

契约中心:环境污染第三方治理机制研究

任卓冉

〔摘要〕 在公共行政改革的背景下,契约作为一种管制工具被引入环境治理领域,发展出环境污染第三方治理典型机制。环境污染第三方治理是由行政契约、民事契约以及公共契约三种范式构成的复杂契约体系,其工具与现实面向呈现出以科学与价值判断进行环境风险规制,以多元主体参与进行利益协调,以协商共治进行冲突事先预防的运行逻辑。同时,环境污染第三方治理也存在着难以回避的运行困境。对此,需要以契约为中心,围绕其面向与范式,在宏观上推动规则体系的系统升级,在微观上完成制度性保障机制的优化,最终实现环境污染第三方治理机制效用的最大化。

〔关键词〕 环境污染;第三方治理;契约

随着经济的进一步发展,我国环境污染形势十分严峻,政府环境治理能力备受瞩目。针对传统行政管制模式“行政主体—行政相对人”一元法律关系在环境治理中的无力,以契约为管制工具,将私人资本及社会群体引入环境治理的新模式,作为公共治理思潮的一部分在理论上获得越来越多学者的研究与支持,在实践中发展出环境污染第三方治理等典型机制。环境污染第三方治理自出现以来大受好评,被视为现代环境治理体系中的重要一环,与此同时也面临诸多运行困境。究其根本,这与环境污染第三方治理以契约为中心的运行逻辑同根同源。鉴于此,本文围绕契约对环境污染第三方治理展开研究,分析契约在治理机制中的面向与范式,以期对相关实践提供支持与引导。

一、契约管制工具与环境污染第三方治理的兴起

契约原本是属于民商法范畴的概念,经过西方思想家们的努力而发展为一套社会政治学理论。20世纪80年代,以美国为代表在世界范围内兴起了一股公共行政改革的浪潮,契约作为一种管制工具被引入公共治理模式,成为行政方式变革的主导方向之一。在公共行政模式中,政府将许多传统职能通过契约外包给私主体,“命令—服从”模式的行政管理逐步演变为“协商—合作”模式的公共治理,传统“命令—控制”的行政法范式也向以实现治理目标为导向、公私协力的新方向转变。^①“契约国家”的兴起,是源自解决环境保护、安全与健康等新兴社会问题的现实需要。受行政范式转变的

任卓冉,法学博士,江南大学法学院副教授、硕士生导师。(无锡 214122),2019年度国家社会科学基金项目“环境污染第三方治理法律制度完善研究”(19CFX078)阶段性成果。

①姜明安:《全球化时代的“新行政法”》,《法学杂志》2009年第10期。

影响,环境治理也面临着深刻的转型。过去我国的环境规制是以政府管制为主导,“由行政机关通过设置环境标准、实施环境行政许可等措施监管排污企业及其他环境污染主体承担污染治理责任”。^①这是自由主义市场范式下“市场失灵”后,由政府以行政手段迫使排污企业将污染成本内部化的结果。这种模式在一定时期内收到了较好的效果,但随着市场规模的扩大及污染物种类和总量的增加,缺点不断暴露。在这种“政府失灵”的情势下,运用契约管制工具、重新引入市场因素的环境污染第三方治理机制开始出现并发挥重要作用。环境污染第三方治理是由政府或排污企业与专业化的环境服务企业签订合同,委托其进行污染治理,突破了传统行政管制模式的一元性与单向性。

环境污染第三方治理兴起之后,它的内涵正在经历从平等合作到多元共治的不断深化。在环境污染第三方治理中,平等合作式的契约性管制代替命令控制式、讲求等级身份的官僚制直接管制,管制手段成为一种可执行的契约。公私双方通过契约平等协作、利益共享与风险共担,实现政府由传统管制向合作共治、企业由纯粹市场逐利向参与提供社会公共服务的双重转变。这种有条件的自我规制与合作治理相比基于威慑与对抗的治理策略更有助于治理目标的实现。^②然而这并不能构成环境治理的完美方案,二者提供最优市场效益的能力同样有限,且存在“合谋”而产生“有组织的不负责任”的风险。这敦促环境规制者对环境污染第三方治理内涵的进一步深化,以更宽泛的政策机制来提升模式整体的治理能力。在政府与市场之外,公众与环保社会机构等主体被鼓励参与环境治理,以协商民主规范公权力与私权力。由此,多元共治与平等合作共同成为环境污染第三方治理模式的内在要求,现代行政法契约式管制进路中的公私协力,私主体不仅包括代表市场的企业,还包括代表社会力量的公众与各类环保社会组织。

环境污染第三方治理的产生与发展体现了我国环境规制从偏重政府管制和行政手段的形式主义权威模式向讲求目标适应、综合多种手段的实用主义公共治理模式的转移,自身也正在经历从政企、企企平等合作进行“环境管理”到政府、市场、社会多元共治进行“环境治理”的进化,^③其应用领域不断扩大,涉及的法律关系及主体越来越复杂。作为管制工具的契约是第三方治理模式演化的主要推动力,是机制运行的中心发力点,也是其中各项法律关系的最终落脚点。

二、环境污染第三方治理的契约范式及运行逻辑

(一) 环境污染第三方治理中契约的两个面向

环境污染第三方治理的核心是通过契约实现对污染的治理。契约具有工具价值与现实投射两个面向。现实投射,即契约以第三方治理中的环境服务合同为载体。工具价值,即契约作为环境管制工具的精神内核。一方面,契约具有“法”的价值。第三方治理项目具有长期性,参与主体复杂多元,规制目标多层次、多维度。对此,普适性的法律太过抽象僵硬,难以完成规制任务。契约作为柔性规制工具更为具体灵活,能够针对项目采取更具特殊性的措施。另一方面,契约具有“沟通”的价值。它包含交换、对话与流动的含义,是承载各种关系的重要载体,为参与主体提供了对话与交流的平台。^④多元主体的不同价值目标,在契约中通过动态、分散、持续、平等的对话而形成合意。

综上,环境污染第三方治理中的契约,是一种借由现实的合同形式实现的治理工具,包含政府、

^①任卓冉:《环境污染第三方治理的困境及法制完善》,《中州学刊》2016年第12期。

^②M. Aalders & T. Wiltthagen, “Moving Beyond Command-and-Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Environment”, *Law & Policy*, Vol. 19, No. 4, 1997, pp. 415 - 443.

^③吕忠梅:《习近平法治思想的生态文明法治理论》,《中国法学》2021年第1期。

^④J. Freeman, “The Private Role in Public Governance”, *New York University Law Review*, Vol. 75, No. 3, 2000, pp. 543 - 675.

企业、公众等不同群体的意志与合作愿望,具有直接明确的约束力,相当于当事人之间的法律。

(二) 环境污染第三方治理中契约的三种范式

环境污染第三方治理是一个复杂的契约体系,整个治理过程也是契约的生命周期运转过程。多元参与主体的不同利益诉求,项目各种风险的合理分配,政府与社会资本以及公众的权利义务等等,都通过契约来予以明确及调整。在此,契约是“环境公共利益—环境管理权和公民私益—环境公民权的集合”。^① 环境污染第三方治理的契约体系由三个相互承接的契约范式构成。

第一种是政府与私主体签订的污染治理和生态修复的行政契约。在现实面向,主要是指“政府基于法定职能,在其负责责任的公共领域向社会购买环境公共服务,与第三方签订以环境质量提升为核心的环境服务政府合同”。^② 原理上,它是基于政府对污染治理公共职能的履行。法律关系上,它“反映了公共部门与私人部门之间对于公共服务的买卖合同关系,还反映了私人部门作为公共服务的生产者和经营者与公共部门作为公共服务市场的监督者之间的管理与被管理关系,应属于兼具公法和私法性质的混合合同”。^③ 在主体上,政府由行政管制者转变为合同当事方与监督引导者,在监管时需遵守市场规则与契约原则;环境服务企业既是合同当事方又是行政管理相对人。

第二种是污染者与其他具备污染防治和生态修复能力的私主体签订的民事契约。在现实面向,是指排污企业与环境服务企业约定,由环境服务企业进行污染防治及生态保护与修复事务的环境服务民事合同。在原理上,是损害者担责原则的体现,排污企业用成本负担代替直接的治理责任。在法律关系上,是平等主体间的民事合同,由于环境权益作为客体具有公共产品属性,所以合同拥有社会公益性,当事人要承担一定的公法义务。在主体上,排污企业与环境服务企业既是合同当事方又是行政管理相对人,二者之间形成伙伴关系、环境绩效共享关系及投融资风险分担关系,并接受政府监督。政府代表公共利益行使环境管理权,还具有引导者、政策推动者、关系协调者等角色。

第三种是利益相关者与政府、私人部门协商制定环境治理规则的公共契约。在现实面向,是指政府就第三方治理以自身环境道义责任与生态岗位责任对公民所作出的承诺,私人部门应承担的公共责任,以及公众、环保社会组织对政府、私人部门的监督和对第三方治理的参与。原理上,是公众环境权及为了保护和实现环境权而派生的环境知情权和环境参与权的体现。^④ 在法律关系上,表现为协商式参与制度,即由政府、企业、公众及环保社会组织等主体通过共享信息、平等协商、理性合作来对第三方治理相关问题做出决定。主体方面,在政府与私人部门之外,包括个体公民、社会团体、非政府组织等。在此,环境污染第三方治理中的“第三方”有从狭义(仅包括承担实际治理任务的第三方),向广义(包括在政府与排污企业之外,因环境污染涉及到的利益相关人)转变的趋势。

(三) 环境污染第三方治理中契约的运行逻辑

契约的工具与现实面向符合第三方治理的特点与需求,环境服务合同是典型的不完全契约。同时,第三方治理也使此类合同同时拥有“私法契约”的特征及“公法契约”的属性。环境污染第三方治理与契约的结合型塑了彼此的外在样态,共同决定了第三方治理的运作机理。

1. 通过科学与价值判断进行环境风险控制

环境污染第三方治理的目的是治理环境污染,控制环境风险。基于环境风险的特点,对环境

①杜辉:《论环境私主体治理的法治进路与制度建构》,《华东政法大学学报》2016年第2期。

②张林鸿:《生态文明视野下环境污染第三方治理法治化》,《社会科学家》2018年第12期。

③湛中乐、刘书燃:《PPP协议中的法律问题辨析》,《法学》2007年第3期。

④杨朝霞:《论环境权的性质》,《中国法学》2020年第2期。

风险的规制既包括科学判断也包含不同的价值判断。一者,环境风险具有双重性。它既是客观存在的物理性风险,又是受到社会、文化和心理等主观因素影响的建构性风险。前者是指不以人的意志为转移,可以通过科学手段观测并以定量技术来衡量损失的,可能发生的真实不利后果。后者则与具体的风险感知者联系紧密,其认定受到一定社会环境、主观心理、文化认知,乃至政治与道德维度的影响。^①再者,环境风险具有不确定性。由于科技发展的限制与科学误差的存在,环境风险难以真正准确的认定,且不同感知者的偏好与价值判断迥异。可见,环境风险规制是在科学基础上的价值选择,包含着多重主体的博弈。环境污染第三方治理中的契约范式在对环境风险的控制上包含两个层次。科学方面,契约中的不同参与主体可以提高环境风险规制的科学性,例如,第三方企业为获得利益,提高治理实效,会在政府或排污企业之外对环境风险进行预估并持续校准。价值判断方面,契约更有利于为参与主体提供妥善处理价值冲突的持续性平台,形成真正的公共话语和共同价值。

2. 通过多元主体参与进行利益协调

利益均衡是环境治理形式能够施行并收到长久良好效果的基础,具体包括:首先,公益与私益之间的平衡,即在实现社会整体环境利益的同时,保证私主体的环境私益;其次,环境治理的总体成本与收益之间至少处于平衡状态,收益大于等于成本;第三,参与者认可其自身利益与价值选择和其他利益相关方处于均衡状态。传统治理方式无法持续的原因在于“以集体利益僭越或抑制私人利益”,造成不同群体间的利益失衡,且由于治理成本过高而无法与治理效果相匹配,最终集体利益亦无法保障。环境污染第三方治理通过契约的私法属性为利己性的私人选择提供“维系利益分化,填补政府失灵缺口”的机会,同时以公共属性要求政府的理性设计与公众的积极参与来“弥补私主体在具体手段选择与优化环节中的缺陷”,减少市场失灵的可能。^②在此,环境污染第三方治理是以契约来进行利益协调,契约是作为社会发展原动力的私人选择的载体,也是利益均衡状态形成的着力点。

3. 通过协商共治进行冲突事前预防

第三方治理项目一般规模较大、周期较长,一旦产生纠纷影响极广,且公私协作的新模式与当前环境司法语境下公私二元界分的救济机制并不契合。环境污染第三方治理中的契约是在以环境治理公益目的为基本价值导向的前提下,利用契约自由与合意来实现环境治理行为效率与民主的双重兼顾,平衡当事人的利益与地位。参与主体围绕合同的订立与履行,对环境风险作出判断并捏合不同的价值目标,彼此形成互信与协商合作的关系,在一定程度上可以避免冲突,并在产生纠纷时更易以“促成继续合作”为目标,寻求符合主体利益与偏好、低廉高效的诉讼外纠纷解决方式。

三、环境污染第三方治理契约性机制的运行困境

契约管制工具在第三方治理中作用的发挥源于它作为具有一定强制性的沟通平台,创造了一种公私交融的秩序,为复杂的环境污染治理同时提供了公法的强制功能以及私法的自治功能。公法与私法的合力固然可以创造新的运行逻辑来弥补彼此的缺陷以实现共同的环境治理目标,但亦有潜在的成本,^③同样由其禀赋催生的运行悖论在整个治理过程中相伴相随,并蜕化为现实性的困境。

^①S. Breyer, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993, pp. 23 - 28.

^②杜辉:《环境私主体治理的运行逻辑及其法律规制》,《中国地质大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

^③D. A. Dana, “The New ‘Contractarian’ Paradigm in Environmental Regulation”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2000, pp. 35 - 59.

（一）政府定位不清：公法私法化中行政权边界的模糊性

其一，行政优益权对契约平等性的限制。长期以来，对环境服务政府合同的法律性质有诸多讨论，到底属于行政合同、民事合同，抑或是混合合同、政府合同。^①从环境污染第三方治理模式的出现与发展来看，它首先是一种市场行为，是以非行政运作方式引入市场和社会因素。环境服务企业作为社会资本参与环境治理，亦是出于对经济利益的追求而与政府部门合作各取所需。因此，在实践中对行政机关优益权的行使始终存在争议。2020年出台的《行政协议司法解释》^②将环境服务政府合同纳入行政协议的范畴，^③这意味着对政府在协议履行过程中行政优益权的确认与进一步强化，例如规定行政机关可以解除或变更行政协议而使自己不予履行。^④行政优益权本身是基于公共利益的需要，在符合比例原则的前提下，赋予行政主体与相对人一种不平等的法律地位。虽然有助于实现行政目标，保护公共利益，但在一定程度上会模糊行政权的界限，给某些行政机关滥用优益权提供空间，增加公私合作的不确定性。当前行政机关职能转变不到位，政府权力对市场、社会发挥作用的领域过度干预，会动摇契约性机制平等合作的基础，对环境服务市场的发展也有极大影响。

其二，政府裁量权与责任性的失衡。政府作为权威管制者与缔约当事人之间潜在的角色冲突亦是运行悖论之一。在传统的治理模式中，政府掌握着对环境公共利益保护独占性的裁量权，能以单方面的管制行为来限制甚至剥夺私益，相对应而承担全部的环境治理管制责任。随着环境公共治理的发展与契约工具的引入，第三方治理使得原本属于政府的环境治理义务通过契约的重新配置成为私主体参与者的义务，环境公益与私益之间的零和关系已变为多元利益之间的相互关照，政府裁量权与责任性的实现形式亦需同时发生变化。在转变不够彻底的情况下，政府可能将契约型的管制机制仅仅视作旨在实现政府最终目标的任意性实施工具，比如政府通过职能外包而模糊传统责任的边界，同时推卸责任，这与契约管制工具的引入以及第三方治理的基础与目标背道而驰。^⑤当前我国政府管制角色转变尚未能形成完善的制度衔接与支撑，对政府监管还缺少必要的监督手段。

（二）企业规制不足：私法公法化中契约自由的限制性

这一矛盾主要存在于环境污染第三方治理对私人部门的规制中，在民事契约范式里尤为突出。环境服务民事合同具有公益与私益双重目标。为防止私主体追求的治理目标偏离公共利益，甚至借助俘获机制、利益集团游说以私人利益置换公共利益，私主体的意思自治与契约自由必须受到一定限制。虽然第三方治理不能完全以效能、效率和成本为准据，必须有对其过程的法律化控制，然而市场因素的自由与效率正是社会资本被引入环境污染治理的逻辑起点，企业委托第三方治理属于完全的私主体合作，其内部制度围绕民事契约范式展开，从程序到内容再到范围具有强烈的自治性。因此，私人部门之间的契约自由应受多大限制，以何种形式限制，以及如何以政府监管或社会公众参与来保证市场竞争性与管制性、公益与私益的平衡等等，存在法律与民主的双重难题。在这种背景下，对私人部门规制不足的现象较为突出。首先，环境服务民事合同缺少限制。只有纳入重点排污单位名录的企业需要强制公开环境信息，其他企业则可选择自愿公开。^⑥其次，环境服务企业责任承担方式不明。根据现行立法，环境服务企业并非第三方治理的直接责任主体，这为排污企业与第三方企

①张宇庆：《环境服务合同的概念演进与类型划分》，《河北法学》2013年第10期。

②该司法解释全称为《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》。

③《行政协议司法解释》第1条。

④《行政协议司法解释》第16条。

⑤J. Freeman, "The Contracting State", *Florida State University Law Review*, Vol. 28, No. 1, 2000, pp. 155 - 214.

⑥《企业事业单位环境信息公开办法》第3条及第9-12条。

业借助环境服务合同逃避责任提供了可能。第三,社会资本缺乏自我规制。环保部于2014年废止了环境治理设施运营资质相关行政许可审批手续,在降低环境服务企业准入门槛的同时,意味着社会资本要加强自我规制,当前环境服务企业以及相关市场尚缺乏此类内部程序建设。

(三) 公众参与欠缺:社会公众参与的可能性与非理性

其一,公众参与内生和外生动力不足。在政府委托治理类型中,公众参与能够提高政府环境治理行为的实际效果,然而传统国家权威的纵向治理与社会力量的横向治理秩序之间具有天然的张力关系,需要依靠具体的制度设计来推动二者的共生共存。企业委托治理类型虽然对程序公正的要求较低,但实际上社会公众在私人控制的决策过程中享有的参与权更为有限,与公众的协商对话等等,在企业委托治理中更难寻踪迹。社会资本以追求利润及效率为目标,除非有强有力的政策支持或有效的激励机制,否则将公众参与纳入治理过程的内生动力不足。从公众角度出发,对生态环境发展权的认知、环境污染治理信息的获取、完善的公众参与机制,共同构成了主体治理权的行使基础,任一环节的缺失都将降低公众参与的可能。当前,公众参与程序性机制不健全的问题极为突出,从公众参与主体、参与形式、参与阶段,到具体权利义务的规定均存在较大不足。

其二,社会公众的非理性。环境污染第三方治理高度专业化,要求科学与权利义务的紧密互动。公众的参与往往是倾向于得到一个“是”或“不是”的确定答案,但处理这些问题的科学却是具有相当模糊性的。^① 公众一方面可以其价值与道德判断弥补专家认知的不足,另一方面由于缺少专业知识、技术性不足,认知往往具有局限性,容易产生恐惧、担忧等情绪,且行为极易受社会影响因素的拨动,进而群体间相互影响,产生连锁效应。公众参与的目的是输出公共理性、维护公共价值,以社会治理机制形成公共价值判断的生产与再生产平台,减少治理过程中的不确定性,保障治理行为转化为真正的公共利益,然而“过度的非制度化公众参与也导致非理性因素的泛滥”,^②在缺少公法手段与私法途径共同引导和推进的情况下,公共价值与公共理性难以在较短治理周期内自发形成。环保社会组织以其专业性与组织性可以克服普通社会群体局部性、非理性、零星式、依附式参与的问题,我国环保社会组织发展较晚且缺乏完善的培育机制,与公共治理中政府转移职能,重塑自身灵活性与弹性的要求相去甚远。高校、专业协会等作为社会治理中的重要力量,当下也未能充分调动。

四、环境污染第三方治理的法治进路与机制优化

契约性工具的引入创造了公私交融的秩序,为第三方治理带来了发展的契机与挑战,对其运行困境的回应,亦须回到环境法规制体系,以契约为中心来解决。契约中心,是指以契约的面向与范式为基础,一方面基于契约的工具价值,将其作为管制革新的起点,在宏观上推动规则体系的系统升级;另一方面,围绕契约的不同范式,在微观上完成制度性保障机制的优化,以此实现政府、市场、社会治理权在环境污染第三方治理中的精准配置,达致公法与私法交融借力协调整合效用的最大化。

(一) 环境污染第三方治理的法治进路

环境污染第三方治理中运行困境产生的根本原因在于,面对管制工具与治理形式的革新,以及市场主体与社会力量的引入,传统的规则系统与规制体系未能同步更新。政府、市场主体、社会力量

^①[美]马克·艾伦·艾纳斯:《规制政治的转轨》(第2版),尹灿译,北京:中国人民大学出版社,2015年,第190-191页。

^②陈海嵩:《中国环境法治中的政党、国家与社会》,《法学研究》2018年第3期。

在环境治理中的行为边界未能予以划定,它们的权力与权利、义务与责任尚未能形成完整的逻辑链条,三者在不同阶段的角色功能、关系定位等待被重新定义。在此,重塑环境治理规则体系是推动环境污染第三方治理进一步发展的关键。

公共治理思潮与公私交融秩序的产生即在于对有效治理的追求,在此背景下,政府管制、市场机制、社会治理同步扩张。在现代国家进入“规制国家”,政府对经济与社会的干预无所不在的同时,各类经济型与社会性规制大量涌现,^①这与环境污染第三方治理中政府、市场、社会错综复杂的关系,环境公益与私益之间的博弈与均衡,以及对环境风险的技术性与价值性判断的要求是相适应的。因此在环境污染第三方治理中,规则体系应是包括不同层次的动态构造,除了法律与政策,还包括对合作规则与交易习惯进行总结的指南,以及以信任为基础的合同。法律从宏观上进行制度规范,以其确定性与权威性保证第三方治理机制的稳定性与安全感;政策以灵活性来对治理机制进行指引与探索,提供扶持和保障功能;指南作为操作指引和工作手册对机制的创新进行提炼;合同对具体的第三方治理项目从权利义务配置与风险分配的角度进行规制,发展私主体间的自愿政策与行为守则,推动形成集体标准。^② 这套动态规则体系兼具“确定性”和“弹性”,全面立体、层层递进又勾连互补,能够增强政府的主动性与解决实际问题的能力,实现不同组织形式与治理工具的相互协调。

契约性工具的作用,即通过契约形成对环境问题的创造性临时解决办法,以分散、个别的解决方案应对环境治理问题的复杂性与可变性,弥补中央集权式法律法规体系的局限。同时依托契约形成优于现行法律规定的行为标准,借助市场机制的竞争性,推动形成新的集体标准,进而反向影响政策、指南,甚至法律的制定与修正。美国环保署实施的环境管理“杰出领袖工程”(Project XL)即是在环境规则体系中对契约性工具的典型应用,其旨在赋予企业在满足传统的管制要求时一定的灵活性,在达到或超过可适用的环境标准时,可与行政机关协商建立能够更有效控制污染的环境履行契约,甚至允许企业可以不执行与双方达成的环境契约内容相冲突的现行法律。^③ 这使得契约能够提供一种宝贵的探索,转换方式来重新审视与设想所谓治理和规则的性质与形式。由此,契约作为“政府—市场—社会”共治结构的制度连接点,^④能够“反哺”政策、指南与法律,消除政府规制手段及规则体系僵化与陈旧的痼疾,形成新的、基于生态系统的治理结构,真正实现第三方治理的效能。

(二) 环境污染第三方治理的机制优化

1. 建立环境污染第三方治理政府综合责任体系

在环境污染第三方治理中,划定公私行为的边界应先明确政府的角色定位及责任类型,在此基础上形成持续性的制度供给与稳定的监管机制。在行政契约中政府兼具管制者与缔约者双重身份,民事契约中政府主要是管制者的角色,在公共契约中政府是公共利益代表者与组织者。契约作为责任分配工具,根据政府的不同角色,对政府的责任承担方式有不同类型与层次的要求,在责任分类分层建构的基础上应同步完善政府绩效评价机制,以回应公私交融秩序中政府身份复杂化的要求。

第一,完善政府责任分类分层机制。在我国当前的权力格局下,需要强调国家承担积极作为责任,创造和维持有利于基本权利实现的条件。^⑤ 在环境污染第三方治理民事契约与公共契约范式中,

^① 喻文光:《PPP 规制中的立法问题研究——基于法政策学的视角》,《当代法学》2016 年第 2 期。

^② T. Bartley, “Transnational Governance as the Layering of Rules: Intersections of Public and Private Standards”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 12, No. 2, 2011, pp. 517–542.

^③ J. Freeman, “Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law”, *Administrative Law Review*, Vol. 52, No. 3, 2000, pp. 813–858.

^④ 杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,《法学研究》2019 年第 4 期。

^⑤ 郑春燕:《基本权利的功能体系与行政法治的进路》,《法学研究》2015 年第 5 期。

政府分别主要承担监管责任与组织责任,监管责任即政府以行政处罚、行政强制措施等权力手段对排污企业与第三方企业进行管制;组织责任即政府设置各种程序组织公众参与环境治理。在行政契约范式中,政府责任主要为担保责任与治理责任。担保责任即政府将原本法律要求其承担的环境污染治理责任通过环境服务政府合同转移给私主体,政府从具体责任履行中退出而承担监督执行、义务不履行或履行不足的制裁或兜底执行的责任。这一方面要求政府通过配置特别程序、设定监管和制裁手段等方式来保障私主体行为符合环境公共利益的要求,另一方面要求政府以公共利益必须原则为限来行使行政优益权。治理责任是担保责任的后续手段,是政府在私主体行为持续威胁或损害环境公益时,放弃担保责任中的监督和规制工具,而直接履行治理义务。政府责任分类分层机制以前述动态规则体系为依托,通过法律明确政府责任范围与结构,透过合同来加以协商落实。

第二,优化政府政绩考核综合评价机制。国内第三方治理的发展与政府的大力支持不可分割,各级政府在组织与管理中转变治理思路的同时要注意不能矫枉过正,应非常谨慎客观地将其作为环境污染治理的一种可利用方式,对治理效果进行正确评估,不能带有明显倾向性地强推。与责任分类分层机制相对应,政府政绩考核也不能仅将环境污染第三方治理项目的立项与推进作为政绩考核评价标准,政府制度供给、监管与执行、公众参与情况、环境最终治理效果等都应纳入评价体系,设置对应的评价标准,对政府当期绩效进行考核。

2. 创新环境污染第三方治理合同标准化体系

环境污染第三方治理依托契约而展开,契约本身即为重要的管制性手段。以英国为例,作为最早推进公私合作模式的国家,它并无专门立法,而以极具操作指导意义的标准化合同范本作为推动公私合作项目、落实公共利益的主要手段。如英国 PF2 标准合同范本,效力类似部门规章,内容包括“强制条款”与“推荐条款”,对于体现合同原则的“核心区域”,不能通过双方约定进行修改。此外,合同通过具体条款来保证项目实施过程透明,并以年度合同评审及效率评审等措施推动项目服务的持续改进,保证实现物有所值。^① 我国发改委曾借鉴此种模式发布建设运营与委托运营《环境污染第三方治理合同(示范文本)》,但内容较为简单,可对示范文本全面升级,发布具有拘束力、核心内容不可修改的标准合同。值得注意的是,PF2 合同在激励社会资本、保护公众利益的同时,也因缺乏灵活性而限制了在实际中的应用。^② 故而,合同的标准化内容在包括对权利义务及环境风险的基本配置,还有对程序的最低限度要求之外,应保持差异性,保证具体项目中的意思自治。

可见,标准化合同本身即可为社会资本参与公共治理提供责任性,以催化和加强企业的自我监管与自我调节。^③ 在强制性的基本程序与实体标准之上,企业还可以设置更高的第三方标准,来发展自我约束机制,以提高市场声誉及竞争力。下述合同标准化体系的优化创新主要针对环境污染第三方治理民事契约范式中的合同类型,由于法律对政府合同订立的程序与内容有较高要求,故行政契约范式中的合同标准化要求理应更高,而非限于最低标准。

首先,限制环境服务合同中的免责条款。环境服务合同的当事人可以就彼此之间的利益进行约定,但如果涉及对可能影响环境公益目的实现的条款作出免责约定的,以及借免责约定逃避环境侵权民事责任与环境行政责任承担的,该约定应无效。

其次,安排环境服务合同中的程序性条款。包括,对环境服务合同的通告与信息披露作出最低

^①HM Treasury, “Standardisation of PF2 contracts”, Published 5 December 2012.

^②2012 年英国政府用 PF2 取代了 PFI 模型,但直到文件发布时只使用了 6 次,86% 的 PFI 和 PF2 合同是在 2010 年之前签订的。需要说明的是,PF2 合同适用于政府付费、固定资产总投资 5000 万英镑以上的能源管理等特定领域项目。(HM Treasury, “Budget 2018 Private Finance Initiative (PFI) and Private Finance 2 (PF2)”, Published 29 October 2018.)

^③D. A. Farber, “Triangulating the Future of Reinvention: Three Emerging Models of Environmental Protection”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 1, 2000, pp. 61 – 82.

限度的程序规定;设置第三方治理所涉区域居民代表定期监察条款,由公众代表或者环保社会组织等专业评价机构对合同双方进行检查,帮助政府及合同双方对相对方的履约情况进行监督。当第三方治理过程中出现二次污染等情况,需要对合同双方进行责任认定时,将考察合同双方对程序性条款的履行情况,以此作为责任认定的重要标准,未履行方将承担相应不利后果。

第三,设置环境服务合同备案制度。环境服务合同应以书面形式订立,订立后向当地环境行政主管部门进行登记备案,由政府对环境服务企业的资质进行形式性审查。合同登记备案后发生效力,同时合同相关信息将按照既定程序公示,公众及环保社会组织可申请对备案合同进行调阅。在合同履行过程中,如有变更或终止的情况亦需向当地环境行政主管部门登记备案。

3. 重塑环境污染第三方治理公众协商参与机制

公众协商参与机制作为多元共治在环境污染第三方治理中的映照,是将治理所涉利益主体的参与与延伸至环境风险产生的全过程,^①依托契约工具与政府及私人部门进行交涉和博弈,推动实现利益均衡与生态环境治理效用的最大化。第三方治理中的不同类型对公众参与的程度与要求有所不同,从社会评估机制到公众协商制定规则,社会力量的参与程度不断加深。随着第三方治理突破政府与企业委托的单一类型向综合项目发展,公众协商参与机制也应向多重手段综合应用的方向发展。

首先,建立协商制定规则程序。该程序是一种典型的规制型契约,在环境污染第三方治理中是由行政机关与利害关系人基于合意来对治理相关问题作出决策或制定规则。^②在该程序中公众能够在一定程度上影响最后决策,更有可能打破政府或强势私人部门的主宰地位,增强公私主体的责任性与积极性。美国1990年颁布了《协商制定规则法》,对其中一些关键做法,可以结合我国实际来借鉴吸收:保证制定规则的协商委员会组成人员的开放性与平等性;所制定规则经由合意作出,行政机关并不具有主导地位;协商委员会的会议公开进行,所有参加者的意见都需听取;最终做出的决定具有与通过传统方式做出的决定相同的审查标准,只要具备一定条件,任何当事人都可以要求对合意达成的决定进行司法审查或者提起诉讼。^③

其次,增加社会评估机制。德国实行环境审查人制度,是以独立于企业与行政机关的环境审查人来对排污企业进行审查。^④将环境审查人制度本土化,可设立社会评估机制,由环保社会组织或专业机构对第三方治理中的政企合作与企企合作进行监督与评估。评估对象包括政府的环境污染第三方治理决策、政府委托治理中企业的履约情况,以及企业委托中双方的履约情况等。由环保社会组织或专业机构提供具有相关资格的专业人员进行独立监督或审计,评估结果将纳入政府政绩考核综合评价体系及企业环境行为信用评价体系。

第三,优化社会力量参与激励机制。除了完善的参与机制与良好的政策环境,政府或企业可以为参与公众的时间与金钱付出提供一定补贴,并对参与过程中有重大贡献者予以嘉奖,如提出关键性建议、发现重大漏洞等,以切实鼓励公众参与。环保社会组织作为连接政府、企业与公众的桥梁,可以由政府设立专项基金对其进行资金支持,并对参与环境治理绩效突出者给予一定的经济奖励及社会荣誉,如税收减免、授予荣誉称号等,提高环保社会组织参与的积极性与社会影响力。

五、结语

环境污染第三方治理机制的出现与发展,是当前政府改革、市场开放、社会建设协同并进的一个

①罗俊杰:《环境安全公众监督法律机制的反思与重构》,《东方法学》2019年第6期。

②戚建刚:《“第三代”行政程序的学理解读》,《环球法律评论》2013年第5期。

③美国《协商制定规则法》(PL 101-648(S 303),Negotiated Rulemaking Act)第583-588条。

④德国《水资源法》第21a-g条,《废弃物管理法》第11a-f条,以及《联邦污染防治法》第53-58条。

小的侧面。契约作为一种管制工具,塑造了新型环境污染治理结构,它既是公私法交融的体现,又成为公私法进一步融合的载体。现代环境治理体系的构建,昭示着我国已进入追求有效治理、倡导共治秩序的历史新阶段,这要求环境法以转型来回应环境治理范式的转变。环境污染第三方治理实践中反映的契约范式运行逻辑与悖论以及现实困境与机制优化,可以为环境法的下一步转型提供治理经验、制度试验及系统性反思,兼容动态的规则体系与公私融合的管制工具应是环境法未来的发展方向。同时环境污染第三方治理的进一步发展亦须由环境法划定公私界限,明确政府、市场、社会的关系定位。以环境污染第三方治理机制为例,推动制度实践与环境法体系的互动式发展,应为实现整合多元价值、平衡利益冲突、重塑治理结构的 中国环境法体系建设有所助力。

(责任编辑:路 媛)

Centering on the Contract: A Study on the Mechanism of Third-Party Governance of Environmental Pollution

REN Zhuoran

Abstract: Against the background of public administration reform, contract has been introduced into the field of environmental governance as a regulatory tool, hence the development of a typical mechanism of third-party governance of environmental pollution. This kind of governance is a complex contract system composed of three types of contracts: administrative contract, civil contract and public contract. In terms of the tool it involves and the reality it faces, this governance mechanism follows the following logic in operation: to control the environmental risks based on science and value judgments; to coordinate interests with the participation of multiple subjects; and to prevent conflicts in advance through consultation and co-governance. At the same time, the third-party governance of environmental pollution also has an unavoidable paradox and practical dilemma. In this regard, it is necessary to take the contract as the center, promote the systematic upgrade of the rule system at the macro level, and complete the optimization of the institutional guarantee mechanism at the micro level, so as to maximize the effectiveness of the mechanism of third-party governance of environmental pollution.

Keywords: environmental pollution; third-party governance; contract

About the author: REN Zhuoran, PhD in Law, is Associate Professor at School of Law, Jiangnan University(Wuxi 214122).