

环境保护外部行政合同市场化的若干问题研究

常纪文

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

摘要: 环境保护外部行政合同是根据合同主体地位的不平等性和内容实质上的公法性来命名的。本文研究了环境保护外部行政合同的概念、分类和实质, 环境保护外部行政合同的内容, 环境保护外部行政合同的效力, 环境保护外部行政合同法律责任的产生 等问题。

关键词: 环境保护; 外部行政合同; 市场经济

中图分类号: D922.604

文献标识码: A

契约是私法自治的产物, 在市场经济不发达的年代, 契约的应用不如市场经济条件下频繁, 在契约中约明环境保护的民事权利和义务及相关环境法律责任的情况也是不常见的。¹ 随着资本主义市场经济的发展, 契约渗透到了社会生活的每一个方面, 不仅在民事活动的各方面得到了长足的发展, 在行政管理领域也得到了一定的应用。在民事和行政契约中规定契约当事人的民事和行政责任也就比较普遍。在社会主义市场经济条件下, 环境保护民事合同制度得到了一定的发展, 环境保护行政合同制度还处于相当不健全的状态, 因此有必要对国外市场经济国家的环境保护合同制度进行深入的研究。本文对环境保护外部行政合同市场化的若干问题进行了探讨。

1 环境保护合同与环境保护外部行政合同

1.1 环境保护合同的概念和分类

环境保护合同, 也称环境保护协议书, 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, 事先约定并共同遵守的书面协议。^[1] 它包括环境保护行政合同和环境保护民事合同两种。环境保护行政合同包括内部环境保护行政合同和外部环境保护行政合同, 内部环境保护行政合同是指上下级或同级环境行使环境行政监督管理职权的部门(以下简称环境行政部门)在行使环境行政监督管理职权的过程中相互约定环境职责、利益和法律后果的协议。外部环境保护行政合同是指环境行政部门与环境行政管理相对人之间在环境法律、法规和行政规章的框架内就各自的环境权利(力)和义务及相应的法律后果作出事先约定的协议。环境保护民事合同是指环境保护民事合同的双方当事人地位平等的基础上在环境法律、法规和行政规章的框架内就环境保护民事权利、义务及相关的民事法律后果等事项作出事先约定的协议。该协定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、^[2] 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。

可见, 环境保护合同与环境纠纷处理合同是有区别的, 首先, 环境保护合同是关于保护环境、防治环境问题和解决将来可能发生的环境问题的协议, 而环境纠纷处理合同仅是关于如何处理环境纠纷的协议, 因此面要窄。其次, 由于环境保护合同涉及的内容很多, 用口头的形式难以巩固下来, 因此必须是书面的, 而环境纠纷处理合同涉及面相对而言要窄, 仅涉及纠纷的处理方式、处理程序与责任的具体形式和内容等方面, 既可以是书面的, 也可以是口头的。第三, 环境纠纷处理合同是事后性质的, 是在环境污染、生态破坏及其他环境问题已经发生的情况下有关各方签

订的如何处理环境纠纷的协议。

1.2 环境保护外部行政合同的概念、分类和实质

环境保护外部行政合同是指行使环境监督管理职权的政府或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企业的建设者和/或经营者就企业的建设和生产过程中的将要发生的环境保护问题及相关的其他问题预先签订的确定各自权利（职权）和义务的书面协议。环境保护外部行政合同是根据合同主体地位的不平等性和内容实质上的公法性来命名的，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，岛根县政府与山阳和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”。^[2,1] 环境保护外部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。^[3] 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）协议书。在美国，联邦的《环境政策法》把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合作作为一项国家环境政策。^[4] 而属于市场经济合作范畴的环境保护外部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元内公共设施的建设和运营协议。

环境保护外部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相对人用僵硬和琐碎的环境立法套牢对方；可以弥补环境立法的漏洞与其他不足，克服法律的盲区；² 可以为企业提供丰富且宝贵的信息资源（其中包括对企业何去何从的委婉规劝，还包括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。^[1] 有利于建立一种和谐的政企关系。^[5] 因而，在美国、日本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。^[5] 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。^[1] 在我国外部行政合同管理的法治化正处于起步阶段，2002 年 6 月 9 日颁布的《清洁生产促进法》正式以法律的形式确认了环境保护外部行政合同的法律效力，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……”

环境保护外部行政合同的主体一方是环境管理行政机关，另一方为个人、个体工商户、企业等行政管理相对人。根据不同的标准可以对环境保护外部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。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营运合同等。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。

外部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内部行政合同，在法律规定的这样自由裁量权范围内和环境法律精神的指导下，按照区域、流域环境保护的现状和内部环境保护行政合同的要求，灵活地与行政管理相对人约定相互的行政法律权利（行政职权）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了一定的利益承诺（如物质和精神奖励、税收优惠、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的企业的全面支持等），环境行政管理部门也达到了更加严格要求行政管理

相对人以完成内部环境保护行政合同的目的。否则行政管理相对人就可能吃亏。^[5]

2 环境保护外部行政合同的内容

2.1 合同的主体

环境保护外部行政合同的主体一方是环境管理行政机关, 另一方为个人、个体工商户、企业等行政管理相对人, 一般为企业(下文仅研究企业)。环境管理行政机关既包括各级政府, 也, 也包括环境保护行政、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。如我国《清洁生产促进法》第 29 条规定的外部行政合同的主体既包括是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。环境保护行政主管部门、水利、海洋、土地、农业、交通等行政机关可以在自己的权限范围内与企业单独签订某些方面的环境保护合同, 在一些情况下, 它们可以根据具体情况联合与企业签订环境保护合同。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地方政府代表。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的非纯粹环境公益且可能受到企业影响的环境权益地方政府就的保护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或轨道, 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外部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, 二是保护自己代表的纯粹的环境公益与非纯粹的环境公益。

2.2 缔约根据与缔约目的

在地方政府和环境保护行政机关缔结环境保护外部合同的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, 认为其无缔约能力, 即使缔结了, 协议充其量不过是一项君子协定(也称“绅士协定”),^[2] 或行政指导书, 地方政府不能依据该协定对企业进行制裁。有的学者虽然承认地方政府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: 防止公害协定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(如将公害的防止作为土地转让、出让的条件), 因而也要承认该协定的法律效力。^[2] 第三种观点基于环境保护的公益性格, 肯定地方自治团体有与企业签订有关公法事项协议的资格和权限。^[1] 该权限虽然没有法律上的明文根据, 但地方政府以非权力的形式进行公共行政活动这一点却不是法律所禁止的。^[2] 本文认为, 地方政府及其环境保护行政部门必须以环境行政法为执法依据, 但是环境保护外部行政合同中的行政性条款是行政法具体化的产物, 虽然它不能成为环境执法的依据, 但是它阐明了环境行政执法的基本态度, 即如果企业做了协议禁止或限制的事情, 行政机关将依照行政法采取与协议规定一致的行政对抗措施。从这种意义上讲, 环境保护外部行政合同中的行政性条款具有类似于规范性文件间接法律约束力。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, 地方政府和环境保护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, 地方政府和环境保护行政机关能否与企业协商呢? 本文认为, 环境保护外部行政合同是一个包容性的契约, 它包含两方面的具体内容, 一是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内容。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的体育设施、文化设施和交通上的便利），对于属于我国宪法第 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的承诺，那是属于服务与公共行政目的的行政自由裁量权的事情，具有法律效力；^[2] 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的规定应该是有效的。对于地方政府能否在合同中给企业创设的更加严格的环境保护行政义务以及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，因为没有行政法的依据。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，这种承诺从行政法上讲属于法律没有规定的附条件和无条件的“行为捐赠”承诺，在没有专门法律规定的情况下，这种承诺无行政法上的约束力，只有道德的约束力（有时也具有民事合同上捐助行为的约束力）。但也不能小看这种道德的约束力，因为企业知道，如果它在这种承诺方面出尔反尔，恐怕要得罪地方政府和居民，而企业从内心讲决定不愿得罪地方政府，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，地方政府是无权收取行政处罚性质的违约金的（但可以采取一些社会性公共职能方面的对抗措施，如实施交通限制）。在日本和我国的台湾地区的环境保护外部行政合同的履行实践中，地方政府收取这种违约金，企业也不敢拒绝和起诉。^[1] 另外，从法律上讲，企事业单位有责任协助国家或地方公共团体实施有关环境保护的政策和措施。^[6] 而环境保护外部行政合同制度的施行属于地方公共团体的环境保护政策的实施范畴，企事业单位从表面上讲也要配合地方公共团体实施环境保护外部行政合同的各项制度的实施。

缔约目的在环境保护行政合同的内容中虽然属于非必要的条款，但是他可以向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，环境保护合同中一般含有缔约的目的条款。比如 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书在开头就载明：“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，……”^[1] 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”。^[1] 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”。

2.3 合同的标的

外部行政合同的标的在台湾被称为外部行政协议的标的，在日本被称为外部行政协议的对象，它是指环境保护外部行政合同所针对的对象。该对象既包括与事业建造和生产有关的环境保护民事和行政事项，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。比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书第 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。”

一般来说，协议标的是针对将要建造、改造或扩建的特定项目的，一般不牵涉到其他已经存在的相关项目。可是在日本，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。”

2.4 合同各方当事人的权利和义务

外部环境保护行政合同中，地方政府及其所属的环境保护行政部门的权力和义务为：行政与业务指导权、监督与调查权、现场检查权、合同变更与解除权、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；承诺兑现的义务、行政与业务指导的义务、保守商业秘密的义务、提供行政保护与帮助的义务。行政主体享受的行政权力和应履行的行政义务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、采取措施的自主权、按质保量地完成外部行政合同的义务等。结合国内外和我国台湾地区的环境保护合同实践，环境保护外部行政合同当事人的权利与义务一般包括以下几个方面的内容：

2.4.1 环境污染与生态破坏防治等公法性义务的公法约定。这种公法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。企业的公法性义务主要有：工厂遵守国家 and 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部门可以在自己的自由裁量权的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（如环境检测义务的进一步完善）。地方政府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。”

2.4.2 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私法承诺。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，还应作出双方约定的额外的行为（即环境法没有规定的行为，如振动防止、电波障碍、自然景观与绿色修复、“泡泡政策”的运用）或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、严格的交通管制等。从行政法的原理上讲，地方政府要求企业作出额外的或比环境法规定更严格的行为是违反依法行政的原则的，是无效的行政行为。但是如果民事合同法的原理上讲，企业之所以最后还在合同上签字，在没有出现胁迫、欺诈的情况下，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“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，其效力就必须得到法律的保障。在一定的情况下，地方政府作出环境保护法律没有规定的义务承诺，只要其属于公共职能的范畴，它就必须忠实地履行该承诺。

2.4.3 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的所产生的扰民现象，如交通堵塞、交通噪音、偶然性的噪音和恶臭，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，企业为地方政府和政府及时地提供环境信息方面的必要资料；³ 为企业所在或受影响的社区建设或完善一些福利设施，如中小学的建设与设施的维护、居民健身设施的建设与维护、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；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、开发厂内设施等。⁴ 企业的承诺虽然无行政法上的效力，但由于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，则具有私法上和道德上的约束力。

2.5 环境污染、生态破坏等方面的民事和行政责任约定

从上面可以看出，环境保护外部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环境行政管理机关的自由裁量权产生，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，处分权的有限性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和责任产生条件是有区别的。

环境污染、生态破坏等方面的环境保护外部行政合同法律责任约定包括责任形式及具体内容的约定、环境民事责任实现方式与程序的约定两个方面。一般来说，地方政府在其职权范围内签订的环境保护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，在行政性的内容中，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约定，还包括无论形式上还是实质上都属于行政性内容的约定。对于这些约定均应设置相应的民事、行政和刑事法律责任。一般来说，刑事责任的约定较为原则，必须符合地方政府及其环境行政部门职权和刑事诉讼法的规定，地方政府及其环境行政部门和企业不得擅自作出不属于自己处分权范围的责任处分约定，如纯粹的居民环境私权遭受损害的责任约定，纯粹的环境刑事自诉责任的约定等。行政责任的约定范围一般限于罚款、⁵ 责令限期改正、⁶ 缩短营业时间或停止操作、⁷ 限期治理、⁸ 责令停厂治理、责令关停并转等。民事责任包括两大类，一是企业违反“捐赠”即自愿行为的民事责任，二是企业侵犯国家环境权益的民事责任，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，外部环境保护行政合同在约定时不能干涉居民的处分权，只能划定一个有利于纠纷得以解决的合法的原则轨道。比如日本《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。”

2.6 合同的生效、变更与解除程序

和上述的两类环境保护合同相比，环境保护外部行政合同的生效日期的约定没有特殊之处。是环境保护民事合同的必要内容。环境保护合同的生效日期包括即时生效、约定日期的生效、附条件的生效（如经过公证）等方式。合同的变更程序则属于环境保护民事合同的任意条款。在合同有规定的时候，变更环境保护民事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民事合同。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书第 16 条（协议之修订）规定：“本协议书如有未尽事宜，双方认有必要时，得随时修订之。”在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。

2.7 合同执行工作的沟通、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协议书为例，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。”

2.8 合同的监督、解释

在我国的台湾，外部环境保护行政协议书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、环境污染与生态破坏事故的等级、环境污染与生态破坏行为与损害结果的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的计算方法等事项。^[1]如果监督委员会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（如行政机关的干扰或消极行政），致使周围居民的环境权益遭受企业的损害，那么附近地域的居民可以在合同之外寻求国家公法的公力帮助，^{9 [7]}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的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。^[2]

3 环境保护外部行政合同的效力

对于环境保护外部行政合同的效力问题，本文在前面的“合同各方当事人的权利和义务”部分已经论及。与之相关的一个问题是环境保护外部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，由于环境保护外部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，各国的公证法一般均规定其不属于公证的范围。^[1]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，该协议书第21条规定：“本协议书签订后，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。^[1]

4 环境保护外部行政合同法律责任的产生

4.1 环境行政管理部门及其工作人员承担违约责任的方式及其承保条件

环境行政管理部门及其工作人员可以因违反法定职责和外部行政合同的约定而导致行政处分责任、行政补偿责任和行政赔偿责任的产生，严重违反自由裁量权的行使所附属的公法义务时，还会导致环境刑事责任的产生。

行政处分责任主体为环境行政管理部门的直接违约责任人，在法律有规定时，其主管人员也是责任主体。行政处分责任的产生条件是：责任主体在执行行政合同时有违法行使职权的行为；该失职行为是尚未构成犯罪的一般违法行为；该行为侵害了企业、居民或国家的合法环境权益，致使环境保护外部行政合同被政府及其环境保护部门违反。

行政补偿的责任主体为环境行政管理部门，行政补偿责任的产生条件是：环境行政管理部门及其工作人员的行为合法（如因国家法律的修订导致合同内容的变更）；该行为（如变更合同的行为）侵害了企业、居民或国家的合法环境权益。行政补偿的责任形式主要为排除妨害、恢复原状和损失补偿。

行政赔偿的责任主体为环境行政管理部门，行政赔偿责任的产生条件是：环境行政管理部门

及其工作人员在执行行政合同时违法行使了职权；该职权行为侵害了企业、居民或国家的合法环境权益。行政赔偿的责任形式主要为恢复原状和赔偿损失，行政管理部门赔偿损失后，应当依据《国家赔偿法》的有关规定责令有故意或重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。

如果环境行政管理人员在执行行政合同时违法行使了职权，严重违反了行政自由裁量权行使的附属公法义务（比如情节恶劣或造成了严重的后果），则应依刑法的有关规定追究其刑事责任，法律有规定时也要追究其主管人员的刑事责任。

4.2 企业承担违约责任的方式及其承责条件

企业可以因侵犯居民的环境私法权益而导致环境民事责任的产生，可以因违反外部行政合同所附属的环境公法义务而承担环境行政责任和刑事责任的产生。企业承担环境行政责任的方式主要为缴纳行政罚款性质的违约金或接受行政处罚。

行政责任的产生条件为：企业的违约行为侵犯了国家的环境管理秩序或造成了污染事故；该行为一般要有过错。行政责任分为企业的行政责任和相关的责任人的行政责任两大类，企业承担环境行政责任的方式主要是向地方政府或其环境保护行政部门缴纳行政罚款性质的违约金（如我国的台湾地区）^[1]或接受行政处罚。相关的责任人承担环境行政责任的主要方式是接受行政处分，行政处分由责任人所在单位或上级主管部门做出，但环境行政管理部门有权做出行政处分建议。

如果行政管理相对人的违约行为违反了外部行政合同所附属的公法义务，严重地破坏了国家正常的环境行政管理秩序，或造成了严重的环境污染或资源与生态破坏事故，则应负刑事责任。如果行政管理相对人为企业，法律有规定时，还应追究其负责人和直接责任人的刑事责任。大多数国家要求相对人要有过错才能负刑事责任，英、美等少数国家规定，法律有规定时无过错也要承担刑事责任（比如新加坡《海洋污染防治法》第 10 条规定，任何未按规定携带有关油类记录薄的船舶，其船主、船长或船舶代理人都应对此负罪责，偿付 5000 新加坡元以下的罚金）。

参考文献

- [1] 台湾研究基金会编辑. 环境保护与产业政策[M]. 前卫出版社, 1994. 598, 599, 618, 600, 621-639, 612-614.
- [2] 汪劲. 日本环境法概论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1994. 44, 45, 70-73.
- [3] 夏光, 周新, 高彤等. 中日环境政策比较研究[M]. 北京: 中国环境科学出版社, 2000. 42.
- [4] 美国法典[Z]. 第 42 卷 55 章第 4331 条.
- [5] 王保树 主编. 经济法[M]. 社会科学文献出版社, 1999. 124-126, 129, 123-124,.
- [6] 日本 环境基本法[Z]. 第 8 条第 4 款.
- [7] 参见梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 35.

Marketing of the External Administrative Contract For Environmental Protection

CHANG Jiwen

Abstract: The essay analyses the conception, classification, essence, content, effect and its legal responsibility of the external administrative contract for environmental protection.

Key words: environmental protection; external administrative contract; market economy

收稿日期: 2003-3-15;

作者简介: 常纪文(1971-), 男, 湖北监利县人, 中国社会科学院法学研究所博士后, 副教授, 硕士生导师; 研究方向: 环境资源政策和法律; 出版著作两部, 主持国家立法课题两项, 主持省部级以上课题三项, 先后在《中国社会科学院要报 领导参阅》、《环境资源法论丛》、《中国软科学》等学术刊物上发表专业论文五十余篇。

¹ 在环境污染方面, 在过错责任产生以前, 比较早地用契约的形式约定环境民事赔偿责任、限制公害的事例是: 1910 年 11 月 9 日, 别子铜矿山的矿业权拥有人住友吉左卫门(甲方)与越智、周桑、新居、宇摩四郡的被害人(乙方)签订了赔偿契约。

² 环境立法过于琐碎、僵硬, 会不必要地束缚环境行政机关和企业的手脚, 不利于行政管理积极性的发挥和企业经营自主权的维护。相反地, 环境立法过于原则和抽象, 也不利于环境行政执法的可行性的实现。如果环境立法肯定环境外部行政合同的作用, 那么, 它可以与环境立法分工负责、相互配合。

³ 这也是《里约宣言》原则十的内在要求。《里约宣言》在肯定了传统环境权理论的同时也有一些重大的突破, 如原则十规定了公众参与和知情权的原则, 明确提出了“环境问题最好是在全体有关市民的参与下, 在有关级别上加以处理, 在国家一级, 每一个人都应适当地获得公共当局所有的关于环境的资料, 及包括关于在其社区内的危险物质和活动的资料, 并有机会参与各项决策进程。各国应通过广泛提供资料来便利及鼓励公众的认识与参与; 应让人人都能有效地使用司法和行政程序, 包括补偿和救济的程序。”

⁴ 我国的台湾地区的环境保护民事协议书一般设有这些回馈事项。

⁵ 在日本的公害防止协定之中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。

⁶ 比如日本《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虞时, 得要求乙方于一定时间内, 寻求违背事项之改善措施。”

⁷ 比如日本《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虞时, 得对乙方指示暂时终止操作, 乙方必须遵从。”

⁸ 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, 其行政仍为行政要求。

⁹ 之所以寻求公法的帮助, 是因为公法之设在于保护私权。