

# 环境保护行政合同基本问题研究(上)

常纪文<sup>1</sup>, 黎菊云<sup>2</sup>

(1. 中国社会科学院 法学研究所, 中国 北京 100720; 2. 广东正大律师事务所, 广东 广州 510007)

[摘要] 环境保护行政合同制度是市场经济发达国家普遍采用的一项环境保护和契约行政制度。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, 有必要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全面、深入的研究。

[关键词] 环境保护; 行政合同; 法律制度

[中图分类号] DF418 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2433(2004)01-0005-08

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<sup>[1]</sup>。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。

## 一、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”<sup>[2]</sup>, 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就相对人各自的环境权利(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

[收稿日期] 2003-11-08

[基金项目] 中国博士后研究基金资助项目(2001)

[作者简介] 常纪文, 男, 中国社会科学院法学研究所博士后、教授; 黎菊云, 女, 广东正大律师事务所律师。

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<sup>[3]</sup>。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<sup>[4]</sup>，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、主体地位的不平等以及合同目的的公法性来命名的<sup>[5]</sup>，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，它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的有关根岸湾填埋场公害防止措施的协定。此模式被日本称为“横滨模式”<sup>[6]</sup>。环境保护行政合同之所以能够在日本得到长足的发展，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<sup>[7]</sup>。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将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。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、退渔转产合同等。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受一定的优惠。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<sup>[8]</sup>。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，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<sup>[9]</sup>。

## 二、环境保护行政合同制度发展的理论和现实基础

### （一）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,还应包括采取技术与管理指导、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进行充分协商后,为了巩固协商与沟通的成果,有必要采取符合政治、法律

和道德要求的形式。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。

## （二）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。

## 三、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，并有助于环境纠纷的及时解决。环境污染和生态破坏的产生一般基于以下三种情况：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做出明确的约定，那么合同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<sup>[10]</sup>，促使行政机关和企业忠实地履行有关义务，使环境污染或生态破坏事故的发生几率随之下降，有关各方的权益得到充分的保障，新的环境纠纷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做出明确的约定，那么事后的救济可能不及时、不合理或不充分<sup>[11]</sup>。

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<sup>[12]</sup>，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，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

无测，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，一些边缘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地开展经营活动。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、社会福利的享受等方面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，一般不愿意与地方把关系搞僵。同样的道理，地方企业也不愿意与地方政府和居民把关系搞僵。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，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<sup>[13]</sup>。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在企业那里得到满足，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衡平中央和地方、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<sup>[14]</sup>。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<sup>[15]</sup>。

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，环境保护行政合同对企业规定了比较严格的义务。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。”其次，环境保护行政合同能够把法律未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<sup>[16]</sup>。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（由于工商界可以左右地方的经济<sup>[17]</sup>，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权），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”地位的企业的经济利益，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了，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<sup>[18]</sup>。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<sup>[19]</sup>。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。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，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<sup>[20]</sup>；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<sup>[21]</sup>；有利于提高行政管理效率，转变政府的执法方式<sup>[22]</sup>，建立一种和谐的政企关系<sup>[23]</sup>。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应用，成为国家干预经济活动和市场结构的有效形式<sup>[24]</sup>。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<sup>[25]</sup>。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、农产品统购统销或订购合同制度、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……”

#### 四、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、独占使用共用公产合同、出卖国有不动产合同等则只能使用行政合同<sup>[26]</sup>。

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<sup>[27]</sup>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，该契约往往与私法的关系密不可分（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<sup>[28]</sup>。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<sup>[29]</sup>。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<sup>[30]</sup>。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”原则的指导下与企业自由协商。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，地方政府也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<sup>[31]</sup>；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）。从政治约束力上讲，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。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（如实行交通限制、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<sup>[32]</sup>。另外，从法律上讲，企事业单位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，企事业单位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。在日本等国和我国的台湾地区，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……”<sup>[33]</sup>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。”<sup>[34]</sup>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”。（未完待续）

参考文献：

- [1][9][10][12][14][16] 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][11][13][21][25][29][32][33][34] 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][27][28][30][31] 汪劲. 日本环境法概论[M]. 武汉：武汉大学出版社，1994.
- [5][20][22][26] 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][23][24] 王保树. 经济法[Z]. 北京：社会科学文献出版社，1999.
- [8][15][17][18][19] 王曦. 美国环境法概论[M]. 武汉：武汉大学出版社，1992.

## On Basic Problems on Administrative Contract about Environment Protection

CHANG Ji-wen<sup>1</sup>, LI Jv-yun<sup>2</sup>

( 1. Chinese Academy of Social Sciences, Beijing China 100720;  
2. Zhengda Lawyer's Office, Guangzhou Guangdong China 510007 )

**Abstract:** Legal system on administrative contract about environment protection has being adopted widely as an environmental protection system and an administrative contract system by market economic countries. In this article, the author expatiates firstly on the concept and category of administrative contract about environment protection, and discusses its matter. Based on this discussion, developing base and function of administrative contract about environment protection are analyzed. Then the author studies roundly legal evidence of contact-concluding, intension of contact-concluding, main content, legal force, modification and relieve of contact, contact-relieving and other basic problems. In the end of this article, the author discusses the constructive actuality of administrative contract about environment protection, the existent problem and the developing counter-measures that we should take.

**Key words:** Environment protection; Administrative contract; Legal system