

資料
〔翻 訳〕

鞏固^{*}「環境法律観検討」

文 元 春 訊

【訳者はしがき】

中国における学科目分類は、大きく、学科類、1級学科（「法学」を含む13種類）、2級学科からなっており、「法学」は更に、「法学理論」、「法律史」、「憲法学および行政法学」、「刑法学」、「民商法学（労働法学、社会保障法学を含む）」、「訴訟法学」、「経済法学」、「環境および資源保護法学」、「国際法学（国際公法、国際私法、国際経済法を含む）」、「軍事法学」、という10種類の2級科目からなる。このように、環境法学は、「環境および資源保護法学」として形式上独立してはいるが、新興学科というその性質もあって、中国における環境法学は「舶来品」的な意味合いが強く、その位置付けには微妙なところがある。多くの環境法学者が「環境法の特殊性」を強調し、伝統的法とは全く独立し区別された新しい理論体系を構築しようと努めてきた一方、法律における中国自身の本国資源を更に活用すべきという、主張も従来からなされてきており、「中国の特色のある法律体系」の樹立によってそうした傾向が更に強くなってきたという感否めない。

そうした中、浙江工商大学法学院（当時）の若手研究者鞏固副教授による本論文は、上記の背景を踏まえて、次のように指摘する。すなわち、現在、環境法学が表面上繁栄している背後には、専門性が強くないという、危機が潜んでおり、その根源は、比較的遅れた法律観にある、と。敷衍すると、一部の環境法理論において、言説の基礎および前提として予め設定されている「法」と、現代法治の基礎としての「法」との間には、比較的大きい隔たりがあり、具体的には、法律の道徳的色彩が濃厚であること、科学的法則との区別が明確でないこと、自主性が欠如していること、環境関連の立法が孤立して行われること、伝統的法との関係が当を得ていないこと、という5つの面に現れている。法律観が片面的である環境法学研究は、実践において思想的啓蒙という役割しか果たし得ず、環境法治の実現に資するところがない。環境法学が、理論の向上と実践における超越を実現

* 法学博士・浙江大学光華法学院副教授

するには、それ自身の核心的任務と研究範囲について正確な位置付けを行い、法の本質的特徴をしっかりと把握し、本国化〔本土化〕研究を強化し、現行法を尊重し、現実主義的思考を取り、法学への回帰を実現しなければならないと主張する。

本論文は、中国における環境法学研究の議論状況を知る上で有益であるだけでなく、経済発展と環境保護との関係において、ともすれば、そのどちらの一方に偏りがちであったという問題に対して、様々な意味で再考を迫るものであると考える。そのため、ここに本論文の全文を訳出した次第である。最後になったが、本論文の翻訳を快諾していただいた著者の鞏固氏および『法学研究』雑誌社に謝意を表したい。

【出典】『法学研究』（中国社会科学院法学研究所発行）2011年6期66－85頁

【キーワード】環境法 環境法学 環境法治 法学方法

目次

- I. はじめに：何故、法学らしくないのか
- II. 汎道徳化：法と道徳との曖昧化
- III. 自然主義的誤謬：法と法則〔規律〕の混淆
- IV. 自主性の欠如：普遍性〔普世性〕と地域性とのアンバランス
- V. 孤立した立法：法と社会の乖離
- VI. 過度の革新：環境法と伝統的法とのアンバランス
- VII. 思想的啓蒙から法治理論へ：環境法学のパラダイム転換と回帰

I. はじめに：何故、法学らしくないのか

環境法学は、ここ30年来、著しい発展を遂げてきており、各種著書の多さ、範囲の広さ、内容の豊富さはいずれも、この学科の活気に満ちた繁栄ぶりを明らかにしている⁽¹⁾。ところが、その表面上は繁栄しているように見えても、環境法学の内在的質を更に高めなければならないことは争いのない事実である。その中で、法学らしくないこと、法律的色彩が濃くないことは、特に目立った問題である。このことは、一部の成果が、各々の（科学的なもの、倫理的なもの、社会的なものによる）環境保護の知識に対する紹介で満ち溢れている反面、法的分析が欠けているかまたは非常に少ないということに現れているのみならず、一部の成果は、法律を分析しているものの、方法と結論が「法」と甚だ掛け離れており、伝統的な法によって受け入れていないだけでなく、法治の実践に効果的な指導を与えることもできていないことに現れている。したがって、現在の一部の環境法学に関

(1) 王小鋼「中国環境法学30年發展歷程和經驗」『当代法学』2009年1期参照。

する著作には「法学」という名があるものの、その実質は各種環境保護プランの総括であるにすぎないといえよう。このことはまた、環境法学研究の「人材が外では評判が高いのに、内部では評価されていない」という興味深い現象——その成果は非法学領域において多く発表されている——をもたらし、真に法学の同業者に認められ、法治の実践に影響力を及ぼす理論は非常に少ない。

環境問題が益々社会生活の各方面に普遍的、広範に、深く浸透してきており、環境保護が、既に政治、経済、宗教、倫理、教育等の各領域が普遍的に分ち合い、且つ、常に激しく議論される一般的〔常規性〕議題となった現代社会において、環境法がその他の社会調整メカニズムと区別された独特の機能を果たすことによって、明確で具体的で操作可能な方法でもって制度的に問題を解決するという、社会のニーズは益々差し迫ったものとなってきた。一方、「法学らしくない」という問題が解決されないとするならば、環境法学は、学科創設期の寄せ集め〔雑糅〕という苦境から抜け出すことが難しく、真の意義における発展を遂げることが難しい。更に重要なことは、豊富かつ差し迫った環境法治の実践に対応し、自らの一種の法学理論としての「本分」を履行することが難しくなる、ということである。

このような状況が生じた原因は、もちろん多面的である。嘗て、ある学者が実証的視角から環境法学研究における主な問題点を分析しており、そのことは、積極的な意義を有するが、⁽⁴⁾ 学術理論レベルにおける分析が欠けており、概括力のある理論命題を析出するには至っていない。筆者は、学理的視角から見ると、現在の環境法学研究における根本的な問題は、研究者の法律観——すなわち法の本質に対する認識——の食い違い〔錯位〕にあると、考える。単刀直入に言えば、環境法の総合性と学科を跨るという特徴のため、研究者は往々にして、その力を環境原理、生態法則、人と自然との関係等の環境問題に対する認識に用いており、

(2) 学者による1998年—2003年に発表された環境法学論文に対する実証的分析は、核心的法学期刊行物に発表されたのが僅か43.09%であるのに対し、比較的多く環境法学論文を掲載している数少ない法学刊行物であっても、同学術刊行物の主管組織、編集者または編集責任者等が、環境法学と一定の淵源を有していることを明らかにしている（汪勁「中国環境法学研究的現状与問題：対1998～2003年中国環境法学研究狀況の調査報告」『法律科学』2005年5期参照）。

(3) ここにいう環境法治とは、法律を通じて制度的に環境紛争を解決し、環境上の利益のバランスを取り、環境保護を推進することを指すものである。ここにおける「法治」は、動態的な意味においてであり、それには、法律の制定から実施に至るまでのすべての過程が含まれており、それはまた、全体的な意義においてであり、それには、有形的な法律制度およびこれらの制度の運用を指導する思想、観念、論理が含まれる。

(4) 前掲注(2)・汪勁論文参照。

自らの言説における法自体に対する正確な位置付けを疎かにしてきた。一部の理論によって予め設定された「法」は、一種の前近代的で広汎な「法則」的意義における法であった。このことから出発して行われる検討は、その名義上は法的分析であるが、実質的には往々にして、如何に環境を保護すべきか、という道徳的呼びかけまたは意見の表明に成り果ててしまい、既に充分現代化された法治の実践と「継ぎ目なしに接合する [無縫対接]」ことが難しくなった。それによる分析と論証もまた、既に一連の独特の言語体系および思考モデルを形成した「正統」法学との距離が比較的遠いため、後者によって拒絶され、法学らしくないという気まずさが現れたのである。

事実上、現在の環境法学界に現れた、内容が異なり性質の相反するものであってもすべて受入れる、百家争鳴的な繁栄には、一方において、学科の新興性・総合性・交錯性という要素があることはもちろんであり、且つ、この学科の開放性をも表している。しかし、他方においては、やはり法の本質に対する統一的認識と精確な把握がないため、共同の理論的基礎および前提の設定が欠けており、各々の学者は往々にして、単に自ら思い描く「理想的な情景 [理想図景]」から出発して言説を行っているだけである。正にこのことにより、各々の環境法學理論の間には、視角、レベル、哲学的立場、核心的範疇、基本原理にしても、はたまた、具体的プランにしても、往々にして隔たりが非常に大きく、議論が多く見られる反面、真の理論的対決が欠如しており、理論的主張がともすれば、自分のことばかり言うことに成り果ててしまいがちであり、統一したコンセンサスがなかなか得られなくなった。このような状況をその発展に委ねてしまうことは、学術の成長に不利であり、更には、環境法学が、環境法治を推進し、環境保護を強化するという歴史的使命を果たすことにも不利である。

上記の問題を更に具体的に説明するため、以下、「法律観」と密接に関連する 5 つのレベルの問題から着手して検討を行うことにしたい。もちろん、如何なる全体的研究と同様、ここで議論する問題は、単に学界の比較的普遍的な状況に対する大まかな概括であるにすぎず、決してすべての研究がそうであることを意味するものではない。

II. 汎道徳化：法と道徳との曖昧化

法は、社会的規範の一種として、長い発展変化の過程を辿ってきており、その内包、外延、運用方式および社会的コントロールにおける役割と機能もまた、絶えず変化してきた。人類社会の初期において、法と宗教・道徳は混然一体となっていたが、その後、次第に分離されるようになった。そのため、ある学者は、法

を混沌とした法、道徳的法、独立した法、という3種類の歴史的類型に分けている。⁽⁶⁾西洋学者の中にも、慣習法、官僚法、法律秩序（「法治法」ともいう）等の分類があり、⁽⁷⁾視角こそ異なるものの、上記分類と大概対応している。その本質からいうと、異なる類型の法律はいずれも特定の社会生活の産物であり、決して先進と後進という当然の区別が存在するわけではない。しかし、現代的法治意義における法は、宗教、道徳と相対的に独立した現代法の上のみ樹立できる、⁽⁸⁾ということは、争いのない事実である。「近代西洋に端を発する法治のプロセスは、宗教、道徳と法律との相互分離を重要なメルクマールとしており、この種の分離は、法律をして、独立した国家の権威的規範体系へと上昇せしめたのに対し、道徳と宗教は、一種の社会的調停手段へと降格させられたのである」。道徳、宗教と分離され、形式上の独立を獲得し、且つ、自身特有の論理によって運行されるということは、現代法の根本的特徴であり、法治の必要条件でもある。他方、道徳との境界をはっきり区別し、法的思考（道徳的思考ではなく）をもって、問題を認識しかつ分析することは、法学の基本的ニーズとなった。

これらの現代法学の常識ともいえるような内容に対し、抽象的レベルにおいて、人々の間には異論がない。ところが、具体的問題に関わるや否や、とりわけ、伝統的秩序に対して重大な挑戦となるとされる一部の新しい事物に直面したとき、研究者らはともすれば、無意識的に法と道徳との境界を突き破り、道徳と法が区別されていない混沌としたレベルにおいて、議論し分析しがちであり、法学研究の「汎道徳化」という現象が現れるようになったのである。このことは、環境法学の研究において比較的目的立っており、その典型的な理論は、西洋における「非人間中心主義」的環境倫理学を基礎とする、各々の環境倫理法学である。この理論は、西洋環境倫理学の影響を強く受けており、環境問題は、人類の利益しか考えない反面、自然の利益（または価値、権利）を疎かにする伝統的倫理観に由来する、と主張する。生態系を中心とした、自然の内在的価値（または固有の権利）を体現した新しいタイプの環境倫理を樹立して初めて、苦境から抜け出

(5) 「社会発展のある非常に早い段階において、このような需要が生まれた。すなわち、毎日繰り返される製品の生産、分配および交換を、1個の共通ルールを用いて拘束することによって、個人をして、生産と交換の共通条件に服せしめる。このルールは、まず、慣習として現れ、まもなく、法律となった」（『馬克思恩格斯全集（第3巻）』（人民出版社、1960）211頁）。

(6) 胡旭晟『法的道徳歷程：法律史的倫理解釈（論綱）』（法律出版社、2006）7頁以下参照。

(7) (米) R. M. Unger 著、呉玉章訳『現代社会中的法律（Law in Modern Society）』（訳林出版社、2001）45頁以下参照。

(8) 馬長山「法治的平衡取向与漸進主義法治道路」『法学研究』2008年4期。

すことができ、一方、環境法は、このような「先進的」倫理を体現するとともに、制度の建設を通じてこの倫理の実現を確保しなければならないとされる。このことに立脚し、論者らは、環境倫理学を用いて伝統的法秩序に対して批判を行い、且つ、非人間中心主義的法律観、生態価値的立法目的論、自然の権利論、調整論等の一連の「革新的」主張を行った。⁽⁹⁾

環境倫理学は、伝統的倫理について反省を行い、自然に対する認識を豊富にし、環境行為の慎重度を高めることに対して、積極的意義を有していると言わなければならない。しかし、抽象的価値に着目し、内心的自省を主な機能とし、主観的色彩を色濃く帯びている批判的学術思潮としてのそれは、明確な文字による表現をもって、普遍的な強制力を具備し、社会的主体の利益に直接影響を与える法律との距離が甚だ遠く、決して、直接の適用可能性を有するものではない。他方、各々の環境倫理法学は往々にして、道徳と法律との区別を考慮せず、単に機械的に環境倫理学における道徳的言説をそのまま法学の中に持ち込むのみであり、いわゆる生態的視角から出発して抽象的な哲学的思考を行うことにより、伝統的な法治と全く相容れないこととなった。このことは、例えば、次のような点に現れている。すなわち、倫理学において、意味内容が曖昧で価値論的レベルにおける「自然の権利」を、法律上の権利と同視してその立法化を呼びかけること、立法者としての「人」が「非人間」的思考を行い得ないという客観的事実を鑑みずして、いわゆる非人間中心主義的立法を呼び掛けること、および、法の社会的実践という本質を鑑みずして、人と自然との関係の「直接調整」を主張すること、などに見られる。これらの理論は、伝統的な法的言説と異なるだけでなく、本質的に伝統的な法秩序の最低ライン〔底線〕にも挑戦しており、概念の疑義をもたらし、理論の混乱を招く⁽¹⁰⁾と同時に、実践することが難しいため、その多くは、法学同業者の拒絶に遭ったのである。更に、このような、是非善悪のみを考慮し実際の利益を考慮しない、価値の正当性のみを考慮し実現可能性を考慮しない「論証」は、典型的な道徳的思考であり⁽¹¹⁾、そこに隠されている、法を論者らが主張する当為的倫理を実現する手段と見做す「道具主義的法律観」もまた、現

(9) 鞏固「『環境倫理法学』批判」呂忠梅主編『環境資源法論叢（第7巻）』（法律出版社、2007）116頁以下参照。

(10) 例えば、自然の権利概念が、法律上の権利の主体性と意思の自由という要素を解消してしまい、それが、一切の保護を受ける利益と同じものになった。調整論は、事物に対する様々な実質的影響をすべて法的意義における「調整」と化した。

(11) 「道徳的思考が善悪の評価を中心とする思考活動であるのに対し、法的判断は、事実と規範の認定を中心とする思考活動である」（孫笑俠「法律家的技能与倫理」『法学研究』2001年4期）。

代的法治の理念に合致しないものである。

環境倫理法学の道徳的色彩は濃厚であり、環境法学の内部においてさえ、少なからずの批判に遭った。しかし、實際上、主流的環境法学理論にも、汎道徳化という傾向が普遍的に存在している。

その現れの1つは、目標・理念を重視し、方式・手段を軽視し、価値判断を高く評価し、制度建設を疎かにすることである。なるほど、価値目標は重要ではあるが、かといって、価値の追求が決して法の本質的特徴であるわけではない。価値を確定し、善悪を議論することを核心的内容とする道徳に比べ、法は、何よりも主に一種の規範、つまり、行為に明確な指針を与えることにより基本的な社会秩序を確立する一種の規範であり、その根本的な任務は、スローガンに止まっている抽象的価値を、現実の生活と具体的な行動の中に実行することにある。この視角から見ると、法の本質は制度であって、それがより関心を持っているのは、「如何にするか」ということである。正にそのため、「制度または規範の角度から切り込んでいき、且つ、終始この方向〔進路〕を維持して初めて、法学の論文たりうるのである⁽¹²⁾」。もちろん、このことは、決して法学理論は制度しか研究できないということを意味するものではなく、何を研究するにしても、すべて制度に向けての思考が必要であることを強調するだけである。1つの法学理論が、理論と価値のみを議論することは完全に可能ではあるが、その視角と着眼点は、制度から離脱することができず、理論の制度への転化という実践的可能性を考慮し、且つ、それを出発点と足掛かりにしないわけにはいかない。そうでなければ、如何に奥深く、精妙で、論理が厳密で、価値が正当であったとしても、法学理論、法的分析と称するには難しく、法治の実践に実際の貢献を果たすことは難しい。

環境保護の領域において、環境自体の曖昧さと環境的社会関係の複雑さにより、実践問題に対する思考は一層必要となる。抽象的レベルにおいて、恐らく環境保護に異を唱える者は、殆どいないだろうが、問題の鍵となるのは、如何にするかということ、およびその中で利害得失を如何に配分するかということである。一体、どのような環境状態が良くて、どのようなものが良くないか、どのような環境行為は許され、どのようなものは禁止されるべきか、環境侵害を如何に予防し且つ確認するか、既に発生した損害を如何に修復し、どの程度まで修復すべきか、コストを如何に分担させるか、損害を如何に賠償させるか……および、最も重要な点——環境事業は一体、誰が、どのような方式と手続によって選択し、判断すべきか——、これらこそが、環境保護が直面した真の困難である。こ

(12) 蘇力『也許正在發生』(法律出版社、2004) 121頁。

れに対し、現実的に可能な前提の下で、対価が最も少なく、受益範囲が最も広く、最も公平に近いプランを選択し、且つ、それを常態化・制度化することは、環境法の任務とするところである。

一部の環境法学者は、制度的レベルにおける手入りを軽蔑するようである反面、ある種の先進的理念、高尚な価値または新しいタイプの権利を導入し、法秩序に対して徹底的改造を行うことに熱中しており、そうすることによって、根本的に問題を解決しようとしている。一部の環境法著書において、理念・価値に対する議論が、制度建設に対する思考よりはるかに多く、ひいては、そのすべてが持続可能な発展、環境権、人と自然との調和等の理想的な情景に対する描写であるのに対し、如何に実践するかは全く心配されることなく、まるで理念が先進的であり目標が正しいさえすれば、制度は自ずと樹立されるようである。このような研究は、明らかに法学の重心からかけ離れたものであり、学者たちの所為の多くは、倫理学者の仕事であって、法学者の仕事ではない。

その現れの二番目は、強烈な感情を持って問題を眺め、感性的な呼びかけが理性的な分析より多いことである。感情化された道徳的思考と比べ、法的思考はまずもって一種の理性的思考であり、研究者が主観的感情を自制し、なるべく客観的な立場に立って総合的に各種関連要素を考慮し、複雑雑多な個別的事案から普遍的意義のある要素を抽出し、既存の規範〔規則〕と結び付け、全体的・長期的に見て、最も合理的な制度配置に努めることを必要とする。しかし、環境法学領域において、環境保護の公益性からくる道徳的優越感、および、環境の現状に対する心の痛み〔痛心〕と自然の命運に対する配慮から、研究者たちはとすれば、強烈な個人的感情と道徳的義憤に左右されがちであり、往々にして、いつの間にか法学の軌道から逸れてしまったのである。

まず、感情的呼び掛けをもって法的論証に取って替わっている。環境の重要性、環境問題の深刻さ、環境保護の切迫性から、ある種の権利または制度を構築すべきことを導出することは、殆ど環境法学における論証の通用的パラダイムとなった。例えば、環境権成立の論証過程において、学者たちは一般的に、環境破壊が如何に人間の生存、発展、人格の尊厳に不利であるかを、立論の根拠にすると同時に、環境被害者が救済に欠けていることの悲しさから読者を「感化」して同調させようとする。このような「論証」は、強烈な道徳的色彩の故に、往々にして、疑いの差し挟みようのない意味合いを帯びている。しかし、実際には、一種の利益の正当性と、一種の新しいタイプの権利の創設との間には距離が非常に遠く、環境上の利益の正当性は決して当然に「環境権」という権利を導出することにはならない。このような理論が道徳の「庇護」の下で認められたとしても、それは、決して真の理性的思考による産物でないため、好ましい効果が生じ得

ず、却って、「疑いを入れさせない」ことによって、真の意義における解決プランを逃してしまいかねない。正に、我々が見てきたように、世界的範囲において、数えるほどの数少ない個別的事案を除いては、環境権がいずれの国の環境保護の実践に対しても直接の役割を果たしたことはない。環境権に熱中し、更に、早々とそれを憲法の中に規定したような国々の環境状況は、決してそうすることによって改善されたわけではないのに対し、環境保護が進んでいる国の多くは却って、環境権が確立されていないのである。

次に、先入観にとらわれた主観的な選好が、思考の短絡化と認識の限局化をもたらした。強烈な道徳的感情により、研究者らは、先入観にとらわれた観点をもって問題を眺めがちになり、認識の短絡化を招き、善と悪、黒と白、善人と悪人という、二元的対立の中に陥り、社会生活の豊富さと環境上の利益関係の複雑さを軽視し、問題の真の根源を見えなくしたのである。例えば、汚染による侵害問題において、学界には、既に次のような思考パターンが形成されたようである。すなわち、「企業は、利益と欲望に目がくらみ、他人に損をさせて自分の利益を図っており、張本人である。住民らは、その害を深く受け、共通の敵として敵愾心を燃やしているが、対抗する力がない。政府は、管理監督を行おうとしているものの、力量が足りない [企業利欲熾心、損人利己、是罪魁禍首；居民深受其害、同仇敵愾、但無力対抗；政府有心監管、力量不足]」。このことにより、その対策としては、往々にして、企業の違法（活動）へのコストを増やし、公民に参加権と訴権を与え、政府の管理監督権・処罰権を強化することなどが、挙げられる。しかし、実際には、現実生活における汚染の状況は、より複雑である。汚染者はすべて、他人に損をさせ自分の利益を図る悪人ばかりとは限らず、被害住民もまた、決して何か何でも汚染を深く憎しみ嫌うわけではない。ある実証的研究は、一部の地域において——その中には、二つの害を比較して小さい方を選択するという、やむを得ない部分が含まれているとはいえ——、地方政府だけでなく、更には住民たちも、汚染企業に対して心から歓迎していることを明らかにしている⁽¹⁴⁾。言うまでもなく、このような、現実において決して珍しくない状況に対し

(13) 1つの新しい権利の成立を論証するには、利益またはニーズの正当性を証明する必要があるほか、更に、「権利可能性」（権利の特徴に合致し、権利という方式によって規律され且つ保護され得ること）と、「創設の必要性」（独立した権利となる必要があり、そうでなければ、当該利益の保護に欠けることになること）を、証明しなければならない。これらに対し、環境権論者らは、殆ど議論していない。もし、ある権利がこれらの条件を具備しないとすれば、強引に「権利」として立法の中に書き込まれたとしても、往々にして、紙面上の権利に成り果てかねず、実践において、役割を果たすことが難しくなる。鞏固「環境権熱的冷思考：対環境権重要性的疑問」『華東政法大学学报』2009年4期参照。

(14) 学者張浩文による陝西省における実証的調査は、次のことを明らかにしている。中国西

て、前述の措置は、予期した効果を挙げるのが難しい。他方、上記の思考パターン〔思路〕によって設計された環境法は、実践において、必然的に回避され、宙に浮いたものになってしまう運命に遭遇することとなる。環境問題が、既に 1 つの普遍的な社会問題となった大きな背景の下で、環境問題を個別的な悪人のせいにはしめないことは、客観的でないだけでなく、問題の真の解決にも資しない。より重要なことは、学者たちが法律家の思考ではなく、その多くが一人の環境主義者として、分析するとするならば、客観的、全面的、長期的、理性的に思考することは難しく、少なくとも、形式上は平等に各方面の利益に対処することが難しくなり、更には、自らの願望によって大衆の判断に取って替わり、理解の偏りと現実との乖離を招くことになる。

更に、実践プランが簡単であり、法制建議には、濃厚な「抑圧」的色彩と懲罰主義的傾向が見られ、あまりにも「厳しい法典」と「妥協しないこと」を強調し過ぎている。「法律道徳主義は、懲罰的法律に傾いている、すなわち、それは、一種の懲罰的傾向を訴訟手続に注入するものである。懲罰的法律は、理非曲直を問わないものであり、それは、法を犯す具体的状況または各種の代替的処罰の実際の価値を殆ど考慮していない⁽¹⁵⁾」。道徳的思考の下にあって、環境法治はともすれば悪を懲罰し善を宣伝するプロセスとして理解されがちであり、一般公衆もまた、往々にして、環境意識が強くなく、環境倫理水準が高くなく、法治観念が希薄であり、導き・教育および督促が必要だ、と看做されがちである。このような認識の下での環境法治プランは、往々にして、非常に簡単であり、精々責任の強化と宣伝教育を並行して推進するだけのことであり、運行メカニズムにおいては、「送法下郷（法律を農村地域にまで伝達すること）」式の教え込みに頼っている。しかし、このようなやり方は、豊富な社会的実践に対応することが難しいだけでなく、環境保護の道義性と権利の神聖不可侵性を強調するあまり、種々の実行可能な妥協的プランを拒絶しやすく、処理メカニズムの硬直化を招き、(実現)可能な実際の効果を犠牲にしてしまうのである。⁽¹⁶⁾

部には、多くの「略奪された村落」があり、「これらの村落と、当地の汚染企業との間では、苦楽を共にし、共存共栄という関係が形成され、更に、村民委員会の門前には、『立ち上がったことには、毛主席（毛澤東——訳者注）を忘れず、幸福は、すべて化学肥料工場に依るものである〔翻身不忘毛主席，幸福全靠化肥廠。〕』と書いた春聯が張られていた。企業が直面し得る閉鎖、生産・営業の停止、合併、転業・移転に対して、村民たちは、工場よりも憂慮しており、村長は更に、村民を動員して、連名のうえ陳情に行くことにより、『一帯に幸福をもたらす』当該企業を保護しようと考えていた」（熊易寒「市場“脱嵌”与環境衝突」『讀書』2007年9期）。

(15) (米) P. Nonet=P. Selznick 著、張志銘訳『転変中的法律与社会：邁向回應型法』（中国政法大学出版社、2004）55頁。

汎道徳化の第3番目の現れは、環境問題を価値問題として抽象化し、現実の利益に対する注目が欠けていることである。如何なる倫理を貫徹しましたは体现しようとも、法は、客観的にはすべて、異なる利益に対する新たな整合と再分配であり、実際にも異なるグループの現実的利益に影響を与えているのである。正にそうであるからこそ、人々は常に、法は利益調整の道具であるというわけである。如何なる法的思考であっても、利益視角に基づく分析をなおざりにしてはならず、異なるグループの利益に対する判断、衡量、公平的考慮、適切な配置がなされなければならない、且つ、社会利益の最大化に努めなければならない。

現在の環境法学研究は、環境保護の道義性を強調し過ぎたため、往々にして、現実的利益に対する考慮を疎かにしている。とりわけ、環境主義の立場に立つ一部の学者から見ると、環境保護には、一切を圧倒してしまう価値の優越性があり、環境を目の前にして、経済利益がどうしてもよいだけでなく、民衆の生活の快適さを追求することも往々にして、支持され得ない一種の「墮落」と見做されがちである。環境保護の立場が揺るぎないものであることにより、彼らの環境に対する関心は人に対するそれより大きく、道義に対する追求が利益のそれより大きく、他人の利益について敏感でなく、環境保護のために、関連主体の利益を犠牲にすることを当然のことと考えるようになった。例えば、汚染についてのガバナンスに対し、多くの学者は、排出基準を高め、処罰の力強さを強化し、断行として汚染企業を閉鎖し、その生産・営業を停止させることに賛同するのに対し、そうすることによりもたらされる利益の損失、コストの分担および社会的影響に対しては、殆ど考慮していない。ところが、「問題の複雑さは、いとも簡単に現実⁽¹⁷⁾を否定してしまうことは、決して美しい未来を意味しない、ということにある」。正に、内モンゴルの畜産地区出身のある大学生が、環境主義者に対する次の詰問が想起されるべきである。すなわち、「もし、開発を許さないとするならば、一体、誰が私のために学費を払ってくれるだろうか⁽¹⁸⁾」。これらの問題に対して、立法者は、考慮しないこともできなくはないが、現実の利益主体には直面せざるを得ない。法律が問題解決に役立っていない状況下において、利益に直接影響を受ける被害者側と汚染者は、往々にして、ある種の「共謀」を通じて法律を回避しようとし、その結果、法制の低効率化を招くことになる。このことは、一途に正義を広めようとする法律家にとっては悲しいことであり、他方、この種の現象はまた逆に、法的責任が厳格さに失し、法律の執行が厳格でなく、公衆の環境意識

(16) 例えば、環境権論には、環境権を絶対化し、利益衡量を排斥する傾向がある。詳しくは、(日)大須賀明著、林浩訳『生存権論』(法律出版社、2001) 203頁以下参照。

(17) 前掲注(14)・熊易寒論文。

(18) 同前。

および法治観念が希薄である、との学者らの認識を強化することになり、それ故に、責任を厳格化し、教育を強化すべきことを更に呼び掛けるという、循環的なおかしな現象が生じてしまうのである。

III. 自然主義的誤謬：法と法則の混淆

環境問題の解決には、科学技術の運用が欠かせず、科学技術性は従来から環境法的一大特色とされてきており、環境法学研究もまた、不可避免的に大量の科学知識を応用しなければならず、学科間の交錯という特徴が現れ、このことは、一部の科学技術的背景を有する問題領域において、最も顕著である。⁽¹⁹⁾ このことはもともと、咎めるべきことでもない。しかし、法学理論にとっていうならば、科学知識は、単なる法的論証に資する基礎と材料にすぎず、法的論証自体に取って替わることはできない。現在、一部の研究は、科学知識と法的論証の関係の処理において、頗る失当なところがあり、具体的には、以下の点に現れている。一方において、大量の紙幅を制度の基礎としての科学的原理の議論に割いており、法的論証に関する言及は甚だ少ない。他方において、科学知識に対する運用が機械的に失し、往々にして、単に、「一部の環境科学、環境管理学に属する成果を直接環境法の基本的理論の論証に用い、各々の異なる学科領域における成果間の切り替えが、新たな創造という翻訳のプロセスを経ていない」⁽²⁰⁾。法的論証が、科学的法則のニーズを立法の中に書き込み、且つ、責任によって保障することに単純化され、ある場合には更に、一部の流行の科学概念または術語を当てはめ、漠然とした立法を行うべきことを呼び掛けるだけであり、法理上の緻密な分析が欠けている。このような「科学原理+法的責任」式の「論証」は、環境法学の「法学らしくない」ことに拍車をかけることとなった。

この問題の出現は、学科の差異によりもたらされた知的障害要素を除くほか、⁽²¹⁾ その根本的な原因はやはり、研究者の社会法則としての法律と、自然法則としての法則〔規律〕との区別に対する意識が足りないことにある。その本質からいうと、自然法則が科学的観測を通じて発見された客観的事実であるのに対し、社会

(19) 例えば、循環経済、クリーン生産、排出権取引、生態回復、ある種の汚染防治などが、そうである。

(20) 呂忠梅「中国環境法制的革命」韓德培主編『環境資源法論叢（第1巻）』（法律出版社、2001）5頁。

(21) 学科の差異により、人々は往々にして、自分が殆ど知らない反面、その他の学科にとっていえば、分かりやすく常識にすぎない一部の概念・原理を重大な発見として、重点的に論述しがちである。

法則は、価値の選択を通じて人為的に構築された規範である。事実は価値に等しいものでなく、「存在」から「当為」を導出することはできず、そうでなければ、いわゆる「自然主義的誤謬」を犯してしまうことになる。⁽²²⁾しかし、一部の環境法理論には、両者に対する明確な区分が欠けていたため、法的論証が往々にして、事実に対する探求と原理に対する論述となってしまった。例えば、循環経済法、クリーン生産法の関連理論は、往々にして、制度的原理の科学性から出発して、その立法の必要性を論証しており、更に、ある論者らは、動物がある種の生理能力を有し、感情表現ができること等の事実を発見することを通じて、自然の権利を論証し、または、生態的法則が人類の意思によって変わることがないことをもって、立法が「生態中心主義」へと転換すべきことを論証する。このような「論証」は、ともすれば、科学という、大義名分を前面に出しているため、ある程度の真理を有しているように見えるが、論理的推敲に堪え得るものではない。つまり、科学的法則は立法時に、単なる参考となるものであるにすぎず、法律それ自体と等しいものではない。事実がいくら客観的で、法則がいくら重要であるとしても、すべて一定の主観性を有する価値判断を経て初めて、人類の実践を指導する社会法則に転化できるのである。他方、普遍的に適用され且つ国家の強制力をもって保障しようとする法律にとってみれば、その論証には更に、立法に対するフィージビリティ、必要性、実施条件と、各々のグループ利益に対する影響および社会的効果を予測した充分な見積りと説明がなければならない。そうでないと、事実に対する観察が如何様にはっきりしており、法則が如何様に明確に述べられているとしても、一種の法学理論としては、いずれも足りないものである。⁽²³⁾

それと同時に、注意しなければならないのは、立法により尊重されるべき法則には、科学法則だけでなく、社会法則、歴史法則、経済法則、とりわけ、人間の

(22) ヒューム (David Hume) が、最も早く事実と価値の区別を主張した。カント (Immanuel Kant) もまた、道徳他律に対する反駁の中において、同原則に従った。『倫理学原理』(中国語版として、長河訳・商務印書館・1983がある——訳者補)において、ムーア (George Edward Moore) は、更に、事物の属性と事物の善との間の区別を論証し、且つ、両者を混同し、事実の中から直接規範を導出するやり方を「自然主義的誤謬」と呼んだ。

(23) 正にこの意味において、ラーレンツは、次のように主張する。「法学が処理しようとするのは、正に、一部の量化可能な問題ではないのである。如何なるものであれ、学術の特徴が、その研究対象の整理を試み、それをして、測定可能なものならしめ、且つ、そうすることにより、学術成果が計算可能なものとなる、と考えているならば、彼は、最初から法学およびその他多くの自然科学的方法によらずに運用される学科を、学術領域から排除しなければならなくなる」(独) Karl Larenz 著、陳愛娥訳『法学方法論』(商務印書館、2003) 79頁)。

実践的法則と法自体の運行法則がある、ということである。決して自然法則の尊重を強調すると同時に、却って、法律それ自体の法則を忘れてはならない。生態利益を中心とし、動物に法律上の権利または主体的地位を与え、生態系システムに照らして経済活動を配置すべきだというような一部の主張にあって、その根本的問題は、「善し悪し」にあるのではなく、「可能かどうか」ということにある。社会法則と自然法則の最大の区別は、次の点にある。すなわち、前者は究極的には、相当程度の主観性を有する個人的実践を通じてその役割を果たす必要があり、人類実践の基本的法則（例えば、利益を追求し、損害を避けること、自己保護、快適さの追求、利益への選好など）に違反し、または、法の基本的法則（例えば、明確性、規則化、通常の場合に対応していること、一般的実施可能性、社会条件の支えが必要であることなど）に違反しているならば、目標が如何様に理想的であり、原理が如何様に科学的であったとしても、ユートピアに成り果ててしまうことは避け難くなる。

IV. 自主性の欠如：普遍性〔普世性〕と地域性とのアンバランス

近代以来、西洋諸国は、先進的技術〔船堅砲利〕、民富国強を頼りに、国際舞台の主役となり、それにより、西洋文明は一時、その他の文明の模範と歴史発展の唯一正しい方向と見做され、西洋の法制も「成功した経験」の1つとして、一般的適用〔普適〕というベールを被るようになり、法律の移植は、後進国家が先進を学ぶ、避けて通ることのできない道となり、更には、西洋諸国が進んで「遅れている国々〔落後国家〕」に、法治（制度）を大々的に輸出するという、盛挙が現れた。しかし、関連実践の失敗と学術研究の深まりに伴い、西洋文明を模範とする線形（一次的）歴史観が次第に否定廃棄され、西洋法制の一般的適用可能性も、疑問視されるようになった。人々は、次第に、如何なる法律制度であっても一連の複雑な社会条件の産物であり、特定の状況下において、特定の問題を解決し、特定のニーズに応えた結果であり、一種の「地域的知識」であって、決して唯一正しい一般的に適用可能な、世界中どこにでも適用できる法制模範ではない、ということに認識するようになった。もちろん、如何なる社会の人であっても、人間性、基本的ニーズ、直面している問題等のレベルにおいて、相当程度の共通性を有している反面、グローバリゼーション時代において、各国には、経済、生活、文化等のレベルでも、益々多くの同方向性が見られるようになったため、「コンセンサスの法律知識」の存在を根本的に否定することはできず、更には、「現代生活」により密着している西洋法制の、多くのレベルにおける先進性と参照意義を否定することもできないのである。しかし、何が何でも、西洋の経

験は決して、万病を治療できる万能薬ではなく、本国の実践と結合させて批判的に吸収するしかなく、本国の問題に対する独立した思考に取って替わることはできない。

率直に言うと、今日の世界的知識領域 [場域] は、基本的に西洋の言説によって独占され、後進国における学術研究は、西洋の深刻な影響ひいては支配を受けており、往々にして、気付かないうちに、西洋の視角、概念、原理および方法を採用し、更に、研究しているのも「西洋の問題」であって⁽²⁴⁾、研究の自主性が欠落しているという、現象が現れた。鄧正来は、かつて、現代中国の法学研究が一般的に「現代化パラダイム」の支配を受けていると指摘して、次のように述べた。「疑いなく西洋社会の制度的配置を法律の理想的情景に転化して、導入し且つ信奉し、更には、中国の現実的社会構造または中国の現実的問題を、覆い隠しまたは歪曲化した⁽²⁵⁾」。この点は、環境法学研究において目立っている。

自主性欠如の現れの第1番目は、西洋の経験に対して批判なしに（または批判に欠けて）、受入れ且つ宣伝することである。一部の理論は、単なる西洋の経験に対する大まかな紹介と中国の状況に対する簡単な比較であるにすぎず、「ある環境問題の重要性——西洋のやり方——わが国との距離——改善手段」という図式が、殆どこの種研究の定式となった。その弊害は、以下の点にある。まず、西洋の経験に対する認識が表面化に失し、理論と制度自体に限局され、その生成発展が拠り所としている文化的土壌と社会の根幹についてあまり考察しておらず、その結果、認識の片面化と浅薄化を招いた。次に、西洋の経験を真理と化し、その経緯、成功と失敗・得失に対する全面的な考察と弁証法的分析が欠けている。西洋の経験は、入り乱れて複雑であり、各々の思想、制度の状況が異なっており、成功と失敗、主流と例外、主導と補助、熟慮とやむを得ぬ所為、長期的な考えと臨時的応急措置などといった、種々の差異が存在し、その価値、機能、実施条件、社会的効果、移植可能性は様々である。しかし、一部の論著は、それらについて区別をしておらず、恰も西洋のものであれば合理的だと考えるようであり、往々にして、西洋においても主流（的観点）に認められない一部の過激な理論、または、一般的に実践することが難しい特殊なやり方を先進的経験として普及し、更には、同一作品において、⁽²⁶⁾ 内在的に矛盾抵触する異なる理論を悉く自らの主張の論拠とする状況まで現れた。更に、西洋の経験を導入・紹介し、

(24) このことは、西洋社会に存在する問題または西洋の学術圏が注目する問題を指しているだけでなく、西洋の視角をもって、非西洋文化を眺めたときに、問題とされるその問題をも含んでいる。

(25) 鄧正来『中国法学向何处去』（商務印書館、2006）8頁。

(26) 例えば、動物の権利論と動物の解放論、自然の権利論と大地倫理学等の環境倫理学の具

中国向けの法制構築を呼び掛けるとき、中国の社会現実と主張の受入れの度合について殆ど考慮せず、恰も西洋にとって効果的であれば、中国にとっても当然効果的であると言わんばかりである。最後に、「わがものとする [為我所用]」という立場に欠けており、西洋の経験を導入・紹介する理由は往々にして、「国際的潮流」、「通常のやり方」であって、わが国の問題を解決するという現実的ニーズと、国民の利益に対する真の利点にあるのではなく、外国の必然 [実然] をわれわれの当為 [応然] と化している。

これらの問題は、環境倫理法学において、より目立っている。例えば、文化的淵源および社会的背景からかけ離れて、様々な西洋環境倫理学説を眺め、それを普遍的に適用される真理と見做している。また、西洋の特定の背景下において生まれた、決して普遍的適用可能性⁽²⁷⁾と制度的創造意義を有せず、更には、法治原則に違背する判例を「先進」と見做し、その上で、立法において、非人間中心主義化、自然の権利・次世代の権利等のフィクションとしての権利を承認し且つ保障すること、および、訴訟範囲を無限に拡大すること等を中国環境法治の避けて通れぬ道と考える。ところが、実際には、西洋環境倫理学は、濃厚な西洋中心論的色彩と中産階級的視角を有しており、それは単に、西洋の文化的伝統下における数少ない知識エリート对环境に対する理解を代表したにすぎず、理論的「重症 [硬傷]」が至る所にあり、現実的実行可能な実践プランをも発展できておらず、西洋においても、大いに疑問視され、主流に入ってもいないのに、どうやって中国環境法の理論的基礎となりうるだろうか。他方、主流の環境法学研究において、持続可能な発展という概念に対する夢中であれ、環境権に対する追随・崇拝であれ、排出権取引、循環経済、環境公益訴訟等の「先進的」制度に対する美化と鼓吹⁽²⁸⁾であれ、いずれも、前述の問題を体現している。

自主性欠如の第 2 番目の現れは、中国の現実に対する忘却と誤解にある。一方において、理論的探求が実際の国情を基礎としていない。西洋の経験を環境法治の「模範答案」および理想的情景と考えたため、理論的探求は往々にして、主に

体的理論の間には、コンセンサスより分岐点が多く、越え難い理論的キャップが存在しているのに、環境倫理法学論者は、これらに対し区別せずに悉く論拠としている。

(27) 鞏固「環保与法治,何以平衡」『朝陽法律評論 (第 3 輯)』(中国華僑出版社、2010) 237 頁以下参照。

(28) 筆者は決して、これらの制度の積極的意義を否定するわけではないが、これらの制度の構築と実施にはいずれも条件があり、また、弱点と弊害もあり、且つ、根本的には先進諸国における社会状況により合致すると、考えている。これらの制度に対する紹介は、全面的で批判的であるべきであり、その長所を説明するだけでなく、その実施条件、足りないところをも指摘しなければならない。しかし、現在の関連研究は殆ど、一辺倒の称賛と鼓吹になっている。

様々な西洋の言説によって構築された理論的プラットフォームにおいて、様々な国際的流行理論に対して整理と論理的思考を行っているにすぎず、想像の中における、西洋理論によってモデル化された「模範的環境情境」を議論の基礎とする反面、現実の国情、中国問題の特殊性を殆ど真剣に考えていない。いわゆる中国問題に対する研究は、往々にして、西洋の概念、理論、パラダイムに当てはめ、中国の現実に対して「病理的」診断を下すにすぎない。ここにおいて、「中国」は實際上、単なる理論的言説における1つの背景であって、真の意味における問題ではなく、研究の実質は、西洋理論に対する運用と検証であって、中国の実践に対する抽出と応答ではない。他方において、視角の西洋化もまた、中国の問題に対する踏み込んだ理解を妨げている。西洋の経験を模範化したため、それと異なる事物は、往々にして、科学的でなく、且つ、遅れたものとされがちである。このような心境の下で、中国環境法治のプロセスにおける、西洋と異なる様々な現象に対して、研究者らは、往々にして、本能に近いように排斥し、殆ど現実から離れた「高高在上」態度をもって批判し、整理・改革を求める反面、他人の身になって「同情理解」し、且つ、両面的「一分為二」な客観的評価を行うことが殆どできていない⁽²⁹⁾。このことはまた、研究視野の狭隘さと実践プランの貧しさをもたらし——真に生命力を有する本国の実践が、往々にして、「時宜に適っていない」というレッテルを張られる⁽³⁰⁾——、その合理的な要素が十分に生かされておらず、自らの道を歩むという可能性を遮断してしまった。

現在のおわが国の環境問題が深刻であり、環境法治が力不足しているという情況に対して、学者らは往々にして、西洋を参照基準とし、それを、法律理念が先進

(29) このレベルにおいて、最も典型的なのは、自国民の環境倫理水準の低さに対する批判にほかならない。現在、多くの中国人には確かに、比較的多く、物質、経済、資源利用の角度から自然を眺め評価する傾向が存在しており、西洋の一般市民「公衆」のようには、自然に対する尊重と保存を重視していない。しかし、この問題を1つの主観的な倫理問題、認識の問題、思想水準の問題と考え、経済が未だ発展しておらず、多くの人々の基本的な物質的ニーズを未だ十分に満足させていないという、社会現実を軽視するならば、このような批判は、客観的でないだけでなく、皮相的でもある。より重要なのは、このような倫理観をもたらした社会的基礎を如何に変更すべきかを考慮せず、ひたすら環境法の倫理性の向上を求め、法的責任を通じて公衆の環境倫理水準を高めようとするならば、このような立法は、良い結果を得られないに決まっている、ということである。

(30) 例えば、常に非難されている、建設プロジェクトにおける環境汚染防止施設とプロジェクトの主要工程を「同時に設計し、同時に施工し、同時に生産に導入して使用する」ことを求める「三同時」制度は、厳格でなく、十分に（汚染の）予防を実現することが難しいとはいえ、それは、厳格すぎる制度が一般的には実施され得ないという社会的背景の下においてなされた一種の妥協と融通であり、一種の頗る中国的特色を有する「限られた協力[有限合作]」であって、決して全く価値のないものであるわけではない。

的でないこと、基準が厳格でないこと、責任が厳格でないこと、および、民衆の環境倫理水準が高尚でないことにあり、「診断」した。それによって出された処方箋は、立法を強化し、法の倫理性と目標価値を高めるか、責任を加重し、法の厳格性を強めるか、教育を強化し、大衆の倫理水準を高めるか、のいずれかにすぎない。殆どの人々は、問題はもしかしたら、立法が正しく生活に密着できず、大衆の利益を十分に体现しておらず、若しくは、公衆に、法が彼らの利益を体现していることを認識させ、感じさせ得てないという、ことを意識していない。更にまた、殆どの人々は、現在のわが国の置かれている社会発展段階において、環境問題は、一定の範囲内で存在するという、歴史的必然性および相対的合理性を意識しておらず、⁽³¹⁾且つ、この点に基づき、わが国の環境法（とりわけ、その中の西洋と異なる部分）に対して全面的かつ客観的な評価をしていない。わが国の環境法治の実践における優れた経験に対して抽出・総括し、環境法を改善する利用可能な資源とした者は、尚更少ない。

他方、研究における自主性の欠如は、「問題の自主性」の欠如にも現れている。すなわち、中国の社会的実践からではなく、外国の学術領域〔場域〕から課題を探し求め、他人の問題を自分の問題と考え、真に重要な現実問題に対する注目が疎かにされている。例えば、近年、少なからずの学者が注目している動物の権利、猫・犬肉の食用禁止等の問題は、正に西洋的視角をもって「発見」し、西洋的言説をもって議論する「西洋式問題」である。筆者は、決してこれらの問題の意義と研究価値を絶対的に否定するわけではないが、西洋的視角から自国民に強要する⁽³²⁾というやり方には、とても賛成できない。これに対し、環境資源が日増し

(31) ある意味からいうと、工業化という道を避けることはできず、且つ、経済のグローバル化が既に既成事実となった状況下において、後進国が独立・自主的に発展しようとする場合、環境問題の悩みを抱えないということは、殆ど不可能なことである。相当程度の経済発展によって蓄積された資本、技術、制度等の諸条件がなければ、環境法もまた、発展できない。他方、一定程度の環境資源の代価を払わないとするならば、資金・権力・技術のない後進国家は、また、如何に経済の発展〔起步〕を実現できるだろうか。大国にとっては、尚更そうである。

(32) 猫・犬を食することを著しく背徳的であると考えるのは、典型的な西洋文化であるが、西洋人が牛肉を調理して食することに対する依存と拘りは、ヒンドゥー教の観点から見ると、「大逆無道」なものであるに違わず、中国古来の人々の道徳観にも合致しない。イスラーム教の観点から見れば、最も立法によって食することが禁止されるべきは、豚肉であるに違わない。他方、広東人、朝鮮族の人々の立場に立った場合、猫・犬肉を食するというような一種の生活習慣に対する「矮小化」更には「妖魔化」もまた、その民族文化、地域文化に対する一種の蔑視であるといえよう。より重要なことは、この問題を議論するに当たって、「食用禁止令」との利害関係が最も密接なこの2つのグループの意見に注目した論者は、殆どおらず、また、法律の主な規制対象および具体的な実施者としての一般大衆の意見に関

に枯渇し、国家の発展がボトルネックに直面し、大量人口の基本的福祉が未だ保障されていない社会的背景下において、希少な学術および立法資源を動員して大々的に動物の福祉を論ずることは、理論上の贅沢でなくはないだろう。このことと鮮明な対照をなしているのは、「一部の国家環境立法の急務となっている理論的支えと研究論証の課題は、未だ展開されておらず、研究課題の選択において名実ともに、『近視眼』になっている」ことである⁽³³⁾。例えば、近年、農村の環境が急激に悪化し、汚染による死亡率が年々上昇しており、「血鉛」、「カドミウム米」、「ガン村」等の悲惨な事件〔悪性事件〕が頻発している。「全国第一次汚染源全面調査公報」は、農村の環境状況の劣悪さは都市に劣ることなく、一部の汚染領域（例えば、水汚染）において、農村が既に重要な汚染源となっていることを明らかにしている。環境保護部の官僚は、「中国の農村において、依然として3億人余りが清潔な水を飲むことができておらず、1.5億ムー（1ムー約666.67m²……訳者補）の農地が汚染され、毎年、1.2億トンの農村生活ごみが露天堆積されており、農村の環境保護施設は殆どゼロに近い。」と、指摘する⁽³⁴⁾。他方、現在の、都市問題と工業汚染を予め設定された目標としている環境法体系は、農村問題に対応するのに無力であり、農村の環境保護は基本的に欠けており、更には、「都市環境の改善が、農村の環境を犠牲にすることを対価とする」という、不合理な現象までが現れた⁽³⁵⁾。このように重大で、切迫し且つ現実的な問題に対しては、却って、手をつけようとしている者はめったにない。

自主性に欠けている中国環境法学には、「閉鎖された繁栄」という学術的狀況が現れた。一方において、世界との接続、外国の学者との対話に熱中し、国際的先端問題、全人類の問題、世界問題に対して世を嘆き人民を哀れむ終局的配慮を抱いており、常に環境危機を根本的徹底的に解決しようとする。他方においては、国内の状況に対する理解を疎かにし、民衆の声に耳を傾けることが非常に少なく、実践における差し迫った問題に対して、関心が足りず、その言説において、中国的立場と人民の利益を見てとることができない。国際的に最も「流行」の概念、方法、パラダイムは、ここですべて見出すことができ、様々な西洋に起源を有する「大辞」が著作に満ち溢れているのに対し、中国環境法治の特殊性を反映し得る本国的概念を創造できておらず、中国における環境実践から出発しか

心を寄せる者は、非常に少なく、議論を行うのに用いられているものの多くは、依然として、論者らの受け入れたある種の西洋理論またはその変種である、ということである。

(33) 前掲注(20)・呂忠梅論文5頁。

(34) 「国家環境保総局副局長潘岳：環境保護与社会公平」<http://www.mep.gov.cn/gkml/hbb/qt/200910/t20091030-180603.htm> 2011年3月8日アクセス。

(35) 同前。

つ当該実践に対して十分な解釈力を有するオリジナルの理論が、生まれてきていない。環境権という、嘗て、西洋において、「最初から乱れていて、遂に廃棄された」概念が、中国の環境法治を読み解く万能の鍵となった⁽³⁶⁾。持続可能な発展という、目標があっても方法がなく、内容がない妥協的概念が、多くの理論の終局的な基礎となった。自然の権利、次の世代の権利、内在的価値などといった、倫理的言説の法学への「境界を跨いでの浸透 [跨境穿越]」が、理論革新の常套手段となり、外国のやり方に対する学習、参照が、制度設計の標準的モデルとなった。議論されているのはすべて、世界中どこにでも適用できる真理であるが、一体どの国の問題を言っているのかは、見て取ることが非常に難しく、中国の実践との連関を実感することができない。このようなコンテクストのない抽象的研究が、問題を解決できず、現実には密着できず、民衆に拒絶され、立法部門を困らせ、法律の執行部門に拒まれ、伝統的法学に理解されないことは、避けられなくなる。とりわけ、これらの理論において、環境法の価値目標に対する位置付けの高さと環境法の実践効果の低さ、設計されたプランが理想的であることと、法律実践が理想的でないこととは、一種の皮肉な意味のある強烈な対比となった⁽³⁸⁾。

(36) 中国の環境法治が不十分である根源は、環境権の欠如にあり、活路は環境権の構築にある、という理解は、既に環境法学界の基本的な「コンセンサス」となっているようであり、殆どすべての環境保護に関する問題に対して、必ずそれをある種の環境権の欠如と結び付けている者があるといえよう。ところが、実際には、環境権理論は、その発祥地である西洋においても、20世紀70年代における環境運動の高揚期にのみ、一部の学者によって熱く議論されただけであり、その法治の実践に対して実質的影響を与えたことはなく、今日にあっては、それに言及する者は尚更少ない。西洋環境権理論の勃興と没落に関して、葉俊榮『環境政策与法律』（中国政法大学出版社、2003）11頁以下を参照。

(37) 持続可能な発展における内容の曖昧さと理解の多様化に関し、陳昌曙『哲学視野中的可持續發展』（中国社会科学出版社、2000）1頁以下を参照。實際上、持続可能な発展の「魅力」は正に、「中空化」にある。すなわち、1つの美しい目標を提起したが、明確な要求がなく、各グループはいずれも、自らの角度から自らの願望に合致する解釈を行うことができるため、広汎に受け入れられるようになったのである。しかし、このような、至る所で歓心を買ひ、何でも含まれている曖昧な概念は、抽象的な「コンセンサス」の達成に資することもあっても、法治の実践に実質的意義のある指導を与えることはできない。

(38) 学者らによる、わが国の10年近くにおける1000部の環境裁判文書に対する分析によって、次のことが明らかとなった。真に裁判実務の中に入ってきた環境法は、非常に限られており、「大量の専門的な環境法律法規は、司法において、決して適用されていない」。裁判所が受理する環境案件の類型は、比較的単一であり、その多くは、個人の利益と密接に関係する汚染侵害事件であった。他方、案件の処理過程において、「一部の基本的な環境司法におけるルールが適切に運用されておらず」、それらの先取りのな性格を非常に多く有している「先進的理論」に関しては、尚更言うまでもないだろう。呂忠梅ほか「中国環境司法現状調査：以千份環境裁判文書為樣本」『法学』2011年4期参照。

否定できないことは、伝統的部門法と比べ、環境法は、更に強い「国際的共通性」を具有しており、そのため、環境法学研究もまた、より国際的視野と全体的配慮が必要であるという、ことである。このことは、地球の生態系システムの全体性、環境問題の無国境性によるだけでなく、西洋の環境主義的文化が全世界の環境保護事業を主導し、絶えず世界に思想を輸送し、経験を普及した結果にもよる⁽³⁹⁾。これに対し、西洋諸国は、資本主義初期における大規模な取り壊し・建築、汚染破壊を経た後、今や徐々に「環境の低迷状態」から抜け出し、環境と発展の調和のとれたポスト工業文明へと邁進し始めており、その環境法は更に、科学的で全面的で厳格となり、確かに学ぶに値するところが少なからず存在している。

これらの現象に対し、環境法学者は、より全面的かつ弁証法的な認識を有するべきである。まず、環境問題の全体性、共通性は、(哲学的視角が注目する)抽象的・終局的レベルにおいてのみ、意義を有しており、(法的視角が注目する)具体的・現実的レベルにおいて、環境問題は、強烈な地域性と個別的特殊性を有することになる。事実上、環境資源は、従来から真に全人類向けに公平に分配されたことはなく、他方、地球全体の生態系システムが徹底的に崩壊され、人類が集団的滅亡に向かうまでは、環境悪化の異なるグループに対する実際の影響もまた、千差万別であるに決まっている。異なるグループは、それぞれ、置かれている状況と実際のニーズの相違により、必ずや異なる環境上の利益と追求を有することになっており、抽象的な「人類」というベールは、現実の巨大な差異を隠し切れることができない。具体的な社会主体または実在している個人にとっていうならば、環境は決して、抽象的な「人類の共同財産」ではなく、まずもって、一種の生存および発展の資源であり、環境問題が影響しているのもまた、「われわれの共同の未来」だけでなく、まずもって、個々人〔自我〕の現実的生活である。従って、実践レベルにおいて、異なるグループが直面しているのは、異なる環境問題であって、生まれたのは異なる環境上のニーズであり、追求しているのは異なる環境上の利益であるため、異なる環境倫理と制度配置が生まれてくるわけである。如何なる環境に関する理解と実践はすべて、具体的な社会生活の産物である。西洋にその起源を有する様々な環境主義的文化は、その提起者が確かに心の中から自然に関心を寄せていたとしても、視角・立場上の西洋的色彩を避けるこ

(39) 20世紀中葉、西洋(主に、中産階級と知識エリートによる推進)に端を発する環境主義的文化は、今日の世界環境保護の主な力量となっており、その中には、一部の「グリーン作家」による著書立論が含まれるだけでなく、様々な西洋の環境保護NGOによる実践行動も含まれている。わが国の環境法学的研究と環境保護の実践もまた、彼らの指導と資金援助を受けてきた。

とはできず、決して当然にその他の国々、とりわけ、文化的伝統、経済水準ともに大きな差異を有している多くの発展途上国に符合するわけではない。⁽⁴⁰⁾ 一国の国内法としての環境法が、まずもって、貫徹すべきなのは、本国の問題に根差した、本国の実践に適合した環境価値観であり、本国の具体的問題の解決を通じて世界環境に対する貢献を実現すべきである。従って、地球全体を救うという、マクロ的視角から見ても、真に必要なものもまた、多様化された環境倫理と、その土地の事情に適した、豊富である反面実効的な実践であって、思想から行動までの「統一」ではない。

次に、環境保護は、決して単なる単純な環境問題ではなく、経済の発展、資源の分配、エネルギーの確保、国家の安全等といった、様々な方面に亘る問題であり、一国の経済的实力、社会構造、国際的地位等と密接不可分な関係を有している。環境危機という、全体的な大背景の下において、異なるグループの環境資源に対する争奪は、更に激しくなる一方である。そのため、決して単純な環境問題は存在するはずがなく、決して単純に環境について環境のみを論じてはならない。とりわけ、国際領域において、各国が環境保護を競争の策略とし、環境外交のカードを争って切ろうとしている趨勢は、益々明らかとなってきており、様々な、全人類、全世界、共同の命運などといった名目が現れた環境議題の背後には、往々にして、一部の国が自らの利益を守り、⁽⁴¹⁾ 他国の発展を排斥しようとする思惑が見え隠れしている。他方、様々な普遍的適用の面目で現れた環境保護理論・実践にもまた、西側の優勢を維持し、西側の利益を保護するという目的が少なからず存在し、または、⁽⁴²⁾ 客観的にそのような効果を果たしている。これに對

(40) 先進諸国と発展途上国との現実的国情の大きな差異は、その環境追求上のギャップをもたらした。前者が心配しているのは、レジャースポットとしての荒野、生活の質およびレベルであるのに対し、後者が心配しているのは、明日の昼食、生存の保障である。また、前者にとっては、倫理、倫理観、精神的境地などといった、「ソフト」面からより多く考えることができるかも知れないが、後者にとって、環境問題は、より多くは、経済、発展、基本権保障等の切実な「ハード」な問題なのである。

(41) その典型は、様々な技術的障壁を通じて、西側の貿易上の優勢を維持しようとする「グリーン障壁」である。これに対し、低炭素（社会）概念のブームに伴い、一部の国が、炭素の排出を規制することによって他国を制限し、本国産業の優勢を維持しようとする状況は、益々普遍的となっている。例えば、EUが最近可決した、2012年から徴収するようになった航空炭素税は、中国の航空産業に小さからぬ打撃となるであろう。

(42) 例えば、一部の西側の学者と環境保護団体によって提唱された、一切の対価を惜しまず環境を保護すべきだとの過激な環境主義理論、更には、発展と工業化に反対し、農業社会に戻ることを望み、且つ、発展途上国が「純朴」な現状を保持することを望む一部の観点に見られるように、既に「先に富めた」西側諸国と、未だ衣食問題に苦しんでいる発展途上国とは、根本的に異なる意義を有するのである。発展と独立がなければ、発展途上国は、永遠

し、学者らは、冷静な認識を保つ必要があり、決して、全面的に受け入れ、盲目的に模倣してはならない。そうでなければ、単なる「気候風土に馴染まない」ことによって、実際の効果に影響するという問題であるだけでなく、国家の全体的発展にも影響する可能性があり、更には、国際関係において、受動的立場に置かれることになる⁽⁴³⁾。

なお、西側の環境保護が成功した手法についても、より全面的な認識が必要である。一方において、西側環境法における高い基準、厳しい要求の功労が大きいとはいえ、このようなコストの高い環境法が、実施され得たのは、結局のところ、西洋諸国が何百年もの工業化発展によって樹立した豊富な経済的基礎、科学的な産業構造、完備された社会保障制度および国際的経済構造の中における優越的地位と密接な関係があるのである。一言でいうと、西側は、既にこれらの先進的法律を実施し得る社会的基礎を具備したのである。これに対し、基礎が具備されていなければ、制度レベルにおける模倣だけによっては、同じ効果を収めることはできない。もう一方において、実質的役割からいうと、西側環境法が環境問題を解決したと言うよりも、本国の問題を国外に追いやったと言った方がよいだろう。そうでなければ、われわれは、西側諸国において、環境改善と同時に、物質的消費が依然として絶えず増加し、環境資源の消費量が遙かに発展途上国を超えている、といった事実を理解することが難しくなる⁽⁴⁴⁾。他方、西側諸国がこのようにすることができたのは、本質的には、やはり「発展」ひいては「覇権」の結

に先進諸国に束縛されることになり、経済の改善が難しいだけでなく、環境もまた、効果的な保護を受けることができなくなる。

(43) 西洋環境主義は、総じて、強烈な「全体的指向」という特徴を有しており、「非人間中心主義」であれ、それとも、「自然の権利」、「世代間の公平」であれ、その殆どすべては、単に環境問題の共通性という一面を強調するのみであり、そのボールが「全人類」に向かっているのに対し、異なる国、異なるグループが、環境破壊に対して異なる責任を負っているという事実を覆い隠している。このような、先進諸国と発展途上国、進んで環境を破壊し、且つ、その中から巨大な利益を得ようとする少数の者と、環境破壊の盲従者・受動的立場にある者更には、被害者を同列に論じる「誰も責任がある」という言葉は、奥深いように見えるが、実は、主な責任者を見逃しており、先進諸国が罪責から言い逃れ、責任逃れをするのに有利である。もし、われわれの政策決定者もこのような理論を受け入れ、このような信念を持つとするならば、国際関係において、受動的立場に置かれるに違いない。

(44) 世界人口の4分の1を擁する先進諸国が、地球上の40%~86%の各種自然資源を消費している。(米) Alan Durning 著、畢聿訳『多少算够：消費社会と地球の未来』(吉林人民出版社、1997) 28頁以下を参照。これに対し、発展途上国において、環境汚染、資源の消費を通じて生まれた経済的利益(製品の消費であれ、収入所得であれ)の大部分は、先進諸国に強奪されている。20世紀80年代以降、西側における環境の一般的な「美化」と、発展途上国における環境の急激な悪化との間には、決して直接の関係がないわけではない。

果なのである。従って、西側の環境保護を氷山に例えるとするならば、環境法は単に、水面に現れた氷山の一角にすぎず、水面下に隠されている経済と社会発展こそが、真に決定的意義を有する力量であり、このことに対しては、冷静な認識が必要である。もちろん、このことは決して、現在、中国は環境を捨て、発展だけを取らなければならない、「先に汚染してから、ガバナンスを行う」という道を繰り返すことを意味しているわけではなく、西側の経験を全面的に見るべきことを喚起することにあり、視角の孤立によって「パーフェクト」的錯覚が生まれることを避け、その限局性と実施条件にも注目する必要がある、国情を鑑みない盲目的な比較を減らすべきである。

環境大国、人口大国、経済大国、政治大国、発展途上の大国、工業化の転換期にある大国、イデオロギーが西側と異なるため、不可避的に「包囲」される社会主義大国として、中国が環境領域において直面している利害関係は、より複雑であり、任務は更に困難であり、問題は更に多く、困難は更に大きく、道は更に特殊である。このような背景の下にある中国環境法学は、尚更、コンテキストが欠け、思いのままに抽象的に議論すべきでなく、現実の国情に立脚しなければならない、「自我」の立場を体現し、国家の核心的利益を守り、国際潮流に対する追従をより少なくし、「我」から出発した独立した思考をより多くしなければならない。

V. 孤立した立法：法と社会の乖離

法治は、制定から実施に至るまでの過程である。立法が源として固より重要ではあるが、実施こそが根本的な目的である。しかし、如何にして法がうまく実施されるようにできるのか。この問題に対する認識もまた、法律観の深刻な影響を受けることとなる。自然法学は、法をある種の神意または理性の現れと考え、正当な価値に対する発展と記述に重点を置いており、その目的は、法の道徳性を高めることにある。これに対し、規範法学は、法を、国家強制力を保障する主権者の命令と考え、法律規範体系の論理的整合性に重点を置き、法の科学性を追求する。それぞれ、重きを置いている点が異なるとはいえ、両者ともに、法の制定と実施を区別し、立法を「立法者」意思の表現と見做し、法自体の内在的品格にのみ注目して、理論上の精緻さを追求している一方、民衆の意向と実施条件は考慮しない。その隠されたセリフはすなわち、それ自体良くできた法律は、必ずうまく実施されるはずであり、または、その実施を推し進めなければならない、実施がうまくいっていないとするならば、それは、執行の問題であって法自体の問題ではなく、法の執行者の問題であって立法者の問題ではない、ということである。

しかし、法の社会性を考慮し、法の社会的コントロール機能および異なるグループの利益に対する影響を考慮し、法は最終的には、無数の異なる利益とニーズを有している個人によって、一連の現実的条件を頼りにして具体的に実施されていくということを考慮するとするならば、立法のときには、立法者の意思のみを考慮し、一般的な社会の意向を鑑みないことがあってはならず、理論上の精緻さのみを考慮し、法の実施条件について十分に考慮しないことがあってはならなくなる。とりわけ、「神の死」と「人の死」を経験し、十分に迷信を取り除いた現代社会において、フィクションとしてのいわゆる神意、自然法則または、かの意味不明〔説不清道不明〕な理性のみによっては、もはや法の合法性に対する公衆の十分な肯定・承認を得られなくなった。これに対し、普遍的な民主という時代雰囲気の下で、濃厚な権威的意味合いを有する主権者の命令もまた、公衆が信頼し、法律に従う十分な理由にはなり難く、比較的高い経済的、技術的、人員的投入を必要とする法制に至っては、尚更、抽象的な授權条項のみによって勝手に運行されるはずがない。従って、現代社会の法がうまく実施されるには、堅実な社会的基礎——法は、公衆の意向を十分に理解しなければならず、社会の実際のニーズに対応しかつそれを満たし、できる限り、広汎に各グループの利益間のバランスを取り、最大多数の承認と支持を目指すべきである——を離れることができず、且つ、制度実施の現実的条件に対して具体的配置を行う必要がある。このような法は、開放され、参加型の、実務的な法でなければならず、裁判ではなく協調を核心とすべきであり、少数エリートの意思のみを貫徹するのではなく、公衆の意向をより多く尊重すべきであり、様々な意見の平等な交流と理性的な協議のために、プラットフォームを提供すべきであって、ひたすらある種の予め設定された目標を推し進めるべきではない。現代の法は、様々な社会のニーズを十分に考慮し、各グループの利益間のバランスを取った上で、理性的に妥協する解決プランを提出すべきであって、理論上は精緻であるものの、公衆には一般的に受け入れられないような理想的制度を強行して構築してはならず、制度の実施に条件を創り出すべきであって、ただ単に、容易く命令を下してはならない。

環境法にとって言えば、社会的基礎はとりわけ重要であり、その理由は、主に、以下の5点にある。第1に、環境法は、典型的な公益法であり、それが維持しようとするものは、不特定多数者に向けられた「環境公益」である。⁽⁴⁵⁾公益と私益の区別は、次の点にある。すなわち、それは、一種の抽象的利益・合意的利益であり、確定した実体的基準が存在せず、絶対的な判断の権威（例えば、私権の⁽⁴⁶⁾権利者にとっての私益のように）もなく、その内容は開放性を有するものである。

(45) 鞏固「私権還是公益？ 環境法学校心範疇探究」『浙江工商大学学报』2009年6期参照。

第 2 に、環境法は、政策決定のリスクを伴っている。人類の環境問題に対する認識は、科学技術水準の制約を受けることになっており、永遠にあらゆる環境知識を網羅できないが、「環境政策決定は、立ち留まりぶれることがあつてはならず、科学技術の未知の中において、政策決定をせざるを得な」⁽⁴⁷⁾くなり、内容の絶対的
正しさを保証できない。第 3 に、環境法は、高度の利益衡量性を有している。環境上の利益主体の範囲は空前に広く、「環境問題と資源の利用は密接に関係しており、現在ある資源を使用するかしないか、または如何に使用するかは、いずれも、各種利益間の衝突を惹起するであろう」。そのため、最大限の妥協と調整が必要となる一方、「完全にある利益のみを考慮し、且つ、絶対的な推進を行うことは難しい」⁽⁴⁸⁾。第 4 に、環境法は、管理監督が難しいという性格を有している。環境侵害は、被害者が特定されておらず、危害が累積し、行為が隠され、原因行為が正当である等の特徴を有しており、また、管理監督が難しいため、相当程度の社会的承認と自主的服従がなければ、外部監督と責任への懲罰のみによっては、その実施を保証することが難しくなる。第 5 に、環境法は、高いコストという性格を有している。多くの環境法制度には、相当程度の科学技術性があり、相応の機器設備、モニターリングのネットワーク、技術人員、組織の体系がなければ実施することができず、このことはまた、経費から人員に至るまでの高い投資を意味しており、誰もしが負担できることではない。言うまでなく、このような、正しさの度合が確定せず、利益間の衝突が激しく、管理監督が難しくかつコストが高い法律の実施には、社会主体の内心的承認と実際条件の保障に頼ることがより大きく、そうでなければ、価値が如何に正当であり、理念が如何に美しく、原理が如何に科学的であったとしても、単なる幻想であるにすぎない。従って、環境法研究は、個人の環境保護に関する美しい願望だけから出発して皮相的に論じてはならず、社会的基礎を考慮しなければならない。

現在、学者らは、このレベルにおいて、未だ普遍的に覚悟していないようであり、主に、以下の 2 点に現れている。第 1 は、濃厚なエリート立法というコンプレックスを有していることである。まず、環境法を論者らのいう環境保護の理想を実現する手段と考えているのであって、実際の社会のニーズに対応させていない。多くの理論はいずれも、論者らの主張するある種の環境価値観または科学的原理から出発して、制度設計を提案している一方、公衆の意向は殆ど考慮せず、社会の支持ではなく客観的真理を追求し、公衆の(彼らの)プランに対する認容度には、注目せず、気にもしていない。次に、立法が公衆に対応しているのでな

(46) 李鳳章「公共利益：開放内容及其境界」『法制与社会发展』2008年6期。

(47) 前掲注(36)・葉俊栄書23頁。

(48) 同前24頁、25頁。

く、公衆を改造しており、プランが往々にして、抑圧性を帯びている。常に公衆を、環境意識が低く、啓蒙を必要とする「落後者」と見做しているため、論者らは、理論と公衆の認識との密着を重視しないだけでなく、却って、社会一般の認識を超えていることを常日頃の榮譽と考え、法律の強制を通じて、遅れた主流の価値観を改めさせようとし、論者らの考える正しい環境行為にむりやり従事させようとしている。更に、実体を重視し、手続を軽視しており、議論には、裁決的指向が見られる。予め設定された価値の立場に立って、異なる主体の権利、義務について明確な区分を下すのに慣れ、環境上の利益について実際の分配を行う一方、手続の構築を重視せず、社会主体に、参加交流し駆け引きする機会を与えることを重視せず、真の利益主体には、自主選択の空間が殆どなくなってしまった。最後に、絶対的思考によって環境紛争を処理し、確固たる環境保護の立場から、自ら正当であると考えた利益について傾斜的保護を与えたがる一方、それと衝突する利益を犠牲にすることを当たり前のことと考え、利益間の調整を重視せず、妥協、折衷、融通を鼓舞せず、ひいてはそれらに反対している。

第2は、立法を至上のものとすることである。最も直観的な現れは、立法問題のみに注目し、実施問題に注目しないことである。多くの理論はいずれも、環境立法に関する探究であり、法の適用に対しては、関心が甚だ少なく、問題に直面するや否や、新しい法律(の制定)を呼び掛け、現行法に対する解釈と適用によって、問題を解決しようとすることはめったにしない。このことは、環境法学をして、殆ど一種の「未来に向けての」理論——常に法律が物足りないと考え、常に新しい法律の制定を呼び掛けている一方、如何に最大限に現行法の機能を発揮させようと、真剣に考えようとはしない——と化せしめた。次に、立法問題を議論する際に、往々にして、価値の正当性または原理の科学性等の真理的問題のみに注目し、社会の認容度、実施の見通しおよび社会的効果を、決断する際の考慮要素としておらず、恰も実施は、純粹に法律執行部門のことだと言わんばかりである。更に、目標と要求のみを論じ、「大衆的基礎」と現実的条件を考慮しない。価値の正当性または原理の科学性が、1つの制度の成立を論証する十分条件となり、制度の実施に必要な具体的条件と実際のコストに関しては、殆ど言及しておらず、制度の実施条件について、着実に実行可能な設計を行う者は、尚更少ない。

このような、社会的基礎からかけ離れ、ひとまず、「孤立した立法」と称し得

(49) 例えば、憲法における公民の基本的権利および国家の環境保護義務に関する関連条項に対する拡大解釈を通じて、環境権創設という効果を発揮することができるのである。これに対し、現行の環境損害賠償関連立法が、充分に実施されれば、各界から厚い希望を寄せられている環境公益訴訟も、その必要性和作用空間があまりなくなるのである。

る法律観の影響の下において、学者らは往々にして、条文の皮相的レベルから環境法を理解し、環境法を立法者が好き勝手に制定できる文書と考え、単に、自らが認めた環境保護プランから出発して、抽象的な議論を行うだけであり、公衆の意見と実施条件を鑑みておらず、それが公衆に受け入れられず、実践することが難しくなることも、避けられなくなる。公衆に受け入れられず、更には公衆が知らない、各種の環境倫理、生態価値、自然の権利等に対する呼び掛けであろうが、コストを問題にせず対価を惜しまない、環境権、環境容量、排出権取引、循環経済、生態系損害賠償、環境公益訴訟等に対する推進であろうが、いずれも、上記の「孤立した立法」によるものである。他方、これらの「先進的」理論または制度が直面している実践的苦境が明らかにしているように、社会の支持からかけ離れた「一方的環境法治」は、単なる片思いであるにすぎない。

現在、環境法の実施が力不足していることは、既に法律界における公開された秘密となっているが、「孤立した立法」という法律観の下において、人々は往々にして、問題の根源が法と社会との乖離にあることを認識できておらず、常に実施者のところで原因を見つけようとし、実施者の法治意識の希薄さ、環境観念の低さ等と帰結してしまい、立法または理論自体に対する検討はめったにしない⁽⁵⁰⁾。更には、(問題)解決の希望をより「先進的」で厳格な立法に託しており、その直接の結果は、膨大であるものの、効率の低い環境法律体系を生み出したことであり、環境立法と環境の悪化が同時になるという気まずい状況が生まれた。この⁽⁵¹⁾ような径路を辿ってきた環境法(学術研究であれ、法制建設であれ)は、既に袋小路に入っているといえよう。

(50) 例えば、環境影響評価の力不足という状況に対し、一般的に、法律自体は良いが、ただ、真剣に実施されていないだけだ、と主張されている。しかし、深く踏み込んで分析すると、現行の環境影響評価制度自体に存在する重大な欠陥こそが、執行力に欠けている根源であることが分かる。鞏固「『環評風暴』的制度困境解析：以水電項目為例」『法商研究』2009年6期参照。

(51) 2006年末現在、わが国では、既に環境と資源保護に関する法律26部、行政法規50余り、部門規章と規範的文書200弱、軍隊における環境保護法規と規章10余り、国家環境基準800余り、地方性法規・規章1600余りを制定しており、約51個の国際条約を批准しそれに署名した(毛如柏「我国的環境問題と環境立法」『法学評論』2008年2期)。ところが、環境法実施の効率は非常に低く、そのため、実務部門のある指導者は、「各部門において、環境保護に関する法律は最も多いが、使い物になるものは極めて少ない。」と、指摘した(郝建榮「八大立法問題亮出環保軟肋」『法制日報』2006年12月2日)。

VI. 過度の革新：環境法と伝統的法とのアンバランス

最後に、厳格な意義における法律観には属さないが、人々の環境法に対する認識と位置付けに確かに影響している問題、すなわち、環境法と伝統的法との関係がある。環境問題は、伝統的な社会問題と比べ、比較的大きい特殊性があるため、その法的規制も、伝統に拘るべきでなく、環境問題の特徴に合わせて革新を行うべきである。そのため、ある学者は、「環境法革命論」を提起し、理念から制度に至るまでの全面的な変革を主張した⁽⁵²⁾。他方、法律の実践において、人々も往々にして、困惑するようになった。すなわち、環境不法行為案件において、われわれは、それらの既に時宜に適わなくなった不法行為法の伝統に、如何に対処すべきか。また、行政主体による汚染された公共海域に対する処理と、一般的な公共財産が侵害されたときの処理とは、どのような区別があるだろうか。言い換えるならば、環境法学は、一体、どの程度において、法的伝統に「反逆」でき、変革の「度」は如何に把握すべきか、ということである。

もちろん、これらに対しては、一概に論ずることはできないが、基本的立場は、明確にされなければならない。すなわち、環境法は、一定の特殊性を有する法なのである。その特殊性故に、形式に拘泥せずとも良い、ということが決定づけられ、環境保護の目標をより良く実現するために、革新することができるようになったのである。しかし、法律の一種として、環境法もまた、法の一般的法則と一般的原理を遵守しなければならず、「非法」との限界を把握することに注意しなければならない。更に明確に言うと、環境法が乗り越えることができ、更には乗り越えなければならないものは、ある部門またはある時代に限局されるような特定の伝統なのである。例えば、過失責任、契約の自由、所有権の絶対、因果関係の明確化、「主張する者が、挙証する」ことなどが、そうである。環境法が乗り越えてはならないものは、それをして、「法ならしめる」、その他の社会規範とは区別される伝統である、すなわち、一般的にいわれる法の本質的特徴なのである。例えば、普遍性、国家の強制力、利益の本質、行為の指向、人と人との関係のみを規律していること、実際の効果が社会的基礎に制約されることなど、といったことがそうである。その他に、革新は、確かに必要があることを前提としなければならない。現行法秩序の役割を十分に発揮しても、目標を実現できないときに初めて、乗り越える・革新する必要があるのである。革新するにしても、「乗り越える」限度をコントロールしなければならず、伝統に対する転覆の度合

(52) 前掲注(20)・呂忠梅論文参照。

をできる限り小さくし、法の安定性および法律体系内における各部門間の協調を維持しなければならない。このようにして初めて、環境法は、全体の法秩序と相容れることができ、ともに環境保護の実践を推進し、環境法学もまた、過度の革新によって法学から離れすぎて、その他の法学と交流し難くなるという、怪しい理論になってしまうことを避けることができる。

ところが、一部の学者は、環境主義的文化の影響を受け、環境問題の特殊性をあまりにも誇大化しており、また、真剣に伝統と向き合うという辛抱強さをも失ってしまった。一部の論者は、現行法が円満に解決できていない問題に直面するや否や、矛先を法秩序全体に向け、もはや完全に時宜に適わなくなったと考え、徹底的に捨て去ることを主張し、その上で、もう一度やり直し、新しい概念・理論、更には新しいパラダイムを提起して、法秩序全体に対する徹底的改造を実現させようとする。各種の深刻な転換を提起したような「革命的」理論、例えば、人間中心主義から非人間中心主義へと、人の権利を保護することから自然の権利を保護することへと、人の損害のみを救済することから生態的損害をも救済することへと、法が人と人との関係のみを規律することから人と自然との関係をも直接規律することへと、「主体客体の二分化」から「主体客体の一元化」へと、などは、何れも、「環境法は、環境問題の特殊性故に、伝統と異なっても構わない」という、大前提の下で、行った大胆な革新である。しかし、長期にわたる歴史的試練と実践による点検を経ていて、既に公理と確認された理論をも容易く否定し、ある場合には、更に、学術共同体における合意の底辺まで乗り越えてしまったため、「往々にして、伝統的部門における法律家から、一顧だに値しない謬論として軽蔑されるのである」⁽⁵³⁾。このような状況は、環境法学と伝統的法学との交流を困難なものとならしめた。つまり、仮説の前提と予め設定された立場が異なり、交流する可能性がなく、その結果、環境法学が、伝統的法学と日増しに乖離していったのである。しかし、「革命自体に理がある」という潜在意識の支配の下で、学者たちは往々にして、自身に存在する問題は意識しておらず、伝統的法学の狭隘さ、落伍、不理解のせいにしてしまい、益々自己陶醉の感情が高ぶり、更に徹底的な転覆を探し求め、独り言を言いながら、それを気にしていない。全体の法学理論の大家族における環境法学の落莫は、もしかしたら、このことによるものかも知れない。

この問題においては、次の幾つかの点をはっきりする必要がある。まず、法秩序は、歴大でかつ厳密な規範の集まりであり、その内在的論理の一貫性を保持して初めて、効果的に運行し得るものである。如何なる法律規範であれ、新しい状

(53) 汪勁『環境法律的解釈：問題与方法』（人民法院出版社、2006）49頁。

況に対処し、新しい問題を解決する新しい法律であったとしても、その価値の正当性または倫理の先進性のみを拠り所として、十分な合法性を獲得することはできず、「全体の法秩序の範囲内に組み入れなければならない、法秩序の一部となり、憲法に合致し、憲法の基礎として⁽⁵⁴⁾の価値原則に合致し、且つ、憲法を主導する社会観と一致しなければならない」。当為的規則を如何に法秩序と融合させるか、または、如何に法秩序に触れないことを前提に、規則を設置し価値目標を実現するかは、法律従事者と、倫理学者および政治家との根本的な区別であり、法学の独特な使命の存するところでもある。

次に、法秩序（理論であれ、制度であれ）は、強力な発展変化と適応能力を備えているが、「徐々に変化する」しかない。如何なる時代における如何なる社会であっても、人々は、必ず新しい問題に直面することになっており、それに対し、法はその固有の保守性故に速やかに反応することが難しい（このこともまた、法治の対価の1つである）が、決して常に全く成す術がない、ということにはならない。問題の重大さと普遍性が一定の程度に達し、問題に対する認識と新しい規則に対するニーズが、一定の程度まで蓄積してきたとき、法秩序は変革することになり、法自体にも、変革を受け入れるかなりの弾力性と空間が備わっているのである。實際上、法秩序は従来から、絶えず発展変化するプロセスなのである。これに対し、環境問題のもたらしてきたいわゆる挑戦は、実はその多くはいずれも、環境保護が比較的成功的な国が行ったことのように、伝統的⁽⁵⁵⁾法秩序の枠組み内における変革によって解決することができる（そうするしかない）。しかし、注意しなければならないのは、法秩序には、革命的な「変異」が起こることがなく（起こることもできず）、相当程度、伝統を引き継いだ上で、「漸次的に変化する

(54) 前掲注・(23) ラーレンツ書77頁。

(55) 西側における環境保護運動の過程において、多くの転覆的な理論と概念を提出してきているが、西側の法秩序に対する実質的影響は決して大きくない。西側の法律界は、未だに法律の伝統をかなり尊重しており、既存法制に対する補修改善を通じて環境保護を行い、更には、その多くがいずれも環境権を承認していないが、そのことは、環境保護の実際の効果に決して影響していない。それとは反対に、早々と環境権を憲法の中に規定したような国々は却って、往々にして、環境保護がうまくいっておらず、法治が確立されていない。他方、西側諸国が、20世紀70、80年代における「環境の10年」において、環境保護の情熱の推進の下で行った法律の革新は、実践において、頻繁に「反環境保護運動」、「グリーンの反動」に遭ってきており、その原因は、かなりの程度、これらの革新と伝統的⁽⁵⁵⁾法秩序とが相容れないことによるものである。韓鉄「環境保護在美国法院所遭遇的挑战：『綠色反彈』中的重大法律之爭」『美国研究』2005年3期、杜万平「美国的環境政策：黄金時代之後步履維艱」『生態環境』2007年12期、任永安＝鄒愛勇「美国反環境運動的政策与法律分析」『法学雜誌』2009年11期参照。

[漸変]」しかないのである。何故なら、人類社会は必ず伝統を引き継ぎ、経験を総括した上で、段階的に発展してきたのであり、法秩序は決して、立法者が好き勝手に捏ねる練り粉ではなく、仮令、真の意味における社会革命であってもそうである。⁽⁵⁶⁾

更に、法の能力範囲を超える事由をもって、伝統的法を非難してはならない。社会秩序に対して、コントロール的作用を果たしている諸々の社会規範の一種として、法の機能は限られている。法治は決して、法律の万能を意味するわけではなく、法律が唯一である、ということと同じでないことは尚更のことである。国家の強制力によって、普遍的な実施を保証されているルールとしての法は、現実の生活において比較的重要な普遍の問題に対して、「一般的にいうと」、比較的公平な処理プランを提供するのみであり、事の大小にかかわらず、(天網恢恢、)疎にして漏らさぬようにすることが難しく、あらゆる事を最も良く処理する、ということを保証できないことは、尚更のことである。法は、人の行為を規律できるのみであり、人の内心に作用しようとせず、作用することもできない。法が提供できるのは、社会の正常な運転を維持する基本的秩序であり、万事調和の取れた理想的な状態ではない。しかし、このことは、法の短所というよりも、むしろ法の特徴更には長所というべきであろう。それだからこそ、法は、道徳的紛争に答えのないこと、宗教的対立が絶対的なものであること、風俗慣習の領域が多くの社会規範の中から突出してくることを乗り越えて、国家による強制を拠り所として、社会の構成員(たとえ、反対者であったとしても)が「否応なしに」一般的に遵守しなければならない、という正当性を獲得することになり、基本的秩序を確立できるのである。社会生活の全面的な向上、万事万物の全体的な調和に至っては、道徳、宗教、教育、科学技術等の多くの手段による共同の努力が必要となり、決して法律のみによる力によって担えるようなものではない。それらに対して区別せず、環境領域における様々な問題を、特殊個別的な問題であろうが普遍的な問題であろうが、行為問題であろうが思想問題であろうが、利益問題であろうが倫理問題であろうが、公序良俗[公德]の問題であろうが美德の問題であろうが、悉く法の「責任範囲」内に組み入れ、法が明確性に欠けることのせいにす

(56) バーマンは、次のように、指摘する。「毎回の重大な革命は、いずれも1つの過渡期を経てきており、その期間内において、相次いで、新しい法律、法令、規程と命令を制定し、且つ、速やかにそれらに対して修正、廃棄および取替えを行ってきた。だが、毎回の重大な革命は、革命前の法律と妥協し、それらを、革命がそのために奮闘すべき主な目標、価値および信仰を反映した新しい法律制度の中に吸収していくことによって、旧革命前の多くの要素を回復させることになる」((米) Harold Joseph Berman 著、賀衛方ほか訳『法律与革命：西方法律伝統的形成』(中国大百科全書出版社、1993) 34頁)。

るとするならば、必ずや伝統的法は「その任に当たることが難しい」という、錯覚が得られることになってしまいます。このような法に対する過度の期待は、環境法の理解の難しさ [曲高和寡]、厩大化無秩序化、実施の難しさをもたらしかねないだけでなく、法とその他の社会規範との境界をも混同してしまうことになり、その他の社会規範の機能さらにはその存在の必要性まで抹殺してしまい、「法律帝国主義」という傲慢がなくもなく、且つ、根本的に法治の基礎を壊してしまうのである。

最後に、環境法と伝統的法とは、截然と区別できない。環境行為は単に、環境に影響する社会行為に対する大雑把な呼称であるにすぎず、それらの行為はまた同時に、民事行為、行政行為、犯罪行為、経済行為、訴訟行為等のような、その他の部門法的意義をも兼ね備える行為であるため、関係する法の規律を不可避的に受けることとなり、関係する法の適用と関わることとなる。従って、如何なる環境問題の解決にはいづれも、完全に伝統的法を避けて通ることはできず、伝統的法秩序との調和と融合を追求しなければならない。一種の「嘗てない美しい」理念、思想、パラダイムを導入することにより、「嘗てない美しい」新しいタイプの法秩序を創造しようとするような期待は、実にあまりにも「法治ローマン主義」的なものであろう。

VI. 思想の啓蒙から法治理論へ：環境法学のパラダイム転換と回帰

以上のことから分かるように、現代の環境危機はある意味から言うと、「ポスト工業社会」的な問題と称することができるとはいえ、また、少なからずの学者が既に環境法の「ポスト現代化」を認識し、且つ、その発掘に努めてきてはいるが、一部の環境法理論の基礎、内容、目標としての法は却って、未だに「近代的」レベル（例えば、自主性の欠如、エリート主義、立法至上主義など）に留まっているだけでなく、更には、「前近代的」色彩（例えば、汎道徳化、自然法則との区別が曖昧であることなど）も少なからず存在している。このような研究が、法律的要素が少なく、実践力に欠けており、「法学らしくない」ということもまた、免れないだろう。このような研究は、未だに根本的には環境主義における「啓蒙」的心情から抜け出し得ておらず、それが取りかかっている活動は主に、「環境を保護すべきである」という、価値の宣言と、「あるべき環境秩序」に対する中身の伴わない抽象的な探究であり、そこでのいわゆる法とは、往々にして、単なる論者らの主張するあるべき秩序の1つの指標であるにすぎず、現実生活を規律し、具体的問題を解決する実践的ルールではない。そのためにまた、これらの理論は往々にして、単に人々の環境保護の重要性に対する認識を深めるだけであ

り、法治の実践に対しては、然程役に立つところがない。

もちろん、このような状況に対して、人々は、あまりに咎めてはならない。結局のところ、環境法はあまりにも新しく、あまりにも複雑であり、他方、環境問題の現状の深刻さは、学者らのそれに対するガバナンスの気持ちをば、焦らざるを得なくさせたのである。とりわけ、環境法学発展の具体的な状況と結び付けて見るならば、更には、このような状況にはそれ自体の深刻な歴史的必然性——嘗て、環境意識が全く空白であり、環境法観念がかなり希薄な社会において、啓蒙は常に必須であるだけでなく、更には、第一次的なものなのである——があるといえよう。しかし、今日において、環境法学が既に30年余りの歴史を経過しており、環境法の直面した主な問題が既に「依拠する法がない」ことから、「法があっても、従わない」ことまたは「法があっても、従うことが難しい」ことへと変化し、生態文明、持続可能な発展等の言説が、とくに廟堂書齋から抜け出し、世間の取り沙汰にされる一方、環境問題が依然として日一日と深刻化していくとき、われわれは決して、既存の、どちらかといえばその多くが表面上の成果について、独りで得意になってはならず、厳しい検討と反省を行わなければならない。

環境法学研究は、言説の対象を抽象的な混沌と化した法から、現実の「法治法」へと移転させ、法学への回帰を実現しなければならない。環境問題が日増しに「日常化」し、環境保護が様々な社会規範によって普遍的に注目され、且つ、共同で尽力する重要な任務となった現代社会において、環境法がそれ自体、普遍的規則としての独特な機能を発揮し、明確で具体的で操作可能な方法で、制度的に問題を解決する価値は、日増しに目立つようになった。これに対し、30年来の環境法の歴史が明らかにしているように、環境問題の複雑さは想像を絶しており、法律実施の困難さもまた、想像を絶している。既に十分に迷信を取り払い且つ価値の多元化された現代社会において、環境法治は、ある種の情熱による感化または理想的なプランによって、易々と成し遂げることはできず、膨大でかつ精密な法律機器の効果的な運行には、専門化された理論的支えを欠かすことができない。このような状況の下において、環境法学は尚更、理念的レベルにおける皮相的な議論に留まってはならず、規則的レベルにおける具体的研究に切り替えなければならない。法治の実践に直接役立つ「法学」的理論を提供して、環境保護の啓蒙家から法治の建設者への変換を実現しなければならない。

もちろん、この目標の実現は、任重くして道遠しであり、学者らによる絶え間ない探究が必要となるが、少なくとも、以下の幾つかの面は、将来の環境法学研究が強化しなければならないものである。

(1) 目標と範囲を制限すること

環境法学は、自らの中核的任務を明確にし、且つ、研究範囲について適切な限定を行わなければならない。含まないものがなく、議論しないものがないという雑然さは、環境法学が専門化へと発展することを阻害する第一の障害であるのに対し、その背後には、研究対象（環境法）およびそれ自身（法学）に対する認識の混乱がある。環境法学がパラダイムの転換をなす最も重要な措置は、中核的目標を正しく設定し、研究範囲を限局化することである。そのためには、以下の2点を明らかにしなければならない。

第1は、環境法に対する認識である。法の限局性、法の社会調整における機能およびその他の社会規範との関係に鑑みて、環境法学は、その注意力を、普遍性を有し、社会生活に対して重大な影響を有し、且つ、法的手段による解決に適合しているような問題に置くべきであり、とりわけ、実体法問題においては、個別的特殊性のみを有し、社会的影響が軽微で法的解決に適合せず、厳格には法的問題に属すると言えないような問題を切り捨てなければならない。それと同時に、環境法の目標は、公民の基本的な環境上の権利利益を維持し、社会のために基本的な環境秩序を提供することにある、ということを確認し、あまりにも多く、あまりにも高く、実際的でない任務を背負い込まれることを避けなければならない。

第2は、環境法学に対する認識である。広義における法学とは、広く、一切の法現象に関わる研究を指しており、それには、様々な外在的視角（例えば、倫理学、社会学、経済学、政治学、生態学等）から行われる頗る反省と批判的意義を有する思考が含まれる。しかし、制度建設と問題の解決を中核目標とする部門法学から言うと、その第一の任務は、法律の応用についての研究、すなわち、現行法が如何に現実問題に適用されるかという研究である。この意義における法学は、法の内在的視角を運用して、現行法に対して実践的指導意義を有する規範的研究を行うことであって、容易く法現象について客観的記述を行うことではない。環境法学は主に、このレベルに置かれるべきであり、この意義における環境法学こそが、実在的で直接法治の実践に役立つことができ、それこそが独立して、環境科学、環境倫理学、環境社会学、環境経済学、環境政治学等の環境学科と区別することができ、「規範科学」としての独特な役割を果たすことができるのである。従って、環境法学は、現行法秩序と結び付いていなければならない、法の視角、原理および論理から出発し、法治の実践に向けて規範的意義のある専門的指

(57) ここにいう、「規範的」とは、「ある事物をして、当為的準則性および拘束力を持たせしめる」という、意味である。前掲注(23)・ラーレンツ書73頁以下参照。

導を提供し、現行法秩序にとって言えば、実現可能な実践プランを提供すべきである。外部的視角が、環境法のような一種の新興の、頗る転覆性を有する法律を認識しかつ評価することに対して、重要な意義を有しているとはいえ、また、交錯的、総合的学科としての環境法学は、決して通常の部門法のように、自己完結性を有すると仮定された概念体系において、ぐるぐる回ってはならないとはいえ、内在的視角から行う規範的研究は、依然として環境法学の立身の本と発展の源なのである。このことは、環境法学は、大雑把に一切の環境法と関わる問題をすべて自らの研究範囲内に組み入れるべきでなく、重点を、現行法についての研究、法律適用についての研究、規範と実践との接合についての研究に置くべきことを、意味している。従って、環境法学の主な注目点は、立法から司法へと転向し、法の制定からその実施へと転向し、新しい秩序に対する呼び掛けから既存秩序に対する改善へと転向すべきことになるだろう。研究方法においても、粗末な価値判断から精確な利益衡量へと転向し、抽象的な倫理的呼び掛けから実証的な社会分析、経済分析へと転向する必要がある、とりわけ、規範的分析法についての十分な運用に注意しなければならない。何故なら、「法学の主流と基礎は、規範法学である」⁽⁵⁸⁾から。

(2) 法の本質的特徴を言説の前提に組み入れるべきである

法学の一種としての環境法学的研究は、法の本質的特徴を鑑みた上で行わなければならない。法の本質的特徴を法律の理解における「所与の見解 [前見]」に取り入れ、言説の前提にして初めて、議論している法と、一般的に理解されている法との実質上の統一を保証することができ、「法学らしくない」という気まづさを避けることができる。環境法学は、現代法治法の本質的特徴から出発し、研究において多く見られる問題と結び付けて、とりわけ、以下の特徴を把握しなければならない。

第一、社会性。ここにいう社会性とは主に、法の適用範囲としての「人間社会性」すなわち、属人性を指している。法は、その本質において、一種の社会規範であり、社会がその構成員に対して加えた行為準則である。法の社会性は、次のことを明らかにしている。すなわち、法は、特定社会の産物であって、先験的な存在ではなく、可変的なものであって、変わらないものではなく、人類が進んで選択したものであって、「自然」が強制したものではない。改造することができるものであって、受動的に従うだけのものではなく、人類のみに適用し得るのであって、天地万物に適用し得るものではなく、「人」のためのものであって、目的のないものではない。法の社会性は、法と各々の自然法則、生態的法則とは

(58) 孫笑俠「法学的本相：兼論法科教育転型」『中外法学』2008年第3期。

本質的差異があること、法は、社会の構成員としての人のみに適用されるのであって、人間以外の種には適用されないこと、法は、社会の存続発展を根本的な考慮に入れ、人の利益を価値の着眼点としなければならないことを意味する。このことは、環境法学に、法を自然法則または生態的法則と区別し、法学的論証を自然法則、客観的法則についての発見と区別し、法の正当性を法則の客観性と区別し、動物は権利を有しているか否か、人間以外の自然物は法的主体となり得るか否か、法は直接人と自然との関係を規律し得るか否か等の偽法学問題の悩ましきから抜け出し、社会的視野を限定した分析を行わなければならないことを、求めている。

第二、規則性。規則性とは、法の表現形態は主に、明確で具体的で操作可能な行為準則であることを指している。如何なる社会規範であれ、いずれも価値による導きから離れることはできないが、法の独特なところは、その価値目標に対する追求は主に、規則の明確な導きと制限によって実現される、という点にある。この意義から言うと、規則性は、法の最も本質的な特徴といえよう。しかし、如何なる規則であれ、何れも言語から構成され、他方、言語にはそれ自身の法則および限局性があるため、規則化できるか否かおよび如何に規則化するかもまた、法的思考における重要な側面および任務となるのである。従って、「法律政治上のニーズを表し、且つ、立法者のために新しい建議を研究起草することは、従来からの法学の任務の1つであった」⁽⁵⁹⁾が、法学は、これまで政治的意見の蓄音機だったことがなく（またはそうあるべきでない）、それ自身が「規則から出発した」独立の声を発しなければならない。規則性は、環境法学に、各々の環境思潮と距離を置き、それ自身の規則的観点からの独立的立場を保持すべきことを求めている。一方において、規則化できるか否かを研究の起点と判断基準とし、「心で悟ることはできるが、言葉で伝えることはできない」ようなもの、または、明確な規則によって表現することに適していないような事物を、研究の範囲から切り捨てなければならない。⁽⁶⁰⁾他方においては、如何に規則化すべきか、ということ、研究のスタンスと終局的目標として、プランの明確さ、具体性、操作可能性を高めなければならない。と同時に、規則は常に体系的、全体的であるため、環境法研究もまた、解決しようとする具体的問題ばかりに注目してはならず、解決プランとその他の規則との関係を慎重に考慮しなければならない。

(59) 前掲注 (59)・ラーレンツ書114頁。

(60) 規則化は、確定性をもたらしてくると同時に、また、柔軟性と多様性の喪失を意味することになる。従って、決してあらゆる価値目標のすべてが、規則化という形式によって表現されることに適しているわけではない。例えば、素晴らしさを促進することを目標とするような美徳的価値などがそうである。

第三、実践性。法は、人間の行為に着眼しており、社会的実践を推進することを自身の任務とする。このことは、環境法学は、人間の行為を主な着眼点とすべきであり、いわゆる自然に対する敬意の念のような、人間の内心にまで干渉することはない、ということの意味する。実践性を論題の選択および成果の検証の基準としなければならず、事実上実践の可能性があるような論題のみに注目し、聞こえはいいが、実際には「不可能なことを要求する」ようなユートピア的プランを切り捨てなければならない。環境実践に対して役立つ度合（環境理念の先進性または環境保護立場の堅固さではなく）を、評価、取捨選択の重要な基準とすべきである。環境法学はまた、人間の一部の本性のような、社会实践の基本的法則を論証の参考的要素とし、これらの法則を尊重した上で、分析と探究を行わなければならない。

第四、普遍性。法は、不特定多数者に向けられており、同じ状況に対して同じ処理を行い、繰り返し適用することができる。普遍性は、環境法学がセンセーショナルな効果を有する個別的事案ではなく、普遍的問題に着目することを求めている。普遍性は、環境法は、一種の多数者に向けられた解決メカニズムであり、多数者の利益に着眼し、多数者のニーズを満たし、多数者の期待に合致しなければならない、それ自身の道徳性が高すぎてはならないことを、意味する。普遍性は、環境法学者に、エリート的心情から抜け出し、一般人の視線から眺めていき、規則が一旦普遍的に適用されることによってもたらされる結果を慎重に見極め、普遍的意義における正当性を追求すべきことを求めている。

(3) 本国化研究を強化すべきである

その他の法律と比べると、環境法は尚更その地の気候風土に適応すべきであり、環境法学研究の自主性を早急に強化すべきである。現在の環境法学における比較的著しい「西洋化」という傾向に鑑みると、環境法学研究には、「本国化」運動を巻き起こすべきであり、自主的意識を樹立し、様々な外来の経験に科学的に対処し、環境法治建設に資する本国資源の識別、汲み上げおよび利用に注意すべきである。具体的にいうと、以下の通りである。

まず、本国化は、「全面的な西洋化」に対して言うものである。それは、外来の経験に対する批判的反省と西側から独立した自我意識の樹立を意味する。それは、研究者らに、常に自らの研究が向けられているのは中国についての研究であることを意識し、中国と西側とのあり得る相違点（必然的ではない）を意識し、且つ、そのために、様々な外来の経験（理論であれ制度であれ）について深く入り込んだ詳細な考察を行い、これらの理論、制度の生成発展の拠り所とする具体的な社会状況と結合させて、できる限り全面的客観的にその長所と短所について評価を下すよう、喚起している。次に、本国化は、決して外来の経験に対する全面

的な拒否・排斥を意味するのではなく、反省を加えず、批判を加えずして盲目的に受け入れることに反対しているのであり、われのために用いることを強調しているのである。本国化は、批判的に外来の経験に対処し、外来の経験を中国の実際と比較し、如何に中国の実践に資させるかを考察の着眼点とすることを要求する。この意義から言うと、本国化は、「移植主義 [拿来主義]」であって「閉鎖主義」ではない。更に、「本国」は、1つの地域的な概念でなければ、1つの政治的な概念でもなく、それは、本質主義的なものでなく、決して必ずしも西側との差異ひいては対立として現れるとは限らず、必ずしも「中国的特色」または「古くから既にあるもの」として現れるとも限らず、ただ、「当面」および「実際」を強調しているにすぎない。この意義においては、古代におけるものと西側におけるものは同じくともに、非本国的なものであり、ともに弁証法的分析が必要なものである。最後に、本国化は、中国における西側とは異なる理論、制度またはやり方に客観的に対処することを求めており、社会の実際効果（西側経験との整合性の度合ではなく）を基準として、評価判断を行い、取捨選択を下し、とりわけ、その中における環境法治に役立つ要素⁽⁶¹⁾に対する選択と利用に注目しなければならず、本国資源についての発掘、改造を、環境法治を実現する重要な手段とすべきことを求めている。

(4) 現行法を尊重すべきである

法秩序の連続性、法律規則体系の統一性、法的安定性からにしても、環境法の法体系の一部であるという、属性からにしても、環境法は何れも、伝統的法秩序に対する依頼を抜きにすることはできない。従って、環境法学は、いわゆる生態的法則またはある種の環境的理想情景に基づいて、恣意的に新しい秩序を創造すべきではなく、法秩序の全体的安定性を維持した上で、規則の「次第の変化」によって新しい問題を解決すべきである。このことは、環境法学が現行法を尊重し、現行法との関係を適切に処理すべきことを求めている。

第一に、現行法を容易く否定してはならない。その上で、問題についての解決手段を探し求めることになる。そうでないと、現行法は真剣に対処され得ず、法学研究もまた、ともすれば、果てしない政策論争に陥りかねなくなる。このこともまた、法学が「法律に基づく思考である」という命題としての、本来あるべき意味なのである。第二に、現行法を十分に利用すべきである。環境問題は、大雑把に言うと、新しい問題ではあるが、多くの「事実上の新しい問題」は決して

(61) 例えば、自然と親しくなり、生命に敬意を払い、儉約を重んじ奢侈を憎むことを強調する伝統的文化、義務本位という伝統、実用道徳主義的思考、和諧理念と調停的伝統、政権の社会主義的性格、強力な政府および自主的に模索した実践的点検を耐え抜いた環境保護措置などが、そうである。

「法律上の新しい問題」ではなく、これらの問題に対して、現行法の規制は依然として効果的なのである。また、一部の環境問題は、直接現行法の中から解答を見つけることができないが、現行法に対する解釈、補充、不備の補てん、利益衡量等の技術的処理を通じて、解決することができる。従って、問題に直面したとき、環境法学は、現在ある法律資源を十分に活用し、できる限り現行法に対する解釈と継続的創造を通じて、問題を解決すべきである。第三に、全面的に現行法を否定しない。たとえ、現行法が確かに、一部の新しい問題を解決できず、現行法を乗り越えなければならないとしても、それに対する評価はやはり全面的、客観的、適度でなければならない。何故なら、法治の実践の中に入ってきた如何なる法であっても、(少なくともその制定時には)必然的にそれ相当の合理性と積極的意義を有しており、このことについて十分な認識がなければ、「幼児とお風呂の水を一緒に捨ててしまう」危険があるのである。と同時に、法律規則間における相互連関のため、現行法に対して否定することが多くなればなるほど、全体的法秩序に対する衝撃も大きくなるのである。従って、たとえ、現行法には確かに不備があったとしても、きめ細かに具体的にその機能不全の状況を考察して、その足りないところを精確に指摘すべきであり、全面的に否定してはならない。第四に、有限的に革新する。「現在のすべてをやり尽くし」ても、依然として効果的に問題を解決できないときには、現行法に対する変革と革新が非常に必要となってくる。しかし、変革には必ず、道理があり、利点があり、節度があり、できる限り法秩序に対する衝撃を減少させなければならない。「有理」とは、充分な理由があることを指しており、それには、既に「現在のすべてをやり尽くした」としても、未だに解決できない、という意味が含まれる。「有利」とは、問題の解決に対して確かに積極的な実際の効果があることを指し、「有節(節度がある)」とは、変革の度合と範囲が適度であり、効果的に問題を解決できるだけでなく、法秩序全体に対して根本的な衝撃とならないことを意味する。

(5) 現実主義

現実主義は、第1に、環境法学が利益の視角を堅持しなければならない、ということの意味する。人々が、如何に環境問題の公益性、倫理性を強調しようとしても、環境問題は、本質的には一個の利益問題であり、他方、様々な神聖なベールを取り払った現代法は、最終的にはやはり利益調整における「成績」を拠り所として、成り立つのである⁽⁶²⁾。従って、環境法学は、環境関係における利益の衝突と誠実に向き合い、且つ、妥当な配置を探し求めなければならない。このこと

(62) 「法律の究極的理由は、社会の福祉にある。その目標に達していない法律規則は、永久的にその存在が合理的であるということを実証することはできない。」(米) Benjamin Nathan Cardozo 著、蘇力訳『司法過程的性質』(商務印書館、1998) 39頁。

は、一方において、様々な、根本的に環境保護の利益性を否定し、ないしは反功利性をもってそれ自体の価値性を目立たせようとしている社会思潮（例えば、非人間中心主義）を廃棄し、堂々と人類の利益を追求することを要求している。他方においては、人類、社会、公共を名目とする様々な抽象的全体の利益と、様々な具体的利益、個人利益との複雑な関係を認識し、異なるグループの環境対価を真剣に考慮し、且つ、そのバランスを取り補償を与えなければならない。それと同時に、利益性もまた、環境法学が道徳主義的な絶対化と硬直化をより少なくしなければならず、功利主義的な妥協と柔軟性をより多くし、均衡・和諧を重んじ、二者択一的であってはならないことを、要求しているのである。

第2に、現実主義は、環境法学が、環境法の実施コストと実施条件を重視しなければならない、ということの意味する。一種の精緻で「高級」な法律制度として、環境法の実施コストは更に高く付くのである。十分な財力および相応の公共的財政の配置がなければ、理論上いくら良い制度であったとしても、効果的に実施することが難しくなる。このことは、環境法学者に、「旧きを批判する」にしても、「新しきを樹立する」にしても、何れも実施コストに対する注目がなければならず、単なる倫理的な義憤または鼓吹であってはならない、ということを要求している。それと同時に、環境法学はまた、如何に実体法の実施のために具体的条件を創り出すか、ということにも注目し、「権利の設定を重視するだけでなく、⁽⁶³⁾更には、権利実現の方式、手続保障の条件をも重視しなければならない」。

第3に、現実主義は、環境法学が大衆の基礎を重視し、公衆の承認と支持を得られるよう努めるべきことをも意味する。そのためには、社会分析方法の運用を重視しなければならず、実際の調査研究を強化し、公衆の意見・要望に「耳を傾け」、社会の支持と公衆の承認度を論証の重要な根拠としなければならない。更には、手続的問題についての研究を格別に重視し、如何に制度上において、環境政策の決定および関連活動の公開、透明、公衆参加、社会監督を実現するかを、重要な課題としなければならない。

第4に、現実主義は、現在の中国における環境実践および関係事実に対する基本的承認と寛容を意味する。現実には常に完結されていないとはいえ、また、法律制度の運用を通じて現実をより美しく改造することが法の根本的追求（環境法にとって言えば、この点はとりわけ重要である）であるとはいえ、如何なる改造もすべて現実的基礎の上で認識されなければならず、且つ、その成功の度合は、現実に対する認識の程度に拘束されることになる。他方、最低限の承認がなければ、全面的な認識はあり得ず、最低限の同情がなければ、深く入り込んだ理解はなか

(63) 前掲注(38)・呂忠梅ほか論文。

なか得られないことになる。研究者は、「基本的には合理的である」という仮説の下で、当事者の立場から出発して種々の「荒誕」背後の合理性を感知できて初めて、真に問題の本質に触れることができ、具体的状況に応じて具体的手段を講じ得るのである。最低限の承認がなく、一部の急進的な環境主義者のように、その見わたす限り、何れも墮落した人性、圧迫された規則、コントロールされた陰謀であって、それを排除しなければ気が済まないとするならば、如何なる法治も論じる余地がなくなってしまう。現実というものは、単に主観における「覚醒」のみによっては、それから徹底的に抜け出せるようなものではなく、好きであるか否かに拘わらず、それを受け入れて初めて、それを改造することができる。このことは、如何なる法律家であれ、直面せざるを得ない現実である。

最後に、根本的な意義から言うと、現実主義は、環境についての思考における、その地に適応し、順を追って一步一步進め、すべては現実から出発しなければならないことをも意味することになる。環境資源と国家発展の利害関係を鑑みると、如何なる環境についての思考であっても、すべて現実の国情を前提的基礎としなければならない、自然条件、環境条件、経済状況、科学技術条件、民衆のニーズといった基本的問題にも配慮しなければならない。それと同時に、「環境上の利益は、単なる国家の追求すべき利益の中の一環であるにすぎない⁽⁶⁴⁾」ため、環境についての思考もまた、環境自体のみに着目してはならず、国家の全体的発展戦略の情勢の下に身を置き、全体的な利益均衡という角度から考慮しなければならない。もちろん、環境上の利益が国家利益の中において、一体どのような位置に置かれ、その他の重大な利益と衝突したとき、一体どのように処理すべきか等の問題は、既に純粋な法律問題の範疇を超えて政治領域に入っており、法学従事者が十分に答え得るようなものではない。しかし、可能な限り、環境法学にはやはり国情に基づいた全体的思考がなければならないのである。それと同時に、このことはまた、環境法学者に、環境政策の決定は結局のところ、一種の政治活動であるということを喚起させている。従って、環境法学の「本業」は、各種プランについて実質的判断を下しかつ決定することではなく、異なる意見の交流に一種の合理的なメカニズムを提供して、最大限政策決定の科学性を増強し、且つ、法的技術の発展を通じて勝ち抜いた政策決定が真に法秩序の中に「入ってくる」ことを確保し、確実に実践することに結び付けることにある。この視角から見ると、環境法学は、環境ガバナンスにおいて、主に「道具」的な役割を果たしているようであるが、この点をうまくやれたならば、それも大したことである。

(64) 前掲注 (36)・葉俊栄書19頁。