

土壤污染风险规制中的行政裁量研究

区树添

(武汉大学环境法研究所, 湖北武汉 430072)

【摘要】 我国土壤污染风险规制在专家遴选标准、建设用地和农用地污染风险管控要求, 以及风险管控措施等方面存在不同程度的行政裁量。社会理性和科学理性的缺失形成了土壤污染风险行政裁量困局。土壤污染信息制度中“适时公开”的规定使得公众缺乏必要污染信息, 弱化其参与程度, 导致对行政决定合法性的质疑。此外, 土壤污染风险管控标准中专家遴选标准和论证规则的欠缺导致土壤污染风险规制科学理性的缺失。为此, 需要建构关照事实和规范的协商式行政裁量模式, 强调公众的实质性参与以弥合技术理性和公众理性的鸿沟。同时, 在程序上确定专家遴选标准和风险管控标准的论证规则以保证土壤污染风险管控的科学性和客观性。在不妨碍行政裁量权灵活性和能动性的前提下, 规范行政裁量权的行使, 控制行政裁量权的滥用。

【关键词】 土壤污染风险; 行政裁量; 风险规制

【中图分类号】 D912.6

【文献标识码】 A

【文章编号】 1674-6252 (2020) 05-0125-05

【DOI】 10.16868/j.cnki.1674-6252.2020.05.125

引言

土壤污染风险管控标准与一般环境质量和污染物排放标准不同, 其目的在于确定土壤污染风险值, 控制土壤污染、隔断污染物进入人体的途径, 以保障生态环境和公众生命健康。我国土壤环境质量标准根据土地利用类型的不同具体分为建设用地土壤污染风险管控标准和土壤环境质量农用地土壤污染风险管控标准, 并在《土壤环境质量建设用地土壤污染风险管控标准(试行)》(以下简称《建设用地土壤污染风险管控标准》)和《土壤环境质量农用地土壤污染风险管控标准(试行)》(以下简称《农用地土壤污染风险管控标准》)进行了规定。土壤污染风险管控标准制度的设立, 标志着我国环境健康风险防控制度的确立, 对我国保护公众健康具有划时代的重要意义。

传统法学追求规范内涵、外延及其适用的确定性。然而在现代风险社会里, 风险规制并不能呈现高度的确定性和可信度^[1]。针对环境风险的不确定性和土壤污染风险的复杂性, 法律规范赋予行政机关在具体的风险评估和管控中裁量权, 以保证在不破坏法律稳定性的同时, 让行政机关灵活调整污染防治措施。《中华人民共和国土壤污染防治法》(以下简称《土壤污染防治法》)在风险管控标准制定时的专家遴选、

不同土地类型的污染风险管控要求与措施选择, 以及土壤污染信息公开等方面存在不同程度的行政裁量。然而, 这些制度在运行过程中缺乏相应的裁量基准和规则, 从而造成行政决定的合法性及合理性危机。本文反思法律规范对确定性的价值追求, 以《土壤污染防治法》《建设用地土壤污染风险管控标准》和《农用地土壤污染风险管控标准》为分析文本, 总结归纳我国行政机关在土壤污染防治中行政裁量权的适用范围和权限, 分析完善我国土壤污染风险规制中行政裁量权行使之路径。

1 土壤污染风险规制架构中的行政裁量

土壤污染风险具有环境复杂性和科学依赖性的特点。由于环境污染造成人体健康风险的不确定性, 土壤污染风险规制不能由立法机关制定缜密而细致的法律规则, 而需要在风险评估和风险管理的治理框架下, 赋予行政机关享有行政裁量权, 针对不同污染情形灵活调整土壤污染风险管理措施。我国土壤污染防治法律规范确定了行政机关在土壤污染风险规制的裁量范围和适用情形, 从而发挥行政机关在土壤污染管控工作的能动性。

1.1 专家遴选标准

制定土壤污染风险管控标准是土壤污染风险评估

资助项目: 国家社科重大研究专项“社会主义核心价值观融入生态文明法治建设的基本路径和法律样态研究”(19VHJ016); 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“生态文明语境下环境法体系化发展”(19JJD820003); 国家社科基金一般项目“土地收储中的政府环境责任研究”(19BFX179)。

作者简介: 区树添(1992—), 男, 博士研究生, 研究方向为环境法, E-mail: shutianou@whu.edu.cn。

的前提,是土壤污染风险管控的基础。《土壤污染防治法》第十三条规定要求在制定土壤污染风险管控标准时,应当组织专家进行审查和论证,并征求有关部门、行业协会、企业事业单位和公众等方面的意见。但是条文并未规定专家遴选的标准和评定程序,因此,行政机关对专家遴选及论证成员的组成享有行政裁量空间。行政机关在专家选拔活动中可以根据自己的判断选择某一领域、具有某些经验和经历的专家,每一种选择都是允许的,是一种典型的选择裁量^[2]。根据行政裁量理论,学界通说认为查明事实不存在裁量权^[3]。虽然在理论上事实认定不存在行政裁量空间,但是这并不意味着专家对事实(件)本身可以基于个人认知或者采取方法的不同而形成认识偏差。而且,与一般性社会事实、事件认知和评定不同,风险评估活动包含土壤污染风险科学技术和相关知识的评定和考量,需要专家依据科学评定原则和科学方法进行。专家选拔是土壤污染风险管控标准制定的准备阶段,专家的遴选和评选程序都依赖行政机关进行,这本质上属于行政机关的裁量范围内。

1.2 建设用地和农用地污染风险管控要求

建设用地的环境污染风险在于土壤污染物在项目工程建造时的暴露对于人体健康产生的影响;而农用地的土壤环境污染风险则在于农用地中环境污染物含量导致农产品的安全质量问题,从而间接损害公众人体健康。基于建设用地和农用地的土地利用性质差异,行政机关在建设用地和农用地对风险管控要求存在不同程度上的行政裁量。根据《建设用地土壤污染风险管控标准》和《农用地土壤污染风险管控标准》,当土壤污染物含量等于或者低于土壤污染风险筛选值时,建设用地中的污染物对人体健康影响可以忽略;而对于农用地则需要综合考虑不同农作物生长特性、品种选择和最终农产品安全质量等因素。只有这样才能决定特定农用地块中所含有的污染物是否会对人体健康造成影响。当污染物含量超过土壤污染风险筛选值时,建设用地应当详细调查和风险评估,此时并未要求行政机关必须对建设用地采取管控措施。相反,如果农用地中的污染物含量超过土壤污染风险筛选值时,《农用地土壤污染风险管控标准》要求原则上应采取安全利用措施。

针对土壤污染风险管制值,当建设用地土壤污染物含量超过土壤污染风险管制值时,《建设用地土壤污染风险管控标准》应当采取风险管控或修复措施。而当农用地土壤污染物含量超过土壤污染风险管制值

时,农用地则原则上采取管控措施。在农用地的类别中,规范文本中的措辞采用了“原则上”的表达,这不仅意味着行政机关对是否采取安全利用措施以及严格管控措施具有选择裁量权,而且意味着行政机关对两种不同的土地利用类型的风险管控要求存在差异。

1.3 风险管控措施选择

行政机关在风险管控和修复阶段的措施选择存在较大的行政裁量空间。《土壤污染防治法》第十四条、第三十九条、第四十五条和第六十三条中“根据实际情况”的表达,分别对土壤污染状况调查、防止污染扩散,以及是否采取管制措施等赋予了地方人民政府及有关部门行政裁量权。换言之,对于不同土地利用类型,行政机关需要对“实际情况”这个不确定的法律概念基于行政裁量权进行法律适用。此时,土壤污染管理部门可能存在基于“实际情况”认知差异,对公众人体健康安全需求、污染物风险等事实把握不同,形成不同的行政决定。

《建设用地土壤污染风险管控标准》针对建设用地风险规制采用“应当采取……措施”的表达,尽管行政机关对于是否采取措施不存在选择的行政裁量,但是其对于选择采取风险管控措施或者风险修复措施具有选择裁量权,换言之,行政机关需要根据地块污染物含量结合土壤污染风险筛选值与管控规制作出行政决策。对于农用地土壤污染风险规制,行政机关则需要根据农作物生长情况、农作物品种类型和农产品污染物残留量等因素,结合农用地土壤污染风险筛选值和管制值选择安全利用措施、管控措施或者修复措施。

2 土壤污染风险行政裁量困局

因环境的复杂性和污染对人体健康损害的不确定性,行政裁量在土壤污染风险规制中被广泛应用,而且行政裁量的运用符合现代风险社会公共管理所需,但是规制机关作出行政决定的过程涉及社会理性和环境科学理性的博弈,这需要规制机关协调两种理性之间所折射的价值,从而确定土壤污染风险可接受范围,以及平衡不同主体的利益需求。

2.1 社会理性缺失型:民意缺失导致合法性危机

规制是公共机构遵循一定程序、运用恰当的工具对市场失灵进行干预的活动^[4]。质言之,公共事务的管理强调公众性,而公众参与构成了公共事务管理的合法性基础。故土壤污染风险规制不仅依靠公权力机

关,而且需要企业、社团和社会公众参与土壤污染的治理活动,由此形成稳定的治理关系和结构,从而保证公权力机构在土壤风险规制过程中的决策合法性与正当性。

土壤污染信息获取是公众和社团参与土壤污染风险治理的前提。在过去,由于信息共享不足导致了信息之间处于割裂和碎片化状态,而大数据背景下,实现了环境信息的有机整合^[5]。《土壤污染防治法》第八条规定了国家建立土壤环境信息共享机制,构建全国土壤环境信息平台,实行数据动态更新和信息共享;同时,该法第十条还规定了土壤污染防治的公众参与制度。这些制度和规定保障了公民对土壤污染防治信息的知情权,从而为公民参与土壤污染风险规制活动中提供了前提性的认知基础。

然而,《土壤污染防治法》中关于土壤污染信息公开的时间点存在不确定性,从而形成了公众参与土壤污染风险规制的障碍。在土壤污染信息公开制度中,《土壤污染防治法》第二十条、第二十一条、第五十八条的规定均采用“适时更新”的表达,即国务院生态环境主管部门根据对公众健康、生态环境的危害和影响程度,调整土壤有毒有害物质名录并决定具体公开时间;设区的市级以上地方人民政府可以根据有毒有害物质排放等情况,选择该行政区域土壤污染重点监管单位名录具体公布的时间点;省级人民政府生态环境主管部门根据风险管控、修复情况,选择建设用地土壤污染风险管控和修复名录的具体公开时间。换言之,“适时更新”意味着信息公开时间的不规律和不确定性。当生态环境主管部门对于土壤污染风险信息公开不及时或者不全面的时候,直接影响了社会团体和社会公众对于土壤污染信息的掌握,这不仅影响公众在相关建设项目审批、污染地块管控中的参与能力及程度,而且影响相关行政机关的行政许可的程序合法性。为了保证行政决策的合法和效果,需要确保信息获取的便捷性和及时性。

2.2 科学理性缺失型:技术缺失导致合理性危机

因为土壤污染的复杂性和不确定性远远高于一般社会行为活动事实,故“风险规制的难题在于规制者必须在风险不确定的情况下进行决策”^[6]。在风险规制领域,事实的认定、变量指标和度量方法的选取、样本的选择、数学模型的建构,以及因果关系的推定等方面都存在着高度的不确定性^[7]。故土壤污染风险管控标准需要建立在科学理性基础之上,依据科学技术手段和专家审议等方式,保障土壤污染防控的科学

性和合理性。然而我国法律规范缺乏土壤污染风险管控标准制定中专家遴选专业条件、遴选程序和评审论证规则,使得土壤污染标准制定的科学性受到质疑。

政府主导并制定土壤污染风险管控标准有其合理性,符合公众对行政决策的“专家信任”。土壤污染风险管控标准依赖于科学技术予以确定,而科学技术的具体应用则依赖科学专家和行政部门的科学官员。为了确保决策基础的正当性,行政部门采用科学咨询委员会的方式将科学纳入政治过程,发展以科学理性为决策判断基础的标准^[8]。行政机关以在科学上有合理根据者为基础,为其做出的风险行政决定提供正当性和合理性^[9]。土壤污染风险管控标准是由专家基于科学认识和管控技术对土壤污染机理、污染事实、风险标准的审查和论证,而如何确保土壤污染风险管控标准的客观性和科学性成为关键。而科学技术活动已经被一些学者证实并非全然的客观理性,而有可能为特定领域专家间资源争夺和意识形态所左右^[10]。当行政机关对专家遴选和标准论证规则享有过于宽泛的行政裁量时,则不能保证行政机关制定的标准达到科学的预期和满足公众的利益需求。故如何保障土壤污染风险管控的科学性是标准制定的合理性前提,也决定了土壤污染风险管控的效果。

3 土壤污染风险行政裁量困局破解

土壤污染风险规制依赖科学技术,而专家遴选标准和论证规则的缺失使得规制机关行政决定的科学性受到质疑。此外,公众对风险认知决定了土壤污染风险可接受范围的边界,而且公众在风险规制活动中的参与程度则决定了规制机关行政决定的实效。为此,需要从公众参与、专家遴选和论证规则方面均衡协调土壤污染风险所涉及的社会理性和科学理性。

3.1 建构公众实质性协商式参与

面对土壤污染风险的复杂性和不同主体利益的多元性,行政机关不能完全消除风险规制过程中的不确定性,而是通过法律规范确保土壤污染物对人体健康的风险控制在公众可接受范围内。学者麦克加蒂提出多元主体参与风险规制决策的模式包括排他主义参与模式、对抗主义参与模式、对手冲突模式、正当参考模式、媒介模式、咨询委员会模式^[11]。故有学者提出以协商民主和公众参与为基础,以开放的公共领域为目标,方能建立起一个包含科学理性和社会理性的多元共识,重建社会信任,从根本上克服公众决策的内在困境^[12]。在土壤污染风险不能绝对消除之时,风险

规制的关键在于风险阈值的确定,而风险最大阈值需要在公众可接受的范围之内。故土壤污染风险规制不仅涉及科学理性的判断,而且涉及社会公众对环境风险的认知及可接受的最大阈值。为此,土壤污染风险规制需要构建关照规范和事实的协商行政规制模式、强化公众实质性协商式参与以提高民主理性,促进行政裁量权行使的合理性。

政府基于环境治理的整体性思维,不仅需要考察污染地块的污染情况,而且需要将公众民意作为具体行政具体定的考量要素。在承认主体规则的背景下,不同社会子系统主体需要在民主平等的沟通商谈下达成共识和化解冲突^[13]。关照事实与规范之间的行政裁量协商模式区别于传统程序意义上的公众参与,强调在行政裁量过程中,行政相对人与行政机关的实质性参与、沟通和审慎思辨,而不是仅仅强调形式参与的程序意涵。协商型环境规制打破命令控制模式的主体结构,实现规制主体的开放性,避免专业壁垒和公众参与不足等问题^[14]。行政机关需要对所涉及土壤污染风险管控中的风险事实进行评估,根据公众对土壤污染风险的认知,结合行政规则中裁量要件和裁量效果进行综合考量。

行政裁量权的合理行使不仅依靠行政机关自身设定裁量基准或者司法审查机制,而且还依赖公众能够对环境风险具备客观而理性的认识。虽然公众一般不具有专家所具备的专业素养,在更多时候根据经验法则或生活常识对风险规制的议程设定和优先次序作出自己的判断^[15],但这并不能否认公众在土壤污染风险治理中的角色及其重要性。当公众与企业、政府存在认知差异时,行政机关的风险规制的实际效果将大打折扣。公众对风险认知的差异会使得科学理性和民主理性之间的鸿沟进一步扩大,从而会加剧“邻避运动”的发生。假如公众不能全面、便捷地获取政府或企业所公示的信息,则严重降低公众的参与积极性及参与能力,从而降低公众进行协商实质性参与的实效。建构关照事实和规范的协商式行政裁量的前提是保证公众、政府、企业三者对风险信息的对称性。换言之,公众的实质性参与需要获得全面、客观的信息,方能为其实质性参与提供合理性科学依据,为此保证对称信息沟通平台成为协商式行政裁量的关键。

3.2 确定专家遴选标准与论证规则

以适法性控制为核心的行政裁量规制模式固然能够对行政裁量形成约束,即当行政机关仅享有较小的行政裁量权限,并且其严格依照法律的预先设计作出

行政行为时,能够防止行政裁量权的滥用。但是风险社会的发展,使政府在更多时候需要以掌舵者的姿态对未来做出预测与评估,行政经验与政策在政府的裁量决定中发挥越来越重要的影响作用^[16]。为此,土壤污染风险规制的关键在于行政机关的自由裁量是否能够达到一种平衡,从而避免行政裁量权的滥用,并且保证了规制机关决策的能动性。土壤污染风险标准的专家审查和论证是制定土壤污染风险管控标准的核心和关键,故专家遴选和论证规则至关重要。

有学者指出,我国标准化技术委员会成员中专家的遴选对于选择“同行认可度高和具有学术威望的专家学者”的度量标准往往十分形式化。实践中更多不是关注该专家是否有实质性的科研研究成果,而是关注该专家担任何种社会职务、获取何种社会荣誉^[17]。所以行政机关对于专家的遴选不一定保证专家的中立性和科学技术的理性。德沃金认为,无论要求行政机关以“富有经验”为标准选拔专家,还是根本不设定标准,都需要依赖行政机关在选拔之中解释或者创设选拔标准^[18]。因此,为了确保最大程度地对风险事实查明的客观性,需要通过制定裁量基准对专家选择裁量进行控制,以避免行政机关在某些情况下通过专家选拔影响最终的评估结论^[19]。

此外,对于土壤污染风险管控标准的论证,有必要设计出合理的土壤污染风险标准论证程序,以保障土壤污染风险管控标准在制定过程的科学性及内容的实质合理性。即通过立法或者制定论证程序要求等方法,避免遴选出的专家因为资源争夺或者意识形态的差异形成结论的巨大偏差,从而最大限度避免裁量的不确定和任意性。通过程序上设定专家遴选标准和论证规则能够在一定程度上降低行政机关在制定土壤污染风险防控标准中因专家遴选而产生结论的偏差。经过筛选的科学专家或者技术人员作为独立的第三方参与到标准的制定和论证过程,为行政机关提供更为专业的意见参考,进而为土壤污染风险规制提供智识支持。

4 结语

我国土壤污染风险规制在土壤污染风险管控标准制定的专家遴选、不同土地类型的管控要求,以及风险管控措施选择和土壤污染信息公开均存在行政裁量空间。虽然土壤污染风险规制需要通过行政裁量权灵活调整管控措施,但是同时需要合理约束行政裁量权的行使,以保证行政裁量权在合理、合法和科学的框架内进行。土壤污染信息公开的不足限制了公众民

意表达,而专家遴选标准和论证规则的缺失则削弱了土壤污染风险管控标准的科学理性。为此,行政机关需要确定管控标准论证中专家的遴选标准和论证规则。在公众实质性参与过程中进行协商式裁量,行政裁量的行使需要关照具体的规范、事实和民意,进而提高行政决定的合理性和具体实效。

参考文献

- [1] 阿图尔·考夫曼.法律获取的程序——一种理性分析[M].雷磊,译.北京:中国政法大学出版社,2015:35.
- [2] 曹炜.转基因食品风险规制中的行政裁量[J].清华法学,2018,12(2):144-162.
- [3] 盐野宏.行政法总论[M].杨建顺,译.北京:北京大学出版社,2008:81.
- [4] 应飞虎,涂永前.公共规制中的信息工具[J].中国社会科学,2010(4):116-131.
- [5] 邓可祝.大数据条件下环境规制的变革——环境信息规制功能的视角[J].中国环境管理,2019,11(5):100-106.
- [6] WALKER V R.Risk Regulation and the “Faces” of Uncertainty[M]. Risk: Health, Safety & Environment, 1998.
- [7] WALKER V R.The siren songs of science: toward a taxonomy of scientific uncertainty for decisionmakers[J]. Connecticut Law Review, 1991, 23: 567.
- [8] 希拉·贾萨诺夫.第五部门:当科学顾问成为政策制定者[M].陈光,译.上海:上海交通大学出版社,2011:45.
- [9] 王贵松.风险行政的组织法构造[J].法商研究,2016(6):13-23.
- [10] 瑟乔·西斯蒙多.科学技术学导论[M].许为民,译.上海:上海世纪出版集团,2007:13.
- [11] MCGARITY T O. Public Participation in Risk Regulation[J]. RISK: Health, Safety & Environment(1990—2002), 1990, 1(2): 103-130.
- [12] 陈海嵩.风险社会中的公共决策困境——以风险认知为视角[J].科学社会管理与评论,2010(1):94-101.
- [13] 李巍.应对环境风险的反身规制研究[J].中国环境管理,2019,11(3):114-119.
- [14] 张锋.我国协商型环境规制构造研究[J].政治与法律,2019(11):100-112.
- [15] 宋华琳.规则制定过程中的多元角色——以技术标准领域为中心的研讨[J].浙江学刊,2007(3):160-165.
- [16] 郑春燕.现代行政中的裁量及其规制[M].北京:法律出版社,2015:183.
- [17] 宋华琳.规则制定过程中的多元角色——以技术标准领域为中心的研讨[J].浙江学刊,2007(3):160-165.
- [18] 罗纳德·德沃金.认真对待权利[M].信春鹰,吴玉章,译.北京:中国大百科全书出版社,1998:51-53.
- [19] 宋华琳.风险规制中的专家咨询[M]//沈岿.风险规制与行政法新发展.北京:法律出版社,2013:338.

Administrative Discretion in Regulation of Soil Pollution Risk

OU Shutian

(Research Institute of Environmental Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: There are different levels of discretion in terms of expert selection, requirements for risk control of construction land and agricultural land, and risk control measures in China. The lack of social rationality and scientific rationality results in administrative discretion dilemmas of soil pollution risk. The uncertainty of timely disclose on soil pollution information lead to insufficient participation, which doubts decisions made by governments. In addition, the lack of expert selection criteria and argumentation rules in soil pollution risk control standards has led to a lack of scientific rationality in soil pollution risk regulation. Therefore, it is necessary to construct a consultative administrative discretion model that takes care of facts and norms, and emphasizes the substantial participation of the public to bridge the gap between technical rationality and public rationality. At the same time, the scientificity and objectivity of soil pollution risk management and control can be enhanced by determining the criteria for selecting experts and the rules of consulting. For the premise of not hindering the flexibility and initiative of administrative discretion, it can regulate the exercise of administrative discretion and control the abuse of administrative discretion.

Keywords: soil pollution risk; administrative discretion; risk regulation