

文章编号: 1674-5205(2024)01-0169-(010)

# 环境污染侵权认定中合规抗辩的效力

车东晟

(西北政法大学经济法学院, 陕西 西安 710063)

**【摘要】** 环境污染侵权认定中存在对合规抗辩效力认定不一致的问题,其根源在于公民法调整的不同逻辑未能得到应有的区分。立足环境立法的体系性解释,应以管制性规范公私法功能的衔接为出发点解释环境管制性规范的私法效力,避免环境管制性规范无法界定复杂利益关系的问题。首先依“保护性法律”筛选具有私法效力的环境管制性规范,再依一般注意义务对筛选后的合规行为限度与受害者利益进行权衡。保护性法律中的合规行为可以作为合规抗辩效力的前提条件,违反环境管制性规范意味着违反了法定的注意义务,既未违反环境管制性规范又未违反一般注意义务的环境污染行为才可承认合规抗辩。基于此,环境立法也需要立足规范保护的目的是提升其体系化程度。

**【关键词】** 环境污染侵权; 合规抗辩; 环境管制性规范; 保护性法律; 注意义务

**Abstract:** In the determination of environmental pollution infringement, there exists inconsistency in the affirmation of the validity of the compliance defense. It is rooted in the failure to distinguish the different logic of public and private law adjustments. Based on the systematic interpretation of environmental legislation, the effect of private law of environmental regulatory norms should be interpreted according to the convergence of functions of public and private law of regulatory norms, so as to avoid the problem that environmental regulatory norms cannot define complex interest relations. Firstly, environmental regulatory norms with the force of private law are screened according to the protective law, and then the limits of compliance behavior after screening are weighed against the interests of victims according to the general duty of care. The compliance behavior in protective law can be the prerequisite for the effectiveness of compliance defense. The violation of environmental regulatory norms means the violation of the statutory duty of care, while the environmental pollution behavior that does not violate the environmental regulatory norms and does not violate the general duty of care can be recognized as the compliance defense. Therefore, environmental legislation also needs to improve its systematization based on the purpose of normative protection.

**Key Words:** environmental pollution infringement; regulatory compliance defense; environmental regulatory norms; protective law; duty of care

中图分类号: D922.68 文献标识码: A

## 一、问题的提出

环境污染侵权责任制度是调节因环境污染而引发的利益失衡问题的重要制度。随着环境监管技术的不断进步,法律规制的手段以及对象发生了显著变化,环境规制技术性指标的重要性也随之大幅度提升。排污个体的行为可能实时处于被监管状态,环境法律可能更多要面对的是守法行为。<sup>[1]</sup> 与此相应,法律对排污行为特别是合规排污行为规制目的明确化、精细化区分等问题应当成为当代环境立法体系化构建的重要内容。行为主体能否以行为符合环境管制性规范为由主张不承担侵权责任? 在环境侵权领域,依据我国《侵权责任法》以及《民法典》的规定,环境污染侵权责任的认定一概适用无过错责任原则,是否遵守环境管制性规范与侵权责任的成立并没有直接关系。2015年《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》

收稿日期: 2023-05-22

基金项目: 国家社科基金项目(22XFX019)“环境法典编纂和适用中基础概念的生成与展开”

作者简介: 车东晟,西北政法大学经济法学院讲师,法学博士。

[1] 郑少华、王慧:《大数据时代环境法治的变革与挑战》,《华东政法大学学报》2020年第2期,第83页。

释》第1条明确规定：“污染者以排污符合国家或者地方污染物排放标准为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。”因此，我国法律体系中对环境污染侵权责任的认定一概否认合规抗辩的效力。但在实践中，存在大量“不可量物”污染或“能量型污染”承认合规抗辩的案例，有学者做过统计，该类案件主要集中在噪声污染、辐射污染以及粉尘污染领域。<sup>〔2〕</sup>同时，此类案件对侵权责任的认定也以超标排放为依据。<sup>〔3〕</sup>环境污染侵权责任认定中完全以公法管制性规范作为依据难免有“一刀切”的嫌疑，因为管制性规范并不一定具有权衡和调节私益的功能，环境污染侵权认定中如直接援引公法的管制性规范，就意味着将公法中应对社会风险的绝对性标准直接适用到私法中复杂多样的利益调节领域。如果一味否认合规抗辩，则有可能对合规行为的自由施加过度的限制，导致社会接受该种产品或服务的价格增加，风险制造者不再从事该种活动，<sup>〔4〕</sup>社会活动也随之萎缩，<sup>〔5〕</sup>社会福利受损；<sup>〔6〕</sup>如果一味承认合规抗辩，则意味着合规排放行为将不受任何法律规制，同时导致私法对因合规行为产生的环境私益损害袖手旁观。环境污染侵权认定中合规抗辩效力的研究不仅仅需要揭示其在控制风险、管理社会层面的一般性法律原理，而且需要立足于实在法以探求法律的体系性以及融贯性，解释其规范性意义。我国环境立法虽然早于民事立法，但是长期在传统部门法之外“流浪”，其行政管理特征十分明显，规范性与体系性较为薄弱，在环境侵权司法案件中存在“同案不同判”以及不援引环境法律等问题。<sup>〔7〕</sup>因此，有必要从环境立法的体系性方面展开思考：在环境污染侵权案件中，环境管制性规范与环境污染侵权责任的认定在法律规范意义上存在何种关联。

## 二、环境污染侵权合规抗辩效力区分的理论反思

有学者已经注意到应当对合规抗辩的效力进行类型化分析，在特定类型中对合规抗辩的效力做全有或全无的判断，<sup>〔8〕</sup>但绝大多数学者对合规抗辩的效力持十分谨慎的态度。<sup>〔9〕</sup>

### （一）环境污染合规抗辩效力区分类型化的批判

#### 1. 依污染外观分类

在环境法学界，不论是基于对污染行为本身的归类研究还是基于对侵权责任认定的类型化分析，按照污染物形态划分的观点最为普遍，最具代表性的是汪劲教授在《环境法学》教材中划分的“物质流污染”与“能量流污染”，<sup>〔10〕</sup>这一划分被大量学者所接纳并被用于解释环境侵权认定问题。<sup>〔11〕</sup>还有学者提出了“实质型污染”与“拟制型污染”的区分，<sup>〔12〕</sup>认为能量型污染（或拟制型污染）应当承认合规抗辩。对污染的类型化区分不能只看污染的外观，而是要阐发由污染引发的后果在法律体系中遵循的逻辑及其蕴含的规范性意义。应从规范意义上解释“污染”以还原其法学知识属性，而不能依据日常生活的判断。我国长期以来对“污染环境”中的

〔2〕 宋亚辉：《环境管制标准在侵权法上的效力解释》，《法学研究》2013年第3期，第39页。

〔3〕 在被称为“国内光污染案件原告首次胜诉的案件”的“陆耀东诉永达公司环境污染损害赔偿纠纷案”中，法院就以光污染排放超标为由判决被告承担侵权责任。

〔4〕 朱虎：《规制法与侵权法》，中国人民大学出版社2018年版，第181页。

〔5〕 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，第62页。

〔6〕 傅蔚冈：《合规行为的效力：一个超越实证法的分析》，《浙江学刊》2010年第4期，第148页。

〔7〕 有学者统计我国环境司法状况后发现，不论是环保法庭建立前还是建立后，在环境类司法案件中，法官极少以环境法律作为裁判依据。吕忠梅：《环境法回归路在何方？——关于环境法与传统部门法关系的再思考》，《清华法学》2018年第5期，第6-7页。

〔8〕 金自宁：《风险社会背景下的合规抗辩——从一起环境污染损害案例切入》，《北大法律评论》2012年第2期，第442-468页。

〔9〕 宋华琳：《论政府规制与侵权法的交错——以药品规制为例证》，《比较法研究》2008年第2期，第32-45页；宋亚辉：《环境管制标准在侵权法上的效力解释》，《法学研究》2013年第3期，第37-53页等。

〔10〕 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社2006年版，第332-416页。

〔11〕 后续大多数学者虽然表述不尽一致，但都沿用该分类逻辑，如：张敏纯：《论行政管制标准在环境侵权民事责任中的类型化效力》，《政治与法律》2014年第10期，第23-32页；刘超：《论“绿色原则”在民法典侵权责任编的制度展开》，《法律科学》2018年第6期，第141-154页。

〔12〕 张宝：《环境侵权的解释论》，中国政法大学出版社2015年版，第129-141页。

“污染”缺乏规范性解释,这直接导致无法合理区分合规抗辩的效力,在面对复杂行为时,概括适用环境管制性规范。依污染外观进行类型化既不能真实体现对污染行为的科学判断,也不符合法律规范的调整逻辑,且有些污染并不适宜以外观特征进行归类,因为能量也可以被解释为物质,比如核辐射污染,兼具能量和物质双重特征。此类解释对污染行为分类的论证极易进入到自然事实领域,如有学者认为这种分类是按照“污染性质来源及其致害机理划分”的类型,<sup>[13]</sup>这种划分在法解释学上并无意义。两类污染行为所对应的环境管制性规范虽然在形式上均为达成控制污染的目标,而实际上其所援引的作为科学判断的环境标准的制定本身却基于不同的保护目的。相应地,管制性规范也分别指向不同的保护目的,环境污染侵权的认定应当充分建立在该理论认知上。遗憾的是,这种传统的污染分类显然不能满足环境污染侵权认定的精细化发展要求。因此,在规范层面不必对污染依外观特征进行类型化区分,也不需要污染进行“拟制”解释,而应看受污染的客体在相应规范保护目的方面的差异。进一步讲,如果污染的客体是抽象的环境公益,那么这种污染行为本身就属于危险行为,法律规制的目的就是使用概括性控制的手段,以尽可能降低该行为的危险性。但如果污染的客体包括具体的他人利益,法律的规制就体现为对相关污染者和他人之间的利益进行权衡。这可能对合规抗辩效力的体系性解释具有相当重要的整合功能。

## 2. 依社会效果分类

有学者设想以一种社会学意义上的“社会最优标准”为界限划分合规抗辩的效力,认为完全否认合规抗辩的效力就意味着将共同作用于风险控制的管理措施与侵权责任以“各自为政”的方式发挥作用,不利于控制风险;立法上应当将侵权责任视为一种“辅助管制”的手段,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。<sup>[14]</sup>在环境管制标准能达到“社会最优标准时”,应承认合规抗辩的效力;在环境管制标准只能设定最低标准的情况下,必要时否认合规抗辩的效力。<sup>[15]</sup>不过,以“社会最优标准”作为衡量是否承认合规抗辩的效力更多是一种“理想类型”,在当下的环境法律体系中,不仅不具备实体制度构建的可能性,还很容易导致对环境保护过程中利益失衡问题的漠视。只看管制行为本身的后果,不看管制对象的复杂性,将以满足公法管制需要而统一确定的排污限度概括地适用到侵权责任认定中,会导致法律对复杂的个体利益的权衡出现一刀切的问题。

### (二) 环境污染合规抗辩效力区分的体系性检视

#### 1. 环境污染侵权立法规定的体系性分析

针对目前司法实践中出现的对合规抗辩效力认定不一致现象,需要一套体系化的解释框架。回归立法文本,我国环境法律体系中,描述对生态环境造成影响的核心词汇是“污染”,但是对于污染的客体却并未在立法上进行区分,对“污染”的规范性意义也未进行阐释。<sup>[16]</sup>《水污染防治法》和《土壤污染防治法》中对“污染”的定义仅描述了一种事实状态,指向抽象的生态环境,<sup>[17]</sup>无法顾及环境质量与个体私权的关系、不同主体之间自由限度和利益权衡等问题。依《噪声污染防治法》第2条对“噪声污染”的定义,造成污染必须符合两个条件:一是超标或未依法采取防控措施,二是干扰他人正常生活、工作和学习;在表述上并未使用“生态环境”,且通篇仅出现过一次兜底性的“环境污染”和“生态破坏”的表述。<sup>[18]</sup>在现有的污染类型划分中,物质型污染以污

[13] 刘超:《论“绿色原则”在民法典侵权责任编的制度展开》,《法律科学》2018年第6期,第146页。

[14] 宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期,第40-41、45页。

[15] “社会最优标准”即“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”。宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期,第48页。

[16] 详细概念分析参见车东晟:《环境法典编纂中“环境”“生态”与“资源”概念的关系厘定与展开》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2022年第6期,第20-30页。

[17] 《水污染防治法》附则第102条规定:“水污染,是指水体因某种物质的介入,而导致其化学、物理、生物或者放射性等方面特性的改变,从而影响水的有效利用,危害人体健康或者破坏生态环境,造成水质恶化的现象。”《土壤污染防治法》采取了同样的表述,其第2条规定:“本法所称土壤污染,是指因人为因素导致某种物质进入陆地表层土壤,引起土壤化学、物理、生物等方面特性的改变,影响土壤功能和有效利用,危害公众健康或者破坏生态环境的现象”。

[18] 该条文出现在《噪声污染防治法》法律责任部分第48条,并规定在超标排污行为本身的法律责任之后。笔者认为,这属于对噪声污染可能引发公益损害后果的兜底性规定。

染后果作为评价依据,而能量型污染以污染行为作为评价依据。但实际上,在不损害生态环境本身而损害众多个人利益的情形中,衡量排污行为的污染物排放标准和衡量对环境影响程度的环境质量标准是重合的,这种情形恰好出现在能量型污染物排放领域,以噪声污染类案件最为典型。<sup>[19]</sup>这类案件法院的判决结果不论是否承认合规抗辩的效力,均以噪声污染受影响的分贝数确定噪声污染的程度。<sup>[20]</sup>此时法官是以受害人利益是否受到损害为出发点来解释污染行为,据此可以推断,噪声污染和其他物质型污染区别的核心为是否对他人利益产生影响。因此,法律对噪声污染的规制具有明确的规范性意涵,即并非为了保护生态环境本身,而是为了保护他人利益。在环境法律体系中,存在着两套基于保护对象而建立的关于“环境污染”的法律规制体系,这两类污染规制体系的不同保护目的并未在环境立法中得到践行,相关立法在很大程度上是单纯为了行政管制。<sup>[21]</sup>对这类符合保护性法律且对他人利益损害并不十分严重的行为,不宜直接启动无过错责任以保护受害者的利益,也不宜绝对地援引环境管制性规范作为侵权责任认定的依据,而需要更加精确地判断和权衡各方主体的利益。关于环境污染侵权的规定,不论是从语法结构还是立法本意看,《侵权责任法》第65条规定的“污染环境”应为动宾结构,<sup>[22]</sup>《民法典》侵权责任编第七章中的“污染环境”“破坏生态”同样是动宾结构,不关注对环境是否造成污染后果,只看是否存在污染行为、损害后果及因果关系。因此虽然我国现有立法完全不承认合规抗辩,但由于环境法律中存在着两套“污染”的话语体系,且环境污染侵权认定中的无过错责任原则偏向保护受害方的利益,法官在面对同样重要的排污者行动自由的保障时,会出现对法的“续造”,<sup>[23]</sup>在特定环境污染侵权领域承认合规抗辩。

## 2. 环境污染侵权认定中公私法的逻辑交汇点:规范的保护目的

合规抗辩效力认定不一致问题是由于现有立法对规范保护目的不加区分导致的,法律对不同类型利益的保护逻辑的差异并未体现在侵权认定中。解决的切入点为反思环境立法中对管制的目的、客体进行的区分,并将其引入到侵权责任认定原理中,这也是环境法律体系化构建的内在需求。在环境污染侵权责任的认定上应摒弃以污染类型为依据的理论模式,转向按照规范保护目的的区分,以明确哪些管制性规范能够产生侵权认定的效力。实际上,不论是公法还是私法,在面对管制性规范时,在确定行政诉讼原告主体资格、侵权责任认定等方面有十分重要的价值。

公法中,对复杂利益的概括式立法引发了法律适用难题。学界开始引入德国的“保护规范理论”。该理论认为,公法规范必须包含“私人利益保护指向”,才能为受该规范保护的主体设定主观公权利。<sup>[24]</sup>保护规范理论将利益关照的对象扩展到行政机关与行政相对人之外的第三人,但由于当事人无法直接通过宪法基本权利获得保护,因此就需要论证,“客观法是否以及在多大范围内赋予了特别人以特别利益的保护”,<sup>[25]</sup>明确该问题对确定行政诉讼适格原告等方面具有十分重要的功能。在私法中,学者开始探讨侵权责任认定中的“权益”保护范畴,特别是权利之外的利益保护,并形成了重要的界定原则,即如果行为人“过错违反保护他人的法律”,可以成立过错侵权。“以保护他人为目的的法律,应当在立法旨意上或在解释上有明确的保护特定范围之主体的目的,当然,当公法规范以保护公共秩序为直接目的的同时,兼有保护私人利益之目的,可以构成保

[19] 不同的声环境功能区,噪声污染的排放标准均相同,且与相应环境质量标准即《声环境质量标准》(GB3096-2008)相一致。相关论述参见刘卫先:《论达标排污致他人损害的责任承担》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2018年第3期,第74页。

[20] 在最高人民法院发布的“2019年度人民法院环境资源典型案例”中,“孟德玉诉天津东南新城城市建设投资有限公司噪声污染责任纠纷案”,法院判决被告承担侵权责任的依据为被告排放的噪声在原告卧室中超标,该案明确提出以原告的卧室监测的噪声超标作为承担侵权责任的依据,而非噪声排放地排放超标,这说明法官认为判定噪声污染是否超标应当以保护受害者利益为参照,而非排污行为是否超标。

[21] 车东晟:《环境法典编纂中“环境”“生态”与“资源”概念的关系厘定与展开》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2022年第6期,第23页。

[22] 尤明青:《论环境质量标准与环境污染侵权责任的认定》,《中国法学》2017年第6期,第292页。

[23] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246-305页。

[24] 赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019年第2期,第1页。

[25] 赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019年第2期,第8页。

护性法律。”〔26〕保护性法律可以“帮助方便地引发侵权法上的损害赔偿责任”,〔27〕日本就采取了该种认定方式,对保护规范作了更为细致的区分,主张只有防止侵害型的保护规范才具有积极的意义,因为只有此类规范欲保护的利益范围才与侵权行为法所要保护的私人利益的范围基本一致。〔28〕在此,有必要说明,在私法中之所以要区分保护性法律,是因为其在私法中具有筛选索赔主体、确定保护客体的功能。苏永钦教授认为,作为“对世规范”的管制性规范只有旨在保护个人的情形下才能筛选出合理数量的赔偿请求权主体。〔29〕保护性法律的行为义务是针对特定人或特定群体所规定的,因此,“违反非保护性规范所规定的公共义务不能推定行为人违反了私人义务而具有过错”。〔30〕如果某一规范能被解释为保护性法律,那么违反该规范就可能产生私法效果。行政机制对生态环境资源保护可能出现的“政府失灵”有必要运用私法机制予以弥补。〔31〕当然,私法中保护性法律的解释要明显严于公法中的保护规范,这是由公私法的属性不同所决定的,产生私法效力的保护性法律调节的是更加精确的私主体之间的利益,而非保护规范理论所探讨的行政主体与行政相对人之外的第三人。因此,若某个管制性规范要被认定为保护性法律,必然要求它在受保护主体、受保护的权益、损害的发生方式三个方面都足够具体。只有这样才能认为该规范在实现公法目的的同时,也已经为私法上的主体设置了对其他主体的具体注意义务。〔32〕

我国《民法典》在侵权责任保护范围上沿用了《侵权责任法》的界定,即第1164、1165条规定的“民事权益”采取权利和利益区分的保护模式。〔33〕在对利益的保护范围上,尤其需要通过保护性法律进行界定。实际上《德国民法典》第906条规定的“不可量物”的侵入被认为是属于民法内部规范体系所设定的“保护性法律”。〔34〕但需要注意的是,这些不可量物并非是对生态环境造成损害的各类实体污染物质,而正是各类气体、噪声、振动等才是对他人不动产权利的行使可能造成影响的污染物排放行为。在合理限度内,土地所有权人不能禁止这些不可量物的排放。该类侵权责任的认定必须明确对环境存在“污染”行为,且该“污染”行为违反了法律保护个人利益的目的,因为公共利益具有特殊性,违反这些规范是否成立侵权责任还要判断这些规范是否旨在保护个人。〔35〕因此,在涉及“保护性法律”所界定的保护范围时,环境污染侵权的认定规则应当向污染者与受害者双方利益权衡的方向精细化地发展。

### 三、环境污染侵权合规抗辩效力的区分原理

概括地讲,公法中的管制性规范对民事法律关系只能产生有限影响,侵权责任的认定应当警惕过度夹杂用公法思维评价私法行为的性质,同时应更加注重以法律保护的客体和性质的不同解释环境污染侵权认定规则,从而将法律调节的触角延伸到微观主体的利益判断层面。单纯以存在污染行为作为确定环境污染侵权责任承担的依据是十分粗糙的,因其通过无过错责任原则和不承认合规抗辩的方式抹掉了这一利益调节的空间。这种粗糙性在公法中并不会引发明显的问题,但在侵权责任认定中,公法的保护目的与私法调节的利益范畴不衔接问题将会极大地影响法律对相关主体的利益调节功能,也不利于环境法律的体系化构建。不同环境污染行为规范意义的分殊源于公法与私法的调整逻辑。即使是在特定类型的案件或特定情形下承认合规抗辩的效力,也绝非意味着完全以合规作为绝对标准来决定排污者是否承担侵权责任,否则会混淆公法与私法的不同调整逻辑。近代以来各国民法在公法管制性规范的基础上进一步为行为主体设定了更加精确的利益权衡标准。

〔26〕 于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第152页。

〔27〕 于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第143页。

〔28〕 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,第67页。

〔29〕 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第308-310页。

〔30〕 朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1208页。

〔31〕 吕忠梅:《中国民法典的“绿色”需求及功能实现》,《法律科学》2018年第6期,第113页。

〔32〕 于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第155页。

〔33〕 方新军:《权益区分保护的合理性证明——〈侵权责任法〉第6条第一款的解释论前提》,《清华法学》2013年第1期,第134-156页;于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第245-254页。

〔34〕 叶名怡:《论违法与过错认定——以德美两国法的比较为基础》,《环球法律评论》2009年第5期,第95页。

〔35〕 朱虎:《规制法与侵权法》,中国人民大学出版社2018年版,第141页。

因此,环境资源开发利用行为的私法调节需要限制公法环境管制性规范的绝对性效力,具体可分为两个层次,第一层次:依“保护性法律”筛选具有私法效力的管制性规范,此时该管制性规范依然不能直接用于私法利益的判定,而须进入第二层次,即依一般注意义务对筛选后的合规行为限度与受害者利益进行权衡。

### (一)依“保护性法律”筛选具有私法效力的管制性规范

#### 1. 违反保护性法律的污染

保护性法律的污染行为中合规抗辩的效力应是学界探讨的重点。如果环境管制性规范形成保护性法律的效果,则该类环境污染行为满足特定条件的合规排放事实可以作为免于承担侵权责任的依据。被我国学者广为关注的《德国民法典》第 823 条第 2 款以及我国台湾地区所谓的“民法典”第 184 条的规定均将违反保护他人法律的行为规定为承担侵权责任的情形。“德国法上,保护性法律之侵权规范乃是一种独立的侵权类型;而美国法上,违反制定法的处理主要被涵括在过错认定的范畴内。”<sup>[36]</sup>在违反保护性法律的侵权责任认定中,判断过错的主要依据在于行为是否违反了保护性法律,而非行为人能否预见到此种损害的发生。<sup>[37]</sup>如果管制性规范是以保护抽象的公众利益为目的,此时若有违反该管制性规范的行为,则遭受损失的人会非常多,有了保护性法律,可以仅通过认定该违法行为就可将侵权损害赔偿的请求权人降低到合理程度。<sup>[38]</sup>法官仅需要立足立法文本解释相关管制性规范是否具有保护性法律的效果,而非判断行为人的主观要素。如果行为违反的是保护性法律,法官可直接援引该规定认定侵权责任的过错要件而无须另寻行为人是否违反注意义务,除非行为人能够证明其违反保护性法律或法益的侵害无过错而免责。<sup>[39]</sup>行为造成个人损害且属于“保护性法律”所明确规定的情形时,就可认定行为人有过错,满足一定的条件时可以减轻受害人的过错举证责任。<sup>[40]</sup>

针对超标排污行为,可以直接认定排污者存在过错。我国在噪声污染侵权案件中大多数以超标作为认定过错基本依据的原因,即为法官通过对《噪声污染防治法》第 2 条保护他人目的的解释,将违反环境管制性规范的行为确定为过错行为。相应地,针对合规排放行为,法律应站在利益取舍的立场保障一定程度的社会自由度,防止个体自由权行使中的一些必要利益传导动不动就被认定为侵权。但管制性规范对于侵权责任认定的功能不能被绝对化,法官仅能依据管制性规范未被违反的事实判定其并不存在法定的过错,但排放行为符合管制性规范并不必然产生合规抗辩的效力,而是为合规抗辩的效力判断提供基本的前提,这是由于公私法不同的调整逻辑决定的,进一步确定合规抗辩效力的范围则需要转换到私法的调整逻辑中。

#### 2. 非违反保护性法律的污染

在该类环境污染侵权中,环境管制性规范的设定是以生态环境为直接保护目标的,并无“保护性”的法律功能,在侵权责任的认定中不具有界定利益归属的效果。“非保护性规范的违反就是判定是否存在过错可资利用的证据之一,从而并不具有太多的规范意义。”“侵权行为中的侵权性被认为是一种相对的不法性,即违反的是一种专注于保护受害人个人利益而不是公共利益的案例或者法规。”<sup>[41]</sup>由于规范保护的目的在于公共利益,因此公民不享有诉权,其利益只能受“反射利益”的保护。<sup>[42]</sup>针对该问题,德国与我国台湾地区的学者并未进行过多的论述。<sup>[43]</sup>对该类环境污染侵权,现有立法概括性适用无过错责任,我国司法裁判亦未将合规排放作为认定无过错的依据。因此,该类侵权中不宜承认合规抗辩。

### (二)依一般注意义务锁定合规抗辩效力的范围

#### 1. 注意义务在侵权认定中的功能

在违反保护性法律的污染行为中,针对合规排放行为,承认合规抗辩并附加一定的条件作为注意义务而启

[36] 叶名怡:《论违法与过错认定——以德美两国法的比较为基础》,《环球法律评论》2009年第5期,第98页。

[37] [奥地利]海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题:德语国家的视角》(第1卷),朱岩译,北京大学出版社2017年版,第203页。

[38] 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第309页。

[39] 朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1213页。

[40] 朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1207-1212页。

[41] [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001版,第42页。

[42] 尹志强:《侵权法的地位及与民法典各编关系的协调》,《华东政法大学学报》2019年第2期,第30页。

[43] 朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1213页。

动过错责任,是较为理想的折中选择。我国对环境污染侵权一概适用的无过错责任原则并不能适应违反保护性法律的污染侵权中利益精确调节的需要。国外与过错责任相对应的严格责任的适用范围大多都限定在“异常”活动中,<sup>[44]</sup>因为严格责任的正当性基础为:特定行为会导致损害的实质危险时,哪怕所有合理的安全措施都被遵守也没用。<sup>[45]</sup>显然,注意义务在确定违反保护性法律的环境污染侵权中具有十分重要的利益界定功能,保护性法律设定了行为标准,该标准可以被理解为注意义务的判断依据之一,违反该注意义务标准既会引发公法责任,也是当事人承担侵权责任的依据;注意义务的违反意味着过错侵权的成立,如美国法中将违反保护他人的法律构成的侵权责任视为一种特殊的过失责任,而英国法将此种责任视为过失责任之外的独立侵权责任。<sup>[46]</sup>但违反注意义务的行为并非侵权责任成立的充要条件。近代以来,相当多的国家在过错责任的判断上引入了相对客观的注意标准。过错责任一般与特定的注意义务密切相关,罗马法中就将过失作为谨慎或注意的反义词,对谨慎或注意采用家父的注意标准予以确定。我国也有学者认为,侵权责任认定中的核心要件“违法性”与“有责性”实质上可以合并为对义务的违反,对义务的违反是过错侵权责任发生的基础和归责的核心。<sup>[47]</sup>客观注意义务的“客观”性并不意味着在立法或司法实践中存在一套绝对确定的判断规则,而意味着对注意义务的判断标准是基于行为人之外的社会可普遍接受的一套规则,这套规则是灵活的,是紧密联系生活事实和规范逻辑的中介。如法国更倾向抽象评价的“民事过错”学说,英国更关注消除个性差异的“理性人”标准,美国判例确立的行为人因没有采取比损害费用小的预防措施而承担责任的“汉德公式”等等。<sup>[48]</sup>与欧美的注意义务相类似,日本在认定环境侵权行为成立的违法性要件时采用“忍受限度”理论,<sup>[49]</sup>其实质依旧是以特定的标准衡量行为人之间的利益,尔后发展出大气、水质污染等特定类型侵权对于人身损害的无过错责任,并未全面实施无过错责任原则,在其他领域尤其是财产损失方面依旧适用以“忍受限度”为违法性要件的过错责任原则。<sup>[50]</sup>不论是客观注意义务还是“忍受限度”理论,其共同点是克服了以公法的绝对性管制规范为唯一依据判断侵权是否成立的僵化性。

## 2. 从法定注意义务到一般注意义务:公法绝对性标准的私法相对性适用

针对未违反保护性法律的合规行为在侵权法中的定位,我国学者并未形成一套理论体系,而把大量笔墨放在违反保护性法律的行为研究上,对未违反保护性法律的合规行为似乎当然地认为不成立侵权,仅将侵权适用范围限缩在保护性法律的范围而并未进行进一步的精细化处理。如朱虎认为,过错侵权是否成立本质上取决于行为人是否损害了既定的法秩序,即“加害人是否违反了以维护个人为目标的法秩序所施加给他的义务”。<sup>[51]</sup>这无异于将公法管制性标准直接适用于私法利益权衡中。针对该问题,冯·巴尔进行了进一步区分,将违反保护性法律的行为归结为“违反法定义务”,因其需要相关保护性法律规定十分具体的注意义务,亦称“特殊注意义务”。<sup>[52]</sup>即保护性法律为个体设立了私法层面的法定义务,违反该义务可以作为侵权构成要件。虽然保护性法律可以作为认定侵权责任的不法要件,但“该句话不能反其意而用之,即不能认为遵守了特定的法律就完全排除了不当行为的存在。一般注意义务必须始终得到遵守,它甚至可能(不一定)比法律要求

[44] [德]马蒂亚斯·赖曼、[德]莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第1024页。

[45] Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, 29ff; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), 206; Wagner (n52), 27, 载[德]马蒂亚斯·赖曼、[德]莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第1023-1024页。

[46] 朱岩:《违反保护他人法律的过错责任》,《法学研究》2011年第2期,第90页。

[47] 朱虎:《过错侵权责任的发生基础》,《法学家》2011年第1期,第71-85页。

[48] [德]马蒂亚斯·赖曼、[德]莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第1013-1014页。

[49] 关于“忍受限度”的判断问题,参见[日]原田尚彦:《环境法》,于敏译,法律出版社1999年版,第24页;[日]交告尚史等:《日本环境法概论》,田林、丁倩雯译,中国法制出版社2014年版,第227-228页。

[50] [日]交告尚史等:《日本环境法概论》,田林、丁倩雯译,中国法制出版社2014年版,第213页。

[51] 朱虎:《过错侵权责任的发生基础》,《法学家》2011年第1期,第81-82页。

[52] [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001版,第291-292页。

得更多”<sup>[53]</sup> 因此,在法定注意义务之上,行为人还应尽到“一般注意义务”,这一步骤必不可少。侵权法上的注意义务标准往往高于管制性法律中的行为标准,<sup>[54]</sup> 这可以促使行为人主动采取进一步措施以降低其社会风险。“在欧洲法律制度中,存在一个具有坚实基础的规则,即侵权法的注意义务可以超过规制法所设定的注意程度。”<sup>[55]</sup> 这一点是被我国对于合规抗辩问题的研究者所忽视的,既有的相关研究仅在具体的侵权领域诸如交通事故侵权等领域被学者提出过,<sup>[56]</sup> 但未对一般注意义务进行过系统的论证。针对符合保护性法律的合规行为,之所以不能一概抗辩侵权责任,是由于符合保护性法律的合规行为,依旧会遗留下“剩余风险”导致损害发生,此时应当依据谨慎程度更高的一般注意义务作为启动侵权责任的条件以进行个案调节。这就是侵权责任对符合公法管制的合规行为的“查漏补缺”功能,<sup>[57]</sup> 这可以视为“侵权法上二次控制”。<sup>[58]</sup> 环境管制性规范大多援引相应的环境标准,而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个案所涉及的个别因素,因为它对于个案正义是无能为力的。<sup>[59]</sup> 因此,若某个公法规范属于“保护性法律”,可以认为公法的利益保护范围与私法的利益归属判断相吻合,在并未违反该管制性规范的情形下,行为人也需遵守一般注意义务,违反一般注意义务可成立侵权责任。此时,在公法中客观绝对的管制性规范之上又附加了相对灵活的一般注意义务的判断,以应对私法中更为复杂的利益关系。这实际上就是在现有的无过错责任原则中确定了一部分例外情形,并为其确定了合规抗辩的成立范围,使得该行为领域的利益调节机制得到了更加精细的设计,同时也使得行为人在合规的前提下可以进一步提高谨慎程度以抗辩侵权责任。

### 3. 一般注意义务的判定

关于一般注意义务的判定,虽然各国倾向于确定客观注意标准,但由于司法实践中的认定困难,因此在理论上,不会否认主观标准的适用。<sup>[60]</sup> 该主观标准并非与客观注意标准相对应,客观注意标准的客观性仅意味着判定主体是当事人之外的第三人。因此,主观标准实际上是强调判断注意义务过程中的主观性要素。从立法角度讲,由于立法机关信息能力等方面的局限,在确定了一些原则性问题(如强制性环境标准、归责原则等)之后,其只能将具体确定权限委托给具体的法律实施者来行使。因此,“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”。<sup>[61]</sup> 相对来讲,由管制机关判断行为谨慎标准相对容易,因其可以直接援用环境管制性规范所依据的具体行为标准,而环境污染侵权责任认定中一般注意义务的判断难度较大,因为一般注意义务并不能直接援用管制规范所依据的标准。所以,该问题并非靠立法可以完全解决。管制性立法无法做到一一检视民法规范,以确定应排除哪些合同的效力,设立哪些违法行为,而民法亦无法全面地顾及哪些行为自由会损害管制性立法所欲保护的公共利益,此时,折中之道为赋予法官以裁量权。<sup>[62]</sup> 以欧洲为例,《欧洲侵权法原则》第4:102条第1款将“理性人”作为判断是否违反注意义务的关键要素,该标准不可避免地具有模糊因素,因为通常“理性”的判断标准要在具体的案件中进行确定。<sup>[63]</sup> 从英美法中注意

[53] [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001版,第296页。

[54] 朱岩:《违反保护他人法律的过错责任》,《法学研究》2011年第2期,第95页。

[55] Van Boom, On the Intersection between Tort Law and Regulatory Law – A Comparative Analysis, in: van Boom/Lukas/Kissling ed., Tort and Regulatory Law, Springer, Wien/New York, 2007, p. 437; 朱虎:《规制法与侵权法》,中国人民大学出版社2018年版,第183页。

[56] 张家勇、咎强龙:《交通管制规范在交通事故侵权责任认定中的作用——基于司法案例的实证分析》,《法学》2016年第6期,第31-41页。

[57] 宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期,第37-53页。

[58] 朱岩:《违反保护他人法律的过错责任》,《法学研究》2011年第2期,第95页。

[59] 宋华琳:《论政府规制与侵权法的交错——以药品规制为例证》,《比较法研究》2008年第2期,第42页。

[60] [德]马蒂亚斯·赖曼、[德]莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第1017页。

[61] 宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期,第43页。

[62] 苏永钦:《民事立法者的角色——从公私法的接轨工程谈起》,载苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第29页。

[63] [奥地利]海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题:德语国家的视角》(第1卷),朱岩译,北京大学出版社2017年版,第189页。

义务的演进规律来看,注意义务的重要功能就是形成了一套司法话语和司法技术。因此,英美国家法官经常将注意义务作为限制加害人责任风险的规范基础,经常以缺乏履行注意义务依据为由判决被告免于承担赔偿责任,“注意义务”被称为是“法官的控制器”。〔64〕赋予法官对一般注意义务的判断权可以将风险的论证置于注意义务领域,而远离因果关系,〔65〕在环境污染侵权案件实行举证责任倒置的情形下,注意义务的判定使得法官可以自由裁量的依据进入更加精确细致地衡量双方之间的利益与自由。

#### 四、环境污染侵权合规抗辩的效力范围厘定

##### (一)无效情形之一:非保护性法律的合规污染行为

在该类环境污染侵权认定中,行为是否违反环境管制性规范与侵权责任的认定并无关联,亦不涉注意义务,这是因为相应的环境管制性规范所设定的注意义务与他人利益的关联程度并不符合规范性解释逻辑,此时私法中的利益归属判断应该切断与环境管制性规范的关联。但违反环境管制性规范可以通过对排污行为造成环境质量下降事实的证明作用在行为认定、加害事实等方面助力侵权责任的认定。〔66〕由于侵权损害结果与规范保护的目的是环境公益具有一定的关联性,由此可以借环境管制性规范所界定的事实(如是否构成污染等)更为方便地认定某行为是否构成侵权。虽然这类环境管制性规范不具有保护他人的目的,但造成环境公益损害的事实与造成侵权的事实指向的行为是一致的。如依据我国《水污染防治法》第96条规定:“因水污染受到损害的当事人,有权要求排污方排除危害和赔偿损失。”

##### (二)无效情形之二:保护性法律中违反一般注意义务的合规污染行为

在一般情形下,引发公法责任的注意义务与引发侵权责任的注意义务存在一定的重合,只要行为人遵守公法中的法定注意义务,造成侵权的可能性就较小。在保护性法律中针对合规排污者,考虑到其有可能因为承认合规抗辩而导致滥用权利,因此应增加对污染者的过错认定规则,赋予其一定的注意义务,将已经偏向排污者利益保护的重心适当拉回受害方。在该种情形下,注意义务有助于延展救济由不作为引起的损害。〔67〕如行为人在声环境质量标准为70分贝的区域内始终保持在69.9分贝的“顶额”排放,对受害者来说,虽然该排放行为符合分法标准,但对其造成的损害依然是显见的,法官不应直接依据行为符合环境管制性标准为由判定行为不成立侵权,而应当依据自由裁量权进一步判定合规行为是否尽到一般注意义务,如行为人用低廉的成本安装噪声隔音板就能显著降低噪声的分贝值但依旧未安装,此时就可认为其违反了一般注意义务,依旧构成侵权。这一认识类似于美国的“汉德公式”。从我国2021年修订后的《噪声污染防治法》第2条对注意义务的规定来看,这一认定逻辑正在逐步被立法确认。

##### (三)有效情形:保护性法律中未违反一般注意义务的合规污染行为

如果某环境管制性规范可被解释为保护性法律,且行为人并未违反一般注意义务,则该类污染行为侵权责任的认定应当识别双方相互对立的利益并尽可能地做出协调:“一方行为人获得最大可能的保护,另一方行为人享有最大范围的活动自由与人格展开自由。”〔68〕在立法中,应对法官认定当事人过错提供裁量空间。若当事人并未违反一般注意义务,法官可以承认合规抗辩以保障行为人一定的行动自由,以避免对社会行动施加过重的限制。

由法官判定该合规排放行为违反注意义务而构成过错侵权,体现出对公法绝对性标准在私法中的相对性处理;相对于公益保护所依据的客观绝对的管制性标准,私益的调节需要更为精细灵活的权衡标准,需要法官依据“法感”寻找法律规则适用的“大前提”。〔69〕实际上,我国在交通事故侵权等领域的司法实践中已经出现

〔64〕 廖焕国:《论英美侵权法中注意义务的历史、概念与功能》,《时代法学》2007年第1期,第92-93页。

〔65〕 Probert, Causation, 18 U. Flo. L. Rev., p. 387, 1965; 廖焕国:《论英美侵权法中注意义务的历史、概念与功能》,《时代法学》2007年第1期,第93页。

〔66〕 尤明青:《论环境质量标准与环境污染侵权责任的认定》,《中国法学》2017年第6期,第296-299页。

〔67〕 廖焕国:《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视点》,《法学》2006年第6期,第32页。

〔68〕 Wilhelmi, Risikoschutz 67 ff. [奥地利]海爾姆特·庫齊奧:《侵权责任法的基本问题:德语国家的视角》(第1卷),朱岩译,北京大学出版社2017年版,第189页。

〔69〕 徐雨衡:《“法感”在法律推理中的价值及其适用》,《法制与社会发展》2020年第2期,第219-220页。

过虽然合规但由于行为人并未尽到应有的注意义务而承担侵权责任的判决。<sup>[70]</sup> 在环境侵权领域也出现类似探索,诸如噪声、粉尘、振动等承认合规抗辩的侵权领域中,虽然多数案例都以合规排放为由判决行为人免于承担侵权责任,但同是合规行为,法院却在有些案例中依旧判决行为人构成侵权。2021年《噪声污染防治法》的修订对第2条“噪声污染”的范围进行了扩展,在“超过噪声排放标准”之外增加“未依法采取防控措施”,行为人即使合规但未尽到应有的注意义务依然构成噪声污染,这实质上进一步突破了无过错责任。修法后依第2条规定否认合规抗辩的第一案为“周勤亮、灌云县新感觉汽车美容店噪声污染责任纠纷案”,该案中虽然被告汽车美容店辩称受害人房间噪声并未超标,但法官认为“原告房屋内检测是否超过限值,并非被告是否构成噪声污染的必要条件”,依旧判决被告承担侵权责任。<sup>[71]</sup> 这一判决案件是在环境管制性规范保护目的不明确情形下,司法机关对利益进行的精细化识别和权衡的判决,具有进步意义。

### 余论:反思环境立法的体系性

由于环境立法与民事立法之间衔接的法教义解释规则尚未建立,法官的判断依旧离不开立法者在设定环境管制性规范时对保护目的的系统性考量。环境污染侵权认定中对不同类型的污染行为不加区分的原因有二:一是民事立法者并未充分认识到环境公益损害的公法判断对侵权责任认定的功能,过于关注对损害的救济,未将侵权行为放置在环境管制体系、环境风险控制体系中思考,未充平衡各方行为主体之间的利益;二是环境立法并未发现不同污染类型在规范意义上的区别,导致民事立法无法对环境污染侵权的认定规则作出区分。环境立法设立了大量的管制性规范以将污染物的排放控制在一定的限度内,但并未明确管制性规范的保护目的,导致环境立法无法与私法原理进行对接。比如,《环境保护法》中对于排污行为进行管制的核心条款为第44条规定的遵守污染物排放标准和重点污染物排放总量控制指标,其余条款对特定领域的污染物排放进行了专门规定,共两条,即第49条第2款规定的农业污染物排放与第34条规定的海洋污染物排放。违反环境标准排污的法律责任为第60条规定的责令其采取限制生产、停产整治或责令停业、关闭。除《噪声污染防治法》第2条对噪声污染的界定体现了保护他人的目的外,《水污染防治法》《大气污染防治法》《土壤污染防治法》等污染控制类法律均以概括的方式规定对污染排放的管制措施以及法律责任。法官之所以不援引相关环境法律,其最重要的原因在于环境法律并非为调节复杂主体之间的利益关系问题所立,而是为行政机关管制相对人提供法律依据。法官面对复杂的利益关系时,并不能从环境法律中解释出对个体利益判断和权衡的依据,因此只有依据民事立法一概适用无过错责任原则。而民事立法又难以识别出环境资源开发利用中的复杂利益关系,因此法官仅能以既有的民法一般原理解决特殊的环境类纠纷案件。从这个意义上讲,我国司法实践中出现的一些承认合规抗辩效力的案件实质为法官对既有立法“续造”之“目的论的限缩”。<sup>[72]</sup> 环境法理论研究应发掘与提升环境法自身的法理,以进一步强化环境法律体系的系统性与科学性。环境立法中管制性规范与民法中环境污染侵权责任的精细化是后续立法完善的方向,环境管制性规范应当以利益保护的不同目标为依据进一步区分不同性质的排污行为。环境立法自身需要借助传统部门法的基本原理进一步提升其体系化程度,对公法管制目的定位及私法中利益识别等提供必要的理论支撑。《民法典》侵权责任条款应当在对权利之外利益保持开放性态度的基础上,对环境污染侵权行为进行进一步精细化区分,对违反保护性法律的污染行为课以过错责任。

(本文责任编辑 肖新喜 马治选)

[70] 如在“刘佰良诉广州市中心区交通项目领导小组办公室、广州市市政工程研究院公共构筑物致害人身损害赔偿案”与“张A因机动车交通事故责任纠纷一案”中,侵权人行为均符合相关管制性标准,但并未尽到必要的注意义务,法院因此判决由加害人承担侵权责任。谭启平:《符合强制性标准与侵权责任承担的关系》,《中国法学》2017年第4期,第180页。

[71] 江苏省连云港灌南县人民法院(2022)苏0724民初2158号民事判决书。

[72] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第267页。