

21世纪环境法展望*

Environmental Law in the Twenty-First Century

罗伯特·V·珀西瓦尔(Robert V. Percival)**著,李艳芳译

非常高兴参加《弗吉尼亚环境法期刊》创刊 25 周年纪念研讨会,因为 25 年前在这个杂志创刊时我开始了环境法职业生涯。当时这个杂志叫《弗吉尼亚自然资源法期刊》,我则成为“环境保护基金会”的一名年轻的律师。与此同时,一个崭新的、与其前任施行明显不同环境政策的管理机构出现在华盛顿。

这个机构的前三任都是由两个政党组成,它们主持了一系列著名的、两党合作的立法项目,这些立法创造并奠定了我们今天赖以保护环境的监管制度的基础与框架。然而,现任新总统看来是决心要将环境管理水平倒退,他的一句被人引用的著名的话就是“树木造成的污染比汽车更多”^①。尽管新总统有个人威望,但是他的这项运动没有得到公众的支持,所以他的政府试图在公众视野之外实行这项改革。政府以一种大胆的运动方式,悄悄利用管理和预算局(OMB)妨碍环境立法的出台^②,而不仅是建议放松环境立法。早期的、而且是最好的揭露这项计划的文章是弗吉尼亚大学法学院的学生写的,这篇文章是作为学生小论文发表在这个杂志上的。

* 此篇论文是作者在 2005 年 4 月 21 日任马里兰大学法学院罗伯特·F·斯坦顿法学教授的就任演讲、2006 年 3 月 29 日出席弗吉尼亚大学法学院《弗吉尼亚环境法期刊》创刊 25 周年“环境法的新趋势”研讨会上提交的论文“未来 25 年:环境法多学科趋势”为基础修改而成的。

** 罗伯特·V·珀西瓦尔:美国马里兰大学法学院罗伯特·F·斯坦顿法学教授、环境法中心主任。

① 这句引用语引发环境保护主义者在白宫外的示威。他们穿着像树一样的服装,身上写着“杀手树”,他们举着牌子上写着“在我们再次杀人之前先砍倒我们”。

② 从理查得·尼克松总统以来,每位总统都有一些监管审查计划,但是里根政府的计划是空前的,它将权力集中于行政管理和预算局,它的大胆的措施妨碍了环境立法。罗伯特·V·珀西瓦尔:“没有平衡的制约:忽略环境保护局的执行局”,载《法律与宪法问题》1991 年第 54 卷第 149 页。

现任自然资源保护委员会(Natural Resources Defense Council)高级律师的埃里克·奥尔森发表了一篇名为“权力的悄悄转移:根据 12921 号总统行政命令环境保护局制订规则、行政管理和预算局负责监管”^①的文章。这篇文章对管理和预算局滥用监管审查权进行了十分全面的文献工作,因此当我准备第一起挑战这个计划的成功的诉讼^②的时候,请教了这篇文章的作者。

尽管实践证明环境法的基础是十分牢固的,但是环境法领域还是在随后的几十年发生了重大的变化。具有讽刺意义的是,里根政府对环境管制的误导性攻击激怒国会,导致 1980 年代后期环境立法得到一定程度的加强。环境法领域以不可预知的方式发生变化的事实劝告那些冒险想对未来 25 年环境法的发展作出预测的不明智的人们应当谨慎行事。因此,我在这篇文章中所进行的预测只是用粗略勾画环境法的现状及其发展方向。

在 1970 年代后期,环境法作为一个崭新的、激动人心的领域得到快速发展。在两党压倒多数成员的支持下,每届国会都试图在增强始于 70 年代早期、旨在加强保护环境的联邦监管计划方面超过其前任。不断的环境改善看来是无法改变的,而且在环境保护快速成为全球运动的过程中美国成为领袖。

今天,情况发生了变化。现任政府对许多环境关注和环境团体的声音持敌对态度,环境团体自身也认为“环境保护主义已经死亡”^③或者认为环境保护不再有可能捕捉公众的想象力。他们认为催生庞大的环境法体系的环境运动已经失去了感知能力,应当将这场运动归入一个单一政党的更广泛的社会主义程中。直到被迫辞职,国会中最有权力的人是因为环境保护局有禁止他喜欢的一些杀虫剂权力而恼羞成怒走上政治生涯的前任扑灭者。在过去的 10 年中,由于两党在环境政策上的强烈分歧导致国会在环境立法上停滞不前,而不是加强环境立法。国会大概还是在 10 多年前进行过一项重要的联邦环境法律修改或者重新授权工作。因为给超基金项目提供资金支持的税收已经失效很长时间,因此一项旨在清除我们过去的错误行为遗留下来的有毒物质的雄伟计划因资金匮乏而陷入困顿。由于受到议案无法通过的威胁,才阻止了对北极的国家野生动物庇护地的石油钻探或者才阻止了一些激进的反环境保护的法官的对这些计划的批准。美

① 《弗吉尼亚自然资源法期刊》1984 年第 4 卷第 1 页。

② “环境保护基金会诉托马斯”,载《联邦判例补篇》第 627 卷第 566 页(哥伦比亚特区巡回法院 1986 年判决)。

③ 特德·诺德豪斯(Ted Nordhaus)、迈克尔·谢伦伯格(Michael Shellenberger)(Michael Shellenberger):“环境保护主义的死亡:在后环境世界中的全球变暖政治策略”,载:<http://www.thebreakthrough.org/>。

国不仅没有在最重要的环境事务上成为全球的领袖,而且在一些事务上正成为一个被全球遗弃者。

尽管有这些不尽如人意的发展,但是还有一些理由让我们对环境法的未来保持乐观态度。像我们现在所看到的发生在华盛顿的最坏的事情一样,日益变得明朗的是有一些正在运作的更强大的力量将从根本上克服我们当前国内的萎靡不振。当我们用长远的眼光来看待环境法引人注目的历史的时候,我们会发现有一点是明显的,那就是我们在环境法领域所建立起来的基础性原则是任何政府不能够抛弃的,不论他们内心对环境保护措施有多么憎恶与反感。而且,今天正在美国之外进行冒险的任何人都很快会发现,环境法的重要性正在得到美国之外的其他国家很好地理解与认识。全球化的力量正在改变今天的世界经济。这些相同的力量将从根本上迫使美国重新在环境法领域扮演领导角色,因为美国不这样做的成本是难以接受的高昂。

一、历史视角中的环境法:原则和政策教训

(一) 环境法的普通法根源

环境法的历史比与大多数人认识到的更加长远和丰富。传统来说,人们一般将环境法的历史追溯到国会通过大量的环境保护监管立法的1970年代早期^①。通常认为,环境法产生的根源是公众受到雷切尔·卡森(Rachel Carson)发表于1962年的《寂静的春天》^②的影响而产生的强大的环境保护意识。卡森是马里兰大学的一个动物学教授,她警告持久性和生物聚积性杀虫剂的使用所导致的有毒残留物累积会引起长远的环境损害。卡森的警告与环境意识不断提高的公众产生的强烈共鸣,最终压倒了化学工业对她的恶毒攻击。公众环境意识在35年前的这个星期即庆祝第一个地球日的时候达到顶点。

但是环境法的渊源比人们一般所认识到要更加久远。在我自己的一项集中对联邦普通侵权行为法的历史的研究中,已经仔细分析了20世纪头40年联邦最高法院审理的有关跨州界污染的激烈的环境纠纷^③。联邦最高法院通过行使司法管辖权、对州与州之间纠纷进行听证,事实上颁发了一系列禁止令,如限制炼铜炉

^① 如见理查德·J·拉萨路(Richard J. Lazarus)著:《环境法的制定》(2004)。

^② 雷切尔·卡森(Rachel Carson):《寂静的春天》(1962)。

^③ 罗伯特·V·珀西瓦尔. 清洁水法与州际侵权损害中联邦普通法的衰亡[J]. 阿拉巴马法律评论. 2004;55,717.

污染空气^①、要求纽约市停止海洋倾废^②、以及要求芝加哥市处理其污水以减少为冲走这些污物而从密歇根湖取水的用水量^③。

联邦最高法院运用在当时已发展了近 400 年的普通侵权法的原则处理了这些纠纷。这些原则认为即使是无过失侵扰他人对土地的平静使用和享用也可以作为损害加以控告^④，而且任何人无权以给他人造成重大、可预见损害的方式来使用自己的财产^⑤。普通法院在决定达到何种程度的重大或者可预见才是可控告的、以及赔偿多少是恰当的问题上有时摇摆不定，这是可以理解的。但是普通法为 20 世纪后 30 年变得越来越重要的环境法领域确立了牢固的基本原则。

一开始，普通法通过鼓励将未加控制的污染源建在远离人口及其财产的地区仅发挥一种分区的功能。到最后，普通法刺激人们开发包括治理工厂空气污染物和污水处理技术在内的污染控制技术，在这些技术发明之前，污水被就近排入流经该城市的河流的下游水域。

普通法是最适合于由大型的、单一的、未加控制的污染源（如炼铜厂）造成的、可以看得见的污染损害。但是它要求原告提供有关侵权因果关系的具体的、一一对应的证据，这个要求成为普通法解决环境侵害的最大障碍，因为今天更典型的环境侵害是由多个污染源、多种污染物造成的^⑥。甚至致命的有毒物质、例如石棉导致的疾病使成百成千的工人丧生，但是这种有毒物质却在几十年里没有引起普通法的注意，因为从接触石棉到由它引起的致命的疾病最终发作之间有很长的潜伏期^⑦。从 1920 年代中期开始以后的 60 多年的时间里，汽油添加物喷入环境中的铅毒害了几代美国人，尽管在含铅汽油的生产工人因为受到铅的急性照射致死时公

① “乔治亚州诉田纳西制铜公司”(Georgia v. Tennessee Copper Co.)，载《美国判例汇编》第 237 卷 474 页(1915 年)。

② “新泽西诉纽约市”(New Jersey v. City of New York)，载《美国判例汇编》第 284 卷第 585 页(1931 年)。

③ “威斯康星诉伊利诺”(Wisconsin v. Illinois)，载《美国判例汇编》第 284 卷第 585 页(1931 年)。

④ 奥尔雷得案(Aldred's Case)，载《英国案例汇编》第 77 卷第 816 页(1611 判决)。

⑤ 承租人诉高得运(Tenant v. Goldwin)，载《英国案例汇编》第 92 卷第 222 页(1702 判决)（这个案例清楚地说明一个原理“每一个必须以不损害他人的方式使用自己的财产”，这就是有名的“sic utere”原理，它来源于罗马法的格言：“sic utere tuo ut alienum non laedas”）。

⑥ 见奴格·毛瑞丽(Noga Morag-Levine)：“追风：在普通法状态下的空气污染管制”(2003)。

⑦ 见保罗·罗得(Paul Brodeur)：“不能容忍的不当行为：正在审理中的石棉工业”(1985)。

众就大声疾呼、外科医生也召开了全体会议^①。普通法没有很好地对环境中有毒物质长期累积引起的隐性危险作出反应。但是在雷切尔·卡森 1960 年早期觉醒性呼唤和 1970 年第一次地球日之后，国会试图通过制定综合性联邦环境保护管制计划克服普通法的缺陷。

（二）联邦监管基础

通过 1970 年代期间突飞猛进的立法活动，国会创建了今天赖以进行环境保护的联邦管制的基础。这些新的立法通过大幅度的扩大联邦机构的监管责任培育了行政法的变革。为了尽力保证公众享受到立法的成果，国会在立法中规定公众不仅可以提起要求污染者遵守法律的公民诉讼，还可以提起要求联邦机构履行他们的法律责任的公民诉讼^②。公众对环境保护局和其他机构提起公民诉讼的成果就是一个又一个规章得以颁布，这也证明公民诉讼对新颁的管制性法令的执行是至关重要的。

这些新的立法也通过将环境保护规定为各联邦机构的主要任务来改变立法中存在的联邦官僚文化^③。新的立法要求联邦机构在采取会对环境产生重大影响的主要行动前准备和考虑详细的环境影响报告书，这项制度已经为各国仿效^④。大多数国家现在要求一定形式的环境评估，有一些国家已经通过将许可要求融合进项目环境影响预测把环境评价作为其环境管理体系的主要内容。

在 1980 年代期间，当国会授权和修订实行联邦管制性计划的第一代立法时，它几乎不断增加要求，并加强对不遵守这些立法的处罚。这些立法还包括一项新的战略，这项战略通过对公司施加清除排放危险物质严格的、共同的责任^⑤以及要求公司每年向公众报告排入环境的有毒物质的种类和数量的知情权来影响公司的行为^⑥。

与普通法规范不同的是，联邦环境立法通过授权联邦机构颁布政府规章来预防环境损害而不是要求详细的因果关系证明。环境法创立的这些管制性的基础原则取得了巨大成就。今天我们享有比以前更清洁、更安全和更加健康的环境。由于在环境保护措施上的投资，作为一个国家，美国已经比那些长期忽视环境保护最

^① 罗伯特·V·珀西瓦尔. 谁害怕风险预防原则. //佩斯环境法律评论, 2005-2006 冬季第 23 卷第 21 页, 第 41-50 页.

^② 见《美国法典》第 42 卷第 7204 条《清洁空气法》有关公民诉讼的规定.

^③ 《国家环境政策法》第 101 条(b), 《美国法典》第 42 卷第 4333 条(b).

^④ 环境质量委员会：“国家环境政策法：25 年后的效果研究(1997)”.

^⑤ 《综合环境反应、补偿和责任法》第 107 条(a), 载《美国法典》第 42 卷第 9607 条(a).

^⑥ 《紧急计划与社区知情权法》第 313 条, 载《美国法典》第 42 卷第 11023 条.

终导致对普通民众造成明显灾害性损害的其他国家好很多。

(三) 原则与政策教训

有人提出是否可以考虑将环境法看作一个连贯性学科。对于没有经过环境法专业训练的人来说,环境法有时看起来像是从其他法律领域借来的各种原则的一个折衷的混合物,只是被披上了管制立法的厚厚的外衣。它的结构被描述为像“烟草路上的破旧小屋”^①,但是小屋里面好的东西是一些重要的原则。这些原则包括古老的没有人有权对他人造成重大损害的“使用自己的财产不损害他人”的原则、寻求让污染者承担污染的全部社会成本的“污染者付费”原则、《国家环境政策法》中环境影响评价制度要求的“三思而后行”原则,以及在科学不确定的情况下采取措施防止损害的“预防原则”^②。综合来看,正像丹·塔洛克评述的一样,环境法的上述原则和其他一些原则并不代表它就是那种对所有星球生命支持系统的开发和改变加以抑制的“变形了的自然中心规则”体系。但是这些原则仍具有巨大的实践意义,因为“一些可驳回的原则告诉我们,在可预知的未来环境法学科在使科学上的意外事件和局限性适应‘恶劣’的环境问题时将会是一个凌乱的过程”^③。

可以确信的是,美国在采用和执行环境政策时并不永远都遵从这些原则。尽管美国法院很早就认可预防管制^④,但是美国监管政策很少依靠预防原则运作。这个原则要求全社会即使在科学不确定的情况下,也应当能够通过自觉采取预防措施控制可能导致环境风险的行为以在损害发生前阻止损害的发生。如果监管性政策在不确定的情况下也能够经常性发挥作用,那么这项原则看来就不那么突兀且获得尊崇了,特别是在欧洲。然而有人担心预防原则势必怂恿过度管理,因而是危险的;这一恐惧在学习规制历史的学生中被愚蠢地过度夸大^⑤。由于全社会对

① 罗纳德·奥特(Ronald Outen):“环境污染法和烟草路的结构”,载国家研究委员会:“污染控制的多种方法:研讨会会议录 139(1987)”。

② 见 1992 年 6 月 3-14 日联合国环境与发展会议:《里约环境与发展宣言》原则 2、15、16 项(原则 2 宣示“使用自己的财产不损害他人”的原则,原则 16 宣示“污染者付费”原则,原则 15 宣示“风险预防”原则)。也可见尼古拉斯·(Nicolas de Sadeleer):“环境原则:从政治口号到法律规则”(2002)。

③ A·丹·塔洛克(A Dan Tarlock):“环境法的精髓是什么?”,载《土地利用与环境法杂志》2004 年第 19 卷第 213 页,第 219-220 页。

④ “储备矿业公司诉环保局”(Reserve Mining Co. v. EPA),载《联邦案例汇编第二辑》第 514 卷第 492 页(第八巡回法院 1975 年判决);“乙荃公司诉环保局”(Ethyl Corp. v. EPA),载《联邦案例汇编第二辑》第 541 卷第 1 页(华盛顿特区巡回法院 1976 年判决)。

⑤ 罗伯特·V·珀西瓦尔.谁害怕风险预防原则”[J].佩斯环境法律评论 2005-2006 冬季第 23 卷:17.

在损害发生前防止损害发生的重要性表现出的淡漠，美国环境政策很少真正是预防性的。取而代之的是环境监管政策一直发挥主要作用，因为它是控制那些已经对人身健康和环境造成重大损害且这种损害是十分明显^①的行为的。

从美国环境管理中吸取一些重要的政策教训也是可能的。我们现在知道预防环境损害比损害发生后进行补救更加容易也更省钱。我们知道公众参与在监管计划的执行和实施中的重要性。我们也知道规定知情权能够为公司自愿减少它们引发的风险提供有力刺激。

我们也可从现在还不是十分成功的管制战略中得到一些教训。许多环境法律严格规定了新源的环境风险，却同时允许现有污染源继续污染。这个“不受新法约束”的战略平缓了一些工业行业对第一代环境立法的反对，但是它的代价是一些老的、很无效的能源工厂的运营时间得以大幅延长。相比较，《石油污染法》中国会要求油轮逐步采用双层外壳的规定证明是很成功的，并已在国际上得到采用。

二、普通法因果关系规范对行政国家的持续影响

由于制定管制性立法的主要原因是为了弥补普通法的不足，因而，从普通法到管制性立法的转变有时会发生摇摆。不幸的是实践证明普通侵权法无法抗击长期的、多源污染问题，许多传统财产法原则看来也不利于保护生态系统^②。对当前环境管理持批评态度的人们的一个共同论点是在缺乏证据证明人们的行为已经对可以确认的受害者造成重大损害的情况下就让他们采取预防措施，对这些人来说是不公平的。最近关于环境政策的主要骚动被视为是两种竞争性世界观的交锋引起的，这两种竞争性的世界观是预防方法和回应性方法。预防方法寻求通过监管那些科学认为会对身体健康和环境产生损害的活动来阻止损害的产生；回应性方法则是直到有详细的证据证明正在发生重大损害、而这种损害不能归因于其他原因的情况下，寻求抢先一步采取预防措施。

可以通过检验这两种不同的方法对环境法现有论战的影响来阐明这两种方式。这些论战在法院逐步结束了，因为立法的完全停滞阻碍国会对环境法进行实

^① 见罗伯特·V·珀西瓦尔，“谁害怕风险预防原则？”载《佩斯环境法律评论》2005-2006冬季第23卷，第36-37页。在没有明显的巨大损害证据的情况下，进行监管的一个例外是为了保护臭氧层对含氯碳氟化合物的淘汰。

^② 见约瑟夫·L·萨克斯：“与伦布兰特玩标枪”（1999）；爱德华·J·麦克卡菲利：“我们有权利浪费吗？”载《关于财产权法76条中的法律与政治理论的评论》（斯蒂芬·R·芒塞尔编辑，2001）；约翰·丝博罗得林：“美国财产法中的反荒野偏见”，载《芝加哥法律评论》1996年第63卷第519页。

质性的修改。这些论战包括扩大联邦对环境保护的监管权限、管制征用问题、环境诉讼资格、以及关于用什么样的决策规则来管理管制政策。对于每一个问题，回应性方法认为在维护和实施联邦管制前应提供因果联系的、个别的、事实上的证据，而预防方法对以风险整体评价为基础的监管决定有更多的宽容。

对联邦环境保护权限的争论是从最高法院有关宪法对国会监管商业权力的限制的复活获得灵感的^①。各种工业团体向法院施压要求法院宣布《超级基金立法》^②、《濒危物种法》^③、《清洁水法》^④和《安全饮用水法》^⑤是违宪的。在每一个案例中，商业利益团体认为这些环境法律违背宪法的规定对那些不会对州际商业造成实质影响的纯粹的州内活动进行了规制。

在另一个案例中，工业团体试图想根据已长期无人提及的未授权理论^⑥来宣布《清洁空气法》违宪。为了避免复杂的宪法问题，作为一条万不得已时留好的退路，在这些案例中的原告也主张法院应当将环境法律的适用范围解释的比联邦监管范围更窄。

除了少数几个下级法院的判决被上诉法院改判外^⑦，法院实际上驳回了每一

① “美国诉罗佩兹”(United States v. Lopez)，载《美国判例汇编》第 514 卷第 549 页(1995 年)。

② “美国诉奥林公司”(United States v. Olin Corp)，载《联邦判例汇编第三辑》第 107 卷第 1506 页(第 11 巡回法院 1997 年判决)。

③ “全美房屋建造协会诉巴比特”(National Association of Home Builders v. Babbitt)，载《联邦判例汇编第三辑》第 130 卷第 1041 页(哥伦比亚特区联邦上诉法院 1997 判决)；“吉布斯诉巴比特”(Gibbs v. Babbitt)，载《联邦判例汇编第三辑》第 214 卷第 483 页(第四巡回法院 2000 判决)；“吉德富不动产投资公司诉诺顿”(GDF Realty Investments Ltd. v. Norton)，载《联邦判例汇编第三辑》第 326 卷第 622 页(第五巡回法院 2003 判决)。

④ “北库克县固体废物局诉美国陆军工程兵团公司”(Solid Waste Agency of Northern Cook County v. U. S. Army Corps of Engineers)，载《美国判例汇编》第 531 卷第 159 页(2001 年)。

⑤ “内布拉斯加州诉环保局”(Nebraska v. EPA)，载《联邦判例汇编第三辑》第 331 卷第 995 页(哥伦比亚特区巡回法院 2003 年判决)。

⑥ “惠特曼诉美国货车运输业协会”(Whitman v. American Trucking Ass'ns)，载《美国判例汇编》第 531 卷第 457 页(2001 年)。

⑦ 如见“惠特曼诉美国货运汽车协会”一案，载《美国判例汇编》第 531 卷第 457 页(2001 年)；“美国诉奥林公司(United States v. Olin Corp)”，载《联邦判例汇编第三辑》第 107 卷第 1506 页(第 11 巡回法院 1997 判决)。在这两个案例中，下级法院的判决被改判。

一个针对联邦环境法的宪法诉讼^①。法院这样做的依据是国会通常认为全国性管制计划对防止环境损害是十分重要的。这也证实了在行政国家中国会授权联邦机构在执行广泛的管制计划中有实质性的自由裁量权在宪法上是适当的。相反，回应性方法坚决要求在适用联邦环境管理规范前，要证明对州际商业造成实质性损害的个别的证据。一个法官在其所持的用《濒危物种法》保护完全生存于加利福尼亚州内、最后存留的濒危苍蝇物种是不符合宪法规定的不同意见中对回应性方法加以阐明。

“因为一些未确定和的确难以确定的可能性，苍蝇在不确定和难以确定的未来可能会产生某种物质，这种物质有可能具有某些不确定的和难以确定的医用价值，这种物质反过来有可能在未来某个可以想像的时间影响州际商业，国会在今天监管任何一种有可能加速濒危物种灭绝步伐的物质”^②。

反对者的方法将联邦宪法权力留给了那些最脆弱和最需要保护的濒危物种的保护。一个物种越是濒危，想证明它对州际商业具有实质影响的可能性就越小。而且，假若不能够证明造成损害的活动对州际商业具有实质性影响的话，没有联邦的支援，物种就会受到某些活动损害。美国最高法院至少是含蓄地反对这样一种方法，因为最高法院最近宣布，当有必要将更大范围的管制计划整体加以维持时，即使是纯粹的州内活动也可能被国会合宪性加以管制^③。

预防方法与回应性方法的差异，从表面上看在关于联邦监管权力范围的论争中表现得更加清楚。当美国最高法院不愿意对保护环境的联邦监管权力施加宪法限制的时候，却更倾向于接受那些对联邦监管权力更狭窄的解释。在 2001 年，最高法院以 5 比 4 票投票表决，判决《清洁水法》并没有将联邦监管权力延伸到那些

① 见前注 27-31，唯一的例外是“纽约诉美国”(New York v. United States)载《美国判例》第 505 卷第 144 页(1992 年)。在这个案例中，联邦最高法院以违反美国第 10 宪法修正案取消了《低水平放射性废物政策法》中的一项有关要求那些未能对本州界内产生的低水平放射性废物的处理进行管理的州在一定期间加以管理的规定。也可见“艾可恩诉爱德华兹(ACORN v. Edwards)”载《联邦判例汇编第 3 辑》81 卷第 1387 页(第 5 巡回法院 1996 年判决)(在该案例中，法院判决《安全饮用水法》中要求各州制订计划以发现和清除学校供水中存在的铅污染、但又没有给各州选择权的规定无效)。

② “全美房屋建造协会诉巴比特”，载《联邦案例汇编第三辑》第 130 卷第 1041 页(哥伦比亚特区巡回法院 1997 年判决)(Sentelle 法官不同意判决)。

③ 见“冈萨雷斯诉莱奇(Gonzalez v. Raich)”，载《美国判例汇编》第 545 卷第 1 页(2005 年)。(认为国会有权力管制合法的、人体医用大麻的种植，因为有合理的基础认为不对大麻进行监管会实质上破坏联邦药品监管综合计划的执行)。

与州际商业的唯一联系是它们能吸引迁徙候鸟的湿地上^①。联邦政府声称基于生态重要性来保护那些湿地，并以声称避免国会介入州与地方政府对土地使用是必要的来为限定联邦管制正名。大多数人对联邦政府如此声明表示淡漠。

最高法院在 2006 年 6 月公布了有关这个问题的最近的判决，该判决阐明了这两种竞争性的方法在管制政策上的最鲜明的区别。在雷帕诺斯诉美国(Rapanos v. United State)一案中，法庭在决定联邦《清洁水法》是否将适用范围延伸到与通航水域的未通航支流相邻的湿地问题上分裂为 4 : 1 : 4。4 名法官赞成《清洁水法》提供了这样的权力，这是因为他们听从了联邦机构有关“与传统通航水域的未通航支流相邻的湿地通过为水生动物提供栖息地可以防止相邻水体的过度沉降与有毒物质进入相邻水体、以及通过吸收峰期水量减少下游的洪水等保护我们全国的水体质量”^②的意见。另外四名法官激烈反对，认为这个方法“将授权美国陆军工程兵团在事实上发挥对州内土地的巨大扩张进行管理的监管者角色，陆军工程兵团希望此项授权与有益于当地的分区制的自由裁量权一起发挥作用”^③。法官肯尼迪持补充意见，他理解对湿地加以广泛保护的重要性，但是他判定政府必须证明“不论是孤立的、还是与该地区其他土地相关连的湿地严重地影响其他容易被理解为是‘可航行的’的水域的化学的、物理的和生物的完整性”。他补充解释道，如果这种影响仅是“想象的或者没有实质意义的”，那么这块湿地将不受联邦管辖，但是他认为可以对与可航行水域相邻的湿地进行“合理的生态关联推论”，并认为适用“立法对与可航行水域的不可航行支流相邻的湿地的定义，这样的推论也是合理的”^④。

雷帕诺斯(Rapanos)一案的判决使监管政策中的预防方法与回应性方法的区别更加明显。在这个案例中投票赞成联邦监管的四位法官倾向于支持联邦机构关于为了防止水质退化必须对与可航行水域的不可航行支流相邻的湿地进行监管的主张。投票反对政府监管的四位法官怀疑这种监管是否能够阻止生态损害，并且担心这种方法会造成联邦机构实际上对任何事都进行监管。普通法因果关系观念的影响在肯尼迪法官赞成但持不同理由的判决中表现的十分明显。然而由于承认

① “北库克县固体废物局诉美国陆军工程兵团公司”，载《美国判例汇编》第 531 卷第 159 页(2001 年)。

② “雷帕诺斯诉美国”(Rapanos v. United States)，载《最高法院案例汇编》第 126 卷第 2208、2252 页(斯蒂文斯法官不同意判决)。

③ “雷帕诺斯诉美国”(Rapanos v. United States)，载《最高法院案例汇编》第 126 卷第 2224 页(Scalia 法官，大多数人的意见)。

④ “雷帕诺斯诉美国”(Rapanos v. United States)，载《最高法院案例汇编》第 126 卷第 2248 页(肯尼迪法官，配合意见)。

预防方法的重要性,因此肯尼迪法官独自坚持必须有事实上的证据才能对与实质性环境损害有关联的活动进行监管。

预防方法与回应性方法的区别在人们争论《濒危物种法》时也得到明确体现。在巴比特诉大俄勒冈州斯威特住宅社区分会(Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon)^①一案中,下级法院重新解释了《濒危物种法》,认为禁止损害濒危物种只是禁止直接对濒危物种的肉体实施暴力。最高法院推翻了下级法院的解释,认为假如栖息地的破坏会引起濒危物种的损害的话,法律也禁止对濒危物种核心栖息地破坏。肯尼迪法官赞成多数法官的意见,并且在口头辩论中进一步解释认为,对那些可以预见的杀人行为来说即使杀人的方法不是直接对肉体实施暴力也将导致普通法上的刑事责任。O'Connor法官也赞成多数人的意见,认为法院通过让持配合意见的法官阐明法院担心让某人承担因其对物种直接或者间接造成损害的严格责任可能会有潜在不公平,对于冲淡法院承认预防监管方法是十分重要的。因此,她强调认为《濒危物种法》没有改变普通法因果关系原则所要求的承担责任应以对濒危物种造成可预见的损害为前提。

这些涉及监管方法的判决说明了普通财产权法观念的持续性影响。在卢卡斯诉南卡罗莱纳海岸委员会(Lucas v. South Carolina Coastal Commission)一案中,最高法院坚持认为防止环境损害有必要进行管制的立法报告本身不足以排除承担责任^②。最高法院认为,只有禁止普通法上的侵权行为同时也被宪法认可的立法,才有资格规定免于承担责任的侵权行为。肯尼迪法官在一个重要的补充意见中表达了他对这种方法的不安,他认为“普通侵权法太过狭窄很难对在复杂和互相依存的社会中监管权利如何运作进行界定”。他总结道:如果在国家利益“存在于为应对正在发生的变化而制定的新的监管法中的话……”,那么“侵权防止”不是对“国家权力施加几项限制的唯一的方法”。在涉及监管要求的案例中,最高法院认为仅要求地方政府证明提议的开发行为的环境影响与获得许可所必备条件之间具有一定的关联性还不够。地方政府必须量化环境影响以证明获得许可证所必须具备的条件与开发行为造成的环境损害“大体相当”^③。

那些不同情公民诉讼的法官试图通过对起诉资格理论的限制性解释将普通法中的因果关系证明要求置入公民诉讼。在1990年代的一系列诉讼中,最高法院通

① 《美国判例汇编》第515卷第687页(1997年)。

② “卢卡斯诉南卡罗莱纳海岸委员会”(Lucas v. South Carolina Coastal Commission),载《美国判例汇编》第505卷第1003页(1992年)。

③ “杜兰诉泰格得市”(Dolan v. City of Tigard),载《美国判例汇编》第512卷第374页(1994年)。

要求原告证明他们用于娱乐的某块具体的公地将被开发或者他们受到联邦机构曾活动的直接损害来限制环境诉讼中原告的起诉资格。^①这些判决反映了传统通法起诉资格理论的影响^②,当受监管的团体有权向法院起诉时这种理论首先让监管的受益人享有起诉权。最高法院在地球之友诉雷德洛环境服务公司(Friends of the Earth v. Laidlaw Environmental Services)^③一案中停止了这种做法,在这个案例中,最高法院判决要求原告证明“对环境的损害”将会“使起诉资格得高于要求原告证明有权对没有遵守《清洁水法》许可证的行为进行控告的合理平”。最高法院合理地关注了环境违法行为对人们赖以生存和得以娱乐的环的影响,放弃了因果关系证明方法并且认可了原告的起诉资格。

或许在争论预防性管制政策应当如何运行的问题上可以最清晰地反映出预防去与回应性方法的外在区别。由于缺乏科学确定性,通常认为在损害发生前不预告防止损害发生的措施,因此虽然预防原则本身也不能解决预防环境政策应如何运作等关键问题,但它仍然获得广泛支持^④。那些支持回应性方法的人不意承认预防方法,因为他们担心在缺乏明确的受监管的团体的行为会造成损害证据的情况下,预防方法将会使这些受监管的团体承担不必要的成本。成——效益分析方法的支持者争论认为没有必要反对预防方法,但是他们坚持认应当详细证明这些监管性立法产生的经济效益应当有可能超过成本。

这两种方法也反映在法院作出的反对联邦环保局努力逐步淘汰使用所有残余棉的判决中。在防腐蚀装置诉环保局(Corrosion Proof Fittings v. EPA)一案^⑤,第五巡回法院声称要认可多介质预防管理的理念,但是坚持认为《有毒物质制法》要求环保局进行有关石棉引发的风险、石棉替代品的风险、以及其他可替代监管方法的中间方法的详细的、从产品到产品的分析,以致该种规制名存实亡。在因环保局没有进行充分的风险分析而取消环保局的石棉淘汰管理规定的同,这个法院又在没有要求进行任何详细的监管成本风险的分析的情况下赞成环

① “卢汉诉国家野生动物基金会”(Lujan v. National Wildlife Federation),载《美国判例汇编》第497卷第871页(1990年);卢汉诉野生动物保护者协会(Lujan v. Defenders of Wildlife),《美国判例汇编》第504卷第555页(1992年).

② 见罗伯特·V·珀西瓦尔(Robert V. Percival)和乔安娜·B·罗杰(Joanna B. Goger):《离普通法的阴影:在(Escaping the Common Law's Shadow: Standing in the Light of Laidlow),《杜克环境法与政策论坛》第12卷第119页.

③ 《美国判例汇编》第528卷第167页(2000).

④ 见珀西瓦尔前注17(批评风险预防原则批评者指责风险预防原则将会引起巨大的过度监管的导致不公).

⑤ 《联邦判例汇编第2辑》第947卷1201页(第五巡回法院1991年判决).

保局关于禁止所有含有石棉的新产品的决定^①。后一个判决反映了在还不知道未来产品性质、难以衡量成本与利益的情况下一个真正的预防管制方法。

因此,不仅环境法将其普通法根基植入由联邦和州机构执行的综合性监管计划体系,而且普通法的观念还继续影响监管决策的司法监督。这本来应当是行政管理事务,但是由于担心行政机构的手伸得过长,法官再次使用普通法理念来审查行政机构的行为以作出司法判决。其结果是创立了一种承认预防管理^②和尊重行政机构专家意见^③的“管制性普通法”,但同时强调行政机构要使法院确信他们控制的风险是巨大的并且通过监管可以适当降低这种风险^④。尽管法院坚决地驳回了要法院重写环境法律以使特定决策规则如成本——效益分析得以严格遵守的请求^⑤,但是通过总统行政命令^⑥对监管进行咄咄逼人的审查计划极大地增加了行政机构的分析负担,也使监管过程进一步僵化。

环境管理是任何社会形态都做的最重要的事情之一。它反映和表明人们尊重生命、公平和我们希望给后代保留一个什么样的世界等最基本的价值观。那种担心向预防管理转变将让工业行业负担无法承受的执行成本被证明是没有根据的。一次又一次证明监管对工业行业的影响远比当初预想的要更有价值且更加低成本^⑦。这一成果来源于被监管对象战略性地在预测期有意夸大遵守法律的成本,也受益于监管规定刺激了在污染控制技术上加大投资后的技术创新。的确,一些技术乐观主义者预测,随着绿色技术的迅速发展,发达国家环境问题将在不久的将来得到解决。

① 见珀西瓦尔前注 17,第 74 页。

② “乙荃公司诉环保局”(Ethyl Corp. v. EPA),载《联邦判例汇编第 2 辑》第 541 卷第 1 页(哥伦比亚特区巡回法院 1997 判决)(在一项法令性质上属于预防性立法的情况下,因为科学的前沿存在不确定和冲突、立法的目的在于保护公众健康、专家型官员的决策等,就会难以获得证据。因此我们不要求严格的、一步步的因果关系证明。如果一项立法是为预防目的服务的话,要获得这种证据是不可能的)。

③ “切弗龙美国公司诉自然资源保护委员会”(Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resource Defense Council),载《美国判例汇编》第 467 卷第 837 页(1984 年)。

④ “工业联合部门诉美国石油协会”(Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute),载《美国判例汇编》第 448 卷第 607 页(1980 年)。

⑤ 见“惠特曼诉美国卡车协会”,(Whitman v. American Trucking Ass'ns),载《美国判例汇编》第 531 卷第 457 页(2001 年)(如果不是有被告针对该问题提交的几百页简报的话,人们会认为《清洁空气法》文本不允许环保局在制定标准时考虑成本的规定是十分清楚的)。

⑥ 见总统行政命令 12,866。

⑦ 得萨·亨兹利(Lisa Heinzerling). 虚构的比例监管成本”载《耶鲁法律期刊》第 107 卷第 1984 页(1998)。

为遥远的回忆^①。如果这些预测被证明是准确的话,这将主要归因于控制风险的监管计划的成功。

三、环境关注的全球化

或许环境法最近 25 年最好的发展是环境关注的全球化。环境法一开始被看作富裕的国家能够消费起的奢侈品。然而,今天发展中国家认为环境法是努力改善生活条件的一个重要组成部分。环境问题日益被视为是跨国界的并且有些问题包括全球变暖和气候变化被认为会对全球产生巨大影响甚至会引发世界的经济和社会混乱。

有几个因素驱使环境关注全球化。这些因素包括全球人口的增加、全球贸易活动的扩张、通讯技术和科学理解力的改进。现在所有的跨国公司都意识到发展中国家的活动,很快就可能成为环境保护人士全球网络团体指挥部抗争点。人权团体正在把环境关注囊括其中^②,而且跨国公司发现在国际社会光灯下很难证明在发展中国家遵守较低环境标准是合理的。

美国是环境法中的一些最重要的新制度的先行者,如国家公园的建立、环境影响制度、信息公开和知情权等,但现在美国因为退出《气候变化框架公约》下《议定书》而拱手让出了在全球环境事务中的领导角色。美国政府拒绝加入《议定书》的主要原因是认为遵守议定书的成本太高而且议定书并不要求发展中国家如中国减少其温室气体的排放增长。然而不要求发展中国家参加初始排放的原因是因为全球变暖问题最初主要是由发达国家的排放引起的。虽然中国发展的经济正在产生除美国之外比任何国家都多的温室气体,但是在 1997 年《议定书》谈判时中国人均排放量大约只是美国的 1/6,这就很好理解发展中那些造成全球变暖问题的主要发达国家作出实质性排放削减之前基于简单和平原因不同意限制它们的排放的原因。

尽管人均温室气体排放量最大的美国和澳大利亚反对《京都议定书》,但是美几个州和所有的澳大利亚的省都开始了雄心勃勃的削减温室气体排放行动。

^① 见格雷格·忆思特伯瑞克(Gregg Easterbrook):“地球的某一时刻:环境乐观主义的来临”,(1995)。

^② 见“无名氏诉加州联合石油公司”(Doe v. Unocal),Nos. 00-56603 et al. (第九巡回法庭对美国一家石油公司在建设石油管道过程中利用国家军事力量对缅甸当地人实行强迫、谋杀、强奸、拷打的共谋行为提起的集团诉讼),“无名氏诉埃克森美孚公司”(Doe v. ExxonMobil Corp.),No. 01-CV-1357(哥伦比亚上诉法庭)(印度尼西亚村民起诉美国石油公司认为印度尼西亚军事力量保护石油设施是对人权的滥用)。

作为全球第五大经济体的加利福尼亚州要求首先限制移动源的二氧化碳排放并在 2006 年 9 月通过立法创立了温室气体排放全州综合控制措施^①。2005 年 11 月美国东北部 7 个州宣布它们将参与“区域温室气体行动计划”(RGGI)，这项计划旨在创立区域性有效控制来自电厂的温室气体排放的“限额——贸易计划”^②。

这些州行动计划是美国环境法的最好实践，环境法允许各州在能够达到国家最低标准的前提下，选择采用它们自己的更加严格的环境保护措施。联邦标准只是确立一个保证美国居民无论走到这个国家的任何地方都能够享有清洁和健康的环境的下限，而不是上限。但是这些新的行动计划最显著的地方是它们通过填补国家层面的政策空白代表各州去解决全球问题。随着全球变暖的影响越来越明显，对美国温室气体排放采取一些措施不仅是必要而且将变得越来越重要的意识激励了各州。当《京都议定书》在没有美国参与的情况下于 2005 年 2 月生效的时候，引人注目的是许多商业界领袖认为美国肯定会控制温室气体排放，摆在美国面前的只是时间问题。

环境关注的全球化刺激了许多商业领导人参与自愿行动以减少由他们企业管理经营中带来的环境损害^③。很多这样的行动是在非政府组织(NGOs)的压力下产生的。例如，酸雨行动网络组织(RAN)开始时的目标是与发展中国家的个别公司签订协议以控制这些公司的活动，后来将这种针对个别公司的协议扩展形成为整个工业行业的行动。有社会责任感的投资者通过威胁要从那些没有制定保护环境政策的公司撤资迫使这些公司改善他们的环境政策。保险公司和银行也努力要求向它们投保或者贷款的公司更好地进行环境保护。

在 2003 年 6 月，几家大的私人银行宣布采用“赤道原则”，按此原则，当这些银行要向开发项目贷款时应遵守国际金融公司和世界银行制定的环境导则。这些原则要求银行分析它们所融资的工程的环境风险、考虑可替代措施、建立项目的环境管理计划以保证这些工程不造成环境损害。占世界工程融资量的 3/4、总共有 40 家银行现在同意遵守“赤道原则”。由于私人的、多边投资现在已使政府间贷款相形见绌，因此像“赤道原则”这样的私人行动对改善发展中国家的环境状况尤其重

① 2006 年加利福尼亚《全球变暖对策法》，见 http://www.aroundthecapitol.com/bill-track/text.html?file=ab_32_bill_20060831_enrolled.html。

② 有关这个计划详情见：www.rggi.org。

③ 有一些这样的行动的详情见埃瑞克·安萨德瑞(Erik Assadourian)。公司责任现状和环境[J]。乔治敦国际环境法律评论,200618:583-586。

要。然而由于是自愿行动,所以有人怀疑这些行动所包括的承诺能否被有效执行^①。

许多公司正在将环境关注融入新产品设计和与供应商签订的合同中,有些国家开始要求公司承担保证对它们所生产的产品予以安全处置责任。环境关注的全球化使工业企业向发展中国家出口危险和化学品更加困难,特别是被发达国家禁止或者限制出口以后。在发达国家淘汰了含铅汽油不长时间之后,含铅汽油就开始在发展中国家消失。在美国法院取消了环保局石棉禁令 15 年之后,尽管石棉工业和加拿大激烈反对,但环境立法十分宽松的许多其他国家在决定禁止石棉的时候几乎没有遇到什么困难。即使因不同情环境立法而声名狼藉的世界贸易组织(WTO)也已经宣布因为石棉的健康风险太大因而在不违反自由贸易法律的情况下可以禁止石棉进口^②,并驳回了石棉工业强调美国不禁止石棉的辩解。当烟草制品的使用在发展中国家继续增加的同时,世界卫生组织成功完成了提高全球烟草使用风险意识的《烟草控制框架公约》^③。

中国的快速发展确实在这个国家的许多地方引起令人震惊的污染^④。这些污染反过来成为一些社会动荡的根源。中国好几个城市发生了市民要求制止威胁他们健康的可怕的空气和水污染的抗议行为。在我去年到中国的几次访问期间,给我留下深刻印象的是公众充分意识到将环境问题置于这个快速发展国家的最优先发展领域的必要性。仅在某一天,我在一份英文报纸《上海日报》上就看到五篇文章在广泛地报道环境问题,包括空气污染、污水处理、湿地保护、受到污染的饮用水。中国过去长期忽视环境管制导致今天严重威胁公共健康的环境问题。

由于担心普遍存在的社会不安威胁社会的稳定,中国的领导人将环境保护置于国家最优先发展领域。他们极力加强环境立法、鼓励绿色技术的开发。中国的官员渴望从外国进口立法和技术来阻止经济快速发展带来的环境退化。尽管中国政府近年热心于环境保护措施,环境灾难还是露出水面,如 2005 年 11 月发生在松花江的大范围的苯泄露事故。这起灾难是由发生在吉林化工厂的一起事故引起的,泄露使得当局关闭了哈尔滨市四百万居民的公共供水,并且当污染物跨越国界进入俄罗斯后引起国际抗议。

中国领导人想借鉴国外环境立法经验来提高中国的环境保护水平的愿望也可

① 对保护环境的自愿商业行动的评论性评价见:大卫·(David Barnizer). 从可持续的‘不可能的梦想’中觉醒:商业和政府的决策现实. 国际环境法评论, 200618: 595, 600-604.

② 世贸组织、欧共体-影响石棉和含石棉产品的措施(WT/DS135/R. Sept. 18, 2000).

③ 见 <http://www.who.int/tobacco/framework/en/>.

④ 伊丽莎白·伊科诺米(Elizabeth Economy),“黑的河流:中国未来的环境挑战”(2004).

以被看作是说明全球化是如何影响被 Harold Koh 院长称为“跨国法律”发展的又一例证^①。现在环境保护已经成为中国政府最急切的优先发展领域,中国毫不犹豫地将其他国家的排放贸易、排污许可、绿色标签和环境绩效等级^②等制度移植到中国的环境法律监管政策中。尽管中国的环境法律有实质性的改善,但是仍可以发现一些空白与差距。2005 年 11 月的松花江苯泄漏凸显中国没有像美国《超级基金法》中规定的化学品排放的全国性的、强制性的报告制度^③。尽管像其他大多数国家一样中国政府还没有借用超级基金责任法的规定,但是看来中国想在中国的环境法中填补这个空白。

美国环境运动得益于一些著名的公民活动家的参与,这些公民活动家组成关注一些紧迫问题的草根组织。相同的现象正出现在全球的许多国家。一些草根组织的活动家已经非常著名,如肯尼亚“城市绿色带运动”创始人旺加里·马塔伊(Wangari Maathai)因其代表环境所作的贡献于 2004 年获得诺贝尔和平奖。许多其他的人在国际社会的聚光灯外继续进行他们真正的宏大的事业。

中国的一些勇敢的公益律师正在提起诉讼以阻止环境破坏活动。当我在 2005 年 3 月访问中国的时候,我认识了北京的中国政法大学污染受害者法律援助中心(CLAPV)主任王灿发。王灿发提起诉讼以改变立法并且他现在是中国顶尖的环境公益律师。他的中心开通了一条“热线电话”接听全国各地那些抱怨环境法被违反的人们打来的电话。有一些观察员对中国正在发展的公益法律运动持轻视的看法,认为如果中国政府允许有些案件进行下去的话,表明这些案件并不重要。王灿发代理的、并已被编入一本值得注意的书^④中的案子看起来更像是美国早期的公民寻求让法官阻止具有重要经济意义的未受控制的污染的普通法诉讼。

王灿发是在北京的中国政法大学的教授,他在政法大学开了环境法诊所。他有雄心扩大他的诊所,包括在汽车上建立移动的环境法中心将法律援助带给农村地区那些现在还没有认识到法律可以改变他们的环境的人们。

当我在南京访问时,我认识了武进环境保护局局长薛远林(Yuanlin Xue),武

^① Harold Hongju Koh 阁长:“对美国法律协会的评论”,2006-5-17,见 <http://www.law.yale.edu/news/2764.htm>.

^② 加里·麦克尼尔(Gary McNeil)和大卫·哈撒韦(David Hathaway). 中国的绿色标签与能效[J]. 中国环境 2005(7)(总第 72 期);王华等人:“环境绩效等级与信息公开:中国的绿色观察计划”,见世界银行政策研究工作底稿 2002 年 9 月第 2889 号。http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636252#PaperDownload.

^③ 《综合环境反应、补偿与责任法》第 103 条,载《美国法典》第 42 卷第 9603 条.

^④ 王灿发、许可祝、胡静、刘明, Tadayoshi Terao & Kenji Otsuke:《东亚环境污染纠纷研究:中国大陆和台湾的案例》(Institute of Developing Economies 2001).

保护局作为(县)级环境保护局正在努力执行严格的新的环境立法以成为省保护示范区。这位局长面对的最大困难是如何让国有企业遵守环境法。尽管中国国家环境保护总局(SEPA)让每一个人吃了一惊。在所谓的著名的“环境”中,国家环境保护总局叫停了没有进行足够的环境影响评价的 22 家大型项目的建设。

中国正在发生的变化在国际聚光灯注视之外的世界其他地方引起了共鸣。五国帮助在德黑兰大学召开了一个有关环境方面的研讨会。我惊奇地发现伊朗很强大的公共利益环境运动,这个运动是伊朗蓬勃发展的公民社会的心脏。有 230 多个环境团体正致力于使政府扭转数十年来忽视环境的做法。我认为这些团体中最早的一个组织——“反对环境污染妇女社会”的领导人。这个组织 1970 年代由一个图书管理员创立的,她在意识到她所工作的大学的图书馆没有合法的归档类目后发现了环境法。

哥斯达黎加,一个新建的环境法院通过勇敢地和独立地行使其关闭那些长环境法的公司的新的权力来支持环境保护。哥斯达黎加环境行政法庭正在通过树立新的权威,因为这个国家已经把环境保护作为以生态旅游为经济动基础。在更南部的巴拉圭,艾伯特(Alberto Janosky)正在发动一个坚定的运动来救这个国家最后残存的热带雨林。作为巴拉圭环境团体“GUYRA”的执行 Janosky 与国际组织一起致力于筹集资金以从种植大豆的农民手中购买雨林并免于开垦。

智利,Fernando Dougnac 是智利最早的公共利益环境法团体“the Fiscalia edio Ambiente (FIMA)”的主席。在 1985 年,他打赢了智利第一起公共利益诉讼官司,阻止了这个国家当时的军政府对生物圈保护区的破坏。从那以后有许多其他的法律胜仗,包括根据智利宪法规定的环境权在火地岛建立对智利予以立法保护的官司。

Antonio Oposa 是一个菲律宾律师,他是菲律宾综合律师协会全国环境行动计划主席。像其他许多发展中国家一样,松懈的环境执法严重地影响了法律的效果与阻止非法捕鱼对米沙鄢海洋中难以置信的海洋资源的破坏,Oposa 创立了“海洋执行中心和青年营”以培训社区领导人、学生和教师去帮助改变破坏的捕鱼行为。Oposa 将他家的海滨别墅捐献出来作为巴塔彦岛海洋避难所(Visayan Island Marine Sanctuary)的办公用房。他还组织了一支由志愿者组成“米沙鄢海洋队”(Visayan Sea Squadron)的小队在世界上最富生物多样性或进行巡逻。Oposa 的小队对非法捕鱼活动包括爆炸捕鱼和用氰化钾捕鱼提防,帮助政府官员组织对环境违法行为进行突然袭击以使这些行为得到刑事处罚。这个团体把政府逮捕环境违法者的袭击制作成电影以便让更多的人知道破

坏性捕鱼行为不再被容忍。在 2006 年 4 月, Oposa 的首席助理 Jojo de la Victoria 被谋杀,Oposa 本人也被恐吓如果他不放弃保护“米沙鄢海洋”的活动的话将有生命威胁。针对这些威胁,来自全球几百个环境保护主义者与菲律宾政府取得联系要求菲律宾政府保证 Oposa 的安全。

2004 年在非洲时,我认识了尼日利亚环境法教授 Bibobra Bello,他正在忙于阻止由跨国石油公司引起的污染。10 多年前,Bello 教授在一次环境示威中被捕并且与环保人士 Ken Saro-Wiwa 一道被尼日利亚前军事政权关进监狱。Ken Saro-Wiwa 被处死,但 Bello 教授设法逃跑并且跑到了他取得 LLM 环境法学位的美国。在尼日利亚的政治环境改善之后,他返回他的祖国成为德耳塔州大学法学院(Delta State University Law School)的法学教授。当他的大学拒绝让他开设环境法课程时,由于许多学生抗议以至于在管理部门的态度变得和缓前学校不得不关门。Bello 教授现在领导这个大学的环境法项目,他比几乎任何其他人都能更好地理解环境保护与人权之间的关系。

他们中的每一个人都得克服反对他们的有时看来是难以克服的困难,但是他们都坚持住了并且现在是有助于改善许多国家环境质量的生机勃勃的全球运动的一部分。由于全世界这些勇敢的人的努力使我们有理由对环境法的未来持相当乐观的看法。

四、环境法的未来

回顾环境法和政策在最近 25 年的发展,有几个重要的发展是许多人没有预料到的。这些发展不包括人们越来越关注的全球变暖、也不包括向环境控制措施挑战的环境管制措施、更不包括环境质量委员会第一和第三次年度报告中粗略讨论的问题^①。但是包括环境正义运动的出现、在环境问题上两党合作的消失、以及在发展中国家公众环境关注度的巨大提高。展望未来,未来 25 年环境法领域的有可能取得什么样的进展呢?

因为国内环境法现在首先是监管立法的产物而不是普通法,所以它的未来主要取决于谁取得并控制国会和白宫,这些问题不可能只取决于公众对环境保护的感觉。目前由于总统和国会的领导人对许多环境关注怀有敌意从而使立法陷入僵局,但他们也得不到公众的支持来进一步放松环境立法。一个不同的总统和一个不同的国会最终将会对联邦环境法作出实质性的修改,这是一个在许多方面被长期延误了的任务。

^① 环境质量委员会:“环境质量-1970”,第 93 页(1970);环境质量委员会:“环境质量”,第 149 页(1973).

想让行政国家理想化为成本效益国家^⑤的主张很大程度上被证明是环境监管批评者的痴心妄想。保护环境的立法已经使得越来越多的、越来越昂贵、越来越复杂的监管机构增加成本效益的“超级命令”并不是一个好主意。想知道其中的原因且看要看到Corrosion Protection Fittings一案的判决，在这个判决中，联邦上诉法院将要求微弱的成本效益平衡的意图转变为了使环保局根据《有毒物质控制法》进行监管的能力陷入瘫痪的有效工具^⑥。在惠特曼领导美国卡车协会(Whitteman v. American Trucking Associations)^⑦一案中，最高法院一致反对成本效益国家的支持者为了将他们喜欢的判决规则合进法律而重写《清洁空气法》的要求是

现在普通法主要是在监督失教的情况下作为一个支撑才会被涉及，但是普通法概念仍对不信任监管机构的语言有强大的影响。法院有可能继续是有美国整体的战场，因为法院想通过司法解释改变环境法律或者在行政机构试图把法律从一个方向向另一个方向拉得太远的时候约束政府机构。目前，有关国会保护环境的宪法官的疑问看来已经解决并且应该感谢从人们的视野中消失。然而，美国最高法院在环境问题上仍然存在尖锐分歧，这一点在最高法院对 Rapaport一案作出的最新的环境判决中表现得十分清楚。正如这个案例的判决所述，在如何解释法律时事情就演变为激烈地争夺司法意见的意见，因为肯定通过法官的意见将成为在未来大多数案件决定性的一票。 Sandra Day O'Connor法官的建议使得法院将有可能使 Scalia法官针对限制环境原告资格的长期运动再次复苏^①，或者再次将其大破认为因“管制征收”而必须对其进行补偿的环境监管

普通法期望保留灵活性以应对环境冲突的最好的传统。原因是想将通常被经济分析^①忽略的“生态系统服务”^②的巨大价值包含在它的结论中。但是与其说是对支持成本效益分析作为决策规则的人的打击,不如说是对使用这种方法作为决策工具必然遭遇挫败的巨大不确定性的说明。

美国各州设计和调整它们自己的应对被联邦政府忽略的环境问题的努力正在挑战传统的有关“公地悲剧”^③和环境联邦主义^④的智慧。最终,各州雄心勃勃的削减温室气体排放的计划看来没有太多希望除非它们激励其他各州和国家也和它们采取相同的行动。然而,在批评环境管制的人将这些“率先行动”作为“根本上是政治符号”^⑤拒绝接受的同时,这些率先行动可以增强人们对控制温室气体排放是康德哲学中均衡关系的无条件需要的理解。并不奇怪,州控制温室气体排放的监管行动招致来自工业行业的法律挑战^⑥,而与此同时其他各州正在联合起来以在降低中东部地区电厂排放的斗争中赢得古老的联邦普通侵权法的支持^⑦。根据环保局以前否认在此领域存在任何形式的法律监管权力的决定来看,声称联邦政府的标准优先于这些州行动的主张看来是没有诚意的。一旦克服了州行动的法律挑战,州行动就能够扩散,这种扩散最终可以给国会以压力以建立控制温室气体排放的综合性的国家计划。这件事将取决于环境保护主义者在构建创新性的联合中取得多大的成功,因为他们已经不时地寻求将环境关注更加密切地融合进应联邦的农业和交通政策中。

① 见罗伯特·科斯坦萨(Robert Costanza)等人:“世界的生态系统服务与自然资本价值”,载《自然》1997年5月第387卷第253页(估算生态系统对人类有用的每一种东西的全球价值每年为33万亿)。

② 见詹姆士·索兹曼(James Salzman):“建立生态系统服务市场”,载《纽约大学法律评论》2005年第80卷第870页。

③ 见加勒特·哈丁(Garrett Hardin):“公地悲剧”,载《自然》1968年第168卷1243页。

④ 见威廉·W·巴兹比(William W. Buzbee):“承前启后的环境联邦主义”,载《纽约大学环境法期刊》2005年第14卷第108页。

⑤ “加州梦”(California Dreamin’),载《华尔街期刊》,2006年9月11日A14(社论)。

⑥ 在“中央谷克莱斯勒汽车公司诉威瑟斯普”(In Central Valley Chrysler-Jeep, Inc. v. Witherspoon)一案中,汽车行业辩称联邦燃料节约标准优先于2004年加利福尼亚采用的二氧化碳排放限制。

⑦ “康涅狄格诉美国电力公司”,载《联邦补充案例汇编第二辑》第406卷第265页(纽约南部地区法院2005年判决)(基于政治原因驳回八个州和纽约市诉二氧化碳排放量占全美国的10%的六大电力公司的起诉)。

像某些人一样^①,能够自信地预测新技术的发展将能够在很大程度上解决未来的环境问题是一件很好的事,这意味着零排放社会的到来。但是环境法的历史显示污染控制技术的发明很大程度上是因为感觉到未来控制排放的严格^②。如果美国继续要求更加清洁和更加有效的生产过程和运输手段,我们就能够有望在沿着绿色社会的道路上取得更大进步。但绝不可能在所有的环境问题上取得这种进步。普遍认为管制政策没有能够认真对待作为首要环境问题之一的非点源污染。只要大多数土地利用管理决定仍然属于州和地方当局严加保护的领域,对非点源污染问题的解决方案将是难以捉摸的,正像开发敏感的海岸区的压力一样有可能继续压倒来自环境保护者的声音。像飓风卡特里娜和新奥尔良的洪水这样一些使美国在一段时期趋于停顿的灾难经常会产生使环境法发生变化的动力(有时会更好,有时会更坏)。目前,预知这些事件的长期影响会是什么还为时过早。

为了应对公众对环境和全球贸易与通讯扩大的关注,全球环境法正在快速发生变化。然而,一些环境保护主义者担心贸易自由化会损害环境,事实上已经刺激一些国家如智利和中国提高它们的环境标准,以便环境关注不被作为它们的产品进入国外市场加以限制的理由。具有讽刺意义的是,据报道,俄罗斯为了赢得欧盟支持其成为世界贸易组织成员国的期望成为俄罗斯决定批准《京都议定书》的关键因素,而俄罗斯的批准是《京都议定书》生效的关键。

全球通讯与交通的改善促使前述环境激进主义者国际网络的出现。发展中国家的草根环境组织正在获得对发达国家类似组织的资源和专家意见的使用权。这个趋势将继续增加在发展中国家经营的跨国公司清洁生产的压力即使这些国家法律不要求这样做。对任何国家和公司来说,想通过倾倒的方式向欠发达国家出口环境问题将不再是一件容易的事。

像欠发达国家为了应对环境退化尽可能建立法律秩序一样,发展中国家的环境标准预期会有大幅提高。不幸的是,这经常发生在已经对环境造成巨大损害以至于它的长期影响不可能再被忽视之后。但是国际网络如“世界自然保护联盟环境法学院”和“环境遵守和执行国际网(INECE)”正在大幅度促进发展中国家学习如何建立和执行有效的环境法。随着这些法律在未来变得更加有效,有某些方面美国公司可能宁愿环境损害的外国受害者向美国的法院起诉它们,而不愿意像现在这样被作为“外国民事侵权行为诉讼”起诉。在这些诉讼中的原告难以在法庭上

^① 如见格雷格(Gregg Easterbrook)的《地球的瞬间:正在来临的环境乐观主义时代》(1995)之一。

^② 见罗伯特·V·珀西瓦尔[M].克里斯多佛·S·施罗德,艾伦·S·米勒,詹姆士·P·利普环境监管:法律、科学和政策[M].2006:140-141.

胜诉,原因在于原告为了获得赔偿进行的这些诉讼被认为是违反了“国家的法律”。^①但是通过在国际上公开揭露跨国公司行为,这些诉讼向这些公司施压以使它们改善在发展中国家的环境实践。

如上面讨论的,追踪污染物最终处置和传播途径的科学水平的提高已使我们警觉到跨界污染问题的全球意义。但是随着全球环境问题变得越来越明显,加强控制全球环境问题的法律制度的努力有可能在未来更具有挑战性。大多数跨界污染问题很难解决因为上风或者上游国不愿意进行首先使下风或下游国受益的昂贵投资^②。当环境局的行政官斯蒂芬·詹森(Stephen Johnson)在2006年4月访问中国时,他仅简单提到跨界汞污染就在中国引起政治风暴^③。

全球变暖和气候变化现在看来有可能是给未来国际环境法的发展带来最大挑战的环境问题。随着这些问题继续作为急迫的、普遍关注的问题出现,各国有必要研究“后京都”制度以应对发展中国家对公平的关注和发达国家对经济的关注。然而有些国家争辩认为像中国这样的国家几乎没有采取控制温室气体排放的动力^④,中国最终会超过美国成为全球温室气体最大排放国的事实意味着它有能力采取行动,这对全球问题产生影响比其他任何国家都大。中国的科学家非常关心全球变暖对中国环境产生的影响。因此,单是利己主义就可以把世界上人口最多的国家推到谈判桌前。

然而,如果美国继续忽视发展中国家对不公平性即美国作为最大的温室气体排放国却在全球变暖问题上不起主导作用的关注话,前述一切均不会发生。发达国家产生的温室气体一直以来是全球变暖和气候变化的主要原因。发展中国家现在在温室气体排放中占有一定的、不断增长的份额,而《京都议定书》仅要求发达国家进行减排是因为认为首先有必要要求那些已经对气候变化造成影响的国家先行采取措施。然而布什总统反对《京都议定书》,美国的排放仍在继续增加。

人们对污染损害公众健康的关注深刻地影响了当代的环境运动。对公众健康

① 如见“比纳诉自由港迈克墨伦铜矿及金矿公司”(Beanal v. Freeport-McMoran, Inc.),载《联邦判例汇编第三辑》第197卷第161页(第五巡回法院1999判决);霍塔诉德士古公司(Jota v. Texaco, Inc.),载《联邦判例汇编第三辑》第157卷第153页(第二巡回法院1998年判决)。

② 见托马斯·W·麦尔瑞尔:“跨国污染的黄金规则”,载《杜克法律期刊》1997年第46卷第931页。

③ 见“第十一个五年计划中环境目标”,载:http://citizenyang.blogspot.com/2006_04_01_citizenyang_archive.html(2006年4月15日)。

④ 卡斯(Cass R. Sunstein):“限制气候变化:被忽视的障碍”,载《华盛顿邮报》2006年8月18日A.也可见:詹姆斯·加尔布雷斯(James Galbraith):“关注变化着的气候”,载《华盛顿邮报》2006年8月26日A18(注释解释“与美国不同,中国已经批准了《京都议定书》”)。

注将继续是驱动环保局日常大部分工作的导火线。由于环境条件在新的疾病成和扩散中发挥着重要作用,因此看来相信环境法和健康法这两个领域的融合符合逻辑的。公共卫生和预防医学的许多问题围绕环境条件展开以至于看来两个法律领域来说就像是一个自然而然的过程。然而,除卫生保健资金之外,领域都面临相同的、涉及预防管理政策的问题。世界卫生组织制定的《烟草控架公约》是寻求减少由致命和上瘾产品导致的疾病的影响的重要的一步。

不考虑未来技术变化的步伐,美国环境法的一些特征应当对发展中国家出现民运动具有广泛的吸引力。《紧急计划和社区知情权法》中有毒物质清单给美民远距离限制大量他们日常生活中接触的各种化学品的能力。如果美国公司公事地能够在美国遵守这项立法,那么它们也就应当能够在实行管制要求的和其他大陆这样做。除了向公众提供他们接触的化学品的信息之外,政府也像欧盟正在实行的“新化学品登记、评估与授权”计划一样通过要求某些形式级和进入市场前的测定来决定新的化学品是否会造成过度的风险^①。

在环境关注继续博得广泛的公众支持的同时,想通过国会引领新的环境立法那么容易。尤其是,当人们把“征收能源税等同于政治自杀”作为公认的政治的情况下,第一届克林顿政府早期进行的想让国会感兴趣并采取 BtU 税的努力命运多舛。但是它的重要意义在于考虑将税负从生产性劳动转向环境损害产和消费性领域。能源税能够有力地刺激提高能源效率和降低能源消费总而且如果以正确的方式予以折扣补贴的话并不会增加税负总量。

最后,环境法的支持者为赢得未来政治斗争需要在建立创造性的、两党联合等继续工作。例如,反对联邦补贴的经济保守主义者被证明是反对某些对环境最大破坏性补贴计划的强大支持者。这也是对全国环境运动的一些基本前提重新思考的好时机。然而,在“环境主义死亡”中表述的环境主义者应当抛弃两党合作的“伪装”的观点是愚蠢的忠告。事实上环境法建立的任何有重大意立法进步都是两党合作共同支持的产物。环境主义死亡的报告不只是简单的熟,而且他们完全错了。但是它对环境利益团体创造性地思考如何应对变化政治气候是需要的。

开始时环境法鼓励工业企业建立在远离人口集中地区来应对污染。早期普通个“分区功能”后来让位于“技术强制”,这是因为工业行业害怕承担责任从而开发新的污染控制技术。作为对发达国家针对不同环境风险的新的控制措施应,工业行业向海外出口技术。今天,随着发展中国家提高他们的环境标准和

^① 新化学品的登记、评估与授权,2003 年 10 月 29 日,载:http://ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/reach_intro.htm

非政府组织在国际公开场合对公司的环境破坏行为(即使这种行为按照国内法是合法的)的曝光,这种方式正在发生快速变化。美国曾经在快速发展的保护环境的管制政策中起过催化剂的作用。尽管美国在国际环境事务中让出了它的领导角色,但看起来我们自己的利己主义最终必然将强迫我们在保护全球共同利益的努力中发挥更加积极的作用。

从现在开始的未来 25 年,环境法将在许多我们不可预知的方面取得进展。但是我们今天很清楚并且可以很自信地预测到这个领域将是很活跃的并且在我们从这个领域退休以后仍会长时间得到很好发展。

(本文的翻译得到美国马里兰大学王颖博士的帮助,在此表示感谢。——译者)