法通常以国家政策文件为导向，进行地方制度创新的专门性立法，而后中央以非专门性的综合性立法方式对该制度加以原则性规定与确认，据此推而广之全国各省市进行实施性地方环境立法。例如，新《环境保护法》已经规定的制度在具体化过程中仍有创新的余地，如排污权交易制度还没有在新《环境保护法》的条文中体现，制度上还存在空白。随着环境保护工作以及环境法学研究的深入，还可能有一些客观上需要的法律制度陆续出现。获得法规规章制定权的地方立法主体应当在充分考虑当地情况、不违反上位法的基础上，遵循环境保护立法的宗旨和基本原则，回应客观形势的需要，发挥能动性、创新环境法律制度或具体的操作规范，在更广泛的意义上推动环境保护事业和环境法律制度发展。⁴需注意的是，地方环境立法在探索制度设计创新，并不意味着一味追求制度设计的先行性和与众不同，而重在寻求最优化的制度效率设计来解决本地的特殊问题。

3. 坚持适度超前，适应地方环境保护需要

创设性地方环境立法在坚持国家法制统一原则的前提下，必须发挥主观能动性，立足于本地经济发展的实际，坚持适度超前。地方环保立法要对今后一个时

¹ [美]R.科斯等：《财产权利与制度变迁——变迁学派与新制度学派译文集》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第348页。

² 上海市行政法制研究所：《地方立法的理论与实务》，法律出版社2007年版，第79页。

³ [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第60页。

⁴ 刘长兴：《环境保护地方立法立什么？》，载《中国环境报》，2015年3月20日第002版。

期内(如5—10年)的经济、社会、环境发展的方向和趋势及立法动向有清醒的认识，以确保在目标期限内的适用性。在以新《环保法》为基础法的前提下，首先把贯彻科学发展观、转变管理模式、以人为本、人与自然和谐的理念贯穿到立法工作中，如明确“促进经济和社会的可持续发展”，“促进循环经济发展”，“实现经济效益、社会效益和环境效益的统一”；注重综合运用行政命令、经济手段调节和自愿协议等手段，调整环境管理方式；鼓励企业的诚信建设和环保自律行为，提高公众参与的广度和深度等，倡导绿色消费。掌握好“度”，不超越发展阶段。先进的理念、制度如果离开了现实基础，就成了无源之水、无本之木，所以在规范设计上，地方环境立法应注重现实或目标期内的可行性。¹

(二) 地方环境立法未来制度创新的重点制度

任何公共政策均是以解决公共社会问题为指向的，环境问题作为众多的公共社会问题的一种，被纳入公共政策关注的视野，便形成了环境政策。在我国当下的环境法领域中，政策占据着重要且显著的地位，甚至发挥着主导的作用。政策与法律之间的关系为政策指导法律的制定与实施，政策需要法律贯彻实施²；应采取何种制度路径把政策转化为法律³。因此，从国家和地方发展的重要环境政策导向中寻求立法契机，把重要政策法规化，通过立法贯彻落实促进环境保护的政策，也是地方立法机构进行立法立项重要考量因素。重要环境政策的演进与更新对于地方环境立法具有直接的推动与指引作用。一项政策需多项法律法规才能达成目标。为此，地方环境立法机构一要找准政策的切入，采取何种制度路径实现政策法律化，二要研究通过哪些立法达成政策目的。⁴为全面落实贯彻党十八大和十八届二中、三中、四中、五中全会精神，建立全面系统的生态文明制度，地方环境立法显然在生态文明制度地方部署上应该有所作为，将生态文明建设提出的事前、事中、事后的过程控制以及环境保护监管体制改革的相关制度加以落实。

1. 自然资源负债表编制制度

源头控制基本制度是指在可能影响环境的人类活动进行前，法律赋予管理者

¹ 何春苗、黄震：《关于地方环境立法空间的探讨》，载《环境保护》2006年第5期，第48-49页。

² 段钢：《论政策与法律的关系》，载《云南行政学院学报》2000年第5期，第52-53页。

³ 方世荣：《论政策转化为法律的基础和条件》，载《湖北行政学院学报》2006年第4期。

⁴ 周祖成：《地方立法重点和方向》，中国立法学研究会编：《地方立法的理论与实践》，法律出版社2013年，第21页。

或被管理者某种权力及义务，使其可依法进行必要的管理以使该活动不致危害环境的法律制度。一般而言，源头控制制度是对影响环境行为的抽象性、预防性管理，其作用是把可能影响环境状况和质量的行为事先纳入国家环境管理的过程，以便进行有效的监督和指导；也可以使行为人在事前了解自己的行为可能造成的环境影响，及时采取有效的预防措施，使行为更加理性。¹目前我国已建立了环境规划制度、环境标准制度、环境影响评价制度、环境资源承载力监测预警制度、环境目标责任制度等源头控制制度。十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出：“探索编制自然资源资产负债表，对领导干部实行自然资源资产离任审计。建立生态环境损害责任终身追究制。”已有的研究认为自然资源资产负债表，首先要核算并记录自然资源资产的存量状况及其变动情况，全面记录一定时期内（期末一期初）各个经济主体对自然资源资产的占有、使用、消耗、恢复和增值保值状况，在此基础上，评估这一时期内自然资源资产实物量和价值量的变化及经济活动对生态环境的破坏或修复程度。²这项旨在“用制度保护生态环境”政策设计，将自然资源的利用状况与对生态环境的破坏或修复程度纳入领导干部考核机制中，改变了传统唯GDP政绩考核制，建立了以责任制为核心，责任、权利、义务有机结合，从而在源头上形成政府及其负责人对自然资源的合理利用、生态环境有效保护的倒逼机制。在全面深化改革的新形势下，自然资源资产负债表编制这一新概念地提出，需要地方立法的不断探索与实验，形成可复制可推广的编表制度，从而建立健全自然资源资产负债表制度。

地方对该制度的创设性立法具有重要的理论与现实意义。首先，是地方贯彻落实中央建设生态文明、走可持续发展道路的客观要求。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出：“建设生态文明，必须建立系统完整的生态文明制度体系，实行最严格的源头保护制度、损害赔偿制度、责任追究制度，完善环境治理和生态修复制度，用制度保护生态环境。”作为源头控制制度的自然资源资产负债表编制制度，旨在将资源消耗、环境损害、生态效益纳入国家自然资源管理的整体部署中，建立体现生态文明要求的考核办法，是对生态文明建设的积极实践与创新。同时，可持续发展是以自然资源的可

持续利用和良好的生态环境为基础，以经济可持续发展为前提，谋求社会的全面进步，要求人类的经济活动和经济发展要与资源、环境的承载能力相适应，保证资源与环境的可持续性。¹因此，对自然资源资产负债表编制制度进行创设性地方立法是地方对中央建设生态文明、走可持续发展道路积极贯彻与落实。其次，是创新地方管理制度，使自然资源资产由“管理”向“治理”转变。我国自然资源涉及面广、地理范围大，中央政府统筹兼顾，协调各地政府对资源环境进行管理，同时自然资源又涉及许多的利益主体，在GDP的驱动下，利益主体之间进行着利益博弈，单靠政府管理很难解决环境问题。²地方通过将自然资源资产负债表法规范化，以立法形式把政绩与生态保护挂钩，能有利于促进资源环境向治理转变。此外，国务院办公厅于2015年11月8日发布《编制自然资源资产负债表试点方案》（国办发〔2015〕82号），对该制度地方试行提供指导意见。该方案对编制自然资源资产负债表的总体要求、试点内容、基本方法、试点地区、时间安排等作出了较详实的规定，对于地方进行自然资源资产负债表编制制度的立法具有指导性意义。未来我国地方创设性立法应以此为着力点，并结合该试点方案，将自然资源资产负债表编制制度政策法律化，实行地方探索性立法，实现中央政策文件落地开花。

2. 排污权有偿使用与交易制度

事中环境激励是指在开发利用环境的过程中，根据生态规律和经济规律，综合运用价格、成本、信贷及税收等经济杠杆以及环境责任制等经济方法，向各相关利益主体提供的一种非强迫性的、具有灵活选择性的手段，以限制破坏环境的经济活动，激励有利于环境改善的经济活动。其所涉内容包括激励市场主体节能减排，激励环保产业发展，支持市场主体转产、搬迁、关闭三方面。³

在激励市场主体节能减排方面，党十八大报告中明确指出“积极开展节能量、碳排放权、排污权、水权交易试点”，我国已正在进行排污权有偿使用与交易试点，通过该制度，实现运用市场机制激励企业减少排污、节约资源的目标。笔者在上文已对该制度的立法进行了梳理，全国已有9个省市进行了排污权交易试点，所涉领域包括了大气和水两要素。排污权交易作为一种利用市场保护环境的

¹ 吕忠梅：《环境法导论》（第三版），北京大学出版社2015年版，第99页。

² 封志明、杨艳昭、李鹏：《从自然资源核算到自然资源资产负债表编制》，载《生态系统服务与评价》2014年第4期，第449-456页。

¹ 刘英明：《关于自然资源资产负债表编制的思考》，载《特区经济》2015年第8期，第155页。

² 陈红蕊、黄卫果：《编制自然资源资产负债表的意义及探索》，载《环境与可持续发展》2014年第1期，第47页。

³ 吕忠梅主编：《环境法导论》（第三版），北京大学出版社2015年版，第117-118页。

制度，在环境保护中具有积极的作用，我国有必要确立和发展该制度。在此前提下，仍需要注意以下两个问题。首先，要正确认识而不能夸大排污权交易制度的作用。一般认为，环境管制的手段包括基于命令与控制的直接管制、利用市场或者创建市场的经济刺激手段和基于环境信息公开的公众参与。排污权交易制度只是经济刺激手段的一种，是对于传统的直接管制手段的补充，其作用是有限的。即使在美国，尽管美国的政治家们近年来对基于市场的政策工具兴趣日增，同时也取得了一些进展，但市场导向的政策工具仍未成为美国环境政策的主体，大部分还处于管制政策的边缘。因此，笔者认为，我国还是应该把主要精力放在加强和改善环境保护的直接管制手段方面，不能片面地强调以排污权交易为代表的经济激励制度而忽视更为根本的、更为重要的直接管制制度。其次，我国排污权交易制度已试点十多年，已经积累了一些经验，但是运行效果不如人意。地方环境立法未来须在可操作性、特色性上下功夫。对于该制度要结合当地经济发展实际情况、污染物情况进行立法，同时辅之以一系列的配套措施或者制度，例如完备的总量控制制度、排污许可制度、环境监测制度。具体而言，在部分地方性法规规章确认排污交易制度的基础上，应当在修改《环境保护法》、《大气污染防治法》等法律的时候或者国务院在制定、修改相关行政法规的时候将排污权交易确立为我国环境保护的一项基本制度，并由环境保护部制定具体的部门规章《排污权交易暂行办法》，如此才能推进该制度合法、有序、深入地发展。¹

3. 环境保护金融和投资制度

《生态文明体制改革总体方案》提出要建立绿色金融体系，绿色金融体系的内容：“推广绿色信贷，研究采取财政贴息等方式加大扶持力度，鼓励各类金融机构加大绿色信贷的发放力度，明确贷款人的尽职免责要求和环境保护法律责任。加强资本市场相关制度建设，研究设立绿色股票指数和发展相关投资产品，研究银行和企业发行绿色债券，鼓励对绿色信贷资产实行证券化。支持设立各类绿色发展基金，实行市场化运作。建立上市公司环保信息强制性披露机制。完善对节能低碳、生态环保项目的各类担保机制，加大风险补偿力度。在环境高风险领域建立环境污染强制责任保险制度。建立绿色评级体系以及公益性的环境成本核算和影响评估体系。积极推动绿色金融领域各类国际合作。”

¹ 吴卫星：《排污权交易制度的困境及立法建议》，载《环境保护》2010年第12期，第37页。

国家环境经济政策主要是以筹集资金为主，兼顾行为激励，并因环境保护公益之特性，因此政府需在财政预算、投资渠道和信贷市场方面给予扶持。¹环境投资基金制度即为一种可以有效的筹措、实施环境投资的重要路径，并已为多国所设立并推广。环境投资基金是指筹集专项资金，对有利于促进环境保护的环境产业提供投资资金援助的机构。它适用范围广泛包括污染治理、自然保护、环境技术等领域，以克服过度时期的机构与市场失灵问题。环境投资基金对环境经济政策起到了有益的补充作用，也是解决资本市场的暂时失灵的一个好手段。²其一，拓宽了企业尤其是环保企业融资渠道，使得污染防治技术的更新换代得以及时推广。其二，促进我国环境制度的施行。环境政策执行不力一定程度反映了现行环境管理手段的乏力，基于此，通过投资基金等环境激励机制的建立与执行，更好调控环境与企业生产间失衡。其三，有效运用资本市场促进环境投资体制的发展，在助于环境政策的实施与推广的同时，亦助于整个国家的产业方向与环境政策保持协同一致。实践中，我国早在1988年就开始试行地方型环境投资基金，成功的试点如沈阳环保投资公司该机构属于独立的法人实体，资金来源主要是排污收费和污染物治理基金。³因此，未来我国地方型投资基金制度构建可进行立法探索，在立法层面予以规范化与细化。

4. 第三方治理制度

十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确要建立吸引社会资本投入生态环境保护的市场化机制，推进环境污染第三方治理。国务院《2014—2015年节能减排低碳发展行动方案》和国家发展改革委《关于2014年深化经济体制改革重点任务的意见》都提到要“推进环境污染第三方治理”。国家政策文件的大力倡导环境污染第三方治理，标志着我国环境治理机制的根本性转变。环境治理实现从“谁污染、谁治理”到“谁污染、谁付费、第三方治理”理念转变，是环境管理制度的一大创新之举。

所谓的环境污染第三方治理是指污染排放者以直接或间接付费的方式将产生的污染有偿委托给专业化环保企业按照环境标准进行治理，并（或与环保监管

¹ 万军、胡平：《在中国环境投资体制现状下推行环境基金的构想》，载《重庆环境科学》2003年第1期，第6页。

² 万军、胡平：《在中国环境投资体制现状下推行环境基金的构想》，载《重庆环境科学》2003年第1期，第6页。

³ Klaus. T. Pfeifer, 《联合国环境署、全球环境基金和私有化社论》，载《产业与环境》1998年第4期。

部门共同)监督治理结果的环境污染治理模式。¹ 环境污染第三方治理的全面开展具有其独特的正面效应²:首先,将会使污染治理的集约化程度得到很大提升,专业化的环境服务企业会同时承担多个项目,相应资源可以在这些项目间实现共享,且相关设备、材料的批量采购价格无疑也会比单独购买低很多,从而将使得治污成本大大降低。其次,专业环境服务企业的介入,治污协议的督促、治污绩效的考核都会促使作为治污责任主体的环境服务企业努力提升环境污染的治理效果。再次,有助于降低环保执法成本,进而提高环保执法效能。最后,将有效拉动环保产业的市场需求,吸引更多的社会资本进入到环境污染治理领域,促进环境服务企业实现由单纯设备制造、工程建设到设计、投资、建设、运营和管理等为一体的综合环境服务转型³,进而最终推动环保产业的快速发展。地方在环境污染第三方治理实践中已开始进行了摸索。例如上海市委、市政府对推进环境污染第三方治理列入全市深化改革重点工作,2014年7月召开的市委十届六次全会上将改革环境治理机制作为深化改革破瓶颈的关键点之一,要求坚持不懈地大力推动。于此同时,上海市政府印发了《关于加快推进本市环境污染第三方治理工作的指导意见》,加快推进落实相关制度配套和试点推广工作,以此推动污染治理、环保产业和管理转型的“三赢”。⁴

概言之,无论是国家政策层面亦或是地方实践层面,国家与地方都大力推行环境污染第三方治理制度,同时该制度的实行也与环境投资基金制度具有良性互动关系。为更好贯彻落实改革决策中环境污染第三方治理制度,应通过地方立法予以保障。一方面,将地方立法与环境污染第三方治理制度紧密结合,为制度推行提供保障和服务;另一方面,制度的不断深化要通过立法推动,将成功经验及时用立法形式予以确定与肯定,从而保证政策改革顺利有序的进行。就立法现状而言,虽然环境污染第三方治理理念国家政策、地方试点及学界所推崇,但是在我国既有的污染治理立法设计中,由于缺乏第三方治理的立法支撑,无意间挤压了第三方治理模式的生存与发展空间,也就制约了专门治理公司的勃兴,把市场激励机制排斥在污染治理之外。⁵需注意的是,在对环境污染第三方治理进行创

¹ 任维彤、王一:《日本环境污染第三方治理的经验与启示》,载《环境保护》2014年第20期,第34页。

² 刘畅:《环境污染第三方治理的现实障碍及其化解机制探析》,载《河北法学》2016年第3期,第165-166页。

³ 李彬:《环境污染第三方治理开启千亿市场》,载《人民政协报》2015年1月27日,第006页。

⁴ 张全:《以第三方治理为方向加快推进环境治理机制改革》,载《环境保护》2014年第20期,第31页。

⁵ 范战平:《论我国环境污染第三方治理机制构建的困境及对策》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)

设性地方立法的同时,对于该制度的关联性法律政策需予以重新调整。为此,首先应协调环境污染第三方治理制度立法及相关法律政策之间的衔接关系,保证立法的协调性与统一性。一方面,完善环境污染第三方治理制度与金融、财税等相关立法之间的制度衔接,确保排污企业选择第三方治污时,其成本投入能够获得在既有金融、财税立法下与自我污染治理投入时的同等甚至更优惠的待遇,以激发排污企业选择第三方治理的内生动力。另一方面,既有的环境责任立法,针对污染企业通过服务合同的方式将治污责任转移到专门性治污企业后的法律后果做出明确的界定,确保未来治污实践中出现问题时可以依据不同情形针对排污企业、治污企业所应承担的责任依法做出公平与合理的处理。¹

5. 地方环境监管体制

《生态文明体制改革总体方案》第40条规定:“建立和完善严格监管所有污染物排放的环境保护管理制度,将分散在各部门的环境保护职责调整到一个部门,逐步实行城乡环境保护工作由一个部门进行统一监管和行政执法的体制。有序整合不同领域、不同部门、不同层次的监管力量,建立权威统一的环境执法体制,充实执法队伍,赋予环境执法强制执行的必要条件和手段。”环境保护监督管理体制的改革,应当结合地方具体情况,在地方层面建立有效的环境监管体制。地方层面的环境监管体制主要包括横向和纵向两个方面。目前存在的问题有:在横向,环保监管职能分散,权力与责任不对等,统一监管不足,环境与发展综合决策体系不健全。在纵向,上下级的环境保护监督乏力,地方政府缺乏严格监管的动力。因此,未来地方环境监管体制改革在横向,应当更为清晰地进行权责划分和建立强大的跨部门合作机制,这需要理顺各部委的权利和责任,达到权责统一,并实现能力与任务的最佳匹配并在此基础上通过有效的协作机制统一地方政府各部门的发展目标和理念,避免地方政府各部门在环境保护上的目标不统一。在纵向,十八届五中全会明确提出实行省以下环保机构监测监察执法垂直管理,在省级以下的环保监管的体制要进行制度改革,垂直监管的具体模式,垂直监管和非垂直监管如何整合,都需要地方环境立法进行制度创新和尝试。

6. 公私环境合作制度

2015年第2期,第42页。

¹ 范战平:《论我国环境污染第三方治理机制构建的困境及对策》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2015年第2期,第43-44页。

随着我国城市化和工业化的快速发展，生态环境治理的形势日益严峻，各级政府在维护生态公平、提高生态保护效率方面的行动效果仍然十分有限，而社会力量参与生态保护又缺乏权利基础，面临参与渠道不畅、激励机制不足等诸多障碍，生态合作治理由此陷入困境。到目前为止，我国还没有专门的规范的有关公私合作方面的法律法规，相关的规定也仅仅是散见于《中华人民共和国政府采购法》，《中华人民共和国招标投标法》这种类似的部门规定当中。因此，由地方层面对公私环境合作制度进行立法探究，制定专门性的法律规范，有利于我国环境治理由“政府治理”到“社会共治”转变。具体而言，公私合作进行环境保护可以在两个领域展开，一是在环境基础设施建设、运营和环境治理领域，二是在生态保护领域。近年来，我国积极推动环境保护 PPP 的制度实践，而且，一些生物多样性地区开展的协议保护(Conservation Steward Program，简称 CSP)开创了政府、社区、民间组织共同开展生态环境治理的新方式，探索出特许保护赋权、社区自治、生态补偿多元化、第三方监督、信息交流与协商等治理机制，取得了明显成效。公私合作的具体形式很多，如何推动公私环境合作，有效而不打折扣地实现环境治理和生态保护的目标，需要在地方立法进行制度创新。

7. 用能权和碳排放权交易制度

《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》提出：“建立健全用能权、用水权、排污权、碳排放权初始分配制度，创新有偿使用、预算管理、投融资机制，培育和发展交易市场。推行合同能源管理和合同节水管理。”《生态文明体制改革总体方案》第 42 条提出：“推行用能权和碳排放权交易制度。结合重点用能单位节能行动和新建项目能评审查，开展项目节能量交易，并逐步改为基于能源消费总量管理下的用能权交易。建立用能权交易系统、测量与核准体系。推广合同能源管理。”应该说，用能权和碳排放交易制度是生态文明建设方面的一项重大改革，是用市场化机制激励节能减排的一项基础制度。所谓的用能权是指在能源消费总量控制的背景下，用能单位包括个人经核定或交易取得的、允许其使用和投入生产的年度能源消费总量指标。用能权不仅是碳排放权，更是使用定量或超额能源的权利，定量用能权无偿由国家分配，超额用能权则通过交易平台有偿获得，每个单位或个人都可以通过交易平台转让用能

额度。¹到目前为止，真正实行过用能权指标交易的省份寥寥无几。浙江省则是全国用能权交易方面走在前列的省份。2015 年 5 月 28 日，浙江省经信委印发《关于推进我省用能权有偿使用和交易试点工作的指导意见》，明确在海宁试点经验的基础上，进一步推进包括杭州萧山区在内的 24 个县（市、区）开展资源要素市场化配置综合配套改革。但是，由于用能权交易存在标准设定、交易方式不明确等问题，以浙江省为首的试点仍在探索中，其他省市的制度探索却障碍重重，缺乏前进动力。因此，未来地方对该制度立法应该有所作为，结合重点用能单位节能行动和新建项目能评审查，开展项目节能量交易，并逐步改为基于能源消费总量管理下的用能权交易。建立用能权交易系统、测量与核准体系。推广合同能源管理。同时，碳排放权交易已实行多年，但是成效不显著，因此应深化碳排放权交易试点，逐步建立全国碳排放权交易市场，研究制定全国碳排放权交易总量设定与配额分配方案。完善碳交易注册登记系统，建立碳排放权交易市场监管体系。

¹ 杨枝煌、易昌良：《中国能源新常态新格局的建构研究》，载《中国市场》2015 年第 48 期。

地方政府间协议立法的问题与对策 ——以两广西江绿色走廊的环境保护为例

余俊*

在依法治国的背景下，以持续性、稳定性、主动性以及平等性为特征的政府间协作应当是一种制度化合作。协议立法就是地方政府间合作的一种新型地方立法模式，笔者在此以两广西江绿色走廊的环境保护为例，阐述一下地方政府间协议立法的问题与对策。

一、两广协议立法保护西江绿色走廊的意义

西江，在中国广西东部、广东西部，是中国南方大河珠江的广西段名称。全长2,129公里，流域面积345,700平方公里。西江流域内有34个地级市、4个省会城市、200个县区、1000多个城镇、34个少数民族。全流域有1万亿元以上的GDP，也是中国生物资源最丰富的第一大江。¹西江在石龙以上为上游，流经石灰岩地区，河床深切，滩多水急，落差大，又多伏流。主流南盘江发源于云南省沾益县马雄山，在黔、桂两省边境与北盘江汇合称红水河，向东南流到象州石龙附近与北岸柳江汇合以后称黔江，在桂平与西南来的郁江汇合后称浔江，到梧州与西北来的桂江汇合后始称西江。石龙至梧州为中游，多峡谷和浅滩。梧州以下为下游，河道宽阔。出高要、羚羊峡进入珠江三角洲，在广东佛山三水与东江、北江交汇。其干流在江门、中山注入南海。与东江、北江合称珠江。作为珠江主干流的西江水系，它起源于云贵两省，横跨两广，汇合于港澳，贯穿四个省会城市，是西南地区出海水运主通道。西江是我国仅次于长江的第二大内河航运水道，素有“黄金水道”之称。

西江流经了广西、广东两个省级行政区划领域，沿江都有优美的自然山水和很深厚的历史文化积淀，著名的西江二十景名誉国内外，沿江两岸山青水秀，是两广水路交通的重要绿色走廊。西江作为广西、广东的母亲河，生态功能区位相

当重要，这里分布着许多国家级生态保护区，例如著名的广西境内来宾金秀大瑶山国家自然保护区，有着8.7万公顷的水源涵养林，是整个珠江流域重要的“天然绿色水库”。但由于受行政区划的分割，以及两广人民各自的发展诉求，西江流域生态环境保护已相当脆弱。

2009年10月，国务院出台《关于进一步促进广西经济社会发展的若干意见》，提出构建“两区一带”发展新格局的战略构想，强调要抓紧研究制定西江经济带发展规划、加快西江黄金水道开发。自治区做出重大战略决策打造西江亿吨黄金水道，这是西江黄金走廊沿岸居民发展的一次重要机会。但是西江经济带广西境内人口多，资源相对少，部分矿产资源相对丰富，除此之外的矿产资源如煤炭、石油、天然气等重要资源的储备严重短缺。土地资源也不丰富，山多水多土地少，耕地更少。水利资源貌似极其丰富，但受时空分配、地质条件、季风气候、地理、地形等因素的影响，分布呈不均匀状态，因此，水资源的供需矛盾日趋显著。森林资源更多是水源涵养林，属于生态保护的红线。所以，自然资源的制约是黄金走廊打造的弱项。广西西江经济带产业发展过程中要合理的开发利用资源，做到资源开发生态化，合理利用有限的西江经济带资源。¹

广西80%的县市和90%的人口聚集在西江流域。改革开放以来，广西已建成西江千吨级航道，以西江水运干线和右江、红水河、柳黔江水运通道构成的西南水运出海通道初具规模，南宁、贵港、梧州三港成为我国内河主要港口，水运在促进区域经济发展的作用凸显。内河水运具有运能大、占地少、能耗低、成本低、污染小等比较优势。据自治区西江黄金水道建设领导小组办公室测算：在西江流域水运成本是铁路的1/6，公路的1/28，航空的1/78；从耗能方面看，从南宁至广州850公里，每千吨物流，走西江耗油4万吨，走公路要50万吨，走铁路要9万吨。据测算，如果进行合理开发，广西境内西江干线发展潜能约2.5亿吨，相当于5条双线铁路。²西江上游的云南、贵州省和广西均是能源、有色金属资源富集地区，而下游是粤港澳发达地区，水运是这些地方产品外运成本降低的重要方式。而且在向新的产业结构转型中，沿西江西进，可以实现珠三角发达地区的产业转移和经济辐射。但是，由于流域经济的快速发展，城镇化速度加

*作者简介：余俊，博士，桂林电子科技大学法学院教授，安徽师范大学法治中国研究院研究员，硕士生导师。

¹徐应涛，樊学栋：“投资论道：潮涌西江黄金水道”，证券导刊，2010年第37期。

¹广西西江将新增内河港口吞吐能力超过7700万吨，新华网广西频道，2010-09-13

²王秋霞：“连接云贵 畅通珠江——我区携手沿江四省推进西江黄金水道建设的现实和构想”，载《广西日报》2012年3月20日。

快，流域上游水源林遭受严重破坏，保护西江绿色走廊已迫在眉睫。可是，由于西江流域涉及广西、广东等多个行政区域的发展规划协调问题，西江黄金走廊的打造能否获得其它行政区域的支持，还存在一些体制机制方面的威胁，这就需要进行必要的区域协作和协议立法，破解制约西江走廊绿色发展的体制机制问题。

二、制约两广协议立法保护西江绿色走廊的问题

当前我国区域经济的两级调控机制并不完善，区域经济的管理仍然存在一些问题，区域横向合作协调协议立法制度存在缺陷与不足，突出表现为两方面：一方面是区域协调能力较弱，区域协调机制乏力，难以对地方政府形成有效约束，地方保护主义盛行，区域市场分割严重；另一方面，区域横向合作法律制度立法层次低、程序性规定不完善、基本实体制度缺失，如关于规范区域竞争，推动区际协作方面的规定，目前仅见于国务院在1986年颁布的《关于进一步推动横向经济联合若干问题的决定》等零星的文件，大多数区际关系的协调仍然处于无法可依的状态。因此，构建区域横向合作协调立法的体制机制具有十分重要的现实意义。

改革开放30年来我国区域经济发展战略的历程，基本上经历了由非均衡发展到协调发展、再到统筹发展的三个阶段，实现了区域发展战略的重大推进，取得了举世瞩目的巨大成就，造就了带动国民经济整体增长的经济核心区和增长极，促进了整个国民经济的高速增长，增强了国家的经济实力。但不能否认，同时也存在着一些失误和问题，问题之一是其区域横向合作不充分不协调，区域产业结构趋同、重复建设、原材料大战、价格大战等就是其典型表现，最明显的例子就是自20世纪80年代以来我国已爆发的两轮区域经济冲突。2001年，四川、陕西、甘肃、青海、宁夏等省区的国内生产总值增长率都达到了9.0%以上；2005年，西部地区经济平均增速在12%以上，超过全国9.9%的平均水平。可就在西部经济强劲增长的情况下，东西部差距却仍然在不断地扩大。西部地区的GDP总量仍然很低，2007年西部12个省区GDP的总和不到4万亿，占全国GDP的17%左右；而东部地区超过2万亿元的省份就有3个。6年间，东西部人均GDP差距由6430元扩大到13230元，增加了1倍多。到2007年东部地区人均GDP达到了西部的2.2倍。¹

¹王晴：“西部GDP高增速反衬居民收入低增长”，载《第一财经日报》2006年08月14日。

改革开放以来，两广之间的经济发展差距较大，这就使得广西希望得到广东的支持。以西江走廊的重要港口城市为例，就存在区域联合开发的强烈诉求。广西贺州有港澳台的后花园之称，旅游资源丰富，历史文化底蕴深，民风淳朴，交通发达。贺州历史上曾经称为粤西，现今贺江流域中、下段居民都还通习粤语。早在2000多年前的秦汉时期，先民就开始在700多里的贺江上以放排、打鱼和航运为生。自宋以来，贺州锡矿开采业繁荣，再加上潇贺古道如织的人流物流，广东人通过贺江航运业带来了沿海一带先进的矿业开采技术和经商本领，占据着贺州经济的半壁江山。在民国时期到解放初期，贺州丰富的矿产资源，都依赖航运“为媒”，向下游源源不断运出，最繁荣时，航运人口达3000人。改革开放以来，随着公路、铁路等陆路运输业的发展以及各种拦河电站大坝的修建，再加上贺江水运市场萧条、货源不足，绝大部分船民弃水登陆。2009年，贺州航运社由于无法维持正常工作，向上级部门申请解散，那些贺江上曾经的荣耀，成为了尘封的历史。自治区党委、政府《关于打造西江黄金水道推动区域经济协调发展的若干意见》等政策性文件的出台，这一举措，让贺州航运重新焕发了活力。近几年贺州先后完成了昭平作业区、信都作业区、贺江旅游客运码头和一批船闸建设，实现了贺江复航。贺江、桂江2009年正式列入西江黄金水道建设规划并同步实施，标志着贺州市水运市场新格局的正式形成。广西通过打造贺州等地方航运码头，主动向广东先进生产力靠拢、承接东部产业转移。而贺江遍布山区的繁多支流蕴藏着丰富的水电，也吸纳着广东开发商在西江进行能源开发。可是，港口建设、矿山开采必然会影响西江流域的生态环境，这也就成为两广地方政府合作所必须面临的问题。

从广西与广东对西江走廊的发展规划来看，二者存在着许多共同的利益，但也存在一些利益博弈。从广东的主体功能区域划分来看，沿海的经济特区构成了广东经济腾飞的领头羊，而对于毗邻广西的西部区域，更多承载了生态屏障的功能。1956年我国建立的第一个自然保护区——鼎湖山自然保护区就位于该区域。西江是广西的“母亲河”，也是下游的“生命源”，是珠海、澳门一带的主要淡水来源。加强西江生态建设，保护好西江生态屏障，将惠及整个西江流域。不过，尽管广东和广西对西江经济带都很重视，但是两广之间的诉求则大不相同。广东希望广西能保持良好的生态和环境，而广西则希望借助西江经济带这个纽带，实

现两广之间产业的互动。有媒体报道的西江上游正计划兴建的一座核电站——广西桂东(平南)核电厂，就引起广泛关注。广东反对广西将核电厂选址西江上游，认为此举将影响下游流经的肇庆、佛山、江门、广州、中山、珠海等8个广东各市。为吸取2011年日本大地震所造成的福岛地区大片房屋被地震引起的海啸所摧毁，福岛核泄漏使周边50多海里的海域水生态被核污染的教训，我国环保部去年颁布了《核动力厂环境辐射防护规定》。依照该规定，核电厂选址应该避开饮用水水源保护区，规划限制区不应含超万人乡镇。我国也在去年日本大地震后，对已有的核电设施进行了全面的安全大检查，并暂停新建项目。不过，在2013年“两会”上，全国政协委员、国家核电技术公司董事长王炳华透露，我国会在今年或更早些时候恢复核电项目审批。桂东(平南)核电厂的建设方中电投广西核电有限公司。一名工作人员表示，目前该项目正处于规划阶段，网上盛传的建设地址其实尚未获得国家批准。“目前广西在建的核电厂只有防城港(防城港红沙核电厂)一个。”他称，核电项目需要经过严格的审批工作，“我国对这一类项目的管理最为严格”。目前广西缺电现象比较严重，建核电站是因为“有这个需要”。¹“广西跟广东约定，广西流入广东的水要达到二类水质标准。”那么，两广在建立生态补偿机制方面应有所突破，“不要每年都用广西的淡水来冲咸，而广东只是来一封感谢慰问信就行了。希望能够将生态补偿机制真正建立起来。”²

中央政府在环保中做出的重大举措，有(如)退耕还林(草)、天然林保护，建立自然保护区，并制定了一系列的环保法规，如《中华人民共和国大气污染防治法》、《中华人民共和国环境保护法》、《中国固体废物污染环境防治法》、《中华人民共和国水污染防治法》和《中华人民共和国节约能源法》，这些法律涉及主管部门多样，在一定行政区划范围内适用时地方政府还好协调各种部门冲突，可如果环境纠纷发生在不同行政区划之间，就很难办理了。笔者认为地方政府在环境监管方面难以合作的原因是地方政府在生态环境保护中角色的异化，从而导致环保功能的弱化。因此，从法律制度角度来看，建立完善的促进区域经济横向合作法律制度是解决区域发展不平衡问题的重要措施之一。2008年10月，广西壮族自治区提出了打造西江黄金水道、推动区域经济协调发展的重大战略。当年11月，原广西自治区书记郭声琨率团赴粤，与广东省签下《共同加快建设西江

¹ 王则楚：“广西核电厂选址西江上游 广东不能无视”，载《新快报》2012年3月15日。

² 姜永明：“西江经济带规划成型 两广诉求各不同”，载《第一财经日报》2011年08月17日。

黄金水道协议》，两省区高层就加快推进西江黄金水道建设达成共识。但政府间的协定还没有纳入制度保障机制，其效力不稳定。2009年10月，国务院出台文件肯定和支持发展“西江黄金水道”。西江流域，这一涉及多个行政区域和多种自然资源的生态系统，要求对其管理应当是建立生态保护管理的多部门多区域协调机制，而非各部门职能管理的松散联合。为使西江区域合作有效推进，使政府合作组织有效运转，就必须有一个高效的地方政府环境治理合作机制。生活在西江流域的各区域世居民族，虽然在发展的诉求方面有所区别，但他们都有着共同呵护西江，打造西江黄金走廊的共同愿望，地方政府应通过建立相应的协作机制，促进西江流域世居民族和沿岸居民的可持续发展。

三、改善两广协议立法保护西江绿色走廊的建议

现在地方政府间合作和竞争的趋势在加快，那么，在协议立法方面也应该有所行动。西江绿色走廊的打造涉及到流域共同治理的问题，西江的主要部分是在广东和广西，因此两广共同规划西江流域可持续发展已是必然趋势。为促进西江黄金走廊沿岸居民的可持续发展，笔者认为两广地方政府可通过协议立法采取如下措施：

1、健全沿岸居民参与西江治理的法律机制

由于发展诉求不一致，地方政府的自发性合作行为并不总是会发生。区域内地方政府合作，中央政府的支持与诱导是不可缺少的条件。2006年10月，《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》指出：鼓励东部地区带动和帮助中西部地区发展，扩大发达地区对欠发达地区和民族地区的对口援助，形成以政府为主导、市场为纽带、企业为主体、项目为载体的互惠互利机制。因此，为了保证《共同加快建设西江黄金水道协议》的有效实施，西江流域可以考虑成立一个地方性的区域经济协调发展指导机构和区域性的经济协调专业职能机构，负责西江开发的协调和环境治理监督工作。

流域管理是当今世界各国实施水资源管理的一种重要管理模式之一，而且已被我国新《水法》确立为水资源管理的主要模式。这是由水资源本身具有的流动性、方向性、整体性、多功能性等自然属性及其所依附的不同层面公益的冲突性所决定的。美国田纳西河流域管理就是典型的流域治理模式。田纳西河是美国俄亥俄河第一大支流，流经田纳西州和亚拉巴马州，于肯塔基州帕迪尤卡附近注入

俄亥俄河。田纳西河流域管理局（Tennessee Valley Authority）成立于 1933 年 5 月，是大萧条时代罗斯福总统规划专责解决田纳西河谷一切问题的机构，位于美国田纳西州诺克斯维尔。整体规划水土保持、粮食生产、水库、发电、交通等，创新为“地理导向”的一个整体解决方案机构，获得很大的成功，经营至今。TVA 的管理由具有政府权力的机构——TVA 董事会和具有咨询性质的机构——地区资源管理理事会来实施。董事会由三人组成，行使 TVA 的一切权力，成员由总统提名，经国会通过后任命，直接向总统和国会负责，这一领导体制一直延续至今。董事会下设一个由 15 名高级管理人员组成的“执行委员会”，委员会的各成员分别主管某一方面的业务。“地区资源管理理事会”是根据《TVA 法》和《联邦咨询委员会法》建立的，目的是促进地方参与流域管理。该理事会可对 TVA 的流域自然资源管理提供咨询性意见。理事会约有 20 名成员，包括流域内 7 个州的州长指派的代表，TVA 电力系统配电商的代表，防洪、航运、游览和环境等受益方的代表，地方社区的代表，理事会成员的构成体现了较广泛的代表性。我国在多年的具体实践中已经建立形成了有自身特色的流域管理制度，应对流域治理问题，中央政府成立了水利部长江、黄河、淮河、海河、珠江、松辽水利委员会以及水利部太湖流域管理局。但是由于水流域管理涉及许多行政部门，这种治理的成效与持续性也很难保证。我国《水法》所确立的流域管理与区域管理相结合的流域管理体制，容易形成一种流域管理受制于区域行政管理的格局，使得区域合作缺乏有效的协调机制。为解决上述问题，2008 年广东省与广西签订了《共同加快建设西江黄金水道协议》，双方商定建立两省区建设西江黄金水道联席会议制度，共同推进西江黄金水道建设。协议虽然就“合作目标”、“合作基本原则”、“经济合作路径和措施”、“货物贸易”、“投资”、“环境合作”、“能源合作”、“交通(物流)合作”等方面达成了框架协议，但对于“公众参与”和“争端解决机制”等没有具体性的实施措施。为发挥区域经济发展中沿岸居民的作用，应鼓励建立民间性的自治组织，由区域内居民自愿参加，参与西江流域的水资源开发和生态环境治理决策，反映沿岸居民的共同要求和愿望，沟通政府之间的联系，促进西江流域的综合治理。

2、在西江区域合作框架下签订水资源管理合作协议

流域作为一个完整的自然区域，是一个经济、社会、文化和环境不可分割的

生态系统，但它往往被不同的行政区域所管辖，因而在流域的上、中、下游地区，分布着由行政区划所切割的不同地方政府。由于各个地方政府追求自身利益最大化，上游求发展，下游要水质，从而出现政府间的水资源竞争。如：处于河流上游的地区发布禁令，不允许当地厂商将未经处理的废水直接向河内排放，并投资购买污水净化设备，以保护河流不受污染；但它无法阻止下游地区成为该项行动的受益者，因而下游地区可以在上游地区以高成本维持河流无污染的情况下，无偿享受清洁河流所带来的利益。在此情形下，上游地区对治理河流污染必然不会充分投入，同时，还容易产生地区间的矛盾与冲突。地方与地方、流域与流域之间争夺激烈，是缺乏一个统筹全局的战略分配方案。2008 年 2 月 1 日施行的《水量分配暂行办法》，标志着中国初始水权分配制度已经基本建立。《办法》指出，水量分配是对水资源可利用总量或者可分配的水量向行政区域进行逐级分配，确定行政区域生活、生产可消耗的水量份额或者取用水水量份额。

单从各个行政区划内部来看，对水资源开发利用还是统筹兼顾的。2008 年 9 月 26 日，广东省十一届人大常委会第五次会议表决通过《广东省东江西江北江韩江流域水资源管理条例》，并定于 2009 年 1 月 1 日起正式实施。而在此前的 8 月份，广东省政府颁布的《广东省东江流域水资源分配方案》，则明确规定了东江水资源开发利用的红线和断面水量水质双控制目标。加强流域水资源的统一管理，实现流域水资源的优化配置、节约、保护和综合利用，广东在省内按以流域为单元进行水资源统一管理上走在了全国的前列。在广西自治区方面，党委、政府出台《关于开展以环境倒逼机制推动产业转型升级攻坚战的决定》(桂发〔2012〕9 号)，并发布《广西壮族自治区关于实行最严格水资源管理制度推动产业转型升级的实施意见》(以下简称《实施意见》)等相关配套文件，以确保全面实现科学发展和加快转变经济发展方式，也确立了水资源的统一管理。

但是流域的上游与下游、区域与区域之间却合作困难，各自为政，不能实现用水指标的合理分配。这是因为水权分配牵扯到的各方利益太多了，由国家水资源的专门机构分配或拍卖给省区的水权和排污权，再分配或拍卖给各市县，城市的发展一旦因为水资源受限制，那么受影响最大的就是政府的利益。所以各省之间，省内互相争夺水权就是必然的了。因此，各个省份之间在用水方面的合作也显得尤为重要。粤桂两省区山水相连，珠江是华南最大的河流，其西江干流主

要流经上游广西境内。广西 14 个地级市中，除了沿海三市外，其余地级城市均依托西江干支流沿江而建。广西境内垃圾污水处理得如何，直接关系着珠三角乃至粤港澳地区的用水安全。要切实保护和发挥广西“山清水秀地干净”的生态品牌和优势，把西江黄金水道建成生态好、污染少、能耗低、效益高的“绿色运输通道”，不仅事关广西利益，也牵动着广东人民的利益。广西壮族自治区党委书记彭清华日前率领广西党政代表团在广东考察时表示，建议两广联手共同建设西江生态走廊。彭清华同时建议，广东、广西两省区在节能减排、环境监测、污水处理、空气污染治理等方面开展全面合作，共同推动《南岭山地森林及生物多样性生态功能区规划》编制工作，建立健全珠江流域环保联防联控机制，共同建设西江生态走廊，确保将一江清流送往广东珠三角地区。政府之间的承诺还应该以制度形式固定下来，因此在西江区域合作框架下还应专门签订水资源管理合作协议，保障水权市场的区域集成管理。

3、建立生态补偿制度，调动沿岸居民参与环境治理的积极性

为了实现水量水质双控制目标，西江上游水源林的保护是关键。在西江流域林业生态建设中，仍存在绿色通道建设水平较低、局部水土流失问题依然严重、森林质量总体不高、石漠化治理任重道远、林业经营机制尚未完善等问题。近几十年来，珠江流域旱、涝等生态灾害依然频繁，特别是 2004 年以来，珠三角地区有 6 年遭遇严重咸潮袭击，直接影响着广东省 1500 多万居民日常饮水和 200 多万亩农作物生长，也影响到香港、澳门地区的供水质量，采取更大力度加强珠江防护林工程建设迫在眉睫。为此，全面提高西江黄金水道沿岸的森林覆盖率，增强西江流域森林涵养水源、保持水土和净化水质等生态功能为目标的西江黄金水道绿色走廊建设工程对西江流域沿岸居民的可持续发展具有重要意义。

珠江是广西的“母亲河”，也是珠三角和港澳地区的“生命源”。加强珠江流域防护林体系建设，保护和改善区域生态环境，不仅能维护广西本土生态安全，也可以使整个华南地区特别是港澳地区水质和生态安全得到保障。据介绍，从“十二五”开始到 2020 年，广西将投巨资实施第三期珠江防护林工程，计划造林 2500 多万亩，增强珠江流域生态功能，遏制水土流失和石漠化。广西西江黄金水道千里绿色走廊建设项目的设想是：计划用 3 年时间，全面提高西江黄金水道沿岸森林覆盖率，增强西江流域森林涵养水源、保持水土和净化水质等生态功能；建

成一批沿江森林生态城镇和绿色村庄，切实保护和发挥好广西“山清水秀地干净”的生态品牌和优势，把西江黄金水道建设成为生态好、污染少、效益高的“绿色运输通道”。这个项目提出，一是绿化沿岸两旁一公里范围内可视一面坡。二是重点美化沿岸的城镇和村屯。规划初步建成 11 个市级森林城市，200 个森林生态城镇，500 个绿色村庄。通过人工造林、低效林改造和封山育林等措施，规划范围内所有宜林荒山、荒坡及荒滩全部完成绿化栽植，所有石山全部实行封山育林，特别是严禁调整西江沿岸两旁一公里范围内可视一面坡的现有公益林，尽快恢复和扩大沿江两岸森林植被，逐步形成树种丰富、层次鲜明、常年有绿色、四季有花开的绿化生态长廊。¹

相比广东，广西将在西江流域生态保护和污染防治方面承担更大的责任，1996 年以来，广西投入近 10 亿元人民币连续实施两期珠江防护林工程，并加强对珠江防护林、海防林等重点工程的监理，使工程建设区森林覆盖率提高了 5.6%，森林蓄积量增加了 1.2 亿立方米，农民收入增加 4 亿多元。为了动员全社会共同参与，提高珠江流域农民造林积极性，形成多元化投入格局，广西不仅要深化集体林权制度改革，落实林地经营权，提高农民参与工程建设的积极性，还要根据经济发展逐步提高补偿标准，让农民的利益得到保障。可是，目前提高林区农民护林积极性依然面临着许多实际困难。由于资金总量有限，广西每年的造林面积和投资仍无法满足建设规模和改善整个生态环境的需要，要打开这个瓶颈，必须建立珠江上下游生态补偿机制，增加资金来源渠道，从源头上解决。为维护珠江流域生态安全，两广间应建立下游地区对上游地区的生态补偿机制，并可以尝试建立生态补偿联席会议制度，引入省际水质断面交接标准等方式，促进该机制的实现。

¹ 林浩：“广西官员呼吁建立珠江上下游生态补偿机制”，载 http://news.ifeng.com/gundong/detail_2013_04/25/24662427_0.shtml，2013-04-25。

环境公益告发立法的理论辨正与制度完善

余彦*

摘要:环境公益告发在我国已经成为一项法定制度,但有关该制度的理论研究并不充分。通过对已有主要公益告发理论进行评判,得出广义环境公益告发应与狭义环境公益告发各具有其优势与不足,在立法过程中应注意兼顾,保障两者并行不悖。在具体制度的设计方面,应当围绕告发人保护机制、告发激励机制以及告发约束机制三项重点内容加以完善。在与其他制度的衔接方面,应当重点关注环境公益告发与告发人诉讼之间的衔接。我国现行立法需要完善对环境公益告发上述内容的规定。

关键词: 公益告发; 环境立法; 告发人诉讼

环境公益告发制度¹作为对环境行政执法和环境公益诉讼制度的重要补充,在我国各层级的法律规范中均有明文规定。²但是,在法律三令五申的背后,是环境公益告发制度似有还无的尴尬。2010年10月,合肥市环保局为了鼓励群众踊跃告发环境违法行为,养成公众环境参与的良好习惯,出台了《合肥市环境违法行为有奖举报办法》。市民告发的环境违法行为一经查实,可获得300元至3000元不等的现金奖励。但是,截至2013年底,这项奖金竟然“没有发出去一笔”,

* 作者简介:余彦(1987-),男,汉族,江西南昌人,广东外语外贸大学博士后,广东省立法研究所工作人员。主要研究方向:环境法学与立法学。

¹之所以使用“告发”一词而非我国法律上更多时候使用的“举报”、“检举”、“控告”,是因为这三个词在我国的法律中使用方式较为随意,并且不可避免地带上了一定政治色彩。为了保证研究价值的中立和概念的准确性,使用“告发”无疑更容易与之前比较混乱且宣誓意义有余、可操作性不足的“举报”、“检举”、“控告”制度区分开来。当然也必须承认,“告发”与“举报”、“检举”、“控告”存在相当程度程度的内容一致性,甚至可以认为,广义的“告发”与“举报”、“检举”、“控告”几乎没有差别。因此,本文中对环境公益告发制度的探讨,也有相当一部分是内容就我国法律规定中以“举报”、“检举”、“控告”形式的规定为研究对象加以探讨。

²作为我国根本大法的《宪法》第41条规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利……但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复……”。作为我国环境基本法的新《环境保护法》第57条第1款规定:“公民、法人和其他组织发现任何单位和个人有污染环境和破坏生态行为的,有权向环境保护主管部门或者其他负有环境保护监督管理职责的部门举报”;第2款规定:“公民、法人和其他组织发现地方各级人民政府、县级以上人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理职责的部门不依法履行职责的,有权向其上级机关或者监察机关举报”。作为我国环境附属法的《水污染防治法》第10条第1款规定:“任何单位和个人都有义务保护水环境,作为我国地方性法规的《广东省环境保护条例》第5条第1款规定:“公民、法人和其他组织依法有享受良好环境、知悉环境信息、参与及监督环境保护的权利,有权对污染环境和破坏生态的行为进行举报,有保护和改善环境的义务”;《上海市环境保护条例》第5条第1款规定:“公民依法享有获取环境信息、参与和监督环境保护的权利,有权举报和监督环境违法行为,通过环境侵权诉讼等方式维护自身环境权益”等等,在此不一一列举。

¹而在合肥市环保局进一步降低门槛之后,也仅仅在2014年年初,有一位告发人告发关于焚烧垃圾的问题,并留下了相关视频、照片,在合肥市环保局对焚烧垃圾的当事人进行查处之后,给予了该举报人200元的奖励。环境公益告发制度虚位化,不禁使我们追问:环境公益告发制度的理论认识是否存在偏差?环境公益告发制度的相关立法是否有待完善?本文试就以上问题给出一些见解。

一、环境公益告发的理论辨正

要对环境公益告发的概念进行准确定义,首先要对公益告发这一概念进行准确的界定。Nader认为,公益告发“是一种个人行为,基于其对公共利益高于其所在组织利益的认识,当该组织出现腐败、违法、欺诈等有害行为时所选择的披露行为”。²这一定义虽然清晰地指明了公益告发的主体、进行告发的前提以及对告发行为的基本定性,但是缺乏对这些要素的进一步阐释。Miceli和Near则认为,公益告发“是组织现在的或曾经的成员对组织控制下的非法、不道德或违规行为向有权对其采取行动的个人或者组织进行披露的行为”。³这一定义对公益告发的主体进行了进一步的合理扩展,即明确了不仅“现在是”某一特定组织的成员,“曾经是”该组织成员仍是公益告发的适格主体,但是,这一定义更多是伦理学上的定义。原因在于从法律角度来看,并非所有“不道德”的行为都是法律意义上的公益告发需要解决的问题。李飞沿用了国外学者特里·莫海德·德沃金(Terry Morehead Dworkin)关于公益告发的定义,即“公司内部员工把公司已经发生或者将要发生的不当、不法行为向有关单位或部门揭露,以使得公司守法得以实现的机制”。⁴这一定义虽然解决了公益告发的法律专业性问题,但是此定义将告发范围局限于公司等私部门的认定范围明显过窄,不足以发挥公益告发的全部作用。周晓明在结合国内外学者的对公益告发定义研究的基础上,认为公益告发“是组织现在的或曾经的成员对组织控制下的损害公共利益的行为向能对其采取行动的个人或者组织披露的行为”。⁵这一定义仍然将告发主体限定为内部

¹ 举报环境违法有奖?设立三年没发过——环保部门称万余件环境违法投诉均不符合奖励条件[N].新安晚报,2013-12-19,AII04.

² Wim Vandekerckhove. *Whistle-blowing and Organizational Social Responsibility: A Global Assessment*. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd,2006: 6-7.

³ Near, J. P. & Miceli, M. P. *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-blowing*. Journal of Business Ethics,1985,4(2):1-16.

⁴ Terry Morehead Dworkin, *Whistleblowing, MNCs and Peace*. 35 Vand. J. Transnat'l L: 457,461.(March 2002).转引自李飞. 法律如何面对公益告发?——法理与制度的框架性分析[J]. 清华法学,2011,(1):139.

⁵ 周晓明.公益告发制度研究[D].长沙:中南大学,2015:21.

人。尤其是具体到环境公益告发的认识上，他又偏离了自己给出的定义，认为“环境公益告发制度有一个中心任务，那就是促使企业行为合乎环境法的规定”，¹这样也就把环境公益告发指向的对象限制在了私人部门，也就变相赞成了李飞的观点。

以上观点的形成有其深刻背景。1、国外既有法律制度的现实依据。不同于我国告发制度中对告发主体的“任何人”规定，许多国家法律对告发主体采用“内部人”或“内部人”优先标准。如日本《公益告发者保护法》第2条将包括告发人范围限定在“劳动者或在一定场合下执行行为的公务员、雇员、代理人”；英国《公益披露法》第43A条也同样将告发人的范围限定于“某一组织的劳动者”；韩国《公益告发人保护法》中第6条第1款虽然规定告发人可以为“任何人”，但是结合该法后续规定来看，其目的主要是保护告发人免受“罢免、解雇、降薪、停职、终止合同等不利结果”可以看出，可能遭受上述报复的人员只可能是组织的“内部人”。2、“内部人”告发的客观优越性。相对于外部人来说，内部人的环境告发行为更容易成功。首先，内部人有更加专业的背景知识。环境违法行为大多技术性、专业性较强，一般人由于专业背景知识的缺乏，可能无法准确认识到环境违法行为的存在。例如针对企业是否执行环评和“三同时”规定，是否限期完成治理任务等情况的监督，告发者如果不了解环保政策法规，很难准确告发。而内部人在为被告发组织的长期工作中能够积累大量的环境相关背景知识，因而对其行为有更加全面、深刻的认识，这对告发的准确性是至关重要的。其次，内部人在获知被告发人环境违法信息方面有更加便捷的条件。举排污为例，一些隐蔽的排污行为，如利用渗坑、渗井排污行为，告发人如果不是知情人或偷排实际执行人，很难发现问题。相对于外部人，内部人更容易接触到诸如此类的信息，如参加会议、获取内部信息资料等。一些内部人甚至就是被告发人实施不法行为的直接执行人，他们对第一手信息的获知对成功进行环境公益告发至关重要。

但是，随着科学技术的发达，尤其是摄像、摄影以及检测手段简易化的趋势之下，越来越多的“外部人”也拥有了准确掌握组织环境违法行为信息的可能。此外，由于环境违法行为的发展性特征，个人环境义务中的积极义务比重也呈上升趋势，这都使得环境公益告发的“法人”语境有减弱的可能，必须引起足够重视。基于上述原因，笔者认为，公益告发应当有广义、狭义之分。广义上的公益告发是指任何人对组织可能发生或者已经发生的不当行为或者不法行为向有关

单位或部门进行披露，以促使法律得以遵循的制度。狭义上的公益告发是指组织成员对组织可能发生或者已经发生的不当行为或者不法行为向有关单位或部门进行披露，以促使法律得以遵循的制度。以这一定义为基础，广义上的环境公益告发是指任何人针对任何组织或个人的环境违法行为，向有关单位或部门进行披露，以促使法律得以遵循的制度。狭义上的环境公益告发则是指组织现在的或曾经的成员针对组织的环境违法行为，向有关单位或部门进行披露，以促使法律得以遵循的制度。根据接受环境公益告发的个人或组织性质的不同，环境公益告发又可分为环境公益内部告发和环境公益外部告发。

1、环境公益内部告发。相对于环境公益外部告发，内部告发有着自身的独特优势。(1)在组织自愿改正被告发事项的情况下，内部告发有着明显的效率优势。由于环境违法行为本就由受理告发的组织以作为或不作为的形式作出，如果该组织自身有强烈的自我改正意愿并付诸实际行动，则告发行为及改正行为本身都将大大简化，从而以最短的时间完成环境污染行为的终止。(2)更有利于缓和告发人与被告发组织的紧张关系。环境公益告发虽然能够对环境违法行为进行监督，进而维护环境公益，但是必然对被告发组织的小集体利益造成损害，这必然使得环境公益告发人与所在组织之间的关系紧张，甚至被认定为叛徒。相对于外部告发，内部告发给予了被告发组织更多的补救方式选择自由，从而得出最佳的补救方式。自主选择和沟通协商显然更有利于双方紧张关系的缓和。(3)更有利于维护被告发组织的权威性或社会形象。在日常社会生活中，公众对各类组织的认同度非常重要。环境行政部门需要树立自己的权威性，从而更好地实现自身的环境行政目标；私人部门也需要维护自身的良好形象，以便更好地实现自身的存在价值。一旦环境公益告发以外部告发的形式进行，必然为广大社会公众所知悉，被告发组织的权威性或社会形象必将荡然无存。相对于外部告发，内部告发仅限于组织内部的有限成员知悉，在采取了一定应对措施后，环境违法问题在不被社会公众知悉的情况下得到补救，被告发组织的社会形象也得以保全。因此，“内部人”告发优先原则有其合理性。

2、环境公益外部告发。环境公益内部告发固然具有诸多优势，但这些优势的发挥有一个重要前提：被告发人主动、自愿地终止自身的环境违法行为，国外

¹ 周晓明.环境公益告发研究[J].现代法学,2014,(2):128.

研究者称之为“自愿合规”(voluntary compliance)。¹如果被告发人基于某些原因并不愿意纠正被告发的环境违法行为，则环境公益告发人可以选择影响力和强制性更大的外部告发来督促被告发人充分履行环境义务。通过国内外实践情况的分析可以得出，受理环境公益外部告发的组织主要有两类。(1)各级政府及各级环境行政机关；(2)媒体。一般来说，由于受理外部告发的组织或具有强大的舆论优势，或具有行政处罚权等公权力，因此，环境公益外部告发的最终目的都可以实现，但是外部告发对被告发人的影响也是巨大的，由于环境公益告发行为，使得被告发人的环境违法行为被社会公众所知晓，使得被告发人名誉扫地以及面临严厉惩罚，甚至使得部分被告发人的存续难以维继。相对于内部告发，外部告发中告发人与被告发人的关系更加趋向于紧张，进而使得环境公益告发人更可能遭到报复。因此，如何构建完善的外部告发制度，尤其是如何对环境公益告发人给予全面的保护，免除告发人的后顾之忧就显得尤为重要。此外，尽管在一般情况下被告发人都会慑于行政强制力或舆论压力不得不改正环境违法行为，但是也存在一些被告发人基于自身的强势地位仍然拒绝改正的情况。因此，针对环境公益告发的司法救济制度——环境公益诉讼的一种特殊形式——告发人诉讼就是环境公益告发人最后的依靠。关于这两个问题，后文有相关部分进行详细探讨，此不赘述。

在对环境公益告发进行准确定义的基础上，如何构建完善的外部告发制度，尤其是如何对环境公益告发人给予全面的保护，免除告发人的后顾之忧就显得尤为重要。此外，尽管在一般情况下被告发人都会慑于行政强制力或舆论压力不得不改正环境违法行为，但是也存在一些被告发人基于自身的强势地位仍然拒绝改正的情况。因此，针对环境公益告发的司法救济制度——环境公益诉讼的一种特殊形式——告发人诉讼就是环境公益告发人最后的依靠。关于这两个问题，后文有相关部分进行详细探讨，此不赘述。

二、环境公益告发的具体制度设计

从国内外环境公益告发制度的实践情况来看，由于环境公益告发人的告发行为，尤其是外部告发行为严重损害了被告发人的利益，告发人因此有很大可能面临着降薪、降职、解雇、开除、陷害甚至生命危险。因此，各立法都把对环境

¹ 周晓明.环境公益告发研究[J].现代法学,2014,(2):132.

公益告发人的保护立法放在首位。其次，许多潜在的告发人基于自身安全、利益的考量，不敢将原本应该告发的事项公之于众，为了鼓励环境公益告发行为，各立法普遍制定了环境公益告发的奖励制度，以激励更多的潜在告发人勇于进行环境公益告发。再次，在进行环境公益告发制度设计的时候，也应当清醒地看到在环境公益告发制度发挥诸多积极作用的同时，也存在不同情况的不当告发，这会对被告发人甚至整个社会的信任基础造成损害。因此，对环境公益告发的约束机制也是制度设计的又一重点。

(一) 完善环境公益告发人保护制度

建立对环境公益告发人的保护制度是为了使告发人免受因为告发行为而招致的报复。报复，是指环境公益告发人在进行告发后面临的消极后果。伴随环境公益告发行为而来的报复类型多种多样，最常见的主要有以下四类。

1、处分。处分是在组织报复行为中最常见、程度也相对轻微的类型。这是被告发人碍于舆论压力或劳动合同、人事编制等保护条款不能直接解雇或开除环境公益告发人时一般都会选择的报复行为。常见的处分种类有降薪、调岗、降职等等。报复性处分的实质就是使环境公益告发人在无其他可处分事由的情况下承受不公正待遇，这种不公正可能是显性的，例如前述三种处分带来的薪水、岗位以及职位的降低；也可能是相对隐形的，例如以看似“正当”的理由剥夺告发人升职、加薪的机会或要求告发人加班，在告发人辞职从事其他工作时给予不真实的消极评价等等。总而言之，报复性处分会对告发人的正常职场工作以及精神健康造成不利影响。

2、解雇或辞退。解雇或辞退，是由于被告发人和告发人实际地位的不平等，同时被告发人又愿意承担这一行为可能带来的消极后果时倾向选择的报复手段。相对于处分而言，解雇、辞退直接剥夺了告发人在该组织工作的机会，因此报复严重程度要高于报复处分。当然，被告发人可能要承担一定的解雇费或辞退费，还可能会面临仲裁、申诉甚至诉讼的风险。

3、报复性诉讼。在私人部门，如果用人单位和环境公益告发人签订的劳动合同中有保密条款的规定，则告发人有可能被起诉，要求承担违约责任；如果告发行为涉及商业秘密或对私人部门的商业信誉造成严重损害，则告发人可能面临刑事起诉。在公共部门，如果告发人的告发事项涉及国家机密，则可能面临刑事

诉讼进而承担泄露国家机密的刑事责任。

4、人身伤害。这一报复类型直接影响到告发人的人身安全甚至生命安全，因而是最严重的报复手段。以组织的名义实施这一报复手段的可能性并不大，但并非完全不可能，如被告发人的负责人因为告发行为而集体决定以组织的名义买凶伤人、杀人。通常来说，实施这一报复手段更多是报复人的个人行为，这类报复人一般道德败坏、法律意识淡薄，加之由于告发人的告发行为导致被告发人面临巨额罚款、商业名誉扫地而使自己的财产、声望遭受巨大损失；或因告发行为使被告发人的负责人面临上级调查或司法审查而使得自身领导职位不保，甚至面临牢狱之灾。在此情况下，他们选择对告发人进行人身伤害以宣泄自己的愤怒。

针对上述四种类型的报复，环境公益告发人保护制度应当分别予以有针对性的立法以应对，此外，针对告发人的保护不应当仅把重点投向对可能报复的事后处罚，也要关注对告发人进行前瞻性保护；不仅应当建立专门的立法完善对告发人的保护，也要注意与其他法律如劳动法、刑法等法律的有机结合，以实现对告发人的全方位保护。

1、告发人信息保密制度。告发人因为告发行为招致被告发人报复需要有一个前提，就是有告发人的具体信息已经为被告发人所掌握，否则被告发人即使有报复意愿也没有准确的报复对象。因此，环境公益告发人保护制度对告发人的前瞻性保护就必须建立、健全环境公益告发人信息保密制度。我国法律中有关于告发人信息保密的规定，新《环境保护法》第 57 条第 3 款前半段规定：“接受举报的机关应当对举报人的相关信息予以保密”，但是，对于何为“相关”信息以及违反保密规定的处罚措施都没有进一步的具体规定。

构建完善的告发人信息保密制度首先要对告发方式进行科学认定，告发方式主要有两种，一种为匿名告发，另一种为实名告发。匿名告发制度的优势在于除了告发人自身以外，整个告发过程自始至终没有任何单位或个人掌握告发人的信息，但是其弊端也同样明显，即不当告发的可能性很高；另一方面，在匿名告发情况下，受理告发的单位如需进一步调查被告发事项，很难主动联系到告发人，这可能会使原本可以成功的告发失败。因此，对实名告发的相对重视有其合理性。实名告发制度虽然能使得环境公益告发更容易成功，但是告发人的姓名、工作单位、家庭地址等信息就会被受理告发的机关以及具体经办人所知晓，如果这些信

息被泄露，则告发人遭受报复的概率将大大增加。因此，必须设置必要的处罚措施，强化告发受理单位及经办人员的保密责任意识。如韩国《公益告发人保护法》第 12 条规定，对违反保密义务的相关责任人可以“处三年以下有期徒刑或 3000 万韩币以下的罚金”，也可以要求告发受理机关负责人对责任人“采取惩戒等必要措施”。

2、完善报复禁止规定。我国新环境保护法第 57 条第 3 款后半段规定：“（接受举报的机关应当）保护举报人的合法权益”，但是对于何为“合法权益”没有进一步的规定。结合前文关于报复行为的探讨，笔者认为，“合法权益”的核心内容起码应当包括保护告发人免受打击报复。（1）禁止报复性处分规定。环境公益告发行为对被告发人的环境义务进行监督，维护的是环境公益，具有道德和法律上的正当性。因此，在告发人进行环境公益告发之后，告发人不应当受到报复性的处分。纵观各国公益告发保护立法，均对告发人的降薪、调岗、降职禁止规定。值得进一步讨论的是关于隐性处分的规定。相对于显性报复处分，隐性报复处分的特点是表面看似合情合理，实质则同样是对告发者平常工作以及精神上的损害，甚至有过之而无不及。而这也恰恰是我国立法亟待完善之处。结合国外成熟做法，应注意从两方面重点把握。第一，将尽可能多的隐性报复处分囊括进禁止范围。如美国法律实践中，被禁止的报复处分多达 30 余种，甚至连“更换办公室”、“取消公司特定区域进出权限”、“收回公司预留停车位”等行为都被禁止。¹第二，对作出隐性处分的依据应当进行严格限制。很多被告发人为达到对告发者实行报复处分，经常采取“为一人一事设一制度”的办法。因此，对报复处分的禁止，不仅应当从报复处分的显性手段进行明确禁止，对看似“合理”的处分的依据也应当进行严格审查。一般认为，如果对告发人做出处分的依据是在告发行为之前就已制定完成并公布，抑或制定的依据有效的范围能够覆盖到绝大多数组织成员，就能够认为该依据是合理的。反之，则是不合理的依据，有隐性报复处分的嫌疑，应当绝对禁止。

（2）保密条款、保密义务附条件不适用的认定。被告发人如果想要进行报复性诉讼对告发人进行报复，重要依据就是其与告发人签署劳动合同中规定的保密条款或者法律规定的公务人员的保密义务。因此，对保密条款能够使用和告发

¹ Stephen M. Kohn et al., *Whistleblower Law: A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*. West Law, 2004,(3):98-99.

泄密责任能够豁免的认定规则就非常重要。笔者认为，对以上两者的认定应当分不同情况区别对待。如果是以劳动合同中的保密条款违反为诉讼依据，且保密条款中涉及事项不包括国家秘密等公共利益事项的，当然不能认定为告发行为是对保密条款的违反。如果是以违反法定保密义务，抑或虽然以劳动合同的保密条款为依据，但是条款规定范围中有国家秘密等公共利益事项的，就应当分情况探讨。如果涉及的保密事项只会造成国家利益抑或经济利益的损失，而不进行环境公益告发导致的环境违法行为可能危害不特定社会公众的生命、健康安全之时，应当认定告发行为能够阻却保密条款的适用和泄密责任的追究；如果涉及的都是经济利益，则应当认定告发行为不能够阻却保密条款和泄密责任的适用。这种认定方式在我国更加重视公共利益和社会义务的背景下具有最大的合理性。

(3) 人身伤害绝对禁止规定。现代社会绝对禁止私刑的存在，如果对告发人造成人身伤害，就需要追究当事人的相应责任，情形严重的甚至要被追究刑事责任。如果对当事人的报复是基于组织某些成员的私人行为，则只需追究实施伤害告发行为的自然人责任。情况较为复杂的是以被告发人的名义对告发人实施人身伤害行为，这在刑法上被称为非纯粹的单位共同犯罪。非纯粹的单位共同犯罪又分为三种具体类型：一是自然人与单位共同实施纯正自然人犯罪的情形，如盗窃罪；二是自然人与单位共同实施非纯正单位犯罪（或非纯正自然人犯罪）的情形，如走私普通货物、物品罪；三是自然人与单位共同实施纯正单位犯罪的情形，如强迫职工劳动罪。¹而本文讨论的报复行为涉及到的故意伤害罪以及故意杀人罪无疑属于三种情形中的第一种。由于我国现行刑法对这种情况下单位犯罪的定罪量刑采取严格罪刑法定原则，因此仍然只作自然人犯罪处理而非单位共同犯罪处理。笔者认为，这种做法会变相刺激组织以单位名义对告发人进行人身伤害，因此，应当尽快将故意伤害罪和故意杀人罪纳入单位可犯罪名的明文规定之中，以实现刑法罪责刑相适应的原则，告发人的人身安全也就能够得到全方位保护。

3、罪责减免规定。告发人因告发行为可能面临的民事、行政甚至刑事责任主要来自于两个方面：一是公益告发行为本身可能对合同约定义务或法律规定义务的违反，二是告发人可能牵扯进告发行为指向的被告发人环境违法行为之中，

告发人自身甚至可能就是上述行为的直接执行人。第一方面的责任认定前文已有讨论，这里主要就告发人可能承担的第二类罪责的减免进行探讨。

如果告发人的告发事项属实，则告发人的环境违法情况是真实存在的。就我国现有法律规定来看，告发人因自身牵扯进环境违法行为进而承担民事责任、行政责任和刑事责任的可能性不大，原因在于（1）在民事责任的承担方面，我国《侵权责任法》第34条第1款规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任”，这就阻却了告发人承担民事责任的可能。（2）在行政责任的承担方面，私人部门之存在行政处罚这一项行政责任，而告发人进行的职务行为，因此行政责任也应当由其所在组织领受。（3）在刑事责任的承担方面，情况比较复杂。如果告发人是组织的负责人，则告发行为涉及的污染环境等罪名将导致同时对组织和组织负责人的刑事处罚；如果告发人是组织的普通成员，一般情况下本没有承担刑事责任的可能，但是考虑到组织布置的环境违法行为可能与告发人直接执行情况存在不一致的可能，在这一情况下，告发人在组织承担的违法行为之外的其他环境违法行为可能被追究刑事责任。如果告发人在进行告发之时还有可能被追究刑事责任的顾虑，显然会影响到环境公益告发制度的有效开展，因此，如何阻却告发人环境违法行为刑事责任就成为罪责减免规定的重要课题。实际上，通过对“期待可能性”理论的引入可以比较好地解决这一问题。需要注意的是，我国应当将期待可能性的阻却事由限定在法定或有权解释的范围内。¹

（二）完善环境公益告发奖励制度

近年来，随着环境问题重要性的日益上升，我国各地区先后制定并出台了一系列的环境告发奖励制度。如2001年浙江省环保厅规定，对举报环境污染行为有重要贡献的人员，由负责查处的环境保护行政主管部门对举报人予以200元以上到2000元以下的奖励。如举报人同意，可给予通报表扬；2004年，原四川省环保局为保护沱江、岷江水质免受环境污染，决定对沱江、岷江流域内的环境公益告发进行奖励，以此鼓励公众积极参与告发环境违法行为。举报人最高可得到2万元奖励；2008年，江苏环保厅规定，对于告发环境违法行为，经环境保护行政主管部门调查属实并作出行政处罚的，给予举报人300元以上3000元以下的

¹ 马崇春,周建达.论单位共同犯罪的责任追究:定罪与责任分担[J].政治与法律,2010,(2):36.

¹ 张小虎.论期待可能性的阻却事由及其在我国刑法中的表现[J].比较法研究,2014,(1):65.

奖励；2011年，上海市环境保护局出台规定，市民实名举报环保违法行为，一经核实将获得1000元以上1万元以下的奖励；2013年3月15日开始施行的《广西壮族自治区环境保护厅环境违法行为有奖举报暂行办法》，规定广西壮族自治区公众举报环境违法行为可获得1000元以上3万元以下的奖励。¹越来越多的环境公益告发奖励制度出台固然值得肯定，但是其背后的不足之处也不容忽视。

第一，获取奖励的范围过窄。尽管有了环境公益告发奖励的制度，但是由于制度对告发范围的诸多限制，能够真正领取奖励的适格告发人少之又少。本文开篇提到的《合肥市环境违法行为有奖举报办法（试行）》实施过程中之所以遭遇尴尬，过窄的奖励范围是重要原因。根据该办法第3条，告发可领取奖励的违法行为有：1、私设暗管等其他隐蔽方式偷排工业废水的；2、排放工业废水、垃圾、渣土，污染饮用水源保护区的；3、直接排放油类、酸液、碱液等危险废物的；4、非法收集、倾倒、堆放、存贮危险废物及放射性物质的；5、擅自拆除、关闭污染处理设施的；6、环境违法企业被关停后，擅自恢复生产的。上述六类行为在没有穷尽企业环境违法行为的同时，对公共部门的告发甚至都没有纳入进可以领取奖励的范围。过于严苛的范围局限势必影响到环境公益告发奖励制度的作用。

第二，与环境公益告发的其他相关制度缺乏联动。环境公益告发奖励制度作用的充分发挥不仅在于其自身范围和程序的科学设计，还在于和其他相关制度的有机配合。相比告发奖金，环境公益告发人更看重自身安全，这就需要前面提到的环境公益告发人保护制度的完善及其在环境公益告发奖励制度中的有效反映。实际上，在《办法》施行三年多时间之后，安徽省环保厅、财政厅于2014年1月联合出台了《安徽省环境违法行为有奖举报暂行规定》，而距今一年半的实施时间里，“共有三起符合奖励规定，其他的由于是匿名投诉或投诉不属实等原因，不属于奖励范围”，²而这三起符合奖励规定的环境公益告发也仅仅只有一人领奖。其他两起环境公益告发的告发人因为什么原因没有领取奖金，我们不得而知，但是基于自身安全的考虑无疑是环境公益告发制度的一个重要因素。由此可见，缺乏与环境公益告发制度相关联制度的配合是奖励制度实施“遇冷”的重要原因。

第三，奖励金额过低。从前文列举的诸多地区的奖励制度可以看出，大部分

地区的奖励最高金额都在1万元以下，这与环境公益告发行为维护的环境公益价值是完全不匹配的。2010年的“紫金矿业环境污染案”，造成的直接经济损失就有3187.71万元。2011年同样轰动全国的“康菲石油污染案”，赔偿金额就已高达13亿。如果这些环境违法行为都能够预先通过环境公益告发得以避免，则1万元的奖励实在太少。此外，通过国外环境公益告发获得奖励金额而言，这些规定更加相形见绌。如美国《防止船舶污染法》为例，该法规定告发者可以获得罚金的二分之一，这种“上不封顶”的奖励金额可见该法对告发者奖赏的重视程度。2010年9月，一艘悬挂希腊国旗的货船上的4名船员当船只抵达美国巴尔的摩时，向海关有关工作人员告发该船的主引擎将废油通过一个软管直接排入海中，而依照法律规定，必须安装污染防治装置。根据美国《防止船舶污染法》，该船最后被罚款100万美元，进行告发的4位船员共计获得50万美元奖励（每人12.5万美元）¹。因此，我国环境公益告发的奖励金额应当适当提高，而且应与环境公告告发行为挽回的环境利益与经济利益相匹配。

第四，侧重于物质奖励方式，精神奖励方式不足。环境公益告发人为何选择环境公益告发？其动机可能主要来源于两方面。第一，对法律法规的遵守。告发人作为被告发人中的一分子，需要遵守被告发人制定的各项规定，但是不得违反相关法律的规定。因此，告发人或基于被告发人环境违法行为不满的正义感，或基于对自身以被告发人名义不当履行环境义务行为害怕受到法律制裁的担心，他们选择了告发行为，这虽然不为被告发人规则所允许，但为遵守法律规定所必须。第二，高尚道德指引下的利他主义动机。一些告发人比被告发人中的其他工作人员有更加高尚的道德追求，他们不能容忍组织环境违法行为的错误而毅然选择环境公益告发，这类告发人的行为没有太多物质利益的考量，他们的告发行为是纯粹的维护环境公益的利他行为。因此，在对于第二类告发者的奖励来说，物质性奖励并不能达到理想效果，反而是精神奖励方式，如授予荣誉称号、进行正面宣传等等更能够激励更多同样道德高尚的潜在环境公益告发人进行环境公益告发行为。因此，物质奖励与精神奖励并重，是我国环境公益告发奖励制度在今后完善过程中所必须重视的问题。

¹ 新华网.各地多次调整环境违法有奖举报制度 重奖之下必有勇夫？[EB/OL].[2014-9-16][2015-7-26]
http://news.xinhuanet.com/energy/2014-09/16/c_1112499713.htm.

² 新浪网.安徽实施有奖举报环境违法遇尴尬：仅一人领奖 [EB/OL].[2015-7-22][2015-7-26]
<http://ah.sina.com.cn/news/s/2015-07-22/detail-ifxfaswi4181235.shtml>.

¹ Professional Mariner. Ship Manager to Pay \$ 4M for Oil-Pollution Repeat Offense[EB/OL].[2010-9-27].
<http://www.professionalmariner.com/December-January-2010 /Ship-manager-to-pay -4M -for -oil -pollution-repeat-offense />.转引自周晓明. 环境公益告发研究[J].现代法学,2014,(2):130.

(三) 完善环境公益告发约束制度

不可否认，在成功的环境公益告发之外，还有虚假告发、过度告发以及恶意告发等不当告发形式的存在。如果对这些类型的告发行为不加制止，不仅影响了环境公益告发制度正面、积极作用的发挥，还会对整个职场的稳定运行以及人与人之间的信任基础造成不利影响。因此，建立对环境公益告发的约束机制实属必要。环境公益告发的约束机制主要包括对环境公益告发行为本身的约束机制以及对环境公益告发可能引发的环境公益告发人诉讼的约束机制。由于后者属于环境公益告发人诉讼的具体制度，因此留待后面相关部分进行论述，这里仅讨论针对环境公益告发本身的约束机制。

在探讨环境公益告发约束机制之前，有必要先对不当环境公益告发行为进行梳理、分类，只有认识清楚这些不当环境公益告发的不同特点，才能有针对性地进行约束。为了对比方便，我国对不同类型的不当告发约束机制可参照下表：

主观动机	告发自身情况	约束机制
善意	瑕疵告发	提倡，且无约束机制
善意	过度告发	不提倡，但仅在造成实质过度损害时追责
相对恶意	瑕疵告发	不提倡，但无约束机制
相对恶意	过度告发	禁止，有损害即追责
绝对恶意	瑕疵告发	不提倡，但无约束机制
绝对恶意	过度告发	禁止，有损害即追责（可能承担刑事责任）

从上表可知：1、根据告发人的主观动机，可将不当环境公益告发分为善意环境公益告发和恶意环境公益告发。此处的善意是指告发人为了环境公共利益而进行告发，不是或主要不是为了一己私利或其他非公共利益的考虑，¹反之则为恶意告发。善意告发还可以分为绝对善意告发和相对善意告发。绝对善意告发是指告发人的告发行为纯粹是为了督促被告发组织履行环境义务，进而维护环境公益；相对善意告发是指告发人的告发行为主要是为了维护环境公益，在维护的同时还夹杂着一小部分个人利益或其他利益诉求。恶意告发也还可以分为绝对恶意告发和相对恶意告发。绝对恶意告发是指告发人主要是为了损害被告发组织的利益而进行告发；相对恶意告发是指告发人主要是为了一己私利而进行告发。2、根据告发事项与真实情况的一致性程度以及告发涉及环境公益与组织可能遭致损害之间的比例程度，不当环境公益告发可以分为瑕疵告发和过度告发。瑕疵告发是指告发行为的主要内容基本真实且告发维护的环境公益与组织可能遭受的损害基本相当的告发行为。瑕疵告发在告发人对一些细节进行补正的情况下可能转化为成功的环境公益告发；过度告发则是指告发的主要内容大部分乃至全部失真、维护的环境公益与组织可能遭受的损害完全不成比例或上述两种情况兼而有之的告发行为。与善意和恶意告发的认定一样，告发人可能都会倾向于认为自己的告发行为至多存在“瑕疵”，而非“过度”。这就同样需要结合现实情况进行判断。如在一些针对私人部门的环境公益告发中，告发人仅就企业的某一环境义务履行瑕疵行为进行告发，这类行为虽然的确损害了环境公益，但是程度微乎其微。与之形成鲜明对比的是，企业的名誉由于告发行为（尤其是外部告发行为）遭到极大损害，生产经营活动也受到极大影响，甚至危及到企业的生存。这种情况显然不是环境公益告发制度设计的本意。3、在我国环境公益告发约束机制的具体构建中，需要对上述两种分类的不合格告发进行综合考量，从而得出有针对性的约束机制。（1）对于绝对、相对善意且仅有瑕疵的告发，总体上应当持肯定态度，因此不应设置过多的约束制度。（2）对于绝对、相对善意的过度告发行为，尽管告发人的主观动机值得肯定，但是确实对被告发组织造成了超出合理范围的损失。因此，只能在组织的利益遭受实质损害时，才能对告发人进行一定的处罚。

（3）对于相对恶意但仅有瑕疵的告发，尽管告发人为了一己私利的主观动机不值得提倡，但是其告发行为事实上有利于环境公益的维护，因而同样不应设置过多的约束制度。（4）对于相对恶意的过度告发行为，应当对告发人处于相较于善意过度告发更为严格的处罚，即只要被告发组织存在被过度损害的可能，就应该对告发人进行相应处罚。（5）对于绝对恶意且具有瑕疵的告发行为，由于其告发行为本身并不具有可罚性，与相对恶意但仅有瑕疵的告发一样，这类告发行为虽不值得提倡，但在事实上维护了环境公益，因此没有过度约束的必要。（6）对于绝对恶意的过度告发行为，这类告发行为是性质最恶劣的告发行为，其实质上与应受刑法处罚的诽谤行为无异。因此，如果告发人的告发行为属于绝对恶意的过度告发行为，则告发人不仅应当对组织实际遭受的和可能遭受的所有损害负责，

¹ Yu-Hao Yeh. *The Effectiveness of the Whistleblower Protection Under the Sarbanes-Oxley Section 806 in Corporate Governance*. Kansas: University of Kansas, 2011:153.

还可能承担刑事责任。

三、环境公益告发人诉讼：环境公益告发之最终保障

环境公益告发人作出内部告发行为之后，被告发人并不一定主动改正自己的行为，在这一情况下告发人虽然可以继续进行外部告发，但也同样存在告发受理机关急于处理或被告发人仍不悔改的可能。原因可能是多方面的，如外部告发行没有引发舆论关注，外部告发受理组织对告发事项认识的偏差甚至对被告发人的偏袒，等等。这种情况下，环境公益告发人就需要通过一项诉讼制度，能够对告发行为涉及事项得出终局、权威的裁判结果。这就是环境公益告发人诉讼的制度意义所在。

（一）环境公益告发人诉讼的概念及存在基础

环境公益告发人诉讼是告发人诉讼的一种特殊形式。告发人诉讼是舶来品，其英文表述为“qui tam action”。“qui tam”是拉丁语“qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur”的缩写，其原意是“既为国王的利益也为自己的利益而进行的诉讼”。环境公益告发人诉讼，是指环境公益告发人在先行告发行没有得到告发受理组织有效回应的情况下，向法院提起的敦促被告发人或告发受理组织履行环境义务的诉讼。告发人诉讼制度起源于英国，并且最初就是应用于治理环境领域。1388年英国的《水污染防治法》规定，针对污染水源的告发人可以代表政府起诉并且可以获得一定比例的罚金作为奖赏。¹近现代意义上的告发人诉讼复兴于美国，但是最早并不应用于环境保护领域。在美国南北战争期间，北方政府饱受军火商欺诈之苦。为了打击欺诈行为，确保战争的胜利，时任美国总统的林肯签署了《虚假请求法》(False Claims Act)，在该法中明确了告发人诉讼制度。随着社会以及告发人诉讼制度自身的不断发展，环境公益告发人诉讼制度重新成为告发人诉讼制度中的重要类型之一。告发人诉讼制度之所以能够在环境保护领域中得以适用，根本原因在于其与环境治理的契合性。随着环境法的日益发展，环境治理(Environmental Governance)的重要性被不断提及。环境治理要求治理主体具有广泛性，即治理主体不仅包括国家、政府，还包括企业、非政府组织以及公民个人。²在治理过程方面，环境治理强调治理过程应当保证

¹ 蔡明德,刘明明.论美国告发人诉讼制度及其对我国环境治理的启示[J].河北法学,2010,(11):69.
² Maria Carmen Lemos, Arun Agrawal. Environmental Governance. Annu. Rev. Environ. Resour. 2006,31:298.

实现公民有效地进行环境公众参与。¹以诉讼形式进行的环境公众参与理应成为环境治理的应有之义。

从告发人诉讼的可适用范围来看，美国告发人诉讼已经从防止军火供应商欺诈政府扩展到防止任何针对政府的欺诈资金行为，环境治理专项资金的欺诈当然包括在内。²此外，由于对“虚假请求”的进一步扩大解释，即虚假请求的对象并不局限于金钱，还可能是作出某种行为、具备某种资格或者享受某种待遇。这就使得环境公益告发诉讼的可诉范围进一步扩张到对环境行政许可以及自然资源使用权的让渡及行使乃至对一切环境违法行为的监督。可以认为，几乎所有关于环境保护的事项都成为环境公益告发人诉讼可能发挥作用的领域。³

（二）我国环境公益告发人诉讼的现实困境

告发人诉讼作为公益诉讼的一种特殊类型在古罗马时代就已存在。由于古罗马的政权机构远没有当代完善，因此仅仅依靠行政机关的力量并不能很好地维护公共利益。在这种情况下，罗马行政机构不得不授权市民代表社会集体直接起诉。公诉又分市民法公诉和大法官法公诉。前者由市民法所规定，被告所付的罚金归国库，但起诉者可得一定的奖金。后者为大法官法所规定，被告所付的罚金，归起诉者所得。⁴公益诉讼发展到今天，学者对其的认识虽大体一致，但也存在一定争议。比较有影响的定义认为，公益诉讼“是任何组织和个人根据法律授权，就侵犯国家利益、社会利益的行为提起诉讼，由法院依法处理违法的司法活动”。⁵该定义有两大要点：第一，有权提起公益诉讼的主体是“任何组织和个人”，第二，侵犯国家利益、社会利益的行为主体既可能是作为民事主体的组织和个人，也可能是公权力机关。因此，公益诉讼既有民事公益诉讼，也应当有行政公益诉讼。对照我国现有法律，一方面，环境行政公益诉讼仍然“于法无据”；另一方面，公民个人仍然没有被纳入公益诉讼适格原告的范围。这也成为我国环境公益告发人诉讼难以顺利进行的现实原因。

环境行政公益诉讼的立法缺位，使得针对公共部门的环境公益告发人诉讼无法可依。环境公益告发人诉讼是否包括一部分环境行政公益诉讼？对于这个问

¹ 罗豪才.软法与公共治理[M].北京:北京大学出版社,2006:21.

² Ann M. Lininger. *The False Claims Act and Environmental Law Enforcement*. 16 Va. Envtl. L.J.,1997:577.

³ Paul W. Morenberg. *Environmental Fraud by Government Contractors: A New Application of the False Claims Act*. 22 B. C. Envtl. Aff. L. Rev.,1995:623.

⁴ 周枏.罗马法原论[M].北京:商务印书馆,1996:886-887.

⁵ 颜运秋.公益诉讼理念研究[M].北京:中国检察出版社,2002:52.

题，学界存在争议。曹明德、刘明明旗帜鲜明地提出，“告发人诉讼是特殊的民事诉讼”。¹上述两位学者之所以持这种观点，在于他们主要以美国的告发人诉讼制度为分析重点。前文已经提到，美国的告发人诉讼制度滥觞于《虚假请求法》，而该法的最初目的就是鼓励告发人通过告发军火商的欺诈行为维护政府军用资金的有效性，继而实现公共利益的维护。这就使得美国的告发人诉讼制度不可避免地注目于民事主体之间的民事诉讼。此外，由于美国行政法相对比较完善，社会公众对公共部门的监督已经有很多既有成熟方式可供选择，这也使得告发人诉讼制度扩展到公共部门领域的动力不强。相比之下，由于我国的环境公益告发人诉讼制度尚处于理论论证和制度设计阶段，客观上提供了构建完善环境公益告发人诉讼制度的可能，由于我国公共部门的强势，民众监督环境行政部门的方式也相对缺乏，这使得我国对环境行政公益告发人诉讼的制度需求更加具有现实紧迫性。

环境民事公益告发人诉讼则是“有法难依”。我国新《环境保护法》第 58 条是环境民事公益诉讼条款。该条规定不仅仍然将公民个人被排除在适格环境公益诉讼原告范围之外，还对新《民事诉讼法》第 55 条规定的民事公益诉讼适格原告范围进一步限缩。因此我国的环境公益告发人诉讼在实践过程中，就会出现诉讼应然原告——环境公益告发人不能以自己的名义独立提起诉讼的困境。这一规定实际上使得环境民事公益告发人诉讼虽然有了法律规定，但并无实际操作的可能。

（三）内部告发人诉讼的告发前置：环境公益告发人诉讼的必要约束

环境公益告发人诉讼虽然能使告发事项得到权威、终局的结果，但也存在着一定局限性。首先，诉讼意味着高昂诉讼成本的支出。司法资源的有限性使得进入诉讼方式解决的只能是那些影响重大，案情复杂的案件。如果放任所有的案件都进入诉讼处理是司法机关承受不了的审判负担。此外，对于任何组织的环境违法行为，都存在众多的潜在环境公益告发人，如果任由如此众多的潜在告发人都直接选择诉讼方式且不计成本地对诉讼行为进行推动到底，必将会是司法审判工作不能承受之重。其次，环境公益告发事项直接进入诉讼程序是对内部告发优先原则的违反。前文已经提到，为了为被告发组织提供主动改正的机会，也使得被

告发组织因环境公益告发可能遭受的各种损失降到最低，告发人应当先进行内部告发。如果违反内部告发优先原则，任由环境公益告发人自行选择告发方式或诉讼方式，既不有利于环境违法行为的改正，也不利于对其他利益的平衡保护。

环境公益告发人诉讼约束机制的建立，重点在于设定一个大致可控的流程，环境公益告发人如果希望通过诉讼方式处理告发事项，需要严格按照这一流程进行。流程的进行过程也就是约束机制的生效过程。1、内部告发优先进行。无论是针对公共部门还是私人部门的告发，内部告发都必须是优先进行的。内部告发相对于外部告发的优势对于告发人诉讼机制也基本存在，这些优势前文已经提到，此不赘述。2、在内部告发无效的情况下，告发人可以视情况对外部告发及告发人诉讼任选其一进行。外部告发之所以不是必要前置程序，原因在于内部告发的失败已经证明被告发人缺乏改正自身行为的意愿，在被告发人缺乏配合意愿的情况下，因此基于方便告发人以及节约社会成本的考虑，应当赋予告发人继续告发抑或转向诉讼的选择权。值得注意的是，司法机关审查的程序会因告发人是否进行外部告发而有所不同。3、司法机关应当进行审查程序。由于前两项流程都是环境公益告发制度的既定流程，且告发人有一定的选择权，司法机关并不需要太多介入，然而诉讼申请一旦递交到司法机关，就需要通过一定审查程序确保有没有诉讼价值的案件被排除在诉讼程序之外，以提高司法机关效率，节约司法资源。根据国外实践的成熟做法，告发人在准备提起诉讼时，应先向法院提交类似案件情况说明性质的材料。司法机关的审查内容主要有以下三点。(1) 环境公益告发人是否进行内部告发。这项检查实际上是对内部告发原则优先的坚持。告发人应当出具告发行为确实到达被告发人的证明，如果被告发人提供了书面处理结果材料，也应当一并附上。(2) 环境公益告发行为所涉事项是否有进入诉讼程序的价值。值得指出的是，这里的审查主要是形式审查，只要告发人提交的证明初步表明在先的内部告发行为没有得到被告发人的回应，抑或作出的回应行为仍然不足以弥补之前环境违法行为造成的损害，就可以认定可以进入诉讼程序。至于告发人提交的证明材料是否真实，被告发人的不当行为是否有抗辩事由则是诉讼过程要解决的问题。(3) 司法机关对被告发人和其他告发处理机关的通知义务。这是在诉讼行将开始前司法机关为促成告发人与被告人和其他告发处理机关在维护环境公益前提下达成和解的最后努力。从各国实践来看，通知既可设定在受

¹ 曹明德,刘明明.论美国告发人诉讼制度及其对我国环境治理的启示[J].河北法学,2010,(11):71.

理材料后正式立案前，也可设立在立案后庭审开始前。最高人民法院于2015年出台的《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第12条规定：“人民法院受理环境民事公益诉讼后，应当在十日内告知对被告行为负有环境保护监督管理职责的部门”。该条规定可以被认为是环境民事公益告发人诉讼通知义务规定的表述。为了适用的统一，今后在对环境行政公益告发人诉讼进行立法时应当对该条进行必要参考。

设区市人大及其常委会开展地方立法面临的问题与对策

张纯河*

为贯彻落实党的十八届四中全会关于“依法赋予设区的市地方立法权”精神，2015年3月15日，十二届全国人大第三次会议表决通过了关于修改立法法的决定，明确全国284个设区的市被全面赋予地方立法权。2015年9月25日，贵州省人大常委会第十七次会议表决确定安顺、遵义、六盘水、毕节、铜仁市和黔南州人大及其常委会自2015年10月1日起，可以开始依法在城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护等三个方面的事项制定地方性法规，开展地方立法工作。应当肯定，赋予设区的市开展地方立法活动有利于推动形成和完善我国分层次的立法体制和法律体系，提高地方依法治理的水平，促进区域经济社会的协调可持续发展，重在解决地方经济社会发展亟待化解的有地方特色的具体矛盾和实际问题，对维护法制统一，推进社会主义法制建设将发挥重要的作用；但从现行法理、省与市的立法层级、设区市的立法能力、立法需求和立法实践去看，更需进一步完善设区市制定地方性法规的体制机制建设。现阶段，设区市开展地方立法面临的困难、问题和对策应引起重视和思考。

一、设区市人大及其常委会开展地方立法工作存在的困难和问题

一是立法工作机制不健全。立法法修改前，以往享有地方立法权的49个较大市，包括直辖市、省会城市、经济特区所在地城市等等，其经济文化比较发达，人大常委会的组织机构比较健全，普遍设有专门的立法工作机构；立法法修改后，地方立法扩容赋予设区的284个市，情况各异，基础较差，立法能力比较薄弱，立法机构未建立健全，很多设区的市人大及其常委会没有从事地方立法工作的专门委员会，少数人大常委会也只有工作委员会，法制方面的相关业务主要由市人大常委会法制工作委员会或内务司法委员会承担，由于法制工作机构组成人员不全是人大代表、而且不是人民代表大会选举产生的专门委员会，针对地方性法规案提案、统一审议等工作，既没有法规草案提案权，也没有对法规案的统一审议权，

*张纯河：贵州省安顺市人大常委会法工委 副县级干部。

更无权向人大常委会或向人民代表大会提交法规草案表决稿,地方立法的工作机构设置、人员配置、立法资源保障等硬性条件不到位、不规范。

二是缺少立法专业人员。目前除了省会城市和较大的市外,设区的市一级人大及其常委会立法人员、立法人才储备、立法技术和立法经验先天不足,立法人员编制过少,普遍缺乏熟悉立法理论与实践的法律人才;人大常委会各专门委员会和法制工作委员会或内务司法委员会从事地方立法工作的相关人员构成不尽合理,多数长期从事行政管理工作、不是法律本科毕业,不具备相关法律专业理论知识,缺少立法实践经验积累,对地方性法规草案的提出、起草、修改、审议、表决和公布等规范的立法程序、内容、要求不懂、不熟习,不了解;人大常委会组成人员中有法律背景出身或从事过法律事务的更是少之又少,立法能力、立法专业人员和立法技巧有待提升。

三是缺乏立法工作经验。设区的市一级人大及其常委会由于过去无地方立法权,缺乏地方立法工作经验,既没有立法工作基础,也从未从事过地方立法工作,无具体的地方立法经验积累,同时,也未建立地方立法咨询专家库,现在面对地方立法扩容、立法授权,地方特色立法等,在立法能力上表现为立法机构设置、人才储备、要素保障等方面不规范、不适应地方立法的实际需要,地方立法所必须的要件有待逐步完善和规范。在立法需求上表现为,对符合设区市的特色具体情况和实际需要立法解决的地方性事务针对性不强、认识不到位、调研不足、选择的立法空间不够、对急需应当制定地方性法规解决涉及民生、民利和经济社会发展的立法选项准备不足,立法议题征集不全面不到位,在现阶段,立法能力弱、立法需求定位不准的情况下,应该事先做好哪些准备工作、才能开展好地方立法工作?启动立法有哪些程序、应把握什么原则、突出什么重点、注意什么问题?具体应该立什么法规、怎样立法规、哪些法规应先立,如何保证地方立法质量?考虑的不周不全、不深不细。有的地方人大常委会对于立法授权,一头雾水,缺乏心理准备,对地方立法的复杂性估计不足,裹足不前,开展立法工作不知从何下手;有的不经学习培训、尚不熟悉立法程序,只是简单地组织了几次外出学习考察,就仓促上阵,急于求成,期望一口吃个“热胖子”,突击组织完成的法规草案稿,立法所依据的相关上位法不齐不全、法规适用的区域不规范、立法原则不全面、立法体例不规范、立法技术差、章节及条款项中存在逻辑错误、法条

内容前后表述重复、地方性法规所要解决的特色具体问题不精准等,在制定地方性法规时,遇到问题不知如何处理,结果是地方立法事与愿违、既没有成效,又未达立法目的。

四是缺少立法前后评估机制。从全国 284 个设区市的实际情况看,除 49 个省会市、经济特区所在地的市以及经国务院批准的较大市具备立法能力、立法需求外,立法法修改后增加的 235 个设区的市普遍缺乏立法后评估审查机制。无论从事前的立法准备、立法资格审查和立法授权,还是事中立法启动、立法征集、立法起草和立法审议,以及事后立法备案审查、立法检查、质量评价体系均有待进一步渐进完善。按照修改后的立法法精神,新制定颁布实施的地方性法规实施一段时间后,人大有关专门委员会和法制工作机构根据执法部门、执法相对人、利害攸关人和人民群众对法规的反映情况,可以开展立法后质量评估,及时了解法规制定出台后的执行落实情况,掌握法规与客观实际是否适应等情况。但由于没有建立起完整的立法后评估和质量跟踪问效制度,立法部门对法规制定出台后究竟取得了什么效果、产生了多少经济社会效益等并不真正掌握。法规出台后,其所调整的社会关系是否发生变化也不了解。具体到法规条款是否具有可操作性、权利义务是否明确、部门职责设定是否恰当等都不十分清楚;尽管在地方立法中,赋予了省、直辖市和自治区人大常委会对设区市制定的地方性法规进行合法性审查的权力,但是这种审查并不能完全排除违背立法法的情况。在此情况下,现有的事后审查评估机制难以有效、较快地解决地方性立法中对公民权利的侵害。如果审查评估不到位,难免有更多的“不合格”地方性法规出台,造成不同位阶的法规之间、法规与省级政府规章之间、法规和规章与规范性文件之间有相互抵触、相互不适当等相互打架的情况存在,而且未对当地经济社会发展有促进作用,老百姓不愿意执行,并给公民戴上不必要的枷锁,这就很难保证立法的质量和水平。

二、设区市人大及其常委会开展地方立法工作的对策与措施

(一) 建立健全设区市人大及其常委会地方立法工作机制

一要设置立法工作机构。大多数设区的市人大及其常委会在立法法修改前没有立法权,没有设立立法工作机构,涉及立法工作的相关事宜,一般都是由内司委或法制工作委员会承担,而他们主要承担省人大法工委或法制委的法规调研及征

求意见和从事公检法三家或自治州、县的自治条例或单行条例的协调与监督工作，与司法工作有关，如果再负责立法工作，则容易发生冲突。赋予设区市的地方立法权，是立法法修改的重点，地方立法权是设区市新增的人大及其常委会一项重大事项，立法法规定，要建立健全地方立法工作机构，设区的市人大常委会要设立法制工作委员会和法制委员会开展地方立法工作。因此，为尽快适应法律赋予设区市立法权的工作需求，根据立法法和组织法等有关法律法规规定及全国和省级人多年来来的立法实践，设区市人大常委会应积极、尽快增设法制工作委员会和法制委员会，法制工作委员会作为人大常委会的立法工作机构，负责与市人民政府法规案提案人（单位）、政府法制办、教学科研单位及第三方立法机构、立法咨询专家和人大各专门委员会配合协调开展地方立法综合事务；法制委员会对地方性法规依法开展统一审议，依法向人大主席团会议和人民代表大会或向人大常委会主任会议和人大常委会提交法规案草案统一审议意见（审查结果报告、修改情况报告、法规案表决稿）——专司立法职责。

二要配备充实专门的立法人员。考虑到设区的市开展地方立法的长久性以及开展地方立法的重要性、专业性、技术性规范要求，首先应从有关方面选配一定数量、熟悉立法理论与实践、具备立法专业知识或经验的人员；其次要加强法律专业人才储备、引进和培养，优化立法人员结构，构建专业立法队伍，生成立法能力。

三要财政提供必要的立法工作经费和物质保障。由于立法能力、立法需求和人口数量、经济社会发展情况和地域面积等五大要素发展不平衡，立法人才不足、立法项目调研多、立法论证、听证、座谈、征求意见及法规草案修改等各项工作均需经费保障和物质保障才能完成，因此，财政和人大机关要充分保障立法工作经费物质。

四要建立立法咨询专家库。面对地方立法复杂艰巨的任务要求，仅仅依靠人大自身能力显然不够。设区的市人大常委会应根据人大各专门委员会和人大常委会工作委员会的立法工作需要，积极借鉴全国和省级人大的成功做法，在法学、财经、教科文卫、城建环保、司法、农业、民族宗教等各个领域、各个层次多方选聘聚集一批政治素质好，熟悉法律业务、语言文字、城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等三个方面的技术专家、独立学者、律师，积极筹建立法咨询

专家库，组成一个独立于人大常委会的立法咨询专家团队，为地方立法工作提供高质量高效益的立法咨询服务，提供地方立法的人才支撑，加强与省内外教学科研单位、第三方立法机构、立法咨询专家团队开展地方立法工作的深度合作，进行立法分析论证，不断规范立法技术、立法程序，提高地方性法规的立法质量。

（二）着力强化设区市人大及其常委会的立法能力建设

一是积极着手，认真准备。各设区的市人大及其常委会，应该提前规划，事先搞好调查研究，在党委领导下，加强与组织、机构编制部门和政府及其相关部门协调沟通，结合设区市开展地方立法应完善的立法能力、立法需求、人口数量、地域面积、经济社会发展情况五要素建设要求，及时、规范出台立法机构、编制、人员等体制建设，第一时间向省人大常委会请求确定开始制定地方性法规的具体步骤和时间工作方案，力争第一批获得开始制定地方性法规授权等各项立法前的准备工作。

二是强化培训，提高素质。有针对性地对人大常委会组成人员、人大代表以及人大机关工作人员进行法律知识培训，逐步提高法律素质，尤其是要加强立法人员的学习、培训与辅导，使其尽快熟悉地方立法的程序内容和技术要领、规范要求，进而提高审议能力和立法技术水平。

三是积极指导，依法启动。根据《立法法》的规定，设区的市只有在符合和满足立法法应具备的条件后，方可由市人大常委会向省人大常委会报送书面材料，全面报告人口数量、地域面积、经济社会发展情况、立法需求、立法能力以及筹备工作进展情况，并附送相关资料，经省级人大常委会审定同意得到确权后，才可启动立法准备、正式开始制定地方性法规。为此在循序渐进，分批分期放开设区市立法权的同时，省人大及其常委会应注重对设区市人大及其常委会进行立法指导和培训，不断提高设区市人大及其常委会的立法能力，确保地方立法的质量。

（三）完善人大及其常委会主导立法的制度体系

一是及时制定设区市的地方立法条例。根据《立法法》第七十二条第二款、七十七条第一款的规定，按照张德江委员长、李建国副委员长、李适时主任和乔晓阳主任在广州、长春召开的全国人大第二十一次、二十二次地方立法研讨会上关于设区的市开展地方立法工作的讲话精神，各设区的市在本省人大常委会法工委

指导下，针对设区市的立法权限，立法空间、立足本地实际、借鉴外地立法经验，及时制定符合本市实际的地方立法条例、立法技术规范等相关工作制度，对立法的原则和指导思想、立法权限和范围、立法计划项目的编制和法规草案的起草、市人民代表大会立法程序、市人民代表大会常务委员会立法程序、法规的报请批准、公布、法规的解释、修改和废止、法规的适用与监督等做出明确规定，促进立法工作的制度化、规范化、科学化。

二是建立立法规划计划的督导制度。立法规划、计划制定后，人大及其常委会的法制工作机构应当将年度立法项目逐项分解，明确起草重点和要求，督促相关部门按要求实施。

三是完善立法项目征集和论证制度。健全立法机关主导、社会各方有序参与立法的途径和方式，进行立法项目征集，广泛分析论证，开展立法协商，充分发挥人大代表、政协委员、民主党派、工商联、无党派人士、人民团体、社会组织、利害攸关人和人民群众在立法协商中的作用。

四是健全立法机关和社会公众沟通机制。健全立法起草、论证、协调、审议机制，完善市向下级人大征询立法意见机制，建立基层立法联系点制度，探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制，健全法规草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制，对涉及面广、情况复杂的立法项目可委托第三方起草法规草案，防止地方保护和部门利益法制化。

五是建立立法评估机制。从制定立法计划、立法征集到立项起草、调查研究、立法协商、评估论证到最后的会议审议、会议表决、报请批准、颁布实施、检查监督、跟踪问效等环节入手，构建起设区市地方人大及其常委会立法整个过程的监测评估体系，通过座谈、听证、评估、公布法规草案等扩大公民有序参与立法途径，通过询问、质询、特定问题调查、备案审查等积极回应社会关切，切实提高立法质量。

六是加强省人大对报请批准的地方性法规的立法审查监督。省人大常委会应当认真担负起对市人大立法审查和监督指导的作用，尤其是对新设区的市上报批准的每一件地方性法规，都应当对其合法性进行审查，着重看立法是否超越地方权限和范围、与宪法、法律、行政法规和省地方性法规是否冲突？选题立项是否

合理、内容是否合适、立法技术是否规范、文字表达是否到位？有无随意增加或减少公共利益损坏公民合法权益的现象和问题，提出修改意见，并对其中违宪、违法以及不适当的地方立法予以不批准或撤销，确保设区市制定的地方性法规不偏离方向，有地方特色、实现地方法治精准化、可操作性强，保证立管用之法，立良法。实现立法精细化、科学化、民主化、常态化。确保地方立法服务民生、服务经济社会发展和促进社会和谐稳定的作用，努力实现地方立法效果、社会效益和政治效果最大化。

我国宪法中环境国策条款的规范与实施论

张震*

摘要：我国近年来的环境问题日显突出，为了经济社会的可持续发展，进行有效的环境治理迫在眉睫。根据十八届三中、四中、五中全会公报，环境保护的必由之路是依法治理，首先要坚持依宪治理，而环境保护基本国策的有效实施是关键所在。我国宪法对环境保护基本国策的规定，具备明确的规范内涵，对国家权力的指向清晰，对经济社会发展具有强烈的现实意义，通过内外双重动力，对各环境保护主体形成了明确的制度实施指向。宪法中环境国策条款的有效实施，具备宪法和环境法的双重规范、制度与实践意义，并不失为探索完善宪法实施机制的一条具体路径。

关键词：宪法；环境保护；基本国策；规范；实施

引言：从环境问题到环境的宪法治理

早在 20 世纪 60 年代，环境问题已被列为世界第三大问题。世界多个国家曾饱受环境污染之害，为此，纷纷从政策与法律层面进行环境治理。从而，环境治理成为 20 世纪 70 年代以来的主要政治及社会潮流之一。环境政治很大程度上成为传统政治扩展到的新的政策领域。发展中国家以及先进的工业民主国家都是如此，呈现出当今环境保护运动全球性的趋势。¹

我国近年来环境问题非常突出。以雾霾为例，由于近年来的高关注率，原本一个专业性很强的词汇，在我国几乎妇孺皆知。据光明网报道，“雾霾”成 2013 年度关键词。2014 年 1 月 4 日，国家首次将雾霾天气纳入 2013 年自然灾情进行通报。²2014 年 2 月，国家主席习近平在北京考察时指出：应对雾霾污染、改善空气质量的首要任务是控制 PM2.5。雾霾、PM2.5 在我国的高关注度从侧面显示

* 张震，1977 年 9 月出生，法学博士，西南政法大学行政法学院教授，宪法教研室主任，日本早稻田大学访问学者。

¹ Russell J. Dalton, Steve Recchia and Robert Rohrschneider. The Environmental Movement and the Modes of Political Action, Comparative Political Studies, 2003(36):743—771.

² 《“雾霾”成 2013 年度关键词》，载 http://culture.gmw.cn/newspaper/2014-12/09/content_102656391.htm，最后访问时间：2015 年 12 月 5 日。

了我国环境问题的日益严重。2015 年在重点监测的 74 个城市中，空气质量达标的为 11 个，而在 2014 年和 2013 年，分别只有 8 个和 3 个城市达标。¹面对日益严重的环境问题，我国近年来日益重视环境保护及治理，党的十八大、三中、五中全会的公报中均高度重视环境保护及生态文明，2014 年国务院总理李克强在政府工作报告中，明确指出要像对贫困宣战一样对环境污染宣战。

环境治理需要多管齐下，应主要通过法律对环境污染进行规制。自法律出现以来，就被认为是调整社会利益关系和解决社会问题的最主要的“社会工程”或“社会控制”手段。²普遍认为，在各种类型的社会控制中，法律控制是对环境行为实施约束的最有效、也是最重要的一种社会控制。³具体到我国而言，党的十八届三中全会提出包括加快生态文明制度建设在内的全面深化改革的目标是国家治理体系和治理能力的现代化，党的十八届四中全会指出，全面推进依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的必由之路。因此，健全环境法治是环境治理的必由之路。

但环境治理不仅仅是部门法的问题，更是宪法问题。

(一) 环境问题已具备宪法问题属性。国内外权威的宪法学教科书均认为，宪法调整的问题在该国之内具有根本性，重大性等，宪法规定着一个国家社会制度和国家制度的一些最根本、最重要的问题。比如国家基本的政治经济文化社会制度等。⁴当下，环境污染已经成为制约我国经济可持续发展以及社会和谐稳定的重要问题，因此，环境治理具有强烈的经济、社会及政治意义，近年来，在我国党和政府的官方文件中对于环境保护和治理均开始浓墨重彩，可见，环境保护和治理已经成为我国经济、社会及政治领域的核心问题之一。概而言之，环境问题属于宪法问题。

(二) 环境有关人的基本生存、发展乃至尊严。良好的环境是人的生存和发

¹ 《环境保护部发布 2015 年全国城市空气质量状况》，载 http://www.mep.gov.cn/gkml/hbb/qt/201602/t20160204_329886.htm，最后访问时间：2016 年 2 月 5 日。

² 参见[美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆 1984 年版，第 9 页。

³ 参见[日]原田尚彦，《环境法》，于敏译，法律出版社 1999 年版，第 12—13 页；吕忠梅：《环境法新视野》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 33—34 页；徐孟洲、谭柏平：《论环境的社会控制与法律保护》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2001 年第 1 期；周珂主编：《环境与资源保护法》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 93—94 页等。

⁴ 参见俞子清主编：《宪法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 10 页；周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 34—35 页；许崇德、韩大元、李林主编：《宪法学》，高等教育出版社、人民出版社 2011 年版，第 21 页；[日]阿部照哉等：《宪法》（上册），许志雄审订，周宗宪译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 34 页等。

展的基本条件，1989年3月，全球大气保护的国际峰会发布了《海牙环境宣言》，该宣言认识到环境退化有损在一个适宜的环境中有人尊严地生活的权利。¹我国日益严重的环境问题已经影响到人的生活质量，甚至有损人的尊严。而宪法是以人为中心并保障人的尊严和生活的法律，自第一部成文宪法开始，“人”就成为宪法的主体。²现代宪法理论认为，人性尊严是宪法价值的核心。德国考夫曼教授认为，宪法的价值体系以社会共同体之中自由发展之人的人格及其尊严为核心。³因此，从维持人的尊严的意义上说，环境问题也应该纳入宪法调适的对象。

(三) 依据十八届四中全会的逻辑，环境的依法治理首先要坚持依宪治理。党的十八届四中全会决定指出，全面推进依法治国是实现国家治理现代化的必由之路，依法治国首先要坚持依宪治国。这意味着应依照宪法处理国家和社会事务，通过宪法治理形成社会共识，建立社会信任，推动国家与社会深化发展。⁴环境治理应首先坚持依宪治理，由于部门法在理论及位阶上的某些局限性，环境保护基本国策的内涵及实施机制，以及环境权的保障等重大问题，无法在部门法层面进行根本性的阐释，需要宪法为之提供规范依据和制度保障。因此，立法机关或决策机关在制定环境保护的下位法或作出有关环境保护的决策时，宪法中的环保条款可以提供强有力的宪法依据。⁵

一、作为基本国策的宪法环境保护条款

(一) 宪法中环境保护条款的国策属性

二战以来，世界多国在宪法中将环境保护作为基本国策予以明确规定，典型的国家有泰国、印度、亚美尼亚、希腊、美国、德国等。⁶联合国于1972年6月5日在瑞典首都斯德哥尔摩召开了第一次人类环境会议。中国政府派代表团参加了会议。通过这次会议，高层决策者认识到中国同样也存在着环境问题，需要认

¹ David Short, Assessing the Utility of a Human Rights Approach to International Environmental Protection, UMI company, 2000, pp. 56—57.

² 韩大元：《论克隆人技术的宪法界限》，载《学习与探索》2008年第2期。

³ 转引自刘幸义：《多元价值、宽容与法律——亚图·考夫曼教授纪念集》，五南图书出版公司2004年版，第59页。

⁴ 韩大元：《宪法实施与中国社会治理模式的转型》，载《中国法学》2012年第4期。

⁵ Anderson, Michael R. "Human Right Approaches to Environmental Protection: An Overview" in Alan E. Boyle, Anderson, Michael R. (eds), Human Rights Approaches to Environmental Protection, Clarendon Press, 1996, selections p22.

⁶ 有学者针对宪法中环境保护的基本国策曾作比较研究。具体参见林明壁：《论基本国策——以环境基本国策为中心》，载《现代国家与宪法——李鸿禧教授六秩华诞祝贺论文集》，月旦出版社股份有限公司1997年版，第1483—1485页；吴卫星：《公法学视角的环境权研究》，法律出版社2007年版，第37—41页；See Naney K. Kubasek and Gary S. Silverman, Environmental Law(Fourth Edition), prentice Hall, 2002:115.

真对待。1973年8月5日至20日，召开了第一次全国环境保护会议，并通过了第一个环境保护文件《关于保护和改善环境的若干规定》。我国1978年宪法首次对环境保护在第11条中作出规定，即“国家保护环境和自然资源，防治污染和其他公害。”1982年宪法在1978年宪法的基础上，分两条规定了自然资源及环境保护。第9条第2款规定：“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”第26条规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。国家组织和鼓励植树造林，保护林木。”1983年12月31日至1984年1月7日在北京召开的第二次全国环境保护会议明确了环境保护是我国的一项基本国策。2014年全面修改的环境保护法第4条明确规定：“保护环境是国家的基本国策。”尽管我国宪法中的环境条款没有明确冠之以基本国策的字眼，但从我国政府的官方文件、修改后的环境保护法的明确规定以及结合世界多国宪法中环境国策条款的规定，可以肯定的是我国宪法中的环境条款即属于国策条款。¹

(二) 宪法国策条款的概念、功能与效力

一般认为，宪法的传统内容主要包括两个方面，即规范国家权力和保障公民权利。但传统的国家理念以及国家与公民的关系自20世纪以来发生了重大变化。

“20世纪的国家日益成为社会化的国家。国家的哲学基础不再是消极性占主导地位，而呈现出积极干预的基本特征，通过国家干预，最终完成社会变革。”²国家发挥积极功能，在宪法上的依据就是在宪法中写入较多的政策条文，给国家提供更多介入和调控人民生活的机会。“宪政体制必须不只是限制权力的政体，它还必须能有效地利用这些权力，制定政策，提高公民的福利。”³因此，自魏玛宪法以来，规定国家发展指针的国策条款，形成对国家政治发展一种前瞻性的期待成为一种趋势，基本国策成为宪法中国家机关和人权规定以外的“第三种结构”。

⁴ 现代各国宪法中即有不少明确规定基本国策。如意大利现行宪法“基本原则”和第一编第二章“伦理和社会关系”以及第三章“经济关系”中有大量的基本国

¹ 由许崇德教授和郭道晖教授担任顾问，朱峰主编、王磊副主编的《〈中华人民共和国宪法〉释义》一书中，认为现行宪法第9条和第26条属于我国宪法上规定的环境政策。参见朱峰主编：《〈中华人民共和国宪法〉释义》，人民出版社1993年版，第25、53页。

² 《当事人基本程序保障“宪法化”、“国际化”的意义序论》，载[意]莫诺·卡佩莱蒂等：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社2000年版，第30页。

³ [美]斯蒂芬·L·埃尔金等：《新宪政论》，周叶谦译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第156页。
⁴ 陈新民：《宪法学导论》，三民书局1996年版，第429页。

策条款。再如俄罗斯现行宪法第一章“宪政制度的原则”也包含了诸多基本国策条款等等，不一而足。

宪法上的国策与政策在概念上具有密切联系。所谓政策，《牛津词典》认为就是政府、政党、统治者和政治家等采取的或追求的一系列行动；所采取的任何有价值的行为系列。¹或者，如有学者所认为的，国家的基本政策是指一个国家管理和平发展的根本指导思想与大政方针，国家基本政策从本质上规范着国家与社会。²而所谓国策，《现代汉语词典》认为，就是指一个国家的基本政策。³英文关于基本国策的翻译“basis policy of the state”⁴即含有政策的意思。但宪法上的国策也有特定内涵：（1）属于政策中具有全局性、根本性和重大性的内容，也就是说要够格进入宪法的政策才能成为宪法上的国策。（2）一般均指向国家权力的积极作为。如意大利现行宪法第9条规定：“共和国促进文化的发展和科学技术的研究。共和国保护国家的自然风光和历史文化遗产。”（3）具有最高的法律地位。基于宪法的根本法属性，宪法上的基本国策条款亦具有最高的法律地位。为此，有学者认为，基本国策与一般的政策不同，它们一旦纳入宪法之中，就表明政府与人民要永远遵守。⁵

宪法上的国策条款与宪法原则、宪法制度等在条文上往往具有交叉关系。教科书普遍认为，所谓宪法原则主要包括人民主权原则、保障人权原则、法治原则和分权原则，宪法制度主要包括政治制度、经济制度和文化制度，有的教科书认为还应包括社会制度。⁶但在宪法文本上，宪法原则与宪法上的国策条款往往相互交错规定。如俄罗斯现行宪法第7条规定，俄罗斯联邦是社会国家，其政策旨在创造条件以保证人能有尊严地生活和自由的发展。作为俄罗斯宪法上有关社会国家的国策条款，在结构安排上被归属于第一章“宪政制度的原则”。再如我国现行宪法第一章“总纲”集中规定了大量的国策条款，但是这些国策条款又分别对应于我国宪法的政治制度、经济制度、文化制度和社会制度。因此没有必要对宪法国策与宪法原则和宪法制度进行刻意区分。

宪法上的国策条款被认为具有特定的功能：（1）作为国家发展的目标，对国

¹ 参见《牛津高阶英汉双解词典》，商务印书馆1997年版，第1136页。

² 莫纪宏：《宪法学》，社科文献出版社2004年11月第1版，第215页。

³ 参见《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第479页。

⁴ 参见《新汉英法德词典》，法律出版社1998年版，第304页。

⁵ 莫纪宏：《宪法学》，社科文献出版社2004年版，第215页。

⁶ 许崇德、韩大元、李林主编：《宪法学》，高等教育出版社、人民出版社2011年版，第182—190页。

家的制度安排及国家权力的行使有导向作用。有学者指出，基本国策具有控制国家行为的功能，而非仅止于“期待国家有所行为”。¹由于宪法中基本国策的规定，公民据此以客观标准监督和评价政府活动，可以根据预定的目标在必要时要求政府纠正偏差。（2）可以成为社会权保障的制度资源。社会权对国家经济社会发展的依赖程度比较高，而且社会权条款的规范内涵的确定性程度低于自由权，因此，与自由权的保障仅仅依据自由权的条款不同，社会权的保障往往需要综合社会权条款和国策条款的规范和制度资源。²

但是，宪法中国策条款的效力一直以来存在争议。在魏玛宪法时代，德国学界普遍认为，基本国策为单纯的立法原则，并不具有拘束力。但这种理论在德国基本法颁布后，即遭全盘性的否定。取而代之，视为宪法委托、制度性保障甚至公法权利的观点成为主流。以上三种均可产生宪法上的规范拘束力。³在我国台湾地区，林纪东对于宪法基本国策“无规范力”之主张大加驳斥，他认为，此等规定具强行性。不少学者认为基本国策之规定，应逐条做个别之判断，有些规定属于方针规定或制度性保障，其他多属对立法者之宪法委托性质，少数属于公法上权利之规定。⁴大陆学者曾指出，基本国策本身就是宪法规范的构成要素，而且是核心之一。⁵

在笔者看来，某项宪法国策条款要产生确定的规范效力，须满足以下条件：（1）有明确的规范内涵。宪法学界普遍认为，宪法条款是否产生法律效力要看该条款中是否含有宪法规范。⁶基本国策条款与一般宪法条款不同，其规范效力的产生除了具有规范内涵以外，还要求是“明确的”，即须具有明显而确定的规范要素。（2）对国家权力形成明确的指向性。国家权力是宪法关系中最重要的主体，规范国家权力也是近现代宪法的两大实质内容之一，如果宪法上的国策条款针对国家权力没有明确的指向性，就无法对国家权力产生可期待的拘束力。所谓

¹ 林明铿：《论基本国策——以环境基本国策为中心》，载《现代国家与宪法——李鸿禧教授六秩华诞祝贺论文集》，月旦出版社股份有限公司1997年版，第1475页。

² 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下卷），法律出版社2010年版，第445页；[日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第15、66页。

³ 参见陈新民：《宪法导论》，新学林出版股份有限公司2005年版，第429—432页。

⁴ 参见许志雄、陈铭祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著：《现代宪法论》，元照出版公司1999年版，第86页；参见苏永钦主编：《部门宪法》，元照出版公司2006年版，第344页。

⁵ 参见李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社1999年版，第126—128页。

⁶ 参见俞子清主编：《宪法学》，中国政法大学出版社1999年版，第20页；刘茂林主编：《宪法教程》，法律出版社1999年版，第17、23页；胡锦光：《中国宪法问题研究》，新华出版社1998年版，第77—82页等。

国策条款对国家权力的指向性是指明确了国家权力行使的内容并且具备现实的可期待性，不能仅仅是描述国家发展的目标等宏观愿景。(3)对国家经济社会发展产生现实意义。宪法国策条款具有不同的类型，有些国策条款仅仅指明国家发展的宏观方向，对国家的经济社会发展并不产生现实意义，而有些国策条款则具有明显的现实意义。以环境保护条款为例，在日益严重的环境问题的背景下，有效启动该条款，对于环境治理以及生态文明建设具有强烈的现实意义，环境的有效保护可促进经济社会的持续发展，换言之，环境保护也可成为现实的生产力。正如学者所讲的，“只有环境保护与经济发展之间的关系达到了协调与平衡，国家和地区发展才能够实现真正意义上的繁荣和强大。”¹

二、宪法中环境保护条款的规范内涵

有学者指出，宪法学研究应该以文本为中心，而且在实践上和理论上，均要以对文本的理解、解释为基本内容。²大陆法学的最初形态即是主张从成文法开始理解和阐释法律规则的法教义学。同时，在英美法系国家，文本主义也甚为盛行。所谓文本主义，《美国宪法百科全书》的解释是：“法官应该尽最大可能主要依据宪法自身的语言来解决宪法问题。由文本来引导判决，并形成对文本的理解，而不是考虑其他因素，诸如制宪原意、批准者意图、历史、从宪法文本推论出的原理、变化着的环境、对社会价值的司法解读，乃至司法先例等。”³因此，“文本自身是法律分析的明显起点。不看文字无法推断法律的精神。”⁴在我国，据有学者统计，从2007年开始，学界广泛引入“文本—规范”的研究方法，以解释学的方法探讨实践中的宪法问题，使文本和解释学逐渐成为宪法学具有共识的研究方法。⁵

宪法中环境保护条款的文本分析是沟通宪法国策理论与制度实施的桥梁。在笔者看来，现行宪法第9条和第26条关于环境保护的规定，具有明确的规范内涵，并主要包含以下规范要素。

¹ 参见吕忠梅：《论生态文明建设的综合决策法律机制》，载《中国法学》2014年第3期。

² 参见孙谦、韩大元主编：《世界各国宪法》，中国检察出版社2012年版，《宪法典翻译：历史、意义与功能》第5页。

³ Encyclopedia of the American Constitution, edited by Leonard W. Levy and Kenneth L. Karst, Macmillan Reference USA, 2000, p.2681.

⁴ The status of Bill as law reinforce the importance the textualism.Granted,lawyers and judges often beyond the letters of the law,but the text itself is an obvious starting point of legal analysis.Is it even possible to deduce the spirit of a law without looking at its letter.See Akhil Reed Amar: The Bill of Rights, Yale University Press, p.296.

⁵ 韩大元：《中国宪法学研究三十年（1985—2015）》，载《法制与社会发展》2016年第1期。

（一）环境保护的主体

1.国家。公共权力的设立是国家的基本特征之一。¹宪法学往往在规范国家权力的意义上使用国家的概念。尽管普遍认为，国家权力产生于公民权利的让渡，但是相对独立的国家权力具有天生的扩张性及强势地位，特别是进入现代社会以来，国家不再是消极的守夜人，相反，国家权力在经济社会发展中扮演着日益重要的角色甚至是主导作用。就环境保护而言，基于典型公益性、集体性特征，国家应是首要的职权和责任主体。据统计，有105个国家的宪法明确规定环境国策条款，以明确国家在环境保护上的责任。²2011年12月20日，在第七次全国环境保护大会上，时任国务院副总理李克强指出：“基本的环境质量是一种公共产品，是政府必须确保的公共服务。”宪法学理论认为国家权力主要分为立法权、行政权和司法权，因此，宪法此处规定中的国家不仅指立法机关和行政机关，包括司法机关也负有环境保护的积极义务。

2.公民。环境资源属于所有人，环境利益既属于公共利益，也与个体利益息息相关。因而，环境保护需要人人参与，国家尽管是环境保护的最主要的主体，但是如果缺少公民的积极参与，也无法达到环境保护的既定效果。公民的名称即含有公共的意思，而环境保护的目的即在于维护环境公共利益，因此公民保护环境亦符合公民中“公”的含义。根据权利与义务相一致的关系原理，公民既是环境权利的主体，也是环境义务的主体。我国宪法规定个人不得侵占或破坏自然资源。修改后的《环境保护法》第6条亦明确规定，一切个人都有保护环境的义务。

3.组织。在现代社会中，人类的经济、政治和社会需要，大部分是通过社会组织来满足的。社会组织对国家经济社会发展甚至国家的决策等均产生重要影响。因此，除了国家和公民这两大传统的宪法关系主体，“组织”在现代宪法中也被赋予重要的权利和义务内容。我国宪法规定任何组织不得侵占或破坏自然资源。修改后的《环境保护法》第6条亦明确规定，一切组织都有保护环境的义务。

（二）环境保护的对象

宪法中环境保护的对象，既强调维持良好环境的正面意义，也包括对负面的污染和公害的有效预防。

1.自然资源。所谓自然资源是指当前或可预见的将来能被利用的自然物质和

¹ 孙国华主编：《中华法学大辞典·法理学卷》，中国检察出版社1997年版，第209页。

² 蔡守秋：《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》，载《现代法学》2013年第6期。

自然力(能量)，如土地、水、空气、生物、能量和矿物等。按其自然属性和利用形式，主要有矿物资源、土地资源、气候资源、水资源和生物资源等几大类。自然资源为经济发展提供自然基础，对一个国家的经济发展有着重大影响。¹因此，自然资源的使用，必须考虑到长远需要，做到资源的开发与保护相结合，使之兼有经济效益、环境效益和社会效益。我国宪法通过规定自然资源的国家所有或集体所有，否定公民个人对自然资源的直接占有及支配，对自然资源进行宪法上基于公共利益的预先保护。

2.生活环境和生态环境。一般认为法律上环境的概念来源于环境科学上人类环境的概念。在环境科学上，环境指围绕人群的空间及其中可以直接、间接影响人类生活发展的各种自然因素的总体。²我国宪法中将环境主要分为生活环境和生态环境。所谓生活环境是指与人类生活密切相关的各种天然的和经过人工改造过的自然因素。³ 所谓生态环境是指影响生态系统发展的各种生态因素，即环境条件的总和。⁴生活环境主要强调人的因素，生态环境主要强调自然的因素。人和自然是宪法中环境的两大组成部分。维持人的尊严是现代宪法的核心价值，自然环境是维持人的尊严的生活的物质条件，“以人为本，以自然为根，以人与自然的和谐为魂”⁵，因此宪法通过确认人与自然和谐相处理念对环境予以明确保护。

3.污染和其他公害。所谓公害是指对生活环境和生态环境所造成的污染损害。⁶由于曾深受公害问题的困扰，日本学界对之进行了系统研究。有学者认为，所谓公害是指所有的事业活动及其他人为造成的波及到公众健康和生活的障碍，主要包括产业公害、都市公害、设施公害、农业公害、观光公害及开放公害。⁷ 我国台湾地区有学者认为，公害是人为活动所产生的对环境造成破坏的一种现象、状态或法律事实。⁸如果我国对环境问题不及时予以有效控制，可以预见也可能

会发生较大规模和较高频率的公害。因此，1982年宪法对公害的规定，具有一定的立法规范上的前瞻性，在立宪理念和技术上均值得肯定。

(三) 环境保护的手段

1.禁止侵占和破坏。自然资源属于公共财产，任何组织和个人不得基于私的利益进行侵占和破坏。宪法此处规定以禁止性规范的形式意在从消极防御的角度，对自然资源予以纠偏式保障。

2.防治。从词意上看，“防治”既包括“预防”，又包括“治理”，宪法此处规定意在从消极防御和积极治理的双重角度对环境采取兼具预防式和纠偏式的保护。

3.组织和鼓励。宪法此处规定强调了环境的积极治理。当然，组织和鼓励所指向的直接行为是“植树造林，保护林木”，一方面表明了国家对林业资源的重视，另一方面，不能理解为国家的环境积极治理仅限于林业方面。

(四) 环境保护的目标

1.保障和保护。宪法第9条“保障自然资源的合理利用”的规定重在强调对合理利用资源的障碍的去除，“保护珍贵的动物和植物”重在强调珍贵的动物和植物资源不受破坏、不被减少，宪法第26条中“国家保护生活环境和生态环境”的规定重在强调维持适宜的生活环境和生态环境不受破坏。保障和保护强调了环境保护的第一层次目标，即维持较适宜的环境。有学者指出，在环境领域，国家存在的目的就在于对其人民及其环境存在一定的保护义务。¹这种维持性的保护具体包括三个方面：(1)排除现已存在和出现的对环境的损害；(2)排除或减轻现在对环境可能或潜在的危险性；(3)经由预防措施的采取来防止对未来环境的危害性。²

2.改善。宪法第26条中“国家改善生活环境和生态环境”意在强调在维持现有环境条件的前提下，进一步提高环境质量。改善强调了环境保护的第二层次目标，即追求更良好的环境。自20世纪60年代，环境问题在全世界范围内普遍爆发以来，人们对环境保护的内容及目标的认识不断提升。从早期强调对环境污染的控制到对环境与经济、社会发展的综合考量，进而重建人与环境的和谐

¹ 肖蔚云、姜明安主编：《北京大学法学百科全书·宪法学、行政法学》，北京大学出版社1999年版，第818页。

² 《中国大百科全书·环境科学》，中国大百科全书出版社1983年版，第164页。

³ 江伟钰、陈方林主编：《资源环境法词典》，中国法制出版社2005年版，第882页。

⁴ 江伟钰、陈方林主编：《资源环境法词典》，中国法制出版社2005年版，第891页。

⁵ 参见蔡守秋：《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》，载《现代法学》2013年第6期。

⁶ 许崇德主编：《中华法学大辞典·宪法学卷》，中国检察出版社1995年版，第193—194页。

⁷ 参见[日]原田尚彦：《环境法》，于敏译，法律出版社1999年版，第3—8页。

⁸ 陈慈阳：《环境法总论》，中国政法大学出版社2003年版，第29页。

¹ 参见宫文祥：《中国环境法制战略突破口的另向思考》，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2010年第3期。

² 参见陈慈阳：《环境法总论》，中国政法大学出版社2003年版，第31页。

与协调关系。日本的做法与我国宪法中的规定有异曲同工之处。例如，日本早期为了应对公害问题，制定《公害对策法》以保全生活环境为目的，而1993年《环境基本法》的制定则实现了从公害对策到环境管理的转变，将构筑可持续发展的社会为基本目的。¹

综上，宪法第9条和第26条的规定可做如下理解：（1）有明确的宪法内涵。即环境保护的主体、行为以及所预期达到的目的均明显而确定；（2）对国家权力形成了明确的指向性。强调国家在环境保护中处于无可替代的首要地位，国家权力行使的内容、方式等均有明确的指向；（3）在我国环境问题日益严重的背景下，启动实施宪法中环境保护的国策条款，并建立环境与发展综合决策法律机制²，对实现我国经济社会的可持续发展将具有现实的推动意义。

三、宪法中环境保护条款的实施动力

规范宪法学认为，宪法的规范分析并非只是文本的文义解读，“文本中包含有实质的价值选择”。³规范背后的价值是宪法文本表达的根本依据，而只有通过规范的有效实施才能检验其价值。规范的静态分析是规范所对应的制度的动态实施的前提，而实施动力是连接静态规范与动态制度的关键环节。在多重因素的交互影响之下，宪法中环境保护条款的实施动力分为内生和外发两个层面。

（一）内生动力

1.人的观念动力

健全的宪法意识是维护宪法权威的精神动力和社会基础。宪法意识并非一成不变，它必然会在社会变迁的历史进程中形成新的表达形式。⁴随着我国1978年宪法对环境保护的规定，以及环境问题的日益凸显，环境意识逐渐成为我国宪法意识中的有机内容。所谓环境意识是人类对赖以生存的生态环境这一特定的客观存在的反映。同时，环境意识又能动地作用于客观存在的生态环境。⁵有学者曾分析，随着收入增长和生活水平改善，公众会越来越关心环境保护。⁶另外，

教育对环境意识的提高也不无裨益。¹2014年2月20日，环保部公布了我国首份《全国生态文明意识调查研究报告》。该报告指出，公众对建设生态文明与“美丽中国”的战略目标高度认同，78%的被调查者认为建设“美丽中国”是每个人的事，99.5%的人选择了高度关注、积极参与。²我国公民的环境意识在逐步提高，对环境保护的高度重视以及对现有环境问题的关心会形成推动宪法中环境保护国策条款实施的个体内生动力。

2.社会发展的动力。实现经济社会的可持续发展是我国政府、社会和公民所形成的共识和目标。可持续发展意味着实现经济发展与环境保护的协调一致，近年来绿色GDP概念的提出即是社会发展模式转变的形象体现。实现经济社会的绿色发展成为社会发展的理念和动力，换句话说，环境保护已经成为推动社会发展的重要内生动力。

3.国家建设的动力。实现国家的现代化是我国发展与建设的长期目标。我国现行宪法序言明确指出，国家的根本任务是，沿着中国特色社会主义道路，集中力量进行社会主义现代化建设。2016年1月1日生效的宪法宣誓的主誓词中将社会主义现代化国家具体表征为富强、民主、文明、和谐四个方面。在可持续发展观下的富强应不以牺牲环境为代价，现代民主的内涵逐渐开始包括生态民主，我国官方所诠释的文明包括生态文明，和谐包括人与自然的环境和谐，因此，环境保护与治理已经内化为国家建设的动力来源之一。

（二）外发动力

1.环境问题倒逼环境治理。根据环保部进行的我国首份《全国生态文明意识调查研究报告》显示，被调查者普遍对当前生态环境状况表示高度担忧。最关注的问题有雾霾、饮用水安全、重金属污染等。³管中窥豹，可见一斑，环境问题已经成为我国公众及政府普遍关注的主要问题。日益严重的环境问题会倒逼环境保护及环境治理现代化的改革与制度设计，从而成为推动环境保护基本国策实施的外发动力。

2.国家战略驱动环境保护。党的十八大提出经济建设、政治建设、文化建设、

¹ 参见[日]原田尚彦：《环境法》，于敏译，法律出版社1999年版，第12—13、18—19页。

² 参见吕忠梅：《论生态文明建设的综合决策法律机制》，载《中国法学》2014年第3期。

³ [美]威廉·布伦南：《威廉·布伦南在“文本与教学”研讨会上的演讲》，载[美]斯蒂芬·卡拉布雷西编：《美国宪法的原旨主义：廿五年的争论》，李松峰译，当代中国出版社2014年版，第15页。

⁴ 韩大元、孟凡壮：《中国社会变迁六十年的公民宪法意识》，载《中国社会科学》2014年第12期。

⁵ 余谋昌：《环境意识与可持续发展》，载《世界环境》1995年第4期。

⁶ 洪大用：《中国城市居民的环境意识》，载《江苏社会科学》2005年第1期。

¹ Scott D,Willits F K.Environmental Attitudes and Behaviors:A Pennsylvania Survey.Environment and Behavior,1994,26:239-260.

² 《我国首份<全国生态文明意识调查研究报告>发布》，载http://www.gov.cn/jrzq/2014-02/20/content_2616364.htm，最后访问时间：2016年1月29日。

³ 《我国首份<全国生态文明意识调查研究报告>发布》，载http://www.gov.cn/jrzq/2014-02/20/content_2616364.htm，最后访问时间：2016年1月29日。

社会建设、生态文明建设五位一体进行现代化建设的总体布局；十八届三中全会将加快生态文明制度建设作为全面深化改革的重大内容；十八届五中全会提出，坚持绿色发展，必须坚持保护环境的基本国策，推进美丽中国建设。总之，环境保护已经上升到国家发展战略的高度。国家对环境保护的重视，无疑会加快环境治理的制度建设，加大环境保护基本国策的实施力度。

四、宪法中环境保护条款实施的制度建议

基本国策的入宪改变了宪法中国家与公民关系的传统二元结构，因此宪法中环境国策所实施的制度所指向的主体至少应包括三种，即国家、公民和社会组织。

（一）国家权力的拘束

不管是从基本国策条款本身所具有的规范力，还是从基本国策条款作为社会权条款的构成部分而对国家权力形成的拘束力¹的角度看，宪法中环境保护的基本国策条款对国家权力的拘束力是不言而喻的，总体上，其指向性明确，而且体现出权力行使积极性、长期性的倾向。

1.指向立法权

首先，应依据宪法中环境保护的基本国策条款，进一步修改《环境保护法》，提升其作为环境保护基本法律的地位。学界不少学者呼吁通过修改《环境保护法》或制定新法，形成中国的“环境保护基本法”。²2014年《环境保护法》的全面修改，某种意义上实现了环境保护基本法的功能。比如该法第1条立法目的确定为“保护和改善环境，防治污染和其他公害，保障公众健康，推进生态文明建设，促进经济社会可持续发展”，基本上承载了环境保护基本法可达到的法律功能；再如该法第2条对环境概念的界定以及第4条将环境保护明确为基本国策的规定，均一定程度上呈现了其作为环境保护基本法的面相。但是修改后的《环境保护法》仍然有不能被认定基本法律的因素。（1）从内容上看，修改后的《环境保护法》没有明确指出“依据宪法制定本法”，主动对接宪法环境保护条款，

¹ 德国基本法第20条a规定：“国家为将来之世世代代，负有责任以立法，及根据法律与法之规定经由行政与司法，于合宪秩序范围内保障自然之生活环境。”日本大须贺明教授从不同角度，充分论证了日本宪法第13条和25条，仅是纲领性规定而无针对立法、行政、司法三权的拘束力的观点是错误的。参见[日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第70—92页；德国基本法第1条明确规定：“基本权利直接拘束立法、行政、司法三权。”

² 参见吕忠梅：《中国需要环境基本法》，载《法商研究》2004年第6期；吕忠梅：《〈环境保护法〉的前世今生》，载《政法论丛》2014年第5期；常纪文：《从国外环境基本法看我国环境保护立法》，载《红旗文稿》2005年第5期等；另蔡守秋教授在2014年9月12日由环境保护部、中国法学会共同举办的“生态环境法治保障”系列活动启动仪式暨中央部门座谈会上指出，《环境保护法》应提升为国家基本法律。

成为环境保护基本法的意识不强，同时，也无法全部统摄其他的环境保护特别法；

（2）从制定主体上看，环境保护法的制定和修改主体是全国人民代表大会常务委员会，这无疑降低了其法律规格。有学者认为，“基本法律”是指由全国人民代表大会制定的地位次于宪法而高于其他法律的对国家政治、经济和社会生活某个领域重大和全局性事项作出规范的法律。¹依据现行宪法第62条规定，全国人大制定基本法律，现行宪法第67条规定，全国人大“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律，尽管第62条有兜底条款，即全国人大可行使应当由最高国家权力机关行使的其他职权，也就是说，理论上存在可能，全国人大制定非基本法律，但是似乎不能反推，全国人大常委会可以制定基本法律。因此，尽管学界呼吁“环境基本法”的出现，但是仍然需要面对两个现实问题，要么继续修改《环境保护法》，增加“依据宪法制定本法”的规定，在内容和技术上，进一步提升并使其具备基本法律的规格；要么另起炉灶，制定新的环境保护基本法。

其次，宪法中环境保护基本国策的条款对立法权拘束力的另外一重指向是依据宪法，积极进行环境保护的立法规划以及对立法不作为及立法懈怠的克减。基本国策条款的宪法委托理论，是指宪法对立法者形成了委托义务。宪法上委托并不是一个单纯的对立法者的一种政治或伦理的呼吁，而是一个有强制性的、法拘束性的义务。立法不作为及立法懈怠均构成对宪法委托义务的违反，需要予以克减。²尽管我国宪法中的环境保护条款没有类似于现行宪法第31条中“具体情况由全国人民代表大会以法律规定”的明确用语，但在生态法治建设已经成为国家发展战略的背景下，作为实现环境法治的基础环节，环境立法的宪法委托义务是明显而确定的。

2.指向行政权

环境保护与治理是一项兼具复杂性、长期性、公益性等特点的系统工程。行政权相对于其他国家权力具有自由裁量性、主动性和广泛性等特点，相对于社会组织与公民个人又具有强制性、单方性和优益性等特点；因此从满足环境保护与治理的需要角度看，行政权无疑是环境保护中的最主要责任主体，这意味着

¹ 韩大元、刘松山：《宪法文本中“基本法律”的实证分析》，载《法学》2003年第4期。

² 参见陈新民：《宪法导论》，新学林出版股份有限公司2005年版，第430、431页；陈新民：《德国公法基础理论》（上卷），法律出版社2010年版，第209页。

行政权应尽可能主动采取一系列的措施实现环境治理的实效。日本有学者认为，为了保障国民的生存、自由与平稳的生活，行政国家的概念是一项必不可缺的理论性开拓。¹行政国家意味着行政权在国家权力体系以及对公众生活扮演着日益重要的角色。环境行政权是一种积极的、主动的干预权，对经济主体的意思自治施加影响，通过禁止、促进、激励、诱导、扶助等各种方式，对经济个体与环境有关的行为进行干预，以确保环境保护目标的实现。²在美国的环境理论中认为政府保护环境在国家义务体系中居首要地位。³在日本的环境法理论与实践中，政府负责设定环境基准，包括为保护人的健康和为保全生活环境的两类基准。⁴从文本上看，世界各国环境保护的法律往往明确规定行政权的环境保护职责。如美国《国家政策法》规定：“联邦政府负有责任，采取所有一切可行，且与国家政策之其它基本考虑相一致之措施，改进并协调联邦之计划、职能、方案与资源，以达到环境保护之目的。再如我国修改后的《环境保护法》第6条规定：“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责。”由环保部发布的首份《全国生态文明意识调查研究报告》显示，公众生态文明意识具有较强的“政府依赖”特征，被调查者普遍认为政府和环保部门是生态文明建设的责任主体。⁵这也从侧面体现了行政权在环境保护与治理中的重要作用。综合借鉴各国的环境保护的理论、法律规定与实践，并考虑我国实际情况，宪法中的环境国策条款指向行政权的内容主要应包括消极的环境干预、积极的环境保护、环境基准的设定、环境教育、政府环境责任等几个方面。

需要指出的是，环境资源具有共享性，不可能被某个特定的主体单方支配，因此，公民不是环境保护与治理的旁观者，而是受益者和重要的参与者。一方面需要强调行政权在环境保护与治理中的主体地位，另一方面，需要强调环境保护与治理中的公众参与。

3.指向司法权

依据宪法第9条和第26条的规定，国家对环境的保护和改善应趋向于达到

¹ 参见[日]大须贺明：《生存权论》，林浩译，法律出版社2001年版，第66页。

² 朱谦：《论环境保护中权力与权利的配置——从环境行政权与公众环境权关系的角度审视》，载《江海学刊》2002年第2期。

³ Shirley,Anne Levy,Diener.The Environmental Rights Approach under the Ontario Environmental Bill of Rights:Syrvey,Critique and Proposals for Reform, UMI company,1997,p.34.

⁴ 肖贤富主编：《现代日本法论》，法律出版社1998年版，第371页。

⁵ 《我国首份<全国生态文明意识调查研究报告>发布》，载 http://www.gov.cn/jrzq/2014—02/20/content_2616364.htm，最后访问时间：2016年1月29日。

积极的治理效果。以宪法的规定为基础，并考虑到环境保护与治理的现实需求，应秉持一定程度上的环境积极司法观。事实上，从西方的经验上看，司法节制未必能够保证法院对环境政策持中立立场。¹司法权在国家权力体系中，具有平衡社会利益的特定功能。有学者主张，在环境保护的诸多政治机构中，环境保护部门无疑应该承担主要的角色，应该认真履行环境执法部门应然的地位。但在监督环境保护部门认真履行职责的诸多机制中，司法应该成为主要的力量，司法部门应该通过行政诉讼的形式监督环境执法部门严格履行其职责，防止权力寻租。²

（二）公民环境权主张的回应

近年来我国不少学者主张环境权入宪。³但环境权应以何种方式入宪，值得深思。当下，在环境权入宪遇到理论与实践难题之时，不妨转换视角，利用环境保护基本国策来为之提供务实的制度资源。

笔者认为，宪法中的环境国策条款已包含环境权主张，而且可为环境权保障提供较丰富的制度资源，因此通过释宪而非修宪的方式可对环境权予以有效保障。当然环境权保障的宪法解释路径是以存在“文义的射程”⁴为前提的。任何权利生成与保障的逻辑均是基于现实的社会与经济条件，随着社会与经济条件的变化与改善，权利的内涵也会有所发展。⁵宪法解释的重要功能就是通过宪法解释对宪法文字进行扩展而使现实的合理需求为规范所包含。⁶

至于环境权的宪法解释，应以宪法第9条和第26条为直接依据，综合第33条和第38条等条款，同时须照应1982年宪法制定以来社会发展的现实。具体包括：

- 1.“人格尊严条款”是环境权宪法保障的价值核心。现行宪法第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”从社会权利的概念形成以来，社会基本权利的目的就在于维护人的尊严。⁷时至今日，良好的环境是公民的基本

¹ Robert Glicksman and Christopher H.Schroeder,“EPA and the Courts:Twenty Years of Law and Politics”,54 Law & Contemp 249,273 (1991).

² 张怡、王慧：《美国现代环境司法价值观演变及其启示》，载《河北法学》2007年第4期。

³ 参见陈泉生：《环境时代与宪法环境权的创设》，载《福州大学学报》（哲学社会科学版）2001年第4期；吴卫星：《环境权入宪之实证研究》，载《法学评论》2008年第1期；陈海嵩：《宪法环境权的规范解释》，载《河南大学学报》（社会科学版）2015年第3期等。

⁴ 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第92页。

⁵ 张震：《八二宪法的人权逻辑》，载《北方法学》2012年第6期。

⁶ 参见徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学原理》，中国人民公安大学出版社2001年版，第287页。

⁷ 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第689—691页。

生存需要，是体面生活的保障。换句话说，维护人的尊严需要良好环境，人的尊严为环境权提供权利正当性的价值基础。社会权侧面的人的尊严，就是指国家有义务保障公民体面而安全的生活，也即是说，在特定的社会共同体中，国家应保证公民有尊严的维持其生活秩序。¹

2.“人权条款”是环境权宪法保障的权利根基。现行宪法第33条规定：国家尊重和保障人权。该条规定是环境权宪法保障国家义务的权利来源。现代宪法权利理论认为，国家尊重人权的义务并不仅仅限于国际人权公约中的公民权利和政治权利，对于经济、社会和文化权利，国家也负有同样的义务。²笔者曾提出，国家对社会权的尊重和保障义务体现在三个层级，即国家尊重义务，国家积极义务和国家给付义务。尊重是保护的前提。社会权的国家尊重义务包括防御性的国家义务和职责性的国家义务。与国家不主动侵害公民社会权的充分注意义务即社会权防御性的国家尊重义务不同，社会权职责性的国家尊重义务，是指国家权力的行使应有利于公民社会权的实现，还须在充分尊重的基础上足够重视公民的社会权诉求。在尊重义务的基础上，社会权的国家积极义务，植根于本国实情，强调国家的积极作为，但更多指向一种义务目标，公民并不能直接依据该条款请求国家直接给付。社会权的国家给付义务更为具体、明确，具有更高标准及更强程度，公民可直接要求国家积极做出保障基本权利实现的行为，而且对预期权利受益的结果的期待性很明确。³

3.“环境国策条款”是环境权宪法保障的制度依据。自由权的宪法保障往往只须依赖权利条款即可完成，但是社会权的宪法保障除了权利条款自身，往往需要动用更多的宪法国策条款等制度资源。宪法第9条和第26条通过“国家保障自然资源的合理利用”和“国家保护和改善生活环境和生态环境”的规定，对自然资源、生活环境和生态环境设定预期的保护及改善目标，从而为公民的环境权主张及保障提供基本的物质条件，这既是对作为环境权中核心概念的环境利益的宪法确认，也是环境保护的具体制度的宪法安排。

4.环境保护及环境治理的现实需求是环境权宪法保障的权利推力。环境问题的日益凸显，使得国家和公民均认识到维持良好环境的必要性。环境保护成为国

¹ 参见张震：《社会权国家义务的实践维度》，载《当代法学》2014年第3期。

² See Mario Gomez, Social Economic Rights and Human Rights Commissions, 17 Hum.Rgts.Qt.155, at 155 (1955).

³ 参见张震：《社会权国家义务的实践维度》，载《当代法学》2014年第3期。

家发展规划和公民权利诉求中的显要问题而在政治、经济和社会发展等方面得到特别而优先的对待，从而可成为推动环境权宪法保障的现实推力。

（三）社会组织参与环境治理的要求

环境资源的整体性、代际性以及复杂性要求社会力量积极参与环境治理。但宪法中环境国策条款对社会力量参与环境治理的拘束效力更多呈现出一定的软法性特点，拘束力的内涵至少受制于以下两个因素。1.社会组织是新兴的宪法关系主体，其在宪法关系中的权利及义务内涵存在一定程度的不确定性。在现代宪法理论中，诸如社会团体、企事业单位、民族、阶级乃至政党等，都可成为宪法关系的主体。但宪法关系的内容一般还是指两大方面即宪法权利、义务及国家权力，社会组织到底是享有宪法权利还是行使国家权力，尚需视具体情形进一步探讨。2.须考量复杂多变的社会综合因素。例如在经济发展与环境保护的关系上，如果偏重经济发展，社会组织的环境保护权利及义务就会虚化或变得弹性，如果经济发展与环境保护有机协调，社会组织的环境保护权利及义务就会适度实化并产生较强的拘束力。

五、宪法中环境保护条款实施的保障条件

理论基础、规范内涵、实施动力以及制度安排，上述四者构成了宪法环境条款实施的内在逻辑，如果再能从外部环境提供有利条件，无疑会促进宪法环境条款的实施并达至更好效果。

（一）机构完善

1.设置宪法实施委员会，通过行使解释与监督权，对宪法环境国策条款的实施提供保障。十八届四中全会强调坚持依宪治国，加强宪法实施，并指出，完善全国人大及其常委会的宪法监督制度。因此，完善我国的宪法实施机制，要基本坚持现有体制。¹目前看来，在全国人大及其常委会设置宪法实施与监督委员会是可行方案。设置宪法实施与监督委员会既符合我国人民代表大会制度的政治体制，又能有效保障宪法的实施。宪法实施委员会作为环境国策条款宪法实施保障机制中的顶层设计，对该国策的宪法实施具有最权威的监督、解释权。其一，依职权或依申请，对我国宪法中的环境条款进行有权解释。比如对自然资源、环境、生活环境、生态环境及公害等概念的权威界定，再如宪法中合理利用及改善等的

¹ 参见张震：《健全宪法实施和监督制度是实现依宪治国的关键》，载《中国党政干部论坛》2015年第5期。

方式、程度等均需要进一步明确。其二，通过行使宪法监督权，对涉嫌违反环境保护条款的规范性文件和行为予以裁定及约束。

2.应提高环境保护机关的法律地位，扩充其职权。以宪法规定为依据，以满足环境治理的需求为导向，将环境保护机关在行政机构中的法律地位予以提高；整合与环境保护有关的行政职能部门，建立大环境保护机关体制；通过人大立法、宪法解释等方式理顺与环境保护有关的各行政职权，扩充环境保护机关的职权，使其满足有效进行环境保护及治理的现实需要。

3.在各级人民法院普遍设置环境法庭。2014年7月3日，最高人民法院宣布成立专门的环境资源审判庭。环境法庭的设立无疑会提高环境案件的诉讼质量与效率，可从司法途径助推环境保护及治理。建议以全面深化司法体制改革为契机，在全国范围内各级人民法院普遍设置环境法庭，让环境纠纷最终可以通过司法方式得到合理解决。

4.在各级人民检察院设置相应机构可对环境不作为等行政行为实行监督，甚至可提起公诉。依据现行宪法第129条规定：“人民检察院是法律监督机关”，检察机关对行政权力行使的合法性进行监督是法律监督的应有之义。“如果没有检察机关提起公诉，那么将有相当大数量的行政违法行为没有适格原告提起行政诉讼，从这个意义上说，游离于检察监督之外实际上也意味着游离于行政诉讼制度的监督体系之外。”¹因此，应该让检察机关参与到行政诉讼中来，形成各诉讼主体新的力量平衡，有效规范行政权。环境不作为与一般的行政不作为相比，具有复杂性、长期性和不易识别性，因此更有必要确立检察机关针对环境不作为的行政监督及公诉制度。

（二）实施评估

进行合理的实施评估可以进一步提高宪法中环境国策条款的实施水平。实施评估的主体应包括国家机关、学者与一般公众。国家机关的参与保障评估权的正当性和实效性，学者具有专业性和知识性的优势，环境保护涉及公共利益，因此理应吸收公众参加。1.依据宪法制定环境保护相关立法规划的评估。具体包括拟定环境立法的宪法依据评估，环境立法的事项评估和预期法律效果评估。2.对现有环境法律实施的评估。具体是指即对现有环境立法的正当性和实效性评估等。

¹ 参见孙谦：《设置行政公诉的价值目标与制度构想》，载《中国社会科学》2011年第1期。

3.针对行政机关依宪依法环境行政的评估。具体包括职权行使的合法性评估，实效性评估等。为了进一步提高行政机关环境保护及治理的效果，将环境考评引入政府考评机制是很有必要的。4.司法机关在环境保护中的宪法功能评估。具体包括法院和检察院的环境司法接受人大监督以及对司法机关参与环境保护和治理的有效性进行追踪评估等。

（三）多向促进

国家机关特别是行政机关在环境保护与治理并推动宪法环境国策条款的实施中具有主导地位，但是公民与社会组织作为宪法关系中国家机关的对向主体可通过多元方式多向促进环境国策条款宪法实施的机制及效果。1.环境立法建议。主要是指在依据宪法具备充分的立法空间的前提下，以客观的现实立法需求为指引，并以公益性为导向的立法建议。2.环境行政参与。包括环境行政立法和执法的参与，要求国家机关特别是行政机构的环境信息公开，并形成环境治理效果的信息反馈机制。3.环境司法诉讼。要提高环境司法的效果，应扩大环境诉讼的资格范围，降低诉讼条件，改变传统的诉讼利益的确定模式。

结语：兼答为何需要宪法实施

自近现代意义的宪法产生以来，各国的法律体系均以宪法为核心和基础。由此形成了不管是大陆法还是英美法均认可的具有内在逻辑性的可称为法秩序的体系。¹在宪法统领的“法秩序”体系内，部门法需要宪法的指引和规范；宪法也需要部门法的细化和补充，以落实自己的思想和理念。²但宪法与部门法除了具有凯尔森规范等级理论³中的法律位阶关系以外，还需要人们在宪法与具体部门法关联问题的研究中不断深化认识。正如学者所指出的，近年来，法学与其他学科之间的内在联系促使宪法学者们开始认识到过去那种“独立的、闭塞”的思维方式的局限性。⁴同理，宪法与环境法的关系问题自然也值得宪法学者予以关注。但与宪法学者主动关注民法等部门法中的宪法问题不同，宪法与环境法关

¹ 德国法学家菲利普·赫克（Philipp Heck）将其称为“内部体系”，指的是实质性的序位秩序、价值体系，也将整个法律秩序理解并解释为内部无矛盾的统一体或“意义整体”。美国宪法学家布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）亦认可“宪法意义体系”这一概念。参见郑贤君：《宪法虚伪主义与部门法批判》，载《中国法律评论》2016年第1期。

² 马岭：《宪法与部门法关系探讨》，载《法学》2005年第12期。

³ 凯尔森的规范等级理论认为，决定另一个规范的创造的那个规范是高级规范，在一个国家的法律秩序等級体系中，宪法是最高级。参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第141—142页。

⁴ 韩大元：《中国宪法学研究三十年（1985—2015）》，载《法制与社会发展》2016年第1期。

系的探讨更多由环境法学者在研究环境法发展对宪法理念、理论体系的新变化等问题中主动提出。如有学者指出随着环境问题的社会化、政治化与全球化，环境保护成为当代国家一项重要的宪法任务。¹也有学者在我国大陆法学界明确提出“环境宪法”的概念。²在宪法与环境法的衔接上，排在第一位的无疑是宪法与环境保护法均明确规定了环境保护的基本国策。环境法学者纷纷主张环境保护的基本国策应上升到宪法层面并应具规范效力。³“宪法不是道德说教，它是具有法律力量的。”⁴因此，不管是依据宪法最高规范等级效力的理论，还是回应环境法学上的问题，宪法学者均须为环境保护基本国策提供宪法意义上的法律定位、理论基础与规范依据，并为环境保护基本国策的实施提供宪法路径。当然宪法中环境国策条款的实施与环境法的实施属于以宪法为核心的同一法律体系内部的分工协作关系，宪法意义上的实施为之提供理论和规范依据，当环境法层面的实施偏离宪法轨道或者呈现出某种部分法上的局限性的时候，宪法条款方直接产生规范效力。

十八届四中全会指出，坚持依法治国首先要坚持依宪治国。国家主席习近平在纪念现行宪法颁布 30 周年的讲话中强调：“宪法的生命在于实施，宪法的权威也在于实施。”可见，完善和健全宪法实施和监督制度是实现依宪治国的关键。在笔者看来，存在两种完善路径，第一种为我国宪法实施和监督制度完善的整体体制推进，第二种为我国宪法理论与规范的具体制度实践。两种路径，实施起来并行不悖并且在功能上殊途同归。但与体制完善路径相比，具体制度实践路径有其优势。一则，可以避开体制上的政治与理论难题；二则，可更具效率性和实效性。

综上，本文的基本目的可总结为，在环境保护与治理的现实诉求以及依宪治国的背景下，及时启动宪法中的环境保护基本国策条款，构建有效的实施制度与机制，实现宪法和环境法意义上的双重规范与制度价值。通过探索宪法实施的具体制度路径，期冀在依宪治国的宏大主题下，国家和社会真正重视宪法运行机制，

实现依据宪法进行国家和社会治理，从而通过宪法的实施和发展推动国家和社会的全面深化改革与可持续发展。

¹ 吴卫星：《环境保护：当代国家的宪法任务》，载《华东政法学院学报》2005 年第 6 期。
² 参见陈海嵩：《从环境宪法到生态宪法——世界各国宪法生态化趋势探析》，载《云南行政学院学报》2012 年第 2 期；陈海嵩：《环境治理视阈下的“环境国家”——比较法视角的分析》，载《经济社会体制比较》2015 年第 1 期等。

³ 参见吴卫星：《论环境基本国策》，载《中德法学论坛》第 8 辑；陈军：《论环境国策的宪法效力》，载《山西大学报》（社会科学版）2012 年第 6 期；陈真亮：《我国环境基本国策之检视与展望——基于法定主义的规范分析》，载《吉首大学学报》（社会科学版）2015 年第 3 期等。

⁴ [美]杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，中国社会科学出版社 1995 年版，第 10 页。

论环境保护地方立法权限范围

——基于国家结构形式的解释论分析

周晓然*

摘要：《立法法》修改后环境保护地方立法工作成为广泛关注的焦点。环境保护地方立法权限范围的确定是开展具体工作的前提和基础，根据国家结构形式理论，地方立法权限范围由地方立法主体的权限内容和权限形式所决定，在界定环境保护地方立法权限范围的过程中，应当在反思现有立法论研究路径的优势与不足的基础上，沿袭解释论的分析路径，着重运用体系解释和客观目的解释的方法，以我国的国家结构形式为基础，通过对我国现行的相关规范性法律文件的解释，确定地方立法主体在环境保护领域中的立法权限内容和立法权限形式，进而从积极范围和消极范围两个方面廓清环境保护地方立法权限范围。

关键词：地方环境立法；国家结构形式；立法权限范围；立法权限内容；立法权限形式

环境保护地方立法的权限范围的确定，本质上就是立法权的纵向划分，长期以来地方立法权纵向划分是我国宪法学界、立法学界研究的一个重要问题，在《立法法》修改之前，有关地方立法权限划分的研究多集中于：中央立法权与地方立法权的划分¹、地方权力机关立法权与地方行政机关立法权的划分²、地方人大立法权与地方人大常委会立法权的划分³。修改后的《立法法》在第 72 条、第 82 条赋予了设区的市、自治州在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护三个领域内的一般性地方立法权，此次修改在立法上确立了在此三个领域内，上至中央下至设区的市、自治州的三级纵向立法体系。在此次《立法法》修改后，有学者基于确定设区的市立法权限范围的目的，开始关注我国地方立法权限范围的问题。⁴在本文中，笔者将环境保护地方立法权限范围作为研究对象，从现有环境保护地方立法实践中存在的纵向权限范围问题入手，在对现有的以立法论为研究路径的立法权限划分理论存在的优势和不足加以分析，进而提出以解释论为研究

*周晓然：西南政法大学经济法学院博士研究生。

¹ 代表性成果如：封丽霞：《中央与地方立法关系法治化研究》，北京大学出版社 2008 年版。

² 代表性成果如：陈军主编：《地方政府立法权限研究》，中国法制出版社 2012 年版。

³ 代表性成果如：庞凌：“论地方人大与常委会立法权限的合理划分”，《法学》2014 年第 9 期。

⁴ 参见程庆栋：《论设区的市立法权：权限范围与权力行使》，《政治与法律》2015 年第 8 期。

进路，以我国的国家结构形式为基础，通过确定环境保护地方立法主体的立法权限形式和立法权限内容，进而确定地方环境保护立法的权限范围。

一、问题的提出

（一）环境保护地方立法的范畴

环境保护地方立法是地方立法的种概念，地方立法的概念在我国学界已无太大争议，是指特定的地方国家政权机关，依法制定和变动效力不超出本行政区域范围的规范性法律文件活动的总称。¹地方立法的类型包括：一般地方立法（地方性法规和地方政府规章）、民族自治地方立法（自治条例和单行条例）、特区立法（经济特区立法和特别行政区立法）。²而对于环境保护地方立法的范畴，存在广义和狭义两种界定方式，两种界定方式的主要区别在于包含的立法类型的不同，广义说中包括一般地方环境保护立法（地方性法规、地方政府规章）和民族自治地方环境立法（民族自治条例），狭义说仅包含一般地方环境保护立法。³本文在对我国地方环境保护立法现状的分析中规程中，在广义说的范畴内收集并分析我国现有的相关地方立法；而在具体论述环境保护地方立法权限范围时仅针对狭义说范畴内的环境保护地方立法。

（二）我国环境保护地方立法存在的问题

1. 立法体例的趋同、内容重复、创新不足

一方面由于环境保护事务并不属于《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第 8 条规定的法律保留的事项，在立法权的配置上存在着各级主体的权限重叠；另一方面由于长期以来中央和地方环境保护立法实践均属于探索阶段，环境保护法律体系客观上并不成熟、完整。基于上述两个方面的原因造成了实践中难以把握地方立法权的划分标准，诸如：哪些规定应当由中央进行立法、中央立法的具体程度应当如何把握、地方立法的应当包括哪些内容等问题，在实践中上述问题长存在，且并未得到较好地解决，导致在实际工作中地方立法主体为了避免因上述问题的不明确，导致环境保护地方立法出现违背上位法、与上位法发生抵触情况的发生，而在立法工作中更多采取模仿、重复中央立法的工作方式，

¹ 周旺生：《立法学》（第二版），法律出版社 2009 年版，第 278 页。

² 王建华、杨树人：《地方立法制度研究》，四川出版集团、四川人民出版社，2009 年版，第 7 页。

³ 相关内容参见关琰珠：《地方环境立法应遵循可持续发展原则》，《中国人口·资源与环境》2002 年第 12 卷第二期，第 16 页。肖兴、姜素红：《论我国地方环境立法之完善》，《中南林业科技大学学报（社会科学版）》2007 年第 4 期，第 19 页。

直接导致了环境保护地方立法与中央立法趋同的现象，大量的地方环境立法的体例与内容重复。这样的趋同、重复具体表现为体例上的趋同和内容上的重复。体例上的趋同即形成了“中央立法——地方实施条例、实施办法”的模式以及“《中华人民共和国XXXX保护法》——《XX省XXXX保护条例》”的模式；内容上的重复主要体现为地方立法的内容是对中央立法的简单重复，例如：《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）第六条规定“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责。”某地方环境保护条例中规定“区、县人民政府应当对本行政区域的环境质量负责。”此类问题的出现不仅导致了地方立法资源的大浪费，也反映了客观上存在中央、地方环境保护立法权划分的不明确、不清晰。

2.“挤占立法权”

一是向上挤占型，挤占省、自治区的一般地方立法权。《云南省龙陵黄龙玉资源管理条例》是此类型中典型的案例，龙陵县隶属于云南省保山市，为了保护龙陵县辖区内的黄龙玉资源而产生了立法的需求，因为保山市不属于原《立法法》规定的“较大的市”，无法定的地方立法权，为了解决此立法需求，只能由省级立法主体制定地方立法加以解决，造成了省级地方立法主体的一般地方立法权被挤占。二是横向挤占自治州自治地方立法权。《云南省红河哈尼族彝族自治州异龙湖管理条例》是此类型中典型的案例，异龙湖位于云南省红河哈尼族彝族自治州石屏县境内，由于长期以来的不当开发和破坏，异龙湖的生态环境破坏极为严重，为了保护该湖泊而产生了立法需求，因为红河哈尼族彝族自治州不具备原《立法法》规定的一般性地方立法权但拥有自治立法权，实践中只能通过立法法赋予的民族自治地方制定自治条例、单行条例的方式予以落实，横向挤占了自治州的自治地方立法权。三是向下挤占自治县自治地方立法权。《云南省玉龙纳西族自治县玉龙雪山保护管理条例》是此类型中典型的案例，玉龙雪山位于云南省丽江市玉龙纳西族自治县境内，玉龙雪山生态类型齐备，是横断山脉中高山动植物生长最集中的地段，被誉为“天然高山动植物园”和“现代冰川博物馆”，其特殊的地质构造和丰富的古生物化石，种类繁多的动植物群落，是科学考察研究取之不尽的丰富宝藏。基于对该地区保护的需要而产生了制定地方立法的需要，因为丽江市无一般地方立法权，基于实际的保护需要，只能通过雪山所在地玉龙纳西

族自治县的自治地方立法权予以落实，向下挤占了自治县的自治地方立法权。

（三）我国环境保护地方立法困境的成因分析

1. 原《立法法》对地方立法权的配置不均衡

在《立法法》修改之前，地市级行政区域¹内仅有49个较大的市享有一般性地方立法权，较大的市是指省会或首府所在的市、经济特区所在地的市以及国务院批准的较大的市。而在此次《立法法》修改的过程中将环境保护一般地方立法权扩展至了设区的市、自治州，赋予了设区的市、自治州环境保护一般地方立法权，此规定解决了环境保护地方立法权配置不平衡的问题，为彻底解决环境保护地方立法中地方立法权挤占的问题奠定了制度基础。

2. 地方环境保护立法权的权限划分不清晰

在现有的研究中，地方立法“重复”、“抄袭”的问题已经引起了学界的广泛关注，有学者指出相关问题的出现主要由地方立法机构人员素质不高、对地方立法作用和功能的认识不足、实践中地方立法的作用有限以及地方立法权限不明确四个方面的原因造成。²在这四个方面的原因中地方立法权限不明确是直接影响造成相关问题的最为重要的原因。中央与地方立法权的划分是国家结构形式中的核心内容，国家结构形式是指国家权力的纵向分配形式，有学者指出我国属于民主集中的单一制国家，宪法中对于中央地方职权的划分较为原则且并未依照职权管辖对象和职权管辖方式进行划分³，正式由于在宪法及相关宪法性法律中的原则性规定，导致我国中央与地方职权划分的不清晰，而这种不清晰也就必然会影响在立法权这一国家权力的划分过程之中。在此次《立法法》的修改中由于未真正地解决这一问题，因此如何在原则性的规定中明确环境保护地方立法权的权限范围，是解决我国现有的环境保护立法中“立法体例的趋同、内容重复、创新不足”的问题的根本途径。

二、立法论分析进路的扬弃

（一）研究思路与实践需求的冲突

在《立法法》修改之前我国立法体系中实施只存在“两级半”纵向立法体系，

¹ 地市级行政区域包括：设区的市、民族自治州、行政公署，其中行政公署是中华人民共和国的省、自治区人民政府的派出机关不属于自己一级独立的政权组织，包括：盟和地区。

² 孙波：《试论地方立法“抄袭”》，载《法商研究》2007年第5期，第6-7页。

³ 童之伟：《国家结构形式论（第二版）》，北京大学出版社2015年版，第263页。

故学界中对于纵向立法权限的划分标准的研究，大都集中于中央与地方的立法权限划分标准。具体而言主要包括以下三类标准：第一，重要程度标准，是指以立法事项的重大与否为标准划分中央与地方立法权的范围。¹第二，影响范围标准，是指以立法事项是事关全局意义的全国性事务还是仅具有局部意义的地方性事务作为划分标准。第三，重要程度和影响范围的结合。²在此次《立法法》修改之后，我国城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护三个领域内形成了完整的三级立法体系，有学者基于对省级立法主体和设区的市立法主体的权限划分的需要，以辅助原则为指导提出了相应的划分标准。³

现有的研究更多是沿袭着立法论的进路，从规范构建的角度分析“我国地方各级立法主体应该享有哪里立法权？”的应然问题，故其在研究的过程中更多的是从应然的角度探寻立法权的划分标准，进而提出对我国现有立法权划分立法的修正方案。在此思路下形成的研究结论，无法直接全面地回答“我国地方各级立法主体现阶段可以行使哪些立法权？”的现实问题，也无法对地方立法实践提供直接、明确的指引，此种问题的出现从根本上来说是立法论的研究进路与实践需求之间的冲突。

（二）辅助原则理念为核心的分权思想与我国立法体制的冲突

我国法学领域对于辅助原则的关注起于2000年之后，最早的关注领域主要在于辅助原则在欧盟宪法中的运用与发展⁴，伴随着研究的不断深入对于辅助原则的研究逐渐渗透到关于国家与社会的界限、自主治理等不同领域之中。⁵在国内外的相关研究中，对于辅助原则的思想起源问题，虽然并未形成统一的观点，但均认为辅助原则理念最早的文字性表述来源于《新事通谕》之中，最早明确使用这一概念则为《四十年通谕》。⁶通常认为辅助原则的核心理念为社会问题的解决、社会目标的实现或者社会政策的制定，应当尽量由较低层级、较小范围内的组织完成，上级组织、较大范围内的组织只有在其无法完成相关事项时才能介入。

¹ 陈端洪：《论我国的地方立法》，博士论文，中国社会科学院1993年，第57页。转引自孙波：《我国中央与地方立法分权研究》，吉林大学2008年博士学位论文。

² 参见崔卓兰等：《地方立法实证研究》，知识产权出版社2007年版，第97页。

³ 同前注⑩，程庆栋文。

⁴ 代表性文献如：苗静：《欧盟宪法辅助原则的历史发展与当代含义》，《广西社会科学》，2007年第2期。

⁵ 代表性文献如：毕洪梅：《国家与社会的限度：基于辅助原则的视角》，《中国法律评论》，2014年第3期；杨涛、王明生：《轮辅助原则与自主治理的理论要旨》，《江海学刊》2013年第4期。

⁶ 对于相关学说的梳理参见熊光清：《从辅助原则看个人、社会、国家、超国家之间的关系》，《中国人大法学报》2012年第5期，第68-69页。

在现有的研究中，无论相关研究者在其论述中是否以辅助原则作为其理论依据，相关的结论中均体现出辅助原则的核心观念，例如：在影响范围的划分标准，其本质就是以事项的最小影响范围确定立法的主体。此类型的权限划分标准在实质上是一种“自下而上”的权限划分方式。

结合分析我国地方立法的发展过程、我国现行的立法体制以及对于中央和地方关系的历史经验后，不难发现我国中央和地方的纵向分权实际上是一种“自上而下”的权限划分方式。首先，我国为“一元、两级、多层次”的立法体系。“一元”是指我国只存在一个拥有最高立法权的中央立法主体，中央立法主体通过备案、审批等制度在事实上控制其他立法主体的立法活动；“两级”是指我国的立法体制中在立法权等级上分为中央立法和地方立法；“多层次”是指在中央立法和地方立法中都存在不同层级和类别的立法。其次，在处理中央和地方关系方面，其核心的内容就是“两个积极性原则”，可以简单阐述为我国地区差异大，赋予地方必要权力，可以因地制宜，充分发挥地方的积极性和创造性。全国是一个有机的整体，中央必须制定和实施全国性法律、方针、政策，才能维护全国市场的统一，保证国民经济的有序运行和协调发展。最后，地方立法权实质上是对中央立法权的补充，是为了因地制宜地解决地方性问题而设立的，本质上是“自上而下”的立法权下放，无论是其主体的范围和立法的权限都直接由中央立法调整，因此我国的地方立法权体现出较强的从属性而独立性较弱。而现有研究中所主张的“自下而上”权限划分标准，显然与我国现有的立法体制存在客观上的冲突，难以解决我国地方立法中面临的问题。

（三）立法论研究的借鉴意义

上述研究虽然存在“以西方的理论为大前提，以中国的经验为小前提，最后得出西方理论适合或者不适合中国的简单结论”的问题，但其对于理论研究和解决具体实践中的相关问题，仍然具有借鉴意义。我国地方立法权限范围的大体是按照以下方式确定：第一，在《宪法》中明确地方人大和地方政府的性质、在国家政权结构中的基本地位、基本职能以其地方立法权的行使原则，并且明确其组织方式由法律规定；第二，《地方人大和地方政府组织法》（后文简称《地方组织法》）根据宪法的规定，进一步明确地方人大和地方政府权力范围和具体的组织规则；第三，《立法法》根据《宪法》对地方立法主体性质、基本地位、基本职能

的规定，并结合《地方组织法》中规定的职权范围，确定地方人大和地方政府的立法权限；第四，各部门法领域中的具体法律、行政法规根据实际需要，在具体领域中对于地方的职权进行更加具体、细致的规定。

上述确定立法权的过程中最为核心的部分在于各部门法中是如何对具体领域中地方职权的划分，因为其直接关系到地方立法是否“违反、抵触”上位法。但在此过程中对某些领域中的权限划分难免存在不清晰、不具体的情况，这就需要对法律规定较为原则性的内容进行进一步解释。笔者认为在解释的过程中可以借鉴上述以辅助原则为核心的“自下而上”权限划分标准，具体理由如下：第一，单纯强调“自上而下”的权限划分方式客观上存在“僵硬性”和“滞后性”，不利于充分调动地方立法主体的积极性、发挥地方立法的创造性。需要“自下而上”的权限划分方式加以补充、完善，以发挥地方立法具体、灵活、有创造性优势；第二，以“自下而上”的权限划分方式作为补充，可以在一定程度上节约立法成本，“自下而上”的权限划分方式强调由最低级别的主体完成相关的事务在客观上解决了立法成本，在权限划分的不清晰、不具体的前提下，按照“自下而上”的划分方式由低级主体先行实践，一方面可以尽快满足地方实践的需求，另一方面也可以为立法进一步明确范围。

三、解释论分析路径的运用

（一）国家结构形式的现实基础

“法律的实施以解释过程为前提”¹，而法律解释必须以客观前提作为展开解释的基础，国家结构形式是立法权纵向配置的制度基础，因此对于立法权限范围的解释论分析，必须以此为分析的前提和基础。国家结构形式这一概念的内涵在政治学领域和宪法学领域已基本达成一致，综合相关学者的论述可以将其概括为国家权力的纵向配置方式²，而这种权力的纵向配置方式一般体现为中央和地方的职权划分；有学者为了明确职权的划分，而将职权具体区分为管辖对象和管辖方式。管辖对象，是指按管辖事项的范围确定的职权；管辖方式，是指按照管辖对象所能够采取的措施。³有学者在研究立法权限划分的过程中也指出立法权

¹ [法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第109页。

² 相关学者的论述可以参见童之伟：《从宪法学角度探析国家结构形式的源与流》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》1994年第6期。艾晓金：《中央与地方关系的再思考——从国家权力看我国国家结构形式》，《浙江社会科学》2001年第1期。

³ 同前注②，童之伟书，第263页。

限形式和立法权限内容的重要组成部分。立法权限形式是指立法主体以何种方式行使立法职权及其结果的表现形式。立法权限内容是指立法主体可以通过相应立法形式管辖的事项。¹结合上述学者观点，可以认为立法权限形式、立法权限内容分别是管辖方式、管辖对象在立法活动中的具体表现形式，而地方立法权限范围将同时受到地方立法主体的立法权限内容和立法权限形式的限制，而此类限制的本质就是对国家权力的纵向划分，因此明确我国的国家结构形式是明确地方立法权的权限范围的基础。

通过对《宪法》、《地方组织法》、《立法法》涉及国家结构形式规定²的考察后，可以得出以下结论：在国家结构形式上我国属于典型的单一制国家，正如有的学者指出的，判断国家结构形式的依据在于中央国家机关能否单方面改变中央、地方之间权力范围，³在我国无论是全国人大及其常委会还是国务院，均有权力单方面改变现有的中央、地方之间的权力结构，地方处于绝对的从属地位。在国家结构形式架构的过程中，我国以职权管辖对象为依据架构国家机关，而立法权、行政权、司法权等不同形式的国家权力则作为职权管辖方式确保实现各国家机关职权的实现。一方面对国家机关职权管辖对象以概括式规定的方式确定；另一方面对国家机关职权管辖方式划分则相对明确，不同类型、层级的国家机关其不同种类的职权管辖方式的具体体现也不同，例如：在立法领域中职权管辖方式就体现为立法权限形式，其具体包括：法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章。故而在现实中作为立法主体的相应国家机关，实际上拥有不同的立法权限形式。故而立法主体立法权限范围将同时受到该国家机关立法权限内容和立法权限形式的限制。针对我国家结构形式的特点有学者指出，从对有关事项的管理方式看，纵向权限划分比较清楚；从管辖范围看，对管辖事项不作全面、详细的列举，只作原则性、粗线条的划分。⁴而具体到地方立法实践中，地方立法主体实际上位为地方人大及其常委会、地方人民政府等国家机关，地方立法权限范围实际上受到地方人大及其常委会、地方人民政府立法权限内容和可以运用的立法权限形式的双重限制，因此要明确地方环境保护立法权限的范围，必

¹ 参见李林：《关于立法权限划分的理论与实践》，《中国法学》1998年第5期。

² 具体地规定参见《宪法》第62、67、89、99、107条，《地方组织法》第7、8、9、43、44、59、60、61，《立法法》第7、8、65、72、82条之规定。

³ 艾晓金：《中央与地方关系的再思考——从国家权力看我国国家结构形式》，《浙江社会科学》2001年第1期。

⁴ 同前注⑥，童之伟书，第408页。

须依据相关立法中有关立法主体的立法权限内容和具体的立法权限形式的规定，通过法律注释方法予以明确，最终确定环境保护地方立法权限范围。

（二）解释对象的确定

通过前文的论述，对于环境保护地方立法主体的立法权限形式和立法权限内容的确定是确定立法权限范围的核心，而确定的依据是涉及相关内容的规范性法律文件，即解释对象。因此划定恰当的解释对象的范围是进行正确解释的前提，而解释对象的确定也必须依照我国宪法及相关宪法性法律的规定。

首先，《宪法》第 62 条第 3 项规定“全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。”《立法法》第 8 条第 2 项规定“各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权的事项，只能制定法律。”上述规定表明，地方环境保护立法主体的职权只能由法律规定，在此处的职权其既涵盖职权管辖对象和职权管辖方式。其次，《宪法》第 89 条第 4 项规定“国务院统一领导地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机构的职权的具体划分。”《立法法》第 65 条规定：“行政法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；

（二）宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项。”上述规定表明作为地方环境保护立法主体的地方政府，其环境保护的职权可以由国务院以行政法规的方式划分，但结合上述规定的表述，此处的职权应当理解为职权管辖对象，而不应当包括职权管辖方式，因为从表述上来讲，划分的只能是对象而不能是方式。最后，《立法法》第 80 条规定“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。”由此可见国务院部门可以通过部门规章的方式对其权限范围内的事项进行规定，但按照体系解释的要求，国务院对于职权只享有划分职权管辖对象的权利，而作为国务院组成机构的各部委在整个体系中不能享有超越国务院本身的权力，因此在其权限范围内的规定中涉及职权时，其规定最多只能涉及对于地方政府部门的职权管辖对象的划分。

在通过法律注释的方法确定地方环境保护立法权的权限范围的过程中，对于地方环境保护立法主体的职权管辖方式的解释依据仅包括全国人大及全国人大常委会制定的法律；而地方环境保护立法主体的职权管辖对象的解释依据包括：

全国人大及全国人大常委会制定的法律、国务院制定的地方性法规以及承担有环境保护职能的国务院组成部门制定的部门规章。

（三）解释方法的选择

而对于法学研究方法而言，有的学者指出法学研究的过程成是解释法律的过程是一种学理的过程，而此过程中的方法可以划分为四个层次，即规范分析方法、解释学方法、其他学科方法、一切学问公用的方法。¹也有部门法的学者从部门法研究的角度将研究方法划分为注释方法和理论探究方法，²但提出前一种分类的学者也承认解释学方法本质上是规范分析方法的引申，其目的都是为了在研究中释明法律规范的含义，在此笔者认为此规范分析方法和解释学方法都可以用后一种分类方式中的注释方法予以概括。对于我国环境保护立法权限范围的解释论研究，其本质上是围绕现行有效的法律中对地方环境保护立法权的权限范围存在影响的规定展开，而在此过程中必须运用相关的研究方法对法律规定的含义予以明确，需要运用前述的法律注释方法。不同的学者对具体注释方法由不同的理解，总体而言具体的方法包括：文义解释、体系解释、法意解释（主观目的解释）、扩张解释、缩限解释、当然解释、目的解释（客观目的解释）、合宪性解释、比较解释、社会学解释、历史解释、反面解释。³笔者认为不同种类的解释方法总体上可以分为以语义直接阐明法律条文含义的语义解释方法和以通过论证、推理的方面阐明法律条文含义的论理解释方法。

法律的解释是能够让制定法适应现实和具体个案的法律方法和途径。⁴本文以环境保护地方立法权的权限范围为研究对象，因此对于具体解释方法的选择需要结合环境保护地方立法权在实践中的现实情况，如前所述正是由于我国现有法律中的相关规定相对模糊，才造成实践中的困境。因此语义解释方法显然不能满足研究的需求，需要更多地借助论理解释方法才能满足研究的需求。论理解释中的具体方式的选择取决于研究者的研究立场及研究者意图通过研究解决的问题。一方面，环境保护地方立法权限范围的确定，涉及到我国立法体系的安排、立法主体的职权等诸多问题，而在确定权限范围的过程中需要对这些问题进行整体性

¹ 谢晖：《解释法律与法律解释》，《法学研究》2000 年第 5 期，第 22 页。

² 参见曾粤兴：《刑法学方法的一般理论》，人民出版社 2005 年版，第 78 页。

³ 上述归纳可参见：杨仁寿、王利明、卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 200 至 216 页；梁慧星：《民法解释学（第四版）》，法律出版社 2015 年版，第 215 至 239 页。

⁴ 徐以祥：《行政法学视野下的公法权利理论问题研究》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 45 页。

的系统分析。因此运用体系解释的方法，从整个法律体系的角度解释相关法律规定中对于环境保护地方立法权的安排是研究的核心；另一方面，正如有的学者指出的我国作为典型的民主集中单一制国家，宪法对于中央和地方权限的划分是原则性、纲要性的。¹这样的情况就导致了在解释的过程中就需要将此类较为原则性的规定予以具体化，而这种具体化的解释必须满足现阶段对于中央、地方权力划分的需求——即充分发挥地方立法的积极性的问题以及现实社会中对于环境保护的需求，为了实现这些客观现实的需求，在对条文的解释过程中客观目的解释的运用也将起到极为重要的作用。结合上述两方面的原因，本文对相关条文的以注释方法展开研究的过程中，除了运用语义解释的方法外，主要运用体系解释和客观目的解释两种论理解释的方法以确定相关立法主体的权限范围。

四、解释论进路下的环境保护地方立法权限范围

（一）环境保护地方立法权限内容

环境保护地方立法权限内容是指地方立法主体可以通过相应立法形式管辖的环境保护事项，其范围是根据宪法、宪法性法律及相关环境保护法律法规中涉及地方立法主体应当管辖的环境保护事项，相关规定主要是通过积极性规定对相关事项的范围予以明确。

1. 宪法性法律对地方立法主体环境保护权限内容的概括规定

《地方组织法》第8条、第44条中明确规定了县级以上人大及其常务委员会拥有讨论、决定本行政区域内的环境和资源保护重大事项的职权；第59条规定了县级以上地方政府拥有管理本行政区域内环境和资源保护行政工作的职权。上述规定的职权主体范围涵盖了地方立法主体的范围，即可以理解为地方立法环境保护权限来源于上述条文的规定，而此种规定是一种概括式的规定，其事项范围仅受到区域范围、事项重大程度及事项类型的限制，这就意味着只要不超过上述三个方面的限制，任何环境保护事项都在地方立法主体的权限内容之中。

2. 环境保护法律法规对地方立法主体环境保护权限内容的规定

现阶段有关地方立法主体的环境保护权限内容的规定散见于各环境保护法律法规之中，由于篇幅所限在此仅以《中华人民共和国环境保护法》（后简称《环境保护法》）中的相关规定为范例展开分析。通过对《环境保护法》条文的分析

有32个条文涉及到地方立法主体的责任、职权等有关规定，在规定具体权限内容时分别以“国家”、“人民政府”、“环境保护主管部门及相关部门”作为相关事项的主体，对于上述主体涵盖范围的解释直接影响到了地方立法主体是否在相关条文的主体范围之内，也直接影响到其环境保护权限内容的范围，因此需要通过相关的解释方法确定其应有的含义。

首先，就以“国家”作为主语的规定而言，《现代汉语词典》中对国家的解释包含了本质属性和地域范围两个角度，在此相关条文中“国家”以此均是作为语句中的主语出现，故不可能是在地域范围的含义下进行解读，只可能从其本质属性的角度解读。对“国家”以此从本质属性的解读为：阶级统治的工具，是统治阶级对被统治阶级的实行专政的暴力组织。¹从此解释中不难发现“国家”根本上是一个组织系统，此系统由包括地方立法主体在内的行使国家权力的机关组成。在环境保护法以“国家”作为主语的条文中，大都是政策性的规定，而此类政策是需要地方立法主体在内的各类国家机关予以落实，地方立法主体也必须落实此类规定，因此相关条文中规定的环境保护事项属于地方立法主体的权限范围。其次，就以“人民政府”作为主体的规定而言，省级人民政府和设区的市级人民政府当然属于相关规定中“人民政府”的范畴，相关规定中的环境保护事项在其立法权限范围之内自无疑问，但相关事项是否有可能成为省级人大及人大常委会的权限范围仍需进一步分析。从前述对于地方立法权限内容的概括规定的分析中不难发现，实质上地方人大及其常委会的权限内容为地方性重大事项，而地方政府的权限内容为地方行政管理事项，事实上地方性重大事项和地方行政管理事项是存在重合的可能性，当地方行政管理的事项对该行政区域的相关事务存在重大影响时，其就成为了地方重大事项从而成为地方人大及其常委会权限内容范围内的事项。但需要明确的是在立法的过程中本身就对相关事项的影响程度进行了相应评估，进而做出此类的立法规定，因此前述解释的运用应当限制为客观的情况已经就立法时的情况发生了显著的变化。最后，在以“环境保护主管部门及相关部门”为主体的规定中，由于环境保护主管部门及相关部门，一般情况下属于政府组成部门，相关事项应属于地方政府的环境保护权限内容之中，需要注意的是此类事项也有可能成为地方人大及其常委会权限内容之内的事项，但也需要

¹ 同前注⑥，童之伟书，第406页。

¹ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2002年版，第481页。

建立在前述的情形之下。

需要注意的是在相关环境保护法律、法规、部门规章中存在着对某些事项的专属性规定，例如：《环境保护法》第15、16条中规定制定地方环境质量标准、地方污染物排放标准的事项就只在省级人民政府环境保护权限内容的范围之内，因此在具体确定地方立法主体的环境保护权限内容时不得违反此类专属性事项的规定。

3. 环境保护权限内容的补充确定标准

从上述分析不难发现我国相关立法对地方立法主体的环境保护权限内容，是采取在组织法中进行概括性规定，在具体的法律、法规、部门规章之中进行具体的列举，但是在实践中环境保护的具体事项不能为相关规范性法律文件所完全列举，因此就会出现大量的在中央和地方之间、省级立法主体和设区的市一级立法主体之间权限内容的划分不清晰，而产生这种不清晰的根源在于对立法中“地方性”这一概念本身具有的模糊性，因此为了解决实践中存在的困难，需要通过一套相对明确的标准对“地方性”的概念加以明确。

长期以来我国立法中对于“地方性”的界定更多的是以事项的重要程度为主要的考量标准，但此标准由于其客观存在的不足，受到了众多学者的质疑和批判。

¹ 针对此问题，有学者在研究的过程中结合长期以来我国在处理中央和地方关系所强调的“两个积极性”的原则，提出通过相关事项的利益范围、实施的地域范围、事项的性质三个方面的考量标准。² 结合该学者在论述上述三个标准的过程中来看，利益范围标准和地域范围标准事实上并无显著的区别，因为一个事项影响的利益范围和其实施的低于范围实质上是一个事物的两个方面，只是因为有的事项有可能产生外溢效益故而产生两种范围不一致的情况，但如果认为的将两个标准分开会在事实上造成判断过程中的矛盾，故而此种区分并无太大的实际意义，因将两者统一为影响范围标准。而该学者在论述事项性质的标准过程中，提出的防止分割市场和地方保护的问题，实际上是从整体事项管理的效率进行的评判，因此将此项标准理解为效率标准更为明确，在此需要说明的是效率标准实质上是对影响范围标准的补充，只有在影响范围标准因为外部性、地方保护等因素的影响可能导致整体效率下降时，才能依据效率标准进行补充。

具体在地方立法主体的环境保护权限内容上而言，在相关事项无明确的规范

¹ 代表性文献如封丽霞：《中央与地方立法权限的划分标准：“重要程度”还是“影响范围”？》，《法制与社会发展》2008年第5期。

² 参见孙波：《我国中央与地方立法分权研究》，吉林大学2008年博士学位论文。

性文件示明的情况下，应当按照以下方式运用影响范围标准和效率标准：首先，应当按照影响范围的标准判定该环境保护事项在多大的范围内产生影响，并且根据其影响范围的大小确定其在何一级别的立法主体的权限内容之中；其次，因为环境保护事项本身就可能存在一定的外部性，可能会导致搭便车、竞争到底的情况发生，因此需要对依据影响范围标准确定的立法主体对该事项的管辖效率进行评估，如果存在导致整体效率下降的情况，则应当重新确定该事项的管辖机关；最后，重新确定管辖机关的过程中，应当遵循在能够保证整体效率的情况下，确定级别最低的管辖机关的原则。

（二）环境保护地方立法权限形式

环境保护地方立法权限形式是指地方立法主体为落实其管辖的环境保护事项而行使立法职权的方式及其结果的表现形式，具体而言包括：省、自治区、直辖市地方性法规、地方政府规章及设区的市、自治州地方性法规、地方政府规章，其形式主要由宪法、宪法性法律及相关法律规定，对于立法权限形式的规定既包括通过积极性规定的方式对于权限形式的确定，也包括通过消极性规定的方式对于权限形式的限制。

1. 《立法法》对于环境保护地方立法权限形式的规定及限制

第一，《立法法》第七十二条规定了省、自治区、直辖市人大及常委会以及设区的市、自治州人大及常委会享有的立法权限形式——地方性法规，并对其运用的条件进行了限制：一方面，地方性法规的制定的目的是为本行政区域的具体情况和实际需要，即为了解决地方性事务，需要明确的是对于设区的市、自治州人大及常委会而言，制定地方性法规的范围仅仅包括涉及城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面地方性事项；另一方面，“不抵触”原则，即地方性法规的制定不得与宪法、法律、行政法规相抵触。

第二，《立法法》第七十三条通过对地方性法规可以规定事项的列举，在一定程度上对地方性事务的范畴进行了界定，具体而言包括三类：一是上位法的地方执行事项，例如：在环境保护地方性法规中对尚未法中规定的行政处罚的数额在其限定范围内进行更加细致的规定；二是具有地方特色的地方事项，例如：对地方行政区域内的某一湖泊保护事项进行的规定；三是虽然不属于地方特色事项，但在地方实际工作中需要解决但上位法未进行规定的事项，例如：在我国实践中部分地区就排污权交易事项进行的规定。

第三,《立法法》第八十二条规定了省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府享有的立法权限形式——地方政府规章,并明确了其制定的依据为法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,同时确定了地方政府规章的事项范围,即执行上位法的事项和地方行政管理事项。在此需要明确设区的市、自治州的人民政府制定的地方政府规章,也仅限制于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面执行上位法的事项和地方行政管理事项。

2.其他相关法律对于环境保护地方立法权限形式的限制

此类型的限制主要体现在与环境保护密切相关的、以控制行政权力为目的的法律规定当中,其中《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》的规定最具代表性,三部法律主要从相关行政权力的设置的角度对地方性法规和地方政府规章进行了限制,有学者单纯从对于地方性法规加以限制的角度将此类限制概括为三个方面的内容:一是将特定种类的行政权力作为法律保留,只能由法律设定;二是地方性法规对行政权的内容(如运用条件、幅度等)作出具体规定时,不得超越法律、行政法规已有的规定;三是禁止地方性法规创设新形式和种类的行政权。¹虽然此结论仅仅针对地方性法规,但其研究的思路也可以运用到对于包括地方性法规和地方政府规章的一般地方立法的分析中。根据此种分析思路按照上述三部法律对于地方性法规、地方政府规章两种立法权限形式的限制分别制作表1和表2。

从表1中对于地方性法规的限制中,可以发现《行政许可法》采取了不同于《行政处罚法》、《行政强制法》的限制方式,《行政许可法》中对于不得设定事项的规定是采用了概括性规定的方式,而《行政处罚法》和《行政强制法》采用了列举式规定,在此不探讨其背后的理论问题,仅对其对权限形式的限制进行论述。首先,根据《行政强制法》的规定,地方性法规在涉及行政强制和行政强制执行的事项中,其设定的范围仅限于查封场所、设施或者财物以及扣押财物的行政强制措施的设置;其次,根据《行政处罚法》的规定,地方性法规在涉及行政处罚的事项中,其设定的范围限于警告,罚款,没收违法所得、没收非法财物,责令停产停业,暂扣或者吊销许可证、暂扣吊销执照的设置,以及在法律、行政法规规定的行政处罚的范围内进行具体化的规定;最后,根据《行政许可法》的

规定,地方性法规在涉及行政许可的事项中,其设定的范围难以通过明确积极性列举的方式予以表述,只能通过消极性列举和限制标准的方式予以界定,消极性列举的事项在表1中已有明确体现在此不再赘述。就限制标准而言,主要判断的标准为是否存在通过准入限制产生限制竞争的可能,在环境保护领域当中由于制定地方环境质量标准、地方污染物排放标准属于省级地方政府的权限内容,因此根据此种地方性标准而产生的准入性许可,是否可能属于相关规定的限制范围?在此《行政许可法》中的规定应当理解为:在行政许可的设定过程中,不得将个人、企业、商品的地域来源纳入许可的条件之中,而非是否在客观上产生了限制竞争的效果。也就是说只要对不同区域的个人、企业、商品不加歧视地适用相同的许可标准,即使在事实上造成了限制竞争的效果,也不应当理解为违反《行政许可法》的规定。

表1 《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》对地方性法规限制一览表

	可以设定事项	不得设定事项	其他限制性规定
《行政许可法》	尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可	应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,限制其他地区的商品进入本地区市场。	在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。
《行政处罚法》	除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。	限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。	地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。
《行政强制法》	尚未制定法律、行政法规,属于地方性事务的可以设置查封场所、设施或者财物以及扣押财物的行政强制措施	任何行政强制执行方式	

表2 中反映了相关法律对于地方政府规章的限制更为严格,在《行政许可法》中对地方政府规章设定许可除了保持对于地方性法规的限制范围之外,还增加了

¹ 向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,《政治与法律》2015年第1期。

所设置许可的时间效力上限制，即地方政府规章只能设置临时性的行政许可，如果需要该行政许可继续生效，则需要提请地方人大或人大常委会以地方性法规的方式确认该行政许可。而在《行政强制法》和《行政处罚法》中直接规定地方政府规章不得设置任何形式的行政处罚、强制措施和强制执行方式，仅仅允许在上位法设定的行政处罚的范围内对行政处罚进行具体规定。

表2 《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》对地方政府规章限制一览表

	可以设定事项	不得设定事项	其他限制性规定
《行政许可法》	尚未制定法律、行政法规和地方性法规的，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。	同地方性法规	同地方性法规
《行政处罚法》	省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。		
《行政强制法》	不得设置任何行政强制执行方式和强制措施		

需要另外注意的是上述法律对于地方性法规、地方政府规章的限制，均是建立在原《立法法》对于此两种立法管辖形式的规定之下，此次《立法法》修改的过程中对于此两种立法管辖形式的立法主体及限制条件均进行了相应的调整，在对上述法律作出解释的过程中应当按照《立法法》修改后的规定作为解释前述法律规定的基础。

(三) 我国环境保护地方立法的具体权限范围

1. 省级环境保护地方立法的权限范围

省级环境保护地方立法的积极范围包括：第一，在省级行政区域内为执行法律、行政法规、部门规章，制定相关实施办法、实施细则；第二，为解决省级行政区域内的地方环境问题，且该环境问题的影响范围仅限于本行政区域内、上位法对于相关环境问题已有相关原则性规定，不宜也不应当由上位法进行规定，省级立法主体可以制定相关地方性法规和地方政府规章；第三，为解决省级行政区域内的地方环境问题，但上位法对于相关环境问题无相关规定，且上位法对相关问题进行规定的条件尚不成熟，省级人大及常委会可以制定具有先试先行性质的地方性法规；第四，为了解决上位法中规定的专属于省级立法主体的职权事项，

需要进行立法的可以指定相关的地方法规、地方政府规章，例如：为解决地方环境标准制定的相关问题而进行的立法；第五，虽然在立法时相关立法事项仅在设区的市一级行政区域范围内产生影响，但省级立法主体认为该事项在本省的区域内也存在规定相同事项的需要，从整体效率考虑而进行的立法，例如：涉及环境保护的相关程序性事项的立法。

省级环境保护地方立法的消极范围包括：第一，有关《立法法》第8条规定的相关事项，省级立法主体不得进行相关立法；第二，超出《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》规定的范围进行的相关立法。

2. 设区的市级环境保护地方立法的权限范围

设区的市级环境保护地方立法的积极范围包括：第一，在设区的市一级行政区域内为执行法律、行政法规、部门规章、上级地方性法规和政府规章，制定相关实施办法、实施细则；第二，为解决设区的市一级行政区域内的地方环境问题，且该环境问题的影响范围仅限于本行政区域内、上位法对于相关环境问题已有相关原则性规定，不宜也不应当由上位法进行规定，设区的市一级立法主体可以制定相关地方性法规和地方政府规章；第三，为解决设区的市一级行政区域内的地方环境问题，但上位法对于相关环境问题无相关规定，且上位法对相关问题进行规定的条件尚不成熟，设区的市一级人大及常委会可以制定具有先试先行性质的地方性法规。

设区的市一级立法权的消极限制应当包括：第一，有关《立法法》第8条规定的相关事项，设区的市一级立法主体不得进行相关立法；第二，超出《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》规定的范围进行的相关立法；第三，上位法中明确由上级主体主管的相关环境保护事项，设区的市一级立法主体不得进行相关立法。例如：在自然保护区管理中，由国务院有关行政主管部门、省级有关行政部门主管的国家级自然保护区以及由省级有关行政部门主管的地方级自然保护区，即使相关保护区位于设区的市一级行政区内，设区的市一级地方立法主体不得就相关自然保护区的管理、保护工作制定地方立法；第四，虽然在立法时相关立法事项仅在设区的市一级行政区域范围内产生影响，但从整体效率考虑，该事项在其他区域内也存在需要规定的相同事项，应当由更高级别的立法主体进行立法，例如：涉及环境保护的相关程序性事项。