

环境立法确定性命题的提出与展开

——以固废法体系为例

杜 寅

摘 要: 环境立法的确定性命题提出不惟是纯粹价值理论的逻辑推演, 而是对中国环境法治需求与问题的回应。现阶段环境法律可司法性难题的解决、环境行政恣意的克制与环境善治的达成均高度依赖具有确定性的环境立法。在环境部门法的视野之下, 这一命题需进一步在实证法上的技术转换, 即将这一命题解构为环境法律概念的精确性、环境法律规则结构的完整性与环境法律规则内容的确定性。三个子命题相互耦合, 所面临的立法实践难题与因应之策各有侧重。结合《固废法》规则实例, 将上述命题具体化, 提出针对性的立法技术路线。

关键词: 环境立法; 确定性; 法律概念; 法律规则

中图分类号: D922.608.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2019)03-0042-10

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2019.03.005

环境法治近四十年, 法治需求正从“有法可依”向“法律秩序”转向, 环境立法逐渐从规模立法阶段走入精细立法阶段。这不禁让环境法学人思考一个问题: 面对庞大的环境法律体系, 如何才能实现环境法律的体系化与精细化, 如何才能使环境法走向真实的社会控制。虽然环境法以解决现代性的环保问题为立身之根本, 但这并不意味着环境法能够忽视法之本质属性——规范性, 而直接诉诸于实体制度设计与程序安排。即便是“通过法律的社会控制”亦应尊重法律作为控制工具的内在规律, 尊重法律的形式合理性需求。而立法的确定性命题即是法律形式合理性众多命题中的一个, 其不仅是法律走向专业化和术语化的标志, 同时亦反映了法学学科的成熟度, 是管窥法律社会功能的重要孔径。理论研究层面纯粹的价值推演使得确定性的命题裹挟在价值争论之中, 而不为实证法研究所知晓。作为部门法研究, 更期待的是对于实践意义的揭示与现实需求的回应。故, 本文结合《固体废物污染环境防治法》(以下简称《固废法》) 实例^①, 将理论置于环境实证法的视野之下, 以便将这一理论化的议题具象化。

基金项目: 国家社科基金重大招标项目“社会源危险废弃物环境责任界定与治理机制研究”(16ZDA072); 教育部青年基金项目“设区市环境立法技术研究”(17YJC820007)

作者简介: 杜寅, 法学博士, 宁波大学法学院讲师, 浙江省新型重点智库宁波大学东海研究院与宁波市重点研究基地东海研究基地研究员 (浙江 宁波 315211)

^① 本文选择《固废法》实例主要有三个因素。一是笔者对中国、美国、德国和我国台湾地区固废法进行过系统的比较。法律文本确定性的差异性反映出不同国家、地区的立法价值选择与立法技术成熟度。二是先后三次对杭州、重庆、宁波地区的固废法实施状况进行调研, 对固废法的实施状况相对了解。三是系统梳理了近 3 年的环境环境行政公益诉讼案件, 其中与固废相关案件占多数, 司法裁判的困境集中指向了立法的精细化。因此, 本文所列举《固废法》实例主要是国内与国外差异性的法律条款、法律实施过程中现实问题、与典型的司法裁判。

一、环境立法确定性命题的提出

任何法学命题的提出都需要回答两个问题。一是命题本身是什么？即什么是立法的确定性。二是命题的现实指向是什么？即为何要在当下提出环境立法确定性的命题，这一命题对于环境法治实践有何意义？所谓确定性指法律能够为人们的行动提供一个相对明确与肯定的结论，并得出一个明确答案的功能。确定性强调规则自身的含义及从规则所推导出的行动结论的确定^{[1](P146-149)}。根据法律运作的类型，可将确定性大致分为立法上的确定性和司法上的确定性。前者面向静态规则，侧重语义，以立法技术为核心；后者面向规则解释，侧重方法，以解释技术为核心。本文主要以确定性的规则为重心，即立法的确定性为论述中心，部分涉及司法的确定性。而在立法确定性之中，法律规则毫无疑问构成了立法确定性的最基本承载单位。“行为模式+法律后果”组成的法律规则不仅是法律系统的基础结构，在为行为提供指引的同时，也为法官提供了裁判依据。故而，立法的确定性可以根据法律规则的基本结构进一步解构为三个子命题：法律概念的精确性、法律规则结构的完整性与法律规则内容的确定性。环境立法的确定性即在这三个层次展开。后文将详细论述，此处不再赘述。事实上，法律的确命题是一个非常传统的法理学命题，始终是各个法学流派论证的核心命题^[2]。关于法律确定性的讨论跟法律本身一样古老^{[3](P113)}。法律人始终在法律的确定性与不确定性之间寻求一种实践意义上的平衡。那为何仍需要在当下，在环境法学研究领域特别强调此命题？这与我国当前环境法治阶段的实践困境有关。

首先，环境法律规则的可司法性难题指向了环境立法的确定性。对近年生活垃圾治理有关行政诉讼案件进行梳理，结果显示不足25%的案件援引了《固废法》相关条款作为裁判依据，55%的案件并未援引《固废法》相关条款而是直接援引《环境保护法》第6条关于政府抽象环保义务的规定作为裁判的依据。这意味着75%固废案件可能将在缺少《固废法》具体规则支撑的情况下进行裁判，意味着法院在进行司法裁判时近似处于“规则裸奔”的现实窘境。这可部分归因于我国《固废法》确定性不足。当作为大前提的法律规则缺少确定性时，“如何决定被定义或被划分的案件的类型或种类，如何判定被阐明的乙规则，如何判断某一案件是属于甲类还是属于另一类（即查明、评价事实）是困难的”^{[4](P39)}。当不确定的规则被援引时，法官需要借助各种解释方法为规则填补空缺、清除瑕疵，从而使疑难案件的判决能够恢复到大小前提清晰明确的简单案件状况。在这一过程中法官多使用开放性的解释技术^①对规则与事实之间的巨大实质鸿沟进行填补，而填补的质料多基于社会效果与政策需求的考量。但在价值多变、共识匮乏的环保领域，法官并不具备抛开法律规则对纠纷进行实质性判断的能力，而使得环境司法裁判缺少个案的说服力，进而堕入以公共利益（环保利益）为绝对优先的治理型司法之中。这种复杂的经济利益与环境利益权衡并不应交由法官取舍，而应在立法阶段予以完成，通过技术化的法律规则得以清晰呈现利益的边界——即确定性的法律规则。唯有在相对确定的法律规则之下，法官才能真正有效适用法律定纷止争。

其次，环境行政恣意的克制需要确定性的环境立法。当前我国环境行政面临的不作为或者“一刀切”、“滥作为”困境，其本质上都是环境行政的恣意，原因在于行政权力缺少法律的控制。这种法律控制的不足并非是无法可依。多少“选择性执法”、“行政不作为”的背后，都有藉由法律上说辞，成为公权力突破法律框架限制的借口。当前法律控制的不足是更高层次的，即法律的确定性不足造成。笼统的法律授权与抽象的义务性规定使得行政权力可以通过选择不同语境下的理解规避公

^① 解释方法的一般性排序：语义解释、体系解释、目的解释、比较法解释和社会学解释。排位越靠后的解释越需要借助法律外部的价值判断。参见桑本谦：《理论法学的迷雾——以轰动案例为素材》，法律出版社2015年版，第61页。

众与司法监督,而堕入权力的人格化与市场化。例如,几乎所有资源再生类立法中的淘汰名录在法律颁布十数年之后仍未制定^①,其中原因就在于立法中并未明确名录制定的期限。而确定性正是法律对于行政权力控制的核心。确定性意味着对法律概念、规则语义空间的限制,其限制了语境变化所带来理解上变化的潜在可能性。环境立法本质上是民主立法代表的权利价值与国家理性立法代表的公共利益的统一,这种统一性经由确定性的环境法律规则得以固化,成为行政权力行使的基本框架。任何违背公众对法律的一般性理解的权力运作,都将面临以确定性法律规则为核心的监督和矫正。在这个意义上,法律相对自治本质上是相对清晰的法律判断对包括权力判断在内的非法律判断的阻隔。也因此,只有确定性立法的框架之下,方可把权力关进法律制度的牢笼。

最后,环境善治呼唤具有确定性的环境立法。现代环境治理不同于传统的公共治理,其不再单纯依靠国家权力,更仰赖于国家权力、市场经济、科学技术、公众道德、法律等多系统、多领域的综合作用。环境法律在其中发挥着载体与平台的作用,法律通过预设争议与争议处理模式为行为提供预期,降低了市场行为、科学技术行为、权力行为、公民行为之间相互配合的合作成本^[6]。而法律确定性的不足就会导致诸系统间的耦合不足,进而造成治理无效。例如,我国在政策层面鼓励铅蓄电池的回收,《固废法》也将废铅蓄电池纳入《国家危险废物名录》,每年投入大量资金建设或资助废铅蓄电池的回收与处置,但纳入合法收集网络的铅蓄电池不足总量的30%,与发达国家90%以上的回收效率差距巨大。究其原因就在于法律层面缺少对公民的分类与交付义务的规定,擅自处置自有铅蓄电池的非法预期并不清晰。如此不仅阻碍了废电池的回收,更使得市场对资源再生领域踟蹰不前,担心非法回收的恶性竞争与政策的不稳定会造成企业的亏损。显然,只有当环境法律给相关主体提供清晰预期时,市场、科技、公众自会判断从而采取相应的行为,各个领域有效的系统互动得以可能。在这个意义上,环境法律的确定性不仅直接影响了个体行为的引导,还影响到不同社会分工之下的通力合作与价值沟通是否可能,进而决定了环境治理的效果。

综上所述,环境立法的确定性命题提出并非仅是纯粹价值理论的逻辑推演,而是回应中国环境法治的实践需求与现实问题的探索。作为部门法研究,该命题的意义并不能构成环境立法确定性命题的主要内容,意义仅是将环境法律作为一个整体从外部观察并论证命题的必要性。而提出符合法律实践的技术路径才应当是命题的主要内容,即在一种法律系统内部视角下的纯粹法律技术性研究。因此,下文将就环境立法确定性的三个子命题分别予以展开,从环境法律外部观察走向环境法律内部运作。

二、命题一:环境法律概念精确性

环境法律规则当然是由法律概念组成,因此环境立法确定性首先表现为所法律概念精确性。概念的精确性不仅标志着一个学科的成熟的程度,也决定了对外界事物认识的准确性,决定了规则的准确程度^[1](P146-149)]。齐佩利乌斯看来,“法律中的概念应和词语予以区分,语词是表达一定观念内容的符号,而概念则是一个语词所蕴含的观念内容,法律解释的主要任务就是在法律语词的‘涵义空间’内,正确地界定语词中的概念”^[6](P29-30)]。这就意味着法律概念存在两个具体的面向,作为社会沟通的词语面向和作为法律规则组成部分的规范性面向。前者服务于公众能够理解法律之含义而

^① 《循环经济促进法》第15条规定的“强制回收的产品和包装物的名录”原规定于2002年《清洁生产法》,2002年至今17年尚未颁布;2016年修订的《固废法》第28条规定的“产生严重污染环境的工业固体废物的落后生产工艺、落后设备的名录”,1995年《固废法》第27条就予以规定,但1995年至今23年尚未颁布;《水法》第51条规定的“淘汰落后的、耗水量高的工艺、设备和产品的名录”,2002年至今,仅在2015年颁布了部分行业的淘汰名录。

不至于脱离社会生活的语境，后者服务于规则体系中的内部运作，强调纯粹的法技术运用。法律概念的精确性也因此指向了语义的精确——即词语上意涵空间，与体系上的精确——即规则体系中意涵空间。这类似于德沃金对法律确定性的理解，凭借法律规则与法外因素的双重作用，法官在司法审判中总能够作出正确判决^[7]。

（一）环境法律概念的体系精确性困境

环境法较之传统部门法而言，更大程度上面临着概念的确定性问题。环境立法需要借鉴社会生活中通常使用的，在科学、管理领域已经清楚界定的概念术语，以求法律表的“达意”。显然，较之概念创设，概念借鉴的交流与接受成本要低得多。但所借鉴之词语并不能直接满足环境法律规则目的性的需要，需要经由法律体系的转译。要么通过说明条款重新界定转译概念在规则体系中的外延与内涵，要么通过相关规则的体系解释间接澄清概念的意涵空间。但在环境法律中，对于概念的转译工作并不到位。某些核心环境法律概念直接照搬环境科学定义，虽词语语义精确，但缺少规则体系上的精确性。也就是说，环境法律概念并未彰显规则上的应有之义，而是被自然科学上的定义所固定，缺少必要的转译。

例如，《固废法》第88条第1款将“固体废物”定义为“在生产、生活和其他活动中产生的丧失原有利用价值或者虽未丧失利用价值但被抛弃或者放弃的固态、半固态和置于容器中的气态的物品、物质以及法律、行政法规规定纳入固体废物管理的物品、物质。”这一定义与环境科学中有关固体废物的定义并无二致^①。德国《促进物质循环与废物处置法案》将有关“固体废弃物”定义为“为实现本法之目的，废物指所有附录I中所规定的、持有人废弃或期望废弃或必须废弃的动产。……废弃包括废物拥有者依照附录IIB对动产的回收、依照附录IIA的处置、或持有人放弃动产的实际控制权不再有任何用途。废弃的意图包括：1. ……没有商业价值的物质或产品；2. ……不具备重新利用的价值。对价值的评判建立在生产者或者拥有者解释的基础上”^②。比较上述定义，不难发现，我国定义突出强调了“固体”这一修饰词，这是典型的科学上的定义，并不包含价值判断。而德国立法定义明显突出“价值”这一修饰词，更强调对从有用到废弃过程中价值变化的控制；同时将固体废物定性为动产，通过“动产”（Beweglichen Sachen, Movable Property）将固废与民法体系连接起来；并通过附录和“废弃”、“废弃意图”的定义将固体废物区别于传统民法上的动产，从而具有了法律规则上的目的指向。关于固废及其固体属性的定义属于技术规定的事项，应作为技术规范（名录、标准）的主要内容，法律概念应侧重体系内部的规范性特征。美国、我国台湾地区固废回收立法均采用了类似的定义方式，更强调固废在规则中的指向性。反观，我国所有单行立法均多少面临着核心概念再界定的问题，从“环境”、“水资源”、“森林”、“大气”等自然要素概念，再到“保护优先”、“生态红线”等制度概念等。概念的规则目的性不足直接导致了相关规则司法适用的困难，需要法官运用裁量权再次界定概念与规则之间体系关系方能适用。这无疑加剧了司法裁量成本，同时削弱了法律规则本身所具有的确定性。

（二）环境法律概念精确性的强化：从概念描述走向规则体系

旺克认为所有法条中的概念都为其目的性服务，这种目的性决定了概念的内容和形式。在目的性实现的过程中，“目的性纲领”往往被“条件式纲领”所取代，对法律明确规定的要件事实赋予法律效果^{[4](P357)}。这种条件式的纲领能够以“易于确定”的方式来规定概念的要素，使概念的构成要件与法律效果之间的脉络关系表达出来，并且一直贯穿到下位概念的最深处，反对应用一些直接

① 参见《环境工程名词术语》（HJ2016-2012）5.5.1 固体废物 solid waste。

② Act for Promoting Closed Substance Cycle Waste Management and Ensuring Environmentally Compatible Waste Disposal, 德国环境部官方翻译版本（英文），来源：<https://www.bmu.de/>。

将法律目的表达出来的概念^{[4](P358)}。旺克对概念建构和解释的观点是启发性的。以往我国环境立法中对于法律概念的澄清，要么通过概念的语言，要么通过概念的说明性条款。这种方式始终是借助于语言本身的解释力，属于一种描述性的、静态的方式，并未将概念与法律效果之间的脉络关系表达出来。而依照旺克的理解，法律概念应是若干法律规范共性内容的抽象，若干法律条款与文字共同支撑了法律概念的意涵空间。因此，对于法律概念的建构，描述性的说明条款仅仅是一部分，通过概念相关条款对概念核心要素的效力关联才是真正意义上的法律含义澄清。

以德国《促进物质循环与废物处置法案》中“废物经济计划”概念为例，大致可以根据相关条款拆解出下列概念要素：目的、内容、程序、主体、关联性、法律形式、法律效力，如表 1 所示^①。通过对德国“废物经济计划”概念要素的梳理，不难发现“废物经济计划”内涵丰满明确，其法律性质、实质内容、效力边界均有明确的法律条款提供支撑。法律概念因规则对概念的衔接而明确，亦因规则的具体适用而获得了实践的解釋力。此时的法律概念不再是一个单纯语义上的概念而是规则的集合概念^②。通过规则体系界定的概念内涵并非一成不变，而可以随着规则的供给状况和解释状

表 1 德国《促进物质循环与废物处置法案》中“废物经济计划”概念要素

概念要素	条款依据	内容
目的	第 1 条	宏观目的：促进循环经济，保护自然资源，确保废物按照有利于环境的方式清除
内容	第 19 条第 1 款	具体目的：监测废物制造者
	第 19 条第 1 款	需要监测废物的说明；减量、再利用、清除的措施；废物清除的必要性；下一个五年计划的清理途径说明
	第 19 条第 5 款	公共清除人员利用和清除本地废物及转让的说明
	第 5 条第 4 款	可能经济价值与预处理废物的说明
	第 29 条	跨区域废物经济计划的要求
程序	第 15 条	公共清除人员的义务
	第 19 条第 1 款	主管部门需要对经济计划进行评估
	第 19 条第 3 款	1999 年 12 月 31 日前定下一个五年废物经济计划
	第 19 条第 4 款	联邦政府的听证程序
	第 60 条	授权办法法律条款和管理条例的听取各方意见的规定
主体	第 19 条第 1 款	特定废物制造者、废物主管部门
	第 19 条第 4 款	联邦政府
	第 19 条第 5 款	公共清除人员
	第 29 条	州政府
	第 16 条	委托第三者义务
关联性	第 18 条	协会所承担任务
	第 20 条	废物平衡表
	《国家土地规划法》第 5 条、第 4 条	国家土地规划法和州计划目标
法律形式	第 19 条第 1 款	废物经济循环计划作为内部计划工具
法律效力	作为内部计划工具存在，并非强制义务，并未有对应的法律责任，其作为行政主体与行政相对人履行义务参考依据存在	

① Act for Promoting Closed Substance Cycle Waste Management and Ensuring Environmentally Compatible Waste Disposal,德国环境部官方翻译版本(英文),网址:<https://www.bmu.de/>。

② 此种观点为“法理论上的规范主义”，德国法哲学家冯·德尔·普佛尔滕将法的一切要素还原为法律规范的做法称为“法理论上的规范主义”。其意味着法律概念只是相关法律规范的组成部分，法律概念的意义可以由相关的法律规范来决定。丹麦法学家罗斯在 1958 年《哈佛法律评论》的著名论文“图图(TU-TU)”通过对原始部落习惯法概念研究，得出结论。法律概念是没有自身意义和语义所指的“傀儡”，他们只是呈现语言的实体，只有简化表达的功能。法律概念完全由包含它们的法律规范来决定和穷尽。参见舒国滢，王夏昊，雷磊：《法学方法论》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 61—64 页。

况发生变化的，更具有法律适用上的灵活性，而不会因语义的过度限制而导致司法适用的窘境。援引上述域外立法案例，目的并非在于说明立法内容，而是强调这种由描述向体系转化的法律概念立法技术甚为值得我国借鉴。通过尽可能穷尽概念所能涵盖的要素，并明确要素与法律规则效力之关联，使法律概念与体系内的法律规范相互耦合。

三、命题二：环境法律规则结构的完整性

法律规则的内容千变万化，而规则的结构是不会发生改变。标准的法律规则结构即是“行为模式+法律后果”。尽管在法律体系中，有些规则并不具备这种结构，例如法律目的、法律原则，但他们效力的发挥却最终依赖于具有标准结构的法律规则。如果仅有法律后果，而无行为模式，则法律规则完全没有任何意义；仅有行为模式而缺少法律后果，则仅具有价值牵引功用，无法对行为形成拘束或指引。具有标准结构的法律规则构成了环境立法确定性产生的基本。然而在环境法律体系之中存在着大量缺少法律后果的规则，此类规则属于软法规则的一类。环境立法中大量软法规则的使用并不恰当，导致了环境立法的确定性不足。

所谓软法“指那些效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范”^[8]。软法规则在环境法中多为“指导性、号召性、激励性、宣示性等非强制性规范”^[9]。《固废法》中，第3条、第6条、第7条、第19条、第84条以“鼓励”、“倡导”为核心谓语，第27条、第28条、第29条以“推广”为核心谓语，共计8条，约占《固废法》全部条文的10%。上述规则并没有严格的结构形式，结构松散灵活，是倡导性政策规则的法律化。软法规则在环境法中的广泛存在并不意味着软法规则在现实生活中的有效实施。以《固废法》第7条“国家鼓励单位和个人购买、使用再生产品和可重复利用产品”为例。从“单位和个人”角度来看，鼓励意味着可选择，可为亦可不为。有所为则会具有相应的激励，激励可能是头街上的、物质上的，亦可能是道德上的。从“国家”的角度来看，鼓励意味着国家需要保证“鼓励”氛围的存在从而使“单位和个人”的所为能有所“回报”。而这种“鼓励”氛围并不会自动产生，而是需要国家采用包括舆论宣传、奖励制度等在内的各类措施。这就包含着对于国家的义务性规定，即采取一系列营造“鼓励氛围”行政措施的义务，属于行政职责的范畴。任何行政措施即便是鼓励性的行政措施都意味着国家的财政支出与权力运作，必然伴随法律义务性规范的制约。单一的软法规则并不能保证行政行为或财政支出朝着合目的性方向的发展。此时，对于第7条鼓励性规则的理解就应当包括两部分，一是国家行政机关的必为义务，二是必为义务的指向——鼓励单位和个人购买、使用再生产品和可重复利用产品。但是纵观固废法规则体系，并未有相关行政机关必为义务的内容，更没有违反或者怠于履行义务的责任规定。也就是说在固废法体系内部，软法规则并没有获得硬法的支撑，因此而失去软法规则实施的资源保障^[10]。从确定性的角度理解，由于必为义务规则缺少必为的内容，仅仅保留有目的状语内容，其基本的规则结构并不完整，不能规范政府行为，更不能为公众选择行为提供指引。软法规则的不当使用不仅造成了软法规则本身的实效性不强，更损害了环境法律的权威性。

通过前述关于《固废法》中激励规则的论述，可以将激励规则还原为“行政主体+必为义务+鼓励对象+鼓励行为”。从软法规则角度理解，“行政主体+必为义务”是对“鼓励对象+鼓励行为”的资源保障。而从硬法规则角度理解，“鼓励对象+鼓励行为”是“行政主体+必为义务”的目的状语，即“行为主体+必为义务+以‘鼓励对象+鼓励行为’为目的”。在这个意义上，所有的激励规则并非真正意义上的软法规则而是不完整的行政主体义务规则，仅保留了行为模式中的目的状语部分。那么就需要增加“行为主体+必为义务”以还原必为规则的全部结构。域外立法印证了上述判断。德国《促进物质循环与废物处置法案》、我国台湾地区“废弃物清理法”之中并不

存在我国普遍所采用的“激励规则”，而是严格遵循了义务规则的体例。美国《固体废弃物处置法案》虽通篇采用激励规则，但并非单独使用，均附带了大量的必为义务规则作为支撑。从中可以大体总结出两种将我国不完整的激励规则转化为必为义务规则的路径。第一种路径是将激励性规则转化为若干条义务规则。当国家（地区）已有政策规定或相应的激励制度体系，以及相应的财政支出时，应通过立法对国家（地区）激励行政权运作的程序、期限、对象及财政保障予以明确规定。例如，台湾地区“废弃物清理法”为鼓励公民回收废物制定了“回收奖励金制度”，其并未采用“鼓励”、“倡导”、“促进”等软法规则，而是全部采用以“应”为特征的义务规则。第16条规定了企业的“回收基金”缴纳义务——奖励金的来源，第22条规定了政府奖励金的公告义务和贩卖业奖励金支付义务，第69条规定了行政机关奖励金的提存义务，罚则中规定了违反第16条和第22条的行政处罚。德国《促进物质循环与废物处置法案》第25条关于“自愿回收废物”条款，虽然内容是鼓励企业回收其产生和销售的废物，但仍是通过设定政府鼓励义务与自愿企业回收义务来实现的。第二种路径是将激励性规则作为已有规划、标准、财政、决策等内容的组成部分。美国《固体废弃物处置法案》SEC. 4003. 规定各州应当将鼓励公民使用再生油类作为规划内容组成部分，SEC. 5002 规定商业秘书处应当将国家标准机构密切合作及时更新标准、发布指南促进资源回收产业发展^①。通过对规划、标准、决策内容上的规定，将激励措施作为规划制定、标准制定、行政决策义务内容的一部分，进而实现了软法向硬法的转化。

四、命题三：环境法律规则内容的确定性

法律规则内容的确定性要求是指法律规则的内容明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容，行为人就能够清楚地预测其行为及潜在的法律评价，而不至于对规则内容产生理解的偏差。实证分析法学家冯·赖特将法律规范的内容要素化为：规范主体，规范所指向的人；规范特征，法律的规范形态，通过“应当”、“不得”和“可以”等规范性语词表现出来，包括命令或禁止与允许；内容，指所命令或禁止以及允许的事项；适用条件，指的是规范规定所针对的事实情形，如命令或禁止针对可能违反的情形所发布，这种可能违反的事实情形是适用该规范的条件；场合，指规范适用的地域和时空^[11]。上述规则内容要素是法律规则完整阐述所必须具备的成分，同时也是实现规则指引的必然要求。如此，我们评价法律规则的内容是否具有确定性时，一看规则内容是否具备全部要素，二看要素内容是否具体精确。具体到环境立法而言，法律规则要素存在的问题各不相同。第一，特征要素层面，未严格区分行政主体“应当”与“有权”（授权），行政职责规则与行政职权规则的特征词混用，无明显差别。《固废法》混同地使用“应当”、“在职责范围内”、“有权依据职责”、“负责”，甚至没有特征词以模糊职责与职权的界限，无法通过法律规则的文义将其具体归类于职责或职权，就导致了我国司法适用的困难。第二，内容要素层面，规则内容过于原则概括，不具备规则上的实际意义。例如《固废法》第21条、第31条中的“加强管理和维护”、“合理选择”这类措词在我国环境立法中并不罕见，其概括程度已达致致空洞的程度，既无法提供行为预测亦无法为司法适用提供裁判基础。第三，部分规则缺少规范主体、适用条件与场合。例如《固废法》第28条规定了行政主管部门制定淘汰落后工艺名录的职责，但并未设置具体的适用条件——期限限制。2004年至今有关部门仍未制定淘汰工艺名录^②。

① SOLID WASTE DISPOSAL ACT, 网址: <https://www.epa.gov/lep/simplified-chinese>。

② 参见环境保护部:《提案复文:对十二届全国人大五次会议第6846号建议的答复》, 网址: http://www.mee.gov.cn/gkml/hbb/jytafw/201709/t20170928_422767.htm。

（一）规则内容确定性问题的成因分析

我国环境立法形成上述问题的原因主要有三。首先，我国环境立法过度将内容细化下放至环境行政立法。对于规则内容的理解，并不能仅凭单一的法律文本，而需要通观整个下位法体系对规则内容予以整全性的把握。我国环境立法体系中的惯例是通过环境行政立法对环境法律的内容进行细化，比如各类法律实施细则与各领域的管理条例。但事实上行政立法对法律的细化与全国人大或全国人大常委会立法对法律的细化存在法律效力的本质差别。前者属于法定义务的细化，体现行政主体的职权行使的专业性，而后者体现的是基于法律保留原则立法权对行政权的限制。行政立法实际上是制定派生规则的过程，当行政主体制定这样的派生规则时，便享有了对法律所赋权内容的二次立法权，当母法中授权规范的内容不明确时，便存在行政主体通过二次立法权肆意授权或不作为的可能^[12]。出于自身利益的考量，显然行政部门并不愿意通过行政立法实现自我规制，要么过于粗放给行政权留有过的空间，要么置之不理。前述行政主管部门近15年未制定淘汰落后工艺名录不履行法定职责，即是环境立法过度下放给行政机关所造成的不良后果。因此在上述理念之下，我国环境立法规则内容不仅在法律层面呈现出过度的原则和概括，即便结合行政法规体系，规则内容精确亦差强人意。

其次，我国环境立法并未明确区分职权与职责规范，以职权规则宽泛标准适用于职责规则，导致职责规则内容过度抽象。从性质来看，职权的设置是为了达成行政目标，其意味着一定的自由裁量权，是对行政专业性的尊重，并不对应法律责任^①。从外观来看，职权规则在特征上多以“授权”、“有权”、“可以”为特征，内容上以目的为主要内容彰显职权设定的合理性，表达上较为概括抽象以尊重行政专业性和裁量空间。例如：日本《毒品及剧毒品管理法》第16·1条“为防止在卫生保健方面的危害，必要时，可以政令规定出有关毒品……的技术标准”^②。而职责则不同，其属于义务性质，对应相应的法律后果，因而法定职责是作为权力的边界拘束行政权力，具有可司法性。从外观来看，职责规则在特征上以“应当”为特征，内容上以条件为主要内容明确权力行使边界，表达较为具体。职责条款与职权条款的混同是对两者统一的误读，而这一误读却造成以内容上的“目的”代替“条件”，以表达上的“概括”代替“具体”。而这种规则上的混同不仅加剧了环境法律规则内容上的不确定性，更导致规则司法适用困难。

最后，环境立法用语不规范进一步加剧了规则内容的不确定性。我国环境立法存在一定口语化的倾向，甚至在许多行政法规、地方法规中用语表达与领导讲话未有区别。《固废法》第21条、第31条中的“加强管理和维护”、“合理选择”、“先进工艺”都不是规范性的立法用语。再如《宁波市生活垃圾分类管理条例（草案修改稿）》^③中第4条中的“应当遵循政府主导、全民参与，城乡统筹、因地制宜，完善机制、创新发展、分级负责、协同推进的原则”，“完善机制、创新发展”则是政策口号，不仅无助于正确理解法律，甚至削弱法律的权威性。生活化的表述方式使行政相对人几乎难以找到与自身利益有关的具体标准，不利于行为的预测。相反，行政主体则可以依据口语化表述对法律规则中赋予自己的权力进行随意解释，形成行政专断的用语。

（二）规则内容确定性的达成

除环境立法体制机制的完善之外，规则内容确定性的达成路径包括两个方面：

第一，需要在区分赋权规则与职责规则的前提之下，增加具体的行政主体义务限制行政赋权，

① 无论我国司法裁判还是域外司法裁判均不能以职权作为行政诉讼的依据。参见余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社2006年版，第261页。

② 日本毒品及剧毒品管理法，参见赵国青：《外国环境法选编》，中国政法大学出版社2000年版，第1080页。

③ 宁波市人民政府法制办公室关于公开征求对《宁波市生活垃圾分类管理条例（草案修改稿）》意见的公告，网址：http://www.nbfz.gov.cn/art/2018/7/9/art_15939_2348210.html，访问时间：2018年9月19日。

以平衡行政主体权力与义务。以《日本环境基本法》第16条关于环境标准的制定条款为例^①。第16条第1款的宏观措词为授权性规则,意味着政府必须制定环境标准,而标准的内容完全属于政府行政裁量的范围。但该条第2款规定了环境标准法律性质的限制义务,第3款规定了环境标准的及时修订义务,第4款规定了标准内容关注义务。上述三个职责条款划定了职权行使的边界,当构成行政主体违背或怠于履行上述三种职责时,可依据此三项职责性规定追究主体的行政法律责任。可以看出义务性的规定限制了职权的过度授权,保证了职权及时、有效地行使。在设置行政主体义务时,尤其应当注意对义务中权力运作程序、权力发动条件与场合、权力行使合理期限、权力性质规定等的细化,继而实现对义务规则内容的立法控制。例如前文中德国“废物经济计划”,第19条第3款明确规定了颁布计划的截止日期及修改时间,限定了主体的裁量空间。仅仅增加期限的限制,即可对怠于制定名录提起不作为之诉,将对行政不作为造成巨大的震慑和压力。需要特别注意的是,职责条款与赋权条款的措词具有明显的差别。在赋权条款中,多使用目的式的限制以彰显行政权力的正当性。而职责条款则不同,其更多采用条件式的限制以限制行政权力的运作,细化义务内容。此外,即便采取相应的立法技术,国家立法仍会由于立法信息的不充分而走向模糊。在当下,环境地方立法呈现井喷之势,不少地方立法之中存在大量可供参考的具体法律规则,从术语到内容都极具针对性。国家环境立法可以从中借鉴有益经验,以弥补国家立法信息不足,增强规则内容上的确定性。

第二,规范环境立法用语。法律用语与日常生活中的用语虽有一定关联,但由于法律的简练性、规范性,要求法律用语必须区别于日常生活中的用语。无论在抽象性方面还是在准确性方面,它都必须高于日常生活中的用语,尤其不能以口语来代替法律规范术语^[12]。事实上,运作程序、权力发动条件与场合、权力行使合理期限、权力性质等要素化的方式在一定程度上已经限制了用语的口语化。口语化、概括化的用语在一定程度上伴随有立法者的主观态度,其背后可能是利益博弈之后有意采用口语化表达模糊利益关系,也有可能是无意识之下术语使用的路径依赖。对于有意采用口语化表达模糊立法内容的应持批判态度。既然立法无法对利益进行精确的表达,应尽可能通过政策予以调整而不是立法调整。模糊的立法事实上将立法难以协调的利益关系交由司法机关进行协调,这会进一步弱化我国环境司法的权威性。而对于无意识的口语化,其最终仰赖于全国层面的立法技术规范完善与立法学的发展,通过《立法技术规范》限制立法中的术语运用。我国虽然于2009年颁布了《立法技术规范(试行)》,但内容十分基础,远不能满足当前环境立法的需要。《立法技术规范》的完善最终需要立法学的发展予以推动。环境法学虽与立法学分属两类学科,但并非没有交集。环境立法恰是对立法学成果的实践检验,同时也是立法学研究质料的实践来源。但对环境立法语用学的研究,环境法学尚未涉足,需要环境法学同仁的共同关注。

五、结 语

较之环境行政学、环境管理学与环境科学,对于制度设计与管理经验总结,环境法学似乎并未

^① 第16条规定:“政府应根据与大气污染、水体污染、土壤污染和噪声有关的环境条件,分别制定出保护人的健康和保全生活环境的理想标准。

前款的标准应该设立两种以上的类型,如果规定应该作为制定适用各自类型的地区或者水域的标准,政府应以政令规定之。

可以将这种地区或者水域的制定权限委任给都、道、府、县知事。

对于第一款的标准应经常基于适当的可续判断,并进行必要的修订。政府应当综合、有效和适当地采取符合本章规定政策的有关防止公害措施,努力确保第1款有关标准的贯彻执行。”参见赵国青:《外国环境法选编》,中国政法大学出版社2000年版,第982页。

有太多发言权，甚至并未有深刻的观察对象与可行的研究方法。但无需因此而沮丧，这正是近代以来社会科学分工的必然结果。任何把法律问题还原成经济、管理、道德、生理的做法从根本上低估了现代社会和现代法律的复杂性，可能把法学的研究和实践引向歧途^[13]。法律本质上是规则之上的语义与逻辑控制。因此，管理制度的比较借鉴并不是环境法学的主战场，规则及规则适用才应当是环境法学的自留地。我国环境管理赋权与制度探索大体完成，立法进入体系化与精细化的阶段，恰恰意味着规则之治的时代已然到来。

参考文献

- [1] 岳彩申. 经济法的形式理性[D]. 重庆:西南政法大学博士学位论文,2003.
- [2] 黄金荣. 法的形式理性论——以法之确定性命题为中心[J]. 比较法研究,2000(3).
- [3] [德]贡塔·托依布纳. 法律:一个自创生系统[M]. 张骥,译. 北京:北京大学出版社,2004.
- [4] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 徐显明,主编. 北京:商务印书馆,2002.
- [5] 鲁楠. 卢曼社会系统论视野中的法律自治[J]. 清华法学,2008(2).
- [6] [德]齐佩利乌斯. 法学方法论[M]. 金振豹,译. 北京:法律出版社,2009.
- [7] 张玉洁. 法律不确定性命题的司法检视[J]. 法律科学,2015(3).
- [8] 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).
- [9] 罗豪才,宋功德. 软法亦法:公共治理呼唤软法之治[M]. 北京:法律出版社,2009.
- [10] 方世荣. 论公法领域中“软法”实施的资源保障[J]. 法商研究,2013(3).
- [11] 朱继萍. 法律规范的意义、结构及表达——一种实证的分析理论[J]. 法律科学,2007(4).
- [12] 张淑芳. 行政法规范术语与行政权范围问题探析[J]. 时代法学,2005(5).
- [13] 陆宇峰. 社会理论法学:定位、功能与前景[J]. 清华法学,2017(2).
- [14] 舒国滢,王夏昊,雷磊. 法学方法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2018.

Proposition and Deconstruction of Certainty of Environmental Legislation

— Taking the Solid Waste Law System as an Example

DU Yin

Abstract: The certainty proposition of environmental legislation is not only a logical deduction of pure value theory, but also a response to the needs and problems of China's environmental rule of law. At present, the problem of the judicability of environmental laws, the restraint of environmental administration and the good environmental governance are highly dependent on environmental legislation with certainty. Under the view of environmental law, this proposition needs further technical transformation, that is, to deconstruct it into the accuracy of the concept of environmental law, the integrity of the structure of environmental law rules and the certainty of the content of environmental law rules. The three sub-propositions are coupled with each other with different emphases on the legislative practice problems and corresponding countermeasures. Taking the example of "solid waste law", this paper concretizes the above proposition and puts forward the specific legislation technical route.

Key words: environmental legislation; legal certainty; concepts; legal rules

(责任编辑 周振新)