

邓海峰 著

生态整体主义视域 中的法治问题

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

邓海峰 著

生态整体主义视域 中的法治问题

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

生态整体主义视域中的法治问题 / 邓海峰著. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7391 - 0

I. ①生… II. ①邓… III. ①环境保护法—研究—中国 IV. ①D922.684

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 302873 号



责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.75 字数 372 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7391-0

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

邓海峰

男，法学博士，管理科学与工程博士后。先后师从蓝承烈教授、马俊驹教授于黑龙江大学法学院、清华大学法学院获得法学学士、民商法学硕士与民商法学博士学位，并师从王名教授于清华大学公共管理学院从事环境资源管理博士后研究。

现职：清华大学法学院副教授，硕士研究生导师。清华大学环境资源与能源法研究中心副主任。中国环境资源法学研究会理事，中国环境科学学会环境法分会副秘书长，常务理事，中国能源法研究会理事，世界自然保护同盟环境法分会会员，学术考评与奖励委员会委员。研究方向：环境法、自然资源法、能源法。

先后主持和参与完成包括《国家社科基金》在内的法学课题40余项，其中国家社科基金重大项目2项，教育部人文社科重大招标项目1项，教育部环境法基地重大招标项目2项。在《中国法学》《法律科学》《现代法学》《法商研究》等核心刊物上发表论文40余篇，出版专著2部，参编《中国大百科全书·法学卷》，撰写能源法等一级词条，参编学术著作8部。

2007年获国家能源办“能源法起草优秀建言奖”；所著《排污权：一种基于私法语境下的解读》获得2008年度北京市社会科学理论出版基金奖；所著《环境容量的准物权化及其权利构成》一文于2009年获得中国环境科学学会环境法分会首届“励青”环境法学奖一等奖和中国法学会第二届法学优秀成果三等奖。2011年度获得中达环境法青年学者奖。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

目 录

生态环境篇

生态法治的整体主义自新进路	003
环境保护法修改刍议	015
环境容量的准物权化及其权利构成	032
海洋环境容量的物权化及其权利构成	047
排污权制度论纲	060
排污权与不同权属之间的效力冲突和协调	077
排污权转让法律问题研究	095
排污权抵押制度研究	109
海洋油污损害国家索赔主体资格与索赔范围研究	122
OECD 国家环境税制的分析与启示	136

自然资源篇

土地法律秩序的解构与重塑	149
土地增减挂钩语境下的涉农制度改革	165
户籍制度对土地承包经营权流转的制约与完善	181
我国资源税改革的现状及走势	191
城乡建设用地增减挂钩的法制困境解析	197

气候能源篇

能源立法模式与核心制度选择 339

低碳经济与能源法的制度构建 350

美国联邦与州控制气候变化互动机制的评析与借鉴 361

生态环境篇

生态法治的整体主义自新进路

目 次

- 一、生态文明的法治意蕴
- 二、个人优位制度供给的无奈
- 三、社会优位法治实践的回归
- 四、结语

80年前,大地伦理思想的倡导者奥尔多·利奥波德曾对西方工业文明所引发的生态灾难发出掷地有声的时代诤问:“我们所爱的究竟是何物和何人?当然不是土壤,我们正在急急忙忙地把它冲到河的下游;当然不是水,在我们看来,它除了转动涡轮、浮运驳船和排除污水之外,是没有功能的;当然也不是植物,我们正在漫不经心地毁灭着它的整个共同体;当然也不是动物,我们已经灭绝了它们中间最大和最美丽的品种。”^①80年后,当我们发现曾经熟悉的乡土中国已日渐被工业文明置换远去的时候,这位美国生态伦理之父的诤言更显振聋发聩。它警示我们必须要用更具德性的文明形态去约束工业文明的制度惯性,实现人与自然的和谐共生。令人欣慰的是,理性求索的中华民族读懂了他的警示,并最终选择与更具德性的生态文明站在一起。

一、生态文明的法治意蕴

对于生态文明的意蕴,学界并未达成共识。我们所理解的生态文明,至少应有基于理念维度和秩序维度的双重阐释空间。之于前者,它是人类所追

^① [美]奥尔多·利奥波德:《沙乡年鉴》,侯文蕙译,吉林人民出版社1997年版,第194页。

寻的一种文明样态;之于后者,它则是推进制度实践的一种秩序范式。^② 作为人类文明的新型样态,生态文明是对工业文明的替代和超越,它描述了人类在处理同自然的关系时所达到的文明程度和伦理高度;它以尊重、顺应和保护自然为主旨,以人与自然、人与社会的和谐共生为表现,以民族未来的永续发展为着眼点,以构建“宜居适度”、“山清水秀”的“美丽中国”为归宿。^③ 栖生于这一维度的生态文明为应然世界的美丽中国提供着正当性基础与路径导引。而作为展现实践理性的一种秩序范式,生态文明则是形成一个共同体的经济、政治、文化乃至社会生态秩序的制度推手。它通过对共同体内既有制度的生态升华,为实然世界的美丽中国创造着实践性基础与优化动力。正是基于文明要素在这两重维度间的对话,美丽中国的价值基础不断彰显,生态文明的法治意蕴渐次生成。

对于法律与文明的关系,德国新黑格尔主义法学大家约瑟夫·柯勒曾有过精辟概括。他认为法律是与文明相对的,而且不同的法律与特定时空的文明相对。“对过去而言,法律是文明的一种产物;对现在而言,法律是维系文明的一种工具;对未来而言,法律是增进文明的一种手段^④。”循此思路,生态文明自当为生态法治的创生提供价值原点与革新动力,而创生后的生态法治则应以生态文明的制度维系和秩序增进为存在依据。在这种意义上,法治的意蕴当已凝结在生态文明的秩序范式之中,并成为维系和增进这一文明秩序的规范基础。然而遗憾的是,受以工业文明需求为基准的个人优位法制建构的影响,生态法治非但不曾适配于生态文明的秩序期待,反而在两者间制造了系统性的紧张与冲突。

② 我们对于生态文明具有两种维度的判断得益于人类与法律文化学者克吕贝和克鲁克霍恩对作为文明表现形式之一的法律文化内涵的概括。他们认为“文化系统一方面被作为行动的产物来考虑;另一方面也被作为进一步行动的条件因素来看待”。See A. L. Kroeber and C. Kluckhohn, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, 1952, p. 181. 转引自[英]约翰·贝尔:《法国法律文化》,康家昕等译,清华大学出版社2012年版,第3~4页。

③ 有关这一维度的生态文明意涵概括自胡锦涛同志在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告。详见胡锦涛:“坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告”,2012年11月8日,载 http://news.xinhuanet.com/18cpcnc/2012-11/17/c_113711665_9.htm,最后访问日期:2014年8月17日。

④ Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, (2ed. 1913), p. 1. 转引自 Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Vol. 3, St. Paul. Minn: West Publishing Co., 1959, p. 5。

二、个人优位制度供给的无奈

生态文明的物质载体是生态系统。作为一个由生物群落与无机环境构成的统一整体,^⑤它以生态系统服务的形式向人类提供有助于实现其生存与发展的所有条件和过程。^⑥由于决定生态系统功能实现的物质循环与能量流动须在生态系统的全部维度内展开方能持续,^{⑦⑧}因此维持生态系统的整体性,便成为生态系统服务乃至生态系统得以维系的前提和基础。而削弱或破坏生态系统的整体性就意味着生态系统的损害,所以要检视整体性需求背景下生态系统对生态法治的秩序期待,生态损害的特性分析当属最佳范本。

整体性语境下的生态损害是一种人人享乐又人人共担的损害。由于生态系统本身是一个普遍联系的开放性整体,任何人类共同体中的子民均可染指其中并“肆意”作为。“良民”的善举将通过生态系统服务的提升惠及他人,“刁民”的“恶行”亦将经由生态系统服务的减损殃及受众。开放性的运行规律造成了“良”与“刁”、“善”与“恶”在全民间的共享与互担,使生态损害成为一种致害人和受害人数量均不特定的“泛化主体”损害类型。这在现实生活中的典型例证便是臭氧层的破坏。全民均分享了氟化物的制冷效益,也都对紫外线过度辐射的恶果“负有原罪”。^⑨

整体性语境下的生态损害也是一种人人困惑又人人自危的损害。工业文明以漠视和侵蚀自然内在机能的形式开拓自然的过程,也是生态系统运行叠加复杂化的过程。人类对现代化的追逐非但未能同步提升其认识自然的能力,反而离间了科学与自然的关系,使人类自身陷入对整体性生态系统及其内在规律的辨识困境与心理焦虑,使生态损害成为一种原因与后果均存在不确定性的“无限因果”损害类型。气候变化问题便是这种不确定性风险的

⑤ 尚玉昌编著:《普通生态学》(第3版),北京大学出版社2010年版,第371页。

⑥ 生态系统服务的内容详见 Gretchen C. Daily, et al., *The Value of Nature and the Nature of Value*, *Science*, vol. 289, no. 5478, (July, 2000), pp. 395 - 396.

⑦ 生态系统功能的含义与类型详见 Robert Costanza, et al., *The Value of the World's Ecosystem Services and Nature Capital*, *Nature*, vol. 387, no. 6630, (May, 1997), pp. 253 - 260.

⑧ 生物圈的物质循环与能量流动进程详见[美]巴里·康芒纳:《封闭的循环:自然、人和技术》,侯文蕙译,吉林人民出版社1997年版,第24~37页。

⑨ 有关环境责任的“原罪”说详见徐祥民、吕霞:“环境责任‘原罪’说”,载《法学论坛》2004年第6期。

突出代表。直到目前,学术界对 CO₂ 等温室气体浓度的增加是全球变暖的主要因素,仍存在很大争议。^⑩

整体性语境下的生态损害还是一种人人关切又人人超脱的损害。生态系统的整体性提示我们,生态系统服务的受众囊括系统内的所有生物,无人能排他性地独占,而受损后的生态影响亦及于生态系统的全部功能,无法分割确认与承担,因而,面对生态利益,人人予取予求,面对损害修复,则各个退避三舍。这说明基于生态系统服务而被全人类所分享的生态利益是难以用生态尺度以外的标准加以准确度量的,其一旦受损便将构成一种“不可量化”的损害类型。

生态损害所独有的上述特性,要求生态法治提供适配的制度设计予以救济,然而这却将滥觞于自由资本主义时代的既有法制逼入了死角。在当下的生态法治体系中,承担生态损害救济任务的,是移植于民法侵权领域的环境侵权制度。作为私权保障体系的中坚,近现代侵权法律制度的产生及其机理选择是在资产阶级启蒙运动背景下,机械论世界观与个体主义价值论述共同作用的结果。机械论世界观的要义在于将自然作为人类的物质奴仆踩在脚下,而个体主义价值论述的精髓则在于宣示人类及其理性的价值光芒。这种褒贬两极的认识一经推出便被精英阶层吸收和放大,于是哲学文化接受了康德力推人类主体性地位的“目的论”,^⑪而法学构造则臣服于笛卡儿人与自然的主客二分说。个体主义导向的启蒙运动价值成果,彻底粉碎了人与自然的整体性依存关系,它不仅将人类剥离于其赖以生存的生态襁褓,更在两者之间遍插制度樊篱,这最终对法律的调整机制及法域的功能界分产生了深远的影响。

一方面,个人优位主义的制度调整机理几乎成为被全部法律制度顶礼膜拜的神符。对于侵权法而言,此时建构以人本(万物主宰)为原点、人权(自由、平等)为导向、人欲(身份、财产)为标的、人祸(侵权行为)为对象的自己责任体制,不但顺理成章,而且迫切十足。为此,侵权法创立了以个体人格独立为标志的权利主体制度和以权益范围独立为标志的权利客体制度。按照

^⑩ 方精云等:“全球变暖、碳排放及不确定性”,载《中国科学:地球科学》2011年第41卷第10期。

^⑪ [德]康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社1986年版,第80页。

这两项制度的逻辑,整体性生态利益要想获得侵权法的保护必须首先将自我“变卖”于特定的主人,然后再证明自己具有被“大卸八块”的可能。这种近乎荒谬的“需求”实质上抹杀了整体性生态利益生存的法治空间。由此可见,在个人优位主义调整机理如日中天的法治语境下,期待侵权法理站在生态整体主义的立场上去救济生态损害近乎于天方夜谭。另一方面,个体主义导向的价值论述又摧毁了公法与私法的传统界分,使私法的功能异常膨胀。此时的法律试图将一切法律关系均归结为以私法核心范畴示人的“权利—义务”关系,法学家们甚至认为植根于私法的这对范畴“足以用来分析即使是最复杂的法律利益问题”。^⑫而审时度势的实务家们则干脆“将全部注意力都集中在私法上”,这最终酿成了“从事公法显然既危险又徒劳无功”的法治悲剧。^⑬用私法意义上的“权利、义务”对跨法域的“权力、义务”进行教条化的覆盖和吸收,造成了私法对其他法域的功能排斥和私法社会地位的异常提升。难怪新西兰的分析法学派大家萨蒙德一针见血地指出:“‘权利、义务’一词(指广义的)已被用得太过分了。它常被用在实际上并不不同的关系中,从而造成法律辩论中的混乱。”^⑭整体性生态利益作为被迫接受私法法域管辖的“权利、义务”载体,自然也成为这种混乱的牺牲品。可以想见,游走于权利主体个体化和义务内容碎片化之间的整体性生态利益,必然是以遍体鳞伤的形式服务和服从于私法制度的调遣。尽管在生态危机的拷问下,这种个人优位的救济法理也曾尝试引入“无过错原则、因果关系推定、举证责任倒置”等暂可拓展其适用空间的措施,但是惨重的生态代价已经对这种舍本逐末且已达到制度变通极限的救济方式宣判了“死刑”。由此可见,内部融通与有限改良已无法应对生态法治的这种系统性危机,只有对既有的法域归属和调整机制进行彻底扬弃,才能使其消除无奈,重获新生。

三、社会优位法治实践的回归

法律是利益关系的规范表达,它的“作用和任务在于承认、确定、实现和

^⑫ [美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友编译,中国法制出版社2009年版,第26页。

^⑬ [法]勒内·达维德:《当代主要法学体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第74页。

^⑭ [新]J.萨蒙德:《法理学》,英文第9版,第299页。转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第146页。