

法律应重视对习惯的认可

□高其才

习惯在当代国家立法中具有重要意义，在中国立法和法治建设中，应当重视当代习惯法的积极功能，在国家法律发展中合理吸纳习惯法的内容，实现习惯法与制定法的融合、互补，探索具有中国历史渊源、固有文化特点和适应现代基层社会治理的立法理论和实践，寻求固有法资源在当代立法中的价值，从习惯法角度深入探索中国特色社会主义法治道路。

规等成文的制定法组成。制定法通常为现代国家最主要的法律渊源，是国家立法机关依照一定职权和程序创制的成文法。制定法较为系统、抽象、严谨，对社会关系进行全面的调整，充分体现了人类的认识水平和智慧；制定法结构严谨、逻辑严密、表述准确；制定法简洁明确，适用方便；制定法具有可预测性，有利于普通民众知法用法；制定法是理性主义的产物，为民众意愿的集中表达，体现了人民主权原则，具有较高的权威性。但同时，制定法具有其局限性。一方面，它必须保持一定的稳定性，不能朝令夕改，但社会生活却时刻处于变迁状态，因而制定法表现出滞后性。另一方面，制定法的抽象性决定了其难以完全达到同种情况同种对待的效果，可能伤害司法公正。制定法的局限性在一定程度上来源于人类认识的局限性，因而习惯法、判例法等法律渊源的存在便有了特殊的意义。

中国的现代立法和法治建设立足于中国社会、文化和传统。探讨当代中国国家立法与习惯法，是弘扬中国优秀法文化、传承中华文化、延续中华文明的要求。讨论国家法律对习惯的认可、总结法治建设进程中习惯法在国家法律中的意义和功能，是当代中国国家法治建设的重要内容；对于完善中央立法和地方立法体制、协调中央和地方关系、维护基层的社会安定、正确处理民族关系加强民族团结、统筹城乡发展、建设和谐社会，具有重要的意义。

法律的生命力来自于与社会需要的契合，法律的权威性来自于深厚的实践基础，法律的科学性来自于对客观规律的尊重。我国的国家立法需要坚持从中国国情和实际出发，尊重历史上形成的传统，需要考虑不同民族、地区的具体特点，进一步吸纳和认可固有习惯法，这是加强我国民主法治建设、做好国家立法工作的客观需要，是科学立法、民主立法的内在要求。利用中国资源解决中国问题，对于进一步推进中国法治研究、拓宽法学研究领域、丰富法学理论、提升本土法学水准有一定的理论意义。

习惯法为当代中国正式的法律渊源，在我国宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族区域自治法规、政府部门规章、中国缔结和参加的国际条约中都对习惯进行了认

可。我国《宪法》第一章第4条第4款明确规定：“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由，都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”与此同时，《民法通则》《合同法》《物权法》《海商法》《票据法》《消费者权益保护法》《非物质文化遗产法》《人民警察法》等法律都对习惯进行了认可。我国法律、法规认可的习惯的内容比较广泛，包括民族习惯、地方习惯、物习习惯、商事习惯、婚姻习惯、家庭习惯、继承习惯、丧葬习惯、生活习惯、宗教习惯、国际惯例等。

如《物权法》第85条规定：“法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。”2016年12月24日公布的《中华人民共和国民法总则（草案）三审稿》第9条规定：“处理民事关系，应当依照法律法规规定；法律法规没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”这些规定具有积极意义，但总体上看，我国法律对习惯的认可还缺乏一般性、系统性、体系性的安排，需要进一步予以重视和加强。我们需要在当代中国法律对习惯的认可研究基础上进行理论创新，对西方主导话语下的立法和法治在中国社会的处境进行反思，跳出“西方发展一元模式”理论定势，探索具有中国历史渊源、固有文化特点和适应现代基层社会治理的立法理论和实践，寻求固有法资源在当代立法中的价值，从习惯法角度思考中国法律发展独特之路的可能性，探索立法、法治的中国模式。

此外，由于国家法治建设的推进和固有习惯法文化的变迁，当代习惯法的内容呈现出多样化的特征，习惯对国家立法的现实影响不尽一致，整体把握比较困难；有关当代习惯法的调查较少，既有研究比较薄弱，可供参考的资料较为有限；符合中国实际情况的立法理论和实践还在不断摸索的过程中，对国家法律对习惯的认可问题进行研究需要有科学的立法理论的支撑；我国法治建设的时间不长，对中国现代法治的理解和认识有待深入，这些因素给我国法律对习惯认可的理论与实践带来了一定的困难，我们必须清醒认识和努力克服。

依法治国

党委公共决策民主化的三个层次

□鞠成伟

中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心。与党的领导权相对应，作为党的领导权的常态化体现方式，党委决策权在我国决策体系中处于支配性地位。党委决策居于我国决策制度链条的顶端，是目前我国最重要的决策形式。党委决策主要有两类：一类是党务管理决策，属于党的内部事务决策；一类是公共管理决策，属于国家公共事务决策。党委决策民主化，当然也包括党务管理决策，但就国家治理而言，更重要的是党委公共决策。党委公共决策的公共性决定了其必须要民主化。实现党委公共决策民主化，是社会主义民主政治建设的重要任务，是推进全面依法治国、全面从严治党、实现国家治理现代化的必然要求。

党委公共决策民主化，主要分为三个层次：党委班子民主、党内民主、社会民主。层次不同，制度要求也有不同。

决策的党委班子民主

决策的党委班子民主是指党的公共决策必须要由党委领导班子成员（一般是常委或党组成员）集体民主作出，不得以书记等主要领导成员个人决策支配甚至是替代集体决策。其实质是该由领导班子集体行使的权力，班子成员个人不能擅自行使。党委班子内部民主是党委决策民主的第一个层次，也是党委决策民主化的首要关口。

决策的党委班子民主的基础是民主集中制的集体领导。民主集中制是党的根本组织原则，是党内政治生活正常开展的重要制度保障。在强调“集中制”的同时，列宁十分注意强调“民主”的原则，要求“真正在组织中实行民主制”。个人专断，既不符合现代社会价值观，也不利于科学行事。决策必须实行集体领导，防止个人专断，发挥全体班子成员的主动性和积极性，保护创新和避免僵化，保持党的活力和凝聚力。

决策的党委班子民主要求必须坚持集体领导制度，实行集体领导和个人分工负责相结合。任何组织和个人在任何情况下都不允许以任何理由违反这项制度。凡属重大问题，要按照集体领导、民主集中、个别酝酿、会议决定的原则，由集体讨论、按少数服从多数作出决定，不允许用其他形式取代党委的领导。党委主要负责同志必须发扬民主、善于集中、敢于担责。在研究讨论问题时要把自己当成班子中平等的一员，充分发扬民主，严格按程序决策、按规矩办事，注意听取不同意见，正确对待少数人意见，不能搞一言堂甚至家长制。支持班子成员在职责范围内独立负责开展工作，坚决防止和克服名为集体领导、实际上个人或少数人说了算。领导班子成员必须增强全局观念和责任意识，在研究工作时充分发表意见。坚决反对和纠正当面不说、背后乱说，会上不说、会后乱说，当面一套、背后一套等错误言行。

决策的党内民主

决策的党内民主是指在党的公共决策过程中，党员和党组织在平等的基础上，按照有关的民主程序和形式进行参与。党内民主是党委决策民主的第二个层次，也是党委决策民主化的关键一环。

决策的党内民主的基础是党员民主权利。党章规定，中国共产党所有党员不论职务高低，都享有党章规定的权利并应履行其义务。党内民主是党的生命，是党内政治生活积极健康的重要基础。党内民主对人民民主具有重要的示范和带动作用。如果我们不能落实党内民

主，社会民主就会成为空谈。

决策的党内民主首先要求厘清党委班子与党的全委会的关系。党委班子由党的委员会产生并对其负责。党的中央政治局、中央政治局常务委员会和各级党委班子作出重大决策，首先必须分别经过党的中央委员会和党的各级委员会的民主参与。必须把党的各级委员会民主参与列为党委班子决策的必经程序。党的各级委员会必须要能够以恰当的方式实质性参与各级党委班子的重大公共决策。进一步强化全委会的功能，试行重大决策党的委员会决定制和一般决策党的委员会报备制，健全全委会对党委班子的质询、问责、经济责任审计、罢免等制度。

决策的党内民主还要求上级党委班子在决策时，充分征求下级组织的意见和建议。必须把下级党组织的民主参与列为上级党委班子决策的必经程序。上级党委班子在决策时，必须要深入开展调查研究，广泛听取下级组织的意见和建议，凝聚智慧和力量，做到民主决策。

决策的党内民主最根本的是尊重党员主体地位、保障党员民主权利，落实党员知情权、参与权、监督权。畅通党员参与讨论党内事务的途径，拓宽党员表达意见渠道，营造党内民主讨论的政治氛围。健全党内重大决策论证评估和征求意见等制度。党的各级组织的重大决策应该采取多种方式征求党员意见，党员有权在党的决策上发表不同意见，对党的决议和政策如有不同意见，在坚决执行的前提下，可以声明保留，并且可以把自己的意见向党的上级组织直至党中央提出。推进党务公开，发展和用好党务公开新形式，使党员更好了解和参与党内决策。

决策的社会民主

决策的社会民主是指党的公共决策必须要经过社会民主，公民和社会组织在平等的基础上，按照有关的民主程序和形式进行参与。社会民主是党委决策民主的第三个层次。

决策的社会民主的基础是公民权利。党委的公共决策与公民的利益密切相关，公众不仅有知情权，还有参与权，决策理应有民主参与。决策民主化还是科学决策、确保决策质量的必然要求。高质量的科学决策一定是建立在准确的信息、全面的认知基础上的。任何一个决策者都难免会有价值偏见、理性局限、认识盲区、能力不足等问题，需要借助民主决策，让更多人参与到决策中，以有效避免独断与偏见，群策群力，提升决策质量，减少决策失误。决策民主化还是预防腐败的需要。如果决策者可以受私利驱使任性决策，必然会造成决策使少数人获利而使多数人受害的结果。

决策的民主化，从根本上说就是要扩大公民参与。实现党委开门决策、透明决策，让决策过程畅通、规范、透明和趋向完善；让有关利益攸关群体和个人能实现实质参与；让各种不同意见和利益得到充分和客观的表述；让决策在宽松、自由和畅所欲言的民主氛围中进行。

决策的社会民主主要突出重点。推进党委决策中的协商民主，以经济社会发展重大问题和涉及群众切身利益的实际问题为内容，在全社会开展广泛协商，坚持协商于决策之前和决策实施之中。促进党委决策中的专家参与，完善专家咨询、论证制度，增进决策的科学性。促进党委决策中的公众参与，完善决策听证、公开征求意见制度。善于利用互联网等新技术手段，促进社会对决策的实质参与。

政治文明

“污染场地修复”的法律思考

□黄振威

近年来，我国一直在进行经济结构和产业布局的调整，一些重污染企业已不再适合当前发展的要求，按照产业名录将逐步被淘汰。同时，一些老城区的工业企业也将逐步搬迁至城外或郊区。这使得，关停搬迁企业遗留的大量土地成为城市发展新的空间。不过这些土地通常伴随着建筑物被废弃、原料废渣遗留以及土壤、地表水和地下水被污染等诸多场地污染问题，如果不经治理就直接开发利用，必将对生产安全、居住健康带来极大的威胁。因此，如何推动这些污染场地的调查、评估、修复、治理和安全开发再利用，成为摆在党和政府面前的难题。

受重大环境污染事件的影响，世界各国从20世纪70、80年代就开始重视污染场地的修复。这方面发达国家起步相对较早，比如美国1980年即颁布了《综合环境反应、补偿与责任法》，也就是著名的《超级基金法》。此后，该法历经数次修订，并成为全世界模仿的对象。现如今，积累了多年污染场地修复经验之后，很多国家已经形成了一整套针对污染场地风险管理和修复治理的法律法规、工作程序和指导规范，值得我们好好研究和思考，为下一步《土壤污染防治法》的推出做好准备工作。

污染场地修复必须坚持法律法规先行。健全的法律法规、质量标准、技术规范是有效治理污染场地的前提和保证。世界各国的污染场地修复管理体系是在对相关法律法规的不断修订中逐步完善的。

我国环境法律方面有水、大气、固体废物废弃物等方面的专门立法规定，但是迄今为止没有关于土壤方面的专门立法，对污染场地的治理都是散见于其他法律之中。不过近几年我国加快了相关专门立法的进度，2016年5月，国务院发布了《土壤污染防治行动计划》，11月8日，环保部发布了《污染地块土壤环境管理办法（征求意见稿）》和《农用地土壤环境管理办法（试行）（征求意见稿）》。其中《污染地块土壤环境管理办法（征求意见稿）》共7章29条，《农用地土壤环境管理办法（试行）（征求意见稿）》共20条。两则征求意见稿都明确了土壤环境的具体调查、风险评估、治理和监督治理以及罚则等方面的内容，是对《土壤污染防治行动计划》的进一步延伸和细化，也为未来《土壤污染防治法》的推出作了铺垫。

世界各国关于污染场地修复方面的法律法规大都是在20世纪70、80年代已有法律法规无法有效应对重大环境污染问题的背景下产生的，其主体架构包括四项制度。

一是信息收集和分析制度。建立信息收集和分析制度目的是及时摸清污染场地情况，建立污染场地国家优先治理名录，确定反映行动的优先顺序。为此，很多国家的有关法律法规中都有专门规定，比如美国《超级基金法》第103条规定了危险物质储存、处理或处置场地的所有人或经营人的报告义务；第104条规定了行政机关收集和获取信息权力的。

目前，我国已经进行了第一次全国土壤污染状况调查，但是面临调查范围有限、污染场地信息缺失等问题。《土壤污染防治行动计划》规定，2018年底前要查明农用地土壤污染的面积、分布及其对农产品质量的影响；2020年底前要掌握重点行业企业用地中的污染地块分布及其环境风险情况；自2017年起，要逐步建立污染地块名录及其开发利用的负面清单。这些都意味着全国土地污染情况详查已经开始。

二是污染场地修复基金制度。基金制度是污染场地修复相关法律法规中的核心制度之一，对有害物质泄漏造成的污染场地进行修复治理需要花费的大量资金必须有所保障。基金制度包括基金的组成及来源、基金的支付范围以及基金的运作过程等方面内容。其中，资金的组成和来源最为引人关注。现在各国的修复基金来源均十分广泛，



包括财政拨款、环境税，以及贯彻“污染者付费”规定下的潜在责任者付费等。

现在我国土壤污染防治工作的资金主要来自财政拨款，这说明虽然我国土壤修复存量市场空间巨大，但因缺乏良好的收益机制，社会资本参与土壤污染防治的积极性不高。下一步将努力通过政府和社会资本合作（PPP）模式，发挥财政资金撬动功能，为土壤污染防治项目提供支持。

三是环境责任制度。有效的污染场地治理，需要认真检视现有的责任体系。目前对于污染场地的治理，我国实行“污染者担责”原则，这种规定看似合理，但在出现污染者不明、无力或不愿承担责任等问题时，其实效可能大打折扣。

一些国家采取了更为严厉的责任认定方式，比如美国《超级基金法》中确立的法律责任是严格的、连带的和回溯的责任。严格责任意味着不论潜在责任方的危险废物排放行为是否过失，都应当承担该责任；连带责任意味着任何一个责任方均可能会对治理危险废物设施的全部费用负责；回溯责任意味着

导致承担责任的行为可能会发生在《超级基金法》颁布之前，即使该行为在当时是合法的。这样虽然从根本上解决了污染者之间相互推诿的问题，但是也造成了污染土地被遗弃后，就没人愿意冒险购买的情况。我国可以在充分考虑我国实际情况的前提下，适当吸取其他各国责任制度的经验教训。

四是公众参与制度。污染场地防治法不仅要及时公开场地相关信息，还应鼓励更多的市民参与场地修复的决策过程。《污染地块土壤环境管理办法（征求意见稿）》中也有加强社会监督，推进信息公开的内容。下一步我国在建立实施污染场地国家数据库或国家优先名录的同时，应加快出台配套污染场地修复信息公开与公众参与相关的法律法规，颁布实施信息公开与公众参与的详细导则，使公众对修复的监督有法可依，有据可循，并寻求公众反馈意见和鼓励公众参与。

参考与借鉴