

DOI:10.15918/j.jbitss1009-3370.2017.2202

# 生态环境的宪法保护 ——以中国宪法第26条为中心

谭倩

(南京大学 政府管理学院, 南京 210046)

**摘要:** 生态环境保护是宪法学的重要议题。中国宪法生态环境核心条款为第26条,此条文具有其特殊意义,应将其置于特定理论架构下予以解释。德国“制度性保障”理论可资借鉴为释义基础,据此理论,古典制度性保障与基本权相区分,保障效果是“核心不可废止,边缘可以限制”,现代制度性保障属于客观价值秩序,国家须“积极形塑制度”。环境作为一种制度,受宪法保障,宪法通过制度性保障的消极和积极之二元结构,课以国家义务,促成环境保护之实现。

**关键词:** 生态环境; 制度性保障; 国家义务; 环境权

**中图分类号:** DF122; DF46

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1009-3370(2017)04-0121-08

中国宪法第26条规定:国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。国家组织和鼓励植树造林,保护林木。该条是一个比较特殊的条款,特殊性主要体现在3个方面:(1)从该条在宪法文本结构位置看,属于第一章“总纲”部分,而总纲规定的是宪法制度的基本原则和基本国策,因此,此条在性质上属于经济和社会制度中“环境制度”。(2)从该条规定的内容看,采用的是“国家保护和改善”“国家组织和鼓励”措辞,课以国家积极作为与消极不作为的义务,属于一种“国家义务”的规定范式。(3)从学界对该条的研究看,大部分宪法学教科书或著作对该条的规范研究甚少,“环境权”论者未经充足论证即将该条视为“环境权”的宪法依据,而“环境权”的反对者亦未对该条进行具体释义。

宪法的特殊条文,应该与其他条文具有不同的理论情境。特殊的理论情境,在德国比较有深厚的理论传统、价值预设和解释路径。1928年,德国宪法学者卡尔·施密特提出“制度性保障”理论<sup>[1]</sup>。

## 一、一种新的释义情境:制度性保障理论

环境权符合“努力实现的标准”“最低限度的标准”,获得诸多国家宪法确认,中国“环境权入宪”呼声渐高,在环境权理论尚难以支撑起环境法的宪法框架的情景下,该主张是一种“刻意理性构建”,而非“现实需要和制度发展的演进”<sup>[2]</sup>。生态环境之保障可以借鉴、借助新理论构架:“制度性保障”。

### (一)制度性保障的缘起

法国学者马里奥最早从法学面向思考“制度理论”;最早明确“制度性保障”概念的是德国教授马丁·沃夫,他在1923年出版的《帝国宪法与财产权》一书中从德国宪法第119条第1项的婚姻、第153条的财产权与第154条的继承权创设了“制度性保障”概念<sup>[1][29]</sup>。经由施密特努力,“制度性保障”形成了一套系统化理论。

施密特“起始立论”,将制度性保障与基本权利予以区分<sup>①</sup>。制度性保障大体有两种含义:一是经由宪法法律的规范,特定制度可以获得特殊保护。规范目的主要使立法者无法以单纯法律的方式废除制度。人们经常以很不准确的语言谈论基本权利,虽然这类保障的结构无论在逻辑上还是在法律上都完全不同于基本权利的结构<sup>[3]</sup>。对于制度性保障与基本权利的区别,施密特认为,制度性保障,依其本质,受到限制,其仅存在于

收稿日期:2016-12-13

基金项目:2016年度江苏省社会科学基金课题“长三角城市群生态环境共建共享中的国家义务研究”(16FXD006)

作者简介:谭倩(1988—),女,南京大学政府管理学院博士后,中共南京市委党校讲师,E-mail:afra.tan@yahoo.com

①需要注意的是,施密特还将制度性保障(Institutionelle Garantie)与制度保障(Institutgarantie)进行区分,前者是公法上制度的宪法法律上保障,后者是私法上制度的宪法法律上保障。然而,近来德国学者已不再做如此区分,而是统称为制度性保障(Einrichtungsgarantie)。

国家之内,并且非基于原则上不受限制的自由理念,而是涉及法律上所承认的制度。制度性保障本身恒属于被限定自物,旨在履行特定的任务与目的,其任务的细节并没有完全被具体化,而带有某种程度“概括作用范围”“活动范围的广泛性”<sup>[31]82</sup>。根据施密特的论述,基本权利与制度性保障至少存在2点区别:(1)制度是国家之内的,或说是由法律形成的,而基本权利是先于国家的;(2)制度是可以受到限制的,或说受限制是常态,而基本权利原则上是不受限制的,或说限制是例外的。因此,制度具有3个特征:(1)传统,是指传统上形成或历史上确定的。亦有学者指出,在制宪者凭借宪法规定予以保障前,其组织内涵或多或少确定,因此可以联系成一个可以合理安排的统一规范脉络,而立宪者将此等法律制度纳入宪法,此规范脉络的核心部分即受宪法保护<sup>[4]</sup>。(2)典型,是指宪法制定生效时现存物中典型的、特征的、本质的法规范;(3)一组相互关联或相互补充的法规范构成。施密特曾以魏玛宪法有关宗教团体及组织的规定为例,说明如何构建出所谓的“宗教团体作为公法社团的制度性保障”<sup>[5]</sup>。二是自然团体或组织的基本权利,实质上是一种制度性保障。施密特认为,对于组织体,国家可以赋予其各种主观权利,但是,此种权利并非纯正意义上的基本权利。并且,制度可以被赋予权利主体性质,并于宪法上确保其主观权利。然而,此等权利仅是宪法法律规定的权利,而非市民法治国意义下的真正基本权利。此等制度存在于一国之内,既非先于国家,亦非高于国家而存在<sup>[5]285</sup>。

究其根源,可归结于魏玛宪法基本权利规范效力的两难困境:一是“单纯的纲领”,在实证法上不具有意义;二是基本权利被放置在“法律保留”之下,必须经过法律予以实证化,始能运作。对于基本权的保障,立法者位居要津,扮演具体化基本权的角色。基本权规定不能赋予立法者积极立法义务。基本权对立法者而言,是一种“纲领性”“方针性”的指示,并无实质拘束力。亦即,基本权对于立法者的意义,不是“是否”立法的问题,而是“如何”立法的问题。对于人民而言,基本权能否彻底获得保障,完全取决于立法者是否制定法律,以及如何以法律形塑基本权范围,人民不得提出立法作为请求权。对于宪法原本规定意欲保障的制度,将因立法者的不作为,或是经由立法行为改变或废弃。因此,施密特主张:制度性保障以一定的制度为前提,亦即被形构、组织、乃至于可被界分的各种具有公法性质的制度。依其见解,制度性保障最主要的目的,在于期望透过宪法规定,提供一种“宪法保障”,用以拘束立法者,不得藉由任何立法行为,来变更或废弃宪法所保障的“制度”<sup>[6]</sup>。立法者可以对制度进行限制,但不得对制度的核心进行废止和改变。

## (二) 制度性保障理论的发展

随着法规范效力与现实基础的更迭,制度性保障理论不断发展。德国学者彼特·哈伯尔在阐述基本权利时,合理融入了制度性保障理论,认为对具体价值体系而言,基本权利具有双重意义,其一,基本权利本身为最高价值,其二,它是宪法的构成部分,德国自由民主的宪法秩序,主要由市民的活动自由构成,换言之,整体的法秩序主要由基本权利的实际行使构成<sup>[7]</sup>。他认为基本权利应具有“个人权利层面”与“制度层面”的二重宪法性格,此即著名的“制度性的基本权利理论”。“制度”主要是生活关系、客观的秩序、以及生活的领域。制度须与宪法整体结合,例如法律上的契约、财产、既存的婚姻、家庭秩序,以及一般的结社、集会和促进劳动和经济条件的结社<sup>[8]</sup>。学界在探讨制度性保障时,多与基本权利结合,抑或“制度性保障不再是与基本权利分立的概念,而是潜入基本权利的客观面向,成为基本权利价值秩序的一份子,负起强化、补充基本权利的使命。”<sup>[9]</sup>“制度性保障与个人权利是一体的两面,对个人权利保障具有强化的功能。”<sup>[10]</sup>

制度性保障与基本权利的关系,可以区分为2种<sup>[11]30</sup>:(1)非结合基本权利的制度性保障。即指制度性保障的古典概念,也就是施密特论证的制度性保障,即“在宪法规范下,某些具有特定范畴、任务与目的的制度应为国家宪法所承认,受到宪法的特别保障,而非立法者借着制定或修改法律得以废弃。”这种先验地认同某些特定“既存制度”应受宪法特殊保障的思维,一方面是一种“制度”存在状态的保障,另一方面则是符合宪法形象的相关内容形塑的保障,也就是将其内涵当作“核心要素”加以保障。(2)与基本权利紧密相关的制度性保障。即将制度性保障作为客观法来理解。基本权利的客观法性质是将基本权利视为所有国家权力都应尊重的价值,并课予国家义务,尽管这种义务并不必然对应公民的请求权,如果国家违反这种义务,则有可能构成违宪,须承担违宪责任。

对于“与基本权利密切相关的制度性保障”之理论,作为基本权利客观法面相的制度性保障类似一种“国家通过一些制度来保障基本权利的实现”的含义,此种意义上的制度,将包含国家所有可能采取的保障基本权利实现的手段,势必变成一个无所不包的概念<sup>[11]</sup>。此种意义上的“制度性保障”有涵盖组织与程序保障、国家保护义务等其他客观价值秩序之可能。因此,学者主张应当回归传统的制度性保障概念<sup>[12]</sup>。尽管此

种制度性保障对单纯权利保障具有补强作用,但如果把握不准,则可能导致内涵模糊、“制度”指向不明确等问题。如果仔细研究德国联邦宪法法院相关案例之制度理解看,主要还是建立有关的组织和程序保障<sup>[11][280]</sup>。中国台湾地区学者亦认为,制度性保障并不如基本权利的组织与程序功能表述明确<sup>[13]</sup>。古典意义上的制度性保障依然具有十分重要的价值,坚持这种理论是必须的、必要的,合理区分基本权利与制度性保障,亦符合现代宪法的规范性安排。

## 二、规范释义:中国宪法上的环境、环境保护

环境作为宪法的重要规则,为人民意愿和普遍共识的结果,是宪法对保护人类永续发展的一种价值设定,“一部宪法所宣告的或应宣告的规则并不是为了正在消逝的片刻,而是为了不断延续的未来。”<sup>[14]</sup>。

### (一)中国宪法环境条款之定性

从中国宪法规范观察,涉及环境内容的条款主要有第9、第10、第22、第26条,其中,第26条是环境核心条款,学界并无争议。中国环境条款性质是什么?是宪法原则,还是基本权利,抑或基本国策?

宪法原则(或称“立国精神”),为具有宪法根本性与形成性的基本决定。其对国家行为规定一定的方案,所有国家机关在履行公共任务时,必须尊重并促使其实现。在功用上,其首先且最重要者,系对立法者行动的委托,当然,对行政部门和司法部门也具有重要意义。同时,宪法原则还具有客观法的意涵,但其并非赋予人们在公法上的请求权。中国宪法尽管有环境保护条款,但环境保护条款之地位远未达到宪法原则的高度,官方和学界鲜有将其提升至此位阶的论述。

中国环境条款解读为将环境权视为基本权利。此种观点在学界较为流行,有学者认为宪法关于环境保护的规定中包含了环境权的意义<sup>[15]</sup>。有学者认为宪法在一定程度上涉及环境权的某些内容<sup>[16]</sup>。还有学者根据国外宪法环境权规定,进而论断中国环境权。这种结论与论证过程是不严谨、不严肃、不科学的。首先,从环境条款在宪法中所处的位置看,4个条款均位于第1章“总纲”部分,而非在“公民基本权利和义务”章节之中,“如果明确将环境权纳入宪法作为基本权,理所应当归入基本权利章节,方能体现纳入该制度的初衷。”<sup>[17]</sup>依据“原旨主义”的解释方法,亦即制宪者并未将其作为“环境权”予以考虑。其次,从中国宪法环境条款的措辞看,主要运用“国家保护和改善”“国家保障”等术语,并未出现“权利”“利益”等字样,严格从规范角度看,只是规定了“国家义务”,而非“公民权利”。

中国“环境条款”,是一种“基本国策”<sup>①</sup>。“基本国策”是指规范国家整体发展的基本方向和原则。它作为“国家发展的方针”,所有国家权力均有遵循的义务。因此,基本国策成为宪法中国家权力机制与人权保障制度之外的“第三种结构”<sup>[18]</sup>。目前有105个国家或地区在宪法中规定把环境保护和改善作为国家的目标和义务<sup>[19]</sup>,以德国为例,从20世纪70年代开始,即开始讨论将环境保护条款纳入基本法。但宪法应采取何种方式,存在两种观点:一是主张环境保护作为基本权利;二是主张作为基本国策。1994年,德国联邦议会修改了基本法,增加了第20a条规定:“国家有义务在宪法制定的范围内通过法律和符合法律的司法权和执行权保护后代生命的自然基础”。从德国《基本法》篇章结构看,增加的这款处于第1条至第19条的基本权利范围之外的第20条(联邦共和国的社会和政治结构)中,在性质上属于基本国策。中国环境条款在宪法中的位置安排及内容设计与德国1994年修改后的环境条款具有类似性,在内容上淡化了权利性质,强调环境保护的“国家之义务”。

### (二)中国宪法环境保护条款之结构

1.保护的客体。“国家对环境的保护义务”,客体无疑是“环境”,“环境是一个多义性的概念,从不同的语境看有不同的含义。”<sup>[20]</sup>(1)作为一般概念的“环境。是围绕某个中心事物的外部空间、条件和状况”<sup>[21]</sup>。可知,各中心事物不同,环境的范围、含义不同。此“环境”是一个相对的、可变的概念。(2)作为法律意义上的“环境”。中国《环境保护法》第2条“环境”“是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。”(3)作为宪法意义上的“环境”。人类环境包括自然环境和人工环境,环境保护对象不仅有自然环境也有人工环境<sup>[22]</sup>。中国宪法第26条包含“生活环境”和“生态环境”,笔者认为环境更多指生

<sup>①</sup>2014年4月新修订的《环境保护法》将环境保护明确界定为“基本国策”,第4条规定:“保护环境是国家的基本国策。国家采取有利于节约和循环利用资源、保护和改善环境、促进人与自然和谐的经济、技术政策和措施,使经济社会发展与环境保护相协调。”

态环境,包括气候、土壤、生物等,而人工环境应限于古迹、遗址等,不宜过度扩大,否则内容覆盖过宽造成保护不力。

2.保护标准。环境保护最为重要的,乃保护标准问题,以最极端的话语表现:究竟是采取自然生态为中心的立场,或是仍停留在以人类为中心的基本态度<sup>[23]</sup>?以生态为中心的环境思想,系将环保理解为自我目标,且承认自然权(例如植物权、动物权、空气权等),并反对以人类为各种决定的标准。从中国宪法看,字面上并无针对之“目的主体”,但从宪法其他条款,如“人格尊严”(第38条)等,以及宪法价值秩序等可知,中国非采取“自然中心主义”立场。中国亦未采取单纯的人类中心主义,并未停留在早先经济发展挂帅的观点,而是兼顾生态,例如《环境保护法》第2条:“国家采取有利于节约和循环利用资源、保护和改善环境、促进人与自然和谐的经济、技术政策和措施,使经济社会发展与环境保护相协调”。中国宪法第9条规定“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。”此条为人们对待动物确定了伦理上的最低标准,个别的动物和物种应免于可避免之痛楚、损害、疼痛。这种对动物的伦理不能绝对化,进而推导出所谓的“动物权”“植物权”。

3.保护功用。从功用看,环境条款核心在于对各宪政机关的一种行动委托,但究竟采取什么样的手段——尤其对立法机关而言,则保持开放性。立法者例如得透过组织与程序之安排,再如经由各种之规制标准妥当拿捏。中国宪法环境保护体现出国家有积极提供保护的义务,这在宪法理论中被称为“国家保护义务”。所谓国家保护义务,是指国家负有保护其国民的法益及宪法上所承认的制度的义务,特别是国家负有保护国民的生命和健康、自由及财产等的义务。就环境而言,宪法明确了国家保护义务,这亦契合宪法第33条第3款“国家尊重和保障人权”规定之精神。从义务承担主体看,环境保护条款意味着立法者在生态问题原则上不可任意退却,亦即“撤退禁止”(Das oekologische Rueckschrittsverbot)<sup>[24]</sup>。国家对污染行为的干涉相关权限的必要性、空间规划的考量因素必须及于环境保护面向、严重环境犯罪者之处以刑罚,以及对于各种设厂开发许可的审查程序的民众适度参与。环境保护条款可构建出立法者事后不断改善的义务。对于行政机关而言,在进行法律解释和适用时,包括各种环境规划与重大开发案的裁决,须考虑宪法环境条款的意涵意义。行政机关在制定规划时,要与有关的环保价值进行综合衡量,正视自然生态基础的重要意义。

### (三)不确定性法律概念与宪法构成要件的明确性

基于环境的高度专业性,环境保护领域存在着诸多不确定性法律概念<sup>[25]</sup>,这些不确定性概念需要以法律解释的方式予以明确。以“环境公害”“协调发展原则”为例。(1)“环境公害”。中国宪法第26条中规定了“防治污染和其他公害”。公害是与环境“污染”相并列,“其他公害”,意指除环境污染之外的环境侵害。凡污染和破坏环境从而对公众的健康、安全、生命以及公私财产等造成的危害均为公害。可知,“公”即“公众”,对1个人的侵害可以明确排除,然而影响2个人的污染算不算“公害”?中国《刑法》第176条规定的“非法吸收公众存款罪”,根据司法解释公众指不特定对象、大多数人,这种解释亦不明确。笔者认为,“众”至少在3人以上,亦即凡影响三人以上并侵害他们作为公众成员而享有的权益,如清洁大气、清洁水、宁静等的防扰称为公害。(2)“环境保护与经济发展相协调”。中国新修订的《环境保护法》第2条采用了此等概念,亦被称为“协调发展原则”。“更多的时候,协调是指不同的事物之间,尤其是可能相互冲突的事物之间,通过采取多种措施,能最大限度兼顾对方,而不是顾此失彼”<sup>[26]</sup>。协调发展原则意在处理环境保护与经济发展相冲突时,如何取舍。有人将《环境保护法》第5条中的“保护优先”解读为“宁愿不要发展、慢发展,也要保护环境。”<sup>[27]</sup>第5条中的“保护优先”是相对于“预防为主、综合治理、公众参与、损害担责”而言,而非协调“经济发展和环境保护”的关系。有必要明确“在经济、科技及社会发展对环境有严重不良影响或有危害的,应坚持环境保护优先。”

中国宪法环境条款属于一种“低密度”规范,留给立法者广泛的立法裁量空间。是以产生了宪法环境保护法律构成要件的抽象性,中国宪法环境具体保护,更多仰赖“宪法委托”,立法机关享有较大的形成自由,并且经由法律授权,行政部门可以制定行政法规、行政规章予以细化,促使环境相关概念更加精确。行政性法规不是法律,对环境保护和公民权利不免有不确定性。此外,在司法判决时,法官一般难以推翻被称为“预

①德国学者 Heck, D. Jesch 采用概念核(概念核心)和概念庭(概念外围)来描述法律概念,前者绝对清晰,后者多有疑问,后者为一切法律概念所具有,只是在不确定法律概念中范围更广泛。

定化的专家鉴定”<sup>[24]</sup><sup>722</sup>。因此,宪法环境概念的抽象性不可避免,但立法机关应履行具体化相关概念之义务,当立法机关难以完成时,可适当授权行政机关细化相关概念,达成实质宪法构成要件的确切性。至于法官在裁判环境案件时,对相关概念难以掌控的问题,可以广泛建立“环境法庭”,更多引进更多更加专业性的人才。

### 三、规范效果:生态环境的制度性保障

承上述,环境制度性保障的消极面向,强调“核心不得废止,边缘可以限制”,环境制度性保障的积极面向,突出“国家积极形塑环境制度,履行保护义务”。

#### (一)环境作为一种制度

制度,主要有两层含义:一是要求成员共同遵守的、按一定程序办事的规程或行动准则,如工作制度、学习制度;二是在一定历史条件下形成的政治、经济、文化等方面的体系,如社会主义制度<sup>[28]</sup>。宪法环境制度主要是后者意义上的。制度由“一组规范”构成。“法律上的制度意味着一些由成套的创制规则、结果规则和终止规则调整的法律概念”<sup>[29]</sup>。“规则及其整个规则体系依靠人类长期经验而形成……这样一种规则为‘内在制度’(internal institutions)”<sup>[30]</sup>“其他类型制度因设计而产生。它们被清晰地制定在法条或条例之中,并要由一个诸如政府那样的、高居于社会之上的权威机构来正式执行……我们称这些制度为‘外在制度’(external institutions)”<sup>[30]</sup><sup>36</sup>。

环境制度必须依赖一定的规则而存在。中国宪法环境制度包括了以第26条为核心,涵盖第9、第10、第22条的“一组规范”。环境制度可以区分为内在环境制度和外在环境制度。内在的环境制度,是指人类在长期的历史进程中,开发、利用自然的过程中自然而然形成的环境保护的伦理、道德规则。中国《周书》记载:“春三月,山林不登斧,以成草木之所长。夏三月,川泽不如网,以成鳖之所长。”外在环境制度是指通过国家设计形成的一系列规则。中国宪法环境制度、大气污染治理制度等。

从制度的位阶或效力看,宪法环境制度是环境制度的根本,具有统领性、根本性,其他所有环境制度均以宪法环境制度为基础。所谓宪法环境制度,即制宪者依据人民之意志,通过一定的宪法规范所形成的有关环境保护、环境监督管理等方面的规则体系的总和,是宪法调整环境活动所产生的社会关系的法律规范总称。而环境制度,是宪法环境制度的上位概念,涵盖的范围更广泛,包括环境保护与环境监督管理等方面所有实体和程度事项,包括宪法、环境保护法、国际环境保护条例(联合国海洋公约、生物多样性公约、联合国气候变化框架公约、联合国防治荒漠化公约、保护臭氧层维也纳公约等)、环境保护单行法(污染防治法、土地利用规划法)、其他有关法律(民法、刑法、经济法、劳动法等)。具体而言,有诸如环境预警制度,环境与健康监测、调查与风险评估制度,排污许可管理制度,环评区域限批制度,环境监测制度,环境保护考核评价制度,环境影响评价制度,信息公开和公众参与制度,生态保护补偿制度等。

#### (二)国家尊重“环境制度核心存在”保障

从制度性保障的规范效力看,立法者不得任意变更、废除制度,亦即国家承担一种消极义务。

1.环境制度的核心存在。从各国宪法有关环境、环境权的规范看,韩国宪法第35条第1款规定:“全体国民享有在健康、舒适环境中生活的权利。国家和国民努力保护环境。”土耳其宪法第26条第1款规定:“每个人都有在健康和谐的环境中生活的权利”。斯洛伐克宪法第44条第1款采用了“良好的环境”、南非宪法第24条采取“健康和幸福无害的”、刚果宪法第46条采用“健康的、令人满意的、持久的”、乌干达宪法第39条采取“清洁和健康的”等,可以看出,“健康的”“美好的”“清洁的”“令人满意的”均为环境制度的标准,实质上是对环境品质的要求,此亦是环境制度的核心,立法机关废止此种标准,则国家保护环境之义务无异于丧失。

从“生存和发展”的角度看,这些环境标准具有确定性。这种确定性体现在两个方面,一是其边界是可以确定的。依据现代之科技,环境品质均依托一系列具体数值表现,这一形式构筑了环境品质的确定性,即“数”的“无形边界”而非一般物的“有形边界”。二是其边界是可行的。满足人类生存和发展需要的环境品质,体现了一种利益平衡的现实,而不是一种绝对环境保护的偏激状态<sup>[31]</sup>。将环境品质定为低位的人类生存和发展,是一种理性选择。

2.环境制度核心存在的确定。从这种基准的规制看,主要取决于两个方面,即人类的能力和环境的能

力。如果利用环境不产生有害于或不利于人类的后果,那么,人类无须获得所谓的“健康的”“良好的”环境,因此,根据环境自身能够承担程度和人类污染和损害环境能力的法律限制,有两种类型的能力应加以界定:一是人类污染环境和防御环境污染的能力;二是环境吸纳污染物和承受不利影响的能力。严格地说,人类需要做的是创作最佳可用技术以治理、预防污染和发展经济。然后才可能在不损害人类生命和健康的基础上实现社会发展,同时,环境本身也能按照其自身规则发展。从而使上述两种能力实现均衡<sup>[32]</sup>。因此,环境制度核心“健康的、良好的”之标准,可以通过设定一系列的法律制度,尤其是技术性和工具性制度来确定,例如环境质量标准、排放标准、行政许可、渔业捕捞、野生动物狩猎许可证和配额等。环境制度的核心即环境质量标准,以促成大气、土壤、水达到维系人类生存与发展之需要。

3. 侵犯环境制度的核心存在的判别基准。从德国理论与实务看,“体系正义”“残余理论”两个原则值得借鉴。

“体系正义”具有双重含义:一是立法者须遵循已有的法律制度的基本原则,做到前后一致,否则,即违背了核心内容保障原则。根据体系正义原则的判别基准,环境制度的核心并非立法者偶然发现的,而是形成于长期的立法实践。二是立法者必须遵循人类宪法实践的共同规律,也就是说体系正义基准不但要求立法者不违反本国长期以来所形成的法律传统之精髓,并且所指定的法律还要与轨迹接轨,体现一些为人类所普遍认同的基本制度与精神<sup>[33]</sup>。

“残余理论”,是禁止国家将权利主体视为权利客体,而使基本权利范围被缩减到无空间的程度。在德国,此理论的具体观点较多,主要判断规则有<sup>[34]</sup>:(1)个人利益完全牺牲论。依据制度性保障核心存在不得限制理论,立法机关在衡量利益冲突时,不能完全抛弃个人利益而满足公共利益。核心存在保障的涵义是为了防止完全牺牲个人利益。如果国家为经济社会发展,完全置环境于不顾,则为侵害环境制度的核心。(2)不可能成就的前提。法律不得为公民享有基本权设置难以逾越的障碍,致使公民享有成本过高,即为侵害了基本权的核心。基本权如被课以不能实现之前提因而不能行使时,即构成“基本权核心的侵害”。如,国家通过立法为环境行政许可设置了难以承受的“程度堡垒”,导致大多数公民望而止步,此即以程序壁垒掏空了环境制度的核心。(3)遵循行政剥夺之禁止原则。在某些极端情形下,法律可以侵犯基本权的核心,但在实践操作中,该侵害决定必须由司法机关作出,禁止行政机关行使该项职权。因为该项决定侵害到基本权的核心,所以必须对之予以最严格的程序和实体上的双重限制。

### (三)国家积极“形塑环境制度”保障

根据现代制度性保障理论,立法机关不仅不得侵害环境制度的核心,还须积极形塑环境制度。宪法规定的基本权利具有双重性格,即个人权利和制度。基本权利从权利人的角度看,是主观权利,而从生活关系角度看,则为制度<sup>[11][282]</sup>。环境作为一种制度,是宪法秩序的构成因素,国家不仅需承担制度给付义务,而且具有“价值导向”,即构建有利于环境保护之制度。

制定性保障首要约束立法机关,立法机关必须制定、维持、修改环境法律制度体系。近代立宪理论的发展及民主宪政制度的运行,基本上是基于所谓“宪法的规范性”“宪法的优位性”,亦即,宪法系具有拘束性的法规范,所有国家权力,包括立法机关在内,均应遵守宪法的规定<sup>[35]</sup>。从中国环境立法看,大体可以划分为3个阶段,即法治建设恢复阶段(1978—1982年)、依法治国的战略法治建设阶段(1982—1997年)、中国法制的全新阶段(1997年至今)。目前,中国初步形成了《宪法》《环境保护法》《海洋环境保护法》《水污染防治法》《野生动物保护法》《大气污染防治法》《环境影响评价法》等为主体的环境制度体系。

在宪法“国家义务”体系中,环境保护作为一种积极义务,其保护手段取决于危害的性质、范围、紧迫性,以及已采取的措施的范围和强度等因素。例如,当危害范围极大、程度严重,则由刑法予以规制。中国《刑法》第338~346条规定了“破坏环境资源保护罪”。国家在履行保护义务时,需遵循一定的基准抑或原则。

1. 下限基准:“不足禁止”原则。学者指出,“尽管立法者有广泛的形成自由,但至少要求其不得未达到最低程度的保障要求。而最低程度的标准即是权利救济的实效性。”<sup>[35][341]</sup>如果低于“最低程度”则违反了“不足禁止”原则。首先,国家对环境的保护措施须具有宪法正当性。此项“目的性”审查基本上是对立法者之判别,一方面,立法者必须基于“宪法委托”,适时制定环境法律,如果不作为,将承担“立法不作为”责任,另一方面,立法者在行使立法权时,应正确行使立法裁量权,滥用立法裁量权将导致正当性丧失。其次,国家保护环境需具有“适合性”,即立法、行政、司法机关已采取环境保护措施,并且这种措施有助于“环境保护”的“目

的”实现,如果背离这种目标,而为干预或给付环境行为,即违背“不足禁止”原则。再次,必要性、最低保护或保护必要性原则,亦即国家在采取环境保护措施时,必须是“足够的”,国家可以多做,但不能少做,少做即违反“不足禁止”。

2. 上限基准:过度禁止原则。“过度禁止”原则在中国习惯称为“比例原则”<sup>[36]</sup>:(1)符合宪法。一项法律文件对公民利益范围的触动,不但在目的上,而且在实现目的的手段上均要符合宪法。(2)有效性要求。要求对公民利益范围进行必要干涉时,所用的手段是有效的。例如,有一工厂的废气对环境不利,法规规定用编制过滤网来阻止工厂排出的废气是与有效性背道而驰的。(3)必要性原则。要求立法者在同样可以实现符合宪法的目标的众多法律文件中,必须使用对公民利益损害最小的法规来实现国家所追求的目的。比如,在企业能通过改进机器的方法来排除污染气体时,不容许行政当局责令一家排放污染气体的企业搬迁;(4)狭义的比例原则。此原则在于解决“利益平衡”问题,主要从防御权的角度,尝试为国家的积极作为划定最大范围(上限)(Maximums)<sup>[5187]</sup>。其内涵主要包括符合宪法、有效性要求、必要性原则等方面,从有效性看,国家对环境保护措施必须有效,如果有一家工厂的废弃对环境不利,法规规定用编制过滤网来阻止工厂排出的废弃即与有效性背道而驰。从必要性看,国家须采取对公民利益损害最小手段来实现目的,比如,在企业能通过改进机器的方法来排除污染气体时,则不容许行政当局责令一家排放污染气体的企业关闭或搬迁。实践中,国家保护环境过程中往往需要与其他利益进行平衡。譬如,为保护环境而限制污染性设施的设置,可能对人民“职业自由”造成限制,因此,其限制的理由与强度,应视个别情形而有所区别。对于设厂条件的限制,系属一种“职业执行”的限制,类似这样的限制若非出于恣意,并且合乎理性衡量,即属合宪。反之,法律如规定某类污染设施应专属国家专营,则构成对“职业自由”的限制,应具有重大公益的理由,始得为之。再譬如,限制人民开采矿石,或将某一地区划为保护区,限制或禁止其使用。对于此情形,除应给予“存续保障”或“现状保障”的意旨,尽可能维持财产权的状态,还应基于“价值保障”意旨,对财产权的限制予以补偿。

#### 参考文献:

- [1] 谭倩. 基本权的制度性保障探析[J]. 江苏行政学院学报, 2013(6): 128-132.
- [2] 刘茂林. 中国宪法权利体系的完善[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 215.
- [3] 卡尔施密特. 宪法学说[M]. 刘锋, 译. 上海: 上海人民出版社, 2005: 182.
- [4] 陈爱娥. 基本权利作为客观法规范——以组织与程序保障为例, 检讨其衍生的问题[C]//宪法解释之理论与实务(第3辑). 台北: 中山人文社会科学研究所, 2000: 253.
- [5] 李建良. 人权思维的承与变[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2010: 294.
- [6] 李建良. 论学术自由与大学自治制宪法保障[J]. 人文社会科学集刊, 1996(1): 265-302.
- [7] 陈春生. 论法治国之权利保护与违宪审查[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2007: 218-219.
- [8] 谭倩, 袁立. 基本权利的“制度性保障”及其问题——以公民劳动权位例的论证[J]. 法制与社会发展, 2013(4): 47-56.
- [9] 李建良. 宪法理论与实践(1)[M]. 台北: 学林文化事业有限公司, 1999: 17.
- [10] 吴庚. 宪法的解释与适用[M]. 台北: 三民书局, 2003: 123.
- [11] 陈春生. 司法院大法官解释中有关制度性保障概念意涵之探讨[C]//李建良, 简资修. 宪法解释之理论与实务(2). 台北: 中央研究院中山人文社会科学研究所, 2000: 280.
- [12] ROBERT A. A theory of constitutional rights, translated by julian rivers[M]. Oxford: Oxford University Press 2002: 326.
- [13] 张嘉尹. 基本权理论、基本权功能与基本权客观面向[C]//翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会. 翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集: 当代公法理论(上). 台北: 元照出版公司, 2002: 50.
- [14] 卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力, 译. 北京: 商务印书馆, 1998: 51.
- [15] 唐大为. 环境理论与实践[M]. 北京: 中国环境科学出版社, 1993: 315.
- [16] 张力刚, 沈晓蕾. 公民环境权的宪法学考察[J]. 政治与法律, 2002(3): 30-35.
- [17] 张敏纯, 张宝. 非洲环境权入宪的实践及其启示[J]. 求索, 2011(4): 162-164.
- [18] 陈新民. 宪法学导论[M]. 台北: 三民书局, 1996: 429.
- [19] 陈海嵩. 从环境宪法到生态宪法[J]. 云南行政学院学报, 2012(2): 93-95.
- [20] 张梓太, 吴卫星. 环境与环境法学[M]. 北京: 科学出版社, 2002: 2.

- [21] 周珂. 环境法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000:3.
- [22] 陈泉生. 环境法原理[M]. 北京:法律出版社,1997:2.
- [23] 张嘉尹. 环境保护入宪的问题:德国环境宪法的初步考察[J]. 月旦法学杂志,1998(38):86-96.
- [24] 苏永钦. 部门宪法[M]. 台北:元照出版有限公司,2006:718.
- [25] 翁岳生. 行政法与现代法治国家[M]. 台北:台湾祥新印刷有限公司,1985:80.
- [26] 唐双娥,吴胜亮. 协调发展原则:一个新颖性的界定与阐述[J]. 社会科学家,2007(6):65-69.
- [27] 谭旭燕. 新环保法:宁愿不发展也要保护环境[N]. 潇湘晨报,2015-1-1(A04).
- [28] 夏征农. 辞海[M]. 上海:上海辞书出版社,1999:233.
- [29] 尼尔·麦考密克,奥塔·魏因贝格尔. 制度法论[M]. 周叶谦,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:66.
- [30] 柯武刚,史漫飞. 制度经济学[M]. 韩朝华,译. 北京:商务印书馆,2002:35-36.
- [31] 王蓉. 论环境权的主体和客体[J]. 中国政法大学学报,2009(3):5-18.
- [32] 周讯芳. 欧洲发达国家环境权的发展趋势[J]. 比较法研究,2004(5):93-105.
- [33] 欧爱民. 德国宪法制度性保障的二元结构及其对中国的启示[J]. 法学评论,2008(2):117-124.
- [34] 陈慈阳. 基本权核心理论之实证化及其难题[M]. 台北:翰芦图书出版公司,2000:151.
- [35] 廖福特. 宪法解释之理论与实践(上)[M]. 台北:新学林出版股份有限公司,2009:4.
- [36] 范剑虹. 德国宪法法院关于侵犯人的基本权利的诉讼程序及其实质性比例原则的适用[M]//魏丹. 澳门法学(第1卷)澳门:澳门大学出版社,2004:187.

## The Constitutional Protection of the Ecological Environment

—Centered on the 26th Article of the Constitution of our Country

TAN Qian

(School of Government, Nanjing University, Nanjing 210046, China)

**Abstract:** Environmental protection is an important issue of the constitution. Article 26 of the constitution belongs to a special provisions, which should be placed on a particular theoretical framework to explain. Germany “system security” theory can refer to the basis for the interpretation, according to this theory, the protection effect is “core irrevocable, edge can limit”. Modern institutional safeguard belongs to the objective value order, the state must be “actively shape the system”. The environment as a system, guaranteed by the Constitution. Through the institutional safeguard which has the negative and positive dual structure, the constitution imposed a state obligation to implement environmental protection.

**Key words:** ecological environment; institutional guarantee; national obligations; environmental right

[责任编辑:箫姚]