

论国家公园“保护优先”理念的规范属性 ——兼论环境原则的法律化

马 允

摘 要: 纳入环境法基本原则范畴的“保护优先原则”面临着法律解释和规范构造上的难题,作为国家公园基本理念的“生态保护第一”亦同。由于国家公园制度在目标定位和所蕴含的环境利益上的多元性,“保护优先原则”规范内涵的付之阙如所带来的适用困境在国家公园管理领域体现得尤为突出。尽管环境原则本身具有强烈的非法律化特征,对保护优先进行简单政策化处理将会低估这一原则的规范功能。美国国家公园立法并未赋予自然保护压倒性权重,而是采取了自然保育和公众享用并存的“双重授权”的权衡路径,在法律适用中以“行政裁量”和“司法尊重”为核心的话语体系为不同的法律解释路径提供了持续动力和隐蔽空间。我国应为国家公园资源的不同使用方式赋予不同权重,通过合目的性和兼容性检测形成位阶序列;借助损害标准厘清保护优先原则的规范构造,充实下位法律规则 and 具体制度构建,通过细化规制结构促进该原则指导实践功能的落地。

关键词: 保护优先; 法律原则; 国家公园管理; 行政裁量; 司法尊重

中图分类号: D922.682.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2019)01-0091-18

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2019.01.009

随着国家公园体制在我国的持续推进,“实行最严格保护”的国家公园理念获得了更大范围内的政治与学术认同。2017年的《建立国家公园体制总体方案》把“生态保护第一、国家代表性和全民公益性”总结为国家公园理念的核心内涵。无论是保护第一还是保护优先,此种表述之于中国环境法并不陌生。自2014年《环保法》始,“保护优先原则”便获得了环境法基本原则的法律地位并被一以贯之写入后续的环境单行法和政策中。尽管法理学者已对法律原则的适用问题展开了深入探索,作为部门法的环境法学者对环境法律原则适用问题的研究却并不多见。环境法原则是具有而且应当具有法律规范意义的实践话语,“保护优先”亦不例外。尽管它彰显了治国者的环境承诺而获得了绝对的“政治正确”,但如何体现其规范属性,在多大意义上能够形成环境管理的决策规则并指导司法裁决,并未确之凿凿。相较其他有着具体制度依托和实践的环境法基本原则,如公众参与、风险预防等,保护优先原则的规范属性就愈发相形见绌了。

确立保护优先规范内涵的需求在推进国家公园体制建设的情境下体现得尤为明显。保护优先的传统理解多是环境保护优先于剥削性资源开发行为,但在国家公园的语境下,除自然保护外,休闲旅游、公民教育、科学研究等也是国家公园功能的重要组成,其间利益的多元性使得国家公园管理尤其需要对多种类、多层次、可能相互冲突的利益进行更细致的权衡,需要更多的治理能力和司法

基金项目: 教育部人文社科基金青年项目“环评审批的行政法规制研究:以否决权装置为中心的考察”(18YJC820048); 中国政法大学第五批青年教师学术创新团队资助项目(18CXTD10)

作者简介: 马允,法学博士,中国政法大学法学院讲师(北京 102249)

智慧,也因此更迫切地需要激活“保护优先原则”的规范内涵和指导功能。在此背景下,如何理解环境法基本原则的规范属性,如何将作为环境法基本原则的保护优先转化为作为国家公园基本理念的保护优先,如何发挥“生态保护第一”的规范功能并指导具象层面国家公园管理的行政和司法实践,便是本文的研究主旨所在。

为环境法原则注入规范内涵可从两个层面进行:一是科学界定内涵和外延,厘清其作为法律规范的一般性要件,阐明其指引法律解释、发展法律规则、促进司法推理的可能路径;二是从法律执行和适用的角度,通过不断解释和反复适用激活并检验其“法律性”,弥补规则缺位可能带来的司法恣意和无序。对“保护优先原则”规范内涵的探索,学者已进行了有益尝试。然而目前文献大多是在抽象理论层面和传统的“保护—发展”语境下展开的,对实践中该原则如何通过“法律化”的方式得以实施缺乏细节观察;而且讨论多限于污染防治领域,既缺乏对自然保护领域的个案研究,也缺乏比较法层面对域外立法和实践的宏观考察。本文选取国家公园管理领域对“保护优先”原则的规范内涵进行个案分析,并选取了美国法作为比较研究对象。原因是美国国会在1916年制定的国家公园管理根本法中并未像我国这样赋予自然保护压倒性的权重,而是采取了双重授权的立法模式,允许国家公园管理机构对冲突利益进行权衡。美国在该根本法施行百年来累积了丰富的行政和司法实践,就利益权衡的目标、技艺、方法、程序等问题形成了较为稳定和成熟的法律和制度结构,对我国如何提炼和析出保护优先的规范内涵具有较强的借鉴价值。

本文的结构安排如下:首先,从“环境原则的法律化”这一命题出发,分析环境法原则发挥其规范功能的方式和路径,并考察作为环境法基本原则和作为国家公园基本理念的“保护优先原则”在我国的话语形成及其规范构成;其次,分析美国国家公园立法的“双重授权”模式及其面临的解释困境;再次,通过全景式展示美国立法、行政和司法在国家公园立法目的的法律解释问题上相互掣肘、互动的历程,建构立法授权—行政裁量—司法尊重的分析框架,分析美国在国家公园管理价值选择和制度建构上的经验和教训,为我国提供镜鉴思路。

二、作为环境法基本原则和国家公园理念的“保护优先”

(一) 作为法律概念的环境原则:环境原则的法律化

1970年代环境法诞生之初,环境法学者旨在引入特定的环境伦理纠正彼时泛滥的人类中心主义的环境观和粗放的经济发展模式,尽管代际公平、环境正义等核心价值已具雏形,但作为整体概念的“环境原则”并未引起立法和司法的广泛关注。以1970年代可持续发展原则的提出为标志,环境原则作为政策性概念的地位被逐渐确立,并越来越多地以“软法”的姿态出现在国际环境宣言和协议中。环境问题的日益严重促使各国寻找法律的解决路径——环境原则的法律化成为重要的方案之一。对环境原则规范内涵的诉求意味着它们不仅应作为政策宣誓,更应被实际适用。Cameron等曾指出“法律结构对于塑造、指引和改变行为而言是必要的。若仅因为环境原则过于概括而认为它们‘法律性’不足,或认为不遵循这些原则时的法律后果及法律救济可被避免从而转向市场机制来执行这些原则,都是毫无益处的”^{[1](P112)}。

通过被越来越多地被赋予法律原则的属性,环境原则实现了从“政治标语”到法律规范的转变^[2]。无论是国内法还是国际法层面,环境法原则均呈现出体系化和趋同的特点^[3]。以欧盟为例,其环境法原则包括可持续发展、风险预防、污染者付费、源头控制、公众参与等,其中多项原则在各成员国法中也均有体现,这无疑增强了跨区域的环境规制和环境决策的一致性和体系性。与世界范围内对环境法原则的广泛关注相一致,2014年我国的《环境保护法》修订时加入了基本原则条款(第5条),保护优先与预防为主、综合治理、公众参与和损害担责共同构成了五大基本原则,

这与学者对我国环境基本法应增加基本原则规定的持续呼吁是分不开的^{[4](P5)}。据此环境原则在我国完成了法律化的进程，成为贯穿整个环境法体系、具有普遍指导意义的准则。

然而环境原则入法仅完成了法律化的第一步，需要进一步论证的是环境原则是否具有及具有何种规范意涵，环境原则法律化对环境法学科和环境法方法论可能产生何种影响，环境原则如何以法律化的方式获得实施等。首先，“环境原则的法律化”这一命题是否真正成立？就本质而言，环境原则是“用以保障或旨在保障值得追求之目标而采取的行动方针”，是关于应如何实现环境保护和可持续发展目标的指南^{[5](P439)}。基于德沃金等对于规则、原则和政策的区分，环境原则从实现“共同体的集体目标”^{①[6](P41)}这一意义上来说仅具有政策地位，并不具有法律身份和规范内涵。就历史发展脉络而言，环境原则在国际和国内话语中地位的攀升以及环境原则体系的复杂化并非因为它具有德沃金意义上的规范内涵，而恰恰是它作为政策概念所具有的“非法律性”特征。在政策制定和政治协商领域，环境原则最大的吸引力在于它的灵活性、模糊性、便宜性和“可解释性”，这从可持续发展原则在国际上的诞生和演化脉络便可见一斑^{[7][8]}。它们使得政治妥协成为可能，使得各方利益主体在底线上达成一致的同时，还能保持具体问题上政策制定的灵活性。此外，环境原则因其对人类命运共同体的关切而具有强烈的民主诉求、道德上的权重和伦理上的说服力。Bosselmann就指出国际政策中最初引入可持续发展这一理念即旨在引入一种“新的伦理观，使得人类社会可以与自然世界和谐相处”^{[9](P1-2)}。

环境原则的上述“非法律”特征可以解释当下环境原则的泛化和趋同，而法律对环境原则的“归化”得益于环境原则对环境法学科身份建构的可能助益。Scotford曾言“环境原则不仅会提供环境问题的答案，还会提供环境法中法律问题的答案”^{[10](P2)}。环境法方法论的薄弱及该学科的不成熟性一直为学者诟病^[11]。环境原则以法律概念身份的出场对环境法的学科身份和自身方法论的建构产生了重要影响，正是在此意义上，Scotford指出环境原则提供了环境法中法律问题的答案——即环境法通过法律原则得以“正当化”^{[10](P29)}。首先，环境原则使得环境法可以像其他已充分发展的学科一样，通过临摹“基本法律原则”在其中的角色，使环境法原则为环境法提供概念基础，发挥法律原则的“解释规则和填补漏洞”的功能，从而完成环境法的体系化建构。事实上，环境法学者借用德沃金、阿列克西等人对法律原则和规则区分的理论框架，对环境原则进行了“法律原则化”的改造^[12]。其次，环境原则可以解决环境法中的方法论问题，通过推动环境法的一体化来应对环境法学科特性所致挑战。环境问题具有科学上的不确定性、地域上的流动性、时间上的长期性等特点，而环境原则可跨越区域、跨越学科、跨越时间维度形成目标和手段上的一致性。法律原则的共同身份可以使不同的环境原则超越各自学科属性而寻找法律上的最大公约数。最后，有学者主张环境法由于自身特性使然，需要一种有别于其他学科的理论重建，而环境原则可能产出一种新型法律秩序，成为重构环境法基础理论的根基。例如 de Sadeleer主张环境原则的功能不仅是在特定法律体系中进行漏洞填补和实现法律理性化，而是促进公共政策生成，允许法院进行高度冲突利益的权衡。此种导向性原则（Directing Principle）是促进环境法从现代法到后现代法（Post-modern law）转型的重要联结^{[2](P250-251)}。

上述分析解释了环境原则法律化的成因和功用，但理解“环境原则何以法律化”，必要的路径是考察司法如何有意识和无意识地适用环境原则并推进法律推理，使得通过法律原则的方式解决环境争议成为一种可能。Doherty通过分析欧洲法院的环境法案例，指出司法推理中对环境原则的适用有助于促进欧盟法概念体系的一致性，这对欧盟法律体系的建构而言大有裨益^{[13](P59)}。Scotford

① “政策……规定一个必须实现的目标，一般是关于社会的某些经济、政治或者社会问题的改善”。

梳理了欧盟法院如何适用环境原则并进行了类型划分,包括^{[10](P132-192)} (1) 政策型适用:环境原则对司法推理毫无作用,只是作为特定环境议题背后的政策推动力存在;(2) 解释型适用:有目的地适用欧盟条约中规定的环境原则用来解释欧盟权利能力和立法行为正当性的有无;(3) 法律检验型适用:通过界定欧盟各机构及成员国的决策权限的范围,环境原则构成司法审查之标准。

(二) 作为环境法基本原则和国家公园基本理念的“保护优先”

把保护优先写入《环境保护法》基本原则条款与学者对旧法规定的“协调发展”原则^①的批评是分不开的。学者指出协调发展实际上为“经济优先”提供了借口,协调发展实际上成为了经济优先的代名词^[14]。政策性文件中最早提到“保护优先”的表述可追溯到2005年国务院发布的《关于落实科学发展观 加强环境保护的决定》,彼时话语表述中对所谓“环境优先”或“保护优先”都有特定区域或地区的限制。直到2014年被正式引入《环境保护法》,保护优先以环境法基本原则的地位获得了“放之四海而皆准”的效力,之后被一以贯之运用到诸多领域,包括五年规划的编制、主体功能区划、开发建设活动的环境监管、生态修复、生物多样性保护等多个政策领域,并体现在具体领域的中央和地方环境立法中^②。

保护优先的理念亦被写入国家公园的总体蓝图中。与其他类型的保护地(例如风景名胜区、自然保护区等)相比,国家公园是一种新型的保护地治理模式^[15]。2017年《建立国家公园体制总体方案》(以下简称《方案》)把国家公园理念的核心内涵提炼成“生态保护第一、国家代表性和全民公益性”三个组成部分。论及“生态保护第一”时,《方案》指出“建立国家公园的目的是保护自然生态系统的原真性、完整性,始终突出自然生态系统的严格保护、整体保护、系统保护”,国家公园“实行最严格的保护”。早在2015年,中共中央和国务院联合印发的《生态文明体制改革总体方案》中便对国家公园体制有了政策解读,彼时表述为“国家公园实行更严格保护”。从“更严格保护”到“最严格保护”,一字之差彰显出对国家公园定位的转变,也为该领域内的保护优先定下了基调。

“保护优先”既然作为基本法律原则,就不可避免地须回应下述问题:如何界定该原则的内涵和外延?它如何指引法律解释和发展新的法律推理模式?在国家公园管理的特定语境下,须进一步回答:国家公园语境下的“生态保护第一”较之作为环境法基本原则的“保护优先”在侧重点上有什么差异,适用上是否存在区别?保护优先如何落地并指导具体的国家公园管理实践?

首先需要指出的是,尽管环境原则的发展历程表明它们承载了人类社会的共同价值、观念、原理和方法而具有很强的共通性^[3],然而“保护优先”却是为数不多的例外。保护优先并未出现在大多数国家的环境基本法中,甚至只是极少数国家的立法实践^{③[4](P10)[16]}。尽管保护优先的提法具有政治上的便宜性,兼具民主诉求和道德上的说服力,然而它却面临着界定难题及与其他环境法原则之间的张力。据竺效考证,早在《环境保护法》修订时,学者就对将“保护优先”写入基本原则条款提出过质疑,包括该原则的内涵与外延不明确,它与之前的协调发展原则及新增的“保护环境是国家基本国策”之间的关系问题^{[4](P8)}。他本人认为“保护优先原则”并未形成“特定、独立、内涵外延确定的法律或法学术语”,且它的宏观性功能已经由《环保法》第1条的目的条款和第4条

① 例如1979年《环境保护法》(试行)第5条规定“在制定发展国民经济计划的时候,必须对环境的保护和改善统筹安排”,1989年《环境保护法》第4条规定“使环境保护工作同经济建设和社会发展相协调”。

② 例如2009年的《海岛保护法》(第3条)、2010年的《水土保持法》(第3条)、2016年的《野生动物保护法》(第4条)、江苏省2010年的《长江水污染防治条例》(第3条)、北京市2014年的《大气污染防治条例》(第3条)等。

③ 据考仅俄罗斯《环境法》有类似于“保护优先原则”的立法表述。在我国《环境保护法》修订拟纳入“保护优先原则”时,没有可供借鉴和参考的域外立法经验也是反对者的理由之一。

的国策条款实现，应以“风险防范”代替“保护优先”的表述。虽然最终法律采纳了保护优先和预防为主原则并列的立法表述，然而这二者之间关系究竟为何，不无疑义。

在既有文献中，学者尝试着对“保护优先原则”的内涵和外延进行界定以增强其可适用性。唐绍均指出保护优先概念仅存在于“超载”和“死冲突”这一基本前提下，即经济发展的速度和规模超过或可能超过环境的承载能力，以及二者之间产生或可能产生不可调和的冲突。若不存在超载和死冲突，则无所谓优先或不优先^[17]。杨群芳主张把对纯环境损害的预防和救济纳入该原则的内涵范畴中，环境优先应包括环境保护优先和环境恢复优先两个方面的内容，以前者为基础，以后者为补充^[18]。竺效认为“保护优先”所承载的功能是“遇到环境（生态）风险科学性不确定的情形，应以保护环境（生态）为优先原则”，在此基础上与“针对可在科学上确定的环境损害”的预防为主原则相区分^{[4](P12)}。王伟认为保护优先是指“对环境的保护行为优于对环境的开发利用行为”，它生成了两个义务性规范，一是人向环境中排放的污染物不能超过环境的纳污能力，即环境的自我更新能力；二是开发利用自然资源不能超过环境的自我恢复的能力^[19]。王社坤、苗振华提出了保护优先原则的双层构造，即环境利益优先与保护行为优先，即“以环境利益为优先，使对环境的保护行为优先于对环境的开发利用行为”。他们对“保护行为”进行了进一步分类，包括恢复质量、维持质量、提升质量、合理利用和禁止利用的保护行为^[20]。概括来说，既有文献中“保护优先”内涵界定的最大公约数是当经济利益与环境利益相冲突时，应优先考虑环境利益。此外，广义内涵还应囊括恢复受损环境、确立环境保护行为基准、不确定风险的预防等问题。

上述保护优先话语的建构中，学者们主要关注的冲突类型界于资源的剥削性开发与环境保护之间。在国家公园体制建设的背景下，基于国家公园功能分区的基本设计，诸如开矿、伐木等剥削性开发方式已受到或将会受到严格规制。尽管此类冲突的解决短期内仍有赖于严格执法，但从发展的眼光观之，“保护优先”所要解决的核心冲突将从“剥削性资源开发与环境保护”之间的冲突转化为“自然保育和休闲使用”之间的冲突，后者会是保护优先适用于国家公园领域时面临的最大挑战。王社坤、苗振华曾主张要区分绝对的环境利益优先和相对的环境利益优先，在安全环境利益受损时表现为绝对的环境利益优先，而在舒适环境利益受损时，则表现为相对的环境利益优先，应对不同利益进行衡量^{[20](P38)}。上述区分实际上反映的正是国家公园管理中特别的衡量需求，然而对如何区分绝对和相对优先、相对优先的内涵和表现如何并未深入讨论。

除了通过理论分析阐释其内涵和外延外，保护优先原则的规范解读仍需诉诸于该原则是否及如何指导执法者的决策制定和司法者的法律推理。下文中，笔者将以美国法为例，试图提炼出美国版本的“保护优先”及其规范意涵。

三、美国国家公园立法的“双重授权”模式及其解释困境

尽管美国早在 1872 年便建立了世界上第一个国家公园，但直到 1916 年，经过了长达六年的争论和游说后，国会才通过了《国家公园管理局组织法》（National Park Service Organic Act）（以下简称《组织法》）正式创立了国家公园管理局（以下简称 NPS），并授权其管理国家公园体系——自此联邦层面的国家公园管理组织架构才得以正式确立。

《组织法》至今仍是 NPS 管理其所辖国家公园体系最重要的法律依据之一。其核心内容在于阐释了国家公园的根本目的：“保育景观、自然和历史名迹及其中的野生生物并提供对上述资源的享

用,其手段和方式须以上述资源不受损害并可由后代继续享用为限。”^①该根本目的的阐述中包含了若干关键词,例如保育(Conserve)^②、享用(Enjoyment)和损害(Impairment),而国家公园也因此承载了保育自然资源、提供享用机会、确保保护对象不受损害等多重目的。此外《组织法》还授权NPS“采用与根本目的相一致的手段和措施”促进和规制(Promote and Regulate)公园内土地和资源的使用。换言之,NPS的职责是二元的:一则促进使用,二则规制使用。

毫无疑问,《组织法》的“双重授权”可以解决公园管理实践中的一些简单问题,例如同时符合或不符合多元目的的管理决定。但当资源保育与公众享用之间发生冲突时,《组织法》还能否提供冲突解决的指引呢?首先需要厘定此种“疑难问题”的产生原因和表现形式。在NPS成立初期,出于争取选民支持、巩固自身合法性的目的,它以促进国家公园的休闲使用为首要任务,并积极与铁路、公路、酒店等企业合作以增强国家公园的可达性——彼时国家公园管理战略是吸引游客,越多越好^③。直到1960年代,现代意义上对游憩活动的规制才出现。一方面机动车普及带来的旅游产业化、大众化使得促进公众使用的需求式微;另一方面高环境影响的机动休闲方式的出现打破了原先环保主义者与休闲使用群体之间的利益联盟,进一步造成了不同的使用者(群体)之间的冲突。NPS的工作重心由此转向了对游憩活动和旅游者的管理和规制上,而日益增加的游憩规制引发了规制者与休闲使用群体之间就规制手段、范围和程度上的分歧。实践中,NPS对每一种游憩活动的限制几乎都受到了质疑,并屡屡被诉至法院。例如国家公园内是否应允许休闲狩猎,狩猎能否使用陷阱诱捕,国家公园内的水域能否驾驶私人游艇,沙滩上能否使用越野车,黄石公园内机动雪橇的容量上限如何确定,大峡谷国家公园内的观光直升机最低飞行高度如何确定等等^④。

如何达成不同利益和诉求间的平衡,有赖于对《组织法》立法目的的解释。由于《组织法》同时规定了自然保育和享用,它常被冠以“双重目的法案”、“矛盾法案”、“分裂法案”(Dual/Paradoxical/Schizophrenic Mandate)等称谓^{[21](P625)[22](P17)}。Antolini认为它给NPS的管理决定留下了太多的裁量权,不过是一部“软的或沉默的双重法案”(Soft or Silent Dual Mandate)^{[23](P891)}。在汗牛充栋的文献中,就如何理解《组织法》的立法目的,即国家公园管理中应遵循“保护优先于享用”的原则还是应支持对公园资源的休闲使用,学者们从不同的角度进行了阐述。

首先,从文义解释角度来看,Herman认为“《组织法》使用的语言本身就昭示了两者产生冲突的时候保存(Preservation)是居于优先地位的”。^⑤[22](P17)第一,从文字的顺序上来说,《组织法》先规定了资源保育,再引出了公众使用。这表明立法者更加强调资源保育的主要地位^{[24](P611)};第二,条文中“使资源不受损害留给后代人继续享用”,该损害的来源是“享用和愉悦”而不是上一

① 16 USC, § 1 (“... which purpose is to conserve the scenery and the natural and historic objects and the wild life therein and to provide for the enjoyment of the same in such manner and by such means as will leave them unimpaired for the enjoyment of future generations”).

② 英文中 conservation 和 preservation 两个词常被不加区分地交替使用。若从自然管理的角度进行区分,前者尤指人类积极的管理行为以及对自然资源的用途管制,例如出于平衡数量的目的对特定物种的扑杀;而后者更强调自然过程本身的价值,人类尽可能少地介入和干预。本文将法条中的 conserve 译为保育,以区别于强调自然原真价值的保存(preservation)和更一般意义上的保护(protection),后文中依上下文情境可能也概括地译为保护。

③ 有关国家公园管理局成立初期的管理政策,详见 Lary Dilsaver (ed.), *America's National Park System: The Critical Documents* (Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1994)。

④ 相关判例,参考 Michigan United Conservation Clubs, 949 F. 2d 202 (1991) (法院判决国家公园管理局禁止狩猎中使用陷阱的管理决定合法), Bluewater Network v. Salazar, 721 F. Supp. 2d 7 (D. C. Court, 2010) (法院判决认为国家公园管理局将两个国家海滨和湖滨公园开放供私人摩托艇使用的决定违法), S. Utah Wilderness Alliance v. Dabney, 222 F. 3d 819 (10th Cir. 2000) (法院判决认为峡谷地国家公园管理规划中允许机动车进入的规定合法)等。

⑤ 该文中, preservation 与 conservation 未进行明确区分,出于忠于原作的目的,保留了作者原文的表述。

个分句“保育景观、自然和历史名迹以及其中的野生动物”。这说明立法者旨在限制公众的享用与愉悦，以便达成保育的目的^{[25](P675)}。然而不同的解释策略也可能推导出相反的结论。尽管“不受损害”可以解读为是对“享用和愉悦”的要求，但从“资源不受损害并可由后代继续享用”这个词组来看，不受损害的目的正是使其“可由后代继续享用”，因此“对于使用和享用的限制不是单纯为了自然保育而限制，而是为了确保该享用可以永续存在”^{[24](P617)}。据此，保育只是用来服务于“确保公园向所有公众开放并使其有使用和享用的机会”这一根本目的的手段而已。

其次，有学者通过比照国家公园和其他联邦保护地类型来厘清《组织法》的根本目的，其中最常用的两个参照物便是国家森林和荒野保护地。1897年的《国家森林组织管理法》确立了美国森林管理局行使职权的根本目的，即“促进和保护领土范围内的森林……确保水流处于良好状态，而且为美国公民对木材的使用和需求提供连续不断的供给”^①。1978年的 *United States v. New Mexico*^② 一案中，最高法院通过引用《组织法》通过时的众议院报告，对国家公园和国家森林的根本目的进行了区分，“国家森林体系的主要目的是土地、水源、木材的使用，并增进全体美国公民的财富”，而另外设立国家公园的目的则是“保育自然使其处于它原有的状态”^③。此外，国家公园和国家森林隶属部门的分割也显示出二者目的上的差异性。1906年机构重组时，国会将国家森林的管辖权转移至农业部，而国家公园仍然处于内政部的管辖之下。上述均成为国家公园立法目的“保育优先论”的重要论据。

作为美国1960年代兴起的荒野运动的直接产物，国会于1964年制定了《荒野法》，确立了对联邦土地的荒野价值进行特别保护的理念，对其施加了迄今为止最严苛的保护要求。就荒野立法和荒野保护地体系的存在能否作为“保护优先论”的论据，学界存在着截然不同的解释。一种观点认为，《荒野法》在既有的国家公园体系上新增了一层法律保护，它旨在保护公共土地的“无使用”(Non-use)的荒野状态。《荒野法》并不与《组织法》冲突，因为荒野地的建立并未偏离《组织法》的根本目的，这意味着把公共土地置于“无使用”的保存状态是与《组织法》相符的^{[26](P59)}。相反的观点认为既然国会在既存的国家公园体系上新设了荒野地保护体系，这就说明这种保护在原有的国家公园中是不存在的，也因此才有了需要额外保护的必要^{[24](P620)}。如果《组织法》的根本目的在于自然保育，则此种额外保护将无必要，故公众享用才是其根本目的。

再次，学者试图通过回溯立法史寻找国会的立法原意。耶鲁历史学家 Robin Winks 在对《组织法》的立法材料进行细致和全面的梳理后，得出了《组织法》中并无内在根本冲突的结论——NPS的根本目的是保育景观、自然和历史名迹，使它们免受损害，此目的优先于向公众提供享用的机会^{[27](P623)}。这一结论也成为相关论战中最广为采纳的论据之一。然而，正如历史解释方法本身存在的局限性^④，历史本身也存在着多种诠释的可能。Richard Sellar 指出国会在《组织法》中强调了NPS在提供公众使用方面的职权^{[28](P285)}。当时立法者并未有优先自然保育的意图；相反，其直接目的是为了吸引更多的游客，立法者们与“使用和游览国家公园的人之间存在重大利益的耦合和共鸣”^{[29](P880)}。

综上，美国国家公园的立法并未采纳我国当下环境法基本原则和国家公园管理语境下的“保护优先”，而是以一种双重授权的模式试图在保育和享用之间取得平衡。然而每一种解释方法都可能

① 16 USC § 473-8, 479-82 and 551。

② *United States v. New Mexico*, 438 U. S. 696 (1978)。

③ H. R. Rep. No. 700, 64th Cong., 1st Sess. 3 (1916)。

④ 美国学界和司法机关对是否应在案件审理中适用历史解释的方法解读国会立法尚存争议，例如 *Hall v. US*, 132 S. Ct 1882 (2012), p1892 (“警惕不要让模棱两可的立法史搅混了清晰的立法语言”)。

导致互相冲突的结论——保育与享用之争仍未有明确答案。鉴于此,有学者坚决否定对《组织法》进行解释的价值和必要性,他们认为国会从未想过要在《组织法》中解决这个棘手的问题,基于《组织法》的分析无助于冲突解决^{[26](P44-45)[30](P1)[31](P51)}。Everhart 称国会给 NPS 的指示是“模棱两可的,作为指南而言可能是毫无意义的”^{[32](P80)}。然而,另有学者虽认可《组织法》的模棱两可,但并不认为这是立法缺陷;相反,这正是立法者的真实意图。Mappes 指出立法者对于目的(Purpose)一词使用的是单数而不是复数,这意味着“保育”与“享用”这两种授权不可避免地交织在一起^{[24](P621)},即便经由细致的解释方法,仍不可能完全将二者区分开来。国会避免直接回答这一棘手问题,恰恰是给 NPS 留下充分的裁量权,以便做出比立法者更恰当的管理决定^{[27](P593-594)}。Naggle 认为“有证据表明国会有意地将广泛的管理职权授权给 NPS”,而并不是像“谢弗林案”那样在国会立法出现模棱两可时“推定”行政机关有裁量权(Presumed Discretion)^{[29](P884)}。因此,NPS 通过《组织法》获得的裁量权不应被视为是国会“给予”的;相反,国会不对 NPS 的裁量权施加过分的限制,以免 NPS 不能作出一个最恰当的平衡决定。

需指出的是,《组织法》确立的立法权衡模式不可避免地与行政法的诸多问题勾连,进而影射到更广泛的美国法的制度背景,其中最核心的便是以“谢弗林尊重”为核心展开的一系列理论话题和司法实践。谢弗林案的核心是在国会立法存在模棱两可的情况下,司法机关如何审查行政机关对国会立法作出的解释,应给予该种行政解释多大程度的尊重^①。上述围绕“保护是否优先于享用”的学术争论以《组织法》的立法目的为中心展开,也经由行政裁量和司法尊重的话语形成了丰富的实践体系。尽管这一话语体系与我国当前有关保护优先原则的讨论在范畴指向上略有差异,但实际上并无二致。理由是美国《组织法》中对基本原则条款付之阙如,使得立法目的条款实际上发挥了法律原则的指引功能,司法判决对《组织法》立法目的是否体现了“保护优先”的频频追问也证实了该条款对行政机关的规制裁量和司法推理的规范功能,而这也正是我国讨论“保护优先原则”适用问题的诉求所在,即该原则如何规范行政机关在国家公园资源分配和使用上的管理决定,以及法院如何对此种行政决定进行完全的合法性和有限的合理性审查。下文中,笔者将围绕着《组织法》立法目的的解释问题,从国会、NPS、司法三个不同的面向展开分析,重点观察不同机构之间在法律解释问题上的互动。贯穿其中的问题意识包括:尽管立法上未明确保护优先,这是否意味着这一原则在美国没有制度生成的空间?国会立法的“双重授权”模式是否有益于指导司法推理,在国家公园管理实践中的法律适用效果如何,又是否催生出修法的必要呢?

四、“硬化”《国家公园管理局组织法》:立法、行政与司法实践

《组织法》本身并未就保育、享用孰轻孰重给出明确答案。然而,适用于国家公园管理的法规体

① 谢弗林案(Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 US 837 (1984))确立了司法审查行政机关对国会立法的解释时的两步走策略:第一步,如果国会就所涉问题明确无误地表达了其意图,则问题终结,法院和行政机关都应服从于国会意图;第二步,如果国会在其立法中并未明确对争议问题进行界定,即立法上有模糊时,法院须判断行政机关的解释是否是可允许的。只要行政机关的解释是合理的,法院就应尊重该解释。有关谢弗林尊重的中文讨论,参见宋华琳:《中国的美国行政法研究:一个学术史的概观》,《浙江学刊》2005年第6期;高秦伟:《政策形成与司法审查——美国谢弗林案之后示》,《浙江学刊》2006年第6期;李红雷:《规制国家中对行政解释的司法审查》,载于傅蔚冈、宋华琳(编)《规制研究——转型时期的社会性规制与法(第一辑)》,格致出版社2008年等。

系非常庞大，除了特别适用于国家公园体系的《组织法》及其修正案和其他国会立法^①外，国家公园管理的准据法还包括一般性的环境立法和适用于所有联邦机构的行政立法，例如 1946 年的《联邦行政程序法》。此外，NPS 也制定了一套完备的规则体系。在这种复杂的国家公园规范体系中，其他法规的适用对《组织法》的双重授权产生了何种影响？NPS 如何在自己的规则体系中诠释其对《组织法》根本目的理解？司法机关又如何依据《组织法》来裁决国家公园管理中的纠纷？

（一）“硬化”《国家公园管理局组织法》之荒野立法

《组织法》之软指它的双重授权模式在解决疑难问题时的无能为力。正如 Antolini 所言，“当软的《组织法》与一个明确表达了保护理念的制定法结合来看时，它的软就体现得更淋漓尽致了”^[23](P903)]。现代意义上的环境立法，尤其是那些明确体现了荒野保护理念的国会立法就扮演了这样一种参照物的角色，包括上文提到的 1964 年的《荒野法》和 1968 年的《野外景观河流法》。

《荒野法》旨在“管理荒野地使其不受损害，在不影响后代人使用和欣赏荒野的限度内，为当代人提供使用和欣赏荒野资源的机会”^②。与 1916 年《组织法》的立法目的相比，两个法案都强调了“为当代人提供使用和欣赏机会”，并采纳了所谓的“损害”（impairment）标准。就此而言，《组织法》和《荒野法》在法律文本上并无二致。其核心区别在于《荒野法》对荒野地内的商业使用、机械化使用和道路建设的严格规制^③。《荒野法》的严格规定曾引发诸多争议。早在 1950 年代《荒野法》草案被审议之时，西部州就因担心草案中对经济活动的禁止和限制将会剥夺当地利益而提出了反对意见^[33](P961)]。NPS 最初也反对将《荒野法》适用于其所管辖的国家公园体系，它认为《组织法》已对国家公园内的土地和资源提供了充分的保护，额外的荒野保护是不必要的。NPS 之前的管理实践是铺设更多的道路、建设更多的游客设施、提供更多的便利，尽可能地吸引更多的人来到国家公园。而《荒野法》一旦出台，NPS 便很难再在公园土地上修建类似的道路和设施。最终出台的《荒野法》实际上是各方妥协的产物^[34]，一是平息长久以来机构间的冲突，尤其是 NPS 和森林管理局之间的冲突；二是权衡主张荒野保护的环保主义者和商业使用者之间的利益冲突。然而即便如此，《荒野法》所宣示的荒野保护理念依然是对“自然优先”的绝佳注脚。这也体现在《野外景观河流法》的冲突解决条款中，若国家公园内或已设立的荒野地内有河流被命名为荒野/景观/休闲河流，当《组织法》、《荒野法》和《野外景观河流法》冲突时，适用较为严格保护的法律条款^④。

概括来说，荒野立法在既存的《组织法》及其创设的国家公园体系外额外增添了一层更严格的法律保护，通过强调严格荒野保护的理念“硬化”了软的《组织法》，即确立了荒野保护优先于其他使用的原则。

（二）隐蔽的反弹：国家公园创设法案和国会个案干预

尽管荒野立法在一定程度上“硬化”了《组织法》，但《组织法》本身双重授权的模式为“享

① 除《组织法》外，专门适用于国家公园体系的国会立法还包括 1970 年《一般权力法案》（General Authorities Act）（旨在建立国家公园体系 National Park System，统一所有国家公园单元的适用标准），1978 年的《红杉修正案》（旨在扩大红杉国家公园的边界以保护国家公园免受上游伐木者所致损害，提出了减损标准（derogation）；有关减损标准和损害标准的关系，下文将详述之），1998 年的《国家公园综合管理法》（National Parks Omnibus Management Act），1965 年的《国家公园特许经营政策法》（Concession Policy Act）及其 1998 年的修正案《特许经营管理改进法》（Concession Management Improvement Act）等。

② Section 2(a)。

③ Section 4(c)；Section 4(d)(6)。《荒野法》完全禁止了任何形式的“商业企业（commercial enterprise）和永久性道路”，有条件地禁止了“临时道路、机动车辆、机动设施或机动船的使用，飞行器的降落，或其他形式的机械运输、构造或装备”，在符合荒野地的休闲使用和其他荒野使用目的的前提下有条件地允许“商业服务（commercial service）”。有关商业企业和商业服务的区别，参见 High Sierra Hikers Association v. Blackwell, 390 F. 3d 630 (Court of Appeals, 9th Circuit 2004)。

④ 16 USC § 1281 (b)。

用优先”的解释路径提供了持续动力和隐蔽空间;日渐成长的“休闲利益团体”与环保团体相比,无论在话语权、能动性和资源上都趋于平衡。这也形成了国家公园立法的另一个趋势,即个案中严格保护主义的例外。该例外的达成途径是国会针对特定国家公园单位^①制定的两种特别立法——一是就每一个新设立的国家公园单位所立的创设法案(Enabling Act),二是就个案争议制定的特别法,使得NPS在特定情境下的行政决定得以偏离其普遍采纳的管理政策。Nagle将这两类规范分别称作“前瞻型”(Prospective)和“回应型”的国会立法^{[29](P903)}。

首先,国会可在设立国家公园单位时通过创设法案对若干事项进行特别说明和指示。当《组织法》和这些创设法相冲突时,创设法优先适用^②。因此,美国各个国家公园单位所适用的法律均不相同。就同一问题,例如是否禁止狩猎、捕鱼、使用越野车等,各个国家公园可能做出截然不同的规定。国会在近年来的创设立法中表现出了很强的“细化国会指示”的意图和趋势^{[35](P779-814)},例如在大烟山国家公园的创设法中国会特别就一小段公园内道路上能不能使用机动雪橇的问题做出了非常具体的规定,在米德湖国家休闲区的创设法案里国会非常详细地规定了划船、露营、野餐等具体的休闲使用方式^③。这种立法趋势的可见后果就是极大地限缩了NPS的裁量权,另一方面也是减少了其裁量义务,即NPS只需遵循国会的立法指示即可,无需诉诸双重授权作出个案判断。

其次,除了细化创设法外,国会还积极主动地介入具体国家公园管理争议,常见的是通过特别立法的方式进行个案干预。Nagle分析了三起NPS在执行联邦法律时与地方社区产生的冲突^{[29](P910-922)},例如地方社区出于发展旅游经济的考虑不服NPS的噪音规制、限制越野车使用、进行船舶检验等行为,地方国会对此都进行了积极干预。上述分析一方面反映NPS在决策和执法中可能受到颇多政治影响,另一方面也增加了“保育享用之争”的不确定性,使得国家公园管理呈现出碎片化而非统一化的趋势,这种现象与上述荒野立法对《组织法》的硬化形成相互拉锯之态势。

如何评价国会的角色?有学者认为国会进行了太多例外性的规定,可能会破坏国家公园体系的整体性和一致性^{[35](P808)},过多的政治操作空间也对NPS的专业判断施加了负面影响。Nie认为创设法案的例外规定会“阻碍(国家公园体系的)综合规划,稀释行政和科学专业知识的重要性”^{[36](P237-238)}。相反,Nagle则对国会持有相对宽容的态度。他指出,首先保育和享用的争议双方通常具备相当的政治影响力。随着环保团体权力日益显著,国会对地方社区和经济的支持使得另一方有能力与环保团体抗衡;其次,国会干预并未减损NPS的专业判断或联邦司法的一体性。保育和享用的冲突是价值权衡,其解决并非取决于知识多寡。国会对此应有最终的话语权而非NPS;再次,国家公园体系所追求的一致性并不应排除该体系同样应予以关注的基于个案的灵活性,二者皆为国家公园管理的目标^{[29](P923-924)}。

(三)硬化《国家公园管理局组织法》之《国家公园管理局管理政策》

根据《组织法》的授权^④,NPS制定了一套完备的规则体系,即“国家公园管理局指令体系”,这些规则集中体现了它对于其所辖国家公园管理的理念和哲学。其中的核心组成便是《国家公园管理局管理政策》(以下简称《管理政策》),它设定了一般的国家公园管理框架和决策标准,并适用于整个国家公园体系。

① 美国国家公园体系由417个国家公园单位组成,包括19种不同的命名类型(designation),其中以“国家公园”命名的国家公园单位共有60个(数据截至2018年6月23日)。

② 16 USC, § 1c(b) (“the Provisions of the Organic Act... shall, to the extent such provisions are not in conflict with any such specific provision, be applicable to all areas within the national park system”).

③ 16 USC, § 192b-9(g); 16 USC § 460n-3(b)。

④ 16 U. S. C. § 3 (内政部长被授权“制定并公布他认为需要或合适的适用于NPS所辖公园、纪念物或保留地的使用和管理的规则和规章”)。

最初的《管理政策》发布于2001年，确认了国家公园管理的唯一标准，即“损害”标准，同时明确表明“如果资源保育和提供享用机会之间存在冲突，则资源保育优先”^①。2005年，布什政府出台了《管理政策》的修订草案。与其促进休闲旅游、加速休闲产业发展的总体政策相一致，该草案明显偏离2001年的理念，体现出强烈的提供享用机会、发展旅游的倾向^②〔P 629—630〕。草案一出台便遭到强烈反对，有学者指责其为“有史以来对国家公园体系核心价值最大的背离，对整个体系的完整性造成了莫大的威胁”^③〔P 75〕。此后NPS迫于压力修改了草案，于2006年最终公布并沿用至今。

相较于2005年草案，2006年《管理政策》表现出戏剧性的反差，这一过程也被称作“过山车式的政策制定”^④〔P 866〕。在保育和享用的关系问题上，它沿用了2001年《管理政策》“资源保育优先”表述；不同的是，它提出了一个较先前的“损害”标准更高且更严格的“不可接受的影响”标准。它首先明确了1916年《组织法》规定的“损害”标准和1978年《红杉修正案》提出的“减损”标准^⑤实际上是同一标准，不应区别理解，重申了《组织法》对国家公园根本目的表述的权威地位。其次，它对何谓损害进行了详细解释^⑥，给出了认定损害的实体和程序要求，指出对公园资源或价值可能产生影响的所有行为均需纳入损害标准的检验范畴。再次，它提出了更严格的“不可接受的影响”标准，即不得允许那些尚未对公园资源或价值造成损害，但在特定环境下仍然不可接受的影响（第1.4.7.1节）。只有通过了损害标准和不可接受影响的双重检验，NPS才可以在所辖范围内允许对国家公园的合理使用。

此外，《管理政策》还规定了不同种类合理使用的优先性问题。向公众提供享用机会是国家公园根本目的之一，故“合理的公众享用”（Appropriate Public Enjoyment）被视为一种具有优先权的使用形式。该种使用须（1）特别契合特定公园内最突出的自然和文化资源；（2）有助于理解并欣赏公园资源和价值，或通过与公园资源的直接联系、相互影响或关联来达成促进公众享用的目的（第1.5节）。简言之，在NPS做出有关某项具体的使用方式是否为国家公园内允许的使用方式的决定时，首先要依据上述两个要件判断它是否为一项具有优先权的使用形式；如果是则允许，如果不是则须进行不同程度的规制。图1展示了NPS做出此种决定需遵循的程序。

（四）司法尊重语境下的《国家公园管理局组织法》释义

1970年代以来，得益于立法和司法对原告资格的拓展和放松，联邦公共土地上的诉讼数量急剧增长。国家公园管理相关的诉讼表现出若干特点：首先，多数诉讼均以NPS违反法定程序为由提起，尤其是违反《国家环境政策法》规定的环评程序；其次，由于《组织法》本身并未赋予原告提起诉讼的诉权，原告常以NPS决定违反了《联邦行政程序法》、《濒危物种保护法》、《荒野法》、

① 《管理政策》Section 1.4.3 (“When there is a conflict between conserving resources and values and providing for enjoyment of them, conservation is to be predominant”)。

② 草案删除了所有关于资源保育是独立的公园管理目标的表述，没有一处使用自然保存(preservation)的字眼，行文上也更加强加使用和休闲用途。

③ 前任国家公园管理局局长乔恩·贾维斯(Jon Jarvis)(任职期间2009—2017)的公开讲话。

④ 1978年的《红杉修正案》初始意图是修正1978年制定的《红杉国家公园法》，扩大红杉国家公园的边界以保护国家公园免受上游伐木者所带来的损害。因其在国家公园组织法中增添了两句话，因此被视为《红杉修正案》。这两句话是：“国会进一步确认，宣布并规定促进并规制国家公园体系内的不同单位应与组织法第一节所确立的根本目的相一致，并致力于服务美利坚人民的共同利益。除非国会直接并明确地予以排除，对公园内活动的许可应阐明理由；对这些领域的保护和管理应当考虑到公共价值和国家公园体系的完整性，并不得减损(derogate)这些价值以及建立这些区域时的目的。”

⑤ 损害是“一种基于负责责任的公园管理者的专业判断，可能伤害到公园资源或价值的完整性的影响，该影响的对象也包括那些在公园资源或价值未受损害时可转成的享用机会”(第1.4.5节)。

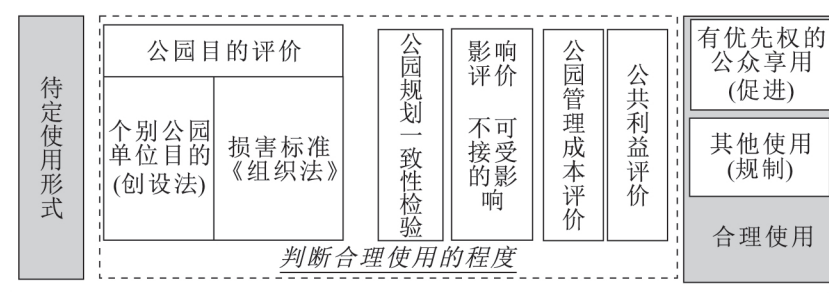


图1 判断国家公园体系内合理使用的程序

《国家环境政策法》等提起诉讼；再次，NPS 常受到环保组织和休闲利益群体的双重夹击，例如当环保组织起诉 NPS 并指责其对机动休闲使用方式的规制不足时，休闲利益群体常常以第三人的身份参与诉讼，反之亦然。那么司法在审查 NPS 的管理决定时如何解释《组织法》的“双重授权”？它对于 NPS 的《管理政策》规定的“保育优先”又持何种态度呢？

1. 司法尊重话语的确立：SUWA 案及其后续判例。在一系列有关《组织法》的诉讼中，南犹他荒野联盟（SUWA）案^①可谓是最典型的案例之一，它是地区法院依据《组织法》而非其他环境立法做出的第一例判定 NPS 的管理决定违法的案例。NPS 在 1995 年发布的《峡谷地国家公园偏远地区管理计划》（以下简称《管理计划》）中允许在一段 10 英里长的公园道路上使用机动车辆。原告 SUWA 认为《组织法》以保育为根本目的，不允许对公园资源的任何损害，该计划因违法应被撤销。被告 NPS 认为《组织法》本身是模棱两可的，而自己做出的允许机动车使用的决定是对冲突利益的合理权衡，司法应给予尊重^②。在 1998 年的初审判决中，地区法院认为本案的争议焦点是“国会是否授权 NPS 允许那些将会永久性地破坏公园资源的行动”，很明显该答案是否定的，NPS 一审败诉。

在上诉审中，第十巡回法院指出初审法院对争议焦点的提炼是错误的，本案的核心问题应是“《管理计划》允许在一段长达十英里的路面上使用机动车，这是否与国会在《组织法》和《峡谷地国家公园创设法》中表达出的明确意图一致”。巡回法院认为“《组织法》允许 NPS 在决定允许或禁止一定行为时，对有可能会冲突的资源保育和游客享用进行权衡”^③——换言之，本案是“谢弗林第二步”的问题，即 NPS 对《组织法》的解释是不是一个合理的解释，而不是地区法院所声称的“谢弗林第一步”的问题，即《组织法》的规定是不是模棱两可的。那么如何判断 NPS 的解释是否合理呢？巡回法院认为这个问题的关键在于“行政解释所致结果是否可使资源免受损害，以供后代人享用”。因此，全案的核心落在了对“损害”标准的界定上。本案上诉审期间，NPS 正着手制定《管理政策》，其中就包含对损害标准的界定。但由于尚未出台，因缺乏形式上的完整性而不适用谢弗林尊重，故二审法院发回地区法院重审，并责令其审查 NPS 在重审期间可能会出台的《管理政策》的性质，确定它是属于“值得谢弗林尊重的立法性规则（Legislative Rules）”还是“应给予较少尊重的解释性规则（Interpretative rules）”^④。

① Southern Utah Wilderness Alliance v. Dabney, 7 F. Supp. 2d 1205 (D. Utah 1998), rev'd, 222 F. 3d 819 (10th Cir. 2000); Southern Utah Wilderness Alliance v. NPS, 387 F. Supp. 2d 1178 (D. Utah 2005), 下文中将分别指称该三份判决为 SUWA 1998, SUWA 2000 和 SUWA2005。

② SUWA 1998, P1211。

③ SUWA 2000, P826。

④ SUWA 2000, P829。

2001年，NPS发布了《管理政策》并详述了损害标准。2002年，NPS就涉案地区机动车使用问题重新进行了环评，并基于环评结论在2004年修订并公布了新的《管理计划》。与1995年的计划相比，此次修订作出了180度的转折，禁止在原争议地区使用任何机动车辆。戏剧性的是这一次原告从环保团体SUWA变成了“犹他共享访问联盟”（Utah Shared Access Alliance）和其他休闲利益群体，他们也依据《组织法》提起了诉讼，认为修订后的《管理计划》剥夺了他们使用和欣赏峡谷内重要区域的机会，同时还对NPS制定的《管理政策》的效力提出了质疑，认为它对于“保育优先”的表述不恰当地降低了“公园使用和享用”的地位^①。

案件发回重审后，这一次地区法院吸取了之前诉讼的教训，遵循巡回法院的指示进行了判决。它首先认可了《组织法》存在模棱两可，同时采纳“谢弗林第二步”的检验规则，判决NPS胜诉，支持了它禁止机动车使用的决定。判决分析步骤如下^②：

（1）2001年的《管理政策》是NPS制定的“旨在发生法律效力”的规则，满足Mead案^③所确立的标准，故适用谢弗林尊重；（2）《组织法》并没有强制性要求NPS给予保育和享用以同等权重，如何权衡的核心判断标准是“损害”。2001年的《管理政策》与《组织法》的立法语言并没有明显冲突。根据“谢弗林第二步”，体现在《管理政策》中的NPS对《组织法》的行政解释是合理的、允许的，司法应给予尊重；（3）《管理计划》属于NPS广泛的行政裁量权范畴，是对《组织法》和《峡谷地国家公园创设法》的合理解释。

上述分析表明地区法院主要基于行政裁量和司法尊重对NPS决定进行审查，自己并未进行实质性司法判断。这一推理框架也被延续到SUWA案之后的系列判决中。Antolini对2000到2008年间与NPS有关的约40例案例进行了量化分析，结论是《组织法》给予了NPS非常广泛的裁量权，而法院表现出对NPS所做裁量决定极大的司法尊重。她指出2000年以前的部分案例也同样表现出类似的司法态度^{[23](P895)}。在司法尊重的语境下，判决结果呈现两极分化的趋势：既有支持自然保育也有支持享用的判决。就比例而言，2000年以前的判例表明当休闲使用团体起诉NPS的严格保护决定时，法院通常会支持NPS的保护决定。然而，基于《组织法》的双重授权，2000至2008年间判例法开始有了明显的转向，NPS和环保团体的败诉率日益增高，法院开始倾向于支持休闲使用团体^④。

2. 复杂图景的形成：对其他环境立法的司法适用。如上文所言，法院很少仅仅诉诸于《组织法》来裁决国家公园管理纠纷，更多地是诉诸于其他环境立法。在适用其他环境立法方面，法院的司法审查态度体现出区别于《组织法》审查的特点。

① SUWA 2005, P1181。

② SUWA 2005, P1190。

③ 在2001年的Mead案(United States v. Mead Corp., 533 U. S. 218 (2001))中，法院确立了司法给予“谢弗林尊重”的前提，即国会明确授权行政机关制定与立法效力等同的规则。对于行政机关通过非立法性规则所产生的行政法解释，法院将不会给予谢弗林尊重。

④ 举例来说，在黄石公园内有关机动雪橇使用限额的纠纷中，法院通过一系列颇具戏剧性的判决表现出极强的支持休闲使用团体的趋势(Fund for Animals v. Norton, 294 F. Supp. 2d 92 (D. D. C. 2003); International Snowmobile Manufacturers Association (ISMA) v. Norton, 304 F. Supp. 2d 1278 (D. Wyo. 2004); Fund for Animals v. Norton, 323 F. Supp. 2d 7 (D. D. C. 2004); Greater Yellowstone Coalition v. Kempthorne, 577 F. Supp. 2d 183 (D. D. C. 2008)等)；围绕着是否应允许在科罗拉多河上进行商业筏运的问题，法院通过系列判决也支持了NPS的允许商业筏运的决定(Wilderness Public Rights Fund v. Kleppe, 608 F. 2d 1250 (9th Cir. 1979), cert. denied, 446 US 982 (1980); River Runners for Wilderness v. Martin, 593 F. 3d 1064 (9th Cir. 2010))；在Davis v. Latschar(202 F. 3d 359 (D. C. Cir. 2000))一案中，NPS允许在葛底斯堡国家军事公园中实施受控的猎鹿行为的决定，也获得了法院支持。

就《荒野法》而言,基于其严格规制的特点,NPS 荒野管理决定中的裁量权受到极大限缩。Appel 梳理了联邦各级法院 1964 至 2010 年间做出的 94 例有关荒野保护的案例,指出当环保主义者起诉联邦土地管理机构的决定并主张更多的荒野保护或更少的使用时,其胜诉率为 52%。当荒野使用者起诉联邦机构主张荒野保护过于严格应予以降低时,联邦机构几乎鲜有败诉,胜诉率高达 86.4%。Appel 将这种现象描述为司法机关“单向性推进的(One-way Ratchet)荒野保护”。通过对比一般行政法和环境法领域内有关司法谦抑和尊重的数据,他指出相较其他领域内的司法尊重,司法机关在荒野保护中表现出截然不同的态度,即给予较少尊重,具有强烈的倾向于支持荒野的趋势^{[38](P111-119)}。

另一部重要的环境立法是《国家环境政策法》(NEPA)。自 1969 年制定并实施 40 余年来,NEPA 已成为美国环境法史上被起诉最多的一部法律^[39]。其核心是要求联邦行政机构做出决定前要严格地考量环境因素(Hard Look)并进行环评。就《组织法》和 NEPA 的关系,法院曾在 Bluewater Network v. Salazar^①一案中,否定了 NPS 认为自己依据《组织法》进行的“损害”分析符合 NEPA 严格审查要求的申辩,意即 NEPA 要求高于《组织法》。但 NEPA 的适用对国家公园管理中保育享用之权衡产生了何种影响呢?基于自 NEPA 制定以来的案例梳理,Antolini 认为 NEPA 的影响是双重的:有些案件中,NEPA 支持了 NPS 的保护决定;在另外一些案件中,NEPA 可能减损 NPS 对《组织法》“保育优先”的行政解释^{[23](P896-902)}。主要原因是 NEPA 仅仅施加了一种程序上的义务,并不会对联邦机构下达必须达成某种特定结果的指令,例如保育优先的结果。所以,NEPA 在有些案件中“只是变成了可供 NPS 或私人使用团体操纵的诉讼工具,用以证成 NPS 作出的旨在促进对国家公园的使用和享用而非保育的决定”^{[23](P901)}。

综上,与司法对《组织法》的行政解释给予相当程度的尊重相比,在适用国会其他有关环境的立法,尤其是荒野保护有关的立法时,司法谦抑的态度发生了转变,对 NPS 提出了更为严苛的要求。

(五) 修法导向的改革进路:保护优先的明确化

《组织法》本身并没有为保育和享用之间的潜在冲突提供较好的立法解决途径,相反它的双重授权模式直接造成了 NPS 的两难困境,尤其在 NPS 做出游憩规制的决定时更加凸显。实际上,国会自 1916 年通过《组织法》以来,在将近 100 年的时间里从未对此根本目的条款进行过修订。《组织法》所表述的根本目的仍然统辖着约 8 亿英亩的国家公园体系的管理。值 NPS 成立百年之际,学者与当局就现有法律体系是否反映了国家公园根本使命、是否满足了其管理需求以及该体系如何进行自我持续变革进行了广泛的反思和讨论。尽管不时有学者建议修改《组织法》并明确保护的优先性,但国会似乎并无修法的意向。Robert Keiter 认为《组织法》的损害标准能够为公园资源提供充分和持续的法律保护,司法判例和 NPS 的管理政策对《组织法》的注解,已足以让 NPS 制定新的政策和战略来应对国家公园在未来将要面临的挑战,故从根本上修改《组织法》已无必要^{[40](P246-248)}。相反,Antolini 认为“双重授权模式已导致了一个不可预期的司法审查体系”,国会应通过修法的方式重新确立整个民族对于不可再生的国家公园资源和价值的承诺。她建议对《组织法》规定的“享用”进行限制,增加“兼容性”的要求,即将国家公园的根本目的修改为:

“(根本目的是)…给予保育景观、自然和历史名迹以及其中的野生生物以最高的优先性,并在证实兼容的情况下,允许对上述资源的享用,其手段和方式须以为后代人使上述资源免受损害为限”^{[23](P912)} (着重号表示强调改动)

Cheever 也支持对《组织法》根本目的进行澄清,明确保育优先。他指出这种澄清可以“向所

① 721 F. Supp. 2d 7 (D. C. Court, 2010)。

有利益相关群体传达同样的信息”，尽管不能“确保行政机关的旨趣和裁量因此得到增强，但至少能让这种目的变得可能”^{[21](P646)}。

笔者认为在美国现有的法律框架下，国会修订现行的《组织法》并阐明其“保育优先”的根本目的可能是重构法律解释的制度框架的最优方式。做出这一结论前需要进行必要的澄清和区分。实际上当前的争论包含两个子问题：一是国家公园设立和管理的根本目的是自然保护吗？二是特定的自然保育行为和游憩行为是那种不会对国家公园资源造成损害的行为吗？值得注意的是，不仅游憩行为可能造成对国家公园资源的损害，自然保育行为也有可能，尤其是对生态系统积极的人为干预和管理行为，例如出于数量控制的目的对野生动物的扑杀和出于树种更新的目的对林木的皆伐，正是在此意义上 Conservation 和 Preservation 有了区分的必要。故在谈论“保护优先”时，需要明确即便是出于保护目的而进行的管理行为也要接受“损害标准”的检验。真正与“享用”相冲突的并非单纯的“自然保育”，而是对国家公园资源造成损害的状态。

明确了这两个子问题以后，便可逐一设计解决方案。第一个问题，即我们为什么要设立国家公园，这实际上是公共政策的问题，是具有明显的价值和利益取向的政治问题，无论行政机构还是法院都不适宜解决这类问题——最适合的解决路径是诉诸民主和立法。实践表明国会不仅有能力和有意愿主动介入此类纠纷，这通过上文所述的国会以创设法和特别法案的方式干预国家公园管理纠纷便可见一斑。第二个问题才是最能体现 NPS 的专业知识和技能的领域，即评估一个特定的行为对环境可能造成的负面影响，并判断这种负面影响是否构成《组织法》所不容许的“损害”。这个过程恰恰正是司法欠缺信息、知识和能力并应给予司法尊重的过程，也正是司法推理得以成型的场域所在。

五、结论及启示

相较于其他学科对法律和政策概念的严格区分，环境法中二者的黏连和交互程度更为紧密，尤其体现在环境原则研究中，这对传统教义学的分析范式提出了挑战。“保护优先”原则的法律化带有强烈的宣示色彩，该原则本身并不能给如何解决环境问题一个快速的答案，也不能一劳永逸地解决环境法的方法论问题；它在多大程度上能够实现学者所称的“改善既往研究对伦理价值进行宏大论证的弊病，并增强环境法作为一个学科的规范性”^[41]，也未可知。然在保护优先原则已被写入环境基本法之后“立法呼吁”阶段，加强环境法的解释论研究、挖掘该原则的规范内涵宜是应有之意^[42]。

美国国家公园双重授权的立法模式及其实践表明，面临国家公园管理中的疑难问题时，如何在不同利益主体间寻求最佳平衡很大程度上取决于如何对根本目的进行解释以及由谁解释。但其现有制度框架并未对《组织法》形成一种统一且富有成效的法律解释，“立法授权”——“行政裁量”——“司法尊重”的话语体系产生了进行不同法律解释的空间，也使得其政策中心基于政治、经济等因素的影响在自然保育和公众享用之间摇摆不定。就此而言，美国法提供的更多是教训而非经验，中国的立法实践似乎可以为美国提供镜鉴。然而，对美国法的观察依然是有启发性的。

首先，对“保护优先”的规范解读指向的问题包括何谓保护？优先于什么？在国家公园管理的复杂情境下，回答上述问题不应进行简单线性处理，需要对冲突的种类、来源、不同使用方式的权重进行更细致的界分。简单地把“保护优先”理解为环境保护优先于经济发展并进行“政策化”处理，无疑是低估了这一原则蕴含的指导行政实践和司法推理的潜在能量。就此而言，NPS《管理政策》对国家公园内不同使用形式的权重和优先级别的确定具有参考意义，例如赋予“合理的公众享用”和其他使用方式以不同权重，通过“合目的性”和“兼容性”检测形成不同使用方式的位阶序

列,在此基础上分别采取不同的规制策略。目前已成型的位阶如下^①:第一序列:个别公园单元的立法目的>荒野保护(如有设立荒野保护地)>自然保育;第二序列:具有优先权的合理的公众享用>其他休闲使用方式;第三序列:与公园资源特许经营相关的活动;第四序列:其他合理使用。实际上,上述序列的设计并非对“保护优先原则”规范内涵的注入,而是对其下位规则的填充。正所谓法律原则适用的前提是穷尽法律规则^{[43](P19)},当规则缺位时,才是“保护优先”出场的时机。换言之,上述位阶获得规则效力后可直接用以指导行政实践和司法推理,便无需再诉诸抽象的保护优先。

其次,正所谓“法律原则是规则和价值观念的汇合点”^{[44](P90)},保护优先原则蕴含了明显的价值宣示、道德和价值判断,其规范内涵的析出需借助于“损害”标准这个工具。上文已述,无论是经济开发行为还是休闲使用行为,甚至是出于环境保护目的的自然保育行为,都不可避免地干扰生态系统的原真性,对环境造成影响^{②[19](P79)}。法律需要建构的底线是何种程度的环境影响是可被容忍的、可被接受的,并不是要杜绝一切可能造成环境影响的行为。所以,“优先于什么”的答案并不应简单地归纳为与经济发展有关的一切行为,而应是那些对国家公园的资源 and 价值造成了损害的行为,认定损害的过程应是管理机关基于专业知识、经过了法定的环评和其他程序性要求后作出的综合判断,司法应对这一过程及其结论给予尊重。

再次,析出保护优先的规范内涵仅完成了第一层面法律解释的工作,至于这一原则如何落地,则有赖于具体制度的构建,例如对排污行为进行总量控制、对资源利用设置上限、厘定生态保护红线等。具体到国家公园管理上,对于那些高环境影响的剥削性开发行为,需要通过分区手段和严格的立法执法进行管控;对于那些满足兼容性测试的游憩行为,则需要进一步区分较高环境影响的机动休闲方式和较低环境影响的非机动休闲方式,分别进行定性和定量的双重控制,确定可允许使用方式的种类、范围和程度。对保护优先原则在具体制度中的实践状况进行微观和细节观察,是下一步需要继续研究的课题。

参考文献

- [1] Cameron, J., P. Pevato, J. Abouchar, *International Implementation of the Principle*[R], Fener Conference on the Environment-Sustainability: Principles to Practice, 1994.
- [2] Sadeleer, N. de, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*[M], Oxford: Oxford University Press, 2002.
- [3] 柯坚. 环境法原则之思考——比较法视角下的共通性、差异性及其规范性建构[J]. 中山大学学报(社会科学版), 2011(3).
- [4] 竺效. 论中国环境法基本原则的立法发展与再发展[J]. 华东政法大学学报, 2014(3).
- [5] Fisher, E. et al. *Environmental Law: Text, Cases and Materials*[M], Oxford: Oxford University Press, 2013.
- [6] [美] 罗纳德·德沃金. 认真对待权利[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [7] Tarlock, A. D. Ideas without institutions: The paradox of sustainable development[J]. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 9, 2001.
- [8] 李传轩. 从妥协到融合: 对可持续发展原则的批判与发展[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版), 2017(5).
- [9] Bosselmann, K. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*[M], Ashgate, 2008.

① 此位阶序列的表述来源于 Fischman 对国家野生动物体系中使用方式的分析。请参见 Robert Fischman, National wild life refuge system and the hallmarks of modern organic legislation, *Ecology Law Quarterly*, 29(2002): 531.

② 王伟在论述保护优先和预防为主原则的关系时也表达了类似观点。其认为,“所有对环境实施的行为, 包括保护行为, 都应该事先预测和防范其可能对环境造成的影响……谁也不能保证任何一种保护行为是绝对没有一点负作用的”。

- [10] Scotford, E. *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law* [M]. Oxford: Hart Publishing, 2017.
- [11] Fisher, E. et al. Maturity and methodology: Starting a debate about environmental law scholarship [J]. *Journal of Environmental Law*, 21—22, 2009.
- [12] Winter, G. The legal nature of environmental principles in international, EC and German Law [A]. in R. Macrory Havercroft and R. Purdy (eds). *Principles of European Environmental Law* [R]. Netherlands: Europa Law Publishing, 2004.
- [13] Doherty, M. Hard cases and environmental principles: An aid to interpretation? [J]. *Yearbook of European Environmental Law*, 3, 2004.
- [14] 曹明德. 对修改我国环境保护法的再思考 [J]. *政法论坛*, 2012(6).
- [15] 苏杨, 等. 中国国家公园体制建设研究 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2018.
- [16] 王树义. 俄罗斯生态法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2001.
- [17] 唐绍均. “环境优先”原则的法律确立与制度回应研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [18] 杨群芳. 论环境法的基本原则之环境优先原则 [J]. *中国海洋大学学报(社会科学版)*, 2009(2).
- [19] 王伟. 保护优先原则: 一个亟待厘清的概念 [J]. *法学杂志*, 2015(12).
- [20] 王社坤, 苗振华. 环境保护优先原则内涵探析 [J]. *中国矿业大学学报(社会科学版)*, 2018(1).
- [21] Cheever, F. The United States forest service and national park service: Paradoxical mandates, powerful founders, and the rise and fall of agency discretion [J]. *Denver University Law Review*, 74, 1997.
- [22] Herman, D. Loving them to death: Legal controls on the type and scale of development in the national parks [J]. *Stanford Environmental Law Journal*, 11, 1992.
- [23] Antolini, D. National park law in the US: Conservation, conflict, and centennial values [J]. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 33, 2009.
- [24] Mappes, H. National parks: For use and “enjoyment” or for “preservation”? and the role of the national park service management policies in that determination [J]. *Iowa Law Review*, 92, 2007.
- [25] Keiter, R. Preserving nature in the national parks: Law, policy, and science in a dynamic environment [J]. *Denver University Law Review*, 74, 1996—1997.
- [26] Lemons, J., D. Stout A reinterpretation of national park legislation [J]. *Environmental Law*, 15, 1984.
- [27] Winks, R. The national park service act of 1916: “A contradictory mandate”? [J]. *Denver University Law Review*, 74, 1997.
- [28] Sellars, R. *Preserving nature in the national parks: A history* [M]. New Haven: Yale University Press, 1997.
- [29] Nagle, J. How national park paw really works [J]. *University of Colorado Law Review*, 86, 2015.
- [30] Mantell, M. Preservation and use: Concessions in national parks [J]. *Ecology Law Quarterly*, 8, 1979.
- [31] Scheg, N. Preservationists vs. recreationists in our national parks [J]. *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy*, 5, 1998.
- [32] Everhart, W. *The National Park Service* [M]. New York: Praeger, 1972.
- [33] Nagle, J. The spiritual values of wilderness [J]. *Environmental Law*, 35, 2005.
- [34] Nagle, J. Wilderness exceptions [J]. *Environmental Law*, 44, 2014.
- [35] Fischman, R. The problem of statutory detail in national park establishment legislation and its relationship to pollution control law [J]. *Denv. U. L. Rev.*, 74, 1996.
- [36] Nie, M. Statutory detail and administrative discretion in public lands governance: Arguments and alternatives [J]. *J. Envtl. L. & Litig.*, 19, 2004.
- [37] Keiter, R. *To Conserve Unimpaired: The Evolution of the National Park Idea* [M]. Washington D. C. : Is-

land Press, 2013.

[38] Appel, P. Wilderness and the courts[J]. *Stan. Envtl. L. J.*, 29, 2010.

[39] Ross, H. Using NEPA in the fight for environmental justice[J]. *Wm. & Mary J. Envtl. L.*, 18, 1994.

[40] Keiter, R. *Revisiting the Organic Act: Can It Meet the Next Century's Conservation Challenges?* [R]. The George Wright Forum, 2011.

[41] 杨欣. “环境正义”视域下的环境法基本原则解读[J]. *重庆大学学报(社会科学版)*, 2015, (6).

[42] 陈海嵩. 解释论视角下的环境法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016.

[43] 舒国滢. 法律原则适用中的难题何在[J]. *苏州大学学报(哲学社会科学版)*, 2004, (6).

[44] [英] 麦考密克, 魏因贝格尔. 制度法论[M]. 周叶谦, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.

On the Normativity of the Principle of “Priority of Protection” in National Park Management: Legalization of Environmental Principles

MA Yun

Abstract: Although embodied in Environmental Protection Law as one of the basic legal principles, the normativity of the principle of “Priority of Protection” is in the predicament of how to be best defined and interpreted, so is the idea of “Protection First” in the context of national park management. Due to the pluralization of interests and diversification of stakeholders in national park management, the absence of the normativity analysis of the principle of “priority of protection” becomes more problematic in this field. Albeit the non-legal features of environmental principles, the significance of the normative function of these principles should not be underestimated. Different from the “thumb on the scale” approach in China, a balancing approach is adopted in national park legislation in the US. The discourse centered with administrative discretion and judicial deference further complicates the overall interpretation framework. Experiences and lessons can be learnt from each other between the US and China. In China, different weights should be given to different types of uses of national park resources and a hierarchical order of norms should be established. The normativity of the principle of “priority of protection” needs to be clarified by taking advantage of the impairment standard. Furthermore, relevant legal rules should be crystalized to increase the applicability and enforcement of the principle.

Key words: priority of protection; legal principle; national park management; administrative discretion; judicial deference

(责任编辑 周振新)