

導 論

一、問題及其研究意義

在國家制定法奏響法治時代最強音的現代社會，作為「民間知識」¹形態之一的習慣法卻處在被邊緣化的境地，而且其生存空間日趨受到國家制定法強力擠壓。陳興良教授對國家制定法和習慣法的關係有如下的論述，「越是古老的社會，習慣法越是強大而制定法越是微弱，越是現代的社會，制定法越是壯大而習慣法越是衰落」²。因此，在歷史視角中，制定法之「進」必然造成習慣法之「退」的局面。但現實情景是，儘管在非常發達和健全的現代法治實踐領域，獨尊國家制定法這種一元法律模式仍然會面臨許多難題。這種法律一元模式「過高地估計了國家法律的實際效力，在極端的情形下甚至置法律所依賴的社會環境和基礎於不顧」³，不但無濟於調適國家制定法的統一規則與地方性、民間性規則的抵制關係，更使國家制定法的實效大打折扣。而人類學和法律人類學的研究表明，即使在沒有國家、沒有國家法律的社會裡，秩序仍然是可以實現

¹ 在本文研究的意義上，「民間知識」是指與獲得強勢話語權的「國家知識」相對而言的，國家制定法和民間習慣法的分野使這兩種知識傳統的差異性日漸明顯。近年來，高其才教授、謝暉教授、陳金釗教授、王勇副教授等對這一論題進行了廣泛、深入的研究。

² 杜宇：《重拾一種被放逐的知識傳統：刑法視域中「習慣法」的初步考察》，北京大學出版社，2005年版，第2頁。

³ 王啟梁：《習慣法、民間法研究範式的批判性理解——兼論社會控制概念在法學研究中的運用可能》，《現代法學》，2006年第5期。

2 環境習慣法現代價值研究

的，⁴「而且自發地與社會同時出現和發展」⁵。因此，習慣法的價值並不能因為國家制定法功能的凸顯而消失。恰恰相反，對習慣法這一被普通民眾「一致贊同」，並被「周而復始地運用於實踐」⁶的「地方性知識」的關注將在很大意義上克服法律一元模式的弊端，使國家制定法的最強音在習慣法的和聲⁷伴奏中演繹更為和諧順暢的法治音律。因此，重拾已被逐漸忘卻的習慣法傳統，並開闢其應有的價值，將會極大地增強和補足國家制定法的功能和缺陷，從而實現法律二元模式的協調與互補功能。更為重要的是，在現代語境中開闢習慣法的應有功能，可以復活和創生現代社會所需的諸多法律，因為國家制定法「只不過是穹窿頂上的拱梁，而唯有慢慢誕生的風俗（習慣規則）才最後構成那個穹窿頂上不可動搖的基石」。⁸

環境法這一新興法律部門伴隨著現代工業文明的輝煌而產生，相較於其他傳統部門法，環境法具有與生俱來的現代性。加之國家制定法中心主義的影響，當下的環境法（即環境制定法）已遠離了包括環境習慣法在內的諸多傳統法律形態，相互之間似乎沒有「對話」的基礎和可能性。從歷史角度來說，環境制定法與環境習慣法之間的疏離狀態符合法律發展的一般邏輯，本屬無可厚非之事。但深層剖析環境法在我國產生和發展

⁴ [美]基辛：《文化人類學》，張恭啟、于嘉雲譯，臺北巨流圖書公司，1993年版，第362-380頁。

⁵ 薄振峰：《當代西方綜合法學思潮》，法律出版社，2005年版，第28頁。

⁶ [英]愛德華·湯普森：《共有的習慣》，沈漢、王加豐譯，上海人民出版社，2002年版，第100頁。

⁷ 龍大軒：《鄉土秩序與民間法律：羌族習慣法探析》，中國政法大學出版社，2010年版，第314頁。

⁸ [法]盧梭：《社會契約論》，何兆武譯，商務印書館，1980年版，第73頁。

的特殊歷史背景和社會條件，一幅截然不同的景象將會顯現：一方面，與我國法制現代化的整體路徑一樣，我國環境制定法的生成也沒有避開甚至體現出更為顯著的「外發型」⁹邏輯路徑依賴。因此，無論在理念還是制度層面，我國環境制定法均「夾帶」著舶來品的印記。在我國環境法治領域，外生性特徵較為明顯的環境制定法難以融入我國本土的法文化語境之中，導致環境法治實效的弱化。破解這一難題，我們的唯一出路是從「主體性」視角回歸「中國自己的法學理想圖景」¹⁰的構建，即從我國本土文化中汲取營養，從而構建「中國問題」導向的中國現代環境法。其中，傳統環境習慣法的功用不可小覷，尤其在國家建設生態文明的當下，環境習慣法發揮著非常重要的作用。生態文明與中華文明的精神內涵一脈相承，中華民族在歷史上就有「天人合一」等人與自然和諧共處的思想傳統，蘊含著深刻的生態文化和智慧。各民族在長期的歷史發展過程中逐步形成的環境習慣法文化異彩紛呈、內涵豐富，是中華文明和我國法文化重要而獨特的表現形式之一，其所蘊含的中國法文化精髓和普世價值將會極大的補強外生性現代環境法的缺漏並協同其與中國本土法文化的對接。因此，從這一意義上來說，開闢傳統環境習慣法在現代環境法「場域」中的應有價值和功能將十分必要。另一方面，隨著法律的歷史演變，時至今日，國家強力推行的制定法已取得了「一統」地位，形成以「自上而下」為主要傳導路徑的運行模式。其中，環境制定法更因其強烈的公法屬性和技術性特點而拒傳統環境習慣法於

⁹ 張文顯：《法理學》，高等教育出版社，1999年版，第173頁。

¹⁰ 鄧正來：《誰之全球化？何種法哲學？——開放性全球化觀與中國法律哲學建構論綱》，商務印書館，2009年版，第185頁。

4 環境習慣法現代價值研究

千里之外。但是，隨著社會多元化方向的發展以及現代環境法制中行政機制和市場機制弊端的日益暴露，一種全新的、以強大的公眾力量為推動力的第三種調整機制¹¹，即以公眾參與和社區治理為核心的「自下而上」路徑的新機制亟待產生，並被引入環境制定法的運行中。而作為發育公眾環保力量的民間規則基礎，環境習慣法具有天然的優越性。通過開闢環境習慣法的應有價值空間，在環境制定法的現代場景中引入「自下而上」的新路徑模式，使其與環境法所固有的「自上而下」路徑相互補充，從而形成上下通達、運行順暢、治理高效的現代中國環境法。

基於這一思路，本文將立足於我國環境習慣法成長的真實「場景」，在現代法治語境中重新發掘、整理環境習慣法這一知識傳統，力圖實現法學的傳統命題與現代話語的溝通，並通過開闢環境習慣法的應有價值和功能，達到補強環境制定法、提高現代環境法治效果的目的。詳言之，本文對環境習慣法現代價值的研究具有以下理論與實踐意義。

在現代性語境中，習慣法在各類部門法中所發揮的功能異常微弱。對於環境法這一新興法律部門的現代性制度創設而言，習慣法的貢獻更是少被提及。究其原因，法制現代化的推動力大多源於國家權力的自覺，而缺少自發的、歷史的法制成長機制，造成人們「往往蔑視歷史並無視傳統上的法律材料」¹²，甚至「指責古老習慣（習慣法）的『非理性』特徵，

¹¹ 蔡守秋：《第三種調整機制——從環境資源保護和環境資源法角度進行研究（上）》，《中國發展》，2004年第1期。

¹² [美]羅斯科·龐德：《法律史解釋》，鄧正來譯，中國法制出版社，2003年版，第20頁。

並對它們進行徹底修正。」¹³在我國，情況更是如此：近代以來，國家權力「自上而下」的強力推動雖然加速了法制現代化的進程，但卻割斷了法律與歷史、社會的聯繫，從而形成了現代法治國家與民間社會的分野，導致習慣法這種在人類社會生活中緩慢生長起來的規範形態退出了歷史舞臺。環境法的興起與發展更多地需要現代文明的積極供養，以適時地應對各類新型的突發環境問題。但作為法律規範的重要類型，環境法的發展在本質上仍需遵從法律發展的一般規律，彰顯法律應當秉持的理性精神，並符合法律意義追尋的根本指向。而從現代環境法的已然形態和未來發展向度來看，現代科技文明的驅使已使其偏離了上述規律與方向。因此，從這一意義上來說，似乎早已褪色的環境習慣法並非在現代語境中一無是處，而正是其所具有的價值理性和根本關懷使其獲得了重現光芒的可能性。

借用 IUCN 環境法項目對環境習慣法調查研究後所說的一句話，「國家政策和立法應該認識到習慣法和制定法之間在有所差別的同時具有內在的一致性，從而克服可能因二者之間的衝突而導致的自然資源退化」。¹⁴同樣，寫作本文的理論意義也就主要在於：通過對環境習慣法的重新整理和挖掘，探尋這一傳統法學命題所隱含的內在價值和機理，並借助「自上而下」和「自下而上」兩條「管道」的互動，使環境習慣法與現代環境法溝通起來，並在某些領域有力地補足現代環境法，從而在理論層面實現環境法的傳統理性與現代理性的互補與協調，使

¹³ [美]哈羅德·J·伯爾曼：《法律與革命：西方法律傳統的形成》，賀衛方等譯，中國大百科全書出版社，1993年版，第59頁。

¹⁴ IUCN, Environmental Law Program, *Customary Laws: Governing Natural Resource Management in the Northern Areas*, Ferozsons (Pvt) limited, 2003, Pv.

6 環境習慣法現代價值研究

環境法著眼問題意識的同時彰顯法律的理性與生命之光。

另外，本文也是一次嘗試——通過對環境習慣法這一傳統知識的考古，廓清環境習慣法這一被掩蓋的「靜止和沉默的巨大基底」的「沉積層」¹⁵，從而為現代法治語境中研究環境習慣法確立一套基礎框架和核心論題，以盡可能多地為廣大同仁在現代話語體系中「進軍」包括環境習慣法在內的諸多傳統法學命題研究起到拓本和導引意義。因此，本文的寫作更著重強調對研究對象核心論題「深度」的把握，而非「廣度」的周延，意在引起同行對其重要性的認同，從而在進行「深度」研究的同時不斷開展更具有「廣度」的研究。

另外，在實踐層面挖掘環境習慣法的應有操作可能，同樣有著重要的意義，即為國家生態文明建設提供有力的規範保障價值。顯而易見，環境習慣法的創生及運行有著鮮明的區域特色。環境習慣法都刻有各自地方自然環境狀況和人與自然共存關係的烙印，展現出異彩紛呈的畫卷。轉向環境法治的現代語境，環境習慣法的區域性特徵與環境制定法在區域環境法治中強調區域治理、分而治之、因地制宜的方法和要求相呼應，而且因環境習慣法自發性、靈活性的生成理路，在區域環境法治中發揮了比國家制定法更為切實有效的作用。因此，儘管生長在荒野僻壤，甚或主要存在於當下西部民族地區，但環境習慣法仍然是這些區域環境法治的重要地方性資源。另外，環境習慣法在積極貢獻於區域環境法治實踐的同時，也在緩慢地影響和滲入包括公眾參與機制、社區共管模式、農村農業環境保護

¹⁵ [法]米歇爾·福柯：《知識考古學》，謝強等譯，生活·讀書·新知三聯書店，2007年版，第1頁。

等在內的諸多現代環境法治領域。相較於環境制定法「自上而下」的推動路徑，「自下而上」的推動路徑更能凸顯環境習慣法與公眾參與機制、社區共管模式等環境制定法規則之間「天然」的一致性。循此，在現代環境法治，尤其是國家生態文明建設逐步深入推進的豐富實踐中，環境習慣法將發揮愈來愈重要的功能。可見，作為地方性知識的環境習慣法已然超越了其地方性的限制而轉向對現代環境法之大論題¹⁶的關注和貢獻。當然，需要澄清的是，環境習慣法在現代環境法治實踐中的價值不是廣普的。環境法據以發展的科學技術背景和深刻的現代性背景使得環境習慣法在諸多領域遭致「不能」的尷尬，如環境標準的制定與實施領域、環境污染防治法的立法與實踐領域等。因而總體來看，環境習慣法的價值更多地體現在環境資源法治領域。

二、研究基礎

在法學研究領域，已有不少學者就環境習慣法及相關論題做了各不相同但又極具意義的研究，形成了諸多研究成果。這些研究成果構成了進一步研究環境習慣法現代價值的基礎。

¹⁶ 地方性特色鮮明的環境習慣法之於現代環境法的意義就如同社會文化人類學視野下地方性、民間性知識之於社會文化變遷的意義。於後者，托馬斯·許蘭德·埃里克森所使用的「小地方，大論題」之概念恰如其分地表達了相互之間的關係。參見[挪威]托馬斯·許蘭德·埃里克森：《小地方，大論題：社會文化人類學導論》，董薇譯，商務印書館，2008年版。