

环境法律观检讨

巩 固^{*}

内容提要：当前环境法学表象繁荣的背后隐藏着专业性不强的危机，其根源在于较为落后的法律观。在一些环境法理论中作为言说基础和前提预设的“法”与作为现代法治基础的“法”存在较大差异，具体表现为法律道德主义色彩浓厚、与科学规律界限不明、主体性缺失、孤立立法、与传统法的关系失当五个方面。法律观偏失的环境法学研究在实践中只起到思想启蒙的作用，无助于环境法治的实现。要想获得理论提升和实践突破，环境法学必须对自己的核心任务和研究范围作出准确定位，牢牢把握法的本质特征，加强本土化研究，尊重现行法，采取现实主义思维，实现向法学的回归。

关键词：环境法 环境法学 环境法治 法学方法

引言：缘何不像法学

环境法学三十年来取得了巨大发展，各种著述数量之众、范围之广、内容之丰无不昭示着这一学科的欣欣向荣。^{〔1〕}但尽管表象一片繁荣，环境法学的内在质量仍有待提高也是一个不争的事实。其中，不像法学、法律味不浓是突出问题。这既体现为一些成果充斥对各类（科学的、伦理的、社会的）环保知识的介绍，却缺乏或者很少法律分析，又体现为一些成果虽然是在分析法律，但方法和结论却离“法”甚远，既不被传统法学所接受，也难为法治实践提供有效指导。可以说，当前一些环境法学著述虽有“法学”之名，但实质不过为各种环保方案的综合。这也导致环境法学研究“墙内开花墙外香”的有趣现象——成果更多地发表在非法学领域，^{〔2〕}真正为法学同行所认可、对法治实践产生影响力的理论甚少。

在环境问题越来越普遍、广泛、深入地渗入社会生活的各个方面，环保已成为政治、经济、宗教、伦理、教育等各领域普遍分享并常常激烈争议的常规性议题的现代社会，环境法发挥区别于其他社会调整机制的独特功能，以明确、具体、可操作的方式制度化地解决问题的社会需要愈

* 浙江工商大学法学院副教授。

〔1〕 参见王小钢：《中国环境法学 30 年发展历程和经验》，《当代法学》2009 年第 1 期。

〔2〕 学者对 1998—2003 年间发表的环境法学论文的实证分析显示，发表在法学核心期刊的只有 43.09%，而相对较多刊登环境法学论文的少数法学刊物也是因为该学术刊物的主管单位、主编或责任编辑等与环境法学有一定渊源关系。参见汪劲：《中国环境法学的现状与问题——对 1998～2003 年中国环境法研究状况的调查报告》，《法律科学》2005 年第 4 期。

加迫切。而如果“不像法学”的问题得不到解决,环境法学就难以走出学科初创期的杂糅困境,难以获得真正意义上的发展,更重要的是难以应对丰富和迫切的环境法治实践,^{〔3〕}履行自己作为一种法学理论的“本分”。

出现这样的状况,原因当然是多方面的。曾有学者从实证角度分析了环境法学研究中的主要问题,^{〔4〕}具有积极意义,但欠缺学理层面的分析,没有提炼出有概括力的理论命题。笔者认为,从学理角度来看,当前环境法学研究的根本问题在于研究者法律观——即对法之本质的认识——的错位。质言之,由于环境法的综合性和跨学科特征,研究者往往把主要精力用于对环境原理、生态规律、人与自然关系等环境问题的认知,忽略了对所言说之法本身的精准定位。为一些理论所预设的“法”,乃是一种前现代的、宽泛的“法则”意义上的法。由此出发进行的探讨,虽然名义上为法律分析,实质上常沦为对如何保护环境的道德呼吁或意见表达,难以“无缝对接”于已充分现代化了的法治实践;其分析和论证也因与已形成一套独特话语体系和思维模式的“正统”法学距离较远而遭拒斥,出现不像法学的尴尬。

事实上,当前环境法学界出现的兼收并蓄、百家争鸣式的繁荣,一方面固然有学科新兴性、综合性、交叉性的因素,并体现了这一学科的开放性,但另一方面,也是因为没有对法本质的统一认识和精确把握,欠缺共同的理论基础和前提预设,各人往往只是从自己所遐想的“理想图景”出发进行言说。也正因为此,各种环境法学理论之间无论视角、层次、哲学立场、核心范畴、基本原理还是具体方案往往差距甚大,虽然常有争议却缺少真正的理论交锋,理论争鸣常沦为各说各话,统一共识难以达成。这种状况,如任其发展,不利于学术成长,更不利于其完成推进环境法治、加强环境保护的历史使命。

为了更具体地说明这一问题,下文拟从与“法律观”密切相关的五方面问题入手进行探讨。当然,如同任何总体性研究一样,这里讨论的问题只是对学界较普遍情形的一种粗略概括,绝不意味着所有的研究都如此。

一、泛道德化:法与道德的模糊

作为社会规范之一种,法经历了漫长的演变过程,其内涵、外延、运作方式及在社会控制中的角色和功能也在不断变化。在人类社会早期,法与宗教、道德浑然一体,^{〔5〕}后渐次分离。有学者因此将法分为混沌法、道德法、独立法三种历史类型。^{〔6〕}西方学者也有习惯法、官僚法、法律秩序(或称“法治法”)等划分,^{〔7〕}虽然角度不同但大致对应。就其本质而言,不同类型法律都是特定社会生活的产物,并不具有先进与落后的当然区别。但现代法治意义上的法只能建立在与宗教、道德相对独立的现代法之上,却是一个不争的事实。“肇始于近代西方的法治进程以宗教、道德和法律的相互分离为重要标识,这种分离使得法律上升为独立的、国家的权威性规范

〔3〕 此处所谓环境法治,指通过法律来制度化地解决环境纠纷,平衡环境利益,推动环境保护。这里的“法治”是动态意义上的,包括法律从制定到实施的全过程;是整体意义上的,包括有形的法律制度及指导这些制度运作的思想、观念、逻辑。

〔4〕 参见前引〔2〕,汪劲文。

〔5〕 “在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的产品生产、分配和交换用一个共同规则约束起来,借以使个人服从生产和交换的共同条件。这个规则首先表现为习惯,不久便成了法律。”《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第211页。

〔6〕 参见胡旭晟:《法的道德历程——法律史的伦理解释(论纲)》,法律出版社2006年版,第7页以下。

〔7〕 参见〔美〕R·M·昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章译,译林出版社2001年版,第45页以下。

体系，而道德和宗教降为一种社会调解手段。”〔8〕可以说，与道德、宗教相分离，获得形式上的独立并以自身特有逻辑运作是现代法的根本特征，也是法治的必要条件。而清楚区分与道德的界限，以法律思维（而非道德思维）认识和分析问题，则成为法学的基本要求。

对于这些可谓现代法学常识的内容，在抽象层面人们没有异议。但一旦涉及具体问题，尤其在面对一些被认为对传统秩序构成重大挑战的新兴事物时，研究者常会无意中突破法与道德的界限，在德与法不分的混沌层面谈论和分析，出现法学研究的“泛道德化”现象。这一点在环境法研究中较为突出，其典型理论是以西方“非人类中心主义”环境伦理学为基础的各种环境伦理法学。这一理论深受西方环境伦理学影响，认为环境问题根源于只考虑人类利益而忽略自然的利益（或价值、权利）的传统伦理观。只有建立一种以生态为中心的、体现自然的内在价值（或固有权利）的新型环境伦理才能走出困境，而环境法必须体现这种“先进”伦理并通过制度建设确保这一伦理实现。由此出发，论者运用环境伦理学对传统法秩序进行批判，并提出非人类中心主义法律观、生态价值立法目的论、自然体权利论、调整论等一系列“创新”主张。〔9〕

应该说，环境伦理学对反思传统伦理、丰富对自然的认识、提高环境行为的谨慎度具有积极意义。但作为一种着眼于抽象价值、以内心反省为主要功能、极具主观色彩的批判性学术思潮，其与以明确文字表述、具有普遍强制性、直接影响社会主体利益的法律距离甚远，并不具有直接适用性。而各种环境伦理法学却往往不考虑德法之别，只是机械地把环境伦理学的道德话语照搬到法学之中，从所谓生态视角出发进行抽象的哲理思辨，导致与传统法理的格格不入。如把伦理学中涵义模糊的、价值论层面的“自然权利”等同于法律权利呼吁立法，不顾作为立法者的“人”无法进行“非人”思考这一客观事实而呼吁所谓非人类中心主义立法，以及不顾法的社会实践本质而主张“直接调整”人与自然的关系等。这些理论不仅有异于传统法律话语，而且在根本上挑战了传统法秩序的底线，造成概念歧义、理论混乱，〔10〕且难以实践，故多遭到法学同行拒斥。另外，这种只考虑是非善恶不考虑实际利益、只考虑价值正当性不考虑现实可行性的“论证”是典型的道德思维，〔11〕其中隐含的把法视为实现论者主张的应然伦理之手段的“工具主义法律观”也不符合现代法治理念。

环境伦理法学道德主义色彩浓重，即使在环境法学内部也遭到不少批评。但实际上，主流环境法学理论也普遍存在泛道德化倾向：

表现之一，重目标、理念，轻方式、手段，推崇价值判断，忽略制度建设。价值目标诚然重要，但价值追求并非法的本质特征。相对于以确定价值、讨论善恶为核心内容的道德，法更主要是一种规则，一种为行为提供明确指引从而确立基本社会秩序的规则，其根本任务是把停留在口号中的抽象价值落实到现实生活和具体行动之中。从这个角度来看，法的本质是制度，它更关心“如何而为”。也正因为此，“只有从制度或规则角度切入，并始终保持这一进路，那才是法学的论文”。〔12〕当然，这绝不是说法学理论只能研究制度，而是强调无论研究什么，都应该有面向制度的思考。一个法学理论完全可以只讨论理念和价值，但其视角和着眼点不能脱离制度，不能不考虑理论向制度转化的实践可能性并将之作为出发点和落脚点。否则，无论如何深奥、精妙、逻

〔8〕 马长山：《法治的平衡取向与渐进主义法治道路》，《法学研究》2008年第4期。

〔9〕 参见巩固：《“环境伦理法学”批判》，载吕忠梅主编：《环境资源法论丛》第7卷，法律出版社2007年版，第116页以下。

〔10〕 如自然权利概念消解了法律权利的主体性和意志自由要素，使之等同于一切受保护的利益；调整论则把对事物的各种实质性影响都当作法律意义上的“调整”。

〔11〕 “道德思维是一种以善恶评价为中心的思维活动，而法律判断是以事实与规则认定为中心的思维活动。”孙笑侠：《法律家的技能与伦理》，《法学研究》2001年第4期。

〔12〕 苏力：《也许正在发生》，法律出版社2004年版，第121页。

辑严谨、价值正当，都难称得上法学理论、法律分析，难以对法治实践作出实际贡献。

在环保领域，由于环境本身的模糊性和环境社会关系的复杂性，对实践问题的思考更加必要。在抽象层面，几乎没有人会反对保护环境，问题的关键在于如何而为以及其中的利益得失如何分配。究竟何种环境状态是好、何种不是，什么样的环境行为可以允许、什么样的应被禁止，如何预防和确认环境侵害，已然损害如何修复、修复到什么程度、成本如何分担、损失如何赔偿……以及最重要的一点——环境事务到底由谁、以何种方式和程序进行抉择和判断，这些才是环保面临的真正困难。而在现实可能的前提下选择代价最小、受益最广、最接近公平的方案并使之常规化、制度化，则是环境法的任务之所在。

一些环境法学者似乎颇不屑于制度层面的修修补补，而热衷于引入某种先进理念、高尚价值或新型权利对法秩序进行彻底改造，以期从根本上解决问题。在一些环境法论著中，对理念、价值的讨论远远多于对制度建设的思考，甚至通篇都是对可持续发展、环境权、人与自然和谐等理想图景的描绘，而毫不担心如何实践，似乎只要理念先进、目标端正，制度就能水到渠成。这样的研究显然偏离了法学的重心，学者们所做的更多是伦理学家的工作，不是法学家的。

表现之二，带着浓烈的情感看待问题，感性呼吁多于理性分析。与情感化的道德思维相比，法律思维首先是一种理性思维，需要研究者克制主观情感，站在尽量客观的立场综合考虑各种相关因素，从纷纭繁复的个案中抽象出有普遍意义的要素，结合既有规则争取从整体、长远来看最为合理之制度安排。但在环境法学领域，由于环保的公益性带来的道德优越感，以及出于对环境现状的痛心和对自然命运的关怀，研究者常为强烈的个人情感和道德义愤所左右，往往不经意间偏离了法学的方向。

首先，以情感呼吁代替法律论证。从环境的重要性、环境问题的严重性、环境保护的迫切性推出应当建构某种权利或制度，几乎成为环境法学论证的通用范式。例如，在环境权的证立过程中，学者们常把环境破坏如何不利于人的生存、发展、人格尊严作为立论依据，并通过环境受害者缺乏救济之悲惨来“感召”读者认同。这种“论证”因强烈的道德色彩而常常带有不容置疑的意味。但实际上，一种利益的正当性与创设一种新型权利之间距离很远，环境利益的正当性并不能当然推出“环境权”这一权利。^[13]这种理论即使在道德的“庇护”下得到认可，也会由于并非真正理性思辨的产物而难以产生良好实效，反而可能会因为“不容置疑”而错过真正有意义的解决方案。正如我们所看到的，世界范围内除了寥寥可数的个别案例外，环境权并没有对哪国的环保实践起到直接作用，那些热衷环境权甚至早早将之立宪的国家的环保状况并没有因之而改善，而那些环保先进的国家多数却并没有确立环境权。

其次，先入为主的主观好恶导致思维简化、认识局限。强烈的道德情感容易使研究者带着先入为主的观点去看问题，导致认识简化，陷入善与恶、黑与白、好人与坏人的二元对立之中，忽略社会生活的丰富性和环境利益关系的复杂性，遮蔽问题的真正根源。例如，在污染侵害问题上，学界似乎已经形成了“企业利欲熏心、损人利己，是罪魁祸首；居民深受其害、同仇敌忾，但无力对抗；政府有心监管，力量不足”的思维定式。由此，其对策往往是增加企业违法成本，赋予公民参与权和诉权，增加政府监管权、处罚权等。但实际上，现实生活中的污染情形要复杂得多。污染者未必全是损人利己的坏蛋，受害居民也并非总对污染深恶痛绝。实证研究表明，在

[13] 一项新权利的证成除了要证明利益或需求的正当性外，还必须证明“权利可能性”（符合权利的特点，能够以权利的方式得到调整与保护）和“创设必要性”（有成为独立权利的必要，非此不足以保护该利益）。对于这些，环境权论者几乎没有讨论。如果一种利益不具备这些条件，即使被勉强作为“权利”写入立法，也往往沦为纸面上的权利，难以在实践中发挥作用。参见巩固：《环境权热的冷思考——对环境权重要性的疑问》，《华东政法大学学报》2009年第4期。

一些地区,不仅地方政府,甚至居民对于污染企业也有发自内心的欢迎,虽然其中不乏两害相权取其轻的无奈。^[14]显然,对于这种现实中并不罕见的情形,前述举措就难收预期效果,而依此思路设计的环境法在实践中必然会遭遇被规避、架空的命运。在环境问题已成为一个普遍性社会问题的大背景下,仅将之归罪于个别恶人不仅不客观,而且也无助于问题的真正解决。更重要的是,如果学者们更多地是以一个环境主义者而非法律人的思维去分析,就难以客观、全面、长远、理性地思考,难以至少形式上平等地对待各方利益,甚至以自己的愿望代替大众的判断,导致理解的偏颇和与现实的疏离。

再次,实践方案简单化,法制建议具有浓厚的“压制”色彩和惩罚主义倾向,过于强调“重典”和“不妥协”。“法律道德主义倾向于惩罚性法律,即,它把一种惩罚倾向筑入诉讼程序。惩罚性法律是不分青红皂白的;它极少考虑犯法的具体场合或各种替代性处罚的实际价值。”^[15]道德思维之下,环境法治很容易被理解为一个惩恶扬善的过程,公众也常被认为环境意识不强、环境伦理水平不高、法治观念淡漠而需要被引导、教育和督促。这种认识下的环境法治方案往往十分简单,无非是强化责任和宣传教育并举,在运行机制上则依赖“送法下乡”式的灌输。但这种做法不仅难以应对丰富的社会实践,而且容易因过于强调环保的道义性和权利的神圣不可侵犯性而拒斥种种可行的妥协方案,导致处理机制的僵化,牺牲可能的实效。^[16]

表现之三,把环境问题抽象为价值问题,缺乏对现实利益的关注。无论贯彻或者体现何种伦理,法在客观上都是对不同利益的重新整合和再分配,都实实在在地影响着不同群体的现实利益。也正因为此,人们常说法是利益调整的工具。任何法律思考都不应忽略利益视角的分析,都应当有对不同群体利益的判断、衡量、公平考虑、妥善安排,并争取社会利益的最大化。

当前环境法学研究由于过于强调环保的道义性,常忽略对现实利益的考量。尤其在一些持环境主义观点的学者看来,环境保护具有压倒一切的价值优先性,在环境面前,不仅经济利益无足轻重,即使民众对生活舒适的追求也常被视为一种不被支持的“堕落”。环保立场的坚定性使他们对环境的关心甚于对人,对道义的追求甚于利益,对他人利益不敏感,把为保护环境而牺牲相关主体利益视为理所当然。如对于污染治理,多数学者都倾向于提高排污标准,加大处罚力度,坚决关、停污染企业,而对带来的利益损失、成本分担及社会影响则很少考虑。但“问题的复杂性在于,对现实的简单否定并不意味着一个美好的未来”。^[17]正如一位来自内蒙古牧区的大学生对环境主义者的质问:“如果不允许开发,那么谁来帮我出学费?”^[18]对于这类问题,立法者或许可以不考虑,但现实利益主体却不得不面对。在法律无助于问题解决的情况下,利益受直接影响的受害方与污染者常常会通过某种形式的“共谋”来规避法律,导致法制的低效。这对于一心想要伸张正义的法律人来说是可悲的,而这种现象又常常反过来强化学者们关于法律责任不够严厉、执法不够严格、公众环境意识和法治观念淡漠的认识,从而进一步呼吁严格责任、加强教育,形成一个循环怪圈。

[14] 学者张浩文在陕西的实证调查显示,西部存在许多“被劫持的村庄”,“这类村庄与当地的污染企业形成了休戚与共、共存共荣的关系,以至于村委会门前的春联是‘翻身不忘毛主席,幸福全靠化肥厂’,对于企业可能面临的关、停、并、转,村民显得比工厂还要焦虑不安,村长甚至打算组织联名上访来保护这家‘造福一方’的企业”。熊易寒:《市场“脱嵌”与环境冲突》,《读书》2007年第9期。

[15] [美] P·诺内特、P·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第55页。

[16] 例如环境权论即存在把环境权绝对化而排斥利益衡量的倾向。详可参见[日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第203页以下。

[17][18] 前引[14],熊易寒文。

二、自然主义谬误：法与规律的混淆

环境问题的解决离不开科学技术的运用，科技性向来被视为环境法的一大特征，环境法学研究也不可避免地要应用大量科学知识，呈现学科交叉性的特点，这在一些具有科技背景的问题领域尤为明显。^[19]此本无可厚非。但对于法学理论来说，科学知识只是服务于法律论证的基础和材料，不能代替法律论证本身。当前一些研究在科学知识 with 法律论证的关系处理上却颇为失当：一方面，把大量篇幅用于讨论作为制度基础的科学原理，法律论证则着墨甚少；另一方面，对科学知识的运用失之机械，常常只是“将一些属于环境科学、环境管理学的成果直接用于论证环境法的基本理论，各种不同学科领域成果之间的转换没有经过一个再创作的翻译过程”。^[20]法律论证被简化为把科学规律的要求写入立法并加以责任保障，有时甚至只是套用一些流行的科学概念或术语进行笼统的立法呼吁，缺乏法理上的细致分析。这种“科学原理+法律责任”式的“论证”，加剧了环境法学的“不像法学”。

这一问题的出现，除了学科差别带来的智识障碍外，^[21]根本原因还在于研究者对作为社会法则的法律与作为自然法则的规律之区别意识不足。就其本质而言，自然法则是一种通过科学观测发现的客观事实，而社会法则是一种通过价值选择人为建构的规范。事实不等于价值，从“是”中无法推出“应当”，否则就是犯了所谓“自然主义谬误”。^[22]但一些环境法理论缺乏对二者的明确区分，导致法律论证往往变成对事实的探寻和对原理的阐述。如循环经济法、清洁生产法相关理论往往从制度原理的科学性出发来论证其立法必要性；还有论者通过发现动物存在某种生理能力、会流露感情等事实来论证自然权利，或者以生态规律不以人类意志为转移来论证立法应向“生态中心主义”转变。这种“论证”虽然常因拉上了科学的大旗而似乎具有某种程度的真理性，但经不起逻辑推敲。毕竟，科学规律只是立法的参考，而不等于法律本身。无论事实多么客观、规律多么重要，都必须经由具有一定主观性的价值选择才可以转化为指导人类实践的社会法则。而对于要普遍适用并以国家强制力保障的法律而言，其论证还必须要对立法的可能性、必要性、实施条件、对各群体利益的影响及预计社会实效的充分估量和说明。否则，无论对事实观察得多么清楚、规律阐述得多么明白，作为一种法学理论都是不够的。^[23]

同时还须注意，立法要尊重的规律不仅有科学规律，还有社会规律、历史规律、经济规律，尤其是人的实践规律和法本身的运行规律。切不可在强调尊重自然规律的同时反而忘记了自身的规律。一些以生态利益为中心、赋予动物法律权利或主体地位、按照生态系统安排经济活动之类的主张，其根本问题不在于“好不好”，而是“能不能”。社会法则与自然法则的最大不同在于，前者终究要通过具有相当程度的主观性的个人实践来起作用，如果违反人类实践的基本规律（如趋利避害、自我保存、追求舒适、利益指向等），或者违背法的基本规律（如明确性、规则化、

[19] 如循环经济、清洁生产、排污权交易、生态恢复、某种类型的污染防治等。

[20] 吕忠梅：《中国环境法的革命》，载韩德培主编：《环境资源法论丛》第1卷，法律出版社2001年版，第5页。

[21] 由于学科差异，人们往往把自己知之甚少、但对其他学科而言不过是浅显常识的一些概念、原理当作重大发现加以重点阐述。

[22] 休谟最早提出事实与价值的区别。康德在对道德他律的驳斥中也遵循了这一原则。在《伦理学原理》中，摩尔进一步论证了事物的属性与事物的善之间的区别，并把混淆二者、从事实中直接推出规范的做法称为“自然主义谬误”。

[23] 正是在此意义上，拉伦茨认为：“法学所要处理的正好不是一些可以量化的问题。任何人如果认为学术的特征在于：尝试整理其研究客体，使其变得可以测量，并因此使其学术成果变得可以计算，那么他自始就必须将法学以及其他许多非（全）依自然科学方式运作的学科，排除于学术领域之外。”[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第79页。

针对通常情形、可普遍实施、需要社会条件支持等),无论目标多么理想、原理多么科学,都难免沦为乌托邦。

三、主体性缺失:普世性与地方性的失衡

近代以来,西方国家凭船坚炮利、民富国强成为国际舞台的主角,西方文明因此一度被视为其他文明的样本和历史发展的唯一正确方向,西方法制作为“成功经验”之一也披上了普适外衣,法律移植成为后发国家学习先进的必由之路,甚至出现西方国家主动向“落后国家”大规模输出法治的盛举。但随着相关实践的失败和学术研究的深入,以西方文明为样板的线性历史观渐遭摒弃,西方法制的普适性也遭到质疑。人们渐渐认识到,任何法律制度都是一系列复杂社会条件的产物,是特定情境下解决特定问题、回应特定需求的结果,是一种“地方性知识”,并不存在唯一正确的、普适的、放之四海而皆准的法制模板。当然,由于任何社会的人在人性、基本需求、面临问题等方面有着相当程度的共性,而全球化时代各国在经济、生活、文化等方面也呈现出越来越多的趋同性,因而并不能根本否认“共识性法律知识”的存在,也不能否认更加贴近“现代生活”的西方法制在许多方面的先进性和借鉴意义。但无论如何,西方经验并非包治百病的灵丹妙药,只能结合本土实践批判地吸收,而不能代替对本国问题的独立思考。

毋庸讳言,当今全球知识场域基本上为西方话语所垄断,后发国家学术研究受到西方的深刻影响甚至支配,常常在不自觉间采取西方的视角、概念、原理和方法,甚至研究的也是“西方的问题”,〔24〕出现研究主体性缺失的现象。邓正来曾提出当代中国法学研究普遍受“现代化范式”支配,“不加质疑地把西方社会的制度性安排转化成法律理想图景予以引进和信奉,进而遮蔽甚或扭曲中国现实社会结构或中国现实问题”。〔25〕而这一点在环境法学研究中表现突出。

表现之一,是对西方经验不加(或缺乏)批判地接受与宣传。一些理论只是对西方经验的粗略介绍和对中国情况的简单比附,“某环境问题的重要性——西方的做法——我国的差距——完善路径”几乎成为这类研究的定式。其弊端在于:首先,对西方经验的认识流于表面,局限于理论或制度本身,很少考察其赖以生发的文化土壤和社会根基,导致认识的片面和肤浅。其次,把西方经验真理化,缺乏对其来龙去脉、成败得失的全面考察和辩证分析。西方经验纷纭繁复,各种思想、制度状况不一,存在成功与失败、主流与例外、主导与辅助、深思熟虑与不得已而为、长久之计与临时应急等种种差别,其价值、功能、实施条件、社会实效、可移植性不一而足。但一些论著对此缺乏区分,似乎只要是西方的就是合理的,常常把一些即使在西方也不被主流认可的偏激理论或者难以普遍实践的特殊做法当作先进经验加以推广,甚至出现同一作品把内在冲突的不同理论统统用作自己主张之论据的情况。〔26〕再次,在引介西方经验、呼吁面向中国的法制建构时,很少考虑中国的社会现实和主张的可接受程度,似乎对西方有效的对中国就当然有效。最后,缺乏“为我所用”的立场,引介西方经验的理由往往是“国际潮流”、“通常做法”,而不是解决我国问题的现实需要和对国民利益的切实好处,把国外的实然当作我们的应然。

这些问题在环境伦理法学中表现突出。如脱离文化渊源和社会背景看待各种西方环境伦理学说,将之视为普适真理;把西方特定背景下发生的一些并不具有普遍性和制度开创意义甚至有违

〔24〕这不仅是指西方社会存在的问题或者西方学术圈所关注的问题,还包括以西方视角审视非西方文化时所认为是问题的问题。

〔25〕邓正来:《中国法学向何处去》,商务印书馆2006年版,第8页。

〔26〕如动物权利论与动物解放论、自然权利论与大地伦理学等环境伦理学的具体理论之间,分歧多于共识,存在难以逾越的理论鸿沟,环境伦理法学论者却对此不加区分而统统用作论据。

法治原则的判例视为“先进”，^[27]进而把立法的非人类中心化、认可和保障自然体权利、后代人权利等虚拟权利以及无限扩大诉讼范围等视为中国环境法治的必由之路。而实际上，西方环境伦理学具有浓厚的西方中心论色彩和中产阶级视角，只是代表了西方文化传统下少数知识精英对环境理解，理论“硬伤”比比皆是，也没有发展出现实可行的实践方案，即使在西方也备受争议、不入主流，又岂能成为中国环境法的理论基础。而在主流环境法学研究中，无论对可持续发展概念的迷恋、对环境权的追捧，对排污权交易、循环经济、环境公益诉讼等“先进”制度的美化和鼓吹，^[28]无不体现出前述问题。

表现之二，是对中国现实的遗忘和误读。一方面，理论探讨不以实际国情为基础。由于把西方经验认定为环境法治的“标准答案”和理想图景，理论探讨往往只是在主要由各种西方话语搭建起来的理论平台之上对各种国际流行理论进行梳理和思辨，把想象中的、为西方理论所模式化的“标准环保情境”作为讨论的基础，而很少认真考虑现实国情，考虑中国问题的特殊性。所谓对中国问题的研究常常不过是套用西方的概念、理论、范式对中国现实作“病理”诊断。在这里，“中国”实际上只是理论言说的一个背景，而非真正意义上的问题；研究的实质是对西方理论的运用和验证，而非对中国实践的提炼和回应。另一方面，视角的西方化也妨碍了对中国问题的深入理解。由于把西方经验样板化，与之相左的事物往往被视为不科学和落后。在这样的心态下，对于中国环境法治进程中各种有异于西方的现象，研究者往往近乎本能地予以排斥，几乎总是抱着高高在上的态度予以批评、要求整改，而难有设身处地的“同情理解”和一分为二的客观评价。^[29]这也导致研究视野的狭窄和实践方案的贫瘠——真正有生命力的本土实践常被贴上“不合时宜”的标签，^[30]其合理成分得不到充分利用，遮蔽了走自己道路的可能。

对于当前我国环境问题严重、环境法治乏力的状况，学者们往往以西方为参照，将之“诊断”为法律理念不够先进、标准不够严格、责任不够严厉以及民众环境伦理水平不够高尚。由此开出的药方只能是要么加强立法，提升法的伦理性和目标价值；要么加重责任，增强法的严厉性；要么加强教育，提高大众的伦理水平。很少有人意识到问题或许恰恰在于立法未能贴近生活，没有充分体现大众利益，或者没有让公众认识到、感觉到法对其利益的体现。也少有人意识到在当前我国所处社会发展阶段下环境问题在一定范围内存在的历史必然性及相对合理性，^[31]并基于此点对我国的环境法（尤其是其中有异于西方的部分）作出全面、客观的评价。更少有人对我国环境法治实践中的成功经验加以提炼、总结，作为完善环境法的可用资源。

另外，研究主体性的缺失还表现为“问题自主性”的缺失，即从国外学术场域而不是中国的

[27] 参见巩固：《环保与法治，何以平衡》，载《朝阳法律评论》第3辑，中国华侨出版社2010年版，第237页以下。

[28] 笔者并不否认这些制度的积极意义，但认为这些制度的建构和实施都是有条件的，也是有弱点和弊端的，并且在基本上更加符合发达国家的社会状况。对这些制度的介绍应该是全面的、批判性的，既说明其优点，又要指出其实施条件、不足之处。但目前相关研究几乎都是一边倒的赞扬和鼓吹。

[29] 在此方面最典型的莫过于对国人环境伦理水平低下的批评。当今多数国人确实存在较多地从物质、经济、资源利用的角度看待和评价自然的倾向，不像西方公众那样重视对自然的尊重和保存。但若只把这个问题当作一个主观性的伦理问题、认识问题、思想水平问题，忽略经济尚不发达、许多人基本物质需求尚未充分满足的社会现实，那么这种批评不仅不客观，而且也是肤浅的。更重要的是，如果不考虑如何改变导致这种伦理观的社会基础，而只一味要求提高环境法的伦理性，希望通过法律责任来提升公众环境伦理水平，那么这样的立法注定难以收到良好效果。

[30] 如常遭诟病的要求建设项目的污染防治设施须与项目的主体工程“同时设计、同时施工、同时投产使用”的“三同时”制度，虽然不够严格，难以充分实现预防，但却是在过于严格的制度普遍得不到实施的社会背景下所作的一种妥协和变通，体现出一种颇具中国特色的“有限合作”，并非全无价值。

[31] 从某种意义上说，在工业化道路不可避免且经济全球化已为既成事实的情况下，后发国家要想做到独立、自主发展而不受环境问题困扰几乎是不可能的。没有相当程度的经济发展所积累的资金、技术、制度等方面的条件，环境法治也无从开展；而如果不付出一定程度的环境资源代价，无钱、无权、无技术的后发国家又如何能够实现经济的起步呢？对于大国而言尤其如此。

社会实践中去寻找课题,把别人的问题当作自己的问题,忽略对真正重要的现实问题的关注。如近年来为不少学者所关注的动物权利、禁食猫狗肉等问题,就是以西方视角“发现”、以西方话语讨论的“西方式问题”。虽然笔者并不绝对否认这些问题的意义和研究的价值,但很不赞同以西方视角强求国人的做法。^[32]而在环境资源日益枯竭、国家发展面临瓶颈、大量人口的基本福利尚难保障的社会背景下,动用稀缺的学术和立法资源大谈动物福利,似乎不无理论上的奢侈。与此形成鲜明对照的是,“一些本应属于国家环境立法急需的理论支撑和论证研究课题却尚未开展,在研究课题选择方面成了名副其实的‘近视眼’”。^[33]如近年来农村环境急剧恶化,污染死亡率逐年上升,“血铅”、“镉米”、“癌症村”等恶性事件频发。《全国第一次污染源普查公报》显示,农村环境状况之恶劣不亚于城市,在一些污染领域(如水污染方面)农村已成为重要污染源。环保部官员指出,“中国农村还有3亿多人喝不上干净的水,1.5亿亩耕地遭到污染,每年1.2亿吨的农村生活垃圾露天堆放,农村环保设施几乎为零。”^[34]而当前以解决城市问题和工业污染为预设目标的环境法体系无力应对农村问题,农村环保基本缺失,甚至出现“城市环境的改善是以牺牲农村环境为代价”的不合理现象。^[35]对于如此重大、迫切而现实的问题,却鲜有人问津。

主体性缺失的中国环境法学呈现一幅“封闭繁荣”的学术景观:一方面,热衷与国际接轨、与国外学者对话,对国际前沿问题、全人类问题、全球问题抱有悲天悯人的终极关怀,总想从根本上彻底解决环境危机。另一方面,却疏于了解国内情况,很少倾听民众声音,对实践中的迫切问题缺乏关注,言说中看不出中国立场和人民利益。国际上最“潮”的概念、方法、范式在这里都可以找到,各种源自西方的“大词”充斥论著,却没有创造出一个能够反映中国环境法治独特性的本土性概念,没有发展出一个从中国环境实践出发并对这一实践具有充分解释力的原创理论。环境权,这样一个曾为西方“始乱终弃”的概念,成为解读中国环境法治的万能钥匙;^[36]可持续发展,这样一个有目标无路径、内涵空洞的妥协性概念,^[37]成为诸多理论的终极根基;自然权利、后代人权利、内在价值等伦理话语向法学的“跨界穿越”成为理论创新的惯常路径;对国外做法的学习、借鉴成为制度建设的标准模式;讨论的全是放之四海而皆准的真理,却很难看出到底说的是哪国的问题,感受不到与中国实践的关联。这种没有语境的抽象研究,不能解决问题,不能贴近现实,受到民众拒斥、立法部门为难、执法部门抵触以及传统法学不解,也就在

[32] 把食猫狗肉视为严重败德是典型的西方文化,但西方人对烹食牛肉的依赖和讲究,从印度教的观点来看肯定是“大逆不道”的,也不符合中国古人的道德观。若以伊斯兰教的观点来看,最应该立法禁食的肯定是猪肉。而站在朝鲜族人、广东人的立场,对食猫狗肉这样一种生活习惯的“矮化”甚至“妖魔化”,似乎也是对其民族文化、地域文化的一种歧视。更重要的是,在这个问题的讨论上,几乎没有论者去关注与“禁食令”利益关系最为密切的这两个群体的意见,也很少有人去关心作为法律主要规制对象和具体实施者的普通大众的意见,用来进行论辩的主要还是为论者所接受的某种西方理论或者其变种。

[33] 前引[20],吕忠梅文,第5页。

[34][35] 《国家环保总局副局长潘岳:环境保护与社会公平》, http://www.mep.gov.cn/gkml/hbb/qt/200910/t20091030_180603.htm, 2011年3月8日访问。

[36] 中国环境法治不力的根源在于环境权缺失、出路在于建构环境权似乎已成为环境法学界的基本“共识”,几乎所有环境保护方面的问题都有人将之与某种类型的环境权的缺失联系在一起。而实际上,环境权理论即使在其发源的西方,也仅在上世纪70年代环境运动的高潮期为部分学者所热议,并未对其法治实践产生实质影响,今天更少有人谈及。关于西方环境权理论的崛起与没落,参见叶俊荣:《环境政策与法律》,中国政法大学出版社2003年版,第11页以下。

[37] 关于可持续发展的内涵模糊性和解读多样化,参见陈昌曙:《哲学视野中的可持续发展》,中国社会科学出版社2000年版,第1页以下。实际上,可持续发展的“魅力”正在于其“空心化”,即提出了一个美好目标却没有明确要求,各群体都可以根据自己的角度作出符合自己愿望的解释,所以被广泛接受。但这样到处讨好、无所不包的模糊概念虽然有助于抽象“共识”的达成,却难以对法治实践产生有实际意义的指导。

所难免了。尤其是,这些理论对环境法价值目标定位之高与环境法实践效果之低,所设计方案之理想与法律实践之不理想形成一种颇具讽刺意味的强烈对比。^[38]

不可否认,与传统部门法相比,环境法具有更强的“国际共同性”,环境法学研究也因而应当更具国际视野和整体关怀。这既是地球生态系统的整体性、环境问题的无国界性使然,也是西方环境主义文化主导全球环保事业,不断向世界输送思想、推广经验的结果。^[39]而西方国家历经资本主义早期的大拆大建、污染破坏之后,已渐渐走出“环境低谷”,开始向环境与发展相协调的后工业文明迈进,其环境法更加科学、全面、严格,确有不少值得学习的地方。

对于这些现象,环境法学者应当有更加全面和辩证的认识。首先,环境问题的整体性、共同性只有在(哲学视角所关注的)抽象、终极层面才有意义,在(法律视角所关注的)具体、现实层面,环境问题具有强烈的地方性和个性。事实上,环境资源从来不曾真正面向全人类公平分配,而在整个地球生态系统彻底崩溃、人类走向集体灭亡之前,环境恶化对不同群体的实际影响也注定是千差万别的。不同群体因所处状况和实际需求的差异,总是有着不同的环境利益和追求,抽象的“人类”面纱掩盖不了现实的巨大差异。对于具体社会主体或者说实在的个体而言,环境并非抽象的“人类共同财产”,而首先是一种生存和发展的资源;环境问题所影响的也不仅仅是“我们共同的未来”,而首先是自我的现实生活。因而,在实践层面,不同群体面对的是不同的环境问题,产生的是不同的环境需求,追求的是不同的环境利益,从而产生不同的环境伦理和制度安排。任何环境理解 and 实践都是具体社会生活的产物。各种源自西方的环境主义文化,即使提出者确实发自内心地关心自然,也难以避免视角、立场上的西方色彩,并不天然契合于其他国家,尤其是文化传统、经济水平都有巨大差异的广大发展中国家。^[40]作为一国国内法的环境法,应该首先贯彻的是针对本土问题、切合本土实践的环境价值观,通过对本国具体问题的解决来实现对世界环境的贡献。因此,即使从拯救地球整体的宏观视角来看,真正需要的也是多样化的环境伦理和因地制宜的、丰富但有实效的实践,而非从思想到行动的“大一统”。

其次,环境保护绝不仅仅是一个单纯的环境问题,而是涉及经济发展、资源分配、能源保障、国家安全等方方面面的问题,与一国之经济实力、社会结构、国际地位等有着密不可分的联系。在环境危机的整体大背景下,不同群体对环境资源的争夺只会更加激烈。故绝不存在单纯的环境问题,绝不能单纯地就环境论环境。尤其在国际领域,各国把环境保护作为竞争策略、争打环境外交牌的态势越来越明显,各种以全人类、全球、共同命运等名目出现的环境议题背后常常夹杂着一些国家维护自我利益、排挤他国发展的用心,^[41]而各种以普适面目出现的环保理论或

[38] 学者对我国近十年来千份环境裁判文书的分析表明,真正进入司法实践的环境法十分有限,“大量的专门环境法律法规在司法中并没有被适用”;法院受理的环境案件的类型较为单一,多为与个人利益密切相关的污染侵害案件;而在案件处理过程中“一些基本的环境司法规则没有得到良好运用”,遑论那些极具超前性的“先进理论”。参见吕忠梅等:《中国环境司法现状调查——以千份环境裁判文书为样本》,《法学》2011年第4期。

[39] 上世纪中叶发端于西方(主要由中产阶级和知识精英推动)的环境主义文化是当今世界环保的主要力量,其中既包括一些“绿色作家”的著书立说,也包括各种西方环保NGO的实践行动。我国环境法学研究和环境保护实践也受到他们的指导和资助。

[40] 发达国家与发展中国家现实国情的巨大差异导致其环境追求上的鸿沟:前者担心的是休闲的荒野、生活的质量和层次,而后者担心的是明天的午餐、生存保障;对于前者而言,或许可更多地从伦理、价值观、精神境界等“软”方面考虑,但对后者而言,环境问题更主要是经济、发展、基本权利保障等实实在在的“硬”问题。

[41] 其典型为各种通过技术门槛维持西方贸易优势的“绿色壁垒”。而随着低碳概念的热炒,一些国家通过约束碳排放来限制他国、维持本国产业优势的情形也越来越普遍,比如欧盟近期决议于2012年开征的航空碳税将对对中国航空业造成不小打击。

实践也不乏维护西方优势、保护西方利益的目的,或在客观上起到这种效果。^[42]对此,学者们要有清醒认识,绝不可全盘接受、盲目照搬。否则,不仅仅是一个因“水土不服”而影响实效的问题,而且可能会影响到国家的整体发展,甚至导致国际场合的被动。^[43]

另外,对于西方环保的成功之道,也要有更加全面的认识:一方面,西方环境法的高标准、严要求固然功不可没,但这种成本高昂的环境法之所以能够得到良好实施,归根到底与其通过几百年的工业化发展所建立起来的雄厚的经济基础、科学的产业结构、完善的社会保障制度以及在国际经济格局中的优势地位有密切关系。一句话,西方已经具备了实施这些先进法律的社会基础。而如果基础不具备,仅靠制度层面的照搬无法收到同样效果。另一方面,就实质作用而言,西方环境法与其说是解决了环境问题,不如说是把本国问题推向了国外,否则,我们很难理解其环境改善的同时,物质消费仍然不断增加,环境资源消耗量远远超过发展中国家这些事实。^[44]而其之所以能够这么做,本质上还是“发达”甚至“霸权”的结果。因此,如果把西方环保比喻成一座冰山的话,环境法只是露出水面的一角,隐藏在水下的经济与社会发展才是真正有决定意义的力量,对此要有清醒认识。当然,这绝不是说中国目前应该不要环境、只要发展,重复“先污染后治理”的道路,而是提醒要全面看待西方经验,避免因视角孤立而产生“完美”错觉,要看到其局限性和实施条件,减少不顾国情的盲目比附。

作为一个环境大国、人口大国、经济大国、政治大国、发展中大国、工业化转型中的大国、意识形态异于西方因而不可避免遭受“围堵”的社会主义大国,中国在环境领域面临的利益关系更复杂、任务更艰巨、问题更多、困难更大、道路更特殊。在此背景下的中国环境法学,更加不应缺乏语境、随心所欲地抽象讨论,而必须立足现实国情、体现“自我”立场、维护国家核心利益,少一些对国际潮流的追逐,多一些从“我”出发的独立思考。

四、孤立立法:法与社会的疏离

法治是一个从制定到实施的过程。立法作为源头固然重要,实施才是根本目的。但如何才能使法得到良好实施?对这一问题的认识也受法律观的深刻制约。自然法学把法视为某种神意或理性的体现,着重对正当价值的发现和表述,意在提高法的道德性;规范法学则把法视为国家强制力保障的主权者命令,着重法律规范体系的逻辑自洽,追求法的科学性。虽然侧重点不同,但二者都把法的制定与实施区别开来,把立法看作对“立法者”意志的表达,只关注法本身的内在品质,追求理论上的完善性,而不考虑民众意愿和实施条件。其潜台词是,本身制定得良好的法律必然会得到良好实施,或者必须去推进实施,如果实施不力,那也是执行的问题而不是法本身的

[42] 如为一些西方学者和环保组织所提倡的不惜一切代价保护环境的激进环境主义理论,甚至一些反对发展和工业化,希望退回农业社会并希望发展中国家保持“淳朴”现状的观点,对于已经“先富”起来的西方国家和在尚在温饱中挣扎的发展中国家,有着根本不同的意义。没有发展和独立,发展中国家将永远受制于发达国家,不仅经济难以改善,环境也不可能得到有效保护。

[43] 西方环境主义总体上具有强烈的“整体指向”特征,无论“非人类中心主义”还是“自然权利”、“代际公平”,几乎都只强调环境问题共同性的一面,把板子打向“全人类”,而掩盖不同国家、不同群体对环境破坏负有不同责任的事实。这种把发达国家与发展中国家、主动破坏环境并从中谋取巨大利益的少数人与环境破坏的盲从者、被动者甚至受害者混为一谈的“人人有责”,貌似深刻,实则放过了主要责任者,有助于发达国家开脱罪责、推卸责任。如果我们的决策者也接受这种理论,秉持这种信念,必然会导致国际场合的被动。

[44] 拥有全球人口1/4的发达国家,消费着地球上40—86%的各种自然资源。参见[美]艾伦杜宁:《多少算够:消费社会与地球的未来》,毕聿译,吉林人民出版社1997年版,第28页以下。而发展中国家通过污染环境、消耗资源所产生的经济利益(无论产品消费还是收入所得)大部分为发达国家所攫取。20世纪80年代之后,西方环境的普遍“美化”与发展中国家环境的急剧恶化之间并非没有直接关联。

问题，是执法者的问题而不是立法者的问题。但是，如果考虑到法的社会性，考虑到法的社会控制功能及其对不同群体利益的影响，考虑到法终究要靠无数有着不同利益和需求的个体凭借一系列现实条件去具体实施，立法时就不能仅考虑立法者意志而不顾普遍的社会意愿，就不能仅考虑理论上的完善而不对法的实施条件加以充分考量。尤其在历经“上帝之死”和“人之死”而充分祛魅的现代社会，仅靠虚构的所谓神意、自然律令或者那说不清道不明的理性已无法赢得公众对法之合法性的充分肯认；而在普遍民主的时代氛围下，具有浓厚威权意味的主权者命令也难以成为公众信任和遵从法律的充足理由；至于那些需要较高经济、技术、人员投入的法制更是无法仅凭抽象的授权条款而凭空运转。因而，现代社会的法要想获得良好实施，离不开坚实的社会基础——它必须充分了解公众意愿，回应和满足社会实际需求，尽可能广泛地平衡各群体利益，争取最大多数的认同和支持，并对制度实施的现实条件作出具体安排。这样的法必须是一种开放的、参与的、务实的法，应当以协调而非裁判为核心，应当更多地尊重公众意愿而非仅贯彻少数精英的意志，应当为各种意见的平等交流和理性协商提供平台而非一意推行某种预设目标。它应当在充分考虑各种社会需求、平衡各群体利益的基础上提出理性妥协的解决方案而非强行建构理论上完美但未被公众普遍接受的理想制度，应当为制度的实施创造条件而不是简单地发号施令。

对于环境法而言，社会基础尤为重要，其原因在于：第一，环境法是典型的公益法，其所要维护的是面向不特定多数人的“环境公益”。^{〔45〕}公益与私益的区别在于，它是一种抽象利益、共识性利益，不存在确定的实体标准，也没有绝对的判断权威（如私权权利人之于私益那样），内容具有开放性。^{〔46〕}第二，环境法具有决策风险性。人类对环境问题的认知受科技水平制约，永远无法穷尽所有环境知识，但“环境决策却不能停摆，只得决策于科技的未知之中”，^{〔47〕}无法保证内容的绝对正确。第三，环境法具有高度的利益衡量性。环境利益主体空前广泛，“环境问题与资源的利用息息相关，用与不用或者是如何使用现存的资源，都将引发各种利益之间的冲突”，因而需要最大限度的妥协和平衡，“而难以完全考量某一利益并作绝对式的推进”。^{〔48〕}第四，环境法具有不易监管性。环境侵害具有受害人不特定、危害累积、行为隐蔽、原因行为正当等特点，监管困难，没有相当程度的社会认可和自愿遵从，仅靠外部监督和责任惩罚难以保证实施。第五，环境法具有高成本性。多数环境法制度都具有相当程度的科技性，没有相应的机器设备、监测网络、技术人员、组织体系无法实施，而这意味着从经费到人员的不菲投入，不是谁都能负担得起的。显然，这样一种正确程度不确定、利益冲突激烈、不易监管而又成本高昂的法律，其实施更加有赖于社会主体的内心认同和实际条件保障，否则，价值再正当、理念再美好、原理再科学也只能是镜花水月。因此，环境法研究不能仅从个人关于环保的美好愿望出发泛泛而谈，而必须考虑社会基础。

目前学者们在此方面似乎尚未普遍觉悟，主要体现为两方面：一是具有浓厚的精英立法情结。首先，把环境法视为实现论者之环保理想的手段，而不是应对实际社会需求。许多理论都是从论者所主张的某种环境价值观或科学原理出发提出制度设想，而很少考虑公众意愿，追求客观真理而非社会支持，不关心也不在乎公众对方案的认可度。其次，立法不是回应公众，而是改造公众，方案常带压迫性。因为常常把公众视为环境意识低下、需要启蒙的“落后分子”，论者不仅不注重理论与公众认知的贴近，反而常以超出社会一般认识为荣，希望通过法律的强制来改变落后的主流价值观，强迫从事论者认为正确的环境行为。再次，重实体、轻程序，讨论具有裁决

〔45〕 参见巩固：《私权还是公益？环境法学核心范畴探究》，《浙江工商大学学报》2009年第6期。

〔46〕 李凤章：《公共利益：开放内容及其边界》，《法制与社会发展》2008年第6期。

〔47〕 前引〔36〕，叶俊荣书，第23页。

〔48〕 同上书，第24页，第25页。

指向。习惯于站在预设价值立场对不同主体的权利、义务作出明确划分,对环境利益进行实际分配,而不注重程序建设,不注重为社会主体提供参与、交流和博弈的机会,真正的利益主体几乎没有自我选择的空间。最后,以绝对式思维处理环境争议,喜欢在坚定的环保立场上对自认为正当的环境利益提供倾斜性保护,而把与之相冲突的利益的牺牲视为理所当然,不重视利益平衡,不鼓励甚至反对妥协、折中、灵活。

二是立法至上。最直观的表现是只关心立法问题,不关心实施问题。多数理论都是关于环境立法的探讨,对法的适用则关心甚少,一碰到问题,就呼吁新法,很少考虑通过对现行法的解释和适用来解决问题。这使得环境法学几乎成为一种“面向未来”的理论——总是觉得法律不够用,总是在呼吁制定新法,而不去认真考虑如何最大化地发挥现行法的功能。^[49]其次,讨论立法时往往只关注价值正当性或原理科学性等真理性问题,不把社会认可度、实施前景和社会效果作为抉择的考虑因素,似乎实施纯粹是执法部门的事。再次,只谈目标和要求,不考虑“群众基础”和现实条件。价值正当性或原理科学性成为一项制度证立的充分条件,而制度实施所需要的具体条件和实际成本则很少论及,更少有人对制度的实施条件作出切实可行的安排。

在这样一种脱离社会基础的、可姑且称之为“孤立立法”的法律观影响下,学者们常常从条文的浅层次理解环境法,将之视为可任由立法者制定的文件,只是从自己认定的环保方案出发进行抽象探讨,不顾公众意见和实施条件,其不被公众接受、难以实践也就在所难免。无论是对公众不接受甚至不了解的各种环境伦理、生态价值、自然权利等的呼吁,还是不计成本、不惜代价地对环境权、环境容量、排污权交易、循环经济、生态损害赔偿、环境公益诉讼等的推行,均出于此。而这些“先进”理论或制度所遭遇的实践困境表明,脱离社会支持的“单边环境法治”只能是一厢情愿。

当前环境法的实施不力已成为法律界公开的秘密,但在“孤立立法”法律观下,人们往往意识不到问题的根源在于法与社会的疏离,而总喜欢到于实施者身上找原因,归结为法治意识淡漠、环境观念差等,而很少检讨立法或理论本身,^[50]甚至寄解决希望于更加“先进”、严格的立法,其直接结果,是造就了庞大却低效的环境法律体系,^[51]出现环境立法与环境恶化同步的尴尬。可以说,循此进路的环境法(无论学术研究还是法制建设)已走入一条死胡同。

五、过度创新:环境法与传统法的失调

最后,还有一个不属于严格意义上的法律观,但又确实影响着人们对环境法的认知和定位的问题,即环境法与传统法的关系。由于环境问题与传统社会问题相比具有较大特殊性,其法律规制也不应拘泥传统,而须结合环境问题的特点进行创新,故有学者提出“环境法革命论”,主张

[49] 例如,通过对宪法中有关公民基本权利及国家环保义务相关条款的扩大解释,即可起到创设环境权的效果。而如果现行环境损害赔偿相关立法得到充分实施,为各界所寄予厚望的环境公益诉讼也就没有多少必要和作用空间。

[50] 例如,对环评不力的状况,通常认为法律本身是好的,只是没有得到认真实施。但深入分析就会发现,现行环评制度本身存在的重大缺陷才是执行不力的根源。参见巩固:“环评风暴”的制度困境解析——以水电项目为例,《法商研究》2009年第6期。

[51] 截至2006年底,我国已经制定环境与资源保护法26部,行政法规50多项,部门规章和规范性文件近200项,军队环保法规和规章10多项,国家环境标准800多项,批准和签署国际条约51项,地方性法规和规章1600多项(毛如柏:《我国的环境问题和环境立法》,《法学评论》2008年第2期)。但环境法的实施效率很低,以至于有实务部门的领导作出“在各部门中,环保的法律是最多的,但是管用的极少”的评价(郗建荣:《八大立法问题亮出环保软肋》,《法制日报》2006年12月2日)。

从理念到制度的全面变革。^{〔52〕}而在法律实践中,人们也常常疑惑,在环境侵权案件中我们该如何对待那似乎已不合时宜的侵权法传统,而行政主体对于遭受污染的公共海域的处理与普通公共财产遭受侵害时的处理又有何不同。换言之,环境法究竟可在多大程度上“反叛”法律传统,变革的“度”如何把握。

对此当然不能一概而论,但基本立场应当明确,即环境法是具有一定特殊性的法:特殊性决定了其可以不拘一格,可以为了更好地实现环保目标而创新;但作为法之一种,环境法又必须遵守法的基本规律和一般原理,注意把握与“非法”的界限。更明确一点说,环境法可以甚至必须突破的,是那些局限于某部门或某时代的特定传统,如过错责任、契约自由、所有权绝对、因果关系明确、“谁主张、谁举证”等。其不能突破的,是那些使之“成其为法”而区别于其他社会规范的传统,也即通常所谓法的本质特征,如普遍性、国家强制性、利益本质、行为指向、只直接调整人与人之间关系、实效受制于社会基础等。另外,创新须以确有必要为前提——只有当充分发挥现行法秩序的作用仍无法实现目标时才有突破、创新的必要;即使创新,也要控制“突破”的限度,尽量减少对传统的颠覆程度,维持法的稳定性及法律体系各部分之间的协调。只有这样,环境法才能与整个法秩序相融合,共同推进环保实践,环境法学也才能避免因过度创新而离法学太远,成为难以与其他法学交流的怪论。

然而,一些学者受环境主义文化影响,过于夸大环境问题的独特性,也失去了认真对待传统的耐心。有论者一碰到现行法没有圆满解决的问题,就把矛头指向法秩序整体,认为已完全不合时宜,主张彻底抛弃,继而另起炉灶,提出一些新概念、新理论甚至新范式,希望实现对法秩序整体的彻底改造。那些提出各种深刻转变的“革命性”理论,如从人类中心主义到非人类中心主义,从保护人的权利到保护自然的权利,从只救济人的损害到也救济生态的损害,从法只调整人与人的关系到也直接调整人与自然的关系,从“主客二分”到“主客一元”等,无不是在“环境法可因环境问题之特殊性而异于传统”的大前提下进行的大胆创新。但由于对一些久经历史考验和实践检验,已被确认为公理的理论也轻易否定,有时甚至已突破了学术共同体的共识底线,故“常常被传统部门法学人唾弃为不屑一顾的谬论”。^{〔53〕}这种状况导致环境法学与传统法学交流的困难——假设前提和预设立场不同,没有交流的可能,其结果就是环境法学与传统法学的日益疏离。但在“革命有理”的潜意识支配下,学者们往往意识不到自身问题而归咎于传统法学的狭隘、落伍、不理解,愈发激起孤芳自赏的情怀,追寻更加彻底的颠覆,自说自话而不以为意。环境法学在整个法学理论大家庭中的落寞,或由此因。

在这个问题上,有必要厘清这样几点认识:首次,法秩序是一个庞大而又严密的规范群,必须保持内在逻辑一致性才能有效运转。任何法律规范,哪怕是应对新情况、解决新问题的新法,都不能仅凭其价值正当性或伦理先进性获得充分的合法性,而“必须纳入整个法秩序的范畴内,成为法秩序的一部分,必须符合宪法、符合作为宪法基础的价值原则,并且与主导宪法的社会观一致”。^{〔54〕}如何使应然规则与法秩序相融合,或者说如何在不触动法秩序的前提下设置规则实现价值目标,是法律工作者与伦理学者以及政治家的根本区别,也是法学的独特使命所在。

其次,法秩序(无论理论还是制度)有着强大的演变和适应能力,但只能“渐变”。任何时代的任何社会,人们总会不断碰到新问题,对此,法虽因其天然的保守性难以迅速反应(这也是法治的代价之一),但并非总是无能为力。当问题的严重性和普遍性达到一定程度,当对问题的认知和对新规则的需要积累到一定程度的时候,法秩序就会变革,法本身也有着相当的弹性和空

〔52〕 参见前引〔20〕,吕忠梅文。

〔53〕 汪劲:《环境法律的解释:问题与方法》,人民法院出版社2006年版,第49页。

〔54〕 前引〔23〕,拉伦茨书,第77页。

间容纳变革。实际上,法秩序从来就是一个不断演变的过程。而环境问题带来的所谓挑战,其实多数都可以(也只能)通过传统法秩序框架内的变革得到解决,正如那些环保较为成功的国家所做的那样。^[55]但要注意的是,法秩序从来不会(也不可能)发生什么革命性的“突变”,而只能在相当程度地延续传统的基础上“渐变”。因为人类社会总是在延续传统、总结经验的基础上渐进发展的,法秩序并不是任由立法者揉捏的面团,哪怕是真正意义上的社会革命。^[56]

再次,不能以超出法之能力范围的事由指责传统法。作为对社会秩序起着控制作用的诸多社会规范之一种,法的功能是有限的。法治并不意味着法律万能,更不等于法律唯一。作为一种由国家强制力保障普遍实施的规则,法只能针对现实生活中较为重要的普遍性问题提供“通常来说”较为公平的处理方案,而难以做到事无巨细、疏而不漏,更不能保证事事处理最佳;法只能规范人的行为,无意也不可能去作用于人的内心;法所能提供的,只是维持社会正常运转的基本秩序,而不是万事和谐的理想状态。但这与其说是法的缺点,毋宁说是法的特点,甚或优点。惟其如此,法才能超越道德争议的无解、宗教对立的绝对、风俗习惯的局域在众多社会规范中脱颖而出,获得可以凭国家强制“迫使”社会成员(哪怕是反对者)普遍遵守的正当性,确立基本秩序。至于社会生活的全面美好,万事万物的整体和谐,则需要道德、宗教、教育、科技等诸多手段的共同努力,绝非法律之独力可以承担。如对此不加区分,把环境领域的各种问题,无论是个殊问题还是普遍问题、是行为问题还是思想问题、是利益问题还是伦理问题、是公德问题还是美德问题,统统纳入法的“责任范围”,归咎于法之不彰,必然会得出传统法“难以胜任”的错觉。这种对法的过高期望不仅会导致环境法的曲高和寡、臃肿杂乱、难以实施,而且也混淆了法与其他社会规范的界限,抹煞了其他社会规范的功能甚至存在必要性,不无“法律帝国主义”的狂妄,并从根本上毁弃了法治的根基。

最后,环境法与传统法不可能截然分开。环境行为只是对具有环境影响的社会行为的笼统称谓,这些行为同时也是兼具其他部门法意义的行为,如民事行为、行政行为、犯罪行为、经济行为、诉讼行为等,因而不可避免地要受到相关法的调整,涉及相关法的适用。所以,任何环境问题的解决都无法完全绕过传统法,而必须追求与传统法秩序的调适与融合。那种希望通过引入一种“空前美好”的理念、思想、范式打造一个“空前美好”的新型法秩序的期待,实在是有些过于“法治浪漫主义”了。

六、从思想启蒙到法治理论:环境法学的转型与回归

由上可知,尽管现代环境危机从某种意义上说可谓“后工业社会”的问题,尽管不少学者已认识到并着力挖掘环境法的“后现代性”,但作为一些环境法理论之基础、之内容、之目标的法,

[55] 尽管西方环境运动过程中提出了许多颠覆性的理论和概念,但对其法秩序的实质影响并不大,西方法律界仍然相当尊重其法律传统,通过对既有法制的修补完善进行环保,甚至多数都没有承认环境权,但这并没有影响其环保的实际成效。相反,那些早早把环境权写入宪法的国家,却往往环保不力、法治不彰。而西方在上世纪70、80年代的“环境十年”期间在环保激情推动下所进行的法律创新,实践中也频频遭遇“反环保运动”、“绿色反弹”,其原因很大程度上在于这些创新与传统法秩序的不融合。参见韩铁:《环境保护在美国法院所遭遇的挑战——“绿色反弹”中的重大法律之争》,《美国研究》2005年第3期;杜万平:《美国的环境政策:黄金时代之后步履维艰》,《生态环境》2007年第12期;任永安、邹爱勇:《美国反环保运动的政策与法律分析》,《法学杂志》2009年第11期。

[56] 伯尔曼指出:“每次重大革命都经历了一个过渡期,在这期间,相继迅速地制订了新的法律、法令、规章和命令,并迅速对它们进行修改、废除和更换。不过,每次重大革命最终都与革命前的法律妥协,通过将它们吸收到反映革命为之奋斗的主要目标、价值和信仰的新法律制度中而恢复它的许多成分。”[美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第34页。

却还停留在“近代”层面（如主体性缺失、精英主义、立法至上），甚至不乏“前现代”色彩（如泛道德化、与自然法则区分不清）。这样的研究，法律味不浓、实践不力、“不像法学”，也就在所难免了。可以说，这种研究在根本上还没有脱离环境主义的“启蒙”心态，其所做的工作主要是对“应当保护环境”的价值宣扬和对“应然环境秩序”的空泛探讨；其所谓的法，常常只是论者所主张之应然秩序的一个指称，而非规范现实生活、解决具体问题的实践规则。也因此，这些理论常常只是增加了人们对环保重要性的认识，对于法治实践并无太多助益。

当然，对于这种状况，人们不应苛责太多。毕竟，环境法太新、太复杂，而环境问题现状之严重不由得学者们治理之心不急切。尤其是，若结合环境法学发展的具体情境来看，甚至可以说这种状况有其深刻的历史必然性——在一个环境意识曾经一片空白、环境法观念相当淡薄的社会里，启蒙总是必须的，甚至是首要的。但是，在今天，当环境法学已走过三十多年历程，当环境法面临的主要问题已由“无法可依”转变为“有法不依”或“有法难依”，当生态文明、可持续发展等话语早已走出庙堂书斋进入街谈巷议但环境问题依然日甚一日的时候，我们显然不能沾沾自喜于已有的、更主要是表象上的成就，而必须进行深刻检讨与反思。

环境法学研究必须把言说对象从抽象的混沌法转移到现实的“法治法”上来，实现向法学的回归。在环境问题日益“日常化”，环保成为各种社会规范所普遍关心并共同致力的重要任务的现代社会，环境法发挥其作为普遍性规则的独特功能，以明确、具体、可操作的方式制度化地解决问题的价值日益凸显。而三十年来的环境法历程表明，环境问题的复杂性超乎想象、法律实施的困难性超乎想象。在已经充分祛魅且价值多元的现代社会，环境法治不可能凭某种激情感召或理想方案一蹴而就，庞大而精密的法律机器的有效运转离不开专业化的理论支持。在此情况下，环境法学更加不能停留于理念层面的泛泛而谈，而必须转入规则层面的具体研究，提供一种直接有益于法治实践的“法学”的理论，实现从环保启蒙者向法治建设者的转变。

当然，这一目标的实现任重而道远，需要学者们的不懈探索，但至少以下几方面是未来环境法学研究应当加强的：

（一）限定目标与范围

环境法学必须明确自己的核心任务并对研究范围作适当限定。无所不包、无所不谈的庞杂性是困扰环境法学向专业化发展的首要障碍，而其背后是对研究对象（环境法）及自身（法学）认识的混乱。环境法学转型的首要之举是找准核心目标，限缩研究范围。为此须澄清两个认识：

一是对环境法的认识。鉴于法的局限性、法在社会调整中的功能及与其他社会规范的关系，环境法学应把注意力放在那些具有普遍性、对社会生活具有重大影响且适合以法律手段解决的问题上，尤其是实在法问题，摒弃那些仅具个别性、社会影响轻微、不适合法律解决、严格说来不属于法律问题的问题。同时要明确环境法的目标在于维护公民基本环境权益、为社会提供基本环境秩序，避免负载过多、过高、不切实际的任务。

二是对环境法学的认识。广义的法学泛指一切有关法现象的研究，包括各种从外在视角（如伦理学、社会学、经济学、政治学、生态学等）进行的颇具反省和批判意义的思考。但对于以制度建设和解决问题为核心目标的部门法学而言，其首要任务是对法律应用的研究，即关于现行法如何适用于现实问题的研究。这个意义上的法学，是运用法的内部视角对现行法进行具有实践指导意义的规范性研究，^[57]而非简单地对法现象进行客观描述。环境法学主要应为此层面，只有在这个意义上的环境法学才是实在的、可直接助益于法治实践的；才是独立的，才可与环境科学、环境伦理学、环境社会学、环境经济学、环境政治学等环境学科相区别，发挥作为“规范科

[57] 此处之“规范性”乃“使某事物具有应然之准则性及拘束力”之意。参见前引[23]，拉伦茨书，第73页以下。

学”的独特价值。由此,环境法学应当结合现行法秩序,从法的视角、原理和逻辑出发,面向法治实践,提供具有规范意义的专业性指导,提供就现行法秩序而言可欲的实践方案。尽管外部视角对于认识和评价环境法这样一种新兴的、颇具颠覆性的法律具有重要意义,尽管作为交叉性、综合性学科的环境法学绝不能如通常部门法学那样在被假定具有自足性的概念体系里打转转,但从内部视角进行的规范性研究仍是环境法学的立身之本和发展之源。这意味着环境法学不应笼统地把一切与环境法有关的问题都纳入自己的研究范围,而应把重心放在对现行法的研究,对法律适用的研究,对规范与实践之结合的研究。由此,环境法学的主要关注点或许应从立法转向司法,从法的制定转向实施,从对新秩序的呼唤转向对既有秩序的完善。在研究方法上,也要从粗略的价值判断转向精确的利益衡量,从抽象的伦理呼吁转向实证的社会分析、经济分析,尤其要注意对规范分析法的充分运用,因为“法学的主流和基础是规范法学”。〔58〕

(二) 把法的本质特征纳入言说前提

作为法学之一种,环境法学研究必须在顾及法的本质特征的基础上进行。只有把法的本质特征融入法律理解的“前见”,作为言说的前提,才能保证所谈论之法与通常所理解之法在实质上的统一,避免“不像法学”的尴尬。从现代法治之法的本质特征出发,结合研究中的常见问题,环境法学尤其要把握以下特征:

第一,社会性。这里的社会性主要指法之适用范围的“人类社会性”,也即属人性。法在本质上是一种社会规范,是社会对其成员所施加的行为准则。法的社会性表明法是特定社会的产物,而非一种先验存在;是可变的,而非恒定的;是由人类主动选择的,而非“自然”强加的;是可改造的,而非只可被动遵循的;是只适用于人类的,而非适用于天地万物的;是“为人”的而非无目的的。法的社会性意味着法与各种自然规律、生态法则的本质差异;意味着法只适用于作为社会成员的人,而不适用于非人物种;意味着法必须以社会的存续发展为根本考量,以人的利益为价值着眼点。这要求环境法学必须把法与自然规律或生态法则区别开来,把法学论证与对自然规律、客观法则的发现区别开来,把法的正当性与规律的客观性区别开来,摆脱动物是否拥有权利、非人自然物可否成为法律主体、法能否直接调整人与自然的关系等伪法学问题的困扰,限定社会视野的分析。

第二,规则性。规则性是指法的表现形式主要为明确、具体、可操作的行为准则。尽管任何社会规范都离不开价值的指引,但法的独特之处在于,其对价值目标的追求主要是通过规则的明确指引和约束来实现的。从这个意义上说,规则性可谓法的最本质特征。但由于任何规则都是由语言构成,而语言有其自身规律及局限性,因此能否以及如何规则化也就成为法学思考的重要维度和任务。因此,尽管“将法律政治上的要求表达出来,并且为立法者研拟新的建议,这一直是法学的任务之一”,〔59〕但法学从来不是(或不应是)政治意见的留声机,而必须发出其“从规则出发”的独立声音。规则性要求环境法学与各种环境思潮保持距离,保持其规则角度的独立立场。一方面,应把能否规则化作为研究的起点和判准,把那些“只可意会、不可言传”或不宜以明确规则表述的事物摒弃于研究范围之外;〔60〕另一方面,要把如何规则化作为研究的落脚点和终极目标,提高方案的明确、具体、可操作性。同时,由于规则总是体系化、整体性的,环境法研究也不能只关注欲解决的具体问题,而必须慎重考虑解决方案与其他规则的关系。

第三,实践性。法着眼于人的行为,以推动社会实践为己任。这意味着环境法学应当把人的

〔58〕 孙笑侠:《法学的本相——兼论法科教育转型》,《中外法学》2008年第3期。

〔59〕 前引〔23〕,拉伦茨书,第114页。

〔60〕 规则化带来确定性的同时也意味着灵活性和多样性的丧失。所以,并不是所有价值目标都适合以规则化的形式来表达,如那些以增进美好为目标的美德性价值。

行为作为主要关注点，没有必要去干涉人的内心，如所谓对自然的敬畏。应把实践性作为选择论题和检验成果的标准，只关注那些在事实上有实践之可能的论题，摒弃那些听起来很美但实际上是在“要求不可能之事”的乌托邦方案。应把对环境实践的助益程度（而非环境理念的先进性或环保立场的坚定性）作为评价、取舍的重要标准。环境法学还应当把社会实践的基本规律，如人的一些本性作为论证的参考性因素，在尊重这些规律的基础上进行分析和探讨。

第四，普遍性。法面向不特定的多数人，对相同情形作相同处理，可反复适用。普遍性要求环境法学关注普遍性问题而非具有轰动效应的个案。普遍性意味着环境法是一种面向多数的解决机制，应着眼于多数人利益、满足多数人要求、符合多数人的期望，其道德性不能过高。普遍性要求环境法学者摆脱精英心态，以常人的眼光进行审视，慎重考虑规则一旦被普遍适用所带来的后果，追求普遍意义上的正当。

（三）加强本土化研究

与其他法律相比，环境法更需因地制宜，环境法学的主体性急需加强。鉴于当前环境法学较为严重的“西化”倾向，环境法学研究应当掀起一场“本土化”运动，树立主体性意识，科学对待各种外来经验，注意对有利环境法治建设的本土资源的识别、汲取和利用：

首先，本土化是针对“全盘西化”而言的。它意味着对外来经验的批判性反思和独立于西方的自我意识的树立。它提醒研究者要时刻意识到自己的研究是面向中国的研究，意识到中国与西方可能的不同（不是必然的），并因此对各种外来经验（无论理论还是制度）进行深入、细致的考察，结合这些理论、制度所赖以生发的具体社会情境尽量全面、客观地对其利弊优缺作出评价。其次，本土化并不意味着对外来经验的全面拒斥，而是反对不加反思、不加批判地盲目接受，强调为我所用。本土化要求批判地对待外来经验，将之与中国实际相比较，以如何有利于中国实践作为考察的着眼点。从这个意义上说，本土化是“拿来主义”而不是“关门主义”。再次，“本土”不是一个地域性概念，也不是一个政治性概念，它不是本质主义的，并不一定体现为与西方的差异甚至对抗，也不一定体现为“中国特色”或“古已有之”，而只是强调“当下”和“实际”。在这个意义上，古代的和西方的同样都是非本土的，都是需要辩证分析的。最后，本土化要求客观地对待中国不同于西方的理论、制度或做法，以社会实效（而不是与西方经验的契合程度）为标准进行评判、作出取舍，尤其要注意对其中有利于环境法治的因素的选择和利用，^{〔61〕}把对本土资源的挖掘、改造作为实现环境法治的重要途径。

（四）尊重现行法

无论是从法秩序的延续性、法律规则体系的统一性、法的安定性还是环境法作为法体系之一部分的本性来看，环境法都离不开对传统法秩序的依赖。由此，环境法学不应按照所谓的生态规律或者某种环境理想图景去任意打造新秩序，而应在维持法秩序的整体安定性的前提下通过规则的“渐变”解决新问题。这要求其必须尊重现行法，妥善处理与现行法的关系：

第一，不轻易否定现行法。在此基础上，寻求对问题的解决之道。否则，现行法就不会得到认真对待，法学研究也极易沦为漫无边际的政策探讨。这也是法学作为“根据法律的思考”的题中之义。第二，充分利用现行法。尽管环境问题笼统来说是一个新问题，但许多“事实上的新问题”并非“法律上的新问题”，对这些问题，现行法的规制依然有效。还有些环境问题虽然无法直接从现行法中找到解答，但可以通过对现行法的解释、补充、漏洞填补、利益衡量等技术处理来解决。因此，在面对问题时，环境法学应充分运用现有法律资源，尽可能通过对现行法的解释

〔61〕 比如强调亲近自然、敬畏生命、崇俭恶奢的传统文化，义务本位传统，实用道德主义思维，和谐理念与调解传统，政权的社会主义性质、强力政府以及自我探索的经受实践检验的环保措施等。

和续造解决问题。第三，不全盘否定现行法。即使现行法确实无力解决某些新问题而必须被超越，对其评价也应全面、客观、适度。因为任何进入法治实践的法，（至少在制定时）必然有其相当的合理性和积极意义，如对此没有充分认识，则有“把婴儿和洗澡水一起倒掉”的危险。同时，由于法律规则之间的互相关联，对现行法否定得越多，对整体法秩序的冲击也就越大。所以即使现行法确有不足，也应细致、具体地考察其失灵状况，精准地指出其不足之处，而不宜全盘否定。第四，有限创新。在“穷尽当下”仍不能有效解决问题时，对现行法的变革与创新就非常必要。但变革必须有理、有利、有节，尽量减少对法秩序的冲击。“有理”是指有充足的理由，包括已“穷尽当下”仍不能解决；“有利”是指对解决问题确有积极实效；“有节”是指变革的程度和范围适度，既能有效解决问题，又不会对法秩序整体造成根本性冲击。

（五）现实主义

现实主义首先意味着环境法学要坚持利益视角。无论人们如何强调环境问题的公益性、伦理性，它在本质上都是一个利益问题，而除去各种神圣面纱的现代法最终也只能依靠在利益调整上的“成绩”立足。^{〔62〕}由此，环境法学应该诚实地面对环境关系中的利益冲突，并寻求妥当安排。这要求，一方面要摒弃各种在根本上否定环保的利益性甚至以反功利性来彰显其价值的社会思潮（如非人类中心主义），大方地追求人类利益；另一方面，要认识到以人类、社会、公共为名的各种抽象的整体性利益与各种具体利益、个体利益的复杂关系，认真考虑不同群体的环境代价并予以平衡与补偿。同时，利益性也要求环境法学应该少一些道德主义的绝对和僵硬，多一些功利主义的妥协与灵活，注重平衡、和谐而不是非此即彼。

其次，现实主义意味着环境法学必须注重环境法的实施成本和实施条件。作为一种精致的、“高级”的法律制度，环境法的实施成本更加高昂。没有充足的财力及相应的公共财政安排，理论上再好的制度也难以有效实施。这要求环境法学者无论“批旧”还是“立新”，都要有对实施成本的关注，而不仅仅是伦理性的义愤或鼓吹。同时，环境法学还要关注如何为实体法的实施创造具体条件，“不仅仅要重视权利的设定，更应该重视权利实现的方式、程序保障条件”。^{〔63〕}

再次，现实主义也意味着环境法学要注重群众基础，争取公众的认同和支持。为此，应注重社会分析方法的运用，加强实际调查研究，“倾听”公众意愿，将社会支持和公众认可度作为论证的重要依据。还要格外注重对程序性问题的研究，把如何从制度上实现环境决策及相关活动的公开、透明、公众参与、社会监督作为重要课题。

复次，现实主义意味着对中国当下环境实践及相关事实的基本认可和包容。尽管现实总是不完美的，尽管通过法律制度的运作把现实改造得更美好是法的根本追求（对于环境法而言，这一点尤其重要），但任何改造都必须在现实基础上进行，并且其成功度受制于对现实的认识程度。而如果没有起码的认同，就不会有全面的认识；没有起码的同情，就难有深入的理解。研究者只有在“基本合理”的假设下从当事人的立场出发感知到种种“荒诞”背后的合理性，才能真正触及问题的本质，才有对症下药的可能。如果没有起码的认同，如果如同一些激进的环境主义者那样，满眼都是堕落的人性、压迫的规则、控制的阴谋，必欲除之而后快，则将无任何法治可言。现实是无法仅凭主观上的“觉醒”就可以彻底摆脱的，无论喜欢与否，都必须接受它，然后才能改造它，这是任何法律人都不得不面对的现实。

最后，从根本意义上说，现实主义还意味着环境思考上的因地制宜、循序渐进、一切从实际出发。鉴于环境资源与国家发展的利害关系，任何环境思考都应把现实国情作为前提基础，顾及

〔62〕“法律的终极原因是社会的福利。未达到其目标的法律规则不可能永久性地证明其存在是合理的。”〔美〕卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第39页。

〔63〕前引〔38〕，吕忠梅等文。

自然禀赋、环境条件、经济状况、科技水平、民众需求等基本问题。同时，由于“环境上的利益只是国家所应追求利益中的一环”，^{〔64〕}环境思考也不能仅着眼于环境本身，而必须置身于国家整体发展的战略格局下，从整体利益平衡的角度加以考量。当然，环境利益在国家利益中究竟处于何种位置、与其他重大利益发生冲突时究竟该如何处理，这些问题已超出了纯粹法律问题的范畴，进入政治领域，非法学工作者所能充分回答。但在可能的情况下，环境法学还是要有基于国情的整体性考量。同时，这也提醒环境法学者，环境决策归根到底是一种政治活动。因此，环境法学的“主业”不是对各种方案作出实质判断并加以定夺，而是为不同意见的交流提供一种合理机制以最大限度地增进决策的科学性，并通过法律技术的发展确保胜出的决策能够真正“进入”法秩序，切实付诸实践。从这个角度来看，环境法学在环境治理中似乎主要起着一种“工具”的作用，但如果这一点能够做好，那也善莫大焉。

Abstract: Chinese environmental law researchers have deviated their recognitions of law from its nature. They confuse the relationship between law and morality, and deal with legal issues in moral thought. They confuse the relationship between law and discipline, and can't realize the effective transformation from the laws of nature to the law of society. They copy the western experience mechanically, and lack of local reflection and self-position. They separate legislation from law enforcement, and offer legislative proposals without regard to the social foundations and conditions. And they break up the connection between environmental law and traditional law, and depart from the basic rules of law when innovate, which subvert the entire legal order.

The deviation of legal concept makes the environmental law research only play an enlightenment role in practice. The results of their research are in fact the expression of their dream of ideal environmental order, rather than the application of the legal rule in the judicial practice. Although these studies are wide in topics and large in quantity, it is difficult for them to form consensus through effective argument to promote legal theory, and they are not benefit to the development of the rule of environmental law. Due to the complexity of environmental protection, environmental practices need urgently clear, specific, and practicable environmental laws and regulations to settle environmental disputes institutionally. Thus Chinese environmental jurisprudence must transform from an enlightenment theory to a theory of rule of law by narrowing the research objectives and range, grasping the essential characteristics of law firmly, strengthening the localization of studies, respecting for the existing law, and adopting a realistic thinking mode.

Key Words: environmental law, environmental jurisprudence, environmental rule of law, legal method

〔64〕 前引〔36〕，叶俊荣书，第19页。