

# 论美国环境法法典化的失败

## ——以环境法重述之争为视角

梁增然

**摘要:** 美国学界围绕环境法是否应当被重述形成了观点对立的两派。激烈争论的背后,是环境法学者试图通过法典化改变美国环境法窘状的努力,更映射出学者们对环境法向何处去的不同认识及态度。尽管美国环境法重述被宣告搁置,但这场法典化争论值得探析和思考。我国环境法学界最终确立了“适度化”编纂环境法典的目标,明确了当代环境法学的历史使命。在人类命运共同体的大背景下,环境法共同体逐渐显现,而无论是我国环境法典编纂的探索还是美国环境法重述的争辩,目的都是为环境法律部门更具体系性而进行重塑,消弭环境法律内部规则之间冲突、分散、重复的弊端。对于我国环境法典,需要进一步明确编纂目标,夯实编纂方法,坚持编纂的程序性定位,树立起环境法学科独立自信的价值体系,增强环境法学术共同体的凝聚力。

**关键词:** 法律重述; 争辩; 环境法典

**中图分类号:** D971.226.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2023)01-0044-10

**DOI:**10.16493/j.cnki.42-1627/c.20221124.002

### 一、问题的提出

我国环境法学界在对“环境法向何处去”进行多次专题讨论之后,确定了编纂“环境法典”的时代使命。随着 2021 年全国人民代表大会常务委员会立法规划中明确将环境法典的编纂列入,标志着环境法典正式由学术研究迈入立法的轨道。围绕编纂所涉问题,学界逐步展开了相关的学理讨论。环境法典呈现全球化趋势,普通法系国家同样受其影响。美国环境法学界自 2014 年开始就围绕“是否应当环境法重述”展开讨论,进而引发了一场学术争辩,并逐渐形成鲜明对立的两种态度<sup>①</sup>。

美国法语境下的法律重述 (Restatement),是特定机构经严格的编制程序对松散的普通法和制定法进行系统性整理,对成文法规定予以更加清楚的表达,从而反映美国普通法清晰的形成与发展脉络,满足法学界和实务界对该领域特定问题的解答,统一司法实践认识,具有稳定性、规范性、

基金项目: 河南省哲学社会科学规划项目“中国生态环境保护法典化研究”(2022BFX021)

作者简介: 梁增然,法学博士,郑州大学法学院讲师, yueyangyi@126.com (河南 郑州 450001)

<sup>①</sup> Dan Tarlock, Why There Should be No Restatement of Environmental Law, 79 *Brooklyn L. Rev.* 663 (2014); Tracy Hester, Robert Percival, Irma Russell et al, Restating Environmental Law, 40 *Columbia Journal of Environmental Law*. 1 (2015). 此后,双方在《美国环境论坛》进行了再次交锋。见 Dan Tarlock, No Restatement, Please 32 *Environmental Forum* 38 (2015); Tracy Hester, Robert Percival, Irma Russell et al, Time for Restatement 32 *Environmental Forum* 41 (2015)。

体系性等特点<sup>[1]</sup>。由于超越了一般化的法律汇编，每一部法律重述从规划到颁布都历经多年，因此，获得了学界和实务界的高度认可，其本质就是“弱”法典化。

由此可见，环境法律重述与我国目前就环境法典所提出的“适度化”<sup>[2]</sup>定位有一定的相通之处。尽管环境法重述以美国法学会未将其列入“第四次法律重述规划”而暂告搁置，但这场域外的学术论争却为我们提供了一个观察环境法典初始阶段（决定是否开始编纂）的不同视角。因此我们需要关注美国环境法重述的争辩，尤其是对该争辩的双向意见、实质分歧进行研究。本文第二部分介绍美国环境法重述之争的双方观点。第三部分阐述了美国环境法重述之争的背景并分析其实质。第四部分通过对编纂方法和研究进路的比较研究，明晰我国未来环境法典编纂所需要考虑的范围、方法与定位。

## 二、美国环境法重述之争双方的主要观点

在芝加哥肯特法学院教授丹·塔洛克（Dan Tarlock）专门撰文呼吁“不要环境法重述”后，以罗伯特·珀西瓦（Robert Percival）为首的多名学者针锋相对地提出“是时候进行环境法重述”的主张，并针对塔洛克的观点逐一反驳。至此，两大权威人物的参与将这场学术思辨推向了高潮，颇为引人注目。

### （一）美国环境法不应当被重述

作为当代美国环境法学的权威，丹·塔洛克针对“美国环境法向何处去”不断地提出新的理论，试图改变环境法难以嵌入实体法领域、甚至可能会被其他法学部门吸收或分解的尴尬地位，使得环境法作为一个法律部门具有更高的正当性。正因为如此，他极为鲜明的反对之声尤为引人注目。主要理由如下：

1. 环境法具有强烈的内在变化属性。环境法必须不断根据环境科学认识的变化做出相应调整，具有内在灵活性和不确定性的特点，环境法因而呈现出以刺激-反应型为主的立法模式。社会风险的提升，科学不确定性的增加，环境因果关系的时空割裂，均导致环境立法变得越发困难。科学承载的价值无涉的技术性力量需要与隐含价值判断的环境规制结合，立法者希望科学不仅能够决定某个风险的概率，而且需要清楚地判断生物（特别是人类）可接受风险的范围，但这显然在大多数情况下远远超出了科学的能力。科学判断的局限此时需要同民主协商相结合，甚至向“利益相关者”的呼声倾斜。在环境法的外衣下，包裹着复杂的公私利益冲突，故而塔洛克认为，试图将一个内在变化的法律“冻结”在人为设定的编纂框架当中不符合环境法的需要，倒不如对其进行定期的更新<sup>[3]</sup>。

2. 环境司法未发展出核心规则。一个法律领域若想成为法律重述的对象，具有特有的核心规则是必要前提。但诸多纷繁复杂的技术规则，天然地排斥凝聚环境法律的核心规则。二者的不平衡，随着法院过于注重环境行政决定程序的合法性及其内在的逻辑性，而忽视环境行政决定的内容而加强。环境问题不再像 20 世纪 70 年代（即环境法律生成的 10 年）那样便于识别与确定，环境法律的滞后性使得法官在专业技术问题上不得不依赖专家判断，而这又非通过法官培训就能解决。

不仅如此，环境法律在法院一直处于较为尴尬的地位，主要表现在：第一，法院对环境法律始终颇有异议。从学者的相关实证研究看，无论是《濒危物种法》在联邦最高法院的迅速失宠<sup>[4]</sup>，还是《国家环境政策法》从未得到联邦最高法院的青睐<sup>[5]</sup>，都表明法院对环境法律的漠视或者说相较于对经济利益的一种偏重，更隐含着大法官们缺乏对于环境利益共同体的认可。第二，法院始终未将环境法视为一个独立的法律部门。由于大多数环境法律都涉及对行政机关决定的司法审查，环境

诉讼原告一般都据此要求法院变更行政命令或对某个环境法律规定进行细化解释；而分权原则以及环境法律所涉及的技术专业性，使得法院倾向于形式审查而非实体审查<sup>[6]</sup>。因此，在法官眼中，案例中的环境法不过是公民限制资源开发、质疑行政决定的程序性工具，而非真正的实体性法律。这一方面加深了法官对环境法具有强公法属性的认识，另一方面也不断淡化环境法自身所具有的实体法特征。在面临环境法案件时，法院通常是以行政法案件对待或者仅仅对其进行法律解释，造成法院在涉及环境法律问题案件中做出的判决，往往是对于行政法规则的发展，要比对环境法发展自身规则的影响深远得多。例如谢弗林案（*Chervon v. Natural Resources Defense Council*）<sup>①</sup>，联邦最高法院在这一经典环境法案例中提出了对行政机构决定进行司法审查的双层模式理论，该理论已经成为美国当代行政法的基石，但并未反哺于环境法本身，反而加剧了对该案涉及的《清洁空气法》的认识上的歧义。

3. 环境法不符合法律重述传统。这实际上指向作为法律重述的主体——美国法学会的选择偏好。从历史上看，美国法学会自第一次重述阶段开始至今，就基本上是按照罗马法的传统进行的。尽管美国法学会选取的法律领域已然不断地脱离原有的罗马法体系，但真正地针对某一新兴法律领域进行重述还是极为罕见的。在功能上，环境法同普通法相互排斥，而普通法才符合作为法律重述对象的一般传统。当代环境法的诞生，最主要的原因就是国会通过制定实体法来弥补普通法在回应环境保护上的缺陷。也就是说，环境法自出生之日天然地带有“反普通法”的基因，环境法与普通法两者并非天然统一体。普通法的主要功能就是通过赔偿受害人在人身或财产上的损失，这必然是一种基于矫正正义的事后救济。而在塔洛克教授看来，环境法的功能与普通法相反，是基于普享正义之上的事前预防<sup>[7] (P667-668)</sup>：第一，环境法限制而非对已有环境污染权利的确权；第二，普通法在传统上创造“财产权利”这一基础性概念从而鼓励对自然的开发，而环境法对生物多样性的保护恰恰突破了这一普通法基础。因此，从重在普通法予以重述的法律传统来说，环境法也很难进入美国法学会作为重述对象之列。

## （二）环境法迫切需要重述

以马里兰大学教授罗伯特·珀西瓦为首的“改革派”，针对塔洛克教授的观点做出了回应和反驳。他们从战略的角度出发，认为塔洛克提出的那些所谓的障碍并不会构成真正影响。其支持的理由如下：

1. 美国法学会在非传统普通法领域涉猎颇深。尽管美国法学会的早期工作的确集中在传统普通法领域，但目前所采取的以协商一致为基础的选择方式，不会导致进入某个以成文法为主要构成的法律领域的困难。无论是成文法还是普通法，都必须满足必要的前提——如，案例的丰富性、法律问题的复杂性、法律自身的模糊性及众多学者的关注度——才有可能进入选择视野范围。实际上，美国法律协会已经在非普通法领域做出了许多开创性的工作，例如软件合同、不正当竞争、国际商事仲裁等领域；同样表明了过于重视法律领域的渊源，并不处于被选择对象的优先序列，这同美国法律协会所宣扬的目标相违背，也不符合其自身的发展利益。作为目前最为引人瞩目的法律领域之一，厘清法律关系、解决复杂法律问题为己任的美国法律协会不能也不可以对环境法无动于衷。无论被动或是主动，美国法律协会承担环境法重述的重任是理所当然。实际上，其在已有的法律领域工程已经涉及环境法的部分重要问题。

2. 法院亟待需求法律重述。目前的环境法案件，多数表现为联邦与各州之间规制的冲突，本质上都是基于“环境联邦制”（*Environmental Federalism*）所导致的联邦与各州在环境规制权力上

① 467 U. S. 837 (1984)。

的博弈<sup>①</sup>。在处理这类问题时，法官总是显得小心谨慎；法院判决也是变化反复，毫无规律。而美国法学会“在承担重述任务时，相较于追求实现法律改革的成效，的确是更加注意对现有法律状态的把握，明确出现法律问题的领域，并且对该领域已有法律实践的合法性进行明晰，在相互冲突的法律解决方法中确定优先适用的顺序”<sup>[8](P35)</sup>。因此，环境重述的编纂对于法官而言不啻为一种捋顺环境法问题的良方。此外，环境法的交叉性往往导致某个问题的多法律学科属性，包括刑法、行政法、侵权法等，只有像美国法学会这样由各个不同法律领域精英所组成的机构才能完成。

3. 重述不会抑制环境法的发展。针对重述可能会“冻结”环境法依托于科学为基础的内在灵活性，进一步缩小环境法在程序式法律道路上的发展空间，减弱其对外界环境反应的敏感程度的观点，珀西瓦等认为重述不但不会阻碍环境法的诸多明显特征，还会促进环境法在特定道路上的有序发展。美国法学会有能力预见未来可能出现的威胁与需求，能够较好地指明环境法所采用的理论与制度措施，从中确定给予环境法多大的弹性空间，并且找寻这样一个通往环境法在框架约束下仍能够保持自身完整性的“自由之路”<sup>[9](P37)</sup>。退一步讲，即便美国法学会由于种种限制条件而无法完成整体环境法重述的任务，它仍然可以通过其他方式满足对环境法的诸多关注。比如，首先进行对环境法原则的阐释工程。对环境法原则进行阐释的过程，免于在错综复杂的环境法律关系中沦陷，把精力集中在抽取环境法律的复杂性为几条内在连贯的原则，从而指导对环境法特别的解释或者实施。对环境法原则的抽取，是对环境法全面重述的基础，也使得通过指出环境法应当实现的一般目的的同时，避免采用那些过时的、有时甚至有害的环境法律概念<sup>②</sup>。

### 三、美国环境法重述之争的背景及实质

向环境法律重述研究的聚焦，标志着历经半个世纪的美国环境法亟待变革，更意味着经由实体法向程序法不断变迁的环境法面临着“众口难调”的尴尬，法律体系及其形式理性越发凸显其重要性。环境法律体系的实质要件和形式要件均已成为美国环境法学界的关注点，这也意味着环境法律体系的未来并不明朗。本章主要分析两个问题：一是美国环境法重述之争的背景，旨在展示出现这场环境法重述争议的源起；二是分析这场学术争议的实质。

#### （一）美国环境法重述之争的背景

1. 联邦环境立法基本停滞。自1970年颁布《国家环境政策法》之后，国会在十年间相继制定并实施了《濒危物种法》《有害废物控制法》《资源保育与恢复法》《清洁空气法》《清洁水法》以及《综合环境补偿与责任法》等环境法律。这六部法律诞生于“环境法十年”（1970—1980年），构成了美国环境法律体系的核心<sup>[10]</sup>。然而，自1990年对《清洁空气法》进行修改以来，美国联邦国会就

<sup>①</sup> 联邦与州的环境规制权力博弈表现出两种方式：一是各州自下而上的推动联邦去规制新的环境问题。如马萨诸塞州诉联邦环保局案，其实质就是因为联邦对气候变化问题无动于衷，致使这些应对气候变化的急先锋（如本案的原告）由于其他不作为州的“溢出效应”而受到相对不利的地位，因此不得不通过诉讼的方式去督促联邦采取新的规制；二是联邦通过立法自上而下的实施规制权力，遭到地方的反对。如最近的密歇根州诉联邦环保局案（Michigan v. Environmental Protection Agency, 536 U.S. 939 (2015)），实质上是以密歇根州为首的地方团体通过诉讼延缓实施联邦环保局有关发电厂排放的规则。各州在面对联邦法律时，通常会根据自身利益相应地提起诉讼来排除该联邦法律在该州的效力，提出的理由就是国会所颁布的法律侵犯了各州传统的自主权力，违宪而应当被废除。

<sup>②</sup> 法律重述过程一般会持续较长的时间，通常会有数年甚至十余年的情况发生。因此在重述时期内，某些法律概念可能会逐渐被淘汰甚至起到反作用。

再未通过一部新的环境法律,也未对原有法律进行重大的修订<sup>①</sup>。可以说,美国联邦环境立法基本处于停滞状态<sup>②</sup>。

然而,联邦环境立法停滞的背后,并非是这套“第一代”环境法律系统的完美。相反,这个以命令-控制模式为特征的法律体系遭到诸多批判:首先,规定过于拘泥而保守,合规成本很高;其次,缺乏容纳和激发资源效率型污染防治方式的创新;再次,未对不同类型的风险进行合理的优先级别划分与管理;最后,在不同媒介的环境问题上所聚焦的方式往往不能协调一致,并且往往忽视功能性的和生态系统内的相互依存关系<sup>[11]</sup>。作为一个僵化的、以各环境要素为规制对象的多个单行法集合,环境法律系统存在的上述问题与立法机关迟迟无法进行更新的矛盾,使得法律重述成为一条可能的突破路径。

2. 环境司法未能统一。法院对环境法律案件的判决未能统一,有时甚至自相矛盾。这主要源于两方面的原因:首先,环境法缺乏宪法的支撑。由于美国宪法并不涉及任何环境权利,因此自20世纪70年代建立当代环境法律体系之后,环境法的宪法基础到底为何一直都是学者热议的话题<sup>③</sup>。然而,无论是通过扩张性解释,还是援引环境伦理学概念都并不令人信服,因此都寄希望于法官“制宪”。但是自1965年第一个现代环境法案件出现至今<sup>④</sup>,法院始终未能成功形成一个环境法的宪制基础。联邦最高法院已经审理过百的环境法案件<sup>[7](P673)</sup>,然而这些判决之间充满了不一致、不协调甚至是冲突,无法为环境法实践提供稳定的、连续的、深厚的支撑,更未呈现出一个可以作为环境法宪制基础的判决。

其次,环境联邦制的消极影响。美国实行联邦制,其多数联邦环境法律都明确规定州作为实施环境项目的主要责任人,但必须符合法律规定的环境标准和其他要求。联邦政府保留监察权力,并且在州执行不力或拒绝执行的条件下,有权直接在该州实施环境法律<sup>⑤</sup>。在联邦环境法律停滞不前的背景下,环保署根据法律授权颁布了涵射大量创新性方案的环境政策,但却造成了一种奇怪而有趣的现象——在每一次环保署颁布某环境政策之后,各州都并不立即执行(哪怕环境政策所规定的执行期限很短),而是心照不宣地观望,因为一定有某州就该政策诉诸法院,其他州都在翘首以待法院判决<sup>⑥</sup>。诉讼成为各州拖延实施环境法律的一种手段,联邦法院也因此成为了各州对抗联邦环境

① 参见 Richard J. Lazarus, *Congressional Descent: The Demise of Deliberative Democracy in Environmental Law*, 94 *Geo. L. J.* 619 (2006)。该文第一部分对美国环境法律颁布及修改进行了综合整理,能够很清晰地发现环境法律数量在1970—1980年、1980—1990年以及1990年至今三个阶段呈递减趋势。Lazarus教授认为,环境立法停滞的现象主要归咎于美国国会的责任缺失及其内部民主缺失所导致的,见该文第二、三部分。

② 自国会通过1990年《清洁空气法》修改案后至今,国会对环境法律仅有几次轻微的修改:《1996年清洁饮用水法修正案》以及《2002年小企业责任减免与棕色地带复兴法》(该法旨在对超级基金法的责任条款进行一定松动,从而激励中小企业参加棕色地带的再开发利用计划)。

③ 尽管大多数学者始终把商务条款视为环境法律的宪法基础,但越来越多的案例显示这一理论的苍白。Lydia B. Hoover, *The Commerce Clause, Federalism and Environmentalism: At Odds after Olin*?, 21 *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.* 735 (1997)。有学者甚至建议修改宪法并且添加环境条款,见 Dan L. Gildor, *Preserving the Priceless: A Constitutional Amendment to Empower Congress to Preserve, Protect, and Promote the Environment*, 32 *Ecology L. Q.* 821 (2005)。

④ *Scenic Hudson Preservation Conference v. FPC*, 354 F.2d 608 (2d Cir. 1965)。有关该案件的详细情况,见 Oliver Houck, *Unfinished Stories*, 73 *U. Colo. L. Rev.* 867, 869-80 (2002)。

⑤ 联邦与州在执行环境法律规定上的模式被称为“合作联邦制”。见 Robert, *Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models*, 54 *Md. L. Rev.* 1141, 1174-1175 (1995)。

⑥ 各州政府提出的理由比较多样,但大致都基于两个基础:一是基于EPA颁布的环境政策超越了商务条款授予联邦的规制权限,从而侵犯了州的规制领域;二是认为EPA的环境政策违反了作为该政策权力来源的联邦环境法律。

政策的主战场<sup>①</sup>。此时，环境治理实效早已不是诉讼的焦点，反而转向联邦与州之间的权力分配，法院面对这一问题总是显得捉襟见肘、分歧重大，无法形成统一意见。

3. 学界将环境法融入实体法的企图落空。环境法处于构建和运行的“不能自主”现状，美国环境法学者为此寻找并且提出了多种基础性理论试图重塑环境法，使其真正嵌入实体法领域。具有代表性的如塔洛克的形式主义、埃格德（Todd S. Aagaard）的现实主义和韦斯特布鲁克（David A. Westbrook）的理想主义，这三类不同路径分别在原则层面、论证方面和价值层面触及环境法律系统的自主性问题。

譬如，塔洛克通过凝聚原则支持环境法律系统的形式，认为只有通过原则控制决策，才可能将看似分散的环境法凝聚起来，“从而允许我们确定能够合理地推动环境目标，而不是自我束缚在看似具有一致性却无实用的决定中”<sup>[6](P248)</sup>。针对环境法向何处去，塔洛克提出了五个环境决策的原则，从而使得环境法作为一个法律部门具有更高的正当性。这五个原则分别是<sup>[12]</sup>：（1）在行动之前把不确定性降至最低；（2）环境破坏必须是在所有合理、可行的办法用尽之后的选择；（3）风险可以暂时作为禁止某活动的合理基础；（4）污染者必须保持清洁生产工艺的更新；（5）环境决策应当在理性限度指标内，而不是超出。埃格德通过论证内在结构捍卫环境法律系统的规范，在呈现环境法律整体特征框架的基础上，再次细化环境法系统中各环境法律特征，将环境法内化为一个具有等级制的内在法律系统：核心环境法律、次核心法律以及非核心法律。区别环境法律之间的标准包括：环境保护的地位、客体、法律形式、政府的地位、规制范围以及实施机构<sup>[13]</sup>。韦斯特布鲁克则是通过法的价值祛魅推动环境法律系统的功能，认为环境法律可以被理解成“在以个人选择为基础的哲学背景下，不断尝试把对人类生命的关注语义化”<sup>[14](P708)</sup>。环境法最大的问题就是其生成总是基于对个人自主权的一种保护，但是环境价值并不仅仅局限于对个人自主权的保护，因而环境价值一直无法融入环境法律当中。环境法若想完整，就必须逃离出自由主义框架并且拥抱“自然作为自然”的价值观<sup>[14](P709)</sup>。不过，无论是形式主义，还是现实主义，甚至是理想主义，都是基于无力改变环境法律现状的一个可能选择，这也决定了诸方案本身的局限和缺陷，更无法真正提升环境法的法学属性。

## （二）法律重述争辩的实质：“同”而“不和”

1. 目标相同。以罗伯特·珀西瓦为首的“改革派”，针对塔洛克教授的观点做出了回应与反驳。他们认为，从战略的角度考虑，塔洛克提出的“那些所谓的障碍也同样会影响美国法学会在其他非传统的普通法领域重述的能力与灵活性”<sup>[8](P33)</sup>，因而并不会构成真正的障碍。事实上，塔洛克承认“诸如环境影响评价、污染者付费、预防以及可持续发展等原则都是环境法重述有益的起点”<sup>[6](P219)</sup>。由此看出，有关环境法重述的争论最终并未指向“是或非”的问题。在两派的争论过程中，能够强烈地感受到双方饱含着对环境法的美好期盼，都期待看到环境法能够真正健康、有序地发展。两派关于“环境法是否能够重述”的争论属于技术层面的交流，甚至这一问题在实用的技术层面也有着肯定的答案——从实然的角度考虑，美国法学会只要启动环境法重述工程，最终就一定能够获得产出。

2. 策略各异。在实然层面，双方对“环境法重述是否能够”进行了辩论，继而体现出对待环境法重述立场的相同；但在应然层面，即对于“环境法重述是否应当”的问题，双方却产生了实质分歧。在塔洛克看来，环境法现在还处于幼稚期，远未成熟到重述阶段，应该再给予环境法一定的

<sup>①</sup> 最高法院在谢弗林案中，提出了对行政机构行使法定权力进行司法审查的双层模式：第一步，尊重国会的意图；第二步，在国会并未涉及该问题的主张时，检验行政机构的解释是否具有合理性。这一判决基本保证了行政机构的能动解释权利，然而联邦法院在许多判决中并不遵照这一先例，这就给予地方政府相当的诉讼激励。

时间与空间去发展；如果现在重述环境法，就是强行地“拔高”环境法，人为地加速其原有正常发展的过程，最终可能适得其反，对环境法的发展弊大于利。由此看出，他始终寄希望于环境法的自我生成与演化，而并不期待外界因素对于环境法的显见塑造。与此同时，基于自然生态循环规律以及科学不确定性的理由，他对环境法系统如何在确立框架的同时，保持自身内在的弹性显示出强烈的质疑。在他看来，与其毫无把握的采取行动，倒不如顺其自然地等待时机的出现（也可能永远不会出现）<sup>[7](P677)</sup>。

而与之相反，珀西瓦等人则显得信心十足，“声称不可能重述环境法或者俘获环境法规则——就像历史上许多认为某件事情根本不能完成的论断——这实际上恰恰反映了值得一试”<sup>[8](P36)</sup>。他们认为当前美国环境法的窘状必须被打破，在衡平利弊之后试图放手一搏，并且把改造环境法的主动权握在手里。他们对塔洛克的保守态度非常不满，批评他在希望（环境法）发展的同时却又固守糟粕，这种谨慎策略会丧失更多的机遇。

#### 四、美国环境法重述之争的启示

从全球来看，环境法共同体正在形成，人类命运共同体的理念越发得到印证。进一步观察美国环境法，其“法典化”失败具有更深层次的原因：首先，美国环境法呈现出外部融合的特征。由于环境法涉及众多利益纷争，美国联邦议会的两党博弈也意味着环境立法在短时期内无法成功。越来越多的非环境法律规制和采用了类环境法工具，嵌入式环境法律的功能相似性削弱了对环境法律系统更新的必要性<sup>[15]</sup>。其次，法官发挥了积极的能动作用。尽管美国联邦环境立法停滞，但依靠法官解释能够不断地弥合规范与事实之间的空隙。因此，法官实质上发挥了环境立法的功能，环境法律无形中得到了扩充、变更和弥补。环境法律重述的成功与否，丝毫不影响环境法律在美国的“实质更新”。再次，从环境法学研究来看，与大陆法系不同，普通法系对学科领域的划分相对松散。基于实用主义观，美国环境法学研究都是问题导向的，几乎所有环境法学者也都是跨领域和部门的。环境立法的式微，并不构成对于环境法研究的阻碍。

美国环境法重述之争，也从环境法律系统功能的角度为我们编纂环境法典的某些方面提供了参考。当然，与美国环境法典化的失败不同，我国编纂环境法典呈现出三点比较优势：第一，制度优势。我国环境立法稳步增长，除了保持每年至少一部新法的态势，还对已有的环境法律进行不断完善。这是我国编纂环境法典最坚实的基础；第二，智慧优势。随着环境法律的不断充实，我国环境法学研究也得到了迅速的发展。无论环境法学研究者，还是环境法学术研究，都具备一个相当大的体量，有能力保障这样一个集体工程的顺利完成；第三，顺承优势。民法典的成功颁行，已经为环境法典的编纂提供了模板。而民法学和环境法学的不断对话，也为环境法典编纂提供了在技术和理论上的必要支持。基于上述中美环境法系统的相似性和差异性，本章围绕编纂范围、编纂方法和编纂定位三个方面进行启示性讨论。

##### （一）整体化亦或适度化：确定法典编纂范围

我国学界确立了环境法典编纂“适度化”的目标，然而，“适度化”并不明确具体的编纂范围，更不能回应编纂环境法典应当具备何种特征的基本问题。这种自我限制意义上的抽象目标，无法满足当下学界对于环境法典确定性目标的期待。甚至珀西瓦等同样认为，在环境法全面重述不能达成的情况下，有两种可替代思路：一是环境法原则的重述；二是对环境法细化分支的重述，目前最适合的是环评法和环境执行与救济法工程<sup>[9](P42)</sup>。由此，我们需要进一步思考：相较于整体化而言，环境法典的适度化究竟意味着何种目标，编纂后的环境法典应当具备怎样的基本特征。

环境法典的“适度化”，是通过比较法研究和目前环境法典编纂条件等综合因素考虑后判断的

一个到达点，但这并不意味着必然“适度”，也不是对环境法体系的自我束缚。恰恰相反，环境法典需要我们尽可能完成的完整性、包容性和具象性，在有条件的限度内尽可能包容更多的环境法规则，否则难以“名副其实”。甚至可以说，适度法典化仅是临时性目标，是“起草者无法达到法典编纂的理想境界时，就有必要降低对法典编纂的要求”<sup>[16]</sup>的妥协之策，继而采用“适度环境法典+单行法”共存的模式。这种模式某种程度上解决了灵活性、创新性的问题，但可能会导致一种法典再编纂和去法典化之间的辩证过程<sup>[17]</sup>。但就目前学者所提出的诸多环境法典框架设想，似乎更接近于整体化目标，而远超“适度化”目标所能承载的内容。因此，明晰法典编纂的目标，确定法典编纂的范围，是开展我国环境法典编纂的首要前提。

## （二）立法亦或解释：奠定法典编纂方法

保持对现有环境法律的整体尊重，学习并引入传统部门法学的理论工具以增强其实践操作性和解释空间。首先，尊重现有立法，推动环境法研究由立法论向解释论的转变。与美国联邦环境立法的停滞相反，我国环境立法呈现较“热”局面，每年不仅有新环境法的产生，还有对旧法的重要修改调整。但值得注意的是，法律从生成到真正嵌入社会系统运行是一个渐进过程，而这些再立法有时会把一些事实问题转化为法律问题，阻却原本可能正在酝酿形成的法治“惯性”。应当尽量减少法律的修改，多寻求对现行法的文义解释、体系解释、历史解释、目的解释，通过补充、漏洞填补、利益衡量等技术处理来解决立法漏洞问题；其次，在完善环境法解释路径的基础上，致力于形成一定的学界共识（通说）。目前，环境法的许多基础概念尚未统一，例如对“风险”“环境权益”“公益”等的理解有较大分歧；涉及环境法原则、环境法制度，其所指向的范围、内容、特征及其内在关联等也未有定论。现行法框架中的特有难题，必须经过学界和司法界一段时间讨论后形成多数人的法律意见——学界通说和司法通说。相比较而言，美国环境法主要依赖于司法通说；而在我国环境立法较热但司法能动不足背景下，则需要对学界通说进行凝练和提取<sup>①</sup>。只有对这些基本概念形成法律通说的基础上，才能具有某种天然的正统性和正确性，这也是我国通往环境法典的必由之路。要深入论证的一个问题是，环境法典编纂是否应以调整和梳理各相关环境法律为基础，即遵循解释—修法—法典—解释的路径抑或法典—解释的路径。前者是以遵循现有立法为前提，经法的调整结合法律解释（形成学界通说）为条件，最终指向法典编纂，即沿着解释—修法—法典—解释的路径，我国《民法典》的编纂按此路径；后者是以既有立法为参考，越过法的调整而直接径向法典编纂，再以法典作为法律解释的文本系统，即沿着法典—解释的路径。

## （三）实质理性亦或形式理性：决定法典编纂定位

由系统论要求，环境法律系统应当具备两点特征：一是形式理性，即内在系统的封闭性。环境法典应当实现边界清晰、内在逻辑自洽的系统，通过特定方式对环境法律进行体系化的解释和再塑，按照特定的理论框架和叙述逻辑将其编排；二是实质理性，即对外在环境的开放与敏感性。探寻如何在保持环境法律系统形式稳定性的同时，让环境法律系统跟踪以之为基础的环境科学的变化属性，不断回应外在变化的复杂性，保持其实质的对外开放和社会敏感性，真正推动环境法律系统与作为其外部环境的社会大系统的不断嵌合。从系统论观察，在“高度功能分化社会”的背景下，协调半自主的社会子系统内部及其相互之间行为的发展方向来建构环境法律，在与环境保护相关的社会子系统之间建立一种相互支持的社会整合机制。由此，环境法律作为不同的法律领域之一，可以观察到“反身型法”的程序性导向的特征。基于环境问题的巨复杂性，试图在环境法系统内部解

<sup>①</sup> 例如，《环境法典风险预防原则条款研究》就是典型的试图对预防原则在我国环境法典中的条款设置进行的教义学分析。在此基础上，如果有学者不断围绕该话题继续进行交流、讨论甚至批判，形成比较稳定的意见，就完成了通说的产生。参见王小钢：《环境法典风险预防原则条款研究》，《湖南师范大学社会科学学报》2020年第6期。

决已经远远超出了其作为法律子系统的能力范围，而迫切需要同其他社会系统的沟通与“共振”，从而期待能够形成共同解决的路径。如埃格德所说，环境法似乎注定要成为一门解决纠纷的程序式法律<sup>[18]</sup>。事实上，从我国环境法的发展来看，由实体走向程序的特征越发明显，而这可能是我国编纂环境法典的一个定位。

## 五、结 语

美国学界的这场论战，使我们清楚地看到立法主义在环境法中的困境。在功能高度分化的社会子系统中，法律系统试图对环境问题的完全规制已经显得力有不逮。环境法为此变得不堪重负，规范过剩的“任性”后果凸显。经过半个世纪的沉淀，当代环境法体系也的确到了应当进行全面梳理与自我审视的阶段。伴随着环境法全球化的趋势，各国环境法所面临的困境越发相似，环境法共同体已经悄然呈现。当前处于一个对环境法体系进行回首清点、瞻望未来的绝佳时机，重新建构环境法体系的理性已经成为全球环境法学术共同体所共同追寻的目标。

因此，无论是美国环境法重述的启动之争，还是我国生态环境法典的编纂探索，都印证了重塑环境法系统理性的迫切与必要。在迈向法典化时代的进程中，学界针对环境法的发展显现出了两种不同的思维进路。一种自上而下，试图用基础理论作为建构环境法体系的前提；而另一种则主张多从环境问题出发，旨在依靠环境法在实施、解决问题的过程中不断积累经验，具有较为强烈的实用主义倾向。前者主张“想明白再去做”，而后者则更加强调“做中学”的问题导向。毋庸置疑，这两种进路的结合可能更加符合目前我国环境法学的状态，从而不断地凝练环境法学术共同体，确立学术自信。

## 参考文献

- [1] 朱雅妮. 法律重述:概念、理念与国际化[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2012(5).
- [2] 吕忠梅. 中国环境立法法典化模式选择及其展开[J]. 东方法学, 2021(6).
- [3] Tarlock, D. No restatement, please ! [J]. *Environmental Forum*, 2015(1).
- [4] Rual, J. B. The endangered species act's fall from grace in the supreme court[J]. *Harvard Environmental Law Review*, 2012(1).
- [5] Lazarus, R. The national environmental policy act in the U. S. supreme court: A reappraisal and a peek behind the curtains[J]. *Georgetown Law Journal*, 2012(1).
- [6] Tarlock, D. Is there a there there in environmental law ? [J]. *Journal of Land Use & Environmental Law*, 2004(2).
- [7] Tarlock, D. Why there should be no restatement of environmental law[J]. *Brooklyn Law Review*, 2014(2).
- [8] Hester, T. ,R. Percival, I. Russell, et al. Restating environmental law[J]. *Columbia Journal of Environmental law*, 2015(1).
- [9] Hester, T. ,R. Percival, I. Russell, et al. Time for a restatement[J]. *Environmental Forum*, 2015(1).
- [10] Aagaard, S. T. Environmental law outside the canon[J]. *Indiana Law Journal*, 2014(3).
- [11] Stewart, R. A new generation of environmental law regulation ? [J]. *Capital University Law Review*, 2001(1).
- [12] Tarlock, D. Is a substantive, non-positivist United States environmental law possible ? [J]. *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2012(1).
- [13] Aagaard, S. T. Environmental law outside the canon[J]. *Indiana Law Journal*, 2014(3).
- [14] Westbrook, A. D. Liberal environmental jurisprudence[J]. *U. C. Davis Law Review*, 1994(3).
- [15] Aagaard, S. T. Using non-environmental law to accomplish environmental objectives[J]. *Journal of Land*

*Use & Environmental Law*, 2014(1).

[16]施程. 德国环境法法典化立法实践及启示[J]. 德国研究, 2020(4).

[17][德]艾卡德·雷宾德, 章楚加. 德国环境法典编纂之论据[J]. 环境资源法论丛, 2019(1).

[18]Aagaard, S. T. Environmental law as a legal field; An inquiry in legal taxonomy[J]. *Cornell Law Review*, 2010(2).

## On the Failure of Restatement of American Environmental Law

### — Viewpoint of the Disputation on Its Restatement

LIANG Zeng-ran

**Abstract:** There is a debate over whether environmental law should be restated or not in the United States, forming two opposing factions. The debate actually is the efforts of environmental jurists to change the dilemma of American environmental law, mapping out different understandings and attitudes towards the direction of environmental law. Although the restatement of American environmental law failed, it is worth exploring and thinking about the reasons. China's environmental law community finally established the goal of "moderate" compilation of environmental code, which shoulders the historical mission of contemporary environmental law. In the context of the community of human destiny, the community of environmental law has gradually emerged, and both the exploration of the compilation of China's environmental code and the debate on the restatement of American environmental law are aimed at reshaping the environmental law department to make it more systematic and eliminating the disadvantages of conflict, dispersion and repetition among the internal rules of environmental law. For the environmental law code of our country, it is necessary to further clarify the objective of the codification, consolidate the interpretation method of environmental law, adhere to the procedural orientation of the codification of environmental law, establish an independent and confident value system of environmental law discipline, and enhance the cohesion of the academic community of environmental law.

**Key words:** law restatement; debate; environmental code

(责任编辑 周振新)