

FALÜ WEIDU XIA
DE KEJI

法律维度下的科技

李丽辉 主编



中国政法大学出版社

FALÜ WEIDU
DE KEJI

法律维度下的科技

李丽辉 主编



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律维度下的科技/李丽辉主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-5620-6135-9

I. ①法… II. ①李… III. ①科技法—中国—文集 IV. ①D922.174-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第134516号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 北京华正印刷有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 13 |
| 字 数 | 310 千字 |
| 版 次 | 2015 年 7 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 7 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 45.00 元 |

目 录

CONTENTS

一 科技与法律

基于风险分配的环境风险应对法律机制探究 徐本鑫 李媛媛 曾庆枝	3
监狱网络舆情治理变革的策略性分析：从回应到合作 贡太雷 朱佩林	21
论信息时代的公众参与——以行政立法为例 曾 娜	34
论转基因生物安全的法律规制 期海明 杨冬香 邓贤丽	46
网络参与对民主化的负面影响 汤喆峰	59
大数据与法律上的因果关系认定 牟春花	74
土壤环境质量评估法律制度构建研究 徐本鑫 刘清轩	88
“设计婴儿”合法化的伦理困境 宋丹丹	100
代孕协议有效性的现实困境及其出路 贾燕芬	110
冷冻胚胎相关问题浅析 纪晓彬	122

二 传统知识产权

诉前禁令制度在知识产权中的运用——基于程序正义的 视角 李丽辉	139
云南省生物医药企业知识产权现状与对策研究 双 凡	153
论以专利实施权向公司出资的法律问题 罗 芳	169
技术流通视角下的 patent troll 法律分析 何 锋	184

失效专利的利用——以西部中小企业为例 高成龙	195
浅析著作权法中思想表达二分法原则 岳笑一	209
论声音商标与音乐作品之界限 王 博	221
商标竞争中的知识产权保护问题 伊明明	231
国际竞争背景下的云南民族医药知识产权问题 李 昂	248
民间文学保护路径刍议 李丽辉 田存景	261

三 知识产权新篇

论网络购物合同的成立及标价错误 雷秋玉 苏 倪	275
网络服务商侵权责任问题研究 公 杰 类延村	304
浅谈网络游戏知识产权保护 芮 政	319
浅谈网络知识产权的法律保护问题 张海涛	334
非物质文化遗产的公司化运营保护 李丽辉 高成龙	344
共有视角下的非物质文化遗产权利归属探讨 田存景	356
我国非物质文化遗产的知识产权保护研究 王跃华	365
论山东非物质文化遗产的知识产权保护 唐继超	378
国内航空企业知识产权管理现状浅析 周 玲	388
企业知识产权管理思路及方法 牛爱京	398
后 记	407



科技与法律

基于风险分配的环境风险应对法律机制探究^{*}

徐本鑫^{〔1〕} 李媛媛^{〔2〕} 曾庆枝^{〔3〕}

摘要 环境风险分配对于有效应对环境风险和保障社会公平具有重要意义。随着中国进入环境高风险阶段,环境风险在不同地区、不同主体之间呈现不公平的分配格局。究其原因,中国缺乏一套以风险合理分配为主要内容的环境风险应对制度。遵循环境风险公平分配的理念要求,中国应从完善重点领域立法、界定环境风险应对的权利与义务、创新环境执法模式、促进环境风险应对成本的内部化、完善环境司法制度、保障环境风险损害得到合理补偿等几个方面进行构建和完善环境风险应对法律机制,明确界定风险责任,合理分担风险成本,充分补偿风险损失,增强公众风险意识,有效应对环境风险。

关键词 生态文明;环境风险;风险分配;风险责任;
环境司法

^{*} 基金项目:云南省哲学社会科学规划专题研究项目:云南省环境风险防范法律机制研究〔YB2013140〕;国家社科基金项目:生态利益衡平的法制保障研究〔12BFX120〕;昆明理工大学人文社会科学研究基金资助项目(KKSY201202152)。

〔1〕 徐本鑫,男,法学博士,昆明理工大学法学院教师,主要研究方向为环境与资源保护法。

〔2〕 李媛媛,昆明理工大学法学院2013级环境与资源保护法专业硕士研究生。

〔3〕 曾庆枝,昆明理工大学土木工程学院教师。

随着人类改造自然的广度和深度不断加大,人类的决策和行为也引发了大量环境风险。据 2012 年《中国环境状况公报》显示:2012 年全国共发生突发环境事件 542 起,其中重大突发环境事件 5 起,较大突发环境事件 5 起。环境事件频发标志着中国的发展已进入环境高风险阶段。近年来,各类环境污染和生态破坏事件时有发生,环境风险景象在社会生活中频繁上演。如何有效应对环境风险成为摆在社会各界面前的重大课题。十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出“建设生态文明,必须……实行最严格的源头保护制度……用制度保护生态环境”。本文关于环境风险应对法律机制的探讨就是从源头上对保护生态环境的制度思考,具有必要性和紧迫性。

一、环境风险及其来源

当环境风险逐渐成为人们生命、财产安全的巨大威胁时,认真审视环境风险,明确环境风险的来源,就成为人们有效应对环境风险的基本前提。

(一) 风险与环境风险

“风险”一词被广泛使用在社会生活的各个领域之中。但由于对风险的认识角度不同,学术界对风险的内涵尚没有统一的定义。一般而言,风险是指可能发生的危险,主要包括两方面内容,即事件发生的可能性和事件后果的危害性。

环境风险这一概念于 20 世纪 70 年代在工业化国家中被率先提出并逐渐进入理论研究的视野。在我国,2004 年原国家环保总局发布的《建设项目环境风险评价技术导则》(HJ/T 169 - 2004)中规定:“环境风险是指突发性事故对环境(或健康)的危害程度,用风险值 R 表征,其定义为事故发生概率 P 与事故

造成的环境（或健康）后果 C 的乘积，用 R 表示，即： $R[\text{危害/单位时间}] = P[\text{事故/单位时间}] \times C[\text{危害/事故}]$ 。”卢静等人将环境风险定义为“由自然或人为活动引发的，并通过自然生态环境的媒介作用，对人、财产、生态环境构成威胁的一种潜在危险状态，包括这种危险状态爆发的可能性与不确定性，以及危险可能导致的危害性后果两方面的内容”。〔1〕

综上可知，风险在本质上是事件发生和相关损害的不确定性，而环境风险则可以指称环境事件发生的可能性及其潜在的危害性。

（二）环境风险的来源

自然灾害和人为活动是环境风险的两大主要来源。但是，人为原因造成的自然灾害，如乱砍滥伐等导致的山体滑坡、泥石流等事故，超采地下水导致的地面下沉等，都潜藏着巨大的环境风险。从这个角度讲，人的行为已经成为现代社会环境风险的最主要来源。

从环境风险来源上讲，占主导地位的环境风险是“人造风险”，即人类的决策与实践活动所引发的风险。基于环境风险系统、事故风险诱因及演变过程等因素，环境风险可以被分为自然灾害类、安全事故类、违法排污类、长期累积类、布局问题类等类型。对近年来典型环境污染事故的风险类型进行分析我们可以发现，目前中国环境风险类型以安全事故类与企业违法排污类为主。从风险根源看，布局型环境隐患和结构型环境风险是中国环境安全头号威胁。〔2〕

〔1〕 卢静等：“中国环境风险现状及发展趋势分析”，载《环境科学与管理》2012年第1期。

〔2〕 卢静等：“中国环境风险现状及发展趋势分析”，载《环境科学与管理》2012年第1期。

既然环境风险大部分是“人造风险”，那么环境风险的应对就一定与人的责任紧密相关。但是，政府决策者、企业生产者或者环评专家在面对风险时，可能通过制度规范来推卸责任，而受害方却很少具备进行责任追究的知识和能力。环境风险成本负担和责任承担的不平等进一步加剧了环境风险的产生。

二、风险分配对于环境风险应对的意义阐释

在转向全面现代化的当下中国，经济社会发展不可能完全摆脱环境风险。只要有环境风险存在，就会有风险成本负担、风险后果承受、风险责任担当、风险损害补偿等问题出现。也就是说，应对环境风险必然要考虑风险分配问题。

（一）风险分配的含义界定

马克思主义政治经济学把分配作为社会再生产过程的一个环节。分配主要指社会在一定时期内新创造出来的产品或价值（即国民收入）的分配，是生产结果的分配，是联结生产和消费的中间环节。美国经济伦理学教授乔治·恩德勒则认为分配是“经济活动中与生产和交换具有同等价值的基础性维度”，“分配维度贯穿于整个经济活动之中，不仅是它的结果，而且也是它的起始条件和过程”。^{〔1〕}以上两种有关分配的理解是出于对社会经济活动不同侧面的考察而得出的结果，具有很好的互补关系，可以为我们理解风险分配提供思考路径。

风险分配的概念出自贝克的《风险社会》。实际上，在人类社会的发展过程中，存在两种不同性质的分配：一种是发展成果的分配，如财富分配；另一种是发展成本的分配，如风险分配。类比前述有关分配的两种理解，风险分配不仅要解决风险损失

〔1〕〔美〕乔治·恩德勒：《经济伦理学大辞典》，李兆荣等译，上海人民出版社2001年版，第560页。

谁来承受的问题，而且还要解决风险预防成本分担、风险治理责任承担、风险补偿落实、风险应急的权利和义务配置等问题。也就是说，风险分配应作为风险应对过程中的基础性维度，贯穿于整个风险应对过程之中。

综上所述，风险分配具有广义和狭义之分。广义的风险分配是风险应对过程中各种要素，如成本、损失、权利、义务、责任等方面的分配。狭义的风险分配则仅指风险损害后果的分配。事实上，两种风险分配密不可分，只有广义风险分配实现了公平合理才能实现狭义风险分配的公正；狭义风险分配公正是进行广义风险分配的动力和目标。明晰风险分配的含义对政府的政策制定和制度选择具有重要指导意义。

（二）风险分配的意义阐释

风险分配的公平合理对风险的有效应对至关重要。这不仅在于它的工具性——调动社会主体应对风险的积极性，而且还在于它的目的性——实现社会公平。

一方面，风险合理分配是有效应对风险的重要工具。风险分配是一个风险预防和风险应急的工具。比如，为防范环境风险发生，需要控制企业污染物的排放，这自然需要付出一定的成本。如果风险成本分配得当，便会迫使企业主动改进生产技术或引进环保设备，使企业环境污染的外部成本内部化，进而抑制污染物的大肆排放，起到了风险遏制和风险消减的作用。从根本上讲，要真正有效地应对环境风险，必须从源头上消除风险产生的经济根源。而在风险生成的诸多经济因素中，风险成本分配失当是最重要的因素之一。

另一方面，风险合理分配促进了风险应对的社会公平。就环境风险而论，环境风险的产生与企业生产、政府决策、公众行为等诸多因素紧密相关，一些环境风险源于部分专家组织或



政府部门权衡利弊得失后集体做出的重大决策，也有一些环境风险的产生是由社会公众的日常行为所致。环境风险的产生是社会多方主体共同作用的结果，应对环境风险应该由社会多元主体承担“共同但有区别的责任”。但是，在现行社会政策或制度中，环境风险责任主体模糊，没有社会主体能够真正地去对环境风险承担他应该承担的责任，甚至反而形成“有组织地不负责任”。

三、中国环境风险分配不公平的现状与原因

根据公平的一般原则，环境风险分配应遵循权责一致的基本原则，那些消耗较多环境资源，获取较多环境利益，制造较多环境风险的社会主体，应该较多地承担环境风险所带来的不利后果。然而中国环境风险分配却呈现出一种不公正的分配格局。

（一）中国环境风险分配不公平的现状检视

环境风险分配关涉不同的主体和要素，风险分配是否公正可以从不同的维度来考察。

从主体上看，环境风险分配存在贫富群体之间的不平等和代与代之间的不平等。对于不同的社会群体来说，他们的风险承受能力是不同的，所应承担的风险责任也是不同的。与经济困难群体相比，富裕群体消耗的资源以及向环境排放的废物都更多。因此，富裕群体应承担更多的环境风险责任。然而，现实的情况是，在污染环境并获得利益之后，获利者普遍选择迁居来规避风险，而不是通过继续投入来恢复生态。一些人在某些地区开办工厂，获取了收益便走人，留下被破坏和污染的生态环境，致使当地居民身患各种疾病，产生了大量“癌症村”。

从空间上看，环境风险分配存在东西部之间的不平等、城乡之间的不平等和河流上下游之间的不平等。例如，2000年～

2009年,全国共发生环境污染事故13 060起,其中西部6175起,占总事故的47%,中部和东部分别为3456和3429起,占总事故的27%和26%。环境污染总事故大于1000起的4个省份中,西部占了2个(广西、四川),中部和东部分别占有1个(湖南和浙江)。^[1]可见,环境风险在空间分布上存在区域差异。全国大部分的环境污染事故集中在少数的几个省份。经济发展相对落后的西部地区(广西、四川)所承受的环境风险压力明显高于其他地区。

从内容上看,环境风险分配存在风险防范成本分配的不平等和风险损害后果分配的不平等。以松花江水污染事件为例,几十年来,吉化公司在获取巨额利益的同时却很少投入资金进行环境污染防治,吉化公司苯二厂防止苯泄漏的围堰长期以来一直没有建成。风险治理的责任无人承担,企业生产中的环境风险在侥幸心理下被掩藏起来。风险爆发后,沿江居民生产生活受到严重影响,但并未得到损害补偿。风险防范成本和风险损害后果就自然转嫁给了松花江上下游的群众,导致风险收益与风险成本的脱钩,风险受益与风险责任的不对等。^[2]

(二) 中国环境风险分配不公平的原因分析

环境风险分配受社会风险分配内在机制的影响。社会风险分配受到诸如经济水平、权力资源、教育程度等因素的影响。经济发展水平的差异导致风险在地区之间转移,财富占有不均导致风险在社会主体之间转移,而权力资源和风险意识更是直接影响风险后果在不同主体之间的分配。社会优势群体可以通

[1] 卢静等:“中国环境风险现状及发展趋势分析”,载《环境科学与管理》2012年第1期。

[2] 张静:“转型期我国环境风险不平等与风险分配”,南京大学2012年硕士学位论文。



过其掌握的资源或信息来规避或转嫁风险，而弱势群体则缺少这种抵御或应对风险的资源或能力。“风险分配的历史表明，像财富一样，风险总是附着在阶级模式上的，只不过是以颠倒的方式：财富在上层聚集，而风险在下层聚集。”〔1〕

相关制度缺陷是环境风险分配不公的制度原因。制度的公正合理是环境风险公平分配的有力保障。良好的制度既可以保障社会成员共享经济发展收益，也可以实现社会成员公平分担各种社会风险。一般来讲，风险分配的不正义结果后面总能找到一套相应的不平等的制度安排。〔2〕很多环境风险的产生并非源于某个人、某个群体故意违反法律制度而做出的环境危害行为，而是源于制度本身所自然引发的一种不计环境风险后果的行为。也就是说，由于环境风险应对制度不够完善、合理，致使一些社会主体能够轻易地采取投机行为，逃避风险责任。

四、中国环境风险应对法律机制的现状解读

为了解决日趋严峻的环境问题、有效应对环境风险，中国在立法和制度建设上作出了积极的努力。环境风险应对法律机制初具雏形，但也存在严重不足。

（一）中国环境风险应对法律机制现状

当前中国政府在进行环境风险应对时，主要可以参照的法律法规有《环境保护法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《环境影响评价法》、《清洁生产促进法》和《突发事件应对法》等。一个以《环境保护法》为核心的环境风险防范法律

〔1〕〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第36页。

〔2〕项继权、马光选：“风险分配的制度正义”，载《江汉论坛》2013年第4期。

体系和以《突发事件应对法》为核心的环境风险应急法律体系初具规模。这些法律规定了预防为主、预防和应急相结合的基本原则以应对环境风险,尽量避免环境风险损害的发生,但由于责任落实不到位、缺乏部门协调性和社会参与性,环境风险应对效果不佳。有研究显示:2000年~2009年间,重特大环境事故虽呈现波动下降趋势,但重特大环境事故占总事故数的比例却呈上升趋势。^{〔1〕}

此外,应对环境风险还可以依据一些政策性文件和部门规章。例如,2011年颁布的《国务院关于加强环境保护重点工作的意见》(国发〔2011〕35号)提出要“完善以预防为主的环境风险管理制度,有效防范环境风险和妥善处置突发环境事件”。《国家环境保护“十二五”规划》(国发〔2011〕42号)提出要“加强重点领域环境风险防控”。根据这些政策性文件所确定的应对环境风险的政策要求,为了切实加强环境影响评价管理,有效防范环境风险,国家环境保护部于2012年7月发出《关于进一步加强环境影响评价管理防范环境风险的通知》。2013年1月,环境保护部还制定了《化学品环境风险防控“十二五”规划》,对“十二五”时期化学品环境风险防控的原则、重点、主要目标和主要任务等进行了阐明。但这些涉及环境风险防范内容的通知或规划仅能起到政策宣示的效果,还不具有法律的效力。

综上,在中国环境保护的法律制度中,没有专门的环境风险应对法,对环境风险的规制多是概括性、原则性的规定,能够保障环境风险公平分配的法律制度尚不完善,环境风险应对还欠缺健全的法律机制。

〔1〕〔美〕乔治·恩德勒:《经济伦理学大辞典》,李兆荣等译,上海人民出版社2001年版,第560页。

（二）中国环境风险应对法律机制缺陷

面对中国环境风险高发与风险分配不平等的境况，作为社会调整工具的法律迫切需要构建一种以风险责任共担为基本原则、以风险合理分配为主要内容的制度体系，其核心就是每一社会主体都应该以风险责任的承担作为行使环境权利（权力）的基本原则，为其行为或决策所产生的环境风险负责。然而，在这方面中国现行环境风险应对法律机制还存在不少缺陷：

（1）协作机制不完善，政府责任难以追究。目前中国实施的是政府主导的环境风险应对机制。一方面，中国的环境风险行政管理部门具有专业性和分散性，各部门存在各自为政和部门利益保护倾向。环境风险应对需要几个部门联合行动时，各部门之间的协调配合就显得十分困难了。另一方面，各级政府之间也存在利益分配问题。有些地方政府为追求经济发展而忽视环境风险的规避，不严格环境执法；部分地方政府甚至直接进行违法活动，在容易发生环境风险的区域进行工业开发。^{〔1〕}现行法律法规对环境风险管理法律责任的规定多具原则性且用语模糊。对于具体应该由谁承担何种责任，承担多大的责任多语焉不详。理论上谁都有权力负责，谁都有义务负责，但事实上谁都没有能力和愿望来负责。根据《国家突发环境事故应急预案》，在重大环境事件中，多有应急指挥部的设置。应急指挥部的设立旨在应对突发事件，突发事件处置完毕后就撤销解散，指挥部解散后，责任主体随之消失，无法严格进行行政问责，决策者也无需承担相应的法律责任。

（2）监管机制不完善，公民个人责任缺位。法律对公民个人行为的环境监管不到位，环境风险应对缺乏公众的责任承担。

〔1〕 廖霞林、李晶：“防范环境风险的法律对策”，载《华中农业大学学报（社会科学版）》2012年第6期。