

【环境法学】

公私交融秩序下环境法的体系化

杜 辉

【摘 要】随着公私互动治理频率增强且形式逐渐多元化,公法与私法两大机制在环境治理中也随之进一步地交融互通与彼此借力。在公私交融秩序之下,公私互动至少包括吸收、促进、规避、替代和压制五种类型,并且呈现出稳定的互动逻辑。这种法现象为环境法体系变迁提出了新的规范任务。在方法论上,可以从公法与私法的规范交错、多元利益关系结构的识别、行为互动与责任分层、工具的叠加与选择等公私互动焦点出发来把握环境法体系化的主线。而要实现这一目标,则可着力于从制度改革和实施的双重视角确立公私利益区分机制,通过“权力—权利”谱系的塑造推进公私主体治理权的精准配置,利用联结制度将市场机制、社会机制嵌入公法机制,通过扩展公益裁判权将司法的协调整合效用最大化。

【关键词】现代环境治理;公法私法交融;环境法体系化

【作者简介】杜辉(1984—),男,江苏徐州人,重庆大学法学院副教授,重庆大学西部环境资源法制建设研究中心研究员,研究方向:环境资源法学、治理与法治理论、法学方法(重庆 400045)。

【原文出处】《南京工业大学学报》:社会科学版,2020.4.19~29

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“整体系统观下生物多样性保护的法律法规研究”(19ZDA162);中央高校基本科研业务费项目“国家治理体系与法治发展协调互动机制研究”(2020CDJSK08ZH06)。

一、背景与问题

2020年3月,中办、国办印发《关于构建现代环境治理体系的指导意见》,进一步明确了推进现代环境治理体系必须坚持“党的领导、多方共治、市场导向和依法治理”的基本原则,重点围绕企业责任、政府监管、公众行动、市场配置、信用建设、法律法规政策等体系构架多元参与、良性互动的环境治理体系。这表明,伴随着政府改革、市场开放和社会建设三驾马车的协同并进,中国的治理实践在观念、方式、样态多个维度发生了深刻转变。在此背景下,针对“公共问题的复杂性和互赖性”,整合多种途径“以寻求具有合理性与妥适性的解决方案,并贯彻提升其执行能力加以处理”^[1],无疑已成为当前治理革新及其规则系统更新的主要任务。这一发展趋势和规范诉求在环境治理领域表现得尤为明显^①。制度、政

策和工具作为直接决定环境治理样态及其效果的关键变量,它们围绕环境权利与环境权力之间的制衡、协作甚至冲突展开的规律性融合或互斥^[2],既表征着政府与社会、市场在不同阶段之关系定位,也划定了政府、市场主体和社会力量在环境治理中的行动边界。由此,在倡导共治秩序的历史新阶段,环境法必须重新定义这种关系,并使三类主体能充分预见和确认相互行为之方式、后果以及界限,使市场主体和社会力量能够更积极主动、理性平和地参与环境治理进程,最终以法律的共识性和稳定性塑造出公私互动的治理结构^[3]。

这种公私主体互动频率增强且形式逐渐多元化的背后,则是公法与私法两大体系在环境保护场景下的进一步交融互通与彼此借力。这个过程正在塑造一种以有效治理为中心的法律规范体系。最直观

的体现是,由于政府命令控制式管制工具随着治理要求的拓展而日渐乏力,使基于激励的规范(如特许)、透过对市场控制的规范(如独立型市场管制机构)、赋权与课以责任(如扩张诉权)、公共补偿、社会保险等体现公私融合属性的新型工具开始成为环境法建制的重心^[4]。但不可否认,从实践中获得的治理经验、制度试验缺乏对公私融合关系的体系性反思,距离规范化尚有一步之遥,更遑论充分发挥其在整合多元价值、消弭利益冲突、重塑治理结构等方面的系统功能了。由此,作为一种方兴未艾的治理现象,公私互动秩序在规范维度提出了一个关键命题,即环境法如何吸纳环境治理实践发生的新变化,与所调整的环境治理问题形成解释循环。这涉及环境法律秩序的变迁、失衡与再平衡。基于这一问题意识,笔者认为,必须系统梳理公私主体在环境治理中关系变迁的总体线索,才能发掘出环境法结构性调整的关键环节,完成公私交融秩序下环境法体系化的规范任务。

二、公私交融秩序与环境法体系化之任务

1. 公私互动类型的多元化拓展

传统理论认为,公私互动主要体现为政府通过公法机制增强或限制私主体的行为。比如特许经营、合同承包即是公法机制增强私主体能力的常例,而政府监督指导形成的准市场机制则是限制的常见形式。但是,当环境治理体系向公私融合样态演化,私主体嵌入治理结构的方式更加多元,会对公共规制形成不同程度的影响,这极大地拓展了公私互动的形式。从公法对私主体行为、标准、规范的立场出发,公私互动至少包括吸收、引导、克制、替代和抑制五种类型。

吸收 吸收是指公法对私主体标准和规则采取积极支持的立场。当私主体标准或规则比公法标准或规范更严格、更具有透明度时,公法可以将其视为提升规制能力的催化剂。如果私主体标准或规则在其生成伊始就具有很高的合法性,那么吸收的过程会进一步强化公私互动环境治理体系的合法性。当然,吸收也存在私人利益俘获行政规制的风险。

引导 引导是指在无须公法介入执行时,政府为采纳私人规制创造条件,引导排污者自主设计标准体系或采用第三方私人标准。此种情境下,法律的功能是引导治理过程或设定治理绩效,而不是规定行为的具体细节。

克制 克制是指公法对私人规制领域保持一定距离^[5]。克制能够极大地促进私人规制的增长和创新,在政府不作为或不宜行为的情形下为市场激励、社会能动创造适用空间。但在市场对私人标准的需求疲软或者政府激励措施不足时,克制也可能会削弱私人规制的发展。

替代 替代是指由私法主导的规制机制逐渐被公法所取代。政府政策优先权转移会不断生成新的公共规制模式,以及公众对私人规制的合法性、可信度、完整性、有效性的要求不断提升,都可能会使私人规制逐渐式微,甚至完全让位于政府规制。

抑制 抑制是指公法直接禁止某些形式的私人规制,或者直接干预私人领域以阻止、限制私主体的行为。当私人规制的可信度、合法性、完整性和有效性受到质疑(尤其是与公法的基本价值相抵触)或者完全失效时,抑制就会随之而来。这既表明公法和私人规制的竞争性,也说明公法压制私人规制的天然倾向。

在政府与私主体、公法机制与私法机制互动形式愈发多元化的情境下,环境法理论和规范需要发展出一种新的、补充性的体系来对公私行动者的活动范围、功能予以精细化的控制,鼓励多层次、多领域的利益相关者共担治理功能。基于此,环境法需要在以命令控制为主体的公法机制之上发展出与实践、私主体的利益和知识体系相适应的开放式、反思性模式。

2. 公私交融秩序的展开逻辑

公私互动的多元化意味着治理权可以同时配置给公共部门和私主体。相应地,治理权威也就可以从公法和私法两个体系中获得^[6]。此种公私交融秩序的展开逻辑已经在环境治理实践中清晰可见。一方面,利益互信、信息和知识的多元多层交织大大丰

富了私主体环境治理的组织资源。它们可以通过建立战略利益同盟,推广有价值的知识和信息,提供审议和解决冲突的论坛或对守法情况的独立核查服务来增强私主体的治理能力,或者通过契约等私法机制来规范或引导环境行为,从而塑造私人监管机构和新型环境治理结构^[7]。进而,私主体能够以对所有利益相关者都有意义的方式建构问题,提供解决问题所需要的信息以及构建所有参与者都能接受的联合解决方案^②,最终凭借供给环境治理规则和服务之功能,来降低治理的不确定性和失灵的风险。另一方面,政府越来越多地通过公私协力方式实施强制性的环境法和公共政策,或者以合作方式推行有利于环境治理的可持续计划。

在此种治理权分配方案中,私主体治理机制的优势和缺失都非常明显。一方面,私主体有时会因为其信息优势而拥有更强的适应能力和灵活性,因此也能够降低规则制定、监督实施和执法等环节的治理成本,也可以借助于更复杂、更持久的公共协商过程来提升治理共识,形成跨区域甚至跨国的治理机制。这些都与环境的整体性特征及其治理的系统性要求不谋而合。但另一方面,将治理权配置给私主体同样也会带来诸多挑战:其一,私人规则的制定程序并不能为社会公众(尤其是利益相关者)提供与公法同样的知情权和表决权,因此规制俘获的风险可能远大于政府及其职能部门;其二,私主体的组织和执法能力具有很大不确定性和差异性,由于缺少行政权的支撑,私主体在治理组织的建设和自主规则执行方面的效果将大打折扣,执法能力不足可能难以满足实定法确定的目标甚至侵害相关主体的权利,因此它必须借助于政府通过立法或行政过程持续地输入相关的要素;其三,私主体治理在凸显民主优势的同时也会诱发公共利益私人化与民主价值之间的紧张关系,因此必须开发出更系统全面的参与式结构来吸纳公众利益和政府监管。

3. 环境法体系化之任务

尽管交融秩序通过明确承认“行政机关的行为行使选择自由”和私主体的制度性行为^[8],可以重构

环境治理权分配方案,有效调和传统理念中政府与私主体之间的对抗关系,将环境治理构造成由不同目标、结构和过程所驱动的控制机制的复杂系统。但从长远来看,要使这种公私融合秩序保持长期稳定性就必须探究与之相匹配的法律规范形态及其构成要素。这意味着,环境法必须从公共权力和私主体的关系视角探求各个部分之间的关联或结构^[9],完成进一步体系化之任务。

进一步说,在规范视角下,公私互动并不仅仅意味着赋予私主体参与环境治理或者单独从事制度性环境行为的程序资格或实体权利,而在于公法规范和私法行为之间是否存在体系性的制度连接,以便于前述互动的有效展开。由此出发,再体系化的环境法应当是包含不同层次规则体系的动态构造,除了政府的命令控制规则之外,还应当包括以信任为基础的合作规则或者与习惯、诱因、资讯、市场、人事、新型组织等媒介相关的弹性规范。这套“动态构造+弹性规范”的规则体系在很大程度上将弱化当下环境法的规范主义属性,从强调法律的制裁和裁判功能、关注法律的规则取向与概念化属性的公法特质向增强政府的主动性和解决实际问题能力的混合调控功能位移。或者说,公私互动的环境法规则必须注重与其他组织形式、治理工具的相互协调,以整体调控为规范本旨,扩大调控机制的形式,供给高效的治理工具,发挥公私双方的能力禀赋,藉以在明确公共部门责任与私主体责任的基础上提升环境治理效能。

私主体的介入使公法机制与私法机制经由公共责任获得了相互统合的契机。传统公法体系中相应主体的责任必须重新分配,既要充分引导私主体治理,充实私法规范的补强功能,也要将其进一步规范,强调公法规范和私法规范的衔接和协调。一方面,环境法必须恰当安排私主体治理的形式及其发挥功能的领域,尤其是在标准制定、第三方监管、信用管理、契约治理、利益相关者的参与度,以及在实施、监督和执行环境法等方面设定精细化的准则;另一方面,由于私主体治理具有相当程度的自治属性,

所以环境法的再体系化必须考量政府管制结构与私主体治理结构之间的关系,尤其是政府和私主体在何种条件下是互补关系,在何种情境下是竞争关系。比如,私人监管机构与政府的关系,前者是否必须依赖于后者?如果不是,私人监管机构及其监管方式又如何获得合法性?这些问题都将是公私交融秩序下环境法体系化所需解决的关键问题。

三、作为环境法体系化之主线的公私互动焦点

从环境法体系化的任务出发,必须动态地观察与公私互动有关的所有法现象,发掘其在法规范层面的问题及其突破方法。这些法现象都将可能成为环境法再体系化的制度连接点。因此,梳理公私互动焦点对于在法规范层面定位这些制度连接功能就显得尤为重要。

1. 公法与私法的规范交错

随着市场型环境治理工具的逐渐丰富,那些试图扩张财产权和行为责任适用范围的私法规范越来越重要,为通过司法机制解决环境利益纷争提供了基础,甚至,环境民事公益诉讼、生态环境损害赔偿诉讼等以私法机制为基础发展起来的环境司法体系也已发挥出了治理的功能实效^[10]。同时,公法机制的开放性也在不断增强,逐渐覆盖到所有可能的行为或风险主体,而不仅是具体权利纷争的当事人。由此,公法和私法在环境治理中分别塑造了权利调处和行为或风险规制两条不同的法律建制路线。

面对复杂的生态环境治理问题,公法的强制功能与私法的自治功能分别为环境治理提出了不同的规范要求,前者要求分配公正、政府主导和依法行政,后者则要求权利保护、主体对等和意思自治。但在政府管制和市场机制双双扩张的治理背景下,许多原本属于公法管制的领域转而依赖私法的自治功能,逐渐放松或解除管制,甚至是以私法作为管制的工具;而原本属于私法自治范畴的事项则附加上越来越多的公法要求,或者私法上的行为还需要以公法管制的结果作为其生效或变更的要件。这样一来,公法的强制和私法的自治在生态环境治理的复杂场景中并不是非此即彼、此优彼劣的规范体系,而

是需要彼此借力、相互工具化的交错形态^[11]。

这种交错形态最常见的表现形式是公法与私法的合力。比如,对排污者征收税费既有督促其改善污染状况的管制目标,也发挥着诱导其节约环境资源消耗的经济性功能。在法理上,前者是为了落实污染者付费的公法要求;相反,后者则充分体现了环境资源有偿使用的所有权内涵。这种“同一内容的义务,一面为个人相互间的义务,同时又为个人直接对国家所负义务的场所”^[12],充分彰显了公法与私法在现代社会中的“结合”或“共通性”^③。

公法与私法的交错除了体现为彼此结合之外,还可能表现为适用中的相互转换。在某些侵权案件中,私人的利益纷争有可能在证明国家保障私人权利存在疏忽的前提下被转化为针对国家的权利诉请(特别是针对国家的环境权保障的宪法诉讼)。这样,公法机制得以有效地将私人利益剥离出来,转化为环境权这类公法权利,并在宪法诉讼中得以适用。相反,将环境权在诉讼中剥离出来并使之与私人利益对接,同样也可以扩大侵权的适用范围^[13]。正如有的学者指出,环境公共利益可以制度化为公民个体的环境权利^[14],环境利益的公共性和个体性可以并存^[15],甚至可以相互转化。

但值得警惕的是,面对复杂的生态环境治理,公法行为和私法行为的结合则可能导致意思自治、契约自由等私法价值受到挑战和干预,在公法的侧面则可能是依法行政的模糊性增强。如此,处理生态环境问题的法律关系之复杂程度必然陡升,随之而来的则是侵害权利的危险与行政秩序的紊乱低效。所以,如何有效整合公私法不同机制的功能就成为环境法再体系化的一个关键焦点。

2. 多元利益关系结构的识别

从利益视角出发,公私法的交错可以抽离成与环境相关之利益的识别衡平、重叠冲突等具象化问题。就像在公私法交错情境下环境公共利益与私人利益可以相互转化一样,在“环境法的利益识别和衡平功能的实现过程会发生公法与私法的竞合”^[16]。从规范目标意义上,私法总是以维护私益为担当,减

少环境侵害附随的私益损害发生的概率和程度,而公法则以维护环境公共利益为核心目标。但事实上,生态环境保护领域的利益关系总是复杂而多元的,环境公共利益在许多场景下不过是众多私益的复合或叠加。比如,在邻避设施的环境权利主张中,受害者与受益者重合、环境利益与生活性利益冲突、向政府主张的权利与向邻避设施所有人或运行人主张的权利并存,是这类利益纷争的典型特征。识别并调整这种多元利益关系结构是相当困难的。

在以行政机制为主导的传统治理模式下,行政掌握着对环境公共利益的独占的判断权,也同时拥有环境公共利益保护的独占的裁量权。环境公共利益是环境行政权正当性和强制性的根据,基于这一利益判断,行政机关得以做出单方性行为来限制甚至剥夺私益。在法律未能对环境公共利益给出精确定义的前提下,行政机关掌握着环境公共利益的内涵、形成机制、分配原则等方面的实质上的裁量权。也就是说,传统治理秩序下的法律机制并未能在环境公共利益和私益之间确立有效的沟通关系,私主体不可随意介入公益判断的领域。

但随着环境治理公共性的增强,独占的、抽象式环境公共利益识别与判定方法必然发生转变,即从单向的公益判断转向多元利益结构的相互关照。这里面既有公益和私益的关照,也有被保护的利益和被侵害的利益对比,还有不同利益类型之间的序位判定。同时,关于环境公共利益在实体法和程序法上的判断标准也需要在公私主体共同参酌下予以界定、解释或者沟通。因此,在公私融合秩序下,环境法在完成再体系化任务过程中,必须持续地围绕环境治理的公共政策议程、制度设计、模式变革来有效界定、解释和平衡多元利益关系结构的相互作用,根据利益关系的实际样态形成有效的法规范体系、法解释理论,而非仅仅是踟蹰在利益概念的公私二元区分及其逻辑上的二元对立层次。

3. 行为互动与责任分层

公私交融秩序的另一典型特征在于行为互动增多和责任聚合增强,也就是国家环境保护任务的私

化与私主体行为的公共化的交织。在国家维度上,无论是消极意义上的秩序维护、权利保障,还是积极层面的公共产品或服务供给,都源于宪法上关于国家环境保护义务或国家环境政策的要求。这种义务直接体现在宪法层面国务院建设生态文明之职责以及环境法层面地方人民政府对本行政区域环境质量负责的法定义务。但由于国家在履行环境保护义务时不可避免地存在目标和实效之间的差距,如立法层面的制度不充分或机制不完善以及执法的力所不逮,必须塑造某种新机制来扭转政府的组织及其规制模式与环境问题之特性不匹配的困境。从政府与私主体的关系来看,这些新机制主要包括两类:一是借力私主体来履行国家环境保护义务(借力模式);二是直接通过法律机制将原本归属于行政主体的环境保护义务转化为私主体承担的公共任务(转移模式)。

在组织意义上,环境问题的复杂性、扩大化使得环境治理任务必须借助于专业知识和技术,比如环境质量、保护优先、环境标准等基本概念都需要借助于专业知识予以恰当解释,而对于治理对象和范围、治理措施与工具、管制标准,甚至是处罚或者许可等,立法者也必须通过不确定性法律概念或者宽泛的法律授权,将其交由环境职能部门通过具体行政行为或规范性文件予以具体化。这种具体化工作必须以专业知识基础上的环境质量标准和排放限值标准之限定为前提。再者,环境执法也需要以科学技术标准或准则来判定行为的适法性。由此,为有效地达到环境保护目标,无论是在规范建制面向还是执法层面,都要求环境职能部门具备较高程度的专业性。但由于环境保护义务涉及专业领域广泛且新型污染和治理技术不断更新,政府无法在组织层面建构完备的行政权运行机制,因此,如何通过制度设计将具备专业能力的私主体纳入国家义务履行的主体结构之中,就显示出其重要性。

在规制模式意义上,经济激励、协商合作、信息交流、自我规制等新型治理工具的应用在一定程度上补强了政府末端管制的功能缺陷,通过相应法律机制的设定可以将环境保护内化为私主体的行为动

力。此外,基于环境问题的类型化特性,结合环境法的基本原则,通过制度设计将环境保护义务、责任在政府和私主体之间予以重新分配,把那些执行成本较高、效率不彰、技术受限的环境保护义务转移给私主体承担,国家仅承担监督执行、义务不履行或履行不足的制裁或者兜底执行等担保责任。基于私主体治理的补充性以及法律上之合作原则和效率原则,这种国家担保责任既可以使政府从诸多具体规制行为中退出,也凭借随之而来的担保责任使环境治理目标得以在更宽泛的谱系结构中展开。这种模式的转变符合当前共治秩序和法治秩序相互渗透、相互支撑的互动进程,也契合公共任务民营化潮流下责任法理的基本要求。

在环境治理中,国家从具体履行责任中退出代之以担保责任,这在治理能力纬度上意味着对政府调控能力(调控责任)的重视优先于传统以行政命令、行政处罚、行政强制措施等直接的权力手段(执行责任、结果责任)之应用。从法律发展的角度来讲,为了使此种行为互动和责任聚合顺利展开,环境法律体系必须明确地构造出国家与私主体基于行为和责任的合作式法律结构。这一结构关系到环境治理中国家角色的变迁以及国家与社会、市场关系的重新界定,其核心则是在私主体分担环境治理法律义务的情境下厘清国家的剩余责任的范围、结构以及实现方式,并准确界定公私主体责任聚合的条件、类型及其保障机制。

进一步说,无论是借力模式还是转移模式,公私责任聚合客观上发挥着将国家责任分层建构的规范效果,即除了传统意义上的执行责任以外,对私主体治理之效果还应承担担保责任和承接责任。在这里,所谓担保责任就是通过分配治理任务、创设或认可相应的私主体治理机制、配置特别程序、设定监管和制裁手段等法律方式来保障私主体行为符合环境公共利益的要求。这在规范意义上充分体现了公权力和私主体相互支撑、公法与私法相互交织的互动秩序。而所谓承接责任则表现为私主体行为持续威胁或损害环境公共利益时,国家应当放弃担保责任

中的监督和规制工具,转而直接履行治理义务。由此不难发现,承接责任应当是担保责任之后续手段,是对担保责任的强化,也是对私主体行为在后果意义上的缓冲责任机制。而在那些合作治理的情境下,公私主体应当分担相应的法律责任。

综上所述,在公私交融秩序下,划定公私行为边界的标准应当是国家(更直接的体现是行政权)的角色及其责任类型。在法理上,这一责任体系构成了国家环境治理义务私化的基本边界。在规范上,这一责任体系为环境法体系化提出了又一任务。

4. 工具的叠加与选择

现代环境治理体系越来越呈现出以工具为基础的技术治理特征,要求构建符合法治发展水平和国情的技术治理模式。从当前环境治理体系现代化的整体框架来看,这一套治理技术主要是由实体性工具和程序性工具组成的、以增进整体治理能力为目标的工具箱。

按照性质不同,实体性工具可以分为政府主导的权威型工具、为私主体提供经济或声誉刺激的诱因型工具、为公私主体提供信息和知识等资源的能力建设型工具、增强公私主体彼此学习的学习型工具等。在公私交融秩序下,为了提升公私决策的科学性,还要保障决策过程的稳定性、开放性和合理性,因此,基于公私合作交融的考量,必须强化私主体参与决策或独立决策或公私合作决策的程序工具的发掘,以增进整体治理的能力。这种程序工具主要包括:旨在促进公私主体达成共识的交流,旨在推进互动决策的网络关系,旨在澄清利益冲突、聚合和兼容的公共论坛,旨在协助政府与私主体开展信息交换、推进讨论的引导程序,等等。这类工具主要应用于公私互动的准立法领域,藉以制订并执行治理规范,将制定标准、指导方针、组织规则、治理目标等事项限定在可预期的范围内。

鉴于公法管制的能力因时因事而异以及私法介入的复杂性,公私交融秩序在一定程度上会影响环境治理工具的选择和实施。从公私互动的视角出发,由于治理规则的形成、执行以及相关法律的要

求,公私主体之间、私主体内部的治理者与被治理者之间的冲突、竞争与合作等态势将长期存在,势必引发治理工具选择的冲突。其基本的逻辑是,私主体介入多且公法管制能力强,则越有利于私法发挥其功能,实现私主体的经济利益与治理的公共性之间的平衡;公法管制能力强且私主体介入越少,则越需要公权力主体发挥主导性治理功能,直接采用管制性工具以确保治理目标之实现;公法管制能力弱且私主体介入深,则越有利于私主体的自主性工具发挥其功能;公法管制能力弱且私主体介入浅,则越需要采纳混合型的工具推进治理。因此,面对如此复杂的公私交融秩序,环境法的体系化必须设计出面向工具选择冲突的调整性制度。

四、公私交融秩序下环境法体系化的基本方式

公私交融秩序所带来的变化与挑战,最终都会以某种形式体现在环境法的规范体系之中,并推进环境法完成体系化的升级工作。比如,有学者在分析环境侵权制度的发展线索时指出,该制度的救济对象已“从单一的私益转向私益与公益的双重保护”,救济方式则从“传统的民事救济到以生态修复为主的综合救济”^[17]。这一范例充分体现了私法规范正在从整体法律观的视野出发,扩展其适用边界和功能区间。类同此例,诸多环境法领域的发展均深刻表明,在公私交融秩序下推进环境法的此种进化,必须先从法理和方法论的维度整理与之相关的一系列基本方式,以回应公私互动方式的多元化及其焦点。

1. 从制度改革和实施的双重视角确立公私利益区分机制

如果从制度改革的角度来定位公私融合秩序之下环境法如何增强其调整效果,那么就不能绕开多元多层利益的结构塑造和区分问题。它甚至应当成为环境法再体系化以及环境法与其他相关法律“相互援引、相互补充、相互配合”的规范基点^[18]。

从前者来说,公共利益的空洞化一直都是环境法悬而未决的核心难题。这不仅是因为公益本身难以从实体层面进行精准界定,更多是源于公益和私

益的交织使传统环境法机制难以准确识别。有的学者指出,这是由于环境法“缺乏差异化的利益表达机制”造成的,亟须“在对公共利益表达机制合理定位的基础上,形成群体利益和个体利益的差异化利益表达机制”,从而实现“环境法上利益的内部协调”^[19]。这个判断捕捉到了生态环境保护和修复领域利益的多元、叠加、混合、重合特性。

而后者则是从环境法的实施角度反思如何借助于环境法与其他法律部门的“沟通与协调”来处理吸收、引导、克制、替代和抑制等公私互动形态。长期以来,环境法一直将实现公共利益作为其实施目标,但实际上由于其利益内容空洞化的限制,往往收效甚微或者困难重重。但如果将逻辑反转,把环境公益视为环境法的运行结果,即一种被实现的利益,这样就可以通过增强环境法实施的妥当性、合理性和效能性来将公益最大化。所以,从结果出发确立公益与私益的区分、实现、增进机制,进而明确环境法再体系化中关于利益结构关系的特定环节,无疑更有效的方法。尤其是在那些既可以通过私法调整也可以通过公法干预的利害关系领域,此种逻辑能有效整合具有不同控制功能的公私法机制。

总之,环境法的体系化不单指向管制权的强化,更是一种对私人利益和环境公益的分配与协调;不仅是治理权的确认和授予,同时也是利益关系的调控与平衡。应当说,在公私交融秩序之下,环境法体系必须持续地关注与公私利益识别、区分相关的管制革新、政策判断、议题形成以及规划设计,以环境治理过程为视域有效调处多元利益冲突,进而形成利益导向的环境法规范体系和法解释理论。因此,从环境法的规范建制和实施两个维度来看,通过确立公私利益区分机制将环境公共利益的实质化,对公私利益交织状态进行全面的澄清、描述、分层、定位、排序,无疑是推进环境法体系化的基本方式之一。

2. 通过“权力—权利”谱系的塑造推进公私主体治理权的精准配置

面向公私主体不同的治理任务和治理机制,准

确把握并规范公私主体之间的互动,明确私主体在治理组织情景中的地位以及由此形成的法律关系,界定公私主体采用的不同工具,厘清公法措施的扩展幅度和私法机制发挥作用的制度空间,确立公私法混合的适用场景,都离不开公私主体治理权的精准配置。

传统环境法的建制思路是规范、强化和控制以环境管理为中心的治理权,因此环境法体系整体呈现出较强的行政法属性,尤其表现为强调环境行政任务的扩展以及随之而来的环境行政行为范畴的扩容及其责任的改革。而环境刑法和环境私法的发展大体上是以前述环境行政法为中轴线展开,其法规范的构造和解释都与环境行政行为保持着某种内在联系。但在公私交融秩序之下,环境治理体系是一个多元治理主体综合运用整体治理机制而形成的健全制度体系。在这一体系内,行政权只是发挥主导性功能的治理权,除了政府的让权或赋权之外,市场主体的和社会主体的治理权是否还有更广泛的基础和来源,值得深思。

长期以来,生态环境领域的诸多疑难问题大都是由权利和权力主体不清晰或者相互冲突造成。比如生态环境要素所有权的法律属性和代表不明确,使得相关权益无法落实或者义务与责任难以协调,当前生态环境损害赔偿制度推进过程中政府的法律定位争议就是这一问题的典型表征。又如与环境产品和服务相关的物权体系和交易规则不充分大大降低了市场主体参与环境治理的能力,难以形成有效的激励机制。从前述公益和私益的区分机制来看,一般公众基于生态环境的发展权(或公民环境权)、市场主体基于生态环境产品或服务的所有权和交易权、地方政府基于空间治理职责形成的空间权(规划、用途管制等)、社会主体基于公益目标形成的诉权或监督权,都是催生相关主体治理权的利益基础。

从公私交融秩序出发,推进环境治理体系和治理能力现代化的实质就是要实现政府行政权与市场调控权、社会自治权的协力与共荣。环境法的再体系化应当寻求一种各种治理权相互协调与融合的机

制,并发展私主体、私权力及私法关系介入、合作与退出的法律机制,以实现面向治理转型基础上的规则创新。所以,通过科学合理安排这些“权力—权利”关系,从利益出发构建由政府、市场和社会共享治权、共担责任、惠益分享的合作治理机制,推动行政机制、市场机制和社会机制多层次多领域的整合,使得多元治权在环境治理中实现系统且动态的协力,应是公私交融秩序之下推进环境法体系化的又一方式。

3. 利用联结制度将市场机制、社会机制嵌入公法机制

在环境治理领域,公私互动的秩序覆盖任务、组织、行为、程序和责任等不同维度,涉及公益、私益和国家利益等不同内容。要保障公私互动秩序的开放稳定,环境法的体系化还面临着创建将诸种机制融合的联结制度。

从市场维度分析,市场作为一种由特定法律制度支持的组织形式^[20],既是私益和私法机制占主导性的领域,同时其自组织能力是增进社会公共利益配置效率的重要力量。在环境治理体系中,市场原则为市场主体设置了开放性的社会责任要求,但市场主体履行社会责任并非是纯粹的自愿行为,而是与行政监管和社会认同密切关联在一起。市场主体借助于市场化工具履行社会责任之时,还要全面融入社会网络、行政规则和政治系统。这是市场原则(私法机制)与公共利益(公法机制)融合的基础。在现代环境治理体系中,市场机制需要借助于私法关系的选择和竞争特性来增强公法机制与市场主体之间的制度性嵌入,即管控式的相互依赖和竞争式协作,这是以“选择与竞争”为治理导向的私法机制对公法意义上“命令和控制”的补强和渗透。而要实现这种渗透嵌入,环境法的再体系化需要在以下几个方面开展制度创新:一是权力界定与配置、契约及其执行、市场标准与实施等方面的基础性制度;二是与市场负外部性相关的成本规则与与正外部性相关的激励规则等引导性制度;三是增强市场与政府的组织规则和合作规则等协调性制度。

从社会维度分析,社会机制往往是公益表征最明显的领域。社会力量对治理权具有天然的分配诉求,也不断尝试与政府共同定位公共利益,但是行政权的纵向治理秩序与社会力量的横向治理秩序之间具有天然的张力关系,两者的共生共存需要法律提供一套更具弹性的框架。在现代环境治理体系中,社会机制发挥其作用既可以通过私法途径(自主)实现,也可以通过公法手段(赋权)达成,但无论是哪种规范形态都必须以输出公共理性、维护公共价值为取向。只有这样才能保障社会机制转化为实实在在的公益,缺少公共理性和公共价值的生产和再生产机制,就会在治理中诱发不确定性。但公共价值和公共理性很难在较短治理周期内自发生成,因此需要公法机制进行适度的引导、赋权、把关、评估。再者,随着政府越来越注重通过购买服务等借力方式创新环境治理方式,甚至出现了“通过发展社会组织而重建自身灵活性和弹性的”行政借道现象^[21],公法机制在激发社会力量治理活力的功能供给方面与实践需求产生了较大差距,社会力量局部性、零星式、依附式的功能发挥不能满足环境共治体系的规模效应,也没能在某些领域形成与公法机制的有效竞争。由此,需要在制度建构和组织体系维度为社会力量的发育设置更有效的框架,以此全面激发社会力量作为治理主体的活力。

要破解这些深层次的挑战,环境法的再体系化仍需着力于以下几个方面的规则创新:一是通过赋权、组织建制、激励、治理协同等方面的法律创新,精准设计社会机制融入公法机制的空间;二是从总体上规划社会力量融入的准入条件、行为类型、组织样态,增强政府与社会力量的互动关系;三是更加清晰地识别出社会力量融入的各类风险,建立以风险控制为导向的制度体系和剩余风险吸收规则,匹配以激励和扶持为导向的制度体系,使社会力量融入的风险可控、激励多元、绩效突出。

4. 通过扩展公益裁判权将司法的协调整合效用最大化

法律适用是法律发展中具有驱动性的过程^[22],

往往对于法律规范创新起到匡正纠偏、引领黏合的作用。在当前环境司法发展体系中,通过民事请求权将社会组织变成公益维护者以及通过诉讼资格的法律配置将检察机关确立为公益代表,客观上都发挥着借助于诉讼程序机制推动环境法体系完成公私法接轨任务的功能。将环境公益判断权交由司法机关和裁判权来完成,是为了回避环境公益实体空洞化的客观需要,尤其是对公私法融合规范(有学者称之为“转介条款”^[11])的解释和司法适用是司法机关得以协调整合公法和私法规范、调和公益和私益的冲突张力、保持法律体系一致性的有效手段。按照审判权的运行逻辑,司法机关能够超越公私法规范而对模糊不清的地带做出独立的评价。由此可以看出,司法的公益裁判权将在环境法再体系化过程中发挥关键作用,它不仅可以完成公私法在技术层面的接轨,更有助于价值、理念和政策维度的接轨^[11],减少公私交融之下环境法规范内部的秩序冲突。这意味着,司法更便于通过个案或者类案认清公私交错的问题,并借助于司法理念的拓展、公益判断权的技术应用、环境治理政策的深刻理解洞察到公私法秩序整合的共同基础。同时,由于司法相较于立法能够通过案件更直接地与社会政策变革保持同步,具有更高的敏感性,能针对不同类型的公法管制和私法关系之内容、目标、密度、强度做更精准细致的分析,因此,也更有助于公私交融秩序下的环境法体系保持动态属性。

五、未竟之处与展望

在公私交融秩序之下探讨环境法的体系化,涉及如何围绕理念、原则、组织、行为、责任、效能等不同层面开展理论创新,以及如何在规范层面予以恰当地表达,这是一项艰巨的系统性任务,笔者在此仅仅是从方法论的视野出发对这一方兴未艾的法现象进行开篇式的解构和探索。至于如何从中国环境法体系建设的历史规律和展开逻辑出发,澄清环境法体系化的技术方法,提出公私秩序之下关于环境法体系化的构造理论,以及如何对治理实践中新兴的理念、组织、工具、程序等做出恰当制度安排、优化环

境法的制度体系,如何通过方法论和路线图的设计明确中国环境法规范走向体系化、一体化、明晰化、效率化的具体策略和路径,如何通过环境法体系和治理效能的互动式反思,不断充实环境法体系建构的认识和实践,以促进中国环境法体系与环境治理实践的协调同步,这些至为重要的问题尚需要系统性的解释和创建。

注释:

①在环境社会学领域,社会转型是分析环境问题的重要范式,转型引发的“社会控制系统的弱化”既加大了环境治理的难度,也为制度创新提供了契机。参见:张斐男.当代中国环境问题研究的理论范式[J].南京工业大学学报(社会科学版),2017,16(3):81-88.

②从实践的复杂性出发,不同的问题结构、不同层次的信息和知识以及利益相关者之间的对抗关系决定了政府单方的监管无法满足复杂治理的需求,所以私主体有机会为政府管制供给最有效的补强机制,他们的信息、知识和资源可以通过相互交换形成一个联合解决方案。

③有学者指出,随着公共行政的变迁,“在外包、私有化、公共职能从政府向社会转移的过程中”,在“行政法未做特别规定,且与行政性相容”“处理行政法关系所依据的法理与民法法理有共同性”的前提下,为解决行政法上争议则可以援用民法规范。(参见:余凌云.行政法讲义[M].第三版.北京:清华大学出版社,2019:7-29.)按照这一观点,环境治理作为此种公私法结合的典型领域,其规范发展的方向似乎呈现出更高程度的复杂性。

参考文献:

- [1]高誓男.由法释义学到政策导向之行政法学[M].台北:元照出版有限公司,2018:7.
- [2]史玉成.环境法学核心范畴之重构:环境法的法权结构论[J].中国法学,2016(5):281-302.
- [3]张志铭,于浩.转型中国的法治化治理[M].北京:法律出版社,2018:2.
- [4]National Audit Office. Alternatives to State-imposed Regulation[EB/OL].[2020-03-10]. <http://www.nao.org.uk/intosai/wgap/9thmeeting/9thpuk.pdf>.
- [5]BARTLEY T. Transnational governance as the layering of

rules: Intersections of public and private standards[J]. Theoretical Inquiries in Law, 2011, 12(2): 517-542.

[6]杜辉.环境私主体治理的运行逻辑及其法律规制[J].中国地质大学学报(社会科学版),2017,17(1):37-45.

[7]杜辉.论环境私主体治理的法治进路与制度建构[J].华东政法大学学报,2016,19(2):119-128.

[8]章志远.迈向公私合作型行政法[J].法学研究,2019,41(2):137-153.

[9]张桐锐.行政法与合作国家[J].月旦法学杂志,2005(5):25-53.

[10]杜辉.环境司法的公共治理面向——基于“环境司法中国模式”的建构[J].法学评论,2015,33(4):168-176.

[11]苏永钦.从动态法规范体系的角度看公私法的调和——以民法典转介条款和宪法的整合机制为中心[J].月旦民商法杂志,2003(3):74-106.

[12]美浓部达吉.公法与私法[M].黄冯明,译.北京:中国政法大学出版社,2003:248.

[13]马克·韦尔德.环境损害的民事责任——欧洲和美国法律与政策比较[M].张一心,吴婧,译.北京:商务印书馆,2017:201-202.

[14]王小刚.以环境公共利益为保护目标的环境权利理论——从“环境损害”到“对环境本身的损害”[J].法制与社会发展,2011,17(2):54-63.

[15]吴卫星.宪法环境权的可诉性研究——基于宪法文本与司法裁判的实证分析[J].华东政法大学学报,2019,22(6):163-175.

[16]李启家.环境法领域利益冲突的识别与衡平[J].法学评论,2015,33(6):134-140.

[17]吕忠梅,窦海阳.以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系[J].中国社会科学,2020(2):118-140.

[18]吕忠梅.论环境法的沟通与协调机制——以现代环境治理体系为视角[J].法学论坛,2020,35(1):5-12.

[19]张璐.环境法学的法学消减与增进[J].法学评论,2019,37(1):148-162.

[20]安东尼·奥格斯.规制——法律形式与经济学理论[M].骆梅英,译.北京:中国人民大学出版社,2008:23-24.

[21]黄晓春,周黎安.政府治理机制转型与社会组织发展[J].中国社会科学,2017(11):118-138.

[22]齐佩利乌斯.法学方法论[M].金振豹,译.北京:法律出版社,2009:26.