

法官的选择性司法行为

——以环境侵权诉讼中的司法鉴定为例

凌潇^a, 严皓^b

(四川理工学院 a.法学院;b.经管学院,四川 自贡 643000)

摘要:系列案例研究汇同社会学调查数据表明,在我国环境侵权诉讼过程中,部分法官具有鲜明的排斥自由裁量权的合理运用,转而求助于鉴定结论补强判决合法性的倾向。学术界一般认为,由于法官自由裁量权而产生的选择性司法行为不具备组织性与规律性的特点,其影响是局部的,因此,这一领域的理论研究对法官的选择性司法行为并未给予充分的重视。运用法官效用函数的分析框架,借助博弈论的基本方法,可以从一个新的角度解读此种选择性司法倾向产生的原因,并分析当前几乎形成公论的改革建议存在的潜在风险。

关键词:选择性司法;自由裁量;效用函数;纳什均衡

中图分类号:DF794;DF72

文献标志码:A

文章编号:1672-8580(2012)06-0055-04

有学者将“国家根据情势需要什么时候严格执行哪部法律,采取什么执法手段,什么时候放松哪部法律的执行,什么时候严格执行哪个具体的案件,采取什么执法手段,什么时候对哪个案件执行特别对待的视具体情况而定的执法方式”^[1]称作“选择性执法”。法官在司法审判中运用剩余执法权,其主要表现为自由裁量权——选择性适用法律,广义上也是选择性执法的一种类型,笔者称之为选择性司法。但当前学术界选择性执法的研究对象一般都聚焦于中央政府或者地方政府自上而下有组织的运动式执法或者执法懈怠。这种观点认为,法官作为法律施行代理人,由于自由裁量权而产生的选择性司法行为出现在“独立的各个不同的单独案件,其影响是局部的,对它的分析基本上可以沿用斯蒂格勒腐败的经济学理论”^[2],因而并不是其关注的重点。

通过对 2000 年来近百件环境侵权民事判决书的深入分析,笔者发现,环境司法领域法官的选择性司法现象虽不具有组织性的特点,却具有类似的规律性,其影响是全局性的,产生原因更无法通过权力寻租理论

加以一元化解读。另外,环境司法领域的选择性司法行为以放弃合理运用自由裁量权为主要特征,这与通常意义的选择性执法——主动运用剩余执法权迥然不同,前述理论对于选择性司法行为的忽视似有不当。

限于篇幅,本文仅以司法判决对鉴定结论的依赖为例进行初步论证,这一环节集中体现了选择性司法根据情势“放松或严格执行某部法律”的特征。

一、典型案例中选择性司法的运作

杨某诉某市电业局电磁辐射污染赔偿案。本案中受害方杨某最初以电业局高压铁塔侵占土地使用权为由提起诉讼,败诉后又以高压输电线路电磁辐射引发疾病为由提起上诉。该市电业局先后单方面委托该省环境科学研究所及国家电网公司电力科研院对高压塔周围工频电磁场进行测试,两份鉴定报告都表明,高压铁塔周围电磁辐射的各项指标低于相关国家标准允许的限值或强度。二审法院判决认为,由于鉴定报告表明高压铁塔的电磁辐射符合国家标准,因此该行为不具

收稿日期:2012-10-24

基金项目:四川省犯罪防控研究中心项目(FZFK09-03)

作者简介:凌潇(1981-),男,四川自贡人,讲师,博士研究生,研究方向:民商法学;

严皓(1981-),女,四川内江人,讲师,硕士,研究方向:经济学。

网络出版时间:2012-11-20 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20121120.1634.002.html>

备违法性,与损害后果不存在因果关系,驳回了杨某停止侵权、赔偿损失的诉讼请求。

本案的争议焦点在于,违法性是否是环境侵权的构成要件,以及因果关系的举证责任分配。

环境污染侵权的认定,应当“采用从客观构成要件到主观归责依据再到免责事由的逻辑分析路径”^[9]。我国学者一般认为,《民法通则》第106条关于一般侵权责任的构成要件并不包括行为的违法性,《环境保护法》第41条第1款以及《大气污染防治法》、《固体废物防治法》、《水污染防治法》也未将违法性列为环境污染侵权的构成要件。《民法通则》第124条的规定却与之相左——违反国家保护环境防止污染的规定,污染环境造成他人损害的,应当依法承担民事责任。仅从《民法通则》出发,由于该法第124条属于侵权责任构成要件的特别规定,依据特别条款优于普通条款的法律适用原则,我们似乎可以认为违法性确属环境污染侵权的构成要件。然而《环境保护法》等特别法属于后法,构成了环境司法领域内自洽的法律体系,因此,从体系解释角度出发,考虑后法优于前法的法律规范适用基本原则,违法性不应当成为环境污染侵权的构成要件,环境侵权的归责原则应当是无过错责任,即“损害发生后,不以行为人的主观过错为责任要件的归责标准”^[10]。因此,即便鉴定结论表明电磁污染符合国家标准,法院也不能据此认定行为因欠缺违法性而在构成要件上不齐备。遗憾的是,法院在此选择性的适用了《民法通则》的规定,而放弃了更为符合法律解释基本准则的《环境保护法》等法律规范。

在环境侵权的因果关系问题上,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第4条明确规定了举证责任倒置,所谓举证责任的倒置,是指将“依据法律要件分类说应当由主张权利的一方当事人负担的证明责任,改由否认权利的另一方当事人就法律要件事实的不存在负证明责任”^[11],若严格依据举证责任倒置的要求,本案中本应当由电业局一方提供证据证明因果关系就不存在,很明显,电磁辐射是否超标与电磁辐射是否与损失之间存在因果关系是完全不同的两个争议点,符合规定的排放污染物行为也完全有可能导致污染后果的发生。这就要求法院正确行使自由裁量权判定相应证据能否证明因果关系不存在,而不能简单的以鉴定结论判断因果关系。本案二审法院以鉴定结论符合国家标准直接否定因果关系之存在也值得商榷。在这一争议焦点上,法院借助鉴定结论选择性的放松了对举证责任倒置规则的执行。

在笔者掌握的其他案件中,法官判决主动放弃自

由裁量权而倚重鉴定结论的情况屡见不鲜。这一直观的印象也部分的得到了规模更为庞大的实证调查的印证。例如,有学者在归纳梳理了千余份来自全国31个省、自治区和直辖市近十年来的环境裁判文书后发现,鉴定结论对于法官判决有着举足轻重的影响,在因果关系判定方面,“依赖鉴定结论或明确的法律规定(采矿权与相邻权纠纷)的占75%”^[12]。另外,虽然最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》明确规定了环境侵权纠纷适用举证责任倒置,即便在《侵权责任法》第66条生效之前,我国相关法律也基本确立了我国环境民事侵权诉讼的举证责任倒置制度。但实际运用该规则的“仅有49.6%,更令人不解的是,一些文书一边适用举证责任倒置规则,一边仍然坚持运用鉴定结论认定因果关系”^[13]。

二、成因分析

环境侵权裁判高技术特征所形成的知识障碍,以及法官个体对于法律规范本质内涵认识的不足甚至错误,固然可能导致法官对于鉴定结论的过分看重。然而,如前述大规模实证调研所言,当依赖鉴定结论成为多数法官——他们有不同的知识结构、职位、社会影响力等社会学背景因素——共同的偏好时,我们完全有理由进一步追问这种偏好产生的原因。笔者将借助“法官的效用函数”这一理论工具解开以上疑窦。需要特别说明的是,笔者并未考虑权力寻租这一变量因素,理由在于,若笔者的解释思路能够自圆其说,即可证明前述对于司法权寻租的一元解说理论至少不够完整且过于专断。

(一)环境侵权诉讼中影响法官的效用函数的因素

法官的效用函数旨在解答哪些因素可能影响法官制作判决的决策。波斯纳将法官的效用函数的自变量归纳为六类:众望、威望、公益、回避判决被撤销、声誉以及投票^[14]。法官并非“绑在桅杆上的尤利西斯,听不到蛊惑人心的塞壬歌声”^[15],作为自利个体,法律规范之外的多种因素对于法官决策具有重大影响,中国的法官也概莫能外。不过,不同的人文与政治经济背景决定了我国的法官(最高人民法院法官并不在本文论述范围之内)与美国联邦上诉审法官面临的“胡萝卜与大棒”也不尽相同。

笔者认为,以下自变量是影响我国环境侵权诉讼中法官决策的主要因素:行政主政者的“看法”,如行政机关对个案下指示、打招呼,以及当案件涉及各种地方宏观行政目标与纲要时法官判决是否与之合拍;法官升迁,以及与之紧密相连的收入级差,这在很大程度

上受制于行政部门对于法官工作的认同度；当事人压力包括上访与上诉；判决被上诉审撤销，改判率与错案率又反过来会影响法官绩效考核成绩与仕途升迁。

(二) 各因素之间的互相关系

若以 U 代表法官效用, R 代表行政执政者的看法, S 标称法官职位以, I 代表收入, 当事人压力为 P , 上级法院的改判为 C , 则法官效用函数公式为 $U=(R,S,I,P,C)$ 。其中, R,S,I 与 U 成正相关, P,C 与 U 成负相关; R 与 S , S 与 I 成正相关并存在传导性, C 则与 S,I 成负相关。法官在裁判时需要满足 U 值最大化的目标^[9]。

(三) 法官的理性选择

由于环境侵权纠纷往往涉及面广、矛盾冲突异常尖锐, 法官在审理时常常面临多种价值的竞争。具体而言, 目前环境侵权鉴定结论很大一部分是由案发当地的环境行政部门(如环境检测站)做出, 这就“直接决定着现有的环境司法鉴定不可避免地带有行政^[10]。案件背后往往有地方经济发展与 GDP 思维的阴影, 认可并采纳鉴定结论作为裁判的主要依据, 可以最大程度的避免与行政权可能发生的冲突。

其次, 受害方一般是普通民众普遍缺乏相关的基本技术知识, 以鉴定结论作为裁判依据虽然不能真正案结事了, 但至少在面临当事人压力时有了一个完美的遁词。在司法判决屡遭“合法性”(Legitimacy)质疑的今天, 面对环境侵权一类矛盾冲突尖锐的案件, 法官尽可能的少使用自由裁量权, 借助鉴定结论等第三方信息裁决案件, 可以最大化的避免此类风险。

在上级法院改判这一环节上, 两级法院之间存在类似于完全信息静态博弈的关系: 二者面临类似的效用函数以及影响因素, 彼此心照不宣(即共同知识 common knowledge), 唯一不同的是上一级法院不用过分担心案件的改判。为使问题适度简化并突出重点, 笔者假设, 如果一审法院不采纳相关的鉴定结论会导致行政认可度的降低与二审改判, 反之则提高并维持原判, 行政认可的收益以 R 表示, 二审改判带来的收益以 C 表示, 此处 C 为负值。其支付组合为: 一审法官与二审法官均采纳 $(R, R-C)$; 均不采纳 $(-R, -R+C)$; 一审采纳二审不采纳 $(-R, R+C)$; 一审不采纳而二审采纳 $(R, -R+C)$ 。

由于 $R > -R, R-C > R+C > -R+C$, 二者都采纳鉴定结论的战略组合构成了此博弈的纳什均衡点, 各自收益为 $(R, R-C)$, 并且任何一方都没有积极性打破这种均衡^[11]。就低级别法院而言, 其最优策略是充分运用鉴定结论以避免案件改判影响其绩效考核, 同时可以避免与行政权的潜在冲突; 而高级别法院的最优策略同样是依赖鉴定结论, 以获得行政权力的认同。又由于

(采纳, 采纳)是所有战略组合中两级法院总体收益最大的方式($R+R-C$ 大于其他战略组合的总体收益), 因此, 采取这种战略对于法院系统而言也是收益最高的, 这进一步强化了该战略对于法院系统的合理性^[12]。

当然, 不采纳鉴定结论并不必然导致司法机关与行政权力的冲突, 二审法院即便不采纳鉴定结论也完全可以做出维持或者改判的决定。但是如前所述, 考虑到现有环境污染鉴定强烈的行政色彩, 初审与二审法官都不得不掂量拒绝行政部门鉴定结论的不利后果。另外, 由于一二审之间存在时间差, 一审法官是首先采取战略的一方, 因此更为精确的博弈模型是完全信息动态博弈, 其图像表现为动态推进的博弈树而非表格, 不过二者最终的均衡点相同, 本文也未进一步精确区分, 上述简化的论证具有合理性。

综上所述, 法官在环境侵权案件裁判过程中, 倚重鉴定结论可以在增大 R,S,I 的同时减小 P 与 C 的负面影响, 使其效用 U 最大化。即便不考虑权力寻租因素的影响, 选择性司法行为依然是法官效用最大的必然选择。

三、选择性司法的风险与化解机制悖论

法官们的选择性司法行为无疑对经济与环境的协调、可持续发展有极大的负面影响。司法判决负责将环境法律规范蕴涵信息向社会的传达, 以促使生产企业根据法律规范的成本收益将外部性内部化, 如果法律本身是有效率的, 那么依照该指引的社会行动就能最大程度节约社会成本。法官的选择性司法行为人为改变了法律规范应然的成本收益配置, 导致严重的信号失灵现象。环境侵权司法领域, 因果关系举证责任倒置等规定本可以为市场确定良好的激励机制, 以实现环境与发展之间协调发展, 化解经济进步与环境保护之间的天然张力。选择性司法行为严重扭曲了这种可欲的激励机制, 社会无法通过司法判决使施害人将采取措施的边际成本和收益内部化。这样, 污染严重的企业将缺乏足够的动力去开发更有效的防范环境污染的技术, 以减少生产行为对于环境的破坏, 社会也无法通过有效的赔偿措施将此类企业逐出市场。

目前, 关于环境污染领域司法鉴定的改革建言主要围绕建设中立的鉴定机构展开, 如有学者建议将“环境监测鉴定机构从其所属的行政关系下解脱出来, 成立专业性、中立性环境司法鉴定机构,”因为只有这样才能使鉴定结论真正实现其应有的功能目标: 从技术上、理论上为诉讼提供更具有专业性和权威性的证据^[13]。此外, 若加快建立专门的环境法庭, 从知识结构

上改组审理环境侵权的法官人员构成,似乎也可以在一定程度上解决法官由于知识壁垒造成的对于鉴定结论的依赖^[4]。

笔者由衷的相信,这些改革措施肯定会带来一定的积极效果,比如一定程度上消除环境污染审判工作中的行政权不当影响。但是通过前述分析,我们也许不得不面对一个让人倍感沮丧的事实:在给定的影响因素不发生根本性变化的前提下,以上几乎成为通说的制度建议都无法从根本上杜绝法官的选择性司法行为,无论鉴定结论如何公正,其功能也不过是解决争议的事实问题,法律适用依然是司法权的范畴^[5],而后者才是彰显与实现环境法律体系基本价值的最终途径。

以上措施还可能带来一定的负效应。环境司法领域的选择性司法行为以消极的放弃自由裁量权为重要特征,就建设中立的鉴定机构而言,人们对于当前某些鉴定结论与地方行政利益纠缠不清的事实实则了然于心,只是无法从技术上加以指责。因此,以此种鉴定结论补强判决合法性的效果必然大打折扣,法官们对此亦心知肚明。设若如斯所言,中立并且具备社会公信力的鉴定机构建设完备,法官们岂不是更有理由与动力将其结论视为补足判决合法性的主要依据而放弃自由裁量的合理使用么?即便是专门的环境法庭法官,由于其面临的效用函数与一般法官并无不同,因此,其决策也不会有根本性差异。

也许根本性的解决方案还是树立司法权威,加强行政权的自律以及对于司法权力的充分尊重,建立更为合理而有效的法官遴选与考核制度等等^[6],而这已远远超出本文的讨论范围,笔者不便展开论述,谨以此文提醒建言者们充分考虑手段——目的的二律背反,以及由此带来的对于环境司法的不利影响。

参考文献:

- [1] 戴治勇,杨晓维.间接执法成本、间接损害与选择性执法[J].经济研究,2006,(9):94-102.
- [2] 戴治勇.选择性执法[J].法学研究,2008,(4):28-35.
- [3] 李开国.侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出[J].中国法学,2008,(2):38-50.
- [4] 马俊驹,余延满.民法原论[M].北京:法律出版社,2006:1006.
- [5] 江伟.民事诉讼法[M].北京:高等教育出版社,2004:166.
- [6] 吕忠梅,张忠民,熊晓青.中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本[J].法学,2011,(4):82-93.
- [7] [美]理查德·A·波斯纳.超越法律[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2001:158-159.
- [8] 王彬.法官效用函数与法官行为[N].中国社会科学报,2010-04-06.
- [9] 艾佳慧.“中国法官最大化什么”[C]//苏力.法律和社会科学:第3卷.北京:法律出版社,2008:109-115.
- [10] 赵星,安然.试论我国环境污损司法鉴定机构的建构——以完善环境犯罪的惩治为视角[J].法学杂志,2010,(7):40-42.
- [11] 张维迎.博弈论与信息经济学[M].上海:格致出版社,2004:7-12.
- [12] [美]道格拉斯·拜尔.法律的博弈分析[M].严旭阳,译.北京:法律出版社,2006:59.
- [13] 孙飞.论环境污染司法鉴定机构的设置[J].中国司法鉴定,2008,(3):85-87.
- [14] 顾加栋,巢敏.侵权责任法与医疗技术损害责任相关问题[J].南京医科大学学报:社会科学版,2010,(2):98-100.
- [15] 马天山.民族地区司法规律及司法权配置若干特殊问题研究[J].湖北民族学院学报:哲学社会科学版,2011,(4):88-100.
- [16] 雷晶,刘源.论我国公民诉讼司法保障的创建——以行政诉讼法与民事诉讼法为主线[J].湘南学院学报,2010,(6):13-16.

责任编辑:陈于后

The Selective Judicial Behavior

—Taking the judicial appraisal in the environmental tort litigation as an example

LING Xiao^a, YAN Hao^b

(a. Law School, b. Economics and Management School,

Sichuan University of Science & Engineering, Zigong, 643000, China)

Abstract: Sociological surveys show that in the course of environmental tort litigation, some judges have a clear tendency to reject the rational use of discretion, but depend on the appraisal to reinforce the legitimacy of decisions. It is generally believed that the selective judicial behavior, which is caused by judges' discretion, is not organizational or with regularity characteristics and the impact is limited. Taking the Utility Function of judges as an analytical tool, with the basic methods of game theory, a new perspective of interpretation for such tendencies is put forward in the paper. It can also call attention to the popular proposer of formation the existence of potential risk.

Key words: selective judicial behavior; power of discretion; utility function; Nash equilibrium