



教育部人文社会科学重点研究基地《环境法学文库》

王树义
主编

论环境法功能之进化

刁晓东 著



科学出版社
www.sciencep.com



教育部人文社会科学重点研究基地《环境法学文库》

王树义 主编

论环境法功能之进化

刁晓东 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书紧密结合环境法学与法理学,以环境法功能为研究视点,对环境法功能的历史、现状、发展趋势作了动态分析,指出:“利益确认、利益保护、利益限制、利益救济”组成环境法之利益调整功能的运行结构。其功能进化的路径是:在彰显倾斜保护功能基础上,深化利益增进功能,拓展互助共赢功能,从而实现多元利益的和谐共生、共进、再生。如果说彰显倾斜保护功能是基于利益分配正义(即分的正义)的视角,则功能互助与利益共生共赢是从“合的正义”视角作了更深层的探讨。同时,本书还就促成环境法功能进化的几对范畴(效率与公平、利益限制与利益增进、分的正义与合的正义、社会变迁与环境法功能进化)作了系统分析,并对环境法功能运行的变化趋势作了展望。

本书可供环境保护、资源管理相关领域以及法学理论的研究者、立法机关工作人员、行政执法人员、高等院校法理学专业及环境与资源保护专业等方面的师生参考。

图书在版编目(CIP)数据

论环境法功能之进化/刁晓东著. —北京:科学出版社,2008

(教育部人文社会科学重点研究基地《环境法学区库》)

ISBN 978-7-03-020169-0

I. 论… II. 刁… III. 环境保护法—研究—中国 IV. D922.684

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第056348号

责任编辑:徐蕊 李俊峰/责任校对:包志虹

责任印制:张克忠/封面设计:陈敬

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

新蕾印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008年5月第一版 开本:A5(890×1240)

2008年5月第一次印刷 印张:11 1/4

印数:1—2 500 字数:350 000

定价:25.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

总 序

《环境法学文库》是由教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学环境法研究所和科学出版社悉心培育、联合推出的环境法学学科的大型学术丛书，目的在于加速中国环境法学研究的进一步发展，推动中国环境法治的不断进步。

武汉大学环境法研究所是中国国家环境保护总局^①和武汉大学共同建立的一个以环境法学为专门研究领域的学术研究机构，1999年首批进入教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地。2002年，基地的“环境与资源保护法学”学科被教育部评审为国家级重点学科，次年，该学科又被列入教育部“211”工程的第二期重点建设项目。

武汉大学环境法研究所的研究基本上涵盖了整个环境法学学科的研究范围，并且，其整体科研水平在中国环境法学界居领先地位，在国内外具有广泛影响。自20世纪80年代初成立以来，武汉大学环境法研究所紧紧跟随中国环境法治前进的步伐，密切结合中国环境法治建设的实际需要开展研究和教学工作，取得了一系列显著的成绩。20多年来，研究所陆续为国内外培养出了几百个环境法学学科的硕士和博士，出版了几十部环境法学研究的学术专著和教材，发表了千余篇环境法学研究的学术论文，参加了中国数十部环境法律、法规和地方性环境法规的起草、调研和修改工作，向国家和地方提供了许多具有参考价值的环境立法方面的研究咨询报告，受到国内外同行的瞩目。

21世纪是中国全面进入世界先进行列的世纪，可以预见，中国在许多领域还将走在世界的最前列。为此，中国正在努力着、奋斗着，而在这努力奋斗者的队伍之中就有环境法学人的身影。环境法学人的梦想就是让中国环境法学的研究同样走在世界的前列。为了这个梦想的实现，武汉大学环境法研究所作为教育部环境法学研究的基地，拟将“环

^① 2008年3月改为“中国环境保护部”。

境法学文库”作为研究所长期支持的一个出版项目，面向国内外所有的环境法学者及其他所有关心、支持并有该学科相应研究成果的专家开放，每年推出数本。凡环境法学学科领域内有新意、有理论深度、有学术分量的专著、译著、编著均可入选《环境法学文库》。文库尤其钟情那些在基本理论、学术观点、研究视角等方面具有原创性或独创性的著作，请各位学者、专家不吝赐稿。让我们共同努力，为繁荣中国的环境法学研究、加快中国环境法治的进程略尽绵薄之力。

教育部人文社会科学重点研究基地

——武汉大学环境法研究所所长

王树义

2005年春月于武昌珞珈山

目 录

总序	
导论	1
第一章 社会变迁与法律功能的演进	8
第一节 自律·他律·文明增进：社会变迁对法律功能的需求	8
一、自律到他律：法律对道德规范功能的弥补	9
二、他律到文明增进：法律功能之进化	14
第二节 秩序·自由·福利：法律价值及其功能取向的变迁	21
一、“秩序”取向与义务本位的定位	22
二、“自由”取向与权利本位的主张	24
三、“福利”取向与社会本位的进展	28
第二章 社会变迁与环境法功能的检视	34
第一节 生态文明、风险社会背景与多元利益冲突	35
一、风险社会问题的凸显	35
二、环境问题的复杂性	37
三、环境风险：复杂环境问题面临的新挑战	38
第二节 多元利益调整对环境法功能的需求	41
一、调整利益关系：社会赋予法律的功能	41
二、生态文明的建构原则：多元利益的共生、共进、再生	46
三、环境法的功能结构分析：以利益调整为基点	47
第三节 环境法的利益调整功能考量	48
一、环境法的利益确认功能追问：利益争夺还是利益衡平？	48
二、环境法的利益保护功能追问：末端应对还是全过程治理？	51
三、环境法的利益限制功能追问：个体责任还是责任社会化？	57
四、环境法的利益救济功能追问：传统诉讼途径还是引入公益诉讼？	63

第四节 环境法功能的进化路径	72
一、彰显倾斜保护功能：环境法功能进化的基点	72
二、深化利益增进功能：环境法功能进化的定性分析	73
三、拓展互助共赢功能：环境法功能进化的定位分析	74
第三章 环境法功能进化之层次：彰显倾斜保护功能	77
第一节 二元到三元：利益关系演变与二元法律格局调整	78
一、公法与私法的界分	78
二、私法的利益平衡功能分析：契约自由之反思	79
三、公法的利益平衡功能分析：权利与权力间衡平的两难	84
四、环境法之本位：社会本位	88
第二节 对峙到和谐：环境法之倾斜保护功能的应然	97
一、短期利益还是长远利益：倾斜保护环境利益的理性分析	97
二、拯救还是自救：环境问题与贫困的恶性循环	100
三、形式正义还是实质正义：共同但有区别责任的分解	106
四、一次正义还是二次正义：起点与过程之间的困惑	113
五、绝对还是相对：环境法的功能社会化推进	120
第三节 失衡到矫正：环境法之倾斜保护功能的展开	126
一、重整环境法律责任机制	127
二、改良诉讼机制，为矫正失衡利益搭建平台	151
三、发挥生态补偿机制之“输血”与“造血”功能	175
第四章 环境法功能进化之层次：深化利益增进功能	191
第一节 在法律规则运行模式的演进中深化利益增进功能	192
一、人定胜天理念与环境破坏之法律规制规则的缺位	193
二、天人合一理念与环境破坏之法律规制规则的填补	195
三、资源有限理念与环境法之利益限制规则的注重	198
四、同质同源理念与环境法之利益促进规则的引入	208
第二节 在运行方式的修正中深化利益增进功能	216
一、污染防治与风险控制并举	216
二、全过程控制	231
第五章 环境法功能进化之层次：拓展互助共赢功能	248
第一节 对峙到融合：市场与政府的“功能分立到功能互助”	

.....	249
一、市场与政府的关系理论变迁	249
二、环境问题的双重失灵	253
三、政府与市场的互助	255
第二节 统治到善治：国家与市民社会的“功能分立到功能互助”	260
一、国家与市民社会关系的演变	260
二、环境治理的困境与善治	271
三、互助路径：环境治理主体多元化	277
四、互助路径：环境行政机制多元化	280
第三节 冲突无效到规范协同：环境法功能的简约及其与民间自治的互助	298
一、环境法的“普适性不能”	298
二、环境法的“普适性不宜”	305
三、徒法不能自行：民间规则的重要作用	309
四、冲突无效到规范协同：规则之间的填补、试错与契合	313
第六章 结语：环境法功能进化之展望	323
一、环境法功能进化方向的选择：几对范畴的关系变化	323
二、环境法功能运行模式的选择	330
参考文献	337
后记	349

导 论

只要法律存在于人类社会中，就不可能回避以下问题：法律“有何用”？“为何有用”？“为谁而用”？“如何用”？“用如何变化”？为此，我们就不免疑问：强者立法的惯例会不会出现如特雷西·马克斯在柏拉图所著《理想国》中涉及的“正义”部分所作的争辩一样，法律仅仅是“强者制定的规范”？甚至出现“把新的羁绊给予弱者，把新的力量给予富人”的社会状况，从而致使法律演变成束缚与掠夺弱者的利器？会不会出现如卢梭所指出的“社会与法律的起源就是如此，也可以说应当就是如此……把所有权和不平等的法律永远规定下来，使一种狡猾的霸占成为一种无可挽回的权利，并且为了某些野心家的利益，使全人类从此以后承受着劳苦、奴役和贫困”？^① 环境法律功能的建构与运行亦将受到如此的追问。

法律作为利益调整的工具，一定程度上甚至是妥协的产物。但是，法律只有关注弱势利益保护才能充分体现公平公正。环境法的产生及其功能运行，从根本上说是对处于弱势地位的环境利益保护的需求，特别

^① [法] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，吴绪译，商务印书馆，1982年，第128页。卢梭曾经论证过人类不平等的起源和发展阶段。认为私有制的出现把人们分为穷人和富人，这是人类社会不平等的第一阶段；第二阶段乃是国家和法律的出现；暴政的出现是人类社会发展不平等的顶点，也是不平等的第三阶段。这时，就会物极必反，不平等要重新变为平等。

是当经济利益与环境利益发生矛盾时。因此要实现两者的科学平衡,防止为攫取眼前的经济利益而牺牲处于弱势的环境利益将是环境法的本位功能,从而防止法律自觉或不自觉成为“强势掠夺弱势的工具”,防止出现“强者立法→建构掠夺弱势利益的平台→强者愈强、弱者更弱”的局面。否则,“如果法律自身变得自私自利,那么所谓的大公无私判决又将有何意义”?

如果说矫正失衡利益是法律实现社会所赋予功能的前提基础,那么在此基础上促进利益的增进则是法律功能彰显其生命力的纵深和进一步的保证。对于环境法而言,也需要进一步思考:如何更好地协调环境利益与其他利益需求的关系(尤其是与经济利益),如何实现“由利益限制到利益增进”的功能进化。而这些疑问,都促成了“环境法功能”这一视角的选择。

从客观视角而言,法律总是随着社会进程而向前发展的,正如法国历史学家托克维尔在论及法国大革命时指出的:“在某些时代,人之间如此迥异,以至普遍适用的法则对于他们竟成了无法理解的思想。在另一些年代里,只要将某一法则的朦胧轮廓远远地向人民展示,他们便能立即辨认并趋之若鹜。”^①对环境法而言,亦是如此。人们常说,人是因为有未来才能生活,因此,“回顾过去、面对现在、策划将来”促成了从“进化”这一层面的思考。我们对环境法“如何用、用如何变化”的思考,表明的正是对环境法功能发展之美好图景的期待与展望。同时,没有昨天与今天,未来又是完全不确定的,人之所以能够期望明天,恰恰是因为他(或她)有对昨天的记忆、今天的反省,一切对于未来的预期都必然建立在对于昨天的记忆与今天的反省之上,这样的预期才能比较恒定,才能给人们带来一种秩序感和规则感。对此,美国著名文学理论家 M. H. Abrams 于 1953 年写过一本《镜和灯》(*The Mirror and the Lamp*),其中,镜指内省、写实与反映世事,灯指浪漫、理想、灿烂、探测未知与指引方向,这启示我们应经常回顾过去、面对现在、策划将来。而这正是我们所思考的进化。因此,“镜和灯”的预示,促成了“环境法功能进化”这一视角的选择。

① [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆,1992年,第53页。

从根本上说,法律进化是一个“→法律价值→法律规则→法律功能→法律目的→法律价值”循环提升的过程^①(图 0-1)。因此,法律进化的循环链对法律功能进化的研究形成了指引,对环境法功能而言,亦是如此。为此,原田尚彦先生指出:“环境法最终的课题,是通过居民的参加,提供民主地选择环境价值的实现与其他的基本人权的调和的法律结构,创造出能够把环境价值考虑进来的谋求国民最大福利的社会制度。”^②

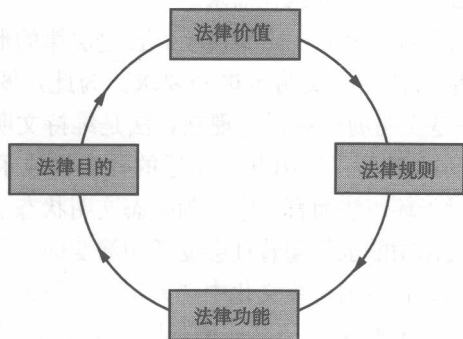


图 0-1 法律进化的循环提升过程示意图

当然,这一课题最终的实现首先需要解决人与自然的矛盾和不平等,以及人与自然矛盾和不平等背后的人与人、群体与群体之间的矛盾和不平等。因此,本书认为,指引功能进化的环境法律目的是矫正利益失衡,实现生态文明中多元利益在和谐中的共生、共进和再生,以谋求

① 为此,按穗积陈重先生原初的写作构想,在其最重要的一部法学作品《法律进化论》中,其在“法律进化论”的总目之下分别设为“法源论”和“法势论”二部(拟分6卷12册出版)。法源论研究法现象之发生状态,又更细别之为“原形论”、“原质论”和“原力论”三部。原形论阐述法律发生之形态;原质论研究构成法律元质之规范;原力论揭示社会力量如何成为法律。法势论旨在论究法现象变迁之原理,亦细别之为“发达论”、“继受论”和“统一论”三部。发达论以法自发内在之原因(即法赖以存在之人种、民性、地势、政体、宗教、道德舆论等)论述法律之进化;继受论就外因之进化(即以与外民接触为起因之外部之模仿、采择及外国学说所及于立法、审判等之影响)而论述法之发展;统一论则论述法之世界的进化,即法随文化之上进而表现出的世界化倾向。

② 〔日〕原田尚彦:《环境法》,于敏译,法律出版社,1999年,第69页。

国民的最大福利。因此,对于环境法功能进化的研究而言,选择该选题,其动因与根本目的不是仅限于“功能”研究本身,而是想借助环境法功能所处的螺旋型发展链的“中间环节”,在环境法目的的指引下,使相应研究不仅为相关环境法律制度设计提供指引,又为环境法的目的与价值实现创造条件。但关于该命题的研究现状而言,因法律功能的研究成果尚乏善可陈,就更别说环境法功能的系统研究了(此方面问题,将在其后的相关分析中做进一步说明),因此需要加以填补。而这也是完善环境法之螺旋型发展链的内在需求。

法之“理与力”在法外,一定程度上,促进法律的形成与发展的真正动力是社会力量的施加与文明演进的要求。为此,罗斯科·庞德指出:“对过去,法是文明的产物;对现在,法是维持文明的工具;对未来,法是增进文明的工具。”^①因此,变迁的社会构成了环境法功能进化研究的背景。对于环境法而言,它作为生态文明状态下社会控制的一种重要力量,其法律功能也是随着社会变迁而演变的。考察历史的演进与现代的变幻,不管是中国传统文化中“人定胜天与天人合一”的理念轮转,还是“只有一个地球”、“零速增长”、“资源有限”、“节约型社会”、“循环经济”、“科学发展观”、“和谐社会”等概念的变迁,都将决定相关阶段环境法功能的变化,进而引导相关法律制度的建设。而这些功能的变化,都需要我们通过相关研究加以梳理,同时更为重要的是希望通过梳理,勾画出环境法及其功能的进化路径,从而引导相关环境法律制度的制定与运行。而环境法与社会之互动关系的思考,构成了进化路径设置及相应研究的背景。

从根本上说,影响当代环境、引发相关环境问题基本上是基于两对矛盾:一个是人与自然之间的矛盾,其影响是直接的;另一个是人与人之间的矛盾,反映了人与自然矛盾背后更深层次的社会因素,其影响是间接的,但同样有着决定性意义。若仅考虑到人与自然的矛盾、人与自然生物之间的不平等性,却并未深入思考这种矛盾和不平等性后面的人与人、群体与群体之间的矛盾与不平等,仅强调第一对矛盾而忽视第二对矛盾,则只能使当前的不平等现状凝固化或扩大化。而在这种矛盾与

^① [美] 罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社,2002年,第37页。

不平等背后随之而来的利益失衡,将影响法律功能及社会的正常运行。因为凡事物的正常运行,全靠不同力量之间平衡状态的保持,倘若只有一种力量,则不是越轨,就是停滞;如有两种力量却不能保持平衡,则生混乱。对此,王伯琦先生在其《王伯琦法学论著集》中曾以瑞士一奇怪车子为例:“有人曾在瑞士看到一种奇怪的车子,前面驾了一匹马和一条牛,马腾和牛步,怎能配合得来呢?不过据说这辆车走得不快不慢,四平八稳,坐在里面,甚是舒服。这真是奇妙的设计,但其中的道理很简单,马腾太危险,牛步太滞缓,两种力量一调和,适得其中。吾国儒家执两用中的道理,被他们充分应用了。”^①而环境法的倾斜保护功能彰显就是基于环境利益保护失衡现状矫正的需求。

不过倾斜保护功能彰显不是最终目的,在此基础上增进利益才是环境法律功能进一步的目的,也是功能彰显生命力的根本保证。这里所要说明的其实是环境法功能的“保障性与发展性作用并重”的取向。保障性作用主要是通过倾斜保护,矫正环境利益保护失衡现状,解决处于弱势的“环境利益及相关的弱势群体(如农村、发展中国家)”在既有环境保护社会资源分配上的不利性、利益享有的低层次性、利益享有能力的贫困性与脆弱性等问题。发展性作用主要在于改善弱势利益及相关的弱势群体的利益享有能力,从而实现利益共同增进的目的。因此,如果说作为环境法功能进化之基点——彰显倾斜保护功能是基于正义价值的需要,则环境法功能的从利益限制到利益增进的进化,则是基于效率价值的需求。

从长远来看,正义价值的运行能诱发出好的作为和价值,创造出更多资源。因此,当正义价值做了相应的铺垫,则利益增进的需求及利益追求过程中“效率”的概念就自然衍生而出。“求平等而不失理性,求效率而不失人性”也许正是它们需要彼此的理由。这一思路也与党的十六届六中全会的关于“构建社会主义和谐社会”的主导精神非常吻合。一定程度上,十六届六中全会的召开及纲领性文件《《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》》的通过,反映了对“效率优先,兼顾公平”政策的改良与修正,表明了“矫正失衡利益,体现公

^① 王伯琦:《王伯琦法学论著集》,台湾三民书局,1999年,第223页。

平正义,实现公平与效率的互动”将是今后社会工作的重心。而和谐社会的“人民共同建设、共同享有”这一性质定位,则进一步充分阐述了“互助、共赢”是和谐社会发展的方向,而这也是和谐社会获得发展动力的保证。^①

从某种意义上言,法律是为医治社会存在的病态而产生的。而“下医医已病之病,是治病补救;中医医欲病之病,是保健;上医医未病之病,乃养生”。故本书通过“历史演变、现实检视、功能展望”的三维视角,思考环境法功能的“补救、保健、养生”三个层次的“治病”能力。因此,“在彰显倾斜保护功能基础上,深化利益增进功能,拓展互助共赢功能,实现生态文明中多元利益在和谐中的共生、共进、再生”,是本书从历史、现实及展望视角,对环境法功能进化路径的归纳。如果说,“倾斜保护功能的彰显,利益增进功能的深化”是基于进化层次的纵向思考,“拓展互助共赢功能”则是基于进化层次的横向思考。同时,如本杰明·N.卡多佐指出的,法律有如旅者,须为明日而准备。它必须具备成长的原则。因此,在历史、现状分析基础上展望环境法功能的发展趋势,将更有利于在“医欲病之病”与“医未病之病”层次上实现环境法功能的进化。只要人类生活还在继续,环境法功能的进化就会继续(附本书的主要研究思路,见图0-2)。

① 2006年10月8~11日,中国共产党在北京召开第十六届中央委员会第六次全体会议,会议通过六中全会公报,提出到2020年构建社会主义和谐社会九大目标和任务,通过了构建社会主义和谐社会的纲领性文件——《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,其中的表述:“我们要构建的社会主义和谐社会,是在中国特色社会主义道路上,中国共产党领导全体人民共同建设、共同享有的和谐社会。”——旗帜鲜明地明确了社会主义和谐社会的性质和定位,深刻揭示了构建社会主义和谐社会的领导核心、发展道路、实践主体和根本目的,在理论和实践上都具有重大指导意义。指出“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”是构建社会主义和谐社会的总要求。《决定》用8句话,系统阐明了构建社会主义和谐社会的指导思想,突出强调要“以解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题为重点”,进一步明确了构建社会主义和谐社会的价值取向和工作重点。

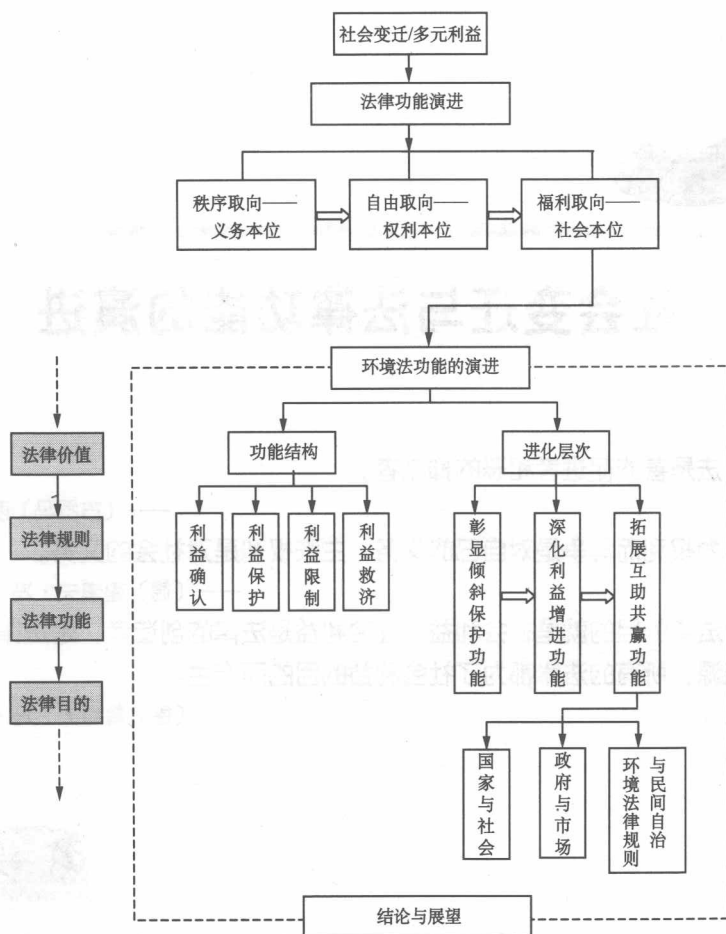


图 0-2 研究思路示意图

社会变迁与法律功能的演进

法是善的促进者和恶的抑制者。

——〔古罗马〕西塞罗

为权利而斗争是对自己的义务，主张权利是对社会的义务。

——〔德〕鲁道夫·冯·耶林

法律的目的就是社会利益，社会利益是法律的创造者，是法律的唯一根源，所有的法律都为了社会利益的目的而产生。

——〔德〕鲁道夫·冯·耶林

第一节

自律·他律·文明增进：社会变迁 对法律功能的需求

法律并非向壁虚构的产物，而是与运行于自律中的道德规范相因而成的。在任何人类社会，法律与道德规范的关系，无不重大而深远，我们的社会也不例外。从道德意识的倡导到最低限度法律规则的创设，

无不说明特定社会中现行道德观念与涉及权利与义务内容的法规之间相互的关系变化。任何社会,不论原始或复杂,必须要有规则,规范人们的家庭、社会和经济生活,因此承认“即使在形态最为简单的社会中,若干规则体系也有必要”似乎无可避免。尤其在当前的“陌生人”社会中,完备的法律体系及其功能的彰显将更加重要,否则极有可能在“没有秩序的社会”中否定社会本身,更何况法律还承担着维持、增进文明功能的要求。

一、自律到他律:法律对道德规范功能的弥补

1. 法律:徘徊于人性善恶之间的他律规则

“道德”^①一词,《礼记·曲礼篇》有云:“道德仁义,非礼不成。”郑玄注《周礼》云:“道,多才艺;德,能躬行。”可见,“道德”^②指人有才艺且能身体力行,在日常生活中有人伦秩序的观念而以礼节践行之。而荀子进一步指出:^③“夫民易一以道而不可与共故,故明君临之以势,道之以道,申之以命,章之以论,禁之以刑”;“顺人之情,必出于争夺,合于犯分乱理而归于暴。故必将有师法之化,礼义之道,然后出于辞让,合于文理,而归于治。”故而“起礼义,制法度”。显然,在荀子看来,法律与道理、礼义,都是维持社会秩序的必要工具。道德与

① 《辞海》下册(道德条),中华书局,1969年修订本第2版,第2860页。

② 也常有人将“道德”与“伦理”并列使用,或与“伦理”一词互用而不区分。“伦理”一词依《说文解字》解释:“伦字从人仑声,辈也;理字从玉,里声,治玉也”。伦指伦类条理,亦即指万事万物类属间错综序列的条理;理指治玉,借分析其理,得其精微妥适之意。进而孟荀将其引入人伦内涵,衍生出人类社会生活关系中,每人所依循的行为定则,即人际关系之秩序。如:《孟子·滕文公上》有曰:“圣人有忧之,使契为司徒,教以人伦:父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。”《荀子·解蔽篇》曰:“圣也者,尽伦者也。”《荀子·儒效篇》曰:“礼者,入主之所以为群臣寸、尺、寻、丈检式也。人伦尽矣。”故一定程度上,伦理与道德皆指人与人之间社会生活上相互对待的关系。不过“伦理”一词强调秩序的状态,是静态的(static),属知的层面;而“道德”一词是指人际往来的活动,强调人伦的力行,是动态的(dynamic),属做的层面。

③ 《正名》,转引自黄维幸:《法律与社会理论的批判》,时报文化出版企业有限公司,1991年,第273页。