

# 论生态 (环境) 损害的日常性预防

竺 效

摘 要:《生态环境损害赔偿制度改革方案》为推动建立生态 (环境) 损害赔偿法律机制提供了进一步试点的契机。我们须认识到,生态 (环境) 本身损害的避免须采取事先预防与事后救济并重的举措,而非为了赔偿而求偿,赔偿应以预防、遏制和修复 (类似的) 生态 (环境) 损害为目的。具有潜在生态 (环境) 损害重大致害风险的企事业单位是预防损害发生或扩大的第一位义务主体。因此,倡导尽快研究建立企事业单位预防生态 (环境) 损害发生的日常性预防机制,并相应建立政府主管部门的生态 (环境) 损害预防指导机制。

关键词:生态损害;环境损害;损害预防;日常性预防

中图分类号:D922.604 文献标识码:A 文章编号:1671-0169(2018)02-0060-05

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2018.02.006

2017 年 12 月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《方案》),其中明确,自 2018 年 1 月 1 日起,在全国试行生态环境损害赔偿制度,到 2020 年力争在全国范围内初步构建责任明确、途径畅通、技术规范、保障有力、赔偿到位、修复有效的生态环境损害赔偿制度。这是我国探索建立生态 (环境) 本身损害救济机制的又一关键之步,是对 2015 年 11 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》生态环境损害赔偿制度改革工作的经验总结。然而,作为学术讨论,本文呼吁在关注生态 (环境) 本身损害的事后赔偿救济的同时,不应忽略对生态 (环境) 本身损害的事先预防,必须建立有效的生态 (环境) 损害预防机制,尤其是其中的日常性、常规性的损害预防工作必须予以充分重视。

## 一、生态 (环境) 损害预防的定位

《生态环境损害赔偿制度改革方案》将生态环境损害界定为“因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤、森林等环境要素和植物、动物、微生物等生物要素的不利改变,以及上述要素构成的生态系统功能退化。”笔者认为,无论是该文件,还是《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》等,其所使用的“生态环境损害”措辞可以在学理上表述为“生态 (环境) 损害”,特指“人为的活动已经造成或者可能造成人类生存和发展所必须依赖的生态 (环境) 的任何组成部分或者其任何多个部分相互作用而构成的整体的物理、化学、生物性能的任何重大退化。”<sup>[1](P63)</sup> 此种学术术语的选用,除了以环境科学、生态学关于“环境”、“生态”核心术语为基础外<sup>[2](P256-257)</sup>,也是为了避免因望文生义而混淆“环境侵权损害”这类私益损害与“生态 (环境) 本身损害”这类公益损害<sup>[3](P60)</sup>。

为了准确界定生态 (环境) 损害预防,可以先放眼欧盟的立法经验。2004 年 4 月 21 日欧洲议会

基金项目:国家社科基金重大项目“海洋生态补偿标准与制度设计”(16ZDA049)

作者简介:竺效,青年长江学者,中国人民大学法学院教授、博士生导师 (北京 100872)

(Parliament) 和欧盟理事会 (Council) 联合发布《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》(Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage, 以下简称 ELD 指令)。欧盟 2004 年 ELD 指令以“预防措施”(Preventive Measures) 统称所有旨在预防或减少环境损害发生的行动, 并将其界定为“为了防止和减少某一时间、行为或疏忽导致的对环境损害的迫近威胁, 而采取的任何应对措施”<sup>[4](P405)</sup>。以此为借鉴, 笔者主张将“生态(环境)损害预防”定义为, 旨在避免、防范、减少污染环境行为或破坏生态行为可能造成或已经造成的生态或环境本身的任何组成部分或者其任何多个部分相互作用而构成的整体的物理、化学、生物性能的任何重大退化。这类行为的主体既包括生态(环境)的加害人, 及潜在威胁生态(环境)的企事业单位或个人, 以及负有保护生态(环境)行政管理职责的政府机构, 而“避免”主要是前一类主体的义务, “防范”则主要指后一类主体的义务, “减少”则两类主体都可兼指, 加害人具有减少生态(环境)损害的第一位义务, 但当第一位义务主体缺位或无能力及时履行义务时, 作为公共利益维护者的行政主管部门就必须自行或寻找第三人替代第一位义务人履行相应义务。

笔者认为, 生态损害的预防包括生态(环境)危害行为本身第一位的不可替代的日常预防和出现生态(环境)损害突发事件后的应急预防。就企事业单位的日常性生态(环境)损害预防义务而言, 须明确负有此类日常性生态(环境)损害风险预防义务的主体的范围、预防性措施的基本内容。并且应当明确, 负有生态(环境)损害日常预防义务的主体及时报告和通报生态(环境)损害风险或事故的义务, 以及有关公共管理部门责令和指导负有日常预防义务的主体报告信息、提供相关资料、及时采取有效的预防性措施预防生态(环境)损害的发生或生态(环境)损害扩大的法定职责。

此外, 当发生生态(环境)环境损害时, 涉案企事业单位除了负有立即向有关主管机关及时报告生态(环境)损害的所有相关信息外, 还必须根据主管机关的指令或指导采取相应的生态(环境)损害修复措施, 并向主管机关提出备选的生态(环境)损害修复方案, 由有关主管机关确定或与有关主管机关协商具体的修复方案, 并开始实施。一旦涉案企事业单位不履行修复生态(环境)损害的法定义务时, 法定的环境公益主体(如环保社会组织、检察机关等)就可以提起公益诉讼, 请求义务人履行修复生态(环境)的义务, 或承担赔偿责任生态(环境)修复费用的替代义务。如果将来的法律制度也能在总结前述生态环境损害赔偿制度改革试点经验的基础上, 建立起由政府或政府职能部门作为索赔主体的生态(环境)损害赔偿机制, 例如, 可以通过双方磋商达成生态(环境)损害赔偿协议, 也可以由索赔主体在向法院提起基于国家自然资源所有权的环境侵权损害赔偿的同时顺带提起生态、环境损害赔偿, 则也能通过借道传统环境侵权责任的救济渠道实现对生态(环境)本身损害的部分、间接救济<sup>[5]</sup>。可见, 生态(环境)损害预防、修复、赔偿法律制度都是完整的生态(环境)综合预防救济机制的有机组成环节, 相辅相成, 缺一不可。

## 二、企事业单位预防生态(环境)损害发生的义务

潜在具有造成生态(环境)损害风险的企事业单位应当在其事业日常运营中负有第一位的生态(环境)损害预防义务。例如, 欧盟 2004 年 ELD 指令第 5 条第一款规定, “当环境损害尚未发生但已经发生这种损害的迫近威胁时, 经营者应当毫不迟延地采取必要的预防措施”<sup>[4](P407)</sup>。本文认为, 针对生态(环境)损害的预防, 我国将来可采取生态(环境)危险行为和非危险行为区分管制的机制, 对从事具有导致生态(环境)损害的一般性、内在的固有危险的生产、经营活动的企事业单位, 包括使用危险设施、设备、工艺或物质的企事业单位, 应明确规定其承担预防生态(环境)损害发生的日常预防义务。

就负担生态(环境)损害日常预防义务的生态(环境)危险行为的立法列举, 可以借鉴《德国

环境责任法》的做法,制定一个可以适时调整的分行业、分环境要素领域列举的危险行为和危险设施、设备、工艺、物质的附录作为相关法律的附件。而事实上,环境危害行为、物质或工艺名录机制在我国环境法治实践中早已有所探索。例如2008年修订的《水污染防治法》第41条曾规定的“严重污染水环境的工艺名录”和“严重污染水环境的设备名录”;2013年修正的《固体废物污染环境防治法》第28条规定的“严重污染环境的工业固体废物的落后生产工艺、落后设备的名录”和第51条规定的“国家危险废物名录”;2015年修订的《大气污染防治法》第78条规定的“有毒有害大气污染物名录”。笔者建议,未来若制定生态(环境)损害预防和救济的专门立法,可以统一规定生态(环境)损害高风险行为、物质、设备或工艺名录,也可以采用原则概括规定结合转引上述环境污染防治单行法相关目录的立法技术,以明确承担生态(环境)损害日常预防义务的主体范围。此外,受前述各类目录编制当时的科学技术条件所限,可能存在未能列入附录的可能性,所以建议,应对承担生态(环境)损害日常预防义务的主体进行预防义务的概况规定,即明确“凡是从事具有对导致生态(环境)损害具有一般性、内在的固有危险性的企事业单位”具有预防生态(环境)损害发生的一般性的法律义务。

从立法技术而言,上述企事业单位的生态(环境)损害日常预防义务更宜规定为一种概况性的义务,具体义务的内容主要应至少涵盖生态(环境)损害风险的识别和评估、生态(环境)损害风险的日常监测与排查、生态(环境)损害隐患的排除、生态(环境)损害风险的消除,以及生态(环境)损害发生后的清除、控制及降低等预防性措施。因为,企事业单位具体的生态(环境)损害日常预防义务的内容需要根据具体的行业类型、所涉生态(环境)危险物质的数量、所涉生态(环境)危险行为或设备设施的具体工艺流程等个案确定,要求立法做到明确、逐一列举而无遗漏是一件非常困难的事情。因此,建议由未来执行法律的配套性技术标准或指南来分行业、分产业逐步细化、适时调整更新,予以规定。从学理上分析,前述企事业单位的生态(环境)损害日常预防机制,应当是新《环境保护法》所确立的企业环境责任制的一种衍生。2014年修订通过的《环境保护法》第42条第二款规定:“排放污染物的企事业单位,应当建立环境保护责任制度,明确单位负责人和相关人员的责任。”该条所规定的企业环境责任制在生态(环境)损害预防事项上的细化和落实客观要求建立企事业单位的生态(环境)损害日常性预防机制。

需要澄清的是,上述企事业单位的“生态(环境)损害风险的识别和评估、生态(环境)损害风险的日常监测与排查、生态(环境)损害隐患的排除、生态(环境)损害风险的消除、以及生态(环境)损害发生后的清除、控制及降低等预防性措施”之间具有预防生态(环境)损害发生的内在逻辑关联性。企事业单位应首先客观评估各自所从事生产或经营事业所涉及的具有造成生态(环境)损害的潜在的生态破坏或环境污染的危害性之风险及其程度,对于无法通过风险监测、防控措施进行有效管理的生态(环境)损害风险应果断予以舍弃。对于可识别、可评估、可防可控的生态(环境)损害风险,则应建立企业日常的生态(环境)损害风险管理机制,指定专人,配备专用设备设施,予以生态(环境)损害风险的日常监测和定时、定点巡视排查。一旦生态(环境)损害监测系统或排查人员发现生态(环境)损害隐患的,应根据事先分类、分情形模拟后(例如区分化学品的泄漏、爆炸、火灾等不同情形,考虑到孔径、储量、风向等信息,搭配组成若干种不同损害风险情形)编制的隐患排除预案,及时启动生态(环境)损害风险排除措施,尽快排除隐患。对于隐患在短期内难以完全排除,就已转换或升级为生态(环境)损害的现实风险,相关涉案企事业单位就应及时采取必要的减产、停产措施,并邀请企业内部或外部专业人员专题研究制定生态(环境)损害风险消除方案及其实施规划,并组织开展实施,直到彻底消除生态(环境)损害风险。对于已经造成生态损害的,涉案企事业单位应当在第一时间启动事先编制的以风险识别和排查情况确定的信息为主要基础而制定的生态(环境)损害应急预案,企事业单位的相关工作岗位、车间、安全环

保部门应根据内部职责分工及时采取清除生态（环境）本身的损害、控制已发生的生态（环境）本身损害所影响到的范围并预防损害进一步扩大的一切必要措施。

### 三、企事业单位报告和通报生态（环境）损害风险的义务

从事具有生态（环境）损害高风险活动的企事业单位一旦无法排除生态（环境）损害隐患，导致引发生态（环境）损害的风险现实存在，甚至已经发生生态（环境）损害，在此情况下，涉事企事业单位就应当根据法定程序和时限及时向相关的地方或中央政府主管部门报告，并及时通报可能受生态（环境）损害事故潜在影响的周边企业和居民。此处的地方或中央政府主管部门包括国务院或生态（环境）损害发生地地方各级人民政府的环境、海洋、国土资源、林业、草原等相关环境、资源、生态保护主管部门，未来立法可以规定这些主体应在各自行政管理职责范围内履行分别、共同或协商组织生态（环境）损害的预防、修复和求偿职责，以及组织专业技术机构和人员代为恢复被污染环境或修复被破坏生态系统的职责。

就国际经验而言，欧盟 2004 年的 ELD 指令第 6 条第一款第（a）项就规定：“当发生环境损害时，经营者应当毫不迟延地向主管机关通报该情况的所有相关方面，并采取一切可行的措施来立即控制、遏制、排除或管理相关的污染物和（或）任何其他致害因素，已达到如下目的，即限制或预防环境损害的进一步扩大和对人类健康造成的负面影响的进一步扩大，或对服务功能损害的进一步扩大。”<sup>[4](P407)</sup>多数欧盟成员国旨在转化 ELD 指令的国内立法也重申了涉事主体应承担这一通报或报告义务。例如，《英格兰环境损害预防和修复条例》第 14 条<sup>[6](P159)</sup>、《爱尔兰环境责任条例》第 9 条<sup>[6](P177)</sup>等。

就企事业单位报告生态（环境）损害风险的具体程序而言，未来的立法设计可以参考 2011 年 3 月 24 日环境保护部制定的《突发环境事件信息报告办法》（环境保护部令 17 号）以及 2014 年修订后的《环境保护法》第 47 条第三款规定，即企业事业单位应当按照国家有关规定制定突发环境事件应急预案，报环境保护主管部门和有关部门备案。在发生或者可能发生突发环境事件时，企业事业单位应当立即采取措施处理，及时通报可能受到危害的单位和居民，并向环境保护主管部门和有关部门报告。

此外，需要特别强调生态（环境）损害事故现场相关工作人员的报告义务。2014 年修正后的《安全生产法》第 80 条第一款的规定、2007 年的《生产安全事故报告和调查处理条例》第 9 条的规定等具有参考价值。未来的立法还应当规定企事业单位在报告政府主管部门的同时，还必须及时通报周围可能受生态（环境）损害事故潜在影响的群众。2017 年修正后的《海洋环境保护法》第 17 条第一款的规定具有立法参考价值。

### 四、政府主管部门责令和指导生态（环境）损害预防的职责

本文认为，在生态（环境）损害预防阶段或预防生态（环境）损害后果进一步扩大阶段，上述相关法定行政主管机关的职责主要包括：及时要求有关企事业单位和其他经营者如实提供与生态（环境）损害威胁相关的信息，并要求或指导他们采取有效的预防措施，或决定自行采取有关预防措施。欧盟的相关实践经验也采取了类似的立法规定，值得我国借鉴。欧盟 2004 年的 ELD 指令第 5 条第三款规定，“主管机关在任何时候都可以：（a）要求经营者提供关于任何环境损害的迫近威胁的信息，或在可疑情况下迫近威胁的信息；（b）要求经营者采取必要的预防措施；（c）指导经营者继续采取必要的预防措施；或（d）自行采取必要的预防措施”。第 6 条第二款则规定当环境损害发生时，“主管机关在任何时候都可以：（a）要求经营者就已经发生的任何损害提供补充信息；（b）

采取或要求经营者采取或指导相关经营者采取一切可行的措施来立即控制、抑制、移除或管理相关的污染物和(或)任何其他损害因素,以达到如下目的,即限制或预防环境损害的进一步扩大和对人类健康造成的负面影响的进一步扩大,或对服务功能的损害的进一步扩大”<sup>[4](P407-408)</sup>。

我国未来的生态(环境)损害预防和救济专门立法可以借鉴欧盟的上述立法经验,规定国务院和地方政府有关主管部门可以在生态(环境)损害预防阶段或预防生态(环境)损害进一步扩大阶段,根据案情责令有关涉案企事业单位及时报告生态(环境)损害风险或事故情况,并提供生态(环境)损害风险评估、生态(环境)损害隐患排查排除预案、生态(环境)损害突发环境事故应急处置预案、生态(环境)损害风险或事故初查原因等相关信息。并可以责令涉案企事业单位采取必要的避免或减少生态(环境)损害的预防性措施,给予前述预防性措施的实施予以技术指导。若涉案企事业单位拒绝采取预防性措施或没有能力阻止或减少生态损害发生的,可以决定自行或委托第三方主体代为采取相关预防性措施,并保留向涉案企事业单位日后求偿相关代履行费用的权利。

此外,政府部门收到企事业单位的相关报告后,也应当及时分享相关信息。例如2011年环境保护部制定的《突发环境事件信息报告办法》第7至9条的有关规定,就具有立法参加价值。当然,政府部门还应当开展生态(环境)损害相关案例报告信息的整理、存档和定期分享工作,以提高生态(环境)损害预防的管理能力。例如,可以参考《突发环境事件信息报告办法》第10条建立相关制度。

#### 参考文献

- [1] 竺效. 生态损害综合预防和救济法律机制研究[M]. 北京:法律出版社,2016.
- [2] 竺效. 论环境侵权原因行为的立法拓展[J]. 中国法学,2015(2).
- [3] 竺效. 生态损害的社会化填补法理研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007.
- [4] 王轩,译. 欧盟《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》[A]. 沈四宝,王军. 国际商法论丛[C]. 北京:法律出版社,2008.
- [5] 竺效. 建立生态(环境)损害预防与救济长效法律机制[N]. 中国环境报,2017-12-22(3).
- [6] 樊杏华. 环境损害责任法律理论与实证分析研究[M]. 北京:人民日报出版社,2015.

## Routine Prevention of Ecological or Environmental Damage

ZHU Xiao

**Abstract:** The Outline of Ecological Environment Compensation Reform opens up an opportunity to advance the establishment of a pilot system for ecological or environmental damage. We have to realize that in order to avoid any ecological or environmental damage, measures of prevention and remedy must be taken and it is necessary to point out that claiming for compensation is not the purpose of damages. Instead, prevention, restriction and restoration of ecological or environmental damage should be the real aims of compensation. Enterprise who will potentially cause damage to ecosystem or environment should be the primary obligators to prevent ecological or environmental damage or the extension of it. Thus, it is sensible to initiate the establishment of a routine system for preventing ecological or environmental damage in the related enterprise as soon as possible, and also a guide system of ecological or environmental damage prevention by competent authorities.

**Key words:** ecological damage; environmental damage; damage prevention; routine prevention

(责任编辑 周振新)