



HAL
open science

司法如何参与气候治理

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 司法如何参与气候治理: 比较法视角下的观察. *Droit et politiques* (《政治与法律》), 2022, <10.15984/j.cnki.1005-9512.2022.07.008>. <hal-03856897>

HAL Id: hal-03856897

<https://hal.science/hal-03856897>

Submitted on 10 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

司法如何参与气候治理*

——比较法视角下的观察

朱明哲

(中国政法大学比较法学研究院,北京 100088)

摘要:面对气候变化的全球挑战,不少国家都出现了以气候法律或政策为论证依据,或以减缓和应对为主要目标的诉讼,我国也不例外。纵观各国气候变化诉讼实践,司法与政策之间的互动关系表现得尤为明显。我国司法机关通过在大量的债务纠纷、特别是合同纠纷中使用各种政策,取得了减少温室气体排放的效果。相比之下,无论是在欧美还是南方国家,气候变化诉讼中发展出一种以司法推动气候政策发展的模式,可以用“回应型司法”解释。无论是落实还是推动气候政策,司法机关都同样需要使用不具备法律约束力的规范,从而有相互促进、彼此启发的基础。我国气候治理的特点是以宏观经济管理部门为主导、以产业和经济政策为主要手段,所以我国气候变化诉讼的未来挑战也在于如何在司法中适用这些政策。气候政策虽然不能作为裁判依据,但是可以作为说理依据补充对于合同和法律的解释。此外,检察机关还可以探索在公益诉讼中监督政府对气候政策的执行。

关键词:气候变化诉讼;气候政策;回应型司法;发展路径

中图分类号:DF82 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2022)07-0018-16

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2022.07.008

一、引言

自上世纪80年代起,气候变化诉讼开始出现。进入新世纪后气候变化诉讼在各国逐渐增加,据统计已经有超过1800起气候变化诉讼案件进入审理程序。^[1]最近,我国最高人民法院也表态,要以司法保障能源转型。最高人民法院发布的《中国环境资源审判(2019)》明确把保障气候变化适应措施作为下一阶段司法工作重点。^[2]可见,气候变化诉讼会成为我国生态司法的重要组成部分。近年关

作者简介:朱明哲,中国政法大学比较法学研究院副教授、博士生导师。

*本文系“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划”资助项目、中国政法大学科研创新项目“《民法典》生态规范司法适用研究”(项目编号:21ZFG82004)、中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(项目编号:21CXTD02)的阶段性成果。

[1] See Joana Setzer & Rebecca Byrnes, Global Trends in Climate Change Litigation: 2020 Snapshot' (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment 2020) Policy Report 4, www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, last visited on 5 December 2021.

[2] 参见最高人民法院:《中国环境资源审判(2019)》,人民法院出版社2020年版,第16页。有些观察者略嫌武断地认为中国目前没有气候变化诉讼。诚然,哥伦比亚大学和伦敦政治经济学院数据库中一直没有收入中国的案例,但是,这两个中心的案例收集仰赖地区报告人的收集和整理,所以案例库中缺少中国案例可能只说明他们没有中国籍地区报告人,而不是中国本身没有案例。

于气候变化诉讼的新研究不再满足于对重要个案的介绍,转而开始关注全球性的趋势。研究的焦点包括未来世代利益的保护、气候变化诉讼在发展中国家的发展、针对大型工商业的排放责任诉讼等,交叉学科研究也渐次增多。^[3]其中也有不少学者表达了对相关案件中法律渊源与适用、法律原则内涵、司法功能等方面的质疑。^[4]我国学界也出现了气候变化诉讼在我国展开路径的研究,探讨了公益诉讼、合同纠纷、环境影响评价、气候政策的司法适用等不同方面。^[5]

随着气候变化诉讼实践的深入,司法与政策之关系的问题进入法理学的视野。具体而言,一个国家的司法机关是在落实气候政策还是在推动立法或行政机关制定气候政策,决定了气候政策在司法中的适用方式。笔者于本文中从经验上提出两种不同的司法与气候政策关系的类型,并进而探讨我国法院如何适用气候政策。陈寅恪曾谓:“一时代之学术,必有其新材料与新问题。取用此材料,以研求问题,则为此时代学术之新潮流。”^[6]气候变化诉讼作为一种新的策略型诉讼,不仅为种种部门法的教义学提供了新材料,而且为法理学的研究提供了新材料。无论司法与政策的关系如何发展,气候变化诉讼的新材料都表明,司法正在超越定分止争的传统功能,正在且必将更加积极地处理气候变化政策。^[7]

以下笔者将首先考察我国现有的气候变化相关案件,分析司法机关如何通过案件审理和制定司法政策落实气候政策。“政策型司法”在我国虽然一直存在,但气候变化诉讼将让司法参与社会治理的广度和深度都有所加强。然后,笔者将探讨气候变化诉讼的全球趋势,指出一种回应型司法的模式正在随着越来越多的胜诉案例而出现,即司法机构在法律适用和解释中优先确保实现实质正义,为此不惜牺牲法律适用一致性地追求。^[8]这种回应型司法更多试图推动气候政策的制定和执行。显然,我国司法机关在参与气候治理时采取了一种非常独特的模式,其未来的发展和改进也必须在这一前提下探讨。最后,笔者将指出,我国气候变化诉讼的未来发展中一个重要挑战在于如何把不具备法律拘束力的气候政策运用于司法实践。

二、气候政策落实型司法

思考我国应对气候变化诉讼模式时,必须考虑到司法机构现有的功能定位。除了定分止争外,我国司法机构的政策落实功能十分重要。这种政策落实功能既在具体个案中有所体现,也反映在司法政策之中。

(一) 我国气候变化诉讼的实践

要讨论我国法院应对气候变化诉讼的实践,首先需要解决的是定义问题。较早的研究把重点放

[3] See Jacqueline Peel & Hari M Osofsky, *Climate Change Litigation*, 16 Annual Review of Law and Social Science 21, 26 (2020).

[4] See Benoit Mayer & Alexander Zahar eds., *Debating Climate Law*, Cambridge University Press, 2021.

[5] 参见赵悦:《气候变化诉讼在中国的路径探究——基于41个大气污染公益诉讼案件的实证分析》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期。Yue Zhao, Shuang Lyu & Zhu Wang, *Prospects for Climate Change Litigation in China*, 8 Transnational Environmental Law 349 (2019); Xiangbai He, *Mitigation and Adaptation through Environmental Impact Assessment Litigation: Rethinking the Prospect of Climate Change Litigation in China*, 10 Transnational Environmental Law 413 (2021); Mingzhe Zhu, *The Rule of Climate Policy: How Do Chinese Judges Contribute to Climate Governance without Climate Law?*, 11 Transnational Environmental Law 119 (2022).

[6] 陈寅恪:《陈垣敦煌劫余录序》,载陈寅恪:《金明馆丛稿二编》,三联书店2001年,第266页。

[7] 孟德斯鸠就曾生动地把法官形容为“法律的嘴巴”。这种传统理念认为,“在解释和适用法律时,法律人只是业已确定的原则不偏不倚的发言人、客观公平的被动执行者。”Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p.57.

[8] See Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p.16.

在诉讼当事人和法官对话语的使用上,把气候变化诉讼限定在那些“诉讼请求或法庭判决中直接而且明确地提出了关于气候变化原因与影响的法律或事实问题”的案件中,即所谓的“核心情况”。^[9]现在主流的观点认为相关参与者的意图与观念比他们使用的话语更重要,从而认为气候变化诉讼应该包括那些把气候变化作为核心或附带诉求的案件、出于气候治理的需要而起诉但是并未直接处理相关问题的案件、“对气候变化减缓或适应有影响”的案件。^[10]于是,气候变化诉讼的领域进一步得到了扩展,素材也包括了许多原来无法纳入核心案件范围的“边缘案件”。我国有大量案件都属于虽然没有直接提出气候变化问题但是客观上有利于气候变化减缓或适应的案件。在此背景之下,还要坚称中国不存在气候变化诉讼显然是不符合事实的。

从案由上看,我国大部分气候变化诉讼集中在合同纠纷中,从而不同于其他国家以侵权或者环境评价为进路的实践。^[11]法官把气候变化政策作为补充合同解释和认定合同效力的因素。在一起商品房买卖合同纠纷中,法官认定合同附件中的节能信息公示既然是国家政策的要求,就不应该解释为技术标准,而是开发商合同义务的一部分,并要求开发商为住户免费安装太阳能热水器。^[12]另一起买卖合同纠纷则关系到购入了大量煤炭的水泥制造商能否因为地方大气污染防治政策的变更要求退回尚未使用的煤炭。该案中法官认为地方政策的变更只不过是对国家政策的具体落实,本身没有设置新的限制,所以不能构成合同法上的情势变更,从而拒绝了原告的请求。^[13]在大量涉及高污染排放汽车(“黄标车”)的出租车经营管理合同或运输合同纠纷中,法庭参考国务院各部委的通知等政策来决定涉案车辆是否禁止从事商业运输。^[14]这些案件中,政府的政策成了《合同法》第 117 条的适用对象。法官还在用电合同纠纷中,根据政府的部门规定,认定可以出于促使企业技术升级改造、推进产业模式创新的目的,对高耗能、高污染、高浪费企业执行差别电价。^[15]

最近,我国法院也在尝试于合同纠纷之外的领域开拓气候变化诉讼应对的途径。其中最值得关注的莫过于“湖州大气污染案”和“甘肃弃风弃光案”。在“湖州大气污染案”中,检察机关在被告明禾保温材料有限公司已经受到刑事处分之后,仍提起公益诉讼。检察机关认为其在明知三氟一氯甲烷系受控消耗臭氧层物质且国家明令禁止用于生产使用的情况下,仍大量购入以生产保温材料,造成了三氟一氯甲烷排放。法院根据《环境保护法》《侵权责任法》《大气污染防治法》判决被告赔偿生态环境损害费用,在说理部分还援引了《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》。^[16]该案之所以引起高度重视,一方面是因为最高人民法院在《中国环境资源审判(2020)》白皮书中明确把臭氧层消耗物质控制类案件作为气候变化诉讼的组成部分,另一方面则是其体现了检察机关通过公益诉讼介入

[9] See Jacqueline Peel & Hari M. Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press, 2015, p. 8.

[10] See Jacqueline Peel & Hari M. Osofsky, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press, 2015, p. 8.

[11] See Yue Zhao, Shuang Lyu & Zhu Wang, *Prospects for Climate Change Litigation in China*, 8 *Transnational Environmental Law* 349 (2019); Mingzhe Zhu, *The Rule of Climate Policy: How Do Chinese Judges Contribute to Climate Governance without Climate Law?*, 11 *Transnational Environmental Law* 119 (2022).

[12] 参见山东省济南市槐荫区人民法院(2018)鲁 0104 民初 6255 号民事判决书。

[13] 参见山东省临沂市中级人民法院(2018)鲁 13 民终 6156 号民事判决书。

[14] 参见广东省湛江市中级人民法院(2017)粤 08 民终 110 号民事判决书;广东省湛江市麻章区人民法院(2016)粤 0811 民初 148 号民事判决书;四川省成都市新都区人民法院(2019)川 0114 民初 2394 号民事判决书。

[15] 海南省海口市中级人民法院(2017)琼 01 民终 3218 号民事判决书。

[16] 参见浙江省湖州市中级人民法院(2020)浙 05 民初 115 号民事判决书。

气候变化应对的可能性。在刚刚解决诉讼资格问题、尚未开始实体审理程序的“甘肃弃风弃光案”中，原告认为国家电网甘肃省电力公司未全额收购其电网覆盖范围内所有风电和光伏发电量，所以未遵行《可再生能源法》第2条、第14条的规定。如果被告履行了相应法定义务，那么清洁能源发电本可替代更多火电，从而降低空气污染物排放。所以，被告不履行义务在客观上导致了污染物继续排放，破坏了生态。^[17]该案的潜在意义在于，在我国尚未有先例或司法解释把温室气体解释为“污染物”的前提下，激活《可再生能源法》中的相关规范，从而为法院判决提供法律基础。

通过上述逐渐出现于我国司法实践中的气候变化诉讼案件可知，我国法院在处理相关案件时主要功能在于落实国家气候政策，而非个案定分止争。法院工作的重点在于通过各种各样的文件理解国家的政策目标，并综合运用合同法、侵权行为法、环境法等不同领域的立法作为裁判依据，以不具备法律拘束力的政策和国际条约作为合同解释或事实认定的材料，从而在个案之中获得有利于气候变化减缓或适应的结果。以上对事实经验的总结对于理解我国法院如何执行气候政策而言十分重要。

（二）气候变化诉讼相关的司法政策

以司法实现国家气候变化应对目标不仅体现在个案裁判之中，而且已经通过最高人民法院（以下简称：最高法）的各种措施成为了一种面向未来、具有指导意义的司法政策。在生态环境治理领域，最高法确实积极通过司法政策创造新的裁判规则，从而让各级法院落实尚未形成法律文本的国家政策。生态环境损害赔偿制度就是一个典型的例子。在2017年中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》后，最高法在2019年即出台了《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》。此时，尚未有任何立法工作对这一制度加以细化。可见，最高法完全可能通过司法政策以更为深入和持久的方式推进气候领域的环境变迁。

2021年的国务院政府工作报告首次写入了“碳达峰”和“碳中和”（以下简称：“双碳”）的概念。在此大背景下，司法机关肩负起了通过审理案件为“双碳”目标保驾护航的重任。在《中国环境资源审判（2019）》白皮书中，最高法首次把“依法审理气候变化应对案件”作为独立一节，并踌躇满志地提出：“依法审理在应对因排放温室气体、臭氧层损耗物质等直接或间接影响气候变化过程中产生的案件，包括气候变化减缓类案件和气候变化适应类案件。注重运用多种司法裁判手段，促进减缓、适应两种应对气候变化手段的落地，推动构建国家气候变化应对治理体系。”在2021年6月发布的《中国环境资源审判（2020）》白皮书中，最高法进一步明确气候变化类案件可以发生在“刑事、民事、行政以及公益”诉讼领域。不过，新的白皮书中删去了关于促进应对手段落地、推动建构治理体系的表达。此外，两年的白皮书在减缓类案件的分类大体一致，都包括新能源开发利用、节能服务、节能减排、臭氧层消耗物质控制等案件。

2021年，最高法在关于环境资源审判的意见中把“助推能源革命，促进经济社会绿色低碳转型”作为一个独立的部分提出。^[18]其中，实现“双碳”目标与服务产业结构绿色升级这两条任务与气候变化应对尤其相关。在助力“双碳”目标实现方面，除了妥当审理案件之外，最高法还决心支持和监督行政机关依法查处碳交易中的违法行为、助力形成可再生能源为主的低碳能效系统、加大重点区域涉

[17] 参见甘肃省高级人民法院（2018）甘民终679号民事裁定书。

[18] 参见《关于新时代加强和创新环境资源审判工作为建设人与自然和谐共生的现代化提供司法服务和保障的意见》（法发〔2021〕28号），http://www.rmfb.com/paper/html/2021-10/29/node_2.htm，2022年5月15日访问。

能源案件审理力度、落实减污降碳协同治理、助力减少非二氧化碳温室气体排放,最终实现有效应对全球气候变化危机的目的。

有理由认为,最高法通过司法活动推动双碳目标实现的司法政策将进一步提高我国各级法院在审理气候变化案件中的活跃度。除此之外,正在制定中的有关司法解释一旦出台,将从工作重点、案件分类、规范基础、证据认定等各个方面进一步为法院提供明确指示。最高法长期以来都是我国整体治理结构中的一环,发挥着把国家政策整合进审判工作的职责。^[19]最高法在此过程中经常需要在现有制度之外创造新的规则。^[20]一方面,最高法制定司法政策。另一方面,各级法院通过执行最高法的司法政策在个案中落实治理目标。《人民法院组织法》第 10 条规定:“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”在实践中,各级法院更通过考核指标设定等方式要求下级法院执行最高法的司法政策。所以,我国司法组织表现出高度的科层制色彩。我们有理由认为最高法在气候变化领域的司法政策能够得到各级法院的落实,并最终以此介入气候治理。

(三)司法落实气候政策的新挑战

乍看之下,我国法院在处理气候变化时的方式和面对其他类型的案件时别无二致。此前的经验研究早已指出,司法是我国国家治理中的有机一环,时刻处于和其他国家机关的联动之中,共同确保国家治理的展开。顾培东曾将司法在国家治理中的作用高度概括为三点:把司法职能融入国家治理和社会发展的政治功能;妥善处理 and 解决社会变革中的社会矛盾和纠纷;在社会转型中建构和形塑社会结构和社会关系。^[21]具体到各个不同的领域,在经济发展方面,最高法一直在通过议事制度形成的司法政策参与对经济的调控;^[22]在基层治理方面,司法也在通过刑事裁判贯彻维持稳定的国家政策;^[23]至于在与气候变化诉讼最为相关的环境公益诉讼中,司法力量与其他国家机关之间的互动则更为明显。检察机关大量使用国家和地方政策细化立法文本中的原则性规定,对行政机关的环境政策执行进行全面监督,甚至评估着环境治理效果。法院则成了这一法律监督功能实施的后盾,树立典型、示范教育则取代了纠纷解决,成为了法院的主要功能。^[24]换言之,我国的司法机关一向承担通过制定和执行司法政策、在具体审判实践中贯彻国家政策的功能。

然而,我国法院处理气候变化诉讼的方式在延续此前司法功能的基础上又表现出重要的不同。气候变化诉讼最明显的一个特点在于无法局限在一个具体的领域。社会经济生活的方方面面都与气候变化的减缓和适应有关。除了笔者已经在本文中讨论过的“黄标车”运营、煤炭消费、臭氧层破坏和太阳能热水器安装以外,气候变化还涉及其他大量的案件。温室气体排放影响可能纳入环境评价指标体系,^[25]从而使环境评价进路的气候变化诉讼成为可能。^[26]空气污染与温室气体排放的同源性

[19] 参见侯猛:《最高人民法院如何规制经济——外部协调成本的考察》,载《法商研究》2004 年第 6 期。

[20] 参见侯猛:《最高法院规制经济的实证研究——以法院内部管理费用为分析视角》,载《中外法学》2005 年第 2 期。

[21] 参见顾培东:《当代中国司法生态及其改善》,载《法学研究》2016 年第 2 期。

[22] 参见侯猛:《司法的运作过程——基于对最高人民法院的观察》,中国法制出版社 2021 年版,第 220 页。

[23] 参见汪庆华:《通过司法的社会治理——信访终结与寻衅滋事》,载《浙江社会科学》2018 年第 1 期。

[24] 参见朱明哲、匡俊:《环境合作治理中的行政公益诉讼诉前程序》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2022 年第 2 期。

[25] 参见生态环境部:《“十四五”环境影响评价与排污许可改革实施方案(征求意见稿)》。<https://www.mee.gov.cn/ywgz/pwxkgf/jsgf/202110/W020211009601370707133.pdf>, 2022 年 5 月 15 日访问。

[26] See Xiangbai He, *Mitigation and Adaptation through Environmental Impact Assessment Litigation: Rethinking the Prospect of Climate Change Litigation in China*, 10 *Transnational Environmental Law* 413 (2021).

使得针对排污企业的诉讼往往也会产生减少温室气体排放的协同效果。^[27]甚至在看似与气候变化毫不相关的用益物权纠纷中,诉讼当事人也会从节能减排的角度提出自己的论证。国家电网就在一个探矿权纠纷中主张,在界定“公共利益”时应该考虑到其正在建设的电网项目建成后可以每年减少440亿吨二氧化碳排放。^[28]此等广度意味着气候变化诉讼无法成为一个独立的诉讼类型,尤其不能仅仅作为环境司法的一个子类别加以考虑。相反,气候变化考虑几乎不可避免地会出现在刑事、行政和各类民商事案件之中。^[29]于是,并不是某一部分法官将要处理与气候有关的案件,而是所有法官都可能遇到相关的论证。

此外,气候变化不仅在广度上远远超过其他政策领域,而且有明确的长期政策目标。诚然,每年国务院都要公布经济增长目标,在维稳和环境治理方面也会有相应的计划,但是,只有在气候变化领域,由最高领导人向世界承诺了我国2030年“碳达峰”和2060年实现“碳中和”的目标。这也就意味着气候政策的司法落实上有更强的政治动力。所以,司法机关在落实气候政策时虽然没有彻底改变其一贯的运行模式,但是其所必须回应的挑战不同以往。我国司法在回应气候变化诉讼时还会有新的发展。并且其发展方向很可能不同于其他国家的气候变化诉讼实践。一旦把我国实践放在全球气候变化诉讼发展的背景下,即可展现出其作为反思性司法与其他不同方案相比所显示出的共性和个性。

三、气候政策推动型司法

为了凸显我国司法实践的特色,有必要从比较法的角度了解其他国家的气候变化诉讼实践。与我国不同,欧美和发展中国家的气候变化诉讼中出现了一种气候政策推动型司法。为了回应社会需求,法院要求政府执行既有政策,或制定新的、更为严格的气候政策。这种高风险性的回应型司法要求法院综合适用多种法律渊源,包括不具备法律约束力的规范。

(一) 环境评价、国家责任与基本权利

早期的气候变化诉讼案中,主要主张是大型建设项目环境影响评价未考虑项目的气候变化影响。最近十年间,出现了大量新类型的诉讼,以国家为被告、要求政府采取更有效的政策。在最早的案件中,法院把气候变化阐述为一种环境问题,试图在既有的环境法框架内治理。此类诉讼多发生在英国、美国和澳大利亚,原告要求大型项目许可审批过程中的环境影响评价考虑气候变化。^[30]其中较新的案例包括“希思罗机场案”。原告认为希思罗机场为了提高运力而计划修建的第三条跑道将会显著增加国际航班的数量并造成更多的温室气体排放,所以政府不应该批准该项目。虽然上诉法院支持了原告的主张,但英国最高法院最终认为政府已经在《巴黎协定》的目标内制定了更严格的气候政策,并

[27] 参见赵悦:《气候变化诉讼在中国的路径探究——基于41个大气污染公益诉讼案件的实证分析》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期。

[28] 参见北京市西城区人民法院(2016)京0102民初1894号民事判决书。

[29] See Mingzhe Zhu, *The Rule of Climate Policy: How Do Chinese Judges Contribute to Climate Governance without Climate Law?*, 11 *Transnational Environmental Law* 119 (2022).

[30] See Jacqueline Peel, Hari Osofsky & Anita Foerster, *Shaping the Next Generation of Climate Change Litigation in Australia*, 41 *Melbourne University Law Review* 793 (2017); Jacqueline Peel & Hari M Osofsky, *Climate Change Litigation*, 16 *Annual Review of Law and Social Science* 21, 30 (2020).

且在项目环评中充分考虑了环境影响。^[31]“气候作为一种环境问题”的高光时刻莫过于美国的“马萨诸塞州诉联邦环保署案”，原告主张联邦环境署必须把温室气体纳入空气污染立法的规制框架。^[32]该案突破了此前针对项目个案一事一议的路径，利用政府规制的力量寻求对气候问题的更广泛解决方案。

把国家对气候变化承诺的履行放在基本权利的框架内审查在近年中逐渐成为一个明显的趋势。^[33]在巴基斯坦，拉合尔(Lahore)高等法院认为政府耽于应对气候变化造成了人权的侵犯。^[34]可见，气候变化诉讼的“权利转向”在发展中国家的出现并不晚于发达国家。哥伦比亚的最高法院在一个案件中进一步讨论了代际正义与团结、私人机构在气候变化中的责任、人类对生态系统的依赖，并最终作出判决承认亚马孙盆地的法律人格。^[35]发展中国家的法院往往把在当地较为边缘的气候变化问题与更广泛的宪法权利、环境保护、土地使用、灾害预防、自然资源保护和伦理问题相连。^[36]

这一潮流的特点是把应对气候变化阐释为一种国家的法律义务，要求国家采取更积极的气候政策。^[37]此时的代表性案件是 2019 年底作出终审判决的“Urgenda 案”，该案是首个通过司法机关使国家为减排承诺负责的案件。原告主张荷兰政府因为气候变化应对不力而未能尽到《荷兰民法典》中规定的注意义务，从而导致了《欧洲人权公约》第 2 条和第 8 条所保护权利的侵犯。^[38]法院认为，《欧洲人权公约》对荷兰政府有直接的约束力，而政府未能实现其减排目标构成了对公约义务的违反，并判决政府必须在 2020 年底以前把碳排放降低至 1990 年排放量的 75% 以下。受到“Urgenda 案”判决的启发，欧洲其他一些国家的法院也相继在最近两年内为国家设定了明确的减排目标。如在 2021 年 3 月裁决的“《气候保护法》部分违宪案”中，德国宪法法院认为保护生态责任在不同世代之间分配应该符合比例，而不能导致后代必须付出彻底禁欲的代价，并因此判决德国《气候保护法》部分违宪，要求立法机关于 2022 年底前进一步规定 2030 年以前的减排目标。^[39]

从全球气候治理的现状来看，政策推动型司法具有重要的现实意义。各国在国际会议上宣布一个又一个雄心勃勃的减排目标，然后再毫不在意地违背承诺。正是这种目标与现实之间的巨大差距，使得确定国家减排目标的法律约束力成了中心议题之一。法官也纷纷在诉讼中评估国家是否完成其所承诺的减排目标，并通过创造性解释法律，让减排目标具备法律拘束力。法国行政法院在 2021 年

[31] See Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport, [2020] EWCA Civ 214. See Nigel Fleming & Ruth Keating, *Climate Change Litigation in the United Kingdom: Planning, Energy and Protest*, in *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Brill, 2021.

[32] 参见马存利：《全球变暖下的环境诉讼原告资格分析——从马萨诸塞州诉联邦环保署案出发》，载《中外法学》2008 年第 4 期。

[33] See Joana Setzer & Lisa Benjamin, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, 9 *Transnational Environmental Law* 77 (2020); Jacqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, 113 *American Journal of International Law* 679 (2019).

[34] See Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan, Case No. 25501/2015 (Lahore High Court).

[35] See Paola Andrea Acosta Alvarado & Daniel Rivas-Ramirez, *A Milestone in Environmental and Future Generations' Rights Protection: Recent Legal Developments before the Colombian Supreme Court*, 30 *Journal of Environmental Law* 519 (2018).

[36] See Joana Setzer & Lisa Benjamin, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, 9 *Transnational Environmental Law* 77 (2020); Jacqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, 113 *American Journal of International Law* 679 (2019).

[37] See Geetanjali Ganguly, Joana Setzer & Veerle Heyvaert, *If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, 38 *Oxford Journal of Legal Studies* 841 (2018); Jacqueline Peel & Hari M Osofsky, *Climate Change Litigation*, 16 *Annual Review of Law and Social Science* 21, 30 (2020).

[38] See *Stichting Urgenda v Government of the Netherlands* ECLI:NL:HR: 2019:2007. 该案初审和上诉法院判决的概况，参见张忠利：《应对气候变化诉讼中国家注意义务的司法认定——以“Urgenda Foundation 诉荷兰”案为例》，载《法律适用》2019 年第 18 期。

[39] See BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021-1 BvR 2656/18 -.

的两个判例为人们提供了管中窥豹的机会。其中,由海边的大桑特市政府提起的行政诉讼被认为是法国气候变化诉讼的第一案。大桑特市就法国中央政府拒绝采取更有效的应对措施向法国最高行政法院起诉。法国最高行政法院不但确认了地方政府在中央政府耽于应对气候变化时可以起诉中央政府,而且确认法国政府的减排目标对于政府本身具有法律约束力,而法国政府并未完成其减排计划。^[40]在另一个案件中,巴黎行政法院根据《法国民法典》生态损害责任的相关规定,裁定法国政府应该对气候变化造成的生态破坏承担责任,因为它未能完全实现其设定的温室气体减排目标。^[41]

(二)回应型司法的政策功能

当法院决定通过个案推动气候政策时,一种回应型司法便开始出现了。与传统的自治型司法相比,回应型司法主要特点有三个:其一,法律规范在司法中得到适用是因为它们可以引导法官实现公民个人、公私组织或社会整体的特定目标;^[42]其二,规范的适用和制定之间没有清晰的界限;^[43]其三,如果法官需要为回应社会需求提供方便,那么其工作的核心就不再是定分止争,而是明确公共利益的要求,阐明或修正政策。^[44]具体到气候变化诉讼的实践,不难看出在诉讼的启动方面,原告并不满足于个案纠纷的解决,而是希望法庭创造性地适用法律,从而改变现有规范的含义并推动更广泛的社会、政策变革。^[45]在诉讼的进行方面,法律和司法程序成了获得积极气候变化应对效果的手段,法庭的角色更像是社会和政策变革的推动者,而非具体争议的纠纷解决者。^[46]

这种回应型司法类似于传统所说的“能动司法”。在较为宽泛的意义上说,“司法能动主义”在司法政策上指的是法院可以创造新规则或改变规则一般解释,在司法理念上则指的是相信法院可以积极推动社会福利。^[47]如果使用这个定义,司法能动主义和回应型法没有本质的不同。然而,我们基于三个理由放弃了能动主义,转而选择回应型法。首先,司法能动概念以及相关讨论与美国最高法院司法审查的实践密不可分,扩展到讨论其他国家司法实践时难免会放大误会。其次,司法能动在美国引发的种种政治争议已经让精确的定义变得十分困难。^[48]一个高度政治化的概念对于学术讨论而言并无助益。相比之下,回应型法自始至终就是一个描述性的学术概念,无论是否赞同这种法治模式,人们都可以用以讨论司法系统与社会系统的关系。^[49]最后,最为实质性的理由则是回应型法强调的不只是司法机关本身的作用,更是司法机关与“社会”之间的互动。

在回应性法的视角下,气候变化诉讼的成败取决于是否能够说服法官承担推动气候政策变迁的责任。^[50]从最早的气候变化诉讼开始,法官都在通过创造性地解释术语、法律规范和使用法律技术

[40] See Conseil d'État, 6ème-5ème chambres réunies, 1er juillet 2021, n° 427301, Publié au recueil Lebon.

[41] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

[42] See Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p. 79.

[43] See Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p. 80.

[44] See Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p. 108.

[45] See Jacqueline Peel, Hari Osofsky & Anita Foerster, *Shaping the Next Generation of Climate Change Litigation in Australia*, 41 Melbourne University Law Review 793, 794 (2017).

[46] 美国学者有时称这种诉讼为“公益诉讼”(Public Law Litigation)。参见侯佳儒:《环境公益诉讼的美国蓝本与中国借鉴》,载《交大法学》2015年第4期。

[47] See Frank B Cross & Stefanie A Lindquist, *The Scientific Study of Judicial Activism*, 91 Minnesota Law Review 1752 (2006).

[48] See Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 Emory Law Journal 1195 (2008).

[49] 参见陆宇峰:《论高度复杂社会的反思型法》,载《华东政法大学学报》2021年第6期。

[50] 实际上,仍然有很多法官不愿意突破传统中立裁判者的角色。Christina Voigt, *The First Climate Judgment before the Norwegian Supreme Court: Aligning Law with Politics*, 33 Journal of Environmental Law 697 (2021); Laura Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?* 9 Transnational Environmental Law 55 (2020).

实现了对法律的革新。这种创造性毫无疑问地展现在把温室气体解释为一种“有害气体”的美国联邦最高法院、认为《荷兰民法典》中的注意义务包括应对气候变化义务的荷兰法官、判定《法国民法典》上的生态损害也包括气候变化造成之损害的法国行政法官、通过拟制技术承认亚马孙盆地法律人格的哥伦比亚宪法法院。既有规范的文本没有改变,但是概念的意义、规范的适用范围和法律技术的使用方式发生了改变。正是在这个意义上,气候变化诉讼为“不告不理”的法官提供了机会,使他们可以超越在个案中定分止争的定位,参与规范的创造。就连那些法官最终没有支持原告的诉讼中,法庭依然能够表达法律变革的必要性,或者指出更有胜诉可能的另一种诉讼策略。^[51]

回应型法中的司法机关必须明确公共利益的要求,并以此阐明或修正政策。^[52]换言之,司法在社会变迁发生时推动政策以回应社会变迁。一个社会以法律手段应对气候变化的方法、限度和术语反映了该社会中公共价值的选择和身份认同。“我们的法律表达了我们的信念、我们为之奋斗的价值,以及我们到底是谁。”^[53]关于气候相关立法、行政决定、经营行为的诉讼可以在法庭之内和公共领域激发关于价值和身份认同的公开讨论。在司法机构要求立法或行政机关有进一步作为的情况下,公开讨论的作用将得到最大程度的发挥。^[54]世界并不会因为气候变化诉讼的出现而改变。相反,世界正在发生改变,与之相应的是各国人民开始愈加重视生态的价值并意识到人类生活和环境变迁之间的联系。“气候变化案件就像信号灯,告诉我们这一发展方向。”^[55]

司法在气候变化应对中的推动政策变迁的作用也得到了法官本身的认可。拉合尔高等法院在“Leghari 案”中指出,作为宪法权利的生命权、人类尊严权、信息权与具有宪法价值的政治、经济、社会正义一道,让司法机关可以处理并监督政府在应对气候变化方面的措施。^[56]新南威尔士州土地与环境法院的法官普雷斯顿认为,法院可以从九个方面贡献于气候变化应对:提供平等的司法救济机会;裁决而不妨碍关于气候变化的主张;坚守法治;要求行政机关、立法机关和私人组织认真对待气候变化;解释并坚持法律中的基本价值;宣扬环境价值并为侵害环境的行为定价;让气候变化法律与政策中进步的、有原则的进展更容易出现;做出经过论证、基于证据的司法决策。^[57]就连在尚未取得有利于气候应对效果的“Juliana 案”中,异议法官也表示:“即使案件涉及激烈争论的政治问题,与政府机关具有同等地位的司法机构也不能退却。”^[58]可见,虽然不是所有法院都愿意处理政治议题,但至少有不少法官开始承认司法应当介入气候变化的政策问题。

为了追求实质正义而放弃形式安定性的自治型司法也是一种高风险司法,其成败取决于法官在应对社会需求时塑造合理制度工具的能力。^[59]与牺牲了规范的制定权以换取规范适用之独立性的自治型法治相比,回应型的司法机构更愿意根据社会意识的变化,通过规范的创造性适用创造新的规

[51] See Geetanjali Ganguly, Joana Setzer & Veerle Heyvaert, *If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, 38 Oxford Journal of Legal Studies 841, 866 (2018).

[52] See Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p.108.

[53] See Brian J Preston, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, 28 Journal of Environmental Law 11, 14 (2016).

[54] See Brian J Preston, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, 28 Journal of Environmental Law 11 (2016).14.

[55] See Laura Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?* 9 Transnational Environmental Law 55, 72 (2020).

[56] See Leghari v. Pakistan, Lahore High Court, 14 Sept. 2015, W.P. No. 25501/2015, para.7.

[57] See Brian J Preston, *The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change*, 28 Journal of Environmental Law 11 (2016).14.

[58] See Juliana v. United States, 217 F. Supp. 3d, No. 6:15-cv-01517 (D. Or., Nov. 10, 2016), para. 1263.

[59] See Robert Kagan, *Introduction*, in Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p.24.

范。气候变化明显是一个政治议题,但人们对它的理解时刻在改变。^[60]当社会对应对气候的紧迫性达成共识时,回应型的司法可以及时在诉讼中介入政策决定。除此之外,诉讼本身也可以刺激社会变化。“诉讼同时也是一种激发社会讨论的有效工具。哪怕在判决做出之前,围绕案件进行的高调宣传都会促使社会讨论气候变化危险的责任。讨论可以让人们接受新的法律立场并把气候议题从政治领域拉入法律领域。”^[61]以公开说明的理由支持法律决定在当代法理论的视角下正是法治的核心要义,气候变化诉讼也不例外。所以,积极参与气候治理的法官必须找到足够的依据,支持自己的政策决定。此时,灵活运用各种不同的规范是决定这种回应型司法成败的关键。

(三) 通过多元规范推动气候政策

回应型司法中的政策决定之所以区别于政治机构中的决定,并不是因为司法决定不处理价值和道德问题,而是因为它的论证过程围绕现行有效的制度展开。^[62]因为其论证过程仍基于法律渊源和法律规范意义之确定,从而仍然属于一种典型的法律论证。换言之,对于法学而言,最为核心的问题不是法官是否进行政策决定,而是如何论证这种决定。^[63]毋庸置疑,当法官选择回应社会需求推动政策变革而不是因循成例时,理应承受更重的论证负担。^[64]于是,无论是“Urgenda 案”和“壳牌案”中对注意义务的界定,还是“世纪诉讼”中对生态损害的判定,法官都充分援引各种法律渊源以支撑其法律适用和解释。其中,“Urgenda 案”对民法规范必须放在《欧洲人权公约》框架中解释的立场已经为学界所熟悉;^[65]“世纪诉讼”的判决文书可以为人们提供一个机会,管窥多种规范的应用。

在“世纪诉讼”中,巴黎行政法院主要的判决依据是《法国民法典》第 1246 条等条文所规定的生态损害赔偿制度。^[66]可见,和“Urgenda 案”类似的是,“世纪诉讼”案的法官也试图用民法的规则判断国家是否履行其义务。并且,法国行政法院长期以来承认《法国民法典》在行政诉讼中的拘束力。^[67]但不同于“Urgenda 案”,法国法院并没有通过转向《欧洲人权公约》或者其他基本权观念寻找法律基础。

“世纪诉讼”案的法官要确定行政当局是否负有应对气候变化的整体义务。为此,法官从国际法、欧盟法和国内法三个角度入手。在国际法上,法官依次援引了《联合国气候变化框架公约》(1992 年)第 2 条、第 3 条第 1 段和《巴黎协定》(2015 年)的第 2 条、第 4 条。这些条文表达了国际气候法的缔约目标和“共同但有区别的责任”原则。^[68]于欧盟法上,法官指出 1993 年欧洲理事会已经代表后来成为欧盟的欧共体批准加入了《联合国气候变化框架公约》,并为了执行上述国际法规定通过了第一

[60] See Laura Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?* 9 *Transnational Environmental Law* 55, 71 (2020).

[61] See Laura Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?* 9 *Transnational Environmental Law* 55, 73 (2020).

[62] 参见舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005 年第 3 期。

[63] See Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, 2009, p.3; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.82; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Harvard University Press, 1998, p.1; Brian Bix, *Doctrine, Data, and High Theory*, 6 *UC Irvine Law Review* 137 (2016).

[64] 佩雷尔曼(Chaim Perelman)在他的法律论证理论中主张应当承认“既往运动的规范价值”,并因此提出了他的“惯性原理”:如果没有足够强大的理由,不应该抛弃在过去一度得到承认的观点。相反,如果一项源自权威的规则或决定与表达了既定价值的原则明显相悖,则其公正性有待商榷。Chaim Perelman, *Rhétoriques* (Editions de l' Université de Bruxelles 2012) 387; Chaim Perelman, *The Realm of Rhetoric*, University of Notre Dame Press, 1982, p.66; Chaim Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, Springer, 1980, p.92. 并参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,商务印书馆 2019 年版,第 215 页。

[65] 参见朱明哲:《生态原则与民法的当代转型》,载《学术月刊》2020 年第 6 期。

[66] 对该制度的中文介绍,参见李琳:《法国生态损害之民法构造及其启示——以损害概念之扩张为进路》,载《法治研究》2020 年第 2 期。

[67] See Xavier Mondésert, 'Le Code civil et le juge administratif' [2005] *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 179.

[68] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 18.

个《2020 年气候和能源一揽子计划》，其中特别规定了成员国必须为了降低温室气体排放而做出努力，因此减排成了一项欧盟法上的义务。欧盟加入《巴黎协定》后，向《联合国气候变化框架公约》缔约方会议通报了欧盟及其成员国的国家自主贡献，承诺在 2030 年减少排放至 1990 年水平的 40%。随后，2018 年通过了第二个《气候和能源一揽子计划》，其中包括了对各成员国有约束力的年度减排量。^[69]法官以《环境宪章》第 3 条、《能源法典》第 L100-4 条、《环境法典》第 L222-1 条为依据，指出法国承诺通过制定低碳发展战略，具体而言是在 2030 年实现减排 40% 和 2050 年“碳中和”的政策，从而防止环境损害。^[70]所以，法国政府本身意识到了应对气候变化的重要性并且自愿设定了一系列的减排目标，可以证明应对气候变化总体义务的存在。

接着，法官从提高能源利用效率、提高可再生能源在最终能耗中的占比、减少温室气体排放这三个方面判断法国现行气候政策是否构成对义务的违反。法国的能源利用效率和可再生能源占比提高较慢，但是能源政策本身只是一项可能对于能源效率提高有效的产业政策，不能将其失败视为整个气候政策的失败。^[71]问题的关键在于确定政府是否有效降低了碳排放。法官指出，《环境法典》规定了每年产生于法国领土之上的碳排预算，这一年度预算每五年递减。^[72]2015 年至 2018 年之间实际产生的碳排放超过了预算的 3.5%。此后每年碳排放下降的速度都没有达到政府法令所规定的速度。^[73]所以，国家虽然为了完成 2030 和 2050 年的两个碳排放目标设定了轨迹，但是如果不能沿着既定的方针和规划稳步推进，则将造成更多的温室气体排放，从而加剧生态破坏。^[74]

虽然《法国宪法》第 55 条规定“依法通过或加入的国际条约或协定，一经公布即具有高于法律的效力”，但或许正如生态转型部部长在答辩状中所言，此类条约不具备对公民个人的直接效果。实际上，法官也并未直接使用国际条约作为裁判基础，而是在条约义务的背景下进一步解释拘束力更加确定无疑的欧盟法和国内法规则。至于判断政府是否有过失，使用的只是政府自己设定的“碳预算”。尽管该预算所体现的减排目标现在写在《环境法典》之中，却只不过是政府用于执行法律的一项法令。换言之，其要求非常具体而规范位阶较低。

有限的成功个案已经说明多元法律渊源在气候变化诉讼中的重要性。荷兰和法国的法官在确定国家应对气候变化之责任时都使用了在有关案件中不具备法律拘束力的国际规则作为解释的背景资料。可见，就算一些规范仅仅停留在“软法”的层面，也可能因为在法律解释中被纳入考量范围而在个案中发挥作用。国家自行确定的减排计划以及对其执行的程度都成了判断它们是否尽到责任的标准。

四、我国气候变化诉讼的改进路径

运用比较法方法和外国司法素材的目的在于通过对比凸显我国司法机关处理气候变化诉讼的特点，并在尊重这些特点的前提下探讨各国共同面临的挑战。同样是面对气候诉讼，我国呈现出了一

[69] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 18.

[70] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 19.

[71] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 23.

[72] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 29.

[73] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 30.

[74] See Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, req. n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, para. 31.

种强化后的政策落实型司法模式,在一些关键方面不同于回应型司法。但是,各国都需要在司法中适用不具备法律拘束力的气候政策。在我国,气候政策的司法适用需要在气候治理的发展模式之下思考。

(一) 气候变化诉讼的异与同

我国法院处理气候变化诉讼的模式与回应型法并不相同。气候变化诉讼中的回应型法需要试图用策略性诉讼推动社会和政策变迁的原告和愿意回应社会变迁需要的司法机关。两者共同督促公权机关制定或执行气候变化政策,或者追究大型排放企业的历史责任。然而,在我国,除了“甘肃弃风弃光案”等少数个案之外,大部分原告提起诉讼的动机并不是策略性的。他们希望自己的权利得到承认、利益得到保护,而不是在宏观意义上试图推动社会变革。我国的司法机关既没有自行制定气候政策,也没有督促行政机关制定气候政策。在这个意义上,我国法院与所谓的“司法能动”相去甚远。实际上,自2008年《中国应对气候变化的政策与行动》发布以来,我国政府一直在制定各种具体、可操作的气候政策,决策机关的怠惰实际上无从谈起。就气候目标的落实而言,我国至少很有可能在预定期限之前实现巴黎气候变化大会时承诺的国家自主贡献目标。^[75]此外,与域外气候变化诉讼往往经历反复上诉的过程才能最后在最高司法机关一锤定音相比,我国的气候变化相关案件大部分都在一审法院结案。如果最高法院将来明确可以针对大型排放企业提出公益诉讼,或者检察机关开始通过行政公益诉讼要求行政机关采取更加积极的应对方案,那么可能一种回应型的气候变化司法也会在我国出现。但是,至少目前,我国的气候变化诉讼最主要的特点仍然是司法机关在大量民事诉讼中落实气候政策。

尽管在案件类型、诉讼请求、诉讼程序等方面有众多差异,回应型司法和政策执行型司法都面临着相似的挑战,如何适用气候变化政策就是其中一种。在我国的相关民事诉讼案例中,法官用政策作为法律解释或者合同解释的补充材料,从而在具体个案中落实这些政策所设定的目标。在回应型司法中,法官同样在使用各种不具备法律拘束力的规范更新对既有规则的解释。不仅如此,法官既可以审查政策是否足以实现国际承诺,又可以使用这些气候政策作为依据判断公权力对政策的执行是否充分。总而言之,无论是在哪一种模式,气候变化诉讼都把本身仅作为行政文件的气候政策推入了司法场,让法官不得不考虑对这些政策文件的适用。以下笔者将在我国气候治理路径的约束下讨论气候政策的司法适用。

(二) 气候治理的发展主义路径及其司法意义

在国际法层面,气候变化是一种“人类共同关切”,然而各国在应对这一关切时,至少出现了三种不同的路径。欧洲国家倾向于将其理解为环境问题,美国倾向于从经济角度来看待它,许多发展中国家则将气候政治理解为“更大的历史和经济不公正模式的一部分”。^[76]中国的气候治理依赖于一种发展主义路径。它把制定和实施气候政策的权力交给了管理工业事务的政府部门,并允许它们通过使用宏观经济措施来实现气候目标,以改变产业和能源结构。

首先,这种路径在我国与气候变化相关的法律框架中得到体现:迄今为止,适用的规范主要涉及工业部门,分散在《节约能源法》《循环经济促进法》《可再生能源法》《电力法》《清洁生产促进法》《大

[75] 参见生态环境部:《中国应对气候变化的政策与行动2019年度报告》,第1页, <https://www.mee.gov.cn/ywggz/ydqhbh/qhbhlf/201911/P020200121308824288893.pdf>, 2022年5月15日访问。

[76] See Daniel Bodansky, Jutta Brunnée & Lavanya Rajamani, eds., *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017, p.5.

气污染防治法》中。这些法律确定了规范性框架,在此框架内可以开展各种减缓措施,并在很大程度上决定我国气候政策的范围。

其次,从历史角度看,我国的气候政策一直由宏观经济部门主导。在中国气候治理的初期,相关问题确实属于国务院国家环境保护委员会的范畴。然而,从 1988 年到 1998 年,同时也是国家科学技术委员会主席的宋健主持着国家环境保护委员会。1989 年 3 月 17 日,国家气象局副局长骆继宾提交了第一份与气候变化有关的报告,该报告广泛汇报了全球变暖的科学证据、其后果和影响、温室气体和臭氧层、国际关切、IPCC 的形成以及一些政策建议。^[77]11 个月后,国家气候变化协调小组成立,以协调不同部委的行动。其中,负责准备召开国际气候会议的第四工作组由外交部、科技委、能源部、交通部、农业部、林业局、国家气象局、环境保护局和国家海洋局的工作人员组成。^[78]可见,政府此时已经意识到气候治理不只是一个科学问题,更是一个政治问题,需要在管理工业部门的各部委之间进行协调。1998 年的国务院机构改革中,国家气候变化对策协调小组取代了国家气候变化协调小组,上级管理部门也变成了国家发改委的前身国家计划委员会(计委)。2003 年的机构改革把计委改为国家发改委,并授权由其领导的国家气候变化对策协调小组协调 15 个部委的行动。2007 年,国务院成立了国家应对气候变化及节能减排工作领导小组,由总理兼任组长,小组办公室设在国家发改委。^[79]次年,应对气候变化司在国家发改委成立。虽然国家应对气候变化及节能减排工作领导小组和应对气候变化司自 2018 年起转由生态环境部管理,但国家发改委的影响力将继续存在,因为气候变化作为一个需要包括交通、农业、财政、住建、工信等各部门协力的领域,发改委的宏观调控政策可以发挥较为明显的协同作用。

理解气候治理的发展路径对于我国气候变化诉讼的展开有着重要的意义。

首先,这种路径的特点决定气候问题是一个宏观经济和产业问题。防止大气污染可以有助于减少温室气体的排放,但无法把温室气体解释为污染物。《大气污染防治法》第 2 条第 2 款授权政权加强“对燃煤、工业、机动车船、扬尘、农业等大气污染防治……对颗粒物、二氧化硫、氮氧化物、挥发性有机物、氨等大气污染物和温室气体实施协同控制”的机制。该条款的字面解释表明,法律把空气污染物和温室气体当作两个不同的领域,适用于前者的规范并不必然能用来规制后者。同样,就算有朝一日复数意义的“环境权”进入了我国法律体系,恐怕“享有稳定气候”也无法成为其中的子项。在此意义上,不但在国际环境法学界讨论热烈的“权利转向”不会在我国出现,而且以气候变化侵权作为抓手的诉讼也很难成立。

其次,发展路径还意味着气候变化政策会大量以不具备法律约束力的宏观调控政策的形式如规划、路线图、行动方案等面世。只需要对我国的气候变化政策做一个概览就可以看到,虽然行政机关和各级人大在气候治理方面有权制定各种具有法律约束力的规范,但真正有约束力的规范少之又少,仅有山西和宁夏制定了地方性法规。如果说地方立法缺位尚属有情可原,行政规范的缺位则更能说明问题。《立法法》第 65 条规定国务院可以就《宪法》第 89 条所列举的事项制定行政法规,《宪法》

[77] 参见骆继宾:《关于全球气候变暖问题的汇报》,载国务院环境保护委员会秘书处编:《国务院环境保护委员会文件汇编(二)》,中国环境科学出版社 1995 年版,第 59-65 页。

[78] 参见国家气候变化协调小组第四工作组:《关于气候变化公约谈判准备情况的汇报》,载国务院环境保护委员会秘书处编:《国务院环境保护委员会文件汇编(二)》,第 256 页。

[79] 参见《国务院关于成立国家应对气候变化及节能减排工作领导小组的通知》(国发[2007]18 号),<https://www.ccchina.org.cn/Detail.aspx?newsId=28014&Tid=60>, 2022 年 5 月 15 日访问。

第 89 条第 6 款则规定国务院行使“领导和管理经济工作和城乡建设、生态文明建设”的职权,所以国务院完全可以通过行政法规规制气候变化应对。相比之下,各种没有规范强制力的政策比比皆是,从《国家气候变化纲要》《2014-2015 年节能减排低碳发展行动方案》《国家应对气候变化规划(2014-2020)》,一直到“十二五”计划、“十三五”计划配套的各种温控和节能工作方案。只要发展路径延续,这种“通过计划治理”的现象就会持续存在,我国气候变化诉讼的一个重要挑战也将表现为如何适用这些气候政策。

(三) 气候政策的司法适用技术

在面对气候变化时,我国司法机关将继续发挥政策落实型司法的功能,只不过范围将更加广阔、目标将更加明确、手段将更加多样。在我国气候治理已经形成并将长期延续的发展主义语境之下,司法机关必将解决的一个课题就是不同案件中宏观经济计划的适用。首先需要明确的是,现有的气候变化政策没有法律约束力,即不能作为法官进行裁判的依据。^[80]关于此点,只需要参阅《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》便一目了然。根据该规定,除了法律、法律解释或者司法解释之外,民事审判只能援引行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,行政裁判文书则还可以引用国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释或者行政规章。^[81]现有的气候变化政策均由行政机关制定,且就其形式而言均不属于上述可以援引作为裁判依据的规范性文件。但是,否定气候政策的法律拘束力并不意味着它们不能在裁判中发挥作用。实际上,不具备拘束力的规范性文件经法院审查认为合法有效的,可以作为判决说理的依据。^[82]所以,真正的问题是如何在判决说理中使用气候政策。^[83]笔者已经在本文中指出气候政策在民事裁判中作为合同解释之补充材料的作用,以下仅结合国际经验和其他领域的诉讼实践,分析气候政策的司法适用前景。

从国际经验看,气候政策可以作为确定立法中具体规则和概念解释的材料。实际上,目前成功的气候变化诉讼案都建立在更新概念和规则解释之基础上。“Urgenda 案”的法官更新了对民法中“照顾义务”的解释,“世纪诉讼”中的行政法官更新了“生态损害”的解释。在这些案件中,《巴黎协定》等不具备法律拘束力的规范都为法官的说理提供了依据。在我国,《民法典》和其他法律也包含着大量的不确定概念,可以通过援引政策加以解释,使得政策目标可以贯彻在民商事审判过程中。在最一般的意义上,《民法典》的 11 处“公共利益”可以在具体裁判中由气候政策补充。更具体而言,《民法典》第 9 条中的“节约资源”、第 509 条中的“浪费资源”、第 619 条中的“节约资源”和“保护生态环境”都可以通过参照援引气候政策而在个案之中获得具体的含义。《民法典》物权编中各种国家所有权条款、关于相邻关系的规定也可以成为气候政策发挥作用的路径。另外,从最高法发布的环境资源司法

[80] 马怀德认为规划具有“明确的拘束力”。参见马怀德:《迈向“规划”时代的法治中国建设》,载《中国法学》2021 年第 3 期。如果说规划具有拘束力,那么这种约束力最多只能是对行政机关的内部拘束力,而不是作为司法裁判规范意义上的法律约束力。

[81] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)第 4 条、第 5 条, <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-73.html>, 2022 年 5 月 15 日访问。

[82] 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)第 6 条, <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-73.html>, 2022 年 5 月 15 日访问;《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发[2018]10号)第 13 条, <https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-101552.html>, 2022 年 5 月 15 日访问。

[83] 关于裁判依据和判决说理的区别,参见雷磊:《从“看得见的正义”到“说得出的正义”——基于最高人民法院〈关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉的解读与反思》,载《法学》2019 年第 1 期;杨贝:《论判决理由与判决原因的分离——对司法虚饰论的批判》,载《清华法学》2016 年第 2 期。

白皮书中,可以看到其司法政策是在涉及新能源、环保产业、战略新兴产业的债务纠纷中,以及油气资源开发、清洁能源替代纠纷、绿色信贷纠纷等领域,均需要考虑“双碳”目标的落实。在可预见的未来,我国司法机关可能需要经常依据气候政策更新法律概念和规则。

此外,在我国检察公益诉讼实践的展开中,常常可见检察机关用不具拘束力的环境政策作为确定行政机关是否依法履职的依据。笔者于本文中提到的各种能源类法律有大量授权型条款,仅规定了某一行政机关在其管理领域内的权能,却没有规定具体履职的方式,更没有规定存在履职瑕疵时的法律责任。这种“不完全法条”在环境法律文中比比皆是。面对这种不完美,检察机关在监督政府履职时往往转向各种政策性文件。如被最高人民检察院选为典型案例的磁湖案中,湖北省黄石市西塞山区人民检察院根据黄石市政府文件《关于调整相对集中行政处罚权范围的通知》和《黄石市控制和查处违法建筑事实办法(施行)》的规定,认为黄石市下陆区城市管理局未履行查处违法建筑的职责。^[84]类似的案件屡见不鲜,甚至可以说以“法律原则+地方政策”的方式确定行政部门的法定职责已经成了诉前程序的标准方法。^[85]虽然笔者于本文中已经强调我国气候政策的发展主义路径使得气候变化往往属于宏观经济政策或产业政策处理的领域,但这并不意味着检察机关不能在环境公益诉讼中使用这些政策。

除此之外,各项政策还可以在判决中发挥价值引领功能,行政机关也可以援引各种计划和路线图用来说明行政行为的合法性。目前这些适用场景尚有待进一步发掘,说明气候政策的司法适用仍是一个潜力巨大的领域。

五、结 语

讨论中国司法如何参与气候治理无需纠结于“中国是否有气候变化诉讼”这样的定义问题。无论学者承认与否,我国法院都已经对积极应对气候变化、深入推进低碳转型等国家政策有所了解,并在主动适用国家的气候变化政策裁判案件。这些案件大部分都是各类民事纠纷、特别是合同纠纷。在这些案件中,当事人未必真的有应对气候变化的主观意愿。然而,就是在这些不起眼的日常私人争议中,我国司法机关把全球气候治理的宏大目标落实到了社会生活的神经末梢。在这个意义上,我国司法在更新对法律规范之既有解释时并不只是回应社会变革,更是努力在国家政策的指导下推动社会变革。

比较法的运用将有助于人们一方面认识到我国实践的独特之处,另一方面从域外经验中获得一些启发。气候变化诉讼的全球趋势也体现出了明显的从自治型法向回应型法转向的态势。从我们已经耳熟能详的“马萨诸塞州诉联邦环保署案”和“Urgenda 案”到“世纪诉讼”乃至尚未最后一锤定音的“壳牌案”,各国法官都在面对策略性气候变化诉讼时超越了中立裁判者的角色,转而采取政策决定的举动以回应社会对更积极气候政策的要求。法院为辩诉双方提供了平等和公开的交流机会,法官职业素养也保证了变革在法律的框架内发生、以法律的形式得到确认。正因为如此,司法在气候法治的塑造中扮演了重要的角色。这种高风险司法对法官的论证工作提出了更高的要求。在法律渊源方

[84] 湖北省黄石市西塞山区人民检察院督促黄石市下陆区城市管理局履行职责案,参见湖北省黄石市西塞山区人民检察院西检行公建[2018]07号检察建议书,最高人民检察院第八检察厅编:《行政公益诉讼典型案例实务指引生态环境资源保护领域(上册)》,中国检察出版社2019年版,第29页。

[85] 参见朱明哲、匡俊:《环境合作治理中的行政公益诉讼诉前程序》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2022年第2期。

面,各国法官打破了国际法与国内法、公法与私法的界限,试图通过多种渊源的扩展说明为何规范变迁的时机已经成熟。我国法院在通过调整社会关系实现国家治理目标的过程中可以对此有所借鉴。毕竟,让法官得以确认治理目标的政策文件大部分都不具备法律约束力,却不妨作为判决说理的材料。法官可以使用这些政策来补充对于合同和法律的解释,检察机关也可以尝试在检察公益诉讼的诉前程序中监督政府对这些政策的执行。

(责任编辑:徐澜波)

On the Judicial Power's Role in Climate Governance

—An Observation from the Perspective of Comparative Law

ZHU Mingzhe

Abstract: In the face of the global challenge of climate change, litigation based on climate law or policy as an argument, or with mitigation and response as the primary goal, has emerged in various countries, and China is no exception. It is found from the practices of climate change in various countries that the interactive relationship between justice and policy is evident. The judicial organs of China have achieved the effect of reducing greenhouse gas emissions through the use of various policies in a large number of obligation-related cases, especially in contractual disputes. In contrast, in European-American and the Global South countries, the mode of advancing development of climate policies through justice emerged in climate change litigation may be explained by the idea of "responsive justice". Whether for implementing or for advancing climate policy, the judicial organ equally needs to apply non-legally binding norms so that there is a basis for mutual reinforcement and inspiration. As China's climate governance characterized largely by the leading role of the macroeconomic administrations and the use of industrial and economic policies as the main tool, the future challenge to climate change litigation in China is how to apply these policies in judicial practices. Although climate policies cannot be used as a basis for adjudication, they may be used as a reasoning basis and materials for construing contracts and laws. In addition, the procuratorate can also explore the possibility of supervising a governmental organ's implementation of climate policies in public interest litigation.

Keywords: Climate Change Litigation; Climate Policy; Responsive Justice; Development Approach