

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)

论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#) 

## 白贵秀：环境影响评价的正当性解析——以公众参与机制为例

发表于： 2012-03-07 10:42 点击： 246

**【内容提要】** 环境影响评价必须有公众参与才能为其提供正当性，但现有的制度安排未能解决公众参与的实质正当性问题，公众参与环节往往流于形式。通过研究公众的范围选择、公众参与的方式以及听证主持人和专家的独立性问题，提出当前需要改进的建议。

It is necessary for public participation in the process of environmental impact assessment to provide the legitimacy, but the existing institutional arrangements failed to resolve legitimacy of public participation in the substance of the issue, the public participation is often a mere formality. By studying the scope of public choice, the approach of public participation and the independence of chairperson and experts presents recommendations to improve current situation.

**【关键词】** 环境影响评价/公众参与/正当性 environmental impact assessment/public participation/legitimacy

[中图分类号]DF312 [文献标识码]A [文章编号]1002-6274(2011)03-046-10

我国自20世纪70年代末实施环境影响评价制度以来，至今已有30余年历史，早期的环境影响评价制度主要是依靠环境保护主管部门负责组织审查和批准建设项目的环评，[1]P38对公众参与问题未能给予足够的重视，自2002年《中华人民共和国环境影响评价法》（以下简称《环境影响评价法》）颁布以来，公众参与环境影响评价的问题以及争议开始备受关注，环境影响评价结果的公正性，环评许可的公信力也屡次遭受质疑。环境问题因牵涉广泛的利益冲突以及环境行政频频决策于未知之中，在性质上必须借助公众参与来增强其决策的正当性。然而，在整个环评许可的过程中，除了开发单位、项目主管机关和环境保护主管部门以外，究竟哪些机关、团体、居民能在哪一阶段以何种方式参与以及参与的效力如何，等等，一直是最棘手的问题，从而造成环境影响评价制度之公众参与的困境，这种困境体现在诸如“云南怒江水电建设规划与项目争议案”、“六里屯垃圾焚烧发电厂纠纷案”以及最近出现的广东番禺垃圾焚烧发电厂等诸多案例之中。

### 一、环境影响评价之公众参与程序检讨

我国《环境影响评价法》关于引入公众参与的规定，在参与阶段上是具有瑕疵的。从1996年颁布的《中华人民共和国环境噪声污染防治法》第13条和同年修正的《中华人民共和国水污染防治法》的第13条内容看，都有“环境影响报告书中，应当有该建设项目所在地单位和居民的意见”这样的规定，这可以促使环境行政主管部门在对环境影响报告书进行审查批准时，能顾及到项目周围居民的意见。但2002年通过的《中华人民共和国环境影响评价法》，作为环境影响评价的专门立法，在强制性地规定环境影响报告书的7项内容中，却没有上述两法所强调的“环境影响报告书中，应当有该建设项目所在地单位和居民的意见”的规定。尽管《环境影响评价法》在第11条中规定有“专向规划的编制机关对可能造成不良环境影响并直接涉及公众环境权益的规划，应当在该规划草案报送审批前，举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众对环境影响报告书草案的意见……并应当在报送审查的环境影响报告书附具对意见采纳或者不采纳的说明”的条文，但环境影响报告书已经制作完成了，其是否对周围居民产生了影响，是否涉及了公众的环境权益已经由专向规划的编制机关在环境影响报告书中“全权认定”了，其报批前再搜集居民的意见又有多大价值呢？同理，该法第21条针对建设项目的环评也规定了“建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前，举

行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众的意见”的条文，但这种条文对实现环境影响评价的程序正义有何效果呢？环境影响报告书的内容中已经排除了公众意见，而只是在环境影响报告书的报送审批前搞一搞听证和论证，其作用只能是为行政审批部门提供参考而已。众所周知，环境影响评价过程本身，涉及广度与深度的调查研究与分析判断，包容广泛的专业知识，因而在环境影响评价的进行过程中，越早引进公众参与，越容易使公众参与有效发挥，及时吸纳公众知识，这可以在一定程度上补充专家知识的不足，并且通过吸纳公众参与，还可以使公众的利益诉求得以释放，在编制环评书的内容中适当参考公众的意见和建议，可以使得环评书所设计的方案更加符合人性化的要求。而越是往后的阶段，尤其是很厚很专业的环境影响报告书已经做成，则越难以引进公众参与。如果对公众参与的阶段和方式不能合理规划，极易造成“表象式的参与”，不仅不能实现公共参与的真实目的，反而容易激化矛盾，形成怨怼。[2]也许正是注意到此种弊端，国家环保总局于2006年颁布了《环境影响评价公众参与暂行办法》（以下简称《办法》），规定“建设单位或者其委托的环境影响评价机构在编制环境影响报告书的过程中，环境保护行政主管部门在审批或者重新审核环境影响报告书的过程中，应当依照本办法的规定，公开有关环境影响评价的信息，征求公众意见”（第5条）以及“在建设项目环境影响报告书中，编制公众参与篇章”（第6条），从而将公众参与过程“提前”到编制环境影响报告书的过程中。然而，如何在程序安排上保证真正的利害相关者的意见被“征求”却没有规定，因而使参与的正当性难以确保。并且，该《办法》所规定的所谓“座谈会”、“论证会”、“听证会”是否需要举行，由谁主持，也都是由项目开发单位决定。谁可以来参加论证或者听证完全由规划编制机关或者项目建设单位自己来决定，由于在环评程序中欠缺监督程序，项目开发单位为谋求项目的通过极有可能在报批时粉饰“公众意见”。

美国学者詹姆斯指出，直接民主的参与途径，使那些即将受到决策影响的人们广泛参与，但是首先存在两个疑问：第一，参与的含义是什么？第二，应授权谁参与这样的决策？针对第一个问题的回答，应该是接受有决策权的人的征询，或者分享决策权，比如对一项提案参加投票表决；对第二个问题的主张有四类：决策组织的成员、组织所服务或规范的对象（顾客）、钱包受到决策影响的纳税人、全体公众或至少有投票权的公众。[3]P264检讨我国环评中的公众参与，大多数情况是项目开发将调查问卷发给利益不受影响的人来“代表”公众参与，钱包受影响的公众既不享有决策权，也没有接受到有决策权的人的征询，从而架空了公众参与的相关规定。

在公众参与的环节之中，专家参与被认为是一项重要的内容，其表现形式常常是所谓的“专家论证会”，专家参与的制度安排本意在于企图借助专家的中立性、专业性，以提高决策的科学性和有效性。然而，实践中，专家的中立性难以保证，一般都是由政府或者开发商邀请自己较为熟悉的专家，事先定好基调，使专家论证朝着符合政府和开发商意图的方向进行，因而“专家论证”被视为“做秀”，专家被认为是政府订作方案的“背书”者，沦为“拿人钱财，与人消灾”的工具。[1]P332纵使偶尔出现较强的反对意见，项目开发者就重新组织一次“专家论证会”，反对者不再受到邀请，支持者继续到会，只要以这样的方式进行下去，“专家论证”就可以完全“达成共识”。从而使得“专家论证会”在环评中的作用难以有效发挥。因而，要想使专家参与真正发挥作用，还需要进行相应的制度设计。

## 二、公众参与环境影响评价的正当程序

### （一）公众参与环境影响评价的理论基础

在美国行政法上，有关行政权力正当化的理论，共发展出四种模式：传送带模式、专家模式、参与模式、尊严模式。[4]P23-321. 传送带模式将行政权的行使与一般民主理论相结合，探究行政权是否从民意机关那边获得民主权的传送。该理论的最大缺点是法律形式主义，仅强调是否有通往国会的传送带，不能恰当解释现代国家行政权行使的实际，尤其在牵涉浓厚科技基础的环境管制领域，在法律上很难找到坚实的传送带，只能是勉强的丝缕关联，因而该理论对行政权的解释力在现代管制领域显得薄弱乏力了。2. 专家理论模式所指的“专家”，主要是指韦伯科层制理论上受到专业训练的行政官员，他们受过系统的专业知识训练，或者经过长久的行政实践而具有专业系统知识。专家模式理论并不在民主理论的框架之中，而是关注现实，追问谁较有能力对具体的管制事项做出决定，由于行政机关在管制事项上集结了大量的人才和信息，因而最适合去完成管制任务。但专家理论的缺点在于，这种专家在进入行政机关后带来的迟钝、腐化令人诟病，专家不能解决社会冲突问题，行政机关内的专家容易与受管制的专家搞成利益的联结，因而造成“政府俘获”。[5]P75因此，参与模式便是在对专家模式不信任的状况下产生的。3. 参与模式理论的构想是将行政决定的决策理性转移到相关利害关系人于行政程序中的公平参与上，行政决定结合专业与民意取得正当化基础，这一理论比较符合美国政治上个人主义与平等主义的特色。该理论的缺陷在于，其本身并不能提供一套如何参与、参与的程度界限、谁能参与等正当程序的标准。虽然公平参与是一项原则，但如何赋予所有的利害关系人都获得同等的参与机会是一个问题。另外，参与需要成本，过度的参与会导致效率降低和决策迟延。再者，以公平参与作为决策理性的重点，也会导致做出的决定使大家都高兴，但从长远看来却是错误的后果。4. 尊严理论是由社会行政法大师马萧(Jerry Marshaw)所提出。他注意到在上述利益代表为本位的参与理论下，程序参与爆炸的现象，建立起过度强调形式的参与未必对当事

人有利的论点。他指出，行政程序上的参与，绝不仅仅止于决策的正确性本身，还有更深一层的尊严程序价值，这些价值包括平等、预测可能性、透明性与理性、参与以及隐私等等，即行政权存在与行使的正当性，应从其能将其所谓的尊严程序价值内化入日常运作，而获得正当性。[4]P22

上述的四种行政权正当化的理论在我国环境管制领域都有体现。传送带模式的背景在人民主权与代议民主之下，对不具有民意基础但日益扩张的行政权的限制，在大陆法系国家以“法律保留原则”，或强调授权完整性为之；专家模式强调行政的专业性，适于富有高度科技背景的环境行政领域，但由于环保机关未必在每一个问题上都具有广泛的专业知识，反而是学术界、环保组织、咨询公司更具优势，因而需要借助参与模式做正当性的补充；参与模式理论的兴起与管制事项涉及多方利益冲突以及管制内容涉及受制于各种不确定因素有关，尤其在环境行政领域，广泛的利益冲突与“决策于未知之中”是最显著的特征，通过广泛的参与一方面可以获取更全面的信息，另一方面可以使各方利益均得以关注；尊严理论富有浓厚的社会福利色彩，似乎与环境行政关联不大，并且该理论是建立在对参与爆炸现象的观察研究，是提出过度参与未必有利的论点之后所构建的理论模型，而我国目前的境况并不是参与爆炸而是参与的严重不足，因而该理论对环境管制的研究并无助益。但从人类生命与健康的维护方面，以及坚持可持续发展以维护代际公平的视角，也可发现关于人性尊严的关联之处。总体来说，四种理论都可适用于环境管制领域，但参与模式理论或者专家模式与参与理论的结合更适合于当今环境行政的特点。

环境影响评价制度滥觞于美国。美国的《国家环境政策法》(NEPA)将环境影响评价制度宣布为美国的环境政策，其中规定的公众参与环境影响评价报告的制定与实施的全过程，是美国环境管理战略的一个显著特点。[6]然而，公众参与环境影响评价问题在美国一直以来存有争议。反对者认为，公众参与将无可避免地导致拟议行为审批的延迟。“延迟意味着环境规划的全部收益有可能减少甚至消失”。[7]支持者认为，公众参与可能会使环境影响评价的进展缓慢，但环境影响评价的真正目标是实现可持续的发展，而非耗时的问题。[7]

我国台湾地区学者叶俊荣教授认为，环境保护行政因牵涉广泛的利益冲突，以及频频决策于未知之中，在性质上必须借助公众参与来增强其决策的正当性。传统权力分立理论认为人民投票的形式机制体现其相当程度“同意”的心理状态，因而立法机关与其他机关相比拥有相对较高的正当性。然而随着立法部门议事程序的可操纵性事实的揭露，投票机制的合理性受到怀疑，透过行政程序中民众参与机制的设计以强化正当性，便成为当代重建正当性的主要策略之一。[8]在环境影响评价的程序中引进公众参与，可以从民主法治理念的贯彻以及提升开发活动的效率两个方面得到理论基础。[2]首先，就民主法治理念的贯彻而言，环境影响评价制度的原意，并非单单是为了满足开发者个人企业经营管理上有关风险评估的需要，而是国家基于环境保护的公共目的所做的要求，具有浓厚的“公共意味”。借助环境影响评价制度，可以使政府在开发活动的审批决策中，能充分考虑到该活动对环境生态的影响。由于环境影响评价的程序是政府在环境行政许可时必须考量的因素之一，因而该程序也成为整个环境行政许可程序的一部分，从而必须受到行政程序上民主法治原则的制约。而利害关系人的参与，可以满足民主国家于行政程序中赋予相关当事人“知”的权利以及“意见受尊重之权利”。其次，就提升开发活动的效率而言，在环境影响评价过程中广泛地吸纳公众参与，可以及早掌握社区居民的关注点，以发现问题并及早应对，从而避免在决策之后才发现问题的，从而造成资源的浪费，甚至引发公共危机，损害政府的威信。因此这种广泛搜集信息的功能，足以提升开发活动的效率。[9]P191-192

## (二) 公众参与的范围

### 1. 现行的环境影响评价之公众参与的制度安排

现有的环境影响评价公众参与的制度安排，有两种类型：一种是针对规划尤其是专向规划的环境影响评价，在规划的报送审批前，应当举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众对环境影响报告书的意见，并在报送审查的环境影响报告书中附具对意见采纳或不采纳的理由。这一公众参与的过程发生在环境影响评价阶段，在对该项规划的审批阶段，审批部门需要先对环境影响报告书的内容进行审查，审查小组由专家和有关部门代表组成，此时的专家参与审查，与公众参与过程中的专家论证不同，在此处，专家参与包含了对前一阶段专家论证的审查，因此，具有专家对专家的监督的功能。从法律制度安排来看，针对规划的环境影响评价，真正的公众参与只有规划审批前的一次过程。而对规划的审批过程，属于政府机关内部的行为，不属于行政许可行为，在审批过程中，不再发动公众参与。而政府对环境影响报告书的审查只是内部审查，不是行政审批，它只是作为对规划审批的参考，此时专家参与的审查小组的意见，同环境影响评价报告书的结论，都作为政府决策的重要依据。另一种类型是针对建设项目的的环境影响评价，在这一类型中，公众参与被重复安排：在环境影响评价阶段需要公众参与，即报批前的各种论证会、听证会以及征求专家意见等；在环境影响评价许可时的公众参与，即对于可能影响项目所在地居民生活环境质量以及存在重大意见分歧的建设项目，环境保护行政部门可以举行听证会、论证会、座谈会，征求有关单位、专家和公众的意见。两个公众参与的过程之区别在于前者由项目开发者组织，只要建设项目属于按照国家规定应当征求公众意见的项目，就必须在建设项目

环境影响报告书中，编制公众参与篇章，而对环境影响评价文件审批过程中的公众参与，由环境保护行政机关组织，是否需要由行政机关决定。这种安排的合理性在于：针对规划的审批，属于政府的决策行为，其中的环境影响评价过程是政府主动发起的，目的在于为政府的决策提供环境因素的充分考虑和对不同利益群体之间的利益衡量，因而在规划审批前发动了公众参与，在审批过程中只需要审查公众参与的正当性即可，没有必要重复发动公众参与，因为公众参与需要成本，但如果审批部门认为公众参与的程度不够，则基于行政权的主动性，自然可以重新发动公众参与。而对于建设项目的审批，由于环境影响评价阶段的组织者是建设单位，其发动公众参与的正当程序还需要政府部门审查监督，在环境影响报告书审批过程中，如果审批部门认为项目开发组织者的公众参与过程有瑕疵，或者根据我国《行政许可法》的规定，有利害关系人的申请听证等情形，则可以由行政部门重新发动公众参与的过程。所以，两种类型的环境影响评价，在公众参与的程度方面有所区别。针对规划的环境影响评价，其作为环境行政决策的依据，在制度设计上应当将所有公众参与的使命尽量放进环境影响评价的程序中，而尽量避免在审批程序中重新考虑公众参与的问题，从而避免资源的浪费。而针对建设项目而言，由于开发商不可能承载更多涉及利益和价值判断的功能，因而公众参与的重点应当放在行政机关的许可程序之中，而不能由环评制度全部“盛装”，[2]公众参与决策的过程主要体现在行政许可程序之中。如果过度依赖于环境影响评价制度，反而会扭曲公众参与的意义。由于建设项目的环境影响评价文件的审批，属于行政法上的环境行政许可行为，因而本文重点以建设项目的环评制度为探究对象。

## 2. 公众的范围

究竟谁有权参与到环境影响评价的程序之中，现有的公众参与制度没有明确界定，基于环境问题的公共性，任何人都应当具备参与的资格，当某个公民基于对环境本身负责的态度，以其所知所感而自愿参与到环境影响评价的程序之中，在法理上以及现有的制度框架中，应当是容许的。虽然，当前的环境诉讼制度以及行政救济措施排除了利益无关者的参与资格，但环境影响评价的程序安排并没有排除利益不相关联的人的参与。但由于参与需要成本，过度的参与反而破坏了公众参与制度的初衷，因而，参与环境影响评价的人员应当限定一定的范围，从参与程序的正当性考虑，以下人员应当成为参与者：

其一，利害关系人。利害关系人由于利益的关联而参与到环境影响评价之中应当是首选。这在宪法框架以及将之具体化了的行政法框架之中已经是无须证明的法理。纵使利害关系人没有参与到环境影响评价程序之中，现有的行政救济制度仍赋予了利害关系人的救济权，即可以对环境行政许可行为提起行政复议和行政诉讼。与其事后救济，不如在事先的环评阶段充分吸纳利害关系人的参与更为合理。利害关系人享有环境影响评价的参与权，针对建设项目而言，项目周围的居民以及受到直接影响或者存在利害关系的人应当成为利害关系人。利害关系人参与环境影响评价，一是可以充分表达自己的利益诉求，二是可以向政府提供切身感受到的独一无二的信息。

其二，专家学者。环境影响评价具有高度的科技性，因而需要专家学者的参与。目前具备环境影响评价资质的机构受开发上从事的环境影响评价工作在一定意义上也可以认为是专家学者的参与。但是，公众参与程序之中的专家参与并非指接受委托从事环境影响评价的机构的参与，而是以个人身份出席专家论证会，或者出具专家咨询意见的专家学者，这些专家学者不排除来自于环境影响评价机构，但从利益回避的角度，不能是已经接受项目开发商委托从事环境影响评价的机构。关于专家参与的问题，下文将专门论述。

其三，环保团体。一般认为，居民参与作为利害关系人，只是比较关心自身的利益问题，而真正的环境本身的问题，比如全球变暖、臭氧层破坏、生物多样性的流失，却非一般居民所关心，而环保团体基于以环境保护为宗旨的目标，往往能在此方面发挥重要作用。此外，在环境行政许可中，政府的决策比较容易偏向开发者的利益，因为开发者的利益比较集中，开发单位争取利益的主动性和能力比较强势，而一般民众的参与，由于利益比较分散，知识水平和参与能力的欠缺等原因，以及一些人“搭便车”，即由他人努力争取而我坐享其成的心态，致使民众的参与可能被强势利益集团各个击破，无法形成强大的凝聚力。因而，环保团体的参与，也可以在一定程度上代表一般民众的利益。[10]比如，在怒江水电开发规划案中，“绿家园志愿者”和“自然之友”等环保组织不仅对环境生态本身进行考察，而且还从周围居民的利益影响方面对该规划进行了批判，指出依靠修水电站可以提高老百姓的生活水平没有依据，大量三峡移民的回流说明了问题。并且对居民就地安置，使他们从山下移到条件更差的山上，会造成更大的贫困。[1]P320-321正是环保团体的积极参与，最终使得该项规划被暂时搁置。

其四，与拟议行为有关的行政机关。根据行政机关的职能划分，各部门的职责范围可能会与开发行为有关联，比如，特定的开发活动如果涉及文化遗产的保护问题，则文化保护部门对环境影响评价比较关心，应当参与到环境影响评价的程序中来。又如，主管野生动物的部门，对有影响野生动物栖息的开发活动，也应当提出意见和建议。因此，政府各机关基于法定职责，往往因开发活动的性质而成为“利害关系人”，有参与环境影响评价的必要。而开发活动所在地的当地政府，由于会成为开发项目未来的主要管制者，如污染防治等，因而开发商也应当积极征求地方政府所关切的问

题的意见，以期及早应对。

### 3. 公众参与的方式

《环境影响评价公众参与暂行办法》(简称《公众参与办法》)第12条规定了多种公众参与方式,包括调查公众意见、咨询专家意见、座谈会、论证会、听证会等形式,具体采取何种形式由建设单位或者其委托的环境影响评价机构决定,这种多样的笼统的规定如果是针对环境影响不大的项目而言,是比较合适的,但既然该办法明确了适用范围是需要编制环境影响报告书的建设项目,说明是环境影响很大的项目(第16条),而既然环境影响很大,那这样规定就势必会降低该《公众参与办法》的实施效力。因为,建设单位或者其委托的环评机构,作为经济理性人,都会采取成本最小、收益最大的方式去“公开”征求公众意见,因而往往只邀请几个利益无关的公众代表作为征求意见的对象,因而会产生代表性差、参与不足的现象。要想使公众参与程序得到真正实施,则规定以“听证会”或“听证会”的方式吸纳公众参与比较妥当。理由是公众参与环评的目的,不仅在于向公众了解当地环境状况的信息,还在于满足公众的知情权,使公众了解建设项目的污染程度如何,可能的风险是什么,以方便公众表达其意见和利益诉求等等,因而需要开发商、公众以及专家学者参与、沟通和论证,听证会与听证会恰恰是满足此种功能需求的最佳方式。听证会与听证会的最大区别是,听证会的公众参与范围更广,使所有居民都有平等参与的机会,而听证会的规模相对较小,一般以居民代表参与。在国外,为适应不同行政行为所要求的不同正义,听证的形式主要区分为“听证会”、“听证会”和单个听证。一般而言,当行政行为需要广泛听取众多当事人或不特定范围内的民众意见时,应召开“听证会”(类似立法听证);如果行政行为涉及相互有争议的多个当事人时,召开适当规模的以辩论和质证为主要内容的“听证会”;而当行政行为涉及单个或相互无争议的多个当事人时,则进行个别听证。[11]由于我国《行政许可法》并没有对听证会与听证会以及单个听证做出区分,因而这类听证方式在法律用语上被统称为“听证会”。

在环境影响评价过程中,举行“听证会”或者“听证会”,使居民、相关的机关、团体以及专家学者一同参与进来,咨询、论证、沟通、协调,以期达成共识,对减少日后环保抗争、自力救济事件的发生具有重要意义。我国《行政许可法》对“听证会”与“听证会”,一律统称为“听证会”,揣测其原因在于立法的目的强调的是对“听证”程序的关注,而不是对听证规模的关注,因而,统称为“听证会”也无可厚非。

听证程序的设定,在于强调“透明性”和“参与性”,其来自于自然正义原则,为各国的立法、司法或行政程序所采用。听证一般分为正式听证和非正式听证。正式听证程序一般应举行两造争讼式的辩论,听证过程应当记录,并且听证结果具有“案卷排他性”效果,决策机关依据听证记录做出决定;而非正式听证主要给予程序当事人表达意见的机会,决策部门并不以听证记录做出决定,仅仅是需要斟酌程序当事人的意见。

我国的《环境影响评价法》对建设项目的公众参与环节没有明确规定,而《公众参与办法》所规定的听证会,明确规定了听证的程序,似乎属于正式听证,但没有明确听证笔录的效力,也属于立法中的“半拉子工程”。而从该《公众参与办法》所安排的听证会主持人以及参会代表都由开发商或其委托的环评机构遴选或指派观察,此听证并非正式的听证,只具备听证的形式不具备其实质内容。正式的听证是两造对质,互相辩论,主持人立场居中,引导双方将所争议的事实明朗化,而此处的立法安排,由于主持人和参会代表都由开发商遴选,这已经从根本上背离了正式听证的本意,因而其后的程序安排已经没有多大意义,从此推断其应当属于非正式听证。

无论“听证会”或者“听证会”,通知公众参与是最重要的一环。而《公众参与办法》没有明确通知的方式,其所规定的“采用便于公众知悉的方式”,向公众公开有关信息,以及“向公众公告”征求公众意见的事项以及公众提出意见的主要方式等,过于笼统,因而会影响公众参与的广度和深度。这也是造成公众参与不足的原因之一。建议应当规定由开发商委托项目所在地的乡镇政府或者市区政府代为通知,通知方式可以在政府网站发布公告,或者在街道办张贴通知,在乡村可利用广播喇叭的通知方式告知公众参与。通知的内容除了告知时间、地点、会议内容以外,还应当告知公众发言的申请方法和申请期限,等等,以便公众参与真切地得以实施。

### 4. 听证主持人的选择问题

“天庭上的众神失和了,世界濒临灾难的边缘。谁来调解仲裁呢?血气方刚的容易受水仙女的引诱,老于世故的又不敢对权势直言。天上地下找遍了,也找不到合适的人选。最后,天帝身边站起一位白袍金冠的女神,拿出一条手巾,绑在眼睛上说:我来!众神一看,不得不点头同意:她既然蒙住了眼睛,看不清纷争者的面貌身份,也就不会受他的引诱,不必怕他的权势”。[12]P145因此,听证主持人必须具有“正义的蒙眼布”,具有中立和公正的立场。比如,美国《行政程序法》规定,主持听证的行政法官必须与案件没有利害关系,并且不得与任何一方当事人单方面接触;听证参与者在听证过程中以口头或者书面方式提出证据进行反驳,并可以相互交叉询问和质证,直到查清相关事实;在这样的听证程序中,除了程序主持者不是一个法官之外,其他方面已经完全接近于一个对抗制的审判程序。听证笔录的做出,对最后决定具有排他性的效力,行政决定必须得到听证记录中记载的“实质性证据”的支持。[13]

而反观我国环境影响评价的制度安排，听证主持人以及记录员都由开发商选择，开发商作为利害关系方的一方当事人，与主持人难以排除存在利益关系的嫌疑。由于缺乏对主持人的监督条款，因而在程序设计上，难以确保公众参与的正当性。那么，主持人由谁选定，由谁担当，便值得研究，可以考虑由政府担当主持人或由政府建立的专家库中随机抽取的专家学者主持，这将是一个比较可行的思路，但这种政府指派主持人的参与性质，只作为行政指导意义上的功能，而不是法定的，如果有公众推选的、更加合适的主持人，则可以由被推选的人担当主持人。但总体说来，由开发商组织的听证会，并非实质意义的听证。因为听证制度往往产生在立法、司法和行政领域，在做出决策前需要充分考虑利害关系人的意见和建议。而开发单位举行听证会，一是权限不够，即不具备决策能力；二是听证效果不明，即听证记录的效力难以确定。因而确切地说，这种听证会应当是由开发单位召开的公开说明会。即通过一种貌似听证式的程序向公众传达相关的环评信息，并听取公众发表意见和建议，以利于开发商顺利进行环评。笔者认为，在环评制度中，真正意义的听证，应当是环评许可阶段由环保部门组织的听证。其法律依据是我国《行政许可法》的规定，此外原国家环保总局于2004年颁布的《环境保护行政许可听证暂行办法》也是依据之一。

根据我国《行政许可法》的规定，除了法律法规以及规章所规定的必须进行许可听证的事项外，涉及公共利益的重大行政许可也应当举行听证。听证主持人由行政机关指定，但不得由审查该许可申请的工作人员担任。至于听证主持人的身份是专家学者、律师还是公务人员，该法并没有进一步规定。但该法规定听证的结果具有一定程度的案卷排他效力，行政机关应当根据听证笔录做出行政许可决定。

针对环境影响评价的行政许可而言，虽然相关的法律法规并没有规定必须进行听证，但由于涉及重大的公共利益问题，在没有利害关系人申请听证的情况下，环保部门也会出于决策的正当性考虑，往往主动进行听证，以便获得听证笔录，为环评许可的行为提供正当性依据。为了规范环境保护行政许可活动，提高环境保护行政许可的科学性、公正性、合理性和民主性，2004年原国家环保总局颁布了《环境保护行政许可听证暂行办法》，专门针对环境许可的听证程序作出规定。其中规定听证主持人应当由“环境保护行政主管部门许可审查机构内审查该行政许可申请的工作人员以外的人员担任”。这一规定虽然遵循了职能分离原则，但这种职能分离只是行政机关内部的职能分离，即听证和裁决职能由行政机关的不同工作人员行使。但由于这种内部的职能分离、人事编制都在同一机关，因而主持人的独立性不能保障。为了进一步确保主持人的中立性，该《暂行办法》还同时规定“环境行政许可事项重大复杂，环境保护行政主管部门决定举行听证，由许可审查机构的人员担任听证主持人可能影响公正处理的，由法制机构工作人员担任听证主持人”。上述规定将主持人的身份界定为行政机关内部的公务人员，排除了有学者所建议的专家主持人<sup>[14]</sup>或者律师担当主持人的可能。笔者认为由公务员担任主持人，其合理之处在于：一方面从业务知识考虑，环保机构的内部人员以及法制机构工作人员比较专业，能够胜任这一工作；另一方面，由公务人员担任主持人，问责比较容易，一旦发现主持人有徇私舞弊等行为，可以追究其行政责任乃至刑事责任，这一点体现在该《暂行办法》的第36条的规定当中。而如果由专家学者或者律师担任主持人，只是从人事编制的隶属关系方面保证了主持人的独立性，但并无经验证明其在立场上的中立性优于机关内部的公务员。相反，如果政府机关欲事先“授意”或“收买”主持人的话，专家学者或者律师并不具备天然的“免疫”能力，经验证明其对抗政府机关的能力并不强势于机关内的公务员。反倒是因为其人事编制不属于公务人员，导致对其主持活动所进行的监督以及问责方面更加困难。在没有证据证明其他方式是更优的选择时，维持目前的状况也许是合理的。但并不是说，目前的这种安排没有弊端。听证主持人在整个听证过程中具有核心地位，其通过发问、引导、审核证据、指挥听证使得问题的争点逐渐明朗，可以说听证程序的实施效果在相当程度上取决于听证主持人的知识经验、法律及道德素养以及个人所持的不偏不倚的观点立场。这一切都要求对主持人的遴选具有特别规定，而我国目前的法律规定恰恰在此存在缺漏。主持人的独立性或中立性要求其必须具有超然的法律地位，但目前这种关于许可的听证安排，由许可审查机关内部的公务员担任主持人，由于身份的隶属关系，其尚不具备超然的法律地位。而由法制机构的工作人员担任主持人，在独立性方面有了更进一步的保证，但这种情况仅适用于重大复杂的许可事项。笔者认为，既然听证程序的进行是以牺牲效率为代价，而追求公平正义，并且现有法律法规以及规章又赋予了听证笔录的案卷排他效力，则听证主持人的独立性是需要必须予以保证的。因而，无论是重大复杂的许可事项还是普通的许可事项，就目前来说，都应当由法制机构的工作人员担任主持人，除非有更好的主持人遴选制度取代之。

从其他国家听证主持人的选择来看，美国主持听证的行政法官是行政机关内专门主持听证的法官，在一定程度上独立于所在的行政机关，不受行政机关长官的直接控制。<sup>[15]</sup>P281而在日本，听证主持人通常是行政厅指定的职员，并且也没有采取职能分离原则，听证主持人的作用是给予当事人充分的主张、举证的机会，调查行政厅拟做出的处分的原因事实是否存在，主持人并不积极地追求真实，也不能行使行政厅所拥有的调查权，而是在充分听取当事人及参加人主张的基础上，检查行政厅所要做出的处分是否有错误，以确保行政权的公正行使，从而保护相对人的合法权益。<sup>[16]</sup>P863-864美国与日本在主持人遴选方面存在差异，原因在于：美国的行政听证是正当法律程序的主要内容，听证主持人

不仅具有组织听证的权力，还有做出初步决定的权力，或者对行政决定做出建议的权力。如果行政法官做出了初步决定，在规章规定的期限内无人提出要求该机关复议的申诉或者动议的，该初步决定无需经过其他程序可成为该机关的决定。[16]P282因而主持人的独立性要求相对要高。而日本的听证主持人仅有主持听证的权力，没有行政决定权，听证结束后，主持人制作记载听证审理经过的听证调查书和记载主持人意见的报告书，行政厅接受听证调查书和报告书后，在充分参考、斟酌调查书和报告书的主持人意见的基础上做出具体的决定。[16]P868-869我国目前的听证制度安排与日本的听证制度接近，主持人由行政机关指定，只有组织听证的权力，没有做出初步决定的权力，听证结果形成听证笔录，类似于日本的听证调查书，但主持人没有权力附具自己的意见，最后行政部门根据听证笔录做出行政决定。针对环境行政许可而言，根据《环境保护行政许可暂行办法》第30条的规定，环境保护行政主管部门在根据听证笔录做出许可决定之后，还应当在许可决定中附具对听证会反映的主要观点采纳或不采纳的说明。这一规定说明，我国的环境行政许可听证制度并没有建立如同美国那样的案卷排他原则。<sup>①</sup>而案卷排他性原则是美国听证制度的核心内容，在此基础上，美国又建立了禁止单方面接触的原则，进一步保证了主持人的公正性。由此观之，美国的行政听证，更像是发生在行政机关内部的司法审判，因而，其对主持人资格的要求比较严格，这也是“行政法官”称谓的由来。[17]P448而反观我国的行政听证更多的是在听取利害关系人的意见表达，通过听证这一程序安排，使得听证参加人陈述意见，表达利益诉求，以便于决策机关更加科学理性地做出决定。听证功能的不同，决定了主持人遴选制度的差异。笔者认为，在我国还没有赋予听证结果的案卷排他效力之前，为保持主持人的中立性，由法制机构工作人员担任主持人是较为合理的选择。而参照美国的做法，建立专门的听证法官制度虽是上策，但考虑到制度的成本问题，以比例原则分析，目前尚不适宜。但笔者相信，随着依法行政的发展和人们法治理念的提高，参照美国的听证制度的建立当是大势所趋。

### (三) 专家参与问题

专家学者曾被称为“社会的良心”。环境影响评价过程中引入专家参与，旨在借助专家的中立性、专业性优势，提高决策的科学性和有效性。专家学者由于置身于行政系统之外，较少受到政绩与目标的驱使，因而容易保持“中立”，运用广泛的信息和知识对环境影响问题以及备选方案做出专业评估，相对于行政官员，专家在相关专业知识方面更具有优势，引进专家参与，无疑可以提高决策的正当性。然而，自实施专家参与环境影响评价制度以来，也暴露出许多问题，总结起来主要存在以下几个方面：

1. 专家的独立性难以保持。“专家的‘独立性’本身只是一个假设”，[18]P295专家也会为利益集团所雇用，为了委托人的利益而放弃“中立性”，从而依据预设的立场而不是专业知识做出“专家意见”。
2. 专家知识的有限性难以胜任“专家决策”的角色。在环境影响评价的问题上，专家所具有的知识优势固然值得肯定，但是，由于环境问题的复杂性并非已有的科技知识所能覆盖，并且，专家也并不能掌握全部知识。以2005年的圆明园东部湖底防渗工程环境影响评价为例，有专家认为“防渗工程对圆明园生态和景观是彻底的破坏”，[19]主张撤掉防渗膜，而有的专家却说“圆明园防渗项目一开始也是持否定态度的，但经过调研以后，总体还是肯定的”，[20]可见专家对同一个问题也难以形成统一认识。此外，专家提供的是技术知识，在价值判断方面未必占有优势，然而，由于环境影响评估中涉及诸多价值问题和技术问题相互纠结的情况，而专家就可能以价值判断代替技术判断，从而造成专家“越位”的问题，比如，怒江水电开发项目，专家在生态美学方面的环境影响评估，难以厘清是技术判断还是价值判断。最后导致为“给子孙留一条原生态河流”，还是“给怒江人民一条出路”的争论[21]上。再者，纵然是环境影响评价允许专家们进行价值判断，而针对像生命健康、儿童的快乐幸福、路边的美景以及令人赏心悦目的设计该怎样评估，仍然是令人困惑不已的问题。

美国在建国之初，就有各种咨询委员会存在，并且在政治生活中发挥着作用，随着各种专家咨询制度诸多弊端的显露，针对该制度的批评和质疑的声音不绝于耳，批评的理由可主要归纳为以下几点：第一，咨询机构的人员往往由阅历和背景相似的人员组成，其建议往往难免有失偏颇；第二，咨询委员会可能会超越自己的技术专长而提出涉及价值判断的建议。如果行政官员一味接受咨询委员会的建议，而未对咨询价值做独立评判，作为私人的专家实际上就获得了公共决策权力，从而构成了对于授权原则的违反；第三，在专家咨询过程不公开的情况下，行政官员有可能利用咨询委员为自己的政策偏好服务，甚至“定制专家意见”，回避公众批评。[18]P300

美国为了保证各种形式的专家咨询机构的建议的客观性以及公众在专家咨询中的知情权，专门于1972年颁布了《联邦咨询委员会法》，该法对于咨询实体的建立、运作、监督和终止都加以了规定。其中对咨询程序和监督机制予以规制，尤其是对专家的中立性、平衡性和活动范围作出规定，具体描述为：[18]第一，“平衡性要求”。平衡性涉及两个方面：一是知识结构的平衡，即专家知识的片面性可能影响决策意见的质量，因此需要不同知识背景的专家综合决策；另一方面是利益的平衡，即专家始终面临着利益集团的诱惑或压力，也面临自身的利益关系，因此，要求咨询委员会成员代表各自的利益集团，避免专家遭受特定机关或利益的不当影响。第二，“开放性要求”。开放性的要求包括了咨询

过程的公开和透明，通过专家咨询过程中的公众参与和公众知识的运用，对专家知识的限度进行校正。第三，“职能单一性要求”。即专家只能就“技术性问题”做出判断并发表意见，而不是提供政策性建议，或代替公共机构做出决策，造成专家角色的“越位”。专家仅提供技术咨询，而决策权完全属于行政机关。

与美国相比，我国在专家咨询方面尚欠缺相关的法律规制。2003年原国家环保总局颁布的《环境影响评价审查专家库管理办法》，只是针对参加专项规划的环境影响评价之审查小组的专家而做出的规定，而并非针对建设项目的专家参与问题而言的。并且，该办法关于专家小组的组成只规定采取随机的方式从专家库抽取，没有涉及诸如上述的“平衡性”、“开放性”以及职能“单一性”方面的要求。从专家库内随机抽取专家组成专家小组，在一定程度上可以在专家的“中立性”方面有所保证，但由于欠缺相配套的公开和监督机制，这一点仍难保证。而对于“开放性”要求，几乎所有的规范性文件都没有规定对专家咨询过程要求充分的信息披露的义务。至于专家被“俘获”，“拿人钱财，与人消灾”问题如何解决，也没有较好的应对策略。总体而言，我国对专家参与环境决策问题还没有一套可行的保障机制。那么，如何发挥专家在环境影响评价中的作用呢？笔者认为以下两点需要考虑：

第一，专家参与与公众参与相结合。环境影响评价具有高度的专业性，非一般民众所能了解，但民众需要了解其自身的利益受到影响的程度，因此，专家学者所扮演的角色，应当是信息提供者或专业咨询者，而不是以其专业取代公众参与。[22]对于公众的利益关切点，专家应当以其知识给予回答。比如，在六里屯垃圾焚烧发电厂案中，公众比较关心的是垃圾焚烧的排放物二噁英的危害性，专家需要向公众说明如何能够从现有技术解决此问题，当今国际上通行的做法如何，一旦排放超过了预定指标，会产生什么危害以及可以采取什么措施等问题。在专家参与过程中融入公众参与，公众作为“对话者”可以向专家表达直接信息，可以提升“专家理性”，即使专家与公众发生认知冲突，也可以使行政决策者获得比较全面的信息，从而为综合决策提供正当性基础。

第二，专家咨询的过程公开化。专家咨询过程的公开，有利于公众对专家的监督，使开发商或政府部门“定制专家意见”的难度加大，专家的一言一行受到公众的监督，因而发言谨慎，小心翼翼，这种对专家的压力使得专家更少“涉足”于价值判断领域，而更多注重从技术方面做出自己的结论，回归专家咨询制度的本位。因此，除了法律规定需要保密的事项之外，公开专家咨询的过程是保持专家理性的最好方法。也许有人会认为，公开专家咨询过程，使其直接暴露于公众监督之下，将使得专家言论过于收敛，尤其是涉及与价值判断相关联的事情方面，将导致专家失语，发挥不了专家的作用。笔者认为，专家失语的后果与咨询公开的效果相比，后者具有更高的价值，不能因前者而废后者。导致专家失语现象正是专家自感知识不足的表现，在这种情况下，政府的决策理性就不能依赖于专家，而应当依赖于公众，甚至“全民公决”。相对于专家“不懂装懂”的发言，专家失语对提升政府决策理性也未尝不是好事，“专家秀”②因而可以销声匿迹了。有学者言：“一个追求秘密目标，或者在有效行使其适当职能所需要的更大的保密范围内行事的政府，将失去人民的信任。”[23]P221专家咨询制度正是长期以来过于保密，才导致公众对专家参与环评失去了信任。

注释：

①所谓案卷排他原则是指行政机关的决定必须根据案卷做出，不能在案卷之外以当事人不知道或没有论证的事实作为依据，否则行政裁决无效。

②在实践中，政府多以咨询专家为名而以事先定好的基调行事，专家论证只是为其决策寻求专业方面的支撑，所谓专家论证只是徒具形式而不具有实质意义，因而称为“专家秀”。

#### 【参考文献】

- [1]汪劲.中外环境影响评价制度比较研究——环境与开发决策的正当法律程序[M].北京：北京大学出版社，2006.
- [2]叶俊荣.环境影响评估的公众参与——法规范的要求与现实的考虑[J].经社法论丛，1993，11.
- [3][美]詹姆斯·W·费斯勒，唐纳德·W·凯特尔.行政过程的政治——公共行政学新论[M].北京：中国人民大学出版社，2002.
- [4]叶俊荣.环境行政的正当法律程序[M].台湾：翰芦图书出版有限公司，2001.
- [5]See J. Landis, *The Administrative Process*, Harvard University Press, 1938.
- [6]张学超.环境影响评价制度研究[J].法学杂志，2003，1.
- [7]William A. Tilleman, "Public Participation in the Environmental Impact Process: A Comparative Study of Impact Assessment in Canada, the United States and European Community", *Columbia Journal of Transnational Law*(1995).
- [8]Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press



(1996).

- [9]叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [10]王迺宇. 永续发展下之无牙老虎——环境影响评估法的检讨[J]. 静宜人文社会学报, 2006, 6.
- [11]肖泽晟. 创举中的缺憾——对《行政许可法》三“亮点”的反思[J]. 南京大学法律评论, 2004.
- [12]冯象. 政法笔记[M]. 南京: 江苏人民出版社, 2004.
- [13]王锡锌. 公共决策中的大众、专家与政府——以中国价格决策听证制度为个案的研究视角[J]. 中外法学, 2006, 4.
- [14]竺效. 环境行政许可听证专家主持人制度初探——兼议《环境保护行政许可听证暂行办法》第8条的完善[J]. 法学评论(双月刊), 2005, 5.
- [15]马怀德. 行政程序立法研究——《行政程序法》草案建议稿及理由说明书[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [16]杨建顺. 日本行政法通论[M]. 北京: 中国法制出版社, 1998.
- [17]王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2005.
- [18]王锡锌. 公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2007.
- [19]新华网. 张正春: 防渗工程对圆明园生态和景观是彻底的破坏[EB/OL]. 2009年11月25日访问, [http://news.xinhuanet.com/video/2005-04/13/content\\_2821931.htm](http://news.xinhuanet.com/video/2005-04/13/content_2821931.htm).
- [20]新华网. 清华沈志良教授: 防渗工程必要 应改善而非全部重来[EB/OL]. 2009年11月25日访问, [http://news.xinhuanet.com/video/2005-04/13/content\\_2822585.htm](http://news.xinhuanet.com/video/2005-04/13/content_2822585.htm).
- [21]蒋福容. 我国公共决策中的专家参与问题及对策研究[D]. 中国海洋大学2009年硕士学位论文.
- [22]王芳筠. 环境影响评估制度中公民参与机制之研析[D]. 台湾暨南大学2004年硕士学位论文.
- [23][英]卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政[M]. 杨伟东等译. 北京: 商务印书馆, 2004  
原载于《政法论丛》2011年第3期