

“中国第二代环境法的形成和发展趋势”之反思

戚建刚, 兰皓翔

摘 要: 全球范围内可持续发展战略, 以及国内环境法治和生态文明建设的制度诉求, 难以证成中国第二代环境法的形成具有历史必然性; 由于误用比较法研究方法, 郭文在与中国第一代环境法“比较”基础上归纳的中国第二代环境法的显著特征缺乏说服力。因虚构假设条件与曲解立法原意, 郭文主张中国第二代环境法向域际法拓展的观点是错误的。因将自我发展演化机能与基于该机能的结果相混淆, 郭文得出中国第二代环境法向独立性、自足性发展的观点是不足信的。由于无视行政主导治理机制是贯穿中国环境法发展的“红线”之事实, 郭文主张主体合作和规则共治的治理机制作为环境法体系开放性发展前提的观点是不符合实际的。由于没有新证据来证明环境法要解决的根本问题是人与自然冲突, 因而郭文是在重复一个已经被经典马克思主义作家否定了的观点。研究中国环境法发展问题所持的学术立场应当与法学研究方法相勾连, 在规范、实证和价值层面的研究均需要遵循相应规则。

关键词: 中国第二代环境法; 中国第一代环境法; 反思; 学术立场

中图分类号: D922.601 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2019)05-0046-15

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2019.05.005

郭武博士的《中国第二代环境法的形成和发展趋势》^①一文(以下简称《郭文》)其实阐述了三个问题: 一是中国第二代环境法的形成为何具有历史必然性? 二是相对于中国第一代环境法和西方国家的第二代环境法, 中国第二代环境法的显著特征是什么? 三是中国第二代环境法将向何处发展? 笔者深知郭博士将我国环境法的发展置于“代际更替”的脉络之中的良苦用心: 中国不仅有第一代环境法, 而且还有第二代环境法, 这就有力回应了那种将环境法视为是“行政法范畴”的观点^②; 中国的第二代环境法是源于“中国问题”的环境法, 从内容到形式都是“中国的第二代”环境法, 不是西方国家, 特别是美国的第二代环境法^③, 从而反击了那种认为中国环境法“主体性缺失”的论点^[1], 证明了中国环境法的“自足性”——如果按照郭文的表达就是“自足性的彰显”与

基金项目: 国家社科基金重点项目“环境风险治理工具的行政法进路研究”(17AAFX013)

作者简介: 戚建刚, 中南财经政法大学法治发展与司法改革中心研究员、教授、博士生导师(湖北 武汉 430073); 兰皓翔, 中南财经政法大学法学院应急法研究所助理研究员

① 该文原刊于《法商研究》2017年第1期, 发表之后, 被《新华文摘》2017年第9期全文转载, 又被中国人民大学《复印报刊资料: 经济法学、劳动法学》2017年第5期全文转载。

② 比如, 郭博士在文中就对持这种观点的学者(赵娟:《论环境法的行政法性质》, 载《南京社会科学》2001年第7期)进行了批驳。

③ 包括郭博士在内的中国第二代环境法论者在论述“中国的第二代”环境法时, 通常先以西方国家, 特别是美国的第二代环境法作为论述背景。关于中国第二代环境法论者的成果参见欧阳恩钱:《环境法功能进化的层次与展开——兼论我国第二代环境法之发展》, 载《中州学刊》2010年第1期; 王树义、皮里阳:《论第二代环境法及其基本特征》, 载《湖北社会科学》2013年第11期; 罗丽:《从日本环境法理念的转变看中国第二代环境法的发展》, 载《中国地质大学学报(社会科学版)》2008年第3期; 皮里阳:《论我国第二代环境法的形成与发展》, 武汉大学2013年博士学位论文。

“本土化的发展”,由此实现郭文认为的中国第二代环境法所具有的功能或者实践意义:破解中国环境法治难题。

笔者认为,郭博士作为新一代环境法翘楚,从宏观上阐述中国第二代环境法的形成与发展问题难能可贵,然而,当运用郭文所得出的结论来解释中国环境治理实践时,却发现诸多力所不逮之处^①;当以中国鲜活的环境治理经验来检验郭文的研究结论时,也存在不少偏差^②;当试图以郭文的研究结论来预测中国环境法的未来发展时,似有陷入“不安和困惑”之感^③。由此,对郭文主张的中国第二代环境法所预实现的功能表示怀疑,并产生了与郭博士商榷的念头。为使这种商榷能够真正带来理论上的交锋,从而促进中国环境法的健康发展,笔者以郭文的三个基本问题作为对象来加以反思^④。作为代结束语部分,笔者也将阐述研究中国环境法发展所应秉持的学术立场。

一、对“中国第二代环境法形成的历史必然性”之反思

(一) 环境法代际更替中的“历史必然性”含义之界定

可能是为了驳斥一些学者对中国尚未形成独立的环境法,遽论第二代环境法的观点,郭文从历史必然性角度来论述中国第二代环境法形成的正当性,体现出一种强大的话语自信。可是,如果郭文的论述要到达预期效果,从文章论证思路而言至少需要向读者交待清楚何谓“历史必然性”,特别是何谓环境法代际更替意义上的“历史必然性”。然而,让人感到遗憾的是,郭博士虽然使用了“历史必然性”这一看似具有“十分”修辞力量的“大词”,但并没有对该词的一般含义以及在文中的具体意思做出解释,只能让读者去“意会”。然而,如果让读者去“意会”作为自身立论关键术语的“历史必然性”,则难免陷入“从自己所遐想的理想图景出发进行言说”的陷阱^[1]。事实上,“历史必然性”一直是哲学界所关注的中心问题,它的含义也是众说纷纭。比如,有学者认为,国际哲学理论界对历史必然性形成了“严格必然论”、“偶然论”和“可能论”三种观点^[2]。也有学者认为,“历史必然性”这一词最早可以追溯到古希腊的哲学家奥古斯丁,而意大利思想家维科,法国的空想社会主义学者圣西门和傅立叶,以及德国哲学家康德和黑格尔等学者都对该词的含义做出过不同的解释。尽管马克思对历史必然性作出了最为科学的论述,但后世研究马克思经典著作的学者对其的解读却莫衷一是,有的还出现了误解^[3]。就是这么一个在哲学界依然存在歧义的术语,甚至是令研究马克思经典著作的学者感到生畏的术语,郭博士却在不作界定的情况下直接作为自身立论的前提。这种学术勇气的确使人敬佩,也不禁令笔者生疑。

既然郭文让读者去意会“历史必然性”,为了使商榷能够继续,笔者认为以马克思主义经典作

① 比如,郭文认为,第一代环境法所坚持的个体主义伦理观产生了环境资源监管中的各自为政、条块分割、职权交叉、职责空置等问题。笔者认为,以个体主义伦理观来解释我国环境资源监管中的碎片化现象是极度乏力的。真正决定我国环境资源监管碎片化的因素是各个监管部门都试图从自身利益出发来充分利用环境资源,换言之,是环境监管部门之间围绕环境资源的利益争夺导致了环境资源监管的碎片化。可参见冉冉:《环境政令不出中南海的五个原因》,网址:<http://www.h2o-china.com/news/229569.html>,访问日期:2019年7月6日。

② 比如,当下中央政府在全国范围内开展的环保督察机制就属于典型的“命令与服从模式”。而根据郭文的观点,我国目前的第二代环境法已经从单向的行政命令模式转到合作模式和规则模式,单向的命令模式是“一团雕饰精美的橡皮泥章”。这显然与环保督察机制的实践相背离。关于环保督察机制的“命令与服从模式”的论述,可参见任文岱:《重拳组合,中央掀起“环保风暴”》,载《民主与法制时报》2016年9月4日第2版。

③ 比如,郭文认为中国第二代环境法属于“域际法”,要解决人与自然的冲突。姑且不论这种观点是否犯了“自然主义的谬误”,而且还从根本上挑战近代以来人类社会所确立的作为伦理学和法学硬核的“人本主义”。参见李可:《马克思恩格斯环境法哲学初探》,法律出版社2006年版,第56—57页。

④ “反思”是集批评性和创新性于一体的思维活动,是思维中的辩证否定的具体体现。

家对历史必然性的论述作为“意会”基础是比较适当的。历史必然性是马克思主义经典作家用于解释社会发展直接决定因素的概念。恩格斯在《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》中写道：“每一个阶段都是必然的，因此，对它发生的那个时代和那些条件说来，都有它存在的理由。”^{[4](P223)} 恩格斯继续指出：“但是，不管这个差别对历史研究，尤其是对各个时代和各个事变的历史研究如何重要，它丝毫不能改变这样一个事实：历史进程是受内在的一般规律支配的。”^{[4](P254)} 这是马克思主义经典作家对历史必然性的最为直观的描述。历史必然性是支配人与人之间交往的规律，是人的实践活动中的规律，是用以解释人类社会的发展而不是自然界演变的工具，是一种社会性规律。它与支配人与自然之间物质交换规律的自然必然性不同，马克思主义经典作家使用“相似”一词，来表述历史必然性和自然必然性之间的关系。即“这样，无数的单个愿望和单个行动的冲突，在历史领域内造成了一种同没有意识的自然界中占统治地位的状况完全相似的状况。”^{[4](P254)} 依据严格性和客观性不同，社会性规律又可以分为两种规律。一是决定律，即普遍地适用于全人类社会发展的规律，比如，生产力决定生产关系、经济基础决定上层建筑就属于决定律；二是因果律，即“对它所由发生的时代和条件来说，都有它存在的理由”。可见，历史必然性包括两种社会性规律：决定律和因果律。具体到环境法领域，历史必然性仅指因果律意义上的历史必然性，而不可能是决定律意义上的历史必然性。它是指，环境法的代际更替遵循一种不以个体意志为转移的规律，这种规律是因果律。换言之，根据郭博士的观点，中国第一代环境法演变为第二代环境法是由某种客观的因果律所决定的——不管“你”同不同意，认不认可，中国第二代环境法就已经存在了。

(二) 对郭文关于形成中国第二代环境法的历史必然性内容之反思

在厘清了让人颇感费解的“历史必然性”的含义之后，接下来就要考察形成中国第二代环境法的“历史必然性”的具体内容是什么？也即形成中国第二代环境法的因果律是什么，换言之，是什么因素（原因）决定了中国第二代环境法的形成？依据郭文的观点，包括两个因素：一是全球范围内可持续发展战略的影响；二是国内环境法治和生态文明建设的制度诉求。也就是说，两个原因决定了中国第一代环境法向第二代环境法演进。那么，笔者需要追问的是，这两个因素真的是决定中国第二代环境法形成的原因吗？真的体现了历史必然性意义上的因果律？这依然需要回到经典马克思主义作家对历史必然性中的因果律的界定。

根据经典马克思主义作家的观点，历史必然性中的因果律的实质就是决定社会发展的因素。它可以分为直接意义上的因素和本源意义上的因素。前者是指，社会成员各方向行为综合作用的结果，是社会成员有意识地实践结果，是无数个“力的平行四边形”。恩格斯说：“无论历史的结局如何，人们总是通过每一个人追求他自己的、自觉预期的目的来创造他们的历史，而这许多按不同方向活动的愿望及其对外部世界的各种各样作用的合力，就是历史。”^{[4](P254)} 后者是指，决定社会成员行为的客观物质条件，最根本的就是社会生产力。可见，历史必然性意义上因果律中的“因”其实就是由一定社会物质条件所决定的社会成员的有意识实践，而“果”就是这种实践活动所带来的结果。它们的结合就体现为一种因果律。具体到中国环境法语境，所谓形成中国第二代环境法的历史必然性的内容或者相应的因果律，只能是由中国社会生产力所决定的中国社会成员的有意识的环境治理实践。如果以此标准去衡量郭文所主张的两个要素，那么实难以让人信服它们属于中国第一代环境法向第二代环境法演变的历史必然性中的因果律内容。

1. 对全球范围内可持续发展战略（理念）的因素之分析。为何全球范围内的可持续发展战略（理念）可以成为中国环境法从第一代向第二代演进的一个决定性因素？让我们遵循郭文的思路来加以剖析。郭文首先指出，1972年斯德哥尔摩人类环境大会之际，环境法是否存在的问题受到与会各方强烈关注，认为缺乏系统性的单行环境法律是第一代环境法的基本特征，而政府主管部门在污染控制方法上的政策主导权是第一代环境法的治理机制的基本模式。郭文接着阐述，在不久后召

开的内罗毕人类环境特别会议通过的《内罗毕宣言》规定了可持续发展理念。这标志着第二代环境法在国际范围内初步形成。而1992年里约地球首脑会议通过了《21世纪议程》。这表明以可持续发展战略(理念)为标志的第二代环境法的国际范围之内的深化。郭文随后论述,在全球范围内第二代环境法发展趋势的推动下,我国政府于1995年制定并通过了《中国21世纪议程》。该议程规定了中国可持续发展目标的立法和法治机制,随后,以可持续发展为核心的中国第二代环境立法也在各个领域逐步展开。而2014年《中华人民共和国环境保护法(修订案)》(以下简称《环境保护法(修订案)》)将可持续发展理念确定为立法目的。据此,“由外国政府所提出的,并为我国政府所接受的可持续发展战略(理念)”是决定我国第一代环境法向第二代环境法演进的决定因素之一。

可是,如果深入分析郭文的推导过程就会发现存在诸多问题。比如,郭文认为,缺乏系统性的单行环境法律是第一代环境法基本特征,而政府主管部门在污染控制方法上的政策主导权是第一代环境法的基本治理机制,但这里的“第一代”到底是中国的“第一代”,还是外国的“第一代”,郭文没有做明确交代。而从郭文论述的上下文判断,这里的“第一代”应当是外国的“第一代”,而不是中国的“第一代”,那么到底是哪些国家的“第一代”,郭文也没有加以说明。这就不禁让人生疑,难道这就是“外国”的第一代环境法吗?难道这属于美国、德国、日本等国家的“第一代”吗?可见,作为郭文论述中国第一代环境法向第二代环境法更替的参照对象是模糊不清的。那么,决定外国的“第一代”向“第二代”更替的一个决定性因素是什么?根据郭文的观点,就是《内罗毕宣言》和1992年里约地球首脑会议通过的《21世纪议程》所规定的可持续发展理念。这不禁让人生疑,各国环境法发展千差万别,为何在郭文的笔下显得如此整齐划一?一个可持续发展理念竟然成为外国环境法从第一代向第二代更替的一个决定性因素。但郭文并没有加以分析。可见,在可持续发展理念能否成为外国环境法从第一代向第二代更替的一个决定性因素的问题上,郭文并没有交代清楚。那么这样一种“因果律”能否作为解释中国环境法代际更替的因果律,特别是历史必然性意义上的因果律?依据郭文的观点,答案似乎是明确无疑的。换言之,在中国第二代环境法形成的历史必然性的因果律内容中,一种由外国政府所提出的、并为我国政府所接受的战略或者理念成为了一个决定性因素。显然,这与马克思主义经典作家所论述的可以作为历史必然性的因果律的内容——由中国社会生产力所决定的中国社会成员的有意识环境治理实践——是存在相当差距的。在笔者看来,全球范围内可持续发展战略(理念)无非是我国政府改革和完善环境法治的一个背景。而郭文将之上升到“历史必然性意义上的因果律高度”,或许在很大程度上仅是一厢情愿而已。

2. 对国内环境法治和生态文明建设的制度诉求的因素之分析。为何对国内环境法治和生态文明建设的制度诉求可以成为中国环境法从第一代向第二代演进的一个决定性因素?同样,让我们遵循郭文的思路来加以剖析。郭文首先划了一个圈,将从20世纪七、八十年代以来,以1979年《中华人民共和国环境保护法(试行)》(以下简称《环境保护法(试行)》)为基本法,由该时期的污染防治法体系、自然资源法体系、自然灾害防减法律体系等构成的环境法律称为中国第一代环境法律法。郭文接着笔锋一转,认为当前我国环境问题日益严峻,但已有环境保护法律似乎没有发挥作用,原因是第一代环境法过分强调国家行政命令机制和行政化管理控制制度,忽视了综合性管理制度和弹性、互动性治理机制的功能,导致大多数立法可操作性差。随后,郭文阐述到,由于中国环境问题的严峻性,以及第一代环境法失灵,由此,中国政府构筑第二代环境法的诉求尤其迫切,于是从1992年到2001年中国政府制定了6部新的环保法,还大幅度修改了5部环保法,从2001年之后,中国政府制定了《环境影响评价法》等法律和法规。这些法律规范以综合性治理、“闭路”循环模式、生态修复方法、生态系统安全等理念为指导,构成中国第二代环境法基本框架,而《环境保护法(修订案)》则是第二代环境法的代表。

然而,如果分析郭文的推导过程同样可以发现一些难以经得起推敲的地方。比如,在未加论证

的情况下,郭文认为从20世纪七、八十年代到上个世纪90年代(具体指1992年),以1979年《环境保护法》(试行)为基本法的环保法律体系是中国第一代环境法的观点,与我国环境法的历史发展不太符合^①,应而是缺乏说服力的。又如,将当前我国环境问题严峻的局面归因于第一代环境法因过于强调行政命令与管控、缺乏弹性与综合性机制也是缺乏证据的,并且与我国环境法学界的权威观点相左^②。再如,将1992年以来,特别是2001年以来我国政府新制定或修改的环境法统称为中国第二代环境法,也未加以科学的论证,并且也与我国环境法的历史发展相背^③。当然,最为致命的是,将我国政府迫切改善环境法治和提升生态文明的诉求作为第一代环境法向第二代环境更替的决定性因素,作为历史必然性意义上的因果律。这同样与马克思主义经典作家所论述的历史必然性中的因果律的具体内容——由中国社会生产力所决定的中国社会成员的环境治理实践——相差甚远。依笔者之见,我国政府迫切改善环境治理和提升生态文明的愿望或诉求可以作为推动我国环境法治不断完善的一个动力。

以上分析不难发现,郭文所主张的全球范围内可持续发展战略(理念),以及国内环境法治和生态文明建设的制度诉求的两个因素难以作为历史必然性意义上的因果律内容。它们无非是探讨我国环境法发展的背景性要素而已,令人遗憾的是,郭文却将上述背景性要素误划为历史必然性。可是,一旦揭示马克思主义经典作家对历史必然性的深刻洞见,就会发现郭文的论证是极度无力与贫困的,是违背马克思主义经典作家关于历史必然性的科学认识的。可见,郭文所主张的中国第二代环境法的形成具有历史必然性的观点是缺乏说服力的。此外,我们不难发现郭文的不少论证带有简单仿效外国环境法的现象。比如,郭文引用外国学者观点,认为国外的第一代环境法以政府的命令控制机制作为治理机制,接着,郭文认为中国第一代环境法也强调行政命令与管控的治理机制。又如,郭文引用外国学者观点,认为可持续发展理念是决定国外第一代环境法向第二代环境法更替的要素,随后,郭文也认为可持续发展理念是决定中国第一代环境法向第二代环境法更替的一个因素。此类脱离中国环境法历史的论述,恰如有学者所批评的,属于从国外环境学术领域来寻找中国环境法问题,将西方经验认定为环境法治的“标准答案”和理想图景的做法^[1]。

二、对“中国第二代环境法的显著特征”之反思

从学术研究符合常人思维出发,如果要阐述中国第二代环境法的显著特征,如果要向读者展示的是“中国的”第二代环境法,那么就不仅需要在与中国第一代环境法比较中来提炼中国第二代环境法的特征,而且还需要在与外国第二代环境法的比较中来概括“中国”第二代环境法的特征。然而,让人遗憾的是,虽然郭文在开篇就提出要阐明具有中国特色的第二代环境法,但当他开始入手分析中国第二代环境法的特征时,却是仅置于与中国第一代环境法相比较的脉络中进行。个中缘由,

① 与郭文观点不同,我国环境法权威学者通常以“五年计划”为界来分析我国环境法的发展,将上个世纪七十年代初到九十年代初的二十年期间的环境法分为环境法治的勃兴和环境法治的成长两个阶段。参见汪劲:《中国环境法治三十年:回顾与反思》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2009年第5期。

② 比如,我国环境法权威学者认为,面对我国严峻的环境问题,我国三十多年的环境法律并没有大错,真正的原因则需要从影响环境法律实施的机制与体制、立法、行政与司法等因素进行多方面综合考察。参见汪劲:《中国环境法治三十年:回顾与反思》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2009年第5期。

③ 当郭文将1992年以来我国环境法称为在新的理念支配下的第二代环境法时,我国环境法权威学者通过历史分析,发现从“八五”至“九五”计划时期(时间跨度大约1990年到2000年),我国环境法治进入一个困惑,甚至是倒退期,到了“十五”计划与“十一五”规划时期,环境法治才复兴。参见汪劲:《中国环境法治三十年:回顾与反思》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2009年第5期。

笔者不能妄加猜测,期待郭博士能够回应。可是,即便仅在与中国第一代环境法^①比较之中所概括的中国第二代环境法的显著特征,也存在诸多值得反思之处。

(一) 对所使用的研究方法之反思

既然是在与中国第一代环境法的比较中来提炼中国第二代环境法,那么比较研究方法当然是郭文首选的方法。而所谓比较,就是确定事物同异关系的思维过程,而侧重点是要深入剖析事物的相异面。环境法上的比较,则是研究者以环境法为对象,比对其异同的思维活动。而所谓的环境法,则需要以环境法学界达成共识的概念为基础,即由国家强制制定或者认可并由国家强制力保证执行的涉及环境与资源的保护、开发、利用等活动的法律、法规、规章和其他规范性文件^{[5](P16-17)}。可是,当分析郭文的推理过程,却发现存在误用比较法研究方法的情况。根据郭文的研究,第二代环境法与第一代环境法相比,在四个方面——环境伦理观、价值目标、实践功能和治理机制——存在显著差异。这似乎是在运用比较法研究方法。可是,如果进一步追问,这四个方面的差异性是如何比较而来的,则可以发现郭文其实没有予以科学回答。那么这就不禁让人生疑:所谓的第一代环境法的伦理观是个人主义,第二代环境法是整体主义;第一代环境法的价值目标是代内关怀,第二代环境法的价值目标是代际关怀等,这些观点可能是建立在郭博士的主观想象之上的或者是将外国环境法上的相关结论“套用”到中国环境法上来的或者是在比较之前就已经有了的结论,因而都不是真研究,而是假研究^[6]。

其实,一项科学的比较法研究所得出的结论是能够让旁人加以验证的,因而,与其说结论很重要,不如说比较的对象、比较的过程显得更迫切。接下来,笔者以郭文所“圈定”的中国第一代和中国第二代环境法为基础来展现比较的过程。依据郭文的观点,中国第一代环境法与第二代环境法呈现“线性演变的局势”。第一代环境法以1979年的《环境保护法(试行)》为龙头,在内容上包括20世纪70到90年代(1992年)初国家所制定或认可的涉及污染防治、自然资源、自然灾害防减等领域的法律规范。第二代环境法,则是以《环境保护法(修订案)》为代表,在内容上包括20世纪90年代初以来,特别是21世纪以来国家制定或认可的环境法律规范,诸如,《环境影响评价法》、《清洁生产促进法》等。这就是第一代与第二代环境法展开比较的大致范围。那么如何进行比较呢?这就需要确定比较的项目。笔者以郭文的“治理机制”作为比较项目来示范。这就需要第一代和第二代环境法所规定的与治理机制有关的典型制度、核心规范加以整理,通过观察、分析和调查,发现在治理机制这个项目上,第一代环境法所涉及的典型制度与核心规范之间具有什么共同联系,呈现的本质属性或者特征是什么。随后,以同样的方法,归纳出第二代环境法在治理机制这个项目上的本质属性,进而得出两代环境法在治理机制上呈现的差异性。可见,这一比较过程,于是通过“观察——判断”模式得出可以供他人验证的结论,因而是相当科学的研究方法。当然,除了借助“观察——判断”模式来加以比较之外,还有次优方法,即通过“假设——验证”来比较。笔者再以“治理机制”作为比较项目来示范。我们假设第一代环境法的治理机制是“单向的命令与控制”模式。这一假设源于前人对我国环境法研究,也可以源于对我国环境法的观察判断或者直觉。随后,通过收集、整理、分析和考察第一代环境法中涉及治理机制的典型制度和核心规范,判断它们之间的联系,寻找它们的本质属性,从而来验证是否属于“单向的行政命令模式”的假设。如果验证成功,那么假设就成立,否则,假设就不成立。同样,对于第二代环境法的治理机制是否属于主体合作和规则共治模式,我们也可以运用“假设——验证”模式。这一比较过程,虽然不如“观察——判断”模式来的客观,但也是可行的研究方法。可是,反观郭文的比较过程,可以发

^① 当然,在那些认为中国环境法仅仅是行政法的一个分支的学者看来,郭文应当首先论证何谓中国第一代环境法。为了使反思能够继续,笔者暂且假定我国已经存在郭文所说的第一代环境法。

现他并没有使用这两种科学的方法,而是“省略”了比较过程,由此,所得结论的科学性和客观性难免让人生疑。

(二) 对所得出的研究结论之反思

1. 关于环境伦理观从个体主义转向整体主义之观点。郭文认为,中国第一代环境法所秉持的伦理观是个体主义的环境伦理观,而中国第二代环境法所秉持的伦理观是整体主义的环境伦理观。那么到底何谓个体主义或者整体主义环境伦理观,郭文其实没有加以严格界定,让人读了如陷五里雾里。可是,如果拨开这五里雾,却可以发现郭文其实依据自身论证的需要在环境伦理的认识论与价值论层面“来回穿梭”,将环境伦理的认识论与价值论混为一团。众所周知,环境伦理其实就是规范人与自然之间关系的道德规范。围绕着人与自然这对矛盾,学界已经形成了诸多学说,并作了精彩纷呈的论战,诸如,人类中心主义,非人类中心主义,生态人类中心主义等^{[7](P1-47)}。虽然这些不同的伦理观所持的价值取向存在巨大差异的。比如,人类中心主义的伦理观在价值取向上强调人是主体,人类被人评价得比自然界其他事物更有价值^[8],但在认识论上却可以相互重叠,比如,环境伦理学中的非人类中心主义者辛格、范伯格、雷根以及泰勒都持环境伦理的个体主义^[9],而同样是非人类中心主义者的自然的价值论者罗尔斯顿和深层生态学的代表人物内斯等则持环境伦理的整体主义^[9]。换言之,郭文所认为的中国两代环境法的伦理观分别是个体主义和整体主义,其实是从认识论角度所做的分类,与价值论角度的环境伦理观存在相互交叉,即价值论上不同的环境伦理观可以持相同的认识论上的环境伦理观。而从哲学角度而言,个体主义的环境伦理观其实体现的是一种机械的、分析的,或者说科学主义的思维方式:从自然界中的人、动物、植物等各个要素本身出发来加以认识,从独立自存、彼此分离角度来理解,而整体主义的环境伦理观体现的是一种有机的、联系的或者说系统的思维方式:将自然界中的人、动物、植物等构成要素视为一个彼此联系的整体,从相互的关系上来认识。这两种不同的认识论或者思维方式都有各自的优势与劣势^[10]。可是,由于郭文没有从认识论角度深刻理解何谓个体主义环境伦理观和整体主义环境伦理观,因而片面地认为环境伦理观的整体主义必须符合生态人类中心主义的基本要义,这其实将认识论问题与价值论问题相混淆。更为武断的是,由于对个体主义环境伦理观功能理解的偏差,因而将所谓的中国第一代环境法上的“立法体制、法律体系,环境执法、环境司法”等都认为是在贯彻个体主义环境伦理观,并将环境资源监管中的各自为政、条块分割、职权交叉、职责空置等问题归功于个体主义环境伦理观。事实上,整体主义环境伦理观抑或个体主义环境伦理观仅仅是人们认识或理解自然界中的各个组成要素的一种思维方式或者思维工具而已,是有机的,还是机械的,是联系的,还是孤立地看待自然界的组成要素。我国环境资源管理中的种种碎片化现象与个体主义的环境伦理观可能并不存在必然的联系。而我国现行的立法体制、法律体系、环境执法、环境司法等则是国家从特定时期的政治、经济、社会,以及文化等发展情况,依据宪法所作的安排,不可能受个体主义的环境伦理观——一种认识自然界要素的思维方式——影响。又由于郭文没有从中国环境法的规范与制度出发来加以比较不同时期环境法的特征,因而非常主观地认为中国第一代环境法的伦理观是个体主义,第二代环境法的伦理观是整体主义。以综合治理为例加以简单分析,郭文认为《环境保护法(修订案)》规定了综合治理,这是第二代环境法集中体现整体主义环境伦理观的代表。然而,如果我们打开《环境保护法(试行)》。该法第二章“保护自然环境”,以及第三章“防治污染和其他公害”,多个条款规定了政府、企事业单位等多元主体采用多种手段治理环境,无不体现了综合治理理念。以上分析不难发现,郭文所主张的第二代环境法的伦理观是整体主义,而第一代环境法伦理观是个体主义的观点缺乏说服力,甚至还存在误解和误用环境伦理观中的认识论和价值论的问题。

2. 关于价值目标从代内关怀转向代际关怀之观点。郭文认为中国第一代环境法的价值目标是代内关怀,而中国第二代环境法的价值目标是代际关怀。笔者认为,郭文从代内关怀与代际关怀层

面来谈论环境法的价值目标,其实是在阐述环境法的公平价值内容。由此,笼统地说环境法的价值目标从代内关怀转向代际关怀并不正确。因为环境法的价值除了公平,还有自由、效益、秩序等,而较为确切的提法应当是环境法的公平价值从代内关怀转向代际关怀。显然,从国内外学界对环境法公平价值的研究来看,认为现代环境法的公平价值应当体现代际关怀的主张并不具任何新意,甚至已经成为一种“滥调”^{[7](P36)}。然而,如果将中国第一代环境法的公平价值认定为仅仅是代内关怀,而将中国第二代环境法的公平价值认定为已经转向代际关怀的观点倒是具有很大新意。可是,得出这一具有新意的结论应当建立在严格的论证基础之上的,是能够让人验证的。然而,郭文却只字不提是如何从比较法角度得出这一结论,反而大谈第一代环境法因没有脱离传统部门法理论和实践的窠臼,而只关注“当下”的经济和环境利益,“当下”人的环境利益分配。而中国第二代环境法由于体现了代际关怀,因而不仅确认满足本代人发展需要的环境利益,而且也确认后代人满足其发展能力所需的环境利益,并且还“重墨”阐述代际关怀的价值理念对环境法学方法论和认识论的深刻影响。那么,作为读者,我们不禁要问,中国第二代环境法中哪些条款规定了“下一代”这样的环境法主体呢?事实上,包括郭博士在内(至少在郭文中),我们都找不到这样的条款。换言之,即使是被郭博士视为是在中国第二代环境法的庞大体系中,立法者并没有规定“下一代”可以作为环境法上的主体。那么,郭文又如何得出第二代环境法的公平价值已经转向代际关怀呢?通读全文,郭文唯一提出的证据是《环境保护法(修订案)》规定的“促进经济社会可持续发展”的立法目的。郭文认为,这一立法目的必然包含代际关怀。也就是说,所谓价值目标从代内关怀转向代际关怀的证据就是《环境保护法》第1条规定的促进经济社会可持续发展的立法目的。可是,如果我们翻阅《环境保护法(试行)》。难道我们能够断定这部法律体现的公平价值仅仅关注“当下”人的利益吗?答案是否定的。比如,该法第2条规定了环境保护法的任务是“保证在社会主义现代化建设中,合理地利用自然环境,防治环境污染和生态破坏,为人民造成清洁适宜的生活和劳动环境,保护人民健康,促进经济发展”。这里的“人民”莫非仅指当下的“人民”,这里的“经济”莫非仅指“当下”的经济,这里的“社会主义现代化建设”莫非仅指“当下”的建设?显然,依据立法的原则和规律,不仅仅是“当下”,还包括“未来”。又如,该法第4条规定环境保护的工作方针,其中有“全面规划、造福人民”。显然“全面规划”当然体现了未来的、长远的、下一代人的利益。可见,通过法律规范的简单对比,就可以发现郭文所谓我国20个世纪70年代到90年代的环境法缺乏对代际公平的关怀的观点是违背客观事实的。

3. 关于实践功能从被动抑负转向主动增益之观点。郭文认为中国第一代环境法在功能上表现为被动性和抑负性,而中国第二代环境法则具有主动性、增益性功能。遗憾的是,何谓被动性和抑负性功能,又何谓主动性和增益性功能,郭文却不加以明确界定^①。这不禁让人生疑,难道中国第二代环境法能够产生“增加利益的功能”?而伟大的法学家罗斯科·庞德曾经讲过“法律并不创造利益,法律只是发现哪些急需得到承认和保障的利益”^{[11](P36)}。既然郭文没有对中国第一代环境法中的被动性和抑负性功能予以说明,那么我们只能从他所举的例子中来分析到底为何意。郭文认为,第一代环境法通过事后救济手段抑制环境污染和损害行为的负外部性,以最大限度地接近环境污染和损害行为发生前的状态就体现为被动性和抑负性。可见,所谓的被动性和抑负性就是说中国第一代环境法的功能仅注重“事后救济”,是一种要等到环境污染和损害行为发生之后才启动的“救火式”功能。那么,何谓第二代环境法的增益性和主动性功能呢?郭文认为,第二代环境法上的综合生态系统管理策略、生态补偿法律制度、生态修复法律制度、循环经济法律制度等体现主动

^① 相反,郭文却大谈第一代环境法因过多依赖传统法律而在功能上依然体现为被动性和抑负性。笔者认为,将这种在所谓的第一代环境法中体现出来的、并在郭文看来属于比较落后的法律功能的成因归于传统法律的观点也是相当片面的。

性、“计划性”的制度和机制就体现了增益性和主动性功能。可见,所谓的增益性和主动性功能就是中国第二代环境法施行一种“预防为主、防治结合”的全过程治理,注重危害预防与风险控制并行的策略,将环保产业、清洁生产、循环经济等都纳入调整对象,以便“增进”利益^{[12](P235-239)}。然而,在笔者看来,郭文的观点是不符合我国环境法实际情况的。对此,我们也可以简单分析1979年的《环境保护法(试行)》。该法第6条规定,“防止污染和其他公害的设施,必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产”的“三同时”制度就体现了预防为主的功能。该法第7条规定的环境影响评价制度,属于典型的前端治理。该法第18条规定“实行文明生产,对于污染环境的废气、废水、废渣,要实行综合利用、化害为利”就体现了利益增进的功能。可见,在郭文看来,当然也被郭文“贬低”的中国第一代环境法处处体现着环境法的主动增益功能。我们再来观察一下2014年的《环境保护法(修订案)》。该法第59条规定了对违法行为的“连续处罚制度”。这是1979年的《环境保护法(试行)》所没有的。那么这是否可以认为《环境保护法(修订案)》的抑负性和被动性功能的增强呢?此外,对于违法行为,《环境保护法(修订案)》无论在规定行政处罚种类、幅度,还是在规定行政强制措施方面都远远超过《环境保护法(试行)》。难道这可以认为是该法抑负性和被动性功能的增强?以上分析不难发现,郭文的主张是站不住脚的。

4. 关于治理机制从单向的行政命令模式转向双向的主体合作和规则共治模式之观点。郭文认为,中国第一代环境法的治理机制是单向的行政命令模式,而中国第二代环境法的治理机制则要克服第一代环境法治理机制的僵化弊端,属于双向的主体合作和规则共治模式。所谓双向主体合作,即建立在商谈民主理论基础上的,由行政权主体,以及行政权主体之外的其他各类相关主体合作治理。所谓规则共治模式,就是克服第一代环境法中“国家中心主义的立法”立场,而实现国家层面的统一环境法律规则、地方性环境法律规则、自治性社群环境管理规则、利益关系人之间的合约、环境习惯法等多元规则为基础,并以这些规则之间的选择性组合为运行方式的模式。的确,无论在当代行政法学、管理学,还是在环境法学中,学者们已经探讨了各种治理模式^①,然而,郭文将自身所“圈定”的第一代环境法的治理机制视为是“落后”的单向的行政命令模式的观点值得商榷。对此,笔者举出一些例子来反驳。比如,1985年上海市人大颁布了《上海市黄浦江上游水源保护条例》。该条例规定,在黄浦江上游实行总量控制和许可证制度时,允许总量指标有偿转让或交换。如果说总量控制和许可证制度是典型的行政命令模式,那么总量指标有偿转让或交换则是多元主体合作模式,而这种多元主体合作模式是在地方环境立法规范下进行的。而中国第一例水污染权交易于1987年在上海市闵行区产生^{[13](P101-102)}。这一例子表明,即使在被郭文视为是第一代环境法的时期也存在郭文所认为的第二代环境法上的合作模式和规则共治模式。又如,有学者以“命令和控制”、“基于市场”和“基于沟通”的治理工具为标准,分析了从1980年到2003年我国环境法上三大类治理工具所占百分比^{[14](P97-98)}。结果发现,在1985年命令与控制工具占“88.89%”,而在1995则是“66.97%”,2000年是“73.68%”,2001年是“76.23%”,2002年是“84.05%”,以及2003年是“75.71%”。这一结论表明,即使在被郭文视为是第一代环境法的时期,“命令与控制”治理工具并非一统天下,即使是在被郭文认为治理机制已经从命令与控制模式转变过来的第二代环境法中,依然是“命令与控制”治理工具占绝大多数。以上分析不难发现,郭文的观点是缺乏说服力的。另外,需要指出的,在当代中国环境法上,不存在绝对的“单向”行政命令模式,即便是对于企业违反环境法律,国家行政机关在做出行政处罚行为或者实施行政强制措施时,也要给以企业陈述和申辩的权利,而国家行政机关要履行告知、说明理由等义务。可见,所谓单向的行政命令模

① 关于治理模式的具体探讨,参见罗豪才、毕洪海主编:《行政法的新视野》,商务印书馆2011年版;[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版。

式的确切含义应当是“政府占主导的命令与控制治理模式”。

三、对“中国第二代环境法的发展趋势”之反思

(一) 对整体主义视角下的域际法拓展观点之反思

郭文认为,中国第二代环境法的首要发展趋势就是在整体主义视角下向域际法发展。它的核心观点可以归纳如下:未来环境法的功能要解决域际冲突,而不是人际冲突,即环境法解决人与自然的冲突,而不是人与人的冲突;未来的环境法属于调整人与自然关系的法,属于域际法。的确,不论在法理学界,还是环境法学界,法律或者环境法是否能以及如何能调整人与自然的关系已经作了长时期的争论,有学者称之为“哥德巴赫猜想”^{[7](P40)},涌现了一大批成果^①。对此,笔者不予赘述。笔者感兴趣的是,郭文是否提出了新的证据来证明中国第二代环境法的发展趋势将是调整人与自然关系,解决人与自然的冲突。经过分析,笔者发现有两类证据:一是从功能角度出发,郭文认为,以解决人际冲突关系为宗旨的民法、刑法、行政法等传统法律制度无法解决当前人与自然之间的冲突,以人际关系为调整对象的传统法律无论多么完美都难以根治环境问题,而环境法的根本使命和产生原因就是为了解决人与自然冲突,实现人与自然和谐,由此,未来的环境法是调整人与自然关系,解决人与自然矛盾的法。二是《环境保护法(修订案)》的立法旨意在于将人与自然之间的冲突关系纳入到环境法的调整范围之中,已经存在解决人与自然冲突的法律制度。那么这两项证据能否支撑郭文的结论呢?笔者表示怀疑。

1. 第一项证据因虚构诸多假设条件而无法推出郭文自身的结论。郭文从民法、刑法、行政法等传统法律制度因调整的是人际关系,解决的是人际冲突,而无法根治环境问题,推出未来的环境法应当调整人与自然关系、解决人与自然冲突的结论是脱离了现实的主观臆断,背离了证明的基本常识。暂且不论当前我国日益严峻的环境问题能否完全依赖法律来解决,退而言之,哪怕我们是“法律万能至上主义者”,那么以人际关系为调整对象的民法、刑法、行政法等各部门法因难以根治环境问题,为何就能得出环境法需要以人与自然为调整对象?依郭文的思路:既然法律是“万能”的,既然法律通过调整人与自然关系能够根治环境问题,既然环境法的使命是解决环境问题,而其他各部门法的使命不是解决环境问题,既然现有的调整人际关系的法律无法根治环境问题,于是环境法就应当调整人与自然关系了。这就是郭文的证明思路。显然,这一思路是不科学的。通过人为地设置许多不符合常理的条件,使得本来不属于同一因果链条上事物,本来不具有因果关系的事物“强扭”成原因与结果之间的关系了。的确,这正如有学者调侃的那样:“依据这种不断增加假定的方式,我们可以解释一切。”^[15]因为,我们同样可以假设,既然法律是万能的,既然调整人与自然关系的法律能够根治环境问题,但现行民法、行政法等各部门法因调整人际关系而无法根治环境问题,那么不妨直接就扩大它们的调整对象从而根治环境问题,为何会推出需要环境法来扩大调整对象呢?因为,我们也可以反问,为何其他各部门法的使命中就不包含解决环境问题呢?难道解决环境问题是环境法“独霸性”的使命吗?难道我们在刑法、行政法、民法中不能找到保护环境的制度吗?通过分析不难发现,郭文的第一项证据难以支撑郭文的结论。

2. 第二项证据因曲解立法原意,误解相关概念而无法支撑郭文的结论。郭文第二项证据的意思是,由于《环境保护法(修订案)》第30条“保护生物多样性,保障生态安全”的立法旨意已经

^① 代表性成果:李可:《马克思恩格斯环境法哲学初探》,法律出版社2006年版;梅宏、郑艺群:《环境资源法调整对象的论战——第二届福州大学“东南法学论坛”综述》,载《西南政法大学学报》2004年第4期;蔡守秋:《调整论——对主流法理学的反思与补充》,高等教育出版社2003年版;等等。

将人与自然的关系纳入调整范围了,该法第31条、58条、68条已经规定了解决人与自然冲突的制度了,因而第二代环境法实际上已经是域际法了,接下来的趋势是不断扩展的问题。如果真的如郭文所理解的那样,那么这倒是一项重大发现。可是,当我们重新思考《环境保护法(修订案)》第30条“保护生物多样性,保障生态安全”的立法旨意时,无论如何也推不出该法已经在调整人与自然的关系了。笔者不清楚,郭博士究竟使用的是哪种解释方法,能够从该法第30条的规定推出自身的结论。只要我们遵循基本的法律解释方法,只要我们具备“法律关系是关于人(组织)之间权利义务关系的社会关系,具有相关性、对称性、可逆性和双向性等特征”^{[16](P96-97)}的基本法理常识,只要我们明了“权利义务概念是法为实现社会中关于各种价值、利益的调整或分配,以及保护或救济功能的工具”^{[17](P1)}的简单原理,就不难发现这一条款其实规定了一切单位和个人(《环境保护法(修订案)》第6条)负有保护生物多样性,保障生态安全的义务。该条款所调整的社会关系主体是一切单位与个人,而这种法律关系的内容是一切单位和个人在保护生物多样性和保障生态安全方面的权利与义务。借助于法律关系工具,立法者顺利实现保护生物多样性,保障生态安全的立法目的。让我们再来分析该法第31条、58条、68条规定的制度。第31条规定了国家建立、健全生态保护补偿制度,第58条规定了环境公益诉讼制度,第68条规定了对负有环境保护职责的工作人员的法律责任制。在各国环境法上,这三项制度是最平常不过的制度,对于第三项制度在我国1979年《环境保护法(试行)》中就有规定,让笔者深感纳闷的是,郭文为何作为用以证明中国第二代环境法已经在调整人与自然关系,已经在解决人与自然冲突的证据了。事实上,如果从宽泛意义上来理解,那么当代中国所有环境保护法律都或多或少具有解决人与自然冲突的功能,没有必要说是中国第二代环境法才特有的功能。然而,从根本而言,这种解决人与自然之间的冲突是通过解决人与人之间的冲突来进行的,而且判断人与自然之间的冲突是否解决了,依然需要借用于人与人之间的关系。通过分析不难发现,郭文的第二项证据实难以支撑郭文的结论。

(二) 对基于增益功能的独立性、自足性发展观点之反思

郭文认为第二代环境法的第二个发展趋势是独立性和自足性发展,言外之意,当前的环境法的独立性和自足性不够。那么何谓“独立”和“自足”呢?相对于谁的“独立”和“自足”?郭文没有做出严格的界定,这容易让人发生误解。因为从社会学角度而言,包括环境法在内的法律是不可能自给自足的。但郭文给出了判断标准,即“环境法在发展中逐步形成的主体性规则建构思维以及以复杂适应性为特征的自我发展演化机能”,而中国第二代环境法已经具备了这项标准,由此,向着独立性和自足性发展。现在笔者对之加以反思。

1. 关于“主体性规则建构思维”的观点。何谓“主体性规则建构思维”,郭文没有加以解释,让人陷入遐想,以为中国未来环境法成为魔术师了,能够“形成主体性规则建构思维”。因为依据常识,“思维”通常是人的思维,是立法者的思维,环境法何以具有思维了,由此,依笔者理解,所谓“主体性规则建构思维”应当是环境法的立法者^①的思维,即环境法的立法者应当依据环境法特有功能和属性来建构环境法规则,而不是随意从其他法律部门,甚至从自然科学“借来”环境法规则,从而让环境法独立起来,自足起来。如果笔者的理解是可靠的,那么不禁要问,郭文为何要用晦涩难懂的语言来表述浅显的道理。可是,恰如德国社会学家尼克拉斯·卢曼所说的^{[18](P53-55)}——当然郭文也持相同观点,包括环境法在内的法律是嵌套在特定的政治、文化、社会、经济等系统中的,法律与社会其他系统其实是相互作用与影响,共生演化的关系。那么环境法又如何实现“独立与自足”?这就涉及环境法的演化机能问题。

^① 这里的“立法者”应当从广义来理解,包括所有环境法律规范,比如法律、法规、规章、规章以下规范性文件的制定和发布者。

2. 关于“以复杂适应性为特征自我发展演化机能”的观点。郭文显然也意识到如果没有揭示环境法的演化机能，那么谈论环境法的独立和自足是没有实际意义的，因为这可以视为是环境法学者的一种美好期待！那么这种“神奇的”以复杂适应性为特征自我演化机能到底是什么？郭文认为，它体现为两个方面：即内部适应和外部适应。前者指，环境法律规则之间的相互适应性和协同进化；后者指，环境法律规则放置在与其所调整的社会关系相互关联的场景中，使其功能步趋于其所调整的社会关系情景。可是，当我们审视这两方面的内容，不禁会感到困惑，难道这就是所谓的自我演化机能吗？显然不是。这其实是自我演化的结果，即希望借助一定的演化机能期待环境法到达的一种理想状态——不仅是环境法学者所期待的状态，也是任何一位热衷于法学研究的人所期待的。事实上，面对分工日益精细的现代社会，面对不断复杂的社会关系，包括环境法在内的法律都面临形式理性与实质理性之间，以及形式理性之间的紧张关系，由此形成了各种关于法律演化机能，以及法律发展模式的理论或学说。典型的代表有美国学者塞尔兹尼克和诺内特的“回应型法”理论^[19]，德国学者贡塔·托依布纳的“法律作为自创生系统”的理论^[20]，德国学者尼克拉斯·卢曼的法律系统理论^[21]等。此外，德国学者马克斯·韦伯、尤尔根·哈贝马斯等学者也有精彩的理论^{[22](P256-315)}。由此可见，关于法律演化机能是一个庞大的学术问题，郭文试图以几百字的篇幅来阐述清楚几乎是不可能的。而郭文目前所论述的环境法的内部适应和外部适应的内容并不是具体的演化机能。

（三）对治理机制转向中的系统开放性发展与日益本土化发展观点之反思

郭文认为中国第二代环境法的第三项发展趋势是治理机制转向中的系统开放性，第四项发展趋势是日益本土化，并对各自内容作了阐述。笔者认为，作为我国一个新兴的带有浓厚交叉学科性质的法律部门，环境法秉承系统开放性和本土化的发展无疑是正确的。然而，对于所谓治理机制转向中的系统开放性以及日益本土化的一些具体内容，笔者认为需要反思。

1. 关于将治理机制转向作为环境法体系开放性发展前提的观点。笔者同意环境法体系需要开放性发展，诸如，不断扩大调整范围，注重与其他部门法的交流与沟通等，然而，将这种发展置于“治理机制转向”中的发展——从第一代环境法的单向行政命令模式的治理机制转向第二代环境法的主体合作和规则共治模式的治理机制——的观点是让人感到困惑的。如前所述，笔者已经证明了——至少从环境法律规范角度——单向行政命令模式的治理机制是贯穿于中国环境法从上个世纪70年代到现今所有历史发展阶段的主导模式，由此，未来中国环境法的发展，依然是以政府行政命令主导模式下的发展，而主体合作，规则共治模式仅仅是政府行政命令模式的补充，只扮演配角的地位，由此，环境法调整范围的扩大、环境法内部规则的精细化，以及环境法与其他部门法之间的互通交流依然是以政府行政命令主导模式下的发展。换言之，环境法体系开放发展仍然围绕政府主导或者行政机关通过单方面或主导性行使行政权力来治理环境这一核心机制展开。

2. 关于将中国环境法治要解决的根本问题定位于人与自然冲突的观点。郭文认为，与传统法律制度体系的本土化要解决的根本问题——人与人之间的冲突——不同，中国第二代环境法本土化发展要解决的根本问题是人与自然之间的冲突。不难发现，郭文的这一观点其实是他的环境法是调整人与自然关系的法，环境法是域际法观点的延续。显然，提出一个观点的确难能可贵，然而更重要的是能够科学地证成该观点。平心而论，郭文提出该论点，其实并没有太大的新意，与本世纪初法学界那场环境法或者法律能否直接调整人与自然关系的论战所存在的问题意识并没有什么区别。而郭文的主要“新意”是将人与自然的冲突限定为“中国”的人与自然的冲突，是“中国”特定时空下的人与自然冲突。然而，在笔者看来，不论是“中国”的人与自然冲突，还是“美国”的人与自然冲突，环境法只能通过调整人与人之间的关系来解决，环境法首先要解决人与人之间的冲突，然后才能解决人与自然冲突。这一观点是符合经典马克思主义作家观点的，即人与自然之间的关系

从根本上可以转译为人与人之间的关系,人与自然之间存在的问题最终根源于人与人之间存在的矛盾,根源于社会制度内部存在的不和谐^{[23](P100-101)}。郭文如果要证明自己观点成立,则需要拿出让人信服的证据来,但可惜的是,郭文并没有实质性的证据,由此,郭文仅仅是重复了一个已经被经典马克思主义作家否定了的观点,由此,也就缺乏相应的理论或者实践意义。

四、代结束语:研究中国环境法发展所持的学术立场

以上分析不难发现,郭文试图在“代际更替”的脉络中来研究中国环境法的发展问题以实现破解中国环境法治难题的目的其实是“落空”了。这一方面源于运用“代”这样一种视角来阐述中国环境法发展问题可能未到时机,或者可能并不适宜。因为“代”这一视角隐含着环境法发展遵循“线型发展”轨迹的意蕴,故郭文以时间为标准将中国环境法划分为“两代”。然而,中国环境法的历史和现实表明,这一意蕴可能更适合于西方国家,特别是美国环境法^①,但不适合于中国环境法,至少不适合于当前的中国环境法。这是因为,中国环境法历史相对较短,并且极易受到中国政治、经济,特别是领导人意志的影响。在短期内,中国环境法并不遵循“线型发展”轨迹。如前所述,这一现象已经为中国环境法权威学者所证实。此外,由于中国环境法的制定者极富创新意识,同时面临环境治理绩效的强大压力,因而往往成为实用主义者,在西方国家可能属于第二代,甚至第三代或者第四代的环境法制度,他们也直接拿来试验。由此,实际情况是:中国第一代环境法上却布满着中国第二代环境法内容,而在西方国家,特别是美国的环境法上可能属于第三代或者第四代内容了^②。又由于在中国,行政权力支配下的环境治理机制一直是贯穿环境法所有发展阶段的“红线”,这或许是中国环境法的“一个最大特色”,正如有学者所言,“‘环保政治化’正是中国环境治理的特色所在,我国的环境治理往往表现出单纯或首先服务于国家和地方政府在不同时期的‘政治任务’的模式,而持续的‘政治任务压倒一切’的工作模式,则进一步体现了这种中国特色以及国家对社会和市场所具有的压倒性力量。一味要求改变国家主导模式,恐怕会有纯粹照抄西方国家样板、脱离国情的危险。”^[24]由此,在中国,实际情况也只能是:第一代环境法上的主导治理机制依然是第二代环境法的主导治理机制。可见,“代”这一视角并不适合来研究中国环境法发展问题。另一方面源于郭文在运用“代”这一视角时没有准确地运用比较法的研究方法。在缺乏比较对象、比较过程情况下,郭文就直接“化”个圈,认定这个时代的环境法属于中国第一代环境法,那个时代的环境法属于中国第二代环境法。由此,得出让人无法验证的结论,从根本而言属于“假”的研究。

① 美国环境法学者热衷于从“代”这一视角来研究美国环境法发展。如:Richard B. Stewart, A New Generation of Environmental Regulation? *Capital University Law Review*, 29 (2001): 21—182. Mary Jane Angelo, Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-generation Environmental Law, *Ecology Law Quarter*, 33 (2006): 105—202. Tseming Yang, Robert V. Percival, The Emergence of Global Environmental Law, *Ecology Law Quarter*, 36 (2009): 615.

② 比如,美国学者克雷格研究了美国四代环境法。根据他的观点,美国第一代环境法是命令和服从规制;第二代环境法是规制灵活与利用市场激励;第三代环境法是合作与自愿协商、以结果为基础的工具选择,以及反身法;第四代环境法则是采用一体化的和综合方法来治理环境问题。(Craig Anthony Arnold, Fourth-generation Environmental Law: Integrationist and Multimodal, *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 35 (2011): 773—789)不难发现,美国环境法上的“四代”内容在我国“一代”环境法中都有所体现。比如,采用一体化的和综合方法来治理环境问题与我国环境法上的综合治理具有类似功能,而综合治理的制度安排在我国1979年《环境保护法(试行)》就已经有所规定,而2014年的《环境保护法(修订案)》则强化了综合治理的规定。

那么,科学地研究中国环境法发展问题的学术立场到底是什么呢?毕竟,我们不能无视中国近30多年环境法的历史。笔者认为,这一立场是与法学研究方法勾连起来的立场,毕竟“理论的核心即为方法,无方法即无理论,不同理论必有不同的方法与之相匹配。”^{[25](P1)}而从总体而言法学研究方法可以分为规范研究、实证研究和价值研究^[6],由此,科学的研究立场包括如下三方面:一是如果从事规范分析,则需要立足于中国几千部环境法律规范和几百万起环境诉讼纠纷案件。借助于大数据、先进的统计分析工具,运用环境法律或者法律自身的原理、遵循逻辑和体系要求,从中国现有环境法律规范和诉讼案件中提炼中国环境法发展的“特色”经验;二是如果从事实证研究,那么就要关注环境法律的实践是什么。通过对环境法律现象的观察,通过对环境法实务部门和企事业单位等主体实施环境法情况的调查,获取客观材料,归纳出我国环境法律现象的发展规律;三是如果从事价值研究,就要在法理学界,特别是马克思主义法理学经典作家关于法律关系、法的价值、法与道德、法与自然关系等一般原理基础之上研究环境法“应当”是什么,环境法应当如何发展?而不能从西方,特别是美国环境法中的非主流观点,或者伦理学、生态学等其他学科中的“时髦”理论、概念出发来研究环境法“应当”是什么?毕竟,中国环境法要服务于中国环境治理实践。当然,笔者并不反对环境法创新,事实上,在笔者看来,环境法可能属于中国所有部门法中最具有创新力的法律,但这种创新需要遵循“科际距离”原理,需要以法的本质特征为基础,脱离法的本质特征的创新,不顾及“科际差别”的创新,只能让环境法变得“不像法”,而环境法学也不像法学。

参考文献

- [1] 巩固. 环境法律观检讨[J]. 法学研究, 2011(6).
- [2] 董新春. 历史必然性问题的三种观点辨析[J]. 理论月刊, 2010(2).
- [3] 朱静. 论马克思历史必然性的本真意蕴[J]. 北方论丛, 2007(1).
- [4] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯选集(第4卷)[Z]. 北京:人民出版社, 2012.
- [5] 金瑞林. 环境法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2016.
- [6] 陈柏峰. 法律经验研究的机制分析方法[J]. 法商研究, 2016(4).
- [7] 陈海嵩. 解释论视角下的环境法研究[M]. 北京:法律出版社, 2016.
- [8] [美]墨迪. 一种现代的人类中心主义[J]. 章建刚, 译. 哲学译丛, 1999(2).
- [9] 韩立新. 论环境伦理学中的整体主义[J]. 学习与探索, 2006(3).
- [10] 孙道进, 顿兴国. 环境伦理学的认识论困境及其症结[J]. 科学技术与辩证法, 2006(3).
- [11] [美]罗斯科·庞德. 通过法律的社会控制——法律的任务[A]. 沈宗灵. 现代西方法律哲学[C]. 北京:商务印书馆, 1984.
- [12] 钊晓东. 论环境法功能之进化[M]. 北京:科学出版社, 2008.
- [13] 沈满红. 水权交易制度研究:中国的案例分析[M]. 杭州:浙江大学出版社, 2006.
- [14] 杨洪刚. 中国环境政策工具的实施效果与优化选择[M]. 上海:复旦大学出版社, 2011.
- [15] 苏力. 好的研究与实证研究[J]. 法学, 2013(4).
- [16] 张文显. 法哲学范畴研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001.
- [17] 赖恒盈. 行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析[D]. 台北:台湾政治大学, 2002.
- [18] [美]乔纳森·特纳. 社会学理论的结构[M]. 邱泽奇, 张茂元, 译. 北京:华夏出版社, 2008.
- [19] [美]诺内特, 塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会:迈向回应型法[M]. 季卫东, 张志铭, 译. 北京:中国政法大学出版社, 2004.
- [20] [德]贡塔·托依布纳. 法律:一个自创生系统[M]. 张琪, 译. 北京:北京大学出版社, 2004.
- [21] [德]尼克拉斯·卢曼. 法社会学[M]. 宾凯, 赵春燕, 译. 上海:上海人民出版社, 2013.

- [22][德]贡塔·托依布纳. 魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集[M]. 泮伟江, 高鸿钧, 译. 北京: 清华大学出版社, 2012.
- [23]李可. 马克思恩格斯环境法哲学初探[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [24]曾正滋. 环境公共治理模式下的“参与—回应”型行政体制[J]. 福建行政学院学报, 2009(5).
- [25]李可. 法学方法论原理[M]. 北京: 法律出版社, 2011.

Reflection on the Formation and Development Trend of China's Second Generation Environmental Law

QI Jian-gang, LAN Hao-xiang

Abstract: The strategy of sustainable development in the global scope, as well as the institutional demands of the domestic environmental rule of law and the construction of ecological civilization cannot be used to prove that the formation of China's second generation environmental law has historical inevitability. Due to the misuse of comparative law research methods, Guo's conclusion that China's second-generation environmental law has obvious characteristics based on "comparison" with China's first-generation environmental law is unconvincing. Guo's research is wrong in advocating the expansion of China's second-generation environmental law to international law due to fictitious assumptions and misinterpretation of legislative intent. Guo's research shows that China's second generation environmental law is developing towards independence and self-sufficiency due to the confusion between the self-development and evolution function and the results based on this function. Due to ignoring the fact that the executive-led governance mechanism is the "red line" that runs through the development of China's environmental law, Guo's view that the governance mechanism of subject cooperation and rule co-governance is the premise for the open development of the environmental law system is not in line with reality. Since there is no new evidence to prove that the fundamental problem to be solved by environmental law is the conflict between man and nature, Guo repeats a view that has been rejected by classical Marxist writers. The academic stand of studying the development of China's environmental law should be linked with legal research methods, and the research at the normative, empirical and value levels should follow corresponding rules.

Key words: China's second generation environmental law; China's first generation environmental law; reflection; academic stand

(责任编辑 周振新)