

环境管制标准在 侵权法上的效力解释

宋亚辉*

内容提要：学者从矫正正义视角作出的研究只能部分解释实践中环境管制标准在侵权法上的效力。以风险控制为视角，环境管制与侵权责任均可视为风险控制的工具，它们分别在不同方面具有各自的功能优势。为充分利用二者的双边优势，环境管制与侵权责任应当保持制度上的合作。当环境管制标准能够达到社会最优标准时，侵权责任将作为“查漏机制”弥补环境管制标准的执行不足。这要求法院充分尊重管制标准，并承认合规抗辩的效力。当环境管制只能设定最低限度的“门槛性”标准时，侵权责任将作为“补缺机制”弥补管制标准的设计不足，法院因此要为排污企业“量身定做”最佳的行为谨慎标准，并在必要时否认合规抗辩的效力。由此形成的制度合作框架从根本上解决了环境管制标准的侵权法效力问题，并能够对相关法律现象作出全面解释。

关键词：环境管制 管制标准 侵权责任 合规抗辩

环境管制标准作为一种公法上的规则，其效力范围及于公法管制领域自无疑问，但其在侵权法上是否也具有相应的效力（简称“管制标准效力论”）？这在理论上颇具争议。它涉及两个层面的问题：第一，违反环境管制标准的事实，对侵权责任的构成将产生何种影响？第二，遵守环境管制标准的事实，能否成为免除侵权责任的抗辩事由（简称“合规抗辩”）？对于前者，实践中倾向于承认管制标准对侵权责任构成的实质性影响；对于后者，实践中倾向于否认合规抗辩的效力。但例外情况也逐渐增多。由此引发的问题是：人们为何对这两个密切相关的问题采取截然相反的态度？其背后的理论基础何在？从既有研究来看，学者主要从公、私法接轨的角度，以实现矫正正义为目标，提出了相应的解释思路，〔1〕但

* 东南大学法学院讲师。

〔1〕 代表性研究成果，参见解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，《中国法学》2009年第2期；宋华琳：《论政府规制与侵权法的交错》，《比较法研究》2008年第2期。

它们只能说明部分法律现象，其解释力不足。为了全面说明环境管制标准在侵权法上的效力，本文将从风险控制的视角，全面揭示环境管制与侵权责任在风险控制领域的功能优势及角色差异，而这正是决定管制标准效力论的关键因素。

一、管制标准效力论的实践考察

关于环境管制标准的侵权法效力，司法实践中通常认为，违反环境管制标准的事实对侵权责任的构成将产生实质性影响，至于该实质性影响是透过侵权责任的哪个要件来加以体现，目前尚无定论。^{〔2〕} 本文暂不讨论这些具体的技术性问题，并粗略地以“可归责性”对这些要件加以概括。这样一来，司法实践中的做法可以概括为：违反环境管制标准的行为在侵权法上将具备“可归责性”。但遵守环境管制标准的事实却不能成为阻却侵权责任的抗辩事由，即否认合规抗辩的效力。对此，人们的表述虽有差异，^{〔3〕} 但基本立场并无本质区别。

以水污染为例，如果排污行为违反了强制性的排污标准（以下简称“违规行为”），并因此给他人造成损害，法院往往据此认定该行为构成侵权。反之，如果排污行为符合相关排污标准（以下简称“合规行为”），但只要给他人造成损害，并具备法律上的因果关系，排污企业仍然可能构成侵权。对此，法院给出的理由是：“合法的排污并不能保证不造成损害，造成了损害后果，排污人仍然要对损害后果承担民事责任。”^{〔4〕}

实践做法表明，在公法上得到完全相反评价的合规与违规行为，在侵权法上所得到的评价却无甚差异。对此，容易理解的是，在公法上得到否定性评价的违规行为，在侵权法上也将受到否定性评价，这是公、私法在价值取向上保持一致性的表现，同时也是整个法律体系的统一性要求。但令人疑惑的是，在公法上受到积极评价的合规行为，在侵权法上却可能得到否定性评价，公、私法在这里出现了价值取向上的不协调。对此，需要在理论上作出合理的解释。

笔者在对司法判决书的整理中发现，尽管理论通说和司法惯例不承认合规抗辩的效力，但近年来却出现了一些例外情形。尤其是在噪声污染、电磁辐射和粉尘污染等“不可量物”污染领域，各地法院倾向于承认合规抗辩的效力。为全面揭示这一现象，笔者通过对北大法宝案例库的检索，整理出若干典型案例。

下表显示，关于合规抗辩的效力，各地法院在水污染和“不可量物”污染领域采取了完全不同的态度：在水污染领域否认合规抗辩的效力，但在“不可量物”污染领域却又不同程度地承认合规抗辩的效力。这种法现象也有待理论的解释与澄清。

〔2〕 对于一般侵权行为，实践中主要借助“违法性”或“过错”要件来体现管制标准在侵权法上的效力。在环境侵权领域，实践中还有借助“加害行为”或“损害”要件来体现管制标准在侵权法上的效力。

〔3〕 参见前引〔1〕，解巨文；Gerrit De Geest & Giuseppe Dari-Mattiacci, *Soft Regulation, Tough Judges*, 15 Sup. Ct. Econ. Rev. 119, 120-121 (2007).

〔4〕 江苏省高级人民法院民一庭：《环境污染损害赔偿纠纷的司法对策》，《人民司法》2006年第4期。

污染类型	是否合规	合规抗辩的效力	判决书字号	判决理由摘录
水污染	合规	否认合规抗辩的效力	[2003]汝民初字第30号； [2003]佛中法民一终字第991号	排污标准只是环保部门进行环境管理的依据,它不是确定民事责任的界限,符合排污标准并非不构成环境侵权。
不可量物污染	噪声	承认合规抗辩的效力	[2010]杭萧民初字第4246号； [2010]沪一中民一(民)终字第1408号	被告排放的噪声符合GB12348-2008的要求,因而不支持原告的诉讼请求。
	辐射	承认合规抗辩的效力	[2006]庐民一初字第116号； (2005)穗中法民四终字第4119号	被告的高压线路或无线电台基站发出的电磁辐射符合相应的国家标准,没有给原告带来损害。
	粉尘	承认合规抗辩的效力	[2010]渝五中法民初字第3407号； [2003]青海法海事初字第14号	被告所使用的设备、化工原料和生产的产品均符合相关标准要求,不会产生煤气烟尘及污染周围环境。

二、既有理论的解释力评价

(一) 公、私法两分论

公、私法两分论对为何遵守环境管制标准的合规行为仍然可能构成侵权提供了强有力的解释。简单来讲,公、私法两分论认为:公法和私法分属两个不同的法律部门,环境管制标准属于公法上的规则,而侵权法则属于私法,二者具有不同的行为评价体系。因而就不难理解,在公法上受到积极评价的合规行为,却可能在侵权法上受到否定性评价。正如原国家环境保护局在批复中所指出的:“承担污染赔偿责任的法定条件,就是排污单位造成环境污染危害,并使其他单位或者个人遭受损失。……至于国家或者地方规定的污染物排放标准,只是环保部门决定排污单位是否需要缴纳超标排污费和进行环境管理的依据,而不是确定排污单位是否承担赔偿责任的界限。”〔5〕公、私法两分论虽然有力地说明了为什么合规行为仍然可能构成侵权,但无法解释法院为何在“不可量物”污染领域又承认合规抗辩的效力,以及行为违规的事实与侵权法上的可归责性之间到底有何联系。这是公、私法两分论在解释论层面的显著缺陷。除此之外,公、私法两分论建立在部门法划分的基础之上,是部门法壁垒的产物,它忽视了公、私法之间的关联性,与现代立法和实践状况不符,因而该理论逐渐被学界所抛弃。

(二) 管制标准最低限度论

有学者从管制标准自身的性质入手,对其在侵权法上的效力进行判断。该学者认为,“无论是产品质量标准,还是环境标准,政府所制定的标准,只是一个最低限度而非最高限度的‘安全阀’,它所规定的是产品质量、环境洁净程度的下限而非上限。尽管达到标准不

〔5〕 参见《国家环境保护局关于确定环境污染损害赔偿责任问题的复函》,〔91〕环法函字第104号。

一定就可以免除民事责任,但是达不到标准,则一定要为此承担相应的民事责任。”〔6〕本文将这一观点称为“管制标准最低限度论”。该理论在环境领域具有一定的解释力,它将环境管制标准视为最低限度的“门槛性”标准。与其相对应的是“社会最优标准”。违反最低限度管制标准的致害行为显然要承担侵权责任,但遵守该标准的致害行为可能尚未达到社会最优标准,因而仍然可能要承担侵权责任。至此,前述法现象得到了相对完整的解释。但管制标准最低限度论也存在以下问题:

第一,关于合规抗辩的效力,管制标准最低限度论难以提供有说服力的解释。既然管制标准被视为“最低限度而非最高限度”的标准,那么行为符合噪声、光、放射性物质等“不可量物”排放标准的事实,应当与符合污水排放标准的事实一样,都无法阻却侵权责任的成立。但现实情况却并非如此,各地法院几乎一致承认“不可量物”污染领域合规抗辩的效力。这一事实挑战了管制标准最低限度论的解释力。

第二,管制标准最低限度论将管制标准视为“最低限度而非最高限度”的标准,这是该理论的核心。但是行政管制机关为何只能设定“最低限度”的标准,该理论的支持者并没有系统论证。批评者认为,将行政管制视为最低限度的标准,是“未经验证的前提”。〔7〕

第三,管制标准最低限度论的观察视角与其分析工具之间存在不契合性。该理论在追求个案矫正正义和风险控制目标之间定位不明确,虽以实现矫正正义为目标,但所用分析工具却来源于风险控制理论,这是其出现不契合性的根源所在。虽然相关文献并未明确交代其观察视角,但从上下文推断,该理论的支持者是以行政管制存在剩余风险,且不是“绝对安全可靠”的标准为由,为否认合规抗辩进行辩护。〔8〕这显示了其追求矫正正义的视角。而关于分析工具,就笔者所知,最低限度管制标准的主张源自美国法经济学理论的如下看法:鉴于行为预期存在极大的不确定性,为实现最优的管制效果,行政管制标准应当低于其单独使用时的最优标准,不足部分应由事后责任制度加以补充。〔9〕该理论不断被学者补充完善,并被用来解释实证法上的现象,国内学者正是继承了这一理论成果,并将其用来分析管制标准在侵权法上的效力现象。但该理论模型是以风险控制为视角而设计的(即最小化风险的社会总成本),而国内学者则以矫正正义为视角,存在一定的不契合性。如果是追求矫正正义,则否认合规抗辩具有重要意义,因为侵权责任可以有效填补环境管制的“剩余风险”所引发的损害,并为潜在受害人提供一种“社会保险”。但若以风险控制为视角,则侵权责任提供的威慑机制也是一种风险控制工具,完全否认合规抗辩将意味着,侵权责任与环境管制虽然共同服务于风险控制这一目标,但它们却以“各自为政”的方式

〔6〕 宋华琳:《论行政规则对司法的规范效应》,《中国法学》2006年第6期。

〔7〕 See Lars Noah, *Rewarding Regulatory Compliance: The Pursuit of Symmetry in Products Liability*, 88 Geo. L. J. 2147, 2152 (2000).

〔8〕 例如学者宋华琳认为:“标准这种规制形式往往给予的是一个一般性的控制,它不可能也无法去把握和斟酌每个侵权个案所涉及的个别因素,因此它对于个案正义是无能为力的。”参见前引〔1〕,宋华琳文。

〔9〕 该理论模型分析认为,在风险控制领域,潜在加害人对于法院判决的预期是不确定的,从而使得潜在加害人对法律所要求的行为谨慎标准的预期也不确定。于此,潜在加害人的实际谨慎标准可能高于也可能低于社会最优标准,从而导致责任威慑的非效率性。联合使用行政管制和责任威慑恰好可以弥补该缺陷,为使其合作达到社会最优,行政规制标准应当低于其单独使用时的社会最优标准,不足部分由事后责任威慑加以补充。See Charles D. Kolstad, Thomas S. Ulen, Gary V. Johnson, *Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?*, 80 The American Economic Review 888 (1990).

发挥作用，这不利于控制风险。

（三）公、私法上注意义务吻合论

作为对公、私法两分论的超越，有学者站在侵权法的立场上，基于公、私法接轨的需要，分析了管制规范在侵权法上的效力。该学者认为，管制规范可以透过“违法性（或过错）”要件对侵权责任的构成产生实质性影响，这是因为：“在常态下，管制规范所确立的公法上的行为规范试图保护的私人利益的范围与侵权行为法试图保护的私人利益范围大致吻合；而在常态下管制规范所确立的行为规范与社会生活上的注意义务基本吻合”。〔10〕通过该理论可以推断：“如果一个违反防止侵害型管制法规的加害行为给他人造成了损害，且加害行为与损害之间存在事实上的因果关系，就大致可以推断过错要件及（或者）违法性要件的充足”；反之，“如果一个加害行为给他人造成损害，且加害行为与损害之间成立事实上的因果关系，但该加害行为并未违反相关的防止侵害型管制规范，则大致可以推断侵权行为不成立”。〔11〕

需要说明的是，“公、私法上注意义务吻合论”透过“违法性（或过错）”要件来体现管制规范的侵权法效力，但环境侵权属于无过错责任，该解释思路能否直接适用，仍有待讨论。不过，若不考虑环境侵权“违法性”要件的存废争议，并承认无过错责任不等于结果责任，则该理论一定程度上可以适用于环境侵权。笔者以为，环境管制标准本身就是排污企业最核心的注意义务，对该注意义务的违反必将在侵权法上有所体现，只不过需要透过“可归责性”来加以转介和评价。这相当于用“可归责性”来替换“公、私法上注意义务吻合论”中的“违法性”要件。由此，违反环境管制标准的行为将具备侵权法上的可归责性，而遵守该标准的行为大致可以阻却侵权责任的成立。这一推论在“不可量物”污染领域具有充分的解释力，但对于其他环境污染领域的做法，该理论提供的解释思路也存在以下问题：

第一，根据“公、私法上注意义务吻合论”的思路，法官之所以在水污染和“不可量物”污染领域对合规抗辩采取不同态度，其原因在于，公、私法上的注意义务在“不可量物”污染领域相吻合，但在水污染领域不相吻合。然而，该理论提出的这一假设能否成立，以及为何会发生这种情况，仍有待进一步论证。

第二，“公、私法上注意义务吻合论”将否认合规抗辩的效力视为例外情况，并通过扩大违法性要件（在环境侵权领域被替换为“可归责性”）的含义对其作出解释。根据该理论，排污行为须具备的可归责性不仅包括违反防止侵害型管制规范，而且还包括违反其他“社会生活上的注意义务”。〔12〕扩大可归责性的含义意味着，行为合规只是阻却可归责性的必要条件，但并非充分条件，合规行为仍然可能因违反“社会生活上的注意义务”而具备可归责性。因此，排污行为违规意味着可归责性要件的成就，但合规却不能阻却侵权责任的成立。

但问题在于，扩大“可归责性”要件的含义来否认合规抗辩的效力，实际上是借助社会规范对合规行为进行道德评价，这在环境法上值得警惕。主要理由在于：现代环境风险

〔10〕 前引〔1〕，解巨文。

〔11〕 同上文。

〔12〕 同上文。

兼具积极与消极意义,环境立法必须“在健康与健康之间权衡”。^[13]若扩大“可归责性”要件的含义,则环境侵权责任的适用范围将随之扩大,由此可能产生一系列负面影响。当然,这与“公、私法上注意义务吻合论”的观察视角有关。该理论是站在侵权法的立场,以实现个案矫正正义为目标来处理合规抗辩问题。但在环境侵权领域,任何制度安排都不能忽视风险控制的需要。若以风险控制为视角,我们有理由相信,一些环境管制标准在设定之初已经权衡了风险的正面和负面影响。于此情况下,若仍拒绝承认合规抗辩的效力,可能造成威慑过度。对于兼具积极和消极意义的环境风险而言,威慑过度甚至比风险本身更可怕,^[14]可能造成工业品价格的升高,部分产品甚至会被驱逐出市场,人类将因此无法享受现代工业文明的成果。^[15]当然,除了观察视角的不同外,该理论的预定适用范围主要是一般侵权行为,因而其在环境侵权领域存在一些问题也在情理之中。

三、多重因素对管制标准效力论的影响

(一) 观察视角的决定性意义与视角转换

既有研究主要是站在侵权法的立场上,以个案矫正正义为视角来探讨环境管制标准的侵权法效力,而与此相关的风险控制视角却没有得到应有的关注,由此导致了既有理论在解释力上的不足。对此,曾有学者呼吁:“对于合规抗辩的争论,在占据法律体系半壁江山的私法得到过分关注,但却不重视甚至忽略了同等重要的公法部分,政府管制应当得到至少与侵权法同样的关注。”^[16]一旦转换观察视角,环境管制与侵权责任的角色及功能将发生变化,管制标准的侵权法效力也将因此而不同。以合规抗辩为例,若以个案矫正正义为视角,则否认合规抗辩具有重要意义,能够填补环境管制的“剩余风险”所引发的损害,这相当于为受害人提供一种“社会保险”,有利于实现矫正正义。但若以风险控制为视角,则有选择地承认合规抗辩才是更理性的选择。因为一味地否认合规抗辩势必推动侵权法向“零风险”的目标进发,而环境风险的“双面性”决定了追求“零风险”必将得不偿失。因此,研究环境管制标准的侵权法效力,理论上的观察视角极为重要,它对管制标准效力论具有决定性意义。这里的“风险控制”是指,通过行政管制和侵权责任来降低环境风险,其目标旨在最小化环境风险的社会总成本。

若以风险控制为视角,环境管制与侵权责任均可被视为风险控制工具。从作用原理来看,侵权责任的威慑机制是其发挥风险控制功能的关键。它主要通过损害赔偿责任来激励排污企业于事前采取预防措施,以符合最优的行为谨慎标准要求,从而使风险的社会总成本最小化。这一原理也被称为“一般威慑”或“市场方法”。^[17]将侵权责任视为风险控制

[13] [美] 凯斯·桑斯坦:《风险与理性》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第163页。

[14] Clayton P. Gillette & James E. Krier, *Risk, Courts, and Agencies*, 138 U. Pen. L. Rev. 1027, 1028 (1990).

[15] Robert L. Rabin, *Reassessing Regulatory Compliance*, 88 Geo. L. J. 2049, 2074-2075 (2000).

[16] 前引[7], Noah文,第2165页。

[17] 之所以称为“一般威慑”或“市场方法”,是因为侵权责任的威慑程度完全由风险行为所造成的损害来确定,损害赔偿试图将风险行为的外部性予以内部化,并将是否实施风险行为的决策留给行为人自己,若选择实施风险行为,则需要承担完全损害赔偿,并以此激励行为人最小化事故的总成本。参见[美]盖多·卡拉布雷西:《事故的成本》,毕竞悦等译,北京大学出版社2008年版,第59页。

工具，在大陆法系尚未被全面接受，但在英美法系早已司空见惯。^[18] 相比之下，环境管制作为风险控制工具，在两大法系均不存在争议。环境管制旨在通过强制信息披露、技术性标准和个案许可，为行为人设定一个最佳的行为谨慎标准，并由行政管制机关来实施该标准。需要强调的是，环境管制与侵权责任虽是两种不同的风险控制工具，但都是通过寻找并执行社会最优的行为谨慎标准来控制环境风险。^[19] 由此，社会最优的行为谨慎标准如何确立以及由谁执行，便成为问题的关键所在。

根据法治的基本原则，行为谨慎标准的确定属于立法保留的事项。但由于立法者信息能力上的制约，他们只能确定一个大概的指导方针（例如侵权责任的归责原则、环境管制中的禁止或限制态度），并将绝大多数决定权（即“剩余立法权”）委托给立法者的“代理人”来行使，备选的“代理人”包括管制机关和法院。^[20] 由管制机关还是法院来确立并执行行为谨慎标准，是环境管制和侵权责任的关键性区别。环境管制作为风险控制工具，是由管制机关确立并执行最优的行为谨慎标准，集中表现为排污标准的确定和执行。侵权责任作为风险控制工具，是由法院确立并执行最优的行为谨慎标准，具体表现为法院对行为违法性或可归责性的把握。因此，管制机关和法院所处的制度结构决定了环境管制与侵权责任的功能差异。正是这些制度功能上的差异影响并决定了环境管制标准在侵权法上的效力状况。

（二）个案判断上的灵活性优势对管制标准效力论的影响

环境管制与侵权责任各自在个案判断上的灵活性，对于控制多样化的环境风险具有重要意义，对环境管制标准的侵权法效力具有重要影响。现代社会的环境风险复杂多变，排污行为的风险大小及事故严重程度不仅类型多样，而且随时空的变化而变化，排污企业和潜在受害人的风险控制能力也因时、因地、因人而异。环境风险的多样性对风险控制提出了极高的要求。最理想的做法是，对不同排污行为进行区别对待，并根据个案情况为排污企业量身定做最佳的行为谨慎标准，即在个案判断上要具有相当的灵活性。但从管制机关和法院的风险控制原理及其所处的制度结构来看，法院在个案判断方面具有显著的灵活性优势。

其原因在于：（1）更灵活的个案判断需要以丰富的信息为支撑。环境管制主要是一种事前的风险控制工具，事前管制的难题在于信息不对称，管制者往往不知道谁需要管制以及如何管制。为节省信息成本，管制机关索性不区分具体行为，并设定普适性的管制标准（如排污标准），这使其在个案判断上缺乏必要的灵活性。相比之下，侵权责任作为一种事后的风险控制工具，在信息获取方面具有优势，这为法院的个案判断提供了便利。法院可以根据行为的风险大小、致害程度和行为人的风险防范能力，对排污企业进行区别对待，

[18] See G. T. Schwartz, *Does Tort Law Deter?*, 42 UCLA L. Rev. 377, 377-444 (1994).

[19] 在风险控制问题上，法律之所以要设定最佳的行为谨慎标准，而不是直接禁止风险行为，是由风险的“双面性”及损害的“相互性”决定的。对此，科斯曾讨论的“噪音案”表明：制糖厂发出的噪音影响了诊所的工作，正确的做法不是要求制糖厂停产或者相反，因为任何一种选择势必损害其中一方的利益。正确的做法是通过成本与收益的衡量，寻找能使社会总成本最小化的方案，这要通过最佳行为谨慎标准来实施。See Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law and Economics 1, 1-44 (1960).

[20] Matthew C. Stephenson, *Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, 119 Harv. L. Rev. 1035 (2006).

并为其“量身定做”最佳的行为谨慎标准。基于个案的行为谨慎标准一旦确立，“同案同判”的原则将使个案中确立的标准对同类行为产生示范效应，同类排污企业为避免承担侵权责任，将会主动提高谨慎程度以达到社会最优谨慎标准的要求。(2) 管制机关和法院的制度结构差异也决定了其在个案判断上的灵活性差异。管制机关所处的官僚体系具有格式化、等级化、技术化和非人格化的特点，它要求执法人员必须照章办事，以图政令畅通和执法效率，而严格的“依法行政原则”又进一步限制了管制机关的个案判断能力。相比之下，法院所处的制度结构毕竟不同于官僚体系，司法独立甚至法官独立的制度构造，为法官的自由裁量奠定了基础。更大的自由裁量权往往意味着更灵活的个案判断。理论上认为：“由行政机关解释和执行法律的特点在于，针对不同个案能够在解释理念上保持一致性；……由法院解释或执行法律的特点在于，针对不同个案能够在解释理念上保持灵活性。”〔21〕

侵权责任在个案判断上的灵活性优势，一定程度上增进了人们对侵权责任的威慑机制及其执行者——法院的信任，尤其是对法院在寻求社会最优行为谨慎标准方面的信任更为明显。这也许正是理论通说一直否认合规抗辩的原因之一。因为在同等条件下，更加灵活的个案判断往往意味着更准确的行为谨慎标准，而执行准确的行为谨慎标准是实现风险控制目标的核心要件。因此，为充分发挥法院在个案判断上的灵活性优势，在环境法的制度安排上，应当更多地依赖侵权责任的威慑机制来控制环境风险。这也正是早期的法经济学家或科斯主义者所持的观点。〔22〕就本文研究的管制标准效力论而言，为充分发挥法院在个案判断上的灵活性优势，不承认管制标准的侵权法效力才是更理性的选择，尤其是不应当承认合规抗辩的效力。因为环境管制的“一刀切”做法实际上是将复杂问题简单化处理，可能使环境管制标准偏离风险控制目标的要求，因而就不难理解合规抗辩为何屡屡遭到理论和实务界的拒绝。但以上分析绝不是问题的全部，环境管制与侵权责任的功能优势以及由此决定的管制标准效力论还有更为复杂的面向。

（三）政策判断上的灵活性优势对管制标准效力论的影响

环境管制与侵权责任在政策判断上的灵活性对比，也是影响管制标准效力论的重要因素。这里的“政策判断”特指时间维度上的政策判断，即由管制机关和法院根据情势变化的需要而不断调整其风险控制政策。〔23〕政策判断能力在风险控制问题上尤其重要，因为现代社会的环境风险是工业文明的“副产品”，日新月异的技术变化往往对环境风险及风险控制手段带来革命性的影响。加之不同时空背景下的产业政策、经济形势、社会稳定等政策性因素的影响，环境风险领域的情势变化非常之快。为了适应情势变化的需要，管制机关和法院在风险控制领域需要具备更加灵活的政策判断能力。结合现代环境立法的特点及其运行情况来看，环境管制机关在政策判断能力上具有显著的灵活性优势。

其原因在于：（1）管制性立法的特点决定了环境管制机关在政策判断上的灵活性优势。现代管制性立法被称为“政策性立法”，立法者可以根据情势变化的需要，有针对性地以单

〔21〕 前引〔20〕，Stephenson文，第1038页。

〔22〕 Edward Glaeser, Simon Johnson, and Andrei Shleifer, *Coase Versus the Coasians*, 116 Q. J. Econ. 853 (2001).

〔23〕 在本文的语境中，当法律存在滞后、模糊、漏洞或法律与政策在特定问题上存在冲突时，法院和管制机关在此情况下行使“剩余立法权”的决策即属于一种政策判断。其中，管制机关的政策判断主要表现为管制标准的设定及调整，法院的政策判断主要体现为行为谨慎标准的设定及调整。

行立法解决特定领域的特定问题。此外,为避免法律的滞后性,立法机关还授权行政立法或行政解释,它们具有程序简便和高效的优势。尤其是在中国,各种行政法规及规章频繁地颁布和修改,这为管制机关的政策判断提供了便利。(2)管制机关和法院所处的制度结构差异也影响了其政策判断能力。“不完备法律理论”曾指出:在配置“剩余立法权”时,由于法院属于被动执法者,将剩余立法权配置给法院具有明显的滞后性;而行政执法则具有主动性,将剩余立法权配置给行政机关可以提高法律的灵活性。^[24]以美国著名的“谢弗林案”为例,美国环境保护署(EPA)在对“固定污染源”概念进行解释时,成功地融入了大量政策性因素,^[25]集中体现了管制机关在政策判断上的灵活性优势。理论上认为:“由法院解释或执行法律的特点在于……在时间维度上具有稳定性;由行政机关解释或执行法律的特点在于……在时间维度上具有灵活性。”^[26]

管制机关在政策判断上的灵活性优势,一定程度上增进了人们对管制机关灵活应变能力的信任,这恰好与复杂多变的环境风险相匹配。尤其是处于转型期的中国,面对情势变化较快的社会现实,管制机关灵活的政策判断能力更显得意义重大。在同等条件下,更加灵活的政策判断往往意味着更适合国情和当前形势的风险控制方案,因为灵活的政策判断能力能够将复杂多变的政策性因素融入环境管制标准,如产业政策、经济形势、社会稳定等。因此,为充分发挥管制机关在政策判断上的灵活性优势,在立法上,应当以环境管制为中心来进行制度设计,并将侵权责任视为一种“辅助管制”的手段。这一思路体现在管制标准效力论上,即应当以是否违反环境管制标准作为判断侵权责任是否成立的决定性因素,合规抗辩也应当得到充分尊重。

(四) 中立性优势对管制标准效力论的影响

凡事皆有两面,环境管制机关在政策判断上具有灵活性优势,同时也意味着它可能缺乏相应的中立性,这也是由其所处的制度结构所决定的。^[27]概括来讲,环境管制运行在一个单向度的“线性结构”中,管制机关与被管制者之间是一种典型的“命令—服从”或隶属关系。管制机关可以发号施令,而被管制者则必须遵守,它们彼此之间缺乏谈判与妥协的空间。因而管制机关在环境管制过程中受到的制约也相对较少。不受制约的管制行为往往伴随着机会主义倾向,并具体表现为管制者的“寻租”、“偷懒”和“被俘获”现象。^[28]相比之下,在侵权责任的实施过程中,法院与当事人之间的关系呈现出“三角结构”,法官在庭审中要同时面对双方当事人,法官的任何举动都被相互对抗的双方当事人看在眼里。这对法官而言是一种强大的制约力量。相比环境管制所处的“线性结构”,法官所处的相互制约的“三角结构”能够降低法官的机会主义倾向,从而使法官更具中立性优势。

[24] Katharina Pistor & Chenggang Xu, *Incomplete Law*, 35 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 931 (2003).

[25] See *Chevron U. S. A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U. S. 837 (1984). 在本案中, EPA 对“固定污染源”概念的解释与特定时期的管制政策具有高度相关性。关于本案的详细评论,参见高秦伟:《政策形成与司法审查——美国谢弗林案之启示》,《浙江学刊》2006年第6期。

[26] 前引[20], Stephenson文,第1038页。

[27] 管制机关与法院所处的制度结构是影响其中立性的关键因素。此外,它们二者的内部控制体系、问责制和执法人员的个体差异也是影响其中立性的因素。

[28] Matthew D. Zinn, *Policing Environmental Regulatory Enforcement: Cooperation, Capture, and Citizen Suits*, 21 Stan. Envtl. L. J. 81, 133-134 (2002).

法院的中立性优势一定程度上增进了人们对法院的信任,尤其是信任法院会更加忠实地服务于风险控制这一公共目标。在同等条件下,更具中立性的执法者往往意味着更好的法律实施效果;反之,缺乏中立性的执法者,往往因“寻租”或被“俘获”而背叛既定的立法目标。为充分利用法院的中立性优势来控制环境风险,环境立法要以法院为中心进行制度设计,并具体体现在以下两个方面:一是要更多地依赖法院来寻找并确定社会最优的行为谨慎标准,从而避免管制机关因“寻租”或被“俘获”而出台不适当的管制标准。二是要更多地依赖法院来督促或执行最优的行为谨慎标准,以防止管制机关采取“偷懒”或放任策略。体现在管制标准效力论方面,就要求法院对管制标准保持高度警惕,并倾向于否认合规抗辩的效力。

(五) 专业技术优势对管制标准效力论的影响

在技术性较强的环境领域,管制机关与法院对技术性问题的处理能力意义重大。环境风险的致害过程非常复杂,损害并非总是由污染物直接引起,有时候是污染物与其他要素发生物理、化学或生物反应,并经过迁移、扩散、转化和代谢等环节后才造成损害。这集中体现了环境风险的技术性特点,对风险控制提出了较高的要求。环境管制标准必须建立在科学、严谨和全面的风险评估和技术判断基础上。同样,法院在认定侵权责任的可归责性、损害和因果关系时,也不可避免地要面临技术性问题的挑战,环境司法因此呈现出“对科学证据的高度依赖性”。^[29]

相比之下,环境管制机关具有更强的专业技术优势。这是因为,中国具有一个相对庞大的行政机关体系,它们根据不同的行业进行分工。从总体上看,一个特定的领域往往对应着一个管制机关,该管制机关长期与该领域或行业保持接触,对相关领域的了解也很全面和深入。管制机关往往还聘有相关技术专家,或设立专门的技术鉴定或研究机构。相比之下,法院体系则相对单一,法院的功能定位决定了它很难在区分案件类型的基础上,再根据技术领域进行二次分工。而且,由于机构运行成本的制约,在法院各庭室设立相应的技术岗位也不太现实。由此决定了环境管制机关的专业技术优势。

环境管制机关的专业性优势,进一步增强了人们对管制机关处理技术性问题的能力的信任,这也正是有学者呼吁法院要充分“尊重”环境管制标准的重要原因之一。^[30]因为在同等条件,更显著的技术性优势意味着更专业的风险控制能力,尤其是在技术性较强的环境领域更是如此。为充分发挥环境管制机关的专业性优势,应当在制度设计上更多地依赖管制机关来应对技术性较强的环境风险,并以环境管制为中心来安排侵权责任制度。体现在管制标准效力论方面,就要求法院承认环境管制标准在侵权法上的效力,尤其是要承认合规抗辩的效力。环境管制标准本身就隐含了管制机关大量的专业技术判断,对于缺乏技术性优势的法院而言,选择尊重环境管制机关的技术性判断,不仅便于他们从繁琐的技术难题中成功“脱身”,而且还有助于实现环境风险的控制目标。

(六) 标准的可预见性优势对管制标准效力论的影响

除上述因素之外,环境管制与侵权责任相比,还有一个非常重要的功能主义优势,即

[29] 吕忠梅等:《理想与现实:中国环境侵权纠纷现状及救济机制构建》,法律出版社2011年版,第24页。

[30] Scott G. Lindvall, *Aircraft Crashworthiness: Should Courts Set the Standards?*, 27 Wm. & Mary L. Rev. 371, 401 (1986).

环境管制标准的确定性和可预见性。^[31] 环境管制标准以成文的形式公示于众，为排污企业提供了一个相当明确的行为指引和预期，从而大大提高了排污企业对其行为后果的可预见性。相比之下，由法院确定并执行的行为谨慎标准主要是基于个案而形成的标准。“同案同判”的司法原则虽然能够为同类行为提供一个相对明确的预期，但法院在个案判断上的灵活性使之往往会因案情上的差异而随时改变个案中的行为谨慎标准，势必降低排污企业对其行为后果的可预见性。因此，由法院确定并执行的行为谨慎标准存在显著的不确定性。

环境管制标准的确定性和可预见性优势，能够为排污企业提供一个明确且稳定的行为预期，这将有利于它们在事前采取必要的风险防范措施，从而有利于控制环境风险。反之，一个模糊且不确定的行为谨慎标准将使排污企业无所适从，不利于其在事前采取风险防范措施。为充分利用环境管制标准的确定性，并提高排污企业对其行为后果的可预见性，在法律制度设计上，应当赋予环境管制标准更广泛的法律效力，甚至要求法院和管制机关一起共同执行这一具有确定性的标准。该思路体现在管制标准效力论方面，就要求承认环境管制标准在侵权法上的效力，尤其要承认合规抗辩的效力。

小结：双边优势与管制标准效力论的两难处境

综上所述，环境管制与侵权责任分别在不同方面具有各自的功能优势（以下简称“双边优势”）。这些因素分别从不同角度影响并决定着环境管制标准的侵权法效力，这使得管制标准效力论变得愈加复杂。一方面，为充分发挥环境管制在政策判断上的灵活性优势、专业技术优势和管制标准的可预见性优势来控制环境风险，理论上应当承认环境管制标准在侵权法上的效力。另一方面，为了充分利用侵权责任在个案判断上的灵活性优势和中立性优势来控制环境风险，理论上又要求否认环境管制标准在侵权法上的效力。

由此，环境管制与侵权责任之间的双边优势使管制标准效力论面临着“进退两难”的选择：承认环境管制标准在侵权法上的效力将难以发挥侵权责任在风险控制领域的功能优势，但若否认管制标准的侵权法效力却又无法发挥环境管制所具有的功能优势。如何兼顾环境管制与侵权责任的双边优势，成为管制标准效力论所面临的两难处境。

四、合作性制度安排中的管制标准效力论

（一）兼顾环境管制与侵权责任的双边优势

兼顾环境管制与侵权责任的双边优势，需要从以下两个方面作出制度安排：一是分工，二是合作。

首先，环境管制与侵权责任之间的分工，是要区分不同的风险领域，并根据两者的功能优势来作出匹配性的选择，使之各有侧重地发挥风险控制功能。为实现这一目标，理论上有必要引入“可标准化程度”这一概念。其含义是指：“管制者能否以适当的成本来识别被管制行为的类型及后果，以便管制者更有效地进行执法。”^[32] 如果管制者能够很容易识别所有相关行为的类型及风险大小，则说明该行为的可标准化程度较高，反之，则较低。

[31] Richard C. Ausness, *The Case For A "Strong" Regulatory Compliance Defense*, 55 Md. L. Rev. 1210, 1218 (1996).

[32] 前引 [24], Pistor 等文, 第 952 页。

风险行为的可标准化程度是个相对概念,只有通过比较才能作出判断。噪声污染与水污染行为相比,前者的可标准化程度较高,因为噪声的类型和风险程度相对单一,而水污染的类型和风险程度则复杂多样。根据风险行为的可标准化程度,理论上可以将环境风险分为两大类:一类是可标准化程度较高的领域,如噪声污染、光污染、电磁辐射污染等;另一类是可标准化程度较低的领域,如水污染。这一区分的理论意义在于,在行为可标准化程度越高的领域,环境管制的“一刀切”标准越有优势,它可以一次性地解决所有类似问题,同时还可以发挥环境管制的专业技术优势、政策判断上的灵活性优势和标准的可预见性优势。反之,在可标准化程度较低的领域,侵权责任在个案判断上的灵活性优势和中立性优势将会有用武之地。

其次,在分工的基础上,环境管制与侵权责任之间的合作才是充分发挥其双边优势的关键。前文关于环境管制与侵权责任之间的比较表明,它们二者不仅具有各自的相对优势,而且其功能优势还呈现出一定的互补性,具体表现为:侵权责任在个案判断上的灵活性优势与环境管制的“一刀切”做法之间具有相应的互补性。反过来,环境管制在政策判断上的灵活性优势与侵权责任的时滞性之间也具有相应的互补性。与此同时,法院所具有的中立性优势与管制机关较强的机会主义倾向之间也能够形成互补。此外,环境管制还具有专业性优势、管制标准的可预见性优势、事前预防优势、规模经济优势等,这些优势因素与侵权责任的相对劣势之间也呈现出一定的互补性。环境管制与侵权责任之间的优势互补性具有重要意义,为两种风险控制工具之间的合作提供了广阔的空间,^[33]而制度合作将是兼顾两者双边优势的关键途径。良好的制度合作方案,能够以扬长避短的方式来发挥环境管制与侵权责任的双边优势,因而是下文研究的重点。

(二) 行为可标准化程度较高领域的合作方案

在行为可标准化程度较高的风险领域,排污行为的类型及危害程度相对较为单一,它们更适宜用“一刀切”的环境管制标准来控制风险。此时的管制标准不应当仅停留在最低限度的“门槛性”标准,而应当以社会总成本最小化为目标,设定社会最优的管制标准。社会最优管制标准在风险行为的边际收益等于边际成本时达到。通俗地讲,当进一步提高管制标准将会增加社会总成本时,便达到了社会最优的管制标准。当管制标准达到社会最优标准时,环境管制在政策判断上的灵活性优势、专业技术优势、规模经济优势和事前预防优势将得到充分发挥。假设管制标准能够得到完全执行,则单独运用环境管制便可以实现风险控制目标。在此情况下,侵权责任仅仅在补偿受害人并实现矫正正义方面有其存在的理由。但为了避免侵权责任的实施所带来的过度威慑问题,实践中应当承认环境管制标准在侵权法上的效力,尤其是应当承认合规抗辩的效力。

然而,在制度实施层面,由于受到信息成本和执法资源的“双重约束”,^[34]最优管制标准往往难以得到完全执行,再加上执法人员“偷懒”及被管制者的机会主义倾向,总会有逃避管制的情况发生。此时,侵权责任与环境管制之间的合作具有重要意义。侵权责任将作为环境管制的“查漏”机制而存在。具体而言,当排污企业的行为不符合最优管制标

[33] Steven Shavell, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, 13 *Journal of Legal Studies* 357 (1984).

[34] 参见吴元元:《信息基础、声誉机制与执法优化》,《中国社会科学》2012年第6期。

准的要求时，侵权责任的威慑机制可以弥补最优管制标准未被执行的部分。对于排污企业而言，如果其行为尚未达到最优管制标准的要求，它将因此面临侵权责任的威慑，其威慑程度恰好等于排污行为的预期损害（损害程度乘以损害发生的概率），这一威慑将一直持续到排污企业的行为达到社会最优管制标准的要求时为止。这正是激励排污企业不断提高行为谨慎标准的强大动力。从这个意义上说，当社会最优管制标准无法得到完全执行时（这也是实践中的常态），侵权责任将作为环境管制的补充实施机制而发挥作用。

就管制标准效力论而言，在行为可标准化程度较高的领域，当环境管制标准能够达到社会最优标准时，基于风险控制的需要，法院在司法实践中应当充分尊重环境管制标准。这里的“尊重”集中体现为以下两个方面：第一，违反管制标准的行为在侵权法上将具备可归责性。由于最优管制标准没有得到完全执行，此时的侵权责任将作为环境管制的“查漏机制”而存在。第二，遵守管制标准的行为将阻却侵权责任的成立，即承认合规抗辩的效力，因为社会最优管制标准已经得到了遵守。当然，在行为可标准化程度较高的领域，环境管制标准仍然可能因其他原因而没有达到社会最优标准的要求，此时环境管制标准在侵权法上的效力将适用下文的分析。

（三）行为可标准化程度较低领域的合作方案

在行为可标准化程度较低的领域，排污企业千差万别，其风险大小与风险控制能力因人而异，并且随着时空的变化而变化，因而很难找到一个统一适用的最优管制标准。在此情况下，环境管制的“一刀切”标准将难以发挥优势。但考虑到环境风险所具有的技术性、致害的严重性、风险分布的广泛性和情势变化快的特点，^[35]为充分发挥环境管制的专业性优势、事前预防优势、规模经济优势和政策判断上的灵活性优势，理论上应当寻找能够统一适用的“门槛性”管制标准，^[36]并由管制机关负责统一实施。在此基础上，侵权责任的威慑机制将扮演重要角色，它可以利用法官在个案判断上的灵活性优势和中立性优势，根据风险控制目标的要求来决定是否在个案上超越既定的管制标准，从而给排污企业“量身定做”最佳的行为谨慎标准，以弥补“门槛性”管制标准与社会最优标准之间的差距，侵权责任因此扮演一个“补缺者”角色。

这种合作方案化解了环境管制在个案判断上的灵活性不足与侵权责任可能出现的“威慑不足”问题。^[37]鉴于法院可能执行更加严格的行为谨慎标准，因而该合作方案也被称为“柔和的管制者与严厉的法官之间的配合”。^[38]正是因为有侵权责任作为环境管制的“补缺

[35] Peter Huber, *Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts*, 85 Colum. L. Rev. 277, 277-278 (1985).

[36] 至于如何确定该标准，这里举例说明：假设在某个领域，A、B两个排污企业虽然都可以用2单位的预防成本降低20单位的风险，但如果再追加1单位的预防成本，A可以继续降低10单位的风险，而B只能降低0.1单位的风险；此时，2单位的预防成本对于A和B来讲，便是最低限度的“门槛性”标准。类似的实例如，“统一安装安全气囊对于所有司机来讲都会带来收益，但乘客座位上是否统一安装安全气囊，则可能需要汽车生产商根据汽车的安全因素进行区别对待”。See Kyle D. Logue, *Coordinating Sanctions in Tort*, 31 Cardozo L. Rev. 2313, 2337 (2010).

[37] 当加害人面临破产或责任财产不足以承担责任时，他们会认为其所需承担的责任取决于其所拥有的财产，由此导致加害人预防事故的激励不足。See Steven Shavell, *The Judgment Proof Problem*, 6 International Review of Law and Economics 45 (1986); Thomas J. Miceli and Kathleen Segerson, *A Note on Optimal Care by Wealth Constrained Injurers*, 23 Int'l Rev. L. & Econ. 273, 273-284 (2003).

[38] 前引[3]，De Geest等文，第119页。

机制”，环境管制才可以表现出比它单独适用时更“柔和”的一面，体现在：“一是管制标准的降低；二是管制者只需审查行为人的部分预防措施；三是管制者无需完全执行其所设定的标准”。^[39]由此也降低了环境管制的实施成本。

就管制标准效力论而言，在行为可标准化程度较低的领域，环境管制只能设定最低限度的“门槛性”标准，排污行为违反该标准将具备侵权责任的归责性，因为连最低限度的标准都没有遵守的行为，显然需要侵权责任来补充威慑，从而督促其提高行为谨慎标准。同时，遵守环境管制标准将无法阻却侵权责任的成立，因为在最低限度的“门槛性”管制标准之外，法院还可能为排污企业“量身定做”一个最优的行为谨慎标准。法院将根据风险控制的需要，在个案中提高行为谨慎标准，从而弥补“门槛性”管制标准与社会最优标准之间的差距。环境管制与侵权责任的这一合作方案还有一项重要作用：它可以借助法院在个案中对管制标准的不断超越，来验证“门槛性”管制标准设置的合理性，并随着时间的推移和情势的变更推动管制标准的发展，从而防止管制标准出现严重的滞后性。

五、制度合作框架的解释论意义

（一）水污染与噪声污染领域的比较

环境管制与侵权责任之间的上述两种合作方案构成了一个完整的合作框架，这也从根本上解决了环境管制标准的侵权法效力问题。根据上述合作框架及其所决定的管制标准效力论，实践中对合规抗辩效力之否定通常发生在行为可标准化程度较低，且管制标准属于最低限度的“门槛性”标准的领域，而水污染领域即属此类。笔者作出这一判断的理由在于：

第一，污水排放行为的类型多样、危害程度轻重不一，而且其危险性随时空而发生变化。造成这一局面的原因在于，不同企业排放的污水中所含的污染物往往存在较大差异，不同污染物以及污染物的不同组合，对人体和生态环境所造成的危害也各不相同，再加上污染物之间可能发生的物理或化学反应，这些都将是加剧排污行为及其危害程度的多样性和复杂性。水污染领域的这一特点，决定了污水排放行为的可标准化程度相对较低。为应对这一问题，有学者建议“要针对个体污染源适用特定化标准”。^[40]但问题是，高昂的信息识别成本与行政预算约束之间的矛盾，使管制机关难以“量体裁衣”地为排污企业制定个性化标准。

第二，排污企业自身的情况也存在巨大的个体差异，其风险控制能力更是千差万别。这意味着，同样的排污标准，对于一部分企业而言，可能还远远不够，而对于另一部分企业而言，可能已经远远超出了其能力限度，严格操作该标准将迫使其停产。因此，“一刀切”的排污标准不利于实现风险控制的目标。理论上的最佳方案是对不同排污企业进行区别对待。但问题是，排污企业的个体差异是其私人信息，获取这些信息需要付出成本，再加上排污企业隐藏信息的激励，这使得管制机关很难掌握这些信息，由此决定了管制机关

[39] 前引 [3]，De Geest 等文，第 136 页。

[40] 刘超：《污水排放标准制度的特定化》，《法律科学》2013 年第 2 期。

不可能为每个排污企业“量身定做”一个最佳的排污标准。管制机关往往只能设定最低限度的“门槛性”标准，并将“剩余风险”留给侵权责任威慑机制去控制。

第三，从污水排放标准的性质来看，适用于单个排污企业的“排污标准”不等于特定水域或水体的“水质标准”。其关键区别在于，排污标准只是水污染治理中的一个“阶段性”标准，它对于生态安全和环境保护而言，并不具有终局意义，而真正具有终局意义的乃是水质标准。由于水具有流动性和“污染转移”的特点，^[41]衡量水质的好坏不是看单个企业是否符合排污标准，而是要看整个水体的污染物浓度，该浓度不仅取决于排污总量及其浓度，而且取决于排放到了多大的水域。美国《1972年联邦水污染控制法修正案》已经考虑到：“即使排放达到了规定的污染限制水平，但由于一些河流的污染负荷太大，这可能仍然达不到适于钓鱼和游泳的水质标准。”^[42]因此，从风险控制的角度看，“阶段性”的排污标准最多只是广义上的“门槛性”标准，它不可能是社会最优的管制标准，而水质标准才可能成为社会最优的管制标准。但在合规抗辩问题上，当事人主张合规的事实，往往都指向“排污标准”，^[43]而不是具有终局意义的水质标准。企业符合排污标准的事实，对于风险控制目标而言，并不具有实质性意义。

与水污染相比，噪声污染的类型相对单一，给不同主体所造成的损害大致类似，其致害程度也相对稳定，这为环境管制的“一刀切”标准提供了广阔的适用空间。从风险控制的角度看，噪声污染的可控性较强，要求排污企业安装隔音设备、建造隔音墙、分时段施工、市区禁止鸣笛等措施，不仅行之有效，而且便于操作。在实践中，不管排污企业自身情况及所在行业存在多大差异，也不论噪声大小如何，对其适用统一的排放标准，一般不会引发高昂的实施成本，由此决定了噪音排放行为的可标准化程度相对较高。此外，由于声音传播过程会受到各种阻碍，这使得噪声污染的“污染转移”也不太明显。因此，噪声排放标准不像污水排放标准那么复杂，不存在所谓的“阶段性”标准，它直接以周围环境或居民的可接受程度作为标准的制定依据，属于“终局性”的标准。这些为环境管制机关制定社会最优的管制标准奠定了基础。从实践情况来看，中国新颁布的《声环境质量标准（GB3096-2008）》按照不同区域的功能特点和环境质量要求，将声环境功能区分为五类，并根据人们的可接受程度制定了五个档次的噪声排放标准。这些标准是在平衡经济社会发展和生活安宁的双重需要的基础上而制定的，管制机关已经将噪音致害与噪音控制的成本融入到这些标准当中。

因此，噪音排放标准不属于最低限度的“门槛性”标准，它以社会可接受的最优标准作为设定目标。类似的还包括光污染、电磁辐射和粉尘污染领域。在这些领域的侵权诉讼中，法官在判决中常常认为相关排污行为符合国家标准，不会污染周围环境。^[44]这源自他们对该领域国家标准的信赖，也从一个侧面反映出噪音和污水排放标准的差异。根据上述合作框架，在行为可标准化程度较高的噪声污染领域，环境管制与侵权责任应当遵循上述

[41] 美国1990年颁布的清洁空气法案首次承认“污染转移”的概念。参见[美]保罗·R.伯特尼主编：《环境保护的公共政策》，穆贤清等译，上海三联书店2006年版，第126页。

[42] 同上书，第247页。

[43] 参见河南省汝南县人民法院（2003）汝民初字第30号民事判决书；广东省佛山市中级人民法院（2003）佛中法民一终字第991号民事判决书。

[44] 参见重庆市第五中级人民法院〔2010〕渝五中法民初字第3407号民事判决书。

第一种合作方案；而在行为可标准化程度较低的水污染领域，环境管制与侵权责任应当遵循上述第二种合作方案。正是不同的合作方案决定了管制标准在侵权法上的效力差异。

（二）管制标准的性质决定了合规抗辩的效力

对水污染和噪声污染领域的比较表明，当环境管制标准低于社会最优标准时，基于风险控制的需要，侵权责任将扮演“补缺者”角色，以弥补环境管制标准与社会最优标准之间的差距，因而理论上应当否认合规抗辩的效力。反之，当环境管制标准达到社会最优标准时，侵权责任将扮演“查漏者”角色，以避免管制标准在实施层面的执行不足，因而理论上应当承认合规抗辩的效力。由此可以发现一个规律——管制标准的性质决定了合规抗辩的效力。在此基础上，由于管制标准的性质与风险行为的可标准化程度密切相关，因而这一规律可进一步分解为以下两部分：（1）风险行为的可标准化程度越高，则管制标准越有可能达到社会最优标准，因而合规抗辩的效力也应当越强。（2）风险行为的可标准化程度越低，则管制标准越难以达到社会最优标准，因而合规抗辩的效力也应当越弱。这一规律为判断合规抗辩的效力提供了基准，同时揭示出合规抗辩效力的程度之维，为司法实践中认定合规抗辩的效力提供了思路。

上述规律还可以用来解释其他更多领域的现象。在交通安全风险、工业生产风险、食品安全风险和医疗风险等领域，各国理论和实践均倾向于否认合规抗辩的效力。主要原因在于，在这些领域，风险行为的可标准化程度相对较低，管制机关只能设定最低限度的“门槛性”标准。基于风险控制的需要，侵权责任将作为行政管制的补充机制而存在，以弥补管制标准与社会最优标准之间的差距，这就要求法院根据个案情况否认合规抗辩的效力。而在药品、儿童疫苗与核工业风险领域，承认合规抗辩逐渐成为一种趋势，其原因在于，这些领域的行为可标准化程度相对较高，为社会最优管制标准的制定提供了条件。例如美国密歇根州立法肯定了药品领域合规抗辩的效力，药品制造商只要遵守食品药品监督管理局（FDA）的管制标准，并且使用了FDA批准的商标，则其生产的药品将被法院认定为不存在缺陷或不合理的风险（即不具备可归责性）；^[45] 除非药品生产商存在欺诈，否则，行为合规的事实将阻却侵权责任的成立。^[46] 该立法的前提假设是：管制标准已经达到了社会最优标准，这也正是学者主张在处方药品领域承认合规抗辩的主要理由。^[47] 此外，美国法在核工业风险领域、^[48] 儿童疫苗风险领域，^[49] 都在积极寻求社会最优的管制标准，一旦管制标准达到社会最优标准，承认合规抗辩就顺理成章了。

另外，从比较法来看，美国关于合规抗辩的呼声远高于中国。^[50] 这固然与两国的学术传统有关，但不容否认的是，中美两国在行政管制效果方面的巨大差异是造成这一局面的重要原因之一。美国的行政管制历史虽短，但自20世纪以来，美国在环境污染、食品安全、药品安全和工业生产安全等领域取得的管制效果是有目共睹的。而中国这个管制传统悠久的国家，在风险管制领域所取得的成效却与美国相距甚远，尤其是在环境污染和食品、

[45] Mich. Comp. Laws Ann. § 600. 2946 (5) (West 2007).

[46] Catherine M. Sharkey, *The Fraud Caveat to Agency Preemption*, 102 Nw. U. L. Rev. 841 (2008).

[47] 参见前引 [15], Rabin 文, 第 2074 页。

[48] Price-Anderson Nuclear Industries Indemnity Act, 42 U. S. C. § 2210 (2010).

[49] National Childhood Vaccine Injury Act of 1986, 42 U. S. C. § § 300aa-1 to-34 (2010).

[50] 参见前引 [31], Ausness 文, 第 1213 页。

药品安全领域，制度上甚至缺乏严密自足的管制体系，有些领域甚至尚未制定管制标准，被学者称为“管制孤儿”。^[51] 在这一现实背景下，人们自然难以对行政管制及管制标准产生信任，侵权责任的实施就显得意义重大，它不仅可以实现矫正正义，而且兼具风险控制效果。这也许正是中国学者在合规抗辩问题上保持谨慎的主要原因。然而，从法治发展的角度看，如果行政管制及其管制标准不断被修正，甚至接近社会最优标准，人们对合规抗辩的态度应当及时作出调整。正如学者所言，法治发展到今天，管制性立法已经发生了较大变化，“它们从一般立法所规定的相对模糊的规则，逐渐发展到由专门行政机关所设计的精细化要求。现代管制体系明确体现了立法或行政机关为制定最优而非最低安全标准所作出的努力”。^[52]

Abstracts: The existing explanations from the perspective of corrective justice can only cover part of the phenomena about the legal effect of environmental regulative standard on tort law in the judicial practice. If we change the angle of view, tort law liability as well as environmental regulation can be regarded as regulatory tools from the perspective of risk control. Both of the regulatory tools have their own functional advantages which can be named of bilateral advantages in different aspects of risk control. In order to take full advantage of the bilateral advantages of environmental regulation and tort law liability, the two kinds of regulatory tools need to keep institutional cooperation as follows.

In the first case, tort law liability can be used to remedy the deficiency of insufficient implementation of environmental regulatory standard when the regulatory standard can achieve the social optimal behavior standard of care. In this situation, the judges need to fully respect the environmental regulatory standard and accept the defense of regulatory compliance in the judicial practice. In the second case, tort law liability can be used to remedy the design defects of environmental regulatory standard when the environment regulatory agencies can only set the minimum “threshold” regulatory standard. In this situation, the judges need to “tailor” the optimal behavior standard of care for polluters and reject the defense of regulatory compliance according to the optimal care standard case by case. This institutional cooperative framework can provide a systemic explanation for all sorts of legal phenomena related to defense of regulatory compliance in the judicial practice.

Key Words: environmental regulation, regulative standard, tort law liability, defense of regulatory compliance

[51] 前引〔1〕，宋华琳文。

[52] 前引〔7〕，Noah文，第2152页。