

环境权的文化之维

Cultural Dimension in Environmental Right

余俊 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

环境权的文化之维

Cultural Dimension in Environmental Right

余俊 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

环境权的文化之维/余俊著. —北京:法律出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1126 - 4

I. ①环… II. ①余… III. ①环境法学—权利—研究
IV. ①D912. 604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 161904 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/保定市中国美凯印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9 字数/251 千

版本/2010 年 11 月第 1 版

印次/2010 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1126 - 4

定价:22. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言 一

环境保护是一个全世界关注的焦点话题,文化多样性与环境保护相互关联,保护文化就是保护环境。本书作者以法学界争论激烈的环境权概念为突破口,通过法律文化的分析方法,将文化多样性与环境保护联系起来,不仅丰富了环境权的内涵和外延,也向我们展现了不同文化背景中环境权利制度的运行机制。

作者对《环境权的文化之维》研究结果表明:(1)作为权利客体的“物”不是客观和中立的,它带有人主观性,因此要联系主体人的意识才能理解其价值。环境是社会发展的自然资本,资源物权就是以环境的经济功能为客体设计的权利类型。同时,环境不仅是人类的衣食之源,也承载着人类的精神价值。以环境的文化功能定义的环境权才反映出其精神本质。(2)这种新的环境权与我国学者常提起的“良好环境权”的不同之处是将文化多样性保护纳入环境权的内涵。文化多样性是与生态环境的多样性相适应的,生态环境的多样性,形成了文化多样性。自然环境的保护与人类文化密切联系,保护文化就是保护环境,文化多样性保护对环境保护具有重要意义。(3)环境权概念是环境立法、执法和司法的逻辑起点,根据法律文化的操作性定义,可将环境权分为习惯环境权、伦理环境权、法律环境权、现实环境权,这四种权利的转换和互动有利于促进环境法律体系的生成与改善。土著人环境权本来是习惯和伦理层面的环境人权,将其纳入环境法律保护的视野,有利于对文化多样性进行保护。(4)环境问题具有全球性,文化多样性保护并不否定环境权的普适性价值。环境权概念在不同的法律文化背景中功能不同,大陆法系从宪法法典中推演环境权的运行依据,英美法系以判例法为基础归纳宪法层次的环境权内涵。东南亚国家环境法律的发展,主要是移植西方法律文化,但简单地照抄照搬带来了热带雨林的环境危机。东南亚国家开始挖掘本土资源,通过保护民族文

化来保护自然环境,这一做法值得借鉴。借鉴这些国家对文化多样性与环境保护的法律机制,我们可以通过建立一套环境权利规范体系和环境法运行的法律文化规范体系,推动环境权入宪。(5)中国是一个少数民族众多、文化多样性保护较好的国家。国家法律在实施过程中,要密切结合各地的习惯、伦理等文化规范,它们之间的组合构成了经济、政治、社会和文化协调运行的保障。环境权的文化解释,有利于打破“法条主义”的思维模式,补充环境立法的不周延性和环境法律适用的僵化性,促进环境权的实现。

本书作者余俊 2008 年春考入重庆大学法学院攻读博士研究生,经过三年的刻苦钻研完成了博士论文《环境权的文化之维》,这本专著是他博士论文的结晶。作者从环境权概念入手,引述宏富,立意新颖。环境人权是环境正义的体现,环境保护与文化多样性密切相关。如何通过法律保护文化多样性来保护生态环境,实现环境正义,始终是本书研究的重点和难点。以文化诠释方法来分析环境权,是本书的一个突出亮点。作者运用这一法学理论研究范式,从环境权的内涵和外延的不同角度解释了环境权概念,意图揭示环境权范畴在中国语境中的精神理念和操作性功能。将文化多样性纳入环境权的内涵,是对环境权的理论创新;将环境法律规范与习俗、伦理等文化规范结合起来探讨环境保护法律的实效,是对环境立法、执法和司法的实践创新。虽书中有些观点值得商榷,但勇气可嘉。

是为序。

陈伯礼

2010 年 8 月于重庆

序 言 二

随着人类对环境的掠夺性破坏,环境问题日趋严重。越来越多的国家在致力于运用技术手段治理环境问题的同时,也在积极寻求解决环境问题的法律依据。在中国,环境权作为一个法学基本概念已得到大多数学者的认可,但环境权的本质和基本内涵的界定仍然存在争议。对环境权的本质,历来存在不同看法。归纳起来主要有人权说、人格权说、财产权说、人类权说等各种观点。本书作者将环境权的本质归属为人权,并将环境人权与文化多样性保护联系起来,丰富了环境权的内涵。

首先,本书作者以马克思主义学“以人为本”的思想和可持续发展的科学发展观为指导,将环境保护与文化多样性保护密切联系起来,具有一定的首创性。

环境权的本质是人权,文化多样性和环境保护都是当代和后代可持续发展的基本要求,它们之间具有许多共同之处:(1)环境权与文化多样性的主体是同一的。环境保护的主体是一定区域环境中的“群体和社会”,文化多样性保护的主体是一定文化共同体中的“群体和社会”,这表明文化多样性与环境保护是同一主体的权利诉求。(2)文化多样性和环境保护都是在尊重普遍性人权的基础上,对弱势群体的关怀。在全球化的市场经济中,出现了强者与弱者、发达国家与发展中国家、人与自然的矛盾和不和谐,这影响着人类社会的可持续发展。文化多样性与环境保护,都要求应该承认所有文化,包括少数民族和原住民的文化在内,具有同等尊严,并应受到同等尊重。国际合作与团结的目的应当是使各个国家尤其是发展中国家都有能力维护可持续发展。(3)文化多样性与环境保护还都是主权与人权“相互交叠”而产生的权利要求。《文化多样性公约》以主权和人权作为文化多样性保护的基本依据,《斯德哥尔摩宣言》和《里约环境与发

展宣言》也是以主权和人权作为环境权的依据。《文化多样性公约》规定:根据《联合国宪章》和国际法原则,各国拥有在其境内采取保护和促进文化表现形式多样性措施和政策的主权;任何人都不得援引本公约的规定侵犯《世界人权宣言》规定的或受到国际法保障的人权和基本自由或限制其适用范围;只有确保人权,以及表达、信息和交流等基本自由,并确保个人可以选择文化表现形式,才能保护和促进文化多样性。《里约环境与发展宣言》原则第22条规定:本地人和他们的社团及其他地方社团,由于他们的知识和传统习惯,在环境管理和发展中也起着极其重要的作用。各国应承认并适当地支持他们的特性、文化和利益,并使他们能有效地参加实现可持续发展的活动。这些公约之间的相互印证,说明了文化多样性与环境保护的同质性。

其次,本书作者以环境人权为基础,通过宪法中的基本权利和部门法中的环境法律权利的制度设计,增强了环境权概念的可操作性。

宪法是关于法律价值观的根本法,其确立的价值准则对具体法律的制定和实施具有重要指导意义。环境权入宪已出现在许多国家,并成为一种趋势。然而,确立某种权利的背后必定隐藏着某种权利理念。欧、美等发达国家是环境权理论的发源地,然而将环境权明确规定在宪法中的却只是少数国家。发达国家受自由主义的影响,往往更加强调个体权利,注重个人人权,而容易忽视集体人权。环境权是一种同时具有集体人权和个人人权特性的权利,因此,其不那么容易为发达国家宪法所明确肯定。与发达国家相比,发展中国家承认集体人权、强调人权与经济、社会相关性,更倾向于在宪法中明确规定环境权。

由于我国宪法没有明确规定环境权,那么,在我国和谐社会建设中,经济发展与环境保护之间的矛盾如何处理,就没有根本的价值准则作为指导。现今,党中央和国务院提出的可持续发展的科学发展观,是我国环境法治的指导精神。因此,环境权概念的精神与操作性必须在中国的文化语境中进行解读。本书作者通过法律文化的分析方法,从横向将环境权分解为习惯环境权、伦理环境权、法定环境权和现实环境权;从纵向将环境权分解为宪法中的基本权利和部门法中的环境法律权利,这种研究范式具有新颖性。作者对于环境权这一基本范畴内涵的提炼,无论是对于环境法律实

践,还是对于改善环境法律体系的理论研究,都是有一定指导价值的。

当然,环境权是新兴的理论问题,本书不可能穷尽所有问题,有待学界同仁一起关注与探讨。

是为序。

李 龙

2010年8月于武汉

目 录

第1章 绪论	(1)
1.1 问题的提出及研究意义	(1)
1.2 国内外研究现状	(8)
1.3 本书研究的目的和研究内容	(14)
第2章 环境权概念辨析	(19)
2.1 环境权概念的由来	(19)
2.1.1 权利的语境变迁	(19)
2.1.2 环境权的概念化	(25)
2.2 环境权概念的深描	(33)
2.2.1 环境权的文化释义	(34)
2.2.2 环境权的人性基础	(44)
第3章 环境权的文化规范体系	(51)
3.1 环境权的规范性	(52)
3.1.1 环境权的事实性	(52)
3.1.2 环境权的价值性	(54)
3.1.3 在事实与价值之间	(57)
3.2 习惯、权利与法	(61)
3.2.1 习惯环境权的含义	(61)
3.2.2 习惯环境权的合理性	(66)
3.2.3 土著人环境权的内容	(71)
3.3 伦理、权利与法	(76)
3.3.1 伦理环境权的含义	(77)
3.3.2 环境法体系的界限	(81)

3.3.3 环境法的伦理原则	(85)
第4章 “得形忘义”的法律移植	(90)
4.1 环境法律移植的典型供体	(91)
4.1.1 大陆法系语境中环境权的发展	(91)
4.1.2 英美法系语境中环境权的发展	(96)
4.1.3 环境权入宪趋势对我国的启示	(100)
4.2 东南亚环境法律移植的启示	(102)
4.2.1 桔生淮北则为枳	(103)
4.2.2 热带雨林的危机	(114)
4.2.3 生态旅游的兴起	(122)
4.3 中国环境权利观的演变	(130)
4.3.1 天人合一的权利观	(130)
4.3.2 求同存异的法移植	(135)
4.3.3 和而不同的新问题	(141)
第5章 环境权入宪的文化基础	(148)
5.1 环境权价值准则的论证	(148)
5.1.1 文化多样性与环境保护	(149)
5.1.2 生态主义的环境权利观	(154)
5.1.3 科学发展的环境权利观	(160)
5.2 公民环境权利观的形成	(166)
5.2.1 自然人环境权观点	(166)
5.2.2 公民环境权的观点	(170)
5.2.3 环境权的主体争鸣	(175)
5.3 环境权发展的内在逻辑	(180)
5.3.1 环境权实体内容的发展	(180)
5.3.2 环境权程序内容的发展	(188)
5.3.3 从法律权利到基本权利	(193)
第6章 认真对待现实的环境权	(198)
6.1 现实环境权的含义	(198)
6.1.1 现实环境权的价值所在	(199)

6.1.2 现实环境权的客观样态	(203)
6.1.3 现实环境权的主观心态	(208)
6.2 环境权救济与司法解释	(212)
6.2.1 环境侵权与环境犯罪	(213)
6.2.2 法律规范的文化解释	(219)
6.2.3 环境权的解释论机能	(228)
6.3 环境权实现与公民教育	(235)
6.3.1 环境权形成于公众的文化认同	(236)
6.3.2 公民环境权利意识教育的必要性	(238)
6.3.3 融环境教育于法治实践之中	(240)
第7章 结语	(242)
后记	(244)
参考文献	(248)
Appendix	(261)
Culture Diversity and Environmental Protection	(261)

Contents

Chapter 1 Introduction	(1)
1.1 The Significance and Problem with Which the Research Project is Concerned	(1)
1.2 A Review of Past Research on the Topic Being Investigated	(8)
1.3 Research Goal and Basic Content	(14)
Chapter 2 On the Concept of Environmental Right	(19)
2.1 Source of Enviromental Right	(19)
2.1.1 The Changes of Language Context in the Concept of Right	(19)
2.1.2 Conceptualization of Environmental Right	(25)
2.2 Deep Description on the Concept of Environmental Right	(33)
2.2.1 Cutural Interpretation on Environmental Right	(34)
2.2.2 Humanity Base of Environmental Right	(44)
Chapter 3 Cutural Norms of Envinromental Right	(51)
3.1 The Normative of Environmental Right	(52)
3.1.1 Factuality of Enviromental Right	(52)
3.1.2 Value of Enviromental Right	(54)
3.1.3 Between Fact and Value	(57)
3.2 Custom, Right and Law	(61)
3.2.1 The Concept of Customary Rights	(61)
3.2.2 Validity of Customary Rights	(66)

• 2 • Cultural Dimension in Environmental Right

3.2.3	Indigenous People's Environmental Right	(71)
3.3	Ethics, Right and Law	(76)
3.3.1	The Concept of Moral Rights	(77)
3.3.2	Limit of Environmental Law System	(81)
3.3.3	Moral Principle of Environmental Law	(85)
Chapter 4	the Idea or Institution ,What to Transplant	(90)
4.1	Donor of Legal Transplantation	(91)
4.1.1	the Evolution of Environmental Right in Continental Legal Context	(91)
4.1.2	the Evolution of Environmental Right in English- American Legal Context	(96)
4.1.3	its Influence upon the Constitutionalization of Environmental Right	(100)
4.2	Enlightenment for ASEAN'S Legal Transplantation	(102)
4.2.1	Legal System Takes Diverse Forms across Space	(103)
4.2.2	The Crisis of Tropical Rain Forest	(114)
4.2.3	the Development of Ecotourism	(122)
4.3	Change of Environmental Right Notions in China	(130)
4.3.1	Unification of Heaven and Man	(130)
4.3.2	Alienation of Legal Transplant	(135)
4.3.3	Differences in Consensus	(141)
Chapter 5	Cultural foundation of Environmental Rights in the Constitution	(148)
5.1	Value and Norms Demonstration of Environmental Right ...	(148)
5.1.1	Culture Diversity and Environmental Protection	(149)
5.1.2	Value of Environmental Right from Perspective of Ecologism	(154)
5.1.3	Value of Environmental Right from Perspective of Scientific Development	(160)
5.2	Citizens' Consciousness of Constitution	(166)

5.2.1	View of Human's Enviromental Right	(166)
5.2.2	View of Citizen's Enviromental Right	(170)
5.2.3	Subject Debate of Enviromental Right	(175)
5.3	the Logic of Development of Enviromental Right	(180)
5.3.1	the Development of Enviromental Righr on Real Case	(180)
5.3.2	the Development of Enviromental Righr on Procedure	(188)
5.3.3	from Legal right to Basic Right	(193)
Chapter 6	Take Rights in Reality Seriously	(198)
6.1	the Concept of Enviromental Rights in Reality	(198)
6.1.1	Value of Enviromental Rights in Reality	(199)
6.1.2	Object Status of Enviromental Rights in Reality	(203)
6.1.3	Subject Status of Enviromental Rights in Reality	(208)
6.2	Enviromental Right Relieving and Judicial Interpretation	(212)
6.2.1	Enviromental Tort and Crime	(213)
6.2.2	Cultural Interpretion of Legal Norms	(219)
6.2.3	Interpretional Function of Enviromental Right	(228)
6.3	the Realization of Enviromental Right and Citizen's Education	(235)
6.3.1	Enviromental Right on Behaving Meeting of Minds In Culture	(236)
6.3.2	The Necessity of Environmental Education	(238)
6.3.3	Environmental Education Based on the Rule of Law ...	(240)
Chapter 7	Conclusion	(242)
Postscript		(244)
References		(248)
Appendix		(261)
	Cululture Diversity and Environmental Protection	(261)

第1章 绪 论

1.1 问题的提出及研究意义

中国法学向何处去? 邓正来教授在 2005 年《政法论坛》第 1、2、3 期上的几篇文章引起了法学理论界不少的争论。邓正来教授在“中国法学向何处去”论文中指出,中国法学研究的通病是缺乏“理想图景”和“问题意识”。对此观点笔者虽然不完全赞同,但也深有感触。在当代中国法学理论界,确实存在一种理论研究与法律实践需求脱离的状况。以环境权的研究为例,自 1960 年 *Dr. S. v. Federal Republic of German* 一案引发环境权的讨论以来,环境权作为环境法学的重要范畴,备受国内外学者关注。中国自 1982 年蔡守秋教授发表“环境权初探”一文以来,环境权问题也成为中国环境法学界研究的一大热门问题。综观中国学者对环境权概念的研究,虽然环境权概念是一种百家争鸣的状况,但是对为什么要研究环境权,以及环境权概念的功能何在等重要问题都没有解决。环境权理论是环境法能够独立成为部门法的核心基本理论,我国学者运用法学理论的各种法律方法论对环境权的研究,虽然拓展了环境权研究的视野,但忽略了环境权研究的“主体性问题”和“实践品格”。法学理论者常只是在价值层面谈到环境权,没有具体论证环境权的可操作性;环境部门法学者多从实证分析的角度来论证和设计环境权,对环境权的论证没有理论高度。法学界对环境权的研究现状,折射出中国部门法理学发展的不足。从西方法学理论现代化的路径来看,法理学是在批评“形而上学”法学理论基础产生的一门关于实在法研究的学科。英国学者梅因认为,法理学是一门协调习惯法、成文法、法典的技术性知识。尽管西方现代法学理论先后出现了实证

分析法学、社会法学、新自然法学、法律经济学、批评法学、综合法学等学术流派,但法学理论发展的基点多为解决部门法问题,为法律实践提供理论支撑。如何解决中国环境权理论研究中“理想图景”和“问题意识”的缺失,需要我们以部门法为基点,将法学理论的各种方法论贯穿于部门法研究中。环境权的“理想图景”和“问题意识”研究课题的提出,是笔者受邓正来教授论文之启发,结合我国部门法学界对环境权的研究状况所进行的思考,试图对环境权理论研究与实践操作的沟通略述管见。

第一,该问题提出的理论背景。

环境权能否成为环境法律体系的基石范畴,并不是理论研究赋予的,而是法律实践的需要。中国法学界出现对环境权的研究热潮,主要是受法学理论中“权利本位论”思想的影响。法学理论工作者将环境权概念化,以之为环境法的基石范畴对环境法律体系进行了重构,环境权研究似乎出现了繁荣局面,但现实情况是,环境权的可操作性并不强,其理论研究投入和实践功能反差极大。正如邓正来教授指出,“权利本位论”主要是因为无法摆脱“政治正确”话语的支配而只得始终与“阶级斗争范式”处于一种政治的或意识形态的观念之争的层面,而在很大程度上与“现实”生活世界不涉。^{〔1〕}也就是说,以“权利本位论”为理论依据来研究环境权,虽然可以促进环境问题由政治话语转化为法律话语,但其立足点并不是为了解决法律实践问题。“权利本位论”中的“权利”是一个普遍性的概念,而不是处理具体法律关系中的权利。“权利本位论”对为什么存在环境权、人应当有哪些环境权能这些基本问题进行了研究,但在部门法中设计具体环境权的主体、客体、内容和法律保护等问题时却难以应对。

环境问题具有全球性,环境权范畴也就具有人类社会普遍性的价值追求与实践功能,例如,人类都希望从自然界中获取丰富的物质财富和享受良好的自然环境,张文显先生在对权利义务做分类时曾把环境权列入人权,这说明了环境权范畴的普适性定义。^{〔2〕}然而,环境权作为一种制度文化,与人的主观性密不可分,始终是一种地方性知识,需要联系不同的文化

〔1〕 邓正来:“中国法学向何处去”,载《政法论坛》2005年第1期。

〔2〕 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第103页。

背景来诠释这一基石范畴的价值追求与实践功能。邓正来先生曾用环境权与生存权背后潜隐的不同正义观——“多代人正义”(the justice of generations) vs “一代人正义”(the justice of a generation)——来表明全球化背景下中国社会问题的复杂性,即生存权和环境权这一不同正义观支配下的话语在西方大致是按照自然时间展开的,但在世界结构下的当下中国却是共时性存在的,并造成了生存权和环境权及其背后的两种正义观的高度紧张。比如说,在面对中国大规模禁止农民污染性生产这种现象的时候,对这种现象做一般性的描述和简单的罗列这种现象本身,并不能够支撑我们对这种现象在当下这个世界结构下的中国中的意义的认识;因此,我们必须对这种现象本身做“问题化”的理论处理,亦即对那些使得这种现象成为正当之举的观点或意识形态做理论上的追问。只要我们深入这种现象的背后,那么我们便会从其间发现,起完全支配作用的乃是“全球”既有制度安排或规则中的“多代人正义”(the justice of generations)这一理想要素。这种“多代人正义”的观点,不仅要求我们考虑我们自己这一代活着的人的利益,而且更要关注此后数代人的利益。正是在“多代人正义”这一话语的支配下,污染性生产与环保问题个案导致了中国的法律安排彻底否定农民的污染性生产活动,而其质实就是“多代人正义”的观念对“一代人正义”之观念(the justice of a generation)的完全取代。根据对这一现象所做的“问题化”理论处理的结果来看,简言之,这种现象背后所存在的实是“多代人正义”观念与“一代人正义”观念之间在当下世界结构下的中国中的高度紧张。当然,在努力对中国社会转型阶段进行切实研究的过程中,我们所期望的乃是要形成有助于我们各自认识中国社会转型阶段的“问题束”。〔1〕那么,环境权这一基本范畴在中国语境中应具有什么样的存在意义和操作性功能,需要我们联系中国的实际情况来诠释它。

第二,用什么方法来研究环境权?

方法论是法学研究的关键因素,研究方法是否正确和有效,对于法学研究是至关重要的。环境法学是在传统法学理论和法律制度基础上应运

〔1〕 邓正来:“对‘法制与社会发展’之判准的反思:贺《法制与社会发展》出版十周年”,载《法制与社会发展》2005年第1期。