

生态原则与民法的当代转型

朱明哲

摘要 《民法典》第9条所表达的“生态原则”并非对传统民法原则的简单增补。传统民法构建于行为中立性的假设之上，19世纪末的社会化运动和20世纪晚期的环境考虑虽然极大限缩了这一假设，却没有从理念上根本摒弃它。在生态原则引入风险预防的思想后，民法开始承认行为的前因后果、社会和生态影响也是行为的一部分。权利人不但有了更高的注意义务，甚至在一些情况下还有了保护和恢复生态的积极作为义务，并承担历史责任。同时，利用人格拟制技术把自然物承认为权利主体的做法也表明，生态具有了独立于任何个人或集体之利益的保护价值。法律的适用者在个案权衡时，不能仅考虑不同社会行动者的利益，也必须考虑生态保护利益。所以，生态原则本身具有独特的规范意义，无法为其他民法原则所涵盖。

关键词 生态文明 风险预防 人格拟制 生态考虑

作者朱明哲，中国政法大学比较法学研究院副教授（北京100088）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)06-0084-14

一、生态文明视角下的法文化变迁

自工业革命以来，人类已经成了最具决定意义的地质力量，对地球系统造成了影响深远的变革。^① 人类活动导致了气候变化、生物多样性的巨大减损、海洋酸化、氮和磷的循环系统变化，以至于超过了包括人类在内各物种所能承受的极限。^② 在自然科学的警示下，社会科学和政治界也出现了反思工业文明的潮流。受《寂静的春天》启发，北美开始了早期生态运动。如大地春雷，生态思想很快在全球范围内得到响应。苏联在20世纪80年代提出“生态文化”。^③ 英国学者也在90年代提出了“生态民主”的观念。^④ 2007年，“生态文明”进入了中国共产党第十七次全国代表大会报告，进而于2018年进入《中华人民共和国宪法》序言中。这一历史展开证明，“生态文明”正在全球范围内自发形成。社会科学的任务是捕捉、描述、理解、解释在政治与社会生活中不断出现的新规则。^⑤ 如果我们仅仅因为这些转变有悖于我们的法学教条而嗤之以鼻，那么就失去了深入理解生态文明的机会，更要冒法学整体在新制度面前失语的风险。

^① Cf. Paul J. Crutzen, “Geology of Mankind,” *Nature* 415 (January 3, 2002): 23; Will Steffen et al., “The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives,” *Philosophical Transactions of the Royal Society of London A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 369, no. 1938 (March 13, 2011): 842-867.

^② Cf. Johan Rockström et al., “Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity,” *Ecology and Society* 14, no. 2 (November 2009); Will Steffen et al., “Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet,” *Science* 347, no. 6223 (February 13, 2015): 1259855.

^③ Cf. Arran Gare, “From ‘Sustainable Development’ to ‘Ecological Civilization’: Winning the War for Survival,” *Cosmos and History: The Journal of Natural and Social Philosophy* 13, no. 3 (November 11, 2017): 130-153.

^④ Cf. Roy Morrison, *Ecological Democracy* (Boston, MA: South End Press, 1995).

^⑤ Cf. Ulrich Beck, Wolfgang Bonss, and Christoph Lau, “The Theory of Reflexive Modernization: Problematic, Hypotheses and Research Programme,” *Theory, Culture & Society* 20, no. 2 (June 30, 2016): 3.

在此背景之下，我国《民法典》第9条所规定的生态原则（“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”）是对生态法文化的独特贡献。我国学者对于该原则应当如何在此后的民事立法和司法中贯彻已经有了一些阐释。^①《生态环境损害赔偿制度改革方案》和《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》相继出台后，生态保护更成了民事诉讼所需要解决的重点问题。然而，对于生态文明时代民法转型的综合考察，目前在国内外都还较为少见。^②而且，现在的成果主要还是聚焦于该原则在民法各部门中的贯彻落实，说明学界所关心的更多是静态的制度设计，对动态的制度生成尚缺乏关注。实际上，通过在民事司法中对私法权利、义务和责任的分配实现生态保护的目的既是我国民法学家所面对的重要课题，也是各国民法学家共同的挑战。在此过程当中，并没有一个现成的范式可以遵守，每一次规则的创制、每一次对规则的解释和适用，都推动着民法中生态文化的形成。

相比于静态的规则设计，更紧迫的任务是理解生态原则的法文化意义。第9条作为一种法律原则，即便不在立法文本中具体细化为可以直接用于裁判的规则，仍是独立的法律规范，可以用于指导规则的解释和填补规则中的漏洞。^③要避免在实务运用中出现偏差，那就必须理解其对民法之动态体系的形成作用。为此，本文试图从宏观的视角鸟瞰正在全球范围内出现的民法生态文明转型。我们把《民法典》第9条本身看作正在出现的生态法文明之一部分，并且在此语境下解释。我们选择比较法文化的分析框架来把握民法中的变化与生态文明之间的反思关系：一方面，法律的意义只能在特定文化所确定的意义体系之中得到理解；另一方面，法律可以展现文化系统中的重要特点。这种方法采取了动态的法律观，视法律为不断在实践中形成、又不断为未来实践提供框架和可能性的现象，而非静态的制度。其次，它也采取了动态的文化观，拒绝把文化简化为一系列行为、规范、符号、教条，而是视其作为一种始终在发展和变化的意义体系。以这种动态的视角研究最近20年在不同国家中出现的生态损害诉讼，我们将看到民法规范如何在司法实践中获得新的生态意义，又如何以纷繁多样的实践促使一个新的、全球性的生态法文化形成。如果我们把民法的当代转型视作一幅正在完成的画卷，那么《民法典》第9条及其对中国民法的重塑就是其中的点睛之笔：它很重要，但是无法脱离全球生态法文化的整个画面成为独立的理解对象。

本文所称的“传统民法”是指19世纪前期与资本主义同时发展的法律形态。它以人文主义自然法机械决定论为思维模式，主要处理个人财产的所有人与他人财产之间的关系，国家权力只是在处分行为出现明显外部性的时候加以干预。^④与之相对的是一种承认人类社会与更广阔环境之间的有机联系、更注重情景化思考的生态法学。传统民法学一直假设交往行为本身是正当的、只需要用法律约束行为的外部性。与此同时，民法又通过法律社会化等运动，不断限缩中立性假设的适用，限制民事行为。而且，从生态角度出发考虑限制行为的规则正在出现，体现了生态法文化的形成。^⑤在此背景之下，源于公法的风险预防原则已经进入了民法，挑战甚至推翻了行为中立性的假设。人格拟制这种古老的民法技术也为法学提供了工具，让非人类要素可以独立于人的利益得到保护。生态法文化恰好能通过《民法典》第9条进入民法的视野。在此背景下，我们不妨将这一原则解释为对民事行为的更严格限制，而且主要出于生态保护目的而非人类利益考虑，从而有别于其他民法原则。

① 参见吕忠梅课题组：《“绿色原则”在民法典中的贯彻论纲》，《中国法学》2018年第1期；刘长兴：《环境权保护的人格权法进路》，《法学评论》2019年第3期；贺剑：《绿色原则与法经济学》，《中国法学》2019年第2期；其实，这种称呼恰恰反映了单纯的“生态主义”过于简化的思维方式。在法律上，过分简化体现在希望把统一、均质、不变的环境法制贯彻到所有的地方，而不考虑每一块地域在每一个时间点表现出的不同规制需求。本文还是使用“生态原则”的表达。

② 目前最全面的研究参见 Ugo Mattei and Alessandra Quarta, *The Turning Point in Private Law* (Edward Elgar Publishing, 2018); 此外还有一些探讨具体制度的作品。John G Sprankling, “Property Law for the Anthropocene Era,” *Arizona Law Review* 59, no. 3 (2017): 736-772. 侯佳儒：《环境损害赔偿——从侵权法到事故法》，《政法论丛》2019年第5期。

③ 关于法律原则在法律体系中的地位，参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期。具体就生态原则而言，在我国《民法典》合同履行、生态侵权等部分都有具体的规则。但它作为一项民法基本原则的规范意义自然远超具体规则本身。

④ Cf. Fritjof Capra and Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berret-Koehler Publishers, 2015), 101.

⑤ 更好的表达其实是“行为的抽象性”，但是为了避免与国内民法学界所说的物权行为抽象性混淆而造成不必要的争论，本文退而求其次使用了“中立性”。

二、传统民法中的行为中立性假设

所有权在传统民法学说中以绝对权、对世权和排他权的面目出现。所有权人对其财产所行使的权利，如同主权者对其臣民一般，背后隐藏的假设是财产决定抽象而无害。传统民法学百年发展历程显示，这一假设在经历了社会化的挑战后仍然持续，直到晚近生态考虑的兴起。

（一）行为中立性假设

传统民法基础之一是关于人们行为的中立性假设。它把人的行为想象成一个抽象、空洞、无害、价值中立的概念。自私但是理性而平等的个人出于自己的利益而以他所能支配的财产经营自己的生活。这些活动可能会影响其他人。但法律要规制的只是行为偶尔对其他人或环境所产生的负外部性，产生那些外部性的行为本身应该继续。^①所有权绝对、契约自由、过失责任等民法原则只有在这一假设成立时才说得通。最能体现人之决定自由的就是所有权人对其财产的决定。^②人可以无限制地对其财产使用、处分、收益，可以任其意志开展经营活动，如果产生了对他人或环境的不利后果，那一定是因为故意或者过失。抽象、无害的行为背后站着抽象、理性的人。19世纪法典把人想象成一个可以预料自己行为的理性主体，^③并预设了一个由个人财产的所有者组成的社会。^④平等的人格人根据其意志支配自己的财产，只有在存在过失的时候才需要为其行为负责。

在行为中立性的假设下，19世纪的重要法典创造出了建立在权利人对物之绝对掌握之上的所有权制度。^⑤此后的一系列制度设计和实践都以保护权利人对其所拥有之物的抽象自由为目的。1804年的《法国民法典》以其著名的第544条宣示了这种自由：“所有权是对物有绝对无限制地使用、收益、处分的权利，但法令所禁止的使用不在此限。”虽然本条后段允许以法律限制所有权的行使，但是在整个19世纪，所有权人、特别是不动产所有权人的权利基本上只是在相邻关系有关的立法中稍受限制。^⑥甚至，在进步主义精神的指导下，相邻关系反过来要求人们去容忍自己的邻居为了永无止境的工业发展而开展的生产活动。^⑦一个世纪以后诞生的《德国民法典》以其第903条重述了相似的理念：“只要不违反法律，不侵犯第三人的权利，物之所有权人可以随意处分该物，任何人不得妨碍。”^⑧所有权人成了物的主权者、绝对的君主，甚至暴君。

在德国，19世纪工业化时代的工厂规范、贸易检验、技术安全等立法层出不穷，这看上去为工业施加了更多的限制，其实反而更加保护了生产自由。1869年出台的《工商业管理条例》就是一例，它改变了此前判例、学说保护受损邻地的倾向，让工业自由获得了优先考虑。^⑨正如法国法置工业发展于宁静生活之前，《德国民法典》颁布生效后，司法实践一直强调第906条关于不可量物侵入规则中的邻人容忍义务和侵入严重性要求，为了鼓励发展，法院免除了企业避免排放的义务。^⑩于是，19世纪民法眼中的“好邻居”对自己土地旁边的工厂所造成的噪声和污染应该熟视无睹。与德国立法例类似，我国《物权法》第90条规定：“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电

① 不止民法，国际法上的主权观念、财产权扩张到无形财产、劳动关系、国际贸易和其他的法律领域都有着类似的假设。Cf. Jorge Viñuales, *The Organisation of the Anthropocene: In Our Hands?* (Brill, 2018), 3.

② 参见迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京：法律出版社，2000年，第47—48页。

③ 参见威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，北京：中国法制出版社，2016年。

④ 马克思曾辛辣地讽刺交换领域只受“自由、平等、所有权和边沁”的支配，参见《马克思恩格斯文集》第5卷，北京：人民出版社，2009年，第54页。

⑤ 此处所说的“创造”，是指与不存在人对物之绝对支配的罗马法而言的，参见 Michel Villey, “Du Sens de l’expression *Jus in re* en droit romain classique,” in *Mélanges Fernand de Visscher*, vol. 2 (Bruxelles: Office international de la librairie, 1949), 417-436.

⑥ Cf. Louis Josserand, *De l’abus des droits* (Paris: A. Rousseau, 1905), 19-20.

⑦ Cf. François Collart-Dutilleul and Raphaël Romi, “Propriété privée et protection de l’environnement,” *L’Actualité juridique. Droit administratif*, no. 9 (1994): 571-592.

⑧ 对于这一条在德国民法之整体中地位的评述，参见诺伯特·霍恩：《百年民法典》，申卫星译，《中外法学》2001年第1期。

⑨ Vgl. Günter Hager, *Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts*, NJW 1986, S. 1961 f.

⑩ Vgl. Brückner, in: *Münchener Kommentar BGB*, Band 8, 8. Aufl. 2020, § 906 Rn. 6.

磁波辐射等有害物质。”这一对不动产权利人——而非所有权人——的限制以“违反国家规定”为客观要件，而且法院很少援引。^①实务界还认为限制本身以邻人的容忍义务为前提。^②传统民法要求人们在大部分情况下必须容忍其邻人的财产决定。这种要求延绵二百多年，从建立在私人所有制上的民法延续到以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的社会主义民法，仅仅以私权神圣作为背书显然是不够的。其生命力还必须以行为本身中立无害的假设来解释。

行为中立性和所有权绝对的教条背后，其实隐藏着19世纪发展工商业的实用考虑。^③如果个人可以保留自己劳动的果实，那么他们显然更有动力去利用自己所拥有的物去创造更多的财富，社会反过来也会因此获益。^④这样说来，私人所有权岂止无害？而且有益！既然所有权有利于社会，那么也可以为了社会利益限制之。但是民法本身在很长一段时间里拒绝出于社会目的限制所有权，把与个人利益无关的物种保护、污染预防、以最小化损害为目的的协调规划以及对环境科学的研究等留给公法解决。^⑤我国目前的所有制模式也不例外，为了防止其公共性的丧失，国家和集体所有的财产必须得到公法的规制，而不能逃逸到民法。^⑥可以说，在整个始于1793年《法国民法典》第一份草案问世，终于1931年《中华民国民法典》全部生效的“民法典时代”，行为中立性的假设在民法中都没有受到多少挑战。

（二）所有权的社会化

不同于属于法典化的“长19世纪”，20世纪民法学的基调之一是社会化。^⑦通过对民法学一般原则的重新阐释，民法的社会化把一种情景化的、考虑到每个人不同境遇的思考方式引入法学，并在学说和判例中调和了社会矛盾。^⑧用法律解决社会问题、而非实现体系建构，成了法学家考虑的首要目标。^⑨社会化的风潮肇始于德国法学家对抽象民法体系的反对，成型于法国法学家对法律渊源和解释方法的大胆探索，最后远播日本和中国。^⑩虽然人们现在一般会用《魏玛宪法》第153条第3款关于私有财产负有社会义务的规定说明法学的社会化，但这一运动最初的主张比这一规定同时既更谨慎，又更激进。更谨慎是因为它只要求把更多的具体情境因素纳入考量而没有要求个人利益为社会利益让步；更激进是因为它以一种不能简化为一两项具体规则的方式要求法学家重新审视行为的复杂性。

在社会化以后的民法学中，行为还保持了中立性，却已经不再是空洞而抽象的了。当沙尔蒙（Jules Charmont）在1903年首次提出“法律社会化”命题的时候，他指出看似中立的分配也可能造成的不正义后果。行为的负外部性成了民法学家必须考虑的因素。^⑪换言之，权利人不能以自由的名义无理取闹。直到1905年，若斯兰（Louis Josserand）仍然认为只要所有权人合理经营其产业，个人利益的实现本身就能促进社会利益：“财产的现实利益就是法律之社会效果的最好保证。但如果所有权人既不是在追求实现任何利益，又造成了别人的损失，那他的行为就是反社会的，而且会招致法律的制裁。”^⑫于是，不仅后果，行为的前因也进入了利益权衡的视野。不过无论是命令所有权人拆除没有任何实际用途、仅仅为了挡住邻人视野的高墙的判决，还是学说中的法律社会化命题，考虑的仍然是社会中生活的人、而非生态保护本身。

① 参见阙占文：《转基因作物基因污染受害者的请求权》，《法学研究》2015年第5期。

② 参见张金星：《环境污染侵权一元归责之审视与修正》，《法律适用》2018年第1期；陈忠、杨泽：《论不可量物侵害之容忍义务制度的构建》，《法律适用》2011年第5期。

③ 关于实用考虑如何转变为教条，参见Théodore Jouffroy, “Comment Les Dogmes Finissent,” *Globe*, mai 1825.

④ Cf. Jean-Pascal Chazal, “La propriété: dogme ou instrument politique?,” *Revue trimestrielle de droit civil* 104, no. 4 (2014): 763-803.

⑤ Vgl. Günter Hager, *Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts*, NJW 1986, S. 1965.

⑥ 参见李忠夏：《“社会主义公共财产”的宪法定位》，《中国法学》2020年第1期；张力：《民法典“现实宪法”功能的丧失与宪法实施法功能的展开》，《法制与社会发展》2019年第1期。

⑦ 朱明哲：《从19世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》，《清华法学》2019年第3期。

⑧ Joseph Charmont, “La socialisation du droit,” *Revue de métaphysique et de morale* 11, no. 3 (1903): 380-405. 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法》，《清华法学》2017年第6期。

⑨ 关于此种以解决问题而非建构体系的思维方式，参见纪海龙：《法教义学——力量与弱点》，《交大法学》2015年第2期。

⑩ 参见朱明哲：《知识考古学视角下的自由法运动全球史》，《师大法学》2018年第2辑，北京：法律出版社，2018年，第147-176页；李秀清：《20世纪前期民法新潮流与〈中华民国民法〉》，《政法论坛》2002年第1期。

⑪ Joseph Charmont, “La socialisation du droit,” *Revue de métaphysique et de morale* 11, no. 3 (1903): 380-405.

⑫ Louis Josserand, *De l'abus des droits* (Paris: A. Rousseau, 1905), 21.

即便第二次世界大战之后法院对工业生产的污染排放施加了更多的限制,占主导地位的观点仍是在工业和农业之间取得平衡。^①在 1955 年的一个关于工厂气体排放案件中,德国联邦最高法院认为,即使邻近土地应当容忍工厂破坏性排放,后者也不能严重到超过一般合理预期。^②随着 1959 年《德国民法典》第 906 条的修改和《联邦公害防治法》的制定,工业用地的邻人所需要容忍的侵入从“特别严重”降到了不超过“合理期待”和“当地风俗”的限度。^③在 1971 年一起涉及干路建设及交通排放的案件中,德国联邦最高法院进一步裁定,哪怕侵害不超过可期待限度,只要足以损害邻地惯常使用,邻人也享有赔偿请求权。^④同时,德国联邦最高法院也延续了法律社会化的思路,把教堂钟声和火灾报警器所造成的噪声侵入与这些设备之社会影响力和安装目的放在一起考虑。^⑤在 20 世纪的民法学发展中,行为的前因后果越来越多地成为评价时必须考虑的因素。

所有权的社会化丰富了传统民法,但没有改变其基本构造。既然意识到每个人的行为都会对社会有所影响,那么行为已经没有那么抽象了。可是,社会化并没有对行为中立的假设提出彻底的挑战,只是要求法官在适用规则时的利益权衡中多考虑受到影响的邻人的利益。它的伟大贡献在于消解了所有权的绝对性,主张权利的使用至少要和社会整体的功能相适应。^⑥每个所有权人就其财产的决定本身仍是自由的。从生态保护的角度看,对所有权的限制仍然局限在对他人利益的考虑中,而没有太多顾及生态本身。毕竟在启蒙时代所塑造的自然主义认知中,“社会”是独立于自然的实体。对非人实体的保护还要等到民法生态化的时代才变得可能。

(三) 环境考虑的兴起

从 20 世纪末开始,民法中开始出现了一种显而易见的倾向,限制所有权人之活动可以直接基于生态环境考量,不必诉诸直接受污染行为影响的人的利益。欧洲人权法院 2007 年的一个判决在此一方面具有标志性意义:“在关于环境的考虑面前,经济因素、甚至诸如所有权这样的基本权利也要让步。”^⑦当然,20 世纪末的民法中的所有权要受到各种关于市政规划、公共卫生、文物保护、生态环境类法规的限制,和 19 世纪初的所有权已经大不相同。甚至关于所有权的观念都已经发生了改变:“如果所有权的对象不是一个有体物,而是一种价值,或者说一些用途的集合,那么立法者可以对其施加任何限制,因为毕竟无法先验地指出哪些用途才是所有权所要保障的基础。”^⑧所有权是否仍是“全面对物的支配权”,非无疑问。^⑨这些由立法或判例所确定的限制或多或少都是社会化的遗产。不同于社会化时代对权利的限制,保护生态的迫切需求取代了对邻居安宁生活、各种产业和谐发展、社会整体利益之协调等对“人”的考虑,成为民法一系列制度和技术变迁的新动力。在这个意义上说,生态原则确实不能包含在主要考虑社会关系的公序良俗原则之中。^⑩生态保护也因此获得了独立于人类利益的意义。

民法上的人类形象从忍气吞声的好邻居和自然的拥有者,经过社会人,正在转向生态人。对所有权的改造既可以由立法者通过新的规则实现,也可以通过各种法律技术或司法途径实现。虽然理论上所有土地的所有人都可以在土地上建造建筑物,但是对于那些位于自然保护区或农业保护区的土地的所有人而言,最好还是放弃新建或者改建的打算。^⑪司法在对物的用途施加限制方面也不遑多让。我国最高人民法院发

① Vgl. Günter Hager, *Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts*, NJW 1986, S. 1963.

② BGH NJW 1955, 19 (19).

③ Vgl. Günter Hager, *Umweltschäden - ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts*, NJW 1986, S. 1964 f.

④ BGH NJW 1971, 94 (94).

⑤ OVG Lüneburg NVwZ 1985,357 (357); OVG Hamburg NJW 1986, 2333 (2333).

⑥ Cf. Jean-Pascal Chazal, “La propriété : dogme ou instrument politique?,” *Revue trimestrielle de droit civil* 104, no. 4 (2014): 763.

⑦ Cour européenne des droits de l’homme, 27 novembre 2007 : Hamer c/ Belgique, req. n° 21861/03.

⑧ William Dross, “Que l’article 544 du code civil nous dit-il de la propriété?,” *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 1 (January 2015): 27-43.

⑨ 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,北京:中国人民大学出版社,2004年,第376页;孙宪忠:《德国当代物权法》,北京:法律出版社,1997年,第176页。

⑩ 尹田:《民法基本原则与调整对象立法研究》,《法学家》2016年第5期。

⑪ Cf. Benoit Grimonprez, “La Fonction Environnementale de La Propriété,” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, no. 3 (July 2015): 539-50.

布的第127号指导性判例指出,海洋环境污染物不限于国家或地方环境标准中明确列举的物质,污染者排放含有未纳入环境标准成分的污水也需要承担侵权责任。^①基于物权法上限制的判决就更能体现生态本身的价值。在1985年的“冲天炉案”中,德国联邦最高法院认为即便排放的气体符合《保持空气清洁的技术说明》,仍然构成公共排放污染。^②法国最高行政法院则判决,在无法确定污染者的情况下,土地的所有权人有权自行采取必要措施清理其土地上的污染物。^③为了环境的利益,所有者不但要注意自己不排放污染,而且有积极义务法除他自己可能非常愿意容忍的污染。

仅仅从生态考虑本身看,超越人类中心的生态法文明已经呼之欲出了。民法已经准备好迈出关键的一步,挑战乃至抛弃行为中立性的假设。法律不但承认每个人的分散决策都有重要的社会后果,也开始把人的行为视为与周边生态互动的实践。在目前探讨过的立法和判例中,制度和技术创新并没有改变对外部性加以约束的传统思路。行为已经不再像19世纪早期一样作为一个抽象而空洞的概念得到保护,但民法整体的态度仍是在损害未发生的时候允许人们按照自己的意愿处分财产。虽说如此,预防风险、而非在事后加以弥补的观念已经开始出现在风险防范原则从公法进入私法的时候,人们才真正具备了彻底反思中立性观念的条件。如果说我们今天的法律制度在例外的情况下对财产决定施加一些环境方面的规制,那么生态法治则把公共事物置于舞台的中央,从而把例外变成了常态。^④

三、生态转向中的风险防范思想

生态原则要求民事活动的开展要有利于节约资源、保护环境,体现了预防风险的思想。作为一种公法原则出现的风险防范原则(Precautionary Principle)在最近的气候变化诉讼中逐渐成为法官在解释适用民法规则时的指导性原则。风险防范原则的扩张意味着,假设行为本身无害、只需要规制行为负外部性的观念已经受到挑战。

(一) 风险防范原则的扩张

《民法总则》第9条作为一项行为规范,要求民事主体在规划行为时考虑生态影响;作为一项裁判规范,则要求裁判者在评价行为之正当性内涵或规范要求上,生态原则和风险防范原则都极其相似,可以视为后者在民法上的表现。最早出现在德国1974年的《清洁空气法案》中,风险防范原则在90年代通过《里约环境与发展宣言》(1992)和《联合国气候变化框架公约》(1992)成为国际环境法的重要规范。^⑤现在,以法国《环境宪章》(2004)第5条为代表的国内法规范已经把它接受为环境法的基础原则。该原则最初要求国家在罹于严重或不可逆的生态损害之虞时,采取预防措施以预测、防止、减少可能产生不利影响,而不能以科学上缺乏绝对确定性而推迟行动。^⑥在此意义上,风险防范原则确实首先作为约束国家的公法规范出现。正因为如此,我国学界对风险防范原则的研究主要在环境法内部探讨,而没有把它作为一项跨部门法、甚至在整个法律体系内占据重要地位的法律原则来对待。^⑦其实,该原则在最近的司法实践中呈现出了扩张的趋势,逐渐成为跨越公法和私法的原则,其内涵也相应包括了对民商事活动的限制。

在我国,虽然学界对于风险防范原则在环境以外的规范意义尚存争议,但该原则进入私法并没有不可逾越的障碍。目前,既有学者认为“风险防范原则并不是我国环境法的基本原则”,^⑧也有学者认为该原

① 天津高级人民法院,吕金奎等79人诉海关船舶重工有限责任公司海上污染损害责任纠纷案,(2014)津高民四终字第22号。

② BGH NJW 1985, 47 (49).

③ Conseil d'État, 25 septembre 2013, n° 358923.

④ Cf. Fritjof Capra and Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berret-Koehler Publishers, 2015), 184-85.

⑤ Cf. Ashli Akins et al., "The Universal Precautionary Principle: New Pillars and Pathways for Environmental, Sociocultural, and Economic Resilience," *Sustainability* 11, no. 8 (January 2019): 2357.

⑥ 《里约热内卢环境与发展宣言》原则十五;《联合国气候变化框架公约》第3条。

⑦ 代表性研究参见于文轩:《生态文明语境下风险防范原则的变迁与适用》,《吉林大学社会科学学报》2019年第5期;朱炳成:《环境健康风险防范原则的理论建构与制度展开》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第11期;彭峰:《环境法中“风险防范”原则之再探讨》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2012年第2期。

⑧ 朱炳成:《环境健康风险防范原则的理论建构与制度展开》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2019年第11期。

则已经“在国家立法和司法裁判领域的逐步确立和展开”^①。首先要明确的是，一个法律原则是否存在于某个法律体系并不仅仅取决于立法文本。我们现在所接受的民法基本原则在我国立法文本中有所体现，但本身来源于民法学的建构。立法只不过是文字方式确定了法学的共识而已。^②在这一意义上，如果立法和判例已经渗入了风险预防的精神，即便立法文本中没有明确表达阻止我们也不妨将其承认为一项法律原则。具体在民法上，各国所普遍接受的产品的严格责任、推定因果关系，和生物技术领域的无过失责任等制度设计，其实都已经体现了风险预防原则的精神。^③我们甚至可以认为风险预防原则本身就是《民法典》第 9 条的题中之义。

相比于《民法典》第 9 条，风险预防原则无论在立法细化还是司法适用上都提供了更多的素材，是我们在解释生态原则时可以有效借鉴的材料。在最高人民法院发布的第 128 号指导案例中，法官认为购物中心外墙上设置的 LED 显示屏所造成的光污染即便暂时没有对附近居民造成明显健康损害，但是为避免长期影响，也应该适用《侵权责任法》第 66 条规定的环境损害。而且，在解释时要参考《民法典》第 9 条和《物权法》第 90 条的规定。^④该判决就是对风险预防原则进入侵权法的最佳例证。风险预防原则一旦进入私法，意味着它完全可以作为生态文明下的一项基本法律原则，而不仅仅作为一项规制政府权力的公法原则。政府在为了预防重大或不可逆环境损害可以采取的行动既包括了通过制定法律、政策、规划而实现的一般调整，也包括了通过决定是否批准某项建设、生产、资源利用活动而实现的个别调整。无论一般还是个别调整措施，都可以由公权机关主动通过规范制定和行政执法的方式实施，也可以由公民通过诉讼推动政府有所作为。

风险预防思想尤为明显地体现在围绕气候变化展开的民事诉讼中。在“Urgenda Foundation 诉荷兰”案中，荷兰最高法院承认了风险预防原则与民法上“注意义务”之间的关联。^⑤法院认为，在解释《荷兰民法典》中“注意义务”时需要考虑《欧洲人权公约》第 2 条（生命权）和第 8 条（私生活安宁的权利）的规定。即便尚不确定气候变化会以何种方式危害人民的生命权和私生活安宁权，根据风险预防原则，荷兰政府未能完成预定减排义务也已经构成了对这些权利的侵犯。^⑥荷兰作为《巴黎条约》的缔约国和欧盟的成员国，必须作为一个独立的实体承担 25%—40% 减排比例。^⑦于是，荷兰最高法院加入了 2000 年以来在民法解释中考虑基本权利和“善治”的潮流。^⑧不仅如此，法院还把风险预防原则引入了对民法上注意义务的解释之中。在这种解释下，即便行为的具体结果尚不明朗，行为人仍然有义务采取措施。

最近，以私人企业为被告的民事案件更具标志意义。法院取代立法和行政机关，成了必须以风险预防原则之名采取措施的机构。此类诉讼虽然目前还缺乏胜诉的个案，却显示了未来的发展趋势。^⑨2018 年的“奥克兰市诉 BP 案”中，法官虽然继续坚持历史排放责任分配是政治决定，但也确认了化石能源的使用与气候变暖之间的因果关系。^⑩此前一年，德国法院认为秘鲁农民因为帕拉科查冰川湖加速融化所蒙受的

① 于文轩：《生态文明语境下风险预防原则的变迁与适用》，《吉林大学社会科学学报》2019 年第 5 期。

② 于飞：《民法基本原则——理论反思与法典表达》，《法学研究》2016 年第 3 期。

③ Cf. Bruce Pardy, “Applying the Precautionary Principle to Private Persons: Should It Affect Civil and Criminal Liability?,” *Les Cahiers de Droit* 43, no. 1 (2002): 63-78.

④ 参见李劲诉华润置地（重庆）有限公司环境污染责任纠纷案，（2018）渝 0116 民初 6093 号。

⑤ ECLI:NL:HR:2019:2007. 出于便捷考虑，本文仅关注最高法院终审判决内容。对本案背景、初审、上诉审的详尽介绍，请参见张忠利：《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》，《法律适用》2019 年第 18 期。

⑥ ECLI:NL:HR:2019:2007, para 5.3.2.

⑦ ECLI:NL:HR:2019:2007, para 7.3.2.

⑧ Cf. Geneviève Helleringer and Kiteri Garcia, “Le rayonnement des droits de l’Homme et des droits fondamentaux en droit privé,” *Revue internationale de droit comparé* 66, no. 2 (2014): 283-336; Daniel Mockle, “La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée,” *Les Cahiers de droit* 51, no. 2 (2010): 245-352.

⑨ Geetanjali Ganguly, Joana Setzer, and Veerle Heyvaert, “If at First You Don’t Succeed: Suing Corporations for Climate Change,” *Oxford Journal of Legal Studies* 38, no. 4 (December 1, 2018): 841-868.

⑩ *City of Oakland v. BP P.L.C.*, No. C 17-06011 WHA.

损失可以根据《德国民法典》第 906 条第 2 段向德国最大的电力企业主张金钱补偿请求权。^①

气候变化诉讼的原告除了用人权话语要求政府采取行动外，也在传统的侵权法和物权法框架内寻求突破。从能源企业的角度看，至少在 70 年代以前，开采、生产、消费化石燃料等造成了温室气体排放的行为不但合法，而且公众也不了解其对气候变化的作用。但是，原告们延续着“Urgenda 案”的思路，要求这些企业为今天出现、昨天并不可知的损害承担责任。一方面，这种策略扩展了风险预防原则的时间向度：立足现在、面向将来的原则也可以用于立足过去、面向将来的案件中，要求造成损害的一方承担历史责任。另一方面，它扩展了风险预防原则的适用范围：在损害赔偿案件中引入风险预防原则，意味着这一“公法、行政法上的原则”进入了私法。^② 风险预防原则由此成了生态文明时代重要的基本法律原则。在民法上，《民法典》第 9 条以生态原则的形式体现了风险预防的思想，让风险预防也立于民法基本原则之林。从此，保护生态与保护个人自由、保护社会秩序分庭抗礼，成了民法的基本价值，而不应该仅仅视为对民法一些“核心理念和价值”的限制与调整。^③

（二）风险预防思想对行为中立性假设的挑战

风险预防思想进入民法标志着传统民法学关于社会生活的观念正在转变。上文已经提到，传统民法对人的行为采取了一种抽象、无害的假设，认为人对其财产拥有绝对的所有权。除非在极例外的情况下，他人必须尊重甚至容忍所有权人的决定。这种社会规则只有在在一个假设成立的条件下才有意义：每个人对其财产的决定很少会超过财产的边界，所以他人无权干预。^④ 相反，风险预防思想承认我们的行为确实总是超出我们自己财产的边界，并因而意味着以上假设的失败。目前国内学界的主流是用德国社会理论家贝克（Ulrich Beck）的“风险社会”理论来正当化风险预防思想。^⑤ 这种观念很容易让人产生一种“代际转换”的错觉，认为过去的民法可以适应 21 世纪以前调整社会生活的需要，现在我们需要另一套民法和民法学只是因为生产力发生了变化。实际上，传统民法学对社会的想象从来没有真正实现。

抽象、无害、像质点一样脱离一切具体情境的行为概念只是一种现代性的想象。“第一现代性”意味着理性的个人在由民族国家依据社会分工原则管理的社会中劳动，从外部的自然界中获取财富。这种社会图景意味着市场的交换逻辑扩张到社会的方方面面。^⑥ 市场社会的兴起同时带来了一种独特的领土观念。过去以地方贸易和跨国贸易为主的交换形式让位于以国内贸易为主的内部市场，并内在地要求在国内市场取消一切贸易壁垒。^⑦ 统一市场让一种均质的民族空间从想象变成了可见的现实，并塑造了因为统一、均质、共同的空间景观而为国民所共享的文化认同。^⑧ 与此同时，生产也依据交换的原则加以组织。为了精确地控制和协调生产参与者的每一个动作、实现对时间最高效的利用，工业社会用同质、空洞的时间观，取代了过去根据时令、生产活动本身的性质、劳动的条件而有所不同的时间观。^⑨ 作为现代性代表的市场社会中，也产生了一种贯彻在法律之内的康德式人类学图景：“由自由平等之个人组成的社会，受明晰而有条理的法律体系的统治，而法律体系的首要目的是让公民能够追求其个性的自由发展。”^⑩ 如此一来，人、空间、时间都变成了“空洞而同质”的概念。^⑪ 行为也因此与其发生的具体场景脱离，成了一个空

① Lliuya v. RWE AG, OLG Hamm, 30 November 2017 - I-5 U 15/17.

② 参见侯佳儒：《环境损害救济——从侵权法到事故法》，《政法论丛》2019 年第 5 期。

③ 吕忠梅课题组：《“绿色原则”在民法典中的贯彻论纲》，《中国法学》2018 年第 1 期；于飞：《民法基本原则——理论反思与法典表达》，《法学研究》2016 年第 3 期。

④ Eric Biber, “Law in the Anthropocene Epoch,” *The Georgetown Law Journal* 106, no. 1 (2017): 47.

⑤ 参见于文轩：《生态文明语境下风险预防原则的变迁与适用》，《吉林大学社会科学学报》2019 年第 5 期；侯佳儒：《环境损害救济——从侵权法到事故法》，《政法论丛》2019 年第 5 期。

⑥ Cf. Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Boston, MA: Beacon Press, 2001): 60.

⑦ Cf. Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Boston, MA: Beacon Press, 2001): 71.

⑧ Cf. Stephen Kern, *The Culture of Time and Space, 1880-1918* (Harvard University Press, 2003), 151.

⑨ 参见爱德华·汤普森：《时间、工作纪律和工业资本主义》，《共有的习惯》，沈汉、王加丰译，上海：上海人民出版社，2002 年，第 382—442 页。

⑩ 威廉·埃瓦尔德：《比较法哲学》，于庆生、郭宪功译，北京：中国法制出版社，2016 年，第 228 页。

⑪ Cf. Walter Benjamin, *Illuminations: Essays and Reflections*, ed. Hannah Arendt, trans. Harry Zohn (New York: Schocken Books, 1969), 263.

洞、同质的概念。每一类行为都有一个具体的内核，在此内核之外的一切都只是行为的“外部性”。国家所维持的是自由交换所必须的秩序，只需要偶尔干预一下行为的外部性就可以了。私有财产和国家主权之间的协议形成了一种强大的工具，实现了个人有产者对共同体和自然的双重征服。^①

从表面上看，传统民法学确实与这种社会完美契合。但这种现代性本身的实现与其说是现实，不如说是一种未竟的理想。^②一方面，大量的人口仍然没有进入现代生活方式的规制；^③另一方面，哪怕在现代社会看上去大获全胜之时，关于行为与其外部性的区分也都不曾真正实现。民法要真想成为规制市民社会生活的基本规范而不只是有产者的和平秩序，那就必须改变传统民法学的想象。民法学在 19 世纪末的发展本身就是明证。正是在资本主义生产方式快速扩张的工业化进程中，民法学开始反思行为之中立性、限制所有权。民法社会化的运动当然首先反对空洞而同质的空间、时间、人的哲学。^④但参与这场运动的法学家已经隐约意识到有些行为本身必然带来超出行为人承担范围的负外部性，从而应该从一开始就加以规制。法学社会化的倡导者已经指出，行为不能与其造成的影响相分离。行为的前因后果不仅是“外部性”。它们本身就是行为的一部分。而这些行为确实以其他人的福利为代价。

如果这些都还属于老生常谈的话，我们尤其有必要指出今天作为风险预防原则重点适用的气候变化领域，其实也早在工业化发生时即现端倪。IPCC 在其 2014 年的报告中指出，人为温室气体排放从工业化时代以前就已经出现上升，当前已经达到至少 80 万年以来前所未有的水平，是 1950 年以来地球变暖的主因。^⑤换言之，就算工业革命前的人为温室气体排放尚未在当时引起足够值得重视，却已经埋下了我们今天不得不面对的气候灾难的种子。甚至 1896 年就有科学家注意到二氧化碳浓度与气候变暖之间的可能联系。^⑥可以说，早在 19 世纪，不但行为无害的假设不成立，而且人们对此并非无知。只不过科学证据并没有成功变成社会观念。相反，传统民法关于行为无害的观念和抽象的哲学在现代化的大旗下仍一路高歌猛进，似乎所有的不方便只需要在具体规则上加几滴社会化的油就都可以解决了。

仅从现实世界的客观需要来看，风险预防思想早在 19 世纪就应该在民法中占据重要地位了。它姗姗来迟，却完美揭示了生态文明时代的生活想象。风险预防不同于过去的民法原则之处不仅仅在于要求行动者为行动当时无法预见的负面后果负责，更在于它挑战了关于行为本身不应该受到限制的假设。一方面，它延续了 20 世纪民法学中已经存在的情景化、拒绝过度抽象的思考方式。另一方面，它也意味着一些行为因为本身可能造成严重后果，所以即便在缺乏确定知识的情况下也要先制止其发生。^⑦风险预防思想假设人们的行为内在地与其他人或我们周边的环境相关联，并因此不仅挑战着过去的民法，更挑战着现代性本身。我们能从贝克的再现代化理论中学到的并不是我们比过去的人们过着一种更危险的生活，我们也不比他们更能理解身边的世界。相反，“再现代化”意味着“现代性”从未实现。我们现在必须意识到的是，人可以掌握行为及其结果的想法完完全全是一种现代主义者的幻象。^⑧这一幻象导致民法在过去未曾成功

① Cf. Fritjof Capra and Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berret-Koehler Publishers, 2015), 101.

② Bruno Latour, "Is Re-Modernization Occurring - And If So, How to Prove It?: A Commentary on Ulrich Beck," *Theory, Culture & Society* 20, no. 2 (June 30, 2016): 39.

③ 市场经济交换逻辑取代所有其他社会组织逻辑的情况并没有在世界各个角落出现，基于现代资本主义生产秩序组织的经济模式也并未一统天下。这一点只需要考虑到在非正式经济中工作的人口有超过 20 亿、代表了工作人口的 61%，即可明白。Jacques Charnes, "The Informal Economy Worldwide: Trends and Characteristics," *Margin: The Journal of Applied Economic Research* 6, no. 2 (May 1, 2012): 103-132.

④ 参见朱明哲：《面对社会问题的自然法》，《清华法学》2017 年第 6 期。

⑤ IPCC, 2014: Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC, Geneva, Switzerland, p. 4.

⑥ Cf. James R Fleming, "T. C. Chamberlin, Climate Change, and Cosmogony," *Studies in History and Philosophy of Modern Physics* 31, no. 3 (September 2000): 293-308.

⑦ 其实对于生产经营活动所造成的潜在环境影响，在大部分情况下都可以在科学界内部获得共识。所谓“科学上缺乏绝对确定性”，只不过意味着法官和其他非科学专业人士未能完全同意科学界内部的定论。更何况在本文所探讨的大部分援引了风险预防原则的案件中，法官强调的是科学证据的确定性而非不确定性。不过，科学与法学之间的关系不是本文探讨的重点。Cf. Sheila Jasanoff, "Science, Common Sense & Judicial Power in U.S. Courts," *Daedalus* 147, no. 4 (September 24, 2018): 15-27.

⑧ Cf. Bruno Latour, "Is Re-Modernization Occurring - And If So, How to Prove It?: A Commentary on Ulrich Beck," *Theory, Culture & Society* 20, no. 2 (June 30, 2016): 35-48.

规制那些所谓中立的行为的负外部性，以后更不可能。风险预防原则就是对这种不可能性的三重承认。首先，它承认人类现在和过去都不可能完全理解自己行为之影响的边界。其次，它承认分散人类行为的加总结果可能对环境造成不可估量、不可逆转的破坏。最后，它承认科学共同体内部所认可的结论并不总能得到社会公众的接受。

生态原则已经将风险预防的思想引入了我国的《民法典》。未来司法和法学有必要在这一思想的启发下对立法条文进行解释和适用。在物权法中，风险预防让行为人负担更高的注意义务。对于私人财产的权利人而言，主要指在司法实践中激活相邻关系条款，并进一步扩张其所规定的限制。对于集体和国有财产而言，则课以权利人更多积极的义务，要求其在环境改善和生态恢复上采取必要的措施。在侵权行为法中，除了现在很多学者所主张的生态损害赔偿、环境侵权特殊制度以外，^①尚需考虑历史责任的承担。当然，在现有《民法典》纳入关于以上思考的具体规则已无可能的情况下，法官和学者合力推进民法的有机发展便尤为重要。

四、生态保护的独立价值

生态文明时代的另一大贡献在于，生态获得了独立的价值，需要通过限制人的活动加以保护，而不需要假道以人的利益为核心考虑的法律原则。从民法社会化以来，所有权绝对、合同自由、过失责任的理念就一再受到限制。但无论是民法上的“帝王条款”——诚实信用原则，还是公序良俗这一把“不应轻易抽出的剑”，^②对个人财产自由的限制总归是为了实现人的利益。现在，法律则开始尝试通过承认生态要素的法律主体地位，从而认可其内在价值。

（一）以人格拟制保护生态

在比较法往往忽视的“边缘地带”，法律主体的资格正逐渐扩展到各种自然物。^③厄瓜多尔 2008 年的新《宪法》在第 10 条承认“自然是宪法与法律所赋予之权利的主体”，从而让自然成了独立于个人、人民、共同体或族裔群体的权利主体。其第 71 条则承认“Pachamama”——原住民神话中的大地母亲——享有“存在、延续、维持和更新其关键循环、结构、功能与演化过程的权利”。2010 年，玻利维亚通过了《大地母亲权利法》（*Ley de Derechos de la Madre Tierra*），其第 5 条承认大地母亲是“公共利益的集体主体”，从而可以行使和保护其权利。印度最高法院在 2012 年的一个民事诉讼中判决，动物也享有《宪法》第 21 条所保护的生命权。^④2017 年，印度的一个高等法院判决恒河流域享有人格权利。^⑤“法官的生态学”也出现在了哥伦比亚。^⑥该国宪法法院在 2016 年判决阿特拉托河流域享有“保护、保全、维护和恢复”的权利。^⑦2018 年，同一个法院进一步承认亚马孙雨林是一个可以独立享有权利的实体。^⑧对动物、河流、森林、自然之整体的拟人在各个国家实现的方式各有不同，或是通过宪法与法律，或是通过司法判决。这些手段殊途同归，让非人的生态要素成为主体，从而因为其自身的内在价值得到保护。

虽然看上去有些匪夷所思，然而承认自然人以外的实体享有法律上的主体资格其实对于民法来说并不新鲜。“法人”就是一个最为典型的例子。一个实体是否享有人格和这个实体到底有没有生命、有没有理性、外表上有多像人实际上没什么关系。^⑨“人格”无非是一种法律技术所创造出来的现实：立法者为某

① 参见侯国跃、刘玖林：《民法典绿色原则：何以可能以及如何展开》，《求是学刊》2019 年第 1 期；刘长兴：《生态文明背景下侵权法一般规则的“绿色化”改造》，《政法论丛》2020 年第 1 期。

② Andreas Bucher, “La famille en droit international privé,” *Recueil des cours de l’académie de droit international de La Haye* 283 (2000): 113.

③ Cf. Gwendolyn J. Gordon, “Environmental Personhood,” *Columbia Journal of Environmental Law* 43 (2018): 53-58.

④ Cf. *Animal Welfare Board of India vs A. Nagaraja & Ors*, Civil appeal no. 5387 of 2014 (2014).

⑤ Cf. *Mod. Salim v. State of Uttarakhand*, Writ Petition No. 126 of 2014 in the High Court of Uttarakhand at Nainital (2017) (India).

⑥ 关于哥伦比亚两个判决的评论，参见 Paola Villiavicencio Calzadilla, “A Paradigm Shift in Courts’ View on Nature: The Atrato River and Amazon Basin Cases in Colombia,” *Law, Environment and Development Journal* 15, no. 0 (2019): 1-11.

⑦ *Tierra Digna y otros v. Presidencia de la República y otros*, Colombian Constitutional Court, ruling T-622 of 10 November 2016, Expediente T-5.016.242.

⑧ *Dejusticia y otros v. Presidencia de la República y otros*, Colombian Supreme Court, ruling STC4360 of 4 May 2018. 英文译本由美国特拉华大学法学院提供。

⑨ Thomas Hobbes, *Leviathan: With Selected Variants from the Latin Edition of 1668*, ed. Edwin Curley (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1994), 268.

个实体赋予人格这种法律形式,从而让该团体可以具有自己的意志、保护自己的利益。^①法律主体作为保护某一种实体之利益的简便技术工具,其运用不必限制于人类社会:“只要人们认为某种利益十分重要,以至于需要用人格这种技术来加以保护,那么体现这些利益的事物就可以具有法律主体的地位。”^②法国最高法院民事庭在 1954 年用拟制的法律人格来限制家养动物的所有人对动物的虐待。^③法律主体只是保护利益的手段而已。

使“自然”成为法律主体的意义在于承认生态保护的独立价值,而不需要回溯到任何人的利益。作为法律主体、拥有独立的法律人格意味着以其自己的名义享有权利、作出行为、承担责任。在我国现行民法上,承认“自然”是一种权利主体可以让很多问题迎刃而解。比如,不承认人的环境权利、却在侵权行为法上设置了环境侵权的逻辑困境,即可以通过对自然的人格拟制解决。^④但重要的是从此生态保护在民法上的实现不再以某人的权利遭到侵犯为前提。与法人人格做一个类比我们即能理解此点。早在中世纪,法人团体就已经具有了“人格”,因为它有能力起诉、应诉、拥有财产。^⑤类似的规则在我国现代民法上依然延续。法人独立享有权利、承担义务,同时以其全部财产独立承担责任。这种法人财产与股东财产的区隔、股东对法人债务的有限责任,当然实现了对股东的保护。但与此同时,也让法人具有了不同于股东利益的独立利益。^⑥在现代商业社会,公司甚至成了股东、高管、职员乃至整个社会所服务的对象。^⑦同样的逻辑也可以沿用到对生态要素之人格承认的探讨。法律开始承认,人类的利益并不是衡量其他实体价值的唯一尺度。我们应该改变人类中心主义的思维方式和我们现在的社会组织结构,从而更好地保护和与我们共存于同一个自然之中的其他存在。

(二) 人类中心思维在民法中的动摇

《民法典》第 9 条的出现并不意味着我国的民法必须照搬“法官的生态学”对自然的人格拟制,而是采取这种技术背后的思考。以民法的人格拟制技术实现对自然的保护折射了生态法文明至为重要的一面:人作为其组成部分的生态具有内在价值。不同于现代西方法文明上严格区分主体与客体、人与其财产思维方式,生态法文明中的人并不拥有自然。在现代政治法律理念中,人类形成政治社会以从“自然状态”中走出,并立刻成为自然的主人和保护者。^⑧生态成了一个外在于人类的活动、但是又与人类活动有关的对象。在这种传统法律范式中,人类可以把生态作为资源而加以利用,又必须基于人类自身的利益加以保护。人仍是万物的尺度。把法律主体扩张到自然界意味着以法律限制人的行为保护生态不再需要以人的利益作为过渡,生态也就获得了独立于人类的保护利益。^⑨真正的斗争不是承认自然之人格与否的斗争,而是人类中心和非人类中心思维之间的斗争。换言之,以人类利益正当化生态保护的人类中心思维正受到来自生态文明之共生法哲学的挑战。

换言之,一种新的法文化通过旧的法律技术进入了民法。其实早在 20 世纪 70 年代,斯通(Christopher Stone)就已经初步设计出了实现自然物之法律人格的制度基础,更指出了背后暗含的法文化变迁。让自然物拥有“权利”可以发挥保护性法律规则无法实现的功能,因为保护权利的方式不限于既存规则,个案中的裁判者可以利用这种灵活性和开放性创造出新的解决方案。他更重要的贡献在于指出利

① Cf. Nader Hakim, “Léon Michoud et la doctrine de droit privé,” in *Léon Michoud*, ed. Xavier Dupré de Boulois and Philippe Yolka (Paris: LGDJ, 2014), 63-84.

② René Demogue, “La notion de sujet de droit: caractères et conséquences,” *Revue trimestrielle de droit civil* 8 (1909): 630.

③ Cf. Jean-Pierre Marguénaud, “Actualité et actualisation des propositions de René Demogue sur la personnalité juridique des animaux,” *Revue juridique de l’environnement* me 40, no. 1 (August, 2015): 73-83.

④ 对于这一困境的分析,参见刘长兴:《生态文明背景下侵权法一般规则的“绿色化”改造》,《政法论丛》2020 年第 1 期。

⑤ Cf. Ernst H. Kantorowicz, *The King’s Two Bodies* (Princeton: Princeton University Press, 1957), 207-9.

⑥ 如派拉蒙并购案中,法官便认为时代拒绝派拉蒙的并购更符合其长远利益,即便股东当下的利益会因此受到限制。Cf. *Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140, 565 A.2d 280 (Del. 1989).

⑦ Cf. Douglas Litowitz, “The Corporation as God,” *Journal of Corporation Law* 30 (2005 2004): 501.

⑧ 关于工业文明和生态文明时代法哲学的粗略对比,参见朱明哲:《生态文明时代的共生法哲学》,《环球法律评论》2019 年第 2 期。

⑨ Cf. Gwendolyn J. Gordon, “Environmental Personhood,” *Columbia Journal of Environmental Law* 43 (2018): 73.

用现有法律语言中权利话语所具有的道德伦理意义，承认自然物的权利可以推动重要的社会心理变迁。^①斯通意识到了今天对自然的人格拟制的两个重要意义。一方面，这种古老法律技术的应用可以推动生态法文化的形成；另一方面，如果生态法文化不能取代人类中心的法文化，那么再多的法律规制也还是徒劳。毕竟在人类中心的思维下，人类的利益时刻准备着在利益权衡中占据上风。生态保护的现状是数百个关于环境的国际条约和几万部环境保护立法仍旧没能有效阻止环境恶化。^②政策的碎片化、执行的区域化当然是部分的原因。但是可能更深层次的原因是人类中心的思维无法理解自然物的独立价值，从而只能把人的利益和生态保护之间的冲突理解成人与人的冲突。诚如爱因斯坦所言，我们不能指望用那种创造了问题的思路来解决问题。

与此同时，人类的利益在生态文明时代的个案权衡中也不再是任何时候都可以要求其他物种为之妥协的王牌了。把自然物拟制为权利主体就是为了让人类利益让位于生态保护的需要。在“泰米尔训牛节”案中，法官认为传统的节庆活动为公牛造成了不必要的痛苦，而且判定动物和人一样也享有获得尊严和善良对待的权利。^③这一次，属于人类的节庆传统要让位于动物的感受。欧洲法院则判决海龟和鸟类栖息地的宁静要优先于人类建设工程所追求的经济目标。^④在“阿特拉托河流域案”中，法官明确指出生态的价值无关经济计算和功利主义的考虑，并主张人类中心的思考方式正是对环境保护不力的原因。^⑤可见，作为启蒙运动遗产的人本主义法学正在动摇。在思考生态文明时，我们可以学习的绝不是一种古老技术的现代应用，而是为了实现生态保护的规制目标，民法开始承认生态具有独立于人类利益的保护价值。甚至，像前引欧洲人权法院判决中所说的那样，一些基本权利都要在保护生态的必要性之前让步。

（三）非人类中心思维的挑战

斯通所预言的对生态的社会心理转型现在已经通过生态文明的语言逐步实现，但非人类中心的法学观念仍然面对诸多挑战。限于篇幅，我们仅指出三项。

首先，最重要的挑战是避免误以为生态时代的共生理念是人类中心思维的延续和扩张。恰恰相反，不同类别的事物需要完全不同的解决方案。一方面，比承认山川河流、风雨雷电的法律人格更艰难、更细致，也更用得上法学家关于制度设计的专业知识的，是为每一种不同的实体设计出符合其保护目的的机制，并在现有的法律秩序中表达它们的诉求。^⑥好消息是民商法在保护胎儿利益、监护制度、公司治理方面的知识提供了现成的知识供给。另一方面，需要警惕的是，我们到现在为止仍然在重复霍布斯的工作——以人为蓝本构思非人的组成。权利话语虽然确实如斯通所言具有强烈的道德色彩，从而可以推动社会变迁，但其局限也很明显。过于抽象的权利话语既有可能让蕴含在风险防范原则中个别调整的情景化思考方式再次流于空洞，又有可能暗示保护人类利益的解决方案可以直接适用于保护万物、不需要关注每一个自然物的特点。借用尼采（Friedrich Nietzsche）的话来说，想要通过自然的拟人解决问题，还是“人性的、太人性的”。

其次，对自然的拟人容易造成一种误解，以为只要把需要保护的实体确认为法律主体就一劳永逸地解决了问题。在“亚马孙案”的法官判决政府采取有效措施保护亚马孙森林生态环境后，亚马孙河流域的森林退化仍进一步恶化。哥伦比亚 75% 的森林退化发生在亚马孙森林。^⑦玻利维亚的情况也类似，虽然认可了大地母亲的权利，但政府又在 2015 年开放了在超过 60 个自然保护区和 22 个国家公园内开采石油的许

① Cf. Christopher D. Stone, "Should Trees Have Standing? - Toward Legal Rights for Natural Objects," *Southern California Law Review* 45 (1972): 489-501.

② Cf. Corinne Lepage, "Les véritables lacunes du droit de l' environnement," *Pouvoirs*, no. 127 (December 22, 2008): 123-133.

③ Cf. Animal Welfare Board of India vs A. Nagaraja & Ors, Civil appeal no. 5387 of 2014 (2014) paragraph 72.

④ Cf. Marie-Angèle Hermitte, "La nature, sujet de droit ?," *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 66, no. 1 (May 2011): 173-212.

⑤ Cf. Paola Villiavencio Calzadilla, "A Paradigm Shift in Courts' View on Nature: The Atrato River and Amazon Basin Cases in Colombia," *Law, Environment and Development Journal* 15, special issue (2019): 9.

⑥ Cf. Bruno Latour, *Politiques de la nature* (La Découverte, 2016), 156.

⑦ Cf. Santiago Ardila Sierra, "The Colombian Government Has Failed to Fulfill the Supreme Court's Landmark Order to Protect the Amazon," *Dejusticia* (blog), <https://www.dejusticia.org/en/the-colombian-government-has-failed-to-fulfill-the-supreme-courts-landmark-order-to-protect-the-amazon/>.

可。^①在现有的国际经济秩序下，要求发展中国家同时实现自由贸易的承诺、对国民提供可靠的公共服务、采取更生态友好的产业政策，显然并不现实。我们甚至不能指望任何一个国家自行解决环境恶化这样的全球问题。后发国家司法实践所提供的社会心理范式只有在国际社会通力合作的前提下可以实现。对自然物权利的宣誓性承认应该是更深入和细致的法律改革的冲锋号而非凯旋曲。

最后，对生态的关注不能导致对人类社会不同群体之间差异的忽视。虽然生态文明的共生理念承认非人实体独立于人类社会要求保护的价值，但各种不同的社会群体对同样的生态适应政策和法律可能有完全不同的经验与体验。采取整体视角，把人类社会整体作为生态环境的一个组成部分看待并不意味着我们必须无视人类社会之内围绕法律出现的斗争。甚至赋予非人实体法律主体的地位这种解决方案本身就是斗争的结果：原住民通过把非西方文化中对自然的理解翻译为现代法律语言，实现了对现代法的改造。^②在节能减排领域，不考虑各国不同的生产力水平、社会结构、地理位置乃至生物多样性，注定不可能实现《巴黎协定》所承诺的减排目标。在一个社会内部，企业家、消费者、劳工等不同的群体负担的减排政策成本也大相径庭。^③“泰米尔训牛节”案禁止虐杀公牛背后，也隐藏着掌握着法律话语权的精英群体对乡村生活方式的规训。我国的“煤改气”政策虽然帮助地方政府打赢了“蓝天保卫战”，却在客观上造成了2017年冬季的气荒。生态保护措施想要实现既定的目标，就必须动员更多社会阶层参与，所以也就不能忽视社会正义和对不同群体的平等保护。

五、结论：生态原则的法文化意义

生态法文化或许正是法律与法律思想的第四次全球化的主旋律。从西欧到南美的民法学家们都在借用既有的民法规范和知识改造旧民法体系，以期满足生态保护的时代使命。一种生态法文化确实正在民法中形成。19世纪的法治国，到20世纪的社会国，我们如今正在迈入一个新的生态文明的时代。法治国为所有的人提供了名义上平等的法律保护，社会国为法律上平等的人提供实现自己权利的经济和社会保障，如今我们又开始考虑如何让人和非人决定共同的生活。人类无法凭理性将自然私有，只能和其他的“物”一道，在共同的世界中构建集合体。^④对生态文明时代民法转型的整体鸟瞰有助于认清我国在可持续发展的多元探索中所处的地位和发挥的作用。

如前所述，本文的任务是在当代民法的生态转型中把握生态原则的法文化意义。相比于传统民法，生态原则进入民法至少意味着三项重要转变。首先，生态原则意味着民法功能的改变。我们不应该继续认为民法只调整平等主体的私人利益的冲突。和其他部门法一样，它也具有实现社会目标的功能。民法慈母般的眼光不能仅仅留给财产的所有者，还要均等地分摊给没有财产的人，甚至我们长期以来想要征服和拥有的自然物。其次，它意味着民法抛弃了关于行为中立性的假设。法律不再假定行为都是无害的、只需要把外部性内化。相反，民法开始采取一种整体视角，承认行为的前因后果本身就是行为的一部分。而且既然人也是自然的一部分而不是独立于自然、拥有自然的主权者，那么人的行为必然（而不是偶然）会有显著的生态影响。所以，法律可以对人的行为采取更多的限制。这种限制既可以包括消极的不作为义务，也可以包括积极的作为义务。最后，生态原则意味着民法对人类中心思维的超越。在新的生态法文化中，留给法学家的的工作还有很多。法学知识通过确定人的权利、义务和责任以调整人类行为方面的功能对于生态保护而言不可或缺。法学家必须把科学证据提供的知识和政治生活中形成的意志力转变为法律规则的语言。

只有理解了以上法文化变迁，我们才能在实务中正确适用《民法典》第9条。生态原则只是民法的各种原则之一。它既不是唯一的原则，也不是可以轻易压倒其他法律原则的帝王原则。立足于生态保护的第

^① Cf. Paola Villavicencio Calzadilla and Louis J. Kotzé, "Living in Harmony with Nature? A Critical Appraisal of the Rights of Mother Earth in Bolivia," *Transnational Environmental Law* 7, no. 3 (November 2018): 420.

^② Cf. Fritjof Capra and Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berret-Koehler Publishers, 2015), 183.

^③ Fergus Green and Ajay Gambhir, "Transitional Assistance Policies for Just, Equitable and Smooth Low-Carbon Transitions: Who, What and How?," *Climate Policy*, August 28, 2019, 1-20.

^④ 朱明哲：《生态文明时代的共生法哲学》，《环球法律评论》2019年第2期。

9 条必然会在适用时与旨在保护个人自由、交易安全、社会秩序的其他原则出现冲突，需要适用者权衡适用。只不过此时进入权衡的不仅仅包括不同的人类利益了。它既意味着公权力对民商事交易活动更积极的干预，也意味着公有制经济所负担的作为义务更大。我们不能把第 9 条解释为对个体权利人的自由极力限缩、却允许国有财产和集体财产权利人不作为的规范。^①最后，在全球的法律人联合起来以法律应对生态危机的大潮中，各国的法官和立法者都可以从各自的经验和教训中获得启发。

（本文受中国政法大学第五批青年教师学术创新团队（18CXTD10）资助）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

The Principle of Sustainability and the Ecological Turn of Contemporary Civil Law

ZHU Mingzhe

Abstract: More than a mere modification, the ecological principle introduced by Article 9 of the General Provisions of Civil Law simplifies the ecological turn in civil law and has cultural significance. The development of civil law institutions and ideals reveals the hypothesis of transactional neutrality as its foundation. Despite the socialization movement and recent environmental consideration in civil litigations, this hypothesis persisted until the introduction of precautionary approach via the ecological principle. As the result, property owners have more rigor duty of care and are subjects to historical responsibilities. Furthermore, judges and legislators in different jurisdictions renew the traditional technology of fiction to recognize the subjecthood of natural objects. The protection of ecological elements is therefore a claim of its own name, independent to consideration of any individual or collective interest.

Key words: ecological civilisation, precautionary principle, fiction of personality, ecological considerations

（上接第 110 页）

Regulating Risk Administration from the Perspective of the Law of Administrative Action

CHEN Yuefeng

Abstract: Site selection for major risk facilities involves hazard defense, space shaping, benefit balance, and risk allocation. In the existing research, the discourse of “Not in My Backyard” (NIMBY) and its analytical framework are inadmissible. The risk decision of the project site is based on the uncertainty. However, the risk description of the risk assessment, which contains value judgment and morphological structure of danger, risk, and residual risk, is a normative decision. The risk decision of the project site selection is future-oriented space shaping activities. Multiple benefits have been substantively constructed in the administrative process. The process of project site selection is also the process of risk allocation. The risk allocation process has multi-level dynamic means. The basis of participation is no longer limited to subjective public rights, but includes multiple interests, risk knowledge and even risk tolerance to establish a “discourse-construction” deliberative democracy and cooperative decision-making structure.

Key words: risk administration, risk assessment, administrative discretion, benefit balance, administrative procedure

^① 对于国有财产权利人“遁入私法”的批判，参见张力：《民法典“现实宪法”功能的丧失与宪法实施法功能的展开》，《法制与社会发展》2019 年第 1 期。