

环境法中“风险预防”原则之再探讨

彭峰

(上海社科院 法学研究所, 上海 200020)

摘要: 环境法基本原则的法律确认,反应了两个主要功能,其一是环境法的结构化,其二是环境政策的合法化。风险预防,作为一项法律原则,最早产生于20世纪80年代的德国,最初这条原则的核心是社会应当通过认真的提前规划和阻止潜在的有害行为来寻求避免破坏环境。风险预防原则要满足两个条件:(1)确定性的缺乏;(2)一个严重地不可逆地损害风险的存在。目前,国际上存在强弱两种版本的风险预防原则,尚未在该原则的概念上形成统一认识。风险预防原则在国内立法中实施的核心是成本效益问题,也是现阶段我国环境法将其本土化的主要障碍。

关键词: 风险预防; 环境法; 原则

中图分类号: DF468

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2012)02-0126-05

一、风险社会与风险预防原则的产生

现代性理论认为,我们正处在一个全球风险社会^①,风险是我们这个时代的标签。20世纪80年代至90年代期间,德国著名社会学家乌尔里希·贝克相继出版了《风险社会》与《世界风险社会》等系列著作,是“风险社会”理论的代表人物,他认为:“正如现代化消解了19世纪封建社会的结构并产生了工业社会一样,今天的现代化(即自反性现代化)正在消解工业社会,而另一种现代性(即风险社会)则正在形成之中。”^[1]“自从乌尔里希·贝克的《风险社会》一书问世以来,我们不断地得到提醒——就好像我们需要提醒一样——在当代社会中,风险处于一个核心的地位。”^[2] 贝克在其《世界风险社会》中明确区分了第一现代性与第二现代性,他指出:“我用‘第一现代性’来描述以民族——国家社会为基础的现代性,其中社会关系、网络和社区主要是从地域意义上去理解的。集体的生活方式、进步和控制能力、充分就业和对自然的开发这些典型的第一现代性的东西,如今以被全球化、个体化、性别革命、不充分就业和全球风险(如生态危机和全球金融时常崩溃)等五个相互关联的过程暗中破坏了。对于第二现代性在理论上和政治上真正的挑战是这样——社会必须同时对这些挑战做出反应。”^[3] 在第二现代性

中,“随着两极世界的消退,我们正在从一个敌对的世界向一个危机和 risk 的世界迈进。……风险是预测和控制人类活动的未来结果,即激进现代化的各种各样、不可预料的后果的现代手段,是一种拓殖未来(制度化)的企图,一种认识的图谱。当然,这个社会都经历过危险,但风险社会制度是一种新秩序的功能:它不是一国的,而是全球性的。它与管理和技术决策过程确实存在内在关联。风险以决策为先决条件。”^[3] 正在这种背景下,社会科学家们试图把风险的议题从专家们(风险分析家们)手中夺过来,将其置于更为宽泛的社会科学和公众的议程之中。^[2]

风险社会的特征之一,即科学的不确定性。科学的不确定性主要是指目前科学家对于人类活动对未来各种可能的情况还不能给予充分肯定,如大气中二氧化碳浓度倍增后的全球与地区效果、转基因产品对人类健康的影响等,都属于科学的不确定性问题。随着全球风险社会的到来,确定的环境损失的不可逆性和科学的不确定性所影响到的复杂的案例日益增多,如臭氧层减少,核电站和放射性废物,以及转基因物种的使用,但是长期以来确定的行为的长期或短期的确切后果往往被忽视,所以为了不让有借口更晚地重新开始采取旨在预防环境损害的措施,风险预防原则作为反对未知或不确定地风险以保护社会的面目而出现。

收稿日期: 2011-01-04

基金项目: 上海社科院博士科研启动课题(2009)哥本哈根时代清洁发展机制法律问题研究(11CFX032)

作者简介: 彭峰(1977—),女,法学博士,副研究员,E-mail: carlapeng@hotmail.com

① 当今世界,新技术层出不穷,人们越来越多的感到风险、不安全、以及不确定性。小到纳米技术、转基因作物、大到全球气候变化的风险,社会俨然已成为一个“风险社会”。

在风险社会中,不明的和无法预料的后果成为历史和社会的主宰力量。风险预防原则有时亦可特别作为一个民主化和透明化的赌注^[4]。不确定性有时会隐藏着社会利益冲突。如一些有着特殊利益的群体,可以巧妙利用科学的确定性和不确定性,混淆是非,从而在公共决策中达到有利于自己的最终目标,如用确定的科学数据告诉公众常识性的判断如何错误,又或即便会产生一些可能损害人类和动植物生命健康的问题,科学也可以完全彻底地解决等。相关利益集团的游说行为对政府的经济决策或者立法有着很大的功能性影响^[5]。

从法律层面看,风险概念对于责任归属、衡平与正义亦息息相关。除了风险决策外,风险概念对于集体责任与保险、控制与治理性,以及风险与偶发性之相关论述,对于具体的制度设计亦显重要,如保险制度、侵权行为与消费者保护等。面对无法预知结果的技术所可能产生的风险,法律保障的着眼点应当是公共决策者,而风险预防原则就是特别面向保证普遍利益的公众决策者(一般是指政府)并使之能够确保一个长期的风险管理而产生的。通过控制行政合法性,法官可以作为为公共决策的取得之上确保该原则的本质的适用而出现。决策的程序几乎是永久的,并且缩减公众决策的技术统治特征是该原则所必需的。

二、风险预防原则的“强”“弱”之争论

风险预防原则,是近年来在国际环境法领域被广泛讨论的一项基本原则。风险预防的思想可以追溯到19世纪,最早被应用于公共安全与公共健康领域的约翰·斯诺斯(John Snows)和霍乱事件^①。至今为止,虽然许多国际公约或一些国家的立法中已对风险预防原则进行了规定,但并未形成一个统一的定义。由于具体情况的不同,不同公约适用过程中对风险预防原则严格尺度的把握也存在差异,如,在废物处理方面,相关公约的文字表达往往比较严厉和清晰,而在控制温室气体排放这样一类复杂问题上,公约文字的表达往往比较中庸和委婉^[6]。

依据风险预防原则在国际公约中不同的定

义,一般可以区分为两种,强风险预防与弱风险预防原则。强风险预防原则(The Strong Precautionary Principle)是指除非能确定一项行动没有任何危害,否则不能进行;弱风险预防原则(The Weak Precautionary Principle)是指缺乏充分的确定性不能作为采取措施预防可能带来危害的行为的理由。环境主义者极力主张强风险预防原则,比如在Wingspread会议上达成的风险预防原则,这种强风险预防原则还有一个显著的特征,即举证责任转移给拟从事风险活动的一方。由于这种强风险预防原则严格禁止在没有证据能证明其行为无害之前不能进行这种活动,所以实践中严格采纳的并不多。弱风险预防原则并不严格禁止风险行为,但一般有使用最佳可行技术、最佳环境实践、考虑成本收益、社会经济因素、寻找替代方法等的要求,在实践中采纳的较多。^[7]

在生物多样性保护领域,《生物多样性公约》(The Convention on Biological Diversity,简称CBD)之《卡塔赫那议定书》(Cartagena Protocol on Biosafety,又称生物安全议定书),即采取此种举证责任倒置之强风险预防原则,且引起诸多争议与批评。《生物多样性公约》规定在“注意到预测、预防和从根源上消除导致生物多样性严重减少或丧失的原因,至为重要”,“生物多样性遭受严重减少或损失的威胁时,不应以缺乏充分科学定论为理由,而推迟采取旨在避免或尽量减轻此种威胁的措施”^②。《卡塔赫纳生物安全议定书》亦指出“在顾及对人类健康构成风险的情况下,即使由于在活性转基因产品所产生的潜在不利影响的程度方面未掌握充分的科学资料 and 知识,因而缺乏科学定论,也不应妨碍进口缔约方酌情做出决定,以避免或尽最大限度减少潜在不利影响的。”该议定书允许各国在缺乏科学证据的前提下,拒绝转基因产品入境。

对于强风险预防原则的批评,大致可以分为四点:“首先,对于发生机率无法确定之‘重大灾害’,例如温室效应,如果无法确定在‘何时’以及在‘何种机率’上此等灾害将发生,国家应该如何规范此等可能造成温室效应之行为?完全禁止碳

^①1854年在伦敦发生的“约翰·斯诺斯(John Snows)和霍乱”事件被认为是一个典型的预防原则案例,包括了该原则的最关键的几项要素。1854年8月31日到9月9日期间,在圣詹姆斯(St James)教区包括金色广场约有500人死于霍乱。约翰·斯诺斯是一名医生,经过其调查研究后认为霍乱的流行与使用的抽水机有关系,建议将这些抽水机移走,政府接受其建议,结果这一措施制止了霍乱的进一步蔓延。之所以将其称为预防原则的一个典型案例,在于约翰·斯诺斯的理论在当时并不被科学所证实,当时主流科学家认为霍乱是通过空气传播的,不可能通过水源传播,存在一种科学的不确定性,然而政府机构在进行决策时接受了这一没有充分的科学证据的建议,这与今天我们所论述的预防原则是完全吻合的。

^②《生物多样性公约》,序言。

燃料之使用?如果依强风险预防原则,可能会导出此一不切实际而造成‘过度规范’(overregulation)、规范成本远超过利益之结论。其次,在举证责任之转换上,由于环境风险或健康风险,往往并非单一原因导致,因此,如何确定由谁负实行某种风险行为之举证责任?在现实状况上可能有适用之困难。第三,如果要求所有新兴科技之应用,都必须先证明该等运用‘绝对无害’,这样的举证责任诚属过重,而将使得社会根本无法运行。因此,要求禁止所有具有风险之行为,此一义务实属苛求,而也让整体社会失去“从错误中学习”(trail and error)的进步可能。第四,此种强风险预防原则,在应用上可能会造成‘认知之偏见’(cognitive bias)问题。”^[87]因此,此一强风险预防原则,属于不切实际之原则。

但是,对于较为务实的弱风险预防原则,学者依旧提出了许多批评。“不主张举证责任之倒置而由立法者负担举证义务?如此此种弱风险预防原则会变得较为可行?尤其是对于‘有严重或无法回复之损害发生之虞’,何谓‘之虞’?何谓‘严重’‘损害’?何谓‘不可回复’?有学者认为充满‘不确定法律概念’而无从具体认定。”也有学者认为,风险预防原则之力量即在于此一“不确定”法律概念:因为倘若预防原则如同其它现存理论可以再加具体化,其将落入传统风险管理各理论之窠臼中,而失去其作为“原则”之理论吸引力与改变现状之号召力^[88]。而传统的风险管理基于的是另一项预防原则(Principle of Prevention),也可译为损害预防原则。

损害预防原则从产生至今,要求国家应尽早对环境损害发生之前,在其管辖或控制范围内采取措施以限制、制止或控制可能引起环境损害的活动或行为,它是一项国家责任。它的根据是:“有些环境破坏是不能修复的,保护环境的有效方法不是事后治理,而是事先预防,使环境破坏根本就不发生;另外,从经济学的角度来看,预防环境破坏的费用要小于治理费用,所以该原则被视为环境保护的黄金规则。”^[72]根据损害预防原则,要求对计划采取的活动进行环境影响评价和对环境进行持续监测。简单来说,这两个原则的不同在于,损害预防原则针对的是已经确定的损害进行预防,而风险预防原则的前提是不确定性。“风险预防原则重在采取预防措施以避免环境恶化之可能,损害预防原则重在采取措施以制止或阻碍环

境损害的发生;风险预防原则所针对的是严重或不可逆转的环境损害之威胁或风险,损害预防原则针对环境损害范围既包括环境损害之风险,又包括实际发生的或即将发生的环境损害;风险预防原则针对的是在科学上尚未得到最终明确证实但如等到科学证实时才采取防范措施则为时过晚的环境损害之危险或风险,损害预防原则并非专门针对此种情况”^[9]因此,以“不确定性”为基础的风险预防原则,应有其“裁量适用”(arbitrary application),包括选择规制“何种风险”之裁量与决定采取“何种具体措施”之裁量^[88]。

无论如何,从风险社会的角度看,环境法的基本原则的因应,从损害预防原则扩展到风险预防原则,表明了法律规定越来越严格的趋势。然而,目前学界不仅对强风险预防原则与弱风险预防原则存在诸多争论,其法律地位问题也一直受到质疑。

三、风险预防“原则”与“方法”之争论

法国学者Y·杰古若在其《环境法的基本原则》一文中曾指出:“基本原则的法律确认,反应了两个主要功能,其一是环境法的结构化功能,其二是环境政策的合法化功能。”^[10]在国际法中,风险预防原则第一次形式化是在防治污染的海洋环境保护和臭氧层的保护领域^[11]。从国际公约层面看,最早对风险预防原则作出规定的国际公约是1987年在伦敦召开的国际北海大会通过的《北海宣言》。《北海宣言》承认危险物质的投放与海洋污染之间的因果联系的不确定性:“……为防止北海遭受危险物质可能造成的损害,预防的方法是必要的,它可以要求采取行动控制这种物质的投放,甚至在绝对清楚的科学证据证实因果关系之前。”^[12]1985年《保护臭氧层维也纳公约》第一次使用了“Precautionary Measures”,它希望各缔约国“注意到国家一级和国际一级上已经采取的保护臭氧层的预防措施”^①。1990年《卑尔根宣言》是第一个将风险预防原则与可持续发展相关联的国际法文件。该宣言规定:“为实现可持续发展,政策应以风险预防原则为基础。环境措施必须预见、防止和排除环境恶化的原因。在有严重或不可挽回的损害的威胁时,缺乏充分的科学确定性不应被用来作为延迟采取防止环境恶化的措施的理由。”^②此后,1992年的《里约宣言》明确提出了风险预防原则:

①《保护臭氧层维也纳公约》,序言。

②Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region, Bergen, 15 may, 1990.

③《里约环境与发展宣言》,原则15。

“为了保护环境,各国应按照本国的能力,广泛适用预防措施。遇有严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学充分确实证据为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境恶化^③。”然而《卑尔根宣言》与《里约宣言》对风险预防的措辞是不一样的,《卑尔根宣言》表述为“原则”,而《里约宣言》则表述为“方法”。虽然,现在也经常混用“原则”与“方法”两个词,但在国际法适用上造成了一定的模糊性。

在各国国内法方面,风险预防,作为一项法律原则,最早出现在20世纪80年代的德国环境法,最初这条原则的核心是社会应当通过认真的提前规划和阻止潜在的有害行为来寻求避免破坏环境。1976年德国行政法规规定:“环境政策并不能通过避免将要发生以及已经发生的危害而得以充分实现。预防性的环境政策进一步要求以更谨慎的态度保护自然资源以及实现对它们的要求。”澳大利亚1999年《环境和生物多样性保护法》规定了风险预防原则。该法第3条规定风险预防原则是实现生态可持续发展的一项重要原则,如果存在严重的或不可逆转的环境损害的威胁,缺乏充分的科学确定性不能作为推迟采取措施预防环境退化的理由。根据第391条的规定,部长在做出某些决策时应考虑风险预防原则。澳大利亚《政府间环境协议》的规定,公众和私人决策时都应当在风险预防原则指导下进行,在适用风险预防原则时要考虑以下因素:通过细致和评价来尽量避免严重的或不可逆转的环境损害;不同方案的风险影响评估^{[7]63}。在法国,风险预防原则正在被越来越多的运用于食品健康安全方面,而且不仅仅局限于食品法的司法实践中。农村法典对风险预防原则作出了具体的定义。农村法典L.200-1条对风险预防原则进行了如下的表述:“风险预防原则,由于确定性的缺乏,鉴于当代科学与技术的认知,提前采取有效地及相称地措施,旨在预见一个严重地损害及对环境不可逆转地的风险,以期控制在可接受的经济成本之内。”法国于2005年颁布的环境宪章中亦规定了风险预防原则。

实践层面,“原则”与“方法”的争论不断,如新近的WTO生物技术产品案中,欧盟认为,诸多国际文件已采纳风险预防原则(如上所述之里约宣言、生物多样性公约等),该原则应已成为国际法上之一般原则。欧盟以澳洲等国国内法为对该原

则的规定为佐证,认为该原则已是国际法上的一项国际习惯法原则。而美国则认为,由于该原则并未有单一或统一之内容,其至多为一种方法,而非原则,其实践程度,在国际间未明,因此更远非习惯国际法。加拿大亦主张此原则仅为一种方法。阿根廷也主张此一原则的法律性质并非国际法上之一般原则^[13]。大多数学者目前仍认为,风险预防原则的国际法上的法律性质或地位依然未定,因为尚未有任何一个国际裁判机构明确确定其国际法性质。如上所述,虽然已有许多国际环境公约和一些国家国内立法对风险预防原则进行了规定,然而司法实践层面,尚有很多困难,对于他的法律地位和性质,也有待观察。

四、结语

近年来,针对我国环境法的修改问题,有学者指出,“因为时代的局限,我国的环境综合性法律——1989年的《环境保护法》仅规定了适用于环境损害的‘预防为主、防治结合’的原则,没有规定和体现环境风险预防的原则,不能不说是一种缺憾。现在,我国有关部门正在紧锣密鼓地开展修订《环境保护法》并把其上升为环境基本法的工作。考虑国际环境条约的义务性规定,借鉴国外和我国个别立法的成功经验,规定环境风险预防原则,对于预防今后可能发生的重大环境损害,促进中国社会、经济的可持续发展,是必要的。只有把环境风险预防原则上升为环境基本法所确认的基本准则,才能使其发挥协调其他环境立法、指导环境司法和环境执法的作用,才能使我国的环境法律体系全面构筑起一道道预防重大环境风险的制度防线。并认为我国在转基因农产品的环境风险控制问题;温室效应的法律控制问题;纳米技术的环境风险控制问题方面均应采用风险预防原则。”^[14]笔者认为,某一原则在国内立法中的本土化,需要综合考虑本国实际情况。风险预防原则实施的根本问题在于成本-效益,这也是欧美关于风险预防是“原则”抑或“方法”之争论的核心所在。风险预防固然是我们对于一个乌托邦法的向往与追求^①,但发达国家对该原则实施及其司法实践上的窘境已说明,风险预防原则对于我国的经济状况而言,还只是一个空中楼阁,在环境保护法对其作出规定,时机尚不成熟,即使宣誓性的作出规定,也仅仅是停留在口号层面,离现实还是如此遥远。

^①西方诸多学者将环境法形容为乌托邦法。

参考文献:

- [1] 乌尔里希·贝克. 风险社会[M]. 何博闻,译. 上海:译林出版社,2004:3.
- [2] 阿兰·斯科特. 风险社会还是焦虑社会? 有关风险、意识与共同体的两种观点[C]// 芭芭拉·亚当. 风险社会及其超越:社会理论的关键议题. 赵延东,译. 北京:北京出版社,2005.
- [3] 乌尔里希·贝克. 世界风险社会[M]. 吴英姿,译. 南京:南京大学出版社,2005.
- [4] 郭红欣,彭峰. 生态安全之谨慎原则研究[EB/OL].(2005-11-04)[2010-09-13]. <http://www.rieh.whu.edu.cn/article.asp?id=27386>.
- [5] 邓纲. 风险预防原则及其适用[J]. 统计与决策,2008(18):185.
- [6] 胡斌. 试论国际环境法中的风险预防原则[J]. 环境保护,2002(6):17.
- [7] 朱建庚. 海洋环境保护中的风险预防原则研究[D]. 北京:中国政法大学,2005.
- [8] 许耀明. 风险、预防原则与本益分析[C]//开南大学风险与安全国际学术研讨会论文集. 桃园:2007.
- [9] 王曦. 国际环境法[M]. 北京:法律出版社,1998:115-117.
- [10] Y J égouzo. Les principes g é n é r a u x du droit de l' environnement[J]. RFDA, 1996:209.
- [11] Agathe Van Lang. Droit de l' environnement[M]. PUF,2002:54.
- [12] 亚历山大·基斯. 国际环境法[M]. 张若思,译. 北京:法律出版社,2000:95.
- [13] 许耀明. 欧盟法、WTO法与科技法[M]. 台北:元照出版社,2009:324.
- [14] 常纪文. 环境立法不能忽略风险预防原则 [EB/OL].(2007-06-04)[2010-10-10]. <http://blog.china.com.cn/art/show.do?dn=changjiwen&id=95912&agMode=1&com.trn.idm.gSessionId=4032848ECD63F8C11A5634F19A2922C6>.

Re-discussion about Precautionary Principle in Environmental Law

PENG Feng

(Institute of Law, Shanghai Academy of Social Sciences, Shanghai 200020, China)

Abstract: The legal recognition of the basic principles of environmental law reflects two main functions, one is the structurization of environmental law, and the second is the legitimating of environmental policy. Precaution, as a legal principle, originated in Germany in the eighties of the 20th century. The initial core of the principle is that the society should seek to avoid damage to the environment through careful advance planning and prevention of potentially harmful behaviors. The precautionary principle needs to meet two conditions: first, the lack of certainty; second, the existence of a serious risk of irreversible harm. Currently, there are two versions of the precautionary principle as “strong” and “weak” in the world, yet to come to a unified understanding in the concept context. The core of the implementation of precautionary principle in domestic legislation is the question of cost-effectiveness, which will also be a major obstacle to its localization in China environmental legislation in the present stage.

Key words: precaution; environmental law; principle

[责任编辑:箫姚]