

本刊特稿

环境风险的司法治理:内在机理与规范进路

陈海嵩

〔摘要〕 在现代风险社会中,如何有效回应环境风险对司法过程提出的规范性要求并形成制度架构是一个重要的法治命题,也是国家治理体系与治理能力现代化的重要方面。通过司法方式应对具有不确定性的环境风险,是履行宪法上国家环境保护义务的要求,具有风险规制的内在功能。这种司法活动在规制对象、目标及依据方面表现出与传统司法的结构性差异,构成了司法应对环境分析的基本机理。环境风险司法治理面临的障碍,包括环境风险事实认定、环境风险规范评价、司法权能扩张等方面。完善环境风险司法治理的规范路径,需要通过商谈过程实现司法的适度开放、强化并扩大司法过程中的利益衡量、提升科学知识在风险治理的供给能力。

〔关键词〕 环境风险规制;司法治理;风险防范;国家治理现代化

在现代风险社会背景下,由于环境风险内涵的不确定性特征使得一直以来面向“确定性”议题的环境法治体系面临全新的挑战。司法及其裁判在我国环境法治整体结构中无疑处于举足轻重的地位。如何有效回应环境风险对司法过程提出的规范性要求、形塑符合风险社会形态的环境司法功能及其制度架构无疑是重要的法治命题。本人曾经撰文讨论国家在宪法上的环境风险防范义务及对司法提出的要求。^①近年来学者们围绕“预防性环境公益诉讼”“预防性法律责任”等相关问题进行了讨论,取得了一系列成果,^②也为进一步研究提供了重要的参考。但是,作为一种有别于传统司法事后补救特征的新型司法形态,面向不确定性环境风险的司法活动必然面临相应挑战,特别是考虑到国家治理体系与治理能力现代化的时代背景及总体要求,其不可避免地对法院在环境治理中的作用及司法裁判方式提出新的要求和任务。为此,有必要深入探寻预防性司法在环境治理体系中的正当性基础,揭示其对传统司法活动构成的挑战,并在此基础上对司法应对环境风险的规范进路予以全面探讨,进一步深化对环境风险司法治理的认识。

陈海嵩,法学博士,武汉大学环境法研究所教授、博士生导师(武汉430072)。本文是国家社科基金重点项目“现代环境治理体系中的多元规范及其协同机制研究”(20AFX023)的阶段性研究成果。

①陈海嵩:《环境风险防范的国家任务及其司法控制》,《暨南学报》2018年第3期。

②相关代表性文献,参见吴凯杰:《论预防性环境公益诉讼》,《理论与改革》2017年第3期;吴良志:《论预防性环境行政公益诉讼的制度确立与规则建构》,《江汉学术》2021年第1期;张百灵:《预防性环境行政公益诉讼的理论基础与制度展开》,《行政法学研究》2021年第6期;刘明全:《环境司法中预防性责任方式的分层建构》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2019年第3期;张旭东:《预防性环境民事公益诉讼程序规则思考》,《法律科学》2017年第4期;董斌:《环境民事公益诉讼中预防性责任适用规则的优化路径》,《中国环境管理》2019年第5期;等。

一、以司法方式应对环境风险的证成

（一）司法方式应对环境风险的规范基础

从发生学上看,预防性环境司法的理念生成及推广主要源于环境公益损害的特殊性难以填补甚至无法填补,由此决定了生态损害预防的前置性和先决性。^① 特别是现代风险社会中,环境风险各领域的相关科技发展使得人们的生活变得更加方便、富裕,但也不可避免地产生了新的问题,即与新兴科技相伴而生的各类风险,对国家治理及相应法律规则提出了内在的要求。在整体法秩序中,通过司法方式应对环境风险的规范基础在于宪法上的国家环境保护义务。基于环境保护的内在特征,国家环境保护义务的履行不仅需要排除现已存在和出现的对环境的损害,排除或者减轻现在对环境可能或潜在的危险性,还应经由预防措施的采取来防止对未来环境的危害性。^② 由此产生了类型化的国家环境保护义务,即现状保持义务、危险防御义务、风险预防义务。^③ 包括司法权在内的所有国家权力都有义务采取积极措施,落实国家环境保护义务在上述三个层面提出的要求与任务,这就在宏观层面上明确了环境风险司法治理的正当性。

在法秩序的微观层面,以司法方式应对环境风险在我国已经具有相当的规范依据。应当看到,预防性环境司法已不限于学理上的探讨,而是早已体现在我国司法实践之中。2015年,最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《公益诉讼司法解释》)第一条将“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为”纳入环境民事公益诉讼的适用范围,首次为预防性环境司法提供了明确的规范依据。该适用范围的扩张使得“具有损害社会公共利益重大风险”进入司法方式的议程,但是预防功能的实现还需明确预防性环境责任方式的体系及其适用方式。根据发生阶段,预防性环境责任方式的表现形式分为诉前型与诉中型。诉前型包括禁止令、行为保全等责任方式,而诉中型则包括停止侵害、排除妨碍与消除危险等责任方式。^④ 目前,适用环境禁止令的统一性规定尚处于研究阶段,停止侵害、排除妨碍与消除危险等责任方式的适用具有明确的法律依据。2020年通过的我国《民法典》在侵权责任编中,将预防性的责任提前至一般规定中,将其与损害赔偿的归责原则相对应,建起事后的赔偿责任和预防性责任并重的局面。^⑤ 同时,《民法典》侵权责任编在第七章中增加了生态破坏的民事责任,并将原《侵权责任法》第八章的标题“环境污染责任”改为“环境污染与生态破坏责任”,将生态破坏与环境污染作为两种平行的环境责任的类型。^⑥ 使得《民法典》所确立的预防性环境责任适用范围得以扩大,更加符合生态环境保护与环境风险预防的要求,为预防性环境司法的实践展开提供了更为充分的规范依据。

（二）司法方式应对环境风险的治理效能

风险社会的到来及相应治理机制的变革,在某种意义上重构了国家的环境保护义务体系,环境风险预防义务的履行成为国家权力正当性的重要依据。从功能主义角度分析,预防性环境司法的生成与发展符合风险社会背景下环境利益的扩张性保护需求,实现对环境风险行政规制“失灵”的弥补,并显著推进我国环境治理能力的提升,具有显著的治理效能。具体而言:

①刘清生:《论环境公益诉讼的非传统性》,《法律科学》2019年第1期。

②陈慈阳:《环境法总论》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第31页。

③陈海嵩:《国家环境保护义务论》,北京:北京大学出版社,2015年,第94—128页。

④刘明全:《环境司法中预防性责任方式的分层建构》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2019年第3期。

⑤王利明:《〈民法典〉中环境污染和生态破坏责任的亮点》,《广东社会科学》2021年第1期。

⑥王利明:《〈民法典〉中环境污染和生态破坏责任的亮点》。

1. 预防性环境司法回应了风险社会背景下生态环境利益保障的需要。在经济快速发展的过程中,不可避免地带来相应的环境风险,特别是水电开发、化学化工、垃圾焚烧等建设项目同时也有着相应的环境风险,成为社会公众高度关注的话题。这是工业社会与风险社会相互交叉重叠的一个特征所在^①。伴随从工业社会到风险社会的转型,社会整合机制也随着需求型团结到焦虑促进型团结转变。^② 面对环境风险的复杂性与不确定性,个体在面对风险时存在认知能力不足也无力抵抗的局面,“社会成员热切希望除去、减少这种高度、广泛的危险,热切希望在这种危险现实化之前,国家介入社会成员的生活来除去、减少这种危险。”^③由此,“民间社会中与环境有关的权利主张以合法或不合法的形态不断地呈现”^④,这种夹杂着不安感的权利保障诉求,构成一种强大的社会力量,在政治层面要求国家运用司法在内的手段积极介入并采取措施预防和管控风险。由此,环境风险所带来的安全问题正植入公共讨论的话题,并逐渐主导政治决策。在此背景下,国家对公民社会的介入与调控的正当性来源已不再限于对个人权利与自由市场的保障,预防和消灭潜在的环境风险以提供安全保障成为确保政府合法性的重要来源。

面对环境风险高发与公众安全保障的强烈诉求,如果放任社会高风险和控制机制真空状态的发展,无疑将危及执政党和政府的合法性,国家急需一种具备理性规约能力的控制机制来满足公众的需要。^⑤ 从环境司法在公共话语中的角色嬗变来看,它不仅是司法图谱中的一个技术性装置,更意味着某种紧迫感和理性期待。^⑥ 建立并开展预防性环境司法,对司法的行动逻辑及裁判方法进行适应性改造,吸纳社会中因环境风险所引发焦虑而生的相应“权益主张”,在开放与互动的场域中消除公众的不安与忧虑,回应了风险社会中的权力话语和政治议题。这种具备极强社会回应属性的环境司法形态,是国家重塑环境治理机制的重要环节,能够满足国家、公众在应对环境风险时对环境司法的功能期待,并推进转型时期环境风险的规制与秩序的重建,从而具有相应的治理效能。

2. 经由预防性环境司法,可实现对环境风险行政规制缺陷的弥合。预防性环境司法的生成与发展还与环境风险的行政规制路径的无效与不足有关。现代环境风险的治理所依赖的是一个系统性规制体系,这其中,行政规制与司法控制是应对公共风险的两种典型路径。^⑦ 对于日益凸显的环境风险问题,如若通过行政规制能够妥善予以应对,通过预防性环境司法参与风险治理就没有足够的紧迫性。然而在我国环境治理体系转型过程中,行政权在公众信赖感、权力行使民主性以及权力监督机制方面都面临挑战,使其在应对环境风险上力有不逮。^⑧ 在涉及科学不确定性问题上,行政规制与其他治理方式一样只能基于有限的知识和信息,根据非充分决定性的事实和证据,在许多未知和不确定性条件下作出政策选择和决断,由于缺乏明确的立法指令,在执行宽泛的规制指令时常会“不公正地偏向有组织的利益,尤其是那些受管制的或受保护的商业企业利益以及其他有组织集团的利益,而损害分散的、相对而言未经组织的利益”^⑨,环境风险的不确定所伴生的广泛“权衡空间”无疑会加剧这一现象的产生。当规制机构的注意力将被过于狭窄的利益范围所吸引,并从适当的公众视角转移出去时,通过行政的风险预防结果就是值得怀疑的。

相比于环境风险治理中的行政机关,法院通过预防性环境司法,在执行环境风险治理任务时具

①成伯清:《风险社会视角下的社会问题》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2007年第2期。

②[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,南京:译林出版社,2004年,第2页。

③[日]关哲夫:《现代社会中法益论的课题》,王充译,载赵秉志主编:《刑法论丛》,北京:法律出版社,2008年,第338页。

④杜辉:《环境司法的公共治理面向》,《法学评论》2015年第4期。

⑤吴英姿:《风险时代的秩序重建与法治信念》,《法学论坛》2011年第1期。

⑥杜辉:《环境司法的公共治理面向》。

⑦宋亚辉:《论公共规制中的路径选择》,《法商研究》2012年第3期。

⑧段帷帷:《多元共治下环境行政权的功能转变与保障路径》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2020年第4期。

⑨[美]理查德·斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岗译,北京:商务印书馆,2011年,第24—25页。

备以下的比较优势,为司法广泛介入风险治理的议程提供了基础:(1)环境司法的被动性特征更有利于提供风险信息披露的强大激励,一方面,分散各处的权利人基于维护自身权益的强大激励,极大地增加了环境相关信息的供给数量;另一方面,司法举证规则的存在使虚假信息难以通过相互对抗的对方当事人质证,进而增强了法院所获取的环境信息的质量。^① (2)经由预防性环境司法的风险规制过程更具亲和力优势,能够实现与潜在风险承担者的沟通与交流,了解其利益诉求,在一定程度上缓解背后社会公众的忧虑与不安,稳定社会秩序。或者说,通过司法的社会治理可以打破过去政府主导的单一“压制式”的管理,转变为了听取当事人以及控辩两造的说服,在一种“沟通理性”的司法剧场下作出某种判决。^② 诉讼两造的“对抗”与“沟通”不仅有利于风险事实真相得以最大程度的还原,还有利于提升据此所作出裁判的社会接受性。(3)预防性环境司法在实现个案灵活性方面更具优势。行政机关通过提前设置的管制标准所进行的风险规制,在取得规模化优势的同时,无法确保最优的规制目标。因为环境风险治理的本质是一种面向于未来的决策,面向于确定性问题的规则往往无法直接适用,需要结合地域的生态脆弱程度、环境风险的急迫性及其预期影响范围、可能遭受损害的利益群体的规模等因素进行事实认定与规范评价,方能实现最优的治理效果。

二、环境风险司法治理的内在机理

从工业社会到风险社会,司法所面对的社会情境发生了巨大变化,环境风险所具有的不确定性和不安全感使得以“损害发生”为基本前提的制度预设无法发挥作用,司法规制的方法、程序及策略需要作出系统性调整与转型,方能适用这一变化。将环境风险纳入司法规制议程,本质上是从事后救济型司法转向风险预防型司法,实现环境风险的司法治理,这使得司法在规制对象、目标及依据方面表现出与传统司法的结构性差异,在此基础上可得到司法应对环境风险的基本运行机理。

(一) 司法规制的对象:从现实损害到未来损害

传统上,司法权启动要求“事实清楚”之现实化条件,这来源于法治主义的要求,即国家权力的发动必须保持一定的克制;以“损害发生”为基本前提的制度预设能最大限度避免国家权力对个体自由的过度干预。然而,随着科技应用的日益广泛,不确定性风险因素日益累积,风险的泛在性在扩展,国家的职能随之发生变化,国家权力正在由消极向积极转变,由防御向预防转变,从方方面面介入社会,尽可能掌控全局。^③ 换言之,在风险社会中,司法介入的条件被放宽,只要有发生损害的可能性,就具备了司法介入的必要性。通过突破“损害发生”为基本前提的制度预设,司法权获得了针对环境风险的规制能力,可在最大程度上对环境风险作出积极的回应。

这一变化也将引起司法裁判方式的转变。由于司法所要规制的环境风险并非来自于确定性的原因,环境风险在相当程度上是由社会定义和建构的,即使通过科学手段所提供的概率分析工具也只能建立起一种模糊的因果关联。在此情况下,法律推定的技术将会得到更多的运用,对因果关系要件的审查也会被弱化。司法权作为一种判断权,其主要根据特定的证据(事实)与既定的规则(法律),通过一定的程序进行认识,^④这实际上是在对已发生的事实基础上进行的回溯性评价。但由于

^①宋亚辉:《社会性规制的路径选择》,北京:法律出版社,2017年,第157—158页。

^②侯明明:《转型时期中国社会的司法回应:原因、机理与控制》,《甘肃政法学院学报》2019年第2期。

^③王贵松:《论法治国家的安全观》,《清华法学》2021年第2期。

^④孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,《法学》1998年第8期。

风险是“对未来的一种可能判断”^①,这促使司法判断的视野不仅是回溯性的,且还需在不同维度上进行前瞻性的审视,才有可能获得对环境风险合乎理性的评价。

(二) 司法规制的目标:从事后救济转向事前预防

在风险社会中,司法规制的首要目标应该是实现事前的风险预防而非事后的补偿或赔偿。之所以强调从事后救济转向事前预防,乃是出于两方面的因素:一是来自于经济成本的考量。由于“风险显现的时间滞后性、发作的突发性和超越常规性”,^②等待损害结果出现后再采取规制行动的代价无疑是巨大的,风险虽然表征的是一种未来的可能性,但是这个可能一旦为真,其后果往往是不可挽回的;二是来自于政治风险的压力。环境风险不仅是一种客观实在,更为社会公众的主观感知所塑造,弥漫于社会公众间的心理上的焦灼和不安会加大政治的风险,若司法仍坚持事后规制的路径,必然将面临广泛的社会质疑,也无从发挥在整体国家治理中的作用。

因此,为实现环境风险预防的目标,法院需要作出前瞻性的判决,即着眼于社会经济活动主体未来的行动,在科学认知支撑并获得社会理性认同的情况下用以“规范当下社会公众的未来行为及其预期”,实现对一个更可欲求的未来秩序的塑造和生产。^③当然,这一超前的司法介入仍需受到一定的限制,否则就会过于随意,影响经济社会的发展。事实上,环境风险的不确定性仍可在一定范围内被有效度量。现代数理科学的发展为人类评估与度量不确定性提供了日益精致的工具,司法介入的时机仍可通过科学所提供的概率论的数理分析进行有效判断。^④但是,科学所提供的概率论证并不能直接证成司法提前介入的合理性,是否逾越环境风险的“可接受”水平是更为重要的考量因素。由于“重大风险”是一个需要裁判者进行价值判断的法律构成要件,通过裁判者自由裁量方能对其存在与否予以判断,^⑤因此司法的提前介入必然是一个“谨慎”的过程,在面对“具有损害社会公共利益重大风险”时,一方面需要谨慎地识别和考虑风险,另一方面则需要采取谨慎的预防措施。^⑥

(三) 司法规制的规范依据:从侵权法到规制性立法

司法对环境风险的有效治理,本质上是国家权力对社会生活的理性干预,这种积极作为需要经由相应的法治基础,或者说规范依据。在传统上,由于私人风险能被个人所理解且有效控制,以侵权法为核心发展出一套规范体系,其主要功能在于补偿受害者,其制度运行有赖于损害的确定性、有限性、可计量性、可预期和可控制性、私人性。^⑦与传统工业社会不同的是,风险社会中的风险更多表现为一种公共风险。所谓公共风险,指的是那些“集中或者批量生产、广为流通,且绝大部分都是处在单个风险承受者理解和控制之外、威胁到人类的健康和安全的风险。”^⑧不同于私人风险,公共风险不受个人理解和控制,很难归咎于过错因素,且绝大多数的公共风险都具有两面性:一旦风险变成现实的损害,对特定的受害者来说是不幸,但是从整个社会发展的角度而言,公共风险的存在是一种必要的善。^⑨在此意义上,环境风险的司法规制所要实现的并非对行为的否定,而是通过司法干涉将公共

①胡彦涛:《风险刑法的理论错位》,《环球法律评论》2016年第5期。

②薛晓源、刘国良:《全球风险世界:现在与未来》,《马克思主义与现实》2005年第1期。

③侯明明:《转型时期中国社会的司法回应:原因、机理与控制》。

④苏宇:《风险防范原则的结构化阐释》,《法学研究》2021年第1期。

⑤杨秀清、谢凡:《环境民事公益诉讼法律适用困境及其破解》,《河北法学》2020年第5期。

⑥L. K. Mcallister, “Judging GMOs: Judicial application of the precautionary principle in Brazil”, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 32, No. 1, 2005, pp. 149 – 174.

⑦刘永林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构》,《法学研究》2014年第3期。

⑧P. Huber, “Safety and the second best: The hazards of public risk management in the courts”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 2, 1985, pp. 277 – 337.

⑨傅蔚冈:《对公共风险的政府规制》,《环球法律评论》2012年第2期。

风险控制在一个社会可接受的水平。因此环境风险司法规制的主要方式是在不同利益之间进行权衡,超出了个体当事人范畴的简单计算,而是需要置于科学、经济、政治和社会整体视野之中进行思考,这就超越了传统侵权法所能涵盖的范围;“侵权法体系从制度上说是不适合作出平衡风险/收益的判决,最根本的原因乃是在于判决是通过孤立的个案作出,并且相互之间并不协调。”^①相应地,环境风险司法治理的规范依据也就必须从公共性的规制立法中加以确定。

三、环境风险司法治理面临的障碍

在前文分析的基础上,我们也必须认识到,由于环境风险所固有的不确定性特征,以及伴随风险预防而来不可避免的司法权能扩张,使得预防性环境司法的开展一方面必须考虑到其对个体权利与自由市场的威胁,另一方面由于前述司法理念与裁判方法的革新,还需考虑其对法院参与国家治理能力提出的挑战。总体而言,环境风险司法治理所面临的障碍,包括如下三个方面:

(一) 环境风险事实认定的科学性难题

预防性环境司法所面对的是具有不确定性特征的环境风险,法院对环境风险作出妥当规制的前提在于对诉争案件中的环境风险予以认定。然而风险事实具有科学性与复杂性特征,通过举证责任所提供的激励无法保证原、被告可以提供足够的证据,仅仅依靠举证责任进行事实发现,可能会产生实质的司法不公。在此情形下,法院必须借助于第三方的风险评估,对隐藏的风险因素作出识别,通过定性或定量的方法确定风险的性质及严重程度,建立概率性的因果关系对环境风险的损害预期作出总体预测,以此为司法裁判的作出提供知识基础。然而,这一“技术主义”的路径在提升科学认知水平的同时,也存在着明显的困境。首先,风险评估的中立性仍是值得怀疑的。环境风险的复杂性与不确定性使得据以作出风险评估的信息基础往往并不充分,科学家仍需要运用经验与模型估测“是什么”,由此导致相应的判断其实只反映了“我们认为是什么”,这很难说是完全科学的。因此,政策考量、个人偏好可能深刻地影响着风险评估。^②在这种“棘手问题”的实践情境中,咨询专家与利益集团关系甚密而成为“利益攸关方”或行政决策中的“代言人”^③。其次,法院在专业知识方面的局限导致其无法提供充分的事实论证,使得专家容易获得实质的决策权。风险评估具有事实发现的功能,科学性是其作为事实发现工具的内在要求。^④但通过第三方的风险评估所获得的案件事实,还需经过事实论证对所认定的事实进行检验并形成内心确信,方能实现事实与规范的连接。一般而言,事实问题需要法官根据经验法则加以判断还需法官依照经验法则予以判断。^⑤但这一过程对于法院来说往往是非常困难的,无法保证其在风险事实的认定中发挥有效作用。这一现实问题导致了法院在面对环境风险中具有科学属性的复杂事项时,往往在事实上放弃了事实论证的义务,直接采纳当事人提供的鉴定结论,导致司法实践中有时会出现“以鉴代审”的问题。更为复杂的是,针对环境风险因素的鉴定评估机制与技术方法并不成熟,这对预防性环境司法造成了内在的障碍。^⑥

^①R. B. Stewart, “Regulatory compliance preclusion of tort liability: Limiting the dual-track system”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, No. 7, 2000, pp. 2167 - 2186.

^②赵鹏:《风险评估中的政策、偏好及其法律规制》,《中外法学》2014年第1期。

^③[美]希拉·贾萨诺夫:《第五部门:当科学顾问成为政策制定者》,陈光译,温珂校,上海:上海交通大学出版社,2011年,第21页。

^④赵鹏:《风险评估中的政策、偏好及其法律规制》。

^⑤张卫平:《自由心证原则的再认识:制约与保障——以民事诉讼的事实认定为中心》,《政法论丛》2017年第4期。

^⑥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》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2021年第2期。

（二）环境风险规范评价之难题

在自然科学视域中,风险是一个客观实在,对风险的评估是一种事实陈述。但是,随着风险社会科学的兴起,社会理论、伦理学等理论强调关于风险的陈述并非纯粹的事实描述,而且还包含价值评价。现代环境风险规制的过程并非一个简单的科学问题,以提供科学性知识基础为风险评估程序仅能为预防性环境司法提供部分依据;司法裁判的最终作出还需衡量政治、经济和社会等因素。^①简言之,在预防性环境司法中,法院无法仅仅依据环境风险评估所提供的科学认知成果作出裁判;从环境风险评估到司法裁判的最终作出,法院围绕“重大风险”需要做出大量的规范评价来支撑最终的裁判,包括:判断该环境风险是否属于为社会所必须忍受的“剩余风险”;衡量欲采取的预防性措施是否符合成本收益分析及比例原则;环境风险是否具有可救济性等。上述问题的解决无法通过科学论证得出一个确定数值进而径直采取措施“科学能够在一定的误算范围内估算出风险的概率范围,但无法告诉人们何种程度的风险是可以接受的。”^②这意味着一种完全可被科学所证实为可靠的基础认知而开展司法行动的理想并不现实,司法规制的方式及范围的确定需要进行相当的价值性选择,进而直接影响采取风险预防措施的方式、强度及范围,这本质上是一个政治性的过程。然而,风险社会中“本来应该代表公众意志的立法组织及其成员逐步失去了担保其政策制定和法案形成的风险最小化能力”,^③司法的环境风险规制过程使得公共选择实质上被转移至司法过程,环境司法由此具有了参与公共议题的实质含义。但是,这一开放性的议程对法院的制度能力及裁判方法提出了挑战。首先,法院的政治敏感度不高,加之司法所固有的保守性,可能带来公共政策执行的失真或不执行问题。^④其次,如何调控专家或者民众参与的方式与时机,避免过激的民众情绪而导致风险被人为扩大,同时又保证对“科学垄断”的适度制约,涉及到科学理论与社会理性的平衡,^⑤这将对司法的技艺形成空前的挑战。最后,多元理性如何在司法裁判中得以选择、整合与转述存在困难,科学理性与社会理性之间并非总是一致的,或者说两者之间在面对同一类环境风险时的判断时往往存在矛盾,环境群体性事件就是一个典型例证。^⑥

（三）司法权能扩张的制度性风险

预防性环境司法与传统环境司法相比,其适用范围得以扩大、救济时机得以提前,证明责任标准也不可避免有所降低,由此使得环境司法介入环境风险规制的时机、条件和范围都实现了突破,司法权能在事实上得到了扩张。这无疑来源于风险社会背景下应对环境风险不确定性的现实需要,但风险社会的悖论在于,各类旨在预防风险现实化的举措或制度本身又会成为新的风险源^⑦,“预防”的理念可能在无意义地防止一组风险而忽略其他风险^⑧。为实现有效的环境风险治理,司法权能的扩张必然也伴随着新的问题。“公共风险作为社会发展的反向力,对现代社会的挑战属于系统性挑战,法律作为风险控制的重要工具,也必须系统性地加以应对”。^⑨

具体而言:(1)在国家环境治理权力的整体结构中,预防性环境司法的开展不仅会考验司法资源

①赵鹏:《风险评估中的政策、偏好及其法律规制》。

②唐双娥:《环境法风险防范原则研究——法律与科学的对话》,北京:高等教育出版社,2004年,第21页。

③韩德明:《风险社会中的司法权能》,《现代法学》2005年第5期。

④郑智航:《最高人民法院如何执行公共政策》,《法律科学》2014年第3期。

⑤陈海嵩:《风险社会中的公共决策困境》,《社会科学管理与评论》2010年第1期。

⑥陈海嵩:《环境保护权利话语的反思》,《法商研究》2015年第2期。

⑦劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。

⑧[美]凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性》,师帅译,北京:中国政法大学出版社,2005年,第126—128页。

⑨宋亚辉:《风险控制的部门法思路及其超越》,《中国社会科学》2017年第10期。

的供给能力,还可能会对其他权力形成相当的侵扰。司法固然是国家治理体系下应对环境风险的重要一环,但由于司法资源及其制度能力的有限性不可能应对所有类别的环境风险,若不同国家权力间缺乏明确的协调规则,这种具有回应性特征的司法形态将不可避免地卷入环境风险认知的争议中去,可能产生不当侵入行政的领域,形成“向司法逃逸”的现象,导致一种过度依赖于司法的畸形治理结构。(2)必须看到,司法权自身也存在资源供给的问题,“任何一个社会都不可能通过无限增加司法资源的供给,满足社会利用诉讼解决纠纷的全部需求”,^①司法承担过多的风险规制任务会不可避免地消耗有限的司法资源。正如有学者指出的:风险的主观性将动摇规则中心主义下司法裁判的稳定性预期,从而使得司法规制面临更大的合理性压力。^②(3)从环境风险治理的对象来看,司法权更加超前与频繁地介入与干预,也可能会对个人权利与社会秩序形成冲击。从工业社会到风险社会,随着国家任务的扩张,风险预防措施的实施将使得私人的自由受到更多的限制,安全与自由的关系日益紧张。^③风险作为不确定性情景下对未来情势的一种判断,预防性环境司法作为一种具有反思性的制度改革,将增加企业的注意义务、提升企业生产的内部成本,增加社会的整体成本。这是环境风险司法治理所不可忽视的潜在影响。

四、完善环境风险司法治理的规范路径

基于前述分析,环境风险的司法治理具有必要性,同时也面临着诸多障碍,需要从规范化、法治化的角度加以完善。总体而言,重点在于如下三个方面:

(一) 通过商谈过程实现司法的适度开放

司法在传统上被设定为是保守和中立的,避免外部干扰是实现法官独立裁判的应有之义,但这是建立在规范自足以及法官职业能力能够保证对事实和价值予以充分认知的前提上的。或者说,传统上司法所内涵的封闭、中立特征是建立在相对简单的社会情景之中的。但是从前文可以看出,应对环境风险的复杂性、科学性以及不确定性特征的预防性环境司法显然无法满足这一前提性预设。在科学决策难度和风险增大的非常规情境中,科学决策的合理性与正当性必须在一个开放的、多元参与的治理模式中得以重构,^④这使得预防性环境司法需要在开放性的情景中加以展开。首先,受环境风险影响的潜在利益主体多元。由于环境风险的不确定性,受这一潜在危害影响的时空范围无法确定,因而那些可能承受巨大环境风险的人也是广泛的,由于环境治理的公共属性,潜在利益主体的格局不仅包括对立的案件当事人,还包括多元化的社会公众,甚至跨越当代人与后代人的界限。其次,环境风险认知的知识来源途径多元化。环境风险治理需要以有效知识的生产和供给为前提,但是“科学知识的创设却并不是那么客观,在方法论上也不是那么滴水不漏。”^⑤不确定因素导致事理基础无法完整确立,必须寻求科学认知之外的知识来源。在“后常规”时代,风险认知更多表现为一种社会建构行为,公共理性在实现环境风险的完整认知上具有重要意义,其在公共政策的价值选择上具有知识性优势,可以为司法裁判提供事实、利益与偏好分布等方面的信息基础。^⑥在此情况下,

①范愉:《司法资源供求失衡的悖论与对策》,《法律适用》2011年第3期。

②刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,北京:法律出版社,2012年,第4页。

③王贵松:《论法治国家的安全观》。

④胡娟:《专家与公众之间:“后常规科学”决策模式的转变》,《自然辩证法研究》2014年第8期。

⑤[美]希拉·加萨诺夫:《科学型规制中的程序选择》,宋华琳译,载姜明安主编:《行政法论丛》(第12卷),北京:法律出版社,2009年,第224—239页。

⑥王锡锌:《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,《清华法学》2009年第2期。

预防性环境司法开展所据以的知识基础必须要在“扩大的同行共同体”上实现,为此必须重新开放认知承诺,强调非职业化、情境性的知识价值,在赋予公民与专家以认知能力平等基础上谋求多元主体的协商对话。^①最后,环境司法过程的适度开放更有利于实现司法裁判的可接受性。现代社会的风险同时仰仗于科学和社会的建构,具有客观与主观的双重特征。^②在此情况下,恪守传统上司法形式主义立场必然无法适应环境风险治理的需要,需要实现并不断保持环境司法过程的适度开放性。

由此,预防性环境司法的开展必须重视司法判决的可接受性建构,可接受性意味着司法裁判的过程与结果都要充分考虑不同受众的意见,以至在主体间达成最低限度的司法共识。^③基于这一目标,理想化的预防性环境司法应当是一种体现商谈精神的诉讼程序,此时司法权能的实现既不是竞技主义模式中的消极裁判,也不是职权主义模式中的法官依职权的完全干预,而是一种法官主持下争议双方的商谈和对话活动。^④通过这种商谈和对话活动,体现环境风险治理中审议式民主的基本精神,即通过多元、平等主体的实质性参与形成风险议题上的共识。

(二) 强化并扩大司法过程中的利益衡量

预防性环境司法是一项强调灵活回应环境问题的治理过程。然而,这一适应性变革在保证环境风险预防灵活性的同时,也为司法裁判预留广泛的裁量空间,由此必然会弱化传统上对司法权行使的制约,对规则适用的客观性与统一性造成重大威胁。为解决这一矛盾,就对法官裁判提出了利益衡量的要求。在这一意义上,利益权衡是预防性环境司法重要的实践性特征所在。

需要指出的是,利益权衡是现代司法的一个基本特征,并非为预防性环境司法所独有,而是预防性环境司法“裁判于未知之中”的特性需要特别注重这一方法的运用,具体而言:(1)是开放型治理结构的内在需求。如前所述,预防性环境司法需置于开放式的治理结构中进行,以获取据以作出裁判的充分的知识基础,开放性的预防性环境司法过程在保证科学认知外的知识来源得以进入的同时,也面临着多元且往往具有异质性的知识的评价与整合问题。从知识社会学的角度看,风险规制是公众和专家运用各自所掌握的关于风险的事实和价值知识进行交涉、反思和选择的过程。^⑤但在风险规制的实践中,公众和专家的知识表达往往并非中立,而是具有特定的利益立场;专家可能因为迎合政策或受到利益俘获而为风险行为者代言,公众也可能由于心理感知的偏差而产生“风险的社会放大”,^⑥这就使得不论哪方主体的主张,都很可能是利益表达的产物而非客观中立。基于此,在通过司法进行环境风险治理的过程中,法院必须妥善考量不同主体的利益偏向,在进行充分的利益权衡的基础上对有关环境风险的知识作出评价与选择。(2)因个案风险事实的复杂性而需要进行利益权衡。目前以环境民事公益诉讼为主的预防性环境司法模式,司法规制的直接对象为环境风险的制造者,预防性环境司法的展开需要法院“近距离”观察环境风险所处的时空环境,对诉争个案中的环境风险予以识别和评估,并经规范化转述后通过法律责任的方式予以调整。由于环境风险之复杂性、不确定性特征,无法对事实进行客观化还原并在此基础上予以规范评价,因而环境司法的适用过程并非建立在单线的因果关系基础上的机械化逻辑演绎,司法裁判的作出需要特别强调在个案的情景和地域中发挥司法的能动性,形成符合个案裁判的依据。(3)因规则缺乏而需要进行利益权衡。在现代风险社会中,无论是形式法范式还是实质法范式,都已经无法为一种风险生产型现代化提供

①杨建国:《从知识遮蔽到认知民主:环境风险治理的知识生产》,《科学学研究》2020年第10期。

②胡娟:《专家与公众之间:“后常规科学”决策模式的转变》。

③胡平仁、刘冬泉:《司法裁判可接受性的法社会学之维》,《石河子大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期。

④韩德明:《风险社会中的司法权能》。

⑤戚建刚:《风险规制过程合法性之证成》,《法商研究》2009年第5期。

⑥P. Slovic, *The Perception of Risk*, London: Earthscan Publications Ltd, 2000, p. 232.

合法性基础。^① 由此,传统以演绎法进行论证的司法适用逻辑并不充分,在封闭的法律逻辑体系内无法找到司法判决合法性的依据,需要从法律体系的外部进行个案化规则的发现。这一“发现规则”之外部过程的核心就是进行利益权衡。体现在方法论上,预防性环境司法的开展不仅需要进行规范层面的评价,更为重要的是经由环境风险评估等议程进行更为复杂的价值权衡,通过法官的自由裁量权和规则发现、参与决策、资源分配,成为积极介入和预防环境风险的力量。^②

(三) 提升科学知识在风险治理的供给能力

现代环境风险对国家提出的挑战是空前巨大的,而这些问题法院和行政管制机构都难以彻底解决。从环境风险的规制实践来看,行政机关和法院都以一种远远不够完美的方式来应对环境风险的不确定性。^③ 法院和行政管制机构在环境风险预防中各有其优势,仅通过列举一方的优势而否定另一规制路径是不可取的。事实上,面对环境风险的不确定性,行政机关与法院在某些方面所面临的困境是相同的,如在风险评估及管理过程中,判断和直觉对这一过程至关重要,这建立在充分的科学知识基础之上,“技术如此新、所讨论的概率如此小,准确的风险估计不能基于经验观察。相反,这种评估必须从复杂的数学模型和主观判断中得出”^④。显然,环境风险治理不管对于行政机关还是法院而言,都具有较大的难度,这凸显了科学知识在环境风险治理中的重要地位。具体而言,在预防性环境司法过程之中,科学知识针对“如何进行环境风险预防”具体措施的判断,可以对下述事项予以有效的论证和支撑:完全禁止、适当处理、减少暴露、加强控制、暂时限制、对承受风险者提出建议、对从业者提供说明义务等。对上述问题,法官裁判由于时间、议程和专业知识上的诸多限制、不足,并不能很好地做出具体的选择;如果完全按照相应行政部门意见加以裁判,就难以摆脱社会公众对其中立性的质疑,事实上也就放弃了司法审查存在的必要性。此时,就有必要引入多种形式的专家意见,依据现有的科学知识提出具体的政策建议对司法裁判过程及审理结构予以补强(reinforce),从根本上提升科学知识在风险治理中的供给能力。

五、结语

环境风险作为社会发展的反向力,对现代社会的挑战属于系统性挑战,法律作为风险控制的重要工具,也必须系统性地加以应对,不能出现“各自为政”。^⑤ 这其中,司法部门和行政部门有着同样重要的作用。基于国家治理体系与治理能力现代化的总体背景,不断强化、完善环境风险的司法治理,既是有效应对各类环境风险的内在需要,也有着更为深化和重大的意义。一方面,环境权益观是习近平生态文明思想中的核心观点,是新形势下人民群众维护各类生态环境权益所发展出的新型人权观。^⑥ 通过司法方式有效应对环境风险,能够为公民环境权益提供更为充分的保障,是贯彻落实习近平生态文明思想的应有之义;另一方面,随着我国生态环境治理现代化进程的不断深化,司法在环境治理中必将发挥越来越重要的作用,这已经得到了最高人民法院的高度重视。^⑦ 本文对环境风险

①韩德明:《风险社会中的司法权能》。

②范愉:《诉前调解与法院的社会责任:从司法社会化到司法能动主义》,《法律适用》2007年第11期。

③C. P. Gillette & J. E. Krier, “Risk, courts, and agencies”。

④L. Vassie, P. Slovic & B. Fischhoff, et al., “Facts and fears: Understanding perceived risk”, *Policy and Practice in Health and Safety*, Vol. 3, No. suppl, 2005, pp. 65 - 102.

⑤宋亚辉:《风险控制的部门法思路及其超越》。

⑥周心欣、方世南:《习近平生态文明思想的环境权益观研究》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2021年第1期。

⑦2021年5月26日,最高人民法院院长周强在世界环境司法大会上指出“中国法院充分发挥审判职能作用,不断深化生态环境司法治理的中国实践”。<http://wej.court.gov.cn/news/view-212.html>.

司法治理内在机理与规范进路的分析,也正是基于这样的考虑,期待能推动相应的讨论和分析,更好地实现环境风险的多部门合作治理。

(责任编辑:邵泽斌)

Judicial Governance of Environmental Risks: Internal Mechanisms and Normative Approaches

CHEN Haisong

Abstract: In a modern risk society, how to effectively respond to the normative requirements of environmental risks on the judicial process and develop an institutional framework is an important issue concerning rule of law and an important aspect of the modernization of national governance system and capacity. To deal with uncertain environmental risks through judicial means is a requirement for fulfilling the state's environmental protection obligations under the Constitution, and it has the inherent function of risk regulation. This kind of judicial activity shows structural differences from traditional judicial activities in terms of regulatory objects, goals, and basis, and constitutes the basic mechanism of judicial response to environmental analysis. Obstacles to the judicial governance of environmental risks include among other things the fact-finding of environmental risks, the normative evaluation of environmental risks, and judicial power expansion. To improve the normative path of judicial governance of environmental risks, it is necessary to implement the appropriate opening of the judicial system through the negotiation process, strengthen and expand the interest measurement in the judicial process, and improve the supply capacity of scientific knowledge in risk governance.

Keywords: environmental risk regulation; judicial governance; risk prevention; national governance modernization

About the author: CHEN Haisong, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at Research Institute of Environmental Law, Wuhan University (Wuhan 430072).