

# 环境保护行政合同基本问题研究

[作者] 常纪文

[单位] 中国社会科学院法学研究所

[摘要] 环境保护行政合同制度是市场经济发达国家遍地采用的一项环境保护和契约行政制度。本文首先阐述了环境保护行政合同的概念和分类,探讨了环境保护行政合同的实质,在此基础上对环境保护行政合同的发展基础和作用进行了分析,进而对环境保护行政合同的缔约根据、缔约目的、主要内容、法律效力、合同的变更和解除及其他的基本问题进行了全面、深入的研究,最后对我国环境保护行政合同制度的建设现状、存在的问题和应采取的发展对策进行了探讨。

[关键词] 环境保护,行政合同,法律制度

契约行政是在社会干预基础之上以社会公共利益优先为口号的更深层次的社会干预,是保证行政管理效率和民主化的有效措施。[1]法国是契约行政制度的发源地,后来德国、日本等发达的成文法市场经济国家通过制定成文法来确认和发展契约行政制度。如现行的《葡萄牙行政程序法典》第179条规定:“行政机关在实现所属的法人的职责时,可订立行政合同……。”1976年的德国《行政程序法》第4章第54条规定:“公法领域的法律关系,可以以合同建立、变更和解除,但是以法律没有相反的规定为限。行政机关尤其可以与行政行为的相对人缔结行政合同,以代替采取选择行为。”美国则是通过扩展1868年制定的“凡是经过法律认可的合众国公共债务,其效力不得被否定”宪法修正案的解释,以及发展判例法来达到承认和规范行政合同的目的。目前,环境保护行政合同制度已成为我国台湾地区和日、美等发达市场经济国家的一项重要环境保护法律制度。而我国大陆的环境保护行政合同制度建设正处于起步阶段,因此有必要总结国外和我国台湾地区环境保护行政合同制度的成熟经验,并结合我国的基本国情逐步发展我国的环境保护行政合同制度。

## 环境保护行政合同的概念、分类和实质

环境保护行政合同“传统上算作公法的规范,但却容许具体的法律关系,就像在私法中那样,以契约来加以创造”,[2]环境保护行政合同是指政府或行使环境监督管理职权的行政机关依据环境法和政府组织法的规定在行政自由裁量权的范围内与行政管理相对人[2]各自的环境权利(力)、权益和义务及相应的法律后果作出约定的协议,具体地讲,是指污染性或生态破坏性设施者或行为者,与厂址地或行为涉及地的环境行政机关或当地的居民团体,就环境影响的设施或行为在有关的技术规范、标准、补偿措施、社区关系以及环境纠纷处理等事项,共同约定并遵守的书面协议。[3]环境保护行政合同除了以协议或合同的基本形式出现以外,还以备忘录、字据、往来电话、信函、电报、附环境保护条件的土地买卖、[4]附环境保护条件的土地使用权出让或转让协议、电子协议等形式出现。

环境保护行政合同是根据合同主体性质的不同、主体地位的不平等及合同目的的公法性来命名的,[1,5]它在日本被称为公害防止行政协定书。公害防止行政协定书制度最早可以溯及1952年岛根县与山阳纸浆公司以及大和纺织公司所签订的备忘录。在该备忘录中,岛根县政府与山阳及大和公司约定他们在设厂时必须遵守县政府的行政指导,并设置完备的废水处理设施,若因水污染造成损害,须依照县所认定的赔偿额赔偿。真正使公害防止协定在日本生根的是1964年横滨市与电力公司所签订有关根岸湾填埋场公害防止措施的协定。此

模式为日本称之为“横滨模式”。[3, 4]环境保护行政合同之所以在日本能够得到长足的发展,主要是由于日本具有官民协调的文化传统,官民双方都不愿意简单地用生硬的法律手段来处理权力和义务的关系。[6]公害防止行政协定书制度在 20 世纪 90 年代初期被我国的台湾地区采用,被称为环境保护行政协议。在美国,联邦的《环境政策法》把促进联邦政府与各州和地方政府以及有关的公共和私人团体(包括企业团体)通过各种切实可行的方式进行合作作为一项国家环境政策(参见《美国法典》第 42 卷 55 章第 4331 条之规定)。而具有市场经济合作色彩的环境保护行政合同制度在该法的推动下得到了长足的发展。比如美国的内政部可以通过《黄石国家公园法》的授权与有关的私人签订公园内公共设施建设和运营合同。

根据不同的标准可以环境保护行政合同进行不同的分类,比较常见的分类方法是依据环境问题的主要类别将其分为环境污染防治与环境改善合同,生态破坏防治与生态质量改善合同,自然资源开发、利用与养护合同等。环境污染防治与环境改善合同又可分为企业的建设与运营环境保护行政合同、污染治理目标合同、排污许可合同、环境保护设施的建设与运营合同等。生态破坏防治与生态质量改善合同又可分为河流疏浚合同、荒漠化防治合同、生态恢复合同、小区美化合同等。在我国常见的生态恢复合同主要有退田还草合同、退耕还林合同、草原保护合同、退鱼转产合同等。以渔业转产合同为例,据 2002 年 9 月 30 日中央电视台经济频道《金土地》栏目的《关注“蓝色国土”》节目报道,河北省秦皇岛市北戴河区为了全面实施海洋功能区划,改善渤海湾的渔业资源状况,区政府拿出一千多万人民币与渔民签订了渔业转产合同。在渔业转产合同中,区政府承诺转产后的渔民可以按照一定的标准拿到渔船赎买费和转产补助,并享受下岗职工的待遇,在转产领取工商执照和收费方面享有一定的优惠条件。一张姓渔民签订合同后,拿到了 11000 元的渔船赎买费和 2000 元的转产补助,以 13000 元为本钱,转产开了一家五金店。区政府最后对赎买的渔船进行了集中销毁。

环境保护行政合同的实质是各级政府及其所属的环境职能部门为了执行环境保护法的规定和完成流域或行政区域环境保护的目标,在法律规定的自由裁量权范围内和环境法精神的指导下,按照环境保护的现状和环境保护行政管理的要求,灵活地与行政管理相对人约定相互的行政法律权利(力)与义务。该类合同往往隐藏着一系列的利益安排机制,如果行政管理相对人遵守合同就会从地方政府及其所属的环境职能部门的行政自由裁量权和有关的法律中获得一定的利益承诺,如物质和精神奖励、税收与收费优惠、信贷支持、技术帮助、延长宽限期、某些事项的许可、地方对中央直接管辖企业的全面支持等,环境行政管理部门也达到了更加严格要求行政管理相对人以完成环境保护目标的目的。否则行政管理相对人就可能吃亏。[7]虽然环境保护行政合同体现了原则性和灵活性的统一,但由于行政管理机关在合同中享有民事主体所不能享受的行政特权,因而环境保护行政合同在性质上仍然是以合同形式出现的行政决定而已。[1]

## 环境保护行政合同制度发展的理论和现实基础

### 环境保护契约行政制度发展的法律基础

在计划经济条件下,国有企业在我国占有绝对的比重,国有企业对我国环境污染与生态破坏的“贡献”也占绝对的比重,因而政府对企业环境的管理主要是对国有企业环境的管理。政府有权以计划者、投资者和管理者的身份过问企业的决策和具体的管理事务,因而政府对企业的环境管理具有宏观和微观的双重特点。虽然企业具有一定的本位利益,但总的说来,国有企业是政府的附庸,处于被命令和服从的地位,国有企业的环境保护权利和义务仍然可

以归属于代表国家行使职权的大政府。在这种环境行政管理体制下建立以协商为基础的契约行政制度,作用和意义均不是太大。随着市场经济体制改革的不断深入,国家的投资人或股东的身份、国有企业的法人财产权与独立经营权逐渐得到了法律的确认,从法律上来说,国家只能以投资者、宏观调控者和行政监管者的身份对“国有企业”的环境行为进行决策干预、宏观调控干预和行政监管干预。因此,法律上的独立性决定了国有企业环境权利和义务的独立性。

虽然具有一定的独立性,在加入 WTO 之前,我国的国有企业在环境保护领域享有其他所有制企业所不能享受的包括减免税、投股、优惠贷款、价格支持在内的优先权、垄断权和其他环境特权,而国外产品因高额的关税和严格的配额限制难以对我国国有企业的国内产品销售市场形成真正的威胁,从整体的经济与技术实力上讲,国内其他所有制企业也难以和国有经济抗衡,这就造成了同一社会制度下不同所有制和国别的企业享受不平等待遇的现象。加入 WTO 之后,不平等环保待遇制度的存在与 WTO 的国民待遇和公平竞争规则是相抵触的。WTO 规则并不反对国有企业在环境保护法律制度的适用方面享有特殊的待遇,但是成员国必须按照 GATT 第 17 条第 1 款甲项的规定,“建立或者维持一个国营企业(不论位于何处),或对一个企业正式或事实上给予独占权或特权时,这种企业在其有关进口或出口的购买和销售方面的行为,应符合本协定中关于影响私商进出口货物的政府措施所规定的非歧视的一般原则。”因此强调国有企业与其他所有制企业在财产权与经营权方面的平等独立性是非常必要的。

企业依法享有了相对独立且平等的财产权与经营权,在国有财产所有权由国家资产管理委员会行使的情况下,政府必须改变其对企业的环境保护监管方式,即改直接监督管理为宏观调控(如通过污染排放总量指标的分配来控制企业的环境污染)、行政指导和违法性监督管理。这种职能的转变,在原有环境法的框架之下,必然产生以下两个问题:其一,国有企业与其他所有权属性的企业在内部环境管理方面的问题难以被政府及其环境行政机关全面、充分地知晓;其二,政府与其环境行政机关的一些政策及其实施计划以及执法的真正意图难以被企业掌握,甚至经常被误解。因而加强政府及其环境行政机关与企业的沟通与协调是非常必要的。

只有充分地沟通,企业才能知晓政府的规划、政策的具体实施计划和将要采取的行政监管措施,才能知道环境保护市场的需求和供给状况;环境保护行政执法部门才能全面、充分地把握企业的经济效益、利税、就业、历史贡献、管理水平、技术与工艺流程等情况,才能了解企业需要什么,有能力采取什么行动,才能科学地采取宏观调控、行政指导和行政监管对策。企业作为国家的纳税者,是国家建设和解决就业问题的贡献者,是政府和环境行政机关的主要供养者,因此,环境行政执法目的不应局限于处罚,还包括采取技术与指导、资金补助、外资贷款担保、协助把污染集中处理设施的建设纳入国家计划或国债发行计划等措施帮助企业解决环境保护问题。在法律允许的范围内只有最大限度地顾全环境保护与经济发展、劳动就业与社会稳定的关系,环境行政机关的执法才是可持续发展意义上的服务性执法,才是代表纳税人、社会和国家利益的理性执法。当然,沟通与协商的范围是有限的,除了任意性的行政法律事项和行政自由裁量权范围内的事项能够采取契约行政的措施之外,对于环境法的强制性规定事项,只能做工作而不能讨价还价。

在法律允许的范围内充分协商后,为了巩固协商与沟通的成果,有必要用以符合政治、法律和道德要求的形式进行巩固。合同就是最基本的巩固形式。合同当事人之间的协商成果一旦以某种形式固定下来,环境保护行政合同就产生了,也就产生相应的法律、政治和道德约束力。

## 环境保护契约行政制度发展的政治、经济和社会基础

环境保护契约行政制度的发展可能源于国家和人民对环境问题的深层次分析和了解。一般来说,中央企业与地方政府、居民之间的事后环境纠纷不能简单地被描述成地方要钱和执意拒绝污染,地方企业与居民之间的事后环境纠纷也不能简单地被描述成居民要钱、讹诈甚至与企业作对。实际上,事后的环境行政纠纷往往是由当地的土地区划不当、市场准入条件不公平、产业与就业政策欠妥、交通设施的使用与保养费用分担不公、交通噪声与其他环境问题扰民、水电供应不足、社会福利设施拥挤、中央与地方的权力和财政分配有矛盾、环境损害的补偿机制落后且缺乏预防性等复杂的问题引起的。而对于这些带有政治、经济和社会性色彩问题的解决,法律不可能规定一整套有效的解决方法。因此有必要在不违反法律的情况下,发挥双方的主观能动性,采用政治、经济、社会和法律协商的方法,用书面的形式把协商的成果巩固下来。这就是环境保护契约行政制度能够在市场经济条件下得到发展的根本原因。

## 环境保护行政合同的作用

环境保护契约行政之所以受到许多市场经济国家和地区政府、企业和人民的青睐,主要是它能够实现一些传统环境行政监管模式和市场调节所不能达到的效果。

其一,环境保护契约行政能够一定程度地预防环境污染、生态破坏和环境纠纷的发生,有助于环境纠纷得到及时的解决。环境污染和生态破坏一般基于以下三种情况产生:一是不可抗力,二是技术落后或被滥用,三是管理不到位。而后两种则是主要原因。如果环境行政机关和企业之间在环境法律、法规和行政规章的框架范围内就环境保护目标、权利(力)与义务及相关的积极与消极法律后果事先作出明确的约定,那么合同的当事人基于回避消极的否定的不利法律后果的发生,一般是不会主动去违反合同中载明的环境义务的。这样可以促使企业加强内部的环境管理,在经济条件许可的范围内采用符合法律要求的最佳或实用技术,[1]促使行政机关和企业忠实地履行有关的义务,那么环境污染或生态破坏事故的发生几率也就随之下降了,有关各方的权益也可得到充分的保障,新的环境纠纷也就能得到一定程度的预防。环境行政纠纷往往基于环境行为的行政违法或环境危险和妨害而发生。如果环境保护行政合同的当事人没有在环境法律、法规和行政规章的框架内就事故、危险、妨害的发生和解决在法律责任的确定、实现方式、实现程序等方面事先作出明确的约定,那么事后的救济可能不及时、不合理或不充分。[3]

其二,环境保护契约行政能够把法律的原则性规定和具体环境保护活动的灵活性结合起来,合理地控制行政权的行使,协调立场,消除合同各方在环境保护方面的猜忌,有助于环境保护法律、法规和行政规章得到公开、公平和公正的实施。由于事件和行为因人、因事、因地而表现出不同的特点和程度,法律为了把这些事件和行为纳入其视野,只能作出概括或包括部分列举的概括式规定。概括性的规定具有原则性的特点。为了使这些具有原则性特点的法律规范适用于具体的现实生活,在行政法方面,就必须保留环境执法的自由裁量权。自由裁量权的存在就可能产生自由裁量权的滥用,自由裁量权的滥用必然损害权力相对人的合法权益,因此强调环境行政自由裁量权的合理行使是必要的。而环境保护行政合同具有控制行政权力的本质,[1]可以细化中央和地方各项具有法律效力的规范性文件,把合同的各方当事人的权利(力)、义务及相关的法律后果用“白纸黑字”的形式加以固定,摆在纸上,这样既可以避免环境行政自由裁量权的事后滥用,又可以消除合同各方当事人的猜忌。

其三,环境保护契约行政能够弥补环境保护法律规定的不足与空白。法律虽然具有一定

的预见性,把将来可能发生的一些行为或事情纳入其规范的轨道,但是由于立法者专业的局限性和世事的变化莫测,法律的预见性具有一定的局限性。另外由于各种法律关系在现代社会中可能呈现出错综复杂的关系,一些边沿性的事件或行为难免会漏于现行法律的规范之外,因此法律存在不足和空白是难免的。环境行政法存在空白就会使环境行政法的整体实施效果出现缺陷,为了使所有的环境行为符合环境行政法所追求的价值理念,环境保护行政管理关系的当事人可以在环境公法、环境私法、环境社会法基本原则的指导下,在不与现行环境法强行规则相抵触的情况下,充分地协商,公平、合理地确立各自的权利和义务。这样既可以弥补法律规定的不足和空白,又不至于给环境义务的履行者添加不合理的负担。

其四,环境保护契约行政能够充分地顾及和平衡各方的利益,调动各方履行环境保护义务的积极性。以中央直接管辖的企业为例,它的设厂行为一般会涉及到中央和地方、企业和地方政府、企业和当地居民团体的关系。在中央和地方的关系方面,中央往往占有法律地位和权力的优势,按理说,在集权的政治体制下,经过中央批准设立的企业可以不理睬地方的意见和态度在地方直接设厂,但是能够在地方设厂并不意味着这个工厂能够在地方很顺利的开展生产经营活动。因为:首先,地方对中央企业在地方不生鸡蛋只拉鸡屎的经济和环境现象是不欢迎的;其次,中央企业在原料的采购、产品的销售、交通设施的保养、交通噪声的管制、水电的供应、生产经营和社会秩序的维护、子女的就学、社会福利的享受等与地方有着千丝万缕的关系。如果和地方的关系处理得不好,中央企业就会遇到地方政府和居民团体的无形和有形抵制,而这种抵制是难以用法律规定的强制机制解决的。基于此,中央企业为了自己的长远和健康发展,一般不愿意把与地方的关系搞僵。同样的道理,地方企业也不愿意把与地方政府和居民的关系搞僵。因此中央和地方企业从内心的意愿上讲还是愿意让渡部分利益使地方得到一定的补偿的,这为企业和地方政府签订环境保护行政合同奠定了政治、经济和社会基础。企业与地方签订环境保护行政合同并不意味着企业利益的单纯让与,在符合法律原则的前提下,企业也可以在环境保护行政合同中从对方得到一些谅解和支持。[3]如果各方当事人在单个的利益分配和让与问题上难以取得一致,他们也可以采取全部利益分配和让与的一揽子解决方法。通过这种灵活的一揽子协调方式,地方政府和居民的某些合理要求能够得到企业的满足,企业运行的可持续性也就得到了地方充分的保障。因此环境保护契约行政制度不仅可以平衡中央和地方、企业和地方政府、企业和当地居民团体的利益关系,还起到了尊重地方政府的意愿,促进互信,调动各方的积极性,最终达到促使环境保护与经济、社会可持续发展的目的。[1]另外,契约行政还可以促进企业加强技术创造和革新,拥有自主的环境知识产权,促进企业经济的发展。[8]

其五,环境保护契约行政能够扩展环境法的适用范围。主要表现为:首先,环境保护行政合同通过对企业规定比较严格的义务,如日本的无过失责任在法律上仅适用于人身伤害,但在环境保护行政合同中,当事人可以把无过失责任延及财产损害,以日本的《关于南港发电所公害等防止协定》为例,该协议第36条规定:“乙方因南港发电所之建设及操作发生公害致甲方或第三方发生损害时,不论是故意或有无过失,均应立即基于诚意作赔偿。”[3]其次,环境保护行政合同能够把法律没有规定的事项和现有环境法的规定衔接起来,用现有环境法的基本原则和具体规定来指导一些新型的环境行为或活动,如水污染的委托集中处理在江苏吴县市出现时,我国还没有相关的法律规定,但是当地的环境保护行政主管部门、排污企业、污水集中处理经济实体三方面的当事人通过合同法中的民事委托或合伙经营制度确立了环境法未予规定的排污企业、污水集中处理经济实体的法律地位和权利义务关系,通过环境行政法规定的行政代履行或类似于行政代履行制度,解决了环境法规定的污染者治理责任的履行问题。

此外,环境保护契约行政制度的广泛推行有利于市场经济条件下政府职能的转变。环境保护行政合同使行政机关与相对人的关系从单纯的管理与被管理的关系转变为既包括管理

与被管理，又包括服务与被服务的关系，从而增加了间接管理和宏观管理的具体途径。[1] 不过，和传统的硬性环境监管制度相比，环境保护契约行政制度给人一种感觉，那就是政府在一些问题上的妥协和让步。这种妥协虽然把经济的发展和环境的保护、管理和服务结合起来了，但是在现实生活中，一些地方政府为了追求本地区的短期税收利益，地方政府的有关负责人为了寻求企业的选票支持和施政支持（由于工商界既可以左右地方的经济，[8]在人大、政协中的代表享有投票权，因此工商界可以通过投票、经济援助、就业支持、政治声援甚至贿赂的手段享有比公众更大的参与政府决策的特权或具有更大的政府决策影响力），在不触及自己政治地位的情况下往往不愿意主动去触犯处于“上帝”或“供养者”地位的企业经济利益，就可能把一些原则性或刚性的环境保护法律规则技术化、中性化。这样，某些法律明令禁止或严格限制的行为在合同条款的设置或合同的实际履行过程中就变成了有限反对或一般限制的消极执法行为，环境法的强行性规定、公序良俗、价值理念在这种具有政治性色彩的中性或技术性协商过程中就被政府或环境行政主管部门出卖或背弃了。[8]在权力机关直接选举还没有真正起步的情况下，公众由于缺乏对地方政府经济的直接支配力，缺乏对有关负责人的直接政治影响力，只要不出现大的环境政治事件，一些地方政府及其负责人是不大愿意取悦于公众而得罪他们政治和经济上的盟友的。公众的合法环境利益就在政府或政府官员与企业不正当的“合同”暧昧关系中以“公平、适度”管理为由被忽视或淡忘。[8]另外，环境保护行政合同的履行监督也会因为地方政府的政治偏向（主要表现在执政方针和环保、经济政策上）和自由裁量权的不当行使而变得消极或被动。[4]因此，必须采取有效的措施，在环境保护行政合同的签订和履行方面引入强有力的监督制约机制。

环境保护行政合同作为行政合同的重要表现形式，它可以避免环境行政管理机关与行政管理相对人用僵硬和琐碎的环境立法套牢对方，减少单方的行政命令安排，创建行政执法主体与相对人之间的合作伙伴关系；[5]可以弥补环境立法的漏洞与其他不足，克服法律的盲区；可以为企业提供丰富且宝贵的信息资源，为企业提供何去何从的委婉规劝和与企业决策紧密相连的利弊选择，为环境行政法律关系的主体提供一个相互展现诚意与沟通的机制。[3]有利于提高行政管理的效率，转变政府的执法方式，[5]建立一种和谐的政企关系。[7]因而，在美国、日本、法国、德国、葡萄牙等市场经济国家以及我国台湾地区的环境行政管理领域得到了广泛的应用，成为国家干预经济活动和市场结构的有效形式。[7]以昭和 62 年 10 月至昭和 63 年 9 月底的一年时间为例，全日本由地方自治团体与产业者签订的公害防止协定就有 2014 份。[3]我国大陆的行政合同制度已经得到一定的发展，如国有土地出让合同制度、国有企业的承包和租赁合同制度、农产品统购统销或定购合同制度、公用工程建设与运营承包合同制度等，它们可涉及环境保护领域。但在专门的环境保护立法中正式确认环境保护行政合同名称的是 2002 年 6 月 9 日颁布的《清洁生产促进法》，该法第 29 条规定：“企业在污染物排放达到国家和地方规定的排放标准的基础上，可以自愿与有管辖权的经济贸易主管部门签订进一步节约资源、削减污染物排放量的协议……。”

## 环境保护行政合同的缔约根据和缔约目的

在有契约行政立法的国家，有关的法律一般明确规定了环境保护行政合同的缔结事项范围，如法国，对于行政机关参加的环境保护供应合同、运输合同或雇佣合同既可以是民事的，也可以是行政的，但对于环境保护方面的公共工程承包合同、公共工程捐助合同、公务特许经营合同、独占使用公用公产合同、出卖国有不动产合同等则只能使用行政合同。[5]

在没有契约行政立法的国家，在地方政府和环境行政机关缔结环境保护行政合同的缔约资格和缔约权限问题上，有的学者基于依法行政的原理认为行政机关只能依据行政法执法而不能依据所谓的行政合同执法。缺乏缔约资格的规定，行政机关不具备缔约能力，即使缔结

了,协议充其量不过是一项君子协定[4]或行政指导书,地方政府依据该协定对企业进行制裁是缺乏法定力的。有的学者虽然承认地方政府和行政机关的缔约能力和缔约权限,但把环境保护行政合同定位于实质上的民事契约或私法契约。其理由是:缔结环境保护行政合同虽然没有法律上的依据,但如果从平等、自愿协商的角度看,由于该协定是地方政府与企业按照私法的自治原则而缔结的契约,该契约往往与私的法律关系密不可分(如把企业防止公害作为政府转让或出让土地的对价条件),因而也要承认该协定的法律效力。[4]第三种观点基于环境保护的公益特性,肯定地方自治团体有与企业签订有关公法事项合同的资格和权限。[3]该权限虽然没有法律上的明文根据,但地方政府以非处罚的形式进行公共行政活动这一点却不是法律所禁止的。[4]本文认为,地方政府及其环境行政机关必须以环境行政法为执法依据,但是环境保护行政合同中的行政性条款是行政法具体化的产物,属于行政机关自由裁量权的“裁量细则”,虽然它不能成为环境执法的法律依据,但是它阐明了环境行政执法机关的基本执法态度,即如果企业做了合同禁止或限制的事情,行政机关将采取符合行政自由裁量权的与合同规定一致的行政对抗措施。从这种意义上讲,环境保护行政合同中的行政性条款具有类似于规范性文件的间接法律约束力。既然有类似于规范性文件的约束力,一些学者进一步主张肯定其直接的行政约束力也是有道理的。因此,对于属于法定职责和自由裁量权范围内的事情,地方政府和环境行政机关可以在符合“正当和合理行使行政权力”原则的指导下自由与企业协商。对于法律没有授权的事项,地方政府和环境行政机关能否与企业协商呢?本文认为,环境保护行政合同是一个包容性的契约,它包含两方面的具体内容,其一,地方政府作为纯粹的环境公益与非纯粹的环境公益两种利益的代表,其与企业协商的事项属于实质上的民事条款,只要符合宪法以及其他部门法对其代表权的规定,其行使代表权的行为又符合民法的规定,即使法律没有明确的授权,地方政府就可基于合理行使民事代表权的理由与企业协商合同的民事条款。其二,对于法律没有明确授权的社会性事项以及法律规定的非权力性事项的承诺(如企业对地方的回馈措施,地方政府为企业提供体育设施、文化设施和交通上的便利),如属于我国宪法第107条第1款规定的“管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生和体育事业”等政府公共职能范围(德国称之为独立于干涉行政的福利行政)的承诺,那是属于服务于公共行政目的的行政自由裁量权的事情,政府可以要约或承诺;[4]对于企业的民事权利让与承诺,由于企业主体地位的相对独立性,只要企业的承诺是自愿的,它的承诺依据《合同法》的附条件和无条件赠与规定应该是有效的。

对于政府或行政机关能否在合同中给企业创设更加严格的环境保护行政义务和法律没有规定的其他公法性义务的问题,大多数学者认为不能,理由是缺乏行政法的依据。但是如果从企业的角度讲,合同的约定可以看作是它的承诺,这种承诺从私法上讲属于法律没有规定的附条件和无条件的“行为捐赠”自愿承诺,在没有专门法律规定的情况下,这种承诺虽然不具行政法上的约束力,但因为其具有公益性,不论其是否“交付”行为,均应具有私法和政治约束力(我国《合同法》缺乏对公益性行为“捐赠”效力的规范)。从政治拘束力上讲,如果企业出尔反尔,违反承诺,恐怕要得罪地方政府和居民,而企业从内心讲确实不愿得罪地方政府,因而如果没有特殊情况出现,这种附条件和无条件的“行为捐赠”承诺一般会得到不折不扣的履行。如果违反这种承诺的情况一旦发生,地方政府无权强制收取行政处罚性质的违约金,但可以以企业违反行政合同中的民事条款为由提起违约民事诉讼,同时也可采取属于其社会公共职能范围的对抗措施(如实施交通限制、限制用水、限制用电)。在日本和我国台湾地区的环境保护行政合同履行实践中,地方政府强行收取这种违约金,企业也不敢拒绝和起诉。[3]另外,从法律上讲,企业业者有责任协助国家或地方政府实施有关环境保护的政策和措施(参见日本《环境基本法》第8条第4款之规定)。而环境保护行政合同制度的施行属于环境保护政策的实施范畴,企业业者从表面上讲也要配合地方政府实施环境保护行政合同所确定的各项措施。

缔约目的,即缔约所要达到的公务目标,在环境保护行政合同的内容中虽然属于非必要的条款,但是它可以向政府、企业与查阅该合同的市民表明政府在环境保护问题上的态度,这样既可以取得企业的谅解,也会得到选民的支持和拥戴。在日本等和我国的台湾地区,环境保护行政合同中一般含有缔约目的的条款。如1992年3月3日,我国台湾地区宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护协议在开头就载明:“宜兰县政府(以下简称甲方)与台湾水泥股份有限公司(以下简称乙方)为共同确保宜兰地区环境品质、地方民众福祉及兼顾产业发展、对于乙方苏澳厂六号窑更新案之建造与运转有关之环境保护等事项乙方除遵照有关法律规范外,愿以真诚、理性、和谐之信念确实履行本协议之内容……。”[3]再如日本的《关于南港发电所公害等防止协定》在引言中载明:“大阪府(以下称甲方)与关西电力株式会社(以下称乙方)双方,为了确保地域住民的健康及生活环境,对于乙方南港发电所建设及操作所带来之公害,及其他环境上之障碍防止对策,缔结协议如下”。[3]我国《清洁生产促进法》第29条规定的缔约目的是“进一步节约资源、削减污染物排放量”。

## 环境保护行政合同的主要内容

### 合同的主体

由于环境保护行政合同是双方法律行为,所以其主体一般既包括政府或其环境管理行政机关,又包括个人、个体工商户、企业等行政管理相对人。[5]如我国《清洁生产促进法》第29条规定的行政合同的主体既包括经济贸易行政主管部门和环境保护行政主管部门,也包括污染物排放达到国家和地方规定的标准的企业。行政管理相对人作为合同的当事人时,有时不能被选择(如污染物排放总量与浓度削减协议),有时则可以被选择(如环境保护工程建设单位的招投标)。环境行政机关既包括环境保护行政主管部门,也包括水利、海洋、土地、农业、交通等一些行使环境监督管理职权的行政主管部门,它们可以在各自的权限范围内与企业单独签订某些方面的环境保护行政合同,在一些情况下也可以根据具体情况联合与企业签订环境保护行政合同。如果联合缔约涉及的行政机关比较多,其缔约主体的地位可以由它们共同所属的人民政府代表。地方政府作为环境保护行政合同缔约方还有三种情况,一是地方政府作为纯粹环境公益(如公园的保护、自然保护区的保护、水源保护区的保护等)的代表;二是对于那些既属于环境私益又属于环境公益且可能受到企业影响的环境权益,地方政府与企业协商之后形成一个符合“环境私益自治”原则的保护和救济模式;三是地方政府对纯粹的环境公益与非纯粹的环境公益两种利益的共同代表。基于行为能力的限制,除非企业的行为可能侵犯纯粹与非纯粹的环境公益或违反附加在纯粹私益上的公法要求,地方政府不会去主动去干预属于居民纯粹私益的问题。在大多数情况下,地方政府与企业签订环境保护行政合同一般基于两种目的:一是以最符合实际的方式进行环境执法,二是保护自己所代表的纯粹的环境公益与非纯粹的环境公益。如在英国,私人或企业与政府之间具有公共性质的行政合同,应和私合同一样受普通法的规制,政府机关扮演合同当事人和行使公共职能的双重角色。[5]

合同的主体尤其是环境执法机关的代表人问题也是各国发展环境保护行政合同制度所共同关心的问题,如1976年的德国《行政程序法》第4章(公法合同)第61条(立即执行)规定:“每个合同缔结机关都可以实施第54条第2句意义上的合同。行政机关得由其机关负责人、该机关负责人的全权代表,或者具备法官资格或具备德国法官法第110条第2句条件的公务人员进行。”在美国,缔结公共契约获取物品或服务的权力,属于各行政机关的首长。[5]

## 合同的标的

环境保护行政合同的标的在台湾被称为行政合同的标的，在日本被称为行政合同的对象，是指环境保护行政合同所针对的对象。一般来说，关系国计民生的事项、人民群众与自身生存相关的创造财富的事项、能够用具体指标量化的政府直接投资创建的基础设施以及社会公共物品等可以成为环境保护行政合同的标的。[1]具体地讲，既包括与事业建造和生产有关的环境保护行政事项，也可包括工厂对政府和居民的回馈、地方居民在交通、社会福利等方面给事业者特别的容忍和协助等相关的社会性事项等。如台湾地区宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护协议第 1 条约定：“本协议的标的为乙方苏澳厂所拟建造之六号窑更新设备以及既有一切厂矿等设施，于施工建造与完工运转过程中有关环境保护及回馈地方等事项。”但对于法律有硬性规定的事项，如税收减免的标准，则不能成为行政合同的标的。

以产生环境污染的企业为合同一方当事人为例，合同标的一般针对将要建造、改造或扩建的特定项目，往往不牵涉到其他已经存在的相关项目。但在日本，以《关于南港发电所公害等防止协定》为例，该协定就在第 1 条中约定：“本协议以南港发电所及乙方之春日发电所、大阪发电所、界港发电所以及三宝发电所（以下称关系发电所）为对象。”该协定还在第 3 条等其他条款中阐明了南港发电所与其他业已存在的关系发电所在环境保护上的关联关系，如第 3 条第 2 款规定：“除前项所规定事项外，乙方于关系发电所未被认定已满足本协议所定之条件前，不得操作南港发电所。”这充分地说明了地方政府在签订合同的过程中运用行政自由裁量权来一揽子解决一个公司内部所属各工厂的排污总量控制问题。对于这种情况，我国也有类似的立法，比如 2000 年 3 月修订的《深圳经济特区环境保护条例》第 22 条第 2 款规定：“改建、扩建、迁建和技术改造项目，必须对原有污染同时治理。”

在一定的情况下，行政机关可以根据公共利益的需要单方面变更合同的标的，如给付范围和给付量的变更等。[5]

## 当事人的权利（力）、利益和义务

环境保护行政合同既然冠名为“合同”，那么并不排斥一定的缔约自由原则。有关行政合同的权利义务仍然属于当事人自由选择的领域，并没有丧失合同的自由属性。但这种自由对执法机关来说，不是私法自治的自由，而是行政自由裁量权范围内的自由；[5]对行政管理相对人来说，既有公法规定的弹性权利和义务的选择或接受自由，也有私法权利的处分自由。但不论怎样，一些具有普遍意义的民事合同意思表示规则应该在行政合同领域得到全部或部分的体现，如在德国，关于权利义务约定的意思表示问题，依照《行政程序法》第 62 条的规定，应补充适用《德国民法典》第三章（法律行为）第二节（意思表示）和第三节（合同的规定及其司法解释）的规定。[5]

结合国内外环境保护契约行政的实践，地方政府及其所属的环境行政机关的合同权力和义务一般为：地方政府及其所属的环境行政机关享有法律规定和合同约定的行政与业务指导权、监督与调查权、现场检查权、指挥权、单方面的合同变更与解除权（其行使一般以社会公共利益需要为前提条件，必要时应给行政管理相对人一方以经济补偿。这样做的国家有德国）、单方面的合同强制履行权、[1]行政奖励与行政处罚权、行政处分建议权、移交司法机关处理权，承担法律规定和合同约定的承诺兑现义务、行政与业务指导义务、保守商业秘密义务、提供行政保护与帮助义务等。行政主体享受的行政权力和应履行的行政义务一般分别是行政管理相对人所应履行的行政义务和应享有的部分权利。除此之外，行政管理相对人的

权利和义务还有：变更与解除合同的申请权（德国行政法中有情势变更原则，依据该原则，行政管理相对人也可以享有一定的行政合同变更与解除权）、采取措施的自主权、救济权、按质保量地完成行政合同的义务等。一般来说，环境保护行政合同当事人的权利与义务配置一般包括以下几种模式：

其一，环境污染与生态破坏防治等公法性义务的合同化。这种公法合同约定要么符合法律的明文规定，要么与行政机关的自由裁量权范围相一致。环境行政机关不能签订超出法律规定和自己自由裁量权的环境保护行政合同，如《葡萄牙行政程序法典》第 179 条规定：“行政机关在实现所属的法人的职责时，可订立行政合同，但法律有相反规定或因拟建立的关系的性质而不允许不在此限。”英国和其他一些国家有关政府合同的基本法律规则规定，政府不能签订束缚行政自由裁量权的行政合同。被公法合同约定的地方政府及其环境行政机关的公法性义务主要有：加强宣传、提供必要的资料和信息、提供必要的行政指导、公众参与制度的落实、严格与规范执法、为企业提供必要的交通、教育和社会福利等方面的便利。如我国《清洁生产促进法》第 29 条规定：“……经济贸易行政主管部门和环境保护行政主管部门应当在当地主要媒体上公布该企业的名称异己节约能源、防治污染的成果。”该法第 33 条规定：“对……本法第二十九条规定的自愿削减污染物排放协议中载明的技术改造项目，列入国务院和县级以上地方人民政府同级财政安排的有关技术进步专项资金的扶持范围。”被公法合同约定的企业的公法性义务主要有：工厂遵守国家和地方规定的环境影响评价、环境监测与记录、排污申报、污染物排放浓度与总量控制、设备与工艺的限期淘汰、现场检查等环境法律制度。之所以对企业的公法性义务作出公法性的合同约定，其目的—是为了向企业明确企业应该遵守的“刚性”环境保护义务，二是地方政府及其环境行政机关可以在自己的自由裁量权范围内决定符合企业实际情况、满足环境保护实际需要的义务履行时间、履行地点、履行方式（如环境检测义务的进一步完善）等。

其二，环境污染与生态破坏防治等非公法义务性质的自愿行为的合同化。这主要针对行政管理相对人而言的，即企业在应遵守的公法义务之外，还可以主动作出或应环境行政机关的希望或环境行政机关有对价条件的要求作出双方同意的额外的环境保护行为（即环境法没有规定的行为，如振动防止、电波辐射防治、自然景观与绿化修复、“泡泡政策”的运用等），或履行比环境法规定更严格的合同义务，如企业在地方核定的排污总量指标之内再削减污染物的排放总量，企业实施符合 ISO14000 和 ISO9000 系列的认证，企业严格的交通管制等。从行政法的原理上讲，地方政府要求企业履行额外的或比环境法规定更严格的义务是违反依法行政的原则的，是无效的行政行为。但是如果从民事合同的原理上讲，企业之所以在没有胁迫、欺诈的情况下还最后在合同上签字，说明企业本身是愿意承担这种义务的（这种愿意一般基于这种义务有对价或其他非对价的其他利益承诺），这种自愿性的承诺行为属于私法上的副条件或不附条件的“捐赠”性质的单方承诺。这种承诺一经作出，只要所附的条件成就，其效力就应得到法律的保障。在一定的情况下，地方政府一旦作出环境保护法律没有规定的但属于其公共职能范围的义务承诺，它就必须忠实地履行该承诺。

其三，双方的协助与谅解义务。地方政府的协助与谅解义务主要为：地方政府对工厂建造过程中的建设扰民现象，如交通拥挤、灰尘、短时噪音等现象予以一定程度的谅解；地方政府对企业正常生产过程中所产生的诸如交通堵塞、交通噪音、偶然性的噪音、恶臭扰民等环境问题，予以一定程度的谅解；地方政府对企业排放污水给清洁水体造成法律容忍的负面影响予以一定程度的谅解；地方政府对企业职工占用本社区的福利设施（如教育、健身设施的占用）予以一定程度的谅解；工厂在发生非常的事事故特别是火灾与环境污染、生态破坏事故时，地方政府有协助执行紧急措施的义务。企业对地方政府的协助与谅解义务主要表现在：为地方政府及其环境行政机关对企业的生产经营和运输行为进行监督提供便利；企业为地方政府及时地提供环境信息方面的必要资料；为企业所在或受影响的社区建设或完善一些福利

设施,如中小学设施的建设和维护,居民健身设施的建设和维护,道路的建设、拓宽与维护,自来水的建设与设施的维护,实施绿化美化工程等;为企业所在或受影响的社区优先提供就业的机会,如提供商业服务区、提供企业内的就业岗位等,设立奖学金、灾难救助金、开放厂内设施等(我国台湾地区的环境保护民事协议书一般设有约定这些回馈事项的条款)。企业的承诺虽然无行政法上的效力,但由于一般其属于附条件的单方私法承诺,其私法上的法律效力和道德上的约束力是显而易见的。地方政府的承诺如属于行政职权范畴的事项,则具有行政法上的拘束力。如不属于行政职权的范围,则具有私法、道德和政治上的约束力。

## 法律责任的设定

其一,责任形式的设定。从上面可以看出,环境保护行政合同的订立对环境行政机关来说是一种依职权产生的行政行为,这种职权行为必须基于政府或环境行政管理机关管理社会公共事务的职权或法定的自由裁量权产生。由于环境行政机关在合同中约定的处分权不能超越其法定的职权,所以环境行政管理机关的处分权有限,处分权的有限加上双方当事人地位的不平等决定了环境保护行政合同适用范围的有限性。适用范围的有限性决定了环境保护行政合同违约责任形式的有限性,即并不是所有的环境法律责任形式都可以因环境保护行政合同违约而产生。因此,环境保护行政合同与环境保护民事合同的违约责任形式、责任产生条件和实现方式、实现程序是有区别的。值得注意的是,并不是所有的国家都承认政府对其违约行为有承担法律上的违约责任的义务。直到1947年,英国颁布的《王权诉讼法》(the Crown Proceeding Act)通过规定平等责任规则才把法律责任延及政府的行政行为,标志着英国中央政府的合同责任和侵权责任在1947年才得以最终确立。

一般来说,地方政府在其职权范围内签订的环境保护行政合同属于包容性的合同,既包括民事性的内容,也包括行政性的内容。行政性的内容既包括形式上属于行政性内容而实质上属于民事代理内容的条款,还包括无论形式上还是实质上都属于行政性内容的条款。对于这些约定均应设置相应的行政和刑事责任。一般来说,刑事责任的约定较为原则,必须符合刑法和刑事诉讼法的规定,如可以约定轻微环境刑事自诉案件的私法解决方式。行政责任的约定范围一般限于:其一,罚款。日本的公害防止协定一般没有约定明确具体的罚款责任,而在我国的台湾地区,以我国台湾地区宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护协议书为例,该协议把罚款载在第11条的“违约金”和第12条至14条的“罚则”之中。罚款在这几条之中被称为违约金,其动支仅为地方环境保护与公共建设之用,这与大陆的罚款统一纳入财政预算既有相同之处又有不同之处。其二,责令限期改正。如日本《关于南港发电所公害等防止协定》第34条(违背协定时之处置)第1款规定:“甲方于乙方违背本协定事项而造成公害时,或被认为有造成公害之虑时,得要求乙方于一定时间内,寻求违背事项之改善措施。”其三,缩短营业时间或停止操作。如日本《关于南港发电所公害等防止协定》第34条(违背协定时之处置)第2款规定:“甲方认为前项事故有带来南港发电所周边地带明显损害之虑时,得对乙方指示暂时终止操作,乙方必须遵从。”其四,限期治理。在中国大陆,限期治理目前仅局限在大气污染防治方面的法律责任之中,在水污染、海洋环境保护等方面,其性质仍为行政要求。其五,责令停产治理、责令关停并转等。企业的民事性质的行政责任约定包括三大类,一是企业违反“捐赠”即自愿行为的责任,二是企业侵犯国家环境权益的责任,三是企业侵犯居民人身、财产和其他私权的责任约定。对于第三类责任,环境保护行政合同在约定时不能干涉居民的私法处分权,只能划定一个有利于纠纷得以解决的合法原则轨道。如日本《关于南港发电所公害等防止协定》第36条(损害赔偿之诚实履行)中规定:“乙方因南港发电所建设工程及操作发生公害致……第三方发生损害时,不论是故意或有无过失,均应立即基于诚意做赔偿。”

其二,责任实现方式与实现程序的设定。环境保护行政合同责任的实现包括行政管理相对人的责任实现和政府及其环境行政机关责任的实现两个方面。对于前者,如责任属于环境行政责任的范畴,按照环境行政程序法的规定处理;如责任属于违反私法承诺应承担的私法责任,可以通过民事诉讼的途径处理。对于后者,可以由行政管理相对人通过申诉途径处理,如果争议属于行政诉讼法规定的受案范围,可以通过行政诉讼的途径处理。在奥地利,包括环境行政契约在内的行政合同纠纷,除了法院享有一定的裁判权外,非当事人的有关行政机关在确定违约方并命令所规定的制裁方面也享有一定的处理权。[2]

## 环境保护行政合同的效力

合同的生效是必要条款,它包括即时生效、约定日期的生效、附条件的生效等方式。环境保护行政合同的失效是任意条款,合同一般因任务的完成、违反法律的强行性规定和合同规定的其他情况而失效。

意思表示的真实性和违法性是决定环境保护行政合同效力的两个关键性因素。对于具备违法性因素的行政合同,一些国家规定合同全部无效,不存在可以撤销的问题。如德国 1976 年的德国《行政程序法》第 4 章(公法合同)第 59 条(合同的无效)规定,如果合同与法律规定的强制性事项抵触,或行政机关签订合同所依据的职权行为无效,或者不具备缔结和解除合同所具备的先决条件,或者程序或合同的形式严重违法的,合同应该被确认为无效。一些国家则认为可以部分无效或可以撤销。有关合同条款效力的具体情况,本文已经论及。与之相关的两个问题,一个是环境保护行政合同能否公证的问题,一些学者基于公证法的公证范围认为行政合同是不能公证的。但是本文认为,由于环境保护行政合同是一个包容性质的合同,因此,对于其中一些民事行为和事实的约定(包括实质上的民事行为和事实的约定)肯定属于公证的范围。而对于一些实质上的行政约定,因为其具有一定的公定力,各国的公证法一般没有明确规定其可否公证的问题。[3]但在合同的实践中也有一些要求公证的事例,如我国台湾地区宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护协议第 21 条约定:“本协议签订后,由双方共同申请宜兰地方法院公证后生效。”宜兰地方法院对这个法律没有规定的事项进行了公证的尝试,但高等法院却对这一问题作出了不得公证的决议。[3]另一个问题是,环境管理机关违反环境保护行政合同,行政管理机关可否提起行政诉讼的问题。大多数学者认为,环境管理机关的行政合同行为虽然以合同的形式出现,但其实质仍然是一种以实现特定行政管理目标为目的的侵犯行政管理相对人权益的行政权力行为,因此只要该环境管理机关的行政合同行为属于其公共职能或法律规定的自由裁量权范围,而且行政诉讼法把之纳入受案范围的,可以提起行政起诉。[1]

## 环境保护行政合同的变更和解除

合同的变更则属于环境保护行政合同的任意条款。在合同有规定的时候,变更环境保护行政合同就依合同的规定,如果合同没有规定,那么就由双方协商解决或依照合同的缔结程序重新缔结新的环境保护行政合同。如日本的《关于南港发电所公害等防止协定》在第 41 条 6 中载明:“关于本协议未规定而有必要规定时,或本协议所规定事项而有必要变更,或本协议所规定事项发生疑义时,双方得依协议另行订定之。”再如宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护协议第 16 条(协议之修订)规定:“本协议如有未尽事宜,双方认有必要时,得随时修订之。”在正常和一般的情况下即符合法律规定和合同约定的情况下,有关当事人可以解除合同,如 1976 年的德国《行政程序法》第 4 章(公法合同)第 60 条(特

殊情况下的修改和解除)规定：“对确定合同内容具有重要意义的关系，在合同缔结后发生重大变更，以致不能期望缔约人一方遵守原合同约定的，则该缔约人可要求修改关于业已变更的关系的合同条款，或如不能修改或不能期望缔约人进行修改的，该当事人可以解除该合同……。”在行政合同关系中，相对人的个体利益始终处于国家利益和公共利益的从属地位，从属性决定了相对人不可能对抗国家的有关合同变更和解除等行为的意志，不可能强迫政府机械地按照合同的规定完全履行义务。由于存在公共利益优先和依法行政的必要，行政机关通常享有不同于私法领域平等的合同变更和解除权的行政合同变更和解除特权，如1976年的德国《行政程序法》第4章(公法合同)第60条(特殊情况下的修改和解除)规定：“……行政机关为了预防和免除公共利益遭受重大损失的，可以解除合同。”在一些情况下，行政机关往往还享有一定的合同自觉履行或强制履行的指挥权。[5]在一些英美法系国家，法院在肯定私法原则的同时，也发展了一些处理行政契约方面的特殊法律规则，其中的“契约不能限制行政机关自由裁量权的行使原则”和“禁止翻供原则”，就允许政府在任何情况下的行为自由。但是法国等国的法律规定，行政机关单方面的合同变更和解除权的行使一般需以支付一定的经济补偿或赔偿为前提条件。这就妥善地处理了依法行政与契约自由的冲突关系，[5]妥善地处理了国家利益、公共利益和个人利益之间的冲突。

值得注意的是，许多国家的行政法和行政程序法规定，未经法院或行政机关的首肯，行政合同的行政管理相对人方当事人不能以行政机关的过错或者给付的迟延为由不履行合同的义务，或者擅自解除或者变更合同。即使理由是正当的，也是这样。[5]

一般来说，环境保护行政合同的变更和解除基于以下两种情况产生：其一，事件。是指与环境法律权利和义务主体意志无关的社会事件或者自然现象，如洪涝灾害、不可抗拒的火山污染灾害、战争和恐怖活动引发的环境污染事件。其二，行为。是指能引起环境法律权利和义务产生、变更、消灭的能够为人所控制的行政和司法行为。环境行为可分为环境法律行为和环境不法行为，前者如经过许可向环境排放达标物质的行为，后者如非法排污、超标排污、拒交排污费的行为。

## 环境保护行政合同的其他基本问题

### 合同履行工作的沟通、协调与联系

为了保障合同的约定能够得到顺利的遵守，建立双方当事人的沟通、协调与联系渠道是非常必要的，以我国台湾地区宜兰县政府与台湾水泥股份有限公司签订的环境保护行政合同书为例，该协议在第2条约定：“……双方同意各推派代表两名，负责沟通、联系协调等工作，以有效执行本协议之相关事宜。双方应于本协议书签订后十日内，将代表名册函送约定之送达场所，代表有异动时亦同。”

### 合同的监督、解释

由于政府及其环境行政机关享有环境行政监督权，因而不问他们是否是合同的当事方，它们都可以对环境保护行政合同的签订和履行进行监督。[1]行政机关在行政管理相对人履行合同不合约定时，可以直接采取行动，而不需要借助司法救济和其他公共救济手段。解决的手段主要有终止合同、中止或暂停相对人的合同权利、进行行政处罚等。[5]除此之外，合同还可以约定其他的监督方式。如日本一些地方的公害防止协定书设立了监督委员会的机

构。在我国的台湾，环境保护行政合同监督机制的履行依靠监督委员会实现。该委员会由双方共同遴选公正的社会人士及专家、学者组成，人员的人数为单数。监督委员会的职权一般包括解释合同、认可环境污染与生态破坏事故的鉴定、环境污染或生态破坏行为与损害结果之间因果关系的证明或推定、损害范围的确定、违约金与损害赔偿金计算方法的确定等事项。[3]在外来因素的干预下（如行政机关干扰或消极行政），监督委员会如无法正常地行使职权或无法发挥应有的合同履行监督作用，环境行政机关也无法或者没有履行法定的监督职责，致使周围居民的环境权益遭受企业的损害时，那么附近地域的居民可以在合同之外寻求国家公法规定的公力帮助，[9]即依据《行政事件诉讼法》的规定，提起取消许可的取消诉讼，提起要求行政机关履行其行政义务附带义务的行政诉讼，代替公共团体提起追究企业不法行为责任的诉讼，提起要求行政机关赔偿其违法行政给附近地域居民造成损失的诉讼等。[4]在一定的情况下，政府环境保护公共职能的享受者，也可以根据法律赋予的权利监督或者督促行政机关履行相应的合同义务或者监督职责，[5]如日本的《行政事件诉讼法》规定了取消诉讼、附带义务的诉讼、民众诉讼和国家赔偿诉讼制度，可以起到监督合同签订与履行的作用。在美国，行政合同的当事人可以申请法院或公共契约申诉委员会对合同进行被动式的事后监督。

## 我国环境保护行政合同制度存在的问题及其对策

### 环境保护行政合同制度的现状及其缺陷分析

如前所述，环境保护行政合同制度能够把环境执法的原则性与灵活性最大限度地统一起来，能够尊重并考虑企业的经济利益和内部管理机制，因而于环境保护与经济发展都有好处。可是，环境保护行政合同制度涉及地方政府或其环境行政机关与企业的一对一协商问题，由于编制的限制，人手不够，地方政府及其环境行政机关没有精力去与每个企业协商、谈判。另外，计划体制下的行政命令加控制的执法模式不是一下子就能够转变过来的，且这种转变可能会使地方政府或其环境行政机关的一些传统既得职权和基于既得权利而取得的利益丧失掉（如企业会因履行合同而依合同取得一些利益，而这些利益在传统的执法模式下是由政府或其环境行政机关分配或支配的，这种分配或支配权会给地方政府或其环境行政机关带来一些合法、灰色甚至不合法的惠益--包括罚款留成、所谓的捐赠甚至赤裸的贿赂），因此，地方政府及其环境保护部门对一些领域环境执法方式的改变可能持抵制态度。这使得环境保护行政合同制度在中国短期内全面、深入地推广缺乏行政基础。另外，一些环境保护措施的行政约定可能是法律没有规定或比法律规定更加严格的，对于这些约定，缺乏行政法上的效力规定，缺乏规定就会产生理解和解释上的分歧，从而使一些环境保护行政合同成为不具强制执行力的“君子约定”，这使得环境保护行政合同制度在中国全面、深入地推广缺乏制度基础。

不过，我国的环境保护行政合同立法也具有一定的基础。我国的一些行政合同制度尤其是农业领域的行政合同制度，如农产品统购统销或定购合同制度，在新中国的发展历史较长。后来，随着改革开放的不断深入，环境保护行政合同扩展到了自然资源的勘探、开发、利用和保护方面，如1985年的《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。1987年，党的十三大明确提出“无论实行哪种经营责任制，都要运用法律手段，以契约的形式确定国家与企业……之间的责权利关系”。在此大气候下，行政合同制度迅速扩展到了工业和其他领域，逐渐地出现了国有土地出让合同和水

资源使用权行政合同制度,国有企业的承包和租赁合同制度,公用工程建设与运营承包合同制度等,这些法律制度可涉及环境保护领域。如1990年5月国务院发布了《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,国家对土地的管理有单一的划拨方式转为包括行政管理方式在内的管理方式。”[5]但在污染防治方面除了在实际生活中出现的一些特许权合同(如BOT环境保护建设合同等)一些原则性的目标责任书或污染治理(或达标治理)责任书之外,法律层面上的立法难以有大的作为。直到2002年6月,《清洁生产促进法》才首开先河地作了一些尝试性的规定,该法第29条规定:“企业在污染物排放达到国家和地方规定的排放标准的基础上,可以自愿与有管辖权的经济贸易行政主管部门和环境保护行政主管部门签订进一步节约资源、削减污染物排放量的协议。”该法第33条还规定:“对……本法第29条规定的自愿削减污染物排放协议中载明的技术改造项目,列入国务院和县级以上地方人民政府同级财政安排的有关技术进步专项资金的扶持范围。”但对于环境保护行政合同性质、效力根据、合同的生效、变更与解除程序、合同双方当事人的沟通、协调与联系、合同的监督、合同的解释以及违约责任等问题均没有涉及。这有待以后的立法加以发展。

## 发展我国的环境保护行政合同制度应采取的对策

德国的行政合同制度是在理论界的冷落和否定中,由行政机关实际运用和司法支持下发展起来的,法国的行政合同制度是以突破法定合同的理论与实践的方式发展起来的。[5]对于我国,除了行政机关的必要探索之外,环境保护行政合同制度应采取的对策主要为:完善地方政府或其环境行政机关在环境公益与某些环境私益方面的行政代理和代表权规定;明确承认企业自愿的单方承诺的私法效力,在企业同意的基础上承认地方政府或其环境行政机关给企业施加比法律规定更加严格的义务的法律效力,在此基础上建立公证制度及企业违约罚款或缴纳违约金的制度;承认地方政府利益让与企业利益回馈约定的法律效力;发挥公众、学者与社会公正人士对行政合同履行的监督作用;完善环境保护行政合同的变更与解释的法律规定;完善环境保护行政合同争议的磋商、协调、调解、仲裁与诉讼解决机制。

作为市场经济的伴生物,环境保护行政合同制度必然给计划经济体制下一度居于绝对主导地位的命令加控制的行政管理模式带来不小的冲击。[1]基于上述分析,我国有必要全面发展和完善环境保护契约行政制度,在市场经济的框架范围内发扬环境民主,体现市场调节的作用,促进政府执政方式的转变,真正实现环境保护、经济发展和社会稳定的三赢目标。

## 参考文献

- [1] 张步洪 中国行政法学前沿问题报告[M] 北京:中国法制出版社,1999
- [2] (奥)凯尔森 法与国家的一般理论[M] 沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社,1996
- [3] 台湾研究基金会 环境保护与产业政策[M] 台北:前卫出版社,1994
- [4] 汪劲 日本环境法概论[M] 武汉:武汉大学出版社,1994
- [5] 于安 外商投资特许权项目协议(BOT)与行政合同法[M] 北京:法律出版社,1998
- [6] 夏光,周新,高彤 中日环境政策比较研究[M].北京:中国环境科学出版社,2000
- [7] 王保树 经济法[Z] 北京:社会科学文献出版社,1999
- [8] 王曦 美国环境法概论[M] 武汉:武汉大学出版社,1992
- [9] 梁慧星 民法总论[M] 北京:法律出版社,2001

<http://www.iolaw.org.cn/temp/cn/showarticle.asp?id=543>