

论迈向制序的环境保护制度工具体系之建构

郭 武

摘 要: 从环境法律主治到环境法律和环境政策“共治”的发展,体现了中国当下环境保护制度工具的演进路径与特征;从学理角度审视,环境法律与环境政策无法逻辑自洽地涵摄环境保护制度工具的范围;正式环境保护制度、非正式环境保护制度以及环境保护制度的实施机制,共同构成了环境保护的制序格局;环境保护制序不仅彰显环境保护制度多元性的本质,为实现各类环境保护制度之间的合作互动奠定了基础,而且也是型构一种基于制度演化逻辑的系统性环境保护制度的理论思维。

关键词: 环境法律; 环境政策; 制度工具体系; 环境保护制序

中图分类号: D912.601 文献标识码: A 文章编号: 1671-0169(2018)03-0086-09

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2018.03.024

一、引 言

环境保护与环境法治是两个不同的范畴,环境保护不能逻辑自洽地等同于环境法治,其内涵和外延都要广于环境法治。因此,在以环境制定法为制度工具^①的环境法治手段之外,还存在着各类环境政策(如十九大报告中的“生态文明”篇章、《生态文明体制改革总体方案》等)和其他各种解决环境保护的正式和非正式制度工具(如甘肃民勤地区水资源分配和纠纷解决的水事习惯法等)。以国家环境制定法作为主要制度工具的环境法治在中国环境保护工作中发挥着非常重要的作用,这一作用在“全面推进依法治国”的背景中将更趋显著。而始于新中国成立之初,迄今已呈蔚为壮观之势的环境政策,构成了除环境制定法之外我国环境保护事业所依赖的又一正式制度工具。因 1949 年以来很长一段时期内依政策推进环境保护工作的历史传统所形成的“路径依赖”效应,环境政策对中国当下环境保护工作的深入推进发挥着非常重要的作用,甚至在某些领域起到了比环境法律更为显著的作用。显然,环境法律与环境政策之间互助共济的格局已成为中国环境保护工作的重要制度特征。然而,这种格局总体上仍然体现为依据单一的国家正式制度工具推进环境保护,而其他嵌含在环境保护行动之中的非正式规则(约束)在上述正式制度强大的挤压下几乎被束之高阁,一种立足于进化论理性主义的多制度、多规则合作架构依然没有成为现代环境保护工作深入推进所依赖的工具体系。基于此,本文拟对制定法中心主义立场中的环境法治做一逻辑意义上的剖

基金项目:第 10 批中国博士后科学基金特别资助“环境治理多元制度工具的互动与整合”(2017T100287);第 59 批中国博士后科学基金面上资助项目“环境治理的多元制度体系研究”(2016M590340)

作者简介:郭武,华东政法大学经济法学院博士后,甘肃政法学院教授,甘肃省“飞天学者”(甘肃兰州 730070)

^① 本文引用的“制度工具”一词源于新制度经济学,包括法律制度及法律制度之外的其他制度、规则形态,如政策、命令等。

析，并对环境法治所依赖的制度工具做出类型化梳理，以此为基础，借鉴制度经济学的分析工具尝试性地提出环境保护制序的多元制度合作互动和系统性演进的初步框架。

二、变迁社会中的环境保护制度工具

1949年以来，环境法律制度作为中国环境法治的主要制度工具，经历了从无到有、从个别立法到系统立法的发展演变。尤其是从1978年《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）修订以来，环境保护立法工作得到大力推进。除了《宪法》在第一章“总纲”中对“保护环境和自然资源，防治污染和其他公害”的国家职责做了原则规定外，环境保护领域的统领性立法《环境保护法》也顺利通过，另外，有关污染防治的《大气污染防治法》、《水污染防治法》等“六法”及相关规范性法律文件，《草原法》、《森林法》等自然资源类立法都在这一时期制定并通过，其中多部立法还经过了一次或多次的修订完善。截止2014年“史上最严”^[1]、“全世界最好的环境法之一”^[2]的《环境保护法》修订案通过，相对完备的中国环境法律体系已经形成。这些立法对中国的环境保护起到了重要作用，因而也成为中国环境法治的主要制度工具。从效果来看，“环境保护优化经济发展作用继续显现”“以改善环境治理为核心，以解决突出环境问题为重点”^①的环境保护工作取得了明显进展、“公众共同享用的环境生态利益”得到了有效保护^[3]。

然而，自2014年以来，环境保护工作的总体布局在国家层面有了较大幅度的调整。原来主要依托环境法律推进环境保护工作的模式开始向环境政策全面发展、环境法律与环境政策并驾齐驱的新模式转变。这一转变也体现出中国环境治理的历史转型。十八大以来，尤其是中共中央、国务院于2015年通过《关于加快推进生态文明建设的意见》以后，中国环境保护的制度工具有了较大幅度的拓展，具体表现在国家环境制定法之外逐渐成长起来的环境政策的迅速发展上。如2013年6月14日出台的《大气污染防治行动计划》（简称“大气十条”）、2015年4月2日出台的《水污染防治行动计划》（简称“水十条”）、2015年4月25日出台的《关于加快推进生态文明建设的意见》、2015年8月9日起施行的《党政领导干部生态环境损害责任追究办法（试行）》、2015年9月21日起在吉林等7省市试行并于2018年1月1日起在全国范围内试行的《生态文明体制改革总体方案》、2017年9月26日出台的《建立国家公园体制总体方案》以及2017年十九大报告“生态文明”篇章中提出的政策性制度和机制等即是当下我国环境政策的典型文本。

时至今日，环境法律与环境政策不仅在外在形式上，而且在效果上已经成为推进中国环境治理的两类最为重要的制度工具。一般而言，环境法律是较为稳定、且体系性较强的制度工具形式，而以党的规范性文件、环境行政政策、环境司法政策等为主的环境政策显然是更为灵活、可在实践中“收到因地制宜之效果”^②的制度工具形式。在日趋复杂、交叉的现代环境治理领域，二者之间的分工协作既满足了环境法治的稳定性、长期性要求，也符合中国当下环境治理工作的灵活性、阶段性要求。实践中，二者之间在功能“区分”的基础上相互合作、交织，并由此不断发展演进^[4]，型构了中国环境保护最为显著的制度特征。

一方面，中国正在经历着经济制度、社会治理模式等全方位的转型发展，其中，中国环境保护工作无论从外部环境、治理的重点领域，还是所依赖的主要制度工具方面，都处在不断变动和调整过程之中。在此背景下，环境保护制度工具的“灵活性可能是最为重要的”^[5]。而日渐勃兴的环境政策无疑是应对转型发展时期环境法治议题的重要制度工具，如在《大气污染防治法》几易其稿仍不能有效

① 参见《2014 中国环境状况公报》《2016 中国环境状况公报》。

② 参见陈新民：《行政法学总论》，自刊，2015年版。

应对日益严峻的大气污染问题时，“大气十条”这一环境政策作为一种灵活性的制度工具形式应运而生。显然，因制度工具“时效性的要求特别高”^① 环境政策在这种情况下的适用最为重要。

另一方面，“全面推进依法治国”方略又必然要求中国环境治理不能偏离以稳定性、可预见性为特征的法律治理路径，因而环境政策作为公共政策的一种具体形式，“相对的持续稳定性”是不可或缺的，只有保持环境政策在实践运行中的“前后衔接、连续不断”^{[6](P22)}，才能实现环境治理效果的稳健与长效。总之，环境法律与环境政策互补共济、共同推进中国环境治理已成为十八大以来的国家行动，体现了中国环境法治所依赖的制度工具在当下社会变革时期的演化路径与特征。

三、从环境保护制度到环境保护制序

（一）逻辑范畴的正本清源：从环境法治到环境保护

生态文明建设议题在国家层面的提出，使“环境保护”和“环境法治”成为当下一段历史时期内最被热议的“关键词”。然而，从制度手段推进环境保护或环境法治的层面审视，二者各自的意义范围和边界似乎经常被人们忽视，因而我们有必要对环境保护和环境法治做一逻辑意义上的正本清源。对这一问题的澄清事关环境保护所依赖的制度工具的范围和功能，也关涉中国当下环境保护工作的内容走向和根本目的。

当然，要澄清这一问题，语词逻辑和中国制度实践无疑是两个最为重要的观察视角。在语词逻辑视角下，“环境保护”是指人类社会为解决各种环境问题、协调人与自然冲突关系而采取的各种行动，逻辑上与其对立的范畴是“经济发展”；而“环境法治”却是指通过法治手段推进“环境保护”的各种努力和尝试，逻辑上与其并立的范畴是国家法治的其他领域，如“经济法治”、“依法行政”等。尽管在“全面推进依法治国”背景下的环境保护工作主要依赖于环境法治手段而实现，但在逻辑上依然有游离于环境法治之外的环境保护行动，如环境保护科学技术的研发与推广、社会团体的自愿性环保行动、公私协力的环境治理等。不难发现，环境法治是环境保护的种概念，而环境保护显然是环境法治的属概念。而且在事实上，环境法治也是推进环境保护工作有序进行的手段或途径。

另外，从近年来中国的制度实践来看，全社会对环境治理机制的基本共识是综合运用不同手段推进环境保护工作、实现经济社会发展与环境保护相协调。自1983年召开的第二次全国环保会议宣布将环境保护确定为基本国策后，2014年通过的《环境保护法》修订案首次用立法的形式将“环境保护确定为基本国策”。另外，2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“用严格的法律制度保护生态环境”，2017年党的十九大报告也提出加快建立“法律制度和政策导向”是实现绿色发展等环境保护目标的重要手段。可见，在环境保护和环境法治的关系上，环境法治被定位为手段和工具，而环境保护是目的和主题。

综上，走出环境法治的思维，在环境保护这一更为宽泛的逻辑范畴内思考不同制度方式促进环境保护的问题，是理性回归各种不同制度工具应有的价值机能、创新环境保护制度运行模式的认识论前提。

（二）环境保护正式制度工具的价值阙如

如前文所述，环境法律与环境政策作为两类主要的制度工具，在当下中国环境保护实践中发挥着重要的作用。然而，走出环境法治，在环境保护这一宽泛的逻辑中审视，仅由环境法律与环境政策构成的正式制度工具似乎于环境保护的根本目标而言存在价值阙如的问题。

首先，无论是环境法律还是环境政策，均是“建构主义”逻辑上“人为设计”^{[7](P8)}的正式环境

^① 参见叶俊荣著：《环境行政的正当法律程序》，台湾大学法学丛书，2001年版，第186页。

保护制度形式，因而忽视了制度生成机理上的“自生自发”或“适应性进化”^{[8](P67)}属性。在当下实践中，社会各界寄希望于通过国家主导的正式制度工具体系建设为环境保护提供制度支撑，如雾霾治理、资源无害化处理、自然资源破坏等问题的解决都建立在国家主导并建立的“大气十条”、《循环经济促进法》、《森林法》、《草原法》等制度工具的基础之上。此类国家层面“建构”的制度往往因“一刀切”的僵化特征而不能很好地适应市民社会推进环境治理或特殊区域内的环境保护需要。而因时、因事、因地“自生自发”地形成的非正式制度往往是解决具体环境问题最有效的制度工具。囿于国家“建构主义理性”的扩张，各类“自生自发”的非正式制度工具被排挤于环境保护的制度工具范围之外，其结果是国家制定的各种正式环境保护制度工具层出不穷，环境问题却没有因此而得到有效解决。

其次，环境法律和环境政策在环境法治实践中的制度价值均是通过以“最优法律制度的唯一性”^[9]为基础的“自上而下”路径实现的，但其不足和弊端日渐明显。一方面，“自上而下”的路径刻意阻隔了国家与社会领域之间的沟通，因而缺乏来自于社会领域“因地制宜”的知识补给，制约着国家主导的环境法律与环境政策的发展和完善；另一方面，单一的“自上而下”路径切断了环境法律、环境政策与适用对象之间的反馈通道，使得环境法律与环境政策无法根据环境法治对象的特点和需要而作出相应的调试，形成国家正式环境保护制度与环境治理的具体对象之间的排异或“秋毫无犯”等不适情形。

最后，即使因上述问题而从国家层面对正式制度工具进行补充和完善，充其量也只是在结构意义上进行查漏补缺，很难使正式制度工具的补充和完善与预期环境保护效果关联起来。一般而言，从国家层面对正式制度工具的补充和完善往往通过环境法律制度的体系化来实现，而是否实现了体系化也就成为评价环境法律制度先进与否的标准。其实，环境法律制度的体系化仅仅是平面视角下的结构性体现，至于该制度体系在环境法治中的实际功用如何，是无法通过自身得以体现出来的。究其原因，不仅环境保护的制度工具体系包括正式制度工具和非正式制度工具这一制度体系网络，而且环境保护效果的实现还依赖于这种制度体系的实施。正是制度工具体系的实施才检验和体现了自身的环境保护效果。因而，在缺失相互关联或互为补充的非正式制度要素，更缺失制度的实施机制这一功能性要素的情况下，环境法律与环境政策这类单一结构要素特征的环境保护正式制度也就无法通过自身的完善和评价来实现预期的功能。

（三）环境保护制序的提出及意义

面对环境保护正式制度工具的价值阙如，是否有什么概念或范畴可在逻辑上超越正式制度且涵括制度的实施或运行呢？通观新制度经济学的研究成果，韦森教授提出的“制序”一词无疑对解决环境保护正式制度工具的价值阙如有重要启示意义。通过比较研究，韦森认为使用“制序”一词可涵盖英文 institution 的多种含义。其中，“‘制序’一词中的‘制’，我们可以把它理解为‘建制’、‘制度’和‘规制’等多重含义，而其中的‘序’又可以把它理解为‘秩序’，从而把英文 institution 一词中所包含的 practice、usage、custom、convention 等多重含义囊括其中”^[10]。因此，按照新制度经济学理论，“制序不仅指业已建立或制定的规则、制度，而且还包括人们在社会活动与交往中的行事方式、习惯、习俗、惯例和其他‘非正式约束’”^[11]。

在环境保护领域，制序概念无疑也是在逻辑上与环境保护所需的多元制度支持相契合的总括性制度工具的概念，具体内容包括正式环境保护制度、非正式环境保护制度和制度实施机制等三个部分。相对于结构主义视角下的制度，环境保护制序显然是涵盖了结构主义和功能主义双重视角的范畴。新制度主义理论认为，制度（实为此处的制序）的辨识特征之一就是“重复性、稳定性以及可预知秩序”^{[12](P279)}。环境保护制序也因多元制度工具的构成而比正式环境保护制度具有更加明显的重复适用性、制度体系内部的稳定性联系以及维护环境保护秩序的可预见性。另外，相对于环境保

护制度，环境保护制序是“制度功能化”^{[13](P83)}的重要体现，由此，环境保护制序范畴中各制度形态的环境保护功能或意义在自身的建构中便得以“储备”。

“环境保护制序”概念的提出至少具有以下三重意义：

其一，“环境保护制序”概念的提出，标志着有关环境保护制度工具议题的研究逐渐地走向了理性自觉。制序的概念必然暗含着制度工具在形成上的“自生自发”属性。不同于建构理性，以进化理论性为前提的“自生自发”属性又构成了正式制度、非正式制度及制度实施与运行机制发展与创新的基础。由于制序对进化理性或者说有限理性（即“人类对事实性知识的永恒局限”^{[7](P8,12)}）的认知，其所包含的正式制度、非正式制度、制度实施机制三要素相互之间以及制序系统与外部环境之间存在以合作方式增大理性“赋值”为目的的逻辑可能性。具体在环境保护制序体系中，各制度工具的有限理性为建立环境法治实践中的不同权利—权力主体之间的合作、协商等对话机制及“市民社会活络与机关功能强化”^[14]奠定了基础，并对增强环境保护制度工具之间的协调与合作机制建立了基础框架。

其二，在较为微观的层次审视，“环境保护制序”概念的提出，是对环境制定法中心主义思维的扬弃，使非正式规则应有的价值机能得以显现。以有限理性为认识论前提的环境保护制序对各种制度工具的价值认同建立在对制度生发机理认知的基础上。按照进化理性主义的观点，环境法律和环境政策这两类被“建构”的正式制度属于“外部规则”的范畴，不但不能代表环境保护制度工具的全部，而且只有在与作为“内部规则”的环境习惯法等非正式环境保护制度工具不相冲突的情况下才有规制意义。因此环境保护的正式制度工具在生成逻辑上的优先性远不及非正式制度工具，而对诸如环境习惯法、环境惯例、私人实施机制等非正式制度规则的“普遍遵守，乃是我们生存于其间的世界得以有序的必要条件”^{[15](P34)}。基于此，应当在环境保护制序的建立与运行中遵循“公法易逝，私法长存”^{[7](P230)}的共识，让以命令控制等具有公法特性的环境保护正式制度工具在一定程度上受到民间规则、私人环境契约等司法性质的非正式制度的制约，同时也为非正式环境保护制度应有价值机能的发挥提供可能的空间，最终克服单一制度工具之于环境保护的局限性。

其三，环境保护制序格局的逐步建立，是实现环境保护制度工具从结构主义走向结构功能主义的重大创举。“环境保护制序”的概念不仅强调各种制度工具在结构主义视角下的体系完整性，而且更加重视体系性建构之外各制度工具基于规范功能的实施和运行机制的有效性。基于此，对环境保护制序的优劣评判势必在结构主义横轴即制度工具的体系化标准之外，又引入了功能主义纵轴即制度工具实施与运行的可能条件、机制等标准。因此，虽然各类制度规范是环境保护制序的主要构成要素，但由于对功能主义视角下制度实施、运行机制的考量，制度的有效性也必然是环境保护制序不可或缺的内容。可以说，环境保护制序格局的建立，本身就标志着一套有效的制度体系的形成，或者说，环境保护制度工具在功能上的有效性经由其所构成的环境保护制序格局而彰显。

由于“制序”相较于“制度”的特别意涵及其在现代环境治理领域的准确表达，环境法学界也逐渐出现了以系统自足、制度类型多元和结构功能主义为导向的环境法动态体系建构的学说观点和研究领域，以契合未来环境法制度规范整合的趋势^{[16](P846-848)}。在我国台湾，以“政策工具多元化”和“宽松授权”为特征的环境法律体系建构正在成为最新的环境立法内涵，且“功能取向”的环境法律制度设计规划已在岛内被广为提及^{[17](P116)}。

四、环境保护制序的构成与运行

（一）环境保护制序的构成

按照新制度经济学家把“制度（制序）分为正式制度、非正式制度以及制度的实施机

制”^{[18](P42)}三个部分的普遍理论，环境保护制序也可分为正式环境保护制度、非正式环境保护制度以及环境保护制度的实施机制三个组成部分。其中正式环境保护制度和非正式环境保护制度是环境保护制序的结构性构成要素，而环境保护制度的实施机制则属于环境保护制序的功能性构成要素。结构性构成要素和功能性构成要素在环境保护实践中的纵横交错，型构了一个国家在特定历史阶段相对稳定的环境保护制度工具格局。

其一，正式环境保护制度。如前文所述，环境保护所依赖的正式制度主要是环境法律与环境政策两类。囿于环境保护制度向环境保护制序的范畴转变，环境保护制序格局中正式环境保护制度的定位、功能也应随之进行重新安排。一方面，环境保护制序有着比环境保护制度更为广泛的制度工具多元性特征，这就要求环境保护制序中的正式制度应当广泛接纳非正式制度以获得充分的“规则合法性”^①，并逐渐与非正式制度融合、互补，从而形成制度功能的“共治”效果。另一方面，正式制度内部，即环境法律与环境政策之间必须基于环境保护制序的功能性要求而加强相互补充、协调与合作。在中国环境保护历程中，二者存在的常态是要么环境法律代替环境政策，要么环境政策代替环境法律，相互之间始终处于此消彼长的竞争关系之中。在环境保护制序格局中，环境法律与环境政策之间应当基于各自的应有功能而建立一种功能边界相对清晰，且二者之间互补、共济的关系，以共同发挥二者作为国家正式环境保护制度的应有功能。

其二，非正式环境保护制度。如前所述，与正式环境保护制度相比，非正式环境保护制度是环境保护制序格局构筑的基础性制度和“内部规则”，常见的形式主要有习俗、惯例、民间法、环境习惯法、涉环境私人协议等。在从环境法治向环境保护的逻辑更替及随之而产生的从环境保护制度到环境保护制序的拓展过程中，非正式环境保护制度也必然要经历从被挤压、被边缘化逐步向理性“归位”的转变。具体而言，要彰显环境保护制序格局中非正式环境保护制度的应有价值，一方面，也是最为重要的一点，就是要加强对各类习俗、惯例、环境习惯法、民间法、涉环境私人协议的已有或正在形成中的文本、“载体”的“考古”和整理，如运用民族志、文化人类学的方法和工具对“民间习惯的调查、收集、整理”^[19]，以使非正式环境保护制度获得经验与事实意义，因而也是释放其应有价值机能的基础。而另一方面，则要从学理、逻辑、实践等方面关注非正式环境保护制度如何在环境保护的现代性脉络中独立或积极支持正式制度而发挥作用，如对环境立法、环境资源管理、多元环境纠纷解决等方面的贡献。否则，非正式环境保护制度仅仅是文化学意义上的“符号”，而不能作为有效支持环境保护行动的制度工具而存在。

其三，环境保护制度的实施机制。新制度经济学的观点认为，“制度是一个社会的博弈规则，……是一些人为设计的、形塑人们互动关系的约束”^{[20](P3)}。由此可见，有效的制度必然包含结构性制度要素之外关于“约束人类行为”的功能性要素。据此，不难理解学者们尝试用“制序”代替“制度”的原因了，因为“制序”成其为“制序”者，主要是在“制度”层次和逻辑上的进一步超越，即“制”向“序”的发展以及“制”、“序”的有机结合。环境保护制度的实施机制正是为了实现“制”、“序”的有机结合，因而是环境保护制序格局中不可或缺的构成要素之一，也是环境保护制度向环境保护制序转向的根本所在。在此，有必要区分环境保护制度的实施机制与环境法的实施机制。环境法的实施机制主要是指严格按照环境制定法规范而进行的环境执法和司法活动。显然，环境保护制度的实施机制则是由一系列“保证制度（包括正式环境保护制度和非正式环境保护制度）实施的手段、工具、政策或措施”^{[18](P49)}所构成的。

^① 哈耶克和诺斯都认为，习俗等非正式规则（制度）为易变的正式规则（制度）提供了合法性，因为正式规则的源头就是各类非正式规则。

（二）环境保护制序的运行

相较于环境法治所依赖的制度规范的运行而言，环境保护制序的运行因其构成的复杂性而体现出一定的特殊性。在制度主义理论中，“正式制度与非正式制度相互影响演化路径和不同时点上的绩效，其间的相互关系可能是中性的、互补的、替代的或者冲突的。”^{[21](P111)}同样，构成环境保护制序的正式制度与非正式制度之间也存在中性的（各自的有效性）、互补的、替代的或者冲突的关系。除此之外，环境保护制序的运行还关涉到与外部关系的交互问题。总体而言，环境保护制序的运行主要关乎以下三方面的问题。

第一，环境保护制序运行中的制度优先性及主导性问题。构成环境保护制序的各类“制度是由若干具体规则、法律、条文和习惯构成的。……其重要性和发挥作用的机制并非平起平坐、等量齐观。”^{[18](P42)}在进化论理性主义视角下，环境保护制序中的非正式制度“起着规范人们行为的作用或作为‘标准’的行为”^{[22](P219)}而存在。而且在成本效益观下，诸如习惯类非正式环境保护制度具有发挥规范作用的起点和渊源意义，因为“正式制度的建立‘细节化’到一定程度后，建立和维护更详细的制度所带来的收益不足以抵补制度供给的成本，因此，在正式制度的‘边际’就是习惯发挥作用的始点”^{[18](P150)}。由此可见，非正式制度在环境保护制序的运行中具有基础性意义，因而也是在逻辑上具有优先性的制度工具类型。然而，是否可据此认为非正式制度是环境保护制序运行的主导性制度呢？笔者对此持否定态度。何为环境保护制序运行中的主导性制度？这一问题必须要结合制度的发展演进、制度的实施绩效等构成“场域”的各种因素来综合回答。在中国当下环境保护实践中，深刻的“现代性范式”^[23]和正式环境法律制度的精致化、全方位发展依然成就了正式环境保护制度作为环境保护制序运行“场域”的合理性。因此，无论在历史视角下，抑或在比较视角下，正式制度将是环境保护制序运行的主导性制度类型。

第二，环境保护制序中正式制度与非正式制度之间的有效互动。一般而言，“每一项制度都和其他制度联系在一起，每一项制度都控制着不受其他制度控制的行为，而社会的整套制度在功能上相互联系”^{[12](P299)}。同样，在环境保护制序运行中，正式制度与非正式制度既有各自相对独立的作用领域，同时相互之间又形成了功能上的关联和互动。构成环境保护制序的正式制度与非正式制度之间的关联主要受到这一制度变迁理论的影响——“一种尽可能小地偏离习惯演进的方向的制度变迁最有可能获得成功”^{[18](P150)}。也就是说，正式环境保护制度的发展演进在依循习惯等非正式环境保护制度发展演进的方向时才是最佳选择，非正式环境保护制度“在很大程度上影响正式制度变迁是否顺利甚至成败”^{[18](P150)}。另一方面，正式制度也是非正式制度发展演化、有效发挥制度作用的重要外部环境，正式制度应当在“制序”视角下及时转换角色，为非正式制度积极创造价值空间和良好的外部条件。总之，在环境保护制序中，“无论是（正式的）制定法、行政命令还是（非正式的）习惯法，都是公共池塘资源治理所需的规则体系”^{[24](P26)}，相互之间的互动与合作将有效克服诸如“完全由国家或地区政府机构治理……的低绩效”^{[25](P268-269)}等弊端。

第三，环境保护制序的“嵌入”式运行。环境保护制序不同于其他制序类型，由于与自然环境等保护对象的紧密关联，正式环境保护制度、非正式环境保护制度及制度的实施与运行机制都与特定时空下的自然环境，及相关社会、文化、经济等要素相互“嵌含”为一个动态运行的整体或系统。这种“嵌入”式运行就是环境保护“因地制宜”的需要和体现。另外，一旦这种整体性或系统性“嵌含”结构被改变，“原有的嵌入性很难被重建起来”，因此各种正式环境保护制度、非正式环境保护制度以及环境保护制度的实施和运行机制构成了一套良性互动、有效发挥作用的稳定系统，即环境保护制序。这种“牵一发而动全身”的关联性为环境保护制序中各种正式、非正式制度之间的功能性联接及其发展演进提供了动力学基础，更加体现出环境保护制序相较于环境法治制度体系的优越性。

五、结论：超越工具论的环境保护制序之建立

从环境法治所依赖的制度工具走向环境保护制序格局是走出“国家制定法中心主义”困境、实现环境保护目标的必然路径。然而，环境保护制序的真正建立却不能一蹴而就，也不能过度泛化，如环境保护制序逐渐形成的逻辑路径、正式环境保护制度与非正式环境保护制度各自相对独立的规范领域等问题都是需要严格界定。因而特别需要指出的是，以正式环境保护制度为逻辑起点推动和建立环境保护制序的做法，以及在环境污染防治立法和环境标准制度中引入环境习惯法等非正式制度的尝试都是值得商榷的。

当然，我们已认识到“在一个进步社会，不论国家可能施加何种影响，新的习俗制度总会不断产生，现有的习俗制度也不断发展”^{[26](P296)}，再经由习惯法到正式制度的发展演变，都在“非人为设计”地自发进行着。同样地，环境保护制序自身也具有从非正式制度向正式制度，以致整个制序体系不断发展演化的机能。据此，在环境保护制序议题的未来向度上，最为重要的是尝试运用系统论思维建立一种在功能上超越工具论的系统性环境保护制序，使其成为“自我生成系统”^{[27](P35)}和“运作自成一体”^{[28](P23)}的系统。在超越工具论的系统论思维下，系统性环境保护制序的功能优势和特征表现为：一方面，各种环境保护制度工具在运作中构成了相互联系、功能互补的封闭系统，由此明显地区分于工具论意义上制序格局的结构面向；另一方面，该系统性环境保护制序又通过与经济系统、政治系统等系统之间的“耦合”^①向外界开放，以便从系统外部获取环境保护制序系统发展演化所需的“知识”资源，因而也显著迥异于工具论意义上制序格局仅以单一实施为内容的功能面向。

参考文献

- [1] 孙佑海. 新《环境保护法》: 怎么看? 怎么办[J]. 环境保护, 2015(5).
- [2] 常纪文. 我国新环保法是全世界最好环境法之一, 其效果值得观察[EB/OL]. <http://www.china-ep.com/news/201404/30/1559.html>, 2014-04-30.
- [3] 蔡守秋. 从综合生态系统到综合调整机制——构建生态文明法治基础理论的一条路径[J]. 甘肃政法学院学报, 2017(1).
- [4] 郭武, 刘聪聪. 在环境政策与环境法律之间——反思中国环境保护的制度工具[J]. 兰州大学学报(社会科学版), 2016(2).
- [5] [瑞典] 思德纳. 环境与自然资源管理的政策工具[M]. 张蔚文, 黄祖辉, 译. 上海: 上海人民出版社, 2005.
- [6] 冯威. 行政法视野中的公共政策研究[D]. 济南: 山东大学, 2012.
- [7] [英] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由(第一卷)[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2000.
- [8] [英] 弗里德利希·冯·哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来, 译. 上海: 三联书店, 1997.
- [9] Easterly, W. Institutions: Top down or bottom up? [J]. *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 2008.
- [10] 韦森. 制度、体制与制序——兼论当代中国经济理论发展演进的三个阶段[EB/OL]. <http://www.china-re>

^① “结构耦合”是卢曼在法律系统理论中提出的概念, 指在运作上自成一体性的系统与外界之间的联系方式。具体而言, 系统与外界的联系不是全开放的, 而是以“一种双面形式……限制并且藉此减轻了环境对系统的影响”。卢曼认为, 正如“限缩乃是共振能力的条件, 复杂性之化约则是建构复杂性的条件”。参见鲁曼(即卢曼):《社会中的法》, 李君韬译, 台湾五南图书出版股份有限公司 2015 年版, 第 491 页。

view.com/sao.asp?sid=232&id=5250,2002-02-01.

- [11]杨艳红. 文化、伦理与社会制序:以山西票号为例[J]. 世界经济文汇,2002(1).
- [12][美]沃尔特·C. 尼尔. 制度[A]. [美]马克·R. 图尔. 进化经济:新制度思想的基础(第1卷)[M]. 北京:商务印书馆,2011.
- [13]姚洋. 制度与效率:与诺斯对话[M]. 成都:四川人民出版社,2002.
- [14]叶俊荣. 环境立法的两种模式:政策性立法与管制性立法[J]. 清华法治论衡(第19辑),2013.
- [15]邓正来. 哈耶克社会理论[M]. 上海:复旦大学出版社,2009.
- [16]陈慈阳. 环境法总论[M]. 台北:台湾元照出版有限公司,2011.
- [17]叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 台北:台湾元照出版有限公司,2010.
- [18]王跃生. 新制度主义[M]. 台北:台湾扬智文化事业股份有限公司,1997.
- [19]刘作翔. 法律文化视野中的民间法研究[N]. 人民法院报,2015-07-03(07).
- [20][美]道格拉斯·C. 诺斯. 制度、制度变迁与经济绩效[M]. 杭行,译. 上海:上海人民出版社,2008.
- [21][美]阿兰·斯密德. 制度与行为经济学[M]. 刘璨,吴水荣,译. 北京:中国人民大学出版社,2004.
- [22]汪丁丁. 再论制度创新的一般过程[A]. 盛洪. 现代制度经济学(下卷)[M]. 北京:北京大学出版社,2003.
- [23]王小钢. 中国法学“现代化范式”之关系主义批判——评《中国法学向何处去》[J]. 河北法学,2007(8).
- [24]Orebech, P., F. Bosselman, J. Bjarup, et al. *The Role of Customary Law in Sustainable Development* [M]. New York: Cambridge University Press,2005.
- [25][美]艾莉诺·奥斯特罗姆,罗伊·加德纳,詹姆斯·沃克. 规则、博弈与公共池塘资源[M]. 王巧玲,任睿,译. 西安:陕西人民出版社,2010.
- [26][奥]尤根·埃利希. 法律社会学基本原理[M]. 叶名怡,袁震,译. 北京:九州出版社,2007.
- [27][德]卢曼. 社会的经济[M]. 余瑞先,郑伊倩,译. 北京:人民出版社,2008.
- [28][德]卢曼. 社会的法律[M]. 郑伊倩,译. 北京:人民出版社,2009.

The Construction of Systematical Tools of Environmental Protection towards Institutions

GUO Wu

Abstract: Expansion from environmental law to environmental policy reflects the evolutionary paths and features of current systematic tools for Chinese environmental ruling by law. From the logical perspective of environmental protection, environmental law and environmental policy cannot cover all the institutional tools for environmental protection. It is the formal and informal systems for environmental protection and implementary mechanism of systems for it that jointly consist the institutional pattern of environmental protection. The institutions of the protection not only reflect the nature of diverse systems and lay the foundation for accomplishing the cooperative interaction among different systems, but also become a theoretical thinking of systematic institution for environmental protection based on the logic of institutional evolution.

Key words: environmental law; environmental policy; systematic tools; institutions of environmental protection

(责任编辑 周振新)