污染第三方治理的法律责任基础与合理界分

●刘长兴 *

【内容摘要】 环境污染第三方治理正成为污染治理模式创新发展的一个新方向，其专业化、集约化优势可减少经济发展与环境保护之间的矛盾、助力环境保护目标的实现，但是其顺利推进还倚赖法律制度的支撑特别是法律责任的明晰化，需要适当的合同安排并对现行制度进行立法完善或进行适应性解释。一方面，污染治理第三方主体与作为委托方的排污者或政府之间的法律责任划分应当明确，即以委托转移的污染治理责任明晰化为基础，根据责权利相统一原则，在法律框架内通过合同约定来合理安排第三方的污染治理责任以及相应的法律责任，同时衔接委托人的义务并与委托方的法律责任明确界分。另一方面，第三方主体作为特殊的“排污者”，在政府环境管理中还应当承担相对独立的法律责任，以委托合同的约定为前提可以由政府直接追究其违法排污的法律责任，进而与排污者的法律责任在合理界分的基础上相互衔接。

【关键词】 环境污染　第三方治理　法律责任　责权利统一　责任划分

一、问题的提出

治理环境污染本是直接产生污染的排污者之责任，或者在排污者不明、污染集中处理时转化为政府责任。传统的“谁污染、谁治理”模式囿于一些企业过于注重经济利益、环保意识淡薄、技术水平有限等原因，短板明显。[1]在此情形下，排污企业或单位通过缴纳或按合同约定支付费用，委托专业环境服务公司进行污染治理的第三方治理模式得以推行，成为当前我国污染治理模式创新发展的一个新方向。这种新模式借助第三方污染治理企业的专业优势和规模效应，以及在完成污染治理目标上的成本和效果优势，来实现降低企业治污成本、提高治污效率之目标。其借市场之手明确和落实污染治理责任的安排被认为是促进环境服务业发展的有效措施。[2]更进一步言，其也是传统国家治理模式的补充与创新，是推进国家治理现代化不可缺少的途径和方式，[3]是当前解决和治理环境问题的重要实践探索，现实意义自不待言。

鉴于此，国务院办公厅于 2014 年发布了《关于推行环境污染第三方治理的意见》（国办发〔2014〕

---

* 作者单位：华南理工大学法学院。本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“环境损害政府补偿责任的扩张与限制”（项目编号：17SFB2050）的研究成果。

〔1〕 参见庄媛：《推行环境污染第三方治理　还须把好监管关》，http://views.ce.cn/view/ent/201711/24/t20171124_26984807.shtml，2018 年 4 月 1 日访问。

〔2〕 同上注。

〔3〕 参见陈潭：《第三方治理：理论范式与实践逻辑》，《政治学研究》2017 年第 1 期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

69号,以下简称《意见》),环境保护部于2017年又出台了《关于推进环境污染第三方治理的实施意见》(环规财函〔2017〕172号,以下简称《实施意见》),为环境污染第三方治理的展开提供了明确的政策指引和一定的操作规则。但是,在我国现行的以排污者责任为中心的环境法律制度框架下,作为最重要污染治理主体的第三方在相关法律制度中的地位不清、责任不明,相当程度地影响到制度成效,可以想见,《意见》和《实施意见》在不改变现行法律制度框架之前提下推进第三方治理模式的尝试要取得理想的实施效果颇具难度。

如何分配污染第三方治理中各方的法律责任于是就成为该模式顺利推进的关键性问题。对此,学界虽有初步的理论探讨,但对该种法律关系下法律责任的分析多限于各方责任范围和性质之争,提出的问题繁多而解决方案却失之笼统。[4]笔者以为,虽然现行立法可以为污染第三方治理各方法律责任的厘清提供基本的规范来源,但是对排污者与第三方之间的行政法律责任的转移该如何处理仍稍显棘手,换言之,尽管第三方治理合同可以对排污者与第三方治理主体的责任分配作出约定,但是违法排污的行政责任能否以及在多大程度上可以由合同约定,理论上不无疑问,实践中也多有争议。[5]鉴于此,根据《意见》"抓紧出台第三方治理的规章制度,对相关方的责任边界、处罚对象、处罚措施等"的要求,当前亟需通过制定、修改法律法规或扩展解释法律来完善环境污染第三方治理的法律责任制度。详言之,我们应充分认识因第三方主体加入导致的污染监督管理关系的复杂化问题,以污染治理责任的界定和转移为基点,厘清委托人与第三方治理主体之间的合同关系及第三方主体在污染治理中的特殊法律地位,分析明确第三方治理法律责任制度的现实障碍,并以相关理论为指导,提出法律责任安排的合理方案。

二、污染第三方治理带来的法律责任分配难题

(一)引入污染第三方治理导致法律关系复杂化

改变传统以行政管制为主的环境法律治理模式,引入市场化机制形成多元的环境法律治理机制,是推进生态文明建设的需要。[6]通过合同引入第三方来代替排污者或政府承担部分环境污染治理责任是第三方治理的本质,也体现出政府在污染管理过程中引入市场化机制的努力。

相较于传统的污染治理模式,新模式涉及两层法律关系:一层法律关系是排污者或政府与第三方主体之间的合同关系。即排污者或政府作为委托方以付费为代价,将特定污染治理责任转移给第三方治理主体承担;第三方主体作为受托方提供环境污染治理服务、收费完成特定的环境污染治理任务。实践证明,通过合同转移污染治理责任是提高污染治理效率的可行措施。二层法律关系是确定环境污染治理责任的行政管理关系。即政府作为环境管理者依法提出污染治理的标准和目标,由其自身承担一定的环境污染治理责任,或是由排污者依法并根据排污许可证等文件的要求承担特定的环境污染治理责任。由此可见,虽然环境污染第三方治理表征为合同关系,但实质上是内含着环境管理关系的,如此一来便造成了行政关系与民事关系交织交错的复杂局面。申言之,一方面,基于环境

〔4〕 关于环境污染第三方治理法律责任的探讨主要有两类文献,一类是在对第三方治理进行法律分析中对涉及的法律责任进行讨论。(参见刘俊敏、李梦娇:《环境污染第三方治理的法律困境及其破解》,《河北法学》2016年第4期。)一类是专门探讨第三方治理的法律责任问题。(参见周珂、史一舒:《环境污染第三方治理法律责任的制度建构》,《河南财经政法大学学报》2015年第6期。)

〔5〕 环境污染第三方治理涉及的侵权责任也存在如何在排污者与第三方主体之间进行划分的问题,因其性质与行政法律责任不同应遵循不同的处理路径,故其更宜通过合同约定来进行分配,且侵权责任以污染排放行为为追究要件。

〔6〕 参见颜士鹏:《社会转型时期环境法律治理机制的多元化》,《法学评论》2015年第2期

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

管理目标确定的污染治理责任是合同关系要处理的核心内容,是界分不同主体之间法律责任的基础,但是作为污染治理责任之依据的环境行政管理又对合同关系构成了一定的限制和约束,第三方污染治理合同中理应反映并满足环境行政管理的要求。另一方面,当污染治理责任未完成时,仍需要政府动用行政手段直接进行管制或处罚,所以,为了确保污染治理责任的完成,对应的行政法律责任就需要明确。

这种合同关系与环境行政管理关系相互交叉的格局呈现出公私合作模式的基本特征,即私人部门参与公共物品的提供,在保护私人权利的同时不能妨碍公共权力的行使和公共利益的保护。[7]也就是说,我们虽可通过合同安排来移转污染治理责任,解决污染治理问题,但是政府对污染实施管制仍不可缺位,[8]即使是在环境行政逐渐从管制转向治理的今天,[9]政府对污染的直接管制依然不可或缺。

第三方污染治理的理想运行模式是,排污者、政府和第三方主体只要严格依照法律规定和合同约定,便能各司其职顺利地完成环境污染治理任务。但是,理想与现实并不当然遂意,当运行出现偏差、污染治理责任无法完成时,由作为委托方的排污者还是由作为受托方的第三方治理主体承担法律责任,政府行政处罚对象和标准如何确定,委托方与第三方治理主体之间划分、转移责任的条件和界限是什么等问题的解决都会因合同关系和环境行政管理关系的交叉而变得复杂,并由此引发诸多争议。鉴于此,我们需先明晰第三方治理涉及的基础性法律责任,并在此前提下,以环境行政管理及合同制度理论为指导,进一步明确界分各方应当承担的行政法律责任。

(二)污染治理责任是第三方治理的基础性法律责任

环境污染第三方治理以服务合同方式实现,合同的客体是污染治理服务,即以特定的工程技术手段完成一定的环境污染治理任务,这意味着污染治理责任从原污染治理责任人(排污者或政府)转移至第三人。由于服务合同本身存在法律地位不明、规则不完善等问题,[10]加上污染治理服务中政府管理管制因素的存在,平添其复杂性。于此情形,要明确所转移的污染治理责任以及转移关系中的相关责任就需先知晓第三方治理中的基础性法律责任是什么。

1.排污者的污染治理责任。环境污染治理责任原则上是排污者的责任,污染者负担原则已成为我国环境法的基本原则,[11]例如,我国《环境保护法》第42条第1款明确规定了排放污染物的企事业单位和其他生产经营者应当采取措施防治各类污染,其中,污染治理是防治责任的一个重要方面,对排污者来说,此乃是合法经营中第一层次的污染治理责任,性质上属于合法经营的义务,也是可以通过第三方治理来完成的主要任务。而对排污者违法排污的,除了应承担赔偿、罚款等责任外,还应该承担污染治理责任。例如,2017年新修订的《水污染防治法》第85条就规定,向水体排放特定污染物

〔7〕 参见张守文:《PPP的公共性及其经济法解析》,《法学》2015年第11期。

〔8〕 参见[美]史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷、宋华琳、苏苗罕、钟瑞华译,北京大学出版社2008年版,第35~36页。

〔9〕 参见李玄:《从管制到治理——环境行政的法治转向》,《社会科学战线》2012年第8期。

〔10〕 参见周江洪:《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》,《法学》2008年第1期。

〔11〕 污染者负担原则最初是国际贸易中的一项经济原则,后逐步发展和演变为一项具有政策倡导性的环境原则,适用主体逐步扩大、内容逐步扩展,目的在于通过明确污染者对于污染预防、控制和治理等方面的责任。(参见柯坚:《论污染者负担原则的嬗变》,《法学评论》2010年第6期。)在我国环境立法中,1979年《环境保护法(试行)》规定要"按照谁污染谁治理的原则"对污染积极治理;1989年《环境保护法》第四章"防治污染和其他公害"以及相应的法律责任规定,特别是第41条对污染者"排除危害"和"赔偿损失"责任的规定,直接体现了污染者负担原则;2014年修订的《环境保护法》在明确"损害担责"原则的基础上,在第6条第3款明确了"企业事业单位和其他生产经营者应当防止、减少环境污染和生态破坏,对所造成的损害依法承担责任",并以具体规定落实污染者负担原则。立法变迁体现了污染者负担原则在环境法上的地位日益重要、适用范围日益扩张。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的,“限期采取治理措施、消除污染”是排污者的责任之一;若排污者“逾期不采取治理措施的,环境保护主管部门可以指定有治理能力的单位代为治理,所需费用由违法者承担。”这是排污者违法排污导致的第二层次的污染治理责任,性质上属于违法导致的法律责任,也可通过委托第三方治理来完成。

2. 政府的污染治理责任。环境污染治理责任也是政府依法应当承担的环境责任。我国《环境保护法》第6条规定“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责”,进而在第28条等条明确了地方政府的环境治理责任,但是,由于受到各种因素的制约而面临治理成效的问题,[12]于是,引入第三方治理便成为政府落实其治理责任的有益探索。政府的污染治理责任是法定环境治理义务的具体化,根据《环境保护法》第28条的规定,地方政府有义务“根据环境保护目标和治理任务,采取有效措施,改善环境质量”,环境单行法中也有类似之规定。[13]据此,当环境已被污染但污染责任人不明或不能承担责任时,政府便应将其承担的污染治理责任具体落实为污染治理项目和治理方案,并可通过委托第三方来完成污染治理任务。同时,为了维持一定的环境质量目标,对于潜在之污染可能性,政府一般通过污水收集等措施集中承担一定的污染治理责任,如工业区的污水收集与集中处理项目,而这也可委托第三方来完成。

根据《意见》和《实施意见》的规定,第三方污染治理以排污者委托第三方进行污染治理为主,政府也可以委托第三方进行污染治理。[14]通过委托合同转移给第三方的是排污者或政府的污染治理责任,该责任源于环境行政管理法律之规定,属于行政强制性义务,未完成时需承担相应的行政法律责任。特定污染治理责任转移给第三方后,治理责任未完成导致的行政法律责任和违约责任皆需要在委托方与第三方主体之间进行划分,这些在政府、污染者和第三方治理主体之间的法律责任划分问题需置于责权利相统一的原则之下重新加以考量。总体上言,应当以污染治理责任的转移和确定为基础,针对污染治理责任未完成的具体情形,根据合同约定或环境管理要求进一步细化责任分配。

(三)复杂法律关系下存在的第三方治理的行政法律责任难题

然而,即使明确了政府、排污者和第三方主体的污染治理责任,但基于第三方主体加入带来的法律关系的复杂化,即在政府与排污者环境管理关系之上加入了合同关系,并且两者在范围和内容上不可避免地存在一定的交叉重合,此际,对未完成污染治理责任导致的法律责任该如何承担和界分仍面临困难。也就是说,环境污染治理的强制性行政法律责任如何通过本质上具有任意性的合同来明确约定甚至改变,或曰,合同之约定该如何决定和改变污染治理责任未完成时各方应承担的法律责任,是一个棘手的问题。

在当前我国环境法律制度仍坚持行政法律责任与民事法律责任相对严格区分的体系下,[15]因引

〔12〕 参见娄树旺:《环境治理:政府责任履行与制约因素》,《中国行政管理》2016年第3期。

〔13〕 例如《水污染防治法》第5条规定:“省、市、县、乡建立河长制,分级分段组织领导本行政区域内江河、湖泊的水资源保护、水域岸线管理、水污染防治、水环境治理等工作。”第29条第2款规定:“县级以上地方人民政府应当根据流域生态环境功能需要,组织开展江河、湖泊、湿地保护与修复,因地制宜建设人工湿地、水源涵养林、沿河沿湖植被缓冲带和隔离带等生态环境治理与保护工程,整治黑臭水体,提高流域环境资源承载能力。”《海洋环境保护法》第27条规定:“沿海地方各级人民政府应当结合当地自然环境的特点,建设海岸防护设施、沿海防护林、沿海城镇园林和绿地,对海岸侵蚀和海水入侵地区进行综合治理。”

〔14〕《意见》明确环境污染第三方治理“是排污者通过缴纳或按合同约定支付费用,委托环境服务公司进行污染治理的新模式”。同时也规定“对以政府为责任主体的城镇污染场地治理和区域性环境整治等,采用环境绩效合同服务等方式引入第三方治理”。

〔15〕 虽然环境法的公私融合属性得到了普遍承认,但在环境法律责任的制度设计上,仍是以环境民事责任、环境行政责任和环境刑事责任为基本框架,专门的环境法律责任虽有提出但并未形成共识。参见吕忠梅主编:《环境法》第2版,高等教育出版社2017年版,第173~190页。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

入第三方主体而导致主体间污染治理责任及相应法律责任的分配出现矛盾与问题在所难免,具体体现在以下三个方面。

一是排污者与第三方之间的责任如何划分?《意见》明确了两者的责任,即排污者承担污染治理的主体责任,第三方承担约定的污染治理责任。当合同得以顺利实施时,责任划分当无异议,但若出现未完成污染治理之情形,法律责任是由原始的排污者承担还是由第三方主体承担不无疑问。另外,行政违法责任是否可以对排污者和第三方主体实行双罚?限制生产和停产整治等处罚措施是否适用于第三方主体?委托合同中对行政法律责任的约定是否可以认定?这些问题皆需作进一步思考。

二是政府与第三方之间的关系如何处理?政府委托第三方进行环境治理,第三方的合同责任与行政法律责任可能存在某种程度的交叉,其责任形式、处罚措施等都有待于通过法律解释或立法加以明确。在政府对于排污者委托的第三方主体的管理中,则需要处理好其与排污者之间的关系,第三方责任是政府环境管理的直接对象还是附属于排污者?第三方能否承担独立的法律责任?双方的法律责任该如何划分?这些问题均要根据实践需要在理论空间允许的范围内作进一步研究。

三是第三方法律责任的性质和范围如何确定?由于我国现行环境法律基本不涉及污染治理第三方主体的权利和义务,故在环境行政管理中引入第三方主体后就需要对其法律地位、法律责任的性质和范围加以明确,这也是第三方治理中法律责任机制完善的重点。

总之,由于第三方主体承担的污染治理责任本身来源于合同约定,但在未完成治理责任、造成污染后果时不仅是违约更是对环境管理要求的违反,其承担行政法律责任的资格、原因等已然超出了现行法律规范的框架。故此,要解决上述问题就需要从第三方治理涉及的合同关系与管理关系两个角度展开分析,根据《意见》确定的框架并结合法律理论和现行法律制度提出合理可行的法律责任分配或确定方案。其中,委托给第三方完成的污染治理责任是整个法律责任机制的基础,未完成污染治理时各方法律责任的性质和分配应当在现有法律框架之下有所拓展。

(四)第三方治理法律责任的界分应依循责权利相统一原则

环境污染第三方治理带来的环境管理与合同制度的交叉使污染第三方治理制度带有明显的公私融合的经济法属性,[16]经济法的责权利相统一原则或可为第三方治理中法律责任的界分提供一条基本思路。责权利效相统一是经济法的总原则,[17]责权利相统一原则是其更为常见的提法,意指在经济法律关系中各管理主体和公有制经营主体所承受的权利(力)、义务和职责必须相一致,不应当有脱节、错位、不平衡等现象存在。[18]环境污染第三方治理中涉及的污染治理责任和法律责任的交叉和混合,从表面上看会带来义务和责任的混乱以及责任界分上的困难,对此,完全可从责权利相统一原则出发,找寻不同主体承担责任的权利基础、明确其基本义务进而确定其最终责任。

在环境污染第三方治理所涉主体中,政府代表公共利益行使环境管理职权并承担相应的职责,其责权利的对应关系相对明确。法律责任的争议主要出现在排污者或政府委托第三人完成污染治理责任的情形,于此情形,厘清争议可按照责权利相统一原则对排污者和第三人的责权利进行梳理。排污

〔16〕 参见徐孟洲、徐阳光:《论公法私法融合与公私融合法——兼论〈十一五规划纲要〉中的公法私法融合现象》,《法学杂志》2007年第1期。

〔17〕 参见高桂林、李帅:《责权利效相统一是经济法的总原则——论刘文华教授为代表的人大经济法学派对经济法基本原则的理论贡献》,《广西社会科学》2013年第4期。

〔18〕 参见史际春、邓峰:《经济法总论》,北京大学出版社2000年版,第107~108页。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

者从其生产活动中获取利益并享有相关权利,应当承担具体的环境法律义务,[19]违反义务自当承担相应之法律责任。对第三方主体而言,其承担污染治理责任的前提是收取治污费用,义务是按合同约定完成污染治理责任,否则要承担对委托人的违约责任或违法排污的行政法律责任。至于二者之间责任的具体界分则需要以合同约定和环境行政管理规范为依据。

三、污染治理责任的约定转移及法律责任安排

从性质上看,排污者与政府承担的环境污染治理责任皆为法定义务,依据环境管理法律法规经由特定程序而确定。虽然在某些特殊情况下,排污者也可自愿在法定义务之外承担污染治理责任,并委托第三方主体完成,但这属于应鼓励而非强制的范围,不在本文的讨论范围。所以,在法律上需要妥当处理污染治理法定义务的约定转移及对应的义务未完成时的法律责任安排。

(一)污染治理责任的约定转移和法律责任承担

合同是第三方治理的实现方式,特定主体的污染治理责任通过合同约定转移给第三方主体承担。其间存在着法定义务到约定义务的跨越,合同可在多大程度上转移主体的污染治理责任、改变主体的相应法律责任,是界分第三方治理法律责任的关键。依法理,合同制度的核心是意思自治,[20]即在法无禁止性规定的范围内由合同当事人自由确定权利和义务。第三方治理中应当是负有污染治理责任的排污者或政府,以支付治污费用为代价将污染治理责任转移给第三方,从成本负担的角度体现污染者负担原则。

原则上,已依法确定的排污者或政府的污染治理责任转移由第三方承担并无法律障碍,因为确定由排污者或政府承担污染治理责任的目的在于实现特定的环境保护目标,法律并不强制要求责任主体以自己的行为完成治理,第三方以收取治污费用的方式代替排污者或政府履行污染治理责任当为法律所允许和支持。问题出在如果最终未能完成环境污染治理任务,即依法确定的污染治理责任未履行或未能完全履行,环境污染依旧或又造成新的污染的,此时产生的行政法律责任能否由合同调整以及该如何调整?在排污者委托第三方治理之情形下,第三方治理合同是民事合同,[21]而未完成治理责任导致的行政法律责任,包括罚款、停产等,从性质上看不能由他人代为承担。当然,这些损失可通过第三方治理合同明确约定由第三方对排污者作出赔偿,但前提是第三方未依合同约定履行适当的污染治理责任。然而,这一制度安排实质上是将第三方的污染治理行为看作是排污者经营行为的一部分,不具有被政府单独监管的地位,让第三方主体承担行政法律责任不仅无助于推动第三方治理的发展和污染治理市场的发展,而且无助于实现《意见》提出的推进环保设施建设和运营专业化、产业化的目标。鉴于此,在一定程度上突破这一框架应为完善第三方治理法律责任机制的方向。

在政府委托第三方进行污染治理的情形下,原则上污染治理责任和相关法律责任可在第三方治理合同中予以确定。按照区分行政合同与民事合同的公权力因素和公益因素标准,[22]政府委托的第三方污染治理合同当属行政合同。一般情况下,该合同须在遵循意思自治原则的同时承认政府的管理权和优益权,故而兼具行政强制属性和意思自治属性,因此可将自由协商的污染治理责任和未完成治理责任导致的强制性法律责任一并纳入合同中,同时亦不排除在合同之外依据法律要求第三方承

〔19〕 参见曹炜:《环境法律义务探析》,《法学》2016年第2期。

〔20〕 参见杨粉米:《论合同法的意思自治原则》,《理论导刊》2002年第12期。

〔21〕 参见陈云俊、高桂林:《环境污染第三方治理民事合同研究》,《广西社会科学》2016年第3期。

〔22〕 参见杨欣:《论行政合同与民事合同的区分标准》,《行政法学研究》2004年第3期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

担相应的法律责任。从此角度来看,政府委托第三方进行污染治理的法律责任可直接通过合同安排来实现,但同时应受到相关法律规则的约束。

总之,第三方污染治理合同对污染治理责任的调整是明确各方主体特别是第三方主体法律责任的基础,但不能仅仅局限于现行法律的框架之内,而应根据法律原理和《意见》精神对法律责任机制进行拓展性解释,合理安排排污者、政府和第三方在污染治理中的法律责任。[23]

(二)排污者委托第三方治理的法律责任安排

污染治理责任的明确化是法律责任承担的基础。排污者委托第三方实现污染的集约化整治是推进第三方治理的主要目的,故此,排污者与第三方签订的污染治理合同首先要明确作为合同标的的环境污染治理责任,通过须处理的污染物种类、数量和排放标准,治理后的主要技术指标和环境质量标准等,明确界定转移给第三方的污染治理责任,这是第三方治理合同的核心内容和进一步确定排污者与第三方法律责任的基础。从性质上讲,污染治理责任属于公法义务,其依据是环境保护法律法规的规定,[24]实践中也不排除当事人约定法定义务之外的治理责任,只是约定的治理责任未完成时不产生行政法上的责任,责任划分依约定即可。治理费用标准是合同的另一项重要内容,可由当事人自由协商定价;对于特定区域强制性集中由第三方治理污染的情形,则当由政府确定指导价格。

对于污染治理责任未完成导致的法律责任可通过违约责任进行转移。《意见》明确要求排污者承担污染治理的主体责任,这主要体现在排污者通过付费承担污染治理成本,以及在污染治理责任未完成时承担罚款、限期采取治理措施乃至停产等法律责任。而第三方在合同中的权利义务安排将关系到第三方治理中的法律责任追究机制,影响到治理的推进和运行效果。在明确排污者付费、第三方完成特定污染治理责任的基础上,对于未完成污染治理责任导致的法律责任,须在合同约定的范围内承担违约责任。详言之,如果未完成污染治理责任的原因归因于排污者超量排出污染物等违法或违约行为,那么相应的法律责任应由排污者承担,并且赔偿第三方因此增加的成本等损失;如果未完成污染治理责任的原因归因于第三方的生产经营不善或存在违法违规等行为,那么作为污染物制造者的排污者受到的罚款处罚、停产损失以及后续污染治理成本应由第三方承担赔偿责任。

上述安排是在合同框架下对行政法律责任的间接转移,形式上并未改变行政法律责任的规定,仍由法定的责任人即排污者承担超标或超量排污之责,再通过违约责任将其转移给第三方主体。虽然一般认为民事合同生效的条件包括不违反法律的强制性规定,[25]行政法律责任属于强制性责任,能否通过合同进行转移仍值得商榷,但是将其解释为当事人的"损失"纳入合同规范在理论上并无障碍。相对而言,以违约责任转移行政法律责任与现行法律的冲突最小,对于作为委托方的排污者更有保障,也顺应了政府在环境管理过程中针对污染源实施污染管制和相应处罚的惯常做法。

另外,污染治理未完成导致的法律责任存在通过合同约定进行直接转移的空间。实践中排污者在支付合理费用并明确将污染治理责任转移给第三方后,希望以依法依约履行义务为前提不再承担污染治理未完成所致的法律责任,这虽是高效的制度安排但与合同法的一般理论存在抵牾。从效率角度言,该方案可实现三方共赢而具有合理性,即将第三方主体的污染治理行为特别是相关的排污行为归入环境管理的范围,排污者在正常生产和排污条件下只关注生产本身而无需顾虑排污问题,有助

〔23〕 目前,格式合同是落实这种安排的重要方式,《实施意见》明确要求环境保护等相关部门提供《环境污染第三方治理合同(示范文本)》,以此为法律责任机制的拓展和完善提供载体,但已公布的示范文本仍有改进的空间。

〔24〕 参见孔东菊:《论企业环境污染第三方治理合同的法律规制》,《武汉科技大学学报》(社会科学版)2016年第3期。

〔25〕 参见解亘:《论违反强制性规定契约之效力——来自日本法的启示》,《中外法学》2003年第1期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

于提高生产效率;第三方主体可以专注于污染的集中处置,有助于技术发展和处理效率的提高;管理者对第三方治理后的最终排污行为进行直接监督和管理,也可以提高执法效率。从合同法理论发展来看,该方案虽然突破了一般理论但也具有可行性。现行司法解释已将违反强制性规定导致合同无效限缩为违反"效力性强制性规定",[26]体现了扩大当事人意思自治范围的基本导向。虽然关于"效力性强制性规定"还存在界定和适用上的混乱,但违反强制性规定的合同并不必然无效已是共识,基于此,可从规范意旨出发来判断违反强制性规定的合同效力,[27]设立污染环境法律责任的目的在于遏制超标或超量排污行为,以合同约定直接转移污染治理未完成导致的法律责任不违背而且可能有助于实现该目标,因此并不当然无效。

是故,在排污者委托第三方治理的合同中可以约定污染治理责任未完成的法律责任的转移条款,在可能的限度内使排污者从相应的法律责任中脱身;同时约定违约责任作为兜底条款,在两个层次上明确第三方治理责任未完成时的法律责任。

(三)政府委托第三方治理的法律责任安排

政府作为一方主体的合同既可能是民事合同,也可能是行政合同,其中公权力因素和公益因素是辨识行政合同的主要考量,[28]行政法上的权利义务是行政合同的判断标准。[29]政府委托第三方进行污染治理的合同包含的公益因素自不待言,同时也具有污染管制乃至违规处罚等公权力因素,所以,为了实现污染治理目的,规定"行政机关保有特殊的权力"[30]确有必要。基于此,应将政府与第三方签订的污染治理合同定性为行政合同,并依此对其中的法律责任作出安排。

其一,第三方承担的污染治理责任需要在合同中明确。相对于排污者的治理责任,政府承担的污染治理责任的边界更加模糊,特别是污染累积或叠加的情形一般都需要政府承担治理责任。但是,委托给第三方的污染治理责任必须要在合同中明确约定,否则影响合同的履行,也容易导致政府的后续管理和责任追究无从实现。委托给第三方的污染治理责任应当以政府的环境管理和污染治理职责为基础,视不同情形以环境质量目标、治理污染的数量和目标等加以明确。例如,在水环境治理中,可以约定确保特定水体达到特定水质目标是第三方主体的责任,并以水质监测结果作为考核是否完成治理责任的依据;在工业区污染集中治理中,可以约定以污水处理量确定治理责任,在确保出水水质达标的前提下完成特定污水量的处理即为完成了污染治理责任。

其二,依法在合同中明确第三方未能完成污染治理责任对应的法律责任。所谓依法明确,一方面是依据环境法律法规将政府的环境管理要求转化为第三方的合同义务,即明确未完成污染治理责任时政府的行政管理,包括处罚等措施,于实质上确定第三方的行政法律责任,另一方面是治理责任未完成时第三方所应承担的违约责任,例如,治理费用的减免或者后续治理费用的承担等,需要在法律允许的范围内于合同中列明。行政合同的法源包括行政法和合同法,[31]上述法律责任即包括了行政责任和民事责任,体现了行政合同行政强制和意思自治交融的特征。从实践需求上看,可不必过于看

[26] 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第14条规定:"合同法第五十二条第(五)项规定的'强制性规定',是指效力性强制性规定"

[27] 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,《法学家》2016年第3期。

[28] 同前注[22],杨欣文。

[29] 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构——以"行政法上权利义务"为核心》,《华东政法大学学报》2017年第1期。

[30] 李霞:《行政合同研究——以公私合作为背景》,社会科学文献出版社2015年版,第74页。

[31] 参见龙凤钊:《行政合同的法律属性——从行政合同行为的双重特征分析》,《武汉科技大学学报》(社会科学版)2013年第5期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

重第三方未完成污染治理导致的法律责任的性质,而应着重于法律责任的明细化,即在合同中明确罚款、继续履行等责任的条件和范围,作为合同目标实现的保障和不能实现时的补救措施。例如,委托第三方开展水污染治理的合同,可以约定水质在约定时间点仍未达到约定标准的,第三方主体须按日缴纳一定数额的罚款,并且应当在一定期限内继续治理以使水体水质达标。

四、污染第三方治理的行政管理及法律责任界分

虽然行政管制机制要为基于市场激励和社会公众参与的环境法律治理机制作出理性让步,[32]但是环境保护终究离不开政府管理,第三方治理在发挥市场机制优势的同时也需要始终处于政府的监督管理之下,以确保治理目标的实现并及时追究违法责任、维护环境管理秩序和公共利益。在此层面,政府对污染第三方治理的管理须明确管理对象、第三方主体的法律地位及其与委托方的关系,进而确定第三方主体与委托方的法律责任界分。

(一)第三方治理的行政管理对象

在污染第三方治理中,确认管理对象并明确其义务和责任的事实基础是污染排放行为,尽管污染排放的直接原因各异,但是特定主体最终对自然界的污染排放应成为政府管理的直接根据,这可通过对污染者负担原则的适应性解释来实现,并进而作为解决第三方治理中违法排污责任的基本思路。

具体而言,环境污染第三方治理的不同情形对应的政府管理对象的数量、法律定位及相互关系是不同的。于政府委托第三方进行污染治理的情形,第三方主体既是合同当事人又是政府行政管理的对象,对象单一但身份双重,故其法律责任立基于政府的合同行为和管理行为,可在一定程度上统一起来;于排污者委托第三方进行污染治理的情形,排污者和第三方主体皆为政府行政管理的对象,都须服从政府的环境管理安排,但二者之间的污染治理责任转移和对应的法律责任划分需要在管理中加以认定和明确。其中,排污者原本就是环境行政管理的直接对象,只有控制其污染行为才能够实现环境保护的目标,其法律上的责任相对明确;而第三方主体介入是为了更好地完成污染治理任务,同样存在因未完成污染治理任务需承担相应法律责任的问题,但除了可依法在合同中约定的责任外,现行环境法律法规对第三方污染治理的法律责任缺少直接规定,故将污染治理的第三方纳入行政管理有其必要性,只是目前政府对第三方主体进行管理的依据和标准均不充分,责任划分亦不清晰,[33]尚需进一步完善第三方治理法律机制,其中的关键是第三方主体能否成为行政管理的直接对象。

(二)第三方治理责任的独立化

第三方主体收取污染治理费从事污染治理活动,未完成污染治理目标的,按照责权利相统一原则理应承担相应的法律责任。除了少数能够达到零排放的领域之外,多数的污染虽经处理但仍需向自然界排放,在此意义上言,第三方治理者也是“排污者”或者“潜在的排污者”,只是其排污是治污的必要结果而非基于商品生产等原因。因第三方主体的治理责任源于原始排污者或政府,因此对其排污行为的管理标准以及相应的法律责任一般认为应附属于原始排污者或政府而不具独立性。

但是,从实践来看,第三方治理各主体间的责任不明及相应的监管漏洞将影响第三方主体参与环境污染治理的积极性,[34]也会打击委托方的积极性,从而阻碍第三方污染治理政策和措施的落实和

〔32〕 同前注〔6〕,颜士鹏文。

〔33〕 参见任卓冉:《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。

〔34〕 同前注〔4〕,刘俊敏、李梦娇文。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

市场的发展。在理论上,依据法律只对原始排污者规定了责任而否定第三方主体责任的独立性,理由并不充分,相反,如果针对第三方主体最终的排污行为,将其归入"排污者"进行法律监管其实并不存在理论上的障碍。故此,有必要拓展现有的环境污染行政法律责任制度,通过对"排污者"的扩大解释或制定更具体的监督管理规范实现第三方主体法律责任的独立化。

首先,特殊排污者地位是第三方主体责任独立化的基础。虽然其行为是为了治理和减少污染,但是在最终向自然界排污的层面上仍属于排污者。因此,法律规定的"排放污染物的企事业单位"[35]虽然按常规理解是原始排污者,但并不能排除第三方主体作为排污者的地位。由此,政府可依据现行环境法律法规对第三方主体的排污行为进行监管,在其违反排放标准等监管要求时可追究其相应的法律责任。

其次,合同确定的污染治理责任是确定第三方法律责任的基准。第三方的排污不是源于自身生产行为而是基于受托的污染治理责任,因此其排污数量和标准等需要根据委托合同来确定,即基于原始排污者的排污权利或政府的委托要求来确定其排污的合法边界,超出合法边界排污的应承担相应的行政法律责任。认定第三方排污的合法性需要确定其排污的权利,排污权是一种可交易的权利,[36]原始排污者可将其转移给第三方主体以移转污染治理责任,或是政府为实现特定工业区等的污染治理综合授予第三方主体排污权,其基础对应于合同确定的污染治理责任。

最后,污染治理资质管理是第三方主体责任独立化的保障。第三方治理的优势在于其专业化和集约化,资质管理是保证第三方主体具备治污能力的关键,对此,日本对废弃物处理企业就设置了资质要求并实行许可管理。[37]我国目前不再对环境污染治理设施运营实行资质许可管理,仅在危险废除处置等特殊污染领域实行资质许可管理,相关资质管理将以行业自律管理为主。[38]不论是政府许可管理还是行业自律管理,污染治理的专业能力以及特定的资质认定都是第三方主体得以独立承担相应法律责任的保障,推行资质管理有助于第三方治理的专业化和市场化。未取得相应资质而受托治理污染的,其法律责任不应与委托方分割,而且这也不是污染第三方治理的发展方向。

总而言之,虽然事实上第三方排污的来源在于原始排污者的"污染"转移,但是基于排放事实、合同约定和管理需要,第三方主体的污染治理责任和对应的法律责任都可以也应当实现独立化,这也是适应污染治理专业化、社会分工精细化和责任体系完善化的需要。

(三)第三方主体责任与排污者责任的界分

在确认了第三方治理责任独立性的基础上,根据合同约定和行政管理之需,对第三方主体的法律责任进行明确界分不仅必要而且可行。政府委托第三方主体治理污染可以充分发挥行政合同强制性与任意性并存的优势,第三方主体的污染治理责任以及相关的法律责任可以在合同中明确,以实现污染治理责任与相应法律责任的界分。对于第三方主体与原始排污者责任的划分与衔接,除了以委托合同约定的污染治理责任和违约责任为基础外,还应当从政府管理的角度合理界分二者的责任。

第三方主体责任的独立化并不能否定其与排污者责任存在密切关联,污染治理责任未完成而造成违法后果,既可能源于第三方原因也可能归咎于排污者,由此而导致的法律责任应当视不同情况进行划分。具体而言,排污者超过合同约定数量和标准输出污染物给第三方主体的,应当承担相应的违

〔35〕 例如,《环境保护法》第42条规定了排放污染物的企事业单位的相关义务。

〔36〕 参见邓海峰:《环境容量的准物权化及其权利构成》,《中国法学》2005年第4期。

〔37〕 参见任维彤、王一:《日本环境污染第三方治理的经验与启示》,《环境保护》2014年第20期。

〔38〕 参见钟亦明:《环保设施运营资质证书管理的变化趋势探析》,《中国环保产业》2014年第9期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

约责任和违法排污的行政法律责任;排污者按有效合同排放污染物但第三方治理过程或结果违法的,则应由第三方主体承担相应的行政法律责任。也就是说,对污染物的排放数量和标准实行双层控制,原始排污者或第三方主体在向外排放污染时违反控制目标均应承担相应的违约责任和行政法律责任。这一制度设计是有成例可援引的,如我国城市排水管理目前即实行的是污水排入管网许可与污水厂处理后排放的双层许可制度,[39]对排污者和污水厂的管理分别依据不同的标准和许可进行,该管理模式颇值在环境污染第三方治理中加以借鉴,作为明确排污者和第三方主体责任的基础性制度。

要从理论上对污染排放进行精细化解释和界定,需将环境管理要求和合同约定相结合,以确定排污者和第三方主体的法律责任。具体来说,排污者须根据环境管理要求开展生产活动,确保将污染物数量、浓度等指标控制在法律许可和合同约定的范围内,才能将污染治理责任依约定转移给第三方主体,否则须对第三方主体承担违约责任并承担违反环境管理要求的行政法律责任;第三方主体依循合同约定治理污染,并按照排污许可要求向自然界排放污染物,否则须对委托方承担违约责任,并承担违反排污许可的行政法律责任。排污者和第三方主体之间对污染物的转移过程和标准存在争议的,依合同约定进行认定和处理,原则上不影响根据上述原则确定的行政法律责任。

五、结语

强调社会分工对人类社会发展的推动作用是马克思主义唯物史观的重要内容。当代社会分工主要表现为专业化程度的提高,专业化分工对当代知识型社会下的社会关系结构与消费观念均产生了重要影响,[40]并推动了社会进步。环境污染第三方治理是解决我国目前污染治理难题的可行机制,其有效运行不但需要相应的科学技术条件的配合,更需要完备的法律制度支持,其中,明确第三方主体的法律责任是完善第三方治理法律制度的关键。从第三方主体受托开展污染治理的基础性责任即特定污染治理责任出发,明确其治污责任未完成时的行政法律责任,并以第三方主体责任的独立化为目标界分排污者和第三方主体的法律责任,将有助于环境污染第三方治理市场逐步走向成熟,并确保政府对于污染治理过程的有效管控。

推动环境污染第三方治理是环境保护和经济发展的迫切需要,法制化是第三方污染治理发展与成熟的有效制度保障。法制化可以促进国家治理逐渐实现定型化与精细化,并增强其执行力和运行力。[41]在暂不改变现行环境法行政法律责任和民事法律责任二分框架的格局下,可尝试通过法律解释和修改法律法规的形式,以责权利相统一为原则尽快建立和完善污染第三方治理的法律责任机制。

(责任编辑:谢 青)

〔39〕 污水处理厂将处理后的污水排入自然水体属于一般排污许可的监管范围,而各地出台的地方法规多规定了排入城市排水管网的污水应取得排水许可。例如,2014年出台的《石家庄市城市排水管理条例(试行)》第19条规定:"从事工业、建筑、餐饮、医疗、科研、洗浴、宾馆酒店、洗车、汽车修理、加油等活动的企业事业单位、个体经营者(以下称排水户)向城市公共排水设施直接或间接排放污水的,应当向排水管理部门申请领取污水排入排水管网许可证。"

〔40〕 参见欧阳英:《唯物史观视域下的专业化分工的涌现及其影响力》,《哲学动态》2017年第4期。

〔41〕 参见张文显:《习近平法治思想研究(中)——习近平法治思想的一般理论》,《法制与社会发展》2016年第3期。

?1994-2018 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net