

公私法协同视野下 生态环境损害赔偿的理论构成

冯洁语*

内容提要：生态环境损害赔偿涉及私法与公法的协同。从比较法来看，私法在生态环境损害赔偿中的作用有两种解释路径：一是依托既有权利（如所有权、健康权等）受侵害，扩张损害概念，从责任范围层面涵盖生态利益；二是创设环境权或环境秩序权，从责任成立层面涵盖生态利益。两种进路的背后反映了对于公私法关系的不同认识，前者认为公法、私法并行救济，后者则认为私法救济优先。我国环境法学说传统上采第二种进路，而《生态环境损害赔偿制度改革方案》和“民法典草案”则有采扩张损害概念的整合进路的趋势。我国目前立法与司法实践仍存在体系上的龃龉。应当贯彻扩张损害的思路，在构成侵权的情况下，在责任范围中考虑生态利益。在不构成侵权的情况下，具体考量生态环境损害赔偿能否类推适用民法的规则。

关键词：生态环境损害 环境权 损害 恢复原状

一、问题之提出

生态环境损害赔偿是目前立法中的热点问题。中共中央办公厅、国务院办公厅于2015年印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》（以下简称“改革试点方案”），于2017年印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》（以下简称“改革方案”），全面建设生态环境损害赔偿制度。2019年12月的《中华人民共和国民法典（草案）》（以下简称“民法典草案”）第七编侵权责任第七章也规定了损害生态环境的责任，并且强调了生态修复在生态损害责任中的重要性。

当下的立法模式引发了生态环境损害在法律体系中如何定位的问题，尤其是生态环境损害和传统民法损害、环境侵权责任、环境民事公益诉讼之间的关系，更是存有严重争议。一方面，在民法逻辑体系中，环境侵权的前提是所有权、健康权等绝对权受到侵害。民法的损害以差额说为基础，通常为财产损害。而生态环境损害中往往无绝对权受侵害，并且生态环境损害是否构成民法意义上的损害也存有争议。另一方面，在生态环境损害赔偿制

* 南京大学法学院副教授、中德法学研究所研究人员。

度构建之前,无绝对权受侵害的生态环境损害是通过环境民事公益诉讼加以救济的。在生态环境损害赔偿制度建立之后,两种制度之间如何衔接需要澄清。上述疑问也体现在我国司法实践中。最高人民法院在2020年1月就生态环境损害赔偿和环境民事公益诉讼问题发布了多个指导案例,其围绕的焦点也主要在于生态环境损害的救济体系。例如,指导案例131号试图明确提起环境民事公益诉讼的前提条件,指导案例133号则试图明确生态环境损害赔偿的计算问题。〔1〕

要言之,生态环境损害赔偿在我国现行法体系中应当如何定位,生态环境损害的救济体系如何构造,可以分解为以下三个问题:其一,生态环境损害归属于谁,谁得主张此种损害的赔偿。其二,生态环境损害与传统民法中损害的关系如何,民法在多大程度上能够救济生态环境损害。其三,如果民法不能救济,那么应当适用何种规范,公法与私法应当如何协作,才能更好地保护生态环境。为了更好地说明上述三个问题的实践意义,此处试举二例供全文作对照分析。下文分析将表明,在不同的理论构成中,处理这两个案例的路径有所不同。

案例1:甲私人承包的林地的林木因为附近的污染企业乙排放废气而大面积死亡。〔2〕甲能否就如下损害主张赔偿:(1)死亡林木的经济价值损失。(2)死亡林木无法为周边居民提供森林浴服务及吸收二氧化碳的生态利益损害。如果甲不能主张(2)项下的损害赔偿,那么谁得主张。

案例2:污染企业乙将废水排入长江,造成水体污染,但并未造成沿岸居民健康或养殖业的损害,且因为水体自净,水质已经恢复。〔3〕(1)沿岸居民能否主张生态利益损害赔偿。(2)如果沿岸居民不能主张,那么应当由谁依据何种规范主张生态利益损害赔偿。(3)生态利益损害的赔偿应当采何种标准。

二、我国学说与司法实践的演进

根据2017年“改革方案”第3条第2款第1项和我国目前学界的通说,〔4〕生态环境损害是独立于人身损害、财产损害的第三种损害。以案例1为例,学说认为在林木本身的财产损害以外,还存在因森林生态服务能力受损而产生的生态环境损害。〔5〕如何解决生态环境损害赔偿问题,在我国环境法学的理论构建和司法实践中有一个演进过程。

〔1〕 指导案例131号为“中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气污染责任民事公益诉讼案”,山东省德州地区(市)中级人民法院(2015)德中环民初字第1号;指导案例133号为“山东省烟台市人民检察院诉王振殿、马群凯环境民事公益诉讼案”,山东省烟台市中级人民法院(2017)鲁06民初8号。此外,确认诉讼主体资格的还有指导案例75号“中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉宁夏瑞泰科技股份有限公司环境污染公益诉讼案”,最高人民法院(2016)最高法民再47号。

〔2〕 该案改编自“北京市朝阳区自然之友环境研究所、福建省绿家园环境友好中心诉谢知锦等四人破坏林地民事公益诉讼案”,福建省高级人民法院(2015)闽民终字第2060号。德国学者也曾在其论文中构想过类似的案件。Vgl. Schulte, Zivilrechtsdogmatische Probleme im Hinblick auf den Ersatz „ökologischer Schäden“, JZ 1988, 279.

〔3〕 该案改编自“泰州市环保联合会与泰兴锦汇化工有限公司等环境污染侵权赔偿纠纷案”,最高人民法院(2015)民申字第1366号。

〔4〕 参见吕忠梅、窦海阳:《修复生态环境责任的实证解析》,《法学研究》2017年第3期,第129页;吕忠梅:《“生态环境损害赔偿”的法律辨析》,《法学论坛》2017年第3期,第7页;吴鹏:《生态修复法律概念之辩及其制度完善对策》,《中国地质大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第42页。

〔5〕 参见上引吕忠梅、窦海阳文,第129页。

（一）生态环境损害概念引入之前的学理讨论与司法实践

在生态环境损害概念引入之前，我国学说以环境权为基础探讨生态环境损害问题。早期学说认为，环境权包括国家、法人、公民使用和享受自然环境条件的权利。^{〔6〕}所谓环境权应当是与财产权、人身权并列的权利，如果污染者的侵权行为造成了财产损失或者人身损害，则不构成环境侵权。^{〔7〕}环境权本身与财产权、人身权相同，均可作为侵权法所保护的權利。^{〔8〕}在这个意义上，环境利益包括生态利益是环境权的客体，生态环境损害可以通过环境权受侵害的思路获得救济。需要指出的是，当时的学说没有细分环境公益和环境私益，例如有学者认为，环境权属于全体公民。^{〔9〕}

此种“环境权”观点得到了我国司法实践的有限认可。截至2020年2月24日，在北大法宝上，以“环境权”为关键词、以民事案由为限定进行全文精确检索，共57件民事案例提及了环境权（已经剔除对日本环境权案例的介绍1例与明显错误的案例1例）。在典型案例“李明、王军诉北京庄维房地产开发有限责任公司噪声污染损害赔偿纠纷案”中，被告造成的噪音污染并没有造成原告健康权受侵害，但一审北京市丰台区人民法院“从保护公民环境权的角度出发”，认为“长期噪声超标的住宅生活环境严重干扰和影响了原告一家的正常生活、工作、学习、休息和身心健康，对原告的环境权益造成严重损害，即使没有造成实际经济损失或医疗仪器暂时检测不出原告身体的损害后果，亦应作出相应赔偿”。^{〔10〕}就此判决理由来看，环境权保护的是超越财产权与健康权的环境利益，其中也可涵盖生态利益，并且环境权可以归属于个人。

环境权不仅包括个人环境权，也包括国家和公众环境权，必然导致诉讼主体范围的扩张。因此，最先关注生态环境损害与一般侵权损害之间区别的是程序法学者，讨论的主题也是环境公益诉讼与环境大规模诉讼的问题。^{〔11〕}

据此，可以说在我国法的学理和实践中，生态环境损害一直以来是通过环境权受侵害导致的损害赔偿获得救济的。对于本文开头提出的案例，案例1中的甲可以通过环境权侵权主张就林木的生态环境损害获得赔偿，案例2中的主张则通过国家或公众环境权解决。但是，我国环境法学说过于强调环境权的特殊性，忽视了生态环境损害本身的问题点。环境权能否成为侵权法保护的客体这一问题，并未得到学说的充分关注。

（二）生态环境损害概念引入之后的学理讨论与司法实践

随着环境法作为部门法的独立性日益加强以及民法与环境法的比较法研究的深入，广泛承认环境权的观点受到了质疑。一方面，本世纪以来，环境法学开始重点反思环境权能否成为独立的权利，尤其是能否成为独立的民事权利。学者相继提出，环境权是一种公益性权利，^{〔12〕}人类环境权不能归属于个人，个人只能享有财产权与人身权等权利，换言之

〔6〕 参见蔡守秋：《环境权初探》，《中国社会科学》1982年第3期，第33页；罗荣典、陈茂云：《环境权初探》，《法学研究》1988年第3期，第75页以下。

〔7〕 参见申卫星：《环境权初探》，《中国环境管理》1991年第5期，第16页。

〔8〕 参见陈泉生：《环境侵害及其救济》，《中国社会科学》1992年第4期，第176页，第182页。

〔9〕 参见房绍坤：《试论环境污染损害赔偿责任》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》1991年第1期，第38页。

〔10〕 参见北京市第二中级人民法院（2005）二中民终字第11779号民事判决书。二审法院认可了一审法院的说理。

〔11〕 例如，江伟、贾长存：《论集团诉讼（上）》，《中国法学》1988年第6期，第85页。

〔12〕 参见朱毅：《论环境权的法律属性》，《中国法学》2001年第3期，第64页以下。

之,环境权不是私法中的权利,也不能得到侵权法的救济。〔13〕也有学者批评认为,之前的环境权理论内容不确定,有权利泛化的嫌疑。〔14〕由此,通过传统环境权理论解决生态环境损害赔偿的思路,受到实质上的质疑。另一方面,我国侵权法学说也更加关注权利和利益的区分。尽管侵权责任法第6条概括规定了权益,但是学说倾向于认为一般侵权的保护客体为绝对权。〔15〕

面对针对环境权概念提出的质疑和侵权法学说逐步区分权利与利益的趋势,我国环境法学说逐渐意识到生态环境损害赔偿的问题所在。以2002年11月发生的“塔斯曼海”油轮溢油事件为契机,〔16〕我国学说着重区分环境公益与环境私益,认为环境私益完全等同于个人权利(所有权、身体权、健康权等),环境公益则属于不特定多数人。〔17〕源自法国法的生态环境损害的概念也开始受到关注,认为环境本身遭受的损害是生态环境损害。〔18〕

目前,我国通说几乎不再以环境权作为生态环境损害赔偿的基础,而是强调生态环境是一种社会公共利益。〔19〕此种强调的目的在于,将生态环境损害作为有别于人身损害与财产损害的第三种损害。〔20〕在此种逻辑下,生态环境损害必须通过侵权法以外的方式加以救济,并且通说强调生态环境损害不论在主体上还是填补方式上均不同于环境侵权。〔21〕具体而言,生态环境损害在质和量上均不同于侵权法中的损害。就“质”而言,一方面,生态环境损害作为整体环境的损害,区别于个别环境因素的损害;另一方面,生态环境损害涉及环境公益,区别于个人财产与人身损害。就“量”而言,生态环境损害具有自我修复能力,因此微小的不利不构成生态环境损害。〔22〕

尽管学说均强调生态环境损害与侵权法损害之间的差别,但对于如何构建生态环境损

〔13〕 参见徐祥民:《对“公民环境权论”的几点疑问》,《中国法学》2004年第2期,第109页,第112页,第114页。

〔14〕 参见吴卫星:《环境权内容之辨析》,《法学评论》2005年第2期,第140页;杜维超:《在修辞与实践之间:环境权概念的贫困及其义务转向》,《求是学刊》2016年第6期,第88页。尽管吴卫星提及了权利泛化的现象,主张环境权是“公民对健康、清洁、良好环境的享受权”,但是仍然没有解决环境权与健康权的关系问题(吴文第143页以下)。

〔15〕 典型如葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,《中国法学》2010年第3期,第41页。

〔16〕 2002年11月23日,英费尼特航运有限公司所属马耳他籍“塔斯曼海”油轮与大连旅顺顺达船务有限公司所属中国籍“顺凯1号”货轮在天津大沽口东部约23海里处发生碰撞,“塔斯曼海”油轮右舷第3舱破损,所载956.524吨货油入海,且只有极少量的原油被回收,造成附近海域严重污染。天津市渔政渔港监督管理处代表国家、当地各区渔民协会代表受害渔民、部分受害渔民分别起诉该公司。参见“天津市渔政渔港监督管理处诉英费尼特航运有限公司(INFINITYSHIPPINGCO., LTD.)等船舶碰撞油污损害赔偿纠纷案”,天津海事法院(2003)津海海事初字第184号。同属于该案系列的判决还有天津市高级人民法院(2005)津高民四终字第0047号;天津海事法院(2003)津海海事初字第185号、第186号、第187号、第189号、第190号、第191号、第192号、第193号。

〔17〕 参见周晨:《环境损害的法律定义研究》,《中国人口·资源与环境》2006年第6期,第200页。

〔18〕 参见竺效:《论在“国际油污民事责任公约”和“国际油污基金公约”框架下的生态损害赔偿》,《政治与法律》2006年第2期,第98页以下。

〔19〕 参见前引〔4〕,吕忠梅文,第7页;唐璐:《环境损害救济的逻辑重构——从“权利救济”到“法益救济”的嬗变》,《法学评论》2018年第5期,第126页。

〔20〕 参见刘芳、杨海霞:《比较法视角下中国的生态损害责任——从国外的生态补偿谈起》,《环境法治与建设和谐社会——2007年全国环境资源法学研讨会论文集》,第1064页。

〔21〕 参见竺效:《论生态损害综合预防与救济的立法路径——以法国民法典侵权责任条款修改法案为借鉴》,《比较法研究》2016年第3期,第26页;前引〔4〕,吕忠梅、窦海阳文,第125页;前引〔4〕,吕忠梅文,第11页以下;刘静:《论生态损害救济的模式选择》,《中国法学》2019年第5期,第279页以下。

〔22〕 前引〔4〕,吕忠梅、窦海阳文,第130页以下。

害赔偿制度却观点不一。主流观点认为,生态侵害既侵害环境私益,也侵害环境公益,对于环境私益由民法调整,对于环境公益则应当构建独立的生态环境责任,而其承担方式则是不同于恢复原状的生态修复责任。^[23]在具体计算方面,此种生态修复责任依赖于《环境污染损害数额计算推荐方法》,修复责任的目的在于将受损的生态恢复到与受损之前相接近的状态。^[24]需要指出,尽管主流学说认为生态环境损害责任与侵权责任不同,但仍主张通过环境民事公益诉讼的方式加以救济。^[25]这一点又清晰地反映出,我国目前的通说在一定程度上仍然受到环境权传统理论的影响。^[26]此外,也有学者认为,生态环境损害责任首先应当以公法救济为主,污染企业承担修复生态的行政义务。如果行政机关不作为,则可以由环保组织或检察机关针对行政机关提起环境行政公益诉讼。其次,生态环境损害诉讼是行政机关以民事诉讼的方式向污染者求偿修复费用,是一种与公法责任相配套的手段。最后,环保组织和检察机关提起的环境民事公益诉讼是补充手段。^[27]

按照我国目前生态环境损害赔偿的通说,案例1中林木的财产损失由受害人甲通过环境侵权诉讼获得救济,而案例1中林木的生态损害与案例2中的生态损害则应当通过环境民事公益诉讼获得救济,并且在规范适用时应当有别于民法中的恢复原状。

在2015年“改革试点方案”印发前后,我国司法实践围绕生态环境损害赔偿进行了诸多尝试,其相关观念也发生了一定的转变。2014年针对生态环境损害的一则案例表明,生态环境损害问题可以通过环保团体提起环境民事公益诉讼的方式解决。^[28]此种做法在2015年的“北京市朝阳区自然之友环境研究所、福建省绿家园环境友好中心诉谢知锦等四人破坏林地民事公益诉讼案”中得到了延续,诉讼主体也进一步扩张到民间环保组织。从该案的判决来看,法院区分了两种损害,即林木所有人因林木所有权受侵害而遭受的财产损失,与林木作为生态要素本身遭受的生态环境损害,环保组织仅得主张后者。^[29]然而,在生态环境损害赔偿制度提出以后,为了协调环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼之间的关系,《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(法释〔2019〕8号,以下简称“生态环境损害赔偿解释”)第16条和第17条确立了生态环境损害赔偿优先、环境民事公益诉讼为补充的审理顺序。最高人民法院于2020年公布的指导案例也明确了这一顺序。指导案例130号表明,行政机关提出的生态环境损害赔偿诉讼与环保组织提出的环境民事公益诉讼应当合并审理。指导案例131号则明确,污染者在受到行政处罚后仍未改正的,环保组织可以提起环境民事公益诉讼主张生态环境损害赔偿。^[30]此外,我国司法

[23] 参见前引〔4〕,吕忠梅文,第9页,第10页,第12页。

[24] 参见前引〔4〕,吕忠梅、窦海阳文,第134页。

[25] 参见前引〔4〕,吕忠梅文,第10页。

[26] 例如,李丹认为环境民事公益诉讼制度的法理基础是公民环境权理论。参见李丹:《论环境损害赔偿立法中的环境公益保护——从环境民事公益诉讼的角度》,《法学论坛》2005年第5期,第36页以下。

[27] 参见前引〔21〕,刘静文,第281页以下。

[28] 参见“中华环保联合会与无锡市蠡湖惠山景区管理委员会生态环境损害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2014年第11期。

[29] 参见前引〔2〕。对该案的评析可参见前引〔4〕,吕忠梅、窦海阳文,第131页。

[30] 指导案例130号为“重庆市人民政府、重庆两江志愿服务发展中心诉重庆藏金阁物业管理有限公司、重庆首旭环保科技有限公司生态环境损害赔偿诉讼案”,重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民初773号(最高人民法院2019年发布的人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例之二);指导案例131号见前引〔1〕。

实践也回应了我国通说关注的生态环境损害的计算问题,指导案例130号、133号以及“绍兴市环境保护局、浙江上峰建材有限公司、诸暨市次坞镇人民政府生态环境损害赔偿协议司法确认案”^[31]等典型案例,均在生态环境已经自我修复、净化的情况下,判决污染者承担生态修复责任。

(三) 小结

综上所述,所谓的生态环境损害,是我国学说在公私法分离、侵权法理论和环境法理论日渐细化的过程中提出的问题。如果不区分公法与私法,认为国家或集体同样是私主体,那么这一问题可以直接通过侵权法解决,因为不属于个人的财产,均属于国家或集体,侵害生态也必然造成国家或集体所有权受侵害。^[32]如果不区分权利和利益,广泛地承认环境权,并且认为环境权同样为侵权法所保护,那么也不存在所谓无私权作为基础的生态环境损害,因为对于环境权的侵害可以涵盖这一部分损害。事实上,我国传统上正是通过环境民事公益诉讼解决生态环境损害赔偿问题。相反,如果区分权利和利益,区分公益与私益,不采环境权概念,则会出现纯生态环境损害如何救济的问题。并且,我国目前的生态环境损害赔偿制度改革深受国家环保政策的影响。在改革引入了生态环境损害赔偿制度的前提下,我国学说和司法实践试图厘清生态环境损害与之前已经存在的制度之间的关系。

时至今日,生态环境问题的特殊性已经为环境法学说与司法实践所公认。生态环境损害是与环境侵权造成的人身损害和财产损害并列的、单纯生态环境遭受的不利益。^[33]但是,这一理解对于定义生态环境损害并无帮助,其内涵并不明晰。从质的角度来看,此种定义始终存在两种解释空间。其一,生态环境损害完全独立于财产损害,换言之,生态环境损害仅发生于无所有权受侵害的情况下,例如案例2;其二,生态环境损害是所有权受侵害以后财产损害赔偿不能弥补的部分。例如,在案例1中,林木所有权受侵害固然可以得到赔偿,但是在财产损害之外,林木之生态服务功能也受到不利影响。通说与司法实践仅确认这一部分生态环境损害可以通过生态环境损害赔偿诉讼或者环境民事公益诉讼获得救济,但并未说明林木所有权人能否通过环境侵权就此部分生态环境损害主张救济。在“民法典草案”侵权责任部分规定了生态环境损害以后,这一问题变得更加突出。申言之,环境权的内涵和外延为何,何种侵害环境权的行为构成侵权,引入生态环境损害赔偿诉讼以后环境权侵害和生态环境损害之间的关系为何,均需要明确。从量的角度来看,生态环境损害难以估算、生态环境具有自我修复能力的问题,在传统民法的损害问题中同样存在。^[34]尽管目前的司法案例与学说均认可此种情况下污染者仍需承担责任,但仍欠缺有力的论证。

[31] 浙江省绍兴市中级人民法院(2018)浙06民特48号(最高人民法院2019年发布的人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例之四)。指导案例130号见前引[30],指导案例133号见前引[1]。

[32] 此种思路在目前仍有一席之地。环保部相关负责人就“改革方案”回答新华社记者时,明确提及“在我国,国家所有的财产即国有财产,由国务院代表国家行使所有权”。参见《环保部有关负责人解读〈生态环境损害赔偿制度改革方案〉》, http://www.gov.cn/zhengce/2017-12/17/content_5247962.htm, 2019年10月31日最后访问。

[33] 参见前引[4],吕忠梅文,第7页;前引[4],吴鹏文,第42页。

[34] 例如人身损害中同样存在受害人自愈的情况。

三、概念整合的不同进路

我国目前关于生态环境损害的学说一定程度上受到了法国法的影响。^[35]从概念来源看,生态环境损害源自于法国法,^[36]随后亦为德国法、日本法所讨论。^[37]与我国法类似,同为概念引入国的德国与日本,其学理讨论的重点也在于生态环境损害概念的整合,即明确其与传统的所有权受侵害、环境权受侵害的关系,其经验可资借鉴。

(一) 德国法对损害的扩容

1. 德国民法学说对生态环境损害的内化尝试

德国法传统学说在定义生态环境损害概念的过程中,试图厘清生态环境损害与因所有权受侵害导致的财产损害之间的关系,并大致形成了两种观点。第一种观点认为,生态环境损害是财产损害不能涵盖的部分,但可以以所有权作为分析基础。布吕格迈耶尔认为,生态环境损害由两个方面构成:其一,受侵害的生态上无所有权,换言之,无所有权受侵害。其二,受侵害的生态上虽有所有权,但所有权受侵害后无法修复(或者只有经过长时间才能修复)。^[38]与之类似,雷宾德也认为,无所有权侵害的生态受损必然属于生态环境损害,而在所有权受侵害的情况下,如果所受损害可以通过恢复原状得到赔偿(德国民法典第249条第1款),则不构成生态环境损害,但是如果所受损害只能通过金钱予以赔偿(德国民法典第251条第1款),并且无法完全恢复到受影响之前的状态,则构成生态环境损害。^[39]

第二种观点认为,即便能为财产损害所涵盖,也可以构成生态环境损害。此种观点的代表为舒尔特,其认为所谓“生态环境损害”和“对自然生态系统造成的损害(Schaden am Naturhaushalt)”同义,是指与自然保护法所保护状态之间存在不利的偏差。^[40]在这个定义下,生态环境损害可以同时是对所有权的侵害,所有权人可以主张生态环境损害赔偿,对此可以适用恢复原状、金钱赔偿等规定。^[41]在生态环境损害中可能发生侵害私益与公益并存的情形,对此,舒尔特认为仅靠民法规范本身是不够的,还应当通过公法规范解决。^[42]

[35] 例如,吕忠梅在定义损害时,引用了法国民法学说的观点。参见前引〔4〕,吕忠梅文,第7页。竺效则介绍了法国民法典修改中关于生态环境损害责任的规定,并主张通过综合立法解决生态环境损害的问题。参见前引〔21〕,竺效文,第17页以下,第26页。

[36] 据德国学者介绍,生态损害(ökologischer Schaden)这一概念第一次出现是在1968年法国学者德斯帕克斯(M. Despax)的著作中。Vgl. C. Godt, Haftung für Ökologische Schäden, Duncker & Humblot, 1997, S. 41.

[37] 德国法关于生态损害责任的讨论始于1980年卢梅特(Lummert)和提姆(Thiem)对法国生态环境损害和集体诉讼的介绍。1986年的第56届德国法学家大会对生态环境损害作了法政策学讨论。参见上引Godt书,第41页。日本法对于纯生态环境损害的介绍,也往往限于对法国法的比较研究。参见〔日〕小野寺倫子:《人に帰属しない利益の侵害と民事責任(3·完):純粹環境損害と損害の属人的性格をめぐるフランス法の議論からの示唆》,《北大法学論集》第63卷第4号(2012年),第96页以下。当然,自1960年代起,为了应对公害案件,日本法的环境责任也自发形成了不涉及私益的环境损害的理论。

[38] Vgl. Brüggemeier, Umwelthaftungsrecht-Ein Beitrag zum Recht der „Risikogesellschaft“, KJ 1989, S. 225.

[39] Vgl. Rehlinger, Ersatz ökologischer Schäden-Begriff, Anspruchsberechtigung und Umfang des Ersatzes unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Erfahrungen, NuR 1988, 105 (108).

[40] Vgl. Schulte, Ausgleich ökologischer Schäden und Duldungspflicht geschädigter Grundeigentümer, Duncker & Humblot, 1990, S. 29.

[41] 参见上引Schulte书,第34页。

[42] 参见上引Schulte书,第43页以下。其批判了德国联邦法院在某判决中支持政府可以通过无因管理向污染者请求费用的观点。

在上述传统学说以外,1990年以后,德国学理又有若干新见解。赛布特认为从财产损害的关系无法正确定义生态环境损害,应当从权利归属的角度加以定义,其认为生态环境损害是对非属个人的自然利益的损害。^[43]此种自然利益由全体享有,在受侵害的情况下,受害个人、环境保护团体、国家均得依民法规则请求赔偿。^[44]

在前述讨论的基础上,高特指出,之前德国传统学说对生态环境损害的定义取决于对所有权的理解,此种定义是错误的。生态环境损害的定义与所有权保护无关,因此,应当从侵害行为的角度,将生态环境损害定义为个人可归责地侵害一般环境利益。^[45]传统的责任法仅认识到属人的损害,忽视了具有公益性质的损害。^[46]因此,生态环境损害不仅是责任范围的问题,也是责任成立的问题,侵害一个物可以同时造成财产损害和生态环境损害。^[47]

2. 德国现行法对于生态环境损害的基本立场

上述学说大致明确了生态环境损害不仅发生在没有所有权或健康权受侵害的情形(狭义的生态环境损害),而且也可能发生在所有权、健康权等受侵害的情形(广义的生态环境损害)。德国目前的通说认为,唯有后者才在民法的调整范围内,而主张在责任成立方面考虑生态环境损害的观点,在德国仍然是少数说。1991年生效的德国环境责任法即采此种立场。一方面,该法规定了所有权、健康权等绝对权因所列设备运行受侵害的无过错责任;另一方面,在所有权受侵害的情况下,该法第16条对德国民法典第249条作了修正,规定加害人的恢复原状责任还需包括恢复环境,即扩大了恢复原状的意义,将其从仅恢复所有权受侵害扩张到了恢复环境损害。这样,就通过扩大的可恢复性尽可能考虑了生态利益,并且减轻了生态环境损害的评估难题。^[48]该条的意义是在损害填补中考虑生态环境损害。^[49]扩张损害概念的关键在于如何理解恢复原状,在考虑生态利益的前提下,恢复原状在生态环境受损的情况下是指加害人将生态恢复到与之前同等的状态。^[50]对于无法恢复的生态环境损害,则恢复到近似状态。^[51]德国环境责任法第16条进一步限制了恢复费用过高规则在环境损害中的适用。也就是说,污染者不得仅以恢复原状的费用高于环境损害本身的价值为由,主张不恢复原状而仅承担生态本身价值的赔偿。其理由在于,经济价值不足以完全反映生态利益,生态利益可能数倍于其经济价值。^[52]

此外,德国法在林木的金钱损害赔偿问题上,没有完全从差额说的角度确定林木的价值。林木按德国法属于不动产,因此侵害林木构成侵害不动产,但林木损害的金钱赔偿不是比较该不动产因林木受侵害而遭致的出售价格减少,而是要考虑恢复林木所需的费用。这一问题在成年林木损害中较为明显,因为成年林木的运输、种植、成长等费用通常会超过不动产因林木受损而减少的经济价值。德国联邦法院认为,此时第一步得请求部分恢复

[43] Vgl. Seibt, Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schaden, Mohr, 1994, S. 9 – 10.

[44] 对其理论的总结,可以参见[日]吉村良一:《環境損害の賠償》,《立命館法学》第333·334号(2010年),第1779页。

[45] 参见前引[36], Godt书,第302页。

[46] 参见上引 Godt书,第303页。

[47] 参见上引 Godt书,第304页。

[48] Vgl. Staudinger/Kohler (2017) § 1 UmweltHG, Rn. 97.

[49] Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl., C. H. Beck, 2016, S. 592.

[50] Vgl. MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 249 Rn. 345.

[51] Vgl. Staudinger/Schiemann, BGB § 249, Neubearbeitung, 2005, Rn. 186.

[52] Landmann/Rohmer UmweltR/Rehbinder, 89. EL Februar 2019, UmweltHG § 16 Rn. 14.

原状，第二步再请求金钱赔偿，而成年林木损害的金钱赔偿数额不取决于该不动产因林木受侵害而减少的价值（差额说），而是取决于修复费用，这一修复费用的计算时间是从替代林木种植后到成长为受侵害林木的年限。^[53]

狭义的生态环境损害不涉及既有权利的侵害，因此只能通过公法加以规范。2007年德国环境损害法以民法侵权损害赔偿请求权的构造方法为蓝本，构建了行政机关对污染者的权力。此种情况下，与污染相关之人及环保协会可以对行政机关提出行政作为的申请。^[54]

总体而言，德国法目前已经放弃了对生态环境损害在责任成立方面作明确定义的做法，倾向于依托既有权利解决损害问题，在构成所有权侵害的前提下，通过扩张损害的概念，解决相应问题。但对于狭义的生态环境损害，德国法通过公法加以规制。

（二）日本法上权利（受保护利益）的创设

生态环境损害（纯粹环境损害）对日本法而言也是新的概念。与我国类似，生态环境损害真正成为日本学界关注的焦点，是关于法国法的相关讨论^[55]和受欧盟2004年立法影响的产物。^[56]但在这一概念引入之前，日本的环境法制体系与学说对生态环境损害问题均已有一定的解决方案。

1. 日本现行法对生态环境损害（纯粹环境损害）的态度

日本目前的环境法制体系深受公害案件的影响。^[57]20世纪50年代起，日本公害案件频发。为了解决公害案件，日本于1967年制定了公害对策基本法，于1972年制定了自然环境保全法。在环境修复方面，日本也是世界上最早适用污染者负担原则的国家，其通过公法规范已经规定了污染者须承担环境修复的费用。根据实施修复的主体不同，在公法上形成了公共事业型与规制型两种模式。^[58]公共事业型如1970年制定的日本公害防止事业费事业者负担法，该法规定行政机关实施防止公害的行为，而污染者负担费用。该法第2条之2规定了事业者须负担其活动所造成的环境污染的修复费用，第4条规定了其负担的数额。^[59]规制型如日本自然环境保全法第18条第1项，其规定环境大臣和地区的行政首长须命令指定地区内未取得行政许可或违反许可条件的污染者中止污染行为和恢复原状。

尽管已经有了相应的公法规范解决生态环境损害问题，日本学界直到目前为止，依然热衷于构建私法上的环境损害赔偿请求权与不作为请求权，且其构建方法有别于德国法。

2. 日本以环境权为基础的理论构建

关于环境损害，日本法一直有广义与狭义二分。广义的环境损害指“以环境影响为起因的损害”，狭义的环境损害是指“以环境影响为起因的损害中，人格利益和财产利益损害

[53] Vgl. Staudinger/Schiemann, BGB § 251, Neubearbeitung, 2005, Rn. 90.

[54] 对于德国环境损害法的概述，参见前引[49]，Kloepfer书，第614页以下。

[55] 例如，2010年以来，小野寺伦子发表了多篇文章介绍法国生态环境损害。2013年9月10—11日，由亨利·加比唐（Henri Capitant）法国法律文化之友协会在法国巴黎主办的日本与法国民法研讨会也讨论了生态环境损害的问题。

[56] 2004年欧盟颁布了《欧盟环境责任指令》（2004/35/CE），该指令涉及无主自然资源（纯粹环境损害）的赔偿问题。相关讨论参见[日]大塚直：《環境損害に対する責任》，《ジュリスト》第1372号（2009年），第420页。

[57] 参见[日]吉村良一、藤原猛爾、水野武夫編集：《環境法入門（第4版）》，法律文化社2013年版，第3页以下。

[58] 参见[日]大塚直：《環境修復の責任・費用負担について》，《法学教室》第329号（2008年），第95页。

[59] 尽管该法以公害为前提，公害限于健康受害与生活环境受害，所以表面来看，该法的适用范围不涉及纯粹的环境损害，但在实践中日本法院却对健康受害与生活环境受害作了广义解释。参见上引大塚直文，第101页。

以外的损害”。^[60]如果简单套用前述德国法的讨论,人们也许会产生误解,认为德国法的生态环境损害对应着日本法的狭义环境损害。但实际上,相比德国法,日本法更倾向于创设权利,以实现保护的目。例如,关于建筑的景观价值保护问题,如名胜古迹因侵权人失火而灭失,在财产损害以外权利人是否得请求其他损害赔偿,德国学者是从生态环境损害的角度加以讨论,^[61]而日本法则从景观权的角度来讨论,换言之,这一问题在广义环境损害的范围内。日本法对于生态环境损害的问题传统上通过构造环境权等权利的方式加以解决。

事实上,日本学界也存在依托既有所有权或人格权保护环境利益的观点,但日本环境法理论的发展深受公害案件的影响,依托既有权利被认为尚不足够。20世纪70年代,大阪律师协会提出环境权理论,目的在于将环境权作为民法上不作为请求权的基础。依该理论,环境权是享有环境、支配环境的权利,在这个意义上,环境权是绝对权。^[62]但是,私法上的环境权概念自提出以来,一直受到批判,理由有三:其一,环境权欠缺实体法依据,内涵外延不明。其二,环境的含义不明,环境权可能会阻碍正常开发。其三,当事人资格不明,如果认为环境权属于全体国民,可能导致诉权的泛滥。^[63]日本随后的学说发展了环境权理论。目前,通说认为,环境权应当从公益的侧面加以把握,其位置在于公共秩序。^[64]对此,又形成了环境权是共同体所有权、环境权共同利用权和环境公共秩序三种观点。^[65]在权利受侵害构成侵权行为以后,基于污染者负担原则,生态环境损害问题就自然得到了解决。^[66]

但是,日本法院对环境权多持保守态度。^[67]转折的契机是2006年著名的国立景观诉讼,日本最高法院认可了通过侵权法保护景观利益。该案中,日本东京JR国立站南出口有一条“大学路”,被评为“新东京百景”。该路沿线要修建高层建筑,遭到周边居民反对,其起诉主张拆除过高建筑和损害赔偿。^[68]本案的争议焦点之一即在于,周边居民对于景观是否享有权利或利益。一审东京地方法院认为构成侵权:“尽管法律没有直接认可所谓抽象的环境权或景观权,但是,在该特定区域内,各个土地权利人长期自我规制土地的利用,因此在一定的期间内,保持了某种人工景观,并且得到了社会观念的良好认可。这种情况下,土地权利人的土地上产生了附加价值。应当认为,作为土地所有权的派生,土地权利人自身负有维持所形成景观的义务和要求彼此维持景观的利益(以下称为景观利益),此种景观利益受法律保护,侵害景观利益的行为在一定情况下构成侵权行为。”^[69]但是,二审东京高院否定了一审法院关于景观利益的构想,认为景观是行政措施保护的。另外,所谓景观本身不确定,景观固然是客观存在的,但景观观赏的角度不同,观感也不同,每个人对景观的评价也不一致。^[70]最终,日本最高法院一方面认可了一审法院提出的景观利

[60] 参见前引[56],大塚直文,第42页;前引[44],吉村良一文,第1770页。

[61] 参见前引[2],Schulte文,第279页以下。虽然德国学者从生态损害角度加以讨论,但类似案件在德国法上没有通过生态环境损害解决,而是通过非物质损害的商业化计算加以解决。

[62] 参见[日]大塚直:《環境権(2)》,《法学教室》第294号(2005年),第111页。

[63] 参见[日]潮見佳男:《不法行為法I(第2版)》,信山社2009年版,第239页。

[64] 参见上引潮見佳男书,第240页。

[65] 参见上引潮見佳男书,第240页;前引[37],小野寺伦子文,第107页以下。

[66] 参见[日]小野寺倫子:《環境損害》,《法律時報》第86卷第5号(2014年),第77页。

[67] 参见前引[37],小野寺伦子文,第112页。

[68] 民集第60卷第3号,第1242页。

[69] 東京地判平14・12・18。

[70] 東京高判平16・10・27。

益，认为景观具有客观价值，法律应当保护此种利益（当然，在理论构成上，与一审法院以所有权为构造基础不同，转向了以人格权为基础构造景观利益），^[71]但是另一方面也否定了景观权。其认为，由于景观利益的内容随着景观的性质、样态而不同，所以在目前，尚不应承认超越景观利益的“景观权”。^[72]日本民法典第709条规定的侵权行为的客体不仅包括权利，也包括受法律保护的利益。但是本案中，由于该建筑通过了行政机关的审核，日本最高法院以不具违法性为由，否定了一审判决。

尽管该案所涉及的景观利益不是真正生态学意义上的利益，但是日本学者往往将该案作为理解生态环境损害的切入点，^[73]因为该案中日本判例首次认可了超越私人利益的环境利益也得成为侵权法的保护客体。值得关注的是，以该案为契机，大塚直区分了两类环境利益：一为“环境相关的公私复合利益”；二为“纯粹环境利益”。享受良好的景观、森林浴（森林的生态服务功能）等利益均为与环境相关的公私复合利益。而环境本身则属于纯粹环境利益，也是不属于任何个人的公益。但从景观案来看，在满足特定条件下，纯粹环境利益中可以产生属于特定人的（公私复合的）个别利益，这部分个别利益是可以通过侵权法加以保护的，在日本现行的诉讼制度下也是可诉的。相反，对于没有办法个别化的纯粹环境利益，大塚直认为应当通过立法，允许以集体公益诉讼的形式主张损害赔偿。^[74]

由此，日本通说对于纯粹环境损害基本形成了两种努力方向。其一，尽可能将环境利益归属于个人，即通过创设新的权利或利益加以保护，就此讨论的重点在于权利的内涵和外延如何明确。其二，在这之外，则主张通过立法，建立集体公益诉讼。

（三）小结：殊途同归的具体裁判

德国法和日本法对于生态环境损害概念的整合进路，虽然有部分相似性，^[75]但总体而言体现了两种不同的方向。德国法试图扩大损害的概念，而日本法则试图扩大受保护利益的范围。此种差别的实质在于对生态环境损害在环境侵权中的不同定位。

总体而言，德国民法学说更倾向于在责任范围中考虑生态环境损害。其整合的出发点，是考虑目前德国法的侵权损害赔偿对于生态环境损害是否存在保护不足。在这个意义上，第一，考虑相关受损利益是否归属于个人。第二，在归属于个人的情况下，如果可以适用德国民法典第249条以下的损害赔偿规则，通过恢复原状或金钱赔偿加以填补，那么就没有必要引入生态环境损害。第三，如果无法通过既有规则加以填补，则存在保护不足，需要引入生态环境损害。第四，在受损利益不归属于个人的情况下，德国法目前的通说认为无法通过私法规则予以赔偿。^[76]对于这部分狭义的生态环境损害，德国法传统上将其交由公法予以规制，因

[71] 吉田克己明确指出了二者在理论构成上的区别。参见〔日〕吉田克己：《民法学与公私の再構成》，载早稻田大学比較法研究所编：《比較と歴史のなかの日本法学：比較法学への日本からの発信》，成文堂2008年版，第403页。

[72] 民集第60卷第3号，第1242页。

[73] 参见前引〔44〕，吉村良一文，第1793页；前引〔37〕，小野寺伦子文，第98页，第125页；〔日〕大久保規子：《生物多様性の保全をめぐる訴訟》，载環境法政策学会编：《生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る》，商事法務2009年版，第130页。

[74] 参见〔日〕大塚直：《環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説》，《法律時報》第82卷第11号（2010年），第121页以下。同样支持采立法论允许集体公益诉讼的观点参见前引〔44〕，吉村良一文，第1799页。

[75] 例如，两国学说中均有观点认为自然利益由全体享有；两国均有通过扩张既有权利保护生态环境损害的学说。

[76] 参见前引〔49〕，Kloepfer书，第581页。

为这是国家的任务。^[77]对于本文篇首的案例,案例1可以通过民法予以救济,甲得主张侵权,并在损害赔偿时考虑林木的生态价值;案例2则只能通过公法予以救济。

日本法深受公害案件的影响,在环境污染行为发生以后、人身或所有权受侵害之前,迫切需要赋予个人不作为请求权或损害赔偿请求权。因此,日本民法学说试图在权利或法益受侵害层面考虑生态利益的影响。在解决了环境权(环境利益)之正当性的基础上,生态环境损害在责任范围方面的疑问也自然迎刃而解。对于案例1,日本法认为甲得请求污染者负担所有损害;而对于案例2,日本法则认为此时可以构成侵害环境利益,因此构成对沿岸居民的侵权。

尽管存在整合进路上的差异,但是二者在具体问题的判断上却又是近似的。按照日本法对环境权的最初认识,环境权归属于个人,可能会导致个人取得本应当属于公众的环境利益,换言之,日本生态环境损害赔偿的范围可能会广于德国法。但是,日本法院对环境权采审慎态度,实际上仅仅承认属于特定主体的环境权和环境利益,例如眺望权、^[78]景观利益。而日本新近提出的环境共同利用权的观点则认为环境权人仅可以基于环境利用权主张污染者停止侵害,请求损害赔偿的主体则不是个人,而是共同享有环境利益的团体。^[79]所以目前,不论何种进路下,具体案件中是否构成生态环境损害的判断、可主张救济的主体和最终效果等,均相差不大。

四、私法体系的融贯和公私协动论

尽管在具体案件的判断上,上述两种整合进路殊途同归,但是,选择何种进路与一国的侵权法体系、损害赔偿法体系以及对于公私法之间协动关系的认识都密切相关。对于生态环境损害概念的整合,一方面需要实现私法体系本身的融贯,另一方面需要实现公法与私法的协动。

(一) 侵权法与损害赔偿法体系的扩张及其界限

虽然侧重各有不同,但德日两国均试图扩张其私法体系尤其是侵权法与损害赔偿法体系来整合生态环境损害概念。由此引发的疑问是,私法体系扩张的界限何在。

事实上,德国早期也有类似日本法扩张侵权法保护客体的观点。例如,科特根建议将“环境利益”作为德国侵权法上保护的權利。福科尔则建议侵害环境构成侵害一般人格权。^[80]20世纪90年代以后,莫勒斯主张扩大健康权的内涵以保护环境,其认为,应当对私法与公法规范中的健康权作统一理解,健康是一个跨法域的概念。^[81]上述三种建议均为德国通说所反对。反对的理由与日本学说对环境权的质疑也颇类似:第一,环境权的客体难以被感知,侵害环境权的行为难以认定。第二,将一般环境利益通过私权赋予个人,此种分配最终不会是学者希望的结果,此种分配也不是侵权法能够实现的。第三,通过扩大权利,赋予一般侵权法的保护,在德国学者看来,只能是最后的手段。即使认可环境权,也会如同

[77] 参见前引[49], Kloepfer书,第556页。

[78] 横浜地裁横須賀支判昭54・2・26。

[79] 参见[日]中山充:《環境共同利用権》,成文堂2006年版,第138页以下。

[80] 关于Köndgen、Forkel的见解,参见T. Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt-und Haftungsrecht, Mohr, 1996, S. 49 ff.

[81] 参见上引Möllers书,第30页以下。

目前德国法上的营业权一样，在权利上还需附加其他要件，导致最后的处理与悖俗加害他人侵权的处理近似。^[82]换言之，并无必要考虑扩大权利以提供保护，而应该首先考虑德国民法典第 823 条第 2 款（违反保护性法律）和第 826 条（悖俗加害他人）。因此，德国通说目前并未选择扩张权利的路径，而是通过扩张损害概念将生态环境损害纳入赔偿范围内。

与德国法相比，日本法在体系扩张上走得更远。像德国法那样严格区分权利和利益的做法，在日本法下未必成立。事实上，自日本民法颁布以后，日本法一直在扩张其侵权法的保护客体。以“大学汤”判决为标志，日本民法判例明确了一般侵权的保护客体不限于权利，2004 年的日本民法现代语化修改则正式在条文中明确了法律上受保护的利益是一般侵权的保护客体。以平井宜雄的论述为例，日本法扩大保护客体的目的在于应对社会风险的广泛化与高度化。此种考量下，一般侵权以权利受侵害为限的规定必然会被打破。^[83]

虽然环境权或环境利益之创设在日本法上并无太大的理论阻力，但是德国法上对于扩张权利的质疑在日本法的发展中也得到了一定程度的印证。例如，在日本最高法院关于景观利益保护的判决公布以后，有学者指出，相比一审法院，日本最高法院的判决欠缺对景观利益享有人范围的限定。^[84]此外，环境权由于存在公益性的特征，其内容与传统个人权利多有龃龉。面对质疑，日本法在环境权的构造中也试图修正其理论。修正的大体方向是强调环境利益在共同体、公共秩序中的位置。环境权理论也通过引入容忍义务等限制违法性，使得其内涵与外延确定化，并且发展出了所谓“环境秩序论”。^[85]在这个意义上，确实如德国学者所指出的，即使构造环境权，最后也会变成如同营业权一样的框架权。在这个意义上，侵权的扩张有多大意义确实令人怀疑。

（二）私法的功能与公私法协动论

尽管日本法同样意识到了扩张侵权法保护的权益或利益的弊端，但依然试图通过扩张保护客体的方式实现概念整合。这一点也反映了德国与日本的不同法律制度对于私法在生态环境损害赔偿中的作用及公私法之间关系的不同态度。

1. 私法救济的优势与劣势

日本法模式背后的考量在于私法救济的优势。首先，由于财政经费不足等因素的限制，公法规制往往是不充分的。^[86]其次，采取公法手段往往需要以法律有明文规定可以处罚为限，在应对灵活多变的现实问题时难免捉襟见肘。并且实践中，也不乏污染者的行为符合法律规定甚至事先获得了审批的情况，此时采取行政措施是否合法存在疑问。^[87]再次，日本深受公害案件的影响，在公害案件发生之时，往往尚无完备的行政法规范，只能通过私法获得救济。^[88]最后，行政不作为的情况也时有发生。^[89]

[82] Vgl. Medicus, Zivilrecht und Umweltschutz: Zur Abteilung Umweltrecht, JZ 1986, 779. 梅迪库斯认为，在污染空气导致他人呼吸困难的情形，不是污染者剥夺了他人的空气，而仅仅是其使用空气造成了他人使用空气困难或者存在危险。这种情况能否构成侵害环境权，关键在于能否明确使用空气行为的合理限度，从而判断何时构成侵权行为。但目前尚无法明确此种限度，也就无法认定侵权行为。

[83] 参见 [日] 平井宜雄：《債權各論 II 不法行為法 I》，弘文堂 1992 年版，第 23 页。

[84] 参见 [日] 吉村良一：《景觀保護と不法行為法》，《立命館法学》第 310 号（2006 年），第 474 页。

[85] 参见前引 [63]，潮见佳男书，第 242 页。

[86] 参见前引 [56]，大塚直文，第 52 页。

[87] 参见前引 [44]，吉村良一文，第 1771 页以下。

[88] 参见前引 [79]，中山充书，第 14 页。

[89] 参见前引 [44]，吉村良一文，第 1772 页。

此外,法院审理的方式本身也有利于环境保护目的的实现。公开的法院审理给予双方当事人提出自己观点的平等机会,而法庭的质证程序有利于查明事实。在案件审理过程中,法官保持客观中立,较少受到利益团体的干涉,相比立法或者行政更为公平。法院的判决在广义上也具有造法功能,并且可能会影响到随后的立法与行政。〔90〕

但是私法的作用也有其界限。在生态环境损害中采私法救济,相当于把执行问题转嫁给私人,由私人在获得赔偿后再恢复环境利益,由此可能带来的执行不足问题是私法救济不可避免的。〔91〕这是因为,私法原则上承认当事人的处分自由。在生态环境损害的恢复原状中,尽管当事人应当将所获得的费用用于恢复原状,〔92〕但这并不能排除当事人之间达成和解的可能性。并且在恢复不能的情况下,受害人得请求金钱损害赔偿,而这一部分不能强制用于恢复原状。〔93〕相比起来,公法救济中,行政机关可以直接将获得的赔偿用于恢复环境。

由此可见,私法救济的前提是将公共的环境法益完全个人化为私法上的权利,但这是不现实的,私法自治实难实现对公益的保护。日本法最后也放弃了完全私权化的环境权构造,转而强调环境权的公益性。

2. 两种不同的公私法协同模式

时至今日,各国法秩序均不会简单地将生态环境损害赔偿完全交由公法或者私法,而是试图通过公法与私法的协作,实现保护生态环境的目标。公私法协同的进路大致上也有两种。

德国法传统上固守公私法二分,此种态度阻碍了以私法方式保护公益,常为学者所诟病。〔94〕在其他法制的影响下,德国法对此也有反思。瓦格纳认为,公私法二分的理论不是源自罗马法,而是肇始于1750年,在19世纪才彻底成型,并且早在20世纪初就受到了很大质疑,因此并非是被广为接受的划分标准。目前私法学者否定私法的行为控制功能(预防功能)是因为欠缺对私法基本原则的反思,因此需要引入经济分析,以控制当事人未来的行为。〔95〕在行为控制论的基础上,黑尔加德试图将规制的理念引入私法中。在他看来,规制是法律的功能之一,指的是超越个案的控制目的,以利用法律实现政治上的公共福祉。〔96〕规制是一个超越部门法的大概念,各个部门法均具有规制的色彩。〔97〕莫勒斯主张对公法与私法中的健康概念作统一理解,换言之,健康概念应当扩大理解,从原来私法通说所持的“对内在生命过程的功能”,〔98〕向世界卫生组织提出的“身体、精神与社会三方面的安宁”的广义

〔90〕 参见前引〔79〕,中山充书,第15页以下。

〔91〕 参见前引〔49〕,Kloepfer书,第558页。

〔92〕 所谓的“目的关联”(Zweckverbindung),其含义是指通过恢复原状获得的费用,必须用于恢复原状的目的。Vgl. Staudinger/Kohler (2017) § 1 UmweltHG, Rn. 108.

〔93〕 Vgl. Staudinger/Kohler (2017) § 1 UmweltHG, Rn. 108.

〔94〕 例如,吉村良一在与德国学者的面谈中提及为何德国法没有以私法解决纯粹生态环境损害时,德国学者的回应正是德国自19世纪以来的公私法二分的理念太过强大。参见前引〔44〕,吉村良一文,第1783页,第1799页。

〔95〕 G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), 423.

〔96〕 Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, Mohr, S. 50 ff.

〔97〕 黑尔加德认为,德国债法改革以前,德国民法典第463条第2句对出卖人欺诈时承担更严格的保证责任的规定,正是规制的体现。在债法改革以后,尽管欺诈不导致此种更严格的责任,但法院在裁判时仍会运用欺诈概念作为判断是否承担瑕疵担保责任的关键,这体现了法院试图实现保护交易安全的规制目的。参见上引Hellgardt书,第104页以下。

〔98〕 MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 823 Rn. 177.

概念转变。^[99]而德国环境责任法作为特别私法，在多处概念的使用上均直接使用了公法的定义。例如，作为环境责任构成要件之一的“对环境造成有害影响”，源自作为公法规范的德国不可量物侵害保护法第3条第1款。德国环境责任法的附录也源自德国不可量物侵害保护法。^[100]

由此可见，德国法目前的公私协同主要体现在公法与私法法律价值的统一，在法解释中，公法与私法的概念、解释方法相互渗透。如果深究起来，确如日本学者所指出的，其前提是公法与私法的二分，只是通过相同的规制目标或价值判断，实现二者的协作。作为公法规范的2007年德国环境损害法与作为私法规范的1990年德国环境责任法虽然在构造上颇为类似，但规范性质不同，原因在于保护的法益不同，而二者的协同体现在共同解决环境污染问题。

与之相对，更为直接的公私协同论则是否定公法与私法二分这一前提，将原本属于公法规制的内容纳入到民法体系中，以避免救济的不足。公法与私法二分的前提是公共领域与私人领域的二分，公共领域具有公开性，需要确保公众可以接近；相反，排除公开性的则为私人领域。但是此种区分是相对的，公共秩序与私人秩序在一定范围内是可能重叠的。广中俊雄将这一部分称为“外围秩序”，侵害“外围秩序”既侵害了公共利益，也侵害了私人利益。这一部分秩序固然与古典私权的构造不同，但不意味着民法就不予救济，尤其是得基于“外围秩序”请求停止侵害。^[101]日本所谓的“外围秩序”论与公私协同论，实质上细分了德国法上公法的适用领域，在涉及特定多数人利益时，将本来应当属于公法规制的部分利益纳入到民法的调整范围，以实现私法与公法的协同。而在纯粹生态环境损害的情况下，日本也进行了公法方面的立法，甚至有学者认为纯粹生态环境损害的解决必然会由私法向公法转变。^[102]但是，鉴于公害案件的经验和对于公法规制的不信任，日本民法学说将在公私法二分前提下属于公法规制的内容也纳入到了民法的调整范围内。

此外，公害案件的频发，也促进了日本所谓“现代型诉讼”的出现。此种现代型诉讼的目的不仅在于具体纷争的解决，而且在于通过形成新的判决，对立法、行政和舆论产生波及效果，形成面向未来的政策。^[103]

（三）环境侵权制度与生态环境损害制度的整合

公私协同是环境法的必然趋势，不论采何种模式，最终要实现的目标均是更高效地实现对环境损害的填补。日本由于公害案件的频发，更早意识到应当尽可能发挥市民团体的主导性作用，之后日本法学构建的方向一直是扩张侵权法的保护客体。相反，德国法学鉴于损害赔偿法体系的限制，仅通过损害的扩张有限度地将一部分环境利益纳入到私法体系中。并且从目前的发展趋势来看，尚未赋予个人对生态环境损害的直接赔偿请求权。相比于私法，公法救济的优势在于高效和执行力强，相较于私法救济必须通过诉讼程序和执行程序，公法救济不论在追责、修复环境等方面都更利于生态恢复目标的实现。在这个意义

[99] 参见前引〔80〕，Möllers书，第381页以下。

[100] 参见前引〔49〕，Kloepfer书，第580页以下。

[101] 前引〔71〕，吉田克己文，第420页，第431页。

[102] 参见前引〔37〕，小野寺伦子文，第98页。

[103] 参见〔日〕山本敬三：《日本民法解释方法论的变迁与其特质》，《南京大学法律评论》2019年春季卷，第76页以下。

上,应当认为德国式的进路更具优势。但是,即使不考虑赋予个人或社会团体对于环境公益的直接损害赔偿请求权,也不能忽略其作用。在明确高效填补的价值取向后,选择协动模式应当考虑本国现有法学外部体系中概念与逻辑的一致性。在外部体系存在矛盾的情况下,解释论的选取应当体现价值取向,实现内部体系与外部体系的融贯。

自2017年“改革方案”与2019年“生态环境损害赔偿解释”出台以来,我国事实上形成了三层次的生态环境损害救济体系。第一,侵权责任法第八章和“民法典草案”规定的环境污染责任和生态环境损害责任,其前提是存在个人权利或利益受侵害。第二,环境保护法第58条规定的环境民事公益诉讼,其请求权的主体为特定的环保组织,其要件是环境污染致公共利益损害。第三,“改革方案”第4条第3项规定的政府对生态环境损害的索赔权。就该三层次的救济体系来看,我国生态环境损害的立法和司法呈现从日本式的私法救济为主向德国式的公私混合救济转变的趋势。“改革方案”第3条第2款第1项将生态环境损害赔偿诉讼的适用范围限于不造成个人权益受侵害的情况。因此,需要区分两类生态环境损害,一类是涉及个人权利侵害的广义生态环境损害,另一类是不涉及个人权利侵害的狭义生态环境损害。“改革方案”第4条第3项规定了生态环境损害赔偿的索赔主体为政府。更为关键的是,依据“改革方案”第4条第4项和第2条第3项,政府须主动与加害人进行磋商,并且负有“开展生态环境损害调查、鉴定评估、修复方案编制等工作”的义务。因此,“改革方案”规定的政府索赔权应当属于公法上的权力。在这个意义上可以说,通过“改革方案”,我国开始走向德国法式私法损害赔偿与公法损害赔偿协动的模式。

此种转变的趋势也体现在司法实践中。“生态环境损害赔偿解释”第16条、第17条规定了政府的生态环境损害赔偿诉讼优先于环保组织的环境民事公益诉讼;而根据第18条,二者之间存在互为补充的关系。这一点正体现了我国传统上深受日本法影响的环境权理论向德国法公私救济模式转变的特殊情况。环境民事公益诉讼所指向的利益同样是不属于个人、不能为个人权利所涵盖的环境公益。^[104]在日本环境权理论的影响下且为了促进公民参与,我国环境法学传统上同样依托环境权解决不归属于个人的环境损害问题。因此,生态环境损害赔偿诉讼和环境民事公益诉讼之间存在替代关系是必然的。^[105]这是模式转变的产物。

我国立法与司法的转变受到学说的欢迎。环境法学上说,环境权的性质正在经历从纯粹私权向公私复合型权利的转变。生态环境损害赔偿的立法与司法逐渐放弃环境权的私法救济模式,转向公法救济,也刺激着民法学说进一步思考如何保护附加在个人权利之上的环境利益。当下民法学说的转变已经初现端倪,学说更强调环境权与民事权益的不可兼容性,更倾向于通过扩张损害来解决生态利益保护问题。^[106]扩张损害的进路不会对现有私法体系造成影响。因为损害概念并非法定,^[107]目前通说所持差额说是由学者提出的学术概

[104] 正是在这个意义上,有学者指出,环境民事公益诉讼不应当是民事诉讼,而是公法诉讼。参见巩固:《环境民事公益诉讼性质定位省思》,《法学研究》2019年第3期,第130页以下。遗憾的是,该说忽略了日本环境权理论对我国环境法学说发展的影响。

[105] 有学者指出,生态环境损害赔偿诉讼本质上就是环境民事公益诉讼。参见李浩:《生态损害赔偿诉讼的本质及相关问题研究——以环境民事公益诉讼为视角的分析》,《行政法学研究》2019年第4期,第60页。

[106] 典型如李昊:《论生态损害的侵权责任构造——以损害拟制条款为进路》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2019年第1期,第56页以下。

[107] 瓦格纳指出,与通说相反,德国民法典没有明确采纳差额说。参见[德]格哈德·瓦格纳:《损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第16页。

念，仅仅是对一般原则的描述，在必要的情况下，可以对其加以修正，最为典型者如侵权获利的返还。将生态利益纳入到损害范围，同样是对差额说的修正，并不触及私权构造的根本问题。并且在恢复原状中，将环境因素纳入到考量范围并非不可能。例如，在污水排放致周边农户土地承包经营权受侵害的情况下，一方面，受害人可以基于土地承包经营权主张停止侵害，另一方面，恢复原状不仅需要考虑到污染导致农作物减产等经济利益的恢复，也需要考虑农地本身的环境利益恢复。

值得反思的是，我国立法与司法似乎又没有完全贯彻公私法混合救济、扩张损害的思路。“改革方案”第4条第4项规定了政府机关对污染者享有生态环境损害赔偿的民事诉权，并未规定个人的请求权，这就意味着公权力机关需要通过民事裁判的方式主张损害赔偿。“生态环境损害赔偿解释”同样规定了诸多民法规则可以适用于生态环境损害赔偿诉讼。并且对于诉讼之前的磋商，行政机关倾向于认为是民事磋商。^[108]这体现了我国立法者同样试图发挥法院的审判功能。然而，公法上的索赔权是否有必要通过民事审判的方式来行使，是存在疑问的。就最高人民法院发布的生态环境损害赔偿典型案例来看，在诉前磋商中，仍然是行政机关主导了磋商程序。^[109]

这表明，我国法在处理生态环境损害问题上固然试图实现公法与私法的协调，但是对于二者的区分意义与功能尚不明确，对于两种公私法协调模式背后的考量也欠缺关注。日本法提出的公私法协调论，通过民事司法途径解决生态环境损害赔偿问题，是将一部分公共秩序纳入到私法调整的范围内，这洋溢着浓厚的日本法解释学的色彩，即试图通过所谓的政策型案件，以司法的形式解决立法不足的问题。此种协调论有助于市民社会的形成，确保生态环境保护目标的达成。相反，德国由国家行政机关来主导生态环境损害赔偿的做法，其优势在于更为高效与及时，且能够确保获得的赔偿用于恢复环境。更进一步，两种不同的公私法协调模式的发展，也涉及各国私法与公法的配置以及整体法秩序所追求的价值判断如何转化进入民法与公法的问题。如果一国的公法规范较强，配置也较为合理，那么生态环境损害的问题可以交由公法处理，并无必要将国家的任务交给个人。在必要的情况下，公法通过民法中的转介条款例如法律行为违法无效、违反保护性法规的侵权等规则渗透进民法。事实上，大部分环保方面的公法规范均为民法中的保护性法律，违反即构成侵权。^[110]相反，日本在爆发公害案件时尚无完备的公法规范，国家机关难有作为。在此种情况下，将本应由公法规范的问题交由民法和民事裁判来处理，引入所谓的“外围秩序”，突破传统私权的构造，也在一定程度上赋予了受害人更多的救济手段。

反观我国目前立法与司法的矛盾之处，如果我国试图发挥司法的功能，促进公民环保意识的增强，那么如日本与我国传统环境权理论那样将该权利赋予与之相关的个人更为妥当。环境民事公益诉讼正符合此种思路。此种思路在我国环境立法尚不完善时，起到了重

[108] 参见贵州省政府对于《贵州省生态环境损害赔偿磋商办法（试行）》的评价：《贵州省制定出台生态环境损害赔偿磋商办法》，http://www.mee.gov.cn/xxgk/gzdt/201712/t20171222_428414.shtml，2019年11月1日最后访问。

[109] 参见最高人民法院2019年发布的人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例之三（“贵州省人民政府、息烽诚诚劳务有限公司、贵阳开磷化肥有限公司生态环境损害赔偿协议司法确认案”）和之四（见前引[31]）。

[110] Vgl. A. Brüggemann, *Zivilrechtliche Umwelthaftung in Frankreich und Deutschland*, Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2009, S. 81 – 84.

要的作用。^[111]但是,随着我国环境立法的完善,在已经有较为完备的公法规范的前提下,没有必要再创设环境权或者引入环境秩序之类的受保护的利益,导致规制上的重叠。应该按照德国的公私法协调模式,在私法救济方面,将公法所体现的价值判断引入到民法中,并且扩张民法中的损害概念,使得受害人得以依托既有私权,主张生态环境的恢复。这样一方面不至于发生体系的龃龉,避免了公共利益私有化的理论困境,另一方面也有助于市民社会的形成,弥补公法的不足。在公法救济方面,“改革方案”试图通过生态环境损害赔偿诉讼替代环境民事公益诉讼,不能说不正确,但是,更为妥当的做法是将其规定为公法上的请求权,而非必须通过民事审判程序实现损害赔偿,否则此种替代的意义不大,既无法发挥行政的效率优势,也无法促进公民环保意识的增强。对此,可能的解决方案是尽可能强化诉前磋商的作用,通过诉前磋商及时、高效地实现生态环境损害的赔偿与恢复。

五、生态环境损害赔偿诉讼中私法规范的适用

在上文的体系构建之后,需要进一步考虑的是规范适用问题。回到篇首提出的案例。根据本文提出的建议,案例1中存在所有权侵害,可以直接适用侵权责任法的规定,并且可以在恢复原状中考虑林木的生态利益。存在疑问的是案例2。从理论上讲,案例2应当通过公法予以救济,但是我国目前的生态环境损害赔偿制度适用民事程序,司法实践中也全面适用环境侵权的原有规则,对此需要作进一步的分析。

(一) 环境侵权规则的(类推)适用

私法环境侵权的特殊之处主要有二,一是因果关系推定,二是多数人环境侵权责任。^[112]就因果关系推定而言,侵权责任法第66条规定,环境侵权中,由污染者证明污染行为与损害之间不存在因果关系。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕12号,以下简称“环境侵权解释”)第6条虽规定受害人需证明污染行为与损害的存在,并且证明二者之间存在初步关联,但其第7条仍坚持因果关系推定。“环境侵权解释”第6条也为之后的“生态环境损害赔偿解释”第6条所借鉴,这就意味着因果关系推定同样得(类推)适用于生态环境损害赔偿诉讼。在山东省高级人民法院发布的生态环境损害赔偿典型案例中,同样适用了因果关系推定。^[113]

从规范目的来看,环境侵权中适用因果关系推定,是因为受害人证明因果关系存在困难。第一,环境污染损害一般具有长期性、潜伏性、持续性、广泛性的特点。第二,环境污染造成损害的过程具有复杂性。第三,环境污染侵权涉及专业知识,普通受害人不具备证明因果关系的能力。第四,确定因果关系时多存在多因一果的情况。^[114]然而,上述理由在生态环境损害赔偿诉讼中是否成立,存在疑问。一方面,生态环境损害的结果往往是直

[111] 在欠缺相应环境标准、无法认定污染者是否构成违反行政法或者污染者的行为本身获得了行政许可或符合行政标准的情况下,环境权理论和公益诉讼可以提供民法上的救济。对于这一问题的部分思考,参见宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期,第44页以下。

[112] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第578页以下。

[113] 参见“李某诉青岛某化工有限公司水污染责任纠纷案”(山东省高级人民法院2019年发布的生态环境损害赔偿协议司法确认典型案例之二)。该案中,法院明确指出应当由污染者证明其行为与损害之间不存在因果关系。

[114] 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第372页以下。

接发生的,不存在人体潜伏期长等问题。另一方面,政府作为生态环境损害赔偿的索赔主体,能够调动的资源也非个人或社会组织所能相比。鉴此,适用因果关系推定存在疑问。

就多数人环境侵权而言,我国学说与司法解释根据因果关系的样态不同进行了类型化,分别适用侵权责任法第11条和第12条。我国通说认为,在竞合因果关系的情况,应当适用连带责任,在累积因果关系和共同因果关系的情况下,应当适用按份责任。^[115]与通说略有不同的是,“环境侵权解释”第3条第3款规定,在累积因果关系中,能够造成全部损害的污染者对共同造成的损害承担连带责任,并对全部损害负责。多数人环境侵权的规则同样被(类推)适用于生态环境损害赔偿案件中。在“山东省生态环境厅诉山东金诚重油化工有限公司、山东弘聚新能源有限公司生态环境损害赔偿诉讼案”中,^[116]两被告分别倾倒了两种不同的污染物,并混合成新的污染物。根据专家辅助人的意见,单独的行为均不会造成全部损害,济南市中级人民法院根据侵权责任法第12条等,认定弘聚公司承担80%的赔偿责任,金诚公司承担20%的赔偿责任。

与因果关系推定相比,多数人环境侵权的理论构成并不特殊,不过是多数人侵权理论在环境侵权中的运用,其理论基础是多个行为与损害之间的因果关系。在按份责任中,多个因果关系能够查明,故而行为人仅须按其份额承担责任。在连带责任中,正当化的基础则是因果关系不明。^[117]此种情况在生态环境损害赔偿诉讼中同样存在,并不涉及其他特殊的价值判断,因此多数人环境侵权的规则可以类推适用于生态环境损害赔偿诉讼。

(二) 损害赔偿规则的(类推)适用

更为关键的问题是民法中的损害赔偿规则在生态环境损害赔偿中的类推适用。目前争议最大的,是污染者能否将生态环境没有发生变化作为抗辩事由。生态具有自我修复的能力,在经过一定时间以后,损害本身可能已经不存在。最高人民法院发布的典型案例也涉及这一问题。^[118]原则上说,侵害人不能因环境自我修复而免于损害赔偿。^[119]解决这一问题的关键点有三:损害计算的时点、损害虚拟计算的可能性以及生态修复费用是否不成比例地过高。

侵权责任法第19条规定以损害发生时为计算损害的时点。因此,即使在判决时生态因自我修复而无损害,侵害人仍应承担损害赔偿赔偿责任。此外,从保护公共利益出发,也不能让加害人主张损害减少的抗辩。早期瑞士水域保护法第2条第3款规定,在采取保护措施时需要考虑水域的“自我修复能力”,但是在1970年的修法中,这一款被删除。瑞士法上也有相应案例,水质污染造成了鳟鱼减少,但是由于繁殖,后来鳟鱼数量实际上并未减少。但法院仍然判决要求加害人投放相应数量的鳟鱼,虽然此种恢复原状实际上并无意义。这

[115] 参见曹险峰:《数人侵权的体系构成——对侵权责任法第8条至第12条的解释》,《法学研究》2011年第5期,第65页以下;程啸:《多人环境污染损害中的因果关系形态及责任承担》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第91页以下。

[116] 山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01民初1467号(最高人民法院2019年发布的人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例之一)。

[117] 参见叶金强:《共同侵权的类型要素及法律效果》,《中国法学》2010年第1期,第70页以下。

[118] 例如,最高人民法院2019年发布的人民法院保障生态环境损害赔偿制度改革典型案例之四(前引[31]);“江苏省人民政府诉安徽海德化工科技有限公司生态环境损害赔偿案”,江苏省高级人民法院(2018)苏民终1316号(最高人民法院2019年发布的十起生态环境保护典型案例之七、指导案例129号)。

[119] Vgl. D. Petitpierre, Zivilrechtliche Haftpflicht für Umweltschädigungen nach schweizerischem Recht, Helbing & Lichtenhahn, 1993, S.65; 前引[110], Brüggenmann书,第193页。

一判决的正当性源自公益。^[120]

略有疑问的是受害人是否有减损义务。减损义务作为受害人对自己的义务，并不是要求受害人（债权人）立即采取最有效、最经济的措施减少损失，而是根据诚信原则，考虑标的物的状况、损失填补的状况采取措施。^[121]在生态环境损害的情况下，受害人往往自身没有能力控制污染，判断其是否尽到减损义务，仅在于其是否及时与当地环保部门联系。在政府机关作为请求权人的情况下，则应当考虑政府机关是否存在不作为的情况。

在生态损害发生以后，如何计算损害存有疑问。侵权责任法第19条规定通过市场价值计算损害。此种方法对于财产损失并无疑问，但对于生态环境损害的计算需要扩大损害的概念。“民法典草案”第1234条规定，生态环境损害中，恢复原状优先，就此将生态利益引入到了损害的范围之中，实现了对损害概念的扩张。^[122]第1235条则规定了恢复原状的费用与恢复不能时的金钱赔偿。^[123]尽管第1235条对具体项目的规定十分详细，但是其未区分金钱赔偿的范围与恢复原状的范围。例如，第1235条第1项、第2项是金钱赔偿的项目，而第4项、第5项规定的则是恢复原状的费用。不区分金钱赔偿和恢复原状的费用，会引发生态环境损害的赔偿是否存在不能尤其是恢复原状与环境客观价值是否存在不成比例的问题。

从比较法的经验来看，在完全修复的成本过高、不符合比例的情况下，有必要任由全部或部分生态系统自我修复，^[124]而不是强迫加害人完全修复。此种观点在我国司法实践中已经有所体现。在多个案例中，法院均以虚拟治理成本法确定污染者的生态恢复责任。^[125]虚拟治理成本法适用于环境污染所致生态环境损害无法通过恢复工程完全恢复，或者恢复成本远大于收益即修复费用过高从而构成不成比例的情况。但是，也有法院认为，在资源等值分析法和虚拟治理成本法并存的情况下，优先适用前者。^[126]相比虚拟治理成本法，资源等值分析法是恢复原状的体现，资源等值分析法优先意味着即使费用过高也不排除恢复原状的适用。这一立场体现了明显的法政策倾向，即生态环境无价，应当无条件恢复。但是，不论是从法理构造还是从生态学意义上的环境保护来看，在特定情况下，并无必要以

[120] BGE 90 II 417, 428, 转引自前引〔119〕, Petitpierre 书, 第65页。

[121] 参见〔日〕潮見佳男:《店舗貸入の修繕義務不履行において賃借人が損害回避・減少措置をとらなかった場合の通常損害》,《ジュリスト(臨時増刊)》第1398号(2010年),第92页。

[122] 该条规定:“违反国家规定造成生态环境损害,生态环境能够修复的,国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。侵权人在期限内未修复的,国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复,所需费用由侵权人负担。”

[123] 该条规定:“违反国家规定造成生态环境损害的,国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用:(一)生态环境修复期间服务功能丧失导致的损失;(二)生态环境功能永久性损害造成的损失;(三)生态环境损害调查、鉴定评估等费用;(四)清除污染、修复生态环境费用;(五)防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。”

[124] Hager/Leonhard, Neuere Entwicklungen im europäischen Umwelthaftungsrecht: Der Ersatz von Schäden am Naturhaushalt, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (hrsg.), FS Stoll, Mohr, 2001, S. 180.

[125] 例如指导案例130号(见前引〔30〕)。该案判决二被告承担1400多万治理费用。根据生态环境部发布的《环境损害鉴定评估推荐方法(第II版)》(环办〔2014〕90号),虚拟治理成本是按照现行的治理技术和水平治理排放到环境中的污染物所需要的支出。

[126] 参见前引〔118〕,指导案例129号。根据《环境损害鉴定评估推荐方法(第II版)》,资源等值分析法是将环境的损益以资源量为单位来表征,通过建立环境污染或生态破坏所致资源损失的折现量和恢复行动所恢复资源的折现量之间的等量关系来确定生态恢复的规模。

“天价”恢复生态，而是需要根据受侵害的生态利益的类型，来判断何种程度的修复费用过高从而构成不成比例。^[127]

结 语

总体来看，我国生态环境损害赔偿体系呈现从日本式的私法为主导的体系向德国式的公私法混合救济体系过渡的趋势。此种转变一方面固然受到了国家环境政策的影响，另一方面，也是我国侵权法理论发展和体系完善的必然结果。随着侵权法理论日益重视对权利与利益的区分，通过“创权”方式解决生态环境损害问题的做法必然受到质疑，继而向更加明确区分环境公益与环境私益、扩张损害概念的解决模式转变。在这个转变过程中，司法实践已经先于学理研究对现实发生的生态损害赔偿问题作出了回应，而学理研究的作用则在于将司法实践中的做法体系化，并为其构建科学的理论依据。

Abstract: Compensation for ecological and environmental damage involves the coordination of the private law and the public law. From the perspective of comparative law, there are two approaches to explain the role of the private law in the compensation for ecological and environmental damage. The first one is to expand the concept of damage based on the infringement of existing private rights (such as ownership, health, etc.) to cover ecological interests on the level of the scope of responsibility. The second one is to create environmental rights or environmental order rights to cover ecological interests on the level of the establishment of responsibility. These two approaches reflect different understandings on the relationship between the public law and the private law. The former considers the public law and the private law as parallel reliefs, while the latter considers the private law relief as a priority. China's environmental law theory traditionally adopts the second approach, while the Draft Chinese Civil Code and the Plan for Reforming the System of Compensation for Ecological and Environmental Damage tend to adopt the integrated approach to expanding the concept of damage. There are still systemic problems in Chinese legislation and judicial practice in this area. The idea of expanding the concept of damage should be implemented, and in the cases of environmental tort, ecological interests should be considered on the level of the scope of responsibility. In the cases without environmental tort, whether the civil rules can be applied by analogy in the compensation for ecological and environmental damage should be specifically considered.

Key Words: ecological and environmental damage, environmental right, damage, restoration to the original condition

[127] Vgl. MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 251 Rn. 57.