应对环境风险的反身规制研究

李　巍[1,2]

（1.中南财经政法大学法学院，湖北武汉 430073；2.海南政法职业学院，海南海口 571100）

【摘　要】 面对当前日益严峻的环境风险和生态危机，环境领域的两大规制模式——命令控制规制模式和激励规制模式呈现规制失灵、治理不力的困境。从反身法理论来阐释，是由于这两种规制模式忽略了法律系统与其他社会子系统自身的独特运行逻辑，法律系统具有运行的封闭性与认知的开放性，有效的规制模式必须实现不同系统之间的结构耦合。反身规制是一种对自我规制的规制，其在承认法律自身规制局限性的基础上，培育其他子系统的反思结构，为提升当前环境治理绩效提供了一个新路径。实现对环境风险的反身规制，需要从信息披露、程序设计及商谈规范方面建构相应的法律制度。

【关键词】 环境规制；反身法；自创生系统

【中图分类号】D912.6　　【文章编号】1674-6252（2019）03-0113-06

【文献标识码】A　　【DOI】10.16868/j.cnki.1674-6252.2019.03.113

1 问题的提出

健康、安全与环境规制，是社会性规制的三大核心领域[1]。面对日益严峻的环境问题与生态危机，环境议题已经成为检验传统法制功能与运作实效的标尺以及法律变革的“催化剂”[2]。环境污染是市场经济发展的负外部效应，以技术为核心的命令控制规制与以市场为基础的激励规制是当前环境规制领域的两大模式，通过政府直接规制和发挥市场调节作用进行环境治理，在改善环境质量方面发挥了重要作用。但在后现代风险社会，环境风险的不确定性和无法预料，无论是威权规制还是市场规制均呈现规制失灵的境遇。环境规制的公益目标是污染治理的边际成本等于边际收益，此时达至社会最佳污染程度[3]。

从托依布纳自创生理论的角度分析，传统环境规制模式失灵的根源在于没有把社会当作一个自我调整的沟通系统，忽视了法律系统自身的封闭性与认知的开放性，法律系统作为社会子系统具有调整功能上的局限性。自创生理论也称为反身法理论。托依布纳认为，通过法律的社会调整是由信息与干涉两大机制的结合来完成的，这种调整称为“通过反身法的调整”[4]。反身法理论在承认各子系统彼此封闭性的同时，并不规制其他子系统的输入输出功能，而是通过在其他子系统内部建立自我指涉的规制系统，实现其反思取向。

作为一种规制的新理论，西方国家经历了“规制—放松规制—再规制”的发展过程，当前社会管理创新就是要实现单一政府管制多社会多元共治的转变。对于将反身法引入环境规制的策略，环境学界目前已经有了零散的探讨。有学者尝试构建环境民主与管制互动的双轮模式[5]，也有学者基于公共利益与私人利益的比较出发，认为当前环境风险频发的根源在于环保国家化不足[6]，还有学者将其与传统规制模式割裂，认为是独立的第三代规制模式[7]。本文认为，西方国家的法治经历了形式理性、实质理性、反身理性，这恰恰说明在当前风险社会背景下，法治并非解决冲突的万能良药，法律既要干涉社会过程，更要矫正、推动社会自律机制的重建。目前零散的研究缺乏体系化的规制框架设计策略，本文在分析两大传统规制模式内生困境的基础上，引入反身法理论阐释其应对环境风险的机理及范式革新，并尝试构建一个体系化的规制框架，丰富环境规制的模式，寻求提升环境治理绩效的新路径。

2 环境规制的二分模式及内在困境

2.1 以技术为核心的命令控制规制模式

命令—控制工具之所以能够发挥规制功能，是由政府在成本收益衡量的基础上，作出是否禁止或限制特定环境风险行为的决定，并由行政机关及其执法人员通过行政命令的方式来落实该决定，从而实现规制目的，这是典型的“管制”手段。管制机制的三个基本要求是：设定标准、监督遵守标准的过程以及执行标准的机制。这种规制模式由行政机关运用公权力“直接禁止或限制”风险行为，从而实现规制目标[8]。传统命令—控制工具的理论依据并非是价格机制，而是由政府决策直接取代行为人的私人决策，通过威慑、强制实现法律遵从。由于环境问题的风险性，传统命令控制规制也需要预先明确规则和标准，依赖保持距离型的监督方式[9]。因此，命令控制规制模式最基本的规制手段是通过订立标准强迫行为人遵守，并对违反者施以处罚，以实现保护环境的目的[10]。标准最基本的经济正当性在于纠正市场失灵，尤其是信息不对称和外部性，其相比

资助项目：海南省高等学校科学研究项目“海南游艇安全突发事件应急救助的法律问题研究”（Hnky2017-81）。

作者简介：李巍（1981—），女，中南财经政法大学法学院博士研究生，海南政法职业学院教授，研究方向为行政法学，E-mail: liwei8116@126.com。

其他干预强度更弱的规制形式更有效。20 世纪五六十年代美国发生的严重的系列空气污染事件，促使美国环境规制法兴起。20 世纪 70 年代针对环境公害问题，联邦层面制定出台了一系列单行立法及严格的环境质量标准，取得了环境治理的显著成效。

从某种程度上讲，命令控制规制的本质就是标准规制。标准不仅是认定违法行为、进行行政处罚、颁发行政许可的依据，还可以作为环境规划的具体指导目标，以及环境协商中用以确定环境质量的基础。在标准规制模式下，可以通过制定统一的技术标准予以实施，也可以赋予企业自主权的效能标准进行实施。当前我国环境规制体系中标准规制得到了广泛运用，如《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国大气污染防治法》《中华人民共和国水污染防治法》等的立法中均明确规定了污染物的排放量控制指标。技术标准通常要求企业安装特定的设备，遵循统一的控制技术和行为标准，以达到环境质量标准，否则就予以处罚。技术标准的优势在于标准明确、便于执行、容易监管，政府只需决定最佳可得技术（BAT），企业安装了最先进的排污设备，即可达到有效控制污染的目的。效能标准具有较大的灵活性，其不为企业制定具体的行为规范，也不管企业达标的方式，只对是否达到环境质量的特定目标进行管控。效能标准对污染控制的方式是通过对行为人设定容许排放量标准，行为人的义务在于遵守该标准的排放限度，即只要行为人将污染控制在低于排放标准的幅度内就可享有“合法”排污的自由 [11]。

命令控制规制模式通过威慑实现法律遵从，标准明确，规制严格，在控制污染物排放方面取得了较大成效，使环境质量得到了极大改善。但正因为标准有时太过刚性，其在实施过程中饱受诟病。其一，由于要求所有污染者承担同样的污染控制负担，治污成本高的企业与治污成本低的企业适用同样的技术标准，而不考虑不同企业的经营状况和污染程度，不符合成本效益原则，造成了社会资源的严重浪费。布雷耶曾提到：采用统一排放标准引起的经济浪费虽没有具体数字的统计，但至少数十亿美元甚至更多 [12]。其二，在此模式下，企业总是谋求以治污成本最低的方法来符合命令控制规制模式的要求，只要其遵守排放标准就可以获得行政上的合法性，这也同时意味着企业不再具有改善技术、减少污染的诱因。由于污染具有潜伏性和累积效应，如果排放标准没有提高而企业又无减少排污的诱因，企业便会失去进一步降低污染的动力，反而违背了 BAT 规制的原本意图，可能导致逆向选择 [13]。命令控制规制模式下的标准，要求运用不会产生高成本的最佳可得技术（BAT），但规制机构所谓的“最佳”反而不可能鼓励企业开发新技术。其三，无论是技术标准还是效能标准，均需要完善的环境监管体系。在环境监管过程中，规制资源的匮乏容易造成“有标准、无监管”的执法困局，甚至有可能形成规制俘获。

高权性的单方管制，以制裁手段为后盾，对规制对象课予法定义务，以实现管制目的，这种管制手段具有直接、阻吓、可强制执行等优点，始终是立法者在贯彻国家任务时最爱用的手段 [14]。在以标准为核心的命令控制规制模式下，企业作为被规制对象只能被动地遵守相关命令与措施，标准仅仅提供了一个企业守法的底线，同时也构成了企业活动的“天花板”。传统命令控制规制处于一种对抗性的环境中，这种规制模式的规范结构是封闭的，不具有回应性。托依布纳著名的“管制三元困境”中的一个困境是：管制必须具有回应性，必须考虑被管制群体的需要、价值、预期和实践，否则管制标准就很可能被其所针对的对象误解或忽略 [15]。

2.2 以市场为基础的激励规制模式

传统环境规制以命令控制规制为主，通过威慑手段实现法律遵从，虽然在环境治理初期取得了不小的成效，但由于这种模式强调行政命令和政府控制，容易导致规制者与被规制者在立场上呈现对立的僵局 [16]。随着环境问题跨区域性、多样性的特点显现，由政府主导的命令控制规制模式已经难以适应社会可持续性发展的要求，激励规制模式应运而生。激励规制模式是以市场为基础的经济工具，通过环境税、许可权交易、环境保险等经济激励手段替代命令式要求，能够矫正资源的错误配置，减少信息和行政成本，激发企业发展新技术的动力，并能为补偿受害人的损失提供资金来源，平衡环境利益的分配。不同于传统命令控制规制模式的权威威慑，激励规制模式是一种责任威慑，是基于污染者负担的环境法责任。责任威慑的重要特点在于：它将是否实施风险行为的决策留给潜在加害人自己。对此，美国学者卡拉布雷西称之为“一般威慑”或“市场方法” [17]。激励规制模式使得企业有了发展成本更低的除污技术的动力，因为此时通过征收环境税费的形式，企业自身污染的成本与其污染排放量直接挂钩，企业就有了尽可能减少环境污染排放的动机，从而保障企业在追求自身经济效益最大化的同时，履行其相应的环境保护责任，这是激励规制优于命令控制规制的一面。

激励规制模式的主要方式为环境税和排污许可权交易制度。前者是运用宏观调控的手段即“看得见的手”实现在污染者和公众之间的财政转移支付，以此来解决环境问题，也称为庇古手段；而后者是运用市场调节的手段即“看不见的手”产生一个新的市场，称为科斯手段，二者均是向环境污染者提供经济刺激的非强制性的行为手段 [18]。环境税是通过政府定价的方式对直接向环境排放污染物的行为征收固定的税额。2018 年 1 月 1 日正式实施的《中华人民共和国环境保护税法》的征税污染物范围包括大气污染物、固体污染物、水污染物和噪声污染物等类型，“费”改“税”能够解决排污费刚性不足的问题，优化产业结构，促进清洁产业发展。排污许可权交易是在污染物排放总量控制的前提下，以许可证的形式向企业分配环境排放容量，许可证允许企业通过转让、拍卖等货币形式交易剩余排污权。目前排污权交易最活跃的是碳排放市场，比较成功的

环境污染治理案如美国的酸雨计划、铅淘汰计划、区域清洁空气激励市场及欧盟（EUETS）碳排放交易[19]。早在1987 年，上海市闵行区就开展了全国首例水污染排放权转让交易的治污实践[20]。2002 年我国正式启动 6 个省市的排污权交易试点工作，2007 年试点范围扩大到了 11 个省市。2014 年，国务院出台了《关于排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》，通过规范性文件的形式正式明确了建立排污权有偿使用制度。

以市场为基础的激励规制模式允许当事人为了实现环境目标进行成本收益的比较，从而选择一种最佳方案，使环境问题的外部成本内部化，具有灵活柔性、降低执法成本、保护市场主体的创造活力等优势。与命令控制规制模式主要依靠行政和法律的权威性实施不同，经济手段中，政府的主要作用是保证市场机制的正常运作，充分发挥价格机制在环境保护中的作用。但激励规制模式也存在缺陷：其一，激励规制模式仍然离不开政府的介入和控制，政府仍需负责制定税费、界定和保护排污权以及组织实施许可证的分配、信息披露等。但由于环境问题的复杂性、区域性、多样性，政府界定和保护环境资源产权的难度较大，靠税费规制的管理成本较高。此时，激励规制手段不能脱离强制手段，否则，其规制手段将沦为空谈。其二，排污许可权交易的基础是污染物排放的总量控制，但一个区域与另外一个区域进行交易时虽然总容量可能不变，但对于购买排污权一方来说，该区域的污染量会增加，导致排污总量可能超过区域内的环境容量，这就破坏了环境平衡的状态，违背环境正义[21]。其三，区域内不同主体功能区的经济发展水平、功能定位以及生态环境保护能力、人口状况等参差不齐，一刀切、相对粗放式的税率不能体现不同污染物的破坏和修复费用的不同。如何根据迥异的空间需求设定不同税额，营造公平的税收环境，推进整体性治理，还是个较大的难题。

3 应对环境风险的反身规制之法理

3.1 反身规制的范式基础

反身法理论是德国法律社会学家贡塔 · 托依布纳提出的。在托依布纳看来，法律系统内的各个组成要素之间通过法律自身特有的语言，即对外界来说不可理解的“法律代码”实现自我扩展、自我完善，整个系统具有自满自足的运行逻辑，这样的法律为自创生系统[22]。卢曼认为系统必须具有运行上的自我封闭性，否则将无法独立于环境的影响而存在[23]。托依布纳则认为，整个社会就是由一系列封闭的子系统构成的，这种封闭性造成了法律调整功能的局限性，而系统在认知上又是开放的，通过结构耦合实现认知的开放。在任何社会子系统中，反身法既不规制其他社会子系统的输入输出过程，也不运用权威手段干预其他子系统的自身运作，而是通过施加内在限制对民主的自我规制机制进行定位、矫正和重新阐释，从而使这个子系统可以作为其他子系统之环境组成部分[24]。托依布纳的反身法理论建立在卢曼反身结构理论的基础上，又向前推进了一步，融合了哈贝马斯的商谈民主理论，其认为只有在子系统内建构起商谈民主的程序，才能形成社会认同的内在反身结构。

托依布纳的反身法理论认为法律通过规制自己来规制社会，法律就是一个自我规制的自创生系统，运用其内部传感器解决功能与运作的冲突，通过规范、程序进行加工，用自己的术语再进行重构。作为一种新型的自我规制，法律不对其他社会子系统进行直接干涉，而是通过系统间的结构耦合、信息交互以及商谈沟通进行间接干涉，法律不负责规制后果，而是促使其他社会子系统建立起一套交涉民主的自我规制系统[25]。托依布纳认为，法律演化可以分为形式法、实质法与反身法三种类型。在功能高度分化的后现代社会，由于风险的不确定性和人们认知的局限性，每个子系统不具备足够的控制其他系统的能力，因此追求实质正义难以实现社会系统整合的目的[26]。反身法规制能够弥补权力与信息的失衡，旨在构建一个内外部协同发展的结构模型，它不是设定实质标准去直接控制行为，而是通过影响程序规范，创造各系统之间的结构耦合，建立制度化的行为规范和沟通对话的程序机制解决现代社会的合法性问题。

3.2 反身规制的范式革新

3.2.1 规范结构的调整

任何法律都是通过规范行为实现其价值目标，故而法律规范的内容是其范式核心[27]。传统规制模式是一种条件式模式，以构成要件与法律效果为其结构要素，只要满足一定构成要件，就能达到特定的法律效果，符合法的安定性和可预测性要求。无论是基于技术标准的规制还是基于效能标准的规制，行政法均设定了具体的标准要求，行政机关通过管制手段监控企业行为和结果，企业的自主空间很小，只能被动地服从这些要求或标准，是一种封闭的权力结构，具有鲜明的实质理性特点。反身法的特点就是对自我规制的规制，其主要功能在于用内部控制替代外部干预，经由对其他子系统内部的管理、矫正，将外部的干预内化为内部子系统的管理和决策。法律制度越是自治，就越能指涉和调查社会事实、政治要求、社会科学研究和人类需要，为其他社会系统的自我规制起规范作用。反身规制仅从程序、信息、权限、商谈等方面设定宽泛的原则或规则，透过间接规制的方式，指导规制对象进行自我决策，以行业的内控机制替代外在干涉。在当前复杂的环境规制中，法律应从通过实体性规定控制行政活动本身向通过程序性方法组织决策程序转变[28]。反身法要求的规制不再是直接对社会、个人行为进行规制，而是对规制程序进行规制。

3.2.2 规制手段的改变

标准的制定通常由行政官员在一套由政治家或立法者决定的规则体系内完成。传统命令控制规制模式奉行的是

政府直接干预的规制手段，过多使用惩罚会增加管制者和被管制者双方的对立情绪，合作和协商将很难实现。如果一个管制者经常性地使用惩罚手段，就会降低其“无敌”的形象，而一旦对一个小企业的惩罚措施没有能够执行，将严重损害管制者的权威性，实力更强的大企业就更不会把管制者放在眼里。激励规制模式虽然引入市场机制，但所采取的是征收环境税或实行排污许可权交易手段，被规制企业仍然是按照政府设定的特定税率和排放额度严格执行，仍未摆脱直接干预主义的窠臼。有学者将这种以市场为基础的激励规制喻为“模拟市场”[29]。反身法通过影响其他社会制度的自我指涉能力来变革社会实践。反身规制迥异于威权管制，它鼓励企业建立内部环境管理制度进行自我约束，政府通过对企业自订规则进行指导、审查、批准及监督进行管理，在自我规制失灵时，政府进行兜底性的直接干预。规制的目的并非强迫人们去做其不情愿的事情，而是通过强制使人们自愿去做事情[30]。

3.3 以反身规制应对环境风险

按照自创生理论，风险社会的形成根源于自创生功能系统之间的封闭性，一种系统的运作无法对另外一种系统施加影响，系统之间缺乏共振。因此，法律系统调控社会的手段就不能试图以统一的指标，只能尊重各子系统的规律并将其进行整合，防止各系统自有逻辑间的龃龉[31]。有效的法律规制模式必须实现不同系统之间的内外兼容，既要维持不同子系统的独立性，还要创造各系统之间的结构耦合，以使整个社会系统的自创生成为可能[32]。反身法要求的规制不再是直接对社会、个人行为进行规制，而是对规制程序进行规制。

相对于传统的命令控制规制模式和激励规制模式，反身规制弱化了规制者的命令，矫正了市场机制的失灵，尊重社会子系统的自主性和主动性，契合保障国家的行政法理念。基于这一理念，政府应对环境风险时应扮演的不是直接的消防员角色，而是协调员角色，不再奉行国家强力干预主义，而是奉行干预的有限收缩，环境公共利益的责任由政府与社会共同完成。在反身规制模式下，政府不再以家长的姿态为企业事无巨细地制定各种行为准则和刚性的效能指标，而是设定原则性的框架立法，通过为企业设定组织规范、激励规范和程序规范等，使企业能充分发挥自我规制的作用。这种程序主义的规制模式赋予了企业较大的自主空间，能够充分发挥企业自身的环境主体责任，激励其革新技术，实现成本效益的最大化。法律系统规制功能具有自身难以克服的局限性，因此，其必须通过自我调整培养其他子系统的反身性，通过去中心化的自我规制抑制政府的过度规制。保障行政法旨在实现政府规制与社会自我规制的关联与互补，不同于倚靠政府单方旨意的秩序行政和给付行政，政府规制的目的是防止市场失灵，保护公共利益，社会自我规制的目的是强调意思自治。规制并非总是通过公共机构进行，也并非总是运用指令性的、集中化的方式，在当前风险高发的环境领域，要更多地发挥自我规制的功能。

4 应对环境风险的反身规制制度构建

通过反身法的调整离不开信息与干涉这两大规制工具。如前所述，反身规制借由规范结构、规制手段完成了其范式革新，与传统规制模式中政府对企业的直接规制不同，反身规制是一种后设规制，是对自我规制的规制，旨在构建一个包含信息、干涉、程序、商谈规范等维度在内的反身法框架，实现民主的自我组织和自我规制。

4.1 建立系统的环境信息披露机制

信息与干涉是两个保证运行闭合的社会系统保持认知开放的机制。信息是反身规制中的必备要素，社会子系统中的企业、社会组织以及利益相关者只有在充分了解信息的基础上才能就陌生复杂的选择作出深思熟虑的决策。信息披露作为一种监管手段，要求信息披露人给予披露对象相关的信息，从而使披露对象能够更明智地作出选择，也使披露人不能够滥用其优势地位。相对于传统规制手段，信息规制并不能直接影响企业的权利和义务，企业通过披露环境表现信息来展现其社会形象，以此影响消费者和投资者等其他社会子系统的评价和判断，促成企业自我调整和反思。在当前环境保护意识日益深入人心的境况下，企业履行环保责任的好坏已成为其社会声誉与评价的重要考量指标，直接对其经济利益产生影响，比如企业污染环境结果的信息披露、污染物排放情况的信息披露等直接影响消费者的选择权及信任度，这种信息规制的威慑效果比直接政府命令控制式的行政处罚影响深远。新一轮的环境政策，必须建立综合性的、反身性的规范，从威权管制转向多元共同治理，创建“道德上体面的信任”。

4.2 构建规范的程序主义运行体系

狄骥早就指出：“公法的基础不再是命令，而是组织。公法已经逐渐变成客观的……因而政府也相应地具有某种必须实现的社会功能。”[33] 历史上弱市场与强政府格局造就了政府管制的传统，政府管制成为应对市场失灵的常规路径。因为，任何一项良好的政策也必须通过精细规范的规则和程序来实施，否则，即使是制定良好的规制政策，也未必能取得显著的治理成效。程序结构的目的是要允许有目的的行为，同样也要有目的地阻挠[34]。程序规制旨在鼓励或要求企业通过自我规制的形式建立内部环境管理制度，这些自我规制策略可以是自愿型、强制型，也可能是激励型，用这些有效的内部控制策略取代政府的外部干预，在企业内部形成系统的反身结构。管制金字塔的逻辑是基于“害怕”的心理状态，在反身规制中，政府的目标不再是强制命令、直接干预，而是基于“希望”的心理制定符合社会公共利益的环境政策，通过制度设计将这些目标输入其他社会子系统，对企业自我评估的再评估，监督并不断修正规制目标。

规制行政的特点意味着行政属性的变化，从消极的行政损害防范到积极的行政程序预防，规制规则也从事后的责任规则范式转变为事前的程序保障范式 [35]。环境规制领域中最成功的反身程序规制就是欧盟生态管理与审核计划（EMAS），EMAS 以企业自愿加入为基本原则，要求参与企业必须建立一套内部认证环境管理体系，通过内部管理系统的运行披露企业环境污染信息，评估企业的环境绩效，并通过与环境利益相关者以及社会公众进行对话沟通，促进企业不断提升环境表现。EMAS 不是制定实体性的环境治理规则，而是一种程序导向的治理策略，通过加入组织对企业内部决策过程的矫正，形成企业自我反思、自我改进的环境保护文化和实现环境利益最大化，旨在形成具有环境责任感的企业管理体系。当前我国环境标志产品的认证程序也在积极推进管理认证和产品认证的结合，虽然该程序目前尚侧重于保证产品质量，而非针对企业的环境影响进行设计，缺乏多元的监督体系，但也是迈向反身环境规制的进步。

4.3 搭建商谈沟通对话机制

秩序是通过协商而不是服从得来的。如前所述，反身法调整主要依靠信息与干涉两大工具，这样难免会在运行过程中产生法律系统与其他社会子系统之间的冲突，而协调不同子系统之间的冲突需要理性对话和沟通商谈。社会的基本要素是沟通，而非单个主体的行动。传统规制模式下的系统际冲突是规制者、被规制者和利益相关者之间的沟通失灵，反身规制中法律的角色已从直接对企业的具体环境行为予以规制转变为构建一个规制者与被规制者之间的沟通系统，意在连接政府规制与企业自我规制，通过商谈构建不同子系统之间的对话程序，实现系统间的协调。哈贝马斯的商谈理论意在寻求不同社会子系统之间的沟通对话、商谈民主来解决合法化危机。在哈贝马斯看来，交往行为的核心在于保证不同主体的平等参与，主体间的理解过程需要以形成一致意见为目标，目标的达成并非是一方将自己的意见强加于另一方，通过外在干预命令使对方遵循己方意见，而是双方基于共同的信念，构建一个交往沟通、民主协商的合理机制 [36]。

基于民主平等基础的沟通商谈，不同社会子系统间的冲突才能在承认主体间规则的背景下达成共识。当前环境领域的环境协议、环保约谈作为一种新型的环境规制手段，都是通过政府与企业的协商合意，明确双方的权利义务，提高环境规制的遵守度和可接受性，淡化高权手段的规制失灵，是现代社会解决环境领域命令控制规制模式的可行路径。环境影响评价是通过企业、公众与利益相关者之间的商谈形成合意，若企业无视利益相关者的环境诉求，则可能因为利益相关者的抵制而使环境项目流产，如当前频发的环境“邻避事件”就是由于缺少沟通商谈的渠道和意愿，各子系统彼此封闭而无法实现结构耦合所致。反身法的核心不仅仅是追求实质合法性，而是通过建立支持公民参与的道德共同体来探寻指引规则的普遍性目的，并维护其权威性。反身规制承认法律自身的局限，激发其他各种社会组织的能力和资源来参与公共政策的制定，解决制度的缺陷，从而实现实质正义。

5 结语

当前在环境治理过程中仍然以政府规制为主，命令控制规制模式过于强调政府规制，社会力量发展不足，行业组织内部结构与治理机制不完善，导致环境治理效果不尽如人意。反身规制是一种去中心化的自我规制，能够避免刚性直接干预的抵牾，旨在通过自组织的方式提升企业环境表现的反身结构。本文并非用反身规制模式完全取代命令控制规制模式及激励规制模式，而是优化环境规制的路径，进一步提升环境治理的绩效。当前我国环境治理中反身规制的实践已在尝试运行，如认可认证、第三方监管、行业协会自律等，都是在寻求社会自治来弥补政府规制不力，调动多元社会主体的协同治理。本文运用反身法理论所构想的反身规制为应对环境风险提供了一个路径，但尚需国家保障责任的不断完善，创设更多的反身规制诱因，实现社会自治和国家责任的平衡。

参考文献

[1] 吉帕 · 维斯库斯 . 反垄断与管制经济学 [M]. 陈甬军，译 . 北京：机械工业出版社，2004: 6.
[2] 张宝 . 环境规制的法律构造 [M]. 北京：北京大学出版社，2018: 2.
[3] 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: 209.
[4] 贡塔 · 托依布纳 . 法律：一个自创生系统 [M]. 张骐，译 . 北京：北京大学出版社，2004: 27.
[5] 王清军 . 自我规制与环境法的实施 [J]. 西南政法大学学报，2017(1): 58-59.
[6] 王小纲 . 中国环境法律演化的可能路向 [J]. 当代法学，2008(1): 69.
[7] 潭冰霖 . 论第三代环境规划 [J]. 现代法学，2018(1): 118.
[8] 宋亚辉 . 社会性规制的路径选择 [M]. 北京：法律出版社，2017: 67.
[9] 罗伯特 · 鲍德温，马丁 · 凯夫，马丁 · 洛奇 . 牛津规制手册 [M]. 宋华琳，李鸻，安永康，等译 . 上海：上海三联书店，2017: 73.
[10] 马允 . 美国环境规制中的命令、激励与重构 [J]. 中国行政管理，2017(4): 137-143.
[11] 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 [J]. 政治与法律，2014(10): 23-32.
[12] 史蒂芬 · 布雷耶 . 规制及其改革 [M]. 李洪雷，宋华琳，苏苗罕，译 . 北京：北京大学出版社，2008: 249.
[13] 谭冰霖 . 环境规制的反身法路向 [J]. 中外法学，2016, 28(6): 1512-1535.
[14] 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探讨 [J]. 浙江学刊，2007(3): 162.
[15] 胡斌 . 私人规制的行政法治逻辑：理念与路径 [J]. 法制与社会发展，2017(1): 157-166.
[16] 高秦伟 . 社会自我规制与行政法的任务 [J]. 中国法学，2015(5): 73-98.
[17] 盖多 · 卡拉布雷西 . 事故的成本 [M]. 毕竞悦，陈敏，宋小维，译 . 北京：北京大学出版社，2008: 59.
[18] 沈满洪 . 论环境经济手段 [J]. 经济研究，1997(10): 54-61.
[19] 曾石安 . 美国排污权总量控制与交易制度对我国的启示 [J]. 成都行政学院学报，2018(3): 51-55.
[20] 王建文，李俊 . 我国水排污权交易市场构建的法律思考 [J]. 河海大学学报（哲学社会科学版），2018, 20(3): 85-89.

[21] 陈双洁 . 排污交易权在环境管理中的作用 [J]. 资源节约与环保 , 2016(6): 311.

[22] 贡塔 · 托依布纳 . 法律 : 一个自创生系统 [M]. 张骐 , 译 . 北京 : 北京大学出版社 , 2004: 9-11.

[23] LUHMANN N. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system[J]. Cardozo law review, 1992, 13(1): 1419-1441.

[24] 图依布纳 . 现代法中的实质要素和反思要素 [J]. 矫波 , 译 . 北大法律评论 , 1999, 2（2）: 579-632.

[25] 贡塔 · 托依布纳 . 法律 : 一个自创生系统 [M]. 张骐 , 译 . 北京 : 北京大学出版社 , 2004: 88.

[26] TEUBNER G. Substantive and reflexive elements in modern law[J]. Law and society review, 1983, 17(2): 239-286.

[27] 刘水林 , 吴锐 . 论“规制行政法”的范式革命 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2016, 34(3): 60-71.

[28] EIFERT M. 行政法的概念化——法律保护还是规制进路 [J]. 蒋振馨译 . 行政法论丛 , 2016(1): 270-284.

[29] GUNNINGHAM N. Environment law, regulation and governance: Shifting architectures[J]. Journal of environmental law, 2009, 21(2): 179-212.

[30] NAGEL T. Moral conflict and political legitimacy[J]. Philosophy and public affairs, 1987, 16(3): 215-240.

[31] 张青波 . 自我规制的规制 : 应对科技风险的法理与法制 [J]. 华东政法大学学报 , 2018, 21(1): 98-111.

[32] 丁延龄 . 社会治理创新的反思理性法模式——以反思环境法为例 [J]. 政法论丛 , 2015(4): 153-160.

[33] 莱昂 · 狄骥 . 公法的变迁 [M]. 郑戈 , 冷静 , 译 . 沈阳 : 辽海出版社 , 1999: 54.

[34] 杰里 · 马肖 . 贪婪、混沌和治理 [M]. 宋功德 , 译 . 北京 : 商务印书馆 , 2009: 200-211.

[35] 诺内特 P, 塞尔兹尼克 P. 转变中的法律与社会 : 迈向回应型法 [M]. 张志铭 , 译 . 北京 : 中国政法大学出版社 , 1994: 88.

[36] 曹卫东 . 交往理性与权力批判 [M]. 上海 : 上海人民出版社 , 2016: 129.

Reflexive Regulation: the Legal Theory and Legal System Towards Environmental Risk

LI Wei[1,2]

(1.Law School, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China;

2.Hainan Vocational College of Political Science and Law,Haikou 571100,China)

Abstract: In the face of the increasingly severe environmental risks and ecological crisis, the two major regulatory models in environmental field, including the command and control model and the incentive model, all present the dilemma of regulation failure and governance failure. From the perspective of reflexive law theory, the reason lies in that these two regulation models ignore the unique operation logic of the legal system and other social subsystems. The legal system is closed in operation and open in cognition. The effective regulation model must realize the structural coupling between different systems. Reflexive regulation is a kind of regulation on self regulation. On the basis of acknowledging the limitation of law itself, it cultivates the reflective structure of other subsystems. The theory of reflexive law provides a new direction for the current environmental governance performance. To realize the reflexive regulation of environmental risk, we need to construct the corresponding legal system from the aspects of information disclosure, programming and negotiation.

Keywords: environmental regulation; reflexive law; law as an autopoietic system