

行政组织法视角下环境标准制度的反思与完善

张青波*

目次

- | | |
|---------------------------|--------------------|
| 一、问题的提出 | 四、组织优化：完善环境标准制度的具体 |
| 二、自我规制的缺失：环境标准制度问题的 症结 | 对策 |
| 三、中间组织：德国法的启示 | 五、环境标准的法律性质及其适用方式 |
| | 六、结语 |

摘要 我国环境标准制度的症结是自我规制理念的缺失。德国法带来的启示是强化由半官方的中间组织主导环境标准的制修订工作。因而，在行政组织法和程序法上，应实现由标准化技术委员会或专家组承担起草审查工作、以公众理性制衡专家理性、保障决策者的中立性、促成公众积极参与并确立政府对程序的监督。如此改革后，环境标准虽不是国家法规范，但仍可对环境执法和司法审判发挥一定指引作用。

关键词 环境标准 自我规制 中间组织 风险规制

一、问题的提出

环境标准通过客观科学的数据对相关领域的人类活动及其产生的环境负荷进行定量分析，以量化的方法来预测、判断和说明环境承载能力，约束人类的环境利用行为，间接实现对环境污染和生态破坏行为的事前控制，^{〔1〕}其制定和实施在环境行政执法中具有重要意义。环境质量标准的核心功能在于为环境质量状况提供对比依据，与援引环境质量标准的法律规定、行政规划等要求

* 中南财经政法大学法学院副教授、法学博士。

〔1〕 参见汪劲主编：《环保法治三十年：我们成功了吗》，北京大学出版社 2011 年版，第 74—75 页。

共同发挥设定目标、考核激励、督政问责的作用。^{〔2〕} 而环境排放标准则以成文的形式公示于众，为排污企业提供了相当明确的行为指引和预期，大大提高了排污企业对其行为后果的可预见性，利于它们在事前采取必要的风险防范措施以控制环境风险。^{〔3〕} 借助环境标准，国家得以把握环境风险的程度、社会的承受边界和管制目标的有效程度，原本抽象的环境风险概念被具体化为可供义务人遵循与主管机关执行的具体行为义务，^{〔4〕} 环境标准使环境权利的主张有具体依据、使环境义务的承担有具体界限、使环境行政执法有依据可循。^{〔5〕}

但是我国环境标准制度尚不完备，亟待完善。有学者指出，环境标准制度的缺陷为：（1）制定主体为环境保护部（现为生态环境部），过于单一。（2）环境标准的评价和修订机制欠缺。（3）环境标准的制定程序不明，欠缺公众参与。（4）环境标准实施困难；未充分考虑现实的技术经济条件；制定缓慢，缺乏效率。因而应当建立专家咨询制度和环境信息披露制度，以动员广泛的公众参与。^{〔6〕} 还有学者将环境标准的问题总结为：（1）环境标准的科学性不强：部分标准过时、对新型环境损害缺乏判准、总量控制标准较少、标准的数值确定与修改依据不明、对污染防治指标和公众健康指标混同不分、不同标准对同一环境要素（因子）设定冲突数值等。（2）环境标准的法律性质不明确。（3）环境标准的编制程序正当性不足：编制机构不能中立、编制程序存在征求意见的途径不明、公众不能参与编制过程、专家论证不足、公众意见不被采纳。（4）环境标准的适用问题突出：企业排放的行为虽然符合滞后的排放标准，但仍对接触人群造成了损害，此时环境执法却难以展开；对环境标准未做规定的项目，参考选用国外标准时时宽时严；标准存在冲突时缺乏适用规则；司法裁判过分倚重环境标准，以致在没有相关标准时，环境污染的受害人往往因为缺乏参照而被判决败诉。有鉴于此，环境标准的制定应广泛吸引公众参与，确保决策的民主化、科学化。同时环境标准的编制机关应尽可能选用涉及专业广泛的专家，确保从不同的角度对环境标准进行审查。此外，还应加强环境标准的修订工作，确保环境标准的时效性。^{〔7〕}

上述研究当然具有不容否认的价值，但存在的不足是：第一，未能从上述表现出来的问题深挖环境标准制度的症结，导致各种对策呈现出头痛医头、脚痛医脚的碎片化趋势，难以统筹兼顾；第二，所提出的信息披露、公众参与、专家咨询论证以及标准修订机制等主张，均未能深思如何设置具体制度对策，恐流于宽泛而难以贯彻落实；第三，尚未从环境标准的制定主体和程序方面深究环境标准的特征，难以回应其法律性质及如何适用的问题。如果不仅仅是国家机关，而且各种功能在于实现公共利益的组织也可作为行政组织的话，那么上述不足的实质就可以说是均肇因于缺少在组织法层面的省思。环境标准的制定组织应如何措置安排才能对种种问题予以有效回应？所提出的各种完善对策又应当如何落实在组织法的构造之中？制定组织上的制度变革对于环境标准的性质又会具有何种作用？上述问题均需要行政组织法上的考量。《标准化法》已于 2017 年 11 月修订，而《环境保护法》更是早在 2014 年已被修订。在环境标准的两大法律依据均已变化的

〔2〕 参见尤明青：《论环境质量标准与环境污染侵权责任的认定》，载《中国法学》2017 年第 6 期，第 287 页。

〔3〕 参见宋亚辉：《环境管制标准在侵权法上的效力解释》，载《法学研究》2013 年第 3 期，第 43、47 页。

〔4〕 参见杜辉：《挫折与修正：风险预防之下环境规制改革的进路选择》，载《现代法学》2015 年第 1 期，第 93 页。

〔5〕 参见王春磊：《环境标准的法律效力：问题梳理及实践动向》，载《中州学刊》2016 年第 11 期，第 48 页。

〔6〕 参见白贵秀：《基于法学视角的环境标准问题研究》，载《政法论丛》2012 年第 3 期，第 83—87 页。

〔7〕 参见张晏、汪劲：《我国环境标准制度存在的问题及对策》，载《中国环境科学》2012 年第 1 期，第 188—191 页。

背景下,更有必要讨论如何改进环境标准(主要是环境质量和污染物排放标准)制度,以便借助为上述两部法律进行配套立法的契机,克服现行制度的缺陷。

二、自我规制的缺失:环境标准制度问题的症结

环境问题具有科技背景,^{〔8〕}对环境问题的解决自然必需科学知识。申言之,由于环境问题在发生之前经常欠缺经验法则以兹确认危险是否存在,因此环境法必须在欠缺经验法则的情况下,运用科学技术预测结果并提前采取对应措施。^{〔9〕}或者说,环境风险的致害过程非常复杂,污染物时常与其他要素发生物理、化学或生物反应,并经过迁移、扩散、转化和代谢等环节造成损害。这集中体现了环境风险的技术性特点,对风险控制提出了较高的要求。因而环境管制标准必须建立在科学、严谨和全面的风险评估和技术判断基础上。^{〔10〕}于是,环境技术标准的制订极其复杂,需考虑技术、经济、环境和社会等多方面因素,涉及生产过程、工艺参数、污染物削减潜力、经济分析等多方面数据资料,需经定性、定量综合分析比较,权衡各技术的利弊后,才能最终选出技术先进、经济合理的方案。实践中数据失真、数据不足、评价方法的局限等问题,常常使技术标准的评估和制定更加困难。^{〔11〕}可见,一方面是环境标准对科技和信息有着极高的要求,而另一方面却是在我国目前由政府主导各类标准制定的体制下,政府难以获取、综合关涉环境问题的信息知识,遑论及时妥善地制修订环境标准以回应环境风险。

按照系统理论,现代社会已经分化为政治、经济、法律、科学等不同子系统,各自奉行不同的二值符码(如有权/无权、支付/不支付、合法/非法、真/非真)运作,其基本形式是信息沟通。各系统依其自身来分辨、处理来自其他系统的信息,同时向其他系统释放信息,进行系统之间的信息沟通。但信息并不能自由往返于各个系统,只有通过参照系统各自的二值符码,经过一定的运作才被归入一定系统。不能由二值符码归类的运作,则不被归入相应的系统。由此,系统就能对不属于系统的运作不予考虑,以化约复杂性。^{〔12〕}比如,在现代社会,对行为合法与否的判断只能依法做出,如果再掺杂道德、宗教方面的考量,将难以稳定人们相互之间怀有的行为期待,不能形成有效的社会秩序。在此过程中,既有的法律沟通被储存下来,作为后续沟通的前提,既限制又引导了后续沟通的衔接可能。^{〔13〕}如此一来,基于二值符码的运作一方面在系统内部稳定了它的意义界限,让系统的观察和描述成为可能,但另一方面必然导致系统的运作基于一种盲点,系统所观察到的现实,并非现实本身,不过是根据系统内在符码呈现为现实的东西,所有其他的信息沟通和所有其他的事件却不被关注。^{〔14〕}在一个系统中被认为是至关重要的信息,可能会被另一个系统熟视无睹,于是,某些社会问题不能获得及时处理而积微成著、鸿鑫沉舟。因而,风险社会的形成,根本

〔8〕 参见叶俊荣:《环境政策与法律》,中国政法大学出版社2003年版,第133页。

〔9〕 参见王毓正:《论环境法于科技关联下之立法困境与管制手段变迁》,载《成大法学》第12期(2006年),第103页。

〔10〕 见前注〔3〕,宋亚辉文,第46页。

〔11〕 参见谭冰霖:《环境规制的反身法路向》,载《中外法学》2016年第6期,第1514页。

〔12〕 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S.44 f., 60-62.

〔13〕 参见鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,载《清华法学》2008年第2期,第55—59页。

〔14〕 Vgl. Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., 2015, S.8, 71, 78.

上就是由于自创生的功能系统之间缺乏共振,一种系统的运作无法在另一种系统中造成预期的影响。^{〔15〕} 政治系统并不是标准化专业知识的中心。^{〔16〕} 由于各个系统的功能分化,经济系统、科学系统就环境问题所释放的大量信息难以被政治系统、法律系统及时捕捉、分辨,并根据重要程度做出匹配的处理、回应,政治系统、法律系统自然也不能给出适应其他系统实际需要的规制指令、切实影响其他系统的实际运作。就环境标准而言,政府不能根据环境问题的现实状况,制定清楚了、完备协调、与时俱进的环境标准,也就难以借助环境标准妥当应对环境风险、实现调控治理生态环境的目的。

为了避开系统之间森严的壁垒,需要从系统外部的他治转向系统内部的自治。只有在系统自身逻辑之内而非之外,有效的限制措施才能发挥作用。唯有通过系统的内在反思,才能完成在高水平层次上协调系统功能及其环境成效的艰巨任务。政治—法律的规制和外部社会的影响除非被转化为系统发展动力的自我驯化,否则无法取得成功。^{〔17〕} 故此,法律系统不应再以统一的内容指标去调控整个社会,而是只能设置去中心化的、在各个系统内部发挥作用的整合机制。法的程序取向要偏向于更为非直接的、更为抽象的社会控制手段——反身机制,其并非亲自做出内容上的决定,而只是决定组织上和程序上的前提,以创造、促进和重新界定社会自治,设置、修正和重新界定民主的自我调节,追求受规制的自治。^{〔18〕} 起决定作用的不是规范的内容,而是生成规范的过程,不是制定规范的具体结果,而是产生不同规范的沟通本身。^{〔19〕} 为此,立法者可以将其自身不能以普遍、确定形式加以规制的问题,授权自治的社会机构制定规则。通过反身法,议会只规制功能上分化的社会子领域自我规制的程序条件。^{〔20〕} 这就是系统理论为现代社会中规制失灵所开出的药方:“自我规制。”系统为维持和改进其技术环境所需要的高度分化和及时更新的技术知识,创造了时间压力,要求通过自我协调和自我规制过程以迅速实施规则。^{〔21〕} 不仅如此,自我规制还可以有效调动相应的知识和专家,相比政府规制能更为及时、更有弹性、更合于事物本质地行动,对企业而言负担较轻、对国家而言成本较低,从而以较低成本达成较高遵从率,补充国家对社会过程下命令式调控的亏空。^{〔22〕} 因而,通过扩张治理范围,调动私人资源,促使各种社会主体共同参与形成和执行政策,合作治理网络就能够改进政府的规制能力。^{〔23〕}

总之,反思我国环境标准制度的症结,可以说正是自我规制的缺失,导致科学系统缺乏自主调

〔15〕 参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期,第167页。

〔16〕 Thomas Vesting, *The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards*, 5 *German Law Journal* 639, 660(2004).

〔17〕 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第99—100页。

〔18〕 参见[德]贡塔·托依布纳:《反思性的法——比较视野中法律的发展模式》,祁春轶译,载托依布纳:《魔阵·剥削·异化》,泮伟江等译,清华大学出版社2012年版,第281、307、312页。

〔19〕 Gunther Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbuergschaft in der Kollision unvertraeglicher Handlungslogik*, *Kritische Vierteljahresschrift fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2000, S.394.

〔20〕 Graf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S.216.

〔21〕 Vesting, *supra* note [16], at 659.

〔22〕 参见高秦伟:《社会自我规制与行政法的任务》,载《中国法学》2015年第5期,第74—76页。

〔23〕 参见宋华琳:《论政府规制中的合作治理》,载《政治与法律》2016年第8期,第16页。

控的行政组织法及相应的程序根基,结果在政府难以及时有效回应环境问题的同时,社会组织也不能制定详备妥当的环境标准。如按照《行业标准管理办法》第10条,制定行业标准应当发挥行业协会、科学研究机构和学术团体的作用。制定标准的部门应当吸收其参加标准起草和审查工作。然而在实践中,各协会、组织的功能并未完全发挥出来。

政府主导行业标准制定的这一模式,存在的弊端有:(1)政府部门公职人员的专业性不够,难以制定出科学、系统、有效的行业标准;(2)行政过程过于烦琐,导致行业标准更新周期过长,不能满足科技创新和发展的需求;(3)行业标准脱离市场需要,妨碍市场经济的发展。^[24]因此,政府的环境规制应当重视系统理论所揭示的自我规制策略,将以政府为中心的规制模式转化为以各个社会子系统为各自中心的规制,通过组织和程序的立法,促成科学系统的自我规制,既要提高规制水准和效率,又要防止系统理性损害公共利益。如学者指出的,促使社会形成自治的调控与行政法中对技术标准的普遍运用相辅相成,有着高度的契合性。^[25]但是要在环境标准的制定过程中贯彻落实社会自治和自我规制的理念,还需要对其制定组织及有关程序在细节上进行相应的制度安排。

三、中间组织:德国法的启示

2017年修订的《标准化法》在一定程度上回应了学者提出的,发挥行业协会参与标准制定、审查作用的主张,^[26]对技术标准的自我规制有所关照。按照该法第18、19条,国家鼓励学会、协会、商会、联合会、产业技术联盟等社会团体,遵循开放、透明、公平的原则,协调相关市场主体,保证各参与主体获取信息、反映需求,共同制定团体标准,由本团体成员约定采用或供社会自愿采用。国务院标准化主管部门会同有关主管部门规范、引导和监督团体标准的制定。并且,企业可以根据需要自行或与其他企业联合制定企业标准。

另一方面,按照《标准化法》第10条第1款和第5款,环境标准属于强制性国家标准,法律、行政法规和国务院决定可以对强制性标准的制定另做规定。按照《环境保护法》第15条、第16条,环境质量和污染物排放标准的制定主体是国务院环境保护主管部门或省级政府。环境质量标准体现国家的环境保护政策和要求,是环境规划、环境管理和制订污染物排放标准的依据,而污染物排放标准是实现环境质量标准的重要保证,也是控制污染源的重要手段。环境质量标准虽然不能像污染物排放标准那样直接与行政管制相结合影响到相对人的权利义务,但是前者左右着后者的制定。《环境保护法》既然并未对这两类标准的制定程序加以规定,那就应当按照《标准化法》规定的程序制定,生态环境部于《标准化法》修改前发布的《国家环境保护标准制修订工作管理办法》(以下简称《制修订办法》)规定的程序只能补白《标准化法》未做规定之处。根据《标准化法》第10条,国家环境质量和国家污染物排放标准由生态环境部提出项目,同时省级政府的标准化主管部门、社会团体、企业事业组织以及公民亦可提出立项建议,由国家质量监督检验检疫总局(现为国家市场监督管理总局)单独或会同生态环境部进行立项审查和立项,再由生态环境部组织

[24] 参见陈光、李炎卓:《行业标准的制定:从政府主导到行业协会主导》,载《科技与法律》2017年第6期,第86—88页。

[25] 参见关保英:《论行政法中技术标准的运用》,载《中国法学》2017年第5期,第219页。

[26] 参见宋华琳:《规则制定过程中的多元角色——以技术标准领域为中心的研讨》,载《浙江学刊》2007年第3期,第162页。

起草、征求意见、技术审查,复由国家质量监督检验检疫总局(现为国家市场监督管理总局)编号和对外通报,最后由国务院批准发布或授权发布。可见,国家环境标准主要仍由单一主体——生态环境部主持制定,并未授权行业协会等多元社会团体开展自我规制。

尽管如此,过早放弃以自我规制理念来优化行政组织、改进环境标准制度的努力却失之草率。对环境标准,现行法虽然并未明确授权由政府之外的社会主体自我立法,但未尝没有为自我规制留下空间。根据《标准化法》第15条、第16条,制定强制性标准,在立项时应对行政主管部门、企业、社会团体、消费者和教育、科研机构等方面的实际需求进行调查,对制定标准的必要性、可行性进行论证评估;在制定过程中,应当采取多种方式征求意见,对相关事项调查分析、实验、论证。制定强制性标准,还可以委托相关标准化技术委员会或在未组成标准化技术委员会时,委托所成立的专家组承担标准的起草、技术审查工作。标准化技术委员会和专家组均应当具有广泛代表性。另外,浏览中国环境保护产业协会的网站可以发现,当前环境保护协会在我国环境标准的制定中发挥着十分显著的作用。比如中国环境保护产业协会,近年来主导制定了诸多标准,涉及城镇地下水、阵列式消声器、生活垃圾焚烧烟气、废气生物净化装置等各个方面。而中国环境保护协会的网站也显示,各层次的环境保护协会对不同类型环境标准的制定也产生一定的影响。从这些规定和实践来看,标准的制定过程也有吸纳来自政治以外其他系统之信息的渠道,甚至实现自我规制。

在此,不妨适度借鉴德国行政组织法相应的制度安排。在德国行政法上,技术规范及其创设程序被从国家移入私部门,成为具有深厚传统的程序私有化模式。而私规范的运用主要在环境法和技术(行政法)中有相当拓展。将私人合作纳入规范创设过程,提升了法的调控作用:它为规范创设带来专业信息和利益协调,提高了所设规范的认可度,确保了利害关系人的参与,减轻了国家的负担并显示出灵活与革新。不过,私人创设的法必须通过高权的承认才能具备法的性质。根据私人规范与高权承认之间的关系,可以区分出私人协会的立法与半官方的标准创设。对私人协会的立法来说,在德国存在众多协会和标准化组织从事创设规范的活动。比如德国标准化机构(DIN)是私人企业成立的、专门进行规范创设的私人社团,它与德国政府签订协议,约定一方面获得政府补贴,另一方面应尊重公共利益并允许相关国家机构、利益团体参与创设。这类私人协会创设的标准需要并入国家法中,方能获得规范效力。并入的发生不是通过国家法对它们内容上的接纳,而是通过指示参照的形式。有时是列明规范的名称、日期、刊载处的静态参照,更常见的则是动态的、为了具体化法定的“公认的技术规则”“科技状况”而指示参照私人规范。至于半官方的标准创设,则是由专家或利益代表组成的委员会拟定规范,再由行政机关在个案中认可并正式公布而赋予法的效力。这种机制的特点是委员会一方面独立,另一方面与行政机关有紧密联系。因此,半官方的标准创设接近行政机关在听取利益群体和专家意见后制定的行政规则。无论是协会立法抑或半官方的标准创设,国家虽然通过指示参照或个案认可而保有形式上的最终决定权,但在实质上这些规范并非源自国家。所以,私人立法的正当性应通过组织和程序上的措施予以加强,如公众参与、政府介入、对专家独立和水准的要求以及决定的说理,以确保立法过程的公开透明和利益代表的多元均衡。^[27]

在德国,国家并不独占法的制定,特别是在环境法与科技法上已确立了包含私人专家参与国家规范制定程序、国家派代表参与并认可私人社团的规范制定,乃至直接确认私人社团之规范制

^[27] Matthias Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Band 1, 2012, S. 1174 f., 1210 - 1215.

定等广泛的制度化合作形式架构。技术规范的相关组织并非公行政,而是作为位于国家与社会之间的中间组织,唯其成立过程或委员会组成之决定权限可能间接推论其为公行政。因国家派遣代表参加委员会并参与其意思之作成,国家负有上位的正当性责任,须确保中间组织建立合乎利益结构之组织和决定机制。其中有最为重要的两点。一是适当兼顾利益原则,尽可能完整地涵盖各方参与者意见。对此技术规范的相关规章已明文规定,确立了各种利益团体适当代表的原则。行政有时必须以公告等方式促成事先的利益表达程序,以达到必要的透明化。二是距离与中立之保障,确保中间组织的中立。这方面的预防措施可能来自私法,如双方代理之禁止,但还须适用公法上的回避及不可兼职等保持距离之规定。^[28]

揆诸德国,我国《标准化法》对国家环境标准所搭建的制度框架颇近似于德国中间组织的半官方标准创设机制。如果按照《标准化法》第16条委托标准化技术委员会或专家组进行强制性国家标准的起草和技术审查工作,那么委员会或专家组,就会成为经法律授权的标准制定组织,同时也成为标准制定的法定环节,^[29]成为履行公共任务之行政组织的一环。在此基础上,进一步借鉴德国法,就可为我国环境标准制度未来发展完善提供参考。

四、组织优化:完善环境标准制度的具体对策

行政活动乃组织意义上的国家与社会力的交会,而此行政活动系在各种组织之中以及通过各种组织发生。由于组织法将给付过程及参与机会结构化,因此组织法在行政法体系中占有中心地位。行政调控的主要部分实即组织调控,此尤以实质的编程调控难以介入的领域更为明显。而且,组织内部的沟通流程必须由行政组织法在法律上加以整理。组织法必须在现有的法律监督、专业监督及职务监督外,发展新的控制机制,甚至以公众作为控制媒介。^[30]故而,下文在检视环境标准制度的改进之策时,将主要立足于行政组织法的革新,同时兼及相关程序法方面的改良。借此亦可呼应前述自我规制理论设置组织和程序上之调控机制的主张。

第一,应尽可能发挥标准化技术委员会、分技术委员会或专家组的作用。在技术复杂性面前,法律必须另辟蹊径,通过法律授权,引入更具专业知识优势的第三方社会主体参与环境规制。^[31]为了落实由虽然具有官方背景但却更易回应社会呼声的半官方中间组织主导制定过程,《标准化法》第16条中的“可以”委托标准化技术委员会或专家组承担强制性标准的起草、技术审查工作的规定,应以配套立法调整为“应当”,让标准化技术委员会或专家组担当起草、审查国家环境标准任务,政府工作人员不宜再负责实体标准方面的作业。^[32]若由隶属于政府部门

[28] 参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第257—258、307—309页。

[29] 见前注[26],宋华琳文,第163页。

[30] 见前注[28],阿斯曼书,第225、230、237页。

[31] 参见谭冰霖:《论第三代环境规制》,载《现代法学》2018年第1期,第121页。

[32] 国家标准化管理委员会于2009年制定的《全国专业标准化技术委员会管理规定》(以下简称《管理规定》)第四(一)4项禁止标准化行政管理机关工作人员在技术委员会、分技术委员会和标准制定工作组担任职务。但此规定落实的前提是标准由标准化技术委员会或专家组起草、审查。况且,国家质量监督检验检疫总局2017年制定的《全国专业标准化技术委员会管理办法》(以下简称《管理办法》)无对应规定,按《管理办法》第56条,国家质检总局、国家标准委以前发布的规章、规范性文件与其不一致的,适用《管理办法》。这导致《管理规定》第四(一)4项的规定未必还有效。

的单位起草环境标准,其中立性时常受到公众质疑。^[33]为此,《制修订办法》对环境标准制定程序的规定应当与《标准化法》规定的程序相协调适应。^[34]只有这样,才能落实对环境风险的自我规制,形成半官方中间组织在实质意义上塑造环境标准内容的体制,实现对环境风险专业、就近、及时、整全地调控,克服环境标准针对性与科学性不强、滞后性明显、内容上冲突与空白等弊端。此外,各类环境标准的内容绝非一律,比如环境质量标准对于不同的保护对象、用途功能,规定的污染物项目就有所不同。^[35]很难说某一位专家能够精通各种环境标准所涉及的问题。因此应当健全环境标准的分技术委员会制度,从而更专门深入地讨论问题、更高效及时地开展工作,同时还要强化技术委员会对分技术委员会工作的复审和协调,以避免分委员会制定的环境标准相互龃龉。

第二,在起草和审查中应以公众理性平衡专业理性。从《管理办法》《管理规定》和《制修订办法》的相关规定来看,标准的起草和审查工作由技术专家掌控。^[36]然而,科技的好奇心是要对生产力有用,而与之相联系的危险总是被推后考虑或者完全不加考虑,专家往往将没有被认识的或不能被认识的东西视为没有毒性。^[37]况且,环境标准制定中存在着复杂的经济、法律、社会政策甚至政治难题,科学本身并不能回答环境标准应当制定在什么水平,风险评估和风险管理阶段都存在价值判断和政策选择的空间。^[38]德国亦有学者指出,行政如允许某些团体参与制定技术规范,基于组织责任以及广泛的正当性责任,应要求参与的团体在其结构中保障各种不同的利益均能广泛充分地表达出来。^[39]就我国的现实而言,在某些情况下,公众对于政府、专家并没有充分的信任,^[40]专家和公众很难在风险成因和规制选择方面达成最低限度的共识。^[41]为了规制环境风险而倚重专家,在公众与专家认识分歧的情况下,可能导致新的次阶风险。^[42]专家还可能由官员按照自己的好恶遴选。^[43]因而,对于“何种安全才能算作足够安全”这样涉及每个人的问题,就

[33] 参见施志源:《环境标准的现实困境及其制度完善》,载《中国特色社会主义研究》2016年第1期,第96页。

[34] 尤其重要的是,按照《标准化法》第16条,标准化技术委员会和专家组的组成应当具有广泛代表性。《制修订办法》规定的专家组最低人数为7人,很难具有广泛代表性,因此应修改《制修订办法》,由人数可多至25人的标准化技术委员会或多至15人的分技术委员会负责环境标准的起草审查工作,或者至少将专家组的人数下限调高至15人。

[35] 参见张国宁等:《环境质量标准制订中的关键技术问题》,载《环境科学研究》2011年第9期,第1078页。

[36] 《管理办法》第9条规定技术委员会委员应当具有中级以上专业技术职称,或者具有与中级以上专业技术职称相对应的职务,并且熟悉本专业领域业务工作,具有较高理论水平、扎实的专业知识和丰富的实践经验。同样,《管理规定》四(一)中要求技术委员会委员应当具有中级以上(含中级)专业技术职称,或者具有与中级以上专业技术职称相对应的职务,熟悉并愿意从事标准化工作,具有相关领域的专业知识。而按照《制修订办法》第35条,审查会专家组由包括环境管理、工业行业、污染治理、环境监测等方面的7名以上专家组成。

[37] 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第71、78、83、86页。

[38] 参见张晏:《科学的限度——环境标准制定中的合法性危机》,载《清华法治论衡》第16辑,清华大学出版社2012年版,第162页。

[39] 见前注[28],阿斯曼书,第163页。

[40] 参见杜健勋:《论我国邻避风险规制的模式及制度框架》,载《现代法学》2016年第6期,第111页。

[41] 见前注[4],杜辉文,第97页。

[42] 参见金自宁:《风险行政法研究的前提问题》,载《华东政法大学学报》2014年第1期,第8—9页。

[43] 见前注[26],宋华琳文,第164页。

不能由单个人或某个行政机关来决定,必须通过社会协商过程决定。^[44]那么,专家模式应予修正。故此,起草和审查不仅要有技术专家,更要有环境保护组织、行业协会和公众代表参与其中并行使投票表决权。理由在于,科学知识是识别风险的基础,在风险预防的策略中居主导地位。^[45]普通公众代表可能知识匮乏、势单力孤。而环保团体在环境立法的过程中,则可以扮演环保资讯提供者的角色。^[46]民间环保组织和具有官方背景的环境保护协会可以利用自身在资源、专业等方面的特长,为政府的环境决策服务,提高决策水平。^[47]在当前大多数公众和环保民间组织参与制定环境政策困难的情势下,^[48]可借鉴德国法上各种利益团体适当代表的原则,突出民间和半官方环保组织的参与,促成其对公众代表的襄助,避免决策是对专家意见的“照单全收”,形成有效制衡。

按照《标准化法》第29条,应当建立标准实施信息反馈和评估机制,根据反馈和评估情况对其制定的标准进行周期不超过五年的复审。经过复审,对不适应经济社会发展需要和技术进步的应当及时修订或者废止。学者提出,为确保及时修订,应由政府机关、科研机构、有关行业协会、环保团体、重点企业等主体组成评价单位,编写环境标准实施效果及评价报告,并提出对该标准是否进行修订的建议。^[49]不过,只有通过环保组织和公众代表担任委员、实质影响技术委员会决策过程,才能形成复审、更新、提高环境标准的有效动力,促成环境标准修订建议的适时提出和切实吸纳。^[50]

环保组织参与标准制定、修订亦有政策和立法依据。《环境保护部关于培育引导环保社会组织有序发展的指导意见》中规定,各级环保部门在制定政策时应通过各种形式听取环保社会组织的意见与建议,自觉接受环保社会组织的咨询和监督。十九大报告提出,要构建政府为主导、企业为主体、社会组织和公众共同参与的环境治理体系。而中共中央、国务院《关于全面加强生态环境保护坚决打好污染防治攻坚战的意见》更是提出,要引导环保社会组织依法开展生态环境保护公益诉讼等活动。总之,应创造环保组织和普通公众切实参与环境标准制修订过程的法律途径。

第三,应保障标准决策的中立性。为了防止参与起草和审查的专家、环保组织代表和公众代表被“俘获”,应仿效德国法对他们参与决策的中立性加以保障。(政府)委托给民间的活动虽通过私人开展,但仍属于行政,属于公共性极高的活动,应该适用为行政所预设的各种各样的法的统制手段。^[51]相对行政机关从事私法活动形成的行政私法,还应承认私行政法,它考虑到行政机关与

[44] 参见[德]格哈德·班塞:《风险研究的缘由和目标》,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第47页。

[45] 参见[德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,载前注[44],刘刚书,第91—92页。

[46] 见前注[8],叶俊荣书,第82页。

[47] 参见肖晓春、蔡守秋:《论民间环保组织在环境法治建设中的作用》,载《求索》2009年第4期,第126页。

[48] 参见中华环保联合会:《中国环保民间组织发展状况报告》,载《环境保护》2006年第5B期,第68页。

[49] 参见黄锡生、谢玲:《论环境标准制度中“日落条款”的设置》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第157页。

[50] 《管理办法》第15条规定的技术委员会委员职责包括:提出标准制修订等方面的工作建议;按时参加标准技术审查和标准复审,按时参加技术委员会年会等工作会议;履行委员投票表决义务。

[51] 参见[日]米丸恒治:《私人行政——法的统制的比较研究》,洪英等译,中国人民大学出版社2010年版,作者序。

私人以特别方式相互联结时(如委托私人制定规范)的保护利益和减负利益。其中重要的是确保对所有在合作领域中发挥作用之利益加以适当把握和代表的规则:私人合作方也应遵守同业禁止规则、中立规则和保密规则。^[52] 具体来说,其一,应加强技术委员会委员库的建设,由标准化委员会从中随机遴选专家、公众代表和环保组织代表参与环境标准的制修订工作。其二,应当以制度化方式避免专家或代表从事与环境标准工作产生利益冲突的活动,如要求候选者提供经济活动、商业利益的信息,以判断其是否与环境标准存在利害关系而不宜参与决策。^[53] 其三,在专家或代表中立性可能受到影响或对其中立性产生疑虑时,原审核其参与的标准化委员会应主动或依第三人申请取消其资格。其四,应当规定对审查过程中与会者发表的所有意见做完整记录。这种记录虽然不能作为追究法律责任的根据,但可在一定期限后公开,以强化对审查过程的社会舆论监督。

第四,应形成促使公众积极参与、决策者合理省思的机制。如前所述,对于强制性标准的制定,《标准化法》要求开展调查和征求意见。这既体现了对现代行政法所强调的公众参与理念的重视,又可以说是对学者建言的响应。推动环境法实施和环境政策倡议的、具有巨大潜力的是激发公众积极参与法律的制定和规则的完善。对此,核心的环境法手段是传播与获得作为社会运动和权利保护之原材料的环境信息。^[54] 但《标准化法》并未规定如何对相关信息予以公开以征求意见,也未涉及在制定强制性标准过程中所收集的公众意见如何处理、若不予考虑是否应当说明理由。按照《管理规定》第五(二)部分,标准主要起草单位或者标准制定工作组提出征求意见稿,向有关行业部门、协会以及相关单位广泛征求意见,时间一般为一个月,并根据征求意见情况修改草案、形成送审稿。相比之下,《制修订办法》的规定较为完善。按其第36、37、48条之规定,生态环境部归口业务司将标准征求意见稿面向社会公众及各有关单位征求意见,时间为1至2个月,重大标准可以多次征求意见,必要时可召开听证会或座谈会。项目承担单位应汇总处理反馈意见,编制完成送审稿和编制说明,报送归口业务司并抄送技术支持单位。对于重大标准的制修订,应加大公开力度,在报纸或网络上刊发标准征求意见稿及编制说明,广泛听取意见和建议。但是,参与的回应与参与的机会同样重要,一个不必有任何回应的参与,对参与者无实质意义。^[55] 而且,采用报纸或网络刊发征求意见稿,并附具编制说明,相比定向征求意见更为开放透明、易为公众理解接受,不应限于所谓的“重大标准”。所以,国家环境标准征求意见稿及编制说明应以报纸或网络等途径向社会公开,在两个月内征求意见,重大标准可以多次征求意见,必要时可召开听证会或座谈会。对及时递交的公众意见,标准起草单位应予认真考虑,及时反馈,不采纳的应说明理由。

最后,政府有义务监督环境标准严格依规定程序出台。政府不参与环境标准实体内容上的决策,并不意味着其对环境标准的制定可以漠然置之。若摒弃法必须依附于国家的观念,科学系统通过自我规制所制定的环境标准,就可谓是系统的自我立法。进一步而言,如果排除国家为中心的宪法概念,就会看到没有国家之制宪过程的现实可能:社会子系统中任何的法之形成,总是预设

[52] 见前注[28],阿斯曼书,第277页。

[53] 参见宋华琳:《中国食品安全标准法律制度研究》,载《公共行政评论》2011年第2期,第42页。

[54] Martin Eifert, Umweltschutzrecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2013, S.594.

[55] 见前注[8],叶俊荣书,第204页。

并在其实施中构成其自有宪法的初步要素。子系统的制宪过程既要释放系统的潜在动力,又要构成系统的自我限制机制,防止其扩张危及功能分化。^[56]科学系统自我立法是否符合其自有宪法所定的权限和程序,还需要专门的审查监督。既然不能由立法主体自己做自己的法官,那就只能由负责实现公共利益由政府承担这一责任,以确保自我立法不致漫无节制而危及公共利益。况且,严格依照规定的组织和程序才能确保所制定出来的环境标准具备正当性。即便环境标准事后可能被证明为在内容上有误,其仍能主张具备足够的专业性、民主性、合理性,从而使环境风险仍处于社会能够容忍的范围之内。因而,环境标准的效力端赖其能够符合由政府确保落实的组织法和程序法。按照《管理规定》第七(四)3项,技术委员会不按规定程序制修订国家标准的,国家标准委责令其限期整改,并予以公布。在此基础上,国家标准委对违反规定程序制修订的国家环境标准,应依职权或据申请予以撤销,并在以暂停或取消责任人委员资格等方式追究法律责任后,重新组织制修订程序的开启。就此而言,关系社会、经济、健康等方方面面需求的环境标准,虽然交由社会自我规制加以制定,但政府仍要确保此一社会自我规制的结果能够反映民主协商的过程,以便让环境标准具备必要的正当性。

在国家环境标准的制修订程序和组织改革之后,地方环境标准制度也应如此调整,以实现环境标准制度的整体优化。值得注意的是,对于地方环境标准的制定,更要强调环保组织和公民代表的作用,以对抗地方政府为豁免自身责任而反对提升环境质量标准的冲动。^[57]

五、环境标准的法律性质及其适用方式

按照自我规制的理念和半官方中间组织的制度重塑了环境标准的制定组织及相应程序之后,环境标准的法律性质及其适用问题即可获得解决思路。

有学者根据《强制性国家标准管理办法》(征求意见稿)第27条第2款中“强制性国家标准以‘国家质量技术监督局令’的形式发布”,判断强制性标准将会以部门规章的形式向社会公开。^[58]但是,从制定程序和外在形式判断,技术标准并不具有规章这种法律规范的外观。^[59]也有学者主张,虽然环境质量标准的制定机关有权制定规章和规章以下的规范性文件,但从制定程序、标准编号等方面判断,环境质量标准既非规章,也非规章以下的规范性文件,其规范效力源于援引环境质量标准的法律规范。^[60]对环境标准性质的分歧其实源于在现行体制下,政府虽主导环境标准的制定,但政府又未明确环境标准的性质和效力。在本文看来,在落实自我规制之后,环境标准应作为半官方中间组织制定的规则,自然就不应属于规章或规范性文件。故此,环境标准自身不能直接实现其效力,需要上升为法律规范或借助其他法律规范以便实施。^[61]

[56] Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternative zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *Zeitschrift fuer auslaendische oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 2003, S.4, 7, 9.

[57] 见前注[2],尤明青文,第287页。

[58] 参见谭启平:《符合强制性标准与侵权责任承担的关系》,载《中国法学》2017年第4期,第185页。

[59] 参见宋华琳:《论技术标准的法律性质——从行政法规体系角度的定位》,载《行政法学研究》2008年第3期,第38—39页。

[60] 见前注[2],尤明青文,第287页。

[61] 见前注[5],王春磊文,第48页。

这里的“上升或借助”，实际上等同于由某一法条的构成要件指示参照另一法条，^[62]只不过这里所参照的并非具有法律效力、可以直接实施的法条，而是环境标准。就此而言，这种方式类似于前述德国法上对私人协会所创设标准的动态参照。如按照《环境保护法》第 60 条，企业事业单位和其他生产经营者超过污染物排放标准排放污染物的，环保部门可以责令其采取限制生产、停产整治等措施。上述条文实际上指示环保部门参照污染物排放标准以判断案件事实是否属于应予处罚的事实构成范围。再如按照《环境行政处罚办法》第 37 条，环境保护主管部门可以现场即时采样的监测结果作为判定污染物排放是否超标的证据。这里所谓的“超标”，指的就是超过污染物排放标准。由此，环境标准成为环保部门判定排污单位是否存在违法事实的标准，也构成实施行政处罚的事实根据。由此可见，环境标准的实施依赖其他法律规范的指示参照，不能被行政机关直接作为执法依据。即使区域的环境发生超过环境标准的恶化，环境标准也无法成为及时地对公害发生源实施强化限制的法律依据。^[63]因此环境标准不是有效的（国家）法规范，不能作为政治系统做出行政决定的法律依据。

环境标准虽然不具备直接效力，但在环境侵权民事纠纷中，鉴于技术标准具有对法律规范予以解释并加以具体化的功能，^[64]环境标准对侵权责任成立的判断能够发挥一定的指示作用。或者说，法律系统出于对其他系统自治的尊重，应当适度尊重科技系统对污染物排放或环境质量的规范设定。具体来说：不符合排放标准或导致一定范围内环境要素未达到环境质量标准的行为即构成《侵权责任法》第 65 条规定的“污染环境”，若造成他人损害，应当承担侵权责任。但是，符合环境标准的行为，仍有可能产生不合理危险而致损害，此时也应依法承担侵权责任，不得以符合强制性标准为由抗辩。^[65]因为对于公共环境的保护虽然能够为私人提供保障，但不足以为私人提供充分的保护。^[66]纵使行为人遵从了公法规范，也可能因其行为样态恶劣或所侵害的利益重大，而构成侵权行为。^[67]这种理解也符合《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条第 1 款的规定。^[68]

六、结 语

近年来，行政法的规制方式已经由给付方式向社会自治发生微妙变化，诸多行政过程可以从

[62] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 141 页。

[63] 参见[日]原田尚彦：《环境法》，于敏译，法律出版社 1999 年版，第 70 页。

[64] 见前注[59]，宋华琳文，第 40 页。

[65] 见前注[58]，谭启平文，第 184 页。还有学者认为原因在于：对于物质累积型的污染（即排放的物质数量，使得环境中的物质循环发生异常），由于各种污染物质在环境中的累积叠加，符合排放标准排污也可能使得环境中某一物质的含量超过环境质量标准规定的限值，进而造成环境污染。而对于噪声污染等改变能量存在形态的能量扩散型污染来说，由于能量污染要素进入环境后不会发生累积和叠加效应，达标排放肯定不会发生环境污染，超标排放必然导致环境污染。参见周晓然：《环境标准在环境污染责任中的效力重塑——基于环境物理学定律的类型化分析》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2017 年第 1 期，第 49—50 页。

[66] 参见肖俊：《不可量物侵入的物权请求权研究——逻辑与实践中的〈物权法〉第 90 条》，载《比较法研究》2016 年第 2 期，第 57 页。

[67] 参见解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，载《中国法学》2009 年第 2 期，第 68 页。

[68] 该款规定：因污染环境造成损害，不论污染者有无过错，污染者应当承担侵权责任。污染者以排污符合国家或者地方污染物排放标准为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。

传统的行政职能中游离出去,由私方主体按照私权模式运作。^[69]而在环境法上,相较之以“命令—控制”为特征的第一代环境规制和以环境税费或环境容量许可权交易等市场机制为典范的第二代环境规制均奉行直接干预主义的规制方式,正在蓬勃兴起的第三代环境规制则避免直接对被规制者下达实体上的具体指令,而是倾向于采用信息交流、程序指引、协商合意以及合作治理等相对间接的规制方式。^[70]在此趋势下,政府已不宜全面主导环境标准的制修订过程、亲自设定环境标准的内容指标,而是应当通过在行政组织法乃至程序法上建章立制,引导、激发、规范科学系统开展自我规制。正如《关于全面加强生态环境保护坚决打好污染防治攻坚战的意见》中提出的,必须构建产权清晰、多元参与、激励约束并重、系统完整的生态文明制度体系;因此应在现行法的框架内适度借鉴德国半官方中间组织的相关法制,进行行政组织法及相关程序的改革,由标准化技术委员会和分技术委员会承担环境标准的起草审查工作,诉诸环保组织和公众代表调和专家理性,确保决策者的中立,改进征求意见时的信息公开与意见回馈机制,并落实政府对制定程序的监督。由此,环境标准将因为更适合社会需要而有更大的实效性、更注重民间呼声而有更优的针对性、更拓展公众参与而有更强的正当性。在环境标准的制修订制度迈入自我规制的范式后,环境标准的法律性质及其适用问题的解决自然水到渠成。

Abstract The crux of China's environmental standard system is the lack of self-regulation concept. The enlightenment of German law is to strengthen the formulation and revision of environmental standards led by semi-official intermediary organizations. Therefore, in terms of administrative organization law and procedural law, Standardization Technical Committee or expert group should be responsible for drafting and reviewing work, it should be a balance between expert rationality and public rationality, the neutrality of decision makers should be ensured, and the supervision by the government over the enacting procedures should be established as well. After such reform, environmental standards are not regulations or normative documents, but can still be used as the yardstick of environmental law enforcement and judicial trial.

Keywords Environmental Standards, Self-regulation, Intermediate Organization, Risk Regulation

(责任编辑:高琪)

[69] 见前注[25],关保英文,第218页。

[70] 见前注[31],谭冰霖文,第125页。