

# 我国环评否决制之法理思考

金自宁

**摘 要:**我国环评法明确规定了建设项目环评否决制,近年来却出现一些质疑,亟需澄清。对我国环评否决相关立法规范要求的解释分析,显示其并未割裂环保与其他考虑因素,反而是特定社会条件下确保“综合决策”所必需;体现生态底线要求的环评否决具有保障环保“红线”落实的功能,赋予环评否决效力也比可能的替代方案更有利于保障环评真正融入开发决策,因而我国当前不宜削弱环评否决制。为此,应当进一步明确环评否决的适用情形,并有必要坚持环评前置、对环评的行政监督等相关机制。

**关键词:**环境影响评价;项目环评;环评否决;综合决策

中图分类号: D622.604 文献标识码: A 文章编号: 1671-0169(2019)02-0011-12

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2019.02.002

## 一、问题的提出

生态环境一旦遭到污染和破坏,往往难以修复,有些损失甚至无法挽回,如物种灭绝或不可再生资源耗竭。基于此认知,在进行对生态环境可能产生重大影响的活动之前,先对环境影响进行调查、预测和评价,此即环境影响评价(以下简称环评)<sup>①</sup>。

1979年通过的《中华人民共和国环境保护法(试行)》首次在我国法律层面确立建设项目环评审批制度,即“在进行新建、改建和扩建工程中,必须提出对环境影响的报告书,经环境保护部门和其他有关部门审查批准后才能进行设计”(第6条)。1989年,《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环保法》)正式颁行,再次确认了建设项目环评审批制度,并规定“环境影响报告书经批准后,计划部门方可批准建设项目设计任务书”(第13条)<sup>②</sup>。1998年《建设项目环境保护条例》(以下简称《环保条例》)规定:“建设项目的初步设计,应当按照环境保护设计规范的要求,编制环境保护篇章,并依据经批准的建设项目环境影响报告书或者环境影响报告表,在环境保护篇章中落实防治环境污染和生态破坏的措施以及环境保护设施投资概算。”(第17条<sup>③</sup>)这些规定的实质,是要求建设项目开发许可以环评通过环保机关的行政审批为前提条件,同时,经审批的环评文件对

基金项目:国家社科基金资助项目“环境风险规制的行政法研究”(13BFX032)

作者简介:金自宁,法学博士,北京大学国际法学院教授(广东 深圳 518055)

致谢:本文初稿曾提交北京大学国际法学院教师工作坊,感谢与会同事的提问及评议;感谢匿名审稿专家的专业中肯评议!

<sup>①</sup> 根据我国环评法的规定,环评“指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估,提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施,进行跟踪监测”(第2条)。据此,我国环评包括了规划环评和(建设)项目环评,本文正文只讨论项目环评不涉及规划环评。

<sup>②</sup> 此条在2014年被修订为“未依法进行环境影响评价的建设项目,不得开工建设”。

<sup>③</sup> 此条在2017年修订中有进一步的细化要求。

建设单位开发活动具有约束力。

2002年颁布2003年实施的《中华人民共和国环境影响评价法》(以下简称环评法)明确规定“建设项目的环评文件未经法律规定的审批部门审查或者审查后未予批准的,该项目审批部门不得批准其建设,建设单位不得开工建设”(第25条)<sup>①</sup>。这也被称为环评“否决制”,即环评对于项目开发活动具有“一票否决”的效果。这一赋予环评实质性法律效果的立法安排,作为“最直接体现了预防原则”的环保利器,在很长时间内都是环保行政执法的重点<sup>②</sup>,甚至引起外国研究者的羡慕<sup>③</sup>。

然而,近年来,我国大众媒体上出现取消环评“一票否决”的声音<sup>④</sup>,引发环保人士的忧虑。主张取消环评否决制的主要理由是:“如果赋予环保部门一票否决权,等于是把环境保护凌驾于人的生存与经济发展、正义与效率及人权与产权等所有其他目标之上,固然是遂了某些环保人士的愿,但这忽略了政府公共治理多目标性与复杂性。”附带理由还包括:环评否决赋予环保部门重大权力,会带来寻租腐败问题<sup>⑤</sup>。

大众媒体上此类声音背后,也有一些专家学者的支持,如台湾学者叶俊荣曾指出,无论最早将环评确立为一项法律制度的美国,还是一向被当作大陆法系典范的德国,均无环评审批否决制;主张应像美德一样,将环评并入与项目许可相关的其他考虑,由项目许可机关综合权衡决策,理由是:“任何开发计划皆不可能只涉及环境因素,一个负责任的完整决策过程,毋宁是决策者必须权衡所有相关因素,全盘考虑后作出决策并担起政治责任……(环评一票否决)加深了环境因素与非环境因素的冲突与对抗……”<sup>[1](P68-79)</sup>。这种议论在大陆学者中亦颇有影响<sup>⑥</sup>。

推敲起来,取消环评否决制的主张包含了不同的具体论点,并使用了很不相同的论据。可大致归为三类。第一种论据主要是指出环评否决制与代表性的西方发达国家不同。第二种论据是环评否决制下一票否决作为一种权力,有被滥用的可能。第三类论据,可称为“割裂”说,指环评否决制割裂了环保与其他值得考虑的因素,不利于政府在多元目标和价值之间保持平衡。

第一种论据,严格说来,并不构成一种论证,因为此处提供的只是一个事实,即中国环评否决制与美德均不同。这最多可以起到一种类似警示信号的作用,提醒研究者注意,这里也许有值得研究的现象。但这个现象本身,作为一种事实,并不必然指向任何特定的主张:一方面,如果我们不是不假思索地将西方国家当成应当参照的标准甚或应当模仿的典范,则完全可以追问,美国和德国如此,我们就一定要如此么?另一方面,如果我们不是不假思索地将中国特有等同于中国“特长”,也可以追问:中国一定要与美国、德国不一样吗?不同只是不同而已,它到底意味着更好还是更坏或者——也许概率更大地——不好不坏,必须结合所欲追求的目标和为达成目标而可利用资源及面

① 如后所述,此条在2016年有修订。

② 2005年引发媒体广泛关注的“环保风暴”中,环保机关所适用的即是与此条款对应的罚则。有关介绍,参见汪劲:《环境法学》,北京大学出版社2011年版,第134页。

③ 如桑原勇进在论及中国的环境环评效果时,称“为确保可持续发展,中国法的构造比较妥当”。桑原勇进:《中日环境影响评价法比较研究》,《政治与法律》2002年第1期。

④ 参见陈斌:《环评一票否决应当保留吗》,网址:<http://www.infzm.com/content/118594>,访问日期:2017年12月30日。

⑤ 至于该文将项目环评制度与规划环评制度对比,主张规划环评无环评一票否决则项目环评也可如此类推的论证是不能成立的,因为我们完全可以反过来类推:连项目环评都有一票否决,规划环评影响不是也应该有吗?事实上,环境法学界一直存在应授权环保机关审查规划环评文件的主张,如:汪劲:《中外环境影响评价制度比较研究》,北京大学出版社2006年,第348页。

⑥ 如阮丽娟、吴天意:《论环境影响评价审查结论的法律效力》,载《吉首大学学报(社会科学版)》,2016年第4期。另唐明良虽支持环评否决权装置“不可或缺”,但也顾虑“环评否决权装置会带来行政程序割裂”。唐明良:《环评行政程序的法理与技术》,社会科学文献出版社2012年版,第68页,第71页。

临的局限条件来具体考量。换言之，欲答该问，必须探讨环评否决制的实质理由，而穷究该由可知，真正重要的，是实质性理由本身是否成立，而不是或异或同的标签。

第二种论据，则涉及有很多经验证据支持的真实担忧，即一切权力都有被滥用的倾向。但是，支持此论点的此一般论据，同样可以用来说明此论点的似是而非之处：既然一切权力都可能被滥用，则用“可能被滥用”作为理由来主张取消行政权力就意味着极端的无政府主义立场。如果我们和绝大多数论者一样，并不是无政府主义者，则此处真正需要澄清的问题仍是，环评否决权是否有必要：如无必要，则取消它，伴随它的权力滥用风险自然随之消失；如有必要，则需处理伴随它的权力滥用风险。——事实上，控制行政权力的滥用风险被公认为行政法的核心功能之一<sup>①</sup>。

第三种论据，即“割裂”说，其理由是实质性的，值得认真讨论。事实上，我国环保法学及实务界长期以来都认为，综合决策，即在决策过程中对环境、经济和社会发展进行统筹兼顾、综合平衡，是值得追求的目标<sup>②</sup>。我国环境法教材书上所总结的“协调发展原则”，正是试图同时兼顾，使环境保护与经济社会发展相协调<sup>[2](P96)</sup>。其在实证法上的依据是我国1989年环保法第4条的规定：“国家制定的环境保护规划必须纳入国民经济和社会发展规划，国家采取有利于环境保护的经济、技术政策和措施，使环境保护工作同经济建设和社会发展相协调。”此条在2014年被修订为：“保护环境是国家的基本国策。国家采取有利于节约和循环利用资源、保护和改善环境、促进人与自然和谐的经济、技术政策和措施，使经济社会发展与环境保护相协调。”可以看出，新法仍然强调环境保护与经济社会发展之间的协调，虽然强调的重点和顺序有所变化<sup>[3](P75)</sup>。就此而言，若环评“一票否决”就意味着放弃这种“兼顾”和“平衡”，则不仅难说合理，还有违法之嫌。

有鉴于此，本文以下虽然在具体论述中会提及中国与美国、德国的不同以及相关权力滥用的可能性，但主要关注上述第三种论据，即“割裂说”。

## 二、我国环评否决制下的综合决策

我国现行法下，环评对于建设项目的否决效能通过环评审批程序来实现，是否通过环评审批直接决定了开发项目能否合法继续。在这个意义上，环评审批程序和建设用地许可程序<sup>③</sup>一样，可视为整体的项目许可程序的一个组成部分。以此看来，上述“割裂说”，可能有两种不同的含义，一是，我国现行环评否决制下，环评审批机关即环保机关，割裂了环保价值与其他考虑，表现为环保机关作为环评审批机关只考虑环保而无需考虑其他问题（特指经济社会的发展需要）。二是我国现行环评否决制下，项目许可机关即各级政府或政府的发展部门，割裂了环保价值与其他考虑，表现为许可机关在作出项目许可决定时只需考虑经济社会发展需要而不考虑环保价值。下面分述之。

### （一）环评审批只关乎环保吗？

以否决制为特色的我国项目环评立法整体定位，从一开始就源自对建设项目可能涉及的多元利益的确认与权衡。与环评立法在世界范围内的肇始者美国不同，我国项目环评立法从根本上说并非旨在控制国家公权力机构的决策行为，而首先是旨在控制建设单位的项目开发活动。项目环评审批这一立法安排反映了对可能造成环境污染和生态破坏的企业之不信任，从性质上说是行政机关用

<sup>①</sup> “控权”论者甚至认为，整个行政法体系存在的意义就在于控制行政权力滥用的风险。

<sup>②</sup> 如王曦：《建立环境与发展综合决策机制，实施可持续发展战略》，载《经济界》2003年第5期；蔡守秋、莫神星：《我国环境与发展综合决策探讨》，载《人口资源与环境》2004年第2期；吕忠梅：《环境与发展综合决策的法律思考》，载《甘肃社会科学》2006年第6期。

<sup>③</sup> 在建设项目条例修改之前，水土保持方案和环评以及建设用地一样是项目许可的前置程序。

审批方式对利用自然资源、影响生态环境之企业活动的事前干预。这种不信任和事前干预的合理性源于大量环境污染和生态破坏的确是企业活动的直接后果；而逐利是企业的本性，若非环评法的强制要求，原本并无额外花费时间金钱进行环评的动机；甚至在环评法有明确要求的情况下，企业进行环评也并非为控制降低自身经济活动的不利环境影响，而是为了通过项目审批获得开发许可。

更进一步，由企业出钱委托环评单位编制的环评文件，长期以来也一直难获信任：因为企业“用钱说话”，若是受托单位不去迎合委托企业就很难招徕生意，在环评市场上难以生存。这种现实也使得对环评单位和环评专家为迎合金主而牺牲其专业性的怀疑无法彻底消除<sup>①</sup>。也就是说，这种对企业的信任，也延伸到了企业所委托的、从事环评服务的环评专业机构及其专业人员。就此而言，理论上，若是环评领域存在系统的专业技术规范以及严密的行业自律机制，应可提高环评作为专业活动的公信力。但这一点在我国长期以来还并非现实。如在2009年，环保部抽查的75家环评机构中，有30家出现了质量和管理问题，比例高达四成；并且40名环评专职人员被点名批评；在2012年，环保部抽查的501家环评机构中也有88家因质量和管理问题被处罚，49名从业人员受通报批评<sup>②</sup>。这也是支持对建设单位委托环评机构所准备的环评文件进行行政干预的现实理由。

就程序设计而言，一般认为，制度化的公众参与向利益相关者提供了表达机会，使得多元价值和利益可以彼此沟通和互相协调，并由此能够增进行政行为的正当性<sup>③</sup>。而我国现行环评法上所规定的环评程序，在环评文件制作和环评审批两个阶段均有公众参与的规定：在环评报告书编制期间，建设单位应在“通过举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众的意见”；并且，建设单位应当在报批环评报告书时，“附具对有关单位、专家和公众的意见采纳或者不采纳的说明”（环评法第21条）；在环评审批阶段，审批机关应当公告受理环评文件的信息，对公众意见较大的建设项目，并可以“采取调查公众意见、咨询专家意见、座谈会、论证会、听证会等形式”再次公开征求公众意见（环评公参暂行办法第13条）<sup>④</sup>。就实践中引发广泛关注的典型案例来看，受到项目建设影响的附近居民具有参与环评的强烈动机，并且在事实上会采取各种方式积极表达自己的权利主张和利益诉求，以期促使行政机关在决策时对其意见予以慎重考虑<sup>⑤</sup>。

如果我们深入我国环评的具体内容及环评审批的具体标准，还可发现，虽然环境保护是环评制度的关注焦点，但是我国现行相关立法并不排斥——相反已容纳了——多元价值和利益的权衡。就环评文件的具体内容而言，如果仔细推敲我国立法相关规定，可以发现其部分地确认了以环评审批对象即环评文件编制工作中事实与价值交织、科学与政策混杂的特征，如环评法对于“建设项目环

① 为了避免环评单位因“拿人手短，吃人嘴短”而过分受制于委托企业，早期有不少研究者建议由政府出面选择环评单位。参见熊慧龄：《环境影响评价制度的委托程序问题》，载《中国环境管理》1994年第2期；罗宏、柴发合、周琳：《我国环境影响评价中存在的问题及其对策》，载《环境与开发》2000年第1期。这对当前制度冲击较大。一个更加温和而易行的对策是：对可能有重大环境影响的项目，可以要求企业用招标方式选择环评单位，环评费用由企业事先交由招投标平台，环评文件完成后支付给环评单位。

② 环保部办公厅：《关于2009年度环境影响评价机构抽查情况的通报》环办[2010]90号。环保部办公厅：《关于环境影响评价机构专项执法检查发现存在问题的评价机构处理意见的通报》环办[2012]152号。

③ 王锡锌：《公众参与和行政过程》，中国民主法制出版社2007年，第40—41页。对此定位的反思，可参见金自宁：《参与型行政：美国理论与中国实践》，载《新政治经济学评论》2012年第20卷。

④ 此条在2018年新办法被修订为：“在生态环境主管部门受理环境影响报告书后和作出审批决定前的信息公开期间，公民、法人和其他组织可以依照规定的方式、途径和期限，提出对建设项目环境影响报告书审批的意见和建议，举报相关违法行为。生态环境主管部门对收到的举报，应当依照国家有关规定处理。必要时，生态环境主管部门可以通过适当方式向公众反馈意见采纳情况。”（第24条）

⑤ 如系列PX事件等，但我国当前的环评公参相关规定仍有明显不足。参见金自宁：《风险决定的理性探求——PX事件的启示》，载《当代法学》2014年第6期。

境影响报告书”内容的列举（第17条），就不止包括了“建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估”，也包括了“建设项目环境保护措施及其技术、经济论证”和“建设项目对环境影响的经济损益分析”等内容。与环评文件具体内容的混杂特性相应，我国环评审批的具体标准也存在事实与价值交织、科学与政策混杂的情况。体现在相关规定中，可能通过直接明示规定超越单纯科学事实的价值考虑，也可能通过运用不确定概念而间接引入价值权衡。例如，2017年环保条例第11条规定的环评文件“不予批准”五种情形，包括了：“基础资料数据明显不实，内容存在重大缺陷、遗漏，或者环境影响评价结论不明确、不合理”（第五项），这是明确授权行政机关进行评价裁量；即使第四项涉及污染物排放不达标这种明显以技术标准为依据的情形列举，也因为使用了“无法确保”、“必要”等灵活概念而留下了允许引入政策考虑和价值判断的行政裁量空间。

综上，我国的环评审批，无论整体制度定位还是程序设计，均并非单就环保言环保，同时也考虑了企业逐利动机、环评机构的可靠性、受影响的居民权益等相关因素；而且无论审批内容还是审批标准均留下了将环保与环保措施的经济代价等其他相关因素综合考虑的空间和余地。可以说，假定环评审批只关乎环保的“割裂说”，是无视我国实证法规范要求的表面印象，包含了过度简化的错误理解。

## （二）项目许可忽略了环保吗

项目许可机关是否忽略了环保的问题，应当分两个层次来讨论。第一层次的问题是，现行制度下项目许可机关是否在事实上倾向于忽略环保？第二层次的问题是，现行环评否决制是否造成了项目许可机关忽略环保？相关议论者却经常有意无意地混淆二者：他们意图主张后者，实际上谈论的却是前者。清晰地区分二者即可澄清其中谬误。

中国多年实际经验表明，项目许可机关的确倾向于忽略环境保护，但这并非环评否决制造成的。——恰恰相反，环评“一票否决”的安排，原本就反映了对项目许可机关以及以项目许可机关为代表的地方政府倾向于“以环境为代价发展经济”的忧虑，是对项目许可机关以及地方政府倾向于轻视和忽略建设项目环境影响的一种矫正。这种忧虑和矫正的必要性也有大量实际经验和相关研究的支持。

早在环评法颁行之前，1989年环保法即已经明确环评审批是项目许可的前置程序<sup>①</sup>，这在司法实践中被解释为项目许可机关有义务考虑建设单位完成环评审批的情况：如果建设单位未提交其通过环评审批的文件，则给予项目开发许可是违法的<sup>②</sup>。2002年环评法进一步将环评否决制的法定要求明确为：当未通过环评审批（包括未办理环评审批和环评审批结论为不通过）时，建设项目即被否决，项目许可机关不应给予项目开发许可；当环评审批结论为通过时，项目许可机关方可综合环评及其他考虑决定是否给予项目开发许可。为满足此法定要求，项目许可机关在进行项目许可与否的审查决定时，必须将前置的环评审批相关情况纳入考虑。

概括而言，我国2002年环评法所确立的环评否决制，一方面在程序上将环评审批前置项目许可，使通过环评成为项目许可前提条件；另一方面通过在实质上授权环评审批机关对建设项目的否决权力，切实保障了环评对项目开发与否具有决定性影响，特别是确保了环评对项目开发决策的实质性影响不会因项目许可机关忽略环保的意向而转移。在这两层意义上，我国2002年环评法所明确的环评否决制并未“割裂”环保与其他考虑，恰恰是发挥了保障环评能够被“融入”后续项目许可决策的作用。

<sup>①</sup> “环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书”（第13条）。

<sup>②</sup> 可参见《沈希贤等182人诉北京市规划委员会颁发建设工程规划许可证纠纷案》，载《最高人民法院公报》2004年第3期。

项目许可机关就事务分工来说，更关注经济社会发展而不是环保，更容易受地方政府“重发展轻环保”立场的影响<sup>①</sup>；这可部分地解释我国环评文件的行政审查由环保机关而不是像环评法美国那样由项目许可机关来实施<sup>②</sup>。在这个意义上，我国环评审批否决权的立法设计，可视为行政系统内的一种分权制衡机制：环评审批的否决效力使环保机关分享、同时也制约了原本由项目许可机关享有的项目开发决策权。

当然，认识到项目许可机关及地方政府倾向于忽略环保正是我国环评否决制试图应对的现实问题，并非否认其面临的实际障碍和压力：由于环保行政机关本身隶属于政府，人财物均受制于当地政府，独立抵制地方政府“重经济增长轻环境保护”的倾向的确是环保机关“难以承受之重”<sup>[4](P104)</sup>。但是，在此同样不能倒因为果地将这些现实障碍归为是由环评否决制造成的——这些障碍不过是环评否决制设计未能获得充分落实的现实原因；如果坚持环评否决制，就有必要克服这些障碍。如我国2014年修订的新环保法在坚持环评否决制（第19条）的同时，规定（第26条）了国家实行环保目标责任制和考核评价制度，明确应将环保绩效纳入地方政府及其负责人的考核内容<sup>③</sup>；近年来，我国更提出“实行省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度”<sup>④</sup>，期望此改革可以在相当程度上避开（省以下）地方政府经济绩效至上之动机给地方环保执法所带来的压力。

### 三、我国环评否决制之一般理据及运作实效

#### （一）检视环保与发展的关系

如果着眼于更一般的法理，还可发现，上述“割裂说”不仅误解了我国环评审批否决制在现行法下的规范要求，而且对环保与经济社会发展之间关系的理解也失于粗疏。的确，就一般理念而言，环保价值不应凌驾于其他多种价值和目标。虽然人类作为一个物种只有在一定的自然环境中才能生存，因此，环境保护是人类的根本利益之一；但经济社会发展也是人类的重要利益<sup>[5](P43)</sup>。

然而，环境保护与经济发展和冲突也是客观存在的，如雾霾等重污染天气下的限产停产等。而且，这种冲突和矛盾有时直接关涉人作为个体、群体直至整个物种的健康和生死存亡：在那些著名的公害事件中，千万人因随经济社会活动而来的环境污染而死去；在人类演化史上，也有像格陵兰岛上的维京人、中美的玛雅人或太平洋上的复活节岛人这样曾经盛极一时却因资源耗竭最终走向灭亡的事例<sup>⑤</sup>。此即生态学上“负载定额律”。

我国环评制度近年来的发展动向，很明显地反映出了对“生态阈限”的意识。2016年，环保部发布的《“十三五”环境影响评价改革实施方案》（环环评〔2016〕95号）提出了所谓的“三线一单”，即“生态保护红线、环境质量底线、资源利用上线和环境准入负面清单”；之后环保部发

① 如人民网：《王曦委员：地方政府GDP优先思想导致环评法形同虚设》，<http://lianghui.people.com.cn/2012cppcc/GB/239430/17307163.html>；王曦：《论美国国家环境政策法对完善我国环境法制的启示》，载《现代法学》2009年第4期。

② 事实上，出于类似的考虑，在美国虽然并不存在中国式对环评的行政审批及否决制，但其拟议行动的联邦机关所作环评也需接受环保部门的行政复审（review）和监督。康文尚：《试析美国环境影响评估制度的行政监督》，《中研院法学期刊》第11期（2012年9月）。

③ 但仍欠缺可操作的具体规范，实践中环保与“保增长”及“维稳”的矛盾仍很突出。参见王灿发：《新〈环境保护法〉实施情况评估报告》，中国政法大学出版社2016年版，第185—186页。

④ 中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度改革试点工作的指导意见》中办发〔2016〕63号。

⑤ 具体请参见弗·司各特·菲茨杰拉德：《崩溃》，黄昱宁、包慧怡译，上海译文出版社2011年，第4页。

文<sup>①</sup>再次确认了“三线一单”的约束，明确其目的即在于确保发展不超越阈限、不突破“底线”和“天花板”。事实上，早在2014年环保法修订时，第一条有关立法目的的表述引入“经济社会可持续发展”概念时，即暗含了对环境承载力“阈限”的承认，因为“可持续发展”概念的提出，正是源于人们认识到之前不虑及环境的经济社会发展方式是不可持续的，因此，“可持续发展”概念本身，就不仅仅引入了“代际公平”，也意味着对环境承载力有限的确认<sup>②</sup>。

生态阈限的存在，意味着环境利益与经济利益之间的彼此权衡妥协并非是有限的，而是存在着不应超越的界线：远离这一界线的地方，在可接受范围内可能存在各种折衷调和方案；但在逼近阈限的地方，也即可能会导致环境灾难的情形，是容不得让步的。由此，环评的“一票否决”，在建设项目的环境影响已经逼近“生态阈限”的情形下适用，就是合理且必要的。

这就意味着，应当进一步明确我国环评否决的适用条件，区分两种情形：一种是拟议开发活动对环境的不利影响逼近生态阈限的情形，需要动用环评否决权；另一种是，拟议开发活动对环境的不利影响在可以接受权衡的范围之内，则无需动用环评否决权。在这样的理解下，也可以看出，我国一些研究者提出的重大开发项目停用环评否决的主张<sup>③</sup>是不妥的。因为比起一般的建设项目，重大开发项目更有可能对生态环境造成重大影响，因而更有可能逼近甚至突破生态阈限，即更有可能出现应当启动环评否决权的情形。

## （二）促进环保之实效

一项立法设计，无论其理据如何，若在现实中并无实效，那么废止它也很可能不失为一项务实的选择。因此，在探讨环评否决制的设立理据之后，仍需考察其实际运作情况。依据我国环评法的规定，项目环评“一票否决”的法效仅在两种情形下发生：一是建设项目未经环评审批，二是建设项目已进入环评审批程序且审批结果为不予批准。前者即环评报批的情况，可通过观察环评审批的执行率得知；后者即环评审批结论的情况，体现于环评审批否决率。以下分别考察二者。

就环评法规定的建设项目环评报批情况来看，根据我国环保部门公布的数据<sup>④</sup>，我国项目环评实际执行率自环评法颁行以来上升很快，执行率从2002年的98.3%，到2003年的98.9%，再到2004年的99.3%，之后连年保持在99%以上<sup>⑤</sup>。这就意味着，因为建设单位“未经环评审批”而依法应当启用环评“一票否决”的项目占比，多年均不到全部建设项目的1%。

从已进入环评审批的建设项目环评审批结果来看，我国环评审批通过率居高不下。据笔者统计<sup>[6]</sup>，在中央，2012年和2013年环保部审批结果可归为“通过”的项目文件数量占其全部公示审批总量的比率在90%以上，审批结果可归入“未予批准”的占比不到10%；而在地方，如广州市环保局在2012年和2013年环评审批结果公告显示的通过率更是超过了99%，审批结果可归入“未予批准”（含不批准和暂缓）的不到1%。

初看起来，这些数字似乎表明环评审批的一票否决规定并无实际作用：未经环评审批和环评审批不通过，两种情形在我国建设项目开发活动中占比均是极小的。绝大多数建设项目办理并且通过了环评审批，并未启动环评“一票否决”的效力。

① 《关于以改善环境质量为核心加强环境影响评价管理的通知》（环环评[2016]150号）。

② 参见交告尚史等：《日本环境法概论》，田林等译，中国法制出版社2014年版，第135页。

③ 如唐明良：《环评行政程序的法理与技术》，社会科学文献出版社2012年版，第71页；田亦尧：《建设项目环评否决权的制度本源与改革路径》，《现代法学》2016年第2期。

④ 《中国环境年鉴》（2003—2010）。

⑤ 有研究者指出，这一数字包含了大量“先上车后买票”的“补办环评”情形。据汪劲教授的一次调查，补办环评手续的比例大约占到全部环评的50%。汪劲：《环境法治的中国路径》，中国科学出版社2011年版，第12页。2014年环保法和2015年环评法先后删除了“补办环评”相关规定。

但是,仔细推敲上述数据,则可有不同理解:由于中国经济发展速度决定了应办理环评手续的建设项目总数巨大且不断上升,在2002年至2012年,环保部审批的建设项目总量就从23万件上升至接近43万件<sup>①</sup>;即使是被否决的项目占比在中央不过10%,在地方甚至不到1%,其绝对数量仍相当多。而且,虽然无完整统计数字,但这些被否决的项目所涉及金额是相当可观的。如仅在2005年环评风暴中被叫停的第一批30个项目,就涉及达亿的投资额<sup>②</sup>。更不用说,在这些可进入统计的数字之外,应该有相当多的建设项目因为明显达不到环评审批条件而被开发商主动放弃。概括言之,不应从上述数字简单推论我国环评否制并无实效,——归根结底,如上文所解释的,环评否制本应在开发建设活动逼近生态阈值时才启动,而这种情形相比一般的开发活动中原本就是较为少见的。

另外,需要指出的是,就环评审批具体实践而言,因为环评法明确要求环评文件中应包括“建设项目环境保护措施及其技术、经济论证”(第17条),环评单位编制的环评文件,结论也往往是在采取种种环保措施后,排放能达到相关标准,对环境的“影响较小”、“不会造成显著影响”或对环境的负面影响可以得到“有效控制和减缓”;相应地,环评审批时,环保机关通常是“同意”或“原则同意”环评文件中所列建设项目的性质、规模、地点以及“拟采取的环境保护措施”。就此而言,只要建设项目完成了环评审批程序,即使审批结论是“通过”而不是“否决”时,环评审批也仍然(以一种更为精细的方式)发挥了促使建设单位将环保纳入考虑的实际效果。

当然,事先审批并不能取代事中和事后监管。长期以来,我国环评审批项目的事中、事后监管相当薄弱,导致许多项目只是在“程序”上通过了环评审批,在后续实际运行中却并未达到经批准的环评文件所明确规定的环保要求。例如,2007年年初,原国家环保总局在对100多个市县的上百个工业园区、500多家企业的现场检查中发现,有40%的建设项目缺乏后续监管,环评报告书提出的环保对策和措施难以得到落实<sup>③</sup>。还有研究者曾分析2003至2006年间上海市分五批公布的环境违法企业名单,发现公布的违法事项中,事中事后问题(违反建设项目环境管理规定和正常运行环境保护设施)占比超过了60%<sup>[7](P19)</sup>。针对这一问题,我国近年来环评制度改革的重点之一就是加强事中事后监管<sup>④</sup>。然而,就本文的关注而言,重要的是要明确,这些都是我国有必要在环评领域强化事中事后监管的证据,而并不是弱化甚至取消环评否决的理由。

#### 四、我国环评否决制的发展动向

我国环评制度从一开始就在不断变迁之中。如果说过去的调适决定了我国当前环评否决制的实际样貌,那么当前正在发生或可能发生的变革,则决定了我国环评否决制的未来走向。

##### (一) 环评前置之松动

中国的行政审批改革在起步时即定位于“进一步转变政府职能,减少行政审批”,“少抓事前的行政审批,多抓事后的监督检查,切实加强监督和落实”<sup>⑤</sup>。2014年12月国务院发布文件<sup>⑥</sup>,提出精简前置审批事项,仅对重特大项目仍保留环评前置审批;对确需保留在项目开工前完成的审批事

① 2002年和2012年《中国环境年鉴》。

② 搜狐网:《2005中国大考之环保风暴》,网址:<http://business.sohu.com/s2005/05huanbaofengbao/>,法学界对环保风暴的评论,参见周珂等:《“环保风暴”与中国环境法治》,《华东政法学院学报》2005年第4期。

③ 全国人大常委会执法检查组关于检查《中华人民共和国环境影响评价法》实施情况的报告。

④ 相关措施,除了加重环保相关处罚,也包括强化排污许可这一事中事后监管措施与作为事先预防机制的环评之衔接。可参见《关于做好环境影响评价制度与排污许可制衔接相关工作的通知》环办环评[2017]8号。

⑤ 国发[2001]33号。

⑥ 《精简审批事项规范中介服务实行企业投资项目网上并联核准制度工作方案》(国办发[2014]59号)。

项，与该项目核准实行并联办理。与此保持一致，《环评法》在2016年的修改中，删除了环评文件未经审批部门审查或审查后未予批准则不得给予项目开发许可的规定；2017年新环保条例亦作出了相应修订，删除了原第9条规定的应“在项目可行性研究阶段”报批环评文件的规定。

就法律效果而言，这一变动意味着通过环评审批不再是建设项目获得开发许可的前提，并且完成环评的时间点只需要早于开工，而不必先于项目的开发许可。如前所述，在原来所谓的“串联”安排下，环评在程序上前置于项目许可，是否通过环评是项目许可机关在做出项目许可时应当考虑的因素之一。改“并联”后，项目许可机关依法不再需要考虑拟议项目是否做过环评。而建设单位依法也不再需要向项目许可机关提交环评相关材料，所以，即使项目许可机关愿意，在程序上也不再可能将环评文件中所包含的环保及其他因素纳入考虑。在这个意义上，此变动真正割裂了项目环评程序与项目许可程序，违反了前述“综合决策”的理念。

因为经2016年、2018年两次修正后的环评法仍然保留了环评未经审批部门审查或审查后未予批准的则项目不得开工的规定<sup>①</sup>，上述“串联改并联”的变动并未取消环评对建设项目本身的否决效力。但是，串联改并联后，环评审批与项目许可在程序上的先后关联被剪断了，由此，环评否决制，即“未通过环评审批”即否决项目的效能，只能及于作为建设单位的企业而不再及于项目许可机关。在这个意义上，这一变动实质性地削弱了我国环评否决制：在原来的规定下，项目许可机关“违法”地在建设单位通过环评审批之前即给予其项目许可的情况时有发生<sup>②</sup>，可以想象，在改“并联”后，这种不再“违法”却同样让人无所适从的部门间不协调状况会更多出现；而且，“未批先建”这一违反环评否决制的典型情形，在原来的“串联”规定下必然同时也违反了项目许可规定，由此处于项目许可机关和环保机关双重监督之下；但现在对于那些未经或未通过环评审批却已获得项目许可并开始建设的项目，项目许可机关不再负有监督纠正之职责，环保机关执法的压力却由此大大增加了。

值得特别注意的还有，将环评审批与项目许可的关系由先后“串联”的关系调整成为同时进行的“并联”关系，还有可能在事实上被理解为弱化甚至否定了我国环评法此前一直坚持的、应当在较早阶段即启动环评的要求，并由此掏空环评制度的核心价值和本功能，即事先预防。因为较早启动环评是环评制度“保障预防功能实现的最为重要的措施”<sup>[8](P28-32)</sup>，是否在较早阶段即启动环评被广泛认为是评估环评有效性的重要指标之一<sup>[9](P324-328)</sup>。美国德国和我国台湾等的环评制度尽管具体各有不同，但有一点相同的是：环评是开发决策的前置程序，未经过环评，不得进入开发许可的决定程序<sup>[10](P71-73)</sup>。支持此顺序的逻辑是显而易见的：只有先进行环评，才有可能在较早阶段发现可能的环境危害，而只有在较早阶段即发现可能的危害，才有可能实施“事先的”预防。就此而言，在环评这一特定领域，放松事先预防是一种危险的倾向。

考虑到上述变动已经体现在立法修订之中，环评法在短期内不太可能恢复原貌，有必要重申在较早阶段即启动环评的要求，以尽可能限制此变动的负面影响。为此，可恢复2011年《环境影响评价技术导则 总纲》所明确规定的环评“早期介入”原则<sup>③</sup>，明确即使环评审批与项目许可在程序上不再“串联”，环评亦应当尽早进行。

## （二）取消环评审批？

受环评前置松动、环境影响登记表从审批变为备案<sup>④</sup>等动向的影响，近来亦时有取消环评行政

① 请看2018年12月修正后的环评法第22条(环评审批)、第25条(环评的否决效力)。

② 有关事例介绍，参见潘家铮：《对“发展”与“保护”关系的再思考》，载《群言》2005年第3期。

③ 在2016年修订中，此原则被删除。

④ 环评法2016年修订内容之一。此举在事实上大大缩小了环评审批的适用范围。

审批之议。如前所述,在我国现行法下,环评“一票否决”的效力附着于环评审批决定,因此环评审批的取消与否,不可避免地会影响到我国环评否决制的未来走向。

推究起来,若取消我国现行法上的环评审批,有两类可能的替代方案,以下分述之。

第一类可能的替代方案是,取消环保机关的环评审批权,转由项目许可机关来审批。这种方案并非真的取消对环评文件的行政审批,只是将对环评文件的行政审批权和对项目的许可权集中到同一机关而已,相应地,依据环评意见否决项目的权力也转由项目许可机关行使,环评否决的法效——即未经环评审批或环评审批结论为不批准的,建设项目仍不得继续——仍可保留。

此类方案的代表性实例是日本环评法上的“横断条款”,即要求项目许可机关须审查拟议项目是否依环评法对环保加以适当考量,并且在拟议项目符合其他法律规定的许可标准的情况下,也可以仅因环境影响评价结论而拒绝许可或给予附条件许可<sup>①</sup>。更切近的实例是我国海洋工程建设项目环评审批制度:在2016年修订之前,我国《海洋保护法》第47条规定,海洋工程建设项目应“在可行性研究阶段,编报海洋环境影响报告书,由海洋行政主管部门核准,并报环境保护行政主管部门备案,接受环境保护主管部门监督”。2016年修订时,此条改为海洋工程建设项目“在建设项目开工前,编报海洋环境影响报告书,由海洋行政主管部门审查批准。海洋行政主管部门在批准海洋环境影响报告书之前,必须征求海事、渔业行政主管部门和军队环境保护部门的意见”。可见,2016年修订延续了海洋工程项目环评由海洋行政机关而非环保机关审批的传统,并且进一步限制和弱化了环保机关在此程序中的作用,使我国海洋工程项目的环评审批制度更接近日本的做法了。

此类方案将对环评的行政审批与对项目的开发许可合一,有减少行政手续提高行政效率的好处。其明显缺陷是:这样做并不符合现代社会专业化分工趋势,无法利用环保部门在环保事务上的专业优势。在海洋环境保护领域,海洋行政机关也许比一般环保机关在海洋环保事务上更专业,但在环保的一般领域,情况并非如此。因此,海洋环境保护领域的二合一经验,应慎重推及其他领域。而且,可能更重要的是,环评审查与项目许可在主管机关上二合一的安排,也将丧失前述由环保部门分享决策权而可以起到的权力制衡作用。在经济发展与环境保护矛盾仍然突出且环保价值仍很难与经济发展需求相抗衡的当前,这是应当引起特别重视的考量因素。

第二类可能的替代方案,是彻底取消对建设单位环评文件的行政审批,使环评成为促使项目拟议单位的自律机制或仅发挥信息交流功能。这种改变事实上取消了环评否决的强制力,因为这类方案强调环评只是单纯向决策者提供“仅供参考”的信息,是否否决项目则交由“已知情的”建设单位自主决定或项目许可机关裁量决定。

这样做的典范是美国和德国<sup>②</sup>。在美国,环评依成文法只是一种程序性而非实质性要求,即有义务完成此程序的有意采取特定决策或行动的行政机关只需在决策前准备环境影响说明书或报告书,法律并未规定开发决定必须以环评为依据,亦未明确开发决定作出应予环评何种考量,而是交由作为项目拟议单位的行政机关裁量决定<sup>③</sup>。在德国,环评程序是拟议项目规划许可程序中的一环,环评并不经由环保机关审议,而是直接交由主管机关在作出开发许可时予以“考量”<sup>④</sup>。

在我国,如彻底取消对环评的行政审批,使环评成为项目拟议者,即建设单位的自律工具,好

① 日本《环境影响评价法》(1997)第33条。亦可参见原田尚彦:《环境法》,于敏译,法律出版社1999年,第135页。

② 相关介绍和比较,参见张英磊:《比较法视角下我国环评司法审查之发展》,《台大法学论丛》第40卷第3期。

③ 在美国,不少学者因这一安排依赖于行政机关自律而怀疑环评程序的实效,如 Joseph L. Sax, The (unhappy) truth about NEPA, *Okla. L. Rev.* 26(1973):239。

④ 德国《环境影响评价法》第12条:为实现本法有实效之环境预防的目的,主管机关应依据现行法规,并以本法第11条所定之环境影响总说明为依据,判断开发活动的环境影响,并在开发案核准决定时考虑此等环境影响之评价。

处是显而易见的：可以减少行政对企业的干预，并由此减少了行政权力被滥用的可能。这样做也有一定的理论支持：理论上，侵权法与管制有一定的相互替代作用，因为严厉的环境侵权责任等事后追责机制可以产生有效威慑<sup>①</sup>，促使企业主动通过预防性的环评尽量减少对环境的不利影响，以避免可能导致其亏损甚至破产的法律责任。但严厉的环境侵权责任以司法深度介入环保这一专业领域为前提，而这一前提在我国目前亦并非现实。仅以对环评审批的司法审查情况来看，笔者曾研究过107件环评行政诉讼案件<sup>[11](P35-44)</sup>，其中有37件被诉行政行为为环评审批。在这37起案件中，有18起原告直接挑战了环评文件的实质内容，而在所有这些案件中，法官的普遍倾向都是回避对环评文件实质内容实施审查：11不予处理，7起诉诸既有标准或相关规定，无一深入环评文件所涉及的技术问题，包括那些法院明确确认案情涉及“科学不确定性”的案件。考虑到司法机关的制度能力，我国司法机关对环评这一专业领域里技术性问题的克制不介入态度，是有合理性的<sup>②</sup>，这种状况在可以预见的未来也不太可能发生重大改变。

在我国，如使环评仅发挥单纯信息交流功能，即环评仅以所提供的信息供开发决策者参考，而不再起到门槛作用，同样取消了对环评的行政干预，因此有类似的好处。但弊端同样是很难保障环评对相关决策具有实际影响<sup>③</sup>。而且，值得注意的是，有些支持美国或德国式环评“参考”制的论说，或明或暗依赖于一项可疑的假定，即环境影响评价所提供的信息是客观中立的单纯科学事实，因此，应当与充满政策考虑和价值权衡的政治和行政过程隔离开来，典型的如认为环保机关因为进行环评审批而成为各利益相关方竞相争夺和攻击的对象，是“公亲变事主”<sup>[1]</sup>。但是，在规制领域不断有实证研究揭示，将决策中科学因素从政治因素中分离出来交给专业人士解决的想法过于理想化，在实践中难以实现<sup>④</sup>。因此，在环评领域，此类主张尚需仔细推敲。

## 五、结 语

虽然在法理上，可以区分环评“一票否决”效力和环评前置以及环评的行政审批，因此，否定环评前置并不等于否定环评否决制，取消环评的行政审批也不等于取消环评否决制；但是，按我国2002年通过的环评法规定，环评的否决效力体现于前置于项目开发许可的环评审批结论之中，环评否决与环评前置、环评的行政审批等机制有互相配合的关系，局部的改动难免有牵一发而动全身的影响。而我国环评制度当前正处于剧烈变动之中，其中有一些变革，是以解决实务中所遭遇的现

<sup>①</sup> 但是，环境污染和生态破坏相关损害所具有的时空延展、因果关系链条复杂且不确定等特性，严重限制了侵权法此种一般威慑效果的发挥。而且，着眼于个案补偿正义的侵权法体系，并不适合完成需要“系统性”地权衡风险与收益的规制任务。Richard B. Stewart, Regulatory compliance preclusion of tort liability: Limiting the dual-track system, 88 *Geo. L. J.* 2167, 2000, p. 2174. 有关政府规制相对于侵权法的比较优势，还可参见杰里·马肖：《贪婪、混沌和治理——利用公共选择改良公法》，宋功德译，商务印书馆2009年版，第168页。

<sup>②</sup> “作为外行的法院若以自己的判断优先于拥有专家的行政机关的判断，则是非常不适当的，甚至是非常危险的。因此，对专门技术性问题，应该尊重拥有有关方面专家的行政机关的判断，承认行政机关具有相当的裁量权”。杨建顺：《论行政裁量与司法审查——兼及行政自我拘束原则的理论根据》，《法商研究》，2003年第1期。

<sup>③</sup> 美国对其环评“仅供参考”之实效的怀疑广泛存在。如 Heather N. Stevenson, Environmental Impact Assessment Laws in the Nineties: Can the United States and Mexico Learn from each other? 32 *U. Rich. L. Rev.* 1675-1707 (1998)；亦可参见 Daniel A. Farber & Roger W. Findley: 《环境法精要》(第8版)，田其云等译，南开大学出版社2016年版，第444-445页。

<sup>④</sup> 相关研究很多，可参见 Liora Salter, *Mandated Science*, Netherlands: Kluwer, 1988；贾萨诺夫：《第五部门：当科学顾问成为政策制定者》，陈光译，上海交通大学出版社2011年版。

实问题为导向的(如针对“红顶中介”问题而推动的“脱钩”<sup>①</sup>);但也有一些变革,更多是适应政府职能转变和行政审批改革,即“简政放权”,而采取的一般措施,如改串联为并联,并未充分考虑到环评领域的特殊性。

归根结底,小政府大社会、简政放权等都是正确的理念,但正确的理念并不能取代对具体问题的具体分析。本文对我国环评否决制的具体分析表明,仍有理由坚持而非削弱环评法所确立的环评否决制。这不仅因为对环评否决相关规范要求及其具体运作的近距离观察,揭示我国现行法下环评否决并未割裂环保与其他考虑因素,而赋予环评否决效力有着生态学上的科学依据,可以体现生态阈限的要求;还因为在我国现阶段,企业逃避环保责任的动机尚未得到有效遏制、地方政府和经济部门“重发展轻环保”的冲动仍然强劲等现状下,与各有利弊的可能替代方案相比,我国环评否决这一立法设计在保障环评实效方面具有明显的比较优势。为此,有必要进一步明确环评否决的适用条件,并有必要坚持环评前置以及环保机关对环评文件的行政审查等相关机制。

### 参考文献

- [1] 叶俊荣. 捍卫环评制度尊严的行政法院中科裁判[J]. 月旦法学杂志, 2010(185).
- [2] 金瑞林. 环境与资源保护法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [3] 吕忠梅. 环境法学概要[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [4] 任景明. 从头越 国家环境保护管理体制顶层设计探索[M]. 北京: 中国环境出版社, 2013.
- [5] 金自宁, 薛亮. 环境与能源法学[M]. 北京: 科学出版社, 2014.
- [6] 金自宁. 中国大陆与台湾环评制度比较研究[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2017(3).
- [7] 张怡. 建设项目环境影响评价有效性研究[D]. 上海: 同济大学学位论文, 2007.
- [8] 汪劲. 对提高环评有效性问题的法律思考——以环评报告书审批过程为中心[J]. 环境保护, 2005(3).
- [9] 张勇等. 环境影响评价有效性的评估研究[J]. 中国环境科学, 2002(4).
- [10] 汪劲. 从中外比较看我国项目环评制度的改革方向[J]. 环境保护, 2012(22).
- [11] Zining, Jin. Environmental impact assessment law in China's courts: A study of 107 judicial decisions[J]. *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 55, Nov. 2015.

## Legal Observations on China's EIA Veto System

JIN Zi-ning

**Abstract:** China has established the unique EIA veto system ever since 2002, while there is an ongoing debate as to its values. After analyzing the original legislative intentions, normative requirements of the positive law, and its actual functions in practice, it is argued that the system is necessary under the specific social/political conditions for the purpose of incorporating environmental considerations into economic decisions, and its veto effectiveness is also supported by the scientific finding of ecological thresholds which are critical for sustainable development, so we shall not compromise but stick to the EIA veto system and improve it by specifying the conditions for its application.

**Key words:** environmental impact assessment; EIA for construction project; EIA veto system; environment incorporated decision-making

(责任编辑 周振新)

<sup>①</sup> 2015年,环保部提出要通过“消除环评机构的环保部门背景”(即脱钩)彻底解决所谓“红顶中介”问题,并明确了最后时限。环境保护部办公厅《全国环保系统环评机构脱钩工作方案》(环发[2015]37号)。