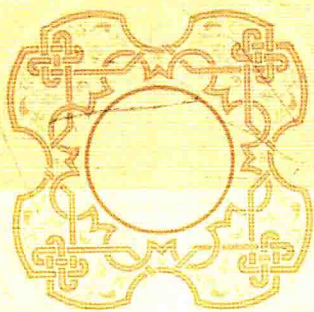


环境习惯法现代价值研究

——以西部民族地区为主要「场景」的展开

郭武 著

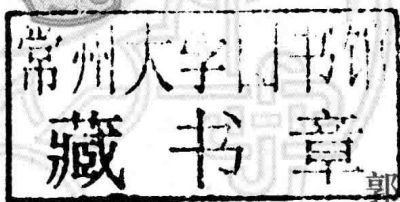


中国社会科学出版社

环境习惯法现代价值研究

——以西部民族地区为主要「场景」的展开

武 著



图书在版编目(CIP)数据

环境习惯法现代价值研究：以西部民族地区为主要“场景”的展开 / 郭武著. —北京：中国社会科学出版社，2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5161 - 8246 - 8

I. ①环… II. ①郭… III. ①民族地区 - 环境法学 - 习惯法 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 680. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 116782 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 董晓月
责任印制 何 艳

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2016 年 6 月第 1 版
印 次 2016 年 6 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 19
插 页 2
字 数 274 千字
定 价 69.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

序 一

日前，来台湾“中研院”法律学研究所访学交流的郭武博士请我为他的新著《环境习惯法现代价值研究——以西部民族地区为主要“场景”的展开》作序，我欣然应诺，因为本书对促进两岸法学交流、创新研究方法具有重大意义。

近年来，我常应邀到大陆地区一些高校和法律实务部门讲学、授课，或者参加学术研讨活动，切身感受到大陆法学教学与研究的变化和发展，特别是最近十余年，大陆法学同人中的年轻一代在法学专业知识的系统学习、法学课程教学方法和手段的更新、法学学术研究视野和深度的拓展等方面取得的进步。

逐渐成长起来的青年法学学者是大陆法学教育与研究事业的希望。他们受过国内外专业、有系统的法学教育，大多数有法学博士学位，值当下大陆转型发展之际，担负着承前启后、解放思想，从而实现法学教学与研究的知识、方法、思维转型更替的主要任务！青年环境法学者郭武博士就是其中一员。认识郭武博士，是2015年8月的事。当时台湾民法学基金会应邀前往甘肃政法学院开展学术交流活动，郭武博士是该校民商经济法学院副院长，与其他几位学院领导一起负责交流活动的安排和服务工作。在几天的交往过程中，我发现了他勤奋踏实、乐观上进和才思敏捷的特质。

这本《环境习惯法现代价值研究——以西部民族地区为主要“场景”的展开》是郭武博士在其博士学位论文《论环境习惯法的现代价值》的基础上加以修改完善而成的。通读全文，我从中发现了诸多亮点，如进化理性主义思维中环境习惯法与环境制定法之间关系的全新解读，环境习惯法在本土法文化汲取与重建、法律信仰、技术理性

祛魅、路径拓展诸方面补给环境制定法的创新研究，环境习惯法内容实质合法性检验标准和形式合法性检验标准的提出，环境习惯法贡献于现代环境立法的直接入法、渐进式入法、间接入法三种模式的归纳，以及环境习惯法在现代环境管理中适应性机能的提炼等。这些亮点也反映出作者的学术专长和研究特点——运用法学基础理论的能力强、学术视野开阔、多元知识与方法论工具运用纯熟、反思精神突出，等等。郭武博士的勤奋和优异的博士学位论文使他获得了两项大奖——2012年度“中达环境法学优秀博士学位论文奖”和2013年度“湖北省第十五批优秀博士学位论文奖”。

本书就环境习惯法在现代环境法治实践中据以操作的实践性价值如何实现、环境习惯法现代价值的限度等问题的研究尚有进一步挖掘和提升的空间。我对郭武博士及大陆青年法学学者提出以下三点期许：第一，法教义学是法学研究中不容忽视的重要方法之一。在现代社会兴起的环境法学、科技法学、生命法学等新兴领域，法教义学更是走出知识、方法多元化之迷雾，使研究回归主旨的根本。第二，青年法学学者应当在知识积累的基础上，开阔眼界、敏捷思考，善于从功能角度对同类议题进行比较研究，并以此为基础进行学术反思，得出自己的结论。第三，两岸青年法学学者应充分交流，在开阔的思维空间中推动两岸法学事业的发展，也期望两岸青年法学学者能持之以恒地学习和积累研究成果，对两岸法学发展作出贡献。

王泽鑑

于台湾大学

二〇一六年元月八日

序 二

在人类进入文明时代以前，无论东方西方、大国小国，也无论文明程度高的国家抑或文明程度较低的国家，人类社会活动所依赖的诸种法律规则均呈现出相互交织、共生共存之景象。工业革命以来，制定法中心主义的兴起使法律规则系统的发展在不同国家呈现出前所未有的“分化”，其标志为：不同国家法律规则系统之制定法化“步调”不尽相同。在同一历史“节点”观察，呈现出迥异的样貌：部分国家的情形为习惯法与制定法逐步融合、混同，其他国家的制定法化格局却已然形成，许多国家制定法化进程顺利完成，“合流”之势蔚为壮观。环顾宇内，大多现代国家开始反思并逐渐解构曾被奉为主臬的制定法。尤其在跨学科视角下，人类开始思考如何走出“建构理性”的桎梏，依“人之行动而非设计”走有序的制度进化之路。由此，一种非“制定法独尊”的多元化制度合作与共存的策略逐渐在国家、社会不同层面展开，国家制定法、习惯法、惯例等不同“制序”形态的多元共存构筑了当下人类社会据以发展进步的真实基础。不过，遗憾的是，对“建构理性”桎梏的反思与超越之路在中国法制发展进程中尚未“启程”。因此，包括该著作在内，所有深入关注当下中国习惯法价值命题的思考无疑是对当下中国法制发展现状的有益“触动”。

《环境习惯法现代价值研究——以西部民族地区为主要“场景”的展开》是我的学生郭武博士长期潜心环境习惯法现代价值议题研究的智慧结晶。作者的研究从环境法学视角有力地回应了当下中国“制定法一元化”的现状，并创新性地提出了“开启”中国环境法律制度理性发展的具体途径。当然，需要澄清的是，工业革命背景下逐步

兴起并在科学基础支撑下发展壮大环境法有着较为独特的制度发展演进路径。正如作者所说,环境法据以发展的科学技术背景和深刻的现代性背景使得环境习惯法在诸多方面遭遇“不能”的尴尬,如环境标准的制定与实施、环境污染防治法的立法与实践等。总体看来,环境习惯法的价值更多地体现在环境资源法治领域。依循作者的研究思路,环境习惯法之于现代环境法发展的价值主要有二:

其一,环境习惯法在非建构理性思维中具有极大的价值机能,将源源不断地供给现代环境法走向不断完善和繁荣。唯制定法是瞻的环境法治实践已然造成法律的一元与现实多元之间的矛盾、外生性规则与本土性供给之间的断裂以及环境法治的公力强势推进与民间微弱运行之间的失衡等弊病。受制于制定法思维的固有逻辑,这些弊病无法根除,且愈趋严重。唯有反思制定法的弊端,求法于外,释放环境习惯法的巨大价值机能,方可经由本土法文化汲取与重建、信仰重塑、技术理性祛魅、路径拓展而达到对现代环境法的不断补足和完善。

其二,对环境习惯法现代价值的揭示是开启多元制度规则之“窗口”以审视环境法自足性的重大方法论创新,无疑可使现代环境法的发展走向“反身性”理性成熟之路。从方法论意义上讲,环境习惯法现代价值论题关涉环境保护制度工具的多元选择问题。这一认知立足于现代制度经济学、社会系统论的最新理论和观点,是极为开放的法学研究视角。以此观察,现代环境法唯有在“被观察”和“自观察”的不同视野中不断反思,才可实现符合理性的发展和成熟。

曾几何时,同行认为郭武博士对环境习惯法的研究属于环境法学研究领域的冷门和边缘,因而研究价值不甚显见。然而,郭武博士不为所动,依然坚持将环境习惯法现代价值问题继续研究下去,经与我多次讨论、反复修正,经国内外第一手资料的搜集,历时一年有余,终得完成。今日呈现给各位的,即是一部构思精巧、思路开放、方法妥当、观点精到的优秀学术著作。回溯该著作的砖瓦堆砌之艰辛过程,不得不谓是一条奇异的学术旅程。因作者极具价值的研究和同行专家的一致首肯,该著作在出版之前先后荣获“2012年中达环境法优秀博士论文奖”“湖北省第十五批优秀博士学位论文奖”等奖励,并得到国家社科基金结项成果“良好”的鉴定结论。无疑,在“环

境习惯法”这一宽泛且在时下仍被认为是冷门的论题上，郭武博士的《环境习惯法现代价值研究——以西部民族地区为主要“场景”的展开》具有标识意义。

借由郭武博士的新作《环境习惯法现代价值研究——以西部民族地区为主要“场景”的展开》一书，希望中国环境法学界同人，尤其是如作者一样的青年环境法学者能从中国当下环境法治的“问题”入手，结合充分的环境法学理论支撑和多元方法论综合，认真反思、共同推进环境法学真命题、核心命题的研究，聚少成多，长期坚持，以期在不久的将来形成中国环境法学研究蔚为壮观的大观园。

是为序。

王树义

于武昌珞珈山

二〇一六年三月四日

内 容 摘 要

生态文明是人类遵循人与自然和谐发展规律,推进社会、经济和文化发展所取得的物质与精神文明成果的总和。生态文明与中华文明的精神内涵一脉相承,中华民族在历史上就有“天人合一”等人与自然和谐共处的思想传统,蕴含着深刻的生态文化和智慧。各民族在长期的历史发展过程中逐步形成的环境习惯法文化异彩纷呈、内涵丰富,是中华文明和我国法文化重要而独特的表现形式之一。在我国西部地区,不同地域、不同民族的不同历史分期,各民族环境习惯法总是呈现出各具特色的形态,彰显着该地区民族环境习惯法所独有的人文魅力和丰富的法文化内涵。在生态文明建设深入推进的过程中,我国西北地区民族环境习惯法不断释放出特殊的价值和机能。

对我国西北地区民族环境习惯法的深度、全面把握应始于对环境习惯法特有内涵、机理的理性分析。而对环境习惯法内涵的把握又需借助恰当的切入视角和研究方法。运用类型化方法,从“作为事实的习惯”和“作为规范的习惯”二分方法开始深入环境习惯法应然构造的内部,将使环境习惯法在与习惯相区分的意义上得以独立呈现。不仅如此,对环境习惯法质的规定性的把握尚需厘定其与民间法、环境制定法之间的关系。作为独特的规则形态,环境习惯法一般地由历史和文化塑造其外部“轮廓”,并由自然环境、法律信仰和规范结构型构其内部特征。纵观环境习惯法的历史演替过程,环境习惯法经由“权威”时代到现代式微的演变并非历史性消亡的表征,而是源自环境制定法对环境习惯法的主观抑制和应有功能的挤占。大量的实证研究表明,环境习惯法仍然是一种真实而有力的规则存在,且具有以文献记述、村规民约和口耳相传等作为主要形态的现实表达方式,具体

体现为各种内容丰富的知识体系,如关于环境习惯法的保护对象、环境习惯法的价值基础、环境习惯法的特殊规范方式、环境习惯法的特殊适用规则等环境法智慧。

环境习惯法虽然是一种真实而有力地存在的特殊法规范体系,但能否、有无必要引入现代环境法治实践之中,却是一个不可回避的重要问题。在国家制定法中心主义背景下,现代环境法面临着以下诸多困境,即法律一元构想与现实多元之间的矛盾、外生性规则与本土性供给之间的断裂、公力强势推进与民间微弱运行之间的失衡等。由于先天性制度尴尬,环境制定法无法自我走出上述困境,这为环境习惯法现代价值的发挥奠定了基础。而环境习惯法现代价值的开辟,诸如本土法文化汲取和重建、信仰重塑、技术理性祛魅和路径拓展等优越性恰好为破解环境制定法的上述困境提供了可能的思路 and 空间。从当下环境法治的必要性来说,环境习惯法与环境制定法,或与现代环境法治实践之间的“桥接”是极为必要的。

不仅如此,环境习惯法与现代环境法治之间的“桥接”具有充分的可行性基础与条件。首先,环境习惯法的现代价值完全能够在业已发展成熟的现代环境法这一“场域”中实现。在历时性演化的基本逻辑前提下,环境习惯法现代价值实现的目的在于补足环境制定法,进而构建符合现代性特征的环境法。其次,通过类型化方法,并确立实质合法性和形式合法性两条检验标准对环境习惯法的内容进行择取是实现其现代价值的重要可行步骤。最后,环境习惯法的现代价值主要通过环境制定法主导的“自上而下”路径和环境习惯法参与的“自下而上”路径来实现。在“自上而下”的路径中,由环境制定法的现代性自省到环境制定法的话语开禁,再到对环境习惯法的积极摄取的逻辑进程是这一路径得以展开的具体要求;而在“自下而上”的路径中,确定环境习惯法的参与范围和持续性参与的方式则是该路径得以展开的关键性因素。

与现代环境法治的具体实践相对应,环境习惯法现代价值的实现分别体现在如下三个方面。第一是环境习惯法作为间接法源对现代环境立法的贡献。从环境习惯法进入现代环境立法的必要性、制约性因素、域外经验、可能进路及我国新型村规民约实践等方面进行考察,

环境习惯法在现代环境立法中具有重要的间接法源意义。第二是环境习惯法对现代环境管理的规则价值。基于环境的不稳定性和不可预期性，环境习惯法是适应性环境管理的合理且独立的规则系统。发挥环境习惯法的适应性机能，将对现代环境管理产生深远影响。第三是环境习惯法对环境纠纷解决的贡献。由于环境习惯法与环境纠纷解决的内在关联，环境习惯法在环境纠纷司法解决机制和环境纠纷 ADR 方案中均具有重要的贡献。在环境纠纷司法解决机制中，环境习惯法可作为有限使用的准据法以及事实和证据；在环境纠纷 ADR 方案中，环境习惯法可直接作为准据法，并作为事实和证据而发挥作用。

关键词：民族地区；环境习惯法；环境制定法；现代价值

目 录

导论	(1)
一 问题及其研究意义	(1)
二 研究基础	(6)
三 研究路径与研究目标	(16)
第一章 环境习惯法的相关概念	(20)
第一节 环境习惯法与环境习惯	(20)
一 作为事实的环境习惯	(22)
二 作为规范的环境习惯	(26)
三 环境习惯法之谓	(29)
第二节 环境习惯法与民间法	(33)
一 前提性分析框架	(33)
二 学理研究中的迷思	(35)
三 习惯法与民间法关系辨正	(37)
第三节 环境习惯法与环境制定法	(40)
一 环境制定法的局限性	(40)
二 环境习惯法与环境制定法的内在关联	(42)
第二章 环境习惯法的生成与演变	(45)
第一节 环境习惯法的生成	(45)
一 环境习惯法的外部生成条件	(45)
二 环境习惯法的内部生成条件	(49)
第二节 环境习惯法的历史演变	(57)
一 环境习惯法的早期权威	(57)
二 环境习惯法的近现代式微	(61)

三 环境习惯法历史演变的反思与启示	(64)
第三章 环境习惯法的现实表达：西部民族地区样本	(72)
第一节 环境习惯法的表达方式	(72)
一 文献记述	(73)
二 村规民约	(76)
三 口耳相传	(82)
第二节 环境习惯法的规范类型分析	(87)
一 环境习惯法规范类型分析的前提：归纳方法	(87)
二 以西部民族地区为主要“场景”的环境习惯法规范类型 分析	(91)
第四章 环境习惯法现代价值的证成	(124)
第一节 环境制定法的现代困境	(124)
一 法律一元与现实多元之间的矛盾	(124)
二 外生性规则与本土性供给之间的断裂	(127)
三 公力强势推进与民间微弱运行之间的失衡	(130)
第二节 环境习惯法的功能补给	(133)
一 本土法文化汲取与重建	(133)
二 信仰重塑	(138)
三 技术理性祛魅	(141)
四 路径拓展	(145)
第五章 环境习惯法现代价值实现的条件	(149)
第一节 环境习惯法价值实现的“场域”和导向	(149)
一 环境习惯法现代价值实现的“场域”	(149)
二 环境习惯法现代价值实现的导向	(155)
第二节 环境习惯法的甄选与合法性检验	(159)
一 甄选与合法性检验的逻辑意涵	(159)
二 环境习惯法的甄选方法	(161)
三 环境习惯法的合法性检验	(164)
第三节 环境习惯法现代价值实现的路径	(172)
一 环境制定法“自上而下”的主导	(172)
二 环境习惯法“自下而上”的参与	(179)

第六章 环境习惯法在环境立法中的法源价值	(188)
第一节 环境习惯法进入现代环境立法的必要性	(189)
一 环境习惯法作为法源的价值	(190)
二 环境习惯法具有增强现代环境法治实效的功能	(191)
三 环境习惯法具有规则自身的正当性	(193)
第二节 环境习惯法进入现代环境立法的制约因素分析	(195)
一 结构性因素	(196)
二 材料性因素	(199)
第三节 环境习惯法进入现代环境立法的比较观察	(203)
一 直接入法	(203)
二 渐进式入法	(205)
三 间接入法	(208)
第四节 新型村规民约——环境习惯法的中国实践	(210)
一 新型村规民约概述	(210)
二 新型村规民约的特有价值	(212)
第七章 环境习惯法在环境管理中的适应性价值	(216)
第一节 环境管理的复杂性与不可预期性	(216)
一 环境管理的复杂性	(217)
二 环境管理的不可预期性	(218)
第二节 适应性环境管理与环境习惯法的适应性	(219)
一 适应性环境管理的提出	(219)
二 环境习惯法的适应性分析	(220)
第三节 环境管理习惯法规则的独立性	(223)
一 环境管理习惯法的独立性鉴别标准	(223)
二 域外视角：托拜尔高山草场管理习惯法的独立性	(225)
第四节 弹性环境管理习惯法规则的合理性分析	(227)
一 “嵌入性”理论的提出	(227)
二 环境管理习惯法“嵌入性”的体现	(228)
第八章 环境习惯法在环境纠纷解决中的功能拓展	(233)
第一节 环境习惯法与环境纠纷的司法解决机制	(234)
一 环境习惯法作为司法调解的依据	(235)

二 环境习惯法作为司法适用的大前提	(237)
三 环境习惯法作为司法适用的小前提	(239)
第二节 环境习惯法与环境纠纷的诉讼替代方案	(241)
一 环境习惯法进入环境纠纷 ADR 方案的外在可能性 ...	(242)
二 环境习惯法进入环境纠纷 ADR 方案的内在理由	(244)
三 环境习惯法在环境纠纷 ADR 方案中的展开	(246)
结语：从环境习惯法到传统知识	(250)
关键词索引	(253)
参考文献	(256)
后记	(283)

导 论

一 问题及其研究意义

在国家制定法奏响法治时代最强音的现代社会，作为“民间知识”^①形态之一的习惯法却处在被边缘化的境地，而且其生存空间日趋受到国家制定法强力挤压。陈兴良教授对国家制定法和习惯法的关系有如下的论述：“越是古老的社会，习惯法越是强大而制定法越是微弱，越是现代的社会，制定法越是壮大而习惯法越是衰落。”^②因此，在历史视角中，制定法之“进”必然造成习惯法之“退”的局面。但现实情景是，尽管在非常发达和健全的现代法治实践领域，独尊国家制定法这种一元法律模式仍然会面临许多难题。这种法律一元模式“过高地估计了国家法律的实际效力，在极端的情形下甚至置法律所依赖的社会环境和基础于不顾”^③，不但无济于调适国家制定法的统一规则与地方性、民间性规则的抵制关系，更使国家制定法的实效大打折扣。而人类学和法律人类学的研究表明，即使在没有国家、没有国家法律的社会里，秩序仍然是可以实现的，^④“而且自发地与

① 在本书研究的意义上，“民间知识”是指与获得强势话语权的“国家知识”相对而言的，国家制定法和民间习惯法的分野使这两种知识传统的差异性日渐明显。近年来，高其才教授、谢晖教授、陈金钊教授、王勇副教授等对这一论题进行了广泛、深入的研究。

② 杜宇：《重拾一种被放逐的知识传统：刑法视域中“习惯法”的初步考察》，北京大学出版社2005年版，第2页。

③ 王启梁：《习惯法/民间法研究范式的批判性理解——兼论社会控制概念在法学研究中的运用可能》，《现代法学》2006年第5期。

④ [美]基辛：《文化人类学》，张恭启、于嘉云译，台北巨流图书公司1993年版，第362—380页。

社会同时出现和发展”^①。因此，习惯法的价值并不能因为国家制定法功能的凸显而消失。恰恰相反，对习惯法这一被普通民众“一致赞同”，并被“周而复始地运用于实践”^②的“地方性知识”的关注将在很大意义上克服法律一元模式的弊端，使国家制定法的最强音在习惯法的和声^③伴奏中演绎更为和谐顺畅的法治音律。因此，重拾已被逐渐忘却的习惯法传统，并开辟其应有的价值，将会极大地增强和补足国家制定法的功能和缺陷，从而实现法律二元模式的协调与互补功能。更为重要的是，在现代语境中开辟习惯法的应有功能，可以复活和创生现代社会所需的诸多法律，因为国家制定法“只不过是穹隆顶上的拱梁，而唯有慢慢诞生的风俗（习惯规则）才最后构成那个穹隆顶上不可动摇的基石”^④。

环境法这一新兴法律部门伴随着现代工业文明的辉煌而产生，相较于其他传统部门法，环境法具有与生俱来的现代性。加之国家制定法中心主义的影响，当下的环境法（即环境制定法）已远离了包括环境习惯法在内的诸多传统法律形态，相互之间似乎没有“对话”的基础和可能性。从历史角度来说，环境制定法与环境习惯法之间的疏离状态符合法律发展的一般逻辑，本属无可厚非之事。但深层剖析环境法在我国产生和发展的特殊历史背景和社会条件，一幅截然不同的景象将会显现：一方面，与我国法制现代化的整体路径一样，我国环境制定法的生成也没有避开甚至体现出更为显著的“外发型”^⑤逻辑路径依赖。因此，无论在理念还是制度层面，我国环境制定法均“夹带”着舶来品的印记。在我国环境法治领域，外生性特征较为明显的环境制定法难以融入我国本土的法文化语境之中，导致环境法治实效的弱化。破解这一难题，我们的唯一出路是从“主体性”视角

① 薄振峰：《当代西方综合法学思潮》，法律出版社2005年版，第28页。

② [英]爱德华·汤普森：《共有的习惯》，沈汉、王加丰译，商务印书馆2002年版，第100页。

③ 龙大轩：《乡土秩序与民间法律：羌族习惯法探析》，中国政法大学出版社2010年版，第314页。

④ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第73页。

⑤ 张文显：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第173页。