

【国际环境法】

转基因农作物越境损害责任的省察与重构

刘春一

【摘要】转基因农作物越境转移可能对输入和输出的国家和地区造成损害。在其法律责任问题上,既有学说从污染者负担原则出发,认为转基因农作物越境造成的损害应排他性适用民事责任。从规范分析角度看,此种观点具有局限性,污染者负担难以作为一项法律原则而被证成;相关国际条约并未明确转基因农作物越境损害的责任形式,而是允许缔约方适用现有国内法或者制定新的法律去解决。依据《卡塔赫纳生物安全议定书》关于赔偿责任和补救的名古屋—吉隆坡补充议定书,及时充分赔偿原则应为统帅转基因农作物越境损害责任的法律原则。依照该原则,面向转基因农作物越境损害排他性适用民事责任不具有正当性,应当以民事责任和**国家责任为核心构建类型化的责任体系。应依照因果关系的确证性对相关事实进行类型化区分,对因果关系可在经营者层面确证的损害适用民事责任,对不能确证的则适用国家责任,同时还应通过立法补正和法律解释的方式推动类型化责任体系在规范层面得以实现。

【关键词】转基因农作物;越境损害;国家责任;民事责任

【作者简介】刘春一,北京外国语大学法学院讲师、法学博士(北京 100088)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2023.9.162~176

一、问题的提出

转基因技术就是提取来自不同生物体的脱氧核糖核酸(DNA),对基因进行重新组合,克服物种之间的生殖隔离,创造出并非自然演化的新生物体的技术。^①转基因技术是人类历史上影响最为深远的生物技术之一,根据国际农业生物技术应用服务机构(ISAAA)的最新报告,截至2020年,全球转基因农作物产量连续25年增长,总共种植了1.996亿公顷转基因作物。^②转基因技术在得到快速推广的同时,其产生的社会争议不断扩大,其中一个重要问题是由转基因农作物造成的环境损害问题。据绿色和平组织转基因环境损害登记处显示,自2005年数据库建立以来,共出现396次相关事件。^③转基因农作物造成的环境损害并不局限于特定国家境内,常常是跨越国界和地区的,形成转基因农作物的越境损害。针对转基因农作物的越境损害,国际法和国内法都有相关的规定,然而在预防及责任类型上,以上规定存在诸多“建构性模糊”,故而转基因农作物越境损害适用何种责任便成为一个争议话题。

(一)转基因农作物越境损害的界定

国际上调整转基因农作物越境损害的规范文件

主要为《生物多样性公约》(以下简称:《公约》)、《卡塔赫纳生物安全议定书》(以下简称:《议定书》)以及《卡塔赫纳生物安全议定书关于赔偿责任和补救的名古屋—吉隆坡补充议定书》(以下简称:《补充议定书》)。以上规范文件未直接定义“转基因农作物越境损害”,而是分别定义了“越境”和“损害”两个概念。其中《议定书》第3条界定的“越境”的概念是“转基因生物体从一国转移到他国”。《补充议定书》第2条指出由此造成的损害是指:“对生物多样性的保护和可持续利用的不利影响,同时顾及对人类健康的风险,且这种不利影响:1.是可测量或可观察的,只要可能,应顾及主管当局所认可的科学确定的基线,这些基线应顾及任何人为变异和自然变异;2.是重大的。”综合《议定书》和《补充议定书》的相关规定,可将转基因农作物越境损害概括为“转基因农作物跨越国界,并且对生物多样性和人体健康造成不利影响”。该定义较为简略,不能体现转基因农作物越境损害的本质特征,需要进一步明确。

关于“越境”的界定,可以参考(联合国)国际法委员会所给出的定义,其起草的《关于危险活动引起越境损害所造成损失分担的法律制度第一次报告》中

专门提到了越境环境损害问题。该报告指出,“越境损害”指的是起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害,不论有关各国是否有共同边界。关于“不利影响”的界定,联合国粮农组织则将其总结为:“无控制地将基因信息,通常指的是转基因生物的基因信息扩散到不存在此种基因的作物的基因组当中。”^④经合组织有关跨境污染的官方文件则称:“不利影响是有可能导致危害人的健康、损害自然和生态系统、减损或干扰环境的舒适性和有碍合理利用结果的有害物质或者能量的导入。”^⑤综合以上文件的相关界定,转基因农作物越境损害应界定为:转基因农作物通过国际运输或环境介质跨越了该国的国界到达另外一国领土或者其管辖或控制的区域内,在此区域内扩散了其所含有人工重组的基因,并且引发了本地的生态环境及人体健康的重大不利变化。

(二)转基因农作物越境损害的特性

相对于传统的环境损害,转基因农作物越境损害呈现出许多新特点。

其一,损害主体的多元性。转基因农作物越境转移的过程有多个主体参与其中。转基因农作物在研发、生产、上市的过程中,其生产者要遵守安全生产的义务,所属国政府也有相应的监管义务。如果转基因农作物是通过国际运输的形式进行越境转移,则出口商应通过出口国通知进口国,进口国应对是否同意进口进行评估,如果同意进口,承运人需按规定进行封闭运输,进口商在进口之后还需遵守安全管理的义务。这一过程中转基因物质的泄露往往是多个主体的行为聚合在一起引发的,由此产生环境损害和健康受损的风险。因此,转基因农作物越境损害往往涉及了多个主体。

其二,损害范围的广泛性。转基因农作物的越境转移要通过国际贸易或环境介质来进行。从国际贸易角度来看,转基因农作物贸易额在国际农产品贸易总额中的占比逐年提高,而转基因农作物的种子在包装、出口、过境、进口中的任何一个环节容易与非转基因农作物的种子混合,使更多的耕地在无意中种植了转基因农作物。从环境介质的角度来看,转基因农作物越境是通过基因漂移机制实现的,具体而言,转基因农作物的花粉、种子、营养体、根际分泌物等基因表达产物可通过大气、水流等环境介质来传播,例如微小的种子可借助气流飘向远处,由

果实包裹的种子可借由动物迁移,湿地植物可借由水流迁移。另外,基因表达产物一次释放有可能被多个介质分割成多次不同越境,从而传播到更广的范围。

其三,损害过程的隐匿性。一般的环境损害往往可以通过直观的方式感知,而转基因农作物引起的损害则不同,因为损害是发生在基因层面,所以难以被轻易感知。经人工改造的基因,漂移到不同的近缘品种上,有可能需要较长的时间才能显现,例如,花粉介导的基因漂移导致的有性杂交和遗传物质重组,其传粉、授粉及生长的周期缓慢,不可能在短时间内显现出损害结果,因此转基因农作物越境损害本身的特点决定了其具有很强的隐匿性。

总之,转基因农作物越境损害的复杂特性使得能适用于其的责任形式和内容不同于一般环境损害,需要进一步分析并探寻科学合理的责任形式和内容。

(三)转基因农作物越境损害的定责难题

转基因农作物越境损害本身的复杂性,加之相关规范的碎片化和模糊性,使它的定责成为一个难题。

从事实的角度来讲,转基因农作物越境损害由于其自身的特性引发了诸多定责上的问题。一方面,转基因技术应用得当的情况下可以提高农产品的产量,对提高农业生产率有所裨益,^⑥但它也带来了环境损害的风险。基于转基因技术的两面性,依据何种归责原则来确立转基因农作物越境损害的责任值得深入探讨。另一方面,转基因农作物越境损害具有主体多元性、范围广泛性、过程隐匿性等特性。面对形式多样、过程复杂的转基因农作物越境损害,由何种主体承担责任?承担责任是否需要具备因果关系、过错等传统的责任构成要件?对于这些要件证明的标准为何?从转基因农作物越境损害本身的特性出发,很可能得出不同的答案。

从规范的角度看,既有规范没有针对前述问题的直接规定。在国际法规范层面,规制转基因农作物文件有多个。直接规制转基因农作物越境损害的国际条约有《公约》、《议定书》及《补充议定书》,在起草《议定书》期间,该议定书政府间委员会曾明确要求秘书处针对该议定书27条(“赔偿责任与补救问题”)参照《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称:《不法行为条款草案》)和《关于危险活动造

成的跨界损害案件中的损失分配原则草案》(以下简称:《原则草案》)的规定,(联合国)国际法委员会制定的以上草案正是国家责任的主要渊源,同时《补充议定书》也要求各国就民事责任问题制定国内法,因此,(联合国)国际法委员会起草的相关条款草案和各国国内法亦应当成为转基因农作物越境损害归责的重要法律依据。以上法律文件对转基因农作物损害的预防及处置措施、责任与赔偿做出的还是原则性规定,并且零散模糊、缺乏衔接。因此,只有弥合复杂现象和多元规范之间的解释空白,才能确定转基因农作物越境损害定责的路径。

二、转基因农作物越境损害民事责任说的逻辑脉络

国内多数学者认为转基因农作物的越境损害应适用民事责任,该观点有两个方面的依据。一是污染者负担原则,污染者负担是国际环境法的基本原则,故可适用于转基因农作物越境损害;根据该原则应直接追究转基因农作物经营者的民事责任。二是《补充议定书》中的相关规定,即要求缔约国制定与此相关民事赔偿的实体规则和程序规则。

(一)民事责任说的理论前提:污染者负担原则

持民事责任说观点的学者认为污染者负担是一项国际环境法的基本原则,因此转基因农作物污染适用民事责任的理论依据应当为污染者负担。

污染者负担在国际法上仅有原则性规定,最早出现于经合组织于1972年颁布的《关于环境政策国际层面指导原则的建议》中。该建议指出,污染者负担是指污染者应承担由公共机构决定实施的污染治理和控制措施的费用,以确保一种可接受的环境状态。^⑦之后联合国通过的《关于环境与发展的里约宣言》的原则16也概括性地表述了这项原则:“忆及污染费用在一般情况下应由污染者负担的观点……各国应综合利用各种手段促进环境成本及相关费用的内部化。”除了以上两份国际文件,《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》等多个国际条约中也将污染者负担作为重要规定。^⑧

污染者负担在国内法上除了原则性规定之外,更多的是具体的制度。《中华人民共和国环境保护法》第5条规定:“环境保护坚持保护优先、预防为主、综合治理、公众参与、损害担责的原则。”其中损害担责正是污染者负担的体现。另外,污染者负担表现

为多种制度形式,譬如面向特定污染物的环境税,政府可以对特定污染物征税将外部成本内部化,并为污染者减少排放提供了经济激励。就我国来看,《中华人民共和国环境保护税法》规定根据《环境保护税税目税额表》《应税污染物和当量值表》由环境排放应税污染物的各类主体定期缴纳环境税。又如污染物排放交易系统,它设定了特定污染物的排放上限,并且赋予特定排放份额以经济价值,允许参与主体之间进行排放配额的交易。国务院发布的《碳排放权交易管理办法》要求建设全国碳排放权注册登记系统和全国碳排放权交易系统,并在全国范围内实现碳排放权集中统一交易。除此之外,行政处罚、侵权责任也都属于污染者负担的制度体现。

(二)民事责任说的核心主张:民事责任的排他适用

虽然在环境损害领域可资适用的责任形式存在多种,但是对于转基因农作物越境损害,有学者提出应当适用民事责任,由造成损害的经营者即污染者承担责任。^⑨其理由为污染者负担是一项多个国际法律文件认可的原则,依据该原则,在转基因农作物越境损害发生的过程中,参加其中的主要是法人或者自然人,国家很少参与。其另一个理由是现行规制国家责任的国际法“间接而不确定”,其规制效果不佳。^⑩

也有学者进一步指出,民事责任说的逻辑起点在于污染者负担,其中的“污染者”应做狭义解释。根据经合组织发布的《污染者负担原则实施指南》,“污染者”仅仅包括了企业、个人等民事主体,而不包括履行环保职责的政府或国家,不包括除环境污染损害者外的其他受益者,也不包括消费者。^⑪依照此定义负担污染成本的只能为民事主体,排除行政赔偿责任、国家责任等可向国家或政府追偿的责任形式。在转基因农作物领域除了赔偿责任之外,不存在诸如环境税、排污权交易市场等其他污染者负担的制度形式。具体而言,我国目前调整转基因农作物损害的法律法规仅有《农业转基因生物安全条例》与《进出境转基因产品检验检疫管理办法》。除了《农业转基因生物安全管理条例》第54条笼统规定了违反本规定造成损害的,应当依法承担赔偿责任之外,很难找到将转基因农作物损害的代价转移给污染者承担的其他法律规定。因此,在污染者负担原则下,转基因农作物损害领域不能适用行政赔偿责任和国家责任,也不存在污染者负担其他制度形式,

仅能通过民事责任排他适用来实现污染者负担。

(三)民事责任说的规范依据:《补充议定书》及《原则草案》的相关规定

持民事责任说观点的学者认为支持民事责任说的另一项依据来自《补充议定书》和《原则草案》的相关规定。《原则草案》是规制越境环境损害的一般法。^⑫持民事责任说观点的学者认为在《原则草案》的原则6强调了各国应当在国内进行立法来确保受害者的救济权,在实施救济的过程中,起源国应当恪守不歧视原则,对来自不同国家所有受害者提供平等的救济,同时原则6特别强调各国应在国内法中规定的救济措施。^⑬因此《原则草案》是强调了民事责任在解决越境环境损害中的重要地位。

《补充议定书》是应对转基因农作物越境损害的特别规范。持民事责任说观点的学者认为,根据其第5条规定的应对措施,经营者应负高度注意义务,并积极配合国家主管机构承担采取应对措施的责任。与此同时,《补充议定书》规定,各项应对措施应依照国内法来实施,所以对于转基因农作物越境损害的救济,《补充议定书》实质上支持了民事责任的适用。^⑭

由此可见,《补充议定书》和《原则草案》确实提及了转基因农作物越境损害中民事责任的适用,其构成了转基因农作物越境损害适用民事责任的规范依据。

三、转基因农作物越境损害民事责任说的困境

笔者认为,民事责任说缺乏充分的依据。依照该学说,转基因农作物越境损害适用民事责任,一方面是污染者负担原则的理论展开,另一方面是倚赖于对《补充议定书》及《原则草案》规范的实证,但是无论是理论的展开还是规范的实证,其逻辑进路上都有重大缺陷,理论前提难以证立,导致其结论的不可靠;其规范依据不能逻辑自洽,在实践中也有很大的局限性。

(一)污染者负担原则难以证立

污染者负担在国际环境法领域很难称得上是一项原则。法国和荷兰关于适用1976年《保护莱茵河免受氯化物污染公约》和1991年《保护莱茵河免受氯化物污染公约附加议定书》的仲裁案中,仲裁庭审议了“谁污染谁付费”原则,并在2004年的裁决中总结认为,尽管“谁污染谁付费”原则在条约法中非常重要,但它并不是一般国际法的一部分,因此该原则与该公约的解释并不相干。仲裁庭在裁决中指出:“荷

兰为支持它的请求,提到了‘谁污染谁付费’原则,本庭认为,这项原则载于若干国际文件,包括双边文件和多边文件,并且具有不同的效力等级。本庭没有否认它在条约法中的重要性,但认为这项原则并不构成一般国际法的一部分。”^⑮可见,污染者负担虽然出现在部分国际文件中,体现了它在解决环境争端中的重要性,但并不是足以证明污染者负担可以作为一项通行的国际法原则。

部分特定的环境保护领域中若适用污染者负担作为原则,不仅逻辑上不能自洽,而且不能解决实际问题。譬如气候变化所致损失损害中,其污染者是全人类,受害者也是污染者的一员,受害者和施害者发生了混同,两者难以区分。^⑯污染者负担原则是建立在施害者和受害者可以区分前提下的,而在气候变化损失损害责任中难以实现对两者的区分,可见污染者负担在气候变化领域很难适用。故而有学者认为:“如果充分考虑到危险性上的不同,考虑到各行业承担费用的能力不同,所以实现环境费用完全内部化的经济可行性也不同,那么污染者负担这一规则存在大量灵活性则是必然的。”^⑰“污染者负担”因存在着科学不确定的情形而具有局限性,将污染者负担作为国际环境法的一项普遍原则并不妥当,将污染者负担定位为应对环境污染的一项常用措施是更准确的界定。^⑱因此污染者负担难以被证立为一项法律原则。

(二)《补充议定书》及《原则草案》对责任的适用持可选择性态度

从规范的本身来看,无论是《补充议定书》还是《原则草案》都对责任的适用持可选择性态度。《原则草案》在其规定中强调责任形式的灵活性和开放性,并认为通过单一的责任形式来解决越境损害问题不是最佳的选择。《原则草案》第6条第4款提及:“各国可协助诉诸迅速而又最经济的国际理赔程序。”该条款认可了越境损害中国家责任适用的合理性,由此可见,《原则草案》虽然强调了国家应当完善国内法上相关的救济机制和责任制度,但是并未否认国家责任的合理性,而是肯定了国家责任和民事责任有其各自适用的领域和情况。《补充议定书》对于国家责任和民事责任的责任形式都有所涉及,并未排除任何一种责任形式的适用。就国家责任而言,《补充议定书》第11条是对国家不法行为责任的规定,明确了《补充议定书》不影响一般国际法上的国际不法行为

国家责任。可见《补充议定书》是承认国际不法行为国家责任在转基因农作物越境损害中的运用的;就民事责任而言,《补充议定书》在第12条第1款中明确规定,缔约方应当制定损害赔偿的国内法程序和规则,并可根据情况适用民事赔偿责任。可见,《补充议定书》对于责任形式的态度是可选择性的,对不同责任形式的适用持开放态度,很难通过对《补充议定书》和《原则草案》的规范分析直接得出排他性适用民事责任的结论。

(三)民事责任应对转基因农作物越境损害存在局限性

民事责任说不仅在理论和规范上无法证成,而且在实践中存在很大局限性。民事责任说的观点主张民事责任的排他性适用,不利于实际问题的解决,主要体现在两个方面。一方面,转基因农作物越境损害涉及诸多待查明的事实,其诉讼证明难度很大。以我国民事诉讼为例,在诉讼启动阶段,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第119条的规定,原告需要明确具体的被告并证明自己与案件有直接利害关系。在诉讼审理进行阶段,尽管最高人民法院制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》确立了举证责任倒置原则,但仍不免除原告对损害事实的举证责任。^⑩这些要求实际上在转基因农作物越境损害案件中不易实现。转基因农作物越境损害大多数情况下为累进性、潜伏性的损害。^⑪受害者在实践中很难搜集有关损害事实、利害关系等直接证据,也就不容易获得民事救济。另一方面,转基因农作物越境可能引发大规模损害,承担责任者财务资源有限,出现责任履行不足的概率很高。具体而言,转基因农作物损害可以通过基因漂流来实现,它及它的基因片段可以通过这种方式在生态系统及食物链中不断富集、积累,在这种情况下如果不加以适当注意,极有可能导致大规模转基因农作物损害事件,此种情况下转基因农作物越境损害的始作俑者往往不具备相应的赔偿能力。

四、化解转基因农作物越境损害责任困境的出路:构建类型化责任体系

污染者负担原则难以证立,重新审视转基因农作物越境损害的责任救济路径,发现其应遵循的法律原则为及时充分赔偿的原则。从“污染者负担”到“及时充分赔偿”导致了民事责任排他性适用的结论不再成立,及时充分赔偿原则下应引入国家责任与

民事责任的二元责任体系,并通过责任保险、行业基金等多层财务机制确保责任的履行。因此在法律原则的限制与责任重构的现实需求的耦合下,其责任的类型化构建成为必然。

(一)类型化责任构建的法理基础:从污染者负担到及时充分赔偿的原则更新

1. 应对转基因越境损害的法律原则应为及时充分赔偿原则

如前所述,民事责任的适用是污染者负担的逻辑延伸,当污染者负担无法被证立为一项法律原则时,这一路径即失去了依托。依据《公约》《议定书》《补充议定书》可知,设定转基因农作物越境损害责任的法律原则,应当为及时充分赔偿。

首先,及时充分赔偿原则应为一般国际法的一部分。《原则草案》原则3就提及:“本原则草案的目标是……得到及时和充分的赔偿。”^⑫及时充足赔偿原则被认为是2004年(联合国)国际法委员会所拟定该草案的重要贡献,在《里约宣言》的原则13、《联合国海洋法公约》第235条、《赫尔辛基国际水道条款》第2条以及一些国际人权法判例中都得到体现。^⑬因此及时充分赔偿原则在国际社会已经得到普遍承认和有效实践。

其次,《补充议定书》承认了一般国际法在应对转基因农作物越境损害中的法律渊源地位。《补充议定书》在其第16条中说明了该议定书不影响各缔约国在一般国际法下的权利义务,其在序言中强调本议定书的制定是充分顾及了《关于环境与发展的里约宣言》原则13。该原则13就强调了及时充分赔偿原则。另外,《补充议定书》在具体条款内容上也体现了及时充分赔偿原则的要求,譬如其在第7条要求缔约国为应对转基因农作物越境损害的相关措施设定时限,以及在第10条要求缔约国研究成立财政担保机制等,都与及时充分赔偿原则保持了一致。可见《补充议定书》中有关转基因农作物的规范,其指导原则应为及时充分赔偿原则。

2. 及时充分赔偿的原则下责任的类型化构建具有应然性

污染者负担的焦点在于将补救环境损害的费用分配给造成损害的“污染者”来承担,同时,污染者负担原则对“污染者”的概念采用了狭义解释,因而不具备责任类型化构建的逻辑前提。转基因农作物越境损害往往是基于多个主体的行为共同作用而成

的,并且国家具有不损害国外环境的适当注意义务,某些情况下难以排除国家的作为和不作为在其中发挥作用。不同于污染者负担原则,及时充分赔偿原则的核心在于为因环境损害或其他不利环境影响而遭受伤害或损害的个人或社区提供赔偿,同时并未对责任主体做限制解释。为达到及时充分赔偿的要求,污染者负担主要侧重于向污染方分配经济责任,而及时充分赔偿原则则强调向受环境损害影响的人提供恢复和支持。考虑到转基因农作物越境损害的复杂性,有必要对相关事实进行分类,类型化责任体系的构建是最优的路径。此外,无论是具有一般法性质的《原则草案》,还是作为特别法的《补充议定书》,都肯定了不同责任类型有其各自适用的领域和情况。^③根据《原则草案》要求,缔约各国以国内立法的方式确立适当的处理损害和赔偿的规则和程序。对于责任的形式,《补充议定书》第12条采用的是“酌情”一词,表明其对责任形式不作限制,因此依据不同的责任基础对转基因农作物越境损害进行类型化划分,不仅是及时和充分赔偿原则的要求,而且有足够的规范基础。

(二)类型化责任构建的法定限制:及时充分赔偿原则对救济方式的体系整合

1. 及时充分赔偿原则确立了民事责任与国家责任的法律地位

《原则草案》中关于及时充分赔偿原则的规定并未直接释明责任的类型,但根据其规定可推知,该原则下的法定救济方式排除了具有补偿性质的责任,只能为赔偿性质的责任,又因为行政赔偿责任自身适用范围的限制,所以实际上转基因农作物越境损害中可资适用的责任形式仅有民事责任与国家责任两类。

首先,实现及时充分救济的法定方式应为赔偿责任而非补偿责任。赔偿责任是指特定主体基于过错和风险而承担的责任,其目的在于实现矫正正义和分配正义,常见的赔偿形式包括民事责任、行政赔偿责任、国家责任等。相对于赔偿责任,补偿责任的正当性不是来自损害的原因,而是基于总体的社会公平要求,国家或其他主体,给予受害者的一种道义上的经济补贴,其形式包括公共补偿基金、政府直接补偿等。赔偿责任是及时充分赔偿原则下的法定救济方式,(联合国)国际法委员会在其报告中指出,及时充分赔偿原则应包含以下几层含义:国家应当建立适当的赔偿责任制度,其归责原则可以为过错责

任或严格责任;该项赔偿责任制度应确保赔偿的及时性,对损害进行赔偿时不应有不当的拖延;该项赔偿责任制度应确保赔偿的充分性,责任者所提供的赔偿应足以使受害者恢复到损害未发生时的状态。^④在及时充分赔偿原则的该界定中,明确了其责任性质为赔偿,并说明了过错和严格的归责原则。该归责原则只能适用于赔偿责任而非补偿责任,因此其法定救济方式应为赔偿责任。

其次,由于行政赔偿责任自身的属性限制,转基因农作物越境损害的受害者无法通过此种责任形式获得救济。行政赔偿责任也是一种常见的应对环境损害的责任形式,《中华人民共和国国家赔偿法》第2条规定,国家机关及其工作人员行使职权,侵犯公民、法人和其他组织合法权益的,受害者可以获得国家赔偿。该条将可以获得国家赔偿的主体范围限定为“合法权益受到侵害的公民、法人和其他组织”,其中“公民”这一概念是与国籍密切相关的,可见在我国只有具有中国国籍的自然人才有资格获得国家赔偿;该条中的“法人”和“其他组织”虽然未指明应具有中国国籍,但从行政法学的原理来看,行政赔偿是基于成员权而产生的,外国的法人或者组织并非本国的成员,自然不具备获得行政赔偿的资格。转基因农作物越境损害涉及多个国家或地区,其受害者大多并非具有本国国籍的自然人或组织,因而不能要求政府承担行政赔偿责任。

2. 及时充分赔偿原则要求建立多层次的财务机制以确保责任的实现

现有关于环境损害的研究中,保险机制和基金机制等往往与赔偿责任放在同一层面进行讨论,将保险机制和基金机制概括为社会化救济,同时将赔偿责任称为司法救济,两者共同组成环境损害的多元救济体系。^⑤及时充分赔偿原则并未继承这一逻辑,而是对赔偿责任、保险机制、基金机制重新界定并划分层次。

根据(联合国)国际法委员会对及时充分赔偿原则的解释,赔偿责任、保险机制及基金机制是不同层面的。应对环境损害的核心问题为赔偿责任,为了保证赔偿的及时和充分就产生了一个次级问题,即确保责任能够落实的财务机制,保险机制、基金机制都属于确保责任履行的财务机制。换言之,及时充分赔偿原则下所及的保险机制与基金机制的前提为司法上已经确认了责任的成立。及时充分赔偿原则

还把责任的财务机制区分为市场化财务机制和社会化财务机制,保险和财务担保等依靠市场化手段筹集资金的机制属于前者,行业基金等依靠社会化手段筹集资金的机制属于后者。根据该原则,各国应当要求其管辖范围内的实体设立确保责任履行的市场化财务机制,同时也可以根据本国的需求酌情采用社会化财务机制。

综上所述,及时充分赔偿原则下,保险机制与基金机制不能作为独立的救济方式,而应当作为赔偿责任的财务机制,各国应当依照该原则的要求,面向民事责任和atory责任分别在国家层面和国际层面确立相应财务机制以确保责任的实现。

(三)类型化责任构建的实践需求:二元责任协同的现实必要性

1. 民事责任自身的发展不能弥补救济缺口

民法上连带责任在理论和立法上的发展一定程度上纾解了民事责任应对转基因越境损害的困境,但不足以从根本上改变其局限。连带责任是侵权法上一项重要的制度,它是指侵权法律关系中的数个侵权行为人向受害者承担民事责任的一种形式。连带责任制度有助于确保受害者最大限度获得赔偿,因为受害者可以向其中任何一方就全部责任求偿。这有利于确保受害方从财务状况最佳的一方获得全额赔偿,降低了赔偿不足的风险。

近年来,连带责任的发展趋向在于减轻受害者的证明责任,从而保证责任的实现。典型例子如《中华人民共和国民法典》第1170条规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为……不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”该条指出数个人共同实施的侵权,不能确定具体侵权人的则数个行为人承担连带责任。该条实际上减轻了受害者的证明责任,由过去需要在个体层面证明侵权行为和损害后果的因果关系发展为仅需证明侵权人的范围即可。换言之,该条实际上是要求证明侵权人范围而允许侵权因果关系在个体层面相对不明,从而减轻了受害者的证明负担。对于转基因农作物越境损害而言,该条确实使得部分能够确定侵权人范围的案件获得法院的支持。但实践中更多的情况是,越境损害事件中由于污染源和损害对象距离过远,导致了具体的污染源无法明确,继而使侵权者的范围难以划定,仅能了解该种损害的来源国,致使连带责任无法适用。

2. 国家责任可填补民事责任的救济缺口

国家责任抑或民事责任,皆有其利弊,两者协同方能实现及时充分的赔偿,避免出现责任缺口。民事责任局限主要体现在诉讼证明难与责任履行难两个方面,国家责任的适用则有效弥补了这两个方面的缺陷。一方面,国家责任降低了诉讼证明的难度。国家责任采用了更为宽松的证明标准,典型例子是1923年美国和德国依据《凡尔赛和约》成立美德混合索赔委员会处理战争索赔有关案件。该委员会在其中一起案件中指出:“德国的行为与所遭受的损失之间的因果关系链中有多少个环节并不重要……只需要追溯到德国的行为。”^⑧该案中索赔委员会明显采用了宽松的证明标准。另一方面,国家责任提高了责任履行的可能性,国家责任的赔偿主体为国家,国家主体比非国家主体拥有更多的财政资源进行赔偿。转基因农作物越境可能造成规模较大的损害,而民事责任主体一般会根据国内法承担有限责任,这会限制他们在环境损害事件中的赔偿能力。这在规范上体现为,国内法上民事责任一般设置了责任限额,例如德国《基因工程法》第33条考虑到损害可预测性和赔偿方的经济能力等因素,规定了1.6亿欧元赔偿的最高限额。^⑨相比之下,国家责任通常不设置限额,或者设置较高的责任限额,这使得受害者更有可能获得及时、充分的赔偿。

五、转基因农作物越境损害类型化责任体系的构建思路与规范适配

构建类型化的责任体系,首先应以责任为导向,基于因果关系确证性的标准对相关事实进行分类,然后明确其核心逻辑,即当因果关系可在经营者层面得到确证时,由于民事责任具有可及性强、实现周期短的特点,应优先适用民事责任;当因果关系在经营者层面无法得到确证时,国家责任因其对因果关系证明要求较低,可适用国家责任。规范安排上,应协调完善国际和国内立法以推动民事责任的落实,同时可通过对《议定书》和一般法之间关系的解释来适用国家责任。

(一)类型化责任构建的客观基础:事实的分类

1. 现行法上的事实分类是义务导向的

《议定书》已对转基因农作物越境损害的事实做出了分类,不过这一分类是义务导向而非责任导向的,不足以作为归责的客观基础。《议定书》为了便于对各主体施加义务,对转基因农作物越境损害进行

了事实分类:有意越境转移损害(第7条)、无意越境转移损害(第17条)、非法越境转移损害(第25条)。具体而言,为了预防有意越境转移损害,《议定书》第7条规定了事先知情同意程序,该程序要求进行越境转移的农作物的进口商在首次转移之前通知进口国主管当局,进口国确认收到通知后可以要求出口国提供额外信息,然后决定是否同意。该程序的目的是确保进口国有机会在决定是否允许进口之前评估风险。为了预防和减少无意越境转移造成的损害,《议定书》第17条规定了相应的义务,该条要求各方采取措施防止或尽量减少转基因农作物无意越境转移的可能性,并在发生此类转移时通知受影响的各方和生物安全信息机构,采取适当的应急措施,将不利影响降至最低。针对非法的越境转移,《议定书》将其定义为违反事先知情同意程序或《议定书》其他规定的行为。它还要求各方采取措施防止和惩罚此类越境转移,并合作采取适当行动解决此类越境转移的影响。

《议定书》之所以对转基因农作物越境损害事实进行分类,是因为对这三类事实应科以不同的义务加以规制,换言之,此种事实分类与相关义务可形成对应关系,譬如国家的预防义务和制裁措施是规制转基因农作物非法越境的必要手段。无论是有意、无意还是非法的越境转移,都不能与现有的责任体系形成对应关系,所以《议定书》所规定的事实分类方法不能作为构建归责体系的客观基础。借鉴其他条约做法,更为合理。

2. 应借鉴相关条约中责任导向的事实分类方法

《公约》及相关议定书未以责任为导向对转基因农作物越境损害的事实进行分类,而相关国际条约则有可借鉴的做法。典型的是《1979年远距离跨界大气污染公约》和《关于工业事故跨界影响造成损害的民事责任和赔偿议定书》,前者规定因果关系不能在经营者层面确证时可要求国家承担责任,后者则规定了因果关系能够在经营者层面确证时,应追究经营者的民事责任。

具体而言,在越境大气污染领域,《远距离越境大气污染公约》第1条使用了“远距离越境大气污染”这一概念:“大气污染的物理源头全部或者部分位于一国国家范围内而不利后果发生在另一国国家管辖范围之内,且两者之间的距离远到不能一般性地分辨出污染是由某一个或某一些污染源所致的程度。”

从这里的描述可以看出,远距离越境大气污染因果关系难以从经营者层面得到确证,故而该条约及议定书主要是针对国家层面规定了相应的责任,并未提及运营者。在越境水污染领域,《关于工业事故越境影响造成损害的民事责任和赔偿议定书》使用了“跨界水工业事故越境影响所致损害”的概念,将该概念限制于突发性工业事故导致的危险物质泄漏造成的越境水污染的情况;此种污染由于其突发性的特点,使其很容易在经营者层面确证其因果关系,故而《关于工业事故越境影响造成损害的民事责任和赔偿议定书》明确了跨界水工业事故跨界影响所致损害适用民事责任。

由此可以看出,在越境大气污染领域和越境水污染领域,相关的国际法律文件都对其所使用的概念进行了限定,而其概念的边界就在于是否能够在经营者层面确证因果关系。故而在转基因农作物越境损害责任的适用问题上,也可以借鉴此种做法,将转基因农作物越境损害分为因果关系可确证和因果关系难以确证两种情形。

(二)类型化责任构建的核心逻辑:责任与事实的对应

1. 因果关系确证的情况下应适用民事责任

民事责任相对于国家责任有诸多优势,但仅可在转基因农作物越境损害与经营者行为之间的因果关系确证的情况下适用,当因果关系可以得到确证时,应当优先适用民事责任。

民事责任相对于国家责任而言具有两个方面的优势。首先,民事责任的可及性更强,受害者如果要求经营者承担民事责任,只需在内国法院起诉即可,诉讼主体仅涉及私人实体。然而国家责任的相关程序则涉及多个环节,受害者的赔偿请求需通过国籍国向起源国提出,国籍国的相关部门需要先同意受害者的申请,方可向起源国提出。其次,民事责任的实现周期更短,民事责任适用民事诉讼程序,民事诉讼程序能够确保及时有效地审理案件。相比之下,国家责任涉及国际争端解决机制,需要国家之间进行复杂而耗时的谈判才能达成协议,例如特雷尔冶炼厂案自1896年环境污染的产生到1941年特别仲裁庭做出裁决,前后历时近半个世纪,其间美加双方进行了多次外交谈判,可见国家责任的实现相对于民事责任而言是代价高昂且周期漫长的。另外,有关承担民事责任的判决是通过内国法院来执行的,

内国法院的执行能力较强,民事责任能在较短的周期内实现;国家责任的落实需要由调整各专门领域的国际条约确立相应的强制执行机构,而此方面的供给是不足的。

民事责任相对于国家责任具有可及性强、实现周期短等诸多优势,因此转基因农作物越境损害适用民事责任更有利于受害方得到迅速的救济,应当优先适用。不过,民事责任具备优势的同时,对因果关系的确证性要求较高。从各国国内立法来看,诉诸民事责任的前提为因果关系在经营者层面得到确证。譬如丹麦的《环境损害赔偿法》规定,依据该法提出索赔请求的受害者,应证明经营者行为和转基因农作物所致损害的“充分因果关系”。^⑧因此,因果关系既是实体法上责任构成的必备要件,也是程序法上确定适格被告的依据。在因果关系难以确证的情况下,民事责任则无法适用,这时国家责任的重要性得以凸显。

2. 因果关系难以确证的情况下应适用国家责任

转基因农作物越境损害与经营者行为之间的因果关系难以得到确证时,将责任集中于国家是更为合理的做法。转基因农作物越境损害的过程有时需要依赖气流、水流等载体实现,很多情况下很难在经营者层面确定损害的来源。此时,受害者通过民事诉讼难以获得一份有意义的判决,虽然国家责任可及性差、周期长,但也必须考虑国家责任的介入。

在因果关系不明确的情况下适用国家责任能够使受害者得到及时充分的赔偿。“将责任集中于国家即可解决因果关系不明的障碍。”^⑨具体而言,相对于民事责任,国家责任对因果关系证明采用了较低的证明标准,即国家责任的认定不要求在经营者层面确证因果关系,就各国国内法来看,民事责任中因果关系普遍采用了充分性标准,譬如丹麦《环境损害赔偿法》要求受害者证明经营者的活动和损害之间存有充分的因果关系。国家责任一般采用接近性标准,不要求证明经营者活动和损害之间的关系,只要能证明损害与特定国家具有联系即可。(联合国)国际法委员会对《不法行为条款草案》第31条的评注指出,造成损害原因不能是众多原因中距离较远的一个,这是要求因果关系具有接近性。^⑩显然,接近性标准其证明要求是低于充分性标准的。

另外,由于转基因农作物越境损害的起源活动的属性不同,在国家责任适用时,仍然应当将国

家责任区分为不法行为责任和危险活动责任。对于不法行为责任而言,其构成要件有两项:存在国际不法行为和该行为可归因于国家。具体到转基因农作物越境损害领域,国际不法行为主要指的是违背《议定书》第17条的行为。《议定书》第17条规定了国家对转基因农作物越境损害的预防义务,包括国家对转基因农作物审慎管理的义务、转基因农作物越境的通知义务等,当国家违背了以上义务就应当承担不法行为责任。另外,损害结果并非不法行为责任构成要件,但实践中往往是先发现了损害后果,然后追溯其原因行为,从而判别国家是否应当承担不法行为责任。对于危险活动责任而言,其构成要件有该危险活动属于国家行为或由国家管辖、产生损害后果、存在因果关系等三项。具体到转基因农作物越境损害领域,根据《议定书》的规定可知,任何将转基因农作物释放到自然环境中的活动都属于危险活动。因此如果是将转基因农作物直接释放到自然环境中的活动,并且发生了越境损害,就应当适用危险活动国家责任。

(三) 责任类型化构建的规范实现

1. 协调补正相关立法以推动民事责任的落实

如前所述,民事责任相对于国家责任具有诸多优势,在因果关系确证的情况下,受害者应优先诉诸国内司法使经营者承担民事责任,但要通过民事责任实现及时充分的赔偿需求还需在国际和国内立法上就相关规则做进一步优化。

国际法层面,对于如何落实《补充议定书》有关民事责任规定,《补充议定书》第16条指出《公约》及《议定书》的相关规定可比照适用于《补充议定书》。目前来看,有助于推动民事责任落实的条款主要为《公约》第5条、《议定书》第33条和第34条。其分别规定了国际合作机制、监测机制、履约机制,这一做法存在于众多国际法文件中,如《巴黎气候变化协定》规定了包括发展中国家在内的“国家自主贡献”减排的守约机制。^⑪以上条款都仅做出了概括性规定,对机制的设立、运行等问题并未涉及。因此有必要在以上条款的基础上进行补充性立法,明确机制的设立、运行等问题。^⑫要在已有条款的基础上,广泛收集信息并邀请专家进行评估,确保补充性立法建立在最新证据和科学建议的基础上。

国内法层面,《补充议定书》第5条和第12条明确了缔约方应当在国内法体系中制定民事责任的有

关规范。其第5条要求各国的国内法明确民事责任中判断因果关系的标准,第12条要求缔约方就民事责任中损害界定和责任构成加以明确。可见,国际法层面并未就适用于转基因农作物越境转移的民事责任的构成要件做出规定,而是将其委托给缔约国酌情规定,因此要促进民事责任的落实,就必须协调补正相关的国内立法。就因果关系而言,应尽快制定评估因果关系的标准,鼓励使用科学证据和专家评估来确定因果关系。就损害而言,应参照《公约》《议定书》《补充议定书》的规定建立损害的量化标准。就责任构成而言,应明确转基因损害中严格责任的主导地位,这样受害人无需证明污染者是疏忽还是故意造成的损害,减轻了受害人的举证负担,降低了受害者诉诸民事责任的成本。

2. 解释《补充议定书》和一般国际法之间的关系以推动国家责任救济的适用

不同于民事责任的法律形式主要为国内法,国家责任的法律形式主要为国际法,国际法的制定和生效需要国家之间的协调,短期内难以达成,因此采取法律解释的策略是更为明智的选择。从现有的立法来看,《补充议定书》的立法者显然也已经考虑到了这一点,故而立法中并没有对转基因农作物越境损害适用的责任形式做严格的限制。因此,当转基因农作物越境损害发生时,可通过解释《补充议定书》和一般国际法之间的关系,使国家责任得以适用。

国家责任在一般法上被区分为不法行为责任和危险活动责任,针对两者的适用应采取不同的条约解释策略。

首先,应对转基因农作物越境损害的原因行为进行辨别,并判断是应当适用不法行为责任还是危险活动责任。其中,不法行为是指国家基于故意或者疏忽做出违反国际义务的行为。^③与转基因农作物有关的国际义务主要来自《公约》和《议定书》的规定,如果国家存在基于故意或者疏忽违背了《公约》和《议定书》规定的义务的行为,就是不法行为。危险活动则是指国际法未加禁止,有可能导致重大损害的活动。^④这类活动往往伴随着引发损害或者引起其他不利影响的危险,如生态环境损害;^⑤与转基因农作物有关的活动涵盖了研发、生产、运输等多种形式,应根据具体情况来判断其是否为危险活动。

其次,对不法行为责任和危险活动责任采取不

同的解释策略。如果适用不法行为责任,则应该根据《补充议定书》第11条解释它与《不法行为条款草案》的关系,该条说明了它们之间的关系,即“本补充议定书不得影响国家在关于国家对国际不法行为责任的一般国际法规则下的权利和义务”。可见,《补充议定书》旨在与不法行为责任的国际法规则共存,确保它们仍然适用于补充议定书的缔约方。如果适用危险活动责任,则应当解释《补充议定书》与《原则草案》之间的关系,《补充议定书》第16条规定:“本补充议定书不应影响缔约方根据一般国际法所享有的权利和义务。”因此《原则草案》作为一般国际法,其所规定的危险活动责任也应当加以适用。

六、结语

转基因农作物越境损害问题历来为国际社会所关注,它不同于一般的环境损害之处在于其侵害主体的多元性、侵害过程的隐匿性等,使得如何对其进行定责成为难题,为了体系化地回应基础矛盾、解决具体分歧,理论上最重要的任务应是确定制度建构的模式与发展方向。^⑥既有国际立法中的“建构性模糊”反映了国际规则建构中的具体分歧,也造就了国际法体系规制转基因农作物越境损害的不稳定性。通过对该损害救济法律原则的探求可以明确规制转基因农作物越境损害的价值基础、深入解构并重塑其责任模式以及以体系化的方式进行规范的补正。回到立法层面来看,目前已有多国进行专门的国内立法应对转基因农作物导致的损害,如德国的《基因技术法》、澳大利亚的《基因技术法案》、奥地利的《基因工程法》、捷克的《转基因生物体和转基因产品利用法案》等。我国目前只以行政法规和部门规章的形式出台了《农业转基因生物安全条例》《进出境转基因产品检验检疫管理办法》,这些法规和规章主要涉及转基因农作物致损的预防。对于转基因农作物越境损害法律救济则只能参考我国《中华人民共和国民法典》侵权责任编及相关司法解释,而《中华人民共和国民法典》侵权责任编及其司法解释对于环境损害的规定并未考虑到转基因农作物越境损害的特殊性,将其适用于转基因农作物越境损害救济会出现较多困境,因此我国应当加强对相关国际法的研究和解释,^⑦授权具有权限的机关,制定针对转基因技术和产品及其损害的专门立法,既能“前移风险治理关口,及时发现风险,管控风险源,评估、监测和预警风险”,^⑧又能使损害得以救济。

注释:

①Nicholl, Desmond ST, An introduction to genetic engineering, Cambridge University Press, 2023, p. 5.

②Kumar K, Gambhir G, Dass A, et al. Genetically Modified Crops: Current Status and Future Prospects, Planta, 2020, p. 1, 27.

③参见王惠:《改性活生物体越境转移国际法问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第56页。

④Simone Vezzani, The International Regulatory Framework for the Use of GMOs and Products Thereof as Food Aid, European Journal of Risk Regulation, 2018, p. 120, 133.

⑤OECD, Recommendation of the Council on Principles concerning Transfrontier Pollution, OECD, 1974, p. 224.

⑥Tester M & Langridge P, Breeding Technologies to Increase Crop Production in a Changing World, Science, 2010, p. 818, 822.

⑦参见阳相翼:《污染者负担原则面临的挑战及其破解》,载《行政与法》2012第12期。

⑧Idris S H & Shamsuddin N, Gene Pollution Due to Transgenic Organisms—Regulatory Measures, Atlantis Press, 2021, p. 463-466.

⑨《补充议定书》使用“经营者”这一名词来界定造成转基因农作物越境损害的民事主体。

⑩参见阙占文:《转基因生物越境转移损害责任问题研究》,法律出版社2011年版,第92页。

⑪参见刘志坚:《“损害担责原则”面向问题的识别与损害担责中义务和责任的耦合》,载《法治论坛》2019年第1期。

⑫参见胡绪雨:《跨境污染损害责任的私法化》,载《政法论坛》2013年第6期。

⑬Boyle Alan, International Law Commission Draft Principles on Environmental Liability, Journal of Environmental Law, Vol. 17-1, p. 155, 157(2005).

⑭Gailhofer P, Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm: An International and Transnational Perspective, Springer, 2023, p. 75.

⑮Bidabadi F S. X., International Litigation and Arbitration over Water Disputes, in Joseph W. Dellapenna & Joyeeta Gupta eds., Elgar Encyclopedia of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 156.

⑯参见田丹宇:《我国碳排放权的法律属性及制度检视》,载《中国政法大学学报》2018年第3期。

⑰See Patricia Birnie, Alan E. Boyle & Catherine Redgwell, International Law and the Environment, Oxford University Press, 2009, p. 97.

⑱参见林灿铃:《跨界突发性水污染国家责任构建》,载《政治与法律》2019年第11期。

⑲参见陈俊宇、徐澜波:《生态环境损害赔偿磋商协议之性质厘定与司法效果》,载《当代法学》2022年第6期。

⑳参见王康:《基因改造生物环境污染损害的私法救济》,载《法律科学》2015年第5期。

㉑International Law Commission, Annual Report of the 58th Session of the International Law Commission, International Law Commission, 2006, p. 77.

㉒See Guillaume Laganière, Liability for Transboundary Pollution at the Intersection of Public and Private International Law, Bloomsbury Publishing, 2022, p. 43.

㉓参见刘媛媛:《论航天商业化趋势下我国空间法的发展路径》,载《法学论坛》2019年第5期。

㉔International Law Commission, Annual Report of the 58th Session of the International Law Commission, International Law Commission, 2006, p. 90.

㉕参见于定明、赵蕾:《大规模侵权损害多元赔偿机制研究》,人民出版社2020年版,第101页。

㉖UN, Reports of International Arbitral Awards, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/1-391.pdf, 2023年6月12日访问。

㉗Andrea Boggio, Cesare P. R. Romano & Jessica Almqvist eds., Human Germline Genome Modification and the Right to Science: A Comparative Study of National Laws and Policies, Cambridge University Press, 2020, p. 57.

㉘Marie-Louise Larsson, The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation, Kluwer Law International, 1999, p. 323, 331.

㉙[法]亚历山大·基斯:《国际环境法》,张若思译,法律出版社2000年版,第363页。

㉚International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, International Law Commission(Nov. 2022), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 2023年5月4日访问。

㉛参见邵莉莉:《碳中和背景下国际碳排放治理的“共同责任”构建——共同但有区别责任的困境及消解》,载《政治与法律》2022年第2期。

㉜参见江河:《联合国专门机构争端解决机制的司法化》,载《当代法学》2023年第2期。

㉝参见周忠海:《国际法》,中国政法大学出版社2017年版,第92页。

㉞参见《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》原则2。

㉟参见吕成:《生态环境损害政府民事索赔的行政法监督》,载《江淮论坛》2021年第2期。

㊱参见刘思竹:《论国家管辖范围外海洋遗传资源的惠益分享制度》,载《政法论坛》2020年第5期。

㊲参见刘春一:《提升国际法治话语权的国际司法考量》,载《人民论坛》2020年第15期。

㊳贾先文、李周、陆晓宇:《生态环境风险跨界闭环管理机制构建》,载《江淮论坛》2022年第4期。