

环境风险的规制模式 ——规范主义、功能主义抑或综合模式

朱志权, 邓可祝

摘 要: 规制风险是现代环境法的重要使命, 我国已经基本形成了规制环境风险的法律体系, 但还存在较多问题。环境风险规制的实现路径存在规范主义与功能主义模式之分。规范主义重视环境风险规制的形式合法性, 要求环境风险规制在立法、行政、司法方面的体系化; 功能主义重视环境风险规制的弹性与适应性, 要求通过多种方式来制约环境行政裁量权。我国目前的环境风险规制, 应兼收不同模式的价值, 重视功能主义所具有的风险吸纳、行政自制功能, 从而更好地强化环境风险规制的有效性, 促进环境风险的良性治理。

关键词: 环境风险规制; 规范主义; 功能主义

中图分类号: D912.601 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2021)06-0026-12

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2021.06.004

一、前 言

在风险社会, 不同部门法都面临着风险预防与应对问题。作为以应对环境风险为主要任务的环境法, 也已经开始从危险预防向风险预防转变。“从后果控制向风险预防的转身, 被视为中国环境法转型的重要标志。”^[1]近年来, 我国法学界在强化环境风险规制方面也已取得了一定的进展。吕忠梅提出环境法需要实现从后果控制向风险预防转型, 即环境管理需要从损害救济转向风险预防, 实现环境风险管控, 这是环境管理从被动走向主动的必由之路^[2]。如何实现环境风险规制, 学者们也进行了探索。章楚加认为, 法律规范授权明确性弱化, 导致其对环境风险规制权力的拘束效果减弱, 应将公众的环境风险沟通及决策、参与诉求纳入行政程序法律规范的调控范畴^[3]。张宝认为, 应以程序理性为内核建立环境风险治理的裁量控制机制^[1]。这两者都强调了程序控制的价值。刘梦瑶从功能主义视角探索环境诉讼, 认为预防性环境公益诉讼在环境风险规制方面有其价值与功能^[4]。

已有的研究强调了环境风险规制的价值与功能, 从微观、中观路径对环境风险规制进行了一些讨论, 这既为笔者的研究奠定了基础, 同时也启发了笔者的思考, 即可以从宏观方面, 从环境风险规制的综合模式角度来探讨环境风险规制。环境风险规制整体上属于裁量性行为, 而这种裁量行为

基金项目: 教育部人文社会科学项目“民主商谈原则在我国核能开发中的应用研究”(15YJA820042); 国家社会科学基金项目“风险规制视域下预防性环境公益诉讼研究”(20BFX168)

作者简介: 朱志权, 重庆大学法学院博士研究生, 东华理工大学文法学院副教授(江西 抚州 344000); 邓可祝(通讯作者), 安徽工业大学公共管理与法学院教授, dkzhu2007@163.com(安徽 马鞍山 243002)

又具有科学、民主、行政的特征, 这些特征增加了环境风险裁量的复杂性。控制自由裁量是现代法律的永恒使命, 现代公法不断探索有效控制行政裁量的方式, 发展出规范主义与功能主义两种不同的模式。这些模式对于认识自由裁量、探索控制自由裁量的方式具有重要价值。而如果局限于某一模式, 也会导致环境风险规制出现不足。基于此, 本文从规范主义和功能主义的视角来对环境风险的规制路径进行研究, 进而探索环境风险规制的综合模式问题。

二、环境风险规制法律规范的特征

过去, 我国环境法主要应对的是环境危险, 以预防为主为基本原则, 环境法的主要内容为环境危险的预防与治理。随着风险社会的到来以及环境治理的深入, 环境法的重点开始向环境风险的预防与应对转变, 此时环境法的基本原则是风险防范原则, 而环境法中也出现了大量规制环境风险的内容。最为典型的是 2019 年制定的《土壤污染防治法》, 该法一共出现了 125 处“风险”, 并单独设立“风险管控和修复”作为第四章, 对土壤环境风险规制进行了相对明确的规范。

在环境风险规制立法方面, 这些规范具有一些明显特征:

其一, 我国环境法律规范越来越重视环境风险规制问题。早期环境法律规范主要针对环境危险, 对环境风险规制问题涉及较少, 而后期制定或者修改的法律规范, 越来越重视环境风险规制。当然, 我国环境法律体现的这一规律, 并不表明现有环境法律都实现了风险规制的转型。正如有的学者所言, 从目前各环境立法的目的、法律条文中广泛使用的“损害”“危害”“防治”“控制”等概念以及具体制度来看, 其建构的基础依然是危害防止理念^[1]。因而, 法律主要针对的仍然是危险, 而不是风险。

其二, 关于环境风险规制, 主要由位级较低的规范加以规定。我国已经有一些法律明确规定了环境风险问题, 如《环境保护法》中规定了“预防为主”原则, 《土壤污染防治法》中确定了大量的土壤环境风险规制条款, 但整体而言, 在法律位级上还体现为法律、法规以下的规范, 在其他环境单行法中, 关于环境风险的规范较为少见。这是因为, 环境风险规制具有较强的专业技术性, 法律、行政法规、地方性法律的制定主体相关专业技术能力不足, 所以在环境立法方面, 主要是一些关于污染防治的规定, 而不是风险防范。

三、环境风险规制的规范主义模式

在公法中, 规范主义是一种传统思想, 其核心观点“根源于对分权理想以及使政府服从法律的必要性信念, 强调法律的裁判和控制功能, 并因此而关注法律的规则取向和概念化属性, 基本反映了一种法律自治的理想”^[5]。可见, 规范主义法学的基本内涵有: 法律是界定公民权利和公共权力的一种有效方式, 法律应加强对权利的保护, 保持对公权力的限制, 法律规范主要要求法律应具有明确性、责任性、有限性、可司法性等。可以说, 规范主义更多地具备形式法治的特征。

(一) 规范主义在环境风险规制方面的价值

我国当前环境法治的一个重要特征就是用最严格的制度、最严密的法治来实现环境保护, 这些体现出规范主义的要求, 即法律规范的广泛性、法律责任的严格性, 而要达到这样的目标, 就必须依赖于法律规范的完善与发展。具体而言表现为:

其一, 环境风险规制法律的体系性。在环境风险规制方面, 要求法律对环境风险的规制主体、确定标准、规制目标、法律责任等问题加以规范。因而, 立法机关就必须在环境风险规制方面提供

必要的法律规范,当然,由于环境风险规制的高度科学性与政策性,立法机关可以在主要原则、职权方面加以规范,然后通过授权行政机关进行规制,并以此形成以法律为主导的环境风险规制法律体系。

其二,环境风险规制法律关系主体权利(权力)义务的明确性。在环境风险规制中,需要明确相关主体的权利(权力)义务。随着多元共治的实现,环境风险规制的主体较多,这更需要对相关主体的权利(力)义务加以规范,实现法律的明确性。在我国,规制主体主要是环保机关,但也会涉及其他主体,例如卫生行政部门、相关领域的科学专家,在现代环境风险规制中,企业不仅是规制对象,也承担风险规制的主体责任,其权利义务也应当在法律中加以规范。总之,由于主体类型多样,权力(权利)义务的类型复杂,需要在法律中明确不同主体的权力(权利)义务,以实现法律的明确性、可预期性。

三是法律责任的明确性。根据规范主义的原理,法律规范必须具备责任内容。法律责任既包括积极责任,即法律主体应承担的职责、应履行的义务,也包括消极责任,即没有承担积极义务而应承担的不利后果。如何对这些积极责任加以规范,相关立法无法完全加以明确,但可以通过一些原则性的规定,通过行政机关自身的内部规则来加以确定,并借助于司法裁量来实现有效的问责。至于其他主体,也存在相关的责任问题,也需要在法律中加以规范。

四是法律规范的可司法性。可司法性,也称为可救济性,是规范主义的重要组成部分。根据规范主义原理,救济是与权利相匹配的,救济走在权利的前面,无救济无权利。规范主义法学非常重视权力分工与权力监督。在现代社会,对于权利的司法救济是一种大趋势,例如美国对于环境标准的制定与适用,都存在大量的诉讼,而环境公益诉讼,对于原告资格的放宽,也是扩大环境风险司法救济的一种方式。通过放宽原告资格,可以提高非利害关系人的诉讼积极性,启动环境诉讼,将行政机关环境风险规制行为的合法性交给法院来裁判,利用司法权对行政权进行裁判。可见,从规范主义的视角看,对于政府的环境风险规制行为,应该受到司法审查,通过司法权对行政权的监督来实现法律的目的,从而实现环境风险规制的法治化。

(二) 规范主义在环境风险规制方面的不足

由于环境风险规制的特殊性,环境风险规制的规范主义路径,也存在较多困难。环境风险涉及科学问题,具有高度的专业性和不确定性,受限于行政人员的能力,需要凭借科学知识才能进行风险决策;甚至有学者认为科学家已经成为另外一种主权的享有者,他们的认识对于环境决策具有分权的性质^[6]。另外,环境风险规制涉及公众参与问题与风险分配问题,这在法律规范主义视角下也无法解决。因此,通过规范主义实现环境风险规制,就存在大量的缺陷:

一是环境风险规制的法律依据比较模糊。立法机关在环境风险规制的立法上无法实现明确性的要求,在实体方面,立法机关无法明确风险规制的具体内容,只能是原则性、概括性的,其具体的实施与实效,还依赖于行政机关根据科学论证与行政专业经验来判断。在程序方面,立法机关也只能规定相应的权力行使程序。这也可以解释我国环境风险规制法律表达方面存在问题的原因。正是由于环境风险规制的这一特征,我国环境法律在许多方面没有加以规范,例如对于环境质量标准等的要求,只是一种职权性设定,甚至没有对环境标准的制定原则作出具体要求,完全交由行政机关来决定。这与规范主义所要求的基本依据明确性存在一定的差异。这既是由我国立法机关的能力与意识决定的,也是环境风险规制这一类法律规范本身的特点决定的。

二是对环境风险规制权缺乏有效的监督方式。环境风险规制权主要是一种行政权,虽然企业也承担环境风险规制的要求,但更多地是一种义务,对环境风险规制权的监督主要是对行政机关规制权力的监督^[7],包括权力机关的监督、行政机关的监督、司法机关的监督,而司法机关的监督主要

包括检察监督与司法审查。这些监督方式都缺乏有效性。

在权力机关监督方面。首先, 由于环境风险规制的法律依据本身不够明确, 导致人大监督环境风险规制权的行使存在较大的障碍; 其次, 由于环境风险规制具有高度专业性和不确定性, 人大在这方面缺乏相应的能力, 其监督效果因此非常有限。

在行政机关监督方面。一方面, 这种监督仍然依赖于专业技术人员的风险评估, 而风险评估本身也具有不确定性^[8], 在风险评估本身存在不确定性时, 本部门监督与层级监督也存在固有的缺陷; 另一方面, 内部监督容易产生政治性对专业性的压制, 由于内部监督具有较强的命令服从属性, 如果上级违背科学规制作出指令, 对下级机关的风险规制也会产生不利影响。

在司法监督方面。司法监督包括检察监督与司法审查, 司法审查将在下部分单独论述, 本部分主要论述检察监督。检察监督是我国较重视的一种方式, 但这种监督也存在缺陷。首先, 与司法审查不同的是, 由于这一制度没有相关的质证与回应, 需要检察机关具备较强的专业能力与风险规制意识, 这很难实现; 其次, 由于司法权与行政权之间的界限, 需要保证司法权与行政权之间的界限, 保证司法的谦抑性。因此, 这种监督的有效性颇值得怀疑。

三是对于司法审查方面的不足。根据规范主义原理, 权力监督与权利救济的最重要与最基本的方式就是司法途径。在环境风险规制方面, 通过司法审查对环境风险规制权进行监督与制约, 保障环境风险规制权的合法有效行使, 是司法审查的基本内涵与基本要求。

但在环境风险规制方面, 司法审查也存在困难: 首先, 由于法律规定的不明确, 行政机关的执法依据较为概括, 而法院的审查依据也受到限制, 在司法审查中, 司法应遵循谦抑性原则, 例如美国法院坚持谢弗林尊重原则, 对于法律授予的行政裁量权予以较强的尊重, 这样的司法审查效果就达不到规范主义的预期; 其次, 司法权与行政权的关系, 由于司法权的谦抑性, 也不会在司法审查上过度地进行审查; 再次, 由于风险决策的科学性与专业性, 法院在这方面缺乏相应的专业性, 因此也应给予相应的尊重; 最后, 由于环境风险规制具有较强的政策性或者是政治性, 在这方面司法权也需要加以尊重。由于这多重的特征, 必然导致司法权的监督受到极大的限制。有学者就认为, 法院在审查行政机关的科学决定时面临较多困难, 而缺乏科学训练的法官对专业行政机关的决定的审查也非常犹豫。因而, 司法监督的效果是有限的^[9]。

从上面的论述可以看出, 对环境风险规制这样具有高度科学技术性、政策性、民主性等要件的行政行为来说, 很难满足规范主义的基本要件, 故其不足也非常明显。

四、环境风险规制的功能主义模式

利用规范主义路径进行环境风险规制, 面临诸多困难。功能主义路径用于环境风险规制, 可以提高环境风险规制的实效性。

(一) 功能主义的一般特征

功能主义是与规范主义相对应的一种法律模式, 更为强调实用主义价值, 例如法律中的适应性、效率与正义^[10], 可以理解为对政策与实践的归纳。它可以为公共行政者提供更为灵活的标准与平衡术。

具体而言, 功能主义具有以下特征:

一是重视不同国家机关的功能。在传统宪法理论中, 司法、立法与行政功能是由不同的机关来承担, 这些机关之间形成分工与制约关系, 以保障公民权利的实现。在现代法律中, 对权力进行分工不再是对先于宪法存在之权力的事后限制, 而是从一开始就关注国家权力、功能和机关的形成与

配置问题^[11]。根据功能主义的观点,“公法的基础不再是命令,而是组织。政府具有某种必须予以实现的社会功能”^{[12](P150)}。在该学说中,人们不应仅仅防止权力滥用,反而要促进权力特别是行政权力在促进公共服务方面的功能与价值,政府是一种促进进化的机构^{[13](P188)}。

由于高度的科学性、专业性,行政机关的专业知识和技能不断发展,而这些已经脱离了传统的立法与司法权力能够控制的范围,因此需要给予行政权力较多的自由裁量权。此时目的模式比条件模式更可取。功能主义也认识到现代机关都存在着功能局限,需要通过其他主体的参与,以弥补行政机关的风险规制功能局限。

二是重视行政机关的裁量。行政裁量是现代行政的基本特征,规范主义认为行政裁量会导致行政权的滥用,容易侵犯公民权利,因此需要通过规则控制与司法控制的方式,加强对行政裁量的控制,以预防行政裁量对自由与权利的侵犯。而功能主义法学认为,行政裁量在促进社会发展方面具有积极的价值与功能,法律对行政裁量的规制是促进而不是扼杀裁量对于实现个案正义的价值,是推动而不是阻碍裁量对于能动和高效地完成行政任务的功能^[14]。功能主义法学强调了行政裁量的积极作用,并非一味地强调对裁量的控制,其控制方式也较为特别:一方面,通过行政程序实现对裁量的控制;另一方面,通过行政机关的内部控制。在行政程序的控制方式上,通过说明理由、专家论证、公众参与、信息公开的方式来控制行政裁量性。行政机关的内部控制是通过行政机关自治,通过自我指涉系统控制进行控制,这也就意味着将行政裁量控制的重点从控制转移到自治。这里的核心理念是,不在于简单地了解如何去控制系统,而在于理解法律系统如何能够在一个本身并不听命于法律规则的环境中管理自己的再生产过程^{[13](P363)}。

重视行政裁量的积极性,需要考虑到在裁量中的解释问题。功能主义之下的解释需虑及裁量的能动性、积极性与回应性。以刑法为例,功能主义意味着在对刑法条文进行解释时,考虑刑法在社会中承担的功能,以最适宜实现相应效果的角度去进行刑法解释。此种解释观强调对刑法体系的应变性价值的维护,鲜明地体现出回应型法的特征^[15]。如果说传统刑法解释论是一种立法者为中心的解釋论,那么功能主义的刑法解释论便是一种以司法者为中心的解釋论^[16]。

三是重视行政权力的弹性与适应性。如果说法定裁量是一种在法律规定范围内的选择权,那么行政机关还可以根据自身的职权与工作目标来自行确定履行职责的方式,甚至利用法律没有规定的方式来执行行政任务,例如非正式行政行为。在美国,非正式行政行为的类型非常多,包括警告信、官方演讲、解释和与受规制团体的约谈^[17]。

无独有偶,我国的行政机关在非正式行政行为方面也开展了大量的实践,在一定程序上突破了既有法律的限制。以自由裁量权的控制而言,我国就开展了行政裁量基准实践,即由行政机关制定裁量基准来控制自由裁量的滥用,从而在保证专业性的同时,也对自由裁量的滥用进行了预防。另外,在没有法律依据的情况下,行政机关也开展了大量的其他实践,例如河长制、行政约谈等,都是行政机关自我实践探索的结果。这些实践具有相当大的实践理性的意义,具备了行政权力积极主动履行职责的目的,符合现代行政权的发展趋势和规律,符合功能主义的基本原理。

（二）功能主义对于环境风险规制的意义

功能主义法学是现代法学的基本趋势,功能主义的行政法是发展趋势,其不但要对自由裁量权进行规范,也要协助行政创新,助推经济发展与社会进步^[18]。德国法和美国法都特别重视现代法的功能主义。作为一种新兴的法律学科,环境法和环境风险规制更加具有功能主义特征,更加需要从功能主义视角来研究其实现路径。

重视环境风险规制的功能主义路径,是由环境风险的特征所决定的:第一,环境风险具有科学上的不确定性。一方面,环境风险的识别、判断与配置,都需要大量的科学知识来作为基础,需要

大量科学专业人士的参与;另一方面,这种科学又具有很强的不确定性,需要在科学的不确定性的前提下作出决策,这与纯粹的科学研究不同,环境风险规制中的科学是为风险决策作准备的,风险决策依赖科学研究,但即使没有确定性的答案,也需要作出一定的决策。这是环境风险决策的重要特征。第二,环境风险决策具有裁量性和利益衡量性。环境风险识别判断特别是风险的认定,需要经过大量的裁量,例如风险的识别、风险沟通、风险决策、风险管理,都需要进行裁量;特别值得注意的是,这种裁量性又体现了利益分配,因为在环境风险的分配,包括剩余风险的分配方面,都会涉及不同的利益,环境风险就体现出非常强烈的利益衡量性。第三,环境风险规制体现了政策性。环境风险的识别与分配也具有强烈的政策性,政府可以利用职权对风险予以分配,这种分配肯定会造成利益冲突与竞争,体现了政府的政策偏好。以剩余风险而言,剩余风险不仅体现了公众健康问题,而且体现了公众健康与技术发展水平、公众健康与风险偏好等方面的冲突与平衡,这些都反映了政府的政策取向。总之,环境风险规制具有强烈的科学性、裁量性和政策性。

对于裁量的处理,利用规范主义的方式来加以确定和判断,常常力不从心。从功能主义出发,会更具解释力。例如,在对法律规范进行设计与适用时,应从功能主义出发,从法律条款应当发挥什么样的功能、如何由这些功能出发确定评价标准、这些评价标准如何应用于实践这些核心问题来解释与分析^[19]。

(三) 功能主义的不足

功能主义法具备有效性、灵活性、适应性等方面的优势,但也存在一定的缺陷。与规范主义相比,功能主义法学总是面临着众多的质疑。正如马丁·洛克林教授所言,以关注行政目标实现而著称的功能主义,无法达成新的合法性基础而始终作为一种异端风格存在^[18]。功能主义法学仍然会面临较多的挑战,这些挑战在环境风险规制方面也有具体的反映。

一是法律依据的不足。从公权力的来源与行使来看,法无授权即禁止是规范主义的最基本要求,也是限制公权力的基本方法。在环境风险规制方面,由于法律规定较为概括,一些法律甚至连授权性条款都没有,行政机关只能根据法律的整体目标来规制环境风险,这就使环境行政权力的合法性面临较多的挑战。我国法律中关于环境风险规制的条文内容较少,对于环境风险规制的权力行使的原则、程序、规范等尚未加以有效地规范。环境风险规制主要依赖于行政机关的内部行政规范性文件,属于行政自制的范畴,但主要依赖行政自制不仅容易导致合法性危机,也容易成为行政机关扩大自身权力、回避法律责任的一种手段,对依法行政、确保行政合法性是极为不利的。另外,较高位级的法律不仅可以保证行政机关的规制权力的来源,而且可以对环境规制权力起到统领性作用,保障环境风险规制法律的体系性。但目前相应的法律依据不足,无法保障环境规制权的有效行使。

二是不利于建立有效的预期。法律预期是非常重要的,规范主义法治不可撼动的价值就在于其确定性和自治性,压缩了行政机关的自由裁量权,甚至要求行政机关作为一种传送带模式而存在,这样的目的是为了保证法律具有一定的预期,不受其他因素的干扰,保证法律的自足性。但这样的预期在功能主义模式下难以实现。从法教义学的角度看,规范主义很容易在教义学上形成一定的自治体系,提供有预期的法律,而功能主义在法教义学上存在较大的困难。同时,如果不能满足有效的程序性要求和实质性参与,即“如果不关注其实质内容上的利益均衡和利害关系人对行政过程的实质性参与”,则环境风险规制的目标是难以判断的;但如果过度强调其程序上的要求与参与,则会加大环境风险规制的成本,最终丧失其功能模式所具有的价值。

三是缺乏有效的外部制约会导致行政自制无效。能动主义模式下的环境风险规制,具有极大的模糊性,在立法监督与司法监督方面都存在不足。从规范主义角度看,司法问责是最有效的和最可靠的,但在功能主义视角下,司法问责还存在立法与理论上的障碍,在我国,大量的环境风险规制

是以决策的方式作出，而这种决策通常不是可以诉讼的行政行为。环境风险规制问责仍然主要依赖于行政机关追责，仅是一种内部制约。如果没有外部制约，可能会导致行政自制的无效。不仅如此，这种内部问责属于结果导向，而结果导向在程序、成本等方面可能会造成新的问题。

五、环境风险规制的综合模式

综上所述，环境风险规制，无论是规范主义模式还是功能主义模式，都存在一定的优势，也存在一定的弊端。因此，应采取综合的规制模式，以实现环境风险规制的最佳化。这种综合，更多是一种实质上的综合，即通过立法授权，由行政机关在风险规制中全面考虑各种风险因素来进行规制，然后由法院从功能主义的角度进行审查与裁判，最后实现风险规制的综合控制模式。具体而言，一方面，应重视规范主义的路径，虽然规范主义存在一定的缺陷，但其强大的生命力也是毋庸置疑的，即既要重视环境风险规制的基本原则和基本规则，也要重视司法审查的方式；另一方面，更应重视其功能主义的路径，即在环境风险规制方式上，主要依赖于行政机关的自我规制，通过其内在的自我约束方式，促进行政机关积极地履行职能，在重视科学性、参与性的基础上，对环境风险进行判断、识别，从而实现良好的环境风险规制。具体而言，以下几个方面尤应加以注意。

（一）完善环境风险规制的法律表达

从我国的环境风险规制的法律规范来看，已经在环境立法中得到了越来越多的体现，但存在的问题仍然较多。从规范主义的视角看，我国环境风险规制立法还有以下方面需要完善。

一是树立环境风险预防的立法理念。随着社会的发展和环境法的发展，环境法面临着越来越多的风险预防的功能，“从环境污染防治到环境质量管理再到环境风险管控，是环境管理者从被动走向主动的必由之路”^[2]，因此，需要从传统的以危险预防、损害预防任务功能向环境风险预防功能转变，树立风险预防的立法理论。在风险预防的立法理念下，不仅应确立风险预防原则，还需要确立风险预防的目的与目标，为行政机关的环境风险规制提供立法保障。

二是完善环境规制立法体系。完善环境风险规制法律规范，实现环境风险规制立法供给，是环境风险规制的基本前提。环境风险规制立法具有框架性立法的特征，在商谈—建构范式之下，立法并非一套严格的命令，而是更接近于一部宪法，为裁量权的行使规定了一系列原则和“广泛的考虑因素”^{[20](P40)}。

框架性立法具有统领环境风险规制立法、提供环境风险规制原则的基本功能，是依法治理环境风险不可或缺的部分。框架性立法的特点是只确定基本原则、基本职权、基本目标，但框架性立法也应重视其体系性，体系性是规范主义模式非常重视的方面，对于框架性立法也具有意义。从体系性的角度看，环境风险规制立法除了包括环境风险规制的基本原则外，还应包括环境风险规制的基本对象、基本规范与基本要求。法律原则不仅可以填补与避免法律漏洞，更可以指导人们在整个法律体系中理解各部门法，并且在适用法律时能考虑到不同层次法律规制的效力等级^{[21](P261)}。环境风险之治是裁量之治，依赖于行政自制来加以实现。而行政自制是一种原则之治，原则之治意味着必须依靠法律来确定相应的原则，过分依赖行政机关的自治而可能导致一种新的专制，这种自治仍然必须被置于“框架性立法”之下，服从于一般性的立法规则或法律原则^{[22](P82)}。通过法律原则确定可接受的风险的方式、标准、限度等基本要求，然后由行政机关来加以实施，可以有效地指导、制约、监督行政机关进行环境风险规制。虽然我国目前的环境法律已经明确了环境风险规制要求，但对环境风险规制的原则与标准是什么，并没有规定，对风险规制的要求也没有规定，应通过法律来确定环境风险规制的基本原则、基本规制、基本方法等框架性要求。例如美国在环境法中确定的可

接受风险和风险规制的最佳可获得技术等方面的标准,都可以作为我国参考的范例。

三是确定不同主体的环境风险规制功能。根据功能主义原理,不同主体在环境风险规制方面具有不同的功能,在环境风险规制方面应重视不同主体的职能分工,充分发挥不同主体的功能优势。第一,环境风险规制立法规定不同的参与主体。科学确定一定的主体参与环境风险规制,可以完善环境风险规制结构,有效发挥环境风险规制功能。这只能通过立法的方式来实现。在环境规制立法中,法律会授权其他规制行动者加入,也会规范这些规制行动者加入的基础^{[20](P23)}。通过规范不同的规制者,可以对环境风险规制结构产生影响,从而影响环境风险规制的效能。第二,环境规制立法赋予不同主体环境风险规制功能。功能主义强调应根据不同主体的特征来确定其规制功能,并针对不同目标来确定其任务。例如,行政诉讼法规定了不予受理的案件,目的是“为了保障行政机关有效地行使行政职权”,对于这些事项,法院往往缺乏功能优势,而由行政机关决策更能保证国家职能的正确实现^[11]。第三,在不同主体间配置风险规制权。功能主义对行政裁量进行了更加细致的划分,即“完全从什么适合行政机关判断,什么适合法院判断,从功能主义方面进行区分,实体性判断专属于行政机关,而程序上的控制则交给法院”^{[23](P77)}。

(二) 重视以行政为中心的环境风险规制

在功能主义视角下,环境风险规制主要是通过框架性立法来授权给行政机关,由行政机关来履行职能,虽然也需要对其进行监督,但仍然是一种行政中心主义的法律实施模式,而不是传统的法院为中心的法律实施模式。以法院为中心、以事后救济为特色的规范模式并非应对环境风险的适当场所^[1]。因此,强化行政机关履行职责的方式,关系到环境风险规制法律实施的实效性。

一是行政机关根据法律授权与专业经验制定环境风险识别、规制基准。在我国,较高位级法律规范对环境风险规制较少,主要是一些原则性、框架性的立法,而环境风险的判断、识别方法主要是一种行政机关特别是环保部门与其他部门制定的行政规范性文件,这些规范性文件往往成为下级行政机关作出风险判断与识别的依据,同时也是法院进行司法审查的参考,当然,在一些可以对抽象行政行为进行审查的国家,其本身也可能成为诉讼标的。但无论是哪一种情况,这些规范性文件在环境风险规制方面都具有无法替代的效果。以环境标准为例,立法可以在事前指示该怎么做,但是在特定标准的制定上要达成具体的平衡,需要经过比立法机关取得合意时更加详尽的考虑^{[20](P25)}。

从功能主义角度说,这种行政规范制定本身也是行政自制的一种体现,是通过行政规则来对上位法规定的裁量性问题作出具体的界定,不仅具有实施上位法的作用,也是对本系统的行政机关进行裁量约束的一种方式,体现了行政自制式的裁量控制模式。这种控制方式是一种规则控制,但具有专业性的特征,更加符合风险规制这样带有较强科学性问题的裁量控制。当然,这样的裁量控制也具有其潜在的危险,即容易转化为一种新的规则控制模式,而规则控制模式在行政自由裁量控制方面的有效性是值得怀疑的,所以,需要重视风险规则制定制度的完善问题。

为了保证环境风险规制基准的正当性,提高环境风险规制的实效,需要重视其制定程序。由于环境风险规制的行政规范性文件仅仅涉及环境风险的认定与判断,对相对人的权利义务并没有产生直接影响,我国的风险规则制定主要依赖于行政机关的内部程序。当然,如果法律规定了制定程序必须按照法定程序制定,例如,我国法律对于环境标准的制定,实际上是具有严格的程序要求的,在这样的程序下,是必须遵循公开与参与的要求。但在其他的一些行政规范性文件中,环境风险规则的制定程序非常灵活,是一种非正式程序。非正式程序具有高效、便捷的特征,是行政机关最为常见的一种程序,但这种内部程序缺乏外部参与与监督,对于风险规制的裁量存在缺陷。因此,需要对这些规范性文件的制定程序进行规范,不仅要增加公开性与参与性,而且通过加强监督的方

式，提高行政规范性文件的可接受性。有学者提出，风险规则不应该完全是由行政机关一家制定，还应受到立法机关与司法机关的一些干预，从而形成新的规制，这些调整后的程序属于混合规制制定程序^{[20](P137)}。

二是重视环境风险规制的吸纳功能。环境风险规制决定是一个行政行为，但这一行为又是由一系列的程序所决定的，是一个过程性行政行为^[24]，应该从行政过程的角度来分析行政行为不同阶段的吸纳功能。通过程序来控制裁量是现代行政法的基本趋势，行政程序对于裁量的控制，可以最大限度地让风险规制的过程具有可控性。程序控制裁量权，体现了现代程序的交涉性与封闭性，交涉性具有体现了不同主体的互动、对抗及合作，但行政机关的裁量也不是绝对的。更为重要的是，风险规制程序具有吸纳功能。风险决策是在多中心、可塑性强的、开放式的公共行政的机构情境中发生的^{[20](P28)}。具体而言，风险规制体现了行政、科学与民主的要求，在风险规制权的配置上，应处理好科学、行政与民主的关系问题，通过风险规制程序来吸纳科学知识和民主共识。环境风险首先是一个科学问题，需要专业知识的分析与判断，因此，这实际上对行政决策权构成了一定的制约；其次，它是一个行政决策判断的问题，在科学的基础上，仍然必须基于相关的行政决策，行政决策不仅需要考虑科学问题，还需要考虑政策问题（包括经济社会发展与环境风险限度）、法律依据问题，这些都是行政决策必须考虑的；最后，它是一个民主问题，民主是大众参与的过程，通过民主，可以吸纳公众的意见与要求，获得决策的正当性。可见，通过对三者的职能分工，可以对风险有一个准确的判断，作出最终的决策。

三是环境风险规制的证明义务。由于环境风险规制是以行政为中心的规制方式，行政机关在进行风险规制时，必须对自己的风险决定进行证明。先取证、后裁决，是行政法治的基本要求，其中就包含了证明的要求。证明义务也是一种行政自制的方式，行政机关通过说明理由以回应相关的质疑，证明其行为的合法性与合理性。通过说明理由，不仅可以促进行政机关全面地掌握环境风险，而且对环境风险的决定作出相应的说明，可以证明决策是具有相应的科学依据，从而为内部监督与外部监督提供了相应的依据。环境风险规制行为的证明义务，不仅体现了对行政机关的合法性与合理性的要求，也体现了风险决策的“商谈—建构”价值。现代风险决策已经摆脱了理性—工具主义范式，而体现出商谈—建构范式的意义。

行政机关的证明义务，也符合行政法的严格审查趋势。在美国对于行政行为的审查，有严格审查（Hard Look）的做法。所谓严格审查，首先，要求行政机关证明履行了严格审查责任；其次，才要求法院对行政机关的行为进行审查^[25]。可见，严格审查具有两个面向的要求：第一，面向内部的审查。就内部审查而言，要求行政机关能证明规制利益符合其成本，或者考虑到了规制中的重要问题^[26]。第二，面向外部的审查，即由法院来对行政机关的风险规制行为进行审查。

（三）重视司法审查的环境风险规制功能

在风险规制时代，行政机关获得了极为宽泛的自由裁量权。如何限制这种自由裁量权，对于合法有效地规制环境风险具有重要价值。司法审查在对自由裁量的监督方面具有独特的优势，即使是在具有高度科学性与裁量性的风险规制领域，也具有司法审查空间。通过司法审查，可以促进环境风险规制相关制度的发展，例如说明理由制度、程序制度、信息公开制度、公众参与制度等。更为重要的是，对于环境风险规制行为的司法审查，还具有以下的特殊意义：第一，从风险规制的科学问题来说。司法审查应当对风险规制的科学问题进行详尽的质证，对相关的专业技术问题进行审查，对相关的专家证人的论证进行审查，通过这样的审查可以发现行政机关在风险决策中的科学依据，从而对行政机关的自由裁量进行审查，这不仅可以发现行政机关在风险决策中的科学依据是否充分，对风险规制裁量进行较大地制约，也可以促进行政机关重视科学依据和风险沟通。第二，可

以促进行政自制、提高风险规制的质量。正如周佑勇教授所言, 行政自制并不是自我封闭, 这种自制应被置于框架性立法之下, 也要接受变化了的司法审查, 即作为过程控制而非法律控制的司法审查^[22] (P84)。在司法策略上, 为了实现规范主义与功能主义的平衡, 需要秉承“司法尊重与严格审查相并存”的司法态度, 在保证行政的必要灵活性的同时, 又能够有效制约可能出现的行政专断问题, 在行政权与司法权之间形成既合作又竞争的关系^[27] (P217)。

通过司法审查对风险规制决定进行审查, 是提高风险规制能力的必经途径。目前, 我国的环境风险规制的司法审查还局限于对具体行政行为的审查, 抽象行政行为甚至是决策行为, 还没有纳入司法审查的范围, 即使在一些具体行政行为中进行的司法审查, 例如环境影响评价中的审查, 由于其专业技术性, 法院主要是一种形式性的审查, 而过度强调对专业技术的尊重, 司法审查功能就受到了严重的限制, 司法审查的有效性也就会存在严重的局限。

根据这样的现实, 在环境风险规制司法审查中, 应在两个方向加以改进。第一, 受案范围问题。根据我国行政诉讼法的规定, 行政诉讼的受案范围主要是具体行政行为, 对于行政规范性文件这样的抽象行政行为, 只能通过附带性诉讼的方式进行司法审查。我国目前的环境风险规制主要依赖于行政机关制定的规则, 这属于抽象行政行为, 为了强化对行政规则的外部监督, 需要对司法审查受案范围进行必要的改革, 在一定范围内将一些抽象性风险规制行为纳入司法审查的受案范围之内。第二, 审查强度问题。在审查标准上, 司法审查主要是一种合法性审查, 对裁量性行为予以较多的尊重。在我国, 对于自由裁量行为也可以审查, 而且新增了行政行为“明显不当”的审查标准。自此, 我国的行政诉讼“堂而皇之地进入合理性审查的时代”^[28]。所以, 对于裁量性行为的审查, 也必须在今后的风险规制中得到较多体现。这其中会涉及司法审查的法律解释和审查强度的方面, 前者要求法院: 功能主义的解释论具有反法条主义的性质, 强调司法的能动性, 强调价值判断与利益衡量在司法过程中的不可或缺^[29]。后者包括: 行政机关是否遵守规制要求; 行政机关是否遵守强制性的程序要求; 行政机关是否遵守经过证明的可靠的科学证明要求^[9]。

在司法审查中, 法院需要对行政机关的科学证据与决策程序、规制行为进行实质性审查。在环境风险规制中实质性审查标准, 指的是行政机关对自身的决定要进行严格的证明, 以证明其完成了证明义务, 最终证明其风险规制决定的合法性和合理性。在风险预防领域, 只有经过严密的论证和在比较靠近“危险”程序的时候才可以采取概括性的、效力范围较广的禁止性措施^[21] (P285)。从审查强度来看, 这是一种弱的风险预防原则, 即在开展一项行动之前, 必须提供充足的确定性证明, 综合考量成本收益、社会、政治和经济等因素, 以证明在采取必要措施后可防止危害的产生或扩大^[30]。在弱的风险预防原则下, 行政机关向法院证明其行为是在考虑到了环境风险因素基础上作出的决定, 详尽考虑到了自由裁量应考虑的因素, 从而证明其规制行为的合法性与正当性。在对行政机关提供的证据进行审查的基础上, 法院可以支持环境风险规制决定。在环境风险规制司法审查中, 法院既要审查行政行为的证明, 又对行政决定保持一定的尊重, 从而最大限度地发挥司法审查的功能。

六、结 语

综上, 在环境风险规制中, 首先, 应具有基本的法律体系, 通过它们规范环境风险规制应具备的原则、规制主体、规制权限与规制目标, 这是一种规范主义模式的体现, 而且是现代环境法所不可缺少的组成部分。其次, 由于环境风险规制所具有的科学上的不确定性和利益冲突性, 应重视其在风险规制方面的裁量性, 加强对裁量性的控制。而环境风险规制的裁量性, 需要通过行政自制与

司法审查的方式来加以监督,通过多元化的监督模式,提高环境风险规制的实效性,实现从合法规制向最佳规制的演进,最终实现环境治理的绩效。当然,如何在环境风险规制中,实行对环境行政裁量的规制,仍然面临着许多挑战,例如如何提高科学决策质量和公众参与的质量,如何提高司法审查的绩效,这些都是应深入研究的问题。

参考文献

- [1] 张宝. 从危害防止到风险预防:环境治理的风险转身与制度调适[J]. 法学论坛, 2020(1).
- [2] 吕忠梅. 从后果控制到风险预防 中国环境法的重要转型[J]. 中国生态文明, 2019(1).
- [3] 章楚加. 环境风险规制中的民意困局及其破解[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2021(1).
- [4] 刘梦瑶. 预防性环境公益诉讼的理路与进路——以环境风险的规范阐释为中心[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2021(2).
- [5] 曹伟. 环境监管中的“规范执行偏离效应”研究[J]. 中国法学, 2018(6).
- [6] Blumm, M. C., A. Lang. Shared sovereignty: The role of expert agencies in environmental law[J]. *Ecology Law Quarterly*, 2015(3).
- [7] 黄辉, 钟凰元. 控权: 风险社会语境下中国行政法的理性选择[M]. 贵州大学学报(社会科学版), 2014(1).
- [8] Shere, M. E. The myth of meaningful environmental risk assessment[J]. *Harvard Environmental Law Review*, 1995, 19.
- [9] Sara, A. C. Taking a hard look at agency science: Can the courts ever succeed? [J]. *Ecology Law Quarterly*, 2009(2).
- [10] Eskridge, Jr. W. N. Relationships between formalism and functionalism in separation of powers cases[J]. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1998, 22.
- [11] 张翔. 国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心[J]. 比较法研究, 2018(3).
- [12] [英] 卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政(上)[M]. 杨伟东, 等译. 北京: 商务印书馆, 2004.
- [13] [英] 马丁·洛克林. 公法与政治理论[M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2002.
- [14] 钱卿, 周佑勇. 论行政裁量规制系统的建构——基于功能主义的范式[J]. 湖北社会科学, 2012(11).
- [15] 劳东燕. 功能主义刑法解释的体系性控制[J]. 清华法学, 2020(2).
- [16] 劳东燕. 功能主义刑法解释论的方法与立场[J]. 政法论坛, 2018(2).
- [17] Wu, X. T., L. Zhang. Agency threats[J]. *Duke Law Journal*, 2011, 60.
- [18] 谭宗泽, 杨靖文. 面向行政的行政法及其展开[J]. 南京社会科学, 2017(1).
- [19] 葛江虹. “知假买假”: 基于功能主义的评价标准构建与实践应用[J]. 法学家, 2020(1).
- [20] [英] 伊丽莎白·费雪. 风险规制与行政宪政主义[M]. 沈岍, 译. 北京: 法律出版社, 2012.
- [21] 刘刚. 风险规制: 德国的理论与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [22] 周佑勇. 行政裁量基准研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
- [23] 王贵松. 行政裁量的构造与审查[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.
- [24] 曹伟. 转基因食品风险规制中的行政裁量[J]. 清华法学, 2018(2).
- [25] Shapiro, S. A., R. W. Murphy. Arbitrariness review made reasonable: Structural and conceptual reform of the “hard look” [J]. *Notre Dame Law Review*, 2016(1).
- [26] Sunstein, C. R. A in defense of the hard look: Judicial activism and administrative law[J]. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1984, 7.
- [27] 周佑勇. 行政裁量治理研究: 一种功能主义的立场[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [28] 周佑勇. 司法审查中的滥用职权标准——以最高人民法院公报案例为观察对象[J]. 法学研究, 2020(1).
- [29] 劳东燕. 能动司法与功能主义的刑法解释论[J]. 法学家, 2016(6).

[30]朱炳成. 环境健康风险防范原则的理论建构与制度展开[J]暨南学报(哲学社会科学版), 2019(11).

Research on the Model of Environmental Risk Regulation

— Normalism, Functionalism or the Combination of Two

ZHU Zhi-quan, DENG Ke-zhu

Abstract: Risk Regulation is an important mission of modern environmental law. China has made a legal system to regulate environmental risks, but there are still many problems. Normalism and functionalism are two different models to realize environmental risks regulation. Normalism attaches importance to the formal legitimacy of environmental risk regulation and requires the systematization of environmental risk regulation in the legislative, administrative, and judicial aspects; while functionalism attaches importance to the flexibility and applicability of environmental risk regulation and requires multiple ways to restrict environmental administrative discretion. China should pay attention to the value of different models, especially the risk absorption function and administrative self-control function of functionalism, so as to strengthen the effectiveness of environmental risk regulation, and promote the benign governance of environmental risks.

Key words: environmental risk regulation; normalism; functionalism

(责任编辑 周振新)