

环境私主体治理的运行逻辑及其法律规制

杜 辉

摘 要: 在环境公共治理建构进程中, 私主体治理成为独立且重要的选项。在理论上, 不同类型的私主体依凭组织、知识、权力和规范四个要素在环境治理中呈现的是同样的出场逻辑, 并分别通过实用主义与价值判断、私人选择与合体制体系维护合法性、治理能力和权威。同时, 环境私主体治理同样存在不可避免的治理悖论。要开拓中国化的环境私主体治理, 必须检验并强化它与中国法治环境和权力土壤的匹配度, 根据不同的构成要素采取不同的回应路径, 最终旨趣在于“以私益之实现促进环境公益”。

关键词: 环境治理; 私主体; 治理悖论; 公私责任

中图分类号: D912.601 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2017)01-0037-09

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2017.93.005

为了提升环境治理能力, 改变当前行政权在环境治理中的孱弱形象, 越来越多的学者主张借助私主体的力量重塑环境治理的结构和范式。这种转变是公共治理思潮之下“网络化结构”、“开放性过程”、“全方位参与”等理念对传统行政过程以及基于“行政主体——行政相对人”的一元法律关系的持续渗透诱发的必然结果, 是对“行政国”范式下的合法性危机和规制危机的积极回应。有学者认为, 私人、非政府组织等社会主体从事部分公共事务是以“自由权和社会权——公共行政权”为主轴的行政法的第三形态^[1]。

这种观点在我国当前的法律和政策实践中也已得到相当程度的体现, 比如环境法律体系中的第三方治理、行政义务代履行、PPP(公私合作伙伴关系)项目及其配套政策的大规模推进, 等等。这些努力都是环境私主体治理的重要分支^①。环境治理原本作为一种国家任务和政府职能, 何以需要私主体介入, 介入的形式有哪些, 以及如何将之合法化, 理论界与实务界并没有给出完整的答案。这非但限制了环境私主体治理理论和制度的发展, 也可能在实践中造成诸多法律难题。

一、环境私主体治理的兴起与问题意识

在我国环境治理过程中, 高昂的行政管制成本、较差的灵活性和潜在的规制俘获风险等结构性

基金项目: 国家社科基金青年项目“环境私主体治理的法律问题研究”(14CFX078); 中央高校基本科研业务费“公私协力之下公用事业发展的法治进路——以PPP为例”(903005203277); 中央高校基本科研业务费“我国环境宪法的规范建构及其适用研究——基于比较法的视角”(106112016CDJJSK08XK17); 中央高校基本科研业务费“风险视阈下环境群体性事件的法律责任”(106112015CDJJSK08JD07)

作者简介: 杜辉, 法学博士, 重庆大学法学院副教授(重庆 400045)

① 关于私主体的范围的讨论, 笔者前期已给出相应的限定。请参考杜辉:《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。但关于“私主体”是否包含自然人这个问题, 需要进一步指出的是: 在规范的意义下,《环境保护法》第6条第1款为“个人”设置了普遍的环境保护义务, 这些义务的内容更多地表现为法律所倡导或要求的、日常生活中的环境友好行为, 并不构成规范意义上的治理; 在实践面向, “个人”的治理意志往往借助于企业、单位或集体的形式展开, 以组织化为其行为中介。基于这两点, 笔者并没有将“自然人”列入“私主体”之范畴。

难题产生的累积效应表明以“标准设定”为中心的集中式、官僚制的直接环境规制已经达到了技术能力和成本效率的极限^[2]。它既无法全面控制污染和环境风险,也无法提供立法者事先承诺的环境利益。为了解决这种困局,学者与环境规制者尝试通过重回市场来寻求“经典规制的替代方式”^{[3](P230-269)},以排污交易、税收、排污费制度等市场机制与财产权逻辑发挥私法的利益衡量和交换功能^{[4](P47-54)},补充政府直接规制的失灵,以期完成环境治理的完美拼图。但正如那些“放松规制”的支持者所忧虑的一样,市场提供最优环境效益的能力同样有限。市场和政府的双重失灵敦促立法者、规制实施者和理论界对环境规制系统进行整体性反思,并尝试对这个系统进行一场整体式变革,开发更宽泛的政策机制来提升国家的环境治理系统和能力。

从转型脉络来看,这种整体式变革的基本方向是从偏重政府管制和行政法的形式主义权威模式向讲求目标适应、解决实际问题的实用主义的公共治理模式转移。这意味着决策者正在矫正对环境治理权力结构及其合法性传统认知。在这个过程中,私主体治理的兴起直接引发了政府权力与非政府力量之间的矛盾冲突,甚至在某种程度上降低了政府管制的合法性。环境治理要在法治框架内实施就必须借助于政府强制,但如果完全依赖它,利益相关者能否被充分考虑则存在疑问。而我国的治理实践已证明传统意义上对行政过程的公众参与无法在时间和空间两个维度上完整地函摄利益相关者的诉求并作出妥善安排。但另一方面,私主体治理模式在理论和实践形态中都尚未通过合法性的审查。因此,就当下而言,我们如何在理论层面为私主体治理开放足够的合法性空间,规避“民主赤字”的陷阱^{[5](P41-56)},并在实践层面发掘出私主体治理的可能条件、程序,实属必要。这两个方面的问题意识在我国都没有得到应有的重视,私主体自主行动的新形式以及与之匹配的实体规范和程序机制,亦付之阙如。

二、环境私主体治理的构成要素及其运行逻辑

经验研究表明,在域外国家或地区的法律实践中,政策制定者、实施者和被规制者都认为那些补充政府治理机制的私主体治理范式有潜力提升当代的环境治理系统,它们是当代社会安排环境事务、权力秩序和利益布局的新典范。通过梳理,笔者将环境私主体治理模式大体概括为集体式、双边式和单边式三大类型。集体式是指由非政府组织或其他第三方基于环保的目标从整个社会系统出发创制的一系列私主体治理策略的集合,代表性的类型包括生态认证与标签体系、绿色贷款标准、自主性环境标准、环境信息披露标准等。双边式是指政府与利益相关者之间基于“管制者—被管制者”的垂直权力关系或者相互交易的市场主体之间基于交易的水平利益关系开发的环境治理策略,代表性的类型包括市场驱动的非国家式(Non-State Market-Driven)治理体系、好邻居协议(Good Neighbor Agreements)、第三方治理和行政代履行。单边式是排污者为了增强市场竞争力或者基于慈善式的道德劝化,或者为了规避未来更严苛的政府规制或侵权责任风险,而采取的一系列自愿式的自我规制(Self-regulation)行为。这种模式要求排污者承诺将他们的环保绩效提升到实定法所要求的标准之上,作为交换排污者可以获得自我审查的特权,主要的实践类型包括单边承诺、公共志愿计划和基于协商协议的自我规制三类。

这些环境治理模式的基本制度逻辑是,政府之外的组织在政府规制权之外或在与政府规制相结合的领域内,基于非正式的权力和程序,应用相关的知识、方法从事有利于环境的经济行为或以标准、契约方式直接进行污染治理,以实现公共环境利益和私人利益的共赢。因此,它的基本属性应该包括:(a)与政府规制相区别的治理;(b)不是以科层制的方式主宰自上而下的制度体系,而是呈现出多层次制度承认和关联;(c)倚重协商秩序而不是法律框架塑造的秩序;(d)一种政治民主博弈过程;(e)公私协力或私人自治。根据这些属性,环境私主体治理动力源于相互依赖的公私主

体（“私-私” & “公-私”）在协商、审议、执行各单元推动的持续不断的多层次聚合，在这个过程中没有任何一方享有独占的决策权限，也没有设定任何类型的体现权力分层的等级制度^{[6](P45-74)}。从发生学上讲，它源于现代社会的复杂性与知识、权力的碎片化、分散化之间的张力。随着环境问题的复杂化和治理结构的扩张，在可以预见的未来，发展、移植甚至扩张私主体治理的愿望与动力将会逐渐增强。

（一）私主体治理的构成要素

1. 作为载体的组织。私主体治理模式创设的是有规模差异的私人秩序，那些利益相关者与标准设定者也在客观上拟制了某种不同于政府和企业的组织结构。它不再是“一种封闭的或者限制局外人准入的社会关系”^{[7](P41)}，而是流动性、协商性和自愿性极强的网络式社会关系，准入条件和退出机制较之必须服从的政府规制都较为宽松。从组织社会学的视角来看，政府和企业逐渐趋同于科层官僚式的组织结构，侧重于自上而下的权力传导，而前述私主体的实践类型中组织更趋向于平权化。比如，集体式呈现的组织样态是以设定标准的第三方为中心的发散式结构，双边式呈现的组织样态则是以政府或核心利益相关者为中心的链式结构，单边式的组织样态则是以排污者为中心的点式离散结构（如图 1 所示）。这些组织结构表征的不仅是规范、权力的聚合，更是利益（主要是私利）的集合。

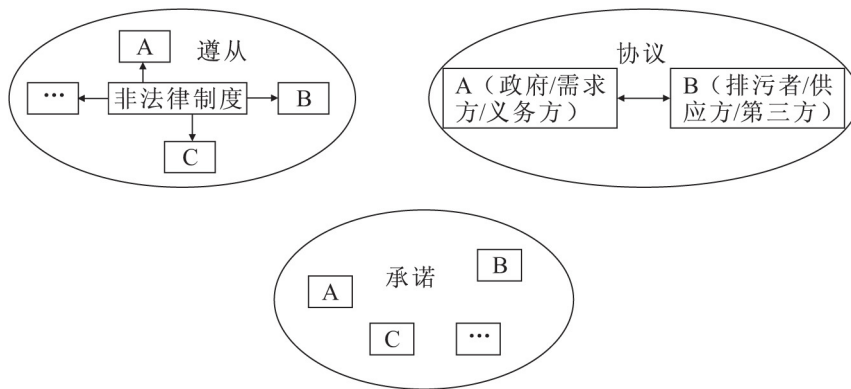


图 1 私主体治理中的组织形态

组织的意义在于，一方面，它通过充分的信息评估和披露为被规制者提供决策的理性模式，即他们知道面临的各种选择和各种选择的后果，并有能力根据利益理性做出理性的决策。从前述实例来看，集体式的组织模型提供的是基于规章制度（如第三方标准）的决策，双边式的组织模型提供的则是基于合意（如契约）的决策，单边式的组织模式则提供的是基于自我权衡（很多情况下是以满意度为标准，如出于获取利益的承诺）的决策。另一方面，组织还是判断私主体治理的效率性、合法性和开放性的基础变量。原因有三：其一，私主体治理的组织结构中流淌的是利益关系，其中的利益差异、冲突对抗与合作比政府科层制中利益的一致协调更有利于效率的提升。其二，私主体治理并非是散沙式的随意治理，组织中仍有制度构件发挥制约作用，在制度约束下，私主体治理与政府规制的目标具有趋同性，因此也就能在一定程度上证明私主体治理的合法性。其三，无论是否有政府规制权的参与，私主体治理模式构建的社会化、网络化的组织情景，其中网络结构的开放程度越大，吸纳被规制者参与的引力就越强，进而对被规制者行为的限制和促成功能也就越明显。同时，组织情景越是开放，政府规制目标和私主体治理的目标越会趋同，对效率的提升和制度化的反推力也会随之加强。

2. 作为基础的知识。现代社会里，社会群体的分化不断扩大，尤其是政府和公众之间关于公

共事务的价值、知识的共享性日趋降低,我们很难像传统社会那样通过共享观念去维护社会规则。并且在相关论者看来,在政府规制失灵的诸多原因之中,规制知识的失灵最为重要,实践中的规制失败都可以从规制知识的角度找到缘由^[8]。由此,在公共治理成为社会公共事务治理之必选项的背景下,我们必须厘清不同治理主体的知识背景、选择和边界,不时作知识场景的转换和整合。惟其如此,各主体的知识博弈和冲突平衡才能正向增进集体福利的数量和效率。在环境治理中,政府与私主体掌握、运用的知识相互交织,但亦有分殊。政府的知识是标准化、理性化与普适性的,而私主体的知识则可能是合意式、价值式和差异性的,只要能促进环境改善、提升治理能力,政府知识之外的知识都可以在不违反法律的前提下被私主体所用。从上述实例来看,私主体(尤其是在小范围的治理中)依凭共享思维和共享知识展开博弈,客观上塑造了稳定的利益结构和非正式制度框架。在这个结构和框架内,关于环境治理的价值、事实和技术完整地对接,共同推动了形式合理性和实质合理性的统合。而我们的任务就是创造何种条件使知识要素能够达成这样的目标。

3. 作为动力的权力。从形式主义法治的要求来看,社会治理的精义是规则之治,行政权与私主体的自主治权之间“路归路,桥归桥”。但在行政资源有限的前提下,政府将行政权授予私主体行使或者与私主体基于协商共同行使权力的情形愈受重视,这就引发了关于私主体行使公权力的合法性问题以及政府与私主体的聚合责任问题。尤其是在政府与被规制者协商制定规则的情形下,协商过程可能损害政府的宪法功能,由于政府将协商提升到其他价值之上,协商过程可能也会损害更为基础的法律价值^{[9](P217)}。这种担心十分重要,也十分必要。但需要注意的是,私主体治理更讲求成本收益基础上的高效性、实际问题的妥善解决以及对现有形式主义法律体系的补充意义(以多元价值补充技术理性的缺陷)。采用私主体治理模式并不是简单地以协商性的政治过程吸纳行政或者是以私人标准任意地取代公法上的标准,“更不是重建一个新的法律价值体系”,相反,“它仍是在法治主义的原则和法律规则的指引下运行的”^[10]。因此,依据哈贝马斯的理论,无论私主体行使政府授予的公权力还是自主的“私权力”,其实质都是通过“商谈原则与法律媒介的彼此交叠”来创设“一个使私人自主和公共自主建立起互为前提关系的权利体系”^{[11](P156)}。

4. 作为工具的规范。私主体治理的规范区别于行政强制规则。行政规范的要旨在于设定公法标准并强制被规制者一体遵行,如若违法则将受处罚。规范的设定与应用受制于依法行政的基本法理,遵守正当法律程序和比例原则,依法、依宪行政。相反,私主体治理则是在竞争条件下以私法形式履行公法义务,常常借助于协商、契约和私人标准等柔性操作方法,相应的规范灵活交错,也极具开放性和交涉性。这种规范主要包含三类:一是规制生产性活动的技术性规范,此种规范贴近经济活动的规律并以此为基础,具有很强的针对性和清晰的适用范围,更能满足经济主体对成本效益分析的需求。二是规制交往、交易行为的强制性规范,此种规范本质上是作为某种公共性的标准而存在的,具有超越纯粹经济私益的价值标准的意义,通过为私主体设定权利、义务、行为方式,既维持经济秩序,又对破坏环境行为或不履行环境治理义务的行为给出负面评价。三是发挥激励功能的引导性规范,它们既可能是纯粹的利益刺激,也可能是一种道德激励,通过宣示、强化道德观念和责任引导私主体致力于良善的公共生活方式。

(二) 私主体治理的运行逻辑

现在,让我们重新组合上述要素,通过分析私主体治理的运行来考察它的基本机理。前述关于组织、知识、权力和方法要素的对比分析表明,那些非正式的制度、对规制法律的变通适用、契约、私人标准等构成了与政府规制相互平衡的对称体系,彰显了“凡是私人决策能够解决的,政府公权就不必干预”的治理精义。但是,这一体系是如何获得合法性、增进治理能力、确立权威的呢?这是另一个需要面对的理论问题。

1. 通过实用主义与价值判断获取治理合法性。合法性并不仅仅是狭义上的符合法律的内在要

求，而是指一个主体的行为是否可欲、自洽、符合整个社会的法规范和价值体系及其相关的利益。这样看来，私主体治理的合法性在内容上至少包含两个层次，即基于利益的实用主义合法性和基于价值的道德合法性。从实用主义的角度出发，政府、经济主体（供货商、需求商、排污者等）、环保团体等都是善于利益计算的直接相关者，私主体治理可以给予它们直接的利益回馈。比如，降低政府环境行政成本、提升规范实效、提升经济主体的经济效益或者获得市场准入、帮助环保团体实现公益目标等等。因此在这个意义上，私主体治理的合法性判准是利益导向的。

从价值判断出发，它比短期的利益更有利于为相关主体及其行为注入持续的、积极的规范评价。因为在环境危机四伏的当代社会，那些“协调‘社会—环境’利益关系的”具有原则和规范意义的“环境公共伦理”对于制度建设、意识培养和行为锻造都具有关键意义^[12]。在这个意义上，这种合法性的认同并非源于“这种行为能够实现评价者的特定目标”，毋宁是在评价者看来“这样行事才是正确的”。

2. 通过私人选择提升治理能力。从理想化的角度审视，私主体治理同政府规制一样，都旨在动态层面创造利益增量，在静态层面的配置利益存量。那么，这里的利益内容是否一致呢？一般认为，私主体行为是以个人理性为出发点的私人选择，指向私人利益，而政府行为是以集体理性为出发点的公共选择，指向公共利益，两者常常相互冲突。基于这种认知，我们的制度设计常常是从主体选择偏好的差异化入手，逆向推衍主体行为的社会意义和功能，再以此为逻辑起点对社会行动者进行定格化的角色定位、权力赋予和义务设定。这种制度设计的直接后果就是以集体利益僭越或抑制私人利益。比如在环境时代，人们倾向于将环境公益置于经济私益之上，甚至以前者取代后者。另一方面，这种制度设计也会持续加大集体利益和私人利益间的张力。实质上，利己性的私人选择及其动机才是社会持续发展的原动力，私人权利和行为选择的影响正在扩大，其价值辐射至全社会领域。法律运用“未禁止即可为”的原则认同私人选择，实质上是通过认可私人利益/理性来塑造符合公共理性的角色。正如有学者指出的，“解决个人理性与集体理性之间的冲突的办法不是否认个人理性，而是设计一种机制，在满足个人理性的前提下达到集体理性”^{[13](P11)}。

何种机制能将私主体的选择推向公共理性，在实现经济私益的过程中增进环境公益？本文认为，关键在于私主体如何进行价值选择和治理目标的确认，以及如何选择、优化具体手段。环境私主体治理的实践表明，私主体对私益和公益有更为情景化的观察，更熟悉私益的分布状况和流动情势，因此也就能适时因势地确定公益和私益之间的关联。在这阶段上，私主体履行的是价值选择和确定治理目标的工作，其意义在于维系利益分化，填补政府失灵的缺口。这个阶段在客观上增进了治理的理性化程度。随之而来的另一个基本问题是手段的选择和优化。一般认为，由于私主体的知识常常是利益导向的，擅于价值判断而短于技术判断，因此在价值选择和目标确认上优势明显，在具体手段的选择和优化上则阻碍重重。事实上，对于那些纯粹的私主体治理类型，私主体主要面临是基于声誉的利益增减问题，声誉机制足以将他们推向公共理性/公共利益。而就公私协力类型而言，行政机关（及其聘请的专家）的理性计算和专业知能，足以弥补私主体在具体手段选择与优化环节中的缺陷。因此，无论是何种类型、何种知识，私主体的私人选择在增进公益、提升治理能力方面无疑是决定性的。

3. 通过合体治理体系确立治理权威。一般来说，发动私主体治理的基础主要有两个方面：一是私主体能够获得相应利益的激励（私利导向），二是第三方借此弥补政府规制的目标与实效之间缺口的愿景（公共利益导向）。他们的实施方式都采纳了不同于科层体系的市场体系，借助于合约、同意、互惠、交换、承诺等要素来构建责任体系。在法律规范之外，各主体并不存在行动方式、权力内容、理想目标、考评机制和内部规则的一致性。这样看来，环境私主体治理并非由单一组织构建的权威系统维系的，毋宁是一种多中心、多权威的合体治理。这里的权威并非是行政权或规制法这样的向度，

而是表现出多元互动的特点,权威的来源是声誉机制、奖惩机制以及政府介入的风险。

至此,不难看出,私主体治理的精髓是将实验、多样性、竞争等因素引入了公益的实现过程。在这个过程中,私主体发挥着执行管制规则甚至自主“立法”与“裁决”的功能。相应的制度安排紧紧围绕着“以经济私益实现促进环境公益”这条主线,对照政府环境规制设立或独立或交叉的私人治理关系。在这里,环境私主体治理是私人理性与公共理性、私人利益与公共利益交互作用的过程,凸显的是私主体在环境治理关系中的独立性、主体性,甚至主体间性。在这个意义上,私主体在环境治理中的角色变化表达的是一种从身份到契约的转变。

三、环境私主体治理的运行悖论

无论是静态的法律规范还是动态的规范运行,环境治理的制度变迁都涉及多重过程和机制。原本,环境法的建构传统是“化繁为简”,即将环境保护中纷繁交织的利益、权力、权利、成本等要素化约处理为单一的法律制度创制及其实施问题。这种思路之下,多元主体行为、流动和对抗围绕制度规范展开,利益、权力、权利、成本等多重要素的变化体现为制度的更迭和实施效果的起伏,机制单一。上述环境私主体治理模式的生发则表达了相反的进路——“突破简约”,重视制度变迁涉及的多元主体和多重要素之间的相互作用与不同的组合关系,讲求规范制度的复杂化、多样性和个案的可操作性、绩效性。在这种对比关系中,环境私主体治理亦呈现出诸多值得进一步深思和矫正的难题。“突破简约”意味着正式的制度和私主体创设的制度可能存在不一致,甚至相互冲突,或者是私主体在两种制度类型间进行摇摆式取舍。显然,这引发的是一个“治理悖论”:越是致力于复杂化、多元化和精细化,则越容易流于主观化、冲突化甚至非法化。如若不能清晰认识、判断这一“治理悖论”的制度逻辑,随之而来的,也许是更惨痛的治理败局。在这里,笔者提出以下命题概括这种“治理悖论”。

命题1:私主体投入环境治理的态度和行为取决于其对成本效益的理性权衡,策略总是围绕利益上下浮动。

这个命题对于除非政府组织之外的其他私主体而言都是妥帖的。非政府组织主要承担标准设定者和强制实施者的角色,有较强的利他倾向,因此其策略一般不以利益为中心,较为恒定。但无论是自我规制的排污者还是供应链中的供应方,抑或是采纳第三方标准的某个企业,都有强烈的逐利倾向,他们的治理态度和行为在横向的空间坐标和纵向的时间坐标中都无法保持恒定一致。私主体的介入能力增强并不意味着环境治理的趋同性,恰恰相反,私主体的随意性往往会塑造环境治理的多元性,放大治理效果的差异性。在一统性的环境法律政策缺失或不占主导地位的私主体治理框架内,这种变动性对环境法治有很强的破坏力,既消解了自身的合法性,也造成了环境治理格局的失序与混乱。

命题2:私主体追求的治理目标可能偏离公共利益,借助俘获机制、利益集团游说以私人利益置换公共利益。

如果命题1显示的是正确道路上的不稳定性,那么命题2则表明私主体治理有完全偏离公共利益的风险。这完全是不可容忍的错误。通常情况下,利益集团可以凭借较高的利益组织化程度在与政府的互动结构中占据主导地位,通过向政府机关输送利益或游说换取低于实定法要求的公私协议。这样,那些分散的利益相关者的诉求将会被压制或抵消,环境治理的公共利益导向也在一定程度上被反转。换言之,私主体完全可能是自私自利的,“可能追求不同的目标而且对不同的激励做出回应,这就妨碍其具有我们期望行政机关所拥有的那种公共导向性能”^{[14](P355)}。

命题3:随着行政机关向私主体的授权不断增多,或者私主体自主治理模式的多样化加剧,公

私法边界的模糊性将凸显，公私主体的法律责任亦可能被错置。

一方面，在传统公法理论中，行政裁量权必须根据法律运行，也要符合严格的司法审查标准。国家委托私人行使公权力应符合功能保留、国家责任不轻易转嫁、强制力由国家行使等原则^[15](P85-86)。但事实上，行政机关能在多大程度上可以将原本属于它的环境行政权下放给私主体并没有明确的法律标准，这给司法审查带来难题，也给政府逃避法律责任提供了通道。另一方面，私主体自主治理模式则完全溢出了司法审查的范围，也不受立法机关的制约（有的时候他们自己就是立法者），正当法律程序和公众参与等工具的匡正功能也会大大减弱，甚至失去发挥的空间；“由于缺乏透明度……监督执行并不顺畅”^[16]。比如，在著名的 *Envtl. Def. Ctr. Inc. v. EPA* 一案中，环境保护中心就声称环保署创设了一个低于《清洁水法》法定最低标准的自我规制项目，并且没有为公众参与提供必要的通道。

这些疑虑与司法实践中的冲突主张引发的诘问则是：私主体该向谁负责，由谁为其掌舵？如果从实用主义的角度出发，只要能以较低的成本实现较高的治理效率，这些疑问并不构成环境治理成效的最大障碍。但如果从严格的法律责任的视角出发，这些诘问则是证立私主体行为合法性的根本性难题。一言以蔽之，在这个命题之下，私主体治理中的权力要么被滥用，要么被淹没。这意味着，私主体治理不能完全以效能、效率和成本为准据，必须对其过程有法律化的控制。

命题 4：私主体治理的制度化包括两个层次的意涵，即私主体的内部制度建设和对这个过程的外部法律根据的建制或筛选。

公私主体之间、私主体之间的对话、交涉必须以对共同规则和原则的认同为前提，而不仅仅是以利益为准据。并且，这种交涉合意的过程只有在法律原则与制度的约束下才符合私主体治理的应然之意。在私主体治理中，双边协议、自主标准、第三方规则等合意与规则的创制都应有最低限度的“高级法”背景作为其边界。言外之意，即使政府失灵要求私主体自主规制或公私协力规制，但政府也不可超然于外，袖手旁观，此时政府“仍负有促进、监督之责”^[17]，需要不断为私主体治理内部规则的建制输入法律性要素，调适内部规则建制的方向和内容。但在前述实践类型中，私主体的内部制度建设的范围、程序和内容都具有很强的随意性，而作为高级法的外部法律根据则尽付阙如。这不仅是一个宪法难题，即有违立法权的专属性之嫌；也是一个民主难题，即相关制度创制（尤其是双边式模式）是否能完全涵摄所有利益相关者的利益，也值得怀疑。

四、通过悖论之规制开拓中国化的环境私主体治理体系

承前，私主体治理正在成为一种事实性的力量改变着环境治理的权力格局和整体结构。当下，我们的任务是继续分析、评判它是否能成为一种制度性的力量，并如何将之付诸实施。在中国背景下，无论是作为一种与政府公权相对应的新型治理实验，还是作为一种私主体履行环境义务的道德实践，这种治理样态的正当性获得与制度化确立归根结底取决于它与具体法治环境和权力土壤的匹配度。因此，环境私主体治理的本土化全然不是制度移植那么简单，而毋宁需要考察政府与私人两类主体在权力配置、范围边界、能力建设等诸多方面的可能性，也就是要检验并强化它与中国法治环境和权力土壤的匹配度。

第一，在组织的意义上，寻求“利益契合”是国家法律与政策为私主体开放空间的着力点。在我国，随着市场经济的深入以及与之同步的社会转型的加剧，为了塑造有限政府的形象，政府在时紧时松地向社会开放社会空间，以吸纳政府之外的组织参与到公共物品供给和公共事务治理的进程。在这个过程中，政府以利益是否契合为唯一判准。因此，从这一准则出发，在私主体的利益和政府的公共利益目标契合度较高的场合，政府应在法律范围内通过自由裁量权将环境治理任务整体

下放给私主体,通过策略性的制度实施甚至制度弱化对私主体行动力的限制,激励他们促成私益和公益的提升,甚至可以设定“私主体治理优先于政府规制”的常规路径。在这个意义上,应充分建立软法性机制,并发挥其“回应多种利益诉求”、“不依赖国家强制力”的优势,“运用自愿机制”或“利益诱导下的自愿服从”^[18]促使私主体基于制度规章、契约合意或自我权衡展开环境治理。而在私主体的利益和政府规制的公共利益目标契合度较低の場合,政府必须加强对私主体及其治理模式的控制,以确保在决策选择上“政府规制优先于私主体治理”。在这个意义上,应发挥硬法的强制力保证私主体治理不超出国家环境政策法规的目标范围或者低于实定法设定的最低标准。这样,软法与硬法的集合、政府放权与控制的结合能在很大程度上缩小治理悖论中命题2所凸显的治理悖论问题。

第二,在知识的意义上,寻求最低限度的治理共识是弥合政府环境规制和环境私主体治理之间隙的必然选择。笔者认为,治理共识依赖于常规化的关于知识的比较、筛选和承认的程序机制。这种程序机制包含三个方面的内容:其一,致力于将一统性环境法令与第三方标准制度趋同化的比较程序,目的是使私主体中基于制度规章的那些类型更趋于稳定化和公益化;其二,致力于将私主体之间的契约合意标准化的筛选程序,剔除私主体治理中有违环境公益或环境法令最低标准的合意内容;其三,致力于将自我规制中的知识合法化的承认程序,使那些更能提升环境治理效率的方式获得政府认同。这种机制能在一定程度上消除命题1显示的治理的不稳定性悖论。

第三,在权力的意义上,构筑制约政府权力与社会权力的复合化模式是克服公私责任错置的最优选项。对于这个问题,有学者建议,“将私方当事人视作政府主体以便实施宪法性要求;执行禁止授权学说或适用正当程序条款以宣布私人的授权无效,将程序性的控制扩张到私人主体,向私法注入要求公平与理性决定的公法规范”^[14]。这种思路依循对行政权力进行控制的传统思路,尽管可以一逸待劳地解决私主体行使权力时的合法性问题,但是它的弊端亦非常明显:其一,在这个思路之下,私主体不过是政府的延伸或分支,私主体治理与其说是公众参与的新形式,还不如说是政府的再造,这与有限政府、开放社会等现代法治理念背道而驰;其二,治理效率被再次抑制。

在制约权力的维度上来讨论公私主体的整体性责任,存在两个层次。一方面,对于公私协力的领域,坚持“公法的归于公法”的原则。在这个层次上,那些需要政府设定强制性管制标准或要求的环境治理事项应当依据传统的公法原理来限定责任,包括遵守行政程序、设定事先许可、缔结可强制执行的契约等等。另一方面,而那些可以私人治理的事项,坚持“私法的归于私法”的原则。由于主要依赖市场、契约、第三方监督等机制,私主体可以自主决定其交往和利益分配的方式,所以不应容许政府干预,责任限定与纠纷解决以私法(合同法、侵权法)为中心。政府的角色只是监督私主体的标准、行为是否符合实定法设定的最低标准。这个思路是对命题3显示的责任难题的有效回应。

第四,在规范的意义上,在实体制度之外建立公私一体遵行的高效透明的程序性机制是私主体治理制度化的可行路径。这种程序性机制的旨趣在于:一是通过内部程序规则使私主体设定的规则能够被利益相关者周知,并设置通畅的信息传递、互动和博弈的固定程序,比如要求私主体将内部规则予以公告,以接受评论。二是通过外部程序规则为政府、公众与私主体之间设定固定的法律要素输入、矫正环节,确保私主体的自主规则符合或高于实定法的要求。这里的内外结合的程序机制有助于解决奥斯特罗姆意义上的“制度供给”问题,同时也能适度回应了命题4背后的悖论问题。

无论如何,环境私主体治理的扩张已不可避免,传统的观念、制度、社会结构和行为都会随之遭遇挑战。在此情况下,就需要对其有整体性观察和宏观的发展思路,以回应政府规制与私主体治理之间的博弈和相互依赖。当然,这个整体式策略之下,仍需要精细化的制度设计,除了笔者之前的相关讨论之外,还有更大的理论拓展空间。限于篇幅,笔者将继续另文处理。

参考文献

- [1] 江必新,邵长茂. 社会治理新模式与行政法的第三形态[J]. 法学研究,2010,(6).
- [2] David, F. Towards a new system of environmental regulation: The case for an industry sector approach[J]. *Environmental Law*,1996,(2).
- [3] [美]史蒂芬·布雷耶. 规制及其改革[M]. 李洪雷,等,译. 北京:北京大学出版社,2008.
- [4] [美]罗伯特·史蒂文森. 基于市场的环境政策[A]. [美]保罗·波特尼,罗伯特·史蒂文森. 环境保护的公共政策[C]. 穆贤清,等,译. 上海:三联书店、上海人民出版社,2003.
- [5] Alfred Aman. 由上而下的全球化:一个国内的观点[A]. 林荣光,译. 政治大学法学院公法中心:全球化下之管制行政法[C]. 台北:元照出版公司,2011.
- [6] Schmitter, P. Neo-functionalism[A]. Wiener, A., T. Diez(eds). *European Integration Theory*[C]. London: Oxford University Press,2004.
- [7] [德]马克斯·韦伯. 经济与社会(第一卷)[M]. 阎克文,译. 上海:上海世纪出版集团,2010.
- [8] 靳文辉. 公共规制的知识基础[J]. 法学家,2014,(2).
- [9] [美]科尼利厄斯·克温. 规则制定——政府部门如何制定法规与政策[M]. 刘璟,等,译. 上海:复旦大学出版社,2007.
- [10] 王锡锌. 规则、合意与治理:行政过程中 ADR 适用的可能性与妥当性研究[J]. 法商研究,2003,(3).
- [11] [德]哈贝马斯. 在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 童世骏,译. 北京:三联书店,2003.
- [12] 杜辉,陈德敏. 环境公共伦理与环境法的进步——以共识性环境伦理的法律化为主线[J]. 中国地质大学学报(社会科学版),2012,(5).
- [13] 张维迎. 博弈论与信息经济学[M]. 上海:三联书店、上海人民出版社,1996.
- [14] [美]朱迪·弗里曼. 合作治理与新行政法[M]. 毕洪海,等,译. 北京:商务印书馆,2010.
- [15] 李震山. 行政法导论[M]. 台北:三民书局,2012.
- [16] 高秦伟. 私人主体的行政法义务?[J]. 中国法学,2011,(1).
- [17] 刘宗德. 行政上法执行制度之合法性论议[J]. 月旦法学杂志,2014,(2).
- [18] 罗豪才,宋功德. 认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践[J]. 中国法学,2006,(2).

Operation Logic of Environmental Private Governance and Its Regulation

DU Hui

Abstract: In the construct process of environmental public governance, the private governance becomes an important and independent choice. The four main elements of organization, knowledge, power, system that the private rely on presents the same logic, and maintains the legitimacy, governance ability and authority by pragmatism and value judgments, personal choice and suitable governance system. Similarly, there is inevitable governance paradox in environmental private body governance. To enhance chinese environmental private governance, its matching with the chinese legal environment and administrative power should be examined and strengthened and different responding paths depending on different constituents should be adopted.

Key words: environmental governance; private; governance paradox; public-private liability

(责任编辑 周振新)