

# 清华

## 法治论衡

高鸿钧 王明远 主编

生态·法治·文明

第22辑

清华



第22辑

生态·法治·文明

高鸿钧 王明远 主编  
邓海峰 副主编

清华

法治论衡



清华大学出版社 北京

## 内 容 简 介

本书以“生态·法治·文明”为主题,汇集了环境法学界部分知名学者及青年才俊的学术文章。这些学术成果对传统的环境法学研究问题提出了创新性的解释与阐述,集中体现了中国环境法学界关于环境法学研究问题的理论前沿和创新思潮,体现了环境法学与其他学科的交叉、融合的重要趋势,对生态文明及可持续发展的理论研究和制度建设具有重要价值。此外,本书还精选了几篇紧贴时事热点的法理学文章。

本书主要适合环境法领域的理论研究者阅读,对从事环保法治建设和实务的工作者也有一定的参考作用。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡. 第22辑,生态 法治 文明 / 高鸿钧,王明远主编. --北京:清华大学出版社,2014

ISBN 978-7-302-38230-0

I. ①清… II. ①高…②王… III. ①法治—文集②生态文明—建设—法治—文集 IV. ①D902-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 229996 号

责任编辑:方 洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印张:32.25 插页:1 字数:431千字

版 次:2014年10月第1版 印次:2014年10月第1次印刷

定 价:56.00元

---

产品编号:058116-01

本书由清华大学法学院主持

清华大学法律全球化研究中心  
清华大学环境资源能源法研究中心 合作编辑



## 卷首语

- 上下求索 ..... 王明远 (1)

## 主题文章

- “环境法学的发展与改革”研讨会纪要 ..... 李启家 (7)
- “环境法学的危机与出路:从浅层环境法学到深层  
环境法学”研讨会纪要 ..... 王明远 (56)
- 中国气候变化立法的已有经验总结与建议 ..... 曹明德 (81)
- 纯经济损失理论与环境侵权救济 ..... 竺效 (91)
- 跨行政区环境治理的对赌性契约——以“新安江  
协议”为背景的分析和探讨 ..... 柯坚 吴凯 (111)
- 论环境规划法律规制问题的研究范式  
..... 刘佳奇 罗念 (128)
- 物尽其用与永续利用  
——从财产权视角解读“生态文明” ..... 罗薇 (139)
- 生态文明与法治文明的通约及融合 ..... 徐忠麟 (151)
- 对生态文明建设的哲学思考 ..... 吴喜梅 申始占 (166)

论我国第二代环境法的主要特征 .....	皮里阳	(177)
东盟特色对东盟发展环境相关权利之影响 .....	李佩蓉	(189)
科学不确定性背景下的风险决策——法经济学方 法的初步应用及其完善 .....	金 峰	(203)
论风景公共利益 ——一种主客体关系的视角 .....	张振威	(223)
举证责任倒置抑或因果关系推定——对《侵权责任法》 第 66 条的解释分析 .....	童光法	(236)
《环境保护法》“按日计罚”条款评析 .....	严厚福	(243)
试论环境权私法救济之可能性——来自日本国立 市景观纠纷案件的启示 .....	裴敬伟	(260)
环境损害的修复责任制度初探——以水体损害修 复责任的中德比较为视角 .....	沈百鑫	(271)
土地增减挂钩语境下的涉农制度改革 .....	邓海峰	(297)
论我国土地法的生态化 .....	杨朝霞	(315)
雾里看花——透过大气污染事件看生态文明法治 建设 .....	韦贵红	(336)
我国国际河流水资源信息资料交流存在的问题及 其法律对策 .....	郝少英	(348)
基于博弈论的内河船舶水污染防治决策分析 .....	颜晨广	(361)
特别敏感海域制度研究——兼论全球海洋环境治 理问题 .....	马 进	(368)
风电开发中权利冲突的解决思路探讨 .....	周悦霖	(382)
我国专利审查法律生态化问题研究 .....	汪安娜	(399)
论中国环境司法制度的构建 .....	张建伟 崔 巍	(415)
我国程序性环境权利的法律分析 .....	高 琪	(424)

## 法治纵论

法律文化视野中的嫖宿幼女罪新论

——以略阳性侵害幼女案为例 ..... 汪江连 (435)

醉驾入刑之反思

——以法文化为视角的考察 ..... 李鹿野 (451)

援天道以证人事：董仲舒法律思想与先秦儒家之

比较 ..... 吴 杰 (468)

制度文明的量化分析——当代大陆法系法律规模

范例比较研究 ..... 赵 鑫 (489)

编后记 ..... 王明远 (503)



# CONTENTS

## Tsinghua Forum of Rule of Law Ecology Law Civilization

### FOREWORD

Pursuing the Truth of the World ..... Wang Mingyuan (1)

### MAIN TOPIC

- The Development and Reform of Environmental Law  
..... Li Qijia (7)
- The Crisis and Solutions of Environmental Law: From Shallow  
Environmental Law to Deep Environmental Law  
..... Wang Mingyuan (56)
- Summary and Suggestions on China's Climate Change Legislation  
..... Cao Mingde (81)
- On the Theory of Pure Economic Loss and the Relief of  
Environmental Torts ..... Zhu Xiao (91)
- Gaming Contracts in the Environmental Governance of Cross—  
Administrative Regions: Analysis and Discussion Based on the  
Xinan River Contract ..... Ke Jian, Wu Kai (111)
- Research on the Paradigm of Legal Regulation on Environmental  
Planning ..... Liu Jiaqi, Luo Nian (128)
- Best and Sustainable Use: Interpretation of “Ecological Civilization”  
from the Perspective of Property Rights ..... Luo Wei (139)



The Commensurability and Integration between the Ecological Civilization and the Legal Civilization ... Xu Zhonglin (151)

The Philosophical Analysis of Ecological Civilization  
 ..... Wu Ximei, Shen Shizhan (166)

Analysis on the Characteristics of the Second-generation Environmental Law in China ..... Pi Liyang (177)

ASEAN and the Development of Environmental Right Discourse: the Impacts of the ASEAN Way and the Principle of Non-Interference ..... Li Peirong (189)

The Risk Decision-making under Scientific Uncertainty—Application of the Theory of Law and Economics ..... Jin Feng (203)

On the Public Interests of Landscape: from the Perspective of Subject-object Interaction ..... Zhang Zhenwei (223)

Should Article 66 of Tort Liability Law of China be Interpreted as Presumption of Causation or Shifting the Burden of Proof?  
 ..... Tong Guangfa (236)

Review of the “Daily Penalty” Clause of the Environmental Protection Law ..... Yan Houfu (243)

On the Possibility of Relief for Environmental Rights in Private Law: Enlightenments from the Landscape Case in Kunitachi City of Japan ..... Pei Jingwei (260)

Mechanism of Legal Obligations and Responsibilities to Repair Environmental Damage ..... Shen Baixing (271)

Agricultural System Reform under The Setting of Land Increase and Decrease ..... Deng Haifeng (297)

Study on the Ecologicalization of the Land Legislation in China  
 ..... Yang Zhaoxia (315)

Flowers in Fog: on the Legal Construction for the Ecological Civilization from the Perspective of Air Pollution  
 ..... Wei Guihong (336)

Problems and Legal Measures on Data Exchange of China’s International Rivers ..... Hao Shaoying (348)

On the Ship-sourced Inland Waterway Water Pollution Control Decision-making Based on Game Theory .....	Yan Chenguang (361)
On the Legal Systems on Particularly Sensitive Sea Areas: From the Perspective of Global Marine Environmental Governance .....	Ma Jin (368)
On the Approaches to Solve Right Conflicts in Wind Power Development .....	Zhou Yuelin (382)
On the Ecologicalization of China's Legal Systems for Patent Examination .....	Wang Anna (399)
On the Construction of Environmental Justice System in China .....	Zhang Jianwei, Cui Wei (415)
Legal Analysis on the Environmental Procedural Rights in China .....	Gao Qi (424)

## COMMENTS & REVIEWS

New View on the Crime of Whoring Younger Child from the Perspective of Legal Culture: Taking Statutory Sexual Assault Case in Lueyang as Example .....	Wang Jianglian (435)
Reflections on the Criminal Conviction of Alcohol-impaired Driving: from the Perspective of Legal Culture nance .....	Li Luye (451)
Using Tian Dao to Proof the Human Affairs; the Comparative Study between the Legal Thought of Dong Zhongshu and the Pre-Con- fucianism .....	Wu Jie (468)
Comparative Study on Legal Scale of Typical Regions .....	Zhao Xin (489)
<b>Editors' Notes</b> .....	Wang Mingyuan (503)



## 卷首语

# 上下求索

王明远

在天与地之间，在危机与出路之间，不断地上下求索。这大概是人类特别是近现代以来人类境况与命运的真实写照。

人类是自然之子。没有大自然的哺育与呵护，人类将没有家园，心灵和梦想更是无处栖身。对于环境人、法律人、环境法律人，特别是学者们而言，环境的危机与出路、环境法的危机与出路、环境法学的危机与出路，可能令其时刻萦绕于心，甚至痛心疾首，但实际上，这些不过是天地间宏大的人类剧目之一曲。

尽管如此，我们还是要以此为业，念兹在兹，不辱使命，为自然，为法治，为法学，更为人类生态文明和持续发展谱写华章，探索规律，接近和捍卫真理。

在人类历史的长河中，时代潮流滚滚向前，其每一次重大转向、更新，或者是由文明转型——从原始文明到农业文明，再到工业文明和生态文明——所致，或者是由重大危机引发。

在早期以及农耕时代，人类依靠自然，尊重自然，甚至崇拜自然，其生产和生活总体上是一幅“天人合一”的田园牧歌图。而近现代以来，在西方，通过文艺复兴、宗教改革、启蒙运动、产业革命以及资产

阶级革命等一系列重大变革，借助人本主义和理性主义这两面旗帜，资产阶级推翻了中世纪教会和封建君主的统治，驱逐了上帝与国王，废弃了神权和王权，建立了资本主义市场经济和民主法治，张扬了人性和理性，确立了资产阶级在经济、政治和法律上的主体性。这一切，都为“人”的解放和重生提供了条件。

从资本主义时代开启，经过较为平稳的 19 世纪，直到 20 世纪 30 年代，大体上属于自由竞争资本主义时期。在此阶段，亚当·斯密的古典自由主义经济学成了官方奉行的主流经济学思想，机械论、人类中心主义、个人主义、主客二分成了统治性的世界观和认识论，科学主义和理性主义成了世俗的宗教，自然成了被利用、控制和征服的对象。在市场万能和市场主导的认知下，权利成了法律的本位，个人的、消极的、包含实体性和程序性权利、以财产权为核心的自由权、防御权即第一代人权成了法律的基本内容。在政治—法律模式上，实行精英主义的间接性的代议制民主，实行确定性下的法治，追求形式意义上的实体正义。在国家形态上，建立夜警国家、法治国家。在公共行政方面，主要通过警察权实行消极行政。而在这种消极行政模式下，一方面，政府以“法律”为媒介消极地介入经济与社会生活，国家可以对相关活动实行垄断性控制；另一方面，公民基本权利与国家义务之间具有明确、具体的对应关系，当事人可以通过提起私益诉讼的方式要求国家履行相应义务，寻求对个人权利的法律救济。尽管，人与自然的矛盾尚未凸显，但是从观念、制度到实践，特别是科技发展，方方面面都种下了“环境危机”的种子。

20 世纪上半叶则是动荡的时代，经济危机、世界大战、“冷战”、社会分化、劳资对立、企业事故、交通事故、消费者权益侵害以及工会运动、自然资源保护运动等深深地困扰着西方乃至整个世界。目的（人文）理性遭受了工具理性（包括科技理性和制度理性）的严重侵蚀和破坏，在科技灾难、市场失灵面前，人们心目中和现实生活中的理性主义光环开始褪色，个人主义、自由主义的理想世界开始坍塌，刚刚获得解放和重生不久的“人”再次面临垂死的命运。

于是,为了克服科技理性和市场理性的不足,20世纪30年代以后,凯恩斯的古典干预主义经济学逐渐成了官方奉行的主流经济学思想,政府开始积极主动地依法干预经济和社会生活,包括进行经济调控和针对安全、健康、环境等事项进行社会监管两个方面。在此阶段,兼有个体性与集体性、从个体性到集体性、包含实体性和程序性权利、积极的社会权即第二代人权开始成为法律的重要内容。在政治—法律模式上,依然实行代议制民主,实行确定性下的法治,但是开始追求实质意义上的实体正义,政府管理中的不确定性以及合法性与合理性危机开始出现。在国家形态上,建立福利国家、社会国家。在公共行政方面,实行积极行政、给付行政。而在这种行政模式下,一方面,政府以法律和金钱(物资)为媒介积极主动地干预经济与社会生活,其中,国家对“法律”具有垄断性控制,而对金钱(物资)则缺乏垄断性控制;另一方面,在某些情形下,公民基本权利与国家义务之间具有明确、具体的对应关系,当事人可以通过提起私益诉讼的方式要求国家履行相应义务,寻求对个人权利的法律救济。而在其他的情形下,公民的利益只是国家完成法律规定的任务、政府履行其法定职责特别是制定和实施公共政策等管理活动所带来的反射性、事实性的利益,不属于主观权利,当事人无法通过私益诉讼获得救济,而只可能依法提起公益诉讼。

正如市场不是万能的一样,政府也不是万能的:一方面,面对科技理性和市场理性的不足,政府依法干预是必要的;另一方面,政府理性往往也存在诸多局限,政府失灵现象比比皆是。可以说,目的(人文)理性遭受了工具理性(包括科技理性和制度理性)的更严重、更广泛侵蚀和破坏,面对科技灾难、市场失灵与政府失灵,面对垂死的“人”和垂死的“自然”,人们必须再次探寻化解危机、实现自我“重生”的出路。于是,在20世纪六七十年代,随着环境污染危机的系统爆发,包括环境运动、反核运动、女权运动和消费者运动等在内的新社会运动以及后现代主义兴起,科学主义、理性主义、人类中心主义受到质疑和批判,生态主义和整体主义得以张扬,以污染防治为重心

的环境法产生并迅速发展,通过对传统法的分析、批判、修正、继承、整合、发展、创新、超越,体现了生态伦理与生态规律,适应了调整复杂多样的环境社会关系的新需要。

到了20世纪80年代,资本主义世界面临严重的“滞胀”危机,新自由主义应运兴起,法经济学对法学、法律及政策实践具有极大影响。在这方面,环境法是最具有代表性的重要领域之一。

在环境保护中,政府、市场与狭义的市民社会(NGO)“相生相克”,而环境法个性鲜明,它适应生态文明时代的道德、规律和现实需要,保障“自然”活着(生态平衡),也保障“人”有自由、有尊严、有意义地安全而健康地活着。

2008年,席卷全球的金融危机爆发,宣告了新自由主义的“终结”,昭示着新干预主义的诞生。而在资本主义世界中,绿色社会主义的思潮、理论与制度、实践都蓬勃发展,成为一道亮丽的风景线。

实际上,自从20世纪六七十年代,随着内生性的科技理性危机与制度理性危机(包括市场失灵和政府失灵)的显现,技术灾难以及相关的安全、健康和环境危机系统爆发,西方开始进入风险社会,国家在形态上也成为预防国家、环境国家。在此阶段,兼有集体性与个体性、从集体性到个体性、社会公益性、积极性的环境权,作为第三代人权之一项,以及相应的国家环境保护任务、职权和目标、手段,开始成为法律的重要内容。

环境问题通常具有系统性、综合性、动态性、科技性、复杂性、不确定性等特点。一方面,立法机关鉴于其有限的专业能力和资源,往往只能制定原则性、框架性的环境法律,而具体的环境标准、细则、规划、项目等事项需授权环境行政机关加以制定;另一方面,司法机关也面临专业能力与资源的限制,许多环境纠纷案件往往需要由环境行政机关处理。这就导致环境行政机关实际上兼具行政权、准立法权和准司法权,从而对传统代议制民主特别是“三权分立”模式造成了重大冲击。与此同时,环境行政的合法性与合理性也面临重大挑战。

随着环境行政的合法性与合理性危机凸显,一方面,政府需要实行不确定性下的环境法治,开展环境公共治理,追求和维护环境程序正义;另一方面,需要在精英主义间接的代议制民主的基础上引入平民主义的直接的协商式与参与式民主机制,并通过环评、环境经济分析、公众参与环境保护等制度工具加以弥补与克服。而环境保护制度与实践中的这种从主体性到主体间性的变迁,与哈贝马斯的交往行为理性以及商谈民主等理论是比较吻合的。

环境行政涉及消极行政,即公权力负有不侵害义务以及事后被动地应对环境侵害的义务,如污染所致损害或者危害(公害)的排除,污染末端治理,生态环境损害修复等;涉及积极给付行政,如对因环境问题而受害者特别是健康受害者提供金钱上的行政给付救济,通过环评、规划、许可证、经济和信息等手段主动保护和改善环境,防止环境损害的发生或者恶化;更涉及风险行政,如基于科学不确定性的风险(转基因、气候变化等)行政以及基于科学确定性的风险(如核泄漏、PX等化学品污染)行政。

从总体上看,环境行政属于风险行政、复杂行政、系统行政、过程行政,具有科技化、政治化、民主化、社会化和市场化等重要发展趋势和特点,与以行政行为为核心、以确定性为基础、仅具有行政性的较为简单、具体的传统行政存在重大差异。在环境行政模式下,政府以法律和科技(知识)为媒介积极主动地干预私人主体和公共主体的环境行为,保护自然环境和生态系统,其中,国家对“法律”具有垄断性控制,而对科技(知识)缺乏垄断性控制。在某些情形下,政府对有关环境保护的科技(知识)的话语权、公信力非常贫弱,甚至完全匮乏。

公民的环境权主要体现为程序权,其实体性环境利益总体上只是国家完成法律规定的环境保护任务、政府履行其法定的环境保护职责特别是制定和实施环境公共政策等管理活动所带来的反射性、事实性的利益,不属于主观权利,当事人无法通过私益诉讼获得救济,而只能通过依法参与环境标准和规则制定,参与环境行政决策过程以及依法提起环境公益诉讼等方式加以间接救济。

总之,环境权和环境行政分别是生态社会法治国家形态和阶段下的新型权利和新型公共行政。其中环境权是建立在第一代和第二代人权基础之上的第三代人权,环境行政是建立在消极行政和积极行政基础之上的一种风险行政,而它们都具有其“前辈”的某些内容和性质。第一代人权主要与《公民权利和政治权利国际公约》对应,第二代人权主要与《经济、社会及文化权利国际公约》对应,而第三代人权中的环境权则主要与《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》,即《奥胡斯公约》以及《联合国环境与发展宣言》等环境公约或软法对应。环境法特别是环境行政法往往不同于传统代议制民主模式下的“法律”,而是更多地表现为协商式和参与式民主模式下的法律化的环境政策与环境监管,即环境政策法(Environmental Policy Law)与环境监管法(Environmental Regulatory Law)。



## “环境法学的发展与改革”研讨会纪要

李启家

主办人：清华大学环境资源能源法学研究中心

主讲人：李启家（武汉大学环境法研究所教授）

讨论人：周珂（中国人民大学法学院教授）

李艳芳（中国人民大学法学院教授）

汪劲（北京大学法学院教授）

曹明德（中国政法大学法学院教授）

罗丽（北京理工大学法学院教授）

王社坤（北京大学法学院副教授）

杨素娟（中国政法大学法学院副教授）

胡静（中国政法大学法学院副教授）

韦贵红（北京林业大学人文社会科学学院法学系副教授）

杨朝霞（北京林业大学人文社会科学学院法学系副教授）

邓海峰（清华大学法学院副教授）

主持人：王明远（清华大学法学院教授）

赞助方：台达环境与教育基金会

时间：2014年5月23日（星期五）