

# 柏林洪堡大学

## 公法和国际法所

国家法及行政法、欧盟法、环境法、财政法及经济法教授 **Michael Kloepfer** 教授

---

Unter den Linden 9-11, Palais  
10099 Berlin

Telefon 030/2093-3331

Telefax 030/2093-3438

michael=kloepfer@rewi.hu-berlin.de

### 讨论会 1 —

#### 导言：治安法和激励政策之间的环境保护

在通常被视为始于 1971 年的德国现代环境法发展的上半阶段，与环境法的警察法来源相对应，纯粹的治安法观念达到了效率的界限，逐渐进入法学的视野<sup>1</sup>。此前，来自经济学方面的意见已经推动了经济手段在环境法中的应用<sup>2</sup>。

此后不到五年，一份由教授所起草的《环境法典——总论》(UGB-AT)<sup>3</sup>草案在其第 6 条第 3 款中强调了非命令性措施在取得相同的环保效果的前提下相对于传统干涉性规定的优势。《环境法典——总论》的第 87 条也同样强调了灵活手段的优势。

关于环境法的激励政策的探讨迄今为止未再停止过。立法者在此期间已着手进行的对若干经济手段的采用和扩充工作——例如近来关于温室气体排放合法性交易的法律（《温室气体排放交易法》—— TEHG）<sup>4</sup>——一直伴随着关于合宪性，主要是关于与基本法中国家

---

<sup>1</sup> 里特尔(Ritter), 1987 年《新行政法杂志》(NVwZ), 第 929 (930, 936)页。

<sup>2</sup> 吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff), 2001 年《新行政法杂志》(NVwZ), 第 481 (482)页, 参见古茨勒(Gutzler) (主编)《环境政策及竞争》(Umweltpolitik und Wettbewerb), 1981 年, 第 103 页级以下中关于政府补贴的内容。

<sup>3</sup> 克勒普弗/雷宾德/施密特·阿斯曼/库尼克(Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig), 《环境法典——总论》(Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil), 联邦环境局报告 7/90, 柏林 1990 年。

<sup>4</sup> 2004 年 7 月 8 日, 2004 年联邦法律公报 1. I ( BGB1. I 2004 )第 1578 页, 后由《根据联合国 1997 年 12 月 11 日关于气候变化的框架协定下的〈京都议定书〉对与项目有关的机制的执行, 对 2004/101/EG4 方针的贯彻和对 2005 年 9 月 22 日〈电暖结合法〉的修订的法律》(G zur Einführung der projektbezogenen Mechanismen nach dem Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 11. Dezember 1997, zur Umsetzung der Richtlinie 2004/101/EG4 und zur Änd. des Kraft-Wärme-KopplungsG vom 22.09.2005)的第 2 条所修订, 2005 年联邦法律公报 1. I ( BGB1. I 2005 )第 2826 页; 科贝斯(Kobes)《排放交易概览》(Überblick über den Emissionshandel), 2004 年《新行政法杂志》(NVwZ), 第 513 页; 深入介绍见克尔纳/菲尔豪斯(Körner/Vierhaus), 《温室气体排放交易法》(TEHG), 评论, 慕尼黑 2005 年。

机构所承载的原则是否一致的深入争论<sup>5</sup>。但同时也达成了普遍一致的观点，即现在和将来不可能有纯粹的以治安法的形式出现的环境法，也不可能以市场为基础的环境法<sup>6</sup>。人们一致认为，该法所主张的目标是尽可能地将治安法和非命令性手段融合起来。意见的分歧在于，如何将其尽可能成功地进行融合。

政治上的论战无需在此援引。因此，本文首先将介绍一部以激励为基础的环境法可能拥有的手段（第1点），随后，将转向关于法治国家的思考的讨论（第2点），最后，将尝试着就非强制性措施的进一步发展作一展望（第3点）。本文对民法领域的环境担保法的深入研究仍很不完整，对环境刑法在预防效果方面的研究也尚未展开，但考虑到本次活动的其他讨论会<sup>7</sup>将就上述问题进行论述，故在本文没有展开的必要。

## 1. 环境法中的间接行为调整手段

“传统的”治安法——至于其在今日以何种治安法的形式出现<sup>8</sup>，在此先暂且搁置不论——尤其是通过命令性和禁止性的具体行政行为得以体现。其所采取的手段是根据其是反对或是赞成优先采用感化或激励的调整方式来取代命令方式而定<sup>9</sup>。与环境法有关的行为因此被引向与国家意志一致的方向，使公民在付出经济利益的情况下无需承担强制赋予的义务，从而被激励去为或不为一行为。此种结构后果显而易见，从确定目标的意义上而言，它同时也限制了国家对行为进行引导的法律义务。

赞同或反对就国家环境政策和由国家环境政策而形成的环境法进行重新定位的理由，若不考虑宪法问题，经缩减被概括如下<sup>10</sup>：完全或主要受治安法影响的环境政策对经济和生态效率向来并未给予应有的重视，其后果是损耗与效果偶尔会出现比例失调。为了避免不必要的强制手段，由依靠间接使用有效手段转向依靠公民经济上的理智，由此增强公民“遵守规

---

<sup>5</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第56页; 近期如吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff), 2001年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481页(及第493页脚注100); 福尔克曼(Volkmann), 2001年《法学教育》(JuS), 第521页; 埃尔贝古特/施拉克(Erbguth/Schlacke), 《环境法》(Umweltrecht), 巴登-巴登, 2004年第2版, 边码115。

<sup>6</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 《环境法》(Umweltrecht), 慕尼黑, 2004年第3版 §5 边码175; 吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff), 2005年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481页(482页及下页); 福尔克曼(Volkmann), 2001年《法学教育》(JuS), 第521(528)页; 瓦格纳(Wagner), 1995年《新行政法杂志》(NVwZ), 第1046(1047,1052)页。

<sup>7</sup> 见讨论会5。

<sup>8</sup> 吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff), 2001年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481页(482页及下页), 强烈反对将治安法曲解为“负面模式的治安法”(„Negativmodell-Ordnungsrecht“).

<sup>9</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第56页。

<sup>10</sup> 瓦格纳(Wagner), 1995年《新行政法杂志》(NVwZ), 第1046(1050)页, 有别于吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff)的观点, 2001年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481页。

则的准备”<sup>11</sup>；它较不易受在治安法中出现的执行不力的影响；也没有面临受法律界限所限的效率问题，允许大量不同的措施存在，并能更加透彻地看清各个肇事者的费用构成；提供了总费用损益表持平或上扬来即意味着措施取得了更为显著的效果的观点。另一方面，激励手段的实际贯彻有时很难以落实；在可交易的环境利用权上产生诸如在一个狭窄的有限空间内集中排放气体达到有害健康的程度的问题（所谓的热点问题）<sup>12</sup>。此外，在“费用——利用分析”中常被忽视除了在肇事者身上产生费用，在国家方面也产生了监督费用，此项费用中有一部分的数目非常可观，并可能因此严重影响间接调整手段的经济性分析。在反对激励措施而引起的思考中所产生代表性观点有：费时耗力、效果不确定和效果不完整。

下文从经济的视角将以激励为基础的环保手段划分为广义上的激励手段和狭义上的激励手段<sup>13</sup>。广义上的激励手段是指能产生政治——道德上的推动力、激发人们为更有利于环境的行为、由此能产生经济激励的手段。狭义上的激励手段被理解为：在由国家进行引导，取得行为的一致性的情况下，从中直接产生经济后果。狭义上的激励手段可分为积极和消极的激励手段。

#### a) 广义上的激励手段

间接经济激励是从所谓的非正式行政行为中产生的。一方面，它可能发生在国家与公民的关系中，促使公民为更有利于环境的行为。国家、私人的单方措施和双方达成合意的单方措施是在此是有所区别的。单方措施可能采用商讨和约定的形式，也可能采用政府准许或是声明经济上的自我义务的形式。

另一方面，在传媒力量日益壮大的时代，在国家、相对人和公共利益三方中引入非正式行政行为措施来提出警告和进行推荐显得尤为重要，过去，上述措施的作用就没有因大量法律文献和司法判决的存在而被低估<sup>14</sup>。相对于警告而言，相对人更乐于接受常与认证程序相联系的政府推荐。在消费者中产生的有益于优质产品的说服作用被归结为通常以加盖验印章

<sup>11</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第56(57)页。

<sup>12</sup> 吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff), 2001年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481(487)页。

<sup>13</sup> 吕贝·沃尔夫(Lübbe-Wolff)采用了另一种秩序体系, 2001年《新行政法杂志》(NVwZ), 第481页(第485页及以下各页), 该体系分为经济手段、反射手段、共识性手段和二级秩序手段; 福尔克曼(Volkmann)所作的分类不是由激励概念为引导, 而是由——可能受主观影响——手段的强度和效率为引导, 2001年《法学教育》(JuS), 第521页(522页及以下各页); 瓦格纳(Wagner)在文章中没有勾画出明显的秩序体系, 1995年《新行政法杂志》(NVwZ), 第1046页。在“间接行为调整手段”(„Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung“)的概念下总结出的调整手段最终仍未取得根本一致的看法。

<sup>14</sup> 指环保领域, 奥森比尔(Ossenbühl), 《通过政府警告及推荐的环境保护》(Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen), 科隆, 1986年; 施托姆(Storm)对此提出了批评, 1987年《新行政法杂志》(NVwZ), 第965页; 联邦宪法法院关于国家警告的一般性问题(allgemein zu staatlichen Warnungen BVerfG), 见1989年8月15日决议, 卷宗号1 BvR 881/89, 1989年《新法学周刊》(NJW), 第3269页; 2002年6月26日决议, 卷宗号1 BvR 558/91等, 2002年《新法学周刊》(NJW), 第2621页; 2002年6月26日决议, 宗卷号1 BvR 670/91, 2002年《新法学周刊》(NJW), 第2626页; 所有这些本文第2点将更详细论及。

的形式表现的推荐方式——如“蓝天使环境标志”认证——以及有利于生产标准较高的产品的“生态审计规定”<sup>15</sup>认证。同时，生态审计体系被视为介于直接和间接调整之间的第三条道路，即除了通过认证对产品进行褒奖之外——例如《联邦防止公害法》第 52 条 a<sup>16</sup>——在其体系范围内对企业组织预先做出具有约束力的规定。

除了这些单方手段之外，也可采用各级公共管理层和私人之间进行约定的方式，甚至采用与行政行为相类似的达成一致意见的方式。因为这些方式的实现没有法律上的统一标准，而且其内容缺少具有法律约束力的对行为的要求，所以是建立在以合同形式设立法律关系的初级阶段之上的。因此，这些方式是对通过道德和政治起作用的激励手段的原始形式的非正式约定。但在此考虑的是，使约定借助治安法来进行合法的预先威慑。对环境法而言，治安法仍是不可抛弃的，显得尤为直观。但环境约定也说明：国家正式的和非正式的行为方式经常是不可分割地结合在一起的，它形成于与达成的具体行政行为有实际关联的情况。

在依照规定达成的、具有类似于规范的内容的约定中，国家与经济活动家之间法律状态的激化应是多余的。就这点而言，减少含石棉的建筑材料的约定或生产环保型油漆的约定是成功的。与之相反，约定方式的批评者则提出了就包装和饮料工业及饮料贸易达成的约定，该约定的主要目的——缩减一次性用品市场份额进一步增长——因为受到可循环利用包装的压力而未能实现。

从这一问题过渡到垃圾法中很著名的所谓“目标制定”（以前的《废品清除法》第 14 条第 2 款，现今的《推动循环经济和确保通过环境合同清除废品法》第 25 条第 1 款<sup>17</sup>）。根据这一规定，联邦政府自从加入循环经济后，首先进行目标制定，阐明了在适当的时间内要达到的目标。这些预先规定本身既不是命令也不是与循环经济参与者达成的约定。

在此所列举的可能进行的公共管理行为的共同点在于对官方命令起了调整行为的“软”推动作用。可能取得一致意见的是，推荐和警告能产生加深理解的实际效果，其作用范围有

<sup>15</sup> VO(EWG) Nr. 1836/93, AB1. EG 1993 Nr. L 168 S. 1, ber. AB1. EG 1995 Nr. L 203 S. 17; 被欧洲议会和欧洲委员会关于各组织自由加入环境管理和环境运营审计共同体(EMAS II)的文件 VO(EG) Nr. 761/2001 所取代, AB1. EG 2001 Nr. L 114 S. 1; 德国法中的该项规定及其补充规定见朗格费尔特(Langerfeldt)的《环境审计法》(Umweltauditgesetz), 2002 年《新行政法杂志》(NVwZ), 第 1156 页; 由国家至个人的控制转移的观点见克勒普弗(Kloepfer), 2002 年《新行政法杂志》(NVwZ), 第 645 (652)页。

<sup>16</sup> 《防止因空气污染、噪音、震动及类似情况引起的对环境有害的影响的法律》(Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge), 2002 年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2002) 第 3830 页, 后由 2005 年 6 月 25 日《贯彻 2003/105/EG 的方针、修订关于控制有危险材料的严重事故中的危险的 96/82/EG 的方针的法律》(G. zur Umsetzung der RL 2003/105/EG zur Änderung der RL 96/82/EG zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen) 第 1 条所修订, 2005 年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2005) 第 1865 页。

<sup>17</sup> 《推动循环经济和确保通过环境合同清除废品法》(Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen), 1994 年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 1994) 第 2705 页, 后由 2005 年 9 月 1 日该法第 2 条第 3 款第 3 项所修订, 2005 年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2005) 第 2618 页。

时可能比国家制定的措施的作用广。可以看出,这种行为方式优先适用于应对未来出现的危机,对危机出现的可能性和可能引起的后果事先能做出非常模糊的规定。建立在治安法的危险概念上的国家控制手段在此客观上达到了界限。此外,如果对企业内部运转的了解是有效实施技术的前提的话,约定也能发挥其潜力。

总之,明显的是,将治安法及激励政策理解为两个相互分离的体系的观点长期以来着眼于通过治安法的手段进行间接的行为调整。但包装规定<sup>18</sup>更能被视为对治安法和激励政策的限制有多大效力的范本。通过以义务回收的方式采取直接措施,间接促使了以避免垃圾产生为目标的私营垃圾处理体系——德国二元体系有限责任公司<sup>19</sup>的产生。

#### b) 狭义上的激励手段

狭义上的激励手段的中心是直接的经济作用。它另一方面避免了对治安法上的调整手段和间接调整手段进行生硬区分:而是考虑到经济作用也能包含在治安法的行为方式中<sup>20</sup>;比如以敦促人们遵守界限值为目的罚金和改造费用即是此类。

从根本上而言,经济手段由积极手段和消极手段构成。

#### a) 积极的经济激励手段

补贴和奖金属于积极的经济手段,它将经济状况的改善与特定的行为联系在一起。

补贴被部分地从积极的经济激励手段中排除。原因是补贴遵循的不是环境政策中占统治地位的肇事者原则,而是源自共同责任原则<sup>21</sup>。尽管这一合乎实际的观点对于本文的分类无关紧要,但补贴对于环境保护的推动作用仍不可否认。

在此,以与可更新能源的优先地位有关的法律(《可更新能源法》——EEG<sup>22</sup>)中的规定为例,根据该法,供电企业将从可选择的能源中产生的电输入电网,并为此支付迄今明显高于市场价格的最低价。由此,部分区域从可再生能源中产生的电的份额增至明显高于10%<sup>23</sup>。

<sup>18</sup> 1998年8月21日《关于避免和使用包装垃圾的规定》(Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen), 1998年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 1998)第2379页,后由2005年12月30日《规定》第4次修订本第1条所修订,2006年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2006)第2页;调控理论的观点详见亨德勒(Hendler), 2003年《新行政法杂志》(NVwZ), 第1168页。

<sup>19</sup> 1990年以有限责任公司形式成立,1997年至2005年该企业为股票不在股票交易所上市的股份公司,2005年12月15日起再次成为有限责任公司。

<sup>20</sup> 笔者对此印象深刻的是瓦格纳(Wagner)的数据材料,虽然已有些过时,1995年《新行政法杂志》(NVwZ), 第1046页(1047页及以下各页)。

<sup>21</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第56(62)页。

<sup>22</sup> 2004年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2004)第1918页,后由2005年7月7日该法第3条第35款所修订,2005年联邦法律公报 1. I (BGB1. I 2005)第1970页。

<sup>23</sup> 在石勒苏益格-荷尔斯泰因(Schleswig-Holstein)根据欧洲法院的决定,即2001年3月13日的判决,案件C-379/98-„Preussen Elektra“, Slg. 2001-I, S. 2099,在该案中,欧洲法院将《电力输入法》(Stromeinspeisungsgesetz)——即《可更新能源法》(EEG)的前身——的规定视为与欧盟法相一致。

## b) 消极的经济激励手段

消极的经济激励手段的特点是，通过它将不受欢迎的行为与经济损失联系起来。主要包括所谓的补偿模式、环境税及部分环境担保。

补偿观点的核心是创造特定损害份额内的可转移空间。它的基础是治安法对特定设备的批准，由此而取得的法律地位能在一定范围内被转移到经营者的其它设备或是其他经营者的设备上。

补偿模式的典型情况是已经批准的设备若停产，其损害份额被转移到另一台新的、因技术水平更能保持清洁的——自己的或他人的——设备上。经济或生态的共同作用可从环保措施是对费用支出最低的设备，即更为新型的设备，而不是对陈旧的设备而采取看出。这可能在借助排放份额的弥补使环保水平保持不变的情况下使费用明显减少。

现行的环境法中，补偿模式在《联邦气体排放保护法》(BImSchG)<sup>24</sup>第7条第3款、第17条3a款、第48条第4点中和《空气保洁技术指导》(TA Luft)<sup>25</sup>第6.2.5点中被采纳。认证模式<sup>26</sup>的界线是变动的；根本区别在于认证日益增长的流通性和其与对具体设备的批准的分离。

另一传统的具有引导作用的国家行为方式是征税。近来，这种方式在环境法领域通过所谓的“生态税”<sup>27</sup>受到了极大关注。但它的历史可追溯到过去，并不仅局限于捐税中的税款类型。早在1976年废水征税法<sup>28</sup>中，环境税的模式就提前得到了至少是理论上的适当实践。

在人们的评价中，环境税的效应被归入烟草税的命运。国家对人们的行为课以税收负担，以使价格因素在对环境的利用中发生作用，同时，又使人们出于财政的原因对由此而产生的收入感兴趣。结果，这减轻了税收真正的威慑作用。这早在十年前就被精确地概括为：“激励政策因此而被抛弃，而环保很大程度上被自相矛盾地用于增加国家的日常收入。”<sup>29</sup>同时，一旦税收政策扩展到特别捐税上，就会陷入与联邦宪法法院关于团体利益不承担捐税负担的

<sup>24</sup> 《防止因空气污染、噪音、震动及类似情况引起的对环境有害的影响的法律》(Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge), 1974年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 1974)第721页, 第1193页, 2002年9月26日公告新文本, 2002年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 2002)第3830页; 后由2005年6月25日颁布的该法所修订, 2005年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 2005)第1865页。

<sup>25</sup> 《联邦气体排放保护法一般性管理规定第1号》(《空气保洁技术指导》)(Erste Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft)), GMBI. 2002年 第511页。

<sup>26</sup> 见下文。

<sup>27</sup> 1999年3月24日颁布的《启动生态税改革法》(Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform), 1999年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 1999)第378页。

<sup>28</sup> 《水域废水疏导征税法》(Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer), 1976年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 1976)第2721页, 现在通用2005年1月18日颁布的公告版本, 2005年联邦法律公报 1. I (BGBI. I 2005)第114页。

<sup>29</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第56(65)页。

司法解释的相互矛盾中<sup>30</sup>。

就这点而言,环境担保法<sup>31</sup>中所规定的民法上的环境担保可被归入通过经济激励间接调控行为的概念之下,而并非如同立法者的本意,即认为环境担保应发挥预防作用<sup>32</sup>。对这一目标是否切合实际,人们提前产生了怀疑。人们通过法律规定的法定保险可直接感受到的对相关人造成的经济负担通常只是与损失情况的发生无关的保险费。

### c) 认证模式

从某方面来说,认证模式处于两者之间。上文已提到的《温室气体排放交易法》尽管在20世纪90年中期存在着其是否应在德国执行的一些疑虑<sup>33</sup>,但现在认证模式在德国也被归入环境法的总的手段之中。其居中地位产生于,一方面,认证模式虽然确定了每一进行登记的设备的总排放量上限及排放份额,但排放量低的设备的经营者能够通过出售部分份额获得资金,而排放量高的设备的经营者不是必须为了获得认证而进行投资,就是必须为了从技术上减少排放量而进行投资<sup>34</sup>。认证可以在交易所进行交易。环境物资以此依法根据供给和需求情况获得市场价格切实得以保障。经济逻辑中所期待的是紧缺资源通过市场机制得到最优配置。此外,总排放份额经多个阶段而被降低,物资继续被缩减。

## 2. 以激励为基础的环境法和宪法

在对重新采用间接的行为调整手段的法律上的顾虑中所选出的两种最难以消除的顾虑是:对于国家信息活动的法律基础的必要性的顾虑和对于调整手段的投入使用或发生作用的法律保护问题的顾虑。

### a) 法律保留

就警告作为信息告知的形式而言,联邦宪法法院早在20世纪90年代初就在当时人们对法律的理解有部分相互抵触的情况下通过司法解释通过渗透下述观点——行政机关的任务分配标准如果同时具有清晰可辨的授权基础的特征,就能正当地对现实中(“非正式的”)对

<sup>30</sup> 埃尔贝古特/施拉克(Erbguth/Schlacke)(脚注 5); 联邦宪法法院准许特殊捐税的前提见1980年12月10日判决,宗卷号2, BvF 3/77, 联邦宪法法院判决55,第274页和其后的司法解释。

<sup>31</sup> 1990年联邦法律公报1. I (BGB1. I 1990)第2634页,后由2006年4月19日所颁布的法律的第129条所修订,2006年联邦法律公报1. I (BGB1. I 2006)第866页;关于欧洲议会和欧洲委员会2004年4月21日颁布的关于避免和整顿环境破坏的环境担保的2004/35/EG方针即将进行的对环境担保法的重构, AB1. L 143第56页,从民法视角的论述可见瓦格纳(Wagner),《保险法》,2005年,第177页。

<sup>32</sup> 联邦政府法律草案,联邦参议院印刷材料127/90,第1页,第33页。

<sup>33</sup> 克勒普弗(Kloepfer),1996年《应用环境研究杂志》(ZAU),第56(64)页,他认为,对认证模式的反应相对平静。

<sup>34</sup> 科贝斯(Kobes),2004年《新行政法杂志》(NVwZ),第513(514)页。

基本权利的侵犯起作用——作了阐明<sup>35</sup>。只要跨越了现实中侵犯基本权利的门槛，这一观点就不难转换成建议和指示。《环境法典——总论》草案试图将这一问题置于确定的法律基础之上，并在第 107 条预先规定了与环境法行为有关的警告、指示和建议的授权基础。

与之相反，对环境约定需要从其他视角进行思考。一方面，环境约定在准标准化约定的范围内可以说是由管理者和相关人共同选择的，目的是维持较低的联系程度并阻止司法权可能进行的控制。双方在此可能在事实基础改变的情况下偏离所达成的协议。

在国家没有正式决定放弃制定更为严厉的标准而参与环境约定的范围内，选择环境约定的压力增大了。危险在于，由此形成不受法律约束的体制，故使现行法对于无条件注意的要求具有相对性。国家方面负责人们自愿遵守环境约定的期待不增加政府普遍有效执行法律的负担。在环境约定引起所谓的“自愿强制”<sup>36</sup>现象上，关于授权基础的必要性问题也从影响第三人兴趣的角度被提出并通常得到如下的解答：在可预见的将对第三方产生负担的情况下，放弃环境约定有利于成型的行为方式。

行为是否合法的顾虑之所以已不适合特定的环境约定，是因为其不应仅发挥抽象的一般的作用，而是涉及到个例。就该点而言，所涉及的法律保留问题也被视为不那么重要。在此只是确认，必要的行政程序依据之前商定的结果被当作累赘的形式而被敷衍了事不会导致经由程序证明的原则<sup>37</sup>因此而受到影响。

狭义上的在激励手段在当今几乎没有提出关于就法律保留的问题，因为其是在法律基础上被使用的——不管是关于环境约定、补偿解决办法或者是关于认证模式。补贴方面，早已在法律文献和司法解释中就基本宪法问题形成了统一观点<sup>38</sup>。

#### b) 法律保护担保方面的问题

对相关人和第三人进行有效法律保护的问题与法律保留问题紧密相关，但又不一致，因为法律保护在最后效果上仅涉及得到有利于个人主体的公法上的法律保留的重视。

首先着眼的是对相关人取得一致意见的基础上的行为方式进行法律保护的情况。回答

<sup>35</sup> 联邦宪法法院 1992 年 3 月 27 日的判决，宗卷号 7 C 21/90，联邦宪法法院判决 90，第 122 页。

<sup>36</sup> 克勒普弗(Kloepfer)，1996 年《应用环境研究杂志》(ZAU)，第 200 页(205 页及下一页)；在施密特·普罗伊斯(Schmidt-Preuß)的报告中，VVDStRL 第 56 册(1997)，第 160(185)页 “自愿强制”被不太言过其实地、也不太形象地称为“激励性的体制压力”。

<sup>37</sup> 基本内容见卢曼(Luhmann)的《经由程序证明的原则》，1978 年第 3 版，法兰克福，1993 年再版；与此有所区别的是齐佩利乌斯(Zippelius)在由保卢斯/迪德里希森/卡纳里斯(Paulus/Diederichsen/Canaris)(主编)的《卡尔·拉伦茨 70 岁生日纪念文集》(Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag)中的论述，慕尼黑，1973 年，第 293 页。

<sup>38</sup> 宪法法的基础见雅拉斯/皮罗特(Jarass/Pieroth)《基本法》(GG)，慕尼黑，2006 年第 8 版，第 2 条边码 12，第 12 条边码 13，20，第 14 条边码 13 和第 20 条边码 49；欧洲补贴法导论见斯泰恩茨(Streinz)《欧洲法》(Europarecht)，海德堡，2005 年第 7 版，边码 1016 及以下各项。



是：“原则上没有对自身的法律保护”<sup>39</sup>和“对心甘情愿者不存在不公正”(*volenti non fit iniuria*)。这就追溯到“自愿强制”问题。由于本文篇幅有限，所以在此仅作如下表述：

尤其是在调节性的环境约定中，激励性的体制压力较少从协议中产生，更多是来自外来影响。公众对于环保的敏感在任何情况下都不可被低估。除此之外，通过治安法手段来产生潜意识的威慑。从根本上而言，相关人以此在有碍国家主权行为的环境约定中共同起作用，在依法进行的法律保护的道路上对国家主权行为进行抵抗。因为协议自身不是强制性地直接执行的，基于上述原因，实际上相关人的选择权与违反协议并不对立。此外，不是国家的所有治安法的行为方式都剥夺了相关人“如何”履行遵守秩序的义务的空间。

考虑到对第三人的法律保护的危害，同一问题的核心是：在行政法方面，第三人因避免国家的行为强制性命令而失去寻求法律保护的途径。在补偿模式方面，后果是一目了然的：在有强排放设备的居住小区中居住的居民将不会满意设备的经营者在其他地方经营一部更能保持环境清洁的设备并尽可能压低其总排放份额。

国家在现代以激励为基础的环境保护中的基本要求可充分地表述为：从环保的国家交易转向更多的激励政策的重点转移不能等同于国家从其对每个公民所承担的环保责任中退出。国家的权利垄断在此必须一如既往地保持它的作用。故仅发展和使用激励手段是不够的；有效的保护形式应起支持作用。因此，20世纪90年代中期，一些文献中建议使用能够抵御影响的起诉手段<sup>40</sup>；而这一手段的采用时至今日仍值得期待。在国家哲学的观点下，Volkmann先生认为：“从命令式的引导调整为社会的自我调节[……][就如]一趟已经开始且未预言最终将驶向何方的旅行”，就这点而言，他的观点是为人们所赞成的<sup>41</sup>。

### 3. 展望和结语

虽然可感觉得到广义上和狭义上的激励手段遭到人们的不信任，但它们不再从环境法中被抛弃而不被考虑，且将在今后从根本上更深层地影响环境法的构架。由此得出的“治安法已期满退役”的推断，不管是对于今日还是对于可预见的将来在实际上都是不可取的。仍需做好使各种手段在趋同体系内进行更好的融合的针对性工作。

早在1997年，在一场关于“社会自我调节和国家调控之间的行政和行政法”的争论之后，德国国家法教授协会几乎没有传达出乐观情绪：“向着自我调节方向的发展正在进行。

<sup>39</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第200(204)页。

<sup>40</sup> 克勒普弗(Kloepfer), 1996年《应用环境研究杂志》(ZAU), 第200(209)页。

<sup>41</sup> 福尔克曼(Volkmann), 2001年《法学教育》(JuS), 第521(528)页。

它提出了基础的结构问题。行政和行政法已作好准备来迎接挑战并经受挑战<sup>42</sup>。”如果已作好准备的不只是行政和行政法，而还有环境的话，那么对此无须再作其他补充。

---

<sup>42</sup> 施密特·普罗伊斯(Schmidt-Preuß)的报告, VVDStRl 第 56 册 (1997), 第 160 (227)页。