

环境法的定位及其法典化

郑少华 王 慧

摘要 从历史维度看,环境法从有关环境保护的法迈向专门保护环境的法。在环境法的演进中,环境法因独立性存疑而倍受身份危机的困扰。环境法的危机源于其所调整的生态环境变化无常,这意味着环境法制必须具备较强的适应性;环境保护议程能够根据新的环境科学知识不断及时调整。从有效保护生态环境的角度看,环境法的定位应当从当下的实质法向未来的程序法转变,前者强调“向后看”——总结过去,后者突出“向前看”——面向未来。基于环境法的历史脉络及其合理定位,不难发现环境法法典化绝非易事,理性的环境法法典化应当以程序保障为中心而展开。

关键词 环境法法典 美国环境法 法律定位 实质法 程序法

作者郑少华,上海财经大学法学院教授(上海 200443);王慧,上海海事大学法学院副教授、上海财经大学博士后(上海 201306)。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)08-0129-13

引言

什么是环境法?这是一个看似简单但却争议不断的问题,从不同视角出发我们会发现不同的环境法。譬如,从文义视角看,环境法似乎可以包含一切与环境保护相关的法,如民法、行政法和刑法等法律规范;从法域视角看,环境法是兼有“社会法”和“生态法”的一种新法域;^①从组成内容视角看,环境法不仅涉及污染防治还涉及资源保护。^②本文所研究的环境法是狭义意义上的环境法,即主要出于环境保护目的而特意制定的法律规范,如《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国大气污染防治法》和《中华人民共和国水污染防治法》等,并不包含环境保护并不是其核心目标的法律规范,如《中华人民共和国侵权责任法》和《中华人民共和国刑法》等。

从环境法的立法数量来看,它在法学大家庭之首。它与一般法律(如宪法、行政法)和特别法律(如证券法、劳动法)有何区别?简言之,环境法到底有何特殊之处?在一国的法律体系中,环境法毫无疑问非常重要和独特。从法律规范对象角度来看,环境法所关注的主题是生态环境保护,它与人类命运和地球未来密切相关。从法律规范的功效角度来看,环境法不仅决定环境损害语境下的法律责任承担问题,而且旨在影响人类行为及其对地球造成的影响,^③旨在塑造或者改变一国公民的环境公共生活。^④这使得环境

^① 参见郑少华:《生态主义法哲学》,北京:法律出版社,2002年。

^② 参见黄锡生、史玉成:《中国环境法律体系的架构与完善》,《当代法学》2014年第1期;徐以祥:《论我国环境法律的体系化》,《现代法学》2019年第3期。

^③ Hilary C. Tompkins, "A Tribute to Environmental Law's Past, Present, and Future," *Georgetown Environmental Law Review*, Vol.30, No.3, 2018, p. 401.

^④ Jedediah Purdy, "American Natures: The Shape of Conflict in Environmental Law," *Harvard Environmental Law Review*, Vol.36, No.1, 2012, p. 170.

法有不同于其他法律部门的显著特征：公共性与公益性、科技性与专业性、综合性与国际性以及政策性与道德性。^①或许由于环境法如此复杂，环境法被视为“仅次于税法的被人们较恨的法律部门”^②，因为它的复杂性已成为一个非常折磨人的魔咒，^③同时也成为环境法研究者的“口头禅”和“摆脱尴尬的普遍性托词”。^④

在中国环境法典化运动较为积极的当下，从环境法历史演进维度探究其本来面目是一个值得认真对待的议题，如此才能正确对待环境法典化。环境法典化的倡导者认为：“法典化让环境法变得更简单、更易被公众了解。法典化可提高环境法对生态环境保护的驾驶能力。”^⑤然而，有学者指出环境法尽管发展迅速，但是它不是一个学科，因为它缺乏核心原则，没有统一的原则来组织各种法律、规定、案例和学说。^⑥有学者甚至指出学习和教授环境法时，人们将大量的实践花费到最终被证明无用的东西上，花费多年时间所学习的环境法知识根本不能成为交流语言，而是空洞的喋喋不休。^⑦这些言说或许言过其实，但是它一定程度上表明了环境法的不成熟。环境法典化如何直面环境法的不成熟？本文意欲从英美法系环境法演进的历史脉络，直面环境法所面临的危机，根据环境法调整对象的特性，通过环境法的实然来探讨环境法的应然，进而基于环境法的进化思考环境法典化的走向。

一、环境法的演进：从普通法到制定法

关于环境法的起源及其发展，学界有诸多解读，有学者认为环境法经历了古代环境法、经典环境法和现代环境法三个阶段。^⑧古代环境法是以侵权法为核心的环境法，经典环境法是以行政规制为特色的环境法，现代环境法是以环境地方自治为特征的环境法。有学者认为环境法的历史发展大致可以划分为四个阶段，每一代环境法有不同的特质：第一代环境法强调命令控制，强调个人权利损害与环境损害之间的关系；第二代环境法要求政府采取集体行动，将市场视为环境问题的根源；第三代环境法认为协商是解决环境问题的最好方法；第四代环境法强调环境治理中的相互关联性。^⑨虽然学者对环境法的历史发展做了不同的阶段划分，但是大家一致认为 1970 年之后，不断增加的公众压力使得环境法从一个非独立的法律领域变成一个发展迅速的法律领域，环境法的观念也从仅仅服务人类利益的人类中心主义转向强调非人类中心主义。

在环境法立法尚未成型的历史阶段，普通法是环境保护的重要法律手段，即借助普通法诉讼来实现环境保护目标，通过法院来对抗政治系统对环境保护所持有的消极态度。譬如，20 世纪 50 年代到 60 年代，当环境保护尚未成为重要的政治力量时，美国的律师通过普通法诉讼设法让法院觉得通过司法手段来保护环境是维持法治社会所需，让法院觉得行政机构有义务采取措施避免或者减缓不当的环境损害影响。在环境法的普通法阶段，法院确实扮演了极其重要的角色，法院为非政府组织等环境保护团体打开了通向环境诉讼的大门。美国的法院之所以如此积极，一是受到民权思想的影响，二是受到当时流行的法律过程学派的影响。但是，通过环境诉讼来保护环境存在一定的局限，因为环境诉讼的目的主要在于延迟不必要的项

① 李艳芳：《论生态文明建设与环境法的独立部门法地位》，《清华法学》2018 年第 5 期。

② William H. Rodgers, Jr., "The Environmental Laws of the 1970s: They Looked Good on Paper," *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol.12, No.1, 2011, p. 9.

③ Elizabeth Fisher, "Environmental Law as 'Hot' Law," *Journal of Environmental Law*, Vol.25, No.3, 2013, p. 348.

④ 理查德·拉撒路斯：《环境法的形成》，庄汉译，北京：中国社会科学出版社，2017 年，第 16 页。

⑤ 吕忠梅：《新时代环境法学研究思考》，《中国政法大学学报》2018 年第 4 期；吕忠梅：《环境法典编纂：实践需求与理论供给》，《甘肃社会科学》2020 年第 1 期。

⑥ David A. Westbrook, "Liberal Environmental Jurisprudence," *U.C. Davis Law Review*, Vol.27, No.3, 1994, p. 621.

⑦ Joseph L. Sax, "Environmental Law in the Law School: What We Teach and How We Feel about It?" *Environmental Law Reporter News & Analysis*, Vol.19, No. 6, 1989, p. 10251.

⑧ 汪劲：《论现代环境法的演变与形成》，《法学评论》1998 年第 5 期。

⑨ Craig Anthony Arnold, "Fourth-Generation Environmental Law: Intergrationist and Multimodal," *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 35, No.3, 2011, p. 775.

目和规制决策,使反对者有机会寻求政治支持,而不是为了在环境纠纷的是非曲直方面获得法院的终局裁决。^①而且,由于普通法环境诉讼主要救济已经发生的已有损害,无法预防未来的各种环境风险,导致它无法为人们提供事前的环境指引,而环境保护恰恰需要事前的风险评估和管理。因此,环境诉讼很大程度上是一种法律游击战运动,^②其保护环境的效果未能遂人所愿。

由于哈丁“公地悲剧”理论和卡森《寂静的春天》的影响,以及公众强烈的环境保护需求及其诱发的较为理想的政治环境憧憬,环境保护从以普通法为中心的私法救济向以制定法为中心的公法规制变迁。^③环境法从普通法向制定法的变迁,意味着环境法的范式发生了重大转变,它从关注个人向关注整体转移。基于普通法的环境法很大程度上以个人主义为基准,而基于制定法的环境法则以整体主义为基准。实践证明,当环境风险的时间跨度变得越来越长,以及环境风险不确定性变得越来越严重,通过环境制定法来保护环境的效果更佳。

环境制定法时代,环境保护主要采用基于权利保护的规制模式,^④环境权利被视为是一种重要的个人利益且优于其他利益,法律对此给予特别保护。在这种环境保护模式下,环境权利被认为具有不可通约性,诸如公众参与之类的公民环境权利必须严格保护,不得跟非环境利益进行平衡。^⑤受此影响,法院一旦发现存在违反环境权利的行为,便应当采取最有效的措施来保护相关权利,不管会给侵权人带来多大的成本。不过,环境保护的权利模式似乎越来越衰败,无法满足社会的实际需求,因为所有的环境决策都必须在个人权益和社会整体利益之间权衡:我们如果想保持抑或提高我们的生活条件,就必须接受环境污染和损害是我们生活中必须接受的部分,一定水平的环境污染是人们为了维持生活水准而必须承担的必要成本。因此,更加务实的问题是,人们应该控制多少污染,而不是如何完全剔除污染。理性的环境决策需要考虑决策的经济成本和收益、污染控制措施的技术可行性和合理性等问题,^⑥环境法相应需要对这些不同的利益进行平衡,并据此提供合理的法律救济措施和手段。如何合理地平衡各种冲突甚至严重对立的利益绝非易事,这直接导致环境法危机四起。

二、环境法的危机:彼得·潘、马法与流浪者

从环境保护的角度来看,环境法从普通法向制定法的变迁,一定程度上代表了环境法制的进步,因为相对于普通法侧重环境损害的事后救济,制定法可以对环境损害进行事前预防。但是,在环境法不断走向壮大的过程中,它一直伴随着此起彼伏的危机。比如,虽有学者认为作为最为复杂和专业的法律领域,环境法有自己独立的问题、学说和制度等。但是,更多的学者倾向于认为环境法的研究成果不太成熟,环境法犹如缺乏翻译服务的各种外交家的聚会。^⑦

学界将环境法的不成熟归结于三点。首先,环境法的智识较为松散(intellectual incoherence)。环境法作为一个较为特别的法律领域,经常出现概念杂乱的现象,缺乏一定的哲理依据,覆盖范围不断蔓延,以至于环境法研究成为肤浅的纵览。由于缺乏科学的学理框架作为指导,导致环境法的教学非常困难,如环境法老师和学生学习环境法时经常有一种挫败感。其次,环境法在法学研究中较为边缘,随着环保主义思潮对环境法支持的减弱,环境法的边缘化趋势将会加剧。再次,环境法研究本身挑战重重。环境问题的有效解决需要较强的跨科学知识背景,但是环境法研究者未必能够把握相关的科学知识。基于此,英国环境

① Dan Tarlock, "Is a Substantive, Non-Positivist United States Environmental Law Possible?" *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, Vol. 1, No. 1, 2012, p. 168.

② Dan Tarlock, "The Future of Environmental 'Rule of Law' Litigation and There Is One," *Pace Environmental Law Review*, Vol. 17, No. 2, 2000, p. 611.

③ J.B. Ruhl, James Salzman, "Climate Change Meets the Law of The Horse," *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 5, 2013, p. 966.

④ Bradley C. Karkkainen, "Environmental Lawyer in the Age of Collaboration," *Wisconsin Law Review*, Vol. 2002, No. 2, 2002, p. 556.

⑤ 李启家:《环境法领域利益冲突的识别与衡平》,《法学评论》2015年第6期。

⑥ 郑少华、王慧:《大数据时代环境法治的变革与挑战》,《华东政法大学学报》2020年第2期。

⑦ Elizabeth Fisher, Bettina Lange, Eloise Scotford, Cinnamon Carlarne, "Maturity and Methodology: Starting a Debate About Environmental Law Scholarship," *Journal of Environmental Law*, Vol. 21, No. 2, 2009, p. 231.

法学者将环境法形象地比喻为法学大家庭中的彼得·潘（Peter Pan）——一个永远长不大的学科。^①

无独有偶，环境法在美国遭遇类似的身份危机，有美国环境法学者将环境法视为无章可循的马法（law of the Horse）。^②言下之意，环境法虽然涉及大量的法律、法规和司法裁决，但是它无法形成一个连贯且独特的法律类型。在立法层面，美国国会虽然颁布了大量的环境法律，但是这些法律无法构成一个综合且统一的环境保护法体系。结果导致实践中环境法出现重叠，重复且冲突的环境规则导致相互冲突的环境保护义务。^③在司法层面，美国联邦最高法院从 1970 年开始至今审理了 100 多件环境案件，^④但是人们无法从这些案件中推导出一个统一且协调的环境法原则。更为吊诡的是，相关案件对行政法的发展所作出的贡献远远大于其对环境法原则发展所做的贡献，有学者因此认为环境法仅仅是环境语境下的行政法。^⑤

我国有学者将环境法形象比喻为流浪者^⑥，言外之意环境法游离于传统的法律部门体系外。^⑦一些学者甚至担忧环境法在我国法学家族中会成为边缘法学，有一天甚至可能会被传统的法学部门吸收。比如，我国环境法规数量虽蔚为壮观，但司法实践中法院很少援引环境法作为裁判依据，法官主要依据民法、民事诉讼法、行政诉讼法、刑法和刑事诉讼法等传统的部门法来裁决环境案件。^⑧

环境法之所以面临如此强烈的身份危机，与环境法的生成逻辑密切相关，环境法很大程度上是一种应对环境问题的危机应对法。危机应对法的好处是它有助于发现传统法律的问题所在，但是一旦问题被聚焦而成为大家关注的对象，那么它会逐渐成为传统法律的一个考量因素而不再成为独立的法律议题。所以，环境法的这种特性使其处于要么被同化、要么被边缘的宿命。^⑨为了防止环境法的边缘、同化甚至灭亡，环境法学者一直在身份危机压力下努力探寻这一法律部门的特殊性及其独立性。

环境法到底是一个独立的法律部门，或仅仅是有关环境主题的诸多法律的融合，这是一个兼具理论意义和实践价值的重大议题。一方面，环境法是否是独立的法律部门会影响环境法的研究，有助于改善我们认知环境法律如何运行并对其进行改进；^⑩另一方面，环境法是否是独立的法律部门会影响环境法的实践，因为法院需要统一的认识来指导其司法实践。如果将环境法视为一个独立的法律部门，有时甚至会产生良好的政治和经济功效。就政治功效而言，环境法的独立可以为环境政治服务：将环境政治合法化。就经济功效而言，组成一个新的法律领域比使用现行各种法律规范来解决问题更加有效。譬如，借助侵权法的学说及其制度来保护环境，或者使用侵权法和合同法的制度来解决环境健康问题，在实践中存在较大的障碍。相比之下，创设新的环境侵权责任法来解决环境侵权问题更加便利。

判断一个法律领域能否成为一个新的法律领域并最终成为独立法律部门，通常遵循如下逻辑。首先，识别什么是一个法律领域中关键的自然、社会、经济变量？其次，分析相关变量扭曲现行法的力度多大？最后，判断新的变量要求改变或剔除现行法律规范及其学理的欲望有多大？通常而言，当出现新的外力

① Elizabeth Fisher, Bettina Lange, Eloise Scotford, Cinnamon Carlarne, "Maturity and Methodology: Starting a Debate About Environmental Law Scholarship," *Journal of Environmental Law*, Vol. 21, No. 2, 2009, p. 214.

② 马法的最早提出者是美国伊思特布鲁克法官，See Easterbrook, Frank H., "Cyberspace and the Law of the Horse," *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1996, No. 1, 1996, p. 207.

③ Tracy Hester, Robert Percival, Irma Russell, Victor Flatt, Joel Mintz, "Restating Environmental Law," *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 40, No. 1, 2015, p. 7.

④ Dan Tarlock, "Why There Should Be No Restatement of Environmental Law," *Brooklyn Law Review*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 673.

⑤ Joseph L. Sax, "Environmental Law in the Law School: What We Teach and How We Feel about It?" *Environmental Law Reporter News & Analysis*, Vol. 19, No. 6, 1989, p. 10251.

⑥ 侯佳儒：《环境法兴起及其法学意义：三个隐喻》，《江海学刊》2009年第5期；侯佳儒：《反思“环境法革命”》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2009年第6期。

⑦ 胡静：《环境法本体论范畴研究》，《中国政法大学学报》2013年第1期。

⑧ 吕忠梅：《环境法回归路在何方？》，《清华法学》2018年第5期。

⑨ A. Dan Tarlock, "Is There A There There in Environmental Law?" *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol. 19, No. 2, 2004, p. 229.

⑩ See Todd S. Aagaard, "Environmental Law as A Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy," *Cornell Law Review*, Vol. 95, No. 2, 2010, pp. 221-282.

量,新的法律领域便可能出现。但是,新的问题也完全可以在旧的法律框架下解决,因为大多数的法律制度及其学理足够灵活来容纳新的社会问题。^①总体而言,判断一个法律领域能否成为新领域可依托四个要素:事实背景(factual context)、政策权衡(policy trade-offs)、价值利益(values and interests)和法律学说(legal doctrine)。^②环境法是否满足了一个新领域所要求的这四要素呢?从事实背景的角度来看,法官在判案时倾向于将环境问题视为附带性的事实背景(incidental factual context)而非全新的事实背景,^③环境保护问题仅仅是法院判案时需要考虑的诸多因素之一,而非决定性因素。从政策权衡的角度来看,环境政策权衡的对象不仅是经济发展和环境保护,环境保护与诸多社会利益相互之间存在张力,理性的环境法不能仅仅为了环境保护而忽视其他重要的社会利益。从价值利益的角度来看,环境资源的使用通常面临较大的价值冲突,这种价值冲突在不同的时空下会有不同的表现形式。^④从法律学说的角度来看,由于环境法涉及极其复杂的法律和政策问题,使得环境法追求的目标较多,但是过多的目标追求必然会使得各种重叠甚至冲突的学说层出不穷。^⑤综合这些要素来看,环境法想成为一个新的法律部门挑战重重,美国环境法重述的命运便是例证。

为了提供实现环境保护的最佳法律规范体系,解决环境法学说之间的冲突,提供清晰的环境保护法律路线图,美国环境法学界多年来积极尝试美国式的环境法法典化——环境法重述和环境法原则重述(Statements of Principles of Environmental Law)。该努力因遭到学者的强烈反对,后来改为在一些小的环境保护领域尝试环境法重述,其典型代表为环境评估项目(Project of Environmental Assessment)和环境执法和救济原则项目(Project on the Principles of Environmental Enforcement and Remedies)。^⑥不过,即便缩小了环境法重述的范围,环境法重述的努力也是无功而返。美国学界将环境法重述的失败大致归为如下几点。第一,环境法的复杂性使环境法难以重述。由于环境法概念本身难以界定,导致难以识别环境法的范围,因为许多法律与环境保护相关,如侵权法、财产法、对外关系法和冲突法等法律有环境保护的内容。环境法内容如此庞杂以至于环境法有较强的碎片化特性,加之大量的环境法律较为过时,使其根本不适合成为法律重述的对象。第二,环境法整体上缺乏令人信服的基本原则。法律重述的一个重要前提是相关法律已形成内容较为稳定的实体法(substantive law),以程序为核心的法律规则不适合作为法律重述的对象。但是,环境法往往体现了较强的程序法特性,因为环境法的政治和科学基础具有较强的动态性,环境法对此应当提供程序保障而非实质内容。第三,环境法重述会窒息环境法的发展。法律重述由于具有向后看的特性,使其难免有如下风险:环境法重述将不仅会承认现行的不利环境保护的法律,而且会阻碍将新的科学认知纳入到环境保护法实践中。作为环境问题及其风险的法律应对机制,环境法显然需要根据不断更新的环境科学知识及时进化,重述会窒息环境法不断重新思考和想象的能力。^⑦

三、环境法的根基:变化无常的生态环境及其法律要求

从环境法的历史发展来看,环境法证明其正当性和合法性主要基于两点,一是环境保护的伦理基础,二是环境保护的科学基础。环境伦理对环境法的发展影响深远,比如可持续发展理念、代际公平、代内公平和环境正义运动等均是环境伦理发展的产物,环境伦理为环境法提供了必要的正当性和合法性基础。但是,环境伦理越来越难以为环境法提供坚实的合法性基础,因为环境伦理本身存在诸多困惑。首先,人们

① J.B.Ruhl, James Salzman, "Climate Change Meets the Law of The Horse," *Duke Law Journal*, Vol. 62, No. 5, 2013, p. 987.

② Todd S. Aagaard, "Environmental Law as A Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy," *Cornell Law Review*, Vol. 95, No. 2, 2010, p. 236.

③ Richard J. Lazarus, Restoring "What's Environmental About Environmental Law in the Supreme Court," *UCLA Law Review*, Vol. 47, No. 3, 2000, p. 706.

④ T Todd S. Aagaard, "Environmental Law as A Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy," *Cornell Law Review*, Vol. 95, No. 2, 2010, p. 276.

⑤ 詹姆斯·萨尔兹曼:《在环境法教学中讲授政策机制的选择:5P'S》,王慧译,《西部法学评论》2014年第5期。

⑥ Tracy Hester, Robert Percival, Irma Russell, Victor Flatt, Joel Mintz, "Restating Environmental Law," *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 40, No. 1, 2015, p. 23.

⑦ Dan Tarlock, "Why There Should Be No Restatement of Environmental Law," *Brooklyn Law Review*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 679.

无法发展一个统一的环境伦理,法官能够以此进行判案。其次,环境伦理反对西方传统中的“是”(is)与“应当”(ought)二分法,旨在区别科学和道德。第三,环境伦理反对科学和非科学二分法。^①由于环境伦理日趋难为环境法正当性和合法性的根基,环境科学成为环境法合法性的重要根基,因为它被视为比环境伦理更加客观地描述了生态环境的现实。环境科学虽然相对于环境伦理而言可以为环境法的合法性提供强有力的基础,但是,环境科学知识的不断变化对环境法的合法性提出了挑战。

如前所述,环境法之所以被称为彼得·潘、马法与流浪者,是因为人们对人类和自然关系的认识仍然处于不断变化的过程中。^②虽然有关生态环境的自然科学知识不断发展,但是,人类日益发现“相对于复杂的自然生态风险而言,生态科学理性只能是一种具有有限性、相对性的理性认识”。^③言外之意,生态科学等自然科学无法对生态环境做出全面客观的科学描述,无法对人类影响生态环境的行为做出准确的评估。一方面,环境法所关照的自然环境极其广泛,包括生态环境、物质环境、社会环境、美学环境和经济环境等,它们各自的特性及其相互之间的关系到底如何,人类其相关知识的把握极其有限。^④另一方面,人类对待自然的观念一直在变化,^⑤自然最初被认为只要免遭人类干预便可得到最佳保护,这是典型的“生态平衡范式”;科学研究后来发现自然生态系统本身具有动态性,即便没有人类的干预行为生态系统也会变化,这是典型的“新生态学范式”。

人类有关自然及其自身关系的认识变化直接影响环境法的使命,在不同的生态环境科学认识范式下,环境法承载着不同的任务。在“生态平衡范式”下,按照生态环境的自然科学认知,保护生态环境的最佳方式是尽可能避免人类行为对生态环境造成干扰,因为“生态系统通常处于一种稳定的均衡中,一些特别参数(如特定种群规模的变化)的小小变化将得到一些负反馈的矫正,然后返回原初的平衡点,而这个平衡点是指在一定时间内物质和能量的输入和输出接近相等,结构和功能维持相对稳定的状态”^⑥。受“生态平衡范式”的影响,环境法的设计理念强调生态环境的静态保护,其目标是维持生态环境的原始状态。为了实现维持生态环境的原始状态,环境法创设了诸如环境影响评价之类的制度,试图将人类行为对生态环境原始状态的影响最小化。在“生态平衡范式”下,环境法只要按部就班按照生态学家的建议严格控制人类的各种干扰生态环境的行为似乎便能保证生态环境的平衡,进而实现生态环境的良好治理。

不过,从 20 世纪 90 年代开始,生态学家波特金提出革命性的新生态学范式,该范式认为生态平衡范式根本不符合生态环境的本来面目。按照“新生态学范式”,生态环境即便没有人的干扰也处在不断变化的状态中,人们必须承认自然环境处于非线性的动态变化状态中,人们难以从自然环境以往的发展趋势和当下的发展变化来预测其将来的变化。基于新生态学范式披露的生态环境现实,我们不难发现生态环境损害具有不可逆且非线性的特质,^⑦对此应当采取体现环境进化思想的环境适应性管理:环境保护需要基于不同情境(informed situation-based)进行判断,^⑧环境政策和法律需要随着环境科学的进化不断调适。新生态学范式的提出使人类陷入“现代生态学悲剧”:我们知道的环境风险信息越多,我们学到环境知识越多,我们越承认我们忽视环境问题更多,我们越无法确信到底应该保护哪种生态环境。^⑨在“新生态学范

① See A.Dan Tarlock, “Is There A There There in Environmental Law?,” *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol. 19, No. 2, 2004, pp. 213-254.

② 克劳斯·鲍斯曼:《只见树木,不见森林:环境法上的还原主义》,张宝译,《南京工业大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

③ 柯坚:《环境法的生态实践理性原理》,北京:中国社会科学出版社,2012年,第65页。

④ 约瑟夫·L.萨克斯:《变公共利益为公共权利——可适用于环境质量管理决策的法律策略》,王慧译,《环境经济》2016年第28期。

⑤ Jedediah Purdy, “American Natures: The Shape of Conflict in Environmental Law,” *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 36, No. 1, 2012, p. 169.

⑥ 汪再祥:《生态平衡是值得维护的吗?——新生态学兴起背景下对环境立法目的的反思》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2011年第5期。

⑦ J.B.Ruhl, “Thinking of Environmental Law as A Complex Adaptive System: How To Clean Up the Environment by Making A Mess of Environmental Law,” *Houston Law Review*, Vol. 34, No. 4, 1997, p. 936.

⑧ William H.Rodgers, JR, “Where Environmental Law and Biology Meet: Of Pandas’ Thumbs, Statutory Sleepers, and Effective Law,” *University of Colorado Law Review*, Vol. 65, No. 1, 1993, p. 74.

⑨ Peter Manus, “Our Environmental Rebels: An Average American Law Professor’s Perspective on Environmental Advocacy and the Law,” *New England Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2005, p. 499.

式”下，环境范畴的广泛性和自然观念的变动性，使得环境问题变得越来越复杂，生态环境决策往往需要在不确定背景下做出。在不确定的生态环境背景下，环境决策的作出具有较强的主观性，即不同的主体从不同视角和价值立场出发对同一环境问题的认知可能完全不同。如此一来，几乎无法确定生态环境问题的合理解决方案，因为似乎没有解决生态环境问题的对错答案。糟糕的是，由于解决生态环境问题的方法具有不可逆性，一旦错误便带来较高的成本和风险，^①这使得环境法成为在黑暗中摸索的艰难事业。相对于“生态平衡范式”而言，“新生态学范式”特别强调生态环境自然科学知识的不确定性——一切决定于未知之中。“新生态学范式”对环境法提出了前所未有的挑战，环境法如何在科学知识不确定这一事实背景下确保作出合理的环境决策呢？在“新生态学范式”下，环境法有没有能力凭借相应的法律制度有效协调人类和自然之间的关系？毫无疑问，建基于“生态平衡范式”的环境法律制度显然无力对此作出有效的回应。按照“新生态学范式”，传统环境法必须革新，需要用动态的维度看待生态环境保护，需要不断调整自己才能确保其成为有用的法律，即必须具备不断学习和改进的能力，^②如此才能确保环境具有解决问题的生命力。

由于生态环境本身变化无常，导致试图对其加以保护的环境法往往有“过时”和“无效”的挫败感，这一点在气候变化语境下体现得淋漓尽致。首先，虽然全球在遭遇变暖的结论已得到科学界的普遍认同，但是仍有不少科学家对此提出质疑，认为全球气候变化是毫无科学依据的推测。科学上的分歧使得环境法对气候变化无所适从，比如，国际社会难以就气候变化应对达成有效的协定。^③其次，气候变化不仅对人体健康、水资源分布、生态系统等带来直接的影响，而且会对工业、农业、人居环境以及社会产生间接的影响，法院面对如此复杂的问题时不知如何正确裁判权利义务之争。^④再次，气候变化对人类的影响并非整齐划一，比如气候变化对一些国家所造成的负面影响小于其带来的潜在收益，对一些国家带来的弊端却远远大于益处。可以说，气候变化是人类当下面临的最具挑战的环境问题，如何有效减缓和适应不确定的气候变化对人类所带来的巨大负面影响已成为考验人类智慧的试金石。^⑤

从应对气候变化角度来看，环境法面临前所未有的挑战。气候变化对人类带来的负面影响虽已成为共识，但是相关负面影响到底有多严重，现有的科学知识无法事前进行准确的判断。更为重要的是，气候变化及其负面影响并不出现线性关系，这意味当气候变化超过一定的临界点时，气候变化将给人类带来无法事前评估和事后应对的灾难。基于此，有效应对气候变化需要相应的适应性管理机制，根据气候变化最新科学知识不断调整环境管理体制。但是，传统环境法缺乏适应性管理的制度安排，强调事前预防在环境管理中的作用，不具备不断吸收气候变化的新科学知识，并将相关的新知识纳入到气候变化适应管理体制之中的能力。

环境法的终极目的是有效地保护环境，如何才能有效地保护环境有赖于我们正确认知环境的特性并相应地设计合理的法律制度。“现代生态学悲剧”诱发了“环境法的科学难题”，因为环境法的合法性及其政治力量很大程度上来自环境科学而非环境伦理，^⑥但是环境科学知识的不断变化及其不确定性对环境法治而言并非福音：环境法无法提供稳定性和可预测性。在新生态学范式下，环境保护的理想状态不是追求生态平衡，而是确保环境管理制度具备较强的适应性，环境法所设定的环境保护议程需要不断改变。一些环境问题或许没有我们想象中的那样严重，与此同时，我们却忽视了一些非常严重的环境问题，环境适应性管理有助于我们走出这种认知盲区。遗憾的是，现行的环境法并不具备这样的科学知识学习能力和法律制度更新能力。

① Holly Doremus, “Constitutive Law and Environmental Policy,” *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 22, No. 2, 2003, p. 332.

② Daniel A. Farber, “Environmental Protection as a Learning Experience,” *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 27, No. 3, 1994, p. 797.

③ 王慧：《气候变化谈判中的美国的立场：经济解释与正义批判》，《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

④ 王慧：《气候变化诉讼中的行政解释与司法审查》，《华东政法大学学报》2012年第2期。

⑤ 曹明德：《中国参与国际气候变化治理的法律立场与策略：以气候变化正义为视角》，《中国法学》2016年第1期。

⑥ See Dan Tarlock, “Environmental Law: Ethics or Science?” *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Vol. 7, No. 1, 1996, pp. 193-224.

四、环境法的实然：实质法及其局限

尽管新生态学指出自然生态处于非平衡状态，但是现行的环境法仍然是生态平衡范式的产物，体现了较强的形式法和实质法特性。所谓的形式法特性是指，环境法具有习俗性、法条主义和普适主义的特性。环境形式法的基本逻辑是将法律视为从生活世界中抽象出的规则，社会因素、经济因素和政治因素等不是“法律家本身”需要考虑的要素。^①不过，当社会发展使得社会关系越来越复杂时，环境形式法出现了危机：难以满足不断增多的社会需求。为了将环境形式法从危机中解救出来，强调目的至上的环境实质法（substantive law）应运而生。

环境实质法的出现以环境规制国为背景，体现了较强的环境管理行政性，强调通过环境公共行政来实现具体的环境保护目标。^②在环境实质法模式下，环境保护被视为是行政国应当承担的职责，立法者及相应的专家型行政机构是环境保护的中坚力量，体现了对专家型规制国（expert state）的信任。在环境实质法模式下，环境法是一个相对稳定和封闭的法律系统，^③强调命令控制型规制手段在环境法中的作用。^④然而，当环境问题变得越来越复杂，环境实质法逐渐暴露出其不足。

首先，环境实质法在实践中被弱化。环境法在实践中被弱化的一个重要标志是环境诉讼的没落，在环境执法中环境规制机构越来越重视合作执法的重要性，逐渐弱化诸如行政处罚之类的威慑性环境执法手段的使用。环境诉讼之所以逐渐没落，一方面因为法院对原告的资格限制越来越多导致环境诉讼越来越难的现实障碍，但更为重要的原因是环境规制机构希望通过司法救济之外的途径来解决环境问题，因为通过环境诉讼来解决环境污染问题的成本高且效果不佳，相比之下环境诉讼之外的环境问题解决更加有助于保护生态环境。在环境执法理念大变革的背景下，环境法随之弱化成为环境惩罚默认（penalty default）条款，环境诉讼成为重在诱导企业积极主动实施环境治理的核选项（nuclear option），^⑤借此来严厉惩戒企业环境违法情况并不多见。

其次，环境实质法的内部冲突越来越严重。当社会越来越复杂时也会出现越来越分化的现象，法律和政治系统随之会出现去中心化：规制者和被规制者之间无法形成科层制，^⑥这一点在环境保护领域尤为明显。当环境问题变得越来越复杂时，环境政策制定者会制定越来越多的环境规则，环境规则越多越容易导致环境法出现碎片化现象。而环境法的碎片化会导致环境规制存在诸多不足：强调污染后果优于生态条件，污染控制优于污染预防，基于技术的规制优于基于环境品质的规制，大污染源优于小污染源。^⑦导致环境法只是延缓而没有解决环境问题。环境规制的碎片化更是导致环境执法节节攀升，给企业带来较大的环境守法成本，无法有效调动企业守法的积极性和主动性。

再次，环境实质法的僵化越来越明显。环境法虽然取得了重大成就，但是面临层出不穷的新环境问题，环境法由于无法提供相应的解决方案而显得过于过时和僵化。环境实质法之所以在解决新问题时出现失灵，是因为它忽视了生态环境是复杂的适应性系统，^⑧适应性系统所需要的环境法应当是灵活的环境法而非僵化的环境法。由于实质环境法过于僵化，它的功能日益失调，无法适应不断变化的生态环境。面对僵化的实质环境法，除了主张革新环境法的范式，一些学者甚至主张用非环境法来保护环境是未来环境法治的发展方向。^⑨

① 图依布纳：《现代法中的实质要素和反思要素》，矫波译，《北大法律评论》1999年第2期。

② Eric W. Orts, "Reflexive Environmental Law," *Northwestern University Law Review*, Vol. 89, No. 4, p. 1255.

③ A. Dan Tarlock, "Is There A There There in Environmental Law?" *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol. 19, No. 2, 2004, p. 222.

④ Sanford E. Gaines, "Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development," *Buffalo Environmental Law Journal*, Vol. 10, Np. 1 & 2, 2003, p. 9.

⑤ Bradley C. Karkkainen, "Environmental Lawyer in the Age of Collaboration," *Wisconsin Law Review*, Vol. 2002, No. 2, 2002, p. 556.

⑥ Eric W. Orts, "Reflexive Environmental Law," *Northwestern University Law Review*, Vol. 89, No. 4, p. 1260.

⑦ Bradley C. Karkkainen, "Environmental Lawyer in the Age of Collaboration," *Wisconsin Law Review*, Vol. 2002, No. 2, 2002, p. 557.

⑧ Jan G. Laitos, Lauren Joseph Wolongevicz, "Why Environmental Law Fail," *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 39, No. 1, 2014, p. 1.

⑨ Todd S. Aagaard, "Environmental Law Outside the Canon," *Indiana Law Journal*, Vol. 89, No. 3, 2014, p. 1297.

当环境问题越来越严重且复杂时，相对静态的传统环境规则不断被复杂的环境问题挫败。^①环境法因此被视为法律界的奥匈帝国（Austro-Hungarian Empire），它虽然拥有庞大的体系，但是无法适应不断变化的环境。^②

五、环境法的应然：程序法及其保障

毫无疑问，从有效保护环境的角度来看，环境法需要偏离法律规则的历史传统：传统的法律强调规则的可预测性和稳定性，具有“向后看”——总结过去——的特征。而环境法需要“向前看”——面向未来——的特质，因为环境问题因科学不确定性而具有不断更新的动态性，否则环境法就会出现无法有效解决新问题的僵化风险。这意味着每个环境问题的解决方案都需要不断地进行评估和更新，环境法应当具备不断学习和更新的能力，如此才能确保其实现有效规制环境的目标。^③如何确保环境法具备不断学习和更新的能力？

环境法想要具备不断学习和更新的能力，它必须是一种反思性法（reflexive law），本身具有不断反思的能力。反思性法深受卢曼、哈贝马斯和托依布纳等提出的系统论的影响，强调社会系统内部的程序性以及系统之间的协调性。^④具体就环境法而言，环境法反思性法应当规定法律程序让受规制主体观察复杂的环境目标，而不是事前规定一个实质性的环境保护结果，那么环境法律的实施会达到最佳状态。环境反思性法看似弱化了实质环境法的强制性，将环境保护视为一场有关环境法律的民主实验，并将其视为解决环境问题的最佳途径。环境法的民主实验要求环境规制机构不断反省其应当发挥的作用，用环境自愿主义和自我规制等来替代规制机构过去所惯用的“自上而下”的强制性手段。^⑤

应当说，环境反思法为环境管理的参与者提供了不断学习的机会，并在这一进程中不断审视和更新自己的环境决策。在这一不断学习的过程中，公众对环境污染信息的了解越多，越有可能自觉地保护环境，环境觉悟也会随之不断提高。随着公众环境觉悟的不断提高，环境管理系统内部和系统之间可以进行更多的环境信息交流。如此看来，环境反思法有如下功效：一是改善这一系统生产环境知识的能力，二是激励这一系统基于新的信息不断革新。^⑥

环境反思法是一种带有自我批评的环境法，它强调环境法面对复杂环境问题时的局限性，认为最好的环境法律策略通常体现了因地制宜的特性。环境反思法是一种强调自我规制性的环境法，强调环境法律系统之外的社会系统及其制度的自我指涉能力，^⑦即强调环境法律改革之外的环境规制方法。环境反思法并不过分强调环境法的直接规制，而是更加关注环境法如何构建有效的程序来保护环境，认为环境法的角色重在为社会提供社会指南，为参与环境管理的各方主体提供游戏规则。各方主体借助这种程序可以不断进行自我思考，鼓励他们不断寻找新的方法来将环境损害最小化并将环境收益最大化。环境反思法之所以强调程序在环境治理中的角色，是因为环境科学知识要求环境法律系统必须不断更新，环境问题无法借助简单的科学或伦理原则来解决。更何况，所有的科学知识都建立在流沙之上，没有什么东西是确定的，也没有什么东西能够被证明。^⑧

环境反思法意味环境规制者需要根据不完备的信息来规制环境风险，根据不断变化的环境科学信息调整环境规制方案，环境决策程序应当体现与时俱进的动态性。美国在 20 世纪 70 年代到 80 年代制定的污

① Eric W. Orts, "Reflexive Environmental Law," *Northwestern University Law Review*, Vol. 89, No.4, p. 1229.

② A. Dan Tarlock, "Environmental Law: Then and Now," *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 32, No.1, 2010, p. 3.

③ Daniel A. Farber, "Environmental Protection as a Learning Experience," *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 27, No. 3, 1994, p. 791.

④ Sanford E. Gaines, "Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development," *Buffalo Environmental Law Journal*, Vol. 10, No. 1 & 2, 2003, p. 4.

⑤ Michael C. Dorf & Charles F. Sable, "A Constitution of Democratic Experimentalism," *Columbia Law Review*, Vol. 98, No. 2, 1998, p. 267.

⑥ Sanford E. Gaines, "Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development," *Buffalo Environmental Law Journal*, Vol. 10, No. 1 & 2, 2003, p. 22.

⑦ Eric W. Orts, "Reflexive Environmental Law," *Northwestern University Law Review*, Vol. 89, No. 4, p. 1231.

⑧ 安东尼·吉登斯，《现代性的后果》，田禾译，南京：译林出版社，2000年，第35页。

染控制法和生物多样性保护法是反思性环境法的典型，它为环境保护决策的制定规定了详细的程序，却对影响环境的个人行为 and 公共行为并未规定太多实质性限制，美国环境程序法（NEPA）和环境信息法（TRI）皆是如此。^①当环境法以决策程序为重时，意味环境决策的作出通常基于各种可反驳的原则而非严格的规则，环境规制者无法控制环境决策的结果和方向，环境决策充满了诸多需要经过不断监测和实验才能加以验证的假设。

环境法以程序为重虽然可以避免将人们锁定在不变且失调的环境决策之中，但是程序性环境法也有不可否认的弱点。首先，强调程序意味着环境决策的可预见性减弱，这与法律所追求和强调的稳定性背离。其次，环境法的合法性容易被质疑，环境法容易因政治压力而被边缘化。所以，环境法在强调程序来实现环境适应性管理的同时，也不能忽视环境法的稳定性和预见性的意义。环境法的理想状态是两者实现平衡，挑战是两者之间如何才能实现有效的平衡？

第一，程序环境法应当遵循一定的原则。^②首先，实施影响生态环境的行为之前尽可能将结果的不确定性最小化。其次，环境风险可以成为临时禁止某一行为的理由，但是应当注重适应性管理的作用。再次，只有实施各种备选方案后，环境损害仍无法避免时，环境损害才是可以接受的方案。人类面临的现实问题是，由于人类需要发展，人类社会没有自我毁灭（self-destruct）的义务，零环境损害原则几乎不大可能。最后，环境污染制造者有义务不断升级污染削减和治理技术。

第二，程序环境法应当配置合理的制度。首先，应当加强政府部门内部和政府部门之间的协作，以及政府部门与私人之间的协作，后一种协作已成为环境法典型的特质。^③其次，环境制度的设计应当形式遵守功能（form follows function），^④即环境法制度可以根据环境政策目标的需要不断调整。再次，环境制度应当鼓励采用适应性环境管理程序，借此不断生产新的环境信息并将其纳入到随后的环境决策中，这要求环境信息收集和流通制度应当健全。最后，进一步健全公众环境参与机制，公众参与不仅有助于改善环境决策的品质。而且让公众扮演环境决策监督者的角色，有助于确保环境决策的作出更加负责。

不可否认，程序性环境法作为一种新的环境法模式，面临一些不可忽视的现实障碍。首先，环境协作治理绝非易事，因为不同政府部门基于环境媒介分配责任的过程极其复杂，不同的部门有不同的法律定位、部门文化和工作重心安排。其次，行政机构通常比较抵制环境协作治理，不愿进行环境信息分享。再次，决策责任机制不明朗。协作治理下的权利界限和责任划分不透明，有违传统法治原则（Rule of Law as a Law of rules）的嫌疑。^⑤

由于生态系统的动态性和复杂性，环境法必须不断变革才能有效解决相关的利益冲突，环境法因此必须是庞德笔下的“社会工程”（social engineering）：具有不断进化的特质。^⑥不断进化的环境法显然需要以程序为重，落实杜威倡导的参与民主哲学：法律应该是集体学习过程而不是权力的分配和平衡。^⑦只有如此，环境法更加有望成为有用的环境法。

六、环境法的法典化：是否可能？

受部门法法典化传统的影响，当环境法逐渐发展成相对独立的法律部门并拥有相对充足的话语权后，一些大陆法系国家从 20 世纪 80 年代末开始尝试对环境法进行法典化，^⑧其典型代表是瑞典、法国和意大利。

① 谭冰霖：《环境规制的反身法路向》，《中外法学》2016 年第 6 期；谭冰霖：《论第三代环境规制》，《现代法学》2018 年第 1 期。

② A. Dan Tarlock, "Is There A There There in Environmental Law?" *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol. 19, No. 2, 2004, p. 248.

③ Dan Tarlock, "Why There Should Be No Restatement of Environmental Law," *Brooklyn Law Review*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 675.

④ Jody Freeman, Daniel A. Farber, "Modular Environmental Regulation," *Duke Law Journal*, Vol. 54, No. 4, 2005, p. 798.

⑤ Bradley C. Karkkainen, "Environmental Lawyer in the Age of Collaboration," *Wisconsin Law Review*, Vol. 2002, No. 2, 2002, p. 569.

⑥ A. Dan Tarlock, "Is There A There There in Environmental Law?" *Journal of Land Use & Environmental Law*, Vol. 19, No. 2, 2004, p. 233.

⑦ William H. Simon, "Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism," *William and Mary Law Review*, Vol. 46, No. 1, 2004, p. 173.

⑧ 邓海峰、俞黎芳：《环境法法典化的内在逻辑基础》，《中国人民大学学报》2019 年第 2 期。

利^①。环境法法典化运动之所以出现于一些大陆法系国家，是因为在这些国家法典化往往是部门法发展到一定阶段所追求的重要目标，似乎以此作为判断某一部门法是否成熟的标志。从欧洲一些国家环境法法典化的实践来看，相对其较为成功的民法典编纂，环境法法典化之路异常艰难，甚至出现以德国为代表的失败范例。^②德国是大陆法系国家中法典化技术较为成熟的国家，其环境法法典化的失败一定程度上说明环境法法典化绝非易事。环境法法典化的基本目标是建构一个符合形式法治要求的规范体系，这一体系应当符合一般性、清晰性、稳定性、一致性和协调性。^③但是，从欧洲国家环境法法典化的历史进程来看，以及英美环境法的演化历程来看，^④环境法法典化似乎是不可能完成的事业，似乎不应该是环境法的追求目标，原因如下：

第一，环境法法典化的概念基础不够明晰。任何法律的法典化必须以明确的概念为基础，但环境法主要由模糊的、充满自由裁量的概念构成。^⑤譬如，环境法概念本身一直处于难以界定的困境之中，因为环境法是两个较为迷惑人的概念的融合，环境和法两者都是非常广泛的概念，按照一般的字面理解，环境法似乎包含与空气、水和土地等环境要素相关的所有法律，既有以环境制定法形式出现的环境成文法，也有种类繁多的环境习惯法。^⑥而环境法法典化所指向的环境法势必不是广义意义上的环境法，因为环境法法典化无力承担此一重任。但是，过于削足适履限缩环境法的范围来满足环境法法典化的需要，势必使得环境法人为地忽略了一些重要的环境议题，环境法法典化的社会意义会大打折扣。

第二，环境法法典化追求的稳定性不符合生态环境的特性。环境法法典化旨在将数目繁多的环境法规范融为一体，在形式上和内容上实现环境法的体系化和稳定性。但是，由于生态环境问题极其复杂，相关的道德觉悟和科学认知不断进化，时空观念的改变使得环境法的稳定性难以维持。^⑦环境法的实践总是不断受到关于这些实践本身的新认识的检验和改造，从而在结构上不断改变着自己的特征。^⑧这意味着环境法中的规制者和被规制对象需要反思性程序，需要不断评估现有的知识体系和制度能力。加之，理性的环境保护决策需要综合考虑经济因素、社会因素和生态系统，这意味着环境法必须具备动态适应能力，如此才能确保环境法不会出现僵化。环境法法典化所强调的形式稳定与生态环境保护实践所需要的动态调整显然存在潜在的冲突，僵化的环境法法典不但对环境保护无益反而有害。

第三，环境法法典化缺乏共识的环境法原则。环境法虽然影响了行政法、侵权法和财产法等众多法律，但是，如果总结作为环境法核心的环境案件、环境法律和环境行政规章，我们难以将它们简化成一个独立的基本原则，更不要说将它们变成可以用来解决问题的规则。之所以难以界定环境法的实体法原则，是因为环境保护经常处于利益冲突之中：在各种利益和价值之间进行博弈。即便是那些出现频率较高的环

① 参见李挚萍：《可持续发展原则基石上的环境法法典化——瑞典〈环境法典〉评析》，《学术研究》2006年第12期；彭峰：《法典化的迷思——法国环境法之考察》，上海：上海社会科学院出版社，2010年；李艳芳、田时雨：《比较视野中的我国环境法法典化》，《中国人民大学学报》2019年第2期。

② 夏凌：《德国环境法的法典化及其新发展》，《甘肃政法学院学报》2010年第2期。

③ 曹伟：《论环境法法典化的方法论自觉》，《中国人民大学学报》2019年第2期。

④ 对此，读者或有疑惑：大陆法系的法律渊源与英美法系的法律渊源存在较大差异，英美法系的环境法立法经验是否适用于中国的环境法法典化？第一，现代环境法很大程度上是英美环境法的产物，英美环境法的历史演进大致呈现了环境法的过去、当下与未来，对其进行系统研究有助于我们深入认识环境法。第二，虽然英美法系和大陆法系的法律规范表现形式存有差异，前者以判例为中心，后者以制定法为中心，但是，环境法在英美法系下主要以制定法呈现。譬如，美国立法机构制定了大量的环境法，制定法是美国环境法的核心。参见理查德·拉扎勒斯：《十字路口的环境法：回顾过去的25年 展望未来的25年》，王慧译，《西部法学评论》2015年第6期。第三，我国的环境法立法大量借鉴了美国的环境法，不仅包括立法模式的借鉴，也包括立法内容的吸收。参见王慧编译：《美国环境法的改革：规制效率与有效执行》，北京：法律出版社，2016年。第四，美国环境法学界近年也积极推动美国环境法的法典化——环境法重述和环境法原则重述，其动机与我国环境法法典化极其相似——将环境法从复杂中解放出来。

⑤ Bruce Pardy, "In Search of the Holy Grail of Environmental Law: A Rule to Solve the Problem," *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, Vol. 1, No. 1, 2005, p. 29.

⑥ 比如，环境法和资源法存在密切关联，参见邓海峰：《环境法与自然资源法关系新探》，《清华法学》2018年第5期；马骥聪：《关于环境法、自然资源法和国土法的思考》，《法学研究》1989年第6期。

⑦ 理查德·拉撒勒斯：《环境法的形成》，第220页。

⑧ 安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，第34页。

境法原则也存在诸多局限。一方面,环境法基本原则在环境立法中没有取得应有的地位,它们更多类似于环境保护的理想宣言。另一方面,环境法原则无法界定具体的案件结果,因为原则本身无力独立解决环境保护这种复杂的社会问题,它只是将证明破坏正当性的负担从反对者那里转移到支持者那里而已。在缺乏共识性的环境法原则的背景下,环境法法典化的社会价值似乎较小。

第四,环境法法典化的知识储备不够。从知识储备的角度来看,生态环境保护不仅需要自然科学提供有关生态环境的科学认知,而且需要社会科学提供有关生态环境的规范体系,两者良好互动是确保生态环境有效治理的基础。从环境法法典化的知识储备需求来看,环境法法典化需要法学各学科甚至法学与非法学之间的协作,^①如此才有可能使得环境法法典化较为客观反映生态系统高度复杂且与社会紧密关联的事实。不过,从域外环境法法典化运动的失败经验来看,人类现有的有关生态环境的自然科学知识和社会科学知识还不足以支撑环境法法典化。

第五,环境法法典化会加剧环境法危机。环境法一直面临存亡危机^②,因为它通常被认为缺乏内在的规则体系、缺乏必要的宪法基础、^③过于僵化且正有被同化的苗头,环境法有向“环境+法”方向的发展趋势。环境法法典化的最大功效或许在于能够实现环境法的统一性和体系性,有望克服各单行环境法因缺乏沟通而出现的碎片化现象,^④如此看来环境法法典化似乎有化解环境法危机的功效。毫无疑问,环境法法典借助体系化无疑有助于环境法实现稳定性,进而有效对抗政治反对者对环境法进行打击。不过,环境法法典化在追求环境法统一性和体系性之时,有僵化环境法的弊端。

如上所述,从欧陆国家环境法法典化的立法经验,以及英美环境法的历史演进来看,环境法法典化看似遥不可及。虽然环境法法典化在国外整体上不是主流,但是各国国情不同,环境法法典化在我国或许如一些学者所言既必要又可行。^⑤但是,诸多问题依然是影响中国环境法立法走向法典化时代的障碍,^⑥这种看法更为务实。首先,复杂生态环境与重大社会转型的叠加使得环境法法典化更加不易。如前所述,生态环境的复杂动态性极易使得环境法法典出现僵化。加之,我国社会发展仍处在历史转型期,这意味生态环境治理应当采用适应性管理方法,适应性管理所凸显的动态性与环境法法典化所强调的稳定性存在冲突。比如,为了整治村庄环境,国家曾出台政策鼓励农民拆除猪圈,但是后来因猪疫情又号召农民养猪,先后相差不过两三年。政策变动期间的经济损失不可小视,如果国家有关养猪环保政策较为灵活,或许这些损失可以避免。其次,我国环境法学研究似乎无力支撑环境法法典化。我国的环境法治起步于 1979 年《中华人民共和国环境保护法(试行)》的颁布,环境法学研究相应有四十年发展。^⑦不过,从我国环境法学的现状来看,研究队伍和研究成果还有很大的提升空间,能否对环境法法典化提供有效的保障有待检验。当然,环境法是否法典化未必是理性的产物,我国未来如果选择环境法法典化之路,环境法法典化应当坚持如下方向:

首先,生态环境的科学特性决定了环境法必须具备动态性和适应性,如此才能在无限的不确定中找到希望,这由环境问题的复杂性与生态系统的牵连性使然。^⑧基于此,环境法应当是一个注重程序保护的程序法而不应当是强调具体规则的实体法。在现有的环境法学研究水平上,学界制定一个“涵盖污染防治、生态保护、资源保护等主要方面,囊括法律责任规范和程序性规范”^⑨的环境法典似乎不太现实。我

① 汪劲:《环境法学的中国现象:由来与前程》,《清华法学》2018年第5期。

② 王明远:《“环境法学的危机与出路:从浅层环境法学到深层环境法学”研讨会纪要》,《清华法治论衡》2014年第3期。

③ 一个法律如果缺乏宪法基础容易受到同化和边缘化的影响,难以对抗公共政策不利影响。

④ 环境法的碎片化的特征:第一,不同环境媒介之间的碎片化;第二,横跨时空的碎片化;第三,机制的碎片化。

⑤ 王灿发、陈世寅:《中国环境法法典化的证成与构想》,《中国人民大学学报》2019年第2期;何江:《为什么环境法需要法典化——基于法律复杂理论的证成》,《法制与社会发展》2019年第5期。

⑥ 党庶枫、郭武:《中国环境立法法典化的模式选择》,《甘肃社会科学》2019年第1期。

⑦ 郑少华、王慧:《中国环境法治四十年:法律文本、法律实施与未来走向》,《法学》2018年第11期。

⑧ 邓海峰、俞黎芳:《环境法法典化的内在逻辑基础》,《中国人民大学学报》2019年第2期。

⑨ 王灿发、陈世寅:《中国环境法法典化的证成与构想》,《中国人民大学学报》2019年第2期。

国如果将来进行环境法法典化应该坚持程序主导的原则，否则环境法法典化可能面临从其诞生之日起就过时的尴尬。

其次，鉴于环境法的不成熟，我国环境法法典化应该采用汇编式法典化模式。^①虽然学界较多倡导环境法典的“适度化”模式，即鉴于法典编纂的灵活性和适应性，环境法典可以随着环境法的不断成熟，渐进式地提升法典化的程度。^②但是，从大陆法系和英美法系环境法的历史发展来看，汇编式法典化模式更为可取。事实上，拥有法典化传统的欧洲国家放弃或回避追寻实质性环境法典编纂方式，而将形式法典化作为首选。^③需要强调的是，汇编式法典化模式同样应当围绕环境程序法展开，否则它的实践价值也不会很大。

再次，重视环境司法的力量。鉴于问题的复杂性，法院应当在环境资源的管理中扮演重要的角色，法官有助于环境法律系统能够适应不断变化的生态环境，法院较为开放的司法程序便于考虑不断变化的环境、社会和经济条件。在我国环境法条文较为完备，但实施效果不佳的背景下，环境法法典化应当激活环境司法的功效。

结语

环境法是法律大家庭中最复杂的法律部门。一方面，环境法中的人类出现严重的人格分裂——主张环境保护的同时破坏生态环境，由于保护和破坏环境都服务于人类生存，两者似乎都具有正当性，环境法如何有效解决人类的人格分裂并非易事。另一方面，环境法要保护的生态环境变幻莫测，这使得环境法根本无法事前对生态环境保护作出准确的制度安排，环境法相应需要“摸着石头过河”的制度安排。虽说环境问题的复杂性不是决定法典化成败的重要要素，但是解决复杂环境问题的能力却直接关系环境法典化的成败。从国外环境法的发展及其成败经验来看，人们解决复杂环境问题的能力还有待提高。在这种背景下，环境法法典化看似遥不可及。如果将法典化作为我国环境法的发展方向，应坚持程序优先的原则。

（本文为研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项项目（18VSI040）“改革生态环境监管体制重大法律问题研究”的阶段性成果；亦受到台达环境法教育计划基金资助）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

Environmental Code: Its Positioning and Codification

ZHENG Shaohua, WANG Hui

Abstract: In the dimension of history, environmental protection law has developed from the laws concerning protecting environment to the special law of environmental protection. In this process, it has been beset by an identity crisis doubting its independence. The crisis originated from the ever-changing ecological environment, of which it tried to control, which means that the law-making must be strongly adjustable, and the process of protecting environment could timely adjusted to the new ecological knowledge. In order to be effective, the positioning of environmental law must be transformed from the present substantive law to the future procedural law. The former emphasizes “looking back” to sum up the past experience, while the latter suggests “looking forward” to face with the future. Based on the historical line and the reasonable positioning of the environmental protection law, it is easy to find that the codification of environmental law is uneasy, and a rational codification should be developed with procedure guarantee as its center.

Key words: environmental code, Environmental Protection Law of the United States, legal positioning, substantive law, procedure law

① 汪劲：《环境法的法典化——迷思与解惑》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2010年第3期。

② 刘长兴：《论环境法法典化的边界》，《甘肃社会科学》2020年第1期。

③ 邓海峰、俞黎芳：《环境法法典化的内在逻辑基础》，《中国人民大学学报》2019年第2期。