

环境权的规范效力:可诉性和具体化

胡 静^{*}

内容提要 环境权的规范效力包括可诉性效力和具体化效力。可诉性效力指环境权直接作为审判依据,具体化效力指借由立法间接影响审判。国外环境权诉讼中,结合宪法环境权规范和立法的具体条款作出裁判的案例同时体现可诉性效力和具体化效力;仅以宪法环境权规范为依据的案例,只运用可诉性效力,是为环境权的自我执行。环境权的自我执行违背了形式理性优先于实质理性的原则和权力分立原则,仅在宪法司法化的国家处于环境立法体系尚未建立的阶段有必要性。宪法环境权规范没有规定法定效果,属于原则范畴,其适用方式是和其他原则进行衡量,经由具体化为立法中的规则发挥作用。审理案件时,法院应优先适用立法(具体化效力),在立法存在歧义或者冲突时,法院可以借助对宪法环境权的解释厘清立法的模糊之处(可诉性效力)。我国目前环境立法比较系统,很大程度上消解了环境权诉讼的必要性;宪法尚未司法化更是彻底否定了环境权诉讼的可行性。不过,环境权入宪仍具有积极意义。

关键词 环境权 规范效力 可诉性

引 言

环境权长期以来一直是我国环境法基础理论研究的热点,可谓是一道“迷人的难题”。几代学者倾注大量精力,^①在某种程度上形成“环境权情结”。多数研究围绕环境权的性质、地位、入宪和规范效力展开。鉴于环境权的性质、地位和入宪在逻辑上作为环境权规范效力的前提和铺垫而存在,因此,环境权研究的出发点和落脚点都在环境权的规范效力。本文也以环境权的规范效力为研究对象,但在研究路径上跳脱我国学者惯有的美、日中心主义,直面发展中国家中成功的环境权诉讼案例,在对可诉性效力的实证观察和理论分析的基础上,回答学者们热烈讨论的环境权在我国是否可诉的问题。

环境权在论著中的英文表述是“environmental right”,国际和国家法律文件对环境

^{*} 中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士。本文系国家“2011 计划”司法文明协同创新中心研究项目成果。

^① 吴卫星《我国环境权理论研究三十年之回顾、反思与前瞻》,载《法学评论》2014 年第 5 期。

权进行表述的通行模式则是“right to……environment”。“环境”(environment)前有形容词或限定语加以修饰,常见的有:清洁(clean)、健康(healthy)、良好(decent)、可行的(viable)、令人满意的(satisfactory)、生态平衡的(ecologically balanced)、可持续的(sustainable)、免受污染的(free from contamination)、适合个人发展的(suitable for the development of the person)。^②环境权规范在国内法的渊源都是宪法,因此,环境权的效力属于宪法权利规范效力的具体体现。

环境权的规范效力指规定环境权的宪法规范所具有的约束力。环境权作为宪法规定的基本权,对于所有国家机关都具有拘束力。但环境权的规范效力最终必须落脚到具体个案,实现途径有直接和间接之分。在直接实现途径中,宪法环境权的规范效力在于约束法院从而直接体现在个案中,表现为环境权的可诉性;在间接实现途径中,环境权规范经由对立法机关的立法活动进行指导间接影响个案结果。德国学者波肯费德(Böckenförde)将基本权在法体系中的实现方式分为“解释”(Interpretation)和“具体化”(Konkretisierung),在他看来,“解释”和“具体化”是两种完全不同的活动。“解释”仍然属于法适用的范畴,其任务在于探究某个既存的规范的意义或内涵,“具体化”则是对于原则性或方针性的规定进行创造性的填补。基本权若被认定是原则规范,总是具有不确定性和动态性,在内容上具有开放性,必须通过具体化充实其内容后,才能将其转化为可以适用的法规范,具体化具有法形成的特征,并不属于传统法意义下的法适用。^③遵循这种分类,可以将环境权的规范效力区分为解释性效力和具体化效力。第一种效力主要通过法院在诉讼案件中对环境权的解释达成,运用环境权规范审理案件,不可避免对环境权进行解释。可诉性的英语表达是 justiciability,指某事项可以被司法机关裁判的属性。权利的可诉性等同于规定权利的法律规范是否适合由法院适用或强制实施。^④由于法院只能在个案诉讼中解释环境权,加之我国学者热衷使用环境权的可诉性的表述,下文将解释性效力称为“可诉性效力”。第二种效力指授权立法机关行使立法自主权制定环境法律制度,环境立法内容应当体现环境权规范的要求,环境权通过立法机关得以“具体化”,这种效力可以称为“具体化效力”。

为避免歧义,本文从如下几方面对环境权的规范效力进行界定:第一,环境权效力指向的义务主体是国家机关。宪法基本权利的条款本身就富有针对国家性质而非针对人民性质,主要关涉公权力的行使。^⑤宪法权利规范对于第三者(国家对人民关系之外的第三者,即私人对私人)效力并未获得司法实践的普遍支持,^⑥加之,环境权是公益

② Michael R. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection: An Overview*, in Alan E. Boyle & Michael R. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, at 10 (Clarendon Press, 1996).

③ 王鹏翔《基本权作为最佳化命令与框架秩序——从原则理论初探立法余地问题》,载台湾《东吴法律学报》2007年第3期。

④ 黄金荣《司法保障人权的限度——经济和社会权利可诉性问题研究》,社会科学文献出版社2009年版,第16-18页。

⑤ 陈新民《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第288页。

⑥ 前引⑤,陈新民书,第320-321页。

性权利而非民法确认和保护私权^⑦因而,本文的环境权针对的义务主体是公权力而非私人。第二,环境权的可诉性效力仅指在国内法上以环境权名义获得的规范效力,不包括通过对生命权或者健康权等其他权利的扩大解释获得的间接效力。例如,印度和意大利宪法都没有规定环境权,但印度法院借由对生命权进行扩大解释对包括环境权在内的经济和社会权利实施司法保护^⑧,意大利法院则将健康权解释为包括在健康环境下生活的权利以对环境权提供间接保护^⑨,都不属于本文的环境权的可诉性效力。第三,本文也不涉及国际上的环境权诉讼,况且欧洲人权法院、欧洲社会权利委员会、联合国国际法院、美洲人权委员会的判决或建议都将环境权隐含在其他人权中加以保护^⑩,并非以环境权名义直接提供司法保护。

一、关于环境权规范效力的争议

关于环境权的规范效力,存在肯定说和否定说两种主张。学界关于环境权效力的争议主要集中在环境权的可诉性上,这本身就对环境权的效力进行了极大限缩,掩盖了环境权在指导立法上的作用。

(一) 肯定环境权的规范效力

在肯定环境权规范效力的学者眼中,环境法必须有自己的理论基础,而权利又是法学的核心范畴。于是环境权被作为环境法学的核心范畴,环境法必须以环境权为中心才能发展出环境法律制度和具有独创性的理论体系。^⑪蔡守秋教授认为,环境权是环境法的核心和环境诉讼的基础,对于健全我国环境法体系和发展环境诉讼、解决环境纠纷具有重要意义,主张在法律上突出和充实环境权。^⑫在环境权规范效力的根据上,存在三种论证路径。第一条路径从传统权利的局限入手。在吕忠梅教授和陈泉生教授看来,传统的财产权、人格权理论对于保护环境不敷使用,环境权是为克服和弥补传统法律理论和法律制度在环境保护中的缺陷和不足而产生的新型权利,不可能被包含在其他权利之内,^⑬环境权完全满足权利的五种要素(权利的主体、正当性、实施、义务承担者、客体),应该作为独立的权利形态。^⑭第二条路径从人权的角度展开,以国家义务层

⑦ 朱谦《论环境权的法律属性》,载《中国法学》2001年第3期。

⑧ [印度]穆罕默德·泽伐·马赫弗兹·诺曼尼《印度环境人权——审视法律规则和司法理念》,王曦、谷德近译,载王曦主编《国际环境法与比较环境法评论》(第1卷·2002年),法律出版社2002年版,第479-486页。

⑨ David R. Boyd, *The Implicit Constitutional Right to Live in a Healthy Environment*, 20(2) Review of European Community & International Environmental Law, 171, 175(2011)。

⑩ 前引⑨, David R. Boyd文。

⑪ 巩固《环境权的冷思考——对环境权重要性的疑问》,载《华东政法大学学报》2009年第4期。

⑫ 蔡守秋《环境权初探》,载《中国社会科学》1982年第3期。

⑬ 参见吕忠梅《超越与保守:可持续发展视野下的环境法创新》,法律出版社2003年版,第236页;陈泉生《环境法原理》,法律出版社1997年版,第99页。

⑭ 吕忠梅《再论公民环境权》,载《法学研究》2000年第6期。

次论为工具。吴卫星将环境权放在经济、社会和文化权利之内,从人权司法保护角度论证环境权的可司法性。^⑮他使用的分析工具是国家义务层次论。该理论将国家义务划分为尊重的义务、保障的义务和实现的义务。在他看来,按照国家义务层次论的思路,环境权是否可司法不可一概而论,而视其对应的义务的层次或性质来判断,尊重的义务应该可诉。第三条路径从环境公益诉讼倒推环境权的可诉性效力。该路径与我国环境公益诉讼的兴起和发展密切相关。蔡守秋教授早在环境公益诉讼制度建立前就指出,环境权是环境公益诉讼的基础。^⑯杨朝霞认为,公民基于环境权而提起环境民事公益诉讼。^⑰王社坤也认为,环境公益诉讼实践的开展倒逼对环境公益诉讼的实体权利进行规定。^⑱肯定环境权可诉性效力的学者一般都支持环境权入宪,以此确立作为环境权可诉的宪法依据。笔者支持环境权入宪,但并不赞成环境权的可诉性效力,理由将在下文阐述。

(二) 否定环境权的规范效力

近几年,部分青年学者开始质疑环境权。巩固认为,现在已基本不需要再借助于抽象的环境权概念为环保寻求正当依据了。^⑲彭运朋更是直陈“环境权是一个伪命题”,既然划分环境法的依据和传统部门法迥然有异,环境法学不必遵循传统部门法建立在法权之上的思维模式,应果断摒弃环境权论。^⑳针对上述把环境权作为环境公益诉讼的理论基础的主张,刘卫先认为,环境公共财产的保护在一定程度上必然与公民对其进行自由使用的权利相冲突,因此,把公民提起环境公益诉讼的基础建立在公民对环境公共财产的权利的基础之上在逻辑上无法自圆其说。^㉑

其他否定环境权可诉性效力的理由直接或间接来自于美国和日本的法官判决书。美国、日本和我国的司法实践中,环境权司法实践绝大多数以失败告终。^㉒归纳起来,拒绝支持环境权诉讼的理由大体分为以下几种:

第一,环境权缺乏法律依据。美国联邦宪法和法律并没有规定环境权。在1971年的环境保护基金会诉美国陆军工程兵团案件中,联邦阿肯色州东区地方法院认为,尽管原告主张的环境权可能在将来能得到宪法的承认,但依据当前法律,原告未能举出其宪法权利遭到侵犯的事实。^㉓1972年的谭勒诉阿姆科钢铁公司案件中,联邦得克萨斯州

^⑮ 吴卫星《环境权可司法性的法理与实证》,载《法律科学》2007年第6期。

^⑯ 蔡守秋《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》,载《现代法学》2013年第6期。

^⑰ 杨朝霞《论环保机关提起环境民事公益诉讼的正当性——以环境权理论为基础的证立》,载《法学评论》2011年第2期。

^⑱ 王社坤《环境利用权研究》,中国环境出版社2013年版,第62页。

^⑲ 前引⑪,巩固文。

^⑳ 彭运朋《环境权辨伪》,载《中国地质大学学报》(社会科学版)2011年第3期。

^㉑ 刘卫先《从“环境权”的司法实践看环境法的义务本位——以“菲律宾儿童案”为例》,载《浙江社会科学》2011年第4期。

^㉒ 美国个别州有认可环境权可诉讼的案例发生,详见下文。

^㉓ 王曦《试论美国联邦和州宪法在环境权问题上的发展》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)1992年第3期。

南区地方法院认为,无论是联邦第十四修正案还是宪法的其他任何条款都不可能保障在法律上强制执行的、能够作为损害赔偿之诉诉因的对于健康环境的权利。法院认为环境问题涉及各种利益的权衡,包括高度的科技背景,理应由政治程序解决。^{②4}

第二,环境权因内容不确定而无法执行。“健康的环境”内容不确定。这种不确定性一方面源自人类对有害健康的环境条件的耐受力有很大的伸缩余地,另一方面人们的社会经济背景存在巨大差异。既然“健康的环境”水平无法确定,对于“健康的环境”的权利自然也无法通过法律获得救济。^{②5}对于内容不确定的权利加以救济,有搅乱法的稳定性的危险,而且也正是因为其内容的不确定性,还存在不当侵害其他权利或者他人权利之虞。^{②6}日本一法院的判决也认为“环境虽然是一定区域的自然性社会性状态,但其要素自身应该说不确定并且流动的……是否具有能够成为私权的对象所应该具有的明确并且固定的内容及范围……存在严重的疑问”。^{②7}

第三,法院执行环境权会破坏权力分立原则。美国法院认为,法院对环境权的承认要求以控制经济增长等措施扭转当前的资源利用方式,这导致对法院课以决定在环境质量和其他目标之间分配社会资源的最终责任,而这个负担对于法院来说难以承受。^{②8}推进环境保全的目的应该是在与其他各种法益相协调之下达到的,实现这种协调的程度和方法,作为政策上的问题,首先应该通过立法、行政的过程民主地加以决定。^{②9}

第四,环境权过于绝对化。倘若给予环境权以至高的力量,根据区域居民的起诉,法院就责令无论是作业中的还是建设中的所有的构成环境恶化原因的行为都停止的话,那么就会有产业停废的危险,国民进行文明生活的权利(《日本宪法》第13条规定的追求幸福权利)反倒在环境权之前受到威胁。^{③0}

长期以来,肯定环境权可诉性效力的学者主要立足于理论分析。否定环境权可诉性效力的学者正好相反,多引用美国、日本的法官意见书观点作为理由,原因在于美国和日本支持环境权可诉性效力的案例非常罕见,表面上似乎着眼于实证案例,实际上使用的理由都来自否定环境权可诉性的案例,当然也折射出研究中的“美日中心主义倾向”^{③1}。其实,发生在拉美和加勒比海地区以及非洲国家的环境权诉讼数量并不少,却基本没有纳入我国学者的研究视野。于是,一个奇怪现象就出现了,那就是离开环境权诉讼的成功案例空谈环境权的可诉性。近几年吴卫星、陈海嵩和刘卫先等学者开始对

②4 340F. Sup. 532(S. D. TEX. 1972) .

②5 王曦《美国环境法概论》,武汉大学出版社1992年版,第107页。

②6 [日]大须贺明《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第202页。

②7 [日]原田尚彦《环境法》,于敏译,法律出版社1999年版,第34页。

②8 前引②5,王曦书,第108页。

②9 前引②7,原田尚彦书,第34页。

③0 前引②7,原田尚彦书,第34页。

③1 前引①,吴卫星文。

发生在美、日之外的支持环境权诉讼效力的案例给予关注,^②不过,现有研究尚停留于对菲律宾 Oposa 案件的分析和对拉丁美洲部分案例的介绍,案例实证研究的范围有待扩展,研究程度也亟待深入。可见,当下关于环境权可诉性研究的缺失在很大程度上是研究方法上的偏差——忽视实证研究造成的。为矫正这种偏差,本文研究从实证案例切入,试图回答如下问题:环境权的规范效力有哪些类型?不同的规范效力如何体现?环境权的可诉性效力在实证中呈现什么样态?环境权规范作为诉讼理由,是独立发挥作用还是结合其他规范共同发挥作用?在环境权规范效力实现过程中,立法、行政和司法机关各自发挥怎样的作用?如何处理环境权不同类型的规范效力之间的关系?此外,在其中穿插回答:在我国的法制条件下,是否应赋予环境权以可诉性效力?毕竟对该问题的回答必须建立在对可诉性效力进行实证观察和理论分析的基础之上。我国是否应当将环境权入宪的问题也一并予以探讨。

二、宪法环境权诉讼的实证分析

在环境权可诉的国家,环境权都已经入宪。可见,环境权可诉的前提是入宪。因此,在实证层面,环境权和宪法环境权具有相同的含义。

在世界范围内,环境权入宪并非个别现象。根据戴维·R·博伊德(David R. Boyd)统计,147个国家的宪法中规定了环境保护,其中,92个国家规定了公民的健康环境权。^③不过,大多数环境权入宪的国家在赋予可诉性效力上非常谨慎,承认环境权可诉性的国家仅占少数,且集中在拉美和加勒比海地区以及非洲。拉美和加勒比海宪法环境权的普及与20世纪80年代和90年代民主化影响有关。^④拉美和加勒比海18个国家中有16个规定了宪法环境权,其中13个支持环境权诉讼。其中最活跃的是阿根廷、巴西、哥伦比亚和哥斯达黎加。拉美国家法院已经作出了6000多例与环境权有关的裁决。^⑤23个规定宪法环境权的非洲国家中仅有5个国家(南非、塞舌尔、肯尼亚、乌干达和马拉维)明确执行宪法环境权。^⑥14个亚洲国家规定了宪法健康环境权,^⑦不过,少有国家认可环境权诉讼,但土耳其有环境权诉讼的案例发生。^⑧

本部分首先结合具体案例分析环境权的可诉性效力和具体化效力,然后指出,有些

^② 参见前引^①,吴卫星文;前引^②,刘卫先文;陈海嵩《环境权实证效力之考察:以宪法环境权为中心》,载《中国地质大学学报》(社会科学版)2016年第4期。

^③ David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, at 279(UBC Press 2012)。

^④ 前引^③,David R. Boyd书,第124页。

^⑤ 前引^③,David R. Boyd书,第127页。

^⑥ 前引^③,David R. Boyd书,第150-156页。

^⑦ 前引^③,David R. Boyd书,第164页。

^⑧ Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale, *Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa* 26 Colum. J. Envtl. L. 131, 153(2001)。

案例结合可诉性效力和具体化效力,有些案例仅仅适用可诉性效力。

(一) 环境权可诉性效力的适用

在通常的环境权诉讼中环境权并非诉讼请求,而是支持诉讼请求的理由。诉讼请求内容主要是判令行政机关撤销许可、确认某行为或开发计划违法,或禁止污染者从事某行为,诉讼请求具体明确且能即时履行,当然,法院对案件的审理离不开对环境权的解释。

美国联邦宪法没有规定环境权,实践中寻求环境权获得司法保护的尝试均以失败而告终。不过,在州层面有环境权获得法院支持的案例,一个案例是 *Payne v. Kassab*, 361 A.2d 263, 273 (Pa. 1976)。宾夕法尼亚州政府扩宽街道导致一块具有历史价值的公用场地面积缩小、树木被砍和徒步通道减少。受影响的公民寻求禁止令以阻止州政府扩宽街道。宾夕法尼亚州法院拒绝将规定环境权的宪法第1条第27款^{③⑨}理解为禁止任何环境破坏活动,坚持该款允许正常开发州的财产,同时在宪法层面将公共信托的概念运用到州公共自然资源管理上,其观点是受控制的开发比不开发更可取。法院驳回了起诉,理由是:尽管第27款设立了公共信托,但政府实施信托时必须在提供足够的交通和保护环境方面的义务之间保持平衡。宾夕法尼亚州法院还判决该条款可以自我执行 (self-executing) ^{④⑩}。在上诉审中,宾夕法尼亚最高法院也判决州没有违背公共信托,但对于第27款的自我执行作了保留,认为本案没有必要在公民寻求运用公共信托条文挑战政府决定的案件中探求第27款是否可以自我执行这个困难的议题。^{④⑪} 由于宾夕法尼亚州的环境权条款和公共信托原则结合在一起,法院结合公共信托原则来解释环境权。

南非法院在1996年以来的至少三个判决,在解释和理解规定环境权的宪法第24条^{④⑫}上作出了努力。*BP Southern Africa (Pty) Ltd v. MEC for Agriculture, Conservation and Land Affairs* 案件中的法官认为,环境权必须在代际环境保护和可持续发展情形下得到完整解释,根据环境权产生的国家积极义务必须综合考虑环境和经济社会方面的关切。*HTF Developers (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* 案件判决有助于深入理解第24条,判决认为对第24(a)条规定的理解不能离开第24(b)条,

^{③⑨} 《宾夕法尼亚州宪法》第1条第27款规定:人民拥有对于清洁的空气、水和保存环境的自然的、风景的、历史的和美的价值的权利。宾夕法尼亚州的公共自然资源是全体人民包括其后代的共同财产。作为这些财产的受托管理人,州政府必须为全体人民的权利而保护和保持它们。

^{④⑩} 在没有具体立法的情形下,法院可以直接根据其审理案件的宪法条款被认为可以自我执行。See Bryan P. Wilson, *State Constitutional Environmental Rights and Judicial Activism: Is The Big Sky Falling?* 53 Emory Law Journal 627, 632 (2004)。

^{④⑪} John Swaigen, *Environmental Rights in Canada*, at 227 (Buttworths, 1981)。

^{④⑫} 1996年《南非宪法》第24条(环境, Environment)规定:每人都有权(a)获得对其健康或福利无害的环境;(b)令环境获得保护,目的是为了当代和后代利益,手段是采取适当立法和其他措施,这些立法和其他措施能够:(1)防治生态和环境恶化;(2)促进环境的保护和管理;(3)在促进合理的经济和社会发展的同时,保护自然资源生态上的可持续发展和使用。

个人的权利和利益必须被限制以实现和保护宪法环境权。在 *Fuel Retailers Association of Southern Africa(Pty) Ltd v. Director-General Environmental Management Mpumalanga and Others* 案中,关于宪法第 24 条,法院坚信,经济社会发展必须和环境保护相互平衡。在该案中宪法法院的主要贡献在于,详细分析了“可持续发展”,强调法院在践行这种理念方面的显著重要性,主张法院应在支持环境法方面发挥重要作用、毫不犹豫地介入可持续问题和环境权事务。^{④③} 从环境权和其他权利冲突协调角度对环境权进行解释的也不乏其例。根据《南非宪法》第 36(2) 条的规定,权利应当受到其他宪法条文的限制。环境权也不例外,这就产生一个问题:环境权保护程度如何掌握?该问题体现在 *In Re Kranspoort Community* ^{④④} 案件中。Kranspoort 社区根据《土地权利恢复法》第 35 条规定的财产权提出恢复其土地权利的诉求。反对意见则基于环境关切,主张该地区是环境敏感地区,当时的使用正处于促进环境保护的状态,如恢复土地权利则偏离可持续的农场管理。法院认可该地区是环境敏感地区而且当时的使用促进了环境保护。它指出,倘若从环境保护角度恢复土地权利没有偏离可持续的农场管理,对土地的使用不应排斥土地权利的恢复,现代的保护方法不是将环境保护简单等同于排斥社区的存在及其活动,而是选择将社区纳入环境的可持续管理,特别是将社区作为该特定地区历史遗迹的一部分。法院在根据《土地权利恢复法》第 35(2)(c) 条运用其权力时,考虑到宪法第 24 条,对恢复土地权利的方式进行限制,基于保证恢复的财产得到公平利用而设定它认为必要的条件。法院相信,为避免可更新资源耗尽的风险而设定必要条件符合宪法第 24(b) 条。^{④⑤} 法院经由这种合理推理和对竞争性权利的协调丰富了第 24 条的制度内涵。

以环境权对其他权利进行限制,意味着行使其他权利时要以环境保护为考量。协调环境权和其他权利要求法院在具体情形下在相关权利之间进行平衡。这和将环境权置于经济社会大背景下进行整体理解的体系解释思路没有本质区别,其实质都是对环境利益和其他利益进行协调和衡量。这种利益协调和衡量并不排除结合现有理论或立法进行,如上述美国 *Payne v. Kassab*, 361 A. 2d 263, 273 (Pa. 1976) 案例结合公共信托原则,南非 *In Re Kranspoort Community* 案件结合《土地权利恢复法》。

部分案件涉及到法院运用环境权条款对立法进行附随性审查。1999 年,在 *Montana Environmental Information Center v. Department of Environmental Quality* ^{④⑥} (美国蒙大拿环境信息中心诉环境质量局) 案中,法院运用了该州宪法规定的健康、清洁环境权。在该案中,被告 Sevenup Pete 联合企业意图开发一个大金矿,该企业抽取地下水排入 Blackfoot 河及其一条支流的计划被州环境质量局批准。批准的部分理由来自 1995 年蒙大拿议会通过的一个法令修正案,该修正案对来自勘探井的废水排放免除了非恶化

④③ Louis J. Kotze & Anel du Plessis, *Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa* 3 J. Ct. Innovation. 157, 169-174 (2010).

④④ 2000 (2) SA 124 (LCC).

④⑤ Loretta Feris, *Constitutional Environmental Rights: An Under-Utilised Resource* 24 S. Afr. J. on Hum. Rts. 29, 43-45 (2008).

④⑥ 988 P. 2d 1236 (Mont. 1999).

审查程序。根据蒙大拿州立法,其他领域需要遵循该程序。原告主张新法令规定勘探并免受非恶化审查,侵犯了原告的清洁、健康环境权。法院同意该主张。蒙大拿州最高法院认为,州宪法第3条第2款规定的清洁、健康环境权是一项基本权利,关涉该权利的法令要接受严格审查(strict scrutiny)。^{④7}在判决中,蒙大拿州最高法院将宪法环境条款解释为“产生了司法上可以实施的权利”。^{④8}美国法院只有在现实地具体审理案件诉讼过程中,才可就适用的法律附随地进行违宪审查,判决仅与案件当事人有关联性,违宪判决并没有废止违宪法令的效力。^{④9}该案挑战对象是州环境质量局的行为,对作为其行为依据的新法令进行附随性审查。1994年,在东欧法院适用健康环境宪法权利的第一个案例中,匈牙利宪法法院在森林保护案中对农业合作社法的修正案进行审查。修正案试图寻求将此前受保护的地区可以被私人所有。法院认为修正案侵犯了健康环境宪法权利,最高层次的身体和精神健康的权利。法院进一步声明,环境保护的水平必须符合客观标准,一旦国家同意特定环境保护的水平,不得撤回其承诺。^{⑤0}

(二) 环境权的具体化效力

除了法院行使宪法解释权适用环境权的可诉性效力外,具体立法在环境权诉讼中也发挥实际作用。下面以环境权诉讼表现较为活跃的南非为例予以说明。

南非的整个环境法和环境治理框架均以环境权为前提,环境权是环境治理的正当性、基础和动力的背后根据。^{⑤1}环境权法律制度(environmental rights jurisprudence)是由环境权发展起来的制度体系。制度体系主要是通过立法建立。《南非宪法》第24条由两部分组成,第24(a)条一般性保障每人的健康环境权,第24(b)条授权国家采取措施实现第24(a)条宣告的保障。立法机关对于第24(b)条设立的义务给予高度重视,制定了一系列保护环境资源、对环境有害影响进行管制的法令。南非立法结合了国际通行的环境原则如注意义务原则、污染者负担原则和环境损害赔偿原则,不仅规定了环境法的遵守和执行,还规定了环境权实现和执行的程序性权利,包括结社权、知情权、提起合理执行诉讼、通过法院救济的权利。^{⑤2}环境权法律制度在南非法院处理的所有环境案件中作为基准方法而存在。法院在南非环境法体系发展中的作用通过环境权法律制度体现。在宪法法院看来,在立法被制定以贯彻宪法后,诉讼当事人无法绕开立法、不挑战或撇开达不到宪法标准的立法而直接诉诸宪法。换言之,当事人援引宪法必须依托于具体的环境立法。规定环境权的宪法第24条鼓励当事人和法院,在事实和场合允许时,运用环境法而非环境权处理环境案件。另外,因为现行的多数环境法根源于宪法母

^{④7} 美国对基本权利限制案件进行违宪审查时,若无先例援引,通常采用合理性审查、中度审查和严格审查的基准,审查的严格程度与基本权利的重要性成正相关。

^{④8} 前引^{④0},Bryan P. Wilson 文。

^{④9} 林来梵主编《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版,第2页。

^{⑤0} 前引^{④8},Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale 文。

^{⑤1} 前引^{④3},Louis J. Kotze & Anel du Plessis 文。

^{⑤2} 前引^{④5},Loretta Feris 文。

款(第24条),宽泛而言,法院在环境权法律制度体系发展中的角色由建立在权利基础之上的法律制度体系本身决定,也间接地由环境权被确立后发展起来的法律所涉案件决定。^{⑤③}第24条巨大的弹性空间意味着在法院阐明其含义、范围和边界前,法律、政策和决定的制定者应根据该条文尝试廓清自己的义务。除非法院作出其他裁定,立法机关应出台它认为能满足第24(b)条规定的“采取适当立法”要求的立法以及足够覆盖环境权所需要的实体保护的立法。^{⑤④}南非对环境权的保护主要依赖立法建立起来的环境权法律制度。

(三) 案例的类型化

环境权诉讼案例按照规范效力的运用方式分为两类:第一类将侵犯环境权和违反具体立法一并作为判决理由(同时适用可诉性效力和具体化效力);第二类将侵犯环境权单独作为判决理由,不以具体立法作为依据,即自我执行(仅适用可诉性效力)。

1. 结合可诉性和具体化效力的案例

Laguna Lake Development Authority v. Court of Appeals^{⑤⑤}案中,菲律宾最高法院支持环保局的附属机构有权对违法倾倒垃圾的城市颁发禁止令。在驳回针对政府管理垃圾倾倒的警察权和管制权的挑战中,法院依赖对平衡的、健康的环境的宪法权利以及健康权来支持政府的特许和修正法(charter and amendatory laws)。被颁发禁止令的城市实施了违法倾倒垃圾的行为。Minister of Health and Welfare v. Woodcarb (Pty) Ltd. 1995 (2) S. A. 155 (NPD)案中,南非法院认为被告的无证排污行为非法妨碍了邻居对健康环境的宪法权利,支持健康福利部部长(Minister of Health and Welfare)有权命令锯木厂停止排放有害气体,确认部长的行政职权,认可其有权纠正侵犯环境权的行为,环境权依据是当时南非临时宪法规定的公民“享有无害健康且适宜的环境的权利”。行政机关的禁令针对锯木厂的无证排污行为。厄瓜多尔宪法法院在1998年Fundación Natura contra Petro Ecuador案件中判决被告从事的含铅汽油贸易违反了国会关于含铅汽油的禁令,侵犯了原告受宪法保障的健康环境权。在Trillium案中,智利最高法院判决一份木材许可证无效,因为政府在缺乏足够证据对项目环境方面的可行性提供支撑且没有综合考虑其他不同专业部门建议的情况下,批准了环境影响评价。法院指出,政府以武断和非法的方式,侵犯了包括当地受影响的人民在内的所有智利人民生活在免受污染环境下的权利。^{⑤⑥}在这些案例中,法院同时援引了宪法环境权条款和有关具体立法,作为判决依据。

2. 单独运用可诉性效力(环境权自我执行)的案例

倘若宪法条款可以据以提起诉讼,法院基于该条款本身就可以审理案件,无需获得

^{⑤③} 前引④, Louis J. Kotze & Anel du Plessis 文。

^{⑤④} 前引④, Louis J. Kotze & Anel du Plessis 文。

^{⑤⑤} G. R. No. 110120(Sup. Ct. of the Phil. 1994)。

^{⑤⑥} 前引④, Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale 文。

立法机关制定的立法的帮助,这样的宪法条款被认为可以自我执行。^{⑤7} 在环境权受到直接司法保护的案件中,菲律宾的 *Juan Antonio Oposa and others v. The Honourable Fulgencio S. Factoran and another* 案可能最为著名。1990年,45名儿童代表他们自己以及尚未出生的后代起诉环境与自然资源部部长,诉请撤销所有已经发放的伐木许可证,并且停止发放新的许可证。理由是该部发放的大量伐木许可证导致菲律宾森林资源的急剧减少,损害了宪法所保障的环境权。^{⑤8} 宪法第2章“关于原则和国家政策的宣告”的第16条规定“国家保护和促进人民根据自然规律及和谐的要求,享有平衡健康的生态环境的权利。”菲律宾最高法院法官戴维德认为,该案的关键集中于一个具体的根本法律权利——对平衡健康的生态环境的权利。戴维德认为,原告的环境权像环境与自然资源部保护该权利的义务一样明确,负有尊重和保护该权利义务的其它人侵犯该权利就产生了一个诉讼理由。菲律宾最高法院判决支持原告诉讼请求。^{⑤9}

拉美和加勒比海国家中16个国家的宪法规定了环境权,13个支持环境权诉讼。^{⑥0} 厄瓜多尔的环境活跃人士指控政府和国家石油公司违反宪法第19条第2款规定的“无污染环境权”。1990年9月,宪法保障法院一致裁定,在Yasuni国家公园内开发石油的计划违反该款规定。由此,以无污染环境权为基础的不得污染国家公园的消极义务被视为可以审判。^{⑥1} *Fundación Fauna Marina contra Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires* 案件中,一家阿根廷法院判决一份捕捉海豚和逆戟鲸的许可无效,指出需要进行环境影响评价。法院依据的是阿根廷国家宪法第41条(该条认可对清洁环境的权利并设立了保护环境有关义务)和布宜诺斯艾利斯省宪法第28条(该条要求行政机关控制可能破坏环境的活动的活动的影响)。法院认为保障宪法规定的一般环境权和义务的方式是在发放许可前施加环境影响评价义务。在秘鲁,一艘驳船将石油残留倾倒进作为饮用水源的湖泊,造成严重环境损害以致水体不能饮用,引发公民宪法健康环境权诉讼。法官引用《秘鲁宪法》第2条第22款(该条规定每人都有权享有和平、宁静、享用悠闲时间和休息,有权享受适合个人充分发展的、和谐的环境),判决驳船所有者运用过滤或者其他技术停止污染,或者离开湖泊。法官也命令政府对湖泊实施环评。*Pedro Flores contra Corporación del Cobre, Codelco, División Salvador* 案中,智利最高法院适用《智利宪法》第19条和第20条,禁止一家矿业公司在智利海滩上存放铜质尾料废物。第19条第8款规定,每人有权生活在免受污染的环境中。第20条规定,生活在免受污染空气中的权利被归因于行政机关或特定个人武断的或违法行为所影响,公民可以自

⑤7 前引④, Bryan P. Wilson 文。

⑤8 [英]蒂姆·海沃德《宪法环境权》,周尚君、杨天江译,法律出版社2014年版,第159页。

⑤9 前引②,刘卫先文。

⑥0 前引③, David R. Boyd 文。

⑥1 [荷]B.托比斯《健康权》,载[挪]艾德等著《经济、社会和文化的权利》,黄列译,中国社会科学出版社2003年版,第204页。

己或通过第三方诉诸各自的上诉法院。^② 上述案例中宪法环境权条款的执行并没有借助具体立法。

(四) 小结

环境权在诉讼中的作用通过侵犯环境权和判决结果之间的联系来体现。第一类案件将侵犯环境权和违反具体立法一并作为判决理由。第二类案件将侵犯环境权单独作为判决理由,这属于环境权条款的自我执行。环境权和具体立法并非完全相互排斥的独立理由,二者之间存在内在联系。一旦宪法性权利通过具体立法被转化为普通法律权利,造成实施宪法权利困难的诸多障碍便不复存在,因为立法机关制定的法律总会规定权利的详细内容、实施手段以及对权利的合理限制。^③ 具体立法在逻辑上可以被认为是宪法权利的具体化和保障,这属于环境权的具体化效力。因此,第一类诉讼案件结合了环境权的可诉性效力和具体化效力,具体立法为权利的保护规定具体标准、程序和手段,在很大程度上,具体立法才是判决的实质性、基础性理由。第二类案件的判决是环境权可诉性效力独立作用的结果,环境权构成判决的实质性、基础性理由,环境权的自我执行体现了可诉性效力。权利可诉性的争议就发生在宪法中有规定但没有具体立法加以落实的权利以及宪法本身也没有规定的权利形态身上。^④ 环境权可诉性效力的争议也聚焦在环境权的自我执行上。

三、宪法环境权的可诉性效力——自我执行的悖论和实行条件

部分国家的司法实践中不乏环境权自我执行的案例,但环境权的自我执行也最具争议。在笔者看来,环境权是否应具有可诉性应当放在具体法制背景下考量。在环境立法较为完善的条件下,环境权自我执行违背基本法理;在环境立法体系尚未建立的条件下,则可能具有积极意义。于是,具体环境立法的缺乏就构成了环境权自我执行的必要条件。

(一) 环境权自我执行的两个悖论

1. 环境权的自我执行违背形式理性优先于实质理性的原则

法院脱离具体法律仅根据原则性的环境权判案具有某种非理性司法的特征。马克斯·韦伯认为,与法律有关的活动有两个:制定法律和发现法律(在韦伯的论述中,发现法律指适用法律规范)。倘若适用法律不是将普遍规范适用于具体个案,而是在缺乏普遍规范的情况下做出司法裁决,制定法律和发现法律的区别就不复存在,法官既是立法者又是司法者,其作出的裁判属于非理性的裁判,因为影响裁决的不是普遍规范,而是

^② 前引^③, Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale 文。

^③ 前引^④, 黄金荣书, 第 321 页。

^④ 前引^④, 黄金荣书, 第 16-17 页。

特定案件中的具体因素,是在伦理、情感或政治基础上评价这些因素。^⑤新兴的社会问题导致的纠纷提交到法官面前,在缺乏具体立法而纠纷又必须得到解决的情形下,法官或许不得不既当立法者又当司法者。但这不应当作为常态存在。

只要判决成为讨论的主题并试图为判决寻求和设定理性依据,那就不可避免地会出现一定程度的稳定态势并沿着形成规范的方向固定下来。^⑥因此,从法律演化的视角看,法律必然经历从不理性到理性或者从实质理性到形式理性的过程。已经实现理性化的法律制度必须是形式严谨的命题体系,法律推理和法律思维的过程是在固定的规则结构之内展开的。形式理性化的法律体系具备合理而完备的概念和范畴体系,拥有一套逻辑严谨的运算规则,经由这些运算规则对概念和范畴进行推理演绎,据此解决争议。^⑦形式理性会提供法律秩序的稳定和可预期,保障制度内部的个人与群体拥有相对的最大自由度,并使他们得到越来越多的机会去预测自身行为的法律后果。法律形式主义使得法律制度能够像一部具有技术理性的机器那样运转。^⑧法律的理性化意味着将实质理性尽可能地转化为可计量和可预测的形式理性体系。从这个意义上讲,制定法律就是立法者最大限度地运用形式理性化的方法将法律目的或法律原则转化为可计量、可预测、体系化的法律制度的过程。作为司法者来说,应当借助于而不是绕开形式理性的法律制度实现实质合理性。在法律领域里,形式理性优先于实质理性。

法院直接依据一般性环境权审理案件,因为缺乏可以明确识别的规则和判案逻辑,实际落入个案处理的非制度化思维的陷阱。具体立法体现的是制度化思维和形式理性。具体法律条文的展开本身就是形式理性化的表现,遵循形式理性化逻辑。一般而言,法律条文的详尽程度和可预期性直接联系。在环境法律制度尚未体系化、形式理性化的情况下,司法着眼于纠纷解决侧重实质理性尚有合理性,但在环境法律制度较为完善的情形下,绕开具体法律制度而诉诸抽象的环境权,抛弃形式理性优先于实质理性的原则,则偏离法治思维轨道。

2. 环境权的自我执行违背权力分立原则

主流权利理论认为,公民权利和政治权利可诉,经济和社会权利不可诉。^⑨环境权在性质上被认为属于经济和社会权利或者更接近经济和社会权利。^⑩通常支持经济和社会权利不可诉的理由有两点。第一,经济和社会权利可诉必然导致授权法院责令国家实施广泛行为并投入资源,干预了本属于立法机关的制定社会政策和进行财政分配的权力。第二,法院不具备保护经济和社会权利的能力。经济和社会权利牵涉复杂的

⑤ [德] 马克斯·韦伯《经济与社会》(第二卷·上册),阎克文译,上海世纪出版集团2010年版,第796-799页。

⑥ 前引⑤,韦伯书,第896页。

⑦ 郑成良《法律之内的正义:一个关于司法公正的法律实证主义解读》,法律出版社2002年版,第158页。

⑧ 前引⑤,韦伯书,第946-948页。

⑨ 龚向和《经济、社会和文化权利的可诉性》,载李步云、龚向和等《人权法的若干理论问题》,湖南人民出版社2007年版,第276页。

⑩ 徐显明《人权的体系与分类》,载《中国社会科学》2000年第6期。

政策选择从而对社会经济后果产生深远影响,法官在专业知识方面的局限使其不能对实现权利的最有效政策措施进行评估,难以判断自己的判决对其他权利和需求造成的影响。^①由此可见,权利的可诉性和权力分立原则密不可分,需要国家投入资源提供保护的权力不适合司法机关保护。根据上述逻辑,环境权的保护属于立法权和行政权的范围,不宜由司法机关保护。

笔者赞成这个结论,但环境权还有自己的特点。因循权利的可诉性和国家权力分立原则的关系,从国家投入资源保障环境权的角度,需要区别两种情形。第一种情形下,国家必须提供财政资源支持以营造良好环境,具体如植树造林、修复水体和土壤,这一点和经济、社会权利中的住房权、社会保障权、教育权等相同或相似。第二种情形下,国家并不需要投入财政资源,而是对国家垄断的环境资源进行分配,具体手段是行政许可。行政许可包括普通许可和特别许可。特别许可将国家垄断的有限资源分配给个人,属于赋权许可。普通许可是对权利主体行使权利的条件进行把关,以提高行使权利的安全系数,只涉及权利行使层面,不属于赋权许可。对于国家所有的环境资源如矿产资源、水资源和环境容量资源等,个人需要从国家处获得特别许可和普通许可方可利用(不排除实践申请程序上将特别许可和普通许可进行合并)。重要的环境资源通常属于国家所有,个人利用环境资源的行为如排污行为和自然资源开发行为往往涉及消耗国家垄断的环境资源。这种情形下,国家保护环境权并不需要花费太多财政资源,而是向社会出让另一种资源——环境资源,并对环境资源的利用方式或用途作出限定。

第一种情形下的财政支持必然是通过行政机关执行预算立法和立法机关通过的预算案来实施。第二种情形下,行政机关依法投放国家垄断的环境资源。在这两种情形下,保护环境权的国家义务均需通过行政机关根据立法机关的意旨投放国家资源加以履行,换言之,环境权的保护属于立法机关和行政机关的权力范围。虽然法院有权进行司法审查,却不宜越俎代庖。司法权应尊重行政机关的第一判断权,只有在第一判断权实施过后,方可进行司法审查;在审查过程中也应对行政机关保持尊让。

这两个悖论其实是一体两面。行政机关依据具体立法实施行政是其义务也是其权力,司法机关可以在外部进行审查但不得侵入其核心领域,保留对行政权的尊让。具体立法体现法律的形式理性。撇开已有的具体立法直接将环境权诉诸司法,既舍弃了形式理性,也逾越了司法权的底线。

(二) 环境权自我执行的条件

环境权的自我执行也并非任何情形下都毫无意义。某种权利是否可诉,直接涉及到分权这一根本问题。不同国家机关在职能和功能上的交叉和“逾越”并非为权力分立原则所绝对排斥。黑塞认为,基于权力分立原则,任何机构在另一机构没有准备好或不能充分完成其任务时,都有义务作出补充性的或支持性的行动。“补充性的或支持性的

^① [南非]S. 利本堡《在国内法律制度中保护经济和社会权利》,载[挪]艾德等《经济、社会 and 文化的权利》,黄列译,中国社会科学出版社2003年版,第64-66页。

行动”界限在于:第一,不能涉足另一种国家权力的核心领域;第二,必须要有一定的规范事先作出规定,以回答一个机构在什么情况下可被视为不能充分完成其任务。^②在已有具体立法规定行政机关环境保护职责或义务的情况下,行政机关“没有准备好或不能充分完成其任务”的条件并未成就,法院便失去了直接实施环境权的前提。

法院直接经由宪法规范的诉讼实现对某种价值的保护,往往需要一定条件。宪法学者劳伦斯·特赖布(Laurence Tribe)主张在下列条件下,一项价值应当给予宪法保护:(1)关于其功用有广泛共识;(2)法院有可能恰当实现对该价值的保护;(3)该价值在现存的政治制度下无法从其他途径获得足够保护。^③马克斯·韦伯也认为,司法的创造性出现在制定法缄默的地方。^④在立法机关没有颁布必要法律详细界定权利范围,或者行政机构没有建立或有效运用必要的行政机器以执行宪法条款时,法院在实现宪法环境权和义务方面是决定性的。^⑤可见,宪法规范的诉讼具有某种兜底性,以宪法为依据直接提供司法保护往往发生在具体立法缺失的情形下。

在环境立法体系尚未建立、缺乏具体立法可援引时,在宪法司法化的国家,法院经由对宪法规定的包括但不限于环境权条款的环境保护条款的解释,为行政机关进行决策时考虑环境因素提供宪法依据,可以视为法院在立法和行政机构没有准备好或不能充分完成其任务时作出的“补充性的或支持性的行动”。不过,诉讼和司法能动主义对于社会变迁都只能是一个有限的促进角色,法院的判决可以充当一个让有责任提供社会服务的政府部门惊醒的“闹钟”角色。^⑥随着环境立法和行政等具体解决措施的丰富和完善,环境权自我执行以导入环境立法的功能必然逐渐萎缩。美国学者萨克斯在著作《保卫环境:公民诉讼战略》中文版序言中概括该著作的主旨是将环境权置于和其他法律权利同等的位置,即可以执行。对这种主张的评判不能脱离40多年前他撰写该书时的社会背景:缺乏保护环境的法律;在强大的经济利益面前,行政官员和立法者不愿采取新行动;受环境恶化影响的公民无能为力。他称虽然提出公民应被赋予直接强制执行公共信托权利的诉讼资格,但并不打算以法院制造的环境法律取代立法机关制定的法律。他认为,法院的重要角色是激励立法者和行政官员采取行动,填补立法空白,审查其行动的环境影响。他极力主张一旦立法机关和行政机构制定了现代环境法,公民诉讼资格应授予公众成员向法院起诉那些违反制定法的行为。^⑦在萨克斯看来,诉诸可诉的环境权只不过是具体立法尚未制定的过渡阶段的权宜之计。

在环境权入宪的前提下,环境权的自我执行需要同时具备两个条件:第一是环境立

② 刘飞《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年版,第71页。

③ Thomas More Hoban & Richard Oliver Brooks, *Green Justice: The Environment and the Courts*, at 51 (Westview Press, 1996).

④ 前引⑤,韦伯书,第1023页。

⑤ 前引③,Carl Bruch, Wole Coker & Chris VanArsdale 文。

⑥ 前引④,黄金荣书,第321页。

⑦ [美]约瑟夫·L.萨克斯《保卫环境:公民诉讼战略》,王小钢译,中国政法大学出版社2011年版,中文版序言,第Ⅲ-Ⅳ页。

法不成体系,第二是宪法司法化,即法院可以直接援引宪法规范作为审理依据。

我国环境立法和制度体系已经大体完备。人大常委会制定的现行法律就有 20 多部,法规和规章更是数不胜数,这些立法建立了体系化的制度。我国业已跨越需要环境权诉讼导入环境立法的初级阶段。

即便环境权入宪且具体立法尚未建立,环境权可诉还需要一个前提:法院有权适用或解释宪法。环境权诉讼案例发生在环境权入宪且宪法司法化的条件下。我国司法实践中,宪法尚不具备直接的法的效力。^⑩虽然“齐玉苓受教育权案”曾经燃起了宪法司法化的希望,但随着最高人民法院对该案《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应当承担民事责任的批复》的撤销,宪法司法化已经被冻结。^⑪另外根据《宪法》第 67 条,宪法的解释权属于全国人大常委会。适用宪法不可避免对宪法进行解释。但我国法院并没有获得宪法的解释权。因此,即便我国宪法规定了环境权,法院也无法直接援引宪法环境权审理案件。

我国环境立法的相对完备性消解了环境权可诉性效力的必要性,宪法尚未司法化否定了其可行性。尽管如此,我国环境权入宪仍然具有积极意义,一方面,有助于环境保护理念的宣传,另一方面,可以在宪法高度推动环境立法、行政和司法。这和笔者反对赋予环境权可诉性效力的主张并不矛盾。多数环境权入宪的国家拒绝赋予环境权规范以可诉性效力,因而支持环境权入宪和认同环境权的可诉性效力并无必然联系。从规范效力角度看,环境权入宪后不具备可诉性效力,并不妨碍其具体化效力的发挥。

四、宪法环境权的具体化效力——从原则到规则的展开

环境权的具体化效力在部分欧洲国家体现得较为明显。将环境权入宪的欧洲国家为数不少。19 个东欧国家规定了生活在健康环境中的宪法权利,^⑫东欧国家在肯认环境权的可诉性效力上更为积极,12 个东欧国家的法院执行宪法健康环境权,^⑬如匈牙利和斯洛文尼亚都有环境权诉讼的案件发生。^⑭9 个西欧国家如西班牙、葡萄牙和希腊等将健康环境权入宪,^⑮但在推动环境权诉讼方面并无实质进展。例如,西班牙学说一致认为,解释该国宪法中的环境权规范,不能不顾及整体宪法规范,不宜片面地或一厢情愿地加以理解,尤其西班牙宪法已经明确将环境权内容保留给立法者通过法律充实与型塑时,宪法环境权以立法者为规范对象,并非为人民提供权利救济途径。葡萄牙和希

^⑩ 王磊《宪法的司法化》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 27 页。

^⑪ 袁文峰《受教育权的宪法条款援引、内涵及救济途径——基于齐玉苓案与罗彩霞案的分析》,载《政治与法律》2015 年第 4 期。

^⑫ 前引^⑩,David R. Boyd 文。

^⑬ 前引^⑩,David R. Boyd 文。

^⑭ 前引^⑩,David R. Boyd 文。

^⑮ 前引^⑩,David R. Boyd 文。

腊的学界通说也持相似见解。^⑭ 总之,西欧国家总体上在确认环境权的可诉性规范效力方面十分保守和谨慎,而认为环境权的效力是经由立法对环境权规范的具体化体现。

(一) 环境权规范的法技术属性

法学界日益认同,现代法律体系由规则和原则两种不同性质的基本规范组成,其适用程序分别是涵摄和衡量。^⑮ 规则在法律和事实的可能范围内加以明确的设定,德国学者阿列克西将规则称为确定性的命令。规则的典型适用方式是“涵摄”:若个案的事实符合规则的构成要件,即应接受该规则的法效果。^⑯ 在决定如何对一个特定的事件作出反应时,原则要求考量特定因素,并不指向具体的法律后果,因为很可能有其他原则也适用于同一案件。为了决定其法律后果,必须综合考虑适用于该案件的多个原则。原则的适用必须考虑到其他相冲突的原则才能决定其实现程度,这就是和“涵摄”相对应的“衡量”。“衡量”是原则的特定属性,这一属性允许在相互冲突的原则中进行协调。^⑰ 宪法为国家根本大法,无法具细靡遗详加规定,^⑱ 只需要进行抽象和一般性的论述,因而,宪法权利更具备原则属性。对于宪法权利,阿列克西从语义学规范概念界定,将宪法上的许多权利规范视为原则。^⑲ 因此,许多宪法规定的权利规范通常不能单独适用,司法者面对具体案件时,需要找出所有适用该案件的原则或规则,并在它们中间取得谨慎的平衡。我国台湾地区学者吴庚也认可宪法基本权规范的原则性质。^⑳ 在他看来,原则与规则的区别在于解释与适用的层次,相当于完整法规范和不完整法规范,完整法规范包括了构成要件和法定效果两部分,是规则;不完整法规范欠缺构成要件或法定效果的部分,属于原则。环境权规范并没有直接规定法定效果,属于原则范畴。

环境权的客体是环境资源,但环境资源不唯是环境权的客体,也是财产权的客体。环境资源承载环境利益和经济利益。进行有关环境资源的决策需要进行利益衡量或轻重缓急的次序排定,难以完全考量某一利益并做绝对式的推进。^㉑ 最初的“环境权论”强调保护环境价值,给人一种排除所有利益衡量的强烈印象,但到了现在,“环境权”的学者已经明确承认,不应一概排斥利益衡量。假如将环境视为绝对之物,人类至今所进行的资源的开采、生产的实施、文明的发展,就被以破坏环境之名全部否定了。^㉒ 而且,环境问题参杂具有高度复杂性和不确定性的科技因素,绝对化权利分配并不适合解决环境资源利用导致的具体情况下千差万别的利益冲突。环境权的发展,在某种意义上

^⑭ 王毓正《环境权于学理上之发展及其于司法实务上之适用》,载台湾《环境与土地法学杂志》2013年第6期。

^⑮ 前引⑭,林来梵书,第201页。

^⑯ 王鹏翔《论基本权的规范结构》,载台湾《台大法学论丛》2004年第2期。

^⑰ [美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言,第18-19页。

^⑱ 陈慈阳《环境法总论》,台湾元照出版公司2011年版,第141页。

^⑲ 前引⑭,林来梵书,第209页。

^⑳ 吴庚《宪法的解释与适用》2003年作者自版(修订版),第564-568页。

^㉑ 叶俊荣《环境政策与法律》,中国政法大学出版社2003年版,第25页。

^㉒ 前引⑭,大须贺明书,第203页。

并不刻意追求独立的权利形态而是立足于利益诉求及其多样性的实现。^⑬ 将绝对化权利的范式运用到环境保护之中,必然将环境资源的价值狭窄化乃至单一化,不仅背离环境资源承载多元价值的特点,而且忽视科技的高度复杂性和不确定性,其带来的决策风险不言而喻。

在环境权得到承认的场合,环境价值是人们决定事业活动及其他活动时必须考虑的因素。^⑭ 宪法环境权规范,因其一般性、抽象性而属于原则范畴。在德国学者 Sieckmann 看来,原则是一种具有目的性格的“理性应然”,它表达了某个应加以实现的理想状态。就法律的可行性而言,这个理想状况在和其他目的相衡量之后可能无法完全地被实现,而只能程度性地被满足。^⑮ 原则往往都是部分实现。环境法的目的是一个错落有致的体系,由直接目的和最终目的构成。环境法的直接目的是保护环境,在最终目的上,多数国家奉行二元论。^⑯ 一是通过保护环境保障人体健康,该目的和环境权的概念相当契合,环境权的核心要求是“健康”,自然是以能否保障健康为指标;二是促进经济社会发展,与经济社会发展目的相匹配的是财产权原则。作为原则的环境权的具体化需要和财产权原则进行衡量。

必须在具体情形下综合考虑环境、经济等因素以对环境资源利用行为加以评判,是否利用或者如何利用的决策在此评判基础上作出。下面的问题是哪类国家机关更适合做这类决策。

(二) 行政机关做决策、司法机关做审查

由司法机关直接做决策对环境权提供保护,就是环境权的自我执行。权利自我执行的前提是有足够的规则,以至于宪法权利在没有立法规定的情况下能被享有和保护。一般而言,只有禁止性语言表述的条款(prohibitory provision)可以自我执行,委托性语言表述的条款(mandatory provision)不宜自我执行。^⑰ 禁止性语言表述的条款运用“不得”“禁止”等不容任何歧义的词语,为司法者提供足够的规则;委托性语言表述的条款意味着条款本身没有提供自我执行的足够规则,需要委托给立法机关加以填补。禁止性语言表述国家的不作为义务,委托性语言表述国家的作为义务。对于不作为义务而言,每个违反义务的行为都是被禁止的;作为义务的履行则非如此,如果某个作为义务具有多种实现手段,就存在手段选择的余地,立法者在决定如何实现作为义务时,享有更大的形成余地。^⑱ 宪法环境权的表述并没有采用禁止性词语,通常而言,其自我执行的前提并不具备。

^⑬ 李启家《环境法领域利益冲突的识别与衡平》,载《法学评论》2015年第6期。

^⑭ 前引^{②⑦},原田尚彦书,第67页。

^⑮ 前引^{③⑥},王鹏翔文。

^⑯ 金瑞林主编《环境与资源保护法学》,北京大学出版社2006年版,第32页。

^⑰ Francois Du Bois, *Social Justice and the Judicial Enforcement of Environmental Rights and Duties*, in Alan E. Boyle and Michael R. Anderson *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, at 155 (Clarendon Press, 1996).

^⑱ 前引^③,王鹏翔文。

与司法机关相比,行政机关更适合进行决策。首先,衡量环境权保护程度或目标的环境质量标准的制定基于体现自然生态规律的环境基准和体现社会经济规律的经济合理性。^[99]对环境权内容的界定不仅需要法律专家,还应借助医学专家、自然科学家、技术专家和其他许多基础学科的专家研究。^[100]环境权内容的复杂性和专业性更适合由行政机关来确定。第二,环境保护属于公共政策,公共政策涉及多数人利益,需要由具有民意基础的政治机构制定。第三,环境公共政策的出台需要决策者掌握完整、可靠的信息。信息的可靠性或许可以经由法院的甄别获得保障,但信息的完整性在法院无从得到保障。司法权的被动性必然令法院能掌握的信息主要来自于当事人。当事人往往按照于己有利的原则选择性提供。第四,环境问题具有多中心的特点,不适合用司法裁断方法。美国法学家富勒认为,多中心的问题涉及复杂的相互交织的利益因素,其解决方案不适用对错判断,而是由决策者在多套可行性方案中做选择。资源的分配问题呈现太强的多中心面向,就其本质而言不适合用裁断的方法加以解决。^[101]行政机关关注行政效率、政策和公共利益,可以保留灵活性以适应形势变化,^[102]正好契合环境问题多中心的特点。第五,即便法院通过个案判决形成开创性的公共政策,也缺乏足够的工具使公共政策发生持久的改变,因为法院的被动特质导致政策进程受制于当事人的掌握而具有偶然性。开创性的公共政策能在多大程度上获得立法和行政机关的支持具有不确定性。^[103]相比之下,立法机关和行政机关则具有通过整体计划持续推动政策的优点。

宪法规定的环境权的客体是由缺乏清晰含义的形容词或限定语修饰的“环境”,环境权属于原则范畴。为保障环境决策的合法性,由行政机关先行决策,决策应基于将环境权和其他原则的整体考虑之上,以取得多个原则之间的平衡,司法机关保留对其进行合法性审查的权力以制约行政专断。如直接由司法机关决定,对司法专断的制约机制明显不足。因此,由行政机关环境决策和司法机关实施司法审查的制度搭配更为妥当。

(三) 立法机关制定客观的司法审查标准

环境权的保护属于立法和行政机关的权力范围,但并不排斥司法审查。对行政机关的决策,倘若法官仅仅从常识、生活经验乃至个人偏好等主观标准进行审查,一方面,有损于案件判决的客观性和客观效果,在驱逐行政裁量专横的同时,带来了司法裁量专横;另一方面,行政机关难以形成对良好行政的正确认识,甚至有“法不可知,则威不可测”的战战兢兢。^[104]为决定受保护的环境质量的程度,立法机关必须制定考虑因素的范围,或者设定标准或者出台法院必须适用的“经验法则”(rules of thumb)。法律必

[99] 汪劲《环境法学》,北京大学出版社2014年版,第126页。

[100] [斯里兰卡]C. G. 威拉曼特里编《人权与科学技术发展》,张新宝等译,知识出版社1997年版,第233页。

[101] Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication* 92 Harvard Law Review 353, 399(1978).

[102] [英]卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯《法律与行政》(下) 杨伟东译,商务印书馆2004年版,第1096-1098页。

[103] [美]理查德·A. 波斯纳《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第347页。

[104] 余凌云《行政自由裁量论》(第3版),中国人民公安大学出版社2013年版,第7页。

须给法院清晰指导,对法院自由裁量的限制必须采取更为严格的标准。^{⑩5}

制定具体立法意味着司法审查客观标准的确立。具体立法对于行政机关的义务规定得越详细、越明确,行政机关受到审查的机会越大。司法审查的标准细化增加了环境权可诉的可行性。

客观标准设立后,环境权演绎或转化为规则,审查对象也随之发生变化,不再是环境权而是由其转化而来的行政机关的义务。即便没有权利,只要位于权力之下的义务发挥作用,那些用道德语言支撑的结构还可以继续挺立,权利不过是义务的影子,义务才是实质性的。^{⑩6}环境权转化为行政机关的具体义务后,在个案中作为诉讼理由的环境权和法律后果或诉讼请求之间的联系为具体义务和法律后果或诉讼请求之间的联系所取代时,环境权在诉讼个案中遂“功成身退”而居幕后。

结 论

环境权的规范效力有可诉性效力和具体化效力之分。有的国家只承认具体化效力,否定环境权的可诉性效力,法院对关涉环境的行政决策的合法性判断依赖环境权经由立法具体化后形成的规则。在承认可诉性效力的国家中,有些案例仅以侵犯环境权作为判决依据,这种环境权自我执行的判决是环境权可诉性效力独立作用的结果。环境权自我执行在宪法司法化且环境立法体系尚未建立的法体系中能够暂时以司法弥补立法的不足,具有积极意义,但属于权宜之计。上述两种做法或者依赖环境权具体化效力排斥其可诉性效力,或者依赖环境权的可诉性效力而排斥其具体化效力,未免有失偏颇。在承认环境权可诉性效力的国家,有些案件将侵犯环境权和违反具体立法共同作为判决理由,判决结合了环境权的可诉性效力和具体化效力。这种中道包容的做法综合了立法机关和司法机关的智慧,更显合理,但需要对两种效力之间的关系进行妥善处理。原则是需要加以填补的准则,“就其具体化,一般立法者及司法裁判均同被召唤。于此,立法者依宪法享有具体化的优先特权。”^{⑩7}因此,法院审理案件应尽可能以具体立法为依据,如果具体立法明确清晰,审理案件直接运用环境权的具体化效力足矣。但法律具体条文的用语并不都是内涵清晰和外延明确的概念,法条中常见的反倒是不少概念采用弹性的表达方式,即便是较为明确的概念,仍然包含本身缺乏明确界限的要素,法律解释不可避免。此外,针对同一案件事实,多个法条之间赋予彼此互相排斥的法效果,法条之间的冲突也会产生解释之必要。法律解释的标准有多个,具有宪法位阶的解释原则尤显重要。依照字义和脉络关系可能的多种解释中,应优先选择合宪性的原

^{⑩5} 前引⑪, John Swaigen 书,第233-234页。

^{⑩6} [英]霍华德·沃伦德《霍布斯的政治哲学》(牛津,1959年版),第19页,转引自[美]R. J. 文森特《人权与国际关系》,凌迪、黄列译,知识出版社1998年版,第18页。

^{⑩7} [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第218页。

则。^⑩ 倘若具体环境立法存在歧义或者冲突,在适用时面临多种选择余地,法院可以借助对宪法环境权的解释厘清具体立法的模糊之处,决定判决结果。因此,审理关涉环境行政决策的案件时,法院应优先运用环境权的具体化效力,在具体化效力不足以妥善处理案件时,法院有必要借助环境权的解释性或可诉性效力。

我国目前环境立法的相对系统性在很大程度上消解了环境权诉讼的必要性,宪法尚未司法化的现状更是彻底否定了环境权诉讼的可行性。但环境权入宪仍然具有积极意义,因为环境权入宪在对环境保护观念的宣扬以及环境立法、行政和司法的推动方面具有重要而独特的作用,有助于充分发挥环境权的具体化效力。

Abstract: The normative validities of environmental right include the validity of justiciability and concretization. The validity of justiciability means that environmental right is directly used as the basis for trial, and the validity of concretization means it is indirectly used as the basis for trial by legislation. Within environmental right lawsuits in foreign countries, some combine environmental right in constitution with clauses in legislation and meanwhile apply the validity of justiciability and concretization. Some only apply environmental right in the constitution and the validity of justiciability, namely, self-execution. Self-execution violates the principle that formal rationality is superior to substantive rationality and the doctrine of separation of powers, however, it is only necessary when environmental legislation system is not yet established in the country with constitutional judicature. Constitutional environmental right has no corresponding legal consequence, belongs to the category of principle. It takes effect by weigh with other principles and concretization to the rule of legislation. The court must apply legislation (concretization) first, then apply the interpretation of constitutionality only when legislation is ambiguous or inconsistent (justiciability). However, justiciability of environmental right in China has no necessity because of the relatively systematic legislation and has no feasibility because of absence of constitutional judicature. However, constitutionalization of environmental right makes sense.

(责任编辑:陈贻健)

^⑩ 前引^⑩ 拉伦茨书,第221页。