

“985工程”哲学社会科学创新基地
教育部人文社会科学重点研究基地 资助
中国海洋大学海洋发展研究院



中国环境资源 法学评论

(2006年卷)

CHINA ENVIRONMENT AND
RESOURCES LAW REVIEW

徐祥民 主编

中国法学会环境资源法学研究会主办
中国海洋大学法政学院承办

 人民出版社

D922.601/5
:2006
2007

“973”哲学社会科学创新基地
人文社会科学重点研究基地 资助
海洋大学海洋发展研究院



中国环境资源 法学评论

(2006年卷)

CHINA ENVIRONMENT AND
RESOURCES LAW REVIEW

徐祥民 主编

中国法学会环境资源法学研究会主办
中国海洋大学法政学院承办

 人民出版社

策划编辑:李春林
责任编辑:李媛媛
封面设计:肖 辉
版式设计:程凤琴
责任校对:李毅夫

图书在版编目(CIP)数据

中国环境资源法学评论(2006年卷)/徐祥民主编.

-北京:人民出版社,2007.7

ISBN 978-7-01-006250-1

I. 中… II. 徐… III. ①环境保护法学-中国-文集 ②资源法-法学-中国-文集 IV. D922.601-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第113619号

中国环境资源法学评论

ZHONGGUO HUANJING ZIYUAN FAXUE PINGLUN

(2006年卷)

徐祥民 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街166号)

北京集惠印刷有限责任公司印刷 新华书店经销

2007年7月第1版 2007年7月北京第1次印刷

开本:710毫米×1000毫米 1/16 印张:23.75

字数:361千字 印数:0,001-3,000册

ISBN 978-7-01-006250-1 定价:38.00元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街166号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

卷首语

—

本卷首先向尊敬的读者提供几篇关于环境法基本理论的文章。它们涉及自然资本投资、环境的基本概念、环境伦理学在环境法制建设以及我国环境法学理论发展中的地位、环境法的价值等。

可持续发展是当今世界各国政治和社会科学领域中最响亮的口号。这个口号所指向的是一个伟大的目标,是当今人类渴求的目标,然而却不是一个轻易可以实现的目标。政治家和学者们为实现这个目标各显其能,提出了种种的方案,设计了种种的制度。本卷收录的肖国兴教授的论文《自然资本投资及其在中国的法律实现》对自然资本投资制度抱有极大的希望。文章认为,“自然资本存量的可持续保持是可持续发展的根本性制约因素”,而“自然资本投资是可持续发展在中国成为现实的物质基础”。然而,要想吸引自然资本投资,就必须改变现行制度忽视自然资本的状况,“从制度结构上安排出投资的激励机制,使自然资本也能同股票一样进行交易”。根据这样的判断,作者主张把“自然资本投资产权”“上升为宪法性权利和民法性权利”,也就是“进行现行财产权制度的革命”。按照作者的设想,解决自然资本投资的问题,从而也就是解决可持续发展问题,“远非几部环境资源法所能选择与安排”。它“需要相关法律制度如财政法、税法、金融法等法律部门的配合,还需要与其他相关正式制度衔接,甚至包括与非正式制度相吻合”。作者列举了“自然资本从投资到回报”全过程涉及的包括“自然资本产权制度”、“自然资本投资管制制度”、“自然资源用途管制制度”、“自然资本价值评估制度”在内

的 13 项制度。

这些制度设计或许并不十分完美,自然资本投资甚至自然资本的提法也很难让全社会普遍接受,但作者的论证至少可以让我们接受这样一个朴素的道理,即:自然资源的一定规模的赋存不仅向人类直接提供资源保障,而且也是人类生产、生活所必需的生态条件;对可持续发展所需要的自然资源的储备、养护,可以也应该采取法律手段。

人们从立法目的的角度看问题,把环境法理解为保护环境的法,就像知识产权法是保护知识产权的法律一样。然而环境法实施后所产生的保护环境的效果却远不如知识产权法在保护知识产权方面的作用那样明显。不仅中国如此,即使环保先进的国家也是这样。面对环境法不能有效保护环境的困局,人们对环境法,对环保政策、环保理念做了并且还在继续做着深刻的检讨。张锋的论文《环境与环境法的重构——从环境概念的批判谈起》也属于这种检讨之列。作者认为,以往的环境概念是存在缺陷的,而正是概念的错误导致了在人与自然关系的处理上的错误,造成了有生命的自然在缩小或消失,无生命的自然如沙漠在扩大等后果。在批判的基础上,文章对环境概念做了新的界定,提出环境乃是生命体之间及其与非生命体之间基于生存的安全与持续而形成的关系状态。人的环境是人类与所有的生命体以及非生命体之间基于生存的安全与持续而建立的关系状态。这样界定的科学性尚需进一步的论证,但这样的认识角度对正确理解人与自然的关系、恰当处理人与自然的关系具有一定的启发意义。

如果说张锋的论文是批判的,那么,巩固的论文《环境伦理学“真理化”批判及其对环境法学的启示》则是对批判的批判。近年来,用生态伦理观点批判现行环境法和以往环境法理论的论著不断涌现,诸如“非人类中心主义法律观”、“生态价值目的论”、“自然体权利说”以批判者的角色登上环境法学论坛,给法学领域带来了新的气象。巩固没有简单地肯定这种新气象。他注意到,作为一种新兴思潮,环境伦理学要想成为法的理论基础,至少应经受两种不同层面的检验:伦理层面,作为伦理理论的正当性与合理性,其原因在于环境伦理学的新兴与“革命”;法律层面,在前者成立的基础上,其与法律实践接轨的可能性和必要性,原因在于伦理与法的本质区别。出于审视环境伦理学

能否作为一种当然真理加以建构的需要,他从伦理学角度对整体的环境伦理学做了探讨与分析。

从环境伦理学的发生发展来看,这种学说曾经发挥了积极的作用,但在与其他哲学思想、政治理论等的交锋中,它的许多基本观点(比如非人类中心主义)都经不起论辩的洗礼;在与环境保护的实践,包括制定和实施相关法律法规的实践相结合的过程中,它的空洞、实践意义不足的弊端更是日益明显地暴露出来。在这种情况下,人们不仅应注意对造成环境问题的传统哲学、伦理、生活方式等进行批判,而且也不应忽视对这种批判的但却并不成熟的伦理学的批判。巩固认为,环境伦理学在具体内容上争议繁杂,在哲学立场、思维方式、论证逻辑、现实意义方面存在重大缺陷,不仅远没到足以代替传统伦理的地步,甚至连自身的逻辑自给性和存在必要性都未能证明。这种学说在本质上是一种具有西方中心主义和知识精英视角的信仰,反映的是西方文化传统下的知识阶层对环境问题的特定理解,不具有普适性。正是根据这样的判断,作者认为“全面移植西方的话语体系与思维方式,对尚处于起步阶段的中国环境法制实践,并无助益”。根据这样的判断,我们完全可以说,把环境伦理作为环境法学的理论基础为时尚早,即使这种理论在将来被证明是科学的。

环境法的价值问题看起来是环境法理论中的一个静态的论题,但陈海嵩的论文《论环境法的价值——以“法的价值”为起点和基础》所开展的探讨却也具有批判的时代特点。通过批判以往人们对价值概念的理解,作者把价值界定为“客体中所存在的、能满足主体需要和欲望的属性和性质”;通过批判“忽视”“环境法价值与一般性的‘价值’、‘法的价值’概念的共同性”的研究倾向,作者强调“环境法价值的研究必须建立在价值和法的价值之一般原理的基础上”。环境法的价值必须建立在法律价值的法理研究之上,同一般性的“法的价值”概念相吻合。在解决了这样一些基本问题之后,作者进一步明确:环境法价值的主体只包括人类,环境法价值的内容由秩序和正义构成,而环境法的秩序价值是生态秩序和社会秩序的统一。虽然作者也承认了人之外的动物、植物等生命体是价值主体,这看起来有接受环境伦理学观点的嫌疑,但他最终的结论,一个服从“法的价值”基本概念要求的判断却是,“环境法价值的主体只包括人类”。在仅仅以人为价值主体的环境法的价值中的秩序价

值是生态秩序和社会秩序的统一。在这个统一中,生态秩序进入环境法的调整范围之内。按照作者的理解,生态秩序作为一种新的秩序形式,是连接社会秩序和自然秩序的桥梁,同时也是联结人与自然的中介。生态秩序的稳定与有序,也就意味着人与自然关系的和谐。由于作者坚持了法的价值的一般原理,所以,在关照了生态秩序的同时,避免了如一些学者所主张的将法律权利赋予动物、森林、海洋、河流或整个自然界所带来的法学理论的混乱。

二

环境立法及其完善是近年来学界和政界普遍关注的话题。本卷收录汪劲教授、别涛先生等在环境立法和环境政策方面的心得。我们希望它们对指导今天的环境法制建设和环境政策制定、引导学界开展相关研究发挥应有的作用。

自 2006 年以来,“新农村建设”已经成为全国普遍关注的一项建设工程。在我国农村普遍面临着贫困落后、资源与环境破坏严重以及急于谋求开发致富等多重压力面前,如何通过法律手段使农村的经济建设、社会发展和环境相协调,不再重蹈我国城市发展中付出严重环境代价的覆辙,亟待研究并提出解决办法。汪劲教授通过总结我国“农村环境保护立法的冲突与缺位”和“农村环境保护执法的冲突与缺位”,就重新整合现有农村环境保护的法律规范,提高农村环境保护执法能力并改变执法方式的现状做了深入的思考。在立法方面,他建议在明确农村界限的前提下“制定综合性农村环境保护法规,规范农村地区各类与环境与资源保护相关的开发利用行为与农村生活活动”。在执法方面,他主张明确地方各级人民政府首长的环境责任,明确环境保护管理的职能与分工,建立农村环境保护执法的联合执行机制。

近年来,关于建立环境公益诉讼制度的呼声不绝于耳,仁智之见频繁见诸报端。别涛先生集学界理论研究成果和诉讼实践取得的新进展之大成,不仅重申了建立我国的环境公益诉讼制度的理由,而且提出了如何建立这项制度的设想。别涛先生主张,当有侵害环境公益的行为发生时,除直接受害人可以起诉外,其他公民或者依法登记的环境保护民间组织,为了保护环境公共利

益,应当有权向法院提起环境民事公益诉讼,请求法院判令侵害环境公益的行为人停止侵害行为,排除危害;也可以向环保部门举报,如果环保部门逾期不予查处,则可以提起环境行政公益诉讼,请求法院判令环保主管部门履行监管职责。在特殊情形下,人民检察院可以提起公益性质的环境民事或者行政诉讼。

环境保护实践展示的成果和所暴露的缺陷不断地提醒人们,污染、破坏之后的治和污染、破坏进程中的防不管多么有力,都不能根本解决环境问题,无法从根本上削减人类越来越强大的污染和破坏能力对环境带来的不利影响。我们必须寻找并采取在污染和破坏之前发挥作用的环境保护方法和路径。我在澳门的一次学术会议上向澳门官员和学者提出“环境规划前置”的环境保护思路,目的是想通过确保对环境无害的规划规范人们的生产和生活活动,实现环境问题的根本解决。我所说的环境规划是以全国人民代表大会通过的“十一五”发展规划纲要为参照的。杜群女士的论文《我国生态综合管理的政策与实践——生态功能区划制度探索》对我国的“生态功能区划”的由来和发展做了系统的总结,阐述了这项制度所具有的保障对环境无害的功能等。

杜群的这篇论文表达了作者对环境保护和生态保护工作的新思路,即以生态系统服务功能价值理论为理论根据的生态综合管理。正如作者所言,我国现行常规的环境与自然资源保护和管理不外乎采取两种模式:一种是借助自然资源管理的手段——而且是单因子自然资源管理和保护的方式;另一种是建立自然保护区和其他生态系统保护区的圈地(土地利用禁止)方式。这两种模式中的圈地模式虽可以产生确保无害的效果,却不具有普遍意义,无法普遍应用。生态综合管理才是我国环境与资源保护政策和制度改革的方向。按杜教授的思想,“我国生态功能区划是目前最能反映生态综合管理的理念和原则的、尚处于发展阶段的新制度和政策”。而生态功能区划的基本思路是根据区域生态环境要素、生态环境敏感性与生态服务功能空间分异规律,将区域划分成不同生态功能区,以生态功能区规范区域生态环境保护与建设规划、资源利用、工农业生产布局、区域生态环境保育等活动。这样理解的生态功能区划已经不再是一个简单的国土分区,而是“一项新的管理手段”,管理者和公众可以(依据我国的“十一五”发展规划纲要的规定也应该)把生态功

能区划当成反映生态服务功能现状、要求和土地利用效果的技术性手段,当成进行生态保护规划、水土资源规划、经济社会发展计划的科学依据。

杜群教授的论文系统探讨了生态功能区划的管理作用。比如,能够识别和确认国家级生态功能保护区,并建立保护制度,对生态环境敏感性高和生态服务功能重要性强的区域实行特别的管理和保护;再如,为资源开发利用项目设定生态保护目标,也就是资源开发不得造成生态功能的改变;又如,可以明确区域生态保护管理目标和保护目标,明确生态功能区生态环境监测、检查和考核的目标。尽管生态功能区划和生态综合管理正在形成与发展之中,其政策和制度的实践效果还需要实践的检验,但杜群教授相信这种制度和管理模式的法制化推进和实践的加强将大大促进我国生态综合管理朝着科学化、规范化和民主化方向迈进。对此,我们应同杜教授一样充满信心。

荒漠化既是摆在身处土地沙化环境下的居民和当地政府面前,摆在遭受与沙漠化有直接关系的沙尘灾害带来痛苦的人们面前的一个严重的环境问题,也是全人类共同面临的环境问题。《联合国防治荒漠化公约》的签订和生效反映了世界各国对荒漠化问题的高度重视。我国作为沙尘灾害较严重的国家,从政府到学者和广大居民都对防治荒漠化表示了极大的关切。常纪文博士的论文《我国沙尘灾害的法律防治问题及其对策》就表达了这种关切。常博士的这篇论文虽名为“沙尘灾害法律防治”,而其所关注和要解决的问题却都集中在土地沙化上。正如作者所言,“我国沙尘灾害产生是由西北部干旱生态系统退化引发的”,所以,要想防治沙尘灾害,只有对症下药,解决“西北部干旱生态系统退化”的问题。

常博士分析了引发“西北部干旱生态系统退化”的原因,并认为他所总结出的若干方面的原因“是相互影响的”,因而,“预防和治理沙尘灾害”,“必须采用干旱生态系统的综合管理思路”。常博士在提出了这样的思路之后对我国立法“在干旱生态系统的综合管理方面”的不足做了认真的分析,并针对他所发现的不足提出了如何加以完善的办法。他总的想法还是遵循“干旱生态系统综合管理”的思路,认为无论是综合性环境立法,还是单行环境立法,都需要在干旱生态系统综合管理的思想下做进一步的整合和协调,即平衡各种利益,协调各种机制和方法,在管理体制、监管机制、文化建设、公众参与、市场

机制和责任机制等方面进一步创新和完善。

三

在人类面临的带有全球性的诸多环境问题中,海洋环境污染和生态破坏可以说是“名列前茅”。如果说1982年签订《联合国海洋法公约》时签约各国就对海洋环境保护给予了高度的重视,我国在同年制定《海洋环境保护法》也是适应了保护我国海洋环境的迫切需要,那么,我们今天面对的保护海洋环境的任务却比那时显得更加急迫。本卷收录的周珂、吕霞关于“制定渤海环境保护单行法”的论文,田其云等关于“海洋生态退化与恢复”的论文,姜国建关于“赤潮预警、监控”的论文等,在一定程度上反映了摆在我国政府和人民面前的防治海洋环境污染和生态破坏任务的艰巨性。我们遭遇的海洋环境污染和生态破坏问题是严重的和亟待解决的,我们的学者们为解决这个问题所做的思考也是深刻的和有价值的。

本卷共收录海洋环境法方面的或与海洋环境保护有关的论文5篇。彭晋平、傅崑成的《海洋生态保护中环境经济手段初探》是以环境经济学为理论基础探讨海洋生态保护中的法律制度建设的佳作。作者以环境经济学的一般原理和厦门海域生态价值评估技术研究成果为依据,对与海洋生态补偿有关的几个问题做了系统的研究。他们认为环境经济政策的目标是建立海洋生态补偿制度,开发海洋生态价值评估技术是建立海洋生态补偿制度的前提,制定海洋生态价值评估规程是建立海洋生态补偿制度的基础。作者按照他们对海洋生态价值所做的判断,认为我国虽然实行了海域有偿使用制度,但这项制度却不能有效维护海域的生态价值,原因在于海域使用金标准“只是以海洋的空间资源和其中的自然资源价值为依据”的,“没有反映海域环境资源的生态服务价值”,“无法补偿”海域“提供的生态服务价值”。此外,作者还注意到,在海域有偿使用制度中,我国“没有对从陆地向海域排污的行为征收海域使用金”,这也是不妥的。他们认为,利用海域的自净功能,从陆地向海域排放人类生产和生活所产生的污染物,是人类使用海域的重要方式之一。向海域排污占用海域的环境容量获得了海域给予的生态服务,因而,应“对直接向海域

排污的排污者征收海域使用金”。他们还进一步强调,“海域使用金的征收标准应依据海域的废物处理服务价值确定”。

田其云、阳露昭等的《海洋生态退化与恢复的法律问题研究》没有一般地讨论海域的生态价值,而是从海洋生态退化这个事实出发做如何恢复生态的思考。在充分肯定我国海洋环境保护法制建设取得的成就、明确恢复已经退化的海洋生态的必要性的前提下,他们做了一个人们虽不太乐于接受但却符合实际的判断,即“现行法律制度设计未能有效遏制海洋生态系统退化的趋势”,也“不足以恢复退化海洋生态系统”。正是依据这样一个明确的否定判断,作者提出建立海洋生态恢复法律制度的设想。

如果说海洋环境保护是摆在我们面前艰巨的和不容再延搁的任务,那么,海洋生态恢复也是我们面对的长期和不会轻易就完成的任务。因此,我们所需要的海洋生态恢复法律制度不应该仅仅表现为在某个法律文件中将生态恢复列入某个管理机关的职责范围,或者一般地把生态恢复宣布为环境行为实施者的某种不知如何履行的职责或义务。田其云博士等认为,海洋生态恢复不仅要进入法律制度行列,而且应当上升为“基本法律制度”。按照作者的想法,在制度设计中应注重“过程导向的海洋生态恢复模式”,而不是目标导向的模式。这种模式的明显特征就是按照恢复生态的需要设计法律规范、管理制度、评介体系等,就是在海洋环境保护法律体系的各个环节上都体现生态恢复的要求。我们应该按照这样的要求做进一步完善海洋环境保护法的思考。

姜国建的论文《赤潮预警、监控的立法进程》既是对以往“立法进程”的总结,也是对完善我国相关立法的一个思考,而且是针对海洋环境保护中具体的赤潮防治的思考。

赤潮究竟会给人类的生产和生活等带来怎样的危害,非专业人员一般都说不清楚,至于如何防治就更难以给出答案。姜国建博士发挥自己的专业特长,对“全球有害藻华海洋生态学计划”做了简要介绍,分析了《联合国海洋法公约》框架下的赤潮防控机制,总结了美国的赤潮预警、监控的立法进程,为我国赤潮防治立法和制度建设提供了有益的借鉴。作者认为,我国应该建立“赤潮监控、预警制度”,也有条件建立这样的制度。不仅如此,作者还为我国

设计了“赤潮预警、监控立法”的“框架”。姜博士的设计在我国应该是首例,可能并不完善,但它的开创价值也是不容忽视的。希望这个“框架”能对我国将来的相关立法活动产生应有的影响。

赤潮是一种特殊的“生态异常现象”,我们需要用法律手段对付这种现象。渤海是广大的海洋中属于中国内海的一个特定区域,对这个特定区域的环境保护,我们也需要使用法律武器,而且需要专门定制的武器。周珂、吕霞的论文《关于制定渤海环境保护单行法必要性的思考》告诉我们,我国环渤海经济区的建设要求加强渤海的环境保护,而我国现行的环境保护一般法(包括姜国建博士设计的专门防治赤潮的立法)和为治理渤海环境所实施的多种专门行动计划等不足以有效地解决渤海环境污染问题。要有效保护渤海环境,要解决渤海环境保护这个预计将会变得越来越难以解决的问题,必须建立专门的渤海环境保护法。

周珂教授等对渤海环境的担忧并非杞人忧天。环渤海经济区的建设将给国家和社会带来巨大的经济成就,同时也必然给已经不堪重负的渤海带来新的更大的环境压力。首钢东迁河北曹妃甸,对渤海环境绝非佳音;可预见的将来还会有被称为“首铜”、“首铁”等的企业落户渤海之滨,它们对渤海环境治理都是挑战。

周珂教授等对以往立法和环保工程的效果的评价是有根有据的。在从1999年到2005年的六年时间里,不管是从未达到清洁海域水质标准的面积,还是从赤潮发生情况的比较来看,渤海环境状况总的发展走向是逐步恶化,尽管这期间也间或有一些好转。这是对一般海洋环境立法在渤海这个特定海域的实施效果的检验结果,是对围绕渤海实施的种种“行动计划”的“回报率”的最好说明。

周珂教授等提出的为渤海环境制定专门法律的建议有成功经验可资借鉴。国外和国际上大都通过建立专门法的办法治理闭海、半闭海环境,且取得了良好的效果。当然,周教授等的建议并不是对国外经验的简单模仿。提议为渤海环境保护制定专门法主要还是基于对渤海自身特点和环保需要的考虑。渤海的自然状况、渤海在我国经济和社会发展中所处的地位以及渤海环境治理的特殊需要,要求为治理渤海环境建立专门法。我们希望周珂、吕霞的

建议能早日被我国的立法机关采纳。

我国《海域使用管理法》把海域宣布为国家所有,在物权法的起草过程中海域的权属问题再次被提了出来,学者们和立法者也基本上都接受海域归国家所有的基本定性。然而,对海域国家所有权并非没有任何疑问,海域归国家所有的合理性更远非不证自明。为了给我国有关法律确定的海域国家所有权奠定坚实的基础,我们有必要破解有关的疑问,理出这种法律设定的合理性。我和梅宏共同完成的论文《海域国家所有权的生成及其合理性》就做了这样一项工作,尽管这个题目对我们来说有一定的难度。

我们认为,从来源上说,海域国家所有权是由法律创设的而非先法律而存在的权利。不管是中国《海域使用管理法》中的国家海域所有权,还是外国法宣布的海域归国家所有,它们都不是对社会生活中的实际占有或习惯占有状况的法律确认,而是国家法律的强行规定。从发生过程上看,这种权利显然不是随同所有权制度一起产生的。即使很早就有以海为生的民族,或者利用海洋从事生产、生活活动的民族,即使在这些民族已经建立了比较完整的所有权制度之后,他们也依然没有在民法或物权法中给海洋以权利客体的地位。对海洋设定所有权是近代沿海国家的法律中才出现的现象。与近代这个时间概念相伴随的是人类大范围、高频率的海洋利用,是近代工业和由此带来的各种海洋产业的大踏步前进,是各种用海需求之间这样那样冲突的发生。这告诉我们,是用海冲突,是不同主体在海域使用中的利益冲突催生了海域所有权,而这种所有权从一开始就以国家所有权为基本形态。

产生于用海冲突的海域国家所有权的价值不是一般财产所有权所追求的占有、使用、收益等。海域国家所有权的实质是国家对海域这一有限资源、稀缺资源的垄断。法律上设定这种垄断,目的是借助于国家的垄断为海域的公共利用提供方便,为更有效地进行海域资源的配置提供制度基础。

海域国家所有权的价值取向是合理的,在我国设定海域国家所有权也有其现实的合理性。不管是出于对海域自然属性的顺从,是追求海域价值的全面实现,还是考虑对海域行使主权的便利以及海域国家所有权制度与我国现行的海域使用权制度之间关系的处理,在我国实行海域国家所有的制度都是合理的。

四

环境法不是一个历史悠久的法律部门,它的年龄只有大约半个世纪。这个判断既适用于我国,也适用于世界。然而,在环境法这仅历的半个世纪的旅程中,它却每每都是先把足迹留在西方世界,然后才光顾我国和世界的其他角落。这种状况要求急于让我国不完备的环境法趋于完备、迫切希望不成熟的环境法学理论走向成熟的我国立法者和环境法学者向西方学习,学习人家先进的环境立法和相对发达的环境法学理论。

我本人和《中国环境资源法学评论》(以下简称《评论》)编辑部的同仁都十分重视对先进国家的学习和研究。在第一卷发表陈冬的《美国联邦环境法律层面的公民诉讼——一种静态的考察》、柯坚的《日本循环型社会立法的历史源流与理性架构》、徐伟敏的《德国废物管理法律制度研究》等几篇研究外国环境法律制度的论文的基础上,本卷又收录了罗丽的《日本环境侵权民事责任因果关系论的创新》、李挚萍的《欧洲国家环境法典化运动评述》、杨兴和张式军的《欧盟气候变化政策和立法及其对我国的启示》、于铭的《美国环境影响评价制度中的替代方案研究》等几篇论文。

从日本留学归来的罗丽博士在对日本环境侵权理论和实践的研究方面多有心得。这次她向《评论》提供了《日本环境侵权民事责任因果关系论的创新》一文。文章系统梳理了日本环境侵权诉讼中判例和学说关于因果关系的阐述,总结了日本在环境侵权因果关系上取得的创新成果。作者认为,1960年代以来,在以“四大公害”诉讼判决为代表的环境侵权诉讼中,因果关系理论得到了极大创新。高度盖然性因果关系、疫学因果关系、间接反证、因果关系推定等因果关系证明方法,对于减轻受害人因果关系举证责任,发挥了积极作用。正如作者所期盼的那样,她的这些总结对解决我国环境法制建设中的有关问题具有一定的“借鉴”意义。

我国学者对欧洲国家和欧盟的环境法已经做过许多研究,有关研究成果对帮助学界认识欧洲环境法、启迪环境法学基本理论思考、推进我国环境法制建设等发挥了巨大的作用。近年来,对欧洲的研究不断深化,在分析视角、研

究方法、关注领域、资料占有丰度等方面都有明显的变化。本卷收录的李挚萍教授的《欧洲国家环境法典化运动评述》对欧洲各国的环境法作为一类事物来对待,发现了“法典化”这个“突出”的类特征,从而发现了环境法发展的某些具有规律性的特点。

作者认为,促成部分欧洲国家 20 世纪 90 年代以来的环境法典化运动的主要动因是可持续发展战略在各国的实施。这个基本结论告诉我们,坚持可持续发展战略必然要求完善环境法,坚持可持续发展战略也必将迎来环境法的完善。

李教授注意到欧洲环境法典化运动中存在的一个带有共性的现象,即环境法典结构“尚无定式”。李教授发现了导致这种现象发生的原因,比如与环境保护相关的立法种类太多,立法者难以确定把哪些立法纳入环境法典。从法典编纂的本来意义上来看,法典的内容应当保持严格的领域界限,而欧洲各国环境法典化运动的实践所显示的却是,严格意义上的法典化“在环境法领域恐怕永远做不到”。这是为什么?除了李教授所说的“人们对环境法典结构的认识”还“不像对民法典、刑法典”那样“统一”之外,更重要的原因或许是作为李教授笔下的“新生事物”的环境法所具有的“新”还没有被人们充分注意,甚至其所应有的“新”还没有充分展现。我们既应保持高度的警觉追踪先进国家的环境法的发展,以便及时发现立法司法实践暴露的环境法的“新”特质,也应注意发挥学术的前瞻能力,为环境法新质的降生“助产”。

需要注意的是,李教授认为“环境权的构建”也是欧洲国家环境法典化诸多原因之一。作者指出,“20 世纪 90 年代以来,公民环境权已被确立为许多国家的基本人权”。这种权利的实现“要求改善政府管制和更多的公众参与”,而“基本法和法典化方式”最有利于达到这样的目的。作者所说的公民环境权是指以《奥胡斯公约》为代表的法律文件所指称的与环境有关的“利益和权利”,其核心内容是“环境知情权、参与环境决策权和诉诸司法权”等“公众在环境保护领域的三项支柱性权利”。这些权利在以往的权利分类体系中都早有“名分”,不是什么环境权。对此,我在以往的著述中已经阐明。但有一点是需要肯定的,那就是,在法律上确认或进一步明确公民在环境方面的知情权、参与权、诉讼权等,的确是推动环境法典化的动力之一。

气候变化问题是目前世界上最严重的全球环境问题之一,应对气候变化是全人类共同的责任。国际社会为遏制气候的不利变化已经采取了一些措施。欧盟在这方面所做的工作值得肯定,也需要我们在学术上加以总结。杨兴、张式军两位博士的《欧盟气候变化政策和立法及其对我国的启示》通过考察“欧盟温室气体排放控制的代表性政策”、“欧盟温室气体排放控制的代表性立法”等,获得若干启示。他们的结论是有见地的,对我国气候变化政策和立法的完善也是有借鉴意义的。比如,作者主张,“气候变化政策和立法应当大力推进可再生能源的开发和利用”,这是既咬定降低温室气体排放、遏制气候不利变化这个目标,又充分考虑发展需要,促进能源开发的“双赢”战略构思。遵循欧盟的实践所给予我们的启示,我国应加快“可再生能源立法的进程”。在这样的战略构思下,能源法与环保法真正统一起来了,而这个统一再一次证明了李挚萍教授所说的环境法典的领域界限的确定是个难题。

目前国内学界和环保实务界以及公众对环境影响评价制度的实施效果评价不高。为环评制度寻找出路也许是必要的。于铭对美国环境影响评价制度中的替代方案的研究对我们探索完善我国环评制度的方案具有重要的参考价值。

美国环境质量委员会为实施《环境政策法》颁布的《关于实施国家环境政策法程序的条例》要求环境影响报告书“必须让决策者和公众知道可避免或可将有害影响减至最低程度的或可提高人类环境质量的合理的替代方案”,这是美国环评制度取得良好实施效果的“关键一环”,也揭示了我国环评制度实施效果不能令人满意的重要原因之所在。通过对美国制度及其实践的研究,于铭告诉读者,确立环境影响评价法律制度最主要的目的是通过优化国家政策的决策过程来确保国家环境政策和目标的实现。环境影响评价的目的绝不仅仅是评价一两项行动会给环境带来怎样的影响,或对一两项行动做否定性的评价这么简单,它所追求的是通过对各种方案之间的优势和劣势进行比较,综合考虑环境、经济和社会效益,选择对环境损害最小而对经济和社会发展最有益的行动。所以替代方案是达成环境影响评价制度设计目的的根本。这个简单的结论足以让我们对我国的环境评价法和有关制度设计做认真的检讨。

在于铭的论文中,读者可以读到关于基本替代方案、二等替代方案和推迟行动方案的阐述,可以看到不行动方案、环境首选方案、行政机关首选方案和其他方案的划分,而这些不同的名目不过是对已然存在的替代方案的归纳,是美国有关法律规定的“一切可供选择方案”所可能包容的替代方案的部分表现形式。我们应该对这些方案做充分的研究,以便发现可供我们学习的方案形式;我们也应该探讨这些方案的不足,因为它们毕竟不等于“一切可供选择方案”。我国环评法的建设完全可以向世界贡献可供别的国家选择学习的方案形式。

五

2005 年到 2006 年,接受青岛市人大的委托,我和几位同志开展了建立无居民海岛管理条例的课题研究。在这个过程中,有幸参加了全国人大组织的关于海岛立法的讨论。在这两项活动中,让我最费心思的不是具体法律制度的设计,不是海岛法与其他法律之间关系的处理,也不是海岛立法难以避免地涉及不同部门、不同地方之间的利益分配,而是这一立法的基本目的或曰基本原则。具体来说,建立海岛法究竟应当以海岛的开发利用为基本出发点,还是以海岛保护为大原则。我和课题组的部分同志思考的结果是,海岛立法应当贯彻生态保护优先原则。在草案的第六条我们写的是:“本市对无居民海岛实行立足保护、严格条件使用的原则。”

我们的思考可能是肤浅的,我们编制的草案也许过于简括,但我们还是想把它拿出来让更多的读者点评,即使它被判为错误百出,我们也愿意让它发挥警醒以后的立法者的作用。

徐祥民

2007 年 2 月 12 日于青岛海滨寓所