

国家环境保护义务的溯源与展开

陈海嵩*

内容提要：“因雾霾状告环保局第一案”暴露出环境保护领域法律判断与社会认同的矛盾，需要对政府环境保护职责之根源——国家环境保护义务问题予以理论回应。国家环境保护义务的证立，不能简单根据保障基本权利之国家义务体系进行演绎推理，而应从国家任务的现实需要出发进行归纳推理。环境基本国策是国家环境保护义务的宪法规范形态，是对所有国家权力构成约束的“国家目标条款”。国家环境保护义务在内涵上包括：现状保持义务、危险防御义务、风险预防义务。“立法+行政”是我国实现国家环境保护义务的基本路径。现行宪法第26条和第9条第2款共同表述了环境基本国策，并具有“国家目标条款”的规范效力。现阶段我国环境保护领域的国家任务，应围绕新修订的环境保护法的规定，从现状保持、危险防御、风险预防三个方面展开，共同推进国家环境保护义务的实现。

关键词：国家环境保护义务 环境基本国策 国家目标条款 环境保护法

一、问题的提出

近年来，以雾霾为代表的空气污染问题已经成为全社会高度关注的公共议题，PM2.5 也从一个生僻的专业名词一跃成为“路人皆知”的名词。在政府采取行政措施应对大气污染的同时，相关政府责任问题也日益凸显：针对严重的空气污染，能否起诉政府？实践中已经出现相关案例：2014年2月20日，石家庄市民李贵欣针对多次出现的雾霾天气，对石家庄市环境保护局提起行政诉讼，诉请被告依法履行治理大气污染的职责，并承担给原告造成的经济损失和诉讼费用。^{〔1〕}该案件被称为“因雾霾状告环保局第一案”，在媒体上快速传播，引发社会关注。

从社会反响看，该案获得了很高的公众支持度。但是根据目前我国法律体系，原告的

* 浙江农林大学环境法治与社会发展研究中心副教授。

〔1〕 参见李岗：《省会一市民因空气污染状告环保局》，《燕赵都市报》2014年2月24日。

诉讼请求难以获得支持：（1）从行政诉讼的角度看，根据1989年环境保护法第16条“各级人民政府对所辖区的环境质量负责”的规定，对治理大气污染具有行政作为义务的首要主体，是地方政府而非环保部门，本案的诉讼对象错误；同时，考虑到形成雾霾天气因素的复杂性、长期性，无法进行线性归因，也不适宜以结果责任（出现雾霾天气）作为判断相关主体行政不作为的主要依据，法院不能据此作出课以义务判决。（2）从国家赔偿的角度看，石家庄市政府已相继出台了《石家庄市大气污染防治攻坚行动方案（2013—2017）》和《石家庄市重污染天气应急预案》，该市环保局也一直将大气污染防治作为重要工作，开展了一系列整治和改善工作，不适宜认定为“怠于履行职责”，原告提出的赔偿请求缺乏法律依据。（3）从环境公益诉讼的角度看，根据民事诉讼法第55条的规定及其立法原旨，公民不是提起公益诉讼的适格主体。新修订的环境保护法第58条也未将环境公益诉讼主体扩大至公民个人。即使在学理上，原告的诉讼请求也缺乏理论支持。一般而言，尽管法律对国家环境保护的职责进行了规定，但不能从中推导出一般性的请求国家机关履行环境保护义务的公法请求权。^{〔2〕}

可见，从法解释学与司法实践出发，本案中原告的诉讼请求没有明确的法律依据，依法不能成立。然而，从法社会学与社会认同出发，本案反映出公众对改善环境质量、督促政府履行环保职责的强烈愿望。根据社会学调查，“环保靠政府”也是我国民众的普遍认识。^{〔3〕}这种公众心理与集体情感应在法律体系中得以体现，而不是简单地用“不符合法律规定”来加以回应。如何解决这一法律判断与社会认同的矛盾？看似直接的思路是提出相应立法对策，如将公民纳入环境公益诉讼的适格主体、在宪法中规定“环境权”等。这种“法律对策”不仅会使政府陷入“动辄得咎”的困境，更为重要的问题在于，用道德论证替代法律论证，无视法律体系的理论基础与制度逻辑，从根本上消解了法律的自主性，无法在法理上回答“政府环境保护职责从何而来、向何处去”这一基础性问题。

在公法学语境中，政府环境保护职责的根源及规范表述，应为“国家的环境保护义务”。更为合适的研究进路，应是从公法学知识体系出发，思考以下问题：国家环境保护义务的理论渊源为何？其与保障基本权利的国家义务具有何种关系？国家环境保护义务在宪法上的规范依据为何？应如何理解其效力和内涵？国家环境保护义务在我国应如何实现？

二、国家环境保护义务理论渊源的辨析

在公法学语境中提出“国家的环境保护义务”，首当其冲的问题是：国家环境保护义务在宪法上的理论渊源为何？这就涉及其与保障基本权利之国家义务体系的相互关系问题。对此，直接的思路是将国家环境保护义务视为基本权利—国家义务体系在环境保护领域的运用，并根据国家义务“消极（尊重）、保护、给付”的三分法，^{〔4〕}对国家环境保护义务予

〔2〕 参见徐以详：《行政法上请求权的理论构造》，《法学研究》2010年第6期。

〔3〕 相关调查数据及分析，参见洪大用：《公众环境保护的政府指向》，载《中国社会发展研究报告2005》，中国人民大学出版社2006年版。

〔4〕 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》，《中国法学》2006年第1期；龚向和、刘耀辉：《基本权利的国家义务体系》，《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2010年第1期。

以展开：根据国家的消极（尊重）义务，公民得以对抗针对公民环境相关权利的国家侵犯；根据国家的保护义务，国家应采取措施阻止或防止针对公民环境相关权利的私人侵害；根据国家的给付义务，国家应积极履行对公民的生存保障，不断改善环境质量。

然而，建立在“基本权利—国家义务”关系上的国家义务体系，是以公民基本权利为逻辑前提和理论依据，国家义务直接源自明确的公民权利。^{〔5〕}在此语境下确立国家环境保护义务，就需要对国家环境保护义务的权利源头进行识别与辨析。

综观宪法中传统的基本权利体系，尽管能够发挥一定的环境保护作用，但其前提必须是个人权利受到侵害或是有受到侵害之虞的状态存在，在范围上无法涵盖环境公共利益，^{〔6〕}这和现代生态环境保护的要求相比具有明显的局限性。以和环境保护关系最为紧密的基本权利——生命健康权为例。因环境污染而对人体健康造成损害，是健康权规范内涵的重要部分，由此产生了“健康环境权”概念，也得到了司法实践的部分确认。^{〔7〕}但其局限性在于：（1）健康环境权仅涉及人体健康和免于污染领域，是对因环境污染造成传统人权（生命权）损害的救济，具有强烈的“人类中心主义”价值取向，未能涉及现代环境保护所日益重视的代际公平、生态平衡、生物多样性等领域；（2）即使不考虑生态利益和后代人，仅从当代人类自身而言，健康环境权也远不能满足人们对环境质量的要求。所谓“良好环境”，是可以满足人们健康、清洁、安全、宁静、愉悦、发展等多方面需要的环境状况，而“健康环境权”仅仅涉及危及人体健康的“公害”，范围上显然存在差别。正如学者所言，在以“公害”为前提时，只有在侵害国民的生活环境，进而对健康造成损害时，才得以采取对抗性的策略，这是无法充分达到对于生活环境的保护的。^{〔8〕}

传统基本权利作为“存量”不敷使用，是否意味着应通过基本权利的“增量”加以解决，即在宪法上确认公民环境保护的基本权利？这也是许多学者提出“环境权入宪”的目的所在。现有文献对于“环境权入宪”的论证，主要基于如下两个理由：（1）环境权是一项新人权，已在多国宪法上得到确认，因此应在宪法上加以规定。既然环境权在理论上已达到基本权利的位阶，就应该由宪法明确规定。这不仅是对基本权利属性的确认，也能够为其提供终极保护。^{〔9〕}（2）宪法环境权明确了国家的环境责任，其诸多功能有利于环境保护目标的实现，具体包括宣示功能、警示功能、教育功能、促进立法功能等。^{〔10〕}

应该承认，“环境权入宪”可以回应环境保护的政治压力，提升环境保护在国家生活中的地位，对全社会也具有教育与指导意义。但是，这些功能都是政治层面与社会层面上的功效，并不能直接导出环境权在宪法上的规范含义。从环境权提出的历史背景和社会环境看，环境权立法受到政治因素的强烈影响，也不可避免会带来实践的可操作性问题。从建

〔5〕 有学者认为，国家义务与公民权利已经成为现代国家与公民关系的主轴，国家义务直接源自于公民权利。参见龚向和：《国家义务是公民权利的根本保障》，《法律科学》2010年第4期。

〔6〕 参见李启家、唐忠辉：《论财产权的环境保护功能》，《河海大学学报》（哲学社会科学版）2007年第1期。

〔7〕 See Sumudu Atapattu, *The Right to a Healthy Life or the Right To Die Polluted?*, 16 *Tulane Environmental Law Journal* 101 (2002).

〔8〕 参见〔日〕竹下贤：《环境法的体系理念与法治主义的实质化》，李桦佩译，《太平洋学报》2009年第7期。

〔9〕 参见吴卫星：《生态危机的宪法回应》，《法学评论》2006年第5期；张震：《从民法上的环境权到宪法上的环境权》，《北方法学》2008年第2期；王斌：《环境权入宪的必要性》，《山东社会科学》2008年第2期。

〔10〕 参见吴卫星：《生态文明建设进程中环境权入宪的功能》，《环境保护》2008年第3期。

构国家环境保护义务的角度看,“环境权入宪”的真正问题,不在其必要性,而是其可能性,即在宪法上建构独立的环境保护基本权利是否可能。在这个问题上,有必要认真对待“环境权入宪”在法律规范性上所面临的诸多困难。从总体上看,主要有如下两个方面。

其一,“环境”一词的定义相当模糊,导致环境权的保护内涵和范围不确定。^[11]在广义上,“环境”包括所有围绕在人类四周,足以影响人类生存的一切客观条件,在内涵上非常广泛,很难从中得到明确的权利保护范围。这就造成环境权保护范围与实际效果的矛盾。环境的内容越宽,环境权的权利内容就越不明确,精确度就越小,理论上的严密程度就越缺乏,其权利性就渐渐稀薄化了。^[12]

为解决此问题,有学者提出对环境权进行“瘦身”,即将环境权客体限制在自然环境的范围内。^[13]尽管在理论上,这一限定可以大致概括出环境权的客体范围,但从法律实施看,“自然环境”并不足以明确作为宪法环境权的具体内涵。对深处生态危机的现代人类而言,对于自然环境与良好生态的诉求,必然是不断变化而难以穷尽的。由于现代社会对自然资源的依赖性和人类自身欲望的不断增加,自然系统和社会系统已经无法截然区分,对现代人类生活而言,纯粹客观意义上的自然环境并不存在。所谓适宜人类居住、满足生存与发展需要的、令人身心愉悦的良好环境,是人类多方面利益诉求的表达,必然包含主观价值判断的因素。在这一意义上,“环境权是人类尊严的一种表达方式”。^[14]如果抽空其中的主观要素,反而是对环境权宗旨的背离,不可能得到社会的广泛认同。

可见,由于“环境”词义的广泛性,概括人类对环境诉求的“环境权”,在实践中的保护范围必然具有模糊性,这直接影响环境权成为宪法基本权利的可能性。环境权之内涵本身不明确,可请求之内容亦不明确,难以独立地作为一种基本权利。^[15]

其二,基本权利之作用是保障宪法上个人自由权利,具个人性,但自然生态与环境资源本质上并非专属于个人,环境基本权与基本权利个人主义的本质有所不符。^[16]保障个人的基本权利,是实现宪法上人性尊严的基本要求所在。保障人性尊严是现代宪法的灵魂所在,只有在承认并尊重人所固有的尊严的基础上,谈论权利、自由、民主、法治等宪法要素才有意义。^[17]如此,基本权利的核心即在于个人自由权,这也是实现宪法上人性尊严的内在要求。同时,强调宪法基本权利的个人专属性,是基于“国家为个人而存在”的宪法理念,并非有意忽视社会利益。实际上,个人与社会相互联系而非二元对立。宪法所保障的个人,并非孤立的个人,而是在社会群体中生活的个人。实现基本权利的关键,在于通过对基本权利的限制,在个人自由(私益)和团体生活(公益)之间做出最适合的利益衡量。如果将重点放在团体生活、公共利益的话,就把个人和团体放在对立状态,有造成极

[11] 参见[日]原田尚彦:《环境法》,于敏译,法律出版社1999年版,第67页。

[12] 参见[日]大须贺明:《环境权的法理》,林浩译,《西北大学学报》1999年第1期。

[13] 相关论述,参见吴卫星:《环境权研究》,法律出版社2007年版,第89页以下;史玉成:《环境利益、环境权利与环境权力的分层建构》,《法商研究》2013年第5期。

[14] [法]亚历山大·基斯:《国际环境法》,张若思编译,法律出版社2000年版,第18页。

[15] 参见陈慈阳:《环境法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第92页。

[16] 参见上引陈慈阳书,第90页。

[17] 参见张千帆:《宪法学导论》,法律出版社2004年版,第57页。

权主义的危险。^[18]

反观环境权理论,其在提出之时,就明确将环境资源的不可分性和公共享有作为权利建构的基础。这方面的代表观点,是美国萨克斯教授提出的“环境公共财产论”或者说“环境公共信托论”。根据该学说,空气、水、阳光等人类生活所必需的环境要素,在当今受到严重污染和破坏,以致威胁人类的正常生活的情况下,不应再视为“自由财产”而成为所有权的客体,环境资源就其自然属性和对人类社会的极端重要性来说,应该是全体国民的“共享资源”,是全体国民的“公共财产”。^[19]日本的环境权学说也有相似主张。根据其“环境共有的法理”,环境权是指任何人均有享受良好环境并能支配良好环境的权利。大气、水、日照、景观等是人类生活中不可缺少的资源,是人类共有的财产,没有取得共有人的同意而对该环境进行排他而独占的利用,是违法的,居民可以加以排除。^[20]

无论是“环境公共财产论”还是“环境共有的法理”,都是以环境资源的公有为基础,在公共利益上建立环境权的正当性。这一主张无疑具有道德感召力,但从法律规范性角度观之,仅强调环境资源的公共性,在法技术上无法将权利主体利益范围予以特定化,也就难以在实践中对环境权条款加以直接适用。一旦将某一基本人权定性为全民共有,在某种意义上已将该权利架空。^[21]另外,单向度强调环境资源的公有,就使所有具备公共性的“环境”都在环境权的客体范围内,既包括自然环境,也包括人文环境(历史、文化古迹等)和社会环境(公园、道路、公共设施等)。如此广泛的客体,很难转化为现实中明确的权利保护范围,这也正是学者们指责环境权范围模糊、保护对象和规范内容“不明确”的根源所在。“尽管以全方位的环境为对象来构建环境权理论上事属可能,但如此广泛无边环境权,即使是具有政治性意义,其法的效果也是难以期望的。”^[22]

即使不考虑利益特定化的难题,就现代社会中“人类—环境”关系而言,也并不存在一个无差异的、“铁板一块”的环境公共利益。环境问题是近代以来工业化的产物,从环境与社会交互性视角看,不同的制度、行业、职业都在不同方式上使用相同的物理环境。在现代社会中,既要在真正的公共利益上合作,而又不被人们的特殊利益分离,是非常困难的。^[23]仅仅强调公共利益并不符合现代社会中环境利益分殊化的事实,以此为基础建构的环境权,并不足以充分反映“人民—国家”的宪法关系。有学者指出,有关环境品质的评断,乃是一种价值判断,很难以法律语言予以描述,加上因文化及生活水准的差异,往往亦无法得出单一、明确的决定。^[24]如果仅强调环境权的公共属性而忽视个体的特定诉求,就可能造成“生态专制”,同宪法基本权利保障个人自由的目标南辕北辙。即使将区域性环境保全视为一个与一般公益相关的问题,最终仍是为了保护每一个居民健康而安全地生活

[18] 参见许育典:《宪法》,台湾元照出版有限公司2009年版,第100页。

[19] 参见陈泉生:《环境时代与宪法环境权的创设》,《福州大学学报》2001年第4期。

[20] 参见徐祥民、宋宁而:《环境共有思想——日本环境权说的本土文化基础》,《政法论丛》2011年第4期;罗丽:《日本环境权理论和实践的新展开》,《当代法学》2007年第3期。

[21] 参见叶俊荣:《宪法位阶的环境权——从拥有环境到参与环境决策》,《台大法学论丛》第19卷第1期。

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

[23] 参见[美]查尔斯·哈珀:《环境与社会——环境问题中的人文视野》,肖晨阳等译,天津人民出版社1998年版,第59页。

[24] 参见李建良:《论环境保护与人权保障之关系》,《东吴法律学报》第12卷第2期。

的问题。因此，与居民每一个人私的利益割裂开，将环境保护理解为专门为公益目的，是不妥当的。^[25]

除上述规范性理由外，从现实层面考虑，也应认识到“环境权入宪”对宪法权威性可能造成的损害：如果绝对性的环境权保障要求太高，则在现实中可能造成大量违宪情形；如果认可现状合宪并能继续存在，则无疑代表环境权作为宪法基本权利效力的削弱。^[26]另外，“权利宪法化”虽然有良好的动机，但如果不加限制地在宪法中增加基本权利，就会压缩相应的政治运行空间，可能把权利保障推上一条“宪法宣告更多，实际权利更少”的窘迫境地。^[27]可见，为避免基本权利的“通货膨胀”，也应对“环境权入宪”持必要的审慎态度。

综上所述，由于同传统基本权利体系存在诸多理论冲突，目前尚不能成立“环境基本权利—国家环境保护义务”的宪法关系。国家环境保护义务的证立，不能简单套用保障基本权利之国家义务体系，需要寻找另外的理论进路。

三、国家环境保护义务的证成

基于上述判断，本文不通过“基本权利—国家义务”的演绎推理方式论证国家环境保护义务，而从宪法文本与现实需要出发，根据宪法发展的结构性变化，以归纳推理的方式，通过对环境基本国策规范含义的分析，明确国家环境保护义务的宪法依据与规范内涵。

（一）环境基本国策：国家环境保护义务的规范形态

从法律文本看，国家环境保护义务在宪法上的直接表现，是各国宪法中普遍存在的环境基本国策条款。目前，已有105个国家在宪法中纳入环境基本国策条款，明确国家在环境保护上的责任。^[28]最具代表性的规定，是德国1994年修宪通过的基本法第20a条的规定：国家基于对未来世代所负之责任，在合宪秩序的范围内，通过立法、行政机关和司法机关根据法律与法，保护自然的生命基础。

从宪法变迁的角度看，基本国策作为国家积极干预社会生活的规范表述，构成了现代宪法的基本内容。基本国策是“国家发展的指针”，是宪法中国家机构与人权规定外的“第三种结构”。^[29]当然，在宪法中过多规定基本国策，也会造成不利影响：其一，如果基本国策被滥用，提出的目标超出国家所能负担的能力，就会威胁到宪法的权威性，国民也会感觉上当受骗；^[30]其二，宪法是一部稳定的基本法，非基本政策应该由法律规定，而不应进入宪法，否则，政策变化必然要求修改宪法，从而影响宪法的稳定性。^[31]

因此，将环境基本国策纳入宪法，也不可避免地存在一定论争。从德国修宪实例来看，

[25] 参见前引[11]，原田尚彦书，第68页。

[26] 同上书，第67页。

[27] 参见姜峰：《权利是否多多益善？》，《读书》2013年第1期；姜峰：《权利宪法化的隐忧》，《清华法学》2010年第5期。

[28] 参见蔡守秋：《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》，《现代法学》2013年第6期。

[29] 参见陈新民：《宪法学释论》，台湾三民书局2005年版，第865页。

[30] 参见[德]康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆2007年版，第163页以下。

[31] 参见张千帆：《宪法不应该规定什么》，《华东政法学院学报》2005年第3期。

尽管1990年《两德统一条约》已经明确提出了增订基本国策的要求，但最终仅增加了环境保护条款。应该说，环境基本国策的增订，是1970年代以来德国各界推动环境保护入宪的成果。德国绿党在政治上的压力，也是环境保护条款能顺利进入宪法的重要原因。^[32]然而，在修宪过程中，对于是否在宪法上规定环境保护基本国策，仍然存在一定的争论。反对者提出的主要理由是：将环境保护作为基本国策，会造成“政治之法律化”，魏玛宪法的教训可为前车之鉴；环境保护的法律概念至今仍无明确范围，其概念之模糊将导致与主观权利的界限难以区隔。支持者则提出，环境基本国策可以填补基本法中对于环境保护范畴所出现的漏洞或规范赤字，也会对国家权力造成行为压力，并非无关痛痒的多余条款。^[33]

从德国修宪历程看，主张环境保护入宪的观点占据多数地位，并最终在宪法上以环境基本国策的形式体现出来。尽管需要警惕基本国策遭到滥用，但在环境保护领域，确有必要在宪法中纳入相应条款：（1）在策略上，由于“环境权入宪”一直纷争不断，尚难以作为一项独立的宪法基本权利，为了确保宪法中体现环境保护要求，就有必要加入环境基本国策，凸显环境保护的价值，为政策制定和相关司法救济提供宪法论据。^[34]（2）对于人民来说，基本国策是监督和评价政府活动的标尺。有了这一尺度，人民不再单凭感觉来判断政府的前进方向是否正确，可以根据预定的目标在必要时要求政府纠正偏差。^[35]这一点对于环境保护领域尤为重要。在政府担负大部分环境保护职责的情况下，自有必要为人民的监督提供宪法依据。（3）环境基本国策并非仅有象征意义，其不仅对国家权力形成约束，还对全体人民产生事实上的教育功能。环境基本国策绝非悲观者所言的“法律空转”，而是步入“环境国家”的一个转折点。^[36]（4）环境保护基本国策是国家宣示其环境保护意志的最普遍形式。从长期来看，环境基本国策可以给未来整个环境法体系的发展提供非常重要的原动力，此种宪法的要求，便是“环境国家”理念实现的基础。^[37]因此，在宪法上明确将环境保护作为国家发展的方向，是一国实践“环境国家”价值理念的基本要求。

（二）国家目标条款：国家环境保护义务的规范定位

关于宪法上环境基本国策条款的规范效力问题，传统上主要存在“方针条款”和“宪法委托”两种学说。目前一般认为，基本国策的规定相当丰富，应依据现实情况和具体规定，区别对待各基本国策条款的法律效力。^[38]按此思路，对环境基本国策规范效力的分析，也应区分下列三种情况并分别进行评价。

1. 作为“方针条款”的环境基本国策

当环境基本国策的规定，因用语抽象、模糊而难以确定其明确含义时，可以将其视为无法律约束力的“方针条款”。例如，1991年马其顿宪法第8条第1款规定：马其顿共和国

[32] 德国绿党自1980年正式成立以来，一直呈上升趋势。1994年选举后，绿党取代自民党，成为德国第三大党。在此过程中，绿色理念也逐步渗透进德国国家政策中。参见沈素红、邢来顺：《德国绿党对德国政治的影响析论》，《长江论坛》2006年第4期。

[33] 相关论争的详细介绍，参见林明锵：《论基本国策——以环境基本国策为中心》，载《现代国家与宪法》，台湾月旦出版有限公司1997年版，第1483页以下。

[34] 参见张嘉尹：《环境保护入宪的问题——德国经验的初步考察》，《月旦法学杂志》第38期，1998年7月。

[35] 参见刘东亮、郑春燕：《宪法基本国策研究》，《西南政法大学学报》2000年第1期。

[36] 参见前引[33]，林明锵文，第1496页。

[37] 参见前引[15]，陈慈阳书，第106页。

[38] 参见前引[29]，陈新民书，第905页以下；前引[35]，刘东亮等文。

宪法秩序的基本价值，包括合适的城市与乡村规划以提升人类环境的适宜性，同时也包括生态保护及发展。从结构上看，第8条第1款宣示了十项宪法所确认的基本价值，环境保护内容位列其中，应视为对环境基本国策的规定。但从效力上看，由于上述规定将生态环境保护目标的实现，仅寄托于“合适的城市与乡村规划”，同时也未对国家权力提出如何落实的要求，这就既不符合生态环境保护的现实需求，也难以从中推导出具体宪法命题，应属于无规范约束力的方针条款，仅具有宣示性和期待性之象征效力。

2. 作为“宪法委托”的环境基本国策

将环境基本国策定位为单纯的“宪法委托”，意味着宪法只对立法者提出环境保护的要求，不涉及其他国家权力。这种规定多出现在环境保护运动的早期。如瑞士在1971年通过的修宪案中，加入了环境保护基本国策的规定：联邦立法机关应制定法律，保护人及其相关自然环境免遭有害或嘈杂物质影响，特别针对空气污染和噪声。这具有明显的“宪法委托”性质。

相较于“方针条款”的定位，明确环境基本国策的“宪法委托”属性，能使环境基本国策具有法律约束力。但是，将环境基本国策的规范效力局限于立法者，不仅人为限缩环境基本国策的适用空间，也不利于环境公共利益的维护。理由在于：（1）根据环境基本国策的“宪法委托”效力而对立法者课以作为义务，只涉及“是否立法”的问题。在“如何立法”的问题上，宪法无法明确何时、针对谁、采取何种措施进行管制，立法者拥有广泛的形成空间，属于其立法裁量事项。^[39]如果仅仅作为宪法委托，环境基本国策反而会给立法者留下最为广泛的裁量空间，^[40]在环境保护领域，这显然不利于公民的监督。（2）在很多情况下，环境保护的问题不在于缺乏管制立法，而是行政执行上缺乏效果。例如，美国1970年清洁空气法设立了国家环境空气质量标准和多种空气污染排放标准，并为达到这些标准规定了时间期限，但各州政府在工业界的压力下，往往不能充分、全面地执行法律的规定，联邦环保署（EPA）也对某些条款的实施持消极态度，造成清洁空气法无法达到预期目标。^[41]显然，仅仅对立法权加以规范远远不足以达到环境保护目标。正因如此，这些国家在随后的修宪过程中都进行了相应改变。如瑞士在1998年新宪法的环境保护条款中，第73条明确宣示了实现可持续发展的国家义务，第74条除了对立法权提出要求外，对行政权也明确课以作为义务。

3. 作为“国家目标条款”的环境基本国策

环境基本国策定位为“国家目标条款”，意味着将环境保护作为独立的国家目的，并对所有国家权力均具有约束力。这方面的代表是德国。根据德国学界通说，基本法第20a条的环保基本国策是典型的“国家目标条款”，其确立了“保障自然生存基础”的国家目的，与

[39] 根据宪法学理论，宪法委托对立法权是具有强制力的规范，立法者不拥有“是否立法”的裁量权，但在立法者选择实践宪法规定的方法上，即“如何立法”上具有立法形成空间。参见杨福忠：《立法不作为问题研究》，知识产权出版社2008年版，第89页。

[40] 不同性质的宪法规范在立法裁量上的范围是不一致的。一般而言，基本国策规范最广，国家组织规范次之，基本权利规范最窄。参见李建良：《论立法裁量之宪法基础理论》，《台北大学法学论丛》第47期（2000年12月）。

[41] 参见王曦：《美国环境法概论》，武汉大学出版社1992年版，第398页以下。

“社会福利国”之国家目的具有同等地位，^[42]并对所有国家权力产生法律约束力。具体来说：（1）对立法权而言，基本法第20a条首先规定，立法者在宪法秩序的范围内，有义务制定必要的环境保护法律。这表明，德国修宪者有意采取“法律保留”的形式，保留立法者优先决定的权利，防止行政或司法直接适用该条款。^[43]据此，该条款具有明显的立法委托性质。立法者在该约束下，对于“如何立法”享有较大的自由形成空间。如果怠于立法或相关立法不符合环境保护目标，即构成违宪。（2）对行政权和司法权而言，基本法第20a条规定，国家通过行政部门依照法律与法的标准制定要求，也通过司法保护自然的生命基础。如此，该条款对行政权和司法权也具有约束力：一方面，行政权应按照立法者所制定的法律进行适用，在进行行政裁量时，可将环境基本国策的规定作为引导及标准；另一方面，司法机关在审理具体案件、解释法规范时，应以环境基本国策为其解释之基准，尤其是存在立法漏洞时。摒弃“方针条款”理论、借鉴“宪法委托”理论，并在此基础上将其效力范围，扩展至所有国家权力而成为“国家目标条款”，正是环境基本国策理论发展之核心要义。

（三）现状保持、危险防御与风险预防：国家环境保护义务的内涵

对国家环境保护义务的具体展开，应从“环境保护”自身的需要出发，通过对不同类别国家任务的阐释，明确相应情况下国家权力行使的总体要求。根据学者的归纳，“环境保护”的概念，主要是指减少甚至避免造成环境的负担及危险所采取的措施或行为整体，具体包括三个方面：（1）排除现已存在和出现的对环境的损害；（2）排除或者减轻现在对环境可能或潜在的危险性；（3）经由预防措施的采取来防止对未来环境的危害性。^[44]对上述内容进行规范性解读，可以明确国家环境保护义务的具体内涵。

1. 现状保持义务，或者说“倒退禁止”义务，即国家权力应保证环境状况不继续恶化。国家不得使环境保护水平发生倒退，是国家在环境保护事项上对于人民的基本政治承诺。在环境领域，国家存在的目的就在于对其人民及其环境负有一定的保护义务。^[45]国家天生具有保障其领土环境品质不发生倒退的责任，这构成了国家统治正当性的重要一环，法律则起到确认和完善的作用。为完成此任务，国家首先应在宏观层面构筑履行环境保护义务的基本框架，主要包括：建立环境保护立法与制度体系，建立生态环境保护的管理体制，健全生态环境保护机制等。在此基础上，国家应进一步根据“倒退禁止”的要求，在微观层面上建立相应的基础性、核心性制度，确保生态环境至少能保持在现有水平上。

从环境保护实践看，为了有效地保证环境水平不再继续恶化，国家应首先采取污染控制的措施，对现有污染源进行直接管制，即普遍实行排污许可证制度。可以说，环境政策所取得的多数进展，都是以许可证制度为基础的。^[46]在排污许可证制度中体现“倒退禁止”要求之代表性立法，是美国针对水质标准所实行的“反退化政策”。根据美国清洁水法

[42] 参见[德]施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第148页以下。

[43] 参见前引[34]，张嘉尹文。

[44] 参见前引[15]，陈慈阳书，第31页。

[45] 参见宫文祥：《中国环境法制战略突破口的另向思考》，《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2010年第3期。

[46] 参见[美]保罗·R.伯特尼、罗伯特·N.史蒂文斯主编：《环境保护的公共政策》，穆贤清等译，上海三联书店2004年版，第31页。

的规定，“反退化政策”是水质标准体系的重要组成部分，目的在于防止现有水质继续恶化。联邦环保署（EPA）要求各州必须按照美国水质标准规章（40CFR § 131.12）所规定的规划及实施框架，采用有效的政策措施保持地表水质量。^[47]总体上看，“反退化政策”较好地解决了美国联邦和州因为权力划分而在水污染控制上可能出现的冲突，确立了联邦在环境管理上的主导权，是国家在环境保护上现状保持义务的具体表现。

2. 危险防御义务，即针对具有明显、直接环境危害性的“危险”，国家应采取干预性措施并加以排除。自近代国家产生以来，保护境内人民生命、财产安全一直是国家的基本职责，从中导出了国家维护公共安全、保障公共秩序的危险防御义务。在法律概念上，所谓“危险”是指一种情况，在该情况中发生的事情，如果未受阻止极有可能形成法益的损害，即对公共安全和秩序造成损害。^[48]传统上，该任务由警察部门代表国家完成，在存在危险的情况下，警察有权采取保护性的措施。

在现代社会中，随着环境问题的日益凸显，国家的危险防御任务不仅包括抵抗妨害公共安全的违法犯罪和自然灾害，也包括防御人类或动物经由水、土壤、空气接触有害物质而受到的威胁，如防治水污染和大气污染，便是一种明显的对具体环境危害的抵抗或排除。此时，国家应基于因果关系的经验法则，对侵害环境权益的各种因素进行识别与判断，采取一定的干预手段来制止此危险发生。在作出具体措施前，应尽可能对危险状态予以掌握并分析，基于确认之事实、诊断和对于类似案件之经验，对将来发展之可能状态进行预测，然后尽可能采取适当的措施。^[49]在制度层面，国家为完成环境保护领域的危险防御义务，应建立环境执法体制，并根据环境保护的现实需求，在执法手段、执法程序、责任追究、能力建设等多个方面，不断加以完善和改进，促进环境法律的实施；国家应充分保障司法救济渠道的畅通，对侵害环境权益的行为给予有效制裁。

3. 风险预防义务。在现代风险社会中，造成环境及生态破坏的因素已不再限于确定的危险，而更多地包含了不确定的风险。此时，国家基于环境保护义务，就必须采取相应预防措施而不能放任不管，由此产生针对环境风险的风险预防任务。作为国家任务的风险预防，不同于传统理解的国家通过危险消除来保障安全。^[50]具体而言，从国家为人民提供安全的角度看，在传统上，防御了危险就是安全，由此产生危险防御的国家任务，该任务可以通过经验和一般性知识进行明确判断；如今，风险所具有的潜伏性、区域性与不确定性，往往超越了基于主客二分和还原论的科学理论认知限度，专家也无法担保实现“绝对安全”，人民对于风险的恐惧和对安全的需求与日俱增，自然期待国家能采取相关行动，政府的行动也逐渐转向以风险预防为主。^[51]从功能上看，国家采取风险预防措施，使当代人对于环境资源只能进行有限度的开发利用，保留大致相当数量的自然资源和物质财富给后代人，

[47] 参见席北斗等：《美国水质标准体系及其对我国水环境保护的启示》，《环境科学与技术》2011年第5期。

[48] 参见[德] Scholler/Schloer：《德国警察与秩序法原理》，李震山译，台湾登文书局1995年版，第71页以下。

[49] 参见陈春生：《行政法上之预测决定与司法审查》，载《行政法之学理与体系（一）》，台湾三民书局1996年版，第183页。

[50] 参见[德] 乌尔里希·K. 普罗伊斯：《风险预防作为国家任务》，载刘刚编译：《风险规制：德国的理论与实践》，法律出版社2012年版，第162页。

[51] 参见[德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第535页以下。

也是实现代际公平理念的重要一环。^[52]

然而,对风险进行提前预防并不意味着无条件地对所有风险进行管制,甚至达到“零风险”状态。从风险规制的特征而言,普遍存在着“最后一英里”问题,即针对某可能造成危害的风险因素,规制机构采取的措施可以有效降低至某个水平,但如果要完全加以清除,会带来高昂的成本却无法取得预期的收益。试图将风险完全清除所面临的困难,包括有限的技术选择、高昂的成本、投入相当的规制资源、高昂的诉讼费用、无尽的争论等等。^[53]另外,在风险问题上没有免费午餐,减少任何特定风险的努力都会带来新的风险,即附加风险和替代风险。如要求证明核电站是绝对安全的,阻止了核电站取代火力发电厂,而火力发电却是引起全球气候变化和酸雨问题的重要因素之一。又如,因 DDT 在全球的禁用,造成了痢疾在一些第三世界国家再次蔓延。^[54]

因此,国家所担负的“风险预防”任务并非一味降低风险,其重点在于明确预防的范围和程度。在要求国家采取措施对风险加以预防时,也不能忽视社会资源和科学知识在风险问题上的内在局限。此问题反映在法学上,即为“剩余风险”的判断问题。所谓“剩余风险”,是指不应排除而由社会予以忍受的风险。该概念最早来源于德国联邦宪法法院 1978 年的“喀尔卡核电站案”(Kalkar Case)。根据该案判决,在核能的利用上,人类认知有其局限,绝对安全是无法建立的,全社会必须伴随、忍受民间利用核能所带来的“剩余风险”。^[55]德国学界在此基础上,发展出“危险、风险、剩余风险”三分理论。区分危险、风险及剩余风险,应从两个层面进行:(1)根据损害发生的概率(不确定性),区分危险与风险;(2)根据损害是否可以忍受和“实践理性”标准,^[56]区分风险与剩余风险。以“三分理论”为基础,不同层面的国家任务是:面对危险,国家负有加以干预和排除的“危险防御”任务;面对风险,国家可以干预,但必须在技术可能性、干预手段与所达到利益之间合乎比例的条件下才能进行;依据实践理性无法将其排除的“剩余风险”,在法律上是允许存在的,人民对此具有忍受义务。

综上,国家的环境风险预防义务可表述为:对于具科学不确定性的环境风险,国家应在合理判断社会所能接受“剩余风险”的基础上,采取适当的预防措施。在制度层面,国家为履行环境风险预防义务,应建立合适的规制机构,并对其机构职责、规制手段、规制程序、公众参与等问题予以立法确认;司法机关针对规制机构的风险决策行为,应进行审慎而节制的司法审查。

(四) 两种研究进路之比较

基于“国家目标条款”而生成的国家环境保护义务,和基于“基本权利—国家义务”关系而生成的国家环境保护义务相比,前者遵循归纳法,从环境保护的实践需求和国家任务的时代变迁出发进行理论概括;后者则运用演绎法,力图“将基本权利及其对应的国家

[52] 参见刘长兴:《论环境法上的代际公平》,《武汉理工大学学报》(社会科学版)2006年第1期。

[53] 参见[美]斯蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第11页以下。

[54] 参见陈海嵩:《风险预防原则理论与实践反思》,《北方法学》2010年第3期。

[55] 参见陈春生:《核能利用与法之规制》,台湾月旦出版股份有限公司1996年版,第37页。

[56] 这里的实践理性标准,主要涉及风险预防在技术上的可能性和经济上的可行性,是“为了科技进步而必须付出的代价”。参见前引[50],普罗伊斯文,第143页。

义务类型化和条理化”。〔57〕

必须承认，通过演绎推理证成“基本权利—国家义务”关系并建立国家义务之理论体系的学术努力，是近年来公法学理论研究的重要进展，值得肯定。然而，为追求理论体系的完美，这一演绎推理的过程极易坠入概念法学的陷阱，将抽象概念作为国家义务的来源而进行循环论证，对此已经有学者提出了批评。〔58〕更重要的是，从证成国家环境保护义务的角度看，演绎推理的论证方法无法针对实践中复杂多变的环境保护问题提供有说服力的解释，而这正是归纳推理的优势所在。

略举两例予以说明：（1）在前述“因雾霾状告环保局第一案”中，如果根据“基本权利—国家义务”的论证思路，就存在多种解释可能性：从企业排放污染造成雾霾角度看，可成立国家的保护义务；从保障公民获得符合“人性尊严”之基本大气生存条件角度看，可成立国家的给付义务；如果将发放排污许可证的行为视为造成污染的“国家行为”，成立国家的消极义务也无不可。如此宽泛的解释空间，显然不利于具体制度的建构。而根据“国家目标条款”的论证思路，则可摆脱科学细节问题的纠缠，聚焦于“雾霾天气造成环境质量下降”这一事实，成立国家的现状保持义务，并对国家权力提出相应要求。

（2）近年来，我国多个地方都发生了因修建PX化工项目而引发的环境群体性事件（简称PX事件）。针对“PX事件”，如果根据“基本权利—国家义务”的论证思路，即为：企业侵害了公民基本权利并引发社会抗争行为，应成立国家的保护义务。然而从现实情况分析，PX事件带有浓厚的“邻避”特征，在性质上属于“预防型维权”，区别于传统“事后救济型维权”的群体性事件。〔59〕进一步说，在PX事件中，公众所表达的是政治意愿而非权利诉求，是“用权力去斗争”而不是“为权利而斗争”。〔60〕此时，机械套用国家保护义务以确保公民基本权利不受侵犯，就明显与PX事件的实践逻辑不相吻合。由此也就能理解，一再重复的“实现信息公开、扩大公众参与、保障司法救济”等对策，为何无助于现实问题的解决，反而使“PX风波”越演越烈。如果根据“国家目标条款”的论证思路，则可避免这一理论陷阱，基于“公众出于对风险的恐惧而发起PX事件”的基本判断，成立国家的风险预防义务并对国家权力提出风险规制的整体性要求。

可见，运用归纳推理、根据“国家目标条款”而生成国家环境保护义务，在理论层面上具有较为坚实的基础，在实践层面上也具有比较优势，能更好地回应现实中纷繁多变的环境问题。

四、国家环境保护义务在我国的实现

（一）实现国家环境保护义务的基本路径

在生态环境日趋恶化的当代中国，实现国家环境保护义务具有无可辩驳的重要意义。

〔57〕 前引〔4〕，张翔文。

〔58〕 参见杜强强：《自由权的受益权功能之省思》，《北方法学》2013年第4期。

〔59〕 参见邓君韬：《“邻避运动”视野下PX项目事件审视》，《湖南社会科学》2013年第5期；于建嵘：《自媒体时代公众参与的困境与破解路径》，《上海大学学报》（社会科学版）2013年第4期。

〔60〕 参见李修棋：《为权利而斗争：环境群体性事件的多视角解读》，《江西社会科学》2013年第11期。

近年来,全国各地对生态文明建设的重视与推动,也为国家环境保护义务的实现提供了良好机遇。然而,必要性不等于必然性,可能性也不意味着现实性。当代中国实现国家环境保护义务,首要任务并非规范论证,而是对环境法治的现状加以判断,并选择合适的推进路径,明确立法机关、行政机关、司法机关在实现国家环境保护义务过程中,各自应发挥怎样的作用。

在逻辑上,实现国家环境保护义务的路径集合包括:(1)立法路径,即通过不断制定新法或修订旧法,突出政府的环境责任,应对环境监管的“政府失灵”;(2)行政路径,即不断完善环境管理体制机制,提升政府在生态环境领域的规制能力;(3)司法路径,即通过司法审查权的行使,对政府权力形成有效监督。从当前学界的主流观点看,由于实践中环境执法不力已经“路人皆知”,传统环境司法对行政权力的约束也十分有限,^[61]因而普遍持有的改变这一局面的基本思路是“立法+司法创新”,即:通过立法建立对政府行为的监督与制约,强化政府环境责任,并在环境保护法的修改及其他环境法律的完善过程中,加以充分体现;^[62]大力推动以环境公益诉讼为代表的环境司法创新,弥补环境执法的不力,督促政府有效履行环境职责。^[63]从社会舆论和公众认知看,“立法+司法创新”的思路也得到了认可,并对相关立法完善寄予厚望,环境保护法修改过程中环境公益诉讼条款所引发的社会争议,即为例证。^[64]

从策略角度分析,“立法+司法创新”思路之所以得到普遍认可,根源在于学界和社会舆论对环境法治“存量”的负面评价,即对目前环境执法和环境司法现状表示不满,对行政部门和司法部门实施环境法律、监督公权力的态度与能力,保持高度怀疑和不信任。基于此判断,人们试图通过完善立法和推进环境公益诉讼实现环境法治“增量”的优化,并对环境法治“存量”构成有效约束与监督。

应该说,建立在“环境执法不力”和“环境司法有限”基本判断上的“立法+司法创新”思路,较为准确地反映了当前中国环境法治的现状与发展阶段,本文原则上予以赞同。但是必须指出,该思路存在一定疏漏,下述问题需要加以进一步讨论。

1. 正确处理“立法论”和“解释论”的关系。有学者对环境法研究“立法至上”的倾向提出了批评:“一碰到问题,就呼吁新法,很少考虑通过对现行法的解释和适用来解决

[61] 在各级法院受理的环境案件中,环保行政案件比例最少,约为13%。参见袁春湘:《2002—2011年全国法院审理环境案件的情况分析》,《法制资讯》2012年第12期。对环境司法整体状况的分析,参见吕忠梅等:《中国环境司法现状调查》,《法学》2011年第4期。

[62] 参见王曦:《当前我国环境法制建设亟需解决的三大问题》,《法学评论》2008年第4期;吕忠梅:《监管环境监管者:立法缺失及制度构建》,《法商研究》2009年第5期;蔡守秋:《论修改〈环境保护法〉的几个问题》,《政法论丛》2013年第4期。

[63] 一般认为,各界对建立环境公益诉讼制度的必要性具有基本共识。参见别涛:《环境公益诉讼立法的新起点》,《法学评论》2013年第1期。

[64] 2013年7月,《环境保护法修正案》(草案二次审议稿)公开征求意见,其中第48条规定:“对污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为,中华环保联合会以及在省、自治区、直辖市设立的环保联合会可以向人民法院提起诉讼。”该条款立即引发了社会舆论的广泛质疑,认为构成了环境公益诉讼主体的“垄断”(参见庄庆鸿:《环境公益诉讼为何仍“高门槛”》,《中国青年报》2013年10月31日)。根据最终审议通过的《环境保护法》第58条,环境公益诉讼主体范围是“依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记,专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录”的社会组织。

问题”。〔65〕这一批评可谓一针见血，但却有失偏颇。单纯从学术研究的角度看，“动辄立法”式的研究固然值得批判，“解释论”研究也是形成法教义学体系的必经之途，但从学术界所“嵌入”的经济社会体制看，尚不能简单否定“立法论”研究的价值。当代中国正处于社会转型的历史性过程之中，多元利益和多元主体的形成，已经使权益分配发生了从“政策博弈”到“立法博弈”的转变。〔66〕现阶段，我国环境保护与经济发展矛盾仍然突出，环境法律法规的制定、修改，无不体现出浓厚的博弈和妥协色彩。学术界通过深入研究，对法律的“立改废”提出建议并影响立法决策，尽量使环境立法摆脱部门利益，更多体现生态价值与公众期待，在当代中国有非常重要的价值，〔67〕这是单纯的“解释论”研究所无法实现的。尽管当前开展环境法的“解释论”研究具有重要价值，但过于强调“解释论”而否定“立法论”，就等同于放弃了学术研究的实践关怀，而使环境法研究变成“自说自话”，无助于推进国家环境保护义务的实现。

值得说明的是，2014年4月24日，十二届全国人大常委会第八次会议审议通过了环境保护法修订草案，这是我国环境法治发展进程中的重要里程碑。本次修改环境保护法，经历了4次审议和2次公开征求意见，修改思路也从原先的“修正”变为“修订”，较为全面地反映了当前生态环境保护的重点问题，立法质量有较大进步，应视为我国环境保护法律体系的“基本法”。对新环境保护法展开深入研究并推动其实施，也是今后一段时期内环境法理论与实务界的主要任务。然而，这不代表环境法研究“立法论”的终结。从实施角度看，环境保护基本法的“统领”作用不可能仅靠自身的原则性规定自动实现，而必须经由对单行法之具体制度的具体修改，否则就极易沦为“花瓶式立法”。〔68〕在环境保护法修订完成后，各环境保护单行法的修改工作仍然任重道远。〔69〕因此，环境法需要围绕新环境保护法开展“解释论”研究，也需要继续深入进行“立法论”研究，持续推动中国环境立法的完善。

2. 正确定位环境公益诉讼。从环境公益诉讼制度的功能定位看，对政府行为进行约束与监督是其中的首要方面。一般认为，环境公益诉讼能够克服环境行政机关执法不力的弊端，促进政府积极遵守法律规定。〔70〕推行环境公益诉讼也是各地建立“环保法庭”的初衷所在。然而，有学者对30个环境公益诉讼案例研究发现，绝大多数案件的被告是公民或企业，仅有2起案件被告是政府部门；从主体上看，2/3的案件是由公权力机关作为原告。〔71〕从效果看，由政府或社会组织向企业提起的“环境公益诉讼”，并没有起到监督政府的作用，而是“帮助政府”，是以司法方式取代行政执法。这一点已经引发了部分学者的质疑。〔72〕

〔65〕 巩固：《环境法律观检讨》，《法学研究》2011年第6期。

〔66〕 参见许章润：《从政策博弈到立法博弈—关于当代中国立法民主化进程的省察》，《政治与法律》2008年第3期。

〔67〕 如2012年9月，环境法学界针对《环境保护法修正案（草案）》一审稿提出联名专家意见书，表达对该法律草案的反对意见，力图使立法“拖到下一届”人大任期，初衷即在于该草案“无实质进步”。参见任重远等：《明争环保法修订》，《财新·新世纪》2012年第44期。

〔68〕 参见巩固：《政府激励视角下的〈环境保护法〉修改》，《法学》2013年第1期。

〔69〕 例如，在本届全国人大常委会的立法规划中，除修改环境保护法外，水污染防治法（修改）、大气污染防治法（修改）、森林法（修改）、土壤污染防治法均被列入“一类立法项目”，亟需加以完成。

〔70〕 参见陈虹：《环境公益诉讼功能研究》，《法商研究》2009年第1期；卢伟、陈亮：《环境公益诉讼功能再造》，《人民法院报》2012年11月21日。

〔71〕 参见阮丽娟：《环境公益诉讼的性质识别、原告寻找与审理机关专门化》，《北方法学》2013年第6期。

〔72〕 参见胡玮：《环境公益诉讼：概念的迷思》，载徐祥民主编：《中国环境法学评论》第9卷，科学出版社2013年版。

分析其原因,环境公益诉讼在实践中的“功能错位”,固然是受到一些地方政府的抵制情绪甚至直接干预的影响,却也和实践中对环境公益诉讼定位的模糊及制度“异化”有直接关系。从目前环境公益诉讼的整体情况看,全国各地普遍存在“零受案”的困境。为实现“零的突破”,往往在政府多方协调后选择特定对象起诉,难以摆脱应景或作秀的嫌疑。^[73]按照该运作逻辑,就必然会发生环境执法过程中法院“提前介入”的情况,甚至在查处环境违法行为时,由检察机关直接提起诉讼而不是进行行政执法。^[74]此时,就形成了“司法替代行政”的错位,表现出权力运作的随意性,反而对政府履行环境职责的权威构成损害。正如有学者所言,试图借助诉讼机制补充环境行政监管的“无能”,只会进一步弱化环境行政机关本应独立承担的监管职责,也有违宪法的一般原理与制度框架。^[75]从本质上讲,环境公益诉讼是在政府怠于履行环保职责时,倒逼行政权力以实现国家环境保护义务的辅助性措施,不能越界构成执行环境法律的方式。

因此,有必要对环境公益诉讼制度的实践运行和各种形式的“环境司法创新”,保持一定的审慎态度。如果说在环境保护法修改之前,由于存在“环境违法成本低”现象,尚有必要通过环境公益诉讼“威慑企业、帮助执法”,新环境保护法重点针对“违法成本低、守法成本高”采取了有针对性的措施,实现了对污染者处罚的“上不封顶”,^[76]环境公益诉讼也应及时转型,以推进国家环境保护义务为目标,实现从“帮助政府”到“监督政府”的转变。新环境保护法第58条将公益诉讼的对象设定为“污染环境、破坏生态,损害社会公共利益的行为”,表明立法者尚未对环境行政公益诉讼达成共识,从策略上考虑,环境公益诉讼的转型,还需要在行政诉讼法的修改过程中予以持续推动。

3. 正确对待行政机关在实现国家环境保护义务中的作用。一般认为,目前环境执法普遍面临着来自外部的强大阻力,如政绩考核、财政体制、社会观念、管理体制等,且环保部门内部也存在着执法能力不足和执法动力缺失的问题,使得环境执法的有效性与效率受到极大影响。^[77]这正是学者们极力主张“强化政府环境责任”的缘由所在。然而,对环境执法现状保持批判态度,并不意味着在制度设计中“回避”行政机关。行政机关相对于立法机关和司法机关而言,在日常性、数量以及专业经验上具有不可比拟的优势。^[78]在现代风险社会中,行政机关的灵活性、专业性优势是国家应对复杂形势的重要依凭,不可能被事先立法和事后司法所取代。在这一意义上,不能轻视行政机关在实现国家环境保护义务中所发挥的重要作用,除强化政府责任外,还应注重政府规制能力的提升,促使其有效履行环保职责。

总之,在现阶段实现国家环境保护义务的基本路径是“立法+行政”,包含两个主要策略:立法路径发挥主导作用,行政路径发挥基础作用。以环境公益诉讼为代表的司法路径,

[73] 参见陈亮:《环境公益诉讼“零受案率”之反思》,《法学》2013年第7期。

[74] 相关情况,参见刘超:《环境风险行政规制的断裂与统合》,《法学评论》2013年第3期。

[75] 参见沈寿文:《环境公益诉讼行政机关原告资格之反思》,《当代法学》2013年第1期。

[76] 根据第59条,针对拒不改正的污染者,行政机关可以按照原处罚数额按日连续处罚,将学界多年呼吁的“按日连续处罚”正式写入立法。

[77] 参见汪劲主编:《环保法治三十年:我们成功了吗》,北京大学出版社2011年版,第211页以下。

[78] 参见[美]杰里·马肖:《贪婪、混沌和治理——利用公共选择改良公法》,宋功德译,商务印书馆2009年版,第168页。

应留待相关立法修改完成后予以展开。

（二）实现国家环境保护义务的制度框架

1. 宪法文本的依据

在我国现行宪法中确立国家环境保护义务的规范依据，有两种可能进路：一是根据2004年修宪所增加的第33条第3款“国家尊重和保障人权”之规定，将其视为“概括性人权保障条款”，从中推导出作为基本人权的环境权，进而确立相应的国家消极、保护、给付义务；二是根据宪法第26条“国家保护和改善生活环境与生态环境，防治污染和其他公害；国家组织和鼓励植树造林，保护林木”，和宪法第9条第2款“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”的规定，确认我国宪法的环境基本国策条款，并导出相应的国家义务。

第一种进路是前文所批判的“基于‘基本权利—国家义务’关系而生成国家环境保护义务”思路。第二种进路是本文所支持和提倡的，其有两个问题值得进一步讨论。

（1）由于存在两个不同条文，应如何确立现行宪法中“环境基本国策”的规范依据？从制宪原意看，宪法第26条和第9条第2款位于不同的规范群中，具有不同的功能：第6条至第18条是对社会主义经济制度的规定，其中第9条对自然资源国家所有权的规定，是为了“保证整个国民经济的发展符合于劳动人民的整体利益和长远利益”。〔79〕第19条至24条是对社会主义精神文明的规定，第25条是对计划生育基本国策的规定，随后的第26条显然和第9条不存在联系，是一个独立的基本国策条款。

如此，根据宪法解释的原旨主义，现行宪法中的“环境基本国策条款”仅指第26条。但是，从体系解释和目的解释的角度出发，不能简单地将第9条第2款排除在环境基本国策之外：①根据体系解释，宪法第9条是国家为确保社会成员持续共享自然资源，对自然资源使用而设立的国家规制；第2款的真谛在于确立具有责任性的“规制国家”而非“全权国家”，政府处分自然资源的行为也应符合宪法的规制。〔80〕据此，宪法第9条并非简单宣示国家的自然资源所有权，以保障国民经济的发展，而是设立了一种国家责任。②根据目的解释，不能简单地将“环境”和“自然资源”加以割裂。在规范层面，环境法和自然资源法具有趋同的法律保护客体、共同的法律调整对象、相互融合的法律调整方法。〔81〕在这个意义上，将环境基本国策局限在宪法第26条，并不符合现代生态环境保护的整体性和综合性要求。因而，现行宪法中“环境基本国策”的规范依据，应由第26条和第9条第2款共同构成，以符合环境保护的时代需求和宪法规制的内在要求。

（2）现行宪法中的“环境基本国策”，是否足以作为“国家目标条款”？从历史上看，我国宪法首次对环境保护内容加以规定，是1978年宪法第11条第3款：“国家保护环境和自然资源，防治污染和其他公害”。该条款确立了我国的环境基本国策，并为现行1982年宪法所继承。相较于1978年宪法，1982年宪法对环境基本国策的规定，在形式上进行了拆分，即在不同条文中分别规定环境保护和自然资源保护的内容，这客观上扩充了环境基本国策的规范空间，为形成“国家目标条款”创造了更大可能。

〔79〕 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，第五届全国人民代表大会第五次会议。

〔80〕 参见王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，《中国法学》2013年第6期。

〔81〕 参见杜群：《环境法与自然资源法的融合》，《法学研究》2000年第6期。

从内容上比较,现行宪法规定的进步性体现在:①理念的进步。1978年宪法第11条第1、2款是对国家发展国民经济的规定,在此之后规定环境基本国策,显然是将环境保护作为经济发展的补充。而现行宪法第26条是一个独立条文,体现出环境保护的独立性,强化了环境基本国策在国家目标体系中的地位。②内容的进步。1982年宪法除保留“防治污染和其他公害”的规定外,对1978年宪法中“国家保护环境和自然资源”的规定进行了细化和大幅度扩充。具体为:在第26条中,将原“国家保护环境”的规定细化为“国家保护和改善生活环境与生态环境”,即将“环境”具体分解为“生活环境”和“生态环境”,并加入了“改善”一词;在第9条第2款中,将原“国家保护自然资源”的规定,扩充为“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”,丰富和完善了自然资源保护的内容。

就对国家权力的约束而言,现行宪法“环境基本国策”的规定可归纳为三个等级:①“国家保障”,具体是第9条第2款中“国家保障自然资源的合理利用”的规定。这属于“赋权型”条款,但根据“合理利用”之精神,也可对国家权力构成间接约束。②“国家保护”。第26条“国家保护和改善生活环境与生态环境”的规定,第9条第2款国家“保护珍贵的动物和植物”的规定,从规范层面看,应解释为隐含有“应当”的价值判断和立法宗旨,对公权力设定义务。据此,生活环境和生态环境是否得到有效保护和改善,以及珍贵动植物保护的情况,对包括立法、行政、司法在内的国家权力构成直接约束。③“禁止任何组织……”。第9条第2款中“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”之规定,一方面表明自然资源使用权和受益权受到一定限制,另一方面意味着代管国有资源的行政机关,在执法过程中也必须受宪法约束。^[82]

2. 现阶段环境保护领域的国家任务

在环境保护之“国家目标条款”指引下,现阶段我国环境保护领域的国家任务应围绕新环境保护法的规定,从现状保持、危险防御、风险预防三个方面展开,共同推进国家环境保护义务的实现。

(1) 实现现状保持义务的要点

根据《国家环境保护“十二五”规划》,当前我国环境状况总体恶化的趋势尚未得到根本遏制。在某种意义上说,不断恶化的环境状况与公民不断提高的环境质量要求,是我国当前突出的社会矛盾之一。在现阶段,通过有针对性的制度设计,落实国家的现状保持义务,是实践国家环境保护义务的优先目标。

根据我国的生态环境现状,造成环境状况总体恶化的原因,并不仅仅是污染物排放超过环境容量阈值,还包括生态系统的持续退化和资源压力的不断增大。扭转这一趋势,就需要根据我国经济社会可持续发展的需要,在生态、环境、资源三大领域明确各自的底线,^[83]并通过相应的制度安排予以保障。这也符合前述环境保护“国家目标条款”将“环境”和“自然资源”进行整体保护之基本精神。

基于此,新环境保护法对“生态红线制度”进行了专门规定,以保障生态、环境、资

[82] 参见前引[80],王旭文。

[83] 参见李干杰:《生态保护红线——确保国家生态安全的生命线》,《求是》2014年第2期。

源三大领域的底线不被突破。其要点包括：①新设生态功能红线，确保最为基础的生态功能基准。新环境保护法增加了对生态空间保护红线制度的规定和生态补偿制度的规定，明确在“重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区”等重点生态区域划定保护性红线，并建立生态补偿制度，有效维护生态系统功能的实现。②完善环境质量红线，维护最为基本的环境质量需求。以排污许可为基础，主要涉及两个部分：基于浓度的环境标准制度；基于总量的污染物排放总量控制制度。针对前者，新环境保护法第15、16条对国家环境质量和国家污染物排放标准进行了专门规定；针对后者，新环境保护法第44条第1款对重点污染物总量控制制度进行了专门规定。③强化资源利用红线，保障与经济社会发展相适应的资源承载能力。新环境保护法第30条规定：开发利用自然资源，应当合理开发。从法律解释角度看，这一原则性条款应视为对节约能源法、水法、土地管理法等法律中所确立的资源利用保护制度体系的强化。

可见，作为现阶段落实国家现状保持义务的核心内容，生态红线制度超越了单纯的污染水平控制范畴，体现生态环境质量控制的综合性、整体性思维，对扭转我国生态环境恶化趋势具有重要意义。但是也必须看到，新环境保护法第29条仅为一原则性条款，所增加的“生态功能红线”还需要细化。在推进路径上，考虑到目前我国在自然保护区域的管理上，存在严重的“分散保护”和“部门立法”现象，存在立法层次低、调整范围窄、内容封闭滞后、部门色彩浓厚等诸多问题，早已不能适应生态环境保护的现实需要，^[84]应以推动立法完善为主要目标，主要思路是：对目前《自然保护区条例》、《风景名胜区条例》、《森林公园管理办法》等相关法规进行归纳整理，尽早出台我国生态保护区域的统一立法，确认“管理与监督相分离”的自然保护区域管理体制，建立生态功能红线分级分类管控制度，细化区域生态补偿制度等。

（2）实现危险防御义务的要点

在环境保护领域，国家的危险防御义务意味着阻止、排除因环境污染造成的公民权益侵害。从总体上看，我国环境立法已经历四十年的发展，目前已经基本形成环境保护法律体系。尽管存在一些立法不完善之处，但更重要的是确保环境法律法规的遵守与执行。^[85]在某种意义上，“实施不力”是环境法治被广为诟病的主要原因。在现阶段，通过政府环境责任的设定落实国家的危险防御义务，是实践国家环境保护义务的主要目标。

在1989年环境保护法中，相关条文仅对政府环境责任提出了模糊的总体要求，无法明确“如何负责”，不具备可操作性。基于此，新环境保护法将政府责任作为修法重点之一，对政府行为形成强有力的约束。其要点在于：①进一步明确政府环境职责。新环境保护法第6条第2款规定，“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责”，这一总则式规定为具体责任的承担提供了基础。②政治责任。根据新环境保护法第26、27条的规定，国家实行环境保护目标责任制和考核评价制度，将环境保护目标完成情况纳入各级人民政府及其负责人的考核内容，并确立了政府对同级人大的报告义务。根据目前的干部考核评

[84] 参见肖建华、胡美灵：《国内自然保护区的立法争议与重构》，《法学杂志》2009年第10期；高利红、程芳：《我国自然遗产保护的立法合理性研究》，《江西社会科学》2012年第1期；陈磊：《中国自然保护形势严峻》，《南方周末》2013年2月19日。

[85] 参见孙佑海：《如何使环境法治真正管用？》，《环境保护》2013年第14期。

价制度,对领导干部的综合评价“定性定量相结合”,不区分具体等级,应视为一种政治层面的责任设定。③行政处分责任。新环境保护法第68条针对各级政府、环保部门及相关管理部门“不作为”、“滥作为”的环境违法行为,对主管人员和其他直接责任人员设定了严格的行政处分责任,包括记过、记大过、降级、撤职、开除等。④管理行为责任。在法理上,管理行为责任是指违反管理义务的地方政府及其工作人员,以其经济管理行为受到某种限制为代价承担责任的方式。^[86]根据新环境保护法第44条第2款的规定,对超过重点污染物排放总量控制指标,或者未完成环境质量目标的地区,环保部门应当采取“区域限批”措施,暂停该地区新增建设项目的环评审批,确认了地方政府因违反环境职责而承担的管理行为责任。

上述责任形式,根据强制性的强弱,可分为“软法责任”(政治责任)和“硬法责任”(行政处分责任和管理行为责任),这表明新环境保护法在政府责任设定上的层次性。从实践角度看,环境保护的政治责任并不仅仅产生“软法责任”,也可能与相应的“硬法”相衔接而具有强制效力。例如,根据目前的节能减排问责制,节能与减排目标的完成情况实行“一票否决”。实践中,多地出台的具体实施意见均规定,未完成节能减排目标的部门领导干部在年度考核中一律评定为“不称职”,这就和公务员法第37条产生了衔接,领导干部由此承担具有强制效力的法律责任,在调整职务、级别、待遇上受到直接影响。可见,新环境保护法对政府环境责任的设定具有较强效力、内容上也较为全面,为实现国家的危险防御义务提供了坚实保障。

(3) 实现风险预防义务的要点

在环境保护领域,国家的风险预防义务意味着对环境风险进行有效规制。一般而言,风险规制主要通过政府进行,其依据立法者的授权,在国民面临风险威胁时采取相关行动。^[87]从我国环境风险规制的现状看,尽管国家日益重视环境风险的防范与管理,并将其作为“十二五”期间环境保护工作的三大战略任务之一,但从近年来多地发生的由邻避设施建设(如PX化工项目)引发的环境群体性事件看,政府往往束手无策而被迫宣布项目“下马”,非理性的社会情绪则日益高涨。同时,以水污染事故和重金属污染事故为代表的环境公共事件频发,政府的应对措施极易引发社会争议,面临着越来越大的舆论压力。这些都充分暴露出政府风险规制能力的缺失,亟需加以改进。在现阶段,通过政府风险规制能力的提升,落实国家的风险预防义务,是实践国家环境保护义务的关键目标。

新环境保护法涉及风险规制的规定,主要有三大部分:①管理体制的完善与优化。根据新环境保护法第10条的规定,环保部门对本区域内的环境保护工作实行“统一监督管理”,相较于1989年环境保护法第6条环保部门“统一管理”的规定,新法赋予环保部门以统一监督的权力,为改变环境风险规制机构重叠、职能交叉现象,^[88]强化规制机构的责任提供了法律基础。②环境应急法律制度的强化与补充。新环境保护法第47条第1款在突发事件应对法的基础上,强化了政府应对突发环境事件时在风险控制、应急准备、应急处

[86] 参见漆多俊:《经济法基础理论》,法律出版社2008年版,第152页。

[87] 参见金自宁:《风险规制与行政法治》,《法制与社会发展》2012年第4期。

[88] 对我国风险规制领域机构重叠、职能交叉现象的分析,参见赵鹏:《我国风险规制法律制度的现状、问题与完善》,《行政法学研究》2010年第4期。

置、事后恢复上的行为义务。该条第2款新增了“建立环境污染公共监测预警机制”的规定，对政府提出三个方面的要求（制定预警方案、及时公开相关信息、及时启动应急措施并组织实施），为政府有效应对环境公共事件提供了制度框架。^③信息公开与公众参与制度的突破。新环境保护法专门设立第五章“信息公开与公众参与”，将原先分散在环境影响评价法、《政府信息公开条例》等法律法规中的信息公开和公众参与规定予以集中，并在如下方面具有突破：明确宣示公民的环境知情权；政府环境信息公开范围的具体化，建立环境违法企业的“黑名单”并予以公开；企业环境信息公开的法定义务；建设项目的环境影响评价报告书全文公开，并对其公众参与情况进行监督检查。

在本质上，风险规制的要旨在于，多方主体间通过有效的风险沟通，对行政决策构成实质性参与，形成真正意义上的社会共识。实践中已经出现相关案例可资参考。从风险沟通的角度看，新环境保护法关于信息公开和公众参与的规定，尽管取得了较大进步，但仍然体现为“发布—接受”的单向公开模式，没有确立政府的回应义务，不足以确保政府的公信力。因此，政府在风险规制过程中除严格遵守新环境保护法规定外，还应注重信息的反馈，及时回应公众意见，通过程序的交涉性实现与民众的双向互动，持续提升环境风险规制能力，更好地实现国家风险预防义务。

Abstract: The first lawsuit brought by a citizen against an environmental protection agency for failing to control air pollution in China highlights the conflict between legal judgments and public opinion in the field of environmental protection and the need to give a theoretical interpretation of the state obligation of environmental protection. The state obligation of environmental protection can be deduced not simply on the basis of the “fundamental rights/state obligation” system, but on the basis of the practical needs of state tasks. The basic state environmental policy is the constitutional norm on the state obligation of environmental protection, as well as a “state objective clause” that constitutes a restriction on all state powers. The state obligation of environmental protection consists of three parts: the obligation of maintaining the status quo, the obligation of defense against danger, and the obligation of risk prevention. Currently “legislation plus administration” is the basic approach to the fulfillment of state obligation of environment protection in China. The basic state environmental policy in China is provided for in Article 26 and Article 9 Paragraph 2 of the current Chinese Constitution, which have the legal effect of “state objective clause”. At the current stage, the state task of environmental protection should be carried out in accordance the newly-revised Environmental Protection Law and focused on the maintenance of the status quo, defense against danger and risk precaution.

Key Words: state obligation of environmental protection, basic state environmental policy, state objective clause, Environmental Protection Law
